



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغات



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

الزبد القوي
في مسج الزمسة البهية

في مسج الزمسة البهية

تأليف
السيد محمد حسين بن محمد بن الحسين

الجزء الأول - الفاج

الزبد القوي في مسج الزمسة البهية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

کاتب:

محمد حسن ترحینی عاملی

نشرت فی الطباعة:

دارالفقه للطباعة والنشر

رقمی الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الكمبيوتریة

الفهرس

٥	الفهرس
٩١	الزبده الفقهيه فى شرح الروضه البهيه
٩١	اشاره
٩٢	المجلد ١
٩٢	اشاره
٩٦	مقدمه الشارح
٩٩	خطبه الشهيد الثانى
١٠١	خطبه الشهيد الأول و شرحها
١١٧	كتاب الطهاره
١١٧	فى بيان مقدمات
١١٧	تعريف الطهاره
١٢٠	الطهور هو الماء و التراب
١٢٣	الماء مطهر من الحدث و الخبث
١٢٦	كيفية تطير الماء
١٢٩	فى مقدار الكثر
١٣٥	تنجس الماء و تطهيرها
١٣٩	كيفية تطهير البئر
١٦٧	مسائل
١٦٧	اشاره
١٦٧	الأولى: الماء المضاف و أحكامه
١٦٧	تعريف الماء المضاف
١٧٢	فى سؤر الحيوان
١٧٥	الثانيه: فى التباعد بين البئر و البالوعه
١٧٨	الثالثه: فى عدد النجاسات

١٧٨	اشاره
١٧٨	النجاسات عشره
١٩٢	في وجوب إزاله النجاسات لأجل الصلاه عن الثوب و البدن و ما عفى عنه
١٩٩	في كيفية غسل الثوب
٢٠٤	في كيفية تطهير ما ولغ فيه الكلب
٢٠٤	في كيفية تطهير ما ولغ فيه الفأر
٢٠٧	في الغساله
٢١٠	الرابعه في المطهّرات
٢١٠	اشاره
٢١٠	المطهّرات عشره
٢٢٠	في الطهاره
٢٢٣	الفصل الأول: في الوضوء
٢٢٣	في تعريفه و موجبه
٢٢٤	في واجبات الوضوء
٢٤٤	في مستحبات الوضوء
٢٥٧	في حكم الشاك في الوضوء
٢٥٨	الشاك في الطهاره محدث
٢٤١	مسائل: في التخلي و أحكامه
٢٧٨	الفصل الثاني في الغسل
٢٧٨	في موجبات الغسل
٢٧٩	في غسل الجنابه
٢٧٩	في موجب الجنابه
٢٨٢	في ما يحرم على الجنب
٢٨٤	في ما يكره على الجنب
٢٨٩	في واجبات الغسل
٢٩١	في مستحبات غسل الجنابه

- ٢٩٨ فى الغسل الترتيبي
- ٣٠٢ فى غسل الحيض
- ٣٠٢ فى موجب الحيض و أحكامه
- ٣١٧ فى أنواع النساء عاده
- ٣٢٦ فى ما يحرم و ما يكره على الحائض
- ٣٣٩ فى غسل الاستحاضه
- ٣٣٩ اشاره
- ٣٤٠ فى أحكامه
- ٣٤٢ فى أقسام الاستحاضه و آدابها
- ٣٤٥ فى غسل النفاس
- ٣٤٥ فى تعريفه و مدته
- ٣٥٢ فى الأحكام الواجبه و المندوبه
- ٣٥٦ فى غسل مسّ الميت
- ٣٥٦ فى موجبه
- ٣٥٩ فى أن غسل المسّ لا يكفى عن الوضوء
- ٣٦٠ القول فى أحكام الأموات و هى خمس
- ٣٦٠ اشاره
- ٣٦٣ الأول الاحتضار
- ٣٧١ الثانى - الغسل
- ٣٧١ اشاره
- ٣٧١ فى من يجب تغسيله
- ٣٧٦ فى الغاسل
- ٣٨٥ فى أنّ الشهيد لا يغسل
- ٣٨٧ فى أنه يجب إزاله النجاسه عن بدنه
- ٣٨٧ فى ما يستحب عند الغسل
- ٣٩١ الثالث الكفن

٣٩١	اشاره
٣٩١	في الواجب منه
٣٩٧	في ما يستحب منه
٤٠١	في ما يجب إمساسه بالكافور
٤٠٣	في كتابه ما يستحب على الكفن
٤٠٥	في الجريدتين
٤٠٩	في أنه يستحب اغتسال الغاسل قبل تكفينه
٤١٠	الرابع في الصلاة عليه
٤١٠	اشاره
٤١٠	في من تجب عليه الصلاة و واجب الصلاة
٤١٩	في ما يستحب في صلاة الميت عند تشييعه
٤٢٧	في من لم يصلّ عليه
٤٣٠	في ما لو حضرت جنازه في الأثناء
٤٣٣	الخامس - دفته
٤٣٣	اشاره
٤٣٤	في الواجب و المستحب منه
٤٣٨	في التلقين و باقي مستحبات الدفن
٤٤٢	في التعزیه
٤٤٤	في أن كلّ أحكام الميت من فروض الكفایه
٤٤٥	الفصل الثالث - في التيمم
٤٤٥	في شرطه
٤٥٢	في ما يجب التيمم و ما يكره
٤٥٧	في الواجب في التيمم
٤٧١	في أنّ التيمم في آخر الوقت
٤٧٤	في أنه لو تمكّن من الماء انتقض
٤٨١	المجلد ٢

٤٨١	اشاره
٤٨٢	اشاره
٤٨٨	كتاب الصلاة
٤٨٨	اشاره
٤٨٨	الفصل الأول في أعدادها
٤٨٨	في عدد الواجب من الصلاة
٤٩١	في عدد المندوب من الصلاة
٥٠١	الفصل الثاني. في شروطها
٥٠١	اشاره
٥٠١	الشرط الاول: الوقت
٥٠١	اشاره
٥٠٤	في وقت الظهر
٥١٣	في وقت العصر
٥٢١	في وقت المغرب و العشاء
٥٢٧	في وقت الصبح
٥٢٨	في امتداد وقت الظهرين و العشاءين و الصبح
٥٣٠	في وقت النوافل اليوميته
٥٤١	في كراهه النافله المبتدئه
٥٤٥	في تقديم و تأخير نافله الليل
٥٤٥	في فضيله أول الوقت
٥٤٨	و يعزّل في الوقت على الظن
٥٥١	الشرط الثاني في القبلة
٥٥١	اشاره
٥٥١	في القبلة و جهتها و علامتها للمناطق
٥٦٣	في التعويل على قبله البلد
٥٦٤	في فقد الأمارات للقبلة

- ٥٦٨ فى كشف الخطأ بعد الصلاة
- ٥٧٣ الشرط الثالث. ستر العوره
- ٥٧٣ اشارة
- ٥٧٣ فى المراد بالعوره
- ٥٧٧ فى طاهريه الساتر
- ٥٨١ فى عدم مغصوبيه الساتر و عدم كونه من غير مأكول اللحم
- ٥٨٦ فى ما يستر فى الصلاة
- ٥٩٠ فى ما يكره فى الصلاة
- ٥٩٤ الشرط الرابع. المكان
- ٥٩٤ اشارة
- ٥٩٤ فى المراد بالمكان و طاهريته
- ٥٩٩ فى فضل المساجد و كيفيه اتخاذها و آدابها و ما يكره و ما يستحب فيها
- ٦٢٠ فى ما تكره الصلاة فيها
- ٦٣٠ فى تقدم المرأة على الرجل
- ٦٣٢ فى ما يجوز السجود عليه
- ٦٣٨ الشرط الخامس. طهاره البدن من الحدث و الخبث
- ٦٣٨ الشرط السادس. ترك الكلام
- ٦٣٨ اشارة
- ٦٤٠ فى معنى الكلام
- ٦٤٦ فى الفعل الكثير
- ٦٤٧ فى السكوت الطويل و البكاء و القهقهه
- ٦٥١ فى التطبيق و التكتف
- ٦٥٣ فى الأكل و الشرب
- ٦٥٦ الشرط السابع. الإسلام
- ٦٥٦ فى تكليف الكفار
- ٦٥٨ فى تمرين الصبي على الصلاة

٦٦٠	الفصل الثالث. في كيفية الصلاة
٦٦٠	اشاره
٦٦٠	في الأذان و الإقامه
٦٦٠	في استحبابهما
٦٦٢	في كيفيتهما
٦٦٤	في استحبابهما في الخمس
٦٦٩	في ما لو نسيهما
٦٧٠	في ما يسقطان أو يسقط الأذان فقط
٦٨١	في استحباب رفع الصوت بهما للرجل
٦٨٦	في استحباب الفصل بينهما
٦٨٨	في كراهه الكلام في خلالهما
٦٩٠	في ما يستحب فيهما
٦٩٥	في القيام و أحكامه
٧٠٤	في النيه
٧٠٨	في تكبيره الإحرام
٧١٣	في القراءة
٧١٣	في الركعتين الأولتين و الثانيتين
٧٢٠	في الجهر بالقراءه
٧٢٤	في مستحبات القراءه
٧٣٠	في تحريم قراءه العزيمه في الفريضه
٧٣٢	في الجهر بالقراءه في نوافل الليل
٧٤٠	في أن الضحى و أ لم نشرح واحده و كذا الفيل و الإيلاف
٧٤٤	في الركوع
٧٤٤	في حد الركوع
٧٤٦	في ذكر الركوع
٧٥٤	في مستحبات الركوع

٧٥٨	في السجده
٧٥٨	في كيفية السجده
٧٦٣	في ما يستحب في السجده
٧٦٧	في التشهد
٧٧١	في السلام
٧٧١	اشاره
٧٧٢	في عبارات السلام
٧٧٦	في ما يستحب في السلام
٧٨٠	الفصل الرابع. في باقي مستحبات الصلاه
٧٨٠	اشاره
٧٨٠	في مستحبات تكبيره الإحرام
٧٨٨	في مستحبات التشهد
٧٨٩	في مستحبات القيام و الركوع
٧٩١	في القنوت
٨٠١	في التعقيب
٨١٠	في سجدتي الشكر
٨١٦	الفصل الخامس. في التروك
٨١٦	اشاره
٨١٦	في التأمين
٨٢١	في ترك الواجب عمدا
٨٣٣	في ركنيه القيام
٨٣٨	في حرمه قطع الصلاه
٨٤٠	في ما يجوز في الصلاه و ما يكره من الأعمال
٨٤٥	في ما يختص بالمرأه من الأعمال في الصلاه
٨٤٩	الفصل السادس. في بقيه الصلوات
٨٤٩	اشاره

- ٨٤٩ فى صلاه الجمعه
- ٨٤٩ فى كيفيتها
- ٨٦١ فى بلاغه الخطيب
- ٨٦٢ فى من تنعقد به الجمعه
- ٨٧١ فى عدد من تنعقد بهم الجمعه
- ٨٧٨ فى من تسقط الجمعه عنهم
- ٨٨٦ فى نافله يوم الجمعه
- ٨٨٩ فى من تأخر عن الإمام فى الصلاه
- ٨٩٢ فى صلاه العيدين
- ٨٩٢ فى شروطها و كيفيتها
- ٨٩٧ فى إتيانها فرادى
- ٩٠٠ فى عدم قضائها
- ٩٠٢ فى الاصحار بها
- ٩٠٣ فى كراهه التنفل قبلها و ما يستحب بعدها
- ٩٠٧ فى ما لو اتفق عيد و جمعه
- ٩١٠ فى صلاه الآيات
- ٩١٠ اشاره
- ٩١٠ فى سببها
- ٩١٤ فى كيفيتها
- ٩٢٣ فى ما لو جامع صلاه الآيات الحاضره
- ٩٢٥ فى ما لو فاتت هذه الصلاه
- ٩٣٠ فى الأغسال المسنونه
- ٩٣٠ فى غسل الجمعه
- ٩٣٣ فى باقى الأغسال المسنونه
- ٩٤٥ فى الصلاه المنذوره و شبهها
- ٩٤٧ فى صلاه النيايه بإجاره

٩٤٨	في صلاة الاستسقاء
٩٥٥	في نافله شهر رمضان
٩٥٩	في نافله الزياره
٩٥٩	في صلاة الاستخاره
٩٦٤	في صلاة الشكر و باقي الصلوات المندوبه
٩٦٨	في النوافل المطلقه
٩٦٩	الفصل السابع في بيان أحكام الخلل
٩٦٩	اشاره
٩٦٩	في العمد و السهو
٩٧٥	في ما لو كان الشك في محله
٩٨٠	في ما يقضى بعد إكمال الصلاة
٩٨٦	في سجدة السهو
٩٩٩	في الشكيات
٩٩٩	في الشك في عدد الثنائيه أو الثلاثيه
١٠٠٦	في الصور الصحيحه
١٠١٣	مسائل سبع
١٠١٣	اشاره
١٠١٣	الأولى لو غلب على ظنه بعد التروى أحد طرفي ما شك فيه
١٠٢٦	الثانيه. حكم الصدوق في الشك بين الاثنتين و الأربع بالبطلان
١٠٢٨	الثالثه. أوجب الصدوق الاحتياط بركعتين جالسا لو شك في المغرب بين الاثنتين و الثلاث
١٠٣١	الرابعه. خیر ابن الجنيد الشاك بين الثلاث و الأربع بين البناء على الأقل و لا احتياط
١٠٣٣	الخامسه. قال علي بن بابويه في الشك بين الاثنتين و الثلاث: إن ذهب الوهم إلى الثالثه أتمها رابعه
١٠٣٧	السادسه. لا حكم للسهو مع الكثره و لا للسهو في السهو و لا لسهو الإمام
١٠٤٧	السابعه. أوجب ابنا بابويه سجدة السهو على من شك بين الثلاث و الأربع و ظن الأكثر
١٠٤٩	الفصل الثامن. في القضاء
١٠٤٩	اشاره

- ١٠٤٩ ----- فى موارد وجوب القضاء
- ١٠٥٤ ----- فى الترتيب بحسب الفوات
- ١٠٤٨ ----- فى ما لو جهل عين الفائته
- ١٠٧٠ ----- فى ما يقضى المرتد و فاقد الطهورين
- ١٠٧٣ ----- فى إعادة العارى إذا صلى كذلك
- ١٠٧٣ ----- فى استحباب قضاء النوافل الراتبه
- ١٠٧٥ ----- فى القضاء عن الميت
- ١٠٧٩ ----- فى ما لو نسى عدد القضاء
- ١٠٨١ ----- فى العدول إلى السابق
- ١٠٨٤ ----- مسائل
- ١٠٨٤ ----- اشاره
- ١٠٨٤ ----- الأولى. ذهب المرتضى و ابن الجنيد و سلار إلى وجوب تأخير أولى الأعذار إلى آخر الوقت
- ١٠٨٦ ----- الثانيه. المروى فى المبطن
- ١٠٩١ ----- الثالثه. يستحبّ تعجيل القضاء
- ١٠٩٧ ----- الفصل التاسع. فى صلاه الخوف
- ١٠٩٧ ----- اشاره
- ١٠٩٧ ----- فى كونها مقصوره
- ١١٠١ ----- فى كفيّتها
- ١١١٢ ----- الفصل العاشر. فى صلاه المسافر
- ١١١٢ ----- اشاره
- ١١١٢ ----- فى شرط قصد المسافه
- ١١٢٠ ----- فى أن لا يقطع السفر بمروره على منزله
- ١١٢٧ ----- فى شرط عدم مضى ثلاثين يوما
- ١١٢٨ ----- فى شرط أن لا يكثر سفره
- ١١٣٣ ----- فى شرط ألا يكون سفره معصيه
- ١١٣٧ ----- فى شرط توارى عن جدران بلده

١١٤٠	في مواضع التخيير
١١٤٤	في ما لو دخل عليه الوقت حاضرا
١١٤٧	في استحباب جبر كل مقصوره
١١٤٨	الفصل الحادى عشر. في الجماعه
١١٤٨	في استحبابها في الفريضة
١١٥٢	في وجوبها في مواضع و حرمتها في مواضع
١١٥٧	في شرائط الإمام
١١٧٠	في إمامه المرأه و الخنثى
١١٧٠	في الحائل بين الإمام و المأموم
١١٧٤	في القراءه خلف الإمام
١١٧٩	في تعيين الإمام
١١٨٠	في قطع النافله
١١٨٢	في ما لو أدرك الإمام بعد الركوع أو السجود
١١٨٦	في المتابعه
١١٨٨	في إسماع الإمام من خلفه
١١٨٩	في أن يأتي كل من الحاضر و المسافر بصاحبه
١١٩٢	في ما لو عرض للإمام شيء
١١٩٤	في ما لو تبين عدم الأهليه من الإمام
١١٩٨	في لو عرض للإمام مخرج
١١٩٩	في الصلاه خلف من لا يقتدى به
١٢٠٢	في من لا يؤم غيره و من يقدم على غيره و من يكره إمامته
١٢١١	المجلد ٣
١٢١١	اشاره
١٢١٢	اشاره
١٢١٨	كتاب الزكاه و فصوله أربعه
١٢١٨	اشاره

١٢١٨	الفصل الأول في زكاة المال
١٢١٨	في من تجب عليه زكاة المال
١٢٢٢	في ما تجب فيه الزكاة
١٢٢٧	في ما يستحب فيه الزكاة
١٢٣٠	في نُصَب الإبل
١٢٣٤	في نصاب البقر
١٢٣٥	في نصاب الغنم
١٢٣٦	في ما نقص عن النصاب
١٢٣٧	في اشتراط السوم
١٢٣٩	في اشتراط الحول
١٢٤٠	في حول السخال
١٢٤٣	في ما لو ثلم النصاب قبل الحول
١٢٤٥	في ما يجزئ عن غيره و ما لا يجزئ
١٢٤٩	و أما النقدان
١٢٤٩	اشاره
١٢٤٩	في شروط النقدين
١٢٥٠	في نصاب الذهب
١٢٥٢	في نصاب الفضة
١٢٥٣	في المخرج في النقدين
١٢٥٤	و أما الغلات الأربع
١٢٥٤	اشاره
١٢٥٤	في شرط الغلات
١٢٥٥	في نصاب الغلات
١٢٥٧	في المخرج من النصاب
١٢٦١	الفصل الثاني في استحباب زكاة التجاره
١٢٦١	اشاره

- ١٢٤١ فى شرط الاستحباب
- ١٢٤٣ فى حكم باقى أجناس الزرع
- ١٢٤٤ فى عدم جواز تأخير الدفع
- ١٢٤٦ فى عدم جواز تقديم الدفع
- ١٢٤٧ فى عدم جواز نقلها عن بلد المال
- ١٢٧١ الفصل الثالث. فى المستحق
- ١٢٧١ اشاره
- ١٢٧١ فى المسكين و الفقير
- ١٢٧٦ فى الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا
- ١٢٧٧ فى المؤلفه قلوبهم
- ١٢٧٩ فى الرقاب
- ١٢٨١ فى الغارمين
- ١٢٨٤ فى سبيل الله
- ١٢٨٥ فى ابن السبيل
- ١٢٨٦ فى اشترط العدالة فى الأصناف
- ١٢٨٨ فى إعاده المخالف زكاته
- ١٢٩٠ فى أنه يشترط فى المستحق أن لا يكون واجب النفيه
- ١٢٩١ فى الدفع إلى الإمام مع الطلب
- ١٢٩٢ فى تصديق المالك
- ١٢٩٣ فى استحباب قسمتها على الأصناف
- ١٢٩٥ فى أقل ما يعطى المستحق
- ١٢٩٦ فى استحباب دعاء الإمام
- ١٢٩٧ فى أنه مع الغيبه لا ساعى و لا مؤلفه
- ١٢٩٨ فى اختصاص زكاه النعم بالمتجمل
- ١٢٩٩ الفصل الرابع فى زكاه الفطره
- ١٢٩٩ اشاره

- ١٢٩٩ ----- فى من يجب عليه
- ١٣٠٥ ----- فى قدرها
- ١٣٠٨ ----- فى وجوب النيه فيها
- ١٣١٠ ----- فى استحباب أن لا يقصر العطاء للواحد عن صاع
- ١٣١١ ----- فى ما لو بان الآخذ غير مستحق
- ١٣١٤ ----- كتاب الخمس و يجب فى سبعة
- ١٣١٤ ----- اشاره
- ١٣١٦ ----- الأول. الغنيمه
- ١٣١٨ ----- الثانى: المعدن
- ١٣١٨ ----- الثالث. الغوص
- ١٣١٩ ----- الرابع. أرباح المكاسب
- ١٣٢٠ ----- الخامس. الحلال المختلط بالحرام
- ١٣٢٣ ----- السادس. الكنز
- ١٣٢٦ ----- السابع. أرض الذمى المنتقله إليه من مسلم
- ١٣٢٨ ----- فى وجوب الخمس فى الميراث، و الصدقه، و الهبه
- ١٣٣٠ ----- فى النصاب فى الغنيمه
- ١٣٣٢ ----- فى أن وجوب الخمس فى الأرباح بعد إخراج المئونه
- ١٣٣٦ ----- فى تقسيم الخمس سته أقسام
- ١٣٣٧ ----- فى سهم الإمام ع
- ١٣٤٥ ----- فى الثلاثه الباقيه
- ١٣٤٨ ----- فى الأنفال
- ١٣٥٤ ----- كتاب الصوم
- ١٣٥٤ ----- اشاره
- ١٣٥٦ ----- فى معنى الصوم
- ١٣٦١ ----- فى قضاء الصوم مع الكفار لو تعمد الإخلال
- ١٣٦٣ ----- فى القضاء بلا كفاره

- ١٣٧٧ ----- فى تكزر الكفاره
- ١٣٧٩ ----- فى تحمل الزوج عن الزوجه المكرهه
- ١٣٨٠ ----- فى شروط الصوم
- ١٣٨٥ ----- فى تمرين الصبى
- ١٣٨٧ ----- فى المريض
- ١٣٨٧ ----- فى النيه
- ١٣٩١ ----- فى اشتراط التعيين
- ١٣٩٣ ----- فى إثبات الهلال
- ١٤٠٠ ----- فى زمان الكف
- ١٤٠١ ----- فى من يجب عليه القضاء
- ١٤٠٣ ----- مسائل
- ١٤٠٣ ----- اشاره
- ١٤٠٣ ----- الأولى. من نسى غسل الجنابه قضى الصلاه و الصوم فى الأشهر
- ١٤٠٨ ----- الثانيه. الكفاره فى شهر رمضان
- ١٤١٠ ----- الثالثه. لو استمر المرض إلى رمضان آخر
- ١٤١٣ ----- الرابعه. إذا تمكن من القضاء ثم مات، قضى عنه أكبر ولده
- ١٤١٧ ----- الخامسه. لو صام المسافر حيث يجب عليه القصر
- ١٤٢٠ ----- السادسه. الشيخان إذا عجزا عن الصوم
- ١٤٢٣ ----- السابعه. الحامل المقرب، و المرضعه القليله اللبن
- ١٤٢٦ ----- الثامنه. يجب تتابع الصوم الواجب إلا أربعه
- ١٤٣١ ----- التاسعه. لا يفسد الصيام بمص الخاتم
- ١٤٣٦ ----- العاشره. يستحب من الصوم على الخصوص فى مواضع
- ١٤٤١ ----- الحاديه عشره - يستحب الإمساك فى المسافر و المريض بزوال عذرهما
- ١٤٤٣ ----- الثانيه عشره - لا يصوم الضيف بدون إذن مضيفه
- ١٤٤٤ ----- الثالثه عشره - يحرم صوم العيدين
- ١٤٥٠ ----- الرابعه عشره - يعزّر من أفطر فى شهر رمضان عامدا عالما

١٤٥٢	الخامسه عشره - البلوغ الذى يجب معه العباده الاحتلام
١٤٥٦	كتاب الاعتكاف
١٤٥٦	اشاره
١٤٥٨	فى استحبابه
١٤٥٩	فى اشتراط الصوم فيه و مدته و مكانه
١٤٦١	فى اشتراط الإقامه بمعتكفه
١٤٦٥	فى وجوبه بالنذر و شبهه و مضى يومين
١٤٦٧	فى جواز الاشتراط فى ابتدائه
١٤٦٩	فى ما يحرم عليه و ما يفسده
١٤٧٦	كتاب الحج و فيه فصول
١٤٧٦	اشاره
١٤٧٨	الفصل الأول. فى شرائطه و أسبابه
١٤٧٨	القول فى المقدمات
١٤٧٨	اشاره
١٤٧٨	فى الاستطاعه
١٤٨١	فى استحباب تكراره
١٤٨١	فى شرط وجوبه
١٤٨٥	فى شرط صحته
١٤٩٠	فى الحج البدلى
١٤٩٤	فى وجوب استنابه الممنوع
١٤٩٧	فى أنه لا يشترط فى المرأة مصاحبه المحرم
١٤٩٨	فى أنه يكفى ظن السلامه
١٥٠٠	فى الحج متسكعا
١٥٠٣	فى من مات بعد الإحرام، و دخول الحرم
١٥٠٧	فى ما لو حج مسلما ثم ارتد
١٥٠٩	فى ما لو حج مخالفا، ثم استبصر

- ١٥١٢ القول في حج الأسباب
- ١٥١٢ اشاره
- ١٥١٢ في ما لو نذر الحج
- ١٥١٨ في ما لو نذر الحج ماشيا
- ١٥٢٣ في ما يشترط في النائب
- ١٥٢٩ في أنه يجب على الأجير الإتيان بما شرط عليه
- ١٥٣٢ في أنه لا يحج عن اثنين في عام
- ١٥٣٤ في النيابة في أبعاض الحج
- ١٥٣٦ في أنه كفاره الإحرام في مال الأجير
- ١٥٣٨ في أنه يستحب للأجير إعادته فاضل الأجره
- ١٥٣٩ في أنه يشترط علم الأجير بالمناسك
- ١٥٤٠ في الوصيه بالحج
- ١٥٤١ في أنه لو عين القدر و النائب تعيينا
- ١٥٤٤ في أنه لو عين لكل سنه قدرا
- ١٥٤٥ في الودعي العالم بامتناع الوارث
- ١٥٤٩ الفصل الثاني: في أنواع الحج
- ١٥٤٩ اشاره
- ١٥٤٩ في الحج التمتع
- ١٥٥٣ في القران و الأفراد
- ١٥٥٤ في ما لو أطلق الناذر تغييره
- ١٥٥٩ في أنه لا يقع الإحرام بالحج إلا في أشهر الحج
- ١٥٦٠ في أنه يشترط في التمتع جمع الحج و العمرة لعام واحد
- ١٥٦١ في الإحرام بالحج للتمتع
- ١٥٦٣ في أنه يشترط في حج الأفراد أمور
- ١٥٦٦ يشترط في القران أمور
- ١٥٦٨ مسائل

١٥٤٨	اشاره
١٥٤٨	الأولى. يجوز لمن حج ندبا مفردا العدول إلى عمره التمتع
١٥٧٢	الثانية. يجوز للقارن و المفرد إذا دخلا مكة الطواف و السعى
١٥٧٥	الثالثة. لو بعد المكي عن الميقات ثم حج على ميقات
١٥٧٩	الرابعة. لا يجوز الجمع بين الحج و العمره بنيه واحده
١٥٨٢	الفصل الثالث - في المواقيت
١٥٨٢	اشاره
١٥٨٢	في الإحرام قبل الميقات
١٥٨٥	في أنه لا يجوز أن يتجاوز الميقات بغير إحرام
١٥٨٨	في أن المواقيت ستة
١٥٩١	في ميقات حج التمتع و الأفراد
١٥٩٣	في أن كل من حج على ميقات فهو له
١٥٩٤	في أنه لو حج على غير ميقات
١٥٩٥	الفصل الرابع: في أفعال العمره
١٥٩٥	اشاره
١٥٩٥	في عدد أعمالها
١٥٩٨	القول في الإحرام
١٥٩٨	اشاره
١٥٩٨	في مستحبات الإحرام
١٦٠٤	في ما يجب في الإحرام
١٦٢٠	في ما يكره في الإحرام
١٦٢٣	في التروك المحزومه
١٦٢٣	في حرمه الصيد
١٦٢٥	في حرمه النساء و الاستمناء لبس المخيط و عقد الرداء
١٦٢٧	في حرمه الطيب
١٦٣١	في حرمه الاكتمال و الادهان و الجدال و الفسوق و النظر في المرأه و إخراج الدم

- ١٦٣٦ ----- فى حرمه قلع الضرس و إزاله الشعر
- ١٦٣٨ ----- فى حرمه تغطيه الرأس للرجل و ستر الوجه للمرأة
- ١٦٤٢ ----- فى حرمه التختم للزينه و لبس الحلى و لبس الخفين و التظليل و لبس السلاح
- ١٦٤٧ ----- فى حرمه قطع شجر الحرم و حشيشه و قطع هوام الجسد
- ١٦٥١ ----- القول فى الطواف
- ١٦٥١ ----- فى ما يشترط فى الطواف
- ١٦٥٤ ----- فى واجبات الطواف
- ١٦٦١ ----- فى ركعتى الطواف
- ١٦٦٢ ----- فى وجوب تواصل أربعه أشواط
- ١٦٧٠ ----- فى سنن الطواف
- ١٦٧٦ ----- فى استلام الحجر و تقبيله
- ١٦٧٨ ----- فى استلام الأركان و المستجار و باقى المستحبات
- ١٦٨٢ ----- مسائل:
- ١٦٨٢ ----- اشاره
- ١٦٨٢ ----- الأولى كل طواف واجب ركن
- ١٦٨٧ ----- الثانية يجوز تقديم طواف الحج و سعيه للمفرد
- ١٦٩٠ ----- الثالثة يحرم لبس البرطله فى الطواف
- ١٦٩١ ----- الرابعه روى عن على (ع) فى امرأه نذرت الطواف على أربع
- ١٦٩٢ ----- الخامسه يستحب إكثار الطواف
- ١٦٩٤ ----- السادسه: القران فى الطواف الواجب مبطل
- ١٦٩٥ ----- القول فى السعى و التقصير - و مقدماته
- ١٦٩٥ ----- فى مقدماته السعى
- ١٦٩٩ ----- فى واجبات السعى
- ١٧٠٣ ----- فى أنّ السعى ركن
- ١٧٠٦ ----- فى قطع السعى
- ١٧٠٨ ----- فى التقصير

- ١٧١٢ ----- فى استحباب التشبه بالمحرمين بعد التقصير
- ١٧١٣ ----- الفصل الخامس - فى أفعال الحج
- ١٧١٣ ----- اشاره
- ١٧١٣ ----- القول فى إحرام الحج
- ١٧١٦ ----- فى الوقوف بعرفة
- ١٧٢٣ ----- فى الوقوف بالمشعر
- ١٧٢٧ ----- مسائل:
- ١٧٢٧ ----- اشاره
- ١٧٢٧ ----- كل من الموقفين ركن
- ١٧٣٩ ----- يجوز الإفاضه قبل الفجر للمرأة و الخائف
- ١٧٣٩ ----- حد المشعر
- ١٧٤١ ----- يستحب التقاط حصى الجمار من المشعر
- ١٧٤٣ ----- القول فى مناسك منى
- ١٧٤٣ ----- فى رمى جمره العقبه
- ١٧٥٥ ----- فى الذبح
- ١٧٥٥ ----- فى ما يذبح
- ١٧٦٣ ----- فى نيه الذبح
- ١٧٦٥ ----- فى تقسيم الهدى
- ١٧٦٨ ----- فى استحباب نحر الإبل قائمه
- ١٧٧٠ ----- فى ما لو وجد الثمن دونه
- ١٧٧٢ ----- فى الصوم بدل الهدى
- ١٧٧٦ ----- فى أنه يجزئ الهدى الواحد إلا عن واحد
- ١٧٧٨ ----- فى أنّ الهدى من صلب المال
- ١٧٧٩ ----- فى محل الذبح
- ١٧٨٧ ----- فى الأضحيه
- ١٧٩٠ ----- فى الحلق

- ١٧٩٤ فى تقديم مناسك منى على طواف الحج
- ١٧٩٧ بالحلق يتحلل من كل ما حزم إلا من النساء و الطيب و الصيد
- ١٨٠٠ يكره له لبس المخيط قبل طواف الزيارة
- ١٨٠١ القول فى العود إلى مكة للطوافين و السعى
- ١٨٠١ اشاره
- ١٨٠١ فى أنه يستحب تعجيل العود من يوم النحر
- ١٨٠٣ فى كيفية أعمال مكة
- ١٨٠٤ القول فى العود إلى منى
- ١٨٠٤ فى أعمال منى بعد مكة
- ١٨٠٦ فى ما لو بات بغير منى
- ١٨٠٩ فى الترتيب بين الجمرات
- ١٨١١ فى ما لو نسى رمى جمره
- ١٨١٣ فى يستحب استحباب رمى الجمره الأولى عن يمينه
- ١٨١٣ فى النفر من منى
- ١٨١٦ فى وقت الرمى
- ١٨١٩ فى مستحبات مكة
- ١٨٢٦ فى الصدقه بعد الأعمال
- ١٨٢٧ فى العزم على العود
- ١٨٢٧ فى الإكثار من الصلاة بمسجد الخيف
- ١٨٢٩ فى حرمه إخراج من التجأ إلى الحرم بعد الجنايه
- ١٨٣٠ الفصل السادس: فى كفارات الإحرام
- ١٨٣٠ اشاره
- ١٨٣٠ البحث الأول - فى كفاره الصيد
- ١٨٣٠ اشاره
- ١٨٣٠ فى النعمه
- ١٨٣٥ فى بقره الوحش و حماره بقره

- ١٨٣٧ ----- فى الطيبى و الثعلب و الأرنب
- ١٨٣٩ ----- فى كسر بيض النعام
- ١٨٤٢ ----- فى كسر كل بيضه من القطا
- ١٨٤٤ ----- فى الحمامه و فى فرخها
- ١٨٥١ ----- فى كل واحد من القطا و الحجل و الدراج
- ١٨٥٣ ----- فى كل من القنفذ و الضب و اليربوع و القبره و الجراده و القمله
- ١٨٥٥ ----- فى لو نفر حمام الحرم
- ١٨٥٧ ----- فى ما لو أغلق على حمام و فراخ و بيض
- ١٨٦٠ ----- فى كسر قرنى الغزال
- ١٨٦٠ ----- فى أنه لا يدخل الصيد فى ملك المحرم
- ١٨٦٢ ----- فى من نتف ريشه من حمام الحرم
- ١٨٦٤ ----- فى محل جزاء الصيد
- ١٨٦٤ ----- البحث الثانى: فى كفاره باقى المحرمات
- ١٨٦٤ ----- اشاره
- ١٨٦٤ ----- فى الوطء
- ١٨٧٤ ----- فى ما لو نظر إلى أجنبيه فأمنى
- ١٨٧٦ ----- فى الاستمنا
- ١٨٧٦ ----- فى العقد
- ١٨٨٠ ----- فى لبس المخيط و الخفين و فى الطيب و قص الأظفار و قلع شجر الحرم
- ١٨٨٥ ----- فى الطيب و قلع الضرس و نتف الإبط و الجدال و الشجر
- ١٨٩١ ----- فى ما لو عجز عن الشاه فى كفاره الصيد
- ١٨٩٤ ----- فى تكرر الكفارات بتكرر الصيد عمداً أو سهواً
- ١٨٩٥ ----- فى تكرر اللبس للمخيط فى مجالس
- ١٨٩٥ ----- فى تكرر الحلق فى أوقات
- ١٨٩٧ ----- فى أنه لا كفاره على الجاهل و الناسى فى غير الصيد
- ١٨٩٩ ----- الفصل السابع: فى الإحصار و الصد

١٨٩٩	اشاره
١٨٩٩	فى معنى الحصر الصد
١٩٠٣	فى ما أحصر الحاج بالمرض عن الموقفين
١٩١٤	فى من صدّ بالعدو
١٩١٨	خاتمه:
١٩١٨	تجب العمره على المستطيع بشروط الحج
١٩٢٢	فى تأخير العمره للقارن و المفرد
١٩٢٣	فى استحباب العمره فى كل شهر
١٩٢٧	كتاب الجهاد
١٩٢٧	اشاره
١٩٢٩	هنا مقدمات
١٩٢٩	فى أقسام الجهاد
١٩٣٠	فى الوجوب الكفائى
١٩٣٢	فى شرط وجود الإمام العادل
١٩٣٤	فى شرط وجوبه
١٩٣٨	فى المقام فى بلد المشرك
١٩٤٠	فى أنّ للأبوين منع الولد من الجهاد و المدين المديون
١٩٤٣	فى الرباط
١٩٤٧	هنا فصول
١٩٤٧	اشاره
١٩٤٧	الفصل الأول فى من يجب قتاله
١٩٤٧	اشاره
١٩٤٧	فى قتال الحربى الكتابى
١٩٥٦	فى أنه يبدأ بقتال الأقرب
١٩٥٦	فى الفرار من الحرب
١٩٥٩	فى المحاربه بطريق الفتح

- ١٩٤٣ فى ما يكره فى القتال
- ١٩٤٤ فى موارد المسلم
- ١٩٤٥ الفصل الثانى - فى تروك القتال
- ١٩٤٥ اشاره
- ١٩٤٥ الأول الأمان
- ١٩٤٩ الثانى النزول على حكم الإمام
- ١٩٧٠ الثالث، و الرابع - الإسلام و بذل الجزية
- ١٩٧٢ الخامس - المهادنة
- ١٩٧٤ الفصل الثالث - فى الغنيمه
- ١٩٧٤ اشاره
- ١٩٧٤ فى النساء و الأطفال
- ١٩٧٧ فى الأسير
- ١٩٧٩ فى ما لا ينقل و لا يحوّل
- ١٩٨١ فى ما يصطفيه الإمام لنفسه
- ١٩٨٢ فى التقسيم بين المقاتله و من حضر
- ١٩٨٤ فى الذين لا سهم لهم
- ١٩٨٥ الفصل الرابع - فى أحكام البغاه
- ١٩٨٥ اشاره
- ١٩٨٥ فى حكمهم
- ١٩٩٠ فى عدم قسمه أموالهم مطلقا
- ١٩٩١ الفصل الخامس - فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر
- ١٩٩١ اشاره
- ١٩٩١ فى تعريفهما و وجوبهما
- ١٩٩٤ فى أنّ وجوبهما على الكفايه
- ١٩٩٧ فى شرط وجوبهما
- ١٩٩٩ فى مراتبهما

- ٢٠٠٤ فى إقامة الحدود
- ٢٠٠٦ فى وجوب الترافع إلى الفقهاء
- ٢٠٠٦ فى جواز إقامة الحد للزوج على زوجته و السيد على عبده
- ٢٠٠٩ فى ما لو اضطره السلطان إلى إقامة حد
- ٢٠١٠ المجلد ٤
- ٢٠١٠ اشاره
- ٢٠١١ اشاره
- ٢٠١٧ كتاب الكفارات
- ٢٠١٧ اشاره
- ٢٠١٧ فى الكفارات المرتبه
- ٢٠١٩ فى الكفارات المختيره
- ٢٠٢٢ فى المرتبه و المختيره
- ٢٠٢٥ فى جز المرأة شعرها فى المصاب
- ٢٠٢٦ فى نتف المرأة شعرها أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه
- ٢٠٢٨ فى من تزوج امرأة فى عدتها
- ٢٠٣٠ فى من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل
- ٢٠٣٣ فى كفاره ضرب العبد فوق الحد
- ٢٠٣٣ فى كفاره الإيلاء و فى تعين العتق فى المرتبه بوجدان الرقيه
- ٢٠٤٢ فى العجز عن العتق فى المرتبه
- ٢٠٤٥ فى من عجز عن الصيام فى المرتبه
- ٢٠٥١ فى من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما
- ٢٠٥٤ كتاب النذر و توابعه
- ٢٠٥٤ اشاره
- ٢٠٥٦ فى شرط النادر
- ٢٠٦٣ فى صيغه النذر
- ٢٠٦٤ فى ضابط النذر

- ٢٠٦٦ فى الاحتياج إلى اللفظ
- ٢٠٦٧ فى انعقاد التبرع بالنذر
- ٢٠٦٨ فى كون الجزاء طاعه
- ٢٠٦٩ فى كون الشرط سائغا
- ٢٠٧١ فى أن العهد كالنذر
- ٢٠٧١ فى معنى اليمين
- ٢٠٧٦ فى ما لا ينعقد اليمين به
- ٢٠٧٩ فى التعليق على مشيئته الغير
- ٢٠٨٠ فى أن متعلق اليمين كمتعلق النذر
- ٢٠٨٨ كتاب القضاء
- ٢٠٨٨ اشاره
- ٢٠٩٠ القول فى المقدمات
- ٢٠٩٠ فى وجوب القضاء و القاضى
- ٢٠٩٩ فى من عدل إلى قضاء الجور
- ٢١٠٠ فى ثبوت ولاية القاضى
- ٢١٠٠ فى صفات القاضى
- ٢١٠٢ فى قاضى التحكيم
- ٢١٠٥ فى ارتزاق القاضى من بيت المال
- ٢١٠٧ فى المرتزقه من بيت المال
- ٢١٠٧ فى وجوب التسويه بين الخصمين
- ٢١٠٩ فى أنه إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه
- ٢١١٠ فى حرمه الرشوه
- ٢١١١ فى حرمه تلقين أحد الخصمين حجته
- ٢١١٣ فى استحباب ترغيبهما فى الصلح
- ٢١١٤ القول فى كيفية الحكم
- ٢١١٤ اشاره

- ٢١١٤ ----- فى المدعى
- ٢١١٥ ----- فى المنكر
- ٢١٢٢ ----- فى جواب المدعى عليه
- ٢١٢٣ ----- فى ما لو التمس المدعى من الحاكم كتابه إقراره
- ٢١٢٥ ----- فى ما تثبت به الدعوى
- ٢١٢٧ ----- فى الإنكار
- ٢١٣٠ ----- فى أنه لا تسمع البينه من المدعى بعد حلف المنكر
- ٢١٣١ ----- فى أنه إن لم يحلف المدعى عليه و ردّ اليمين
- ٢١٣٢ ----- فى نكول المنكر
- ٢١٣٧ ----- فى أنه إن عرف الفسق ترك الشاهد
- ٢١٣٨ ----- فى أنه إن ارتاب الحاكم بالشهود
- ٢١٣٨ ----- فى أنه يحرم على الحاكم أن يردّد الشاهد إلا فى حق الله
- ٢١٤٠ ----- فى سكوت المدعى عليه
- ٢١٤١ ----- القول فى اليمين
- ٢١٤١ ----- اشاره
- ٢١٤١ ----- فى أنه لا تنعقد اليمين الموجه للحق إلا بالله تعالى
- ٢١٤٥ ----- فى التغليظ عند اليمين
- ٢١٤٧ ----- فى وعظ الحالف قبل الحلف
- ٢١٤٨ ----- فى الحلف على نفى الاستحقاق
- ٢١٤٩ ----- القول فى الشاهد و اليمين
- ٢١٤٩ ----- اشاره
- ٢١٤٩ ----- فى ما يثبت بشاهد و يمين
- ٢١٥٣ ----- فى ما لا يثبت بالشاهد و اليمين
- ٢١٥٤ ----- فى لو كان المدّعون جماعة
- ٢١٥٥ ----- فى اشتراط شهاده الشاهد أولاً
- ٢١٥٦ ----- فى القضاء على الغائب

- ٢١٥٧ ----- فى وجوب اليمين مع البينه على بقاء الحق فى الشهاده على الطفل و المجنون
- ٢١٥٩ ----- القول فى التعارض
- ٢١٥٩ ----- اشاره
- ٢١٥٩ ----- فى ما لو تداعيا ما فى أيديهما
- ٢١٤٨ ----- فى ما لو تشبثا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف
- ٢١٧٣ ----- القول فى القسمة
- ٢١٧٣ ----- اشاره
- ٢١٧٣ ----- فى معنى القسمة
- ٢١٧٥ ----- فى إجبار الشريك على القسمة
- ٢١٧٩ ----- فى ما لو ظهر غلط فى القسمة
- ٢١٨٢ ----- كتاب الشهادات و فصوله أربعة
- ٢١٨٢ ----- اشاره
- ٢١٨٤ ----- الفصل الأول - الشاهد
- ٢١٨٤ ----- اشاره
- ٢١٨٤ ----- فى شروط الشاهد
- ٢١٨٤ ----- فى البلوغ
- ٢١٨٦ ----- فى العقل و الإسلام
- ٢١٨٩ ----- فى الإيمان و العدالة
- ٢١٩٣ ----- فى طهاره المولد
- ٢١٩٦ ----- فى عدم الشركه بينهما
- ٢١٩٧ ----- فى عدم المولويه بينهما
- ٢١٩٨ ----- فى عدم العداوه الدينويه بينهما
- ٢٢٠٠ ----- فى عدم كثره السهو
- ٢٢٠٣ ----- فى مستند الشهاده
- ٢٢٠٧ ----- فى وجوب التحمل
- ٢٢٠٩ ----- فى وجوب الأداء

٢٢١١	في عدم كفايه الخط
٢٢١١	في نقل جواز الشهاده بقول المدعى
٢٢١٤	الفصل الثاني في تفصيل الحقوق
٢٢١٤	اشاره
٢٢١٤	في ما يثبت بأربعة رجال
٢٢١٦	في ما يثبت برجلين
٢٢٢٢	في ما يثبت برجلين، و رجل و امرأتين، و شاهد و يمين
٢٢٢٤	في ما يثبت بالرجال و النساء و لو منفردات
٢٢٢٩	في ما يثبت بالنساء منضمات إلى الرجال
٢٢٣١	الفصل الثالث في الشهاده على الشهاده
٢٢٣١	اشاره
٢٢٣١	في أنّ محلها حقوق الناس
٢٢٣٣	في ما لو اشتمل الحق على الأمرين
٢٢٣٧	الفصل الرابع في الرجوع عن الشهاده
٢٢٣٧	اشاره
٢٢٣٧	في الرجوع قبل الحكم
٢٢٤١	في لو كانت الشهاده قبل الاستيفاء أو بعده
٢٢٤٣	في ما لو شهدا بطلاق ثم رجعا
٢٢٤٧	في ما لو ثبت تزوير الشهود
٢٢٤٨	كتاب الوقف
٢٢٤٨	اشاره
٢٢٥٠	في تعريفه
٢٢٥١	في لفظه الصريح
٢٢٥٨	في عدم لزومه بدون القبض
٢٢٦٢	في ما يدخل في وقف الحيوان
٢٢٦٢	في عدم جواز الرجوع في الوقف

- ٢٢٤٧ ----- فى الإقباض
- ٢٢٧١ ----- فى شرط الموقوف
- ٢٢٧٥ ----- فى شرط الواقف
- ٢٢٧٩ ----- فى شرط الموقوف عليه
- ٢٢٨٠ ----- فى الوقف على المساجد و القناطر
- ٢٢٨٢ ----- فى المسلمين
- ٢٢٨٣ ----- فى الوقف على الشيعة و الهاشميه
- ٢٢٨٥ ----- هنا مسائل
- ٢٢٨٥ ----- اشاره
- ٢٢٨٥ ----- الأولى نفقه العبد الموقوف و الحيوان على الموقوف عليهم
- ٢٢٨٧ ----- الثانيه. لو وقف فى سبيل الله
- ٢٢٨٨ ----- الثالثه. إذا وقف على أولاده
- ٢٢٩٠ ----- الرابعه. إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه بخراب القريه
- ٢٢٩٢ ----- الخامسه. إذا أجر البطن الأول الوقف ثم انقضوا
- ٢٢٩٥ ----- كتاب العطييه و هى أربعه
- ٢٢٩٥ ----- اشاره
- ٢٢٩٧ ----- الأول. الصدقه
- ٢٢٩٧ ----- اشاره
- ٢٢٩٨ ----- فى الافتقار إلى الإيجاب و القبول و القبول و القربه
- ٢٣٠٠ ----- فى أن مفروضها محرم على بنى هاشم
- ٢٣٠٢ ----- فى أن صدقه السر أفضل
- ٢٣٠٣ ----- الثاني - الهبه
- ٢٣٠٣ ----- فى أحكامها
- ٢٣٠٥ ----- فى أنه لا يشترط فى الإبراء القبول
- ٢٣٠٦ ----- فى أنه يكره تفضيل بعض الولد على بعض
- ٢٣٠٨ ----- فى الرجوع فى الهبه

- ٢٣١٣ فى ما لو وهب أو وقف أو تصدق فى مرض موته
- ٢٣١٣ الثالث - السكنى و توابعها
- ٢٣١٣ اشاره
- ٢٣١٣ فى الإيجاب و القبول و القبض
- ٢٣١٦ فى أنّ كل ما صح وقفه صح إعماره
- ٢٣١٧ الرابع - التحبيس
- ٢٣١٧ اشاره
- ٢٣١٧ فى حكمه
- ٢٣٢٠ فى أنه لو حبس على رجل و لم يعين وقتنا
- ٢٣٢١ كتاب المتاجر
- ٢٣٢١ اشاره
- ٢٣٢٣ فى معنى المتاجر
- ٢٣٢٤ الفصل الأول فى موضوع التجارة
- ٢٣٢٤ فى تقسيم التجارة بالأحكام الأربعة
- ٢٣٢٤ فى الاكتساب المحرم
- ٢٣٢٤ فى التجاره بالأعيان النجسه
- ٢٣٣٥ فى التجاره بآلات اللهو
- ٢٣٣٧ فى بيع السلاح لأعداء الدين
- ٢٣٣٩ فى إجاره المساكن و الحموله للمحرم
- ٢٣٤١ فى عمل الصور المجسمه
- ٢٣٤٢ فى الغناء
- ٢٣٤٦ فى معونه الظالمين بالظلم
- ٢٣٤٩ فى النوح بالباطل
- ٢٣٥٠ فى هجاء المؤمنين
- ٢٣٥١ فى الغيبه
- ٢٣٥٤ فى حفظ كتب الضلال

- ٢٣٥٤ فى تعلم السحر
- ٢٣٥٩ فى الكهانه و القيافه و الشعبده و القمار
- ٢٣٤٧ فى الغش و تدليس الماشطه و تزيبين كل من الرجل و المرأه بما يحرم عليه
- ٢٣٧١ فى الأجره على تغسيل الموتى
- ٢٣٧٣ فى الأجره على الزنا و رشا القاضى
- ٢٣٧٥ فى الأجره على الأذان و الإقامه و القضاء و الأجره على تعلم الواجب
- ٢٣٧٦ فى الاكتساب المكروه
- ٢٣٧٦ فى الصرف و بيع الأقفان و الاحتكار و الذباحه و النساجه
- ٢٣٨٠ فى كسب الصبيان
- ٢٣٨١ فى الاكتساب المباح
- ٢٣٨١ فى الاكتساب الواجب
- ٢٣٨١ الفصل الثانى فى عقد البيع و آدابه
- ٢٣٨١ اشاره
- ٢٣٨١ فى الإيجاب و القبول
- ٢٣٨٥ فى المعطاه
- ٢٣٩٢ فى ألفاظ البيع
- ٢٣٩٧ فى شروط المتعاقدين
- ٢٤٠١ فى اشتراط الملك فى اللزوم
- ٢٤٠٣ فى إجازة المالك و أحكامها
- ٢٤١٢ فى ما لو باع غير المملوك مع ملكه
- ٢٤١٥ فى ما لو باع ما يملك و ما لا يملك
- ٢٤١٨ فى بيع الوكيل
- ٢٤٢٤ فى بيع المصحف
- ٢٤٣٠ هنا مسائل
- ٢٤٣٠ اشاره
- ٢٤٣٠ الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك

- ٢٤٣٣ الثانيه. يشترط فى المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه
- ٢٤٣٩ الثالثه. يشترط فى المبيع أن يكون طلقا
- ٢٤٤٨ الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنايته من بيعه
- ٢٤٥١ الخامسه. يشترط علم الثمن قدرا و جنسا و وصفا
- ٢٤٥٤ السادسه - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون
- ٢٤٥٦ السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا
- ٢٤٦٠ الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف
- ٢٤٦٣ التاسعه - يعتبر ما يراد طمعه و ريحه)
- ٢٤٦٩ العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره
- ٢٤٦٩ الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الأجام مع ضميمه القصب
- ٢٤٧٢ الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز
- ٢٤٧٤ الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه معه
- ٢٤٧٥ القول فى الآداب: و هى أربعه و عشرون
- ٢٤٧٥ اشاره
- ٢٤٧٥ الأول - التفقه فيما يتولاه
- ٢٤٧٧ الثاني - التسويه بين المعاملين فى الإنصاف
- ٢٤٧٧ الثالث - إقاله النادم
- ٢٤٨٠ الرابع - عدم تزيين المتاع
- ٢٤٨٢ الخامس - ذكر العيب
- ٢٤٨٢ السادس - ترك الحلف على البيع و الشراء
- ٢٤٨٢ السابع - المسامحه فيهما
- ٢٤٨٤ الثامن - تكبير المشتري ثلاثا
- ٢٤٨٦ التاسع - أن يقبض ناقصا، و يدفع راجحا
- ٢٤٨٨ العاشر - أن لا يمدح أحدهما سلعتة
- ٢٤٨٨ الحادى عشر - ترك الربح على المؤمنين
- ٢٤٨٨ الثاني عشر - ترك الربح على الموعود بالإحسان

- الثالث عشر - ترك السبق إلى السوق و التأخر فيه - ٢٤٩٠
- الرابع عشر - ترك معامله الأدينين - ٢٤٩٠
- الخامس عشر - ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن - ٢٤٩١
- السادس عشر - ترك الزيادة في السلعة وقت النداء - ٢٤٩٢
- السابع عشر - ترك السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس - ٢٤٩٢
- الثامن عشر - ترك دخول المؤمن في سوم أخيه - ٢٤٩٣
- التاسع عشر - ترك توكل حاضر لباد - ٢٤٩٤
- العشرون - ترك التلقى للركبان - ٢٤٩٥
- الحادي والعشرون - ترك الحكره - ٢٤٩٧
- الثاني والعشرون - ترك الربا في المعدود - ٢٥٠٢
- الثالث والعشرون - ترك نسبة الربح و الوضيعه - ٢٥٠٣
- الرابع والعشرون - ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن - ٢٥٠٣
- الفصل الثالث: في بيع الحيوان - ٢٥٠٦
- اشاره - ٢٥٠٦
- في سبى الإنسان - ٢٥٠٦
- في عدم استقرار ملك للأصول و الفروع - ٢٥٠٩
- في عدم منع الزوجيه من الشراء - ٢٥١٦
- في أنّ الحمل يدخل في بيع الحامل مع الشرط - ٢٥١٦
- في ما لو شرط فسقط قبل القبض - ٢٥١٨
- في جواز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها - ٢٥٢٠
- في تغيير اسم المملوك عند شرائه - ٢٥٢١
- في أنّ العبد لا يملك شيئاً - ٢٥٢٢
- في استبراء الأمه قبل بيعها - ٢٥٢٥
- في كراهه التفرقه بين الطفل و الأم قبل سبع سنين - ٢٥٢٢
- مسائل - ٢٥٢٤
- اشاره - ٢٥٢٤

- الأولى - لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض ٢٥٣٤
- الثانية. لو حدث في الحيوان عيب من غير جهه المشتري ٢٥٣٧
- الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه ٢٥٤٢
- الرابعه - لو اختلف مولى مأذون عن الغير ٢٥٤٧
- الخامسه - لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه ٢٥٥٨
- السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا يجوز شراؤها ٢٥٦٢
- السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيدين ٢٥٦٥
- الفصل الرابع: فى بيع الثمار ٢٥٧٢
- اشاره ٢٥٧٢
- فى عدم جواز بيع الثمره قبل ظهورها ٢٥٧٢
- فى جواز بيعها بعد بدو صلاحها ٢٥٧٦
- فى جواز بيع الخضر بعد انعقادها ٢٥٨٠
- جواز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات ٢٥٨٤
- مسائل ٢٥٨٧
- اشاره ٢٥٨٧
- الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها ٢٥٨٧
- الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما ٢٥٩٣
- الثالثه - يجوز أن يتقبل أحد الشركين حصه صاحبه ٢٥٩٦
- الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه ٢٦٠١
- الفصل الخامس - فى الصرف ٢٦٠٥
- اشاره ٢٦٠٥
- فى معنى الصرف و شرطيه القبض فى المجلس ٢٦٠٥
- فى أنه لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد ٢٦١٢
- فى الأوانى المصوغه من النقدين إذا بيعت بهما ٢٦١٦
- فى حكم تراب الذهب و الفضة عند الصياغه ٢٦١٩
- خاتمه الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين ٢٦٢٠

- ٢٦٢٠ - اشارة
- ٢٦٢٠ - فى الحكم فى الصرف و غيره
- ٢٦٢٣ - فى ما لو كان العيب من الجنس
- ٢٦٣٠ - فى ما لو كان العيب الجنسى فى غير صرف
- ٢٦٣٤ - الفصل السادس: فى السلف
- ٢٦٣٤ - اشارة
- ٢٦٣٤ - فى تعريفه
- ٢٦٣٤ - فى شرطه
- ٢٦٣٧ - فى أن كل ما لا يضبط وصفه يمتنع السلم فيه
- ٢٦٤٠ - فى أنه لا بد قبض الثمن قبل التفريق
- ٢٦٤٢ - فى تقديره المسلم فيه
- ٢٦٤٣ - فى تعيين الأجل
- ٢٦٤٧ - فى كونه عام الوجود عند رأس الأجل
- ٢٦٥١ - فى أن الشهر يحمل على الهلاله
- ٢٦٥١ - فى ما لو شرط تأجيل بعض الثمن
- ٢٦٥٣ - فى ما لو شرط موضع التسليم
- ٢٦٥٦ - فى أنه يجوز اشتراط السائغ فى العقد
- ٢٦٦٠ - فى ما إذا دفع فوق الصفه
- ٢٦٦٥ - الفصل السابع: فى أقسام البيع بالنسبه إلى الإخبار بالثمن
- ٢٦٦٥ - اشارة
- ٢٦٦٦ - أحدها. المساومه
- ٢٦٦٦ - ثانيها. المراجحه
- ٢٦٧٣ - ثالثها - المواضعه
- ٢٦٧٥ - رابعها - التوليه
- ٢٦٧٨ - الفصل الثامن - فى الربا
- ٢٦٧٨ - اشارة

- ٢٦٧٨ فى موردہ
- ٢٦٨٠ فى ضابط الجنس
- ٢٦٨٢ فى ما لا ربا فيه
- ٢٦٩٠ فى أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر
- ٢٦٩٢ فى أنه لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل
- ٢٦٩٤ الفصل التاسع - فى الخيار و هو أربعة عشر قسما -
- ٢٦٩٤ اشارہ
- ٢٦٩٤ الأول - خيار المجلس
- ٢٦٩٩ الثانى - خيار الحيوان
- ٢٧٠٢ الثالث - خيار الشرط
- ٢٧٠٧ الرابع - خيار التأخير
- ٢٧١٠ الخامس - خيار ما يفسد ليومه
- ٢٧١٢ السادس - خيار الرؤيه
- ٢٧١٤ السابع - خيار الغبن
- ٢٧٢٤ الثامن - خيار العيب
- ٢٧٣٨ التاسع - خيار التدليس
- ٢٧٤٤ العاشر - خيار الاشتراط
- ٢٧٥٢ الثانى عشر - خيار تعذر التسليم
- ٢٧٥٣ الثالث عشر - خيار تبعض الصفقه
- ٢٧٥٤ الرابع عشر - خيار التفليس
- ٢٧٥٤ الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمسہ
- ٢٧٥٤ اشارہ
- ٢٧٥٤ الأول - النقد و النسيئہ
- ٢٧٥٤ فى تعريفهما
- ٢٧٥٧ فى أن إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا
- ٢٧٥٩ فى ما لو جعل لحالّ ثمنا، و لمؤجل أزيد منه

- ٢٧٤١ فى ما لو اشتراه البائع نسيئه
- ٢٧٤٤ فى أنه يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع
- ٢٧٤٨ فى أنه لا يجوز تأجيل الحال بزياده فيه
- ٢٧٧٠ الثانى - فى القبض
- ٢٧٧٠ فى أن إطلاق العقد يقتضى قبض العوضين
- ٢٧٧٢ فى أنه يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع
- ٢٧٧٧ فى أنه إن تلف بعضه، أو تعيب
- ٢٧٨٠ فى أنه يكره بيع المكمل و الموزون قبل قبضه
- ٢٧٨٢ فى ما لو ادعى المشتري نقصان المبيع
- ٢٧٨٥ الثالث فيما يدخل فى المبيع
- ٢٧٨٥ اشاره
- ٢٧٨٥ فى أنه يراعى فيه اللغة و العرف
- ٢٧٨٧ فى ما يدخل فى بيع الدار
- ٢٧٨٩ فى ما يدخل فى النخل
- ٢٧٩٣ فى ما يدخل فى بيع القرية
- ٢٧٩٤ الرابع. فى اختلاف البائع و المشتري
- ٢٧٩٤ اشاره
- ٢٧٩٤ فى اختلافهما فى قدر الثمن
- ٢٧٩٧ فى اختلافهما فى تعجيله
- ٢٧٩٨ فى اختلافهما فى تعيين المبيع
- ٢٨٠٠ فى بطلان البيع حيث يتحالفان
- ٢٨٠٢ الخامس - إطلاق الكيل و الوزن ينصرف إلى المعتاد
- ٢٨٠٢ اشاره
- ٢٨٠٢ فى ما لو تعدد الكيل و الوزن
- ٢٨٠٥ فى أنه لا يضمن الدلال
- ٢٨٠٧ خاتمه فى أن لإقاله فسخ لا بيع

٢٨١٠	المجلد ٥
٢٨١٠	اشاره
٢٨١١	اشاره
٢٨١٥	كتاب الدين
٢٨١٥	اشاره
٢٨١٧	القسم الأول القرض
٢٨١٧	اشاره
٢٨١٧	في ثواب القرض
٢٨١٩	في صيغه القرض
٢٨٢٠	في شروط القرض
٢٨٢٧	في قسمه الدين
٢٨٢٨	في بيع الدين
٢٨٣٥	في ما لو باع الذمي ما لا يملكه المسلم ثم قضى منه دين المسلم
٢٨٣٧	في تحلل الدين و عدمه
٢٨٤٠	في قصور التركة عن الغرماء
٢٨٤٦	في منع المفلس من التصرف
٢٨٤٩	في حبس من ادعى الاعسار
٢٨٥٤	في مستثنيات الدين
٢٨٥٦	القسم الثاني - دين العبد
٢٨٥٦	اشاره
٢٨٥٦	في تصرف العبد
٢٨٥٨	في الإذن على التجاره
٢٨٦٠	في ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك
٢٨٦٤	كتاب الرهن
٢٨٦٤	اشاره
٢٨٦٤	في تعريفه

- ٢٨٦٩ - في صيغته -
- ٢٨٧٠ - في شرط الدوام -
- ٢٨٨٢ - في ما لو كان الرهن مشاعا -
- ٢٨٨٣ - الكلام في الشروط -
- ٢٨٨٣ - اشاره -
- ٢٨٨٣ - في كونه عينيا -
- ٢٨٨٧ - في رهن المدبّر -
- ٢٨٨٨ - في رهن الخمر و الخنزير و الحزّ -
- ٢٨٩٠ - في ما لو استعار للرهن -
- ٢٨٩٢ - في ما تلف الرهن -
- ٢٨٩٢ - في رهن الأرض الخراجيه -
- ٢٨٩٤ - في ما لا يصح رهنه -
- ٢٩٠٠ - في شروط المتعاقدين في الرهن -
- ٢٩٠٤ - في رهن الحق -
- ٢٩٠٧ - الكلام في اللواحق يقع في مسائل -
- ٢٩٠٧ - اشاره -
- ٢٩٠٧ - الأولى إذا شرط الوكالة في الرهن -
- ٢٩١٣ - الثانيه - يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه -
- ٢٩١٥ - الثالثه - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه بانتفاع -
- ٢٩١٨ - الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء -
- ٢٩١٩ - الخامسه - لو باع أحدهما بدون الإذن -
- ٢٩٢٥ - السادسه - الرهن لازم من جهه الراهن -
- ٢٩٢٩ - السابعه - يدخل النماء المتجدد في الرهن -
- ٢٩٢٩ - الثامنه - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث -
- ٢٩٣٠ - التاسعه - لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف -
- ٢٩٣٤ - العاشره - لو اختلفا في قدر الحق المرهون به -

- ٢٩٣٧ الحاديه عشر - لو أدى ديننا و عین به رهنا
- ٢٩٣٨ الثانيه عشر - لو اختلفا فيما يباع به الرهن
- ٢٩٤٢ كتاب الحجر
- ٢٩٤٢ اشاره
- ٢٩٤٤ فى أسبابه
- ٢٩٤٥ فى حجر الصغير
- ٢٩٥٠ فى حجر السفیه
- ٢٩٥٤ فى حجر المريض
- ٢٩٤٣ كتاب الضمان
- ٢٩٤٣ اشاره
- ٢٩٤٥ فى تعريفه
- ٢٩٤٦ فى شرط الضامن
- ٢٩٧٣ فى الإيجاب و القبول
- ٢٩٧٦ فى أنه لا عبره بالغريم
- ٢٩٧٨ فى أنه يجوز الضمان حالا، و مؤجلا
- ٢٩٨٣ فى ما لو أنكر المستحق القبض
- ٢٩٨٩ كتاب الحواله
- ٢٩٨٩ اشاره
- ٢٩٩١ فى تعريف الحواله
- ٢٩٩٢ فى اشتراط رضى الثلاثه
- ٢٩٩٩ فى ترامى الحواله
- ٣٠٠٢ فى أنه تصح الحواله بغير جنس الحق
- ٣٠٠٥ فى أنه تصح الحواله بدين
- ٣٠٠٧ فى أنه لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع
- ٣٠١٢ كتاب الكفاله
- ٣٠١٢ اشاره

- ٣٠١٤ فى تعريفها
- ٣٠١٥ فى أنه تصح الكفاله حاله و مؤجله
- ٣٠١٦ فى أنه يبرأ الكفيل بالتسليم
- ٣٠١٩ فى ما لو علق الكفاله بشرط
- ٣٠٢٠ فى أنه تحصل الكفاله بإطلاق الغريم
- ٣٠٢٢ فى ما لو غاب المكفول
- ٣٠٢٣ فى موضع التسليم
- ٣٠٢٧ فى ما لو تكفل اثنان بواحد و بالعكس
- ٣٠٢٩ فى التعبير بالبدن و الرأس و الوجه
- ٣٠٣٢ فى ما لو مات المكفول
- ٣٠٣٤ كتاب الصلح
- ٣٠٣٤ اشاره
- ٣٠٣٦ فى جواز الصلح و لزومه
- ٣٠٤١ فى أنه لا يكون طلبه إقراراً
- ٣٠٤٢ فى ما لو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر
- ٣٠٤٣ فى أنه يصح الصلح على كل من العين و المنفعه
- ٣٠٤٥ فى ما لو ظهر استحقاق العوض المعين
- ٣٠٤٧ فى أنه لا يعتبر فى الصلح على التقدين القبض فى المجلس
- ٣٠٤٧ فى ما لو أئلف عليه ثوبا يساوى درهمين فصالح على أكثر
- ٣٠٥٠ مسائل
- ٣٠٥٠ اشاره
- ٣٠٥١ الأولى - لو كان بيدهما درهمان فادعاهما أحدهما
- ٣٠٥٤ الثانية - يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصلح
- ٣٠٥٨ الثالثه - لو تنازع صاحب السفلى و العلو فى جدار البيت
- ٣٠٦١ الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك
- ٣٠٦٦ الخامسه - لو تنازع راكب الدابه، و قايض لجامها

- السادسه - لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما ٣٠٧٠
- كتاب الشركه ٣٠٧٣
- اشاره ٣٠٧٣
- في معناها و سببها ٣٠٧٥
- في كون الشركه في عين أو منفعه ٣٠٧٧
- في أنّ المعتبر شركه العنان لا الأعمال و لا المفاوضه و لا الوجوه ٣٠٧٧
- في أنّ المشتركين يتساويان في الربح و الخسران ٣٠٨١
- في أنه ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع ٣٠٨٤
- في أنه يكره مشاركه الذمي ٣٠٨٦
- في أنه لو باع الشريكان سلعه شاركه الآخر ٣٠٨٧
- في أنه لو ادعى المشتري من المشتركين شراء شيء لنفسه ٣٠٩٠
- كتاب المضاربه ٣٠٩٣
- اشاره ٣٠٩٣
- في معنى المضاربه ٣٠٩٥
- في أنّ المضاربه جائزه من الطرفين ٣٠٩٦
- في أنه لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل في المضاربه ٣٠٩٧
- في أنه للعامل التصرف على ما أذن المالك له ٣٠٩٩
- في أنّ العامل يشتري نقدا بثمن المثل فما دون و بيع كذلك فما فوق ٣١٠٣
- في ما لو تجاوز ما حدّ له المالك ٣١٠٦
- في ما تجوز المضاربه به ٣١٠٦
- في أنّ العامل أمين ٣١٠٨
- في ما لو فسخ المالك ٣١٠٩
- في ما يكون القول قول العامل ٣١١٢
- في معلوميه رأس المال عند العقد ٣١١٢
- في أنه ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك ٣١١٤
- كتاب الوديعه ٣١٢٤

- ٣١٢٤ اشارة
- ٣١٢٤ فى تعريف الوديعه
- ٣١٢٧ فى الإيجاب و القبول
- ٣١٣٣ فى وجوب الحفظ بعد القبول
- ٣١٣٨ فى أنه تبطل الوديعه بموت كل منهما
- ٣١٤٠ فى أنه لا يقبل قول الودعى فى ردها
- ٣١٤٢ فى ما لو عتين موضعاً للحفظ
- ٣١٤٤ فى أنه يحفظ الوديعه بما جرت العاده به
- ٣١٤٤ فى ما لو استودع من طفل، أو مجنون
- ٣١٥٠ فى أنه يضمن لو أهمل الرد بعد المطالبه
- ٣١٥٤ فى ردّ الوديعه
- ٣١٥٧ فى ما لو أنكر الوديعه
- ٣١٦٠ فى أن القول قول الودعى فى القيمه
- ٣١٦٠ فى ما إذا مات المودع
- ٣١٦٢ فى ما لو تعدى المستودع
- ٣١٦٥ كتاب العاربه
- ٣١٦٥ اشارة
- ٣١٦٧ فى معنى العاربه و ألفاظها
- ٣١٧١ فى شرائط المعير و العين
- ٣١٧٥ فى الرجوع فى العاربه
- ٣١٧٨ فى كون العين أمانه
- ٣١٨٣ فى ما لو نقصت العين المعاره بالاستعمال
- ٣١٨٥ فى ضمان العاربه باشتراط الضمان و يكونها ذهباً أو فضه
- ٣١٨٩ فى اختلاف المستعير و المعير
- ٣١٩٢ فى أنه لا يجوز للمستعير إعاره العين المستعاره
- ٣١٩٤ فى ما لو شرط سقوط الضمان

- ٣٢٠١ كتاب المزارعه
- ٣٢٠١ اشاره
- ٣٢٠٣ فى معنى المزارعه و ألفاظها
- ٣٢٠٧ فى أحكام المزارعه
- ٣٢١٩ فى ما لو عين شيئا من الزرع
- ٣٢٢٢ فى صور المزارعه
- ٣٢٢٥ فى اختلاف المالك و المزارع
- ٣٢٢٧ فى أن للمزارع أن يزارع غيره
- ٣٢٢٣ فى أن الخراج على المالك
- ٣٢٣٩ كتاب المساقاه
- ٣٢٣٩ اشاره
- ٣٢٤١ فى معنى المساقاه
- ٣٢٤٣ فى لزومها و ألفاظها
- ٣٢٤٥ فى زمانها و مدتها
- ٣٢٥٢ فى ما لو شرط بعض العمل على المالك
- ٣٢٥٤ فى ما لو فسد العقد
- ٣٢٥٦ فى ما لو شرط عقد مساقاه فى عقد مساقاه
- ٣٢٤١ فى الخراج و الزكاه
- ٣٢٤٥ فى أن المغارسه باطله
- ٣٢٤٧ فى ما لو اختلفا
- ٣٢٧٠ كتاب الاجاره
- ٣٢٧٠ اشاره
- ٣٢٧٢ فى تعريف الاجاره و ألفاظها و لزومها
- ٣٢٨١ فى ما يصح إجارته
- ٣٢٨٥ فى المتعاقدين
- ٣٢٨٦ فى أنه لا تكفى المشاهده فى الأجره و أنها تملك بالعقد

- ٣٢٩٠ فى ما لو ظهر فى الأجره عيب
- ٣٢٩٢ فى ما لو جعل أجرتين على تقديرين
- ٣٣٠٢ فى أنه لا بد من كون المنفعه مملوكه فى إيجار المستأجر
- ٣٣٠٩ فى أنه لا يعمل الأجير لغير المستأجر
- ٣٣٢٢ فى ما إذا تسلم المستأجر العين و مضت مده
- ٣٣٢٤ فى ما لو طرأ المنع
- ٣٣٣٠ فى ما لو ظهر فى المنفعه عيب
- ٣٣٣٣ فى أنه يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره
- ٣٣٣٧ مسائل:
- ٣٣٣٧ اشاره
- ٣٣٣٧ الأولى - من تقبل عملا فله تقبيله غيره
- ٣٣٤٠ الثانيه - لو استأجر عينا فله إيجارها
- ٣٣٤٣ الثالثه - إذا فترط فى العين
- ٣٣٤٤ الرابعه - مؤونه العبد و الدائنه على المالك
- ٣٣٤٤ الخامسه - لا يجوز اسقاط المنفعه المعينه
- ٣٣٤٨ السادسه - كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموجر
- ٣٣٥٢ السابعه - فى اختلاف الموجر و المستأجر
- ٣٣٤٥ كتاب الوكاله
- ٣٣٤٥ اشاره
- ٣٣٤٧ فى تعريف الوكاله و الفاظها
- ٣٣٤٩ فى شرط التنجيز
- ٣٣٧٣ فى تعليق التصرف
- ٣٣٧٥ فى جواز الوكاله و ما يبطلها
- ٣٣٨٠ فى ما تصح الوكاله فيه و ما لا تصح
- ٣٣٨٤ فى كمال المتعاقدين
- ٣٣٨٧ فى أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن

- ٣٣٨٨ فى عزل الوكيل عما وَّكِّل فيه
- ٣٣٩٤ فى كون الوكيل تام البصيره
- ٣٣٩٤ فى التوكيل فى المنازعات
- ٣٣٩٥ فى ارتداد الوكيل
- ٣٣٩٧ فى تجاوز الوكيل ما حدّ له
- ٣٣٩٨ فى ما تثبت به الوكاله
- ٣٤٠٧ فى أن الوكيل أمين
- ٣٤١٢ فى أنه لا يجب عليه الإشهاد
- ٣٤١٤ فى أنّ للوكيل تولى طرفى العقد
- ٣٤١٧ فى ما لو اختلفا
- ٣٤٢٨ كتاب الشفعه
- ٣٤٢٨ اشاره
- ٣٤٣٠ فى تعريف الشفعه
- ٣٤٣٤ فى من تثبت له الشفعه
- ٣٤٣٥ فى موضوعها
- ٣٤٤١ فى أنه يشترط قدره الشفيع على الثمن
- ٣٤٤٣ فى من تثبت له الشفعه
- ٣٤٥١ فى أنه ليس للشفيع أخذ البعض
- ٣٤٥٢ فى أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد
- ٣٤٥٦ فى كونها على الفور
- ٣٤٦٠ فى أنه لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع
- ٣٤٧١ فى أنّ الشفعه تورث
- ٣٤٧٣ فى أنه يجب تسليم الثمن أولاً
- ٣٤٧٥ فى ما لو انتقل الشقص
- ٣٤٨٠ فى ما لو اختلفا
- ٣٤٨٨ كتاب السبق و الرمايه

- ٣٤٨٨ اشاره
- ٣٤٩٠ فى معنى السبق و الرمايه -
- ٣٤٩١ فى من ينعقد منه السبق و الرمايه و ما ينعقد عليه
- ٣٤٩٤ فى الإيجاب و القبول
- ٣٤٩٩ فى العوض
- ٣٥٠٤ فى عدم ما لا يشترط فيه و ما يشترط -
- ٣٥١٠ فى السابق -
- ٣٥١٤ فى ما يشترط فى الرمى و ما لا يشترط -
- ٣٥٢٤ فى العوض
- ٣٥٣٢ كتاب الجعالة -
- ٣٥٣٢ اشاره
- ٣٥٣٤ فى معناها و صيغتها -
- ٣٥٣٧ فى ما يجوز عليه
- ٣٥٤٣ فى ما يشترط فى الجاعل -
- ٣٥٤٣ فى ما لو عتین الجعالة لواحد -
- ٣٥٥٠ فى ما لو رجع المالك فيها -
- ٣٥٥٢ فى ما لو أوقع المالك صيغتين -
- ٣٥٥٣ فى استحقاق الجعل على الرد -
- ٣٥٥٨ مسائل
- ٣٥٥٨ اشاره
- ٣٥٥٨ فى ما لم يعتین جعل -
- ٣٥٦١ فى ما لو بذل جعلاً فرده جماعه -
- ٣٥٦٤ فى ما لو اختلفا -
- ٣٥٧٣ المجلد ٦
- ٣٥٧٣ اشاره
- ٣٥٧٤ اشاره

٣٥٧٨	كتاب الوصايا
٣٥٧٨	اشاره
٣٥٧٨	الفصل الأول في الوصيه
٣٥٧٨	في معنى الوصيه
٣٥٨٠	في الإيجاب و القبول
٣٥٩١	في الوصيه المطلقه و المقيده
٣٥٩٤	في الوصيه للجبهه
٣٥٩٦	في أن القبول كاشف عن سبق الملك
٣٥٩٩	في ما يشترط في الموصى
٣٦٠٢	في ما يشترط الموصى له
٣٦٠٥	في ما لو أوصى للعبد
٣٦١٠	في الوصيه لجماعه
٣٦١٢	في الوصيه للجيران
٣٦١٤	في الوصيه للموالى
٣٦١٥	في الوصيه للفقراء
٣٦١٧	الفصل الثاني في متعلق الوصيه
٣٦١٧	اشاره
٣٦١٧	في أنّ الوصيه بما يقبل النقل
٣٦١٩	في الوصيه بغير المعلوم
٣٦٢٢	في أنه لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل
٣٦٢٢	في الوصيه بالكلاب الأربعة
٣٦٢٢	في أنه يشترط في الزائد عن الثلث إجازة الوارث
٣٦٢٧	في المعتبر بالتركة
٣٦٢٩	في ما لو أوصى بما يقع اسمه على المحرم و المحلل
٣٦٣١	في أنّ الجمع يحمل على الثلاثة
٣٦٣١	في ما لو أوصى بمنافع العبد دائما، أو بثمره البستان

- ٣٦٣٤ فى ما لو أوصى بعتق مملوكه و عليه دين
- ٣٦٣٩ فى ما لو أوصى بعتق ثلث عبيده
- ٣٦٣٩ فى ما لو أوصى بأمر متعدد فيها واجب
- ٣٦٤٣ فى ما لو أجاز الورثه ما زاد على الثلث
- ٣٦٤٤ فى ما كان الإيصاء بجزء شائع
- ٣٦٤٦ فى ما يدخل فى الوصيه بشيء
- ٣٦٤٧ فى ما لو عقب الوصيه بمضادها
- ٣٦٤٩ الفصل الثالث فى الأحكام
- ٣٦٤٩ اشاره
- ٣٦٤٩ فى أنه الوصيه للذمى
- ٣٦٥٣ فى ما لو أوصى فى سبيل الله
- ٣٦٥٥ فى أنه تستحب الوصيه لذوى القرباه
- ٣٦٥٦ فى ما لو أوصى بمثل نصيب ابنه
- ٣٦٦٠ فى ما لو قال: أعطوه مثل سهم أحد وراثى
- ٣٦٦١ فى ما لو أوصى بثلثه للفقراء
- ٣٦٦٣ فى ما لو أوصى له بأبيه
- ٣٦٦٥ فى ما لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء
- ٣٦٦٧ فى ما لو جمع بين منجز و مؤخره
- ٣٦٧٠ فى أنه يصح الرجوع فى الوصيه
- ٣٦٧٢ الفصل الرابع فى الوصايه
- ٣٦٧٢ اشاره
- ٣٦٧٢ فى الوصيه على الأطفال
- ٣٦٧٤ فى ما يعتبر فى الوصى
- ٣٦٨٣ فى أنه يصح تعدد الوصى
- ٣٦٩٠ فى ما لو خان الوصى
- ٣٦٩٥ فى الإذن فى الإيصاء

- ٣٦٩٨ فى أنّ الصفات المعتبره فى الوصى يشترط حصولها حال الإيصاء
- ٣٦٩٩ فى أجره الوصى
- ٣٧٠٢ فى الرد للوصيه
- ٣٧٠٤ كتاب النكاح
- ٣٧٠٤ اشاره
- ٣٧٠٨ الفصل الأول - فى المقدمات
- ٣٧٠٨ اشاره
- ٣٧٠٨ فى أنّ النكاح مستحب مؤكد
- ٣٧١٤ فى اختيار البكر
- ٣٧١٨ فى عدم الاقتصار على الجمال و الثروه
- ٣٧١٩ فى ما يستحب لمن أراد التزويج
- ٣٧٢٤ فى الزمن و المكان و الحال الذى يكره الجماع فيها
- ٣٧٣٢ فى ما يجوز النظر إلى امرأه يريد نكاحها
- ٣٧٣٨ فى النظر إلى الأجنبيةه
- ٣٧٤٧ فى ما يجوز استمتاع الزوج به
- ٣٧٥٠ فى العزل و ترك الوطء
- ٣٧٤٠ فى أنه يكره للمسافر أن يطرق أهله
- ٣٧٤٢ الفصل الثانى فى العقد
- ٣٧٤٢ اشاره
- ٣٧٤٢ فى الإيجاب و القبول
- ٣٧٧١ فى ما يشترط فى العاقد و ما يشترط فى العقد
- ٣٧٧٩ فى من له الولاية فى النكاح
- ٣٧٨٨ مسائل
- ٣٧٨٨ اشاره
- ٣٧٨٨ الأولى: يصح اشتراط الخيار فى الصداق
- ٣٧٩٧ الثانیه: لو ادعى زوجیه امرأه فصدقته

- الثالثة: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه ----- ٣٨٠٣
- الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيده ----- ٣٨١٤
- الخامسه: لا يزوج الولي بدون مهر المثل و لا بالمجنون ----- ٣٨١٦
- السادسه: عقد النكاح لو وقع فضولا ----- ٣٨٢١
- السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكتها ----- ٣٨٢٥
- الثامنه: لو زوج الفضولي الصغيرين ----- ٣٨٢٩
- التاسعه: لو زوجها الأبوان برجلين ----- ٣٨٣٧
- العاشره: لا ولاية للأم ----- ٣٨٤٢
- الفصل الثالث - في المحرمات و توابعها ----- ٣٨٤٧
- اشاره ----- ٣٨٤٧
- في ما يحرم بالنسب ----- ٣٨٤٧
- في ما يحرم بالرضاع و ما يحصل به الرضاع ----- ٣٨٥٢
- في من تحرم بالمصاهره ----- ٣٨٨٩
- في من تكره نكاحه ----- ٣٩٠٨
- مسائل عشرون ----- ٣٩١٦
- اشاره ----- ٣٩١٦
- الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها في عقد واحد ----- ٣٩١٦
- الثانيه: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها ----- ٣٩٣٠
- الثالثه: من تزوج امرأه في عدتها ----- ٣٩٤٣
- الرابعه: لا تحرم المزني بها على الزاني ----- ٣٩٥٤
- الخامسه: من أوقب غلاما أو رجلا ----- ٣٩٦٠
- السادسه: لو عقد المحرم ----- ٣٩٦٣
- السابعه: لا يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر ----- ٣٩٦٦
- الثامنه: إذا طلق ذو النصاب ----- ٣٩٧٤
- التاسعه: لا تحل الحره على المطلق ثلاثا ----- ٣٩٧٧
- العاشره: تحرم الملاعنه أبدا ----- ٣٩٩٥

- ٤٠٠٤ الحادي عشر: تحرم الكافره غير الكتابيه
- ٤٠١٨ الثاني عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين
- ٤٠٢٤ الثالث عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإبائه
- ٤٠٢٦ الرابع عشر: الكفاهه
- ٤٠٣٥ الخامس عشر: ليس التمكن من النفقه شرطاً في صحة العقد
- ٤٠٤٠ السادس عشر: يكره تزويج الفاسق
- ٤٠٤٢ السابع عشر: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل
- ٤٠٤٤ الثامن عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير
- ٤٠٤٧ التاسع عشر: يكره العقد على القابله المريبه
- ٤٠٤٩ العشرون: نكاح الشغار باطل
- ٤٠٥١ الفصل الرابع - في نكاح المتعه
- ٤٠٥١ اشاره
- ٤٠٥١ في شرعيته
- ٤٠٥٦ في إيجابه و قبوله
- ٤٠٥٨ في أنّ حكمه كالدائم إلا في بعض
- ٤٠٦٨ في ما لو تبين فساد العقد
- ٤٠٧١ في أنه يجوز اشتراط السائغ في العقد
- ٤٠٧٣ في أنه لا يقع بها طلاق
- ٤٠٧٥ في أنه لا توارث بينهما إلا مع شرطه
- ٤٠٧٩ في أنه يقع بها الظهار
- ٤٠٨٣ في عدتها
- ٤٠٩١ الفصل الخامس - في نكاح الإماء
- ٤٠٩١ اشاره
- ٤٠٩١ في أنه لا يجوز للعبد، أن يعقد لنفسه إلا بإذن المولى
- ٤٠٩٦ في أنه إذا كان الأبوان رقاً فالولد رق
- ٤١٠٤ في أنه لو شرط مولى الرقّ رقيته جاز

- ٤١١٢ ----- فى أنه يستحب إذا زوج عبده من أمته أن يعطيها شيئاً
- ٤١١٦ ----- فى أنه يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبى
- ٤١٢٥ ----- فى أنه لو أعتقت المملوكه فلها الفسخ على الفور بخلاف العبد
- ٤١٢٨ ----- فى انه يجوز جعل عتق أمته صداقها
- ٤١٣٨ ----- فى ما لو بيع أحد الزوجين
- ٤١٤٢ ----- فى أنه ليس للعبد طلاق أمه سيده
- ٤١٤٦ ----- فى أنه للسيد أن يفترق بين رقيقه متى شاء
- ٤١٤٧ ----- فى أنه تباح الأمه لغير مالكتها بالتحليل
- ٤١٥٨ ----- فى أنه لا بأس بوطء الأمه و فى البيت آخر مميّز و يكره فى الحره
- ٤١٦٠ ----- الفصل السادس - فى المهر
- ٤١٦٠ ----- اشاره
- ٤١٦٠ ----- فى أنّ المهر كل ما يصلح أن يملك
- ٤١٦٥ ----- فى مقدار المهر
- ٤١٨٢ ----- فى جواز تفويضه إلى غيرهما، أو إليهما
- ٤١٨٤ ----- فى ما لو طلق قبل الدخول أو مات
- ٤١٨٧ ----- مسائل عشر
- ٤١٨٧ ----- اشاره
- ٤١٨٧ ----- الأولى - الصداق يملك بأجمعه بالعقد
- ٤١٩٨ ----- الثانيه - لو دخل قبل دفع المهر كان ديناً عليه
- ٤٢٠٢ ----- الثالثه - لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول
- ٤٢٠٦ ----- الرابعه - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع فى عقد النكاح
- ٤٢١٢ ----- الخامسه - لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول
- ٤٢١٣ ----- السادسه - لو استبدلت مهرها بدونه، أو أزيد منه
- ٤٢١٣ ----- السابعه - لو وهبته نصف مهرها مشاعاً قبل الدخول
- ٤٢٢٠ ----- الثامنه - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها
- ٤٢٢٨ ----- التاسعه - إذا زوج الأب ولده الصغير

- العاشره - لو اختلفا فى المهر ----- ٤٢٣٤
- الفصل السابع - فى العيوب و التدليس ----- ٤٢٤١
- اشاره ----- ٤٢٤١
- العيوب المجوزه لفسخ النكاح خمسَه ----- ٤٢٤١
- فى ما لو تجددت هذه العيوب ----- ٤٢٥٢
- عيوب المرأه تسعه ----- ٤٢٦٠
- فى أنّ خيار العيب على الفور ----- ٤٢٦٥
- فى أنّ الفسخ ليس بطلاق و لا مهر فيه ----- ٤٢٦٧
- فى ما لو تزوج امرأه على أنّها حره فظهرت أمه ----- ٤٢٧٦
- فى أنه لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا ----- ٤٢٨٤
- الفصل الثامن - فى القسم و النشوز و الشقاق ----- ٤٢٩٠
- اشاره ----- ٤٢٩٠
- فى أنه يجب للزوجه الواحده ليله من أربع ----- ٤٢٩٢
- فى أنّ القسمه تسقط بالنشوز ----- ٤٢٩٩
- فى أنّ الوجوب يختص بالليل ----- ٤٣٠١
- فى أنّ للأمه و الكتابيه نصف القسم ----- ٤٣٠٤
- فى أنه لا قسمه للصغيره ----- ٤٣٠٧
- فى أنّ الولي يقسم بالمجنون ----- ٤٣٠٨
- فى أنّ البكر تختص عند الدخول بسبع و الثيب بثلاث ----- ٤٣١٠
- فى أنه ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره ----- ٤٣١٣
- فى أنه لا يصح الاعتياض عن القسم بشئ ----- ٤٣١٧
- فى أنّ الواجب فى المبيت المضاجعه ----- ٤٣٢١
- فى أنه لو جار فى القسمه قضى ----- ٤٣٢١
- فى النشوز ----- ٤٣٢٣
- فى نشوز الزوج ----- ٤٣٢٧
- فى الشقاق ----- ٤٣٣٠

هنا بحثان - - - - - ٤٣٣٤

الأول - في الأولاد - - - - - ٤٣٣٤

اشاره - - - - - ٤٣٣٤

في أنّ الولد يلحق بالزوج الدائم بشرائط - - - - - ٤٣٣٤

في اختلافهما - - - - - ٤٣٤٣

في أنّ ولد المملوكه يلحق به - - - - - ٤٣٤٤

في أنه لا يجوز نفي الولد لمكان العزل - - - - - ٤٣٤٨

في أنّ ولد الشبهه يلحق بالواطئ - - - - - ٤٣٥٠

في أنه يجب انفراد النساء بالمرأه عند الولاده - - - - - ٤٣٥٢

في ما يستحب بعد الولاده - - - - - ٤٣٥٤

في تسميه الولد - - - - - ٤٣٥٤

أحكام الأولاد أمور - - - - - ٤٣٤١

في سنن اليوم السابع - - - - - ٤٣٤١

في العقيقه و آدابها - - - - - ٤٣٤٨

في الرضاع - - - - - ٤٣٧٥

في مده الرضاع - - - - - ٤٣٧٩

في الحضانه - - - - - ٤٣٨٣

في أنّ الولد إذا بلغ رشيدا سقطت الحضانه عنه - - - - - ٤٣٩٥

الثاني في النفقات - - - - - ٤٣٩٩

اشاره - - - - - ٤٣٩٩

الأول في نفقه الزوجه - - - - - ٤٣٩٩

الثاني - القرايه - - - - - ٤٤١٩

الثالث في نفقه الملك - - - - - ٤٤٣٥

المجلد ٧ - - - - - ٤٤٤٤

اشاره - - - - - ٤٤٤٤

اشاره - - - - - ٤٤٤٥

٤٤٥١	كتاب الطلاق
٤٤٥١	اشاره
٤٤٥١	الفصل الأول في أركانه
٤٤٥١	اشاره
٤٤٥١	في اللفظ الصريح
٤٤٥٧	في طلاق الأخرس
٤٤٥٨	في أنه لا يقع الطلاق بالكتب
٤٤٦٥	في أنه لا يقع الطلاق معلقا على شرط
٤٤٦٧	في تفسير الطلقه
٤٤٧٠	في ما يعتبر في المطلق
٤٤٨٤	في توكيل الزوجه في طلاق نفسها
٤٤٨٥	في ما يعتبر في المطلقة
٤٤٩٧	الفصل الثاني في أقسام الطلاق
٤٤٩٧	اشاره
٤٤٩٧	في أن أقسامه أربعة
٤٥٠٢	في الطلاق السني
٤٥٠٥	في الطلاق الرجعي
٤٥١٠	في الأفضل في الطلاق
٤٥١٨	في طلاق الحامل
٤٥٢٢	في ما لو طلق مرات في طهر واحد
٤٥٣١	في أنه لا يلزم الطلاق بالشك
٤٥٣٣	في أنه يكره للمريض الطلاق
٤٥٣٧	في الرجعه
٤٥٤٥	في ما لو أنكرت الدخول عقيب الطلاق
٤٥٤٧	في رجعه الأخرس
٤٥٤٨	في قبول قولها في انقضاء العده

٤٥٥٨ الفصل الثالث في العدد

٤٥٥٨ اشاره

٤٥٥٨ في من لا عدده لها

٤٥٤٣ في مدة العده

٤٥٤٨ في عده التي لا يحصل لها الحيض

٤٥٧٨ في عده الحامل

٤٥٨٢ في الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها

٤٥٨٤ في المفقود إذا جهل خبره

٤٥٩٤ في ما لو أعتقت الأمه في أثناء العده

٤٥٩٥ في أن الذميه كالحره

٤٥٩٧ في عده أم الولد

٤٦٠٢ في استبراء الأمه

٤٦٠٥ الفصل الرابع في الأحكام

٤٦٠٥ اشاره

٤٦٠٥ في وجوب الانفاق على الزوجه في العده الرجعيه و ما يحرم عليها

٤٦١٩ في أنه لا نفقه للبانن

٤٦٢٥ في ما لو انهدم المسكن

٤٦٢٩ في شروع العده

٤٦٣٣ كتاب الخلع و المباره

٤٦٣٣ اشاره

٤٦٣٥ في معناهما

٤٦٣٩ في الفديه

٤٦٤٨ في ما لو تلف العوض قبل القبض

٤٦٥٢ في أنه يصح البذل من الأمه بإذن المولى

٤٦٦٠ في أنه لا يصح الخلع إلا مع كراهتها

٤٦٦٨ إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج

- ٤٦٧٥ فى ما لو تنازعا
- ٤٦٨٢ فى المباره و الفرق بينها و الخلع أحكامها
- ٤٦٨٨ كتاب الظهار
- ٤٦٨٨ اشاره
- ٤٦٩٢ فى معنى الظهار
- ٤٦٩٤ فى صيغته
- ٤٧٠٧ فى أنه لا يقع إلا منجزا
- ٤٧١١ فى جواز توقيته بمده
- ٤٧١٤ فى شروط جريان الصيغه
- ٤٧١٧ فى أنه يصح من الكافر
- ٤٧١٨ فى أن الأقرب صحته بملك اليمين
- ٤٧٢٣ فى اشتراط الدخول
- ٤٧٢٥ فى أنه يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضه
- ٤٧٢٧ فى وجوب الكفاره بالعود
- ٤٧٤٠ فى ما لو طلقها طلاقها بائنا
- ٤٧٤٣ فى تقديم الكفاره على المسيس
- ٤٧٤٦ كتاب الايلاء
- ٤٧٤٦ اشاره
- ٤٧٤٨ فى معنى الإيلاء
- ٤٧٥٤ فى ما ينعقد الايلاء به
- ٤٧٦٥ فى أنه لا بد من تجريده عن الشرط و الصفه و عدم كونه يمينا
- ٤٧٦٨ فى ما يشترط فى المولى
- ٤٧٧٢ فى أنه إذا تم الايلاء فللزوجه المرافعه
- ٤٧٧٥ فى ما لو آلى مده معينه
- ٤٧٧٧ فى أنه يصح الايلاء من الخصى و المجبوب
- ٤٧٨٠ فى الكفاره

- ٤٧٨٢ فى أن مده الايلاء من حين الترافع إلى الحاكم
- ٤٧٨٥ فى ما يزول حكم الايلاء به
- ٤٧٩٠ فى عدم تتكرر الكفاره بتكرر اليمين
- ٤٧٩٣ فى إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنوناً
- ٤٧٩٦ فى ما لو ترافع الذميان إلينا
- ٤٧٩٨ فى ما لو آلى ثم ارتد
- ٤٨٠٢ كتاب اللعان
- ٤٨٠٢ اشاره
- ٤٨٠٥ فى معنى اللعان
- ٤٨٠٧ فى سبب اللعان
- ٤٨٠٧ الأول رمى الزوجه المحصنه بالزنا
- ٤٨١٦ الثانى: إنكار من ولد على فراشه
- ٤٨٢١ فى ما يشترط فى الملاعن
- ٤٨٢٦ فى أنه يجب على ذى الفراش نفى الولد إذا عرف اختلال شروط اللاحاق
- ٤٨٢٨ فى ما يعتبر فى الملاعن
- ٤٨٣٩ فى ثبوت اللعان بين الحر و المملوكه
- ٤٨٤٦ القول فى كيفية اللعان و أحكامه
- ٤٨٤٦ اشاره
- ٤٨٤٦ فى وجوب كونه عند الحاكم
- ٤٨٥١ فى شهاده الرجل
- ٤٨٥٥ فى شهاده المرأه
- ٤٨٥٥ فى أنه لا بد من التلطف بالشهاده
- ٤٨٥٧ فى وجوب كونهما قائمين
- ٤٨٥٨ فى تقدم الرجل و كون اللفظ عربيا
- ٤٨٥٩ فى أنه تجب البدأه من الرجل بالشهاده، ثم اللعن
- ٤٨٥٩ فى ما يستحب

- ٤٨٤٤ ----- فى أنه إذا لاعن الرجل سقط عنه الحد و وجب على المرأة
- ٤٨٤٤ ----- فى ما لو أكذب نفسه فى أثناء اللعان أو بعده
- ٤٨٧٧ ----- لو قذفها فماتت قبل اللعان
- ٤٨٧٩ ----- فى ما لو كان الزوج أحد الأربعة الشهود بالزنا
- ٤٨٨٤ ----- كتاب العتق
- ٤٨٨٤ ----- اشاره
- ٤٨٨٤ ----- فى معنى العتق و ثوابه
- ٤٨٩٠ ----- فى صيغه العتق
- ٤٨٩٩ ----- فى اعتبار التعيين
- ٤٩٠٥ ----- فى ما يعتبر فى المعتق
- ٤٩٠٨ ----- فى صحه مباشره الكافر
- ٤٩١٨ ----- فى بطلان عتق الفضولى
- ٤٩٢١ ----- فى عدم جواز التعليق
- ٤٩٢٤ ----- فى ما لو شرط عليه فى صيغه العتق خدمته
- ٤٩٣٢ ----- فى ما لو شرط عوده فى الرق
- ٤٩٣٤ ----- فى استحباب عتق المملوك المؤمن
- ٤٩٣٥ ----- السرايه فى العتق
- ٤٩٥٥ ----- فى ما يحصل الحريه به غير العتق
- ٤٩٤٣ ----- مسائل
- ٤٩٤٣ ----- اشاره
- ٤٩٤٣ ----- فى ما لو قيل لمن أعتق بعض عبيده أعتقتهم؟
- ٤٩٧٥ ----- فى ما لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين
- ٤٩٧٧ ----- فى ما لو قال: أول مملوك أملكه
- ٤٩٨٤ ----- فى ما لو نذر عتق أمته إن وطأها
- ٤٩٩١ ----- فى ما لو نذر عتق كل مملوك قديم
- ٤٩٩٥ ----- فى ما لو اشترى أمه نسيئه و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها

- ٥٠٠٥ فى أنّ عتق الحامل لا يتناول الحمل
- ٥٠٠٨ كتاب التدبير و المكاتبه
- ٥٠٠٨ اشاره
- ٥٠١٠ النظر الأول - فى التدبير
- ٥٠١٠ فى معنى التدبير
- ٥٠١٩ فى صيغه التدبير
- ٥٠٢٣ فى عدم اشتراط نيه التقرب
- ٥٠٢٣ فى أنّ شرط صيغه التدبير التنجيز
- ٥٠٢٥ فى شرط المباشر
- ٥٠٣١ فى ما لو أسلم المملوك المدبّر
- ٥٠٣٣ فى ما لو حملت المدبّره
- ٥٠٤٦ فى ما لو جامع الوصايا كان كأحدها
- ٥٠٥٥ فى أنه يصح الرجوع فى التدبير
- ٥٠٦٣ فى التدبير يبطل بالإباق
- ٥٠٦٤ فى أنّ التدبير يبطل بارتداد السيد
- ٥٠٦٨ فى أنّ كسب المدبّر للمولى
- ٥٠٧٠ النظر الثانى - فى الكتابه
- ٥٠٧٠ فى معنى الكتابه و ثوابها
- ٥٠٧٧ فى أنها معامله مستقلة
- ٥٠٨٠ فى ما يشترط فى المتعاقدين
- ٥٠٨٤ فى الإيجاب و القبول
- ٥٠٩٠ فى اشتراط الأجل
- ٥٠٩٧ فى حدّ العجز
- ٥١٠١ فى لزوم الكتابه من الطرفين
- ٥١٠٥ فى أنه لا يشترط الإسلام
- ٥١٠٩ فى أنه يجوز لولى اليتيم أن يكاتب رقيقه

- ٥١١٣ ----- فى أنه لا تصح الكتابه مع جهاله العوض
- ٥١١٥ ----- فى أنه يستحب أن لا يتجاوز مال الكتابه قيمه العبد
- ٥١٢١ ----- فى ما لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء
- ٥١٢٦ ----- فى أنه تصح الوصيه للمكاتب المطلق
- ٥١٢٩ ----- فى أن كل ما يشترط فى عقد الكتابه لازم
- ٥١٣١ ----- فى أنه ليس للمكاتب التصرف فى ماله
- ٥١٣٦ ----- فى أنه يحرم على المولى وطء الأمه المكاتبه
- ٥١٤٠ ----- فى أنه يجوز بيع مال الكتابه
- ٥١٤٤ ----- فى ما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه
- ٥١٤٤ ----- النظر الثالث - فى الاستيلاء
- ٥١٤٤ ----- اشاره
- ٥١٤٤ ----- فى معنى الاستيلاء
- ٥١٥١ ----- فى أنها لا تتحرر بموت المولى
- ٥١٥٤ ----- فى ما إذا جنت أم الولد
- ٥١٥٩ ----- كتاب الإقرار
- ٥١٥٩ ----- اشاره
- ٥١٦١ ----- الفصل الأول - الصيغه و توابعها
- ٥١٦١ ----- اشاره
- ٥١٦٢ ----- فى الصيغه
- ٥١٧٧ ----- فى شرائط المقر
- ٥١٨٣ ----- فى أن إقرار المريض من الثلث مع التهمه
- ٥١٨٦ ----- فى إطلاق الكيل و الوزن
- ٥١٨٦ ----- فى ما لو أقر بلفظ مبهم
- ٥١٩٧ ----- فى ما لو قال: له على كذا درهم
- ٥٢٢٢ ----- فى ما لو قال لى عليك ألف
- ٥٢٣٢ ----- فى ما لو قال: أ ليس لى عليك كذا؟

الفصل الثاني - فى تعقيب الاقرار بما ينافيه ٥٢٣٩

اشاره ٥٢٣٩

فى أنه على قسمان ٥٢٣٩

فى ما لو قال مائه: إلا تسعون ٥٢٤٤

فى ما لو قال: ليس له على مائه إلا تسعون ٥٢٤٤

فى ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف أو لم يكن ٥٢٥١

فى ما لو استثنى من غير الجنس ٥٢٥٩

فى الاستثناء المستغرق ٥٢٦٢

فى الاضراب ٥٢٦٢

فى ما لو قال: له على عشرة من ثمن مبيع لم أقبضه ٥٢٦٤

فى ما لو أشهد بالبيع و قبض الثمن ثم ادعى المواطأه ٥٢٧٦

الفصل الثالث - فى الاقرار بالنسب ٥٢٧٩

اشاره ٥٢٧٩

فى أنه يشترط فيه أهليه المقر و إمكان الإلحاق ٥٢٧٩

فى أنه يشترط التصديق و عدم التنازع ٥٢٨١

فى أنه يشترط فى نفوذ الاقرار عدم المنازع ٥٢٨٦

فى ما لو تصادق اثنان على نسب غير التولد ٥٢٨٨

فى أنه لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه ٥٢٩١

فى ما لو أقر العم بأخ للميت ٥٢٩١

فى ما لو أقرت الزوجه بولد ٥٢٩٧

فى ما لو أقر بزوجه للميته ٥٣٠٢

فى ما لو أقر بزوجه للميت ٥٣١١

المجلد ٨ ٥٣١٦

اشاره ٥٣١٦

اشاره ٥٣١٧

كتاب الغصب ٥٣٢٣

- ٥٣٢٣ اشاره
- ٥٣٢٣ فى معنى الغصب
- ٥٣٣٤ فى أن مَدَّ مقود الدابه غصب لها
- ٥٣٣٨ فى أن غصب الحامل غصب للحمل
- ٥٣٤٠ فى الأيدى المتعاقبه على المغصوب
- ٥٣٤٣ فى أن الحر لا يضمن بالغصب
- ٥٣٤٨ فى أن خمر الكافر المستتر بها محترم
- ٥٣٥٠ فى ما لو اجتمع المباشر و السبب
- ٥٣٥٤ فى ما لو أرسل ماء فى ملكه فسرى
- ٥٣٤١ فى وجوب رد المغصوب
- ٥٣٧٥ فى ما لو جنى على العبد المغصوب
- ٥٣٨١ فى ما لو غصب ما ينقصه التفريق
- ٥٣٨٣ فى ما لو زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب
- ٥٣٨٨ فى ما لو غصب شاه فأطعمها المالك
- ٥٣٩١ فى ما لو مزج المغصوب بغيره
- ٥٣٩٥ فى ما لو زرع الغاصب الحَبَّ أو أحضن البيض
- ٥٣٩٧ فى ما لو نقله إلى غير بلد المالك
- ٥٣٩٧ فى ما لو اختلفا
- ٥٤٠٤ كتاب اللقطه
- ٥٤٠٤ اشاره
- ٥٤٠٧ الفصل الأول فى اللقيط
- ٥٤٠٧ اشاره
- ٥٤٠٧ فى معنى اللقيط
- ٥٤١٠ فى ما لو كان اللقيط مملوكا
- ٥٤١٥ فى ما يشترط فى الملتقط
- ٥٤٢٤ فى الواجب على الملتقط

- ٥٤٣٣ في أنه لا ولاء للملتقط
- ٥٤٣٣ في زمن وجوب الأخذ
- ٥٤٣٥ في ما بيد اللقيط عند التقاطه
- ٥٤٣٨ في الحكم بإسلامه
- ٥٤٤٠ في ما لو اختلفا
- ٥٤٤٢ في تشاخ الملتقطان
- ٥٤٤٥ في ما لو تداعى بنوته اثنان
- ٥٤٥١ الفصل الثاني في لقطه الحيوان
- ٥٤٥١ اشاره
- ٥٤٥١ في أخذها
- ٥٤٥٥ في أنه لا يرجع أخذه بالنفقة
- ٥٤٥٧ في أنّ الشاه في الفلاه تؤخذ
- ٥٤٦٤ في ما لو وجدت الشاه في العمران
- ٥٤٦٨ في ما يشترط في الآخذ
- ٥٤٧٤ الفصل الثالث في لقطه المال
- ٥٤٧٤ اشاره
- ٥٤٧٤ في لقطه الحرم
- ٥٤٧٤ في حرمه أخذها
- ٥٤٧٧ في ما لو أخذه
- ٥٤٨١ في الضمان بعد التصديق
- ٥٤٨٣ في وجوب التعريف حولا
- ٥٤٨٣ في لقطه غير الحرم
- ٥٤٨٣ في ما دون الدرهم
- ٥٤٨٥ في ما كان بقدر الدرهم
- ٥٤٩٣ في الضمان لو ظهر المالك بعد التملك أو التصديق
- ٥٤٩٩ في عدم الضمان ما لم يفطر

- ٥٥٠١ - في ما لو افتقر إبقاؤه إلى علاج
- ٥٥٠٣ - في ما يكره التقاطه
- ٥٥٠٦ - في كراهه أخذ اللقطه
- ٥٥١٤ - في الملتقط للمال
- ٥٥١٤ - في وجوب التعريف
- ٥٥٢٠ - في أنها أمانه في يد الملتقط
- ٥٥٢٢ - في ما لو التقط العبد
- ٥٥٢٩ - في لو أقام غير الواصف بها بينه
- ٥٥٣٣ - في الموجود في المفازه
- ٥٥٤٠ - في ما لو وجده في جوف دابه
- ٥٥٤٠ - في ما يوجد في جوف سمكه
- ٥٥٤٤ - في الموجود في صندوقه، أو داره
- ٥٥٤٧ - في أنه لا يكفي التعريف حولا في التملك
- ٥٥٥٣ - كتاب احياء الموات
- ٥٥٥٣ - اشاره
- ٥٥٥٥ - في تعريف الموات من الأرض
- ٥٥٥٨ - في حكم الموات
- ٥٥٦٠ - في ما لا يجوز إحيائه
- ٥٥٦٧ - في أرض أسلم عليها أهلها طوعا
- ٥٥٦٩ - في أرض الصلح
- ٥٥٦٩ - في أحكام الأرض المفتوحه عنوه
- ٥٥٧٠ - في شروط الاحياء
- ٥٥٨١ - في حريم بعض الأملاك
- ٥٥٨٥ - في مسلك الدخول و الخروج
- ٥٥٨٧ - في المرجع في الإحياء
- ٥٥٩٣ - القول في المشتركات

٥٥٩٣	اشاره
٥٥٩٥	فى المسجد
٥٦٠٤	فى المدرسه
٥٦١٠	فى الطرق
٥٦١٩	فى المياه المباحه
٥٦٢٦	فى المعادن
٥٦٣٥	كتاب الصيد و الذباجه
٥٦٣٥	اشاره
٥٦٣٧	الفصل الأول - فى آله الصيد
٥٦٣٧	اشاره
٥٦٣٧	فى آلات الصيد
٥٦٤٠	فى تعليم الكلب المعلم
٥٦٤٣	فى ما يشترط عند الإرسال
٥٦٥٦	فى الصيد بالرمح، و السهم و غيرهما
٥٦٦٠	فى التسميه و القصد و الإسلام
٥٦٦٢	فى ما لو اشترك آلتا مسلم و كافر
٥٦٦٤	فى ما لو أدرك ذو السهم، أو الكلب الصيد و حياته مستقره
٥٦٦٧	الفصل الثانى - فى الذباجه
٥٦٦٧	اشاره
٥٦٦٧	فى ما يشترط فى الذابح
٥٦٨٠	الواجب فى الذبيحه أمور سبعة
٥٦٨٠	اشاره
٥٦٨٠	الأول أن يكون الفرى بالحديد
٥٦٨٥	الثانى استقبال القبله
٥٦٨٨	الثالث - التسميه
٥٦٩١	الرابع - اختصاص الإبل بالنحر

- الرابع - اختصاص الإبل بالنحر ٥٦٩٤
- السادس الحركه بعد الذبح أو النحر ٥٦٩٧
- السابع - متابعه الذبح حتى يستوفى ٥٧٠١
- في ما يستحب ٥٧٠٥
- في استحباب نحر الإبل و قد ربطت أخفافها ٥٧٠٥
- في أنّ الطير يذبح و يرسل ٥٧٠٧
- في ما يكره ٥٧٠٧
- في أن تنخّ الذبيحه ٥٧٠٧
- في السليخ قبل البرد ٥٧٠٩
- في إبانته الرأس عمدا ٥٧١٣
- في ما تقع الذكاه عليه ٥٧١٧
- الفصل الثالث - في اللواحق و فيه مسائل ٥٧٢٤
- اشاره ٥٧٢٤
- الأولى - ذكاه السمك: إخراجة من الماء حيا ٥٧٢٤
- الثانية - ذكاه الجراد أخذه حيا ٥٧٣٦
- الثالثة - ذكاه الجنين ذكاه أمه ٥٧٣٨
- الرابعة - ما يثبت في آله الصياد من الصيد يملكه ٥٧٤٩
- الخامسه - لا يملك الصيد المقصوص، أو ما عليه أثر الملك ٥٧٥٨
- كتاب الأَطعمه و الأَشربه ٥٧٦١
- اشاره ٥٧٦١
- في ما يحل من حيوان البحر ٥٧٦٣
- في ما يحرم من حيوان البحر ٥٧٦٦
- في الجلال من السمك ٥٧٦٨
- في أنّ البيض تابع ٥٧٧٠
- في ما يؤكل من حيوان البر و ما يكره ٥٧٧٢
- في ما يحرم من حيوان البر ٥٧٧٦

- ٥٧٨٠ - فى ما يحرم من الطير
- ٥٧٨٩ - فى ما يكره من الطير
- ٥٧٩٤ - فى حليه الحمام كله
- ٥٧٩٧ - فى طير الماء
- ٥٧٩٧ - فى أن البيض تابع للطير
- ٥٧٩٨ - فى تحريم الزنابير
- ٥٨٠٠ - فى الجلال و استبرائه
- ٥٨٠٧ - فى شرب الحيوان المحلل لبن خنزيره
- ٥٨٠٨ - فى موطوء الإنسان و أحكامه
- ٥٨١٤ - فى شرب المحلل خمرا أو بولا
- ٥٨١٥ - هنا مسائل
- ٥٨١٥ - اشاره
- ٥٨١٥ - الأولى - تحرم الميتة
- ٥٨٢٧ - الثانية - تحرم من الذبيحه خمسة عشر
- ٥٨٣٤ - الثالثة - يحرم تناول الأعيان النجسه
- ٥٨٤٤ - الرابعه - يحرم الطين
- ٥٨٤٧ - الخامسه - يحرم السم
- ٥٨٤٩ - السادسه - يحرم الدم المسفوح
- ٥٨٥٢ - السابعه -: أن المائعات النجسه غير الماء لا تطهر
- ٥٨٥٨ - الثامنه - تحرم البان الحيوان المحرم لحمه
- ٥٨٥٩ - التاسعه - المشهور استبراء اللحم المجهول ذكاته
- ٥٨٦٢ - العاشره - لا يجوز استعمال شعر الخنزير
- ٥٨٦٥ - الحاديه عشره - لا يجوز لأحد أن يأكل من مال غيره
- ٥٨٧٦ - الثانيه عشره - إذا انقلب الخمر خللاً حلّ
- ٥٨٧٩ - الثالثه عشره - لا يحرم شرب الزبوبات
- ٥٨٧٩ - الرابعه عشره - يجوز عند الاضطرار تناول المحرم

٥٨٩٤	الخامسه عشره - مستحبات الأكل و محرماته
٥٩٠٨	المجلد ٩
٥٩٠٨	اشاره
٥٩٠٩	اشاره
٥٩١٥	كتاب الميراث
٥٩١٥	اشاره
٥٩١٧	الفصل الأول في الموجبات و الموانع
٥٩١٧	اشاره
٥٩١٧	الموجب شيثان
٥٩١٧	اشاره
٥٩١٧	الأول النسب
٥٩٢١	الثاني السبب
٥٩٢١	الموانع للإرث
٥٩٢١	اشاره
٥٩٢٣	أحدها: الكفر
٥٩٣٠	ثانيها القتل
٥٩٣٩	ثالثها الرق
٥٩٤٩	رابعها اللعان
٥٩٥١	خامسها الحمل
٥٩٥٤	سادسها: الغيبه المنقطعه
٥٩٥٧	الحجب يلحق بالموانع
٥٩٥٧	اشاره
٥٩٥٩	في الحجب عن أصل الإرث
٥٩٦٥	في الحجب عن بعض الإرث
٥٩٧٥	الفصل الثاني في بيان الشهام
٥٩٧٥	اشاره

- ٥٩٧٥ ----- فى السهام الستة
- ٥٩٧٩ ----- فى أهل هذه السهام
- ٦٠٠٧ ----- مسائل خمس
- ٦٠٠٧ ----- اشاره
- ٦٠٠٧ ----- الأولى - إذا انفرد كل واحد من الأبوين
- ٦٠٠٩ ----- الثانيه - للابن المنفرد المال
- ٦٠٢٢ ----- الثالثه - أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم
- ٦٠٢٧ ----- الرابعه فى الحيوه
- ٦٠٤٥ ----- الخامسه - لا يرث الأجداد مع الأبوين
- ٦٠٥١ ----- القول - فى ميراث الأجداد و الإخوه و فيه مسائل:
- ٦٠٥١ ----- اشاره
- ٦٠٥٣ ----- الأولى - للجد إذا انفرد وحده المال
- ٦٠٥٦ ----- الثانيه - للأخت للأبوين، أو للأب منفرده
- ٦٠٥٦ ----- الثالثه - للواحد من الإخوه و الأخوات للأم
- ٦٠٥٨ ----- الرابعه - لو اجتمع الإخوه من الكلاله
- ٦٠٥٨ ----- الخامسه - لو اجتمع أخت للأبوين مع واحد من كلاله الأم
- ٦٠٦٠ ----- السادسه - إذا اجتمع كلاله الأم مع الأخت للأب
- ٦٠٦٣ ----- السابعه - تقوم كلاله الأب مقام كلاله الأبوين عند عدمهم
- ٦٠٦٥ ----- الثامنه - لو اجتمع الإخوه و الأجداد
- ٦٠٦٨ ----- التاسعه - الجد و إن علا يقاسم الإخوه
- ٦٠٧١ ----- العاشره - الزوج و الزوجه مع الإخوه الأجداد
- ٦٠٧٣ ----- الحاديه عشره - لو ترك ثمانيه أجداد
- ٦٠٧٨ ----- الثانيه عشره - أولاد الإخوه يقومون مقام آبائهم عند عدمهم
- ٦٠٧٩ ----- القول فى ميراث الأعمام و الأخوال و أولادهم و فيه مسائل
- ٦٠٧٩ ----- اشاره
- ٦٠٧٩ ----- الأولى - العمّ المنفرد يرث المال

- الثانيه - للعم الواحد للأُم أو العمه الواحده لها - ٦٠٨١
- الثالث - للخال، أو الخاله، أو هما، أو الأخوال - ٦٠٨٢
- الرابعه - لو اجتمع الأعمام و الأخوال - ٦٠٨٣
- الخامسه - للزوج و الزوجه مع الأعمام و الأخوال - ٦٠٨٥
- السادسه عمومه الميت و عمامته - ٦٠٩٣
- السابعه - أولاد العمومه و الختوله يقومون مقام آبائهم - ٦٠٩٧
- الثامنه - لا يرث الأبعد مع الأقرب في الأعمام و الأخوال - ٦٠٩٩
- التاسعه - من له سببان - ٦١٠١
- القول في ميراث الأزواج - ٦١٠٣
- اشاره - ٦١٠٣
- الزوجان يتوارثان و يصاحبان جميع الورثه - ٦١٠٣
- في أنّ الطلاق الرجعى لا يمنع من الإرث - ٦١٠٦
- في منع الزوجه غير ذات الولد من الأرض - ٦١١٠
- في ما لو طلق ذو الأربع إحدى الأربع - ٦١١٨
- الفصل الثالث - في الولاء - ٦١٢٣
- اشاره - ٦١٢٣
- يرث المعتق عتيقه إذا تبرع بعتقه - ٦١٢٣
- للزوج و الزوجه مع المعتق نصيبهما الأعلى - ٦١٢٨
- في وراثه الإمام عليه السلام - ٦١٣٧
- مع غيبه الإمام يصرف في الفقراء - ٦١٣٨
- الفصل الرابع - في التوابع و فيه مسائل - ٦١٤٠
- اشاره - ٦١٤٠
- الأولى - في ميراث الخنثى - ٦١٤٠
- الثانيه - من ليس له فرج - ٦١٥٢
- الخامسه - ولد الملاعنه ترثه أمته - ٦١٦٠
- السادسه - ولد الزنا من الطرفين يرثه ولده - ٦١٦٢

- السابعه - لا عبره بالتبرى من التسبب ٦١٤٣
- الثامنه - فى ميراث الغرقى و المهذوم عليهم ٦١٤٤
- التاسعه فى ميراث المجوس ٦١٧٢
- العاشره - مخارج الفروض خمسه ٦١٧٨
- الحاديه عشره - الفريضة إذا كانت بقدر الشهام ٦١٨٥
- الثانيه عشره - أن تقصر الفريضة عن الشهام ٦١٩٧
- الرابعه عشره - فى المناسخات ٦١٩٨
- كتاب الحدود و فيه فصول ٦٢٠٢
- اشاره ٦٢٠٢
- الفصل الأول فى حد الزنا ٦٢٠٤
- اشاره ٦٢٠٤
- فى معنى الزنا و ما يرد عليه ٦٢٠٥
- فى ما يثبت به الزنا ٦٢١٨
- فى ما لو شهد به أقل من النصاب ٦٢٢٥
- فى ما يشترط فى قبول الشهاده به ٦٢٢٦
- فى سقوط الحد بدعوى الجهاله بالتحريم، أو الشبهه ٦٢٣٢
- فى أقسام حد الزنا و من وجب عليه ٦٢٣٤
- أحدها: القتل بالسيف ٦٢٣٤
- ثانيها: الرجم ٦٢٤٣
- فى من يجب عليه ٦٢٤٣
- فى أنه لا يشترط فى الإحصان الإسلام و لا عدم الطلاق ٦٢٥٣
- فى الجمع بين الجلد و الرجم ٦٢٥٥
- فى كيفيه الرجم ٦٢٦٠
- فى صفه الحجاره ٦٢٦٦
- فى رجم من عليه الحد ٦٢٦٨
- فى تجهيز المرجوم ٦٢٧٠

- ٦٢٧١ ثالثها الجلد خاصه
- ٦٢٧٥ رابعها الجلد و الجز و التغريب
- ٦٢٧٨ خامسها خمسون جلده
- ٦٢٨١ سادسها الحد المبعّض
- ٦٢٨١ سابعها الضغث
- ٦٢٨٣ ثامنها الجلد و معه عقوبه زائده
- ٦٢٨٤ تتمه - لو شهد لها أربع بالبيكاره بعد شهاده الأربعة بالزنا
- ٦٢٨٥ فى عمل الحاكم بعلمه فى إقامه الحد و حقوق الناس
- ٦٢٨٩ فى من تزوج بأمه على حره مسلمه
- ٦٢٩٠ فى من افتض بكرة بإصبغه
- ٦٢٩٢ فى من أقر بحد و لم يبينه
- ٦٢٩٥ فى التقبيل المحرم و المضاجعه
- ٦٢٩٩ فى ما لو أقر بما يوجب الحد ثم أنكر
- ٦٣٠٠ فى ما لو أقر بما يوجب الحد ثم أنكر
- ٦٣٠٢ الفصل الثانى فى اللواط و السحق و القياده
- ٦٣٠٢ اشاره
- ٦٣٠٤ فى اللواط
- ٦٣٠٤ فى الفاعل
- ٦٣١٠ فى المفعول به
- ٦٣١٠ فى تأديب المجنون
- ٦٣١٠ فى ما لو أقر به دون الأربع
- ٦٣١٢ فى ما لو ادعى العبد الإكراه
- ٦٣١٢ فى ما دون الإيقاب
- ٦٣١٤ فى تكرّر الفعل
- ٦٣١٥ فى من قبّل غلاما بشهوه
- ٦٣١٦ فى المجتمعين تحت إزار واحد

- ٦٣١٧ - فى السحق
- ٦٣١٧ - فى ما يثبت به
- ٦٣١٨ - فى ما لو ثابت قبل البيئه
- ٦٣١٩ - فى تعزير الأجنبيتين إذا تجردتا تحت إزار
- ٦٣١٩ - فى ما لو وطئ زوجته فساحت بكرها فحملت البكر
- ٦٣٢٢ - فى القياده
- ٦٣٢٥ - الفصل الثالث - فى القذف
- ٦٣٢٥ - اشاره
- ٦٣٢٥ - فى معنى القذف
- ٦٣٢٨ - فى من نسب الزنا إلى غير المواجه
- ٦٣٢٩ - فى ما لو قال لامرأه: زنيت بك
- ٦٣٣٠ - فى ما تفيد القذف فى عرف القائل
- ٦٣٣١ - فى التعريض بالقذف
- ٦٣٣٢ - فى التعزير بكل قول يكرهه المواجه
- ٦٣٣٣ - فى ما يعتبر فى القاذف
- ٦٣٣٥ - فى ما يشترط فى المقذوف
- ٦٣٣٧ - فى ما لو قال لكافر أمه مسلمه: يا بن الزانيه
- ٦٣٣٨ - فى ما لو تقاذف المحصنان
- ٦٣٣٩ - فى ما لو تعدد المقذوف
- ٦٣٤٤ - فى ما يثبت القذف و التعزير به
- ٦٣٤٦ - فى أنّ القذف موروث
- ٦٣٤٧ - فى جواز العفو
- ٦٣٤٨ - فى قتل القاذف فى الرابعه
- ٦٣٤٨ - فى سقوط الحد بتصديق المقذوف
- ٦٣٤٩ - فى الكفار لو تنازروا بالألقاب
- ٦٣٥٠ - فى تأديب الصبى

- ٦٣٥١ -..... فى تعزير كل من ترك واجبا أو فعل محرما -
- ٦٣٥١ -..... فى سآب النبى صلى الله عليه و آله و سلم -
- ٦٣٥٣ -..... فى قتل مدعى النبوه -
- ٦٣٥٤ -..... فى قتل الشاك فى نبوه نبينا -
- ٦٣٥٤ -..... فى قتل الساحر -
- ٦٣٥٤ -..... فى قاذف أم النبى صلى الله عليه و آله و سلم -
- ٦٣٥٤ -..... الفصل الرابع فى شرب المسكر -
- ٦٣٥٤ -..... اشاره -
- ٦٣٥٨ -..... فى معنى المسكر المحرم -
- ٦٣٤٢ -..... فى حد المسكر -
- ٦٣٤٥ -..... فى كيفيه الضرب -
- ٦٣٤٨ -..... فى مستحل الخمر -
- ٦٣٤٩ -..... فى ما لو تاب الشارب للمسكر -
- ٦٣٧٠ -..... فى ثبوت هذا الفعل -
- ٦٣٧٢ -..... فى حد معتقد حلّ النبيذ -
- ٦٣٧٣ -..... فى عدم الحد لمن اضطره العطش -
- ٦٣٧٥ -..... فى من استحل شيئا من المحرمات -
- ٦٣٧٥ -..... فى ما لو أنفذ الحاكم إلى حامل لإقامه حد فأجهضت -
- ٦٣٧٨ -..... فى من قتله الحد، أو التعزير -
- ٦٣٨٠ -..... الفصل الخامس - السرقة -
- ٦٣٨٠ -..... اشاره -
- ٦٣٨٠ -..... فى من يتعلق الحكم به -
- ٦٣٨٧ -..... لو سرق من المال المشترك قدر نصيبه -
- ٦٣٨٨ -..... فى السرقة من مال الغنيمه -
- ٦٣٩٣ -..... فى من لا يقطع -
- ٦٣٩٥ -..... هنا مسائل -

- ٦٣٩٥ اشاره
- ٦٣٩٥ الأولى - لا فرق بين الإخراج بنفسه أو بسببه
- ٦٣٩٧ الثانيه - يقطع الضيف و الأجير
- ٦٣٩٨ الثالثه - الحرز
- ٦٤٠٤ الرابعه - لا قطع فى سرقة الثمر على شجره
- ٦٤٠٥ الرابعه - لا قطع فى سرقة الثمر على شجره
- ٦٤٠٨ السادسه - يقطع سارق الكفن من الحرز
- ٦٤١٣ السابعه - تثبت السرقة بشهاده عدلين
- ٦٤١٨ الثامنه - يجب على السارق إعاده العين
- ٦٤١٩ التاسعه - لا قطع إلا بمرافعه الغريم له
- ٦٤٢١ العاشره - لو أحدث فى النصاب قبل الإخراج
- ٦٤٢٢ الحاديه عشره - الواجب قطع الأصابع الأربع
- ٦٤٢٨ الثانيه عشره - لو تكررت السرقة
- ٦٤٣٠ الفصل السادس - فى المحاربه
- ٦٤٣٠ اشاره
- ٦٤٣٠ فى معنى المحاربه
- ٦٤٣٤ فى ما تثبت به المحاربه
- ٦٤٣٦ فى الحد للمحارب
- ٦٤٣٩ فى ما يفعل المحارب
- ٦٤٤١ لو تاب المحارب قبل القدره عليه
- ٦٤٤٣ فى صلبه
- ٦٤٤٤ فى نفيه عن بلده
- ٦٤٤٥ فى أنّ اللص محارب
- ٦٤٤٦ فى المختلس
- ٦٤٤٨ الفصل السابع - فى عقوبات متفرقه
- ٦٤٤٨ اشاره

- ٦٤٤٨ فمناها - إتيان البهيمه
- ٦٤٤٨ اشاره
- ٦٤٤٨ فى تعزير فاعله
- ٦٤٥٠ فى حرمه أكلها و نسلها
- ٦٤٥٢ فى غير المأكول
- ٦٤٤٢ فى أن التعزير موكول إلى نظر الإمام
- ٦٤٤٤ فى ثبوت هذا الفعل
- ٦٤٤٧ و منها و طء الأموات
- ٦٤٧١ و منها - الاستمناء
- ٦٤٧٣ و منها - الارتداد
- ٦٤٧٣ اشاره
- ٦٤٧٣ فى معنى الارتداد
- ٦٤٧٤ فى قتل المرتد
- ٦٤٧٩ فى بينونه زوجته منه
- ٦٤٨٢ فى ارتداد الصبى و المجنون، و المكزه
- ٦٤٨٤ فى استتابه المرتد
- ٦٤٨٤ فى المرتد عن مله
- ٦٤٨٧ فى ارتداد المرأه
- ٦٤٨٨ فى تكرر الارتداد
- ٦٤٨٩ فى توبه المرتد
- ٦٤٩٠ فى الجنون بعد الارتداد
- ٦٤٩١ و منها - الدفاع عن النفس و المال و الحریم
- ٦٤٩١ اشاره
- ٦٤٩١ فى جوازه
- ٦٤٩٤ دم المدفوع هدر
- ٦٤٩٤ فى ما لو قُتل الدافع

- ٦٤٩٦ فى من وجد مع زوجته، أو مملوكته، أو غلامه من ينال دون الجماع
- ٦٤٩٦ فى ما لو اطلع على عوره قوم
- ٦٤٩٧ فى جواز دفع الدابه الصائله
- ٦٤٩٨ فى ما لو أَدب الصبى فمات
- ٦٥٠١ كتاب القصاص
- ٦٥٠١ اشاره
- ٦٥٠٣ الفصل الأول فى قصاص النفس
- ٦٥٠٣ اشاره
- ٦٥٠٣ فى موجب القصاص
- ٦٥٠٦ فى القتل العمد
- ٦٥١٨ هنا مسائل
- ٦٥١٨ اشاره
- ٦٥١٨ الأولى - الإكراه على القتل
- ٦٥٢١ الثانيه - الاشتراك فى القتل
- ٦٥٢٣ الثالثه - اشتراك النساء فى القتل
- ٦٥٢٦ الرابعه - لو اشترك عبيد فى قتله
- ٦٥٣٠ القول فى شرائط القصاص و هى خمسه
- ٦٥٣٠ اشاره
- ٦٥٣٠ فمنها - التساوى فى الحريه أو الرق
- ٦٥٥٠ و منها التساوى فى الدين
- ٦٥٦٢ و منها انتفاء الأبوه
- ٦٥٦٤ و منها كمال العقل
- ٦٥٦٩ و منها أن يكون المقتول محقون الدم
- ٦٥٧١ القول فى ما يثبت به القتل و هو ثلاثه
- ٦٥٧١ اشاره
- ٦٥٧١ فى الإقرار

- ٦٥٧٦ - في البينه
- ٦٥٨٠ - في القسامه
- ٦٥٨٠ - اشاره
- ٦٥٨٢ - في اللوث
- ٦٥٨٣ - في من وجد قتيلًا في جامع عظيم أو شارع
- ٦٥٨٤ - في قدر القسامه
- ٦٥٨٦ - في ما لم يكن له قسامه
- ٦٥٨٧ - الفصل الثاني - في قصاص الطرف
- ٦٥٨٧ - اشاره
- ٦٥٨٧ - في المراد به
- ٦٥٨٩ - في شروط قصاص النفس
- ٦٥٩١ - في ما يثبت القصاص فيه من الأعضاء و ما لا يثبت
- ٦٥٩٣ - في أنه لا قصاص إلا بالحديد
- ٦٥٩٤ - في تأخير قصاص الطرف إلى اعتدال النهار
- ٦٥٩٤ - في ثبوت القصاص في العين
- ٦٥٩٩ - في ثبوت القصاص في الشعر
- ٦٥٩٩ - في ثبوت القصاص في الذكر و الخصيتين
- ٦٦٠٠ - في ثبوت القصاص في الأذن
- ٦٦٠١ - في ثبوت القصاص في الأنف
- ٦٦٠١ - في ثبوت القصاص في السن
- ٦٦٠٤ - في الانتقال إلى الديه
- ٦٦٠٤ - في ما لو قطع إصبع رجل، و يد آخر
- ٦٦٠٦ - الفصل الثالث - في اللواحق
- ٦٦٠٦ - اشاره
- ٦٦٠٦ - الواجب في قتل العمدة القصاص
- ٦٦٠٩ - في ما يعتبر عند القصاص

- ٦٦٠٩ فى أنه يقتص إلا بالسيف
- ٦٦١٢ فى السرايه بالقصاص
- ٦٦١٤ فى أجره المقتص
- ٦٦١٤ فى إرث القصاص
- ٦٦١٦ فى المبادره من غير إذن الإمام
- ٦٦١٩ فى ما لو صالحه بعض الأولياء
- ٦٦٢٠ لو اشترك الأب و الأجنبى فى قتل الولد
- ٦٦٢٠ فى جواز القصاص للمحجور عليه
- ٦٦٢٢ فى التوكيل فى الاستيفاء
- ٦٦٢٣ فى أنه لا يقتص من الحامل
- ٦٦٢٤ لو هلك قاتل العمد
- ٦٦٢٧ كتاب الديات
- ٦٦٢٧ اشاره
- ٦٦٢٩ الفصل الأول فى مورد الديه
- ٦٦٢٩ اشاره
- ٦٦٢٩ فى الخطأ
- ٦٦٣٠ فى الخطأ الشبيه بالعمد
- ٦٦٣٠ فى الخطأ المحض
- ٦٦٣٢ فى خطأ الطبيب
- ٦٦٣٤ فى خطأ النائم
- ٦٦٣٥ فى حامل المتاع
- ٦٦٣٦ فى المعترف بزوجه جماعاً
- ٦٦٣٧ فى الصائح بالطفل، أو المجنون، أو المريض
- ٦٦٣٨ فى الصادم لغيره
- ٦٦٤٠ فى ما لو قال الرامى خذار
- ٦٦٤١ فى ما لو وقع من علو على غيره

هنا مسائل - - - - - ٦٦٤٢

اشاره - - - - - ٦٦٤٢

الأولى - من دعا غيره ليلا فأخرجه من منزله - - - - - ٦٦٤٢

الثانية - لو انقلبت الطير فقتلت الولد - - - - - ٦٦٤٩

الثالثة - لو ركبت جاريه أخرى فنخستها ثلثه - - - - - ٦٦٥٠

الرابعة في في لص جمع ثيابا و وطء امرأة و قتل ولدها - - - - - ٦٦٥٢

الخامسة (٦) - يضمن معلم السباحه الصغير - - - - - ٦٦٥٩

السادسه - لو وقع حائطه المائل و الميزاب - - - - - ٦٦٦١

السابعه - لو أوجج نارا في ملكه - - - - - ٦٦٦٥

الثامنه - لو فرط في حفظ دابته فدخلت على أخرى - - - - - ٦٦٦٧

التاسعه - يضمن راكب الدابه ما تجنيه بيديها و رأسها - - - - - ٦٦٦٩

العاشره - يضمن المباشر لو جامع السبب - - - - - ٦٦٧٢

الحاديه عشره - لو وقع واحد في الزبيه - - - - - ٦٦٧٣

الفصل الثاني - في التقديرات و فيه مسائل: - - - - - ٦٦٧٧

اشاره - - - - - ٦٦٧٧

مسائل التقديرات - - - - - ٦٦٧٧

الأولى - في ديه النفس أحد أمور سته - - - - - ٦٦٧٧

اشاره - - - - - ٦٦٧٧

في في ديه العمد - - - - - ٦٦٧٧

في ديه الخطأ المحض - - - - - ٦٦٨٤

في ديه المرأة و الخنثى المشكل - - - - - ٦٦٨٩

في ديه الذمى - - - - - ٦٦٨٩

في ديه العبد - - - - - ٦٦٩١

الثانيه في شعر الرأس أجمع الديه - - - - - ٦٦٩٥

الثالثه - في العينين الديه - - - - - ٦٦٩٩

الرابعه - في الأذنين الديه - - - - - ٦٧٠٣

- ٦٧٠٤ - الخامسة - فى الأنف الديه
- ٦٧٠٧ - السادسة فى الشفتين الديه
- ٦٧١٠ - السابعه (١) - فى استئصال اللسان الديه
- ٦٧١٣ - الثامنه - فى الأسنان الديه
- ٦٧١٧ - التاسعه - فى اللحين الديه
- ٦٧١٨ - العاشره - فى العنق الديه
- ٦٧١٨ - الحاديه عشره - فى كل من اليمين نصف الديه
- ٦٧٢٤ - الثانيه عشره - فى الظهر إذا كسر الديه
- ٦٧٢٧ - الثالثه عشره - فى النخاع الديه
- ٦٧٢٧ - الرابعه عشره - الثديان
- ٦٧٢٩ - الخامسه عشره - فى الذکر الديه
- ٦٧٣٠ - السادسة عشره - فى الخصيتين معا الديه
- ٦٧٣٢ - السابعه عشره - فى الشفرين الديه
- ٦٧٣٣ - الثامنه عشره - فى الإفضاء الديه
- ٦٧٣٥ - التاسعه عشره - فى الأليين
- ٦٧٣٥ - العشرون - الرجلان فيهما الديه
- ٦٧٣٧ - الحاديه والعشرون - فى الترقوه أربعون ديناراً
- ٦٧٣٩ - الثانيه والعشرون - فى كل ضلع مما يلى القلب
- ٦٧٤٢ - القول فى ديه المنافع و هى ثمانيه أشياء:
- ٦٧٤٢ - اشاره
- ٦٧٤٢ - الأول - فى ذهاب العقل الديه
- ٦٧٤٣ - الثانى - السمع و فيه الديه
- ٦٧٤٥ - الثالث - فى ذهاب الإبصار الديه
- ٦٧٤٧ - الرابع - فى إبطال الشم الديه
- ٦٧٤٩ - الخامس - الذوق فيه الديه
- ٦٧٥٠ - السادس - فى تعذر الإنزال للمنى الديه

- ٦٧٥٢ السابع - فى سلس البول الديه
- ٦٧٥٣ الثامن - فى إذهب الصوت الديه
- ٦٧٥٣ الفصل الثالث الشجاج و توابعها
- ٦٧٥٣ اشاره
- ٦٧٥٣ فى معنى الشجاج
- ٦٧٥٥ فى أن الشجاج ثمان
- ٦٧٥٨ فى التوابع
- ٦٧٦٤ فى معنى الحكومه و الأرش
- ٦٧٦٥ فى من لا ولى له
- ٦٧٦٧ الفصل الرابع - فى التوابع و هى أربعه
- ٦٧٦٧ اشاره
- ٦٧٦٧ الأول - فى ديه الجنين و الميت
- ٦٧٨٠ الثانى - فى العاقله
- ٦٧٨٩ الثالث - فى الكفاره
- ٦٧٩٠ الرابع - فى الجنايه على الحيوان
- ٦٨٠٠ تعريف مركز

سرشناسہ: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضہ البہیہ فی شرح اللمعہ الدمشقیہ. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقہ للطباعہ والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاہری: ۹ ج.

شابک: دوره ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۱-X ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۲-۱ ؛ ج. ۲ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۳-۶ ؛ ج. ۳ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۴-۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۵-۲ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۶-۰ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۷-۹ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۸-۷ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۹-۵ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۴۰-۹

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضہ البہیہ" شهید ثانی کہ خود شرحی است بر "اللمعہ الدمشقیہ" شهید اول.

یادداشت: کتابنامہ.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹/۲۱۲ ۸۰۳۸۵

رده بندی ديويی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

المجلد ۱

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترحینی العاملی

ص: ۳

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على سيدنا و نبينا محمد و على أهل بيته الطيبين الطاهرين، و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين.

- علم الفقه هو أشرف علم بعد علم الكلام، به يعرف الحلال من الحرام، و هو علم نشأ في أحضان الحديث حيث كان الفقهاء يكتفون في مقام الفتيا بعرض متن الخبر، ثم تحرر شيئا فشيئا مع بقاء الحديث من أهم أدلته.

- و قد توزعت جهود العلماء في علم الفقه تارة في إبراز الفقه الشيعي مع ما يتضمن من أدله و آراء، و أخرى في كتابه الفقه المقارن المتضمن لعرض آراء الشيعة مع أدلتها، و عرض رأى المخالف من العامه مع بيان ضعفه.

و استمرت هذه الكتابه بلونها إلى زمن العلامه، و انقطعت في عصر الشهيد الأول حيث حاول تركيز الجهود على الفقه الشيعي لإبراز الفتوى بكل ما لها من أدله إذا كانت وفاقه بينهم، و إبراز الخلاف الشيعي بأدله الطرفين مع محاكمه و ترجيح، و إن كان الترجيح غالبا لقول المشهور.

- فالشهاد كتب اللمعه و هي من أواخر ما كتب في الفقه، و هذا ما يجعل اللمعه تمثل ذروه نضجه الفقهي، كتبها مقتصرًا فيها على المسائل المشهوره سواء كانت منصوبه أم لا، و هي أساس الفقه، فلذا أجاد في هذا الاقتصار لأن الباقي فروع يرد إليها و يعرف حكمه منها.

- و الشهيد الثاني قد شرح اللمعه الدمشقيه، و سماه الروضه البهيه، و هو

آخر ما كتبه و هذا يمثل ذروه نضجه الفقهي أيضا، و جعله شرحا مزجيا، و هو أول شرح مزجى يدخل الفقه الشيعى.

و جعل الشرح آيه من آيات الفصاحه و البلاغه مع إبقاء الأسلوب العلمى، فقد جمع بين عذوبه الألفاظ و بلاغه المعانى، و حصانه الجمل و رقه التعبير، مع بعد عن التطويل المملّ و الإيجاز المخلّ، و قد ضمنه الكثير من تحقيقاته التى دفعت الفقه إلى طور الكمال، فكم من مسأله فقهيه لم يستطع المتأخرون أن يأتوا بجديد فيها، و كم من ترجيح جعل الرأى المخالف لا نظير له و لا قائل.

- و بعد هذا و ذاك فالشرح و متنه لهما قدسيه خاصه من بين الكتب الفقهيه و لعل هذا من زياده إخلاص مؤلفيها، لهذه الأسباب المجتمعه أقرّ العلماء إلى يومنا هذا تدريس الروضه فى مقام تربيّه الذهنيه الفقهيه عند المشتغلين بتحصيل العلوم الشرعيه.

- ثم إن الشرح قليل فى العبادات، و غير واف بالكثير من الأدله فى المعاملات، فرأيت أن أزيده ببيان مدارك الأحكام التى تعرض لها الشهيدان بما فيه نفع و تذكره، حتى تتوازن أطرف الشرح المذكور، و يكون جامعا مغنيا عن غيره.

فأوردت كل الآراء الفقهيه أو غالبها، مع بيان أدلتها، و هذا - غالبا - ما يشرح ألفاظ الروضه و جملها، و مع ذلك تدخلت لشرح الكثير من ضمائرها، و توضيح الكثير مما يعتقد أنه صعب على الفهم.

و سرت فيه بحذف الإجماع المدركى - كما هو الغالب فى المسائل - و اقتصرت على الإجماعات التى يحتمل أن تكون تعبدية، أو هى كذلك.

و اكتفيت بالدليل اللفظى عند وجوده، و إلا فانتقل إلى الأصل العملى ثم إلى الوظيفه العقليه أو الشرعيه.

و اكتفيت بالخبر و الخبرين و الثلاثه، من دون داع لعرض جميع الأخبار الوارده فى المسأله - كما هو ديدن جماعه من الفقهاء - لأن الأخبار قد بوّبت و جمعت فى الوسائل و مستدركه، فمن أراد استقصائها فعليه مراجعه هذين الكتابين.

و كان اختيار الخبر و الخبرين تبعا لصحة السند أو لكون المتن أكثر دلالة أو فائده.

هذا من جهة و من جهة أخرى بعد ما ثبت عندى أن الحجية لخبر موثوق الصدور كان للعمل بالخبر مجال واسع، يعرفه كل من جاس خلال الديار، و قد ثبت أن الترجيح للخبر المعمول به عند مشهور القدماء لوصول القرائن المحتففة بالأخبار، و سيره المتشرعه التى كانت تحت مسمع و مرأى المعصوم إليهم فلا محاله يكون معارضه قد صدر تقيه كما هو واضح.

و من جهة ثالثه كل خبر قد ورد فى الروضه - و قد أوردناه فى شرحنا مع تخريجه - فلا نخرجه عند ذكره فى المتن، إلا الآيات فقد خرّجناها غالبا و إن ذكرت فى شرحنا مع تخريجها.

هذا و قد سميته (الزبدہ الفقهيہ فى شرح الروضه البهيہ)، و ادعوا الله جلّ و علا أن يعيننى على إكماله، و يجعله خالصا لوجهه بحق محمد و آله الطيبين.

و آخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين و صلى الله على محمد و آله الطاهرين السيد محمد حسن ترحينى

ص: ٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الحمد لله الذي شرح صدورنا بلمعه (١) من شرائع الإسلام (٢)، كافيهِ (٣) في بيان الخطاب (٤)، و نور قلوبنا من لوامع (٥) دروس الأحكام (٦) بما فيه تذكركه (٧) و ذكرى (٨) لأولى الألباب، و كرمنا بقبول منتهى (٩) نهايه (١٠) الإرشاد (١١)، و غايه المراد (١٢)، بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الحمد لله رب العالمين، و صلى الله على سيدنا و نبينا محمد و على أهل بيته الطيبين الطاهرين، و اللعنه الدائمه على أعدائهم أجمعين من الآن إلى قيام يوم الدين.

(١) كتاب فقهى للشهيد الأول.

(٢) كتاب فقهى للمحقق الحلبي.

(٣) كتاب فقهى لأبى الصلاح الحلبي.

(٤) كتاب فقهى لأبى الصلاح الحلبي.

(٥) كتاب فقهى لأبى الصلاح الحلبي.

(٦) الدروس كتاب فقهى للشهيد الأول.

(٧) كتاب فقهى للعلامة الحلبي.

(٨) كتاب فقهى للشهيد الأول.

(٩) كتاب فقهى للعلامة الحلبي.

(١٠) كتاب فقهى للشيخ الطوسي.

(١١) كتاب فقهى للعلامة الحلبي.

(١٢) كتاب فقهى للشهيد الأول.

فى المعاش و المآب و الصلاه على من أرسل لتحرير (١) قواعد (٢) الدين و تهذيب (٣) مدارك (٤) الصواب، محمد الكامل (٥) فى مقام الفخار، الجامع (٦) من سرائر (٧) الاستبصار (٨) للعجب العجاب (٩)، و على آله الأئمه النجباء، و أصحابه الأجله الأتقياء خير آل و أصحاب، و نسألك اللهم أن تتورّ قلوبنا بأنوار هدايتك، و تلاحظ وجودنا بعين عنايتك، إنك أنت الوهاب.

و بعد: فهذه تعليقه لطيفه، و فوائد خفيفه أضفتها إلى المختصر الشريف، و المؤلف المنيف، المشتمل على أمهات المطالب الشرعيه، الموسوم ب «اللمعه دمشقيه» من مصنفات شيخنا و إمامنا المحقق البدل التحرير المدقق الجامع بين منقبه العلم و السعاده، و مرتبه العمل و الشهاده الإمام السعيد أبى عبد الله الشهيد محمد بن مكى أعلى الله درجته كما شرف خاتمته. جعلتها جاريه له مجرى الشرح الفاتح لمغلقه، و المقيّد لمطلقه، و المتمّم لفوائده، و المهذّب لقواعده، ينتفع به المبتدى، و يستمدّ منه المتوسّط و المنتهى، تقربت بوضعه إلى ربّ الأرباب، و أجت به ملتصق بعض فضلاء الأصحاب أيدهم الله تعالى بمعونته، و وفقهم لطاعته، اقتصرت فيه على بحث الفوائد (١٠)، و جعلتها ككتاب واحد، و سميته:

(١) كتاب فقهى للعلامه الحلّى.

(٢) كتاب فقهى للعلامه الحلّى.

(٣) كتاب حديثى للشيخ الطوسى و هو شرح المقنعه للشيخ المفيد.

(٤) كتاب فقهى للعلامه الحلّى (الذريعه: ٢٣٩/٢٠).

(٥) كتاب فقهى للقاضى ابن البراج.

(٦) كتاب فقهى ليحيى بن سعيد الحلّى.

(٧) كتاب فقهى لابن إدريس الحلّى.

(٨) كتاب حديثى للشيخ الطوسى يتضمن بعض آراء الشيخ الفقيه.

(٩) علّق الشارح بقوله: (هو ما جاوز حد العجيب، و فى الصحاح: العجب: الأمر الذى يتعجب منه، فكذا العجاب بالضم، و العجاب بالتشديد أكثر منه، و كذلك الأعجوبه، و قولهم عجب عجب كقولهم ليل لائل، يؤكّد به).

و علّق أيضا بقوله: (اشتملت الفقرات الخمس كل واحده على اسم أربعة كتب من كتب الفقه).

(١٠) البحت بالتاء المثناه فوقانيه بمعنى الخالص.

«الروضه البهيه فى شرح المعه الدمشقيه» سائلا من الله جل اسمه أن يكتبه فى صحائف الحسنات، و أن يجعله وسيله إلى رفع الدرجات، و يقرنه برضاه، و يجعله خالصا من شوب سواه، فهو حسبى و نعم الوكيل.

قال المصنف قدس الله لطيفه و أجزل تشريفه:

خطبه الشهيد الأول و شرحها

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ الباء للملابسه، و الظرف مستقر (١) حال من ضمير ابتدئ الكتاب كما فى «دخلت عليه بثياب السفر»، أو للاستعانه و الظرف لغو كما فى «كتبت بالقلم»، و الأول (٢) أدخل فى التعظيم، و الثانى (٣) لتمام الانقطاع، لإشعاره بأن الفعل لا يتم بدون اسمه تعالى. و إضافته (٤) إلى الله تعالى دون باقى أسمائه لأنها معان و صفات، و فى التبرك بالاسم أو الاستعانه به كمال التعظيم للمسمى، فلا يدل (٥) على اتحادهما، بل دلّت الإضافه على تباينهما.

و «الرحمن» و «الرحيم» اسمان بنيا للمبالغه من رحم، كالغضبان من «غضب» و العليم من «علم»، و الأول (٦) أبلغ، لأن زياده اللفظ تدل على زياده (١) علق الشارح (الظرف المستقر - بفتح القاف - ما كان متعلقه عاما، واجب الحذف، كالواقع خبرا أو صفة أو صلة أو حالا، سمي بذلك لاستقرار الضمير فيه، و الأصل مستقر فيه، حذف - فيه - تخفيفا أو لتعلقه بالاستقرار العام.

و اللغو ما كان متعلقه خاصا، سواء ذكر أم حذف، سمي بذلك لكونه فارغا من الضمير فهو لغو، كذا ذكره جماعه من النحاه، و بذلك يظهر الفرق بين جعل الباء للملابسه و الاستعانه، لأن متعلق الأول عام واجب الحذف، و الثانى خاص غير معين للحاليه كما فى مقال الكتاب).

(٢) للملابسه.

(٣) للاستعانه.

(٤) أى إضافه الاسم.

(٥) التبرك أو الاستعانه.

(٦) أى الرحمن.

ص: ١٠

المعنى، و مختص به تعالى، لا- لأنه من الصفات الغالبة، لأنه (١) يقتضى جواز استعماله فى غيره تعالى بحسب الوضع و ليس كذلك، بل لأن معناه (٢) المنعم الحقيقى، البالغ فى الرحمه غايتها. و تعقيبه (٣) بالرحيم من قبيل التميم، فإنه لما دلّ (٤) على جلائل النعم و أصولها ذكر الرحيم ليتناول ما خرج منها (٥).

(اللّه أحمد) جمع بين التسميه و التحميد فى الابتداء جريا على قضيه الأمر فى كل أمر ذى بال (٦)، فإن الابتداء يعتبر فى العرف ممتدا من حين الأخذ فى التصنيف إلى الشروع فى المقصود، فيقارنه (٧) التسميه و التحميد و نحوهما (٨)، و لهذا يقدر الفعل المحذوف فى أوائل التصانيف «أبتدى» سواء اعتبر الظرف مستقرا أم لغوا، لأن فيه (٩) امثالا للحديث لفظا و معنى، و فى تقدير غيره (١٠) معنى فقط (١١).

(١) لأن الشأن و الواقع.

(٢) معنى الرحمن لغه.

(٣) أى تعقيب الرحمن بالرحيم فى البسملة.

(٤) من اسم الرحمن.

(٥) من النعم و هو صغيرها.

(٦) أورد العسكرى فى تفسيره عن آباءه عن على عليه السلام حديث (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حدثنى عن الله عز و جل) أنه قال: كل أمر ذى بال لا يذكر بسم الله فيه فهو أبتى (١).

و فى الجعفریات قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (كل كتاب لا يبدأ فيه بذكر الله فهو أقطع) (٢).

هذا بالنسبه للتسميه و أما الابتداء بالتحميد فلم يرد من طرق أصحابنا نعم ورد فى الدر المنثور للسيوطى (كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أقطع) (٣).

(٧) أى فيقارن الابتداء.

(٨) كتمجيد الله و الثناء عليه و الصلاه على نبيه و آله.

(٩) أى فى الابتداء كفعل محذوف مقدر.

(١٠) غير الابتداء.

(١١) أى امثالا للحديث معنى.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الذكر حديث ٤.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الذكر حديث ١.
- ٣- (٣) ج ١ ص ١٠ نقلا عن ميزان الحکمه باب الحمد ج ٢ ص ٥٢٢ ح ٤٣٧٧.

وقدّم التسميه (١) اقتفاء لما نطق به الكتاب، واتفق عليه أولو الألباب، وابتدأ في اللفظ (٢) باسم الله، لمناسبه مرتبته (٣) في الوجود العيني، لأنه الأول فيه، فناسب كون اللفظي ونحوه كذلك (٤)، وقدّم ما هو الأهم وإن كان حقه التأخر باعتبار المعموليه، للتبنيه على إفاده الحصر على طريقه إِيَّاكَ نَعْبُدُ، و نسب الحمد إليه تعالى باعتبار لفظ «الله» لأنه اسم للذات المقدسه، بخلاف باقي أسمائه تعالى لأنها صفات كما مر، ولهذا يحمل عليه (٥)، ولا يحمل على شيء منها (٦). ونسبه الحمد إلى الذات باعتبار وصف، تشعر بعليته (٧)، وجعل جملة الحمد فعلية لتجدده (٨) حالا- فحالا بحسب تجدد المحمود عليه، وهي خبريه لفظا، إنشائيه معنى للثناء (٩) على الله تعالى بصفات كماله، و نعوت جلاله، و ما ذكر (١٠) فرد من أفراد (١١).

و لما كان المحمود مختارا مستحقا للحمد على الإطلاق اختار الحمد على المدح و الشكر (استتماما لنعته) نصب على المفعول له، تبيها على كونه (١٢) من غايات الحمد. و المراد (١٣) به هنا الشكر، لأنه رأسه (١٤) و أظهر أفراده، و هو (١) أى بسم الله الرحمن الرحيم.

(٢) أى فى لفظ الكتاب حيث قال: الله أحمد.

(٣) أى مرتبه الله جلّ جلاله.

(٤) و هو الكتبي.

(٥) فيقال: الله رحمان و رحيم.

(٦) من الأسماء الباقية.

(٧) أى تشعر النسبه بعليته الوصف للحمد، فيكون الحمد لأن الله جامع لجميع الصفات الكماليه.

(٨) أى لتجدد الحمد.

(٩) تعليل لإنشائيه المعنى.

(١٠) من الحمد.

(١١) من أفراد الثناء.

(١٢) أى كون الاستتمام.

(١٣) بالحمد.

(١٤) لأن الحمد رأس الشكر.

ناظر (١) إلى قوله تعالى: لَيْسَ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ (٢) لأن الاستتمام طلب التمام، و هو (٣) مستلزم للزيادة، و ذلك باعث على رجاء المزيد، و هذه اللفظه مأخوذه من كلام على عليه السلام فى بعض خطبه (٤).

و «النعمة» هى المنفعة الواصلة إلى الغير على جهه الإحسان إليه، و هى موجه للشكر المستلزم للمزيد، و وحدها (٥) للتنبيه على أن نعم الله تعالى أعظم من أن تستتم على عبد، فإن فيضه غير متناه كما و لا كيفا، و فيها (٦) يتصور طلب تمام النعمة التى تصل إلى القوابل بحسب استعدادهم.

(و الحمد فضله) أشار إلى العجز عن القيام بحق النعمة، لأن الحمد إذا كان من جملة فضله فيستحقّ عليه حمدا و شكرا فلا ينقضى ما يستحقه من المحامد، لعدم تناهى نعمه. و اللام فى «الحمد» يجوز كونه للعهد الذكرى و هو المحمود به أولا (٧)، و للذهنى الصادر عنه، أو عن جميع الحامدين، و للاستغراق لانتهاه (٨) مطلقا إليه بواسطه أو بدونها (٩) فتكون كل قطره من قطرات بحار (١) أى قول المصنف: الله أحمد.

(٢) إبراهيم الآية: ٧.

(٣) أى الشكر.

(٤) حيث قال أمير المؤمنين عليه السلام: (أحمده استتماما لنعمته، و استسلاما لعزته، و استعصاما من معصيته) (١).

(٥) أى المصنف حيث قال: لنعمته، و لم يقل: لنعمه.

(٦) قال الشارح: «أى فى توحيد النعمة و هى جعلها واحده».

(٧) فى قوله: الله أحمد.

(٨) أى انتهاء الحمد.

(٩) علق الشارح بقوله: «اعلم أن العهد الخارجى على ثلاثه أقسام، الأول: الذكرى و هو الذى يتقدم لمصحبها ذكر، نحو قوله تعالى: كَمَا أَرْسَلْنَا إِلَى فِرْعَوْنَ رَسُولًا * فَعَصَى فِرْعَوْنَ الرَّسُولَ ، الثانى: العلمى و هو أن يتقدم بمضمونها علم، نحو بالوادى المقدس طوى، و تحت الشجرة، لأن ذلك معلوم عندهم، الثالث: الحضورى و هو أن يكون مصحبها حاضرا، نحو اليوم أكملت لكم دينكم، و المراد من العهد الذهنى هنا الثانى».

ص: ١٣

١- (١) نهج البلاغه رقم الخطبه ٢.

فضله، و لمحّه من لمحات جوده، و الجنس و هو راجع إلى السابق باعتبار (١).

(و إياه أشكر) على سبيل ما تقدّم من التركيب المفيد لانحصار الشكر فيه، لرجوع النعم كلّها إليه، و إن قيل للعبد فعل اختياري، لأن آياته و أسبابه التي يقتدر بها على الفعل لا بد أن ينتهي إليه، فهو الحقيق بجميع أفراد الشكر، و أردف الحمد بالشكر مع أنه لامح له أولا (٢) للتنبيه عليه (٣) بالخصوصيه، و لمح تمام الآيه (استسلاما) أي انقيادا (لعزّته) و هي غايه أخرى للشكر كما مر، فإن العبد يستعد بكمال الشكر لمعرفة المشكور، و هي مستلزمه للانقياد لعزّته، و الخضوع لعظّمته، و هو (٤) ناظر إلى قوله تعالى: وَ لَئِنْ كَفَرْتُمْ إِنَّ عَذَابِي لَشَدِيدٌ (٥)، و لما تشتمل عليه الآيه من التخويف، المانع من مقابله نعمه الله بالكفران، فقد جمع صدرها و عجزها بين رتبتى الخوف و الرجاء، و قدّم الرجاء لأنه سوط النفس الناطقه المحرّك لها نحو الطماح، و الخوف زمامها العاطف بها عن الجماع.

(و الشكر طوله) أي من جمله فضله الواسع، و منه السابع، فإن كل ما نتعاطاه من أفعالنا مستند إلى جوارحنا و قدرتنا و إرادتنا و سائر أسباب حركاتنا، و هي بأسرها مستنده إلى جوده، و استفاده من نعمه، و كذلك ما يصدر عنا من الشكر، و سائر (١) علق الشارح بقوله: «و وجه رجوعه إليه باعتبار أن جنس الحمد إذا كان محكوما عليه بكونه فضله يقتضى كون جميع أفراد ذلك، لأن الجنس - و إن تم فى ضمن فرد واحد - إلا أن فردا من أفراد الحمد هنا لو وجد مع غيره وجد الجنس معه أيضا، فلا يكون مختصا به.

و قد تقدم فى كلامه ما يدل على اختصاصه به و انحصاره فيه فيكون الجنس مفيدا هاهنا فائده الاستغراق بمعونه الكلام السابق المقتضى للاختصاص، و إن احتاج إلى دليل خارج و هو أن حصر حمده فى الله يقتضى حصر حمد غيره لاشتراكهما فى المعنى الموجب للحصر».

(٢) أى مع أن المصنف ألمح إليه أولا بقوله: الله أحمد.

(٣) على الشكر.

(٤) أى المصنف.

(٥) إبراهيم الآيه: ٧.

العبادات نعمه منه، فكيف تقابل نعمته بنعمه، وقد روى أن هذا الخاطر (١) خطر لداود عليه السّلام، و كذا لموسى عليه السّلام فقال: «يا رب كيف أشكرك و أنا لا أستطيع (١) قال الغزالي في الإحياء قريب هذه العبارة (١)، و نقلها الفيض الكاشاني في المحججه البيضاء (٢)، و هذا دليل على أن هذه الأخبار قد وردت من طرق العامه.

نعم ورد في جامع السعادات قوله: «و يشهد بذلك ما روى أن الله (عز و جلّ) أوحى إلى موسى عليه السّلام: يا موسى، اشكرني حق شكرى، فقال: يا رب، كيف أشكرك حق شكرك و ليس من شكر أشكرك به إلا و أنت أنعمت به على؟ قال: يا موسى، الآن شكرتني حيث علمت أن ذلك مني، و كذلك أوحى ذلك إلى داود فقال: يا رب كيف أشكرك و أنا لا أستطيع أن أشكرك إلا- بنعمه ثانيه من نعمك، و في لفظ آخر: و شكرى لك نعمه أخرى منك، و يوجب علىّ الشكر لك، فقال: إذا عرفت هذا فقد شكرتني، و في خبر آخر: إذا عرفت أن النعم مني رضيت عنك بذلك شكرا» (٣).

و قد ورد في أصول الكافي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أوحى الله (عز و جلّ) إلى موسى عليه السّلام: يا موسى اشكرني حق شكرى، فقال: يا رب فكيف أشكرك حق شكرك و ليس من شكر أشكرك به إلا و أنت أنعمت به علىّ، قال: يا موسى الآن شكرتني حين علمت أن ذلك مني) (٤).

و في مشكاة الأنوار عن الباقر عليه السّلام: (قال الله (عز و جلّ) لموسى بن عمران: يا موسى اشكرني حق شكرى، قال: يا رب كيف أشكرك حق شكرك و النعمه منك، و الشكر عليها نعمه منك؟ فقال الله تبارك و تعالى: إذا عرفت أن ذلك مني فقد شكرتني حق شكرى) (٥).

و في إرشاد القلوب للديلمي: (و أوحى الله إلى داود عليه السّلام: أشكرني حق شكرى، قال: إلهى كيف أشكرك حق شكرك و شكرى إياك نعمه منك، فقال الآن شكرتني حق شكرى) (٦) و فيه أيضا (و قال داود عليه السّلام: يا رب و كيف كان آدم يشكرك حق شكرك

ص: ١٥

١- (١) إحياء العلوم للغزالي ج ٤ ص ٨٥ طبع دار المعرفه بيروت لبنان.

٢- (٢) المحججه البيضاء للفيض الكاشاني ج ٧ ص ١٥١ طبع مؤسسه النشر الإسلامى التابعه لجامعه المدرسين.

٣- (٣) جامع السعادات للنراقي ج ٣ ص ٢٤٢ الطبعة الرابعه منشورات دار النعمان.

٤- (٤) أصول الكافي ج ٢ ص ٩٨.

٥- (٥) نقلا عن بحار الأنوار ج ٦٨ ص ٥٥.

٦- (٦) نقلا عن بحار الأنوار ج ١٤ ص ٤٠.

أن أشكرك إلا- بنعمه ثانيه من نعمك؟» و في روايه أخرى: «و شكري لك نعمه أخرى توجب عليّ الشكر لك»، فأوحى الله تعالى إليه «إذا عرفت هذا فقد شكرتني» و في خبر آخر: «إذا عرفت أن النعم مني فقد رضيت بذلك منك شكرا».

(حمدا و شكرا كثيرا كما هو أهله)، يمكن كون الكاف في هذا التركيب زائده مثلها في لَيْسَ كَمِثْلِهِ شَيْءٌ (١)، لأن الغرض حمده بما هو أهله، لا بحمد يشابه الحمد الذي هو أهله، و «ما» موصوله، و «هو أهله» صلتها و عائدها، و التقدير: الحمد و الشكر الذي هو أهله. مع منافره تنكيرهما لجعل الموصول صفه لهما، أو نكره موصوفه بدلا من «حمدا و شكرا» لئلا يلزم التكرار و قد تجعل «ما» أيضا زائده، و التقدير: حمدا و شكرا هو أهله.

و يمكن كون الكاف حرف تشبيه، اعتبارا بأن الحمد الذي هو أهله لا يقدر عليه هذا الحامد و لا غيره، بل لا يقدر عليه إلا الله تعالى، كما أشار إليه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بقوله: «لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك» (٢)، و في التشبيه حينئذ سؤال أن يلحقه الله تعالى بذلك الفرد الكامل من الحمد، تفضلا منه تعالى، مثله في قولهم: «حمدا و شكرا ملء السموات و الأرض، و حمدا يفوق حمد الحامدين»، و نحو ذلك.

و اختار الحمد بهذه الكلمه لما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ «من قال: الحمد لله كما هو أهله شغل كتاب السماء فيقولون: اللهم إنا لا نعلم الغيب، فيقول تعالى: اكتبوها كما قالها عبدى و عليّ ثوابها» (٣).

(و أسأله تسهيل ما) أى الشىء، و هو العلم الذى (يلزم حملة و تعليم ما لا) و قد جعلته أبا أنبيائك و صفوتك و أسجدت له ملائكتك؟ فقال: إنه عرف أن ذلك من عندى فكان اعترافه بذلك حق شكري (١).

(١) الشورى الآية: ١١.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الذكر حديث ٢.

(٣) خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام، الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الذكر حديث ١.

ص: ١٤

١- (٤) نقلا عن بحار الأنوار ج ١٤ ص ٤٠.

(يسع) أى لا يجوز (جهله) و هو العلم الشرعى الواجب.

(و أستعينه على القيام بما يبقى أجره) على الدوام، لأن ثوابه فى الجنة أُكُلها دائِماً وَ ظِلُّها (١)، (و يحسن فى الملائم الأعلى ذكره).
أصل الملائم:

الأشراف و الرؤساء الذين يرجع إلى قولهم، و منه قوله تعالى: أَلَمْ تَرَ إِلَى الْمَلَأِ مِنْ بَنِي إِسْرَائِيلَ (٢)، قيل لهم ذلك لأنهم ملاء بالرأى و الغنى، أو أنهم يملئون العين و القلب، و المراد بالملائم الأعلى الملائكة، (و ترجى مثوبته و ذخره)، و فى كل ذلك إشاره إلى الترغيب فيما هو بصده من تصنيف العلم الشرعى و تحقيقه، و بذل الجهد فى تعليمه.

(و أشهد أن لا إله إلا الله) تصريح بما قد دلّ عليه الحمد السابق، بالالتزام من التوحيد، و خصّ هذه الكلمه، لأنها أعلى كلمه (٣)، و أشرف لفظه نطق بها فى التوحيد، منطبقه على جميع مراتبه، و «لا» فيها هى النافيه للجنس، و «إله» اسمها، قيل و الخبر محذوف تقديره «موجود»، و يضعف بأنه لا ينفى إمكان إله معبود بالحق غيره تعالى، لأن الإمكان أعم من الوجود و قيل:

«ممكن»، و فيه أنه لا يقتضى وجوده بالفعل و قيل: «مستحق للعباده» و فيه أنه لا يدل على نفى التعدد مطلقاً.

و ذهب المحققون إلى عدم الاحتياج إلى الخبر و أنّ «إلا الله» مبتدأ و خبره «لا إله»، إذ كان الأصل «الله إله»، فلما أريد الحصر زيد «لا- و إلا» و معناه «الله إله، و معبود بالحق لا- غيره»، أو أنها نقلت شرعاً إلى نفى الإمكان و الوجود عن إله سوى الله، مع الدلاله على وجوده تعالى و إن لم تدل عليه لغه (وحده لا شريك له) تأكيد لما قد استفيد من التوحيد الخالص، حسن ذكره فى هذا المقام لمزيد الاهتمام.

(و أشهد أنّ محمداً نبىّ أرسله)، قرن الشهاده بالرساله بشهاده التوحيد، (١) الرعد الآيه: ٣٥.

(٢) البقره الآيه: ٢٤٦.

(٣) قال الشارح «لأن المعترف بوحدانيته إذا اعترف بهذه الكلمه عند الموت و جبت له الجنة لحديث من كان آخر كلامه لا إله إلا الله فله الجنة».

لأنها بمنزلة الباب لها، وقد شرف الله نبينا صلى الله عليه وآله وسلم بكونه لا يذكر إلا ويذكر معه، وذكر الشهادتين في الخطبه لما روى عنه صلى الله عليه وآله وسلم: من أن «كل خطبه ليس فيها تشهد فهي كاليد الجذماء» (١).

و «محمد» علم منقول من اسم مفعول المضعف، وسمى به نبينا صلى الله عليه وآله وسلم إلهاما من الله تعالى، و تفاؤلا بأنه يكثر حمد الخلق له لكثرة خصاله الحميده.

وقد قيل لجده عبد المطلب - وقد سماه في يوم سابع ولادته لموت أبيه (٢) قبلها : لم سميت ابنك محمدا وليس من أسماء آبائك ولا قومك فقال: «رجوت أن يحمده في السماء والأرض» (٣) وقد حقق الله رجاءه.

و «النبىء» بالهمز من النبأ وهو الخبر، لأن النبى مخبر عن الله تعالى، وبلا همز وهو الأكثر إما تخفيفا من المهموز بقلب همزته ياء، أو أن أصله من النبوه بفتح النون وسكون الباء أى الرفعه، لأن النبى مرفوع الرتبة على غيره من الخلق، ونبه بقوله: «أرسله» على جمعه بين النبوه والرساله والأول أعم مطلقا، لأنه إنسان أوحى إليه بشرع وإن لم يؤمر بتبليغه، فإن أمر بذلك فرسول أيضا، أو أمر بتبليغه وإن لم يكن له كتاب أو نسخ لبعض شرع من قبله كيوشع عليه السلام، فإن كان له ذلك فرسول أيضا.

وقيل هما بمعنى واحد، وهو معنى الرسول على الأول (على العالمين) جمع «العالم»، وهو اسم لما يعلم به كالخاتم، والقالب غلب فيما يعلم به الصانع، وهو كل ما سواه من الجواهر والأعراض، فإنها لإمكانها وافتقارها إلى مؤثر واجب لذاته تدل على وجوده، وجمعه ليشمل ما تحته من الأجناس (١) صرح سيد المدارك وصاحب مفتاح الكرامه فى شرائط صلاه الجمعه بالنسبه لأجزاء الخطبه «لم أقف على مصرح بوجود الشهاده بالتوحيد»، وهذا كاشف عن أن الخبر من مرويات العامه.

(٢) تعليل لتسميه جده له صلى الله عليه وآله وسلم.

(٣) فى السيره النبويه من تاريخ ابن عساكر «أنه لما كان اليوم السابع من ولادته ذبح عنه ودعا قريشا، فما أكلوا قالوا: يا عبد المطلب أ رأيت ابنك هذا الذى أكرمنا على وجهه ما سميته؟ قال: سميته محمدا، قالوا: فلم رغبت به عن أسماء أهل بيته؟ قال: أردت أن يحمده الله فى السماء و خلقه فى الأرض».

المختلفه، و غلب العقلاء منهم، فجمعه بالياء و النون كسائر أوصافهم.

وقيل: اسم وضع لذوى العلم من الملائكه و الثقلين، و تناوله لغيرهم على سبيل الاستتباع. و قيل: المراد به الناس هاهنا، فإن كل واحد منهم «عالم أصغر»، من حيث إنه يشتمل على نظائر ما فى «العالم الأكبر»، من الجواهر و الأعراض التى يعلم بها الصانع، كما يعلم بما أبدعه فى العالم الأكبر (اصطفاه) أى اختاره (و فضله) عليهم أجمعين.

(صلى الله عليه) من الصلاه المأمور بها فى قوله تعالى: صَلُّوا عَلَيْهِ وَ سَلِّمُوا تَسْلِيمًا (١)، و أصلها الدعاء، لكنها منه تعالى مجاز فى الرحمه (٢).

و غايه السؤال بها عائد إلى المصلى، لأن الله تعالى قد أعطى نبيه صلى الله عليه و آله و سلم من المنزله و الزلفى لديه ما لا تؤثر فيه صلاه مصل، كما نطقت به الأخبار، و صرح به العلماء الأخيار (٣). و كان ينبغى اتباعها بالسلام عملاً بظاهر الأمر (٤)، و إنما تركه للتنبيه على عدم تحتم إرادته من الآيه، لجواز كون المراد به الانقياد، بخلاف الصلاه.

(و على آله) و هم عندنا «على و فاطمه و الحسنان»، و يطلق تغليبا على باقى (١) الأحزاب الآيه: ٥٦.

(٢) قال الشارح «و إنما عدل عن التعريف المشهور بأنها من الله الرحمه، و من غيره طلبها، و من الملائكه استغفار و من المؤمنين الدعاء، لاستلزامه الاشتراك، و المجاز خير منه كما حقق فى الأصول.

و يرد عليهما معا قوله تعالى: أُولَئِكَ عَلَيْهِمْ صَلَوَاتٌ مِنْ رَبِّهِمْ وَ رَحْمَةٌ، فإن عطفها على الصلاه يشعر بمغايرتهما، حتى جعل بعضهم بمعنى الرضوان لذلك.

و الأمر على ما ذكرناه أسهل، لأن التصريح بالحقيقه بعد إرادته المجاز يفيد تقويه المقصود، مع أن العطف لا يدل على المغايره مطلقا، فإن من أقسامه عطف الشئ على مرادفه، و قد ذكر بعضهم منه الآيه، و قوله تعالى: إِنَّمَا أَشْكُوا بَثِّي وَ حُزْنِي إِلَى اللَّهِ، و قوله تعالى: لَا تَرَى فِيهَا عِوَجًا وَ لَا أَمْتًا، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (ليلينى منكم ذوو الأحلام و النهى).

(٣)

(٤) فى الآيه المتقدمه.

الأئمة، و تبه على اختصاصهم عليه السّلام بهذا الاسم بقوله: (الذين حفظوا ما حمّله) - بالتخفيف - من أحكام الدين، (و عقلوا عنه صلّى الله عليه وآله و سلّم ما عن جبريل عقله)، و لا يتوهم مساواتهم له بذلك فى الفضيله، لاختصاصه صلّى الله عليه وآله و سلّم عنهم بمزايا آخر تصير بها نسبتهم إليه كنسبه غيرهم عليه السّلام من الرعيه إليهم، لأنهم عليه السّلام فى وقته صلّى الله عليه وآله و سلّم من جملة رعيته.

ثم تبه على ما أوجب فضيلتهم، و تخصيصهم بالذكر بعده صلّى الله عليه وآله و سلّم بقوله:

(حتى قرن) الظاهر عود الضمير المستكن إلى النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم، لأنه قرن (بينهم و بين محكم الكتاب) فى قوله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «إني تارك فيكم ما إن تمسكتم به لن تضلوا:

كتاب الله و عترتى أهل بيتى» (١) الحديث.

و يمكن عوده إلى الله تعالى، لأن إخبار النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم بذلك مستند إلى الوحي الإلهي، لأنه ما ينطق عن الهوى إن هو إلا - وحيّ يوحى (٢)، و هو الظاهر من قوله: (و جعلهم قدوه لأولى الألباب) فإن الجاعل ذلك هو الله تعالى، مع جواز أن يراد به النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم أيضا، و «الألباب» العقول، و خصّ ذويهم لأنهم المنتفعون بالعبر، المقتفون لسديد الأثر (صلاه دائمه بدوام الأحقاب) جمع «حقب» بضم الحاء و القاف، و هو الدهر، و منه قوله تعالى: أَوْ أَمْضِيَ حُقُبًا (٣) أى دائمه بدوام الدهور. و أما «الحقب» بضم الحاء و سكون القاف - و هو ثمانون سنه - فجمعه «حقب» بالكسر، مثل قفّ و قفاف نص عليه الجوهري.

(أما بعد) الحمد و الصلاه، و «أما» كلمه فيها معنى الشرط، و لهذا كانت الفاء لازمه فى جوابها، و التقدير «مهما يكن من شىء بعد الحمد و الصلاه فهو كذا» فوقت كلمه «أما» موقع اسم هو المبتدأ، و فعل هو الشرط، و تضمنت معانها (٤) فلزمها لصوق الاسم اللازم للمبتدأ للأول إبقاء له بحسب الإمكان، (١) حديث الثقلين متواتر بين الفريقين راجع هامش إحقاق الحق ج ٩ ص ٣١٠، فقد ذكر الكثير من روايات العامه.

(٢) آل عمران الآية: ٥٣.

(٣) الكهف الآية: ٦١.

(٤) معنى الابتداء و الشرطيه.

و لزمها الفاء للثاني. و «بعد» ظرف زمان، و كثيرا ما يحذف منه المضاف إليه و ينوى معناه، فيبنى على الضم.

(فهذه) إشاره إلى العبارات الذهنيه التي يريد كتابتها، إن كان وضع الخطبه قبل التصنيف، أو كتبها إن كان بعده، نزلها منزله الشخص المشاهد المحسوس، فأشار إليه ب «هذه» الموضوع للمشار إليه المحسوس (اللمعه) بضم اللام، و هي لغه: البقع من الأرض ذات الكالأ- إذا يبست و صار لها بياض، و أصله (١) من «اللمعان» و هو الإضاءة و البريق، لأن البقع من الأرض ذات الكالأ المذكور كأنها تضيء دون سائر البقاع. و عدى ذلك إلى محاسن الكلام و بليغه، لاستناره الأذهان به، و لتمييزه عن سائر الكلام، فكأنه في نفسه ذو ضياء و نور (الدمشقيه) بكسر الدال و فتح الميم، نسبها إلى «دمشق» المدينه المعروفه، لأنه صنفها بها في بعض أوقات إقامته بها (في فقه الإماميه) الاثنى عشرية أيدهم الله تعالى، (إجابه) منصوب على المفعول لأجله، و العامل محذوف، أي صنفها إجابه (لالتماس) و هو طلب المساوى من مثله و لو بالادعاء، كما في أبواب الخطابه (بعض الديانين) أي المطيعين لله في أمره و نهيه.

و هذا البعض هو شمس الدين محمد الآوى من أصحاب السلطان على بن مؤيد ملك خراسان و ما ولاها في ذلك الوقت، إلى أن استولى على بلاده «تيمور لنك» فصار معه قسرا إلى أن توفي في حدود سنه خمس و تسعين و سبعمائه بعد أن استشهد المصنف قدس سره بتسع سنين.

و كان بينه و بين المصنف قدس سره موده و مكاتبه على البعد إلى العراق، ثم إلى الشام. و طلب منه أخيرا التوجه إلى بلاده في مكاتبه شريفه أكثر فيها من التلطف و التعظيم و الحث للمصنف رحمه الله على ذلك، فأبى و اعتذر إليه، و صنف له هذا الكتاب بدمشق في سبعة أيام لا غير، على ما نقله عنه ولده المبرور أبو طالب محمد، و أخذ شمس الدين الآوى نسخه الأصل، و لم يتمكن أحد من نسخها منه لظنته بها، و إنما نسخها بعض الطلبة و هي في يد الرسول (١) أصل الاشتقاق.

تعظيما لها، و سافر بها قبل المقابله فوقع فيها بسبب ذلك خلل، ثم أصلحه المصنف بعد ذلك بما يناسب المقام، و ربما كان مغايرا للأصل بحسب اللفظ، و ذلك فى سنه اثنين و ثمانين و سبعمائه.

و نقل عن المصنف رحمه الله أن مجلسه بدمشق ذلك الوقت ما كان يخلو غالبا من علماء الجمهور لخلطته بهم و صحبته لهم، قال: «فلما شرعت فى تصنيف هذا الكتاب كنت أخاف أن يدخل على أحد منهم فيراه، فما دخل على أحد منذ شرعت فى تصنيفه إلى أن فرغت منه، و كان ذلك من خفى الألفاف»، و هو من جمله كراماته قدس الله روحه و نور ضريحه.

(و حسبنا الله) أى محسبنا و كافينا.

(و نعم المعين) عطف إما على جمله «حسبنا الله»، بتقدير المعطوفه خبريه، بتقدير المبتدأ مع ما يوجهه، أى «مقول فى حقه ذلك»، أو بتقدير المعطوف عليها إنشائيه، أو على خبر المعطوف عليها خاصه فتقع الجملة الإنشائيه خبر المبتدأ، فيكون عطف مفرد متعلقه جمله إنشائيه. أو يقال: إن الجملة التى لها محل من الإعراب لا حرج فى عطفها كذلك، أو تجعل الواو معترضه لا عاطفه، مع أن جماعه من النحاه أجازوا عطف الإنشائيه على الخبريه و بالعكس، و استشهدوا عليه بآيات قرآنيه، و شواهد شعريه (١).

(١) قال الشارح: «الآيات التى استدلوها بها هى قوله تعالى: وَ بَشِّرِ الَّذِينَ آمَنُوا - فى سورة البقره، وَ بَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ فى سورة الصف، ذكر ذلك ابن هشام فى المغنى، و نقله عن ابن عصفور.

قال أبو حيان: و أجاز سيبويه جاءنى زيد و من عمرو العاقلان، على أن يكون العاقلان خبرا لمحدوف، قال: و يؤيده قوله:

و إن شفائى عبره مهراقه و هل عند رسم دارس من معول

و قوله:

تناغى غزلا عند باب ابن عامر و كحل أمايكك الحسان يا ثمد

و استدل الصفار أيضا بقوله:

و قائله خولان فانكح فتاتهم.

فإن تقديره عند سيبويه هذه خولان، و أوضح من ذلك دلالة قوله تعالى: إِنَّا أَعْطَيْنَاكَ -

(و هي مبنية) أى مرتبه، أو ما هو أعم من الترتيب (على كتب) بضم التاء و سكونها جمع كتاب، و هو فعال من «الكتب» بالفتح و هو الجمع، سَمِيَ به المكتوب المخصوص لجمعه المسائل المتكثرة، و الكتاب أيضا مصدر مزيد مشتق من المجرد لموافقته له فى حروفه الأصلية و معناه.

-الْكُوْتَرُ فَصْلٌ لِرَبِّكَ وَ انْحَزْ، و ناهيك بقوله تعالى: حَسْبُنَا اللّٰهُ وَ نِعْمَ الْوَكِيْلُ، و باب التأويل من الجانبين متسع.

كتاب الطهارة

ص: ٢٤

(الطهارة) مصدر «طهر» بضم العين وفتحها، و الاسم الطَّهر (٢) بالضم (و هي لغة النظافة) (٣) و النزاهة من الأدناس (٤) (و شرعا) (٥) - بناء على ثبوت (١) أى هذا كتاب الطهارة، فهو خبر لمبتدأ محذوف، و قال سيد المدارك «و قد عرّفه - أى الكتاب - شيخنا الشهيد (رحمه الله) فى بعض فوائده بأنه اسم لما يجمع به المسائل المتحدّه بالجنس المختلفه بالنوع، قال: و المقصد اسم لما يطلب فيه المسائل المتحدّه فى النوع المختلفه فى الصنف، و مثله الباب و الفصل، و المطلوب هو المائز بين المسائل المتحدّه فى الصنف المختلفه فى الشخص، و ما ذكره (رحمه الله) غير مطرد، و الحق أن هذه أمور اصطلاحية و مناسبات اعتبارية لا ينبغى المشاحه فيها» انتهى.

(٢) المصدر ما دل على الحدث، و اسم المصدر ما دل على الهيئه الحاصله بسببه كالتوضؤ و الوضوء.

(٣) فيقال: ثياب طاهره أى نظيفه من الوسخ و القدر.

(٤) قال تعالى: إِنَّمَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيُذْهِبَ عَنْكُمُ الرِّجْسَ أَهْلَ الْبَيْتِ وَيُطَهِّرَكُمْ تَطْهِيراً (١) ، و الطهارة فى الآيه تأكيد لإذهاب الرجس بمعنى الذنب.

(٥) ظاهره أنه بالحقيقه الشرعيه، و الغالب من الأصحاب أنها بالحقيقه المتشرعيه فلذا شكك الشارح.

الحقائق الشرعية - (استعمال طهور مشروط بالنيه) (١) فالاستعمال بمنزله الجنس (٢)، و الطهور مبالغه فى الطاهر (٣)، و المراد منه هنا (٤) «الطاهر فى نفسه المطهر لغيره» جعل بحسب الاستعمال متعديا و إن كان بحسب الوضع اللغوى لازما (٥)، كالأكل (٦).

و خرج بقوله: «مشروط بالنيه» إزاله النجاسه عن الثوب و البدن و غيرهما، فإن النيه ليست شرطا فى تحققه، و إن اشترطت فى كماله (٧)، و فى ترتب الثواب على فعله (٨)، و بقيت الطهارات الثلاث (٩) مندرجه فى التعريف، واجبه و مندوبه، مبيحه و غير مبيحه، إن أريد بالطهور مطلق الماء و الأرض كما هو الظاهر (١٠).

(١) اختلف الأصحاب فى تعريف الطهاره، فعن الشيخ أبى على فى شرح النهايه أنها الطهر من النجاسات و رفع الأحداث، و تابعه الفاضل العجلى. و الأكثر خصيها بالمبيح للعباده دون إزاله الخبث ففى نهايه الشيخ و منتهى العلامه الطهاره فى الشريعه اسم لما يستباح به الدخول فى الصلاه، ثم مع أخذ قيد الاستباحه للصلاه فى مفهوم الطهاره يقسمونها إلى واجبه و مندوبه، و المندوب ما يرفع الحدث و ما لا يرفعه، و إلى ما يبيح و ما لا يبيح، فيدخلون فى الأقسام ما هو خارج عن المقسم، و لذا عمم بعضهم الطهاره إلى المبيح و غيره.

(٢) الجنس عند أهل الميزان مختص بالماهيات الخارجيه، و أما القدر الجامع فى الاعتباريات و الأفعال فمتزل منزله.

(٣) لأنه من صيغ المبالغه على وزن فعول.

(٤) أى من الطهور فى مقام الاستعمال.

(٥) لأن باب فعل - بضم العين - لازم، و الطهور من طهر بضم العين.

(٦) التمثيل باعتبار اختلاف الوضع و الاستعمال، فالطهور و صفا لازم و استعمالا متعد، و الأكل و صفا متعد كما هو واضح، و استعمالا لازم لأنه يستعمل بمعنى كثير الأكل من غير ملاحظه المأكول.

(٧) أى كمال التطهير فيما لو أراد المكلف جعله عباديا.

(٨) لأن الأعمال بالنيات.

(٩) الغسل و الوضوء و التيمم.

(١٠) لأن الطهور استعمال للماء فى الغسل و الوضوء أو استعمال للأرض فى التيمم، و من ثم كان الطهور مطلق الماء و الأرض.

و حينئذ ففيه اختيار أن المراد منها (١) ما هو أعم من المبيح للصلاه (٢) و هو خلاف اصطلاح الأكثرين (٣) و منهم المصنف في غير هذا الكتاب، أو ينتقض (٤) في طرده بالغسل المندوب (٥)، و الوضوء غير الرفع منه (٦)، و التيمم بدلا منهما (٧) إن قيل به (٨)، و ينتقض في طرده أيضا (٩) بأبغاض كل واحد من الثلاثه (١) من الطهاره.

(٢) كتيمم النائم و وضوء الحائض و الاغسال المندوبه، فهي استعمال للماء و الأرض مشروط بالنيه مع أنها غير مبيحه للصلاه.

(٣) حيث خصوا الطهاره بالمبيح فقط.

(٤) عطف على قوله: اختيار، و المعنى إن أريد بالطهور المعنى العام من الماء و الأرض فيلزم خلاف مصطلح الأكثرين، و إن أريد بالطهور المعنى الخاص من أنه طاهر بنفسه مطهر لغيره فهو و إن وافق الأكثر لأنه لا يشمل غير المبيح باعتبار أن غير المبيح لا يطهر الغير إلا أنه يلزم عليه ثلاثه إشكالات:

الأول: الغسل المندوب لا يكون مبيحا للصلاه لاحتياجه إلى الوضوء، و مع ذلك يصدق عليه تعريف المصنف من أنه استعمال طهور مشروط بالنيه، فلا يكون مانعا عن الأغيار.

الثاني: تعريف المصنف صادق على أجزاء الوضوء و الغسل و التيمم، لأن كل جزء استعمال طهور مشروط بالنيه و لو النيه الضمنيه، مع أن الجزء لا يسمى بالطهاره المبيحه للصلاه.

الثالث: لو نذر تطهير ثوب بشرط التقرب لصدق عليه تعريف المصنف، مع أنه لا يستباح به فعل الصلاه.

(٥) الإشكال الأول.

(٦) من المندوب، كوضوء النائم و الحائض، و لما قيّد الشارح الوضوء بغير الرفع فيدل على أن الغسل المندوب عنده بتمامه غير رافع، و لذا جعله ماده للنقض بخلاف الوضوء المندوب فبعضه غير رافع كوضوء النائم، و بعضه رافع كالوضوء للصلاه المندوبه.

(٧) من الغسل و الوضوء المندوبين غير الرافعين.

(٨) قال الشارح: «أى قيل بأن التيمم يشرّع بدلا من الغسل المندوب مطلقا و من الوضوء المندوب و إن لم يرفع».

(٩) الإشكال الثاني.

مطلقاً (١)، فإنه (٢) استعمال للطهور مشروط بالنيه مع أنه لا يسمى طهاره، و بما لو نذر تطهير الثوب و نحوه من النجاسه ناويا (٣)، فإن النذر منعقد لرجحانه.

و مع ذلك فهو (٤) من أجود التعريفات، لكثره ما يرد عليها (٥) من النقوض في هذا الباب (٦).

الطهور هو الماء و التراب

(و الطهور) (٧) بفتح الطاء (هو الماء و التراب) (٨).

(١) سواء أريد بالطهور معناه العام أو الخاص.

(٢) فإن البعض من كل واحد من الثلاثة.

(٣) ناويا التقرب إلى الله و هو الإشكال الثالث.

(٤) تعريف المصنف للطهاره.

(٥) على تعريفات الطهاره عند الفقهاء.

(٦) لفظ الطهاره لم يرد في آيه أو روايه متعلقاً للأمر، حتى يتنازع في مفهومه، و إنما تعلق الأمر بمصاديق الطهاره من الغسل و الوضوء و التيمم، و هذه المصاديق واضحة المعنى عند المتشرعه، فلا معنى للبحث في مفهوم الطهاره حينئذ، و لذا حذف من كتب المتأخرين.

(٧) الطهور من صيغ المبالغه، و معناه الطاهر المطهر لغيره، بلا خلاف فيه بيننا كما عن الخلاف، و هو المنقول عن أئمه أهل اللغه.

و عن أبي حنيفه و الأصمّ و أصحاب الرأي إنكار ذلك، و جعل الطهور بمعنى الطاهر فقط بدعوى أن (فعول) للمبالغه فلا يكون متعدياً و للاستعمال كقوله تعالى: وَ سَقَاهُمْ رَبُّهُمْ شَرَابًا طَهُورًا (١) و قول الشاعر: و ريقهن طهور، و الريق لا يكون مطهراً للغير، مردود بما هو منقول عن أهل اللغه.

(٨) الطهور بمعنى الطاهر المطهر منحصر في الماء و الأرض، أما الماء لقوله تعالى:

وَ أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا (٢) و قوله تعالى: وَ يُنَزِّلُ عَلَيْكُمْ مِنَ السَّمَاءِ مَاءً لِيُطَهِّرَ كُمْ بِهِ (٣) و ما يتطهر به لا بد أن يكون طاهراً في نفسه.

و إذا ثبت طهوريه ماء السماء ثبت طهوريه جميع أقسام المياه، لأن الجميع من ماء-

١- (١) الدهر الآيه: ٢١.

٢- (٢) الفرقان الآيه: ٤٨.

٣- (٣) الأنفال الآيه: ١١.

(قال الله تعالى):

وَ أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا وَ هُوَ دَلِيلُ طَهُورِيهِ الْمَاءِ. وَ الْمَرَادُ بِالسَّمَاءِ هُنَا جِهَةُ الْعُلُوِّ، (وَ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: جَعَلْتُ لِي (١) الْأَرْضَ مَسْجِدًا وَ طَهُورًا) وَ هُوَ -السَّمَاءُ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: وَ أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً بِقَدَرٍ فَأَسْكِنَاهُ فِي الْأَرْضِ وَ إِنَّا عَلَى ذَهَابٍ بِهِ لِقَادِرُونَ (١).

وَ فِي السَّنَةِ أَخْبَارٌ كَثِيرَةٌ مِنْهَا: صَحِيحُ ابْنِ فَرْقَدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (كَانَ بَنُو إِسْرَائِيلَ إِذَا أَصَابَ أَحَدُهُمْ قَطْرُهُ بَوْلٌ قَرَضُوا لِحُومِهِمْ بِالْمَقَارِيضِ، وَ قَدْ وَسَّعَ اللَّهُ تَعَالَى عَلَيْكُمْ بِأَوْسَعِ مَا بَيْنَ السَّمَاءِ وَ الْأَرْضِ، وَ جَعَلَ لَكُمْ الْمَاءَ طَهُورًا) (٢).

فَمَا عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمَسِيْبِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ التَّوَضُّؤُ بِمَاءِ الْبَحْرِ، وَ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عِمْرَانَ التِّيمِمِ أَحَبُّ إِلَيْهِ فَلَا يَكُونُ مَاءُ الْبَحْرِ مَطْهُرًا لِلْغَيْرِ مَرْدُودٌ بِمَا سَمِعْتُ، وَ لِخُصُوصِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي خَيْرِ الْمَعْتَبَرِ عِنْدَ مَا سُئِلَ عَنِ الْوَضُوءِ بِمَاءِ الْبَحْرِ: (هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ، الْحَلُّ مِيتَتُهُ) (٣).

وَ أَمَا الْأَرْضُ فَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا (٤) وَ لِلْأَخْبَارِ.

مِنْهَا: خَبَرُ أَبِي أَمَامَةَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (فَضَّلْتُ بِأَرْبَعٍ: جَعَلْتُ لِي الْأَرْضَ مَسْجِدًا وَ طَهُورًا، وَ أَيُّمَا رَجُلٍ مِنْ أُمَّتِي أَرَادَ الصَّلَاةَ فَلَمْ يَجِدْ مَاءً وَ وَجَدَ الْأَرْضَ فَقَدْ جَعَلْتُ لَهُ مَسْجِدًا وَ طَهُورًا) (٥).

وَ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى حَصْرِ الطَّهُورِ بِالْمَاءِ وَ الْأَرْضِ خَبَرُ أَبِي بَصِيرٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ:

(فِي الرَّجُلِ يَكُونُ مَعَهُ اللَّبَنُ أَوْ يَتَوَضَّأُ مِنْهُ لِلصَّلَاةِ؟ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا، إِنَّمَا هُوَ الْمَاءُ وَ الصَّعِيدُ) (٦).

(١) لِأَنَّ غَيْرَهُ مِنْ أَنْبِيَاءِ بَنِي إِسْرَائِيلَ لَا يَجُوزُ لَهُمُ الصَّلَاةُ إِلَّا فِي مَحَارِبِهِمْ، فَفِي الْخَبَرِ (إِنَّ اللَّهَ كَانَ فَرَضَ عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ الْغَسْلَ وَ الْوَضُوءَ بِالْمَاءِ وَ لَمْ يَحِلَّ لَهُمُ التِّيمِمُ، وَ لَمْ يَحِلَّ لَهُمُ الصَّلَاةُ إِلَّا فِي الْبَيْعِ وَ الْكِنَائِسِ وَ الْمَحَارِبِ) (٧).

ص: ٢٩

١- (١) المؤمنون الآية: ١٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤.

٤- (٤) النساء الآية: ٤٣.

٥- (٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التيمم حديث ٣ و ٦ و ٥.

دليل طهوريه التراب (١)، و كان الأولى إبداله بلفظ «الأرض» كما يقتضيه الخبر، خصوصا على مذهبه من جواز التيمم بغير التراب من أصناف الأرض.

الماء مطهر من الحدث و الخبث

فالماء بقول مطلق (٢) (مطهر من الحدث) (٣)، و هو الأثر الحاصل للمكلف و شبهه (٤) عند عروض أحد أسباب الوضوء، و الغسل، المانع (٥) من الصلاة، المتوقف رفعه على النية، (و الخبث) (٦) و هو النجس - بفتح الجيم - مصدر قولك: «نجس الشيء» بالكسر ينجس فهو نجس بالكسر (٧) (و ينجس) الماء مطلقا (٨) (١) قال الشارح: «هذا الحديث أورده الأكثر كما ذكره المصنف، و عليه لا يطابق ما أسلفه من جعل أحد الطهورين هو التراب، لأن الأرض أعم منه لشمولها الحجر و الرمل و غيرهما من أصنافها، و زاد بعض الرواه فيه: و ترابها طهورا، و كان الأولى للمصنف ذكره كذلك ليوافق مطلوبه، أو تبديل التراب أولا بالأرض ليطابق ما رواه كما لا يخفى).

أقول: ففي خبر جابر بن عبد الله (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: قال الله (عز و جل): جعلت لك و لأمتك الأرض كلها مسجدا و ترابها طهورا) (١) و في آخر (جعلت لى الأرض مسجدا و ترابها طهورا) ٢.

(٢) من غير قيد فيخرج ماء الورد و الدمع و العرق، و أما ماء البحر و ما البثر فيصدق عليه لفظ الماء من غير تقييد، لأن القيد غالبى.

(٣) الحدث إما نفس الأمور الموجبه لفعل الطهاره من النوم و البول و الغائط و المنى، و إما الأثر الحاصل منها، فجزم الشارح بأن الحدث هو الأثر ليس فى محله بعد إطلاق الحدث على نفس المذكورات عند المتشرعه.

(٤) ليشمل الصبى و النائم و السكران.

(٥) صفة للأثر، و هو قيد لإخراج موجبات الطهاره المستحبه، كدخول الجمعه فهو موجب لغسل الجمعه مع أنه ليس بمانع من الصلاة.

(٦) و هو النجاسه، و فرق بين الحدث و الخبث بأن الأول لا يدرك بالحس بخلاف الثانى، و أن الأول يتوقف رفعه على النية بخلاف الثانى.

(٧) قال الشارح: «و يجوز ضم العين فيهما ككرم يكرم، نص عليه فى القاموس».

(٨) بجميع أقسامه حتى الجارى المعتصم بالكريه.

ص: ٣٠

(بالتغير بالنجاسه) (١) فى أحد أوصافه الثلاثة: - اللون، و الطعم، و الريح - دون غيرها من الأوصاف (٢).

و احترز بتغيره بالنجاسه عما لو تغير بالمتنجس خاصه (٣)، فإنه لا ينجس بذلك (٤)، كما لو تغير طعمه بالدبس المتنجس من غير أن تؤثر نجاسته فيه (٥)، و المعتبر من التغير الحسى لا التقديرى على الأقوى (٦).

(١) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: ما رواه المحقق فى المعتبر قال عليه السّلام: (خلق الله الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه) (١) و خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (فى الماء الجارى يمرّ بالجيف و العذره و الدم يتوضأ منه و يشرب منه ما لم يتغير أوصافه طعمه و لونه و ريحه) (٢) و خبر الغوالى عن مجموعه ابن فهد (و روى متواتراً عنهم السّلام قالوا: الماء طهور لا ينجسه إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه) (٣).

(٢) كالخفه و الثقل و الكدوره و الغلظه و الرقه، لحصر الأخبار المتقدمه من كون التغير بالأوصاف الثلاثة هو مناط التنجس.

(٣) لانصراف أخبار التغير إلى نجس العين كالميته و الدم و العذره.

(٤) أى فالمعتصم لا ينجس بملاقاه المتنجس.

(٥) و إلا لو أثرت لصدق التغير بملاقاه النجس فتشمله أخبار التغير المتقدمه، و إن كانت الملاقاه بواسطه ملاقاه المتنجس.

(٦) المراد من الحسى هو الفعلى و عليه المشهور، و دليلهم بأن التغير الوارد فى الأخبار كغيره من العناوين لا بد من حمله على الفعلية، و عن العلامه و المحقق الثانى الاكتفاء بالتقديرى لأن التغير فيه حقيقى، غير أنه مستور لم يظهر لمانع، بل فى الحدائق نسبتة إلى قطع المتأخرين من دون خلاف ظاهر معروف بينهم، و هو الحق لأن التغير مقطوع به فيندرج تحت إطلاق أخبار التغير، و عدم ظهوره للحس للمانع لا لعدم وجوده.

و إليه يرجع تفصيل المحقق الخونسارى بين الصفات العارضه على الماء كالمصبوغ بالأحمر فيما لو لاقى مقداراً من الدم فيعتبر فيه التقدير، و بين الصفات الأصلية كالمياه الكبرىته ذات الألوان فيما لو لاقى مقداراً من الدم فلا يعتبر فيها التقدير لاحتمال عدم -

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٩.

٢- (٢ و ٣) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الماء المطلق حديث ١ و ٨.

(و يطهر بزواله) أى زوال التغير و لو بنفسه أو بعلاج (إن كان) الماء (جاريا) (١) و هو (٢) النابع من الأرض مطلقا (٣) غير البئر (٤) على المشهور (٥).

و اعتبر المصنف فى الدروس فى دوام نبعه (٦)، -تأثرها بالنجاسة واقعا، بخلاف الشق الأول فإنه متأثر بالنجاسة واقعا و لم يظهر التأثير للمانع.

هذا و قد علّق الشارح بقوله: «و المراد من التغير التقديرى أنه لو وقعت فى الكر أو فى الجارى نجاسة مسلو به الأوصاف، و جب اعتبارها مخالفه فى الصفات فإن كانت هى بحيث لو قدرت مخالفه الصفات لكانت متغيره بأحد أوصافه (كذا) (١) حكم بنجاسة الماء، و إنما قلنا و جب التقدير حينئذ لأن عدم وجوبه يؤدى إلى جواز استعماله و إن زادت النجاسة على الماء أضعافا، و هو ظاهر البطلان، و يحتمل عدم التنجيس على هذا التقدير لعموم النص».

(١) طهاره الماء الجارى بزوال التغير للتعليل الوارد فى صحيح ابن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (ماء البئر واسع لا يفسده شيء إلا أن يتغير ريحه أو طعمه فينرح حتى يذهب الريح و يطيب طعمه لأن له ماده) (٢).

(٢) أى الجارى.

(٣) سواء جرى أم لا، و الجارى هو المتقوم بالنبع و بالجريان بحسب طبعه و إن لم يجر فى بعض الحالات.

(٤) هو الماء النابع من الأرض إلا- أنه لا- يجرى بحسب الطبع و إن جرى فى بعض الحالات خصوصا عند غزاره المطر، و هو المسمى بالعين فى بلادنا فى هذه الأزمنة.

(٥) قيد للحكم بطهاره الجارى لو زال بالتغير، و فى قبالة قول العلامة باشرط كرية الجارى، و قول الشهيد باشرط دوام النبع.

(٦) أى فى الجارى، هذا و قال الشارح فى روض الجنان: «لا فرق فى الجارى بين دائم النبع صيفا و شتاء و بين المنقطع أحيانا لاشتراكهما فى اسم النابع و الجارى حقيقه - إلى أن قال - و فرق الشهيد فى الدروس بين دائم النبع و غيره»، و الحق مع الشهيد الأول لأنه إذا انقطع النبع فلا تكون له ماده حتى يتمسك بالتعليل الوارد فى صحيح ابن بزيع المتقدم.

ص: ٣٢

١- (١) كذا فى الأصل، و الأصح: لكانت مغیره لأحد أوصافه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الماء المطلق حديث ١٢.

و جعله (١) العلامه و جماعه كغيره (٢)، فى انفعاله بمجرد الملاقاه مع قلته (٣)، و الدليل النقلي يعضده (٤)، و عدم طهره (٥) بزوال التغير مطلقا (٦)، بل بما تبه عليه بقوله (أو لاقى كزًا) (٧)، و المراد (٨) أن غير الجارى لا بد فى طهره مع زوال التغير من ملاقاته كزًا طاهرا بعد زوال التغير، أو معه (٩)، و إن كان إطلاق العبارة قد يتناول ما ليس بمراد و هو (١٠)

و بعد بيان الشهيد الثانى لمراد الأول من دوام النبع لا- داعى للخلاف الواقع بين الفقهاء فى تحديد المراد حتى قال صاحب الجواهر: «و ليته اتضح لنا ما يريده بهذه العبارة».

(١) أى جعل الجارى.

(٢) كغير الجارى.

(٣) إذا كان الجارى دون الكر و إن دام نبعه.

(٤) اشترط العلامه فى أكثر كتبه و الشارح فى المسالك و الروض أيضا اعتبار الكريه فى اعتصام الجارى تمسكا بعموم ما دل على انفعال القليل، مثل صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كان الماء قدر كزّ لم ينجسه شيء) (١) و مفهومه نجاسه القليل إذا لاقته النجاسه، و هو يشمل الجارى. و لم يشترط المشهور فى الجارى كريته تمسكا بالتعليل الوارد فى صحيح ابن بزيح المتقدم (لأن له ماده) (٢) و هو شامل للجارى سواء كان كرا أم لا، و الحق مع المشهور لأن ظهور التعليل فى العموم أقوى من ظهور العام فى أفراده خصوصا إذا كان العام مستفادا من المفهوم.

(٥) أى عدم طهر الجارى القليل و إن دام نبعه على قول العلامه.

(٦) بنفسه أو بعلاج.

(٧) فيطهر لما دل على عدم انفعال الكر بملاقاه النجس فضلا عن المتنجس، و سيأتى بحثه إنشاء الله تعالى.

(٨) من عطف ملاقاه الكر على طهاره الماء الجارى بزوال التغير.

(٩) أى مع زوال التغير.

(١٠) أى غير المراد.

طهره (١) مع زوال التغير، و ملاقاته الكر كيف اتفق (٢)، و كذا الجارى على القول الآخر (٣). و لو تغير بعض الماء و كان الباقي كرا (٤) طهر المتغير (٥) بزواله (٦) أيضا كالجارى عنده (٧)، و يمكن دخوله (٨) فى قوله: «لاقى كرا» لصدق ملاقاته للباقي (٩) و تبيته بقوله: «لاقى كرا» على أنه (١٠) لا- يشترط فى طهره (١١) به (١٢) وقوعه عليه (١٣) دفعه (١٤) كما هو المشهور بين المتأخرين، بل تكفى ملاقاته له (١) طهر غير الجارى.

(٢) و لو كانت الملاقاه قبل زوال التغير، مع أنه يشترط فى تطهير القليل ملاقاته للكر بعد زوال التغير أو معه لا قبله.

(٣) و هو قول العلامة، فلا يظهر الجارى القليل بملاقاه الكر قبل زوال التغير، مع أن عبارته الماتن تشملته.

(٤) بحيث لو تغير طرف من الحوض فينجس إلا- أن الباقي من الحوض لو كان كرا فمع زوال التغير لا- بد من الحكم بطهاره الجميع، لأن الطرف المتنجس متصل بالكر و الكر لا يحمل خبثا.

(٥) أى الطرف المتغير من الماء.

(٦) بزوال التغير.

(٧) عند المصنف، غايته الجارى يطهر عند المصنف بعد زوال التغير لأن له ماده، و مقامنا يطهر لأنه متصل بالكر.

(٨) أى دخول الطرف المتغير من الماء لو زال تغيره.

(٩) أى لصدق ملاقاته الكر للباقي.

(١٠) أن الشأن و الواقع.

(١١) فى طهر القليل.

(١٢) بالكر.

(١٣) أى وقوع الكر على القليل.

(١٤) اتفق الجميع على أن الماء الواحد له حكم واحد لا حكمان، و عليه فلو اتصل الكر بالباقي المتنجس بعد زوال التغير فيكون الجميع ماء واحدا، و له حكم واحد و هو الاعتصام فلا بد أن يطهر القليل حينئذ.

إلا- أنهم اختلفوا فى ما يحقق الوحده بين المائين، فذهب المشهور إلى اشتراط وقوع الكر على القليل دفعه، و إلى اشتراط الامتراج حتى تصدق الوحده و المراد بالدفعه الدفعه العرفيه لا العقليه المتحققه فى زمن واحد لتعذرهما لامتناع ملاقاته أجزاء الكر

مطلقاً (١)، لصيرورتها بالملاقاه ماء واحداً، ولأن الدفعه لا يتحقق لها معنى، لتعذر الحقيقه، و عدم الدليل على العرفيه (٢)، و كذا لا يعتبر ممازجه له (٣)، بل يكفى مطلق الملاقاه لأن ممازجه جميع الأجزاء لا تتفق، و اعتبار بعضها دون بعض تحكّم، و الاتحاد (٤) مع الملاقاه حاصل.

و يشمل إطلاق الملاقاه (٥) ما لو تساوى سطحاهما (٦) و اختلف، مع علو المطهر على النجس و عدمه (٧)، و المصنف (رحمه الله) لا يرى الا-جترأ بالإطلاق فى باقى كتبه (٨)، بل يعتبر الدفعه، و الممازجه، و علو المطهر، أو مساواته (٩)، و اعتبار الأخير ظاهر (١٠) دون الأولين (١١) إلا مع عدم صدق الوحده عرفاً (١٢).

فى مقدار الكرّ

(و الكرّ) المعتبر فى الطهاره (١٣) - للماء المتنجس فى زمن واحد.

و ذهب البعض منهم الشهيد الأول فى الذكرى إلى عدم اشتراط الدفعه و عدم اشتراط الامتراج، بل يكفى مطلق الاتصال بين المائين حتى تصدق الوحده قضاء للمعنى العرفى لها و هو الحق.

(١) أى تكفى ملاقاه الكر للقليل سواء كان دفعه أو لا.

(٢) إذ لم يرد لفظ الدفعه فى خبر، بل اشتراط الدفعه العرفيه عند المشهور من أجل تحقيق الوحده بين المائين، و قد عرفت تحقيقها بالاتصال.

(٣) أى ممازجه الكر للقليل فى التطهير.

(٤) بين المائين.

(٥) فى قول المصنف: أو لاقى كرا.

(٦) سطح الكر و سطح القليل.

(٧) عدم العلو.

(٨) كيف، و فى الذكرى لم يشترط الدفعه أصلاً.

(٩) باعتبار أن الأعلى لا يتقوم بالأسفل فلو كان القليل أعلى من الكر فلا يطهر القليل و لو اتصل به، و فيه: إن الاتحاد بين المائين معنى عرفى و العرف حاكم بالاتحاد فى جميع الصور بشرط الاتصال بينهما.

(١٠) أى اعتبار علو المطهر أو مساواته.

(١١) من الدفعه و الممازجه.

(١٢) فيشترط حينئذ الدفعه و الامتراج حتى تصدق الوحده.

(١٣) في تطهير القليل.

ص: ٣٥

و عدم الانفعال بالملاقاه (١) هو: (ألف و مائتا رطل) (٢) بكسر الراء على الأفصح، و فتحها على قله (بالعراقي)، و قدره (٣) مائه و ثلاثون درهما على المشهور فيهما (٤)، (١) مع عدم تغير أحد أوصافه.

(٢) لمرسله ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (الكر من الماء الذي لا- ينجسه شيء ألف و مائتا رطل) (١).

و اختلف الأصحاب في تعيين الرطل، فالمشهور أنه بالعراقي، و ذهب الصدوقان و المرتضى أنه بالمدني، و دليل المشهور أن الرطل العراقي كان شائعاً في البلاد فلذا يحمل الخبر عند إطلاقه عليه، و يدل على الشيوع خبر النسابة الكلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عند ما سأله عن الشن الذي ينبذ فيه التمر للشرب و الوضوء (قلت: و كم كان يسع الشن ماء؟ قال: ما بين الأربعين إلى الثمانين إلى ما فوق ذلك، فقلت: بأي الأرتال؟ فقال: أرتال مكيال العراق) (٢) فلو لم يسأله السائل فقد أطلق الرطل و أراد منه العراقي، و هذا دليل على شيوعه.

و حملة على العراقي هو مقتضى الجمع بين مرسله ابن أبي عمير المتقدمه و بين صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (الكر ستمائه رطل) (٣)، و إذا عرفت أن العراقي نصف المكي فيتعين حمل الرطل في مرسله ابن أبي عمير على العراقي و حملة في صحيح ابن مسلم على المكي.

و دعوى أن الرطل في المرسله لا بد من حملة على المدني باعتبار عرف المتكلم الذي هو المعصوم في المقام كما هو مستند غير المشهور ليس في محلها، لأن عرف المخاطب أولى بالتقديم بالإضافة إلى عدم إحراز صدور الخبر من الإمام و هو بالمدينه فلعله قد صدر منه و هو بالعراق.

(٣) أي قدر الرطل العراقي و هو مائه و ثلاثون درهما على المشهور، و عن العلامة في التحرير و المنتهى أنه مائه و ثمانيه و عشرون درهما و أربعة أسباع درهم.

(٤) في العراقي و قدره، و قال الشارح في الهامش «مقابل المشهور أمران:

أحدهما: أنه بالمدني و هو مائه و خمسه و تسعون درهما.

ص: ٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الماء المضاف حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣.

و بالمساحه (١) ما بلغ مكسره اثنين و أربعين شبرا و سبعة أثمان شبر مستو الخلقه على المشهور (٢)، و المختار عند المصنف، و فى الاكتفاء بسبعه و عشرين قول قوى (٣).

-الثانى: إن العراقى مائه و ثمانيه و عشرون درهما و أربعة أسباع درهم، و قد اختاره العلامه فى التحرير فى تقدير نصاب زكاه الغله».

(١) هذا هو التحديد الثانى للكر.

(٢) و مستندهم خبر أبى بصير: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الكر من الماء، كم يكون قدره؟ قال: إذا كان الماء ثلاثه أشبار و نصف فى مثله ثلاثه أشبار و نصف فى عمقه فى الأرض، فذلك الكر من الماء) (١).

و خبر الحسن بن صالح الثورى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: و كم الكر؟ قال عليه السلام: ثلاثه أشبار و نصف عمقها فى ثلاثه أشبار و نصف عرضها) ٢.

و نوقش بأن الأول ضعيف لاشتماله على أحمد بن محمد بن يحيى و هو مجهول، و على عثمان بن عيسى و هو واقفى، و على أبى بصير و هو مشترك بين الثقة و غيره.

و ردّ: بأن أحمد بن محمد بن يحيى من مشايخ الروايه و هو فى غنى عن التوثيق كما فى المستند، و عثمان بن عيسى و إن كان واقفيا إلا أنه ثقة كما عن الكشى، و نقل الشيخ فى العده الإجماع على العمل بروايته، و أبو بصير هو ليث المرادى الثقة بدليل روايه ابن مسكان عنه، فالخبر موثق فضلا عن اعتماد المشهور عليه فى مقام العمل الجابر لضعف سنده، نعم الثانى ضعيف لاشتماله على الثورى و هو ضعيف بلا كلام.

و نوقش الخبران بعدم ذكر البعد الثالث و هو الطول، فيتعين حملهما على المدور حيث لم يذكر الإمام إلا العمق و العرض بمعنى السعه فيكون مكسره ثلاثه و ثلاثين شبرا، و خمسه أثمان الشبر و نصف ثمنه، بالإضافة إلى أن المربع نادر الوقوع فى الأوعيه لأن الغالب فيها هو المدور.

و ردّ النقاش بأن الحمل على المدور حمل على ما لا يعرفه إلا علماء الهيئه مع أن المقصود هو معرفه غالب الناس و هم لا يجهلون المربع، و عدم ذكر البعد الثالث لا يضر لتعارف حذفه.

(٣) لخبر إسماعيل بن جابر: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الماء الذى لا ينجسه شىء فقال: كره، فقلت: و ما الكر؟ فقال: ثلاثه أشبار فى ثلاثه أشبار) (٢) و قد وصف الخبر -

ص: ٣٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ٦ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤ و ٣.

-بالصحة من زمن العلامه كما عن الشيخ البهائي، و ذلك لأن الشيخ قد رواه في الاستبصار عن عبد الله بن سنان، و رواه في التهذيب تاره عن عبد الله و أخرى عن محمد بن سنان، و الكليني قد رواه عن ابن سنان، و استظهر أنه محمد الضعيف لا عبد الله الثقة الممدوح، مع أنه لو سلم أنه محمد فهو ثقه كما نصّ عليه غير واحد منهم الوحيد البهبهاني فهو موثق أو صحيح و لخبر المقنع (روى أن الكر ذراعان و شبر في ذراعين و شبر)(١) و الذراع شبر بحسب الوجدان.

و إليه ذهب القميون و الصدوق و العلامه في المختلف و المحقق الثاني و العلامه المجلسي و الشهيد الثاني و المحقق الأردبيلي و غيرهم، بل نقل عن كاشف الغطاء:

الإنصاف ترك الأنصاف.

و ذهب جماعه منهم سيد المدارك إلى أن الكر ما يكون مكسره سته و ثلاثين شبرا لصحيح إسماعيل بن جابر: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الماء الذي لا ينجسه شيء؟ قال: ذراعان عمقه في ذراع و شبر سته)(٢) بعد حمل السعه على العرض و لم يذكر الطول لأنه مواز للعرض بعد تعارف حذف أحدهما عند تساويهما فيكون مربعا، و المجموع ما ذكرنا.

و بعضهم حمل الخبر على المدور بقيرنه السعه، إذ السعه هو قطر الدائره بعد تعارف و غلبه المدور في أوعيه الماء فيكون المكسر ثمانية و عشرين شبرا و اثنين من سبعة من الشبر، و هو قريب من قول السبعه و العشرين.

و ذهب القطب الراوندي إلى أن الكر ما بلغ مجموع أبعاده الثلاثه عشره أشبار و نصف و لم يعتبر التفسير بل جمع الطول مع العرض مع العمق، و هو ضعيف إذ ظاهر الخبر في الضرب لا في الجمع.

و ذهب ابن الجنيد إلى أن الكر ما بلغ مائه شبر، و قد صرح أكثر من واحد بعدم الوقوف له على مأخذ، و ذهب ابن طاوس إلى الاكتفاء بكل ما روى، و هو راجع إلى تحقق الكر بسبعه و عشرين شبرا و بحمل الزائد على الندب.

و التحقيق يقتضى أن الكر قد حدّد في الأخبار بحددين، بالوزن و بالمساحه، و هما غير -

ص: ٣٨

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

-متفقين فحكى عن الأمين الأسترآبادى أنه وزن ماء المدينة فبلغ ستة و ثلاثين شبرا تقريبا، و عن المجلسى فى مرآه العقول أنه وزنه فوافق ثلاثه و ثلاثين شبرا تقريبا، و عن بعض الأعاضم كما فى المستمسك أنه وزن ماء النجف فبلغ ثمانيه و عشرين شبرا، و فى التنقيح للسيد الخوئى أنه وزنه مرارا فبلغ سبعة و عشرين شبرا.

فلا بد من كون أحد الحدين حقيقيا و الآخر تقريبيًا، و الحقيقى هو الوزن لضبطه، و اعتمد على التقريبى لسهولة معرفه المساحه عند غالب الناس.

و تحمل أخبار المساحه المختلفه على كون الإمام عليه السّلام بصدد تقريب الكر للسامع فإن كان شبره قصيرا حدده له بثلاثه أشبار و نصف، و إن كان شبره متعارفا حدده بثلاثه أشبار، و لذا اختلفت أخبار المساحه عنهم عليهم السّلام و إلا فالأقوى العمل بأخبار الأشبار الثلاثه لموافقته للوزن بالجمله خصوصا إذا حملنا صحيح إسماعيل بن جابر على المدور فإنه قريب من السبعة و العشرين شبرا.

فائده: الكر الف و مائتا رطل، و الرطل العراقى مائه و ثلاثون درهما فالحاصل مائه و ستة و خمسون ألف درهم.

و كل عشره دراهم تساوى سبعة مثاقيل شرعيه، لأن الدرهم نصف مثقال و خمسه، فيكون الكر بالمثاقيل الشرعيه: مائه ألف و تسعه آلاف و مائتى مثقال شرعى.

و المثقال الشرعى ثلاثه أرباع المثقال الصيرفى فالكر بالصيرفى واحد و ثمانون ألف و تسعمائه مثقال صيرفى.

و المثقال الصيرفى يساوى أربعه و عشرين حبه حمص، و الحمصه وزنها (٢ و ٠) من الغرام، أى كل خمس حبات تساوى غراما، فالمثقال الصيرفى ٨ و ٤ غرامات و الكر يساوى (١٢٠ و ٣٩٣) كيلوغرام حاصله من ضرب ٨١٩٠٠ مثقال صيرفى فى ٨ و ٤ غرامات وزن كل مثقال.

و من هنا تعرف اشتباه الكثير فى وزن الكر، فعن بعضهم أنه (٣٨٤) كيلوغرام إلا- عشرين مثقالا، و عن آخر أنه (٤١٩ و ٣٧٧) كيلوغرام، و عن ثالث أنه (٣٧٧) كيلوغرام تقريبا.

و من جهه أخرى إن معرفه وزن الدينار و الدرهم الشرعيين أمر لا بد منه فى هذه الأزمنه لدخالتهما فى باب الديات و كفاره الحيض و مهر السنه و اللقطه و غير ذلك.

فالدينار الشرعى هو المثقال الشرعى الذى يساوى ثلاثه أرباع الصيرفى، فإذا كان -

(و ينجس) الماء (القليل) (١) و هو ما دون الكر،(و البثر) و هو مجمع ماء -الصيرفي (٨ و ٤) غرامات فالشرعي (٦ و ٣) غرامات، و عن السيد الأمين في الدرر البهيه أن الليره العثمانيه المتعارفه تعادل مثقالين شرعيين، و لا بد من التجربه لاختلاف الوزن في المسكوكات الذهبيه في هذه الأعصار.

و الدرهم الشرعي هو (٥٢ و ٢) غراما، لأن نسبه الدرهم إلى الدينار هي سبعة من عشره، و الدرهم الصيرفي هو (٢ و ٣) غراما لأن كل مثقال صيرفي درهم و نصف.

هذا و قد علق الشارح في هامش الروضه بقوله: «للكر عند أصحابنا تقديران، وزنا و مساحه، أما الأول فادعى الاتفاق جماعه على ما ذكره المصنف، و إنما الخلاف في المراد من الرطل، أ هو العراقي أو المدني، و الأصل فيه روايه ابن أبي عمير عن بعض أصحابه.

و حجه معتبر العراقي صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام أن الكر ستمائه رطل و المراد منه رطل مكه للإجماع على عدم إرادته العراقي و المدني من هذا القدر، و المكي رطلان.

و أما الثاني فللأصحاب فيه أقوال، ذكر الشيخ (قدس سره) أن المشهور اثنان و أربعون شبرا و سبعة أثمان شبر كذا استفيد».

ثم علق على مكسر الكر بقوله: «و طريقه أن تأخذ الطول ثلاثه أشبار و نصفاً فنضربها في الثلاثه من العمق تبلغ عشره و نصفاً، ثم نضرب النصف المتخلف من العمق في ثلاثه و نصف تبلغ (شبرين) (١) إلا ربعاً، فتكمل اثني عشر و ربعاً، فنضربها في ثلاثه من العرض تبلغ ستة و ثلاثين شبرا و ثلاثه أرباع شبر، ثم نضرب النصف الباقي من العرض في اثني عشر و ربع تبلغ ستة و ثماناً، فإذا أضفتها إلى المرتفع يبلغ الجميع اثنين و أربعين شبرا و سبعة أثمان شبر».

(١) ينجس القليل بملاقاه النجس و إن لم تتغير أوصافه و لم يخالف في ذلك إلا- ابن أبي عقيل من القدماء، و الكاشاني و الفتونى من المتأخرين، و الأخبار على تنجسه بالملاقاه كثيره حتى ادعى صاحب المعالم و العلّامه المجلسى و البهبهاني تواترها، بل في الرياض (جمع منها بعض الأصحاب مائتي حديث)، و عن بحر العلوم في مجلس بحثه أنها تزيد على ثلاثمائه روايه.

نابع من الأرض لا يتعدها غالباً، ولا يخرج عن مسماها عرفاً (١) (بالملاقاة) على -منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كان الماء قدر كر لم ينجسه شيء) (١)، و مفهومها: إذا لم يكن قدر كر و هو القليل فينجسه شيء، و يكفي الإيجاب الجزئي في مقابله السلب الكلي كما هو قول غير المشهور.

و منها: حسنه البنظي (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يدخل يده في الإناء و هي قدره، قال: يكفي الإناء) (٢) و هذا كناية عن نجاسته.

و منها: خبر الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن فضل الهره و الشاه و البقره و غيرها حتى انتهى إلى الكلب، فقال عليه السلام: رجس نجس لا تتوضأ بفضله، و اصعب ذلك الماء و اغسله بالتراب أول مره ثم بالماء) (٣) و استدل غير المشهور بأخبار إما مطلقه قابله للتقييد و إما بما هو ظاهر في الكر و إما بما لا بد من تأويله و إما بما لا بد من رده إلى أصله.

فمن الأول قوله عليه السلام: (خلق الله الماء طهوراً لا ينجسه شيء إلا ما غير لونه أو طعمه أو ريحه) (٤).

و من الثاني خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: راويه من ماء سقطت فيها فاره أو جرد أو صعوه ميتة، قال: إذا تفسخ فيها فلا تشرب من مائها و لا تتوضأ و صبها، و إن كان غير متفسخ فاشرب منه و توضأ و اطرح الميتة إذا أخرجتها طرية و كذلك الجزه و حب الماء و القربة و أشباه ذلك من أوعيه الماء) (٥) و من الثالث خبر أبي مريم الأنصاري (كنت مع أبي عبد الله عليه السلام في حائط له، فحضرت الصلاة فتزح دلوا للوضوء من ركي له فخرج عليه قطعه عذره يابسه، فأكفأ رأسه و توضأ بالباقي) (٦).

(١) أشكل على القيد الأخير بأنه ما المراد منه؟ هل عرف النبي صلى الله عليه و آله و سلم ليكون حقيقه شرعيه، أو عرف زمانه فقط، أو العرف الشامل لكل زمن و مكان، و الظاهر الأخير لأنه المقصود من العرف عند الإطلاق، و منه تعرف ضعف ما عن بعضهم من حصر أحكام-

ص: ٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الماء المطلق حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإسار حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٩.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الماء المطلق حديث ٨.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الماء المطلق حديث ١٢.

المشهور فيهما (١)، -البئر بما يطلق عليه لفظ البئر في الحجاز و العراق فقط.

وقيد التابع لإخراج ما يسمى بالآبار في البلاد الشاميه و هي غير نابعه، بل مجمع لمياه المطر، و قيد عدم التعدي لإخراج الأبر في النجف الأشرف حيث الآبار فيها يتعدى الماء من بعضها إلى بعض تحت الأرض، و قيد عدم الخروج عن المسمى عرفاً لإخراج ما يطلق عليه لفظ البئر مع أن ماءه جار في الكثير من الأحوال فهو من أفراد الجارى.

(١) في القليل و البئر، أما الأول فقد تقدم الكلام فيه، و أما الثانى فهل ينجس بالملاقاه مع عدم تغيير أوصافه؟ قد وقع الخلاف فيه على أقوال.

القول الأول: النجاسه و هو المشهور بين القدماء و مستندهم الأخبار الآتيه و الداله على وجوب النزع بالملاقاه، فهى داله على تنجسه بالملاقاه.

القول الثانى: الطهاره و استحباب النزع، و إليه ذهب ابن أبى عقيل و الحسين بن الغضائرى و العلامه و شيخه مفيد الدين بن جهم و ولده فخر المحققين و عليه مشهور المتأخرين للأخبار.

منها: صحيح ابن بزيع عن الإمام الرضا عليه السلام: (ماء البئر واسع لا يفسده شىء إلا أن يتغير ريحه أو طعمه فينزع حتى يذهب الريح و يطيب طعمه، لأن له ماده) (١)، و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن بئر ماء وقع فيها زنبيل من عذره رطبه أو يابسه، أو زنبيل من سرقين أ يصلح الوضوء منها؟ قال عليه السلام: لا بأس) (٢) و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: لا يغسل الثوب و لا تعاد الصلاه مما وقع فى البئر، إلا أن ينتن فإن أنتن غسّل الثوب و أعاد الصلاه و نزحت البئر) (٣).

بالإضافه إلى أن ماء البئر نابع فيأخذ حكم الجارى لأن عدم جريانه لا يجعله قسماً على حده، و إلى أن ماء البئر لو كان أكثر من كر لوجب أن لا ينجس بالملاقاه، و نبع ماءه ليس بفارق بل يؤكد اعتصامه فلم حكم بعدم نجاسه الكر و حكم بنجاسه البئر عند الملاقاه؟ هذا فضلاً عن أن البئر لو كان ينجس بمجرد الملاقاه و كان تطهيره بالنزع لوجب إعلام المكلفين بمقدار الدلو و التعرض لأحكام تطهيره و تطهير الرشاء و النازحين و غير ذلك مما هو واقع فى محل الابتلاء على فرض النزع مع أنه لا يوجد فى -

ص: ٤٢

بل كاد يكون إجماعاً، (و يطهر القليل بما ذكر) و هو (١) ملاقاته الكر على الوجه السابق.

و كذا يطهر بملاقاه الجارى مساويا له أو عاليا عليه (٢)، و إن لم يكن (٣) كرا عند المصنف و من يقول بمقالته فيه (٤)، و بوقوع الغيث عليه إجماعاً (٥).

-الأخبار عين و لا أثر لذلك، مع ضميمه أن أخبار النزح متعارضه و بعضها مجمله من دون تعيين عدد خاص من الدلاء عند النزح و هذا أماره الاستحباب فى غيره من الأبواب فلم لا يكون أماره للاستحباب هنا؟.

القول الثالث: الطهاره مع وجوب النزح تعبداً و إليه ذهب العلامه فى المنتهى، أما الطهاره فلما مرّ، و أما وجوب النزح فلأن الأمر بالنزح حقيقه فى الوجوب.

القول الرابع: طهاره ماء البئر إن نبع كرا و إلا فالنجاسه و إليه ذهب أبو الحسن محمد بن محمد البصرى من المتقدمين للجمع بين الأخبار بحمل أخبار الطهاره على ما لو كان كرا و يؤيد هذا الجمع موثق عمار (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن البئر يقع فيها زبيل عذره يابسه أو رطبه، فقال عليه السلام: لا بأس إذا كان فيها ماء كثير) (١).

وفيه: إن لفظ الكثير لم يثبت له معنى خاص عند الشارع و إنما له معنى عرفى و هو يشمل الكر و غيره، و تقييد الماء بالكثرة لا من أجل الكريه و إنما من أجل عدم تغييره بأوصاف النجاسه بمجرد الملاقاه.

القول الخامس: ما عليه متأخرو المتأخرين من الطهاره و النزح إرشادى إلى ما فى ماء البئر من الاستقذار العرفى لو وقعت فيه النجاسه، و لذا اختلفت أخبار النزح، لا أن النزح أمر على نحو الوجوب أو الاستحباب، و هو الحق.

(١) ما ذكر.

(٢) باعتبار عدم تقوّم الأعلى بالأسفل و قد عرفت ما فيه.

(٣) الجارى.

(٤) فى الجارى من عدم اشتراط كريته، لأنه بمجرد الملاقاه يصير الماء ان ماء واحداً و له حكم واحد و هو حكم الجارى فلا بد من الحكم بطهاره القليل.

(٥) ماء المطر حال تقاطره من السماء كالجارى حكماً للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن السطح يبال عليه فتصيبه -

ص: ٤٣

(و) يطهر (البئر) بمطهر غيره (١) مطلقا (٢)، (و) بنزح جميعه (٣) للبعير) و هو من الإبل بمنزله الإنسان (٤) يشمل الذكر و الأنثى، الصغير و الكبير (٥)، و المراد من نجاسته المستنده إلى موته (٦)، (و) كذا (الثور) (٧) قيل هو ذكر البقر (٨)، -السماء فيكف فيصيب الثوب، فقال عليه السلام: لا بأس به، ما أصابه من الماء أكثر منه(١) و مرسله الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام (كل شيء يراه ماء المطر فقد طهر)٢.

(١) و غيره القليل و الذى يطهره هو الجارى و إلقاء الكر عليه و وقوع الغيث فكذلك ماء البئر، و قد عرفت أن ماء البئر له ماده فيطهر بمجرد زوال التغير و لو بنفسه أو بعلاج لاتصاله بالماده.

(٢) قيد لغيره، و المعنى: إن القليل المتنجس سواء كان مع التغير أو لا- فما يطهره يطهر ماء البئر، و الأولى جعله قييدا لمطهر، و المعنى: إن المطهر لغير ماء البئر يطهر ماء البئر سواء كان جاريا أو كرا أو ماء مطر، و هذا على المشهور فى قبال المحقق حيث خصّ تطهير ماء البئر بالنزح فقط، و فى قبال العلامة فى المنتهى حيث خصّ المطهر بالجارى و فى قبال الشهيد فى الدروس حيث اقتصر على الجارى و الكر.

(٣) جميع ماء البئر، و الدال عليه أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و إن مات فيها بعير أو صبّ فيها خمرا فلتنزه) (٢) ، و يعارضها خبر عمرو بن سعيد بن هلال: (حتى بلغت الحمار و الجمل فقال عليه السلام: كر من ماء)٤ و هو مع ضعف سندده لا- يصلح للمعارضه للإعراض.

(٤) باتفاق أهل اللغة كما فى كشف اللثام، و قيل: إن البعير من الإبل كالذكر من الإنسان و الناقه كالمراه فيكون مختصا بالذكر و العرف على الأول.

(٥) للإطلاق.

(٦) أى و المراد من نجاسته البئر المستنده إلى موت البعير فيه، و هو الظاهر من صحيح الحلبي المتقدم، فلو مات خارج البئر ثم ألقى فيه لكان خارجا عن الحكم.

(٧) كما عن الأكثر لصحيح ابن سنان: (فإن مات فيها ثور أو صب فيها خمر نزع الماء كله) (٣) و خالف ابن إدريس فاكتفى للثور بنزح كر.

(٨) الأكثر على إحقاق البقره بالثور لصحيح ابن سنان المتقدم (ثور أو نحوه)، و لما عن -

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الماء المطلق حديث ١ و ٥.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٦ و ٥.
- ٣- ((٥)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

و الأولى اعتبار إطلاق اسمه عرفاً مع ذلك (١)، (و الخمر) (٢) قليله و كثيره (٣)، (و المسكر المائع) بالأصالة (٤)، (و دم الحدث) و هو الدماء الثلاثة على المشهور (٥) (و الفقاع) (٦) بضم الفاء، و ألحق به المصنف في الذكرى عصير -صاحب الصحاح من إطلاق البقره على الثور، و فيه: إن الثور هو ذكر البقر لغه و عرفاً و لذا اكتفى الشيخان للبقره بكر.

(١) أى الأولى اعتبار إطلاق اسم الثور مع كونه ذكراً حتى يخرج الصغير من الذكور، لأنه لا يقال له ثور.

(٢) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى البئر يبول فيها الصبى، أو يصب فيها بول أو خمر فقال: ينزح الماء كله) (١) و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و إن مات فيها بغير أو صب فيها خمر فلتنزح) ٢.

(٣) كما عليه الأثر لإطلاق الأخبار المتقدمه، و خالف الصدوق فأوجب فى القطره من الخمر عشرين دلوا و قواه فى الذخيره لخبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (بئر قطرت فيها قطره دم أو خمر، قال: الدم و الخمر و الميت و لحم الخنزير فى ذلك كله واحد، ينزح منه عشرون دلوا، فإن غلب الريح نزحت حتى تطيب) (٢)، و فيه مع ضعف السند فالحكم فى غير الخمر لم يقل به أحد فالروايه معرض عنها بين الأصحاب.

(٤) و ألحق المسكر بالخمر لما ورد عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (ما كان عاقبته عاقبه الخمر فهو خمر) (٣) و استشكل فيه المحقق فى المعتمد من ناحيه أن الإطلاق أعم من الحقيقه و المجاز.

(٥) هو قول للشيخ و أتباعه، و قد اعترف جماعه بعدم النص عليه، و لذا خالف سيد المدارك و غيره و جعلوه كبقية الدماء حكماً.

(٦) قال فى القاموس: الفقاع كرمّان سمي بذلك لما يرتفع فى رأسه من الزبد، و هو شراب متخذ من الشعير.

و ينزح له ماء البئر بتمامه كما عن الشيخ و أتباعه باعتبار أنه خمر فيأخذ حكمه، ففى مكاتبه الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (أسأله عن الفقاع، فكتب: حرام و هو خمر) (٤) -

ص: ٤٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١ و ٨.

العنب بعد اشتداده بالغليان قبل ذهاب ثلثيه، و هو بعيد. و لم يذكر هنا المنى (١) مما له نفس سائله (٢)، و المشهور فيه ذلك، و به قطع المصنف فى المختصرين (٣)، و نسبه فى الذكري إلى المشهور، معترفا فيه (٤) بعدم النص.

و لعله (٥) السبب فى تركه هنا، لكن دم الحدث كذلك (٦)، فلا-وجه لإيفاده، و إيجاب الجميع (٧) لما لا نص فيه يشملهما (٨).

و الظاهر هنا حصر المنصوص بالخصوص (٩).

(و نرح كثر للدابه) (١٠) -و خبر هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام سأله عن الفقاع فقال: (لا- تشربه فإنه خمر مجهول) (١) و خبر الوشاء: (خمر استصغرها الناس) (٢) و ألحق الشهيد الأول العصير العنبى قيل ذهاب الثلثين بالفقاع.

و فيه: إن الحكم بنجاسه العصير العنبى لا يقتضى إلحاقه بالفقاع، نعم لا بد من نرح الجميع للعصير العنبى باعتبار أن ما لا نص فيه ينرح له الجميع كم سيأتى، فنرح الجميع للعصير العنبى ليس لإلحاقه بالمنصوص بل لأنه حكم ما لا نص فيه.

(١) أى فيما ينرح له الجميع.

(٢) قليلا و كثيرا من إنسان و غيره، و قيل: و لم يعرف قائله أنه مختص بمنى الإنسان، غير أن الكثير قد اعترف بعدم النص عليه، و لذا ألحق بما لا نص فيه، و القاعده فيما لا نص فيه و إن اقتضت نرح الجميع لكن لا بما هو منصوص.

(٣) البيان و الدروس.

(٤) فى الذكري.

(٥) أى لعل عدم النص.

(٦) لا يوجد فيه نص.

(٧) أى إيجاب نرح الجميع.

(٨) يشمل المنى و دم الحدث.

(٩) فكان عليه عدم ذكر دم الحدث.

(١٠) على المشهور و لا مستند لهم، بل فى صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه عن أبى عبد الله و أبى جعفر عليهما السلام: (فى البشر تقع فيها الدابه و الفأره-

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ١.

و هي الفرس (١). (و الحمار (٢) و البقره (٣)، و زاد فى كتبه الثلاثه البغل (٤)، و المراد من نجاستها المستنده إلى موتها، هذا هو المشهور و المنصوص منها (٥) مع ضعف طريقه (٦) «الحمار و البغل»، و غايته أن يجبر ضعفه بعمل الأصحاب، فيبقى إلحاق الدابه (٧) و البقره بما لا نص فيه أولى.

(و نرح سبعين دلوا معتاده) (٨) - و الكلب و الخنزير و الطير فيموت قال: يخرج ثم ينزح من البئر دلاء، ثم اشرب منه و توضأ(١).
، و الأصحاب لم يعملوا بها فى خصوص الدابه، و المحقق فى المعبر جعلها فى ما لا نص فيه بالخصوص.

(١) لفظ الدابه موضوع لكل ما يدب على الأرض إلا أنه معنى مهجور، و يطلق على كل ذى حافر، و يطلق على كل ما يركب، و يطلق على خصوص الفرس و البغل، بل بعضهم جعله مختصا بالفرس، فالفرس قدر متيقن من الدابه.

(٢) لروايه عمرو بن سعيد بن هلال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عما يقع فى البئر ما بين الفاره و السنور إلى الشاه فقال: كل ذلك نقول سبع دلاء، قال: حتى بلغت الحمار و الجمل فقال: كر من ماء)(٢).

(٣) لا- نص فيها، و مع ذلك الحقها جماعه بالحمار، منهم ابنا زهره و حمزه، ورد عليهم المحقق فى المعبر بقوله: (فإن قالوا هي مثل الحمار و البغل طالبناهم بدليل التخطى من أين عرفوه، و لو ساغ البناء على المماثله فى العظم لكانت البقره كالثور، و الجاموس كالجمل) و لذا ألحقها بما لا نص فيه.

(٤) أى و زاد المصنف فى البيان و الدروس و الذكري البغل، لخبر عمرو بن سعيد بن هلال كما فى التهذيب (حتى بلغت الحمار و الجمل و البغل، فقال: كر)(٣).

(٥) من المذكورات.

(٦) لأن الخبر عن عمرو بن سعيد بن هلال و هو مجهول.

(٧) لأن المنصوص فيها نرح دلاء كما تقدم، و هو مبتلى بإعراض الأصحاب عنه.

(٨) بحسب الاستعمال، و فى المدارك نقل عن بعضهم أن المراد بالدلو الهجرية التى وزنها ثلاثون رطلا- أو أربعون، و هو ضعيف لعدم ثبوت نص و لا عرف على ذلك.

ص: ٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الماء المطلق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٥.

٣- (٣) جواهر الكلام الجزء الأول ص ٤٢٠.

على تلك البئر، فإن اختلفت (١) فالأغلب (للإنسان) (٢) أى لنجاسته المستنده إلى موته (٣) سواء فى ذلك الذكر و الأنثى و الصغير و الكبير، و المسلم و الكافر (٤)، إن لم نوجب الجميع لما لا- نص فيه، و إلا- اختص بالمسلم (و خمسين) دلوا (للدن الكثير) (٥) فى نفسه عاده (٦) كدم الشاه المذبوحه، غير الدماء الثلاثه لما تقدم (٧).

و فى إلحاق دم نجس العين بها (٨) وجه مخرج (٩)، (١)الدلاء فالأغلب، و إن تساوت استعمالا فالأصغر مجز و الأكبر أفضل.

(٢)لخبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (و ما سوى ذلك مما يقع فى بئر الماء فيموت فيه فأكثره الإنسان ينزح منها سبعون دلوا) (١)، و سنده مشتمل على جماعه من الفطحيه إلا أن عمل الأصحاب جابر لو هنه.

(٣)أى لنجاسه البئر المستنده إلى موت الإنسان، فلو مات الإنسان خارج البئر ثم ألقى فيها لكان مما لا نص فيه.

(٤)لأن الإنسان الوارد فى الروايه محلى باللام و هو يفيد العموم، و خالف ابن إدريس فخصّ السبعين بالمسلم، لأن ملاقاه الكافر لماء البئر توجب نزح الجميع، لأنه مما لا نص فيه فالموت إن لم يزد البئر نجاسه فلا ينقصها.

(٥)كما عن الشيخ و أتباعه و هو مما لا نص عليه بالخصوص، و ذهب الصدوقان و المحقق فى المعبر و العلامه فى المختلف و الشهيد فى الذكرى و غيرهم إلى أنه ينزح له ما بين الثلاثين إلى الأربعين لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (فى رجل ذبح شاه فووقت فى بئر ماء و أوداجها تشخب دما هل يتوضأ من ذلك البئر؟ قال عليه السّلام: ينزح منها ما بين الثلاثين إلى الأربعين دلوا) (٢).

(٦)و ذهب الراوندى و العلامه إلى أن الكثير بالنسبه لماء البئر و لا شاهد له.

(٧)من نزح الجميع كما هو مختار المصنف للدماء الثلاثه.

(٨)بالدماء الثلاثه.

(٩)لأن دم نجس العين و الدماء الثلاثه فيهما تغليظ النجاسه بحيث لا يعفى عن قليلهما فى الصلاه فيناسب اتحاد حكمهما هنا.

و قال الشارح: «وجه التخريج: أنه ملحق بالدماء الثلاثه فى تغليظ حكمه حيث لا-

ص: ٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

(و العذره الرطبه) (١) و هي فضله الإنسان (٢)، و المروى اعتبار ذوبانها، و هو تفرّق أجزاءها، و شيعوها فى الماء، أما الرطوبه فلا نص على اعتبارها، لكن ذكرها الشيخ و تبعه المصنف و جماعه، و اكتفى فى الدروس بكل منهما (٣)، و كذلك تعين الخمسين (٤)، و المروى أربعون، أو خمسون، و هو (٥) يقتضى التخيير. و إن كان اعتبار الأكثر أحوط (٦)، أو أفضل (٧) (و أربعين) دلوا (للثعلب و الأرنب و الشاه و الخنزير و الكلب و الهر و شبه ذلك) (٨) و المراد من نجاسته المستنده إلى موته كما -يعنى عن قليله و لا كثيره فى الصلاه، فإذا استثنى الدماء الثلاثه هاهنا من مطلق الدماء لقوه نجاستها استثنى معها دم نجس العين لما ذكر، و فيه منع كل من الحكمين، فإن الدم فى النص مطلق و إخراج الدماء الثلاثه أيضا فى محل النظر حيث لا نص، و لو سلم فإلحاق غيرها بها ممنوع، و أيضا فإنهم لم يلحقوه بها فى نزح الجميع مع وجود العله، فالأولى أن لا يلحق بها هاهنا، و القول بإلحاقه بها ثمه كما قال المصنف فى الذكري: شك فى شك».

(١) على المشهور لخبر ابى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن العذره تقع فى البئر فقال:

ينزح منها عشر دلاء فإذا ذابت فأربعون أو خمسون) (١).

(٢) كما نص عليه جماعه من أهل اللغه كما فى تهذيب اللغه، و عن المحقق فى المعتبر أن العذره تشمل فضله كل حيوان و هو ضعيف.

(٣) من الذوبان و الرطوبه، و خصّها المحقق فى الشرائع بالذوبان.

(٤) لأنها الأكثر للشك فى تحصيل الطهاره بالأقل، و قد حكم بتعين الخمسين الشيخ و جماعه.

(٥) أى المروى.

(٦) إذا كان الترديد من الراوى.

(٧) إذا كان الترديد من المعصوم عليه السلام.

(٨) بحسب الحجم لخبر الحسين بن سعيد عن القاسم بن محمد عن على عن أبى عبد الله عليه السلام (و السنون عشرون أو ثلاثون أو أربعون دلوا، و الكلب و شبهه) (٢) و ظاهره الترديد، و لكن رواه المحقق فى المعتبر مقتصرًا على الأربعين (٣)، و شبه الكلب -

ص: ٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣.

٣- (٣) جواهر الكلام الجزء الأول ص ٢٣٤.

مر، و المستند ضعيف (١)، و الشهره جابره على ما زعموا (و) كذا (٢) فى (بول الرجل) (٣) سندا و شهره (٤). و إطلاق الرجل (٥) يشمل المسلم و الكافر، و تخرج المرأه (٦) و الخنثى (٧)، فيلحق بولهما بما لا نص فيه، و كذا بول الصبيّه (٨)، أما الصبي فسيأتى. و لو قيل فيما لا نص فيه بنزح ثلاثين أو أربعين (٩) و جب فى بول الخنثى أكثر الأمرين منه (١٠) و من بول الرجل، مع احتمال الاجتزاء بالأقل (١١)، للأصل. (و) نزح (ثلاثين) دلوا (لماء المطر المخالط للبول و العذره و خراء الكلب) فى المشهور، و المستند روايه مجهوله الراوى (١٢).

-الخنثير و الغزال و الثعلب و شبه السنور الأرنب، و لا فرق فى السنور بين الأهلى و غيره للإطلاق، و لا فرق فى الكلب بين البرى و البحرى للمماثله كما فى روض الجنان.

(١) لاشتمال الخبر على القاسم بن محمد الجوهرى و هو واقفى و على على بن أبى حمزه البطائنى و هو أحد عمد الواقفيه.

(٢) أى ينزح له أربعون دلوا.

(٣) لخبر على بن أبى حمزه البطائنى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت: بول الرجل، قال:

ينزح منها أربعون دلوا) (١).

(٤) بمعنى أن المستند ضعيف و الشهره جابره على ما زعموا.

(٥) فى الخبر.

(٦) ألحق ابن إدريس و جماعه بول المرأه ببول الرجل، و عن جماعه اندراجهم فيما لا نص فيه.

(٧) فيجب أكثر الأمرين من الأربعين و من موجب ما لا نص فيه للاحتياط.

(٨) لعدم اندراجهم تحت عنوان بول الرجل، فيلحق بولها ببول المرأه و الخنثى فيما لا نص فيه.

(٩) كل منهما قول فى مسأله ما لا نص فيه، و فيها قول ثالث بنزح الجميع.

(١٠) من موجب ما لا نص فيه.

(١١) و هو ثلاثون دلوا للشك فى وجوب الزائد و الأصل عدمه.

(١٢) و هى روايه كردويه: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن بئر يدخلها ماء المطر فيه البول و العذره و أبوال الدواب و أرواثها و خراء الكلاب، قال عليه السلام: ينزح منها ثلاثون-

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢.

و إيجاب خمسين للعدرة (١)، و أربعين لبعض الأبوال (٢)، و الجميع للبعض كالأخير (٣) منفردا لا- ينافى وجوب ثلاثين له (٤) مجتمعما مخالطا للماء، لأن مبنى حكم البئر على جمع المختلف، و تفريق المتفق (٥) فجاز إضعاف (٦) ماء المطر لحكمه (٧) - دلوا(١) و أشكل بأن كردويه مجهول و ردّ بأنه مسمع بن عبد الملك و هو ثقه.

(١) إشكال و حاصله بأن العذرة لها خمسون فإذا انضم إليها غيرها من النجاسات فتجب الزيادة فكيف يجتزئ بالثلاثين.

و يزداد الإشكال تعقيدا بأن الرواية قد ساوت في الحكم بين البول و خرة الكلب و العذرة في نزع الثلاثين، مع أن المقدّر لكل واحد يختلف عن الآخر ففي العذرة خمسون و في البول أربعون و في خرة الكلب نزع الجميع أو الثلاثين أو الأربعين على الاختلاف فيما لا نص فيه.

و أجاب المحقق الثاني بحمل ماء المطر المذكور في الرواية على ماء المطر المخالط لهذه النجاسات و ليس فيه أعيانها بل هو متنجس بها فقط لأنها مستهلكه فيه، و ردّ بأن فيه تكلفا لأنه على خلاف ظاهر الرواية.

و أجاب الشهيد الثاني بأن استناد تخفيف النجاسة من أجل أن هذه المذكورات قد صاحبت ماء المطر و هذا ما يخفف نجاستها فلذا كان النزع أقلّ.

(٢) و هو بول الرجل.

(٣) و هو خرة الكلب.

(٤) لما ذكر.

(٥) فقد تساوى حكم الهرة و الخنزير في النزع و هو نزع أربعين دلوا مع أن الخنزير نجس العين دون الهرة، و افترق حكم الكافر عن الكلب مع أنهما نجس العين ففي الكلب أربعون و في الكافر سبعون أو الجميع على الخلاف المتقدم فلذا شاع بينهم أن حكم البئر قائم على جمع المتباينات و تفريق المتماثلات و فاتهم أن هذا أماره استحباب النزع أو أنه إرشادى لرفع الاستقذار العرفى، و القذاره العرفيه أدون رتبه من النجاسه الشرعيه.

(٦) بمعنى الضعف و التخفيف لا التضعيف و الزيادة.

(٧) لحكم ما ذكر منفردا.

ص: ٥١

و إن لم تذهب أعيان هذه الأشياء (١). و لو خالط أحدها كفت الثلاثون (٢) إن لم يكن له مقدر، أو كان و هو أكثر، أو مساو. و لو كان أقل اقتصر عليه (٣).

و أطلق المصنف أن حكم بعضها كالكل، و غيره بأن الحكم (٤) معلق بالجميع، فيجب لغيره (٥) مقدره، أو الجميع (٦)، و التفصيل أجود (٧)، (و نزح عشر) دلاء (ليابس العذره) (٨)

(١) رد على جواب المحقق الثاني.

(٢) لو خالط ماء المطر واحدا من المذكورات كالبول فقط فقد وقع الخلاف، فذهب الشهيد الأول إلى أن حكم ماء المطر المخالط لبعضها كحكم المخالط للجميع و هو نزح الثلاثين.

(٣) و ذهب بعضهم إلى أن البعض المخالط لماء المطر إن كان له مقدر منفردا كبول الرجل الذى فيه أربعون فكذا مع مخالطته لماء المطر لأن ماء المطر إن لم يخفف النجاسه لا يزيداها، و إن لم يكن له مقدر منفردا كخزء الكلب فينزح له الجميع لكونه مما لا نص فيه سواء كان منفردا أو مخالطا لماء المطر.

(٤) و ذهب الشهيد الثانى إلى التفصيل بأن البعض إن كان له مقدر عند الانفراد و كان المقدر أكثر من ثلاثين دلوا كفت الثلاثون مع الاختلاط، لأن ماء المطر المصاحب لأكثر من نجاسه فيه ثلاثون دلوا فماء المطر المصاحب لبعضها فيه ثلاثون من باب أولى. و لو كان المقدر أقل من الثلاثين فيكتفى بهذا المقدر عند الاختلاط لأن ماء المطر إن لم يخفف النجاسه لا يزيداها، و لو كان البعض لا- تقدير له و كان ملحقا فيما لا نص فيه فيكفى فيه الثلاثون لأن ماء المطر المصاحب للجميع فيه ثلاثون فلو صاحب بعضها كانت الثلاثون هنا أولى.

(٥) و كما ترى أن الجميع استحسان من دون دليل شرعى.

(٦) على الأقل.

(٧) و هو نزح الثلاثين.

(٨) لغير الجميع و هو ماء المطر المصاحب للبعض.

(٩) لأنه مما لا نص فيه و قد تقدم شرحه.

(١٠) الذى أتى به الشارح أولا.

(١١) لخبر أبى بصير: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العذره تقع فى البئر، فقال: ينزح منها عشر دلاء، فإذا ذابت فأربعون أو خمسون) (١) و مقتضى المقابله مع الذوبان هى اليابسه-

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

و هو غير ذائبها (١)، أو رطبها (٢) أو هما على الأقوال (٣)، (و قليل الدم) (٤) كدم الدجاجة المذبوحه فى المشهور و المروى دلاء يسيره و فسرت بالعشر لأنه أكثر عدد يضاف إلى هذا الجمع (٥)، أو لأنه أقل جمع الكثره (٦)، و فيهما نظر (٧).

- كما عن بعض أو الجامده كما عن البعض الآخر.

(١) لأن الذائبه يجب لها خمسون أو أربعون كما فى الخبر المتقدم.

(٢) لأن الرطبه يجب لها خمسون كما عليه الشيخ و جماعه منهم المصنف فى هذا الكتاب.

(٣) لأن الذائبه أو الرطبه لها حكمها المخالف لحكم اليابسه كما عليه الشهيد فى الدروس.

(٤) لروايه على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سأله عن رجل ذبح دجاجة أو حمامه فوقع فى بئر هل يصلح أن يتوضأ منها؟ قال عليه السلام: ينزح منها دلاء يسيره) (١).

(٥) و هذا قول الشيخ فى التهذيب فقال: «و أكثر عدد يضاف إلى هذا الجمع عشره فيجب أن يؤخذ به إذ لا دليل على ما دونه».

و فيه: إنه لا دليل على تعيين أكثره.

(٦) و هو قول العلامة فى المنتهى حيث جعله جمع كثره و حملة على أقله و هو العشره.

و فيه: إن أقل مراتب جمع الكثره هو ما زاد عن مراتب جمع القله بواحد و هذا يقتضى أحد عشر دلوا.

(٧) قال الشارح: «القائل بأن العشره أكثر عدد يضاف إلى هذا الجمع الشيخ فى التهذيب، فإنه جعله جمع قله و حملة على أكثره و هو العشره، و عكس العلامة فى المنتهى فجعله جمع كثره و حملة على أوله و هو العشره و إليه أشار بقوله: لأنه أقل جمع الكثره.

و وجه النظر فيهما: أما فى الأول فلفساد كونه جمع قله، لأن جمع القله خمس مشهوره، و هذا ليس منها، و على تقدير صحته لا يصح حملة على أكثره، بل مع اطلاقه يحمل على أقله كظائره اتفاقاً، خصوصاً مع وصفه باليسيره.

و وجه النظر فى الثانى: أنه أصاب فى جعله جمع كثره لكنه أخطأ فى جعل أقل جمع الكثره عشره، بل هو ما زاد عن أكثر جمع القله بواحد، فيكون أقله أحد عشر. هذا مع أن الحق لا يفرق فيه بين الأمرين فى أمثال هذه الأحكام المبنيه على العرف الذى لا يفرق بينهما، و هم قد اعترفوا به فى مواضع كثيره.

و قد تتبّه فى المختلف لكونه أقل جمع الكثره أحد عشر، و أن هذا جمع كثره كما هو الحق فيهما، لكن حملة على العشره محتجا بأصالة البراءه من الزائد و لا يخفى فساد هذا التعليل أيضاً، -

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

(و) نزح (سبع) دلاء (للطير) (١) و هو الحمامه (٢) فما فوقها، أى لنجاسه موته. (و الفأره مع انتفاخها) فى المشهور و المروى (٣)، و إن ضَعَف اعتبار تفسخها (٤). (و بول الصبى) (٥) - و أنه لو تم لكان حمله على الثلاثه أوفق بالقواعد الشرعيه و البراءه الأصلية كما لا يخفى».

و قال الشارح فى روض الجنان: «فتأمل هذه الاختلافات الغريبه الواقعه بينهم، بل بين الواحد و نفسه».

(١) للأخبار منها: خبر على بن أبى حمزه البطائنى: (سألته عن الطير و الدجاجه تقع فى البئر؟ قال عليه السلام: سبع دلاء) (١) و مثله مضمرة سماعه ٢.

(٢) لأن العصفور له حكم خاص و سيأتى إنشاء الله، و هو مخالف لحكم الطير المنصوص هنا فلذا قيد الطير هنا بالحمامه و النعامه و ما شابهها.

(٣) ففى خبر أبى سعيد المكارى عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا وقعت الفأره فى البئر فتسلخت فانزح منها سبع دلاء) (٢) و فى روايه: فتفسخت، و فى خبر أبى بصير:

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يقع فى الآبار، فقال: أما الفأره و أشباهها فينزح منها سبع دلاء) (٣)، و روى ثلاث دلاء ٥، و روى خمس ٦، و روى نزح الجميع ٧، و الأخيران لم يعمل بهما، و قد حملت الثلاث على عدم التفسخ و السبع على التفسخ لخبر أبى سعيد المكارى المتقدم، و خبر أبى عيينه: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الفأره تقع فى البئر قال: إذا خرجت فلا بأس، و إذا تفسخت فسبع دلاء) (٤).

(٤) فأبو عيينه مجهول، و أبو سعيد المكارى واقفى، و التفسخ مروى كما تقدم إلا أن المفيد فى المقنعه و العلامه و ابن إدريس و ابن زهره و جماعه ألحقوا به الانتفاخ، و فى المعبر: أنه لم نقف له على مستند.

(٥) لخبر منصور بن حازم عن عده من الأصحاب عن أبى عبد الله عليه السلام: (ينزح منه سبع دلاء إذا بال فيه الصبى) (٥) و هو ضعيف إلا- أنه منجبر بعمل الأصحاب، و عن السيد المرتضى ينزح ثلاث دلاء و قال المحقق فى المعبر «إن فى روايه ثلاثا لم نعر عليها».

ص: ٥٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢ و ١.

٢- ((٣ و ٥)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الماء المطلق حديث ١١ و ٧ و ٨.

٤- ((٨)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الماء المطلق ١٣.

٥- ((٩)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

و هو الذكر الذى زاد سنه عن حولين (١) و لم يبلغ الحلم، و فى حكمه (٢) الرضيع الذى يغلب أكله على رضاعه، أو يساويه (٣) (و غسل الجنب) (٤) الخالى بدنه من نجاسه عينيه (٥)، (١) لأن الرضيع له حكم سيأتى إنشاء الله تعالى.

(٢) أى حكم الصبى.

(٣) لأن الرضيع المستثنى منصرف إلى الرضيع المعتمد على الرضاع.

(٤) للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (و إن وقع فيها جنب فانزح منها سبع دلاء) (١) و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام إذا دخل الجنب فى البئر نزح منها سبع دلاء) (٢).

و قد وقع الخلاف فى موجب النزح هل وقوع الجنب فى البئر أو اغتساله منها أو ارتماسه فيها.

فذهب سيد المدارك إلى الأول تمسكا بظاهر صحيح الحلبي المتقدم، و ذهب ابن إدريس إلى الثالث مدعيا عليه الإجماع و هو ضعيف، إذ كيف ينعقد الإجماع و المشهور على خلافه فضلا عن عدم ظهور الأخبار فى الارتماس.

و المشهور إلى الثانى تمسكا بظاهر خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجنب يدخل فى البئر فيغتسل منها قال: ينزح منها سبع دلاء) ٣، و غيره من الأخبار مطلق فيحمل عليه، و يؤيده خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أتيت البئر و أنت جنب فلم تجد دلوا و لا شيئا تغرف به فتيمم بالصعيد، فإن رب الماء رب الصعيد، و لا تقع فى البئر و لا تفسد على القوم ماءهم) (٣).

و أشكل على خبر أبي بصير باشتمال سنده على عبد الله بن بحر و هو ضعيف مع أن أبا بصير مشترك بين الثقة و غيره، و قيد: (فيغتسل منها) واقع فى كلام السائل و جواب الإمام لا ينفى عما عداه.

ثم لا فرق فى الجنب بين المرأة و الرجل للإطلاق، و لا بين كونه محدثا بغير الجنابه معها أو لا كذلك للإطلاق.

(٥) هذا الشرط عند الأصحاب ليصح الاكتفاء بالسبع، إذ لو كان على البدن نجاسه كالمنى -

ص: ٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٦.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢٢.

و مقتضى النص نجاسه الماء بذلك (١) لا سلب الطهوريه، و على هذا (٢) فإن اغتسل مرتسما طهر بدنه من الحدث، و نجس بالخبث (٣).

و إن اغتسل مرتباً (٤) ففي نجاسه الماء بعد غسل الجزء الأول مع اتصاله به (٥)، أو وصول الماء إليه (٦)، أو توقفه على إكمال الغسل وجهان (٧) و لا يلحق -فيجب مقدرها و هو نزع الجميع، و توقف العلامه فى المنتهى حيث قال: «و نحن لما لم يقد عندنا دلالة على وجوب النزع للمنى توقفنا عن هذا الاشتراط».

(١) باغتسال الجنب، قد وقع الخلاف فى أن النزع لغسل الجنب هل لنجاسه الماء أو لكونه مسلوب الطهوريه أو للتعبد شرعاً؟.

ذهب إلى الأول الشهيد الثانى فى كتبه، و أشكل عليه بأنه حكم من غير دليل، مع أن ماء البئر ليس أسوأ حالاً - من القليل، و القليل لا ينجس باغتسال الجنب منه، و ردّه الشهيد الثانى بأن الحكم بالنجاسه للنص بالنزع، و فيه: إن النص بالنزع لا يدل على النجاسه إذ لعله تعبدي أو إرشادي لما فى الوقوع فى البئر من تغير الماء بسبب ثوران الحمأه كما عليه سيد المدارك.

و ذهب إلى الثانى المحقق فى المعبر و العلامه فى المختلف، و سلب الطهوريه معناه أن الماء لا يرفع حدثاً لأنه مستعمل فى رفع الحدث، و أشكل عليهما أن وجوب النزع أعم من سلب الطهوريه مع أن المستعمل فى رفع الحدث و لا يرفع حدثاً هو القليل لا الجارى و الكر و البئر له نبع كماده الجارى و هو معتصم بالكريه غالباً.

و ذهب إلى الثالث جماعه منهم الشيخ صاحب الجواهر تبعاً للشيخ فى التهذيب.

(٢) من نجاسه ماء البئر.

(٣) فنجاسه البدن لأن الماء نجس بعد الاغتسال بدليل وجوب النزع منه.

(٤) فلا - يخلو إما أن يكون خارج الماء أو داخله، فإن كان خارجه أجزأ ما وقع من غسله قبل وصول الماء إلى البئر، و إن كان داخله أجزأ ما وقع مقارنة للنيه فقط كما عن جماعه، و احتمال البعض أن نجاسه البئر المستكشفه من وجوب النزع متعلقه على تحقق الاغتسال بتمامه، هذا مع اعتراف الكثير بأن هذا الفرع من المشكلات و الله أعلم بحقيقه الحال.

(٥) أى اتصال الجنب بالماء بأن كان داخله.

(٦) أى وصول ماء الغسل إلى البئر بعد أن كان الجنب خارجه.

(٧) بل ثلاثه.

بالجنب غيره (١) ممن يجب عليه الغسل عملاً بالأصل مع احتمالاه، (و خروج الكلب) من ماء البئر (حيا) (٢)، و لا يلحق به الخنزير (٣) بل بما لا نص فيه.

(و نزع خمس لذرق الدجاج) مثلث الدال في المشهور (٤)، و لا نص عليه (١) مما كان محدثاً بالأكبر كالحائض و النفساء، لأن الحكم قد علق على الجنب، و ذهب الشهيد في الذكرى إلى أن وجوب النزع إن كان لاعتبار الطهوريه فالأقرب إلحاق الحائض و النفساء للاشتراك في المانع، و هو استعمال ماء البئر في رفع الحدث فلا يرفع حدثاً، و إن جعلناه للتعبد فلا إلحاق.

(٢) لخبر أبي مريم (إذا مات الكلب في البئر نزحت، و قال عليه السلام: إذا وقع فيها ثم خرج حيا نزع منها سبع دلاء) (١).

و لم يعمل ابن إدريس بها و أوجب أربعين دلوا، لأن الأربعين لموت الكلب فيها فلو خرج حيا لكان أولى.

(٣) لعدم النص مع عدم إسقاط خصوصيه الكلب في الخبر لعدم القطع بكون الحكم معلقاً على نجس العين بما هو نجس العين ليسرى إلى الخنزير.

(٤) مطلقاً سواء كان جلالاً أم لا كما عن الشيخ في جملة من كتبه، و عن المفيد و سألار و ابن إدريس تخصيصه بالجلال و هو الذي تغذى بعذره الإنسان، و وجه التخصيص لأن غير الجلال كذرقه طاهران فلا موجب للنزع، مع اعتراف جماعه منهم العلامة في المختلف و سيد المدارك و الشهيد الثاني بعدم وجود نص فيه سواء كان جلالاً أم لا.

و قال العلامة في المختلف: «و يمكن الاحتجاج على وجوب النزع لذرق الجلال بصحيحه إسماعيل بن بزيع عن الإمام الرضا عليه السلام: (في البئر يقطر فيها قطرات من بول أو دم، أو يسقط فيها شيء من عذره كالبعرة و نحوها، ما الذي يطهرها؟ فوقع عليه السلام: ينزع دلاء منها) (٢)، ثم قال: و الاحتجاج به بعيد لعدم دلالة على التقدير، و إنما يستدل به على أنه لا يجزى أقل من خمس من حيث إنه جمع كثره» انتهى.

و قال المحقق في المعتمد: «و يقرب عندي أن يكون داخلاً في قسم العذره ينزع له عشر، و إذا ذاب فأربعون أو خمسون، و يحتمل أن ينزع له ثلاثون لحديث كردويه» (٣) انتهى.

ص: ٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الماء المطلق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣، و الخبر وارد في ماء المطر المصاحب للعذره و خرق الكلب و البول، و قد عرفت أن ماء المطر المصاحب للعذره له حكم مغاير لحكم العذره.

ظاهراً، فيجب تقييده بالجلال كما صنع المصنف في البيان ليكون نجساً.

و يحتمل حينئذ وجوب نزع الجميع إلحاقاً له بما لا نص فيه إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و عشر (١) إدخالاً له في العذره، و الخمس (٢) للإجماع على عدم الزائد إن تمّ. و في الدروس صرح بإرادته العموم (٣) كما هنا (٤)، و جعل التخصيص بالجلال قولاً.

(و ثلاث) دلاء (للفأره) مع عدم الوصف (٥) (و الحيه) على المشهور (٦) و المأخذ فيها ضعيف، و علل بأن لها نفساً فتكون ميبتها نجسه. و فيه مع الشك في ذلك عدم استلزامه للمدعى (٧)

و أشكال عليه بعدم اندراج ذرق الدجاج تحت عنوان العذره لأنها مختصه بفضله الإنسان، و قال الشارح في روض الجنان: «و يمكن أن يستدل على نفى الزيادة عن الخمس بالإجماع على نفى وجوب الزائد» و فيه: إن الإجماع غير متحقق مع مخالفه المحقق في المعتبر.

(١) عطف على الجميع.

(٢) عطف على الجميع.

(٣) أى بعموم الدجاج جلالاً و غيره.

(٤) لم يصرح، نعم لفظ الدجاج هنا محلى باللام و هو ظاهر في العموم.

(٥) أى مع عدم التفسخ كما هو المروى و عليه جماعه، أو عدم التفسخ و عدم الانتفاخ كما عليه بعض آخر، و قد تقدم النص في الفأره.

(٦) و لا نص فيه، و لذا قال سيد المدارك: «و اعترف الأصحاب بعدم ورود النص فيها على الخصوص»، و استدل بعضهم بأن الحيه كالفأره و الدجاجة لكونها لا تزيد على قدرهما، و ردّ بأنه مأخذ ضعيف كما في روض الجنان للشارح. و قال المحقق في المعتبر:

«و يمكن أن يستدل على الحيه بما رواه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا سقط في البئر حيوان صغير فمات فيها فانزح منها دلاء) (١)، فينزل على الثلاثة لأنها أقل محتملاته» و احتج أيضاً بأن لها نفساً سائله فميبتها نجسه، و عن ابن بابويه أن في الحيه سبع دلاء كما عن المختلف، و عنه أن فيها دلوا واحداً كما في المنتهى و المعتبر.

(٧) لأن كون ميبتها نجسه لا تستلزم ثلاث دلاء، و أى تلازم بينهما.

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الماء المطلق حديث ٦ و فيه: «شئ صغير» بدل «حيوان صغير»..

(و) ألحق بها (الوزغه) (١) بالتحريك ولا شاهد له (٢) كما اعترف به المصنف في غير البيان (٣)، و قطع بالحكم فيه كما هنا (٤). (و) ألحق بها (العقرب) (٥). وربما (١) كما عن الشيخين المفيد و الطوسي لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام:

(في الفأره و الوزغه تقع في البئر قال: ينزح منها ثلاث) (١).

و عن العلامة و المحقق حمل الخبر على الاستحباب لعدم كونها من ذوات النفس السائله فلا تنجس بالموت، أو لأن النزح من أجل سمها فيكره عدم النزح لذلك.

(٢) للإلحاق، و قد عرفت أنه للخبر و لذا قال الشارح في الروض: «و ألحق الشيخان بها - أي الحيه - العقرب و الوزغه بالتحريك للروايه».

(٣) أي في الذكرى و الدروس، و هذا اشتباه من الشارح لأن المصنف في الذكرى اعترف بعدم الشاهد على إلحاق العقرب قال في الذكرى: «و للوزغه عند الصدوق و الشيخين و أتباعهما لقول الصادق عليه السلام، و للعقرب عند الشيخ و أتباعه و لا نص صريحا فيه».

و اعترف المصنف في الدروس بعدم الشاهد على الحيه حيث قال: «و ثلاث للفأره مع عدم الأمرين و روى خمس، و للحيه و لا شاهد له، و للوزغه و العقرب، و قيل: يستحب لهما».

(٤) أي قطع بالحكم في البيان كما في اللمعه.

(٥) أي بالحيه كما عن الشيخ و أبي الصلاح، و قد تقدم عن الشهيد الأول في الذكرى عدم النص، نعم في روايه هارون بن حمزه الغنوى عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن الفأره و العقرب و أشباه ذلك يقع في الماء فيخرج حيا، هل يشرب من ذلك الماء و يتوضأ منه؟ قال: يسكب منه ثلاث مرات، قليله و كثيره بمنزله واحده، ثم يشرب منه و يتوضأ منه غير الوزغ فإنه لا ينتفع بما يقع فيه) (٢).

و هي محموله على ما فيه من السم كما عن الصدوق جمعا بينها و بين روايه ابن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كل شيء وقع في البئر ليس له دم مثل العقارب و الخنافس و أشباه ذلك فلا بأس) (٣) و روايه الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الخنفساء و الذباب و الجراد و النمله و ما أشبه ذلك يموت في البئر و الزيت و السمن و شبيهه، قال: كل ما ليس له دم فلا بأس به) (٤) و مرفوعه محمد بن يحيى عن أبي -

ص: ٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ٥.

٣-٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الماء المطلق حديث ١١.

٤-٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأسآر حديث ١ و ٤.

قيل بالاستحباب لعدم النجاسه، و لعله لدفع وهم السم (و دلو للعصفور) (١) بضم عينه (٢) و هو ما دون الحمامه (٣) سواء كان مأكول اللحم أم لا (٤). و ألحق به المصنف فى الثلاثه (٥) بول الرضيع قبل اغتذائه بالطعام فى الحولين (٦)، و قيده فى البيان بابن المسلم (٧) و إنما تركه هنا لعدم النص مع أنه فى الشهره كغيره مما سبق.

و اعلم أن أكثر مستند هذه المقدرات ضعيف لكن العمل به مشهور (٨) بل -عبد الله عليه السلام: (لا يفسد الماء إلا ما كانت له نفس سائله)(١).

أو تحمل روايه هارون على الاستحباب بقرينه بقيه الأخبار كما عن المحقق و علامه.

(١) لخبر عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن أقل ما يقع فى البئر فيموت فيه العصفور فيتزح منها دلو واحد)(٢).

(٢) قيل و لا يخفى لطفه على من فتح عينه.

(٣) جمعا بين ما ورد فى العصفور و بين ما ورد فى الحمامه مع تغاير الحكم.

(٤) لإطلاق الاسم خلافا للراوندى حيث خصه بمأكول اللحم، و على الإطلاق فيشمل الخفاش.

(٥) أى الحق بالعصفور المصنف فى الذكرى و الدروس و البيان.

(٦) كما عن الشيخ و جماعه لروايه على بن أبى حمزه: (سألته عن بول الصبى الفطيم، قال:

دلو واحد)(٣) فإذا كان الدلو فى بول الفطيم ففى بول الرضيع أولى، و أشكل بأن المنطوق غير معمول به عند الأصحاب إذ جعلوا فى بول الفطيم سبع دلاء، و ذهب أبو الصلاح و ابن زهره إلى ثلاث دلاء فى بول الرضيع و ليس لهما مستند كما فى المدارك.

(٧) لأن ابن الكافر يأخذ حكم أبيه، أو على الأقل يكون بوله أشد نجاسه من بول ابن المسلم.

(٨) لأحد أمرين إما لعمل الأصحاب و إما لو لم يعمل بها لكانت هذه المذكورات مما لا نص فيه و هذا لا قائل به.

ص: ٦٠

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢.

لا قائل بغيره على تقدير القول بالنجاسة، فإن اللازم من أطراحه كونه مما لا نصّ فيه.

(و يجب التراوح بأربعه) (١) رجال كل اثنين منهما يريحان الآخرين (يوما) (١) قد عرفت أن بعض المذكورات تقتضى نزع جميع ماء البثر، فإن أمكن فهو، وإن تعذر أو تعسر لتجدد نبعه يتراوح أربعه على النزع يوما كاملا من أول الفجر إلى الليل بلا خلاف فيه، ولذا قال العلامة في المنتهى: «و لا يعرف فيه مخالف بين القائلين بالتنجيس»، و المستند روايه عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن بثر يقع فيها كلب أو فأره أو خنزير، قال عليه السلام: ينزف كلها، فإن غلب عليه الماء فلينزف يوما إلى الليل، ثم يقام عليها قوم يتراوحون اثنين اثنين فينظفون يوما إلى الليل و قد طهرت) (١).

و نوقشت بأن عمار واقفى و ردّ بأنه ثق و بأن السند منجبر بعمل الأصحاب، و نوقشت أيضا بأن فيها خللا حيث حكم بالنزف يوما ثم حكم بالتراوح فهى داله على النزف مرتين و هذا ما لم يقله أحد، و ردّ بأن لفظ - ثم - للترتيب الذكرى فيكون ما بعدها مفسرا لما قبلها فلا تعدد فى النزف، و نوقشت بأنها توجب نزع الجميع للفأره و الكلب و الخنزير و هذا مخالف لما عليه المشهور فيجب طرحها، و ردّ بأن إعراض المشهور عن صدرها لا يوجب الإعراض عن ذيلها.

هذا و التراوح تفاعل من الراحة، لأن كل اثنين يريحان صاحبيهما، ثم هل يختص التراوح بالرجال أو يعم النساء و الصبيان و الخنثا، يظهر من المنتهى الاجتزاء بالنساء و الصبيان لصدق القوم الوارد فى الروايه عليهم، و هو المنقول عن المحقق بشرط عدم قصور نزحهم عن نزع الرجال، و ردّ بأن لفظ القوم الوارد مختص بالرجال لنص أهل اللغه، ففى الصحاح: (القوم: الرجال دون النساء)

و عن ابن الأثير (إن القوم فى الأصل مصدر قام فوصف به، ثم غلب على الرجال دون النساء، و لذا قابلهن به فى قوله تعالى: لا يَسِيْرُ قَوْمٌ مِّنْ قَوْمٍ عَسَىٰ أَنْ يَكُونُوا خَيْرًا مِنْهُمْ وَلَا نِسَاءٌ مِّنْ نِّسَاءٍ) و عن الكشاف «القوم: الرجال خاصه لأنهم القوام بأمر النساء» و لقول زهير «أقوم آل حض أم نساء» و لذا لا بد من الاقتصار على الرجال.

ثم إن المشهور ذهب إلى عدم الاجتزاء بأقل من أربعه، لأنه أقل عدد يتراوح اثنان بعد اثنين كما فى الروايه، و استقرب العلامه فى المنتهى أقل من الأربعة فى التراوح إن-

ص: ٦١

كاملا من أول النهار إلى الليل، سواء في ذلك الطويل و القصير (عند تعذر نزع الجميع بسبب الغزارة) المانعه من نزحه.

(و وجوب نزع الجميع) (١) لأحد الأسباب المتقدمه، و لا بد من إدخال جزء من الليل متقدما و متأخرا من باب المقدمه، و تهيئه الأسباب قبل ذلك و لا يجرى مقدار اليوم من الليل، و الملقق منهما، و يجرى ما زاد عن الأربعاء دون ما نقص و إن نهض بعملها (٢)، و يجوز لهم الصلاه جماعه (٣) لا جميعا بدونها (٤) و لا -علم مساواتهم بالنزح للأربعه، و ردّ بمخالفه النص، نعم يجوز أكثر من أربعه إذا تراوح كل اثنين منهم في كل واقعه.

ثم إن المشهور على أن يقوم اثنان يتجاذبان الدلو و يرميانه في البئر إلى أن يتعبا فيقوم الآخران، و ذهب الشهيد الثاني في الروض إلى أن يكون أحدهما فوق البئر يمتح بالدلو، و الآخر في البئر يمليه، و ردّ بأنه لا مأخذ له مع أن مقتضى كلامه الاجتزاء بالواحد من فوق إذا استغنى عن الآخر عند عدم الحاجه لإملاء الدلو ثم المراد من اليوم هو يوم الصوم الممتد من الفجر إلى الليل لأنه المفهوم من لفظ اليوم كما ذهب إليه جماعه، و ذهب الشيخ و الصدوق و السيد و ابن حمزه أنه من الغدوه إلى العشاء، و الغدوه أول النهار لأن المفهوم من اليوم الوارد في الروايه هو يوم الأجير، نعم لا فرق في اليوم بين الطويل و القصير لصدق الاسم، و لا -يجزى الليل و لا الملقق منه و من النهار بمقدار اليوم اقتصارا على مورد النص، و لما يعترى في الليل من الفتور عن العمل، و لأن غالب أحكام البئر يغلب عليها جانب التعبد.

و بما أن النزح يجب أن يستوعب اليوم إلى الليل على التحقيق لقوله عليه السلام: (فينزفون يوما إلى الليل)

فلا بد من العمل قبل الفجر أو الغدوه كمقدمه علميه و لا بد من تهيئه أسباب النزح قبل أول اليوم حتى يتحقق النزح من أوله.

(١) الواو حاله أى بسبب الغزارة حال وجوب نزع الجميع.

(٢) أى و إن نهض ما نقص بعمل الأربعاء.

(٣) استثنى بعضهم للأربعه الصلاه جماعه و الأكل مجتمعين، و فى استثناء الثانى نظر، لأن حصول الأكل إنما يكون حال الراحة لأنه من تتمتها بخلاف الصلاه التى لا تتم فضيلتها إلا بالجماعه.

(٤) أى لا يجوز لهم الصلاه جميعا بدون جماعه و ترك التراوح، لأن الأمر بالتراوح مع الأمر بالصلاه بدون الجماعه يقتضى أن يصلى كل واحد منهم مع استمرار التراوح بينهم.

الأكل كذلك (١)، و تبه بإلحاق التاء للأربعة على عدم إجزاء غير الذكور (٢) و لكن لم يدل (٣) على اعتبار الرجال (٤)، و قد صرح المصنف في غير الكتاب باعتباره (٥) و هو حسن، عملاً- بمفهوم القوم في النص خلافاً للمحقق حيث اجتزأ بالنساء و الصبيان.

(و لو تغير ماء البئر) (٦) بوقوع نجاسه لها مقدر (جمع بين المقدر و زوال) (١) أى و لا- الأكل جميعاً سواء كانوا مشتركين في المأكول و وعائه أو لا.

(٢) لأن الأربعة و صف للمذكر فيخرج المؤنث.

(٣) أى المصنف.

(٤) بحيث يأتى بوصف مختص بالرجال ليخرج الصبيان، لأن الذكور تعم الرجل و الصبى.

(٥) باعتبار الرجل.

(٦) لو تغير ماء البئر بأحد أوصافه الثلاثة ينجس إجماعاً و إنما الكلام فى مطهره فعلى القول بعدم نجاسه البئر بمجرد الملاقاه فإنه يطهر بزوال التغير بنفسه أو بعلاج لصحيح إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (ماء البئر واسع لا يفسده شىء إلا أن يتغير ريحه أو طعمه فينزع منه حتى يذهب الريح و يطيب طعمه لأن له ماده) (١).

و وجوب النزح فى الخبر شرطى لذهاب الريح، فلو ذهب بنفسه فلا يجب النزح فالمدار على زوال التغير.

و على القول بنجاسه ماء البئر بالملاقاه كما هو رأى المتقدمين، فقد وقع بينهم الخلاف على أقوال:

القول الأول: موافقه القائلين بالطهاره إسماعيل بن بزيع و غيرها، و أشكل عليه بأنه لو زال التغير قبل استيفاء مقدر النجاسه التى غيرت أحد أوصاف البئر لوجب الحكم بالطهاره فكيف ينتزل عن المقدر حينئذ.

القول الثانى: وجوب نزح أكثر الأمرين من المقدر الشرعى و مما يحقق التغير جمعا بين النصوص الموجبه لاستيفاء المقدر و بين النصوص الداله على الاكتفاء بزوال التغير.

القول الثالث: التفصيل بين النجاسه المنصوص على مقدرها فيجب نزح أكثر الأمرين من المنصوص و مما يحقق التغير، و بين النجاسه غير المنصوص على مقدرها فيجب نزح الجميع لأنه مما لا نص فيه و يجب له نزح الجميع كما هو أحد الأقوال فى-

ص: ٦٣

(التغير) (١) بمعنى وجوب أكثر الأمرين (٢)، جمعا بين النصوص و زوال التغير المعبر في طهاره ما لا ينفعل كثيره (٣) فهنا أولى (٤)، و لو لم يكن لها مقدر ففي الاكتفاء بمزيل التغير (٥)، أو وجوب نزع الجميع، و التراوح مع تعذره (٦) قولان -المسأله، و مع التعذر فيجب التراوح، و هو اختيار ابن إدريس و استحسنة العلامه في المختلف و الشهيد الثاني في الروض.

القول الرابع: التفصيل بين وجوب النزع لما يحقق التغير ثم وجوب نزع المقدر إذا كان للنجاسه مقدر خاص و إلا فيجب نزع الجميع فإن تعذر فالتراوح، و هو اختيار المحقق و ذلك لعدم تداخل الأسباب بين ما يزيل التغير و بين المنصوص.

القول الخامس: التفصيل بين ما له مقدر فيجب أكثر الأمرين من المقدر و مما يحقق التغير، و بين ما لا مقدر له فيرجع إلى زوال التغير فقط، و إليه مال صاحب الحدائق.

القول السادس: وجوب نزع الجميع سواء كان للنجاسه مقدر أو لا، و هو اختيار جماعه منهم الصدوق و المرتضى و الشيخ و سائر للأخبار الأمره بنزع الجميع.

منها: روايه معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإن أنتن غسل الثوب و أعاد الصلاه و نزحت البثر) (١) و هو مطلق يشمل ما لو كان للنجاسه مقدر أم لا، نعم اختلفوا عند تعذر نزع الجميع بين التنزل إلى التراوح يوما و بين النزع حتى يزول التغير فذهب الشيخ إلى الثاني و الباقي إلى الأول.

القول السابع: نزعها أجمع و مع التعذر لغلبه الماء يعتبر أكثر الأمرين من زوال التغير و المقدر، و هو اختيار الشهيد في الدروس.

(١) كما هو القول الثاني و الثالث و الخامس، إلا أنه في الثاني مطلق و في الثالث و الخامس في خصوص المنصوص المقدر.

(٢) لا بمعنى وجوبهما معا كما هو القول الرابع.

(٣) بمجرد الملاقاه.

(٤) وجه الأولويه أن الماء الذي لا- ينجس إلا على وجه واحد و هو الذي لا ينفعل كثيره بمجرد الملاقاه فتطهيره بزوال التغير، فالماء الذي ينجس على أكثر من وجه و هو الذي ينفعل قليله و كثيره بالملاقاه فتطهيره بزوال التغير أولى.

(٥) كما هو القول الخامس و أحد شقى السادس.

(٦) كما هو الشق الثاني للسادس و القول الثالث و الرابع.

ص: ٦٤

أجودهما الثاني (١)، و لو أوجبنا فيه (٢) ثلاثين أو أربعين اعتبر أكثر الأمرين فيه (٣) أيضا (٤).

مسائل

إشارة

(مسائل):

الأولى: الماء المضاف و أحكامه

تعريف الماء المضاف

(الأولى):

(الماء المضاف ما) (٥) أى الشىء الذى (لا يصدق عليه اسم الماء بإطلاقه) مع صدقه عليه (٦) مع القيد كالمعتصر من الأجسام، و الممتزج بها مزجا يسلبه (١) أى وجوب نزح الجميع و ذلك لأنه مما لا نص فيه، هذا و اعلم أن ما لا نص فيه قد اختلف فى مقدار النزح على أقوال ثلاثة:

الأول: نزح الجميع لأن تحصيل الطهاره بعد ثبوت النجاسه لا يتحقق إلا بنزح الجميع، لأن نزح البعض تحكم مع أن الاكتفاء بالبعض موجب للشك فى حصول الطهاره فلا بد من نزح الجميع حتى يحكم بثبوت الطهاره. و هذا أشهر الأقوال كما فى المدارك.

الثانى: وجوب نزح الثلاثين و ذهب إليه البعض استنادا إلى حديث كرويه المتقدم (١) و الوارد فى ماء المطر المخالط للعدره و خراء الكلب و البول، و فيه أنه لا دلالة فى الروايه عليه.

الثالث: نزح الأربعين، و إليه ذهب العلامة فى جملة من كتبه و حكى عن ابن حمزه و الشيخ فى المبسوط و احتج بقوله عليه السلام: (ينزح منها أربعون دلوا و إن كانت مبخره) (٢).

و هذه الروايه لم ترد فى الأصول، نعم ذكرها الشيخ فى المبسوط مع عدم العلم بصدرها بحيث يجعلها مجمله.

(٢) فى غير المقدّر.

(٣) فى غير المقدّر من زوال التغير و الثلاثين أو الأربعين.

(٤) كالمقدّر.

(٥) هو كل ماء يحتاج إلى قيد حتى يصدق عليه لفظ الماء، أو يصح سلب الماء عنه.

(٦) أى مع صدق الماء على المضاف.

ص: ٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤، و نقل الشهيد الأول فى شرح الإرشاد أنه وجد بخط الشيخ فى الاستبصار أن لفظ المبخره بضم الميم و سكون الباء و كسر الخاء و معناه الممتنه، و يروى بفتح الميم و الخاء و معناه موضع التن.

الإطلاق كالأمرق، دون الممتزج على وجه لا يسلبه الاسم و إن تغير لونه كالممتزج بالتراب، أو طعمه كالممتزج بالملح، و إن أضيف إليهما (١).

(و هو) أى الماء المضاف (طاهر) فى ذاته بحسب الأصل (٢)(غير مطهر) لغيره (مطلقاً) من حدث، و لا خبث اختياراً و اضطراراً (٣)(على) القول (١)فيقال: ماء الملح و ماء التراب و لكن يبقى اسم الماء صادقاً من دون قيد.

(٢)أى لقاعده الطهاره، ثم إذا كان معتصراً من جسم طاهر فيحكم بالطهاره للاستصحاب.

(٣)تفسير للإطلاق، و هو قول المشهور، أما عدم رفعه الحدث سواء كان أكبر أم أصغر فلقوله تعالى: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيداً طَيِّباً (١) حيث وجب التيمم عند فقدان الماء و هذا دليل على عدم جواز رفع الحدث فى حالتى الاختيار و الاضطرار بغير الماء من المائعات.

و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يكون معه اللبن أ يتوضأ منها للصلاه؟ قال: لا- إنما هو الماء و الصعيد(٢) و خبر عبد الله بن المغيرة عن بعض الصادقين عليهم السّلام: (إذا كان الرجل لا يقدر على الماء و هو يقدر على اللبن فلا يتوضأ باللبن، إنما هو الماء أو التيمم ٢ و الحصر بهما دليل على نفي رفع الحدث بغيرهما.

و ذهب الصدوق إلى جواز الوضوء بماء الورد و كذا غسل الجنابه لخبر يونس عن أبى الحسن عليه السّلام (قلت له: الرجل يغتسل بماء الورد و يتوضأ به للصلاه، قال: لا بأس بذلك)٣.

و فى السند محمد بن عيسى عن يونس و قد نقل الصدوق عن شيخه ابن الوليد أنه لا يعتمد على حديث محمد بن عيسى عن يونس، و قال الشيخ فى التهذيب: «إنه خبر شاذ شديد الشذوذ، و إن تكرر فى الكتب و الأصول، فإنما أصله يونس عن أبى الحسن عليه السّلام و لم يروه غيره، و قد أجمعت العصابة على ترك العمل بظاهره» و عن ابن أبى عقيل جواز استعمال المضاف فى مطلق الطهاره عند الاضطرار، و قال فى الجواهر:

«لم نعثر لابن أبى عقيل على مستند».

و أما عدم رفع المضاف للخبث للأخبار:

منها: خبر بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السّلام: (و لا يجزى من البول إلا الماء)(٣)-

ص: ٦٦

١- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الماء المضاف حديث ١ و ٢.

٢- (١) المائده الآيه: ٩، النساء الآيه: ٤٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الماء المضاف حديث ١.

(الأصح)، و مقابله قول الصدوق بجواز الوضوء و غسل الجنابه بماء الورد، استنادا إلى روايه مردوده، و قول المرتضى (١) يرفعه مطلقا (٢) الخبث.

(و ينجس) المضاف (٣) و إن كثر (٤) - و قوله عليه السّلام فيمن أصاب ثوبا نصفه دم أو كله (إن وجد ماء غسله و إن لم يجد ماء صلى فيه) (١) و في ثالث (في رجل ليس عليه إلا ثوب و لا تحل الصلاه فيه و ليس يجد ماء يغسله كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يتيمم و يصلى فإذا أصاب ماء غسله) (٢) إلى غير ذلك من النصوص التي حصرت رفع الخبث بالماء فقط.

و ذهب المفيد و المرتضى إلى رفع الخبث بالمضاف، و احتج السيد بالإجماع و هو عجيب مع مخالفه المشهور له، و احتج بقوله تعالى: وَ ثِيَابَكَ فَطَهِّرْ (٣) و بالأخبار الآمره بالغسل، مع أن التطهير و الغسل يحصل بالمائعات، لأن المقصود إزاله عين النجاسه و هي تتحقق بالمائع، و فيه: إن مفهوم التطهير و الغسل و إن تحقق بالمائعات إلا أن الأخبار قيدته بالماء فقط.

(١) و المفيد.

(٢) بجميع أصنافه لا خصوص ماء الورد.

(٣) للأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن قدر طبخت و إذا في القدر فأره؟ قال: يهراق مرقها و يغسل اللحم و يؤكل) (٤) و خبر زكريا بن آدم عن أبي الحسن عليه السلام: (عن قطره خمر أو نبيذ مسكر قطرت في قدر فيه لحم كثير و مرق كثير قال: يهراق المرق أو يطعمه أهل الذمه أو الكلب، و اللحم اغسله و كله) (٥).

و المرق و إن كان حقيقه أخرى غير المضاف، إلا أنه كالمضاف في الميعان الموجب لسرايه النجاسه.

(٤) و كان بمقدار ألف كر أو أزيد كأبار النفط فإنه ينجس و لو كان النجس بمقدار رأس إبره، و فيه: عدم السرايه عرفا في مثله خصوصا إذا كان فيه كثره مفرطه.

ص: ٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب النجاسات حديث ٥ و ٨.

٣- (٣) المدثر الآيه: ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الماء المضاف حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب النجاسات حديث ٨.

بالاتصال (بالنجس) (١) إجماعاً، (و طهره إذا صار) ماء (مطلقاً) (٢) مع اتصاله بالكثير المطلق (٣) لا- مطلقاً (٤) (على) القول (الأصح)، و مقابله طهره بأغلبه الكثير المطلق عليه و زوال أوصافه (٥)، و طهره بمطلق الاتصال به و إن بقى الاسم (٦).

و يدفعهما (٧) مع أصله بقاء النجاسة أن المطهر لغير الماء شرطه وصول الماء إلى كل جزء من النجس، و ما دام مضافاً لا يتصور وصول الماء إلى جميع أجزائه النجسه، و إلا لما بقى كذلك (٨)، و سيأتى له تحقيق آخر فى باب الأظعمه.

(١) و كذا المنتجس، لأنه كالنجس فى التنجيس.

(٢) بحيث يمتزج بالمعتصم سواء كان كرا أو ذا ماده، بشرط زوال إضافته و صيرورته ماء مطلقاً فيحكم بطهارته لطهاره الماء المعتصم، لأن الماء الواحد حكم واحد بعد خلو الأخبار عن كيفية تطهير المضاف فلا بد من الرجوع إلى القواعد و هذا ما عليه المشهور، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أن تطهير المضاف متقوم بأمرين، غلبه الماء الكثير عليه و زوال أوصاف المضاف و إن بقى اسمه، و الماء الكثير الذى هو أزيد من الكر هو سبب فى تطهير المضاف عند اتصاله به، و تظهر الثمره بين هذا القول و قول المشهور فيما لو كان الدبس منتجساً و مزجناه بأزيد من الكر بحيث لم تتغير أوصاف المطلق ثم تركناه حتى استقرت أجزاء الدبس تحت الماء فهو ظاهر على قول الشيخ دون قول المشهور المشترط لصيرورته مطلقاً حتى يطهر.

و ذهب العلامة إلى أن تطهير المضاف إنما يتم بمطلق الاتصال بالماء الكثير من دون اشتراط الاستهلاك و إن بقى اسم المضاف و أوصافه، و فيه: إنه لا دليل عليه.

(٣) الذى هو أزيد من الكر.

(٤) فلو اتصل بالقليل فيبقى المضاف على نجاسته بل ينجس الماء القليل لسريان نجاسه المضاف إليه.

(٥) و إن بقى اسمه عند تفرق الأجزاء و هو قول الشيخ.

(٦) و الأوصاف و هو قول العلامة.

(٧) أى يدفع القولين الأخيرين، و الدفع لاستصحاب النجاسة و لأن التطهير متقوم بوصول الماء إلى كل جزء من أجزاء المنتجس، و ما دام اسم المضاف صادق عليه يقطع بعدم وصول الماء إلى كل أجزائه، فكيف يحكم بطهارته؟.

(٨) أى و إن وصل الماء إلى كل جزء من أجزائه لما بقى المضاف مضافاً بل يصير مطلقاً.

(و السؤر) (١) و هو الماء القليل (٢) الذى باشره جسم حىوان (تابع للحىوان الذى باشره) فى الطهاره (٣) (١) و هو بقيه الماء التى ببقىها الشارب من الماء القليل كما عن جماعه من أهل اللغه، أو بقيه المشروب كما فى المعتبر، بل عن الأزهرى اتفاق أهل اللغه على أن سائر الشىء باقيه قليلا كان أو كثيرا.

هذا فما عن جماعه من الفقهاء منهم الشارح هنا من أنه ماء قليل لاقى جسم حىوان ليس فى محله لأن السؤر هو البقيه الملاقى لقم الحىوان.

و دعوى أن حكم الملاقى للقم هو حكم الملاقى لغيره من بقيه أجزاء جسم الحىوان فلذا صح إطلاق السؤر على الجميع غير مسموعه لأنها تصلح لتعميم الحكم و لا تصلح لإرادته غير المعنى الحقيقى أو توسعته من لفظ السؤر.

(٢) لعدم إطلاق السؤر على ماء البحر بعد الشرب منه عرفا.

(٣) فإذا كان الحىوان طاهر العين فسؤره طاهر و إن كان الحىوان غير مأكول اللحم كما عليه المشهور للأخبار.

منها: خبر معاويه بن شريح: (سأل عذافر أبا عبد الله عليه السلام - و أنا عنده - عن سؤر السنور و الشاه و البقره و البعير و الحمار و الفرس و البغل و السباع، يشرب منه أو يتوضأ منه؟ فقال عليه السلام: نعم، اشرب منه و توضأ قال: قلت له: الكلب؟ قال عليه السلام:

لا، قلت: أليس هو سيع؟ قال عليه السلام: لا- و الله إنه نجس، لا- و الله إنه نجس) (١) و هى صريحه فى دوران السؤر مدار الحىوان الذى باشره طهاره و نجاسه. و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس نجاسه سؤر ما يمكن التحرز منه من حىوان الحضر إذا كان غير مأكول اللحم لمرسل الوشاء عن أبى عبد الله عليه السلام: (أنه كان يكره سؤر كل شىء لا يؤكل لحمه) (٢) بدعوى أن الكراهه فى الخبر بمعنى الحرمة لمفهوم موثق عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عما تشرب منه الحمامه، فقال عليه السلام: كل ما أكل لحمه فتوضأ من سؤره و اشرب) (٣) و مفهومه: ما لا يؤكل لحمه لا يتوضأ من سؤره و لا يشرب و هو يفيد النجاسه، إلا أن هذه الأخبار قد حملت على الكراهه عند المشهور جمعا بينها و بين ما تقدم.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأسأر حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأسأر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأسأر حديث ٢.

و النجاسه و الكراهه (١)،(و يكره سؤر الجلال) (٢) و هو المغتذى بعذره الإنسان محضا (٣) إلى أن ينبت عليها لحمه، و اشتدّ عظمه، أو سمي في العرف جلالاً (٤) (١) المشهور على كراهه سؤر مكروه اللحم كالخيل و البغال و الحمير، و ليس لهم دليل ظاهر، و لذا أنكر جماعه من الأصحاب الضابطه بين كراهه اللحم و كراهه السؤر، نعم هناك موارد يكره سؤر محرم اللحم أو مأكوله قد ذكرها المصنف في المتن.

(٢) الجلال يحرم أكل لحمه على المشهور لصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تأكلوا لحوم الجلاله، فإن أصابك من عرقها فاغسله (١) إلا أن الشيخ قد ذهب إلى كراهه أكله و ليس له مستند ظاهر.

فهو و إن حرم لحمه إلاّ- أنه طاهر العين و إن وقع الكلام في عرقه فالمشهور بين المتقدمين على النجاسه و المتأخرون على الطهاره.

و أما سؤره فقد ذهب الشيخ في المبسوط و السيد و ابن الجنيد و العلامه إلى نجاسته مع كونه طاهر العين استنادا إلى روايه عمار الساباطى عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سئل عما تشرب منه الحمامه، فقال عليه السّلام: كل ما أكل لحمه فتوضأ من سؤره و اشرب) (٢) و الجلال لا- يؤكل لحمه فيحرم سؤره إلا أن المشهور حملوه على الكراهه كما تقدم، نعم عن سيد المدارك أن الحكم بالكراهه ينبغى تعميمه إلى كل ما لا يؤكل لحمه سواء كان جلالاً أو غيره و هو الحق.

(٣) على المشهور لمرسل موسى بن أكيل عن أبي جعفر عليه السّلام: (فى شاه شربت بولا ثم ذبحت، فقال عليه السّلام: يغسل ما فى جوفها ثم لا بأس به، و كذلك إذا اعتلفت العذره ما لم تكن جلاله، و الجلاله هى التى يكون ذلك غذاؤها (٣) و العذره هى غائط الإنسان و لا أقل من الانصراف إلى ذلك، و عن الحلبي أن الجلال هو ما اغتذى بمطلق النجس و لا دليل له.

(٤) اعترف أكثر من واحد بعدم تعرض النصوص لتعيين المده التى يحصل بها الجلل، فما عن بعضهم من تقدير المده بيوم و ليله، و عن آخر بما يظهر النتن فى لحمه و جلده، و عن ثالث بما ينمو فى البدن و تصير العذره جزءا منه كما عليه الشارح لا دليل عليه، فالمرجع هو العرف و لذا أحال عليه الشارح أخيرا.

ص: ٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأسأر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأسأر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأطمعه و الأشربه حديث ٢.

قبل أن يستبرأ بما يزيل الجلل،(و آكل الجيف (١) مع الخلو) أى خلّو موضع الملاقاه للماء (عن النجاسه) (٢) و سؤر (الحائض المتهمه) (٣) بعدم التنزه عن النجاسه، و ألحق بها المصنف فى البيان كل متهم بها (٤) و هو حسن،(و سؤر البغل و الحمار) (٥) و هما داخلان فى تبعيته (٦) للحيوان فى الكراهيه، و إنما خصّيهما لتأكد الكراهه فيهما (٧)،(و سؤر الفأره (٨) و الحيه) (٩)، و كل ما لا يؤكل (١)ذهب الشيخ فى النهايه و العلامه فى المختلف إلى نجاسه سؤره، و قال فى الجواهر:

«لا نعرف له وجهاً» و المشهور إلى الكراهه و لا دليل لهم.

(٢)لأنه مع عدم الخلو ينجس الماء بملاقاه النجاسه.

(٣)لموثق ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السّلام: (فى الرجل يتوضأ بفضل الحائض؟ قال عليه السّلام: إذا كانت مأمونه فلا بأس)(١).

(٤)أى بالنجاسه، لأن المدار على الائتمان و عدمه كما هو مفاد الخبر المتقدم.

(٥)و المراد به الأهلى، و ألحق بهما الخيل، و قد تقدم أنه لا دليل على كراهيه سؤر مكروه اللحم.

(٦)أى تبعيه السؤر.

(٧)و قد أستفيد تأكد الكراهه من مفهوم مضمرة سماعه (هل يشرب سؤر شىء من الدواب و يتوضأ منه؟ فقال: أما الإبل و البقر و الغنم فلا بأس)(٢) ففى غيرها الشامل للبغل و الحمير بأس، و هو محمول على الكراهه جمعا بينها و بين ما تقدم على طهاره سؤر غير نجس العين.

(٨)فعن الشيخ فى التهذيب و المفيد فى المقنعه الحكم بنجاسه سؤرها، و المشهور على الكراهه جمعا بين خبر سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الفأره تقع فى السمن أو الزيت ثم تخرج منه حيا، قال: لا بأس به)(٣) و خبر على بن جعفر عن أخيه (عن الفأره الرطبه قد وقعت فى الماء فتمشى على الثياب أ يصلى فيها؟ قال: اغسل ما رأيت من أثرها، و ما لم تره انضحه بالماء)(٤).

(٩)لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى حيه دخلت حبا فيه ماء و خرجت منه،-

ص: ٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الأسأر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأسأر حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

لحمه (١) إلا الهر (٢)، (و ولد الزنا) (٣) قبل بلوغه (٤)، أو بعده مع إظهاره للإسلام (٥).

الثانيه: فى التباعد بين البئر و البالوعه

(الثانيه):

يستحبّ التباعد بين البئر و البالوعه (٦) - قال: إذا وجد ماء غيره فليهرقه (١) و هو ظاهر فى الكراهه.

(١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) و يشهد له صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى كتاب على عليه السلام أن الهر سبع، و لا بأس بسؤره، و إنى لأستحى من الله أن أدع طعاما لأن الهر أكل منه) (٢).

(٣) لمرسله الوشاء عن أبى عبد الله عليه السلام: (أنه كره سؤر ولد الزنا و سؤر اليهودى و النصرانى و المشرك، و كل من خالف الإسلام، و كان أشدّ ذلك عنده سؤر الناصب) (٣).

و ذهب الصدوق و السيد و ابن إدريس إلى نجاسه سؤره، لأنه نجس العين كافر.

(٤) لأنه محكوم بالطهاره، غايته يكره سؤره للنص.

(٥) بل الحكم مع إنكاره للإسلام أو لضروره منه، و إلا فمع إظهاره فهو مسلم.

(٦) المشهور على استحباب البعد بين البئر و البالوعه بخمس أذرع إذا كانت الأرض صلبه أو كانت البئر فوق البالوعه، و بسبع أذرع إذا كانت الأرض سهله أو كانت البالوعه مساويه أو أعلى من البئر.

و حجتهم الجمع بين مرسله قدامه عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته كم أدنى ما يكون بين البئر بئر الماء و البالوعه؟ فقال عليه السلام: إن كان سهلا فسبع أذرع، و إن كان جبلا فخمس أذرع) (٤) بناء على كون أرض الجبل صعبه كما هو الغالب.

و بين خبر الحسن بن رباط عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن البالوعه تكون فوق البئر، قال عليه السلام: إذا كانت فوق البئر فسبعه أذرع، و إذا كانت أسفل من البئر فخمسه -

ص: ٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الأسار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأسار حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأسار حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الماء المطلق حديث ٢ و ٣ و ٤.

التي يرمى فيها ماء النرح (١) (بخمس أذرع في) الأرض (الصَّلبه) بضم الصاد و سكون اللام، (أو تحتيه) قرار (البالوعه) (٢) عن قرار البئر، (و إلا يكن) (٣) كذلك بأن كانت الأرض رخوه و البالوعه مساويه للبئر قرارا، أو مرتفعه عنه (٤) (فسيع) أذرع.

و صور المسأله على هذا التقدير ست (٥) يستحب التباعد في أربع منها بخمس (٦)، و هي الصَّلبه مطلقا (٧)

-أذرع من كل ناحيه، و ذلك كثير(١).

و ذهب ابن الجنيدي إلى سبع أذرع إذا كانت الأرض صلبه أو كانت البئر أعلى، و إلى اثني عشر ذراعا إذا كانت الأرض سهله أو كانت البالوعه أعلى لخبر محمد بن سليمان الديلمي عن أبيه: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن البئر و يكون إلى جنبها الكنيف، فقال لي: إن مجرى العيون كلها مع مهب الشمال - و في نسخه: من مهب الشمال، فإذا كانت البئر النظيفه فوق الشمال و الكنيف أسفل منها لم يضرها إذا كان بينهما أذرع، و إن كان الكنيف فوق النظيفه فلا أقل من اثني عشر ذراعا، و إن كانت تجاها بحذاء القبلة و هما مستويان في مهب الشمال فسبعه أذرع) ٢، و الروايه ضعيفه بمحمد فهو ضعيف كما في رجال النجاشي، و بأبيه سليمان فكان غاليا، بالإضافة إلى قصور دلالتها على جميع ما أفاده ابن الجنيدي.

(١) ليس المراد من البالوعه خصوص ما يرمى فيها ماء النرح، بل الأعم منها و من مجمع النجاسات كما في روايه الديلمي حيث عبّر بالكنيف.

(٢) التحتيه و الفوقيه بالنسبه إلى قرار البئر و قرار البالوعه، و لا عبره بالجبهه الفوقيه من البئر و البالوعه.

(٣) أي و إن لم تكن الأرض صلبه، أو كانت سهله و لم يكن قرار البئر أعلى.

(٤) عن قرار البئر.

(٥) لأن الأرض إما صلبه و إما رخوه و على التقديرين فقرار البئر إما أعلى و إما مساو و إما أدنى فالصور ست.

(٦) أي بخمس أذرع.

(٧) سواء كان قرار البئر أعلى أو مساو أو أدنى.

ص: ٧٣

و الرّخوه مع تحتيه البالوعه، و بسيع (١) فى صورتين و هما مساواتهما (٢)، و ارتفاع البالوعه فى الأرض الرّخوه، و فى حكم الفوقيه المحسوسه الفوقيه بالجهه (٣) بأن يكون البثر فى جهه الشمال، فيكفى الخمس مع رخاوه الأرض و إن استوى القراران، لما ورد من أن «مجارى العيون مع مهب الشمال».

(و لا- ينجس) البثر (بها) أى بالبالوعه و إن (تقاربتا) (٤) إلا- مع العلم بالاتصال) أى اتصال ما بها من النجس بماء البثر، لأصالة الطهاره و عدم الاتصال (٥).

الثالثه: فى عدد النجاسات

إشاره

(الثالثه):

النجاسات عشره

(النجاسه) أى جنسها (عشره: البول (٦)، (١) أى بسيع أذرع.

(٢) أى مساواه البالوعه و البثر قرارا فى الأرض الرخوه.

(٣) أى بجهه الأرض حيث إن الشمال أعلى من الجنوب كما فى خبر الديلمى المتقدم.

(٤) لقاءه الطهاره، و لخبر محمد بن القاسم عن أبى الحسن عليه السّلام (فى البثر يكون بينها و بين الكنيف خمسه أذرع أو أقل أو أكثر يتوضأ منها؟ قال: ليس يكره من قرب و لا بعد، يتوضأ منها و يغتسل ما لم يتغير الماء) (١).

(٥) عند الشك فيه و الأصل العدم.

(٦) أما بول الإنسان فلا أخبار:

منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن البول يصيب الثوب، فقال عليه السّلام: اغسله مرتين) (٢) و هو ظاهر فى بول الإنسان بلا فرق بين بول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و غيره، و خالف الشافعى فحكم بطهاره بول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم استنادا إلى روايه عندهم من قوله صلّى الله عليه و آله و سلّم لأم أيمن عند ما شربت بوله (إذن لا تلج النار بطنك) (٣)، و هو على فرض التسليم بسنده لا يدل على الطهاره إذ لعل الثواب لانقيادها و محبتها لا لطهاره البول.

و عن الإسكافى طهاره بول الرضيع قبل أن يغتذى بالطعام لخبر السكونى عن أبى -

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الماء المطلق حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ١.
- ٣- (٣) شرح الشفاء للخفاجي ج ١ ص ٣٦٢.

(و الغائط (١) من غير المأكول) لحمه بالأصل، أو العارض (ذى النفس) أى الدم -عبد الله عليه السّلام: (و لبن الغلام لا يغسل منه الثوب، و لا بوله قبل أن يطعم)^(١) و هو محمول على عدم اعتبار الغسل المعتبر فى بول البالغ، لا على طهاره بول الرضيع.

و أما بول الحيوان فما يؤكل لحمه طاهر، و ما لا يؤكل لحمه نجس للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه)^(٢).

(١)أما غائط الإنسان فللأخبار:

منها: خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما عليه أن يغسل ما ظهر منها - يعنى المقعده - و ليس عليه أن يغسل باطنها)^(٣) و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطأ فى العذره أو البول أ يعيد الوضوء؟ قال: لا، و لكن يغسل ما أصابه)^(٤).

و أما عذره الحيوان الذى لا يؤكل لحمه فللأخبار:

منها: صحيح عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يصلى و فى ثوبه عذره من إنسان أو سنّور أو كلب، أ يعيد صلاته؟ قال: إن كان لم يعلم فلا يعيد)^(٥) و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (عن الدقيق يقع فيه خرد الفأره هل يصلح أكله إذا عجن مع الدقيق؟ قال: إذا لم تعرفه فلا - بأس، و إن عرفته فلتطرحه)^(٦) ثم لا - فرق فى نجاسه بول و غائط ما لا يؤكل لحمه بين كونه برياً أو بحرياً للإطلاق، و لا فرق بين كونه صغيراً أو كبيراً، و لا بين أن تكون حرمة أصله كالسباع أو عارضيه للإطلاق، بالإضافة إلى صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تأكلوا لحوم الجلاله، فإن أصابك من عرقها فاغسله)^(٧) و هو دال على حرمة أكل الجلال فيندرج تحت عموم قوله عليه السّلام: (اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه)^(٨).

و فى موطوء الإنسان خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام -

ص: ٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الخلو حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب النجاسات حديث ٥.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٣.

٧- (٧) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأسار حديث ١.

٨- (٨) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

-سئل عن البهيمة التي تنكح فقال عليه السلام: حرام لحمها و كذلك لبنها(١) و في الغنم الذي شرب لبن الخنزيره موثق حنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن جدي رضع من لبن خنزيره حتى شبّ و كبر و اشتد عظمه، ثم إن رجلا- استفحله في غنمه فخرج له نسل، فقال عليه السلام: أما ما عرفت من نسله بعينه فلا تقربه، و أما ما لم تعرفه فكله)(٢).

نعم استثنى أمران:

الأول: ما لا نفس له سائله بدعوى انصراف الأخبار المتقدمه الوارده في بول و أرواث ما لا يؤكل لحمه إلى خصوص ما له نفس سائله، و وجه الانصراف إما لأن ما لا نفس له لا لحم له كالذباب، و إما له لحم و يسمى روثه بالرجيع، و توقف المحقق فيه، ثم إن المراد بذى النفس السائله هو ما كان له دم يجتمع في العروق و يخرج عند قطعها بقوه و دفق، و قد نسبه الفيومي في المصباح إلى أهل اللغه و الأصحاب.

الثاني: بول الطير و خرؤه و إن كان مما لا- يؤكل لحمه، كما ذهب إليه العماني و الجعفي و الصدوق و الشيخ و جماعه من المتأخرين لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كل شيء يطير فلا بأس ببوله و خرئه)(٣).

و المشهور أعرضوا عن هذا الخبر و تمسكوا بعموم صحيح ابن سنان المتقدم (اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه)(٤) ، قال العلامة في التذكرة: (و قول الشيخ (رحمه الله) في المبسوط بطهاره ذرق ما لا- يؤكل لحمه من الطيور لروايه أبي بصير ضعيف، لأن أحدا لم يعمل بها) و قال ابن إدريس في السرائر: (و رويت روايه شاذه لا يعول عليها أن ذرق الطير طاهر سواء كان مأكول اللحم أو غير مأكوله، و المعول عليه عند محققى أصحابنا و المحصلين منهم خلاف هذه الروايه، لأنه هو الذي تقتضيه أخبارهم المجمع عليها).

و فيه: إن خبر أبي بصير صحيح السند و هو مؤيد بأخبار:

منها: خبر غياث عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (لا بأس بدم البراغيث و البق و بول-

ص: ٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأئمة المحرمه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الأئمة المحرمه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

-الخشاشيف(1) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (عن الرجل يرى في الثوب خرق الطير أو غيره هل يحكّه و هو في الصلاة؟ قال عليه السلام: لا بأس)(2) و خبر الجعفریات عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام (إن عليا سئل عن الصلاة في الثوب الذى فيه أبوال الخفاش و دماء البراغيث فقال: لا بأس بذلك)(3).

هذا فضلا عن أن الطير فاقد البول و لذا قال في المستند: (إن الطير إما فاقد للبول كما هو الظاهر في أكثر الطيور حيث لم يطلع أحد على بول له، و يستبعد وجوده و عدم الاطلاع عليه سيما في المأنوسه)، و عن السيد المقدس البغدادي: العلم بعدم البول لغير الخفاش.

و يؤيده ما في توحيد المفضل: (تأمل - يا مفضل - جسم الطائر و خلقته، فإنه حين قدّر أن يكون طائرا في الجو خفف جسمه و أدمج خلقه، فاقصر به من القوائم الأربع على اثنتين، و من الأصابع الخمسة على أربع، و من منفضين للزبل و البول على واحد يجمعهما - إلى أن قال - خلق الخفاش خلقه عجيبة بين خلقه الطير و ذوات الأربع، و هو لذوات الأربع أقرب، و ذلك أنه ذو أذنين ناشزتين و لسان و وبر، و هو يلد ولادا و يرضع و يبول، و يمشى إذا مشى على أربع. و كل هذا خلاف صفة الطير) و هو صريح بعدم وجود بول للطير إلا الخفاش.

و على ما تقدم فلا عموم في صحيح ابن سنان: (اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه)(4) يشمل الطير لخروجه تخصصا، هذا بالنسبة للبول، و أما بالنسبة للغائط فلا يوجد دليل لفظي عام أو مطلق حتى يتمسك به لإثبات نجاسه خرق الطير، غاية ما يوجد أخبار خاصه بالعدرة و خرق الفأره و هذا لا يمكن تعميمه إلى ما يخرج من الطير لأنه يسمى بالرجيع مع أن العذرة مختصه بفضله الإنسان، نعم لا بد من الحكم بركاهه بول الخشاش جمعاً بين ما دل على طهاره بول الخشاش و قد تقدم و بين روايه داود الرقي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بول الخشاشيف يصيب ثوبى فأطلبه و لا أجده، قال عليه السلام: اغسل ثوبك)(5).

ص: ٧٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النجاسات حديث ٥.
- ٢- (٢) البحار ج ٨٠ باب ١٨ - من كتاب الطهاره حديث ٤.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النجاسات حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

القوى الذى يخرج من العرق عند قطعه،(و الدم (١) و المنى (٢) من ذى النفس) -وقيل: بأن جمعا من أهل الخبره اختبروا الخفاش فوجدوه مما ليس له نفس سائله فيخرج عن عموم ابن سنان المتقدم تخصصا، ثم اعلم أن المصنف و الشارح حكما بنجاسه بول الطير و خرثه لعدم استثنائهما من بول و غائط غير مأكول اللحم.

(١)بلا- خلايف فيه، و يدل عليه قوله تعالى: إِلَّا- أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ (١) بناء على ظهور الرجس فى النجاسه، و للأخبار:

منها: صحيح إسماعيل بن جابر عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال فى الدم يكون فى الثوب: إن كان أقل من قدر الدرهم فلا يعيد الصلاة، و إن كان أكثر من قدر الدرهم و كان رآه فلم يغسله حتى صلى فليعد صلاته)(٢). و خصّ الدم بما له نفس سائله لخبر عبد الله بن أبى يعفور: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى دم البراغيث، قال:

ليس به بأس، قلت: إنه يكثر و يتفاحش، قال: و إن كثر)(٣) و خبر غياث المتقدم (لا- بأس بدم البراغيث و البق و بول الخشاشيف)٤ و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (إن عليا عليه السلام كان لا يرى بأسا بدم ما لم يذكى يكون فى الثوب فيصلى فيه الرجل، يعنى دم السمك)(٤) بناء على أن ما لم يذكى أى غير قابل للتذكيه هو الذى لا نفس له سائله.

(٢)لأخبار منها: حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا احتلم الرجل فأصاب ثوبه شىء فليغسل الذى أصابه، فإن ظن أنه أصابه شىء و لم يستيقن و لم ير مكانه فلينضح به بالماء)(٥) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (ذكر المنى و شدده و جعله أشد من البول)٧، و هو عام يشمل منى الإنسان و الحيوان، بريا كان الحيوان أو بحريا، و خصّ بصدى النفس السائله لأن ما لا نفس سائله له لا منى له، و لا أقل من الشك فى ذلك، و على فرض وجود منى لما لا نفس سائله فأصاله الطهاره محكمه بعد كون الأخبار المتقدمه منصرفه إلى منى ما له نفس سائله بل إلى خصوص منى الإنسان.

ص: ٧٨

١- (١) الأنعام الآيه: ١٤٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب النجاسات حديث ١ و ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب النجاسات حديث ٤ و ٢.

آدميا كان أم غيره، بزيّ أم بحريا، (وإن أكل لحمه، و الميته (١) منه) أى من ذى النفس و إن أكل، (و الكلب (٢) و الخنزير (٣)

(١) أما ميتة الإنسان فللأخبار منها: حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته على الرجل يصيب ثوبه جسد الميت فقال: يغسل ما أصاب الثوب) (١) و خبر إبراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل يقع ثوبه على جسد الميت فقال: إن كان غسّيل الميت فلا تغسل ما أصاب ثوبك منه، و إن كان لم يغسّل فاغسل ما أصاب ثوبك منه) (٢).

و يستثنى منه المعصوم و الشهيد و من شرع له الغسل قبل موته كالمرجوم و سيأتي الكلام فى هذه المستثنيات إنشاء الله تعالى.

و أما ميتة الحيوان فللأخبار أيضا، و هى كثيره منها: خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا يفسد الماء إلا ما كانت له نفس سائله) (٣) و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن الخنفساء و الذباب و الجراد و النملة و ما أشبه ذلك يموت فى البئر و الزيت و السمن و شبهه، قال: كل ما ليس له دم فلا بأس) (٤).

(٢) للأخبار منها: روايه معاويه بن شريح عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سئل عن سؤر الكلب يشرب منه أو يتوضأ، قال: لا، قلت: أليس هو سبع؟ قال: لا- و الله إنه نجس، لا- و الله إنه نجس) (٤) و صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الكلب يصيب شيئا من جسد الرجل، قال: يغسل المكان الذى أصابه) (٥).

(٣) لقوله تعالى: **إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ** (٥) بناء على كون الرجس بمعنى النجس كما هو الظاهر.

و خبر خيران الخادم: (كتبت إلى الرجل عليه السّلام أسأله عن الثوب يصيبه الخمر و لحم الخنزير أ يصلّى فيه أم لا؟ فإن أصحابنا اختلفوا فيه، فقال بعضهم: صل فيه فإن الله إنما حرّم شربها، و قال بعضهم: لا تصل فيه، فكتب عليه السّلام: لا تصل فيه فإنه رجس) (٦).

ص: ٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٢ و ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٢ و ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب النجاسات حديث ٢ و ١.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب النجاسات حديث ٦ و ٨.

٥- (٧) الأنعام الآية: ١٤٥.

٦- (٨) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

البريان (١)، و أجزاءهما (٢) و إن لم تحلها الحياه، و ما تولد منهما (٣) و إن باينهما فى الاسم (٤). أما المتولد من أحدهما و طاهر (٥) فإنه يتبع فى الحكم الاسم و لو لغيرهما، فإن انتفى المماثل فالأقوى طهارته و إن حرم لحمه، للأصل فيهما (٦).

(و الكافر) أصليا، و مرتدا (٧): و إن انتحل الإسلام مع جحده لبعض ضرورياته (٨):

(١) لأن البرى هو المتبادر من الأخبار المتقدمه، و ذهب ابن إدريس إلى نجاسه الكلب البحرى تمسكا بالإطلاق، و ردّ بأنه يلزمه الحكم بنجاسه الخنزير البحرى بالإضافة إلى عدم إحراز الإطلاق مع التبادر السابق.

(٢) سواء كان الجزء مما تحله الحياه كاللحم أم مما لا تحله الحياه كالشعر و العظم، لكون الجميع أجزاء للكلب و الخنزير، بعد ثبوت النجاسه لعينهما فلا محاله تكون الأجزاء نجسه لأن المركب عين الأجزاء.

و ذهب السيد المرتضى إلى طهاره الجزء الذى لا تحله الحياه لصحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن الحبل يكون من شعر الخنزير يستقى به الماء من البئر، هل يتوضأ من ذلك الماء؟ قال عليه السلام: لا بأس) (١).

و فيه: عدم ظهوره فى طهاره شعر الخنزير إذ لعل السؤال من ناحيه احتمال تقاطر الماء من الحبل على ما فى الدلو.

(٣) من الكلب و الخنزير فهو محكوم بالنجاسه إن صدق عنوان الكلبيه أو الخنزيره عليه.

(٤) بحيث لم يصدق عليه عنوان أحدهما و كان حقيقه ثالثه، هذا ما ذهب إليه الشهيدان، و فيه: إن الأحكام تابعه للأسماء، فإن لم يصدق عليه عنوان أحدهما فهو محكوم بالطهاره لقاعده الطهاره.

(٥) كما لو نرى كلب على حيوان فأولده، روعى فى ذلك اسمه، فإن صدق عليه عنوان أحدهما فله حكمه و إلا- فهو طاهر لقاعده الطهاره.

(٦) فى الطهاره و أكل اللحم، أما الطهاره فالأصل هو قاعده الطهاره و أما أكل اللحم فالأصل فيه الحرمة ما لم يقيم دليل على حله بالتذكيه.

(٧) لإطلاق الأخبار الآتية.

(٨) هل إنكار الضرورى موجب للكفر بما هو سبب مستقل، أو بما هو راجع إلى إنكار-

ص: ٨٠

-النبوه، و ظاهر الأصحاب على الأول لنصوص منها: مكاتبه عبد الرحيم القصير (قال عليه السّلام: و لم يخرج به إلى الكفر إلا الجحود و الاستحلال، بأن يقول للحلال هذا حرام، و للحرام هذا حلال) (١) و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (من ارتكب كبيره من الكبائر فزعم أنها حلال أخرجه ذلك من الإسلام) (٢) و صحيح بريد العجلي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن أدنى ما يكون به العبد مشركا، قال عليه السّلام: من قال للنواه أنها حصاه و للحصاه أنها نواه، ثم دان به) (٣).

و هذه الأخبار لم تقيّد المجحود بكونه ضروريا فتحمّل على إنكار ما ثبت أنه من الدين سواء كان ضروريا أو لا، ليستلزم جحوده إنكار النبوه التي هي الأصل الثاني من أصول الدين، و إنكار النبوه موجب للكفر، و هذا ما عليه جماعه و هو المتعين.

ثم إن الكافر بجميع أصنافه نجس على المشهور، و لم يعرف الخلاف في غير الكتابي، بل ادعى الإجماع في التهذيب و التذكرة، و عليه فالكافر بجميع أصنافه غير الكتابي نجس للإجماع، و لقوله تعالى: **إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ** (٤) و لا يوجد خبر يدل على نجاسته، و كأنه لمعروفه الحكم بينهم.

و أما الكتابي من اليهود و النصارى و المجوس بناء على أن للأخير كتابا قد حرّفوه فالمشهور على نجاستهم، و ذهب ابن الجنيد و العماني و الشيخ في باب الأسآر من النهايه و المفيد في العزيزه و سيد المدارك و جماعه من المتأخرين إلى الطهاره، مع العلم أن العامه إلا القليل منهم قائلون بالطهاره.

و استدل للنجاسه بقوله تعالى: **إِنَّمَا الْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ بَعْدَ عَامِهِمْ** هذا ٥.

و نوقش بأن النجس مصدر لا- يمكن حمله على الأعيان إلا- بتقدير لفظ (ذو)، فتكون نسبه النجاسه للمشركين باعتبار عدم انفكاك ظاهر جسدهم من النجاسات العرضيه كالخمر و الخنزير، و هذا لا يدل على نجاستهم الذاتيه.

و ردّ كما في المعبر و غيره بأنه يصح حمل المصدر على العين مبالغه كما تقول: زيد-

ص: ٨١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٨ و ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٨ و ١٠.

٣- (٣) الوافي باب أدنى الكفر و الشرك و الضلال حديث ٢.

٤- ((٤ و ٥) التوبه الآيه: ٢٨.

-عدل، هذا فضلا عن أن النجس بالفتح وصف كالنجس بالكسر، و هو ضد الطاهر كما عن القاموس.

و نوقش أيضا بأن الدليل أخص من المدعى، لأن الآيه مختصه بالمشركين دون غيرهم من أصناف الكفار، و ردّ بالإجماع على عدم الفصل، و بأن أهل الكتاب مشركون لقوله تعالى: اتَّخَذُوا أَحْبَارَهُمْ وَ رُهْبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ وَ مَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (١).

و نوقش أيضا بأن النجس لم يثبت كون المراد منه هو النجاسه، لأن النجس بالفتح ظاهر فى الخبائث النفسانيه كما عليه العامه، أو أنه ظاهر فى المستقذر العرفى و هو غير النجاسه بحسب الحقيقه المتشرعيه، و ردّ بأن النجس بالفتح مستعمل ضد الطاهر كما عن القاموس، و لذا فرّع عليه عدم دخولهم المسجد الحرام، و تخصيص المسجد الحرام لأن من عاداتهم الجاهليه الدخول إليه و إقامه بعض الشعائر فيه.

و استدلل للنجاسه بأخبار منها: خبر سعيد الأعرج: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سؤر اليهودى و النصرانى فقال عليه السلام: لا) (٢) و خبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السّلام: (فى مصافحه المسلم اليهودى و النصرانى، قال عليه السلام: من وراء الثوب، فإن صافحك بيده فاغسل يدك) ٣ و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن مؤاكله المجوسى فى قصعه واحده و أرقد معه على فراش واحد و أصفحه، قال عليه السّلام: لا) ٤، و روايه هارون بن خارجه: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إني أخالط المجوس فأكل من طعامهم، قال عليه السّلام: لا) (٣) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (فى رجل صافح مجوسيا فقال: يغسل يده و لا يتوضأ) ٥ و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن النصرانى يغتسل مع المسلم فى الحمام، قال: إذا علم أنه نصرانى اغتسل بغير ماء الحمام إلا أن يغتسل وحده على الحوض فيغسله ثم يغتسل) ٧.

و استدلل للطهاره بقوله تعالى: وَ طَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَ طَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ (٤) و ردّ الاستدلال بأن المراد من الطعام هو الحبوب كما فى الأخبار و لنص أهل -

ص: ٨٢

١- (١) التوبه الآيه: ٣١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب النجاسات حديث ٨ و ٥ و ٦.

٣- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب النجاسات حديث ٧ و ٣ و ٩.

٤- (٨) المائده الآيه: ٥.

و ضابطه (١): من أنكر الإلهيه، أو الرساله (٢)، أو بعض ما علم ثبوته من الدين -اللغه، قال فى المصباح المنير: «إذا أطلق أهل الحجاز الطعام عنوا به البر خاصة».

و للأخبار منها: صحيح العيص: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مؤاكلة اليهود و النصارى و المجوس فقال عليه السّلام: إذا كان من طعامك و توضأ فلا بأس) (١) و صحيح إسماعيل بن جابر: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ما تقول فى طعام أهل الكتاب؟ فقال: لا- تأكله، ثم سكت هنيهة ثم قال: لا تأكله، ثم سكت هنيهة ثم قال: لا تأكله و لا تتركه تقول إنه حرام، و لكن تتركه تنزه عنه، إن فى آيتهم الخمر و لحم الخنزير) (٢) و روايه عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الرجل هل يتوضأ من كوز أو إناء غيره إذا شرب منه على أنه يهودى، فقال: نعم، فقلت: من ذلك الماء الذى شرب منه، قال: نعم) (٣).

بل أخبار الطهاره بشهاده جماعه من الفقهاء هى أكثر عددا و أصح سندا، و أظهر دلالة بحمل أخبار النجاسه على نجاستهم العرضيه من وجود الخمر و الخنزير عندهم، إلا أن المشهور قدموا أخبار النجاسه مع الإعراض عن أخبار الطهاره بحملها على أنها للتقيه لموافقته للعامة القائلين بالطهاره.

و الإنصاف يقتضى تقديم أخبار الطهاره لأن فيها الجمع الدلالتى بين الطائفتين، و إعراض المشهور لا يوجب و هنها كإعراضهم عن أخبار طهاره ماء البئر، و موافقتها للعامة لا توجب حملها على التقيه بعد عدم ثبوت التعارض بينها و بين أخبار النجاسه التى يلوح من أخبار الطهاره أن نجاستهم عرضيه و الاجتناب عنهم من باب التنزه.

(١) أى ضابط الكفر.

(٢) لأن الإسلام متوقف على الإيمان بهما و يدل عليه سيره النبى صلى الله عليه و آله و سلم على قبول إسلام من يتشهد بالشهادتين فضلا عن الأخبار منها: روايه سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله، و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و به حققت الدماء و عليه جرت المناكح و الموارث، و على ظاهره جماعه الناس) (٤) و خبر جميل بن دراج: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الإيمان فقال: شهاده أن لا إله إلا الله، و أن محمدا رسول الله) (٥).

ص: ٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب الأئمة المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الأئمة المحرمه حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأسأر حديث ٣.

٤- (٤) أصول الكافى الجزء الثانى ص ٢٥.

٥- (٥) أصول الكافى الجزء الثانى ص ٣٨.

ضروره (١).

(و المسكر) (٢) (١) بل كل ما ثبت بعلم أو علمى أنه من الدين، و كان إنكاره مستلزماً لإنكار النبوه، و هذا لا يتحقق إلا فى الملتفت.

ثم إن الشارح لم ينص على كفر الناصبى و الخارجى و الغلاه و قد وردت النصوص بكفرهم و نجاستهم، و كفرهم لإنكار ما ثبت أنه من الدين كوجوب حب أهل البيت عليهم السلام و كوجوب طاعتهم و أنهم بشر، و منكر الأول ناصبى و الثانى خارجى و الثالث غال.

(٢) خمرا كان أو غيره على المشهور للأخبار منها: خبر ابن حنظله: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما ترى فى قدح من مسكر يصب عليه الماء حتى تذهب عاديته و يذهب سكره فقال عليه السلام: لا- و الله، و لا- قطره قطرت فى جب إلا أهرىق ذلك الجب) (١) و خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و لا تصل فى ثوب قد أصابه خمرا أو مسكرا حتى يغسل) (٢) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى النيذ ما يبلى الميل ينجس حبا من ماء قالها ثلاثا) (٣).

و ذهب الصدوق و أبوه و العماني و الجعفى و جماعه من المتأخرين إلى طهارته لأخبار منها: صحيح الحسن بن موسى الحنات: (عن الرجل يشرب الخمر ثم يمجه من فيه فيصيب ثوبى، فقال عليه السلام: لا بأس) (٤) و خبر الحسن بن أبى ساره عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت: إنا نخالط اليهود و النصارى و المجوس و ندخل عليهم و هم يأكلون و يشربون فيمرّ ساقهم فيصب على ثيابى الخمر، فقال عليه السلام: لا بأس به إلا أن تشتهى أن تغسله لأثره) (٥).

و الترجيح لأخبار النجاسه لروايه خيران الخادم: (كتبت إلى الرجل أسأله عن الثوب يصيبه الخمر و لحم الخنزير أ يصلّى فيه أم لا؟ فإن أصحابنا قد اختلفوا فيه، فقال بعضهم: صل فيه فإن الله إنما حرّم شربها، و قال بعضهم: لا تصل فيه، فكتب-

ص: ٨٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل - ٣٩ - من أبواب النجاسات حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب النجاسات حديث ١٢ و ٤ و ٢.

المائع بالأصالة (١)، (و الفقّاع) (٢) بضم الفاء، و الأصل فيه أن يتخذ من ماء الشعير (٣)، لكن لمّا ورد الحكم فيه معلقا على التسميه ثبت لما أطلق عليه -عليه السلام: لا تصل فيه فإنه رجس(١) و مثله خبر علي بن مهزيار ٢.

(١) لانصراف الأخبار المتقدمه بل ظاهرها على ذلك، فيبقى المسكر الجامد كالحشيشه طاهرا لقاعده الطهاره.

(٢) نص في القاموس أنه كرمّان، و نجاسته للأخبار منها: خبر ابن جميله: (كنت مع يونس ببغداد، و أنا أمشى في السوق ففتح صاحب الفقّاع فقّاعه فقفز فأصاب يونس، فرأيته قد اغتم لذلك حتى زالت الشمس، فقلت: يا أبا محمد ألا تصلى فيه؟ قال: ليس أريد أن أصلى حتى أرجع إلى البيت فأغسل هذا الخمر من ثوبي، فقلت له: هذا رأى رأيت أو شىء ترويه؟ فقال: أخبرني هشام بن الحكم أنه سأل الصادق عليه السلام عن الفقّاع فقال: لا تشربه، فإنه خمر مجهول، فإذا أصاب ثوبك فاغسله(٢).

و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الفقّاع فقال عليه السلام: هو خمر(٣) و مثله موثق ابن فضال ٥.

(٣) ففي مجمع البحرين: «أنه شراب متخذ من ماء الشعير فقط»، و عن الانتصار: «أنه شراب متخذ من الشعير أو من القمح» و عن مقداريات الشهيد: «كان قديما يتخذ من الشعير غالبا و يصنّع حتى يحصل فيه النشيش و القفزان، و كأنه الآن يتخذ من الزبيب و يحصل فيه هاتان الخاصتان» و عن كشف الغطاء: «يتخذ من الشعير غالبا، و أدنى منه فى الغلبه ما يكون من الحنطه، و دونهما ما يكون من الزبيب، و دونهما ما يكون من غيرها».

و فى سؤال المهتأ بن سنان للعلامه: (إن أهل بلاد الشام يعملون من الشعير و من الزبيب و من الرمان و من الدبس و يسمون هذا الجميع فقّاعا) و لذا قال المحقق الخونسارى فى حاشيته على الروضه: «و بالجمله فحقيقه الفقّاع لم تظهر لنا»، و لقد أجاد الشارح فى روض الجنان حيث قال: «لكن لما ورد النهى عنه معلقا على التسميه ثبت له ذلك عمل منه - أى من الشعير - أم من غيره، إذا حصل فيه خاصته و هو النشيش، و ما يوجد فى الأسواق يسمى فقّاعا يحكم بتحريمه تبعا للاسم إلا أن يعلم -

ص: ٨٥

١- ((١ و ٢) المصدر السابق.

٢- (٣) التهذيب ج ١ ص ٢٨٢ طبعه النجف.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٤ و ٢.

اسمه مع حصول خاصيته، أو اشتباه حاله (١).

و لم يذكر المصنف هنا من النجاسات العصير العنبي (٢) - انتفاؤه قطعاً.

و يدل على خاصيته خبر ابن أبي عمير عن مرزم: (كان يعمل لأبي الحسن عليه السلام الفقع في منزله، قال ابن أبي عمير و لم يعمل فقع يغلى) (١) فالمدار على غليانه فيكون فقاعاً و إلا فهو ماء الشعير الطبي الذي يستعمل في العلاج.

(١) من حصول الخاصية لكن يسمى فقاعاً فلا بد من الحكم بالحرمة تبعاً للاسم.

(٢) المشهور على حرمة و نجاسته لخبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل من أهل المعرفة بالحق يأتيه بالخبث و يقول: قد طبخ على الثلث، و أنا أعرفه أنه يشربه على النصف، فأشربه بقوله و هو يشربه على النصف؟ فقال عليه السلام: خمر لا تشربه، قلت: فرجل من غير أهل المعرفة ممن لا نعرفه يشربه على الثلث و لا يستحله على النصف يخبرنا أن عنده بختجا على الثلث قد ذهب ثلثاه و بقي ثلثه يشرب منه؟ قال: نعم) (٢).

هذا على روايه التهذيب فيكون الخبر دالاً على النجاسة و الحرمة لأنه صرح بكونه خمرًا، و في روايه الكافي من دون لفظ الخمر فتدل على حرمة الشرب فقط دون النجاسة، و باعتبار أن الكليني أثبت فترجح روايته المعتضده بقاعده الطهاره فلذا ذهب جماعه إلى حرمة شربه بعد الغليان و قبل ذهاب الثلثين، و لكنه طاهر.

و قال الشارح في المسالك: «و القول بنجاسة العصير هو المشهور بين المتأخرين و مستنده غير معلوم، بل النص إنما دل على التحريم، و في البيان: لم أقف على نص يقتضى نجاسته» و فيه: إن لحن الأخبار الكثيره أن العصير العنبي من أقسام الخمر منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يحرم العصير حتى يغلى) (٣) و خبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن شرب العصير قال: تشرب ما لم يغل فإذا غلى فلا تشرب، قلت: أي شيء الغليان؟ قال: القلب) (٤) و خبر ذريح:

(سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا نشّ العصير أو غلى حرم) (٥) و النشيش هو الصوت و الصفير الحاصل قبل الغليان بقليل، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله -

ص: ٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ١ و ٣ و ٤.

إذا غلى و اشتد (١) و لم يذهب ثلثاه، لعدم وقوفه على دليل يقتضى نجاسته كما اعترف به فى الذكرى و البيان. و لكن سيأتى أن ذهاب ثلثيه مطهر، و هو يدل على حكمه بتنجسه فلا- عذر فى تركه. و كونه فى حكم المسكر كما ذكره فى بعض كتبه لا يقتضى دخوله فيه حيث يطلق (٢)، و إن دخل فى حكمه حيث يذكر (٣).

فى وجوب إزاله النجاسات لأجل الصلاه عن الثوب و البدن و ما عفى عنه

(و هذه) النجاسات العشر (يجب إزالتها) لأجل الصلاه (عن الثوب و البدن) (٤)، -عليه السلام: (كل عصير أصابته النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه) (١).

فالمستفاد أن العصير العنبى سواء غلى بنفسه أم بالنار يحرم عند الغليان أو النشيش و لا- يطهر إلا بذهاب ثلثيه باعتبار أنه من أقسام الخمر، و لذا قال أبو الحسن الشعرانى فى هامش الوسائل: «إن الشارع جعل أخذ العصير فى الغليان بنفسه أو بالنار حدا شرعيا فاصلا بين الحرمة و الحليه، يعرف به وجوب الاجتناب من العصير، إذ لو لم يجعل له حد فى الشرع ربما شربوا العصير المنبوذ للتخمر بعد مضى زمان باستصحاب الحليه و أصاله عدم حصول صفه الإسكار و وقعوا فى الحرام الذى لا يرضى الشارع بوقوع الناس فيه حال الشك، و لم يحل حصول الإسكار على العرف حسما للفساد» (٢).

(١) الاشتداد أن يحصل له ثخانته و كثافته، و قد اعتبر فى القواعد الغليان أو الاشتداد، و اكتفى العلامة فى التحرير و المختلف بالغليان فقط، و فى المعتمد أنه يحرم عند الغليان و لا ينجس إلا مع الاشتداد، و المدار على الأخبار، و قد اكتفت بالغليان فقط فى مرسل ابن الهيثم: (إذا تغير عن حاله و غلى فلا خير فيه) (٣) و فى خبر حماد المتقدم: (لا يحرم العصير حتى يغلى) (٤)، و مثله غيره.

(٢) لفظ المسكر.

(٣) أى حيث يذكر العصير العنبى بقولهم: المسكر و ما يلحق به، مع أنك قد عرفت أنه من أقسام المسكر لا أنه ملحق به.

(٤) يشترط فى صحه الصلاه إزاله النجاسه عن البدن و الثوب للأخبار الكثيره منها: خبر-

ص: ٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل ج ١٧ ص ٢٢٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٧.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

و مسجد الجبهه (١)، و عن الأوانى لاستعمالها فيما يتوقف على طهارتها (٢)، و عن المساجد (٣)، و الضرائح المقدسه، و المصاحف المشرفه (٤) (و عفى) فى الثوب -الحسن بن زياد: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يبول فيصيب فخذة قدر نكته من بوله، ثم يذكر بعد أنه لم يغسله قال: يغسله و يعيد الصلاة) (١) و صحيح زراره: (قلت:

أصاب ثوبى دم رعاف أو غيره أو شىء من منى فعلمت أثره إلى أن أصيب له الماء، فأصبت و حضرت الصلاة و نسيت أن بثوبى شيئا و صليت، ثم إنى ذكرت بعد ذلك، قال: تعيد الصلاة و تغسله) ٢.

بلا- فرق فى الثوب بين الساتر و غيره، و لا- فرق فى البدن بين ما تحله الحياه و غيره، و لا فرق فى الصلاة بين الواجب و غيرها للإطلاق.

(١) لصحيح ابن محبوب عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: كتب إليه يسأله (عن الجص يوقد عليه بالعذره و عظام الموتى يجصص به المسجد، أ يسجد عليه؟ فكتب عليه السلام إليه بخطه: إن الماء و النار قد طهراه) (٢).

و وجه الاستدلال: أن الإمام أقر السائل على اعتقاده من أن النجاسه فى مسجد الجبهه مانعه عن صحه الصلاة، و إن وقع البحث فى ذيله معنى و استدلالا.

(٢) أى عن الأوانى التى تستعمل فيما يتوقف الاستعمال على طهاره الأوانى فى المأكول و المشروب و الغسل و الوضوء.

(٣) للنبوى: (جنبوا مساجدكم النجاسه) (٣) و لخبر محمد الحلبى عن أبي عبد الله عليه السلام:

(قلت له: إن طريقى إلى المسجد فى زقاق يبال فيه، فربما مررت فيه و ليس علىّ حذاء فيلصق برجلي من نداوته فقال: أ ليس تمشى بعد ذلك فى أرض يابسه؟ قلت:

بلى، قال عليه السلام: فلا بأس إن الأرض يطهر بعضها بعضا) (٤).

(٤) بلا- خلاف فيه كما فى المستمسك لوجوب تعظيمها لقوله تعالى: وَ مَنْ يُعْظَمْ شَعَائِرَ اللَّهِ فَإِنَّهَا مِنْ تَقْوَى الْقُلُوبِ (٥) ، بل يجرى هذا الدليل فى كل ما حرم إهانتة كالتربه الحسينيه و الضرائح المقدسه و ما اخذ من طين و تراب قبور المعصومين عليهم السلام للتبرك.

ص: ٨٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب النجاسات حديث ٦ و ٢ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب النجاسات حديث ١ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢ .

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب النجاسات حديث ٩ .

٥- (٦) الحج الآيه: ٣٠ .

و البدن (عن دم الجرح و القرحة مع السيالان) دائما أو في وقت لا يسع زمن فواته الصلاة (١). أما لو انقطع وقتا يسعها (٢) فقد استقر المصنف (رحمه الله) في الذكرى وجوب الإزالة لانتفاء الضرر، و الذي يستفاد من الأخبار عدم الوجوب مطلقا حتى يبرأ، و هو قوى.

(و عن دون الدرهم (٣) (١) بل الصلاة مع تطهير الثوب فيكون الجرح و القرحة مع هذا القيد بحكم السيالان الدائم، و يدل على العفو أخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (سألته عن الرجل تخرج به القروح فلا تزال تدمى كيف يصلى؟ فقال عليه السلام: يصلى و إن كانت الدماء تسيل) (١) و خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كان بالرجل جرح سائل فأصاب ثوبه من دمه فلا يغسله حتى يبرأ و ينقطع الدم) ٢.

(٢) يسع الصلاة مع إزاله النجاسة عن الثوب و البدن، فقد ذهب المحقق و العلامة و الشهيد إلى وجوب الإزالة، و ذهب الصدوق و المحقق الثاني و ثاني الشهيدين و سيد المدارك إلى عدم وجوب الإزالة سواء كانت الفتره تسع الصلاة و الإزالة أم لا، و سواء كانت الإزالة بمشقه أو لا، إلى أن يبرأ الجرح أو القرحة تمسكا بإطلاق الأخبار.

و فيه: إنه لا بد من تحكيم القواعد و النصوص التي أوجبت الطهاره في الثوب و البدن حال الصلاة عند وجود وقت يسع الصلاة مع التطهير.

(٣) أى و يعفى في الصلاة عما دون الدرهم من الدم في الثوب و البدن للأخبار منها:

صحيح إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام: (قال: في الدم يكون في الثوب إن كان أقل من قدر الدرهم فلا يعيد الصلاة، و إن كان أكثر من قدر الدرهم و كان رآه فلم يغسله حتى صلى فليعد صلاته) (٢) و صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام:

(في الرجل يكون في ثوبه نقط الدم لا يعلم به ثم يعلم فينسى أن يغسله فيصلى، ثم يذكر بعد ما صلى، أ يعيد صلاته؟ قال عليه السلام: يغسله و لا يعيد صلاته إلا أن يكون مقدار الدرهم مجتمعاً فيغسله و يعيد الصلاة) ٤.

و الأخبار و إن اقتصر على الثوب لكن يتعدى منه إلى البدن لأن ظهورها على العفو عن الأقل من الدرهم أينما كان هذا من جهه و من جهه أخرى فلو كان الدم بمقدار

ص: ٨٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب النجاسات حديث ٤ و ٧.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب النجاسات حديث ٢ و ١.

(البغلي ١) - الدرهم فقد ذهب الأكثر إلى عدم العفو و تجب الإزاله لقوله عليه السلام في صحيح ابن أبي يعفور المتقدم: (إلا أن يكون مقدار الدرهم مجتمعاً فيغسله و يعيد الصلاة) (١) و لمسل جميل عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام: (فلا بأس به ما لم يكن مجتمعاً قدر الدرهم) ٢ و لخبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام: (إن أصاب ثوبك قدر دينار من الدم فاغسله و لا تصل فيه حتى تغسله) ٣ و الدينار بسعه الدرهم تقريباً كما في الوسائل.

و ذهب السيد المرتضى و سألار إلى العفو لخبر محمد بن مسلم: (قلت له: الدم يكون في الثوب على و أنا في الصلاة - إلى أن قال -: و إذا كنت قد رأيت و هو أكثر من مقدار الدرهم فضيحت غسله و صليت فيه صلاه كثيره فأعد ما صليت فيه) ٤ حيث جعل عدم العفو للأزيد من الدرهم فيكون مقدار الدرهم معفوا.

و فيه: إن الأخير قد دل على العفو عما يوازي الدرهم سعه بالمفهوم و هو لا يقاوم.

ما دل على عدم العفو عما يوازي الدرهم بالمنطوق من الأخبار المتقدمه.

(١) الأخبار خاليه عن هذا القيد، و المتقدمون على تقييده بالدرهم الوافي الذي وزنه درهم و ثلث كما في السرائر، و الكثير من الفقهاء على تقييده بالبغلي، و عن كشف الحق نسبته إلى الإماميه، و الظاهر أنهما واحد لما قاله المحقق في المعبر: «و الدرهم هو الوافي الذي وزنه درهم و ثلث و يسمى بالبغلي» و اختلفوا في هذه النسبه، ففي الذكرى للشهيد: «إن الدرهم الوافي هو البغلي بإسكان الغين منسوب إلى رأس البغل، ضربه الثاني في خلافته بسكه كسرويه، وزنه ثمانية دوانيق، و البغليه تسمى قبل الإسلام بالكسرويه، فحدث لها هذا الاسم في الإسلام و الوزن بحاله، و جرت في المعامله مع الطبريه و هي أربعة دوانق، فلما كان في زمان عبد الملك جمع بينهما و اتخذ درهما منهما، و استقر أمر الإسلام على سته دوانيق، و هذه التسميه ذكرها ابن دريد، و قيل:

منسوب إلى بغل قريه بالجامعين، كان يوجد فيها دراهم يقرب سعتها من أخصص الراحه لتقدم الدراهم على الإسلام، قلنا: لا ريب في تقدمها و إنما التسميه حادثه فالرجوع إلى المنقول أولى».

و أشار بلفظ قيل إلى ما قاله ابن إدريس في السرائر: «و هو منسوب إلى مدينه قديمه يقال لها بغل، قريه من بابل، بينها و بينها قريب من فرسخ متصله ببلده الجامعين» -

ص: ٩٠

سعه، و قدّر بسعه أخص الراحه (١) و بعقد الإيهام العليا (٢)، و بعقد السبابه (٣) و لا منافاه، لأن مثل هذا الاختلاف يتفق في الدراهم بضرب واحد (٤)، و إنما يغتفر هذا المقدار (من) الدم (غير) الدماء (الثلاثة) (٥).

-تجد فيها الحفره، و النباشون دراهم واسعه، شاهدت درهما من تلك الدراهم، و هذا الدرهم أوسع من الدينار المضروب بمدينه السلام المعتاد، يقرب سعته من سعه أخص الراحه، و قال لى بعض من عاصرناه ممن له علم بأخبار الناس و الأنساب: إن المدينه و الدراهم منسوبه إلى ابن أبى البغل، رجل من كبار أهل الكوفه، اتخذ هذا الموضوع قديما، و ضرب هذا الدرهم الواسع فنسب إليه الدرهم البغلى، و هذا غير صحيح لأن الدراهم البغليه كانت فى زمن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قبل الكوفه».

و المهم معرفه سعتها لأن الدم المعفو هو بمقدار السعه للانصراف.

(١) و هو ما انخفض من باطن الكف، و هذا ما قدره الكثير من الأصحاب و مستندهم شهاده ابن إدريس فى عبارته السابقه أنه شاهده بهذه السعه.

(٢) كما عن الإسكافى.

(٣) كما عن بعض، و عن بعض آخر بعقد الوسطى، و عن ابن أبى عقيل بسعه الدينار و يشهد له خبر على بن جعفر المتقدم.

(٤) قال الشارح فى روض الجنان: «إنه لا تناقض فى هذه التقديرات لجواز اختلاف الدراهم من الضارب الواحد كما هو الواقع، و قد أخبر كل واحد بما رآه».

و فيه: مع الاختلاف لا بد من الاقتصار على القدر المتيقن و هو الأقل، و الباقي لا يعفى عنه لقاعده الاشتغال، و الأقل من هذه التقديرات ما كان بعقد السبابه.

(٥) الحيض و النفاس و الاستحاضه، ففى خبر أبى بصير عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام: (لا تعاد الصلاه من دم لم تبصره إلا دم الحيض، فإن قليله و كثيره فى الثوب إن رآه و إن لم يره سواء) (١).

و الأصحاب ألحقوا به دم النفاس و الاستحاضه لاشتراك الجميع فى الغسل المشعر بغلظه حكمها، و لأن النفاس حيض محتبس كما سيأتى و الاستحاضه مشتقه من الحيض، و هذا استحسان لا يؤخذ به، نعم ادعى الشيخ فى الخلاف الإجماع على الإلحاق فإن تم فهو الحجه، و هو غير تام لضعف إجماعات الخلاف و لذا ذهب المحقق البحرانى إلى إلحاق دم النفاس و الاستحاضه بالمعفو عنه.

ص: ٩١

و ألحق بها (١) بعض الأصحاب دم نجس العين (٢) لتضاعف النجاسه، و لا نصّ فيه. و قضيه الأصل تقتضى دخوله فى العموم (٣) و العفو عن هذا المقدار مع اجتماعه موضع وفاق، و مع تفرّقه أقوال (٤): أجودها إلحاقه بالمجتمع، و يكفى فى الزائد عن المعفو عنه إزاله الزائد خاصه (٥). و الثوب و البدن يضمّ بعضهما إلى بعض على أصح القولين (٦).

(١) بالدماء الثلاثة.

(٢) و هو دم الكلب و الخنزير كما عن الراوندى و جماعه، و عن قواعد العلامه و إرشاده إلحاق دم الكافر و الميته لأن الدم المستثنى قد عفى عنه من حيث هو دم، و لا دليل على العفو من جهه نجاسه العين.

(٣) فقاعده الاشتغال تقتضى دخول دم نجس العين تحت عموم و جوب إزاله النجاسه عن البدن و الثوب حال الصلاه.

(٤) ذهب الشهيد و العلامه و المحقق الثانى إلى عدم العفو و نسبه فى كشف الالتباس إلى الشهره لذيل خبر ابن أبى يعفور المتقدم: (يغسله و لا يعيد صلاته إلا أن يكون مقدار الدرهم مجتمعا فيغسله و يعيد الصلاه) (١) بناء على أن لفظ - مجتمعا - خبر ثان، فيكون العفو مشروطا بأمرين: أن يكون الدم بمقدار الدرهم و أن يكون مجتمعا، و إذا انتفى أحد الشرطين فينتفى العفو.

و نسب إلى جماعه منهم الشيخ فى النهايه و سلار و ابنا حمزه و إدريس و المحقق البحرانى العفو، لأن لفظ - مجتمعا - حال، و المعنى: إلا- أن يكون الدم حال كونه مجتمعا مقدار درهم، فالعفو غير مشروط بالاجتماع و هو الظاهر من الخبر خصوصا أن صدره صريح فى تفرق الدم: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يكون فى ثوبه نقط الدم لا يعلم به، ثم يعلم فينسى أن يغسله فيصلى، ثم يذكر بعد ما صلى أ يعيد صلاته؟ قال:

يغسله و يعيد صلاته إلا أن يكون مقدار الدرهم مجتمعا فيغسله و يعيد الصلاه) ٢.

و ذهب الشيخ و المحقق فى المعنى إلى عدم العفو مع التفاحش، و إلى العفو مع عدمه، و فيه: عدم الدليل عليه مع عدم انضباطه.

(٥) فيبقى الباقي و هو معفو عنه بحسب الفرض.

(٦) قال الشارح فى روض الجنان: «هذا الحكم فى الدم المتفرق فى الثوب الواحد و أما المتفرق فى الثياب المتعدده، أو فيها و فى البدن، فهل الحكم فيها كذلك، بمعنى -

ص: ٩٢

و لو أصاب الدم وجهى الثوب فإن تفسّى من جانب إلى آخر فواحد وإلا فاثنان (١). و اعتبر المصنف فى الذكرى فى الوحده مع التفسى رقه الثوب، و إلا تعدّد (٢)، و لو أصابه مائع طاهر (٣)، ففى بقاء العفو عنه و عدمه قولان للمصنف فى الذكرى و البيان (٤)، أجودهما الأول. نعم يعتبر التقدير بهما (٥).

و بقى مما يعفى عن نجاسته شيان: أحدهما ثوب المربيه للولد (٦)، و الثانى ما لا يتمّ صلاه الرجل فيه وحده لكونه لا يستر عورتيه (٧)، و سيأتى -تقدير جميع ما فيها؟ أو لكل واحد من الثوب و البدن حكم بانفراده، أو لا يضمّ أحدهما إلى الآخر، أو لكل ثوب حكم كذلك فلا- يضمّ بعضها إلى بعض و لا- إلى البدن، أوجه و اعتبار الأول أوجه و أحوط» و لم أجد من قال بالباقي من هذه الاحتمالات.

(١) كما هو قضيه التشخيص العرفى.

(٢) اعتبر المصنف فى الذكرى و البيان بأن الدم لو تفسى و كان الثوب رقيقا فواحد و إن كان الثوب صفيقا فاثنان و التشخيص العرفى للوحده يدفعه.

(٣) فلو أصاب الدم مائع طاهر فينجس المائع فهل يعفى عنه أو لا؟ ذهب الشهيد فى الذكرى إلى العفو، لأن المتنجس بشيء لا يزيد عليه نجاسه لعدم زياده الفرع على أصله، و تبعه جماعه فى هذا الحكم، و فيه: إن أخبار العفو قد اقتضرت على الدم فغيره باق تحت أدله و جوب إزاله النجس و المتنجس عن الثوب و البدن فى الصلاه.

و ذهب الشهيد فى البيان و العلامه فى المنتهى و جماعه إلى عدم العفو، و هو الحق و قد تقدم دليله.

(٤) على نحو اللف و النشر المرتبين فذهب إلى العفو فى الذكرى و إلى عدمه فى البيان.

(٥) بالماء و المائع الذى أصابه على تقدير القول بالعفو بأن لا يبلغ المجموع قدر الدرهم.

(٦) و سيأتى إن شاء الله فى لباس المصلى.

(٧) فيعفى عن نجاسته فى الصلاه للأخبار منها: مرسل حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يصلى فى الخف الذى قد أصابه القدر، فقال عليه السلام: إذا كان مما لا تتم فيه الصلاه فلا بأس) (١) و مرسل عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام:

(كل ما كان على الإنسان أو معه مما لا تجوز الصلاه فيه وحده، فلا بأس أن يصلى -

حكم الأول فى لباس المصلى، و أما الثانى فلم يذكره لأنه لا يتعلق ببدن المصلى، و لا ثوبه الذى هو شرط فى الصلاه مع مراعاة الاختصار.

(و يغسل الثوب مرتين (١)

فى كيفية غسل الثوب

فيه و إن كان فيه قدر، مثل القلنسوه و التكه و الكمره و النعل و الخفين و ما أشبه ذلك(١).

(١) أى يغسل الثوب المتنجس بالبول مرتين بالماء القليل، كما عليه المشهور، و نسبه فى المعبر إلى علمائنا للأخبار منها: حسنه الحسين بن أبى العلاء: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن البول يصيب الجسد، قال: صب عليه الماء مرتين، فإنما هو ماء، و سألته عن الثوب يصيبه البول قال: اغسله مرتين، و سألته عن بول الصبى يبول على الثوب قال: تصب عليه الماء قليلا- ثم تعصره(٢).

و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى البول يصيب الثوب؟ قال:

اغسله مرتين(٣).

و ذهب الشهيد فى البيان إلى الاكتفاء بالمره فقال: «لا يجب التعدد إلا فى إناء الولوغ»، و فى الذكرى نسبه إلى الشيخ، و هو ظاهر كلام العلامة فى جملة من كتبه استنادا إلى بعض الأخبار الآمره بمطلق الغسل مثل قوله عليه السّلام: (اغسل ثوبك من أبوال ما لا يؤكل لحمه(٤) و مطلق الغسل يتحقق بالمره. و فيه: بأن هذه الأخبار مقيّده بالأخبار الموجبه للتعدد، و لذا اعترف أكثر. من واحد بعدم وجود مستند صالح لهذا القول إلا ما فى الكافى من قوله: «و روى أنه يجزئ أن يغسل بمثله من الماء إذا كان على رأس الحشفه أو و غيره(٥) و هو بالإضافة إلى كونه مرسلا لا يقاوم تلك الأخبار الصحيحه الموجبه للتعدد.

و ذهب العلامة فى القواعد إلى الاكتفاء بالمره إذا كان المحل جافا، و يستدل له بروايه الحسين بن أبى العلاء المتقدمه على ما رواها فى المعبر و الذكرى بزياده قوله: (مره

ص: ٩٤

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ٤، و ذيله فى الباب - ٣ - من هذه الأبواب حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ٥.

(بينهما عصر) (١) و هو كبس الثوب بالمعتاد (٢) لإخراج الماء المغسول به (٣)، -للإزالة و مره للإبقاء) بعد قوله عليه السّلام: (اغسله مرتين).

فإذا كان المحل جافا فقد زال البول فلا داعى للأولى فيكتفى بالثانية التى هى للإبقاء.

و فيه: إن هذه الزيادة غير موجوده فى كتب الحديث، و لذا قال الشيخ حسن ابن الشارح: «و لم أر لهذه الزيادة أثرا فى كتب الحديث الموجوده الآن بعد التصفح بقدر الوسع».

ثم لا خصوصيه فى البدن و الثوب بل لا بد من التعدد فى كل عين متنجسه بالبول، و ذهب سيد المدارك و صاحب المعالم إلى اختصاص التعدد فى الثوب فقط لكون الصحيح من الأخبار واردا فى الثوب و ما ورد فى البدن ضعيف السند، و قيل:

يختص التعدد فى الثوب و البدن دون غيرهما لأنهما مرويان، و كلا القولين ضعيف لأن المدار على التنجس بالبول مهما كانت ماهيه المتنجس، هذا كله فى التطهير بالماء القليل، و أما لو كان بالماء الجارى و غيره من أفراد المعتصم فسيأتى حكمه إن شاء الله تعالى.

(١) أى العصر، اعلم أن الغسل و الصب مفهومان متغايران و يدل على ذلك بالإضافة إلى التبادر بعض النصوص منها: روايه أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن أصاب ثوبك من الكلب رطوبه فاغسله، و إن مسه جافا فصب عليه الماء) (١) و روايه الحسين بن أبى العلاء عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الثوب يصيبه البول قال: اغسله مرتين، و سألته عن الصبى يبول على الثياب، قال: تصب عليه الماء قليلا) (٢).

فالصب هو إلقاء الماء على الشىء، و الغسل هو إزالة القدر عن الشىء، و إزالة القدر لا يتحقق إلا بإخراج ماء الغساله، و إخراج ماء الغساله لا يتحقق إلا بالعصر و نحوه كالتغميز أو التثقيب أو الدلك بالأرجل.

فالعصر شرط فى الغسل لإخراج ماء الغساله و هذا ما عليه الأكثر لا أنه جزء من مفهوم الغسل.

(٢) باليد أو بتغميز الكف أو بوضع شىء ثقيل عليه.

(٣) أى الثوب، و لو قال: لإخراج ماء الغساله لكان أولى.

ص: ٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ٤، و ذيله فى الباب - ٣ - من نفس هذه الأبواب حديث ١.

و كذا يعتبر العصر بعدهما (١)، و لا- وجه لتركه، و التثنيه منصوبه فى البول. و حمل المصنف غيره عليه (٢)، من باب مفهوم الموافقه، لأن غيره أشد نجاسه، و هو ممنوع (٣)، بل هى (٤) إما مساويه أو أضعف حكما، و من ثم عفى عن قليل الدم (١) بعد الغسلتين لإخراج ماء الغساله فى كل منهما و يدل على العصر عقيب كل غسل بالإضافة إلى ما تقدم خير الدعائم عن على عليه السّلام: (قال: - فى المنى يصيب الثوب - يغسل مكانه فإن لم يعرف مكانه و علم يقينا أصاب الثوب غسله كله ثلاث مرات، يفرك فى كل مره و يغسل و يعصر) (١) فلا وجه لما فعله المصنف من ترك العصر بعد الغسلتين.

(٢) أى غير البول على البول من وجوب تعدد الغسل و إليه ذهب الشهيد و المحقق الثانى، و ذهب العلامه فى المنتهى و التحرير إلى التعدد فيما له ثخانته و قوام كالمنى، و ذهب المشهور إلى التعدد فى البول و إلى المره فى غيره مطلقا، و مستند المشهور بأن الأخبار الآمره بالغسل فى سائر النجاسات مطلقه فتحمل على المره مثل قوله عليه السّلام: فى الثوب الذى أصاب جسد الميت: (يغسل ما أصاب الثوب) (٢) و قوله عليه السّلام فى الثوب الذى أصابه خمر أو نبيذ: (فاغسله) (٣)، و قوله عليه السّلام فى المنى: (إن عرفت مكانه فاغسله) (٤).

و يستدل للقائل باعتبار المرتين بالاستصحاب، و بأن الأخبار التى دلت على التعدد فى البول تدل على التعدد فى غيره من باب أولى لأن البول أهون النجاسات، ففى روايه الحسين بن أبى العلاء عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى البول يصيب الجسد قال: صب عليه الماء مرتين فإنما هو ماء) (٥) و التعليل يدل على أهونيه البول، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أنه ذكر المنى و شدّه و جعله أشد من البول) (٦) و لخصوص الأخير جعل العلامه ما له ثخانته و قوام مما يجب فيه التعدد من غير البول.

(٣) أى مفهوم الموافقه.

(٤) أى النجاسات ما عدا البول.

ص: ٩٤

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النجاسات حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب النجاسات حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب النجاسات حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النجاسات حديث ٤.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

دونه (١)، فالأكتفاء بالمره فى غير البول أقوى عملا- بإطلاق الأمر، و هو اختيار المصنف فى البيان جزما، و فى الذكري و الدروس بضرب من التردد.

و يستثنى من ذلك بول الرضيع (٢)، فلا يجب عصره، و لا تعدد غسله و هما ثابتان فى غيره (٣)، (إلا فى الكثير و الجارى) (٤)
(١) دون البول و هذا بيان وجه الأضعفيه.

(٢) فيكفى فيه صب الماء عليه من دون عصر و لا تعدد للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن بول الصبي قال: تصب عليه الماء فإن كان قد أكل فاغسله بالماء غسلا، و الغلام و الجارية فى ذلك شرع سواء) (١) و للذيل ذهب الصدوقان و المحقق البحرانى إلى عدم الفرق فى الرضيع بين الذكر و الأنثى، إلا أن المشهور قد أعرضوا عنه أو حملوه على الاستواء فى الغسل بدليل ما روته العامه عن زينب بنت جحش: (كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ نائما فجاء الحسين عليه السَّلام، فجعلت أعلله لئلا يوقظه، ثم غفلت عنه فدخل - إلى أن قالت - فاستيقظ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و هو يبول على صدره، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: دعى ابني حتى يفرغ من بوله، و قال: لا تزرعوا بول ابني، ثم دعا بماء فصب عليه ثم قال: يجرى الصب على بول الغلام و يغسل بول الجارية) (٢).

(٣) غير بول الرضيع من بول الصبي و بول الكبير و بول الصبي الفطيم.

(٤) بل فى مطلق المعتصم فيكفى مره من دون تعدد أو عصر، فيكفى وضع الثوب فى الماء حتى يستولى الماء المعتصم على جميع أجزائه ففى صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (فى الثوب يصيبه البول قال عليه السَّلام: اغسله فى الممرن مرتين، فإن غسلته فى ماء جار فمره واحده) (٣) و فى المرسل عن أبي جعفر عليه السَّلام مشيرا إلى غدير ماء: (إن هذا لا يصيب شيئا إلا طهره) (٤) و فى مرسل الكاهلى عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (كل شىء يراه ماء المطر فقد طهر) (٥) و فى خبر ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (إذا كان الماء قدر كر لم ينجسه شىء) (٦). فهذه الإطلاقات الواردة فى هذه -

ص: ٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

٢- (٢) كنز العمال ج ٥ ص ١٢٨، الرقم: ٢٦٤٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ٨.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الماء المطلق حديث ٥.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النجاسات حديث ١.

بناء على عدم اعتبار كثرته (١) فيسقطان فيهما (٢)، و يكتفى بمجرّد وضعه فيهما مع إصابه الماء لمحلّ النجاسه، و زوال عينها. (و) يصبّ على البدن مرتين في غيرهما (٣) بناء على اعتبار التعدد مطلقا (٤) و كذا ما أشبه البدن مما تنفصل الغساله عنه بسهولة كالحجر و الخشب (٥)، (و) كذا (الإناء) (٦)، و يزيد (٧) -الأخبار سواء كان مما له ماده أم كان كرا أم كان مطرا تدل على عدم اعتبار التعدد و لا العصر.

(١) أي كثره الجارى كما عليه المشهور فى قبال قول العلامة الذى اشترط الكريه فى اعتصام الجارى.

(٢) أي يسقط التعدد و العصر فى الكثير و الجارى.

(٣) أي غير الكثير و الجارى.

(٤) فى البول و غيره كما هو اختيار الماتن.

(٥) و كل الأجسام الصلبه التى لا تختزن ماء الغساله فى أجزائها، فيكفى فيها الصب، بخلاف ما تختزن ماء الغساله فلا بد فيها من الغسل المشروط بالعصر.

(٦) وقع الخلاف فيما لو تنجس الإناء بغير الولوج، فذهب الشيخ فى غير المبسوط و ابن الجنيد و الشهيد فى الذكري و الدروس و المحقق الثانى و جماعه إلى غسله ثلاث مرات إذا كان الماء قليلا لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن الكوز و الإناء يكون قدرا كيف يغسل؟ و كم مره يغسل؟ قال عليه السّلام: يغسل ثلاث مرات، يصب فيه الماء فيحرك فيه ثم يفرغ منه، ثم يصب فيه ماء آخر فيحرك فيه ثم يفرغ ذلك الماء، ثم يصب فيه ماء آخر فيحرك فيه ثم يفرغ منه و قد طهر) (١).

و عن جماعه منهم المحقق و العلامة فى أكثر كتبه و الشارح فى روض الجنان و سيد المدارك إلى الاكتفاء بالمره استضعافا للموثق أو لحمله على الاستحباب بقريته المرسل المروى فى المبسوط: (و قد روى غسله واحده).

وفيه: إن الموثق أوثق بالاعتبار، و عن الشهيد الأول فى الألفيه و اللعه إلى اعتبار المرتين استضعافا للموثق و المرسل معا مع إلحاق الأوانى بالثوب و البدن من وجوب التعدد.

وفيه: قد عرفت أن التعدد مختص بالبول فلا يمكن إلحاق غيره به.

(٧) يزيد الإناء على غيره.

ص: ٩٨

أنه (١) يكفى صب الماء فيه بحيث يصيب النجس و إفراغه منه (٢) و لو بآله لا تعود إليه ثانيا إلا طاهره سواء فى ذلك المثلث و غيره، و ما يشق قلعه و غيره.

فى كيفية تطهير ما ولغ فيه الكلب

(فإن ولغ فيه) أى فى الإناء (كلب (٣) بأن شرب مما فيه بلسانه (قدم) (١) أن الشأن و الواقع.

(٢) أى إفراغ ماء الغساله من الإناء و هو صريح موثق عمار المتقدم، و إخراج ماء الغساله إنما يكون بقلب الإناء إذا كان منقولاً و كذا بآله ما، و خص بعضهم الإخراج بالآيه فيما لو كان الإناء مثبتاً و هو لا وجه له.

و إذا كان مثبتاً فيتعين الإخراج بالآله، فإن قلنا أن ماء الغساله نجس كما ذهب إليه الشارح فلا بد من تطهير الآله قبل إرجاعها إلى الإناء و إن قلنا أن ماء الغساله طاهر إذا تعقبه طهاره المحل فيجب غسل الآله بعد الإفراغ الأول و الثانى دون الثالث.

(٣) يغسل الإناء من ولوغ الكلب ثلاثاً أولاً بالتراب على المشهور لصحيح البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الكلب فقال: رجس نجس لا يتوضأ بفضله، و اصب ذلك الماء، ثم اغسله بالتراب أول مره، ثم بالماء مرتين) (١) هكذا رواه فى المعتمد مع أنه فى كتب الأحاديث خال عن ذكر (مرتين) و الجميع أفتى بالتعدد حتى الشيخ الذى روى الروايه، و هذا يقوى الاحتمال بسقوط الزيادة من قلم النساخ.

و عن ابن الجنيد وجوب الغسل سبعا أولاً بالتراب لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الإناء يشرب فيه النبيذ فقال عليه السلام: تغسله سبع مرات و كذلك الكلب) (٢).

و للنبوى المروى من طرق العامه: (إذا ولغ الكلب فى إناء أحدكم فليغسله سبعا، أولاً بالتراب) (٣).

وفيه: أما النبوى فلم يثبت من طرقنا، و أما موثق عمار فهو بالإضافة إلى خلوه عن الغسله التراييه محمول على الاستحباب لأن الحكم فى النبيذ ثلاثاً و الاستحباب على السبعه.

هذا و لا بد من التنبيه على أمور:

الأول: اختلف المقتضرون على التثليث فى الغسله التراييه، فذهب مشهورهم إلى أنها-

ص: ٩٩

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٣- (٣) كنز العمال ج ٥ ص ٨٩ الرقم ١٨٨٨.

-أولى الغسلات و يدل عليه صحيح البقباق المتقدم، و عن المفيد في المقنعه أنها وسطاهن، و عن الشيخ في الخلاف و السيد في الانتصار و الصدوق في الفقيه بأنها إحدى الثلاث من دون تعيين و هما ضعيفان لعدم المستند.

الثاني: في كيفية الغسله الترابيه، فعن ابن إدريس و العلامه في المنتهى أن يجعل في التراب شىء من الماء ثم يمسح به الإناء تحصيلاً لحقيقه الغسل، لأن الغسل جريان المائع على المحل المغسول و هذا لا يتحقق إلا إذا مزجنا التراب بشىء من الماء بشرط أن لا يخرج التراب عن اسمه و حقيقته.

و ذهب المشهور إلى وجوب خلوص التراب من الماء، لأن الغسل بالتراب الممزوج لا يسمى غسلاً بالتراب.

الثالث: لا فرق بين أقسام التراب سواء كان رملاً أو غيره و هذا ما عليه المشهور، و عن كشف الغطاء أن الرمل ليس من التراب، ثم اشترط طهاره التراب قبل الاستعمال إما للانصراف إليه و إما لأن المناسب للتطهير هو الطاهر من التراب. ثم لو فقد التراب و وجد ما يشبهه كالجص و النوره فهل يجزى؟ قطع الشيخ و العلامه في بعض كتبه و الشهيد في البيان به، و عن ابن الجنيد الإجزاء اختياراً حتى مع وجود التراب، و كلا القولين ضعيف لعدم المستند إلى التعدي حيث إن النص على التراب فقط و مع عدمه يبقى الإناء على النجاسه.

الرابع: ذهب المشهور إلى اختصاص التلث بالولوغ، و ذهب الصدوق و المفيد إلى أن الحكم لمطلق مباشره الكلب للإناء، و إن كان بغير لسانه، و مستند المشهور الاقتصار على النص حيث ورد في صحيح البقباق المتقدم: (رجس نجس لا تتوضأ بفضله)

و هو ظاهر في بقيه الماء من مشروب الكلب، و قد اعترف سيد المدارك عدم المأخذ لقول الصدوق و المفيد.

نعم استترب العلامه في النهايه تعميم الحكم لمطلق مباشره الكلب بدعوى أن فمه أنظف من بقيه أعضائه، و لذا كانت نكهته أطيب من بقيه الحيوانات، و فيه: إنه استحسان محض.

الخامس: اختلفوا في معنى الولوغ، فهل هو الشرب كما في المصباح المنير، أو هو الشرب بطرف اللسان كما في الصحاح، أو هو إدخال اللسان في الماء و تحريكه فيه كما في القاموس.

(عليهما) أى على الغسلتين بالماء (مسحه بالتراب) الطاهر دون غيره مما أشبهه، و إن تعذر (١) أو خيف فساد المحل. و ألحق بالولوغ لطفه الإناء دون مباشرته له بسائر أعضائه.

و لو تكرر الولوج (٢) تداخل كغيره من النجاسات المجتمعه و فى الأثناء يستأنف (٣). و لو غسله فى الكثير كفت المره بعد التعفير (٤) (و يستحب السبع) بالماء (فيه) فى الولوج، خروجاً من خلاف من أوجبها (٥).

فى كيفية تطهير ما ولغ فيه الفأر

(و كذا) يستحب السبع (فى الفأره (٦) - و الذى ورد فى النص المتقدم: (لا تتوضأ بفضله)، و هو ظاهر فى بقيه مشروب الكلب سواء كان بطرف لسانه أو باللطع. هذا مع عدم الفرق بين الولوج فى إناء الماء أو إناء مائع آخر إذ لا خصوصيه للماء حينئذ.
(١) «إن» وصلية.

(٢) قال الشيخ فى الخلاف: «جميع الفقهاء لم يفرقوا بين الواحد و المتعدد إلا- من شدّد من العامه فأوجب لكل واحد العدد بكماله»، و وجه التداخل أن تكرار الولوج يسمى ولو غا فيندرج تحت الخبر فى وجوب غسله ثلاثاً أولاًهن بالتراب.

(٣) لأن الولوج الجديد يستدعى تثليث الغسلات بما فيها التعفير، و الباقي من الغسل للولوج الأول ليس بثلاث غسلات حتى يجتزى به فلا بد من الاستئناف.

(٤) لأن صحيح البقباق المتقدم الدال على التثليث منصرف إلى القليل.

(٥) أى أوجب السبع و هو ابن الجنيد و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) ذهب المشهور إلى وجوب غسل الإناء سبعا إذا مات فيه الفأر لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (اغسل الإناء الذى تصيب فيه الجرذ ميتا سبع مرات) (١)، و بعضهم اقتصر على الجرذ اقتصاراً على النص، و الأولى التعميم لكون الحكم ثابتاً للجرذ بما هو فأر و لما رواه فى المبسوط مرسلًا: (فى الفأره سبع إذا مات فى الإناء) (٢).

و عن جماعه منهم المحقق و العلامه كفايه التثليث لموثق عمار المتقدم: (عن الكوز و الإناء يكون قذراً كيف يغسل و كم مره يغسل؟ قال عليه السلام: يغسل ثلاث مرات) (٣) -

ص: ١٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب النجاسات حديث ١.

(و) الخنزير (١) للأمر بها في بعض الأخبار التي لم تنهض حجه على الوجوب، و مقتضى إطلاق العبارة (٢) الاجتزاء فيهما (٣) بالمرتين كغيرهما (٤). و الأقوى في ولوغ الخنزير وجوب السبع بالماء لصحة روايته، و عليه المصنف في باقي كتبه.

(و) يستحبّ الثلاث (في الباقي) من النجاسات (٥) للأمر به في بعض الأخبار (٦).

في الغسالة

(و الغسالة) (٧) - وفيه: لا بد من تقديم خبر السبع بعد وروده في خصوص الجرذ بخلاف خبر التثليث فإنه عام.

(١) ذهب العلامة في جملة من كتبه و المحقق الثاني و الشارح إلى وجوب غسل الإناء سبعا إذا شرب منه الخنزير لصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (سألته عن خنزير يشرب من إناء كيف يصنع به؟ قال عليه السلام: يغسل سبع مرات) (١).

و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط إلحاقه بالكلب لأن الخنزير كلب، و فيه: بأن اللفظ لا يحمل عليه إلا بقريته و هذا آية المجاز.

و ذهب المشهور إلى كفايه التثليث كبقية النجاسات لإعراض مشهور القدماء عن هذا الصحيح أو حملة على الاستحباب، و فيه: لا بد من تقييد خبر التثليث به جمعا بين العام و الخاص و لم يثبت إعراض القدماء عنه الموجب لو هنه.

(٢) أي عبارة المصنف.

(٣) في موت الفأرة و شرب الخنزير.

(٤) من النجاسات بناء على وجوب التعدد في كل النجاسات كما هو اختيار المصنف هنا.

(٥) بالنسبة للإناء.

(٦) و هو موثق عمار المتقدم: (عن الكوز و الإناء يكون قذرا كيف يغسل و كم مره يغسل؟ قال عليه السلام: يغسل ثلاث مرات) (٢) و قد عرفت لأبديه العمل به ما لم يأت المخصص.

(٧) ماء الغسالة نجس إذا كان متغيرا بأوصاف النجاسه و هو مما لا خلاف فيه، و إذا لم -

ص: ١٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب النجاسات حديث ١.

و هي الماء المنفصل عن المحلّ المغسول بنفسه (١)، أو بالعصر (٢) كالمحل قبلها (٣) أى قبل خروج تلك الغساله، فإن كانت من الغسله الأولى وجب غسل -يكن متغيرا فقد اختلف فيه على أقوال:

الأول: النجاسه مطلقا بلا فرق بين الإناء وغيره و لا بين الغسله الأولى وغيرها و إليه ذهب المحقق و العلامه فى بعض كتبه بل قيل هو المشهور بين المتأخرين، لأنه ماء قليل لاقي نجسا فلا بد أن يتنجس، و لما رواه المحقق فى المعتبر عن العيص بن القاسم: سألته عن رجل أصابه قطره من طشت فيه وضوء فقال: إن كان من بول أو قدر فيغسل ما أصابه، و إن كان من وضوء الصلاه فلا بأس (١).

الثانى: الطهاره مطلقا، و فى جامع المقاصد أنه الأشهر بين المتقدمين، و احتج السيد على ما نقل عنه بأنه لو حكمنا بنجاسه الماء القليل الوارد على النجاسه لأدى ذلك إلى أن المتنجس لا يطهر إلا بإلقاء الكر عليه و التالى باطل للمشقه المنفيه.

الثالث: التفصيل بين الغسله الأولى فالنجاسه و بين غيرها فالطهاره، أما الأولى فهى قليل لاقي نجاسه فلا بد أن ينجس، و أما الثانيه فهى طاهره لقاعده الطهاره و لعدم الدليل على النجاسه، و لأنه لو كان ماء الغساله مطلقا نجسا لما طهر المحل بعدها لملاقاته للمحل قبل الانفصال.

هذه أهم الأقوال فى المسأله و كثرت التوجيهات و المناقشات فى أدله الأقوال، و الحق هو النجاسه مطلقا و إن تعقبه طهاره المحل لخبر العيص المتقدم و لقاعده انفعال الماء القليل إذا لاقى نجسا و هى قاعده متصيده أو مأخوذه من مفهوم قوله عليه السلام: (إذا كان الماء قدر كر لم ينجسه شىء) (٢).

(١) الضمير راجع للماء، و هذا يتم فى الأجسام الصلبه التى لا تختزن ماء الغساله.

(٢) كما فى الأجسام التى تختزن ماء الغساله كالثياب و الفرش.

(٣) وقع النزاع بينهم على تقدير القول بنجاسه ماء الغساله، فهل هو كالمحل قبل الغسل فيجب فى ماء الغساله التعدد فيما يجب فى المحل التعدد و إليه ذهب العلامه فى القواعد و النهايه و الإرشاد، و يستدل له بأن ماء الغساله نجس لم يعرف له مقدار فالاستصحاب ثابت و لا يتيقن بالطهاره إلا مع التعدد.

أو أن ماء الغساله كالمحل قبل الغساله فلو كان من الغساله الأولى فيشترط فيه ما-

ص: ١٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الماء المضاف حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الماء المطلق حديث ١ و ٦.

ما أصابته تمام العدد (١)، أو من الثانية فتنقص واحده، وهكذا. وهذا يتم فيما يغسل مرتين لا لخصوص النجاسه (٢).

أما المخصوص كالولوغ فلا، لأن الغساله لا تسمى ولوغا، و من ثم لو وقع لعابه فى الإناء بغيره (٣) لم يوجب حكمه (٤)، و ما ذكره المصنف أجود الأقوال فى المسأله (٥)، و قيل: إن الغساله كالمحل قبل الغسل مطلقا (٦)، و قيل:

بعده (٧) فتكون طاهره مطلقا، و قيل: بعدها (٨).

و يستثنى من ذلك (٩) ماء الاستنجاء فغسالته طاهره مطلقا (١٠) ما لم تتغير -يشترط فى المحل، و إن كان من الثانية فتنقص واحده تبعا للمحل لأن الفرع لا- يزيد على الأصل و إليه ذهب الشهيد و أكثر من تأخر عنه كما فى الروض أو أن ماء الغساله مطلقا يكفى فيه المره الواحده و لم ينقل إلا عن صاحب المعالم لأصاله البراءه عن الزائد، و إطلاق خبر العيص المتقدم، و هو الحق كما أنه هو المشهور فى هذه العصور.

(١)الثابت للمحل.

(٢)بل لمطلق النجاسه إذا قلنا بالتعدد كما هو مبنى المصنف، أو فى خصوص البول كما هو المشهور، نعم لو كانت للنجاسه خصوصيه كالولوغ فلا يأتى هذا الكلام لأن ماء الغساله لا يسمى فضله الكلب الذى هو مورد النص حتى يجب غسله ثلاثا مع التعفير.

(٣)بغير الولوغ.

(٤)أى حكم الولوغ.

(٥)أما من ناحيه نجاسه ماء الغساله فنعم، و أما من ناحيه أن حكم ماء الغساله كالمحل قبلها فلا، بل حكم ماء الغساله حكم بقيه النجاسات من الاكتفاء بالمره.

(٦)و هو قول العلامة فى النهايه و الإرشاد و القواعد فيجب فى ماء الغساله التعدد إذا وجب التعدد فى المحل.

(٧)أى بعد الغسل مطلقا فتكون كالمحل بعد الغسل و عليه فهى طاهره مطلقا و هو قول مشهور القدماء.

(٨)بعد الغساله، فإن كانت الغسله الأولى فنجسه لأن المحل نجس، و إن كانت الثانية فطاهره لأن المحل قد طهر.

(٩)من ماء الغساله.

(١٠)من البول و الغائط للأخبار منها: صحيح محمد بن النعمان: (قلت لأبى عبد الله -

بالنجاسه أو تصب بنجاسه خارجه عن حقيقه الحدث (١) المستنجى منه، أو محله (٢).

الرابعه فى المطهرات

اشاره

(الرابعه):

المطهرات عشره

(المطهرات عشره: الماء) (٣) و هو مطهر (مطلقا) من سائر النجاسات (٤) التى تقبل التطهير (٥)،(و الأرض) (٦) تطهر (باطن النعل) و هو أسفله الملاصق -عليه السّلام: أخرج من الخلاء فاستنجى بالماء فيقع ثوبى فى ذلك الماء الذى استنجيت به، فقال: لا بأس به(١) و خبر الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يقع ثوبه على الماء الذى استنجى به، أ ينجس ذلك ثوبه؟ قال: لا)(٢) و اشترط الأصحاب فى طهارته أن لا يتغير بالنجاسه لما دل على نجاسه المتغير بها حتى لو كان كثيرا، و أن لا تلاقيه نجاسه أخرى لأن أدله ماء الاستنجاء الداله على نفي البأس عنه إنما هى داله من ناحيه حدث المستنجى منه فقط.

(١) كالدّم المخلوط بالحدث.

(٢) أى محل الحدث و هو نفس المخرجين.

(٣) بلا- إشكال و لا خلاف لقوله تعالى: وَ أَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُورًا (٣) و لقوله عليه السّلام: (خلق الله الماء طهورا)(٤) و فى خبر ثان: (و جعل لكم الماء طهورا)٥.

(٤) و المتنجسات.

(٥) لإخراج النجاسات العينيه التى لا تقبل التطهير كالكلب و الخنزير، و تطهيرها يتم بتغيير صورتها النوعيه بالاستحاله إلى جسم آخر.

(٦) فالأرض تطهر باطن القدم للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام:

(رجل وطأ على عذره فساخت رجله فيها، أ ينقض ذلك وضوءه و هل يجب عليه غسلها؟ فقال عليه السّلام: لا يغسلها إلا أن يقدرها، و لكنه يمسخها حتى يذهب أثرها و يصلى)(٥) و حسنه المعلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الخنزير يخرج من الماء فيمرّ على الطريق فيسيل منه الماء، أمرّ عليه حافيا، فقال عليه السّلام: أ ليس وراءه-

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الماء المضاف حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الماء المضاف حديث ٥.
- ٣- (٣) الفرقان الآيه: ٤٨.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الماء المطلق حديث ٩ و ٤.
- ٥- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب النجاسات حديث ٧ و ٣.

للأرض، (و أسفل القدم) مع زوال عين النجاسه عنهما بها (١) بمشى و ذلك و غيرهما (٢). و الحجر و الرمل من أصناف الأرض (٣)، و لو لم يكن للنجاسه جرم و لا رطوبه كفى مسمى الإمساس (٤). و لا فرق فى الأرض بين الجافه - شىء جاف؟ قلت: بلى، قال عليه السّلام: فلا- بأس إن الأرض يطهر بعضها بعضاً (١) و حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن طريقي إلى المسجد فى زقاق ييال فيه، فربما مررت فيه و ليس علىّ حذاء فيلصق برجلي من نداوته، فقال عليه السّلام: أ ليس تمشى بعد ذلك فى أرض يابسه؟ قلت: بلى، قال عليه السّلام: فلا بأس إن الأرض يطهر بعضها بعضاً) (٢).

و لعموم التعليل: (إن الأرض يطهر بعضها بعضاً) يثبت الحكم فى النعل بل فى خشبه الأقطع لصدق الوطء بهما دون أسفل عصا الأعمى و كعب الرمح لعدم صدق الوطء و المشى عليهما.

و لذا ورد فى صحيح محمد بن النعمان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يطاء على الموضع الذى ليس بنظيف ثم يطاء بعده مكانا نظيفاً، فقال عليه السّلام: لا بأس إذا كان خمسه عشر ذراعاً أو نحو ذلك) (٣)، و منه تعرف أن المدار على الوطء أو المشى كما فى الخبر المتقدم فلو تنجس من الأرض و طئا فيطهر بالأرض و طئا.

(١) بالأرض.

(٢) كالضرب على الأرض و قد صرح بالمسح فى صحيح زواره المتقدم، و عن الشيخ فى الخلاف أنه لا يطهر بالمسح و لم يعرف مستنده، و اشترط ابن الجنيد المشى خمسه عشر ذراعاً لصحيح ابن النعمان المتقدم، و حمل على ما لو كانت النجاسه لا تزول إلا بذلك لإطلاق النصوص الأخرى.

(٣) خصّ المفيد الحكم بالتراب، و كذا المحقق و العلامه فى التحرير للنبوى: (إذا وطأ أحدكم بنعليه الأذى فطهورهما التراب) (٢) و النبوى الآخر: (إذا وطأ أحدكم الأذى بخفيه فطهورهما التراب) (٥)، و فيه: إن النصوص السابقه قد صرحت بالأرض و هى أعم من التراب و النبويان عاميان لا يصلحان للتقييد.

(٤) لعموم التعليل: (الأرض يطهر بعضها بعضاً) أو مسمى المشى كما فى بعض الأخبار المتقدمه.

ص: ١٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب النجاسات حديث ٧ و ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب النجاسات حديث ٩ و ١.

٣- ((٤ و ٥)) كنز العمال ج ٥ ص ٨٨ الرقم: ١٨٧٨ و ١٨٧٩.

و الرطبه (١)، ما لم تخرج عن اسم الأرض (٢). و هل يشترط طهارتها (٣)؟ و جهان و إطلاق النص و الفتوى يقتضى عدمه (٤).
و المراد بالنعل ما يجعل أسفل الرجل للمشى، و قايه من الأرض و نحوها (٥)، و لو من خشب (٦)، و خشبه الأقطع كالنعل.

(و التراب فى الولوغ) فإنه جزء عله للتطهير، فهو مطهر فى الجملة (٧) (و الجسم الطاهر) (٨) (١) لإطلاق النصوص، و ذهب الإسكافى و المحقق الثانى و الشارح فى المسالك و جماعه إلى اشتراط الجفاف لحسنه الحلبى المتقدمه: (أ ليس تمشى بعد ذلك فى أرض يابسه) و حسنه المعلى المتقدمه: (أ ليس ورائه شىء جاف) و هو المتعين.

(٢) اكتفى العلامة فى الإرشاد بالوحد و فيه: إنه يشترط الجفاف فى الأرض كما تقدم بالإضافة إلى عدم صدق الأرض على الوحد.

(٣) ذهب ابن الجنيد و الشهيد الأول و المحقق الثانى إلى طهارتها لصحيح ابن النعمان المتقدم: (ثم يطأ بعده مكانا نظيفا)، و لأن المطهر لا بد أن يكون طاهرا كما يشهد له الارتكاز الشرعى.

و ذهب سيد الرياض و الشارح إلى عدم الطهاره لإطلاق بعض الأخبار و إطلاق فتاوى الأكثر، و فيه: إن النص معتبر كما سمعت و الأكثر لم يتعرض لهذا الفرع فلا إطلاق.

(٤) يقتضى عدم اشتراط الطهاره.

(٥) كالأشواك.

(٦) أى و لو كان النعل من خشب.

(٧) قد تقدم الكلام فيه.

(٨) هو كل جسم قالع للنجاسه سواء كان حجرا أم خشبا أم قطنا أم قماشاً فإنه مطهر للمحل من الغائط للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (سألته عن التمسح بالأحجار فقال: كان الحسين بن على يمسح بثلاثة أحجار) (١) و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام: (كان الحسين بن على عليهما السّلام يتمسح من الغائط بالكرسف و لا يغسل) (٢) و خبر عبد الله بن المغيرة عن أبى الحسن عليه السّلام: (قلت له: للاستنجاء -

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣.

غير اللزج، و لا الصيقل في (غير المتعدى من الغائط (١) و الشمس (٢) ما جففته) -حدّ؟ قال: لا، ينقى ما ثمه، قلت: ينقى ما ثمه و يبقى الريح، قال: الريح لا ينظر إليها(١) فالمدار على الإنقاء بأى جسم ينقى ما هنالك.

و يشترط في الجسم أن يكون طاهرا المرسل أحمد بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام:

(جرت السنه في الاستنجاء بثلاثة أحجار أبكار و يتبع بالماء)(٢)، و يشترط فيه أن لا يكون لزجا لأنه مع اللزوجه يكون رطبا فينجس بمجرد الملاقاه و قد اشترط طهارته، و يشترط فيه أن لا يكون صيقلا و هو المالس لأن ملاسته لا تزيل النجاسه مع أنه يجب أن يكون قالعا لها، فلو اتفق القلع به لأجزأ و عن العلامه في النهايه عدم الإجزاء و هو ضعيف.

(١) لأنه مع التعدى يتعين التطهير بالماء ففي خبر زراره المروى في الغوالي عن أبي جعفر عليه السلام: (يجزى من الغائط المسح بالأحجار إذا لم يتجاوز محل العاده)(٣) و للمروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: (كنتم تبغرون بعرا، و انتم اليوم تثلطون ثلطا، فاتبعوا الماء الأحجار)(٤) و الثلث بالفتح هو الرقيق من الرجيع و الغائط و رفته موجه لتعدى المحل بحسب الغالب.

(٢) فالشمس تطهر الأرض للأخبار منها: صحيح زراره و حديد: (قلنا لأبى عبد الله عليه السلام السطح يصيبه البول، أو يبال عليه، أ يصلّى في ذلك المكان؟ فقال عليه السلام:

إن كان تصيبه الشمس و الريح و كان جافا فلا بأس به، إلا أن يكون يتخذ مبالا)(٥) و فيه تنبيه على أن الريح مع الشمس غير ضائر لكون التجفيف غالبا بهما، و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الموضع القدر يكون في البيت أو غيره فلا تصيبه الشمس و لكنه قد ييس الموضع القدر، قال عليه السلام: لا يصلّى عليه و أعلم موضعه حتى تغسله، و عن الشمس هل تطهر الأرض؟ قال عليه السلام: إذا كان الموضع قدرا من البول أو غير ذلك فأصابته الشمس ثم ييس الموضع فالصلاه على الموضع جائزه، و إن أصابته الشمس و لم ييس الموضع القدر و كان رطبا فلا تجوز الصلاه حتى ييس، و إن-

ص: ١٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٤.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٦.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

بإشراقها عليه و زالت عين النجاسه عنه من (الحصر و البوارى) (١) من المنقول، -كانت رجلك رطبه أو جبهتك رطبه أو غير ذلك منك ما يصيب ذلك الموضع القذر فلا تصل على ذلك الموضع حتى ييبس، و إن كان غير الشمس أصابه حتى ييبس فإنه لا يجوز ذلك(١) و عن ابن الجنيد و الراوندى و ابن حمزه و المحقق فى المعتبر عدم التطهير و إن جاز السجود عليه لكونه جافا لصحيح ابن بزيع: (سألته عن الأرض و السطح يصيبه البول و ما أشبهه هل تطهره الشمس من غير ماء؟ قال عليه السّلام: كيف يطهر من غير ماء) ٢ و فيه: إن الخبر لم ينف مطهره الشمس بل أضاف إليها الماء فيحمل على ما لو كان الموضع جافا فيصب عليه الماء حتى ييبس بإشراق الشمس عليه جمعا بين الأخبار.

و كذا تطهر الشمس ما لا- ينقل عادة كالحيطان و الأبنيه و ما يتصل بها من الأبواب و الأخشاب و كذا الأشجار و ما عليها من أوراق و ثمار و الخضراوات و النباتات ما لم تقطع و إن بلغت أوانها على المشهور شهره عظيمه لخبر الحضرمى عن أبى جعفر عليه السّلام: (يا أبا بكر، ما أشرقت عليه الشمس فقد طهر)(٢)، و (كل ما أشرقت عليه الشمس فهو طاهر) ٤ و الخبر عام يشمل المنقول و غيره، لكن حمل غير المنقول بقريته قوله عليه السّلام: (كل ما أشرقت عليه الشمس)

لأن المنقول يقال عنه: إنه وضع فى الشمس و لا يقال: إنه مما أشرقت عليه الشمس و ذهب المشهور إلى أنها تطهر الحصر و البوارى و إن كانت من المنقولات لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن البوارى يصيبها البول هل تصلح الصلاه عليها إذا جفت من غير أن تغسل؟ قال عليه السّلام: نعم لا بأس) ٥ و صحيحه الآخر: (عن البوارى يبلّ قصبها بماء قدر أ يصلّى عليه؟ قال عليه السّلام: إذا ييست فلا بأس)(٣) و الصحيحان لم يصرحا بالجفاف بالشمس لكن لا بد من حملهما على ذلك جمعا بينهما و بين ما تقدم مع القطع بعدم الطهاره بمجرد اليبس.

و عن جماعه حمل الخبرين على كون السؤال عن جواز الصلاه عليها، و ليس عن الحكم بطهارتها فهما أجنيبان عن المدعى و هو المتعين من ظاهرها.

(١)الحصر ما يعمل من الخصوص أو العلف، و البوارى ما يعمل من القصب.

ص: ١٠٩

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب النجاسات حديث ٤ و ٧.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب النجاسات حديث ٥ و ٦ و ٣.

٣- ((٦) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب النجاسات حديث ٢.

(و ما لا ينقل) عادة مطلقا (١)، من الأرض و أجزائها (٢)، و النبات و الأخشاب، و الأبواب المثبتة، و الأوتاد الداخلة، و الأشجار، و الفواكه الباقية عليها و إن حان أوان قطافها، و لا- يكفى تجفيف الحراره (٣) لأنها لا تسمى شمسا، و لا الهواء المنفرد (٤) بطريق أولى (٥). نعم لا يضر انضمامه إليها (٦)، و يكفى فى طهر الباطن (٧) الإشراق على الظاهر مع جفاف الجميع، بخلاف المتعدد المتلاصق إذا أشرفت على بعضه (٨).

(و النار (٩) (١) أمكن النقل أو لا، و سواء شق نقله أم لا على تقدير إمكانه.

(٢) من التراب و الأحجار.

(٣) أى و لا يكفى تجفيف الرطوبه بالحراره لأنها لا تسمى شمسا.

(٤) أى و لا يكفى تجفيف الرطوبه بالهواء المنفرد.

(٥) وجه الأولويه أن الشمس لازمها الحراره و مع ذلك فالحراره و حدها لا تكفى و هى لازمه للشمس فالهواء لا يكفى و هو غير لازم للشمس.

(٦) انضمام الهواء إلى الشمس و هذا ما دل عليه خبر زراره و حديد المتقدم.

(٧) لإطلاق خبر الحضرمي المتقدم.

(٨) أى بعض المتعدد فلا يصدق أنها أشرفت على الأسفل مع تغيره عن الأعلى بخلاف الباطن و الظاهر فهما أجزاء شىء واحد و قد أشرفت الشمس عليه بحسب الفرض و إن لم تشرق إلا على ظاهره.

(٩) كل شىء من الأعيان النجسه أو المتنجسه تحيله النار رمادا أو دخانا فهو طاهر على المشهور شهره عظيمه، بل لم ينقل الخلاف من أحد و إنما تردد المحقق فى المعتبر، و التردد غير ثابت كما فهمه غير واحد و هو الحق حيث قال: «دواخن الأعيان النجسه طاهره عندنا، و كذا كل ما أحالته النار فصيرته رمادا أو دخانا أو فحما على تردد» و الظاهر رجوع التردد إلى الفحم فقط.

و استدل الشيخ على الطهاره بصحيح ابن محبوب: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجص يوقد عليه بالعدره و عظام الموتى ثم يجصص به المسجد، أ يسجد عليه؟ فكتب إليه بخطه: إن الماء و النار قد طهراه) (١).

ص: ١١٠

(ما أحالته رمادا أو دخانا) لا خزفا و آجرا في أصح القولين (١)، و عليه المصنف في غير البيان، و فيه (٢) قَوَى قول الشيخ بالطهاره فيهما.

(و نقص البئر) بنزح المقدّر منه (٣)، و كما يطهر البئر بذلك (٤) فكذا حافاته (٥)، و آلات النزح، و المباشر (٦) و ما يصحبه حالته (٧) (و ذهاب ثلثي العصير) (٨) مطهر للثلث الآخر على القول بنجاسته، و الآلات و المزاول (٩).

—وجه الاستدلال: أن الجص قد اختلط بالرماد و الدخان الحاصل من تلك الأعيان النجسه فلو لا كون النار مطهره لها لما ساغ الحكم بطهاره المسجد.

و يستدل له بقاعده الطهاره بعد استحاله النجس رمادا أو دخانا فموضوع عين النجاسه منتف و الموجود موضوع جديد فلا يجرى استصحاب النجاسه لتغير الموضوع و تجرى قاعده الطهاره من دون معارض.

و كذا لو أحالت النار النجس إلى بخار فالمعروف الطهاره، بل ظاهر البعض أنه لا كلام فيه لقاعده الطهاره و للسيره على عدم التوقى منه كما في بخار الحمامات و بخار البول أيام الشتاء.

(١) إذا استحال الطين النجس بالنار إلى الخزف و الآجر فهو طاهر كما عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و العلامه في المنتهى و النهايه و الشهيد الأول في البيان بل نسب إلى الأكثر، لقاعده الطهاره و لخبر الحسن بن محبوب المتقدم لكون الطين قد طبخ بالنار فيطهر كما طهرت العذره و عظام الموتى، و عن فخر المحققين و الشهيد الثاني القول بالنجاسه لاستصحاب النجاسه و توقف العلامه في القواعد لعدم تغير الموضوع الأول إلى موضوع جديد.

(٢) أي في البيان.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) أي بالنزح.

(٥) أي جدرانه.

(٦) أي المباشر للنزح.

(٧) أي ما يصحب المباشر حال النزح من ثياب و عده و دلو، و الحكم بطهارتها تبعا لطهاره البئر، و قد تقدم الكلام أن النزح إرشادى فلا معنى للتبعيه.

(٨) بناء على القول بنجاسته و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) للتبعيه.

(و الاستحاله) (١) كالميته و العذره تصير ترابا و دودا، و النطفه و العلقه تصير حيوانا، غير الثلاثه (٢) و الماء النجس بولا لحيوان مأكول و لبنا و نحو ذلك (و انقلاب الخمر خلا) (٣) و كذا العصير بعد غليانه و اشتداده (٤).

(و الإسلام) مطهر لبدن المسلم من نجاسه الكفر (٥) و ما يتصل به من شعر و نحوه، لا لغيره (٦) كثيابه (و تطهر العين و الأنف و الفم باطنها و كل باطن) كالأذن (١) و هى تبدل حقيقه الشيء و صورته النوعيه إلى حقيقه و صورته أخرى فيكون له اسم آخر، و الحكم بالطهاره بالاستحاله لقاعده الطهاره مع عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع، و التأمل يعطى أن النار مطهره باعتبار الاستحاله لا لخصوصيه فى النار، نعم قد تجعل قسيما للاستحاله لاختصاص النار ببعض النصوص الداله عليها كخبر ابن محبوب المتقدم بخلاف الاستحاله، هذا و قد توقف العلامة و المحقق فى مطهره العذره و الميته إذا استحال ترابا و حكم الشيخ فى المبسوط بالنجاسه و هو مما لا وجه له.

(٢) أى الكافر و الكلب و الخنزير.

(٣) للأخبار منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن الخمر العتيقه تجعل خلا، قال عليه السلام: لا بأس) (١) بلا فرق بين كون الانقلاب بنفسه أو بعلاج و خصّ الانقلاب بالمائعات و الاستحاله بالجامدات، و إلا فالانقلاب من مصاديق الاستحاله بالمعنى العام، فالقول أن الانقلاب ليس فيه تبدل للحقيقه النوعيه بخلاف الاستحاله اعتمادا على أن الخمر و الخل كلاهما مائع فلم تتبدل الحقيقه النوعيه غير مسموع.

(٤) على القول بنجاسته فهو من أقسام الخمر، و قد تقدم الكلام فيه.

(٥) بلا خلاف و لا إشكال لتبدل الاسم من الكافر إلى المسلم و المسلم طاهر بالضروره، بلا فرق بين الكافر الأصلي و المرتد، و ذهب المعظم إلى بقاء نجاسه المرتد الفطرى لو أسلم لأنه لا تقبل توبته، و سيأتى أن عدم القبول إنما هو ظاهرا لوجوب قتله، و أما واقعا فلا و إلا يلزم التكليف بغير المقدور.

(٦) أى لا- يطهر الإسلام غير بدن الكافر كثيابه و المائعات الموجوده فى بيته إذا كانت متنجسه بملاقاته حال الكفر، و ذهب جماعه إلى الطهاره للتبعيه و للسيره القائمه فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم إذ لم يأمر أحدا من الكفار الذين أسلموا بتطهير ما عنده من المائعات-

ص: ١١٢

و الفرج (بزوال العين) (١)، و لا يطهر بذلك ما فيه من الأجسام الخارجة عنه (٢)، كالطعام و الكحل، أما الرطوبة الحادثه فيه (٣) كالريق و الدمع فبحكمه و طهر (٤) ما يتخلف فى الفم من بقايا الطعام و نحوه بالمضمضه مرتين على ما اختاره المصنف من العدد، و مره فى غير نجاسه البول على ما اخترناه.

فى الطهاره

(ثم الطهاره) على ما علم من تعريفها (اسم للوضوء و الغسل و التيمم) (٥) - و الثياب مع عموم البلوى بذلك، و قد تقدم الحكم بطهارته إذا كان كتابيا و لعله لذلك لم يأمر أحدا من أهل الكتاب بتطهير ما عنده لأنه طاهر، نعم السيره على التبعية قائمه فى غير الكتابى.

(١) عين النجاسه، بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: موثق عمار الساباطى: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسيل من أنفه الدم، هل عليه أن يغسل باطنه يعنى جوف الأنف؟ قال عليه السلام: إنما عليه أن يغسل ما ظهر منه) (١) و خبر عبد الحميد بن أبى الديلم: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل يشرب الخمر فبصق فأصاب ثوبى من بصاقه قال: ليس بشىء) (٢).

(٢) عن الباطن.

(٣) فى الباطن.

(٤) مبتدأ.

(٥) الأكثر على تعريفها مع قيد استباحه الصلاه فهى اسم للوضوء و الغسل و التيمم على وجه له تأثير فى استباحه الصلاه.

و قيد - اسم - للدلاله على أنه تعريف لفظى من قبيل تبديل الاسم بالاسم.

و بقيد - الوضوء و الغسل و التيمم - تخرج إزاله النجاسه.

و بقيد - له تأثير فى استباحه الصلاه - يخرج وضوء الحائض للكون فى مصلاها ذاكره فإنه لا يسمى طهاره، و الوضوء التجديدى و الأغسال المندوبه و وضوء الجنب و التيمم للنوم.

و اختصاص الاستباحه للصلاه مع أن الطهاره قد تبيح غيرها من العبادات لعموم البلوى بالصلاه، و لأن ماهيه الصلاه متوقفه على الطهاره واجبه و مندوبه بخلاف غيرها من العبادات.

-

ص: ١١٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب النجاسات حديث ١.

الرافع للحدث (١) أو المبيح للصلاه (٢) على المشهور، أو مطلقا (٣) على ظاهر التقسيم (فهنا فصول ثلاثه):

و عن جماعه أنها اسم لما يرفع الحدث، و بينه و بين التعريف المتقدم عموم مطلق، إذ ليس كل مبيح رافعا للحدث فالتيمم للمضطر بناء على جواز البدار مبيح للصلاه غير رافع للحدث و لذا لو زال عذره فى الوقت فتجب الإعادة.

و عن جماعه منهم المصنف أنها استعمال لأحد الطهورين من الماء و التراب مشروط بالنيه و هو يشمل المبيح و غيره و الرافع و غيره، لأن وضوء الحائض و الوضوء التجديدى استعمال مشروط بالنيه مع أنهما غير مبيحين و غير رافعين للحدث.

(١) كما عن جماعه.

(٢) كما عليه الأكثر و لذا قال الشارح: «على المشهور».

(٣) كما عليه المصنف و لذا قال الشارح: «على ظاهر التقسيم».

ص: ١١٤

في تعريفه و موجبه

بضم الواو: اسم للمصدر فإن مصدره التوضؤ، على وزن التعلّم و أما الوضوء بالفتح، فهو الماء الذي يتوضأ به. و أصله من الوضاء، و هي النظافه و النضاره من ظلمه الذنوب (و موجبه (٢) (١) بضم الواو مأخوذ من الوضاء بالمد، و هي النظافه و الطهاره، و هو اسم مصدر لأن المصدر هو التوضؤ كالتعلم و التكلم، و تقول: توضأت بالهمز و يجوز على قله توضيت، و الوضوء بفتح الواو اسم للماء الذي يتوضأ به كالفطور و الوقود و السحور.

(٢) و هو السبب، و يعبر عنه بالناقض و بالموجب، أما كونه سببا فلأنه مؤثر مطلوبه الطهاره لقوله عليه السّلام: (إنما الوضوء من طرفيك اللذين أنعم الله بهما عليك) (١).

و أما كونه ناقضا فباعتبار طروه على الطهاره فينقضها لقوله عليه السّلام: (ليس ينقض الوضوء إلا ما خرج من طرفيك الأسفلين) (٢) و قول أبي الحسن الرضا عليه السّلام في خبر زكريا بن آدم: (إنما ينقض الوضوء ثلاث: البول و الغائط و الريح) (٣) و أما كونه موجبا نظرا إلى ترتب الوجوب على الوضوء عند وجوب غايته لقوله عليه السّلام: (لا- يوجب الوضوء إلا من غائط أو بول) (٢) الحديث.

فالسبب أعم من الموجب و الناقض، لأن الناقض لا يكون إلا بعد طهاره سابقه، و لأن الموجب لا يكون إلا عند وجوب غايه الوضوء، فلذا كان الحدث بعد الحدث في غير-

ص: ١١٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٥ و ٣ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

(البول و الغائط و الريح) (١) من الموضع المعتاد (٢)، أو من غيره مع انسداده (٣).

و إطلاق الموجب على هذه الأسباب باعتبار إيجابها الوضوء عند التكليف بما هو شرط فيه، كما يطلق عليها الناقض باعتبار عروضها للمتطهر، و السبب أعم منهما مطلقا (٤) كما أن بينهما عموما من وجه، فكان التعبير بالسبب أولى (٥).

(و النوم (٦) - وقت الصلاة سبب لأنه مؤثر في مطلوبه الطهاره و لا ينطبق عليه عنوان الناقض و لا الموجب.

و بين الناقض و الموجب عموم من وجه لتصادقهما على الحدث بعد الطهاره فى وقت صلاه واجبه، فهو ناقض للطهاره السابقه و موجب للطهاره من أجل الصلاه الواجبه.

و يفترق الموجب عن الناقض بالحدث بعد الحدث فى وقت الصلاه فهو موجب و ليس بناقض لعدم الطهاره السابقه.

و يفترق الناقض من الموجب بالحدث بعد الطهاره فى غير وقت الصلاه فهو ناقض و ليس بموجب.

(١) فإنها موجبات للوضوء بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار كثيره منها: خبر زكريا بن آدم عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (إنما ينقض الوضوء ثلاث البول و الغائط و الريح) (١) و صحيح زراره عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام: (ما ينقض الوضوء؟ فقالا: ما يخرج من طرفيك الأسفلين من الذكر و الدبر من الغائط و البول أو منى أو ريح، و النوم حتى يذهب العقل) (٢).

(٢) لتقييد الأخبار به كقوله عليه السلام: (من طرفيك).

(٣) أى من غير المعتاد مع انسداد المعتاد، بلا خلاف فيه، لانطباق الاسم عليه عرفا و المدار على خروجه، و التقييد فى الأخبار بكونه من الطرفين غالبى.

(٤) أى ليس من وجه.

(٥) لعمومه، و فى هذا تعريف بالمصنف حيث عرّب بالموجب.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار، و قد تقدم بعضها، و أيضا منها: خبر عبد الحميد عن أبى عبد الله عليه السلام: (من نام و هو راکع أو ساجد أو ماش على أى الحالات فعليه -

ص: ١١٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

(الغالب) غلبه مستهلكه (على السمع و البصر) (١)، بل على مطلق الإحساس، و لكن الغلبه على السمع تقتضى الغلبه على سائرهما (٢) فلذا خصّه أما البصر فهو أضعف من كثير منها، فلا وجه لتخصيصه. (و مزيل العقل) (٣) من جنون، -الوضوء) (١) و صحيح ابن الحجاج: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الخفقه و الخفتين؟ فقال عليه السّلام: ما أدري ما الخفقه و الخفتين، إن الله تعالى يقول: يَلِ الْإِنْسَانُ عَلَى نَفْسِهِ بَصِيرَةً، إن عليا عليه السّلام كان يقول: من وجد طعم النوم قائما أو قاعدا فقد وجب عليه الوضوء) ٢ و مضمرة زرارته: (قلت له: الرجل ينام و هو على وضوء، أ توجب الخفقه و الخفتان عليه الوضوء؟ فقال: يا زرارته قد تنام العين و لا ينام القلب و الأذن، فإذا نامت العين و الأذن و القلب وجب الوضوء) (٢).

هذا و الأخبار بعضها عبر بالنوم، و بعضها عبر بالنوم الموجب لذهاب العقل كما فى صحيح زرارته المتقدم، و بعضها عبر بالنوم الغالب على القلب و الأذن كما فى مضمرة زرارته و الحاصل منها أن الناقض هو النوم المستولى على القلب الموجب لتعطيل الحواس و علامته نوم الأذن لا نوم العين و لذا ورد فى مضمرة زرارته: (قد تنام العين و لا ينام القلب و الأذن).

و نسب للصدوق عدم ناقضيه النوم إذا كان قاعدا لروايه عمران بن حمران: (سمع عبدا صالحا عليه السّلام يقول: من نام و هو جالس لا يتعمد النوم فلا وضوء عليه) (٣) و مرسل الصدوق فى فقيهه: (سئل موسى بن جعفر عليه السّلام عن الرجل يرقد و هو قاعد هل عليه وضوء؟ فقال عليه السّلام: لا وضوء عليه ما دام قاعدا إن لم ينفرج) ٥ و لا بدّ من حملهما على عدم تحقق النوم المستولى على القلب جمعا بينها و بين ما تقدم.

(١) عرفت أن نوم العين ليس علامه على نوم القلب بخلاف نوم الأذن فإنه علامه و لذا يشكل على عبارته المصنف بأنه لا داعى لذكر البصر بعد السمع ما دام نومه ليس بعلامه و يردّ بأن التعبير تبعا لمضمرة زرارته المتقدمه: (فإذا نامت العين و الأذن و القلب وجب الوضوء).

(٢) سائر الحواس.

(٣) لإناطه ناقضيه النوم للوضوء بزوال العقل كما فى صحيح زرارته المتقدم: (و النوم حتى -

ص: ١١٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٣ و ٩.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ١٤ و ١١.

و سكر، و إغماء. (و الاستحاضه) (١) على وجه يأتي تفصيله.

فى واجبات الوضوء

(و واجبه) أى واجب الوضوء (النيه) (٢) و هى القصد إلى فعله (مقارنه لغسل) - يذهب العقل (١) الموجب لكون العله هى زواله من أى سبب كان، و مثله خبر عبد الله بن المغيرة و محمد بن عبد الله عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (سألناه عن الرجل ينام على دابته، فقال: إذا ذهب النوم بالعقل فليعد الوضوء) (٢)، و يؤيده خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السلام: (إن المرء إذا توضأ صلى بوضوئه ذلك ما شاء من الصلوات ما لم يحدب أو ينم، أو يجمع، أو يغم عليه) (٣).

(١) للأخبار منها: خبر معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و إن كان الدم لا يثقب الكرسف توضأت و دخلت المسجد و صلّت كل صلاه بوضوء) (٤) و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (- إلى أن قال - ثم هى مستحاضه فلتغتسل و تستوثق من نفسها، و تصلّى كل صلاه بوضوء) (٥) و سيأتى تفصيل ذلك فى بابه.

(٢) النيه عرفا و لغه هى الإراده و العزم و القصد، و النيه تجعل الفعل اختياريا و الفاعل مختارا، و لم يثبت لها معنى خاص فى الشرع لعدم وجود خبر أو أثر يدل عليه قال فى الجواهر: «و كيف كان لا نعرف لها معنى جديدا شرعا». ثم ليس المأخوذ فى العبادات مطلق القصد و الإراده بل قصد خاص و إرادته خاصه و هى الإراده و القصد مع قصد التقرب بحيث يكون قصد التقرب من متعلقات الإراده. هذا و لا بد من البحث فى جهات.

الجهه الأولى: إذا كانت النيه قصدا و إرادته فموطنها القلب و لا يجب فيها التلفظ، و هو اتفاقى كما عن أكثر من واحد، بل و لا يستحب، و عن التبيان أن التلفظ مكروه و ناقشه المقداد بعدم الدليل على الكراهه.

أقول: قد يبطل التلفظ بالنيه العمل كما لو تلفظ بنيه ركعه الاحتياط، نعم قد ورد الاستحباب بالتلفظ بنيه الحج و سيأتى الكلام فيها فى بابه.

الجهه الثانيه: هل النيه إخطاريه بمعنى لا بد من تصورها فى البال كما عليه المشهور -

ص: ١١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٩.

- وقال فى المستمسك: «و لا- دليل لهم ظاهرًا عليه، إذ الثابت بالإجماع كون الوضوء عبادة، و من المعلوم من بناء العقلاء أنه يكفى فى تحقق العبادة كون الفعل اختياريًا صادرًا عن إرادته الفاعل بداعى تعلق الأمر به»، و لأنه لو كانت إخطاريه لوجب أن تبقى فى الذهن إلى آخر العمل مع أنهم لا يلتزمون بذلك و إنما يشترطون بقاءها حكمًا بمعنى أن لا يعرض عنها.

و ذهب جماعه و هو المشهور بين المتأخرين إلى كون النية هى الداعى إلى الفعل، و الداعى موجود فى القلب لا فى الذهن بحسب الوجدان. و لقد أجاد صاحب الجواهر عند ما تكلم عن آثار الإخطاريه بقوله: «فلا يكتفى بدون الإخطار بالبال للقصد مع ما يعتبر معه من القربة و الوجه و غيرهما مقارنة لأول العمل، فبسببه يحصل بعض أحوال لهم تشبه أحوال المجانين، و ليت شعرى أليست النية فى الوضوء و الصلاة و غيرهما من العبادات كغيرها من سائر أفعال المكلفين من قيامهم و قعودهم و أكلهم و شربهم، فإن كل عاقل غير غافل و لا ذاهل لا يصدر عنه فعل من هذه الأفعال إلا مع قصد و نية سابقه عليه ناشئة من تصور ما يترتب عليه من الأغراض الباعثة و الأسباب الحاملة على ذلك الفعل، بل هو أمر طبيعى و خلق جبلى، و مع هذا لا ترى المكلف فى حال إرادته فعل من هذه الأفعال يعتريه شىء من تلك الوسوسة و ذلك الإشكال، بل هو بالنسبة إلى العبادات الآخر من الزيارات و الصدقات و عياده المرضى و قضاء الحوائج و الأدعية و الأذكار و قراءة القرآن و نحو ذلك لا يعتريه شىء من تلك الأحوال، بل هو فيها على حسب سائر أفعال العقلاء، فما أعرف ما ذا يعتريه فى مثل الوضوء».

الجهة الثالثة: قد عرفت أن النية هى الإرادة مع قصد التقرب و تقدم معنى الإرادة، أما قصد التقرب فهو الإتيان بالفعل تحصيلًا للقرب إلى الله تعالى الذى هو ضد البعد تشبيهاً بالقرب المكانى، و قصد التقرب بهذا المعنى يتحقق بقصد امتثال الأمر، و يتحقق بقصد إتيان الفعل لكونه محبوبًا عند الله (جل جلاله).

و قصد الامتثال و المحبوبيه المحقق لقصد التقرب تارة يكون لأن الله أهل للطاعة و أخرى يكون لأجل تحصيل الثواب الأخرى و ثالثة لأجل الفرار من العذاب الأبدى، و هو على نحو الداعى فى الداعى، و الأول أعلاها لما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام:

(ما عبدتك خوفا من نارك و لا طمعا فى جنتك و لكن وجدتك أهلا للعبادة فعبدتك) (١)

و- الثاني و الثالث أذناها، و نسب إلى المشهور فساد العباده عند قصدهما، و احتج السيد ابن طاوس على ما فى الروض: «بأن قاصد ذلك إنما قصد الرشوه و البرطيل و لم يقصد وجه الرب الجليل و هو دال على أن عمله سقيم و أنه عبد لئيم».

و الصحيح صحه العباده بهما للسيره و لما ورد فى الكتب و السنه، قال تعالى: تَتَجَافَى جُنُوبُهُمْ عَنِ الْمَضَاجِعِ يَدْعُونَ رَبَّهُمْ خَوْفًا وَ طَمَعًا (١) و قال تعالى: وَ يَدْعُونَنَا رَغَبًا وَ رَهَبًا (٢)، و فى النهج: «إن قوما عبدوا الله رغبه فتلك عباده التجار، و إن قوما عبدوا الله رهبه فتلك عباده العبيد، و إن قوما عبدوا الله شكرا فتلك عباده الأحرار» (٣) و هذا التقسيم ظاهر فى صحه الأقسام الثلاثه للعباده.

الجهه الرابعه: باعتبار أن النيه هى الإبراده الخاصه، و هى الإبراده مع قصد التقرب فمن نظر إلى الإبراده قال عنها إنها فى غايه السهوله إذ لا ينفك فعل العاقل المختار عنها و لذا قيل: لو كلفنا الله الفعل من غير نيه لكان تكليفا بالمحال.

و من نظر إلى قصد القربه و حصول أعلى مراتب الداعى و خلوصه من الرياء قال عنها إنها فى غايه الصعوبه.

الجهه الخامسه: ادعى جماعه الإجماع على اعتبار النيه فى الوضوء و فى كل طهاره من الحدث، و لم يخالف إلا ابن الجنيد حيث جعلها مستحبه و هو لم يثبت حيث نقل المحقق فى المعبر عنه خلاف ذلك.

و استدل على اعتبار النيه بقوله تعالى: وَ مَا أَمْرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ (٤) و فيه: إنها أجنبيه عن المدعى لأنها ظاهره فى التوحيد كما فسرهما جماعه و جزم به الشيخ البهائى، و يشهد له عطف الصلاه و الزكاه على العبارة حيث التتمه وَ يُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ يُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَ ذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ، بالإضافة إلى لزوم تخصيص الأكثر و هو مستهجن إذ الأمر يعم العبادات و التوصليات، فأخراج التوصلى عن اشتراط الإخلاص موجب لذلك.

و يستدل لاعتبار النيه فى الوضوء بالأخبار منها: خبر أبى حمزه الثمالى عن على بن -

ص: ١٢٠

١- (١) السجده الآيه: ١٦.

٢- (٢) الأنبياء الآيه: ٩٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ٣.

٤- (٤) البيه الآيه: ٥.

-الحسين عليهما السلام: (لا عمل إلا بنيه) (١) و في آخر: (إنما الأعمال بالنيات، و لكل امرئ ما نوى، فمن غزا ابتغاء ما عند الله فقد وقع أجره على الله (عز و جل)، و من غزا يريد عرض الدنيا أو نوى عقالا لم يكن له إلا ما نوى) (٢).

و فيه: إنها ظاهره في ترتب الثواب بالإضافة إلى لزوم تخصيص الأكثر بالبيان المتقدم.

و عليه فلم يثبت إلا الإجماع المدعى عن الشيخ في الخلاف و العلامه في المختلف و المحقق الثاني في جامع المقاصد و سيد المدارك في كتابه بالإضافة إلى السيره العمليه بين المشرعه المأخوذه يدا بيد إلى زمن الأئمه عليهم السلام.

(١) ذهب المشهور إلى أن وقت النيه عند غسل اليدين قبل غسل الوجه لكون الغسل من جملة الوضوء الكامل فتصح النيه عنده استحبابا أو جوازا، و ردّ بأنه لو جاز النيه عند أول أجزاء المستحبه لجاز تقديمها عند المضمضه و الاستنشاق مع أنه لا يصح إجماعا كما في الروض بالإضافة إلى أن غسل اليدين مع استحبابه لم تثبت جزئيه للوضوء فتكون النيه قبل العمل و هذا لا يصح إلا أنهم اتفقوا على أنها تنضيق عند غسل الوجه و لا يجوز تأخيرها عنه لاستلزام وقوع بعض أجزاء الواجبه من دون نيه.

و الذى يخفف الخطب أن البحث بتمامه مبنى على كون النيه إخطاريه و قد عرفت أنها من قبيل الداعى فلا ينفك العمل عنها فيجوز تقديمها حينئذ لأنها تبقى إلى حين العمل ما لم يعرض عنها.

أما غسل الوجه فلا خلاف فيه و يدل عليه قوله تعالى: إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ (٢) و الأخبار الكثيره.

و المراد من الوجه هو ما بين قصاص الشعر إلى الذقن طولاً- و ما دارت عليه الإبهام و الوسطى عرضاً و هو مما لا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (أخبرنى عن حد الوجه الذى ينبغى أن يوضأ الذى قال الله (عز و جل)، فقال عليه السلام: الوجه الذى قال الله و أمر الله (عز و جل) بغسله الذى لا ينبغى لأحد أن يزيد عليه و لا ينقص منه، إن زاد عليه لم يؤجر و إن نقص منه أثم، ما دارت عليه الوسطى و الإبهام من قصاص شعر الرأس إلى الذقن و ما جرت عليه الإصبعان مستديرا فهو من الوجه، و ما سوى ذلك فليس من الوجه، فقال له: الصدغ من الوجه؟ فقال عليه السلام:-

ص: ١٢١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١ و ١٠.

٢- (٣) المائده الآيه: ٦.

المعتبر شرعا (١)، و هو (٢) أوّل جزء من أعلاه، لأن ما دونه لا يسمى غسلا شرعا، و لأن المقارنه تعتبر لأول أفعال الوضوء و الابتداء بغير الأعلى لا يعدّ فعلا (٣) (مشملة) على قصد (الوجوب) (٤) إن كان واجبا بأن كان في وقت عباده - (١).
(١).

ثم يجب غسل الوجه من الأعلى إلى الأسفل على المشهور للأخبار منها: صحيح زراره قال: (حكى لنا أبو جعفر عليه السلام وضوء رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فدعا بقدر من ماء فأدخل يده اليمنى فأخذ كفا من ماء فأسدلها على وجهه من أعلى الوجه ثم مسح بيده الجانبين جميعا) (٢) الحديث، و قال العلامة في المنتهى و الشهيد في الذكري بعد ذكر هذا الصحيح: (و روى أنه قال بعد ما توضأ: إن هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة إلا به).

و اختار جماعه منهم السيد و ابنا إدريس و سعيد و الشهيد و الشيخ البهائي و صاحب المعالم إلى جواز النكس في الوجه فيجوز الابتداء من الأسفل إلى الأعلى لأن الأخبار لم تحصر الغسل بهذه الكيفية، لأنها غير وارده في بيان كيفية الغسل و إنما هي وارده في كيفية غسل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، و هذا لا يدل على عدم جواز كيفية أخرى.

(١) و هو ما دارت عليه الإبهام و الوسطى عرضا من قصاص الشعر إلى طرف الذقن طولاً.

(٢) أى المراد من الوجه عند المقارنه.

(٣) من أفعال الوضوء بناء على وجوب الابتداء من الأعلى.

(٤) هل يعتبر في النية نية الوجوب أو الندب و صفا أو غايه، و المراد بالأول كأن ينوى الاتيان بالوضوء الواجب أو المنسوب، و المراد بالثاني كأن ينوى الاتيان بالوضوء لوجوبه أو ندبه.

و قد نسب إلى المشهور اعتبار نية الوجوب أو الندب و صفا أو غايه، و عن التذكرة الإجماع عليه لوجوب إيقاع الفعل على وجهه و هذا لا يتم إلا بذلك.

و ذهب المفيد و الشيخ في النهايه و المحقق في المعتبر و مشهور المتأخرين إلى عدم اعتبار نية الوجوب أو الندب لأن إيقاع الفعل على وجهه أن يكون الفعل مشتملا على شرائطه و أجزاءه و هذا لا يفيد المدعى لأن كون نية الوجوب شرطا في النية أول الكلام ثم هل يعتبر قصد وجه الوجوب بناء على اشتراط قصد الوجوب بأن ينوى الاتيان -

ص: ١٢٢

١- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوضوء حديث ١.

٢- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ١٠.

واجبه مشروطه به، و إلا نوى التذب، و لم يذكره (١) لأنه خارج عن الغرض (٢).

(و التقرب) به إلى الله تعالى، بأن يقصد فعله (٣) لله امتثالاً لأمره أو موافقه لطاعته (٤)، أو طلباً للرفعه عنده بواسطته (٥)، تشبيهاً بالقرب المكاني، أو مجرداً عن ذلك، فإنه تعالى غايه كل مقصد (٦).

-بالوضوء الواجب مع قصد وجه الوجوب، ظاهر السرائر و التذكرة الاشتراط و ضعفه ظاهر إذ لا دليل ثابت إلا على وجوب النية فقط.

ثم قد ذهب الشيخ إلى لزوم نية الرفع و عن السيد لزوم نية الاستباحه و عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و بنو إدريس و حمزه و زهره و العلامه فى جملة من كتبه إلى الاكتفاء بنية أحدهما لقوله تعالى: إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ (١) و لا معنى لفعل الغسل لأجل الصلاة إلا إرادته استباحتها أو إرادته رفع الحدث.

و ذهب جماعه منهم الشيخ فى النهايه و المحقق فى الشرائع و مشهور المتأخرين إلى العدم لعدم دليل يدل على ذلك، و لذا قال ابن طاوس فى البشرى: «إنى لم أعرف نقلاً متواتراً و لا آحاداً يقتضى القصد إلى رفع الحدث أو استباحه الصلاة، لكن علمنا أنه لا بد من نية القربة، و إلا لكان هذا من باب اسكتوا عما سكت الله عنه» و قال الشارح فى روض الجنان: «و بالجمله فمشتخصات النية غير القربة لم يرد فيها نص على الخصوص فلا بدّ لمثبت شىء منها من دليل صالح».

(١) أى التذب.

(٢) لأن الكتاب مبنى على الاختصار فلا يوافقته إلا ذكر الواجبات فقط.

(٣) أى فعل الوضوء.

(٤) فسرت الطاعه بالإرادته لأن الشارح فى الروض قال: «بمعنى موافقه إرادته»، و الحق إن الطاعه و الامتثال مفهومان مترادفان، فيشترط فيهما الأمر و هو أعم من الواجب و المندوب، فما عن بعضهم من جعل الطاعه للأعم من الواجب و المستحب و اختصاص الامتثال بالواجب فقط ليس فى محله.

(٥) أى بواسطه الوضوء لكونه محبوباً عند الله.

(٦) قال الشارح فى الروض: «و يكفى عن الجميع قصد الله سبحانه الذى هو غايه كل مقصد».

ص: ١٢٣

١- (١) المائدة الآية: ٦.

(و الاستباحه) مطلقا (١)، أو الرفع حيث يمكن، و المراد رفع حكم الحدث، و إلا- فالحدث (٢) إذا وقع لا يرتفع و لا شبهه في أجزاء النيه المشتمله على جميع ذلك. و إن كان في وجوب ما عدا القربه نظر، لعدم نهوض دليل عليه.

أما القربه فلا- شبهه في اعتبارها في كل عبادته، و كذا تمييز العباده عن غيرها حيث يكون الفعل مشتركا، إلا أنه لا اشتراك في الوضوء حتى في الوجوب و الندب، لأنه في وقت العباده الواجبه المشروطه به لا يكون إلا واجبا، و بدونه (٣) ينتفى (و جرى الماء) (٤) بأن ينتقل كل جزء من الماء عن محله، إلى غيره بنفسه (٥) (١) سواء رفع الوضوء الحدث أو لا.

(٢) بما هو من بول و غائط.

(٣) أى بدون وقت العباده الواجبه فينتفى وجوب الوضوء.

(٤) لأن الغسل لا يتحقق إلا بالجريان و إلا فلا فرق بينه و بين المسح، و للأخبار منها:

صحيح زراره: (كل ما أحاط به من الشعر فليس على العباد أن يطلبوه، و لا يبحثوا عنه، و لكن يجرى عليه الماء) (١) و صحيح ابن مسلم الوارد في الغسل: (فما جرى عليه الماء فقد طهر) (٢) بناء على عدم الفرق بين الغسل و الوضوء في الغسل، نعم الجريان قد يكون بنفسه و قد يكون بإعانه اليد.

و ذهب البعض إلى العدم لعدم ثبوت الجريان في مفهوم الغسل و لأن الأخبار المتقدمه ناظره إلى الغالب في الغسل، و لذا ورد في صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنما الوضوء حد من حدود الله ليعلم من يطيعه و من يعصيه، و إن المؤمن لا ينجسه شيء إنما يكفيه مثل الدهن) (٣) و في صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام الوارد في الوضوء: (إذا مسّ جلدك الماء فحسبك) (٤) و هى محموله على عدم احتياج الوضوء إلى الماء الكثير.

(٥) أى بنفس الماء.

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الوضوء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

أو بمعين (١) (على ما دارت عليه الإبهام) بكسر الهمزة (و الوسطى) من الوجه (عرضا و ما بين القصاص) - مثلث القاف - و هو منتهى منبت شعر الرأس (إلى آخر الذقن) بالذال المعجمه و القاف المفتوحه منه (طولا) (٢) مراعىا فى ذلك مستوى الخلقه فى الوجه (٣) و اليدين (٤).

و يدخل فى الحدّ مواضع التحذيف (٥)، و هى ما بين منتهى العذار و النزعه المتصله بشعر الرأس و العذار و العارض، لا النزعتان بالتحريك، و هما البياضان المكتنفان للناصيه.

(و تحليل خفيف الشعر) (٦) و هو ما ترى البشره من خلاله فى مجلس (١) و لو بإعانه اليد.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) فلا عبره بالأنزع و لا الأغم، و الأول من انحسر شعره عن الحد المتعارف و الثانى من نبت شعره على الجبهه.

(٤) فلا عبره بقصير اليد و عريض الوجه و كذا العكس بل المدار على الوجه المتعارف للإنسان مع يده المتعارفه بينهم فما يدخل من وجهه تحت يده فيجب على الجميع غسله من وجوههم و إلا فلا.

(٥) لا- بد من توضيح معانى بعض المفردات، النزعتان و هى تشبيه النزعه بالتحريك، و هى ما انحسر عنه الشعر من الرأس متصاعدا فى جانبى الرأس، و يعبر عنهما بالبياضين المكتنفين بالناصيه، و النزعتان خارجتان عن حد الوجه الذى يجب غسله بالاتفاق.

و العذار هو ما حاذى الأذن يتصل أعلاه بالصدغ و أسفله بالعارض فهو الشعر النابت على العظم الناتئ الذى هو سمت الصماخ و ما انحط إلى وتد الأذن.

و الصدغ بالضم هو الشعر الذى بعد انتهاء العذار المحاذى لرأس الأذن، و مواضع التحذيف و هى ما بين انتهاء العذار و النزعه المتصله بشعر الرأس، سميت بذلك لحذف النساء المترفين ما ينبت عليها من الشعر الخفيف.

و العارض فى الصحاح عارضه الإنسان صفحتا خديه، و إليه يرجع تفسير الفقهاء فى المنتهى أنه ما نزل عن حد العذار و هو النابت على اللحيتين و قريب منه ما فى الدروس.

(٦) إذا كان الشعر كثيفا فلا يجب غسل البشره تحته بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (قلت له: أ رأيت ما أحاط به الشعر؟ فقال عليه السلام: كل -

التخاطب، دون الكثيف و هو خلافه، و المراد بتخليه إدخال الماء خلاله لغسل البشره المستوره به، أما الظاهره خلاله فلا بدّ من غسلها. كما يجب غسل جزء آخر مما جاورها من المستوره من باب المقدمه (١).

و الأقوى عدم وجوب تخليل الشعر مطلقا (٢) وفاقا للمصنف فى الذكرى و الدروس و للمعظم، و يستوى فى ذلك شعر اللحيه و الشارب، و الخدّ و العذار و الحاجب، و العنقه (٣) و الهدب (٤).

(ثم) غسل اليد (اليمنى من المرفق) (٥) بكسر الميم و فتح الفاء أو بالعكس - ما أحاط به من الشعر فليس على العباد أن يطلبوه و لا- يبحثوا عنه و لكن يجرى عليه الماء(١) و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن الرجل يتوضأ أ يبطن لحيته؟ قال: لا) ٢ و إذا كان خفيفا فقد نسب إلى المشهور عدم وجوب غسل البشره تحته تمسكا بإطلاق الأخبار المتقدمه، و ردّ بأن الأخبار ظاهره فى الشعر الكثيف لأنها ظاهره فى الشعر الذى أحاط على الموضع و هو لا يحيط إلا إذا كان كثيفا.

(١) أى المقدمه العلميه حتى يعلم بتحقق غسل البشره.

(٢) كثيفا أو خفيفا.

(٣) شعرات بين الشفه السفلى و الذقن.

(٤) بضميتين أو بضمه واحده، شعرات أشفار العين.

(٥) المرفق على وزن منبر، و عن التذكره أنه مجمع عظمى الذراع و العضد و عن المشهور أنه رأس عظمى الذراع و العضد و هو المتبادر عرفا، ثم إن غسل اليدين من المرافق أمر ضرورى و يدل عليه الكتاب و السنه و يكفينا قوله تعالى: فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَ أَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ (٢).

و غسل المرفق واجب و لم يخالف فى ذلك إلا- زفر من العامه، نعم وقع الخلاف بينهم فى أن غسله أصلى كما ذهب إليه المشهور أو أنه مقدمى كما ذهب إليه علامه و سيد المدارك، قال فى المدارك: «و قد قطع الأصحاب بوجوب غسل المرفقين إما لأن (إلى) فى قوله تعالى: وَ أَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ، بمعنى مع كما ذكره السيد المرتضى -

ص: ١٢٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الوضوء حديث ٣ و ١.

٢- (٣) المائده الآيه: ٦.

و هو مجمع عظمى الذراع و العضد، لا- نفس المفصل (إلى أطراف الأصابع (١) -و جماعه أو لأن الغايه إذا لم تتميز وجب دخولها في المغتيا و يرد على الأول: إنه مجاز لا- يصار إليه إلا مع القرينه و هى منتفيه هنا، و على الثانى: إن الحق عدم دخول الغايه في المغتيا مطلقا كما حقق فى محله، و لقد أجاد الشيخ أبو على الطبرسى (رحمه الله) فى تفسيره جوامع الجامع حيث قال: لا- دليل فى الآيه على دخول المرافق فى الوضوء إلا- أن أكثر الفقهاء ذهبوا إلى وجوب غسلها و هو مذهب أهل البيت عليهم السلام. - و من هنا ذهب العلامة فى المنتهى و جمع من المتأخرين إلى أن غسلها غير واجب بالأصله، و إنما هو من باب المقدمه و لا بأس به لأنه المتيقن» انتهى كلامه.

و لا ثمره بعد وجوب غسل المرفق على كل حال.

(١) فيجب الابتداء بالأعلى فلو غسل منكوسا لم يجز على الأكثر، خلافا للمرتضى و ابن إدريس حيث جوزا النكس على كراهه تمسكا بإطلاق الآيه لأن لفظ (إلى) يأتي بمعنى مع.

و مستند المشهور أخبار منها: ما رواه العياشى فى تفسيره عن صفوان: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله تعالى: فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَ أَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ - إلى أن قال - قلت: فإنه قال: فاغسلوا أيديكم إلى المرافق، فكيف الغسل؟ قال: هكذا، أن يأخذ الماء بيده اليمنى فيصبه فى اليسرى ثم يفيضه على المرفق ثم يمسح إلى الكف) (١) و صحيح زراره: (قال أبو جعفر عليه السلام: ألا أحكى لكم وضوء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ فقلنا: بلى.

فدعا بقعب فيه شىء من ماء فوضعه بين يديه ثم حسر عن ذراعيه ثم غمس فيه كفه اليمنى ثم قال: هكذا إذا كانت الكف طاهره، ثم غرف مائها ماء فوضعها على جبهته ثم قال: بسم الله، و سدله على أطراف لحيته، ثم أمر يده على وجهه و ظاهر جبهته مره واحده، ثم غمس يده اليسرى فغرف بها مائها ثم وضعه على مرفقه اليمنى فأمر كفه على ساعده حتى جرى الماء على أطراف أصابعه، ثم غرف بيمينه مائها فوضعه على مرفقه اليسرى فأمر كفه على ساعده حتى جرى الماء على أطراف أصابعه و مسح مقدم رأسه و ظهر قدميه ببله يساره و بقيه ببله يميناه) (٢) و مثله غيره من الأخبار البيانيه.

و لا يمكن التمسك بالآيه الشريفه على جواز النكس كما تفعله العامه بدعوى أن لفظ -

ص: ١٢٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

(ثم غسل (اليسرى كذلك) (١)، و غسل ما اشتملت عليه الحدود (٢) من لحم زائد، و شعر و يد و إصبع، دون ما خرج (٣) و إن كان يدا، إلا أن تشبهه الأصلية فتغسلان معا من باب المقدمه (٤).

(ثم مسح مقدّم الرأس) (٥)، - (إلى) بمعنى مع، أو يتمسك بها على وجوب النكس لأن الآيه فى مقام بيان كيفية الغسل و (إلى) للانتهاء.

و ذلك لأن الآيه فى مقام تحديد مكان المغسول لا فى مقام بيان كيفية الغسل للسياق حيث لم تتعرض الآيه لكيفية الغسل فى الوجه و إنما تعرضت لبيان حدود المغسول و هى ما واجه به الغير المسمى بالوجه فكذلك فى اليدين قضاء لحق العطف.

(١) أى من المرفق إلى أطراف الأصابع، و غسل اليسرى ضرورى و يدل عليه الكتاب و السنه، و أما تقديم اليمنى على اليسرى بلا خلاف للأخبار الكثيره منها الأخبار البيانيه لوضوء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قد تقدم بعضها، و لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتوضأ فيبدأ بالشمال قبل اليمين، قال عليه السلام: يغسل اليمين و يعيد اليسار) (١).

(٢) أى حد الوجه و حد اليدين، لأنه يصدق عليه وجه أو يد عرفاً فيدخل تحت إطلاق أدله و وجوب غسل الوجه و اليدين.

(٣) أى ما خرج عن الحدود فلا يصدق أنه وجه أو يد فلا يجب غسله، حتى لو كان الخارج يدا عرفاً فيقطع بأنها زائده و الأدله منصرفه عنها لأنها مختصه باليد الأصلية.

و ذهب العلامه فى المنتهى و الإرشاد و المختلف إلى وجوب غسل الخارج إن سمي يدا سواء كانت فوق المرفق أم دونه و سواء قطعنا بكونها زائده أم مشتبهه للاحتياط بعد صدق اسم اليد عليها فيشمّلها إطلاق أدله و وجوب الغسل، و فيه: إنها منصرفه إلى الأصلية.

(٤) أى المقدمه العلميه حتى يقطع بغسل الأصلية.

(٥) فهو مما لا خلاف فيه، و يدل عليه الكتاب و السنه، و يكفينا قوله تعالى: وَ امْسَحُوا بِرُؤُسِكُمْ (٢).

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٢- (٢) المائده الآيه: ٦.

و يجب المسح بيده اليمنى على المشهور للأخبار منها: خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (فقد يجزيك من الوضوء ثلاث غرفات، واحده للوجه و اثنتان للذراعين، و تمسح بيده يمينك ناصيتك)(١).

و ذهب ابن الجنيد إلى جواز المسح بماء جديد تمسكا بإطلاق الآية و يشهد له طائفة من الأخبار منها: خبر جعفر بن عماره: (سألت جعفر بن محمد عليهما السّلام: أمسح رأسي ببلل يدي؟ قال عليه السّلام: خذ لرأسك ماء جديدا)(٢) و هي محموله على التقية لموافقته العامه.

نعم إذا جفت بله اليد اليمنى جاز أخذ الماء من بقيه أعضاء الوضوء ثم مسح مقدم الرأس به لمرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن نسيت مسح رأسك فامسح عليه و على رجليك من بله وضوئك، فإن لم يكن بقي في يدك من نداوه وضوئك شيء فخذ ما بقي منه في لحيتك و امسح به رأسك و رجليك، و إن لم يكن لك لحيه فخذ من حاجبيك و أشفار عينيك و امسح به رأسك و رجليك)(٣).

ثم المسح يجب أن يكون على مقدم الرأس الذي هو ربع الرأس تقريبا للأخبار منها:

صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (مسح الرأس على مقدمه)(٤) و مرسل حماد عن أحدهما عليهما السّلام: (في الرجل يتوضأ و عليه العمامه، قال عليه السّلام: يرفع العمامه بقدر ما يدخل إصبعه فيمسح على مقدم رأسه)٥.

فما ورد من جواز أو وجوب مسح تمام الرأس فلا بد من طرحه مثل خبر الحسين بن أبي العلاء: (قال أبو عبد الله عليه السّلام: أمسح الرأس على مقدمه و مؤخره)٦.

ثم إنه يكفي مسمى المسح لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (قلت له: ألا تخبرني من أين علمت أن المسح ببعض الرأس و بعض الرجلين؟ فضحك عليه السّلام فقال: يا زراره، قاله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و نزل به الكتاب من الله عز و جل)، لأن الله (عز و جل) قال: فَأَغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ، فعرفنا أن الوجه كله ينبغي أن يغسل، ثم قال:

وَ أَيْدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ ، فوصل اليدين إلى المرفقين بالوجه، فعرفنا أنه ينبغي لهما-

ص: ١٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الوضوء حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الوضوء حديث ٨.

٤- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٣ و ٦.

أو شعره الذي لا يخرج بمده عن حده (١)، و اكتفى المصنف بالرأس تغليبا لاسمه على ما نبت عليه (بمسماه) أى مسمى المسح، و لو بجزء من إصبع، ممرا له على الممسوح ليتحقق اسمه لا بمجرد وضعه (٢)، و لا حدّ لأكثره. نعم يكره الاستيعاب (٣)، -أن يغسلا إلى المرفقين، ثم فصل بين الكلام فقال: وَ امْسِحُوا بِرُؤُسِكُمْ، فعرفنا حين قال: بِرُؤُسِكُمْ أن المسح ببعض الرأس لمكان الباء، ثم وصل الرجلين بالرأس كما وصل اليدين بالوجه فقال: وَ أَرْجُلِكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ، فعرفنا حين وصلها بالرأس أن المسح على بعضها (١) و صحيح زراره و بكير عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا مسحت بشيء من رأسك أو بشيء من قدميك ما بين كعبيك إلى أطراف الأصابع فقد أجزأك) ٢.

و عن السيد و الشيخ و الصدوق من وجوب المسح بثلاث أصابع مضمومه لخبر معمر بن عمر عن أبي جعفر عليه السلام: (يجزى من المسح على الرأس موضع ثلاث أصابع و كذلك الرجل) (٢) و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (المرأه يجزيها من مسح الرأس أن تمسح مقدمه قدر ثلاث أصابع و لا تلقى عنها خمارها) ٤.

و ذهب الشيخ فى النهايه إلى الاكتفاء بمقدار الأصبع عند الضروره لمرسل حماد المتقدم: (فى الرجل يتوضأ و عليه العمامه قال عليه السلام: يرفع العمامه بقدر ما يدخل إصبعه فيمسح على مقدم رأسه) (٣).

و ذهب ابن الجنيد إلى أن المسح بإصبع للرجل و بثلاث للمرأه لهذه الأخبار المتقدمه، لكن حملت هذه الأخبار عند المشهور على الاستحباب جمعا بينها و بين ما دل على كفايه مسمى المسح.

(١) أى لا يخرج بمد الشعر عن حد الرأس، و هو الشعر الثابت على المقدم لأن المسح عليه مسح على المقدم، نعم لو مسح على الزائد عنه لكان مسحا على غير المقدم فلا يجوز.

(٢) لأن الوضع لا يسمى مسحا عرفا.

(٣) استيعاب الرأس بالمسح قال فى الجواهر: «أما لو مسح جميع الرأس فلا إشكال فى

ص: ١٣٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الوضوء حديث ٥ و ٣.

٣- ((٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

إلا أن يعتقد شرعيته فيحرم (١)، و إن كان الفضل في مقدار ثلاث أصابع.

(ثم مسح) بشره ظهر الرجل (اليمنى) من رءوس الأصابع إلى الكعبين (٢).

—عدم الحرمة حيث يكون قصد الامتثال بالبعض، و وقع الباقي لا بقصد شيء من الوضوئية، و ما يظهر من بعضهم من الحكم بالكراهة لم نقف له على مستند و لعله من جهة التشبه بالعامه و نحوه و الأمر سهل».

(١) لأنه بدعه.

(٢) وجوب مسح الرجلين في الوضوء متفق عليه عند الإمامية، بل هو من ضروريات مذهبهم كما في الجواهر، و الأخبار به متواتره من طرفنا، بل روته العامه، بل هو المنقول عن ابن عباس و عكرمه و أنس و أبي الغالبه و الشعبي، و عن أبي الحسن البصرى و ابن جرير الطبرى و الجبائى التخيير بينه و بين الغسل و عن داود الظاهرى و جوب الغسل و المسح معا و باقى علمائهم على إيجاب الغسل.

و دليلنا الكتاب و السنه، أما الكتاب فقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ وَ أَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ وَ امْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَ أَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ (١) بناء على قراءة الجر فى الأرجل كما عن ابن كثير و أبى عمرو و حمزه و عاصم فى روايه أبى بكر و يؤيدها خبر غالب بن الهذيل: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله تعالى: وَ امْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ وَ أَرْجُلَكُمْ، على الخفض هى أم على النصب؟ فقال عليه السلام: بل هى على الخفض) (٢).

و جرها يوجب أخذ حكم الرأس و هو المسح، و يدل على هذا بالنص صحيح زراره المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام: (ثم فصل بين الكلام فقال: وَ امْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ فعرنا حين قال: بِرُءُوسِكُمْ أن المسح ببعض الرأس لمكان الباء ثم وصل الرجلين بالرأس كما وصل اليدين بالوجه فقال: وَ أَرْجُلَكُمْ إِلَى الْكَعْبَيْنِ، فعرنا حين وصلها بالرأس أن المسح على بعضها) (٣).

و قد نقل عن نافع و ابن عامر و الكسائى و عاصم فى روايه حفص أنها على النصب، و يكون حكمها المسح بناء على عطفها على محل الرءوس.

ص: ١٣١

١- (١) المائده الآيه: ٦.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ١.

و- من أوجب غسلها من العامه ادعى أنها منصوبه و أنها معطوفه على الأيدى فتأخذ حكمها من الغسل، و هو من غرائب الاستعمال فلا يحمل كلام الله عليه لأن الانتقال من جمله إلى أخرى قبل إكمال الأولى موجب للإيهام و مخل بالفصاحه.

و أما السنه فمنها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (امسح على مقدم رأسك و امسح على القدمين و ابدأ بالشق الأيمن) (١) و خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنه يأتي على الرجل ستون و سبعون سنه ما قبل الله منه صلاحه، قلت: كيف ذلك؟ قال: لأنه يغسل ما أمر الله بمسحه) ٢ و عن ابن عباس: (إن كتاب الله المسح و يأبى الناس إلا الغسل) ٣ و عن أمير المؤمنين عليه السلام: (ما نزل القرآن إلا بالمسح) ٤ و عن ابن عباس أيضا عن الوضوء أنه: (غسلتان و مسحتان) ٥.

ثم المسح على ظاهر البشره فلا يجزى المسح على خف أو حائل خلافا للعامه حيث جوزوا المسح على الخف، و مستندنا الأخبار منها: صحيح زراره: (قلت له: فى مسح الخفين تقيه؟ فقال: ثلاثه لا- أتقى فيهن أحدا شرب المسكر و مسح الخفين و متعه الحج) (٢) و خبر النسابة الكلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (قلت له ما تقول: فى المسح على الخفين؟ فتبسم، ثم قال: إذا كان يوم القيامة و ردّ الله كل شىء إلى شئته، و ردّ الجلد إلى الغنم فترى أصحاب المسح أين يذهب و وضوؤهم) ٧ و خبر حبابه الوالبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام: (إنا أهل بيت لا نمسح على الخفين، فمن كان من شيعتنا فليقتد بنا و ليستن بسنتنا) ٨ و فى خبر سليم بن قيس الهلالي: (خطب أمير المؤمنين عليه السلام فقال: قد عملت الولاه قبلى أعمالا خالفوا فيها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم متعمدين لخلافه، و لو حملت الناس على تركها لتفرق عنى جندى، أ رأيتم لو أمرت بمقام إبراهيم فرددته إلى الموضع الذى كان فيه - إلى أن قال -: و حرّمت المسح على الخفين و حددت على النبيذ و أمرت بإحلال المتعتين و أمرت بالتكبير على الجنائز خمس تكبيرات، و ألزمت الناس الجهر بيسم الله الرحمن الرحيم - إلى أن قال -: إذا لتفرقوا عنى) (٣).

ثم إن المشهور ذهب إلى عدم الترتيب بين الرجلين فيجوز مسح اليسرى قبل اليمنى -

ص: ١٣٢

١- (١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٢ و ٧ و ٨ و ٩.

٢- (٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٤ و ١٢.

٣- (٩) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

و هما قبتا القدمين على الأصح (١) و قيل: إلى أصل الساق، و هو مختاره في الألفيه.

-تمسكا بإطلاق الآيه، و عن ابن الجنيد و ابني بابويه و الشيخ في الخلاف و فخر المحققين و الشهيدين و سيد المدارك و جماعه إلى وجوب تقديم اليمنى لصحيح ابن مسلم المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام: (امسح على مقدم رأسك و امسح على القدمين و ابدأ بالشق الأيمن) (١) و خبر ابن أبي رافع عن أمير المؤمنين عليه السلام: (إذا توضأ أحدكم للصلاه فليبدأ باليمين قبل الشمال من جسده) (٢).

و نقل عن جماعه جواز مسحهما معا و إلا بدأ باليمين للتوقيع الصادر عن الناحيه المقدسه في أجوبه مسائل الحميرى حيث سأله عن المسح على الرجلين يبدأ باليمين أو يمسخ عليهما جميعا فأجاب عليه السلام: (يمسح عليهما جميعا معا فإن بدأ بإحدهما قبل الأخرى فلا يبدأ إلا باليمين) (٣) و هو المتعين.

ثم لا بد من الاستيعاب الطولى من رءوس الأصابع إلى الكعبين لدلاله الآيه عليه فضلا عن النصوص منها: صحيح زراره و بكير عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا مسحت بشيء من رأسك أو بشيء من قدميك ما بين كعبيك إلى أطراف الأصابع فقد أجزأك) (٣) و احتمال فى الذكرى عدم الاستيعاب الطولى و جزم به فى المفاتيح و نفى عنه البعد فى الرياض لخبر جعفر بن سليمان عن أبي الحسن عليه السلام: (قلت: جعلت فداك يكون خف الرجل مخرقا فيدخل يده فيمسح ظهر قدميه أ يجزيه ذلك؟ قال:

نعم) (٤) و فيه: إنه غير صريح فى عدم الاستيعاب الطولى.

و استدلل لمدعاهم بخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (توضأ على عليه السلام فغسل وجهه و ذراعيه ثم مسح على رأسه و على نعليه و لم يدخل يده تحت الشراك) (٥) و صحيح زراره و بكير عن أبي جعفر عليه السلام المتقدم: (تمسح على النعلين و لا تدخل يدك تحت الشراك) (٧) و فيه: إن مقعد الشراك على الكعبين فعدم دخول اليد تحته لانتهاه محل المسح.

(١) المشهور على ذلك، و فى المعبر نسبته إلى مذهب فقهاء أهل البيت عليهما السلام، قال ابن -

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الوضوء حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الوضوء حديث ٤ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ٤.

٤- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ٢ و ٣ و ٤.

(ثم مسح ظهر (اليسرى) كذلك (١) (بمسماه) فى جانب العرض (٢) (ببقيته البلبل) (٣) - الأثير فى نهايته: «ذهب قوم إلى أنهما العظمان النابتان فى ظهر القدم و هو مذهب الشيعة».

و ذهبت العامه إلى أنهما العقدتان اللتان فى أسفل الساقين على يمين الساق و شماله فى كل قدم، و وافقنا منهم سائر الحنفية و بعض الشافعية، و لقد صنف العلامة اللغوى عميد الرؤساء كتابا فى معنى الكعب و أنه قبه القدم، و قال فيه: «إن العقدتين فى أسفل الساقين اللتين يسميان كعبا عند العامه يسميان عند العرب الفصحاء و غيرهم جاهليهم و إسلاميهم منجمين بفتح الميم و الجيم، و الرههين بضم الراءين».

و مستندنا الأخبار منها: خبر ميسر عن أبى جعفر عليه السلام الوارد فى الوضوء البيانى:

(ثم مسح رأسه و قدميه ثم وضع يده على ظهر القدم ثم قال: هذا هو الكعب، قال:

و أوما بيده إلى أسفل العرقوب ثم قال: هذا هو الظنوب) (١)، و ما تقدم من أخبار عدم وجوب استبطان الشرك لأن معقده عند ظهر القدم و ذهب العلامة فى جملة من كتبه إلى أنه هو المفصل بين الساق و القدم و تبعه عليه الشهيد فى الألفية مع أنه أنكره عليه فى البيان، و استدل عليه بخبر زراره و بكير بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام: (فقلنا: أين الكعبان؟ قال عليه السلام: هاهنا، يعنى المفصل دون عظم الساق) (٢).

(١) من رءوس الأصابع إلى الكعبيين.

(٢) على المشهور شهره عظيمه لصحيح زراره و بكير عن أبى جعفر عليه السلام المتقدم: (و إذا مسحت بشىء من رأسك أو بشىء من قدميك ما بين كعبيك إلى أطراف الأصابع فقد أجزأك) (٢) و لخبر زراره المتقدم أيضا عن أبى جعفر عليه السلام: (فعرنا حين و صلها بالرأس أن المسح على بعضهما) (٤) و نسب إلى الشيخ اعتبار المسح بمقدار إصبع و لا دليل له، و فى التذكرة عن بعضهم اعتبار المسح بمقدار ثلاث أصابع لخبر معمر بن عمر عن أبى جعفر عليه السلام: (يجزئ من المسح على الرأس موضع ثلاث أصابع و كذلك الرجلين) (٣) و حملت على الاستحباب عند المشهور.

و عن الحلبي و ابن زهره اعتبار إصبعين و لا يعرف لهما دليل.

(٣) قد تقدم الكلام فيه عند مسح الرأس.

ص: ١٣٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ٩ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوضوء حديث ٤ و ١.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الوضوء حديث ٥.

الكائن على أعضاء الوضوء من مائه (فيهما) (١) أى فى المسحين، و فهم من إطلاقه المسح (٢) أنه لا ترتيب فيهما (٣) فى نفس العضو فيجوز النكس فيه دون الغسل، للدلاله عليه (٤) ب «من» و «إلى»، و هو كذلك فيهما (٥) على أصح (١) فى مسح الرأس و مسح الرجلين.

(٢) أى إطلاق المصنف، فيفهم منه جواز النكس كما هو المشهور لصحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا بأس بمسح الوضوء مقبلا و مدبرا) (١)، و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا بأس بمسح القدمين مقبلا و مدبرا) ٢ و خبر يونس قال:

(أخبرنى من رأى أبا الحسن عليه السّلام بمنى يمسح ظهر قدميه من أعلى القدم إلى الكعب و من الكعب إلى أعلى القدم، و يقول: الأمر فى مسح الرجلين موشع من شاء مسح مقبلا و من شاء مسح مدبرا، فإنه من الأمر الموسع إن شاء الله) (٢).

و عن المفيد و الصدوق و السيد و ابن زهره و ابن إدريس و الشهيد فى البيان و الألفيه و جوب المسح من أطراف الأصابع إلى الكعبين و لا يجوز النكس لظهور لفظ (إلى) الوارد فى الآيه بالانتهاء، و لصحيح أحمد بن محمد البنظى سألت أبا الحسن عليه السّلام:

(عن المسح على القدمين كيف هو؟ فوضع كفه على الأصابع فمسحها إلى الكعبين) (٣).

و فيه: إن الآيه ليست فى مقام بيان كيفية المسح بل فى مقام بيان حد الممسوح، و الخبر لا يفيد الحصر.

(٣) فى المسحين.

(٤) أى على الترتيب فى الغسل حيث قال المصنف فى الوجه: «ما بين القصاص إلى آخر الذقن»، و قال فى اليدين: «من المرفق إلى أطراف الأصابع»، و لم يحدد بذلك فى المسح.

(٥) أى فى المسح و الغسل، أما الغسل فقد تقدم الكلام عليه و أنه لم يخالف إلا ابن إدريس و المرتضى فجوزا النكس فى غسل اليدين على كراهته، و خالف جماعه منهم السيد و ابن إدريس فى الوجه فجوزوا النكس فيه.

و أما المسح فقد تقدم الكلام فى مسح الرجلين و أما مسح الرأس فيجوز النكس على -

ص: ١٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الوضوء حديث ٤.

القولين، و في الدروس رَجَّح منع النَّكس في الرأس دون الرجلين و في البيان عكس، و مثله في الألفيه (مرتبا) (١) بين أعضاء الغسل و المسح: بأن يتدئ بغسل الوجه، ثم باليد اليمنى، ثم اليسرى، ثم بمسح الرأس، ثم الرجل اليمنى، ثم اليسرى، فلو عكس أعاد على ما يحصل معه الترتيب مع بقاء الموالاه. و أسقط المصنف في غير الكتاب الترتيب بين الرجلين (مواليا) في فعله (٢) - المشهور منهم الشهيد في البيان، و يستدل لهم بإطلاق الآيه و بصحيح حماد المتقدم:

(لا بأس بمسح الوضوء مقبلا و مدبرا)(١).

و ذهبت جماعه منهم الشهيد في الذكرى و الدروس و نسبه في الأول إلى الشهره و في الثاني إلى الأكثر على عدم جواز النكس للأخبار المتضمنه للوضوءات البيانيه حيث اقتصررت على المسح مقبلا- في الرأس، بل في بعضها: (إن هذا وضوء لا يقبل الله الصلاه إلا به)(٢)، و صحيح حماد المتقدم محمول على خبره الآخر الذي خصَّ النكس بمسح القدمين ٣ فقط بل من المظنون قويا وحده الخبرين لاتحاد الراوى و المروى عنه، خصوصا أن أبا الحسن عليه السلام كما في خبر يونس جعل الأمر الموسع في خصوص القدمين فقط.

(١) الترتيب بين الأعضاء مما لا خلاف فيه للأخبار منها: خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (تابع بين الوضوء كما قال الله عز وجل)، ابدأ بالوجه ثم باليدين ثم امسح الرأس و الرجلين، و لا تقدمن شيئا بين يدي شيء تخالف ما أمرت به، فإن غسلت الذراع قبل الوجه فابدأ بالوجه و أعد على الذراع، و إن مسحت الرجل قبل الرأس فامسح على الرأس قبل الرجل ثم أعد على الرجل)(٣).

(٢) الموالاه في الوضوء واجبه و هي مما لا خلاف فيها، و إنما الخلاف في معناها على أقوال:

الأول: مراعاة الجفاف مطلقا فلو أخر متابعه الأعضاء على وجه لا يحصل معه جفاف فلا إثم و لا إبطال، نعم لو جفت الأعضاء السابقه بطل الوضوء و عليه الإعادة و إليه -

ص: ١٣٦

١- ((١ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ١٠، و الوارد في المتن قد زاده العلامة في المنتهى و الشهيد في الذكرى.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الوضوء حديث ١.

(بحيث لا يجف السابق) من الأعضاء (١) على العضو الذي هو فيه مطلقا (٢)، على أشهر الأقوال..

والمعتبر في الجفاف الحسي لا التقديري (٣)، -ذهب الأ-كثر، ويشهد له موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا توضأت بعض وضوءك و عرضت لك حازه حتى يبس وضوءك، فأعد وضوءك فإن الوضوء لا يبعض) (١) و صحيح معاويه: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: ربما توضأت فنغد الماء فدعوت الجارية فباطأت عليّ بالماء فيجف وضوءي، فقال عليه السّلام: أعد) ٢.

الثاني: وجوب المتابعه بين الأعضاء اختيارا بحيث إذا فرغ من عضو شرع في الآخر فإن أخلّ أثم و لا- يبطل الوضوء إلا مع الجفاف، و هو المحكى عن الخلاف و المعتبر و التحرير و مصباح السيد لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أتبع وضوءك بعضه بعضا) (٢) و خبر الحكم بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إن الوضوء يتبع بعضه بعضا) (٣) ، و لكن المراد من المتابعه هو الترتيب بين الأعضاء كما يشهد بذلك صدرهما، فالأخير هو: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل نسي من الوضوء الذراع و الرأس قال عليه السّلام: يعيد الوضوء إن الوضوء يتبع بعضه بعضا).

القول الثالث: مراعاة أحد الأمرين من التتابع و الجفاف، فلو تابع لا يبطل الوضوء و إن جفت الأعضاء، و لو لم تجف لا يبطل الوضوء و إن لم يتابع للجمع بين الأخبار السابقه، و هو المحكى عن الصدوق و جماعه من المتأخرين.

القول الرابع: المدار على جفاف العضو السابق لا- على جفاف جميع الأعضاء كما هو القول الأول و إليه ذهب السيد في الناصريات و ابن البراج في المهذب و جماعه لحمل أخبار الجفاف المتقدمه على جفاف العضو السابق فقط، و فيه: إن الظاهر من الأخبار المتقدمه جفاف جميع الأعضاء.

القول الخامس: لو جف بعض العضو السابق لبطل الوضوء و إليه ذهب ابن الجنيد، و هو مما لا دليل عليه، و المتعين الأول.

(١) أي كل سابق لا خصوص العضو السابق، و هذا هو مفاد القول الأول.

(٢) سواء تابع بين الأفعال أم لا.

(٣) بحيث لو كان الهواء رطبا و لم يتابع بين الأعضاء بحيث بقى البلل فلا يضرّ، و إن كان-

ص: ١٣٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الوضوء حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الوضوء حديث ٩.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الوضوء حديث ٦.

و لا فرق فيه (١) بين العاقد و الناسى و الجاهل (٢).

فى مستحبات الوضوء

(و سننه (٣) السواك) و هو ذلك الأسنان (٤) بعود، و خرقة، و إصبع، و نحوها (٥)، و أفضله الغصن الأخضر (٦)، و أكمله الأراك (٧)، و محله قبل غسل الوضوء الواجب و الندب (٨) - عدم التسابع موجبا لجفاف الأعضاء إذا كان الهواء حارا لأن المعتر هو الحسى الفعلى كما هو الظاهر من النصوص المتقدمه.

(١) فى الجفاف.

(٢) لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٣) أى سنن الوضوء، بلا- خلاف فىه ففى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و عليك بالسواك عند كل وضوء) (١).

(٤) قال فى المصباح: «سكت الشىء أسوكة سوكا إذا دلكته».

(٥) للإطلاق فى أكثر من خبر، بل صرح أكثر من خبر بوقوعه بغير الأراك لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: التسوك بالإبهام و المسبحة عند الوضوء سواك) (٢) و مرسل على بن إبراهيم: (أدنى السواك أن تدلكه بإصبعك) ٣.

(٦) استدلل الشهيد فى الذكرى على ذلك بمرسل الفقيه: (إن الكعبه شكت إلى الله ما تلقى من أنفاس المشركين فأوحى الله إليها قرى يا كعبه فإنى مبدلك بهم قوما يتنظفون بقضبان الشجر، فلما بعث الله نبيه محمدا صلّى الله عليه و آله و سلّم نزل عليه الروح الأمين جبرئيل عليه السّلام بالسواك) (٣) و فيه: إنه لا يدل على اعتبار الخضره و لذا قال الخونسارى فى حاشيته المشهوره: (لم أقف فيما رأينا على ما يدل على أفضلية الخضره لا فى الروايات و لا فى كلام الأصحاب).

(٧) لمرسل الطبرسى فى مكارم الأخلاق: (و كان صلّى الله عليه و آله و سلّم يستاك بالأراك، أمره بذلك جبرئيل عليه السّلام) (٤)، و لما فى رساله الذهبية لأبى الحسن الرضا عليه السّلام و قد كتبها للمأمون و فيها: (و اعلم يا أمير المؤمنين أن أجود ما استكت به ليف الأراك، فإنه يجلو الأسنان و يطيب النكهه و يشدّ اللثه و يسمنها، و هو نافع من الحفر إذا كان باعتدال ٦.

(٨) أى قبل الغسلات الواجبه فى الوضوء و المندوبه، و المضمضه تمثيل للمندوب، بل -

ص: ١٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السواك حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السواك حديث ٤ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السواك حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السواك حديث ٥ و ٦.

كالمضمضه، ولو أخره عنه أجزأ (١).

و اعلم أن السِّوَاك سنه مطلقا (٢)، ولكنه يتأكد في مواضع منها: الوضوء (٣) و الصلاة (٤)، -الظاهر أنه قبل غسل اليدين المستحب، ففي خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم كان إذا صلى العشاء الآخرة أمر بوضوئه و سواكه فوضع عند رأسه مخمرا فیرقد ما شاء الله، ثم يقوم فيستاك و يتوضأ و يصلی أربع ركعات، ثم یرقد ثم يقوم فيستاك و يتوضأ و يصلی، ثم قال: لقد كان لكم في رسول الله أسوه حسنه) (١).

و مرسله الصدوق عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا قمت من فراشك فانظر في أفق السماء و قل: الحمد لله - إلى أن قال -: و عليك بالسواك، فإن السواك في السحر قبل الوضوء من السنه ثم توضأ) ٢.

(١) لخبر المعلی بن خنيس: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السواك بعد الوضوء، فقال عليه السلام: الاستياك قبل أن يتوضأ، قلت: أ رأيت إن نسي حتى يتوضأ؟ قال: يستاك ثم يتمضمض ثلاث مرات) (٢).

(٢) أى مستحب في كل وقت للأمر به في الأخبار منها: خبر أبي أسامه عن أبي عبد الله عليه السلام: (من سنن المرسلين السواك) (٣) و خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: أوصاني جبرئيل بالسواك حتى خفت على أسناني) ٥ و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السلام: (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم ما زال جبرئيل يوصيني بالسواك حتى ظننت أنه سيجعله فريضه) ٦ و قال في مفتاح الكرامه:

«استحباب السواك في الجملة مجمع عليه كما في الخلاف و المنتهى و التذكرة و الذكرى و غيرها، و به قال جميع الفقهاء إلا داود فإنه أوجه».

(٣) و قد تقدم الدليل عليه.

(٤) لخبر محمد بن مروان عن أبي جعفر عليه السلام: (في وصيه النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم لعلي عليه السلام:

قال: عليك بالسواك لكل صلاه) (٤) و خبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عليه السلام: (ركعتان بالسواك أفضل من سبعين ركعه بغير سواك) ٨ و في الخبر: (قال -

ص: ١٣٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السواك حديث ١ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السواك حديث ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السواك حديث ٢ و ١٥ و ١٦.

٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب السواك حديث ١ و ٢ و ٣.

وقراءه القرآن (١)، و اصفرار الأسنان (٢) و غيره (٣).

(و التسمية) (٤) و صورتها: «بسم الله و بالله»، و يستحب إتباعها بقوله: «اللهم -رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لو لا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك مع كل صلاة»(١).

(١) للأخبار منها: خبر إسماعيل بن أبان الخياط عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: نظفوا طريق القرآن، قيل: يا رسول الله و ما طريق القرآن؟ قال: أفواهكم، قيل:

بما ذا؟ قال: بالسواك)(٢) و مرسل الصدوق: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن أفواهكم طرق القرآن فطهروها بالسواك)٣.

(٢) للأخبار منها: خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (في السواك اثنتا عشرة خصله:

هو من السنه و مطهره للغم، و مجلاه للبصر و يرضى الرب، و يذهب بالغم - بالبلغم -، و يزيد في الحفظ، و يبيض الأسنان و يضاعف الحسنات و يذهب بالحفر و يشد اللثة و يشهي الطعام و تفرح به الملائكة)(٣). و مثله غيره.

(٣) من شد اللثة و إزاله الحفر و إزاله البخر و غير ذلك مما تقدم في خبر ابن سنان.

(٤) فهي من سنن الوضوء و قال في مفتاح الكرامه: «هذا مذهب العلماء» و أوجها ابن حنبل و يدل عليها أخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (يا أبا محمد من توضأ فذكر اسم الله طهر جميع جسده، و من لم يسم لم يطهر من جسده إلا ما أصابه الماء)(٤) و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا سميت في الوضوء طهر جسدك كله، و إذا لم تسم لم يطهر من جسدك إلا ما مرّ عليه الماء)٦ و خبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام: (من ذكر اسم الله على وضوئه فكأنما اغتسل)٧.

و هي مستحبه عند وضع اليد في الماء لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا وضعت يدك في الماء فقل: بسم الله و بالله، اللهم اجعلني من التوابين و اجعلني من المتطهرين، فإذا فرغت فقل: الحمد لله رب العالمين)(٥) و لكن في حديث الخصال أن التسميه قبل وضع الماء على اليد عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (لا يتوضأ الرجل حتى يسمي يقول - قبل أن يمس الماء -: بسم الله و بالله، اللهم اجعلني من التوابين -

ص: ١٤٠

١- (١) المصدر السابق.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السواك حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السواك حديث ١٢.

٤- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الوضوء حديث ٤ و ٥ و ٩.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الوضوء حديث ٢ و ١٠.

اجعلنى من التّوّابين و اجعلنى من المتطهّرين» (١) و لو اقتصر على «بسم الله» أجزأ (٢)، و لو نسيها ابتداء تداركها حيث ذكر، قبل الفراغ (٣) كالأكل (٤)، و كذا لو تركها عمدا (٥).

(و غسل اليدين) (٦) من الزّنين (٧) (مرّتين) من حدث النوم و البول - و اجعلنى من المتطهّرين، فإذا فرغ من طهوره قال: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله صلى الله عليه و آله و سلّم، فعندها يستحق المغفرة) (٨).

(١) كما فى الأخبار المتقدمة.

(٢) لما ورد فى أكثر من خبر من الأمر بالتسميه و هى مطلقه.

(٣) لأن ذكر الله حسن على كل حال.

(٤) فى خبر العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا توضأ أحدكم و لم يسمّ كان للشيطان فى وضوئه شرك، و إن أكل أو شرب أو لبس، و كل شىء صنعه ينبغى له أن يسمّى عليه فإن لم يفعل كان للشيطان فيه شرك) (٩).

(٥) فيستحب أن يأتى بها فى الأثناء لأن ذكر الله حسن على كل حال.

(٦) يستحب غسل اليدين من الزنين قبل الاعتراف من الإناء للوضوء مره للنوم و البول و مرتين للغائط على المشهور لصحيح الحلبي: (سألته عن الوضوء كم يفرغ الرجل على يده اليمنى قبل أن يدخلها فى الإناء؟ قال: واحده من حدث البول و اثنتان من حدث الغائط و ثلاثا من الجنابه) (١٠) و فى صحيح حريز عن أبى جعفر عليه السّلام: (يغسل الرجل يده من النوم مره و من الغائط و البول مرتين و من الجنابه ثلاثا) ٤، و الحكم بالمرتين فى البول و الغائط فى صحيح حريز مبنى على ما لو كان محدثا بالبول و الغائط معا و إلا فلو كان محدثا بالبول فقط فمره لصحيح الحلبي المتقدم، و لم يخالف فى الحكم المذكور إلا الشهيد فى اللمعه و النفلية، ففى اللمعه أطلق المرتين و فى النفلية أطلق المره، و قال فى الجواهر: (و هو مع عدم دليل عليه بالنسبه للنوم فى الأول و للغائط فى الثانى ضعيف لمخالفته لما سمعته من الأدله).

(٧) نسبه فى الحدائق إلى الأصحاب و الروايات خاليه عن هذا التحديد، و لذا قال فى -

ص: ١٤١

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الوضوء حديث ١٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوضوء حديث ١ و ٢.

و الغائط (١)، لا من مطلق الحدث كالريح (٢) على المشهور (٣). و قيل: من الأولين مره (٤)، و به قطع فى الذكرى، و قيل: مره فى الجميع (٥)، و اختاره المصنف فى النفلية، و نسب التفصيل إلى المشهور و هو الأقوى، و لو اجتمعت الأسباب تداخلت إن تساوت، و إلا- دخل الأقل تحت الأ-كثر. و ليكن الغسل (قبل إدخالهما الإناء) (٦) الذى يمكن الاعتراف منه، لدفع النجاسه الوهميه (٧)، أو تعبدا (٨). و لا- يعتبر كون الماء قليلا (٩) لإطلاق النص، خلافا للعلامه حيث -الجواهر: «و لعل ما سمعت من الإجماعات المنقوله تكفى فى الدلاله على استحباب ما ذكره الأصحاب من غسل اليدين و إلا فاستفادته من الروايات لا يخلو من تأمل».

و فى المدارك تبعا للنفلية و جامع المقاصد أن غسلهما من المرفقين لما ورد من غسل اليدين كذلك من حدث الجنابه ففى خبر ابن أبى نصر: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن غسل الجنابه فقال: تغسل يديك اليمنى من المرفقين إلى أصابعك) (١) الحديث و مثله غيره، و لعل هذا مختص بالجنابه دون الوضوء.

(١) و هذا ما انفرد به المصنف هنا.

(٢) اقتصارا على مورد النص، و إجراء الحكم على الريح قياس لا نقول به.

(٣) قيد من الزندين.

(٤) و هو قول المشهور ما عدا الشهيد.

(٥) و هو قول المصنف فى النفلية.

(٦) كما هو مورد النص المتقدم.

(٧) كما عن العلامه فى النهايه و يشهد له خبر عبد الكريم بن عتبه الهاشمى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل - إلى أن قال -: قلت: فإن استيقظ من نومه و لم يبيل، أ يدخل يده فى وضوئه قبل أن يغسلها؟ قال: لا، لأنه لا يدرى حيث باتت يده فليغسلها) (٢) و عليه فلو كان الغسل للنجاسه المتوهمه فلا استحباب عند الاعتراف من الماء الكثير لأنها ستطهر بمجرد الملاقاه على فرض نجاستها.

(٨) كما عن العلامه فى المنتهى و جماعه بل نسب إلى فتوى الأصحاب، و عليه فاستحباب الغسل ثابت للأمر به فى الأخبار سواء كان الماء قليلا أم كثيرا.

(٩) يشكل عليه بأنه بعد ما تردد فى العله لا- يحسن منه الجزم بعدم الاعتبار لأن الغسل إذا كان للنجاسه الموهومه فلا يعتبر إذا كان الماء كثيرا.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

اعتبره (١).

(و المضمضه) و هى إدخال الماء الفم، و إدارته فيه (و الاستنشاق) و هو جذب به إلى داخل الأنف (٢) (و تليثهما) (٣) بأن يفعل كل واحد منهما ثلاثا، و لو بغرفته (١) فالعلامه فى المنتهى اعتبر كون استحباب الغسل إذا كان الماء قليلا، و العجب منه أنه جعل الغسل تعديا و هذا لا يفرق فيه بين القليل و الكثير.

(٢) لا- بد من الرجوع إلى العرف فى تحديد معنى المضمضه و الاستنشاق، بعد ما لم يرد من الشارع لهما تحديد خاص، فالمضمضه كما عن أكثر من واحد هى إداره الماء فى الفم، نعم قال الشارح فى الروض عنها: «أن يدير الماء فى فيه إلى أقصى الحنك و وجهى الأسنان و اللثات ممرا مسبحة و إبهامه عليها لإزاله ما هنالك من الأذى» و قال فى الجواهر: «الظاهر أنه لا يعتبر إداره الماء فى جميع الفم».

و فى التذكرة و الذكري اشتراط مسح الماء فى المضمضه مع أنه عرفا لا يشترط ذلك فلو بعله بعد الإداره فقد امتثل كما عليه جماعه.

و أما الاستنشاق فهو اجتذاب الماء بالأنف و لا يشترط فيه الاستنشاق كما وقع من بعضهم.

ثم إنهما من سنن الوضوء و مستحباته للأخبار منها: خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (المضمضه و الاستنشاق مما سنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (١) و موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المضمضه و الاستنشاق قال: هما من الوضوء فإن نسيتهما فلا تعد) ٢.

و ذهب ابن أبى عقيل إلى أنهما ليس بفرض و لا- سنه لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (ليس المضمضه و الاستنشاق فريضه و لا سنه، إنما عليك أن تغسل ما ظهر) ٣.

و عن ابن أبى ليلى و إسحاق من العامه أنهما واجبان فى الغسل و الوضوء، و عن أبى حنيفه و الثورى أنهما واجبان فى الغسل مسنونان فى الوضوء، و عن أحمد بن حنبل أن الاستنشاق واجب فيهما دون المضمضه.

(٣) المضمضه و الاستنشاق مستحبان مره للإطلاقات السابقه، و تليثهما مستحب فهو مستحب فى مستحب و يدل عليه خبر أبى إسحاق الهمداني عن أمير المؤمنين عليه السلام فى عهده لمحمد بن أبى بكر لما ولاه مصرا قال: (و انظر إلى الوضوء فإنه من تمام-

ص: ١٤٣

واحد، و بثلاث أفضل، و كذا يستحبّ تقديم المضمضه أجمع على الاستنشاق (١)، و العطف بالواو لا يقتضيه (و ثنيه الغسلات) (٢) الثلاث بعد تمام -الصلاه تمضمض ثلاث مرات، و استنشق ثلاثاً(١).

و كون التثليث بثلاث غرف فقد قال عنه في الجواهر: «لم أقف له على مستند»، و من هنا ذهب بعضهم إلى كون التثليث بغرفه واحده.

(١) كما عن جماعه، و استقرب العلامه في النهايه جواز الجمع بينهما بأن يتمضمض ثم يستنشق مره و هكذا ثلاثاً، لأن العطف بالواو الوارد في الأخبار لا يفيد الترتيب.

(٢) المراد من الغسلات غسل الوجه و اليدين و لذا جمعت الغسله، ثم الواجب من الغسلات مره واحده و نسبه في المنتهى إلى علماء الأمصار إلا- ما نقل عن الأوزاعي و سعيد بن المسيب من التثليث، و يدل على المدعى إطلاق الأمر بالغسل في الآيه و الأخبار الكثيره و هو يتحقق بالمره الواحده مضافاً إلى النصوص منها: خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام الوارد في بيان وضوء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم: (ثم غرف ملأها ماء فوضعها على جبهته ثم قال: بسم الله، و سدله على أطراف لحيته، ثم أمرّ يده على وجهه و ظاهر جبهته مره واحده، ثم غمس يده اليسرى فغرف بها ملأها ثم وضعه على مرفقه اليمنى فأمرّ كفه على ساعده حتى جرى الماء على أطراف أصابعه، ثم غرف بيمينه ملأها فوضعه على مرفقه اليسرى فأمرّ كفه على ساعده حتى جرى الماء على أطراف أصابعه و مسح مقدم رأسه و ظهر قدميه)(٢) الحديث.

نعم الغسله الثانيه مستحبه على المشهور شهره عظيمه للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (الوضوء مثني مثني، من زاد لم يوجر عليه)(٣) و مرسل أبي جعفر الأحول عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فرض الله الوضوء واحده واحده، و وضع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم: للناس اثنتين اثنتين)(٤) و مرسل عمرو بن أبي المقدام عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إنى لأعجب ممن يرغب أن يتوضأ اثنتين اثنتين، و قد توضأ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم اثنتين اثنتين)٥.

و ذهب الصدوق و الكليني و البرنظي أنه ما زاد عن الواحد لا يؤجر عليه، و اختاره-

ص: ١٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ١٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ٥.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ١٥ و ١٦.

الغسله الأولى (١) في المشهور (٢)، و أنكرها الصدوق. (و الدعاء عند كل فعل) من الأفعال الواجبه و المستحبه المتقدمه بالمأثور (٣).

-الفاضل الهندي، و يدل لهم مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: (الوضوء واحده فرض، و اثنتان لا يؤجر، و الثالثه بدعه) (١) و خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: (اعلم أن الفضل في واحده و من زاد على الاثنتين لم يؤجر) ٢.

و الثاني غير دال على مدعاهم، بل هو على جواز الثنتين أدل، و الأول محمول على عدم الأجر إذا اعتقد وجوب الثنتين كما في خبر عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: (من لم يستيقن أن واحده من الوضوء تجزيه لم يؤجر على الثنتين) ٣.

نعم الغسله الثالثه بدعه بل هي محرمة لمرسل ابن أبي عمير المتقدم (و الثالثه بدعه) ٤، و لخبر داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام: (توضأ مثنى مثنى و لا تزدن عليه فإنك إن زدت عليه فلا صلاه لك) (٢) و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (من تعدى في الوضوء كان كناقصه) (٣).

و عن ابن الجنيد أن الثالثه زياده غير محتاج إليها و عن ابن أبي عقيل أنه لا يؤجر عليها، و عن المفيد أنها تكلف، و كلامهم غير ظاهر في تحريمها و الأخبار السابقه ظاهره في التحريم.

ثم إن المراد من التثنيه أو التثليث هو الغسله الثانيه بعد إتمام الغسله الأولى أما الغرفه فلا، بحيث لو تحقق الغسل الأول بغرفتين لكان غسله واحده و يشهد له حديث زراره و بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: (أصلحك الله فالغرفه الواحده تجزي للوجه و غرفه للذراع؟ فقال عليه السلام: نعم إذا بالغت فيها، و اثنتان تأتيان على ذلك كله) (٤).

(١) لثلاثا يتوهم أن الاستحباب للغرفه الثانيه.

(٢) قيد للتثنيه.

(٣) كما في روايه عبد الرحمن بن كثير الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: (بيننا أمير المؤمنين عليه السلام ذات يوم جالس مع محمد بن الحنفية إذ قال له: يا محمد آتني بإناء من ماء أتوضأ للصلاه فأتاه محمد بالماء فأكفاه فصبّه بيده اليسرى على يده اليمنى ثم -

ص: ١٤٥

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ٣ و ٢٧ و ٤ و ٣.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ٢٤.

٤- (٧) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

(و بدأه الرّجل) فى غسل اليدين (بالظهر و فى) الغسله (الثانيه بالبطن، عكس المرأه). فإن السنه لها البدأه بالبطن، و الختم بالظهر - كذا ذكره الشيخ و تبعه عليه المصنف هنا و جماعه (١)، و الموجود فى النصوص بدأه الرجل بظهر الذراع، و المرأه بباطنه، من غير فرق فيهما بين الغسلتين و عليه الأكثر (٢)، (و يتخيّر الخنثى) (٣) بين البدأه بالظهر و البطن على المشهور (٤) و بين الوظيفتين على المذكور (٥).

قال: بسم الله و بالله و الحمد لله الذى جعل الماء طهورا و لم يجعله نجسا، ثم استنجى فقال: اللهم حصّن فرجى و أعفه و استر عورتى و حرمنى على النار، قال: ثم تمضمض فقال: اللهم لقنى حجتى يوم ألقاك و أطلق لسانى بذكراك، ثم استنشق فقال: اللهم لا- تحرم علىّ ريح الجنه و اجعلنى ممن يشمّ ريحها و روحها و طيبها، قال: ثم غسل وجهه فقال: اللهم بيّض وجهى يوم تسودّ فيه الوجوه و لا- تسود وجهى يوم تبيّض فيه الوجوه، ثم غسل يده اليمنى فقال: اللهم أعطنى كتابى بيمينى و الخلد فى الجنان بيسارى و حاسبنى حسابا يسيرا، ثم غسل يده اليسرى فقال: اللهم لا تعطنى كتابى بشمالى و لا تجعلها مغلوله إلى عنقى و أعوذ بك من مقطّعات النيران، ثم مسح رأسه فقال: اللهم غشّنى برحمتك و بركاتك و عفوك، ثم مسح رجليه فقال: اللهم ثبتنى على الصراط يوم تزلّ فيه الأقدام و اجعل سعى فيما يرضيك عنى، ثم رفع رأسه فنظر إلى محمد فقال: يا محمد من توفى مثل وضوئى و قال مثل قولى خلق الله له من كل قطره ملكا يقدره و يسبحه و يكبره فيكتب الله له ثواب ذلك إلى يوم القيامة(١).

(١) و اعترف أكثر من واحد بعدم الوقوف على مستند لهذا التفصيل.

(٢) يدل عليه الأخبار منها: خبر محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (فرض الله على النساء فى الوضوء للصلاه أن يتدثن بباطن أذرعهن، و فى الرجل بظاهر الذراع) و لفظ الفرض هنا محمول على الاستحباب اتفاقا كما عن المنتهى.

(٣) و التخيير عقلى.

(٤) أى قول الأكثر.

(٥) أى على قول المصنف.

ص: ١٤٦

في حكم الشاك في الوضوء

(و الشاك في) أي في الوضوء (في أثنائه يستأنف) (١) والمراد بالشك فيه نفسه في الأثناء الشك في نيته، لأنه إذا شك فيها فالأصل عدمها، ومع ذلك (٢) لا يعتد بما وقع من الأفعال بدونها، وبهذا صدق الشك فيه في أثنائه، وأما الشك في أنه هل توضأ أو هل شرع فيه أم لا؟ فلا يتصور تحققه في الأثناء.

وقد ذكر المصنف في مختصره (٣) الشك في النية في أثناء الوضوء وأنه يستأنف، ولم يعبر بالشك في الوضوء إلا هنا (٤). (و) الشاك فيه بالمعنى المذكور (٥) (بعده) أي بعد الفراغ (لا يلتفت) كما لو شك في غيرها من الأفعال (٦) (و) (١) إذا شك في جزء أو شرط من أجزاء الوضوء وشرائطه فلا يخلو إما أن يكون الشك في أثناء الوضوء وإما أن يكون بعد الفراغ منه.

فإن كان في الأثناء يرجع ويأتي بالمشكوك وبما بعده للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا كنت قاعدا على وضوئك فلم تدر أ غسلت ذراعيك أم لا، فأعد عليهما وعلى جميع ما شككت فيه أنك لم تغسله أو تمسحه مما سمي الله ما دمت في حال الوضوء، فإذا قمت عن الوضوء وفرغت منه وقد صرت في حال أخرى في الصلاة أو في غيرها فشككت في بعض ما سمي الله مما أوجب الله عليك فيه وضوئه لا شيء عليك فيه) (١) ومنه تعرف حكم الشك بعد الفراغ وأنه لا يعتنى.

ثم إن عبارته المصنف في المتن هي: والشاك فيه في أثنائه يستأنف، أي الشاك في الوضوء في أثناء الوضوء يستأنف، وهذه العبارة تحمل على أحد معنيين:

الأول: إنه لو شك في النية وهو في أثناء الوضوء فعليه الاستئناف.

الثاني: لو شك وهو في أثناء الوضوء أنه هل شرع في الوضوء أم لا فعليه الاستئناف، وباعتبار عدم معقولية المعنى الثاني لأنه إذا علم أنه في أثناء الوضوء فكيف يشك في شروعه في الوضوء، فلا بد من حمل عبارته المصنف على المعنى الأول.

(٢) أي ومع كون الأصل عدمها.

(٣) البيان والدروس.

(٤) أي اللمعه حيث عبر هناك عن الشك في النية بلفظها لا بلفظ الوضوء.

(٥) أي يكون المراد منه النية.

(٦) أفعال الوضوء.

ص: ١٤٧

الشاك (في البعض يأتي به) (١) أى بذلك البعض المشكوك فيه إذا وقع الشك (على حاله) أى حال الوضوء، بحيث لم يكن فرغ منه، وإن كان قد تجاوز ذلك البعض (إلا مع الجفاف) (٢). للأعضاء السابقة عليه (٣) (فيعيد) لفوات الموالاه. (و لو شك) فى بعضه (بعد انتقاله) عنه و فراغه منه (٤) (لا يلتفت) و الحكم منصوص متفق عليه.

الشاك فى الطهاره محدث

(و الشاك فى الطهاره) مع تيقن الحدث (محدث) (٥)، لأصالة عدم الطهاره، (و الشاك فى الحدث) مع تيقن الطهاره (متطهر) (٦) أخذنا بالمتيقن، (و الشاك فيهما) أى فى المتأخر منهما مع تيقن وقوعهما (محدث) (٧) لتكافؤ (١) أى بالبعض المشكوك و بما بعده من الأفعال.

(٢) لأنه مع الجفاف تفوته الموالاه و هى شرط فى صحه الوضوء.

(٣) أى على العضو المشكوك.

(٤) أى فراغه من الوضوء.

(٥) اتفاقى بل عن الأسترآبادى أنه من الضروريات، للاستصحاب.

(٦) اتفاقى أيضا للاستصحاب و لصحيح زراره: (فإن حرك إلى جنبه شىء و لم يعلم به؟ قال: لا، حتى يستيقن أنه قد نام حتى يجيء من ذلك أمر بين، و إلا- فإنه على يقين من وضوئه، و لا ينقض اليقين أبدا بالشك، و إنما تنقضه بيقين آخر) (١) و موثق بكير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا استيقنت أنك قد أحدثت فتوضأ، و إياك أن تحدث وضوءا أبدا حتى تستيقن أنك قد أحدثت) ٢.

(٧) من تيقن الأمرين من الحدث و الطهاره و شك فى المتقدم و المتأخر منهما يتطهر كما عليه الأكثر خصوصا المتقدمين كما فى المدارك، لتعارض أصالة تأخر الحدث عن الطهاره مع أصالة تأخر الطهاره عن الحدث فيتساقطان، و لا بد أن يتطهر حتى يحرز الطهاره.

و عن المعبر و جامع المقاصد أن هذا ثابت إذا جهل حاله السابقه على الحالتين، أما لو علم بها فيأخذ بضدها لأنه إذا كان متطهرا سابقا قبل الحالتين فقد وقع منه حدث و لا يدرى أن الطهاره بعد هذا الحدث أو قبله فيستصحب الحدث و إذا كان محدثا سابقا قبل الحالتين فقد وقع منه طهاره و لا يدرى أن الحدث كان قبلها أو بعدها-

ص: ١٤٨

الاحتمالين، إن لم يستفد من الاتحاد و التعاقب حكما آخر (١) هذا هو الأقوى و المشهور. و لا فرق بين أن يعلم حاله قبلهما بالطهارة، أو بالحدث، أو يشك.

و ربما قيل (٢) بأنه يأخذ مع علمه بحاله ضد ما علمه، لأنه إن كان متطهرا فقد علم نقض تلك الحاله و شك في ارتفاع الناقض، لجواز تعاقب الطهارتين، و إن كان محدثا فقد علم انتقاله عنه (٣) بالطهارة و شك في انتقاضها بالحدث، لجواز تعاقب الأحداث. و يشكل بأن المتيقن حينئذ ارتفاع الحدث السابق، أما اللاحق المتيقن وقوعه فلا (٤)، و جواز تعاقبه لمثله (٥) متكافئ (٦)، لتأخره عن -فتستصحب الطهارة.

و يشكل على هذا القول بأنه لو كانت الحاله السابقه على الحالتين هي الحدث فقد ارتفعت على كل حال لوقوع الطهارة فيما بعد، لكن استصحاب تأخر الطهارة المشكوك زمانها و المتيقن وقوعها لتكون الطهارة واقعه بعد تعاقب الأحداث معارض باستصحاب تأخر الحدث المشكوك زمانه و المتيقن وقوعه لتكون الطهارة واقعه بين حدثين، و لا مرجح في البين، و مثله يجرى فيما لو كانت الحاله السابقه هي الطهارة.

و ذهب العلامة في القواعد إلى أنه مع الجهل بالحاله السابقه على الحالتين فالحكم كما هو المشهور، و لو علم بالحاله السابقه على الحالتين فينبى عليها لا- على ضدها لأنه إذا كان متطهرا ثم وقعت الحالتان و لم يعلم المتقدم منها و المتأخر فتستصحب الطهارة الأولى للشك في ارتفاعها.

و لو كان محدثا ثم وقعت الحالتان من طهارة و حدث و شك في المتقدم فيستصحب الطهارة الأولى للشك في ارتفاعها.

و لو كان محدثا ثم وقعت الحالتان من طهارة و حدث و شك في المتقدم فيستصحب الحدث للشك في ارتفاعه.

و يشكل عليه بأن الحاله السابقه قد انتقضت على كل حال فكيف تستصحب مع القطع بارتفاعها.

(١) سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(٢) القائل هو المحقق الأول في المعبر و المحقق الثاني في جامع المقاصد.

(٣) أى انتقال الشاك عن الحدث.

(٤) فلم يعلم ارتفاعه.

(٥) أى تعاقب الحدث لمثله و تكون الطهارة بعد الحدثين و ذلك عند استصحاب تأخر الطهارة عن الحدث.

(٦) أى معارض باستصحاب الحدث عن الطهارة و تكون الطهارة واقعه بين الحدثين.

الطهاره، و لا مرجح (١).

نعم لو كان المتحقق طهاره رافعه (٢)، و قلنا بأن المجدد لا يرفع (٣)، أو قطع بعدمه (٤) توجه الحكم بالطهاره فى الأول (٥)، كما أنه لو علم عدم تعاقب الحدتين (٦) بحسب عاداته، أو فى هذه الصوره (٧) تحقق الحكم بالحدث فى الثانى (٨)، إلا أنه خارج عن موضع النزاع (٩)، بل ليس من حقيقه الشك فى شىء إلا بحسب ابتدائه (١٠). و بهذا يظهر ضعف القول باستصحاب الحاله السابقه (١) هذا إذا كانت الحاله السابقه هى الحدث، و مثله يجرى فيما لو كانت الحاله السابقه هى الطهاره.

(٢) استثناء صورتين عن محل النزاع، الأولى: ما لو كان متطهرا سابقا قبل الحالتين و علم أن الطهاره المشكوك زمانها هى رافعه للحدث، فيقطع بكونها واقعه عقيب الحدث و أنه متطهر فعلا.

و علمه بكونها رافعه ناشئ من اعتقاده أن الوضوء التجديدى غير رافع و كان لا يعتاد التجديد، أو ناشئ من عدم وقوع التجديدى منه فى هذا الفرض.

(٣) و لا بد من تقييده مع عدم اعتياده للتجديد كما فعل فى الروض، ثم النافع هو اعتقاده بذلك لا علمنا نحن.

(٤) أى بعدم التجديدى و هو إشاره إلى السبب الثانى للعلم بكون الطهاره رافعه.

(٥) أى الصوره الأولى و هى ما لو كان متطهرا سابقا قبل الحالتين.

(٦) الصوره الثانى المستثناه و حاصلها ما لو علم بكونه محدثا قبل الحالتين مع العلم بعدم تعاقب الحدتين بحسب عاداته فيعلم أن الطهاره قد وقعت بين الحدتين فلا بد من الحكم بكونه محدثا.

(٧) و إن لم يكن معتادا ذلك.

(٨) أى الصوره الثانى و هى ما لو كان محدثا سابقا قبل الحالتين.

(٩) و هو ما لو علم بالطهاره و الحدث و شك فى المتقدم و المتأخر، لأن الشك فى هذين الاستثناءين شك بدوى و قد زال بعد ما التفت إلى أن العاده أوجبت تقدم الحدث على الطهاره فى الصوره الأولى، و تقدم الطهاره على الحدث فى الصوره الثانى.

(١٠) و بعد هذا البيان تعرف معنى عبارته المتقدمه: إن لم يستفد من الاتحاد و التعاقب حكما آخر، فيعلم من الاتحاد أى استواء الحدث و الطهاره فى العدد كطهاره و حدث أو طهارتين و حدثين، و يعلم من التعاقب أى تعاقب الطهاره للحدث لعدم تعاقب الحدتين بحسب عاداته حكما آخر فيما لو علم بالحاله السابقه كما تقدم بيانه مفصلا.

مسائل: في التخلي و أحكامه

(مسائل):

(يجب على المتخلي ستر العوره) (٢) قبلا و دبرا (٣) عن ناظر محترم (٤)، (١) رد على قول العلامة المتقدم، و ظهر وجه البطلان لأن الحالة السابقة قد انتقضت على كل حال عند تعاقب الحالتين فلا بد من استصحاب ضدها فكيف يحكم باستصحابها.

(٢) بل يجب عليه ستر عورته في كل الأحوال عن الناظر المحترم للأخبار منها: ما في حديث المناهى عن أبى عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (إذا اغتسل احدكم في فضاء من الأرض فليحاذر على عورته) (١) و مرسل الصدوق: (سئل الصادق عليه السلام عن قول الله (عز و جل): قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ، فقال عليه السلام: كل ما كان في كتاب الله تعالى من ذكر حفظ الفرج فهو من الزنا إلا في هذا الموضع فإنه للحفظ من أن ينظر إليه) (٢) و رواه تحف العقول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (يا على، إياك و دخول الحمام بغير مئزر، ملعون ملعون الناظر و المنظور إليه) (٣). و عليه فيجب الستر و لو باليد.

(٣) العوره في الرجل القبل و الدبر و البيضتان، و في المرأة القبل و الدبر على المشهور، و يدل عليه مرسل الواسطي عن أبى الحسن الماضي عليه السلام: (العوره عورتان، القبل و الدبر، و الدبر مستور بالأليتين فإذا سترت القضيب و البيضتين فقد سترت العوره) (٤) و مرسل الكافي: (فأما الدبر فقد سترته الأليتان و أما القبل فاستره بيدك) ٥.

و عن المحقق الثاني إلحاق العجان بالعوره و لكن لا دليل عليه كما عن جماعه، و عن القاضي ابن البراج أن العوره ما بين السره و الركبه و يدل عليه خبر الحسين بن علوان:

(إذا زوج الرجل أمتة فلا ينظر إلى عورتها، و العوره ما بين السره إلى الركبه) (٥) و مثله غيره، و تحمل على الاستحباب و الأكملية جمعا بين الأخبار.

(٤) فيخرج الجماد و من ليس له بصر كالأعمى، و يخرج غير المميز و الحيوان، و ذلك لانصراف الأدله المتقدمه.

ص: ١٥١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الحمام حديث ٥.

٤- (٤) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحمام حديث ٢ و ٣.

٥- (٥) (٦) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٧.

(و ترك استقبال القبلة) بمقاديم بدنه (١)، (و دبرها) كذلك (٢) في البناء وغيره (٣)، -و كان عليه أن يستثنى أيضا الزوج و الزوجه و الأمه، ثم لا- فرق في الحرمه بين عوره المسلم و الكافر على المشهور، و ذهب الحر العاملي و جماعه إلى تخصيص الحرمه بعوره المسلم، أما عوره الكافر فيجوز النظر إليها لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (النظر إلى عوره من ليس بمسلم مثل نظر ك إلى عوره الحمار) (١) و نحوه مرسل الصدوق ٢، و هما مع ضعف السند مهجوران بين الأصحاب.

(١) أي ترك الاستقبال حال التخلي بمقاديم بدنه للأخبار منها: مرسل على بن إبراهيم:

(خرج أبو حنيفة من عند أبي عبد الله عليه السّلام و أبو الحسن موسى عليه السّلام قائم و هو غلام، فقال له أبو حنيفة: يا غلام، أين يضع الغريب ببلدكم؟ فقال عليه السّلام: أجتنب أفنيه المساجد و شطوط الأنهار و مساقط الثمار و منازل النّزال، و لا تستقبل القبلة بغائط و لا- بول، و ارفع ثوبك وضع حيث شئت) (٢) و مرفوعه محمد بن يحيى: (سئل أبو الحسن عليه السّلام ما حد الغائط؟ قال عليه السّلام: لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها، و لا تستقبل الريح و لا تستدبرها) ٤.

ثم المراد بمقاديم البدن هي اليدان و الصدر و البطن و الركبتان، و يظهر من المقداد في التنقيح أن المحرم هو الاستقبال بالفرج فقط دون بقيه الأعضاء، فمن بال مستقبلا و حرف ذكره عنها لم يكن به بأس اعتمادا على قوله عليه السّلام: (و لا تستقبل القبلة بغائط و لا- بول)، و فيه: إن المستفاد من بقيه النصوص النهي عن استقبال القبلة ببدن المتخلي، على أنه لا- يمكن أن يكون مستدبرا للقبلة ببدنه دون غائطه فالنهي عن استدبارها بغائطه نهى عن استدبارها ببدنه حال التغوط.

(٢) بمقاديم بدنه.

(٣) على المشهور لإطلاق النصوص المتقدمه، و خالف ابن الجنيد و المفيد و سلّار، فلم يتعرض الأول للاستدبار في الصحراء مع الحكم بكراهه الاستقبال في الصحراء و ذهب الثاني إلى جواز الاستقبال و الاستدبار في البناء إذا كان مقعد الحائط عليها، و حكم الثالث بكراهه الاستقبال و الاستدبار في البنيان، لخبر محمد بن إسماعيل: (دخلت على أبي الحسن الرضا عليه السّلام و في منزله كيف مستقبل القبلة، و سمعته يقول: من بال حذاء القبلة، ثم ذكر فانحرف عنها إجلالا- للقبلة و تعظيما لها لم يقم من مقعده-

ص: ١٥٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب آداب الحمام حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٢.

(و غسل البول بالماء) مرتين (١) كما مر، (و) كذا يجب غسل (الغائط) بالماء (مع) -ذلك حتى يغفر له (١) و فيه: إن بناء الكنيف مستقبل القبلة لا يعنى أن محل التغوط و كفيته تجوزان فى حال الاستقبال على أنه قضيه فى واقعه لا يمكن الاستدلال به، مع أن ذيله لو لم يدل على المنع فلا يدل على الجواز فى خصوص الأبنيه.

تنبيه: قال السيد الحكيم فى المستمسك نقلا- عن والده: «و إذا قد عرفت أن الشارع المقدس أمرك بالانحراف عن القبلة و تجنبها فى الحالتين تعظيما لها و إجلالا لقدرها لنسبتها إليه سبحانه، فإذا لم يرض جل جلاله بمواجهه بيته الحسى المركب من الأحجار و الأخشاب بالنجاسات مع ما بينها و بينه من المسافات، فكيف يرضى أن يكون بيته المعنوى و محل معرفته و فيوضاته و ينوع حكمته و موضع محبته ملطخا بأدناس المعاصى و أرجاس الكبائر؟»

كما قال الله (جل جلاله): لم تسعن سمائى و لا أرضى و لا عرشى و لا كرسى و لكن يسعنى قلب عبدى المؤمن، فجعل سبحانه قلب المؤمن أجلا و أوسع من العرش و الكرسي فينبغى لمن أراد الوقوف بين يدى الملك الجليل (جل جلاله) أن يطهر بيته الشريف بماء التوبه و يظهر الحياء منه حيث تركه قدرا نجسا، و لم يهيئه لحضوره و إقباله (جل جلاله) عليه» انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

(١) ينحصر التطهير من البول بالماء للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام:

(لا صلاه إلا بطهور، و يجزيك من الاستنجاء ثلاثه أحجار، بذلك جرت السنه من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أما البول فلا بدّ من غسله) (٢) و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا انقطعت درّه البول فصب الماء) (٣).

و أما كونه مرتين فهو المحكى عن الصدوق و الكركى و الشهيدين و جماعه للأخبار السابقه فى المطهرات، و لروايه نشيط بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته كم يجزى من الماء فى الاستنجاء من البول؟ فقال عليه السلام: مثلا ما على الحشفه من البلل) (٤) بناء على أن المراد بالمثلين الغسلتين.

و عن العلامه و جماعه أنه يكفى الغسل مره بمثل ما على الحشفه من البلل حملا للخبر-

ص: ١٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٥ و ٢.

(التعدّي) (١) للمخرج، بأن تجاوز حواشيه و إن لم يبلغ الألية،(و إلا-) أى و إن لم يتعدّ الغائط المخرج (فثلاثه أحجار) (٢) - المتقدم على ذلك مؤيدا بمرسل الكافي: (و روى أنه يجزى أن يغسله بمثله من الماء إذا كان على رأس الحشفه و غيره)(١).

(١) للأخبار منها: ما رواه الجمهور عن علي عليه السلام: (إنكم كنتم تبغرون بعرا و اليوم تلتطون ثلطا، فاتبعوا الماء الأحجار)(٢) و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (يجزى من الغائط المسح بالأحجار إذا لم يتجاوز محل العاده)٣.

و التعدى هو تجاوز الغائط محل المخرج، و خالف الشافعى حيث اكتفى بالأحجار و إن وصل إلى الأليتين و لا دليل له.

(٢) للأخبار منها: صحيح زراره المتقدم: (و يجزيك من الاستنجاء ثلاثه أحجار)(٣) و خبر بريد عن أبي جعفر عليه السلام: (يجزى من الغائط المسح بالأحجار)(٤) و موثق زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن التمسح بالأحجار فقال: كان الحسين بن علي عليهما السلام يمسح بثلاثه أحجار)(٥).

و على المشهور يجب المسح بالثلاثه و إن حصل النقاء بالأقل للأخبار المتقدمه، و ذهب جماعه منهم العلامه فى المختلف و ابنا زهره و حمزه و القاضى إلى الاكتفاء بما حصل به النقاء و إن كان واحدا لخبر يونس بن يعقوب: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الوضوء الذى افترضه الله على العباد لمن جاء من الغائط أو بال، قال عليه السلام: يغسل ذكره و يذهب الغائط)(٦) الحديث، و هو ظاهر بكفايه إذهاب الغائط و لو بحجر واحد و مثله غيره، مع حمل أخبار التثليث على الأفضليه أو على أن النقاء لا يحصل إلا بها غالبا.

و يجزى الماء للأخبار منها: خبر عمار: (إنما عليه أن يغسل ما ظهر منها)(٧) يعنى المقعده، و صحيح إبراهيم بن أبى محمود عن الرضا عليه السلام فى الاستنجاء: (يغسل -

ص: ١٥٤

١- (١) المصدر السابق.

٢- ((٢ و ٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٦ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٥.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢ و ١.

طاهره (١) جافه (٢) قالعه للنجاسه (٣) (أبكار) لم يستنج بها بحيث تنجست به، (أو بعد طهارتها) إن لم تكن أبكارا و تنجست. و لو لم تنجس - كالمكمله للعد بعد نقاء المحل - كفت من غير اعتبار الطهر (٤) (فصاعدا) عن الثلاثة (٥) إن لم يتق المحل بها (أو شبهها) (٦) من ثلاث خرق، أو خزفات، أو أعواد و نحو ذلك من - ما ظهر منه على الشرح (١).

و الغسل بالماء أفضل ففي صحيح هشام عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: يا معشر الأنصار، إن الله قد أحسن إليكم الثناء فما ذا تصنعون؟ قالوا: نستنجى بالماء) (٢).

و الجمع بينهما أكمل للمرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: (جرت السنه في الاستنجاء بثلاثة أحجار أبكار و يتبع بالماء) (٣).

(١) بلا خلاف للمرسل المتقدم: (بثلاثة أحجار أبكار).

(٢) لأنها إن كانت رطبه تنجس بمجرد الملاقاه قبل استعمالها مع أنه يشترط أن تكون طاهره قبل الاستعمال.

(٣) تحقيقا لمعنى الاستنجاء لأنه هو إزاله ما يبقى على المخرجين من أحد الخبثين.

(٤) لأنها طاهره فلا داعى لتطهيرها.

(٥) لأن الاستنجاء إن لم يتحقق بالثلاثة فلا بد من الزيادة حتى يذهب الغائط و يحصل النقاء.

(٦) أى شبه الحجاره، و هو كل جسم قالع للنجاسه لصحيح زراره: (كان يستنجى من البول ثلاث مرات و من الغائط بالمدرو و الخرق) (٤) و صحيحه الآخر: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: كان الحسين بن على عليهما السلام يتمسح من الغائط بالكرسف و لا يغسل) نعم يستثنى العظم و الروث لما فى خبر ليث المرادى عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن استنجاء الرجل بالعظم أو البعر أو العود، قال: أما العظم و الروث فطعام الجن، و ذلك مما اشترطوا على رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم فقال: لا يصلح بشىء من ذلك) (٥).

ص: ١٥٥

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٤.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢ و ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

الأجسام القالعه للنجاسه غير المحترمه (١). و يعتبر العدد فى ظاهر النص، و هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة، فلا- يجزى ذو الجهات الثلاث (٢). و قطع المصنف فى غير الكتاب بإجزائه، و يمكن إدخاله (٣) على مذهبه فى شبهها (٤).

و اعلم أن الماء مجز مطلقا (٥)، بل هو أفضل من الأحجار على تقدير إجزائها (٦). و ليس فى عبارته هنا ما يدل على إجزاء الماء فى غير المتعدى نعم يمكن استفادته من قوله سابقا الماء مطلقا (٧)، و لعله اجترأ به.

(و يستحبّ التباعد) عن الناس بحيث لا- يرى تأسييا بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم (٨)، فإنه (١) قال الشارح فى الروض: «المحترم أقسام، ما كتب عليه شىء من كلام الله تعالى أو العلم كالحديث و الفقه و التربه الحسينيه - إلى أن قال -: و من المحترم المطعوم لأن له حرمة تمنع من الاستهانه به».

(٢) لتقييد الأخبار بالثلاثة، و نسب الشارح فى الروض إلى الشهره الاكتفاء باستعمال الحجر الواحد من ثلاث جهات لأن الظاهر من المسح بثلاثة أحجار هو ثلاثة مسحات، و هى تتم باستعمال الحجر من جهاته الثلاثة و يؤيده النبوى: (إذا جلس أحدكم لحاجته فليمسح بثلاث مسحات) كما فى الجواهر، و هو غير موجود بحسب التتبع من طرقنا و لعله من طرق العامه، نعم ورد فى غوالى اللالكى عنه صلى الله عليه و آله و سلم: (و ليستنج بثلاث مسحات) (١) إلا- أنه محمول على أن ذلك بثلاثة أحجار لما تقدم و للنبوى الآخر الوارد فى الغوالى أيضا (و ليستنج بثلاثة أحجار أبكار ٢).

(٣) أى ذى الجهات الثلاث.

(٤) هنا فى اللمعه.

(٥) مع التعدى و غيره، و مع التعدى متعين و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) و ذلك عند عدم التعدى.

(٧) عند الكلام فى المطهرات.

(٨) و التباعد هو استتار الشخص بحيث لا- يرى و ذلك يتم إما بالابتعاد عن أعين الناظرين أو أن يلج حفيره أو يدخل بناء، و ذلك للأخبار منها: خبر حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال لقمان لابنه: إذا سافرت مع قوم فأكثر استشارتهم - إلى أن قال -: و إن -

ص: ١٥٦

لم ير قط على بول ولا غائط. (و الجمع بين المطهرين) (١) الماء والأحجار مقدما للأحجار في المتعدى وغيره (٢) مبالغه في التنزيه وإزالة العين والأثر على تقدير أجزاء الحجر، ويظهر من إطلاق المطهر (٣) استحباب عدد من الأحجار مطهر (٤)، و يمكن تأديه بدونيه (٥) لحصول الغرض.

(و ترك استقبال) جرم (النيرين) الشمس والقمر بالفرج (٦)، أما جهتهما فلا -أردت قضاء حاجتك فأبعد المذهب في الأرض (١) و للمرسل عن أبي عبد الله عليه السلام:

(من أتى الغائط فليستتر) ٢ و في شرح النفلية عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (أنه لم ير على بول ولا غائط) ٣.

(١) قد تقدم الكلام في الدليل، و الجمع لما في الأحجار من إزاله العين و ما في الماء من إزاله الرائحة.

(٢) الأكثر على تخصيص الجمع في غير المتعدى، و في المعبر الاستحباب و إن تعدى، و الأخبار ظاهره في غير المتعدى.

(٣) في عبارته المصنف حيث قال: و الجمع بين المطهرين.

(٤) و هو الثلاثة كما تقدم.

(٥) أى تأدى التطهير بدون العدد المخصوص و هو الثلاثة إذا حصل النقاء بالأقل لتحقق معنى الاستنجاء.

و فيه: إن الأخبار قد قيدته بالثلاثة فلا بد منها.

(٦) ذهب المشهور إلى كراهه استقبال النيرين بالفرج للأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن يستقبل الرجل الشمس والقمر بفرجه و هو يبول) (٢) و خبر عبد الله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم:

لا يبولن أحدكم و فرجه باد للقمر يستقبل به) ٥ و خبر الفقيه المروى عن أمير المؤمنين عليه السلام: (نهى أن يبول الرجل و فرجه باد للشمس أو القمر) ٦، و ذهب المفيد و الصدوق إلى الحرمة تمسكا بهذه الأخبار و المشهور حملوها على الكراهه.

و أما الاستدبار فقد ادعى فخر المحققين الإجماع على عدم كراهته و مال إليه في الذكرى و روض الجنان و جزم به سيد المدارك، و عن جماعه تعميم حكم الكراهه للاستدبار-

ص: ١٥٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٤ و ٣.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٢ و ٤.

بأس، و ترك استقبال (الرياح) و استدبارها بالبول و الغائط لإطلاق الخبر (١)، و من ثم (٢) أطلق المصنف، و إن قيد في غيره بالبول. (و تغطيه الرأس) (٣) إن كان -لمرسل الفقيه قال: (و في خبر آخر: لا تستقبل الهلال و لا تستدبره) (١) و يتم الحكم في الشمس لعدم الفصل.

ثم إن الكراهه لاستقبال عين الشمس و الفرج كما هو الظاهر من الأخبار، لا لجهه القمر و حمل القمر على جهته مجاز بحاجه إلى قرينه و هي مفقوده، و لذا يرتفع الحكم بالكراهه مع وجود الحائل مثل البناء و اليد و نحو ذلك.

(١) بل الأخبار منها: مرفوعه محمد بن يحيى: (سئل أبو الحسن عليه السلام ما حد الغائط؟ قال: لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها و لا تستقبل الريح و لا تستدبرها) (٢) و خبر الأربعمائه المروي في الخصال عن أمير المؤمنين عليه السلام: (لا يبولن أحدكم في سطح في الهواء - إلى أن قال -: و إذا بال أحدكم فلا يطمحن ببوله و لا يستقبل ببوله الريح) (٣).

و باعتبار أن الأخير اقتصر على البول في حال الاستقبال لذا قصر الشيخ و العلامه و المحقق الحكم بالكراهه على استقبال الريح بالبول فقط دون استدبارها و دون الغائط، مع أن مرفوعه ابن يحيى المتقدمه و غيرها تقتضى كراهه الاستقبال و الاستدبار للريح في حالتى البول و الغائط، و لذا قال في الجواهر: «و ما ذكرناه من روايه الخصال لا تقتضى التقييد و لو لم يكن الحكم مكروها لكان متابعه الأصحاب لازمه».

(٢) أى من إطلاق الخبر للبول و الغائط.

(٣) يستحب تغطيه الرأس لمرسل ابن أسباط عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان إذا دخل الكنيف يقنع رأسه و يقول سرا في نفسه: بسم الله و بالله) (٤) و في وصيه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأبى ذر عليه الرحمه: (يا أبا ذر، أستحي من الله فإني و الذى نفسى بيده لأظل حين أذهب إلى الغائط متقنعا بثوبى استحياء من الملكين اللذين معى) ٥.

و هذه الأخبار ظاهره فى التقنع، و القناع للوجه لا للرأس نعم ورد فى مقنعه الشيخ المفيد قوله: (إن تغطيه الرأس إن كان مكشوفاً عند التخلى سنه من سنن النبي صلى الله عليه و آله و سلم ٦، و ليأمن بذلك من عبث الشيطان و من وصول الرائحه الخبيثه إلى دماغه، و فيه إظهار الحياء من الله تعالى لكثرة نعمه على العبد و قله الشكر منه).

ص: ١٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٦.

٤- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢ و ٣ و ١.

مكشوفاً، حذراً من وصول الرائحة الخبيثة إلى دماغه، و روى التقنع معها (١) (و الدخول) بالرجل (اليسرى) (٢) إن كان بيناء، و إلا جعلها آخر ما يقدمه (و الخروج) بالرجل (اليمنى) كما وصفناه (٣) عكس المسجد.

(و الدعاء فى أحواله) (٤) التى ورد استحباب الدعاء فيها، و هى عند الدخول (٥)، و عند الفعل (٦)، و رؤيه الماء (٧)، (١) أى مع التغطيه، و قال فى روض الجنان: «و روى التقنع فوق العمامة أيضاً» و فيه: إن الموجود فى الأخبار هو التقنع و لم يرد النص فى التغطيه إلا فى المقنعه و لعله قد فهم الشيخ المفيد ذلك من أخبار التقنع.

(٢) و الخروج بالرجل اليمنى على المشهور كما فى المدارك، و لا دليل لهم و لذا قال فى المعتبر: «و لم أجد به حجه غير أن ما ذكره الشيخ و جماعه من الأصحاب حسن».

و علل للفرق بينه و بين المسجد فكما أن الدخول بالرجل اليمنى و الخروج باليسرى بالنسبه للمسجد و هو من المواضع الشريفه فيناسب الكنيف العكس.

(٣) فيخرج بالرجل اليمنى إذا كان بيناء و إلا كانت أول ما يقدمها.

(٤) أى أحوال التخلي.

(٥) ففى روايه أبى بصير عن أحدهما عليهما السّلام: (إذا دخلت الغائط فقل: أعوذ بالله من الرجس النجس الخبيث المخبث الشيطان الرجيم) (١) و مثله مرفوعه سعد بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام ٢، نعم فى روايه معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا دخلت المخرج فقل: بسم الله، اللهم إني أعوذ بك من الخبيث المخبث الرجس النجس الشيطان الرجيم) ٣ و فى مرسل. الصدوق عن على عليه السّلام: (كان إذا دخل الخلاء يقول: الحمد لله الحافظ المؤدى) ٤.

(٦) لمرسل الصدوق: (و إذا ترهر قال: اللهم كما أطعمتنيه طيباً فى عافيه فأخرجه منى خبيثاً فى عافيه) (٢).

(٧) لخير عبد الرحمن بن كثير الهاشمى: (بسم الله و بالله و الحمد لله الذى جعل الماء طهوراً و لم يجعله نجساً) (٣).

ص: ١٥٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الخلو حديث ٢ و ٨ و ١ و ٦.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الخلو حديث ٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الوضوء حديث ١.

و الاستنجاء (١)، و عند مسح بطنه (٢) إذا قام من موضعه، و عند الخروج (٣) بالمأثور. (و الاعتماد على) الرجل (اليسرى)، و فتح اليمنى (٤).

(و الاستبراء) (٥) و هو طلب براءة المحلّ من البول بالاجتهاد الذى هو مسح ما بين المقعده و أصل القضيب ثلاثا (٦)، (١) لخبر عبد الرحمن المتقدم: (ثم استنجى فقال: اللهم حصن فرجى و أعفه و استر عورتى و حرّمنى على النار) (١).

(٢) ففى مرسل الفقيه عن على عليه السّلام: (فإذا خرج مسح بطنه و قال: الحمد لله الذى أخرج عنى أذاه و أبقى فى قوته، فيا لها من نعمه لا يقدر القادرون قدرها) (٢).

(٣) ففى روايه القداح عن على عليه السّلام: (كان إذا خرج من الخلاء قال: الحمد لله الذى رزقنى لذته، و أبقى قوته فى جسدى، و أخرج عنى أذاه، يا لها نعمه ثلاثا) ٣.

(٤) كما ذكره جملة من الأصحاب كما فى الحدائق، و أسنده فى الذكرى إلى الروايه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلّم، و قال العلامة فى النهايه فى مقام تعليل الحكم: «لأنه عليه السّلام علّم أصحابه الاتكاء على اليسار».

(٥) ذهب الشيخ فى الاستبصار و ابن زهره إلى وجوبه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (رجل بال و لم يكن معه ماء، قال: يعصر أصل ذكره إلى طرفه ثلاث مرات و ينتر طرفه، فإن خرج بعد ذلك شىء فليس من البول) (٣) و خبر حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يبول قال: ينتره ثلاثا، ثم إن سال حتى بلغ الساق فلا يبالي) (٤).

و المشهور على أن الأمر فيهما للإرشاد إلى أن البلل الخارج المشتبه لا يعتنى به بعد الاستبراء.

(٦) و يدل عليه خبر نوادر الراوندى عن أبى الحسن الكاظم عليه السّلام: (من بال فليضع إصبعه الوسطى فى أصل العجان ثم ليسلها ثلاثا) (٥) و خبر عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يبول ثم يستنجى، ثم يجد بعد ذلك بللا، قال -

ص: ١٦٠

١- (١) المصدر السابق.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٦ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٣.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣.

ثم نثره ثلاثا (١)، ثم عصر الحشفه ثلاثا (٢). (والتنحج ثلاثا) (٣) حاله الاستبراء، نسبة المصنف في الذكرى إلى سائر، لعدم وقوفه على مأخذه (و الاستنجا باليسار) (٤) لأنها موضوعة للأدنى، كما أن اليمين للأعلى كالأكل والوضوء.

(و يكره باليمين) مع الاختيار (٥)، لأنه من الجفاء.

(و يكره البول قائما) (٦) حذرا من تخييل الشيطان (و مطمحا به) في الهواء -عليه السلام: إذا بال فخرط ما بين المقعده و الانثيين ثلاث مرات (١) الحديث.

(١) أي نثر القضيبي بمعنى مسحه من أصله إلى رأسه و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم المتقدم.

(٢) و يدل عليه خبر البخري المتقدم: (ينثره ثلاثا)، هذا مر في المنتهى أن الرجل و المرأه في ذلك سواء و هو مما لا دليل عليه و لذا قال في المستمسك: «غير ظاهر المراد و لا ظاهر المستند».

(٣) قبل الاستبراء كما في التذكرة و الدروس، و قال في الحقائق: «لم نقف فيه على خبر و لا في كلام القدماء على أثر».

(٤) بلا - خلافاً فيه للمرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يستنجي الرجل باليمين) (٢) و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (الاستنجا باليمين من الجفاء) ٣، و كذا الاستبراء للمرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا بال الرجل فلا يمسه ذكره بيمينه) ٤.

و عن المفيد و ابن البراج و العلامه تحريم الاستنجا باليمين لهذه الأخبار.

(٥) و مع عدمه يجوز للمرسل الصدوق: (الاستنجا باليمين من الجفاء و روى: لا بأس إذا كانت اليسار معتلة) (٣).

(٦) للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (من تخلى على قبر أو بال قائما، أو بال في ماء قائما، أو مشى في حذاء واحد، أو شرب قائما، أو خلا في بيته وحده و بات على غمر فأصابه شيء من الشيطان لم يدعه إلا أن يشاء الله، و أسرع ما يكون الشيطان إلى الإنسان و هو على بعض هذه الحالات) (٤) و المرسل حكم عن -

ص: ١٦١

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٢ و ٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٤ و ٥.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

للنهي عنه (١)، (و في الماء) جاريا و راكدا (٢) للتعليل في أخبار النهي بأن للماء أهلا فلا تؤذهم بذلك.

(و الحدث في الشارع) (٣) و هو الطريق المسلوك. (و المشرع) (٤) و هو طريق -أبي عبد الله عليه السّلام: (قلت له: أ يبول الرجل و هو قائم؟ قال: نعم، و لكن يتخوف عليه أن يلبس به الشيطان أي يخبله) (١) و مرسل الصدوق (البول قائما من غير عله من الجفاء) ٢.

(١) لخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: يكره للرجل أو ينهى الرجل أن يطمح ببوله من السطح في الهواء) (٢) و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: (نهى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يطمح الرجل ببوله من السطح، و من الشئ المرتفع في الهواء) ٤.

(٢) لمرسل حكم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قلت له: يبول الرجل في الماء؟ قال: نعم و لكن يتخوف عليه من الشيطان) (٣) و مرسل الصدوق: (و روى أن البول في الماء الراكد يورث النسيان) ٦ و خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: إنه نهى أن يبول الرجل في الماء الجارى إلا من ضروره و قال: إن للماء أهلا) (٤) و في حديث المناهي للصدوق عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: (و نهى أن يبول أحد في الماء الراكد فإنه يكون منه ذهاب العقل) ٨.

(٣) الشارع هو الطريق الأعظم كما في الصحاح، و المراد به الطريق النافذه كما عن جماعه و يدل عليه صحيح عاصم بن حميد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال رجل لعلى بن الحسين عليه السّلام أين يتوضأ الغبراء؟ قال: يتقى شطوط الأنهار و الطرق النافذه و تحت الأشجار المثمره و مواضع اللعن، ف قيل له: و أين مواضع اللعن؟ قال: أبواب الدور) (٥) و حديث المناهي: (نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يبول أحد تحت شجره مثمره أو على قارعه الطريق) ١٠.

(٤) لصحيح عاصم بن حميد المتقدم: (و يتقى شطوط الأنهار) و غيره.

ص: ١٦٢

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٧ و ٣.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٨ و ١.
- ٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢ و ٤.
- ٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٣ و ٥.
- ٥- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ١٠.

الماء للوارده (و الفناء) (١) بكسر الفاء، و هو ما امتدّ من جوانب الدار، و هو حريمها خارج المملوك منها (٢) (و الملعن) (٣) و هو مجمع الناس (٤)، أو منزلهم (٥)، أو قارعه الطريق (٦)، أو أبواب الدور (٧) (و تحت) الشجره (المثمره) (٨) و هي ما من شأنها أن تكون مثمره و إن لم تكن كذلك بالفعل (٩)، و محلّ الكراهه ما يمكن أن تبلغه الثمار عاده (١٠) و إن لم يكن تحتها. (و فيء النزال) (١١) و هو موضع الظلّ المعدّ لنزولهم، أو ما هو أعظم منه (١٢) كالمحل (١) لخبر عاصم بن حميد المتقدم: (أين مواضع اللعن؟ قال: أبواب الدور) و الفناء هو المتسع أمام الدار كما عن القاموس و النهايه الأثيريه.

(٢) أما المملوك فلا يجوز الحدث فيه لأنه تصرف في مال الغير فيحتاج إلى إذن المالك.

(٣) هو كل مكان يوجب اللعن.

(٤) كما عن جامع المقاصد و الذكري.

(٥) أي المكان المعدّ لنزولهم عند السفر.

(٦) لأن الحدث فيها موجب للعن الناس له.

(٧) كما في خبر عاصم المتقدم، و عمم الحكم لكل مكان يوجب اللعن لأنه لا خصوصيه لأبواب الدور إلا ذلك.

(٨) لخبر عاصم بن حميد المتقدم، و مثله غيره.

(٩) بناء على كون المشتق موضوعاً للأعم، و قد حرر في محله أنه موضوع لخصوص المتلبس.

(١٠) لمرفوعه على بن إبراهيم عند ما خرج أبو حنيفة و سأل أبا الحسن الكاظم - إلى أن قال -: (و مساقط الثمار) (١).

(١١) لخبر إبراهيم بن أبي زياد الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

ثلاث ملعون من فعلهن: المتغوط في ظل النزال، و المانع الماء المنتاب، و ساد الطريق المسلوكة) ٢ و خبر على بن إبراهيم:

(اجتنب أفنيه المساجد و شطوط الأنهار و مساقط الثمار و منازل النزال) ٣.

(١٢) من الظل.

ص: ١٦٣

الذى يرجعون إليه و ينزلون به من فاء يفيء إذا رجع (و الجحره) (١) بكسر الجيم ففتح الحاء و الراء المهملتين جمع «جحر» بالضم فالسكون، و هى بيوت الحشار.

(و السواك حالته) (٢)، روى أنه يورث البخر. (و الكلام إلا بذكر الله تعالى) (٣) (و الأكل و الشرب) (٤) لما فيه من المهانه، و للخبر.

(١) جمع جحر أى ثقب الحيوان فى الأرض لما روته العامه: (نهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم أن يبال فى الجحر) (١).

(٢) لخبر الحسن بن أشيم: (السواك فى الخلاء يورث البخر) (٢).

(٣) يكره الكلام حال التخلى للأخبار منها: حسنه صفوان عن أبى الحسن الرضا عليه السلام:

(نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يجيب الرجل آخر و هو على الغائط أو يكلمه حتى يفرغ) (٣) و خبر أبى بصير: (لا تتكلم على الخلاء فإن من تكلم على الخلاء لم تقض له حاجه) ٤.

و يستثنى منه ذكر الله لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا بأس بذكر الله و أنت تبول، فإن ذكر الله حسن على كل حال) (٤) و صحيح أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام:

(مكتوب فى التوراه التى لم تغير أن موسى سأل ربه فقال: إلهى إنه يأتى علىّ مجالس أعزك و أجلك أن أذكرك فيها، فقال: يا موسى إن ذكرى حسن على كل حال) ٦، و هناك موارد أخرى سيأتى الكلام عليها إن شاء الله تعالى.

(٤) و علل المحقق فى المعتبر ذلك بالمهانه فقال: «إنما كره الأكل و الشرب لما يتضمن من الاستقذار الدال على مهانه النفس» و يشعر به مرفوعه الصدوق: (دخل أبو جعفر الباقر عليه السلام الخلاء فوجد لقمه خبز فى القدر فأخذها و غسلها و دفعها إلى مملوك معه، فقال: تكون معك لآكلها إذا خرجت، فلما خرج قال عليه السلام للمملوك: أين اللقمه؟ فقال: أكلتها يا بن رسول الله، فقال عليه السلام: إنها ما استقرت فى جوف أحد إلا وجبت له الجنه فاذهب فأنت حر، فإنى أكره أن استخدم رجلا من أهل الجنه) (٥) و مثلها روايه عيون الأخبار عن الإمام السجاد عليه السلام ٨، و وجه الاستدلال أن تعليق الأكل على الخروج يشعر بمرجوحه الأكل فى تلك الحال.

ص: ١٦٤

١- (١) كنز العمال ج ٥ حديث ١٨٥٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢ و ١.

٥- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٢.

(و يجوز حكاية الأذان) (١) إذا سمعه، و لا سند له ظاهرا على المشهور، و ذكر الله لا يشملُه أجمع، لخروج الحيّعات منه، و من ثمّ حكاة المصنف في الذكري بقوله و قيل: (وقراه آية الكرسي) (٢)، و كذا مطلق حمد الله و شكره (٣) (١) لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (قال: يا محمد بن مسلم، لا تدعَنَّ ذكر الله على كل حال، و لو سمعت المنادي ينادى بالأذان و أنت على الخلاء فاذكر الله (عز و جل)

و قل كما يقول) (١) و خبر سليمان بن مقبل المدني: (قلت لأبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام: لأى عله يستحب للإنسان إذا سمع الأذان أن يقول كما يقول المؤذن و إن كان على البول و الغائط؟ فقال: لأن ذلك يزيد في الرزق) ٢.

و قال سيد المدارك: «و من هنا يظهر أن ما ذكره جدى (قدس سره) في روض الجنان من إبدال الحيّعات بالحوقله لكونها ليست ذكرا، و عدم النص على استحباب حكايته على الخصوص غير جيد» و نقول مثله هنا.

(٢) لخبر عمر بن يزيد: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التسيح في المخرج و قراءه القرآن، قال عليه السلام: لم يرخص في الكنيف أكثر من آية الكرسي و بحمد الله و آية الحمد لله رب العالمين) (٢).

و المراد بآية الكرسي الآية المشتملة على لفظ الكرسي إلى قوله تعالى: و هو العلى العظيم، و هو المقرر بحسب الرسم القرآنى المتعارف، و عن مجمع البيان أنها خمسون كلمه و ذلك لا ينطبق إلا عليها.

و عن ابن حمزه في الوسيله أنه لا يقرؤها إلا فيما بينه و بين نفسه لأنه يفوت شرف فضيلتها، و قال في الجواهر: «لم نقف له على مستند».

نعم في روايه الحلبي جواز مطلق القراءه في حال التخلي، و الخبر عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته أ تقرأ النفساء و الحائض و الجنب و الرجل يتغوط القرآن؟ قال عليه السلام:

يقراءون ما شاءوا) (٣) و لم يفت أحد بمضمونه فيحمل على بيان أصل الجواز لا على رفع الكراهه.

(٣) لخبر عمر بن يزيد المتقدم.

ص: ١٦٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٧.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٨.

و ذكره (١)، لأنه حسن على كل حال. (و للضرورة) (٢) كالتكلم لحاجه يخاف فوتها لو أخره إلى أن يفرغ.

و يستثنى أيضا الصلاة على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (٣) عند سماع ذكره، و الحمد له عند العطاس (٤) منه و من غيره (٥)، و هو من الذكر (٦) و ربما قيل باستحباب التسميت منه أيضا (٧) و لا يخفى وجوب ردّ السلام (٨) و إن كره السلام عليه (٩)، و في كراهه (١) لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا بأس بذكر الله و أنت تبول، فإن ذكر الله حسن على كل حال، فلا تسأم من ذكر الله) (١).

(٢) لما في الامتناع من الضرر و الحرج المنفيين.

(٣) لإطلاق الأخبار الآمره بالصلاه عليه عند سماع ذكره منها: خبر عبيد الله بن عبد الله عن رجل عن أبي جعفر عليه السّلام: (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من ذكرت عنده فلم يصلّ عليّ فلم يغفر الله له) (٢) و خبر عبد الله بن علي بن الحسين عليه السّلام عن أبيه عن جده: (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: البخيل حقا من ذكرت عنده فلم يصلّ عليّ) ٣.

(٤) لروايه مسعده بن صدقه عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام قال: (كان أبي يقول: إذا عطس أحدكم و هو على خلاء فليحمد الله في نفسه) (٣).

(٥) أى يستحب الحمد حال التخلي عند عطاس غيره، لأن الحمد ذكر الله و الذكر حسن على كل حال، و لم أجد من أفتى بذلك قبله.

(٦) أى الحمد عند عطاسه أو عطاس غيره.

(٧) قال العلامة في النهاية و المنتهى: «يستحب حمد العاطس و تسميته» أما الحمد فقد تقدم، و أما تسميت المتخلي للعاطس فقد اعترف أكثر من واحد بعدم وجود خبر يدل على ذلك، نعم استدل له بأن التسميت من جمله أفراد الذكر، و هو ليس منها واقعا و لذا منعه جماعه من الفقهاء.

(٨) لإطلاق أدلته الشامله للمتخلي.

(٩) لخبر مصدق بن صدقه عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام: (لا تسلموا على اليهود و لا النصرارى - إلى أن قال -: و لا على المصلّى، و ذلك لأن المصلّى لا يستطيع أن يردّ السلام، لأن التسليم من المسلم تطوع و الرد فريضه، و لا على آكل الربا و لا على -

ص: ١٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٢.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الذكر حديث ٣ و ٩.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الخلوه حديث ٩.

ردّه مع تأدّى الواجب يرد غيره وجهان (١).

و اعلم أن المراد بالجواز فى حكاية الأذان و ما فى معناه (٢) معناه الأعم (٣)، لأنه (٤) مستحب لا يستوى طرفاه، و المراد منه (٥) هنا الاستحباب (٦)، لأنه عباده (٧) لا تقع إلا راجحه و إن وقعت مكروهه (٨)، فكيف إذا انتفت الكراهه (٩).

—رجل جالس على غائط و لا على الذى فى الحمام(١).

(١) من أن الرد ليس بذكر الله مع أنه غير واجب عليه تعيينا فيبقى تحت كراهه الكلام للمتخلى، و من أنه واجب و إن كان كفاثيا فلا يتصف بالكراهه.

(٢) من الموارد المستثناه من كراهه الكلام للمتخلى.

(٣) أى ما ليس بحرام، لا المعنى الاخص و هو متساوى الطرفين.

(٤) أى المذكور من حكاية الأذان و ما فى معناه.

(٥) من الجواز بالمعنى الأعم.

(٦) و هو الدليل على إرادته الاستحباب من الجواز بالمعنى الأعم.

(٧) تعليل لكون المذكور السابق مستحبا.

(٨) بمعنى نقصان الثواب لا بمعنى المرجوحه.

(٩) فتكون هذه المذكورات مستحبه بدون نقصان.

ص: ١٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١.

في موجبات الغسل

(و موجبہ) (۲) سته (۳) (الجنابه) (۴) بفتح الجيم (و الحيض و الاستحاضه مع غمس القطنه)، سواء سال عنها أم لا، لأنه موجب حينئذ في الجملة (۵) (و النفاس (۶)، و مسّ الميت النجس (۷) في حال كونه (آدميا) (۸) فخرج الشهيد و المعصوم (۹)، (۱) بالضم اسم مصدر، و بالفتح مصدر.

(۲) أي سببه.

(۳) بلا خلاف فيه إلا من السيد حيث ذهب إلى استحباب غسل مسّ الميت، و زاد سلّار غسل من تعمد ترك صلاه الكسوف و قد انكسف القرص كله، و زاد بعضهم غسل من ذهب لرؤيه المصلوب بعد ثلاثه أيام.

(۴) مصدر جنب و أجنب و اجتنب، و هو في اللغه البعد و في الشرع البعد عن أحكام الطاهرين.

(۵) لأنه مع السيلان يتعدد الغسل و إلا فغسل كل يوم.

(۶) بكسر النون، و هو الولاده، و سميت بالنفاس لتنفس الرحم أو الولد أو لأن النفاس من النفس بمعنى الدم فالولاده مستلزمه لخروج الدم.

(۷) التقييد بالنجس ليخرج المعصوم و الشهيد الذي لا يجب غسله و الذي قدّم غسله قبل قتله فلا يوجب مسّه غسلًا.

(۸) ليخرج ميته الحيوانات.

(۹) لكونه طاهرا ميتا و حيا لآيه التطهير و لروايه الحسين بن عبيد: (كتبت إلى الصادق

و من تمّ غسله الصحيح (١) و إن كان متقدما على الموت، كمن قدّمه ليقتل فقتل بالسبب الذى اغتسل له، و خرج بالأدمى غيره من الميتات الحيوانيه، فإنها و إن كانت نجسه إلا أن مسّها لا يوجب غسلًا، بل هى كغيرها من النجاسات فى أصح القولين، و قيل: يجب غسل ما مسها و إن لم يكن يרטوبه (٢) (و الموت) المعهود شرعا (٣) و هو موت المسلم و من بحكمه غير الشهيد (٤).

فى غسل الجنابه

فى موجب الجنابه

(و موجب الجنابه) شيان: أحدهما (الإنزال) (٥) للمنى يقظه و نوما (و) -عليه السّلام هل اغتسل أمير المؤمنين عليه السّلام حين غسل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم عند موته؟ فأجابه: النبى صلى الله عليه و آله و سلّم طاهر مطهر، و لكن فعل أمير المؤمنين عليه السّلام و جرت به السنّه (١).

و المسأله قليله الجدوى لأنهم هم المكلفون بتغسيل بعضهم البعض، على أن هذا الفرع لم يذكره أحد قبل الشارح على ما نقله المحقق الخونسارى فى حاشيته.

(١) فيخرج الذى تم غسل بعض أعضائه، و يخرج أيضا الميمّم و لو عن بعض الأغسال فلذا قال الشارح فى روض الجنان: (و) خرج به - أى بالغسل الواجب - الميمّم و لو عن بعض الأغسال فيجب الغسل بمسه لفقد المطهر الحقيقى). و فيه: إن هذا على خلاف كون التيمم طهورا و لذا نقل عن كاشف الغطاء كفايه التيمم فى سقوط غسل مس الميت.

(٢) و القائل هو العلامه فى أكثر كتبه و سيأتى التّعرض له فى بحث غسل مس الميت.

(٣) أى الموت الذى حكم الشارع بكونه سببا للغسل، و هو موت المسلم و من بحكمه من أطفاله و مجانين المسلمين و من وجد فى بلاد المسلمين ميتا.

(٤) فيبقى المعصوم، فيجب غسله و لو تعبدا لأنه طاهر مطهر كما تقدم فى الخبر.

(٥) و المراد به مطلق الخروج سواء كان بدفق أم لا، و خروجه موجب للجنابه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عنبسه بن مصعب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان على عليه السّلام يقول: لا يرى فى شىء الغسل إلا فى الماء الأكبر) (٢) و خبر الحسين بن أبى العلاء عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان على عليه السّلام يقول: إنما الغسل من الماء الأكبر) (٣) و مرسل ابن -

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب غسل المس حديث ٧.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الجنابه حديث ١١ و ١٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الجنابه حديث ١.

-رباط عن أبى عبد الله عليه السّلام: (يخرج من الإحليل المنى و المذى و الودى و الودى، فأما المنى فهو الذى تسترخى له العظام و يفتر منه الجسد و فيه الغسل) (١).

و الأخبار مطلقه تشمل الإنزال حال اليقظه و النوم بالإضافة إلى نصوص منها خبر سماعه: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل ينام و لم ير فى نومه أنه احتلم فوجد فى ثوبه و على فخذة الماء، هل عليه غسل؟ قال: نعم) (٢).

كما لا فرق بين الرجل و المرأة على المشهور لأخبار منها: صحيح ابن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (عن الرجل يجامع المرأة فيما دون الفرج و تنزل المرأة، هل عليها غسل؟ قال عليه السّلام: نعم) (٣) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألت عن المرأة، ترى فى المنام ما يرى الرجل، قال: إن أنزلت فعليها الغسل و إن لم تنزل فليس عليها الغسل) (٤).

و ذهب الصدوق فى المقنع إلى عدم الغسل على المرأة إذا أنزلت لأخبار منها: صحيح ابن أذينة: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: المرأة تحتلم فى المنام فتتهريق الماء الأعظم، قال عليه السّلام: ليس عليها غسل) (٤) و صحيح عمر بن يزيد: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: فإن أمنت هى و لم يدخله؟ قال عليه السّلام: ليس عليها الغسل) (٥). و حملت عند المشهور على التقية أو ردها إلى أهلها.

هذا مع أننا نرى بالوجدان عدم وجود منى للمرأة كما ثبت ذلك علمياً، فلذا ذهب البعض إلى أن جنبه المرأة تتحقق بالشهوة، و قد عبّر عنها بالإنزال من باب المجاز لأن الشهوة عند الرجل مستلزمه للماء و يؤيده حديث سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألت عن رجل أجنب فاغتسل قبل أن يبول فخرج منه شىء، قال: يعيد الغسل، قلت: فالمرأة يخرج منها شىء بعد الغسل، قال: لا تعيد، قلت: فما الفرق فيما بينهما؟ قال: لأن ما يخرج من المرأة إنما هو من ماء الرجل) (٥).

(١) و إن لم ينزل، بلا خلاف فى كونها سبباً للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر -

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الجنابه حديث ١١ و ١٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الجنابه حديث ٣ و ٥.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الجنابه حديث ٢١ و ١٨.

٥- (٧) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الجنابه حديث ١.

و ما فى حكمتها (١) كقدرها من مقطوعها (قبلا (٢) أو دبرا) (٣) من آدمى (٤) و غيره (٥)، حيا و ميتا، فاعلا و قابلا، (أنزل) الماء (أو لا).

فى ما يحرم على الجنب

و متى حصلت الجنابه - عليه السّلام (جمع عمر بن الخطاب أصحاب النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و قال: ما تقولون فى الرجل يأتى أهله فيخالطها و لا ينزل؟ فقالت الأنصار: الماء من الماء، و قال المهاجرون: إذا التقى الختانان فقد وجب عليه الغسل، فقال عمر لعلّى عليه السّلام: ما تقول يا أبا الحسن؟ فقال على عليه السّلام: أ توجبون عليه الحد و الرجم و لا توجبون عليه صاعا من ماء، إذا التقى الختانان فقد وجب عليه الغسل، فقال عمر: القول ما قال المهاجرون و دعوا ما قالت الأنصار)(١).

و صحيح ابن بزيع: (سألت الرضا عليه السّلام عن الرجل يجامع المرأة قريبا من الفرج فلا ينزلان، متى يجب الغسل؟ فقال عليه السلام: إذا التقى الختانان فقد وجب الغسل، فقلت: التقاء الختانين هو غيبوبه الحشفه؟ قال عليه السلام: نعم)(٢).

(١) و هو مقدارها من مقطوع الحشفه، و قال فى مفتاح الكرامه: «إنه المعروف من مذهب الأصحاب»، و عن شرح الدروس: «الاتفاق عليه لظهور النصوص أن التقاء الختانين بغيبوبه الحشفه فى مقطوعها يكون الالتقاء بدخول مقدارها».

(٢) و هو القدر المتيقن من النصوص.

(٣) على المشهور و يدل عليه مرسل حفص بن سوجه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتى أهله من خلفها؟ قال عليه السلام: هو أحد المأئين، فيه الغسل)(٣).

و ذهب الشيخ و الصدوق و الكلينى و جماعه إلى العدم لمرفوعه البرقى عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أتى الرجل المرأة فى دبرها فلم ينزل فلا- غسل عليهما، و إن أنزل فعليه الغسل و لا غسل عليها)(٤) و مرسل ابن الحكم عنه عليه السّلام: (فى الرجل يأتى المرأة فى دبرها و هى صائمه؟ قال عليه السلام: لا ينقض صومها و ليس عليها غسل)٥.

(٤) متعلق بغيبوبه الحشفه.

(٥) غير آدمى و هو الحيوان، قال فى الجواهر: «أما لو كانت - أى الدابه - فاعله فلم أعرف أحدا من الأصحاب نصّ عليه عدا الشهيد الأول فى الذكرى، و الثانى فى -

ص: ١٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الجنابه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الجنابه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الجنابه حديث ٢ و ٣.

لمكِّف بأحد الأمرين تعلقت به الأحكام المذكورة (فيحرم عليه قراءة العزائم) (١) الأربع و أبعاضها حتى البسملة. و بعضها (٢) إذا قصدها لأحدها (٣). (و اللبث في المساجد) (٤) -الروضه، فإنه يظهر منهما تساوى الحكم في المقامين» ثم استظهر عدم الغسل لاستصحاب الطهاره.

(١) أى سور العزائم على المشهور و هى سور السجده و فضّلت و النجم و العلق للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (الحائض و الجنب هل يقرآن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم ما شاء إلا السجده) (١) و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (الجنب و الحائض يفتحان المصحف من وراء الثوب و يقرآن من القرآن ما شاء إلا السجده) ٢.

و الخبران نصا على آيه السجده لا على السوره المشتمله عليها، و لذا قال سيد المدارك: «و ليس فى هاتين الروايتين مع قصور سندهما دلالة على تحريم قراءة ما عدا نفس السجده، إلا أن الأصحاب قاطعون بتحريم السوره كلها و نقلوا عليه الإجماع».

و قال المحقق فى المعتبر: «يجوز للجنب و الحائض أن يقرأ ما شاء من القرآن إلا سور العزائم الأربع، و هى اقرأ باسم ربك و النجم و تنزيل السجده و حم السجده، روى ذلك البنزطى فى جامعه عن المثنى عن الحسن الصيقل عن أبى عبد الله عليه السّلام» (٢) و هو ظاهر فى وجود خبر يدل على تحريم السوره، فالأحوط تحريم السوره لذلك لا احتمال أن يكون المشهور قد اعتمد على هذا الخبر الواصل إليهم، و لم يصل إلينا.

(٢) أى بعض البسملة.

(٣) أى إذا قصد البسملة لإحدى العزائم.

(٤) على المشهور، و ذهب سلار إلى الكراهه، و مستند المشهور قوله تعالى: لا- تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَ أَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ، وَ لَا جُنْبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ (٣) و المراد بالنسبه للجنب مواضع الصلاه و هى المساجد بقريته قوله تعالى: إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ، و يؤيده ما فى مجمع البيان عن أبى جعفر عليه السّلام فى قوله تعالى: وَ لَا- جُنْبًا إِلَّا- عَابِرِي سَبِيلٍ (أن معناه: لا تقربوا مواضع الصلاه من المساجد و أنتم جنب إلا-

ص: ١٧٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ٤ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ١١.

٣- ((٤)) النساء الآية: ٤٣.

مطلقاً (١)، (و الجواز في المسجدين) (٢) الأعظمين بمكة و المدينة، (و وضع شيء فيها) (٣) أي في المساجد مطلقاً (٤)، و إن لم يستلزم الوضع اللَّبث بل لو طرحه من خارج، و يجوز الأخذ منها (٥). (و مسَّ خطَّ المصحف) (٦) و هو كلماته و حروفه - مجتازين (١).

و للأخبار منها: صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (عن الجنب يجلس في المساجد؟ قال: لا، و لكن يمرَّ فيها كلها إلا المسجد الحرام و مسجد الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ) (٢).

و اعتمد سلَّار على خبر محمد بن القاسم عن أبي الحسن عليه السَّلام (عن الجنب ينام في المسجد، فقال: يتوضأ و لا بأس أن ينام في المسجد و يمر فيه) ٣ و هو لا يعارض الأخبار المتقدمه لأنها أصح سنداً و أكثر عدداً.

(١) سواء كان مسجد الحرام أو مسجد الرسول أو غيرهما.

(٢) أي المرور في مسجد الحرام و مسجد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ للأخبار، و قد تقدم خبر صحيح جميل.

(٣) للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (عن الجنب و الحائض يتناولان من المسجد المتاع يكون فيه؟ قال عليه السَّلام: نعم، و لكن لا يضعان في المسجد شيئاً) (٣).

(٤) بلا فرق بين مسجد الحرام و مسجد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ و غيرهما.

(٥) لصحيح ابن سنان المتقدم و غيره.

(٦) على المشهور لقوله تعالى: لا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ (٤)، و للأخبار منها: خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السَّلام (المصحف لا تمسه على غير طهر، و لا جنباً، و لا تمس خطه و لا تعلقه، إن الله تعالى يقول: لا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ (٥)) و مرسل حريز عن أبي عبد الله عليه السَّلام أنه قال لابنه إسماعيل: (يا بني اقرأ المصحف، فقال: إني لست على وضوء، فقال عليه السَّلام: لا تمسَّ الكتابه و مس الورق فاقرأه) ٧، و ذهب ابن الجنيد إلى الكراهه، و إذا ثبت حرمة مسَّ المكتوب -

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ٢٠.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ٢ و ١٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٤- (٥) الوقعه الآيه: ٧٩.

٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الوضوء حديث ٣ و ٢.

المفردة، و ما قام مقامها كالشده و الهمزه، بجزء من بدنه (١) تحله الحياه.(أو اسم الله تعالى) (٢) مطلقا (٣)،(أو اسم النبي، أو أحد الأئمه عليهم السلام) (٤) المقصود بالكتابه (٥)، و لو على درهم أو دينار (٦) فى المشهور (٧).

فى ما يكره على الجنب

(و يكره له الأكل و الشرب (٨) -فتثبت الحرمة للحروف و التشديد و المدّ، و ألحق الإعراب أيضا لأنه مكتوب، و لكن قيل: إن الإعراب ليس من القرآن و لذا لم يكن فى المصاحف القديمه و إنما أول من وضعها أبو الأسود الدؤلى.

(١)فعن التذكرة اختصاصه بالكف لأن المس لا يكون إلا به، و عن جماعه اختصاص المس بما تحله الحياه، لأن الحدث من توابع الحياه فلا يتعلق بما لا تحله الحياه كالسن و الظفر، و ذهب ثالث إلى حرمة المس بكل الأجزاء لصدق المس عليها حقيقه.

(٢)لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا يمس الجنب درهما و لا دينارا عليه اسم الله) (١) نعم يعارضه خبر أبى الربيع عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الجنب يمس الدراهم و فيها اسم الله و اسم رسوله، قال عليه السّلام: لا بأس، ربما فعلت ذلك) ٢ و حمل على الضروره.

(٣)على الدرهم أو الدينار كما فى الروض، و فى المصحف و غيره كما عن سلطان العلماء، و سواء كان اسم علم أو غيره من الأسماء الحسنى كما عن بعض.

(٤)كما عليه المشهور و ادعى عليه الإجماع فى الغنيه، و استدل له بوجوب تعظيم شعائر الله، و عن المحقق فى المعتمد: (و لا أعرف المستند) و لذا خص الحكم باسم الله تعالى و تبعه على ذلك جماعه.

(٥)فلو كتب اسما و لم يقصد به النبى أو أحد الأئمه فيجوز حينئذ.

(٦)من الممكن إرجاعه إلى خصوص اسم النبى أو أحد الأئمه، و من الممكن إرجاعه إلى اسم الله و ما بعده، و الأولى أولى لأنه أطلق بعد اسم الله تعالى.

(٧)لاسم الله و اسم النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أو أحد الأئمه عليهم السلام.

(٨)لحديث المناهى: (نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عن الأكل على الجنابه و قال: إنه يورث الفقر) (٢) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يذوق الجنب شيئا حتى يغسل يديه و يتمضمض فإنه يخاف منه الوضع) ٤.

ص: ١٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الجنابه حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الجنابه حديث ٥ و ٢.

(حتى يتمضمض و يستنشق (١) أو يتوضأ (٢)، فإن أكل قبل ذلك خيف عليه البرص، و روى أنه يورث الفقر، و يتعدّد بتعدّد الأكل و الشرب مع التراخي عاده، لا مع الاتصال.

(و النوم إلا بعد الوضوء) (٣)، و غايته (٤) هنا إيقاع النوم على الوجه الكامل (٥)، و هو غير مبيح (٦)، إما لأن غايته الحدث أو لأن المبيح للجنب هو الغسل خاصة.

(و الخضاب) (٧) بحنّاء و غيره. و كذا يكره له أن يجنب و هو مختضب (٨).

(١) لخبر السكوني المتقدم، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (الجنب إذا أراد أن يأكل و يشرب غسل يده و تمضمض و غسل وجهه و أكل و شرب) (١). و في كلا الخبرين ترك الاستنشاق، نعم في الفقه الرضوي: (إذا أردت أن تأكل على جنابتك فاعسل يديك و تمضمض و استنشق ثم كل) (٢).

(٢) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا كان الرجل جنباً لم يأكل و لم يشرب حتى يتوضأ) (٣).

(٣) لموثق سماعه: (سألته عن الجنب يجنب ثم يريد النوم، قال: إن أحب أن يتوضأ فليفعل، و الغسل أحب إليّ و أفضل من ذلك، و إن هو نام و لم يتوضأ و لم يغتسل فليس عليه شيء إن شاء الله تعالى) (٤) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل أ ينبغي أن ينام و هو جنب؟ فقال: يكره ذلك حتى يتوضأ) ٥.

(٤) أي الوضوء.

(٥) من دون كراهه.

(٦) أي هذا الوضوء غير مبيح للصلاه.

(٧) لخبر كردين عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا يختضب الرجل و هو جنب، و لا يغتسل و هو مختضب) (٥) و هو مطلق يشمل الخضاب بحنّاء و غيره، و يشمل ما لو كان الخضاب لليد أو لغيرها.

(٨) لخبر كردين المتقدم و لخبر أبي سعيد: (قلت لأبي إبراهيم عليه السّلام: أ يختضب الرجل -

ص: ١٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الجنابه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الجنابه حديث ٤.

٤- (٤) (٥ و ٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الجنابه حديث ٦ و ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الجنابه حديث ٥.

(و قراءه ما زاد على سبع آيات) (١) فى جميع أوقات جنابته (٢) و هل يصدق العدد بالآيه المكرره سبعا؟ وجهان (٣)، (و الجواز فى المساجد) (٤) غير المسجدين، بأن يكون للمسجد بابان فيدخل من أحدهما و يخرج من الآخر (٥)، و فى صدقه بالواحد من غير مكث وجه. نعم ليس له التردد فى جوانبه (٦) بحيث يخرج عن المجتاز.

و هو جنب؟ قال: لا، قلت: فيجنب و هو مختضب؟ قال: لا، ثم سكت قليلا ثم قال:

يا أبا سعيد ألا أدلك على شيء تفعله؟ قلت: بلى، قال: إذا اختضبت بالحناء و أخذ الحناء مأخذه و بلغ فحينئذ فجامع (١) أى أثر لونه.

(١) على المشهور لموثق سماعه: (سألته عن الجنب هل يقرأ القرآن؟ قال: ما بينه و بين سبع آيات) (٢) و عن ظاهر المهذب و بعض المتقدمين حرمة الزيادة، و هو مردود لأنه قد تقدم ما يدل على جواز القراءة ما عدا العزائم و الجماع يقتضى الحكم بکراهه ما زاد عن السبع.

(٢) لأن المكره ما وقع زائدا عن السبع و إن كان متفرقا فى جميع أوقات جنابته.

(٣) من صدق السبع لو كرر الآيه الواحده سبع مرات، و من انصرف أخبار السبع إلى سبع آيات متميزات.

(٤) أى المرور فيها بحيث يدخل من باب، ففى صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن الجنب يجلس فى المساجد؟ قال عليه السلام: لا، و لكن يمرّ فيها كلها إلا المسجد الحرام و مسجد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم) (٢) و هو يدل على جواز المرور بدون كراهه، و قد اعترف المحقق الخونسارى فى حاشيته بعدم النص على الكراهه فقال:

(هذا مما لم نقف فيه على نص، و لم يذكره كثير من الأصحاب و منهم المصنف فى الدروس و علّله فى الذكرى بالتعظيم، و إثبات الحكم به لا يخلو عن إشكال، مع ورود روايات كثيره بجواز الجواز فى غير المسجدين من غير إشعار بالكراهه).

(٥) تحقيقا لصدق المرور و العبور.

(٦) لأنه لبث فى المسجد و ليس عبورا و مرورا.

ص: ١٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الجنابه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ٢.

(و واجبه النهى) (١) و هى القصد إلى فعله متقربا. و فى اعتبار الوجوب و الاستباحه، أو الرفع ما مَرَّ. (مقارنه) (٢) لجزء من الرأس و منه الرقبه (٣) إن كان مرتبا، و لجزء من البدن إن كان مرتسا، بحيث يتبعه الباقي (٤) بغير مهله (٥) (و غسل الرأس و الرقبه) أولا (٦) و لا- ترتيب بينهما، لأنهما فيه (٧) عضو واحد، و لا- ترتيب فى نفس أعضاء الغسل (٨)، بل بينها (٩) (١) قد عرفت أن النهى هى القصد مع التقرب، و ما زاد ليس من ماهيتها.

(٢) بناء على كونها إخطاريه و قد عرفت أنها على نحو الداعى لا تنفك عن العمل من أوله إلى آخره.

(٣) أى من الرأس، و يدل عليه صحيح زراره: (كيف يغتسل الجنب؟ فقال: إن لم يكن أصاب كفه شىء غمسها فى الماء ثم بدأ بفرجه فأنقاه بثلاث غرف، ثم صبَّ على رأسه ثلاث أكف، ثم صبَّ على منكبه الأيمن مرتين و على منكبه الأيسر مرتين، فما جرى عليه الماء فقد أجزأه) (١) فالصب على المنكب بعد الرأس ظاهر فى كون الرقبه من الرأس.

و عن الحلبي غسل الرقبه مع البدن فنصفها الأيمن مع الجانب الأيمن، و الأيسر مع الأيسر لعدم صدق الرأس على الرقبه، و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السَّلام: (عن غسل الجنابه؟ فقال: تصب على يديك الماء فتغسل كفيك، ثم تدخل يدك فتغسل فرجك ثم تمضمض و تستنشق و تصبَّ الماء على رأسك ثلاث مرات و تغسل وجهك و تفيض على جسدك الماء) (٢) الظاهر بعدم دخول الوجه فى الرأس فيدل على عدم دخول ما تحته و هو الرقبه.

(٤) أى يتبع الجزء المقارن للنهى.

(٥) و إلا لا يكون الغسل ارتماسيا.

(٦) و قد تقدم الكلام فيه.

(٧) فى الغسل.

(٨) فلا- يجب الابتداء من الأعلى كما عليه المشهور، و عن الحلبي وجوب الابتداء من الأعلى، و ظاهر الأخبار يدل على قول المشهور.

(٩) أى أن الترتيب واجب بين الأعضاء لا فى نفس الأعضاء، فيجب تقديم الرأس ثم-

ص: ١٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٩.

كأعضاء مسح الوضوء (١)، بخلاف أعضاء غسله (٢) فإنه فيها و بينها (٣) ثم غسل الجانب (الأيمن ثم الأيسر) كما وصفناه (٤)، و العوره تابعه للجانبين (٥)، و يجب -الأيمن ثم الأيسر و يدل عليه صحيح زراره المتقدم حيث عطف بتم، و هى تفيد الترتيب.

و عن جماعه أن الترتيب واجب بين الرأس و البدن للعطف بتم فى صحيح زراره، و أما بين الجانبين فلا، لأن العطف بينهما فى صحيح زراره بالواو و هى لا تفيد الترتيب بل لمطلق الجمع.

و يرد ما ورد عن العامه: (كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم إذا اغتسل بدأ بالشق الأيمن ثم الأيسر) (١) و ما ورد فى غسل الميت كخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا أردت غسل الميت - إلى أن قال - ثم سائر جسده و ابدأ بشقه الأيمن) (٢) و خبر الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام بعد ما سأله عن غسل الميت: (ثم تغسله تبدأ بميامنه) (٣) مضافا إلى ما ورد إلى أن غسل الميت كغسل الجنابه كخبر الديلمي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن رجلا سأل أبا جعفر عليه السّلام عن الميت لم يغسل غسل الجنابه؟ قال: إذا خرجت الروح من البدن خرجت النطفه التى خلق منها بعينها منه، كائنا ما كان صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى، فلذلك يغسل غسل الجنابه) (٤).

(١) فيجب الترتيب بينها فيقدم مسح الرأس على مسح الرجلين، و لكن لا يجب الترتيب فيها فلا يجب ابتداء المسح من الأعلى بل جاز النكس.

(٢) أى غسل الوضوء.

(٣) أى فإن الترتيب فيها فيجب من الأعلى، و بينها فيجب تقديم الوجه على اليمنى، و اليمنى على اليسرى.

(٤) أى من دون ترتيب فى نفس العوره.

(٥) بمعنى أن يغسل نصفها مع الجانب الأيمن، و النصف الآخر مع الأيسر، و قال فى المستمسك عنه: (لعله ظاهر الأصحاب) أخذوا بإطلاق النصوص، هذا مع احتمال أن تكون عضوا مستقلا كما يمكن أن تكون من الأيمن أو من الأيسر فالاحتياط يقتضى غسلها مع كل جانب.

ص: ١٧٨

١- (١) البخارى - باب من بدأ بالطيب عند الغسل من كتاب الغسل.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٢ و ٩.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب غسل الميت حديث ٢.

إدخال جزء من حدود كل عضو (١) من باب المقدمه كالوضوء.

(و تخليل مانع وصول الماء) (٢) إلى البشرة، بأن يدخل الماء خلاله إلى البشرة على وجه الغسل.

في مستحبات غسل الجنابه

(و يستحب الاستبراء) (٣) (١) من الأعضاء المشتركة لا مطلقاً.

(٢) فيجب مقدمه لحصول غسل البشرة لأن الواجب في الجنابه غسل بشره البدن بلا خلاف فيه لما في الفقه الرضوي: (و مثير الشعر بأناملك عند غسل الجنابه فإنه نروي عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم أن تحت كل شعره جنابه، فبلغ الماء تحتها في أصول الشعر كلها، و خلل أذنيك بإصبعيك، و انظر إلى أن لا تبقى شعره من رأسك و لحيتك إلا و تدخل تحتها الماء) (١) و لذا حكموا بعدم وجوب غسل الشعر إذا وصل الماء إلى أصوله، قال المحقق في المعتمد: «لا تنقض المرأه شعرها إذا بل الماء أصوله و هذا مذهب الأصحاب» بخلاف الوضوء فلا يجب أن يطلب ما تحت الشعر و قد تقدم.

و عن المقدس الأردبيلي التشكيك في ذلك و الاكتفاء بغسل ظاهر الشعر من دون إيصال الماء إلى البشرة لأن الصب ثلاث مرات كما في صحيح زراره المتقدم لا يوجب وصول الماء إلى أصول الشعر بالإضافة إلى خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (الحائض ما بلغ بلل الماء من شعرها أجزأها) (٢).

(٣) الاستبراء من المنى بالبول للأخبار منها: صحيح أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن غسل الجنابه، قال: تغسل يدك اليمنى من المرفقين إلى أصابعك و تبول إن قدرت على البول ثم تدخل يدك في الإناء) (٣) الحديث، و خبر أحمد بن هلال: (سألته عن رجل اغتسل قبل أن يبول، فكتب: أن الغسل بعد البول إلا أن يكون ناسياً فلا يعيد منه الغسل) (٤) و خبر الحلبي: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يغتسل ثم يجد بعد ذلك بللاً، و قد كان بال قبل أن يغتسل؟ قال: ليتوضأ، و إن لم يكن بال قبل الغسل فليعد الغسل) (٥) و هذه الأخبار ظاهره في أن البول لكي لا يبطل الغسل إذا خرج منه بلل مشتبه بعد الغسل فلذا حملت على الاستحباب، فالقول-

ص: ١٧٩

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الجنابه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الجنابه حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٦.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابه حديث ١٢ و ١.

للمنزل (١) لا- لمطلق الجنب بالبول، ليزيل أثر المنى الخارج، ثم بالاجتهاد بما تقدم من الاستبراء (٢) و في استحبابه به للمرأة قول (٣)، فتستبرئ عرضاً، أما بالبول فلا، لاختلاف المخرجين. (و المضمضه و الاستنشاق) (٤) -بوجوب الاستبراء بالبول كما عن الشيخ في المبسوط و الاستبصار و ابني حمزه و زهره و الكيدري و أبي الصلاح ليس في محله.

(١) أي للذي أمني لظاهر الأخبار و لمناسبه الحكم و الموضوع.

(٢) و هو الخرطات التسع للاستبراء من البول و هو واضح، و ذهب جماعه منهم المحقق الخونساري في حاشيته على الروضه أن المراد هو الاجتهاد المعبر عنه بالخرطات التسع إن لم يقدر على البول، و بهذا صرح جماعه من الفقهاء مع أن النصوص خاليه عن استحباب الاجتهاد إن لم يكن قادراً على البول.

(٣) أي في استحباب الاستبراء بالبول للمرأة قول، و هو قول الشيخ في النهايه و المفيد في المقنعه، و أشكل عليهما بأنه لا يفيد لتغاير مخرجي البول و المنى في المرأة، و أجاب عنه الشهيد في الذكرى بأنه قد يؤثر خروج البول في خروج المنى و إن تغايرا مخرجا كما يؤثر خروج الغائط في دفع البول و إن اجتهد في حفظه.

و حمل البعض عبارته الشارح على الاستبراء من المنى بالاجتهاد، مع أن النظر في الأقوال يدفعه هذا من جهة و من جهة أخرى ذهب المشهور إلى اختصاص الاستبراء من المنى بالرجل و هذا دليل على عدم وجود منى عند المرأة كما استقر بناه سابقاً و العجب منهم حيث حكموا بعدم استبرائها من المنى هنا و حكموا بوجود منى لها هناك عند البحث في موجبات الجنابه.

(٤) للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (في غسل الجنابه فقال: تبدأ فتغسل كفيك ثم تفرغ يمينك على شمالك فتغسل فرجك و مرافقك ثم تميمض و استنشق) (١) و موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في غسل الجنابه فقال: (تصب على يديك الماء فتغسل كفيك ثم تدخل يدك فتغسل فرجك، ثم تميمض و تستنشق، و تصب الماء على رأسك ثلاث مرات) ٢.

و يستحب تثليثهما كما عن ابني حمزه و إدريس و العلامه و الشهيد الأول لما في الفقه الرضوي: (و قد نروى أن يتمضمض و يستنشق ثلاثاً، و روى مره مره يجزيه، و قال:

الأفضل الثلاثه) (٢).

ص: ١٨٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٥ و ٩.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب -- من أبواب الجنابه حديث ١٩.

كما مر (١) (بعد غسل اليدين ثلاثا) (٢) من الزندين (٣)، و عليه المصنف في الذكرى، و قيل من المرفقين، و اختاره في النفلية، و أطلق في غيرهما كما هنا، و كلاهما مؤدّ للسنّه (٤) و إن كان الثاني أولى.

(و الموالاه) بين الأعضاء (٥)، (١) من معناهما و تثليثهما في الوضوء.

(٢) أما استحباب غسل اليدين فلما مرّ من صحيح زراره و موثق أبي بصير.

و التثليث لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كم يفرغ الرجل على يده اليمنى قبل أن يدخلها في الإناء؟ قال عليه السّلام: واحده من حدث البول و اثنتان من حدث الغائط و ثلاث من الجنابه) (١). و خبر حريز عن أبي جعفر عليه السّلام: (يغسل الرجل يده من النوم مره، و من الغائط و البول مرتين و من الجنابه ثلاثا) (٢).

(٣) على المشهور لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن غسل الجنابه؟ فقال: تبدأ بكفيك فتغسلهما ثم تغسل فرجك) (٣) و موثق أبي بصير المتقدم: (تصب على يديك الماء فتغسل كفيك) (٤).

و عن الجعفي استحباب الغسل إلى المرفقين لصحيح يعقوب بن يقطين عن أبي الحسن عليه السّلام: (يبدأ فيغسل يديه إلى المرفقين) (٤) و نقل عنه استحباب الغسل إلى ما دون المرفقين، أي إلى نصف الذراع لموثق سماعه: (فليفرغ على كفيه و ليغسلهما دون المرفق) (٥).

و أثبت العلامة استحباب غسل اليدين مطلقا سواء كان الغسل ترتيبيا أو ارتماسيا، و سواء كان بالقليل أو بالكثير، و سواء كان بالاغتراف أو بالصب لإطلاق الأخبار المتقدمه، و خص المحقق غسل اليدين فيما لو كان الغسل ترتيبيا من ماء قليل بالاغتراف كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه فيقتصر عليه.

(٤) لصدق غسل اليدين في الكيفيتين.

(٥) لا تجب الموالاه بين أعضاء الغسل، كما لا تجب في غسل العضو الواحد، فيجوز-

ص: ١٨١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوضوء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ١ و ٩.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٨.

بحيث كلما فرغ من عضو شرع في الآخر، و في غسل نفس العضو لما فيه (١) من المسارعه إلى الخير (٢)، و التحفظ من طريان المفسد (٣) و لا- تجب في المشهور (٤) إلا لعارض، كضيق وقت العباده المشروطه به، و خوف فجأه الحدث للمستحاضه، و نحوها (٥). و قد تجب بالنذر لأنه راجح (٦). (و نقض) - غسل بعض الأعضاء و إرجاء البعض الآخر كما يجوز غسل جزء الوضوء و إرجاء بقيه الأجزاء للأخبار

منها: خبر حريز: (قلت: و كذلك غسل الجنابه، قال: هو بتلك المنزله و ابدأ بالرأس ثم أفض على سائر جسدك، قلت: و إن كان بعض يوم؟ قال: نعم) (١) و خبر إبراهيم بن عمر اليماني عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن عليا عليه السلام لم ير بأسا أن يغسل الجنب رأسه غدوه و يغسل سائر جسده عند الصلاه) ٢ و مرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا بأس بتبويض الغسل، تغسل يديك و فرجك و رأسك، و تؤخر غسل جسدك إلى وقت الصلاه ثم تغسل جسدك إذا أردت ذلك) ٣. و عن جماعه استحباب الموالاه و إن لم تجب لعموم قوله تعالى: فَاسْتَبِقُوا الْخَيْرَاتِ (٢) و قوله تعالى: وَ سَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِنْ رَبِّكُمْ (٣).

نعم لو عرض للموالاه عارض يوجبها كالنذر فتجب بلا- إشكال، و كذا عند ضيق وقت الصلاه، و كذا لو خيف الحدث كالمستحاضه و المسلوس و المبطون.

(١) في التوالى.

(٢) إشاره إلى دليل الاستحباب.

(٣) و هو الحدث، بناء على أن الحدث الأصغر مفسد للغسل.

(٤) قال المحقق الخونسارى في حاشيته: (ظاهره وجود قول بالوجوب، أو عدم وضوح مستند المشهور، و لم ينقل فيما رأيناه من الكتب قول بالوجوب، بل صرح كثير منهم بعدم وجوب الموالاه و ظاهر الشيخ في التهذيب و العلامه فى المنتهى و المصنف فى الذكري الإجماع على ذلك).

(٥) كالمسلوس و المبطون.

(٦) فمتعلق النذر و هو التوالى راجح فينعقد النذر.

ص: ١٨٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الجنابه حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) البقره الآيه: ١٤٨.

٣- (٥) آل عمران الآيه: ١٣٣.

(المرأه الضفائر) (١) جمع ضفيره، و هى العقيصه المجدوله من الشعر، و خصّ المرأه لأنها مورد النص، و إلا فالرجل كذلك، لأن الواجب غسل البشره دون الشعر، و إنما استحبّ النقض للاستظهار (٢)، و النص (٣). (و تثليث الغسل) (٤) (١) من الضفر بمعنى نسج الشعر، و هو جمع ضفيره بمعنى العقيصه، و قال فى المصباح:

(هو الشعر الذى يلوى).

و لا يجب نقضها لأنه لا يجب غسل الشعر كما تقدم ففى روايه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا تنقض المرأه شعرها إذا اغتسلت من الجنابه) (١).

و أما استحباب نقضه لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (كانت أشعار نساء النبى صلى الله عليه و آله و سلم قرون رءوسهن مقدم رءوسهن، فكان يكفيهن من الماء شىء قليل، فأما النساء الآن فقد ينبغى لهن أن يبالغن فى الماء) ٢ و الخبر لا يدل على نقض الشعر بل على استحباب المبالغه بالماء حتى يصل إلى البشره، فالاستدلال به على استحباب نقض الشعر كما فى الذكرى للشهيد الأول و تبعه الشارح عليه، و علق الشارح بقوله:

(قال فى الذكرى: و لو توقف الوصول إلى البشره على حلّ الضفائر و جب و إلا فلا، و قد سلفت الروايه، و قال المفيد: إن كان الشعر مشدودا أحلته، و حمله الشيخ فى التهذيب على توقف حصول الماء عليه لأن الواجب غسل البشره، و الشعر لا يسمى بشره، و لا- فرق بين الرجل الجنب و الحائض فى عدم و جوب نقض الصغائر إذا وصل الماء إلى البشره، لأن الواجب فى الغسلتين بالبشره لا بالواجب).

(٢) أى طلب الغسل زياده على الواجب ليقطع بتحقق الواجب من غسل البشره.

(٣) و هو خبر محمد بن مسلم المتقدم و قد عرفت عدم دلالتة.

(٤) كما عن جماعه، و يستدل له بكونه إسباغا، و بأنه يستحب الغسل بصاع و هذا يقتضى التثليث و لأخبار الصب على الرأس ثلاث مرات، منها: خبر زراره المتقدم (ثم صبّ على رأسه ثلاث أكف) (٢).

و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (ثم تصب على رأسك ثلاثا) ٤، و مثلها غيرها لما ورد فى الصب مرتين على المنكبين.

و فى هذه الأدله نظر، أما الإسباغ فهو المبالغه فى إتمام الغسل الأول لا تكراره، و أما كون الغسل بصاع فهو غير موجب للتثليث و إلا فلا يكفى وجدانا، و أما الأخبار فهى-

ص: ١٨٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الجنابه حديث ٤ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٢ و ١.

لكل عضو من أعضاء البدن الثلاثة، بأن يغسله ثلاث مرات.

(و فعله) أى الغسل بجميع سننه، الذى من جملة تثلثه (بصاع) (١) لا أزيد.

وقد روى عن النبى صلى الله عليه وآله أنه قال: «الوضوء بمدّ، والغسل بصاع، وسيأتى أقوام بعدى يستقلون ذلك فأولئك على خلاف سنتى، والثابت على سنتى معى فى حظيره القدس».

(و لو وجد) المجنب بالإنزال (بللا) مشتبهها (٢) -داله على تثلث الأ-كف ليتحقق الغسل الواحد للرأس لا تثلث الغسل، و لذا ذهبت جماعه إلى عدم الدليل على استحباب التثلث.

(١) للأخبار، منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (من انفرد بالغسل وحده فلا بدّ له من صاع) (١) و صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: يغتسل بصاع) (٢) و مرسل الصدوق عن النبى صلى الله عليه وآله و سلم: (الوضوء مد و الغسل صاع، و سيأتى أقوام من بعدى يستقلون ذلك، فأولئك على خلاف سنتى، و الثابت على سنتى معى فى حظيره القدس) (٣)

و اعلم أن الصاع أربعة أمداد، و المد رطلان و ربع بالعراقى، فيكون الصاع تسعة أرطال بالعراقى، و الرطل العراقى مائه و ثلاثون درهما كما تقدم فيكون الصاع (١١٧٠) درهما.

و كل عشره دراهم تساوى سبعة مثاقيل شرعيه فيكون الصاع (٨١٩) مثقالا شرعيا، و المثقال الشرعى يساوى ثلاثه أرباع الصيرفى فيكون الصاع (٢٥، ٦١٤) مثقالا صيرفيا، و المثقال الصيرفى يساوى ٨، ٤ غرامات فيكون الصاع (٤، ٢٩٤٨) غراما.

(٢) لو وجد المجنب بالإنزال بعد ما اغتسل بللا، فإن علم أنه منى فلا إشكال فى وجوب الغسل، لأن إنزال المنى موجب للغسل، و إن علم أنه بول خالص فلا إشكال فى وجوب الوضوء خاصه، و لو علم أنه من غيرهما فلا إشكال فى عدم وجوب شىء عليه، و إذا لم يعلم شيئا ففيه صور:

الصورة الأولى: ما لو كان المغتسل قد بال ثم استبرأ بعد البول بالخرطات التسع، فلا إشكال فى عدم وجوب شىء عليه من الغسل و الوضوء، و يحكم على البلل بأنه ليس -

ص: ١٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الجنابه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الوضوء حديث ٦.

(بعد الاستبراء) بالبول (١) -بمنى و لا بول. و هذا مما لا خلاف فيه.

الصورة الثانية: لو كان المغتسل قد بال و ترك الاستبراء بعد البول فلا يجب عليه الغسل بالاتفاق و يجب عليه الوضوء فقط و يدل عليه أخبار منها: صحيح الحلبي: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يغتسل ثم يجد بعد ذلك بللا و قد كان بال قبل أن يغتسل، قال: ليتوضأ، و إن لم يكن بال قبل الغسل فليعد الغسل)^(١) و خالف الشيخ في التهذيب و الاستبصار و الصدوق فلم يوجبا عليه شيئا لصحيح ابن أبي يعفور: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بال ثم توضأ ثم قام إلى الصلاة ثم وجد بللا، قال: لا يتوضأ إنما ذلك من الجبائل)^(٢) حيث ترك الاستبراء من البول فلم يحكم عليه بإعادة الوضوء.

الصورة الثالثة: لو كان المغتسل قد ترك البول و الاستبراء بالخرطات فوجد بللا فعليه إعادة الغسل لصحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل أجنب فاغتسل قبل أن يبول فخرج منه شيء، قال: يعيد الغسل)^(٣) و مثله غيره و يظهر من الصدوق الاكتفاء بالوضوء لأنه قال عقيب صحيح الحلبي المتقدم: (و روى في حديث آخر: إن كان قد رأى بللا و لم يكن بال فليتوضأ و لا يغتسل)^(٤).

الصورة الرابعة: انتفاء البول مع إمكانه و قد أتى بالاجتهاد المسمى بالخرطات فعليه إعادة الغسل تمسكا بإطلاق صحيح سليمان بن خالد المتقدم و غيره، و يظهر من المحقق كما في المدارك وجوب الوضوء فقط.

الصورة الخامسة: انتفاء البول مع عدم إمكانه مع إتيانه بالاجتهاد المسمى بالخرطات، و فيه قولان، عدم الإعادة لخبر جميل بن دراج: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تصيبه الجنابة فينسى أن يبول حتى يغتسل، ثم يرى بعد الغسل شيئا أ يغتسل أيضا؟ قال عليه السلام: لا، قد تعصرت و نزل من الجبائل)^(٤) و قيل بالإعادة تمسكا بإطلاق الأخبار الآمره بالغسل عند عدم البول سواء تعذر البول أو لا.

(١) و الخرطات التسع، و هذه الصورة الأولى فلا يلتفت.

ص: ١٨٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابة حديث ١ و ١٠.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - أبواب نواقض الوضوء حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابة حديث ٢.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابة حديث ١١.

أو الاجتهاد مع تعذره (١) (لم يلتفت، و بدونه) أى بدون الاستبراء بأحد الأمرين (٢) (يغتسل). و لو وجده بعد البول من دون الاستبراء بعده (٣) و جب الوضوء خاصة، أما الاجتهاد بدون البول مع إمكانه (٤) فلا حكم له (٥) (و الصلاة السابقة) على خروج البلل المذكور (صحيحه) (٦)، لارتفاع حكم السابق، و الخارج حدث جديد و إن كان قد خرج عن محله إلى محل آخر. و فى حكمه ما لو أحسّ بخروجه فأمسك عليه فصلى ثم أطلقه.

فى الغسل الترتيبى

(و يسقط الترتيب) (٧) بين الأعضاء الثلاثة (بالارتماس) و هو غسل البدن أجمع (١) أى مع تعذر البول و لكن أتى بالخرطات التسع، و هذه الصورة الخامسة فلا يلتفت على قول.

(٢) فقد ترك البول و ترك الخرطات، و هذه هى الصورة الثالثة.

(٣) أى بعد البول، فهو قد بال و لم يستبرئ بالخرطات و هذه هى الصورة الثانية.

(٤) أى إمكان البول، فهو قد استبرأ بالخرطات التسع و لم يبيل مع إمكان البول، و هذه هى الصورة الرابعة.

(٥) أى لا حكم لهذا الاجتهاد، لأن الاستبراء من المنى بالبول لا بالخرطات و لذا و جب عليه إعادة الغسل.

(٦) فالصلاة السابقة أى التى سبقت خروج البلل يحكم بصحتها، لأن هذا البلل على فرض كونه منيا أو بولا فهو حدث جديد، فالصلاة الواقعة قبله مستجمعه للشرائط فلا بدّ من الحكم بصحتها و هذا مما لا إشكال فيه، و نقل الخلاف عن بعضهم و لذا قال فى الجواهر: (نعم نقل فى المنتهى قولاً عن بعض علمائنا بالإعادة و لم نعرفه، و لعل مستنده ما فى صحيح ابن مسلم: (عن الرجل يخرج من إحليله بعد ما اغتسل شىء؟ قال: يغتسل و يعيد الصلاة) (١) انتهى ما فى الجواهر، و تحمل الرواية على أنه صلى ما بعد خروج البلل.

(٧) ما تقدم من ترتيب أعضاء الغسل بتقديم الرأس على الأيمن، و هو على الأيسر يسقط فى الارتماس للأخبار منها: صحيح زرارة عن أبى عبد الله عليه السلام: (لو أن رجلاً جنباً ارتمس فى الماء ارتماسه واحده أجزأ ذلك و إن لم يدلك جسده) (٢) و صحيح الحلبي -

ص: ١٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ٥ و ١٢.

-عنه عليه السّلام: (إذا ارتمس الجنب في الماء ارتماسه واحده أجزأه ذلك من غسله)(1)

و عن الشيخ في المبسوط عن بعض أصحابنا أن الارتماس يترتب حكما، و به قال الشيخ في الاستبصار، و فسر الترتيب الحكمي بأحد وجوه ثلاثه:

الأول: إن المرتمس لا بدّ أن ينوي الترتيب في الغسل، و هذا ما فسره المحقق في المعتمد، و فيه: إن نيه الترتيب في الارتماس لا معنى لها بعد ما لم يتحقق الترتيب خارجا.

الثاني: إن المرتمس يحكم له بالترتيب بعد ما يخرج من الماء لمكان خروج رأسه أولا ثم سائر جسده، و فيه: إن هذا الترتيب الحكمي لا معنى له لعدم تحققه بين الأيمن و الأيسر بناء على اشتراطه بينهما.

الثالث: إن المرتمس بعد ما يخرج يحكم بأن غسله ترتيبى بمعنى لو بقيت لمعه في ظهره مثلا، فإن كانت في الأيسر غسلها، و إن كانت في الأيمن غسلها مع الأيسر.

و الترتيب الحكمي لا دليل عليه بعد اختصاص الترتيب في الترتيبى، و أما الارتماسى فأدلته مطلقه بحيث كلما صدق الارتماسى صدق الغسل من دون اشتراط الترتيب، قال سيد المدارك: «و إنما المستفاد من الروايات الاجتزاء في الغسل بالارتماسه الواحده الشامله للبدن و سقوط الترتيب فيه مطلقا، و إثبات ما عدا ذلك زياده لم تعلم من النص، و قد أطنب المتأخرون في البحث في هذه المسأله بما لا طائل تحته».

و أما لو بقيت لمعه في ظهره فيتبين أن الغسل لتمام البدن دفعه واحده لم يتحقق فلا بدّ من إعادته، هذا و اعلم أن الخلاف قد وقع في كيفية الغسل الارتماسى على وجوه، بل أقوال:

الأول: هو استيلاء الماء على جميع أجزاء البدن في آن واحد حقيقه، و عن المحقق الثاني نسبته إلى بعض الطلبة، و في مفتاح الكرامه: «إنه يتوهم من عبارته الشهيد في الألفيه».

الثاني: غمس الأعضاء متواليا فيكون أول الغسل عند غمس أول جزء من البدن، و آخره عند غمس آخر الأجزاء البدنيه، و هو المنسوب إلى المشهور فيكون الغسل تدريجيا.

الثالث: إنه غمس الأعضاء و لو في آنات متعدده بحيث لا تصدق معه الدفعه بحيث لو -

دفعه واحده (١) عرفيه (٢)، و كذا ما أشبهه (٣) كالوقوف تحت المجارى [المجرى] و المطر الغزيرين لأن البدن يصير به (٤) عضوا واحدا (٥).

-غمس عضوا فى الماء فى ساعه و غمس الآخر فى ساعه أخرى فيكون غسلا ارتماسيا فهو غسل تدريجى بدون الدفعه، و قد اختاره صاحب الحدائق و مال إليه فى كشف اللثام.

و الظاهر من الأخبار الثانى.

(١) فيخرج الاحتمال الثالث.

(٢) فيخرج الاحتمال الأول.

(٣) أى أشبه الارتماسى، كالوقوف تحت المطر و المجرى الغزيرين، و إليه ذهب الشيخ فى المبسوط و العلامه و الشهيدان لصدق الارتماس عليه، و لصحيح على بن جعفر عن أخيه (عليهما السّلام): (أنه سأله عن الرجل يجنب هل يجزيه من غسل الجنابه أن يقوم فى المطر حتى يغسل رأسه و جسده و هو يقدر على ما سوى ذلك؟ فقال عليه السّلام: إن كان يغسله اغتساله بالماء أجزاء ذلك) (١) و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام: (عن الرجل تصيبه الجنابه و لا يقدر على الماء فيصيبه المطر أ يجزيه ذلك أو عليه التيمم؟ فقال عليه السّلام: إن غسله أجزاءه و إلا تيمم) ٢ و مرسل ابن أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(فى رجل أصابته جنابه فقام فى المطر حتى سال على جسده، أ يجزيه ذلك من الغسل؟ قال عليه السّلام: نعم) (٢).

و ذهب المحقق فى المعتبر و ابن إدريس و هو ظاهر الكثير من القدماء الى عدم سقوط الترتيب فى المطر و المجرى، لظهور الأخبار المتقدمه فى الغسل الترتيبى، فقله عليه السّلام: (إن كان يغسله اغتساله بالماء أجزاء ذلك) كما فى صحيح على بن جعفر المتقدم ظاهر فيما قلنا.

نعم لو كان النهر كبيرا جاريا من فوق على نحو يستوعب الماء جميع بدنه بحيث يكون البدن بتمامه تحت الماء دفعه واحده عرفيه لصدق الارتماسى حينئذ و لكن هذا لا يمكن تحققه تحت المطر و لو كان غزيرا.

(٤) أى بالارتماسى.

(٥) و لذا سقط وجوب الترتيب فيه.

ص: ١٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ١٠ و ١١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الجنابه حديث ١٤.

(و يعاد) غسل الجنابه (بالحدث) الأصغر (في أثنائه على الأقوى) (١) عند المصنف و جماعه، و قيل لا أثر له مطلقا، و في ثالث يوجب الوضوء خاصه، و هو الأقرب. و قد حَقَّقنا القول في ذلك برسالة مفردة.

(١) لو وقع الحدث الأصغر في أثناء الغسل الترتيبي أو الارتماسي ففيه أقوال:

الأول: أنه يعيد الغسل كما عن الصدوق في الهدايه و الفقيه و الشيخ في المبسوط و العلامه و الشهيد بل عن المحقق الثاني نسبته إلى الأكثر، لمرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا بأس بتبعض الغسل، تغسل يديك و فرجك و رأسك، و تؤخر غسل جسدك إلى وقت الصلاه، ثم تغسل جسدك إذا أردت ذلك، فإن أحدث حدثا من بول أو غائط أو ريح أو منى بعد ما غسلت رأسك من قبل أن تغسل جسدك فأعد الغسل من أوله) (١) و مثله ما عن الفقه الرضوي (٢).

الثاني: و ذهب جماعه منهم ابن إدريس و المحقق الثاني و ابن البراج و المحقق الداماد و الفاضل الخراساني إلى أنه لا أثر لهذا الحدث فيقتصر على إتمام الغسل فقط، و دليلهم بأن الحدث الأصغر غير موجب للغسل فلا معنى للإعادته، و الوضوء منفي مع غسل الجنابه كما في الأخبار الكثيره منها: خبر عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام: (الوضوء بعد الغسل بدعه) (٣).

الثالث: و ذهب المحقق و الشهيد الثاني و سيد المدارك و المقدس الأردبيلي و الكاشاني و البهائي و والده و الفاضل الهندي و جماعه إلى إتمام الغسل مع وجوب الوضوء للصلاه أما وجوب إتمام الغسل فلأن الحدث الأصغر ليس موجبا للغسل و لا لبعضه قطعا فيسقط وجوب الإعادته، و أما وجوب الوضوء فلأن الحدث المتجدد لا بد له من رافع، و هو إما الغسل بتمامه و إما الوضوء، و الأول منتف لتقدم بعضه فيتعين الثاني و هو الوضوء، و أما ما ورد من أن غسل الجنابه لا وضوء معه و أنه بدعه فهو بلحاظ رفع الحدث السابق على الشروع في الغسل، و لا يدل على رفع ما يكون في أثنائه كما لا يدل على رفع ما يكون بعده و هذا القول الأخير متين لو لا مرسله الصدوق المتقدمه، و العمل عليها لأنه لا يجوز تركها بعد كون الحجية على خبر موثوق الصدور، و عمل الصدوق و الشيخ و جماعه بها موجب لوثاقه صدورها.

ص: ١٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الجنابه حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الجنابه حديث ٦.

أما غير غسل الجنابه من الأغسال (١) فيكفى إتمامه مع الوضوء قطعاً، وربما خَرَج بعضهم بطلانه كالجنابه (٢)، و هو ضعيف جدا.

فى غسل الحيض

فى موجب الحيض و أحكامه

(و أما الحيض (٣) - فهو ما) أى الدم الذى (تراه المرأة بعد) إكمالها (تسع (٤) (١) سواء كان واجبا كغسل الحيض أم مستحبا كغسل الجمعه، فإن قلنا بإجزاء هذه الأغسال عن الوضوء كغسل الجنابه - كما هو الحق - فيأتى فيها النزاع المتقدم فى غسل الجنابه.

و إن قلنا بعدم إجزائها عن الوضوء، و لا بد من الوضوء مع هذه الأغسال، فيكفى إتمام هذه الأغسال مع الوضوء بغير إشكال لرفع الحدث الأصغر الواقع فى أثناء الغسل بالحدث الأصغر فيما بعد، و نفس الحدث الأصغر ليس مبطلا للغسل، لأنه ليس من موجباته.

(٢) و هو الحق، لأن الأصغر سبب فى بطلان غسل الجنابه لمرسل الصدوق فكذا هو سبب فى بطلان غيره من الأغسال، إذ الجميع مشترك فى إجزائها عن الوضوء.

(٣) الحيض لغه هو السيل، قال فى القاموس: «حاضت المرأة تحيض حيضا - إلى أن قال - سال دمها».

و هو الدم الذى يخرج من رحم المرأة فى أيام مخصوصه من كل شهر، و معناه واضح لدى الأذهان فلا داعى لتعريفه و للنقض عليه طردا أو عكسا.

(٤) فكل دم تراه قبل التسع فليس بحيض للأخبار منها: موثق عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام: (ثلاث يتزوجن على كل حال - إلى أن قال - و التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى يكون كذلك؟ قال: ما لم تبلغ تسع سنين فإنها لا تحيض و مثلها لا تحيض) (١) و خبره الآخر عنه عليه السلام - و هو صحيح السند -: (ثلاث يتزوجن على كل حال، و عدّ منها التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال عليه السلام: إذا أتى لها أقل من تسع سنين، و التى لم يدخل بها، و التى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال عليه السلام: إذا كان لها خمسون سنه) (٢).

ص: ١٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العدد حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

سنتين هلاليه (١)، (وقبل) إكمال (ستين) سنة (٢) (إن كانت المرأه قرشيّه) و هي المنتسبه بالأب إلى النضر بن كنانه (٣) و هي أعم من الهاشميه، فمن علم انتسابها (١) لأن ذلك هو الأصل في الشهور و السنين لقوله تعالى: يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ (١).

(٢) كل دم تراه المرأه بعد سن اليأس ليس بحيض و يدل عليه صحيح ابن الحجاج المتقدم:

(و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض) و أما حد اليأس ففيه خلاف، فعن الشيخ في النهايه و ابن إدريس في السرائر و ابن البراج في المهذب و جماعه إلى أن حد اليأس مطلقا هو خمسون سنه، و يدل عليه صحيح ابن الحجاج المتقدم: (قلت: فما حدّها؟ قال عليه السّلام: لها خمسون سنه) و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام المروى في الكافي (حدّ التي قد يئست من المحيض خمسون سنه) (٢) و مرسل ابن أبي نصر عن أبي عبد الله عليه السّلام: (المرأه التي قد يئست من المحيض حدّها خمسون سنه) ٣.

و ذهب المحقق في طهاره الشرائع و العلامه في المنتهى و مال إليه في المختلف إلى أن حدّ اليأس مطلقا هو ستون سنه لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام المروى في التهذيب (قلت: التي قد يئست من الحيض و مثلها لا تحيض؟ قال: إذا بلغت ستين سنه فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض) ٤ و مرسل الكليني قال:

(و روى ستون سنه) ٥ و ذهب المشهور إلى أن حدّ اليأس هو خمسون سنه في غير القرشيّه، و في القرشيّه إلى الستين لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا بلغت المرأه خمسين لم تر حمرة إلا أن تكون امرأه من قریش) (٣) و مرسل المفيد في المقنعه (روى أن القرشيّه من النساء و النبطيه تريان الدم إلى ستين سنه) ٧، و ألحق ابن حمزه في الوسيله النبطيه بالقرشيّه بل في جامع المقاصد نسبته إلى الأصحاب.

(٣) فأبى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: (عبد الله بن عبد المطلب - و اسمه شبيه الحمد - بن هاشم - و اسمه عمرو - بن عبد مناف - و اسمه المغيره - بن قصي - و اسمه زيد - بن كلاب بن مره بن كعب بن لؤي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانه بن خزيمه بن مدركه بن إلياس بن مضر بن نزار بن عدنان).

و قریش هو النضر بن كنانه كما في الجواهر و طهاره الشيخ، و الحدائق و المستند، و في -

ص: ١٩١

١- (١) البقره آيه: ١٨٩.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٣ و ٨ و ٤.

٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الحيض حديث ٢ و ٩.

إلى قریش بالأب (١) لزمها حكمها، وإلا فالأصل عدم كونها منها (٢)، (أو نبطية) (٣) منسوبه إلى النبط (٤)، وهم - على ما ذكره الجوهرى - قوم ينزلون البطائح بين العراقين، والحكم فيها مشهور، ومستنده غير معلوم (٥)، واعترف المصنف بعدم وقوفه فيها على نص (٦)، والأصل يقتضى كونها كغيرها، -النفحة العنبرية لابن أبى الفتوح: «و من ولد كنانة النضر و هو الملقب بقریش» وقيل:

قریش هو الفهر بن مالك، كما عن سبائك الذهب و العقد الفريد و مختصر أخبار البشر و السيره النبويه لابن دحلان، و فى السيره الحلبيه: «فهر اسمه قریش قال الزبير بن بكار: أجمع النسابون من قریش و غيرهم أن قریشا إنما تفرقت عن فهر» و فى المستمسك: إنه يظهر من غير واحد أنه قصى.

(١) ذهب المحقق الثانى و سيد المدارك إلى احتمال الاكتفاء بانتساب المرأه إلى قریش بالأُم لأن المعتبر فى الحيض تقارب الأُمزجه، و من ثم اعتبر العمات و الخالات و بناتهن فى المبتدئه إذا اختلف عليها الدم.

(٢) بالاتفاق، للاستصحاب إذ قبل وجودها لم تكن قرشيه فبعد الوجود و الشك فى قرشيتها فالأصل العدم.

وفيه: إن عدم قرشيتها قبل وجودها من باب السالبه بانتفاء الموضوع و هو غير مفيد فى يقين الاستصحاب، إذ المفيد السالبه التى يتيقن موضوعها، و استدل على الحكم بقاعده الأعم الأغلب، و فيه: لا- دليل على حجيه هذه القاعده من عقل أو نقل فى الموضوعات الشرعيه.

(٣) على المشهور كما فى جامع المقاصد.

(٤) قال فى جامع المقاصد: «إن الذى كثر فى كلام أهل اللغة أنهم جيل كانوا ينزلون البطائح بين الكوفه و البصره» و قال فى المصباح: «إنهم قوم من العرب دخلوا فى العجم و الروم و اختلطت أنسابهم و فسدت ألسنتهم، و قيل: من كان أحد أبويه عربيا و الآخر عجميا، و قيل: عرب استعجموا أو عجم استعربوا».

(٥) قد عرفت مرسل المفيد الوارد فى إلحاق النبطيه، و لذا قال الشارح فى روض الجنان: «و أما النبطيه فذكرها المفيد بروايه، و تبعه جماعه بحيث صار إلحاقها بالقرشيه هو المشهور، لكن لم يوجد بها خبر مستند، و من ثم تركها المحقق فى المعتبر و خصّ الحكم بالقرشيه» فمراده هنا من المستند المنفى هو الخبر المسند حيثئذ.

(٦) قال المصنف فى الذكرى عن: «و أما النبطيه فذكره المفيد روايه و من تابعه، و لم أجد به خبرا مسندا».

(و إلا) يكن كذلك (فالخمسون) سنه مطلقا (١) غايه إمكان حيضها.

(و أقله ثلاثة أيام متواليه) (٢) فلا يكفى كونها فى جملة عشره على الأصح.

(١) فى العباده و العده قال الشارح فى الروض: «و ما يوجد فى بعض القيود من الحكم باليأس بالخمسين بالنسبه للعباده مطلقا، و بالستين بالنسبه إلى العده مطلقا ليس له مرجع يجوز الاعتماد عليه، و لا فقيه يعول على مثله يستند إليه، و اشتماله على نوع من الاحتياط غير كاف فى الذهاب إليه، و ربما استلزم نقيض الاحتياط فى بعض موارد».

(٢) و أكثره عشره أيام للأخبار الكثيره منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (أقل ما يكون الحيض ثلاثة أيام و أكثر ما يكون عشره أيام) (١) و صحيح صفوان: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن أدنى ما يكون الحيض، فقال عليه السلام:

أدناه ثلاثة و أبعده عشره) (٢).

و التوالى فى الأيام الثلاثة على المشهور لما فى الفقه الرضوى: (و إن رأيت يوما أو يومين فليس ذلك من الحيض ما لم تر الدم ثلاثة أيام متواليات) (٣) و عن الشيخ فى النهايه و الاستبصار و ابن البراج فى المهذب أنه يكفى كون الثلاثة فى جملة العشره لمرسل يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام: (فإذا رأيت المرأة الدم فى أيام حيضها تركت الصلاه، فإن استمر بها الدم ثلاثة أيام فهى حائض، و إن انقطع الدم بعد ما رأته يوما أو يومين اغتسلت و صلّت و انتظرت من يوم رأيت الدم إلى عشره أيام، فإن رأيت فى تلك العشره أيام من يوم رأيت الدم يوما أو يومين حتى يتم لها ثلاثة أيام، فذلك الذى رأته فى أول الأمر مع هذا الذى رأته بعد ذلك فى العشره هو من الحيض) (٤) و هو ضعيف لإرساله و جهاله بعض رجاله و هو إسماعيل بن مرار و قال فى الجواهر: (و رجوع الشيخ عنه فى غير النهايه)، فهذا كله موجبات لعدم العمل بهذا المرسل.

ثم على المشهور من اعتبار التوالى فما معناه؟ فهل يراد منه استمرار الدم و لو فى باطن الرحم بحيث كلما وضعت الكرسف تلوث، و إليه ذهب الحلبي و ابنا زهره و إدريس و المحقق الثانى لأنه هو المتبادر من التوالى، -

ص: ١٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الحيض حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الحيض حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الحيض حديث ٢.

(و أكثره عشره) أيام، فما زاد عنها ليس بحيض إجماعا (و هو أسود، أو أحمر (١) حار (٢) له دفع) و قوه (٣) - أم يكفى وجود الدم فى كل يوم آنا ما كما نسب إلى الأ-كثر، أم أنه يشترط رؤيته فى أول اليوم الأول و آخر اليوم الثالث و فى أى وقت من اليوم الثانى و إليه ذهب معاصر الشارح و هو السيد حسن بن جعفر، و مال إليه الشيخ البهائى فى الحبل المتين، و الأول أقوى.

(١) صرح البعض كالمحقق فى الشرائع بكونه أسودا غليظا فى الأغلب، و بعض منهم الشيخ المفيد فى المقنعه و ابن زهره بكونه أحمر، و ثالث بكونه أحمر أو أسود، و هو الذى يقتضيه الجمع بين النصوص فى خبر حفص البخترى: (دخلت على أبى عبد الله عليه السلام امرأه فسألته عن المرأه يستمر بها الدم، فلا تدرى أحيض هو أو غيره؟ قال:

فقال لها: إن دم الحيض حارّ عبيط أسود له دفع و حراره، و دم الاستحاضه أصفر بارد، فإذا كان للدم حراره و دفع و سواد فلتدع الصلاه، قال: فخرجت و هى تقول:

و الله لو كان امرأه ما زاد على هذا(١) و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن دم الحيض أسود يعرف)٢.

و فى مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا بلغت المرأه خمسين سنه لم تر حمرة إلا- أن تكون امرأه من قريش)٢) و فى المرسل عن محمد بن مسلم: (إن كان دما أحمر كثيرا فلا- تصلى، و إن كان قليلا- أصفر فليس عليها إلا الوضوء)٣) إلا أن يقال ليس المراد من السواد هو السواد الحالك الأحمر شديد الاحمرار بحيث يميل إلى السواد بقريته مقابلته للأصفر فى النصوص، فيكون المراد من كل منهما ما يعم الآخر.

(٢) لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن دم الاستحاضه و الحيض ليس يخرجان من مكان واحد، إن دم الاستحاضه بارد و إن دم الحيض حارّ)٤) و قد تقدم فى خبر حفص: (إن دم الحيض حار)٥.

(٣) لخبر حفص المتقدم: (له دفع و حراره) و موثق إسحاق بن جرير عن أبى عبد الله عليه السلام: (دم الحيض ليس به خفاء، هو دم حارّ تجد له حرقه)٥).

ص: ١٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ١٦.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٥- ((٧)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٣.

عند خروجه (غالبا) (١) قيّد بالغالب ليندرج فيه (٢) ما أمكن كونه حيضا (٣)، فإنه يحكم به (٤) وإن لم يكن كذلك (٥) كما تبه عليه بقوله: (و متى أمكن كونه) (٦) أى (١) للتنبيه على أنه قد يجيء بغير هذه الصفات فى أيام العاده ومع ذلك يكون حيضا، وقد يجيء فى هذه الصفات فى أيام طهرها يحكم عليه بالاستحاضه.

(٢) فى الحيض الموصوف بالصفات السابقه.

(٣) هو الدم المحكوم عليه بالحيضه لقاعده كل دم أمكن أن يكون حيضا فهو حيض، و سيأتى الكلام فيها إن شاء الله تعالى.

(٤) بكونه حيضا.

(٥) أى و إن لم يكن بهذه الصفات المعروفه.

(٦) هذه هى قاعده الإمكان و البحث فيها من جهتين تاره من ناحيه معناها و أخرى من ناحيه الدليل عليها.

أما الجهه الأولى: فليس معنى الإمكان هنا هو الاحتمال المقابل للظن و لا الإمكان الخاص، بل المراد هو الإمكان العام بمعنى سلب الضروره عن الطرف المقابل، فيكون المعنى: كل دم لا يسلب عنه الحيض بالضروره فهو حيض.

و أما الجهه الثانيه: فاستدل على هذه القاعده بالأصل بمعنى أن الغالب فى النساء هو الدم الطبيعى المخلوق فيهن لتغذيته الولد بخلاف الاستحاضه و غيرها فلا تكون إلا لآفه، بل الأصح أن هذه القاعده مما قد دلت عليها الأخبار منها: خبر يونس بن يعقوب:

(قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: المرأه ترى الدم ثلاثه أيام أو أربعه، قال: تدع الصلاه) (١) و خبر سماعه: (سألته عن المرأه ترى الدم قبل وقت حيضها، فقال: إذا رأت الدم قبل وقت حيضها فلتدع الصلاه فإنه ربما تعجل بها الوقت) (٢) و خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أى ساعه رأت المرأه الدم فهى تفطر) (٣) و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: - إلى أن قال -: و فى المرأه ترى الدم فى أول النهار فى شهر رمضان أ تفطر أم تصوم؟ قال عليه السّلام: تفطر، إنما فطرها من الدم) (٤) إلى غير ذلك من النصوص الداله على التحيض بمجرد الدم، فهى تدل على أن كل دم يمكن أن يكون حيضا شرعا بلا أى محذور فهو حيض، و عليه فالقاعده متصيده.

ص: ١٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الحيض حديث ٣ و ٧.

الدم (حيضا) بحسب حال المرأة (١) بأن تكون بالغه غير يائسه، و مدته بأن لا (١) شروع فى قيود إمكان كون الدم حيضا، و هذه القيود تاره بحسب المرأة و أخرى بحسب حال الدم، أما بحسب المرأة فأن تكون بالغه غير يائسه لما تقدم من كون الدم فيما دون التسع ليس بحيض و لما تقدم أن اليائسه لا ترى حيضا. و أما بحسب الدم فهو تاره بحسب مدته و أخرى بحسب دوامه و ثالثه بحسب أوصافه و رابعه بحسب محل خروجه.

أما مدته: فأن لا ينقص عن ثلاثه و لا يزيد عن عشره و قد تقدم.

و أما دوامه: فيشترط فيه التوالى فى الأيام الثلاثه الأولى و قد تقدم الخلاف فيه.

و أما صفاته: فهو أن يكون بصفات الحيض من كونه أسود أو أحمر يخرج بدفق و له حراره و قد تقدم الكلام فيه.

و أما محله، فهو خروجه من الجانب الأيسر و لذا ذهب المشهور لو اشتبه دم الحيض بدم القرحة فتستلقى على قفاها و تدخل إصبعها فى الفرج فإن خرج الدم من الطرف الأيسر فهو حيض و إلا فمن القرحة اعتمادا على روايه الشيخ فى التهذيب عن محمد بن يحيى مرفوعا عن أبان: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: فتاه منا بها قرحة فى جوفها و الدم سائل، لا تدرى من دم الحيض أو من دم القرحة؟ فقال عليه السّلام: مرها فلتستلق على ظهرها ثم ترفع رجليها و تستدخل إصبعها الوسطى فإن خرج الدم من الجانب الأيسر فهو من الحيض، و إن خرج من الجانب الأيمن فهو من القرحة) (١).

و ذهب ابن الجنيد و الشهيد فى الذكرى و الدروس إلى عكس ذلك فلو خرج من الأيسر فهو من القرحة و من الأيمن فهو حيض اعتمادا على نفس الروايه المرويه فى الكافى حيث قال عليه السّلام: (فإن خرج الدم من الجانب الأيمن فهو من الحيض، و إن خرج من الجانب الأيسر فهو من القرحة) ٢ بل عن الذكرى أنه وجد كثيرا من نسخ التهذيب موافقا للكافى، بل نقل عن ابن طاوس أنه وجد فى بعض نسخ التهذيب الجديده أن الحيض من الجانب الأيسر و قطع بأنه تدليس.

و ذهب المحقق و الشهيد الثانى و المقدس الأردبيلى و سيد المدارك إلى عدم اعتبار الجانب أصلا، لإرسال الخبر و اضطرابه، و لجواز كون القرحة فى الجانبين، و لأن الحيض من الرحم و ليس من جانب معين فيه، و عن النراقى أن كل امرأه رأيناها

ص: ١٩٦

ينقص عن ثلاثه و لا يزيد عن عشره، و دوامه كتوالى الثلاثه، و وصفه كالقوى مع التمييز (١)، و محلّه كالجانب إن اعتبرناه، و نحو ذلك (٢) و سألناها اعترفت بعدم إدراك الجانب للخروج، مع أن فى الجواهر قال: «بل المحكى عن كثير من النساء العارفات أن الحيض مخرجه من ذلك» أى من الجانب الأيسر، و الله العالم بذلك. و مما تقدم فلو اعتبرنا الجانب فلا بدّ من أن يكون الدم من الجانب المعبر حتى يحكم بكونه حيضا.

(١) بالصفات.

(٢) من مضى أقل الطهر على الحيضه السابقه و عدم كونها حاملا، أما الأول: فأقل الطهر بين الحيضتين عشره أيام للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (لا يكون القرء فى أقل من عشره أيام فما زاد، أقل ما يكون عشره من حين تطهر إلى أن ترى الدم) (١) و مرسل يونس: (أدنى الطهر عشره أيام - إلى أن قال: و لا يكون الطهر أقل من عشره أيام) ٢.

و لا حدّ لكثيره بالاتفاق إلا من أبى الصلاح فإنه لا يتجاوز ثلاثه أشهر، و قال عنه العلامه فى المنتهى أنه شاذ.

و أما الثانى: و هو اجتماع الحيض مع الحمل ففيه أقوال:

أنه يجتمع و فى المدارك أنه مذهب الأكثر و عن جامع المقاصد أن المشهور للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الحبلى ترى الدم أترك الصلاة؟ فقال عليه السّلام: نعم، إن الحبلى ربما قذفت بالدم) (٢) و صحيح ابن الحجاج: (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الحبلى ترى الدم و هى حامل، كما كانت ترى قبل ذلك فى كل شهر، هل تترك الصلاة؟ قال عليه السّلام: تترك الصلاة إذا دام) ٤ و صحيح صفوان عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (عن الحبلى ترى الدم ثلاثه أيام أو أربعه أيام، تصلى؟ قال عليه السّلام: تمسك عن الصلاة) ٥ و عن الشيخ فى النهايه و الاستبصار و المحقق فى المعبر و سيد المدارك و جماعه أنه يمكن الاجتماع بشرط أن يكون الحيض فى زمن عاداتها، أو مع التقدم قليلا، أما إذا تأخر الدم عن عاداتها عشرين يوما فهو استحاضه لصحيح الحسين بن نعيم الصحاف: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن أم ولدى ترى الدم و هى حامل، كيف تصنع بالصلاه؟ فقال عليه السّلام لى: إذا رأته الحامل -

ص: ١٩٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢ و ٤.

(حكم به) (١). و إنما يعتبر الإمكان (٢) -الدم بعد ما يمضى عشرون يوماً من الوقت الذى كانت ترى فيه الدم من الشهر الذى كانت تقعد فيه، فإن ذلك ليس من الرحم و لا من الطمث فلتتوضأ و تحتشى بكرسف و تصلى، و إذا رأت الحامل الدم قبل الوقت الذى كانت ترى فيه الدم بقليل أو فى الوقت من ذلك الشهر، فإنه من الحيضه(١). و هذا الشرط مما يجب العمل به لصحة الخبر.

و عن ابن الجنيد و المفيد و المحقق و البهبهاني منع اجتماع الحيض مع الحمل مطلقا لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: ما كان الله ليجعل حيضا مع حمل، يعنى إذا رأت الدم و هى حامل لا تدع الصلاة إلا أن ترى على رأس الولد إذا ضربها الطلق و رأت الدم تركت الصلاة)(٢) و صحيح حميد بن المثنى: (سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن الجبلى ترى الدفقه و الدفتين من الدم فى الأيام و فى الشهر و الشهرين، فقال عليه السلام: تلك الهراقة ليس تمسك هذه عن الصلاة)(٣). و الأخير ظاهر فى الاستحاضه لأن الحيض لا يكون دفته أو دفتين، و أما خبر السكوني فلا يقاوم هذه الأخبار الكثيره فلا بد من حملة على التقية أو رده لأهله و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس منع الحيض مع الحمل إذا استبان و ادعى عليه الشيخ الإجماع و لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (سألته عن الجبلى قد استبان حملها ترى ما ترى الحائض من الدم، قال: تلك الهراقة من الدم، إن كان دما أحمر كثيرا فلا تصلى، و إن كان قليلا أصفر فليس عليها إلا الوضوء)(٤) و خبر أبى المغراء: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجبلى قد استبان ذلك منها ترى كما ترى الحائض من الدم، قال: تلك الهراقة، إن كان دما كثيرا فلا تصلين، و إن كان قليلا فلتغتسل عند كل صلاتين)(٥).

و اشتراط الاستبان لم تقع فى كلام المعصوم حتى يؤخذ به و إنما وقع فى كلام السائل و هو لا يدل على كونه شرطا فى الحكم. (١) أى بكونه حيضا.

(٢) قد تقدم أن كل دم أمكن أن يكون حيضا بحيث يكون مستجمعا لشرائط الحيضيه مع -

ص: ١٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ١٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ٨.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ١٦ و ٥.

بعد استقراره (١) فيما يتوقف عليه (٢) كأيام الاستظهار (٣) فإن الدم فيها (٤) يمكن كونه حيضاً، إلا أن الحكم به (٥) موقوف على عدم عبور العشرة، ومثله القول في أول رؤيته (٦) مع انقطاعه قبل الثلاثة.

-ارتفاع الموانع عنه لا بد أن يحكم بكونه حيضاً، إلا إذا احتل حصول كاشف فيما بعد يدل على أنه ليس بحيض، فلا يحكم عليه بالحيض بل لا بد من التربص إلى ظهور الكاشف فإن ظهر وإلا حكم عليه بأنه حيض، وهذا له موردان.

الأول: إذا تجاوز الدم عن أيام العادة وكان بصفات الحيض فلا يحكم عليه بالحيض لاحتقال أن يكون استحاضه إذا تجاوز العشرة، فلا بد من التربص إلى ظهور الكاشف وهو تجاوزه عن العشرة، وهذا التربص يسمى بأيام الاستظهار فإن تجاوز فلا يحكم على الزائد عن أيام العادة بأنه حيض وإلا فيكون حيضاً.

الثاني: عند أول رؤيه الدم للمبتدئه فيحتمل أن لا يتوالى في الأيام الثلاثة الأولى، فلا بد من التربص إلى ظهور الكاشف وهو عدم التوالى، فإن لم يتوال فليس بحيض وإلا فيكون حيضاً.

(١) أى بعد استقراره فى نفس الأمر، وإلا فما قبل ظهور الكاشف فهو احتمال ليس إلا.

(٢) أى فيما يتوقف الإمكان المستقر عليه وهو عدم ظهور الكاشف على أنه ليس بحيض.

(٣) تمثيل للموصول.

(٤) فى أيام الاستظهار.

(٥) أى بكونه حيضاً.

(٦) بالنسبة للمبتدئه فقط، هذا و اعلم أن الأصحاب قد اختلفوا فى أيام الاستظهار فمن انقضت أيام عاداتها واستمر معها الدم، فنسب إلى عامه المتأخرين استحباب الاستظهار، وعن مجمع الفائده والمعتبر والذخيره التخير بين الاستظهار وعدمه، وعن الشيخ وابن إدريس والسيد وابن حمزه والعلامه وجوب الاستظهار، ثم اختلفوا فى الاستظهار أنه بيوم أو يومين أو ثلاثة أو إلى تمام العشرة، كل ذلك تبعاً لاختلاف الأخبار.

فمن الأخبار الداله على الاستظهار مرسل ابن المغيره عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا كانت أيام المرأه عشره لم تستظهر، فإذا كانت أقل استظهرت) (١) وخبر يونس بن

ص: ١٩٩

-يعقوب: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: تجلس النفساء أيام حيضها التي كانت تحيض ثم تستظهر و تغتسل و تصلى) (١).

و من الأخبار الداله على الاستظهار بيوم واحد موثق إسحاق بن جرير عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن المرأة تحيض فتجوز أيام حيضها، قال عليه السلام: إن كان أيام حيضها دون عشره أيام استظهرت بيوم واحد، ثم هي مستحاضه) (٢) و مرسل داود مولى أبي المغراء عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن المرأة تحيض ثم يمضى وقت طهرها و هي ترى الدم، فقال: تستظهر بيوم إن كان حيضها دون العشره أيام، فإن استمرّ الدم فهي مستحاضه، و إن انقطع الدم اغتسلت و صلت) (٣) و من الأخبار الداله على الاستظهار بيومين صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (قلت له: النفساء متى تصلى؟ قال عليه السلام: تقعد بقدر حيضها و تستظهر بيومين، فإن انقطع الدم و إلا اغتسلت و احتشت و استنشرت و صلت) (٤).

و من الأخبار الداله على الاستظهار بثلاثه أيام موثق سماعه: (فإن كان أكثر من أيامها التي كانت تحيض فيهن فلتتربص ثلاثه أيام بعد ما تمضى أيامها) (٥) و من الأخبار الداله على الاستظهار بيوم أو يومين خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (عن الطامث تقعد بعدد أيامها كيف تصنع؟ قال: تستظهر بيوم أو يومين ثم هي مستحاضه) (٦).

و من الأخبار الداله على الاستظهار بيومين أو ثلاثه صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن المرأة تحيض ثم تطهر و ربما رأت بعد ذلك الشيء من الدم الرقيق بعد اغتسالها من طهرها فقال عليه السلام: تستظهر بعد أيامها بيومين أو ثلاثه ثم تصلى) (٧).

و من الأخبار الداله على الاستظهار بيوم أو يومين أو ثلاثه صحيح البنزنى عن الرضا عليه السلام: (سألته عن الحائض كم تستظهر؟ فقال: تستظهر بيوم أو يومين أو ثلاثه) (٨).

و من الأخبار الداله على الاستظهار إلى تمام العشره موثق يونس بن يعقوب: (قلت -

ص: ٢٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ٢.

٥- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ١ و ١٣ و ٨ و ٩.

-لأبي عبد الله عليه السلام: امرأه رأت الدم في حيضها حتى تجاوز وقتها، متى ينبغي لها أن تصلي؟ قال: تنتظر عدتها التي كانت تجلس ثم تستظهر بعشره أيام، فإن رأت الدم دما صبيبا فلتغتسل في وقت كل صلاة(١).

و اختلاف الأخبار في مدة الاستظهار دليل على استحبابه بيوم أو يومين أو ثلاثة أو إلى تمام العشره، هذا مع أن أخبار تمام العشره يمكن حملها على الاستظهار بثلاثة أيام باعتبار أن الغالب في عادة النساء هي سبعة أيام.

و هذه الأخبار محموله على ما لو ظنت انقطاع الدم على العشره فما دون، أما لو علمت بتجاوز العشره فتقتصر على أيام عاداتها حائضا و الباقي مستحاضه جمعا بين أخبار الاستظهار و أخبار الاقتصار على العاده و هي كثيره منها: موثق إسحاق بن جرير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في المرأة تحيض فتجوز أيام حيضها، قال عليه السلام: إن كان أيام حيضها دون عشره أيام استظهرت بيوم واحد ثم هي مستحاضه، قالت: فإن الدم يستمر بها الشهر و الشهرين و الثلاثه كيف تصنع بالصلاه؟ قال عليه السلام: تجلس أيام حيضها ثم تغتسل لكل صلاتين(٢). و موثق عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام:

(المرأه المستحاضه التي لا- تطهر تغتسل؟ قال عليه السلام: المستحاضه تغتسل عند صلاه الظهر - إلى أن قال -: و لا بأس أن يأتيها بعلها متى شاء إلا أيام حيضها(٣).

هذا و اعلم أن الحائض إن علمت بالنقاء بعد انقضاء عاداتها اغتسلت و صلت، و إن احتملت بقاء الدم يجب عليها الاستبراء و استعمال الحال بأن تدخل قطنه و تصبر عليها قليلا فإن خرجت و هي نقيه فتغتسل و تصلي و إلا فإن احتملت الانقطاع إلى العشره فما دون فتستظهر بيوم أو يومين أو ثلاثة و إن لم تحتمل الانقطاع فتعمل عمل المستحاضه.

و الأخبار الداله على الاستبراء كثيره منها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

(إذا أرادت الحائض أن تغتسل فلتستدخل قطنه فإن خرج فيها شيء من الدم فلا تغتسل، و إن لم تر شيئا فلتغتسل(٤)، ظاهر في كون الاستبراء للإرشاد في تحصيل-

ص: ٢٠١

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ١٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الحيض حديث ١.

(و لو تجاوز) الدم (العشره فذات العاده الحاصله باستواء) الدم (مرتين) (١) أخذًا و انقطاعًا (٢)، سواء أ كان فى وقت واحد (٣)، بأن رأت فى أول شهرين سبعة مثلا، أم فى وقتين (٤) كأن رأت السبعه فى أول شهر و آخره، فإن السبعه تصير عاده وقتيه و عدديه فى الأول، و عدديه فى الثانى، فإذا تجاوز عشره (٥) (تأخذها) أى العاده فتجعلها حيضا (٦).

-النقاء لئلا يظهر الدم فيلغى الاغتسال، فما عن البعض من وجوب الاستبراء ليس فى محله.

(١)العاده تتحقق برؤيه الدم مرتين متماثلتين بلا-خلاف معتد به للأخبار منها: موثق سماعه: (سألته عن الجاربه البكر أول ما تحيض - إلى أن قال :- فإذا اتفق شهران عده أيام سواء فتلك أيامها)(١) و مرسله يونس: (فإن انقطع الدم لوقته فى الشهر الأول سواء حتى توالى عليها حيضتان أو ثلاث فقد علم الآن أن ذلك قد صار لها وقتا و خلقا معروفا، تعمل عليه و تدع ما سواه، و تكون سنتها فيما يستقبل إن استحاضت - إلى أن قال :- و إنما جعل الوقت أن توالى عليها حيضتان أو ثلاث لقول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للتي تعرف أيامها: دعى الصلاه أيام أقرائك، فعلمنا أنه لم يجعل القراء الواحد سنه لها فيقول: دعى الصلاه أيام قرئك، و لكن سنّ لها الأقرء و أدناه حيضتان فصاعدا)٢ فما عن بعضهم و لم يعرف الاكتفاء بالمره ضعيف جدا.

(٢)أى استوى الدم أخذًا و انقطاعًا بحسب العدد، و هذا يشمل الوقتيه العدديه و العدديه

(٣)فهى الوقتيه العدديه.

(٤)فهى العدديه فقط.

(٥)تكرار لقول الماتن، أعاده لطول الفصل ليرتبط الكلام بعضه ببعض.

(٦)ما تراه المرأه من الدم أيام عادتها أو قبلها بقليل و لم يتجاوز العشره فالمجموع حيضا بلا خلاف للأخبار منها: موثق سماعه: (فلها أن تجلس و تدع الصلاه ما دامت ترى الدم ما لم يجز العشره)(٢) و موثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام: (المرأه إذا رأت الدم فى أول حيضها و استمر بها الدم بعد ذلك تركت الصلاه عشره أيام)(٣) و إذا تجاوز فتأخذ عادتها حيضا و الباقي استحاضه للأخبار منها: مرسله داود العجلي عن أبى -

ص:٢٠٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الحيض حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحيض حديث ٦.

و الفرق بين العادتين الاتفاق على تحيض الأولى برؤيه الدم (١)، و الخلاف فى الثانيه (٢) فقيل: إنها فيه كالمضطربه لا تحيض إلا بعد ثلاثه و الأقوى أنها كالأولى (٣).

-عبد الله عليه السّلام: (سألته عن المرأة تحيض ثم يمضى وقت طهرها و هى ترى الدم فقال: تستظهر بيوم إن كان حيضها دون العشره أيام فإن استمر الدم فهى مستحاضه)^(١) و مرسله يونس عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و كل ما رأته بعد أيام حيضها فليس من الحيض)^(٢) و قد تقدم الكثير من الأخبار فى الاستظهار.

(١) أى تحيض الوقتيه بمجرد رؤيه الدم و إن لم يكن بصفات الحيض للأخبار منها:

صحيح الحسين بن نعيم الصحاف عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إذا رأت الحامل الدم قبل الوقت الذى كانت ترى فيه الدم بقليل أو فى الوقت من ذلك الشهر فإنه من الحيض)^(٣) و موثق سماعه: (عن المرأة ترى الدم قبل وقت حيضها، قال عليه السّلام:

فلتدع الصلاه، فإنه ربما تعجل بها الوقت)^(٤). و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن المرأة ترى الصفرة فى أيامها، فقال عليه السّلام: لا تصل حتى تنقضى أيامها)^(٤) و مرسله يونس: (لأن السنه فى الحيض أن تكون الصفرة و الكدره فما فوقها فى أيام الحيض - إذا عرفت - حياضا)^(٥).

(٢) أى فى العاده العديده، فعن جماعه منهم المحقق فى الشرائع أنها تحيض بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض لأخبار الصفات منها: خبر حفص البخترى: (إن دم الحيض حارّ عيبط أسود له دفع و حراره، و دم الاستحاضه أصفر بارد، فإذا كان للدم حراره و دفع و سواد فلتدع الصلاه)^(٦) و لقاءه الإمكان المتقدمه.

و ذهبت جماعه منهم السيد و ابن الجنيد إلى أن علمها بالعدد فقط مما لا- تأثير له فى الحكم بالتحيض فلا- بد أن تكون كالمضطربه و المبتدئه.

(٣) كالوقتيه لأخبار الصفات، هذا و قد ألحقها الشارح بالمضطربه عند البحث فى أحكام-

ص: ٢٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحيض حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحيض حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٤.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٢.

و لو اعتادت (١) وقتا خاصا - بأن رأت في أول شهر سبعة، و في أول آخر ثمانية - -الحيض كما سيأتي، ثم إن المضطربة هي الناسيه للعاده بحيث كانت لها عاده ثم اضطرب عليها الدم و قد نسيت عاداتها كما عن المحقق في الشرائع و العلامه و تبعه من تأخر، و فسرها في المعبر بمن لم تستقر لها عاده و جعل الناسيه للعاده قسيما لها و هي تتحيز بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض لأخبار الصفات المتقدمه، فما عن الشهيد الاكتفاء بالظن فإن ظنت تحيضا و إلا فلا لأصالة عدم الحيض لا معنى له بعد كون أخبار الصفات حاكمه في البين. و أما المبتدئه فتتحيز بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الدم على المشهور للأخبار منها: مضمرة سماعه: (سألته عن الجارية البكر أول ما تحيض فتقعد في الشهر يومين و في الشهر ثلاثه يختلف عليها، لا يكون طمثها في الشهر عده أيام سواء، قال عليه السلام: فلها أن تجلس و تدع الصلاة ما دامت ترى الدم ما لم يجز العشره) (١) و موثق ابن بكير: (في الجارية أول ما تحيض يدفع عليها الدم فتكون مستحاضه، إنها تنظر بالصلاه فلا تصلى حتى يمضى أكثر ما يكون من الحيض، فإذا مضى ذلك و هو عشره أيام فعلت ما تفعله المستحاضه) (٢).

و عن جماعه منهم الكليني و الحلبي في السرائر و المحقق في المعبر و العلامه في التذكرة التفصيل بين الأيام الثلاثه الأولى فلا تتحيز، و بين ما بعدها فتتحيز للقطع بكونه حيضا، و الأخبار السابقه حجه عليهم.

هذا و اعلم أن الأخبار غير صريحه في تقسيم الحائض إلى ذات العاده و غيرها، و أن ذات العاده تاره تكون عاداتها و قتيه و أخرى عدديه و ثالثه و قتيه عدديه و أن غيرها إما مضطربه و إما مبتدئه و إنما الموجود يدل على ذات العاده الوقتيه و على المبتدئه و على المضطربه و أما العدديه فلا يوجد خبر ظاهر في ذلك.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالوقتيه تتحيز بمجرد رؤيه الدم و إن لم يكن بصفات الحيض إذا دخل وقتها، بل و كذا لو تعجل عليها بيوم أو يومين للأخبار التي تقدم بعضها، و أما غيرها فتتحيز سواء كانت عدديه أو مضطربه أو مبتدئه برؤيه الدم إذا كان بصفات الحيض لأخبار الصفات و قد تقدم بعضها، و لذا ترى أن الشارح ألحق المضطربه بالعدديه كما هنا، و بالمبتدئه كما في أحكام الحيض.

(١) أي المضطربه، اعلم أن المضطربه بناء على تفسيرها بمن لم تستقر لها عاده إما أن -

ص: ٢٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الحيض حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحيض حديث ٥.

فهى مضطربه العدد لا ترجع إليه (١) عند التجاوز (٢)، و إن أفاد الوقت تحيضها برؤيته فيه (٣) بعد ذلك (٤) كالأولى (٥) إن لم
نجز ذلك للمضطربه (٦).

فى أنواع النساء عاده

(و ذات التمييز) (٧) وهى التى ترى الدم نوعين أو أنواعا (تأخذه) بأن تجعل القوى حياضا، و الضعيف استحاضه (بشرط عدم
تجاوز حدّيه) قله و كثره (٨)، و عدم قصور الضعيف (٩)، و ما يضاف إليه (١٠) من أيام النقاء عن أقلّ الطهر، و تعتبر القوه
بثلاثه (١١): «اللون» فالأسود قوى الأ-حمر، و هو قوى الأشقر، و هو قوى -تكون مضطربه فى الوقت و العدد و إما أن تكون
مضطربه فى الوقت فقط و إما أن تكون مضطربه فى العدد فقط، و الأ-خيره تتحيز بمجرد رؤيه الدم و إن لم يكن بصفات
الحيض لأنها صاحبه عاده وقتيه بخلاف القسمين السابقين فإنها تتحيز برؤيه الدم إن كان بصفات الحيض لأخبار الصفات.

(١) إلى العدد.

(٢) أى تجاوز الدم عشره أيام، و لا ترجع إليه لعدم ضبطه.

(٣) أى برؤيه الدم فى ذلك الوقت.

(٤) أى بعد هذا الشهر من الأشهر المقبله فتكون ذات عاده وقتيه لتكرره شهرين فصاعدا.

(٥) أى تكون المضطربه حينئذ كذات العاده الوقتيه تتحيز بمجرد رؤيه الدم و إن لم يكن بصفات الحيض.

(٦) أى لم نجز التحيز للمضطربه بمجرد رؤيه الدم، بناء على إلحاقها بالمبتدئه و بناء على أن حكم المبتدئه لا تتحيز إلا بعد
ثلاثه أيام كما هو قول جماعه و قد تقدم.

(٧) أى صاحبه الدم المتميز بأن رأت نوعين من الدم أو أكثر كل واحد متميز عن الآخر و لم تكن ذات عاده، فما شابه دم
الحيض من صفاته الثابته له فهو حيض، و ما شابه دم الاستحاضه فى صفاته الثابته له فهو استحاضه، لأخبار الصفات التى تقدم
بعضها.

(٨) أى بشرط أن يكون ما شابه دم الحيض لا ينقص عن ثلاثه و لا يزيد على العشره.

(٩) بحيث كان القوى أولا ثم ضعف الدم ثم صار قويا فيحكم بحيضيه القوى فى كلا الطرفين بشرط عدم قصور الضعيف عن
العشره لأنها أقلّ الطهر.

أما لو كان القوى ثلاثه أيام ثم صار أصفر يومين ثم صار قويا كما كان ثلاثه أيام فلا يحكم بحيضيه الطرفين لقصور الضعيف
عن أقلّ الطهر بل يحكم على الجميع بأنه حيض لعدم زياده ما رآته عن أكثر الحيض.

(١٠) إلى الضعيف.

(١١) باللون و الرائحة و القوام، و فيه: إن الأخبار لم تذكر الرائحة كما صرح بذلك غير-

ص: ٢٠٥

الأصفر، و هو قوَى الأكدر. و «الرائحة» فذو الرائحة الكريهه قوَى ما لا رائحة له، و ماله رائحة أضعف. و «القوام» فالثخين قوَى الرقيق، و ذو الثلاث (١) قوَى ذى الاثنين، و هو قوَى ذى الواحد، و هو قوَى العادم. و لو استوى العدد (٢) و إن كان مختلفا فلا تمييز (٣).

(و) حكم (الرجوع)، إلى التمييز ثابت (فى المبتدأه) (٤) بكسر الدال -واحد، نعم ذكرت الخروج دفقا و الحراره فكان على الشارح ذكرهما.

(١) أى الدم ذى اللون و الرائحة و القوام أقوى من الدم الفاقد لواحد منها.

(٢) بأن كان فى أحد الدمين وصف و فى الآخر وصف آخر.

(٣) قال فى الجواهر عن هذه الترجيحات: «و فى اعتبار شىء من ذلك مما لا يرجع إلى النصوص نظر و تأمل» و عليه فالمدار على اللون و الحراره و الدفق.

(٤) المبتدئه بكسر الدال اسم فاعل بمعنى التى ابتدأت الحيض، و يجوز الفتح ليصير اسم مفعول بمعنى أن الحيض ابتداء فيها، و المبتدئه هل تختص بمن رأت الدم مره واحده، أو تشمل كل من لم يستقر لها عاده، ذهب المحقق فى المعتبر إلى الأول و عليه فتكون المضطربه هى الأعم ممن لم يستقر لها عاده و من الناسيه لعادتها.

و ذهب غيره إلى الثانى فتكون المضطربه هى خصوص الناسيه للعاده، و ذهب سيد المدارك إلى أن الخلاف لفظى باعتبار أن حكم الجميع هو التحيض بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض.

و يرد أن غير المستقره و هى التى رأت الدم شهورا أو سنين و لم يستقر لها عاده تأخذ حكم المضطربه من الرجوع إلى الصفات، و مع فقدها ترجع إلى الروايات بناء على قول المحقق فى المعتبر.

و هى تأخذ حكم المبتدأه فترجع إلى الصفات و مع فقدها فترجع إلى عاده نساؤها فإن اختلفن فترجع إلى عاده أقرانها على قول، و إن اختلفن فترجع إلى الروايات على المشهور.

ثم إن المبتدئه قد عرفت تحيضها بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض، فإذا توقف على العشره فما دون فالكل حيض، و إن استمر الدم و تجاوز العشره فما كان بصفات الحيض فهو حيض و ما كان بصفات الاستحاضه فهو استحاضه لأخبار الصفات و هذا هو مقصود الشارح عند قوله بالرجوع إلى التمييز، بشرط أن لا ينقص ما جعلته حيضا عن ثلاثه أيام و لا يزيد على العشره، و بشرط عدم قصور الضعيف مع النقاء عن أقل الطهر إذا كان المحكوم بالحيضيه على حاشيتى الضعيف. -

فإن فقدت الصفات بأن كان الدم كله لونا واحدا، أو اختلف اللون إلا أن الواجد للصفات لم يحرز شرطى الحيض المتقدمين، فترجع إلى عادة أقاربها فى عدد الأيام لمضمره سماعه: (سألته عن جاريه حاضت أول حيضها فدام دمها ثلاثه أشهر و هى لا تعرف أيام أقرائها؟ فقال: أقرأؤها مثل أقرء نساءها، فإن كانت نساؤها مختلفات فأكثر جلوسها عشره أيام و أقله ثلاثه) (١) و خبر زراره و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (يجب للمستحاضه أن تنظر بعض نساءها فتقتدى بأقراءها ثم تستظهر على ذلك يوم) (٢).

بلا- فرق بين الحيه منهن و الميته و لا- بين المساويه فى السن و غيرها، و لا- بين البلديه و غيرها للعموم، و خالف الشهيد فى الذكرى و اعتبر اتحاد البلد محتجا بأن للبلدان أثرا ظاهرا فى تخالف الأمزجه.

كما أنه لا فرق بين أقارب الأب و أقارب الأم لصدق نساءها الوارد فى الخبر على الجميع، و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و المحقق فى الشرائع و المعتبر إلى اشتراط اتفاق جميع النساء فى العاده حتى ترجع إليهن، و عن الشهيد فى الذكرى الاكتفاء بالغالب فيهن لتعذر اتفاق الجميع.

ثم إن اختلفت عادة أقاربها ترجع إلى عادة أقرانها ممن هنّ فى سنها على المشهور، و قد اعترف أكثر من واحد بعدم الدليل عليه إلا الظن بالمساواه بينهن، و يؤيده مرسله يونس عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن المرأه أول ما تحيض ربما كانت كثيره الدم، فيكون حيضها عشره أيام فلا- تزال كل ما كبرت نقصت حتى ترجع إلى ثلاثه أيام) (٣) و هى ظاهره فى توزيع الأيام على الأعمار.

و لما يوجد فى بعض النسخ من تبديل الهمزه فى أقرائها، بالنون فى روايه زراره و محمد بن مسلم المتقدمه، فيكون اللفظ (فتقتدى بأقرانها)، و كذا تبديل الهمزه بالنون فى موثق سماعه فيكون اللفظ: (أقرأؤها مثل أقران نساءها).

مع أن الظن هنا لا يفيد حكما، و تبديل اللفظ فى خبر زراره و ابن مسلم و موثق سماعه لا يلتفت إليه ما دام السياق و أكثر النسخ خصوصا المصححه على أقرائها-.

ص: ٢٠٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحيض حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحيض حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الحيض حديث ٤.

و فتحها، و هي من لم يستقر لها عادة، إما لابتدائها (١)، أو بعده مع اختلافه (٢) عددا و وقتا (و المضطربه) و هي من نسيت عاداتها وقتا، أو عددا، أو معا. و ربّما أطلقت على ذلك (٣) و على من تكرر لها الدم مع عدم استقرار العاده (٤)، و تختص المبتدأه على هذا (٥) بمن رأته أول مره، و الأول أشهر (٦).

و تظهر فائده الاختلاف فى رجوع ذات القسم الثانى من المبتدأه (٧) إلى عاده أهلها (٨) و عدمه (٩). (و مع فقده) أى فقد التمييز بأن اتحد الدم المتجاوز لونا و صفه، أو اختلف و لم تحصل شروطه (تأخذ المبتدأه عاده أهلها) و أقاربها من الطرفين، أو أحدهما كالأخت و العمه و الخاله و بناتهن، (فإن اختلفن) فى العاده و إن غلب بعضهن (فأقرانها) و هنّ من قاربها فى السن عاده. و اعتبر المصنف فى كتبه الثلاثه (١٠) فيهن و فى الأهل اتحاد البلد لاختلف الأمزجه باختلافه، و اعتبر فى الذكري أيضا الرجوع إلى الأكثر عند الاختلاف و هو أجود، و إنما اعتبر فى الأقران الفقدان دون الأهل لإمكانه فيهن دونهن (١١)، إذ لا أقلّ من الأم لكن قد -ثم على القول بالرجوع إلى أقرانها فقد اشترط الشهيد اتحاد البلد أيضا لأن للبلدان أثرا ظاهرا فى تخالف الأمزجه، و فيه إنه استحسان ظنى لا يصلح أن يكون مستندا للحكم.

ثم على القول بالرجوع إلى أقرانها فإن اختلفن فترجع إلى الروايات، و كذا على القول بعدم الرجوع إليهن فترجع إلى الروايات و سيأتى البحث فيها إن شاء الله تعالى.

(١) أى ابتدائها برؤيه الدم.

(٢) اختلاف الدم.

(٣) أى على الناسيه.

(٤) و هو قول المحقق فى المعتبر.

(٥) أى هذا الإطلاق الأخير.

(٦) مع أنه لم ينقل الشارح فى الروض خلافا إلا عن المحقق، فالأولى القول: و الأول مشهور.

(٧) و هي التى لم يستقر لها عادة و هي المسماه بالمتحيره.

(٨) على قول المشهور.

(٩) أى عدم الرجوع على قول المحقق.

(١٠) الذكري و الدروس و البيان.

(١١) أى لإمكان الفقدان فى الأقران بحيث كانت تعيش فى بلاد نائية، مع أنه لا يمكن -

يتفق الفقدان بموتهن و عدم العلم بعادتهن، فلذا عبّر في غيره (١) بالفقدان، و الاختلاف فيهما.

(فإن فقدن) الأقران، (أو اختلفن فكال مضطربه في) (٢) الرجوع إلى -الفقدان في الأهل إذ كل بنت لها أم على الأقل فترجع إلى أمها، و لذا رتب أكثر من واحد الاختلاف على الأهل و الفقدان على الأقران، و منهم المصنف هنا.

و فيه: المدار على العلم بعاده أهلها فقد يموت الجميع قبل وعيها و لا تستطيع أن تعلم بعادتهن فالفقدان الحكمي متحقق في الأهل كما يتحقق الفقدان في الأقران، و لذا رتب الفقدان عليهما كل من الشيخ في المبسوط و العلامة في القواعد و ابني حمزه و إدريس و جماعه.

(١) أي فلذا عبّر المصنف في غير الأهل بالفقدان، و عبّر بالاختلاف في الأهل و الأقران.

(٢) قد عرفت أن المضطربه تتحيز بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض لأخبار الصفات، فإن لم يتجاوز العشره فكله حيض، و إن تجاوز فما كان من صفات الحيض فهو حيض و ما كان من صفات الاستحاضه فهو استحاضه لأخبار الصفات، بشرط أن يكون ما جعلته حيضا حائزا على شرائط الحيض من عدم نقصه على الثلاثه و عدم تجاوزه العشره، و كون الوسط أو النقاء المتخلل بين الدمين مع ما أضيف إلى الدم لا يتجاوز العشره إذا كان محفوفًا بالدم من جانيه.

و عن أبي الصلاح أنها ترجع إلى النساء ثم إلى التمييز بالصفات، و عن ابن زهره أنها لا تلتفت إلى شيء بل تتحيز بعشره أيام، و هما ضعيفان كما في الجواهر إذ لا دليل لهما.

ثم على القول المشهور من التحيز بالتمييز فإن فقدته ترجع إلى الروايات ففي موثق عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (في الجارية أول ما تحيض يدفع عليها الدم فتكون مستحاضه؟ إنها تنتظر بالصلاه فلا تصلى حتى يمضي أكثر ما يكون من الحيض، فإذا مضى ذلك و هو عشره أيام فعلت ما فعله المستحاضه، ثم صلت فمكثت تصلى بقيه شهرها، ثم تترك الصلاه في المره الثانيه أقل ما تترك امرأه الصلاه و تجلس أقل ما يكون من الطمث و هو ثلاثه أيام) (١) و مثله موثقه الآخر ٢ و هي تدل على أنها تأخذ عشره أيام من شهر و ثلاثه أيام من شهر آخر و هكذا، و في مرسله يونس الطويله عن أبي عبد الله عليه السلام: (تحيزي في كل شهر في علم الله ستة أيام أو سبعة -

ص: ٢٠٩

الروايات، و هي (أخذ عشره) أيام (من شهر، و ثلاثه من آخر) مخيره في الابتداء بما شاءت منهما، (أو سبعة سبعة) من كل شهر، أو ستة ستة مخيره في ذلك (١)، و إن كان الأفضل لها اختيار ما يوافق مزاجها (٢) منها، فتأخذ ذات المزاج الحار السبعة، و البارد الستة، و المتوسط الثلاثه و العشره، و تتخير في وضع ما اختارته حيث شاءت من أيام الدم (٣)، و إن كان الأولى الأول (٤)، و لا اعتراض للزوج في ذلك (٥). هذا في الشهر الأول، أما ما بعده (٦) فتأخذ ما يوافقه وقتا.

و هذا إذا نسيت المضطربه الوقت و العدد معا، أما لو نسيت أحدهما خاصه، فإن كان الوقت (٧) -أيام - إلى أن قال «اللتى اختلط عليها أيامها و زادت و نقصت حتى لا تقف منها على حد و لا من الدم على لون.» و لكن الدم أطبق عليها فلم تزل الاستحاضه داره و كان الدم على لون واحد و حاله واحده فسنتها السبع و الثلاث و العشرون (١) و بعضهم قال بالتخير بين هذه الروايه و بين الروايات السابقه، و الذى يترجح فى النظر هو حمل هذه على من استمر معها الدم و كانت مضطربه و تلك على المبتدئه كما هو ظاهرها، و هناك أقوال كثيره فى المبتدئه و المضطربه أنهاها فى كشف اللثام إلى أربعة عشر قولاً، و فى طهاره الشيخ إلى عشرين.

(١) للجمع بين الأخبار المتقدمه.

(٢) ذهب العلامه فى النهايه إلى الوجوب، و ذهب المحقق و الشهيد و جماعه إلى التخير و إن لم يوافق المزاج و قد عرفت حمل الأخبار المتقدمه فلا نعيد.

(٣) و لا يشترط وضعه فى أول الشهر كما ذهب إليه الشارح فى الروض و جماعه، و عن الأكثر وجوب وضعه فى أول أيام الدم لظهور الروايات فى ذلك.

(٤) أى أول أيام الدم.

(٥) لأن التخير بيدها، فلو اختارت لكانت حائضاً، و مع تحقق عنوان الحيض لا يجب عليها إطاعه الزوج فى المواطأه.

(٦) أى بعد الشهر الأول.

(٧) فتكون ذاكره للعدد، فذهب المشهور إلى أنها تتخير فى وضع عدد عاداتها فى أى وقت تشاء من الشهر، و ذهب الشيخ فى المبسوط و العلامه فى الإرشاد إلى أنها تعمل -

ص: ٢١٠

أخذت العدد كالروايات (١) أو العدد (٢) - في الزمان كله عمل المستحاضه و تغتسل للحيض في كل وقت تحتمل انقطاع الحيض فيه و تقضى بعد ذلك صوم عاداتها، للاحتياط لعدم تشخيصها الحيض في وقت خاص.

و فيه: إن الناسيه للوقت فقط ليست أسوأ حالا من الناسيه للوقت و العدد، مع أن الثانيه ترجع إلى الصفات أو الروايات و لا يجب عليها الاحتياط فلم وجب الاحتياط على الأولى، على أن هذا الاحتياط موجب للعسر و الحرج المنفيين في الشريعة.

(١) أي تجعل عدد أيامها حيث شاءت من أيام الدم كما تتخير عند الأخذ في الروايات.

(٢) بحيث تكون ذاكره للوقت، و هنا أربع مسائل:

الأولى: أن تذكر وقت أول الحيض بحيث تعلم أن أول الشهر هو أول حيضها، فقد ذهب الشيخ في المبسوط و ابن حمزه و الشهيد في البيان و المحقق في المعبر و جماعه إلى اكمال ما تذكره ثلاثه أيام لأنه أقل الحيض و الباقي على الاستحاضه لأصالة شغل ذمتها بالعباده.

و عن الشيخ في الخلاف أنها ترجع إلى الروايات فتكمل ما ذكرته بعدد مروى و هو السبعه فقط.

و عن الشهيد الثاني و جماعه أنها تتخير بإكمال ما ذكرته بعدد مروى من الستة أو السبعه أو العشره و الثلاثه لصدق الاضطراب و النسيان في حقها فتشملها أخبار المضطربه.

الصوره الثانيه: أن تذكر وقت آخر الحيض فتجعله نهايه الثلاثه التي هي حيض قطعاً و ما قبل الثلاثه تعمل عمل المستحاضه كما عن جماعه، و عن الشهيد أنها تكمل ما علمت آخره بعدد مروى من الستة أو السبعه أو العشره و الثلاثه.

الصوره الثالثه: أن تعلم وقت وسط الحيض و تعلم أنه محفوف بما قبله و بما بعده بالحيض، فيكون ما قبله بيوم و ما بعده بيوم مع ضميمته حيزاً قطعاً و يقتصر عليه كما عن جماعه، أو يكمل بعدد مروى كما عن الشهيد الثاني. و عن البعض أنها لو اختارت الإكمال بإحدى الروايات فلا بد من اختيارها السبعه أو الثلاثه ليوافق الوسطيه المحفوفه بالحيض من كلا الجانبين على نحو التساوى.

و فيه: إن المراد بالوسط هو ما بين الأول و الأخير لا الوسط الحقيقي بحيث يكون هناك التساوى بين طرفيه.

الصوره الرابعه: أن تعلم أن هذا اليوم من أيام حيضها من غير معرفه أوليته أو وسطيته أو آخريته للحيض، فتجعله حيزاً مع إكماله بيومين فيكون المجموع حيزاً على نحو القطع و يجرى فيه الخلاف المتقدم.

جعلت ما تيقن من الوقت حيضا أولا (١)، أو آخرا (٢)، أو ما بينهما (٣) و أكملته بإحدى الروايات على وجه يطابق، فإن ذكرت أوله أكملته ثلاثه متيقنه و أكملته بعدد مروى، أو آخره تحيَّضت بيومين قبله متيقنه و قبلهما تمام الروايه، أو وسطه المحفوف بمتساويين، و أنه يوم حفَّته بيومين و اختارت روايه السبعه لتطابق الوسط، أو يومان حفَّتهما بمثلهما، فتيقنت أربعه و اختارت روايه الستة فتجعل قبل المتيقن يوما و بعده يوما، أو الوسط بمعنى الأثناء مطلقا حفَّته بيومين متيقنه، و أكملته بإحدى الروايات متقدمه أو متأخره أو بالتفريق. و لا فرق هنا (٤) بين تيقن يوم و أزيد، و لو ذكرت عددا فى الجمله (٥) فهو المتيقن خاصه، و أكملته بإحدى الروايات قبله أو بعده أو بالتفريق، و لا احتياط لها (٦) بالجمع بين التكليفات (٧) عندنا (٨)، و إن جاز فعله (٩).

فى ما يحرم و ما يكره على الحائض

(و يحرم عليها) أى على الحائض مطلقا (١٠)(الصلاه) (١١) (١)الصوره الأولى.

(٢)الصوره الثانيه.

(٣)الصوره الثالثه.

(٤)فى الوسط بمعنى مطلق الأثناء.

(٥)الصوره الرابعه.

(٦)إشاره إلى خلاف الشيخ و العلامه المتقدم بالنسبه لناسيه الوقت من حكمهما بالاحتياط عليها فتعمل عمل المستحاضه و تغتسل للحيض فى كل وقت تحتل فيه انقطاع دم الحيض مع قضاء صوم عاداتها.

(٧)تكليف تروك الحائض و تكليف عمل المستحاضه.

(٨)لأنها ليست بالأسوأ حالا من الناسيه للوقت و العدد معا.

(٩)أى الجمع.

(١٠)سواء كان حيضها يقينا أو بحكم الحيض، و سواء كان حيضها باعتبار العاده أو التمييز أو الرجوع إلى أهلها أو أقرانها أو الروايات.

(١١)بل كل ما يشترط فيه الطهاره كالصلاه و الصوم و الطواف و الاعتكاف، و يدل عليه أخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا كانت المرأه طامثا فلا تحل لها الصلاه) (١) و خبر الفضل بن شاذان عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (إذا حاضت المرأه-

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

واجبه و مندوبه (١) (و الصوم و تقضيه) دونها (٢)، و الفارق النص، لا مشقتها بتكررها (٣) و لا غير ذلك (٤).

- فلا تصوم و لا تصلى (١) و خبر على بن عقبه عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام: (في امرأه اعتكفت ثم إنها طمشت قال عليه السلام: ترجع ليس لها اعتكاف) (٢).

(١) لإطلاق الخبر.

(٢) أى و تقضى الصوم دون الصلاة للأخبار منها: خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

(سأله عن قضاء الحائض الصلاة ثم تقضى الصيام، فقال عليه السلام: ليس عليها أن تقضى الصلاة و عليها أن تقضى صوم شهر رمضان) (٣) و خبر الحسن بن راشد: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الحائض تقضى الصلاة؟ قال عليه السلام: لا، قلت: تقضى الصوم؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: من أين جاء هذا؟ قال عليه السلام: إن أول من قاس إبليس) (٤) و حديث ابن شبرمه: (إن أبا عبد الله عليه السلام قال لأبي حنيفة: أيما أعظم الصلاة أم الصوم؟ قال: الصلاة قال: فما بال الحائض تقضى الصوم و لا تقضى الصلاة؟! فاتق الله و لا تقس) ٥.

(٣) أى مشقه الصلاة بتكرارها دون الصوم فإنه فى السنه مره.

(٤) من الوجوه، و قال الشارح فى المسالك بعد ما أورد خبر ابن راشد المتقدم: (فلا معنى لتحمل الفرق بعد ذلك) و ظاهر كلامه أن الفارق تعبدى كما صرح بذلك فى روض الجنان، و لذا قال فى الروض: «و قد تمحل للفرق بعضهم بأشياء مدفوعه بما أوردناه».

و فيه: إن الأخبار، صرحت بأن الفارق هو المشقه كما فى خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (ما بال الحائض تقضى الصوم و لا تقضى الصلاة؟ قال: لأن الصوم إنما هو فى السنه شهر، و الصلاة فى كل يوم و ليله عليها، فأوجب الله قضاء الصوم و لم يوجب عليها قضاء الصلاة لذلك) (٥) و خبر على بن محمد بن قتيبه النيشابورى:

(قال الفضل بن شاذان: إن سأل سائل فقال: أخبرنى هل يجوز أن يكلف الحكيم عبده-

ص: ٢١٣

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الحيض حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الحيض حديث ٣ و ١٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الحيض حديث ١٢.

(و الطواف) الواجب و المندوب (١)، و إن لم يشترط فيه (٢) الطهارة لتحريم دخول المسجد مطلقا (٣) عليها (و مس) كتابه (القرآن) (٤) -فعلا من الأفاعيل بغير عله و لا معنى، قيل له: لا يجوز ذلك لأنه حكيم غير عابث و لا جاهل.

ثم سئل عن علل كثير من الأحكام و أجاب ببيانها.

و منها: فإن قال: فلم صارت - أى الحائض - تقضى الصوم لا الصلاة؟ قيل: لعل شتى:

فمنها: ان الصيام لا يمنعها من خدمه نفسها و خدمه زوجها و إصلاح بيتها و القيام بأمرها و الاشتغال بمرمه معيشتها و الصلاة تمنعها من ذلك كله، لأن الصلاة قد تكون فى اليوم و الليله مرارا فلا تقوى على ذلك و الصوم ليس كذلك.

و منها: إن الصلاة فيها عناء و تعب و اشتغال الأركان و ليس فى الصوم شىء من ذلك، و إنما هو الإمساك عن الطعام و الشراب فليس فيه اشتغال الأركان.

و منها: إنه ليس من وقت يجىء إلا و قد تجب عليها فيه صلاه جديده فى يومها و ليلتها، و ليس الصوم كذلك، لأنه ليس كلما حدث عليها يوم و جب الصوم، و كلما حدث وقت الصلاة و جبت عليها الصلاة - إلى أن قال -: سألته السائل عن هذه الوجوه من أين أخذها؟ فقال الفضل: ما كنت أعلم مراد الله تعالى مما فرض و لا مراد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بما شرع و سنّ، و لا أعلم من ذات نفسى، قد سمعتها من مولاي أبى الحسن على بن موسى الرضا عليه السلام مره بعد مره و الشىء بعد الشىء فجمعتها، فقلت:

فأحدث بها عنك عن الرضا عليه السلام؟ فقال: نعم (١).

(١) لا- خلاف فى اشتراط الطهارة فى الطواف الواجب، و أما المندوب فقد ذهب الشهيدان إلى عدم اشتراطها فيه، و مع ذلك يحرم عليها الطواف المندوب لحرمه دخولها المسجد الحرام مطلقا و لو للاجتياز.

و ذهب العلامة فى النهايه إلى اشتراط المندوب بالطهارة فيحرم عليها الطواف لفقدان شرطه، و تتمه الكلام موكوله إلى محله إن شاء الله تعالى.

(٢) فى المندوب.

(٣) و لو للاجتياز.

(٤) على المشهور لقوله تعالى: لا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ (٢)، و ذهب ابن الجنيد إلى الكراهه.

ص: ٢١٤

و في معناه (١) اسم الله تعالى، و أسماء الأنبياء و الأئمة عليهم السلام كما تقدم.

(و يكره حملة) (٢) و لو بالعلاقة (٣) (و لمس هامشه) و بين سطوره (٤) (كالجنب) (٥).

(و يحرم) عليها (اللبث في المساجد) (٦) غير الحرمين (٧)، و فيهما يحرم (١) معنى القرآن، و كانت المذكورات الآتية في معناه من ناحيه وجوب التعظيم، و لذا ذهب جماعه منهم العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني إلى ذلك لوجوب التعظيم، و لأن الحيض أعظم حدثاً من الجنابه كما في خبر سعيد بن يسار، الوارد في المرأه ترى الدم و هي جنب فقال عليه السلام: (قد أتاها ما هو أعظم من ذلك) (١) و عليه فكل ما يحرم على الجنب يحرم على الحائض.

(٢) ذهب الأكثر إلى كراهه حملة لخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام:

(المصحف لا تمسه على غير طهر و لا جنباً و لا تمس خطه و لا تعلقه، إن الله تعالى يقول: لا يَمَسُّهُ إِلَّا الْمُطَهَّرُونَ (٢). المحمول على الكراهه بالنسبه للتعلق للإجماع المدعى في المعتبر، و ذهب السيد المرتضى إلى الحرمة و هو ضعيف.

(٣) ذهب العلامة إلى عدم الكراهه بالعلاقة، ورد عليه الشارح في الروض بأن ظاهر النص يتناوله.

(٤) فذهب المشهور إلى الكراهه لخبر إبراهيم بن عبد الحميد المتقدم بدعوى أن مس ذلك مندرج في قوله: (لا تمسه على غير طهر) و ذهب السيد المرتضى إلى الحرمة.

(٥) لم يذكر الماتن هذا الحكم سابقاً في الجنب فلذا استدركه هنا بالتشبيه، مع أن عموم النص السابق يشملها و الخلاف جار فيه كما يجري في الحائض بين المشهور و علم الهدى.

(٦) لصحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (قلنا له: الحائض و الجنب يدخلان المسجد أم لا؟ قال: الحائض و الجنب لا- يدخلان المسجد إلا- مجتازين، إن الله تبارك و تعالى يقول: وَ لَا جُنُبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ حَتَّى تَغْتَسِلُوا (٣) و ذهب سائر إلى نديه اعتزالها للمسجد و هو ضعيف.

(٧) المسجد الحرام و مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:-

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الوضوء حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ١٠.

الدخول مطلقا كما مرّ، وكذا يحرم عليها وضع شيء فيها (١) كالجنب، (وقراءة العزائم) (٢) - (الجنب و الحائض يدخلان المسجد مجتازين و لا يقعدان فيه، و لا يقربان المسجدين الحرميين) (١) و هو دال على حرمة الدخول و لو بالاجتياز.

(١) أى فى المساجد و إن جاز الأخذ لصحيح ابن سنان: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجنب و الحائض يتناولان من المسجد المتاع يكون فيه؟ قال عليه السلام: نعم، و لكن لا يضعان فى المسجد شيئا) (٢).

(٢) للأخبار منها: لصحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (الحائض و الجنب هل يقرآن من القرآن شيئا؟ قال: نعم ما شاء إلا السجده) (٣) و الأخبار لم تذكر إلا السجده و هى ظاهره فى آية السجده إلا أن الأصحاب قطعوا بتحريم السوره لما فى المعتبر: (يجوز للجنب و الحائض أن يقرأ ما شاء من القرآن إلا- سور العزائم الأربع و هى: اقرأ باسم ربك و النجم و تنزيل السجده و حم السجده، روى ذلك البيهقي فى جامعته عن المثنى عن الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام) (٤).

و لو قرأت أو سمعت آية السجده فيجب عليها السجود على الأشهر لصحيح أبي عبيد الحذاء: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطامث تسمع السجده؟ فقال: إن كانت من العزائم فلتسجد إذا سمعتها) (٥) و موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (و الحائض تسجد إذا سمعت السجده) ٦.

و عن المفيد و الشيخ و ابن زهره و ابن البراج عدم جواز السجود لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن الحائض هل تقرأ القرآن و تسجد سجده إذا سمعت السجده؟ فقال عليه السلام: تقرأ و لا تسجد) (٦) و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تقضى الحائض الصلاة و لا تسجد إذا سمعت السجده) ٨ و هما محمولان على التقية.

ص: ٢١٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ١٧.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الجنابه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ١١.
- ٥- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٣.
- ٦- (٧ و ٨) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الجنابه حديث ٤ و ٥.

و أبعاضها (و طلاقها) (١) مع حضور الزوج أو حكمه (٢) و دخوله بها (٣) و كونها حائلا (٤)، و إلا صح، و إنما أطلق لتحريمه في الجملة، و محل التفصيل باب الطلاق، و إن اعتيد هنا إجمالا.

(و وطؤها قبلا (٥) (١) أي يحرم طلاقها، و لو وقع لا- يصح، و الحكم مختص بالحاضر أو من بحكمه و هو الزوج القريب منها بحيث يمكنه استعلام حالها أو الغائب من دون أن يعلم انتقالها عن الطهر الذي فارقتها فيه بحسب عاداتها الغالبة، أو الغائب عنها دون الشهر كما عن الشيخ أو دون الثلاثة أشهر كما عن ابن الجنيد، و سيأتي الكلام في هذه الأقوال في كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

(٢) حكم الحضور.

(٣) و إلا فغير المدخول بها يصح طلاقها و إن كانت حائضا.

(٤) أي غير حامل، و إلا فلو كانت حاملا لصح طلاقها و إن كانت حائضا.

(٥) أي يحرم وطؤها للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن الرجل أتى المرأة و هي حائض؟ قال: يجب عليه في استقبال الحيض دينار، و في وسطه نصف دينار، قلت: جعلت فداك يجب عليه شيء؟ قال: نعم، خمسة و عشرون سوطا ربع حد الزاني لأنه أتى سفاحا) (١) و موثق هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يأتي المرأة فيما دون الفرج و هي حائض؟ قال عليه السلام: لا بأس إذا اجتنب ذلك الموضع) (٢) و خبر عبد الملك بن عمرو: (سألت أبا عبد الله عليه السلام:

ما لصاحب المرأة الحائض منها؟ فقال عليه السلام: كل شيء ما عدا القبل منها بعينه) (٣).

فما عن السيد من تحريم الاستمتاع بما بين السرة و الركبة لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن الحائض و ما يحلّ لزوجها منها؟ فقال عليه السلام: تترر بإزار إلى الركبتين و تخرج سرتها، ثم له ما فوق الإزار) (٤) و لكن لا بد من حمله على الكراهة جمعا بينه و بين ما تقدم.

و إطلاق الأخبار يقتضى تحريم الوطء و لو يادخال الحشفه و تحريم الوطء بين الدائمه و المتمتع بها و الحره و الأمه، و سواء كان الحيض قطعيا أم بحكم الحيض.

ص: ٢١٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بقيه الحدود حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الحيض حديث ٦ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الحيض حديث ١.

عامدا عالما (١) فتجب الكفاره) (٢) لو فعل (احتياطا) (٣) لا وجوبا على الأقوى، و لا كفاره عليها مطلقا (٤)، و الكفاره (بدينار) أى مثقال ذهب خالص مضروب (فى الثلث الأول، ثم نصفه فى الثلث الثانى، ثم ربعه فى الثلث الأخير) (٥) (١) أما مع عدم التعمد فلا يصدق أنه قد أتاها فلا تشملها الأخبار المتقدمه. و أما مع عدم العلم فلأن الجهل معذر عقلا و شرعا.

(٢) لخبر ابن مسلم المتقدم و خبر داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى كفاره الطمث أنه يتصدق إذا كان فى أوله بدينار و فى وسطه نصف دينار و فى آخره ربع دينار، قلت: فإن لم يكن عنده ما يكفّر؟ قال عليه السّلام: فليتصدق على مسكين واحد، و إلا استغفر الله تعالى و لا يعود، فإن الاستغفار توبه و كفاره لكل من لم يجد السبيل إلى شىء من الكفاره (١)).

و لذا ذهب شهور القدماء إلى وجوب الكفاره، إلا أن الشيخ فى النهايه و المبسوط و العلامه و المحقق و الشهيدان و المحقق الثانى و جماعه ذهبوا إلى الاستحباب جمعا بينها و بين صحيح العيص: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل واقع امرأته و هى طامث؟ قال عليه السّلام: لا يلتمس فعل ذلك، و قد نهى الله تعالى أن يقربها، قلت: فإن فعل ذلك أ عليه كفاره؟ قال عليه السّلام: لا أعلم فيه شيئا، يستغفر الله (٢) و موثق زراره عن أحدهما عليهما السّلام: (عن الحائض يأتيها زوجها، قال عليه السّلام: ليس عليه شىء يستغفر الله و لا يعود) ٣.

(٣) قال الشارح فى الروض: «و لا ريب أن الاحتياط طريق اليقين ببراءه الذمه».

(٤) لا- وجوبا و لا- احتياطا سواء قيل بوجوب الكفاره على الزوج أم لا، لأن الأخبار خصت الكفاره بالرجل ففى خبر ابن مسلم المتقدم: (يجب عليه فى استقبال الحيض دينار) و فى خبر ابن فرقد المتقدم: (أنه يتصدق إذا كان فى أوله بدينار).

(٥) لخبر ابن فرقد المتقدم، و هذا التقدير لكفاره مذهب المشهور، و عن الصدوق فى المقنع جعل الكفاره ما يشبع مسكينا لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يقع على امرأته و هى حائض ما عليه؟ قال عليه السّلام: يتصدق على مسكين بقدر شعبه) (٣)، و هو محمول عندهم على ما لو عجز عن الكفاره بالتقدير الأول و يشهد له-

ص: ٢١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الحيض حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الحيض حديث ٥.

و يختلف ذلك (١) باختلاف العاده و ما فى حكمها من التميز و الروايات، فالأولان (٢) أول لذات الستة، و الوسطان وسط و الأخيران آخر، و هكذا.

و مصرفها مستحق الكفاره (٣)، و لا يعتبر فيه (٤) التعدد.

(و يكره لها قراءه باقى القرآن) (٥) ذيل خبر ابن فرقد المتقدم، أما كون الدينار مثقالا شرعيا من الذهب الخالص فقد تقدم الكلام فيه فى مبحث الكر و ستأتى له تتمه فى كتاب الزكاه إن شاء الله تعالى.

ثم هل تجزى قيمه أم لا بد من صرف نفس الدينار، ذهب جماعه منهم العلامه و الشهيدان و المحقق الثانى إلى الاقتصار على نفس الدينار جمودا على ظاهر النص كما فى سائر موارد الكفارات، و عليه فلا عبره بالقيمه و لا بغيرها لعدم تناول الاسم لهما، و ذهب جماعه منهم الشيخ فى النهايه و المفيد فى المقنعه و ابن زهره فى الغنيه إلى جواز الاكتفاء بالقيمه لأنه عند صدور النصوص لم يكن مضروبا إلا نفس الدينار، أما نصفه و ربعه فلا، فكما جازت قيمه فى النصف و الربع فتجوز فيه.

(١) أى أول الحيض و وسطه و آخره.

(٢) أى اليوم الأول و الثانى.

(٣) لأن مصرفها مصرف غيرها من الكفارات من أنها تعطى للفقراء و المساكين من أهل الإيمان بلا خلاف فى ذلك كما فى الجواهر، كما أنه لا يشترط تعدد المعطى لإطلاق النصوص السابقه.

(٤) أى فى مستحق الكفاره.

(٥) على المشهور لخبر السكونى عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (سبعة لا يقرءون القرآن - و عدّ منها - الجنب و النفساء و الحائض) (١) و خبر الدعائم عن على عليه السّلام: (لا تقرأ الحائض قرآنا و لا تدخل مسجدا) (٢) المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما تقدم من النصوص الداله على الجواز كخبر زراره و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام:

(الحائض و الجنب... هل يقرءان من القرآن شيئا؟ قال: نعم ما شاء إلا السجده) (٣).

و عن ابن البراج تقييد الكراهه بالزائد عن السبع، و عن سلار القول بالحرمة.

ص: ٢١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب قراءه القرآن من كتاب الصلاه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الحيض حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الجنابه حديث ٤.

غير العزائم من غير استثناء للسبع (١) (و كذا) يكره له (الاستمتاع بغير القبلة) مما بين السَّيْرَة و الرُّكْبَة (٢)، و يكره لها إعانته عليه (٣) إلا- أن يطلبه فتتنفى الكراهه عنها لوجوب الإجابة. و يظهر من العبارة كراهه الاستمتاع بغير القبلة مطلقاً (٤)، و المعروف ما ذكرناه.

(و يستحبّ) لها (الجلوس في مصلاها) (٥) إن كان لها محل معد لها و إلا (١) إشاره إلى خلاف ابن البراج، حيث ألحقها بالجنب مع أن النص قد ورد في الجنب فقط و قد تقدم، فإلحاق الحائض به قياس.

(٢) قد تقدم.

(٣) بناء على أن مقدمه المكروه مكروهه.

(٤) سواء كان بين السره و الركبه أم لا.

(٥) بل يستحب للحائض أن تتنظف و تبدل القطنه و تتوضأ في أوقات الصلاه و تقعد في مصلاها، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (و كنّ نساء النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لا يقضين الصلاه إذا حضن و لكن يتحشين حين يدخل وقت الصلاه و يتوضأن، ثم يجلسن قريباً من المسجد فيذكرن الله (عز و جل) (١)).

و صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (و عليها أن تتوضأ وضوء الصلاه عند وقت كل صلاه، ثم تقعد في موضع طاهر فتذكر الله (عز و جل) و تسبحه و تهلله و تحمده كمقدار صلاتها، ثم تفرغ لحاجتها) ٢ و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (و إذا كان وقت الصلاه توضأت و استقبلت القبلة و هللت و كبرت و تلت القرآن و ذكرت الله (عز و جل) ٣).

و عن الصدوق و جوب الوضوء عليها لظاهر الأخبار المتقدمه، و لكن لا بد من الحمل على الاستحباب للسيره و لما ورد بلفظ ينبغي كما في خبر زيد الشحام: (سمعت أبا عبد الله عليه السَّلام يقول: ينبغي للحائض أن تتوضأ عند وقت كل صلاه، ثم تستقبل القبلة و تذكر الله مقدار ما كانت تصلي) (٢).

نعم قد ورد في صحيح الحلبي (٣) المتقدم أن الجلوس بالقرب من مسجدها أي مسجد صلاتها و بهذا أفتى الشيخ المفيد، و غيره جعل الاستحباب بالجلوس في مصلاها.

ص: ٢٢٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الحيض حديث ١ و ٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الحيض حديث ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الحيض حديث ٣.

فحيث شاءت (١) (بعد الوضوء) المنوى به التقرب دون الاستباحه (٢) (و تذكر الله تعالى بقدر الصلاه) (٣) لبقاء التمرين على العباده، فإن الخير عاده.

(و يكره لها الخضاب) (٤) بالحائى و غيره كالجنب، (و تترك ذات العاده) المستقره وقتا و عددا أو وقتا خاصا (العباده) المشروطه بالطهاره (برؤيه الدم) (٥). أما ذات العاده العدديه خاصه، فهى كالمضطربه فى ذلك كما سلف (٦) (و غيرها) من المبتدأه و المضطربه (بعد ثلاثه) أيام احتياطاً، و الأقوى جواز تركهما برؤيته أيضا (٧) خصوصا إذا ظنتاه حيضا، و هو اختياره (٨) فى الذكري، و اقتصر فى الكتابين على الجواز مع ظنه خاصه (٩).

(١) لإطلاق الأخبار، و لكن يستحب أن تكون مستقبله قبله.

(٢) لوجود الحدث المستمر المانع من دخول الصلاه.

(٣) عند وقت الصلاه لا مطلقا.

(٤) على المشهور لخبر للجمع بين خبر عامر بن جذاعة عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سمعتة يقول: لا- تختضب الحائض و لا الجنب) (١) و خبر أبى جميله عن أبى الحسن الأول عليه السّلام: (لا- تختضب الحائض) ٢ و بين روايه سماعه: (سألت العبد الصالح عليه السّلام عن الجنب و الحائض أ يختضبان؟ قال عليه السّلام: لا بأس) ٣ و مثله غيره فما عن الصدوق فى الفقيه بعدم الجواز ليس فى محله، و عن المفيد فى المقنعه تخصيص الحكم فى اليد و الرجل، لا بشعورهن، و عن المراسم تخصيص الحكم بالحائض، و الكل مدفوع بإطلاق الأخبار.

(٥) قد تقدم أن ذات العاده الوقتيه تتحيز بمجرد رؤيه الدم و إن لم يكن بصفات الحيض.

(٦) ما قد سلف هو إلحاق العدديه بالوقتيه لا بالمضطربه هذا من جهه، و من جهه أخرى فالحق أن غير الوقتيه سواء كانت عدديه أو مضطربه أو مبتدئه تتحيز بمجرد رؤيه الدم إن كان بصفات الحيض، و قد تقدم الكلام فيه مع الكلام على أدله بقيه الأقوال.

(٧) أى جواز ترك المبتدئه و المضطربه العباده برؤيه الدم كذات العاده.

(٨) أى التحيز بمجرد رؤيه الدم.

(٩) أى مع ظن الحيض.

ص: ٢٢١

(و يكره وطؤها) قبلا (بعد الانقطاع قبل الغسل على الأظهر) (١) خلافا (١) بل على المشهور شهره عظيمه للأخبار منها: موثق ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إذا انقطع الدم و لم تغتسل فليأتها زوجها إن شاء) (١) و موثق على بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: (سألته عن الحائض ترى الطهر، أيقع بها زوجها قبل أن تغتسل؟ قال عليه السلام: لا بأس، و بعد الغسل أحب إلي) ٢.

و نسب للصدوق القول بالحرمة، مع أن مراجعه قول الصدوق في الفقيه و الهدايه و المقنع يفيد أنه منع من الوطء قبل الغسل مع أنه قال: «إن كان زوجها شبعا أو مستعجلا و أراد وطأها قبل الغسل أمرها أن تغسل فرجها ثم يجامعها».

و استدل للمنع بالكتاب قال تعالى: وَ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَىٌّ فَاعْتَرَلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَ لَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ، فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ (٢) فعلى قراءة التخفيف كما عليه القراء السبعة كما في المدارك فيكون المعنى: حتى يخرجن من الحيض.

و على قراءة التشديد فلا يجوز المقاربه إلا بعد التطهير و هو الاغتسال و يؤيده قوله تعالى: فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ الظاهر في تعليق الإتيان بالاغتسال.

و رد بأن التفعّل قد يأتي بمعنى فعل كقولهم: تيبين و تبسم و تطعم أى بان و بسم و طعم، و من هذا الباب المتكبر من أسماء الله تعالى فإنه بمعنى الكبير، و أما ذيل الآيه فيحمل على تطهير الفرج لا على التطهير بمعنى الاغتسال و يؤيده الأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (فى المرأة ينقطع عنها الدم دم الحيض فى آخر أيامها، قال عليه السلام: إذا أصاب زوجها شبق فليأمرها فلتغسل فرجها ثم يمسه إن شاء قبل أن تغتسل) (٣).

و استدل للمنع بأخبار منها: موثق سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له:

المرأة تحرم عليها الصلاة ثم تطهر فتتوضأ من غير أن تغتسل، أفلزوجها أن يأتيها قبل أن تغتسل؟ قال عليه السلام: لا حتى تغتسل) (٤) و موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن امرأة كانت طامثا فرأت الطهر أيقع عليها زوجها قبل أن تغتسل؟ قال: لا حتى تغتسل) ٦-.

ص: ٢٢٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الحيض حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) البقره الآيه: ٢٢٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الحيض حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الحيض حديث ٧ و ٦.

للصدوق - رحمه الله - حيث حرّمه، و مستند القولين الأخبار المختلفه ظاهرا، و الحمل على الكراهه طريق الجمع، و الآيه ظاهره فى التحريم (١) قابله للتأويل (٢).

(و تقضى كلّ صلاه تمكّنت من فعلها قبله) (٣) بأن مضى من أول الوقت مقدار فعلها و فعل ما يعتبر فيها مما ليس بحاصل لها طاهره (٤)، (أو فعل ركعه مع الطهاره) (٥) و غيرها من الشرائط المفقوده (بعده).

فى غسل الاستحاضه

اشاره

(و أما الاستحاضه (٦) - - و هذه الأخبار محموله على الكراهه عند المشهور جمعا بينها و بين ما تقدم، نعم استثنى الصدوق الحكم بالجواز إذا كان شبقا لصحيح ابن مسلم المتقدم، و هو محمول على ارتفاع الكراهه عند المشهور فى حال الشبق.

(١) بناء على التشديد أو بحسب ذيلها كما عرفت.

(٢) بحمل التفعّل على معنى فعل و حمل الذيل على تطهير الفرج لا البدن.

(٣) أى قبل الحيض، للاشتغال اليقيني بثبوت الصلاه فى ذمتها فلا بد من قضائها فضلا عن الأخبار منها: موثق يونس عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى امرأه دخل عليها وقت الصلاه و هى طاهره فأخرت الصلاه حتى حاضت، قال عليه السلام: تقضى إذا طهرت) (١).

(٤) حال لقوله (تمكّنت).

(٥) بمعنى أنها طهرت من الحيض قبل خروج الوقت، و هى تدرك ركعه من الصلاه مع إحراز شرائطها فيجب عليها الأداء، و يدل عليه خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (أيمّا امرأه رأّت الطهر و هى قادره على أن تغتسل فى وقت صلاه ففرّطت فيها حتى يدخل وقت صلاه أخرى كان عليها قضاء تلك الصلاه التى فرّطت فيها) (٢) و مثله غيره، مع ضميمة أن من أدرك ركعه من الصلاه فقد أدرك الصلاه كلها كما سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى فى كتاب الصلاه.

(٦) فهى فى الأصل استفعال فى الحيض، يقال: استحاضت - للمجهول - فهى تستحاض، إذا استمر بها الدم بعد أيامها فهى مستحاضه، و قد يطلق لفظ الاستحاضه على نفس -

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الحيض حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب الحيض حديث ١.

(فهى ما) أى الدم الخارج من الرحم (١) الذى (زاد على العشرة) (٢) مطلقا (٣) (أو العاده مستمرا) إلى أن يتجاوز العشرة، فىكون تجاوزها كاشفا عن كون السابق عليها بعد العاده استحاضه (أو بعد اليأس) (٤) ببلوغ الخمسين أو الستين على التفصيل (أو بعد النفاس) (٥) كالموجود بعد العشرة أو فيها بعد أيام العاده مع تجاوز العشرة، إذا لم يتخلله نقاء أقل الطهر (٦) أو يصادف أيام العاده (٧) فى الحيض، بعد مضيّ عشره فصاعدا من أيام النفاس، أو يحصل (٨) فيه تمييز -الدم إما مجازا و إما حقيقه اصطلاحيه كما فى الجواهر. و لذا أطلق المشهور الاستحاضه على كل دم يخرج من الرحم و ليس بحيض و لا نفاس و لا قرح و لا جرح سواء اتصل بالحيض كالمتجاوز لأكثره أو لا، كالذى تراه الصغيره قبل البلوغ و إن لم يوجب لها أحكام المستحاضه، لأن أحكام المستحاضه مختصه بالبالغه.

(١) ليخرج الدم الخارج من غيره، كدم القروح و الجروح الخارج من الفرج لا من الرحم.

(٢) كما تقدم فى باب الحيض.

(٣) سواء كانت ذات عاده أو لا.

(٤) قد تقدم فى باب الحيض.

(٥) حكم النفساء حكم الحائض كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

(٦) إن الدم بعد النفاس يحكم عليه بالاستحاضه ما لم يتحقق أحد شروط ثلاثه و إلا فمع تحقق واحد منها فىكون الدم حيضا.

الشرط الأول: ما لم يتخلل بين النفاس و هذا الدم نقاء بمقدار أقل الطهر، و إلا لو تخلل ذلك لحكم على هذا الدم بأنه حيض لقاعده الإمكان.

الشرط الثانى: ما لم يصادف هذا الدم المستمر بعد النفاس أيام العاده، و كان بين العاده و النفاس عشره أيام و هو أقل الطهر، و إلا لو تحقق هذا الشرط لحكم على هذا الدم بأنه حيض، لأن ذات العاده تتحيز فى أيام عاداتها كما مضى.

الشرط الثالث: ما لم يكن هذا الدم المستمر بعد النفاس جامعا لصفات الحيض مع تحقق فصله عن النفاس بأقل الطهر، و إلا لو تحقق ذلك لحكم على هذا الدم بأنه حيض لوجود صفات الحيض فيه، هذا و قد أشار الشارح بقوله: «إذا لم يتخلله نقاء أقل الطهر» إلى الشرط الأول.

(٧) إشاره إلى الشرط الثانى.

(٨) إشاره إلى الشرط الثالث.

بشرائطه (١).

(و دمها) أى الاستحاضه (أصفر بارد (٢) رقيق (٣) فاتر (٤) أى يخرج بثاقل و فتور لا بدفع (غالبا) (٥)، و مقابل الغالب ما تجده فى الوقت المذكور (٦) فإنه يحكم بكونه استحاضه، و إن كان بصفه دم الحيض لعدم إمكانه (٧).

(١) بشرائط الحيض.

(٢) على المشهور لخبر حفص المتقدم فى باب الحيض: (دم الاستحاضه أصفر بارد) (١) و خبر معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن دم الاستحاضه بارد) ٢ و خبر إسحاق بن جرير: (دم الاستحاضه دم فاسد بارد) ٣.

و عن الشيخ فى المقنعه عدم التعرض للصفه فى صفات دم الاستحاضه.

(٣) ذكره جماعه كثيره و يدل عليه خبر سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى المرأه تحيض ثم تطهر و ربما رأت بعد ذلك الشىء من الدم الرقيق بعد اغتسالها من طهرها؟ فقال: تستظهر بعد أيامها بيومين أو ثلاثه ثم تصلى) (٢) و خبر الدعائم: (دم الاستحاضه دم رقيق) (٣) و صحيح على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام فى النفساء (فإذا رقت و كان صفه اغتسلت و صلت) (٤).

و عن الشيخ فى المبسوط عدم التعرض له، و عن المحقق فى المعبر و الشهيد فى الذكرى التردد فيه.

(٤) من الفتور، أى لا يخرج بدفق و دفع، و يدل عليه ما دل على اعتبار الدفع فى دم الحيض، و فى المدارك: «لم أقف على مستند له».

(٥) قيد اتفاقى، لأنه قد يتفق أن يكون دم الاستحاضه بصفات الحيض مع عدم إحراز شرائط الحيض فيحكم عليه بالاستحاضه، كما قد يتفق أن يكون دم الحيض بصفات الاستحاضه فيما لو كان فى أيام العاده.

(٦) أى مذكور سابقا و هو ما زاد على العشره و ما زاد على عاداتها إن تجاوز العشره و ما تراه بعد اليأس و ما تراه قبل البلوغ.

(٧) أى لعدم إمكان كونه حياضا.

ص: ٢٢٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٢ و ١ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيض حديث ٨.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الحيض حديث ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ١٦.

ثم الاستحاضه تنقسم إلى قليله و كثيره و متوسطه (١): لأنها إما أن لا تغمس القطنه أجمع ظاهرا و باطنا (٢)، أو تغمسها كذلك (٣) و لا تسيل عنها بنفسه (٤) إلى غيرها، أو تسيل (٥) عنها إلى الخرقه، (فإن لم تغمس القطنه تتوضأ لكلّ صلاه مع تغييرها) (٦) القطنه لعدم العفو عن هذا الدم مطلقا (٧) و غسل ما (١) المراتب الثلاثه في الاستحاضه على المشهور شهره عظيمه، و هذا هو المستفاد من الأخبار الآتيه، و عن ابن أبي عقيل إنكار القسم الأول فلم يوجب له وضوءا و لا غسلا و الأخبار حجه عليه.

(٢) و هذه هي القليله، و قد عبّر البعض عنها بعدم الثقب.

(٣) ظاهرا و باطنا.

(٤) بنفس الغمس و هذه هي المتوسطه.

(٥) عطف على قوله: (لا تسيل) و عليه فمع الغمس و السيلان فهي كبيره.

(٦) أما تغيير القطنه لكل صلاه لعدم العفو عن هذا الدم في الصلاه قليله و كثيره، و قال في كشف اللثام: «لم يذكره الصدوقان و القاضي و لا ظفرت بخبر يدل عليه»، و أشكل عليه بأنه قد ورد تغيير القطنه في المتوسطه في روايه عبد الرحمن بن أبي عبد الله: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المستحاضه - إلى أن قال - : و لتستدخل كرسفا فإن ظهر على الكرسف فلتغتسل ثم تضع كرسفا آخر ثم تصلى) (١)، و فيه: إن تغيير الكرسف هنا إما لبلله بالماء بعد الغسل و إما لأنها استغنت عنه بعد إخراجها و أما الوضوء لكل صلاه على المشهور للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و إن كان الدم لا يثقب الكرسف، توضأت و دخلت المسجد، و صلت كل صلاه بوضوء) (٢) و موثق زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (عن الطامث تقعد بعدد أيامها كيف تصنع؟ قال عليه السّلام: تستظهر بيوم أو يومين، ثم هي مستحاضه فلتغتسل و تستوثق من نفسها و تصلى كل صلاه بوضوء ما لم ينفذ الدم، فإذا نفذ اغتسلت و صلت) (٣).

و ذهب ابن أبي عقيل إلى عدم وجوب الوضوء و استدلل له باستصحاب الطهاره، و بالتمسك بإطلاق حصر نواقض الوضوء بغير الاستحاضه، و هما محكومان بالأخبار المتقدمه.

(٧) قليلا كان أو كثيرا.

ص: ٢٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٩.

ظهر من الفرج (١) عند الجلوس على القدمين، و إنما تركه لأنه إزاله خبث قد علم مما سلف (و ما يغمسها بغير سيل تزيد) على ما ذكر (٢) فى الحاله الأولى (الغسل للصبح) (٣) إن كان الغمس قبلها، و لو كانت صائمه قدّمته على الفجر (٤)، و اجتزأت به للصلاه، و لو تأخر الغمس عن الصلاه فكالأول (٥) (و ما يسيل) يجب له جميع ما وجب فى الحالتين (٦) و تزيد عليهما (أنها تغتسل أيضا) (١) كما عن المفيد و الشهيدين و المحقق الثانى و المقدس الأردبيلى، لوجوب غسل ما تنجس بملاقاه الدم، إذا علم ملاقاه الدم لهذا المكان و لذا قال الشارح فى الروض:

«إن أصابه الدم».

(٢) من تبديل القطنه و الوضوء لكل صلاه، أما تبديل القطنه فقد تقدم الكلام فيه، و أما الوضوء لكل صلاه فيدل عليه موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إن لم يجز الدم الكرسف فعليها الغسل لكل يوم مره و الوضوء لكل صلاه) (١) و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف عدم وجوب الوضوء لصلاه الصبح و الاكتفاء بالغسل فقط، و الخبر عام يشمل صلاه الصبح.

(٣) بل الغسل لكل يوم و يدل عليه موثق سماعه المتقدم، و مثله غيره، إلا أن الأخبار لم تصرح بكون الغسل لصلاه الصبح و لكن لا بد من إيقاعه قبل صلاه الصبح إذا كانت متوسطه لأن الغسل شرط فى صحه عباداتها كما هو ظاهر الخبر المتقدم.

نعم لو لم تكن متوسطه عند صلاه الصبح ثم صارت متوسطه قبل الظهرين فهل يجب عليها الغسل أو لا؟ قال فى الجواهر: «ظاهر كلام الأصحاب العدم كما صرح به فى جامع المقاصد فى مبحث الغيات و الشهيد فى الروضه، بل لعل المتأمل يمكنه تحصيل الإجماع على ذلك لتخصيصهم الغسل بكونه للغداه».

إلا- أن سيد الرياض و جماعه ذهبوا إلى أن ظاهر الأخبار كون الغسل شرطاً لصحه الصلوات و وجوبه لصلاه الغداه ليس لخصوصيه فيها بل لكونها متوسطه قبل الصلاه و لازمه وجوب الغسل لو حدثت المتوسطه بعد الغداه.

(٤) لكون الغسل شرطاً فى صحه عباداتها.

(٥) أى لا يجب عليها إلا الوضوء لكل صلاه و قد عرفت ما فيه.

(٦) من تبديل القطنه و الوضوء لكل صلاه و الغسل لصلاه الصبح، أما تبديل القطنه فقد تقدم الكلام فيه، و أما الوضوء لكل صلاه فعلى المشهور ذلك و استدلل له بعموم قوله-

ص: ٢٢٧

للظَّهْرَيْنِ) تجمع بينهما (ثم العشاءين) كذلك (١) (و تغيير الخرقه فيهما) (٢) أى فى الحالتين الوسطى و الأخيره، لأن الغمس يوجب رطوبه ما لاصق الخرقه من القطنه، و إن لم يسلم إليها فتنجس، و مع السيلان واضح، و فى حكم تغييرها تطهيرها. و إنما يجب الغسل فى هذه الأحوال (٣)، -تعالى: إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ (١) الآية، و رده فى المعتبر بقوله:

«و ظن غالط من المتأخرين أنه يجب على هذه مع هذه الأغسال وضوء مع كل صلاه و لم يذهب إلى ذلك أحد من طائفتنا».

و لذا ذهب جماعه منهم الصدوقان و الشيخ و السيد و بنو زهره و حمزه و البراج إلى عدم وجوب الوضوء أصلا لعدم تعرض نصوص الباب للوضوء أصلا مع تعرضها للوضوء فى المتوسطه و القليله.

و ذهب جماعه منهم المفيد و المحقق فى المعتبر إلى الوضوء مع كل غسل لا عند كل صلاه لعدم قوله عليه السَّلام: (مع كل غسل وضوء إلا غسل الجنابه) و فيه: إنه غير ظاهر فى ذلك بل هو ظاهر فى كون غسل الجنابه مجزيا عن الوضوء.

(١) أى تجمع بينهما و يدل عليه صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السَّلام: (فإذا جاز الدم الكرسف تعصبت و اغتسلت، ثم صلت الغداه بغسل، و الظهر و العصر بغسل، و المغرب و العشاء بغسل، و إن لم يجز الدم الكرسف صلت بغسل واحد) (٢) و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السَّلام: (فإذا جازت أيامها و رأت الدم يثقب الكرسف اغتسلت للظهر و العصر تؤخر هذه و تعجل هذه، و للمغرب و العشاء غسلا تؤخر هذه و تعجل هذه، و تغتسل للصبح) (٣).

(٢) أى فى المتوسطه و الكبيره، لأن الخرقه ملاصقه للقطنه فإذا غمست القطنه و سرى الدم فى الكثيره تنجس الخرقه للملاقاه، و إذا غمست القطنه ظاهرا و باطنا و إن لم يسر الدم فى المتوسطه تنجس الخرقه أيضا بالملاقاه، فيجب تغييرها لأن هذا الدم لا يعفى عنه فى هذه الصلاه مطلقا.

(٣) هل المعتبر وجود الدم قله أو كثره فى أوقات الصلاه أو أن المعتبر حدوث الدم و لوقبل الوقت كغيره من الأحداث بحيث متى ما حصل يجب موجه على التفصيل المتقدم فى أقسام الاستحاضه.-

ص: ٢٢٨

١- (١) المائده الآيه: ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٥ و ١.

مع وجود الدم الموجب له (١) قبل فعل الصلاة، و إن كان في غير وقتها (٢)، إذا لم تكن قد اغتسلت له (٣) بعده (٤) كما يدلّ عليه خبر الصّحاف، و ربما قيل باعتبار وقت الصلاة و لا شاهد له.

في غسل النفاس

في تعريفه و مدته

(و أما النَّفَاسُ) (٥) - بكسر النون (فدم الولاده معها) (٦) - ذهب الشهيد الأول في الدروس و الذكري إلى الأول و المشهور إلى الثاني، و قال في الدروس: «و الاعتبار بكمية الدم بأوقات الصلاة في ظاهر خبر الصحاف».

و خبر الصحاف هو عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فلتغتسل ثم تحتشى و تستدفر و تصلى الظهر و العصر ثم لتنظر، فإن كان الدم فيما بينها و بين المغرب لا يسيل من خلف الكرسف فلتتوضأ و لتصل عند وقت كل صلاة) (١). و قال في الذكري: «هذا مشعر بأن الاعتبار بوقت الصلاة فلا أثر لما قبله».

مع أن الظاهر منه خلاف ذلك لأن المفروض أنها صلت الظهرين فيكون المراد نفى الغسل لصلاة المغرب إذا لم يسيل الدم قبل الغروب، و مفهومه أنه إذا سال قبل الغروب وجب الغسل للمغرب، و هذا هو مستند المشهور و لذا قال في المدارك عن استدلال الشهيد بخبر الصحاف: «و هو غير واضح».

(١) للغسل.

(٢) بحيث كان كبيراً قبل الصلاة ثم قلّ عند دخول وقت الصلاة.

(٣) أي للدم.

(٤) أي بعد خروج الدم.

(٥) بكسر النون، و لغه ولاده المرأه إذا وضعت فهي نساء كما في الصحاح و غيره، و هو إما لتنفس الرحم بالدم أو من النفس بمعنى الولد أو من النفس بمعنى الدم لاستلزام الولاده الدم.

و في عرف الفقهاء أطلق على الدم الذي يقذفه الرحم بسبب الولاده في أيام مخصوصه.

(٦) أي مع الولاده، فالدم الخارج مع ظهور أول جزء من البدن يكون نفاساً للأخبار منها:

خبر زريق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في الحامل ترى الدم،... قال عليه السّلام: تصلى حتى يخرج رأس الصبي فإذا خرج رأسه لم تجب عليها الصلاة - إلى أن قال - : و هذه قذفت بدم المخاض إلى أن يخرج بعض الولد فعند ذلك يصير دم النفاس) (٢).

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الحيض حديث ١٧.

بأن يقارن (١) خروج جزء و إن كان منفصلا (٢)، مما يعدّ آدميا (٣) أو مبدأ نشوء آدمي (٤)، و إن كان مضغه مع اليقين. أما العلقه - و هي القطعه من الدم الغليظ - فإن فرض العلم بكونها مبدأ نشوء إنسان، كان دمها نفاسا إلا أنه بعيد (٥) (أو بعدها) (٦) بأن يخرج الدم بعد خروجه (٧) أجمع. و لو تعدّد الجزء منفصلا أو الولد، فلكلّ نفاس (٨) و إن اتصلا، و يتداخل منه ما اتفقا فيه (٩).

و عن ابني حمزه و زهره و جماعه أن النفاس هو الدم عقيب الولادة فقط و يشهد له موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في المرأه يصيبها الطلق أياما أو يومين فترى الصفرة أو دما، قال عليه السلام: تصلى ما لم تلد) (١). و هو محمول على عدم الولادة بمعنى عدم خروج جزء من المولود.

(١) أي الدم.

(٢) أي منقطعا.

(٣) سواء كان تام الخلقه أو لا، و سواء كان قد ولجته الروح أو لا لصدق الولادة على الجميع.

(٤) كالمضغه و العلقه، قال في مصباح المنير: «المنى ينتقل بعد طوره فيصير دما غليظا متجمدا، ثم ينتقل طورا آخر فيصير لحما و هو المضغه، سميت بذلك لأنها مقدار ما يمضغ» فأما المضغه فالدم المقارن لخروجها نفاس، بلا خلاف فيه لأنه دم جاء عقيب الحمل، و أما العلقه فهي الدم المتجمد فكذلك و ادعى عليه العلامه في التذكرة الإجماع، و توقف المحقق الثاني بإلحاقها بالمضغه، و فيه: أنه لا داعى للتوقف مع القطع و اليقين بكون الخارج هو مبدأ نشوء آدمي.

(٥) أي العلم بكونها مبدأ نشوء آدمي.

(٦) أي بعد الولادة، بلا خلاف فيه، و هو القدر المتيقن من النصوص.

(٧) خروج الولد.

(٨) بلا خلاف فيه، و عن الانتصار: «أنه لم يجد نصا صريحا في هذه المسأله» و مثله ما عن السرائر.

(٩) أي و يتداخل من النفاس ما اتفقا فيه، و مثاله: ما لو ولد أحدهما في أول الشهر و الثاني في الخامس منه، فالخمسه الأولى نفاس الأول و الخمسه الثانيه نفاس مشترك، و الخمسه الثالثه نفاس الثاني.

ص: ٢٣٠

و احترز بالقيدين (١) عما يخرج قبل الولاده فلا يكون نفاسا (٢)، بل استحاضه إلا مع إمكان كونه حيضا (٣).

(و أقله مسماه) (٤) و هو وجوده فى لحظه، فيجب الغسل بانقطاعه بعدها، و لو لم تر دما فلا نفاس عندنا (و أكثره (٥) قدر العاده فى الحيض) للمعتاده على (١) مع الولاده أو بعدها.

(٢) بلا خلاف فيه و يدل عليه النصوص منها: موثق عمار المتقدم: (تصلى ما لم تلد).

(٣) بحيث يكون بينه و بين النفاس أقل الطهر.

(٤) بل يمكن أن يكون لحظه و يدل عليه خبر ليث المرادى عن أبى عبد الله عليه السلام:

(سألته عن النفساء كم حد نفاسها حتى تجب عليها الصلاه و كيف تصنع؟ فقال عليه السلام: ليس لها حد) (١). فلو لم تر الدم فليس لها نفاس أصلا و بعض العامه أوجب الغسل بمجرد خروج الولد و إن لم تر الدم، و بعضهم جعله حدثا أصغر يوجب الوضوء.

(٥) اختلفوا فى مقدار أكثره، فعن المشهور أنه عشره أيام و يدل عليه مرسله المفيد المحكيه فى السرائر: (أنه سئل كم قدر ما تقعد النفساء عن الصلاه و كم مبلغ أيام ذلك؟ فقد رأيت فى كتاب أحكام النساء أحد عشر يوما، و فى رساله المقنعه ثمانيه عشر يوما، و فى كتاب الإعلام أحد و عشرين يوما، فعلى أيهما العمل؟ فأجاب:

الواجب على النفساء أن تقعد عشره أيام - إلى أن قال -: و عملى فى ذلك على عشره أيام لقول الصادق عليه السلام: لا يكون النفاس لزمان أكثر من زمان الحيض) و قال المفيد فى المقنعه: «و قد جاءت أخبار معتمده فى أن أقصى مده النفاس هو عشره أيام و عليها أعمل لوضوحها عندى» (٢).

و خبر مالك بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام: (عن النفساء يغشاها زوجها و هى فى نفاسها من الدم، قال عليه السلام: نعم إذا مضى لها منذ يوم وضعت بقدر أيام عده حيضها) ٣ و قال الشيخ فى التهذيب: «و هذا الحديث يدل على أن أكثر أيام النفساء مثل أكثر أيام الحيض».

و ما رواه يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن امرأه ولدت فرأت الدم أكثر-

ص: ٢٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النفاس حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ١٠ و ٤.

تقدير تجاوز العشره (١)، و إلا- فالجميع نفاس (٢)، و إن تجاوزها (٣) كالحيض (٤) (فإن لم تكن) لها عاده (فالعشره) أكثره (على المشهور). و إنما يحكم به نفاسا -مما كانت ترى، قال عليه السّلام: فلتتعد أيام قرئها التي كانت تجلس ثم تستظهر بعشره أيام(١).

و عن السيد و الصدوق و الإسكافي و جماعه أن أكثر النفاس ثمانية عشر يوما لخبر حنان بن سدير: (لأى عله أعطيت النفساء ثمانية عشر يوما و لم تعط أقل و لا أكثر؟ فقال عليه السّلام: لأن الحيض أقله ثلاثه و أوسطه خمسه و أكثره عشره فأعطيت أقله و أوسطه و أكثره) ٢ و مثله غيره.

و عن العلامه في المختلف أن ذات العاده ترجع إلى عاداتها في الحيض و المبتدئه تصير ثمانية عشر يوما جمعا بين النصوص المتقدمه لاختصاص الأولى بالمعتاده فتحمل الثانيه على المبتدئه.

و عن العماني أن أكثر النفاس أحد و عشرون يوما، و قال في المعتمد بعد حكايته هذا القول: «و قد روى ذلك البزنطي في كتابه عن جميل عن زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام) و قال عنه بعد ذلك: «فإنه متروك و الروايه به نادره».

و تقدم القول أن أكثره أحد عشر يوما كما في كتاب أحكام النساء و لم يعرف له مستند.

(١) على المشهور للأخبار الآمره بالرجوع إلى عاداتها و الباقي استحاضه كخير مالك بن أعين المتقدم: (عن النفساء يغشاها زوجها و هي في نفاسها من الدم، قال عليه السّلام:

نعم إذا مضى لها منذ يوم وضعت بقدر أيام عدّه حيضها) و روايه زراره: (تتعد النفساء أيامها التي كانت تتعد في الحيض و تستظهر بيومين(٢) و عن المحقق في المعتمد و النافع أنها تجلس عشره أيام لا بمقدار العاده لخبر يونس عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(عن امرأه ولدت فرأت الدم أكثر مما كانت ترى، قال: فلتتعد أيام قرئها التي كانت تجلس ثم تستظهر بعشره أيام) ٤ و هو على قول المشهور أدل، إذ الاستظهار يعني أن نفاسها بمقدار عاداتها و الباقي ليس نفاسا إذا تجاوز عن العشره.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال.

(٣) أي تجاوز العاده.

(٤) من الاستظهار بيوم أو يومين أو ثلاثه أو إلى تمام العشره.

ص: ٢٣٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ٣ و ٢٣.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب النفاس حديث ٥ و ٣.

فى أيام العاده (١)، و فى مجموع العشره (٢) مع وجوده فىهما (٣) أو فى طرفيهما (٤). أما لو رأتة فى أحد الطرفين خاصه، أو فىه (٥) و فى الوسط فلا نفاس لها فى الخالى عنه متقدما (٦) و متأخرا، بل فى وقت الدم (٧) أو الدمين (٨) فصاعدا (٩) و ما بينهما (١٠)، فلو رأت أوله لحظه و آخر السبعه لمعتادتها فالجميع نفاس، و لو رأتة آخرها خاصه فهو النفاس، و مثله رؤيه المبتدأه و المضطربه (١١) فى العشره، بل المعتاده على تقدير انقطاعه عليها (١٢). و لو تجاوز (١٣) فما وجد منه فى العاده، و ما قبله (١٤) إلى زمان الرؤيه نفاس خاصه. كما لو رأت رابع الولاده مثلا و سابعها لمعتادتها (١٥) و استمر إلى أن تجاوز العشره، فنفاسها (١) لخبر زراره المتقدم و غيره.

(٢) باعتبار أن النفاس أكثره عشره.

(٣) فى العاده و العشره.

(٤) طرفى العاده و العشره.

(٥) أى فى أحد الطرفين.

(٦) أى الخالى لأنه يمكن أن لا يخرج الدم عند الولاده أو بعدها مباشره.

(٧) أى فالنفاس فى وقت الدم فقط.

(٨) كما لو رأتة فى طرفى العاده و طرفى العشره.

(٩) أو الدماء الثلاثه.

(١٠) إذا كان الدمان و ما بينهما فى أيام العاده أو فى العشره.

(١١) أى و مثل ما تقدم حكم المبتدئه و المضطربه، بل ما تقدم كان شاملا لهما و لم يكن مختصا بذات العاده بدليل جعل العشره فى قبال العاده غايته مع تجاوز الدم عن العشره فذات العاده ترجع إلى عاداتها فتجعلها نفاسا و الباقى استحاضه و غيرها يكون تمام العشره لها نفاسا و الباقى استحاضه، لقاعده التسويه بين النفساء و الحائض المستفاده من النصوص و قد تقدم بعضها كخبر يونس و خبر زراره و خبر مالك بن أعين.

(١٢) أى أن الحكم المتقدم يشمل المعتاده إذا انقطع الدم على العشره، و أيضا لا معنى لهذا الاستدراك لأن السابق يشمل هذه الصوره صراحه.

(١٣) أى تجاوز الدم العشره.

(١٤) الضمير لا يرجع إلى الدم، بل إلى الزمان الذى رأت فيه الدم و المعنى: إن الذى وجد من الدم فى العاده و فى الزمان الذى قبل ذلك.

(١٥) أى لمعتاده السبعه.

ص: ٢٢٣

الأربعة الأخيره من السبعه خاصه، و لو رأتة فى السابع خاصه فتجاوزها (١) فهو (٢) النفاس خاصه، و لو رأتة من أوله و السابع و تجاوز العشره - سواء كان بعد انقطاعه أم لا (٣) - فالعاده خاصه نفاس، و لو رأتة أولا و بعد العاده و تجاوز، فالأول خاصه نفاس، و على هذا القياس (٤).

فى الأحكام الواجبه و المندوبه

(و حكمها كالحائض) (٥) فى الأحكام الواجبه (٦) و المندوبه (٧) (١) أى فتجاوز العشره.

(٢) أى السابع.

(٣) أى سواء كان بعد انقطاع الدم قبل العشره ثم رأتة و تجاوز العشره، أم لم ينقطع.

(٤) اعلم أن ذات العاده لو تجاوز الدم العشره فترجع إلى عاداتها و الباقي استحاضه على المشهور، و خالف المحقق و جعل العشره بتمامها نفاسا و الباقي استحاضه و قد تقدم الكلام فيه.

و غير ذات العاده من المبتدئه و المضطربه فإن تجاوز الدم العشره فيكون النفاس عشره أيام و الباقي استحاضه، و خالف الشهيد فى البيان و الذكرى و حكم برجوع المبتدئه إلى التمييز ثم إلى عاده أهلها، و المضطربه إلى التمييز ثم إلى الروايات و استدل بقاعده التسويه بين النفاس و الحيض و بخر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (- إلى أن قال: و إن كانت لا تعرف أيام نفاسها فابتليت جلست بمثل أيام أمها أو أختها أو خالتها) (١) و المشهور لم يعمل به لضعف سنده بعد تخصيص قاعده التسويه بين النفساء و الحائض فى ذات العاده كما هو مورد الأخبار المتقدمه، فغيرها من المبتدئه و المضطربه يرجع بها إلى أخبار النفاس و ان أكثره عشره أيام.

(٥) فى المعبر أنه مذهب أهل العلم و عن البعض أنه قول الأصحاب و عن ثالث أنه مذهبهم، لما اشتهر أن النفاس حيض محتبس، و لقاعده التسويه بين الحائض و النفساء كما استفيد ذلك من بعض النصوص المتقدمه فى النفساء ذات العاده و من النصوص المتقدمه فى حرمة طء الحائض و فى سقوط العباده عنها.

(٦) من وجوب الغسل بعد الانقطاع أو بعد العاده أو بعد العشره فى غير ذات العاده. و من وجوب قضاء الصوم دون الصلاه، و وجوب تركها للعباده.

(٧) من استحباب الوضوء لها فى أوقات الصلاه و الجلوس فى المصلى و الاشتغال بذكر الله بقدر الصلاه.

ص: ٢٣٤

و المحرمه (١) و المكروهه (٢)، و تفارقها فى الأقل و الأكثر (٣).

و الدلاله على البلوغ (٤) فإنه (٥) مختص بالحائض لسبق دلاله النفاس بالحمل و انقضاء العده (٦) بالحيض دون النفاس غالبا، و رجوع الحائض (٧) إلى عاداتها و عادته نساءها، و الروايات و التمييز (٨) دونها. و يختص النفاس (٩) بعدم اشتراط أقل (١) من حرمه دخولها المساجد للمكث فيها و دخول المسجدين الحرمين، و قراءه سور العزائم، و مس اسم الله و كتابه القرآن و عدم جواز طلاقها و عدم جواز وطئها.

(٢) من كراهه الوطء بعد الانقطاع و قبل الغسل، و كراهه الخضاب و كراهه حمل القرآن و لمس هامشه و قراءه باقى القرآن ما عدا العزائم، و الاستمتاع بغير القبل مما بين السره و الركبه، و اعلم أن غسلها كغسل الجنابه بالاتفاق.

(٣) تفارق النساء الحائض فى عده فوارق:

الأول: إن الحيض أقله ثلاثه و لا حدّ لأقل النفاس.

الثانى: إن الحيض أكثره عشره بالاتفاق و قد وقع الخلاف فى أكثر النفاس.

الثالث: الحيض دليل على البلوغ بخلاف النفاس لأنه مسبوق بالحمل.

الرابع: العده تنقضى بالحيض دون النفاس غالبا، و خرج بالغالب ما لو طلقها بعد الوضع و قبل رؤيه الدم فإنها تجعل النفاس حيضا و يحسب من الأقراء فيكون له مدخله فى انقضاء العده.

الخامس: رجوع الحائض إلى عاداتها عند التجاوز بخلاف النساء فإنها ترجع إلى عاداتها فى الحيض لا فى النفاس.

السادس: المبتدئه ترجع إلى التمييز ثم إلى عادته أهلها ثم إلى الروايات و المضطربه ترجع إلى التمييز ثم إلى الروايات بخلاف النساء فلا ترجع إلى ذلك بل إلى العشره عند التجاوز.

السابع: لا يشترط بين النفاسين أقل الطهر كالتوأمين بخلاف الحيضتين كما تقدم فى باب الحيض.

(٤) الفارق الثالث.

(٥) أى فإن الاستدلال على البلوغ.

(٦) الفارق الرابع.

(٧) الفارق الخامس.

(٨) الفارق السادس.

(٩) الفارق السابع.

ص: ٢٣٥

الطهر بين النفاسين كالتوأمين، بخلاف الحيضتين.

(و يجب الوضوء مع غسلهنّ) (١) متقدّماً عليه (٢) أو متأخراً (٣) (و يستحب) (١) هل يجب الوضوء مع كل غسل واجب ما عدا الجنابه بل و المندوب أو لا؟ ذهب المشهور إلى الوجوب لعدم إجزاء الغسل عن الوضوء، و قال الصدوق: «من دين الإماميه الإقرار بأن في كل غسل وضوء في أوله» و يدل عليه مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: (كل غسل قبله وضوء إلا غسل الجنابه) (١) و خبر على بن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام: (إذا أردت أن تغتسل للجمعه فتوضأ ثم اغتسل) (٢).

و ذهب السيد و المقدس الأردبيلي و سيد المدارك و جماعه إلى الإجزاء لأخبار منها:

صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (الغسل يجزى عن الوضوء، و أى وضوء أظهر من الغسل) (٢) و موثق عمار: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل اغتسل من جنابته أو يوم جمعه أو يوم عيد، هل عليه الوضوء قبل ذلك أو بعده؟ فقال عليه السلام: لا ليس عليه قبل و لا بعد، قد أجزأه الغسل، و المرأة مثل ذلك إذا اغتسلت من حيض أو غير ذلك فليس عليها الوضوء لا قبل و لا بعد، قد أجزأها الغسل) (٤) و مكاتبه محمد بن عبد الرحمن الهمداني إلى أبي الحسن الثالث: (لا وضوء للصلاه في غسل يوم الجمعة و لا غيره) (٣) و مرسل حماد عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يغتسل للجمعه أو غير ذلك، أ يجزيه من الوضوء؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: و أى وضوء أظهر من الغسل) (٤) و عليه فتحمل الأخبار السابقه على استحباب الوضوء.

(٢) ذهب الصدوقان و المفيد إلى وجوب التقديم لظاهر المرسل من اشتراط القبليه و كذا خبر ابن يقطين.

(٣) ذهب المشهور إلى التخيير لمرسل ابن أبي عمير عن حماد أو غيره عن أبي عبد الله عليه السلام: (في كل غسل وضوء إلا الجنابه) (٤) و لأن تأخر الوضوء ليس ناقضاً للغسل و لا تقديم الغسل موجبا لنقض الوضوء بالاتفاق، نعم يستحب التقديم لمرسل ابن أبي عمير و خبر ابن يقطين.

ص: ٢٣٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الجنابه حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الجنابه حديث ١ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الجنابه حديث ٢ و ٤.

٤- ((٧)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الجنابه حديث ٢.

قبله) و تتخير فيه (١) بين نيه الاستباحه و الرفع مطلقا (٢) على أصح القولين، إذا وقع بعد الانقطاع (٣).

فى غسل مسّ الميت

فى موجه

(و أما غسل المسّ) (٤) للميت الآدمى (٥) (١) فى الوضوء.

(٢) سواء كان قبل الغسل أو بعده بناء على أن الوضوء و الغسل لهما مدخلية فى رفع الحدث الأكبر و الأصغر معا لا أن الغسل للأكبر و الوضوء للأصغر.

و ذهب ابن إدريس إلى أن الوضوء لو تقدم على الغسل فلا يجوز نيه الرفع به، لأن الحدث الأكبر لا يرتفع إلا بالغسل، و ردّ بأن الحدث يرتفع بهما فلا فرق فى المتقدم و المتأخر، ثم لو سلم ما ذكره لزم أن لا يصح نيه الرفع بالغسل أيضا على تقدير تقدمه لأنه لا يرفع الحدث بمفرده، و الرد عليل لأنه مبنى على كون الغسل و الوضوء يشتركان معا فى رفع الحدث الأكبر و هو واضح البطلان.

(٣) أى إذا وقع الوضوء بعد انقطاع الدم، أما إذا استمر و حكمنا عليه بأنه استحاضه فلا بد من كون الوضوء بنيه الاستباحه فقط و لا يصح فيه رفع الحدث لبقاء حدث الاستحاضه.

(٤) يجب الغسل بمسّ ميت الإنسان على المشهور للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (قلت: الرجل يغمض الميت أ عليه الغسل؟ قال عليه السّلام: إذا مسه بحرارته فلا، و لكن إذا مسه بعد ما برد فليغتسل) (١) و صحيح عاصم بن حميد:

(سألته عن الميت إذا مسه الإنسان، أ فيه غسل؟ فقال: إذا مسست جسده حين يبرد فاغتسل) (٢) و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (يغتسل الذى غسّل الميت، و إن قبل الميت إنسان بعد موته و هو حار فليس عليه غسل، و لكن إذا مسه و قبله و قد برد فعليه الغسل، و لا بأس أن يمسه بعد الغسل و يقبله) (٣).

و عن السيد المرتضى فى الجمل و المصباح الاستحباب لخبر زيد بن على عن على عليه السّلام:

(الغسل من سبعة من الجنابه و هو واجب، و من غسل الميت و إن تطهرت أجزاءك) (٤) فجعله فى قبال الواجب دليل على استحبابه، و فيه: إنه لا يقاوم الأخبار المتقدمه.

(٥) دون الميتة بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (فى رجل مسّ ميتة هل عليه الغسل؟ قال عليه السّلام: لا، إنما ذلك من الإنسان) (٢) و مثله غيره.

١- (١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب غسل المس حديث ١ و ٣ و ١٥ و ٨.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب غسل المس حديث ١.

النجس (١) (فبعد البرد و قبل التطهير) بتمام الغسل (٢)، فلا- غسل بمسّه قبل البرد و بعد الموت. و فى وجوب غسل العضو اللّامس قولان (٣) أجودهما ذلك خلافا (١) احتراز عن المعصوم و الشهيد، أما المعصوم فقد تقدم الكلام فيه، و أما الشهيد فقد حكم بسقوط غسل مسه كل من المحققين و الشهيدين و العلامه و جماعه و استدلل له بأن الأخبار الداله على سقوط تغسيله تفيد أنه ظاهر فتدل حينئذ باللازم على عدم وجوب غسل مسه، لأن الأخبار ظاهره فى وجوب غسل المس بالنسبه للميت الذى يجب تغسيله لا مطلقا، بل قال فى الجواهر: «لم أجد فيه خلافا».

نعم وقع الخلاف فيمن قدم غسله قبل قتله كالمرجوم، فقد ذهب جماعه منهم العلامه فى جملة من كتبه إلى. سقوط غسل مسه لأنه قد اغتسل غسل الميت فيكون طاهرا، و ذهب ابن إدريس إلى وجوب غسل مسه لاندرجاه تحت عموم الأخبار المتقدمه، و توقف فيه العلامه فى المنتهى.

(٢) أى الغسل المعتبر للميت و هو الأغسال الثلاثه و عليه فلو تم غسل رأسه بالأغسال الثلاثه و لم يتم الغسل الثالث لبقية البدن فهل مس رأسه حينئذ موجب للغسل أو لا؟ فقد ذهب الشارح و سيد المدارك و جماعه إلى وجوب غسل المس لصدق المس قبل الغسل أى الغسل الكامل لتمام البدن بالأغسال الثلاثه، و ذهب العلامه فى القواعد و التذكرة و الشهيد فى الذكري و الدروس و البيان إلى عدم الوجوب لصدق كمال الغسل المعتبر بالنسبه للعضو الممسوس، و لذا لو كان منفصلا فلا يجب لمسّه الغسل لو تم غسله بالأغسال الثلاثه فكذا مع الاتصال لعدم تعقل الفرق.

(٣) قد تقدم فى باب النجاسات أن الميتة من ذوات النفس السائله نجسه و لو كان آدميا بلا خلاف فيه و لكن مخصوص بصوره ما بعد البرد و قبل الغسل، أما ما قبل البرد فهل يوجب النجاسه أو لا كما لم يوجب الغسل؟

ذهب الشيخ و العلامه و جماعه إلى أن مجرد خروج الروح يوجب نجاسته لإطلاق صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يصيب ثوبه جسد الميت، قال عليه السّلام: يغسل ما أصاب الثوب) (١).

و ذهب الأكثر إلى العدم للاستصحاب، و للمنع من تحقق الموت قبل البرد و للتلازم بين غسل المسّ و غسل العضو اللّامس مع أن الأول لا يكون إلا بعد البرد فكذا الثانى و لصحيح إبراهيم بن ميمون: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل يقع ثوبه على جسد-

ص: ٢٣٨

للمصنف (١)، و كذا لا غسل بمسه بعد الغسل، و فى وجوبه بمسّ عضو كمل غسله قولان: اختار المصنف عدمه. و فى حكم الميت جزؤه المشتمل على عظم (٢) و المبان منه (٣) من حيّ و العظم المجرد عند المصنف، استنادا إلى دوران الغسل معه وجودا و عدما، و هو ضعيف.

فى أن غسل المسّ لا يكفى عن الوضوء

(و يجب فيه) أى فى غسل المسّ (الوضوء) قبله أو بعده، كغيره من أغسال الحي غير الجنابه (٤).

-الميت؟ قال عليه السّلام: إن كان غسّل فلا تغسل ما أصاب ثوبك منه، و إن كان لم يغسّل فاغسل ما أصاب ثوبك منه، يعنى إذا برد الميت(١).

(١) حيث ذهب إلى عدم وجوب غسل العضو اللامس قبل البرد، و أما بعد البرد فهو موطن اتفاق.

(٢) مسّ القطعه المبانه من الميت و المشتمله على العظم توجب الغسل على المشهور شهره عظيمه لمرسل أيوب بن نوح عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا قطع من الرجل قطعه فهى ميتة، فإذا مسه إنسان فكل ما كان فيه عظم فقد وجب على من يمسه الغسل، فإن لم يكن فيه عظم فلا- غسل عليه)(٢) و الخبر و إن كان واردا فى الحي إلا- أن الحكم يثبت للميت بالأولويه، و منه تعرف حكم القطعه المبانه من الميت و إذا كانت غير مشتمله على عظم.

و توقف المحقق فى المعبر و سيد المدارك لضعف الخبر و ردّ بانجباره بالشهره.

ثم لو مس العظم المجرد عن اللحم فعن الشهيد الأول و الشارح فى المسالك و جماعه وجوب الغسل لدوران غسل المس مدار وجود العظم فى الفرع السابق.

و عن العلامة فى التذكرة و المنتهى و جماعه عدم الغسل للأصل، و لخروجه عن موضوع الخبر إذ الخبر مختص باللحم المشتمل على عظم لا بخصوص العظم، و لأن العظم ممّا تحله الحياه فهو طاهر بالاتفاق فلا يوجب مسه نجاسه أو حدثا.

ثم إن العظم لا يشمل السن و الظفر فلو مس اللحم و فيه سن فلا يجب الغسل كما فى كشف الغطاء.

(٣) أى من الجزء المشتمل على العظم.

(٤) و قد تقدم الكلام فيه.

ص: ٢٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل المس حديث ١.

و «فى» فى قوله: «فيه» للمصاحبه كقوله تعالى: اَدْخُلُوا فِى اُمَمٍ (١) و فَخَرَجَ عَلٰى قَوْمِهِ فِى زِينَتِهِ (٢) اِن عاد ضميره اى الغسل، و اِن عاد اى المس فسببه.

القول فى احكام الاموات و هى خمس

اشاره

(القول فى احكام الاموات (٣) - و هى خمس)

(١) الاعراف الآيه: ٣٨، اى ادخلوا مع امم.

(٢) القصص الآيه: ٧٩، اى مع زينته.

(٣) المناسب هو البحث عن غسل الميت لانه عبادى، و اِنما بحث عن الاحتضار و غيره هنا قليلا للأبواب، ثم اِن العاده جاريه على ذكر امرين:

الأول: ما يجب أو يستحب للمحتضر فعله.

الثانى: ما يجب أو يستحب أن يفعله الغير بالمحتضر.

أما الأول: فتجب عليه التوبه، بل لا يختص الوجوب به لأنه يشمل كل مسلم عن صغيره أو كبيره، و يدل عليه قوله تعالى: تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ تَوْبَةً نَّصُوحاً (١) و قوله تعالى: تَوْبُوا إِلَى اللَّهِ جَمِيعاً أَيُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ (٢)، فتدل على وجوب التوبه عند الذنب و لا تختص بالمرض و لا بغيره، و أما النصوص فكثيره جدا.

و حقيقتها الندم و لا يكفى قوله (أستغفر الله)، بل لا حجه إليه مع الندم القلبي و يدل عليه أخبار منها: صحيح ابن عمير عن على الأحمسي عن أبى جعفر عليه السلام:

(كفى بالندم توبه) (٣)، و يعتبر فيها العزم على ترك العود إلى المعصيه بل عن البحار المفروغيه عنه.

و يجب على المريض أيضا عند ظهور أمارات الموت أداء حقوق الناس الواجبه ورد الودائع و الأمانات مع الإمكان، و إلا فيجب عليه الوصيه بها، كل ذلك لأداء الواجب عليه من ردّ حقوق الغير لأصحابها.

و يجب عليه الوصيه بالواجبات العباديه كالصلاه و الصوم و الحج إذا كان عنده مال، و كذا بالصلاه و الصوم إذا كان على الأكبر قضاؤه، بل لو احتمل وجود متبرع فيجب عليه الوصيه للاحتياط..-

١- (١) التحريم الآيه: ٨.

٢- (٢) النور الآيه: ٣١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب جهاد النفس حديث ٦.

و- يستحب للمريض أن يحمد الله ويشكره في حال المرض كحال الصّحّة، بل مرضه من أكبر النعم عليه، ففي الخبر: (أنه تبسم صَلَّى الله عليه وآله وسلم، فقيل له: ما لك يا رسول الله تبسمت؟ فقال: عجبت من المؤمن وجزعه من السقم، و لو يعلم ما له في السقم من الثواب لأحب أن لا يزال سقيما حتى يلقي ربه (عز و جل)(١) و في ثابن: (أنين المؤمن تسييح، و صياحه تهليل، و نومه على الفراش عباده، و قلبه من جنب إلى جنب جهاد في سبيل الله)٢ و في ثالث: (تتناثر الذنوب منه كورق الشجر)٣ و في رابع: (إذا مرض المؤمن أوحى الله تعالى إلى صاحب الشمال: لا تكتب على عبدى ما دام فى حبسى و وثاقى ذنبا، و يوحى إلى صاحب اليمين: أن أكتب لعبدى ما كنت تكتب له فى صحته من الحسنات)٤ و فى خامس: (إذا أحب الله عبدا نظر إليه، فإذا نظر إليه أتشفه بواحد من ثلاث: إما صداع و إما حمى و إما رمد)٥.

بل يستحب له كتمان المرض و ترك الشكايه، ففي خبر بشير الدهان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال الله (عز و جل): أيما عبد ابتليته ببليه فكتم ذلك عواده ثلاثا، أبدلته لحما خيرا من لحمه، و دما خيرا من دمه و بشرا خيرا من بشره، فإن أبقيته أبقيته و لا- ذنب له، و إن مات مات إلى رحمتي). (٢) و حمل على عدم الشكوى لا على كتمان المرض كما ورد فى الخبر عن أبي عبد الله عليه السّلام حيث سئل عن حد الشكايه للمريض: (فقال: إن الرجل يقول: حممت اليوم و سهرت البارحة و قد صدق، و ليس هذه شكاه، و إنما الشكوى أن يقول: لقد ابتليت بما لم يتبل به أحد، و يقول: أصابنى ما لم يصب أحد، و ليس الشكوى أن يقول: سهرت البارحة و حممت اليوم و نحو هذا) (٣).

و يستحب له إعلام إخوانه المؤمنين بالمرض ففي الخبر عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(ينبغي للمريض منكم أن يؤذن إخوانه بمرضه فيعودونه فيؤجر فيهم، و يؤجرون فيه.

قال: فقيل له: نعم فهم يؤجرون فيه بممشاهم إليه، فكيف يؤجر فيهم؟ قال: فقال عليه السّلام: باكتسابه لهم الحسنات فيؤجر فيهم فيكتب له بذلك عشر حسنات و يرفع له عشر درجات و يمحي بها عنه عشر سيئات) (٤).

و أما الأمر الثانى فقد ذكر الماتن و الشارح أكثره.

ص: ٢٤١

١- ((١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاحتضار حديث ١٩ و ١١ و ١٣ و ٧ و ١٢.

٢- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

٣- (٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

٤- (٨) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

الأول - (الاحتضار) (١) و هو السوق، أعاننا الله عليه، و ثبتنا بالقول الثابت لديه. سمى به لحضور الموت أو الملائكة الموكله به، أو إخوانه و أهله عنده.

(و يحب) كفايه (توجيهه) (٢) أى المحتضر المدلول عليه بالمصدر (إلى القبلة) فى المشهور بأن يجعل على ظهره، و يجعل باطن قدميه إليها (بحيث لو جلس استقبال) و لا فرق فى ذلك بين الصغير و الكبير (٣)، و لا يختص الوجوب (١) و هو افتعال من الحضور، و المراد به سوق الروح و إخراجها من البدن، و سمي السوق بالاحتضار إما لحضور الملائكة عنده أو لحضور أمير المؤمنين عليه السلام عنده فقد ورد فى الخبر: (ما يموت شخص فى شرق الأرض أو غربها إلا و يحضره أمير المؤمنين عليه السلام فالؤمن يراه حيث يحب و الكافر حيث يكره) (١) أو لحضور المؤمنين عنده ليشيعوه، أو لاستحضار عقله ما قبل الموت من أجل الوصيه كما ورد فى الحديث أو لحضور الموت عند المريض كما ذكره الشارح و جماعه.

(٢) بوضعه على وجه لو جلس كان وجهه إلى القبلة على المشهور و يدل عليه موثق معاويه بن عمار: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الميت؟ فقال: استقبال باطن قدميه القبلة) (٢) و مرسل الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام: (دخل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على رجل من ولد عبد المطلب و هو فى السوق، و قد وجّه لغير القبلة، فقال: وجّهوه إلى القبلة، فإنكم إذا فعلتم ذلك أقبلت عليه الملائكة، و أقبل الله (عز و جل) عليه بوجهه فلم يزل كذلك حتى يقبض) (٣) و خبر سليمان بن خالد: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا مات لأحدكم ميت فسجوه تجاه القبلة، و كذلك إذا غسل يحفر له موضع المغتسل تجاه القبلة فيكون مستقبلاً باطن قدميه و وجهه إلى القبلة) (٤).

و ذهب جماعه منهم السيد المرتضى و الشيخ فى الخلاف و النهايه و المحقق فى المعتمد و جماعه من المتأخرين إلى الاستحباب استضعافاً لهذه الأخبار، فقال فى المعتمد: «إن الأخبار المنقوله من أهل البيت عليهم السلام ضعيفه السند لا تبلغ حد الوجوب»، بل المرسل مشعر بالاستحباب للتعليل، و فيه: إن التعليل لا يفيد دائماً حمل الأمر على الاستحباب و ضعف السند منجبر بكثرتها و عمل المشهور بها مع أن ظاهر الأمر الوجوب.

(٣) لإطلاق الأخبار المتقدمه كما لا فرق بين الرجل و المرأه، نعم يشترط إسلامه لأن توجيهه إكرام له و تهيئه له للرحمه و الكافر غير صالح لذلك.

ص: ٢٤٢

١- (١) البحار ج ٦ ص ١٩١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الاحتضار حديث ٤ و ٦ و ٢.

بوليّه (١)، بل بمن علم باحتضاره (٢) و إن تأكد فيه (٣) و في الحاضرين (٤).

(و يستحب نقله إلى مصلاه) (٥) و هو ما كان أعده للصلاه فيه أو عليه (٦)، إن تعسّر عليه الموت و اشتدّ به النزاع كما ورد به النص، و قيده به المصنف في غيره (٧) (و تلقينه الشهادتين و الإقرار بالأئمه عليهم السّلام) (٨) و المراد بالتلقين (١) ظاهر كلام العلامة في النهايه اختصاص التوجيه بالولي، و فيه: أن الأخبار مطلقه بل مشعره بأنه واجب كفايه على كل مسلم.

(٢) خصّه بالعلم لأنه شرط تنجز التكليف.

(٣) في وليه، لأنه أولى به بعد موته.

(٤) لثلاث يموت قبل التوجيه انتظارا بمن هو عالم و غائب.

(٥) و هو الموضع الذي كان يكثر الصلاه فيه، أو كان قد أعدّه للصلاه، و لكنه مخصوص بما إذا اشتدّ النزاع لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا عسر على الميت موته و نزعه قرّب إلى مصلاه الذي كان يصلى فيه) (١) و مضمرة زرارته: (إذا اشتد عليه النزاع فضعه في مصلاه الذي كان يصلى فيه أو عليه) ٢ و خبر حرّيز: (كنا عند أبي عبد الله عليه السّلام فقال له رجل: إن أخى منذ ثلاثه أيام في النزاع و قد اشتدّ عليه الأمر فادع له، فقال: اللهم سهّل عليه سكرات الموت ثم أمره و قال: حوّلوا فراشه إلى مصلاه الذي كان يصلى فيه فإنه يخفف عليه إن كان في أجله تأخير، و إن كانت منيته قد حضرت فإنه يسهل عليه) ٣.

فإطلاق استحباب نقله إلى مصلاه مطلقا كما عن المحقق و العلامة ليس في محله.

(٦) كسجاده كان يكثر الصلاه عليها و لم يتخذ موضعا خاصا، فيستحب أن تبسط و يوضع عليها استنادا لمضمرة زرارته المتقدمه.

(٧) في غير هذا الكتاب.

(٨) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا حضرت الميت قبل أن يموت فلقنه شهاده أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده و رسوله) (٢) و خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السّلام: (أما إني لو أدركت عكرمه قبل أن تقع النفس موقعها لعلمته كلمات ينتفع بها، و لكنني أدركته و قد وقعت النفس موقعها، قلت: جعلت فداك و ما ذاك الكلام؟ قال: هو و الله ما أنتم عليه، فلقنوا موتاكم عند-

ص: ٢٤٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الاحتضار حديث ١ و ٢ و ٦.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

التفهيم، يقال «غلام لقن» أى سريع الفهم، فيعتبر إفهامه ذلك (١)، و ينبغى للمريض متابعته (٢) باللسان و القلب، فإن تعذر اللسان اقتصر على القلب.

(و كلمات الفرج) (٣) و هى لا- إله إلا- الله الحليم الكريم إلى قوله: و سلام- الموت شهادة أن لا- إله إلا- الله و الولاية(١) و لعموم (ما أنتم عليه) يستحب تلقين سائر الاعتقادات الحقه، و إن كان ذيله ظاهرا فى كون المراد من لفظ (ما أنتم عليه) خصوص الولاية، فأثبت غيرها يحتاج إلى دليل.

و خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (ما من أحد يحضره الموت إلا و كل به إبليس من شياطينه من يأمره بالكفر و يشككه فى دينه حتى تخرج نفسه، فمن كان مؤمنا لم يقدر عليه، فإذا حضرتم موتاكم فلقنوهم شهاده أن لا إله إلا الله و أن محمدا - صَلَّى الله عليه و آله و سلّم - رسول الله حتى يموتوا)(٢) و فيه استحباب التكرار إلى حين الموت.

(١) بحيث يكون بلطف و مداراه.

(٢) لأن التلقين من أجل أن يقولها المحتضر، و لذا ورد فى خبر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و الله لو أن عابد وثن و صف ما تصفون عند خروج نفسه ما طمعت النار من جسده شيئا أبدا)٣.

و فى النبوى: «من كان آخر كلامه لا إله إلا الله دخل الجنة»(٣).

(٣) للأخبار منها: خبر زواره: (إذا أدركت الرجل عند النزاع فلقنه كلمات الفرج: لا إله إلا الله الحليم الكريم لا إله إلا الله العلى العظيم سبحانه الله رب السموات السبع و رب الأرضين السبع و ما فيهن و ما بينهن و رب العرش العظيم و الحمد لله رب العالمين)(٤) و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم دخل على رجل من بنى هاشم و هو يقضى، فقال له رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: قل: لا إله إلا الله العلى العظيم، لا إله إلا الله الحليم الكريم، سبحانه الله رب السموات السبع و رب الأرضين السبع و ما بينهن و ما تحتهن و رب العرش العظيم و الحمد لله رب العالمين، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: الحمد لله الذى استنقذه من النار)٦ و ذكر المفيد و جمع من الأصحاب أنه يقول قبل التعميد: و سلام على المرسلين، و أخبار كلمات الفرج لا تخلو عن اختلاف فالجمع بينها يقتضى التخيير بينها.

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الاحتضار حديث ٢ و ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الاحتضار حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الاحتضار حديث ٦.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

على المرسلين و الحمد لله رب العالمين و ينبغي أن يجعل خاتمه تلقينه (لا إله إلا الله)، فمن كان آخر كلامه (لا إله إلا الله) دخل الجنة (١) (وقراءة القرآن عنده) (٢) قبل خروج روحه و بعده للبركه، و الاستدفاع (٣) خصوصا يس و الصافات (٤)، (١) للنبوي المتقدم.

(٢) كما عن المعبر و الذكري و يدل عليه ما في الفقه الرضوي: «إذا حضر أحدكم الموت، فاحضروا عنده بالقرآن و ذكر الله و الصلاه على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم» (١).

(٣) أى استدفاع الشياطين المضللين المشككين.

(٤) لخبر الجعفرى: (رأيت أبا الحسن عليه السلام يقول لابنه القاسم: قم يا بنى فاقراً عند رأس أخيك الصافات صيفاً حتى تستتمها، فقرأ فلما بلغ أنهم أشد خلقاً أم من خلقنا قضى الفتى، فلما سجد و خرجوا أقبل عليه يعقوب بن جعفر فقال له: كنا نعهد الميت إذا نزل به الموت يقرأ عنده يس و القرآن الحكيم فصرت تأمرنا ب (الصافات) فقال: يا بنى لم تقرأ عند مكروب من موت قط إلا عجل الله راحته) (٢) و استفاد منه استحباب قراءة يس أيضاً.

و فى كشف اللثام: (روى أنه يقرأ عند النازع آيه الكرسي و آيتان بعدها، ثم آيه السخره:

إِنَّ رَبَّكُمُ اللَّهُ الَّذِي خَلَقَ السَّمَاوَاتِ إِلَى آخِرِهَا (٣)، ثم ثلاث آيات من البقره: لَلَّهِ مَا فِي السَّمَاوَاتِ وَ مَا فِي الْأَرْضِ إِلَى آخِرِهَا (٤) ثم يقرأ سورة الأحزاب (٥). و عنه أيضاً:

(من قرأ سورة يس و هو فى سكرات الموت أو قرأت عنده جاء رضوان خازن الجنة بشره من شراب الجنة فسقاها إياه و هو على فراشه فيشرب فيموت ريان و يبعث ريان و لا- يحتاج إلى حوض من حياض الأنبياء عليهم السلام) (٦) و عنه أيضاً: (أَيُّمَا مسلم قرأ عنده إذا نزل به ملك الموت سورة يس نزل بكل حرف منها عشره أملاك يقومون بين يديه صفوفاً يصلون عليه و يستغفرون له و يشهدون غسله و يتبعون جنازته و يصلون عليه-

ص: ٢٤٥

١- (١) الفقه الرضوي الباب - ٢٤ - ص ١٨١ تحقيق مؤسسه آل البيت (عم) لإحياء التراث - الطبعة الأولى.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

٣- (٣) الأعراف الآية: ٥٤.

٤- (٤) آخر سورة البقره.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الاحتضار حديث ٣٥.

٦- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب قراءة القرآن حديث ١.

قبله (١) لتعجيل راحته (٢). (والمصباح إن مات ليلاً) في المشهور (٣)، و لا شاهد له بخصوصه، و روى ضعيفا دوام الإسراج (٤).

(و لتغمض عيناه) (٥) بعد موته معجلاً، لئلا يقبح منظره (٦).

و يشهدون دفنه(١).

و في النبوى: (من دخل المقابر فقرأ يس خفف الله عنهم يومئذ و كان له بعدد من فيها حسنات)(٢).

و قال في الجواهر: «و لم أقف على دليل خاص لما هو المتعارف في بلادنا و غيرها من القراءه على قبر الميت ثلاثه أيام بلياليها فصاعدا بغير فتور».

(١) قبل خروج الروح.

(٢) بالنسبه للصفات كما ورد في خبر الجعفرى، و بالنسبه ل (يس) كما ورد في خبرى كشف اللثام.

(٣) استدل له بخبر عثمان بن عيسى عن عده من أصحابنا: (لما قبض أبو جعفر عليه السلام أمر أبو عبد الله عليه السلام بالسراج في البيت الذي كان يسكنه حتى قبض أبو عبد الله عليه السلام، ثم أمر أبو الحسن عليه السلام بمثل ذلك في بيت أبي عبد الله عليه السلام حتى أخرج به إلى العراق ثم لا أدري ما كان)(٤).

و ناقشهم المحقق الثاني بأن الحديث لا يدل على المدعى فلا يبقى إلا اشتهاار الحكم و هو كاف في إثبات الحكم للتسامح في أدله السنن.

(٤) في البيت الذي كان يسكنه الميت في حال الحياه، لا الإسراج عند قبره.

(٥) بلا- خلاف كما عن المنتهى لروايه أبي كهمش: (حضرت موت إسماعيل، و أبو عبد الله عليه السلام جالس عنده، فلما حضره الموت شدّ لحييه و غمضه و غطى عليه الملحفه)(٤) و كما في الإرشاد للمفيد من قول الحسن لأخيه الحسين عليهما السلام: (فإذا قضيت نحبي فغمضني و غسلني)(٥).

(٦) كذا ذكره البعض و لعدم دخول الهوام فيها.

ص: ٢٤٦

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الجواهر ج ٤ ص ٢٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الاحتضار حديث ٣.

٥-٥ (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الدفن حديث ١٠.

(و يطيق فوه) (١) كذلك، و كذا يستحب شدّ لحييه بعصابه (٢) لثلا- يسترخي (و تمدّ يدها إلى جنبه) (٣) و ساقاه إن كانتا منقبضتين، ليكون أطوع للغسل و أسهل للدرج في الكفن، (و يغطى بثوب) (٤) للتأسي، و لما فيه من الستر و الصيانة. (و يعجل تجهيزه) (٥) فإنه من إكرامه (إلا مع الاشتباه) فلا يجوز التعجيل فضلا عن رجحانه (فيصبر عليه ثلاثة أيام) (٦)

(١) قال الشارح في الروض: «الاتفاق عليه، و لثلا يقبح منظره بدونه، و يدخل الهوام إلى بطنه».

(٢) لروايه أبي كهمش المتقدمه، و استشكل بعضهم من أن الشدّ بالعصابه لم يذكر في الروايه إذ لعل المراد من (شدّ لحييه) الوارد في الخبر هو عين تطبيق الفم، هذا و لكن قد لا يستطيع الحي إطباقه إلا بالشد فلذا قال في الجواهر: «و لعل مراد الجميع عند التأمل واحد».

(٣) بلا- خلاف في استحبابه كما في الجواهر، مع أن المحقق في المعبر قال: (لم أعلم أن في ذلك نقلا عن أهل البيت عليهم السلام و لعل ذلك ليكون أطوع للغاسل و أسهل للدرج في الكفن).

و بنفس هذا التعليل يستحب أيضا مدّ ساقه إن كانتا منقبضتين.

(٤) للتأسي برسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم كما ورد في خبر الحارث بن يعلى بن مره عن أبيه عن جده:

(قبض رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم فستر بثوب، و رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم خلف الثوب و على عليه السلام عند طرف ثوبه) (١) و للتأسي بأبي عبد الله عليه السلام لما سجد ابنه إسماعيل كما تقدم في روايه أبي كهمش المتقدمه، و لخبر سليمان بن خالد المتقدم: (إذا مات لأحدكم ميت فسجوه تجاه القبلة) و لخبر الجعفرى المتقدم: (قضى الفتى فلما سجد و خرجوا).

(٥) بلا- خلاف فيه، لمرسل الفقيه: (كرامه الميت تعجيله) (٢) و خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام: (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: يا معشر الناس لا ألفين رجلا مات له ميت ليلا فانتظر به الصبح، و لا رجلا مات له ميت نهارا فانتظر به الليل، لا تنتظروا بموتاكم طلوع الشمس و لا غروبها، عجلوا بهم إلى مضاجعهم) (٣).

(٦) حتى يتيقن موته، إلا أن التقييد بالثلاثة لما ورد في المصعوق و الغريق و نحوهما ففى -

ص: ٢٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الاحتضار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الاحتضار حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

إلا- أن يعلم قبلها لتغير وغيره من أمارات الموت (١)، كانخساف صدغيه و ميل أنفه، و امتداد جلده وجهه، و انخلاع كفه من ذراعه، و استرخاء قدميه، و تقلص أثنيه إلى فوق مع تدلى الجلده (٢) (و نحو ذلك) (٣).

(و يكره حضور الجنب و الحائض عنده) (٤) لتأذى الملائكة بهما، و غايه الكراهه تحقق الموت، و انصراف الملائكه (و طرح حديد على بطنه) في المشهور (٥)، و لا شاهد له من الأخبار، و لا كراهه في وضع غيره للأصل، و قيل يكره أيضا (٦).

-خبر هشام بن الحكم عن أبي الحسن عليه السّلام: (في المصعوق و الغريق؟ قال: ينتظر به ثلاثه أيام إلا أن يتغير قبل ذلك) (١).
و خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (خمسة ينتظر بهم إلا أن يتغيروا: الغريق و المصعوق و المبطون و المهذوم و المدخن) ٢ و مثلها غيرها، و هي تقتضى عموم الحكم لكل مشتبّه، و ذكر ثلاثه أيام لأنها توجب العلم بالموت غالبا.

(١) ذكر في الجواهر أنه لم يذكر شيء منها في الأخبار، و إنما هي مشهوره فالمدار على حصول العلم بالموت لا على مجرد حصول أمارات الموت.

(٢) أي جلده الأثنين.

(٣) كزوال النور من بياض العين و سوادها و زوال النبض و ذهاب النفس.

(٤) عند المحتضر لخبر يونس عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا تحضر الحائض الميت، و لا الجنب عند التلقين) (٢) و في علل الشرائع: (لا يحضر الحائض و الجنب عند التلقين لأن الملائكه تتأذى بهما) (٣).

(٥) يكره طرح حديد على بطن الميت بعد موته، و قال في التهذيب: «سمعناه مذاكره من الشيوخ»، و عن ابن الجنيد أنه يضع على بطن الميت شيئا يمنع من ربوها.

(٦) كما عن العلامة في المنتهى و التذكرة.

ص: ٢٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الاحتضار حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الاحتضار حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الاحتضار حديث ٣.

(الثانى - الغسل)

فى من يجب تغسيله

(و يجب تغسيل كلِّ ميّت (مسلم (١) أو بحكمه) كالطفل و المجنون المتولّدين من مسلم (٢)، و لقيط دار الإسلام، أو دار الكفر و فيها مسلم يمكن تولّده منه (٣)، و المسبى بيد المسلم على القول بتبعيته فى الإسلام (٤)، كما هو مختار المصنف و إن كان المسبى ولد زنا (٥) و فى المتخلّق من ماء الزانى المسلم (١) لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (غسل الميت واجب) (١) و مضمّر أبى خالد:

(اغسل كل الموتى الغريق و أكيل السبع و كل شىء إلا ما قتل بين الصفيين) (٢).

و ذهب المفيد و الشيخ فى التهذيب و المحقق فى المعبر و ابنا زهره و البراج و سيد المدارك إلى عدم وجوب تغسيل العامى لأن المخالف كافر كما صرح بذلك فى التهذيب و الحدائق، و فيه: ما تقدم أن الكافر هو المنكر لما ثبت من الدين ضروره كمنكر ولايه أمير المؤمنين عليه السّلام.

و لا يجوز تغسيل الكافر أو من حكم بكفره كالغلاه و النواصب و الخوارج لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن النصرانى يكون فى السفر و هو مع المسلمين فيموت، قال عليه السّلام: لا يغسله مسلم و لا كرامه و لا يدفنه و لا يقوم على قبره و إن كان أباه) (٣).

(٢) فحكمهما حكم المسلم بالتبعيه للسيره القطعيه، و يدل عليه فى الصبى خير أبى النمير مولى الحارث بن المغيره: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: حدثنى عن الصبى الى كم تغسله النساء؟ فقال عليه السّلام: إلى ثلاث سنين) (٤).

(٣) لأن الأصل وجوب تغسيل كل ميت ما لم يخرج بالدليل أنه كافر، و مع احتمال تولده من مسلم فيجب تغسيه لعدم القطع بخروجه.

(٤) على المشهور، و ليس لهم دليل ظاهر كما فى المستمسك، بل الاستصحاب يقتضى خلاف ذلك.

(٥) إن وصله.

ص: ٢٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٣-٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٤-٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

نظر من انتفاء التبعية شرعا (١)، و من تولده منه حقيقه (٢) و كونه ولدا لغه فيتبعه في الإسلام (٣) كما يحرم نكاحه.

و يستثنى من المسلم من حكم بكفره من الفرق كالخارجي و الناصبي و المجسم، و إنما ترك استثناءه لخروجه عن الإسلام حقيقه و إن أطلق عليه ظاهرا.

و يدخل في حكم المسلم الطفل (و لو سقطا إذا كان له أربعة أشهر) (٤) و لو كان دونها لف في خرقة (٥) و دفن بغير غسل (٦) (بالسدر) (٧) أي بماء مصاحب (١) دليل لعدم الإلحاق.

(٢) لأنه من مائه.

(٣) بحيث إذا كان ولده حقيقه فنثبت له جميع الأحكام عدا ما خرج بالدليل الشرعي من انتفاء الميراث و البنوه، و الباقي على ما هو عليه و لذا يحرم على الزاني نكاحه لو كان بنتا.

(٤) لخبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (السقط إذا تم له أربعة أشهر غسل) (١).

(٥) ففي المعتمد نسبتته إلى العلماء، و في الحدائق إلى الأصحاب، و قال في المعتمد: (لم أقف على مستنده).

(٦) لخبر محمد بن الفضيل: (كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام أسأله عن السقط كيف يصنع به؟ فكتب إلي: السقط يدفن بدمه في موضعه) (٢).

(٧) يجب تغسيله بثلاثة أغسال للأخبار منها: صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام:

(سألته عن غسل الميت؟ فقال عليه السلام: اغسله بماء و سدر، ثم اغسله على أثر ذلك غسله أخرى بماء و كافور و ذريه إن كانت، و اغسله الثالثة بماء قراح، قلت: ثلاث غسلات لجسده كله، قال عليه السلام: نعم) (٣).

و خالف سلار فاعتبر وجوب غسل واحد بالقراح لخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (غسل الميت مثل غسل الجنب) (٤) و خبر زراره: (قلت لأبي جعفر عليه السلام:-

ص: ٢٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

لشئ من الصدر. و أقله ما يطلق عليه اسمه (١)، و أكثره أن لا يخرج به (٢) الماء عن الإطلاق (٣)، في الغسله الأولى (ثم) بماء مصاحب لشئ من (الكافور) كذلك (٤) -ميت مات و هو جنب كيف يغسل، و ما يجزيه من الماء؟ قال عليه السّلام: يغسل غسلا واحدا يجزي ذلك للجنبه و لغسل الميت(١) و فيه: إن الأول وارد مورد التشبيه للكيفيه، و الثاني في مقام التداخل بين السبين من الموت و الجنبه. و يعتبر في الغسل الأول خلط الماء بقليل من الصدر، و في الثاني بقليل من الكافور كما هو المشهور و يدل عليه صحيح ابن مسكان المتقدم، و صحيح يعقوب بن يقطين عن العبد الصالح عليه السّلام: (إلى أن قال - ثم يفاض عليه الماء ثلاث مرات - إلى أن قال - و يجعل في الماء شئ من الصدر و شئ من كافور)(٢).

و عن ابني حمزه و سعيد نفى اعتبار الخليطين الصدر و الكافور لإطلاق ما دل على أنه كغسل الجنبه و هو ضعيف لأنك عرفت وروده مورد التشبيه للكيفيه.

و يجب أيضا الترتيب بماء الصدر ثم بماء الكافور ثم بالماء القراح على المشهور و يقتضيه النصوص المتقدمه، و عن ابن حمزه نفى اعتبار الترتيب لإطلاق خير الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (يغسل الميت ثلاث غسلات، مره بالصدر و مره بالماء يطرح فيه الكافور و مره أخرى بالماء القراح)(٣) و فيه لو سلم إطلاقه فهو مقيد بالنصوص المتقدمه.

(١) بحيث يصدق ماء و معه شئ من الصدر لصحيح ابن مسكان المتقدم و غيره، و في الشرائع: «قيل: مقدار الصدر سبع ورقات» و في الجواهر: «لم نعرف قائله و لا من نسب إليه».

(٢) أى بالصدر.

(٣) فظاهر النصوص المتقدمه اعتبار صدق الماء حقيقه حين الغسل، و عن المفيد تقدير الصدر برطل و عن البر ابن البراج تقديره رطل و نصف.

(٤) أى أقله ما يطلق عليه ماء معه شئ من الكافور و أكثره ما لا يخرج به عن الإطلاق، و عن الصدوق و المفيد تقديره بنصف مثقال، و قال البعض: (لم نقف له على وجهه)-

ص: ٢٥١

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب غسل الميت حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٧.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٤.

(ثم) يغسل ثالثا بالماء (القراح) (١) و هو المطلق الخالص من الخليط، بمعنى كونه غير معتبر فيه (٢) لا أن سلبه عنه معتبر (٣) و إنما المعتبر كونه ماء مطلقا (٤).

و كل واحد من هذه الأغسال (كالجنابه) يبدأ بغسل رأسه و رقبتة أولا، ثم بميامنه، ثم مياسره (٥)، أو يغمسه في الماء دفعه واحده عرفيه (٦)، (مقترنا) في -نعم في موثق عمار تقديره: (بنصف حبه) (١) و في المرسل عن يونس: (حبات كافور) ٢ و في روايه المغيره عن أبي عبد الله عليه السلام: (غسل على بن أبي طالب عليه السلام رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بدأه بالسدر و الثانيه ثلاثه مثاقيل من كافور) ٣ و لم يعرف القول بالجميع من أحد.

(١) بفتح القاف و هو الذى لا يشوبه شىء، و عن السرائر اشتراط عدم شوبه بشىء حتى التراب، و لا وجه له إلا التمسك بلفظ القراح، و عن جماعه أن المراد بالقراح هو خلوه من السدر و الكافور و إن كان مخلوطا بقليل من التراب و ذلك للمقابله بينه و بين ماء السدر و الكافور فى الأخبار.

(٢) أى بمعنى كون الخليط غير معتبر فى الماء القراح.

(٣) أى لا أن سلب الماء القراح عن الماء الخليط معتبر فى وصفه بالقراح.

(٤) و الماء المطلق لا يضره القليل من التراب.

(٥) بلا خلاف للأخبار.

منها: موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (ثم تبدأ فتغسل الرأس و اللحيه بسدر حتى تنقيه ثم تبدأ بشقه الأيمن ثم بشقه الأيسر إلى أن قال - يجعل فى الجره من الكافور نصف حبه ثم يغسل رأسه و لحيته ثم شقه الأيمن ثم شقه الأيسر) (٢).

(٦) كما عليه العلامه و ولده و الشهيدان باعتبار الإطلاق فى خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (غسل الميت مثل غسل الجنب) (٣)، و الإطلاق أعم من الترتيبى و الارتماسى، و عن العلامه فى التذكرة الإشكال فيه، بل عن جماعه منهم صاحب الجواهر و كاشف اللثام عدم الجواز لأن نصوص الترتيب حاكمه و مخصصه لهذا الإطلاق.

ص: ٢٥٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ١٠ و ٣ و ١١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ١٠.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

أوله (بالنيه) (١) و ظاهر العبارة - و هو الذى صرح به فى غيره - الاكتفاء بنيه واحده للأغسال الثلاثة (٢)، و الأجود التعدد بتعددتها (٣).

ثم إن اتحد الغاسل تولى هو النيه (٤)، و لا- تجزى من غيره، و إن تعدد و اشتركوا فى الصبّ نووا جميعا (٥)، و لو كان البعض يصبّ و الآخر يقلّب نوى الصابّ لأنه الغاسل حقيقه، و استحب من الآخر، و اكتفى المصنف فى الذكرى بها منه أيضا (٦). و لو ترتبوا - بأن غسل كلّ واحد منهم بعضا - اعتبرت (٧) من كل واحد عند ابتداء فعله.

فى الغاسل

(و الأولى بميراثه أولى بأحكامه) (٨)، بمعنى أن الوارث أولى ممن ليس (١) اشتراط النيه فيه على المشهور و عن الخلاف الإجماع عليه، و استدل له: (لا عمل إلا بنيه) (١) (و إنما الأعمال بالنيات و لكل امرئ ما نوى) ٢ و هو لا يدل على اشتراط التقرب فى خصوص غسل الميت، فالعمده هو الإجماع أو السيره العمليه، و عن السيد المرتضى و العلامه فى المنتهى عدم الاشتراط لأن الغسل تطهير للميت من نجاسه الموت فيكون توصليا كغسل الثوب.

(٢) أما ظاهر العبارة ذلك حيث اكتفى بالنيه و لم يشر إلى تعددها، كظاهر كلام جماعه آخرين من الاكتفاء بنيه واحده لظهور الأدله فى كون الأغسال عملا واحدا يعبر عنه بغسل الميت فيحتاج إلى نيه واحده.

و ذهب الشهيد الثانى و سيد الرياض و جماعه إلى وجوب تعدد النيه لوضوح أن كل غسل عمل مستقل، و هو الأحوط. (٣) أى بتعدد الأغسال.

(٤) لعدم صدق المغسل على غيره كما هو واضح.

(٥) لأنهم بمنزله المغسل الواحد.

(٦) أى الاكتفاء بنيه المقلّب لأن الصاب كالأله و هو ضعيف لعدم صدق المغسل عليه.

(٧) أى النيه لوضوح أن كل واحد عليه نيه الفعل الذى يصدر منه.

(٨) أى أن أولى الناس بميراث الميت أولى بأحكامه من غسل و تحنيط و تكفين و صلاه و دفن و غيرها بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر غياث بن إبراهيم عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (يغسل الميت أولى الناس به) (٢) و مرسل ابن -

ص: ٢٥٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١ و ١٠ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب غسل الميت حديث ١ .

بوارث و إن كان قريبا (١)، ثم إن اتحد الوارث اختص، و إن تعدّد فالذكر أولى (٢) من الأنثى، و المكلف من غيره (٣)، و الأب من الولد (٤) و الجد (٥). (و الزوج أولى) بزوجه (مطلقا) (٦) في جميع أحكام الميت، و لا فرق بين الدائم و المنقطع (٧).

(و يجب المساواه) بين الغاسل و الميت (في الرّجوليه و الأنوثيه) (٨) فإذا كان -أبي عمير: (يصلى على الجنازه أولى الناس بها أو يأمر من يجب) (١) و خبر السكوني:

(إذا حضر سلطان من سلطان الله جنازه فهو أحق بالصلاه عليها إن قدمه وليّ الميت و إلا فهو غاصب) ٢.

(١) كالأخ بالنسبه للابن فالثاني أولى.

(٢) بلا- خلاف، و قال في المدارك: «جزم بهذا التعميم المتأخرون»، و قال المحقق الخونساري في حاشيته على الروضه: «و مستنده غير ظاهر» و قيل: إن الأولويه للذكر هنا ناشئه من كثره نصيبه.

(٣) لأن غير البالغ أو المجنون لا ولايه له على نفسه فعلى غيره من باب أولى.

(٤) قال في المدارك إنه: «مذهب الأصحاب لا أعلم فيه مخالفا».

(٥) لأنه أولى من الجد بالميراث.

(٦) سواء كان غسلا أم لا، و يدل عليه خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن المرأة تموت من أحق أن يصلى عليها؟ قال عليه السلام: الزوج، قلت: الزوج أحق من الأب و الأخ و الولد؟ قال عليه السلام: نعم) (٢) و خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام:

(و الزوج أحق بامرأته حتى يضعها في قبرها) ٤.

(٧) و كذا لا فرق بين كونها حره أو أمه لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٨) بلا خلاف و يدل عليه جملة من النصوص منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن المرأة تموت في السفر و ليس معها ذو محرم و لا نساء، قال عليه السلام:

تدفن كما هي بثيابها، و عن الرجل يموت و ليس معه إلا النساء ليس معهن رجال قال عليه السلام: يدفن كما هو بثيابه) (٣) و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله -

ص: ٢٥٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١ و ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب غسل الميت حديث ١ و ٣.

الولى مخالفا للميت أذن للمماثل (١) لا أن ولايته تسقط، إذ لا منافاه بين الأولويه و عدم المباشره. و قيد بالرجوليه لثلا يخرج (٢) تغسيل كل من الرجل و المرأه ابن ثلاث سنين و بنته (٣)، لانتفاء وصف الرجوليه فى المغسل الصغير، و مع ذلك لا يخلو من القصور (٤) كما لا يخفى.

و إنما يعتبر المماثله (فى غير الزوجين) فيجوز لكل منهما تغسيل صاحبه اختيارا (٥)، -عليه السّلام: (سألته عن امرأه ماتت مع رجال؟ قال عليه السّلام: تلف و تدفن و لا تغسل) (١) و يستثنى من ذلك موارد سيأتى البحث فيها إن شاء الله تعالى.

(١) جمعا بين ما دل على أن أحكام الميت للولى مع ما دل على اشتراط المماثله.

(٢) لا ضير فيه لأنه سينص على إخراجها فيما بعد.

(٣) فيجوز للرجل تغسيل البنت و المرأه تغسيل الصبى إذا لم يتجاوزا ثلاث سنين، و يدل عليه خبر أبى النمير مولى الحارث بن المغيرة المتقدم: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام:

حدثنى عن الصبى إلى كم تغسله النساء؟ فقال عليه السّلام: إلى ثلاث سنين) (٢).

(٤) اعلم أن المصنف اشترط الرجوليه و الأنوثيه، و غيره اشترط المذكوريه و الأنوثيه، فقيد الرجوليه و إن أخرج المغسل الصغير بخلاف قيد المذكوريه، إلا أن قيد الأنوثيه الموجود فى كلا التعريفين لا يخرج المغسله الصغيره، فكل من التعريفين غير دقيق.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل أ يصلح له أن ينظر إلى امرأته حين تموت، أو يغسلها إن لم يكن عنده من يغسلها؟ و عن المرأه هل تنظر إلى مثل ذلك من زوجها حين يموت؟ فقال عليه السّلام: لا بأس بذلك، إنما يفعل ذلك أهل المرأه كراهيه أن ينظر زوجها إلى شيء يكرهونه منها) (٣) و المشهور على أن الحكم حتى مع وجود المماثل لخبر محمد بن مسلم: (سألته عن الرجل يغسل امرأته؟ قال عليه السّلام: نعم، إنما يمنعها أهلها تعصبا) ٤.

و عن الشيخ فى التهذيب و ابن زهره و جماعه اشترط فقد المماثل لخبر أبى حمزه عن أبى -

ص: ٢٥٥

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب غسل الميت حديث ١ و ٤.

فالزوج بالولاية (١)، و الزوجه معها (٢) أو بإذن الولي (٣) و المشهور أنه من وراء الثياب (٤) و إن جاز النظر (٥) و يغتفر العصر هنا (٦) في الثوب كما يغتفر في الخرقه ساتره للعوره مطلقا (٧)، إجراء لهما مجرى ما لا يمكن عصره.

و لا فرق في الزوجه بين الحرّه و الأمه، و المدخول بها و غيرها (٨)، -جعفر عليه السلام: (لا يغسل الرجل المرأة إلا أن لا توجد امرأة) (١) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (يغسل الزوج امرأته في السفر و المرأة زوجها في السفر إذا لم يكن معهم رجل) (٢) و هي لا تقاوم الأخبار الداله على الجواز مطلقا.

(١) كما عرفت.

(٢) أي مع الولاية إذا انحصر الإرث بها.

(٣) عند وجود وارث غيرها و كان ذكرا فهو المقدم لما تقدم من تقديم الذكور على الإناث.

(٤) لصحيح ابن مسلم: (في الرجل يغسل امرأته؟ قال عليه السلام: نعم، من وراء الثياب) (٣) و خير الحلبي: (و في المرأة إذا ماتت يدخل زوجها يده تحت قميصها فيغسلها) (٤) و خير عبد الرحمن: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يموت و ليس عنده من يغسله إلا النساء، هل تغسله النساء؟ فقال عليه السلام: تغسله امرأته و ذات محرمه، و تصب عليه النساء الماء صبا من فوق الثياب) (٣) و مثلها غيرها. و عن الأشهر كما في الرياض أنه يصح مع التجرد و يدل عليه صحيح منصور: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر و معه امرأته، أ يغسلها؟ قال عليه السلام: نعم، و أمه و أخته و نحو هذا يلقي على عورتها خرقه) (٦) و صحيح ابن سنان المتقدم.

(٥) للاستصحاب و لإطلاق خبر ابن سنان المتقدم.

(٦) في غسل أحد الزوجين الآخر من وراء الثوب.

(٧) سواء تماثل الغاسل و المغسول أم لا، و ذلك لأن الثوب و الخرقه قد تنجسا بمباشره بدن الميت، و ظاهر النصوص عدم التعرض للعصر و هذا دال على أنهما يطهران عند تماميه غسل الميت من دون العصر إجراء لهما مجرى ما لا يمكن عصره.

(٨) كل ذلك لإطلاق الأخبار المتقدمه.

ص: ٢٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب غسل الميت حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب غسل الميت حديث ٢ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب غسل الميت حديث ٤ و ١.

و المطلّقه رجعيه زوجه (١)، بخلاف البائن (٢). و لا يقدرح انقضاء العده فى جواز التّغسيل عندنا (٣)، بل لو تزوّجت جاز لها تغسيله و إن بعد الفرض، و كذا يجوز للرّجل تغسيل مملوكته (٤) غير المزوّجه و إن كانت أم ولد، دون المكاتبه و إن كانت مشروطه، دون العكس (٥) لأن زوجها أحق بها من غيره ما دامت فى العده.

(٢) فإنها أجنبيه قطعاً.

(٣) قد تقدم أن المطلّقه الرجعيه بحكم الزوجه فلو مات الزوج فى أثناء عدتها فعده الطلاق تنهدم و لا عبره بها لأنه عليها عده الوفاه، فلو انقضت عده الوفاه و لم يغسل الزوج سواء تزوجت بغيره بعد الانقضاء أم لا فهل يجوز لها تغسيله؟

ذكر الشهيد فى الذكرى و مثله فى جامع المقاصد من جواز التّغسيل لها بعد انقضاء العده، بل نسب الحكم إلى الجميع كما عبّر بذلك الشارح هنا، خلافا لبعض العامه حيث منع من تغسيلها بعد انقضاء عدتها و مال إليه بعض المتأخرين لأنها بحكم الأجنبيه بعد عده الوفاه.

و ردّ بأنها لو كانت أجنبيه بعد انقضاء عده الوفاه لكانت الزوجه كذلك مع أن اسم الزوجه متحقق عليها و لو بعد انقضاء عده الوفاه، غايته الفرض بعيد و قد قال فى الجواهر: «تعارف فى عصرنا إبقاء الميت مدّه طويله جدا بسبب إرادته دفنه فى أحد المشاهد» و أيضا يمكن فرضه فيما لو دفن الميت بغير غسل ثم أخرج الميت من قبره لغرض الشهاده عليه أو أخرجه السيل و لم يتغير و لم يتلاش فيجب حينئذ تغسيله و قد كانت زوجته أو مطلّقتها قد تزوجت بعد انقضاء عدتها، و يمكن فرضه على مذهب ابن أبى عقيل من أن عده الوفاه تنقضى بالوضع بالنسبه للحامل، فلو كانت زوجته أو مطلّقتها حاملا و قد وضعت بعد موته بلحظه فقد انقضت عدتها فلو تزوجت قبل تغسيله لم يمنع ذلك من تغسيلها له.

(٤) المورد الثانى من موارد استثناء وجوب المماثله بين الغاسل و الميت، فيجوز للمولى تغسيل مملوكته لأنه يجوز له وطؤها فيجوز له تغسيلها، سواء كان قد وطأها أم لا، و سواء كانت أم ولد أم لا، بشرط أن لا تكون مزوجه و لا فى عده الغير، لأنها حينئذ زوجه لغير المولى فزوجها أحق بها، و بشرط أن لا تكون مكاتبه مشروطه أو مطلّقه و بشرط أن لا يكون بعضها معتقا لأنه لا يجوز له وطؤها فى حياتها فلا يجوز له الغسل بعد وفاتها.

(٥) أى تغسيل المملوكه لمولاها، فإن كانت أم ولد فقد منع من الجواز سيد المدارك -

لزوال ملكه عنها (١)، نعم لو كانت أم ولد غير منكوحه لغيره عند الموت جاز (٢).

(و مع التعذر) للمساوى فى الذكور و الأنوثة (فالمحرم) (٣) و هو من يحرم - و جماعه لارتفاع الملك بالموت، لأنها تصير حره من نصيب ولدها، و غيرهم ذهب إلى الجواز لخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (إن على بن الحسين عليه السّلام أوصى أن تغسله أم ولد له إذا مات فغسلته) (١). و هو معارض بما دل على أن الصّدّيق لا يغسله إلا صّدّيق مثله (٢) مع ما فى الفقه الرضوى: (نروى أن على بن الحسين عليه السّلام لما مات قال أبو جعفر عليه السّلام: لقد كنت أكره أن أنظر إلى عورتك فى حياتك فما أنا بالذى أنظر إليها بعد موتك، فأدخل يده و غسل جسده ثم دعا أم ولد له فأدخلت يدها فغسلت) الحديث؛ (٣) فلا بد من حمل هذه الأخبار على مساعدتها للإمام الباقر عليه السّلام فى الغسل.

و إن كانت غير أم ولد فقد ذهب جماعه منهم سيد المدارك إلى المنع لارتفاع الملك بالانتقال إلى الوارث، و جماعه منهم العلامه إلى الجواز لاستصحاب إباحه اللمس و النظر.

(١) تعليل لعدم جواز تغسيل المملوكه لمولاها لانتقالها إلى الوارث بالموت.

(٢) تخصيص الحكم بأم الولد للروايه المتقدمه و إلا فقد عرفت بحسب القواعد خروجها عن ملكه بموته.

(٣) هذا المورد الثالث المستثنى من المساواه، و هو المحارم بنسب أو رضاع بلا- خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: خبر عبد الرحمن بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(سألته عن الرجل يموت و ليس عنده من يغسله إلا النساء، هل تغسله النساء؟ فقال:

تغسله امرأته أو ذات محرمه، و تصب عليه النساء الماء صبا من فوق الثياب) (٤).

و ذهب جماعه منهم العلامه فى المنتهى و الفاضل الهندى فى كشفه إلى عدم اشتراط فقدان المماثل لإطلاق صحيح منصور بن حازم: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يخرج فى السفر و معه امرأته أ يغسلها؟ قال عليه السّلام: نعم، و أمه و أخته و نحو هذا يلقى -

ص: ٢٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب غسل الميت حديث ٦.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب غسل الميت حديث ٤ و ١ و ٦.

نكاحه مؤبداً بنسب أو رضاع أو مصاهره، يغسل محرمه الذي يزيد سنه عن ثلاث سنين (من وراء الثوب (١)، فإن تعذر المحرم والمماثل (فالكافر) (٢) يغسل المسلم والكافر تغسل المسلمه بتعليم المسلم على المشهور. والمراد هنا -على عورتها خرقه). (١)

و مستند المشهور باشتراط المماثل خبر عبد الله بن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام:

يقول: إذا مات الرجل مع النساء غسلته امرأته، وإن لم تكن امرأته معه غسلته أولاهن به و تلف على يدها خرقه) ٢ فإذا كانت الزوجه مقدمه على النساء فالمماثل الذكر أولى بالتقديم، لأن المماثل الذكر يجوز له تغسيله من غير خلاف و بدون اشتراط بخلاف الزوجه فتغسيلها له مما قد وقع الخلاف فيه بالنسبه لاشتراط فقد المماثل و عدمه و هو مشروط بكونه من وراء الثياب على قول.

(١) كما عليه المشهور و يدل عليه أخبار منها: خبر عبد الرحمن المتقدم، و عن جماعه منهم ابن زهره و أبو الصلاح و الشهيد فى الذكرى الاستحباب لصحيح منصور بن حازم المتقدم: (نعم، و أمه و أخته و نحو هذا يلقي على عورتها خرقه).

(٢) فيأمر المسلم الكتابيه بأن تغتسل أولاً- ثم تغسل المسلمه ثانياً، و كذلك بالنسبه للكتابي إذا أراد أن يغسل المسلم على المشهور لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإن مات رجل مسلم و ليس معه رجل مسلم و لا امرأه مسلمه من ذوى قرابته و معه رجال نصارى و نساء مسلمات ليس بينه و بينهن قرابه؟ قال عليه السلام: يغتسل النصارى ثم يغسلونه فقد اضطروا، و عن المرأه المسلمه تموت و ليس معها امرأه مسلمه و لا رجل مسلم من ذوى قرابتها و معها نصرانيه و رجال مسلمون و ليس بينها و بينهم قرابه؟ قال عليه السلام: تغتسل النصرانيه ثم تغسلها) (٢) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام: (أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نفر فقالوا: إن امرأه توفيت معنا و ليس معها ذو محرم، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: كيف صنعتم؟ فقالوا: صببنا عليها الماء صباً، فقال صلى الله عليه و آله و سلم:

أما وجدتم امرأه من أهل الكتاب تغسلها؟ قالوا: لا، قال صلى الله عليه و آله و سلم: أ فلا يمتموها) (٣).

و ذهب المحقق فى المعبر و جماعه إلى سقوط الغسل لأن غسل الميت مفتقر إلى النيه، و هى لا تصح من الكافر، مع أن الخبر الأول ضعيف لأن رواه فطحه خصوصاً عمار-

ص: ٢٥٩

١- (٢-١) المصدر السابق.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب غسل الميت حديث ٢.

صوره الغسل ولا- يعتبر فيه النيه، و يمكن اعتبار نيه الكافر كما يعتبر نيته في العتق. و نفاه المحقق في المعبر لضعف المستند و كونه ليس بغسل حقيقي لعدم النيه. و عذره (١) واضح (٢).

(و يجوز تغسيل الرجل ابنه ثلاث سنين مجردة و كذا المرأة) يجوز لها تغسيل ابن ثلاث مجردا و إن وجد المماثل (٣)، - الساباطى بالإضافه إلى أن الكافر نجس في المشهور فكيف يفيد غيره الطهاره و ردّ بأن الأخبار و إن كانت ضعيفه إلا أنها منجره بعمل الأصحاب، و النيه لا- لزوم لها هنا لأن المراد هو الغسل الصوري، أو يقال بالاكْتفاء بها هنا كالاكتفاء بها في العتق إذا صدرت من الكافر، أو يتولى المسلم الأمر النيه عن الكافر فيكون الكافر كالآله كما احتمله كشف اللثام، و أما نجاسه الكافر فلا تضر لإلزامه عدم مس بدن الميت إن أمكن و إلا يكون قد تحقق تطهير الميت من الحدث و إن تنجس بالخبث.

(١) أي عذر المحقق.

(٢) لقوه أدلته.

(٣) هذا هو المورد الرابع المستثنى من لزوم التماثل بين الغاسل و الميت، أما تغسيل المرأة للصبى دون الثلاث و لو كان مجردا بالاتفاق لخبر أبي النمير المتقدم: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: حدثني عن الصبى إلى كم تغسله النساء؟ فقال عليه السلام: إلى ثلاث سنين) (١).

و المشهور قيدوا الصبى بثلاث فما دون و عن المقنعه و المراسم إذا كان ابن خمس فما دون غسلته النساء مجردا، و إن كان أكثر من خمس يصببن عليه الماء صبا و أما تغسيل الرجل للصبى دون الثلاث فمتفق عليه كعكسه إلا من المحقق حيث توقف فيه في المعبر و قال: (و الأولى المنع و الأصل حرمة النظر).

و عن الصدوق تحديد الجواز للصبى بما إذا كانت دون الخمس لما رواه في الفقيه عن جامع محمد بن الحسن: (في الجارية تموت مع الرجال في السفر قال: إذا كانت ابنه أكثر من خمس سنين أو ست دفنت و لم تغسل، و إن كانت بنت أقل من خمس سنين غسلت) (٢).

ص: ٢٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب غسل الميت حديث ٤ و ٢.

و منتهى تحديد السن الموت (١) فلا اعتبار بما بعده و إن طال، و بهذا يمكن وقوع الغسل لولد الثلاث تامة من غير زياده. فلا يرد ما قيل إنه يعتبر نقصانها ليقع الغسل قبل تمامها.

فى أن الشهيد لا يغسل

(و الشهيد) (٢) و هو المسلم و من بحكمه الميت فى معركة قتال أمر به النبى -هذا و المشهور لم يشترطوا فقد المماثل كما هو ظاهر خبر أبى النمير المتقدم، و عن ابنى إدريس و حمزه اشتراط فقد المماثل لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن الصبى تغسله امرأه؟ قال عليه السّلام: إنما يغسل الصبيان النساء، و عن الصبية تموت و لا تصاب امرأه تغسلها، قال عليه السّلام: يغسلها رجل أولى الناس بها) (١) حيث قيد تغسيل الرجل للصبية بفقد المرأة، و فيه: إن القيد وارد فى كلام السائل مع أنه بالنسبة لتغسيل المرأة للصبى مطلق.

(١) فالمعيار فى تحديد عمر الصبى أو الصبية هو الموت كما هو الظاهر من النصوص، و ذهب المحقق الثانى إلى أن المعيار هو الغسل فلو كان الميت عمره أكثر من ثلاث وقت الغسل فلا يجوز تغسيله لغير مماثله و إن كان عمره عند الموت أقل من ثلاث سنين.

و فيه: إن المدار فى العمر على حال الحياه المنتهيه بالموت لا بالغسل.

(٢) لا يغسل بالاتفاق للأخبار منها: صحيح أبان بن تغلب: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الذى يقتل فى سبيل الله أ يغسل و يكفن و يحنط؟ قال عليه السّلام: يدفن كما هو فى ثيابه إلا أن يكون به رمق، فإن كان به رمق ثم مات فإنه يغسل و يكفن و يحنط و يصلى عليه) (٢) و خبره الآخر: (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: الذى يقتل فى سبيل الله يدفن فى ثيابه لا يغسل إلا- أن يدركه المسلمون و به رمق ثم يموت بعد فإنه يغسل و يكفن) (٣) و خبر زراره و إسماعيل بن جابر عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت له: كيف رأيت الشهيد يدفن بدمائه، قال: نعم فى ثيابه بدمائه و لا يحنط و لا يغسل و يدفن كما هو) (٤) و خبر أبى خالد (اغسل كل الموتى، الغريق و أكيل السبع و كل شىء إلا ما قتل بين الصفين، فإن كان به رمق غسّل و إلا فلا) (٥) و صحيح أبان دال على أنه المقتول فى سبيل الله بلا فرق بين من قتل بين يدى الإمام المعصوم أو نائبه أو قتل فى عصر-

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب غسل الميت حديث ٢.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب غسل الميت حديث ٧ و ٩ و ٨ و ٣.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَوْ الْإِمَامَ أَوْ نَائِبَهُمَا الْخَاصَّ، وَهُوَ فِي حِزْبِهِمَا (١) بِسَبِيهِ (٢)، أَوْ قَتَلَ فِي جِهَادٍ مَأْمُورٍ بِهِ حَالَ الْغَيْبِ، كَمَا لَوْ دَهَمَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ مَنْ يَخَافُ مِنْهُ عَلَى بِيضِهِ الْإِسْلَامَ، فَاضْطَرُّوا إِلَى جِهَادِهِمْ بِدُونِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ، عَلَى خِلَافِ فِي هَذَا الْقِسْمِ (٣). سَمِيَ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ مَشْهُودٌ لَهُ بِالْمَغْفَرَةِ وَالْجَنَّةِ (لَا يَغْسَلُ وَلَا يَكْفَنُ بَلْ يَصَلَّى عَلَيْهِ) وَيُدْفَنُ بِثِيَابِهِ وَدِمَائِهِ، وَيَنْزَعُ عَنْهُ الْفُرُوعَ (٤) وَالْجُلُودَ (٥) كَالْحَفِيِّينَ وَإِنْ أَصَابَهُمَا الدَّمُ.

وَمَنْ خَرَجَ عَمَّا ذَكَرْنَاهُ يَجِبُ تَغْسِيلُهُ وَتَكْفِينُهُ وَإِنْ أُطْلِقَ عَلَيْهِ اسْمُ الشَّهِيدِ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ (٦)، كَالْمَطْعُونِ (٧) وَالْمَبْطُونِ وَالْغَرِيقِ، وَالْمَهْدُومِ عَلَيْهِ وَالتَّنْفِيسِ -الغيبه في مقام الدفاع عن بيضه الإسلام والمسلمين، فما عن الشيخين في المقنعه والمبسوط والنهائيه من اشتراط قتله بين يدي إمام عادل أو من نصبه ليس في محله، ولذا قال في المعتبر: «فاشترط ما ذكره الشيخان زياده لم تعلم من النص».

وَصَرِيحُ النُّصُوصِ عَلَى أَنَّ الْمَدَارَ عَلَى عَدَمِ إِدْرَاكِهِ حَيَا بِلَا فَرْقٍ بَيْنَ كَوْنِهِ رَجُلًا أَوْ امْرَأَةً، صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا حُرًّا أَوْ عَبْدًا، وَلَا فَرْقٍ بَيْنَ أَسْبَابِ الْقَتْلِ بِالْحَدِيدِ أَوْ الْخَشَبِ أَوْ الصَّدْمِ أَوْ اللَّطْمِ أَوْ غَيْرِهَا.

(١) ليخرج المقتول من الطرف الآخر.

(٢) أي موته بسبب القتال وهذا احتراز عن مات حتف أنفه وهو في المعركة.

(٣) وقد خالف فيه الشيخان كما تقدم.

(٤) بالاتفاق لأن الفروع لا يسمى ثوبا وقد أمرنا بدفنه بثيابه وللخبر الآتي.

(٥) بل كل ما ليس بثوب ينزع عنه، بل أوجب النزاع عنه في الحدائق لأن دفته إسراف للمال وتضييع له، وكذا نزع الخاتم، وقد ورد في خبر زيد بن علي عن أمير المؤمنين عليه السلام: (ينزع عن الشهيد الفروع والخف والقلنسوه والعمامة والمنطقه والسراويل إلا أن يكون أصابه دم، فإن أصابه دم ترك) (١) ولضعف سند الخبر لم يعملوا به، فلم يكن المدار على ما أصابه الدم بل المدار على ثيابه فيدفن بها، وغيرها تنزع.

(٦) فيكون مساويا للشهيد في الفضيله لا في لحوق أحكام الشهيد عليه، إذ أحكام الشهيد مختصه بمن قتل بين الصنفين.

(٧) من مات بمرض الطاعون.

ص: ٢٤٢

والمقتول دون ماله و أهله من قطاع الطريق و غيرهم (١).

فى أنه يجب إزاله النجاسه عن بدنه

و يجب إزاله النجاسه) العرضيه (عن بدنه أولًا) (٢) قبل الشروع فى غسله.

فى ما يستحب عند الغسل

(و يستحب فتح قميصه) (٣) من الوارث أو من يأذن له (و نزع من تحته) لأنه مظنه النجاسه، و يجوز غسله فيه (٤)، (١) كمن مات غريبًا و فى يوم الجمعة و من مات فى سبيل تحصيل العلم، و ستأتى الإشارة إلى بعض الأخبار فى الأبواب الآتية.

(٢) فى المدارك أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب و فى المنتهى نفى الخلاف عنه للأخبار منها: خبر العلاء بن سيباه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (بعد ما سأله عن رجل قتل ففقط رأسه فى معصية الله، قال عليه السّلام: إذا قتل فى معصيته يغسل أولًا منه الدم ثم يصب عليه الماء صبا) (١) و صحيح الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الميت فقال عليه السّلام: أقعده و اغمز بطنه غمزا رفيقا ثم طهره من غمز البطن) (٢).

(٣) و ينزع من تحته و تستر به عورته، أما فتقه و نزع من قبل رجله لأذن إخراج القميص على هذا الوجه أسهل على الميت، و لئلا تكون فيه نجاسه فينجس أعالي البدن، و لخبر عبد الله بن سنان: (ثم يخرق القميص إذا غسّل و ينزع من رجله) (٣).

و فتح القميص مشروط بإذن الورثة لأنه مال لهم، فالتصرف فى مالهم متوقف على إذنه، فلو تعذر الإذن لصغر الورثة أو غيبتهم فلا يجوز حينئذ.

و أما ستر العوره به لوجوب ستر العوره عن الناظر المحترم و لمرسل يونس: (فإن كان عليه قميص فأخرج يده من القميص و أجمع القميص على عورته) (٤).

(٤) ذهب المشهور كما فى المختلف إلى استحباب غسله عاريا مستور العوره لأنه أمكن فى التطهير، و عن جماعة منهم ابن أبى عقيل و الصدوق و سيد المدارك إلى استحباب غسله فى قميصه لصحيح ابن مسكان: (إن استطعت أن يكون عليه قميص فغسله من تحته) (٤) و صحيح ابن يقطين: (لا يغسل إلا فى قميص يدخل رجل يده و يصب عليه من فوقه) (٥) و لخبر عبد الله بن سنان المتقدم: (ثم يخرق القميص إذا غسّل و ينزع من رجله) بل ادعى ابن أبى عقيل تواتر الأخبار على ذلك.

ص: ٢٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٩.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٨.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ١ و ٧.

بل هو أفضل عند الأكثر (١)، و يطهر بطهره (٢) من غير عصر، و على تقدير نزعه تستر عورته وجوبا به أو بخرقه (٣)، و هو أمكن للغسل (٤) إلا أن يكون الغاسل غير مبصر أو واثقا من نفسه بكفّ البصر فيستحبّ استظهارا (٥).

(و تغسيله على ساجه) (٦) و هي لوح من خشب مخصوص و المراد وضعه عليها أو على غيرها مما يؤدي فائدتها، حفظا لجسده من التلّطّخ. و ليكن على مرتفع و مكان الرجلين منحدرًا (مستقبل القبلة) (٧) و في الدروس يجب الاستقبال (١) قد عرفت أنه المشهور و لذا قال المحقق الخونساري في حاشيته: (كون هذا مذهب الأكثر غير ظاهر).

(٢) أي يطهر القميص بطهر الميت من غير اشتراط العصر لخلو النصوص عن ذلك.

(٣) لوجوب ستر العوره عن الناظر المحترم، فلو كان المغسّل أعمى أو واثقا من نفسه عدم النظر فلا يجب ستر العوره حينئذ.

(٤) أي نزع القميص.

(٥) ليأمن النظر غلطا أو سهوا منه أو من غيره، هذا بالنسبة للعوره.

(٦) قال في كشف اللثام: (الساج خشب أسود يجلب من الهند، و الساجه الخشبه المربعه منها). و يستحب وضع الميت على ساجه أو سرير بلا خلاف كما في المنتهى، بل على كل ما يرفعه عن الأرض لأنه أحفظ لبدن الميت من التلّطّخ، و لمرسل يونس:

(إذا أردت غسل الميت فضعه على المغتسل) (١)، و نصّ بعضهم على تقديم الساج على الخشب، و الخشب على غيره، و بعضهم على أن يكون مكان الرجلين منحدرًا عن موضع الرأس ليسهل خروج ماء الغسل و لا يجتمع تحته، و الأخبار خاليه عن هذه التفاصيل.

(٧) أي على هيئة المحتضر فيستقبل بباطن قدميه و وجهه القبلة، بلا خلاف فيه لخبر ذريح عن أبي عبد الله عليه السلام: (و إذا وجهت الميت للقبلة فاستقبل بوجهه القبلة و لا تجعله معترضا كما يجعل الناس) (٢) و مرسل يونس: (إذا أردت غسل الميت فضعه على المغتسل مستقبل القبلة) (٣). و مثلها غيرها من الأخبار و حمل الأمر في هذه الأخبار على -

ص: ٢٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب غسل الميت حديث ١ و ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

به، و مال إليه في الذكرى، و استقرب عدمه في البيان (و تثلث الغسلات) (١) بأن يغسل كل عضو من الأعضاء الثلاثة ثلاثا ثلاثا في كل غسله (و غسل يديه) (٢) أى يدي الميت إلى نصف الذراع ثلاثا (مع كل غسله) و كذا يستحب غسل الغاسل يديه (٣) مع كل غسله إلى المرفقين (و مسح بطنه في) الغسلتين (الأوليين) قبلهما (٤) تحفظا من خروج شىء بعد الغسل لعدم القوه الماسكه، إلا- الحامل- الاستحباب جمعا بينها و بين صحيح يعقوب بن يقطين: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الميت كيف يوضع على المغتسل موجهها وجهه نحو القبلة، أو يوضع على يمينه و وجهه نحو القبلة؟ قال عليه السلام: يوضع كيف تيسر، فإذا طهر وضع كما يوضع في قبره) (١).

و ذهب الشيخ في المبسوط و العلامه في المنتهى و رجحه المحقق الثانى و جماعه إلى أن استقبال القبلة واجب بعد حمل خبر ابن يقطين على التعذر.

(١) أى يستحب تغسيل كل عضو من الميت ثلاث مرات في كل غسله لخبر الكاهلى:

(قال: استقبل بطن قدميه القبلة حتى يكون وجهه مستقبل القبلة، ثم تلين مفاصله، فإن امتنعت عليك فدعها، ثم ابدأ بفرجه بماء السدر - إلى أن قال - و اغسله غسلا ناعما ثم أضجعه على شقه الأيسر ليبدو لك الأيمن، ثم اغسله من قرنه إلى قدمه و امسح يدك على ظهره و بطنه ثلاث غسلات، ثم رده على جانبه الأيمن) (٢) إلى آخر الخبر.

(٢) أى يدي الميت هذا إذا خلت عن النجاسه و إلا فيجب غسلها، و يدل على الاستحباب مرسل يونس: (ثم اغسل يديه ثلاث مرات كما يغسل الإنسان من جنباه إلى نصف الذراع) (٣).

(٣) لمرسل يونس فإنه قال عليه السلام بعد الغسل الأول: (ثم صب ذلك الماء من الإجمانه، و اغسل الإجمانه بماء قراح و اغسل يديك إلى المرفقين، ثم صب الماء فى الآنيه و ألق فيه حبات كافور - إلى أن قال - ثم اغسل يديك إلى المرفقين و الآنيه) ٤.

(٤) قبل الغسلتين حذرا من خروج شىء بعد الغسل و لخبر الكاهلى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غسل الميت - إلى أن قال - و أكثر من الماء و امسح بطنه مسحا رفيقا ثم -

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب غسل الميت حديث ١ و ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

التي مات ولدها، فإنها لا تمسح حذرا من الإجهاض (١) (و تنشيفه) (٢) بعد الفراغ من الغسل (بثوب) صونا للكفن من البلل (و) إرسال الماء في غير الكنيف (٣) المعدّ للنجاسه، و الأفضل (٤) أن يجعل في حفيه خاصه به (و ترك ركوبه) (٥) بأن -تحول إلى رأسه و ابدأ بشقه الأيمن - إلى أن قال - و امسح يدك على بطنه مسحا رقيقا ثم تحول إلى رأسه فاصنع كما صنعت أولا(١).

و أما المسح قبل الغسله الثالثه فالأخبار خاليه عنه، بل ادعى الإجماع على عدم الاستحباب بل عن الخلاف كراهيه المسح.

(١) لخبر أم أنس بن مالك عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: (إذا توفيت المرأة فأرادوا أن يغسلوها فليبدءوا ببطنها فلتمسح مسحا رقيقا إن لم تكن حبلى، فإن كانت حبلى فلا تحركها)(٢) و ظاهره الحرمة و هو الظاهر من جماعه منهم المحقق في المعبر و الشهيد في الذكري و المحقق الثاني في جامعهم، بل ذهب المحقق الثاني تبعا للشهيد إلى أنها لو أجهضت فعشر ديه أمه، و عن جماعه الكراهيه لعدم كون المسح الرفيق موجبا للإجهاض بحسب العاده.

(٢) بثوب بعد الفراغ من الأغسال الثلاثه لمرسل يونس: (و اغسله بماء القراح كما غسلت في المرتين الأولتين ثم نشفه بثوب طاهر)(٣).

(٣) الكنيف هو الموضع المعدّ لقضاء الحاجه، و البالوعه ما يعدّ لإراقه الماء و غيره و قد ورد في صحيح محمد بن الحسن الصفار كتبت إلى أبي محمد عليه السّلام: (هل يجوز أن يغسل الميت، و ماؤه الذي يصب عليه يدخل إلى بئر كنيف؟... فوقع: يكون ذلك في بلاليع)(٤).

(٤) لخبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا مات لأحدكم ميت فسجوه تجاه القبله، و كذلك إذا غسل يحفر له موضع المغتسل تجاه القبله)(٥).

(٥) شروع في مكروهات الغسل، فيكره للغاسل ركوب الميت بأن يجعله بين رجليه لخبر عمار: (و لا يجعله بين رجليه في غسله، بل يقف في جانبه)(٦) و هو محمول على -

ص: ٢٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الاحتضار حديث ٢.

٦- (٦) لم أجده في الوسائل و لا في مستدركه و إنما أورده المحقق في المعبر ص ٧٤ من الطبعة الحجرية.

يجعله الغاسل بين رجلية (و إقاعده (١) و قلم ظفره و ترجيل شعره) (٢) و هو تسريحه، و لو فعل ذلك دفن ما ينفصل من شعره و ظفره معه وجوبا (٣).

الثالث الكفن

إشاره

(الثالث - الكفن)

فى الواجب منه

(و الواجب منه) ثلاثه أثواب (٤)، -الكراهه لخبر ابن سياهه: (لا بأس أن تجعل الميت بين رجليك و أن تقوم فوقه) (١).

(١) أى و يستحب ترك إقاعده بمعنى يكره إقاعده لخبر الكاهلى: (إياك أن تقعه) (٢) المحمول على الكراهه لصحيح الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام: (اقعه و اغمز بطنه غمزا رفيقا) ٣.

(٢) أى و يستحب ترك التقليم و الترجيل بمعنى يكره تقليم أظفاره و ترجيل شعره لخبر غياث: (كره أمير المؤمنين عليه السلام أن يحلق عانه الميت إذا غسل أو يقلم له ظفر أو يجز له شعر) (٣) و خبر طلحه بن زيد: (كره أن يقص من الميت ظفر، أو يقص له شعر، أو يحلق له عانه، أو يغمز له مفصل) ٥ و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يمس من الميت شعر و لا ظفر، و إن سقط منه شيء فاجعله فى كفته) ٦ و الأخبار لم تصرح بكراهه التسريح، نعم ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن زهره فى الغنيه إلى عدم جواز قص الظفر و أن القص محرم و كذا يحرم تسريح الشعر و تبعهما ابنا حمزه و سعيد فى الوسيله و الجامع، و ظاهر الأخبار الكراهه.

(٣) لدلاله المرسل المتقدم عليه: (و إذا سقط منه شيء فاجعله فى كفته) (٤).

(٤) اتفاقى كما عن جماعه إلا سار فاكنتى بثوب واحد، و يدل على الأول أخبار منها:

خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (الميت يكفن فى ثلاثه سوى العمامه و الخرقه) (٥) و موثق سماعه: (سألته عما يكفن به الميت، قال عليه السلام: ثلاثه أثواب) ٩-.

ص: ٢٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٥ و ٩.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب غسل الميت حديث ٢ و ٤ و ١.

٤- (٧) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٥- ((٨ و ٩) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ١٢ و ١٦ و ١.

(متر) (١) بكسر الميم ثم الهمزة الساكنه، يستر ما بين السرّه و الرّكبه (٢).

و يستحبّ أن يستر ما بين صدره و قدمه (٣).

و اعتمد سلالر على صحيح زراره المروى فى التهذيب عن أبى جعفر عليه السّلام:

(العمامه للميت من الكفن هى؟ قال عليه السّلام: لا، إنّما الكفن المفروض ثلاثه أثواب أو ثوب تام لا أقل منه) (١).

و هذه الروايه لا- تصلح للمعارضه لكثره الطائفه الأولى، و لأنّ الكلينى قد روى هذا الخبر فى الكافى بالواو: (إنّما الكفن المفروض ثلاثه أثواب و ثوب تام)، و لأنّ نسخ التهذيب مختلفه ففى بعضها بأو كما تقدم، و فى بعضها بالواو كما فى الكافى، و فى أكثرها إسقاط (أو ثوب تام) كما فى الروض فلا يبقى مجال للاعتماد عليه.

(١) على المشهور، و فى المدارك: «و أما المتر فقد ذكره الشيخان و أتباعهما و جعلوه أحد الأثواب الثلاثه المفروضه، و لم أقف فى الروايات على ما يعطى ذلك، بل المستفاد منها اعتبار القميص و الثوبين الشاملين للجسد أو الأثواب الثلاثه، و بمضمونها أفتى ابن الجنيد فى كتابه - إلى أن قال - و قريب منه عباره الصدوق». و استدلل للمشهور بصحيح ابن سنان: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: كيف أصنع بالكفن؟ قال عليه السّلام: تؤخذ خرقة فيشد بها على مقعدته و رجليه، قلت: فالإزار؟ قال عليه السّلام: إنّها لا تعدّ شيئاً، إنّما تصنع لتضم ما هناك لئلا يخرج منه شيء) (٢). بدعوى أن المراد من الإزار هو المتر و لذا توهم السائل إغناء أحدهما عن الآخر، و لذلك نفس الكلام فى موثق عمار: (تبدأ فتبسط اللفافه طولاً ثم تذرّ عليها من الذريه ثم الإزار طولاً حتى يغطى الصدر و الرجلين، ثم الخرقه عرضها قدر شبر و نصف ثم القميص) (٣).

(٢) نسبه فى الحدائق إلى الأصحاب، و عن جامع المقاصد و جوب ستر السرّه و الركبه بالمتر، و فى المقنعه و المراسم من سرته إلى حيث يبلغ من ساقيه، و عن مختصر المصباح من سرته إلى حيث يبلغ، و قال فى الجواهر: «و الجميع غير ظاهر» لصدق المتر بدون ذلك.

(٣) كما عن الشيخ فى النهايه و الشهيدين، و يشهد له موثق عمار المتقدم: (ثم الإزار طولاً حتى يغطى الصدر و الرجلين) (٤).

ص: ٢٤٨

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٨.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٤.

(و قميص) (١) يصل إلى نصف الساق (٢)، و إلى القدم أفضل (٣) و يجزئ مكانه ثوب ساتر لجميع البدن على الأقوى (و إزار) (٤) بكسر الهمزة، و هو ثوب شامل لجميع البدن.

(١) على المشهور و يدل عليه أخبار منها: حسنه حمران عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا غسلت الميت منكم فارفقوا به - إلى أن قال - قلت: فالكفن؟ فقال: يؤخذ خرقة فيشدد بها سفله و يضم فخذيته بها ليضم ما هناك و ما يصنع من القطن أفضل، ثم يكفن بقميص) (١) الخبر.

و عن الإسكافي و المحقق في المعتمد و الشهيد الثاني و جماعه التخيير بينه و بين ثوب شامل للبدن لخبر محمد بن سهل عن أبيه: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الثياب التي يصلى فيها الرجل و يصوم أ يكفن فيها؟ قال عليه السلام: أحب ذلك الكفن يعنى قميصا، قلت: يدرج في ثلاثه أثواب؟ قال عليه السلام: لا بأس به و القميص أحب إلي) (٢).

(٢) أى من المنكبين إلى نصف الساق كما عن المحقق و الشهيد الثاني، و علل بأنه المتعارف في ذلك الزمان.

(٣) كما عن البعض، و فى الجواهر: «أنه لم يثبت».

(٤) و هو ثوب يشمل جميع البدن طولا و عرضا، بلا خلاف فيه، للأخبار منها: حسنه حمران المتقدمه: (ثم يكفن بقميص و لفافه و برد يجمع فيه الكفن) (٣)، و لكن يجب أن يكون أطول من البدن حتى يمكن أن يشدد طرفاه، و فى العرض بحيث يوضع أحد الجانبين على الآخر كما فى جامع المقاصد و روض الجنان و الرياض، لعدم تبادل غير ذلك من الإزار الذى يجمع فيه الكفن.

و عن البعض استحباب هذه الزيادة طولا و عرضا، و جمع الكفن فيه كما ورد فى الروايه متحقق و لو بالشدد بالخيط و نحوه.

هذا و اعلم أنه لا يجب فى التكفين نيه القربه كما نصّ عليه غير واحد، و قال فى الجواهر: «ينبغي القطع به» لأنه مما يعلم أن غرض الشارع إيجاد فقط من دون أى لحاظ آخر.

ص: ٢٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٥.

و يستحبّ زيادته على ذلك طولاً بما يمكن شدّه من قبل رأسه و رجليه، و عرضاً بحيث يمكن جعل أحد جانبيه على الآخر. و يراعى فى جنسها (١) القصد (٢) بحسب حال الميت، فلا- يجب الاقتصار على الأذون (٣) و إن ماكس الوارث، أو كان غير مكلف.

و يعتبر فى كلّ واحد منها (٤) أن يستر البدن بحيث لا يحكى ما تحته (٥) و كونه من جنس ما يصلى فيه الرجل (٦)، و أفضله القطن الأبيض (٧).

(١) جنس الأثواب الثلاثة.

(٢) أى الوسط.

(٣) لم يرد من الشارح تحديد لذلك، و العرف لا يرى وجوب الاقتصار على الأذون فيجوز الوسط و إن ماكس الوارث أو كان غير مكلف، لأن الولي حينئذ مأذون.

(٤) من هذه الأثواب الثلاثة.

(٥) كما عن البعض و عمل بأنّه المتبادر من الثوب، و فيه: إن المدار على ستر العوره بمجموع الكفن لخبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السّلام: (إنما أمر أن يكفن الميت ليلقى ربه عزّ و جلّ طاهر الجسد و لثلاً تبدو عورته لمن يحمله أو يدفنه، و لثلاً يظهر الناس على بعض حاله و قبح منظره) (١).

(٦) سواء كان الميت طفلاً- أو امرأه، و ادعى عليه الإجماع كما فى الغنيه، و لذا قال فى مجمع البرهان: «و أما اشتراطهم كون الكفن من جنس ما يصلى فيه و كونه غير جلد فكأن دليله الإجماع» و استدلل له بروايه محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا- تجمروا الأكفان، و لا- تمسحوا موتاكم بالطيب إلا- الكافور فإن الميت بمنزله المحرم) (٢) مع ضميمة ما دل على عدم جواز الإحرام بما لا تجوز فيه الصلاة، و فيه: إنه لو سلم فالصلاه تجوز فى الجلد بالإضافة إلى أن التشبيه الوارد بين الميت و المحرم ظاهر فى خصوص التطيب.

(٧) فى المعتمر و التذكرة: «أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم كفن بالقطن الأبيض» و لخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام: (الكتان كان لبني إسرائيل يكفنون به، و القطن لأمه محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم) (٣)-

ص: ٢٧٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التكفين حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب التكفين حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب التكفين حديث ١.

و فى الجلد (١) وجه بالمنع (٢) مال إليه المصنف فى البيان و قطع به فى الذكرى (٣)، لعدم فهمه من إطلاق الثوب، و لنزعه عن الشهيد (٤) و فى الدروس (٥) اكتفى بجواز الصلاة فيه للرجل كما ذكرناه.

هذا كله (مع القدره)، أما مع العجز فيجزى من العدد ما أمكن (٦) و لو ثوبا واحدا، و فى الجنس يجرى كل مباح (٧) لكن يقدم الجلد على الحرير (٨).

و هو على غير المأكول (٩) من وبر و شعر و جلد، ثم النجس (١٠) و يحتمل - و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البسوا البيضاء، فإنه أطيّب و أظهر، و كفنوا فيه موتاكم) (١) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: ليس من لباسكم شىء أحسن من البيضاء فالبسوه و كفنوا فيه موتاكم) ٢.

(١) جلد مأكول اللحم.

(٢) لعدم صدق الثوب عليه.

(٣) و كذا المحقق فى المعتمد و العلامه فى التذكرة و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الشارح فى المسالك.

(٤) فلا يصدق عليه أنه ثوب لأن الشهيد يدفن بثيابه.

(٥) و كذا فى الغنيه لابن زهره، فيجوز التكفين به لجواز صلاة الرجل فيه.

(٦) بلا خلاف لقاعده الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٧) فلا يجوز التكفين بالمغصوب للنهى عن التصرف فيه، و هو مما لا خلاف فيه.

(٨) إذا دار الأمر فى حال الاضطرار بين الجلد و غيره الممنوع فى الكفن، قدم الجلد على الجميع، و علله فى الذكرى بأن النهى فى الجلد غير صريح لأن المنع نشأ من دعوى عدم صدق الثوب عليه بخلاف غيره فإن النهى فيه صريح.

(٩) أى و يقدم الحرير على غير المأكول باعتبار أن الحرير مما يجوز فى صلاة النساء بخلاف غير المأكول فلا تجوز فيه الصلاة مطلقا بالنسبة للرجل و المرأة، فتكون مانعيه الحرير أقل من مانعيه غير المأكول، و ناقش المحقق الثانى بأن ذلك يتم فى الصلاة و هذا لا يقتضى جواز التكفين به لعدم الملازمه بينهما.

(١٠) فإن عدم الجلد و الحرير و غير المأكول يكفن بالنجس، و علل بأنه لا تجوز الصلاة فيه إلا للضرورة، و هى هنا متحققه.

ص: ٢٧١

تقديمه على الحرير و ما بعده (١)، و على غير المأكول خاصه (٢)، و المنع من غير جلد المأكول مطلقا (٣).

فى ما يستحب منه

(و يستحب) أن يزداد للميت (الحبره) (٤) بكسر الحاء و فتح الباء الموحده، (١) من غير المأكول، كما ذهب إليه فى الذكرى لأن المانع فى النجس عرضى و فى الحرير و غير المأكول ذاتى، فيقدم العرضى على الذاتى.

(٢) بدعوى أن الحرير مما لا تجوز الصلاة فيه للنساء فيقدم على النجس الذى لا تجوز فيه الصلاة مطلقا، بخلاف النجس و غير المأكول فقد عرفت أن مانع النجس عرضى و مانع غير المأكول ذاتى.

(٣) أى و لو فى حال الضروره، فيدفع عاريا كما عن الإسكافى و يدل عليه موثق عمار:

(الكفن يكون بردا فإن لم يكن بردا فاجعله كله قطنا) (١) و فيه: إن الحصر إضافى و لذا جاز التكفين بالصوف و الكتان.

(٤) ضرب من برود اليمن تصنع من القطن أو الكتان، سميت بذلك من التحبير و هو التريين و التحسين.

و توصف بعبريه كما عن الشيخ و المحقق و جماعه نسبه إلى العبر إما بلد فى اليمن و إما بمعنى جانب الوادى.

و قد ورد لفظ الحبره فى أخبار منها: خبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام: (كفن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى ثلاثه أثواب: برد أحمر حبره و ثوبين أبيضين صحاريين) (٢) و مضمّر سماعه: (إنما كفن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى ثلاثه أثواب: ثوبين صحاريين و ثوب حبره) (٣).

و قال فى المدارك: «و أنت خبير بأن هذه الروايات إنما تدل على استحباب كون الحبره إحدى الأثواب الثلاثه، لا على استحباب جعلها زياده على الثلاثه كما ذكرها المتأخرون، و بما ذكرناه صرح ابن أبى عقيل فى كتابه المستمسك على ما نقل عنه».

هذا و يشترط أن لا تكون مطرزه بالذهب و قال فى المعتبر: «لأنه تضييع غير مأذون فيه» و ليست من الحرير لعدم جواز التكفين فيه.

و الاستحباب للرجل بل عن ابن حمزه اختصاص ذلك بالرجل، و عن غيره أنه يعم المرأه لأصالة الاشتراك و لمرسل سهل: (كيف تكفن المرأه؟ فقال: كما يكفن الرجل) (٣).

ص: ٢٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التكفين حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٣ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ١٦.

و هو ثوب يمى، و كونها عبريّه - بكسر العين نسبة إلى بلد باليمن - حمراء، و لو تعذّرت الأوصاف أو بعضها سقطت، و اقتصر على الباقي (١) و لو لفافه بدلها (٢).

(و العمامه) للرجل (٣)، و قدرها (٤) ما يؤدى هيئتها المطلوبه شرعا، بأن (١) من أجزاء الكفن المستحب.

(٢) كما صرح بذلك الكثير من الأصحاب، و ربما ظهر من بعضهم دعوى الإجماع عليه قال فى الجواهر عنه: «و لعل ذلك كاف فيه و إلا فهم أكثر على ما يدل عليه فى شيء من الأدله» و ظاهر السرائر استحبابها من غير اشتراط تعذر الحبره.

(٣) اتفانى كما فى المعبر للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (- إلى أن قال - ثم الكفن قميص غير مزور و لا مكفوف، و عمامه يعصب بها رأسه، و يردّ فضلها على رجليه) (١) و قال فى المتقى و الصحيح: (و يردّ فضلها على وجهه) و خبر معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و عمامه يعتم بها و يلقى فضلها على وجهه) ٢ و العمامه مستحبه لصحيح زراره: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: العمامه للميت من الكفن هى؟ قال عليه السّلام: لا، إنما الكفن المفروض ثلاثه أثواب، - إلى أن قال - و العمامه سنه، و قال: أمر النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم بالعمامه و عمّم النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم) ٣.

(٤) قد ورد استحباب التعمم كصحيح زراره المتقدم، و يكفى فيها المسمى طولاً و عرضاً، إلا أن هناك روايات قد دلت على كيفية خاصه بأن يحنك الميت بها لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى العمامه للميت قال: (حنكه) (٢) و خبر عثمان النوا عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إذا عممته فلا تعممه عمه الأعرابى، قلت كيف أصنع؟ قال عليه السّلام: خذ العمامه من وسطها و انشرها على رأسه ثم ردها إلى خلفه و اطرح طرفيها على صدره) (٣) و المراد بعمه الأعرابى كما فى الحدائق هى العمه من غير حنك.

ثم يخرج طرفها من تحت الحنك و يلقى على الصدر و يدل عليه خبر النوا المتقدم، بل يستحب أن يلقى فضل الشق الأيمن من العمامه على جانب صدره الأيسر و فضل الأيسر منها على جانب الأيمن من صدره لخبر يونس عنهم عليهم السّلام: (ثم يعمم يؤخذ وسط العمامه فيثنى على رأسه بالتدوير، ثم يلقى فضل الشق الأيمن على الأيسر -

ص: ٢٧٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٨ و ١٣ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التكفين حديث ٢.

تشتمل على حنك و ذؤابتين من الجانبين تلقيان على صدره، على خلاف الجانب الذى خرجتا منه. هذا بحسب الطول، و أما العرض فيعتبر فيه إطلاق اسمها.

(و الخامسة) (١) و هى خرقة طولها ثلاثه أذرع و نصف فى عرض نصف ذراع (٢) -و الأيسر على الأيمن ثم يمدّ على صدره(١) بل فى الجواهر: «لا نعرف فى ذلك خلافا».

(١) و هى خرقة لفخديه، و استحباب زيادتها متفق عليه للأخبار منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (الميت يكفن فى ثلاثه سوى العمامه و الخرقة يشد بها وركيه لكيلا- يبدو منه شىء، و الخرقة و العمامه لا- بدّ منهما و ليستا من الكفن)(٢) و مرسل يونس: (و خذ خرقة طويله عرضها شبر فشدّها من حقويه، و ضمّ فخديه ضمّا شديدا و لفّها فى فخديه، ثم اخرج رأسها من تحت رجليه إلى الجانب الأيمن، و اغرزها فى الموضع الذى لفتت فيه الخرقة، و تكون الخرقة طويله تلف فخديه من حقويه إلى ركبتيه لفا شديدا)(٣).

و هذه الخرقة تسمى بالخامسه لأنها خامس قطعه بعد الحبره فى الكفن و بعد الأثواب الثلاثه الواجبه.

إن قلت: إنها السادسة لأن العمامه قطعه من الكفن أيضا.

قلت: هى الخامسه من قطع الكفن الواجب و المستحب بالنسبه للرجل و المرأه، و أما العمامه فتختص بالرجل كما تختص المرأه بالقناع و بدلا عنها و تختص أيضا بلفافه لثديها.

أو أن يقال بأن الكفن ما لفّ الجسد و العمامه ليست منه اصطلاحا لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كتب أبى فى وصيته - إلى أن قال - و عممنى بعمامه، و ليس تعد العمامه من الكفن، إنما يعد ما يلفّ به الجسد)(٤).

(٢) ففى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و يجعل طول الخرقة ثلاثه أذرع و نصفاً-

ص: ٢٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ١٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ١٠.

إلى ذراع، يثغر بها الميت (١) ذكرا أو أنثى، و يلفّ بالباقي حقويه و فخذيه، إلى حيث ينتهي ثم يدخل طرفها تحت الجزء الذى ينتهى إليه، سميت خامسه نظرا إلى أنها منتهى عدد الكفن الواجب، و هو الثلاث، و الندب و هو الحبره و الخامسه، و أما العمامه فلا تعدّ من أجزاء الكفن اصطلاحا و إن استحبت.

(و للمرأة القناع) (٢) يستر به رأسها (بدلا عن العمامه) و يزداد عنه لها -و عرضها شبرا و نصفاً(١) و فى خبر يونس المتقدم: (و خذ خرقة طويله عرضها شبر فشدّها من حقويه(٢) و الشبر هو نصف ذراع تقريبا، و لم يوجد فى الأخبار تحديد عرضها بذراع أو شبرين بل بشبر و نصف كما فى خبر عمار و هذا ما نص عليه الشارح فى الروض، فجعل العرض ذراعا كما فى الروضه مما لم يدل عليه خبر و لم يوافقّه أحد من الأصحاب كما صرح بذلك المحقق الخونسارى فى حاشيته.

(١) لخبر الكاهلى: (تذفره به إذفارا)(٢) قال الشارح فى الروض: «و عبارات الأصحاب أكثرها مشتمله على أنه يلفّ بها فخذاه من غير تفصيل، و الذى عليك استفادته من الروايه الأولى - أعنى خبر الكاهلى - إن كان المراد من الإذفار هو الإنفار - كما ذكره الشهيد - أن يربط أحد طرفى الخرقة على وسطه إما بشق رأسها، أو بأن يجعل فيها خيطا و نحوه يشدها، ثم يدخل الخرقة بين فخذيه و يضم بها عورته ضمما شديدا و يخرجها من الجانب الآخر و يدخلها تحت الشداد الذى هو على وسطه، و هذا هو المراد من الإنفار كما تقدم بيانه فى المستحاضه، ثم تلف حقويه و فخذيه بما بقى منها لفا شديدا، فإذا انتهت أدخل طرفها تحت الجزء الذى انتهى عنده منها» انتهى.

أقول: و يدل على ذلك مرسل يونس المتقدم و أن اللف إلى عند الركبه.

(٢) أى الخمار و يدل عليه الأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام:

(يكفن الرجل فى ثلاثه أثواب، و المرأه إذا كانت عظيمه فى خمسه: درع و منطق و خمار و لفافتين)(٤) و فسر الدرع بالقميص، و المنطق بكسر الميم لفافه تشد على ثدييها كما فى المدارك أو هو المثزر كما فى الذكرى، و يدل على الخمار أيضا خبر عبد الرحمن -

ص: ٢٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكفين حديث ٩.

(النمط) (١) و هو ثوب من صوف فيه خطط تخالف لونه، شامل لجميع البدن فوق الجميع، و كذا تزداد عنه خرقة أخرى يلفّ بها ثدياها و تشدّ إلى ظهرها على المشهور (٢). و لم يذكرها المصنف هنا و لا في البيان و لعله لضعف المستند، فإنه خبر مرسل مقطوع (٣)، و رواه سهل بن زياد (٤).

فى ما يجب إمساسه بالكافور

(و يجب إمساس مساجده السبعة بالكافور) (٥) و أقله مسماه على مسماها.

-عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى كم تكفن المرأة؟ قال: تكفن فى خمسة أثواب أحدها الخمار). و الخمار ما يخمر به الرأس أى يستر.

(١) قال فى المصباح عنه: «ثوب من صوف ذو لون من الألوان، و لا يكاد يقال للأبيض: نمط».

و قد قطع الأصحاب باستحبابه للمرأة كما فى المدارك و استدل عليه بصحيح ابن مسلم المتقدم بناء على أن المراد من المنطق هو المتر فبقى اللفافتان فواحد إزار و الأخرى هى النمط، و فى المدارك إنكار هذه الدلالة لأن المنطق هو الخرقة التى تشد على الثديين و اللفافتان هما الإزار و المتر.

و عن ابن إدريس جعل النمط هو الجبره و ليس شيئا زائدا.

(٢) قال فى الجواهر: «لم أجد فيه خلافا من أحد» و يدل عليه مضمّر سهل بن زياد:

(سألته كيف تكفن المرأة؟ فقال: كما يكفن الرجل غير أنه نشد على ثديها خرقة تضم الثدي إلى الصدر و نشد على ظهرها) (١).

(٣) فقد رواه الكليني عن عده من أصحابنا عن سهل بن زياد و عن بعض أصحابنا رفعه قال: (سألته) إلى آخر الخبر المتقدم.

(٤) فقد اختلف العلماء فى توثيقه و تضعيفه، فقد ضعّفه النجاشى و ابن الغضائرى و كان أحمد بن محمد بن عيسى يشهد عليه بالغلو و الكذب و أخرجه من قم إلى الرى و نهى الناس عن السماع عنه و كان يعتمد المجاهيل و يروى المراسيل.

هذا مع أن الشيخ فى رجاله قد وثقه و كذا ابن طاوس فى التحرير و العلامة المجلسى و الوحيد البهبهانى و جماعه و ذلك لأنه من مشايخ الإجازة لأن التضعيف بغالبه من جهة الغلو مع أن غالب ما رواه هو الآن من ضروريات الإماميه و لم يشهد بكذبه إلا ابن الغضائرى و هو لا يعتمد عليه فى ذلك، و لذا قيل: إن الأمر فى سهل سهل.

ص: ٢٧٦

(و يستحبّ كونه ثلاثه عشر درهما و ثلثا) (١) و دونه في الفضل أربعة دراهم، على المشهور شهره عظيمه، و عن المراسم الاستحباب و أنكر الفاضل الجواد في مفتاحه نسبة الاستحباب إليه و أنه قائل بالوجوب، و مستند المشهور أخبار كثيره.

منها: موثق عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحنوط للميت، فقال عليه السلام: اجعله في مساجده) (١) و حسنه حرمان عن أبي عبد الله عليه السلام: (يوضع في منخره و موضع سجوده) (٢) فالوضع في هذا الخبر و نظائره محمول على المسح لمصحح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (فامسح به آثار السجود) (٣) و صحيح زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام: (عمدت إلى الكافور فمسحت به آثار السجود) (٣) و غالب الأخبار خاليه عن المنخر فما دل منها عليه محمول على الاستحباب إلا أن جماعه منهم ابن أبي عقيل و المفيد و الحلبي و القاضي و العلامه في المنتهى قد ذهبوا إلى كونه أحد المساجد و يدل عليه حسنه حرمان المتقدمه و خبر الدعائم: (و جعل الكافور و الحنوط في مواضع سجوده: جبهته و أنفه و يديه و ركبتيه و رجليه) (٤).

(١) يكفى في مقدار الكافور مسماه على المشهور، و يدل عليه إطلاق الكثير من الأخبار هذا بالإضافة إلى أن موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (٥) قد ذكر القطن و مقداره و طول الخرقه و عرضها و الإزار و لكنه ذكر الكافور و لم يتعرض لتقديره و هو ظاهر في عدم اعتبار القدر فيه، و عن الشيخين و الصدوق أن أقله مثقال و أوسطه أربعة دراهم لخبر عبد الرحمن عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام: (أقل ما يجزى من الكافور للميت مثقال) (٦) و خبر الكاهلي و حسين بن المختار عن أبي عبد الله عليه السلام:

(القصد من الكافور أربعة مثاقيل) (٨) و فسّر ابن إدريس المثاقيل هنا بالدراهم و طالبه ابن طاوس بالمستند، إذ الدرهم نصف مثقال و خمسه.

و عن الجعفي أقله مثقال و ثلث و ليس له مستندا إلى خبر عبد الرحمن الآخر عن بعض -

ص: ٢٧٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التكفين حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٥ و ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التكفين حديث ٦.
- ٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التكفين حديث ٢.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٤.
- ٦- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التكفين حديث ٢ و ٤.

و دونه مثقال و ثلث، و دونه مثقال (و وضع الفاضل) منه عن المساجد (على صدره) (١) لأنه مسجد في بعض الأحوال (٢).

في كتابه ما يستحب على الكفن

(و كتابه اسمه (٣) و أنه يشهد الشهادتين (٤))، -رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام: (أقل ما يجزى من الكافور للميت مثقال و نصف) (١) و هو غير مطابق لدعوى الجعفي.

و الجمع بين الأخبار يقتضى أنه يكفى المسمى و أقل الفضل مثقال ثم مثقال و نصف بناء على الروايه أو مثقال و ثلث بناء على قول الجعفي ثم أربعه مثاقيل أو دراهم بناء على تفسير ابن إدريس ثم أكثره ثلاثه عشر درهما و ثلث لمرفوع إبراهيم بن هاشم: (السنة في الحنوط ثلاثه عشر درهما و ثلث أكثره) ٢ و للأخبار الداله على أن الحنوط الذى أنزل على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ كان أربعين مثقالا و قد سَمِّمه بينه و بين أمير المؤمنين و سيده النساء أثلاثا فيكون نصيب كل واحد ثلاثه عشر درهما و ثلثا.

منها: مرسل الصدوق: (إن جبرئيل أتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ بأوقيه من كافور من الجنة، و الأوقيه أربعون درهما، فجعلها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ ثلاثه أثلاث: ثلثا له، و ثلثا لعلی، و ثلثا لفاطمه) ٣.

(١) كما في الفقه الرضوي: (تبدأ بجبهته و تمسح مفاصله كلها به، و تلقى ما بقى منه على صدره) (٢).

(٢) كسجده الشكر ففي خبر يحيى بن عبد الرحمن: (رأيت أبا الحسن الثالث عليه السلام سجد سجده الشكر فافتش ذراعيه و ألصق جؤجؤه و صدره و بطنه بالأرض فسألته عن ذلك، فقال: كذا يجب) (٣) و مثله خبر ابن أبي عمير عن جعفر بن علي في السجود بعد الصلاة ٦.

(٣) أى اسم الميت، و عن سَلَّار و الصدوق و اسم أبيه و قال في الجواهر: «لم أقف ما على يدل عليه»، فيستحب كتابه اسمه على الحبره و القميص و الإزار و الجريدتين كما عن جماعه التصريح به، و عن الشيخ في المبسوط و الشهيد في الدروس زياده العمامه، و عن بعضهم أن الكتابه على الأكفان بقول مطلق.

(٤) لخبر أبي كهمس: (قال: حضرت موت إسماعيل، و أبو عبد الله عليه السلام جالس عنده،-

ص: ٢٧٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التكفين حديث ٥ و ١ و ٦.

٢- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التكفين حديث ١.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٢ و ٣.

(و أسماء الأئمة) (١) بالترية الحسينيه (٢)، - فلما حضره الموت شدّ لحييه و غمضه و غطى عليه الملحفه، ثم أمر بتهيئته فلما فرغ من أمره دعا بكفنه فكتب في حاشيه الكفن: إسماعيل يشهد أن لا إله إلا الله (١)، و خبر عبد الله بن عقيل: (لما حضرت فاطمه الوفاه دعت بماء فاغتسلت ثم دعت بطيب فتحنطت به - إلى أن قال - فقلت: هل شهد معك أحد؟ قال: نعم شهد كثير بن عباس و كتب في أطراف كفنها فاطمه بنت محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم تشهد أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم) (٢).

(١) نسب إلى الأصحاب كما في الجواهر و عن الخلاف و الغنيه الإجماع عليه و قال في الجواهر: «فلا- يقدر حينئذ ما ذكره جماعه من متأخري المتأخرين من عدم الوقوف له على نص و أنه شيء ذكره الأصحاب».

و يستشهد له بخبرين الأول: ما عن السيد ابن طاوس في فلاح السائل: (و كان جدي ورام بن أبي فارس (قدس الله جل جلاله روحه) - و هو ممن يقتدى بفعله - قد أوصى أن يجعل في فمه بعد وفاته فص عقيق عليه أسماء أئمه عليهم السلام فنقشت أنا فصا عقيقا عليه: الله ربي و محمد نبي و عليّ و سميت الأئمه عليهم السلام أئمتي و وسيلتي، و أوصيت أن يجعل في فمي بعد الموت ليكون جواب الملكين عند المسائله في القبر سهلا إن شاء الله) (٣).

الثاني: ما عن غيبه الشيخ عن أبي الحسن القمي أنه: (دخل على أبي جعفر محمد بن عثمان العمري (رحمه الله) و هو من النواب الأربعة فوجده و بين يديه ساجه و نقّاش ينقش عليها آيات من القرآن و أسماء الأئمه عليهم السلام على حواشيه، قلت: يا سيدي ما هذه الساجه؟ فقال: لقبري تكون فيه و أوضع عليها، أو قال أسند إليها) (٤) و منه يستدل على استحباب كتابه القرآن على الكفن أيضا.

(٢) كما عن الاحتجاج في أجوبه مسائل الحميري لصاحب الأمر عليه السلام: (أنه سأله عن طين القبر يوضع مع الميت في قبره هل يجوز ذلك أم لا؟ فأجاب عليه السلام: توضع مع -

ص: ٢٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب التكفين حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل ذکر صدره في الباب - ٢٨ - من أبواب الكفن حديث ٥، و ذکر ذيله في الباب - ٢٣ - من أبواب التكفين حديث ١.

٣- (٣) فلاح السائل ص ٧٥ طبع دفتر تبليغات إسلامي - قم.

٤- (٤) غيبه الشيخ الطوسي ص ٢٢٢ طبع مطبعه النعمان سنه ١٣٨٥ الطبعه الثانيه.

ثم بالتراب الأبيض (١) (على العمامه و القميص و الإزار و الحبره).

فى الجريدتين

(و الجريدتين) (٢) المعمولتين (من سعف النخل) (٣) - الميت فى قبره و يخلط بحنوطه إن شاء الله تعالى، و سأله: روى لنا عن الصادق عليه السّلام أنه كتب على إزار إسماعيل ابنه: إسماعيل يشهد أن لا- إله إلا الله، فهل يجوز أن نكتب مثل ذلك بطين القبر أم غيره؟ فأجاب عليه السّلام: يجوز ذلك (١).

(١) ليس فيه نص بالخصوص، و إنما ذكره الأصحاب كراهيته الكتابه بالسواد، و علّله فى المعتمد بأن فيه نوع استبشاع و نسبه للشيخ.

(٢) الكتابه على هذه المذكورات مما قد ادعى عليه ابن زهره فى الغنيه الإجماع، و زاد الشيخ فى المبسوط و الشهيد فى الدروس العمامه و قد تقدم خبر أبى كهمس فى كتابه أبى عبد الله عليه السّلام على أطراف كفن إسماعيل و خبر عبد الله بن عقيل فى كتابه ابن عباس على أطراف كفن الزهراء، و هما ظاهران فى الكتابه على أطراف الإزار أو الحبره لا- على كل قطعه من قطع الكفن.

(٣) يستحب وضع الجريدتين مع الميت للأخبار منها: صحيح زراره: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: أ رأيت الميت إذا مات لم تجعل معه الجريده؟ فقال عليه السّلام: يتجافى عنه الحساب و العذاب ما دام العود رطباً، إنما العذاب و الحساب كله فى يوم واحد فى ساعه واحده قدر ما يدخل فى القبر و يرجع القوم، و إنما جعلت السعفتان لذلك فلا يصيبه عذاب و لا حساب بعد جفوفهما إن شاء الله) (٢).

و خبر الصيقل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (توضع للميت جريدتان واحده فى اليمين و أخرى فى الأيسر) ٣.

و يعتبر فيها أن تكون رطبه لخبر محمد بن على بن عيسى عن أبى الحسن الأول:

(سأله عن السعفه اليابسه إذا قطعها بيده هل يجوز للميت أن توضع معه فى حفرة؟ قال عليه السّلام: لا يجوز اليابس) (٣).

و تشنيه الجريده هو المشهور و عن ابن الجنيد الاكتفاء بالجريده الواحده مع أن ظاهر النصوص على التشنيه.

ثم إن لفظ الجريده و السعفه الوارد فى الخبر ظاهر فى كونها من النخل لأن الجريده-

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب التكفين حديث ٣.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التكفين حديث ١ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التكفين حديث ١.

أو من السدر (١)، أو من الخلاف، أو من الزمان (٢) (أو) من (شجر رطب) (٣) مرتبا في الفضل كما ذكر، يجعل إحداهما من جانبه الأيمن، و الأخرى من الأيسر (فاليمنى عند الترقوه) (٤) واحده التراقي، و هى العظام المكتنفه لثغره النحر (بين القميص و بشرته، و الأخرى بين القميص و الإزار من جانبه الأيسر)، فوق الترقوه و لتكونا خضراوتين ليستدفع عنه بهما العذاب، ما دامت كذلك. و المشهور أن قدر كل واحده طول عظم ذراع الميت (٥)، ثم قدر شبر، ثم أربع أصابع.

هى سعف النخل كما فى المصباح المنير و إنما تسمى جريده إذا جرّد عنها خصوصها بالإضافة لمكاتبه على بن بلال كتب إلى أبى الحسن الثالث: (الرجل يموت فى بلاد و ليس فيها نخل، فهل يجوز مكان الجريده شىء من الشجر غير النخل؟ فإنه قد روى عن آبائك عليهم السّلام أنه يتجافى عنه العذاب ما دامت الجريدتان رطبتين و أنها تنفع المؤمن و الكافر؟ فأجاب عليه السّلام: يجوز من شجر آخر رطب) (١).

(١) لمضمر سهل: (قالوا: قلنا له: جعلنا الله فداك، إن لم يقدر على الجريده؟ فقال:

عود السدر، قيل: فإن لم نقدر على السدر؟ فقال: عود الخلاف) ٢ و الخلاف هو الصفصاف كما فى مصباح المنير.

(٢) لما فى الكافى: (روى على بن إبراهيم قال: يجعل بدلها - أى الجريده - عود الرمان) ٣.

(٣) لمكاتبه على بن بلال المتقدمه.

(٤) الترقوه هى العظم الذى بين ثغره النحر و العاتق من الجانبين، ففى خبر جميل بن دراج: (الجريده قدر شبر، توضع واحده من عند الترقوه إلى ما بلغت مما يلى الجلد، و الأخرى فى الأيسر من عند الترقوه إلى ما بلغت من فوق القميص) (٢).

(٥) لمضمر يونس: (و تجعل له قطعتين من جريده النخل رطبا قدر ذراع) ٥ و خبر يحيى بن عباد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (تؤخذ جريده رطبه قدر ذراع) ٦ بناء على أنه المراد منه قدر عظم الذراع المقدّر بالشبر تقريبا وجدانا.

و أما التقدير بالشبر فلخبر جميل المتقدم: (الجريده قدر شبر) و إليه ذهب الصدوق و إذا حمل خبر الذراع على عظم الذراع فلا خلاف بين المشهور و الصدوق.

و أما التقدير بأربع أصابع فقد نسب للعمانى و استدل له بخبر يحيى بن عباد عن أبى -

ص: ٢٨١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب التكفين حديث ١ و ٣ و ٤.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التكفين ٢ و ٥ و ٤.

و اعلم أن الوارد في الخبر من الكتابه ما روى (١): أن الصادق عليه السلام كتب على حاشيه كفن ابنه إسماعيل: «إسماعيل يشهد أن لا- إله إلا الله»، و زاد الأصحاب الباقي كتابه (٢)، و مكتوبا عليه (٣)، و مكتوبا به (٤) للتبرك، و لأنه خير محض مع ثبوت أصل الشرعيه. و بهذا اختلفت عباراتهم فيما يكتب عليه من أقطاع الكفن و على ما ذكر لا يختص الحكم بالمذكور (٥) بل جميع أقطاع الكفن (٦) في ذلك سواء، بل هي (٧) أولى من الجريدتين، لدخولها (٨) في إطلاق النص (٩) -جعفر عليه السلام: (و ما التخضير؟ قال: جريده خضراء توضع من أصل اليدين إلى أصل الترقوه) (١٠) و هو غير ظاهر في أربع أصابع لأن الحد الفاصل بين أصل الترقوه المبتدأ من ثغره النحر إلى أصل اليدين المنتهى عند المنكبين هو بمقدار الشبر تقريبا، فالأخبار غير متعارضه بل كلها تدل على الشبر.

ثم إن الشارح قد نسب للمشهور الأصابع الأربعة كما جعل الذراع بذراع الميت و هو ليس في محله أما الأصابع الأربعة فهي منسوبة للعماني فقط و أما تقييد الذراع بالميت فقد قال في الجواهر عنه: «و من العجيب ما في الروضه من نسبه ذلك إلى الشهره - إلى أن قال - و التبع أعدل شاهد مع أنا لم نعرف غيره ذكر التقييد بالميت».

(١) و هو خبر أبي كهمس المتقدم.

(٢) من الشهاده بالنبوه و أسماء الأئمه عليهم السلام.

(٣) قد عرفت أن الأخبار ظاهره في الكتابه على طرف الإزار أو الحبره، فالكتابه على كل أجزاء الكفن مما لا نص عليه.

(٤) و هو الكتابه بالتربه الحسينيه.

(٥) من الكتابه على العمامه و القميص و الإزار و الحبره و الجريدتين.

(٦) بما فيها المثزر و الخرقه، و لعل استثنائهما لأن الكتابه عليهما كتابه على أسافل البدن، و هذا فيه منافاه للأدب.

(٧) أي أقطاع الكفن كلها.

(٨) لدخول قطع الكفن، و هذا بيان وجه الأولويه.

(٩) و هو خبر أبي كهمس المتقدم من أنه كتب على حاشيه كفن ابنه إسماعيل.

هذا و يستحب زياده على ما تقدم كتابه دعاء الجوشن الكبير لما رواه الكفعمي في جنه-

ص: ٢٨٢

(و ليخط) الكفن إن احتاج إلى الخياطة (بخيوطه) مستحبا (١) (و لا تبَلّ بالريق) (٢) على المشهور فيهما، و لم نقف فيهما على أثر.

(و يكر، الأكمام المبتدأه) (٣) للقميص، و احترز به عما لو كفن في قميصه، فإنه لا كراهه في كفه بل تقطع منه الأزرار (و قطع الكفن بالحديد) (٤) قال الشيخ: سمعناه مذاكره من الشيوخ، و عليه كان عملهم. (و جعل الكافور في سمعه و بصره على الأشهر) (٥) خلافا للصدوق حيث استحبه استنادا إلى روايه -الأمان عن السجاد عن أبيه عن جده عليهم السلام: (نزل جبرئيل عليه السلام على النبي صلى الله عليه و آله و سلم في بعض غزواته و عليه جوشن ثقيل، ألمه ثقله فقال: يا محمد، ربك يقرئك السلام و يقول لك: اخلع هذا الجوشن، و اقرأ هذا الدعاء فهو أمان لك و لأمتك - إلى أن قال - و من كتبه على كفته استحي الله أن يعذبه بالنار - و ساق الحديث إلى أن قال - قال الحسين عليه السلام: أوصاني أبي بحفظ هذا الدعاء و تعظيمه و أن أكتبه على كفته و أن أعلمه أهلي و أحثمهم) (١).

(١) قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده بين الأصحاب، بل نسبة في الذكرى و جامع المقاصد إلى الشيخ و إليهم مشعرين بدعوى الإجماع عليه و لعله الحجه - إلى أن قال - و إلا فلم نقف على ما يدل عليه في شيء من الأدله».

(٢) قال في المعبر بعد ما نسبة إلى الشيخ في المبسوط و النهايه: (و رأيت الأصحاب يجتنبونه و لا بأس بمتابعتهم).

(٣) للمرسل عن أبي عبد الله عليه السلام: (قلت له: الرجل يكون له القميص أ يكفن فيه؟ فقال: اقطع أزراره، قلت: و كمه؟ قال: لا، إنما ذلك إذا قطع له و هو جديد لم يجعل له كما، فأما إذا كان ثوبا ليسا فلا يقطع منه إلا أزراره) (٢) و عن ابن البراج أنه لا يجوز الاعتماد على الخبر لإرساله، و فيه: إنه منجبر بعمل الأصحاب.

(٤) لا نص فيه و إنما شيء ذكره الشيخ و قال: «سمعناه مذاكره من الشيوخ و عليه كان عملهم».

(٥) للأخبار منها: مضمرة يونس: (و لا تجعل في منخريه و لا في بصره و مسامعه و لا على -

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب التكفين حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب التكفين حديث ٢.

معارضه بأصح منها و أشهر.

في أنه يستحب اغتسال الغاسل قبل تكفينه

(و يستحب اغتسال الغاسل قبل تكفينه) (١) غسل المس إن أراد هو التكفين (أو الوضوء) الذي يجامع غسل المس للصلاه، فينوي فيه (٢) الاستباحه أو الرفع -وجهه قطناً و لا كافوراً(١) و خبر عبد الرحمن: (لا- تجعل في مسامع الميت حنوطاً)(٢) ، و ذهب الصدوق في الفقيه إلى جعل الكافور على بصره و أنفه و في مسامعه و فيه و يديه و ركبتيه و مفاصله كلها استناداً على صحيح ابن سنان: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

كيف أصنع بالحنوط؟ قال: تضع في فمه و مسامعه و آثار السجود من وجهه و يديه و ركبتيه)(٣) و رواه سماعه: (يجعل شيئاً من الحنوط على مسامعه و مساجده)٤ و خبر عمار: (و اجعل الكافور في مسامعه)(٤) و صحيح زراره: (إذا جففت الميت عمدت إلى الكافور فمسحت به آثار السجود و مفاصله كلها و اجعل في فيه و مسامعه و رأسه و لحيته من الحنوط و على صدره و فرجه)(٥) و قد حملت هذه الطائفة على التقيه لموافقته للعامة، أو تحمل على الكراهه جمعاً بينها و بين ما تقدم.

(١) أو يتوضأ على المشهور، و في الحدائق نسبتها إلى الأصحاب، و في الجواهر: «لم أقف له على مستند»، و علله في المعتمد بأن الاغتسال أو الوضوء على من مس ميتاً واجب أو مستحب و الأمر به على الفور فيكون التعجيل به أفضل. و فيه: إن تعجيل الغسل أو الوضوء مناف لتعجيل تجهيز الميت بالإضافة إلى ورد أخبار بتأخير الغسل - غسل المس - عن التكفين. منها: خبر يعقوب بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام:

(ثم يغسل الذي غسله يده قبل أن يكفنه إلى المنكبين ثلاث مرات، ثم إذا كفنه اغتسل)(٦) و خبر أبي بصير و ابن مسلم عن أبي عبد الله عن أمير المؤمنين عليهما السلام: (من غسل منكم ميتاً فليغتسل بعد ما يلبسه أكفانه)(٧) مع أن النصوص خاليه عن استحباب الوضوء قبل التكفين، نعم هي صريحه في غسل اليدين إلى المنكبين.

(٢) في الوضوء.

ص: ٢٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التكفين حديث ٤.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التكفين حديث ٣ و ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب التكفين حديث ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التكفين حديث ٤.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت حديث ٧.

٧- (٨) الوسائل الباب - ١ - من أبواب غسل المس حديث ١٣.

أو إيقاع التكفين على الوجه الأكمل، فإنه (١) من جملة الغايات المتوقَّفه على الطهاره. و لو اضطر لخوف على الميت. أو تعذّرت الطهاره غسل يديه من المنكبين ثلاثا (٢) ثم كَفَّنه، و لو كَفَّنه غير الغاسل فالأقرب استحباب كونه متطهرا، لفحوى (٣) اغتسال الغاسل أو وضوئه.

الرابع فى الصلاه عليه

اشاره

(الرابع - الصلاه عليه)

فى من تجب عليه الصلاه و واجب الصلاه

(و تجب) الصلاه (٤) (على كل من بلغ) أى أكمل (ستا (٥) ممن له حكم (١) أى إيقاع التكفين على الوجه الأكمل.

(٢) على المشهور للأخبار المتقدمه و قد حملت عندهم على صورته تعذر الطهاره، أو على صورته الخوف على الميت لو تأخر مع أنها آبيه عن هذا التنزيل.

(٣) و فيه: أنه لا استحباب للغاسل أن يكون متطهرا حال التكفين كما سمعت فالأولويه ليست فى محلها.

(٤) تجب الصلاه على كل مسلم بلا خلاف فيه للأخبار منها: خير طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام: (صل على من مات من أهل القبلة و حسابه على الله) (١) و خير غزوان السكونى عنه عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: صلوا على المرجوم من أمتى، و على القاتل نفسه من أمتى لا تدعوا أحدا من أمتى بلا صلاه) ٢.

و عن المفيد و ابنى حمزه و إدريس و أبى الصلاح تخصيص الصلاه بالمؤمن المعتقد بالحق بدعوى كفر غير المؤمن، و عن ابن إدريس تخصيص الصلاه بغير ولد الزنا لدعوى كفر ولد الزنا و كلا القولين ضعيف لما تقدم من إسلام الجميع.

فتجب الصلاه على كل مسلم بلا فرق بين العادل منهم و الفاسق، و لا بين مرتكب الكبائر و غيره لعموم الأخبار المتقدمه، نعم لا تجوز الصلاه على الكافر لتقييد الصلاه بأهل القبلة و بأمه النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى الأخبار المتقدمه، بلا فرق بين كون الكافر دهرىا أو مشركا من أهل الكتاب أو لا، حتى المرتد و من حكم بكفره من فرق المسلمين كالغلاه و الخوارج و النواصب.

(٥) لا تجب الصلاه على أطفال المسلمين إلا إذا بلغوا ست سنين على المشهور لصحيح زراره و الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (سئل عن الصلاه على الصبى متى يصلى -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ٢ و ٣.

(الإسلام) من الأقسام المذكوره فى غسله، عدا الفرق المحكوم بكفرها من المسلمين.

(و واجبها القيام) (١) مع القدره، فلو عجز عنه صلى بحسب الممكنه كاليوميه. و هل يسقط فرض الكفايه عن القادر بصلاه العاجز؟ نظر: من صدق الصلاه الصحيحه عليه (٢)، و من نقصها عنه (٣) مع القدره على الكامله، و توقف فى الذكرى لذلك.

(و استقبال) المصلى (القبله) (٤)، -عليه؟ قال عليه السلام: إذا عقل الصلاه، قلت: متى تجب الصلاه عليه؟ فقال عليه السلام:

إذا كان ابن ست سنين(١) و صحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام: (أما أنه لم يكن يصلى على مثل هذا - و كان ابن ثلاث سنين - كان على عليه السلام يأمر به فيدفن و لا يصلى عليه، و لكن الناس صنعوا شيئاً فنحن نضنع مثله، قال: قلت: فمتى تجب عليه الصلاه؟ فقال عليه السلام: إذا عقل الصلاه و كان ابن ست سنين) ٢ و عن ابن أبى عقيل عدم وجوب الصلاه عمّن من لم يبلغ، لأن الصلاه استغفار للميت و دعاء، و من لم يبلغ لا- يحتاج إلى ذلك و لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن المولود ما لم يجر عليه القلم هل يصلى عليه؟ قال عليه السلام: لا، إنما الصلاه على الرجل و المرأه إذا جرى عليهما القلم)(٢).

و عن ابن الجنيد وجوب الصلاه على المولود إذا استهل للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يصلى على المنفوس و هو المولود الذى لم يستهل... و إذا استهل فصلّ عليه)(٣) فتحمل على التقيه أو الاستحباب.

(١) يجب القيام فى صلاه الأموات مع القدره للأخبار التى سيأتى بعضها فى الوقوف عند الوسط أو الصدر، غايته أن القيام شرط مع الإمكان، و مع العجز يصلى بحسب الإمكان كاليوميه لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٢) أى على ما أتى به العاجز، و هذا وجه السقوط.

(٣) أى نقص صلاه العاجز عن فرض الكفايه و هذا وجه عدم السقوط.

(٤) بلا خلاف للأخبار، منها: ما ورد فى الجنائز المتعدده كمرسل ابن بكير عن أبى -

ص: ٢٨٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٥.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١.

(و جعل رأس الميت إلى يمين المصلي) (١) مستلقيا على ظهره (٢) بين يديه (٣)، إلا- أن يكون مأموما فيكفى كونه (٤) بين يدي الإمام و مشاهدته له (٥)، و تغتفر الحيلولة بمأموم مثله، و عدم تباعده عنه (٦) بالمعتد به عرفا، و في اعتبار ستر عوره المصلي و طهارته من الخبث في ثوبه و بدنه و جهان (٧).

-عبد الله عليه السّلام: (توضع النساء مما يلي القبلة و الصبيان دونهم، و الرجال مما دون ذلك، و يقوم الإمام مما يلي الرجال) (١).

(١) بلا خلاف فيه و يدل عليه موثق عمار: (سأل أبا عبد الله عليه السّلام عن ميت صلى عليه فلما سلّم الإمام فإذا الميت مقلوب رجلاه إلى موضع رأسه؟ قال عليه السّلام: يسوّى و تعاد الصلاة عليه، و إن كان قد حمل ما لم يدفن، فإن دفن فقد مضت الصلاة عليه و لا يصلّى عليه و هو مدفون) (٢).

(٢) بلا خلاف فيه كما في الجواهر.

(٣) أى بين يدي المصلي فلا- يجوز التباعد كثيرا، و عن الصدوق و جوب القرب بحيث إن هبت الرياح فرفعت ثوبه أصاب الجنازه، و قال في كشف اللثام: «لم أظفر بخبر ينص على الباب».

و لا فرق في المصلي بين كونه منفردا أو إماما أو مأموما، غايته إن كان مأموما فلا يجوز له التباعد بغير الصفوف.

(٤) كون الميت.

(٥) أى مشاهدته المأموم للإمام، و هذا اشتراط لعدم الحيلولة بين الإمام و المأموم إلا بمأموم آخر، و سيأتى إن شاء الله في صلاة الجماعة أن هذا مختص بغير المرأه، أما فيها فلا بأس بالحائل مع علمها بأفعال الإمام التي تجب فيها المتابعه.

(٦) أى عدم تباعد المصلي عن الميت.

(٧) أما بالنسبه للحدث سواء كان صغيرا أو كبيرا فهو ليس شرطا في صلاة الميت للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن الرجل تفجأه الجنازه و هو على غير طهر، قال عليه السّلام: فليكبر معهم) (٣) و خبر يونس بن يعقوب:

(سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن الجنازه أصلى عليها على غير وضوء؟ فقال: نعم، إنما-

ص: ٢٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١ و ٣.

(و النيه) (١) المشتمله على قصد الفعل، و هو الصلاه على الميت المتحد -هو تكبير و تسييح و تحميد و تهليل كما تكبر و تسيح فى بيتك على غير وضوء(١) و خبر محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحائض تصلى على الجنازه؟ قال: نعم و لا تقف معهم)(٢).

ثم كما لا يشترط إزاله الحدث فكذا لا يشترط إزاله الخبث من دون خلاف كما فى الجواهر، و إن تردد الشهيد فى الذكرى بعد اعترافه بعدم وقوفه على نص أو فتوى فى ذلك.

و دليل عدم اشتراط إزاله الخبث إطلاق الإذن فى الحائض مع عدم انفكاكها عن النجاسه غالباً، و لإرشاد التعليل فى خبر يونس بن يعقوب المتقدم: (إنما هو تكبير - إلى قوله - كما تكبر و تسيح فى بيتك على غير وضوء) و من الواضح عدم توقف التكبير فى البيت على إزاله الخبث.

و تردد الشهيد ناشئ من كون صلاه الميت صلاه، و اشتراط وجوب الطهاره من الخبث فيها من الواضحات، و فيه: إن إطلاق الصلاه عليها مجاز، و لذا لا يشترط فيها الطهور مع قوله عليه السلام: (لا صلاه إلا بطهور)(٣) و لم يكن فيها ركوع و لا سجود مع أن الصلاه متقدمه بهما فلذا ورد فى روايه الفضل عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (إنما جوزنا الصلاه على الميت بغير وضوء لأنه ليس فيها ركوع و لا سجود، و إنما هى دعاء و مسأله، و قد يجوز أن تدعو الله و تسأله على أى حال كنت، و إنما يجب الوضوء فى الصلاه التى فيها ركوع و سجود)(٤) و قد سمعت خبر يونس أنها دعاء و تكبير.

و أما ستر العوره فقد ذهب الشهيد فى الذكرى إلى اشتراط جميع ما يعتبر فى الصلاه اليوميه إلا ما خرج بالدليل كالطهاره من الحدث بدعوى اندراجها تحت الصلاه فىجب فيها الستر و مراعاة صفات الساتر كما أنه ينبغى عدم فعل شىء من الموانع كالضحك و الكلام و استشكل فيه بعدم الإطلاق الحقيقى للفظ الصلاه عليها لأنها دعاء و مسأله و تكبير و تهليل ليس إلا.

(١) بلا خلاف و لا إشكال لدعوى الإجماع على أن صلاه الميت من العبادات فىجب فيها-

ص: ٢٨٨

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوضوء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٧.

أو المتعدد، و إن لم يعرفه، حتى لو جهل ذكوريته و أنوثيته، جاز تكبير الضمير و تأنيثه مؤولا بالميت و الجنازه (١) متقربا. و فى اعتبار نيه الوجه من وجوب و ندب - كغيرها من العبادات - قولان للمصنف فى الذكرى مقارنة للتكبير (٢) مستدامه الحكم إلى آخرها.

(و تكبيرات خمس) (٣) - القصد مع التقرب، نعم لا يجب التعرض للوجه و إن احتمله فى الذكرى، و لا يشترط تعيين الميت و معرفته و عن جامع المقاصد ينبغى ذلك.

(١) على نحو اللف و النشر المرتبين فإن ذكر الضمائر نوى بها الميت، و إن أنثها ينوى بها الجنازه.

(٢) حتى يقع أول فعل من الصلاة عن نيه، و هو مبنى على كون النيه إخطاريه، و قد عرفت أنها على نحو الداعى فلو وجدت قبل العمل فتبقى إلى حين الانتهاء منه.

(٣) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (التكبير على الميت خمس تكبيرات) (١) و صحيح أبى ولّاد: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن التكبير على الميت، فقال عليه السّلام: خمسا) ٢.

و خير سليمان الجعفرى عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الله تبارك و تعالى فرض الصلاة خمسا، و جعل للميت من كل صلاه تكبيره) ٣ و خبر أبى بكر الحضرمى: (قال أبو جعفر عليه السّلام: يا أبا بكر، تدرى كم الصلاة على الميت؟ قلت: لا، قال: خمس تكبيرات فتدرى من أين أخذت الخمس؟ قلت: لا، قال:

أخذت الخمس تكبيرات من الخمس صلوات، من كل صلاه تكبيره) ٤.

و فى الأخبار أيضا وجه آخر للخمس تكبيرات و هو: أن الله فرض على الإنسان خمس فرائض من الصلاة و الزكاه و الصوم و الحج و الولايه فجعل لكل فريضه تكبيره، ففى خبر الحسين بن النضر عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (إن الله فرض على العباد فرائض الصلاة و الزكاه و الصوم و الحج و الولايه، فجعل للميت من كل فريضه تكبيره واحده، فمن قبل الولايه كبر خمسا و من لم يقبل الولايه كبر أربعا، فمن أجل ذلك تكبرون خمسا و من خالفكم يكبر أربعا) (٢) و مثلها غيرها من النصوص. هذا و أكثر العامه ذهبوا إلى أنها أربع تكبيرات، و عن حواشى الشهيد - كما فى الجواهر و غيره - أن -

ص: ٢٨٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٦ و ٩ و ٣ و ٤.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١٦.

إحداها تكبيره الإحرام (١) في غير المخالف (٢) (يتشهد الشهادتين عقيب الأولى (٣))، -محمد بن علي بن عمران التميمي قال في كتابه الموسوم بفوائد مسلم: «إن زيدا كبر خمسا وأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان كذلك يكبرها، ولكن ترك هذا المذهب لأنه صار علما على القول بالرفض» (انتهى)

(١) وهي الأولى سميت بذلك لأن تحريم الصلاة بالتكبير، وليست هي ركنا فقط، بل التكبيرات الخمس أركان كما سيأتي، و لكن الشارح ذكرها هنا لرفع توهم أن تكبيره الافتتاح خارجه عن التكبيرات الخمس.

(٢) وعلى المخالف أربع تكبيرات كما عن الحلبي و ابني حمزه و سعيد و الفاضل و الشهيدان لقاعده الإلزام له بمذهبه و للأخبار منها: صحيح إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (سألته عن الصلاة على الميت فقال: أما المؤمن فخمس تكبيرات و أما المنافق فأربع) (١) و صحيح حماد بن عثمان و هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يكبر على قوم خمسا و على قوم آخرين أربعا، فإذا كبر على رجل أربعا اتهم - يعنى بالنفاق) ٢.

و عن الصدوق في الهدايه و ابن زهره في الغنيه و جماعه أنها خمس تمسكا بما دل على أن صلاة الميت خمس تكبيرات.

و عن بعضهم التخيير بين الأربع و الخمس على المخالف مع الدعاء عليه بعد الرابعه جمعا بين ما يدل على أن المنافق يكبر عليه أربعا و بين كون صلاة الميت خمس تكبيرات مع الدعاء على المنافق و سيأتي الكلام في هذه الطائفة.

(٣) ذهب المشهور إلى وجوب أصل الدعاء بين التكبيرات، و عن المحقق في الشرائع أن الدعاء بين التكبيرات غير لازم استنادا لما دل على أن صلاة الميت خمس تكبيرات من دون التنصيص على الدعاء، و لاختلاف الأخبار في كيفية الدعاء الموجب لحمله على الاستحباب.

و مستند المشهور أخبار منها: صحيح محمد بن مهاجر عن أمه أم سلمه: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا صلى على ميت كبر و تشهد، ثم كبر و صلى على الأنبياء و دعا، ثم كبر و دعا للمؤمنين، ثم كبر الرابعه و دعا للميت، ثم الخامسة كبر و انصرف) (٢) و خبر إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام: (قال أبو عبد الله -

ص: ٢٩٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٥ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١.

(و يصلى على النبي و آله عقب الثانيه) (١) و يستحب أن يضيف إليها الصلاه على باقى الأنبياء (٢) (و يدعو للمؤمنين و المؤمنات) بأى دعاء اتفق و إن كان المنقول أفضل (عقب الثالثه (٣)، و يدعو (للميت) المكلف المؤمن (عقب الرابعه (٤)، و فى المستضعف) (٥) و هو الذى لا يعرف الحقّ و لا يعاند فيه و لا يوالى أحدا - عليه السّلام: صلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على جنازه فكبر عليه خمسا، و صلى على أخرى فكبر عليه أربعاً، فأما الذى كبر عليه خمسا فحمد الله و مجدّه فى التكبيره الأولى، و دعا فى الثانيه للنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم، و دعا فى الثالثه للمؤمنين و المؤمنات، و دعا فى الرابعه للميت، و انصرف فى الخامسة، و أما الذى كبر عليه أربعاً فحمد الله و مجدّه فى التكبيره الأولى و دعا لنفسه و أهل بيته فى الثانيه، و دعا للمؤمنين و المؤمنات فى الثالثه و انصرف فى الرابعه، و لم يدع له لأنه كان منافقا) (١).

فاستفاد المشهور الشهادتين عقب الأولى من خبر ابن مهاجر المتقدم: (إذا صلى على ميت كبر فتشهد) بناء على إرادته الشهادتين منه، و عن جماعه منهم الشيخ و ابنا إدريس و البراج الاقتصار على الشهاده الأولى.

(١) لخبر إسماعيل المتقدم و فيه: (و دعا فى الثانيه للنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم - إلى أن قال - و دعا لنفسه و أهل بيته فى الثانيه).

(٢) لخبر ابن مهاجر المتقدم: (ثم كبر فصلى على الأنبياء و دعا).

(٣) لخبر ابن مهاجر المتقدم: (ثم كبر و دعا للمؤمنين) و لخبر إسماعيل المتقدم: (و دعا فى الثالثه للمؤمنين و المؤمنات).

(٤) لخبر ابن مهاجر المتقدم: (ثم كبر الرابعه و دعا للميت) و لخبر إسماعيل المتقدم:

(و دعا فى الرابعه للميت).

(٥) لحسنه فضيل بن يسار عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا صليت على المؤمن فادع له و اجتهد له فى الدعاء و إن كان واقفا مستضعفا فكبر و قل: اللهم اغفر للذين تابوا و اتبعوا سبيلك و قهم عذاب الجحيم) (٢) و المستضعف من لم يتمكن من الإيمان إما لضعف العقل و إما لعدم اطلاعه على اختلاف الناس فى المذاهب.

و اعلم أن ترتيب هذه الأدعيه هو المشهور، و عن العلامة فى التبصره و المختلف و سيد المدارك و جماعه عدم لزوم الترتيب فى هذه الأدعيه لأخبار منها: خير محمد بن مسلم -

ص: ٢٩١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٣.

بعينه (بدعائه) و هو: «اللهم اغفر للمذنبين تابوا و اتبعوا سبيلك و قهم عذاب الجحيم». (و يدعو) فى الصلاة (على الطفل) المتولد من مؤمنين (لأبويه) (١) أو من مؤمن له (٢)، و لو كانا غير مؤمنين دعا عقبيها (٣) بما أحب (٤)، و الظاهر حينئذ عدم وجوبه أصلا (٥). و المراد بالطفل غير البالغ، و إن وجبت الصلاة عليه.

(و المنافق) و هو هنا المخالف مطلقا (٦) (يقصر) فى الصلاة عليه (على أربع) تكبيرات (و يلغنه) عقيب الرابعه (٧)، و فى وجوبه وجهان، و ظاهره هنا و فى - زواره و معمر بن يحيى و إسماعيل الجعفى عن أبى جعفر عليه السلام: (ليس فى الصلاة على الميت قراءة و لا دعاء موقت، تدعو بما بدا لك، و أحق الموتى أن يدعا له المؤمن، و أن يبدأ بالصلاة على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (١) و صحيح أبى ولاد: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التكبير على الميت فقال: خمس تكبيرات تقول فى أولهنّ: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، اللهم صلى على محمد و آل محمد ثم تقول:

اللهم إن هذا المسجى قدامنا عبدك و ابن عبدك و قد قبضت روحه إليك و قد احتاج إلى رحمتك و أنت غنى عن عذابه، اللهم إنا لا نعلم من ظاهره إلا خيرا و أنت أعلم بسريره، اللهم إن كان محسنا فضاعف حسناته، و إن كان مسيئا فتجاوز عن سيئاته، ثم تكبر الثانية و تفعل ذلك فى كل تكبيره) (٢).

(١) لخبر عمر بن خالد عن زيد بن على عن آباءه عن على عليه السلام فى الصلاة على الطفل أنه كان يقول: (اللهم اجعله لأبويه و لنا سلفا و فرطا و أجرا) (٣).

(٢) أى كان الطفل متولدا من مؤمن و غيره، فيدعا للمؤمن من أبويه فقط.

(٣) أى عقيب الرابعه.

(٤) و لا يدعو لأبويه لأنهما ليسا بمؤمنين.

(٥) أى عدم وجوب الدعاء عقيب الرابعه إذا كان أبواه غير مؤمنين.

(٦) من أى الفرق الإسلاميه كان.

(٧) و إن لم يكن بعدها تكبير، هذا و ذهب المشهور إلى وجوب لعنه للأخبار منها:

صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا صليت على عدو الله فقل: إن فلانا لا-

ص: ٢٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١.

البيان الوجوب، و رَجَّحَ في الذكرى و الدروس عدمه.

و الأركان من هذه الواجبات سبعة أو ستة (١): النية، و القيام للقادر، و التكبيرات (و لا يشترط فيها الطهارة) من الحدث إجماعاً (٢). (و لا التسليم) (٣) عندنا، إجماعاً، بل لا يشرع بخصوصه إلا مع التقيه، فيجب لو توقفت عليه (٤).

في ما يستحب في صلاة الميت عند تشييعه

(و يستحب إعلام المؤمنين به) (٥) أى بموته ليتوفروا على تشييعه و تجهيزه، -نعلم منه إلا- أنه عدو لك و لرسولك، اللهم فاحش قبره ناراً و احش جوفه ناراً و عجل به إلى النار، فإنه كان يتولى أعداءك و يعادى أولياءك و يبغض أهل بيت نبيك، اللهم ضيق عليه قبره، فإذا رفع فقل: اللهم لا ترفعه و لا تزكه (١).

و عن الشهيد في الذكرى و الدروس و المحقق الثاني و الفاضل الميسي و جماعه عدم وجوب اللعن لأن التكبير عليه أربع و بها يخرج من الصلاة.

(١) الترديد ناشئ من أن الصلاة إن كانت على المؤمن فالتكبيرات خمس و تكون الأركان سبعة مع ضميمه القيام و النية، و إن كانت على المخالف فالتكبيرات أربعة و تكون الأركان ستة.

و الركن كما سيأتى هو ما أوجب تركه عمداً و سهواً و كذا زيادته البطلان، و هذا غير ظاهر من الأخبار، و أكثر الأصحاب لم يتعرض لركنيه أجزاء صلاة الميت.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) غير مشروع عندنا للأخبار منها: صحيح ابن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (سألته عن الصلاة على الميت، فقال: أما المؤمن فخمس تكبيرات، و أما المنافق فأربع و لا سلام فيها) (٢) و ما ورد في بعض الأخبار من التسليم فهو محمول على التقيه لأنه مذهب العامة.

(٤) أى توقفت التقيه على التسليم.

(٥) لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (ينبغي لأولياء الميت منكم أن يؤذنوا إخوان الميت بموته، فيشهدون جنازته و يصلون عليه و يستغفرون له فيكتب لهم الأجر و يكتب للميت الاستغفار، و يكتب هو الأجر فيهم و فيما اكتسب له من الاستغفار) (٣) و مثله غيره.

ص: ٢٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ١.

فيكتب لهم الأجر و له المغفرة بدعائهم، و ليجمع فيه (١) بين وظيفتي التعجيل (٢) و الإعلام، فيعلم منهم من لا ينافي التعجيل عرفاً، و لو استلزم المثلث حرم (٣).

(و مشى المشيع خلفه (٤)، أو إلى أحد جانبيه) (٥) و يكره أن يتقدمه لغير تقيه (و الترييع) (٦) (١) في الاستحباب.

(٢) تعجيل تجهيز الميت.

(٣) كتعفن الميت و غير ذلك من المنفرات.

(٤) أما أصل المشى فمستحب و يكره الركوب في تشييع الجنائز لما ورد: (مات رجل من الأنصار من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في جنازته يمشى، فقال له بعض أصحابه: ألا تركب يا رسول الله، فقال: إني لأكره أن أركب و الملائكة يمشون) (١).

و المشى خلف الجنائز لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (المشى خلف الجنائز أفضل من المشى بين يديها) (٢) و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آباءه عن علي عليهم السلام: (سمعت النبي صلى الله عليه و آله و سلم يقول: اتبعوا الجنائز و لا تتبعكم، خالفوا أهل الكتاب) (٣).

(٥) لخبر سدير عن أبي جعفر عليه السلام: (من أحب أن يمشى ممشى الكرام الكاتبين فليمش جنبى السرير) (٤).

(٦) لا خلاف في استحباب الترييع بمعنييه و عليه الأخبار منها: خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام: (السنه أن يحمل السرير من جوانبه الأربع و ما كان بعد ذلك من حمل فهو تطوع) (٣).

و الترييع له معنيان:

الأول: حمل السرير بأربعة رجال و يحتمله خبر جابر المتقدم و كذا مرسله الصدوق عن أبي جعفر عليه السلام: (و السنه أن يحمل السرير من جوانبه الأربعة و ما كان بعد ذلك فهو تطوع) (٦).

ص: ٢٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدفن حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الدفن حديث ١ و ٤ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الدفن حديث ٢ و ٦.

و هو حملة بأربعة رجال من جوانب السرير الأربعة كيف اتفق (١)، و الأفضل التناوب (٢)، و أفضله أن يبدأ فى الحمل بجانب السرير الأيمن، و هو الذى يلى يسار الميت، فيحملة بكتفه الأيمن، ثم ينتقل إلى مؤخره الأيمن فيحملة بالأيمن كذلك، ثم ينتقل إلى مؤخره الأيسر، فيحملة بالكتف الأيسر، ثم ينتقل إلى مقدمه الأيسر، فيحملة بالكتف الأيسر كذلك (٣).

(و الدعاء) حال الحمل (٤) بقوله: «بسم الله، اللهم صل على محمد و آل محمد، اللهم اغفر للمؤمنين و المؤمنات»، و عند مشاهدته (٥) بقوله: «الله أكبر، -المعنى الثانى: أن يحمل الواحد كلا من الجوانب الأربع للجنائز و الأخبار فيه متظافره منها: خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (من حمل جنازه من أربع جوانبها غفر الله له أربعين كبيره) (١) و مرسله سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (من أخذ بقائمة السرير غفر الله له خمسا و عشرين كبيره، و إذا ربّع خرج من الذنوب) ٢. و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا حملت جوانب السرير، سرير الميت، خرجت من الذنوب كما ولدتك أمك) (٢).

(١) و هو المعنى الأول للتربيع.

(٢) هذا هو المعنى الثانى للتربيع.

(٣) لخبر ابن يقطين عن أبى الحسن موسى عليه السلام: (السنه فى حمل الجنائز أن تستقبل جانب السرير بشمك الأيمن فتلزم الأيسر بكفك الأيمن، ثم تمرّ عليه إلى الجانب الآخر، و تدور من خلفه إلى الجانب الثالث من السرير ثم تمرّ عليه إلى الجانب الرابع مما يلى يسارك) (٣).

(٤) لروايه عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الجنائز إذا حملت كيف يقول الذى يحملها؟ قال: يقول بسم الله و بالله و صلى الله على محمد و آل محمد، اللهم اغفر للمؤمنين و المؤمنات) (٤).

(٥) لروايه عن بن مصعب عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من استقبل -

ص: ٢٩٥

١- (٢١) المصدر السابق.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الدفن حديث ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدفن حديث ٤.

هذا ما وعدنا الله ورسوله وصدق الله ورسوله، اللهم زدنا إيماناً وتسلماً، الحمد لله الذي تعزز بالقدره، وقهر العباد بالموت، الحمد لله الذي لم يجعلني من السواد المخترم»، وهو الهالك من الناس على غير بصيره، أو مطلقاً (١)، إشارته إلى الرضا بالواقع كيف كان، والتفويض إلى الله تعالى بحسب الإمكان.

(و الطهارة (٢) و لو تيمما مع) القدره على المائيه مع (خوف الفوت) و كذا بدونه (٣) على المشهور (و الوقوف) أى وقوف الإمام، أو المصلى وحده (عند وسط الرجل و صدر المرأة على الأشهر) (٤) و مقابل المشهور قول الشيخ فى -جنازه أو رآها فقال: الله أكبر هذا ما وعدنا الله ورسوله، اللهم زدنا إيماناً وتسلماً، الحمد لله الذي تعزز بالقدره وقهر العباد بالموت، لم يبق فى السماء ملك إلا بكى رحمه لصوته(١) و خبر أبى حمزه قال: (كان على بن الحسين عليهما السلام إذا رأى جنازه قد أقبلت قال: الحمد لله الذى لم يجعلنى من السواد المخترم)٢.

(١)أى لم يجعله من الموتى من غير تقييد بأنه على غير هدى.

(٢)يستحب للمصلى على الميت أن يكون على طهاره بلا خلاف للنصوص.

منها: خبر عبد الحميد بن سعد عن أبى الحسن عليه السّلام: (عن الجنازه يخرج بها و لست على وضوء فإن ذهبت أتوضأ فاتتنى الصلاه، أ يجزى لى أن أصلى عليها و أنا على غير وضوء؟ فقال عليه السّلام: تكون على طهر أحبّ إلى)٢.

و فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل تدركه الجنازه و هو على غير وضوء، فإن ذهب يتوضأ فاتته الصلاه عليها، قال عليه السّلام: يتيمم و يصلى)٤.

(٣)أى بدون خوف الفوت لإطلاق موثق سماعه المضمّر: (سألته عن رجل مرت به جنازه و هو على غير وضوء كيف يصنع؟ قال: يضرب بيديه على الحائط اللبن فيتيمم به)٥.

و عن ابن الجنيد جواز التيمم إلا للإمام إن علم أن خلفه متوضياً اعتماداً على كراهيه ائتمام المتوضى بالتيمم، و رده العلامه فى المختلف و الشهيد فى الذكرى بأن ذلك فى الصلاه الحقيقيه لا فى صلاه الأموات التى هى دعاء و مسأله.

(٤)بل على المشهور، لأن المقابل آراء جماعه لم تصل إلى حد الشهره بين الأصحاب و لذا عدل الشارح عن الأشهر إلى المشهور.

و مستند المشهور أخبار منها: مرسله ابن المغيره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال أمير-

ص: ٢٩٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدفن حديث ٢ و ١.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٢ و ٦ و ٥.

الخلافة: إنه يقف عند رأس الرجل و صدر المرأة. و قوله فى الاستبصار: إنه عند رأسها و صدره، و الخثى هنا كالمراه (١).

(و الصلاة) فى المواضع (المعتاده) (٢) لها للتبرك بها بكثرة من صلى فيها، و لأن السامع بموته يقصدها (و رفع اليدين بالتكبير (٣) كله على الأقوى) -المؤمنين عليه السّلام: من صلى على امراه فلا يقوم فى وسطها و يكون مما يلى صدرها، و إذا صلى على الرجل فليقم فى وسطه(١) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقوم من الرجال بحيال السره، و من النساء دون ذلك قبل الصدر)٢.

و عن الشيخ فى الخلافة أنه يقف عند رأس الرجل و صدر المرأة و ادعى عليه الإجماع، و عن الشيخ فى الاستبصار أنه يقف عند صدر الرجل و رأس المرأة و يدل عليه خبر موسى بن بكر عن أبى الحسن عليه السّلام: (إذا صليت على المرأة فقم عند رأسها، و إذا صليت على الرجل فقم عند صدره)٢.

و عن الصدوق فى الفقيه و الهداياه الوقوف عند الرأس مطلقا، و عن الشيخ و الصدوق فى المقنع الوقوف عند الصدر مطلقا.

(١) علّله المحقق الثانى فى جامعہ بأنه تباعد عن موضع الشهوه و تبعه عليه جماعه منهم الشارح فى روضه، و ردّ بأنه تعليل مستنبط لا يصلح مستندا للحكم الشرعى.

(٢) أى يعتاد صلاه الميت فيها نسبه فى الذكرى للشيخ و الأصحاب، إما للتبرك بهذه المواضع لكثرة من صلى فيها و إما لأن السامع بموت الميت يقصد هذه المواضع للصلاه عليه فيسهل الأمر و يكثر المصلون و هو أمر مطلوب، ففى الخبر عن عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا مات المؤمن فحضر جنازته أربعون رجلا من المؤمنين فقالوا: اللهم إنّنا لا نعلم منه إلا خيرا و أنت أعلم به منا، قال الله تبارك و تعالى: قد أجزت شهادتكم و غفرت له ما علمت مما لا تعلمون)٣) و فى خبر ثان عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: (ما من مسلم يموت فيقوم على جنازته أربعون رجلا لا يشركون بالله شيئا إلا شفّعهم الله فيه)٤).

(٣) وقع الانفاق على رفع اليدين فى التكبيره الأولى، و إنما الخلافة فى الباقي فقد ذهب-

ص: ٢٩٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٩٠ - من أبواب الدفن حديث ١.

٤- ((٥)) مستدرک الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب الدفن حديث ٣.

و الأكثر (١) على اختصاصه بالأولى، و كلاهما مروى و لا منافاه فإن المندوب قد يترك أحيانا (٢) و بذلك يظهر وجه القوه.

(و من فاته بعض التكبير) مع الإمام (٣) - الشيخ فى النهايه و المبسوط و المفيد و المرتضى بل نسب إلى الأكثر و مشهور القدماء إلى عدم استحباب رفع اليدين فى البقيه لخبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عن آباءه عن أمير المؤمنين عليه السلام: (أنه كان لا يرفع يده فى الجنازه إلا مره واحده، يعنى فى التكبير) (١) و خبر إسماعيل بن إسحاق عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (كان أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام يرفع يده فى أول التكبير على الجنازه) (٢).

و مشهور المتأخرين إلى استحباب رفع اليدين فى البقيه للأخبار منها: خبر عبد الرحمن بن العزضى: (صليت خلف أبى عبد الله عليه السلام على جنازه فكبر خمسا يرفع يده فى كل تكبيره) (٣) و خبر محمد بن عبد الله بن خالد: (صلى خلف جعفر بن محمد على جنازه فرآه يرفع يديه فى كل تكبيره) (٤) و خبر يونس عن أبى الحسن الرضا عليه السلام:

(جعلت فداك، إن الناس يرفعون أيديهم فى التكبير على الميت فى التكبيره الأولى و لا يرفعون فيما بعد ذلك، فأقتصر على التكبيره الأولى كما يفعلون أو أرفع يدي فى كل تكبيره؟ فقال عليه السلام: أرفع يدك فى كل تكبيره) (٥).

و حملت الطائفة الأولى على التقيه لخبر إسماعيل بن جابر عن أبى عبد الله عليه السلام فى رساله طويله كتبها إلى أصحابه - إلى أن قال :- (دعوا رفع أيديكم فى الصلاه إلا مره واحده حين يفتح الصلاه فإن الناس قد شهروكم بذلك، و الله المستعان و لا حول و لا قوه إلا بالله) (٣).

(١) عند القدماء.

(٢) فالخبر الدال على اختصاص الرفع بالتكبيره الأولى هو خبر غياث و خبر إسماعيل بن إسحاق الدالان على فعل أمير المؤمنين عليه السلام، و لا يعقل أن تكون سيره الأمير عليه السلام قائمه على ترك المندوب، فلذا لا بد من حملها على التقيه خصوصا لدلاله رساله أبى عبد الله عليه السلام لأصحابه فى خبر إسماعيل بن جابر.

(٣) من أدرك الإمام فى أثناء صلاه الميت كان له الدخول معه فى الصلاه بلا خلاف فيه -

ص: ٢٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ٥ و ١ و ٢ و ٣.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٩.

-لخبر الدعائم عن علي عليه السّلام أنه قال: (من سبق ببعض التكبير في صلاة الجنازة فليكبر و ليدخل معهم و يجعل ذلك أول صلاته فإذا انصرفوا لم ينصرف حتى يتم ما بقى عليه، ثم ينصرف)(١).

و عن بعض العامة وجوب الانتظار إلى حين تكبير الإمام حتى يجوز للمأموم أن يدخل و هو ضعيف، ثم إذا دخل المأموم جعل التكبير أول صلاته و يتابع الإمام في التكبير لا في الدعاء لذيل الخبر المتقدم.

ثم إذا فرغ الإمام أتم المأموم ما بقى عليه من التكبيرات بلا-خلاف فيه و يدل عليه فضلا عن الخبر المتقدم صحيح العيص: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يدرك من الصلاة على الميت تكبيره فقال عليه السّلام: يتم ما بقى)(٢) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا أدرك الرجل التكبيره و التكبيرتين من الصلاة على الميت فليقض ما بقى متابعا)٣.

نعم ذهب الشيخ و الصدوق و جماعه بل قيل إنه المشهور أنه يأتي بباقي التكبيرات ولاء من غير دعاء لصحيح الحلبي المتقدم: (فليقض ما بقى متابعا)، و خبر علي بن جعفر سأل أخاه عليه السّلام: (عن الرجل يدرك تكبيره أو تنتين على ميت كيف يصنع؟ قال:

يتم ما بقى من تكبيره و يبادر برفعه و يخفف)(٣) و ذهب العلامة في بعض كتبه و ابن فهد و الصيمري و الشهيد الثاني و جماعه أنه يجب عليه الدعاء بين التكبيرات إذا لم يخف الفوت، فإذا خاف الفوت من وقوع الصلاة من البعد و الانحراف و غير ذلك فيأتي بالتكبيرات متابعا لخبر علي بن جعفر المتقدم: (يتم ما بقى من تكبيره و يبادر برفعه و يخفف) بناء على أن المراد من التخفيف هو التخفيف في الدعاء.

و عليه أن يتم التكبير لو رفع الميت بل و لو دفن لخبر القلانسي عن رجل عن أبي جعفر عليه السّلام: (يقول في الرجل يدرك مع الإمام في الجنازة تكبيره أو تكبيرتين فقال: يتم التكبير و هو يمشى معها فإذا لم يدرك التكبير كبر عند القبر)(٤) و عن الشهيد في الذكرى أنه مشعر بالاشتغال بالدعاء بين التكبيرات الباقية، إذ لو والى بين-

ص: ٢٩٩

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ٢ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ٧.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ٥.

(أتمّ الباقي (١) بعد فراغه) (٢) ولاء من غير دعاء (و لو على القبر) على تقدير رفعها و وضعها فيه (٣)، و إن بعد الفرض.

و قد أطلق المصنف و جماعه جواز الولاء (٤) حينئذ عملاً- بإطلاق النص (٥)، و فى الذكرى لو دعا كان جائزاً، إذ هو نفى و جوب (٦) لا نفى جواز، و قيده بعضهم (٧) بخوف الفوت على تقدير الدعاء، و إلا وجب ما أمكن منه (٨)، و هو أجود.

فى من لم يصلّ عليه

(و يصلّى على من لم يصلّ عليه يوماً و ليله) (٩) -التكبيرات لم يبلغ الحال إلى المشى فضلاً عن الدفن، و قال الشارح فى الروض:

«و هو حسن، لكن يجب تقييده بما لو كان مشيهم لا يخرج عن سمت القبلة و لا يفوت به شرط الصلاة من البعد و إلا تعين موالاته التكبير».

(١) من التكبيرات.

(٢) أى بعد فراغ الإمام.

(٣) أى وضع الجنازة فى القبر، و الجنازة بالفتح هى الميت، و بالكسر هى السرير.

(٤) مع خوف الفوت و عدمه، و هذا ما عليه الصدوق و الشيخ بل قيل إنه المشهور.

(٥) و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٦) أى القول بالتكبير و لاء ليس فيه نفى جواز الدعاء بل نفى وجوب الدعاء فصحيح الحلبي: (فليقض ما بقى متتابعاً) مع ضميمه خبر القلانسي الدال على قضاء التكبيرات و الدعاء يدل على أن نفى الدعاء فى صحيح الحلبي هو نفى الوجوب لا نفى الجواز.

(٧) كالعلامة و ابن فهد و الصيمرى فقد قيدوا الولاء بالتكبير.

(٨) من الدعاء.

(٩) من لم يدرك الصلاة على الميت حتى دفن جاز له أن يصلّى على قبره ما لم يمض على الدفن يوم و ليله، ذهب لذلك الشيخان و ابن إدريس و المحقق بل نسب إلى المشهور بل إلى الأكثر كما فى المدارك و يدل عليه أخبار منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا بأس أن يصلّى الرجل على الميت بعد ما يدفن) (١) و خبر مالك مولى الحكم: (إذا فاتتك الصلاة على الميت حتى يدفن فلا بأس بالصلاة عليه و قد دفن) ٢ و خبر عمرو بن جميع: (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا فاتته الصلاة على الجنازة -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجنازة حديث ١ و ٢ و ٣.

على أشهر القولين (١) (أو دائما) (٢) على القول الآخر (٣)، و هو الأقوى (٤) و الأولى (٥) قراءة «يصلّى» فى الفعلين مبنيًا للمعلوم، أى يصلّى من أراد الصلاة على الميت، إذا لم يكن هذا المرید قد صلّى عليه، و لو بعد الدفن المذكوره أو دائما سواء كان قد صلّى على الميت أم لا (٦). هذا هو الذى -صلّى على القبر(١) و فى الذكرى: (روى أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلم صلّى على قبر مسكينه دفنت ليلا)(٢).

و قيده الأكثر بيوم و ليله و ادعى عليه فى الغنيه الإجماع، و لا شاهد له فى النصوص.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و سلّار إلى تحديده بثلاثة أيام و عن الخلاف: «قد روى ثلاثة أيام»(٣).

و عن ابن الجنيد جواز الصلاة عليه ما لم تتغير صورته و لا دليل عليه، و عن المختلف عدم التحديد و هو خير الشهد فى البيان و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و الفاضل الميسى و جماعه، و قال المحقق فى المعتبر و العلامه فى المنتهى: بعدم الوقوف فى هذه التقديرات على مستند.

(١) و هو قول الأكثر.

(٢) كما عن الشهيد فى البيان و المحقق الثانى و الفاضل الميسى و جماعه.

(٣) و هناك قولان آخران أيضا.

(٤) أى عدم التحديد و إليه ذهب فى المسالك أيضا.

(٥) وجه الأولويه لأنه هو المطابق لقول الماتن فى بقيه كتبه، إذ على قراءته مبنيًا للمجهول فيكون المعنى: من دفن بغير صلاة عليه يصلّى عليه يوما و ليله بعد الدفن مع أن الماتن قد ذهب إلى وجوب الصلاة عليه دائما لبقاء وقتها.

(٦) من دفن بغير صلاة فتجب الصلاة عليه و هو فى القبر من دون نبش و ذهب إليه المشهور و قد خالف المحقق فى المعتبر و العلامه فى القواعد و الإرشاد و مستند المشهور إطلاق وجوب الصلاة على الميت مثل قوله عليه السلام: (لا تدعوا أحدا من أمتى بلا صلاة)(٤).

ص: ٣٠١

١- (١) المصدر السابق.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٤ ص ٤٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٣.

اختاره المصنف فى المسأله و يمكن قراءته مبنيًا للمجهول، فيكون الحكم مختصًا بميت لم يصل عليه (١).

أما من صلى عليه فلا تشرع (٢) الصلاة عليه بعد دفنه، و هو قول لبعض الأصحاب جمعًا بين الأخبار، و مختار المصنف أقوى.

فى ما لو حضرت جنازه فى الأثناء

(و لو حضرت جنازه فى الأثناء) (٣) أى فى أثناء الصلاة على جنازه أخرى - و ذهب المحقق فى المعتبر إلى منع الصلاة على المدفون مطلقًا سواء صلى عليه أو لا للأخبار منها: موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و لا يصل عليه و هو مدفون) (١).

و ذهب العلامة إلى الجمع بين النصوص فحمل أخبار المنع على من صلى عليه و أخبار الجواز على من دفن بغير صلاة و يستدل له بخبر محمد بن أسلم عن رجل من أهل الجزيره قلت: لأبى الحسن الرضا عليه السلام: (يصلى على المدفون بعد ما يدفن؟ قال عليه السلام: لا، لو جاز لأحد لجاز لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢).

(١) و خالف المحقق فى المعتبر فقد منع من الصلاة مطلقًا بعد الدفن.

(٢) و هو مذهب العلامة فى بعض كتبه.

(٣) إذا شرع فى الصلاة على جنازه ثم حضرت أخرى كان المصلى مختيرًا بين قطع الأولى و استئناف الصلاة عليهما معًا، و بين أن يكمل الصلاة الأولى ثم يستأنف صلاة للجنازه الثانيه.

ذهب إلى ذلك العلامة و غيره، بل نسبه الكركى إلى المعظم و البحرانى إلى المشهور، اعتمادًا على صحيح على بن جعفر عن أخيه: (فى قوم كبروا على جنازه تكبيره أو اثنتين و وضعت معها أخرى كيف يصنعون، قال عليه السلام: إن شاءوا تركوا الأولى حتى يفرغوا من التكبير على الأخيره، و إن شاءوا رفعوا الأولى و أتموا ما بقى على الأخيره، كل ذلك لا بأس به) (٣).

و أشكل عليهم المصنف فى الذكرى بأن الروايه قاصره عن مدعاهم من حيث إنها لا تدل على قطع الصلاة على الجنازه الأولى هذا فضلًا عن تحريم قطع العباده الواجبه، بل الروايه تدل على تشريك الجنازتين بالتكبيرات الباقيه، فإذا أنهى التكبير بالنسبه -

ص: ٣٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب صلاة الجنازه حديث ١.

(أتمها ثم استأنف) الصلاة (عليها) أى على الثانية، و هو الأفضل (١) مع عدم الخوف على الثانية (٢)، و ربما قيل بتعيينه (٣) إذا كانت الثانية مندوبه لاختلاف الوجه، و ليس بالوجه (٤).

و ذهب العلامة و جماعه من المتقدمين و المتأخرين إلى أنه يتخير بين قطع الصلاة على الأولى و استئنافها عليهما، و بين إكمال الأولى و أفراد الثانية بصلاة ثانية، محتجين بروايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام فى قوم كبروا على جنازه تكبيره أو تكبيرتين و وضعت معها أخرى؟ قال عليه السلام: «إن شاءوا تركوا الأولى (٥) حتى يفرغوا من التكبير على الأخيره و إن شاءوا رفعوا الأولى (٦) -للجنازه الأولى فهم بالخيار بين تركها حتى يكملوا التكبير على الجنازه الثانية و بين رفعها و دفنها مع إكمال بعضهم للتكبير على الجنازه الثانية.

و الروايه و إن لم تنص على التشريك بين الجنائزين إلا أن صريحها بين ترك الأولى أو رفعها لازم له.

(١) أى الإتيان بصلاتين لكل جنازه صلاة أفضل من التشريك بين الجنائزين لأن فى التعدد تعدد الذكر مع تخصيص الدعاء لكل ميت بخلاف التشريك فيه صلاة واحده مع تعميم الدعاء لهما.

و هذا الإتيان المتعدد أفضل من قطع الأولى و استئناف الصلاة عليهما لما فى القطع، من قطع العباده الواجبه و هو محرم.

(٢) و إلا إذا خيف على الثانية فالتشريك هو الأولى.

(٣) ذهب العلامة فى التذكرة و نهايه الأحكام إلى تعيين إتمام الأولى على الأولى و استئناف ثانية على الثانية بشرط أن تكون الصلاة الثانية مندوبه فيما لو كان الميت دون ست سنين بدعوى اشتراط قصد الوجه من وجوب أو ندب، و هذا مما لا يمكن اجتماعه فى صلاتين فلذا وجب التعدد.

(٤) أى لا- يصلح ما تقدم من دليل العلامة أن يكون دليلا و ذلك لأن التشريك فى باقى التكبيرات لو كان ممنوعا لاختلاف الوجه لوجب عدم جواز الإتيان بصلاة واحده ابتداء لاختلاف الوجه أيضا مع أنه قائل بالجواز فى الثانى، بالإضافة إلى أنه لا دليل على اعتبار قصد الوجه كما تقدم سابقا فى مبحث الوضوء.

(٥) بدعوى ترك الصلاة الأولى و قطعها.

(٦) بدعوى إتمام الصلاة الأولى، مع أن الروايه ظاهره فى كون المراد من الأولى هو الجنازه لا الصلاة فيتعين كلام المصنف فى الذكرى.

و أتموا التكبير على الأخيره، كل ذلك لا بأس به».

قال المصنف فى الذكرى: و الروايه قاصره عن إفاده المدعى، إذ ظاهرها أن ما بقى من تكبير الأولى محسوب للجنازتين، فإذا فرغوا من تكبير الأولى تخيروا بين تركها بحالها حتى يكملوا التكبير على الأخيره، و بين رفعها من مكانها و الإتمام على الأخيره، و ليس فى هذا دلالة على إبطال الصلاه على الأولى بوجه. هذا مع تحريم قطع الصلاه الواجبه (١). نعم لو خيف على الجنائز قطعت الصلاه ثم استأنف عليها لأنه قطع لضروره، و إلى ما ذكره أشار هنا بقوله:

(و الحديث) الذى رواه على بن جعفر عليه السلام (يدلّ على احتساب ما بقى من التكبير لهما ثم يأتى بالباقي للثانيه، و قد حققناه فى الذكرى) بما حكيناه عنها. ثم استشكل بعد ذلك الحديث بعدم تناول النيه أولا للثانيه فكيف يصرف باقى التكبيرات إليها، مع توقف العمل على النيه.

و أجاب بإمكان حمله (٢) على إحداث نيه من الآن لتشريك باقى التكبير على الجنائزتين. و هذا الجواب لا معدل عنه، و إن لم يصرح بالنيه فى الروايه، لأنها أمر قلبى (٣) يكفى فيها مجرد القصد إلى الصلاه على الثانيه، إلى آخر ما يعتبر فيها.

و قد حقق المصنف فى مواضع أن الصدر الأول ما كانوا يتعرضون للنيه لذلك (٤)، و إنما أحدث البحث عنها المتأخرون، فيندفع الإشكال. و قد ظهر من ذلك أن لا دليل على جواز القطع، و بدونه يتجه تحريمه (٥).

و ما ذكره المصنف من جواز القطع - على تقدير الخوف على الجنائز - غير واضح، لأن الخوف إن كان على الجميع، أو على الأولى فالقطع يزيد (١) بخلاف المندوبه فيجوز قطعها و سيأتى البحث فيه إن شاء الله تعالى.

(٢) أى حمل الحديث.

(٣) فأمرها سهل لا يحتاج إلى تجشم، و الروايه بصدد بيان أفعال الجوارح لا الجوانح.

(٤) لأنها أمر قلبى.

(٥) أى بدون الدليل على جواز القطع يحرم القطع حينئذ.

الضرر على الأولى و لا يزيله، لانهدام ما قد مضى من صلاتها الموجب لزياده مكثها، و إن كان الخوف على الأخيره فلا بد لها من المكث مقدار الصلاه عليها و هو يحصل مع التشريك الآن و الاستئناف.

نعم يمكن فرضه (١) نادرا بالخوف على الثانيه، بالنظر إلى تعدد الدعاء مع اختلافهما فيه (٢)، بحيث يزيد ما يتكرر منه (٣) على ما مضى من الصلاه، و حيث يختار التشريك بينهما فيما بقى ينوى بقلبه على الثانيه، و يكبر تكبيرا مشتركا بينهما، كما لو حضرتها ابتداء، و يدعو لكل واحد بوظيفتها من الدعاء مخيرا فى التقديم إلى أن يكمل الأولى، ثم يكمل ما بقى من الثانيه.

و مثله ما لو اقتصر على صلاه واحده على متعدّد، فإنه يشرك بينهم فيما يتحد لفظه (٤) و يراعى فى المختلف (٥) - كالدعاء لو كان فيهم مؤمن و مجهول و منافق و طفل - وظيفه كل واحد، مع اتحاد الصنف يراعى تشنيه الضمير و جمعه و تذكيره و تأنيته، أو يذكر مطلقا مؤولا بالميت، أو يؤنث مؤولا بالجنازه، و الأول أولى (٦).

الخامس - دفنه

اشاره

(الخامس - دفنه) (٧) (١) فرض تقدير الخوف.

(٢) أى مع اختلاف الجنازتين فى الدعاء.

(٣) أى من الدعاء، فيكون الاستئناف أخف من التشريك، مع الإتيان بدعاء يعمهما عند الاستئناف، و هذا هو مراد المصنف فى الذكرى و لا يضره أنه فرض بعيد.

(٤) كالتكبير و الشهادتين و الصلاه على النبى صلى الله عليه و آله و سلم و على الأنبياء و الدعاء لجميع المؤمنين.

(٥) و هو الدعاء لهما أو عليهما أو لأحدهما و على الآخر، أو لأبوى أحدهما.

(٦) أى مراعاة تشنيه الضمير و جمعه و تذكيره و تأنيته و يحتمل إرجاعه إلى أن التذكير أولى من التأنيث باعتبار إطلاق الميت فإنه أكثر شيوعا من إطلاق الجنازه.

(٧) و هو مما لا خلاف فيه بين المسلمين، و عن الفاضلين أنه ضرورى، و يدل عليه قوله تعالى: مِنْهَا خَلَقْنَاكُمْ وَ فِيهَا نُعِيدُكُمْ (١) و قوله تعالى: أَلَمْ نَجْعَلِ الْأَرْضَ كِفَاتًا -

ص: ٣٠٥

(و الواجب مواراته في الأرض) (١)، على وجه (٢) يحرس جثته من السباع، و يكتم رائحته عن الانتشار، و احترز بالأرض عن وضعه في بناء و نحوه (٣) و إن حصل الوصفان (٤) (مستقبل القبلة) (٥) بوجهه و مقاديم بدنه (على جانبه الأيمن) (٦) مع الإمكان.

(و يستحب) أن يكون (عمقه) أى الدفن مجازاً، أو القبر المعلوم بالمقام (نحو قامه) معتدله، و أقل الفضل إلى الترقوه (٧) -أحياءً و أمواتاً (١) و فى خبر الفضل بن شاذان عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (إنما أمر بدفن الميت لئلا يظهر الناس على فساد جسده و قبح منظره و تغير ريحه، و لا يتأذى الأحياء بريحه و بما يدخل عليه من الآفه و الفساد، و ليكون مستورا عن الأولياء و الأعداء فلا يشمت عدو و لا يحزن صديق) (٢).

(١) الدفن هو المواراه فى الأرض لغه، قال فى المصباح: «الدفن: أخفيته تحت أطباق الثرى»، و المواراه تكون بأن يحفر له حفيره فيدفن فيها، و قد قطع بذلك الأصحاب كما فى المدارك.

(٢) الوضع فى الحفيره لا بد أن يحقق و صفيين:

الأول: ستر رائحته عن الإنس.

و الثانى: ستر بدنه عن السباع، و هما وصفان متلازمان غالباً، و قد ذكر الوصف الأول فى خبر الفضل المتقدم.

(٣) كتابوت من صخر.

(٤) كتم الرائحة و حفظ البدن، كل ذلك تمسكا بمعنى الدفن و للتأسى بعمل النبى و المسلمين فى كل عصر.

(٥) على المشهور لخبر الدعائم عن على عليه السّلام: (شهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جنازه رجل من بنى عبد المطلب فلما أنزلوه قبر قال: أضجعوه فى لحده على جنبه الأيمن مستقبل القبلة و لا تكبوه لوجهه و لا تلقوه لظهره) (٣) و عن ابن حمزه فى الوسيله أنه مستحب، و ظاهر الأمر الوجوب.

(٦) لخبر الدعائم المتقدم.

(٧) و يدل عليه مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (حد القبر إلى الترقوه،-

ص: ٣٠٦

١- (١) المرسلات الآيه: ٢٥ و ٢٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الدفن حديث ١.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الدفن حديث ١.

(و وضع الجنازه) (١) عند قربها من القبر بذراعين، أو بثلاث عند رجله (٢)(أولا و نقل الرجل) بعد ذلك (في ثلاث دفعات) حتى يتأهب للقبر و إنزاله في الثالثه (٣) - و قال بعضهم: إلى الثدي، و قال بعضهم: قامه الرجل حتى يمدّ الثوب على رأس من في القبر، و أما اللحد فبقدر ما يمكن فيه الجلوس(١) و الظاهر كما عن غير واحد أنه من كلام ابن أبي عمير و يكون المراد بالبعض هو بعض الأصحاب و يؤيده خبر الكليني عن سهل بن زياد قال: (روى أصحابنا أن حد القبر إلى الترقوه، و قال بعضهم إلى الثدي، و قال بعضهم قامه الرجل) ٢ و تعدد الأقوال المستنده إلى الأخبار موجب للتخيير بين الثالثه إلا أن الفقهاء اقتصروا على القامه و الترقوه من دون دليل ظاهر على ذلك.

(١) للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (ينبغي أن يوضع الميت دون القبر هنيهة ثم واره)(٢).

و يستحب أن يكون ذلك دون القبر بذراعين أو ثلاثه لخبر محمد بن عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا جئت بالميت إلى قبره فلا تفدحه بقبره، و لكن ضعه دون قبره بذراعين أو ثلاثه أذرع، و دعه حتى يتأهب للقبر و لا تفدحه به) ٤.

(٢) لخبر ابن عجلان الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تفدح ميتك بالقبر، و لكن ضعه أسفل منه بذراعين أو ثلاثه و دعه حتى يأخذ أهفته) ٥ و الأسفل هو أسفل القبر و هو مما يلي الرجلين.

بالإضافه إلى ما ورد في الخبر (أن لكل بيت بابا إن باب القبر من قبل الرجلين) ٦.

(٣) لخبر الصدوق في العلل: (إذا أتيت بالميت القبر فلا تفدح به، فإن للقبر أهوالا عظيمة و تعوذ من هول المطمع و لكن ضعه قرب شفير القبر و اصبر عليه هنيهة، ثم قدمه قليلا- و اصبر عليه ليأخذ أهفته ثم قدمه إلى شفير القبر)(٣) و الخبر دال على تشبيه الوضع، و لكن يثبث بإيصال الجنازه إلى شفير القبر المتعقب بالنزول في الحفره.

و خالف ابن الجنيد و جماعه فذهبوا إلى أنه هو الوضع دون القبر هنيهة ثم دفنه اعتمادا على خبر ابن عجلان و صحيح ابن سنان المتقدمين.

و هذه الأخبار مطلقه تشمل الرجل و المرأه فتخصيص الحكم بالرجل دون المرأه كما فعله الشهيدان و جماعه ليس في محله.

ص: ٣٠٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الدفن حديث ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الدفن حديث ١ و ٣ و ٥ و ٦.

٣- ((٧) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدفن حديث ٤ و ٦ و ٧.

(و السبق برأسه) (١) حاله الإنزال. (و المرأة) توضع مما يلي القبلة و تنقل دفعه واحده (٢) و تنزل (عرضا)، هذا هو المشهور، و الأخبار خاليه عن الدفعات (٣).

(و نزول الأجنبي معه) (٤) لا الرحم، و إن كان ولدا، (إلا فيها) (٥) فإن نزول (١) إن كان رجلا، و إن كانت امرأه فترسل عرضا مما يلي القبلة بلا خلاف فيه لمرفوع عبد الصمد بن هارون عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا أدخلت الميت القبر إن كان رجلا يسأل سلا، و المرأة تؤخذ عرضا فإنه أستر) (١) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام: (يسأل الرجل سلا و تستقبل المرأة استقبالا و يكون أولى الناس بالمرأة في مؤخرها) ٢ و خبر الأعمش المروى في الخصال عن جعفر بن محمد عليهما السلام: (و الميت يسأل من قبل رجله سلا و المرأة تأخذ بالعرض من قبل اللحد) (٢) و اللحد في داخل الحفرة مما يلي القبلة، و عن جامع المقاصد و الروض أن ذلك قاله الأصحاب و كفى به حجه لمثله.

(٢) قد عرفت ما فيه.

(٣) و فيه: إن خبر الصدوق قد دل على تشنيه الوضع.

(٤) أى مع الميت، فيكره نزول الأقارب، و عن الحدائق أن ظاهر الأصحاب الاتفاق عليه، و إثباته من الأخبار مشكل ففي خبر ابن راشد عن أبي عبد الله عليه السلام: (الرجل ينزل في قبر والده و لا ينزل الوالد في قبر ولده) (٣) و خبر محمد بن عجلان عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإذا أدخلته في قبره فليكن أولى الناس به عند رأسه و ليحسر عن خده و ليلصق خده بالأرض و ليذكر اسم الله) (٤) و هى داله على دخول بعض الأرحام قبور أرحامهم و لذا مال صاحب البحار إلى عدم الكراهه، نعم يكره نزول الوالد إلى قبره ولده لخبر ابن راشد.

(٥) أى فى المرأة فنزول الرحم معها أفضل لخبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: مضت السنه من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن المرأة لا يدخل قبرها إلا من كان يراها فى حياتها) (٥).

ص: ٣٠٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الدفن حديث ١ و ٢ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدفن حديث ٥ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الدفن حديث ٢ .

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدفن حديث ٨ .

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الدفن حديث ١ و ٢ .

الرحم معها أفضل، و الزوج أولى بها منه (١)، و مع تعذّرها فامرأه صالحه ثم أجنبي صالح.

(و حلّ عقد الأكفان) (٢) من قبل رأسه و رجله (و وضع خدّه) الأيمن على التراب خارج الكفن (٣) (و جعل) شىء من (تربه الحسين عليه السّلام معه) (٤) تحت (١) أى من الرحم لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (الزوج أحق بامرأته حتى يضعها فى قبرها) (١) و ظاهر الخبر أن الزوج أولى من الأرحام، و بالنسبه للرحم فالظاهر ترتيب الأولياء الأقرب فالأقرب، و الجميع أولى من النساء و إن كنّ أرحاما خلافا لأحمد بن حنبل حيث جعل النساء أولى، و هو ضعيف لاحتياج الدفن إلى مباشرة تضعف عنها النساء غالبا.

(٢) لخبر إسحاق بن عمار: (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول:.... إذا وضعت فى قبره فحلّ عقده) (٢) و خبر سالم بن مكرم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و يجعل له وساده من تراب يجعل خلف ظهره مدره لثلا يستلقى، و يحلّ عقد كفه كلها، و يكشف عن وجهه و يدعى له) (٣).

(٣) لخبر محفوظ: (و ليكشف عن خده الأيمن حتى يفضى به إلى الأرض) (٣).

(٤) لخبر الحميرى: (كتبت إلى الفقيه أسأله عن طين القبر يوضع مع الميت فى قبره هل يجوز ذلك أم لا؟ فأجاب عليه السّلام - و قرأت التوقيع و منه نسخت - توضع مع الميت فى قبره و يخلط بحنوطه إن شاء الله) (٤).

و خبر جعفر بن عيسى عن أبي الحسن عليه السّلام: (ما على أحدكم إذا دفن الميت و وسده التراب أن يضع مقابل وجهه لبنه من الطين و لا يضعها تحت رأسه) ٦ و قد روى العلامة فى المنتهى (إن امرأه كانت تزنى و تضع أولادها و تحرقهم بالنار خوفا من أهلها و لم يعلم به غير أمها، فلما ماتت دفنت فانكشف التراب عنها و لم تقبلها الأرض فنقلت عن ذلك الموضع إلى غيره فجرى لها ذلك، فجاء أهلها إلى الصادق عليه السّلام و حكو له القصه فقال لأمرها: ما كانت تصنع هذه فى حياتها من المعاصى؟ فأخبرته بباطن أمرها، فقال الصادق عليه السّلام: إن الأرض لا تقبل هذه لأنها كانت تعذب خلق -

ص: ٣٠٩

١- (١) المصدر السابق.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدفن حديث ٤ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التكفين حديث ١ و ٣.

خده، أو فى مطلق الكفن، أو تلقاء وجهه، و لا- يقدح فى مصاحبه لها احتمال وصول نجاسته إليها لأصاله عدمه، مع ظهور طهارته الآن.

فى التلقين و باقى مستحبات الدفن

(و تلقينه) (١) الشهادتين و الإقرار بالأئمه واحدا بعد واحد ممن نزل معه إن كان وليا، و إلا استأذنه، مدنيا فاه إلى أذنه قائلا له: «اسمع» ثلاثا قبله (و الدعاء له) (٢) بقوله: «بسم الله و بالله و فى سبيل الله و على ملة رسول الله صلى الله عليه -الله بعذاب الله، اجعلوا فى قبرها شيئا من تربه الحسين عليه السلام ففعل ذلك بها فسترها الله تعالى»(١).

هذا و اعلم أن الأصحاب اختلفوا فى موطن وضع التراب، فعن المبسوط و القواعد و المنتهى الاكتفاء بمطلق استصحاب الميت لتربه القبر و يدل عليه خبر الحميرى و ما رواه العلامة، و ذهب المحقق فى المعبر إلى وضع التربة فى الأكفان و يدل عليه الفقه الرضوى: (و يجعل معه فى أكفانه شىء من طين القبر و تربه الحسين عليه السلام)(٢).

و عن الشيخ المفيد الوضع تحت خد الميت و قال عنه فى الجواهر: «لم نقف له على مأخذ». فضلا عن النهى عنه كما فى خبر ابن عيسى المتقدم.

و عن ابن إدريس و جماعه أنها توضع فى قبال وجهه كما يدل عليه خبر ابن عيسى المتقدم، و عن العلامة فى المختلف التخيير بين الوضع تحت الخد أو تلقاء الوجه أو غير ذلك.

(١) بلا خلاف للأخبار الكثيره منها: خبر محفوظ الإسكاف عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أردت أن تدفن الميت - إلى أن قال: و يدنى فمه إلى سمعه و يقول: اسمع و افهم ثلاث مرات، الله ربك و محمد صلى الله عليه و آله و سلم نبيك و الإسلام دينك و فلان إمامك)(٣) و خبر سالم بن مكرم: (و تقول: يا فلان ابن فلان، الله ربك و محمد نبيك و الإسلام دينك و على وليك و إمامك و تسمى الأئمه عليهم السلام واحدا واحدا إلى آخرهم، أئمتك أئمه هدى أبرار)(٤).

(٢) لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (إذا وضع الميت فى لحده فقل: بسم الله -

ص: ٣١٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التكفين حديث ٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفن حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الدفن حديث ٥.

و آله، اللهم عبدك نزل بك، و أنت خير منزل به، اللهم افسح له في قبره، و ألحقه بنبية، اللهم إنا لا نعلم منه إلا خيرا و أنت أعلم به منّا»(و الخروج من قبل الرجلين) (١) لأنه باب القبر، و فيه احترام للميت.(و الإهاله) للتراب من الحاضرين غير الرحم (بظهور الأكف) (٢) مسترجعين) أى قائلين: إنا لله و إنا إليه راجعون حاله الإهاله (٣)، يقال رجع و استرجع: إذا قال ذلك.(و رفع القبر) عن وجه الأرض مقدار (أربع أصابع) (٤) مفرجات إلى شبر لا- أزيد ليعرف فيزار -و فى سبيل الله و على مله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، عبدك ابن عبدك نزل بك و أنت خير منزل به، اللهم أفسح له فى قبره، و ألحقه بنبية، اللهم إنا لا نعلم منه إلا خيرا و أنت أعلم به(١).

(١) لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (لكل شىء باب، و باب القبر مما يلي الرجلين)(٢) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (من دخل القبر فلا يخرج منه إلا من قبل الرجلين)(٣).

(٢) لمرسل محمد بن الأصبع (رأيت أبا الحسن عليه السلام و هو فى جنازه فحنا التراب على القبر بظهر كفه)(٤).

و أن يكون ذلك من غير أولى الرحم لخبر عبيد بن زراره: (مات لبعض أصحاب أبى عبد الله عليه السلام ولد فحضر أبو عبد الله عليه السلام فلما أُلحد تقدم أبوه فطرح عليه التراب، فأخذ أبو عبد الله عليه السلام بكفيه و قال: لا تطرح عليه التراب، و من كان منه ذا رحم فلا- يطرح عليه التراب، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى أن يطرح الوالد أو ذو رحم على ميتة التراب.

فقلنا يا بن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أتنهانا عن هذا وحده؟ فقال: أنهاكم أن تطرحوا التراب على ذوى أرحامكم فإن ذلك يورث القسوه فى القلب، و من قسا قلبه بعد من ربه)(٥).

(٣) عليه فتوى الأصحاب كما فى المدارك و قال فى الجواهر: (و إلا فلم نعثر على خبر مشتمل على تمام هذه الكيفيه).

(٤) للأخبار منها: خبر قدامه بن زائده عن أبى جعفر عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رفع-

ص: ٣١١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الدفن حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدفن حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الدفن حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الدفن حديث ٥.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الدفن حديث ١.

و يحترم، و لو اختلفت سطوح الأرض اغتفر رفعه عن أعلاها و تأدت السنه بأدناها (١).

(و تسطيحه) (٢) لا يجعل له فى ظهره سنم لأنه من شعار الناصبه و بدعهم المحدثه مع اعترافهم بأنه خلاف السنه مراغمه للفرقه المحقه، (و صبّ الماء عليه من قبل رأسه) إلى رجليه (دورا) إلى أن ينتهى إليه، (و) يصبّ (الفاضل على وسطه) (٣) -قبر إبراهيم(١) و خبر ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (و يرفع القبر فوق الأرض أربع أصابع) ٢ و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أمرنى أبى أن أجعل ارتفاع قبره أربع أصابع مفرجات) ٣ و خبر إبراهيم بن على عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن قبر رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم رفع شبرا من الأرض) ٤.

و ذهب المحقق فى المعتبر و سيد المدارك إلى التخيير فى أربع أصابع بين المضمومه و المفرجه بل نسب إلى الأكثر، و اقتصر المفيد و ابنا إدريس و حمزه و سلّار و الشيخ على المنفرجات، و ذهب العلامة فى التذكرة و ابن أبى عقيل إلى المضمومه. (١) أى بالشبر من الجانب المنخفض.

(٢) بمعنى أن لا يسنّم للأخبار منها: عن أبى هريره: (السنه التسطیح إلا أن الشيعة استعملته فعدلنا عنه إلى التسنيم) (٢) و خبر الأعمش المروى فى الخصال: (و القبور تربع و لا تسنم) (٣) و الشافعيه وافقونا على استحباب التسطیح و كذا فى الجهر بالبسملة.

(٣) بلا خلاف للأخبار منها: خبر سالم بن مكرم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فإذا سوى قبره فصب على قبره الماء و تجعل القبر أمامك و أنت مستقبل القبله، و تبدأ بصب الماء عند رأسه و تدور به على قبره من أربع جوانبه حتى ترجع إلى الرأس من غير أن تقطع الماء، فإن فضل من الماء شىء فصبه على وسط القبر) (٤).

و خبر ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رش الماء على القبر قال: يتجافى عنه العذاب ما دام الندى فى التراب) (٥).

ص: ٣١٢

١- (١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدفن حديث ٢ و ١ و ٧ و ٨.

٢- (٥) جواهر الكلام ج ٤ ص ٣١٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدفن حديث ٥.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الدفن حديث ٥.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الدفن حديث ٢.

و ليكن الصابّ مستقبلاً (و وضع اليد عليه) (١) بعد نضحه بالماء، مؤثره في التراب، مفرّجه الأصابع.

و ظاهر الأخبار أن الحكم مختصّ بهذه الحالة فلا يستحبّ تأثيرها بعده.

روى زراره (٢) عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «إذا حثى عليه التراب و سوّى قبره فضع كفّك على قبره عند رأسه و فرّج أصابعك و اغمز كفّك عليه، بعد ما ينضح بالماء»، و الأصل عدم الاستحباب في غيره (٣)، و أما تأثير اليد في غير التراب فليس بسنه مطلقاً (٤)، بل اعتقاده سنه بدعه (مترحّماً) (٥) عليه بما شاء من (١) أي على القبر بحيث تكون اليد مفرّجه الأصابع غامزاً بها عند رأسه تأسيساً بالنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم حيث وضع يده عند رأس إبراهيم غامزاً بها حتى بلغت الكوع و قال: (بسم الله ختمتك من الشيطان أن يدخلك) (١) و حسنه زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا فرغت من القبر فانضحته ثم ضع يدك عند رأسه و تغمز كفّك عليه بعد النضح) (٢).

(٢) في الصحيح و هو خبر آخر غير ما تقدم - الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الدفن حديث ١.

(٣) أي في غير حال الدفن، إلا أن الشهيد في الذكرى ذهب إلى استحباب وضع اليد و لو عند الزياره فيما بعد و يستدل له بخبر محمد بن أحمد: (كنت بفيد فمشيت مع علي بن بلال إلى قبر محمد بن إسماعيل بن بزيع فقال لي ابن بلال: قال لي صاحب هذا القبر عن الرضا عليه السّلام: من أتى قبر أخيه ثم وضع يده على القبر و قرأ إنا أنزلناه في ليله القدر سبع مرات أمن يوم الفزع الأكبر أو يوم الفزع) (٣).

(٤) أي وضع اليد في الرمل و نحوه سواء كان بعد النضح حال الدفن أو في حال الزياره لعدم شمول صحيح زراره، لغير التراب، و فيه: إن حسنه زراره مطلقه تشمل غير التراب.

(٥) أي يستحب الترحم على الميت و أفضله ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (أنه بعد ما حتى الإمام على قبر رجل من أصحابنا مما يلي رأسه ثلاثاً بكفه ثم بسط كفه على القبر ثم قال: اللهم جاف الأرض عن جنبيه و اصعد إليك روحه و لقه منك رضواناً، و أسكن قبره من رحمتك ما تغنيه عن رحمه من سواك) (٤).

ص: ٣١٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب الدفن حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الدفن حديث ٣.

الألفاظ، و أفضله «اللهم جاف الأرض عن جنيبه و أصدع إليك روحه و لقه منك رضوانا و أسكن قبره من رحمتك ما تغنيه عن رحمه من سواك» و كذا يقوله كلما زاره مستقبلا (١).

(و تلقين الولي) (٢)، أو من يأمره (بعد الانصراف) بصوت عال إلا مع التقيه (٣) (و يتخير) الملقن (في الاستقبال (٤) و الاستدبار) (٥) لعدم ورود معين.

في التعزیه

(و يستحبّ التعزیه (٦) لأهل المصيبة، و هي تفعله من العزاء و هو الصبر، (١) أى القبله، لأن الاستقبال حسن على كل حال.

(٢) لخبر يحيى بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: (ما على أهل الميت أن يدرءوا عن ميتهم لقاء منكر و نكير، قلت: كيف نصنع؟ قال: إذا أفرد الميت فليستخلف عنده أولى الناس به فيضع فمه عند رأسه ثم ينادى بأعلى صوته: يا فلان بن فلان أو يا فلانه بنت فلان، هل أنت على العهد الذى فارقنا عليه من شهاده أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده و رسوله سيد النبيين و أن عليا أمير المؤمنين و سيد الوصيين، و أن ما جاء به محمد صلى الله عليه و آله و سلم حق و أن الموت حق و البعث حق و أن الساعة آتية لا ريب فيها و أن الله يبعث من فى القبور، فيقول منكر لنكير: انصرف بنا عن هذا فقد لقن حجه) (١).

(٣) لإنكار الجمهور هذا التلقين مع وروده فى رواياتهم إلا- جماعه من الشافعيه فإنهم استحبه و يمكن أيضا أن تكون التقيه باعتبار ذكر الأئمه عليهم السلام.

(٤) لأن الاستقبال خير المجالس و إليه ذهب جماعه كابن إدريس و العلامه.

(٥) فيتوجه نحو القبر فقط، و هو أدخل فى مقابله الميت و الخطاب معه كما ذهب إليه أبو الصلاح و ابن البراج، و الذهاب إلى التخيير رد لكلا القولين.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر إسماعيل الجزري عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من عزى حزينا كسى فى الموقف حلّه يحيى بها) (٢).

و خبر وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من عزى مصابا كان له مثل أجره من غير أن ينتقص من أجر المصاب شيء) ٣.

و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: التعزیه تورث الجنة) ٤.

ص: ٣١٤

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الدفن حديث ٢ و ٤ و ٨.

و منه «أحسن الله عزاءك» أى صبرك «و سلوكك» يمدّ و يقصر (١)، و المراد بها الحمل على الصبر و التسليه عن المصاب بإسناد الأمر إلى حكمه الله تعالى و عدله، و تذكيره بما وعد الله الصابرين، و ما فعله الأكابر من المصابين، فمن عزى مصابا فله مثل أجره (٢)، و من عزى ثكلى كسى بردا فى الجنة (٣)، و هى مشروعه (قبل الدفن) إجماعا (٤) (و بعده) عندنا (٥).

فى أن كل أحكام الميت من فروض الكفايه

(و كل أحكامه) أى أحكام الميت (من فروض الكفايه) (٦) إن كانت واجبه (أو ندبها) (٧) إن كانت مندوبه.

و معنى الفرض الكفائى (٨) مخاطبه الكل به ابتداء على وجه يقتضى وقوعه (١) فيقال: العزاء و العزى.

(٢) إشاره إلى خير و هب المتقدم؛

(٣) رواه الشهيد الثانى فى مسكن الفؤاد عن أبى هريره عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (١)، و الجمع بين الخبرين إشاره إلى أنه لا فرق بين أهل المصيبة رجلا كان أو امرأه، نعم يكره تعزیه الشابه خوف الفتنة.

(٤) بين المسلمين.

(٥) و وافقنا عليها الكثير من العامه عدا سفيان الثورى فإنه كره التعزیه بعد الدفن لأن الدفن خاتمه أمر الميت، و فيه: إن الدفن خاتمه أمره لا- خاتمه أمر أهله فضلا عن الأخبار منها: خير هشام بن الحكم: (رأيت موسى بن جعفر عليهم السلام يعزى قبل الدفن و بعده) (٢).

و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (التعزیه لأهل المصيبة بعد ما يدفن) (٣) و مرسل خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (التعزیه الواجبه بعد الدفن) ٤.

(٦) أى الواجبات الكفائيه.

(٧) أى المندوبات الكفائيه، و اعلم أن هذا بالنسبه لأكثرها، و إلا فبعضها مستحب عينى كالتشيع و الدعاء له و التعزیه.

(٨) ثبت فى محله أن الكفائى كالعينى فى توجيهه إلى جميع المكلفين و لذا يعاقب الجميع عند تركه، و يفترق عن العينى بسقوطه بقيام من به الكفايه.

ص: ٣١٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الدفن حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الدفن حديث ١.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الدفن حديث ١ و ٣.

من أيهم كان و سقوطه بقيام من فيه الكفايه، فمتى تلبس به من يمكنه القيام به سقط عن غيره سقوطاً مراعى يكماله، و متى لم يتفق ذلك (١) أثم الجميع فى التأخر عنه (٢)، سواء فى ذلك الولي و غيره، ممن علم (٣) بموته من المكلفين، القادرين عليه.

الفصل الثالث - فى التيمم

فى شرطه

(و شرطه (٤): عدم الماء) بأن لا يوجد (٥) مع طلبه على الوجه المعتبر (٦) (١) إما التلبس و إما الإكمال.

(٢) عن الفرض الكفائى.

(٣) لأن الجاهل معذور لجهله.

(٤) ابتداء بشرط التيمم ضروره عدم مشروعيه التيمم على الإطلاق بل هى مشروطه بثلاثة شرائط و هى: عدم وجدان الماء و عدم الوصول إليه و عدم الخوف من استعماله كما عن جماعه منهم المحقق و الشهيد، و فى المنتهى جعل الشروط ثمانية و هى: فقد الماء و الخوف من اللص و الاحتياج للماء للتعطش و المرض و الحرج المانع عن استعماله و فقد الآله التى يتوصل بها إليه و الضعف عن الحركة و خوف الزحام يوم الجمعة و عرفه و ضيق الوقت.

و عن جماعه جعل شرط التيمم واحداً و هو العجز عن استعمال الماء عقلاً أو شرعاً، و كل ما ذكر سابقاً راجع إليه.

(٥) إشاره من الشارح على أن الشرط هو عدم وجدانه للماء لا عدم الماء واقعا و يدل عليه قوله تعالى: **وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ أَوْ لَامَسْتُمُ النِّسَاءَ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا (١)** و لأخبار منها: خبر داود الرقى: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أكون فى السفر فتحضر الصلاة و ليس معى ماء و يقال إن الماء قريب منا فأطلب الماء و أنا فى وقت يمينا و شمالاً؟ قال عليه السلام: لا- تطلب الماء و لكن تيمم، فإنى أخاف عليك التخلف عن أصحابك فتضل و يأكلك السبع) (٢).

(٦) شرعاً و هو مقدار غلوه سهم أو سهمين كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

ص: ٣١٦

١- (١) المائدة الآية: ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التيمم حديث ١.

(أو عدم الوصول إليه) (١) مع كونه موجودا. إما للعجز عن الحركة المحتاج إليها في تحصيله، لكبر (٢)، أو مرض، أو ضعف قوه، ولم يجد معاونا و لو بأجره مقدوره، أو لضيق الوقت (٣) بحيث لا- يدرك منه معه بعد الطهاره ركعه أو لكونه (١) و عدم الوصول إلى الماء إما لتوقف الماء على ثمن لشرائه و يتعذر عليه تحصيل الثمن فيتيمم بالاتفاق كما في التذكرة و إما لفقد الآله التي يتوصل بها إليه كما إذا كان على شفير نهر أو بئر فيتيمم أيضا. و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل يمر بالركيه و ليس معه دلو؟ قال عليه السلام: ليس عليه أن يدخل الركيه، لأن رب الماء هو رب الأرض فليتيمم) (١) و صحيح ابن أبي يعفور و عنبيه عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إذا أتيت البئر و أنت جنب فلم تجد دلو و لا- شيئا تغرف به فتيمم بالصعيد، فإن رب الماء رب الصعيد، و لا تقع في البئر و لا تفسد على القوم ماءهم) ٢.

و إما أن يكون عدم الوصول إلى الماء للعجز عن الحركة المحتاج إليها في تحصيله لكبر أو مرض أو ضعف قوه و لم يجد معاونا و لو بأجره مقدوره فيتيمم لسقوط تكليف تحصيل الماء لأنه متعذر.

و إما أن يكون عدم الوصول إلى الماء لأن الماء موجود في محل يخاف من السعى إليه سواء كان الخوف على نفس أو عضو أو مال أو بضع أو عرض أو ذهاب عقل و لو كان الخوف بسبب الجبن فالتكليف بتحصيل الماء في هذه الحالات عسرى أو حرجى فيسقط و يتيمم، و يدل عليه خبر يعقوب بن سالم: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لا يكون معه ماء، و الماء عن يمين الطريق و يساره غلوتين أو نحو ذلك، قال عليه السلام: لا أمره أن يغزّر بنفسه فيعرض له لص أو سبع) (٢).

(٢) تعليل للعجز عن الحركة.

(٣) لو كان الماء موجودا و لكن لا يمكن له استعماله لأنه لا يدرك الفريضة في وقتها و لو ركعه منها فإن من أدرك ركعه فقد أدرك الوقت كله كما سيأتى بيانه في مواقيت الصلاة، فيتيمم كما عن العلامة في المنتهى و التذكرة و تبعه عليه جماعه بل عن الرياض أنه الأشهر.

و ذهب المحقق في المعبر و المحقق الثاني في جامعه و الفاضل الهندي في كشفه و سيد المدارك إلى أن ضيق الوقت ليس من مسوغات التيمم، لأن التيمم مشروط -

ص: ٣١٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التيمم حديث ٢.

فى بئر بعيد القعر يتعدّر الوصول إليه بدون الآله و هو عاجز عن تحصيلها و لو بعوض، أو شق ثوب نفيس (١)، أو إعاره، أو لكونه (٢) موجودا فى محل يخاف من السعى إليه على نفس، أو طرف (٣)، أو مال محترمه (٤) أو بضع أو عرض (٥) أو ذهاب عقل و لو بمجرد الجبن، أو لوجوده بعوض يعجز عن بذله لعدم أو حاجه (٦) و لو فى وقت مترقب.

و لا فرق فى المال المخوف ذهابه و الواجب بذله عوضا حيث يجب حفظ الأول (٧) - بعدم وجدان الماء و هو واجد له بحسب الفرض فلا بد أن يتطهر و يصلّى و لو كانت الصلاه قضاء فى خارج الوقت.

(١) عطف على العوض، و المعنى أنه عاجز عن تحصيل الآله و لو كانت الآله هى شق ثوبه النفيس أو إعارته.

(٢) أى لكون الماء.

(٣) المراد به عضو البدن.

(٤) وصف للمذكورات السابقه.

(٥) المراد بالأول هو الكنايه عن التعرض للنساء بالفحشاء، و بالثانى هو الكنايه عما يمسّ كرامه الإنسان حسبا و نسبا، فتحصيل الماء المستوجب لذلك فيه غضاضه و حرازه لا تتحمل.

(٦) بحيث هو يحتاج إلى العوض حالا أو فى زمن مترقب فلا يجب بذله لشراء الماء، نعم لو كان غير عاجز عن دفعه و لا محتاجا إليه فيجب عليه شراء الماء للوضوء لصحيح صفوان: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاه و هو لا يقدر على الماء، فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائه درهم أو بألف درهم و هو واجد لها، يشتري و يتوضأ أو يتيمم؟ قال عليه السلام: لا، بل يشتري) (١).

(٧) فيسقط الوضوء مع الخوف على المال سواء كان المال قليلا أو كثيرا، يضر بحاله أو لا، و إليه ذهب العلامه فى النهايه و تبعه الشهيد الثانى و يستدل له بروايه يعقوب بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن الرجل لا يكون معه ماء، و الماء عن يمين الطريق و يساره غلوتين أو نحو ذلك، قال عليه السلام: لا أمره أن يغزّر بنفسه فيعرض له لص أو -

ص: ٣١٨

و بذل الثانى (١) - بين القليل و الكثير، و الفارق النص (٢) لا أن الحاصل بالأول (٣) العوض على الغاصب (٤) و هو منقطع، و فى الثانى (٥) الثواب و هو دائم، لتحقق الثواب فيهما (٦) مع بذلهما (٧) اختيارا طلبا للعباده لو أيسح ذلك، بل قد يجتمع - (١) و الظاهر أن الخوف من اللص بالنسبه للمال سواء كان قليلا أو كثيرا.

و يستشعر من كلام الذكرى عدم سقوط الوضوء إذا كان الخوف على المال القليل الذى لا يضر بحاله تمسكا بعمومات الوضوء.

(١) أى المال الواجب بذله عوضا فإن كان بضمن المثل و زياده يسيره فلا خلاف على ما نقله العلامة فى المنتهى، و إن كان زياده كثيره فذهب الأكثر إلى وجوب الشراء ما لم يتضرر لصحيح صفوان المتقدم (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل احتاج إلى الوضوء للصلاه و هو لا يقدر على الماء فوجد بقدر ما يتوضأ به بمائه درهم أو بألف درهم و هو واجد لها، يشتري و يتوضأ أو يتيمم؟ فقال عليه السلام: لا، بل يشتري) (٢).

و ذهب ابن الجنيد إلى عدم وجوب بذله و الانتقال إلى التيمم لأن زياده الثمن ضرر و هو منفي، و بأنه لو خاف لصا على ماله لساغ له التيمم و لو كان المال المخوف ذهابه بقدر هذه الزياده.

و أجاب العلامة فى المنتهى بأن بذل الزائد فى قبال الثواب ليس ضررا، بخلاف ما لو تركه للصل فلا ثواب له، و قال فى الذكرى عن كلام ابن الجنيد أنه خيال ضعيف و إنما الفارق النص فيجب البذل مهما بلغ الثمن لصحيح صفوان المتقدم و يجب حفظ المال لروايه يعقوب بن سالم المتقدمه.

(٢) إشاره إلى جواب الذكرى.

(٣) المراد بالأول هو المال المخوف ذهابه.

(٤) أى ثبوت الضمان على الناصب مع أن الضمان أمر دنيوى منقطع فلذا جاز لصاحب المال حفظه و إنه استلزم ترك الوضوء.

(٥) أى المال الواجب بذله عوضا.

(٦) رد من الشارح على العلامة فى جوابه المتقدم و حاصل الرد أن الثواب متحقق فى كليهما لأن ترك المال و إن سرق طلبا للماء تقربا إلى الله موجب للثواب أيضا.

(٧) أى بذل المالىن لأن ترك المال للصل بذل له و أما فى الصورة الثانیه فواضح.

ص: ٣١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التيمم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب التيمم حديث ١.

فى الأول (١) العوض و الثواب (٢) بخلاف الثانى (٣).

(أ) الخوف من استعماله لمرض (٤) حاصل يخاف زيادته، أو بطؤه أو عسر علاجه، أو متوقع (٥)، أو برد شديد يشقّ تحمله (٦)، أو خوف عطش حاصل، أو متوقع (٧) فى زمان لا يحصل فيه الماء عادة، أو بقرائن الأحوال لنفس محترمه و لو حيوانا (٨).

(١) أى المال المخوف ذهابه.

(٢) أما العوض فلضمان اللص الغاصب و أما الثواب فالتقرب.

(٣) و هو المال الواجب بذله عوضاً فلا عوض فيه لأنه ثمن فى قبال الماء، فلا يترتب إلا الثواب، فلو كان المدار فى جواز الوضوء هو الثواب على البذل لجاز الوضوء فى الصورتين لتحقق الثواب فيهما بل لكان الثواب فى المال المخوف ذهابه لأن فيه العوض.

(٤) بالاتفاق لقوله تعالى: **وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَىٰ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَتَيَمَّمُوا صَيْحَةً طَيِّبَةً (١)** و للأخبار الواردة فى مشروعيه التيمم لمجروح و المقروح و المكسور و المبطون و من يخاف على نفسه البرد كصحيح البزنطى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (فى الرجل تصيبه الجنابه و به قروح أو جروح أو يكون يخاف على نفسه من البرد، فقال عليه السلام:

لا- يغتسل و يتيمم) (٢) و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (يؤمم المجدور و الكسير إذا أصابتهما الجنابه) (٣) بالإضافة إلى أدله نفى الضرر و الحرج.

(٥) عطف على قوله: (لمرض حاصل).

(٦) لصحيح البزنطى المتقدم.

(٧) لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى رجل أصابته جنابه فى السفر و ليس معه إلا ماء قليل، و يخاف إن هو اغتسل أن يعطش، قال: إن خاف عطشا فلا يهريق منه قطره و ليتيمم بالصعيد، فإن الصعيد أحب إلى) (٣) و صحيح الحلبي: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الجنب يكون معه الماء القليل فإن هو اغتسل به خاف العطش أ يغتسل به أو يتيمم؟ فقال عليه السلام: بل يتيمم، و كذلك إذا أراد الوضوء) (٥)، و مثلها غيرها.

(٨) لإطلاق موثق سماعه قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون معه الماء فى -

ص: ٣٢٠

١- (١) المائده الآيه: ٦.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التيمم حديث ٧ و ١٠.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٢.

(و يجب طلبه) (١) مع فقدته في كل جانب (٢) (من الجوانب الأربعة غلوه سهم) - بفتح الغين - و هي مقدار رميه من الرامي بالآله معتدلين (٣) (في) الأرض (الحزنه) - بسكون الزاء المعجمه - خلاف السهله. و هي المشتمله على نحو -السفر فيخاف قلته، قال عليه السّلام: يتيمم بالصعيد و يستبقى الماء، فإن الله (عز و جل) جعلهما طهورا الماء و الصعيد(١) سواء خاف قلته على نفسه أو على أولاده أو عياله أو بعض متعلقيه أو صديقه و رفيقه في السفر أو حيوانه، بالإضافة إلى أدله نفى الضرر و الحرج، فاقتصار البعض على عطش نفسه كما في الشرائع ليس في محله، نعم بعضهم اقتصر على الرفيق المسلم و بعضهم عممه لكل رفيق و لو كان كافرا الذي يضر بالمسلم تلفه أو ضعفه أو تخصيص الكافر بالذمي و المعاهد كما في التذكرة، و المدار على أن عطشه موجب للضرر و الحرج على المكلف فينتقل إلى التيمم و يصرف الماء في رفع العطش.

(١) بلا- إشكال و أنه كان ظاهر قوله تعالى: فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً (٢) الاكتفاء بعدم الوجدان مطلقا إلا أنه مقيد بالطلب و البحث عنه لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام: (يطلب الماء في السفر إن كانت الحزونه فغلوه و إن كانت سهوله فغلوتين، لا يطلب أكثر من ذلك) (٣) هذا بناء على إفاده البحث في هذا المقدار اليأس عن وجود الماء و إلا فلو ظن بوجود الماء أو اطمأن في ما هو الأبعد فيجب عليه، لمصحح زواره المروي في الكافي و أحد طريقى التهذيب عن أحدهما عليهما السّلام: (إذا لم يجد المسافر الماء فليطلب ما دام في الوقت فإذا خاف أن يفوته الوقت فليتيمم و ليصل) ٤.

و البحث عن الماء ليس منحصرا في السفر، بل يجب طلبه في الحضر حتى اليأس لأن شرط التيمم هو عدم القدره على الماء.

(٢) على المشهور و الخبر المتقدم و إن لم يذكر الجهات الأربعة إلا أنه محمول عليها لعدم المرجح لبعضها على بعض، و عن ابن حمزه في الوسيله الاقتصار على اليمين و اليسار، و عن المفيد و الحلبي تركك الجهه الخلفيه فهو مما لا شاهد له.

(٣) أى مع اعتدال الآله من القوس و السهم و اعتدال الرامي، و زاد بعضهم و سكون الهواء.

ص: ٣٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٢- (٢) المائده الآيه: ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التيمم حديث ٢ و ١.

الأشجار و الأحجار، و العلوّ و الهبوط المانع من رؤيه ما خلفه (و) غلوه (سهمين فى السهله). و لو اختلفت فى الحزونه و السهوله توزع بحسبهما.

و إنما يجب الطلب كذلك مع احتمال وجوده فيها (١)، فلو علم عدمه مطلقا (٢)، أو فى بعض الجهات سقط الطلب مطلقا (٣)، أو فيه (٤) كما أنه لو علم وجوده فى أزيد من النصاب وجب قصده مع الإمكان ما لم يخرج الوقت (٥)، و تجوز الاستنابه فيه (٦)، بل قد تجب (٧) و لو بأجره مع القدره (٨).

و يشترط عداله النائب (٩) إن كانت اختياريه (١٠)، و إلا فمع إمكانها (١١). و يحتسب لهما على التقديرين (١٢). و يجب طلب التراب (١٣) (١) فى الجهات الأربع.

(٢) فى كل الجهات.

(٣) فى كل الجهات فيما لو علم بعدمه فى كل الجهات.

(٤) أى فى البعض الذى يقطع بعدم الماء فيه.

(٥) و يدل عليه مصحح زراره المتقدم.

(٦) فى الطلب، لأن الغرض من الطلب هو حصول اليأس من وجود الماء، و هو متحقق عند طلبه و طلب غيره بشرط أن يكون الغير موثوقا بأخباره.

(٧) أى الاستنابه فيما لو كان هو عاجزا عنها.

(٨) على بذل الأجره.

(٩) و قد وقع اشتراط العداله من جماعه، و فيه: ما دام المدار على حصول الظن من إخباره فهو حاصل من خبر الثقة فلا يشترط العداله.

(١٠) أى الاستنابه.

(١١) أى و إن كانت استنابه اضطراريه لأن المنوب عنه عاجز عن الطلب فيشترط العداله فى النائب مع إمكان تحققها فيه، و إلا فلو انحصر النائب فى غير العادل فتجوز الاستنابه حيثئذ لأن تحصيل الظن منحصر به، هذا و قد عرفت أن المدار على حصول الظن بعدم وجود الماء من كلام النائب سواء كان عادلا أو ثقاه أو كان كلامه محتفا بقرائن تفيد صدقه.

(١٢) أى و إن كانت الاستنابه اختياريه أو اضطراريه فالطلب الحاصل من النائب يكفى للنائب و المنوب عنه أن يعتمد عليه فى مقام تحصيل الظن بعدم وجود الماء.

(١٣) بل مطلق ما يتيمم به من الأرض.

ص: ٣٢٢

(كذلك (١) لو تعذر، مع وجوبه (٢)).

فى ما يجب التيمم و ما بكره

(و يجب) التيمم (بالتراب (٣) الطاهر و الحجر) لأنه من جملة الأرض إجماعاً، (١) أى كالماء.

(٢) أى مع وجوب التيمم، فيجب طلب ما يتيمم به و تجوز الاستتابة فى الطلب إلى آخر الشروط التى ذكرها الشارح أو التى عرفت أنها الحق.

(٣) بالاتفاق، بل بكل ما يطلق عليه اسم الأرض على المشهور لقوله تعالى: فَتَيَمَّمُوا صِعِيداً طَيِّباً (١) بناء على أن الصعيد اسم لمطلق وجه الأرض كما هو المشهور بين أهل اللغة بل عن الزجاج: لا أعلم اختلافاً بين أهل اللغة فى ذلك. و للأخبار الكثيره منها: النبوى المشهور و المروى فى الوسائل بعده طرق: (جعلت لى الأرض مسجداً و طهوراً) (٢).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (لأن رب الماء هو رب الأرض فليتيمم) (٣).

و خبر ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (فإن فاتك الماء لم تفتك الأرض) (٤).

و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام: (سئل عن التيمم بالجص فقال عليه السلام: نعم، فقيل: بالنوره؟ فقال عليه السلام: نعم، فقيل: بالرماد؟ فقال عليه السلام:

لا، إنه ليس يخرج من الأرض إنما يخرج من الشجر) (٥).

و عن السيد و أبى على و الحلبي و ابن زهره المنع عن غير التراب، بل فى الغنيه الإجماع عليه لما ورد من تفسير الصعيد بالتراب كما عن بعض أهل اللغة، و للنبوى الوارد فى الخصال العلل: (جعلت لك و لأمتك الأرض كلها مسجداً و ترابها طهوراً) (٦).

و لصحيح محمد بن حمران و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن الله جعل التراب طهوراً كما جعل الماء طهوراً) (٧)، و فيه: إنها لا تقاوم الأخبار المتقدمه هذا فضلاً عن أنها لا تنفى التيمم عن غير التراب.

ص: ٣٢٣

١- (١) المائده الآيه: ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التيمم حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التيمم حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب التيمم حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب التيمم حديث ١.

٦- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٧- (٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب التيمم حديث ١.

و الصّعيد المأمور به هو وجهها، ولأنه تراب (١) اكتسب رطوبه لزجه و عملت فيه الحرارة فأفادته استمساكا. و لا فرق بين أنواعه من رخام، و برام (٢)، و غيرهما، خلافا للشيخ حيث اشترط في جواز استعماله فقد التراب، أما المنع منه مطلقا (٣) فلا قائل به (٤).

و من جوازه (٥) بالحجر يستفاد جوازه بالخزف بطريق أولى (٦)، لعدم خروجه بالطبخ عن اسم الأرض و إن خرج عن اسم التراب، كما لم يخرج الحجر مع أنه أقوى (٧) استمساكا منه، خلافا للمحقق في المعتبر محتجا بخروجه (٨) مع اعترافه بجواز السجود عليه. و ما يخرج عنها بالاستحالة يمنع من السجود عليه (٩)، (١) أي الحجر و هو دليل ثان على جواز التيمم به، و الاستمساك لا يخرج عن كونه أرضا.

(٢) الرخام هو الحجر الأبيض الرخو و البرام هو الحجر الصلد الذي يعمل منه القدور.

(٣) أي المنع من الحجر سواء فقد التراب أو لا.

(٤) قد عرفت أن أبا علي الجنيد و السيد و الحلبي و ابن زهره قد منعوا من التيمم به مطلقا كما في الجواهر.

(٥) أي جواز التيمم.

(٦) ذهب المحقق في المعتبر إلى منع التيمم به لخروجه عن الأرض بالإحراق، و نسبه إلى ابن الجنيد و قال: (و لا يعارض بالسجود عليه لأنه قد يجوز السجود على ما ليس بأرض كالكاغذ).

و مال سيد الرياض إلى عدم التيمم به للشك في الخروج و عدمه، و استشكل العلامة في المنتهى و توقف الشهيد في الدروس.

و عن جماعه جواز التيمم به لعدم خروجه عن اسم الأرض بالإحراق و إن خرج عن اسم التراب بل هو أولى من الحجر لقوه استمساكه دون الحجر فإنه مستمسك من دون هذه الزيادة.

(٧) أي مع أن الخزف أقوى استمساكا من الحجر.

(٨) أي بخروج الخزف عن الأرض بالإحراق.

(٩) لما سيأتى من الإجماع المنقول من أن ما خرج عن الأرض بالاستحالة لا يجوز السجود عليه و الخزف بحسب دعوى المحقق منه فكيف يجوز السجود عليه.

و إن كانت دائره السجود أوسع بالنسبه إلى غيره (١) (لا بالمعادن) (٢) كالكلحل، و الزرنیخ، و تراب الحديد، و نحوه (٣) (و) لا (التوره) و الجصّ بعد خروجهما عن اسم الأرض بالإحراق (٤)، أما قبله فلا (٥).

(و يكره) التيمم (بالسبخه) (٦) بالتحريك (٧) فتحا و كسرا و السكون و هى الأرض المالحة الناشئه (٨) على أشهر القولين (٩) ما لم يعلها ملح (١٠) يمنع إصابه بعض الكف للأرض فلا بدّ من إزالته، (و الرمل) (١١) لشبههما بأرض (١) غير السجود كالتيمم إذ يجوز السجود على النبات و على الورق إلا أن الخزف يمنع من السجود عليه.

أولاً: لكونه مستحلالاً عن الأرض و ما استحال لا يجوز السجود عليه.

و ثانياً: لعدم صدق النبات أو الكاغذ عليه حتى نجوز السجود عليه، فما ادعاه المحقق من عدم جواز التيمم عليه لعدم صدق الأرض مع جواز السجود عليه بدعوى أن دائره السجود أوسع لا ينفعه.

(٢) ففى المنتهى: «هو مذهب علمائنا أجمع» لخروجهما عن مفهوم الصعيد، و عن اسم الأرض، و عن ابن عقيل جواز التيمم بها و هو ضعيف.

(٣) كالملح.

(٤) كما عن الأكثر و فى المعتبر و التذكرة و مجمع البرهان الجواز و هو ضعيف.

(٥) أى فلا يمنع التيمم بهما قبل الإحراق، بل عن مجمع البرهان: «أنه لا ينبغى النزاع فيه» لصدق الأرض، و عن السرائر المنع فى النوره لكونها من المعادن و فيه: إنه لو سلم كونها من المعادن فلا ينافيه صدق الأرض عليها كالرمل.

(٦) للإجماع المدعى عن جماعه، و إلا فجوازه مما يشهد له إطلاق الأدله، فما عن ابن الجنيد من المنع غير ظاهر الوجه.

(٧) بالنسبه للباء فتفتح و تكسر و تسكّن، و أما السين فهى مفتوحه على كل حال.

(٨) و هى التى تغلى بالملح.

(٩) لم يخالف إلا ابن الجنيد.

(١٠) فإن علاها ملح فلا يجوز التيمم لأن الملح من المعادن.

(١١) كالأرض السبخه و لم يخالف هنا ابن الجنيد و ما ورد (أن بعض أصحابنا كتب إلى أبى الحسن الماضى عليه السلام يسأله عن الصلاه على الزجاج، قال: فلما نفذ كتابى إليه تفكرت و قلت: هو مما أنبتت الأرض و ما كان لى أن أسأل عنه، قال: فكتب إلى: لا تصلّ على الزجاج و إن حدثتك نفسك أنه مما أنبتت الأرض، و لكنه من الملح و الرمل -

المعدن، ووجه الجواز بقاء اسم الأرض.

(و يستحب من العوالي) (١)، وهى ما ارتفع من الأرض للنص، وبعدها من النجاسة، لأن المهابط تقصد للحدث، و منه سمي الغائط لأن أصله المنخفض، سمي الحال باسمه لوقوعه فيه كثيرا.

فى الواجب فى التيمم

(و الواجب) فى التيمم (النيه) (٢) وهى القصد إلى فعله، و سياتى بقيه ما يعتبر فيها (٣)، مقارنة لأول أفعاله (٤) (و) هو (٥) (الضرب على الأرض بيديه) معا (٦)، - وهما ممسوخان (١) لكنه ضعيف فى نفسه و لم يعمل به أحد من الأصحاب.

(١) يستحب أن يكون التيمم من ربي الأرض و عواليها، كما أنه يكره التيمم من مهابطها للإجماع فى الخلاف، و لبعده العوالى عن النجاسات و زوالها عنها غالبا بالسيول و الرياح، و قد ورد تفسير الصعيد بالموضع المرتفع فى الفقه الرضوى: (الصعيد الموضع المرتفع عن الأرض، و الطيب الذى ينحدر عنه الماء) (٢).

(٢) المشتمله على قصد الفعل مع التقرب، إجماعى بل عن المعتمد و التذكرة و جامع المقاصد و الروض دعوى إجماع علماء الإسلام، و يقتضيه مرتكزات المتشرعة فإن رافع الحدث عباده عندهم بخلاف رافع الخبث.

(٣) من قصد البدليه و الاستباحه و الوجه.

(٤) بناء على أن النيه إخطاريه كما تقدم فى بحث نيه الوضوء، و قد عرفت أنها على نحو الداعى فيمكن إيجادها قبل الفعل و تستمر إلى انتهائه.

(٥) أى التيمم.

(٦) فيضرب باطن اليدين معا دفعه على الأرض و نسب إلى المشهور بل فى الذكرى نسبتته إلى معظم عبارات الأصحاب للأخبار منها: خبر عمرو بن أبى المقدام عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أنه وصف التيمم فضرب بيديه على الأرض ثم رفعهما فنفضهما ثم مسح على جبينه و كفيه مره واحده) (٣).

و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (تضرب بكفيك الأرض ثم تنفضهما و تمسح بهما-

ص: ٣٢٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التيمم حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٦ و ٧ و ٥.

و هو وضعهما بمسمى الاعتماد (١)، فلا يكفي مسمى الوضع على الظاهر، خلافا للمصنف في الذكرى فإنه جعل الظاهر الاكتفاء بالوضع، و منشأ الاختلاف تعبير النصوص بكلّ منهما (٢)، و كذا عبارات الأصحاب، فمن جوّزهما (٣) جعله (٤) دالا على أن المؤدى واحد (٥)، و من عيّن الضرب حمل المطلق على المقيد (٦). و إنما يعتبر اليدان معا مع الاختيار (٧)، فلو تعدّرت إحداهما - لقطع أو مرض أو ربط - اقتصر على الميسور (٨) و مسح الجبهه به و سقط مسح اليد (٩).

و يحتمل قويا مسحها بالأرض (١٠) - وجهك و يديك (١).

و يجب حمل ما دل من النصوص على الوضع على الضرب جمعا بين الأخبار كما في خبر زراره: (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول و ذكر التيمم و ما صنع عمار، فوضع أبو جعفر عليه السلام كفيه على الأرض ثم مسح وجهه و كفيه و لم يمسح الذراعين بشيء) ٢ و مثله غيره، و عن ظاهر الشرائع و القواعد و حكي عن الشهيد في الذكرى و الدروس و اختاره المحقق الثاني في حاشيه الإرشاد و جامع المقاصد من كفايه الوضع و هو ليس في محله إلا أن يكون مرادهم من الوضع هو الضرب.

(١) حتى يتحقق مفهوم الضرب.

(٢) من الضرب و الوضع.

(٣) أى جوّز الضرب و الوضع.

(٤) أى جعل اختلاف النصوص.

(٥) و هو الضرب.

(٦) بحمل الوضع على الضرب، إذ الوضع أعم.

(٧) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه.

(٨) لقاعده أن الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٩) أى اليد السليمه فيسقط مسح ظهرها، و أما اليد الأخرى فإن كانت مقطوعه فينتفى الموضوع، و إن كانت موجوده فيجب مسح ظهرها حينئذ.

(١٠) أى مسح اليد السليمه بعد ضرب باطنها و مسح الجبهه بها لقاعده الميسور، بعد الاتفاق على وجوب التيمم به و العمده في كيفية قاعده الميسور و هى غير ظاهره فى -

ص: ٣٢٧

كما يمسح الجبهه بها (١) لو كانتا مقطوعتين (٢)، و ليس كذلك لو كانتا (٣) نجستين، بل يمسح بهما كذلك (٤) مع تعذر التطهير (٥) إلا أن تكون متعديه، أو حائله فيجب التجفيف (٦) و إزاله الحائل (٧) مع الإمكان، فإن تعذر (٨) ضرب بالظهر (٩) إن خلا- منهما (١٠)، و إلا- (١١) ضرب بالجبهه فى الأول (١٢)، و باليد النجسه فى الثانى (١٣)، كما (١٤) لو كان عليها جبيره (١٥).

-كيفيه مخصوصه فيحتمل مسح الكف السليم بالأرض و يحتمل الضرب بالذراع بدلا عن الكف المقطوعه و يحتمل الاستنابه و تعيين واحد من هذه الاحتمالات مشكل.

(١)بالأرض.

(٢)لقاعده الميسور و المعسور، ادعى الاتفاق على وجوب التيمم بالنسبه لمقطوع اليدين إلا- من الشيخ فى المبسوط فادعى سقوط التيمم عنه، ثم على فرض وجوب التيمم فقاعده الميسور هى المحكمه و هى لا- تدل على كيفيه خاصه فيحتمل مسح الجبهه بالأرض و يحتمل ضرب الذراع فى كلتا اليدين بالأرض و مسح الجبهه بهما و يحتمل الاستنابه و تعيين واحد منها مشكل فالاحتياط هو المتعين.

(٣)اليدان، و اشتراط الطهاره فى الماسح و الممسوح مما ادعى عليه جماعه الإجماع منهم الشهيد فى حواشيه على القواعد و عن جامع المقاصد القطع به لكن فى الجواهر: «لم أعثر على مصرح بشىء منه من قدماء الأصحاب».

(٤)مع النجاسه.

(٥)و إلا فإن أمكن التطهير وجب.

(٦)لثلاثا تسرى النجاسه.

(٧)حتى يصدق ضرب باطن اليدين بالأرض.

(٨)أى تعذر التجفيف و إزاله الحائل.

(٩)لصدق اليد على الظهر، و فيه: فيجوز حينئذ ضرب اليد بظهرها على الأرض حال الاختيار إلا أن يدعى الانصراف للباطن، و يسقط مع التعذر.

(١٠)من النجاسه و الحائل.

(١١)فإن لم يخلو الظهر من النجاسه أو الحائل.

(١٢)أى فى النجاسه المسريه.

(١٣) أى مع وجود الحائل.

(١٤) تنظير لجواز الضرب باليد النجسه.

(١٥) فكما جاز الضرب باليد التى عليها جبيره لقاعده الميسور فكذا إذا كانت اليد نجسه مع عدم السرايه.

ص: ٣٢٨

و الضرب (مره للوضوء) (١) أى لتيّمه الذى هو بدل منه،(فيمسح بهما) (١)ذهب المشهور كما فى المنتهى و كشف اللثام أنه يكفى الضرب مره واحده فيما لو كان التيمم بدلا عن الوضوء و يجب تعدد الضرب ضربه للوجه و ضربه لليدين فيما لو كان التيمم بدلا عن الغسل، بل عن جماعه أنه من دين الإماميه و عن التهذيب و التبيان و مجمع البيان أنه مذهب الشيعة.

و عن السيد المرتضى أنه يكفى ضربه واحده فى الجميع و حكى عن المفيد فى العزیه و القديمين و ابن الجنيد و ابن أبى عقيل، و عن على بن بابويه أنه ضربتان فى الجميع و حكى عن جماعه من القدماء.

و مستند المشهور الجمع بين الأخبار فبعضها دال على الاكتفاء بضره واحده كموثق زراره: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن التيمم فضرب بيده إلى الأرض ثم رفعها فنفضها ثم مسح بها جبينه و كفيه مره واحده)^(١) و مثله خبر عمرو بن أبى المقدام ٢ و خبر زراره ٣ و غيرها.

و بعضها دال على الضربتين منها: صحيح إسماعيل بن همام عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (التيمم ضربه للوجه و ضربه للكفين)^(٢).

و الشاهد على جمع المشهور ما رواه العلامة فى المنتهى: (أنه روى الشيخ فى الصحيح عن الصادق عليه السّلام أن التيمم من الوضوء مره واحده و من الجنابه مرتين)^(٣) و كذا صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت له: كيف التيمم؟ قال عليه السلام هو ضرب واحد للوضوء، و الغسل من الجنابه تضرب بيديك مرتين ثم تنفضهما نفضه للوجه و مره لليدين)^(٤).

بل عن كتاب جمل العلم و العمل للسيد المرتضى (و قد روى أن تيممه إن كان عن جنابه أو ما أشبهها ثنى ما ذكرناه من الضربه)^(٥).

و أشكل على هذا الشاهد للجمع بأن صحيح المنتهى لا وجود له فى كتب الأخبار، و قد توهم العلامة وجوده لأن الشيخ فى التهذيب بعد ما جمع الأخبار بالحمل على -

ص: ٣٢٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٣ و ٦ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٤.

٥- (٧) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التيمم حديث ٣.

(جبهته (١) -التفصيل المذكور قال: «مع أنا أوردنا خبرين مفسرين لهذه الأخبار أحدهما عن حريز عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام، والآخر عن ابن أبي عمير عن ابن أذينة عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: إن التيمم من الوضوء مره واحده و من الجنابه مرتان»، و خبر زراره قد تقدم و أما خبر ابن مسلم فهو: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التيمم فضرب بكفيه الأرض ثم مسح بهما وجهه، ثم ضرب بشماله الأرض فمسح بها مرفقه إلى أطراف الأصابع واحده على ظهرها و واحده على بطنها، ثم ضرب يمينه الأرض ثم صنع بشماله كما صنع بيمينه ثم قال: هذا التيمم على ما كان فيه الغسل، و فى الوضوء الوجه و اليدين إلى المرفقين، و ألقى ما كان عليه مسح الرأس و القدمين فلا يؤمم بالصعيد)^(١)، و هذا الخبر محمول على التقية لاشتماله على مسح اليدين إلى المرفقين و على مسح الوجه، فلا يبقى إلا صحيح زراره المتقدم و هو غير ظاهر فى التفصيل لأنه عليه السلام حكم بكونه التيمم ضربا واحدا فى الوضوء و الغسل معا و أنه تضرب يديك مرتين نفضه للوجه و نفضه لليدين، إلا أن يقال: إن قوله عليه السلام: (هو ضرب واحد للوضوء) جملة مستقلة، و قوله عليه السلام: (و الغسل من الجنابه تضرب يديك مرتين) جملة استثنائية و هذا ما فهمه المحقق فى المعبر، بل و الشيخ فى التهذيب حيث جعله شاهدا على الجمع المذكور، بل و كذا السيد فى جمل العلم و العمل حيث لا يوجد إلا هذا الصحيح و خبر ابن مسلم المتقدم، و هذا الفهم من صحيح زراره متعين و إلا لزم تعارض صدره مع ذيله لو حمل الضرب فى صدره على النوع و الجنس، نعم يعارضه موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن التيمم من الوضوء و الجنابه و من الحيض للنساء سواء، فقال: نعم) ^(٢) إلا أن يحمل على التسوية فى الممسوح لا- فى عدد الضربات فى ارتفاع التعارض و هو لا- بد منه لأنه أولى من الطرح. فالعمل على ما عليه المشهور و علله العلامة فى المنتهى بأن الحدث الأصغر و الأكبر حدثان مختلفان فى المبدل من الوضوء و الغسل فيختلفان فى البديل أعنى التيمم بضربه واحده أو بضرتين و منه يظهر ضعف القول بوحده الضرب فى الجميع و بتعدد الضرب فى الجميع.

(١) إجماعى كما عن جماعه بل فى المستند: «هو محل الوفاق بين المسلمين بل هو ضرورى الدين» و يدل عليه موثق زراره المروى فى التهذيب عن المفيد عن أبي جعفر -

ص: ٣٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٦.

(من قصاص الشعر إلى طرف الأنف الأعلى) (١) بادئا بالأعلى (٢) كما أشعر به «من» و «إلى»، و إن احتمل غيره (٣). و هذا القدر من الجبهه متفق عليه، و زاد -عليه السّلام عن التيمم: (فضرب بيده الأرض ثم رفعها فنفضها ثم مسح بها جبهته) (١)، لكن فى الكافى و فى التهذيب أيضا الروايه (ثم مسح بها جبينه).

(١) إجماعى كما عن الانتصار و الغنيه و الروض و الروضه و غيرها، و عن أمالى الصدوق أنه من دين الإماميه، و هو مقتضى تحديد الجبهه و الجبين الواجب مسحهما كما ورد فى النصوص.

نعم عن رساله ابن بابويه و جوب استيعاب الوجه للأخبار الكثيره البالغه أحد عشر خيرا أو أزيد الأمره بمسح الوجه ففى خبر زواره: (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: و ذكر التيمم و ما صنع عمار فوضع أبو جعفر عليه السّلام كفيه على الأرض ثم مسح وجهه و كفيه و لم يمسح الذراعين بشيء) (٢)، و فى خبره الآخر عنه عليه السّلام أيضا فى التيمم:

(تضرب بكفيك الأرض ثم تنفضهما و تمسح بهما وجهك و يديك) (٣)، و صحيح إسماعيل بن همام عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (التيمم ضربه للوجه و ضربه للكفين) (٤). لكن لا بد من حمل الوجه هنا على الجبهه و الجبين لقوله تعالى:

فَأَمْسَحُوا بِيُوجِهِكُمْ (٤) مع ظهور الباء بالتبعيض ففى صحيح زواره أنه قال لأبى جعفر عليه السّلام: (ألا تخبرنى من أين علمت و قلت: إن المسح ببعض الرأس و بعض الرجلين - إلى أن قال -: إن المسح ببعض الرأس لمكان الباء - إلى أن قال -: فلما أن وضع الوضوء عن لم يجد الماء أثبت بعض الغسل مسحا لأنه قال: بِيُوجِهِكُمْ، ثم وصل بها وَ أَيْدِيكُمْ مِنْهُ أى من ذلك التيمم، لأنه علم أن ذلك أجمع لم يجر على الوجه) (٥).

(٢) على المشهور للإجماع المدعى من جماعه، و عن الأردبيلي عدم الوجوب من الأعلى عملا بإطلاق أوامر التيمم و كذا عن كشف اللثام لأصالة العدم.

(٣) لاحتمال أن تكون القيود قيودا للمسوح لا للمسح.

ص: ٣٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٥ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٤- (٥) المائده الآيه: ٦.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التيمم حديث ١.

بعضهم مسح الحاجبين (١)، و نفى عنه المصنف فى الذكرى البأس، و آخرون مسح الجبينين (٢) - و هما المحيطان بالجبهة يتصلان بالصدغين، و فى الثانى قوه لوروده فى بعض الأخبار الصحيحه، أما الأول (٣) فما يتوقف عليه منه من باب المقدمه لا إشكال فيه و إلا فلا دليل عليه.

(ثم) يمسح (ظهر يده اليمنى بطن اليسرى من الزند) بفتح الزاى، و هو موصل طرف الذراع فى الكتف (إلى أطراف الأصابع. ثم) (٤) مسح ظهر (١) ذهب الصدوق إلى وجوب مسحهما و تبعه فى الذكرى و جامع المقاصد، و قد نقل المحقق الثانى فى جامعه عن الصدوق أن به روايه، و الآخرون على عدم وجوب مسحهما لعدم ثبوت الروايه عن الصدوق و لخروجهما عن مسمى الجبهه و الجبينين، نعم يجب مسح شىء منهما من باب المقدمه.

(٢) كما عن جامع المقاصد و المسالك و المدارك و شرح المفاتيح و غيرها، و يدل على ذلك موثق زراره - على روايه الكافى و التهذيب - عن أبى جعفر عليه السلام عن التيمم:

(فضرب بيده إلى الأرض ثم رفعها فنفضها ثم مسح بها جبينه و كفيه مره واحده) (١)، و خبر ابن أبى المقدم عن أبى عبد الله عليه السلام: (ثم مسح على جبينه و كفيه مره واحده) (٢)، و خبر زراره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام (ثم مسح جبينه بأصابعه و كفيه إحداهما بالأخرى) (٣) و كذا غيرها.

و عن الفاضلين و الشهيدين و جماعه عدم الوجوب للاقتصار على الجبهه فى بعض الأخبار كخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى روايه التهذيب: (ثم مسح بهما جبهته) (٣)، و صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (ثم مسح بهما وجهه) (٤)، بناء على أن المراد منه و من غيره المقتصر على الوجه أنه الجبهه فقط.

(٣) و هو مسح الحاجبين.

(٤) فمسح اليدين ثابت بالاتفاق، و على المشهور المسح من الزند إلى أطراف الأصابع، و عن على بن بابويه وجوب مسح الذراعين أيضا لصحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله -

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٦ و ٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٥.

(اليسرى) يبطن اليمنى (كذلك) مبتدئا بالزند إلى الآخر كما أشعر به كلامه (و مرتين للغسل) (١) إحداهما يمسح بها جبهته و الأخرى يديه (٢).

-عليه السلام الوارد في التيمم: (فمسح بها مرفقه إلى أطراف الأصابع) (١)، و صحيح ليث المرادى عن أبي عبد الله عليه السلام: (و تمسح بهما وجهك و ذراعيك) ٢، و موثق سماعه:

(فمسح بها وجهه و ذراعيه) (٢)، لكنها محمولة على التقيه لموافققتها للعامة و لمعارضتها لجمله من الأخبار منها: صحيح زراره: (سمعت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال -: ثم مسح وجهه و كفيه و لم يمسح الذراعين بشيء) (٣).

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام: (ثم مسح جبينه بأصابعه و كفيه إحداهما بالأخرى ثم لم يعد ذلك) (٤).

و عن السرائر عن قوم من أصحابنا أن المسح من أصول الأصابع و يشهد له مرسل حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام: (فامسح على كفيك من حيث موضع القطع) (٥)، و إرساله و معارضه الأخبار المتقدمه له يمنعان من العمل به.

و المسح بباطن كل منهما لظهر الأخرى للأخبار التي تقدم بعضها و منها: حسنه الكاهلي: (ثم مسح كفيه إحداهما على ظهر الأخرى) (٦).

و موثق زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (ثم مسح كفيه كل واحد على الأخرى) ٨.

و تقديم اليمنى بالاتفاق و يشهد له موثق زراره المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام: (فمسح اليسرى على اليمنى و اليمنى على اليسرى) (٧).

(١) قد تقدم الكلام و هو الحق.

(٢) للأخبار منها: صحيح إسماعيل بن همام عن الرضا عليه السلام: (التيمم ضربه للوجه و ضربه للكفين) (٨) -.

ص: ٣٣٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٥ و ٢ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التيمم حديث ٣ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٥ .

٤- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٨ .

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب التيمم حديث ٢ .

٦- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٩ .

٧- (٩) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٩ .

٨- (١٠) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٣ و ٤ .

(و يتيمم غير الجنب) ممن عليه حدث يوجب الغسل عند تعذر استعمال الماء مطلقا (١)(مرتين) (٢) إحداهما بدلا من الغسل بضربتين (٣)، والأخرى بدلا من الوضوء بضربه. و لو قدر على الوضوء خاصة وجب، و تيمم عن الغسل كالعكس (٤)، مع أنه (٥) يصدق عليه أنه محدث غير جنب، فلا بدّ في إخراجِه (٦) من قيد، و كأنه تركه (٧) اعتمادا على ظهوره.

(و يجب في النية) قصد (البديهي) (٨) من الوضوء، أو الغسل إن كان التيمم بدلا عن أحدهما كما هو الغالب، فلو كان تيممه لصلاه الجنازه (٩) أو للنوم على - و صحيح زرارِه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث و قد تقدم: (و الغسل من الجنابه تضرب يديك مرتين ثم تنفضهما نفضه للوجه و مره لليدين)(١٠).

(١) في الوضوء أو الغسل.

(٢) مره بدلا عن الغسل و مره بدلا عن الوضوء باعتبار أن غسل غير الجنابه لا يسقط الوضوء و قد تقدم ضعف المبني سابقا.

(٣) لما ثبت أن التيمم عن الغسل لا بد فيه من ضربتين ضربه للوجه و ضربه لليدين.

(٤) و هو فيما لو قدر على الغسل دون الوضوء فيغتسل و يتيمم للوضوء.

(٥) أي أن القادر على الاغتسال دون الوضوء مع أنه محدث بحدث غير الجنابه.

(٦) من عموم قوله بوجوب التيمم مرتين.

(٧) ترك الإخراج، هذا و اعلم أن أدله تشريع التيمم تقتضى بديهي التيمم عن الوضوء و الغسل لا بديهي التراب عن الماء و عليه فإذا كان عليه غسل واحد أو وضوء واحد فيكفي له تيمم واحد، و إذا كانت متعدده فلا بد من تعدد التيمم، و إذا كان بعض الاغسال كافيا عن الوضوء كان التيمم بدلا عنه مغنيا عن الوضوء إجراء لحكم الأصل على البديل قضاء لحق البديهي بل في الجواهر: «قد يشعر كشف اللثام بعدم خلاف فيه».

(٨) لاختلاف التيمم باختلاف المبدل عنه، فحقيقه التيمم الذي هو بدل عن الغسل تكون بضربتين بخلاف التيمم الذي هو بدل عن الوضوء فإنه بضربه واحده، و التيمم الذي هو بدل عن غسل الجنابه يسقط الوضوء بخلاف التيمم الذي هو بدل عن الوضوء فإنه امتثال له، فلا بد من قصد البديهي حتى تتعين ماهية التيمم البدلي.

(٩) أما التيمم لصلاه الجنازه بالاتفاق لموثق سماعه: (سألته عن رجل مرت به جنازه و هو -

ص: ٣٣٤

١- (١) المصدر السابق.

طهاره (١)، أو لخروجه جنباً من أحد المسجدين (٢) - على القول باختصاص -على غير وضوء كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يضرب يديه على حائط اللبن فيتيمم به (١)، و مرسل حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام: (الطامث تصلى على الجنائز لأنه ليس فيها ركوع ولا سجود والجنب يتيمم ويصلى على الجنائز) (٢)، ولكن عن جماعه الاقتصار على صورته ما لو خاف الفوت كما وقع التصريح به في خبر الحلبي: (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن الرجل تدركه الجنائز وهو على غير وضوء فإن ذهب يتوضأ فاتته الصلاة عليها، قال عليه السّلام: يتيمم ويصلى) (٣).

(١) و أما التيمم للنوم على طهاره لمرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (من تطهر ثم آوى إلى فراشه بات و فراشه كمسجده، فإن ذكر أنه ليس على وضوء فتيمم من دثاره كائنا ما كان لم يزل في صلاه ما ذكر الله) (٤)، و هو ظاهر في التيمم عن الحدث الأصغر فقط و في خصوص حال النسيان مع أن المشهور عمموا الحكم للأكبر و في حال التعمد و عدم النسيان مع أنه ورد بالنسبه للأكبر عدم مشروعيه التيمم إلا عند فقدان الماء كخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام عن أبيه، عن أمير المؤمنين عليهم السّلام: (لا ينام المسلم و هو جنب، و لا ينام إلا على طهور، فإن لم يجد الماء فليتيمم بالصعيد) (٥).

(٢) و أما التيمم للخروج جنباً من أحد المسجدين لصحيح أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا كان الرجل نائماً في المسجد الحرام أو مسجد الرسول صلى الله عليه وآله و سلم فاحتلم فأصابته جنباه فليتيمم، و لا يمزّ في المسجد إلا متيمماً، و لا بأس أن يمزّ في سائر المساجد و لا يجلس في شيء من المساجد) (٦)، و ظاهره الاقتصار على المحتلم فلا يعم من حدث له جنباه في المسجد. و لو عمداً أو كان جنباً فدخل كما عن جماعه.

ففي هذه المواطن الثلاثه يشرع التيمم و إن وجد الماء كما عليه المشهور، و إن كان الحق أن مشروعيه التيمم للمحتلم في المسجدين لأن اللبث من أجل الغسل حتى -

ص: ٣٣٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه الجنائز حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب صلاه الجنائز حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه الجنائز حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الوضوء حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الجنابه حديث ٣.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الجنابه حديث ٦.

التيمم بذلك (١) - كما هو أحد قولى المصنف - لم يكن (٢) بدلا من أحدهما (٣) مع احتمال بقاء العموم (٤) بجعله فيها (٥) بدلا اختياريا.

(و) يجب فيه (٦) نيه (الاستباحه) (٧) لمشروط بالطهاره (و الوجه) من وجوب، أو ندب، و الكلام فيهما (٨) كالمائيه (و القربه) و لا ريب فى اعتبارها فى كل عبادته مفتقره إلى نيه ليتحقق الإخلاص المأمور به (٩) فى كل عبادته.

(و) تجب فيه (الموالاه) (١٠) بمعنى المتابعه بين أفعاله بحيث لا يعدّ مفزقا - يخرج على فرض وجود الماء فى داخله هو أكثر من اللبث للتيمم، مع أن اللبث محرم فىكون ممنوعا شرعا من استعمال الماء فلذا شرّع التيمم فى حقه، و كذا مشروعيه التيمم لمن خاف فوت صلاه الجنازه فالعذر عن استعمال الماء هو خوف الفوت فلا يبقى إلا التيمم للنوم لمن تذكر أنه على غير وضوء و هو فى فراشه.

(١) بالخروج جنبا من أحد المسجدين إذا كان محتلما، أما لو كانت جنبته عمدية أو كان جنبا خارج المسجد و دخل فلا يشرّع التيمم فى حقه.

(٢) أى التيمم فى هذه الصور الثلاثه.

(٣) من الغسل أو الوضوء.

(٤) فى كلام المصنف من قصد البديله.

(٥) أى يجعل التيمم فى هذه المواطن الثلاثه.

(٦) أى فى التيمم.

(٧) ذهب العلامة فى المنتهى إلى وجوب نيه الاستباحه و لا يجوز نيه رفع الحدث لأنه غير رافع بإجماع علمائنا، و متى لم يرفع لم تصح نيته شرعا، و لذا يجب على التيمم الطهاره لو وجد الماء بالنسبه للحدث السابق و هذا أكبر دليل على عدم رفعه الحدث ففى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (و متى أصبت الماء فعليك الغسل إن كنت جنبا و الوضوء إن لم تكن جنبا) (١).

(٨) أى فى الاستباحه و الوجه و أنه لا دليل ينهض على وجوبهما.

(٩) فى قوله تعالى: وَ مَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ (٢).

(١٠) إجماعى كما عن الغنيه و التذكره و المنتهى و جامع المقاصد و الروض و الحدائق و غيرها، -

ص: ٣٣٦

عرفا. و ظاهر الأصحاب الاتفاق على وجوبها، و هل يبطل بالإخلال بها أو يَأْثَمُ خاصه وجهان (١). و على القول بمراعاة الضيق فيه مطلقا (٢) يظهر قوّه الأول (٣) و إلا فالأصل يقتضى الصحه (٤).

(و يستحبّ نفض اليدين) بعد كلّ ضربه (٥) بنفخ ما عليهما من أثر - و هو العمده فى وجوبها لا أدله البديله و لا أخبار التيمم لقصور الأولى و إجمال الثانيه.

نعم استدل عليه علامه فى المنتهى بالفاء فى قوله تعالى: فَتَيَمَّمُوا ، و استدل المحقق الثانى فى جامعهه بالفاء فى قوله تعالى: فَامْسَحُوا بِرُءُوسِكُمْ ، و مقتضى الإطلاق فى معاهد الإجماعات عدم الفرق بين ما هو بدل عن الوضوء و ما هو بدل عن الغسل، و قد ذهب الشهيد فى الدروس إلى عدم اعتبارها فى الثانى اعتمادا على دليل البديله و عن النهايه للعلامه احتماله.

(١) مبنيان على أن الإخلال هل يوجب انتفاء اسم التيمم لانتفاء ماهيته بالتفريق فيحكم بالبطلان، أو لا يوجب ذلك بل يَأْثَمُ بترك الموالاه الواجبه ليس إلا.

(٢) سواء توقع زوال العذر أم لا.

(٣) لأنه مع ضيق الوقت تجب الموالاه فى التيمم و إلا لزم وقوع شىء من العباده المشروطه به فى خارج الوقت، فيكون الإخلال فى الموالاه منهيا عنه، و النهى فى العبادات مفسد، و فيه: أنه مبنى على المضايقه بالمعنى الحقيقى بحيث يقتصر على واجبات الصلاه مع أن مرادهم من المضايقه هو المعنى العرفى الشامل للصلاه بواجباتها و مندوباتها، فلو أخلّ بالموالاه حينئذ على نحو يضر بمندوبات الصلاه دون واجباتها لوجب أن لا يكون مبطلا لعدم النهى عنه حينئذ.

(٤) و فيه بعد ثبوت وجوب الموالاه و لو بالإجماع فتكون الموالاه شرطا فى التيمم و الإخلال بها موجب للإخلال بالتيمم لفقد المشروط عند فقدان شرطه.

(٥) فى المدارك أنه مذهب الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا، و عن المختلف أنه مذهب الأصحاب عدا ابن الجنيد، و يشهد له صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (تضرب بيديك مرتين ثم تنفضهما نفضه للوجه و مره لليدين) (١)، و خبر ليث: (تضرب بكفيك على الأرض مرتين ثم تنفضهما و تمسح بهما) ٢، و خبر زراره: (تضرب بكفيك الأرض ثم تنفضهما) (٢).

ص: ٣٣٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التيمم حديث ٤ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التيمم حديث ٧.

الصعيد، أو مسحهما، أو ضرب إحداهما بالأخرى)

فى أن التيمم فى آخر الوقت

(و ليكن) التيمم (عند آخر الوقت) (١) بحيث يكون قد بقى منه (٢) - و يظهر من المقاصد العليه القول بوجوبه و هو ضعيف لما قاله فى المدارك: «وقد أجمع الأصحاب على عدم وجوبه، قاله فى التذكرة» و لخلو بعض الأخبار الوارده فى التيمم عنه و هذا دليل على استحبابه فى هذه الأخبار الآمره به.

(١) ذهب إليه المشهور مطلقاً أو عند المتقدمين للأخبار منها: خبر زراره عن أحدهما عليهم السّلام: (إذا لم يجد المسافر الماء فليطلب ما دام فى الوقت فإذا خاف أن يفوته الوقت فليتيمم و ليصل فى آخر الوقت فإذا وجد الماء فلا قضاء عليه و ليتوضأ لما يستقبل) (١).

و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا لم تجد ماء و أردت التيمم فأخر التيمم إلى آخر الوقت فإن فاتك الماء لم تفتك الأرض) (٢).

و موثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فإذا تيمم الرجل فليكن ذلك فى آخر الوقت، فإن فاته الماء فلن تفوته الأرض) (٣).

و عن جماعه منهم العلامه و الشهيد و سيد المدارك أنه يجوز التيمم فى سعه الوقت و إن احتمل ارتفاع عذره أو ظن ذلك للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام:

(فإن أصاب الماء و قد صلى بتيمم و هو فى وقت؟ قال عليه السّلام: تمت صلاته و لا إعاده عليه) (٤) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تيمم و صلى ثم بلغ الماء قبل أن يخرج الوقت، فقال عليه السّلام: ليس عليه إعاده الصلاه) (٥).

و صحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل أجنب فتيمم بالصعيد و صلى ثم وجد الماء، قال عليه السّلام: لا يعيد، إن رب الماء رب الصعيد، فقد فعل أحد الطهورين) (٦).

و عن جماعه كالمحقق فى المعتمد و العلامه فى التذكرة و النهايه و المختلف و الشهيد هنا بل فى جامع المقاصد نسبتبه إلى أكثر المتأخرين أنه يجوز التقديم مع العلم باستمرار العجز و عدمه مع عدمه و به يجمع بين النصوص المتقدمه.

(٢) من الوقت.

ص: ٣٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التيمم حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التيمم حديث ٩ و ١١ و ١٥.

مقدار فعله (١) مع باقى شرائط الصلاة المفقوده و الصلاة (٢) تامه الأفعال علما أو ظنًا، و لا يؤثر فيه (٣) ظهور الخلاف (٤) (وجوبًا مع الطمع فى الماء) و رجاء حصوله و لو بالاحتمال البعيد (و إلا (٥) استحبابًا) على أشهر الأقوال (٦) بين المتأخرين، و الثانى - و هو الذى اختاره المصنف فى الذكرى و ادعى عليه المرتضى و الشيخ الإجماع - مراعاة الضيق مطلقًا (٧)، و الثالث جوازه مع السعه مطلقًا (٨)، و هو قول الصدوق. و الأخبار (٩) بعضها دال على اعتبار الضيق مطلقًا و بعضها غير مناف له (١٠)، فلا وجه للجمع بينها (١١) بالتفصيل. هذا فى التيمم المبتدأ.

أما المستدام - كما لو تيمم لعباده عند ضيق وقتها و لو بنذر ركعتين فى وقت معين يتعذر فيه الماء، أو عباده راجحه بالطهاره و لو ذكرًا - جاز فعل غيرها به (١٢) مع السعه (١٣).

(١) أى مقدار فعل التيمم.

(٢) عطف على قوله: فعله.

(٣) فى علمه أو ظنه بضيق الوقت.

(٤) بحيث تبين سعه الوقت، لأن المدار على ما يعلم لا على الوجود الواقعى.

(٥) فمع اليأس عن وجود الماء فيجوز التيمم.

(٦) و هو القول الثالث المتقدم فى الشرح.

(٧) سواء طمع فى الماء أم لا و سواء علم بزوال عذره أم لا و هو القول الأول المتقدم فى الشرح.

(٨) سواء طمع فى الماء أم لا و سواء علم بزوال عذره أم لا، و هذا هو القول الثانى المتقدم فى الشرح.

(٩) قد تقدم بعضها.

(١٠) بل تدل على التوسعه فتنافى وجوب اعتبار الضيق.

(١١) بل له وجه قد تقدم.

(١٢) بهذا التيمم السابق.

(١٣) بالنسبه للصلاه الجديده، فصريح كلام جماعه من الأصحاب أن محل الخلاف فى جواز البدار و عدمه لغير التيمم، أما التيمم فهو خارج عن مفاد النصوص الداله على المضايقه و هذا ما أفتى به الشيخ فى المبسوط مع أنه من القائلين بالمضايقه. -

فى أنه لو تمكّن من الماء انتقض

(و لو تمكّن من) استعمال (الماء انتقض) تيممه (١) عن الطهاره التى تمكّن منها، فلو تمكّن من عليه غير غسل الجنابه من الوضوء خاصه (٢)، انتقض تيممه خاصه (٣)، و كذا الغسل (٤). و الحكم بانتقاضه بمجرد التمكّن (٥) مبنى على الظاهر.

و أما انتقاضه مطلقا (٦) فمشروط بمضىّ زمان يسع فعل المائيه متمكنا منها (٧)، فلو طرأ بعد التمكّن مانع قبله (٨) كشف عن عدم انتقاضه (٩)، سواء شرع فيها (١٠) -و عن السيد فى المصباح عدم جواز الصلاه بهذا التيمم مع سعه وقتها، و تابعه على ذلك الشهيد فى البيان لأن نصوص المضايقه ظاهره فى عدم جواز الصلاه بالتيمم فى سعه الوقت لا مجرد عدم جواز التيمم، و فيه منع ذلك بالإضافة إلى إطلاق جملة من الأخبار منها: صحيح حماد: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل لا يجد الماء أ تيمم لكل صلاه؟ فقال عليه السلام: لا، هو بمنزله الماء) (١).

و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (يصلى الرجل بتيمم واحد صلاه الليل و النهار كلها؟ فقال عليه السلام: نعم ما لم يحدث أو يصب ماء) ٢.

(١) بالاتفاق و يدل عليه الأخبار الكثيره منها: صحيح زراره المتقدم (قلت لأبى جعفر عليه السلام: يصلى الرجل بتيمم واحد صلاه الليل و النهار كلها؟ فقال عليه السلام: نعم ما لم يحدث أو يصب ماء) (٢).

(٢) قيد الغسل بغير الجنابه لأن بقيه الأغسال تحتاج إلى الوضوء على مبناه كما تقدم.

(٣) أى التيمم الذى هو بدل عن الوضوء.

(٤) و لو تمكّن من الغسل سواء كان جنبه أو غيره فينتقض التيمم الذى هو بدل عنه.

(٥) أى عند أول التمكّن.

(٦) ظاهرا و باطنا.

(٧) من المائيه.

(٨) أى قبل التمكّن من المائيه.

(٩) أى انتقاض التيمم.

(١٠) فى المائيه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب التيمم حديث ٣ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب التيمم حديث ١.

أم لا. كوجوب الصلاة (١) بأول الوقت، و الحج للمستطيع بسير القافلة مع اشتراط استقرار الوجوب بمضى زمان يسع الفعل، لاستحاله التكليف بعباده في وقت لا يسعها (٢)، مع احتمال انتقاضه مطلقا (٣)، كما يقتضيه ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب (٤).

و حيث كان التمكن من الماء ناقضا، فإن اتفق (٥) قبل دخوله في الصلاة انتقض إجماعا على الوجه المذكور (٦) و إن وجده بعد الفراغ (٧) صحت (٨)، و انتقض بالنسبة إلى غيرها (و لو وجده في أثناء الصلاة) و لو بعد التكبير (أتمها) (٩) مطلقا (١) أى انتقاض التيمم مشروط بمضى زمان يسع المائيه كما أن وجوب الصلاة عند أول الوقت مشروط بمضى زمان يسع فعلها، و كما أن الحج بالنسبة للمستطيع إذا سارت القافلة مشروط بمضى زمان يسع فعله.

(٢) لأنه محال و هو قبيح عقلا.

(٣) عند مجرد التمكن سواء تمكن من فعل المائيه فيما بعد أم لا لإطلاق الأخبار المتقدمه، و فيه: إن الأخبار ظاهره في إصابه الماء بحيث كان قادرا على استعماله و يؤيده خبر أبي أيوب: (إذا رأى الماء و كان يقدر عليه انتقض التيمم) (١).

(٤) بل صرح المحقق الثانى و نفس الشارح فى المسالك و غيرهما بكون المراد من إصابه الماء هو التمكن من استعماله.

(٥) أى التمكن من الماء.

(٦) أى التمكن من الماء و من استعماله.

(٧) من الصلاة.

(٨) للأخبار الكثيره منها: خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن الرجل إذا أجنب و لم يجد الماء قال: يتيمم بالصعيد، فإذا وجد الماء فليغتسل و لا يعيد الصلاة) (٢).

و خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا لم يجد الرجل طهورا و كان جنبا فليمسح من الأرض و ليصل، فإذا وجد ماء فليغتسل و قد أجزأته صلاته التى صلى) ٣.

(٩) ذهب الشيخ فى النهايه و الصدوق و السيد و الجعفى و الأردبيلي و جماعه إلى أنه إذا وجد -

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب التيمم حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٧.

(على الأصح) عملاً بأشهر الروايات و أرجحها سنداً (١)، و اعتضاداً بالنهي الوارد -الماء قبل الركوع من الركعة الأولى فقد بطل تيممه فعليه الوضوء و استئناف الصلاة و إن كان بعد الركوع فلا- يبطل و يتم الصلاة للأخبار منها: صحيح زراره: (قلت لأبي جعفر عليه السّلام: إن أصاب الماء و قد دخل في الصلاة، قال عليه السّلام: فلينصرف فليتوضأ ما لم يركع، فإن كان قد ركع فليمض في صلاته، فإن التيمم أحد الطهورين)(١).

و خبر عبد الله بن عاصم عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل لا يجد الماء فيتيمم و يقوم في الصلاة فجاء الغلام فقال: هو ذا الماء، فقال عليه السّلام: إن كان لم يركع فلينصرف و ليتوضأ، و إن كان قد ركع فليمض في صلاته)٢.

و ذهب المشهور إلى أنه يمضى إذا تلبس بتكبيره الإحرام و لم يركع و لم يقرأ لخبر محمد بن حمران عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قلت له: رجل تيمم ثم دخل في الصلاة و قد كان طلب الماء فلم يقدر عليه ثم يأتى بالماء حين يدخل في الصلاة، قال عليه السّلام: يمضى في الصلاة)(٢)، و صحيح زراره و محمد بن مسلم أنهما قالاً لأبي جعفر عليه السّلام: (فى رجل لم يصب الماء و حضرت الصلاة فتيمم و صلى ركعتين ثم أصاب الماء أ ينقض الركعتين أو يقطعهما و يتوضأ ثم يصلى؟ قال عليه السّلام: لا، و لكنه يمضى في صلاته فيتمها و لا ينقضها لمكان أنه دخلها و هو على طهر بتيمم)٤، و الأخير و إن كان مورده إصابه الماء بعد الركعتين إلا أن التعليل فيه دال على عدم نقض الصلاة إذا دخلها بتيمم و لو وجد الماء قبل الركوع من الركعة الأولى، و قد حملت النصوص السابقة عند المشهور على الاستحباب.

و فيه: إن مستند المشهور مطلق فلا بد من حمله على الأخبار المقيدة بالركوع من باب حمل المطلق على المقيد.

و عن سائر أنه ينقض الصلاة إلا إذا قرأ فلا ينقض و هو مما لا شاهد له كما اعترف بذلك جماعه.

و عن ابن حمزه فى الوسيله من وجوب القطع مطلقاً عند سعة الوقت و إلا- فلا- و هو أيضاً مما لا شاهد له كما اعترف بذلك جماعه أيضاً.

(١) لصحه خبر زراره و محمد بن مسلم المتقدم، و فيه أن خبر زراره المقيد بالركوع صحيح أيضاً.

ص: ٣٤٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب التيمم حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب التيمم حديث ٣ و ٤.

عن قطع الأعمال (١) و لا فرق في ذلك بين الفريضة و النافله (٢).

و حيث حكم بالإتمام فهو للوجوب على تقدير وجوبها (٣)، فيحرم قطعها و العدول بها إلى النافله، لأن ذلك (٤) مشروط بأسباب مسوّغه (٥) و الحمل على ناسى الأذان (٦) قياس، و لو ضاق الوقت (٧) فلا إشكال في التحريم (٨).

و هل ينتقض التيمم بالنسبه إلى غير هذه الصلاه على تقدير عدم التمكن منه (٩) بعدها؟ (١٠) الأقرب عدم (١١)، لما تقدم من أنه مشروط بالتمكن و لم (١) و هو قوله تعالى: وَلَا تُبْطَلُوا أَعْمَالَكُمْ (١)، و فيه إنه ظاهر في إحباط الثواب لا إبطال الأجزاء و الشرائط.

(٢) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٣) أى على تقدير وجوب الصلاه لحرمة قطعها كما سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى فى كتاب الصلاه.

(٤) من قطع الفريضة و العدول بها إلى النافله.

(٥) كإدراك فضيله الجماعه من أولها أو خوف فوتها و نحو ذلك كما سيأتى ذكره.

(٦) فيما لو نسى الأذان و تذكر بعد الصلاه فيجوز له قطعها و العدول بها إلى النافله.

(٧) و لو عن إدراك ركعه مع الطهاره المائيه.

(٨) بل هو من باب عدم التمكن من الطهاره المائيه فلا ينتقض التيمم.

(٩) من الماء.

(١٠) بعد هذه الصلاه.

(١١) بل الأقرب التفصيل من أنه إذا وجد الماء فى أثناء الصلاه بعد الركوع أو بعد التلبس فإن كان زمان الوجدان غير كاف للوضوء أو الغسل على تقدير عدم كونه فى الصلاه فلا- ينتقض تيممه لعدم تمكنه من المائيه، و إن كان زمان الوجدان كافيا للوضوء أو الغسل على تقدير عدم كونه فى الصلاه فالظاهر انتقاض تيممه و به جزم الشيخ و مال إليه العلامه فى التذكرة و المنتهى لإطلاق الأخبار الداله على انتقاض التيمم بوجدان الماء، و مجرد الحكم بالصحه بالنسبه للصلاه لا يقتضى الحكم بالصحه بالنسبه لغيرها.

و عن المحقق فى المعبر و الشهيد فى الدروس و البيان و الذكري و المحقق الثانى فى جامعه و الشارح فى مسالكة أيضا كما هنا و سيد المدارك عدم الانتقاض لأن المانع-

يحصل، و المانع الشرعى كالعقلى.

و مقابل الأصح أقوال: منها الرجوع ما لم يركع، و منها الرجوع ما لم يقرأ، و منها التفصيل بسعه الوقت و ضيقه، و الأخيران لا شاهد لهما، و الأول مستند إلى روايه معارضه بما هو أقوى منها (١).

-الشرعى و هو إتمام الصلاه هنا كالمانع العقلى و هذا كاشف عن عدم تمكنه من الطهاره المائيه و الأحوط الأول.

(١) بل مستند المشهور و مستند غيره متساويان فى عدد الروايات و فى كون الصحيح فى كل منهما فالترجيح لأحدهما ليس فى محله فضلا عن أن الجمع العرفى بحمل المطلق على المقيد يقتضى ترجيح أخبار الركوع لا أخبار التلبس.

ص: ٣٤٤

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه .شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه الدمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/٣/ش ٩٠٢١٢ ١٣٨٥

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ١٠٣٣٥٦٠

ص: ١

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

تالیف محمدحسن ترحینی العاملی

ص: ۴

(١ - كتاب الصلاة (١) فصوله أحد عشر):

الفصل الأول في أعدادها

في عدد الواجب من الصلاة

((و الواجب سبع) (٢) صلوات:

(١) اعلم أنّ الصلاة عمود الدين ففي الخبر: (إن عمود الدين الصلاة، و هي أول ما ينظر فيه من عمل ابن آدم فإن صحت نظر في عمله، و إن لم تصح لم ينظر في بقيه عمله) (١)

و في صحيح معاوية بن وهب: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أفضل ما يتقرب به العباد إلى ربهم و أحب ذلك إلى الله (عز وجل) ما هو؟ فقال: ما أعلم شيئاً بعد المعرفة أفضل من هذه الصلاة، ألا ترى أن العبد الصالح عيسى ابن مريم عليه السلام قال: و أوصاني بالصلاة و الزكاه ما دمت حياً) (٢)، و الأخبار كثيره على فضلها و أهميتها و المحافظه عليها، و أنها خير موضوع و هي الميزان و المعيار لسائر أعمال الأنام، و أن صلاه فريضه خير من عشرين حجه، و أنه ليس شيء من خدمته تعالى يعدل الصلاة، و أنه لو يعلم المصلي ما في الصلاة ما انفتل إلى غير ذلك من الآثار. و قال السيد بحر العلوم في درّته:

تنهى عن المنكر و الفحشاء أقصر فهذا منتهى الثناء

(٢) عدّها الشهيد سبعا في كتبه و جماعه غيره و هي: اليوميه و الجمعه و العيدان و الآيات -

ص: ٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١.

(اليومية) الخمس الواقعه فى اليوم و الليله، نُسبت إلى اليوم تغليبا، أو بناء على إطلاقه (١) على ما يشمل الليل (و الجمعة و العيدان و الآيات و الطواف و الأموات و الملتزم بنذر و شبهه) و هذه الأسماء إمّا غالبه عرفا، أو بتقدير حذف المضاف فيما عدا الأولى (٢)، و الموصوف فيها (٣). و عدها سبعة أسد مما صنع من قبله حيث عدّوها تسعه بجعل الآيات ثلاثا بالكسوفين (٤).

و فى إدخال صلاه الأموات (٥) اختيار إطلاقها عليها (٦) بطريق الحقيقه الشرعيه، و هو الذى صرّح المصنف باختياره فى الذكري. و نفى الصلاه عما لا فاتحه فيها (٧) و لا طهور (٨)،

و الطواف و الجنائز و ما يوجب الإنسان على نفسه بنذر و شبهه، و عدّها المحقق فى المعتبر تسعا فقال: «فالواجب تسع: الصلوات الخمس و صلاه الجمعة و العيدين و الكسوف و الأموات و الزلزله و الآيات و الطواف و ما يلتزمه الإنسان بنذر و شبهه» و نحوه ما عن القواعد، فجعل الكسوف و الآيات و الزلزله أقساما متقابله مع أن الجميع مندرج فى صلاه الآيات و هذا ما اقتصر عليه الشهيد.

ثم الدليل على وجوب كل واحده من المذكورات موكول إلى محله، و أما عدم وجوب غيرها فهو إجماعى قال فى المعتبر: «هو مذهب أهل العلم، و قال أبو حنيفه: الوتر واجب و هو عنده ثلاث ركعات بتسليمه واحده لا يزداد عنها و لا ينقص، و أول وقته بعد المغرب و العشاء مقدمه و آخره الفجر» و سيأتى الكلام فى ذلك.

(١) أى إطلاق اليوم.

(٢) فىقال: صلاه الجمعة و صلاه العيدين و هكذا.

(٣) أى و بتقدير حذف الموصوف فى الأولى فقولهم: اليومية، يراد به الصلاه اليوميه.

(٤) بل عباره المحقق فى المعتبر تدل على أن صلاه الآيات ثلاثا بالآيات و الزلزله و الكسوف.

(٥) فى أقسام الصلاه الواجبه.

(٦) أى إطلاق الصلاه على صلاه الميت.

(٧) و صلاه الميت لا فاتحه فيها فى النبوى: «لا صلاه إلا بفاتحه الكتاب» (١).

(٨) و صلاه الميت لا طهور فيها فى الخبر عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (و لا صلاه إلا بطهور) (٢).

ص: ٨

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوضوء حديث ١.

و الحكم بتحليلها بالتسليم (١) ينافى الحقيقه.

و بقى من أقسام الصلاه الواجبه صلاه الاحتياط و القضاء، فيمكن دخولهما فى الملتزم، و هو الذى استحسنه المصنف (٢)، و فى اليوميه (٣)، لأن الأول مكمل لما يحتمل فواته منها، و الثانى فعلها فى غير وقتها، و دخول الأول (٤) فى الملتزم، و الثانى فى اليوميه، و له وجه وجه (٥).

فى عدد المندوب من الصلاه

(و المندوب) من الصلاه (لا حصر له) فإن الصلاه خير موضوع، فمن شاء استقل و من شاء استكثر (٦) (و أفضله الرواتب) اليوميه (٧) التى هى ضعفها (٨) (فللظهر ثمان) ركعات (قبلها) (٩)، و للعصر ثمان ركعات قبلها، و للمغرب أربع

(١) ففى خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: افتتاح الصلاه الوضوء و تحريمها التكبير و تحليلها التسليم) (١) و صلاه الميت لا تسليم فيها.

(٢) فى الذكرى على ما قيل.

(٣) احتمال ثان.

(٤) احتمال ثالث و المراد بالأول هو صلاه الاحتياط.

(٥) لأن صلاه الاحتياط قد وجبت بطرو حاله الشك على المكلف و هو ملتزم بما يترتب على شكه، و هو حمل بعيد لأن الملزم هو الشارع و ليس للمكلف دخل فالأولى إدخالهما فى اليوميه.

(٦) ففى النبوى: (الصلاه خير موضوع فمن شاء استقل و من شاء استكثر) (٢) و فى ثان:

(الصلاه خير موضوع استكثر أم استقل) ٣.

(٧) ففى الجواهر: أنه لا ريب فيه، و عن البعض: أنه من المسلمات بين الأصحاب، و تستفاد الأفضليه مما ورد من كثره الحث على فعلها، و أنها من علامات المؤمن، و أنها مكملات للفرائض.

(٨) أى أن الرواتب اليوميه ضعف اليوميه.

(٩) للأخبار منها: خبر الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (الفريضة و النافله إحدى و خمسون ركعه، منها ركعتان بعد العتمه جالسا تُعدان بركعه) (٣) و خبر حماد بن عثمان: (سألت أبا-

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١٠.
- ٢- (٢ و ٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٨ و ٩.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢.

(بعدها، و للعشاء ركعتان جالسا) (١) أى الجلوس ثابت فيهما بالأصل لا رخصه، لأن الفرض منهما واحده ليكمل بها ضعف الفريضة، و هو يحصل بالجلوس فيهما، لأن الركعتين من جلوس ثوابهما ركعه من قيام.

(و يجوز قائما) (٢) بل هو أفضل على الأقوى للتصريح به فى بعض الأخبار (٣)، و عدم دلالة ما دلّ على فعلهما جالسا على أفضليته (٤)، بل غايته الدلالة على الجواز، مضافا إلى ما دلّ على أفضلية القيام فى النافله مطلقا (٥)

عبد الله عليه السلام عن صلاه رسول الله عليه السلام بالنهار، فقال: و من يطيق ذلك، ثم قال:

و لكن ألا- أخبرك كيف أصنع أنا؟ فقلت: بلى، فقال: ثمانى ركعات قبل الظهر و ثمان بعدها، قلت: فالمغرب؟ قال أربع بعدها(١).

(١) لخبر الفضيل المتقدم و حسنه البنظى عن أبى الحسن عليه السلام: (و ركعتين بعد العشاء من قعود تعدان بركعه من قيام)(٢) و كذا غيرها.

(٢) كما عن الشهيدين و المحقق الثانى و الأردبيلى لموثق سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (و ركعتان بعد العشاء الآخرة يقرأ فيهما مائة آية، قائما أو قاعدا و القيام أفضل، و لا تعدهما من الخمسين)(٣) و خبر الحارث بن المغيرة: (و ركعتان بعد العشاء الآخرة كان أبى يصليهما و هو قاعد و أنا أصليهما و أنا قائم)(٤).

(٣) لموثق سليمان بن خالد المتقدم، هذا و قد ينافى القيام كونهما تعدان بركعه واحده فإن ذلك إنما يكون مع الجلوس فيهما و لكن يقال: إن القيام فضل فى نفسه لا يرتبط بالركعتين لأنه مستحب نفسى.

(٤) أى أفضلية الجلوس.

(٥) سواء كان نافله للعشاء أم لا و سواء كان من النوافل اليوميه أم لا، و ما دل على القيام هو خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام: (إن الصلاه قائما أفضل من الصلاه قاعدا)(٥).

ص: ١٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٩.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب القيام حديث ٣.

و محلها (١) (بعدها) أى بعد العشاء، و الأفضل جعلهما بعد التعقيب (٢)، و بعد كلّ صلاه يريد فعلها بعدها (٣).

و اختلف كلام المصنف فى تقديمهما على نافله شهر رمضان الواقع بعد العشاء و تأخيرهما عنها ففى النفلية قطع بالأول، و فى الذكرى بالثانى، و ظاهره هنا (٤) الأول نظرا إلى البعديه (٥)، و كلاهما حسن (٦).

(و ثمان) ركعات صلاه (الليل، و ركعتا الشفع) بعدها، (و ركعه الوتر، و ركعتا الصبح قبلها) (٧) هذا هو المشهور روايه و فتوى، و روى ثلاث و ثلاثون

(١) أى محل الركعتين من جلوس للعشاء.

(٢) لخبر أبى العلاء الخفاف الوارد فى نافله المغرب عن جعفر بن محمد عليه السّلام: (من صلى المغرب ثم عقب و لم يتكلم حتى يصلى ركعتين كتبتا له فى عليين فإن صلى أربعاً كتبت له حجه مبروره) (١).

(٣) على المشهور لخبر زراره: (و ليكن آخر صلاتك وتر ليلتك) (٢) و صحيحه الآخر: (من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يبيتن إلا بوتر) (٣) و هما ظاهران فى أن المراد بالوتر هو الوتيره، و لذا ورد فى خبر المفضل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قلت: أصلى العشاء الآخرة فإذا صلّيت صلّيت ركعتين و أنا جالس، فقال: أما إنها واحده و لو متّ متّ على وتر) (٤)

و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يبيتن إلا بوتر، قلت: تعنى الركعتين بعد العشاء الآخرة؟ قال: نعم إنهما بركعه) ٥.

(٤) فى اللمعه.

(٥) المباشرة.

(٦) لكن جعل الوتيره آخر صلاته كما فى خبر زراره المتقدم أولى.

(٧) أى قبل الصبح ففى خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السّلام: (و صلاه الفريضة:

الظهر أربع ركعات و العصر أربع ركعات و المغرب ثلاث ركعات و العشاء الآخرة أربع ركعات و الفجر ركعتان، فجملة الصلاه المفروضه سبع عشره ركعه، و السّنة أربع و ثلاثون

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب التعقيب حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٧ و ٨.

ركعه، منها أربع ركعات بعد المغرب لا تقصير فيها في السفر والحضر و ركعتان من جلوس بعد العشاء الآخرة تُعدان بركعه، و ثمان ركعات في السحر و هي صلاه الليل و الشفع ركعتان و الوتر ركعه و ركعتا الفجر بعد الوتر، و ثمان ركعات قبل الظهر و ثمان ركعات بعد الظهر قبل العصر، و الصلاه تستحب في أول الأوقات(١). و مثله خبر الفضل بن شاذان ٢ و غيره.

(١) للأخبار منها: خبر عبيد الله بن زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم إذا صلى العشاء آوى إلى فراشه فلم يصل شيئاً حتى ينتصف الليل)(٢) و خبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (يقول: كان في وصيه النبي صلى الله عليه وآله و سلم لعلّ عليه السّلام: يا علي، إلى أن قال. أما الصلاه فالخمسون ركعه)(٣) بناء على أن الساقط هو صلاه الوتيره، و خبر محمد بن أبي عمير: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن أفضل ما جرت به السنه من الصلاه، قال: تمام الخمسين)٥.

(٢) بإسقاط أربع من نافله العصر مع إسقاط الوتيره و يدل عليه خبر يحيى بن حبيب: (سألت الرضا عليه السّلام عن أفضل ما يتقرب به العباد إلى الله تعالى من الصلاه قال: ستة و أربعون ركعه فرائضه و نوافله، قلت: هذه روايه زراره، قال: أ و ترى أحداً كان أصدع بالحق منه)(٤) و مرسل الصدوق: (قال أبو جعفر عليه السّلام: كان رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم لا يصلي بالنهار شيئاً حتى تزول الشمس، و إذا زالت صلّى ثمانى ركعات و هي صلاه الأوابين، تفتح في تلك الساعه أبواب السماء و يستجاب الدعاء و تهب الرياح، و ينظر الله إلى خلقه، فإذا فاء الفىء ذراعاً صلّى الظهر أربعاً، و صلى بعد الظهر ركعتين ثم صلى ركعتين أخراوين، ثم صلى العصر أربعاً إذا فاء الفىء ذراعاً، ثم لا يصلى بعد العصر شيئاً حتى تتوب الشمس، فإذا آبت و هو أن تغيب صلّى المغرب ثلاثاً و بعد المغرب أربعاً ثم لا يصلى شيئاً حتى يسقط الشفق، فإذا سقط الشفق صلّى العشاء ثم آوى رسول الله إلى فراشه و لم يصل شيئاً حتى يزول نصف الليل، فإذا زال نصف الليل صلّى ثمانى ركعات، و أوتر في الربع الأخير من الليل بثلاث ركعات فقرأ فيهن فاتحه الكتاب و قل هو الله أحد و يفصل بين -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٥ و ٢٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١ و ٥.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٥.

و سبع و عشرون (١) بنقص العصريه أربعاً (٢)، أو ستاً (٣) مع الوتيره، و حمل (٤) على المؤكد منها (٥) لا على انحصار السنه فيها (٦).

الثلاث بتسليمه. إلى أن قال. و يصلى ركعتي الفجر قبل الفجر و عنده و بعیده، ثم يصلى ركعتي الصبح و هي الفجر إذا اعترض الفجر و أضاء حسناً، فهذه صلاه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم التي قبضه الله (عز و جل) عليها(١).

(١) بإسقاط ست ركعات من نافله العصر مع إسقاط الوتيره و هذا مما لم أعثر عليه في الأخبار، نعم ورد إسقاط ست ركعات بحيث يكون الساقط ركعتين من نافله المغرب و أربع ركعات من نافله العصر و إسقاط الوتيره فيكون الباقي سبعا و عشرين و يدل عليه صحيح زواره: (قلت لأبي جعفر عليه السلام: إنى رجل تاجر أختلف و أتجر فكيف لى بالزوال و المحافظه على صلاه الزوال و كم نصلى؟ قال: تصلى ثمانى ركعات إذا زالت الشمس و ركعتين بعد الظهر و ركعتين قبل العصر فهذه اثنتا عشره ركعه و تصلى بعد المغرب ركعتين و بعد ما ينتصف الليل ثلاث عشره ركعه، منها الوتر و منها ركعتا الفجر فتلك سبع و عشرون ركعه سوى الفريضة(٢). نعم قد ورد فى خبر عبد الله بن سنان ما يشعر بإسقاط ست ركعات من نوافل العصر قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تصل أقل من أربع و أربعين ركعه، قال: و رأيتَه يصلى بعد العتمه أربع ركعات(٣). بناء على أن ما صلاه بعد العتمه هى نافله المغرب فيتعين أن يكون الساقط ست ركعات من نافله العصر مع إسقاط الوتيره.

(٢) بناء على أن المروى تسع و عشرون.

(٣) بناء على أن المروى سبع و عشرون.

(٤) أى المروى من ثلاث و ثلاثين و تسع و عشرين و سبع و عشرين.

(٥) من النوافل اليوميه.

(٦) كيف و أخبار الواحد و الخمسين كثيره، منها: خبر الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام:

(الفريضة و النافله إحدى و خمسون ركعه(٤) و مرسل الشيخ عن الإمام العسكرى عليه السلام: (علامات المؤمن خمس و عد منها صلاه الإحدى و الخمسين(٥)، و خبر أبى -

ص: ١٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٩.

(و في السّيفر و الخوف) الموجبين للقصر (تتصرف الرباعيه (١)، و تسقط راتبه المقصوره) (٢) و لو قال راتبها كان أقصر، فالساقط نصف الراتبه سبع عشره ركعه، و هو في غير الوتيره موضع وفاق، و فيها على المشهور، بل قيل إنه إجماعى أيضا.

بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (شيعتنا أهل الورع و الاجتهاد، و أهل الوفاء و الأمانه، و أهل الزهد و العباده، و أصحاب الإحدى و خمسين ركعه فى اليوم و الليله) (١) فالجمع بين الأخبار يقتضى القول إن السنه منحصره فى الواحد و الخمسين ثم فى الخمسين ثم فى الست و الأربعين ثم فى الأربع و الأربعين.

(١) و هى الظهر و العصر و العشاء و هو محل اتفاق و سيأتى الكلام فى باب القصر إنشاء الله تعالى.

(٢) أما فى نوافل الظهرين فمحل اتفاق للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن الصلاه تطوعا فى السفر، قال: لا تصل قبل الركعتين و لا بعدهما شيئا نهارا) (٢) و خبر أبى يحيى الحنات: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن صلاه النافله بالنهار فى السفر فقال: يا بنى لو صلحت النافله فى السفر تمت الفريضه) (٣) و لهذا التعليل يحكم بسقوط نوافل الظهرين عند الخوف.

و أما نافله العشاء فسقوطها هو المشهور بل عن المنتهى نسبتته إلى ظاهر علمائنا و عن السرائر دعوى الإجماع عليه لإطلاق صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(الصلاه فى السفر ركعتان ليس قبلهما و لا بعدهما شيء إلا المغرب ثلاث) (٣) و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام مثله إلا أنه قال: (إلا المغرب فإن بعدها أربع ركعات لا تدعهن فى سفر و لا حضر) (٥).

و عن النهايه و المهذب البارع جواز فعلها. بل عن الفقيه و العلل و العيون للصدوق أنه قوى و تبعه عليه الشهيدان لروايه الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام: (و إنما صارت العتمه مقصوره و ليس تترك ركعاتها (ركعتيها) لأن الركعتين ليستا من الخمسين، و إنما هى زياده فى الخمسين تطوعا ل يتم بهما بدل كل ركعه من الفريضه ركعتين من التطوع) (٤) بالإضافة إلى أن النصوص السابقه قد خصت سقوط نوافل الرباعيه فى وقت النهار، و العشاء ليس منها فلا تعارض.

ص: ١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١ و ٤.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٣ و ٧.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٣.

و لكن روى الفضل بن شاذان عن «الرضا» عليه السّلام عدم سقوطها، معللاً بأنها زياده في الخمسين تطوعاً، ليتم بها بدل كل ركعه من الفريضة ركعتان من التطوع، قال المصنف في الذكري: وهذا قوى لأنه خاص (١) و معلل (٢)، إلا أن ينعقد الإجماع على خلافه.

و تبه بالاستثناء (٣) على دعوى ابن إدريس الإجماع عليه، مع أن الشيخ في النهاية صرح بعدمه (٤)، فما قواه (٥) في محله.

(و لكل ركعتين من النافلة تشهد و تسليم) (٦) هذا هو الأغلب. و قد خرج عنه مواضع ذكر المصنف منها موضعين بقوله: (و للوتر بانفراده) تشهد و تسليم (٧)

(١) فالروايات الداله على سقوط نوافل الرباعيه كصحيح ابن سنان المتقدم عام، و هذا مختص بنافله العشاء و الخاص مقدم على العام.

(٢) و هذا يزيده قوه في التخصيص.

(٣) أى تبه المصنف في الذكري بالاستثناء و عند قوله: إلا أن ينعقد الإجماع على خلافه.

(٤) أى بعدم السقوط حيث حكم بجواز الوتيره في السفر و مثله ابن البراج في المهذب البارع، فكيف ينعقد الإجماع حينئذ.

(٥) المصنف في الذكري.

(٦) على المشهور و يدل عليه أخبار منها: خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (سألت عن الرجل يصلى النافلة أ يصلح له أن يصلى أربع ركعات لا يسلم بينهما؟ قال عليه السّلام: لا، إلا أن يسلم بين كل ركعتين) (١) و خبر حريز عن أبي جعفر عليه السلام: (و افضل بين كل ركعتين من نوافلك بالتسليم) ٢ و خبر الفضل بن شاذان عن أبي الحسن الرضا عليه السلام:

(الصلاه ركعتان ركعتان فلذلك جعل الأذان مثنى مثنى) (٢) و عمومه لغير النوافل اليوميه مشكل و لذا قال المقدس الأردبيلي في مجمع البرهان: «الدليل على عدم الزيادة و النقيصه غير ظاهر، و ما رأيت دليلاً صريحاً صحيحاً على ذلك، نعم ذلك مذکور في كلام الأصحاب و الحكم به مشكل».

(٧) إجماعى عن الخلاف و المنتهى و التذكرة و غيرها للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار:

(قال لى: اقرأ في الوتر في ثلاثين ب (قل هو الله أحد)، و سلم في الركعتين، توقظ-

ص: ١٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٥.

(و لصلاه الأعرابي) من التشهد و التسليم (ترتيب الظهرين بعد الثنائيه) (١) فهي عشر ركعات بخمس تشهدات و ثلاث تسليمات كالصبح و الظهرين.

و بقي صلوات أخر ذكرها الشيخ في المصباح و السيد رضى الدين بن طاوس في تتماته (٢) يفعل منها بتسليم واحد أزيد من ركعتين (٣)، ترك المصنف

الراقد و تأمر بالصلاه (١) و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (الوتر ثلاث ركعات، ثنتين مفصوله و واحده) (٢).

و مال سيد المدارك إلى التخيير بين الفصل و الوصل لأخبار منها: خبر أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا بأس أن يصلّى الرجل الركعتين من الوتر ثم ينصرف فيقضّى حاجته) ٣ و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن التسليم في ركعتي الوتر فقال: إن شئت سلمت و إن شئت لم تسلم) ٤. إلا أن التخيير مذهب العامه كما في مجمع البرهان فلا بدّ من حملها على التقيه.

(١) ففي خبر زيد بن ثابت قال: (أتى رجل من الأعراب إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: إنا نكون في هذه البادية بعيدا من المدينه و لا نقدر أن نأتيك في كل جمعه فدئني على عمل فيه فضل صلاه الجمعه إذا رجعت إلى أهلي أخبرتهم به، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا كان ارتفاع النهار فصل ركعتين تقرأ في أول ركعه الحمد مره و قل أعوذ برب الفلق سبع مرات، و اقرأ في الثانيه الحمد مره واحده و قل أعوذ برب الناس سبع مرات، فإذا سلمت فقرأ آيه الكرسي سبع مرات، ثم قم فصلّ ثمانى ركعات و تسليمتين و اقرأ في كل ركعه منها الحمد مره و إذا جاء نصر الله و الفتح مره و قل هو الله أحد خمسا و عشرين مره، فإذا فرغت من صلاتك فقل: سبحان رب العرش الكريم - العظيم - و لا - حول و لا - قوه إلا بالله العلي العظيم سبعين مره، فوالذي اصطفاني بالنبوه ما من مؤمن و لا مؤمنه يصلّى هذه الصلاه يوم الجمعه كما أقول إلا و أنا ضامن له الجنه، و لا يقوم من مقامه حتى يغفر له ذنوبه و لأبويه ذنوبهما) (٣).

(٢) أى تتمات المصباح.

(٣) فقد ورد صلاه أربع ركعات بتسليمه واحده ليله الجمعه (٤)، و ورد صلاه اثني عشره -

ص: ١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أعداد الفرائض حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أعداد الفرائض حديث ١٠ و ١٦٨.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٣.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٥.

و الجماعة استثناءها لعدم اشتهاها و جهاله طريقها، و صلاه الأعرابي توافقها فى الثانى (١) دون الأول.

الفصل الثانى. فى شروطها

اشاره

(الفصل الثانى. فى شروطها)

(و هى سبعة):

الشرط الاول: الوقت

اشاره

(الاول. الوقت)

و المراد هنا وقت اليوميه (٢)، مع أن السبعه شروط لمطلق الصلاه غير

ركعه بتسليمه واحده ليله الجمعه أيضا(١).

(١) أى فى جهاله الطريق فقد نقلها الشيخ فى المصباح عن زيد بن ثابت، فالخبر مرسل بالإضافه إلى أن الشيخ فى التهذيب قال عن زيد بأنه حكم بحكم الجاهليه بالنسبه للفرائض.

(٢) و كون اليوميه من الواجبات الوقتيه كالشمس فى رابعه النهار، إلا أنه ورد فى الأخبار الكثيره الحث على الإتيان بها فى أول وقتها فى صحيح أبان: (كنت صليت خلف أبى عبد الله عليه السلام بالمزلفه فلما انصرف التفت إلى فقال: يا أبان الصلوات الخمس المفروضات من أقام حدودهنّ و حافظ على مواقيتهن لقى الله يوم القيامه و له عنده عهد يدخله به الجنه، و من لم يقم حدودهن و لم يحافظ على مواقيتهن لقى الله و لا عهد له، إن شاء عدّبه و إن شاء غفر له)(٢) و فى خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام: (إن الصلاه إذا ارتفعت فى أول وقتها رجعت إلى صاحبها و هى بيضاء مشرقه تقول: حفظتني حفظك الله، و إذا ارتفعت فى غير وقتها بغير حدودها رجعت إلى صاحبها و هى سوداء مظلمه تقول: ضيعتني ضييعك الله)(٣)، و مرسل ابن دراج عن أبى جعفر عليه السلام: (أيا مؤمن حافظ على الصلوات المفروضه فصلاًها لوقتها فليس هذا من الغافلين)٤، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (إن ملك الموت قال لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ما من أهل بيت مدر و لا شعر فى بر و لا بحر إلا و أنا أتصفحهم فى كل يوم خمس مرات عند مواقيت الصلاه)٥، و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (من صلى فى غير الوقت فلا-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ٣ و ٤.

الأموات فى الجملة (١)، فىجوز عود ضمير شروطها إلى المطلق (٢)، لكن لا يلائمه تخصيص الوقت باليوميه إلا أن يؤخذ كون مطلق الوقت شرطاً (٣) و ما بعد ذكره مجملاً (٤) من التفصيل (٥) حكم آخر لليوميه، و لو عاد ضمير شروطها إلى اليوميه لا يحسن، لعدم المميّز (٦) مع اشتراك الجميع (٧) فى الشرائط بقول مطلق، إلا أنّ عوده (٨) إلى اليوميه أوفق لنظم الشروط، بقريته تفصيل الوقت (٩) و عدم اشتراطه (١٠)

صلاه له(١) و خبر إسماعيل بن أبى زياد عن أبى عبد الله عن أبيه، عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (قال رسول الله عليه السّلام: لا يزال الشيطان هائبا لابن آدم ذعرا منه ما صلى الصلوات الخمس لوقتهن، فإذا ضيَعهنّ اجترأ عليه فأدخله فى العظام)٢، و خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام: (خصلتان من كانتا فيه و إلا فاعزب ثم اعزب قيل: و ما هما؟ قال: الصلاه فى مواقيتها و المواظبه عليها و المواساه)٣، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (امتحنوا شيعتنا عند مواقيت الصلاه كيف محافظتهم عليها)٤ و نحوها كثير.

(١) أى بتكلف و تجوز كما سيأتى.

(٢) أى مطلق الصلاه.

(٣) لا وقتا مخصوصا، و فيه: إنه ليس بشرط لاحتياج كل فعل إلى الوقت ما دام صادرا عن الفاعل الزمانى.

(٤) هو حال من ضمير ذكره، و الضمير راجع إلى الوقت، و المعنى بعد ذكر مطلق الوقت الذى هو شرط لمطلق الصلاه فما ذكره من التفصيل يكون حكما آخر مختصا باليوميه لكن لا ينافى كون مطلق الصلاه مشروطا بمطلق الوقت.

(٥) بيان ل (ما).

(٦) لأن الكلام فى مطلق الصلاه و قد ذكر الفصل الأول فى أعداد مطلق الصلاه فلا بد أن يكون الضمير فى شروطها راجعا إلى مطلق الصلاه.

(٧) جميع الصلوات بما فيها اليوميه.

(٨) أى عود الضمير فى (شروطها).

(٩) و لم يفصل إلا لليوميه.

(١٠) و عدم اشتراط الوقت.

ص: ١٨

للطواف و الأموات و الملتزم (١) إلا بتكلف و تجوّز (٢)، و عدم اشتراط الطهاره من الحدث و الخبث فى صلاه الأموات و هى (٣) أحد السبعه، و اختصاص اليوميه بالضمير مع اشتراكه (٤) لكونها (٥) الفرد الأظهر من بينها (٦)، و الأكمل (٧) مع انضمام قرائن لفظيه بعد ذلك (٨).

فى وقت الظهر

(فللظهر) من الوقت (زوال الشمس) (٩) عن وسط السماء و ميلها عن دائره

(١) أى الملتزم بنذر و شبهه.

(٢) و لذا قلنا سابقا أن مراده من قيد (فى الجملة) هو التجوّز.

(٣) أى الطهاره من الحدث و الخبث.

(٤) أى مع اشتراك الجميع فى الشرائط فلا داعى لإرجاع الضمير إلى اليوميه فقط.

(٥) لكون اليوميه و هذا رفع للتوهم السابق.

(٦) من بين الصلوات الواجبه الباقيه.

(٧) عطف على الأظهر.

(٨) كتفصيل الأوقات لليوميه فقط فهذا كله قرينه على أن المراد من الضمير فى شروطها هو خصوص اليوميه، و فيه: إن ضمير (شروطها) كضمير (أعدادها) و الثانى راجع إلى مطلق الصلاه فلا بدّ أن يكون الأول كذلك و إن كانت هذه الشروط ليست قيودا لجميع أفراد الصلاه.

(٩) بإجماع المسلمين و يدل عليه قوله تعالى: **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ (١)**، و للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا زالت الشمس دخل الوقتان الظهر و العصر) (٢)، و صحيح عبيد بن زراره: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن وقت الظهر و العصر، فقال عليه السّلام: إذا زالت الشمس دخل وقت الظهر و العصر جميعا، إلا أن هذه قبل هذه، ثم أنت فى وقت منهما جميعا حتى تغيب الشمس) (٣).

و ما ورد مخالفا لذلك ككون وقت الظهر بعد الزوال بقدم و بقدمين و بذراع فهو محمول على وقت الفضيله.

ثم يعرف الزوال بزياده الظل نحو المشرق بعد انعدامه أو نقصانه من جهه الغرب-

١- (١) الإسراء الآية: ٧٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ٥.

نصف النهار (المعلوم يزيد الظل) أى زيادته، مصدران (١) لزيد الشيء (بعد نقصه)

و ذلك فى الظل المبسوط (٢)، و هو (٣) الحادث من المقاييس القائمة (٤) على سطح

و توضيحه: إذا طلعت الشمس حدث لكل شاخص على سطح الأرض ظل إلى جهة المغرب ثم لا يزال ينقص هذا الظل كلما ارتفعت الشمس حتى تصل إلى وسط السماء، و هو خط وهمى فوق سمت الشاخص مارا بقطبي الجنوب و الشمال، فإذا وصلت الشمس إلى هذا الوسط فإن كانت الشمس مسامته للشاخص و فوق رأسه بالتمام ينعدم ظله و إلا فيبقى له ظل قليل و هو الغالب، فإذا زالت الشمس عن وسط السماء فإن كان الظل منعما حدث إلى جهة المشرق و إن كان باقيا قد انتهى نقصه فيبدأ بالازدياد إلى جهة المشرق ثم لا يزال يزيد كلما قربت الشمس إلى المغرب حتى يرجع الظل فى المقدار إلى ما كان عليه حين الطلوع.

ثم إن انعدام الظل عند الزوال نادر فلذا اكتفى بالزيادة بعد نقصانه، ففي مرفوع أحمد بن محمد بن عيسى عن سماعة: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك متى وقت الصلاة؟ فأقبل يلتفت يمينا و شمالا كأنه يطلب شيئا، فلما رأيت ذلك تناولت عودا فقلت: هذا تطلب؟ قال عليه السلام: نعم، فأخذ العود فنصب بحيال الشمس ثم قال: إن الشمس إذا طلعت كان الفىء طويلا ثم لا يزال ينقص حتى تزول، فإذا زالت زادت، فإذا استبنت الزيادة فصل الظهر، ثم تمهل قدر ذراع وصل العصر) (١) و فى خبر على بن أبى حمزة: (تأخذون عودا طوله ثلاثه أشبار و إن زاد فهو أبين فيقام، فما دام ترى الظل ينقص فلم تزل، فإذا زاد الظل بعد النقصان فقد زالت) (٢) و فى مرسل الفقيه: (فإذا نقص الظل حتى يبلغ غايته ثم زاد فقد زالت الشمس و تفتح أبواب السماء و تهب الرياح و تقضى الحوائج العظام) (٣)

(١) أى الزيد و الزيادة.

(٢) تقييد الظل بالمبسوط لإخراج الظل المنكوس، و قد عرّفه الشارح فى الروض بقوله: «و هو المأخوذ من المقاييس الموازيه للأفق فإن زيادته تحصل من أول النهار و تنتهى عند انتهاء نقص المبسوط فهو ضده فلا بدّ من الاحتراز عنه».

(٣) أى الظل المبسوط.

(٤) عموديا فيكون ظلها جانبيا إلى جهة الغرب عند طلوع الشمس، بخلاف المقاييس الموازيه للأفق فيكون ظلها تحتها غالبا عند طلوع الشمس و هذا الظل التحتى هو المسمى بالظل المنكوس.

ص: ٢٠

الأفق، فإن الشمس إذا طلعت وقع - لكل شاخص قائم (١) على سطح الأرض (٢) بحيث يكون (٣) عموداً على سطح الأفق (٤) - ظل طويل (٥) إلى جهة المغرب، ثم لا يزال ينقص كلما ارتفعت الشمس حتى تبلغ وسط السماء (٦) فينتهي النقصان إن كان عرض المكان المنصوب فيه المقياس (٧) مخالفاً لميل الشمس في المقدار (٨) و يعدم

(١) بحيث يكون قيامه مستويا بتسعين درجة من الجوانب الأربعة.

(٢) وإذا كان مستويا يكون أحسن.

(٣) اسمها ضمير راجع إلى الشاخص.

(٤) أى سطح الأرض.

(٥) فاعل ل (وقع).

(٦) وهو خط وهمي مسامت لرأس الشاخص مارا بقطبي الجنوب و الشمال يقسم دائره الفلك إلى قسمين متساويين.

(٧) أى الشاخص المنصوب على سطح الأرض.

(٨) اعلم أن الشمس فى أول يوم من فصل الربيع - وهو أول يوم من أيام انتقالها إلى برج الحمل - تشرق على خط الاستواء و تسير عليه و تغرب عليه ثم تنحرف نحو الشمال شيئاً فشيئاً حتى اليوم الأخير من فصل الربيع و هو نهاية برج الجوزاء، و تكون فى نهايه الارتفاع على مدار السرطان، ثم تأخذ بالرجوع فى فصل الصيف إلى آخره حتى تشرق فى أول يوم الخريف من نفس المكان الذى أشرقت فيه فى أول يوم من فصل الربيع و هما المسميان بيوم الاعتدال الربيعى و بيوم الاعتدال الخريفى.

ثم تأخذ بالانحراف جنوباً حتى نهايه فصل الخريف و تكون فى نهايه انخفاضها على مدار الجدى ثم فى فصل الشتاء ترجع إلى نقطه الاعتدال الربيعى. و هذه هى دوره الشمس على مدار السنه بالنسبه لخطوط العرض.

فمراد الشارح أن الشاخص إن نصب فى مكان على خط عرض مخالف لخط العرض الذى تشرق عليه الشمس فلا يعدم الظل عند الزوال بل يبقى منه شئ و إن كان الشاخص على خط عرض تشرق عليه الشمس فى ذلك اليوم فينعدم ظله عند الزوال.

فمثلاً لو نصب الشاخص على خط الاستواء فى يومى الاعتدال الربيعى و الخريفى أو نصب على مدار السرطان فى نهايه فصل الصيف أو نصب على مدار الجدى فى نهايه فصل الخريف فلا محاله يعدم ظله وقت الزوال و هكذا.

هذا و اعلم أن الشاخص المنصوب بعد مدار السرطان باتجاه الشمال و بعد مدار الجدى باتجاه الجنوب لا يعدم ظله فى أيام السنه كلها لعدم المسامته بين خطه و الخط الذى -

الظل أصلا إن كان بقدره (١)، و ذلك في كل مكان يكون عرضه مساويا للميل الأعظم للشمس أو أنقص (٢) عند ميلها (٣) بقدره (٤) و موافقته له (٥) في الجبهه (٦).

و يتفق (٧) في أطول أيام السنه (٨) تقريبا (٩) في مدينه الرسول (صلى الله عليه)

تشرق عليه الشمس.

ثم اعلم أن أى شاخص يوضع ما بين مدار السرطان و مدار الجدى و هو مدار نهايه ارتفاع الشمس إلى الشمال و نهايه انخفاضها نحو الجنوب ينعدم ظله يومين في السنه، يوما عند ارتفاعها و يوما عند رجوعها هذا إذا كان بالجبهه الشماليه، أو يوما عند هبوطها و يوما عند رجوعها إن كان في الجبهه الجنوبيه لخط الاستواء، نعم إذا نصب الشاخص على عين مدار الجدى أو السرطان فلا ينعدم فيه الظل عند الزوال إلا يوما واحدا و هو يوم غايه ارتفاعها إذا كان على مدار السرطان و هو يوم غايه انخفاضها إذا كان على مدار الجدى.

(١) بأن كان الشاخص و شروق الشمس و سيرها على خط واحد من خطوط العرض.

(٢) اعلم أن المراد من الميل الأعظم للشمس هو سيرها فوق خطى السرطان و الجدى أى سيرها في غايه ارتفاعها و سيرها في غايه انخفاضها، فإذا كان الشاخص على هذين الخطين فينعدم ظله يوما في السنه عند ما تكون الشمس في غايه ارتفاعها و غايه انخفاضها، و هذا هو المراد بقول الشارح: «يكون عرضه مساويا للميل الأعظم للشمس».

و أما إذا كان الشاخص على خط عرض ما بين مدار السرطان و مدار الجدى فيكون هذا الخط أنقص من خط الميل الأعظم للشمس فالشاخص المنصوب عليه ينعدم ظله إذا أشرقت الشمس على خطه و هذا يتحقق في يومين من أيام السنه كما تقدم.

(٣) ميل الشمس.

(٤) فلو كان بعيدا عن خط الاستواء بدرجتين فلا بد أن تكون الشمس بحسب شروقها و سيرها بعيده بدرجتين أيضا.

(٥) أى موافقه الميل للقدر.

(٦) بأن يكون الخط بعيدا عن الاستواء بدرجتين من الجبهه الشماليه مثلا و كذلك ميل الشمس و شروقها و غروبها، أما لو كان بعيدا من خط الاستواء بدرجتين شمالا و كان ميل الشمس شروقا و غربا بعيدا عن الاستواء بدرجتين جنوبا فلا ينعدم الظل بل يكون ظله شماليا.

(٧) أى يتفق الانعدام.

(٨) و هو نهايه فصل الربيع عند ما تكون الشمس على مدار السرطان.

(٩) لا تحقيقا، لأن خط المدينه (على مشرفها آلاف التحيه و السلام) ليس على خط السرطان،-

(و آله و سلم) و ما قاربها فى العرض، و فى مكه (١) قبل الانتهاء (٢) بسته و عشرين يوما، ثم يحدث ظلّ جنوبى (٣)

لأن خط السرطان على درجه أربع و عشرين من خطوط العرض و المدينه على خط خمسه و عشرين درجه إلا أن الظل لا يكاد يظهر للحس عند الزوال و لذا قال الشارح فى المقاصد العليه: «و الأولى التمثيل بأطول أيام السنه بمدينه الرسول صلى الله عليه و آله و سلم فإن عرضها يناسب الميل الأعظم للشمس و إن خالفه بدقائق لا تكاد تظهر للحس».

(١) ذهب جماعه منهم الشهيد فى الذكري و الدروس و المحقق الثانى فى جامع المقاصد و حاشيه الإرشاد أن انعدام الظل يتم فى مكه و صنعاء فى أطوال أيام السنه و هو حين نزول الشمس على مدار السرطان.

و قال الشارح فى المقاصد العليه: إنه فاسد قطعاً و إن الشمس تسامت رءوس أهل مكه و صنعاء مرتين فى السنه، و ليس ذلك فى زمن واحد، بل فى صنعاء عند كون الشمس فى الدرجه الثامنه من برج الثور صاعده ثم تميل عنه نحو الشمال و يحدث لأهل صنعاء ظل جنوبى عند الزوال إلى أن ينتهى الصعود فتصل الشمس إلى خط السرطان، ثم ترجع الشمس فإن وصلت إلى الدرجه الثالثه و العشرين من برج الأسد فينعدم الظل عند أهل صنعاء، لأن خط العرض فى صنعاء هو أربع عشره درجه و أربعون دقيقه.

و أما فى مكه فعرضها إحدى و عشرون درجه و أربعون دقيقه فانعدام الظل فيها يكون قبل وصول الشمس إلى مدار السرطان بأيام كثيره و ذلك عند ما تكون الشمس فى الدرجه الثامنه من الجوزاء إذا كانت صاعده و فى الدرجه الثالثه و العشرين من السرطان إذا كانت هابطه.

(٢) أى قبل وصول الشمس إلى مدار السرطان.

(٣) اعلم أن العلامه فى المنتهى و التذكره جعل فى هذا اليوم - أعنى قبل الانتهاء بسته و عشرين يوما - انعدام الظل لأهل مكه و صنعاء، و أن الظل يبقى منعدماً إلى أن تصل الشمس إلى مدار السرطان و بعده بسته و عشرين يوما فيكون ذلك مدته اثنين و خمسين يوماً، و قال عنه الشارح فى الروض: إنه غلط فاحش من ناحيتين:

أولاً: إن هذا يتم لمكه و ليس لصنعاء لاختلاف خطوط العرض بين صنعاء و مكه فكيف يتفق انعدام الظل فيهما فى يوم واحد؟ و ثانياً: إن انعدام الظل يكون فى يومين من أيام السنه فقط إذا كان خط العرض للبلد أقل من مدار السرطان أو مدار الجدى فكيف جعل انعدام الظل فى اثنين و خمسين يوماً؟ و لذا قوله هنا: «ثم يحدث ظل جنوبى» إشاره إلى قول العلامه فانتبه.

ثم إن الظل جنوبياً فى هذا الوقت لأهل مكه لأن الشمس تسير نحو الشمال باتجاه مدار السرطان.

إلى تمام الميل (١) و بعده (٢) إلى ذلك المقدار (٣)، ثم يعدم (٤) يوما آخر.

و الضابط: أن ما كان عرضه زائدا (٥) على الميل الأعظم لا يعدم الظلّ فيه أصلا، بل يبقى عند زوال الشمس منه بقيه تختلف زياده و نقصانا ببعد الشمس من مسامته رءوس أهله و قربها، و ما كان عرضه مساويا للميل (٦) يعدم فيه يوما و هو أطول أيام السنه (٧)، و ما كان عرضه أنقص منه (٨) كمكه و صنعاء يعدم فيه يومين عند مسامته الشمس لرءوس أهله صاعده و هابطه، كلّ ذلك مع موافقته (٩) له فى الجهه (١٠) كما مرّ.

أما الميل الجنوبي فلا يعدم ظله من ذى العرض (١١) مطلقا (١٢)، لا كما قاله

(١) أى الميل الأعظم و هو نهايه صعودها عند ما تكون على مدار السرطان.

(٢) أى و بعد تمام الميل أيضا يحدث ظل جنوبى.

(٣) و هو ستة و عشرون يوما بعد انتهاء الميل.

(٤) أى الظل لأن الشمس تكون مسامته لمكه عند هبوطها، كما كانت مسامته لها عند صعودها.

هذا و اعلم إذا عرفت انعدام الظل فى مكه فى هذين اليومين من أيام السنه لأن الشمس تكون مسامته لرءوس أهل البلد، فإذا كنت فى بلد بعيد عن مكه من أى جهه من الجهات و أردت أن تعرف جهه القبلة بالتمام فإذا عرفت وقت زوال الشمس فى مكه و أنت فى بلدك فانظر إلى الشمس ففى أى جهه كانت فتكون هى جهه القبلة.

(٥) أى فوق مدار السرطان باتجاه القطب الشمالى، أو فوق مدار الجدى باتجاه القطب الجنوبى، و قد عرفت أنه لا يعدم ظله أبدا فى تمام أيام السنه.

(٦) أى الميل الأعظم و هو عند كون الشمس على مدار السرطان عند غايه صعودها، و عند كون الشمس على مدار الجدى فى غايه انخفاضها فيعدم ظله يوما واحدا فى السنه.

(٧) إذا كانت على مدار السرطان، و ما كان على مدار الجدى فيعدم ظله فى يوم و هو أقصر أيام السنه.

(٨) أى من الميل الأعظم، و هو ما كان واقعا بين مدار السرطان و مدار الجدى فيعدم ظله يومين فى السنه يوما عند صعودها و يوما عند انخفاضها.

(٩) أى موافقه عرض البلد أو الشاخص للميل الأعظم.

(١٠) كأن يكونا شماليين أو جنوبيين دون التعاكس.

(١١) أى من ذى العرض الشمالى، لأن كلاً من الميل الشمالى و الجنوبى يعدم ظله من ذى عرضه لا من عرض غيره.

(١٢) سواء كان مساويا له بالمقدار أم لا، و توضيحه: فلو كانت الشمس باتجاه الشمال نحو -

ص: ٢٤

المصنف رحمه الله في الذكرى. تبعاً للعلامه. من كون ذلك (١) بمكه و صنعاء في أطول أيام السنه، فإنه من أقيح الفساد (٢)، و أول من وقع فيه الرافعي من الشافعيه، ثم قلده فيه جماعه منا و منهم من غير تحقيق للمحل. و قد حررنا البحث في شرح الإرشاد (٣).

و إنما لم يذكر المصنف هنا حكم حدوثه بعد عدمه (٤) لأنه نادر (٥)، فاقصر على العلامه الغالبه (٦)، و لو عبّر بظهور الظل (٧) في جانب المشرق. كما صنع في رساله الألفيه. لشمل القسمين بعبارة وجيزه.

في وقت العصر

(و للعصر الفراغ (٨) منها)

مدار السرطان فما وقع تحت خط الاستواء باتجاه مدار الجدى لا ينعدم ظله سواء كان بعده عن خط الاستواء باتجاه الجنوب يساوى بعد الشمس عن خط الاستواء باتجاه الشمال أم لا.

(١) أى انعدام الظل في بلد تحت خط الاستواء باتجاه الجنوب و الشمس باتجاه الشمال فوق خط الاستواء نحو مدار السرطان.

(٢) و قد تقدم ضعفه فلا نعيد.

(٣) أى كتاب روض الجنان و قد نقلنا لك خلاصه مناقشته.

(٤) أى حكم حدوث الظل بعد عدمه و إنما ذكر زيادته بعد نقصانه.

(٥) لأنه يتحقق يوماً أو يومين في السنه فيما هو واقع على خط السرطان أو خط الجدى أو ما بينهما.

(٦) و هي زياده الظل بعد نقصانه.

(٧) و هو أعم من الزيادة و الحدوث.

(٨) أى الفراغ من الظهر على المشهور شهره عظيمه، و نسب للصدوق بل للصدوقين الخلاف و نوقش في النسبه، و مستند المشهور أخبار منها: مرسل داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا زالت الشمس فقد دخل وقت الظهر حتى يمضى مقدار ما يصلى المصلى أربع ركعات، فإذا مضى ذلك فقد دخل وقت الظهر و العصر حتى يبقى من الشمس مقدار ما يصلى أربع ركعات، فإذا بقى مقدار ذلك فقد خرج وقت الظهر و بقى وقت العصر حتى تغيب الشمس) (١) و صحيح الحلبي: (سألته عن رجل نسي الأولى و العصر -

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ٧.

(و لو تقديرًا) (١) بتقدير أن لا يكون قد صلاها فإن وقت العصر يدخل بمضى مقدار فعله الظهر (٢) بحسب حاله من قصر، و تمام، و خفه، و بطفء، و حصول الشرائط، و فقدتها بحيث لو اشتغل بها لأتمها (٣). لا بمعنى جواز فعل العصر حينئذ مطلقا (٤)، بل تظهر الفائده لو صلاها ناسيا قبل الظهر، فإنها تقع صحيحه إن وقعت بعد

جميعا ثم ذكر عند غروب الشمس، فقال عليه السلام: إن كان في وقت لا يخاف فوت إحداهما فليصل الظهر ثم ليصل العصر، و إن هو خاف أن تفوته فليبدأ بالعصر و لا يؤخرها فتفوته فتكون قد فاتتاه جميعا، و لكن يصلى العصر فيما قد بقى من وقتها ثم ليصل الأولى بعد ذلك على أثرها (١).

و عليهما تحمل الأخبار الباقية مثل صحيح عبيد بن زراره: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وقت الظهر و العصر فقال: إذا زالت الشمس دخل وقت الظهر و العصر جميعا إلا أن هذه قبل هذه، ثم أنت في وقت منهما جميعا، حتى تغيب الشمس) (٢) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا زالت الشمس دخل الوقتان الظهر و العصر، فإذا غابت الشمس دخل الوقتان المغرب و العشاء الآخرة) (٣).

(١) لمرسل ابن فرقد المتقدم: (حتى يمضى مقدار ما يصلى المصلى أربع ركعات) و هو ظاهر في التقدير لا في الإتيان بالصلاه فعلا، و ظاهر أيضا أن التقدير بلحاظ نفس فعل الصلاه دون مقدماته إلا أن اعتبار المقدمات في التقدير أمر مفروغ عنه و إليه ذهب المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهما.

(٢) تامه الأفعال و الشرائط بحسب حاله.

(٣) أى لو اشتغل بالظهر في هذا الوقت الفائت لأتمها.

(٤) أى حين مضى وقت يستطيع أن يأتى بالظهر فيه فليس له الإتيان بالعصر سواء أتى بالظهر أم لا، بل إن دخول وقت العصر بعد مضى وقت يستطيع فيه أن يأتى فيه بالظهر تظهر فائدته فيما لو صلى العصر ناسيا للظهر فتكون العصر صحيحه إن وقعت العصر بعد دخول وقت الظهر المذكور لأنه لم يفت إلا الترتيب و هو غير معتبر في حال النسيان لحديث: (لا تعاد الصلاه) (٤).

ص: ٢٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ١٨.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المواقيت حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الوضوء حديث ٨.

دخول وقتها المذكور، و كذا لو دخل قبل أن يتمها (١) (و تأخيرها) أى العصر إلى (مصير الظل) الحادث بعد الزوال (مثله) أى مثل ذى الظل و هو المقياس (أفضل) (٢)

(١) أى و كذا لو دخل الوقت المشترك بين الصلاتين بعد مضى وقت الظهر المذكور قبل أن يفرغ من العصر و لو بركعه، فصلاه العصر تكون صحيحه لأنه أدرك وقتها و لو بركعه و من أدرك ركعه فى داخل الوقت فقد أدرك الوقت كله.

(٢) قد اختلفت الأخبار الداله على وقت الفضيله فمنها: ما دل على انتهاء الفضيله بالقدمين كصحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السّلام: (وقت الظهر بعد الزوال قدما و وقت العصر بعد ذلك قدما) (١) و خبر عبيد بن زراره: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن أفضل وقت الظهر؟، قال عليه السّلام: ذراع بعد الزوال، قلت: فى الشتاء و الصيف سواء، قال: نعم) ٢ بناء على أن الذراع هو ما بين المرفق إلى أطراف الأصابع المساوى للقدمين تقريبا بحسب الوجدان، و مكاتبه محمد بن الفرج: (إذا زالت الشمس فصل سبحتك و أحب أن يكون فراغك من الفريضة و الشمس على قدمين، ثم صل سبحتك و أحب أن يكون فراغك من العصر و الشمس على أربعة أقدام) ٣.

و منها: ما دل على انتهاء الفضيله بالقامه كصحيح البنظى: (سألته عن وقت صلاه الظهر و العصر، فكتب: قامه للظهر و قامه للعصر) ٤ و خبر محمد بن حكيم: (سمعت العبد الصالح و هو يقول: إن أول وقت الظهر زوال الشمس و آخر وقتها قامه من الزوال، و أول وقت العصر قامه و آخر وقتها قامتان، قلت: فى الشتاء و الصيف سواء؟ قال عليه السّلام: نعم) (٢).

و المراد بالقامه هو الذراع للأخبار منها: خبر على بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى كتاب على عليه السّلام القامه ذراع، و القامتان الذراعان) ٥ و خبر على بن أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال له أبو بصير: كم القامه؟ فقال: ذراع، إن قامه رحل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كانت ذراعا) ٧ و خبر إسماعيل الجعفى عن أبى جعفر عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا كان الفىء فى الجدار صلى الظهر و إذا كان ذراعين صلى العصر، قلت: الجدران تختلف، منها قصير و منها طويل، قال: إن جدار مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يومئذ قامه، و إنما جعل الذراع و الذراعان لئلا يكون تطوع فى وقت فريضة) ٨ و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (كان حائط مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قامه، فإذا مضى من فيئه -

ص: ٢٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٢٥ و ٣١ و ١٢.

٢- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ٢٩ و ٢٦ و ١٦ و ٢٨.

ذراع صلى الظهر، و إذا مضى من فيئه ذراعان صلى العصر، ثم قال: أ تدرى لم جعل الذراع و الذراعان؟ قلت: لا، قال: من أجل الفريضة إذا دخل وقت الذراع و الذراعين بدأت الفريضة و تركت النافلة(١) و إذا كانت القامة ذراعاً باعتبار أن قامه حائط مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم كانت ذراعاً، و جعل وقت الظهر عند الذراع من الفىء، فيكون الوقت عند صيروره ظل كل شىء مثله و عليه فلو حمل لفظ القامة على قامه الإنسان و أن مدار فضيله الظهر عند صيروره ظل الشخص كمثلته فلا تعارض، و هذا ما تدل عليه طائفه ثالثه من الأخبار منها: موثق زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وقت صلاه الظهر فى القيظ فلم يجبنى، فلما أن كان بعد ذلك قال لعمر بن سعيد بن هلال: إن زراره سألتنى عن وقت صلاه الظهر فى القيظ فلم أخبره فخرجت من ذلك فقرأه منى السلام و قل له:

إذا كان ظلك مثلك فصل الظهر و إذا كان ظلك مثلك فصل العصر(٢) و مثلها روايه ابن بكير ٣، و خبر معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام: (أتى جبرائيل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بمواقيت الصلاه فأتاه حين زالت الشمس فأمره فصلى الظهر، ثم أتاه حين زاد الظل قامه فأمره فصلى العصر، ثم أتاه حين غربت الشمس فأمره فصلى المغرب، ثم أتاه حين سقط الشفق فأمره فصلى العشاء، ثم أتاه حين طلع الفجر فأمره فصلى الصبح، ثم أتاه من الغد حين زاد فى الظل قامه فأمره فصلى الظهر، ثم أتاه حين زاد من الظل قامتان فأمره فصلى العصر، ثم أتاه حين غربت الشمس فأمره فصلى المغرب ثم أتاه حين ذهب ثلث الليل فأمره فصلى العشاء، ثم أتاه حين نور الصبح فأمره فصلى الصبح ثم قال: ما بينهما وقت(٣) هذا و لا بدّ من التنبيه على أمرين:

الأول: قد عرفت عدم التعارض بين الأخبار لحمل القدمين على الذراع، و الذراع على القامة أعنى قامه حائط مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم و لذا قال فى الجواهر: «و قد جرت العاده بأن تكون قامه الشاخص الذى يجعل مقياساً لمعرفة الوقت ذراعاً كما أشارت إليه بعض النصوص، فلأجل ذلك كثيراً ما يعبر عن القامة بالذراع و عن الذراع بالقامة» و النص الذى أشار إليه صاحب الجواهر هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام: (تبيان زوال الشمس أن تأخذ عوداً طوله ذراع و أربع أصابع، فتجعل أربع أصابع فى الأرض، فإذا نقص الظل حتى يبلغ غايته ثم زاد فقد زالت الشمس و تفتح أبواب السماء و تهب الرياح -

ص: ٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث. ٢٧

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ١٣ و ٣٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب المواقيت حديث ٥.

و إذا كانت القامه ذراعا و قد جعل وقت الظهر عند الذراع فيكون وقتها عند صيروره ظل كل شيء مثله، و هذا ما عليه المشهور، و ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف و سائر فى المراسم و ابن حمزه فى الوسيطه و القاضى ابن البراج إلى أن ما بين الزوال إلى أن يصير ظل كل شيء مثله وقت للظهر للمختار فقط، و أما المعذور و المضطر فيمتد إلى الغروب، و إلى أن وقت العصر من حين الفراغ من الظهر إلى أن يصير ظل كل شيء مثليه للمختار، و أما المعذور و المضطر فإلى الغروب تمسكا بالأخبار المتقدمه، و قد عرفت أنها محموله على بيان فضيله الوقت جمعا بينها و بين أخبار الاشتراك الداله على أن وقت الظهرين إلى الغروب، و قيل: أربعه أقدام للظهر و ثمان للعصر هذا للمختار و ما زاد على ذلك حتى تغرب الشمس وقت لذوى الأعدار، و قال فى الجواهر: «و إن كنا لم نقف على قائله مصرحا بجميع ذلك. إلى أن قال. نعم حكى عن مصباح السيد و النهايه و عمل يوم و ليله و موضع من التهذيب تحديد وقت الظهر خاصه للمختار بذلك من غير تصريح بالعصر أصلا. إلى أن قال. و من الغريب أنه على كثرتها و شدة اختلافها. أى النصوص. لم نعث على ما يدل منها على تمام هذا القول» انتهى.

نعم ورد فى جملة من الأخبار تحديد وقت الظهر للمختار بأربعه أقدام منها: خبر الكرخى: (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام: متى يدخل وقت الظهر؟ قال: إذا زالت الشمس، فقلت: متى يخرج وقتها؟ فقال: من بعد ما يمضى من زوالها أربعه أقدام، إن وقت الظهر ضيق ليس كغيره. إلى أن قال: فقلت له: لو أن رجلا صلى الظهر بعد ما يمضى من زوال الشمس أربعه أقدام أ كان عندك غير مؤد لها؟ فقال: إن كان تعمد ذلك ليخالف السنه و الوقت لم تقبل منه(٢) و خبر الفضل بن يونس: (سألت أبا الحسن عليه السلام المرأه ترى الظهر قبل غروب الشمس كيف تصنع بالصلاه؟ قال: إذا رأت الظهر بعد ما يمضى من زوال الشمس أربعه أقدام فلا تصلى إلا العصر، لأن وقت الظهر دخل عليها و هى فى الدم و خرج عنها الوقت و هى فى الدم(٣) و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم أن وقت الظهرين إلى الغروب لضعف أسانيدها و لكون خبر الكرخى ظاهرا فى كون التأخير من باب تعمد المخالفه لسنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا بقصد الرخصه فى التأخير،-

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ٣٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب الحيض حديث ٢.

و لكون خير الفضل محمولا على ذهاب الوقت المشترك و إن كان فرضا بعيدا أو يردّ إلى أهله. و قيل كما عن المقنعه: إن وقت الظهر من زوال الشمس إلى أن يرجع الفء سبعى الشاخص، و العصر إلى أن يتغير لون الشمس باصفرارها للغروب، و للمضطر و الناسى إلى الغروب و قال عنه فى الجواهر: «و لم أعرف له دليلا من الأخبار على كثرتها و شدة اختلافها» و هناك أقوال أخرى غير ظاهره المستند.

الثانى: ممّا تقدم من وجود وقتين مختلفين للظهر و العصر بالنسبه للفضيله شاع استحباب التفريق بين الصلاتين و قد توهم استحباب التفريق بأن يأتى بصلاه الظهر عند أول الزوال إلى أن يصير ظل كل شىء مثله سواء أتى بنوافلها أم لا، و أن يأتى بصلاه العصر بعد ما يصير ظل الشاخص مثله إلى المثلين سواء أتى بنوافلها أم لا.

و لكنّ التأويل فى الأخبار يعطى أن وقت الفضيله للظهرين بالمعنى المتقدم من أجل أداء نوافلهما، فإذا أراد الإتيان بنوافل الظهر فوقت فضيلتها يمتد إلى المثل، و إذا أراد الإتيان بنوافل العصر فيمتد وقت فضيلتها إلى المثلين، أما إذا لم يأت بالنوافل أو لم يكن مريدا ذلك فوقت الفضيله لكلا الصلاتين عند الزوال إلا أن هذه قبل هذه و يدلّ عليه أخبار كثيره منها: خبر ابن مسكان عن الحارث بن المغيرة و عمر بن حنظله و منصور بن حازم جميعا قالوا: (كنا نقيس الشمس بالمدينه بالذراع فقال أبو عبد الله عليه السّلام: ألا أنبئكم بأبين من هذا، إذا زالت الشمس فقد دخل وقت الظهر إلا أن بين يديها سبحة، و ذلك إليك إن شئت طوّلت و إن شئت قصرت) (١) و خبر مسمع بن عبد الملك: (إذا صليت الظهر فقد دخل وقت العصر إلا أن بين يديها سبحة و ذلك إليك إن شئت طوّلت و إن شئت قصرت) (٢).

و باعتبار سقوط نوافل الظهرين فى السفر فيستحب إتيان المسافر بالظهرين عند الزوال للأخبار منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (صلاه المسافر حين تزول الشمس لأنه ليس قبلها فى السفر صلاه و إن شاء أخرها إلى وقت الظهر فى الحضر غير أن أفضل ذلك أن يصلبها فى أول وقتها حين تزول) (٢).

و باعتبار أن المؤمن يداوم على صلاه الواحد و الخمسين فكان التفريق ديدنهم، لا باعتبار أن نفس التفريق و إن لم يأت بالنوافل هو أفضل من الجمع بين الفريضتين من دون نوافلهما و لذا صلى الإمام عليه السّلام بل النبى صلى الله عليه و آله و سلم جمعا عند اضطراره لترك النوافل ففى خبر صفوان الجمال: (صلى بنا أبو عبد الله عليه السّلام الظهر و العصر عند ما زالت الشمس بأذان -

ص: ٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المواقيت حديث ١.

من تقديمها على ذلك الوقت (١)، كما أنّ

و إقامتين و قال: إني على حاجه فتنفلوا(١) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا كان في سفر أو عجلت به حاجه يجمع بين الظهر و العصر، و بين المغرب و العشاء الآخرة، قال: و قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس أن تعجل العشاء الآخرة في السفر قبل أن يغيب الشفق)٢.

و ما نقله الشهيد في الذكري عن كتاب عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان في السفر يجمع بين المغرب و العشاء و الظهر و العصر، إنما يفعل ذلك إذا كان مستعجلاً، قال: و قال عليه السلام: و تفريقهما أفضل)٣.

و أفضلية التفريق هنا بمعنى أن يأتي بالظهرين مع النوافل لا بمعنى أن يفترق بين الظهرين و إن لم يأت بنوافلهما و لذا ورد في خبر محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السلام: (إذا جمعت بين صلاتين فلا تطوع بينهما)٤ و خبره الآخر عنه عليه السلام: (الجمع بين الصلاتين إذا لم يكن بينهما تطوع فإذا كان بينهما تطوع فلا جمع)٥ و خبر منصور عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن صلاة المغرب و العشاء بجمع، فقال: بأذان و إقامتين، لا تصل بينهما شيئاً هكذا صلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم)٦ باعتبار أنه مع النوافل لا جمع، بل ورد التعليل بكون وقت الفضيله للظهر ممتداً إلى المثل و العصر إلى المثليين لمكان النافله كما في خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (أ تدرى لم جعل الذراع و الذراعان؟ قلت: لم جعل ذلك؟ قال: لمكان النافله، لك أن تتنفل من زوال الشمس إلى أن يمضي ذراع فإذا بلغ فيؤك ذراعاً بدأت بالفريضة و تركت النافله، و إذا بلغ فيؤك ذراعين بدأت بالفريضة و تركت النافله)٧، و في خبر إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام: (و إنما جعل الذراع و الذراعان لئلا يكون تطوع في وقت فريضة)٨، و مكاتبه محمد بن الفرج: (إذا زالت الشمس فصل سبحتك و أحب أن يكون فراغك من الفريضة و الشمس على قدمين، ثم صل سبحتك و أحب أن يكون فراغك من العصر و الشمس على أربعة أقدام، فإن عجل بك أمر فابدأ بالفريضتين و اقض بعدهما النوافل)٩، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام المنقول عن السرائر: (إنما جعلت القدمان و الأربع و الذراع و الذراعان وقتاً لمكان النافله)١٠.

(١) إن أتى بنوافلهما و إلا فلا.

ص: ٣١

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ٣ و ٧.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ٣.
- ٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المواقيت حديث ١.
- ٤- ((٧ و ٨ و ٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ٢٨ و ٣١ و ٣٥.

فعل الظهر قبل هذا المقدر (١) أفضل، بل قيل بتعيينه (٢) بخلاف تأخير العصر.

فى وقت المغرب و العشاء

(و للمغرب ذهاب الحمرة المشرقيه) (٣) و هى الكائنه فى جهه المشرق، و حدّه

(١) أى قبل أن يصير ظل كل شاخص مثله.

(٢) قد تقدم أنه مذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط و جماعه.

(٣) بالنسبه لابتداء وقتها على المشهور للأخبار منها: صحيح بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا غابت الحمرة من هذا الجانب. يعنى من المشرق. فقد غابت الشمس من شرق الأرض و غربها) (١)، و مرسل على بن أحمد بن أشيم عن أبى عبد الله عليه السلام:

(وقت المغرب إذا ذهب الحمرة من المشرق، و تدرى كيف ذلك؟ قلت: لا، قال عليه السلام: لأن المشرق مطل على المغرب هكذا. و رفع يمينه فوق يساره.. فإذا غابت هاهنا ذهب الحمرة من هاهنا) ٢، و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (وقت سقوط القرص و وجوب الإفطار من الصيام أن تقوم بحذاء القبلة و تنفقد الحمرة التى ترتفع من المشرق، فإذا جازت قمه الرأس إلى ناحيه المغرب فقد وجب الإفطار و سقط القرص) ٣ و خبر محمد بن على: (صحبت الرضا عليه السلام فى السفر فرأيتّه يصلى المغرب إذا أقبلت الفحمة من المشرق، يعنى السواد) ٤، و خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السلام:

(إنما أمرت أبا الخطاب أن يصلى المغرب حين زالت الحمرة من مطلع الشمس، فجعل هو الحمرة التى من قبل المغرب و كان يصلى حين يغيب الشفق) ٥.

و فى المدارك عن المبسوط و الانتصار و علل الشرائع و الأحكام و جماعه أن وقتها عند غروب الشمس المعلوم باستتار القرص للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (وقت المغرب إذا غربت الشمس فغاب قرصها) (٢)، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا غاب القرص أفطر الصائم و دخل وقت الصلاة) ٧، و صحيح داود بن فرقد: (سمعت أبى يسأل أبا عبد الله عليه السلام متى يدخل وقت المغرب؟ فقال عليه السلام: إذا غاب كرسيتها، قلت: و ما كرسيتها؟ قال عليه السلام: قرصها، فقلت:

متى يغيب قرصها؟ قال عليه السلام: إذا نظرت إليه فلم تره) ٨ و الأخبار فى ذلك كثيره لكن لا بد من تقديم الطائفة الأولى إما لأن غيبوبه القرص لا تتم إلا بارتفاع الحمرة المشرقيه لأن جانب المشرق مطل على المغرب كما تقدم فى بعض الأخبار و إما لكون الطائفة الثانية محموله على التقيه لموافقته للعامة.

١- (١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٣ و ٤ و ٨ و ١٠.

٢- (٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المواقيت حديث ١٦ و ٢٠ و ٢٥.

قمه الرأس (١). (و للعشاء الفراغ منها) (٢) و لو تقديرا على نحو ما قرّر للظهر. إلا

(١) كما فى مرسل ابن أبى عمير المتقدم و لكن ابتداءه من حين ارتفاع الحمرة من مطلع الشمس كما فى خبر عمار.

(٢) أى وقت دخول صلاة العشاء عند مضى وقت المغرب و لو تقديرا و يدل عليه النصوص الكثيرة منها: صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا غربت الشمس فقد دخل وقت الصلاتين إلى نصف الليل إلا أن هذه قبل هذه) (١)، و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام فى قوله تعالى: أقم الصلاة لِذِكْرِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ فقال عليه السّلام: (إن الله افترض أربع صلوات، أول وقتها زوال الشمس إلى انتصاف الليل، منها صلاتان أول وقتها من عند زوال الشمس إلى غروب الشمس إلا أن هذه قبل هذه، و منها صلاتان أول وقتها من غروب الشمس إلى انتصاف الليل إلا أن هذه قبل هذه) (٢)، و مرسل داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا غابت الشمس فقد دخل وقت المغرب حتى يمضى مقدار ما يصلّى ثلاث ركعات، فإذا مضى ذلك فقد دخل وقت المغرب و العشاء الآخرة حتى يبقى من انتصاف الليل مقدار ما يصلّى المصلّى أربع ركعات، و إذا بقى مقدار ذلك فقد خرج وقت المغرب و بقى وقت العشاء إلى انتصاف الليل) (٣) و مرسل الصدوق: (قال الصادق عليه السّلام: إذا غابت الشمس فقد حلّ الإفطار و وجبت الصلاة و إذا صليت المغرب فقد دخل وقت العشاء الآخرة إلى انتصاف الليل) (٤).

ثم لهذه الأخبار و غيرها ذهب المشهور إلى أن وقت المغرب يمتد إلى حين يبقى إلى منتصف مقدار ما يصلّى العشاء، و عن الخلاف انتهاء وقتها بذهاب الحمرة المغريه لصحيح زراره و الفضيل عن أبى جعفر عليه السّلام: (إن لكل صلاة وقتين غير المغرب، فإن وقتها واحد، و وقتها وجوبها، و وقت فوتها سقوط الشفق) (٤)، و عن المقنعه و النهايه أن ذلك للحاضر، أما المسافر فيمتد وقتها إلى ربع الليل لصحيح عمر بن يزيد: (وقت المغرب فى السفر إلى ربع الليل) (٥)، و عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و السيد فى الإصباح أن ذهاب الحمرة المغريه وقت للمغرب بالنسبه للمختار، و أما المعذور فيجوز-

ص: ٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المواقيت حديث ٢٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المواقيت حديث ٤ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

تأخيرها إلى ربيع الليل، و الإنصاف يقتضى حمل نصوص الشفق على وقت الفضيله و كراهه التأخير عن ذلك، و نصوص الربيع و غيرها على نفى الكراهه فى التأخير بالنسبه للمسافر و المضطر و المعذور لأنه هو الجمع العرفى بينها و بين أخبار كون وقت المغرب يمتد إلى منتصف الليل ثم إن المشهور قد ذهب إلى أن وقت العشاء عند ارتفاع الحمره المشرقيه بعد مضى مقدار ثلاث ركعات للمغرب للنصوص المتقدمه، و عن المقنعه و المبسوط و الخلاف أن أول وقتها غروب الحمره المغربيه لظاهر جملة من الأخبار منها:

صحيح بكر بن محمد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و أول وقت العشاء الآخره ذهاب الحمره و آخر وقتها إلى غسق الليل) (١)، و صحيح الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: متى تجب العتمه؟ قال عليه السّلام: إذا غاب الشفق، و الشفق الحمره) (٢) و هو محمول على وقت الفضيله جمعا بينها و بين ما تقدم من أن وقت العشاءين عند ارتفاع الحمره المشرقيه و يشهد لهذا الحمل أخبار منها: خبر إسحاق بن عمار: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: يجمع بين المغرب و العشاء فى الحضر قبل أن يغيب الشفق من غير عله؟ قال عليه السّلام: لا بأس) (٣)، و خبر زراره: (سألت أبا جعفر و أبا عبد الله عليهما السّلام عن الرجل يصلى العشاء الآخره قبل سقوط الشفق، فقالا: لا بأس به) (٤)، و موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (صلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالناس المغرب و العشاء الآخره قبل الشفق من غير عله فى جماعه، و إنما فعل ذلك ليتسع الوقت على أمته) (٥)

و منها يظهر ضعف ما عن النهايه من أنه يجوز للمسافر و المعذور تقديمها على ذهاب الشفق و لا يجوز لغيرهما.

ثم إن المشهور قد ذهب إلى أن وقت العشاء ممتد إلى منتصف الليل للمختار و يشهد لذلك النصوص المتقدمه، و عن المفيد فى المقنعه و الشيخ فى جملة من كتبه أن آخر العشاء هو ثلث الليل للمختار و غيره و يشهد لهما جملة من النصوص منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (و آخر وقت العشاء ثلث الليل) (٤)، و خبر معاويه بن عمار: (أن وقت العشاء الآخره إلى ثلث الليل) (٥) و هى محموله على كراهه التأخير عن ثلث الليل.

ص: ٣٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المواقيت حديث ٦.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المواقيت حديث ٨ و ٥ و ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب المواقيت حديث ٣.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

أنه هنا لو شرع في العشاء (١) تماما تامه الأفعال فلا بدّ من دخول المشترك (٢) و هو فيها (٣)، فتصح مع النسيان بخلاف العصر (٤).

(و تأخيرها) (٥) إلى ذهاب الحمرة (المغربيه أفضل) (٦)، بل قيل بتعيينه (٧) كتقديم المغرب عليه (٨).

و ذهب الشيخ في التهذيب و الاستبصار و المبسوط من أن الثلث للمختار و النصف لغيره، و يردّه ما تقدم من النصوص، نعم يمتد وقت العشاءين إلى طلوع الفجر للمضطر بسبب النوم أم النسيان أو الحيض و نحو ذلك لموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إن نام رجل و لم يصل صلاه المغرب و العشاء أو نسي فإن استيقظ قبل الفجر قدر ما يصليهما كليهما فيصلهما و إن خشي أن تفوته إحداهما فليبدأ بالعشاء الآخرة، و إن استيقظ بعد الفجر فليبدأ فيصل الفجر ثم المغرب ثم العشاء الآخرة) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في الحيض: (و إن طهرت في آخر الليل فلتصل المغرب و العشاء) (٢)، و خبر عمر بن حنظله: (إذا طهرت المرأة قبل طلوع الفجر صلت المغرب و العشاء) (٣)، و في مرسل الفقيه: (يقضى و يصبح صائما عقبه) (٤) و إعراض المشهور لا يضّر لعدم المعارضه بينها و بين أخبار منتصف الليل بحملها على ذوى الأعذار الثلاثة أو مطلقا و إليه ذهب في المعبر و المدارك.

(١) نسيانا و غفله.

(٢) أى الوقت المشترك للعشاءين.

(٣) أى و المصلى ما زال في العشاء قبل إتمامها.

(٤) فلو تذكر في أثناء صلاه العصر أنه لم يصل الظهر فلا بد من البطلان لعدم تماميتها غفله لتكون صحيحه لأن الوقت المختص للظهر لم ينته حيث تذكر قبل إتمام أربع ركعات.

(٥) أى العشاء.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) كما عن المقنعه و المبسوط و الخلاف و النهايه.

(٨) على الشفق المغربى كما عن الخلاف و المبسوط و الإصباح للمختار عند الأخيرين.

ص: ٣٥

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب الحيض الحديث ١٠ و ١٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المواقيت حديث ٦.

أما الشفق الأصفر (١) و الأبيض (٢) فلا عبره بهما عندنا.

فى وقت الصبح

(و للصبح طلوع الفجر) (٣) الصادق و هو الثانى (٤) المعترض فى الأفق.

(١) و هو الحادث قبل الشفق الأحمر.

(٢) و هو الحادث بعد الشفق الأحمر. ففى خبر الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: متى تجب العتمه؟ قال: إذا غاب الشفق، و الشفق الحمره، فقال عبيد الله: أصلحك الله إنه يبقى بعد ذهاب الحمره ضوء شديد معترض، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن الشفق إنما هو الحمره و ليس الضوء من الشفق) (١).

(٣) للأخبار الكثيره منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا طلع الفجر فقد دخل وقت الغداه) (٢) و خبره الآخر عنه عليه السلام: (وقت صلاه الغداه ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) ٣.

(٤) إجماعى و يشهد له أخبار كثيره منها: صحيح ليث المرادى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت: متى يحرم الطعام على الصائم و تحلّ الصلاه صلاه الفجر؟ فقال عليه السلام: إذا اعترض الفجر فكان كالبطيه البيضاء فثم يحرم الطعام على الصائم و تحل الصلاه صلاه الفجر) (٣)، و خبر على بن عطيه عن أبى عبد الله عليه السلام: (الصبح هو الذى إذا رأته كان معترضا كأنه بياض نهر سوراء) ٥، و خبر على بن مهزيار: (كتب أبو الحسن بن الحصين إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام معى: جعلت فداك، قد اختلف موالوك فى صلاه الفجر، فمنهم من يصلى إذا طلع الفجر الأول المستطيل فى السماء، و منهم من يصلى إذا اعترض فى أسفل الأفق و استبان و لست أعرف أفضل الوقتين فأصلى فيه فإن رأيت أن تعلمنى أفضل الوقتين و تحدّه لى. إلى أن قال. فكتب عليه السلام بخطه. و قرأته: الفجر يرحمك الله هو الخيط الأبيض المعترض و ليس هو الأبيض صعدا فلا تصل فى سفر و لا حضر حتى تبيّنه، فإن الله تبارك و تعالى لم يجعل خلقه فى شبهه من هذا، فقال تعالى: وَ كَلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ، فالخيط الأبيض هو المعترض الذى يحرم به الأكل و الشرب فى الصوم، و كذلك هو الذى يوجب به الصلاه) (٤).

ص: ٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ٦.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

فى امتداد وقت الظهرىن و العشاءىن و الصبح

(و ىمتد وقت الظهرىن إلى الغروب) اختىارا على أشهر القولىن (١) لا بمعنى أن الظهر تشارك العصر فى جمىع ذلك الوقت، بل ىختصّ العصر من آخره بمقدار أدائها، كما ىختص الظهر من أوله به (٢).

و إطلاق امتداد وقتها باعتبار كونها لفظا واحدا (٣) إذا امتدّ وقت جموعه من حىث هو مجموع إلى الغروب لا ىنافى عدم امتداد بعض أجزاءه. و هو الظهر.

إلى ذلك (٤)، كما إذا قىل: ىمتدّ وقت العصر إلى الغروب لا ىنافى عدم امتداد بعض أجزاءها (٥). و هو أولها. إىله.

و حىئنذ (٦) فإطلاق الامتداد (٧) على وقتها (٨)

ثم للنصوص المتقدمه ذهب المشهور إلى أن وقتها ىمتد إلى حىن طلوع الشمس للمختار و المضطر، و ذهب الشىخ فى الكثیر من كتبه أن ذلك للمضطر و أما المختار فوقت الصبح إلى أن ىسفر الصبح المفسر بحدوث الحمره المشرقىه لصحىح الحلبى عن أبى عبد الله علیه السّلام: (وقت الفجر حىن ىنشق الفجر إلى أن ىتجلل الصبح السماء، و لا ىنبغى تأخىر ذلك عمدا و لكنه وقت لمن شغل أو نسى أو نام) (١)، و صحىح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله علیه السّلام: (لكل صلاه وقتان، و أول الوقتىن أفضلهما، و وقت صلاه الفجر حىن ىنشق الفجر إلى أن ىتجلل الصبح السماء و لا ىنبغى تأخىر ذلك عمدا، و لكنه وقت من شغل أو نسى أو سها أو نام) ٢، و موثق عمار عن أبى عبد الله علیه السّلام: (فى الرجل إذا غلبته عىنه أو عاقه أمر أن ىصلى المكتوبه من الفجر ما بىن أن ىطلع الفجر إلى أن تطلع الشمس) ٣ و قد حملت هذه الأخبار على بىان وقت الفضىله لصلاه الصبح مع كراهه تأخىرها عن الحمره المشرقىه جمعا بىن النصوص.

(١) قد تقدم الكلام فىه.

(٢) أى بمقدار أدائها.

(٣) فىصىران فعلا واحدا.

(٤) أى إلى الغروب.

(٥) أى صلاه العصر و هو ما قبل الآخرى.

(٦) أى و حىن اعتبارهما فعلا واحدا بلفظ واحد.

(٧) أى الامتداد إلى الغروب.

(٨) على الظهرىن.

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٥ و ٧ .

بهذا المعنى (١) بطريق الحقيقه لا المجاز، إطلاقاً (٢) لحكم بعض الأجزاء على الجميع أو نحو ذلك (٣).

(و) وقت (العشاءين إلى نصف الليل) (٤) مع اختصاص العشاء من آخره بمقدار أدائها، على نحو ما ذكرناه في الظهرين.

(و) يمتدّ وقت الصبح حتى تطلع الشمس (٥) على أفق مكان المصلى و إن لم تظهر للأبصار (٦).

في وقت النوافل اليوميّه

(و) وقت (نافله الظهر من الزوال إلى أن يصير الفىء) و هو الظلّ الحادث بعد الزوال، سمّاه في وقت الفريضة ظلاً و هنا فيئاً. و هو

(٧) أجود. لأنه مأخوذ من «فاء: إذا رجع» مقدار (قدمين) (٨) أى سبعى قامه

(١) من كونهما فعلاً واحداً.

(٢) تمثيل للإطلاق المجازى و هو رد على المصنف فى الذكرى حيث اعتبر أن الإطلاق مجازى من باب إطلاق الجزء على الكل.

(٣) كإطلاق أحد المجاورين على الآخر.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) لوجود حائل كالجبل و نحوه.

(٧) أى الفىء.

(٨) كما هو المشهور للأخبار منها: موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فإن مضى قدما قبل أن يصلى ركعه بدأ بالأولى و

لم يصل الزوال إلا بعد ذلك، و للرجل أن يصلى من نوافل الأولى (العصر) ما بين الأولى إلى أن تمضى أربعه أقدام، فإن مضت

الأربعه أقدام و لم يصل من النوافل شيئاً فلا يصلّ النوافل) (١)، و صحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السّلام:

(وقت الظهر بعد الزوال قدما و وقت العصر بعد ذلك قدما) (٢)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (سألته عن وقت

الظهر فقال: ذراع من زوال الشمس، و وقت العصر ذراعان من وقت الظهر فذاك أربعه أقدام من زوال الشمس، ثم قال: إن

حائط مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان قامه، و كان إذا مضى منه ذراع صلى الظهر، و إذا مضى منه ذراعان

صلى العصر، ثم قال: أ تدرى لم جعل الذراع و الذراعان؟ قلت:-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ١.

المقياس (١)، لأنها (٢) إذا قسّمت سبعة أقسام يقال لكل قسم «قدم»، والأصل فيه أن قامه الإنسان غالبا سبعة أقدام بقدمه. (و) للعصر أربعة أقدام) فعلى هذا (٣) تقدم نافله العصر بعد صلاة الظهر أول وقتها (٤) أو في هذا المقدار (٥)، و تؤخر الفريضة (٦) إلى

لم جعل ذلك؟ قال: لمكان النافله، لك أن تتنفل من زوال الشمس إلى أن يمضى ذراع، فإذا بلغ فيؤك ذراعا من الزوال بدأت بالفريضة و تركت النافله، و إذا بلغ فيؤك ذراعين بدأت بالفريضة و تركت النافله(١) و رواه الشيخ أيضا و زاد فيه: (قال ابن مسكان:

و حدثني بالذراع و الذراعين سليمان بن خالد و أبو بصير المرادى و حسين صاحب القلانيس و ابن أبي يعفور و من لا أحصيه منهم) ٢ إلى غير ذلك من أخبار القدمين و الأربعة و أخبار الذراع و الذراعين باعتبار أن الذراع قدما كما تقدم.

و قد حمل المشهور أخبار القدمين على سبعي الشاخص لأن قامه الإنسان بمقدار سبعة أقدام بقدمه بحسب الغالب و نسبه القدمين إلى القامة حينئذ هي ما ذكرنا، و فيه: إن أخبار القامة المتقدمه في أوقات فريضة الظهرين محموله على الذراع كما تقدم لأن القامة هي قامه حائط مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أن الحائط كان بمقدار الذراع، فتكون أخبار القدمين و الذراع متطابقه مع أخبار المثل منها: خبر أحمد بن عمر عن أبي الحسن عليه السلام: (سألته عن وقت الظهر و العصر فقال: وقت الظهر إذا زاغت الشمس إلى أن يذهب الظل قامه، و وقت العصر قامه و نصف إلى قاتين)(٢) و قد تقدم بعضها سابقا.

و ذهب جماعه منهم الشيخ في الخلاف و الفاضلان في المعتمر و التبصره و المحقق الثاني إلى أن وقت النافله إلى المثل و المثليين و ما ذلك إلا لأن القدمين تساوى ذراعا و هو مقدار قامه حائط مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم فإذا بلغ الظل قدمين أو كان بمقدار القامة فلا فرق.

(١) بل هو تمام قامه المقياس كما تقدم.

(٢) أى القامة.

(٣) أى من كون وقت نافله العصر أربعة أقدام بالمعنى المتقدم من أنها أربعة أسباع الشاخص و أن وقت فضيله فريضة العصر و هو ما بعد المثل فتقدم نافله العصر في وقت فريضتها و تؤخر فريضة العصر إلى وقت فضيلتها.

(٤) بعد القدمين مباشرة.

(٥) أى فى مقدار أربعة أقدام.

(٦) أى فريضة العصر.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المواقيت حديث ٩.

وقتها، و هو ما بعد المثل. هذا هو المشهور روايه و فتوى.

و فى بعض الأخبار ما يدلّ على امتداد وقتها بامتداد وقت فضيله الفريضة، و هو زياده الظلّ بمقدار مثل الشخص للظهر و مثليه للعصر، و فيه قوّه (١).

و يناسبه المنقول من فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام و غيرهم من السلف من صلاه نافله العصر قبل الفريضة متصله بها (٢).

و على ما ذكره من الأقدام لا يجتمعان أصلا (٣) لمن أراد صلاه العصر فى وقت الفضيله، و المروى أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان يتبع الظهر بركعتين من سنّه العصر (٤)،

(١) بل متعين و لا خلاف بينه و بين أخبار القدمين و الأربعة كما تقدم.

(٢) أى من اتصال نافله العصر بفريضتها و يدل عليه خبر رجاء بن أبى الضحاك: (كان الرضا عليه السلام إذا زالت الشمس جدّد وضوءه و قام فصلى ست ركعات. إلى أن قال. ثم يؤذن و يصلى ركعتين ثم يقيم و يصلى الظهر. إلى أن قال. فإذا رفع رأسه قام فصلى ست ركعات إلى أن قال. ثم يؤذن و يصلى ركعتين و يقنت فى الثانية فإذا سلّم أقام و صلى العصر) (١).

فهذا مناسب لتحديد المثل لأن أربعة أقدام إذا كانت أربعة أسباع الشاخص على مبنى الشارح و كان وقت فريضة العصر بعد المثل فلا بد من الفصل بين نوافل العصر و فريضتها.

(٣) أى لا يجتمع وقت فضيله العصر مع وقت فضيله نافلتها، و هذا بناء على أن الأقدام أربعة أسباع الشاخص، و قد عرفت ضعف المبنى.

(٤) و يدل عليه مرسله الصدوق: (قال أبو جعفر عليه السلام: كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا يصلى بالنهار شيئا حتى تزول الشمس، و إذا زالت صلى ثمانى ركعات و هى صلاه الأوابين، تفتح فى تلك الساعه أبواب السماء و يستجاب الدعاء و تهب الرياح و ينظر الله إلى خلقه فإذا فاء الفىء ذراعا صلى الظهر أربعاً و صلى بعد الظهر ركعتين، ثم صلى ركعتين أخرأوين ثم صلى العصر أربعاً) (٢)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا يصلى من النهار شيئا حتى تزول الشمس فإذا زالت قدر نصف إصبع صلى ثمانى ركعات، فإذا فاء الفىء ذراعا صلى الظهر ثم صلى بعد الظهر ركعتين، و يصلى قبل وقت العصر ركعتين فإذا فاء الفىء ذراعين صلى العصر) (٣).

ص: ٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

و يؤخر الباقي إلى أن يريد صلاة العصر. وربما أتبعها بأربع (١) و ست (٢) و آخر الباقي (٣).

و هو السرّ في اختلاف المسلمين في أعداد نافلتيهما (٤)، و لكن أهل البيت أدرى بما فيه (٥).

و لو أحرّ المتقدمه على الفرض عنه (٦) لا لعذر نقص الفضل و بقيت أداء ما

(١) و يرشد إليه خبر البزنطي: (قلت لأبي الحسن عليه السّلام: إن أصحابنا يختلفون في صلاة التطوع، بعضهم يصلى أربعاً و أربعين، و بعضهم يصلى خمسين، فأخبرني بالذي تعمل به أنت كيف هو؟ حتى أعمل بمثله فقال: أصلى واحده و خمسين ركعه ثم قال: أمسك و عقد بيده، الزوال ثمانيه و أربعاً بعد الظهر و أربعاً قبل العصر و ركعتين بعد المغرب و ركعتين قبل العشاء الآخرة و ركعتين بعد العشاء من قعود تعدان بركعه من قيام) (١).

(٢) و يدل عليه خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (صلاة النافلة ثمان ركعات حين تزول الشمس قبل الظهر و ست ركعات بعد الظهر، و ركعتان قبل العصر و أربع ركعات بعد المغرب و ركعتان بعد العشاء الآخرة) (٢) الحديث.

(٣) بالنسبه لتقديم ركعتين بعد الظهر فلم يرد خبر بتأخير تمام الستة إلى ما قبل العصر، و إنما الوارد هو الذي تقدم من تأخير ركعتين و يكون الساقط من نافله العصر أربع ركعات، و قد تقدم أنه من مراتب الفضل بعد مرتبه الواحد و الخمسين.

(٤) ذهب أحمد بن حنبل إلى استحباب ركعتين بعد الظهر و لم يذكر قبل العصر شيئاً و كذا الشافعي في أحد قوليه، و قوله الآخر أربع ركعات بعد الظهر و أربع ركعات قبل العصر و مثله ما عن مالك و إن كان لا حد للنوافل الراتبه بالنسبه للظهرين عنده، و عن أبي حنيفه ركعتان بعد الظهر و أربع قبل العصر و إن شاء ركعتين.

(٥) فالإتيان ببعض نوافل العصر بعد الظهر لا يعرف أنه من نوافل العصر إلا من طريق أهل البيت عليهم السّلام.

(٦) متعلق بقوله: (و لو أحرّ) و المعنى أن نافله الظهرين متقدمه على فرض الظهرين فلو أتى بالفرض قبل النافله ثم أتى بالنافله مع بقاء وقتها لا لعذر كان ذلك نقصاً في فضلها لأنه مشروط بتقديمها على الفرض.

ص: ٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٦.

بقي وقتها، بخلاف المتأخر (١) فإن وقتها لا يدخل بدون فعله (٢).

و للمغرب (٣) إلى ذهاب الحمرة المغربيه (٤)، و للعشاء كوقتها (٥) فتبقى أداء إلى أن ينتصف الليل، و ليس فى النوافل ما يمتد بامتداد وقت الفريضة على المشهور سواها (٦) و لليل (٧) بعد نصفه الأول (إلى طلوع الفجر) الثانى (٨).

(١) أى المتأخر عن الفرض من النوافل كنوافل المغرب.

(٢) أى بدون فعل الفرض فلو أتى بالنوافل المغربيه قبل المغرب لم تقع صحيحه لأن صحتها مشروطه بالبعديه عن المغرب.

(٣) أى وقت نافله المغرب.

(٤) على المشهور بل فى المدارك: «أنه مذهب الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا» لمرسل الصدوق عن أبى جعفر عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا يصلى بالنهار شيئا حتى تزول الشمس.

إلى أن قال. فإذا آبت و هو أن تغيب صلى المغرب ثلاثا و بعد المغرب أربعا ثم لا يصلى شيئا حتى يسقط الشفق فإذا سقط الشفق صلى العشاء) (١).

و عن الذكري و الدروس و الحبل المتين و كشف اللثام و الذخير الميلى إلى امتداد وقتها بامتداد وقت الفريضة لإطلاق أدله المشروعيه بعد قصور الخبر عن تحديد وقتها بالحمرة المغربيه لأنه دال على فعل النبى صلى الله عليه وآله وسلم من دون الدلالة على عدم جواز وقوع النافله بعد الشفق المغربى.

(٥) أى و نافله العشاء كوقت فريضة العشاء ممتدا إلى منتصف الليل بالاتفاق لإطلاق أدله مشروعيتها من دون وجود دليل مقيد بوقت خاص.

(٦) أى سوى نافله العشاء.

(٧) أى و لنافله الليل.

(٨) أى الصادق و هو مما لا خلاف فيه و يشهد له مرسل الفقيه: (قال أبو جعفر عليه السلام:

وقت صلاه الليل ما بين نصف الليل إلى آخره) (٢)، و صحيح الفضيل عن أحدهما عليه السلام: (أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان يصلى بعد ما ينتصف الليل ثلاث عشرة ركعه) (٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا صلى العشاء الآخرة آوى إلى فراشه فلا يصلى شيئا إلا بعد انتصاف الليل لا فى شهر رمضان و لا

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

فى غيره(١) ، و أفضل أوقاتها الثلث الأخير من الليل لصحيح إسماعيل الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (و سألته عن أفضل ساعات الليل، قال: الثلث الباقي)(٢) ، و خبر المروزي عن الإمام العسكري عليه السلام: (فإذا بقى ثلث الليل الأخير ظهر بياض.

إلى أن قال. و هو وقت صلاة الليل)(٣) ، بل أفضل أوقات الثلث الأخير ما كان وقت السحر و هو قريب الفجر لخبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السلام: (و ثمان ركعات فى السحر و هى صلاة الليل)(٤) ، و رواه الفضل عن الرضا عليه السلام: (و ثمان ركعات فى السحر)٥، و خبر مرازم عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: متى أصلى صلاة الليل؟ قال عليه السلام: صلها آخر الليل)(٥) ، و موثق سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (و ثمان ركعات من آخر الليل)(٦) ، و خبر أبى بصير: (و أحب صلاة الليل إليهم آخر الليل)(٧).

نعم يجوز لذوى الأعذار كالمسافر و الشاب الذى يصعب عليه القيام فى آخر الليل و من خاف البرد أو الاحتلام و المريض تقديمها على منتصف الليل للأخبار منها: خبر أبى جرير ابن إدريس عن أبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام: (صل صلاة الليل فى السفر من أول الليل فى المحمل و الوتر و ركعتى الفجر)(٨) ، و خبر محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن صلاة الليل أصليها أول الليل؟ قال عليه السلام: نعم إنى لأفعل ذلك، فإذا أعجلنى الجمال صليتها فى المحمل)١٠، و صحيح ليث عن أبى عبد الله عليه السلام عن صلاة الليل أول الليل فى الليالى القصار فى الصيف: (فقال عليه السلام، نعم نعم ما رأيت، و نعم ما صنعت، يعنى فى السفر)١١، و صحيح يعقوب الأحمر مثله مع زياده: (ثم قال: إن الشاب يكثر النوم فأنا آمرك به)١٢، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن خشيت أن لا تقوم فى آخر الليل أو كانت بك عله أو أصابك برد فصل و أوتر فى أول الليل فى السفر)١٣

ص: ٤٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المواقيت حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ٥.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٥ و ٢٣.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المواقيت حديث ٣.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٦.
- ٧- (٨) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢.
- ٨- ((١٣-١٢-١١-١٠-٩) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب المواقيت حديث ٦ و ١١ و ١ و ١٧ و ٢.

و الشفع و الوتر من جمله صلاة الليل هنا (١)، و كذا تشاركها في المزاحمة بعد الفجر لو أدرك من الوقت مقدار أربع (٢)، كما يزاحم بناقله الظهرين لو أدرك من

و خبر الفضل بن شاذان عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (إنما جاز للمسافر و المريض أن يصليا صلاة الليل في أول الليل لاشتغاله و ضعفه و ليحرز صلاته فيستريح المريض في وقت راحته و ليشتغل المسافر باشتغاله و ارتحاله و سفره) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا خشيت أن لا تقوم آخر الليل أو كانت بك علة أو أصابك برد فصل صلاتك و أوتر من أول الليل) (٢).

بل لو دار الأمر بين تعجيلها أول الليل و قضائها في النهار فيستحب القضاء للأخبار منها: خبر عمر بن حنظله: (قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنني مكثت ثمانية عشر ليلة أنوى القيام فلا أقوم، فأصلي أول الليل؟ قال: لا، اقض بالنهار فإنني أكره أن تتخذ ذلك خلقا) (٢)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام سأله عن صلاة الليل أول الليل لمن تخوف أن لا يقوم آخر الليل فقال عليه السلام: (لا صلاة حتى يذهب الثلث الأول من الليل و القضاء بالنهار أفضل من تلك الساعة) (٤).

(١) من حيث الوقت، اعلم أن صلاة الليل قد أطلقت في الأخبار و كلمات الأصحاب على الركعات الثمانية كما في خبر معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ ما يرضى أحدكم أن يقوم قبل الصبح و يوتر و يصلي ركعتي الفجر و يكتب له بصلاة الليل) (٣) إلا أن الإتيان بالشفع و الوتر من ناحيه الوقت تابع لصلاة الليل فتصح بعد انتصاف الليل و يشهد له صحيح الفضيل المتقدم: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يصلي بعد ما ينتصف الليل ثلاث عشرة ركعه) (٤) و مثله غيره.

(٢) بحيث لو أدرك أربع ركعات من صلاة الليل قبل الفجر فيستحب له إتمام صلاة الليل بما فيها الشفع و الوتر ثم يأتي بالصبح مع نافلتها لخبر محمد بن النعمان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كنت أنت صليت أربع ركعات من صلاة الليل قبل طلوع الفجر فأتم الصلاة طلع أو لم يطلع) (٥).

ص: ٤٤

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ١٢.
- ٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ٨.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب المواقيت حديث ٣.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المواقيت حديث ٣.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب المواقيت حديث ١.

وقتها ركعه (١)، أما المغربيه فلا يزاحم بها مطلقا (٢) إلا أن يتلبس منها بركعتين فيتمها مطلقا (٣).

(و للصبح (٤) حتى تطلع الحمرة) (٥) من قبل المشرق، و هو آخر وقت فضيله

(١) لو أتى بركعه من نافله الظهرين في وقت النافله فيستحب له إكمال النافله و لو دخل وقت فضيله الفريضة و يشهد له خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإن مضى قدما قبل أن يصل ركعه بدأ بالأولى و لم يصل الزوال إلا بعد ذلك. إلى أن قال. و إن كان صلى ركعه فليتم النوافل حتى يفرغ منها ثم يصل العصر) (١) إلى آخر الخبر.

(٢) أى لا يزاحم فريضة العشاء بها سواء أتى منها بركعه أم لا.

(٣) فعن ابن إدريس أنه لو تلبس بركعه منها ثم بلغ وقت فريضة العشاء من سقوط الشفق المغربى أتمها أربعا و قال عنه فى الجواهر: «و لعله للقياس على نوافل الظهرين و هو مع أنه حرام عندنا مع الفارق لمزاحمه كل منهما فريضتها لا فريضه أخرى».

و ذهب جماعه منهم المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و الإرشاد و التحرير و المنتهى و الشهيدان إلى أن لو تلبس بركعتين فيتم هاتين الركعتين سواء كانت أوليين أم أخيرتين للنهى عن إبطال العمل.

(٤) أى و لنافله الصبح.

(٥) فوقتها من حين الانتهاء من صلاه الليل و لو كان قبل الفجر إلى حين ظهور الحمرة المشرقيه و يدل على ابتداء وقتها أخبار منها: خبر ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام عن أول وقت ركعتى الفجر فقال عليه السلام: (سدس الليل الباقي) (٢)، و صحيح البزنطى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: عن (ركعتى الفجر أصليهما قبل الفجر أو بعد الفجر؟ فقال:

قال: أبو جعفر عليه السلام: احش بهما صلاه الليل و صلّهما قبل الفجر) ٣، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن ركعتى الفجر قبل الفجر أو بعد الفجر، فقال عليه السلام: قبل الفجر، إنهما من صلاه الليل) ٤، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (صل ركعتى الفجر قبل الفجر و بعده و عنده) (٣) و مثله غيره، فوقت نافلة الفجر من حين الفجر الكاذب جمعا بين هذا الخبر و خبر ابن مسلم المتقدم بأن وقتها-

ص: ٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب المواقيت حديث ٥ و ٦ و ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المواقيت حديث ١.

الفريضة (١)، كالمثل و المثلين للظهرين (٢) و الحمرة المغربيه للمغرب (٣). و هو يناسب روايه المثل لا القدم (٤).

في كراهه النافله المبتدئه

(و تكره النافله المبتدئه) (٥) و هي التى يحدثها المصلّى تبرعا، فإن الصلاه قربان

سدس الليل الباقي، و يجوز تقديمها على الفجر إن صلى صلاه الليل.

و أما انتهاء وقتها بطلوع الحمرة المشرقيه فهو المشهور و يدل عليه صحيح على بن يقطين:

(سألت أبا الحسن عن الرجل لا يصلّى الغداه حتى يسفر و تظهر الحمرة و لم يركع ركعتى الفجر أ يركعهما أو يؤخرهما؟ قال عليه السلام: يؤخرهما) (١).

(١) أى الصبح كما تقدم.

(٢) فإن المثل و المثلين وقت فضيله الفريضتين و نافلتها.

(٣) فإن الحمرة المغربيه وقت لفضيله المغرب و نافلتها.

(٤) قد عرفت عدم التعارض بين المثل و القدم.

(٥) و هي التى لم يرد فيها نص بالخصوص فيستحب الإتيان بها لأن الصلاه خير موضوع (٢).

و قربان كل تقى (٣) كما فى الخبر.

إلا أنه يكره الشروع فيها فى خمسه أوقات: بعد صلاه الصبح حتى تطلع الشمس و بعد صلاه العصر حتى تغرب الشمس و عند طلوع الشمس حتى تنبسط، و عند عين استواء الشمس فى وسط النهار إلى حين الزوال و عند غروب الشمس للأخبار الكثيره منها: خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا صلاه بعد العصر حتى تصلى المغرب و لا صلاه بعد الفجر حتى تطلع الشمس) (٤)، و حديث المناهى: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الصلاه عند طلوع الشمس و عند غروبها و عند استوائها) (٥)، و خبر سليمان الجعفرى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام. (لا ينبغى لأحد أن يصلى إذا طلعت الشمس لأنها تطلع بقرنى شيطان، فإن ارتفعت و صفت فارقها فتستحب الصلاه ذلك الوقت و القضاء و غير ذلك، فإذا انتصف النهار قارنها فلا ينبغى لأحد أن يصلى فى ذلك الوقت لأن أبواب السماء قد غلقت فإذا زالت الشمس و هبت الريح فارقها) ٦.

ص: ٤٦

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أعداد الفرائض حديث ١ و ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أعداد الفرائض حديث ٢.
- ٥- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب المواقيت حديث ٦ و ٩.

كَلَّ تَقَى و احترز بها عن ذات السبب (١)، كصلاه الطواف، و الإحرام، و تحيه المسجد عند دخوله، و الزياره عند حصولها، و الحاجه، و الاستخاره، و الشكر، و قضاء النوافل مطلقا (٢) فى هذه الأوقات الخمسه المتعلق اثنان منها بالفعل (بعد صلاه الصبح) إلى أن تطلع الشمس (و العصر) إلى أن تغرب (و) ثلاثه بالزمان (عند طلوع الشمس) أى بعده حتى ترتفع و يستولى شعاعها و تذهب الحمرة، و هنا يتصل وقت الكراهتين الفعلى و الزمانى (٣) (و) عند (غروبها) أى ميلها إلى الغروب

(١) اعلم أن النافله إما مرتبه أو لا، و الثانيه إما ذات سبب كصلاه الزياره و الاستخاره و الصلوات المستحبه فى الأيام و الليالى المخصوصه أو لا، و الثاني هي المبتدئه.

و أما النوافل المرتبه فقد ذهبوا إلى عدم كراهه قضائها فى هذه الأوقات الخمسه مع أن نصوص الكراهه المتقدمه شامله لها و لذا ذهب المفيد فى المقنعه إلى كراهه ابتداء النوافل و قضائها عند طلوع الشمس و عند غروبها و كذا الشيخ فى النهايه.

نعم ورد فى خبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى قضاء صلاه الليل و الوتر تفوت الرجل أ يقضيها بعد صلاه الفجر و بعد العصر؟ فقال عليه السّلام: لا بأس بذلك) (١)، و خبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل فاته شىء من الصلوات فذكر عند طلوع الشمس أو عند غروبها، قال عليه السّلام: فليصل حين يذكر) ٢، و مكاتبه محمد بن يحيى إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (تكون على الصلاه النافله متى أقضيها؟ فكتب عليه السّلام: أى ساعه شئت من ليل أو نهار) ٣ و مثلها غيرها، و منه يعرف حكم قضاء الفرائض اليوميه فلا تكره فى هذه الأوقات أيضا. و أما ذات السبب فكذلك لا تكره فى هذه الأوقات للأخبار منها:

خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (أربع صلوات يصلها الرجل فى كل ساعه: صلاه فاتتك فمتى ما ذكرتها أديتها، و صلاه ركعتى طواف الفريضة و صلاه الكسوف و الصلاه على الميت، هذه يصلهن الرجل فى الساعات كلها) ٤ و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(خمس صلاه لا تترك على حال: إذا طفت بالبيت و إذا أردت أن تحرم و صلاه الكسوف و إذا نسيت فصل إذا ذكرت و صلاه الجنازه) ٥.

(٢) سواء كانت ليليه أم نهاريه و سواء كانت النوافل فى أوقات فرائضها كنوافل الظهرين بعد صلاه العصر إلى حين غروب الشمس أم لا.

(٣) أما الفعلى فهو بعد صلاه الصبح إلى أن تطلع الشمس، و الزمانى من حين الطلوع إلى أن تنبسط.

ص: ٤٧

و اصفرارها حتى يكمل بذهاب الحمرة المشرقيه.

و تجتمع هنا (١) الكراحتان (٢) فى وقت واحد (٣) (و) عند (قيامها) فى وسط السماء و وصولها إلى دائره نصف النهار تقريبا إلى أن تزول (إلا يوم الجمعة) (٤) فلا تكره النافله فيه عند قيامها (٥)، لاستحباب صلاه ركعتين من نافلتها حينئذ و فى (١) عند الغروب.

(٢) الفعلية و الزمانيه من الصلاه بعد صلاه العصر إلى حين الغروب و من الصلاه عند الغروب.

(٣) و هو حين الغروب.

(٤) اعلم أنه يستحب زياده أربع ركعات على نوافل الظهرين يوم الجمعة ففى خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام: (إنما زيد فى صلاه السنه يوم الجمعة أربع ركعات تعظيما لذلك اليوم، و تفرقه بينه و بين سائر الأيام) (١) و مثله غيره من النصوص إلا أن الإسكافى ذهب إلى زياده ست ركعات لصحيح سعد الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام:

(سألته عن الصلاه يوم الجمعة كم ركعه هى قبل الزوال؟ قال عليه السّلام: ست ركعات بكره، و ست بعد ذلك اثنتا عشره ركعه، و ست ركعات بعد ذلك ثمانى عشره ركعه، و ركعتان بعد الزوال فهذه عشرون ركعه، و ركعتان بعد العصر فهذه ثنتان و عشرون ركعه) ٢ و لكنه مهجور لإعراض الأصحاب عنه.

و تفريقها بأن يأتى ستا عند انبساط الشمس و ستا عند ارتفاعها و ستا قبل الزوال و ركعتين عنده على المشهور، و ليس لهم دليل ظاهر لأن النصوص على خلاف هذا الترتيب ففى صحيح البيهقي عن أبى الحسن عليه السّلام: (فى النوافل فى يوم الجمعة ست ركعات بكره، و ست ركعات ضحوه، و ركعتين إذا زالت الشمس، و ست ركعات بعد الجمعة) (٢) و مثله خبر يعقوب بن يقطين ٤ و خبر مراد بن خارجه ٥.

(٥) أى قيام الشمس فى وسط السماء و هو المعبر عنه فى الأخبار بالزوال المحمول على ما قبل الزوال و هو عند استوائها فى وسط السماء ففى الخبر: (و كان إذا ركعت الشمس فى السماء قبل الزوال أذن و صلى ركعتين فما يفرغ إلا مع الزوال ثم يقيم للصلاه فيصلى الظهر) (٣) و فى الخبر: (سأله عن الركعتين اللتين عند الزوال يوم الجمعة قال: فقال: أما أنا فإذا زالت الشمس بدأت بالفريضة) ٧.

ص: ٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١ و ٥.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١٩ و ١٠ و ١٢.

٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٤ و ٢.

الحقيقه هذا الاستثناء منقطع، لأن نافله الجمعه من ذوات الأسباب إلا أن يقال بعدم كراهه المبتدئه فيه (١) أيضا عملا بإطلاق النصوص باستثائه (٢).

في تقديم و تأخير نافله الليل

(و لا- تقدم) النافله الليليه على الانتصاف (٣)(إلا لعذر) (٤) كتعب و برد و رطوبه رأس (٥) و جنابه و لو اختياريه يشق معها الغسل، فيجوز تقديمها حينئذ من أوله بعد العشاء بنيه التقديم أو الأداء. و منها الشفع و الوتر.

(و قضاؤها أفضل) (٦) من تقديمها في صورته جوازه (٧)

في فضيله أول الوقت

(و أول الوقت (٨)

(١) في وقت قيام الشمس في وسط السماء يوم الجمعه.

(٢) لخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا صلاه نصف النهار إلا يوم الجمعه) (١)

و لكنه محمول على نافله يوم الجمعه جمعا بينه و بين ما تقدم.

(٣) أى منتصف الليل.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) عند الشباب.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) أى جواز التقديم.

(٨) للأخبار الكثيره منها: خبر ذريح عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال جبرئيل لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أفضل الوقت أوله) (٢)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (اعلم أن أول الوقت أبدا أفضل فعجل الخير ما استطعت) ٣، و في خبر معاويه عن أبي عبد الله عليه السلام: (لكل صلاه وقتان و أول الوقت أفضلهما) ٤، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (أحب الوقت إلى الله (عز و جل) أوله حين يدخل وقت الصلاه فصل الفريضة) ٥، و خبر سعيد بن الحسن عن أبي جعفر عليه السلام: (أول الوقت زوال الشمس و هو وقت الله الأول و هو أفضلهما) ٦، و خبر الأعشى عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن فضل الوقت الأول على الآخر كفضل الآخرة على الدنيا) ٧، و مرسله الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام: (أوله رضوان الله و آخره

عفو الله، و العفو لا- يكون إلا- عن ذنب) ٨، و خبر الأزدى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لفضل الوقت الأول على الأخير خير للرجل من ولده و ماله) ٩.

ص: ٤٩

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٦.
٢- (٢) (٩-٨-٧-٦-٥-٤-٣-٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المواقيت حديث ٨ و ١٠ و ١١ و ٥ و ٦ و ١٥ و ١٦ و ١٤.

(أفضل) من غيره (إلا) في مواضع ترتقى إلى خمسة و عشرين ذكر أكثرها المصنف في النفلية (١) و حرّناها مع الباقي في شرحها، و قد ذكر منها هنا ثلاثه مواضع.

(لمن يتوقّع زوال عذره) بعد أوله (٢)، كفاقد الساتر أو وصفه (٣) و القيام، و ما بعده (٤) من المراتب الراجحه على ما هو به إذا رجا القدره في آخره (٥)، و الماء (٦) على القول بجواز التيمم مع السعه و لإزاله النجاسه غير المعفو عنها (و لصائم يتوقع) غيره (فطره) (٧) و مثله من تاقت نفسه إلى الإفطار بحيث ينافى الإقبال على

(١) ففي النفلية ذكر خمسة عشر موضعا كما في مفتاح الكرامه.

(٢) بعد أول الوقت، فذوو الأعذار سواء كان عن استعمال الماء بالنسبه للوضوء أم كان عن تحصيل بقيه شرائط الصلاه كتحصيل الساتر و نحوه، فقد ذهب جماعه إلى أن المتيمم في أول الوقت بناء على جوازه إذا احتمل زوال عذره استحب له تأخير الصلاه، و إلى أن فاقد بعض شرائط الصلاه التامه إذا احتمل تحصيل الفاقد في أثناء الوقت استحب له تأخير الصلاه، و بعضهم منع جواز البدار بالنسبه للثاني.

و الإنصاف يقتضى القول بأن التيمم و الإتيان بالصلاه الفاقد له بعض شرائطها حكم اضطرارى و هو مشروط بالعجز عن امتثال الحكم الاختيارى في تمام الوقت، إذ لو كان قادرا على الإتيان بالحكم الاختيارى و لو في آخر الوقت فلا يكون عاجزا حتى ينتقل حكمه إلى البديل فالأقوى عدم جواز البدار مطلقا و وجوب التأخير إلا إذا علم باستمرار العجز كما تقدم في مبحث التيمم و معه يرتفع موضوع استحباب الصلاه من أول الوقت.

(٣) أى وصف الساتر ككونه طاهرا و من غير مأكول اللحم و من غير الحرير و الذهب بالنسبه للرجل.

(٤) أى و ما بعد الساتر.

(٥) في آخر الوقت.

(٦) أى و فاقد الماء.

(٧) فيستحب للصائم تأخير صلاه المغرب في حق من تتوق نفسه إلى الإفطار أو ينتظره أحد، ففي خبر زراره: (و إن كنت ممن تنازعك نفسك للإفطار، و تشغلك شهوتك عن الصلاه فابدأ بالإفطار ليذهب عنك و سواس النفس اللوامه) (١). و في صحيح الحلبي: (سئل عن -

ص: ٥٠

الصلاه (و للعشاءين) للمفيض من عرفه (إلى المشعر) (١) و إن تثلث الليل.

و يعوّل في الوقت على الظن

(و يعوّل في الوقت على الظن) (٢) المستند إلى ورد بصنعه أو درس و نحوهما

الإفطار أقبل الصلاه أو بعدها؟ فقال عليه السّلام: إن كان معه قوم يخشى أن يحبسهم عن عشاءهم فليفطر معهم، و إن كان غير ذلك فليصل ثم ليفطر(١).

(١) فيستحب لمن أفاض من العرفات تأخير العشاءين إلى الشعر الحرام و لو إلى ربع الليل أو ثلثه لصحيح ابن مسلم: (لا تصلى المغرب حتى تأتي جمعا و إن ذهب ثلث الليل)(٢).

و موثق سماعه: (عن الجمع بين المغرب و العشاء الآخرة بجمع، فقال عليه السّلام: لا تصلها حتى تنتهي إلى جمع و إن مضى من الليل ما مضى)٣.

ثم إن أهم المواضع التي يستحب فيها تأخير الصلاه من الموارد الباقية هي:

المورد الرابع: يستحب تأخير مطلق الحاضره لمن عليه فائته للأخبار مثل صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا دخل وقت الصلاه و لم يتم ما قد فاته فليقض ما لم يتخوف أن يذهب وقت هذه الصلاه التي قد حضرت)(٣).

المورد الخامس لمدافعه الأخبثين و نحوهما فيؤخر الصلاه لدفعهما لصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا صلاه لحاقن و لا لحاقنه، و هو بمنزله من هو في ثوبه)(٤).

المورد السادس: إذا لم يكن له إقبال على الصلاه فيؤخرها إلى حصوله لخبر عمر بن يزيد:

(قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أكون في جانب المصر فتحضر المغرب و أنا أريد المنزل، فإن أخرت الصلاه حتى أصلى في المنزل كان أمكن لي و أدركني المساء فأصلى في بعض المساجد؟ فقال عليه السّلام: صل في منزلك)(٥).

المورد السابع: لانتظار الجماعه ففي خبر جميل بن صالح: (سأل الصادق عليه السّلام: أيهما أفضل يصلى الرجل لنفسه في أول الوقت أو يؤخر قليلا و يصلى بأهل مسجده إذا كان إمامهم؟ قال عليه السّلام: يؤخر و يصلى بأهل مسجده إذا كان هو الإمام)(٦) و قد يتعدى من موردها إلى المأموم و إلى التأخير الكثير لما ورد من فضل الجماعه.

(٢) يجب العلم بدخول الوقت حين الشروع بالصلاه لخبر عبد الله بن عجلان عن أبي جعفر عليه السّلام:-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب الصائم حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الوقوف بالشعر حديث ١ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ١.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المواقيت حديث ١٤.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ٧٤ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

(مع تعذر العلم) أما مع إمكانه فلا يجوز الدخول بدونه (فإن) صَلَّى بالظن حيث يتعذر العلم ثم انكشف وقوعها في الوقت أو دخل و هو فيها أجزأ) (١) على أصح

(إذا كنت شاكا في الزوال فصل ركعتين فإذا استيقنت أنها قد زالت بدأت بالفريضة) (١)، و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السّلام: (في الرجل يسمع الأذان فيصلى الفجر و لا يدري طلع أم لا، غير أنه يظن لمكان الأذان أنه قد طلع، قال عليه السّلام: لا يجزيه حتى يعلم أنه قد طلع) (٢)، و خبر على بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السّلام الوارد في الفجر: (فلا- تصل في سفر أو حضر حتى تتبينه) ٣ مضافا إلى قاعده الاشتغال، و عليه فإن أمكن العلم فلا يكفى الظن على المشهور، و عن الشيخين في المقنعه و النهايه الاكتفاء به.

و إن لم يمكن العلم عند أول الوقت لمانع من غيم و نحوه فقد ذهب جماعه إلى كفايه الظن لجريان مقدمات الانسداد في الوقت الموجبه لحجيه الظن عند تعذر العلم، و فيه: إن الانسداد الصغير هنا غير جار لإمكان الاحتياط بدون عسر أو حرج بالتأخير حتى يقطع بدخول الوقت، هذا فضلا عن أن من جملة مقدمات الانسداد أن يكون التكليف معلوما، و هنا لا علم به للشك في دخول الوقت فالأقوى عدم حجيه الظن عند تعذر العلم.

(١) إذا علم بدخول الوقت أو ظن به على نحو مشروع عنده كما لو قلنا بحجيه الظن عند تعذر العلم، أو كان الظن معتبرا كما لو ظن بدخول الوقت من المؤذن العارف كما عليه الأخبار ثم تبين مطابقه الواقع فلا كلام لإحراز الصلاه لشرطها من وقوعها داخل الوقت، و لو تبين دخول الوقت في أثنائها و لو قبل السلام فيحكم بالصحه على المشهور لصحيح ابن أبي عمير عن إسماعيل بن رباح عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا صليت و أنت ترى أنك في وقت و لم يدخل الوقت، فدخل الوقت و أنت في الصلاه فقد أجزأت عنك) (٣).

و عن المرتضى و الإسكافي و العمانى و العلامه في المختلف و ابن فهد في موجزه و الصيمرى و الأردبيلي و جماعه البطلان لضعف الخبر بجهاله إسماعيل بن رباح، و فيه: إنه من مشايخ ابن أبي عمير و قد قيل: إنه لا يروى إلا عن ثقه مع ورود الروايه في الكتب الثلاثه مع كون السند مشتملا على جمله من الأعيان و الأجلء منهم أحمد بن محمد بن عيسى المعروف بكثرة التثبت و هذا كله موجب للوثوق بالصدور فلا بد من العمل به.

ص: ٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المواقيت حديث ٤ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المواقيت حديث ١.

القولين (و إن تقدّمت) عليه بأجمعها (أعاد) (١) و هو موضع وفاق.

الشرط الثاني في القبلة

إشارة

(الثاني. القبلة)

في القبلة و جهتها و علامتها للمناطق

(و هي) عين (الكعبة) (٢)

(١) لما دلّ على اعتبار الوقت و لحديث زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (لا تعاد الصلاة إلا من خمسه: الطهور و الوقت و القبلة و الركوع و السجود) (١).

(٢) و لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (في رجل صلى الغداة بليل غرّه من ذلك القمر و نام حتى طلعت الشمس فأخبر أنه صلى بليل، قال عليه السّلام: يعيد صلاته) (٢).

(٢) بل القبلة هي المكان الذي وقع فيه البيت. شرفه الله تعالى. من تخوم الأرض إلى عنان السماء، بلا خلاف فيه للأخبار منها: مرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أساس البيت من الأرض السابعة السفلى إلى الأرض السابعة العليا) (٣) و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سأله رجل قال: صليت فوق أبي قبيس العصر فهل يجزى ذلك و الكعبة تحتي؟ قال عليه السّلام: نعم إنها قبله من موضعها إلى السماء) ٤ و خبر خالد بن أبي إسماعيل: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يصلي على أبي قبيس مستقبل القبلة، فقال: لا بأس) ٥.

نعم لا يدخل حجر إسماعيل في الكعبة من ناحيه الاستقبال و إن وجب إدخاله في الطواف على الأكثر لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن الحجر، أ من البيت هو أم فيه شيء من البيت؟ قال عليه السّلام: لا- و لا- قلامه ظفر، و لكن إسماعيل دفن فيه أمه فكره أن يوطأ فجعل عليه حجرا و فيه قبور الأنبياء) (٤).

و عن العلامة في نهايه الأحكام و التذكرة جواز استقباله لأنه من الكعبة، و كذلك عن الذكرى بدعوى أنه كان منها في زمن إبراهيم و إسماعيل عليهما السّلام إلى أن بنت قريش الكعبة فأعوزتهم الآلات فاختروها بحذفه و أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قد اهتم بإدخاله في الكعبة و لأن الطواف يجب خارجه.

مع أنه قد اعترف جماعه بعدم وقوفهم على مستند ذلك فقال في المدارك: «و ما ادعاه من النقل لم أقف عليه من طرق الأصحاب» و في كشف اللثام: «و ما حكاه إنما رأيناه في كتب العامه و تخالفه أخبارنا».

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الوضوء حديث ٨.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب المواقيت حديث ١.
 - ٣- (٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب القبلة حديث ٣ و ١ و ٢.
 - ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الطواف حديث ١.

(للمشاهد) لها (١) (أو حكمه) (٢) و هو من يقدر على التوجّه إلى عينها بغير مشقه كثيره لا تتحمل عاده، و لو بالصعود إلى جبل أو سطح (وجهتها) و هي السّمت الذى يحتمل كونها فيه و يقطع بعدم خروجها عنه لأماره شرعيه (لغيره) أى غير المشاهد و من بحكمه (٣) كالأعمى.

(١) إن الكعبه قبله مطلقا للقريب و البعيد على المشهور للأخبار منها: مرسله الصدوق: (قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: لن يعمل ابن آدم عملا أعظم عند الله (عز و جل) من رجل قتل نبيا، أو هدم الكعبه التى جعلها الله (عز و جل) قبله لعباده، أو أفرغ ماءه فى امرأه حراما) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن لله (عز و جل) حرمت ثلاثا ليس مثلهن شىء: كتابه و هو حكمه و نور، و بيته الذى جعله قبله للناس لا يقبل من أحد توجهها إلى غيره، و عتره نبيكم) ٢.

و عن الشيخين و جماعه أن الكعبه قبله لمن فى المسجد، و المسجد قبله لمن فى الحرم، و الحرم قبله لمن خرج عنه و نسبه فى الذكرى إلى أكثر الأصحاب و يدل عليه مرسل عبد الله بن محمد الحجال عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن الله تعالى جعل الكعبه قبله لأهل المسجد، و جعل المسجد قبله لأهل الحرم، و جعل الحرم قبله لأهل الدنيا) (٢)، و خبر أبى غره عن أبى عبد الله عليه السلام: (البيت قبله المسجد و المسجد قبله مكه و مكه قبله الحرم و الحرم قبله الدنيا) ٤.

و هى لا تصلح لمقاومه الطائفه الأولى لكثرة أخبارها و صحه أسانيدها و عدم القائل بمضمون الخبر الأخير، نعم عليه حملها على بيان اتساع جهه الاستقبال للبعيد لأن التوجه إلى الحرم توجه إلى المسجد و التوجه إلى المسجد توجه إلى الكعبه كل ذلك بالنسبه للبعيد و إلا-لا- يمكن القول بجواز استقبال طرف من أطراف الحرم أو المسجد و إن لزم الانحراف عن الكعبه انحرافا كثيرا.

و هذا هو المراد بما نسب إلى جماعه من أن الكعبه هى القبلة للقريب و جهتها للبعيد، فالمراد بالجهه هى أن استقبال عين القبلة للبعيد متسع بحيث لو استقبل جهتها لاستقبل القبلة، و لذا فسّر المحقق فى المعبر الجبهه بأنها السمت الذى فيه الكعبه، و فى التذكرة و النهايه أنها ما يظن أنها الكعبه.

(٢) أى حكم الشاهد و هو القريب من الكعبه و لكن لا يراها لمانع من حائط و غيره.

(٣) أى بحكم غير المشاهد و هو مشاهد أو قريب.

ص: ٥٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القبلة حديث ٨ و ١٠.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب القبلة حديث ١ و ٤.

و ليست الجبهه للبعيد محصله عين الكعبه (١) و إن كان البعد عن الجسم يوجب اتساع جهه محاذاته (٢)، لأن ذلك لا يقتضى استقبال العين، إذ لو أخرجت خطوط متوازيه من مواقف البعيد المتباعد المتفقه الجبهه (٣) على وجه يزيد على جرم الكعبه لم تتصل الخطوط أجمع بالكعبه ضروره، و إلا لخرجت عن كونها متوازيه.

و بهذا يظهر الفرق بين العين و الجبهه، و يترتب عليه بطلان صلاه بعض الصفّ المستطيل زياده من قدر الكعبه لو اعتبر مقابله العين (٤).

و القول بأن البعيد فرضه الجبهه (٥) أصحّ القولين فى المسأله، خلافاً للأكثر حيث جعلوا المعبر للخارج عن الحرم استقباله (٦)، استناداً إلى روايات ضعيفه.

ثم إن علم البعيد بالجبهه بمحراب معصوم أو اعتبار رصدى (٧) و إلا عوّل على العلامات المنصوبه لمعرفتها نصاً (٨) أو استنباطاً.

(و علامه) أهل (العراق و من فى سمتهم) (٩) كبعض أهل خراسان ممن يقاربههم فى طول بلدهم (١٠) (جعل المغرب على الأيمن و المشرق على الأيسر (١١)

(١) و هذا غير لازم بل اللازم أن يكون التوجه إلى الجبهه موجبا للتوجه إلى الكعبه عرفاً.

(٢) أى محاذاه الجسم.

(٣) كصفوف الجماعه التى يزيد طولها على جرم الكعبه.

(٤) فاستقبال الكعبه للبعيد لا- يجب أن يكون فى محاذاتها بحيث لو خرج منه خط مستقيم لوجب أن يمرّ فى جزء من أجزاء الكعبه، بل استقبالها أن يكون متوجها نحوها عرفاً و إن لم يكن بينهما خط مستقيم كما فى استقبال الكواكب و الأجرام السماويه و الأماكن البعيده.

(٥) بالمعنى المتقدم بحيث يكون استقبال الجبهه موجبا لاستقبال الكعبه عرفاً فهو راجع إلى استقبال القبله و لو للبعيد.

(٦) أى استقبال الحرم.

(٧) كما لو علم بزوال الشمس فى مكه و هو فى بلده فى يوم تكون الشمس مسامته لأهل مكه كما تقدم فتكون جهه الشمس هى جهه الكعبه بالنسبه إليه.

(٨) أى الوارده فى الأخبار و سيأتى التعرض لها.

(٩) بحيث يكون سمت قبلتهم متحداً مع سمت قبله أهل العراق.

(١٠) و كذا بالنسبه لخطوط العرض حتى يتفقان فى سمت واحد بالنسبه للتوجه إلى القبله.

(١١) ولامه أن يكون قبلتهم نقطه الجنوب، مع أن الاختيار يقتضى بانحراف قبله بعض أهل -

ص: ٥٥

(و الجدى) (١) حال غايه ارتفاعه أو انخفاضه (٢) (خلف المنكب الأيمن) (٣) و هذه العلامه (٤) ورد بها النص خاصه علامه للكوفه (٥) و ما ناسبها، و هى موافقه

العراق عن الجنوب إلى المغرب بمقدار غير يسير، بل غالبهم إلا قبله أهل الموصل و سنجار و هو نادر و قليل. و اعلم أن هذه العلامه مستخرجه من علم الهيئه فالأولى اتباع الطرق العلميه المنتشره فى عصرنا كالبوصله أو معرفه خطوط الطول و العرض لبلد المصلى مع معرفه خطوط الطول و العرض لمكه زادها الله شرفا ثم معرفه القبله بالنظر إليهما.

(١) ياسكان الدال، و قيل يصغره أهل الهيئه فرقا بينه و بين البرج، و قد أنكر ابن إدريس تصغيره و أنه سأل إمام اللغه فى بغداد عن ذلك فقال: لا يصغر.

(٢) و تقييده بهذين. لما قيل. أنه فى هاتين الحالتين يكون محاذيا للقطب و على خط نصف النهار المار بالقطبين.

(٣) لأن قبله أهل العراق منحرفه عن الجنوب إلى المغرب فوجب أن يكون منحرفا من بين المنكبين إلى خلف المنكب الأيمن.

(٤) يعنى الجدى خلف المنكب الأيمن.

(٥) ما ورد هو: موثق محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن القبله فقال عليه السّلام: ضع الجدى فى قفاك وصل) (١)، و مرسل الصدوق: (قال رجل للصادق عليه السّلام: إنى أكون فى السفر و لا أهدى إلى القبله بالليل، فقال: أ تعرف الكوكب الذى يقال له جدى؟ قلت: نعم، قال: اجعله على يمينك، و إذا كنت فى طريق الحج فاجعله بين كتفيك) ٢.

و خبر إسماعيل بن أبى زياد السكونى عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السّلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: وَ بِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ، قال: الجدى لأنه نجم لا يزول و عليه بناء القبله و به يهدى أهل البر و البحر) ٣ و نحوه خبره الآخر ٤.

فالأخبار لم تذكر إلا الجدى علامه و قد حمل الخير الأول على أنه علامه لأهل العراق لأن السائل منهم مع أن التوجه مع جعل الجدى فى القفا أى بين المنكبين يستلزم التوجه لنقطه الجنوب لأن الجدى على خط نصف النهار المار بالقطبين و من الواضح أن قبله أهل العراق منحرفه عن الجنوب إلى المغرب إلا- فى بعض بلادها كالموصل و سنجار و عليه فلا يمكن الأخذ بإطلاق الخير، و قد حمل ما ورد فى مرسل الصدوق من جعل الجدى على-

ص: ٥٦

للقواعد المستنبطه من الهيئه و غيرها (١) فالعمل بها متعين في اوساط العراق مضافا إلى الكوفه كبغداد و المشهدين و الحله.

و أما العلامه الأولى: فإن أريد فيها بالمغرب و المشرق الاعتداليان (٢).

كما صرح به المصنف في البيان، أو الجهتان اصطلاحا و هما (٣) المقاطعتان لجهتي الجنوب و الشمال بخطين بحيث يحدث عنهما زوايا قوائم. كانت (٤) مخالفه للثانيه (٥) كثيرا، لأن الجدى حال استقامته (٦) يكون على دائره نصف النهار المارّه بنقطتي الجنوب و الشمال، فجعل المشرق و المغرب على الوجه

اليمن بأنه علامه على اواسط العراق كالكوفه و بغداد فقط مع أنه غير ظاهر من الخبر بالإضافة إلى أن هذا الوارد من الأخبار مع إجماله لا يكفي في تعيين القبلة لكل بلد فلذا ذكر الفقهاء علامات مستخرجه من علم الهيئه للبلاد الإسلاميه المعروفه، قال في الجواهر: «إن أكثر العلامات المذكوره في كتب الأصحاب أو جميعها مستخرجه من علم الهيئه»، فاللازم هو اتباع الطرق المقرره اليوم لأنها أثبت و أدق.

(١) كالتجربه و الاختبار.

(٢) بحيث إذا وضعنا على اليمن و الشمال فيكون مستقبلا لنقطه الجنوب فيلزم منه مخالفه ما هو المشاهد من انحراف قبله أهل العراق عن الجنوب إلى المغرب بمقدار غير يسير، و يلزم منه مخالفه وضع الجدى خلف المنكب الأيمن لما عرفت أن الجدى على خط نصف النهار المار بالقطين إذا وضع بين الكتفين، فإذا وضع خلف المنكب الأيمن فلازمه الانحراف عن الجنوب نحو المغرب و هذا ما ذكره الشارح مفصلا في الشرح.

(٣) أي الجهتان اصطلاحا، و اعلم بأنه لا فرق بين الاعتداليين و الجهتين الاصطلاحيتين من ناحيه التوجه إلى الجنوب في كليهما، إلا أن الجهتين اصطلاحا قد فسرها الشارح، و أما الاعتداليان فهما مشرق الشمس و مغربها في الأيام الاعتداليه و هي يومان من أيام السنه، فمن كان ساكنا على خط الاستواء فاليوم الاعتدالي الأول هو اليوم الذي تشرق الشمس و تغرب على هذا الخط في أول فصل الربيع عند ما تكون صاعده و اليوم الاعتدالي الثاني هو اليوم الذي تشرق الشمس و تغرب على خط الاستواء في أول فصل الخريف عند ما تكون نازله.

(٤) أي العلامه الأولى من جعل المغرب على اليمن و المشرق على اليسار.

(٥) أي للجدى حال كونه في غايه ارتفاعه أو انخفاضه خلف المنكب الأيمن.

(٦) و استقامته إنما تكون في غايه ارتفاعه أو انخفاضه.

السابق (١) على اليمين و اليسار يوجب جعل الجدى بين الكتفين قضيه للتقاطع، فإذا اعتبر كون الجدى خلف المنكب الأيمن (٢) لزم الانحراف بالوجه عن نقطه الجنوب نحو المغرب كثيرا، فينحرف بواسطته (٣) الأيمن (٤) عن المغرب نحو الشمال و الأيسر عن المشرق نحو الجنوب، فلا يصح جعلهما معا علامه لوجه واحده، إلا أن يدعى اغتفار هذا التفاوت، و هو بعيد (٥) خصوصا مع مخالفه العلامه للنص (٦) و الاعتبار (٧) فهي (٨) إما فاسده الوضع أو تختص ببعض جهات العراق، و هي أطرافه الغربيه. كالموصل و ما والاها. فإن التحقيق أن جهتهم نقطه الجنوب، و هي موافقه لما ذكر في العلامه (٩).

و لو اعتبرت العلامه المذكوره غير مقيده بالاعتدال و لا بالمصطلح بل بالجهتين العرفيتين (١٠) انتشر الفساد كثيرا (١١)، بسبب الزياده (١٢) فيهما (١٣) و النقصان

(١) من الاعتدالين أو الجهتين اصطلاحا.

(٢) كما هو قضيه التحديد في العلامه الثانيه.

(٣) أى بسبب انحراف الوجه عن الجنوب نحو المغرب.

(٤) أى الجانب الأيمن.

(٥) إذ يجب التوجه نحو القبلة حتى للبعيد و لا يمكن التوجه نحوها بخطين مختلفين من نقطه واحده.

(٦) و هو موثق ابن مسلم المتقدم حيث حملت العلامه فيه على قبله أهل الكوفه و ما ناسبها لأن السائل منها و قد جعل الجدى بين الكتفين لا خلف المنكب الأيمن.

(٧) لأن لازم العلامه الأولى استقبال نقطه الجنوب و الشاهد انحراف قبله أهل الكوفه عن الجنوب إلى المغرب.

(٨) أى العلامه الأولى.

(٩) أى العلامه الأولى.

(١٠) الشاملتين لكل مطالع الشمس و مغاربها.

(١١) لاختلاف مطالع الشمس و مغاربها اختلافا يصل إلى سبع و أربعين درجه.

(١٢) أى زياده الانحراف.

(١٣) في الجهتين العرفيتين.

الملحق (١) لهما (٢) تاره بعلامه الشام و أخرى بعلامه العراق و ثالثه بزياده عنهما (٣)، و تخصيصهما (٤) حينئذ بما يوافق الثانيه يوجب سقوط فائده العلامه.

و أما أطراف العراق الشرقيه كالبصره و ما والاها من بلاد خراسان فيحتاجون إلى زياده انحراف نحو المغرب عن أوساطها قليلا، و على هذا القياس (٥) (و للشام) من العلامات (جعله) أى الجدى فى تلك الحاله (٦) (خلف الأيسر) (٧) الظاهر من العبارة كون الأيسر صفة للمنكب بقرينه ما قبله، و بهذا صرّح فى البيان، فعليه يكون انحراف الشامى عن نقطه الجنوب مشرقا بقدر انحراف العراقى عنها مغربا.

و الذى صرّح به غيره. و وافقه المصنف فى الدروس و غيرها. أن الشامى يجعل الجدى خلف الكتف (٨) لا المنكب، و هذا هو الحقّ الموافق للقواعد، لأن انحراف الشامى أقلّ من انحراف العراقى المتوسط (٩)، و بالتحريير التام (١٠) ينقص الشامى عنه جزءين من تسعين جزءا مما بين الجنوب و المشرق أو المغرب (١١).

(و جعل سهيل) أول طلوعه (١٢). و هو بروزه عن الأفق. (بين العينين) لا

(١) صفة للزياده و النقصان.

(٢) للجهتين العرفيتين.

(٣) عن علامتى الشام و العراق بالانحراف نحو المغرب كثيرا.

(٤) أى تخصيص الجهتين العرفيتين.

(٥) فكلما ازدادت البلاد الشرقيه فى الطول شرقا ازدادت انحرافا نحو الغرب حتى يستقبلون عين المغرب فى مقام التوجه نحو القبلة.

(٦) أى فى غايه ارتفاعه أو انخفاضه عند ما يكون محاذيا لخط نصف النهار.

(٧) كما ذكره جماعه.

(٨) و الكتف أقرب إلى ما بين الكتفين من المنكب.

(٩) الذى يسكن أوسط العراق كالكوفه و بغداد.

(١٠) كتاب فى علم الهيئه.

(١١) فى الجواهر: «و ذلك لأن بين نقطه الجنوب و المشرق تسعين جزءا، و بينها و بين نقطه المغرب تسعين جزءا أيضا، و انحراف الشامى نحو المشرق أحد و ثلاثون جزءا من التسعين و انحراف العراقى نحو المغرب ثلاثه و ثلاثون جزءا فينقص

الشامى عن العراقى جزءين».

(١٢) لأنه يكون منحرفا عن الجنوب إلى المشرق و كلما أخذ فى الارتفاع مال إلى الغرب حتى يصل إلى غاية ارتفاعه فيكون على دائره نصف النهار.

ص: ٥٩

مطلق كونه (١) و لا- غايه ارتفاعه (٢)، لأنه فى غايه الارتفاع يكون مسامتا للجنوب، لأن غايه ارتفاع كل كوكب يكون على دائره نصف النهار المسامته له (٣) كما سلف (٤).

(و للمغرب) و المراد به بعض المغرب كالحبشه و التوبه لا المغرب المشهور (٥) (جعل الثريا و العيوق) عند طلوعهما (على يمينه و شماله) الثريا على اليمين، و العيوق على اليسار. و أما المغرب المشهور فقبلته تقرب من نقطه المشرق و بعضها يميل عنه نحو الجنوب يسيرا.

(و اليمن مقابل الشام) و لازم المقابله أن أهل اليمن يجعلون سهيلا طالعا بين الكتفين مقابل جعل الشامى له بين العينين، و أنهم يجعلون الجدى محاذيا لأذنه اليمنى، بحيث يكون مقابلا- للمنكب الأيسر فإن مقابله يكون إلى مقدم الأيمن (٦)، و هذا مخالف لما صرح به المصنف فى كتبه الثلاثه و غيره من أن اليمنى يجعل الجدى بين العينين و سهيلا غائبا بين الكتفين فإن ذلك. يقتضى كون اليمن مقابلا للعراق (٧) لا للشام.

و مع هذا الاختلاف فالعلامتان مختلفتان أيضا، فإن جعل الجدى طالعا (٨) بين العينين يقتضى استقبال نقطه الشمال (٩)، و حينئذ فتكون نقطه الجنوب بين الكتفين، و هى (١٠) موازيه لسهيل فى غايه ارتفاعه (١١) كما مر لا غائبا (١٢).

(١) كما يظهر من عبارته الماتن فى اللعنه.

(٢) كما نسب للشهيد أيضا على ما فى الجواهر.

(٣) للكوكب.

(٤) فى الجدى.

(٥) الشامل لتونس و ما بعدها من البلاد الغربيه فإن قبلتهم تقرب من نقطه المشرق مع ميل يسير إلى الجنوب.

(٦) أى المنكب الأيمن المحاذى للأذن اليمنى.

(٧) أى لبعضهم و إلا فقد عرفت أن بعضهم يجعله خلف المنكب الأيمن.

(٨) أى حال استقامته.

(٩) لأن الجدى حال استقامته يكون على خط نصف النهار.

(١٠) أى نقطه الجنوب.

(١١) لأنه فى هذه الحال يكون على خط نصف النهار.

(١٢) لأن سهيلا عند الغروب يكون مائلا عن الجنوب إلى الغرب.

و مع هذا (١) فالمقابله (٢) للعراقى (٣) لا- للشامى، هذا بحسب ما يتعلق بعباراتهم و أما الموافق للتحقيق: فهو أن المقابل للشام من اليمن هو صنعاء و ما ناسبها و هى لا تناسب شيئاً من هذه العلامات (٤)، و إنما المناسب لها (٥) عدن و ما والاها فتدبر (٦).

فى التعويل على قبله البلد

(و) يجوز أن يعوّل على قبله البلد (٧) من غير أن يجتهد (٨) (إلا مع علم الخطأ) فيجب حينئذ الاجتهاد، و كذا يجوز الاجتهاد فيها (٩) تيامنا و تياسرا و إن لم يعلم الخطأ (١٠)

(١) الاختلاف بين العلامتين.

(٢) أى مقابله اليمين.

(٣) فى الجملة.

(٤) أى من جعل سهيل بين الكتفين طالعا و جعل الجدى مقابل الأذن اليمنى.

(٥) لهذه العلامات المذكوره.

(٦) و اعلم أن هذه العلامات مستخرجه من علم الهيئه القديم و يجب اتباع علم الهيئه الحديث لأنه أدق و أوسع.

(٧) الاعتماد على قبله بلد المسلمين فى صلاتهم و محاربيهم و قبورهم مما عليه السيره القطعيه، و هذا بحال عدم التمكن من العلم كما هو ظاهر المنتهى، بل هو ظاهر قول غالبهم، و عن الجواهر أنه يعم صورته التمكن من العلم، و لا دليل له لأن الاعتماد على قبله بلد المسلمين من الأمارات المفيده للظن فلو أمكن تحصيل العلم فلا يجوز ذلك الاعتماد.

نعم إن الاعتماد على قبله بلد المسلمين إذا لم يعلم بناؤها على الغلط مما يفيد الاطمئنان و هو علم عادى عند العرف.

(٨) كما عن الذكرى و جامع المقاصد، و هو غير ظاهر الوجه و لذا ذهب الشيخ فى المبسوط و غيره إلى وجوب الرجوع إلى الأمارات إذا ظن بعدم صحه قبله البلد بلا فرق بين أن يكون الظن على خلافها أو بمجرد التيامن أو التياسر.

(٩) فى قبله البلد.

(١٠) ذهب الشهيد فى الذكرى و تبعه جماعه على أنه لا يجوز الاجتهاد فى قبله البلد من ناحيه الجبهه و يجوز فى التيامن و التياسر فقال فى الذكرى: «و لا يجوز الاجتهاد فى الجبهه قطعاً، و هل يجوز فى التيامن و التياسر، الأقرب جوازه لأن الخطأ فى الجبهه مع استمرار الخلق و اتفاقهم ممتنع، أما الخطأ فى التيامن و التياسر فغير بعيد».

و المراد بقبله البلد محراب مسجده و توجه قبوره (١) و نحوه (٢)، و لا فرق بين الكبير (٣) و الصغير. و المراد به بلد المسلمين، فلا عبره بمحراب المجهوله (٤) كقبورها، كما لا عبره بنحو القبر و القبرين للمسلمين، و لا بالمحراب المنصوب فى طريق قلبه المارّه منهم.

فى فقد الأمارات للقبله

(فلو فقد الأمارات) الدالّه على الجهه المذكوره (٥) هنا و غيرها (٦) (قلّد)

العدل (٧) العارف بها رجلا كان أم امرأه حرا أم عبدا.

و ظاهر كلماتهم أن النزاع فى إمكان تحصيل ظن أقوى من الظن الحاصل من استقرار سيره المسلمين، و عليه فمن الممكن اختلاف ذلك باختلاف الموارد أما الجزم بعدم الخطأ فى قبله البلد من ناحيه الجهه دون التيامن و التياسر فليس فى محله.

(١) قبور البلد.

(٢) كالجهه التى يوجهون إليها ذبحاءهم.

(٣) أى البلد الكبير.

(٤) أى البلد المجهوله أنها من بلاد المسلمين.

(٥) صفه للأمارات.

(٦) مما لم يذكره المصنف و قد ذكرها الفقهاء فى مطولاتهم و المستخرجه من قواعد علم الهيئه.

(٧) اعلم أن المدار على العلم بالقبله فإن تعذر فلا بد من التنزل إلى الظن للأمر بالتحرى فى بعض الأخبار كما ستأتى الإشاره إليه، و عليه الأخذ بالأقوى ثم القوى ثم الضعيف بلا- فرق بين أسباب الظن سواء حصل من الأمارات المذكوره أم من تقليد العارف بها سواء كان كافرا أو فاسقا، بل لو أخبر العدل و لم يحصل الظن بقوله فلا يجوز الاعتماد عليه و لو أخبر الفاسق أم الكافر و حصل الظن بقوله لكونه من أهل الخبره فيجوز بل يجب الاعتماد عليه هذا كله بحسب مقتضى القواعد، غير أن الأكثر اشتراطا عداله المخبر لعدم جواز الركون إلى نبأ الفاسق، و عن نهايه الأحكام و المختلف للعلامه اشتراط كونه بالغا، و عن المختلف أيضا اشتراط الذكوريه، و فى الكل تأمل ما دام المدار على الظن الحاصل من خبره، فإذا حصل الظن جاز الاعتماد على قوله رجلا كان أم امرأه بالغا كان أم صغيرا، حرا كان أم عبدا.

هذا و الأ- كثر اشتراطوا الرجوع إلى العلامات أولا- ثم إلى الاعتماد على قول الغير ثانيا، و عن الشيخ فى الخلاف أنه مع فقد الأمارات يجب الصلاه إلى الأربع جهات مع عدم جواز الاعتماد على قول الغير، و فى المنع من الاعتماد على قول الغير كما فى الأخير و من وجوب الرجوع إلى الأمارات أولا كما فى الأول ضعف ظاهر لأن المدار على -

و لا فرق بين فقدتها (١) لمانع من رؤيتها كغيم و رؤيته (٢) كعمى و جهل بها كالعامى مع ضيق الوقت عن التعلم على أجدود الأقوال (٣) و هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة، و للمصنف و غيره فى ذلك اختلاف.

و لو فقد التقليد (٤) صلى إلى أربع جهات متقاطعه

العمل بالظن من أى سبب كان إلا أن يقال إن الأمارات تفيد ظنا أقوى من الظن الحاصل من الاعتماد على قول الغير، و هو على إطلاقه ضعيف إذ يختلف باختلاف الموارد كما هو واضح لذى عينين.

(١) أى فقد الأمارات.

(٢) أى و لمانع من رؤيته.

(٣) فمن فقد الأمارات لمانع من رؤيتها فقد ذهب المصنف فى البيان و العلامه فى المختلف و القواعد إلى جواز الرجوع إلى الغير، و ذهب العلامه فى الكثير من كتبه و المصنف فى الذكرى إلى وجوب الصلاة إلى أربع جهات مع عدم جواز التقليد فى حقه، و أما من كان أعمى فقد ذهب المشهور إلى جواز التقليد فى حقه و منع الشيخ من التقليد و أوجب عليه الصلاة إلى أربع جهات.

و أما العامى فحكم عليه الشيخ بالصلاه إلى أربع جهات و التقليد ساقط فى حقه، و غيره ذهب إلى جواز التقليد مع ضيق الوقت عن التعلم و إلا فيجب عليه التعلم لتحصيل شرائط الواجب العينى.

و هذا كله ساقط لجواز التنزل إلى الظن عند فقد العلم، فالمدار على الظن من أى سبب و المنع عن بعض أسباب الظن دون البعض الآخر ليس فى محله، و القول بأن الاعتماد على التقليد لا يفيد ظنا مجازفه واضح.

(٤) المتحير و هو الفاقد للعلم بالقبله، و الفاقد للظن بها عند تعذر الأمارات و التقليد و بقيه أسباب الظن، و حكمه الصلاة إلى أربع جهات و يدل عليه مرسل خراش عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن هؤلاء المخالفين علينا يقولون: إذا أطبقت علينا أو أظلمت فلم نعرف السماء كنا و أنتم سواء فى الاجتهاد، فقال عليه السلام: ليس كما يقولون إذا كان ذلك فليصل لأربع وجوه) (١)، و مرسل الكافى: (روى أيضا أن المتحير يصلى إلى أربعه جوانب) ٢، و مرسل الفقيه: (روى فى من لا يهتدى إلى القبلة فى مغازه أنه يصلى إلى أربعه جوانب) ٣ بالإضافة إلى موافقه قواعد الاحتياط بالصلاه إلى أربع جهات.

ص: ٦٣

على زوايا قوائم (١) مع الإمكان (٢) فإن عجز اكتفى بالممكن. و الحكم بالأربع حينئذ (٣) مشهور، و مستنده ضعيف و اعتباره حسن (٤)، لأن الصلاة كذلك (٥)

و ذهب جماعه من المتأخرين كالأردبيلي و العلامه و الشهيد فى الذكرى إلى الاكتفاء بالصلاه لجهه واحده بل و نسب إلى العماني و الصدوق لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (يجزى المتحير أبدا أينما توجه إذا لم يعلم أين وجه القبلة) (١)، و مرسل ابن أبى عمير عن زراره: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قبله المتحير فقال عليه السلام: يصلى حيث يشاء) ٢.

و حمل المشهور الطائفة الثانيه على عدم سعه الوقت فيختار جهه و يصلى إليها جمعا بين النصوص، و عن السيد ابن طاوس فى كتابه أمان الأخطار من الرجوع إلى القرعه لأنها لكل أمر مشكل و هذا منها، و فيه: إنه طرح لنصوص الطرفين من غير وجه ظاهر.

(١) حتى يقطع ييقين الاستقبال فى أحدها، أو يقطع بأن القبلة لم تخرج عن حد اليمين و اليسار بالنسبه لواحد منها، أما مع قطعه الأول فتصح الصلاة و هو ظاهر، و أما مع قطعه الثانى فتصح الصلاة لأن الجاهل إذا صلى إلى جهه ثم تبين عدم خروج القبلة عن حد اليمين و الشمال فصلاته صحيحه لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام:

(عن الرجل يقوم فى الصلاة ثم ينظر بعد ما فرغ فيرى أنه قد انحرف عن القبلة يمينا أو شمالا، فقال عليه السلام له: قد مضت صلاته و ما بين المشرق و المغرب قبله) (٢)، و نزلت هذه الآية فى قبله المتحير: وَ لِلَّهِ الْمَشْرِقُ وَ الْمَغْرِبُ فَأَيْنَمَا تُوَلُّوا فَثَمَّ وَجْهُ اللَّهِ ، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام: (من صلى على غير القبلة و هو يرى أنه على القبلة ثم عرف بعد ذلك فلا إعادته عليه إذا كان فيما بين المشرق و المغرب) ٤، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (لا صلاة إلا إلى القبلة، قلت:

أين حد القبلة؟ قال عليه السلام: ما بين المشرق و المغرب قبله كله) ٥ هذا كله على المشهور و سيأتى للبحث تتمه فانتظر.

(٢) متعلق بقوله: «صلى إلى أربع جهات» و المراد به سعه الوقت.

(٣) أى حين الإمكان.

(٤) لموافقته للاحتياط.

(٥) إلى الجهات الأربع.

ص: ٦٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القبلة حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القبلة حديث ١ و ٥ و ٢.

تستلزم إما القبلة أو الانحراف عنها بما لا يبلغ اليمين و اليسار، و هو موجب للصحة مطلقا (١)، و يبقى الزائد (٢) عن الصلاة الواحدة واجبا من باب المقدمه، لتوقف الصلاة إلى القبلة أو ما فى حكمها (٣) الواجب (٤) عليه (٥) كوجوب الصلاة الواحدة فى الثياب المتعدده المشتبهه بالنجس لتحصيل الصلاة فى واحد طاهر، و مثل هذا يجب بدون النص، فيبقى النص له شاهدا و إن كان مرسلا.

و ذهب السيد رضى الدين بن طاوس (رحمه الله) هنا إلى العمل بالقرعه استضعافا لسند الأربع (٦) مع ورودها لكل أمر مشتبه، و هذا منه و هو نادر (٧).

فى كشف الخطأ بعد الصلاة

(و لو انكشف الخطأ بعد الصلاة) بالاجتهاد أو التقليد حيث يسوغ (٨) أو ناسيا للمراعاة (لم يعد ما كان بين اليمين و اليسار) (٩) أى ما كان دونهما إلى جهه

(١) سواء بقى الاشتباه أم انتفى و ظهرت المخالفه فيما بين اليمين و الشمال فى داخل الوقت أم خارجه.

(٢) الزائد عن الصلاة التى وقعت باتجاه القبلة.

(٣) أى حكم القبلة، و هو ما بين المشرق و المغرب كما تقدم.

(٤) صفه للصلاه و المعنى: لتوقف فعل الصلاة الواجب.

(٥) أى على الزائد.

(٦) فإذا جاز تركه لضعفه فسد الاكتفاء بجهه ما من دون القرعه صحيح فلا داعى لتركه.

(٧) أى و هذا المورد من موارد القرعه نادر لأن القرعه غالبا فى المعاملات عند تعذر إجراء الأصول كلها.

(٨) أى التقليد بناء على عدم جواز التقليد إلا عند فقد الأمارات الموجهه للظن.

(٩) على المشهور و قد تقدم مستنده، و ذهب المفيد فى المقنعه و الشيخ فى المبسوط و الخلاف و النهايه و بنو حمزه و زهره و إدريس فى الوسيله و الغنيه و السرائر إلى وجوب الإعادة فى الوقت إذا صلى لغير القبلة باجتهاده لصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا صليت و أنت على غير القبلة و استبان لك أنك صليت و أنت على غير القبلة و أنت فى وقت فأعد، و إن فاتك الوقت فلا تعد) (١)، و صحيح يعقوب بن يقطين: (سألت عبدا صالحا عليه السّلام عن رجل صلى فى يوم سحاب على غير القبلة ثم -

القبلة و إن قلّ (و يعيد ما كان إليهما) (١) محضاً (فى وقته) لا خارجه.

(و المستدبر) و هو الذى صلى إلى ما يقابل سمت القبلة الذى تجوز الصلاة إليه (٢) اختياراً (يعيد و لو خرج الوقت) (٣) على المشهور، جمعاً بين الأخبار الدالّ

طلعت الشمس و هو فى وقت أ يعيد الصلاة إذا كان قد صلى على غير القبلة و إن كان قد تحرى القبلة بجهده أ تجزيه صلاته؟ فقال عليه السّلام: يعيد ما كان فى وقت، فإذا ذهب الوقت فلا إعادته عليه (١) و نحوهما غيرهما، و الجمع العرفى يقتضى أن يكون وجوب الإعادة إذا صلى إلى غير القبلة مستديراً.

و عن بعض أنه لو استبان له أنه قد صلى على غير القبلة فتجب الإعادة فى داخل الوقت للنصوص المتقدمة، و يجب القضاء خارجه لخبر معمر بن يحيى عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(عن رجل صلى على غير القبلة ثم تبين القبلة و قد دخل وقت صلاة أخرى قال عليه السّلام: يعيدها قبل أن يصلى هذه التى قد دخل وقتها) (٢)، و فيه: مع ضعف سنده و إعراض المشهور عنه يمكن حمله على إرادته وقت الفضيله من الصلاة الثانية فتكون هذه الرواية متطابقة مع الطائفة الثانية الحاكمة بوجوب الإعادة داخل الوقت و قد عرفت أنها محمولة على استدبار القبلة.

(١) أى إلى اليمين و اليسار فى داخل الوقت دون خارجه، أما الإعادة داخل الوقت لما دل على اعتبار القبلة فى الصلاة من دون دليل يوجب شمول القبلة لهما بالنسبة للمتخير، إذ الوارد أن قبله المتخير ما بين المشرق و المغرب، و غيره يكون خارجاً.

و أما عدم القضاء فى خارج الوقت فهو المشهور و مستندهم الأخبار المتقدمة الداله على القضاء داخل الوقت دون خارجه و قد عرفت أنها محمولة على غير قبله المتخير مما بين اليمين و اليسار.

(٢) إلى سمت القبلة.

(٣) أما لو استدبر القبلة ثم تبين الخلاف فإن كان فى داخل الوقت يعيد بالاتفاق لما دل على اعتبار القبلة فى الصلاة، و إن كان خارج الوقت فلا- يجب القضاء كما عن السيد و الحلى و العلامة و الشهيد فى جملة من كتبهما، و كذا عن الميسى و الشهيد الثانى و جماعه أخذوا بالأخبار المتقدمة الداله على القضاء داخل الوقت دون خارجه و قد عرفت أنها محمولة على غير قبله المتخير.

ص: ٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القبلة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب القبلة حديث ٥.

أكثرها على إطلاق الإعادة في الوقت (١)، و بعضها على تخصيصه (٢) بالمتيامن و المتياسر (٣) و إعادته (٤) المستدبر مطلقا.

و ذهب الشيخان و سلالر و ابن زهره و العلامه في بعض كتبه و كذا الشهيد في اللمعه و الشهيد الثاني في الروضه إلى وجوب القضاء بل نسبه الأخير إلى المشهور كما في الشرح و ليس لهم شاهد إلا خبر معمر بن يحيى المتقدم و مرسل الشيخ في النهايه: (و رويت روايه أنه إذا كان صلى إلى استدبار القبلة ثم علم بعد خروج الوقت وجب عليه إعادته الصلاة) (١).

هذا و الأول قد عرفت إمكان حمله على وقت فضيله الأخرى لا على خروج وقت الأولى، و الثاني ضعيف جدا لاحتمال أن يكون الشيخ قد نقل مضمون الروايه إذ ما عدا النهايه من كتب الشيخ محكى عنه العدم، نعم قال الشيخ في النهايه بعد قوله السابق: «و هذا هو الأحوط و عليه العمل» و هو ظاهر في الاعتماد عليه من جهه الاحتياط و لا بأس به.

(١) فتحمل على المستدبر.

(٢) أى تخصيص الحكم بالإعادته.

(٣) و هي الأخبار التي دلت على عدم إعادته من صلى بين المشرق و المغرب فلازمها أن من صلى إلى المشرق و المغرب يعيد صلاته في داخل الوقت دون خارجه جمعا بينها و بين الطائفة التي دلت على مطلق الإعادته داخل الوقت دون خارجه.

(٤) عطف على تخصيصه و المعنى و بعضها على إعادته المستدبر مطلقا، و المراد بالإطلاق سواء كان داخل الوقت أم خارجه، و فيه: لا يوجد خبر قد نص على إعادته المستدبر مطلقا إلا مرسل النهايه و قد عرفت أنه وارد في القضاء فقط، و إلا خبر معمر بن يحيى و هو صريح في القضاء.

نعم يظهر من المسالك أن مراده من الخبر الدال على المستدبر مطلقا هو موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل صلى على غير القبلة فيعلم و هو في الصلاة قبل أن يفرغ من صلاته قال: إن كان متوجها فيما بين المشرق و المغرب فليحوّل وجهه إلى القبلة ساعه يعلم، و إن كان متوجها إلى دبر القبلة فليقطع الصلاة ثم يحوّل وجهه إلى القبلة ثم يفتتح الصلاة) (٢) حيث قال في المسالك: «لأن الخبر الدال على إعادته المستدبر مطلقا عبّر عنه بلفظ دبر القبلة» و هذا اللفظ لم يرد إلا في الموثق المتقدم، و فيه: إنه صريح في داخل

ص: ٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القبلة حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القبلة حديث ٤.

و الأقوى الإعادة فى الوقت مطلقا (١) لضعف مستند التفصيل (٢) الموجب لتقييد الصحيح (٣) المتناول بإطلاقه موضع النزاع (٤)، و على المشهور كل ما خرج عن دبر القبلة إلى أن يصل إلى اليمين و اليسار يلحق بهما (٥)، و ما خرج عنهما نحو القبلة يلحق بها (٦).

الوقت لا فى خارجه، و قد يحمل على ما لو صلى فى آخر الوقت و لم يبق إلا مقدار ركعه ثم علم بأنه مستدبر القبلة بعد إدراك الركعه فيكون قد خرج الوقت، و هو أقرب إلى التمثل منه إلى الظهور على أنه لا يسمى قضاء لأنه أدرك من الوقت ركعه فلا يكون الخبر دالا على داخل الوقت و خارجه معا.

(١) للمتيا من و المتياسر و المستدبر و غيرهم ممن كانت قبلته إلى ما بين المشرق و المغرب.

(٢) و هو ما دل على عدم إعادته من صلى ما بين المشرق و المغرب، و فيه: إن الأخبار الداله على هذا التفصيل كثيره منها صحيح السند كصحيح معاويه بن عمار (١) و صحيح زراره المتقدمين ٢.

(٣) و هى الأخبار الداله على وجوب الإعادة داخل الوقت دون خارجه لمن استبان أنه صلى على غير القبلة و قد تقدم بعضها كصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله (٢) و صحيح يعقوب بن يقطين ٤.

(٤) و هو من صلى ثم علم فى داخل الوقت أن قبلته ما بين اليمين و اليسار.

(٥) أى باليمين و اليسار، و تمسك الشارح لذلك بخبر عمار المتقدم حيث ورد فيه: (و إن كان متوجها إلى دبر القبلة) فقال فى المسالك: «و ما كان منه بين خط الاستدبار و خط اليمين و اليسار فهو بحكم اليمين و اليسار لا الاستدبار، و إنما كان كذلك لأن الخبر الدال على إعادته المستدبر مطلقا عبّر فيه بلفظ دبر القبلة و هو لا يتحقق إلا بما ذكر» و فيه: إن الاستدبار عرفا يشمل موضع النزاع و هذا كاف، ثم ما نسبه إلى المشهور من كون موضوع الاستدبار مختصا بما كان فى دبر القبلة فقط ليس فى محله إذ لم يذهب إليه إلا الشارح فى المسالك و الفاضل المقداد فى التنقيح، نعم يلحق ما بين اليمين و الشمال و بين الاستدبار بهما من ناحيه الحكم لا من ناحيه الموضوع.

(٦) بالقبلة لأن قبله المتحيز ما بين المشرق و المغرب كما تقدم فى الأخبار، و لازمه عدم الإعادة فى الوقت و خارجه و هذا ما التزم به المشهور من أن القبلة موضوعا ما بين -

ص: ٦٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القبلة حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القبلة حديث ١ و ٢.

(الثالث. ستر العوره)

في المراد بالعوره

(و هي (١) القبل و الدبر للرجل) (٢) و المراد بالقبل: القضيبي و الأثنيان و بالدبر:

المشرق و المغرب بالنسبه للمتخير في محله.

هذا و اعلم أن المذكور في النصوص لفظ المشرق و المغرب كما في صحيح معاويه و موثق عمار المتقدمين و غيرهما و هو مختص بمن كانت قبلته نقطه الجنوب أو الشمال، و أما من كانت قبلته نقطه الشرق أو الغرب فقوس الإجزاء في حقه يكون ما بين الشمال و الجنوب و لذا عبر الأكثر بأن قوس الإجزاء للجميع ما بين يمين المصلى و يساره و هو المتعين، و أما التعبير ما بين المشرق و المغرب في الفتاوى فهو تبعاً للنصوص، و التعبير في النصوص بذلك لأن الراوى قبلته نقطه الجنوب.

و اعلم أن نفي القضاء للمتيامن و المتياسر فيما لو تحرى القبله باجتهاده ثم تبين خطؤه لاختصاص نصوص نفي القضاء بالمجتهد المخطئ ففي خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (و إن كان مضى الوقت فحسبه اجتهاده) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الأعمى يؤم القوم و هو على غير القبله قال: يعيد و لا يعيدون فإنهم قد تحروا) (٢).

فما ورد مطلقاً من نفي القضاء لمن تبين خطأ قبلته لا يمكن الاعتماد على إطلاقه لورود هذه النصوص فلا بد من الحكم بالإعاده بالنسبه للناسى أو الغافل أو الجاهل للقواعد الأوليه من اشتراط استقبال القبله المقتضيه للحكم بالبطلان إلا إذا انكشف مطابقه الواقع.

(١) أى العوره، و اعلم أن البحث مختص بحال الصلاه فالستر في حال الصلاه له كيفيه خاصه و يشترط فيه ساتر خاص و يجب مطلقاً سواء كان هناك ناظر محترم أم غيره أم لا.

(٢) و يشهد له مرسل الواسطى عن أبي الحسن الماضى عليه السلام: (العوره عورتان: القبل و الدبر، و الدبر مستور بالأيتين، فإذا سترت القضيبي و البيضتين فقد سترت العوره) (٣)، و مرسل الكافى: (فأما الدبر فقد سترته الأليتان و أما القبل فاستره بيدك) (٤)، و فى مرسل الصدوق: (الفخذ ليس من العوره) (٤).

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القبلة حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب الحمام حديث ٢ و ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب الحمام حديث ٤.

و عن حاشيه الإرشاد للكركى: الأولى إلحاق العجان و هو: ما بين حلقه الدبر إلى أصل القضيب، و هو غير ظاهر المستند بل صريح النصوص خروجه عن العوره لأنها قد حددت العوره بالقبل و الدبر و البيضتين.

و عن القاضى أن العوره ما بين السره إلى الركبه لخبر حسين بن علوان عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا زوّج الرجل أمتة فلا ينظر إلى عورتها، و العوره ما بين السره و الركبه) (١).

و هو لو تم حجته فمحمول على الاستحباب جمعا بين الأخبار.

(١) قيد لتفسير العوره بالقبل و الدبر.

(٢) لا خلاف و لا إشكال فى وجوب ستر بدن المرأة فى الجملة و يشهد له جملة من النصوص كصحيح على بن جعفر: (أنه سأل أخاه موسى بن جعفر عليهما السلام عن المرأة ليس لها إلا ملحفة واحدة كيف تصلى؟ قال عليه السلام: تلتف فيها و تغطى رأسها و تصلى فإن خرجت رجلها و ليس تقدر على غير ذلك فلا بأس) (٢).

و إنما الكلام فى مواضع و هى: الشعر، فعن القاضى ابن البراج عدم وجوب ستره و عن الكفايه التأمّل فيه و عن الشهيد فى ألفيته التوقف فيه، و عن المدارك و البحار: «ليس فى كلام الأكثر تعرض لذكره»، بل فى المدارك: «ربما ظهر منها. أى عبارات أكثر الأصحاب. أنه غير واجب» فقد ورد فى خبر عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام:

(لا بأس بالمرأة المسلمه الحره أن تصلى و هى مكشوفه الرأس) (٣) و هو مهجور عند الأصحاب لوجوب ستره كما فى جملة من الأخبار منها: خبر الفضيل عن أبى جعفر عليه السلام: (صلّت فاطمه فى درع و خمارها على رأسها ليس عليها أكثر مما وارت به شعرها و أذنيها) ٤، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (سأله عن أدنى ما تصلى فيه المرأة، قال عليه السلام: درع و ملحفة فتنشرها على رأسها و تجلل بها) (٤).

و الرأس فعن ابن الجنيد عدم وجوب ستره لخبر ابن بكير المتقدم و قد عرفت أنه مهجور بين الأصحاب.

و العنق فعن الألفيه للشهيد التوقف فى وجوب ستره و يشهد له خبر الفضيل المتقدم من -

ص: ٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب نكاح العيب و الإمام حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب لباس المصلى حديث ٥.

٤- (٤) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٩.

(عدا الوجه) (١) و هو ما يجب غسله منه في الوضوء (٢) أصاله (و الكفين) (٣) ظاهرهما و باطنهما من الزندين (و ظاهر القدمين) (٤) دون باطنهما، و حدّهما مفصل الساق.

و في الذكرى و الدروس ألحق باطنهما بظاهرهما، و في البيان استقرب ما هنا، و هو أحوط (للمرأة) و يجب ستر شيء من الوجه و الكف و القدم من باب المقدمه (٥)، و كذا في عوره الرجل.

و المراد بالمرأة الأنثى البالغة، لأنها تأنيث «المرء»، و هو الرجل، فتدخل فيها الأمه البالغة، و سيأتي جواز كشفها رأسها. و يدخل الشعر فيما يجب ستره، و به قطع المصنف في كتبه، و في الألفيه جعله أولى.

جهه الاقتصار على الشعر و الأذنين، و فيه: إن الاقتصار على الشعر و الأذنين بالنسبه لنفى وجوب ستر الوجه لأن العنق مستور بالخمار بحسب الغالب.

(١) بالاتفاق و يشهد له خبر الفضيل المتقدم حيث اقتصر على ستر الشعر و الأذنين، و موثق سماعه: (سألته عن المرأة تصلى متقبه؟ قال عليه السلام: إذا كشفت عن موضع السجود فلا بأس به، و إن أسفرت فهو أفضل) (١)، فما عن الوسيله من الاقتصار على موضع السجود ضعيف، كضعف ما عن الغنيه و الجمل و العقود من وجوب ستر البدن من دون استثنائه.

(٢) فالنصوص خاليه عن ذكر الوجه، إلا- أن الإجماع قد قام على استثنائه فضلا عما تقدم، و التحديد العرفي للوجه مطابق للموضوع الشرعي منه.

(٣) للإجماع المدعى عن المختلف و المنتهى و المعبر و جامع المقاصد و الروض و الذكرى و غيرها.

(٤) أما استثناء القدمين فعلى المشهور، و تردد فيه في الشرائع لصحيح على بن جعفر: (عن المرأة ليس لها إلا ملحفه واحده كيف تصلى؟ قال عليه السلام: تلتف فيها و تغطى رأسها و تصلى، فإن خرجت رجلها و ليس تقدر على غير ذلك فلا بأس) (٢) و مفهوم ذيله دال على وجوب الستر فلذا تردد.

و أما ظاهرهما فقد نص عليه الشيخ في المبسوط و المحقق في المعبر و ابن سعيد في جامعه و غيرهم، و لا دليل يقتضى هذا التخصيص، فلذا ذهب إلى تعميم الاستثناء جماعه منهم الشهيد في الدروس و ظاهر العلامة في التذكرة و التبصره و ابن إدريس في سرائره.

(٥) أى المقدمه العلميه حتى يقطع بالامتثال.

ص: ٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب لباس المصلى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ٢.

(و يجب كون الساتر طاهرا) (١) فلو كان نجسا لم تصح الصلاه (و عفى عما مرّ) (٢) من ثوب صاحب القروح و الجروح بشرطه (٣)، و ما نجس بدون الدرهم من الدم (٤) (و عن نجاسه) ثوب (المريه للصبي) (٥) بل لمطلق الولد و هو مورد النصّ، فكان التعميم أولى (ذات الثوب الواحد) (٦) فلو قدرت على غيره و لو بشراء أو استئجار أو استعاره لم يعف عنه، و ألحق بها المربي (٧)، و به (٨) الولد المتعدّد (٩).

(١) بالاتفاق للأخبار الكثيره منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل أصاب ثوبه جنبه أو دم، قال عليه السلام: إن كان علم أنه أصاب ثوبه جنبه قبل أن يصلى ثم صلى فيه و لم يغسله، فعليه أن يعيد ما صلى) (١) و قد تقدم الكلام فيه في بحث أحكام النجاسات.

(٢) و قد مرّ في بحث أحكام النجاسات.

(٣) و في بعض النسخ (بشرطيه) و هما السيلان الدائم أو في وقت لا يسع زمن فواته الصلاه و قد تقدم دليله هناك.

(٤) غير الدماء الثلاثه و قد تقدم الكلام في دليله هناك.

(٥) على المشهور لخبر أبي حفص عن أبي عبد الله عليه السلام: (سئل عن امرأه ليس لها إلا قميص واحد، و لها مولود فيبول عليها كيف تصنع؟ قال عليه السلام: تغسل القميص في اليوم مره) (٢) و سنده مشتمل على محمد بن يحيى المعاذي و قد استثناء القميون من كتاب نوارد الحكمه و ضعفه العلامة فلذا توقف الأردبيلي و سيد المدارك و صاحب المعالم في الحكم، و هو منجبر بعمل الأصحاب.

بلا- فرق في المريه بين الأم و غيرها للقطع بعدم الفرق لإسقاط خصوصيه الأمومه في حكم نجاسه بول المولود، و بلا فرق بين الصبي و الأنثى لشمول المولود الوارد في الخبر لهما و هو المنسوب إلى أكثر المتأخرين، و عن الشيخ بل نسب إلى الأكثر تخصيص ذلك بالذكر للشك في شمول المولود للأنثى أو يمنع الشمول كما عن بعض.

(٦) كما هو مورد النص.

(٧) بل نسب المنع إلى الأكثر اقتصارا على مورد النص، و عن العلامة و الشهيدين الإلحاق للقطع بعدم مدخليه المريه في حكم بول المولود حتى يقتصر عليها.

(٨) أي الولد الواحد.

(٩) للقطع بعدم مدخليه وحده الوليد في حكم بوله.

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب النجاسات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب النجاسات حديث ١.

و يشترط نجاسته ببوله خاصه (١)، فلا يعفى عن غيره كما لا يعفى عن نجاسه البدن به (٢). وإنما أطلق المصنف نجاسه المريبه من غير أن يقيد بالثوب لأن الكلام فى الساتر، و أما التقييد بالبول فهو مورد النصّ و لكن المصنف أطلق النجاسه فى كتبه كلّها.

(و يجب غسله كلّ يوم مره) (٣) و ينبغى كونها (٤) آخر النهار (٥) لتصلى فيه أربع صلوات متقاربه بطهاره، أو نجاسه خفيفه (و) كذا عفى (عما يتعدّر إزالته فيصلى فيه للضروره) (٦) و لا يتعيّن عليه الصلاه عاريا خلافا للمشهور (و الأقرب تخيير)

(١) كما هو مورد النصّ.

(٢) أى بدن المريبه بثوبها لاختصاص النصّ بالثوب، مع أنه يقطع بأنه لا مدخله له فى حكم بول الوليد فيجب التعميم و لذا حكى عن بعض المتأخرين ذلك، اللهم إلا- أن يقال إن تطهير الثوب مستلزم لنزعه عن البدن مدّه طويله حتى يجف و هذا موجب للبقاء عاربه لأنه لا ثوب عندها غيره، بخلاف البدن فإنه يمكن تطهيره ثم ليس الثوب من دون هذا المحذور و لعل لهذا الاحتمال لا يقطع بتعميم الحكم إلى البدن.

(٣) كما هو مورد النصّ.

(٤) أى كون الغسله.

(٥) كما صرح بذلك جماعه منهم المحقق فى الشرائع للتعليل الذى أورده الشارح، مع أن الخبر مطلق و لذا ذهب أكثر من واحد إلى التخيير بين ساعات النهار.

(٦) إذا انحصر ثوبه فى المتنفس و لا- يمكن تطهيره لتعذر الماء فإن كان مضطرا للبسّه لبرد و نحوه صلى فيه بلا خلاف و لا إشكال للأخبار التى سيأتى التعرض لبعضها، و لخصوص خبر الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يجنب فى الثوب أو يصيبه بول و ليس معه ثوب غيره، قال عليه السّلام: يصلى فيه إذا اضطر إليه) (١).

و أما إذا لم يكن مضطرا للبسّه بحيث يمكن له نزعه حال الصلاه فهل تجب الصلاه فيه أم يصلى عريانا أم يختار؟ وجوه ثلاثه:

ذهب المشهور إلى الصلاه عريانا و لكن يومى إلى الركوع و السجود إيماء لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل أصابته جنابه و هو فى الفلاه و ليس عليه إلا- ثوب واحد و أصاب ثوبه منى، قال عليه السّلام: يتيمم و يطرح ثوبه و يجلس مجتمعا فيصلى و يومئ-

ص: ٧٣

(المختار) و هو الذى لا يضطر إلى لبسه لبرد و غيره (بينه) أى بين أن يصلى فيه صلاه تامه الأفعال (و بين الصلاه عاريا فيومئى للركوع و السجود) كغيره من العراه قائما (١) مع أمن المطلع، و جالسا مع عدمه.

و الأفضل الصلاه فيه (٢) مراعاة للتماميه (٣)، و تقديمها لفوات الوصف (٤) على

إيماء(١)، و موثق سماعه: (سألته عن الرجل يكون فى فلاه من الأرض و ليس عليه إلا ثوب واحد و أجنب فيه و ليس عنده ماء كيف يصنع؟ قال: يتيمم و يصلى عريانا قاعدا يومئى إيماء(٢)، و فى موثقه الآخر مثله إلا- أن فيه: (و يصلى عريانا قائما يومئى إيماء)٣.

و عن الشهيد فى البيان و سيد المدارك و صاحب المعالم و كشف اللثام و جوب الصلاه فى الثوب النجس لصحيح الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل أجنب فى ثوبه و ليس معه ثوب غيره، قال عليه السّلام: يصلى فيه فإذا وجد الماء غسله(٢)، و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: (سألته عن رجل عريان و حضرت الصلاه فأصاب ثوبا نصفه دم أو كله دم، يصلى فيه أو يصلى عريانا؟ قال عليه السّلام: إن وجد ماء غسله و إن لم يجد ماء صلى فيه و لم يصل عريانا)٥، و صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الرجل يجنب فى الثوب و ليس معه غيره و لا يقدر على غسله، قال: يصلى فيه)٦ و نحوها غيرها.

و ذهب المحقق فى المعتمد و العلامه فى المنتهى و المختلف و الشهيد فى المدروس و المذكرى و المحقق الثانى فى جامعه و غيرهم إلى التخيير جمعا بين النصوص، و فيه: إنه جمع بلا شاهد هذا فضلا عن أن صحيح ابن جعفر المتقدم صريح بنفى الصلاه عاريا فلا بد من العمل بأخبار الصلاه بالنجس لأنها أكثر عددا و أصح سندا.

(١) للجمع بين موثقى سماعه بحمل القيام على صورته الأمن من الناظر و حمل موثق القعود على صورته عدم الأمن من الناظر.

(٢) فى النجس.

(٣) أى تماميه أفعال الصلاه و هذا هو وجه الأفضليه، و قد عرفت التعيين لترجيح نصوصه على الطائفه الأخرى.

(٤) و هو وصف الطهاره فى الساتر.

ص: ٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب النجاسات حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب النجاسات حديث ١ و ٥ و ٦.

فوات أصل الستر، و لو لا الإجماع على جواز الصلاة فيه (١) عاريا. بل الشهره بتعيينه. لكان القول بتعيين الصلاة فيه متوجها.

أما المضطر إلى لبسه (٢) فلا شبهه في وجوب صلاته فيه.

في عدم مغصوبه الساتر و عدم كونه من غير مأكول اللحم

(و يجب كونه) أى الساتر (غير مغصوب) (٣) مع العلم بالغضب (٤) (و غير جلد و صوف و شعر) و وبر (من غير المأكول (٥)

(١) أى فى مورد انحصار الساتر بالنجس.

(٢) فى حال الصلاة.

(٣) بالاتفاق لأنه مع العلم بالغضب لا تتأتى نية التقرب و لخبر إسماعيل بن جابر الجعفى عن أبى عبد الله عليه السلام: (لو أن الناس أخذوا ما أمرهم الله به فأنفقوه فيما نهاهم عنه ما قبله منهم، و لو أخذوا ما نهاهم الله تعالى عنه فأنفقوه فيما أمرهم الله تعالى به ما قبله منهم) (١)، و خبر تحف العقول عن بعض نسخ النهج، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى وصيته لكميل بن زياد: (يا كميل أنظر فيم تصلى؟ و على م تصلى؟، إن لم يكن من وجهه و حله فلا قبول) ٢، و لأن النهى عن الغضب نهى عن جميع التصرفات فى المغصوب فتكون حركات الصلاة فيه منهيها عنها و النهى فى العبادات مفسد.

(٤) و مع النسيان و الجهل به فالصلاة صحيحة لحديث الرفع المشهور (٢).

(٥) يشترط فى الساتر الصلاتى أن لا يكون من أجزاء ما لا يؤكل لحمه بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار منها: موثق عبد الله بن بكير: (سأل زراره أبا عبد الله عليه السلام عن الصلاة فى الثعالب و الفنك و السنجاب و غيره من الوبر، فأخرج كتابا زعم أنه إملاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الصلاة فى وبر كل شىء حرام أكله فالصلاة فى وبره و شعره و جلده و بوله و روثه و كل شىء منه فاسد لا تقبل تلك الصلاة حتى تصلى فى غيره مما أحل الله تعالى أكله، ثم قال: يا زراره هذا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فاحفظ ذلك يا زراره، فإن كان مما يؤكل لحمه فالصلاة فى وبره و بوله و شعره و روثه و ألبانه و كل شىء منه جائز إذا علمت أنه ذكى قد ذكاه الذبح، و إن كان غير ذلك مما قد نهيت عن أكله و حرم عليك أكله فالصلاة فى كل شىء منه فاسد ذكاه الذبح أو لم يذكه) (٣).

ص: ٧٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مكان المصلى حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب خلل الصلاة حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب لباس المصلى حديث ١.

(إلا- الخز) (١) و هو دابته ذات أربع تصاد من الماء ذكاتها كذكاه السمك، و هي (٢) معتبره في جلده (٣) لا- في وبره (٤) إجماعا (و السنجاب) (٥) مع تذكته لأنه ذو نفس.

بل لو وقع شعره منه على اللباس فلا تجوز الصلاة فيه لخبر إبراهيم بن محمد الهمداني:

(كتبت إليه: يسقط على ثوبى الوبر و الشعر مما لا- يؤكل لحمه من غير تقيه و لا ضروره فكتب عليه السّلام: لا تجوز الصلاة فيه) (١).

(١) استثناء الخز مما قد نفى فيه الخلاف كما في التنقيح للفاضل المقداد و للأخبار الكثيره منها: خبر سليمان بن جعفر الجعفرى: (رأيت الرضا عليه السّلام يصلى في جبه خز) (٢)، و خبر ابن مهزيار: (رأيت أبا جعفر الثانى عليه السّلام يصلى الفريضة و غيرها في جبه خز طارويّ، و كسانى جبه خز و ذكر أنه لبسها على بدنه و صلى فيها و أمرنى بالصلاه فيها) (٣).

و أيضا هي مطلقه تشمل وبر الخز و جلده فما عن الحلّى و العلامه في المنتهى و التحرير المنع عن جلود الخز ليس في محله مع أنه قد ورد تعميم الجواز في خبر ابن أبى يعفور: (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ دخل عليه رجل من الخزازين فقال له: جعلت فداك ما تقول في الصلاة في الخز؟ فقال عليه السّلام: لا بأس بالصلاه فيه، فقال له الرجل: جعلت فداك إنه ميت و هو علاجى و أنا أعرفه، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: أنا أعرف به منك، فقال له الرجل: إنه علاجى و ليس أحد أعرف به منى، فتبسم أبو عبد الله عليه السّلام ثم قال له:

أ تقول إنه دابه تخرج من الماء، أو تصاد من الماء فتخرج فإذا فقد الماء مات؟ فقال الرجل:

صدقت، جعلت فداك، هكذا هو، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فإنك تقول: إنه دابه تمشى على أربع و ليس هو على حد الحيتان فتكون ذكاته خروجه من الماء، فقال له الرجل: إى و الله هكذا أقول، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: فإن الله تعالى أحله و جعل ذكاته موته كما أحل الحيتان و جعل ذكاتها موتها) (٣).

(٢) أى التذكيه.

(٣) في جل جلده.

(٤) بشرط جزّه لكونه مما لا تحله الحياه هذا إذا كان الخزّ مما له نفس سائله.

(٥) على المشهور للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سأله عن أشياء منها الفراء و السنجاب فقال عليه السّلام: لا بأس بالصلاه فيه) (٤).

ص: ٧٦

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب لباس المصلي حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب لباس المصلي حديث ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب لباس المصلي حديث ١.

قال المصنف في الذكرى: وقد اشتهر بين التجار و المسافرين أنه غير مذكى، ولا عبره بذلك (١)، حملا لتصرف المسلمين على ما هو الأغلب (٢) (و غير ميتة) (٣) فيما يقبل الحياه كالجلد، أما ما لا يقبلها (٤) كالشعر، و الصوف فتصح الصلاة فيه من ميت إذا أخذه جزأ، أو غسل (٥) موضع الاتصال (و غير الحرير) (٦) المحض،

و عن الصدوق و الحلبي في سرائره بل عن الروض نسبتته إلى الأكثر المنع لمعارضته بموثق ابن بكير المتقدم مع أنه لا بد من العمل بها لكثرتها و تخصيص خبر ابن بكير بها.

(١) بهذا المشهور ما لم يحصل علم منه بذلك.

(٢) و هو المذكى. بل حملا لتصرف المسلمين على الصحة.

(٣) يشترط في السائر الصلاتي أن لا يكون من أجزاء الميتة بلا خلاف فيه للأخبار منها:

موثق ابن بكير المتقدم: (فإن كان مما يؤكل لحمه فالصلاه في وبره و بوله و شعره و روثه و ألبانه و كل شيء منه جائز إذا علمت أنه ذكى قد ذكاه الذبح) (١).

(٤) أى الحياه من أجزاء الميتة كالصوف و الشعر و الوبر و العظم و القرن و المنقار و الظفر و المخلب و الريش و الظلف و السن و البيضه و الأنفحه فهى طاهره بالاتفاق فتجوز الصلاه فيها للأخبار منها: خبر الحسين بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (العظم و الشعر و الصوف و الريش، كل ذلك نابت لا يكون ميتا) (٢)، و صحيح حرير عن أبى عبد الله عليه السلام: (أنه قال لزراره و محمد: اللبن و اللبأ و البيضه و الشعر و الصوف و القرن و الناب و الحافر و كل شيء يفصل من الشاه و الدابه فهو ذكى، و إن أخذته منه بعد أن يموت فاغسله و صل فيه) ٣، و مرسل الفقيه عن الصادق عليه السلام: (عشره أشياء من الميتة ذكاه: القرن و الحافر و العظم و السن و الأنفحه و اللبن و الشعر و الصوف و الريش و البيض) ٤.

(٥) إذا أخذه نتفا لصحيح حرير المتقدم.

(٦) فيشترط في السائر الصلاتي للرجل أن لا يكون من الحرير بالاتفاق للأخبار منها:

صحيح إسماعيل بن سعد الأحوص: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام هل يصلى الرجل فى ثوب إبريسم؟ فقال عليه السلام: لا) (٣)، و مكاتبه محمد بن عبد الجبار إلى أبى محمد عليه السلام: (هل يصلى فى قطنسوه حرير محض أو قطنسوه ديباج؟ فكتب عليه السلام: لا تحل -

ص: ٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب لباس المصلى حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١٢ و ٣ و ٨.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب لباس المصلى حديث ١.

أو الممتزج (١) على وجه يستهلك الخليط لقلته

الصلاه فى حرير محض(١) و الثانى عام يشمل ما تتم الصلاه فيه أو لا و هذا ما ذهب إليه الصدوق فى الفقيه و العلامه فى المنتهى و المختلف و الشهيد فى البيان و جماعه.

و نسب إلى الأشهر الجواز بما لا تتم الصلاه فيه لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كل ما لا تجوز الصلاه فيه وحده فلا بأس بالصلاه فيه مثل التكه و الإبريسم و القلنسوه و الخف و الزنار يكون فى السراويل و يصلى فيه)(٢) إلا أن سنده مشتمل على أحمد بن هلال و هو مذموم ملعون كما عن الكشى و غال و متهم فى دينه كما عن الفهرست و قد رجع عن التشيع إلى النصب كما عن سعد بن عبد الله الأشعري على ما فى التهذيب و معه كيف يعمل بالخبر.

نعم المنع من الحرير مختص بالرجل فى حال الصلاه و غيرها، و أما المرأة فيجوز لها لبس الحرير فى غير الصلاه بالاتفاق للأخبار منها: خبر جابر الجعفى عن أبى جعفر عليه السلام:

(و يجوز للمرأة لبس الديدياج و الحرير فى غير صلاه و إحرام)(٣) ، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (سألته عن الديدياج هل يصلح لبسه للنساء؟ قال عليه السلام: لا بأس)٤، و الخبر الأول صريح فى عدم جواز لبس الحرير فى الصلاه بالنسبه للنساء و هذا ما ذهب إليه جماعه، و ذهب المشهور إلى الجواز لمرسل ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام: (النساء (يلبس) يلبسن الحرير و الديدياج إلا فى الإحرام)(٤) و استثناء الإحرام فقط دليل على جواز الصلاه فيه.

وفيه: إن التلازم بين الصلاه و الإحرام ثابتة فإذا منع من اللبس فى أحدهما فيثبت المنع فى الآخر لصحيح حرير عن أبى عبد الله عليه السلام: (كل ثوب تصلى فيه فلا بأس أن تحرم فيه)(٥).

(١) فلو كان ممزوجا بغيره من دون استهلاكك فتجوز الصلاه فيه بالاتفاق للأخبار منها:

صحيح البيزنطى: (سأل الحسين بن قياما أبا الحسن عليه السلام عن الثوب الملمح بالقز و القطن، و القز أكثر من النصف أ يصلى فيه؟ قال عليه السلام: لا بأس قد كان لأبى الحسن -

ص: ٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب لباس المصلى حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب لباس المصلى حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب لباس المصلى حديث ٦ و ٩.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب لباس المصلى حديث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الإحرام حديث ١.

(للرجل و الخنثى) (١) و استثنى منه (٢) ما لا يتم الصلاه فيه كالتكاه و القلنسوه و ما يجعل منه فى أطراف الثوب و نحوها مما لا يزيد على أربع أصابع مضمومه (٣)، أما الافتراش له (٤) فلا يعدّ لبسا كالتدثر به (٥) و التوسّد و الركوب عليه.

فى ما يستر فى الصلاه

(و يسقط ستر الرأس) (٦) و هو الرقبه فما فوقها (عن الأمه المحضه) التى لم

عليه السّلام منه جبات(١)، و خبر إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الثوب يكون فيه الحرير فقال عليه السّلام: إن كان فيه خلط فلا بأس)٢.

(١) إمّا احتياطا لاحتمال كونه رجلا واقعا، و إمّا لأن المنع عن لبس الحرير عام خرجت النساء بدليل فيبقى الباقي الشامل للخنثى.
(٢) من الحرير و قد عرفت ضعفه.

(٣) إذا صح الاستثناء المذكور فلا داعى لهذا التقييد كما عليه الأكثر لعدم الدليل عليه و لذا قال فى الروض: «و لم نقف له على مستند فى أخبارنا» نعم ذهب جماعه إلى التقييد بالأربع أصابع مضمومه لما روته العامه عن عمر: (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن الحرير إلا فى موضع إصبعين أو ثلاث أو أربع)٢.

(٤) فجائز على المشهور بعد كون أخبار المنع مختصه باللبس و يشهد لذلك صحيح على بن جعفر: (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الفراش الحرير و مثله من الديباج، و المصلى الحرير و مثله من الديباج، هل يصلح للرجل النوم عليه و التكاه و الصلاه؟ قال عليه السّلام: يفترشه و يقوم عليه و لا يسجد عليه)٣) و منه تعرف ضعف ما عن المبسوط حيث منع من افتراشه و الاتكاء عليه.

(٥) وقع الخلاف فى صدق اللبس على التدثر فى المدارك: «الأظهر تحريمه لصدق اسم اللبس عليه» و عن جامع المقاصد و المسالك الجواز لعدم الصدق، و قال فى الجواهر:

«الظاهر عدم صدقه على الالتحاف و التدثر به» و هو مخصوص بحال الاضطجاع، و أما فى بقية الأحوال فالتدثر به مما يسمى لبسا و به يتم الجمع بينهم.

(٦) عن الأمه بالاتفاق للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (ليس على الأمه قناع)٤) و صحيح عبد الرحمن عن أبى الحسن عليه السّلام: (ليس على الإمام أن يتقنعن -

ص: ٧٩

٢- (٣) كتر العمال ج ٨ حديث ١١٥٧، و سنن البيهقي ج ٢ ص ٤٢٣، وقد أورد في مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب لباس المصلی حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب لباس المصلی حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب لباس المصلی حديث ١.

ينعتق منها شيء، و إن كانت مدبره، أو مكاتبه مشروطه، أو مطلقه لم تؤدّ شيئا، أو أم ولد، و لو انعتق منها شيء فكالحره (١) (و الصبيه) (٢) التي لم تبلغ، فتصح صلاتها تمرينا (٣) مكشوفه الرأس.

(و لا تجوز الصلاه فيما يستر ظهر القدم (٤) إلا مع الساق) بحيث يغطى شيئا

فى الصلاه (١) و القناع هو ما يغطى الرأس و العنق. و إطلاق النصوص يقتضى عدم الفرق بين أقسام الأمه من القن و المدبره و المكاتبه و أم الولد و يشهد له أيضا صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (ليس على الأمه قناع فى الصلاه، و لا على المدبره قناع فى الصلاه، و لا على المكاتبه إذا اشترط عليها مولاها قناع فى الصلاه و هى مملوكه حتى تؤدى جميع مكاتبها. إلى أن قال، و سألته عن الأمه إذا ولدت عليها الخمار؟ قال عليه السّلام: لو كان عليها لكان عليها إذا هى حاضه و ليس عليها التمتع فى الصلاه) (٢)، و خالف الحسن البصرى فأوجهه على الأمه إذا تزوجت أو اتخذها مولاها لنفسه و هو ضعيف.

(١) بالاتفاق لخبر حمزه بن حرمان عن أحدهما عليهما السّلام: (قلت: فتغطى رأسها منه حين أعتق نصفها؟ قال عليه السّلام: نعم و تصلى و هى مخمره الرأس) (٣).

(٢) و هى غير البالغه و حكمها حكم الأمه فى عدم وجوب ستر رأسها و رقبتهما بالاتفاق للأخبار منها: لمفهوم خبر يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و لا يصلح للحره إذا حاضت إلا الخمار) (٤)، و خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السّلام: (إذا حاضت الجارية فلا تصلى إلا بخمار) (٥).

(٣) بناء على عدم مشروعيه عباده الصبى.

(٤) لما ورد من المرسل فى الوسيله لابن حمزه: (روى أن الصلاه محظوره فى النعل السندى و الشمشك) (٤) و قد فهم الفاضلان و جماعه منه أن المنع لأنه يستر ظهر القدم من دون شيء من الساق.

ص: ٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب لباس المصلى حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب لباس المصلى حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ١٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ٤.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ١٣.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ٧.

منه فوق المفصل على المشهور، و مستند المنع ضعيف جدا و القول بالجواز قوى متين.

(و تستحب) الصلاة (فى) النعل (١)(العربيه) (٢) للتأسى (٣)(و ترك السواد (٤) عدا العمامه و الكساء و الخف) فلا يكره الصلاة فيها سودا و إن كان البياض أفضل مطلقا (٥)(و ترك) الثوب (الرقيق) (٦) الذى لا يحكى البدن و إلا لم

و فيه: مع إرساله لعل المنع من ناحيه عدم التمكّن من وضع الإبهامين على الأرض فيهما، فالأقوى الجواز.

(١) للأخبار الكثيره منها: خبر عبد الله بن المغيرة: (إذا صليت فصل فى نعليك إذا كانت طاهره فإن ذلك من السنه) (١) و مثله خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله ٢.

(٢) النصوص خاليه عن هذا القيد إلا- أن الأصحاب نزلوا النعل على ذلك، لأنها هى التى لا تمنع من السجود على الإبهامين و لتعارف لبسها عند إطلاق النصوص، مع أن سيد المدارك و المجلسى فى بحاره عمما الحكم لكل نعل تمسكا بإطلاق الأخبار.

(٣) فى خبر معاويه بن عمار: (رأيت أبا عبد الله عليه السلام يصلى فى نعليه غير مره و لم أره ينزعهما قط) (٢)، و خبر على بن مهزيار: (رأيت أبا جعفر عليه السلام صلى حين زالت الشمس يوم الترويه ست ركعات خلف المقام و عليه نعلاه لم ينزعهما) ٤ و مثلها غيرها.

(٤) بلا خلاف للأخبار منها: المرسل فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له أصلى فى القلنسوه السوداء، فقال: لا تصل فيها فإنها لباس أهل النار) (٣)، و مرسل الكلينى:

(و روى لا- تصل فى ثوب أسود فأما الخف أو الكساء أو العمامه فلا بأس) ٦، و فى مرسل ثان: (يكره السواد إلا فى ثلاثه الخف و العمامه و الكساء) (٤).

(٥) حتى فى الخف و العمامه و الكساء، فى خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البسوا البياض فإنه أطيّب و أطهر، و كفنوا فيه موتاكم) (٥) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: ليس من لباسكم شىء أحسن من البياض فالبسوه و كفنوا فيه موتاكم) ٩.

(٦) لحديث الأربعمائه المروى فى الخصال: (عليكم بالصفيق من الثياب، فإن من رق ثوبه-

ص: ٨١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب لباس المصلى حديث ٧ و ١.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب لباس المصلى حديث ٤ و ٦.

٣- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٢.

٤- ((٧) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب لباس المصلى حديث ١.

٥- ((٨ و ٩) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الملابس حديث ١ و ٣.

تصح (١)، (و اشتمال الصّماء) (٢) و المشهور أنه الالتحاف بالإزار و إدخال طرفيه تحت يده و جمعها على منكب واحد (٣).

في ما يكره في الصلاة

(و يكره ترك التّحنك) (٤) و هو إداره جزء من العمامه تحت الحنك (مطلقا)

للإمام و غيره بقرينه القيد في الرداء (٥)، و يمكن أن يريد بالإطلاق تركه في أيّ حال كان و إن لم يكن مصليا، لإطلاق النصوص باستحبابه و التحذير من تركه، كقول الصادق (عليه السّلام): «من تعمّم و لم يتحنك فأصابه داء لا دواء له فلا يلومنّ إلا نفسه»، حتى ذهب الصدوق إلى عدم جواز تركه في الصلاة.

(و ترك الرداء) (٦) و هو ثوب أو ما يقوم

رق دينه، لا يقوم أحدكم بين يدي الرب (جل جلاله) و عليه ثوب يشف) (٧).

(١) أي الصلاة لوجوب ستر العوره لونا و حجما كما تقدم.

(٢) بالاتفاق لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (إياك و التحاف الصّماء، قلت: و ما التحاف الصّماء؟ قال: أن تدخل الثوب من تحت جناحك فتجعله على منكب واحد) (٢).

و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام: (التحاف الصّماء هو أن يدخل الرجل رداءه تحت إبطه ثم يجعل طرفيه على منكب واحد) (٣).

(٣) و هو الأيسر كما عن جماعه من أهل اللغه.

(٤) أما في حال الصلاة فعن الصدوق الحرمة قال في الفقيه: (سمعت مشايخنا يقولون لا تجوز الصلاة في طابقه و لا يجوز للمعتم أن يصلى إلا و هو متحنك) و لم يرد خبر خاص بالصلاة بل أخبار النهي عن عدم التحنك مطلقه ففي مرسل ابن عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (من تعمّم و لم يتحنك فأصابه داء لا دواء له فلا يلومنّ إلا نفسه) (٣) و مثله غيره، و هي ظاهره في استحباب التحنك أو كراهه تركه و لو في غير الصلاة و إليه ذهب الفاضل و البهائي و جماعه، و أما تخصيص كراهه ترك التحنك في الصلاة فقط كما عن جماعه فليس له دليل ظاهر.

(٥) حيث إن كراهه تركه مخصوصه بالإمام.

(٦) يكره ترك الرداء للإمام الذي يؤم المصلين للأخبار منها: خبر سليمان بن خالد عن أبي -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب لباس المصلي حديث ٥.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب لباس المصلي حديث ١ و ٦.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب لباس المصلي حديث ١.

مقامه (١) يجعل على المنكبين ثم يردّ ما على الأيسر على الأيمن (٢) (للإمام) (٣). أما غيره من المصلين فيستحب له الرداء (٤)، ولكن لا- يكره تركه بل يكون خلاف الأولى (و النقاب للمرأة (٥) و اللثام لهما) (٦) أى للرجل و المرأة، و إنما يكرهان إذا لم يمنعا شيئاً

عبد الله عليه السّلام: (عن رجل أمّ قوما في قميص ليس عليه رداء فقال: لا- ينبغى إلا- أن يكون عليه رداء أو عمامه يرتدى بها) (١).

بل لو فقد الرداء فيستحب أن يجعل شيئاً على عاتقه مرتدياً به و لو حبلاً ففي خبر عبد الله بن سنان: (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل ليس معه إلا سراويل، قال: يحلّ التكه منه فيطرحها على عاتقه و يصلّى، قال: و إن كان معه سيف و ليس معه ثوب فليقلد السيف و يصلّى قائماً) ٢، و خبر جميل: (سأل مرازم أبا عبد الله عليه السّلام و أنا معه حاضر عن الرجل الحاضر يصلّى في إزار مؤتزرا به قال: يجعل على رقبته منديلاً أو عمامه يرتدى به) ٣، و مرفوع على بن محمد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في رجل يصلّى في سراويل ليس معه غيره قال: يجعل التكه على عاتقه) ٤، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (أدنى ما يجزيك أن تصلّى فيه بقدر ما يكون على منكبيك مثل جناحي الخفاف) ٥.

(١) عند فقده و لو تكة السراويل أو منديلاً أو عمامه كما في الأخبار المتقدمة.

(٢) و كذا العكس إذا لم يرد كيفية خاصه في النصوص إلا كراهه اشتمال الصماء و قد عرفت معناه.

(٣) كما في خبر سليمان بن خالد.

(٤) لبقية الأخبار، غايته أن الاستحباب عام إلا أن تركه بالنسبة للإمام مكروه لقوله عليه السّلام في خبر سليمان المتقدم: (لا ينبغى إلا أن يكون عليه رداء) الظاهر في كراهه الترك، بخلاف بقية المصلين فإن تركهم له من باب ترك الأولى لعدم التعبير لهم بما يدل على كراهه الترك.

(٥) لمضمّر سماعه: (سألته عن المرأة تصلّى متنقبه قال: إن كشفت عن موضع السجود فلا بأس به و إن أسفرت فهو أفضل) (٢) و هو ظاهر في كون الإسفار مستحباً و ليس بظاهر في كراهه النقاب إذ لعله من باب ترك الأولى.

(٦) ففي خبر سماعه المتقدم: (سألته عن الرجل يصلّى فيتلو القرآن و هو مثلث فقال: لا بأس -

ص: ٨٣

١- ((١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب لباس المصلّى حديث ١ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦.

٢- (٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب لباس المصلّى حديث ٦.

من واجبات القراءه (فإن منعاً القراءه حرماً) (١) و في حكمها (٢) الأذكار الواجبه.

(و تكره) الصلاه (في ثوب المتهم بالنجاسه (٣)، أو الغصب) (٤) في لباسه (و)

في الثوب (ذى التماثيل) (٥) أعمّ من كونها مثال حيوان وغيره (٦) (أو خاتم فيه صوره) (٧) حيوان، و يمكن أن يريد

به و إن كشف عن فيه فهو أفضل (١) و مثله غيره إلا أن الجميع ظاهر في كون ترك اللثام أفضل، لا في كراهه اللثام.

(١) أي النقب و اللثام ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (هل يقرأ الرجل في صلاته و ثوبه على فيه؟ فقال: لا بأس بذلك إذا سمع الهمهمه) (٢) و مفهومه مع عدم السماع ففيه بأس.

(٢) أي القراءه.

(٣) و يدل عليه صحيح العيص عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يصلّي في إزار المرأة و في ثوبها و يعتم بخمارها قال: نعم إذا كانت مأمونه) (٣) و مفهومه إن لم تكن مأمونه فلا إلا أنه محمول على الكراهه لقاعده الطهاره.

(٤) لنفس مناط النجاسه.

(٥) لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (أنه كره أن يصلّي و عليه ثوب فيه تماثيل) (٤) و صحيح إسماعيل بن بزيع عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (سأله عن الصلاه في الثوب المعلم فكره ما فيه من التماثيل) (٥).

(٦) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٧) لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل يلبس الخاتم فيه نقش مثال الطير أو غير ذلك قال: لا تجوز الصلاه فيه) (٥) و هو محمول على الكراهه لخبر على بن جعفر سأل أخاه عليه السلام: (عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل سبع أو طير أ يصلّي فيه؟ قال: لا بأس) (٦) و مثله غيره.

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب لباس المصلّي حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب لباس المصلّي حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب لباس المصلّي حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب لباس المصلّي حديث ٢ و ٤.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب لباس المصلّي حديث ١٥.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب لباس المصلّي حديث ٢٣.

بها (١) ما يعمّ المثال (٢)، و غاير بينهما تفننا، و الأول أوفق للمغايره (أو قباء مشدود في غير الحرب) (٣) على المشهور، قال الشيخ: ذكره على بن بابويه و سمعناه من الشيوخ مذاكره و لم أجد به خيرا مسندا.

قال المصنف في الذكرى بعد حكاية قول الشيخ: قلت: قد روى العامه أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: «لا يصلى أحدكم و هو محزّم» (٤) و هو كناية عن شدّه الوسط، و ظاهر استدراكه لذكر الحديث جعله دليلا على كراهه القباء المشدود، و هو بعيد (٥). و نقل في البيان عن الشيخ كراهه شدّ الوسط (٦)، و يمكن الاكتفاء في دليل الكراهه (٧) بمثل هذه الروايه (٨).

الشرط الرابع. المكان

إشارة

(الرابع. المكان) (٩) الذي يصلّى فيه،

في المراد بالمكان و طاهريته

و المراد به

و منه تعرف ضعف ما عن الشيخ في النهايه و المبسوط من الحرمة و تبعه على ذلك جماعه.

(١) بالصوره.

(٢) أى مثال كل شيء حتى لغير ذى الروح.

(٣) على المشهور، و عن ظاهر المبسوط و المقنعه و الوسيله الحرمة، و ليس هناك مستند للجمع إلا ما قاله الشيخ في التهذيب: «قد ذكر ذلك على بن الحسين و سمعناه من الشيوخ مذاكره و لم أعرف به خيرا مسندا».

(٤) قد نقل أنه لا يوجد في أخبار العامه ذلك بل الموجود: (نهى أن يصلى الرجل حتى يحترم) (١).

(٥) لكونه لو سلم بحجتيه فهو لا يفيد المدعى إذ قد يحزم بغير قباء، و قد يكون القباء مشدودا من غير حزام للوسط لكونه ضيقا.

(٦) مطلقا و إن لم يكن عليه قباء.

(٧) كراهه شد الوسط.

(٨) فهى و إن كانت عاميه لكن تصلح مدركا للكراهه للتسامح في أدله السنن.

(٩) من شرائط مكان الصلاة أن يكون مباحا، و من شرائطه أن يكون طاهرا، و بالنسبه للشرط الأول فقد عرّفه جماعه بأنه الفراغ الذى يشغله بدن المصلى أو يستقر عليه و لو بوسائط بحيث لو كان مغصوبا لصدق أنه تصرف فى المغصوب المنهى عنه، و عليه فتصح -

ص: ٨٥

١- (١) سنن البيهقى ج ٢ ص ٢٤٠.

هنا (١) ما يشغله من الحيز، أو يعتمد عليه و لو بواسطة، أو وسائط (٢) (و يجب كونه غير مغصوب) (٣) للمصلّى و لو جاهلا بحكمه

الصلاه بالقرب من الحائط المغصوب و تحت الخيمه و السقف المغصوبين لعدم صدق التصرف فى المغصوب.

و بالنسبه للشرط الثانى فيشترط فى المكان أن لا تكون فيه نجاسه متعدديه إلى الثوب أو البدن، و هو بالحقيقه ليس بشرط زائد على شرطيه طهاره البدن و اللباس فى الصلاه، و كذلك يشترط فيه طهاره محل السجود و إن لم تكن النجاسه متعدديه على المشهور لصحيح ابن محبوب: (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الجص يوقد عليه بالعذره و عظام الموتى ثم يجصّص به المسجد أ يسجد عليه؟ فكتب عليه السّلام إلى بخره: إن الماء و النار قد طهره) (١)

حيث أقرّ الإمام عليه السّلام السائل على اعتقاده باشتراط طهاره محل السجود.

و عن السيد اشتراط طهاره ما يلاقى بدن المصلّى و عن أبى الصلاح و جوب طهاره مواضع المساجد السبعه و يشهد لهما صحيح زراره: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن البول يكون على السطح أو فى المكان الذى يصلى فيه فقال عليه السّلام: إذا جففته الشمس فصل عليه فهو طاهر) (٢) فهو ظاهر باشتراط مكان الصلاه مطلقا إما كل ما يلاقى بدن المصلّى أو خصوص المساجد السبعه، و موثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الشاذكونه يصيبها الاحتلام أ يصلى عليها؟ قال عليه السّلام: لا) (٣).

و يعارضها صحيح ابن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن البيت و الدار لا يصيبهما الشمس و يصيبهما البول، و يغتسل فيهما من الجنابه أ يصلى فيهما إذا جفّ؟ قال عليه السّلام: نعم) (٤)

و لذلك نسب إلى الراوندى و ابن حمزه جواز السجود على النجس مع عدم التعدى، و الإنصاف يقتضى الجمع بين الأخبار بحمل أخبار المنع على محل السجود و أخبار الجواز على غيره لصحيح ابن محبوب المتقدم.

(١) أى المراد من المكان هنا بالنسبه للإباحه هو ما يشغله و ما يعتمد عليه بحيث لو كان مغصوبا لصدق أنه تصرف فى المغصوب المنهى عنه، و النهى فى العبادات مفسد كما قرّر فى محله.

(٢) بحيث يصدق مع هذه الوسائط أنه تصرف فيه عرفا.

(٣) لا تمتناع اجتماع الأمر و النهى بالواحد ذى الوجهين، فمع تعلق النهى به لأنه مغصوب لا

ص: ٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب النجاسات حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب النجاسات حديث ١.

الشرعى (١) أو الوضعى (٢) لا بأصله (٣) أو ناسيا له (٤) أو لأصله (٥) على ما يقتضيه إطلاق العبارة و فى الأخيرين (٦) للمصنف (رحمه الله) قول آخر بالصحة، و ثالث بها (٧) فى خارج الوقت خاصة، و مثله القول فى اللباس (٨).

يتعلق به الأمر الصلاتى، و مع عدم الأمر لا يتحقق التقرب بناء على اشتراط قصد الأمر فى القربة، و أما على كفايه قصد الملاك فكذلك لاستحاله التقرب بما هو معصيه.

(١) من أن الغضب حرام و هذا ما ذهب إليه العلامة فى جملة من كتبه لأن التكليف لا يتوقف على العلم و إلا لزم الدور كما حرّر فى الأصول، و ذهب المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى الروض و سيد المدارك إلى الصحة لامتناع تكليف الغافل بلا فرق بين القاصر و المقصر إذ المقصر معاقب على ترك التعلم و ليس على نفس الفعل الغضبى و كلام الفريقين مبنى على اشتراط قصد الأمر فى القربة، و قد حرّر فى محله كفايه قصد الملاك و عليه فالمقربيه يمكن تحصيلها من الجاهل مطلقا قاصرا أو مقصرا بل و من الناسى و الغافل و كل معذور فى ارتكاب الغضب إلا الجاهل بالحكم الوضعى كما سيأتى.

(٢) من أن النهى الغضبى مبطل للصلاة بلا فرق بين اشتراط قصد الأمر فى القربة أو لا لأنه مع علمه بالغضب و الحرمة لا تتأتى منه القربة.

(٣) أى جاهل بأصل الغضب فصلاته صحيحه لأنه معذور لحديث الرفع (١).

(٤) أى ناسيا للحكم فصلاته باطله لاستناده إلى تقصيره فى التحفظ كما فى الروض، و فيه:

ما تقدم من أنه معاقب على التقصير فى التحفظ لا على نفس الفعل فتأتى منه القربة.

(٥) أى ناسيا لأصل الغضب، قال الشارح فى الروض: «و فى إلحاق ناسى الغضب بالعالم فبعيد مطلقا كما اختاره المصنف. أى العلامة. فى القواعد، أو بالجاهل فلا يعيد مطلقا، أو الإعادة فى الوقت خاصة كما اختاره فى المختلف أوجه أحوطها الأول» و استدلل للبطان بأن الناسى مفترط هذا من جهه. و من جهه أخرى ذهب الشهيد فى الدروس و الذكرى إلى الإعادة فى الوقت خاصة لأن القضاء بحاجه إلى أمر جديد و هو غير ثابت، و الجميع كما ترى لأن الناسى للغضب تتأتى منه القربة إذا قصد الملاك فصلاته صحيحه.

(٦) و هما النسيان للحكم و النسيان للغضب و هو قوله فى البيان.

(٧) أى و للمصنف قول ثالث فى هاتين الصورتين و هو قوله فى الدروس و الذكرى.

(٨) لتحقق التصرف بالمغضوب المنهى عنه فيهما.

ص: ٨٧

و احترازنا بكون المصلى هو الغاصب عما لو كان غيره، فإنّ الصلاة فيه بإذن المالك صحيحه في المشهور (١)، كلّ ذلك مع الاختيار، أما مع الاضطرار كالمحبوس فيه فلا منع (٢)(خاليا من نجاسه متعدّيه) إلى المصلى (٣) أو محموله (٤) الذي يشترط طهارته (٥) على وجه يمنع من الصلاة، فلو لم تتعدّ أو تعدّت على

(١) قال في الروض: «و لا- فرق في فساد الصلاة في المغصوب بين الغاصب و غيره حتى الصحارى المغصوبه خلافا للسيد المرتضى هنا فإنه جوّز الصلاة فيها لغير الغاصب استصحابا لما كانت عليه قبل الغصب» و تبعه الكراچكى على ذلك، و ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز صلاة غير الغاصب في المغصوب و لو أذن له، لعدم جواز الصلاة في المغصوب، و لكن المحقق فهم من عبارته أن الإذن للغاصب لا للمالك و من الواضح عدم جواز الصلاة في المغصوب مع إذن الغاصب، و حمل الشهيد كلام الشيخ على أن الإذن للمالك و لا تصح الصلاة في المغصوب حيثئذ لأن إذن المالك لا يفيد الإباحه بعد كونه ممنوعا من التصرف.

و الأصح في حمل كلام الشيخ في المبسوط ما فهمه ابن إدريس من أن المراد من الإذن هو الإذن المستند إلى شاهد الحال لا إلى تصريح المالك و عليه فغير الغاصب لا يجوز له الصلاة في المغصوب و إن كان شاهد الحال بإذن المالك ما زال باقيا و يكون كلامه ردا على السيد المرتضى.

(٢) بالاتفاق لحديث الرفع (١).

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) أى محمول المصلى، فقد ذهب جماعه إلى العفو في الصلاة عن المحمول المنتجس لاختصاص دليل الطهاره في اللباس، و ذهب الأ-كثر إلى عدم العفو لعموم ما دل على المنع عن الصلاة في النجس و هو شامل للمحمول كخبير خيران الخادم: (كتبت إلى الرجل عليه السّلام أسأله عن الثوب يصيبه الخمر و لحم الخنزير أ يصلى فيه أم لا؟ فإن أصحابنا قد اختلفوا فيه، فقال بعضهم: صل فيه فإن الله تعالى إنما حرّم شربها، و قال بعضهم: لا تصل فيه، فكتب عليه السّلام: لا تصل فيه فإنه رجس) (٢) و لا عموم فيه لأنّه ظاهر في الثوب الملبوس.

(٥) احترازا عما لا تتم الصلاة فيه، كالجورب و التكه فهو من لباس المصلى و لا تشترط-

ص: ٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب خلل الصلاة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

وجه يعفى عنه كقليل الدم أو إلى ما لا يتم الصلاة فيه لم يضر (١) (طاهر المسجد) (٢) بفتح الجيم، و هو القدر المعبر منه في السجود مطلقاً (٣).

في فضل المساجد و كيفية اتخاذها و آدابها و ما يكره و ما يستحب فيها

(و الأفضل المسجد) (٤) لغير المرأه،

طهارته بالاتفاق للأخبار منها: خبر زراره عن أحدهما عليهما السّلام: (كل ما كان لا تجوز فيه الصلاة وحده فلا بأس بأن يكون عليه الشيء مثل القلنسوه و التكه و الجورب) (١) و مرسل ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كل ما كان على الإنسان أو معه مما لا تجوز الصلاة فيه وحده فلا بأس أن يصلى فيه و إن كان فيه قدر، مثل القلنسوه و التكه و الكمره و النعل و الخفين و ما أشبه ذلك) (٢) و لهذا الخبر اشترط بعضهم في المحمول المعفو عنه أن لا يكون مما تتم الصلاة فيه.

(١) لعدم الفرق بين العفو ابتداء و في الأثناء، و نقل الشارح في المسالك عن البعض دعوى الإجماع على عدم العفو في الأثناء و قال عنه: «و هو غير واضح و الإجماع ممنوع».

(٢) تقدم الكلام فيه في أول بحث المكان.

(٣) سواء كانت النجاسه متعديه أم غير متعديه.

(٤) يستحب إيقاع المكتوبه للرجال في المسجد بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره منها النبوي المشهور: (لا صلاه لجار المسجد إلا في مسجده) (٣) و مرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابه: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إنى لأكره الصلاه في مساجدهم فقال: لا تكره).

إلى أن قال. فأد فيها الفريضة و النافله و اقض ما فاتك) (٤)، و خبر طلحه بن زيد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السّلام: (لا صلاه لمن لم يشهد الصلوات المكتوبات من جيران المسجد إذا كان فارغاً صحيحاً) (٥) و يتأكد ذلك في جيران المسجد ففي خبر زريق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (شكت المساجد إلى الله تعالى الذين لا يشهدونها من جيرانها فأوحى الله إليها و عزتى و جلالى لا- قبلت لهم صلاه واحده، و لا- أظهرن لهم في الناس عداله، و لا- نالتهم رحمتى، و لا جاورونى فى جنتى) (٦).

ص: ٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب النجاسات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب النجاسات حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٨.

أو مطلقاً (١) بناء على إطلاق المسجد على بيتها بالنسبة إليها كما ينبه عليه (و تتفاوت)

المساجد (في الفضيله) بحسب تفاوتها في ذاتها أو عوارضها ككثير الجماعه:

(فالمسجد الحرام بمائه ألف صلاة) (٢) و منه الكعبه (٣) و زوائده الحادثه (٤)،

هذا كله للرجل و أما المرأة ففي خبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (صلاه المرأة في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها، و صلاتها في بيتها أفضل من صلاتها في الدار) (١)، و خبر يونس بن ظبيان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (خير مساجد نسائك البيوت) ٢.

(١) للرجل و المرأة.

(٢) ففي خبر الحسين بن خالد عن أبي الحسن الرضا عن آبائه عليهم السّلام: (قال الباقر عليه السّلام: صلاه في المسجد الحرام أفضل من مائه ألف صلاة في غيره من المساجد) (٢)، و مرسل الصدوق: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الصلاه في مسجدي كألف صلاة في غيره إلا المسجد الحرام، فإن الصلاه في المسجد الحرام تعدل ألف صلاة في مسجدي) ٤.

(٣) بالنسبة للنوافل، أما الفريضة فيكره إيقاعها في الكعبه لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (لا تصل المكتوبه في الكعبه) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا تصل المكتوبه في جوف الكعبه) ٦ المحمولان على الكراهه لموثق يونس بن يعقوب: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: حضرت الصلاه المكتوبه و أنا في الكعبه فأصلى فيها؟ قال عليه السّلام: صل) (٤) و منه تعرف ضعف المنع كما عن الشيخ في الخلاف و التهذيب و النهايه و ابن البراج في مهذب، نعم تجوز الصلاه المكتوبه على سطحها اختياراً كما عليه الأكثر إلا من القاضى حيث جوّز ذلك اضطراراً لحديث المناهى: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الصلاه على ظهر الكعبه) (٥) و هو أولى بالاتباع و إن كان ضعيف السند لعمل الأصحاب ببقية فقراته.

(٤) أى الزوائد الحادثه بعد عصر النبي صلى الله عليه و آله و سلم للأخبار منها: خبر جميل بن دراج: (قال له الطيّار و أنا حاضر: هذا الذى زيد هو من المسجد؟ فقال: نعم، إنهم لم يبلغوا بعد-

ص: ٩٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤ و ٣.

٣- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القبلة حديث ١ و ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القبلة حديث ٦.

٥- (٨) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب القبلة حديث ١.

و إن كان غيرهما أفضل (١)، فإن القدر المشترك بينها فضله بذلك العدد، و إن اختص الأفضل (٢) بأمر آخر لا تقدير فيه، كما يختص بعض المسجد المشتركة في وصف بفضيله زائده عما اشترك فيه مع غيره (و النبوي) بالمدينه (بعشره آلاف) (٣) صلاه، و حكم زيادته الحادثه كما مرّ (و كلّ من مسجد الكوفه و الأقصى) سمى به (٤) بالإضافه إلى بعده عن المسجد الحرام (بألف) صلاه (٥) (و) المسجد (الجامع)

مسجد إبراهيم و إسماعيل عليهما السّلام (١) و هذا صريح في أن الزائد في عصر أبي عبد الله عليه السّلام من جمله المسجد، بل في خبر الحسن بن النعمان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عما زادوا في المسجد الحرام فقال: إن إبراهيم و إسماعيل حدّا المسجد الحرام ما بين الصفا و المروه) ٢ و عليه فالخارج عنهما لا يكون من المسجد.

(١) و هو ما كان في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم ما عدا الكعبه، إلا أن ظاهر النصوص أن الفضل مشترك بين الجميع بلا تفاوت.

(٢) و هو ما كان في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم.

(٣) ففي خبر هارون بن خارجه: (الصلاه في مسجد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم تعدل عشره آلاف صلاه) (٢)، و مثله خبر أبي الصامت ٤، إلا أنه قد ورد في جمله من الأخبار و هي أكثر عددا أن الصلاه فيه تعدل ألف صلاه ففي خبر جميل بن دراج: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كم تعدل الصلاه فيه؟ فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

صلاه في مسجدي هذا أفضل من ألف صلاه في غيره إلا المسجد الحرام) ٥.

(٤) أى بالأقصى.

(٥) ففي خبر هارون بن خارجه عن أبي عبد الله في فضل مسجد الكوفه: (و إن الصلاه المكتوبه فيه لتعدل بألف صلاه و إن النافله فيه لتعدل بخمسائه صلاه) (٣).

و في خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام: (صلاه في بيت المقدس تعدل ألف صلاه، و صلاه في المسجد الأعظم مائه صلاه و صلاه في مسجد القبيله خمس و عشرون صلاه، و صلاه في مسجد السوق اثنتا عشره صلاه، و صلاه الرجل في بيته وحده صلاه واحده) (٤) و منه يعرف حكم ما سيأتي من فضل بقيه المساجد في المتن.

ص: ٩١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢ و ٣ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

فى البلد للجمعه، أو الجماعه و إن تعدّد (بمائه، و) مسجد (القبيله) كالمحلّه فى البلد (بخمسه و عشرين، و) مسجد (السوق باثنتى عشره).

(و مسجد المرأه بيته) (١) بمعنى أن صلاتها فيه أفضل من خروجها إلى المسجد (٢)، أو بمعنى كون صلاتها فيه كالمسجد فى الفضيله (٣)، فلا- تفتقر إلى طلبها (٤) بالخروج، و هل هو كمسجد مطلق (٥)، أو كما (٦) تريد الخروج إليه (٧) فيختلف (٨) بحسبه (٩)؟ الظاهر الثانى (١٠).

(و يستحبّ اتخاذ المساجد استحبابا مؤكدا) (١١) فمن بنى مسجدا بنى الله له بيتا فى الجنه، و زيد فى بعض الأخبار كمفحص قطاه (١٢) و هو كمقعد الموضع

(١) قد تقدم دليله.

(٢) فلا فضل فى الصلاه فى بيتها إلا إذا أرادت الخروج إلى المسجد و مع ذلك أوقعت الصلاه فى البيت و تركت الخروج.

(٣) و إن لم ترد الخروج.

(٤) أى طلب الفضيله.

(٥) كما هو الاحتمال الثانى المتقدم.

(٦) هكذا فى كل النسخ و الأولى: «أو كلما».

(٧) إلى المسجد فيكون بيتها أفضل.

(٨) الفضل.

(٩) بحسب الخروج و عدمه.

(١٠) و هو أن الفضل فى البيت إذا أرادت الخروج إلى المسجد و قد آثرت عدمه للتستر و الصيانه.

(١١) فى صحيح أبى عبيده الحذاء: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من بنى مسجدا بنى الله له بيتا فى الجنه. قال أبو عبيده: فمرّ بى أبو عبد الله عليه السلام فى طريق مكه و قد سوّيت بأحجار مسجدا فقلت له: جعلت فداك نرجو أن يكون هذا من ذاك، قال:

(نعم) (١)، و فى خبر الصدوق فى عقاب الأعمال: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من بنى مسجدا فى الدنيا أعطاه الله بكل شبر منه، أو قال: بكل ذراع منه مسيره أربعين ألف عام مدينه من ذهب و فضه و درّ و ياقوت و زمرد و زبرجد و لؤلؤ) ٢.

(١٢) فى خبر هاشم الحلال: (دخلت أنا و أبو الصباح على أبى عبد الله عليه السلام، فقال له أبو-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٤.

الذى تكشفه القطاه و تلتينه بجؤجؤها لتبيض فيه، و التشبيه به مبالغه فى الصغر، بناء على الاكتفاء برسمه حيث يمكن الانتفاع به فى أقل مراتبه و إن لم يعمل له حائط و نحوه.

قال أبو عبيده الحذاء راوى الحديث (١): مرّ بى أبو عبد الله عليه السّلام فى طريق مكه و قد سوّيت بأحجار مسجدا. فقلت: جعلت فداك نرجو أن يكون هذا من ذاك. فقال: نعم.

و يستحبّ اتخاذها (مكشوفه) (٢) و لو بعضها للاحتياج إلى السقف فى أكثر

الصباح: ما تقول فى هذه المساجد التى بنتها الحاج فى طريق مكه؟ فقال: بخ بخ، تيكك أفضل المساجد، من بنى مسجدا كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنه(١).

(١) أى الحديث الأول.

(٢) و يدل عليه خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بنى مسجده بالسميط ثم إن المسلمين كثروا فقالوا: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لو أمرت بالمسجد فزيد فيه فقال: نعم، فزيد فيه و بناه بالسعيده، ثم إن المسلمين كثروا فقالوا: يا رسول الله لو أمرت بالمسجد فزيد فيه فقال: نعم فأمر به فزيد فيه و بنى جداره بالأنثى و الذكر، ثم اشتد عليهم الحرّ فقالوا: يا رسول الله لو أمرت بالمسجد فظلّم فقال: نعم، فأمر به فأقيمت فيه سوارى من جذوع النخل ثم طرحت عليه العوارض و الخصف و الإذخر، فعاشوا حتى أصابتهم الأمطار فجعل المسجد يكف عليهم، فقالوا: يا رسول الله لو أمرت بالمسجد فطّين، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا، عريش كعريش موسى عليه السّلام، فلم يزل كذلك حتى قبض صلى الله عليه و آله و سلم(٢) و السميط لبنة لبنة و السعيده لبنة و نصف و الذكر و الأنثى لبنتان مختلفتان.

و فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن المساجد المظللّه أ تكره الصلاه فيها؟ فقال: نعم، و لكن لا يضركم اليوم و لو قد كان العدل لرأيتم كيف يصنع فى ذلك) ٣، و فى مرسل الفقيه: (قال أبو جعفر عليه السّلام: أول ما يبدأ به قائمنا سقوف المساجد فيكسرها و يأمر بها فتجعل عريشا كعريش موسى) ٤.

و هذه الأخبار تفيد كراهه سقف المساجد بالطين، و أما سقفها بالعريش عند الحاجه إليها-

ص: ٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٢ و ٤.

البلاد لدفع الحر و البرد.

(و الميضاه (١) و هى المطهره للحدث و الخبث على بابها) (٢) لا فى وسطها على تقدير سبق إعدادها على المسجديه و إلا (٣) حرم فى الخبثيه مطلقا (٤) و الحديثه إن أضرت بها (٥).

(و المناره مع حائظها) (٦) لا فى وسطها مع تقدمها على المسجديه كذلك (٧) و إلا- حرم، و يمكن شمول كونها مع الحائظ استحباب أن لا تعلق عليه (٨)، فإنها إذا فارقت بالعلو فقد خرجت عن المعيه و هو مكروه (٩).

(و تقديم الداخل) إليها (يمينه و الخارج) منها (يساره) (١٠) عكس

فلا- بأس من أجل دفع الحر و البرد، و أما كراهه تظليل المساجد فى صحيح الحلبي فتحمل إما على كون المساجد مسقوفه بالطين و إما على تظليلها بتمامها أو على تظليل خاص و إلا- فالتظليل أمر لا- بد منه لدفع الحر و البرد و لو فى بعض أجزاء المسجد.

(١) و هى إناء كبير يتوضأ منه.

(٢) لخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى إبراهيم عليه السّلام: (و اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم) (١)، ثم إن الأصحاب أرادوا من الميضاه هو موضع الخلاء و الوضوء.

(٣) فإن كان الوسط مسجدا.

(٤) سواء أضرت بالمسجديه أم لا.

(٥) أى أضرت بالمسجديه كاستلزام دخول الجنب إلى المسجد.

(٦) بل فى النهايه لا يجوز فى وسط المساجد و حملة جماعه على ما لو تقدمت المسجديه على بنائها فيلزم إشغال مكان أساسها بغير الصلاه.

(٧) كالميضاه.

(٨) لخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام: (أن عليا عليه السّلام مرّ على مناره طويله فأمر بهدمها ثم قال: لا ترفع المناره إلا مع سطح المسجد) ٢.

(٩) قال الشارح فى الروض: «و فى قوله عليه السّلام فى الحديث إلا- مع سطح المسجد تقويه لما فسرنا به المعيه من عدم مجاوزتها الحائظ، إذ لو تمت المعيه مع المصاحبه ابتداء و إن علت لم يتم الغرض من قوله عليه السّلام ناهيا عن التعليه إلا مع سطح المسجد».

(١٠) لخبر يونس عنهم عليهم السّلام: (الفضل فى دخول المسجد أن تبدأ برجلك اليمنى إذا

ص: ٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣ و ٢.

الخلاء (١) تشريفا لليمنى فيهما (٢) (و تعاهد نعله) (٣) و ما يصحبه (٤) من عصا و شبهه، و هو استعمال حاله عند باب المسجد احتياطا للطهاره، و التعهد أفصح من التعاهد لأنه (٥) يكون بين اثنين و المصنف تبع الروايه (٦).

(و الدعاء فيهما) أى الدخول و الخروج بالمنقول (٧) و غيره (و صلاه التحيه (٨)

دخلت، و باليسرى إذا خرجت) (١).

(١) ادعى عليه الإجماع فى الغنيه و هو العمده.

(٢) فى المساجد فتقدم و فى الخلاء فتؤخر.

(٣) بأن يستعلم حاله قبل الدخول إلى المسجد استظهارا للطهاره، ففى خبر عبد الله بن ميمون القداح عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: تعاهدوا نعالكم عند أبواب مساجدكم) (٢) و مرسل الطبرسى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم فى قوله تعالى: خُذُوا زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ (قال: تعاهدوا نعالكم عند أبواب المسجد) ٣.

(٤) لوحده المناط بينه و بين النعال استظهارا فى عدم تنجس المساجد.

(٥) أى لأن التعاهد.

(٦) حيث عبّر فيها بالتعاهد، و فى الصحاح أن التعهد أفصح.

(٧) ففى خبر عبد الله بن الحسن عن أمه عن جدته فاطمه: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا دخل المسجد صلى على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قال: اللهم اغفر لى ذنوبى و افتح لى أبواب رحمتك، فإذا خرج من الباب صلى على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قال: اللهم اغفر لى ذنوبى و افتح لى أبواب فضلك) (٣)، و موثق سماعه: (إذا دخلت المسجد فقل: بسم الله و السلام على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، إن الله و ملائكته يصلون على محمد و آل محمد و السلام عليهم و رحمه الله و بركاته، رب اغفر لى ذنوبى و افتح لى أبواب فضلك، و إذا خرجت فقل مثل ذلك) (٤) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا دخلت المسجد فاحمد الله و اثن عليه و صل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم) ٦ و تغاير مضمون الأخبار دليل على مطلق الدعاء و إن كان المأثور أفضل.

(٨) لخبر أبى ذر: (دخلت على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هو فى المسجد جالس فقال لى: يا أبا ذر إن للمسجد تحيه، قلت: و ما تحيته؟ قال: ركعتان تركعهما فقلت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إنك-

ص: ٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤ و ٣.

(قبل جلوسه) و أقلها ركعتان (١) و تتكرر بتكرر الدخول و لو عن قرب و تتأدى بسنه غيرها و فريضه و إن لم ينوها معها (٢)، لأن المقصود بالتحية أن لا تنتهك حرمة المسجد بالجلوس بغير صلاه، و قد حصل، و إن كان الأفضل عدم التداخل.

و تكره إذا دخل و الإمام فى مكتوبه، أو الصلاه تقام، أو قرب إقامتها بحيث لا يفرغ منها قبله (٣) فإن لم يكن متطهراً، أو كان له عذر مانع عنها (٤) فليذكر الله تعالى (٥).

و تحية المسجد الحرام الطواف، كما أن تحية الحرم الإحرام و منى الرمي (٦).

(و يحرم زخرفتها) (٧) و هو نقشها بالزخرف، و هو الذهب، أو مطلق النقش

أمرتني بالصلاه فما الصلاه؟ قال: خير موضوع فمن شاء أقل و من شاء أكثر (١).

(١) و هو ظاهر الخبر المتقدم.

(٢) أى و إن لم ينو صلاه التحية مع سنه غيرها.

(٣) أى من صلاه التحية قبل قيام الصلاه حتى يدرك الجماعة من أولها، و هذه الكراهه لما ورد من الحث على فضل الجماعة، و الإتيان بصلاه التحية فى هذه الصور تفويت لفضل الجماعة و لو لبعضه فتكره هذا ما دام أن المنهى هو الجلوس فى المسجد قبل الركعتين، و هما يتحققان و لو بالفريضة كما تقدم.

(٤) عن صلاه التحية.

(٥) لأنه حسن على كل حال.

(٦) سيأتى دليل كل منه فى باب إن شاء الله تعالى.

(٧) أى تزيين المساجد بالذهب على المشهور، و علل بالإسراف و بأنه بدعه حيث لم يعهد فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و مرسل الراوندى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (لا تزخرفوا مساجدكم كما زخرفت اليهود و النصارى بيعهم) (٢)، و نوقش الأول بأنه مع قصد تعظيم الشعائر نمنع اندراجه تحت الإسراف المنهى عنه كما هو المصنوع فى المشاهد الشريفه، و نوقش الثانى بأنه ليس كل ما لم يقع فى عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يكون محرماً فى العصور المتأخره، و نوقش الثالث بضعف السند و بأن الزخرف مختلف فيه بين خصوص الذهب أو مطلق التزيين. هذا-

ص: ٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

كما اختاره المصنف في الذكرى، وفي الدروس أطلق الحكم بكراهه الزخرفة والتصوير، ثم جعل تحريمهما قولاً. وفي البيان حرّم النقش والزخرفة والتصوير بما فيه روح، وظاهر الزخرفة هنا النقش بالذهب (١)، فيصير أقوال المصنف بحسب كتبه (٢) و هو غريب منه (٣).

(و) كذا يحرم (نقشها بالصور) ذوات الأرواح دون غيرها، و هو (٤) لازم من تحريم النقش (٥) مطلقاً (٦) لا من غيره (٧)، و هو قرينه أخرى على إرادته الزخرفة

و اختلف الأصحاب فبعضهم ذهب إلى حرمة التزيين بالذهب و بعضهم إلى حرمة مطلق تزيينه و لو بغير الذهب و عن جماعه كراهه التزيين بالذهب و بغيره مع أنه قد ورد في خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (سألته عن المسجد ينقش في قبلته بجصّ أو أصباغ قال: لا بأس به) (١) و هو ظاهر في الجواز، ثم بعضهم حرم نقش المساجد بالصور من ذوات الأرواح و غيرها كالمحقق في الشرائع و لا دليل له عدا ما تقدم في الزخرفة، نعم يكره ذلك لخبر عمرو بن جميع (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن الصلاة في المساجد المصورة فقال: أكره ذلك و لكن لا يضر كم اليوم و لو قد قام العدل لرأيتم كيف يصنع في ذلك) (٢).

و ذهب البعض إلى أن تصوير ذوات الأرواح محرم فلا بد من حرمة ذلك في المساجد من باب أولى و هو متين.

(١) كما هو معنى الزخرف في جملة من كتب اللغة.

(٢) فكتبه أربعة و أقواله أربعة، ففي الذكرى حرّم النقش بالذهب و بغيره و تصوير ذوات الأرواح و غيرهم، و في البيان حرّم النقش بالذهب و بغيره و تصوير ذى الروح فقط، و في اللمعة حرّم النقش بالذهب فقط و تصوير ذوات الأرواح و غيرهم، و في الدروس كراهه النقش بالذهب و بغيره و كراهه تصوير ذوات الأرواح و غيرهم.

(٣) لقله الاختلاف في آرائه بين كتبه فكيف بهذا الاختلاف.

(٤) أي تحريم النقش بالصور.

(٥) إذا فسرنا الزخرفة به.

(٦) بالذهب كان أم بغيره.

(٧) أي لا من غير تحريم النقش مطلقاً، و الغير هو تحريم النقش بالذهب فقط كما هو المعنى الأول للزخرفة.

ص: ٩٧

بالمعنى الأول خاصة (١)، وهذا هو الأجود.

ولا ريب فى تحريم تصوير ذى الروح فى غير المساجد فففىها أولى (٢) أما تصوير غيره فلا.

(و تنجيسها) (٣) و تنجيس آلاتها (٤) كفرشها لا مطلق إدخال النجاسة إليها فى الأقوى (٥)

(و إخراج الحصى منها) (٦) إن كانت فرشاً أو جزءاً منها (٧)، أما لو كانت

(١) إذ بناء على أن الزخرفة هو الذهب فىكون الحكم بتحريم نقش الصور تأسيسياً، و لو كانت الزخرفة بمعنى النقش مطلقاً لكان الحكم المذكور تأكيدياً و التأسيس أولى من التأكيد و هو القرينه الثانيه بعد كلام جمله من أهل اللغه على أن الزخرفة هى النقش بالذهب فقط.

(٢) لأنها معده للعباده و أما حرمة تصوير ذى الروح فسيأتى دليله فى أول كتاب المتاجر.

(٣) للنبوى (جنبوا مساجدكم النجاسة) (١).

(٤) لأنها جزء من المسجد.

(٥) ذهب الأكثر إلى جواز إدخال النجاسة غير المتعديه لجواز دخول المجروح و المسلوس و المستحاضه مع أمن التلوين، و عن ظاهر كتب العلامه الإطلاق سواء كانت النجاسة متعديه أم لا و هو ضعيف إذ لا دليل عليه.

(٦) و إن فعل أعاده إليها لخبر وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (إذا أخرج أحدكم الحصاه من مسجد فليردّها مكانها أو فى المسجد آخر فإنها تسبح) (٢)، و لخبر زيد الشحام (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أخرج من المسجد حصاه قال: فردّها أو اطرحها فى مسجد) ٣.

و بما أن التعليل بالتسيح يشعر بكراهه الإخراج و كذا ردها إلى مسجد آخر دليل على عدم دخولها فى وقفيه المسجد لذا ذهب جماعه منهم المحقق فى المعتبر و العلامه فى جمله من كتبه و الشهيد فى الذكرى و الدروس و البيان إلى كراهه الإخراج و استحباب ردها.

و عن الشهيد الثانى فى الروض و الروضه هنا تخصيص الحرمة بالحصى التى هى جزء من فرش المسجد إلا إذا كانت الحصى قمامه فيستحب إخراجها.

(٧) من الفرش.

ص: ٩٨

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤ و ٣.

قمامه استحَب إِخْرَاجُهَا وَ مِثْلُهَا التُّرَابُ (١)، وَ مَتَى أُخْرِجْتَ عَلَيَّ وَجْهَ التَّحْرِيمِ (فِتْعَاد) وَجُوبًا إِلَيْهَا أَوْ إِلَى غَيْرِهَا مِنَ الْمَسَاجِدِ، حَيْثُ يَجُوزُ نَقْلُ آلَاتِهَا إِلَيْهِ وَ مَا لَهَا (٢) لَغْنَاءُ الْأَوَّلِ، أَوْ أَوْلَوِيهِ الثَّانِي (٣).

(و يكره تعليتها) (٤) بل تبنى وسطا عرفا (و البصاق فيها) (٥) و التنخم (٦) و نحوه و كفارته دفنه. (و رفع الصوت) (٧) المتجاوز للمعتاد، و لو في قراءه القرآن.

(١) أى و مثل الحصى حرمه إن كان فرشا و استحبابا إن كان قمامه.

(٢) عطف على (آلاتها).

(٣) مع أن النص و الفتوى على عدم هذا التقييد و هذا كاشف عن عدم كون الحصى داخله في وقفه المسجديه حتى يجب إرجاعها. نعم يستحب للنص المتقدم.

(٤) لما في ذلك من الاطلاع على عورات الجيران و قد روى أن حائط مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان قامه (١).

(٥) لخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (أن عليا قال: البزاق في المسجد خطيئه و كفارته دفنه) (٢)، و خبر طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من ردّ ريقه تعظيما لحقّ المسجد جعل الله ريقه صحه في بدنه و عوفى من بلوى في جسده) (٣)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (من ردّ ريقه تعظيما لحقّ المسجد جعل الله ذلك قوه في بدنه و كتب له بها حسنه و حطّ عنه بها سيئه، و قال:

لا تمرّ بداء في جوفه إلا أبرأته) (٤).

(٦) لحديث المناهى (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن التنخع في المساجد) (٣) و التنخع هو التنخم، و مرفوع ابن العسل (إنما جعل الحصى في المسجد للنخامة) (٦).

(٧) لمرسل ابن أسباط عن أبي عبد الله عليه السّلام (جنّبوا مساجدكم البيع و الشراء و المجانين و الصبيان و الأحكام و الضالّه و الحدود و رفع الصوت) (٤)، و خبر أبي ذر عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (يا أبا ذر من أجاب داعي الله و أحسن عماره مساجد الله كان ثوابه من الله الجنة، فقلت: كيف يعمر مساجد الله؟ قال: لا ترفع فيها الأصوات و لا يخاض فيها-

ص: ٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤ و ٦ و ٧.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣ و ٤.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

(و قتل القمل) (١) فيدفن (٢) لو فعل (و برى النبل (٣) و) هو داخل في (عمل الصنائع) (٤) و خصّه لتخصيصه في الخبر فتأكد كراهته (و تمكين المجانين و الصبيان) (٥) منها مع عدم الوثوق بطهارتهم، أو كونهم غير مميزين، أما الصبي المميز الموثوق بطهارته المحافظ على أداء الصلوات فلا يكره تمكينه، بل ينبغي تمرينه كما يمرن على الصلاة.

(و إنفاذ الأحكام) (٦)

بالباطل و لا يشتري فيها و لا يباع و اترك اللغو ما دمت فيها، فإن لم تفعل فلا تلومن يوم القيامة إلا نفسك(١)، و مرفوع محمد بن أحمد (رفع الصوت في المساجد يكره) ٢

(١) اعترف بعضهم بعدم الوقوف على نص دال عليه و قال الشارح في الروض (أسنده في الذكرى إلى الجماعه لأن فيه استقذارا تكرهه النفس)

(٢) لما تقدم من دفن البصاق و النخامة و لما روى في صحيح ابن مسلم (كان أبو جعفر عليه السّلام إذا وجد قمله في المسجد دفنها في الحصى) (٢)

(٣) لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن سلّ السيف في المسجد و عن برى النبل في المسجد، قال: إنما بنى لغير ذلك) (٣)

(٤) للتعليل الوارد في خبر محمد بن مسلم المتقدم بأن المسجد قد بنى لغير ذلك و هذا كله إذا لم يستلزم حفر شيء من المسجد أو وضع آلات توجب تعطيل المسجد و إلا حرم.

(٥) لمرسل ابن أسباط المتقدم.

(٦) لمرسل ابن أسباط المتقدم، و المراد بالإنفاذ هو الحكم الصادر لقطع الخصومات لا مطلق بيان الأحكام الشرعيه للتعليم و نحوه فلم يحتمله أحد من الأصحاب و خص بالقضاء لما فيه من التشاجر و رفع الأصوات و التكاذب و ارتكاب الباطل و نحو ذلك مما لا ينبغي وقوعه في المساجد.

لكن يشكل ذلك من أن القضاء من الطاعات و المساجد محل الطاعات و العبادات، و من معروفه صدور القضاء عن أمير المؤمنين عليه السّلام في جامع الكوفه حتى أن دكه القضاء-

ص: ١٠٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

إما مطلقاً (١)، و فعل عليّ عليه السّلام له بمسجد الكوفة خارج، (٢)، أو مخصوص بما فيه جدال و خصومه، أو بالدائم لا ما يتفق نادراً، أو بما يكون الجلوس فيه (٣) لأجلها (٤) لا- بما إذا كان لأجل العبادة فاتفقت الدعوى، لما في إنفاذها حينئذ (٥) من المسارعة المأمور بها، و على أحدها (٦) يحمل فعل على عليه السّلام، و لعله بالأخير أنسب (٧)، إلا- أن دكّه القضاء به (٨) لا تخلو من منافره (٩) للمحامل.

(و تعريف الضّوالّ) (١٠) إنشادا و نشدانا و الجمع بين وظيفتي تعريفها في

معروفه فيه إلى يومنا هذا، بل و عن الشيخ أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان يقضى في المسجد الجامع و لو كان مكروها ما فعله، و عن كشف اللثام (أن في بعض الكتب أنه بلغ أمير المؤمنين عليه السّلام أن شريحا يقضى في بيته فقال: يا شريح، اجلس في المسجد فإنه أعدل بين الناس و إنه و هنّ بالقاضى أن يجلس في بيته)، و لذا مال بعض المتأخرين تبعاً للشيخ و سلار و الحلبي إلى عدم الكراهه بل إلى الاستحباب.

نعم حمل النهي الوارد على القضاء المصاحب للجدل و الخصومه كما ذهب إليه الراوندى، و قضاء النبي و الولي مجرد عن ذلك، أو يحمل النهي على دوام القضاء لا ما يتفق نادراً، أو يحمل النهي على ما لو كان الجلوس في المسجد من أجل القضاء لا ما يتفق إذا كان الجلوس للعبادة و الطاعات و على الأخير يحمل فعل النبي و الولي.

(١) و إن لم يكن فيه خصومه و جدال.

(٢) لما سيأتي من المحامل.

(٣) في المسجد.

(٤) أى لأجل الأحكام.

(٥) حين جلوسه لأجل العبادة.

(٦) و معه كيف يمكن القول بأن النهي عن إنفاذ الأحكام مطلق؟.

(٧) لأن قضاءه عليه السّلام في مسجد الكوفة لم يكن نادراً و من البعيد تجرد الدعاوى عن الخصومات.

(٨) بمسجد الكوفة.

(٩) لأن الإضافة تعطى أن مكانا خاصا في المسجد كان يجلس فيه عليه السّلام من أجل القضاء، و الأولى جعل النهي عن القضاء في المساجد مخصوصا بغير المعصومين، و أما المعصوم فيجوز له بدون كراهه و كم للمعصوم من أحكام ينفرد بها.

(١٠) و هو إنشادها لمرسل على بن أسباط المتقدم، و كذا نشدائها و هو طلبها و السؤال عنها ففي مرسل الفقيه: (سمع النبي صلى الله عليه و آله و سلم رجلا ينشد ضاله في المسجد، فقال: قولوا له، لا رد -

المجامع و كراهتها فى المساجد فعله خارج الباب (و إنشاد الشعر) (١) لنهاى النبى صلى الله عليه و آله و سلم عنه، و أمره بأن يقال للمنشد «فضَّ الله فاك»، و روى نفى البأس عنه، و هو غير مناف للكراهه (٢).

قال المصنف فى الذكرى: ليس ببعيد حمل إباحه إنشاد الشعر على ما يقل منه و تكثر منفعتة، كبيت حكمه، أو شاهد على لغه فى كتاب الله تعالى و سنّه نبیه صلى الله عليه و آله و سلم، و شبهه، لأنه من المعلوم أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان ينشد بين يديه البيت و الأبيات من الشعر فى المسجد و لم ينكر ذلك.

الله عليك فإنها بنيت لغير ذلك(١).

نعم ذكر الأصحاب أن تعريف اللقطة إنما فى المجامع و قد ورد فى خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (سألته عن الضالة أ يصلح أن تنشد فى المسجد؟ قال: لا بأس) ٢

فالجمع بين النصوص مع رفع الكراهه يقتضى التعريف على أبواب المساجد لا فى داخلها.

(١) فى حديث الناهى (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن ينشد الشعر فى المسجد) (٢)، و خبر جعفر بن إبراهيم عن على بن الحسين عليهما السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من سمعتموه ينشد الشعر فى المساجد فقولوا: فضَّ الله فاك، إنما نصبت المساجد للقرآن) ٤.

نعم ورد فى خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السّلام (سألته عن الشعر أ يصلح أن ينشد فى المسجد؟ فقال: لا بأس) (٣)، و صحيح ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السّلام (عن إنشاد الشعر فى الطواف فقال: ما كان من الشعر لا بأس به فلا بأس به) (٤).

و لذا ذهب البعض لهذين الخبرين بنفى الكراهه إلى إنشاد القليل مما يكثر نفعه كبيت حكمه أو شاهد فى مسأله علميه أو ما كان فيه عظه أو مدح للنبى صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السّلام و مرآئى أبى عبد الله عليه السّلام لأن كل ذلك عباده أو راجح و لذا كان من سيره النبى صلى الله عليه و آله و سلم كما فى الذكرى أنه ينشد بين يديه البيت و الأبيات من الشعر فى المسجد.

(٢) بل يؤكدها إذ هو نفى للحرمه حينئذ.

ص: ١٠٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٣ و ١.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الطواف حديث ١.

و ألحق به بعض الأصحاب ما كان منه موعظه، أو مدحا للنبي صلى الله عليه وآله وسلم و الأئمة عليهم السّلام، أو مرثيه للحسين عليه السّلام، و نحو ذلك لأنه عباده لا تنافي الغرض المقصود من المساجد، و ليس ببعيد. و نهى النبي صلى الله عليه وآله وسلم محمول على الغالب من أشعار العرب الخارجه عن هذه الأساليب.

(و الكلام فيها بأحاديث الدنيا) (١) للنهي عن ذلك و منافاته لوضعها فإنها وضعت للعباده.

في ما تكره الصلاة فيها

(و تكره الصلاة في الحمام) (٢) و هو البيت المخصوص الذي يغتسل فيه لا

(١) للمرسل عن علي عليه السّلام: (يأتى في آخر الزمان قوم يأتون المساجد فيقعدون حلقا ذكرهم الدنيا و حب الدنيا، لا تجالسوهم فليس لله فيهم حاجه) (١) و للتعليل في خبر جعفر بن إبراهيم المتقدم بأن المساجد قد نصبت للقرآن، و في مرسل الفقيه المتقدم بأنها بنيت لغير ذلك.

(٢) لمرسل عبد الله بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السّلام (عشره مواضع لا يصلى فيها: الطين و الماء و الحمام و القبور و مسان الطريق و قرى النمل و معادن الإبل و مجرى الماء و السبخ و الثلج) (٢) و نحوه غيره المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصلاة في بيت الحمام قال: إذا كان موضعا نظيفا فلا بأس) (٣) هذا كله على المشهور و ذهب أبو الصلاح إلى التحريم و هو ضعيف لخبر الجواز.

ثم إن المراد من الحمام هل ما يعم المسلخ و موطن الاغتسال كما هو المعنى العرفى أو مختص بموضع الاغتسال لملاحظه مبدأ الاشتقاق إذ هو مشتق من الحميم و هو الماء الحارّ الذي يغتسل به فلا تتعدى الكراهه إلى مسلخه و به جزم العلامه في القواعد و تبعه الشارح في الروض، و ذهب العلامه في النهايه إلى كراهه الصلاة في المسلخ لكونه مأوى الشياطين و موضع كشف العوره و لازدحام الناس فيه و دخولهم و خروجهم الموجب لانشغاله عن الصلاة، نعم ورد في خبر علي بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن الصلاة في بيت الحمام، فقال: إذا كان الموضع نظيفا فلا بأس، يعنى المسلخ) (٤) و لم يثبت هذا-

ص: ١٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مكان المصلى حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

المسلخ وغيره من بيوته و سطحه. نعم تكره في بيت ناره من جهه النار (١)، لا من حيث الحمام.

(و بيوت الغائط) (٢) للنهي عنه، ولأن الملائكة لا تدخل بيتا يبالي فيه و لو في إناء، فهذا أولى (و بيوت النار) (٣) و هي المعدّه لإضرارها فيها كالأتون و الفرن لا

التفسير من المعصوم بل يحتمل أن يكون من على بن جعفر و الظاهر أنه من الصدوق راوى الخبر كما ذهب إليه جماعه، و تفسيره ليس بحجه لأن بيت الحمام ظاهر في موضع الاغتسال بملاحظه مبدأ الاشتقاق أو فيما يعمه و المسلخ عرفاً، فتخصيصه بالمسلخ فقط على خلاف المعنى اللغوى و العرفى و أما سطح الحمام فلا تكره الصلاة عليه لعدم شمول الحمام له مع عدم ورود نص خاص فيه.

(١) و سيأتى دليله.

(٢) على المشهور لخبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن جبرئيل أتاني فقال: إنا معاشر الملائكة لا ندخل بيتا فيه كلب و لا تمثال جسد و لا إناء يبالي فيه) (١) و عليه فما أعد للبول و الغائط يكون أولى بالحكم و يؤيده خبر عبيد بن زراره و عن أبي عبد الله عليه السّلام (الأرض كلها مسجد إلا بئر غائط أو مقبره) (٢) و عن ظاهر المقنعه عدم الجواز و عن النهايه النهى و لعلهما يريدان الكراهه لأن ما تقدم لا يصلح إلا للكراهه.

(٣) ففي خبر على بن جعفر عن أبي الحسن عليه السّلام (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يصلى و السراج موضوع بين يديه في القبلة قال: لا يصلح له أن يستقبل النار) (٣)، و خبر عمار الساباطى عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يصلى الرجل و في قبلته نار أو حديد، قلت:

أله أن يصلى و بين يديه مجمره شبه؟ قال: نعم، فإن كان فيها نار فلا يصلى حتى ينحىها عن قبلته، و عن الرجل يصلى و بين يديه قنديل معلق و فيه نار إلا أنه بحياله قال: إذا ارتفع كان أشراً لا يصلى بحياله) ٤.

و النهى محمول على الكراهه لمرفوع الهمداني عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن يصلى الرجل و النار و السراج و الصوره بين يديه، إن الذى يصلى له أقرب إليه من الذى بين يديه) ٥، و للتوقيع الخارج للأسدى عن صاحب الزمان عليه السّلام (و أما ما سألت عنه من -

ص: ١٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مكان المصلى حديث ١ و ٢ و ٤.

ما وجد فيه نار مع عدم إعداده لها (١)، كالمسكن إذا أوقدت فيه و إن كثر (و)

بيوت (المجوس) (٢) للخبر و لعدم انفكاكها عن

أمر المصلى و النار و الصورة و السراج بين يديه و أن الناس قد اختلفوا فى ذلك قبلك، فإنه جائز لمن لم يكن من أولاد عبده الأصنام و النيران(١)

و هذه الأخبار ظاهره فى كراهه النار بين يدي المصلى تجاه القبلة و إليه ذهب المشهور مع ذهاب أبى الصلاح إلى التحريم و هو ضعيف، و لا- يوجد نص على كراهه الصلاة فى بيوت النار أى البيوت المعدّة لإضرام النار كالفرن و الأتون و بيت النار فى الحمام إلا أن الحكم مشهور بين الأصحاب بل صرح المحقق و الشهيد الثانى بأنه لا فرق بين وجود النار و عدمه حال الصلاة تمسكا بإطلاق اللفظ.

و عن المعتبر و سيد المدارك و نسب إلى ظاهر الأصحاب أن المراد من بيوت النار هى مواضع عبادة النيران و علله فى المدارك بأنها ليست مواضع رحمه فلا تصلح لعبادة الله، نعم يكفى فى إثبات الحكم بالكراهه قولهم لقاعده التسامح فى أدله السنن.

(١) أى عدم إعداد النار للبيوت.

(٢) فى خبر الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السّلام: عن الصلاة فى بيوت المجوس و هى ترش بالماء قال: لا بأس به) (٢) و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الصلاة فى بيوت المجوس فقال: رش و صل) ٣، و مثله خبر أبى بصير عنه عليه السّلام ٤، و هذه الأخبار لا تدل على كراهه الصلاة فيها بل على استحباب الرش عند الصلاة بالإضافة إلى أنه يحتمل أن يكون المراد من بيوت المجوس هى بيوت النار عندهم التى اتخذت مواضع للعبادة و يشهد له خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الصلاة فى البيع و الكنائس و بيوت المجوس فقال: رش و صل) (٣) و مثله خبره الآخر ٦

حيث إن عطف بيوت المجوس على البيع و الكنائس ظاهر فى كونها بيوت عبادة النيران.

نعم ورد فى خبر أبى أسامه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- تصل فى بيت فيه مجوسى و لا بأس بأن تصلى و فيه يهودى أو نصرانى) (٤) فإذا كان وجود المجوسى فى بيت سببا فى كراهه الصلاة لكان الحكم بالكراهه فى بيته من باب أولى، و فيه: إنه استحسان محض لا-

ص: ١٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مكان المصلى حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مكان المصلى حديث ١ و ٢ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢ و ٤.

٤- (٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

النجاسه (١)، و تزول الكراهه برشّه (٢).

(و المعطن) (٣) بكسر الطاء واحد المعاطن، و هى مبارك الإبل عند الماء للشرب (و مجرى الماء) (٤) و هو المكان المعدّ لجريانه و إن لم يكن فيه ماء (و السبخه) (٥) بفتح الباء واحد السباخ، و هى الشىء الذى يعلو الأرض كالملاح،

نقول به و ظاهر الخبر أن وجود المجوسى فى مطلق البيوت هو السبب فى الكراهه و عليه فترتفع فيما لو وقعت الصلاه فى بيته المجرد عن المجوسى.

(١) و هذا تعليل يشمل النصرانى و اليهودى فلم خصّ بالمجوسى فقط؟

(٢) و قد عرفت أن الرش لا لرفع الكراهه بل هو مستحب عند الصلاه.

(٣) لخبر المعلّى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الصلاه فى معاطن الإبل فكرهه، ثم قال: إن خفت على متاعك شيئاً فرش بقليل ماء وصل) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا تصلّ فى أعطان الإبل إلا أن تخاف على متاعك الضيعه فاكنسه و رشه بالماء وصل فيه) ٢، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألت عن الصلاه فى معاطن الإبل أ تصلح؟ قال: لا تصلح إلا أن تخاف على متاعك ضيعه فاكنس ثم انضح بالماء ثم صل) ٣ و المعاطن هى مباركها مطلقا التى تأوى إليها و هذا ما قاله العلامة فى المنتهى و نسب إلى الفقهاء كما فى الروض، و عن السرائر أن أهل الشرع لم يخصصوا ذلك بمبرك دون مبرك، نعم عن مشهور أهل اللغة أن المعاطن هى مباركها عند الشرب ليشرب علا بعد نهل و هذا ما صرح به الشهيد الثانى.

و مما يؤيد مطلق المبارك الإطلاق فى موثق سماعه (سألت عن الصلاه فى أعطان الإبل و فى مرابض البقر و الغنم فقال: إن نضحته بالماء و قد كان يابساً فلا بأس بالصلاه فيها) (٢).

(٤) لمرسل عبد الله بن الفضل المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (عشره مواضع لا يصلّى فيها:

الطين و الماء. إلى أن قال. و مجرى الماء و السبخ و الثلج) (٣) و هو المكان المعدّ لجريانه فيه و إن لم يكن ماء تمسكا بإطلاق اللفظ بعد عطفه على الماء فى الخبر.

(٥) و هى الأرض المالحة التى يعلوها الملاح و تكره الصلاه مع إمكان السجود عليها لا على الملاح الموجود و على ظاهرها و مستند الحكم مرسل عبد الله بن الفضل المتقدم و مثله غيره.

ص: ١٠٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٥ و ٢ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - مكان المصلّى حديث ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٦.

أو بكسرهما و هي الأرض ذات السباخ (و قرى النمل) (١) جمع قريه، و هي مجتمع ترابها حول جحرتها (و) في نفس (الثلج) (٢) اختياراً) مع تمكن الأعضاء (٣)، أما بدونه (٤) فلا مع الاختيار.

(و بين المقابر) (٥) و إليها و لو قبرا (٦)

(١) و هي مجتمع ترابها و مستند الحكم مرسل عبد الله بن الفضل: (عشره مواضع لا يصلى فيها: الطين و الماء و الحمام و القبور و مسانّ الطريق و قرى النمل) الخبر.

(٢) لمرسل عبد الله بن الفضل المتقدم و غيره.

(٣) من الأرض بما فيها الجبهه.

(٤) أى بدون التمكن.

(٥) لمرسل عبد الله بن الفضل المتقدم (عشره مواضع لا يصلى فيها: الطين و الماء و الحمام و القبور)، و لحديث المناهى (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يصلى الرجل فى المقابر و الطرق و الأرحيه و الأودية و مرابط الإبل و على ظهر الكعبه) (١)، و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (الأرض كلها مسجد إلا بئر غائط أو مقبره) (٢)

و هي محموله على الكراهه كما عليه المشهور جمعا بينها و بين صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (عن الصلاه بين القبور هل تصلح؟ فقال: لا بأس به) (٣)، و مثله صحيح على بن يقطين ٤، و صحيح ابن خلد عن الرضا عليه السلام: (لا بأس بالصلاه بين المقابر ما لم يتخذ القبر قبله) ٥.

و ترتفع الكراهه إذا كان بينه و بين القبور عشره أذرع من كل جانب لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يصلى بين القبور قال: لا يجوز ذلك إلا أن يجعل بينه و بين القبور إذا صلى عشره أذرع من بين يديه، و عشره أذرع من خلفه، و عشره أذرع عن يمينه، و عشره أذرع عن يساره، ثم يصلى إن شاء) ٦، و عن المفيد المنع من الصلاه بدون الحائل أو البعد، و عن أبى الصلاح الحرمه و تردد فى البطلان لأخبار المنع و هما ضعيفان لأخبار الجواز.

و فى الروض «و ألحق الأصحاب بالقبور القبر و القبرين و فى دلالة الأخبار على ذلك نظر».

(٦) بأن يكون فى قبلته للنهى فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (الصلاه بين القبور،

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مكان المصلى حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الباب - ٢٥ - من أبواب مكان المصلى حديث ١ و ٤ و ٣ و ٥.

(إلا بحائل (١) و لو عنزه (٢) بالتحريك، و هى العصا فى أسفلها حديدہ مر كوزه أو معترضه (أو بعد عشره أذرع) و لو كانت القبور خلفه، أو مع أحد جانبيه فلا كراهه (٣).

(و فى الطريق) (٤) سواء كانت مشغوله بالماره، أم فارغه إن لم يعطّلها و إلا حرم (٥) (و) فى (بيت فيه مجوسى) (٦) و إن لم يكن البيت له (و إلى نار مضرمه) (٧)

قال: بين خللها و لا تتخذ شيئاً منها قبله، فإنّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن ذلك، و قال: لا تتخذوا قبرى قبله و لا مسجداً (١).

(١) فقد ورد استحباب جعل شىء بين يدي المصلى حائلاً ففى خبر محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام (فى الرجل يصلى قال: يكون بين يديه كومه من تراب أو يخط بين يديه بخط) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (كان طول رحل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ذراعاً فإذا كان صلى وضعه بين يديه يستتر به ممن يمرّ بين يديه) (٣) و مثلها غيرها، و كلها غير ظاهره فى رفع الكراهه بالصلاه نحو القبر إذا وضع حائلاً و لذا قال فى الجواهر:

«فلم نقف على نص فى المقام فى الحائل أصلاً».

(٢) لخبر إسماعيل بن مسلم عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام (كانت لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عنزه فى أسفلها عكاز يتوكأ عليها و يخرجها فى العيدين يصلى إليها) (٤).

(٣) لأن صلواته ليست بين القبور حتى يشترط الحائل أو البعد المذكور لترتفع الكراهه، نعم إذا كانت فى قبلته فهى كوجود قبر واحد فيها فيشترط الحائل أو البعد حتى ترتفع الكراهه.

(٤) لمرسل عبد الله بن الفضل المتقدم (عشره مواضع لا يصلى فيها: منها مسان الطرق) (٣)، و صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الصلاه فى السفر فقال: لا تصلّ على الجاده و اعتزل على جانبيها) (٤)، و خبر الحسن بن الجهم عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (كل طريق يوطأ فلا تصلّ عليه) (٧) - فرق بين الجاده العظمى أو غيرها مما يندرج تحت الطريق لخبر ابن الجهم، و النهى محمول على الكراهه لعموم مسجديه الأرض و هذا ما عليه المشهور و عن ظاهر الفقيه و المقنعه المنع من الصلاه.

(٥) فلو تعطلت الماره بصلواته فسدت الصلاه للنهى عنها بتضرر السالك.

(٦) قد تقدم الكلام فيه فى بحث بيوت المجوس.

(٧) قد تقدم البحث فيه فى بيوت النار.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مكان المصلى حديث ٥.
- ٢- (٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مكان المصلى حديث ٣ و ٢ و ٧.
- ٣- (٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مكان المصلى حديث ٤ و ٥ و ٦.

أى موقده و لو سراجا أو قنديلا، و فى الروايه (١) كراهه الصلاه إلى المجرمه من غير اعتبار الإضرار (٢)، و هو كذلك، و به عتبر المصنف فى غير الكتاب، (أو) إلى (تساوير) (٣) و لو فى الوساده، و تزول الكراهه بسترها بثوب و نحوه.

(أو مصحف (٤)، أو باب مفتوحين) (٥) سواء فى ذلك القارئ و غيره، نعم يشترط الإبصار. و ألحق به التوجه إلى كل شاغل من نقش و كتابه، و لا بأس به، (أو وجه إنسان) (٦) فى المشهور فيه و فى الباب المفتوح و لا نصّ عليهما ظاهرا،

(١) و هى خبر عمار و صحيح على بن جعفر المتقدمين فى بحث بيوت النار.

(٢) و هو سطوع النار و ارتفاع لهيها.

(٣) لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (أصلى و التماثيل قدامى و أنا أنظر إليها قال:

لا، اطرح عليها ثوبا، و لا بأس بها إذا كانت عن يمينك أو شمالك أو خلفك أو تحت رجلك أو فوق رأسك، و إن كانت فى القبلة فألق عليها ثوبا و صل) (١) و مثله و غيره.

(٤) ففكره الصلاه و بين يدي المصلى مصحف مفتوح لخبر عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يصلى و بين يديه مصحف مفتوح فى قبلته. قال: لا) (٢) جمعا بينه و بين خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن الرجل هل يصلح له أن ينظر فى نقش خاتمه و هو فى الصلاه كأنه يريد قراءته أو فى المصحف أو فى كتاب فى القبلة؟ قال: ذاك نقص فى الصلاه و ليس يقطعها) ٣ و منه تعرف ضعف الحرمة عن أبى الصلاح و إن تردد فى البطالان، ثم عن الفاضل و الشهيدين التعديه إلى كل منقوش لا اشتراك الجميع فى العله، ثم لا فرق فى المصلى بين القارئ و غيره للإطلاق. نعم يشترط عدم المانع من الإبصار كالعصى و الظلمه.

(٥) و عن المهذب البارع نسبه إلى الأكثر و عن مجمع البرهان نسبه إلى الأصحاب، و قد اعترف أكثر من واحد بعدم الدليل عليه و نقل عن المحقق أنه نسب الحكم إلى الحلبي و قال: و هو أحد الأعيان فلا بأس باتباعه، و يكفى فتواه فى مستند الحكم لقاعده التسامح.

(٦) ذكره جماعه من الأصحاب كما فى الروض، بل قيل إنه المشهور، و لا دليل عليه، نعم نسبه المحقق فى المعتمد إلى الحلبي و قال: «لا- بأس باتباع فتواه لأنه أحد الأعيان»، و علّل كما فى الروض بحصول التشاغل به، و بأن فيه تشبيها بالساجد لذلك الشخص، و التعليل لا يصلح مستندا للحكم الشرعى لأنه استحسان محض.

ص: ١٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مكان المصلى حديث ١ و ٢.

و قد يعلل بحصول التشاغل به.

(أو حائط ينز من بالوعه) (١) يبال فيها (٢)، و لو نَزَّ بالغاظ فأولى (٣)، و فى إلحاق غيره من النجاسات وجه (٤). (و فى مراض الدواب) (٥) جمع مريض، و هو مأواها و مقرّها و لو عند الشرب (إلا) مراض (الغنم) (٦) فلا بأس بها للروايه معللا بأنها سكينه و بركه (٧) (و لا بأس بالبيعه)

(١) لمرسل البنزطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المسجد ينزّ حائط قبلته من بالوعه يبال فيها فقال: إن كان نزه من البالوعه فلا تصلّ فيه، و إن كان نزه من غير ذلك فلا بأس) (١)

بعد إسقاط خصوصيه المسجديه.

(٢) كما هو مورد النص.

(٣) لأنّ الغائط أفحش لشده رائحته، و لخبر الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السّلام (أقوم فى الصلاه فأرى قدامى فى القبله العذره فقال: تنح عنها ما استطعت) (٢) و التنحى بمقدار الاستطاعه لأنه قد شرع فى الصلاه و الخبر ظاهر فى كراهه الصلاه إلى حائط ينزّ من بالوعه غائطا و عليه فلا داعى للتمسك بأولويه الغائط على البول بالنسبه للخبر المتقدم.

(٤) استشكل فيه علامه فى النهايه و تردد فى التذكره و كذا التردد فى المسالك، و فى الذكرى الجزم بالكراهه إذا كانت النجاسه ظاهره و أطلق فى المقنعه و فى التلخيص نسبه إلى المشهور، كلّ ذلك لإسقاط خصوصيه البول و الغائط فى الخبرين المتقدمين.

(٥) و هى الخيل و البغال و الحمير لمضمرة سماعه (لا- تصلّ فى مرابط الخيل و البغال و الحمير) (٣) بلا- فرق بين الوحشيه و الإنسيه منها و لا بين حضورها و غيابها.

(٦) لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الصلاه فى مراض الغنم فقال: صلّ فيها) (٤)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لا بأس بالصلاه فى مراض الغنم) ٤.

(٧) ففى الروض (لقول النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إذا أدركتم الصلاه و أنتم فى مراح الغنم فصلوا فيها فإنها سكينه و بركه) و هذا الخبر مروى من طرق العامه لعدم وجوده فى كتبنا فضلا عن أن أخبارنا خاليه عن هذا التعليل.

ص: ١١٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مكان المصلى حديث ٣.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢ و ١.

(و الكنيسه (١) مع عدم النجاسه). نعم يستحبّ رشّ موضع صلاته منها و تركه حتى يجفّ (٢).

و هل يشترط في جواز دخولها إذن أربابها؟ احتمله المصنف في الذكرى تبعا لغرض الواقف، و عملا بالقرينه، و فيه قوه، و وجه العدم إطلاق الأخبار بالإذن في الصلاه بها (٣).

في تقدم المرأة على الرجل

(و يكره تقدم المرأة على الرجل، أو محاذاتها له) (٤) في حاله صلاتهما من دون

(١) لصحيح العيص عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن السبيع و الكنائس يصلّى فيها؟ قال: نعم) (١)، و خبر حكم بن الحكم (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول و سئل عن الصلاه في السبيع و الكنائس. فقال: صلّ فيها قد رأيتها ما أنظفها) ٢. نعم ورد في خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الصلاه في السبيع و الكنائس و بيوت المجوس؟ فقال:

رشّ و صل) (٢).

(٢) تبه عليه في المبسوط مع أن الخبر مطلق.

(٣) و أن حالها كحال المساجد فلا يتوقف على إذن الواقف أو الناظر.

(٤) نسب إلى المشهور المنع للأخبار منها: لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (عن المرأة تصلّى عند الرجل فقال عليه السّلام: لا تصلّى المرأة بحيال الرجل إلا أن يكون قدامها و لو بصدرة) (٣)، و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل يستقيم له أن يصلّى و بين يديه امرأه تصلّى قال: إن كانت تصلّى خلفه فلا بأس و إن كانت تصيب ثوبه) ٥، و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يصلّى و المرأة بحذاءه عن يمينه أو عن يساره فقال عليه السّلام: لا بأس به إذا كانت لا تصلّى) (٤)، و عن السيد و الحلبي و أكثر المتأخرين الكراهه جمعا بين ما تقدم و خبر جميل عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يصلّى و المرأة تصلّى بحذاءه قال عليه السّلام: لا بأس) (٥)، و صحيح -

ص: ١١١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مكان المصلّى حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٢.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٢ و ٤.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٢.

٥- ((٧)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مكان المصلّى حديث ٦.

حائل (١)، أو بعد عشره أذرع (٢) (على) القول (الأصح) و القول الآخر التحريم، و بطلان صلاتهما (٣) مطلقا (٤)، أو مع الاقتران، و إلا المتأخره عن تكبيره الإحرام.

و لا فرق بين المحرم و الأجنبية، و المقتديه، و المنفردة، و الصلاه الواجبه، و المندوبه (٥).

(و يزول) المنع كراهه و تحريما (بالحائل) المانع من نظر (٦) أحدهما الآخر و لو

الفضيل عن أبي جعفر عليه السّلام (إنما سميت مكة بكه لأنه يبتك فيها الرجال و النساء، و المرأه تصلى بين يديك و عن يمينك و عن يسارك و معك و لا بأس بذلك، و إنما يكره في سائر البلدان) (١).

(١) أما مع الحائل فلا بأس بالاتفاق لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في المرأه تصلى عند الرجل قال عليه السّلام: إذا كان بينهما حاجز فلا بأس) (٢)، و خبر محمد الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا- ينبغي ذلك إلا- أن يكون بينهما ستر، فإن كان بينهما ستر أجزاءه) ٣ و مثلها غيرها.

(٢) و مع البعد المذكور فيزول النهى بالاتفاق لخبر علي بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (عن الرجل يصلى ضحى و أمامه امرأه تصلى بينهما عشره أذرع، قال عليه السّلام: لا بأس ليمض في صلاته) (٣).

(٣) عطف على التحريم.

(٤) سواء ابتداء معا أم لا- و قال في الروض «و كذلك أطلق كثير من الأصحاب» للنهى عن الاجتماع في الموقف المذكور و النهى في العبادات مفسد، و عن جماعه الجزم ببطلان المتأخر صلاه، و أما الذى شرع أولا بصلاته فصلاته صحيحه و موثق عمار المتقدم يشعر بصحة صلاه المتقدم حيث قال السائل: (يستقيم له أن يصلى و بين يديه امرأه تصلى) و الجواب وجود البأس في صلاته إن لم تكن تصلى خلفه و هذا هو مفهوم كلام الإمام عليه السّلام، و حصر البأس في صلاته المتأخره وقتا دليل على عدم بطلان صلاه المرأه المتقدمه بحسب الوقت كما تقدمت بحسب المكان.

(٥) لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٦) حيث عبّر عنه بالستر كما تقدم في الخبر.

ص: ١١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مكان المصلى حديث ١٠.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب مكان المصلى حديث ٢.

ظلمه و فقد بصر في قول (١)، لا تغميض الصحيح عينيه في الأصح (٢) (أو بعد عشره أذرع) بين موقفهما (و لو حاذى سجودها قدمه فلا منع) (٣) و المروى (٤) في الجواز كونها تصلّى خلفه، و ظاهره تأخرها في جميع الأحوال عنه، بحيث لا يحاذى جزء منها جزءا منه، و به عبّر بعض الأصحاب، و هو أجود.

في ما يجوز السجود عليه

(و يراعى في مسجد الجبهه) بفتح الجيم، و هو القدر المعتبر منه في السجود، لا محلّ جميع الجبهه (أن يكون من الأرض (٥)، أو نباتها غير المأكول و الملبوس)

(١) و هو اختيار العلامة في التحرير و إطلاق النصوص يدفعه.

(٢) لم يذهب إليه أحد بحسب التتبع، نعم استشكل في ذلك العلامة في التحرير.

(٣) كما عن جماعه منهم المفيد في المقنعه و المحقق في الشرائع و هو ظاهر المنتهى، غير أن النصوص قد اشترطت أن يكون الرجل قدامها و لو بصدرة كما في صحيح زراره المتقدم (إلا أن يكون قدامها و لو بصدرة) (١)، و منه تعرف ضعف القول الأول و أيضا ما ذهب إليه البعض من تأخر المرأه عن الرجل بحيث لا يحاذى جزءا منه كما استجوده الشارح.

(٤) و هو خبر عمار المتقدم (إن كانت تصلّى خلفه فلا- بأس و إن كانت تصيب ثوبه) ٢ و من القيد الأخير تعرف ضعف ما استجوده الشارح أيضا.

(٥) بالاتفاق للأخبار منها: صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام: أخبرني عما يجوز السجود عليه و عما لا يجوز؟ قال عليه السلام: السجود لا يجوز إلا على الأرض أو على ما أنبتت الأرض إلا ما أكل أو لبس، فقال له: جعلت فداك ما العله في ذلك؟ قال عليه السلام: لأن السجود خضوع لله (عز و جل) فلا ينبغي أن يكون على ما يؤكل و يلبس لأن أبناء الدنيا عبيد ما يأكلون و يلبسون، و الساجد في سجوده في عباده الله (عز و جل) فلا ينبغي أن يضع جبهته في سجوده على معبود أبناء الدنيا الذين اغتروا بغرورها) (٢) و خير الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- يسجد إلا على الأرض أو ما أنبتت الأرض إلا القطن و الكتان) ٤ و خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السلام (لا يسجد إلا على الأرض أو ما أنبتت الأرض إلا المأكول و القطن و الكتان) ٥.

و منها تعرف حكم السجود على ما أنبتته الأرض من غير المأكول و الملبوس.

ص: ١١٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب مكان المصلّي حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ١ و ٦ و ٣.

(عاده) (١) بالفعل، أو بالقوه القريبه منه بحيث يكون من جنسه، فلا يقدرح فى المنع توقّف المأكول على طحن و خبز و طبخ، و الملبوس على غزل و نسج و غيرها (٢)، و لو خرج عنه بعد أن كان منه كقشر اللوز ارتفع المنع لخروجه عن الجنسيه (٣) و لو اعتيد أحدهما (٤) فى بعض البلاد دون بعض، فالأقوى عموم التحريم (٥). نعم لا- يقدرح النادر كأكل المخمسه و العقاقير المتخذة للدواء من نبات لا يغلب أكله.

(و لا يجوز السجود على المعادن) (٦) لخروجها عن اسم الأرض بالاستحاله و مثلها الرماد (٧) و إن كان منها (٨) و أما الخزف (٩) فيبنى على خروجه بالاستحاله

(١)لأنه الظاهر من صحيح هشام المتقدم (فلا ينبغي أن يكون على ما يؤكل و يلبس) و عليه فلا بأس بالسجود على ما يؤكل فى حالات نادره كالمرض و عند المخمسه مع أنه غير مأكول بحسب عاداتهم.

(٢)قال الشارح فى الروض: «فلو توقف الأكل على طبخ و نحوه و اللبس على غزل و نسج و خياطه و غيرها لم يؤثر فى كونه مأكولا- و ملبوسا فالمعتبر حينئذ نوع المأكول و الملبوس فلا فرق حينئذ بين القطن قبل غزله و بعده و لو اعتبر الفعل لزم جواز السجود على الثوب غير المخيط أو المفصل على وجه لا يصلح للبس عاده و غير ذلك مما هو معلوم البطلان» انتهى و لذا نهى عن السجود على القطن و الكتان مطلقا.

(٣)أى جنس الأكل و لو بالقوه بل صار خشبا و هو من غير المأكول عاده.

(٤)اللبس أو الأكل لبعض الأصناف.

(٥)للمسك بإطلاق ما أكل و لبس فى صحيح هشام المتقدم.

(٦)لخروج المعادن عن اسم الأرض و اسم ما أنبتته، نعم لو فرض أن بعض المعادن مما يصدق عليه اسم الأرض فيجوز السجود عليه.

(٧)أى و مثل المعادن الرماد، لأنه خرج عن اسم النبات بالاستحاله كخروج المعادن و مثله الفحم أيضا.

(٨)أى و إن كان الرماد من الأرض كما لو احترق حجر ما فاستحال رمادا.

(٩)فقى المدارك نسبه الجواز إلى قطع الأصحاب و عن الروض عدم العلم بالمخالف، و ذلك لصدق الأرض عليه و عدم خروجه بالطبخ عن الأرض و إن خرج عن اسم التراب، و لذا منع البعض من التيمم به لحصر التيمم عنده بالتراب و لم يمنع من السجود عليه لأن دائره السجود أوسع من دائره التيمم و لذا جاز السجود على القرطاس، و قد تقدم الكلام فى بحث التيمم فراجع.

عنها (١)، فمن حكم بطهره لزمه القول باليمنع من السجود عليه، للاتفاق على المنع مما خرج عنها بالاستحالة و تعليل من حكم بطهره بها (٢)، لكن لما كان القول بالاستحالة بذلك ضعيفا كان جواز السجود عليه قويا.

(و يجوز) السجود (على القرطاس) (٣) في الجملة إجماعا للنص الصحيح الدال

نعم ذهب الشيخ إلى أن الخزف لو كان نجسا قبل الاستحالة فيطهر بها عند ما يصير خزفا، و ألزم بأنه إذا كانت الاستحالة مطهره له لوجب أن يخرج بها عن اسم الأرض، و عليه فلا يجوز حينئذ السجود عليه، و قال الشارح في الروض «لكن لما كان القول بذلك ضعيفا لضعف حجته لم يتجه القول بعدم جواز السجود عليه» نعم الأحوط عدم السجود عليه للشك في الاستحالة، و ما تقدم في الخزف يأتي في الآجر بالتمام.

(١) عن الأرض.

(٢) بالاستحالة و المراد أن من حكم بالطهارة، علل بالاستحالة، و مع تحققها فيخرج الخزف عن الأرض فلا يجوز السجود عليه.

(٣) بالاتفاق و يدل عليه أخبار كثيرة منها: صحيح ابن مهزيار (سأل داود بن فرقد أبا الحسن عليه السلام عن القراطيس و الكواغد المكتوبة عليها هل يجوز السجود عليها أم لا؟ فكتب عليه السلام: يجوز) (١) و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه كره أن يسجد على قرطاس عليه كتابه) (٢) و هو ظاهر في جواز السجود على القرطاس المجرد.

و ذهب الأكثر لإطلاق النصوص إلى عدم الفرق في القراطيس بين ما كانت متخذة مما يصح السجود عليها أو لا كالمتخذ من القطن و الكتان بل و الصوف و الحرير، و سواء كانت فيها نوره من دون صبغ أو كانت مصبوغة و سواء كان مكتوبا عليها أو لا، و عن نهائه الأحكام و اللمعة و البيان و حاشيه النافع التقييد بالمتخذ من النبات، و عن حاشيه الإرشاد و الجعفريه و إرشادها و العزیه التقييد بما إذا كان من جنس ما يسجد عليه.

و الأخير متعين جمعا بين أخبار القراطيس و الأخبار المتقدمه بحصر السجود على الأرض و نباتها غير المأكول و الملبوس، و دعوى أن أخبار القراطيس مطلقه ليس في محلها إذ صحيح داود بن فرقد المتقدم إنما هو بصدد السؤال عن مانعيه الكتابه عن السجود على القراطيس و كذلك صحيح جميل المتقدم، و أما خبر صفوان الجمال الباقي من أخبار الباب و لم نذكره سابقا فهو (رأيت أبا عبد الله عليه السلام في المحمل يسجد على القرطاس و أكثر -

ص: ١١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ٣.

عليه، و به (١) خرج عن أصله المقتضى لعدم جواز السجود عليه، لأنه مركب من جزءين لا يصح السجود عليهما، و هما النوره و ما مازجها من القطن، و الكتان، و غيرهما (٢)، فلا مجال للتوقف فيه في الجملة و المصنف هنا خصه بالقرطاس (المتخذ من النبات) كالقطن و الكتان و القنب، فلو اتخذ من الحرير لم يصح السجود عليه، و هذا إنما يبنى على القول باشتراط كون هذه الأشياء مما لا يلبس بالفعل حتى يكون المتخذ منها غير ممنوع، أو كونه غير مغزول أصلاً إن جوّزناه فيما دون المغزول، و كلاهما لا يقول به المصنف (٣) و أما إخراج الحرير فظاهر على هذا لأنه لا يصح السجود عليه بحال.

و هذا الشرط (٤) على تقدير جواز السجود على هذه الأشياء (٥) ليس بواضح

ذلك يومئ إيماء (١) و هو مجمل من ناحيه جنس القرطاس فلا إطلاق له.

و عليه فمع الجهل بجنس القرطاس أو مع العلم بكونها مصنوعه مما لا يصح السجود عليه كما هو المتعارف في عصرنا فلا يصح السجود عليها لعدم إحراز شرط الصحه في ما يسجد عليه، نعم إذا كان القرطاس مأخوذاً من جنس ما يسجد عليه فالكتابة عليه لا تضر بالسجود كما في خبر جميل المتقدم بشرط أن لا تستوعب الكتابة جميع أجزاء القرطاس بحيث يقع مسمى السجود على أجزاء القرطاس الخاليه عن الكتابة، لأن الكتابة بالمداد أو غيره تشكل جرماً حائلاً بين الجبهه و القرطاس، نعم إذا لم يبق للكتابة إلا اللون فقط فلا منع و لذا جاز التيمم باليد المخضوبه.

(١) و بالنص.

(٢) كالحرير، و فيه: إن الغالب و إن كان كذلك أعني المأخوذ من القطن و الكتان إلا أن المعمول من القنب كان متعارفاً و هو غير مأكول أو ملبوس فيقتصر عليه كما عرفت جمعاً بين أخبار القرطاس و أخبار المنع عن المأكول و الملبوس من نبات الأرض.

(٣) أو يقال إن القطن و الكتان قد خرجا عن الملبوس بالفعل و القوه عند مازجه النوره لهما فلذا جاز السجود عليهما، و أما القنب فهو مما يتخذ منه الحبال فهو من غير الملبوس و المأكول و لذا قصرنا جواز السجود على القرطاس المأخوذ منه فقط.

(٤) أي المتخذ من النبات.

(٥) و هي القطن و الكتان قبل الغزل أو هي من غير الملبوس فعلاً عند مازجه النوره لهما.

ص: ١١٦

لأنه تقييد لمطلق النص أو تخصيص لعاقبه من غير فائده (١)، لأن ذلك (٢) لا يزيله (٣) عن حكم مخالفه الأصل (٤)، فإن أجزاء النوره المنبثه فيه بحيث لا- يتميز من جوهر الخليط جزء يتم عليه السجود كافيه (٥) فى المنع (٦)، فلا يفيد (٧) ما يخالطها (٨) من الأجزاء التى يصح السجود عليها منفرده.

و فى الذكري جواز السجود عليه إن اتخذ من القنب (٩)، و استظهر المنع من المتخذ من الحرير، و بنى المتخذ من القطن و الكتان على جواز السجود عليهما، و يشكل تجويزه القنب على أصله (١٠)، لحكمه فيها (١١) بكونه ملبوسا فى بعض

(١) بناء على أن أخبار الجواز قد نصت على القرطاسيه، و هى مطلقه فيخرج بها عن نصوص التقييد بالأرض و نباتها غير المأكول و الملبوس، و قد عرفت أن أخبار القرطاسيه لا- تنص على إخراج القرطاس بما هو قرطاس لأنها إما مجمله و إما السؤال فيها بلحاظ الكتابه عليها فلا بد من تقييدها حينئذ بأخبار حصر السجود على الأرض و نباتها غير المأكول و الملبوس.

(٢) أى اشتراط كونه متخذاً من النبات.

(٣) أى يزيل القرطاس.

(٤) و هو منع السجود إلا على الأرض و نباتها، و هو ليس منهما.

(٥) خبر لقوله (فإن أجزاء النوره).

(٦) و فيه: ما قاله فى كشف اللثام: «إن المعروف أن النوره تجعل أولاً فى ماده القرطاس ثم يغسل حتى لا يبقى فيها شىء منها» و لذا قال فى مفتاح الكرامه «و الجواب الصحيح أنّ النوره ليست جزءاً منه أصلاً، و إنما توضع مع القنب أولاً كما هو الغالب ثم يغسل حتى لا يبقى فيه شىء منها أصلاً، و لهذا لم يتأمل فيه من هذه الجهه أحد من الأصحاب ممن تقدم على الشهيد، و إنى لأعجب منه و من المحقق الثانى و الشهيد الثانى و سبطه كيف يتأملون فى ذلك و يقولون إن الحكم خارج عن الأصل، و الصانعون له من المسلمين و النصارى قرييون منهم أو بين أظهرهم و لا يسألونهم عن ذلك» انتهى.

(٧) أى للقرطاس، و قد عرفت أنه يفيد.

(٨) أى يخالط النوره.

(٩) و هو المتعين كما عرفت.

(١٠) أصل المصنف.

(١١) أى لحكم المصنف فى الذكري بكون القنب ملبوسا فى بعض البلاد.

البلاد، و أن ذلك (١) يوجب عموم التحريم (٢)، و قال فيها أيضا: في النفس من القرطاس شيء، من حيث اشتماله على النوره (٣) المستحيله من اسم الأرض بالإحراق، قال: إلا- أن نقول الغالب جوهر القرطاس أو نقول: جمود النوره يردّ إليها (٤) اسم الأرض.

و هذا الإيراد (٥) متّجه لو لا خروج القرطاس بالنص الصحيح و عمل الأصحاب، و ما دفع به (٦) الإشكال غير واضح (٧)، فإن أغلبيه المسوّغ (٨) لا- يكفى مع امتزاجه بغيره (٩) و انبثاث أجزاءهما بحيث لا يتميّز، و كون جمود النوره يردّ إليها اسم الأرض في غايه الضعف، و على قوله (١٠) (رحمه الله) لو شكّ في جنس المتخذ منه. كما هو الأغلب. لم يصح السجود عليه، للشك في حصول شرط الصحه. و بهذا ينسّد باب السجود عليه غالبا، و هو غير مسموع في مقابل النصّ و عمل الأصحاب (١١).

(١) أي إذا كان متعارفا في بعض البلاد لبسه فيحرم السجود عليه مطلقا.

(٢) و فيه: إن القنب إذا لم يمازجه النوره فنعم و أما القنب الممزوج بالنوره على المعنى المتقدم فلا يصلح لبسه و لو في بعض البلاد و لذا جاز السجود عليه لأنه قد خرج عن الملبوس فعلا أو قوه، أو أن يقال إنّ لبسه في بعض البلاد على نحو النادر و هذا لا يوجب عموم التحريم إذ الذي يوجب هو القليل في قبال الكثير لا النادر في قبال الغالب الشائع.

(٣) و قد عرفت عدم اشتماله فلا داعى لبقاء شيء في النفس.

(٤) إلى النوره.

(٥) من اشتماله على النوره.

(٦) من أنّ الغالب جوهر القرطاس.

(٧) المراد.

(٨) و هو القنب بناء على حصر القرطاس به في كلامه في الذكرى.

(٩) و هو النوره التي لا- يجوز السجود عليها فكيف جوّز السجود على جوهر القرطاس بالإضافة إلى أن جوهره ممزوج بالنوره بحيث صارت جزءا منه.

(١٠) من حصر جواز السجود على القرطاس المتخذ من القنب فقط.

(١١) و فيه إنه ليس ردا للنص و لا- لعمل الأصحاب، لأن جواز السجود على القرطاس إنما هو بعد تحقق موضوعه و معرفته بالنسبه للمكلف فلو انسّد هذا الباب في تشخيص الموضوع فلا يكون ردا للحكم كما هو واضح.

(و يكره) السجود (على المكتوب) منه مع ملاقاه الجبهه لما يقع عليه اسم السجود خاليا من الكتابه، و بعضهم لم يعتبر ذلك، بناء على كون المداد عرضا لا يحول بين الجبهه و جوهر القرطاس، و ضعفه ظاهر.

الشرط الخامس. طهاره البدن من الحدث و الخبث

(الخامس. طهاره البدن من الحدث و الخبث)

(و قد سبق) بيان حكمهما مفصلا (١).

الشرط السادس. ترك الكلام

اشاره

(السادس (٢). ترك الكلام (٣)

فى أثناء الصلاه،

ثم لا داعى لتشديد الشارح على الماتن فيما قاله فى الذكرى من حصر الجواز بالقرطاس المتخذ بالقنب بعد ما قال الشارح نفسه فى الروض «فالاقتصار فيما خرج عن الأصل على موضع الاتفاق و هو كونه متخذا من غير الملبوس طريق اليقين و سبيل البراءه» و بعد ما قال فى المسالك «و قصر الجواز على ما اتخذ من غير الملبوس هو الأحوط و قوفا فى الرخصه على موضع اليقين».

(١) أما طهاره البدن من الحدث فقد تقدم البحث فى الوضوء و الغسل و التيمم و هى توجب رفع الحدث عن البدن، و أما طهاره البدن من الخبث فقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا فى أحكام النجاسات عند قول المصنف و الشارح: «و هذه النجاسات العشر يجب إزالتها لأجل الصلاه عن الثوب و البدن».

(٢) و البحث فيه عن قواطع الصلاه.

(٣) تعمد الكلام مبطل للصلاه بالاتفاق للأخبار منها: موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إن تكلمت أو صرفت وجهك عن القبلة فأعد الصلاه) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يصيبه الرعاف قال: إن لم يقدر على ماء حتى ينصرف بوجهه أو يتكلم فقد قطع صلاته) ٢ و صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فيمن يأخذه الرعاف قال: (و إن تكلم فليعد صلاته) ٣ ثم لا فرق فى الكلام المبطل بين وجود مخاطب أو لا للإطلاق، و كذا لا فرق بين كونه مضطرا أو مختارا لأن حديث الرفع يرفع المؤاخذه و لا يصلح لإثبات صحه الصلاه، نعم إذا تكلم سهوا فلا تبطل صلاته بلا خلاف للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (فى الرجل يسهو فى -

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٦ و ٧.

و هو (١) على ما اختاره المصنف و الجماعة. ما تركب من

الركعتين و يتكلم فقال عليه السّلام: يتمّ ما بقى من صلاته تكلم أو لم يتكلم و لا شىء عليه(١) و صحيح ابن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتكلم ناسيا فى الصلاه يقول: أقيموا صفوفكم فقال عليه السّلام: يتمّ صلاته ثم يسجد سجدتين)(٢).

نعم يستثنى من الكلام ذكر الله و الدعاء المباح و القرآن فإنه غير مبطل بلا خلاف و يدل عليه موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل و المرأه يكونان فى الصلاه فيريدان شيئا أ يجوز لهما أن يقولوا سبحان الله؟ قال عليه السّلام: نعم، و يوميان إلى ما يريدان)(٣).

و صحيح ابن مهزيار عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الرجل يتكلم فى صلاه الفريضة بكل شىء يناجى به ربه، قال عليه السّلام: نعم)(٤) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (كلما ذكرت الله (عز و جل) به و النبى صلى الله عليه و آله و سلم فهو من الصلاه)٥ و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن ذكر السوره من الكتاب يدعو بها فى الصلاه مثل قل هو الله أحد، قال: إذا كنت تدعو بها فلا بأس)(٥) و ظاهر الأخير اشتراط قصد الدعاء بالقرآن.

(١) أى الكلام، اعلم أنه قد وقع الاتفاق بينهم على أن الكلام المبطل هو ما كان بحرفين فصاعدا سواء كانا موضوعين لمعنى أو مهملين بلا خلاف فيه كما عن الذخيره و ادعى عليه الإجماع فى الحدائق و هو المنقول عن شمس العلوم و شرح الكافيه لنجم الأئمه.

و ألحقوا بالكلام المبطل شيئين الأول: ما كان من حرف واحد مفهم لمعنى مثل (ق) من الوقايه، و فى الحدائق نسبته إلى ظاهر الأصحاب لصدق الكلام عليه لغه و عرفا، بل هو كلام عند أهل العربيه لتضمنه الإسناد المفيد لأن المحذوف منه كالمذكور، و إن تردد فى القواعد، و عن التذكره و النهايه و الدروس عدم البطلان لكونه لا يخرج عن الحرف الواحد و المبطل ما اشتمل على حرفين فصاعدا.

الثانى: الحرف الذى بعده مده ناشئه من إشباع حركته ضما أو كسرا أو فتحا، فإن هذه المده حرف يلحقها بالواو أو الألف أو الياء فيصير المجموع حرفين و بهما تبطل الصلاه.

و أشكل عليهم الشارح هنا بعد ما استعرض ذلك عنهم بإشكالات ثلاثه:

الأول: تقييد الكلام المبطل بما اشتمل على حرفين فصاعدا و لو كانا مهملين مما لا دليل -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٢.
- ٥- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب القراءه في الصلاة حديث ١.

حرفين (١) فصاعداً، وإن لم يكن كلاماً لغه (٢) ولا اصطلاحاً (٣)، وفي حكمه (٤) الحرف الواحد المفيد (٥) كالأمر من الأفعال المعتلة الطرفين، مثل «ق» من الوقايه، و«ع» من الوعايه لاشتماله على مقصود الكلام وإن أخطأ بحذف هاء السكت (٦) وحرف المد (٧) لاشتماله على حرفين فصاعداً.

و يشكل بأن النصوص خاليه عن هذا الإطلاق (٨)، فلا أقلّ من أن يرجع فيه (٩)

عليه، لأن الكلام الوارد في الأخبار محمول على المعنى العرفي وهو صادق على مطلق اللفظ الصادر وهو مطلق الصوت المقطع من جنس الكلام.

الإشكال الثاني: إن الحرف الواحد المفهم للمعنى مثل (ق) من الوقايه هو كلام عرفاً بل أيضاً بحسب أهل اللغة والعربيه، أما بحسب أهل اللغة فهو الموضوع لحرفين فصاعداً بشرط الوضع فهو كذلك لأن المقدّر فيها بمنزله الملفوظ، وأما بحسب أهل العربيه فهو المتضمن للإسناد الخبري أو الإنشائي وهو كذلك، فلا داعي للتردد فيه كما وقع من العلامه في القواعد، أو الجزم بالبطلان كما وقع منه ومن الشهيد.

الإشكال الثالث: إن حرف المدّ بما هو ليس بحرف ولا حركه وإنما هو زياده في مطّ الحرف والنفس به وعليه فالمد ليس بحرف حتى يكون مع ما قبله موجبا للبطلان، وإشكالاته الثلاثه متينه جدا.

(١) موضوعين أو مهملين.

(٢) قد عرفت أن الشائع عند أهل اللغة هو أن الكلام ما تركب من حرفين فصاعداً إذا كان لمعنى فيخرج المهمل.

(٣) قد عرفت أن المصطلح عند أهل العربيه كالنحاه هو أن الكلام ما اشتمل على الإسناد التام الخبري أو الإنشائي، وغيره خارج.

(٤) أي حكم ما تركب من حرفين.

(٥) أي المفيد للمعنى وهو الأمر الأول الملحق عندهم بالكلام.

(٦) لأنه يجب إلحاقها بفعل الأمر إذا كان من حرف واحد.

(٧) والمدّ يحصل من إشباع أواخر الكلم، والمدّه إما ألف أو واو أو ياء، ومقصود الشارح أن حرف المد مع ما قبله حرفان تبطل الصلاه بهما وهذا هو الأمر الثاني الملحق عندهم بالكلام.

(٨) أي إطلاق كون الكلام ما تركب من حرفين فصاعداً، موضوعين كانا أو مهملين، فيجب حمل الكلام المبطل على المعنى العرفي وهذا هو الإشكال الأول.

(٩) في الكلام.

إلى الكلام لغه أو اصطلاحاً (١)، و حرف المدّ (٢). و إن طال مدّه بحيث يكون بقدر أحرف (٣). لا- يخرج عن كونه حرفاً واحداً في نفسه، فإن المدّ. على ما حققوه. ليس بحرف ولا- حركه، و إنما هو زياده في مطّ الحرف و النفس به، و ذلك لا يلحقه بالكلام.

و العجب (٤) أنهم جزموا بالحكم الأول مطلقاً (٥)، و توقفوا في الحرف المفهم من حيث كون المبطل الحرفين فصاعداً، مع أنه (٦) كلام لغه و اصطلاحاً (٧).

و في اشتراط كون الحرفين موضوعين لمعنى وجهان (٨)، و قطع المصنف بعدم اعتباره. و تظهر الفائده في الحرفين الحادثين من التنحنح و نحوه (٩) و قطع

(١) أي فإن لم يحمل على المعنى العرفي فيجب حمله على المعنى اللغوي أو الاصطلاحى عند أهل العربية، و أما حمله على ما يخالف الجميع فهو مما لا دليل عليه، و هذا من تنمّه الإشكال الأول.

(٢) هذا هو الإشكال الثالث المتقدم.

(٣) فيقال: مدّ بمقدار خمس ألفات، و يراد منه التقدير لزمان النطق بالألفات الخمسه لا أن المدّ هو بحقيقته خمس ألفات كما هو واضح.

(٤) شروع في عرض الإشكال الثانى.

(٥) أي جزموا بكون الكلام ما تركب من حرفين موضوعين أو مهملين.

(٦) أي مع أن الحرف المفهم.

(٧) أما لغه فلائنه من حرفين غايته أحدهما مقدر، و أما اصطلاحاً فلائنه مشتمل على الإسناد بين الفعل و الفاعل.

(٨) قد عرفت إطباقهم على عدم اشتراط كون الحرفين موضوعين لمعنى، و لذا قال فى الجواهر: «فما عن الروضه من أن فى اشتراط كون الحرفين موضوعين لمعنى وجهين، و قطع المصنف بعدم اعتباره فى غير محله قطعاً».

(٩) كالأنين و التآوه، اعلم أن الصلاه لا تبطل بصوت التنحنح و لا بصوت الأنين و التآوه و النفخ و إن كان هذا الصوت مؤلفاً من حرفين، لخروج ذلك عن مسمى الكلام عرفاً و يدل عليه مع ذلك موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يسمع صوتاً بالباب و هو فى الصلاه فيتحننح لتسمع جاريته أو أهله لتأتيه، فيشير إليها بيده ليعلمها من بالباب، لتنظر من هو، فقال عليه السّلام: لا بأس به) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن -

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

العلامة بكونهما حينئذ غير مبطلين، محتجا بأنهما ليسا من جنس الكلام، و هو حسن (١).

و اعلم أن في جعل هذه التروك من الشرائط تجوزا ظاهرا، فإن الشرط يعتبر كونه متقدما على المشروط و مقارنا له، و الأمر هنا ليس كذلك (٢).

في الفعل الكثير

(و) ترك (الفعل الكثير (٣) عاده) و هو ما يخرج به فاعله عن كونه مصليا عرفا. و لا عبره بالعدد (٤)، فقد يكون الكثير فيه قليلا كحركة الأصابع، و القليل

رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المكان يكون عليه الغبار أ فأنفخه إذا أردت السجود، فقال عليه السلام: لا بأس) (١)، نعم ورد في خبر طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (من أن في صلاته فقد تكلم) (٢) و هو محمول على الكراهه جمعا، أو معرض عنه بين الأصحاب كما عن غير واحد.

(١) وفيه: إن معنى الكلام عرفا ينطبق عليهما بل ينطبق على الحرف الواحد المهمل، و هذا ما ذهب إليه الشارح أولا فكيف استحسن ذلك من العلامة، ثم إن ظاهر كلامه أن الشهيد و العلامة قد خالفا بالمهمل و حكما بعدم البطلان، و نقله عن الشهيد قد عرفت ما قاله فيه صاحب الجواهر، و أما نقله عن العلامة مع استحسانه له مع أنه على خلاف مبناه فقد قال عنه في الجواهر «و هو أغرب من الأول».

(٢) لأن التروك لا يجب تقدمها على الصلاة و إنما يعتبر مقارنتها فقط.

(٣) بل ترك كل فعل تمحى به صورته الصلاة سواء كان الفعل قليلا أو كثيرا بلا خلاف فيه و لا إشكال، و قد اعترف أكثر من واحد بعدم النص عليه، فقال في المدارك: «لم أقف على روايه تدلّ بمنطوقها على بطلان الصلاة بالفعل الكثير»، نعم مستند البطلان هو خروج المصلي عن كونه مصليا بهذا الفعل كما علّله في المعتمر و المنتهى و جماعه، و منه تعرف أن المدار على محو صورته الصلاة و ليس له ضابط خاص. فقد يكون الكثير قليلا غير ماح لصورته الصلاة كحركة الأصابع، و قد يكون القليل كثيرا ماحيا لصورته الصلاة كالوثبة الفاحشه، و منه تعرف أن عدّ الركعات و التسييح بالأصابع و السبحه كما هو المتعارف عند بعض المصلين لا يضّر لعدم محو صورته الصلاة، و منه تعرف حكم السكوت الطويل الموجب لمحو صورته الصلاة دون القليل.

(٤) أي عدد الأفعال.

ص: ١٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السجود حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

فيه كثيرا كالوثبه الفاحشه.

و يعتبر فيه التوالى (١)، فلو تفرّق بحيث حصلت الكثره فى جميع الصلاه و لم يتحقّق الوصف (٢) فى المجتمع (٣) منها لم يضر، و من هنا كان النبىّ صلى الله عليه و آله و سلم يحمل أمامه و هى ابنه ابنته و يضعها كلما سجد ثم يحملها إذا قام (٤). و لا يقدح القليل كلبس العمامه و الرّداء و مسح الجبهه و قتل الحيّه و العقرب و هما منصوبان (٥).

فى السكوت الطويل و البكاء و القهقهه

(و) ترك (السكوت الطويل) المخرج عن كونه مصليا (عاده) و لو خرج به عن كونه قارئا (٦) بطلت القراءه خاصه.

(و) ترك (البكاء) (٧) بالمدّ، و هو ما اشتمل منه على صوت، لا مجرد خروج

(١) أى توالى الفعل المنافى بحيث لو فرّق على أجزاء الصلاه لخرج عن كونه ماحيا فلا بأس، نعم لو أتى به دفعه واحده و عدّ ماحيا لصوره الصلاه فهو مبطل و هذا هو مراده من التوالى.

(٢) و هو الخروج عن كونه مصليا عرفا.

(٣) أى المجتمع فعلا من دون ضم بقيه الأفعال الواقعه فى بقيه أجزاء الصلاه.

(٤) صحيح مسلم ج ٢ ص ٧٣.

(٥) ففى خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (رجل يرى العقرب و الأفعى و الحيه و هو يصلى أ يقتلها؟ قال: نعم إن شاء فعل) (١) و مثله غيره من الأخبار، و فى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن تحمل المرأه صبيها. و هى تصلى و ترضعه و هى تشهد) (٢).

(٦) فالسكوت له حدّ لا يضرّ بالصلاه و لا بالقراءه، و له حدّ يضرّ بالقراءه فقط دون الصلاه و له حدّ يضرّ بالقراءه و الصلاه و المرجع هو العرف.

(٧) تعمد البكاء موجب لبطلان الصلاه على المشهور لخبر النعمان بن عبد السلام عن أبى حنيفه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن البكاء فى الصلاه أ يقطع الصلاه؟ فقال عليه السّلام:

إن بكى لذكر جنه أو نار فذلك هو أفضل الأعمال فى الصلاه، و إن كان ذكر ميتا له فضلاته فاسده) (٣)، و عن الأردبيلي و جماعه الإشكال فيه لضعف الخبر و فيه: إن عمل الأصحاب به جابر لو هنه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

الدمع مع احتمال له لأنه (١) البكا مقصورا، والشك في كون الوارد منه في النص مقصورا أو ممدودا، وأصالة عدم المدّ معارض بأصالة صحه الصلاة، فيبقى الشك في عروض المبطل مقتضيا لبقاء حكم الصحه.

هذا و اعلم أن البكاء يمدّ و يقصر فمع المدّ يراد به البكاء المشتمل على الصوت، و مع القصر يزداد به الدموع فقط و هو المحكى عن الصحاح و الخليل و الراغب و ابن فارس و عن المقاييس نسبتته إلى النحويين، و باعتبار أن المسئول عنه في الروايه كما وصلت إلينا بالمدّ فيكون البكا مقصورا و مجردا عن الصوت فلا بأس به و إن كان لذكر الميت و قد نسب ذلك إلى المشهور بين الأصحاب كما في الحدائق، هذا و يحتمل أن يكون البكاء في الروايه مقصورا إذ لا توجد نسخ مضبوطة تقطع النزاع مع العلم بتسامح النسخ بالإضافه إلى أن لفظ البكاء بالمد قد وقع في السؤال مع أن الحكم مستفاد من الجواب و هو مشتمل على الفعل (إن بكى) و هو مطلق يشمل الحالتين، فضلا عن أصالة عدم الزيادة في اللفظ و المعنى عند الشك فيها، و أيضا لا نسلم بهذا الفرق بين الممدود و المقصور إذ المعنى العرفي أعم و لا بد أن تحمل الروايه عليه.

و في الكل تأمل أما في الأول فكل النسخ قد جاءت بالممدود فلا داعي لاحتمال غيره، و الثاني أن الفعل و إن كان كذلك إلا أن المراد منه هو الممدود للتطابق بين الجواب و السؤال و الثالث معارض بأصالة صحه الصلاة لو بكى من دون صوت، و الرابع أن الفرق بين العرف و اللغه في عصرنا غير متحقق و أن البكاء فيهما هو ما يشمل المجرد لكن اتفاق أهل اللغه على ما نقل يوجب أن يكون المعنى العرفي في زمن صدور النص متطابقا معه، و إن كان الاحتياط لا يترك في البكاء المجرد عن الصوت.

ثم اعلم أن الروايه و إن نصت على البكاء لذكر الميت لكن مقابلته مع ذكر الجنه و النار يقتضى أن يكون ذكر الميت من باب المثال لكل ما يكون من الأمور الدينويه، نعم إذا صلى و دعا الله بأمر دنيوى لكنه بكى تذللًا لله تعالى حتى يقضى حاجته فهو من المرغبات شرعا ففى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا خفت أمرا يكون أو حاجه تريدها فابدأ بالله تعالى فمجده و أثن عليه كما هو أهله و صلّ على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و سل حاجتك، و تباك و لو مثل رأس الذباب، إن أبى عليه السّلام كان يقول: إن أقرب ما يكون العبد من الرب (عز و جل) و هو ساجد باك)(١).

(١) أى مجرد خروج الدمع.

ص: ١٢٥

و إنما يشترك ترك البكاء (للدنيا) كذهاب مال و فقد محبوب، و إن وقع على وجه قهري في وجه (١)، و احترز بها عن الآخرة، فإن البكاء لها. كذكر الجنة و النار، و درجات المقرّبين إلى حضرته، و دركات المبّعدين عن رحمته. من أفضل الأعمال (٢). و لو خرج منه حينئذ (٣) حرفان فكما سلف (٤).

(و) ترك (القهقهه) (٥) و هي: الضحك المشتمل على الصوت و إن لم يكن فيه

(١) لا يمكن دفعه، فلو بكى على نحو الاضطرار تبطل الصلاة على المشهور بل قيل: لم يعرف مخالفا فيه لإطلاق النص، و حديث الرفع يرفع الإثم و لا يصحح ما وقع منه.

(٢) ففي خبر منصور بن يونس عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتباكى في الصلاة المفروضة حتى يبكى، فقال: قره عين و الله، و قال: إذا كان ذلك فاذكرني عنده) (١) و خبر سعد بن عبيدة السابري (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أ يتباكى الرجل في الصلاة؟ فقال: يخ بخ و لو مثل رأس الذباب) ٢.

(٣) أي و لو خرج من المصلى حين كون بكائه لذكر الجنة و النار.

(٤) من اشتراط كونهما موضوعين لمعنى فيبطل و إلا- فلا- و قد استحسسه الشارح الثاني، و لذا قال في الروض «و لو خرج منه حرفان بحيث لا يصدق عليهما اسم الكلام فكما مرّ في التنحج، و قطع المصنف. أي العلامة. هنا أيضا بعدم البطلان بهما» هذا و قد عرفت خروجهما عن اسم الكلام عرفا و ليس البطلان لأن الكلام المبطل هو ما تركب من حرفين موضوعين لمعنى دون المهملين.

(٥) فالقهقهه مبطله للصلاة بالاتفاق للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (القهقهه لا تنقض الوضوء و تنقض الصلاة) (٢) و موثق سماعه (سألته عن الضحك هل يقطع الصلاة؟ قال: أما التبسم فلا يقطع الصلاة و أما القهقهه فهي تقطع الصلاة) ٤

و في صحيح ابن أبي عمير عن رهط سمعوه يقول: (إن التبسم في الصلاة لا- ينقض الصلاة و لا- ينقض الوضوء، إنما يقطع الضحك الذي فيه القهقهه) ٥

و القهقهه هي الضحك المشتمل على الصوت و المدّ و الترجيع كما عن العين و تهذيب اللغة، و عليه فلا تكون مطلق الضحك و إن اشتمل على الصوت، و لكن لا- بد من كون المراد من المبطل هو مطلق الضحك لوقوعها في قبالة التبسم مع كون الخبر بصدد بيان حكم تمام أفراد الضحك، و المراد بالخبر هو موثق سماعه المتقدم.

ص: ١٢٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٥.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٢ و ٣.

ترجيع، ولا شده، و يكفى فيها و فى البكاء مساهما (١)، فمن ثم أطلق. و لو وقعت على وجه لا يمكن دفعه ففیه و جهان (٢)، و استقرب المصنف فى الذكرى البطلان.

فى التطبيق و التكتف

(و التطبيق) (٣) و هو: وضع إحدى الراحتين على الأخرى راعيا بين ركبتيه، لما روى من النهى عنه، و المستند ضعيف، و المنافاه به من حيث الفعل (٤) منتفیه، فالقول بالجواز أقوى، و عليه المصنف فى الذكرى.

(و التكتف) (٥) و هو: وضع إحدى اليدين على الأخرى بحائل و غيره فوق

(١) أى مسمى الضحك و البكاء.

(٢) لم يخالف فى البطلان إلا-الأردبيلی، و مستند المشهور عموم النصوص المتقدمه، و دعوى حديث الرفع و الاضطراب و التمسك به كما عن الأردبيلی لا تنفعه لأن الخبر يرفع المؤاخذة فقط.

(٣) فعن أبى الصلاح و الشهيد و العلامه فى المختلف كراهته، و عن ابن الجنيد و الفاضلين و ظاهر الخلاف كما عن الذكرى و أيضا نسب فيها إلى أبى الصلاح التحريم مع أنه فى البيان نسب إليه الكراهه، و نسب إلى ابن مسعود و صاحبيه الأسود بن يزيد و عبد الرحمن بن الأسود الاستحباب، بل عن الخلاف للشيخ أن ابن مسعود قائل بوجوبه.

و على كل فلا- يوجد فى ذلك إلا خبر قرب الإسناد المروى عن على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (قال على بن الحسين عليهما السلام: وضع الرجل إحدى يديه على الأخرى فى الصلاه عمل و ليس فى الصلاه على) (١) و هذا ما أورده صاحب الجواهر و أورد عليه بأنه ناظر إلى التكتيف.

و إلا ما روته العامه عن مصعب بن سعد بن أبى وقاص (صليت إلى جنب أبى فطقت يديّ و جعلتهما بين ركبتيّ، فضرب أبى فى يدي فلما انصرف قال: يا بنى إنا كنا نفعل ذلك فأمرنا أن نضرب بالأكف على الركب) و هى مع ضعف سندها لا تدل على النهى عن التطبيق إذ لعل الوضع على الركب هو المستحب فلذا أمروا به فلا- يكون غيره مكروها، و لذا قال البعض كما فى المستمسك بأنه لا دليل عليه ظاهرا.

(٤) أى من حيث إنّه فعل كثير فتبطل الصلاه.

(٥) على المشهور للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (الرجل يضع يده

ص: ١٢٧

السره و تحتها بالكف عليه و على الزند، لإطلاق النهى عن التكفير الشامل لجميع ذلك (إلا لتقيه) فيجوز منه ما تأدت به، بل يجب، و إن كان عندهم سنه، مع ظن الضرر بتركها، لكن لا تبطل الصلاة بتركها (١) حينئذ (٢) لو خالف (٣)، لتعلق النهى بأمر خارج بخلاف المخالفه فى غسل الوضوء بالمسح (٤) و الالتفات إلى ما وراءه (٥)

فى الصلاة و حكى اليمنى على اليسرى فقال: ذلك التكفير لا تفعل (١) و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (و لا تكفر وإنما يفعل ذلك المجوس) ٢ و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (و سألته عن الرجل يكون فى صلاته أ يضع إحدى يديه على الأخرى بكفه أو ذراعه؟ قال: لا يصلح ذلك، فإن فعل فلا يعود له) ٣ و خبره الآخر المتقدم (وضع الرجل إحدى يديه على الأخرى فى الصلاة عمل و ليس فى الصلاة عمل) ٤.

و ذهب أبو الصلاح و المحقق فى المعتمد و جماعه إلى الكراهه و يدفعهم النهى الظاهر فى التحريم و البطلان، ثم إن جماعه كالصديق فى الفقيه و المفيد فى المقنعه و ابن زهره فى الغنيه و المحقق فى النافع و الشرائع اقتصروا على كون التكتف بوضع اليمنى على اليسرى كما هو ظاهر صحيح ابن مسلم المتقدم، و غيرهم ذهب إلى مطلق وضع إحدى اليدين على الأخرى كما هو صريح بقيه النصوص، إذا صدر منه بداعى التخضع سواء كان بينهما حائل أو لا و سواء كانا فوق السره أو تحتها و سواء وضع إحدى اليدين على الأخرى أو وضعها على الزند أو الذراع.

نعم إن صدر تقيه فلا بأس لعموم أدله التقيه، و كذا لو صدر بداعى الحكك و نحوه فلا بأس لخروجه عن كونه بداعى التخضع المنهى عنه.

(١)التقيه.

(٢)أى حين ظن الضرر بتركها.

(٣)و ترك التكفير، لأن النهى حينئذ هو نهى عن ترك التكفير و هو نهى عن وصف خارج عن أفعال الصلاة.

(٤)بحيث وجب عليه غسل القدم تقيه فخالف و مسح فالنهى هنا مبطل للوضوء لتعلقه بفعل من أفعال الوضوء و هو المسح.

(٥)فى الجملة هو مبطل بالاتفاق فإن كان ببدنه أجمع فتبطل الصلاة لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (الالتفات يقطع الصلاة إذا كان بكله) (٢).

ص: ١٢٨

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٢ و ٥ و ٤.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٣.

إن كان يبسنه أجمع، و كذا بوجهه عند المصنف و إن كان الفرض بعيدا (١)، أما إلى ما دون ذلك كاليمين و اليسار، فيكره بالوجه (٢) و يبطل بالبدن (٣) عمدا (٤) من حيث الانحراف عن القبلة.

فى الأكل و الشرب

(و الأكل و الشرب) (٥) و إن كان قليلا كاللقمه، إما لمنافاتها وضع

و مفهومه إذا لم يكن بكله فلا تبطل الصلاة و إن التفت بالوجه مستديرا و إليه ذهب العلامة و جماعه، و يدفعه أن الالتفات بالوجه مستديرا مبطل للصلاة لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا التفت فى صلاة مكتوبه من غير فراغ فأعد الصلاة إذا كان الالتفات فاحشا) (١) و الاستدبار بالوجه من مصاديق الالتفات الفاحش إلا أن يقال إن المراد منه ما كان بكل البدن و لكن يدفعه صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام (سألته عن الرجل يكون فى صلاته فيظن أن ثوبه قد انخرق أو أصابه شىء هل يصلح له أن ينظر فيه أو يمسه، قال: إن كان فى مقدم ثوبه أو جانبيه فلا بأس و إن كان فى مؤخره فلا يلتفت فإنه لا يصلح) ٢ و عليه يحمل موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إن تكلمت أو صرفت وجهك عن القبلة فأعد الصلاة) ٣.

و أما الالتفات بالوجه عن القبلة إلى ما بين اليمين و الشمال فلا تبطل الصلاة لخبر عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الالتفات فى الصلاة أيقطع الصلاة؟ فقال عليه السلام:

لا و ما أحب أن يفعل) ٤ و قد حملت على هذه الصورة جمعا بينها و بين ما تقدم، و خالف فخر المحققين فى هذه الصورة و أوجب بطلان الصلاة و هو ضعيف للخبر.

(١) بحيث يبقى البدن مستقبلا و الوجه مستديرا.

(٢) قد عرفت حكم التفات الوجه إلى ما بين اليمين و اليسار، و أما إلى نفس اليمين و اليسار فجائز لصحيح على بن جعفر المتقدم (إذا كان فى مقدم ثوبه أو جانبيه فلا بأس و إن كان فى مؤخره فلا يلتفت فإنه لا يصلح) فجعل البطلان فى النظر إلى المؤخره فغيره يكون جائزا بل و كذا النظر إلى الجانبين مما يستدعى النظر إلى عين يمين المصلى و يساره، لكن حكم بالكراهه لإطلاق موثق أبى بصير المتقدم و إن حمل على صورته الاستدبار.

(٣) لأنه مناف للاستقبال الذى هو شرط فى صحه الصلاة.

(٤) بل و سهوا لإطلاق النصوص و حديث الرفع قد تقدم أنه لا يرفع إلا المؤخره و الإثم.

(٥) بلا خلاف فيه لكن اختلفوا فى السبب الموجب للبطلان فقليل لكونه أكلا و شربا و يكفى -

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢ و ٤ و ٦ و ٥.

الصلاه (١)، أو لأن تناول المأكول والمشروب ووضع في الفم وازدرداه أفعال كثيره (٢)، وكلاهما ضعيف، إذ لا دليل على أصل المنافاه (٣)، فالأقوى اعتبار الكثره فيهما عرفا (٤)، فيرجعان إلى الفعل الكثير، وهو اختيار المصنف في كتبه الثلاثه (إلا في الوتر لمن يريد الصوم) وهو عطشان (فيشرب) (٥) إذا لم يستدع منافيا غيره، وخاف فجأه الصبح قبل إكمال غرضه منه ولا فرق فيه (٦) بين الواجب والندب.

واعلم أن هذه المذكورات أجمع إنما تنافى الصلاه مع تعمدها (٧)، عند

حينئذ مسماهما كما عن الشيخ وفيه أنه لا دليل عليه، وقيل لأنه فعل كثير لان تناول المأكول ومضغه وابتلاعه أفعال متعدده وكذا المشروب كما عن التذكرة ونهايه الأحكام، وقيل لأنه بالأكل والشرب يعرض عن الصلاه كما عن الشهيد، والحق كما عن جماعه أنهما يوجبان محو صورته الصلاه عرفا فلذا تبطل الصلاه. نعم لا بد من استثناء ابتلاع بقايا الطعام الباقية في الفم أو بين الأسنان لأنه لا يصدق عليه الأكل ولو صدق فهو لا يوجب محو صورته الصلاه عرفا وهذا الاستثناء متفق عليه أيضا.

(١) كما عن الشيخ.

(٢) كما عن العلامة.

(٣) إذ لا دليل على أن مطلق الأكل والشرب يبطل الصلاه.

(٤) بل الأقوى جعل المناط هو محو صورته الصلاه بهما عرفا بلا فرق بين القليل والكثير.

(٥) لخبر سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (إني أبيت وأريد الصوم فأكون في الوتر فأعطش فأكره أن أقطع الدعاء وأشرب، وأكره أن أصبح وأنا عطشان، وأمامي قلبه بيني وبينها خطوتان أو ثلاث، قال عليه السلام: تسعى إليها وتشرب منها حاجتك وتعود في الدعاء) (١). نعم قيدت الروايه بما إذا لم يصدر منه المنافى بحيث لا يستدبر القبلة إذا رجع بل يرجع القهقري، وهذه الرخصه مقصوره على الماء إذا كان عطشاناً وأما إذا لم يكن عطشاناً فلا. وكذا يمنع من الأكل في الصلاه لعدم شمول النص له وأيضاً مخصوص بمن يريد الصوم ويخشى طلوع الفجر، ومخصوص بما إذا كان في الوتر وفي حال الدعاء وإن كان الأولى تعميم الرخصه لمطلق النافله ولو كان في غير الدعاء إذا لا خصوصيه للروايه في الوتر وفي الدعاء.

(٦) في الصوم لإطلاق الخبر.

(٧) لأن صدورهما سهوا لا يضر لحديث الرفع وهذا ما ذهب إليه الجليل إن لم يكن الكل وقد-

ص: ١٣٠

المصنف مطلقا (١)، و بعضها إجماعا (٢)، و إنما لم يقيد هنا اكتفاء باشرطه تركها، فإن ذلك يقتضى التكليف به (٣) المتوقف على الذكر، لأن الناسى غير مكلف ابتداء، نعم الفعل الكثير ربما توقف المصنف فى تقييده بالعمد، لأنه أطلقه فى البيان، و نسب التقييد فى الذكرى إلى الأصحاب، و فى الدروس إلى المشهور، و فى رساله الألفيه جعله من قسم المنافى مطلقا (٤) و لا يخلو إطلاقه هنا (٥) من دلالة على القيد (٦) إلحاقا له بالباقي (٧). نعم لو استلزم الفعل الكثير ناسيا انمحاء صورته الصلاه رأسا توجه البطلان أيضا، لكن الأصحاب أطلقوا الحكم.

الشرط السابع. الإسلام

فى تكليف الكفار

(السابع. الإسلام: فلا تصح العباده) (٨) مطلقا (٩) فتدخل الصلاه (١٠) (من الكافر) (١١) مطلقا و إن كان مرتدا مليا، أو عرفت أن حديث الرفع يرفع المؤاخذه فقط و لا يصحح الصلاه لو وقعت هذه المذكورات فى أثنائها و لذا استثنى بعضهم صورته النسيان أو الجهل بالحكم الوضعى فحكم بالبطلان.

(١) أى فى كل فرد من أفراد هذه المذكورات.

(٢) أى أن الإجماع قام على إبطال بعضها فى صورته التعمد و إن ذهب المصنف إلى إبطال جميعها فى هذه الصورته.

(٣) أى بالترك.

(٤) سواء صدر عمدا أو لا.

(٥) فى اللمعه.

(٦) و هو أن الفعل الكثير ينافى الصلاه فى صورته التعمد، لأنه لم يقيد بالإطلاق بل جعله كغيره، و قد عرفت أن الجميع عند المصنف مختص بصوره العمد.

(٧) للفعل الكثير بباقي المذكورات.

(٨) لا تصح العباده من الكفار لاشرط إيقاعها مع قصد التقرب و هو منفى من الكفار إذ لا يتأتى لهم، و لذا اشترط الإسلام فى صحه العبادات.

(٩) صلاه كان أو غيرها.

(١٠) أى تدخل فى العباده التى لا تصح من الكفار.

(١١) إن قلت: إن عدم تأتي النيه من الكفار إنما يتم في الكافر الدهرى الذى لا يعرف الله، و أما غيره ممن جحد أمرا ضروريا فيتأتى منه قصد التقرب، قلت: مرادهم من نفى التقرب في حق الكافر هو نفى التقرب الموجب لترتب الثواب و هذا لا يمكن في الكافر -

ص: ١٣١

فطريا (و إن وجبت عليه) (١).

كما هو قول الأكثر، خلافا لأبي حنيفة حيث زعم أنه غير مكلف بالفروع فلا يعاقب على تركها، و تحقيق المسألة في الأصول. (و التمييز) (٢) بأن يكون له قوه يمكنه بها معرفه أفعال الصلاه ليميز الشرط من الفعل، و يقصد بسببه فعل العباده، (فلا تصح من المجنون (٣)، و المغمى عليه (٤) و الصبى (غير المميز لأفعالها) بحيث لا يفرق بين ما هو شرط فيها و غير شرط، و ما هو واجب و غير واجب، إذا تبه عليه.

في تمرين الصبى على الصلاه

(و يميز الصبى) على الصلاه (لست) (٥)، و فى البيان لسبع (٦)، و كلاهما

المحكوم بدخوله النار، و فيه: إنه لا دليل على ذلك و إلا للزم عدم صحه عبادات المخالفين لعدم ترتب الثواب عليها، و سيأتى له تتمه فى الحاشيه الآتية.

(١) أى وجبت العباده على الكافر و هذا هو المشهور المعروف عن الإماميه، و ادعى بعضهم الإجماع عليه و يقتضيه عموم أدله التكليف، و خالف أبو حنيفة فذهب إلى عدم تكليفهم بالفروع و يؤيده أن تكليف الكافر بالفروع مشكل مع الالتزام بعدم صحتها منه فلو أريد الإتيان بها حال الكفر مع عدم الصحه فهو تكليف ما لا يطاق و هو قبيح عقلا و لو أريد الإتيان بها بعد إسلامه فهو مناف لالتزامهم بأن العبادات الثابته حال الكفر تسقط بالإسلام للحديث النبوى المشهور: (الإسلام يجب ما قبله) (١).

و ردّ بأنهم قادرون على الامتثال الموجب للتقرب برفع الكفر فهو تكليف بالمقدور.

(٢) لأنه مع عدم التمييز فهو كالجمادات و يمتنع تكليفه و هذا واضح عقلا.

(٣) لمنافاه الجنون للنيه.

(٤) لأن الإغماء ينافى النيه كالجنون.

(٥) لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (فى الصبى متى يصلى؟ قال: إذا عقل الصلاه، قلت: متى يعقل الصلاه و تجب عليه؟ قال: لست سنين) (٢).

(٦) لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام (أنا نأمر صبياننا بالصلاه إذا كانوا بين خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا بنى سبع سنين) ٣.

ص: ١٣٢

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢ و ٥.

مروى، و يضرب عليها لتسع (١)، و روى لعشر (٢)، و يتخير (٣) بين نيه الوجوب و الندب، و المراد بالتمرين التعويد على أفعال المكلفين ليعتادها قبل البلوغ فلا يشق عليه بعده.

الفصل الثالث. فى كيفية الصلاة

إشاره

(الفصل الثالث. فى كيفية الصلاة)

فى الأذان و الإقامه

فى استحبابهما

(و يستحب) (٤) قبل الشروع فى الصلاة (الأذان و الإقامه) و إنما جعلهما من الكيفيه خلافا للمشهور من جعلهما من المقدمات نظرا إلى مقارنة الإقامه لها غالبا (٥) لبطلانها (٦) بالكلام و نحوه (٧) بينها و بين الصلاة، و كونها أحد

(١) لخبر عبد الله بن فضاله عن أبى عبد الله أو أبى جعفر عليهما السلام (يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفيك، فإذا غسلهما قيل له:

صل، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين فإذا تمت له علم الوضوء و ضرب عليه و أمر بالصلاه و ضرب عليها، فإذا تعلم الوضوء و الصلاه غفر الله لوالديه إن شاء الله) (١).

(٢) لا يوجد خبر يدل على ضرب الطفل لعشر على الصلاة. نعم ورد فى خبر الجعفرىات مسندا: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: مروا صبيانكم بالصلاه إذا كانوا أبناء عشر سنين) (٢).

(٣) بل ذكر جماعه تخيير الصبى فى كل عبادته بين نيه الوجوب و نيه الندب، أما الوجوب لغرض التمرين على الفعل الواجب، و أما الندب لعدم وجوب العباده عليه، بل بعضهم رجح نيه الوجوب أو مطلق القربه من دون قصد الوجوب أو الندب لأن عبادات الصبى تمرينه لحديث رفع القلم، و فيه: إن حديث رفع القلم يرفع الإلزام و المؤاخذه و لا- يرفع الرجحان و المشروعيه، بل الأصح أن عباداته مشروعه لإطلاق أدله التشريع، نعم لا يقصد الوجوب و لا الندب لعدم الدليل عليه بل يقصد مطلق القربه.

(٤) سيأتى دليله إن شاء الله تعالى.

(٥) التقييد بالغالب إما باعتبار الغلبه فى أفراد الصلاة و هى الصلاه اليوميه بالنسبه إلى غيرها، و إما باعتبار أن الغالب فى أحوال المصلين مقارنة الإقامه للصلاه، و غير الغالب هو المصلى الذى يكتفى بإقامه غيره فصلاته غير مقارنة لإقامته.

(٦) أى الإقامه و سيأتى الكلام فى أنها لا تبطل، نعم يكره ذلك.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٧.
٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٣.

الجزءين (١) فكانا كالجاء المقارن، كما دخلت النيه فيها، (٢)، مع أنها خارجه عنها (٣)، متقدمه عليها (٤) على التحقيق.

فى كفتها

و كفتها (بأن ينويها) (٥) أولا- لأنهما عباده، ففتقر فى الثواب عليها (٦) إلى النيه (٧)، إلا ما شد (٨)، (و يكبر أربعا فى أول الأذان، ثم التشهدان) بالتوحيد و الرساله، (ثم الحيعلات الثلاث، ثم التكبير، ثم التهليل، مثنى مثنى)، فهذه ثمانيه عشر فصلا (٩).

(١) و هم و دفع، أما الوهم: إن الإقامه مقارنه للصلاه و أما الأذان فلا داعى لجعله من كفيه الصلاه، و دفعه: إن الإقامه أحد جزئى الأذان و الإقامه، فإذا اعتبرت المقارنه بين الصلاه و بين أحد الجزئين فقد اعتبرت أيضا بين الصلاه و بين الجزئين معا.

(٢) فى الصلاه بناء على أنها جزء.

(٣) بناء على أنها شرط و هو الصحيح بدليل الوجدان.

(٤) بحيث يقع التقارن بين آخر جزء من النيه و أول جزء من التكبير بناء على أن النيه إخطاريه و قد عرفت أنها على نحو الداعى فلا داعى للبحث فى محل النيه أنها عند أول التكبير أو بين الألف و الراء من تكبيره الإحرام أو يتبدأ التكبير عند انتهائها.

(٥) أى يأتى بهما بنيه التقرب، فهما متوقفان على نيه التقرب لأنهما عبادان بالاتفاق و الارتكاز المتشرعى شاهد على ذلك.

(٦) على العباده.

(٧) أى كل عباده لا يثاب عليها إلا بنيه التقرب، بل لا تتقوم العباده إلا بنيه التقرب.

(٨) كالأذان فى أذن المولود اليمنى و الإقامه فى أذنه اليسرى فهى عباده يترتب عليها الثواب و غير مفتقره على النيه كما قيل هذا بالنسبه للأذان و الإقامه، و يمكن أن يريد بقوله إلا ما شد بالنسبه إلى مطلق العبادات كمعرفه الله و إجلاله و تعظيمه و السجود له و سائر التخشعات فإنها عباده لا تتوقف على النيه، و كذا نفس النيه فإنها أمر عبادى لا تتوقف على النيه و الا لزم التسلسل.

(٩) بالاتفاق و يدل عليه الأخبار منها: خبر إسماعيل الجعفى عن أبى جعفر عليه السلام: (الأذان و الإقامه خمس و ثلاثون حرفا، فعّد ذلك بيده واحدا واحدا، الأذان ثمانيه عشر حرفا، و الإقامه سبعة عشر حرفا) (١)، و خبر الحضرمى و كليب الأسدى جميعا عن أبى عبد الله

ص: ١٣٤

(و الإقامه مثنى) فى جميع فصولها و هى فصول الأذان إلا ما يخرجها (و يزيد بعد حى على خير العمل قد قامت الصلاة مرتين و يهّل فى آخرها مره) واحده.

فصولها سبعة عشر (١) تنقص عن الأذان ثلاثه و يزيد اثنين، فهذه جمله الفصول المنقوله شرعا،(و لا يجوز اعتقاد شرعيه غير هذه) الفصول (فى الأذان و الإقامه كالتشهد بالولاية) (٢) لعلى عليه السلام (و أن محمدا و آله خير البريه) أو خير البشر (و إن)

عليه السلام (حكى لهما الأذان فقال: الله أكبر الله أكبر الله أكبر الله أكبر، أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن لا إله إلا الله أشهد أن محمدا رسول الله أشهد أن محمدا رسول الله، حى على الصلاة حى على الصلاة، حى على الفلاح حى على الفلاح، حى على خير العمل حى على خير العمل، الله أكبر الله أكبر، لا إله إلا الله لا إله إلا الله) (١).

نعم يعارضها طائفه من النصوص مثل صحيح صفوان عن أبى عبد الله عليه السلام (الأذان مثنى مثنى و الإقامه مثنى مثنى) ٢ و هى لا تقاوم الطائفه الأولى لأنها المشهور و عليها العمل.

(١) إنه مذهب الأصحاب و عليه عمل الطائفه و يدل عليه خبر إسماعيل الجعفى المتقدم، و ما ورد من أنها مثنى مثنى كصحيح صفوان المتقدم أو أنها مره مره إلا قول (الله أكبر) فإنه مرتان (٢)، و غير ذلك فهو غير معمول به و بعضه محمول على التقيه.

(٢) الشهاده لعلى عليه السلام بالولاية و إمره المؤمنين ليست جزءا من الأذان أو الإقامه بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال، قال الصدوق فى الفقيه: «هذا هو الأذان الصحيح. بعد ذكر خبر الحضرمى و الأسدى المتقدم. لا يزداد فيه و لا ينقص منه، و المفوضه (لعنهم الله) قد وضعوا أخبارا زادوا بها فى الأذان: (محمد و آل محمد خير البريه) مرتين، و فى بعض رواياتهم بعد أشهد أن محمدا رسول الله (أشهد أن عليا ولي الله) مرتين، و لا شك فى أن عليا ولي الله و أمير المؤمنين حقا، و أن محمدا و آله صلى الله عليهم خير البريه، لكن ليس ذلك فى أصل الأذان، ثم قال: و إنما ذكرت ذلك ليعرف بهذه الزيادة المتهمون بالتفويض المدلسون أنفسهم فى جملتنا). و قال الشيخ فى النهايه: فأما ما روى فى شواذ الأخبار من قول: (إن عليا ولي الله و آل محمد خير البريه) فمما لا يعمل عليه فى الأذان و الإقامه، فمن عمل به كان مخطئا» و قال فى المبسوط: «و أما قول. أشهد أن عليا أمير المؤمنين و آل محمد خير البريه. على ما ورد فى شواذ الأخبار فليس بمعمول عليه فى الأذان و لو فعله الإنسان لم يَأْثَمَ به، غير أنه ليس من فضيله الأذان و لا كمال فصوله».

ص: ١٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١ و ٩ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٣.

(كان الواقع كذلك) فما كل واقع حقا يجوز إدخاله في العبادات الموظفة شرعا، المحدوده من الله تعالى، فيكون إدخال ذلك (١) فيها بدعه و تشريعا، كما لو زاد في الصلاه ركعه أو شهدا أو نحو ذلك من العبادات. و بالجمله فذلك من أحكام الإيمان لا من فصول الأذان.

قال الصدوق: إن إدخال ذلك فيه من وضع المفوضه و هم طائفه من الغلاه، و لو فعل هذه الزياده، أو إحداها بنيه أنها منه أثم في اعتقاده، و لا يبطل الأذان بفعله، و بدون اعتقاد ذلك لا حرج (٢). و في المبسوط أطلق عدم الإثم به (٣)، و مثله المصنّف في البيان.

في استحبابهما في الخمس

(و استحبابهما ثابت في الخمس) اليوميه خاصه (٤)، دون غيرها من الصلوات

(١) بعنوان أنه من أجزاء الأذان و الإقامه.

(٢) بل يستحب لخبر الاحتجاج (إذا قال أحدكم: لا إله إلا الله محمد رسول الله فليقل: على أمير المؤمنين) (١) و هو مطلق يشمل الأذان و غيره، و لما ورد في صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (و صل على النبي كلما ذكرته أو ذكره ذاكر عندك في أذان و غيره) (٢) فإذا استحب الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله و سلم في أثناء الأذان مع الاعتقاد بعدم الجزئيه فكذا في غيره مما تقدم.

(٣) و إن اعتقد أنه من الأذان و قد تقدم كلامه.

(٤) بالاتفاق و يشهد له جملة من النصوص منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (ليس يوم الفطر و لا يوم و الأضحى أذان و لا إقامه، أذانهما طلوع الشمس) (٣).

و خبر إسماعيل الجعفي (أ رأيت صلاه العيدين هل فيهما أذان و إقامه؟ قال عليه السلام: ليس فيهما أذان و لا إقامه و لكنه ينادى الصلاه ثلاث مرات) (٤).

و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قمت إلى صلاه فريضه فأذان و أقم) (٤) و هو محمول على الفرائض الخمسه فقط جمعا بين الأخبار.

ص: ١٣٦

١- (١) الاحتجاج ج ١ ص ٢٣١ في ضمن احتجاج أمير المؤمنين (ع) في ذيل تفصيل ما كتب على العرش طبع دار النعمان سنه ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة العيد حديث ٥ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٤.

و إن كانت واجبه. بل يقول المؤذن للواجب منها: الصلاة ثلاثا (١) بنصب الأولين (٢)، أو رفعهما (٣)، أو بالتفريق (٤) (أداء و قضاء (٥)، للمنفرد و الجامع (٦)، و قيل) و القائل به المرتضى و الشيخان (يجبان في الجماعه) (٧) لا- بمعنى اشتراطهما في الصلحه، بل في ثواب الجماعه على ما صرح به الشيخ في المبسوط و كذا فسره به (٨) المصنّف في الدروس عنهم مطلقا (٩).

(١) لخبر إسماعيل الجعفي المتقدم مع إلغاء خصوصيه مورده.

(٢) أي بنصب لفظ الصلاة في المره الأولى و الثانيه و أما في المره الثالثه فالوقف، و النصب على تقدير حذف العامل بتقدير: أقيموا الصلاة و أما الوقف في الثالثه فلأن الوقف مع الإعراب غير عربي كما ذكر.

(٣) على أنهما فاعل مع حذف الفعل بتقدير: حضرت الصلاة، أو كونهما مبتدأ لخبر محذوف و التقدير: الصلاة قائمه أو حاضره، أو كونهما خبرا لمبتدأ محذوف و التقدير: هذه الصلاة.

(٤) بالنصب و الرفع.

(٥) لإطلاق نصوص مشروعيتها.

(٦) رجالا أو نساء، حضرا أو سفرا على المشهور لإطلاق نصوص مشروعيتها.

(٧) فعن السيد و الشيخين و ابني حمزه و البراج أنهما واجبان على الرجال في الجماعه، و عن الغنيه و الكافي و الإصباح إطلاق الوجوب من غير تقييده بالرجال و مستندهم أخبار منها:

خبر أبي بصير عن أحدهما عليه السّلام (أ يجزى أذان واحد؟ قال عليه السّلام: إن صليت جماعه لم يجز إلا أذان و إقامه، و إن كنت وحدك تبادر أمرا تخاف أن يفوتك يجزئك إقامه إلا الفجر و المغرب فإنه ينبغي أن تؤذن فيهما و تقيم من أجل أنه لا يقصر فيهما كما يقصر في سائر الصلوات) (١).

و لكنها معارضه بصحيح على بن رئاب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام قلت: تحضر الصلاة و نحن مجتمعون في مكان واحد، أ تجزئنا إقامه بغير أذان؟ قال عليه السّلام: نعم) (٢) و خبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا كان القوم لا ينتظرون أحدا اكتفوا بإقامه واحده) (٣).

(٨) أي فسر الوجوب بالاشتراط في الثواب.

(٩) أي عن الجميع من دون استثناء لأحد منهم.

ص: ١٣٧

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٠ و ٨.

(و يتأكدان في الجهريه (١)، و خصوصا الغداه و المغرب) (٢) بل أوجبهما فيهما الحسن مطلقا (٣)، و المرتضى فيهما على الرجال (٤)، و أضاف إليهما (٥) الجمعة، و مثله ابن الجنيدي، و أضاف الأول الإقامه مطلقا (٦)، و الثاني هي (٧) على الرجال مطلقا (٨) (و يستحبان للنساء سرا) (٩) و يجوزان جهرا إذا لم يسمع

(١) للإجماع عن الغنيه و هو الحجه لخلو النصوص عن ذلك، و علل كما في روض الجنان «لأن في توظيف الجهر فيها دلالة على اعتناء الشارع بالتنبيه عليها، و في الأذان و الإقامه زياده تنبيه فيتأكد فيها» و هو استحسان محض.

(٢) فعن ابن أبي عقيل وجوبهما مطلقا و عن ابن الجنيدي وجوبهما على الرجال لخبر أبي بصير المتقدم (إلا الفجر و المغرب فإنه ينبغي أن تؤذن فيهما و تقيم من أجل أنه لا يقصر فيهما كما يقصر في سائر الصلوات).

و صحيح صفوان بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا بد في الفجر و المغرب من أذان و إقامه في الحضر و السفر لأنه لا يقصر فيهما في حضر و لا- سفر، و تجزئك إقامه بغير أذان في الظهر و العصر و العشاء الآخرة، و الأذان و الإقامه في جميع الصلوات أفضل) (١) و مثلها غيرها، لكنها محموله على الاستحباب المؤكد جمعا بينها و بين صحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الإقامه بغير الأذان في المغرب، فقال عليه السلام: ليس به بأس و ما أحب أن يعتاد) (٢) و إذا ثبت التفكيك في المغرب يثبت في الفجر لعدم التقصير فيهما.

(٣) على الرجال و النساء.

(٤) و كذا ابن الجنيدي.

(٥) أي و أضاف السيد المرتضى الجمعة.

(٦) أي أضاف الحسن فأوجب الإقامه في جميع الصلوات على الرجال و النساء.

(٧) أي و أضاف المرتضى أن الإقامه واجبه على الرجال في جميع الصلوات.

(٨) علق الشارح بقوله: «الإطلاق الأولى لمذهب الحسن بالنسبه إلى الرجال و النساء و قرينته تقييد المرتضى بعده، و الثانيه و هي قوله: و أضاف الأول الإقامه مطلقا بالنسبه إلى جميع الخمس بمعنى أنه أوجب الإقامه في الخمس دون الأذان مضافا إلى ما أوجه فيهما سابقا، و الإطلاق الثالثه للمرتضى في الخمس كذلك لكنه خص الوجوب بالرجال» انتهى.

(٩) لأن النساء عوره.

ص: ١٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٦.

فى ما لو نسيهما

(و لو نسيهما) المصلى و لم يذكر حتى افتتح الصلاه (تداركهما ما لم يركع) فى الأصح (٣)، و قيل يرجع

(١) مع أنّ لو سمعت الرجال صوتها مع علمها بالسماح فهو محرم كما فى الروض قال:

«فإن سمعوا مع علمها حرم و لم يعتدّ به للنهى المفسد للعباده، و لو لم تعلم صح، و ظاهر المبسوط الاعتداد به مع سماعهم مطلقا و هو ضعيف، و اعتذر له فى الذكرى بإمكان أن يقال إن ما كان من قبيل الأذكار و تلاوه القرآن مستثنى كما استثنى الاستفتاء من الرجال و تعلمن منهم و المحاورات الضرورية، و يندفع بأن ذلك المستثنى للضروره و هى منتفیه هنا» و نوقش بأن النهى غير مفسد لأنه عن أمر خارج عن الأذان و الإقامه و هو الجهر بهما فضلا عن أن النهى غير ثابت إذ كونها عوره لا يدل على تحريم سماع صوتها للسيره القاضيه بالجواز.

(٢) من النساء و كذا للرجال المحارم كما عن الروض.

(٣) كما هو المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا افتتحت الصلاه فنسيت أن تؤذن و تقيم ثم ذكرت قبل أن ترکع فانصرف و أذن و أقم و استفتح الصلاه، و إن كنت قد ركعت فأتى على صلاتك) (١) و هو محمول على الاستحباب لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل نسي الأذان و الإقامه حتى دخل فى الصلاه، قال عليه السلام: فليمض فى صلاته فإنما الأذان سنه) ٢.

و عن الشيخ فى التهذيب و الاستبصار جواز الرجوع قبل الفراغ من الصلاه لصحيح على بن يقطين (عن الرجل ينسى أن يقيم الصلاه و قد افتتح الصلاه قال عليه السلام: إن كان قد فرغ من صلاته فقد تمت صلاته، و إن لم يكن فرغ من صلاته فليعد) (٢). و هو مردود لما قاله العلامة فى المختلف من دعوى الإجماع على خلافه فيكون مهجورا عندهم. و إطلاق النص و الفتوى شامل للمنفرد و غيره فما عن الشرائع و المبسوط من التقييد بالمنفرد ليس بوجه كما فى المسالك.

و النصوص مقيده بالنسيان فلا تشمل من كان متعمدا للترك فلا يجوز له الرجوع، و عن الشيخ فى النهايه و الحلى أنه يرجع ما لم يركع إذا تركهما متعمدا، و أما إذا تركهما نسيانا فيمضى فى صلاته و لا يرجع، و هو ضعيف إذ ليس له مأخذ فيما بين أيدينا. و ذهب المشهور إلى أن ناسى الأذان و الإقامه يرجع، و كذا ناسى الأذان، و أما ناسى الإقامه فقط-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٣ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٣.

العائد دون الناسي، و يرجع أيضا للإقامة لو نسيها، لا للأذان وحده،

في ما يسقطان أو يسقط الأذان فقط

(و يسقطان عن الجماعة الثانية) (١) إذا حضرت لتصلّي في مكان فوجدت جماعة أخرى قد أذنت و أقامت و أتّمت الصلاة (ما لم تتفرّق الأولى) بأن يبقى منها و لو

فلا- يرجع اقتصارا في إبطال الصلاة على موضع الوفاق كما في المسالك، مع أن الشهيد في النفلية نسب إلى المشهور جواز الرجوع في ناسي الإقامة، و عن الإيضاح و غايه المرام الإجماع على عدم جواز الرجوع في ناسي الأذان.

و على كل فالنصوص ظاهره في جواز الرجوع لناسيهما معا، و أما غيره فلا دليل عليه.

(١)الداخل للمسجد من أجل الصلاة تسقط عنه الأذان و الإقامة إذا كان في المسجد قد أقيمت صلاة الجماعة بأذان و إقامة و لم تتفرّق صفوفها، و يدل عليه الأخبار الكثيره منها:

موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يدخل المسجد و قد صلى القوم أ يؤذن و يقيم؟ قال عليه السّلام: إن كان دخل و لم يتفرّق الصف صلى بأذانهم و إقامتهم، و إن كان تفرّق الصف أذن و أقام)(١).

و خبر أبي علي (كنا عند أبي عبد الله عليه السّلام فأتاه رجل فقال: جعلت فداك صلينا في المسجد الفجر و انصرف بعضنا و جلس بعض في التسبيح فدخل علينا رجل المسجد فأذن فمتعناه و دفعناه عن ذلك، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: أحسنت، ادفعه عن ذلك و امنعه أشدّ المنع، فقلت: فإن دخلوا فأرادوا أن يصلوا فيه جماعة؟ قال عليه السّلام: يقومون في ناحية المسجد و لا يبدو. يبدو. يبدو. بهم إمام)(٢).

فالخبر الأول قد دلّ على سقوطهما عن المنفرد، و الثاني عن الجماعة، و يشترط في السقوط أن يكون الأذان و الإقامة لجماعة فيسقطان عن المنفرد و الجماعة الثانية حينئذ، و أما إذا صلى المنفرد بأذان و إقامة فلا يسقطان عن الثاني سواء كان منفردا أو جماعة لاختصاص النصوص بكون الأول جماعه، و ظاهر النصوص أن الجماعة كانت في المسجد فلو قامت جماعه في غير المسجد فهل يسقطان عن المنفرد أو الجماعة التي أدركت الأولى قبل تفرّق صفوفها؟ و الذي ذهب إليه في الذكرى التعميم لعدم تعقل الفرق، و في روض الجنان العدم لأنه خروج عن مورد النص فيقتصر في الرخصه على موردها، ثم إن تفرّق الصف يتحقق بقيام جميع المصلين من أماكنهم فلو بقي بعضهم و لو واحدا متشاغلا بالتسبيح فلا يصدق تفرّق الصف حينئذ عرفا.

ص: ١٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الأذان و الإقامة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

واحد معقبا، فلو لم يبق منها أحد كذلك و إن لم يتفرق بالأبدان لم يسقطا عن الثانيه، و كذا يسقطان عن المنفرد بطريق أولى (١)، و لو كان السابق منفردا لم يسقطا عن الثانيه مطلقا (٢).

و يشترط اتحاد الصلاتين (٣)، أو الوقت و المكان عرفا (٤)، و فى اشتراط كونه مسجدا وجهان (٥)، و ظاهر الإطلاق (٦) عدم الاشتراط (٧) و هو الذى اختاره المصنّف فى الذكري، و يظهر من فحوى الأخبار أن الحكمه فى ذلك مراعاة جانب الإمام السابق فى عدم تصوير الثانيه بصوره الجماعه و مزاياها، و لا يشترط العلم بأذان الأولى و إقامتها، بل عدم العلم بإهمالها لهما (٨) مع احتمال السقوط عن الثانيه مطلقا (٩)

(١) وجه الأولويه أن الأذان و الإقامة فى الجماعه أكد منهما فى المنفرد و مع ذلك يسقطان فى الجماعه فسقوطهما عن المنفرد أولى فضلا عن الأخبار المصرّحه بذلك كخبر أبى بصير المتقدم.

(٢) منفردا أو جماعه اقتصارا فى الرخصه على مورد النص.

(٣) كما عن الشيخ فى المبسوط و إطلاق الأخبار يقتضى عدم فلو كانت الجماعه الأولى قد صلت الظهر و أتت الجماعه الثانيه تريد صلاه العصر لاندرجوا تحت خبر أبى بصير المتقدم، نعم فى خبر أبى على ذكر الفجر و لكن لم يكن على نحو الاشتراط حتى يثبت اشتراط اتحاد الصلاتين.

(٤) أما اشتراط الوقت فهو لا- يزيد عن اشتراط اتحاد الصلاتين و قد عرفت ما فيه، و أما اشتراط المكان فواضح اقتصارا فى الرخصه على موضع النص و هو وحده المسجد بين الصلاتين.

(٥) بل قولان و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٦) أى إطلاق الأخبار.

(٧) و هو صحيح فى اتحاد الصلاتين و الوقت و أما فى المكان و المسجد فلا بدّ من الاشتراط كما سمعت، بل الحكمه هى مراعاة جانب الإمام الراتب و لذا ورد فى ذيل خبر أبى على المتقدم عن الجماعه الثانيه (يقومون فى ناحيه المسجد و لا يبدو. بيدر. بهم إمام) و هذا كاشف عن عدم تصوير الصلاه الثانيه بصوره الجماعه لجانب الإمام الراتب.

(٨) أى إهمال الجماعه الأولى للأذان و الإقامة حملا لفعل المسلم على الصحيح بمعنى الكامل ثوبا.

(٩) حتى مع العلم بإهمال الأولى لهما.

عملاً بإطلاق النص (١)، و مراعاة الحكمه (٢).

(و يسقط الأذان فى عصرى عرفه) (٣) لمن كان بها (و الجمعة) (٤)، و عشاء) ليله

(١) و فيه أنه و لو وجد فلا بد من حمله على ما لو أذنت الأولى و أقامت لأن غالب النصوص قد صرحت بأذان الأولى و إقامتها.

(٢) المستفاده من خبر أبى على المتقدم و فيه: إن مراعاة الحكمه فيما لو أتت الأولى بأذان و إقامه كما هو مورد خبر أبى على، و فى غير هذا المورد فلا بد من التمسك بإطلاق أدله مشروعيه الأذان و الإقامه.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (السنه فى الأذان يوم عرفه أن يؤذن و يقيم للظهر، ثم يصلى ثم يقوم فيقيم للعصر بغير أذان و كذلك فى المغرب و العشاء بمزدلفه) (١).

و مرسل الفقيه: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جمع بين الظهر و العصر بعرفه بأذان و إقامتين، و جمع بين المغرب و العشاء ب (جمع) بأذان واحد و إقامتين) ٢.

و مقتضى هذه الأخبار أن الأذان يسقط للصلاه الثانيه لمن أراد الجمع لا مع التفريق فى خصوص عرفه لمن كان بها و كذا فى المزدلفه، فما يظهر من البعض بسقوط الأذان مع التفريق و لمن كان فى خارج عرفه ضعيف جداً.

(٤) أى يسقط أذان عصر يوم الجمعة إذا جمعت بين العصر و الظهر أو بين العصر و الجمعة و يستدل له بخبر حفص بن غياث عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (الأذان الثالث يوم الجمعة بدعه) (٢) بناء على تفسيره بأذان العصر لأنه ثالث بعد أذان الصبح و أذان الظهر، أو أنه ثالث بعد الأذان و الإقامه للظهر لكن عن جماعه أنه الأذان الثانى للظهر، الذى ابتدعه عثمان و قد رواه فى مجمع البيان عن السائب بن زيد، و عن بعض أنه ابتدعه معاويه.

و عن الشيخ الاستدلال للحكم بصحيح الفضيل و زراره و جماعه عن أبى جعفر عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جمع بين الظهر و العصر بأذان و إقامتين، و جمع بين المغرب و العشاء بأذان واحد و إقامتين) (٣)، و قد وردت جمله من النصوص على أنه جمع بين الصلاتين بأذان واحد و إقامتين كصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جمع بين الظهر و العصر بأذان و إقامتين، و جمع بين المغرب و العشاء فى الحضر من غير عله بأذان-

ص: ١٤٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

(المزدلفه) (١) و هي المشعر، و الحكمه فيه (٢) مع النصّ (٣) استحباب الجمع بين الصلاتين (٤)، و الأصل في الأذان الإعلام، فمن حضر الأولى صلى الثاني فكأننا كالصلاه الواحده (٤)، و كذا يسقط في الثانيه عن كل جامع (٤) و لو جوازا (٧) واحد و إقامتين(١).

و عليه فتخصيص سقوط أذان عصر يوم الجمعة فقط عند الجمع ليس في محله بل يشمل غيره من الأيام و يشمل غير الظهرين من يوم الجمعة و هذا ما أشكله سيد المدارك و هو في محله. و عن ابن إدريس سقوط أذان العصر يوم الجمعة لمن صلى الجمعة دون الظهر، و هو كما ترى، و عن المفيد و ابن البراج استحباب أذان العصر يوم الجمعة كسائر الأيام و يمكن حمل كلامهما على عدم الجمع بينهما لأنك قد عرفت أن السقوط لعله الجمع، ثم إن لفظ «عصرى» الوارد في كلام المصنف إنما هو بالنسبه لعرفه و الجمعة كما هو واضح.

(١) لمن كان فيها و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) في سقوط الأذان في هذه الموارد الثلاثه.

(٣) و هو النصوص الوارده في سقوط الأذان لعصر عرفه و لعشاء المزدلفه و قد تقدمت، و أما سقوط أذان عصر الجمعة فلا يوجد عليه نص كما عرفت بل ادعى بعضهم عليه الإجماع ليس إلا.

(٤) في هذه الموارد الثلاثه، و عليه فيكون سقوط أذان الثانيه لمكان الجمع لا لخصوصيه البقعه أو لخصوص زمن الجمعة.

(٥) فلذا سقط الأذان في الثانيه إذ لا داعى للإعلام بها بعد جمعها مع الأولى.

(٦) و قد تقدم دليله و هو التأسى بفعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم الوارد في صحيح ابن سنان المتقدم.

(٧) أى و لو كان الجمع جائزا على نحو الرخصه لأن الأصل في الصلاه التفريق و نصوص الجمع وارده على نحو الرخصه فلا يكون الجمع أفضل، نعم الجمع في عرفه و المزدلفه و يوم الجمعة مستحب أما في عرفه و المزدلفه للأمر بالجمع في صحيح ابن سنان المتقدم، و في صحيح ابن مسلم (لا- تصل المغرب حتى تأتى جمعا و إن ذهب ثلث الليل)(٢) و في موثق سماعه (عن الجمع في المغرب و العشاء الآخرة ب (جمع) فقال عليه السلام: لا- تصلها حتى تنتهى إلى (جمع) و إن مضى من الليل ما مضى)٣. و أما الأمر بالجمع في يوم الجمعة فلا يوجد في النصوص ما يدل عليه، نعم ورد أن وقت العصر في يوم الجمعة-

ص: ١٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر الحرام حديث ١ و ٢.

و الأذان لصاحبه الوقت (١)، فإن جمع في وقت الأولى (٢) أذن لها و أقام ثم أقام

كوقت الظهر في غيره، ففي خبر سفيان بن السمط قال: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وقت صلاة العصر يوم الجمعة؟ فقال: في مثل وقت الظهر في غير يوم الجمعة)^(١)

و لكن لا يدل على استحباب الجمع بين الصلاتين إذ الجمع بينهما يقتضى عدم تفريقهما بنافله كما تقدم في المواقيت مع أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان يقدم العصر و يأتي بها بعد الجمعة فاصلا بينهما ببقية نوافل الجمعة و كان يأتي بالعصر مع الأذان و هذا كاشف عن عدم استحباب الجمع بينهما بحيث لا نافله بينهما فضلا عن استحباب أذان العصر كما في خبر زريق عن أبي عبد الله عليه السلام (و ربما كان يصلى. أى رسول الله. يوم الجمعة ست ركعات إذا ارتفع النهار و بعد ذلك ست ركعات أخر، و كان إذا ركعت الشمس في السماء قبل الزوال أذن و صلى ركعتين فما يفرغ إلا مع الزوال، ثم يقيم للصلاة فيصلى الظهر و يصلى بعد الظهر أربع ركعات ثم يؤذن و يصلى ركعتين ثم يقيم فيصلى العصر)^(٢).

نعم في المعبر «و يجمع يوم الجمعة بين الظهرين بأذان و إقامتين. كذا قال الثلاثة و أتباعهم.

لأن يوم الجمعة تجمع صلواتها و تسقط ما بينهما من النوافل».

و عن النهايه و المنتهى للعلامه: «قال علمائنا: تجمع بين الظهرين يوم الجمعة بأذان واحد و إقامتين لأن يوم الجمعة تجمع بين الصلاتين و يسقط ما بينهما من النوافل فيكتفى فيهما بأذان واحد».

و عليه فلا- يوجد إلا الإجماع مع أنه مخالف لنصوص كيفية الإتيان بنوافل الجمعة و قد تقدمت في بحث المواقيت الداله على وقوع بعض نوافل الجمعة بين الصلاتين و هذا كاشف عن عدم استحباب الجمع بينهما.

(١) فالمناط على أنه إذا جمع في وقت الصلاة الأولى كالجمع بين الظهرين في عرفه فالأذان للأولى و للثانيه إقامه فقط، و لو جمع في وقت الصلاة الثانيه كالجمع بين العشاءين في المزدلفه فالأذان للثانيه و للأولى إقامه فقط غير أنه يؤذن للثانيه ثم يقيم للأولى ثم يقيم للثانيه، و عليه فالأذان لصاحبه الوقت، لأن الأذان للإعلام و هو مشرّع عند دخول وقت الصلاة فلذا كان دائما لصاحبه الوقت، هذا على المشهور بينهم.

و عن المحقق و العلامه و جماعه أن الأذان دائما للأولى و هو الظاهر من عباره المبسوط و يؤيده صحيح ابن سنان المتقدم (السنه في الأذان يوم عرفه أن يؤذن و يقيم للظهر ثم يصلى ثم يقوم فيقيم للعصر بغير أذان، و كذلك المغرب و العشاء بمزدلفه)^(٣).

(٢) أى في وقت فضيله الأولى، و لازمه لو جمع بعد خروج وقت الفضيله للصلاتين أن لا-

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاة الجمعة و آدابها حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.

لثانيه، و إن جمع فى وقت الثانيه أذن أولا بنيه الثانيه، ثم أقام للأولى ثم للثانيه.

و هل سقوطه فى هذه المواضع (١) رخصه فيجوز الأذان، أم عزيمه فلا يشرع، وجهان (٢)، من أنه عباده توقيفيه (٣)، و لا نصّ عليه هنا بخصوصه

يكون الأذان لإحداهما.

(١)الثلاثة من الجمع و عرفه و المزدلفه.

(٢)أما فى يوم الجمع بالنسبه لسقوط أذان العصر فالمحكى عن البيان و الروضه هنا و كشف اللثام و غيرها أن السقوط عزيمه و عليه فالأذان للعصر يكون حراما، و عن المبسوط و العلامه فى جملة من كتبه و الذكرى و جامع المقاصد و غيرها أن الأذان للعصر مكروه، و عن الدروس أنه مباح.

و قد عرفت أن العمده فى سقوطه هو الإجماع، و لو سلم به فهو مجمل لا يدل على أن السقوط للعزيمه أو للرخصه فتبقى أدله مشروعيه الأذان مطلقه و به يثبت أن سقوطه على نحو الرخصه خصوصا بعد ما سمعت من خبر زريق المتقدم من أذان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للعصر يوم الجمع.

و أما فى عرفه و المزدلفه فقد نسب إلى جماعه أن السقوط عزيمه و الأذان بدعه، و عن الشهيد فى بعض كتبه و المحقق أنه مكروه و عن الدروس الإباحه، و الوارد هو صحيح ابن سنان المتقدم المصرح بكون السنه إيقاع الصلاه الثانيه بلا أذان و هو كاشف عن عدم مشروعيه الأذان فى هذين الموردين.

و أما سقوط الأذان للثانيه عند جمعها مع الأولى فى مطلق الجمع فنصوص الجمع الداله على الإتيان بصلاتين بأذان واحد و إقامتين لا تدل على عدم مشروعيه الأذان للصلاه الثانيه، فالأقوى مشروعيته لعموم أدله مشروعيه الأذان.

(٣)شروع فى دليل كون السقوط عزيمه و حاصله: أن الأذان عباده توقيفيه فيجب ورود النص على مشروعيته فى كل مورد و النص مفقود هنا.

إن قلت: يكفى فى مشروعيته عموم أدله تشريعه.

قلت: إن هذا العموم مخصص بفعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم عند ما صلى بأذان واحد و إقامتين.

وفيه: أن فعل النبى من أذان واحد و إقامتين إنما هو فى غير هذه المواضع الثلاثة التى هى محل البحث، و إنما فى الحضر من غير عله حتى يخفف عن أمته، فالأولى الاستدلال فى كل مورد على حده و قد تقدم التحقيق فى ذلك.

و العموم مخصّص بفعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم فإنه جمع بين الظهرين والعشاءين لغير مانع بأذان وإقامتين، وكذا في تلك المواضع (١) والظاهر أنه (٢) لمكان الجمع (٣) لا لخصوصيه البقعه (٤)، و من أنه (٥) ذكر الله تعالى فلا وجه لسقوط أصلا (٦)، بل تخفيفا و رخصه و يشكل بمنع كونه بجميع فصوله ذكرا (٧)، و بأن الكلام (٨) في خصوصيه العباده لا في مطلق الذكر، و قد صرح جماعه من الأصحاب منهم العلامة بتحريمه في الثلاثه الأول (٩)، و أطلق الباقون سقوطه (١٠) مع مطلق الجمع (١١).

(١) أى المواضع الثلاثه المتقدمه ففى مرسل الفقيه المتقدم (إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم جمع بين الظهر و العصر بعرفه بأذان و إقامتين، و جمع بين المغرب و العشاء ب (جمع) بأذان واحد و إقامتين) (١)، و قد عرفت عدم ورود نص بجمع النبي للظهرين بأذان و إقامتين بل سمعت أنه صلى الظهرين بأذنين كما فى خبر زريق المتقدم.

(٢) أى أن جمع النبي صلى الله عليه وآله وسلم بأذان واحد و إقامتين.

(٣) قد عرفت أن الجمع هو عدم التنفل بين الفريضتين بحيث يأتى بالثانيه عقبه الأولى كما تقدم ذلك فى بحث المواقيت، و قد تقدم ذكر النصوص الداله على جمع النبي بأذان واحد و إقامتين كما فى خبر صحيح الفضيل و زواره المتقدم (٢). و عليه فيستفاد من الجميع أن من أراد عدم التفريق بين الصلاتين يسقط أذان الثانيه فى حقه و هذا مورد رابع لسقوط الأذان كان على الشارح بيانه بعد ما أشار إليه هنا.

(٤) و هى عرفه أو المزدلفه.

(٥) أى الأذان و هو دليل على كون السقوط رخصه.

(٦) لأن ذكر الله حسن على كل حال.

(٧) فالحيعلات الثلاثه ليست ذكرا لله تعالى، و لذا لا يجوز حكايتها فى الصلاه بل تبدل بالحوقله كما نص عليه الشيخ و غيره كما فى الروض.

(٨) رد ثان و حاصله أن البحث فى الأذان بما هو عباده موظفه و مشرعه قبل الصلاه لا بما هو ذكر لله تعالى.

(٩) و هى عصرا عرفه و الجمع و عشاء المزدلفه.

(١٠) سقوط الأذان من دون توضيح أنه رخصه أو عزيمه.

(١١) سواء كان الجمع فى الموارد الثلاثه أو غيرها.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

و اختلف كلام المصنف (رحمه الله) ففي الذكرى توقّف في كراهته في الثلاثة استنادا إلى عدم وقوفه فيه على نصّ، و لا فتوى، ثم حكم بنفي الكراهه و جزم بانتفاء التحريم فيها و ببقاء الاستحباب في الجمع بغيرها (١) مؤوّلا الساقط بأنه أذان الإعلام، و أن الباقي أذان الذكر و الإعظام (٢)، و في الدروس قريب من ذلك، فإنه قال: ربّما قيل بكراهته في الثلاثة، و بالغ من قال بالتحريم، و في البيان: الأقرب أن الأذان في الثلاثة حرام مع اعتقاد شرعيته، و توقّف في غيرها (٣)، و الظاهر التحريم فيما لا إجماع على استحبابه منها (٤)، لما ذكرناه (٥).

(١) بغير الموارد الثلاثة.

(٢) اعلم أن الأذان على قسمين: أذان إعلام و أذان صلاة، و الذي يدل على الأول جملة كثيره من النصوص منها:

صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أذن في مصر من أمصار المسلمين سنة و جبت له الجنة) (١).

و خبر سعد الإسكاف عن أبي جعفر عليه السّلام (من أذن سبع سنين احتسابا جاء يوم القيامة و لا ذنب له) (٢).

و خبر سعد بن طريف عن أبي جعفر عليه السّلام (من أذن عشر سنين محتسبا يغفر الله مد بصره و صوته في السماء، و يصدّقه كل رطب و يابس سمعه، و له من كل من يصلى معه في مسجده سهم، و له من كل من يصلى بصوته حسنه) (٣).

و الجميع ظاهر في استحباب الأذان بما هو في نفسه لإعلام الناس دخول الوقت.

و الذي يدل على الثاني أخبار كثيره منها: خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا صلاة إلا بأذان و إقامه) (٢) فما عن البعض من إنكار أذان الإعلام أو إنكار أذان الصلاة ليس في محله.

(٣) غير الثلاثة.

(٤) من هذه المذكورات.

(٥) من أنه توقيفي فلا يشترع إلا بدليل خاص.

ص: ١٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١ و ٣ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

و أما تقسيم الأذان إلى القسمين (١) فأضعف (٢) لأنه عباده خاصه أصلها الإعلام (٣)، و بعضها (٤) ذكر، و بعضها غير ذكر و تأذى وظيفته بإيقاعه سرا ينافى اعتبار أصله (٥)، و الحيعلات تنافى ذكريته، بل هو قسم ثالث، و سنه متبعه، و لم يوقعها الشارع فى هذه المواضع فيكون بدعه (٦) نعم قد يقال: إن مطلق البدعه ليس بمحرّم (٧)، بل ربما قسّمها بعضهم إلى الأحكام الخمسه،

(١) من إعلام و صلاه كما عن الشهيد فى الذكري.

(٢) و المراد بأنه أضعف من ضعف كونه رخصه، و قد عرفت ما فى هذا الكلام.

(٣) محصل كلامه أن الأذان شرّع أولا للإعلام ثم استعمل فى غيره عند كل صلاه و لو سرا و عليه فلا يكون الأصل معتبرا فى كل أذان و أنه أذان إعلامى، و أيضا لا يمكن القول بكون الأذان ذكريا لأن الحيعلات تنافى ذلك فلذا ذهب إلى أنه قسم ثالث بعد ما خرج عن أصله، فالقول بالأذان فى هذه الموارد الثلاثه و غيرها مع عدم الدليل على مشروعيته يكون بدعه و البدعه حرام، و مما تقدم تعرف ضعف هذا الكلام أيضا فلا نعيد.

(٤) أى العباده الأذانيه.

(٥) من الإعلام فلا يمكن القول بأن كل أذان هو إعلامى.

(٦) و البدعه محرّمه لأخبار منها: صحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السّلام عن الصلاه فى شهر رمضان نافله بالليل فى جماعه (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أيها الناس إن الصلاه بالليل فى شهر رمضان من النافله فى جماعه بدعه، و صلاه الضحى بدعه. إلى أن قال. ألا و إن كل بدعه ضلاله و كل ضلاله سييلها إلى النار) (١).

(٧) بناء على أن البدعه هى كل أمر حادث لم يكن فى زمن النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و بناء عليه قسمت البدعه إلى الأحكام الخمسه.

فالبدعه الواجبه: كتعلم النحو و حفظ إعراب القرآن و الحديث و تدوين أصول الفقه مما له دخل فى الاستنباط.

و البدعه المستحبه: كإحداث المدارس و كل إحسان لم يكن فى العصر الأول.

و البدعه المحرمه: كمذاهب القدرية و الجبرية و المرجئه.

و البدعه المكروهه: كترتين المساجد و تزويق المصاحف.

ص: ١٤٨

و مع ذلك لا يثبت الجواز (١).

فى استحباب رفع الصوت بهما للرجل

(و يستحب رفع الصوت بهما للرجل) (٢) بل لمطلق الذكر، أما الأنثى فتسرّ بهما كما تقدم (٣)، و كذا الخنثى (٤)، (و الترتيل فيه) (٥) بيان حروفه و إطاله وقوفه

و البدعه المباحه: كتهيئه مآكل و مشارب و ملابس و مساكن لم تكن معروفه.

هذا و لكن البدعه هى خصوص الحادث بعد عصر النبى صلى الله عليه و آله و سلم بعنوان أنها عباده قد أمر بها كما يرشد إليه خير الفضلاء المتقدم حيث صرح بكون الجماعه فى نافله بعنوان العباده أنها بدعه. هكذا قيل، و الأولى جعل البدعه هى إدخال ما ليس من الدين فيه سواء كان فى العبادات أو المعاملات لإسقاط خصوصيه مورد النص.

(١) فإذا كانت البدعه بالمعنى الأعم من الحرام و غيره فهذا ليس بدليل على كون الأذان حينئذ جائزا بعد كونه بدعه بالمعنى الأعم إذ يحتمل أن يكون له واحد من الأحكام التكليفية الباقية غير الجواز، هذا و بقى مورد يسقط فيه الأذان و الإقامه و هو مشهور الحكم بين الأصحاب فكان على المصنف ذكره أو على الشارح استدراكه لأن اللغه بنيت على ذكر المسائل المشهوره بين الأصحاب، و هو ما لو سمع الشخص أذان غيره و إقامته فإنه يسقط عنه على نحو الرخصه، بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر أبى مريم الأنصارى (صلى بنا أبو جعفر عليه السّلام فى قميص بلا- إزار و لا- رداء و لا- أذان و لا إقامه. إلى أن قال. فقال عليه السّلام: و إنى مررت بجعفر عليه السّلام و هو يؤذن و يقيم فلم أتكلم فأجزأنى ذلك) (١).

و خبر عمرو بن خالد عن أبى جعفر عليه السّلام (كنا معه فسمع إقامه جار له بالصلاه فقال:

قوموا فقمنا فصلينا بغير أذان و لا إقامه، قال: و يجزيكم أذان جاركم) ٢.

(٢) فى الأذان و الإقامه إلا أن فى الإقامه أخفض منه فى الأذان لصحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الأذان فقال: اجهر به و ارفع به صوتك، و إذا أقمت فدون ذلك) (٢)، و صحيح عبد الرحمن (إذا أذنت فلا تخفين صوتك فإن الله تعالى يأجرك مدّ صوتك فيه) ٤.

(٣) تقدم عند قوله: «و يستحبان للنساء سرا».

(٤) احتياطا لاحتمال كونها أنثى.

(٥) أى فى الأذان لخبر الحسن بن السرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأذان ترتيل و الإقامه-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١ و ٥.

من غير استعجال،(و الحدر) هو الإسراع (فيها) (١) بتقصير الوقوف (٢) على كل فصل، لا تركه (٣) لكراهه إعرابهما حتى لو ترك الوقف أصلاً فالتسكين أولى (٤) من الإعراب، فإنه لغة عربية، و الإعراب مرغوب عنه شرعاً (٥)، و لو أعرب حينئذ (٦) ترك الأفضل و لم تبطل، أما اللحن (٧) ففي بطلانهما (٨) به وجهان (٩).

حدر(١) و قد فسره الشارح بشيئين: بيان حروفه و إطاله وقوفه، أما الأول فيدل عليه صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (الأذان جزم بإفصاح الألف و الهاء و الإقامة حدر) ٢ و الإفصاح بهما في لفظ الجلاله الواقع في آخر التهليل و في لفظ الصلاه في (حيّ على الصلاه).

و أما الثاني فيدل عليه أن الحدر هو الإسراع و مقتضى المقابله بين الإقامة التي هي حدر و بين الأذان أن يكون الثاني في الأذان. (١) في الإقامة.

(٢) إذ يستحب الوقف عند كل فصل منهما لخبر خالد بن نجيح عن أبي عبد الله عليه السلام (الأذان و الإقامة مجزومان) (٢) و قال ابن بابويه «و في حديث آخر موقوفان» ٤

(٣) أى ترك الوقف لأنه مكروه بناء على ما تقدم من الأمر به.

(٤) التسكين غير الوقف لأن التسكين هو تسكين أواخر الكلم بخلاف الوقف فإنه تسكين عند السكوت، و هو أولى من الإعراب لأنه أقرب للجزم و الوقف المأمور بهما في الأخبار من الإعراب.

(٥) للأمر بالوقف في أواخر الفصل، و عليه فالأعراب المرغوب عنه هو في أواخر الفصل لا مطلقاً.

(٦) أى حين كون الإعراب مرغوباً عنه، لعدم النهي الصريح عن الإعراب إذ ورد الأمر بالجزم مع عدم النهي عن غيره.

(٧) اعلم أن التسكين ليس بلحن لأنه لغة عربية.

(٨) الأذان و الإقامة.

(٩) من حيث إن الأذان المنقول غير ملحون فيبطل الملحون و به قال العلامة في بعض كتبه، و ذهب المشهور إلى العدم لصدق الأذان مع اللحن، و فصل الشارح في الروض أن عدم الإبطال بشرط عدم الإخلال بالمعنى فلو نصب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأنه وصف فتكون الجملة -

ص: ١٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأذان و الإقامة حديث ٣ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الأذان و الإقامة حديث ٤ و ٥.

و يتَّجه البطلان لو غيّر المعنى كُنصب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لعدم تماميه الجملة به بفوات المشهود به لغه و إن قصده، إذ لا يكفي قصد العباده اللفظيه عن لفظها (و)

المؤذن (الراتب يقف على مرتفع) (١) ليكون أبلغ في رفع الصوت (٢)، و إبلاغه المصلين، و غيره يقتصر عنه (٣) مراعاة لجانبه حتى يكره سبقه به ما لم يفرط بالتأخر (و استقبال القبلة) (٤) في جميع الفصول خصوصا الإقامه (٥)، و يكره الالتفات ببعض خاليه عن الخبر فيبطل الأذان أو الإقامه، و كذا لو مدّ لفظه أكبر بحيث صار على صيغه إكبار جمع كبير و هو الطبل.

إن قلت: مع نصب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لا لحن بحسب العرييه لأنه وصف.

قلت: من اللحن ما غير المعنى المقصود لأن قصده الشهاده له بالرساله و هذا لم يتحقق، و قصده من اللفظ ذلك لا ينفعه إذ لا بد من التلفظ بالشهاده له بالرساله.

(١) لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان طول حائط مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قامه، فكان عليه السّلام يقول لبلال إذا أذن: يا بلال اعل فوق الجدار و ارفع صوتك بالأذان) (١)، بل و المنسوب للأذان يستحب أن يكون عدلا لمرسل الفقيه عن علي عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: يؤمكم أقرأكم و يؤذن لكم خياركم) ٢.

(٢) فيكون النفع به أتم.

(٣) إما بالوقوف في أسفل من مكانه و إما أن يكون صوته أخفض.

(٤) في الأذان و الإقامه لخبر الدعائم عن علي عليه السّلام (يستقبل المؤذن القبلة في الأذان و الإقامه فإذا قال: حي على الصلاه حي على الفلاح، حوّل وجهه يمينا و شمالا) (٢).

و خبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام (و ليتمكن في الإقامه كما يتمكن في الصلاه، فإنه إذا أخذ في الإقامه فهو في صلاه) (٣). و خبر يونس الشيباني عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أقمت الصلاه فأقم مترسلا فإنك في الصلاه) ٥. و من المعلوم اشتراط الاستقبال في الصلاه، و لذا ذهب المفيد و السيد و جماعه إلى القول بوجوبه هنا و هو ضعيف لخبر علي بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (عن رجل يفتتح الأذان و الإقامه و هو على غير القبلة ثم يستقبل القبلة، قال عليه السّلام: لا بأس) (٤).

(٥) لما قاله الصدوق في المقنع: «و لا بأس أن تؤذن و أنت على غير وضوء مستقبل القبلة-

ص: ١٥١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٧ و ٣.

٢- (٣) دعائم الإسلام ج ١ ص ١٧٥ طبع دار المعارف بمصر.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٢ و ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

فى استحباب الفصل بينهما

(و الفصل بينهما بركعتين) (٢) و لو من الراتبه (٣)، (أو سجده (٤)، أو جلسه (٥) و النصّ ورد بالجلوس (٦)، و يمكن دخول السجده فيه فإنها جلوس و زياده

و مستدبرها. إلى أن قال. و لكن إذا أقيمت فعلى وضوء، مستقبل القبلة» (١) و لما تقدم من أن المقيم هو فى الصلاه.

(١) خلافا للعامه حيث استحبوا التلوى بالعنق فى الحيعلايت إذا كان على المناره و يؤيده ذيل خبر الدعائم المتقدم، و لكنه محمول على التقيه.

(٢) لصحيح سليمان بن جعفر الجعفرى (سمعتة يقول: أفرق بين الأذان و الإقامه بجلوس أو بركعتين) (٢).

(٣) لخبر زريق عن أبى عبد الله عليه السلام (و من السنه أن يتنفل بركعتين بين الأذان و الإقامه فى صلاه الظهر و العصر) ٣. و خبر رجاء بن أبى الضحاك (كان الرضا عليه السلام إذا زالت الشمس جدّد وضوءه و قام فصلى ست ركعات. إلى أن قال. ثم يؤذن و يصلى ركعتين ثم يقيم و يصلى الظهر. إلى أن قال. فإذا رفع رأسه قام فصلّى ست ركعات. إلى أن قال. ثم يؤذن و يصلى ركعتين و يقنت فى الثانيه فإذا سلّم أقام و صلى العصر) (٣).

(٤) لخبر بكر بن محمد عن أبى عبد الله عليه السلام (كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول لأصحابه:

من سجد بين الأذان و الإقامه فقال فى سجوده: سجدت لك خاضعا خاشعا ذليلا، يقول الله تعالى: ملائكتى و عزتى و جلالى لأجعلن محبته فى قلوب عبادى المؤمنين و هيبته فى قلوب المنافقين) (٤).

(٥) لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و افضل بين الأذان و الإقامه بقعود أو بكلام أو بتسييح) ٦، و خبر الحسن بن شهاب عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بدّ من قعود بين الأذان و الإقامه) ٧، و مرسل ابن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام (بين كل أذنين قعده إلا المغرب فإن بينهما نفسا) ٨.

(٦) و كذا بالسجده كما تقدم.

ص: ١٥٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢ و ١٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢٤.

٤- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٤ و ١٥ و ١٦ و ١٧.

مع اشتغالها على مزيه زائده، (أو خطوه) (١) و لم يجد بها المصنّف في الذكرى حديثا، لكنها مشهوره (٢)، (أو سكته) (٣) و هي مرويه في المغرب خاصه، و نسبها في الذكرى إلى كلام الأصحاب مع السجده و الخطوه، و قد ورد النصّ في الفصل بتسيحه (٤)، فلو ذكرها كان حسنا.

(و يختص المغرب بالأخيرتين) الخطوه و السكته (٥)، أما السكته فمرويه فيه، و أما الخطوه فكما تقدم، و روى (٦) فيه الجلسه، و أنه إذا فعلها كان كالمشحط بدمه في سبيل الله فكان ذكرها أولى.

في كراهه الكلام في خلالهما

(و يكره الكلام في خلالهما) (٧) خصوصا الإقامه،

(١) ليس لها دليل إلا- ما في الفقه الرضوى (و إن أحببت أن تجلس بين الأذان و الإقامه فافعل فإن فيه فضلا كثيرا، و إنما ذلك على الإمام و أما المنفرد فيخطو تجاه القبلة خطوه برجله اليمنى ثم يقول: بالله أستفتح، و بمحمد صلى الله عليه و آله و سلم أستنجح و أتوجه، اللهم صلّ على محمد و على آل محمد و اجعلني بهم و جيتها في الدنيا و الآخره و من المقربين) (١).

(٢) و قد تقدم خبر الرضوى بها.

(٣) أى فصل بالسكوت و يدل عليه مرسل ابن فرقد المتقدم و أنها في المغرب خاصه.

(٤) كما في موثق عمار المتقدم.

(٥) فعلى مبنى الشارح و المصنف فالخطوه لا نص فيها، و في خبر الرضوى مطلق شامل لغير المغرب، نعم تختص للمنفرد فقط. و أما السكته فقد تقدم مرسل ابن فرقد الذى خصّها بالمغرب.

(٦) في المغرب و هو خبر إسحاق الجريرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من جلس فيما بين أذان المغرب و الإقامه كان كالمشحط بدمه في سبيل الله) (٢) و خبر زريق عن أبى عبد الله عليه السّلام (من السنه الجلسه بين الأذان و الإقامه في صلاه الغداه و صلاه المغرب، و صلاه العشاء ليس بين الأذان و الإقامه سبحة) ٣ بل من الأخير يستحب الجلسه في صلاه الصبح أيضا بين أذانها و إقامتها.

(٧) أما في الأذان لموثق سماعه (سألته عن المؤذن أ يتكلم و هو يؤذن؟ فقال عليه السّلام: لا بأس حين يفرغ من أذانه) (٣).

ص: ١٥٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٠ و ١٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأذان ولا إقامة، حديث ٤ و ٦ و ١٢.

و لا يعيده به (١)، ما لم يخرج به (٢) عن الموالاه (٣) و يعيدها به (٤) مطلقا (٥) على ما أفتى به المصنّف و غيره. و النصّ ورد بإعادتها بالكلام بعدها (٦)

فى ما يستحب فيهما

(و يستحبّ الطهاره) (٧)

و أما فى الإقامه لخبر عمرو بن أبى نصر عن أبى عبد الله عليه السّلام (أ يتكلم الرجل فى الأذان؟ قال عليه السّلام: لا بأس، قلت: فى الإقامه؟ قال عليه السّلام: لا) (١) و خبر أبى هارون عن أبى عبد الله عليه السّلام (الإقامه من الصلاه فإذا أقمت فلا تتكلم و لا تومئ بيدك) ٢ و هما محمولان على الكراهه جمعا بينهما و بين خبر الحسن بن شهاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن يتكلم الرجل و هو يقيم الصلاه و بعد ما يقيم إن شاء) ٣

و صحيح محمد الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتكلم فى أذانه أو فى إقامته؟ فقال عليه السّلام: لا بأس) (٢).

و لكن الكراهه فى الإقامه أشدّ لخبر عمرو بن أبى نصر، و كذلك تشتد الكراهه بعد قول المؤذن: قد قامت الصلاه لخبر ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتكلم فى الإقامه؟ قال عليه السّلام: نعم فإذا قال المؤذن: قد قامت الصلاه، فقد حرم الكلام على أهل المسجد إلا أن يكونوا قد اجتمعوا من شتى و ليس لهم إمام، فلا بأس أن يقول بعضهم لبعض: تقدم يا فلان) ٥ و الحرمة محموله على الكراهه الشديده لخبر الحسن بن شهاب المتقدم. نعم ترتفع الكراهه لو تكلم و لو بعد الانتهاء من الإقامه فيما لو كان الكلام له دخل فى صلاه الجماعه كما فى الخبر المتقدم.

(١) أى لا يعيد الأذان بالكلام لو صدر فى أثناءه.

(٢) بالكلام فى أثناء الأذان.

(٣) و إلا فيعيد لخروج الأذان عن كفيته المشروعه.

(٤) أى و يعيد الإقامه بالكلام لصحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تتكلم إذا أقمت الصلاه، فإنك إذا تكلمت أعدت الإقامه) ٦.

(٥) سواء خرجت الإقامه عن الموالاه بالكلام أو لا.

(٦) أى فيما لو كان الكلام بين الإقامه و الصلاه، و مراده من النصّ هو صحيح ابن مسلم المتقدم و هو غير ظاهر فيما قاله الشارح بل يشمل الكلام فى أثناء الإقامه.

(٧) أما فى الأذان لخبر الدعائم (لا بأس أن يؤذن الرجل على غير طهر، و يكون على طهر أفضل) (٣).

-
- ١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأذان و الإقامه، حديث ٤ و ٦ و ١٢.
 - ٢- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٠ و ٧ و ٣.
 - ٣- (٧) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

حالتهم و في الإقامه أكد، و ليست (١) شرطاً فيهما عندنا (٢) من الحديثين (٣)، نعم لو أوقعه (٤) في المسجد بالأكبر لغى (٥)،
للنهي المفسد للعباده (٦)

و أما في الإقامه فلما دل على أن من أقام الصلاه فهو في صلاه مثل خبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام (فإنه إذا أخذ في الإقامه فهو في صلاه) (١) و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يؤذن الرجل من غير وضوء و لا يقيم إلا و هو على وضوء) (٢).

و عن المشهور جعل الطهاره شرطاً في كمال الإقامه و هو مما لا دليل عليه بل ورد في خبر علي بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (قلت: فإن أقام هو على غير وضوء أ يصلّى بإقامته؟ قال: لا) (٣)، و لكن ذهب الشارح في الروض إلى أن الأذان و الإقامه ذكر و ليس من شرطه الطهاره و لا يزيد على قراءه القرآن و لعله لهذا اعتبروا الطهاره شرطاً للكمال.
(١) أي الطهاره.

(٢) إشاره لخلاف السيد في المصباح و العلامه في المنتهى حيث اشترط الطهاره في الإقامه و هو الأقوى لما تقدم من الخبر و إشاره إلى خلاف إسحاق بن راهويه من العامه حيث اشترط الطهاره في الأذان و هو مردود للأخبار المتقدمه.
(٣) الأصغر و الأكبر.

(٤) أي الأذان و خصّه بالأذان لأن المجنب لا يجوز له الدخول في الصلاه إلا متطهراً فلا بد أن يكون متطهراً منه حال الإقامه بخلاف الأذان فقط إذ لعله منصوب للأذان في البلد فقد يقدم على الأذان و هو مجنب و إن لم يكن مريداً للصلاه عقبه.
(٥) أي لا يجوز الاعتداد به من جهه سماعه لا من ناحيه دخول الوقت، بل من ناحيه سقوط أذان من سمعه.

(٦) و فيه منع إذا النهى للبت في المسجد و هو جنب و هو لا- يتوجه إلى الأذان للمغايره بينهما بخلاف النهى عن الغصب و قد صلى في المكان المغصوب فالنهي عن الكون الذي هو جزء الصلاه و لذا ذهب الشيخ في الخلاف و غيره إلى الإجزاء لو أذن جنباً في المسجد، و لم يخالف إلا العلامه و الشهيد الثاني فقط.
إن قلت: إن النهى عن أحدهما مستلزم للآخر لأن الأذان موجب للبت و يستلزمه و إذا حرم الملزوم حرم لازمه.

ص: ١٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢ و ٨.

(و الحكايه لغير المؤذن) (١) إذا سمع كما يقول المؤذن و إن كان (٢) فى الصلاه، إلا الحيعلات فيها (٣) فيبدلها بالحوقله، و لو حكاها بطلت (٤)، لأنها (٥) ليست ذكرا، و كذا يجوز إبدالها فى غيرها (٦)، و وقت حكايه الفصل بعد فراغ المؤذن

قلت: قد يكون اللبث معصيه لأنه عازم على ذلك سواء أذن أو لا، و قد يكون الأذان حال خروجه من المسجد إذا أجنب فيه و هو نائم و عليه فلا ملازمه بينهما.

(١) يستحب حكايه الأذان عند سماعه بالاتفاق للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا سمع المؤذن يؤذن قال مثل ما يقوله فى كل شيء) (١).

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (لا تدعن ذكر الله (عز و جل) على كل حال، و لو سمعت المنادى ينادى بالأذان و أنت على الخلاء فاذكر الله (عز و جل) و قل كما يقول المؤذن) ٢.

و ظاهر الأخبار عدم الفرق بين أذان الإعلام و أذان الصلاه فى جماعه أو منفردا، و أن تكون الحكايه من غير فصل معتد به.

و ظاهرها عدم الفرق بين كون الحاكى فى الصلاه أو لا، بل فى قوله عليه السلام (لا تدعن ذكر الله (عز و جل) على كل حال) شامل للصلاه على نحو العموم لا الإطلاق، فما عن المبسوط و الخلاف و التذكره و نهايه الأحكام و غيرهم من نفى استحباب الحكايه فى الصلاه لأن الإقبال فى الصلاه أهم ليس فى محله مع أن الحكايه لا تنافى الإقبال الصلاتى، نعم نص جماعه على وجوب تبديل الحيعلات بالحوقله و إلا بطلت الصلاه لأن الحيعلات من كلام الآدميين المبطل و ليست من ذكر الله الجائز فى الصلاه على كل حال.

ثم إن الظاهر عدم الفرق فى استحباب الحكايه سواء كان المؤذن رجلا- أو امرأه و إن كان سماعها على نحو المحرم، و عن جماعه تخصيص الحكايه بالأذان المشروع للانصراف و هو لا يخلو عن قوه، و كذا لا تستحب حكايه الأذان المكروه للانصراف كأذان عصرى عرفه و الجمعة و عشاء المزدلفه و أذان غير المميز ثم إن ظاهر النصوص و الفتاوى اختصاص استحباب الحكايه بالأذان دون الإقامه.

(٢) أى السماع.

(٣) فى الصلاه.

(٤) أى الصلاه.

(٥) أى الحيعلات.

(٦) غير الصلاه لخبر الدعائم عن على بن الحسين عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا سمع-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١ و ٢.

منه (١) أو معه. و ليقطع الكلام إذا سمعه غير الحكايه و إن كان قرآنا (٢)، و لو دخل المسجد أخر التحيه إلى الفراغ منه (٣).

في القيام و أحكامه

(ثم يجب القيام) حاله النيه، و التكبير، و القراءة (٤)، و إنما قدمه على النيه

المؤذن قال كما يقول، فإذا قال حي على الصلاه حي على الفلاح حي على خير العمل، قال: لا حول و لا قوه إلا بالله (١).

(١) من الفصل.

لتحقق المعيه في كليهما لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (ما أقول إذا سمعت الأذان؟ قال: اذكر الله مع كل ذاكر) (٢).

(٢) لإطلاق نصوص الحكايه.

(٣) من الأذان جمعا بين الوظيفتين.

(٤) و كذا القيام المتصل بالركوع و القيام بعد الركوع، هذا و اعلم أن جمله من الأصحاب أطلقوا القول بركنيه القيام، و ادعى عليه الإجماع كما في المعتبر و المنتهى و كشف اللثام، بل عن العلامة أنه ركن كيف اتفق، و كونه ركنا موجب لبطلان الصلاه به زياده و نقصانا عمدا أو سهوا كما هو معنى الركن عند الفقهاء.

و قد استدلوا على ذلك بالإجماع المدعى و بما دل على وجوب القيام في الصلاه مثل صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (و قم منتصبا، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: من لم يقم صلبه فلا صلاه له) (٣) و خبر الهروي عن الرضا عليه السلام عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا لم يستطع الرجل أن يصلي قائما فليصل جالسا، فإن لم يستطع جالسا فليصل مستلقيا ناصبا رجليه بحيال قبله يومئ إيماء) (٤).

و عن غير واحد الاستشكال بركنيه القيام مطلقا لأن من ترك القيام بعد الركوع ناسيا فصلاته صحيحه كما سيأتي مع أنه لو كان ركنا مطلقا لوجب الحكم بالبطلان و لذا عدل الشهيد في بعض فوائده و تبعه جماعه منهم ابن فهد في مهذب و الشهيد الثاني في غايه المرام و روضه إلى أن القيام تابع لما يقع فيه فالقيام إلى النيه شرط، و القيام فيها كحالها مردد بين الركنيه و الشرطيه، و القيام في التكبير ركن كالتكبير، و القيام في القراءة واجب -

ص: ١٥٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القيام حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ١٨.

غير ركنى كالقراءة، و القيام المتصل بالركوع ركن لأن الركوع لا يكون إلا عن قيام، و القيام بعد الركوع واجب غير ركنى و عليه فالركنية المدعاه للقيام حال التكبير و قبل الركوع هي ركنيه عرضيه، و عن الوحيد فى حاشيه المدارك أنه مراد الفقهاء.

نعم جعل صاحب الجواهر أن القيام بمجموعه فى الركعه هو الركن نظير ركنيه السجود فلا يتحقق نقصه إلا بفقد الركعه للقيام و لازمته ما لو كبر جالسا ثم قرأ كذلك و قام راکعا و كان ترك القيام سهوا و نسيانا إلا أنه قام بعد الركوع لم يتحقق منه ترك القيام المفسد للصلاه و هو كما ترى هذا كله من ناحيه ركنيه القيام، و أما القيام حال النيه فهو مبنى على كون النيه إخطاريه و قد عرفت أنها على نحو الداعى و تتحقق عند التكبير.

و أما القيام عند تكبيره الإحرام فهو متفق عليه و يشهد له جملة من النصوص منها: موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و كذلك إن وجبت عليه الصلاه من قيام نفسى حتى افتتح الصلاه و هو قاعد فعليه أن يقطع صلاته و يقوم فيفتتح الصلاه و هو قائم و لا يعتد بافتتاحه و هو قاعد)^(١). و هو كما يدل على وجوبه حال التكبير يدل على ركنيته حاله أيضا.

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف لو أتى ببعض التكبير منحيا صحت صلاته فقال: «بأن الأصحاب حكموا بصحة هذا التكبير و انعقاد الصلاه به و لم يفصلوا بين أن يكبر قائما أو يأتى به منحيا، فمن ادعى البطلان احتج إلى دليل» و فيه أنه مخالف لصحيح زراره المتقدم (من لم يقم صلبه فى الصلاه فلا صلاه له).

و أما القيام حال القراءة فهو واجب بالاتفاق لصحيح زراره المتقدم و غيره، غايته تركه نسيانا لا يوجب الإعادة لحديث لا تعاد الصلاه إلا من خمس^(٢).

و أما القيام الذى قبل الركوع فهو واجب بالاتفاق و للأخبار الكثيره الذى سيأتى بعضها فى مبحث القراءة إلا أنه ركن لكون حقيقه الركوع متوقفه على كونه عن قيام فلو كان جالسا ثم نهض متقوسا إلى حد الركوع فلا يقال له: قد ركع.

و أما القيام بعد الركوع فهو واجب بالاتفاق أيضا للأخبار التى سيأتى بعضها فى مبحث الركوع لكن تركه نسيانا لا يوجب الفساد لحديث لا تعاد الصلاه.

ثم إن الذى قسّم القيام و جعل كل قسم له حكم ما يدخل فيه أطلق بأن القيام فى القنوت مستحب لأن القنوت مستحب، و استشكل عليهم المحقق الثانى بأنه متصل بقيام-

ص: ١٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القيام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قواطع الصلاه حديث ٤.

و التكبير مع أنه لا يجب قبلهما، لكونه شرطاً فيهما و الشرط مقدّم على المشروط، و قد أخره المصنف عنهما في الذكرى، و الدروس، نظراً إلى ذلك (١)، و ليمحّض جزءاً من الصلاة (٢)، و في الألفيه أخره عن القراءة ليجعله واجباً في الثلاثة، و لكل وجه (مستقلاً به) (٣) غير مستند إلى شيء بحيث لو أزيل السناد سقط (مع)

القراءة فهو قيام واحد و لا يكون الواحد واجباً و مندوباً، و ردّ عليه الشارح في الروض بأنه ممتد يقبل الانقسام إلى الواجب و الندب.

و فيه: أنه لا يجوز بعد القراءة أن يجلس و يقنت ثم يقوم و يركع فإنه من الزيادة في الصلاة، نعم يجوز ترك القيام في القنوت بترك القنوت، و لعله هذا هو مرادهم من استحباب القيام و عليه فلا إشكال و كذا الكلام في القيام حال تكبير الركوع.

(١) أي إلى الشرطية بحيث لا يجب قبلهما فلذا أخره عنهما.

(٢) بالنسبة للقيام حال القراءة فلا يجب إلا بعد النيّة و التكبيره فيكونان شرطاً في وجوبه و حينئذ يتمحّض جزءاً من الصلاة، إذا القيام حال القراءة غير واجب قبلهما بل يجوز تركه لو لم يكمل التكبير.

(٣) يجب في القيام الاستقلال من غير معاونه بمعنى أن لا يكون مستنداً إلى شيء بحيث لو أزيل السناد سقط، لدخوله في مفهوم القيام و لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (و لا تستند إلى جدار و أنت تصلي إلا أن تكون مريضاً) (١) و خبر ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصلاة قاعداً أو متوكئاً على عصا أو حائط، فقال عليه السّلام: لا) (٢).

و عن أبي الصلاح الحلبي و سيد المدارك و المجلسي في بحاره و النراقي في المستند و البحراني في حدائقه جواز الاستناد لصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (عن الرجل هل يصلح له أن يستند إلى حائط المسجد و هو يصلي؟ أو يضع يده على الحائط و هو قائم من غير مرض و لا عله؟ فقال عليه السّلام: لا بأس) (٣) و موثق ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يصلي متوكئاً على عصا أو على حائط فقال عليه السّلام: لا بأس بالتوكؤ على عصا و الاتكاء على الحائط) (٤).

و هي إما محموله على صورته المرض جمعاً بين النصوص أو على التقيه لموافقته للعامه.

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القيام حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ٢٠.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القيام حديث ١ و ٤.

(الممكنه (١)، فإن عجز) عن الاستقلال في الجميع (ففي البعض) (٢).

و يستند فيما يعجز عنه، (فإن عجز) عن الاستقلال أصلا (اعتمد) على شيء مقدّما على القعود فيجب تحصيل ما يعتمد عليه و لو بأجره (٣) مع الإمكان (٤)، (فإن عجز) عنه (٥) و لو بالاعتماد، أو قدر عليه (٦) و لكن عجز عن تحصيله (٧) (قعد) مستقلا كما مرّ (٨)، فإن عجز اعتمد (فإن عجز اضطلع) على جانبه

(١) فلو كان مريضا فيجوز الاعتماد لصحيح ابن سنان المتقدم.

(٢) لقاعده الميسور و المعسور.

(٣) كأن يستأجر الآدمي لوجوب القيام عليه.

(٤) على الأجره.

(٥) عن القيام.

(٦) أي قدر على القيام معتمدا على الغير.

(٧) أي تحصيل ما يعتمد عليه.

(٨) في القيام بحيث لا يستند إلى شيء حال الجلوس، اعلم أن القيام الاضطراري بجميع أقسامه من كونه معتمدا أو منحيا أو مع الميل إلى أحد الجانبين أو مع عدم الاستقرار أو مع التفريغ الفاحش بين الرجلين مقدّم على الجلوس لصحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السّلام (سألته عن السفينه لم يقدر صاحبها على القيام، يصلى فيها و هو جالس يومئ أو يسجد؟ قال عليه السّلام: يقوم و إن حنى ظهره) (١). و خبر علي بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (و أما الفريضة فيحتسب كل ركعه بركعه و هو جالس إذا كان لا يستطيع القيام) (٢) و مع إمكان القيام بأي حال منه فهو مقدم على الجلوس.

و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السّلام (ما حدّ المرض الذي يصلى صاحبه قاعدا؟ فقال عليه السّلام: إن الرجل ليوعك و يخرج و لكنه أعلم بنفسه إذا قوى فليقم) (٣).

و مثله غيره من النصوص الداله على وجوب القيام عند قدره عليه و الجلوس مع العجز و يشترط في الجلوس ما اشترط في القيام من الانتصاب و الاستقلال لأن الجلوس بدل و كل ما وجب في القيام وجب في بدله.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب القيام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القيام حديث ٥.

الأيمن، فإن عجز فعلى الأيسر (١)، هذا هو الأقوى و مختاره فى كتبه الثلاثه و يفهم منه هنا التخيير و هو قول.

و يجب الاستقبال حينئذ (٢) بوجهه (٣)، (فإن عجز) عنهما (استلقى) على ظهره، و جعل باطن قدميه إلى القبلة و وجهه بحيث لو جلس كان مستقبلا كالمحتضر (٤). و المراد بالعجز (٥) فى هذه المراتب حصول مشقه كثيره لا تتحمل

(١) للنبوى الوارد فى الفقيه (المريض يصلى قائما فإن لم يستطع صلى جالسا، فإن لم يستطع صلى على جنبه الأيمن فإن لم يستطع صلى على جنبه الأيسر، فإن لم يستطع استلقى و أوما إيماء و جعل وجهه نحو القبلة و جعل سجوده أخفض من ركوعه) (١). و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (المريض إذا لم يقدر أن يصلى قاعدا، كيف قدر صلّى، إما أن يوجه فيومئ إيماء، و قال عليه السّلام: يوجه كما يوجه الرجل فى لحدده و ينام على جانبه الأيمن ثم يومئ بالصلاه، فإن لم يقدر أن ينام على جنبه الأيمن فكيفما ما قدر فإنه له جائز، و ليستقبل بوجهه القبلة ثم يومئ بالصلاه إيماء) (٢).

و تقديم الأيمن هو المشهور لهذه النصوص، و عن جماعه منهم المحقق فى الشرائع و المفيد فى المقنعه و السيد و ابن حمزه التخيير بين الجانبين لأخبار مطلقه منها: موثق سماعه (سألته عن المريض لا- يستطيع الجلوس قال عليه السّلام: فليصل و هو مضطجع، و ليضع على جبهته شيئا إذا سجد) (٣).

و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (سألته عن المريض الذى لا يستطيع القعود و لا الإيماء كيف يصلى و هو مضطجع؟ قال عليه السّلام: يرفع مروحه إلى وجهه) (٤). و لا بد من تقييدها بما سمعت لحمل المطلق على المقيد.

(٢) أى حين الاضطجاع.

(٣) لأنه يكون على هيئه المدفون و الأمر باستقبال القبلة بوجهه قد تقدم فى موثق عمار.

(٤) بلا خلاف فيه و يدل عليه النبوى المتقدم و غيره.

(٥) يراد به العجز العرفى لا العقلى، لأن العجز المستفاد من الأخبار محمول على العرف لأنهم هم المخاطبون بها.

ص: ١٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام و الإقامه حديث ١٠.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ٥ و ٢١.

عاده، سواء نشأ منها زياده مرض، أو حدوثه، أو بطن برئه، أو مجرد المشقه البالغه، لا العجز الكلى.

(و يومئ للركوع، و السجود بالرأس) إن عجز عنهما (١). و يجب تقريب

(١) أى عن الركوع و السجود، و الإيماء بدل الركوع و السجود عند العجز عنهما مما لا خلاف فيه و يدل عليه موثق عمار المتقدم (ثم يومئ بالصلاه إيماء) (١). و النبوى المتقدم (فإن لم يستطع استلقى و أوماً إيماء و جعل وجهه نحو القبلة و جعل سجوده أخفض من ركوعه) ٢. و مرسل الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السّلام (دخل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على رجل من الأنصار، و قد شبكته الريح، فقال: يا رسول الله كيف أصلى؟ فقال صلى الله عليه و آله و سلم: إن استطعتم أن تجلسوه فأجلسوه و إلا فوجهوه إلى القبلة و مروه فليومئ إيماء و يجعل السجود أخفض من الركوع) ٣. و خبر إبراهيم الكرخى عن أبى عبد الله عليه السّلام (رجل شيخ لا يستطيع القيام إلى الخلاء و لا يمكنه الركوع و السجود، فقال عليه السّلام: ليومئ برأسه إيماء، و إن كان له من يرفع الخمره فليسجد، فإن لم يمكنه ذلك فليومئ برأسه) ٤ و مثلها غيرها و هو كثير.

إلا أن جماعه من الأصحاب اشترطوا حال الإيماء وضع ما يصح السجود عليه على الجبهه لأن ملاقاه الجبهه له واجبه فلا تسقط بتعذر غيرها و يدل عليه موثق سماعه المتقدم (و ليضع على جبهته شيئاً إذا سجد فإنه يجزئ عنه و لن يكلفه الله ما لا طاقة له به) (٢).

و خبر على بن جعفر المتقدم أيضاً (يرفع مروحه إلى وجهه) (٣) و مرسل الفقيه (سئل عن المريض لا يستطيع الجلوس أ يصلى و هو مضطجع و يضع على جبهته شيئاً؟ قال عليه السّلام:

نعم لم يكلفه الله إلا طاقته) ٧. و ربما قيل بالتخيير بين الإيماء و الوضع المذكور لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن المريض قال عليه السّلام: يسجد على الأرض أو على المروحه أو على مساوك يرفعه إليه هو أفضل من الإيماء) (٤).

و قيل بأن الوضع المذكور يدلّ عند تعذر الإيماء لخبر على بن جعفر المتقدم (عن المريض الذى لا يستطيع القعود و لا الإيماء، كيف يصلى و هو مضطجع؟ قال عليه السّلام: يرفع مروحه إلى وجهه و يضع على جبينه و يكبر) (٥).

ص: ١٦٢

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ١٠ و ١٥ و ١٦ و ١١.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ٥.

٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ٢١ و ١٤.

٤- ((٨)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ١.

٥- ((٩)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ٢١.

الجبهة إلى ما يصح السجود عليه، أو تقريبه إليها (١)، و الاعتماد بها عليه (٢) و وضع باقى المساجد معتمدا (٣)، و بدونه (٤) لو تعذر الاعتماد (٥)، و هذه الأحكام آتية فى جميع المراتب السابقة، و حيث يومئ لهما برأسه يزيد السجود انخفاضا (٦) مع الإمكان، (فإن عجز) الإيمان به (غمض عينيه لهما) (٧) مزيدا للسجود تغميضا (و فتحهما)

بالفتح (٨) (لرفعهما) (٩) و إن لم يكن مبصرا (١٠) مع إمكان الفتح (١١) قاصدا

و قيل: بأن الوضع المذكور للمضطجع و المستلقى فقط مع عدم وجوب الإيمان عليه و الجمع بين الأخبار يقتضى القول الأول.

(١) أى تقريب ما يصح السجود إلى الجبهة.

(٢) أى بالجبهة على ما يصح السجود عليه.

(٣) على الأرض.

(٤) أى بدون وضع باقى المساجد.

(٥) مع أنه قيل بإيماء المساجد إلى الأرض حينئذ و هو مما لا دليل عليه.

(٦) للنبوى المتقدم (و جعل سجوده أخفض من ركوعه) (١) و كذا غيره.

(٧) أى للركوع و السجود لمرسل الفقيه عن أبى عبد الله عليه السلام (يصلى المريض قائما فإن لم يقدر على ذلك صلى جالسا، فإن لم يقدر أن يصلى جالسا صلى مستلقيا يكبر ثم يقرأ فإذا أراد الركوع غمض عينيه ثم سبح فإذا سبح فتح عينيه فيكون فتح عينيه رفع رأسه من الركوع، فإذا أراد أن يسجد غمض عينيه ثم سبح فإذا سبح فتح عينيه فيكون فتح عينيه رفع رأسه من السجود ثم يتشهد و ينصرف) (٢) فهو و إن كان واردا فى المستلقى إلا أنه يجرى فى غيره عند تعذر الإيمان.

و عن جماعه منهم سلالر و ابنا حمزه و سعيد و المحقق و الشهيد الثانيين بأن تغميض العينين للسجود أزيد منه للركوع للفرق بينهما و للأمر بزياده الإيمان للسجود على الركوع، و عن غيرهم نفى الزيادة لعدم الدليل عليها.

(٨) ليكون فعلا لا مصدرا.

(٩) أى لرفع الركوع و السجود و المراد رفع رأسه منهما.

(١٠) لإطلاق الخبر.

(١١) فتح العين بالنسبة للأعمى.

١-١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ١٥.

٢-٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القيام حديث ١٣.

بالأبدال (١) تلك الأفعال، وإلا أجرى الأفعال على قلبه كل واحد في محله، والأذكار على لسانه، وإلا أخطرها بالبال و يلحق
البدل حكم المبدل في الركنيه، زياده و نقصانا مع القصد، و قيل مطلقا (٢).

في النيه

(و النيه) (٣) و هي القصد إلى الصلاه المعينه، و لما كان القصد متوقفا على تعيين

(١) جمع بدل، فيقصد بالبدل فعل المبدل منه.

(٢) قصد البدليه أو لا، و فيه: إنه يكون مطلق التغميض ركوعا أو سجودا، و لازمه بطلان الصلاه بزيادته عمدا أو سهوا و هو مما
لا يمكن الالتزام به.

(٣) تقدم البحث في الموضوع من أنها هي الإراده الخاصه و هي الإراده مع قصد التقرب و تقدم أنها على نحو الداعى و ليست
ياخطاريه إلا أنه يبقى هنا أبحاث:

الأول: اشتراطها في الصلاه، و هو مما لا خلاف فيه و لا إشكال، و قد عدّ من الضروريات فضلا عن دعوى الإجماع عليه كما عن
جماعه فضلا عن قوله تعالى وَ مَا أُمِرُوا إِلَّا لِيُعْبَدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ (١) و من أبرز مصاديق العباده الصلاه.

الثانى: وقع الكلام بينهم فى أنها جزء من الصلاه أو شرط بعد الاتفاق على بطلان الصلاه بتركها عمدا و سهوا، مع الاتفاق بينهم
على أنها ركن، إذ حقيقه الركن هو ما تبطل الصلاه بتركه عمدا و سهوا أو زيادته كذلك، و لم يتعرضوا للزياده العمديه أو
السهويه فى النيه لعدم تعقلها أو عدم ثبوت قدحها، و الاتفاق على الركنيه لا ينافى الخلاف فيها من أنها جزء أو شرط، و ذهب
جماعه منهم المحقق فى المعبر و العلامه فى المنتهى و المحقق الثانى فى جامع و الشهيد الثانى فى روضه و الآبى فى كشفه و
سيد المدارك إلى أنها شرط لتقدمها على جميع أفعال الصلاه بما فيها التكبير الذى هو أول أفعال الصلاه و هذا شأن الشرط لأنه
مقارن و متقدم على المشروط و لأنها لو كانت جزءا لافتقرت إلى نيه أخرى و هذا مما يلزم منه التسلسل، و للحديث النبوى (إنما
الأعمال بالنيات و لكل امرئ ما نوى) (٢) و هو ظاهر على مغايره العمل للنيه.

و ذهب الشهيد فى الذكري و العلامه فى بعض كتبه و جماعه إلى أنها جزء لمقارنتها للتكبير و ما يقارن الجزء يكون جزءا.

و تردد العلامه فى التذكرة بين الجزئيه و الشرطيه و هو الظاهر المحكى عن جماعه من ذكر القولين بلا- ترجيح، و فى جامع
المقاصد أن فيها خاصه الشرط و الجزء معا، و هذا البحث-

ص: ١٦٤

١- (١) البيه الآيه: ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النيه حديث ٢.

فى جزئيتها أو شرطيتها مما لا جدوى فيه كما صرح بذلك غير واحد بعد الاتفاق على وجوبها و على بطلان الصلاة بتركها عمداً أو سهواً، و الإعراض حينئذ أولى لعدم الفائده.

الثالث: سواء كانت النيه إخطاريه أو على نحو الداعى فلا يشترط فيها التلفظ لأن محل النيه القلب لأنها إراديه، و قد نسب الشهيد فى الذكرى إلى بعض الأصحاب التلفظ بها لأنه أشدّ عوناً على إخلاص القصد، و رده الشهيد فى البيان بأنه مكروه لأنه كلام بعد الإقامه و قد تقدم كراهه الكلام بين الإقامه و الصلاة، و قال الشارح فى الروض فى بحث تكبيره الإحرام و وصل التلفظ بالنيه بها: «و ربما نقل بعض المتأخرين جواز الوصل حينئذ وصل لفظ النيه بلفظ التكبير. عملاً بظاهر القانون العربى و هو مندفع بأن الموجب لقطعها. أى قطع همزه الله أكبر. ثبت قبل إحداث الناس التلفظ بالنيه، فإنه أمرٌ حدث بعد النبى صلى الله عليه و آله و سلم و بعد خاصته، بل بعد كثير من العلماء المتقدمين فإنهم لم يتعرضوا للبحث عن النيه، و لا عن شىء من أحكامها، بناء على أنها أمرٌ مركزوز فى جبله العقلاء حتى أن الإنسان لا يكاد يفعل فعلاً خالياً عن القصد و الداعى مع كونه عاقلاً مختاراً، فلما خلف من بعدهم خلف أضاعوا حدود الأحكام و أهملوا حقائق شرائع الإسلام فتبهم المتأخرون على النيه و قيودها و أوضحوا لهم أحكامها و حدودها، و هى تكليف سهل و أمر هين، محصلها بعث الهمه و القصد إلى فعل الصلاة المعينه لله تعالى، و هذا القدر من القصد لا يتوقف على مساعده اللسان، و كيف يتوهم العاقل أن العزم على شىء و القصد إلى فعله يتوقف على التلفظ به، و لو كان الأمر كذلك لكان الخلق فى غالب الأوقات يتكلمون بمقاصدهم إذ لا ينفكون عن المقاصد غالباً بخلاف ذلك صار عن غلبه أمر وهمى و وسواس شيطانى» انتهى.

و صريح كلامه أنها على نحو الداعى و العجب منه كيف ذهب إلى أنها إخطاريه.

الرابع: لا- يجب فى النيه قصد الأداء و لا- القضاء و لا القصر و لا التمام و لا الوجوب و لا الندب لعدم الدليل عليه إذ النيه فى الصلاة بل و فى مطلق العبادات كاليه فى بقيه الأفعال الاختياريه و تزيد عليها باشمالها على التقرب إلى الله تعالى و هذا مما لا يوجب قصد هذه الأمور المذكوره.

فما عن المشهور من قصد الأداء و القضاء و عن العلامه من قصد الوجوب و الندب مما لا دليل عليه. نعم اتفق الجميع على عدم قصد القصر و التمام.

نعم إذا اشتغلت ذمته بفعل متعدد أو كان الفعل مما ينطبق على صلاتين إحداهما واجبه و الأخرى مستحبه كصلاه الصبح و نافلتها فلا بد من القصد إلى أحدهما المعين حتى يتمحض الفعل له كما هو واضح.

المقصود بوجه ليتمكن توجه القصد إليه اعتبر فيها (١) إحضار ذات (٢) الصلاة و صفاتها المميّزه لها حيث تكون مشتركه، و القصد (٣) إلى هذا المعين متقرباً، و يلزم من ذلك (٤) كونها (معينه الفرض) (٥) من ظهر، أو عصر، أو غيرهما (و الأداء) إن كان فعلها في وقتها، (أو القضاء) إن كان في غير وقتها (و الوجوب) (٦). و الظاهر أن المراد به المجعول غايه (٧)، لأن قصد الفرض يستدعى تميّز الواجب (٨)، مع احتمال أن يريد به الواجب المميّز (٩)، و يكون الفرض إشاره إلى نوع الصلاة (١٠)، لأن الفرض قد يراد به ذلك (١١) إلا أنه غير مصطلح شرعاً (١٢)، و لقد كان

(١) في النيه.

(٢) بناء على كون النيه إخطاريه و قد عرفت ضعفه.

(٣) عطف على (إحضار ذات الصلاة).

(٤) أى من القصد إلى المعين مع إحضار ذاته و خصوصيته.

(٥) قد عرفت وجوب القصد إلى المعين إذا كان الفعل متعدداً و عليه فإن كان القصد إلى المعين متوقفاً على قصد أنها ظهر أو عصر و على قصد الأداء أو القضاء و على قصد الوجوب أو الندب فهو و إلا فهو مما لا دليل عليه كما تقدم.

(٦) يقصد الوجوب تاره على نحو الوصفيه بأن ينوى الإتيان بالصلاه الواجبه قربه إلى الله، و أخرى على نحو الغائيه بأن ينوى الإتيان بالصلاه لوجوبها، و قد ذهب بعض الأصحاب إلى اشتراط الوجوب تبعاً لما قرره المتكلمون من أنه يجب فعل الواجب لوجوبه أو لوجه وجوبه من الشكر و الأمر و اللطف، و ظاهرهم أنه يقصد الوجوب على نحو الغائيه و هذا ينافى كون الغايه هو التقرب، هذا من جهه و من جهه أخرى سواء كان قصد الوجوب على نحو الغائيه أو الوصفيه فهو مما لا دليل عليه إذ يكفى فى مقام النيه التقرب إلى الله تعالى فقط.

(٧) بأن ينوى الوجوب على نحو الغائيه.

(٨) تعليل لكون قصد الوجوب على نحو الغائيه لأنه بعد ما قصد الفرض فيكون قد قصد الوجوب على نحو الوصف فيتعين أن يكون المراد بالوجوب المذكور بعد الفرض أنه على نحو الغائيه.

(٩) لأن قصد الفرض قد حقق قصد الظهر مثلاً من بين الصلوات الخمس فيبقى مجال القصد وجوبها على نحو الوصفيه.

(١٠) من أنها رباعيه كالظهر مثلاً كما تقدم فى الحاشيه السابقه.

(١١) أى يراد بالفرض نوع الصلاة.

(١٢) إذ المصطلح أن الفرض هو الواجب.

أولى (١) بناء على أن الوجوب الغائي لا دليل على وجوبه كما تبه عليه المصنف في الذكري، ولكنه مشهور، فجرى عليه هنا (٢) (أو الندب) إن كان مندوبا، إما بالعارض كالمعاده (٣) لثلا ينافى الفرض الأول (٤) إذ يكفي في إطلاق الفرض عليه حينئذ (٥) كونه كذلك بالأصل أو ما هو أعم (٦). بأن يراد بالفرض أولا ما هو أعم من الواجب، كما ذكر في الاحتمال (٧)، وهذا قرينه أخرى عليه (٨) وهذه الأمور كلها مميزات للفعل المنوي، لا أجزاء للنية (٩)، لأنها أمر واحد بسيط وهو القصد (١٠)، وإنما التركيب في متعلقه (١١) و معروضه وهو الصلاة الواجبه، أو المندوبه المؤداه، أو المقضاه، و على اعتبار الوجوب المعلل يكون آخر المميزات الوجوب (١٢) و يكون قصده لوجوبه إشاره إلى ما يقوله المتكلمون من أنه يجب فعل الواجب لوجوبه، أو ندبه، أو لوجهها (١٣) من الشكر، أو اللطف، أو الأمر أو المركب منها (١٤) أو من بعضها على اختلاف

(١) أى قصد الوجوب على نحو الوصفيه.

(٢) بناء على الاحتمال الأول لا الثانى كما هو واضح.

(٣) أى كالصلاه الواجبه إذا صلاها منفردا ثم أعادها جماعه فإنها مستحبه.

(٤) و هو المذكور قبل الوجوب و الندب.

(٥) حين الإعاده أو حين طء العارض.

(٦) أى يراد من الندب ما كان أعم من المندوب بالعارض و غيره مما كان أصله مندوبا.

(٧) أى احتمال كون الوجوب وصفيا اللازم لكون الفرض قد أريد به نوع الصلاة و هو أعم من الواجب و المندوب.

(٨) أى و عطف الندب على الفرض بناء على تفسير الندب بالمعنى الأخير يكون قرينه على أن المراد من الفرض هو نوع الصلاة و أن الوجوب وصفى.

(٩) و لذا لم نشترطها فى النيه إلا إذا توقف القصد على لمحها فيما لو كان الفعل متعددا.

(١٠) و هذا الكشف عن حقيقه النيه هو الدليل على كونها على نحو الداعى و ليست إخطاريه، و الحاكم هو الوجدان.

(١١) أى متعلق الأمر البسيط.

(١٢) لوجوب تأخير قصد الغايه عن قصد ذبيها.

(١٣) أى وجه الوجوب و الندب و هو المناط.

(١٤) من المذكورات الثلاثه.

الآراء، و وجوب ذلك أمر مرغوب عنه، إذ لم يحققه المحققون فكيف يكلف به غيرهم؟

(و القربه) (١) و هي: غايه الفعل المتعبد به (٢)، و هو قرب الشرف لا- الزمان و المكان، لتزهره تعالى عنهما، و آثرها (٣)، لورودها كثيرا في الكتاب و السنّه و لو جعلها لله تعالى كفى.

و قد تلخص من ذلك: أن المعتبر في النيه أن يحضر بباله (٤) مثلا صلاه الظهر الواجبه المؤداه، و يقصد فعلها لله تعالى، و هذا أمر سهل، و تكليف يسير، قل أن ينفك عن ذهن المكلف (٥) عند إرادته الصلاه، و كذا غيرها (٦) و تجشمها (٧) زياده على ذلك و سواس شيطاني، قد أمرنا بالاستعاذه منه و البعد عنه.

في تكبيره الإحرام

(و تكبيره الإحرام) (٨) نسبت إليه، لأن بها يحصل الدخول في الصلاه و يحرم

(١) قد تقدم الدليل على اعتبارها في نيه الصلاه.

(٢) و هذا ينافي قصد الوجوب الغائي.

(٣) أي و خصها المصنف بالذكر.

(٤) بعد ما صرح بكون النيه هي القصد في الشرح و في الروض كيف يجزم هنا بأنها إخطاريه.

(٥) و هذا يتم على أنها على نحو الداعي و إلا إذا كانت إخطاريه، فالانفكاك أمر واضح.

(٦) أي غير الصلاه من العبادات.

(٧) أي تجشم النيه.

(٨) سميت به لخبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: افتتاح الصلاه الوضوء و تحريمها التكبير و تحليلها التسليم) (١) و تسمى بتكبيره الافتتاح لخبر ناصح المؤذن عن أبي عبد الله عليه السّلام (فإن مفتاح الصلاه التكبير) ٢ و خبر الصدوق في المجالس عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (و أما قوله: الله أكبر. إلى أن قال. لا تفتح الصلاه إلا بها) ٣.

و لهذه الأخبار اعتبرت التكبيره أول الأجزاء الواجبه في الصلاه و أما القيام المقارن للتكبير فهو واجب لأنه شرط في التكبير، إلا أن التكبير مقدم عليه رتبة فلذا جعل بعضهم القيام أول الأجزاء لهذه الشرطيه و هو ضعيف بما سمعت. و بالتكبير يحرم على المصلي -

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١٠ و ٧ و ١٢.

ما كان محللا قبلها من الكلام وغيره، و يجب التلفظ بها باللفظ المشهور (١)

المنافيات لظاهر هذه النصوص من كون تحريم الصلاة بها و أنها مفتاح الصلاة، غير أن هذا متوقف على الإتيان بالتكبيره بتمامها فحينئذ يحرم عليه منافيات الصلاة و إلا فإذا لم يتمها فيجوز له قطعها و الإتيان بالمنافى حينئذ، ثم إن تركها عمدا أو سهوا مبطل للصلاة بلا خلاف فيه عندنا لجملة من النصوص منها صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن الرجل ينسى تكبيره الافتتاح، قال عليه السلام: يعيد(١) و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل سها خلف الإمام فلم يفتتح الصلاة، قال عليه السلام: يعيد الصلاة و لا صلاة بغير افتتاح)٢.

و باعتبار أن حقيقه الركن هو ما أوجب البطلان بنقصانه عمدا أو سهوا ذهب الأصحاب إلى ركنيه تكبيره الإحرام، و أما زيادتها عمدا أو سهوا فلا- دليل على بطلان الصلاة بها إلا الإجماع و فى الحدائق نفى الخلاف فيه، هذا بالإضافة إلى أن الركن هو ما يوجب البطلان بتركه عمدا أو سهوا من دون التعرض للزيادة كما قيل لأنه هو معناه لغه و عرفا.

(١) و هو: الله أكبر لخبر المجالس المتقدم (و أما قوله: الله أكبر. إلى أن قال. لا تفتح الصلاة إلا بها)(٢) و لمرسل الفقيه (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أتم الناس صلاة و أجزهم، كان إذا دخل فى صلاته قال: الله أكبر، بسم الله الرحمن الرحيم)٤.

و عن الإسكافى جواز تعريف (أكبر) و عن بعض الشافعية تقديمه على لفظ الجلاله و الفصل بينهما بمثل (سبحانه و عز و جل) و جواز تبديل إحدى الكلمتين أو كليهما بما يرادفها من اللغة العربية.

و فيه: إن العبادات توقيفيه فلا مجال للرأى فيها بل لا بد من الاقتصار على ما ورد عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم تأسيسا به و لقوله: (صلوا كما رأيتمونى أصلى)(٣) و يجب أيضا الإتيان بالهمزه على نحو القطع بحيث يقطعها عما قبلها و لا يجوز و صل التكبير بما قبله و جعل الهمزه همزه وصل لأن الوارد عن صاحب الشرع هو القطع بالهمزه. و قد نسب إلى بعض الأصحاب كما فى الروض جواز الوصل عملا- بقانون اللغة العربية و هو على خلاف التأسى بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم فى العبادات التوقيفيه فالاحتياط يقتضى البطلان و عدم الاجتزاء بها.

و مما تقدم تعرف لا بديه اللفظ العربى فى تكبيره الإحرام لتوقيفيه العبادات و كذا فى سائر-

ص: ١٦٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١ و ٧.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١٢ و ١١.

٣- (٥) كتر العمال ج ٤ حديث ١١٩٦.

(بالعربية) تأسيا بصاحب الشرع عليه الصلاة والسلام حيث فعل كذلك و أمرنا بالتأسي به (١)(و) كذا تعتبر العربية في (سائر الأذكار الواجبه)، أما المندوبه فيصح بها و غيرها في أشهر القولين (٢)، هذا مع القدره عليها (٣)، أما مع العجز (٤) و ضيق الوقت عن التعلم فيأتي بها حسب ما يعرفه من اللغات، فإن تعدد تخيير مراعي ما اشتملت عليه من المعنى و منه الأفضليه (٥).

(و تجب المقارنه للنيه) (٦) بحيث يكبر عند حضور القصد المذكور بالبال من

الأذكار الواجبه من القراءه و التسيحات في الركوع و السجود و في الركعتين الأخيرتين و من التشهد و التسليم.

(١) في الصلاة و الخبر قد تقدم.

(٢) بل نسب إلى المشهور و عن جامع المقاصد أنه لا يعلم قائلًا بالمنع سوى سعد بن عبد الله، و مستند المشهور أخبار منها:

مرسل الصدوق عن أبي جعفر عليه السلام (لا بأس أن يتكلم الرجل في صلاه الفريضة بكل شيء يناجى به ربه (عز و جل) (١)).

و عن الحدائق و الوحيد المنع لانصرافها إلى جواز الدعاء بغير المأثور و لا إطلاق فيها يشمل غير العربية و هو الأحوط.

(٣) على العربية.

(٤) فلو كان غير عربي فيجب عليه التعلم من باب المقدمه فإن تعذر التعلم لضيق الوقت فيحرم حينئذ بلغته مراعي في ذلك المعنى العربي من كون (أكبر) على صيغه التفضيل.

(٥) أي صيغه التفضيل في (أكبر).

(٦) بناء على أن النيه على نحو الداعي فالمقارنه أمر سهل، و أما بناء على كونها إخطاريه كما هو مبنى الشهيدين و غيرهم فقد وقع الكلام في أن المقارنه بين استحضار النيه و بين جميع أجزاء التكبيره أو بينه و بين أول جزء من التكبير، و قد ذهب الشارح إلى الي الثاني لأن مقارنه النيه لأول التكبير موجه للمقارنه لأول الصلاة لأن جزء الجزء جزء، و عن الشهيد كما في الروض الأول لأن الدخول في الصلاة إنما يتحقق بتمام التكبير فلا بد من استحضارها بتمام أجزاءه و قد اتفقوا على أنه لا يجب استحضارها بعد التكبير و لا يستحب لأنه متعذر أو متعسر إذ لا ينفك الإنسان عن الذهول، مع أنه إذا كانت النيه-

ص: ١٧٠

غير أن يتخلل بينهما زمان و إن قلّ، على المشهور، و المعتبر حضور القصد عند أول جزء من التكبير، و هو المفهوم من المقارنه بينهما فى عباره المصنف، لكنه فى غيره اعتبر استمراره (١) إلى آخره (٢) إلا مع العسر، و الأول أقوى.

(و استدامه حكمها) بمعنى أن لا يحدث نيه تنافيهما، و لو فى بعض مميزات المنوى (إلى الفراغ) من الصلاه، فلو نوى الخروج منها و لو فى ثانى الحال قبله (٣) أو فعل (٤) بعض المنافيات كذلك (٥)، أو الرياء (٦) و لو ببعض الأفعال و نحو ذلك بطلت.

على نحو الداعى كما هو الحق فهى مقارنه لجميع أجزاء الصلاه من دون الالتزام باستدامه حكمها إلى آخر الصلاه.

(١) استمرار حضور القصد.

(٢) أى آخر التكبير.

(٣) أى نوى الخروج فى الحاله التاليه لحاله القصد بالخروج و لا يشترط الخروج فى حاله قصد الخروج، و يكون الضمير فى قبله) راجعا إلى ثانى الحال بحيث نوى الخروج قبل ثانى حال الخروج، فثانى الحال هو حال الفعلية و الحال الأول هو حال القصد للخروج.

(٤) عطف على الخروج و المعنى: نوى فعل بعض المنافيات.

(٥) و لو قبل الانتهاء من الصلاه بعد حال النيه.

(٦) أى بأن نوى الرياء. و الرياء مناف للقربه و قد وردت أخبار كثيره على بطلان العباده به على المشهور إلا من المرتضى حيث ذهب إلى صحتها، و حمل الأخبار على بطلان ترتب الثواب عليها، و من الأخبار خبر السكونى (قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إن الملك ليصعد بعمل العبد مبتهجا به فإذا صعد بحسناته يقول الله (عز و جل): اجعلوها فى سجين، إنه ليس إياى أراد به) (١)، و خبر يزيد بن خليفه عن أبى عبد الله عليه السلام (كل رياء شرك إنه من عمل للناس كان ثوابه على الناس و من عمل لله كان ثوابه على الله) (٢)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يؤمر برجال إلى النار. إلى أن قال.

فيقول لهم خازن النار: يا أشقياء، ما كان حالكم؟ قالوا: كنا نعمل لغير الله، فقيل لنا:

خذوا ثوابكم ممن عملتم له) (٣) و خبر على بن عقبه عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام (و ما كان للناس فلا يصعد إلى الله) (٤)، و خبر على بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال الله-

ص: ١٧١

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ٤ و ١ و ٥.

فى الركعتين الأولى والثانية

(و قراءه الحمد (١)، و سوره كامله) (٢) فى أشهر القولين (إلا مع الضروره)

كضيق وقت، و حاجه يضّر فوتها، و جهاله لها مع العجز عن التعلم فتسقط

تعالى: أنا أغنى الأغنياء عن الشريك، فمن أشرك معى غيرى فى عمل لم أقبله إلا ما كان لى خالصا(١) فهى و إن كان أكثرها ظاهرا فى نفي الثواب إلا- أنه ورد النهى عن الرياء، و النهى عن الرياء مبطل للعباده، و قد ورد فى قوله تعالى: فَمَنْ كَانَ يَرْجُوا لِقَاءَ رَبِّهِ فَلْيَعْمَلْ عَمَلًا صَالِحًا وَ لَا يُشْرِكْ بِعِبَادَةِ رَبِّهِ أَحَدًا(٢) و فى خبر مسعده بن صدقه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (فاتقوا الله فى الرياء فإنه الشرك بالله)(٣).

(١) بالاتفاق للنبوى (لا صلاه إلا بفاتحه الكتاب)(٤) و صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الذى لا- يقرأ بفاتحه الكتاب فى صلاته، قال: لا صلاه إلا أن يقرأ بها فى جهر أو إخفات)(٥) و مثله غيره.

(٢) على المشهور لصحيح منصور عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا تقرأ فى المكتوبه بأقل من سوره و لا بأكثر)(٦) ، و صحيح معاويه بن عمار قلت لأبى عبد الله عليه السلام (أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم فى فاتحه الكتاب؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: فإذا قرأت فاتحه القرآن أقرأ بسم الله الرحمن الرحيم مع السوره؟ قال: عليه السلام: نعم)(٧) و مثلها غيرها.

و عن جماعه منهم: القديمان و الديلمى و المحقق فى المعتبر و العلامه فى المنتهى و سيد المدارك عدم الوجوب لصحيح على بن رئاب عن أبى عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: إن فاتحه الكتاب تجوز وحدها فى الفريضة)(٨).

و هو محمول على حال المرض أو الاستعجال أو الخوف لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (يجوز للمريض أن يقرأ فى الفريضة فاتحه الكتاب وحدها، و يجوز-

ص: ١٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الكهف الآية: ١١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٦.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٥.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٢.

٧- (٧) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٥.

٨- (٨) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١.

السورة من غير تعويض عنها (١)، هذا (في) الركعتين (الأوليين) سواء لم يكن غيرهما كالثنائه، أم كان كغيرها (٢) (و يجزى في غيرهما) من الركعات (الحمد وحدها أو التسبيح) (٣) بالأربع المشهوره (٤) (أربعا) بأن يقولها مره (٥) (أو تسعا)

بإسقاط التكبير من الثلاث على ما دلت عليه روايه حريز (٦)

لصحيح في قضاء صلاه التطوع بالليل و النهار(١) و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا بأس بأن يقرأ الرجل في الفريضة بفاتحه الكتاب في الركعتين الأوليين إذا ما أعجلت به حاجه أو تخوف شيئا)(٢)، و أما ما ورد من قراءه بعض السوره في الركعه فهو محمول على التقيه قطعاً لأنه موافق للعامه.

(١) بخلاف الحمد فإن لها عوضاً كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) و غير الثنائه هي الثلاثيه و الرباعيه.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: موثق ابن حنظله عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الركعتين الأخيرتين ما أصنع فيهما؟ فقال عليه السلام: إن شئت فقرأ فاتحه الكتاب و إن شئت فاذكر الله فهو سواء، قال: قلت: فأى ذلك أفضل؟ فقال عليه السلام: هما و الله سواء إن شئت سبحت و إن شئت قرأت)(٣).

(٤) لصحيح زراره (قلت لأبي جعفر عليه السلام: ما يجزئ من القول في الركعتين الأخيرتين؟ قال عليه السلام: أن تقول: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر، و تكبر و تركع)(٤).

(٥) كما عن الشيخين و الفاضلين و الشهيدين و جماعه و نسب إلى الأشهر و الأكثر لصحيح زراره المتقدم.

(٦) عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا كنت إماماً أو وحدك فقل: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله، ثلاث مرات تكمله تسع تسبيحات ثم تكبر و تركع)(٥) كما في روايه الفقيه، و إليه ذهب الصدوقان و ابن أبي عقيل و أبو الصلاح، و أما في السرائر فقد نقل الخبر عن كتاب حريز تاره بمثل ما رواه الصدوق في الفقيه لكن مع إسقاط (تكمله تسع -

ص: ١٧٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٥.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ١.

(أو عشرا) (١) بإثباته في الأخيره (أو اثني عشر) بتكرير الأربع ثلاثا، (٢)، ووجه الاجتزاء بالجميع (٣) ورود النص الصحيح بها (٤)، ولا يقدح إسقاط التكبير في الثاني لذلك (٥) وقيام غيره مقامه، وزياده (٦) وحيث يؤدي الواجب بالأربع جاز ترك الزائد (٧)، فيحتمل

تسيحات) وقوله: (أو وحدك)، وأخرى نقل الخبر هكذا (إن كنت إماما فقل: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ثلاث مرات ثم تكبر وترقع) (١). ولا يمكن الأخذ بزياده التكبير المروي في السرائر لأن المحكى عن المعتمر والتذكرة والمنتهى نسبة القول بالتسع إلى حريز مع عدم التكبير، وابن إدريس مقارب لعصرهما.

(١) بإسقاط التكبير في الأولى والثانية من التسيحات وإثباته في الثالثة كما عن مبسوط الشيخ وجمل السيد والغنيه وهداياه الصدوق لصحيح حريز المتقدم في روايه الفقيه بناء على أن المراد من قوله عليه السلام (ثم تكبر وترقع) أن التكبير غير تكبير الركوع، وعن المحقق الخونساري في حاشيته على الروضة وسيد المدارك وجماعه الاعتراف بعدم الوقوف له على مستند.

(٢) لخبر رجاء بن أبي الضحاك (صحب الرضا عليه السلام من المدينة إلى مرو فكان يسبح في الأخيرين يقول: سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر ثلاث مرات ثم يكبر ويرقع) (٢). وإليه ذهب الشيخ في النهاية والشهيد في البيان وجماعه.

(٣) أى بواحد من الأربعة وهو قول في المسألة.

(٤) بالمذكورات الأربعة وقد تقدم الخبر على كل واحد منها.

(٥) أى لا يقدح إسقاط التكبير في القول الثاني وهو أن التسيح تسع من دون تكبير لورود النص الصحيح به.

(٦) غرضه أن التسع وإن كانت أنقص من العشر بالتكبير إلا أنه لا يضر لقيام النص عليه وقد تقدم و لكونه أحد أفراد الواجب المخير، فكما أن الأربع فرد ثان بدل العشر فالتسع فرد ثالث بدل العشر، بل التسع أولى لأنه أزيد من الأربع.

(٧) هذا تفرغ على الاجتزاء بالجميع، وحاصله إذا كان الواجب متحققا بالأربع فلا بد أن يكون الزائد عنه مستحبا وهو قول لجماعه، ويحتمل أن يكون الواجب له عدة أفراد أدناها الأربع وأعلىها الاثنا عشر فإذا تعدى الأربع فيكون قد ترك أحد أفراد الواجب التخيري إلى بدله فلا بد من إكماله، والقول بأن التريديد في أفراد الواجب بين الأقل والأكثر غير معقول لتحقق الواجب في الأقل على كل حال ولو كان في ضمن الأكثر-

ص: ١٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٨.

كونه مستحبا، نظرا إلى ذلك، و واجبا مخرى، التفاتا إلى أنه أحد أفراد الواجب و جواز تركه إلى بدل، و هو الأربع و إن كان جزؤه كالركعتين، و الأربع فى مواضع التخيير، و ظاهر النصّ و الفتوى: الوجوب (١)، و به صرّح المصنف فى الذكرى، و هو ظاهر العبارة هنا، و عليه الفتوى.

فلو شرع (٢) فى الزائد عن مرتبه فهل يجب عليه البلوغ إلى أخرى؟ يحتمله قضيه للوجوب. و إن جاز تركه قبل الشروع. و التخيير ثابت قبل الشروع فيوقعه (٣) على وجهه (٤)، أو يتركه، حذرا من تغيير الهيئه الواجبه و وجه العدم:

أصالة عدم وجوب الإكمال، فينصرف إلى كونه ذكر الله تعالى، إن لم يبلغ فردا آخر (و الحمد) فى غير الأولين (أولى) (٥) من التسبيح

فلا بد أن يكون الزائد مستحبا مردود بالتخيير بين الاثنتين و الأربع فى مواضع التخيير بالنسبه للصلاه.

(١) أى وجوب إكمال الزائد عن الأربع لأن الجميع من قبيل أفراد الواجب التخييرى لا من قبيل التردد بين الواجب و المستحب، و العجب من الشارح حيث جعل ظاهر الفتوى ذلك و هو قد نقل فى الروض عن الشهيد فى كتبه الثلاثه الاستحباب.

(٢) إذا قلنا بأن التردد من قبيل التردد بين أفراد الواجب التخييرى و قلنا بوجوب قصد أحد الأفراد من حين الشروع فلا كلام، و إن لم نقل بوجوب القصد فلو انتهى من أحد الأفراد كالأربع مثلا و شرع فى الزائد فهل يجب عليه البلوغ إلى مرتبه الفرد الآخر، يحتمل ذلك لأن أفراد الواجب محدد فلا بد من الوصول إلى واحد منها، و يحتمل العدم لأن الزائد عن أحد الأفراد يكون ذكرا لله و هو حسن على كل حال.

(٣) أى الزائد.

(٤) من إيصاله إلى مرتبه من مراتب أفراد الواجب التخييرى.

(٥) ذهب الصدوق و الحسن بن أبى عقيل و الحلبي و جماعه إلى أن التسبيح أولى من قراءه الحمد سواء كان منفردا أو إماما أو مأموما لخبر محمد بن عمران و محمد بن حمزه عن أبى عبد الله عليه السلام (لأى عله صار التسبيح فى الركعتين الأخيرتين أفضل من القراءه؟ قال عليه السلام: إنما صار التسبيح أفضل من القراءه فى الأخيرتين لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لما كان فى الأخيرتين ذكر ما رأى من عظمه الله (عز و جل) فدهش فقال: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر فلذلك صار التسبيح أفضل من القراءه) (١)، و خبر رجاء بن أبى-

ص: ١٧٥

مطلقاً (١)، لروايه محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السّلام و روى فضليه التسبيح مطلقاً (٢)، و لغير الإمام (٣) و تساويهما (٤)، و بحسبها (٥) اختلفت الأقوال و اختلف اختيار

الضحّاك المتقدم (أنه صحب الرضا عليه السلام من المدينة إلى مرو فكان يسبح في الأخيرين يقول: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر ثلاث مرات ثم يكبر و يركع) (١)

و مداومه الإمام عليه دليل على أفضليته و مثلها غيرها.

و قد ورد أفضليه القراءه في خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن عليه السّلام أيما أفضل، القراءه في الركعتين الأخيرتين أو التسبيح؟ فقال عليه السلام: القراءه أفضل) (٢) و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (يجزيك التسبيح في الأخيرتين، قلت: أى شىء تقول أنت؟ قال عليه السّلام: أقرأ فاتحه الكتاب) ٣ و ظاهره مداومه المعصوم على قراءه الحمد الدال على أفضليتها.

و عن الشرائع و القواعد و جامع المقاصد بل قيل إنه المشهور على استحباب القراءه للإمام دون المأموم فالتسبيح له أفضل لصحيح معاويه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن القراءه خلف الإمام في الركعتين الأخيرتين؟ فقال عليه السّلام: الإمام يقرأ بفاتحه الكتاب و من خلفه يسبح، فإذا كنت وحدك فاقراً فيهما و إن شئت فسبح) (٣) و مثله غيره و هو ظاهر في التساوى بالنسبه للمنفرد و عليه موثق ابن حنظله عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الركعتين الأخيرتين ما أصنع فيهما؟ فقال عليه السلام: إن شئت فاقراً فاتحه الكتاب و إن شئت فاذا ذكر الله فهو سواء، قال: قلت: فأى ذلك أفضل؟ فقال عليه السّلام: هما و الله سواء إن شئت سبحت و إن شئت قرأت) (٤) و الحلف على التسويه لا- يمكن حمله على التقيه فيتعين حمله على المنفرد جمعا بين النصوص و هو المتعين.

(١) إماماً أو مأموماً أو منفرداً.

(٢) إماماً أو مأموماً أو منفرداً.

(٣) أى روى أفضليه التسبيح لغير الإمام و أما الإمام فيستحب له القراءه كما في صحيح معاويه.

(٤) أى تساوى القراءه و التسبيح لموثق ابن حنظله.

(٥) أى و بحسب الأخبار المختلفه.

ص: ١٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٨.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١٠ و ١٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ٣.

المصنف، فهنا رَجِحَ القراءه مطلقا، و فى الدروس للإمام و التسبيح للمنفرد، و فى البيان جعلهما له (١) سواء، و تردد فى الذكرى و الجمع بين الأخبار هنا لا يخلو من تعسف (٢).

فى الجهر بالقراءه

(و يجب الجهر) (٣) بالقراءه على المشهور (فى الصبح و أولى العشاء ين (٤)

(١) أى للمنفرد و جعل القراءه للإمام أفضل.

(٢) و لعله لما قاله فى الروض «و القول بأفضليه القراءه للإمام و المساواه بينهما للمنفرد طريق الجمع بين روايتيهما كما ذهب إليه الشيخ فى الاستبصار، لكن تبقى روايه أولويه التسبيح لا طريق إلى حملها إذ لا قائل بأولويته فى فرد مخصوص» انتهى.

و فيه: قد عرفت أن أفضليه التسبيح للمأموم لصحيح معاويه المتقدم و عليه فالجمع بين الأخبار خال من التعسف بشهاده نفس الشارح فى روضه.

(٣) على المشهور لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل جهر فيما لا- ينبغى الإجهار فيه، و أخفى فيما لا- ينبغى الإخفاء فيه فقال عليه السّلام: أى ذلك فعل متعمدا فقد نقض صلاته و عليه الإعاده، فإن فعل ذلك ناسيا أو ساهيا أو لا يدري فلا شىء عليه و قد تمت صلاته) (١) و هو ظاهر فى وجوب الجهر و الإخفات فى مواطنهما.

و عن الإسكافى و المرتضى فى المصباح عدم الوجوب و مال إليه سيد المدارك لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (سألته عن الرجل يصلى من الفريضة ما يجهر فيه بالقراءه، هل عليه أن لا- يجهر؟ قال عليه السّلام: إن شاء جهر و إن شاء لم يفعل) (٢) ؟ و فيه: إن الأصحاب قد أعرضوا عنه.

(٤) بلا خلاف فيه لخبر الفضل بن شاذان عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام فى حديث (أن الصلوات التى يجهر فيها إنما هى فى أوقات مظلمه فوجب أن يجهر فيها ليعلم المارّ أن هناك جماعه فإن أراد أن يصلى صلّى لأنه إن لم ير جماعه علم ذلك من جهه السماع، و الصلاتان اللتان لا- يجهر فيهما إنما هما بالنهار فى أوقات مضيئه فهى من جهه الرؤيه لا- يحتاج فيها إلى السماع) (٣).

و خبر يحيى بن أكنم (سأل أبا الحسن الأول عن صلاه الفجر لم يجهر فيها بالقراءه و هى من صلوات النهار و إنما يجهر فى صلاه الليل، فقال عليه السّلام: لأن النبى كان يغسل بها فقرّبها من الليل) (٤)، و خبر رجاء بن أبى الضحّاك عن الرضا عليه السّلام (أنه كان يجهر-

ص: ١٧٧

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٦.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١ و ٣.

(و الإخفات فى البواقى) للرجل.

و الحق أن الجهر و الإخفات كىفتان متضادتان مطلقا (١)، لا- يجتمعان فى مائه، فأقل الجهر: أن يسمعه من قرب منه صحىحا (٢)، مع اشتمالها (٣) على الصوت (٤) الموجب لتسميته جهرا عرفا، و أكثره: أن لا يبلغ العلو المفرط (٥)، و أقل السر: أن يسمع نفسه خاصه صحىحا، أو تقديرا (٦) و أكثره: أن لا يبلغ

بالقراءه فى المغرب و العشاء الآخره و صلاه الليل و الشفع و الوتر و الغداه و يخفى القراءه فى الظهر و العصر(١).

و مورد السؤال فى الجميع هو الجهر فى القراءه و أما غيرها كالتشهد و التسليم و ذكر الركوع و السجود و القنوت فقد ورد فى صحىح على بن يقطين عن أبى الحسن موسى عليه السلام (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يجهر بالتشهد و القول فى الركوع و السجود و القنوت؟ قال عليه السلام: إن شاء جهر به و إن شاء لم يجهر)(٢).

و هذا كله مخصوص بالرجال بالاتفاق لكونه معلوما و لذا سئل عن الجهر للرجل فقط كما فى الخبر الأخير و لخبر ابن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سأله عن النساء هل عليهن الجهر بالقراءه فى الفريضة؟ قال عليه السلام: لا، إلا أن تكون امرأه تؤم النساء فتجهر بقدر ما تسمع قراءتها)(٣).

(١) لا- يجتمعان فى مورد، اعلم أن الجهر و الإخفات قد وردا و ليس لهما ضابط شرعى فالمرجع هو العرف، فما كان فيه ظهور جوهر الصوت فهو الجهر و إلا فهو الإخفات.

(٢) أى سليم السمع.

(٣) أى اشتمال كىفيه الجهر.

(٤) أى جوهره.

(٥) و هو المسمى بالصياح فلا يجوز الصياح و لو فعل فالصلاه باطله، ففى خبر سماعه (سألته عن قول الله (عز و جل) وَ لَا تَجْهَرُوا بِصَلَاتِكُمْ وَ لَا تَخَافَتْ بِهَا، قال: المخافته ما دون سمعك و الجهر أن ترفع صوتك شديدا)(٤) و النهى فى العباده مفسد.

(٦) عند وجود المانع كالصمم.

ص: ١٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب القنوت حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٢.

(و لا جهر على المرأه) وجوبا (٢)، بل تتخير بينه وبين السرّ في مواضعه (٣) إذا لم يسمعها من يحرم (٤) استماعه صوتها، و السرّ أفضل لها مطلقا (٥)، (و تتخير الخنثى بينهما) (٦) فى موضع الجهر إن لم يسمعها الأجنبى، و إلا تعين الإخفات (٧)، و ربّما قيل: بوجوب الجهر عليها (٨)، مراعيه عدم سماع الأجنبى مع الإمكان، و إلا وجب الإخفات، و هو أحوط (٩).

(١) و قد نسب الشارح فى الروض إلى بعضهم أن أكثره هو أقل مراتب الجهر و ردّ عليه بإمكان استعمال الفرد المشترك فى جميع الصلوات و هو خلاف الواقع لأن التفصيل قاطع للشركه.

(٢) أى نفى الوجوب و قد تقدم دليله.

(٣) أى مواضع الجهر الواجب على الرجل.

(٤) فإذا سمعها فالأقرب البطلان للنهى كما عن جماعه، و عن صاحب الحدائق و غيره الإشكال فيه لكونه قد تعلق بأمر خارج عن العباده إذ تعلق بالجهر و الذى هو عباده هو التلفظ و الصوت و قد تقدم الكلام فيه.

(٥) حتى عند عدم سماع من يحرم استماعه، و الأفضليه من باب الاحتياط.

(٦) أى بين الجهر و الإخفات فى مواضع وجوب الجهر على الرجل لدوران أمره بين كونه رجلا- أو امرأه، و التخيير هنا حكم عقلى، ثم هل التخيير ابتدائى بحيث لو اختار الجهر فى أول مره فيبقى على الجهر مطلقا و هكذا فى الإخفات أو أنه استمرارى وجهان؟ هذا كله بحسب عباره المصنف و لكن الشارح فى الروض جعل النزاع فى الخنثى من أنها هل تأخذ حكم المرأه أو حكم الرجل و جعلهما قولين، و لعل من قال بالأول لأن الجهر مختص بالرجل و رجوليه الخنثى مشكوكه فلا يجب الجهر للشك فى شرطه، و لعل أيضا من قال بالثانى أن الجهر حكم عام على كل مصل خرج منه النساء و الباقي يبقى تحته بما فيه الخنثى.

و الشارح كما سترى أكمل عباره المصنف على نحو استعرض هذين القولين كما سترى.

(٧) و هذا هو حكم المرأه فيكون الخنثى مثلها.

(٨) و هذا هو حكم الرجل فيكون الخنثى مثله.

(٩) لأن الأمر دائر بين التعيين أعنى وجوب الجهر و بين التخيير، و التعيين الذى هو حكم المرأه هنا طريق الاحتياط.

(ثم الترتيل) (١) للقراءة، وهو لغه: الترسل فيها، والتبيين بغير بغي، و شرعا - قال في الذكرى -: هو حفظ الوقوف، و أداء الحروف و هو المروى عن ابن عباس، و قريب منه عن علي عليه السلام إلا أنه قال: و بيان الحروف، بدل أدائها.

(١) شروع في مستحبات القراءة و ستأتى الإشارة على استحبابه من المصنف، و استحبابه متفق عليه و يدل عليه قوله تعالى: وَ رَتَّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (١) و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (ينبغي للعبد إذا صلى أن يرتل في قراءته، فإذا مرّ بآيه فيها ذكر الجنة و ذكر النار سأل الله الجنة و تعوذ بالله من النار) (٢) و المرسل عن علي بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (إن القرآن لا يقرأ هذرمة و لكن يرتل ترتيلاً) (٣) و خبر عبد الله بن سليمان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله (عز و جل) وَ رَتَّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا، قال عليه السلام: قال أمير المؤمنين عليه السلام: بينه تبيان، و لا تهذه هذ الشعر و لا تنثره نثر الرمل و لكن اقرعوا به قلوبكم القاسية) (٤).

و عن الجوهرى فى الصحاح أنه لغه «الترسل فيها و التبيين بغير بغي»، و الحاصل أنه التمهّل بالقراءة من غير عجله و هذا ما نص عليه فى مجمع البحرين أيضا. و عن الشارح فى المسالك و الروض أن له تفسيرات متعدده شرعا.

الأول: ما عن المحقق فى المعتمد أنه تبيين الحروف من غير مبالغه و نقل أيضا عن الشيخ.

الثانى: ما عن العلامة فى النهايه أنه بيان الحروف و إظهارها و لا يمدّها بحيث يشبه الغناء.

الثالث: ما عن الشهيد فى الذكرى أنه حفظ الوقوف و أداء الحروف و فى الذكرى أنه المروى عن ابن عباس و على عليه السلام إلا أنه قال: و بيان الحروف بدل أدائها.

و هذه التفاسير إن رجعت إلى المعنى اللغوى فهو و إلا فالعمده عليه لنص أهل اللغه عليه و لأنه قد جعل فى قبال الهذرمة فى المرسل عن علي بن أبي حمزه و هو ما يفيد أن معنى الترتيل هو التمهّل بالقراءة من غير عجله.

ص: ١٨٠

١- (١) المزمّل الآيه: ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب القراءة فى الصلاة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب قراءة القرآن حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب قراءة القرآن حديث ١.

(و الوقوف) (١) على مواضعه، و هي ما تمّ لفظه و معناه (٢)، أو أحدهما (٣)، و الأفضل: التام، ثم الحسن، ثم الكافي، على ما هو مقرر في محله و لقد كان يغني عنه (٤) ذكر الترتيل على ما فسّره به المصنّف (٥)، فالجمع بينهما تأكيد. نعم، يحسن الجمع بينهما لو فسّر الترتيل بأنه: تبين الحروف من غير مبالغه كما فسّره به في المعبر و المنتهى، أو بيان الحروف و إظهارها من غير مدّ يشبه الغناء كما فسّره به (٦) في النهايه و هو الموافق لتعريف أهل اللغه.

(و تعمّد الإعراب) (٧) إما بإظهار حركاته و بيانها بيانا شافيا بحيث لا يندمج

(١) قال الشارح في الروض «و الوقوف على مواضعه فيقف على التام ثم على الحسن ثم على الجائز على ما هو مقرر عند القراء تحصيلًا لفائده الاستماع إذ به يسهل الفهم و يحسن النظم و لا يتعين الوقف في موضع و لا يقبح، بل متى شاء وقف و متى شاء وصل مع المحافظة على النظم، و ما ذكره القراء قبيحا أو واجبا لا يعنون به معناه الشرعي، و قد صرح به محققوهم» انتهى.

(٢) و هو المسمى عندهم بالتام لأنه لا تعلق بما بعده لا لفظا و لا معنى و أكثر ما يوجد في الفواصل و رءوس الآيات.

(٣) فإن تم لفظا و لكنه متعلق بما بعده من حيث المعنى فهو المسمى عندهم بالكافي مثل قوله تعالى: لا رَيْبَ فِيهِ .

و إن تم معنى و لكنه متعلق بما بعده من حيث اللفظ فهو المسمى عندهم بالحسن مثل قوله تعالى: الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ .

و إن كان متعلقا لفظا و معنى بما بعده فالوقف عليه قبيح كالوقف على المبتدأ أو المضاف.

ثم أضافوا عشره مواضع و ادّعوا أن الوقف عليها وقف غفران، و رووا عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم (إن من ضمن لي أن يقف على عشره مواضع ضمننت له الجنة) و أن هناك ثمانيه و خمسين وقفا حراما و من وقف على واحد منها فقد كفر و جعل منها الوقف على صراطِ الَّذِينَ إِلَى غير ذلك مما زخرفوه و اختلقوه من دون دليل يدل عليه.

(٤) عن الوقوف.

(٥) في الذكرى.

(٦) أى كما فسّر العلامة الترتيل بهذا المعنى في النهايه و قد تقدم عرض أقوالهم مع عرض المعنى اللغوي عن الجوهرى.

(٧) فالإعراب مع الدرج واجب لأنه جزء الكلمه و إلا فلا دليل على استحبابه.

بعضها في بعض إلى حد لا يبلغ حد المنع (١)، أو بأن لا يكثر الوقوف الموجب للسكون خصوصا في الموضع المرجوح (٢)، و مثله حركة البناء.

(و سؤال الرحمة و التعمُّد من النقمه) عند آيتيهما (٣) (مستحبّ) خبر الترتيل و ما عطف عليه، و عطفها (٤) بتم الدال على التراخي لما بين الواجب و الندب من التغير (و كذا) يستحبّ (تطويل السوره (٥) في الصبح) كهل أتاك و عمّ، لا- مطلق التطويل، (و توسّطها في الظهر و العشاء) كهل أتاك و الأعلى كذلك (٦)، (و قصرها)

(١) بحيث لو وصل الأمر إلى دمج بعضها ببعض فتعمد الإعراب حينئذ واجب و ليس بمستحب.

(٢) في الوقف الكافي مثلا.

(٣) لمرسل ابن أبي عمير المتقدم في الترتيل، و مثله غيره.

(٤) أي المذكورات.

(٥) ذكر المشهور أن المستحب هو قراءة قصار السور من المفصل في الظهرين و المغرب، و متوسطاته في العشاء و مطولاته في الصبح، و قد اعترف أكثر من واحد منهم الشارح في الروض بعدم العثور على مستند لذلك في أخبارنا و إنما اتبع المشهور في ذلك العامه، هذا من جهة و من جهة أخرى فالمشهور على أن المفصل من أول سوره محمد صلى الله عليه و آله و سلم إلى آخر القرآن، و قيل إن أوله من الحجرات أو من الجائيه أو القتال أو ق و قيل غير ذلك، و من جهة ثالثه سمي المفصل بذلك لكثرة الفصول بين سوره و مطولاته من أوله إلى عمّ و متوسطاته من عمّ إلى الضحى و قصاره من الضحى إلى آخره.

و من جهة رابعه فالوارد عندنا في هذا هو روايه سعد الإسكاف عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أعطيت السور الطوال مكان التوراه و المثين مكان الإنجيل، و المثاني مكان الزبور و فضّلت بالمفصّل ثمان و ستين سوره و هو مهيمن على سائر الكتب) (١). و العدد المذكور منطبق على كونه من أول سوره محمد صلى الله عليه و آله و سلم، و في خبر دعائم الإسلام (لا بأس أن يقرأ في الفجر بطوال المفصل و في الظهر و العشاء الآخره بأواسطه و في العصر و المغرب بقصاره) (٢) و هو لم يخالف المشهور إلا في الظهر.

(٦) أي لا مطلق التوسط.

ص: ١٨٢

١- (١) أصول الكافي ج ٢ كتاب فضل القرآن حديث ١٠.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.

(في العصر و المغرب) بما دون ذلك. و إنما أطلق و لم يخصّ التفصيل بسور المفصل لعدم النصّ على تعيينه بخصوصه عندنا، و إنما الوارد في نصوصنا هذه السور و أمثالها (١) لكنّ المصنّف و غيره قيّدوا الأقسام بالمفصل، و المراد به (٢) ما بعد محمّد (٣) أو الفتح، أو الحجرات، أو الصفّ، أو الصافات إلى آخر القرآن. و في مبدئه أقوال آخر أشهرها الأول، سمّي مفصّلاً لكثرة فواصله بالبسملة بالإضافة إلى باقى القرآن، أو لما فيه من الحكم المفصل لعدم المنسوخ منه.

(و كذا يستحبّ قصر السوره مع خوف الضيق) بل قد يجب (٤) (و اختيار هل أتى و هل أتاك في صباح الاثنين)، و صباح (الخميس) (٥) فمن قرأهما في اليومين

(١) كما في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (أما الظهر و العشاء الآخرة تقرأ فيهما سواء، و العصر و المغرب سواء، و أما الغداه فأطول، و أما الظهر و العشاء الآخرة فسبح اسم ربك الأعلى و الشمس و ضحاها و نحوها، و أما العصر و المغرب فإذا جاء نصر الله و ألهاكم التكاثر و نحوها، و أما الغداه فعَمّ يتساءلون و هل أتاك حديث الغاشية و لا أقسم بيوم القيامة و هل أتى على الإنسان حين من الدهر) (١) و خبر عيسى بن عبد الله القمى عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يصلّى الغداه بعَمّ يتساءلون و هل أتاك حديث الغاشية و لا أقسم بيوم القيامة و شبهها، و كان يصلّى الظهر بسبح اسم و الشمس و ضحاها و هل أتاك حديث الغاشية و شبهها، و كان يصلّى المغرب بقل هو الله و إذا جاء نصر الله و الفتح و إذا زلزلت، و كان يصلّى العشاء الآخرة بنحو ما يصلّى في الظهر و العصر بنحو من المغرب) (٢) و هذه الأخبار ظاهره في إلحاق الظهر بالعشاء لا في العصر و المغرب كما ذهب إليه المشهور.

(٢) بالمفصل.

(٣) على المشهور و يدل عليه خبر سعد الإسكاف المتقدم.

(٤) مراعاة للوقت.

(٥) لمرسل الفقيه (حكى من صحب الرضا عليه السّلام إلى خراسان أنه كان يقرأ في صلاة الغداه يوم الاثنين و يوم الخميس في الركعه الأولى الحمد و هل أتى على الإنسان، و في الثانية الحمد و هل أتاك حديث الغاشية، فإن من قرأهما في صلاة الغداه يوم الاثنين و يوم الخميس وقاه الله شر اليومين) (٢).

ص: ١٨٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١.

وقاه الله شرهما،(و) سورة (الجمعه و المنافقين في ظهريها و جمعتهما) (١) على طريق الاستخدام، و روى (٢) أن من تركهما فيها متعمدا فلا صلاه له، حتى قيل بوجوب قراءتهما في الجمعه و ظهريها لذلك و حملت الروايه على تأكيد الاستحباب

(١) على المشهور لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (اقرأ سورة الجمعه و المنافقين فإن قراءتهما يوم الجمعه في الغداه و الظهر و العصر) (١) و مرفوع حريز و ربعي عن أبي جعفر عليه السّلام (إذا كان ليله الجمعه يستحب أن يقرأ في العتمه سورة الجمعه و إذا جاءك المنافقون و في صلاه الصبح مثل ذلك و في صلاه الجمعه مثل ذلك و في صلاه العصر مثل ذلك) (٢).

و في الشرائع نسبة القول بوجوبهما في الظهرين من الجمعه إلى البعض و لعله الصدوق لأنه أمر بالإعاده لو نسيهما لصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام (من صلى الجمعه بغير الجمعه و المنافقين أعاد الصلاه في سفر أو حضر) (٢)، غايته أن الخبر كفتوى الصدوق مختص بالظهر و أما العصر فوجوب قراءتهما فيها مما لم يعرف قائله و لكن الخبر محمول على الاستحباب المؤكد جمعا بينها و للتعبير بالاستحباب في الأخبار المتقدمه و لخبر علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السّلام (عن الجمعه في السفر ما اقرأ فيها؟ قال: اقرأ فيهما بقل هو الله أحد) (٣) و هو ظاهر في استحباب الجمعه و المنافقين جمعا بينه و بين ما تقدم و منه تعرف وجوبهما في الجمعه كما عن السيد المرتضى.

فالضمير في (ظهريها و جمعتهما) راجع إلى الجمعه باعتبار أنها يوم، و المراد منها سورة الجمعه لإضافه السوره إليها فاختلف المراد من الضمير مع المراد من مرجعه.

(٢) كما في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (إن الله أكرم بالجمعه المؤمنين فسئها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشاره لهم، و المنافقين توبيخا للمنافقين، و لا ينبغي تركهما فمن تركهما متعمدا فلا صلاه له) (٤)، و خبر عبد الملك الأحول عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (من لم يقرأ في الجمعه بالجمعه و المنافقين فلا جمعه له) (٤) لكنهما محمولان على الاستحباب المؤكد لما سمعت من خبر علي بن يقطين المتقدم و لخبره الآخر (سألت أبا الحسن الأول عليه السّلام: عن الرجل يقرأ في صلاه الجمعه بغير سورة الجمعه متعمدا، قال عليه السّلام: لا-

ص: ١٨٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٦ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٣ و ٧.

جمعا،(و الجمعة و التوحيد فى صباحها) (١) و قيل: الجمعة و المنافقين، و هو مروى أيضا،(و الجمعة و الأعلى فى عشاءها) (٢):
المغرب و العشاء، و روى فى المغرب:

الجمعة و التوحيد، و لا مشاحه فى ذلك، لأنه مقام استحباب (٣).

بأس بذلك(١) و مثله غيره.

(١) كما فى الكثير من النصوص منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (اقرأ فى ليله الجمعة الجمعة و سبح اسم ربك
الأعلى، و فى الفجر سورة الجمعة و قل هو الله أحد)(٢)

هذا على المشهور، و ذهب المرتضى و ابن بابويه إلى قراءة الجمعة و المنافقين فى صبح الجمعة لصحيح زراره و مرفوع حريز و
ربعى المتقدمين.

(٢) أى فى ليله الجمعة و الذى يدل على الجمعة و الأعلى فى العشاءين هو خبر أبى بصير المتقدم، و ورد استحباب قراءة الجمعة
و المنافقين كما فى مرفوع حريز و ربعى المتقدم، و ورد استحباب قراءة الجمعة و قل هو الله أحد فى مغرب ليله الجمعة كما فى
خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كان ليله الجمعة فاقرا فى المغرب سورة الجمعة و قل هو الله
أحد)(٣).

(٣) قال المحقق فى المعتمد «و لا- مشاحه فى ذلك لأنه مقام استحباب»، نعم ورد الأمر بقراءه إنا أنزلناه فى الركعه الأولى و بقل
هو الله أحد فى الثانيه من كل صلاه بل لو عدل عن غيرهما إليهما لما فيهما من الفضل أعطى أجر السوره التى عدل عنها مضافا
إلى أجرهما، ففى خبر الاحتجاج عن صاحب الزمان عليه السلام (كتب إلى محمد بن عبد الله بن جعفر الحميرى فى جواب
مسائله حيث سأله عما روى فى ثواب القرآن فى الفرائض و غيرها أن العالم عليه السلام قال: عجباً لمن لم يقرأ فى صلاته إنا
أنزلناه فى ليله القدر كيف تقبل صلاته؟ و روى ما زكت صلاه لم يقرأ فيها قل هو الله أحد، و روى أن من قرأ فى فرائضه
الهمزه أعطى من الثواب قدر الدنيا، فهل يجوز أن يقرأ الهمزه و يدع هذه السور التى ذكرناها مع ما قد روى أنه لا تقبل صلاته و
لا تزكو إلا بهما.

الثواب فى السوره على ما قد روى، و إذا ترك سوره مما فيها من الثواب و قرأ قل هو الله أحد و إنا أنزلناه لفضلهما أعطى ثواب
ما قرأ و ثواب السوره التى ترك، و يجوز أن يقرأ غير هاتين السورتين و تكون صلاته تامه، و لكنه يكون قد ترك الأفضل).

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب القراءة فى الصلاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب قراءة فى الصلاه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب القراءة فى الصلاه حديث ٤.

(و تحرم) قراءه (العزيمه فى الفريضة) (١) على أشهر القولين. فتبطل (٢) بمجرد الشروع فيها عمدا للنهى، و لو شرع فيها (٣) ساهيا، عدل عنها و إن تجاوز نصفها، ما لم يتجاوز موضع السجود، و معه (٤) ففى العدول، أو إكمالها و الاجتراء بها،

(١) على المشهور و لم يعرف الخلاف إلا من ابن الجنيد، و مستند المشهور خبر زراره عن أحدهما عليهما السّلام (لا تقرأ فى المكتوبه بشيء من العزائم فإن السجود زياده فى المكتوبه) (١)

و موثق سماعه (من قرأ (اقرأ باسم ربك) فإذا ختمها فليسجد. إلى أن قال. و لا تقرأ فى الفريضة اقرأ فى التطوع) (٢).

و ذهب ابن الجنيد إلى جواز القراءة مع ترك آيه السجده فإذا فرغ من الصلاه قرأها و سجد و يشهد له خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يقرأ فى المكتوبه سوره فيها سجده من العزائم فقال: إذا بلغ موضع السجده فلا يقرأها) (٣).

و هذا منه على مبناه من عدم وجوب السوره و التبعض جائز فيمكن قراءتها من دون قراءه موجب السجود، و المتبع الأول لوجوب السوره كما تقدم و لعمل المشهور بالخبرين السابقين.

(٢) أى الصلاه، اعلم أنه على القول المشهور المنصور من التحريم إن قرأ سوره فيها عزيمة تبطل الصلاه بمجرد الشروع لأنه إن أكمل السوره فيجب السجود و هو زياده فى المكتوبه و إن ترك موجب السجود لزم الاقتصار على الأقل من السوره و هو ممنوع، هذا كله إذا كان من نيته الإتمام حين الشروع و إلا لو كان العدم و عدل عنها إلى غيرها قبل تجاوز النصف بشرط أن تكون السجده فى النصف الآخر فلا دليل على بطلان صلاته.

(٣) ساهيا فإن تذكر قبل آيه السجده عدل عنها إلى غيرها و إن كان قد تجاوز النصف لأن نصوص العدول الآتية المقيدة بما لم يبلغ النصف منصرفه عن هذا المقام و ظاهره فيما لو كانت السوره مجزيه عند الإكمال بخلاف ما نحن فيه فإنها غير مجزيه لو أكملها فضلا عن بطلان الصلاه بها.

(٤) أى مع التجاوز لموضع السجود فذهب الشهيد فى البيان إلى الجزم بالعدول مع التذكر بعد قراءه آيه السجده أو بعد الإتمام إذا كان قبل الركوع و تابعه المحقق الثانى و صاحب الجواهر لإطلاق النهى عن قراءه العزيمه المقتضى لعدم الاجتراء و عن غيرهم أنه صحت صلاته و لا يجب عليه العدول لوقوع ما يخشى منه و هو قراءه آيه السجده، ثم على هذا

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب القراءة فى الصلاه حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب القراءة فى الصلاه حديث ١ و ٢ و ٣.

مع قضاء السجود بعدها، وجهان في الثاني منهما قوه و مال المصنّف في الذكرى إلى الأول، و احترز بالفريضه عن النافله، فيجوز قراءتها فيها (١)، و يسجد لها في محله، و كذا لو استمع (٢) فيها إلى قارئ أو سمع (٣) على أجود القولين.

القول اختلفوا فهل يجب السجود عند التذكر كما في كشف الغطاء أو يؤخره إلى ما بعد الفراغ من الصلاة كما هو المعروف بينهم أو يومئ بدل السجود كما عن بعض أو يجمع بين الإيماء في الأثناء و السجود بعد الفراغ أفعال أربعه و الأحوط الأخير و إن كان الإيماء كاف لخبر أبي بصير (إن صليت مع قوم فقرأ الإمام (اقرأ باسم ربك) أو شيئاً من العزائم و فرغ من قراءته و لم يسجد فأومئ إيماء) (١) و خبر سماعه (و إذا ابتليت بها مع إمام لا يسجد فيجزيك الإيماء و الركوع) (٢) و خبر علي بن جعفر (عن الرجل يكون في صلاه في جماعه فيقرأ إنسان السجده كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يومئ برأسه، قال:

و سألته عن الرجل يكون في صلاه فيقرأ آخر السجده فقال عليه السلام: يسجد إذا سمع شيئاً من العزائم الأربع ثم يقوم فيتم صلاته إلا أن يكون في فريضه فيومئ برأسه إيماء) (٣).

(١) في النافله بلا خلاف لموثق سماعه المتقدم.

(٢) في النافله، لا خلاف في وجوب السجود على من استمع لها للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قرئ بشيء من العزائم الأربع فسمعتها فاسجد و إن كنت على غير وضوء) (٤).

(٣) كما عليه الأكثر لإطلاق خبر ابن جعفر عن أخيه (عن الرجل يكون في صلاه جماعه فيقرأ إنسان السجده كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يومئ برأسه إيماء) (٥) و عن الشيخ و المحقق و العلامة و جماعه العدم لاختصاص السجود بالاستماع لا بالسماع و يدل عليه خبر ابن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل سمع السجده تقرأ، قال عليه السلام:

لا يسجد إلا أن يكون منصتاً لقراءته مستمعاً لها أو يصلى بصلاته، فأما أن يكون يصلى في ناحيه و أنت تصلى في ناحيه أخرى فلا تسجد لما سمعت) ٤.

ص: ١٨٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب القراءه في الصلاة حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب القراءه في الصلاة حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٣ و ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٢.
- ٥- ((٥ و ٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٣ و ١.

و يحرم استماعها فى الفريضة فإن فعل، أو سماع اتفاقا و قلنا بوجوبه له (١) أو ما لها (٢) و قضاها (٣) بعد الصلاة، و لو صلّى مع مخالف تقيه فقرأها تابعه فى السجود و لم يعتد بها (٤) على الأقوى و القائل بجوازها منا (٥) لا يقول بالسجود لها فى الصلاة فلا منع من الاقتداء به (٦) من هذه الجهة (٧)، بل من حيث فعله (٨) ما يعتقد المأموم الإبطال به.

فى الجهر بالقراءة فى نوافل الليل

و يستحب الجهر بالقراءة فى نوافل الليل، و السرّ فى نوافل النهار (٩) و كذا قيل (١٠) فى غيرها من الفرائض (١١)، بمعنى استحباب الجهر بالليليه منها،

(١) أى بوجوب السجود للسمع.

(٢) و قد تقدم أخبار الإيماء.

(٣) من باب الاحتياط ليس إلا.

(٤) أى بصلاته لزياده العمديه من السجود مع عدم العلم باغتفار مثل هذا تقيه، و إن كانت التقيه ترفع تحريم إبطال الصلاة بزياده السجود.

(٥) هو ابن الجنيد حيث جوّز قراءة العزائم فى الفريضة و لكن لم يجوّز السجود فى أثناء الصلاة بل أوجب ترك موجب السجود إلى ما بعد الصلاة. و عليه فالإقتداء بمن يقول بهذا القول و قد قرأ سورة العزيمه من دون موجبها غير مجز، و عدم الإجزاء لا من ناحيه زياده السجود، كيف و قد عرفت أن ابن الجنيد قد أوجب ترك موجب السجود فى أثناء الصلاة بل من ناحيه أن صلاة الإمام بنظر المأموم باطله لأن الإمام قد أقدم على ما لا يجوز له قراءته و هى سورة العزيمه و المأموم يعتبر أن قراءه سورة العزيمه منهى عنها و النهى يقتضى الفساد.

(٦) أى بهذا القائل منا.

(٧) أى جهه عدم السجود فى الصلاة.

(٨) فعل الإمام من قراءه السوره المنهى عنها.

(٩) بلا- خلاص فيه لمرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السّلام (السنه فى صلاه النهار بالإخفات و السنه فى صلاه الليل بالإجهار) (١).

(١٠) و هو المحقق الثانى فى جامع.

(١١) بشرط أن يكون لها نظير فى الليل و نظير فى النهار كالكسوفين فصلاه الكسوف يستحب-

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ٢.

و السِّر في نظيرها نهارا كالكسوفين، أما ما لا نظير له (١) فالجهر مطلقا (٢) كالجمعه (٣) و العيدين (٤)، و الزلزله (٥)، و الأقوى في الكسوفين ذلك (٦)، لعدم اختصاص الخسوف بالليل (و جاهل الحمد (٧) يجب عليه التعلم) مع إمكان و سعه

فيها الإسرار لأنها تصلّى نهارا، و صلاه الخسوف يجهر فيها لأنها تصلّى ليلا و فيه: إنه يستحب الإجهار في الكسوفين بل عن المنتهى نسبته إلى علمائنا و أكثر العامه، و يدل عليه صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام الوارد في صلاه الكسوفين (و تجهر بالقراءة) (١).

(١) تمته قول المحقق الثاني. و المراد أنه ليس له فردان أحدهما ليلى و الآخر نهارى بل له فرد واحد قد يقع نهارا كالعيدين و قد يقع كالزلزله في بعض الأحيان.

(٢) سواء صلاها بالنهار أو الليل.

(٣) و استحباب الجهر فيها إجماعى و يدل عليه أخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (و القراءة فيها بالجهر) (٢) بل و كذا لو صلاها ظهرا لخبر عمران الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يصلّى الجمعه أربع ركعات أ يجهر فيها بالقراءة؟ قال: نعم و القنوت في الثانية) ٣.

(٤) لخبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يعتم في العيدين. إلى أن قال. و يجهر بالقراءة كما يجهر في الجمعه) (٣).

(٥) إلحاقا لها بصلاه الكسوفين لأن جنس الجميع واحد.

(٦) أى الجهر و قد تقدم دليله و هو صحيح زراره و محمد بن مسلم، لا لما قاله الشارح من وقوع خسوف القمر نهارا و ذلك قبل طلوع الشمس و بعد طلوع الفجر من جهة المغرب و قبل ذهاب الحمره المشرقيه و بعد غياب القرص من جهة المشرق.

(٧) يجب عليه تعلمها للإجماع المدعى عن المعبر و المنتهى و عن العلامة الطباطبائي في مصابحه «إن ثبت الإجماع كما في المعبر و المنتهى و إلا اتجه القول بنفى الوجوب» و ذلك لأنه لا دليل على وجوب التعلم إلا وجوب نفس الصلاه مع أنه يمكن له أن يأتي بها مأموما فتسقط عنه قراءة الحمد، و إلا كون وجوب التعلم نفسيا هو مما لا دليل عليه كما حرر في الأصول.

ص: ١٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الكسوف و الآيات حديث ٦.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب القراءة في الصلاه حديث ٢ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب صلاه العيد حديث ١.

الوقت (فإن ضاق الوقت قرأ ما يحسن منها) (١) أى من الحمد، هذا إذا سَمِيَ قرآنا، فإن لم يسمَ لقلته فهو كالجاهل بها أجمع.

و هل يقتصر عليه (٢)، أو يعوّض عن الفأث؟ (٣) ظاهر العبارة الأول (٤)، و فى الدروس: الثانى و هو الأشهر. ثم إن لم يعلم غيرها (٥) من القرآن كزّر ما يعلمه بقدر الفأث (٦)، و إن علم ففى التعويض منها (٧)، أو منه (٨) قولان مأخذهما كون الأبعاض أقرب إليها، و أن الشىء الواحد لا يكون أصلا و بدلا، و على التقديرين (٩) فيجب المساواه له (١٠) فى الحروف (١١)، و قيل فى الآيات (١٢).

(١) بلا خلاف و لا إشكال لقاعده الميسور.

(٢) على ما يعرفه من الحمد بشرط أن يكون قرآنا، كما عليه جماعه كما عن المعتبر و المنتهى و التحرير و مجمع البرهان و المدارك لأصالة البراءة عن وجوب العوض.

(٣) كما اختاره الشهيد فى الذكرى و الدروس و ابن سعيد فى جامعہ بل نسب إلى المشهور لوجوب قراءه الحمد و مع التعذر فينتقل إلى البدل و هو العوض عن الفأث.

(٤) حيث لم يقيدھا المصنف بالتعويض عن الفأث.

(٥) غير الحمد.

(٦) لأن الذى يعرفه من القرآن منحصر بها فلا بد من تكرار ما يعلمه منها حينئذ.

(٧) من الحمد لأنه أقرب إلى الفأث لكون الجميع من سوره الحمد، و هو قول العلامة فى التذكرة.

(٨) أى من القرآن لعموم قوله تعالى: فَاقْرَأْ مَا تيسَّرَ مِنْهُ (١)، و لأن الشىء الواحد لا يكون أصلا و بدلا و هو قول العلامة فى النهايه، و فى الثانى ضعف لأن الجزء الذى يعرفه يأتى به أولا بالأصالة و يأتى به ثانيا بدلا عما لا يعرفه فتغاير البدل و المبدل منه.

(٩) سواء كان التعويض من الحمد أو من القرآن.

(١٠) أى للفأث.

(١١) كما عن المشهور لوجوب التطابق بين البدل و المبدل.

(١٢) لقوله تعالى: وَلَقَدْ آتَيْنَاكَ سَبْعًا مِنَ الْمَثَانِي (٢) فيجب التطابق فى الآيات سواء قصرت أو طالت كقضاء أيام الصوم.

١- (١) المزمل الآية: ٢٠.

٢- (٢) الحجر الآية: ٨٧.

و الأول أشهر.

و يجب مراعاة الترتيب بين البديل و المبدل، فإن علم الأول أآخر البديل (١)، أو الآخر قدّمه (٢)، أو الطرفين وسّطه (٣)، أو الوسط حفّه به (٤)، و هكذا. و لو أمكنه الائتمام قدّم على ذلك (٥)، لأنه في حكم القراءة التامه، و مثله (٦) ما لو أمكن متابعه قارئ، أو القراءة من المصحف، بل قيل بإجزائه (٧) اختيارا، و الأولى اختصاصه بالنافله، (فإن لم يحسن) شيئا منها (٨) (قرأ من غيرها بقدرها) (٩) أى

(١) لكون المبدل متأخرا.

(٢) أى قدم البديل لكون المبدل متقدما.

(٣) أى وسّط البديل بين الطرفين لكون المبدل كذلك.

(٤) أى حف الوسط بالبديل من حاشيته لكون المبدل كذلك.

(٥) أى على البديل، بل عرفت تقديمه على وجوب التعلم أيضا.

(٦) و مثل الائتمام.

(٧) أى يكون مجزيا حال الاختيار و الاضطرار فى الفريضة سواء كان قادرا على التعلم أو لا كما عن ظاهر الشرائع و التذكرة و نهايه الأحكام لخبر الحسن بن زياد الصيقل عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما تقول فى الرجل يصلى و هو ينظر فى المصحف يقرأ فيه، يضع السراج قريبا منه؟ قال عليه السّلام: لا بأس بذلك) (١).

و عن الشهيدين و المحقق الثانى و جماعه عدم الجواز فى الفريضة لخبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (عن الرجل و المرأه يضع المصحف أمامه ينظر فيه و يقرأ و يصلى؟ قال عليه السّلام: لا يعتدّ بتلك الصلاه) ٢ و أصحاب القول الأول حملوا الخبر الثانى على الكراهه جمعا بين الأخبار، و أصحاب القول الثانى حملوا الخبر الأول على النافله جمعا بين الأخبار، و الجمع الأول هو الأظهر.

(٨) من الحمد.

(٩) على المشهور للنبوى: (إذا قمت إلى الصلاه فإن كان معك قرآن فاقرأ به، و إلا فاحمد الله تعالى و هلله و كبره) (٢) و هو ظاهر فى أن الانتقال إلى الذكر بعد تعذر قراءة القرآن مطلقا.

و فى الشرائع التخيير بين القراءة من غيرها و الذكر و النبوى يدفعه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١ و ٢.

٢- (٣) كنز العمال ج ٤ ص ١٩٤٦.

بقدر الحمد حرفا (١)، و حروفها مائه و خمسه و خمسون حرفا بالبسمله (٢)، إلا- لمن قرأ مالك فإنها تزيد حرفا، و يجوز الاقتصار على الأقل، ثم قرأ السوره إن كان يحسن سوره تامه و لو بتكرارها عنهما مراعيًا في البدل المساواه (فإن تعذر) ذلك كله و لم يحسن شيئًا من القراءه (ذكر الله تعالى (٣) بقدرها) أى بقدر الحمد خاصه، أما السوره فساقطه كما مر (٤).

و هل يجزى مطلق الذكر (٥)؟ أم يعتبر الواجب في الأخيرتين؟ قولان اختار ثانيهما المصنف في الذكرى لثبوت بدليته عنها (٦) في الجملة. و قيل يجزى مطلق الذكر و إن لم يكن بقدرها عملاً بمطلق الأمر (٧)، و الأول أولى، و لو لم يحسن (١) و قد تقدم دليله.

(٢) بناء على أن الحمد مشتمله على (ملك) لا على (مالك).

(٣) بالتسبيح و التكبير و التهليل و الذكر، فعن المشهور أنه يذكر الله و يسبحه و يهلله، و عن نهاية الأحكام زياده التحميد، و عن الخلاف الاقتصار على الحمد، و فى اللغه هنا الاقتصار على الذكر، و عن الجعفى و الكاتب تعيين التسبيح الواجب فى الأخيرتين، و قد تقدم النبوى المشتمل على التحميد و التهليل و التكبير، و فى النبوى المروى فى المنتهى و التذكرة (أنه قال لرجل: قل: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر و لا حول و لا قوة إلا بالله العلى العظيم) و قد رواه فى الذكرى إلى قوله: (إلا بالله) و هو مما روته العامه (١).

و هذه الأخبار عاميه فالأولى الاقتصار على صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الله فرض من الصلاه الركوع و السجود ألا ترى لو أن رجلاً دخل فى الإسلام لا يحسن أن يقرأ القرآن أجزاءً أن يكبر و يسبح و يصلّى) (٢) و ظاهره أن التكبير للافتتاح فيقتصر على التسبيح إما مطلقه و إما ما ورد فى الركعتين الأخيرتين.

(٤) عند قول المصنف: (إلا مع الضروره).

(٥) الشامل على التحميد و التهليل و التكبير و التسبيح.

(٦) أى ثبوت بدليه الذكر الواجب عن الحمد كما هو الحكم بالتخيير بينهما فى الأخيرتين، و مقصود الشارح من قوله «فى الجملة» أى فى الأخيرتين، و لكن عرفت دلالة صحيح ابن سنان عليه أيضاً.

(٧) قال الشارح فى الروض «و فى المعبر اجترأ بمدلول الخبر النبوى مره لإطلاق الأمر».

ص: ١٩٢

١- (١) سنن البيهقى ج ٢ ص ٣٨١، و سنن أبى داود ج ١ الرقم ٨٣٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١.

الذكر قيل (١) وقف بقدرها لأنه كان يلزمه عند القدره على القراءه قيام و قراءه، فإذا فات أحدهما بقى الآخر، و هو حسن.

فى أن الضحى و أ لم نشرح واحده و كذا الفيل و الإيلاف

(و الضحى و أ لم نشرح سوره) واحده (و الفيل و الإيلاف سوره) فى المشهور (٢) فلو قرأ إحداهما فى ركعه، وجبت الأخرى على الترتيب، و الأخبار خاليه من الدلاله على وحدتهما (٣) و إنما دلت على عدم أجزاء إحداهما، و فى بعضها (٤) تصريح بالتعدد (٥) مع الحكم المذكور (٦)، و الحكم من حيث الصلاه واحد (٧)،

(١) و هو العلامه فى النهايه.

(٢) لمرسل الشرائع «روى أصحابنا أن (الضحى) و (أ لم نشرح) سوره واحده، و كذا (الفيل) و (الإيلاف)» (١) و مثله مرسل الطبرسى فى مجمع البيان ٢، و خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (الضحى و أ لم نشرح سوره واحده) (٢) و خبر القاسم بن عروه عن شجره أخى بشير النبال عن أبى عبد الله عليه السّلام (أ لم تر، و لإيلاف سوره واحده) ٤ و مثله خبر أبى جميله عنه عليه السّلام ٥

و يؤيده عدم جواز الاكتفاء بإحداهما فى الصلاه لأخبار منها: صحيح زيد الشحام (صلى بنا أبو عبد الله عليه السّلام الفجر فقرأ الضحى و أ لم نشرح فى ركعه) (٣) و خبر المفضل بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- تجمع بين سورتين فى ركعه واحده إلا الضحى و أ لم نشرح، و أ لم تر كيف و لإيلاف قرئش) ٧.

و ذهب المحقق فى المعبر إلى أنهما سورتان و إن لم تجز إحداهما دون الأخرى فى الصلاه، بدليل التصريح أنهما سورتان فى خبر المفضل و لأن وضعهما فى المصحف يدل على ذلك، و الأمر سهل ما دام تجب قراءتهما معا غير أن المراسيل المتقدمه منجره باعتماد الأصحاب عليها فالأقوى أنهما سوره واحده و بينهما البسملة.

(٣) بالنظر إلى صحيح زيد الشحام و خبر المفضل المتقدمين فقط.

(٤) أى بعض الأخبار كما فى خبر المفضل بن صالح المتقدم.

(٥) أى تعدد سورتها.

(٦) أى عدم أجزاء إحداهما فلا بد من ضم الأخرى فى الصلاه.

(٧) لأنه لا بد من قراءتهما معا سواء قلنا بكونهما سوره أو سورتين.

ص: ١٩٣

٢- ((٣ و ٤ و ٥) مستدرک الوسائل الباب - ٧ - من أبواب القراءة فی الصلاة حدیث ١ و ٢ و ملحقه.

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القراءة فی الصلاة حدیث ١ و ٥.

و إنما تظهر الفائدة في غيرها (١) (و تجب البسملة بينهما) على التقديرين في الأصح (٢) لثبوتها بينهما تواترا، و كتبها في المصحف المجرد عن غير القرآن حتى النقط و الإعراب، و لا ينافي ذلك الواحد لو سلمت كما في سورة النمل (٣).

(١) كالنذر و أخويه.

(٢) أما على تقدير التعدد فواضح بلا خلاف فيه، و أما على تقدير الوحده فذهب الأكثر على كون البسملة بينهما لثبوتها في المصاحف عند المسلمين من صدر الإسلام و عن الشيخ و المحقق بل في البحار نسبتها إلى الأكثر و في التبيان و مجمع البيان نسبتها إلى الأصحاب من عدم البسملة بينهما لسقوطها من مصحف أبي، قال في مجمع البيان «و روى أن أبي بن كعب لم يفصل بينهما في مصحفه» (١).

(٣) فإن البسملة فيها متعددة، و فيه نظر لأن البسملة الثانيه في سورة النمل جزء آيه و لارتباط ما قبلها و ما بعدها بها بخلاف المقام.

و بقى هناك أحكام مستحبه و واجبه في القراءة و هي مشهوره فكان على المصنف ذكرها أو على الشارح استدراكها لأن اللغه مبنيه على ذكر المشهورات منها: أن البسملة جزء من كل سورة فيجب قراءتها بالاتفاق للأخبار الكثيره منها: صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن السبع المثاني و القرآن العظيم أ هي الفاتحه؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: بسم الله الرحمن الرحيم من السبع؟ قال عليه السلام: نعم هي أفضلهن) (٢).

و خبر ابن عمران الهمداني (كتبت إلى أبي جعفر عليه السلام: جعلت فداك ما تقول في رجل ابتداء بسم الله الرحمن الرحيم في صلاته وحده بأمر الكتاب فلما صار إلى غير أم الكتاب من السوره تركها فقال العباسي: ليس بذلك بأس؟ فكتب عليه السلام بخطه: يعيدها مرتين على رغم أنه ٣ و ما ورد من جواز تركها (٣) محمول على التقيه لموافقته للعامه و مذهبهم في ذلك مشهور. نعم لا بسملة في سوره براءه بالاتفاق لأنه هو المرسوم في جميع المصاحف.

و يجب الجهر بالبسملة في الصلاه الجهرية بلا كلام لأنها جزء مما يجب الجهر فيه، و أما في الصلاه الإخفائيه و هي الظهران فيستحب الجهر بها في الحمد و السوره على المشهور لصحيح صفوان (صليت خلف أبي عبد الله عليه السلام أياما فكان إذا كان صلاه لا يجهر فيها-

ص: ١٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب القراءة في الصلاه حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القراءة في الصلاه حديث ٢ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القراءة في الصلاه حديث ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

جهر بيسم الله الرحمن الرحيم، و كان يجهر في السورتين جميعاً(١)، و خبر أبي حفص الصائغ (صليت خلف جعفر بن محمد عليه السلام فجهر بيسم الله الرحمن الرحيم)٢، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون: (و الإجهار بيسم الله الرحمن الرحيم في جميع الصلوات سنة)٣.

و عن أبي الصلاح وجوب الجهر في الحمد و السوره في الأوليين و عن القاضي ابن البراج و الصدوق وجوب الجهر حتى في الأخيرتين لخبر الأعمش عن جعفر عليه السلام (و الإجهار بيسم الله الرحمن الرحيم في الصلاة واجب)٢) و لكن عدّ الجهر بيسم الله الرحمن الرحيم من علامات المؤمن كما في الخبر (و بما يعرف شيعته؟ قال: بصلاة الإحدى و خمسين و الجهر بيسم الله الرحمن الرحيم و القنوت قبل الركوع و التختم باليمين)٣) و مثله غيره.

و ظاهره الاستحباب و لعل التعبير بالواجب في خبر الأعمش في قبال العامه الذي كان ديدنهم على ترك البسملة في السوره.

و منها: جواز العدول من سوره إلى أخرى اختياراً من دون خلاف لجمله من النصوص منها: خبر ابن أبي نصر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يقوم في الصلاة فيريد أن يقرأ سوره فيقرأ قل هو الله أحد و قل يا أيها الكافرون، فقال عليه السلام: يرجع من كل سوره إلا من قل هو الله أحد و قل يا أيها الكافرون)٤) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل قرأ في الغداه سوره قل هو الله أحد، قال عليه السلام: لا بأس و من افتتح سوره ثم بدا له أن يرجع في سوره غيرها فلا بأس إلا قل هو الله أحد و لا يرجع منها إلى غيرها، و كذلك قل يا أيها الكافرون)٧.

و المعروف بينهم عدم جواز العدول مع تجاوز النصف، و أما قبل تجاوز النصف فجائز، و أما عند بلوغ النصف فقد وقع الخلاف، و عن المشهور أنه يجوز العدول و إن بلغ النصف لخبر البزنطي عن أبي العباس (في رجل يريد أن يقرأ سوره فيقرأ في أخرى فقال: يرجع إلى التي يريد و إن بلغ النصف)٥).

ص: ١٩٥

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١ و ٨ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ٥.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١١.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١ و ٢.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ٣.

(ثم يجب الركوع (١) منحنيا إلى أن تصل كفاه) معا (ركبتيه) فلا يكفى

نعم فى خصوص يوم الجمعة يجوز العدول من سورة التوحيد و الكافرون إلى الجمعة و المنافقين ما لم يبلغ النصف مع النسيان لا مع العمد للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (فى الرجل يريد أن يقرأ سورة الجمعة فى الجمعة فقرأ قل هو الله أحد، قال عليه السلام: يرجع إلى سورة الجمعة) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا افتتحت صلاتك بقل هو الله أحد و أنت تريد أن تقرأ بغيرها فامض فيها و لا- ترجع إلا- أن تكون فى يوم الجمعة فإنك ترجع إلى الجمعة و المنافقين منها) ٢ و الأخير مطلق فى يوم الجمعة سواء كان جمعه أو ظهرا فتخصيص العدول بالجمعه كما عن البعض ليس فى محلّه.

ومنها: كراهه قراءه سورتين فى الفريضة و هو المسمى بالقران للجمع بين صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الرجل يقرأ السورتين فى الركعه فقال عليه السلام: لا لكل سورة ركعه) (٢)، و خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- تقرأ فى المكتوبه بأقل من سورة و لا- بأكثر) (٣)، و بين ما دل على الجواز كصحيح على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام (عن القران بين السورتين فى المكتوبه و النافله، قال عليه السلام: لا- بأس) (٤)، و يشير إلى الكراهه فى الفريضة خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (عن رجل قرأ سورتين فى ركعه، قال عليه السلام: إذا كانت نافله فلا بأس و أما الفريضة فلا يصلح) ٦ و موثق زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إنما يكره أن يجمع بين السورتين فى الفريضة فأما النافله فلا بأس) ٧ و مثلها غيرها، و مشهور القدماء ذهبوا إلى المنع فى الفريضة ترجيحاً لنصوص المنع على نصوص الجواز و الأقوى الجمع بينهما بالكراهه.

(١) و جوب الركوع أمر ضرورى لتوقف صدق الركعه عليه و لأجله سميت بذلك و الأخبار الداله عليه كثيره سيأتى التعرض لبعضها إن شاء الله تعالى، و الواجب ركوع واحد فى كل ركعه بالاتفاق إلا فى صلاه الآيات فى كل ركعه خمس ركوعات كما سيأتى إنشاء الله، و الواجب فيه الانحناء بمقدار تصل يدها إلى ركبتيه بلا- خلاف فى ذلك إلا من أبى حنيفه فاكتفى بمسمى الانحناء.

و الواجب منه أن تصل أطراف الأصابع إلى الركبتين لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام-

ص: ١٩٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القراءه فى الصلاه حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب القراءه حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ٩ و ١٣ و ٢.

وصولهما بغير انحناء كالانحناس (١) مع إخراج الركبتين، أو بهما (٢)، والمراد بوصولهما بلوغهما قدرا لو أراد إيصالهما وصلتا، إذ لا يجب الملاصقه (٣)، والمعتبر وصول جزء من باطنه لا- جميعه، و لا- رءوس الأصابع (٤) (مطمئنا) (٥) فيه بحيث تستقر الأعضاء (بقدر واجب الذكر) مع الإمكان.

في ذكر الركوع

(و) الذكر الواجب (٤) (هو سبحان ربّي العظيم و بحمده، أو سبحان الله)

(فإن وصلت أطراف أصابعك في ركوعك إلى ركبتك أجزاءك ذلك، و أحب إلي أن تمكّن كفيك من ركبتك فتجعل أصابعك في عين الركبة و تفرّج بينهما) (١).

و منه يظهر ضعف ما عن جماعه من عدم الاعتناء بهكذا ركوع إذ يجب إيصال باطن الكف إلى الركبتين بل في جامع المقاصد (لم أقف في كلام لأحد يعتدّ به على الاجتزاء ببلوغ رءوس الأصابع في حصول الركوع).

نعم يستحب إيصال باطن الكف و الراحة إلى الركبتين لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام (ثم ركع و ملأ كفيه من ركبته) ٢ و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (و تمكّن راحتك من ركبتك) (٢).

(١) تقويس الركبتين بحيث تصل يدها إليهما من غير انحناء.

(٢) أي بالتقويس مع الانحناء.

(٣) أي ملاصقه الكفين للركبتين للإجماع المدعى عن البعض لأن المقوم لحقيقه الركوع هو الانحناء المعروف لا وضع اليدين على الركبتين.

(٤) مع أنه في المسالك قال: «و الظاهر الاكتفاء ببلوغ الأصابع».

(٥) الواجب هو الطمأنينه بمقدار الذكر الواجب بلا خلاف فيه لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (بيننا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جالس في المسجد إذ دخل رجل فقام يصلى فلم يتم ركوعه و لا سجوده فقال صلى الله عليه و آله و سلم: نقر كنقر الغراب، لئن مات هذا و هكذا صلاته ليموتن على غير ديني) (٣) و النبوى (ثم اركع حتى تطمئن راکعا) (٤) و هو مما ذكره الشهيد.

(٦) ذهب المشهور إلى تعيين التسييح لجمله من الأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت له: ما يجزئ من القول في الركوع و السجود، فقال عليه السّلام: ثلاث-

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٣ و ١.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الركوع حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الركوع حديث ١.
- ٤- (٥) الذكرى: المسألة الأولى من مسائل الركوع.

(ثلاثا) للمختار، (أو مطلق الذكر للمضطر) (١)، و قيل يكفى المطلق (٢) مطلقا (٣) و هو أقوى، لدلاله الأخبار الصحيحه عليه، و ما ورد فى غيرها معينا (٤) غير مناف له لأنه (٥) بعض أفراد الواجب الكلى تخيرا، و به يحصل الجمع بينهما (٦)،

تسيحات فى ترسل و واحده تامه تجزئ(١).

و عن المبسوط و العلامه فى جمله من كتبه و جماعه من المتأخرين الاكتفاء بمطلق الذكر للأخبار أيضا منها: صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: يجزئ أن أقول مكان التسيح فى الركوع و السجود: لا إله إلا الله و الحمد لله و الله أكبر؟ فقال:

نعم كل هذا ذكر الله تعالى)(٢).

ثم على تقدير التسيح فهل يجزئ مطلقه كما عن الانتصار و الغنيه أو يتعين التسيحه الكبرى كما عن نهايه الشيخ أو يتعين ثلاث كبريات كما فى التذكرة نسبه إلى البعض أو يتخير بين التسيحه الكبرى و التسيحات الثلاث الصغريات كما عن جماعه منهم الصدوقان؟ أقوال منشؤها اختلاف الأخبار و الجمع بينها يقتضى القول الأخير.

ففى خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (أخف ما يكون من التسيح فى الصلاة قال عليه السلام: ثلاث تسيحات مترسلا تقول: سبحان الله سبحان الله سبحان الله)(٣)، و فى خبر الحضرمى عن أبى جعفر عليه السلام (تدرى أى شىء حد الركوع و السجود؟ قلت: لا، قال عليه السلام: سبح فى الركوع ثلاث مرات سبحان ربي العظيم و بحمده، و فى السجود: سبحان ربي الأعلى و بحمده ثلاث مرات)(٤) و تقدم صحيح زراره (ثلاث تسيحات فى ترسل و واحده تامه تجزئ).

(١) من قال بتعين التسيح فقد حمل أخبار الذكر على صورته الاضطرار.

(٢) أى مطلق الذكر.

(٣) للمختار و المضطر و قد تقدم البحث فيه.

(٤) بالتسيح.

(٥) أى التسيح.

(٦) أى بين الخبرين الدالين على الذكر و على التسيح.

ص: ١٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الركوع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الركوع حديث ١.

٣-٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الركوع حديث ٢.

٤-٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الركوع حديث ٧.

بخلاف ما لو قيدناه (١)، و على تقدير تعيينه (٢) فلفظ «و بحمده» واجب أيضا تخيرا لا عينا (٣)، لخلو كثير من الأخبار عنه (٤)، و مثله القول فى التسيحه الكبرى مع كون بعضها (٥) ذكرا تاما (٦).

و معنى «سبحان ربّي» تنزيها له (٧) عن النقائص، و هو منصوب على المصدر

(١) أى قيدنا الذكر بخصوص التسيح للمختار.

(٢) أى تعين الذكر بالتسيح.

(٣) فقد تقدم فى خبر الحضرمى (سبح فى الركوع ثلاث مرات سبحان ربى العظيم و بحمده) و ورد فى صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (عن التسيح فى الركوع و السجود فقال: تقول فى الركوع: سبحان ربى العظيم، و فى السجود: سبحان ربى الأعلى، الفريضة من ذلك تسيحه و السنه ثلاث و الفضل فى سبع) (١) فالجمع بينهما يقتضى أن يكون لفظ (و بحمده) تخيرى.

(٤) و لكن فى حاشيه المدارك للبهانى أنها مذكوره فى تسعه أخبار، و زاد فى مفتاح الكرامه ثلاث روايات فىكون المجموع اثنى عشر، و زاد فى المستمسك خبرين فىكون المجموع أربع عشره روايه، مع أنه لم يحذف إلا فى خبر هشام المتقدم فىقتضى أن يحمل ما ورد فى خبر هشام على إرادته الاكتفاء فى بيان الكل ببيان البعض و أنه إشاره إلى التسيحه الكبرى فإنه أقرب عرفا من الحمل على الاستحباب كما فعل الشهيدان و المحقق الثانى.

(٥) و هو سبحان الله.

(٦) فالجمع بينهما يقتضى حمل كل منهما على أنه من أفراد الذكر الواجب على نحو التخيير

(٧) قال الشارح فى الروض: (التسيح لغه التنزيه، و معنى (سبحان الله) تنزيها له من النقائص مطلقا، و هو اسم منصوب على أنه واقع موقع المصدر لفعل محذوف، تقديره:

سبّحت الله سبحانا و تسيحا، أى برأته من السوء براه (٢)، و التسيح هو المصدر و سبحان واقع موقعه و عامله محذوف كما فى نظائره، و لا يستعمل غالبا إلا مضافا كقولنا:

سبحان الله، و هو مضاف إلى المفعول به، أى سبّحت الله لأنه المسبّح المنزّه، قال أبو البقاء: و يجوز أن يكون مضافا إلى الفاعل لأن المعنى تنزه الله، و المعروف هو الأول.

و معنى (سبحان ربى العظيم و بحمده) تنزيها له من النقائص، و عامله المحذوف هو متعلق الجار فى (و بحمده)، و المعطوف عليه محذوف يشعر به العظيم، كأنه قال: تنزيها لربى العظيم بعظمته و بحمده.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الركوع حديث ١.
- ٢- (٢) و المناسب التعبير: برأته من سوء تبرئه لا براءه.

بمحدوف من جنسه، و متعلق الجار في «و بحمده» هو العامل المحذوف، و التقدير سَبَّحت الله تسيحا و سبحانا و سَبَّحته بحمده، أو بمعنى و الحمد له نظير ما أَنْتَ بِنِعْمَةِ رَبِّكَ بِمَجْنُونٍ أَى و النعمة له،(و رفع الرأس منه) (١)، فلو هوى من غير رفع بطل (٢) مع التعمد، و استدركه مع النسيان (٣)،(مطمئنا) (٤) و لا حد لها (٥)،

أو بحمده أنزّهه فيكون عطفًا لجملة على جملة، و قيل: معنى (و بحمده) و الحمد له على حد ما قيل في قوله تعالى: ما أَنْتَ بِنِعْمَةِ رَبِّكَ بِمَجْنُونٍ ، أَى و النعمة لربك(١)

و العظيم في صفته تعالى من يقصر كل شيء سواء عنه، أو من انتفت عنه صفات النقص، أو من حصلت له جميع صفات الكمال، أو من قصرت العقول عن أن تحيط بكنه حقيقته، فإن الأصل في العظيم أن يطلق على الأجسام يقال: هذا الجسم عظيم و هذا الجسم أعظم منه، ثم ينقسم إلى ما تحيط به العين و إلى ما تحيط به كالسما و الأرض، ثم الذى لا تحيط به العين قد يحيط به العقل و قد لا يحيط، و هو العظيم المطلق، و يطلق على الله تعالى بهذا الاعتبار مجردا عن أخذ الجسم جنسا في تعريفه) انتهى كلامه.

(١) أى من الركوع.

(٢) بل بطلت صلاته، و هو مذهب علمائنا كما فى المعبر و غيره للنبوى (ثم ارفع رأسك حتى تعتدل قائما)(٢) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا رفعت رأسك من الركوع فأقم صلبك فإنه لا صلاح لمن لا يقيم صلبه)(٣) و هذا الخبر دال على الطمأنينة حال الرفع أيضا، و صحيح حماد: (ثم استوى قائما فلما استمكن من القيام قال: سمع الله لمن حمده)(٤) و هذا أيضا دال على الطمأنينة.

(٣) مع بقاء محله و إلا إذا أتى بركن ثم تذكر عدم القيام فلا شيء عليه لحديث (لا تعاد الصلاة)(٥).

(٤) حال الرفع و قد تقدم دليله.

(٥) أى للطمأنينة.

ص: ٢٠٠

١- (١) و المعنى: ما أنت بمجنون و النعمة لربك.

٢- (٢) الذكرى: المسألة الأولى من مسائل الركوع.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الركوع حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

بل مسماهما فما زاد بحيث لا يخرج بها عن كونه مصليا.

(و يستحبّ التثليث في الذكر) الأكبر (١) (فصاعدا) إلى ما لا يبلغ السأم، فقد عدّ على الصادق عليه السّلام ستون تسيبحة كبرى (٢) إلا أن يكون إماما فلا يزيد على الثلاث إلا مع حبّ المأمومين الإطالة (٣).

و في كون الواجب مع الزيادة على مرّه الجميع، أو الأولى (٤) ما مرّ في تسيبحة الأخيرتين.

و أن يكون العدد (وترا) (٥) خمسا، أو سبعا (٦)، أو ما زاد منه (٧)، و عدّ

(١) أي سبحان ربّي العظيم و بحمده لخبر هشام بن سالم (الفريضة من ذلك تسيبحة، و السنه ثلاث، و الفضل في سبع) (١).

(٢) كما في صحيح أبان بن تغلب (دخلت على أبي عبد الله عليه السّلام و هو يصلي فعددت له في الركوع و السجود ستين تسيبحة) (٢).

(٣) فإنه مأمور بأن يصلي بصلاته أضعفهم فإذا أحبوا الزيادة فلا نهى.

(٤) بحيث تكون هي الواجبه و الباقي مستحب، و في الذكرى أنه لو نوى وجوب غيرها جاز و كذا لو لم يقصد وجوب الأولى لتعينها، و قيل إنه من قبيل دوران الأمر بين الأقل و الأكثر، فيكون الأكثر كالأقل من أفراد الواجب التخيري، هذا كله بناء على كفايه مطلق الذكر و أما على القول الآخر من كون الواجب هو التسيبحة الكبرى أو التسيبحات الثلاث فلا بدّ أن يكون الزائد مستحبا.

(٥) لما في الخبر (إن الله سبحانه و تر يحب الترت) (٣).

(٦) أما السبع فكما ورد في خبر هشام بن سالم المتقدم (و السنه ثلاث و الفضل في سبع) و أما التخسيس فقد ذكره العلامة في القواعد إلا أنه لا نص عليه كما اعترف صاحب الجواهر بذلك.

(٧) أي ما زاد على السبع من الذكر، لخبر حمزه بن حمران و الحسن بن زياد (دخلنا على أبي عبد الله عليه السّلام و عنده قوم فصلى بهم العصر و قد كنا صلينا فعددتنا له في ركوعه سبحان ربّي العظيم أربعا أو ثلاثا و ثلاثين مره) (٤)، و مضمرة سماعه (سألته عن الركوع و السجود-

ص: ٢٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الركوع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الركوع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الوضوء حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الركوع حديث ٢.

الستين (١) لا ينافيه (٢)، لجواز الزيادة من غير عدّ (٣)، أو بيان جواز المزدوج (٤)

فى مستحبات الركوع

(و الدعاء أمامه) (٥) أى أمام الذكر بالمنقول وهو اللهم لك ركعت إلى آخره (و تسويه الظهر) (٦) حتى لو صبّ عليه ماء لم يزل لاستوائه (و مدّ العنق) مستحضرا فيه آمنت بك و لو ضربت عنقى (٧)

هل نزل فى القرآن؟ قال: نعم. إلى أن قال. و من كان يقوى على أن يطول الركوع و السجود فليطوّل ما استطاع، يكون ذلك فى تسبيح الله و تحميده و تمجيده و الدعاء و التضرع، فإن أقرب ما يكون العبد إلى ربه و هو ساجد(١).

(١) فى صحيح أبان بن تغلب المتقدم.

(٢) أى لا ينافى الوتر.

(٣) أى لجواز كون الإمام قد زاد أكثر من ستين و لم يعده أبان بن تغلب.

(٤) لأن فعله عليه السلام كقوله حجه.

(٥) لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (ثم اركع و قل: اللهم لك ركعت و لك أسلمت و بك آمنت و عليك توكلت و أنت ربي، خشع لك قلبى و سمعى و بصرى و شعرى و بشرى و لحمى و دمنى و مخى و عصبى و عظامى و ما أفلته قدماى، غير مستكف و لا مستكبر و لا مستحسر، سبحان ربي العظيم و بحمده ثلاث مرات فى ترسل(٢).

(٦) لنفس صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (و تصف فى ركوعك بين قدميك تجعل بينهما قدر شبر، و تمكّن راحتيك من ركبتيك، و تضع يدك اليمنى على ركبتك اليمنى قبل اليسرى، و بلّغ أطراف أصابعك عين الركبة، و فرّج أصابعك إذا وضعتها على ركبتك.

إلى أن قال..، و أقم صلبك و مدّ عنقك و ليكن نظرك إلى بين قدميك(٣)، و صحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السلام (ثم ركع و ملأ- كفيه من ركبتيه مفرجات، و ردّ ركبتيه إلى خلفه حتى استوى ظهره حتى لو صب عليه قطره ماء أو دهن لم تنزل لاستواء ظهره، و ردّ ركبتيه إلى خلفه و نصب عنقه و غمض عينيه ثم سبح ثلاثا بترتيل، و قال: سبحان ربي العظيم و بحمده(٣).

(٧) فى مرسل الصدوق فى الفقيه (سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا بن عم-

ص: ٢٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الركوع حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الركوع حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.

(والتجنيح) (١) بالعضدين و المرفقين بأن يخرجهما عن ملاصقه جنبه، فاتحا إبطيه كالجنحين (و وضع اليدين) (٢) على عيني الركبتين) حاله الذكر أجمع، مائلا كفيه منهما (٣) (و البدأه) في الوضع (باليمنى) (٤) حاله كونهما (مفرجتين) (٥) غير مضمومتى الأصابع (و التكبير له) قائما قبل الهوى (رافعا يديه إلى حذاء شحمتى أذنيه) (٦) كغيره من التكبيرات (و قول سمع الله لمن حمده و الحمد لله رب العالمين)

إلى آخره (٧) (في) حال (رفعه) منه، (مطمئنا) (٨)، و معنى سمع هنا استجاب (٩)

خير خلق الله، ما معنى مدّ عنقك في الركوع؟ فقال: تأويله آمنت بالله و لو ضربت عنقي) (١).

(١) بلا- خلاف فيه كما عن المنتهى لخبر ابن بزيع (رأيت أبا الحسن عليه السلام يركع ركوعا أخفض من ركوع كل من رأيت يركع، و كان إذا ركع جنح بيديه) (٢) و خبر حماد عن أبي عبد الله عليه السلام من أنه (لم يستعن بشيء من بدنه على شيء منه في ركوع و لا سجود و كان مجنحا) (٣).

(٢) لصحيح زراره و حماد المتقدمين.

(٣) من الركبتين.

(٤) لصحيح زراره المتقدم.

(٥) لصحيح زراره المتقدم (و فرج أصابعك إذا وضعتها على ركبتك).

(٦) لصحيح زراره المتقدم (إذا أردت أن ترقع فقل و أنت منتصب: الله أكبر ثم اركع) (٤).

و صحيح حماد المتقدم (رفع يديه حيال وجهه و قال: الله أكبر و هو قائم ثم ركع) ٥.

(٧) أى إلى آخر المأثور، ففي صحيح زراره المتقدم (ثم قل: سمع الله لمن حمده. و أنت منتصب قائم. الحمد لله رب العالمين، أهل الجبروت و الكبرياء و العظمة، الحمد لله رب العالمين تجهر بها صوتك ثم ترفع يديك بالتكبير و تخر ساجدا) ٦.

(٨) أى يقول ذلك حال الاطمئنان كما يدل عليه صحيح زراره المتقدم.

(٩) لفظ «سمع» من الأفعال المتعدية بنفسها إلى المفعول كما تقول: سمعت كذا، و لكن عدى الفعل هنا باللام لتضمينه معنى استجاب أى: استجاب لمن حمده، و باب التضمين واسع -

ص: ٢٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الركوع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الركوع حديث ١.

٣- ((٣ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٢.

٤- ((٤ و ٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الركوع حديث ١.

تضمينا. و من ثمَّ عدّاه باللام كما عدّاه بإلى فى قوله تعالى: لا يَسْمَعُونَ إِلى الْمَلَأِ الْأَعلى (١) لما ضَمَّنَه معنى يصغون، و إلا فأصل السماع متعدّ بنفسه و هو (٢) خبر معناه الدعاء، لا ثناء على الحامد (و يكره أن يركع و يدها تحت ثيابه)، بل تكونان بارزتين، أو فى كمّيه، نسبة المصنّف فى الذكرى إلى الأصحاب لعدم وقوفه على نصّ فيه (٣).

فى السجده

فى كيفيه السجده

ثم تجب سجدتان (٤) (على الأعضاء السبعة) الجبهه و الكفين و الركبتين،

و قد ورد منه فى القرآن الكثير، و منه قوله تعالى: لا- يَسْمَعُونَ إِلى الْمَلَأِ الْأَعلى (١) فقد ضَمَّنَ الفعل معنى الإصغاء و لذا عدى بإلى.

(١) الصافات الآية: ٨.

(٢) أى السماع قال الشارح فى الروض: «هل هذه الكلمه دعاء أم ثناء، أما من حيث اللفظ فكلّ محتمل، و لم يتعرض لذلك لأحد من الأصحاب سوى المحقق الشيخ على، و توقف فى ذلك و ذكر أنه لم يسمع فيه كلاما يدل على أحدهما.

أقول: روى الكلينى فى كتاب الدعاء بإسناده إلى المفضل قال: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: جعلت فداك علمنى دعاء جامعاً، فقال لى: احمد الله، فإنه لا يبقى أحد يصلّى إلا دعا لك، يقول: سمع الله لمن حمده) (٢) و هذا نص فى الباب على أنه دعاء لا ثناء» انتهى كلامه.

(٣) و مستند الحكم عند الأصحاب ما رواه عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الرجل يصلّى فيدخل يده فى ثوبه، قال عليه السّلام: إن كان عليه ثوب آخر إزار أو سراويل فلا- بأس، و إن لم يكن فلا- يجوز له ذلك، فإن أدخل يدا واحده و لم يدخل الأخرى فلا بأس) (٣) و هو محمول على الكراهه لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (عن الرجل يصلّى و لا يخرج يديه من ثوبه فقال عليه السّلام: إن أخرج يديه فحسن و إن لم يخرج فلا بأس) (٤) و الظاهر من الأخبار عدم تقييد الحكم بالركوع.

(٤) السجود عرفا هو وضع الجبهه على الأرض، و الذى يجب منه فى كل ركعه سجدتان و ستأتى الإشارة إلى بعض الأخبار الداله على ذلك، و الذى هو الركن هو مجموع السجدتين فزيادتهما أو نقيصتهما عمدا أو سهوا مبطل للصلاه لحديث (لا تعاد)-

ص: ٢٠٤

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الركوع حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب لباس المصلي حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب لباس المصلي حديث ١.

و إبهامى الرجلين، و يكفى من كل منها مسماه حتى الجبهه على الأقوى، و لا بدّ مع ذلك من الانحناء إلى ما يساوى موقفه أو يزيد عليه، أو ينقص عنه بما لا

و لكن الشارع اعتبر فى السجود بالإضافة إلى وضع الجبهه على الأرض وضع بقيه الساجد السبعه، و المساجد هى الجبهه و الكفان و الركبتان و الإبهامان من الرجلين لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: السجود على سبعة أعظم: الجبهه و اليدين و الركبتين و الإبهامين من الرجلين، و ترغم بأنفك إرغاماً، أما الفرض فهذه السبعه، و أما الإرغام بالأنف فسنه من النبى صلى الله عليه و آله و سلم)^(١) و صحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السلام الوارد فى تعليم الصلاه: (و سجد عليه السلام على ثمانية أعظم: الجبهه و الكفين، و عيني الركبتين و أنامل إبهامى الرجلين، و الأنف، فهذه السبعه فرض و وضع الأنف على الأرض سنه و هو الإرغام)^(٢) و خبر عبد الله بن ميمون القدّاح عن جعفر بن محمد عليهما السلام: (يسجد ابن آدم على سبعة أعظم: يديه و رجليه و ركبتيه و جبهته)^(٣) و مثلها غيرها.

و عن السيد و الحلّى تعين السجود على مفصل الزندين من الكفين و لا مستند لهما كما اعترف بذلك غير واحد، هذا و للجمع بين هذه الأخبار و المعنى العرفى للسجود المتقدم اعتبر الفقهاء أن ركنيه السجود تدور مدار وضع الجبهه و أما الباقي فهو واجب فى السجود.

و الجبهه لا- بد من حملها على المعنى العرفى و هو: ما بين قصاص الشعر إلى طرف الأنف الأعلى و الحاجبين طولاً و ما بين الجبين عرضاً، و النصوص خاليه عن التحديد العرضى و قد ورد التحديد الطولى فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (الجبهه كلها من قصاص شعر الرأس إلى الحاجبين موضع السجود، فأیما سقط من ذلك إلى الأرض أجزاءك مقدار الدرهم أو مقدار طرف الأنمله)^(٤) و مثله غيره.

هذا و المشهور ذهب إلى كفايه صدق السجود على مسمى الجبهه و لا- يجب فيها الاستيعاب لخبر بريد عن أبى جعفر عليه السلام: (الجبهه إلى الأنف، أى ذلك أصبت به الأرض فى السجود أجزاءك، و السجود عليه كله أفضل)^(٥) و موثق عمار: (ما بين قصاص الشعر إلى طرف الأنف مسجد، أى ذلك أصبت به الأرض أجزاءك)^(٦).

ص: ٢٠٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السجود حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السجود حديث ٨.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السجود حديث ٥.
- ٥- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السجود حديث ٣ و ٤.

يزيد عن مقدار أربع أصابع (١) مضمومه (قائلا فيهما (٢) سبحان ربّي الأعلى)

و منه تعرف ضعف ما عن الذكرى من أن الأقرب أن لا ينقص في الجبهه عن درهم لصحيح زراره المتقدم و خبر الدعائم: (أقل ما يجزئ أن تصيب الأرض من جبهتك قدر درهم) (١) إلا- أنهما محمولان على الفضل خصوصا الأول حيث صرح بكفايه طرف الأنمله و هو أقل من الدرهم بكثير.

و تعرف ضعف ما عن الحلبي و غيره من وجوب استيعاب الجبهه لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السّلام: (عن المرأه تطول قصتها فإذا سجدت وقع بعض جبهتها على الأرض و بعض يغطيها الشعر، قال عليه السّلام: لا، حتى تضع جبهتها على الأرض) (٢)

و لكنه محمول على الفضل لما تقدم من الأخبار.

و أما بقيه المساجد فلا يجب فيها الاستيعاب بل يكفي مسمى وضعها على الأرض لإطلاق الأدله بل الاستيعاب محتاج إلى دليل و هو مفقود بل يتعذر الاستيعاب في عيني الركبتين.

(١) ذهب المشهور إلى مساواه موضع الجبهه للموقف بمعنى عدم علوه أو انخفاضه بأزيد عن أربع أصابع مضمومه لخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن السجود على الأرض المرتفعه فقال عليه السّلام: إذا كان موضع جبهتك مرتفعا عن موضع بدنك قدر لبنه فلا بأس) (٣).

و أشكل عليه بأن سنده مشتمل على النهدي و هو مشترك بين الثقه و من لم يثبت توثيقه إلا أنه غير ضائر بعد اعتماد الأصحاب عليه و العمل به.

و أشكل عليه بأنه في بعض النسخ (يديك) بالياءين بدل (بدنك) بالباء و النون، و فيه أن الأول هو الأرجح لما ورد في الكافي: «و في حديث آخر في السجود على الأرض المرتفعه قال عليه السّلام: (إذا كان موضع جبهتك مرتفعا عن رجلك قدر لبنه فلا بأس)» (٤).

و أشكل عليه بأن مفهومه ثبوت البأس للزائد عن اللبنة و هو أعم من المنع و فيه: إنه محمول على المنع لخبر عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن المريض أ يحلّ له أن يقوم على فراشه و يسجد على الأرض، فقال: إذا كان الفراش غليظا قدر آجره أو أقل استقام له أن يقوم عليه و يسجد على الأرض، و إن كان أكثر من ذلك فلا) ٥.

ص: ٢٠٦

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السجود حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يسجد عليه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السجود حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السجود حديث ٣ و ٢.

(و بحمده، أو ما مرّ) (١) من الثلاثة الصغرى اختياريًا، أو مطلق الذكر اضطرارًا، أو مطلقًا على المختار (مطمئنًا بقدره) (٢) اختياريًا (ثم رفع رأسه) (٣) بحث يصير جالسًا، لا مطلق رفعه (مطمئنًا) (٤) حال الرفع بمسماه (٥).

في ما يستحبّ في السجده

(و يستحبّ الطمأنينه) بضم الطاء (عقيب) السجده (الثانيه) و هي المسماه بجلسه الاستراحه (٦) استحبابًا مؤكدًا، بل قيل بوجوبها. (و الزيادة على) الذكر

و اللبنة بمقدار أربع أصابع مضمومات كما نسب ذلك في الحدائق إلى الأصحاب و قال:

«و يؤيده أن اللبنة الموجود الآن في أبنية بني العباس في (سر من رأى) فإن الأجر الذي في أبنيتها بهذا المقدار تقريبًا». (٢) في السجدين.

(١) من التسيّحات الثلاث الصغرى، بل ما تقدم في ذكر الركوع قولًا و قائلًا و دليلًا يجرى في ذكر السجود.

(٢) بقدر الذكر الواجب، و مستند الطمأنينه هنا هو مستند الطمأنينه في ذكر الركوع.

(٣) من السجود لتتحقق السجده الأولى ففي صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في تعليم الصلاة (ثم رفع رأسه من السجود فلما استوى جالسًا قال: الله أكبر، ثم قعد على جانبه الأيسر و وضع ظاهر قدمه اليمنى على باطن قدمه اليسرى و قال: أستغفر الله ربي و أتوب إليه، ثم كبر و هو جالس و سجد الثانية و قال كما قال في الأولى و لم يستعن بشيء من بدنه على شيء منه في ركوع و لا سجود، و كان مجنحًا و لم يضع ذراعيه على الأرض فصلّى ركعتين على هذا ثم قال: يا حماد هكذا صلّ) (١).

(٤) لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (و إذا رفعت رأسك من الركوع فأقم صلبك حتى ترجع مفاصلك، و إذا سجدت فاقعد مثل ذلك) ٢.

(٥) أي بمسمى الاطمئنان.

(٦) و جلسه الاستراحه هي الجلوس بعد السجده الثانيه في الركعه الأولى و الثالثه مما لا تشهد فيها و إلا فإذا كان هناك تشهد فلا بد من هذه الجلسه.

فذهب المشهور إلى استحبابها استحبابًا مؤكدًا جمعًا بين جملة من الأخبار داله عليها كموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا رفعت رأسك في السجده الثانيه من الركعه الأولى حين تريد أن تقوم فاستو جالسًا ثم قم) (٢) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام: (و إذا-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١ و ٩.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب السجود حديث ٣.

(الواجب) بعدد وتر (١)، و دونه غيره (٢)(و الدعاء) أمام الذكر اللهم لك سجدت إلى آخره (٣)(و التكبيرات الأربع) للسجدتين إحداهما بعد رفعه من الركوع مطمئنا فيه (٤)

كان في الركعة الأولى و الثانية فرفعت رأسك من السجود فاستتمت جالسا حتى ترجع مفاصلك فإذا نهضت فقل: بحول الله و قوته أقوم و أقعد، فإن عليا عليه السلام هكذا كان يفعل(١)، و خبر زيد الفرسى عن أبي الحسن عليه السلام: (إذا رفعت رأسك من آخر سجدة في الصلاة قبل أن تقوم فاجلس جلسه ثم بادر بركبتيك إلى الأرض قبل يديك و ابسط يديك بسطا و اتك علىهما ثم قم، فإن ذلك وقار المؤمن الخاشع لربه، و لا تطش من سجودك مبادرا إلى القيام كما يطيش هؤلاء الأقباب)(٢) و خبر الأصمغ بن نباته:

(كان أمير المؤمنين عليه السلام إذا رفع رأسه من السجود قعد حتى يطمئن ثم يقوم، فقليل له: يا أمير المؤمنين عليه السلام كان من قبلك أبو بكر و عمر إذا رفعوا رؤوسهم من السجود نهضوا على صدور أقدامهم كما تنهض الإبل، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: إنما يفعل ذلك أهل الجفاء من الناس، إن هذا من توقير الصلاة)(٣).

و بين موثق زراره: (رأيت أبا جعفر عليه السلام و أبا عبد الله عليه السلام إذا رفعوا رؤوسهما من السجدة الثانية نهضا و لم يجلسا)٣ المحمول على بيان جواز الترك.

و ذهب السيد المرتضى إلى وجوبها، و مال إليه في كشف اللثام و الحقائق.

(١) لما تقدم في ذكر الركوع.

(٢) أى و دون الوتر في الفضيله غير الواجب مما زاد عليه مطلقا.

(٣) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا سجدت فكبر و قل: اللهم لك سجدت و بك آمنت و لك أسلمت و عليك توكلت و أنت ربي، سجد وجهي للذي خلقه و شق سمعه و بصره، الحمد لله رب العالمين، تبارك الله أحسن الخالقين، ثم قل: سبحان ربي الأعلى و بحمده ثلاث مرات، فإذا رفعت رأسك فقل بين السجدتين: اللهم اغفر لي و ارحمني و أجرني و ادفع عني، و عافني إني لما أنزلت إلي من خير فقير، تبارك الله رب العالمين)(٤).

(٤) في التكبير لصحيح حماد: (ثم استوى قائما فلما استمكن من القيام قال: سمع الله لمن -

ص: ٢٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب السجود حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب السجود حديث ٥ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السجود حديث ١.

و ثانيها بعد رفعه من السجده الأولى جالسا مطمئنا (١)، و ثالثها قبل الهوى إلى الثانيه كذلك (٢)، و رابعها بعد رفعه منه معتدلا (٣)، (و التخويه للرجل) بل مطلق الذكر إما فى الهوى إليه (٤) بأن يسبق يديه ثم يهوى بركبتيه (٥) لما روى (٦) أن عليا عليه السلام كان إذا سجد يتخوى كما يتخوى البعير الضامر يعنى بروكه، أو بمعنى تجافى الأعضاء حاله السجود بأن يجنح بمرفقيه و يرفعهما عن الأرض، و لا يفتershهما كافتراش الأسد (٧)، و يسمى هذا تخويه لأنه إلقاء الخوى بين الأعضاء، و كلاهما مستحب

-حمده ثم كبر و هو قائم و رفع يديه حيال وجهه و سجد و وضع يديه إلى الأرض قبل ركبتيه فقال: سبحان ربى الأعلى و بحمده ثلاث مرات. إلى أن قال. ثم رفع رأسه من السجود فلما استوى جالسا قال: الله أكبر، ثم قعد على جانبه الأيسر و وضع ظاهر قدمه اليمنى على باطن قدمه اليسرى و قال: أستغفر الله ربى و أتوب إليه ثم كبر و هو جالس و سجد الثانيه(١).

(١) حال التكبير.

(٢) أى مطمئنا حال التكبير.

(٣) لما فى التوقيع المروى فى الاحتجاج و الغيبة للشيخ فقال عليه السلام فيه: (فإنه روى إذا رفع رأسه من السجده الثانيه و كبر ثم جلس ثم قام)(٢).

(٤) أى إلى السجود.

(٥) كما فى صحيح حماد المتقدم و مثله غيره.

(٦) فى خبر حفص الأعور عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان على عليه السلام إذا سجد يتخوى كما يتخوى البعير الضامر، يعنى بروكه)(٣).

(٧) بل هو التجنح فى جامع البزنطى عن الحلبي عن الصادق عليه السلام: (إذا سجدت فلا تبسط ذراعيك كما يبسط السبع ذراعيه و لكن اجنح بهما فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يجنح بهما حتى يرى بياض إبطيه)(٤)، و فى صحيح حماد: (و كان مجنحا و لم يضع ذراعيه على الأرض)(٥).

ص: ٢٠٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب السجود حديث ٨.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السجود حديث ١.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السجود حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.

للرجل، دون المرأة (١)، بل تسبق في هويها بركبتها، و تبدأ بالقعود، و تفتش ذراعيها حالته (٢) لأنه أستر، و كذا الخنثى لأنه أحوط، و في الذكرى سماها تخويه كما ذكرناه (٣) (و التورك بين السجدين) بأن يجلس على ورکه الأيسر، و يخرج رجله جميعا من تحته، جاعلا رجله اليسرى على الأرض و ظاهر قدمه اليمنى على باطن اليسرى و يفضى بمقعده إلى الأرض (٤)، هذا في الذكر، أما الأنثى (٥) فترفع ركبتها، و تضع باطن كفيها على فخذيها مضمومتى الأصابع.

في الشهد

(ثم يجب الشهد (٦): عقب) الركعة (الثانية) (٧) التي تمامها القيام من السجده

(١) ففي خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (فإذا جلست. أي المرأة. فعلى أليتيها ليس كما يجلس الرجل، و إذا سقطت للسجود بدأت بالقعود و بالركبتين قبل اليدين ثم تسجد لاطئه بالأرض، فإذا كانت في جلوسها ضمت فخذيها و رفعت ركبتها من الأرض، و إذا نهضت انسلت انسلالا لا ترفع عجيزتها أولا) (١).

(٢) حاله السجود لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا سجدت المرأة بسطت ذراعيها) (٢) و مرسل ابن بكير: (المرأة إذا سجدت تضممت و الرجل إذا سجد تفتح) ٣.

(٣) عند قوله: «و يسمى هذا تخويه لأنه إلقاء الخوي بين الأعضاء» و الخوي هو الفراغ و الفسحة.

(٤) لصحيح حماد المتقدم أكثر من مره.

(٥) لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام المتقدم.

(٦) و هو لغه تفعل من الشهاده و هي الخبر القاطع، و أما شرعا فهو الشهاده لله بالتوحيد و لمحمد صلى الله عليه و آله و سلم بالرساله كما في جامع المقاصد و الروض، و يطلق التشهد على ما في الروض على ما يشمل الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله و سلم تغليا أو بالنقل.

(٧) يجب الشهد في الثنائي مره و فيما عداها مرتين بلا خلاف فيه و يدل عليه النصوص منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا جلست في الركعة الثانيه فقل: بسم الله و بالله و الحمد لله و خير الأسماء لله، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده و رسوله أرسله بالحق بشيرا و نذيرا بين يدي الساعة أشهد أنك نعم الرب و أن محمدا نعم الرسول اللهم صل على محمد و آل محمد، و تقبل شفاعته في أمته و ارفع -

ص: ٢١٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاه حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السجود حديث ٢ و ٣.

الثانية،(و كذا) يجب (آخر الصلاة) إذا كانت ثلاثيه، أو رباعيه (و هو (١) أشهد أن

-درجته، ثم تحمد الله مرتين أو ثلاثا، ثم تقوم فإذا جلست فى الرابعه قلت: بسم الله و بالله و الحمد لله و خير الأسماء لله، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله أرسله بالحق بشيرا و نذيرا بين يدي الساعة(١) الحديث.

و خبر أحمد بن محمد بن أبي نصر: (قلت لأبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك التشهد الذى فى الثانيه يجرى أن أقول فى الرابعه؟ قال: نعم)(٢).

(١) أى التشهد، و يجب فيه الشهادتان بلا- خلاف فيه لخبر سوره بن كليب: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن أدنى ما يجرى من التشهد، فقال عليه السلام: الشهادتان)(٣)، و صحيح محمد بن مسلم: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: التشهد فى الصلاة، قال: مرتين، قلت: و كيف مرتين؟ قال: إذا استويت جالسا فقل: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله ثم تنصرف)٤.

نعم فى صحيح زراره: (قلت لأبى جعفر عليه السلام: ما يجرى من القول فى التشهد فى الركعتين الأولتين، قال: أن تقول: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، قلت:

فما يجرى من تشهد الركعتين الأخيرتين؟ فقال: الشهادتان)٥ و هو ظاهر فى الاجتزاء فى الأول بالشهاده الأولى لكن لا يمكن الاعتماد عليه فى قبال النصوص السابقه.

و الأكثر ذهب للاجتزاء بالشهادتين بأى لفظ اتفق لصدق الشهادتين حينئذ، نعم الفرد الأكمل للشهادتين ما ورد فى موثق الأحول عن أبى عبد الله عليه السلام: (التشهد فى الركعتين الأولتين؛ الحمد لله أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أشهد أن محمدا عبده و رسوله، اللهم صل على محمد و آل محمد و تقبل شفاعته و ارفع درجته)(٤).

و يجب فى التشهد الصلاة على محمد و آل محمد عليهم السلام لخبر حريز عن أبى بصير و زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن الصلاة على النبى صلى الله عليه و آله و سلم من تمام الصلاة، إذا تركها متعمدا فلا صلاه له إذا ترك الصلاة على النبى صلى الله عليه و آله و سلم)(٥).

و خبر حريز الآخر عنهما عن أبى عبد الله عليه السلام الوارد فى التهذيب: (من تمام الصوم إعطاء الزكاه كما أن الصلاة على النبى صلى الله عليه و آله و سلم من تمام الصلاة، و من صام و لم يؤدها فلا-

ص: ٢١١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التشهد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التشهد حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التشهد حديث ٦ و ٤ و ١.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التشهد حديث ١.

٤-٥ (٧) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التشهد حديث ١.

(لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله اللهم صل على محمد و آل محمد)، و إطلاق التشهد على ما يشمل الصلاة على محمد و آله إما تغليب، أو حقيقه شرعيه، و ما اختاره من صيغته أكملها، و هي مجزيه بالإجماع، إلا أنه غير متعين عند المصنف، بل يجوز عنده حذف وحده لا شريك له (١) و لفظه عبده (٢)، مطلقا (٣)، أو مع إضافة الرسول إلى المظهر و على هذا (٤) فما ذكر هنا يجب تخيرا كزياده التسييح، و يمكن أن يريده انحصاره فيه (٥) لدلاله النص الصحيح عليه (٦)، و فى البيان تردّد فى وجوب ما حذفناه، ثم اختار وجوبه تخيرا.

و يجب التشهد (جالسا (٧) مطمئنا بقدره (٨)، و يستحبّ التورك (٩) حالته كما

-صوم له إذا تركها متعمدا، و من صلّى و لم يصل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و ترك ذلك متعمدا فلا صلاه له(١)

بالإضافة لموثق الأحوال و خبر أبى بصير المتقدمين.

(١) لصدق الشهاده بالتوحيد مع عدمه.

(٢) لصدق الشهاده بالرساله مع عدمه أيضا.

(٣) سواء أضيف الرسول إلى المضمّر بأن تقول: «و أشهد أن محمدا رسوله» أو إلى الظاهر بأن تقول «و أشهد أن محمدا رسول الله» كما نسب ذلك للمصنف فى الذكرى.

(٤) من جواز حذف هذه المذكورات.

(٥) أى انحصار التشهد فيما ذكره هنا.

(٦) لموثق الأحوال و موثق أبى بصير المتقدمين.

(٧) بلا- خلاف فيه و يشهد له الكثير من الأخبار منها: موثق أبى بصير المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا جلست فى الركعه الثانيه فقل بسم الله. إلى أن قال. فإذا جلست فى الرابعه قلت: بسم الله)(٢) الخبر.

(٨) أى بقدر التشهد الواجب، بلا خلاف فيه كما عن مجمع البرهان بل إجماعا كما فى جامع المقاصد و غيره.

(٩) و يكره الإقعاء حال التشهد لخبر حريز عن زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (لا بأس بالإقعاء فيما بين السجدين و لا ينبغى الإقعاء فى موضع التشهد، إنما التشهد فى -

ص: ٢١٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التشهد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التشهد حديث ٢.

في السلام

إشارة

(ثم يجب)

-الجلوس و ليس المقعى بجالس(١) و خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و لا- يجوز الإقعاء في موضع التشهدين إلا من عله، لأن المقعى ليس بجالس، إنما جلس بفضه على بعض، و الإقعاء أن يضع الرجل أليته على عقبيه)٢.

(١) ففي موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا جلست في الركعة الثانية فقل: بسم الله و بالله و خير الأسماء لله، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أن محمدا عبده و رسوله أرسله بالحق بشيرا و نذيرا بين يدي الساعة، أشهد أنك نعم الرب و أن محمدا نعم الرسول، اللهم صل على محمد و آل محمد، و تقبل شفاعته في أمته و ارفع درجته، ثم تحمد الله مرتين أو ثلاثا، ثم تقوم، فإذا جلست في الرابعة قلت: بسم الله و بالله و الحمد لله و خير الأسماء لله، أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أشهد أن محمدا عبده و رسوله أرسله بالحق بشيرا و نذيرا بين يدي الساعة، أشهد أنك نعم الرب و أن محمدا نعم الرسول، التحيات لله و الصلوات الطاهرات الطيبات الزاكيات الغايات الرائحات السابغات الناعمات لله ما طاب و زكا و طهر و خلص و صفا لله، و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله أرسله بالحق بشيرا و نذيرا بين يدي الساعة، أشهد أن ربي نعم الرب و أن محمدا نعم الرسول، و أشهد أن الساعة آتية لا- ريب فيها و أن الله يبعث من في القبور، الحمد لله الذي هدانا لهذا و ما كنا لنهتدي لو لا أن هدانا الله، الحمد لله رب العالمين، اللهم صل على محمد و آل و على محمد و بارك على محمد و على آل محمد، و سلّم على محمد و على آل محمد، و ترحم على محمد و على آل محمد كما صليت و باركت و ترحمت على إبراهيم و على آل إبراهيم إنك حميد مجيد، اللهم صل على محمد و على آل محمد و اغفر لنا و لإخواننا الذين سبقونا بالإيمان و لا تجعل في قلوبنا غلى للذين آمنوا، ربنا إنك رؤوف رحيم، اللهم صل على محمد و آل محمد، و امنن عليّ بالجنة و عافني من النار، اللهم صل على محمد و آل محمد و اغفر للمؤمنين و المؤمنات و لمن دخل بيتي مؤمنا و لا- تزد الظالمين إلا- تبارا، ثم قل: السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته، السلام على أنبياء الله و رسله، السلام على جبرئيل و ميكائيل و الملائكة المقربين، السلام على محمد بن عبد الله خاتم النبيين لا نبي بعده، و السلام علينا و على عباد الله الصالحين ثم تسلم(٢).

ص: ٢١٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السجود حديث ٧ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التشهد حديث ٢.

(التسليم) (١) على أجود القولين عنده (٢)، و أحوطهما عندنا

فى عبارات السلام

(و له عبارتان: السلام علينا و على عباد الله الصالحين (٣) و السلام عليكم و رحمه الله)

(١) كما عن جماعه كثيره و عن الروض أنه مذهب أكثر المتأخرين لخبر القداح المروى فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: افتتاح الصلاة الوضوء و تحريمها التكبير و تحليلها التسليم) (١)، و خبر الفضل عن الرضا عليه السلام: (إنما جعل التسليم تحليل الصلاة و لم يجعل بدلها تكبيرا أو تسييحا أو ضربا آخر لأنه لما كان الدخول فى الصلاة تحريم الكلام للمخلوقين و التوجه إلى الخالق كان تحليلها كلام المخلوقين) ٢ و مثلها غيرها.

و عن المفيد و الشيخ و الحلبي فى السرائر استحباب التسليم بل عن الخلاف أنه الأظهر من مذهب الأصحاب، و فى الذكرى هو مذهب أكثر القدماء لصحيح ابن مسلم المتقدم فى التشهد عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا استويت جالسا فقل أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله ثم تنصرف) (٢).

و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (عن الرجل يكون خلف الإمام فيطوّل الإمام بالتشهد فيأخذ الرجل البول أو يتخوف على شىء يفوت أو يعرض له و جمع كيف يصنع؟ قال عليه السلام: يتشهد هو و ينصرف و يدع الإمام) (٣).

و فيه: إن الخبر الثانى كما فى المحكى عن الفقيه: «يسلم و ينصرف» هذا فضلا على أن المراد بالانصراف هو التسليم لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (و إن قلت:

السلام علينا و على عباد الله الصالحين فقد انصرفت) (٤) و خبر أبى كههمس عن أبى عبد الله عليه السلام: (السلام عليك أيها النبى و رحمه الله و بركاته انصراف هو؟ قال عليه السلام: لا، و لكن إذا قلت: السلام علينا و على عباد الله الصالحين فهو الانصراف) ٦.

(٢) عند المصنف.

(٣) و يدل على ذلك أخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كلما ذكرت الله عز و جل به و النبى صلى الله عليه و آله و سلم فهو من الصلاة، و إن قلت: السلام علينا و على عباد الله الصالحين فقد انصرفت) (٥).

ص: ٢١٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التسليم حديث ١ و ١٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التشهد حديث ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

٤- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التسليم حديث ١ و ٢.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التسليم حديث ١.

(و برکاته) (١) مخیرا فیہما (٢) (و بأیہما بدأ کان هو الواجب) و خرج به من الصلاه (و استحب الآخر) (٣). أما العبارة الأولى فعلى الاجتزاء بها، و الخروج بها من الصلاه دلت الأخبار الكثيرة، و أما الثانية فمخرجه بالإجماع، نقله المصنف و غيره.

و خبر أبی کهمس عن أبی عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الركعتين الأولىين إذا جلست فيهما للتشهد فقلت و أنا جالس: السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته انصراف هو؟ قال عليه السّلام: لا، و لكن إذا قلت السلام علينا و على عباد الله الصالحين فهو الانصراف) (١).

و خبر أبی بصير عن أبی عبد الله عليه السّلام: (إذا كنت إماما فإنما التسليم أن تسلم على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و تقول: السلام علينا و على عباد الله الصالحين فإذا قلت ذلك فقد انقطعت الصلاه، ثم تؤذن القوم فتقول و أنت مستقبل القبلة: السلام عليكم، و كذلك إذا كنت وحدك تقول: السلام علينا و على عباد الله الصالحين) (٢).

(١) فيدل عليه إطلاقات التسليم مثل (تحليلها التسليم) و قد تقدم، و خبر أبی بكر عن أبی عبد الله عليه السّلام: (قلت له: إني أصلى بقوم فقال: تسلم واحده و لا تلتفت قل: السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته، السلام عليكم) (٣) و خبر عبد الله بن يعفور (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن تسليم الإمام و هو مستقبل القبلة قال: يقول: السلام عليكم) (٤).

(٢) فيتحلل بواحد منهما كما عن جماعه، بل عن بعض نسبه إلى المشهور، و آخر نسبه إلى المتأخرين.

(٣) فإن قدّم الصيغه الأولى كانت الثانية مستحبه كما هو المشهور، و في الذكرى عن ابن طاوس في البشري احتمال أن الثانية حينئذ واجبه و إن كان الخروج من الصلاه بالأولى، قال في الذكرى: «للحديث الذي رواه ابن أذينة عن الصادق عليه السّلام في وصف صلاه النبي صلى الله عليه و آله و سلم في السماء أنه لما صلى، أمر الله أن يقول للملائكة السلام عليكم و رحمه الله و بركاته إلا أن يقال: هذا في الإمام دون غيره» و فيه إن خبر ابن أذينة لم يذكر الصيغه الأولى فلا يصلح لبيان وجوب الثانية بعد سبقها بالأولى.

ثم إن قدّم الثانية استحب ذكر الأولى بعدها كما ذهب المحقق و جماعه، و لا دليل عليه فلذا ذهب البعض منهم الشهيد و غيره إلى أنه إذا قدّم الثانية اقتصر عليها.

ص: ٢١٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التسليم حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ٨.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التسليم حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ١١.

و فى بعض الأخبار (١) تقديم الأول مع التسليم المستحب، و الخروج بالثانى، و عليه المصنف فى الذكرى و البيان، و أما جعل الثانى مستحبا كيف كان (٢) كما اختاره المصنف هنا فليس عليه دليل واضح. و قد اختلف فيه كلام المصنف فاختره هنا (٣) و هو من آخر ما صنّفه، و فى الرسالة الألفيه و هى من أوله (٤)، و فى البيان أنكره (٥) غاية الإنكار فقال بعد البحث عن الصيغه الأولى:

و أوجبها بعض المتأخرين، و خيّر بينها و بين السلام عليكم، و جعل الثانى منهما مستحبه، و ارتكب جواز «السلام علينا و على عباد الله الصالحين» بعد «السلام عليكم»، و لم يذكر ذلك فى خبر، و لا -مصنّف. بل القائلون بوجوب التسليم و استحبابه يجعلونها مقدّمه عليه (٦)، و فى الذكرى نقل وجوب الصيغتين تخيرا عن بعض المتأخرين، و قال إنه قوىّ متين إلا أنه لا قائل به من القدماء.

و كيف يخفى عليهم مثله لو كان حقا. ثم قال: إن الاحتياط للدين الإتيان بالصيغتين جميعا بادئا بالسلام علينا، لا بالعكس فإنه لم يأت به خبر منقول، و لا مصنف مشهور سوى ما فى بعض كتب المحقق، و يعتقد (٧) نديه السلام علينا،

(١) و هو موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (ثم قل: السلام عليك أيها النبى و رحمه الله و بركاته، السلام على أنبياء الله و رسله، السلام على جبرئيل و ميكائيل و الملائكة المقربين، السلام على محمد بن عبد الله خاتم النبیین لا نبى بعده، و السلام علينا و على عباد الله الصالحين، ثم تسلم) (١).

(٢) سواء قدمت الصيغه الأولى أو الثانى.

(٣) أى اختار استحباب الثانى كيف كان.

(٤) من أول ما صنّفه.

(٥) أنكر استحباب الثانى كيف كان.

(٦) أى يجعلون الصيغه الأولى مقدمه على الصيغه الثانى.

(٧) من تتمه كلام الشهيد فى الذكرى، و المعنى: يأتى المصلى بالصيغتين مع اعتقاده بنديه الصيغه الأولى و وجوب الثانى.

ص: ٢١٤

و وجوب الصيغهِ الأخرى، و ما جعله (١) احتياطاً قد أبطله في رسالهِ الألفيه فقال فيها: إن من الواجب جعل المخرج ما يقدمه من إحدى العبارتين فلو جعله (٢) الثانيه لم تجز.

و بعد ذلك كله فالأقوى الاجتزاء في الخروج بكل واحده منهما، و المشهور في الأخبار تقديم السلام علينا و على عباد الله مع التسليم المستحب (٣) إلا أنه ليس احتياطاً كما ذكره في الذكرى لما قد عرفت من حكمه بخلافه (٤) فضلاً عن غيره

في ما يستحب في السلام

(و يستحب فيه (٥) التورك) (٦) كما مرّ (٧) (و إيماء المنفرد) بالتسليم (إلى القبلة (٨) ثم يومئ بمؤخر عينه عن يمينه) (٩).

(١) إيراد من الشارح على الشهيد في الذكرى.

(٢) أى جعل المخرج من الصلاه.

(٣) المراد به هو التسليم على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و يدل عليه خبر أبى كهمس المتقدم و غيره إلا أن الجعفي في كتابه الفاخر ذهب إلى وجوب التسليم منضمماً إلى إحدى الصيغتين، و عن البيان أنه مسبوق بالإجماع و ملحوق به هذا بالإضافة إلى أنه مخالف للأخبار التي جعلت الانصراف بإحدى الصيغتين و قد تقدم بعضها.

(٤) أى من حكم المصنف على خلاف هذا الاحتياط.

(٥) في التسليم.

(٦) لتبعيته للتشهد و قد تقدم الكلام في تورك التشهد.

(٧) أى كما تقدم معنى التورك أو لما دل على التورك في التشهد باعتبار أن التسليم تابع له.

(٨) ففي صحيح عبد الحميد بن عواض عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن كنت تؤم قوماً أجزاءك تسليمه واحده عن يمينك، و إن كنت مع إمام فتسليمتين، و إن كنت وحدك فواحده مستقبل القبلة) (١) و هو ظاهر في أن المنفرد يسلم إلى القبلة من دون ذكر الإيماء و عليه الفتوى.

(٩) و إليه ذهب الشيخ في النهاية و المصباح و الحلبي في إشارته و القاضى في مهذب بل قيل إنه المشهور لروايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا كنت وحدك فسلم تسليمه واحده عن يمينك) (٢) بحمله على الإيماء بالعين الذى لا ينافى الاستقبال بالوجه جمعا بينه و بين -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ١٢.

أما الأول فلم نقف على مستنده، وإنما النص و الفتوى على كونه إلى القبلة بغير إيماء، و في الذكرى ادعى الإجماع على نفي الإيماء إلى القبلة بالصيغتين و قد أثبتته هنا و في رساله النفيه.

و أما الثاني فذكره الشيخ و تبعه عليه الجماعه و استدلوا عليه بما لا يفيد (و الإمام) يومئ (بصفحه وجهه يمينا) بمعنى أنه يتدئ به (١) إلى القبلة ثم يشير بباقيه إلى اليمين بوجهه (٢) (و المأموم كذلك) أى يومئ إلى يمينه بصفحه وجهه كالإمام مقتصرًا على تسليمه واحده إن لم يكن على يساره أحد، (و إن كان على يساره أحد سلّم أخرى) بصيغه السلام عليكم (مؤميا) بوجهه (إلى يساره) (٣) أيضا.

و جعل ابنا بابويه الحائظ كافيًا في استحباب التسليمتين للمأموم، و الكلام فيه (٤) و في الإيماء بالصفحه (٥) كالإيماء بمؤخر العين (٦) من عدم الدلاله عليه ظاهرا، لكنه مشهور بين الأصحاب لا رادّ له.

-صحيح عبد الحميد المتقدم، و قال الشارح في الروض «و في الدلاله بعد لكن دلائل السنن يتساهل فيها فيمكن الرجوع إلى قولهم في ذلك».

(١)أى بالسلام.

(٢)جمعا بين خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (ثم تؤذن القوم فتقول و أنت مستقبل القبلة: السلام عليكم) (١) و بين صحيح عبد الحميد المتقدم (إن كنت تؤم قوما أجزاءك تسليمه واحده عن يمينك).

(٣)لصحيح عبد الحميد المتقدم (و إن كنت مع إمام فتسليمتين) و خبر منصور عن أبى عبد الله عليه السّلام: (الإمام يسلم واحده، و من وراه يسلم اثنتين، فإن لم يكن عن شماله أحد يسلم واحده) (٢) و مثله غيره.

(٤)أى فى الإيماء بالصفحه للمأموم.

(٥)أى بصفحه الوجه للإمام.

(٦)للمنفرد.

ص: ٢١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ٤.

(و ليقصد المصلّى) بصيغه الخطاب فى تسليمه (الأنبياء و الملائكة و الأئمه عليهم السّلام و المسلمين من الإنس و الجن) (١) بأن يحضرهم بياله، و يخاطبهم به، و إلّا

(١) فى خبر عبد الله بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و السّلام اسم من أسماء الله عز و جل و هو واقع من المصلّى على ملكى الله الموكلين) (١) و فى خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: فلم صار تحليل الصلاه التسليم؟ قال: لأنه تحيه الملكين) ٢.

و فى موضع من خبر المفضل المتقدم: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام لأى عله يسلم على اليمين و لا يسلم على اليسار؟ قال عليه السّلام: لأن الملك الموكّل يكتب الحسنات على اليمين و الذى يكتب السيئات على اليسار، و الصلاه حسنات ليس فيها سيئات فلهدا يسلم على اليمين دون اليسار.

قلت: فلم لا يقال السّلام عليك و الملك على اليمين واحد، و لكن يقال السّلام عليكم؟ قال عليه السّلام: ليكون قد سلّم عليه و على من على اليسار و فضّل صاحب اليمين عليه بالإيماء إليه.

قلت: فلم لا يكون الإيماء فى التسليم بالوجه كله و لكن كان بالأنف لمن يصلى وحده، و بالعين لمن يصلى بقوم؟

قال عليه السّلام: لأن مقعد الملكين من ابن آدم الشدقين، فصاحب اليمين على الشدق الأيمن، و تسليم المصلّى عليه ليثبت له صلاته فى صحيفته.

قلت فلم يسلم المأموم ثلاثا؟ قال عليه السّلام: تكون واحده ردا على الإمام و تكون عليه و على ملكيه، و تكون الثانيه على يمينه و الملكين الموكلين به، و تكون الثالثه على من على يساره و ملكيه الموكلين به، و من لم يكن على يساره أحد لم يسلم على يساره إلا أن تكون يمينه إلى الحائط و يساره إلى من صلى معه خلف الإمام فيسلم على يساره.

قلت: فتسليم الإمام على من يقع؟ قال: على ملكيه و المأمومين، يقول لملكيه: اكتب سلامه صلاتى ممّا يفسدها، و يقول لمن خلفه: سلمتم و آمتتم من عذاب الله عز و جل) (٢).

و يستفاد من هذه الأخبار قصد الملكين بالتسليم إلا إذا كان إماما فيقصد المأمومين أيضا، و إذا كان مأموما فيقصد الإمام أيضا.

ص: ٢١٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التسليم حديث ١٣ و ١١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التسليم حديث ١٥.

كان تسليمه بصيغه الخطاب لغوا و إن كان مخرجا عن العهد. (و يقصد المأموم به)

مع ما ذكر (الردّ على الإمام) لأنه داخل فيمن حيّاه، بل يستحبّ للإمام قصد المأمومين به على الخصوص، مضافا إلى غيرهم، و لو كانت وظيفه المأموم التسليم مرّتين فليقصد بالأولى الردّ على الإمام، و بالثانية مقصده (١).

(و يستحبّ السلام المشهور) قبل الواجب و هو (٢) السّلام عليك أيها النّبي و رحمه الله و بركاته السّلام على أنبياء الله و رسله السّلام على جبرئيل و ميكائيل و الملائكة المقربين، السّلام على محمّد بن عبد الله خاتم النبيّين لا نبيّ بعده.

الفصل الرابع. في باقى مستحبات الصلاه

إشارة

(الفصل الرابع. في باقى مستحباتها)

في مستحبات تكبيره الإحرام

قد ذكر في تضاعيفها و قبلها جملة منها، و بقى جملة أخرى (و هى ترتيب التكبير) (٣) بتبيين حروفه، و إظهارها (٤) إظهارا شافيا (و رفع اليدين به) (٥) إلى حذاء

-أما قصد جميع الأنبياء و الملائكة و الأئمة و المسلمين من الإنس و الجن فلم يرد به نص، نعم ذكر الشارح فى الروض استحباب قصد الأنبياء و الأئمة و نقل عن الشهيد أنه لو قصد الملائكة أجمعين و من على الجنابيين من مسلمى الجن و الإنس كان حسنا.

(١) أى من يقصدهم.

(٢) كما فى موثق أبى بصير(١) و قد تقدم مرارا.

(٣) قد تقدم مستند ترتيب القراءة، و تقدم معنى الترتيل.

(٤) أى الحروف.

(٥) أى بالتكبير للأخبار منها: خبر الأصبخ عن على عليه السّلام: (لما نزلت على النّبي صلى الله عليه و آله و سلم فَصَلَّ لِرَبِّكَ وَ انْحَرْ قال صلى الله عليه و آله و سلم: يا جبرئيل ما هذه النحيير التى أمر بها ربى؟ قال عليه السّلام: يا محمد إنها ليست بنحيير و لكنها رفع الأيدى فى الصلاه) (٢) و رواه فى مجمع البيان إلا أنه قال: (ليست بنحيير و لكنه يأمرك إذا تحرمت للصلاه أن ترفع يدك إذا كبرت و إذا ركعت و إذا رفعت رأسك من الركوع و إذا سجدت، فإنه صلاتنا و صلاه الملائكة فى السماوات السبع، و إن لكل شىء زينه و إن زينه الصلاه رفع الأيدى عند كل تكبيره) ٣.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التشهد حديث ٢.
- ٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١٣ و ١٤.

شحمتى أذنيه (١) (كما مرّ) فى تكبير الركوع. و لقد كان بيانه (٢) فى تكبير الإحرام أولى منه فيه (٣) لأنه أولها (٤) و القول بوجوبه فيه (٥) زياده. (مستقبل القبلة بيطون)

(١) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا افتتحت الصلاة فكبرت فلا تجاوز أذنيك) (١)

و صحيح صفوان: (رأيت أبا عبد الله عليه السلام إذا كبر فى الصلاة يرفع يديه حتى يكاد يبلغ أذنيه) ٢.

و أقله محاذاه اليدين للوجه و هو المشهور بين الأصحاب للأخبار منها: صحيح ابن سنان:

(رأيت أبا عبد الله عليه السلام يصلى يرفع يديه حيال وجهه حين استفتح) (٢).

و خبر ابن سنان الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله (عز و جل): فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَ انْحَرْ ، قال: (هو رفع يديك حذاء وجهك) ٤.

(٢) أى بيان رفع اليدين بالتكبير.

(٣) أى أولى من بيانه فى تكبير الركوع.

(٤) أى لأن تكبير الإحرام أول التكبيرات.

(٥) أى و للقول بوجوب رفع اليدين فى تكبير الإحرام زياده على بقيه التكبيرات، و هو المحكى عن الكاتب و مال إليه الأصبهاني فى كشفه و الكاشاني فى مفاتيحه و البحراني فى حقائقه، بل عن الانتصار للسيد المرتضى و جوب رفع اليدين فى كل التكبيرات لظاهر الأوامر به و فيه: إن هذه الأوامر ظاهره فى الاستحباب لكونه زينه، و لصحيح ابن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (على الإمام أن يرفع يده فى الصلاة ليس على غيره أن يرفع يده فى الصلاة) (٣)، و لخبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام: (إنما ترفع اليدين بالتكبير لأن رفع اليدين ضرب من الابتهاال و التبتل و التضرع، فأحب الله عز و جل أن يكون العبد فى وقت ذكره له متبتلا متضرعا مبتهلا، و لأن فى رفع اليدين إحضار النيه و إقبال القلب على ما قال و قصد، لأن الفرض من الذكر إنما هو الاستفتاح، و كل سنه فإنما تؤدى على جهه الفرض، فلما أن كان فى الاستفتاح الذى هو الفرض رفع اليدين أحب أن يؤدوا السنه على جهه ما يؤدى الفرض) (٤).

ص: ٢٢١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٥ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٣ و ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٧.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١١.

(اليدين) حاله الرفع (١)، (مجموعه الأصابع مبسوطة الإبهامين) على أشهر القولين (٢)، وقيل: يضمهما إليها (٣) مبتدئا به (٤) عند ابتداء الرفع، و بالوضع (٥) عند انتهائه على أصح الأقوال (٦) (و التوجه بست تكبيرات) أول الصلاة قبل تكبيره الإحرام و هو الأفضل (٧)،

(١) أى رفع اليدين، لخبر منصور: (رأيت أبا عبد الله عليه السلام افتتح الصلاة فرفع يديه حيال وجهه و استقبل القبلة بطن كفيه) (١)، و خبر جميل: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوله (عز و جل) فَصَلَّ لِرَبِّكَ وَ انْحَرْ فقال بيده: هكذا، يعنى استقبل القبلة بيديه حذو وجهه القبلة فى افتتاح الصلاة) ٢.

(٢) قال فى الذكري: «و لتكن الأصابع مضمومه و فى الإبهام قولان، و فرقه أولى، و اختاره ابن إدريس تبعا للمفيد و ابن البراج و كل ذلك منصوص» و فى المعتبر: «و يستحب ضم الأصابع.

إلى أن قال. و قال علم الهدى و ابن الجنيد: يجمع بين الأربع و يفرق بين الإبهام».

و قد ورد فى صحيح حماد الوارد فى تعليم الصلاة: (فقام أبو عبد الله عليه السلام مستقبلا القبلة منتصبا فأرسل يديه جميعا على فخذه قد ضم أصابعه) (٢) و خبر زيد النرسى (أنه رأى أبا الحسن الأول عليه السلام يصلى فكان إذا كبر فى الصلاة ألزق أصابع يديه الإبهام و السبابه و الوسطى و التى تليها، و فرج بينها و بين الخنصر) (٣) و ذيله شاذ كما اعترف غير واحد بذلك. و أما تفريق الإبهام فلم يرد به نص إلا ما أشار إليه الشهيد فى الذكري.

(٣) أى يضم الإبهامين إلى الأصابع.

(٤) أى مبتدئا بالتكبير.

(٥) أى و مبتدئا بالوضع عند الانتهاء من التكبير فإذا انتهى التكبير و الرفع أرسلهما.

(٦) بل هو المشهور بين الأصحاب لأنه هو معنى الرفع بالتكبير، و قيل: يكبر حال الانتهاء من الرفع قبل الإرسال، و قيل: يكبر حال إرسالهما و النصوص غير ظاهره فى الأخيرين.

(٧) لا خلاف فى استحباب التوجه بسبع تكبيرات كما عن المنتهى للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (أدنى ما يجزى من التكبير فى التوجه إلى الصلاة تكبيره واحده، و ثلاث تكبيرات و خمس، و سبع أفضل) (٤).

ص: ٢٢٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١٧ و ١٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٩.

أو بعدها (١)، أو بالتفريق (٢) في كل صلاة فرض و نفل على الأقوى (٣)، سرا

و- خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا افتتحت الصلاة فكبر إن شئت واحده، و إن شئت ثلاثا، و إن شئت خمسا، و إن شئت سبعا، و كل ذلك مجز عنك غير أنك إذا كنت إماما لم تجهر إلا بتكبيره) (١).

و كون تكبيره الإحرام هي الأخيره لما في الفقه الرضوي: (و اعلم أن السابعة هي الفريضة و هي تكبيره الافتتاح و بها تحريم الصلاة) (٢).

(١) بحيث تكون تكبيره الإحرام هي الأولى و هو المحكى عن البهائي في حواشي الاثنى عشرية و الجزائري و الكاشاني و صاحب الحدائق لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إذا افتتحت الصلاة فارفع كفيك ثم ابسطهما بسطا، ثم كبر ثلاث تكبيرات) (٣).

(٢) بحيث هو مخير في تعيين تكبيره الإحرام كما صرح بذلك غير واحد و عن المنتهي و الذكري نسبه إلى أصحابنا، و عن المفاتيح و البحار أنه لا خلاف فيه لإطلاق الأخبار التي تقدم بعضها.

(٣) ففي الجواهر: «لعله المشهور بين المتأخرين» لإطلاق النصوص، و في الحدائق دعوى انصرافها إلى خصوص الواجبه أو اليوميه، و عن السيد التخصيص بالفرائض فقط، و الانصراف ممنوع.

نعم ذهب الشيخان و القاضي و العلامه في التحرير و التذكرة و نهايه الأحكام أن التوجيه بسبع تكبيرات مختص بسبعه مواضع و هي: كل صلاة واجبه، و أول ركعه من صلاة الليل، و مفردة الوتر، و أول ركعه من نافله الظهر، و أول ركعه من نافله المغرب، و أول ركعه من صلاة الإحرام، و الوتيره، و عن سلالر إبدال صلاة الإحرام بالشفع، و عن ابن بابويه الاقتصار على الستة الأول بإخراج الوتيره، بل ربما نسب الأخير إلى المشهور.

و عن الشيخ الاعتراف بعدم وقوفه على خبر مسند يشهد بهذا الاختصاص و كذا حكى عن الفاضل، مع أنهما ممن نسب إليهما القول بالاختصاص.

نعم قد ورد في فلاح السائل عن أبي جعفر عليه السلام: (افتتح في ثلاثه مواطن بالتوجه و التكبير: في الزوال و صلاة الليل و المفردة من الوتر، و قد يجزيك فيما سوى ذلك من -

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٩ و ٣.

٢- (٢) فقه الرضا (ع) باب الصلوات المفروضه ص ١٠٥ تحقيق مؤسسه آل البيت (عم) لإحياء التراث.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١.

مطلقاً (١) (يكبر ثلاثاً) منها (٢) (و يدعو) بقوله: «اللهم أنت الملك الحق لا إله إلا أنت» إلى آخره (٣)، (و اثنتين و يدعو) بقوله: «لبيك و سعديك» إلى آخره، (و واحده)

-التطوع أن تكبر تكبيره لكل ركعتين (١).

و فى الفقه الرضوى (ثم افتتح بالصلاه و توجه بعد التكبير فإنه من السنه الموجهه فى ست صلوات و هى: أول ركعه من صلاه الليل، و المفرده من الوتر، و أول ركعه من نوافل المغرب، و أول ركعه من ركعتى الزوال، و أول ركعه من ركعتى الإحرام، و أول ركعه من ركعات الفرائض) (٢).

و حملت هذه الأخبار على تأكد الاستحباب فى هذه المواضع و هو الظاهر من المقنعه للمفيد.

(١) أى فى جميع الست سواء تقدمت على تكبيره الإحرام أو تأخرت لخبر أبى بصير المتقدم:

(غير أنك إذا كنت إماماً لم تجهر إلا بتكبيره) (٣)، و صحيح الحلبي (و إن كنت إماماً فإنه يجزيك أن تكبر واحده تجهر فيها و تسر ستاً) (٤)، و خير الحسن بن راشد: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تكبيره الافتتاح فقال عليه السلام: سبع، قلت: روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه كان يكبر واحده، فقال عليه السلام: إن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يكبر واحده يجهر بها و يسر ستاً) ٥.

هذا للإمام، و أما المأموم فيسر بها كباقي الأذكار و أما المنفرد فيتخير، و عن الجعفى استحباب الجهر بتكبيره الإحرام للجميع و لم يظهر مستنده.

(٢) أى من تكبيرات الإحرام.

(٣) فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا افتتحت الصلاه فارفع كفيك ثم ابسطهما بسطاً ثم كبر ثلاث تكبيرات ثم قل: اللهم أنت الملك الحق لا إله إلا أنت، سبحانك إني ظلمت نفسي فاغفر لي ذنبي، إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت، ثم تكبر تكبيرتين ثم قل: لبيك و سعديك و الخير فى يديك و الشر ليس إليك، و المهدي من هديت، لا ملجأ منك إلا إليك، سبحانك و حنانيك، تباركت و تعاليت، سبحانك رب البيت، ثم تكبر تكبيرتين ثم تقول: وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ عَالِمِ -

ص: ٢٢٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١.

٢- (٢) فقه الرضا (ع) باب صلاه الليل ص ١٣٨ تحقيق مؤسسه آل البيت (عم) لإحياء التراث.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٣.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١ و ٢.

(و يدعو) بقوله: «يا محسن قد أتاك المسىء» إلى آخره (١). و روى أنه يجعل هذا الدعاء قبل التكبيرات (٢)، و لا يدعو بعد السادسة (٣)، و عليه المصنف فى الذكرى، مع نقله ما هنا (٤) و الدروس و النفلية (٥)، و فى البيان كما هنا، و الكل حسن (٦).

و روى جعلها (٧) ولاء من غير دعاء بينها (٨)، و الاقتصار على خمس، و ثلاث (٩)

-الغيب و الشهاده حنيفا مسلما و ما أنا من المشركين، إِنَّ صَلَاتِي وَ نُسُكِي وَ مَحْيَايَ وَ مَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، لَا شَرِيكَ لَهُ وَ بِذَلِكَ أُمِرْتُ وَ أَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، ثم تعوذ من الشيطان الرجيم، ثم اقرأ فاتحه الكتاب(١).

(١) قال الشارح فى شرح النفلية: «و روى الدعاء عقيب السادسة بقوله: يا محسن قد أتاك المسىء و قد أمرت المحسن أن يتجاوز عن المسىء، و أنت المحسن و أنا المسىء فصل على محمد و آل محمد و تجاوز عن قبيح ما تعلم منى»(٢) و ذكره الشهيد فى الذكرى إلا أن المشهور هو الأول.

(٢) ورد فى فلاح السائل عن ابن أبى عمير عن بكر بن محمد الأزدي عن أبى عبد الله عليه السلام:

(كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول لأصحابه: من أقام الصلاة و قال قبل أن يحرم و يكبر: يا محسن قد أتاك المسىء، و قد أمرت المحسن أن يتجاوز عن المسىء، و أنت المحسن و أنا المسىء فبحق محمد و آل محمد صل على محمد و آل محمد و تجاوز عن قبيح ما تعلم منى، فيقول الله تعالى: ملائكتى اشهدوا أنى قد عفوت عنه و أرضيت عنه أهل تبعاته)(٣)

(٣) كما فى صحيح الحلبي المتقدم.

(٤) أى مع نقل الشهيد فى الذكرى ما ذكره هنا فى اللمع.

(٥) عطف على الذكرى.

(٦) لأنه مروى.

(٧) أى التكبيرات.

(٨) لموثق زراره: (رأيت أبا جعفر عليه السلام أو قال سمعته استفتح الصلاة بسبع تكبيرات ولاء)(٤).

لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (أدنى ما يجزى من التكبير فى التوجه إلى الصلاة-

ص: ٢٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٦.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب القيام حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٢.

(و يتوجّه) أى يدعو بدعاء التوجّه و هو: «وجّهت وجهى للذى فطر السّماوات و الأرض» إلى آخره (بعد التحريمه) (١) حيث ما فعلها.

فى مستحبات التشهد

(و تربع المصلى قاعدا) (٢) لعجز، أو لكونها نافله بأن يجلس على ألييه و ينصب ساقيه و وركيه، كما تجلس المرأه متشهده (حال قراءته، و يثنى رجله حال ركوعه جالسا) بأن يمدّهما، و يخرجهما من ورائه، رافعا ألييه عن عقبيه، مجافيا فخذيّه عن طيه ركبتيه، منحنيا قدر ما يحاذى وجهه ما قدام ركبتيه، (و تورّكه حال تشهده) (٣)

-تكبيره واحده، و ثلاث تكبيرات و خمس، و سيع أفضل(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا افتتحت الصلاه فكبر إن شئت واحده، و إن شئت ثلاثا، و إن شئت خمسا، و إن شئت سبعا، فكل ذلك مجز عنك غير أنك إذا كنت إماما لم تجهر إلا بتكبيره) ٢.

(١) لصحيح الحلبي المتقدم، غير أن ظاهر الأخبار أن دعاء التوجه قبل القراءه بعد التكبيرات سواء كانت تكبيره الإحرام هى السابعه أو لا.

(٢) من يصلى جالسا إما للعجز إذا كانت الصلاه فريضه و إما لكونها نافله حيث يجوز له الصلاه عن جلوس فيستحب له أن يجلس جلوس القرفصاء و هو أن يرفع فخذيّه و ساقيه و هو المصرح به فى القواعد و غيره بأن يتربع حال القراءه، و عن المعتمر نسبه إلى مذهبنا و عن المدارك إلى علمائنا لحسنه حمران عن أحدهما عليهما السّلام: (كان أبى إذا صلى جالسا تربع فإذا ركع ثنى رجله) (٢) و حمل التربع على القرفصاء مع أنه أحد معانيه و لا ينحصر فيه لكون القرفصاء أقرب إلى القيام من بقيه معانى التربع و أما ثنى الرجلين فهو افتراش الرجلين تحته بحيث إذا قعد يقعد على صدرهما بعد رفع ألييه عن عقبيه.

(٣) أى حال تشهد المصلى عن جلوس و نسب للشيوخ فى المبسوط و أتباعه بل و إلى سائر المتأخرين لاستحباب التورّك فى مطلق التشهد كما فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (و إذا قعدت فى تشهدك فألصق ركبتيك الأرض و فرّج بينهما شيئا، و ليكن ظاهر قدمك اليسرى على الأرض و ظاهر قدمك اليمنى على باطن قدمك اليسرى و أليتك على الأرض، و أطراف إبهامك اليمنى على الأرض و إياك و القعود على قدميك فتأذى بذلك) (٣)، نعم فى الشرائع نسبه التورّك حال التشهد لمن يصلى جالسا إلى القيل و عن ابن -

ص: ٢٢٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ٩ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القيام حديث ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاه حديث ٣.

بأن يجلس على ورکه الأيسر كما تقدّم (١)، فإنه (٢) مشترك بين المصلّي قائما و جالسا،

في مستحبات القيام و الركوع

(و النظر قائما إلى مسجده) (٣) بغير تحديق، بل خاشعا به، (و راکعا إلى ما بين رجليه (٤) و ساجدا إلى) طرف (أنفه (٥)، و متشهدا إلى حجره) (٦)، كلّ ذلك مروى إلا الأخير فذكره الأصحاب و لم نقف على مستنده.

نعم هو مانع من النظر إلى ما يشغل القلب ففيه مناسبه كغيره.

(و وضع اليدين قائما على فخذيّه بحذاء ركبتيه (٧). مضمومه الأصابع) (٨)

-سعيد في جامعه استحباب التربع له حال التشهد لإطلاق حسنه حمران، و عن صاحب الجواهر استحباب التربع له بين السجدين للإطلاق المذكور، و لكن يمكن القول بأن حسنه حمران ظاهره فيما قبل الركوع باستحباب التربع و أما ما بعده فلا بد من تحكيم بقيه الأدله.

(١) من معنى التورك.

(٢) أى فإن التورك حال التشهد.

(٣) لصحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا قمت فى الصلاه فلا تلصق قدمك بالأخرى، دع بينهما فصلا، إصبعاً أقل ذلك إلى شبر أكثره، و أسدل منكيك و أرسل يديك و لا تشبك أصابعك و ليكونا على فخذيك قبالة ركبتيك و ليكن نظرك إلى موضع سجودك) (١).

(٤) لصحيح زواره المتقدم: (فإن وصلت أطراف أصابعك فى ركوعك إلى ركبتيك أجزاءك ذلك. إلى أن قال. و أقم صلبك و مدّ عنقك و ليكن نظرك إلى ما بين قدميك) ٢.

(٥) و نسبه الشهيد فى الذكري إلى جماعه من الأصحاب، و قال فى الحدائق: «و هو يؤذن بعدم وقوفه على مستنده و بذلك صرح غيره أيضا، و مستنده الذى وقفت عليه كتاب الفقه الرضوى حيث قال: و يكون بصرك وقت السجود إلى أنفك، و بين السجدين فى حجرك، و كذلك فى وقت التشهد» (٢).

(٦) لخبر الفقه الرضوى المتقدم، و علله فى المنتهى «لئلا يشغل قلبه عن عباده الله تعالى».

(٧) لصحيح زواره المتقدم: (و ليكونا على فخذيك قبالة ركبتيك).

(٨) لصحيح حماد: (فقام أبو عبد الله عليه السلام مستقبل القبلة منتصبا فأرسل يديه جميعا على فخذيّه قد ضمّ أصابعه، و قرب بين قدميه حتى كان بينهما ثلاث أصابع مفرجات،-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٣.

٢- (٣) الحدائق ج ٨ ص ٣٠١.

و منها الإبهام، (و راعا على عيني ركبتيه الأصابع و الإبهام مبسوطه) هنا (١) (جمع) (٢) تأكيد لبسط الإبهام و الأصابع و هي (٣) مؤنثه سماعيه فلذلك أكدها بما يؤكد به جمع المؤنث. و ذكر الإبهام لرفع الإبهام. و هو تخصيص بعد التعميم لأنها إحدى الأصابع، (و ساجدا بحذاء أذنيه (٤)، و متشهدا و جالسا) لغيره (٥) (على فخذه (٦) كهيئه القيام) في كونها مضمومه الأصابع بحذاء الركبتين.

في القنوت

(و يستحبّ القنوت) (٧) استحبابا مؤكدا، بل قيل بوجوبه (عقيب قراءه)

و استقبال بأصابع رجليه جميعا قبله لم يحرفهما عن القبلة بخشوع و استكانه (١).

(١) حال الركوع لصحيح حماد المتقدم (ثم ركع و ملأ كفيه من ركبتيه مفرجات).

(٢) أى البسط و التفريق لجميع الأصابع و ليس لخصوص الإبهام، و إنما ذكر الإبهام بعد ذكر الأصابع زياده في التأكيد لرفع الإبهام في كون التفريق لبقية الأصابع دون الإبهام.

(٣) أى الإصبع.

(٤) لخبر حماد المتقدم: (ثم كبر و هو قائم و رفع يديه حيال وجهه ثم سجد و بسط كفيه مضمومتى الأصابع بين ركبتيه حيال وجهه).

(٥) أى لغير التشهد كالجلوس بين السجدين.

(٦) قال العلامة في التذكرة: «و يستحب وضعهما حاله الجلوس للتشهد و غيره على فخذه مبسوطتين مضمومتى الأصابع بحذاء عيني ركبتيه، عند علمائنا لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا قعد يدعو يضع يده اليمنى على فخذه اليمنى و يده اليسرى على فخذه اليسرى».

(٧) القنوت لغه هو الخضوع لله و الدعاء و الطاعة، و على الأخير حمل قوله تعالى: وَ كَانَتْ مِنَ الْقَانِتِينَ (٢) و الثانى هو المتعارف بين المتشرعه، و على الأول حمل قوله تعالى: وَ قَوْمُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ (٣).

و استحبابه بالمعنى المتعارف عند المتشرعه على المشهور شهره عظيمه، و نسب الوجوب للصدوق، و يشهد له خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام: (و القنوت سنّه واجبه في الغداه و الظهر و العصر و المغرب و العشاء) (٤).

ص: ٢٢٨

٢- (٢) التحريم الآيه: ١٢.

٣- (٣) البقره الآيه: ٢٣٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القنوت حديث ٤.

(الثانيه) فى اليوميه مطلقا (١)،...

و- خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السّلام: (و القنوت فى جميع الصلوات سنّه واجبه فى الركعه الثانيه قبل الركوع و بعد القراءه) (١).

و خبر وهب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من ترك القنوت رغبه عنه فلا صلاه له) ٢.

و لكنها محموله على الاستحباب لصحيح البزنطى عن الرضا عليه السّلام: (قال أبو جعفر عليه السّلام فى القنوت: إن شئت فاقنت و إن شئت فلا تقنت، قال أبو الحسن عليه السّلام:

و إذا كانت التقيه فلا تقنت و أنا أتقلد هذا) (٢). و هو صريح فى جواز ترك القنوت عند عدم التقيه هذا فضلا عن أن خبر وهب ظاهر فى جواز ترك القنوت لا من باب الرغبه عنه.

(١) جهريه كانت أو إخفائيه، ففى الذكرى نسب إلى ابن أبى عقيل وجوب القنوت فى خصوص الجهريه و يشهد له موثق سماعه: (سألته عن القنوت فى أى صلاه هو؟ فقال:

كل شىء يجهر فيه بالقراءه فيه قنوت) (٣) و لكنه محمول على تأكد الاستحباب لموثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن القنوت فقال عليه السّلام: فيما يجهر فيه بالقراءه، فقلت له: إنى سألت أباك عليه السّلام عن ذلك فقال عليه السّلام لى: فى الخمس كلها، فقال عليه السّلام: رحم الله أبى عليه السّلام، إن أصحاب أبى أتوه فسألوه فأخبرهم بالحق، ثم أتونى شكاكاً فأفتيتهم بالتقيه) (٤) و هو ظاهر أن التخصيص بالجهريه من أجل التقيه و إلا فالقنوت فى الجميع بلا فرق بين الجهريه و الإخفائيه.

و موثق زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (القنوت فى كل الصلوات، فقال محمد بن مسلم فذكرت ذلك لأبى عبد الله عليه السّلام فقال: أما ما لا يشك فيه فما جهر فيه بالقراءه) (٥).

و يتأكد أكثر من بين الصلوات الجهريه بالصبح و المغرب و الجمعة و الوتر لصحيح سعد عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (سألته عن القنوت، هل يقنت فى الصلوات كلها أم فيما يجهر فيه بالقراءه؟ قال عليه السّلام: ليس القنوت إلا فى الغداه و الجمعة و الوتر و المغرب) ٧.

ص: ٢٢٩

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القنوت حديث ٦ و ١١.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب القنوت حديث ١.
- ٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القنوت حديث ١.
- ٤- ((٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القنوت حديث ١٠.
- ٥- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القنوت حديث ٤ و ٥ و ٦.

و في غيرها (١) عدا الجمعة ففيها قنوتان (٢) أحدهما في الأولى قبل الركوع، و الآخر في

(١) سواء كانت من النوافل الراتبه أو لا، بل قال في التذكرة: «و هو مستحب في كل صلاه مره واحده فرضا كانت أو نفلا أداء أو قضاء عند علمائنا أجمع» و يدل عليه جملة من الأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن القنوت فقال عليه السلام: في كل صلاه فريضه و نافله) (١) و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (القنوت في كل صلاه في الفريضه و التطوع) ٢.

(٢) لا خلاف في أن القنوت المستحب في كل صلاه هو مره واحده بعد القراءه و قبل الركوع في الركعه الثانيه و يدل عليه جملة من الأخبار منها: خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السلام: (و القنوت في جميع الصلوات سنّه واجبه في الركعه الثانيه قبل الركوع و بعد القراءه) (٢).

و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (ما أعرف قنوتا إلا قبل الركوع) (٣).

و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (القنوت في كل صلاه في الركعه الثانيه قبل الركوع) ٥ و مثله غيره.

نعم ورد في خبر معمر بن يحيى عن أبي جعفر عليه السلام: (القنوت قبل الركوع و إن شئت بعده) ٦ و حملة في المعتبر على أن ما قبل الركوع هو الأفضل، و حملة الشيخ على أن القنوت بعد الركوع هو للقضاء أو حال التقية، و فيه أن الحمل على التقية لا معنى له لأن العامه لا يقولون بالتخير، إلا في الجمعة ففيها قنوتان ففي الركعه الأولى واحد قبل الركوع و في الركعه الثانيه الثاني بعد الركوع على المشهور و يشهد له صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله بعض أصحابنا و أنا عنده عن القنوت في الجمعة فقال عليه السلام له: في الركعه الثانيه، فقال له: قد حدثنا به بعض أصحابنا أنك قلت له في الركعه الأولى، فقال عليه السلام: في الأخيره، و كان عنده ناس كثير فلما رأى غفله منهم قال عليه السلام: يا أبا محمد في الأولى و الأخيره، فقال له أبو بصير بعد ذلك: قبل الركوع أو بعده؟ فقال له أبو عبد الله عليه السلام: كل قنوت قبل الركوع، إلا الجمعة فإن الركعه الأولى القنوت فيها قبل الركوع و الأخيره بعد الركوع) (٤) و صحيح زراره عن أبي جعفر -

ص: ٢٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القنوت حديث ٨ و ١٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القنوت حديث ٦.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب القنوت حديث ٦ و ١ و ٤.

٤- ((٧)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القنوت حديث ١٢.

الثانيه بعده، و الوتر ففيها قنوتان قبل الركوع و بعده (١)، و قيل يجوز فعل القنوت

-عليه السّلام: (على الإمام فيها. أى فى الجمعه. قنوتان: قنوت فى الركعه الأولى قبل الركوع و فى الركعه الثانيه بعد الركوع، و من صلاها وحده فعليه قنوت واحد فى الركعه الأولى قبل الركوع)(١).

و ذهب الصدوق فى الفقيه إلى أنها كغيرها فيها قنوت واحد فى الركعه الثانيه قبل الركوع و هو الظاهر من الحلى فى سرائره، و فيه: إنه طرح لهذه النصوص بلا- موجب و عن المفيد فى المقنعه و العلامه فى المختلف أن فى الجمعه قنوتا واحدا فى الركعه الأولى للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (القنوت قنوت يوم الجمعه فى الركعه الأولى بعد القراءه)(٢) و تقدم صحيح زراره: (و من صلاها وحده فعليه قنوت واحد فى الركعه الأولى قبل الركوع) و هى محموله على بيان مرتبه من مراتب الفضل و إلا فیردّ علمه إلى أهله.

(١) فالمشهور ذهب إلى قنوت واحد فى الوتر قبل الركوع للأخبار الكثيره منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن القنوت فى الوتر فقال عليه السّلام: قبل الركوع)(٣).

و ذهب المحقق فى المعتمد و تبعه عليه العلامه فى التذکره و الشهيد فى الدروس و الشارح هنا فى الروضه إلى أن فى الوتر قنوتين قبل الركوع و بعده لمرسل أحمد بن عبد العزيز الرازى عن أبى الحسن الأول عليه السّلام: (كان إذا استوى من الركوع فى آخر ركعته من الوتر قال: اللهم إنك قلت فى كتابك المنزل: كَانُوا قَلِيلًا مِنَ اللَّيْلِ مَا يَهْجَعُونَ * وَ بِالْأَشْجَارِ هُمْ يَسْتَغْفِرُونَ (٤) طال و الله هجوعى و قلّ قيامى، و هذا السحر و أنا أستغفرک لذنوبى، استغفار من لا يملك لنفسه ضرا و لا نفعا و لا موتا و لا حياه و لا نشورا، ثم يخر ساجدا)(٥).

و فى روايه الكافى: (كان أبو الحسن الأول عليه السّلام إذا رفع رأسه من آخر ركعه الوتر قال: هذا مقام من حسناته نعمه منك و شكره ضعيف و ذنبه عظيم و ليس له إلا رفقك-

ص: ٢٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القنوت حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القنوت حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب القنوت حديث ٥.

٤- (٤) الذاريات الآيه: ١٧-١٨.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب القنوت حديث ١ و ٢.

مطلقاً (١) قبل الركوع و بعده، و هو حسن للخبر (٢)، و حملة على التقية ضعيف لأن العامه لا يقولون بالتخير، و ليكن القنوت (بالمرسوم) على الأفضل (٣)، و يجوز بغيره

و رحمتك، فإنك قلت في كتابك المنزل على نبيك المرسل صلى الله عليه و آله و سلم (١) ثم ذكر بقيه الخبر المتقدم.

و أشكل عليه بأن استحباب الدعاء المذكور لا يستلزم استحباب قنوت آخر إذ ليس كل دعاء قنوتا و إلا لزم استحباب القنوت في الركوع و السجود و فيما بين السجدين إلى غير ذلك من الموارد و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(١) سواء نسيه قبل الركوع أو لا.

(٢) و هو خبر معمر بن يحيى و قد تقدم و تقدم الكلام فيه.

(٣) ذكر أكثر من واحد استحباب أن يقنت بالأدعية الواردة عن الأئمة عليهم السلام للتأسي بهم.

و الأفضل كلمات الفرج كما ذكره الشيخ و جماعه بل عن البحار نسبه إلى الأصحاب، بل عن السيد و الحلبي: «رؤى أنها. أى كلمات الفرج. أفضله»، و قد ورد الأمر بدعاء الفرج في خبر أبي بصير. الوارد في قنوت الجمعة. عن أبي عبد الله عليه السلام: (القنوت قنوت يوم الجمعة في الركعة الأولى بعد القراءة تقول في القنوت: لا- إله إلا- الله الحليم الكريم، لا- إله إلا- الله العلي العظيم، لا- إله إلا- الله رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و ما فيهن و ما بينهن و رب العرش العظيم و الحمد لله رب العالمين، اللهم صل على محمد و آله كما هديتنا به، اللهم صل على محمد و آله كما أكرمتنا به، اللهم اجعلنا ممن اخترته لدينك و خلقته لجنتك، اللهم لا ترغ قلوبنا بعد إذ هديتنا و هب لنا من لدنك رحمه إنك أنت الوهاب) (٢).

و في الفقه الرضوي: (و قل في قنوتك بعد فراغك من القراءة قبل الركوع: اللهم أنت الله لا إله إلا أنت الحليم الكريم، لا إله إلا أنت العلي العظيم، سبحانك رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع، و ما فيهن و ما بينهن و رب العرش العظيم، يا الله ليس كمثله شيء صل على محمد و آل محمد و اغفر لي و لوالدي و لجميع المؤمنين و المؤمنات إنك على كل شيء قدير، ثم اركع) (٣) و هو ظاهر في استحبابه في كل صلاة مع اختلاف ألفاظ الدعاء مع الخبر المتقدم.

ص: ٢٣٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب القنوت حديث ١ و ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب القنوت حديث ٤.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب القنوت حديث ٤ و ٧.

(و أفضله كلمات الفرج) و بعدها (١) «اللهم اغفر لنا و ارحمنا و عافنا و اعف. عنا في الدنيا و الآخرة إنك على كل شيء قدير»
(٢)،

و قال الشهيد في الذكرى: «و اختار ابن أبي عقیل الدعاء بما روى عن أمير المؤمنين عليه السلام في القنوت: اللهم إليك شخصت الأبصار و نقلت الأقدام و رفعت الأيدي و مدت الأعناق، و أنت دعيت بالألسن و إليك سرهم و نجواهم في الأعمال، ربنا افتح بيننا و بين قومنا بالحق و أنت خير الفاتحين، اللهم إنا نشكو إليك فقد نبينا و غيبه إمامنا و قله عددنا و كثره عدونا و تظاهر الأعداء علينا و وقوع الفتن بنا، ففرج ذلك اللهم بعدل تظهره و إمام حق نعرفه، إله الحق آمين رب العالمين.

قال: و بلغنى أن الصادق عليه السلام كان يأمر شيعة أن يقتنوا بهذا بعد كلمات الفرج»(١)

و هذا ظاهر في معروفه القنوت بدعاء الفرج بين أصحاب الإمام عليه السلام.

هذا و اعلم أن النصوص اختلفت في ألفاظ دعاء الفرج و العمده على صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام الوارد في تلقين المحتضر: (إذا أدركت الرجل عند النزاع فلقنه كلمات الفرج: لا إله إلا الله الحليم الكريم، لا إله إلا الله العلي العظيم، سبحان الله رب السماوات السبع و رب الأرضين السبع و ما فيهن و ما بينهن و رب العرش العظيم، و الحمد لله رب العالمين)(٢).

و ذكر المفيد و جماعه أن يقول قبل التحميد: «و سلام على المرسلين»، نعم روى سليمان بن حفص المروزي عن أبي الحسن الثالث يعنى الهادى عليه السلام: (لا تقل في صلاة الجمعة في القنوت: سلام على المرسلين)(٣) و قيل: إن النهى لاحتمال أنه من التسليم المحلل، و فيه: إنه لا يصح التحليل به قبل تماميه بقيه أجزاء الصلاة و الذى يخفف الخطب ضعف الخبر.

(١) أى بعدها في الفضيله لا في الذكر.

(٢) فقد ورد هذا الدعاء في جملة من النصوص منها: صحيح سعد بن أبي خلف عن أبي عبد الله عليه السلام: (يجزيك في القنوت: اللهم اغفر لنا و ارحمنا و عافنا و اعف عنا في الدنيا و الآخرة إنك على كل شيء قدير)(٤).

ص: ٢٣٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب القنوت حديث ٤ و ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الاحتضار حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب القنوت حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب القنوت حديث ١.

و أقله سبحان الله ثلاثا (١) أو خمسا (٢).

و يستحب رفع اليدين به موازيا لوجهه (٣)، بطونهما إلى السماء (٤)، مضمومتى الأصابع إلا الإبهامين (٥)، و الجهر به للإمام و المنفرد، و السرّ للمأموم (٦)، و يفعله الناسى قبل الركوع بعده (٧)،...

(١) لخبر أبي بكر بن أبي سماك عن أبي عبد الله عليه السلام: (يجزى من القنوت ثلاث تسيحات) (١).

(٢) لخبر أبي بصير عنه عليه السلام: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن أدنى القنوت، فقال عليه السلام: خمس تسيحات) ٢ و مرسل حريز عن أبي جعفر عليه السلام: (يجزيك من القنوت خمس تسيحات في ترسل) ٣.

(٣) و قد نسب إلى الأصحاب كما عن المعتمر و الذكرى و يدل عليه صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (ترفع يديك في الوتر حيال وجهك) (٢) مع القطع بعدم الفرق بين قنوت الوتر و قنوت غيرها. و عن المفيد أنه يرفع يديه حيال صدره و وجهه غير ظاهر.

(٤) نسب إلى الأصحاب كما عن المعتمر و الذكرى، و هو كاف للتسامح في أدله السنن، نعم استدل عليه بصحيح ابن سنان المتقدم: (و تتلقى بباطنهما السماء) لكن هذه الزيادة و إن ذكرت في المعتمر و الذكرى لكنها غير موجودة في الوسائل بل و في التهذيب و الفقيه و هما قد أوردا الخبر.

(٥) قال في الجواهر: «و كذا لم أقف في شيء مما وصلني من النصوص على الأمر بتفريق الإبهامين و ضم الأصابع في خصوص القنوت».

(٦) يستحب الجهر بالقنوت سواء كانت الصلاة جهريه أو إخفاتييه لصحيح زراره: (قال أبو جعفر عليه السلام: القنوت كله جهار) (٣) إلا المأموم فيستحب له الإسرار لخبر أبي بصير:

(ينبغي للإمام أن يسمع خلفه كلما يقول، و لا ينبغي لمن خلف الإمام أن يسمعه شيئا مما يقول) (٤) و فيه: إنه أعم من الإخفات و من عدم الجهر به على نحو يسمعه الإمام فلو جهر به بحيث لا يسمعه الإمام فلا نهى عنه.

(٧) أى بعد الركوع للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم و زراره بن أعين (سألنا أبا جعفر -

ص: ٢٣٤

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب القنوت حديث ٣ و ١ و ٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القنوت حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب القنوت حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٣.

و إن قلنا (١) بتعيينه قبله (٢) اختيارا فإن لم يذكره حتى تجاوز (٣) قضاة بعد الصلاة جالسا، ثم فى الطريق مستقبلا (٤) (و يتابع المأموم إمامه فيه) و إن كان مسبقا (٥).

(و ليدع فيه (٦) و فى أحوال الصلاة (٧) لدينه و دنياه من المباح)، و المراد به

عن الرجل ينسى القنوت حتى يركع، قال عليه السلام: يقنت بعد الركوع، فإن لم يذكر فلا شيء عليه (١).

و صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن القنوت ينسأه الرجل، فقال: يقنت بعد ما يركع، فإن لم يذكر حتى ينصرف فلا شيء عليه) ٢.

(١) إن وصله.

(٢) أى بتعيين القنوت قبل الركوع و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى تجاوز الركوع بحيث دخل فى السجود فيقضيه بعد الصلاة لصحيح أبى بصير:

(سمعتة يذكر عند أبى عبد الله عليه السلام قال فى الرجل إذا سها عن القنوت: قنت بعد ما ينصرف و هو جالس) (٢).

(٤) أى مستقبلا للقبلة لصحيح زرارة عن أبى جعفر عليه السلام (رجل نسى القنوت فذكره و هو فى بعض الطريق فقال عليه السلام: يستقبل القبلة ثم ليقله، ثم قال: إنى لأكره للرجل أن يرغب عن سنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أو يدعها) ٤.

(٥) بحيث كان الإمام فى الثانية و المأموم فى الأولى ففى موثق عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يدخل الركعة الأخيره من الغداه مع الإمام فقنت الإمام أيقنت معه؟ قال عليه السلام نعم و يجزيه من القنوت لنفسه) (٣).

(٦) أى فى قنوت الصلاة، ففى صحيح إسماعيل بن الفضل: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القنوت و ما يقال فيه، قال عليه السلام: ما قضى الله على لسانك و لا أعلم فيه شيئا موقتا) (٤) و مثله غيره.

(٧) عند الركوع و السجود لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كلما ذكرت الله عز و جل و النبى صلى الله عليه و آله و سلم فهو من الصلاة) (٥) و مثله غيره.

ص: ٢٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب القنوت حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب القنوت حديث ٢ و ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القنوت حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب القنوت حديث ١.

هنا (١) مطلق الجائز (٢) و هو غير الحرام،(و تبطل) الصلاة (لو سأل المحرّم) (٣) مع علمه بتحريمه، و إن جهل الحكم الوضعى و هو البطلان. أما جاهل تحريمه ففى عذره وجهان (٤) أوجودهما العدم (٥)، صرّح به فى الذكرى و هو ظاهر الإطلاق هنا

فى التعقيب

(و التعقيب) (٦) و هو الاشتغال عقيب الصلاة بدعاء، أو ذكر

(١) أى المراد بالمباح فى القنوت و الدعاء.

(٢) فىشمل المباح.

(٣) ذكر أكثر من واحد بعدم جواز الدعاء لطلب الحرام و فى المنتهى الإجماع عليه و هو العمده لاعتراف جماعه بعدم الوقوف على خبر أو أثر يدل عليه سوى الإجماع المذكور.

و فى التذكرة الإجماع على بطلان الصلاة به و كذا فى كشف اللثام فإن تم فهو و إلا فيشكل الحكم بالبطلان للشك فى شمول قدح الكلام الموجب لبطلان الصلاة لمثله، فقد ورد فى صحيح على بن مهزيار عن أبى جعفر الباقر عليه السّلام: (سألته عن الرجل يتكلم فى صلاه الفريضة بكل شىء يناجى به ربه قال عليه السّلام: نعم) (١) و هو شامل له و إن كان يحرم السؤال به.

نعم إذا دعا على شخص ظلما فلا يجوز لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(إن العبد ليكون مظلوما فلا يزال يدعو حتى يكون ظالما) (٢) و ظاهره حرمة ظلم الغير بالدعاء و هو موجب للبطلان لأن النهى فى العبادات مفسد و إن كان جاهلا بالبطلان.

و أما إذا كان الدعاء على الغير بغير ظلم فهو جائز ففى صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(تدعو فى الوتر على العدو و إن شئت سميتهم) (٣) و خبر عبد الله بن هلال عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد قنت و دعا على قوم بأسمائهم و أسماء آبائهم و عشائهم) (٤) و فى مكاتبه إبراهيم بن عقبه إلى أبى الحسن عليه السّلام: (جعلت فداك قد عرفت بعض هؤلاء الممطوره فأقنت عليهم فى صلاتى؟ قال عليه السّلام: نعم، أقنت عليهم فى صلاتك) (٥).

(٤) وجه البطلان أنه لا- فرق بين العالم و الجاهل فى مبطلات الصلاة و هذا منها، و وجه عدم البطلان: أن الجهل عذر عقلا و شرعا.

(٥) أى عدم العذر.

(٦) استحباب التعقيب من ضروريات الدين كما فى الجواهر ففى خبر حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن الله

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب الدعاء حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القنوت حديث ١ و ٢ و ٣.

و هو (١) غير منحصر، لكثرة ما ورد منه عن أهل البيت عليهم السّلام (و أفضله التكبير ثلاثا) (٢)، رافعا بها يديه إلى حذاء أذنيه، واضعا لهما على ركبتيه أو قريبا

-بالدعاء في أدبار الصلوات(١) و في خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(كان أبي يقول في قول الله تبارك و تعالى: فَإِذَا فَرَغْتَ فَانصَبْ وَإِلَى رَبِّكَ فَارْغَبْ فَإِذَا قَضَيْتَ الصلاه بعد أن تسلم و أنت جالس فانصب في الدعاء من أمر الدنيا و الآخرة، فإذا فرغت من الدعاء فارغب إلى الله (عز و جل) أن يتقبلها منك)٢.

و خبر على بن جعفر عن أخيه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ما من مؤمن يؤدى فريضه من فرائض الله إلا- كان له عند أدائها دعوه مستجابه)٣ و في النبوى: (من صلى فريضه فله عند الله دعوه مستجابه)٤.

و هي صريحه في كون التعقيب هو الدعاء في دبر الصلاه، إلا أن التعقيب يشمل الذكر لخبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (تكون للرجل الحاجه يخاف فوتها فقال:

يدلج و ليذكر الله عز و جل فإنه في تعقيب ما دام على وضوئه)٢).

و قد ورد الحث الشديد عليه ففي خبر الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(التعقيب أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد)٣) و مرسل منصور بن يونس عن أبي عبد الله عليه السّلام (من صلى صلاه فريضه و عقب إلى أخرى فهو ضيف الله، و حق على الله أن يكرم ضيفه)٤).

و معالجه النفس و تصبرها على التعقيب و عدم اشتغالها بالأمر الدنيوي مما لا يطيقه إلا ذو حظ عظيم لذا ورد في خبر عبد الله بن محمد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ما عالج الناس شيئا أشد من التعقيب)٨.

(١) أى التعقيب غير منحصر بذكر أو دعاء خاص.

(٢) لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا سلمت فارفع يديك بالتكبير ثلاثا)٥) و خبر المفضل بن عمر: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: لأى عله يكبر المصلى بعد التسليم ثلاثا يرفع بها يديه؟ فقال عليه السّلام: لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لما فتح مكة صلى بأصحابه الظهر عند-

ص: ٢٣٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التعقيب حديث ٦ و ٧ و ١٢ و ١٥.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب التعقيب حديث ٣.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التعقيب حديث ١.

٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التعقيب حديث ٥ و ٢.

٥-٩) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التعقیب حدیث ٤.

منهما (١) مستقبلا بباطنهما القبلة (٢)، (ثم التهليل بالمرسوم) وهو «لا إله إلا الله إلهها واحدا و نحن له مسلمون» (٣)... إلخ.

(ثم تسبيح الزهراء)، و تعقيبها بثم من حيث الرتبة لا الفضيله، و إلا فهي أفضله (٤) مطلقا، بل روى أنها أفضل من ألف ركعه لا تسبيح عقبها (٥) (و كيفيتها)

-الحجر الأسود، فلما سلّم رفع يديه و كبر ثلاثا و قال: لا إله إلا الله وحده وحده، أنجز وعده و نصر عبده و أعز جنده و غلب الأَحزاب وحده، فله الملك و له الحمد يحيى و يميت و هو على كل شىء قدير، ثم أقبل على أصحابه فقال: لا تدعوا هذا التكبير و هذا القول فى دبر كل صلاه مكتوبه، فإن من فعل ذلك بعد التسليم و قال هذا القول كان قد أدى ما يجب عليه من شكر الله تعالى على تقوية الإسلام و جنده (١).

(١) ليتحقق معنى تعدد الرفع.

(٢) كما عن المفيد لما ورد فى تكبيره الإحرام و لعله لكون كيفية التكبير فى الجميع واحده.

(٣) أورد فى البحار نقلا عن مصباح الشيخ: «ثم يسلم ثم يرفع يديه بالتكبير إلى حيال أذنيه فيكبر ثلاث تكبيرات فى ترسل واحد ثم يقول ما ينبغى أن يقال عقيب كل فريضه و هو: لا إله إلا الله إلهها واحدا و نحن له مسلمون، لا إله إلا الله و لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين و لو كره المشركون، لا إله إلا الله ربنا و رب آبائنا الأولين، لا إله إلا الله وحده وحده صدق عبده و أنجز وعده و نصر عبده و أعز جنده و هزم الأحزاب وحده، فله الملك و له الحمد يحيى و يميت و يميت و يحيى و هو حى لا يموت بيده الخير و هو على كل شىء قدير» (٢) و قال المجلسى بعد ذلك: «فأما التهليلات الأول إلى قوله و رب آبائنا الأولين فلم أرها فى روايه، و فى النهايه ذكر الأوليين إلى قوله و لو كره الكافرون و ترك الثالثه و قوله لا إله إلا الله وحده».

(٤) أى تسبيحات الزهراء أفضل التعقيب فى خبر صالح بن عقبه عن أبى جعفر عليه السلام:

(ما عبد الله بشىء من التحميد أفضل من تسبيح فاطمه، و لو كان شىء أفضل منه لنحله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فاطمه) (٣).

(٥) فى خبر أبى خالد القمات عن أبى عبد الله عليه السلام: (تسبيح فاطمه عليها السلام فى كل يوم فى دبر كل صلاه أحب إلى من صلاه ألف ركعه فى كل يوم) ٤.

ص: ٢٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب القنوت حديث ٢.

٢- (٢) البحار ج ٨٣ ص ٤٣ باب سائر ما يستحب عقيب كل صلاه حديث ٥٤.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب التعقيب حديث ١ و ٢.

(أن يكبر أربعاً و ثلاثين) مرّه (و يحمد ثلاثاً و ثلاثين و يسبح ثلاثاً و ثلاثين (١) ثم)

و فى خبر زراره بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام: (تسبيح فاطمه عليها السلام الزهراء من الذكر الكثير الذى قال الله (عز و جل): اذكروا الله ذكراً كثيراً) (١).

و خبر أبى هارون المكفوف عن أبى عبد الله عليه السلام: (يا أبا هارون إنا نأمر صبياننا بتسبيح فاطمه عليها السلام كما نأمرهم بالصلاه، فالزمه فإنه لم يلزمه عبد فشقى) ٢.

و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (من سبح تسبيح فاطمه عليها السلام ثم استغفر غفر له، و هى مائه باللسان و ألف فى الميزان و تطرد الشيطان و ترضى الرحمن) ٣.

و خبر ابن أبى نجران عن رجل عن أبى عبد الله عليه السلام: (من سبح الله فى دبر الفريضة تسبيح فاطمه المائه مره و أتبعها بلا إله إلا الله مره غفر له) (٢).

و فى خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (من سبح تسبيح فاطمه عليها السلام منكم قبل أن يثنى رجله من المكتوبه غفر له) (٣).

(١) على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه بل فى الوسائل عليه عمل الطائفه و يشهد له جملة من النصوص منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى تسبيح فاطمه عليها السلام تبدأ بالتكبير أربعاً و ثلاثين ثم التحميد ثلاثاً و ثلاثين ثم التسبيح ثلاثاً و ثلاثين) (٤).

و صحيح ابن عذافر: (دخلت مع أبى على أبى عبد الله عليه السلام فسأله أبى عن تسبيح فاطمه فقال: الله أكبر حتى أحصى أربعاً و ثلاثين مره ثم قال: الحمد لله حتى بلغ سبعا و ستين ثم قال سبحان الله حتى بلغ مائه، يحصيها بيده جملة واحده) ٧.

خلافاً للصدوق و الإسكافى من تقديم التسبيح على التحميد لخبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام: (سبح تسبيح فاطمه عليها السلام و هو: الله أكبر أربعاً و ثلاثين مره و سبحان الله ثلاثاً و ثلاثين مره و الحمد لله ثلاثاً و ثلاثين مره، فو الله لو كان شىء أفضل منه لعلمه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إياها) (٥).

و مرسل الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال له و لفاطمه: ألا أعلمكما ما هو خير لكما من الخادم، إذا أخذتما منامكما فكبرا أربعاً و ثلاثين تكبيره-

ص: ٢٣٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب التعقيب حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التعقيب حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التعقيب حديث ٥.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التعقيب حديث ٢ و ١.

٥- (٨) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التعقيب حديث ٣.

(الدعاء) بعدها بالمنقول (١)،...

و- سبّحا ثلاثا و ثلاثين تسبيحه و احمدا ثلاثا و ثلاثين تحميده، فقالت فاطمه: رضيت عن الله و عن رسوله(١) و قد رواه فى العليل بسند أكثر رجاله من العامه. و مثلهما خبر داود بن فرقد(٢)، و التوقيع الوارد فى الاحتجاج(٣)، لكن الشهره و عمل الأصحاب على الطائفة الأولى من تقديم التحميد على التسبيح.

و يستحب أن يكون التسبيح بسبحه من طين قبر الحسين صلوات الله عليه ففى خبر الحسن بن محبوب: (أن أبا عبد الله عليه السلام سئل عن استعمال الترتين من طين قبر حمزه و الحسين عليه السلام و التفاضل بينهما، فقال عليه السلام: السبحة التى من طين قبر الحسين عليه السلام تسبح بيد الرجل من غير أن يسبح)(٤)، و فى مرسل الطبرسى عن أبى عبد الله الصادق عليه السلام: (من أدار سبحة من تربه الحسين عليه السلام مره واحده بالاستغفار أو غيره كتب الله له سبعين مره، و أن السجود عليها يخرق الحجب السبع)٥.

(١) أى بما ورد عن النبى و الأئمة عليهم السلام، و هى كثيره جدا منها: ما ورد فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (أقل ما يجزيك من الدعاء بعد الفريضة أن تقول: اللهم إنى أسألك من كل خير أحاط به علمك و أعوذ بك من كل شر أحاط به علمك، اللهم إنى أسألك عافيتك فى أمورى كلها، و أعوذ بك من خزي الدنيا و عذاب الآخرة)(٥).

و خبر محمد الواسطى: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تدع فى دبر كل صلاه: أعيد نفسى و ما رزقنى ربى بالله الواحد الأحد الصمد حتى تختمها، و أعيد نفسى و ما رزقنى ربى برب الفلق حتى تختمها، و أعيد نفسى و ما رزقنى ربى برب الناس حتى تختمها)(٦).

و فى خبر الحسين بن حماد عن أبى جعفر عليه السلام (من قال دبر صلاه الفريضة قبل أن يثنى رجله: أستغفر الله الذى لا إله إلا هو الحى القيوم ذا الجلال و الإكرام و أتوب إليه، ثلاث مرات غفر الله له ذنوبه و لو كانت مثل زبد البحر)٨.

و فى خبر ابن مهزيار: (كتب محمد بن إبراهيم إلى أبى الحسن عليه السلام: إن رأيت يا سيدى أن تعلمنى دعاء أدعوه به فى دبر صلواتى، يجمع الله لى به خير الدنيا و الآخرة، فكتب عليه السلام: تقول: أعوذ بوجهك الكريم و عزتك التى لا ترام و قدرتك التى لا-

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التعقيب حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب التعقيب حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب التعقيب حديث ٤.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب التعقيب حديث ٢ و ٤.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب التعقيب حديث ١.

٤- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب التعقيب حديث ٣ و ٤.

(ثم بما سنح (١)،)

فى سجدةى الشكر

(ثم سجدةا الشكر (٢)،...)

-يمتنع منها شىء من شر الدنيا و الآخرة و من شر الأوجاع كلها(١).

و قد وردت الأخبار بقراءة آيه الكرسى و بقراءة قل هو الله أحد اثنتى عشره مره و بالشهادتين و الإقرار بالأئمه عليهم السّلام و بسؤال الله الجنة و التعوذ به من النار إلى غير ذلك.

(١) للمصلى.

(٢) اعلم أنه يستحب السجود للشكر عند تجدد النعم و عند دفع النقم و عقيب الفرائض بل مطلق الصلاه و لو كانت نافله.

بل يستحب السجود للشكر عند تذكر النعمه أو تذكر دفع النقمه إن لم يكن قد سجد لهما سابقا، بل يستحب السجود شكرا للتوفيق لفعل الخير و لو مثل الصلح بين اثنين ففى خبر جابر عن أبى جعفر الباقر عليه السّلام: (إن أبى على بن الحسين ما ذكر لله (عز و جل) نعمه عليه إلا سجد، و لا قرأ آيه من كتاب الله (عز و جل) فيها سجود إلا سجد و لا دفع الله عنه سوءا يخشاه أو كيد كائد إلا سجد، و لا فرغ من صلاه مفروضه إلا سجد، و لا وفق لإصلاح بين اثنين إلا سجد و كان أثر السجود فى جميع مواضع سجوده، فسّمى السجاد لذلك(٢).

و فى خبر أبى الحسين الأسدى: (أن الصادق عليه السّلام قال: إنما يسجد المصلى سجده بعد الفريضة ليشكر الله تعالى ذكره فيها على ما منّ به عليه من أداء فرضه، و أدنى ما يجزى فيها شكرا لله ثلاث مرات(٣) و خبر ابن فضال عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام: (السجده بعد الفريضة شكرا لله (عز و جل) على ما وفق له العبد من أداء فريضه، و أدنى ما يجزى فيها من القول أن يقال: شكرا لله شكرا لله شكرا لله ثلاث مرات، قلت: فما معنى قوله شكرا لله؟ قال: يقول هذه السجده منى شكرا لله على ما وفقنى له من خدمته و أداء فرضه، و الشكر موجب للزياده فإن كان فى الصلاه تقصير لم يتم بالنوافل تمّ بهذه السجده(٤).

و فى خبر مرازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سجده الشكر واجبه على كل مسلم تتم بها-

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب التعقيب حديث ٣ و ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب سجدةى الشكر حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب سجدةى الشكر حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب سجدةى الشكر حديث ٣.

(و يعفّر بينهما) (١) جبينه و خديّه الأيمن منهما ثم الأيسر مفترشا ذراعيه و صدره

-صلاتك و ترضى بها ربك و تعجب الملائكة منك، و إن العبد إذا صلى ثم سجد سجده الشكر فتح الرب تبارك و تعالى الحجاب بين العبد و بين الملائكة فيقول: يا ملائكتي انظروا إلى عبدى أدى فرضى و أتم عهدي، ثم سجد لى شكرا على ما أنعمت به عليه، ملائكتي ما ذا له عندي؟ فتقول الملائكة: يا ربنا رحمتك، ثم يقول الرب تبارك و تعالى:

ثم ما ذا له؟ فتقول الملائكة: يا ربنا جنتك، فيقول الرب تعالى: ثم ما ذا؟ فتقول الملائكة:

يا ربنا كفايه مهمّ، فيقول الرب تعالى: ثم ما ذا؟ فلا يبقى شىء من الخير إلا قالته الملائكة فيقول الله تعالى: يا ملائكتي ثم ما ذا؟ فتقول الملائكة: يا ربنا لا علم لنا، فيقول الله تعالى لأشكرنه كما شكرنى و أقبل إليه بفضلى و أريه رحمتى(١).

و هذه النصوص و غيرها و إن جعلت سجده الشكر عقيب الفريضة فقط، إلا أنه فى خبر المفضل قد ورد سجده الشكر عقيب النافلة، و الخبر عن الصادق عليه السلام: (إذا قام العبد نصف الليل بين يدي ربه فصلى له أربع ركعات فى جوف الليل المظلم ثم سجد سجده الشكر بعد فراغه فقال: ما شاء الله، ما شاء الله مائه مره، ناداه الله جل جلاله من فوق عرشه: عبدى إلى كم تقول ما شاء الله، أنا ربك و إلى المشيئه، و قد شئت قضاء حاجتك فسلنى ما شئت(٢).

ثم إن هذه الأخبار و إن عبرت بسجده الشكر الداله على السجود مره واحده إلا أنه ورد فى بعض الأخبار التعبير بسجدة الشكر مثل خبر سعد الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السلام: (سألته عن سجدة الشكر) ٣ الحديث.

و مرسل الكفعمى عن على عليه السلام: (كان يقول إذا سجد سجدة الشكر: وعظنتى فلم أعظ و زجرتنى عن محارمك فلم أنزجر، و غمرتنى أياديك فما شكرت، عفوك عفوك يا كريم(٣). و لعل التعبير بسجدة الشكر باعتبار التعفير الواقع بينهما و التعبير بالسجده باعتبار عدم استيفاء الرفع من السجود فلذا يطلق عليه سجده الشكر.

(١) التعفير هو الوضع على العفر و هو التراب، و المراد به وضع الخدين على التراب ففى مرسل على بن يقطين عن أبى عبد الله عليه السلام: (أوحى الله إلى موسى عليه السلام: أ تدرى لم اصطفتيك بكلامى دون خلقى؟ قال: يا رب و لم ذاك؟ قال: فأوحى الله عز و جل إليه:

يا موسى إننى قلبت عبادى ظهرا لبطن فلم أجد فيهم أحدا أذلّ لى نفسا منك، يا موسى -

ص: ٢٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٥.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٤ و ٦.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٤.

و بطنه (١)، واضعا جبهته مكانها (٢) حال الصلاة قائلا فيهما (٣): «الحمد لله شكرا شكرا» مائة مره، و فى كل عاشره شكرا للمجيب (٤)،...

-إنك إذا صليت وضعت خديك على التراب، أو قال على الأرض (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان موسى بن عمران عليه السّلام إذا صلى لم ينفث حتى يلصق خده الأيمن بالأرض و خده الأيسر بالأرض) (٢).

و هذا المعنى للتعفير معقد إجماع المنتهى كما قيل، و لكن فى الذكرى و غيرها ممن تأخر عنها أن التعفير يصدق بوضع الجبينين أو الخدين مختيرا بينهما لمرسل الشيخ فى التهذيب عن أبى محمد العسكري عليه السّلام: (علامات المؤمن خمس: صلاه الخمسين و زياره الأربعين و التختم فى اليمين و تعفير الجبين و الجهر بسم الله الرحمن الرحيم) (٢). و الأولى الجمع بين تعفير الجبينين و الخدين جمعا بين النصوص و هذا ما فعله الشارح هنا.

(١) فى خبر يحيى بن عبد الرحمن: (رأيت أبا الحسن الثالث عليه السّلام سجد سجده الشكر فأفرش ذراعيه و ألصق جؤجؤه و صدره و بطنه بالأرض، فسألته عن ذلك فقال: كذا يجب) (٣) و مثله غيره.

(٢) أى مكان الجبهه.

(٣) فى سجدة الشكر.

(٤) مرسل الشيخ فى مصباحه عن على بن الحسين عليهما السّلام: (كان يقول فى سجده الشكر مائة مره الحمد لله شكرا، و كلما قاله عشر مرات قال: شكرا للمجيب، ثم يقول: يا ذا المنّ الذى لا ينقطع أبدا و لا يحصيه غيره عددا، و يا ذا المعروف الذى لا ينفد أبدا، يا كريم يا كريم، ثم يدعو و يتضرع و يذكر حاجته) (٤). و هو غير مطابق مع ما ذكره فى المتن بالتمام، و قد ورد ذكر شكرا شكرا مائة مره كما فى خبر سليمان بن حفص المروزى: (كتب إلى أبو الحسن الرضا عليه السّلام: قل فى سجده الشكر مائة مره شكرا شكرا، و إن شئت عفوا عفوا) (٤).

و ورد القول يا رب حتى ينقطع النفس كما فى مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام:

(إن العبد إذا سجد فقال: يا رب يا رب حتى ينقطع نفسه قال له الرب تبارك و تعالى: لييك ما حاجتك) (٥).

ص: ٢٤٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب سجدة الشكر حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب المزار من كتاب الحج حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٤ و ٢.

٥- ((٧)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب سجدة الشكر حديث ٣.

و دونه شكرا مائه (١)، و أقله شكرا ثلاثا (٢) (و يدعو) فيهما (٣) و بعدهما (٤) (بالمرسوم).

(١) لخبر المروزي المتقدم.

(٢) لخبر الأسدي المتقدم: (و أدنى ما يجزى فيها شكرا لله ثلاث مرات).

(٣) قد تقدم مرسل الشيخ المتضمن للدعاء في سجده الشكر، و تقدم مرسل الكفعمي عن أمير المؤمنين عليه السلام: (أنه كان يقول إذا سجد سجدة الشكر: و عظمتني فلم أتعظ و زجرتني عن محارمك فلم أنزجر، و غمرتني أياديك فما شكرت، عفوك عفوك يا كريم) و هناك الكثير من الأدعية الواردة عنهم عليهم السلام في سجده الشكر فراجع الباب السادس من أبواب سجدة الشكر في الوسائل، و الباب الخامس منها في المستدرک.

(٤) أي بعد السجدة، ففي الجعفریات عن الصادق عن آبائه عن علي عليهم السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا أراد الانصراف من الصلاة مسح جبهته بيده اليمنى ثم يقول: اللهم لك الحمد، لا إله إلا أنت عالم الغيب و الشهادة، اللهم أذهب عنا الهمم و الحزن و الفتنة، ما ظهر منها و ما بطن، و قال؛ ما أحد من أمتي يفعل ذلك إلا - أعطاه الله (عز و جل) ما سألت) (١).

فائده: ذهب المشهور إلى استحباب الصلاة على النبي صلى الله عليه و آله و سلم كلما ذكر، أو ذكر عنده، و ذهب الصدوق و المقداد في كنز العرفان إلى الوجوب و اختاره صاحب الحقائق و جماعه و هو غير بعيد كما في المدارك لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (و صل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم. كلما ذكرته أو ذكره ذاكر عندك في أذان أو غيره) (٢)، و يعضده جملة من الأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من ذكرت عنده فنسى أن يصلي عليّ خطأ الله تعالى به طريق الجنة) (٣).

و خبر عبيد الله بن عبد الله عن رجل عن أبي جعفر عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: و من ذكرت عنده فلم يصل عليّ فلم يغفر الله له) ٤.

و خبر الإرشاد عن علي بن الحسين عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البخيل كل البخيل الذي إذا ذكرت عنده لم يصلّ عليّ) ٥.

و المرسل في عده الداعي: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أجفى الناس رجل ذكرت بين يديه فلم يصل عليّ) ٦.

إلا أنه قام الإجماع كما عن المعتمد و المنتهى و التذكرة و الخلاف و الناصريه على عدم-

ص: ٢٤٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب سجدة الشكر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الأذان و الإقامة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الذكر حديث ١ و ٣ و ١٤ و ١٨.

-الوجوب مؤيدا بالسيره خصوصا في المؤذنين و في الكثير من الأدعيه و الخطب المحكيه عن الأئمه الطاهرين عدم الصلاه عليه مع ذكره فيها، ثم لا- فرق في ذلك بين ذكره باسمه الشريف أو بلقبه أو كنيته لصدق ذكره صلى الله عليه و آله و سلم في الجميع كما عن البعض، و في الحدائق جزم بالاسم العلمى و فصل في الألقاب و الكنى بين المشتهر تسميته بها و غيره و اختار العدم في الثانى مع استظهار كون الضمير الراجع إليه من قبيل الثانى و لا يخفى أنه على خلاف إطلاق صدق الذكر، و لكن التأمل في النصوص يعطى و لو انصرفا أن المدار على ذكره باسمه العلمى فقط دون بقيه الألقاب و الكنى فضلا عن الضمائر.

بل إذا كتب اسمه فيستحب أن يكتب الصلاه عليه صلى الله عليه و آله و سلم لما رواه الجزائرى في الأنوار النعمانيه (من صلى علىّ في كتاب لم تزل الملائكه تستغفر له ما دام اسمى في ذلك الكتاب)(١)، ثم لا تعتبر كيفيه خاصه في الصلاه عليه لإطلاق الأخبار، نعم لا بد من ضمّ الآل إليه ففي خبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام: (سمع أبي رجلا متعلقا بالبيت و هو يقول: اللهم صل على محمد، فقال له أبي عليه السلام: لا تبتريها، لا تظلمنا حقنا، قل: اللهم صل على محمد و أهل بيته)(٢) و في خبر عبد الله الحسن. كذا في الوسائل. بن على عن أبيه عن جده: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من قال: صلى الله على محمد و آله قال الله (جل جلاله): صلى الله عليك، فليكثر من ذلك، و من قال: صلى على محمد و لم يصل على آله لم يجد ربح الجنة و ربحها يوجد من مسير خمسمائه عام)(٣).

و في خبر عمار بن موسى: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال رجل: اللهم صل على محمد و أهل بيت محمد، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يا هذا لقد ضيقت علينا، أما علمت أن أهل البيت خمس أصحاب الكساء، فقال الرجل: كيف أقول؟ قال: قل اللهم صل على محمد و آل محمد فسكون نحن و شيعتنا قد دخلنا فيه)(٤).

و عن فخر المحققين: «نقل عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: لا تفرقوا بينى و بين آلّى بعلّى»(٥) بل روى ابن حجر في صواعقه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (لا تصلوا علىّ الصلاه البتراء، فقالوا: و ما الصلاه البتراء؟ فقال: تقولون اللهم صل على محمد و تمسكون، بل قولوا: اللهم صل على محمد و آل محمد)(٦).

ص: ٢٤٥

١- (١) الأنوار النعمانيه ج ٣ ص ٣٧٣، نور أحوال العالم و المتعلم الفائده الحاديه عشره في الكتابه.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الذكر حديث ٢ و ٦ و ١١.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذكر حديث ١٠.

٤- (٦) الصواعق المحرقه لابن حجر ص ١٤٤ طبع القايره سنه ١٣٧٥ هجرية.

(الفصل الخامس. فى التروك)

يمكن أن يريد بها ما يجب تركه، فىكون الالتفات (١) إلى آخر الفصل مذكورا بالتبع، و أن يريد (٢) بها ما يطلب تركه أعمّ من كون الطلب مانعا من النقيض (و هى ما سلف) فى الشرط السادس (٣)،

فى التأمين

(و التأمين) (٤) فى جميع أحوال الصلاه، و إن كان عقيب الحمد، أو دعاء (إلا لتقيه) فيجوز حينئذ،...

و قد ورد فى خبر معاويه بن عمار: (ذكرت عند أبى عبد الله الصادق عليه السلام بعض الأنبياء فصليت عليه فقال: إذا ذكر أحد من الأنبياء فابدأ بالصلاه على محمد و آله ثم عليه، صلى الله على محمد و آله و على جميع الأنبياء) (١).

و قد روى الطريحي فى مجمع البحرين فى ماده شيع: (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم جلس ليلا- يحدث أصحابه فى المسجد فقال: يا قوم إذا ذكرتم الأنبياء الأولين فصلوا علىّ ثم صلوا عليهم، و إذا ذكرتم أبى إبراهيم فصلوا عليه ثم صلوا علىّ) صلى الله عليه و آله و على جميع الأنبياء و المرسلين و الصديقين و الشهداء و الصالحين.

(١) إشاره، إلى قول المصنف فى آخر الفصل: و يكره الالتفات يمينا و شمالا، و المعنى فىكون ذكر الالتفات إلى آخر ما ذكره الماتن فى هذا الفصل مذكورا بالتبع.

(٢) أى و يمكن أن يريد.

(٣) من ترك الكلام و ترك الفعل الكثير الماحى لصوره الصلاه بل ترك السكوت الطويل الماحى أيضا و ترك البكاء للدينا و ترك القهقهه، و ترك التكتف و التطبيق للخبر و ترك الالتفات إلى الورا و ترك الأكل و الشرب.

(٤) قال العلامة فى المنتهى: «قال علماؤنا: يحرم قول آمين، و تبطل به الصلاه، و قال الشيخ سواء كان ذلك سرا أو جهرا، فى آخر الحمد أو قبلها، للإمام و المأموم، و على كل حال، و ادعى الشيخان و السيد المرتضى إجماع الإماميه عليه» و يدل عليه الأخبار منها:

صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا كنت خلف إمام فقرأ الحمد و فرغ من قراءتها فقل أنت: الحمد لله رب العالمين، و لا تقل آمين) (٢).

و خبر محمد الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السلام أقول إذا فرغت من فاتحه الكتاب: آمين، قال: لا) ٣-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الذكر حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القراءة فى الصلاة حديث ١ و ٣.

بل قد يجب (١)، (و تبطل الصلاة بفعله لغيرها) (٢) للنهي عنه في الأخبار المقتضى للفساد في العباد، و لا تبطل بقوله: «اللهم استجب» (٣) و إن كان بمعناه، و بالغ من أبطل به كما ضعف قول من كره التأمين (٤) بناء (٥)...

و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام الوارد في تعليم الصلاة: (و لا تقولن إذا فرغت من قراءة تك: آمين، فإن شئت قلت: الحمد لله رب العالمين) (١).

و صحيح معاوية بن وهب: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أقول آمين إذا قال الإمام غير المغضوب عليهم و لا الضالين، قال: هم اليهود و النصارى) ٢ و ترك الجواب عن السؤال مع التعرض لأمر آخر غير مسئول عنه دليل على عدم الجواز و إلا لو كان جائزا لأبداه إذ لا خوف في إبداء الجواز لأنه مذهب العامه، و النهي في العبادات مفسد، و ذهب جماعه كالإسكافي و أبي الصلاح إلى الكراهه و احتمله المحقق في المعتمد و هو مما لا- وجه له بعد ثبوت النهي المفسد، نعم احتج له في المعتمد بخبر جميل: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الناس في الصلاة جماعه حين يقرأ فاتحه الكتاب: آمين، قال: ما أحسنها و أخفض الصوت بها) (٢) و قد حمل على التقيه كما عن الشيخ لإجماع الطائفة على ترك العمل به.

ثم إن مورد النصوص النهي عنه بعد الفاتحه كما هو المتعارف عند العامه، و عن جماعه حرمة في جميع أحوال الصلاة و أنه مبطل لأنه من كلام الآدميين، و فيه: إنه من أسماء الأفعال فهو دعاء مثل استجب فلو وقع عقيب دعاء لكان دعاء للاستجاب.

(١) بلا إشكال فيه لعموم أدله التقيه.

(٢) لغير التقيه.

(٣) فعن المحقق و العلامة في التذكرة أنه مبطل للصلاة لأنه بمعنى آمين المنهى عنه و فيه: إن النهي عن خصوص التأمين و أما غيره فهو دعاء عام و مقتضى حديث الرفع عدم البطلان.

(٤) و هو قول المحقق في المعتمد.

(٥) استدلل على الكراهه بأن لفظ آمين هو دعاء باستجاب الدعاء و قد وقع محله لأن الفاتحه مشتمله على الدعاء و لذا جاء أن الفاتحه قد قسمت بين الله و بين عبده فأولها ثناء و آخرها دعاء.

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القراءه في الصلاة حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب القراءه في الصلاة حديث ٥.

على أنه (١) دعاء باستجابته ما يدعوه به، و أن الفاتحة (٢) تشتمل على الدعاء لا لأن (٣) قصد الدعاء بها (٤) يوجب استعمال المشترك في معنييه على تقدير قصد الدعاء بالقرآن، و عدم فائده التأمين مع انتفاء الأول (٥)، و انتفاء القرآن مع انتفاء الثاني (٦) لأن قصد الدعاء (٧) بالمنزل منه (٨) قرآنا (٩) لا ينافيه (١٠)، و لا- يوجب الاشتراك لاتحاد المعنى (١١)، و لاشتماله (١٢) على طلب الاستجابته لما يدعوه به أعم من الحاضر (١٣).

و ردّ على هذا الاستدلال بأن قراءه الفاتحة مع قصد القرآنيه لا تكون دعاء فلا محل لقول أمين و إن قرئت مع قصد الدعاء فتخرج عن القرآنيه فلا تكون سوره فتبطل الصلاه، و إن قصد القرآنيه و الدعاء معا لزم استعمال المشترك في كلا معنييه.

و فيه: إن قصد القرآنيه و الدعاء معا لا يلزم ذلك المحذور بل المعنى واحد و هو الدعاء المنزل قرآنا و الله سبحانه و تعالى كلف المكلفين بهذه الصيغه في الصلاه. و إنما الذى يوجب البطلان هو النهى المفسد كما عرفت.

(١) أن التأمين.

(٢) فيكون التأمين قد وقع عقيب الدعاء فقد أخذ محله.

(٣) و المعنى أن تضعيف القول بالكراهه ليس لأنه إذا قصد الدعاء بالفاتحة يلزم استعمال المشترك في كلا معنييه.

(٤) بالفاتحة.

(٥) و هو قصد الدعاء.

(٦) و هو عند عدم قصد القرآنيه المتحقق بقصد الدعاء.

(٧) رد على من استدل على البطلان بلزوم استعمال المشترك في كلا معنييه لو قصد الدعاء بالفاتحة لتكون محلا للتأمين.

(٨) من القرآن.

(٩) حال من الضمير فى (المنزل منه).

(١٠) لا ينافى كونه قرآنا لأن قصد الدعاء لا يخرج عن القرآنيه.

(١١) إذ يبقى المعنى واحدا كما عرفت.

(١٢) أى و لاشتمال التأمين.

(١٣) أى أعم من الدعاء الذى سبق فى الفاتحة و لما يدعوه به فيما بعد و عليه فيجوز الإتيان بالتأمين عقيب الفاتحة باعتبار ما سيدعوه به فيما بعد لا باعتبار قصد الدعاء بالفاتحة ليلزم المحذور السابق.

و إنما الوجه (١) النهى، و لا تبطل بتركه (٢) فى موضع التقية لأنه خارج عنها.

و الإبطال فى الفعل (٣) مع كونه كذلك لاشتماله على الكلام المنهى عنه.

فى ترك الواجب عمدا

(و كذا ترك الواجب عمدا) (٤) ركنا كان أم غيره، و فى إطلاق الترك على ترك الترك (٥). الذى هو (٦) فعل الضد. و هو الواجب نوع من التجوز (٧) (أو) ترك (أحد الأركان الخمسة و لو سهوا (٨)، و هى النية و القيام و التحريمه و الركوع)

(١) فى تضعيف القول بالكراهه هو النهى الوارد عن التأمين، و النهى فى العبادات مفسد.

(٢) أى لا تبطل الصلاة بترك التأمين فى موضع التقية الموجه له، كما نصّ على ذلك جماعه منهم صاحب الجواهر و غيره لعدم كون التأمين من الكيفيه اللزومه فى صحه الصلاة عند العامه. فمخالفه النهى لا توجب النهى عن العباده فى حال التقية حتى تبطل الصلاة.

(٣) دفع لما قد يتوهم من أن التأمين لو كان خارجا عن الكيفيه اللزومه فى صحه الصلاة عند العامه فلم حكم ببطلان الصلاة به عند عدم التقية؟ و الدفع أن البطلان ناشئ من كون التأمين من كلام الأدميين المنهى عنه فيكون مبطلا.

(٤) بلا- خلاف فيه لفوات الكل بفوات جزئه و انعدام المشروط بعدم شرطه، و حديث لا- تعاد قاصر عن شمول العامد غير المعذور.

(٥) لأن قول الماتن: و كذا ترك الواجب معطوف على التأمين فيندرج فى التروك الذى هو عنوان هذا الفصل.

(٦) و هو راجع إلى ترك الترك.

(٧) لأن الترك يكون فى الفعل لا فى الترك. هذا و كذا الزيادة العمديه للواجب ركنا أو غيره مبطل للصلاه لصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (من زاد فى صلاته فعلية الإعادة) (١)، و صحيح زراره و بكير بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا استيقن أنه زاد فى صلاته المكتوبه لم يعتد بها، و استقبل صلاته استقبالا إذا كان قد استيقن يقينا) ٢ و إن زاد فى الوسائل: (أنه زاد فى صلاته المكتوبه ركعه) إلا أن هذه الزيادة غير موجوده فى الكافى، نعم هى موجوده فى روايه زراره المرويه فى باب السهو فى الركوع، لا- فى روايه زراره و بكير المرويه فى باب من سها فى الأربع و الخمس فراجع. ثم إن الماتن و الشارح لم يتعرضا لهذا الفرع لأن البحث عندهما فى التروك لا فى الأفعال.

(٨) أما الترك العمدى فهو موجب لبطلان الصلاة لفوات الكل بفوات جزئه، و أما الترك-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الخلل الواقع فى الصلاة حديث ٢ و ١.

-السهوى ففى ترك النيه لأنها ركن بإجماع العلماء كما عن المنتهى و التذكرة، و بالإجماع كما عن الوسيله و التحرير، و لم يقل أحد بأنها ليست بركن كما عن التنقيح، و عن التذكرة و النهايه و الذكرى و قواعد الشهيد و التنقيح و فوائد الشرائع الإجماع على بطلان الصلاة بتركها عمدا و سهوا، و بذلك يخرج عن عموم حديث لا تعاد الصلاة.

و فى ترك التكبيره سهوا بالإجماع كما عن الذكرى و جامع المقاصد و المدارك و التذكرة و المنتهى و المعتبر بالإضافة إلى الأخبار منها: صحيح زراره: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ينسى تكبيره الافتتاح قال عليه السلام: يعيد)^(١) و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل سها خلف الإمام فلم يفتح الصلاة، قال عليه السلام: يعيد الصلاة و لا صلاحه بغير افتتاح)^٢.

و أما ترك القيام الركنى، و قد عرفت أنه ركن حال التكبير و كذا المتصل بالركوع كما تقدم الكلام مفصلا فى بحث القيام، و عرفت أن ركنيته عرضيه، ثم تركه فى هاتين الحالتين موجب لبطلان الصلاة و لو سهوا أما فى حال التكبير فيدل عليه موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و كذلك إن وجبت عليه الصلاة من قيام فنسى حين افتتاح الصلاة و هو قاعد، فعليه أن يقطع صلاته و يقوم فيفتح الصلاة و هو قائم و لا يعتد بافتتاحه و هو قاعد)^(٢).

و أما فى المتصل بالركوع فتركه نسيانا موجب ترك الركوع الركنى لأنه لا ركوع إلا عن قيام و ترك الركوع الركنى موجب للبطلان و لو سهوا كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

و أما ترك الركوع و لو سهوا فهو موجب للبطلان إن لم يمكن تداركه على المشهور شهره عظيمه للصحيح عن رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل ينسى أن يركع حتى يسجد و يقوم، قال عليه السلام: يستقبل)^(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أيقن الرجل أنه ترك ركعه من الصلاة و قد سجد سجدين و ترك الركوع استأنف الصلاة)^٥، و خبر أبى بصير الآخر: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل نسي أن يركع قال عليه السلام: عليه الإعادة)^٦ و مثلها غيرها و يكفينا حديث لا تعاد و هو صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (لا تعاد الصلاة إلا من خمسه: الطهور و الوقت -

ص: ٢٥٠

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب تكبيره الإحرام حديث ١ و ٧.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القيام حديث ١.
- ٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الركوع حديث ١ و ٣ و ٤.

(و السجدةتان معا)، أما إحداهما (١) فليست ركنا على المشهور، مع أن الركن بهما

و القبلة و الركوع و السجود، ثم قال عليه السلام: القراءه سنه و التشهد سنه و التكبير سنه و لا تنقض السنه الفريضة(١).

و هناك أقوال آخر فى المسأله فعن ابن بابويه و ابن الجنيد التفصيل بين الركعه الأولى فتبطل دون غيرها من الركعات فلو نسى الركوع فى البقيه و لم يتذكر إلا بعد السجود فيحذف السجدةتين و يجعل الثالثه ثانيه و الرابعه ثالثه، و ليس له مستند إلا الفقه الرضوى حيث ورد فيه: (و إن نسيت الركوع بعد ما سجدت من الركعه الأولى فأعد صلاتك لأنه إذا لم تصح لك الركعه الأولى لم تصح صلاتك)(٢) إلى آخره، و هو لا يقاوم ما تقدم من الأخبار.

و اختار الشيخ فى المبسوط التفصيل بين الركعتين الأولىين و ثالثه المغرب و بين الأخيرتين من الرباعيه فاختر البطلان فى الأول، و الصحه فى الثانى بإسقاط السجدةتين و إتمام الصلاه بعد تدارك الركوع، و ليس له مستند أصلا كما اعترف به غير واحد. نعم جمع بين الأخبار بذلك بحمل أخبار البطلان على الشق الأول و بحمل أخبار الصحه التى سيأتى التعرض لها على الشق الثانى و هو جمع تبرعى لا شاهد له.

و نسب للشيخ فى المبسوط إلى بعض أصحابنا الحكم بالصحه مطلقا مع إسقاط الزائد و تدارك الركوع و يشهد له صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (فى رجل شك بعد ما سجد أنه لم يركع قال عليه السلام: فإن استيقن فليلق السجدةتين اللتين لا ركعه لهما فيبنى على صلاته على التمام، و إن كان لم يستيقن إلا بعد ما فرغ و انصرف فليقم و ليصل ركعه و سجدةتين و لا شىء عليه)(٣) و هو لا يصلح لمعارضه ما سبق و قد دل على البطلان لأنه أكثر و أوضح و أوثق و أحوط و العمل به أشهر.

ثم إن ترك السجدةتين سهوا موجب للبطلان إن لم يمكن التدارك و قيل إنه مما لا خلاف فيه لحديث لا تعاد.

(١) أى إحدى السجدةتين، فلو نسى سجده حتى ركع فلا تبطل صلاته و عليه قضاء السجده فيما بعد على المشهور لأن الركن هو مجموع السجدةتين و يشهد له صحيح ابن جابر عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى رجل نسى أن يسجد السجده الثانيه حتى قام فذكر و هو قائم -

ص: ٢٥١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاه حديث ١٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الركوع حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الركوع حديث ٢.

-أنه لم يسجد، قال عليه السّلام: فليسجد ما لم يركع، فإذا ركع فذكر بعد ركوعه أنه لم يسجد فليمض على صلاته حتى يسلم ثم يسجدها، فإنها قضاء(١)، و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه سأله عن رجل نسي سجده، فذكرها بعد ما قام و ركع قال:

يمضى فى صلاته و لا يسجد حتى يسلم، فإذا سلم سجد مثل ما فاتته)٢ و مثلها صحيح أبى بصير٣ و خبر على بن جعفر٤.

و عن العماني و الكليني بطلان الصلاة بنسيان السجده و لم يمكن تداركها لخبر المعلّى بن خنيس: (سألت أبا الحسن الماضى عليه السّلام عن الرجل ينسى السجده من صلاته، قال عليه السّلام: إذا ذكرها قبل ركوعه سجدها و بنى على صلاته ثم سجد سجدتى السهو بعد انصرافه، و إن ذكرها بعد ركوعه أعاد الصلاة، و نسيان السجده فى الأولتين و الأخيرتين سواء(٢).

و فيه: إن الخبر ضعيف فى نفسه لأنه مرسل هذا فضلا عن أن المعلّى قد قتل فى حياه الإمام الصادق عليه السّلام فكيف يروى عن الكاظم عليه السّلام بالإضافة إلى أنه لا يقاوم النصوص المتقدمه لأنها أكثر و أصح سندا.

و قال الشارح فى الروض: «و ربما نقل عن ابن أبى عقيل أن الإخلال بالواحد مبطل و إن كان سهوا لصدق الإخلال بالركن إذ الماهيه المركبه تفوت بفوات جزء منها و قد تقرر أن الركن مجموع السجدين و لروايه المعلّى بن خنيس الداله على ذلك» و أما الروايه فقد عرفت ما فيها و أما الدليل الأول فقد رده الشهيد فى الذكرى بقوله: «و الجواب أن انتفاء الماهيه هنا غير مؤثر مطلقا و إلا لكان الإخلال بعضو من أعضاء السجود مبطلا و لم يقل به أحد، بل المؤثر هو انتفاؤها بالكلية، و لعل الركن مسمى السجود و لا يتحقق الإخلال به إلا بترك السجدين معا».

ورد الشارح فى الروض على جواب الشهيد بقوله: «و فيه نظر لأن الركن إذا كان هو المجموع لزم منه البطلان بفوات الواحد لاستلزامه الإخلال به، فاللازم إما عدم ركيته المجموع أو بطلان الصلاة بكل ما يكون إخلالا به، و ما ادّعا من لزوم البطلان بالإخلال بعضو من أعضاء السجود غير ظاهر، لأن وضع ما عدا الجبهه لا دخل له فى السجود كالذكر و الطمأنينه، بل هى واجبات له خارجه عن حقيقته، و إنما حقيقته وضع -

ص: ٢٥٢

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السجود حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٨.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السجود حديث ٥.

يكون مركبا، و هو يستدعى فواته بفواتها (١).

و اعتذار المصنف فى الذكرى بأن الركن مسمى السجود (٢) و لا يتحقق الإخلال به إلا بتركهما معا خروج عن المتنازع فيه (٣) لموافقته (٤) على كونهما معا هو الركن و هو يستلزم الفوات بإحداهما، فكيف يدعى (٥) أنه مسما، و مع ذلك (٦) يستلزم بطلانها (٧) بزياده واحده لتحقق المسمى (٨)، و لا- قائل به، و بأن انتفاء الماهيه (٩) هنا (١٠) غير مؤثر مطلقا (١١)، و إلا لكان الإخلال بعضو من أعضاء

-الجبهه على الأرض و ما فى حكمها.

و أما الجواب الثانى ففيه خروج عن السؤال من رأس، لأنه وارد على جعل المجموع معا ركنا كما قد اشتهر بين الأصحاب، مع أن الترام ما ذكر يستلزم بطلان الصلاه بزياده السجده الواحده لتحقق المسمى و لم يقل به أحد، فإن ابن أبى عقيل إنما حكم ببطلان الصلاه بنسيان الواحده لا بزيادتها على ما نقله عنه المجيب، و بالجمله فالحكم بذلك مناف للحكم بعدم البطلان بفوات الواحده إن تم أن الركن مطلقا يبطل الصلاه بزيادته و نقصانه مطلقا» انتهى، و قد أشار الشارح إلى ذلك فيما كتبه فى الروضه و إن كان ما كتبه هنا لا يخلو من إجمال لا يمكن فهمه إلا بما قدمناه.

(١) أى فوات الركن بفوات السجده و يكون الحق مع ابن أبى عقيل.

(٢) و هو الجواب الثانى للشهيد فى الذكرى.

(٣) لأن كلام ابن أبى عقيل مبنى على كون الركن هو مجموع السجدين لا مسمى السجود.

(٤) أى لموافقته الشهيد فى الذكرى على كون السجدين معا هو الركن.

(٥) أى فكيف يدعى الشهيد فى الذكرى بعد اعتراف أن الركن هو مجموع السجدين بأن الركن هو مسمى السجود.

(٦) أى و مع كون الركن هو مسمى السجود فيلزم بطلان الصلاه بزياده الركعه لتحقق المسمى حينئذ و هذا ما لم يقل به أحد.

(٧) أى بطلان الصلاه بزياده ركعه واحده.

(٨) أى مسمى السجود و هو الركن بحسب الفرض.

(٩) الجواب الأول للشهيد فى الذكرى عن استدلال ابن أبى عقيل، و هذا الجواب مبنى على كون الركن هو مجموع السجدين.

(١٠) أى فى الأحكام الشرعيه لأن ماهياتها مخترعه من قبل الشارع فقد ينتفى الجزء و لا ينتفى الكل إذا حكم الشارع بثبوتها لأن تقررها بيد الشارع وضعها و رفعها.

(١١) لا كلا و لا بعضا.

السجود مبطلا بل المؤثر انتفاؤها رأسا (١)، فيه ما مرّ (٢). و الفرق بين الأعضاء غير الجبهه و بينها (٣) بأنها (٤) واجبات خارجه عن حقيقته (٥) كالذكر و الطمأنينه دونها (٦).

و لم يذكر المصنف حكم زياده الركن مع كون المشهور أن زيادته على حد نقيصته (٧)...

(١) أى انتفاء الماهيه من رأسها بأن لم يتحقق شىء من السجود فى مجموع الركعتين.

(٢) أى ما مرّ فى أول البحث من أن الركن إذا كان مجموع السجدين فهو منتف بفتوات جزئه الذى هو السجده الواحده.

(٣) و بين الجبهه.

(٤) أى بأن الأعضاء غير الجبهه.

(٥) عن حقيقه السجود كما تقدم فى مبحث السجود.

(٦) دون الجبهه فإن السجود متقوم بوضعها على الأرض لغه و عرفا كما تقدم بحثه هناك.

(٧) فتبطل الصلاه بزياده الركن عمدا أو سهوا، أما عمدا فلما تقدم من أن مطلق الزياده العمديه للواجب تبطل الصلاه و قد بسطنا القول فيه عند شرح قوله: «نوع من التجوز فراجع».

و أما الزياده السهويه للركن فللاجماع بناء على أن الركن هو ما يوجب الإخلال به إبطال الصلاه زياده و نقيصه عمدا و سهوا، و عن المذهب البارع نسبته إلى الفقهاء، و يؤيده ما فى الحدائق من نفى الخلاف عن أن زياده تكبيره الإحرام سهوا توجب بطلان الصلاه، و ما فى مجمع البرهان من الإجماع على قدح زياده الركوع و السجدين، و فى المدارك من أنه لا يعلم فيه مخالفا، و عن الرياض نفى الخلاف فيه.

و لكن عن الروض و جامع المقاصد تفسير الركن بما يبطل الصلاه بتركه عمدا أو سهوا من دون دخل للزياده فى معناه و حكي تفسيره بذلك عن الشيخ فى المبسوط و جمع ممن تأخر عنه.

هذا و لفظ الركن لم يرد فى خبر أو أثر و إنما هو مصطلح فى ألسنه الفقهاء فإن تم الإجماع على كونه شاملا للزياده السهويه فهو و إلا فالمرجع بقيه النصوص الوارده فى أبوابها.

فبالنسبه للنيه فلا- يكاد يتصور زيادتها بناء على أنها الداعى إذ هو واحد مستمر من أول الصلاه إلى آخرها، نعم بناء على أنها إخطاريه فيمكن زيادتها و لكن زيادتها لا تضر لأن الاستدامه الفعلية أقوى من الحكميه و قد اكتفوا بالحكميه حذرا من الحرج و العسر فلو

تنبيهها على فساد الكليه (١) فى طرف الزيادة، لتخلفه (٢) فى مواضع كثيره لا- تبطل زيادته (٣) سهوا، كاليه فإن زيادتها مؤكده (٤) لنيابه الاستدامه الحكيمه عنها (٥) تخفيفا فإذا حصلت (٦) كان أولى (٧)، و هى مع التكبير فيما لو تبين للمحتاط الحاجه إليه (٨) أو سلم على نقص، و شرع فى صلاه أخرى...

فرض الإتيان بالفعل عليه من دون حرج فهو المطلوب. و أما القيام فقد عرفت أنه ركن حال التكبير و المتصل بالركوع فلا يعقل زيادته إلا بزيادة التكبير و زياده الركوع فهو ركن عرضى كما تقدم.

و أما تكبيره الإحرام فزيادتها السهوويه موجب للبطان للإجماع و فى الحدائق نفى الخلاف فيه، و أما الزيادة السهوويه للركوع أو السجدين فلا دليل على بطلانه للصلاه إلا الإجماع المدعى فى كلمات غير واحد ليس إلا.

و أما التمسك بحديث لا تعاد على أن زياده الركوع و السجود موجب للإعاده ليس فى محله لأن سياقه ناظر إلى النقيصه لا إلى الزيادة فافهم.

(١) أى عدم ذكر المصنف لزياده الركن إنما هو تنبيه على أن الكليه الشائعه بين الفقهاء أن الركن يبطل الصلاه بزيادته و لو سهوا فاسده.

(٢) أى لتخلف الحكم ببطان الصلاه بزياده الركن سهوا.

(٣) أى لا تبطل الصلاه بزياده الركن.

(٤) أى مؤكده لبقاء النيه استدامه و هذا مبنى على كونها إخطاريه.

(٥) أى عن النيه الفعلية للحرج و العسر كما عرفت.

(٦) أى النيه الفعلية بالزياده المدعاه.

(٧) أى كان الحاصل أولى من الاستدامه الحكيمه.

(٨) أى الحاجه إلى الاحتياط و ذلك فيما لو شك بين الثلاث و الأربع فأتى بصلاه الاحتياط ثم بعد الفراغ علم أن صلاته ناقصه فيكون الاحتياط مكملًا- لها و تجزيه، و يغتفر ما زيد من الأركان من النيه و تكبيره الإحرام لخبر عمار بن موسى الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام: (فقم فصل ما ظننت أنك نقصت فإن كنت قد أتممت لم يكن عليك فى هذه شىء، و إن ذكرت أنك نقصت كان ما صليت تمام ما نقصت) (١) سواء كانت صلاه الاحتياط عن جلوس أو قيام و خالف فى الموجز فحكم بالإعاده إذا كانت صلاه الاحتياط عن جلوس و قد تبين أن الركعه التى فاتته عن قيام، و فى كشف الالتباس: لم أجد له موافقا.

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٣.

قبل فعل المنافى مطلقا (١) و القيام إن جعلناه مطلقا ركنا كما أطلقه (٢)، و الركوع فيما لو سبق به المأموم إمامه سهوا ثم عاد إلى المتابعه (٣)، و السجود فيما لو زاد

(١) مثال آخر للزيادة السهو للركن من دون أن تبطل الصلاة، كما لو صلى الظهر ركعتين ثم سلم و شرع في فريضه أخرى و لم يأت بالمنافى بينهما ثم تذكر نقصان الأولى، فيعدل بما صلاّه للثانيه إلى الأولى إن أمكن اكتمال الأولى بما آتاه للثانيه و لا تضر زياده النيه و تكبيره الإحرام لما رواه في الاحتجاج عن محمد بن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام: (أنه كتب إليه يسأله عن رجل صلى الظهر و دخل في العصر، فلما صلى من صلاه العصر ركعتين استيقن أنه صلى الظهر ركعتين كيف يصنع؟ فأجاب عليه السلام: إن كان أحدث بين الصلاتين حادثه يقطع بها الصلاه أعاد الصلاتين، و إن لم يكن أحدث حادثه جعل الركعتين الأخيرتين تتمه لصلاه الظهر، و صلى العصر بعد ذلك) (١).

و فيه: إنه مرسل و مهجور بين الأصحاب فلا يعتمد عليه فلا يصح جعل هذا المورد من موارد الزيادة السهو للركن غير المضرة.

(٢) أي كما أطلقه المصنف في قوله السابق: «أو ترك أحد الأركان الخمسه و لو سهوا و هي النيه و القيام و التحريمه و الركوع و السجدتان معا».

و تتحقق زيادته السهو غير المبطله كما لو قام إلى الثالثه ثم تذكر أنه نسي التشهد فيرجع و يتشهد ثم يقوم، و لكن قد عرفت أن القيام الركني هو المقارن للتكبير و المتصل بالركوع و عليه فهو قيام خاص فلا استثناء من الكليه السابقه و ليس هذا من موارد الزيادة السهو للركن غير المبطله.

(٣) على المشهور لصحيح ابن يقطين: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يركع مع الإمام يقتدى به ثم يرفع رأسه قبل الإمام قال عليه السلام يعيد ركوعه معه) (٢) و مثلها رواه سهل الأشعري ٣.

و كذا في السجود فيجب العود للمتابعه لصحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل صلى مع إمام يأت به ثم رفع رأسه من السجود قبل أن يرفع الإمام رأسه من السجود، قال عليه السلام: فليسجد) ٤ و خبر ابن فضال عن أبي الحسن عليه السلام:

(قلت له: أسجد مع الإمام فأرفع رأسي قبله أعيد؟ قال: أعد و اسجد) ٥.

ص: ٢٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٣ و ٢ و ١ و ٥.

واحد (١) إن جعلنا الركن مسماً (٢)، وزياده جمله الأركان غير النيه، و التحريمه فيما إذا زاد ركعه آخر الصلاه و قد جلس بقدر واجب التشهد (٣)، أو أتم المسافر

-نعم لو أتم و لم يرجع فتصح صلاته. و عن العلامه فى التذكره و النهايه و سيد المدارك استحباب الإعادة جمعاً بين ما تقدم و خبر غياث بن إبراهيم: (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن الرجل يرفع رأسه من الركوع قبل الإمام، أيعود يركع إذا أبطأ الإمام و يرفع رأسه معه؟ قال: لا) (١).

(١) سهواً.

(٢) مسمى السجود، و قد عرفت أن الركن هو مجموع السجدين للإجماع، و عليه فليس هذا المورد من موارد الزيادة السهوويه للركن غير المبطله.

(٣) ذهب الشيخ فى التهذيب و العلامه فى القواعد و المختلف و موضع من القواعد و المنتهى و المحقق فى المعتمد و الشهيد فى الألفيه و الثانى فى الروض و المسالك بل نسبه فى المسالك إلى المتأخرين إلى صحه صلاته إذا زاد ركعه و قد جلس فى آخر صلاته بمقدار التشهد الواجب لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (عن رجل صلى خمسا فقال عليه السّلام: إن كان قد جلس فى الرابعه قدر التشهد فقد تمت صلاته) (٢) و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (عن رجل استيقن. بعد ما صلى الظهر. أنه صلى خمسا، قال عليه السّلام:

و كيف استيقن؟ قلت: علم، قال عليه السّلام: إن كان علم أنه كان جلس فى الرابعه فصلاه الظهر تامه فليقم فليضيف إلى الركعه الخامسه ركعه و سجدين فتكونان ركعتين نافله و لا شىء عليه) ٣ و مثلها غيرها.

و ذهب المشهور خصوصاً القدماء إلى أن زياده الركعه مبطله للصلاه لموثق زيد الشحام:

(سألته عن الرجل يصلى العصر ست ركعات أو خمس ركعات، قال عليه السّلام: إن استيقن أنه صلى خمسا أو ستا فليعد) (٣) و صحيح زراره. المروى فى الكافى فى باب السهو فى الركوع. عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا استيقن أنه زاد فى الصلاه المكتوبه ركعه فليستقبل صلاته استقبالا) (٤)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن رجل صلى فذكر أنه زاد سجده، قال عليه السّلام: لا يعيد صلاه من سجده و يعيدها من -

ص: ٢٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه حديث ٤ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الركوع حديث ١.

ناسيا إلى أن خرج الوقت (١).

و اعلم أن الحكم بركنيه النيه هو أحد الأقوال فيها، و إن كان التحقيق يقتضى كونها بالشرط أشبه (٢).

فى ركنيه القيام

و أما القيام فهو ركن فى الجملة (٣) إجماعا على ما نقله العلامة (٤)،...

—ركعه(١) و مثلها غيرها.

و الترجيح لهذه الطائفة بعد إعراض القدماء عن الطائفة الأولى و موافقتها لبعض العامة حيث حكى عن الثورى و أبى حنيفة ما يوافق مضمونها.

(١) فلا- يعيد و إن زاد فى صلاته لأنها مغفوره على المشهور لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل ينسى فيصلى فى السفر أربع ركعات، قال عليه السّلام: إن ذكر فى ذلك اليوم فليعد و إن لم يذكر حتى يمضى ذلك اليوم فلا إعاده عليه) (٢) بعد حمل السؤال على الظهرين بقرينه أربع ركعات، و حمل اليوم على النهار، و يؤيده صحيح العيص عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل صلى و هو مسافر فأتم الصلاة، قال عليه السّلام: إن كان فى وقت فليعد و إن كان الوقت قد مضى فلا) (٣) بعد حملة على النسيان.

و عن الصدوق و والده و الشيخ فى المبسوط و جوب الإعاده مطلقا لصحيح الحلبي: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: صليت الظهر أربع ركعات و أنا فى سفر، قال عليه السّلام: أعد) (٤).

(٢) ظاهره أن القول بشرطيه النيه يتنافى مع القول بركنيتها، و كأن القول بالركنيه منحصر عند القائلين بالجزئية.

مع أنه قد عرفت سابقا الاتفاق على ركنيتها و إن اختلفوا فى أنها جزء أو شرط فقد صرح الشارح فى الروض بقوله: «و لكن اختلف فى كونها شرطا لها أو جزءا منها مع الاتفاق على بطلان الصلاة بتركها عمدا و سهوا» مع العلم أن النقيصه العمديه و السهويه المبطله للصلاه هى مفهوم الركن كما تقدم، و عن التنقيح: «لم يقل أحد بأنها ليست بركن».

(٣) باعتبار أن الركن هو المقارن لتكبيره الإحرام و المتصل بالركوع، و قد تقدم أنه ركن عرضى و أشبعنا الكلام فى بحث القيام فراجع.

(٤) قد تقدم فى بحث القيام أن العلامة ادعى الإجماع على ركنيته كيفما اتفق و لذا ناقشه الشارح هنا.

ص: ٢٥٨

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٢ و ١ و ٦.

و لولاه (١) لأمكن القدح فى ركنيته، لأن زيادته و نقصانه لا يبطلان إلا مع اقترانه بالركوع (٢)، و معه (٣) يستغنى عن القيام، لأن الركوع كاف فى البطلان. و حينئذ فالركن منه (٤)، إما ما اتصل بالركوع و يكون إسناد الإبطال إليه (٥) بسبب كونه أحد المعرفين له (٦)، أو يجعل ركنا كيف اتفق (٧)، و فى موضع لا تبطل (٨) بزيادته (٩) و نقصانه (١٠) يكون مستثنى كغيره (١١)، و على الأول (١٢) ليس مجموع القيام المتصل بالركوع ركنا (١٣)، بل الأمر الكلى منه (١٤)، و من ثم لو نسى القراءه، أو أبعاضها لم تبطل الصلاه، أو يجعل الركن منه ما اشتمل على ركن كالتحريره (١٥)،...

(١) أى و لو لا الإجماع.

(٢) و كذا مع مقارنته للتكبير.

(٣) و مع الركوع الزائد.

(٤) أى من الركوع و لذا قلنا سابقا إن ركنيه القيام المتصل بالركوع عرضيه.

(٥) إلى القيام الزائد.

(٦) للبطلان و هذا دفع لما قد يتوهم من أن الركن هو الركوع فلا فائده فى إطلاق الركنيه على القيام و دفعه أنه لا ضير فى استناد الإبطال إلى زياده الركوع و إلى زياده القيام لأن كل واحد منهما معرّف و دال على البطلان لأن العلل و الأسباب الشرعيه معرفات للأحكام و ليست عللا عقليه.

(٧) كما هو رأى العلامه فى المنتهى.

(٨) أى الصلاه.

(٩) كما لو نسى التشهد و تذكر فى قيام الثالثه فإنه يهدم القيام و يتشهد.

(١٠) كما لو قرأ جالسا ناسيا للقيام بعد تحقق التكبيره عن قيام و تذكر بعد القراءه فوقف و ركع عن قيام.

(١١) من الأركان التى استثنيت زيادتها و نقيصتها السهوويه، و قد تقدم قبل قليل موارد من الزيادة السهوويه للركن غير المبطله فليكن هذا منها.

(١٢) من كون الركن هو القيام المتصل بالركوع.

(١٣) فيشمل القيام المصاحب للقراءه.

(١٤) و هو الجزء الأخير المتصل بالركوع لما تقدم من أن القيام قبل الركوع مأخوذ فى مفهوم الركوع.

(١٥) و هو الحق و قد تقدم.

و يجعل (١) من قبيل المعرفّات السابقه (٢).

و أما التحريمه فهى التكبير المنوى به الدخول فى الصلاه، فمرجع ركنيتها إلى القصد لأنها ذكر لا تبطل بمجرد (٣).

و أما الركوع فلا إشكال فى ركنيته (٤)، و يتحقق بالانحناء إلى حدّه، و ما زاد عليه من الطمأنينه، و الذكر، و الرفع منه واجبات زائده عليه (٥)، و يتفرّع عليه بطلانها بزيادته (٦) كذلك و إن لم يصحبه غيره و فيه بحث (٧).

و أما السجود ففى تحقق ركنيته ما عرفته (٨)، (و كذا الحدث) المبطل للطهاره من جمله التروك التى يجب اجتنابها، و لا فرق فى بطلان الصلاه به بين وقوعه عمدا و سهوا على أشهر القولين (٩).

(١) أى القيام المقارن للتحريمه.

(٢) فيصح إسناد البطلان إليه عند عدمه كما يصح إسناد البطلان إلى التحريمه عند عدمها.

(٣) بمجرد الذكر إذ يجوز مطلق الذكر فى الصلاه و لذا جاز التوجه بست تكبيرات أخرى، و قد تقدم البحث فى ركنيه تكبيره الإحرام، و تقدم البحث فى تعيين تكبيره الإحرام من بين التكبيرات السبع.

(٤) و قد تقدم فى ثنايا هذا الفصل الدليل على أن زيادته و نقصانه عمدا و سهوا مبطل للصلاه و هذا هو معنى الركن.

(٥) كما تقدم بحثه فى أول بحث الركوع.

(٦) أى بطلان الصلاه بزياده الركوع بما هو انحناء إلى حد الركوع و إن لم يصحبه غيره من بقيه الواجبات المصاحبه للركوع.

(٧) حيث ذهب الشيخ فى الخلاف إلى أن الطمأنينه فى الركوع ركن، و ردّ عليه الشهيد فى الذكري بأن الأصل ينفى ذلك و يصدق مسمى الركوع بالانحناء مع أن الركن هو الركوع، و بأن الطمأنينه قد وجبت للذكر و هو غير ركن.

(٨) فى أثناء هذا الفصل من كون الركن هو مجموع السجدين أو مسمى السجود.

(٩) و لم يخالف إلا الشيخ المفيد فى المتيمم لو أحدث فى الصلاه ناسيا و وجد الماء تطهر و بنى على ما مضى من صلاته من دون استدبار، و تبعه عليه الشيخ فى النهايه و احتمله فى التهذيب و الاستبصار لصحيح زواره و محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (رجل دخل فى الصلاه و هو متيمم فصلى ركعه ثم أحدث فأصاب ماء، قال عليه السلام: يخرج و يتوضأ -

(و يحرم قطعها) أى قطع الصلاة الواجبه (اختياراً) (١) للنهي عن إبطال العمل

-ثم بينى على ما مضى من صلاته التى صلى بالتيمم(١).

وقال فى المعتبر: «و هذه الروايه متكرره فى الكتب بأسانيد مختلفه و أصلها محمد بن مسلم، و فيها إشكال من حيث إن الحدث يبطل الطهاره و تبطل ببطلانها الصلاة، و اضطر الشيخان بعد تسليمهما إلى تنزيلها على المحدث سهواً، و الذى قالاه حسن، لأن الإجماع على أن الحدث يبطل الصلاة فيخرج من إطلاق الروايه، و لا بأس بالعمل بها على الوجه الذى ذكره الشيخان فإنها روايه مشهوره».

وفيه: إنه قد تقدم جملة من النصوص فى باب الطهارات على ناقضيه الحدث للطهاره، و هذه الروايه لا تصلح لمعارضه ما تقدم بالإضافة إلى إمكان حمل هذه الروايه على صحة الصلوات السابقه التى صلاها بالتيمم لا على الركعه أو الركعتين كما عن العلامه فى المختلف.

(١) فعن جامع المقاصد: «لا- ريب فى تحريم قطع الصلاة الواجبه اختياراً»، و عن المدارك و غيرها: «بلا خلاف يعرف» و عن كشف اللثام: «الظاهر الاتفاق عليه» و عن مجمع البرهان: «إجماعى» و عن شرح المفاتيح أنه من بديهيات الدين. و استدله بقوله تعالى:

وَ لَا تُبْطَلُوا أَعْمَالَكُمْ (٢)، و فيه: إن سياقه يدل على عدم جواز إبطال الأعمال التامه بالكفر و الارتداد.

و استدله بنصوص التحريم و التحليل و أن تكبيرها التحريم و تحليها التسليم(٣) كما عن الحدائق، و فيه: إنها شامله للنافله مع أنه يجوز قطعها فيتعين حملهما على التحليل و التحريم الوضعيين لا التكليفيين.

و استدله بخبر زراره و أبى بصير: «لا- تعودوا الخبيث من أنفسكم نقض الصلاة فطمعوه، فإن الشيطان خبيث معتاد لما عود فليمض أحدكم فى الوهم و لا يكثرن نقض الصلاة(٤)» و فيه: إنه دال على جواز القطع و إنما النهى عن إطاعه الشيطان، لا على حرمه قطع الصلاة فضلاً عن شموله للنافله التى يجوز قطعها.

و استدله بصحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام: (سأله عن الرعاف أ ينقض -

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١٠.

٢- (٢) محمد (ص) الآية: ٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب تكبيره الإحرام، و الباب - ١ - من أبواب التسليم.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخلل الواقع فى الصلاة حديث ٢.

المقتضى له (١) إلا ما أخرجه الدليل. و احترز بالاختيار عن قطعها لضروره (٢) كقبض غريم، و حفظ نفس محترمه من تلف، أو ضرر (٣)، و قتله حيه يخافها على نفس محترمه، و إحراز مال يخاف ضياعه، أو لحدث (٤) يخاف ضرر إمساكه و لو بسريان النجاسه إلى ثوبه أو بدنه، فيجوز القطع في جميع ذلك، و قد يجب لكثير من هذه الأسباب، و يباح لبعضها كحفظ المال اليسير الذى يضّرّ فوته و قتل الحيه التى لا يخاف أذاها.

و يكره لإحراز يسير المال الذى لا يبالى بفواته، و قد يستحبّ لاستدراك

-الوضوء؟ قال عليه السّلام: لو أن رجلا رعى في صلاته و كان عنده ماء أو من يشير إليه بماء فتناوله فمال برأسه فغسله فليبين على صلاته و لا يقطعها(١) و بصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا كنت فى صلاه فريضه فرأيت غلاما لك قد أبق، أو غريما لك عليه مال، أو حيه تتخوفها على نفسك، فاقطع الصلاه فاتبع غلامك أو غريمك و اقتل الحيه)(٢) و مثله موثق سماعه ٣ و الأمر بالقطع للرخصه و ليس للوجوب و تعليقه على السبب دليل على عدم الرخصه عند انتفاء السبب. و الخبر الأخير حصر عدم القطع بالفريضه فقط.

(١) أى للتحريم.

(٢) اقتصر بعضهم على مورد الضروره، و آخرون على العذر، و قسم ثالث جعل القطع منقسما إلى الأقسام الخمسه فقد يجب القطع كما إذا توقف حفظ نفسه أو نفس محترمه على القطع و قد يستحب كما إذا توقف حفظ المال الذى يستحب حفظه عليه و كذلك تقطع استحبابا لتدارك الأذان و الإقامه عند نسيانهما إذا تذكّر قبل الركوع و لاستدراك الجمع و المنافقين فى ظهر الجمع، و قد يجوز القطع لدفع الضرر المالى الذى لا يضره تلفه، و قد يكره فيما لو كان القطع لدفع الضرر المالى اليسير، و يحرم القطع إذا لم يكن هناك عذر و لا سبب.

(٣) عطف على «من تلف».

(٤) عطف على «لضروره».

ص: ٢٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب قواطع الصلاه حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب قواطع الصلاه حديث ١ و ٢.

الأذان المنسي، وقراءه الجمعتين (١) في ظهرها (٢) ونحوهما (٣) فهو (٤) ينقسم بانقسام الأحكام الخمسه (٥)

في ما يجوز في الصلاة وما يكره من الأعمال

(و يجوز قتل الحيه) و العقرب في أثناء الصلاة من غير إبطال إذا لم يستلزم فعلا- كثيرا للإيذن فيه نصا (٦)،(و عدّ الركعات بالحصي) و شبهها (٧) خصوصا لكثير السهو (٨)(و التبسم) (٩) و هو ما لا صوت فيه من الضحك على

(١)أى الجمعه و المنافقين من باب التغليب.

(٢)أى ظهر و عصر الجمعه.

(٣)كالإقامه المنسيه فيستحب القطع لاستدراكها.

(٤)أى قطع الصلاة الواجبه.

(٥)و الأولى الاقتصار على مورد الضروره لا مطلق العذر.

(٦)ففى خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (رجل يرى العقرب و الأفعى و الحيه و هو يصلى أ يقتلها؟ قال عليه السّلام: نعم إن شاء فعل) (١) و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يكون فى الصلاة فيرى الحيه و العقرب يقتلها إن أذياه؟ قال:

نعم) ٢ و خبر عمار: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يكون فى الصلاة فيقرأ فيرى حيّه بحياله، يجوز له أن يتناولها فيقتلها؟ فقال: إن كان بينه و بينها خطوه واحده فليخط و ليقتلها و إلا فلا) (٢) و مثلها غيرها.

(٧)كالخاتم.

(٨)ففى خبر حبيب الخثعمي: (شكوت إلى أبى عبد الله عليه السّلام كثره السهو فى الصّلاه، فقال: احص صلاتك بالحصي، أو قال: احفظها بالحصي) (٣) و خبر حبيب بن المعلّى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إنى رجل كثير السهو فما أحفظ صلاتى إلا بخاتمي أحوّله من مكان إلى مكان، فقال: لا بأس به) ٥ و خبر عبد الله بن المغيرة عنه عليه السّلام: (لا بأس أن يعدّ الرجل صلاته بخاتمه أو بحصي يأخذ بيده فيعدّ به) ٦.

(٩)لموثق سماعه: (سألته عن الضحك هل يقطع الصلاه؟ قال: أما التبسم فلا يقطع الصلاه و أما القهقهه فهى تقطع الصلاه) (٤) و خبر ابن أبى عمير عن رهط سمعوه: (إن التبسم فى الصلاه لا ينقض الصلاه و لا ينقض الوضوء، إنما يقطع الضحك الذى فيه القهقهه) ٨.

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٢.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.
- ٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ١ و ٢ و ٣.
- ٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢ و ٣.

كراهيه (١)،(و يكره الالتفات يمينا و شمالا) بالبصر أو الوجه (٢)، ففي الخبر (٣) «أنه لا- صلاة لملتفت»، و حمل على نفي الكمال جمعا، و في خبر آخر عنه صلى الله عليه و آله و سلم «أ ما يخاف الذي يحول وجهه في الصلاة أن يحول الله وجهه وجه حمار» (٤). و المراد

(١)لأنه مناف للخشوع في الصلاة.

(٢)الحكم بالكراهه جمعا بين صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن الرجل يكون في صلاته فيظن أن ثوبه قد انخرق أو أصابه شيء هل يصلح له أن ينظر فيه أو يمسه؟ قال عليه السّلام: إن كان في مقدم ثوبه أو جانبه فلا بأس، و إن كان في مؤخره فلا يلتفت فإنه لا يصلح)(١) و بين خبر عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن الالتفات في الصلاة أ يقطع الصلاة؟ فقال عليه السّلام: لا، و ما أحب أن يفعل)٢، و قد تقدم تمام الكلام في الالتفات إلى ما ورائه في الشرط السادس فراجع.

(٣) و قد رواه عبد الله بن سلام عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (لا تلتفتوا في صلاتكم فإنه لا صلاة لملتفت)(٢) و هو من أخبار العامه.

(٤)ففي أسرار الصلاة للشهيد الثاني (رحمه الله): «روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: أن العبد إذا اشتغل بالصلاة جاءه الشيطان و قال له: أذكر كذا، اذكر كذا حتى يضلّ الرجل أن يدري كم صلى، و قال صلى الله عليه و آله و سلم: أ ما يخاف الذي يحول وجهه في الصلاة أن يحول الله وجهه وجه حمار»(٣) و هو من أخبار العامه على الظاهر، و قد ورد من طرقنا عنده أخبار منها: خبر الخضر بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا قام العبد إلى الصلاة أقبل الله عليه بوجهه، فلا يزال مقبلا عليه حتى يلتفت ثلاث مرات، فإذا التفت ثلاث مرات أعرض عنه)(٤).

و خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام: (الالتفات في الصلاة اختلاس من الشيطان، فإياكم و الالتفات في الصلاة فإن الله مقبل على العبد إذا قام في الصلاة، فإذا التفت قال الله تبارك و تعالی: يا بن آدم عمن تلتفت ثلاثه، فإذا التفت الرابعه أعرض الله عنه)(٥) و خبر ابن القداح عن جعفر بن محمد عن أبيه قال: قال: علي -

ص: ٢٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤ و ٥.

٢- (٣) عمده القارى ج ٣ ص ٥٣.

٣- (٤) بحار الأنوار ج ٨١ ص ٢٥٩، باب آداب الصلاة حديث ٥٨.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢.

تحويل وجه قلبه كوجه قلب الحمار في عدم اطلاعه على الأمور العلوية، و عدم إكرامه بالكمالات العلية (و التثاؤب) (١) بالهمز، يقال تشاءبت و لا يقال تثاؤبت قاله الجوهرى (و التمطى) و هو مدّ اليدين، فعن الصادق عليه السلام أنهما من الشيطان (٢) (و العبث) (٣) بشيء من أعضائه لمنافاته الخشوع المأمور به، و قد رأى النبى صلى الله عليه و آله و سلم

-عليهم السلام: (للمصلى ثلاث خصال: ملائكة حافين من قدميه إلى أعنان السماء، و البرّ ينتشر عليه من رأسه إلى قدمه، و ملك عن يمينه و عن يساره فإن التفت قال الرب تبارك و تعالى: إلى خير منى تلتفت يا بن آدم؟ لو يعلم المصلى من يناجى ما انفتل) (١).

(١) ففى خبر أحمد بن محمد بن أبي نصر: (سمعت الرضا عليه السلام يقول: التثاؤب من الشيطان و العطسه من الله عز و جل) (٢) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا قمت فى الصلاة فعليك بالإقبال على صلاتك. إلى أن قال. و لا تتشاءب و لا تتمطى) (٣)

و خبر الفضيل عن أحدهما عليهما السلام: (أنه قال فى الرجل يتشاءب و يتمطى فى الصلاة قال: هو من الشيطان و لا يملكه) (٤) و فى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

(سألته عن الرجل يتشاءب فى الصلاة و يتمطى قال: هو من الشيطان و لن يملكه) (٥).

(٢) كما فى صحيح الحلبي المتقدم.

(٣) ففى خبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه لما علمه الصلاة قال: (هكذا صل و لا تلتفت و لا تعبت يديك و أصابعك) (٤) و خبر أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام فى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام: (يا على إن الله كره لأمتى العبث فى الصلاة) (٧) و مرسل الفقيه: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الله كره لى ست خصال و كرهتهن للأوصياء من ولدى و أتباعهم من بعدى: العبث فى الصلاة) (٨) و فى حديث الأربعمائه عن على عليه السلام: (و لا يعبث الرجل فى صلاته بلحيتيه. إلى أن قال. ليخشع الرجل فى صلاته فإن من خشع قلبه لله (عز و جل) خشعت جوارحه فلا تعبت بشيء) (٩) و مرفوع أحمد بن محمد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا قمت فى الصلاة فلا تعبت بلحيتك و لا برأسك و لا تعبت بالحصى و أنت تصلى إلا أن تسوى حيث تسجد فلا بأس) (١٠) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (عليك بالإقبال على صلاتك و لا تعبت فيها بيدك و لا برأسك و لا بلحيتك) (١١) و مثلها غيرها.

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٣.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٣- ((١١-١٠-٩-٨-٧-٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٣ و ٤ و ٦ و ٧ و ٨.

رجلا يعبث في الصلاة فقال: «لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه (١)، (والتنخّم)، و مثله البصاق (٢) و خصوصا إلى القبلة، و اليمين، و بين يديه، (و الفرقعه) بالأصابع (٣)، (و التأوّه (٤) بحرف واحد)، و أصله قول «أوّه» عند الشكايه و التوجع، و المراد هنا النطق به على وجه لا يظهر منه حرفان، (و الأئين به) أى بالحرف الواحد، و هو مثل التأوّه، و قد يخصّ الأئين بالمريض، (و مدافعه)

(١) ففي الجعفریات مسندا عن على عليه السّلام: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم أبصر رجلا يعبث بلحيته في الصلاة فقال: أما أنه لو خشع قلبه لخشعت جوارحه) (١).

(٢) ففي صحيح حماد الوارد في تعليم الصلاة عن أبي عبد الله عليه السلام: (يا حماد هكذا صل و لا تلتفت و لا تعبت بيديك و أصابعك، و لا تيزق عن يمينك و لا عن يسارك و لا بين يديك) (٢) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا قمت إلى الصلاة فاعلم أنك بين يدي الله، فإن كنت لا تراه فاعلم أنه يراك، فأقبل قبل صلاتك، و لا تمتخط و لا تيزق و لا تنقض أصابعك) (٣) و في خبر سهل بن داره عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام: (من حبس ريقه إجلالا لله في صلاته أورثه الله صحة حتى الممات) (٣).

(٣) كما في خبر أبي بصير المتقدم و في صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (سألته عن الرجل يلتفت في الصلاة قال: لا و لا ينقض أصابعه) (٤) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (عليك بالإقبال على صلاتك. إلى أن قال. و لا تفرقع أصابعك فإن ذلك كله نقصان من الصلاة) (٥) و خبر مسمع أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن النبي صلى الله عليه وآله و سلم سمع خلفه فرقعه، فرقع رجل أصابعه في صلاته، فلما انصرف قال النبي صلى الله عليه وآله و سلم: أما إنه حظ من صلاته) (٥).

(٤) حكم جماعه بكراهه التأوّه و الأئين لدخولهما في العبث، و في خبر طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام: (من أن في صلاته فقد تكلم) (٦) بناء على أن الأئين هنا ليس من الكلام لأنه بحرف واحد و قد حمل عند الأصحاب على الكراهه.

ص: ٢٦٦

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٣.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١ و ٩.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.
- ٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ١ و ٣.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢.
- ٦- (٨) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٤.

(الأخبثين) البول و الغائط (١) (و الريح)، لما فيه من سلب الخشوع و الإقبال بالقلب الذى هو روح العباده، و كذا مدافعه النوم، و إنما يكره إذا وقع ذلك قبل التلبس بها مع سعه الوقت، و إلا حرم (٢) القطع إلا أن يخاف ضررا (٣).

قال المصنف فى البيان: و لا يجبره (٤) فضيله الائتمام، أو شرف البقعه، و فى نفى الكراهه باحتياجه إلى التيمم نظر (٥)

فى ما يختص بالمرأه من الأعمال فى الصلاه

(تممه). المرأه كالرجل فى جميع ما سلف

— هذا و اعلم أن التأوه و الأنين يجب أن يكون بحرف و إلا لو زاد لكان من الكلام المبطل، هذا من جهه و من جهه أخرى أن الأنين للمريض و التأوه للأعم منه و من غيره.

(١) للنصوص منها: خبر الحضرمى عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا تصل و أنت تجد شيئا من الأخبثين) (١) و فى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام: (يا على: ثمانيه لا تقبل منهم الصلاه: العبد الآبق حتى يرجع إلى مولاه، و الناشز و زوجها عليها ساخط و مانع الزكاه. إلى أن قال. و السكران، و الزبين و هو الذى يدافع البول و الغائط) ٢، و فى خبر إسحاق بن عمار: (سمعت أبا عبد الله الصادق عليه السلام: لا صلاه لحاقن و لا لحاقب و لا لحاذق، فالحاقن الذى به البول، و الحاقب الذى به الغائط، و الحاذق الذى قد ضغطه الخف) ٣.

و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يصيبه الغمز فى بطنه و هو يستطيع أن يصبر عليه أ يصلى على تلك الحال أو لا- يصلّى؟ فقال: إن احتمل الصبر و لم يخف إغجالا عن الصلاه فليصل و ليصبر) (٢) و من الأخير يعرف كراهه مدافعه الريح بل كل ما يوجب العجله فى الصلاه و كل ما ينافى الخشوع. كالصلاه مع النوم، و فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (و لا تقم إلى الصلاه متكاسلا و لا متناعسا و لا متثاقلا فإنها من خلال النفاق) (٣).

(٢) فمع ضيق الوقت فلا كراهه لوجوب الاشتغال بالصلاه مع الضيق.

(٣) فيجوز القطع.

(٤) يعنى كراهه مدافعه الثلاثه، و لا ترتفع الكراهه بالائتمام أو بالصلاه فى بقعه شريفه مع مدافعه الثلاثه، بحيث لو ذهب لتجديد الوضوء و الاستراحه من الثلاثه لفاتته الجماعه أو الصلاه فى ذلك المكان الشريف.

(٥) بحيث لو استراح من الثلاثه لوجب عليه التيمم لعدم وجود الماء، فيجب عليه التحفظ -

ص: ٢٦٧

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب قواطع الصلاه حديث ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب قواطع الصلاه حديث ١.

٣-٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٥.

إلا- ما استثنى، و تختصّ عنه أنه (يستحبّ للمرأة) حره كانت أم أمه (أن تجمع بين قدميها في القيام (١)، و الرجل يفرّق بينهما بشبر إلى فتر (٢)، و دونه قدر ثلاث أصابع منفرجات (٣)،(و تضمّ شديها إلى صدرها) يديها (٤)(و تضع يديها فوق ركبتها راعه). ظاهره أنها تنحى قدر انحناء الرجل: و تخالفه في الوضع، و ظاهر الرواية (٥) أنه يجزيها من الانحناء أن تبلغ كفّاهما ما فوق ركبتها، لأنه علّله فيها بقوله: «لثلاث تطأئي كثيرا فترتفع عجيزتها»، و ذلك لا يختلف باختلاف

-على الطهاره المائيه، فهل ترتفع الكراهه حينئذ في مدافعه الثلاثه؟ نظر من إطلاق أدله الكراهه الشامله للمقام و من كون الطهاره المائيه واجبه التحفظ فلا كراهه مع هذا الوجوب، هذا كله إذا كانت المدافعه و التحفظ على الطهاره المائيه لا توجب ضررا و إلا فيجب التيمم حينئذ.

(١) لصحيح زراره: (إذا قامت المرأة في الصلاة جمعت بين قدميها و لا تفرّج بينهما، و تضم يديها إلى صدرها لمكان ثديها، فإذا ركعت وضعت يديها فوق ركبتها على فخذها لثلاث تطأئي كثيرا فترتفع عجيزتها، فإذا جلست فعلى أليتها ليس كما يجلس الرجل، و إذا سقطت للسجود بدأت بالقعود و بالركبتين قبل اليدين ثم تسجد لاطئه بالأرض، فإذا كانت في جلوسها ضمت فخذها و رفعت ركبتها من الأرض، و إذا نهضت انسلت انسلالا لا ترفع عجيزتها أولا)(١).

(٢) الشبر معروف، و الفتر ما بين الإبهام و السبابه ففي صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

(إذا قمت في الصلاة فلا تلتصق قدمك بالأخرى، دع بينهما فصلا إصبعاً أقل ذلك إلى شبر أكثره)(٢).

(٣) لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في تعليم الصلاة: (فقام أبو عبد الله عليه السلام مستقبلاً القبلة منتصباً فأرسل يديه جميعاً على فخذه قد ضمّ أصابعه، و قرب بين قدميه حتى كان بينهما ثلاث أصابع مفرجات)(٣).

(٤) كما في صحيح زراره المتقدم.

(٥) و هي صحيح زراره المتقدم، و كلام الماتن لا يخالف ظاهر الرواية.

ص: ٢٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١.

وضعهما، بل باختلاف الانحناء، (و تجلس) حال تشهدها و غيره (على أليها) (١) بالياءين من دون تاء بينهما على غير قياس، تشبه أليه بفتح الهمزة فيهما و التاء في الواحد.

(و تبدأ بالقعود) على تلك الحاله (٢) (قبل السجود)، ثم تسجد (فإذا شهدت ضمت فخذيها، و رفعت ركبتها من الأرض، و إذا نهضت انسلت) (٣) انسلالا معتمده على جنبيها بيديها، من غير أن ترفع عجزتها. و يتخير (٤) الخنثى بين هيهة الرجل و المرأة.

(١) لصحيح زراره المتقدم.

(٢) أى على الأليين مع أنه فى صحيح زراره تبدأ بالقعود بالركبتين فى قبال الرجل فيستحب له وضع اليدين قبل الركبتين.

(٣) كل ذلك لصحيح زراره المتقدم.

(٤) وجه التخير لاحتمال أنه رجل و لاحتمال أنه امرأه مع كون الحكم غير إلزامى، نعم لو كان إلزاميا فيجب عليه الاحتياط إن أمكن.

ص: ٢٦٩

إشارة

(الفصل السادس. فى بقية الصلوات)

فى صلاة الجمعة

فى كيفيتها

الواجبه، و ما يختاره من المندوبه (فمنها الجمعة، و هى ركعتان كالصبح (١) عوض الظهر) فلا- يجمع بينهما (٢)، فحيث تقع الجمعة صحيحه تجزى عنها (٣)، و ربما استفيد من حكمه (٤) بكونها عوضها (٥) مع عدم تعرضه لوقتها (٦): أن وقتها وقت الظهر فضيله و أجزاء (٧)، و به قطع فى الدروس و البيان، و ظاهر النصوص

(١) ما عدا القنوت على ما ستعرف تفصيله فيما بعد.

(٢) فتسقط الظهر مع الإتيان بالجمعه بلا- خلاف فيه بل هو من الضروريات كما فى الجواهر، بل الجمعة هى الظهر يوم الجمعة كما تدل عليه الأخبار المستفيضه منها:

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما: (سألته عن أناس فى قريه هل يصلون الجمعة جماعه؟ قال عليه السلام: نعم و يصلون أربعا إذا لم يكن من يخطب) (١).

(٣) عن الظهر.

(٤) من حكم المصنف.

(٥) أى بكون الجمعة عوض الظهر.

(٦) أى مع عدم تعرض المصنف لوقت الجمعة.

(٧) تجب الجمعة عند زوال الشمس على المشهور شهره عظيمه للأخبار منها: خبر ربيعى و فضيل عن أبى جعفر عليه السلام: (إن من الأشياء أشياء موسعه و أشياء مضيقه، فالصلاه مما وسّع فيه تقدّم مره و تؤخر أخرى، و الجمعة مما ضيق فيها، فإن وقتها يوم الجمعة ساعه تزول، و وقت العصر فيها وقت الظهر فى غيرها) (٢).

و عن السيد جعل أول الوقت عند قيام الشمس كما حكاه عنه الشيخ فى الخلاف، و فى السرائر: «لم أجد للمرتضى تصنيفا و لا مسطورا بما حكاه شيخنا عنه، و لعله سمعه منه فى الدرس و عرفه مشافهه» إلا أنه لا مستند له، نعم استدل له بصحيح ابن سنان

عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا صلاة نصف النهار إلا يوم الجمعة)^(٣) وفيه: إن نصف النهار هو زوال الشمس فيكون على مدعى المشهور أدل.

و استدلل له العلامة بما روته العامه عن وكيع الأسمى: (شهدت الجمعة مع أبي بكر-

ص: ٢٧٠

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٦.

فكانت صلاته و خطبته قبل نصف النهار(١) و هو بالإضافة إلى عدم حجته لا يقاوم النصوص الكثيره الداله على أن الزوال أول وقت الجمعة.

و أما آخر وقتها فقد اختلف فيه فعن الأكثر بل قيل هو المشهور إلى أن يصير ظل كل شيء مثله و تدل عليه النصوص منها: خبر إسماعيل بن عبد الخالق: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن وقت الصلاه فجعل لكل صلاه وقتين إلا الجمعة في السفر و الحضر فإنه قال: وقتها إذا زالت الشمس، و هي في ما سوى الجمعة لكل صلاه وقتان، و قال:

و إياك أن تصلى قبل الزوال فو الله ما أبالي بعد العصر صليتها أو قبل الزوال(٢) و قد تقدم أن لكل صلاه وقتان وقت فضيله و وقت أجزاء و بما أن وقت فضيله الظهر إلى المثل و وقت أجزاءها إلى المثليين مع الحكم أن الجمعة لها وقت واحد فيستكشف أن وقتها هو وقت فضيله الظهر في غيرها و هو الزمن الممتد إلى المثل، و أن وقت العصر يوم الجمعة يتدئ من المثل إلى الغروب و هو وقت أجزاء الظهر في غيرها فلذا ورد في خبر ربعي و فضيل المتقدم: (و وقت العصر فيها وقت الظهر في غيرها).

و عن المجلسيين أن وقتها ممتد إلى أن يبلغ الظل قدمين بناء على أن وقتها هو وقت فضيله الظهر في غيرها، مع أن فضيله الظهر تمتد إلى القدمين، و قد تقدم في المواقيت أن القدمين هما ذراع و أن الشاخص المتعارف عندهم لمعرفة الزوال كان ذراعا فلو كان اعتبار المثليه هو وقت الفضيله فلا يفرق الحال بين المثل و القدمين.

و عن ابن زهره و أبي الصلاح أن وقتها ممتد بمقدار ما يسع الأذان و الخطبتين و صلاه الجمعة و هذا ما يستغرق ساعه تقريبا و لذا نسب إلى الجعفي أن وقتها ممتد ساعه بعد الزوال و يدل على هذا القول خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (أول وقت الجمعة ساعه تزول الشمس إلى أن تمضى ساعه تحافظ عليها، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا يسأل الله (عز و جل) عبد فيها خيرا إلا أعطاه الله(٣) ، و خبر عبد الأعلى بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن من الأشياء أشياء مضيقه ليس تجرى إلا- على وجه واحد، منها وقت الجمعة ليس لوقتها إلا وقت واحد حين تزول الشمس(٤) ، و خبر زراره عن أبي جعفر-

ص: ٢٧١

١- (١) صحيح مسلم ج ٣ ص ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢١.

يدل عليه، و ذهب جماعه إلى امتداد وقتها إلى المثل خاصه، و مال إليه المصنف فى الألفيه، و لا شاهد له إلا أن يقال بأنه وقت للظهر أيضا.

(و يجب فيها تقديم الخطبتين (١)...) (١)

-عليه السّلام: (إن من الأمور أموراً مضيقه و أموراً موسعه، و إن الوقت وقتان، و الصلاه مما فيه السعه فربما عجل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و ربما أخر إلا صلاه الجمعه، فإن صلاه الجمعه من الأمر المضيق إنما لها وقت واحد حين تزول، و وقت العصر يوم الجمعه وقت الظهر فى سائر الأيام) (١) و مثلها غيرها. و وجه الاستدلال بالأخيرين أن تحديد الوقت بالزوال و أنه وقت واحد فلا محاله يكون ممتدا إلى ساعه تقريبا حتى يسع الأذان و الخطبتين و الصلاه.

و عن ابن إدريس و الشهيد فى الدروس و البيان و جماعه إلى أن وقت الجمعه هو وقت الظهر فضيله و أجزاء قضاء لحق البدليه، و فيه: لا معنى لهذا التمسك فى قبال تلك النصوص المتقدمه.

و العجب من الشارح حيث جعل قول الشهيد فى الدروس و البيان هو ظاهر النصوص و كأنه أتبع الشهيد فى البيان حيث جعله ظاهر الأدله مع أن النصوص قد عرفت أنها داله على ضيق وقت الجمعه، و قد اعترف بالروض بأن خبر زراره عن أبى جعفر المتقدم يصلح للاستشهاد على قول المشهور من التحديد بالمثل فكيف جعل التحديد بالمثل مما لا شاهد له إلا أن يجعل المثل لوقت فضيله الظهر و وقت أجزاءها معا كما هو قول فى المسأله على ما تقدم فى المواقيت بل هو الظاهر من كلامه.

(١) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (و إنما وضعت الركعتان اللتان أضافهما النبى صلى الله عليه و آله و سلم يوم الجمعه للمقيم لمكان الخطبتين مع الإمام، فمن صلى يوم الجمعه فى غير جماعه فليصلها أربع ركعات كصلاه الظهر فى سائر الأيام) (٢).

و خبر الفضل عن الرضا عليه السّلام: (إنما صارت صلاه الجمعه إذا كان مع الإمام ركعتين. إلى أن قال. لأن الناس يتخطون إلى الجمعه من بعد فأحب الله (عز و جل) أن يخفف عنهم لموضع التعب الذى صاروا إليه و لأذن الإمام يحبسهم للخطبه و هم منتظرون للصلاه و من انتظر الصلاه فهو فى الصلاه فى حكم التمام، و لأن الصلاه مع الإمام أتمّ و أكمل لعلمه و فقهه و فضله و عدله، و لأن الجمعه عيد و صلاه العيد ركعتان و لم تقصر لمكان الخطبتين) (٣).

ص: ٢٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٣.
٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاه الجمعه ١ و ٣.

و- خبر البزنطي عن داود بن الحصين عن أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (لا جمعه إلا بخطبه، وإنما جعلت ركعتين لمكان الخطبتين) (١).

و صحيح محمد بن مسلم: (سألته عن الجمعة فقال: بأذان وإقامه، يخرج الإمام بعد الأذان فيصعد المنبر فيخطب ولا يصلى الناس ما دام الإمام على المنبر، ثم يقعد الإمام على المنبر قدر ما يقرأ قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ، ثم يقوم فيفتتح خطبته ثم ينزل فيصلى بالناس فيقرأ بهم في الركعة الأولى بالجمعه و في الثانية بالمنافقين) (٢).

و خالف بعض العامة كمالك والأوزاعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر وأحمد على روايه فاجتروا بخطبه واحده و هم محجوجون بهذه النصوص المصرحة بالخطبتين، و يجب تقديمها على الصلاة للأخبار منها: خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن خطبه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أقبل الصلاة أو بعدها؟ قال: قبل الصلاة ثم يصلى) (٣).

و خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام: (إنما جعلت الخطبه يوم الجمعة في أول الصلاة و جعلت في العيدين بعد الصلاة، لأن الجمعة أمر دائم و تكون في الشهر مرارا و في السنه كثيرا، و إذا كثر ذلك على الناس ملّوا و تركوا و لم يقيموا عليه و تفرقوا عنه، فجعلت قبل الصلاة ليحتسبوا على الصلاة و لا يتفرقوا و لا يذهبوا، و أما العيدين فإنما هو في السنه مرتين و هو أعظم من الجمعة و الزحام فيه أكثر و الناس فيه أرغب، فإن تفرق بعض الناس بقى عامتهم و ليس هو كثير فيملّوا و يستخفوا به) (٤).

(١) بلا خلاف أجده فيه كما في الجواهر ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (في خطبه يوم الجمعة و ذكر خطبه مشتمله على حمد الله و الثناء عليه و الوصيه بتقوى الله و الوعظ. إلى أن قال. و اقرأ سورة من القرآن و ادع ربك و صل على النبي صلى الله عليه وآله وسلم و ادع للمؤمنين و المؤمنات، ثم تجلس قدر ما يمكن هنيهة ثم تقوم و تقول: و ذكر الخطبه الثانيه و هي مشتمله على حمد الله و الثناء عليه و الوصيه بتقوى الله و الصلاة على محمد و آله و الأمر بتسميه الأئمه عليهم السلام إلى آخرهم و الدعاء بتعجيل الفرج. إلى أن قال. و يكون آخر كلامه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ... الآية) (٤).

و خبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (يخطب. يعنى إمام الجمعة. و هو قائم يحمد الله-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة الجمعة ٣ و ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٢ و ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

بصيفه «الحمد لله» (و الثناء عليه) (١) بما سنع. و فى وجوب الثناء زياده على الحمد نظر (٢) و عباره كثير. و منهم المصنف فى الذكري. خاليه عنه (٣). نعم هو موجود فى الخطب المنقوله عن النبي و آله عليه و عليهم السلام (٤)،...

و يثنى عليه ثم يوصى بتقوى الله ثم يقرأ سوره من القرآن صغيره ثم يجلس، ثم يقوم فيحمد الله و يثنى عليه و يصلى على محمد صلى الله عليه و آله و سلم و على أئمه المسلمين و يستغفر للمؤمنين و المؤمنات فإذا فرغ من هذا أقام المؤذن فصلّى بالناس ركعتين يقرأ فى الأولى بسوره الجمعه و فى الثانية بسوره المنافقين(١).

و خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام: (و إنما جعلت خطبتين ليكون واحده للثناء على الله و التمجيد و التقديس لله (عز و جل) و الأخرى للحوائج و الأعداء و الإنذار و الدعاء و لما يريد أن يعلمهم من أمره و نهيه ما فيه الصلاح و الفساد)٢.

و الأخير و إن كان خاليا عن التحميد لكنه محمول على بيان المقصد الأصلي من الخطبتين من دون ذكر جميع ما له الدخل فيهما فلا يعارض ما تقدم من ذكر الحمد فى الخطبتين و الأولى أن يكون التحميد بلفظ الحمد لله كما فى صحيح محمد بن مسلم بل عن التذكرة يتعين ذلك للاحتياط و للتأسى و لأنه مأمور به فلا يجوز العدول إلى غيره.

(١) زياده على الحمد للأمر به فى صحيح ابن مسلم و خبر سماعه المتقدمين، و الثناء عليه هو الوصف بما هو أهله و لا يتقدر بقدر فيكفى أدناه.

(٢) من عطف الثناء على الحمد كما فى الأخبار و هذا يقتضى المغايره و قد ادعى عليه الإجماع كما فى الخلاف و الغنيه، و من كون الثناء هو تفسير الحمد كما فى كشف اللثام و يؤيده خلو عبارات جماعه من الأصحاب منه، و المتعين هو زياده الثناء على الحمد للأخبار.

(٣) عن الثناء.

(٤) فى مصباح الشيخ عن جابر عن أبي جعفر عليه السلام: (خطب أمير المؤمنين صلوات الله عليه يوم الجمعة فقال: الحمد لله ذى القدره و السلطان و الرأفه و الامتتان، أحمده على تتابع النعم و أعوذ به من العذاب و النقم) (٢) الحديث. و فى خبر زيد بن وهب: (خطب أمير المؤمنين عليه السلام يوم الجمعة فقال: الحمد لله الولي الحميد الحكيم المجيد الفعال لما يريد، علام الغيوب و ستار العيوب خالق الخلق و منزل القطر و مدبر الأمر رب السماء و الأرض و الدنيا و الآخرة وارث العالمين و خير الفاتحين، الذى من عظم شأنه أنه لا شىء مثله،-

ص: ٢٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٢ و ٦.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ١.

إلا أنها (١) تشتمل على زياده على أقلّ الواجب (٢). (و الصلاة على النبي و آله) بلفظ الصلاة أيضا (٣)، و يقرنها بما شاء من النسب (٤) (و الوعظ) (٥) من الوصيه بتقوى

-تواضع كل شيء لعظمته و ذلّ كل شيء لعزته و استسلم كل شيء لقدرته، و قر كل شيء قراره لهيبته، و خضع كل شيء من خلقه لملكه و ربوبيته، الذى يمسك السماء أن تقع على الأرض إلا بإذنه و أن تقوم الساعه و يحدث شيء إلا بعلمه، نحمده على ما كان و نستعينه من أمرنا على ما يكون و نستغفره و نستهديه (١) الحديث.

و فى مجمع البيان عن أول خطبه خطبها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم هى خطبه الجمعة فى بنى سالم بن عوف فقال: (الحمد لله الذى أحمده و أستعينه و أستغفره و أستهديه و أؤمن به و لا أكفره و أعادى من يكفره) ٢ الخبر.

(١) أى أن الخطب المنقول.

(٢) أى أقل الواجب من الثناء و هو مسماه.

(٣) كالتحميد بلفظ الحمد لله، فعن الأكثر وجوب الصلاة على النبي صلى الله عليه و آله و سلم فى الخطبتين لصحيح ابن مسلم المتقدم، و عن المحقق فى النافع و المعبر و عن السيد عدم وجوب الصلاة فى الخطبه الأولى لخبر سماعه المتقدم حيث ذكر الصلاة على النبي صلى الله عليه و آله و سلم فى الخطبه الثانيه فقط و لكن لا بدّ من تقييدها بصحيح ابن مسلم.

(٤) أى النعوت و الأوصاف، فى مصباح الشيخ عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (خطب أمير المؤمنين (صلوات الله عليه) فقال: الحمد لله ذى القدره و السلطان. إلى أن قال.

و أشهد أن محمدا عبده و رسوله قفى به المرسلين و ختم به النبيين و بعثه رحمه للعالمين (صلى الله عليه و على آله أجمعين)، و قد أوجب الصلاة عليه و أكرم مثواه لديه و أجمل إحسانه إليه أوصيكم عباد الله بتقوى الله. إلى أن قال فى الخطبه الثانيه: و أشهد أن محمدا عبده المصطفى و رسوله المجتبى و أمينه المرتضى أرسله بالحق بشيرا و نذيرا و داعيا إليه و سراجا منيرا، فبلغ رسالته و أدى الأمانه و نصح الأئمه و عبد الله حتى أتاه اليقين، فصلى الله عليه و آله فى الأولين و صلى الله عليه و آله فى الآخرين و صلى الله عليه و آله يوم الدين، أوصيكم عباد الله بتقوى الله) (٢).

(٥) فعن الأ-كثر وجوبه فى الخطبتين لصحيح ابن مسلم المتقدم، و عن النافع و المعبر للمحقق عدم وجوب الوعظ فى الخطبه الثانيه لموثق سماعه المتقدم، و لكن لا بد من تقييده-

ص: ٢٧٥

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

اللَّهِ وَالْحَثَّ عَلَى الطَّاعَةِ، وَالتَّحْذِيرَ مِنَ الْمَعْصِيَةِ، وَالِاغْتِرَارَ بِالدُّنْيَا، وَ مَا شَاكَلَ ذَلِكَ.

و لا يتعين له لفظ (١)، و يجزى مسماه فيكفى أطيعوا الله أو اتقوا الله و نحوه، و يحتمل وجوب الحث على الطاعة، و الزجر عن المعصية للتأسي (٢) (و قراءه سوره (٣) خفيفه) قصيره، أو آيه تامه الفائده بأن تجمع معنى مستقلا يعتد به من

-بصحيح ابن مسلم فضلا عن أن ما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام في خطبتي الجمعة كما في المصباح مشتمل على الوعظ. و قد جعل في المدارك عدم تحقق الخطبه عرفا إلا بالحمد و الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الوعظ و هو في محله.

(١) بل عن بعضهم نفى الخلاف فيه، و اختلاف الخطب المنقوله عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و الأئمه عليهم السلام شاهد على ذلك، و لا يجب فيه التطويل بل لو قال: أطيعوا الله كفى كما نبه عليه العلامة في النهايه.

و عنه في النهايه: «أنه لا يكفي الاقتصار على التحذير من الاغترار بالدنيا و زخارفها لأنه قد يتناهى به المنكرون للمعاد، بل لا بد من الحمل على طاعة الله و المنع من المعاصي»، و يؤيده ما في موثق سماعه المتقدم: (يوصى بتقوى الله)، و ما في صحيح ابن مسلم المتقدم: (و الوصيه بتقوى الله) و هو الأولي.

(٢) فقد تقدم خبر جابر عن مصباح الشيخ الوارد في خطبتي أمير المؤمنين عليه السلام يوم الجمعة فقد ذكر أنه قال عليه السلام في الخطبه الأولى: (أوصيكم عباد الله بالتقوى) و كذا في الخطبه الثانيه فراجع.

(٣) تجب قراءه سوره خفيفه أى قصيره في الخطبتين على المشهور و العمده هو موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (ينبغي للإمام الذي يخطب بالناس يوم الجمعة أن يلبس عمامه في الشتاء و الصيف، و يتردى ببرد يمينه أو عدني، و يخطب و هو قائم، يحمد الله و يثنى عليه ثم يوصى بتقوى الله ثم يقرأ سوره من القرآن قصيره، ثم يجلس ثم يقوم فيحمد الله و يثنى عليه و يصلى على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و على أئمه المسلمين، و يستغفر للمؤمنين و المؤمنات، فإذا فرغ من هذا قام المؤذن فأقام فصلى بالناس ركعتين) (١) الحديث.

و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في خطبه يوم الجمعة: (و ذكر خطبه مشتمله على حمد الله و الثناء عليه و الوصيه بتقوى الله و الوعظ. إلى أن قال. و اقرأ سوره من القرآن و ادع ربك و صل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و ادع للمؤمنين و المؤمنات، ثم تجلس قدر ما-

ص: ٢٧٦

وعد، أو وعيد، أو حكم، أو قصه تدخل في مقتضى الحال، فلا يجزى مثل «مدهامتان» (١)،...

-يمكن هنيهة ثم تقوم و تقول، و ذكر الخطبة الثانية و هى مشتملة على حمد الله و الثناء عليه و الوصية بتقوى الله و الصلاة على محمد و آله و الأمر بتسميه الأئمة عليهم السلام إلى آخرهم و الدعاء بتعجيل الفرج. إلى أن قال. و يكون آخر كلامه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ... الآية(١).

و لكن خبر سماعه قد ذكر السوره فى الخطبة الأولى فقط مع اشتماله على الكثير من المستحبات خصوصا أنه قد ورد بلفظ (ينبغي) الظاهر فى عدم الوجوب فلذا ذهب أكثر المتأخرين كما فى الروض إلى عدم وجوب سوره كامله فى الخطبة الأولى، و أما وجوب القراءة فى الخطبة الثانية فليس عليه دليل من الأخبار إلا ما ورد فى صحيح ابن مسلم:

(و يكون آخر كلامه إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ... الآية) و هذا لا يدل على وجوب قراءة السوره، إلا أن الشيخ فى الخلاف و أكثر المتأخرين ذهبوا إلى الاجتزاء بالآيه التامه التى تفيد معنى يعتد به بالنسبه إلى مقصود الخطبه سواء تضمنت وعدا أو وعيدا أو حكما أو قصصا فلا يجزى فيها نحو قوله تعالى: مُدْهَامَتَانِ (٢) و لا نحو قوله تعالى:

فَأَلْقَى السَّحْرَةَ سَاجِدِينَ (٣).

و القول بوجوب السوره فى الأولى لخبر ابن مسلم المتقدم مع الاكتفاء بالآيه فى الثانية هو المتعين إذ لا دليل على الاستحباب بعد ورود الأمر بذلك و كون السند صحيحا لا يجوز طرحه.

و عن الذكري و المقاصد العليه و المفاتيح و غيرها قراءة ما تيسر لخبر صفوان بن يعلى: (أنه سمع النبى صلى الله عليه و آله و سلم يقرأ على المنبر و نادوا يا مالک) (٤) و هو مع كونه عاميا لا دلالة فيه إذ يمكن سماعه يقرأ فى أثناء الموعظه.

و نسب للشيخ فى الاقتصاد و الخلاف و ابن سعيد و ابن زهره قراءة السوره الخفيفه فى الفصل بين الخطبتين، و هذا مما لا مستند له كما فى الجواهر.

(١) الرحمن الآية: ٦٤.

ص: ٢٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة الجمعة و آدابها حديث ١.

٢- (٢) الرحمن الآية: ٦٤.

٣- (٣) الشعراء الآية: ٤٦.

٤- (٤) صحيح مسلم ج ٣ ص ١٣.

و «ألقى السحره ساجدين» (١) و يجب: فيهما (٢) النيه (٣) و العربيه (٤)، و الترتيب بين الأجزاء كما ذكر (٥)، و الموالاه (٦) و قيام الخطيب مع قدره (٧)، و الجلوس

(١) الشعراء الآية: ٤٦.

(٢) في الخطبتين.

(٣) كما عن العلامه في نهايه الأحكام و الشهيد الثاني في الروض و الروضه، و المحقق الثاني في جامع المقاصد، لأصاله العباديه في كل الواجبات إلا ما خرج بالدليل، و لأن الخطبتين مكان الركعتين ففي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنما جعلت الجمعة ركعتين من أجل الخطبتين فهي صلاه حتى ينزل الإمام) (١) و مثله غيره.

و فيه: إن الأصل في الواجبات التوصليه كما قرر في محله، و الخبر محمول على أن الخطبتين في حكم الصلاه من ناحيه الثواب لخبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام: (إنما صارت الجمعة إذا كان مع الإمام ركعتين. إلى أن قال. لأن الناس يتخطون إلى الجمعة من بعد، فأحب الله (عز و جل) أن يخفف عنهم لموضع التعب الذي صاروا إليه، و لأن الإمام يحبسهم للخطبه و هم منتظرون للصلاه و من انتظر الصلاه فهو في الصلاه في حكم التمام) ٢. و لذا لم يتعرض الأكثر للنيه في الخطبتين.

(٤) على المشهور للتأسي، و عن جماعه التفريق بين الحمد و الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله و سلم فتجب العربيه و بين الوعظ فلا تجب و يجوز بغيرها لأن المقصود من الوعظ فهم معناه بأي لغة كان، و ذهب الشارح في الروض و هو ظاهر المنظومه للطباطبائي إلى وجوب العربيه في الوعظ و أيده في الحقائق بأن البلاد التي فتحت في صدر الإسلام من الروم و الفرس لم ينقل أن الوعظ كان فيها بالعربيه و لو وقع لنقل.

(٥) من تقديم الحمد ثم الصلاه ثم الوعظ ثم القراءه على المشهور فلو خالف أعاد على ما يحصل به الترتيب مع عدم فوات الموالاه، و يستفاد بعضه من موثق سماعه، لكن في الروض و المدارك نظر في تعينه، و عن المنتهى عده من المستحبات لعدم وجود خبر صريح في وجوب الترتيب إلا أن الترتيب أحوط.

(٦) عرفا بحيث يصدق عليه لفظ الخطيب، و على ما يصدر لفظ الخطبه.

(٧) بلا خلاف فيه لبدليه الخطبتين عن الركعتين المشروطتين بالقيام، و لصحيح معاويه عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن أول من خطب و هو جالس معاويه. إلى أن قال. الخطبه و هو قائم خطبتان يجلس بينهما جلسه لا يتكلم فيها قدر ما يكون فصل ما بين الخطبتين) (٢). و خبر -

ص: ٢٧٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاه الجمعة و آدابها حديث ٤ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

بينهما (١)، و إسماع العدد المعبر (٢)، و الطهاره من الحدث، و الخبث فى أصح

-أبى بصير: (سأل عن الجمعه كيف يخطب الإمام؟ قال: يخطب قائما إن الله يقول:

وَ تَرَكُوكَ قَائِمًا) (١). و صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام: (و ليقعد قعده بين الخطبتين) ٢ و هو ظاهر فى كون الخطيب قائما حال الخطبه، بل صرح البعض بوجوب الطمأنينه حال القيام لبدليه الخطبتين عن الركعتين، و فيه: قد تقدم أن البدليه لا- تشمل جميع الأحكام بل القدر المتيقن منها هو الثواب فضلا عن أنه لم يثبت استدامه المعصوم على الطمأنينه حال الخطبه، بل كما فى الحدائق ربما كان الظن بخلافها خصوصا إذا طالت الخطبه.

و أما مع العجز عن القيام و لو مستندا على شىء فقد صرح جماعه بجواز الجلوس حينئذ بل قيل هو المشهور خصوصا مع تعذر الاستخلاف قضاء للبدليه عن الركعتين و إن كان الأحوط الاستنابه مع إمكانها.

(١) بين الخطبتين، على المشهور للتأسى و للأمر به فى خبر عمر بن يزيد المتقدم و كذا فى صحيح ابن مسلم و موثق سماعه المتقدمين، و عن المعبر احتمال الاستحباب لأن فعل النبى له قد يكون للاستراحه، و تابعه علامه فى المنتهى، و فيه: إن الدليل على وجوب الجلوس غير منحصر بفعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم بل هناك أخبار كثيره قد أمرت به و ظاهرها الوجوب.

و يشترط فى جلسه أن تكون خفيفه لصحيح ابن مسلم المتقدم: (ثم تجلس قدر ما يمكن هنيهه ثم تقوم) (٢)، و فى خبره الآخر: (ثم يقعد الإمام على المنبر قدر ما يقرأ قل هو الله أحد ثم يقوم فيفتح خطبته) ٤، و عن جماعه عدم وجوب التقييد بمقدار ما يقرأ سورة الإخلاص بل يكفى صدق الهنيهه و هو كذلك.

(٢) يجب على الإمام رفع الصوت فى الخطبه بحيث يسمع العدد المعبر فى انعقاد الجمعه كما صرح به علامه و الشهيدان و جماعه لما روى: (أنه صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا خطب يرفع صوته كأنه منذر جيش) (٣)، و لظهور النصوص المتضمنه للفظ (خطبهم و يخطب بهم) فى وجوب إسماعهم ففى خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (و لا- جمعه لأقل من خمس من المسلمين أحدهم الإمام، فإذا اجتمع سبعة و لم يخافوا أمهم بعضهم و خطبهم) (٤).

ص: ٢٧٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٣ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ١ و ٣.

٣- (٥) صحيح مسلم ج ٣ ص ١١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٤.

القولين (١) و الستر (٢)، كل ذلك للاتباع، و إصغاء (٣) من يمكن سماعه من

و تردد المحقق في الشرائع و غيره للأصل و لضعف ما روى عن العامة، و لكون أخبار الخطابه ظاهره في وجوب الخطبه على الإمام لا في على وجوب إسماعهم و لذا لو كان بعض العدد المعتبر مصابا بصمم أو كلهم لأمكن الإجزاء كما ذهب إليه العلامة في التذكرة و تبعه عليه غير واحد.

(١) للتأسي، و لكون الخطبتين بدلا عن الركعتين كما تقدم في بعض الأخبار و من المعروف اشتراط الصلاه بالطهاره من الحدث و الخبث، و ذهبت جماعه إلى عدم الاشتراط منهم المحقق في الشرائع و النافع و المعتبر و الحلبي و الآبي و العلامة في جمله من كتبه لعدم وجوب التأسي فيما لم يعلم وجهه، و لأن نصوص البدليه محموله على البدليه في الثواب، و عن البيان و الدروس اختصاص الطهاره بالحدثيه لا غير و لم يعلم مستنده، و إن ادعى الانصراف إلى الحدثيه من لفظ الطهاره و لكن لم يرد اشتراط الطهاره في الخطبه حتى يجرى الانصراف بل الدليل منحصر بنصوص البدليه التي عرفت عدم عمومها لجميع الأحكام الثابته للصلاه، هذا كله بالنسبه للإمام، و أما المأموم فلا- قائل باشتراط الطهاره فيه حال الخطبه، قال الشارح في المسالك: «ظاهر الأصحاب أنها. أي الطهاره. مختصه بالخطيب دون المأمومين» و في الروض: «لم أقف على قائل بوجوبها على المأموم».

(٢) أي الستر الصلاتي للرجل و المرأه للتأسي و لنصوص بدليه الخطبتين.

(٣) فيجب على المأموم السامع أن يصغى إلى الخطيب، سواء كان متكلماً أو لا، لأن الإصغاء هو الاستماع و هذا لا يستلزم عدم الكلام، فما عن القاموس من جعل ترك الكلام جزءاً مقدماً في الإصغاء ليس في محله إلا أن يكون مراده أنه جزء غالي.

هذا و نسب الوجوب إلى الأكثر و في الذكرى أنه المشهور لانتفاء فائده الخطبه بدونه و لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام: (يستقبل الناس الإمام عند الخطبه بوجوههم و يصغون إليه) (١)، و لما دل على الصمت كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا خطب الإمام يوم الجمعة فلا ينبغي لأحد أن يتكلم حتى يفرغ الإمام من خطبته) (٢)، و خبر المناهي: (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الكلام يوم الجمعة و الإمام يخطب فمن فعل ذلك فقد لفا، و من لفا فلا جمعه له) (٣) و مثلها غيرها.

و عن الشيخ في المبسوط و التبيان و المحقق في النافع و المعتبر و العلامة في جمله من كتبه و جماعه استحباب الإصغاء ضروره عدم توقف صدق الخطبه الواجبه على الإصغاء بل هي -

ص: ٢٨٠

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١ و ٤.

فى بلاغه الخطيب

(و يستحب بلاغه الخطيب) (٢) بمعنى جمعه بين الفصاحه التى هى ملكه يقتدر بها على التعبير عن مقصوده بلفظ فصيح، أى خال عن ضعف التأليف، و تنافر الكلمات، و التعقيد، و عن كونها غريبه وحشيه، و بين البلاغه التى هى ملكه يقتدر بها على التعبير عن الكلام الفصيح، المطابق لمقتضى الحال بحسب الزمان، و المكان، و السامع، و الحال، (و نراهته) عن الرذائل الخلقية و الذنوب الشرعيه (٣)

-متوقفه على التلفظ بها من المتكلم ليس إلا كما أن فائده الخطبه غير منحصره فى الإصغاء فى غير الوعظ بل هو لإظهار العبوديه بالتحميد و الثناء عليه (جل و علا)، و خبر الدعائم ضعيف السند لا يصلح لاعتماد الوجوب، و أخبار الصمت محموله على كراهه الكلام جمعا بينها و بين خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (أن عليا قال: يكره الكلام يوم الجمعة و الإمام يخطب و فى الفطر و الأضحى و الاستسقاء) (١).

(١) سواء سمعوا الخطبه أو لا، و قد اتفقوا على أن الكلام فى أثناء الخطبه لا يبطل الجمعة و لكن وقع الخلاف بينهم فى الإثم و عدمه، ففى المشهور حرمه الكلام على السامع و يدل عليه مضافا إلى وجوب الإصغاء بناء على تلازمهما، و كون الخطبه بدلا عن الركعتين ما عن جامع البزنطى عن الإمام الرضا عليه السّلام: (إذا قام الإمام يخطب فقد وجب على الناس الصمت) (٢)، و قد رواه فى الدعائم (٣) عن أبى عبد الله عليه السّلام إلا أنه محمول على الكراهه كما سمعت بالإضافة إلى ما روته العامه: (أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه و آله و سلم و هو يخطب يوم الجمعة: متى الساعه؟ فقال صلى الله عليه و آله و سلم: ما أعددت لها؟ فقال: حب الله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال: إنك مع من أحببت) (٤).

و عن المرتضى تحريم كل ما لا يجوز مثله فى الصلاه لكون الخطبتين بدلا عن الركعتين، و عن المعبر: «لكنه ضعيف».

(٢) قال الشارح فى الروض: «و إنما استحب ذلك لكون الكلام حينئذ يكون له أثر بين فى القلوب و ذلك أمر مطلوب».

(٣) بشرط عدم منافاتها للعداله كالصغيره مع عدم الإصرار، و مستند الاستحباب ليكون وعظه أوقع فى النفوس كاستحباب المحافظه على أوائل الأوقات و غيرها من المستحبات الأكيده.

ص: ٢٨١

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٥.

٢- (٢) نقله فى المعبر و المختلف.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢.

٤- (٤) صحيح البخارى ج ٨ ص ٤٩.

بحيث يكون مؤتمرا بما يأمر به، منزجرا عمّا ينهى عنه، لتقع موعظته في القلوب، فإن الموعظه إذا خرجت من القلب دخلت في القلب، وإذا خرجت من مجرّد اللسان لم تتجاوز الآذان (و محافظته على أوائل الأوقات) ليكون أوفق لقبول موعظته (و التعمّم) شتاء وصيفا للتأسي (١) مضيفا إليها الحنك (٢)، و الرداء (٣)، و لبس أفضل الثياب (٤) و التطيّب (٥)، (و الاعتماد على شيء) حال الخطبه من سيف، أو قوس، أو عصا للاتباع (٦).

في من تنعقد به الجمعة

(و لا تنعقد) الجمعة (إلا بالإمام) العادل عليه السّلام، (أو نائبه) خصوصا (٧)،

(١) لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يعتم صيفا و شتاء و لخبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ينبغي للإمام الذي يخطب بالناس يوم الجمعة أن يلبس عمامه في الشتاء و الصيف، و يتردّى ببرد يمينه أو عدني)، (١) و لصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا كانوا سبعة يوم الجمعة فليصلوا في جماعه و ليلبس البرد و العمامه، و يتوكأ على قوس أو عصا، و ليقعد قعده بين الخطبتين، و يجهر بالقراءه و يقنت في الركعه الأولى منهما قبل الركوع) (٢) و لأن التعمم أوقر في النفوس.

(٢) أي إلى العمامه، و قد تقدم الدليل على استحباب التحنك في شرائط الصلاه.

(٣) لخبر سماعه و صحيح عمر بن يزيد المتقدمين، و لأن الرداء أوقر في النفوس.

(٤) ففي خبر هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ليترين أحدكم يوم الجمعة يغتسل و يتطيب، و يسرح لحيته و يلبس أنظف ثيابه، و ليتهيأ للجمعه، و ليكن عليه في ذلك اليوم السكينه و الوقار، و ليحسن عباده ربه، و ليفعل الخير ما استطاع، فإن الله يطلع إلى الأرض ليضاعف الحسنات) (٣)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (لا تدع الغسل يوم الجمعة فإنه سنه، و شمّ الطيب و لبس صالح ثيابك) ٤.

(٥) لما مرّ من خبري هشام و زراره و غيرهما.

(٦) و لخبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و يتوكأ على قوس أو عصا) (٤).

(٧) أي المنصوب للجمعه فقط.

ص: ٢٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢ و ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢.

أو عموماً (١) (و لو كان) النائب (فقيها) جامعاً لشرائط الفتوى (مع إمكان)

(١) أى المنسوب للجمعه و غيرها كالولاه على الأمصار المنصوبين من قبل الإمام عليه السّلام هذا و اعلم أنه لا-خلاف بين القدماء أن الجمعه لا تجب إلا بحضور الإمام المعصوم عليه السّلام أو نائبه، بل قال فى الجواهر: «بلا خلاف أجده بين الأساطين من علماء المؤمنين بل المسلمين عدا الشافعى فلم يعتبرهما، بل هو من ضروريات فقه الإماميه إن لم يكن مذهبهم، بل يعرفه المخالف لهم منهم كما نسبه جماعه منهم إليهم على ما قيل» و ادعى عليه الإجماع كما عن جماعه، و بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يعين للجمعه إماماً كما يعين القضاء و كذا الخلفاء من بعده، و لما دل على أن الجمعه من مناصب الإمامه كالقضاء و الحدود ففى خبر الجعفرىات عن على بن الحسين عن أبيه عليهما السّلام: (أن علياً عليه السّلام قال: لا يصح الحكم و لا الحدود و لا الجمعه إلا بإمام) (١)، و فى خبر الدعائم عن على عليه السّلام: «لا- يصلح الحكم و لا الحدود و لا الجمعه إلا بإمام) ٢، و فى الجواهر «و المروى عن كتاب الأشعثيات أن الجمعه و الحكومه لإمام المسلمين، و فى رساله الفاضل بن عصفور روى مرسلًا عنهم عليهم السّلام أن الجمعه لنا و الجماعه لشيعتنا، و كذا روى عنهم عليهم السّلام لنا الخمس و لنا الأنفال و لنا الجمعه و لنا صفو المال، و النبوى المشهور أربع للولاه: الفىء و الحدود و الصدقات و الجمعه» (٢).

و خبر الدعائم عن على عليه السّلام: (لا جمعه إلا مع إمام عدل تقي) (٣)، و فى كتاب العروس لجعفر بن أحمد القمى عن أبى جعفر عليه السّلام: (صلاه يوم الجمعه فريضه و الاجتماع إليها فريضه مع الإمام) ٥ و هذه الطائفة و إن كانت ضعيفه السند لإرسالها لكنها منجبره ببقية الأدله.

و لما ورد فى الصحيحه السجديه فى دعاء يوم الجمعه و ثانى العيدين: (اللهم إن هذا المقام مقام لخلفائك و أصفيائك و مواضع أمنائك فى الدرجه الرفيعه التى اختصاصتهم بها قد ابتزوها و أنت المقدر لذلك. إلى أن قال. حتى عاد صفوتك و خلفائك مغلوبين مقهورين مبتزين يرون حكمك مبدلاً و كتابك منبوذاً) (٤).

و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (تجب الجمعه على سبعة نفر من -

ص: ٢٨٣

١- ((١ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) جواهر الكلام ج ١١ ص ١٥٨.

٣- ((٤ و ٥) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٤ و ٥.

٤- (٦) الصحيحه السجديه رقم الدعاء ٤٨.

-المسلمين ولا تجب على أقل منهم: الإمام وقاضيه والمدعى حقا والمدعى عليه، والشاهدان، والذي يضرب الحدود بين يدي الإمام(١) وهذا الأخير ظاهر في اشتراط الإمام المعصوم في وجوب الجمعة، وأما بقيه الأخبار التي استدلت بها على الاشتراط فهي ظاهره في إمام الجماعة أو الإمام الذي يحسن خطبه، وهذا أعم من المعصوم عليه السلام كما هو المدعى.

و عن الشهيد الثاني في رسالته في صلاة الجمعة القول بوجوب الجمعة عينا مع عدم اشتراط وجوبها بحضور المعصوم أو نائبه، و تبعه عليه سيد المدارك والكاشاني و جماعه و استدلت له بقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تُدِىَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ (٢) و بالأخبار و ادعى تواترها كما في المدارك منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إنما فرض الله (عز و جل) على الناس من الجمعة إلى الجمعة خمسا و ثلاثين صلاة، منها صلاة واحده فرضها الله (عز و جل) في جماعه و هي الجمعة، و وضعها عن تسعه، عن الصغير و الكبير و المجنون و المسافر و العبد و المرأه و المريض و الأعمى و من كان على رأس فرسخين)(٣).

و صحيح أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (من ترك الجمعة ثلاثا متواليات بغير عله طبع الله على قلبه) ٤ بل أنهاها بعضهم إلى مائتى حديث بحيث أن أربعين حديثا قد صرح بالوجوب، و خمسين حديثا ظاهره الوجوب و تسعين حديثا يدل على المشروعيه و الباقي يدل على فضل الجمعة، و هي مطلقه لم تشترط حضور الإمام عليه السلام أو نائبه.

و قال الشهيد الثاني في رسالته المعموله في صلاة الجمعة بعد ما أورد بعض هذه الأخبار:

«فكيف يسع المسلم الذي يخاف الله تعالى إذا سمع مواقع أمر الله تعالى و رسوله و أئمته عليهم السلام بهذه الفريضة و إيجابها على كل مسلم أن يقصر في أمرها و يهملها إلى غيرها و يتعلل بخلاف بعض العلماء فيها».

و مع ذلك كله لا بد من تقييد هذه الأدله بحضور الإمام عليه السلام أو نائبه لما سمعت من أدله الاشتراط و للسيره القائمه بين أصحاب الأئمه عليهم السلام على الترك فلو كانت الجمعة واجبه-

ص: ٢٨٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٥.
- ٢- (٢) الجمعة الآية: ٩.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١ و ١١.

-عينا على كل مسلم من دون اشتراط حضور الإمام أو نائبه فكيف ساغ لهم تركها بأجمعهم؟.

و الذى يدل على سيرتهم القائمه على ترك الجمعه صحيح زراره: (حنا أبو عبد الله عليه السلام على صلاه الجمعه حتى ظننت أنه يريد أن تأتيه فقلت: نغدو عليك؟ فقال: لا، إنما عنيت عندكم) (١)، و موثقه عبد الملك عن أبي جعفر عليه السلام: (ملك يهلك و لم يصل فريضه فرضها الله، قلت: كيف أصنع؟ قال: صلوا جماعه يعنى صلاه الجمعه) ٢.

و الذى فتح هذا القول بالوجوب العيني و عدم اشتراط حضور الإمام أو نائبه هو الشهيد الثانى فى رسالته و قد استقرب صاحب الجواهر أنه كتبها فى أوائل اجتهاده لأنه فى بقيه كتبه من الروض و المسالك و الروضه قد اشترط الحضور و لم يقل بالوجوب العيني، هذا كله فى زمن حضور الإمام عليه السلام، و أما فى زمن الغيبه كعصورنا فقد وقع الخلاف بينهم فقد ذهب ابن إدريس و سائر و الطبرسى و التونى و الفاضل الأصفهاني فى كشفه، إلى حرمة اقامتها و عدم مشروعيتها فى زمن الغيبه و قد نسب للمرتضى و ابن حمزه و ابن زهره و للشيخ فى كتاب الجمل و الخلاف و إلى الشهيد فى الذكرى.

و استدل له بأن المشروط عدم عند شرطه فإذا كانت الجمعه مشروطه بحضور الإمام فهى محرمة عند غيبته، و لأن الجمعه من مناصب الإمامه فكما اشترط إذنه فى الحضور فيشترط فى الغياب، و لأن الظهر ثابتة بيقين فلا تسقط بفعل غيرها و ذهب المشهور إلى مشروعيتها فى زمن الغيبه و إن كانت الجمعه من مناصب الإمامه لصدور الإذن منهم عليهم السلام لشيعتهم فى إقامتها و هذا مطلق يشمل زمن الحضور و الغياب و الذى يدل على صدور الإذن جمله من النصوص بل ادعى فى الجواهر تواترها منها: صحيح زراره المتقدم الوارد فى الحث على إقامه الجمعه، و موثق عبد الملك المتقدم كذلك.

و منها: صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام: (يجمع القوم يوم الجمعه إذا كانوا خمسه فما زادوا فإن كانوا أقل من خمسه فلا جمعه لهم) (٢)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (قلت لأبي جعفر عليه السلام: على من تجب الجمعه؟ قال: تجب على سبعة نفر من المسلمين، و لا جمعه لأقل من خمسه من المسلمين أحدهم الإمام، فإذا اجتمع سبعة و لم يخافوا أمهم بعضهم و خطبهم) (٣)، و خبر الفضل بن عبد الملك: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام: إذا كان قوم فى قريه صلوا الجمعه أربع ركعات، فإن كان لهم من يخطب لهم جمعوا إذا كانوا خمس نفر، و إنما جعلت الركعتين لمكان الخطبتين) ٥ و مثلها غيرها.-

ص: ٢٨٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٧.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٤ و ٥.

و- منها: ما ورد في بيان كيفية الجمعة و أحكامها كخبر عمر بن حنظله: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: القنوت يوم الجمعة، فقال عليه السلام: أنت رسولي إليهم في هذا، إذا صليت في جماعه ففي الركعه الأولى و إذا صليت و حدانا ففي الركعه الثانيه) (١).

و نوقشت هذه الأخبار بأنها إذن خاص لجماعه خاصه كما في خبرى زراره و عبد الملك أو أنها إذن في وقت الحضور فقط، أو أنها قد صدرت من إمامين و هما الباقر و الصادق و هذا ينفع بالنسبه لمن كان في عصرهما و أما في عصر زمن الغيبه فلا يجدى إلا إذن الغائب عليه السلام و هو غير موجود.

و المناقشه مردوده لأن هذه الأخبار ظاهره في أن حكم الجمعة بنفسها عند عدم وجوبها لعدم حضورها مع المعصوم هو استحباب إتيانها بمعنى أنها أحد فردى الواجب من الظهر و الجمعة إلا أن الجمعة أفضل لمكان الحث عليها و الترغيب بها.

هذا و ذهب المحقق الثانى أن التخيير المذكور ثابت للفقيه في زمن الغيبه، و عليه فلا يشرع فعل الجمعة في الغيبه بدون حضور الفقيه الجامع للشرائط، و نسب للعلامه في المختلف و للشهيد في شرح الإرشاد و هو الظاهر من عباره الدروس و اللمعه هنا، و دليلهم أن الفقيه هو المنصوب من قبلهم عليهم السلام في الحكم و القضاء و الإفتاء و الحدود و غير ذلك مما هو من مناصب الإمامه و صلاه الجمعة منها.

و فيه: إن النصوص المستفيضه و المتواتره المتضمنه للإذن من قبلهم عليهم السلام في إقامة الجمعة خاليه عن اشتراط الإذن، بل أكثرها صريح في عدم الاشتراط كصحيحى زراره و صحيح منصور بن حازم و خبر عبد الملك و خبر الفضل و خبر ابن حنظله، و قد تقدم ذكر الجميع، و أما أدله نصب الفقيه لكل ما هو من مناصب الإمامه و بهذا قال البعض بولايته فسيأتى التعرض له إن شاء الله تعالى فيما بعد و ستعرف عدم النصب إلا في الإفتاء و القضاء ليس إلا.

ثم إذا أقيمت فهل يجب السعى إليها للآيه: إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ (٢) و هو ظاهر الشهيد في شرح الإرشاد، و عن فخر المحققين و كشف اللثام و جماعه عدم وجوب السعى إليها و يستدل لهم بصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

(صلاه الجمعة فريضه و الاجتماع إليها فريضه مع الإمام، فإن ترك رجل من غير عله-

ص: ٢٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القنوت حديث ٥.

٢- (٢) الجمعة الآيه: ٩.

(الاجتماع (١) فى الغيبه). هذا قيد فى الاجتزاء بالفقيه حال الغيبه (٢) لأنه منصوب من الإمام عليه السّلام عموماً بقوله: «انظروا إلى رجل قد روى حديثنا» إلى آخره (٣)، و غيره (٤).

-ثلاث جمع فقد ترك ثلاث فرائض، و لا يدع ثلاث فرائض من غير عله إلا منافق(١).

(١) لعدم التقية.

(٢) و هو ظاهر فى كون التخيير فى زمن الغيبه ثابت للفقيه الجامع للشرائط فقط كما هو قول المحقق الثانى و قد عرفت ضعفه.

(٣) و هو إشاره إلى مقبوله عمر بن حنظله و قد ورد فيه: «ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكماً فإنى قد جعلته عليكم حاكماً، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخفّ بحكم الله و علينا ردّ و الرادّ علينا الراد على الله و هو على حدّ الشرك بالله»(٢) و ليس فيه (انظروا إلى رجل) كما أورده الشارح.

(٤) كمشهوره أبى خديجه: (بعثنى أبو عبد الله عليه السّلام إلى أصحابنا فقال: قل لهم إياكم إذا وقعت بينكم خصومه. إلى أن قال. أن تحاكموا إلى أحد من الفساق، اجعلوا بينكم رجلاً قد عرف حلالنا و حرامنا فإنى قد جعلته عليكم قاضياً و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضاً إلى السلطان الجائر)(٣).

و صريح هذين الخبرين أن الفقيه مما له منصب القضاء لرفع الخصومه ليس إلا، و ليس فيها ظهور أو إشعار بأن للفقيه حق إقامه الجمعه دون غيره من المسلمين، فضلاً عن عدم دلالتها على أن للفقيه كل ما ثبت للمعصوم عليه السّلام من مناصب الإمامه.

و أما التوقيع الوارد عن الحجّه عليه السّلام: (و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجّتى عليكم و أنا حجّه الله)(٤) فهو ظاهر فى الإفتاء، و لهذا قلنا إن للفقيه حق القضاء و الإفتاء فقط، و ما تقدم هو عمده دليل من قال بولاية الفقيه و قد عرفت عدم دلالتها، و منه تعرف عدم كون الفقيه مأذوناً بخصوصه لإقامه الجمعه فى زمن الغيبه.

ص: ٢٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ٨ و ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٩.

و الحاصل أنه مع حضور الإمام عليه السّلام لا تتعدّد الجمعه إلا به، أو بنائيه الخاص و هو المنصوب للجمعه، أو لما هو أعم منها (١)، و بدونه (٢) تسقط، و هو موضع وفاق.

و أما في حال الغيبه. كهذا الزمان. فقد اختلف الأصحاب في وجوب الجمعه و تحريمها: فالمصنّف هنا أوجبها مع كون الإمام (٣) فقيها لتتحقق الشرط و هو إذن الإمام (٤) الذي هو شرط في الجمله (٥) إجماعا، و بهذا القول صرّح في الدروس أيضا، و ربما قيل بوجوبها حينئذ (٦) و إن لم يجمعها فقيه عملا- بإطلاق الأدله و اشتراط الإمام عليه السّلام، أو من نصبه إن سلّم فهو مختصّ بحاله الحضور، أو بإمكانه (٧)، فمع عدمه (٨) يبقى عموم الأدله من الكتاب و السنّه خاليا عن المعارض، و هو ظاهر الأكثر و منهم المصنّف في البيان، فإنهم يكتفون بإمكان الاجتماع مع باقى الشرائط (٩).

و ربما عبروا عن حكمها حال الغيبه بالجواز تاره، و بالاستحباب أخرى نظرا إلى إجماعهم على عدم وجوبها حينئذ عينا (١٠)، و إنما تجب على تقديره (١١) تخيرا

(١) من الجمعه كالولاه.

(٢) و بدون حضور الإمام أو نائبه الخاص تسقط الجمعه.

(٣) أى إمام الجمعه.

(٤) أى إذن الإمام المعصوم عليه السّلام، و لكن قد عرفت أن المعصوم قد أذن للجميع في إقامه الجمعه عند عدم التقيه و لم ينحصر الإذن بالفقيه الجامع للشرائط.

(٥) مع غض البصر عن كون الإذن خاصا أو عاما.

(٦) أى في حال الغيبه.

(٧) قد عرفت أن إقامه الجمعه في حال الغيبه و إن لم يجمعها فقيه لورود الإذن منهم عليهم السّلام، لا لكون الاشتراط مختصا بحال الحضور أو إمكانه.

(٨) أى عدم الحضور أو عدم إمكان إقامه الجمعه للمعصوم عليه السّلام.

(٩) لورود الإذن لهم في الإقامه بلا فرق بين الحضور و عدمه ما دام المعصوم أو نائبه لا يمكن لهما إقامه الجمعه.

(١٠) لإجماعهم على أن الوجوب العيني مشروط بحضور المعصوم أو نائبه.

(١١) على تقدير إمكان الاجتماع في حال الغيبه.

بينها، و بين الظهر، لكنها عندهم أفضل من الظهر و هو معنى الاستحباب، بمعنى أنها واجبه تخيرا مستحبه عينا كما فى جميع أفراد الواجب المخير إذا كان بعضها راجحا على الباقي، و على هذا ينوى بها الوجوب و تجزى عن الظهر، و كثيرا ما يحصل الالتباس فى كلامهم بسبب ذلك (١) حيث يشترطون الإمام، أو نائبه فى الوجوب إجماعا، ثم يذكرون حال الغيبه، و يختلفون فى حكمها فيها (٢) فيوهم أن الإجماع المذكور يقتضى عدم جوازها حينئذ بدون الفقيه (٣)، و الحال أنها فى حال الغيبه لا تجب عندهم عينا (٤)، و ذلك (٥) شرط الواجب العيني خاصة (٦). و من هنا (٧) ذهب جماعه من الأصحاب (٨) إلى عدم جوازها حال الغيبه لفقد الشرط المذكور.

و يضعف بمنع عدم حصول الشرط أولا لإمكانه بحضور الفقيه (٩)، و منع اشتراطه (١٠) ثانيا لعدم الدليل عليه من جهة النص فيما علمناه (١١).

(١) أى بسبب اشتراط المعصوم أو نائبه فى الوجوب العيني ثم الحكم بأنها فى حال الغيبه مستحبه أو مباحه.
(٢) فى الغيبه.

(٣) لأنه النائب عن المعصوم بعد كون الجمعه من مناصب الإمامه.

(٤) و لذا حكموا تاره باستحبابها و أخرى بإباحتها مع إمكان الاجتماع مع باقى الشرائط.

(٥) أى حضور المعصوم أو نائبه.

(٦) بعد عدم ثبوت الفقيه نائبا عن المعصوم فى إقامه الجمعه، بل ما ورد إنما هو فى القضاء و الإفتاء ليس إلا.

(٧) من دعوى الإجماع على أن وجوب الجمعه مشروط بالمعصوم أو نائبه.

(٨) كابن إدريس و سلالر و ظاهر المرتضى و قد تقدم عرضه بالتفصيل.

(٩) و فيه أن أدله تنصيه منحصر فى القضاء و الإفتاء ليس إلا، نعم كان على الشارح تضعيف هذا القول بورود الإذن منهم عليهم السلام فى إقامه الجمعه لكل من يمكن له الاجتماع مع باقى الشرائط سواء وجد فقيه أو لا.

(١٠) أى منع اشتراط حضور المعصوم أو نائبه فى الوجوب العيني للجمعه.

(١١) و فيه: يكفى فى الاشتراط دعاء السجاده عليه السلام الوارد فى الصحيحه السجديه و قد تقدم ذكره فضلا عن أخبار دعائم الإسلام و الجعفریات بالإضافة إلى سيره أصحاب الأئمه عليهم السلام على ترك الجمعه الكاشف عن اشتراط الجمعه بحضور المعصوم أو نائبه..

و ما يظهر من جعل مستنده الإجماع فإنما هو على تقدير الحضور (١)، أما فى حال الغيبه فهو محل النزاع فلا يجعل (٢) دليلا فيه (٣) مع إطلاق القرآن الكريم (٤) بالحث العظيم المؤكّد (٥) بوجوه كثيره (٦) مضافا إلى النصوص المتضافره على وجوبها بغير الشرط المذكور (٧) بل فى بعضها ما يدلّ على عدمه (٨) نعم يعتبر اجتماع باقى الشرائط و منه (٩) الصلاه على الأئمه و لو إجمالا (١٠)، و لا ينافيه ذكر غيرهم (١١).

(١) و فيه لو كان كذلك لما احتاج الفقهاء إلى ثبوت الإذن فى إقامه الجمع حالي الغيبه مع أن الكتب الفقهيّه عندهم مليئه نقضا و إبراما بالبحث فى وجود إذن المعصوم.

(٢) أى الإجماع على الاشتراط.

(٣) أى فى الاشتراط.

(٤) و هو قوله تعالى: إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذَرُوا الْبَيْعَ (١)

و فيه: إن الآيه فى مقام بيان وجوب السعى عند الانعقاد و ليس فى مقام بيان ما له الدخلى فى الانعقاد كما هو محل النزاع.

(٥) هذا الإطلاق.

(٦) منها: تخصيص النداء بالمؤمنين، و سوق الكلام على طريق الخطاب للإشعار بأن المذكور أمر مهم عظيم الشأن، و كون النهى عما يضادها من البيع و غيره، و قوله تعالى عقيب ذلك: ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ .

(٧) أى بغير اشتراط حضور المعصوم أو نائبه، و مراده من هذه النصوص هى نصوص الإذن الصادر منهم عليهم السّلام كقوله عليه السّلام فى صحيح زراره: (فإذا اجتمع سبعة و لم يخافوا أمّهم بعضهم و خطبهم) و قد تقدم نقله سابقا.

(٨) كصحيح زراره المتقدم و لكن عرفت و رودها مورد الإذن منهم عليهم السّلام فهو على الاشتراط أدل.

(٩) أى و من باقى الشرائط.

(١٠) من دون ذكر أسمائهم بالتفصيل، قد تقدم أن أجزاء الخطبه الواجبه هى الحمد و الصلاه على النبى و آله و الوعظ و قراءه سوره من القرآن خفيفه، و الصلاه على الأئمه عليهم السّلام مندرج فى الثانى كما هو واضح.

(١١) من خلفاء الجور إذا كان للتقيه.

ص: ٢٩٠

و لو لا دعواهم الإجماع على عدم الوجوب العيني (١) لكان القول به (٢) فى غاية القوه (٣)، فلا- أقل من التخييرى مع رجحان الجمعه، و تعبير المصنف و غيره بإمكان الاجتماع يريد به الاجتماع على إمام عدل (٤)، لأن ذلك (٥) لم يتفق فى زمن ظهور الأئمه غالبا (٦)، و هو السر (٧) فى عدم اجترائهم (٨) بها عن الظهر مع ما نقل من تمام محافظتهم عليها، و من ذلك سرى الوهم

فى عدد من تنعقد بهم الجمعه

(و اجتماع خمسه فصاعدا)

(١) إلا بحضور المعصوم أو نائبه.

(٢) أى بالوجوب العيني و إن لم يحضر المعصوم أو نائبه.

(٣) كما ذهب إليه فى رسالته المعموله فى صلاه الجمعه و هى من أول ما صنف ثم عدل عنه إلى اشتراط الوجوب العيني بالحضور كما تقدم بسط الكلام فيه.

(٤) أى غير فاسق.

(٥) أى عداله إمام الجمعه.

(٦) لأن المقيم للجمعه فى عصر الحضور هو السلطان الجائر أو الولاه على الأمصار، و فسقهم مشهور معلوم عند العوام فضلا عن الخواص.

(٧) أى عدم عداله إمام الجمعه فى زمن الحضور.

(٨) أى فى عدم اجتراء أصحاب الأئمه عليهم السّلام بالجمعه عن الظهر فى خبر أبى بكر الحضرمى: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: كيف تصنع يوم الجمعه؟ قال عليه السّلام: كيف تصنع أنت؟ قلت: أصلى فى منزلى ثم أخرج فأصلى معهم، قال: كذلك أصنع أنا) (١)، و خبر حمران بن أعين: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: جعلت فداك إنا نصلى مع هؤلاء يوم الجمعه و هم يصلّون فى الوقت فكيف نصنع؟ فقال: صلّوا معهم فخرج حمران إلى زرارته فقال له: قد أمرنا أن نصلى معهم بصلاتهم، فقال زرارته: ما يكون هذا إلا بتأويل. فقال له حمران: قم حتى نسمع منه، قال: فدخلنا عليه فقال له زرارته: إن حمران أخبرنا عنك إنك أمرتنا أن نصلى معهم فأنكرت ذلك، فقال لنا: كان الحسين بن على عليه السّلام يصلى معهم ركعتين فإذا فرغوا قام فأضاف إليها ركعتين) (٢)، و صحيح زرارته: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: إن أناسا رووا عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه صلّى أربع ركعات بعد الجمعه لم يفصل بينهن بتسليم فقال: يا زرارته إن أمير المؤمنين عليه السّلام صلى خلف فاسق فلما سلّم و انصرف قام أمير المؤمنين عليه السّلام فصلّى أربع ركعات لم يفصل بينهن بتسليم،-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٣ و ٥.

(أحدهم الإمام) في الأصح، و هذا يشمل شرطين:

أحدهما: العدد و هو الخمسه في أصح القولين لصحه مستنده (١) و قيل

فقال له رجل إلى جنبه: يا أبا الحسن صليت أربع ركعات لم تفصل بينهن؟ فقال: إنها أربع ركعات مشبهات فسكت، فو الله ما عقل ما قال له (١) و الأخير و إن كان ظاهرا بل صريحا في أن عدم الاجتزاء بالجمعه من أجل فسق إمام الجمعة إلا أن الشارح يريد أن يستدل من هذه الأخبار أن إتيانهم بالظهر إنما كان لفسق إمام الجمعة فقط لا لأن وجوب الجمعة مشروط بحضور المعصوم أو نائبه و لذا نسب الوهم إلى من اعتقد أن إتيانهم بالظهر إنما كان لأجل أن الجمعة مشروطة بالحضور، و قد عرفت من دعاء الصحيفه السجديه و غيرها أن الجمعة من مناصب الإمامه فوجوبها العيني مشروط به كما تقدم.

(١) لا خلاف في اشتراط العدد في صحه الجمعة و إنما الخلاف في عدده فذهب المشهور أنه خمسه أحدهم الإمام اقتصارا في تقييد الآيه الشريفه على موضع الوفاق و للأخبار الداله على ذلك منها: صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام: (يجمع القوم يوم الجمعة إذا كانوا خمسهم فما زاد، و إن كانوا أقل من خمسهم فلا جمعه لهم) (٢)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (لا- تكون الخطبه و الجمعة و صلاه ركعتين على أقل من خمسهم رهط، الإمام و أربعة) (٣)، و صحيح البقباق عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان قوم في قريه صلوا الجمعة أربع ركعات، فإن كان لهم من يخطب بهم جمعوا إذا كانوا خمسهم نفر) (٤).

و عن الصدوق و الشيخ و بنى حمزه و زهره و البراج أنه سبعة أحدهم الإمام للأخبار منها:

صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كانوا سبعة يوم الجمعة فليصلوا في جماعة) (٥). و خير محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (تجب الجمعة على سبعة نفر من المسلمين، و لا تجب على أقل منهم: الإمام و قاضيه و المدعى حقا و المدعى عليه و الشاهدان و الذي يضرب الحدود بين يدي الإمام) (٦). و جمع الشيخ بين الطائفتين بحمل أخبار السبعة على الوجوب العيني و بحمل أخبار الخمسه على الوجوب التخييري و يؤيده صحيح زراره: (قلت لأبي جعفر عليه السلام: على من تجب الجمعة؟ قال: تجب على سبعة نفر من المسلمين و لا جمعه لأقل من خمسهم من المسلمين أحدهم الإمام، فإذا اجتمع سبعة و لم يخافوا أمهم بعضهم و خطبهم) (٣)، فقله عليه السلام: (لا- جمعه لأقل من خمسهم) يشمل الوجوب العيني و التخييري، و الثابت مع السبعة هو الوجوب العيني.

ص: ٢٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٤.

٢- ((٢-٣-٤-٥-٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٧ و ٢ و ٦ و ١٠ و ٩.

٣- (٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٤.

سبعة، و يشترط كونهم ذكورا (١) أحرارا (٢) مكلفين (٣) مقيمين (٤) سالمين عن المرض (٥)...

و لو قيل: إن أخبار الخمسة تدل على المشروعيه و أخبار السبعة على الوجوب لكان أنسب.

(١) بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام فى حديث: (منها صلاة واحده فرضها الله عز و جل) فى جماعه و هى الجمعه و وضعها عن تسعه: عن الصغير و الكبير و المجنون و المسافر و العبد و المرأه و المريض و الأعمى و من كان على رأس فرسخين(١)، و صحيح ابن مسلم و أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (منها صلاة واجبه على كل مسلم أن يشهدا إلا خمسه: المريض و المملوك و المسافر و المرأه و الصبى)٢ و مثلها غيرها.

(٢) فلا تجب على العبد بلا خلاف فيه للنصوص السابقه، و بقيد الحريه يخرج القن و المدبّر و المكاتب مطلقا و إن أدّى بعض ما عليه لأذن المبعّض ليس بحرّ، و يمكن القول بأن الوارد فى النصوص استثناء المرأه فيبقى الخنثى تحت عموم من يجب عليه الحضور، و أيضا قد استثنى العبد و لا يصدق على المبعّض و لذا ذهب الشيخ فى المبسوط إلى الوجوب على المبعّض إذا هياه المولى فاتفقت الجمعه فى نوبته، و فيه: أنه يصدق عليه أنه عبد مكاتب و قد تحرر بعضه و عليه فلا يجب عليه الحضور تمسكا بإطلاق الخبر.

(٣) فيشترط البلوغ و العقل، و هو من الضروريات كما فى الجواهر، نعم تصح من المميز بناء على صحه عباداته و شرعيتها.

(٤) فلا تجب على المسافر بلا خلاف فيه للنصوص السابقه، و يدخل فى المسافر كل مسافر حكمه التقصير، و يخرج حينئذ كثير السفر و ناوى الإقامة و العاصى بسفره، و أما المسافر الذى لا يجب عليه التقصير كالحاصل فى أحد المواضع الأربعة فجزم العلامة فى التذكرة بوجوب حضوره، و قطع الشهيد فى الدروس بتخيره بين الفعل و الترك و الأظهر عدم الوجوب لعموم النصوص السابقه و إن جاز له الإتمام بدليل من خارج.

(٥) أما المريض فلا يجب عليه الحضور بالاتفاق، و صرح العلامة فى التذكرة بعدم الوجوب سواء شقّ عليه الحضور أو لا تمسكا بإطلاق النصوص السابقه، و اعتبر الشهيد الثانى فى المسالك و الروض و جماعه تقييده بالمشقه التى لا يتحمل مثلها عادة أو خوف زياده المرض أو بطلان البرء، و هو تقييد للنص من غير دليل، و يلحق بالمريض الكبير الذى يعجز عن-

ص: ٢٩٣

و البعد (١) المسقطين، و سيأتي ما يدل عليه.

-السعى إلى الجمعة أو تحصل له مشقه و قد صرح باستثنائه في صحيح زراره المتقدم.

و كذا لا يجب الحضور على الأعمى بلا خلاف فيه للنصوص السابقة، و هي مطلقه سواء كان مما يشق عليه الحضور و عدمه، و سواء وجد قائدا أو كان قريبا للمسجد للإطلاق.

و ذهب الشيخ إلى استثناء صاحب العرج مع أن النصوص خاليه منه، نعم قيده المحقق في المعبر بالبالغ حد الإقعاد و هو حسن لأن من هذا شأنه فهو من مصاديق المريض و غير متمكن للسعى إلى الجمعة.

و اعلم أن في حكم هذه الأعذار المطر بل في التذكرة أنه لا خلاف فيه بين العلماء، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا بأس أن تدع الجمعة في المطر) (١). و ألحق العلامة و بعض من تأخر عنه بالمطر الوحل و الحر و البرد الشديدين إذا خاف الضرر معهما، و هو حسن للحرج، و ألحق الشهيد الثاني في المسالك و الروض خائف احتراق الخبز أو فساد الطعام و يجب تقييده بالمضر فوته كما في المدارك.

(١) فلا يجب الحضور على من بعد أكثر من فرسخين للأخبار الآتى بعضها، لكن اختلفوا فعن الشيخ في المبسوط و الخلاف و المرتضى و ابن إدريس بل هو المشهور أن حده أزيد من فرسخين لصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (تجب على من كان منها على رأس فرسخين، فإذا زاد على ذلك فليس عليه شيء) (٢).

و اختار الصدوق و ابن حمزه أنه من كان على رأس الفرسخين فلا يجب عليه الحضور لصحيح زراره عن أبي جعفر المتقدم: (و وضعها عن تسعه. إلى أن قال. و من كان منها على رأس فرسخين) (٣) و حملت هذه الروايه على إرادته الزائد عن الفرسخين لأن الترجيح للخبر السابق المؤيد بطائفه من الأخبار التي سيمر عليك بعضها.

و ذهب ابن أبي عقيل إلى أن الجمعة تجب من غدا من منزله بعد صلاه الغداه فيدرك الجمعة، و ذهب ابن الجنيد إلى وجوب السعى إليها على كل مسلم إذا راح منها أدرك منزله قبل خروج نهار يومه و مستندهما صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (الجمعه واجبه على من إن صلى الغداه في أهله أدرك الجمعة، و كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إنما يصلى العصر في وقت الظهر في سائر الأيام كى إذا قضوا الصلاه مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رجعوا إلى -

ص: ٢٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

و ثانيهما: الجماعة بأن يأتوا بإمام منهم، فلا تصح فرادى (١). وإنما

رحالهم قبل الليل، و ذلك سنة إلى يوم القيامة(١).

و أوجب عنها بأن المراد منها هو الفرسخان لصحيح محمد بن مسلم و زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (تجب الجمعة على كل من كان منها على فرسخين) ٢، و لخبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام: (إنما وجبت الجمعة على من يكون على فرسخين لا أكثر من ذلك لأن ما يقصّر فيه الصلاة يريدان ذاهبا، أو يريد ذاهبا و يريد جاثيا، و يريد أربعة فراسخ، فوجبت الجمعة على من هو على نصف البريد الذي يجب فيه التقصير، و ذلك أنه يجيء فرسخين و يذهب فرسخين فذلك أربعة فراسخ و هو نصف طريق المسافر) ٣.

ثم من لا يجب عليه حضور الجمعة فلو تكلف الحضور وجب عليه الجمعة و انعقدت به سوى من خرج عن التكليف كالصبي و المجنون فالحكم في المسافر و الأعمى و المريض و الهرم و البعيد مقطوع به بين الأصحاب كما في المدارك و أما في المرأة فلو حضرت لا تحتسب من العدد بالاتفاق لصحيح الفضل بن عبد الملك: (فإن كان لهم من يخطب لهم جمعوا إذا كانوا خمسهم نفر) (٢) و هو ظاهر في الرجال فقط.

و لكن هل تسقط عنها الظهر و تجزئها الجمعة لخبر حفص بن غياث عن ابن أبي ليلى قال:

«إن الله (عز و جل) فرض الجمعة على جميع المؤمنين و المؤمنات و رخص للمرأة و المسافر و العبد أن لا يأتوها، فلما حضروها سقطت الرخصة و لزمهم الفرض الأول، فمن أجل ذلك أجزأ عنهم، فقلت: عمن هذا؟ فقال: عن مولانا أبي عبد الله عليه السلام» (٣)، و في الصحيح عن أبي همام عن أبي الحسن عليه السلام: (إذا صلت المرأة في المسجد مع الإمام يوم الجمعة الجمعة ركعتين فقد نقصت صلاتها، و إن صلت في المسجد أربعاً نقصت صلاتها، لتصل في بيتها أربعاً أفضل) (٤) و وجه الاستدلال أن نقص الصلاة محمول على نقصان الثواب الدال على صحة الجمعة و إجزائها.

(١) لا خلاف في اشتراط الجماعة في الجمعة فلا تصح فرادى و إن حصل العدد للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (منها صلاة واحدة فرضها الله عزّ و جلّ في جماعه و هي الجمعة) (٥).

ص: ٢٩٥

١- (١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١ و ٥ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

٥- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

يشترطان في الابتداء لا في الاستداه (١)، فلو انفضّ العدد بعد تحريم الإمام أتم الباقون و لو فرادى، مع عدم حضور من ينعقد به الجماعة (٢)، و قبله (٣) تسقط و مع العود (٤)...

و اعلم أن الجماعة تتحقق بنيه المأمومين الاقتداء بالإمام، فلو أخلوا بها أو أحدهم لم تصح صلاه المنخلّ و عليه فيعتبر في انعقاد الجمعه نيه العدد المعتبر، ثم هل يجب على الإمام نيه الإمامه؟ قيل: نعم لكون الإمامه لا تحصل إلا بالنيه و إليه ذهب العلامه في النهايه و الشهيد في الذكرى و الدروس و البيان و جماعه، و قيل: لا يجب لحصول الإمامه إذا اقتدى به و هو اختيار جماعه من متأخري الأصحاب كما في الجواهر، و إن كان الاحتياط لا ينبغي تركه.

(١) فلو انفضّ العدد في أثناء الخطبه أو بعدها قبل التلبس بالصلاه سقط وجوب الجمعه لعدم تحقق شرطه، و لو عادوا من دون فصل طويل صلوا الجمعه بل و حتى لو طال الفصل ما لم يخرج وقت الجمعه للإطلاق و لو عاد غيرهم بعد انفضاضهم أعاد الإمام الخطبه لظهور النصوص في الصلاه مع المخطوبين و في خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (الجمعه لا تكون إلا لمن أدرك الخطبتين) (١).

و لو انفضوا بعد التلبس بالصلاه أتم الإمام لأن العدد المعتبر شرط في الابتداء لا يعلم فيه مخالفا للنهي عن قطع العمل، و اعتبر العلامه في التذكرة أن يكون انفضاضهم بعد إدراكهم ركعه مع الإمام لخبر الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (من أدرك ركعه فقد أدرك الجمعه) ٢ و فيه: إنه أجنبي عن المدعى.

و لو انفض الإمام قدموا واحدا منهم و أكملت جماعه، و لو تعذر أكملت فرادى فتكون الجماعة أيضا شرطا في الابتداء لا في الدوام كما في الروض، و يمكن القول إن الإكمال إنما هو للاستصحاب و للنهي عن إبطال العمل و هذا لا يفيد في صحه الإجزاء لأن الجمعه مشروطه بالجماعه و العدد كما في النصوص المتقدمه و ظاهرها أنهما شرط مطلقا فالأحوط الإكمال ثم الإتيان بالظهر إذا أكملت الجمعه فرادى أو أكملت جماعه مع نقصان العدد المعتبر.

(٢) كما لو انفضوا و تركوا الإمام لوحده أو انفض الإمام مع غالب المأمومين فلم يبق إلا واحد، أو انفض الإمام و لم يكن في المأمومين إمام عادل.

(٣) أى قبل تحريم الإمام تسقط الجمعه لعدم تحقق شرطها من العدد المعتبر.

(٤) أى عود من تركها.

ص: ٢٩٤

فى أثناء الخطبه يعاد ما فات من أركانها (١).

فى من تسقط الجمعه عنهم

(و تسقط) الجمعه (عن المرأه) و الخنثى للشك فى ذكوريته التى هى (٢) شرط الوجوب،(و العبد) و إن كان مبعضا و اتفقت فى نوبته مهايا (٣)، أم مدبرا، أم مكاتبا لم يؤد جميع مال الكتابه،(و المسافر) الذى يلزمه القصر فى سفره، فالعاصى به و كثيره، و ناوى إقامه عشره كالمقيم (٤)،(و الهَم) و هو الشيخ الكبير (٥) الذى يعجز عن حضورها، أو يشق عليه مشقه لا تتحمل عاده،(و الأعمى) و إن وجد قائدا، أو كان قريبا من المسجد (٦)(و الأعرج) البالغ عرجه حدّ الإقعاد (٧)، أو الموجب لمشقه الحضور كالهَم،(و من بعد منزله) عن موضع تقام فيه الجمعه كالمسجد (بأزيد من فرسخين) (٨) و الحال أنه يتعذر عليه إقامتها عنده، أو فيما دون فرسخ (٩)،(و لا ينعقد جمعتان فى أقلّ من فرسخ) بل يجب على من يشتمل عليه الفرسخ الاجتماع على جمعه واحده كفايه.

(١) إذا تحقق الفصل الطويل المخلّ، بل يمكن القول بعدم إعادته ما فات منها للإطلاق كما عن العلامه فى التذكره و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) أى الذكوريه، و فيه إن الوجوب على كل مسلم خرجت منه المرأه بالنص فيبقى الخنثى تحته كما تقدم.

(٣) و المهايا هى التوافق بين العبد و سيده على أن يكون يوما له و يوما لسيده بحسب ما فيه من الرقيه و الحريره خلافا للشيخ فى المبسوط و قد تقدم الكلام فيه.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) قد تقدم الكلام فيه أيضا.

(٦) للإطلاق النصوص و قد تقدم الكلام فيه.

(٧) قد عرفت خلو النصوص عن العرج و التقييد للمحقق فى المعترض.

(٨) على المشهور و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) مراده أن الجمعه التى تقام فى مكان أزيد من فرسخين عن مكان المصلى لا يجب حضورها فتسقط عنه، و أما سقوط الجمعه عنه مطلقا فمشروط بأحد أمرين: تعذر إقامتها عنده لعدم تحقق شرائطها، و تعذر إقامتها فيما دون الفرسخ لأن من اشتمل عليه الفرسخ يجوز لهم إقامه الجمعه تخيرا بينها و بين الظهر بحيث لو أقامها أهل الفرسخ المجاور لكان بين الجمعتين فرسخ فصاعدا و يدل عليه أخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (يكون فى الجماعتين ثلاثه أميال. إلى أن قال. فإذا كان بين

و لا يختص الحضور (١) بقوم إلا أن يكون الإمام فيهم (٢)، فمتى أخلوا به (٣) أثموا جميعا (٤). و محصل هذا الشرط و ما قبله أن من بعد عنها بدون فرسخ يتعين عليه الحضور (٥)...

-الجماعتين في الجمعة ثلاثة أميال فلا بأس أن يجمع هؤلاء و يجمع هؤلاء(١).

و موثقه الآخر عنه عليه السلام: (إذا كان بين الجماعتين ثلاثة أميال فلا بأس أن يجمع هؤلاء و يجمع هؤلاء و لا يكون بين الجماعتين أقل من ثلاثة أميال)(٢).

و عن الموجز: «لا تعدد الجمعة في دون الفرسخ إلا بندها حال الغيبة»، و قال في الجواهر: «و هو غريب»، و في كشف اللثام: «لم يقل بذلك أحد و لا دل عليه دليل».

و اشتراط الفرسخ بين الجمعيتين سواء كانتا في مصر واحد أو مصرين و سواء فصل بينهما بنهر عظيم كدجله أو لا- لإطلاق الأخبار، و لم تعتبر العامه الفرسخ بين الجمعيتين فعن الشافعي و مالك أنه لا جمعيتين في بلد واحد و إن عظم، و أجازة أبو حنيفة استحسانا و عن أحمد إذا كبر البلد جاز أن تقام فيه جمعتان مع الحاجة و إلا- فلا، هذا و اعلم أن عبارته الشارح «فيما دون الفرسخ» بالنسبة لعقد جمعه ابتداء، مع أن البعض حملها بالنسبة للجمعه المنعقدة في مكان آخر، و بناء عليه أشكل بأنه إذا كان دون الفرسخ فيجب عليه الحضور و كان على الشارح أن يقول: أو فيما دون فرسخين، ثم كثر الكلام في رفع الإشكال حتى اعتبر أن هذه العبارة مما اشتهرت بالإشكال في هذا الكتاب و لم يظفر لها بمعنى كما عن بعض المحشيين، و الإشكال مندفع لأن الشارح ناظر لعقد جمعه لا للسعي إلى جمعه منعقدة و لذا عقب الكلام بقوله: «بل يجب على من يشتمل عليه الفرسخ الاجتماع على جمعه واحده كفايه».

(١) أي حضور الجمعة بمعنى عقدها ابتداء.

(٢) بحيث كان عادلا و قادرا على الخطابه.

(٣) بالحضور.

(٤) و هذا مبنى على الوجوب العيني للجمعه و قد عرفت أن وجوبها مشروط بحضور المعصوم أو نائبه، و أما في عصورنا الحاضرة فلا يتعين إقامتها بل يتخير المصلي بينها و بين الظهر فتركها مع الإتيان بالظهر لا يوجب الإثم.

(٥) بمعنى السعي إلى الجمعه المنعقدة هذا في زمن الحضور و أما في زمن الغيبة فقد تقدم تقويه عدم وجوب السعي إلا مع الإمام المعصوم أو نائبه الخاص للخبر.

ص: ٢٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢.

و من زاد عنه (١) إلى فرسخين يتخير بينه (٢) و بين إقامتها عنده، و من زاد عنهما (٣) يجب (٤) إقامتها عنده (٥)، أو فيما دون الفرسخ (٦) مع الإمكان (٧)، و إلا سقطت.

و لو صلّوا أزيد من جمعه فيما دون الفرسخ صحت السابقة خاصه، و يعيد اللاحقه ظهرا (٨)، و كذا المشتبه مع العلم به (٩) فى الجمله (١٠) أما لو اشتبه السبق و الاقتران و جب إعادته الجمعه (١١) مع بقاء وقتها خاصه على الأصح مجتمعين، أو متفرّقين

(١) عن الفرسخ.

(٢) بين الحضور بمعنى السعى إلى الجمعه المنعده.

(٣) عن الفرسخين.

(٤) بناء على الوجوب العيني للجمعه و قد تقدم تضعيفه.

(٥) فى مكان إقامته.

(٦) لأنه يجب على أهل الفرسخ إقامتها على نحو الوجوب التخيري.

(٧) أى إمكان الاجتماع و استجماع باقى الشرائط.

(٨) بلا- خلاف فيه للنهى فى موثق ابن مسلم المتقدم: «و لا يكون بين الجماعتين أقل من ثلاثه أميال» (١) و صحه السابقه لعدم شمولها تحت النهى لعدم وجود جمعه أخرى عند انعقادها بخلاف اللاحقه فيشمّلها النهى، و النهى فى العبادات مفسد فيتعين إعادتها ظهرا، هذا كله مع عدم كل منهما بوجود الآخر و إلا فلا يصح للنهى عن الانفراد بالصلاه عن الأخرى المقتضى للفساد. و كذا لو اقترتنا فيبطلان معا لامتناع الحكم بصحتهما معا لوجود النهى السابق، مع استحاله ترجيح إحداهما فلم يبق إلا بطلانهما، و يتحقق الاقتران بتكبيره الإحرام من الإمامين.

(٩) بالسبق.

(١٠) بحيث لا يعلم السابق منهما و إن علم بتحقيق السابق لأحدهما غير المعين فإعادتهما ظهرا للقطع ببطلان إحداهما و لا يحصل اليقين ببراءة الذمه إلا بالإعادة ظهرا، ثم إن تعين الظهر عليهما لسبق وقوع جمعه صحيحه من أحدهما و لا تشرع جمعه أخرى حينئذ.

(١١) لعدم تيقن حصول جمعه صحيحه هذا كله مع اتساع الوقت و إلا- فتجب الظهر و هو اختيار الشيخ و الشهيد و استجوده الشارح فى الروض، و ذهب العلامة إلى وجوب الجمعه و الظهر معا عليهما لأن الواقع لو كان هو السابق فالفرض هو الظهر و إن كان الاقتران-

بالمعتبر (١)، و الظهر مع خروجه (٢) (و يحرم السفر) إلى مسافه أو الموجب تفويتها (بعد الزوال على المكلف بها) (٣) اختيارا (٤) لتفويته الواجب (٥) و إن أمكنه (٦) إقامتها فى طريقه، لأن تجويزه (٧)...

فالفرض هو الجمعه و لا يقين بأحدهما فلا تتيقن البراءه إلا بالجمع بينهما.

و فيه: إن هذا مبنى على الوجوب العينى للجمعه أو على وجود نائب خاص للإمام فى الجمعيتين و معه فالجمعه هى الأصل و لا يعدل عنها إلى الظهر إلا بعد فوات وقتها و المفروض عدمه فالأقوى هو قول الشيخ.

(١) بحيث يكون بينهما فرسخ فصاعدا.

(٢) خروج الوقت.

(٣) أى بالجمعه و المعنى: من وجبت عليه الجمعه يحرم عليه السفر بعد الزوال لتعين الجمعه عليه بلا- خلاف فيه لظهور الآيه: فَاسْتَعِزُوا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَ ذُرُوا الْبَيْعَ (١) فى الأمر بترك ما ينافيها ضروره عدم خصوصيه للبيع، فضلا عن أن الأمر بالسعى يوجب النهى عن السفر على القول بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص و إن كانت الملازمه ضعيفه كما حرر فى الأصول.

نعم يكره له السفر بعد طلوع الفجر إلى ما قبل الزوال و لا- يكره السفر ليله الجمعه بالاتفاق ففى خبر السرى عن أبى الحسن الهادى عليه السلام: (يكره السفر و السعى فى الحوائج يوم الجمعه بكره من أجل الصلاه، فأما بعد الصلاه فجائز يتبرك به) (٢).

(٤) متعلق بالسفر.

(٥) تعليل لحرمة السفر، و المعنى أن السفر المذكور موجب لتفويت الواجب أعنى السعى إلى الجمعه و تفويت الواجب محرم.

(٦) أمكن المسافر إقامة الجمعه فى طريق سفره تمسكا بعموم النهى عما ينافى السعى. و ذهب المحقق الثانى إلى الجواز لحصول الغرض و هو فعل الجمعه و يضعف بأن السفر إذا ساغ وجب التقصير و معه تسقط الجمعه لسقوطها عن المسافر، و إذا كان السفر المذكور موجبا لتفويت الجمعه الواجبه لكان محرما لأن تفويت الواجب محرم، و عليه فيلزم تحريم السفر من فرض جوازه و هو من مصاديق ما يقتضى وجوده عدمه، و هو مراد الشارح من الدورى فى كلامه الآتى.

(٧) أى تجويز السفر.

ص: ٣٠٠

١- (١) الجمعه الآيه: ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب صلاه الجمعه حديث ١.

على تقديره (١) دورى (٢). نعم يكفى ذلك فى سفر قصير لا يقصر فيه (٣)، مع احتمال الجواز فيما لا قصر فيه مطلقا (٤) لعدم الفوات. و على تقدير المنع فى السفر الطويل يكون عاصيا به (٥) إلى محل لا يمكنه فيه (٦) العود إليها، فتعتبر المسافه حينئذ (٧)، و لو اضطر إليه (٨) شرعا كالحج حيث يفوت الرفقه أو الجهاد حيث لا- يحتمل الحال تأخيرها، أو عقلا بأداء التخلف إلى فوات غرض يضر به فواته لم يحرم (٩)، و التحريم على تقديره (١٠) مؤكّد (١١). و قد روى أن قوما سافروا كذلك فخسف بهم (١٢)، و آخرون اضطرم عليهم خباؤهم من غير أن يروا نارًا.

(١) على تقدير إمكان المسافر من إقاحتها فى طريق السفر.

(٢) مراده منه ما يلزم من وجوده العدم لا ما يلزم توقف الشئ على نفسه.

(٣) بشرط عدم فوات الجمعه و إلا لحرم لوجوب ترك ما ينافى السعى إلى الجمعه المنعده كما هو صريح الآيه المتقدمه.

(٤) و لو كان السفر طويلا ككثير السفر بشرط عدم الفوات أيضا.

(٥) أى بالسفر.

(٦) أى لا يمكن المسافر فى هذا المحل العود إلى الجمعه المنعده.

(٧) و المعنى فإذا تحقق عدم إمكان العود فحينئذ يبدأ سفره الشرعى الموجب للتقصير و تحتسب المسافه من ذلك المكان، و أما ما قبله فلا يترخص لأنه عاص.

(٨) إلى السفر.

(٩) أى لم يحرم السفر لنفى الحرج.

(١٠) أى على تقدير التحريم.

(١١) لعقاب فاعله فى الدنيا كما فى الأخبار التى سيوردها فضلا عن الأدله الداله على حرمة.

(١٢) فقد أورد الشهيد الثانى فى رساله الجمعه: (عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: من سافر يوم الجمعه دعا عليه ملكاه أن لا يصاحب فى سفره، و لا تقضى له حاجه، و جاء رجل إلى سعيد بن المسيب يوم الجمعه يوّدعه لسفر فقال: لا تعجل حتى تصلّى، فقال: أخاف أن تفوتنى أصحابى، ثم عجل فكان سعيد يسأل عنه حتى قدم قوم فأخبروه أن رجله انكسرت، فقال سعيد: إنى كنت لأظنّ أنه سيصيبه ذلك.

و روى أن صيادا كان يخرج فى الجمعه لا يحزّجه مكان الجمعه من الخروج فخسف به و بيغلتها، فخرج الناس و قد ذهب بغلته فى الأرض، فلم يبق منها إلا أذناها و ذنبها.

و روى أن قوما خرجوا إلى سفر حين حضرت الجمعة فاضطرم عليهم خباؤهم نارا من -

ص: ٣٠١

(ويزاد في نافلتها) عن غيرها من الأيام (أربع ركعات) مضافه إلى نافله الظهرين يصير الجميع عشرين كلها للجمعه فيها (١)، (و الأفضل جعلها) أي

-غير نار يرونها(١).

و كما يحرم السفر بعد الزوال يحرم البيع يوم الجمعة بعد الأذان لقوله تعالى: إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَى ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ (٢)، و أكثر الأصحاب علقوا التحريم على الأذان كما هو صريح الآيه، بل صرح بعضهم بالكراهه قبل الأذان بعد الزوال، و علقه الشيخ في الخلاف على جلوس الإمام على المنبر باعتبار وقوع الأذان بين يديه، و ذهب العلامة في الإرشاد و تبعه الشارح في الروض إلى أن التعليق على الزوال لأنه السبب الموجب للصلاه، و ما النداء الوارد في الآيه إلا- من باب الإعلام بدخول الوقت و لذا لو فرض تأخر الأذان عن الزوال لسبب فيجب السعي و يحرم البيع و إن لم يؤذن المؤذن و هو الأجود، ثم إن العلامه في جملة من كتبه حرم غير البيع من العقود لا-شتراك الجميع في ترك السعي، و عن المحقق في المعتمد الاقتصار على البيع لااختصاص الآيه به، و فيه: إنما خصّ البيع بالذكر لكونه هو الغالب في المعاملات الموجهه لترك السعي.

ثم لو خالف و باع أثم إلا أن البيع صحيح لأن النهي في المعاملات غير مفسد، و ذهب الشيخ إلى البطلان لأن النهي مفسد عنده مطلقا و هو ضعيف.

(١) أي في الجمعة كيوم، ففي المدارك: «مذهب الأصحاب استحباب التنفل يوم الجمعة بعشرين ركعه زياده عن كل يوم بأربع ركعات»، قال العلامة (رحمه الله) في النهايه:

«و السبب فيه أن الساقط ركعتان فيستحب الإتيان ببدلهما، و النافله الراتبه ضعف الفرائض، و مقتضى ذلك اختصاص استحباب الزيادة بمن صلى الجمعة و الأخبار مطلقه».

أقول: سيأتي في خبر زريق استحباب صلاه العشرين و لو صلى الظهر يوم الجمعة، و يدل على هذه الزيادة خبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام: (إنما زيد في صلاه السنه يوم الجمعة أربع ركعات تعظيما لذلك اليوم، و تفرقه بينه و بين سائر الأيام) (٣).

و مثله غيره إلا أن الإسكافي ذهب إلى زياده ست ركعات لصحيح سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام: (سألته عن الصلاه يوم الجمعة: كم ركعه هي قبل الزوال؟ قال عليه السلام: ست ركعات بكره، و ست بعد ذلك اثنتا عشره ركعه، و ست ركعات بعد-

ص: ٣٠٢

٢- (٢) الجمعة الآيه: ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

العشرين (سداس) (١) مفرقه ستا ستا (فى الأوقات الثلاثة) المعهوده و هى انبساط الشمس بمقدار ما يذهب شعاعها و ارتفاعها و قيامها وسط النهار قبل الزوال، (و ركعتان) و هما الباقيتان من العشرين عن الأوقات الثلاثة تفعل (عند الزوال) بعده على الأفضل (٢)، أو قبله بيسير...

-ذلك ثمانى عشره ركعه، و ركعتان بعد الزوال فهذه عشرون ركعه، و ركعتان بعد العصر فهذه ثنتان و عشرون ركعه(١) و لكنه مهجور لإعراض الأصحاب عنه، و عن الصدوقين أنه كسائر الأيام لصحيح الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن صلاه النافله يوم الجمعة فقال: ست عشره ركعه قبل العصر ثم قال: و كان على عليه السلام: يقول ما زاد فهو خير) ٢ و لكنه لا ينافى ما دل على زياده.

(١) بأن يأتى ستا عند انبساط الشمس و ستا عند ارتفاعها و ستا قبل الزوال و بر كعتين عند الزوال على المشهور و ليس عليه دليل ظاهر من النصوص فى صحيح البنزطى عن أبى الحسن عليه السلام: (النوافل فى يوم الجمعة ست ركعات بكره و ست ركعات ضحوه و ركعتين إذا زالت الشمس، و ست ركعات بعد الجمعة)(٢) و مثله خبر يعقوب بن يقطين ٤ و خبر مراد بن خارجه ٥، نعم فى صحيح سعد الأشعري إشعار بذلك لكنه مهجور عند الأصحاب لزياده ركعتين بعد العصر.

(٢) بل بعد الفريضة و يشهد له جملة من النصوص منها: خبر محمد بن مسلم المروى فى المصباح عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن صلاه الجمعة قال: وقتها إذا زالت الشمس فصل الركعتين قبل الفريضة و إن أبطأت حتى يدخل الوقت هنيهة فابدأ بالفريضة ودع الركعتين حتى تصليهما بعد الفريضة)(٣).

و فى خبر حريرى: (سمعتة يقول: أما أنا فإذا زالت الشمس يوم الجمعة بدأت بالفريضة و أخرت الركعتين إذا لم أكن صليتهما) ٧.

و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: أيما أفضل أقدم الركعتين يوم الجمعة أو أصليهما بعد الفريضة؟ قال: تصليهما بعد الفريضة)(٤) و المرسل عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الركعتين اللتين قبل الزوال يوم الجمعة قال: أما أنا فإذا زالت الشمس بدأت بالفريضة) ٩.

ص: ٣٠٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٥ و ٧.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١٩ و ١٠ و ١٢.

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٦ و ٧.

٤- ((٨ و ٩) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ١٤ و ١٥.

على روايه (١)، و دون بسطها كذلك جعل سنه الانبساط بين الفريضةين (٢)، و دونه فعلها أجمع يوم الجمعة كيف اتفق (٣)،

فى من تأخر عن الإمام فى الصلاة

(و المزاحم) فى الجمعة (عن السجود) فى

(١) فى مرسل أبى بصير: (تقديمها أفضل من تأخيرها) (١).

و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: سألته عن ركعتى الزوال يوم الجمعة قبل الأذان أو بعده؟ قال: قبل الأذان (٢).

و خبر على بن يقطين عن أبيه: (سألت أبا الحسن عليه السلام: عن النافلة التى تصلى يوم الجمعة وقت الفريضة قبل الجمعة أفضل أو بعدها؟ قال: قبل الصلاة) (٣) بحمله على ما قبل الزوال، بل أفضليتها قبل الزوال عند الشك بدخوله لخبر عبد الرحمن بن عجلان عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا كنت شاكا فى الزوال فصل الركعتين و إذا استيقنت الزوال فصل الفريضة) (٤)، و خبر زريق عن أبى عبد الله عليه السلام: (ربما كان يقدم عشرين ركعه يوم الجمعة فى صدر النهار، فإذا كان عند زوال الشمس أذن و جلس جلسه ثم أقام و صلى الظهر، و كان لا يرى صلاه عند الزوال يوم الجمعة إلا الفريضة، و لا يقدم صلاه بين يدي الفريضة إذا زالت الشمس. إلى أن قال. و ربما كان يصلى يوم الجمعة ست ركعات إذا ارتفع النهار و بعد ذلك ست ركعات أخر و كان إذا ركعت الشمس فى السماء قبل الزوال أذن و صلى ركعتين فما يفرغ إلا مع الزوال ثم يقيم للصلاه فيصلى الظهر) (٤) و هذا الخبر صريح فى استحباب التنفل بعشرين ركعه يوم الجمعة لو صلى الظهر و لم يأت بالجمعه.

(٢) بحيث يصلى ستا عند ارتفاع الشمس و ستا عند قيامها و ركعتين عند الزوال و ستا بين الجمعة و العصر و هذا ما يدل عليه صحيح البنزطى و خبر ابن يقطين و خبر مراد بن خارجه التى تقدم الكلام فيها.

(٣) فلو أتى بها أول النهار لجاز كما يدل عليه صدر خبر زريق المتقدم و خبر عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام: (صلاه التطوع يوم الجمعة إن شئت من أول النهار، و ما تريد أن تصليه يوم الجمعة فإن شئت عجلته فصليته من أول النهار، أى النهار شئت قبل أن تزول الشمس) (٥).

ص: ٣٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٣ و ١١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٤.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجمعة حديث ٨.

الركعة الأولى (يسجد) بعد قيامهم عنه (١)، (و يلتحق) (٢) و لو بعد الركوع (٣)، (فإن لم يتمكن منه) إلى أن سجد الإمام في الثانية، و (سجد مع ثانيه الإمام نوى بهما)

الركعة (الأولى) لأنه لم يسجد لها بعد (٤)،...

(١) عن السجود.

(٢) أى يلتحق بالإمام.

(٣) من الركعة الثانية للإمام بحيث لم يرفع الإمام رأسه من الركوع و إلا لو رفع لحرم عليه المتابعه لكونه مسبقا بركن.

(٤) و تحرير المسألة على نحو يرفع الإبهام هو: لو زوحم المأموم فلم يمكنه السجود مع الإمام لم يجز له السجود على ظهر غيره أو رجليه بالاتفاق منا خلافا لبعض العامة حيث جَوِّز ذلك، فإن أمكنه السجود بعد قيام الإمام و اللحاق به قبل الانتهاء من الركوع فعل ذلك و صحت جمعته بلا خلاف فيه، و قد وقع مثله في صلاة عسفان حيث سجد النبي صلى الله عليه و آله و سلم و بقي صف لم يسجد معه، و السبب في الجميع هو الحاجة و الضروره.

ثم إذا لم يمكنه السجود حتى سجد الإمام للثانية فيسجد معه من دون متابعته في الركوع و إلا تبطل صلاته لزياده الركن خلافا لمالك و الشافعي، و إذا سجد معه فينوي أنهما سجدتان للأولى ثم يأتي بركعه ثانية لنفسه بعد تسليم الإمام و تصح جمعته بلا خلاف فيه بيننا.

نعم لو نوى أن السجدتين للثانية قيل بالبطلان كما عن الشيخ في النهاية و القاضى فى المذهب و المحقق فى المعتمد و النافع و الفاضل فى القواعد و جماعه لعدم جواز الاعتداد بهما ما دام لم تثبت له ركعه تامه و لو أعادهما للأولى للزم زياده الركن و هو موجب للبطلان.

و ذهب الشيخ فى المبسوط و المرتضى و يحيى بن سعيد و جماعه بأنه لو سجد للثانية فيحذفهما ثم يسجد سجدتين للأولى فتكمل له ركعه ثم يتمها بأخرى لخبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل أدرك الجمعة و قد ازدحم الناس فكبر مع الإمام و ركع و لم يقدر على السجود، و قام الإمام و الناس فى الركعة الثانية و قام هذا معهم فركع الإمام و لم يقدر هذا على الركوع فى الركعة الثانية من الزحام و قدر على السجود كيف يصنع؟

فقال عليه السّلام: أما الركعة الأولى فهى إلى عند الركوع تامه فلما لم يسجد لها حتى دخل فى الركعة الثانية لم يكن ذلك له، فلما سجد فى الثانية فإن كان نوى هاتين السجدتين للركعة الأولى فقد تمت له الأولى، فإذا سلم الإمام قام فصلى ركعه، فيسجد فيها ثم يتشهد و يسلم، و إن كان لم ينو السجدتين للركعة الأولى لم تجز عنه الأولى و لا الثانية، -

أو يطلق فتتصرفان إلى ما فى ذمته (١).

و لو نوى بهما الثانية بطلت الصلاة لزياده الركن فى غير محله، و كذا لو زوحم عن ركوع الأولى، و سجودها، فإن لم يدركهما مع ثانية الإمام (٢) فانت

و عليه أن يسجد سجدتين ينوى أنهما للركعة الأولى، و عليه بعد ذلك ركعة ثانية يسجد فيها (١) و نوقش بأن حفص بن غياث عامى، و قال فى الذكرى: «ليس ببعيد العمل بهذه الرواية لاشتهارها بين الأصحاب و عدم وجود ما ينافيها فى هذا الباب».

(١) فيكونان للأولى و كذا مع الذهول عن القصد كما فى المدارك.

(٢) فلو أدركهما مع ثانية الإمام قبل الركوع فتصح لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل صلى فى جماعه يوم الجمعة فلما ركع الإمام ألجأه الناس إلى جدار أو أسطوانه فلم يقدر على أن يركع و لا يسجد حتى رفع القوم رءوسهم، أ يركع ثم يسجد و يلحق بالصف و قد قام القوم أم كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يركع و يسجد ثم يقوم فى الصف و لا بأس بذلك) (٢)، و قد رواه الشيخ فى التهذيب بزياده: (فهل يجوز له أن يركع و يسجد وحده ثم يستوى مع الناس فى الصف؟ فقال عليه السّلام: نعم لا بأس بذلك) ٣. هذا كله إذا أدرك الإمام قبل أن يرفع رأسه من ركوع الثانية، و أما لو أدركه بعد رفع رأسه من ركوع الثانية فعن التذكرة و النهاية الإشكال فى إدراكه الجمعة لأنه لم يدرك مع الإمام ركوعا، و عن المنتهى و الذكرى أنه أدرك مع الإمام ركعة حكما متمسكين بإطلاق صحيح عبد الرحمن المتقدم، و فيه: إنه ظاهر بل صريح فى اشتراط إدراكه قبل الانتهاء من الركوع.

و لو لم يدركهما حتى رفع الإمام رأسه من السجود فهل يجب عليه قطعها و استئنافها ظهرا و هو الذى تقتضيه قواعد المذهب أو يجب عليه العدول إلى الظهر لانعقادها صحيحه مع النهى عن قطعها و هو اختيار المحقق فى المعتمد أو أنه يتمها جمعه لأن الجماعه إنما تعتبر ابتداء لا استدامه كما استظهره فى المدارك، و فيه: إن الجمعة قد فاتته لعدم إدراكه ركعة مع الإمام فيجب استئنافها ظهرا حينئذ. و لذا من لم يحضر الخطبه و أول الصلاة و أدرك مع الإمام ركعة صلى جمعه بالإجماع للأخبار منها: صحيح الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من أدرك ركعة فقد أدرك الجمعة) (٣).

ص: ٣٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٦.

الجمعه لا يشترط إدراك ركعه منها معه، و استأنف الظهر مع احتمال العدول لانعقادها صحيحه، و النهى عن قطعها مع إمكان صحتها (١).

فى صلاة العيدين

فى شروطها و كيفيتها

(و منها صلاة العيدين) (٢). و أحدهما عيد مشتق من العود لكثرة عوائد الله تعالى فيه على عباده، و عود السرور و الرحمه بعوده، و ياؤه منقلبه عن واو، و جمعه على أعياد غير قياس، لأن الجمع يردّ إلى الأصل، و التزموه كذلك للزوم الياء فى مفرده و تميزه عن جمع العود.

(و تجب) صلاة العيدين وجوبا عينيا (٣) (بشروط الجمعة) العينيه (٤)، أما

و صحيح عبد الرحمن العزمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا أدركت الإمام يوم الجمعة و قد سبقك بركعه فأضف إليها ركعه أخرى و اجهر فيها فإن أدركته و هو يتشهد فصل أربعاً) (١).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا أدركت الإمام قبل أن يركع الركعه الأخيره فقد أدركت الصلاه و إن أنت أدركته بعد ما ركع فهى الظهر أربع) (٢).

(١) أى صحه الجمعة كما اختاره سيد المدارك على ما تقدم.

(٢) العيدان هما اليومان المعروفان من الفطر و الأضحى، و احدهما عيد، و ياؤه منقلبه عن واو لأنه مأخوذ من العود، إما لكثرة عوائد الله تعالى فيه على عباده و إما لعود السرور و الرحمه بعوده، و الجمع أعياد على غير قياس لأن حق الجمع رد الشىء إلى أصله، و إنما فعلوا ذلك للزوم الياء فى مفرده و للفرق بين جمعه و بين جمع عود الخشب.

(٣) بلا شبهه و لا إشكال و هو مما لا خلاف فيه و يدل عليه قوله تعالى: قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَبَّأً (٢) ففى خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السّلام فى تفسير هذه الآية: (يعنى صلاة العيد فى الجبانه) (٣) و فى مرسل الفقيه: (سئل الصادق عليه السّلام عن قول الله (عز و جل): قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى . قال: من أخرج الفطره، فقيل له:

وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَبَّأً . قال: خرج إلى الجبانه فصلّى) (٤) و للأخبار منها: صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (صلاه العيدين فريضه و صلاه الكسوف فريضه) (٥).

(٤) و أهمها حضور المعصوم عليه السّلام أو نائبه بلا خلاف فيه و ادعى عليه الإجماع كما عن غير -

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ٥ و ٣.
- ٢- (٣) الأعلى الآيه: ١٤-١٥.
- ٣- (٤) مستدرك الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة العيد حديث ٢.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة العيد حديث ٤.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.

-واحد و للأخبار منها: موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (قلت له: متى نذبح؟ قال عليه السلام: إذا انصرف الإمام، قلت: فإذا كنت في أرض ليس فيها إمام فأصلي بهم جماعة؟ قال: إذا استقلت الشمس، و قال: لا بأس بأن تصلي وحدك و لا صلاة إلا مع إمام) (١) و هو ظاهر في إمام الأصل لمقابلته مع صلاة الجماعة عند عدم حضوره عليه السلام، و هو من أوضح الأخبار على اشتراط المعصوم في وجوب صلاة العيدين و إلا- فقد وردت جملة من الأخبار أوردها الشيخ الحر في وسائله إلا أنه قد نوقشت بأنها غير ظاهره في إمام الأصل أعني المعصوم بل هي ظاهره في إمام الجماعة بحيث تشترط الجماعة في صلاة العيدين، و المناقشه ضعيفه في بعضها و هي غير وارده في الموثق المذكور.

و خبر عبد الله بن زبيران عن أبي جعفر عليه السلام: (يا عبد الله ما من يوم عيد للمسلمين أضحى و لا فطر إلا و هو يجدد الله لآل محمد عليهم السلام فيه حزنا، قلت: و لم؟ قال: إنهم يرون حقهم في أيدي غيرهم) (٢) و هو دال على أن إقامه صلاة العيدين من مناصب الإمامه كالجمعه و مما يدل على ذلك أيضا دعاء السجاده عليه السلام في الصحيفة السجادية و كان يدعو به في الجمعه و ثاني العيدين: (اللهم إن هذا المقام مقام لخلفائك و أصفيائك و مواضع أمانتك في الدرجه الرفيعه التي اختصاصتكم بها قد ابتزوها و أنت المقدر لذلك إلى أن قال. حتى عاد صفوتك و خلفائك مغلوبين مقهورين مبتزين يرون حكمك مبدلا و كتابك منبوذا) (٣).

و استشكل فيه سيد المدارك حتى ذهب صاحب الحدائق إلى وجوبها على الجامع و المنفرد في حال الغيبه و هو ضعيف لما ذكرناه من الأدله.

و اشتراط الجماعة للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (من لم يصل مع الإمام في جماعه يوم العيد فلا صلاة له و لا قضاء عليه) (٤).

و اشتراط العدد للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (أنه قال: في صلاة العيدين إذا كان القوم خمسسه أو سبعة فإنهم يجمعون الصلاه كما يصنعون يوم الجمعه) (٥).

و اشتراط الخطبه سيأتي ما يدل عليه.

ص: ٣٠٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة العيد حديث ٦.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.
- ٣- (٣) الصحيفة السجادية رقم الدعاء ٤٨.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة العيد حديث ٣.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.

التخيرييه فكاختلال الشرائط (١) لعدم إمكان التخيير هنا (٢)،(و الخطبتان بعدها) (٣) بخلاف الجمعة، و لم يذكر وقتها (٤) و هو ما بين طلوع الشمس و الزوال (٥)، و هي ركعتان (٦) كالجمعه (و يجب فيها التكبير زائدا عن المعتاد) من تكبيره الإحرام،

(١)و المعنى لا تجب صلاه العيدين تخيرا كعدم وجوبها إذا اختل شيء من شرائطها.

(٢)لعدم وجود بدل لها بخلاف الجمعة فبدلها الظهر عند الفوات.

(٣)بلا- خلاف فيه منا و من غيرنا إلا عثمان بن عفان فقد قدّمهما على الصلاه بدعه لأنه لما أحدث إحداثه كان إذا فرغ من الصلاه قام الناس ليرجعوا فلما رأى ذلك قدم الخطبتين و احتبس الناس للصلاه و يدل على ذلك أخبار كثيره منها: خبر معاويه: (سألته عن العيدين فقال: ركعتان. إلى أن قال. و الخطبه بعد الصلاه و إنما أحدث الخطبه قبل الصلاه عثمان)(١).

و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام في صلاه العيدين: (الصلاه قبل الخطبتين بعد القراءه سبع في الأولى و خمس في الأخيره، و كان أول من أحدثها بعد الخطبه عثمان لما أحدث إحداثه كان إذا فرغ من الصلاه قام الناس ليرجعوا، فلما رأى ذلك قدّم الخطبتين و احتبس الناس للصلاه)٢.

(٤)أى وقت صلاه العيد.

(٥)على المشهور و يدل على أن أول وقتها طلوع الشمس أخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (ليس يوم الفطر و لا يوم الأضحى أذان و لا إقامة، أذانهما طلوع الشمس، إذا طلعت خرجوا)(٢) و تنزيل الطلوع منزله الأذان مشعر بدخول وقتها حينئذ.

و عن جماعه من القدماء التصريح بأن وقتها عند الطلوع أو عند انبساطها فلا بد من حمله على وقت الفضيله.

و يدل على أن انتهاء وقتها عند الزوال صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام:

(إذا شهد عند الإمام شاهدان أنهما رأيا الهلال منذ ثلاثين يوما أمر الإمام بالإفطار في ذلك اليوم إذا كانا شهدا قبل زوال الشمس، فإن شهدا بعد زوال الشمس أمر الإمام بإفطار ذلك اليوم و أخر الصلاه إلى الغد فصلى بهم)(٣).

(٦)بلا خلاف و يدل على ذلك الأخبار الكثيره و سيأتى التعرض لبعضها.

ص: ٣٠٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه العيد حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه العيد حديث ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاه العيد حديث ١.

و تكبير الركوع و السجود (خمسا في) الركعه (الأولى و أربعا في الثانيه) بعد القراءه فيهما في المشهور (١) (و القنوت بينهما) على وجه التجوز (٢)، و إلا فهو بعد كل تكبيره، و هذا التكبير و القنوت جزءان منها (٣)، فيجب حيث تجب، و يسنّ حيث تسنّ، فتبطل بالإخلال بهما عمدا على التقديرين.

(و يستحبّ) القنوت (بالمرسوم) (٤) و هو: «اللهمّ أهل الكبرياء و العظمه» إلى

(١) ففي صحيح إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام في صلاه العيدين قال: (يكبر واحده يفتح بها الصلاه ثم يقرأ أم الكتاب و سوره، ثم يكبر خمسا يقنت بينهما، ثم يكبر واحده و يركع بها، ثم يقوم فيقرأ أم الكتاب و سوره يقرأ في الأولى سبح اسم ربك الأعلى و في الثانيه و الشمس و ضحاها ثم يكبر أربعا و يقنت بينهما ثم يركع بالخامسه) (١).

و ما ورد من تعيين السوره محمول على الفضل لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام:

(سألته عن التكبير في العيدين قال: سبع و خمس و قال: صلاه العيدين فريضه، و سألته ما يقرأ فيهما؟ قال: و الشمس و ضحاها و هل أتاك حديث الغاشيه و أشباههما) ٢، و ما ورد من كون التكبير ثلاثا بعد القراءه و إن شاء خمسا و إن شاء سبعا كما في صحيحه زراره ٣ فهو متروك عند الأصحاب، و عن ابن الجنيد جعل التكبير في الأولى قبل القراءه و في الثانيه بعد القراءه لجملة من النصوص منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (التكبير في العيدين في الأولى سبع قبل القراءه، و في الآخره خمس بعد القراءه) (٢) و لكن الطائفة الأولى أشهر و عليها العمل لمخالفتها للعامه.

(٢) لأنه لا تكبير بعد الأخيره.

(٣) ذهب الشيخ في أحد قوليّه و المحقق إلى أنهما مستحبان لصحيح زراره المتقدم من جعل التكبير ثلاثا و إن شاء خمسا و إن شاء سبعا و هو ظاهر في استحباب التكبير و يكون القنوت تابعا له، و الأكثر على الوجوب للنصوص التي تقدم بعضها و الداله على تحديد التكبير بالخمس في الأولى و بالأربع في الثانيه.

(٤) ففي خبر محمد بن عيسى بن أبي منصور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تقول بين كل تكبيرتين في صلاه العيدين: اللهم أهل الكبرياء و العظمه و أهل الجود و الجبروت، و أهل العفو و الرحمه و أهل التقوى و المغفره، أسألك في هذا اليوم الذي جعلته للمسلمين عيدا و لمحمد صلى الله عليه و آله و سلم ذخرا و مزيدا، أن تصلى على محمد و آل محمد كأفضل ما صليت على عبد من -

ص: ٣١٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه العيد حديث ١٠ و ٤ و ١٧.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه العيد حديث ١٨.

آخره، و يجوز بغيره (١)، و بما سنح (٢)،

فى إتيانها فرادى

(و مع اختلال الشروط) الموجبه (٣) (تصلّى جماعه، و فرادى مستحبا) (٤)،...

عبادك، و صل على ملائكتك و رسلك، و اغفر للمؤمنين و المؤمنات و المسلمين و المسلمات الأحياء منهم و الأموات، اللهم
إنى أسألك خير ما سألك عبادك المرسلون، و أعود بك من شرّ ما عاذ بك منه عبادك المرسلون(١)، و فى خبر جابر عن
أبى جعفر عليه السّلام:

(كان أمير المؤمنين عليه السّلام إذا كبر فى العيدين قال بين كل تكبيرتين: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أشهد
أن محمدا عبده و رسوله، اللهم أهل الكبرياء) ٢ إلى آخر ما ذكر فى الخبر السابق.

(١) كما فى خبر بشر بن سعيد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (تقول فى دعاء العيدين بين كل تكبيرتين: الله ربى أبدا و الإسلام
دينى أبدا، و محمد نبىى أبدا، و القرآن كتابى أبدا، و الكعبه قبلتى أبدا، و على ولىى أبدا، و الأوصياء أئمتى أبدا و تسميهم إلى
آخرهم، و لا أحد إلا الله) ٣.

لكن العمل على ما فى مصباح الشيخ: (فإذا كبر قال: اللهم أهل الكبرياء و العظمه و أهل الجود و الجبروت، و أهل العفو و
الرحمه و أهل التقوى و المغفره، أسألك بحق هذا اليوم الذى جعلته للمسلمين عيدا و لمحمد صلى الله عليه و آله و سلم ذخرا و
مزيدا أن تصلى على محمد و آل محمد، و أن تدخلنى فى كل خير أدخلت فيه محمدا و آل محمد، و أن تخرجنى من كل سوء
أخرجت منه محمدا و آل محمد صلواتك عليه و عليهم، اللهم إنى أسألك خير ما سألك به عبادك الصالحون، و أعود بك
مما استعاذ منه عبادك الصالحون) (٢) و فى نسخه (عبادك المخلصون).

(٢) لاختلاف ألفاظ الدعاء فى الأخبار الكاشف عن استحبابه و عن جواز الدعاء بما شاء المصلى و لصحيح محمد بن مسلم. عن
أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن الكلام الذى يتكلم به فيما بين التكبيرتين فى العيدين، قال: ما شئت من الكلام الحسن) (٣)،
و إن كان الأولى الاقتصار على ما ورد عنهم عليهم السّلام لأنهم أعرف من غيرهم بالخطاب و مقتضى الحال.

(٣) أى الموجبه للصلاه.

(٤) على الأكثر للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من لم يشهد جماعه

ص: ٣١١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.

و لا يعتبر حينئذ (١) تباعد العيدين بفرسخ (٢). و قيل مع استحبابها تصلى فرادى

-الناس فى العيدين فليغتسل و ليتطيب بما وجد، و ليصل فى بيته وحده كما يصلى فى جماعه(١).

و خبر منصور عن أبى عبد الله عليه السلام: (مرض أبى يوم الأضحى فصلّى فى بيته ركعتين ثم ضحى)٢.

و خبر الإقبال: (روى محمد بن أبى قره بإسناده عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن صلاه الأضحى و الفطر فقال: صلها ركعتين فى جماعه و غير جماعه)٣.

و عن الصدوق فى المقنع و ابن أبى عقيل عدم المشروعيه مطلقا لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (سألته عن الصلاه يوم الفطر و الأضحى قال: ليس صلاه إلا مع إمام)٤ و مقتضى الجمع حمله على نفى الوجوب لا- المشروعيه و عن المرتضى و أبى الصلاح بل و عن المفيد و الشيخ فى التهذيب و المبسوط تعين الانفراد بها و لا تصح حينئذ جماعه، بل فى الرياض: «قواه من فضلاء المعاصرين جماعه» لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام:

(هل يؤم الرجل بأهله فى صلاه العيدين فى السطح أو فى بيت؟ قال: لا يؤم بهنّ و لا يخرجن و ليس على النساء خروج)٥، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا صلاه فى العيدين إلا مع الإمام فإن صليت وحدك فلا بأس)٦.

وفيه: إن النهى فى الأول لعدم الجماعه على النساء، و الثانى غير صريح فى تعين الانفراد إذا لم يكن إمام الأصل فضلا عن موثق سماعه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: متى يذبح؟ قال: إذا انصرف الإمام، قلت: فإذا كنت فى أرض. قريه. ليس فيها إمام فأصلى بهم جماعه فقال: إذا استقلت الشمس، و قال: لا بأس أن تصلى وحدك و لا صلاه إلا مع إمام)٧ فتقريره عليه السلام على صلاتها جماعه دليل على مشروعيتها كذلك.

(١) أى حين استحبابها.

(٢) اعلم أن المشهور إذا وجبت صلاه العيد وجب أن تكون المسافه بينها و بين الصلاه الثانيه فرسخ فما زاد كما اشترط فى الجمعة، و استدلل له بخبر ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال الناس لعلى عليه السلام: ألا تخلف رجلا يصلى بضعفه الناس فى العيدين؟-

ص: ٣١٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاه العيد حديث ١ و ٣ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه العيد حديث ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه العيد الحديث ٥ و ٦.

فى عدم قضائها

(و لو فاتت) فى وقتها لعذر و غيره (لم تقضى) فى أشهر القولين للنص (٢)، و قيل: تقضى كما فاتت، و قيل: أربعا مفصوله و قيل: موصوله و هو ضعيف المأخذ.

-فقال: لا أخالف السنه(١) بناء على أن المطلوب هو صلاه ثانيه فى البلد الواحد، و فيه:

إن المطلوب هو صلاه ثانيه فى المسجد فى قبال صلاه المعصوم فى الصحراء و يدل عليه خبر الدعائم: (قيل له: يا أمير المؤمنين. عليه السلام. لو أمرت من يصلى بضعفاء الناس يوم العيد فى المسجد قال: إنى أكره أن أسنن سنه لم يستنها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم)٢، و عليه فالذى كره عليه السّلام هو الصلاه فى المسجد لا- تكرار الصلاه فى البلد و لا أقل من الاحتمال الموجب للإجمال و استدلال باعتبار الوحده بسيره النبى صلى الله عليه و آله و سلم حيث لم يعلم إقامه صلاتين فى بلد واحد، و فيه: إنه لا يدل على المنع كما هو واضح إذ عدم الفعل أعم من الحرمة و من عدم الضروره لتكرار الفعل و لذا توقف العلامه فى التذكرة و النهايه فى اشتراط ذلك، و تابعه سيد المدارك.

و عن الشهيدين فى الذكري و الدروس و روض الجنان إن هذا الشرط معتبر عند وجوب الصلاه، و أما مع مندوبيتها فلا يمنع التعدد إذ لا دليل على اعتبار الوحده فى هذا الحال.

(١) لانتفاء المقتضى إذ لا يوجد سامع فى البين.

(٢) و هو صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (من لم يصل مع الإمام فى جماعه يوم العيد فلا صلاه له و لا قضاء عليه) (٢) و هذا ما عليه المشهور سواء كانت الصلاه واجبه أو مندوبه و سواء كان فواتها عمدا أو لعذر للإطلاق.

و عن ابن إدريس يستحب قضاؤها لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا شهد عند الإمام شاهدان أنهما رأيا الهلال منذ ثلاثين يوما أمر الإمام بالإفطار فى ذلك اليوم إذا كانا شهدا قبل زوال الشمس، فإن شهدا بعد زوال الشمس أمر الإمام بإفطار ذلك اليوم و أخر الصلاه إلى الغد فصلى بهم) (٣)، و مرفوع محمد بن أحمد: (إذا أصبح الناس صياما و لم يروا الهلال و جاء قوم عدول يشهدون على الرؤيه فليفطروا و ليخرجوا من الغد أول النهار إلى عيدهم) ٥ و العمل عليها لأن صحيح زراره ناظر إلى نفي القضاء-

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه العيد حديث ٦ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه العيد حديث ٣.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاة العيد حديث ١ و ٢.

(و يستحب الإصحار بها) (١)، مع الاختيار للاتباع (٢) (إلا- بمكه) فمسجدها أفضل (٣) (و أن يطعم) بفتح حرف المضارعه فسكون الطاء ففتح العين مضارع طعم بكسرهما كعلم أى يأكل (في) عيد (الفطر قبل خروجه) إلى الصلاة، (و في الأضحى بعد عوده من أضحيتته) بضم الهمزة و تشديد الياء، للاتباع (٤)، و الفرق

-على من فاتته الصلاة الواجبه و هذا لا ينافى استحبابها بعد خروج وقتها إذا كان لعذر عدم العلم بالعيد كما هو مورد الخبرين الأخيرين، و موافقتهما للعامه لا توجب طرحهما لعدم المعارض لهما و لذا نفى البأس عن هذا القول سيد المدارك و نسب إلى الكليني من القدماء. و عن ابن الجنيد أنه من فاتته صلاه العيد قضاها أربعاً موصولات، يعنى بتسليمتين، و عن علي بن بابويه أنه قضاها أربعاً موصولات يعنى بتسليمه واحده و يشهد لهما خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: (من فاتته صلاه العيد فليصل أربعاً) (١) و فيه: إن أبا البختری عامى و هو ضعيف و كذاب كما فى رجال النجاشى و الفهرست، و قال الشهيد فى الذكرى: «لم نقف على مأخذهما و روايه الأربع مع ضعف سندها مطلقه»، و ذلك لعدم دلالتها على أن الأربع قضاء و لذا حملها الشيخ فى التهذيب على الجواز و التخيير بين أن يصلى ركعتين كصلاه العيد و بين أربع كيف شاء من غير أن يقصد بها القضاء.

(١) للأخبار منها: معتبره على بن رئاب عن أبي بصير. يعنى ليث المرادى. عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا ينبغي أن تصلى صلاه العيدين فى مسجد مسقف، و لا فى بيت إنما تصلى فى الصحراء أو فى مكان بارز) (٢).

(٢) أى للتأسى كما فى صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يخرج حتى ينظر إلى آفاق السماء و قال: لا تصلين يومئذ على بساط و لا باريه) (٣) و مثله غيره.

(٣) لخبر حفص بن غياث عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: (السنه على أهل الأمصار أن يبرزوا من أمصارهم فى العيدين إلا أهل مكه، فإنهم يصلون فى المسجد الحرام) (٤) و مثله غيره.

(٤) لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يأكل يوم الأضحى -

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢ و ١٠ و ٣.

لائح (١) و ليكن الفطر فى الفطر، على الحلو للاتباع (٢)، و ما روى (٣) شاذا من الإفطار فيه على التربه المشرفه محمول على العله جمعا

فى كراهه التنفل قبلها و ما يستحب بعدها

(و يكره التنفل قبلها) (٤) بخصوص القبليه (٥)، (و بعدها) إلى الزوال بخصوصه للإمام و المأموم (٦) (إلا بمسجد النبى صلى الله عليه و آله و سلم) فإنه يستحب أن يقصده الخارج إليها (٧) و يصلّى به ركعتين قبل

-شيئا حتى يأكل من أضحيته، و لا يخرج يوم الفطر حتى يطعم و يؤدى الفطره، ثم قال:

و كذلك نفعل نحن (١).

(١) إذ صلاه عيد الفطر متوقف على الإفطار قبلها بخلاف صلاه عيد الأضحى فلا يتوقف على الإفطار قبلها بل هو متوقف على الأضحيه قبلها.

(٢) لخبر الجعفرىات: (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا أراد أن يخرج إلى المصلّى يوم الفطر كان يفطر على تمرات أو زبيبات) (٢)، و فى فقه الرضا: (و الذى يستحب الإفطار عليه فى يوم الفطر الزبيب، و التمر و أروى عن العالم عليه السّلام الإفطار على السكر) ٣.

(٣) لخبر النوفلى: (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: إنى أفطرت يوم الفطر على طين و تمر فقال لى:

جمعت بركه و سنه) (٣)، و فى الفقه الرضوى: (و روى أفضل ما يفطر عليه طين قبر الحسين عليه السّلام) (٤).

(٤) أى قبل صلاه العيدين.

(٥) أى ليس هناك سبب للكراهه إلا قبله صلاه العيدين و بعديتها.

(٦) ففى خبر محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الصلاه فى الفطر و الأضحى قال: ليس فيهما أذان و لا إقامة و ليس بعد الركعتين و لا قبلهما صلاه) (٥) و مثله غيره، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (صلاه العيدين مع الإمام سنه، و ليس قبلهما و لا بعدهما صلاه ذلك اليوم إلى الزوال) (٦)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام:

(لا تقض و تر ليلتك إن كان فاتك حتى تصلّى الزوال فى يوم العيدين) (٧).

(٧) أى إلى صلاه العيد.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاة العيد حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) مستدرك الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاة العيد حديث ١ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.
- ٤- (٥) مستدرك الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاة العيد حديث ٢.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة العيد حديث ٤.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة العيد حديث ٢.
- ٧- (٨) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة العيد حديث ٩.

خروجه للاتباع (١). نعم لو صليت (٢) في المساجد لعذر، أو غيره استحَبَّ صلاه التحية للداخل (٣) وإن كان مسبقا والإمام يخطب لفوات الصلاة (٤) المسقط (٥) للمتابعه (٦) (و يستحب التكبير) في المشهور (٧)، وقيل يجب للأمر به (في الفطر)

(١) لخبر محمد بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام: (ركعتان من السنه ليس تصليان في موضع إلا في المدينة، قال: تصلى في مسجد الرسول صلى الله عليه وآله وسلم في العيد قبل أن يخرج إلى المصلى ليس ذلك إلا بالمدينة، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فعله) (١).

(٢) أي صلاة العيد.

(٣) قال الشارح في الروض: «و لو أقيمت الصلاة في مسجد لعذر استحَبَّ صلاه التحية فيه أيضا لأنه موضع ذلك، قال في التذكرة: و صلى و إن كان الإمام يخطب و لا يصلى العيد لأنه إنما سنَّ له الاشتغال مع الإمام بما أدرك، لا قضاء ما فاتته» انتهى.

(٤) أي صلاة العيد و قد فاتته لأن الخطبه بعد الصلاة في العيد.

(٥) صفه للفوات.

(٦) أي متابعه الإمام فما دام قد فاتته صلاة العيد مع الإمام فلا يلزم المأموم متابعه الإمام في الخطبه فلا مانع من الاشتغال بصلاه التحية حينئذ.

(٧) خلافا للمرتضى في الانتصار حيث ذهب للوجوب، و مستند المشهور روايه سعيد النقاش: (قال أبو عبد الله عليه السلام لى: أما أن في الفطر تكبيرا و لكنه مسنون، قال:

قلت: و أين هو؟ قال: في ليله الفطر في المغرب و العشاء الآخرة، و في صلاه الفجر و في صلاه العيد ثم يقطع، قال: قلت: كيف أقول؟ قال: تقول: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله و الله أكبر، الله أكبر و لله الحمد الله أكبر على ما هدانا، و هو قول الله (عز و جل) وَ لَتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ . يعنى الصيام. وَ لَتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا هَدَاكُمْ (٢). و هو صريح في الاستحباب و عليه يحمل خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام: (كتب إلى المأمون: و التكبير في العيدين واجب في الفطر في دبر خمس صلوات و يبدأ به في دبر صلاة المغرب ليله الفطر) ٣، و خبر الأعمش: (و التكبير في العيدين واجب، أما في الفطر ففي خمس صلوات مبتدأ به من صلاة المغرب ليله الفطر إلى صلاة العصر من يوم الفطر و هو أن يقال: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله و لله الحمد، الله أكبر على ما هدانا و الحمد لله على أما أبلانا لقوله (عز و جل):. وَ لَتُكْمِلُوا الْعِدَّةَ وَ لَتُكَبِّرُوا اللَّهَ عَلَى مَا -

ص: ٣١٦

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة العيد حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاة العيد حديث ٢ و ٥.

(عقيب أربع) صلوات (أولها المغرب ليلته (١)، و في الأضحى (٢) عقيب خمس عشره)

صلاه للناسك (بمنى (٣)، و) عقيب (عشر بغيرها)، و بها لغيره (٤)(أولها ظهر يوم النحر) و آخرها صبح آخر التشريق، أو ثانيه (٥) و لو فات بعض هذه الصلوات كبر

- هَدَاكُمْ . و بالأضحى في الأمصار في دبر عشر صلوات مبتدأ به من صلاه الظهر يوم النحر إلى صلاه الغداه يوم الثالث، و في منى في دبر خمس عشره صلاه مبتدأ به من صلاه الظهر يوم النحر إلى صلاه الغداه يوم الرابع، و يزداد في هذا التكبير: و الله أكبر على ما رزقنا من بهيمه الأنعام(١).

(١) أى ليله العيد و ينتهى عقيب صلاه العيد كما هو المشهور و يدل عليه خبر النقاش المتقدم، و عن الصدوق ضم الظهرين إلى هذه الصلوات الأربع و مستنده خبر الأعمش المتقدم، و الحمل على اختلاف مراتب الفضل هو المتعين، و عن ابن الجنيد ضم النوافل أيضا و لم يعرف مستنده، و قيل: إن مستنده هو حسن ذكر الله على كل حال و هو كما ترى.

(٢) و مستند الاستحباب فيه صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام: (سألته عن التكبير أيام التشريق أ واجب هو أم لا؟ قال: يستحب فإن نسي فليس عليه شيء)(٢).

(٣) أولها ظهر يوم العيد و آخرها صبح اليوم الثالث عشر كما في خبر الأعمش المتقدم و صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن التكبير في أيام التشريق في دبر الصلوات فقال: التكبير في منى في دبر خمس عشره صلاه و في سائر الأمصار في دبر عشر صلوات، و أول التكبير في دبر صلاه الظهر يوم النحر تقول فيه: الله أكبر الله أكبر لا إله إلا الله و الله أكبر، الله أكبر و لله الحمد الله أكبر على ما هداانا، الله أكبر على ما رزقنا من بهيمه الأنعام. و إنما جعل في سائر الأمصار في دبر عشر صلوات لأنه إذا نفر الناس في نفر الأول أمسك أهل الأمصار عن التكبير، و كبر أهل منى ما داموا بمنى إلى نفر الأخير)(٣).

(٤) أى و بعشر لغير الناسك إن كان بمنى، لأن التكبير عقيب خمس عشره كما في الأخبار لمن كان في منى منصرف إلى خصوص الناسك فيها.

(٥) أى ثانى أيام التشريق لمن كان بغير منى أو لغير الناسك بها.

ص: ٣١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاه العيد حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه العيد حديث ١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه العيد حديث ٢.

مع قضائها (١)، و لو نسي التكبير خاصه أتى به حيث ذكر (٢) (و صورته: «الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، و الله أكبر، الله أكبر على ما هدانا» (٣)، و يزيد في)

تكبير (الأضحى) على ذلك (الله أكبر على ما رزقنا من بهيمة الأنعام) (٤) و روى فيهما (٥) غير ذلك بزياده و نقصان (٦)، و في الدروس اختار: «الله أكبر» ثلاثا، لا إله إلا الله، و الله أكبر الحمد لله على ما هدانا و له الشكر على ما أولانا» و الكل جائز (٧)، و ذكر الله حسن على كل حال.

في ما لو اتفق عيد و جمعه

(و لو اتفق عيد و جمعه (٨) تخير القروى) الذى حضرها في البلد من قريه قريه

(١) أى قضاء هذه الصلاه الفائته و لو في غير أيام التشريق لعموم اقض ما فات كما فات، مع أن في الأخبار اختصاص التكبير عقيب هذه الصلوات في أيام التشريق فقط.

(٢) و إن كان الأمر بالتكبير عقيب الصلوات لكن مع النسيان فيؤتى بالتكبير عند الالتفات لقاعده الميسور و المعسور، مع أنه قد تقدم صحيح على بن جعفر بعدم التكبير لو نسيه عقيب الصلاه.

(٣) على المشهور مع زياده (و له الشكر على ما أولانا)، و الذى يدل على تثنيه التكبير أولا خبر النقاش المتقدم المروى في بعض نسخ التهذيب و خبر الأعمش المتقدم، مع أن خبر النقاش المروى في الكافي و الفقيه و أكثر نسخ التهذيب تثليث التكبير أولا كما نقلناه سابقا.

و في خبر النقاش المتقدم: (لا إله إلا الله و الله أكبر و لله الحمد) و التحميد الأخير محذوف في قول المشهور، بل عبارات الأصحاب مختلفه في كيفية التكبير اختلافا فاحشا و العمده فيه خبر النقاش المتقدم.

(٤) كما في خبر الأعمش المتقدم.

(٥) في التكبيرين في الفطر و الأضحى.

(٦) راجع الوسائل الباب. ٢٠ و ٢١. من أبواب صلاه العيد.

(٧) إما لأنه مروى و إما لحسن ذكر الله على كل حال.

(٨) يتخير من صلى العيد في حضور الجمعه على المشهور بين الأصحاب لصحيح الحلبي:

(سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الفطر و الأضحى إذا اجتمعا يوم الجمعه فقال: اجتمعا في زمان على عليه السلام فقال: من شاء أن يأتي الجمعه فليأت و من قعد فلا يضره و ليصل الظهر) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.

كانت، أم بعيده،(بعد حضور العيد في حضور الجمعة) فيصلّيها واجبا (١) و عدمه (٢) فتسقط و يصلّي الظهر، فيكون وجوبها عليه تخييرا (٣)، و الأقوى عموم التخيير (٤) لغير الإمام، و هو الذي اختاره (٥) المصنف في غيره (٦) أما هو (٧) فيجب عليه الحضور (٨)، فإن تمت الشرائط صلاها، و إلا سقطت عنه، و يستحب له

و خصّ ابن الجنيد الرخصة بالبعيد النائي لخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (إن على بن أبي طالب عليه السّلام كان يقول: إذا اجتمع عيدان للناس في يوم واحد فإنه ينبغي للإمام أن يقول للناس في خطبته الأولى إنه قد اجتمع لكم عيدان فأنا أصليهما جميعا، فمن كان مكانه قاصيا فأحبّ أن ينصرف عن الآخر فقد أذنت له) (١)، و خبر سلمه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (اجتمع عيدان على عهد أمير المؤمنين عليه السّلام فخطب الناس فقال: هذا يوم اجتمع فيه عيدان فمن أحبّ أن يجمع معنا فليفعل، و من لم يفعل فإن له رخصه، يعني من كان متنجسا) ٢. و هما صريحان في تخصيص الرخصة بالنائي و لذا عمل بهما جماعه من المتأخرين.

ثم إن الرخصة للمأموم فقط لعدم ظهور النصوص فيما يشمله بل ظاهر خبر إسحاق خلافه فيجب على الإمام الحضور كما قطع بذلك جمع من الأصحاب منهم السيد المرتضى، فما عن الشيخ في الخلاف من تخيير الإمام أيضا ليس في محله.

و عن القاضي و الحلبيين عدم الرخصة لقصور النصوص عن تخصيص أدله وجوب الجمعة، و فيه: إن خبر الحلبي صحيح السند و مؤيد بعمل الأصحاب فيتعين العمل به.

(١) أي الجمعة عند حضوره.

(٢) أي عدم الحضور.

(٣) بعد ما كانت عليه عينا.

(٤) للنائي و غيره من المأمومين كما هو المشهور لإطلاق صحيح الحلبي لكن عرفت بلا بديه تقييده.

(٥) أي اختار عموم التخيير.

(٦) في غير هذا الكتاب.

(٧) أي الإمام.

(٨) قد تقدم الكلام فيه.

ص: ٣١٩

إعلام الناس بذلك في خطبه العيد (١).

في صلاة الآيات

إشاره

(و منها. صلاة الآيات)

في سبها

جمع آيه و هي العلامه، سميت بذلك (٢) الأسباب (٣) المذكوره لأنها علامات على أهوال الساعه، و أخاويها (٤)، و زلازلها، و تكوير الشمس، و القمر،(و)

الآيات التي تجب لها الصلاه (هي الكسوفان) (٥) كسوف الشمس، و خسوف القمر

(١)تأسيا بأمر المؤمنين كما في صحيح الحلبي و خبر سلمه المتقدمين، بل و هو مما ينبغي فعله على كل إمام كما في خبر إسحاق بن عمار المتقدم.

(٢)أى بالآيات.

(٣)نائب فاعل لفعل (سميت)، و تسمى هذه الصلاه بصلاه الكسوف الشامل لاحتجاب القمرين لكثرة وقوعه بالنسبه إلى غيره من الآيات، مع ورود أكثر النصوص به ففي صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (كل أخاويف السماء من ظلمه أو ريح أو فزع فصلّ له صلاه الكسوف حتى يسكن) (١)، و في خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام: (إنما جعل للكسوف صلاه، لأنه من آيات الله (تبارك و تعالي)، لا يدرى الرحمه ظهرت أم لعذاب؟ فأحبّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم أن تفرع أمته إلى خالقها و راحمها عند ذلك ليصرف عنهم شرها و يقيهم مكروهها، كما صرف عن قوم يونس حين تضرعوا إلى الله (عز و جل) (٢).

(٤)جمع أخواف الذي هو جمع خوف.

(٥)بالاتفاق للأخبار منها: خبر علي بن عبد الله عن أبي الحسن موسى عليه السّلام: (لما قبض إبراهيم بن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جرت فيه ثلاث سنن، أما واحده فإنه لما مات انكسفت الشمس فقال الناس: انكسفت الشمس لفقد ابن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فصعد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم المنبر فحمد الله و أثنى عليه ثم قال: يا أيها الناس إن الشمس و القمر آيتان من آيات الله، يجريان بأمره مطيعان له، لا ينكسفان لموت أحد و لا لحياته، فإذا انكسفتا أو واحده منهما فصلوا، ثم نزل فصلى بالناس صلاه الكسوف) (٣).

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من صلاة الكسوف حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من صلاة الكسوف حديث ٣.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١٠.

ثانها باسم أحدهما تغليبا (١)، أو لإطلاق الكسوف عليهما حقيقه، كما يطلق الخسوف على الشمس أيضا، واللام للعهد الذهني و هو الشائع من كسوف النيرين، دون باقى الكواكب (٢)، و انكساف الشمس بها (٣) (و الزلزله) (٤) و هى رجفه الأرض (و الريح السوداء أو الصفراء، و كلّ مخوّف سماويّ) (٥) كالظلمه

(١) قال فى القاموس: «يقال كسف الشمس و القمر كسوا احتجا كانكسفا، و الله إياهما حجبهما، و الأحسن فى القمر خسف و فى الشمس كسفت»، و عن الجوهرى فى الصحاح جعل انكسفت الشمس من كلام العامه، و هو و هم لأن الأخبار مملوءه به كالخبر المتقدم.

(٢) أى دون كسوف باقى الكواكب فلا تجب الصلاه لعدم دليل عليه فى النصوص و الأصل البراءه.

(٣) أى بالكواكب فلا- تجب الصلاه كما هو المشهور لانصراف الأخبار عنه و ظهوره بانكساف الشمس و القمر فقط لأنه المتعارف.

(٤) لخبر سليمان الديلمى: (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الزلزله ما هى؟ فقال: آيه، ثم ذكر سببها. إلى أن قال. قلت: فإذا كان ذلك ما أصنع؟ قال: صلّ صلاه الكسوف) (١) و مثله غيره، و هو مطلق سواء حصل منها خوف أو لا.

(٥) على المشهور لصحيح زراره و محمد بن مسلم: (قلنا لأبى جعفر عليه السلام: هذه الرياح و الظلم التى تكون هل يصلى لها؟ فقال عليه السلام: كل أخاويف السماء من ظلمه أو ريح أو فزع فصلّ له صلاه الكسوف حتى يسكن) (٢)، و عن البعض و لم يعرف قائله كما فى الشرائع الاستجاب، و نقل عن أبى الصلاح عدم تعرضه لغير الكسوفين و على كل فاستدل له:

بمرسل الفقيه: (و كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم إذا هبّت ريح صفراء أو حمراء أو سوداء تغيّر وجهه و اصفر لونه و كان كالخائف الوجل حتى تنزل من السماء قطره من مطر فيرجع إليه لونه و يقول: جاءكم بالرحمه) (٣) و ظاهره ترك النبى للصلاه.

و فيه: أنه ليس فى مقام بيان ما يجب فعله عند حدوث الريح حتى يستكشف من عدم-

ص: ٣٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ١.

٣- (٣) الفقيه باب ٨١، حديث ٢٠.

السوداء أو الصفراء المنفكة عن الريح، و الريح العاصفه زياده على المعهود و إن انفكت عن اللونين (١) أو اتصفت بلون ثالث.

و ضابطه: ما أخاف معظم الناس (٢)، و نسبه الأخاوييف إلى السماء باعتبار كون بعضها فيها (٣)، أو أراد بالسماء مطلق العلو، أو المنسوبة إلى خالق السماء و نحوه (٤) لإطلاق نسبه (٥) إلى الله تعالى كثيرا. و وجه وجوبها للجميع صحيحه زراره (٦) عن الباقر عليه السلام المفيده للكل، و بها يضعف قول من خصّ بها بالكسوفين (٧)، أو أضاف إليهما شيئا مخصوصا كالمصنف فى الألفيه (٨).

و هذه الصلاه ركعتان فى كل ركعه سجدتان، و خمس ركوعات، و قيامات (٩)،...

-الذكر عدم وجوب الصلاه بالإضافه إلى صحيح ابن مسلم و يريد عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام: (إذا وقع الكسوف أو بعض هذه الآيات فصلّها ما لم تتخوف أن يذهب وقت الفريضة) (١).

(١) الأسود و الأصفر.

(٢) إذ لا عبره بخوف النادر أو بغير المخوف لأن النصوص بعضها مختص بالخوف و بعضها لا يعم غيره.

(٣) أى فى السماء فيشمل ما لو كان المخوف أرضيا كما عن جماعه و فيه: إن النصوص منصرفه عنه بل بعضها ظاهر فى المخوف السماوى فقط كصحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم: (كل أخاوييف السماء من ظلمه أو ريح أو فزع فصلّ له صلاه الكسوف حتى يسكن).

(٤) كخالق السماء و فاطر السماء و لو ترك لفظ «و نحوه» لكان أولى.

(٥) أى نسبه السماوى.

(٦) بل صحيحه زراره و محمد بن مسلم و قد تقدمت أكثر من مره.

(٧) كأبى الصلاح لأنه ترك ذكر غيرهما.

(٨) حيث قال فيها. على ما نقل. «و أما الآيات فهى الكسوفان و الزلزله و كل ريح مظلّمه سوداء أو مخوفه».

(٩) أى و خمس قيامات.

ص: ٣٢٢

في كيفيتها

(و يجب فيها النيء، و التحريمه، و قراءه الحمد، و سورہ، ثم الركوع،)

(١) أي و خمس قراءات كل ذلك للأخبار منها: خبر عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام: (انكسفت الشمس في زمان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فصلى بالناس ركعتين) (١).

و صحيح الفضلاء عن كليهما أو أحدهما عليهما السلام: (إن صلاة كسوف الشمس و القمر و الرجفة و الزلزله عشر ركعات و أربع سجديات، صلاها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و الناس خلفه في كسوف الشمس. إلى أن قال. فتكبر بافتتاح الصلاة ثم تقرأ أم الكتاب و سورہ ثم تركع ثم ترفع رأسك من الركوع فتقرأ أم الكتاب و سورہ ثم تركع ثانيه، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقرأ أم الكتاب و سورہ ثم تركع الثالثه، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقرأ أم الكتاب و سورہ ثم تركع الرابعه، ثم ترفع رأسك من الركوع فتقرأ أم الكتاب و سورہ ثم تركع الخامسه، فإذا رفعت رأسك قلت: سمع الله لمن حمده، ثم تخزّ ساجدا فتسجد سجدتين، ثم تقوم فتصنع مثل ما صنعت في الأولى، قلت: و إن هو قرأ سورہ واحده في الخمس ركعات يفرّقها. ففرّقها. بينها؟ قال: أجزاء أم الكتاب في أول مره، فإن قرأ خمس سور مع كل سورہ أم الكتاب، و القنوت في الركعه الثانيه قبل الركوع إذا فرغت من القراءه، ثم تقنت في الرابعه مثل ذلك، ثم في السادسه، ثم في الثامنه، ثم في العاشره) (٢).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن صلاة الكسوف كسوف الشمس و القمر، قال: عشر ركعات و أربع سجديات يركع خمسا ثم يسجد في الخامسه، ثم يركع خمسا ثم يسجد في العاشره، و إن شئت قرأت سورہ في كل ركعه و إن شئت قرأت نصف سورہ في كل ركعه، فإذا قرأت سورہ في كل ركعه فاقراً فاتحه الكتاب، و إن قرأت نصف سورہ أجزاءك أن لا تقرأ فاتحه الكتاب إلا- في أول ركعه حتى تستأنف أخرى، و لا- تقل سمع الله لمن حمده في رفع رأسك من الركوع إلا في الركعه التي تريد أن تسجد فيها) (٣).

و هما متضمنان لغالب أحكام صلاة الكسوف و عليهما العمده و العمل مع صحيح زراره و محمد بن مسلم الآتي ذكره و ما ورد أنها ركعتان في أربع سجديات و أربع ركعات كما في خبر أبي البختری (٣) أو أنها ثمان ركعات كما يصلى ركعه و سجدتين كما في خبر أبي بصير ٥ فهو مردود إلى أهله.

ص: ٣٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١ و ٧.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٤ و ٥.

(ثم يرفع) رأسه منه إلى أن يصير قائماً مطمئناً، (و يقرأؤهما) (١) هكذا (خمسا ثم يسجد سجدتين، ثم يقوم إلى الثانيه و يصنع كما صنع أولاً) هكذا هو الأفضل (و يجوز) له الاقتصار على (قراءة بعض السوره) و لو آيه (الكل ركوع. و لا يحتاج إلى) قراءه (الفاتحه إلا- في القيام الأول) و متى اختار التبويض (فيجب إكمال سوره في كل ركعه مع الحمد مره) بأن يقرأ في الأول (٢) الحمد و آيه، ثم يفرّق الآيات على باقى القيامات بحيث يكملها في آخرها، (و لو أتم مع الحمد في ركعه سوره)

أى قرأ في كل قيام منها الحمد و سوره تامه (و بعض في) الركعه (الأخرى) كما ذكر (جاز (٣) بل لو أتم السوره في بعض الركوعات، و بعض في آخر جاز) (٤).

و الضابط: أنه متى ركع عن سوره تامه و جب في القيام عنه (٥) الحمد و يتخير بين إكمال سوره معها (٦) و تبويضها (٧)، و متى ركع عن بعض سوره يتخير في القيام بعده (٨) بين القراءه من موضع القطع (٩)...

(١) أى الحمد و سوره.

(٢) أى فى القيام الأول.

(٣) كما يستفاد ذلك من صحيح الرهط المتقدم.

(٤) كما يستفاد من صحيح الحلبي المتقدم.

(٥) عن هذا الركوع.

(٦) مع الحمد.

(٧) أى تبويض السوره.

(٨) بعد الركوع.

(٩) بالنسبه للسوره و يدل عليه صحيح زراره و محمد بن مسلم: (سألنا أبا جعفر عليه السلام عن صلاه الكسوف كم هى ركعه أو كيف نصلها؟ فقال: هى عشر ركعات و أربع سجادات، تفتتح الصلاه بتكبيره و تركع بتكبيره و ترفع رأسك بتكبيره إلا فى الخامسة التى تسجد فيها و تقول: سمع الله لمن حمده، و تقنت فى كل ركعتين قبل الركوع فتطيل القنوت و الركوع على قدر القراءه و الركوع و السجود، فإن فرغت قبل أن ينجلي فاقعد و ادع الله حتى ينجلي فإن انجلي قبل أن تفرغ من صلاتك فأتهم ما بقى و تجهر بالقراءه، قلت: كيف القراءه فيها؟ فقال: إن قرأت سوره فى كل ركعه فاقراً فاتحه الكتاب، فإن نقصت من السور شيئاً فاقراً من حيث نقصت و لا تقرأ فاتحه الكتاب، قال: و كان يستحب أن يقرأ فيها بالكهف و الحجر إلا أن يكون إماماً يشقّ على من خلفه، و إن -

و من غيره (١) من السوره متقدّما و متأخرا، و من غيرها (٢)، و تجب إعادته الحمد فيما عدا الأول (٣) مع احتمال عدم الوجوب (٤) فى الجميع (٥). و يجب مراعاة سوره (٦) فصاعدا (٧) فى الخمس و متى سجد و جب إعادته الحمد سواء كان سجوده عن سوره تامه (٨) أم بعض سوره (٩) كما لو كان قد أتم سوره قبلها فى الركعه، ثم له

-استطعت أن تكون صلاتك بارزا لا يجتلك بيت فافعل، و صلاه كسوف الشمس أطول من صلاه كسوف القمر، و هما سواء فى القراءه و الركوع و السجود(١).

و هو ظاهر فى وجوب القراءه من حيث ما قطع من السوره و هو الحجه على الشهيدين حيث جوزا القراءه من أى موضع شاء من السوره سواء كان من حيث قطع أو متقدما عليه أو متأخرا عنه، و هو ظاهر فى وجوب إكمال السوره المقطوعه و هو الحجه على الشهيدين تبعا للشيخ فى المبسوط من جواز رفضها و قراءه غيرها.

(١) أى من غير موضع القطع من السوره متقدما أو متأخرا و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى من غير السوره المقطوعه بحيث يتركها و يشرع بسوره أخرى و قد عرفت ضعفه.

(٣) أى فيما عدا لو شرع فى الركوع التالى من موضع قطع السوره فى الركوع السابق، و قد عرفت تعيين الشروع من موضع القطع فالقول بوجوب الحمد فى غيره لا دليل عليه.

(٤) عدم وجوب الحمد.

(٥) سواء شرع من موضع القطع، أو من غيره من السوره متقدما أو متأخرا، أو من غيرها و قد عرفت تعيين الأول فقط و عرفت عدم وجوب الحمد فيه.

(٦) فى خمسه قيامات بعد قراءه الحمد فى القيام الأول.

(٧) بعد قراءه الحمد لكل سوره لصحيح الرهط المتقدم: (فمع كل سوره أم الكتاب) و صحيح الحلبي المتقدم: (و إن قرأت نصف سوره أجزاءك أن لا- تقرأ فاتحه الكتاب إلا- فى أول ركعه حتى تستأنف أخرى) أى تستأنف سوره ثانيه فتقرأ فاتحه الكتاب، و فى صحيحى البنظلى و ابن جعفر: (إذا ختمت سوره و بدأت بأخرى فاقرا فاتحه الكتاب)(٢).

(٨) و هو المتعين لأن النصوص الداله على تفريق السوره إنما تدل على تفريقها بين الركوعات فى الركعه الأولى و عليه فلا إطلاق فيها حتى يتمسك به لجواز تبعض السوره بين ركوعات الركعه الأولى و ركوعات الثانيه و إن ادعاه البعض و تمسك به حتى قيل بأنه لا خلاف فيه ظاهر.

(٩) فيجب الحمد فى الركعه الثانيه، و يكون قراءتها فى أول القيام الأول، و احتمال فى-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٦.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١٣.

أن يبنى على ما مضى، أو يشرع في غيرها، فإن بنى عليها وجب سوره غيرها كامله (١) في جمله الخمس.

(و يستحبّ القنوت عقب كلّ زوج) من القيامات تنزيلا- لها منزله الركعات، فيقنت قبل الركوع الثانى و الرابع و هكذا (٢)،(و التكبير للرفع من الركوع) فى الجميع (٣) عدا الخامس و العاشر من غير تسميع (٤)، و هو (٥) قرينه كونها (٦) غير ركعات (و التسميع) و هو قول «سمع الله لمن حمده»(فى الخامس و العاشر خاصه) (٧) تنزيلا للصلاه منزله ركعتين (٨). هكذا ورد النصّ (٩) بما يوجب اشتباه

-التذكرة عدم وجوب الحمد حينئذ لعدم إتمام السوره و قد عرفت أن المبنى ضعيف لوجوب إتمام السوره فى الركعه الأولى بركوعاتها الخمسه.

(١) بعد قراءه الحمد.

(٢) لصحيح الرهط المتقدم.

(٣) لصحيح زواره و محمد المتقدم: (تفتح الصلاه بتكبيره و ترقع بتكبيره و ترفع رأسك بتكبيره إلا فى الخامسة التى تسجد فيها و تقول: سمع الله لمن حمده).

(٤) فى الجميع عدا الخامس و العاشر.

(٥) أى عدم التسميع إلا فى الخامس و العاشر.

(٦) أى كون الركعات.

(٧) لصحيح زواره و محمد المتقدم و صحيح الحلبي المتقدم: (و لا تقل سمع الله لمن حمده فى رفع رأسك من الركوع إلا فى الركعه التى تريد أن تسجد فيها).

(٨) بل هو المصرح به فى النصوص ففى خبر عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام: (انكسفت الشمس فى زمان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فصلّى بالناس ركعتين) (١) الخبر بل قطع بذلك جامع المقاصد و لم أجد من صرح بالخلاف نعم مشهور القدماء عبّروا عنها بأنها عشر ركعات متابعه للنصوص و هذا لا يدل على كونها عندهم كذلك بل هى ركعتان بعشر ركوعات.

(٩) أى بخمس قنوتات و تسميعتين فأوجب الاشتباه فى أنها عشر ركعات نظرا إلى القنوتات الخمسه، و إلى أنها ركعتان نظرا إلى التسميع، و قد عرفت تصريح النصوص بأنها ركعتان فلا داعى لهذا التردد.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١.

حالتها و من ثم حصل الاشتباه لو شك في عددها نظرا إلى أنها ثنائه أو أزيد.

و الأقوى أنها في ذلك ثنائه، و أن الركوعات أفعال، فالشك فيها (١) في محلها يوجب فعلها (٢)، و في عددها يوجب البناء على الأقل (٣)، و في عدد الركعات (٤) مبطل (٥) (وقراءه) السور (الطوال) كالأنبياء و الكهف (٦) (مع السعه)، و يعلم ذلك (٧) بالأرصاء، و إخبار من يفيد قوله الظنّ الغالب من أهله، أو العدلين، و إلا فالتخفيف أولى، حذرا من خروج الوقت خصوصا على القول بأنه (٨) الأخذ في الانجلاء (٩). نعم لو جعلناه إلى تمامه أتجه التطويل، نظرا إلى

(١) في الركوعات.

(٢) لأصالة عدم فعل المشكوك أو لقاعده الاشتغال.

(٣) لقاعده الاشتغال.

(٤) إذا شك أنه في الركعة الأولى أو الثانية، أو إذا شك أنه في الركوع الخامس أو السادس لأن مرجعه للشك في عدد الركعات.

(٥) لما سيأتي في مبحث الخلل أن الشك في الثنائه مبطل.

(٦) لمرسل المفيد في المقنعه: (و روى عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه صلى بالكوفه صلاه الكسوف فقرأ فيها بالكهف و الأنبياء، و ردها خمس مرات، و أطال في ركوعها حتى سال العرق على أقدام من كان معه، و غشى على كثير منهم) (١)، و في صحيح زراره و محمد المتقدم: (يستحب أن يقرأ فيها بالكهف و الحجر).

(٧) أي سعه وقتها.

(٨) أي الوقت.

(٩) كما هو المشهور لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ذكروا انكساف القمر و ما يلقي الناس من شدته، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: إذا انجلى منه شيء فقد انجلى) (٢)، و عن جماعه أن وقتها إلى تمام الانجلاء لصحيح الرهط المتقدم: (صلاها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و الناس خلفه في كسوف الشمس ففرغ حين فرغ و قد انجلى كسوفها) (٣) الظاهر في تمام الانجلاء، و مثله موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إن صليت الكسوف إلى أن يذهب الكسوف عن الشمس و القمر، و تطول في صلاتك فإن ذلك أفضل، و إن أحببت -

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١.

المحسوس (١)، (و الجهر فيها) (٢) و إن كانت نهاريه على الأصح.

(و كذا يجهر في الجمعة و العيدين) استحبابا إجماعا (٣).

- أن تصلى فتفرغ من صلاتك قبل أن يذهب الكسوف فهو جائز (١).

هذا كله في الكسوفين و أما في غيرهما فإن كانت صلاة الآيات للزلزله فوقتها غير محدد بل يمتد إلى آخر العمر على المشهور و ادعى عليه الإجماع و لإطلاق دليل وجوبها كما في خبر سليمان الديلمي عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد في الزلزله: (قلت: فإذا كان ذلك فما أصنع؟ قال: صلّ صلاة الكسوف) (٢) و الأمر بها يقتضى وجوب المبادره إليها لأن قوله: فما أصنع، يعنى ما أصنع في تلك الساعه لا في مده العمر و لذا نسب في الذكرى إلى الأصحاب وجوب المبادره إليها بمجرد حصولها، ثم إذا عصى فتجب المبادره في الزمن الثانى و هكذا للاستصحاب.

و إن كانت صلاة الآيات لغير الزلزله من المخوف السماوى فوقتها مده وقت الآيه لذيلى صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (كل أخاويف السماء من ظلمه أو ريح أو فرع فصلّ له صلاة الكسوف حتى يسكن) (٣) و قوله حتى يسكن سواء كان قيذا للماده أو الهيئه دليل على توقيت الصلاه به و أكثر القدماء و المتأخرين لم يذهبوا إلى توقيتها، بل هى كالزلزله لأن الذليل المتقدم وارد مورد بيان حكمه التشريع لا أنه قيد للحكم أو الصلاه، و عن التذكرة و الدروس أن كل آيه تضيق وقتها عن العباده يكون وقت الصلاه دائما فيها و لا توقيت و إلا فوقت الصلاه وقت زمان الآيه.

(١) من غير مراجعه أهل الخبره.

(٢) نسبه في المنتهى إلى علمائنا لصحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم: (و تجهر بالقراءه) (٤).

و إطلاقه يشمل الليل و النهار، و عن البعض استحباب الإخفات في كسوف الشمس لأن صلاته نهاريه و هو في غير محله و لذا قال السيد الطباطبائى في منظومته:

و القول بالكسوف بالإسرار يضعف بالإجماع و الأخبار

(٣) أما في الجمعة فقد وردت جمله من الأخبار تأمر بالجهر فيها منها: صحيح عمر بن يزيد-

ص: ٣٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٦.

(و لو جامعت) صلاه الآيات (الحاضره) اليوميه (قدّم ما شاء) منهما مع سعه وقتها (١)، (و لو تضيقت إحداهما) خاصه (قدّمها) (٢) أى المضيقة، جمعا بين الحقين (و لو تضيقتا) معا (فالحاضره) مقدّمه (٣)، لأن الوقت لها بالأصله، ثم إن بقى وقت الآيات صلاها أداء، وإلا سقطت (٤) إن لم يكن فرط في تأخير إحداهما، وإلا فالأقوى وجوب القضاء (٥)، (و لا تصلّى) هذه الصلاه (على الراحله) و إن كانت

-عن أبي عبد الله عليه السلام: (ليقعد قعدة بين الخطبتين و يجهر بالقراءة) (١).

و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: (و لا يجهر الإمام فيها بالقراءة. أى الظهر، إنما يجهر إذا كانت خطبه) ٢.

و صحيح محمد بن مسلم: (سألته عن صلاه الجمعه فى السفر، فقال: يصنعون كما يصنعون فى الظهر و لا يجهر الإمام فيها بالقراءة، و إنما يجهر إذا كانت خطبه) ٣ و هى و إن كانت داله على الوجوب إلا أن الإجماع المحكى عن جماعه يقتضى حملها على الاستحباب.

و أما فى العيدين ففى خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يعتّم فى العيدين. إلى أن قال. و يجهر بالقراءة كما يجهر فى الجمعة) (٢) و التسويه تقتضى الاستحباب أيضا بالإجماع.

(١) على المشهور عملا- بالقواعد الأوليه فى كلتا الصلاتين، و عن الصدوقين و الشيخ فى النهايه و ابنى حمزه و البراج و جوب تقديم الفريضة لصحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (سألته عن صلاه الكسوف فى وقت الفريضة فقال عليه السلام: ابدأ بالفريضة) (٣)

و لكنه معارض بصحيحه الآخر و هو صحيح ابن مسلم و بريد عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام: (إذا وقع الكسوف أو بعض هذه الآيات فصلّها ما لم تتخوف أن يذهب وقت الفريضة) ٦ و هو صريح فى جواز تقديم صلاه الآيات على الفريضة.

(٢) بلا إشكال و لا خلاف لعدم صلاحية الموسع لمزاحمه المضيق فيتعين تقديم المضيقة.

(٣) أى اليوميه بلا خلاف فيه و عن الذكرى الإجماع عليه لأهميه الفريضة بل يكفى فى تقديمها احتمال أهميتها.

(٤) للتعجز عن أدائها فى وقتها مع كون قدره على الامتثال شرط فى صحه التكليف.

(٥) و هذا ما تقتضيه القواعد بعد التقصير فى الأداء، و القضاء ثابت لعموم: (من فاتته فريضة-

- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب صلاة العيد حديث ١.
- ٣- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ١ و ٤.

معقوله (١) (إلا لعذر) كمرض، و زمن (٢) يشقّ معهما النزول مشقه لا- تتحمل عاده فتصلى على الراحله حينئذ (كغيرها من الفرائض،)

في ما لو فاتت هذه الصلاة

(و تقضى) هذه الصلاة (مع الفوات وجوبا مع تعمد الترك (٣)، أو نسيانه) (٤) بعد العلم بالسبب...

-فليقضها) و سيأتي التعرض له في مبحث الخلل فالقول بأنه لا قضاء لأنه محتاج إلى أمر جديد و هو مفقود ليس في محله. و كذا القول بأنه لا قضاء في صلاة الآيات لبعض النصوص ففيه: إنه سيأتي التعرض لها في المسألة الآتية.

(١) أي مشدوده العقال، بلا خلاف في ذلك إلا من ابن الجنييد حيث جوّز صلاة الكسوف على ظهر الدابة اختيارا و لو كانت ماشيه و يرده أن صلاة الآيات كالفرائض اليومية فيعتبر فيها ما اعتبر في اليومية و يدل عليه جملة من الأخبار منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ يصلى الرجل شيئا من المفروض راکبا؟ فقال: إلا من ضروره) (١).

و صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يصلى على الدابة الفريضة إلا مريض) ٢.

(٢) بفتح الزاى و كسر الميم و هو يوجب استرخاء الأعضاء بحيث لا يقدر على القيام.

(٣) لمرسل حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا انكسف القمر فاستيقظ الرجل فكسل أن يصلى فليغتسل من غد و ليقض الصلاة، و إن لم يستيقظ و لم يعلم بانكساف القمر فليس عليه إلا القضاء بغير غسل) (٢)، و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن لم تعلم حتى يذهب الكسوف ثم علمت بعد ذلك فليس عليك صلاة الكسوف، و إن أعلمك أحد و أنت نائم فعلمت ثم غلبتك عينك فلم تصلّ فعليك قضاؤها) ٤، و مرسل الكليني:

(و فى روايه أخرى: إذا علم بالكسوف و نسى أن يصلى فعليه القضاء) ٥ فهو دال على القضاء مع عدم النسيان بالأولويه و ما عن المرتضى فى المصباح. على ما قيل. من نفى القضاء مطلقا إذا احترق بعض القرص للنصوص النافيه للقضاء التى سيأتى التعرض لها ليس فى محله لأنه لا بد من تقييدها بما ذكر.

(٤) على المشهور شهره عظيمه و يدل عليه مرسل الكافى المتقدم، و ما عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و تابعه ابن حمزه من نفى القضاء مطلقا و إن كان ناسيا إذا احترق بعض القرص للنصوص النافيه للقضاء التى سيأتى التعرض لها ليس فى محله لأنه لا بد من تقييدها بما ذكر أيضا.

ص: ٣٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب القبلة حديث ٤ و ١.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاة الكسوف حديث ٥ و ١٠ و ٣.

مطلقا (١)، (أو مع استيعاب الاحتراق) للقرص أجمع (مطلقا) سواء علم به، أم لم يعلم حتى خرج الوقت (٢).

أما لو لم يعلم به، و لا استوعب الاحتراق فلا قضاء و إن ثبت بعد ذلك

(١) استوعب الاحتراق القرص أو لا.

(٢) الجاهل يقضى مع استيعاب الاحتراق على المشهور شهره عظيمه و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم و الفضيل بن يسار: (قلنا لأبى جعفر عليه السّلام: أ تقضى صلاه الكسوف و من إذا أصبح فعلم و إذا أمسى فعلم؟ قال عليه السّلام: إن كان القرصان احترقا كليهما قضيت، و إن كان قد احترق بعضهما فليس عليك قضاؤه) (١)، و صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا انكسفت الشمس كلها و احترقت و لم تعلم، ثم علمت بعد ذلك فعليك القضاء، و إن لم تحترق كلها فليس عليك قضاء) (٢)، و خبر حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا انكسف القمر و لم تعلم به حتى أصبحت ثم بلغك فإن كان احترق كله فعليك القضاء، و إن لم يكن احترق كله فلا قضاء عليك) (٢).

و عن الصدوقين و أبى على و المفيد و المرتضى فى الانتصار و الشيخ فى الخلاف و القاضى و الحلبي و ابن إدريس و جوب القضاء على الجاهل مطلقا سواء استوعب الاحتراق القرص أو لا لإطلاق مرسل حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إن لم يستيقظ و لم يعلم بانكساف القمر فليس عليه إلا القضاء بغير غسل) (٤). و فيه: أنه لا بدّ من تقييده بالأخبار السابقة.

و عن بعض و لم يعرف قائله نفى و جوب القضاء مطلقا احترق القرص أو لا- لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن صلاه الكسوف تقضى إذا فاتتنا؟ قال: ليس فيها قضاء، و قد كان فى أيدينا أنها تقضى) (٥) و الظاهر أن القيد الأخير من الراوى و لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: (سألته عن صلاه الكسوف هل على من تركها قضاء؟ قال: إذا فاتتك فليس عليك قضاء) (٦) و مثله ما عن جامع البزنطى (٧).

و فيه: إنه لا بدّ من حملها على الجهل مع عدم استيعاب الاحتراق جمعا بينها و بين ما تقدم، و هذه الأخبار الثلاثة هى مستند من نفى و جوب القضاء إذا تركها عمدا أو نسيانا و لكن لا بدّ من تقييدها بما دل على القضاء مع الترك العمدى أو كان الترك نسيانا و قد تقدم.

ص: ٣٣١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ١ و ٢.

٢- ((٧-٦-٥-٤-٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ٤ و ٥ و ٩ و ٧ و ١١.

وقوعه (١) بالبينه (٢)، أو التواتر في المشهور (٣). وقيل: يجب القضاء مطلقا (٤) وقيل لا- يجب مطلقا (٥) وإن تعيّد ما لم يستوعب. وقيل (٦): لا يقضى الناسى ما لم يستوعب، ولو قيل بالوجوب مطلقا (٧) في غير الكسوفين (٨)، وفيهما مع

(١) أى وقوع الاحتراق غير المستوعب.

(٢) متعلق بقوله: «ثبت» وهو محتاج إلى دليل إثباتى لأنه جاهل عند حدوث الآيه.

(٣) قيد لكل ما تقدم.

(٤) استوعب الاحتراق أو لا وقد تقدم بيان قائله مع دليله.

(٥) عمدا أو جاهلا كما هو قول المرتضى فى المصباح.

(٦) وهو قول الشيخ فى النهايه والمبسوط و تابعه ابن حمزه فى الوسيله.

(٧) علم به أو لم يعلم فضلا عن التارك عمدا أو نسيانا.

(٨) كالزلزله و لكل مخوّف سماوى، هذا و النصوص خاليه عن التعرض لمن ترك صلاه الآيات فى غير الكسوفين إلا- أن مقتضى القواعد وجوب القضاء و تحقيقه يستدعى بسط الكلام فنقول:

قد عرفت سابقا أن صلاه الآيات للزلزله ممتد إلى آخر العمر فتركها فى بعض الأزمنه عمدا أو نسيانا أو جهلا لا يوجب سقوطها فيما بعد، بل تكون أداء عند ما تقع.

و أما صلاه الآيات لغير الزلزله فهى و إن كانت موقته بوقت الآيه كما عن جماعه على ما تقدم بيانه إلا أن القضاء ثابت لعموم ما دل على وجوب قضاء ما فات مثل خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (أربع صلوات يصلها الرجل فى كل ساعه: صلاه فاتتك فمتى ذكرتها أدبتها) (١) الخبر.

و دعوى أن الفوت متحقق عند الترك العمدى أو النسيان و لكن غير متحقق عند الجهل مدفوعه بأن الجهل ليس بعذر لأن التكاليف مشتركه بين العالم و الجاهل.

هذا كله بحسب القواعد إلا- أن مشهور الأصحاب ذهب إلى وجوب القضاء لصلاه الآيات فى غير الكسوفين إذا كان الترك عمدا أو نسيانا بل فى الجواهر نفى وجدان الخلاف فيه لما تقدم، و ذهب المشهور إلى عدم وجوب القضاء إذا كان الترك عن جهل لا من جهه عدم تماميه القواعد العامه بل من جهه أن القضاء غير واجب إذا كان الترك عن جهل فى الكسوفين مع عدم احتراق القرص ففى غيرهما من باب أولى، و وجه الأولويه أن الكسوفين أقوى فى الوجوب لكثرة ما دل من الأخبار عليهما.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.

الاستيعاب (١) كان قويا عملا بالنص (٢) في الكسوفين، و بالعمومات (٣) في غيرهما.

(و يستحبّ الغسل) للقضاء (مع التعمد و الاستيعاب) (٤)

و فيه: إنه استحسان محض لا- يمكن رفع اليد به عن مقتضى القواعد العامه الموجهه للقضاء و لذا احتمله في النهايه و قواه الشارح هنا في الروضه و جزم به الوحيد البهبهاني و نفى عنه البعد في الذخيره.

(١) أى و في الكسوفين مع استيعاب الاحتراق.

(٢) و قد تقدم الكلام فيه فراجع.

(٣) أى عموم قضاء ما فات.

(٤) فالمتعمد لترك صلاه الكسوف مع استيعاب الاحتراق عليه القضاء كما تقدم و يستحب له الغسل حينئذ على المشهور و عليه إطباق المتأخرين خلافا لجماعه من القدماء كالشيخين و المرتضى و سلالر و ابن البراج و ابن حمزه و الحلبي حيث ذهبوا إلى الوجوب.

و مستند الوجوب الأمر به في جملة من الأخبار منها: مرسل حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا انكسف القمر فاستيقظ الرجل فكسل أن يصلى فليغتسل من غد و ليقض الصلاه، و إن لم يستيقظ و لم يعلم بانكساف القمر فليس عليه إلا القضاء بغير غسل) (١).

و مرسل الفقيه عن أبي جعفر عليه السلام: (الغسل في سبعة عشر موطناً. إلى أن قال:

و غسل الكسوف إذا احترق القرص كله فاستيقظت و لم تصلّ فعليك أن تغتسل و تقضى الصلاه) (٢) و مثله صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر ٣ عليه السلام المروي في الخصال، و في خبره عنه عليه السلام الوارد في التهذيب (و غسل الكسوف إذا احترق القرص كله فاغتسل) ٤ و الفقه الرضوي: (و إذا احترق القرص كله فاغتسل، و إن انكسفت الشمس أو القمر و لم تعلم به فعليك أن تصلّيها إذا علمت، فإن تركتها متعمدا حتى تصبح فاغتسل فصلّ، و إن لم يحترق القرص فاقضها و لا تغتسل) (٣).

و لكن الإجماع كما عن غير واحد على الاستحباب خصوصا أن مرسل الفقيه و صحيح ابن-

ص: ٣٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١، و الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الكسوف حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٤ و ٥ و ١١.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١، و الباب - ٩ - من أبواب صلاه الكسوف

حديث ١.

و إن تركها جهلا (١)، بل قيل: بوجوبه،

فى الأغسال المسنونه

فى غسل الجمعه

(و كذا يستحبّ الغسل للجمعه) (٢)

-مسلم مشتملان على الكثير من الأغسال المسنونه هذا فضلا عن أن الكثير من القائلين بالوجوب ذهبوا إلى الاستحباب بل قيل: (إن أكثر من قال بالوجوب من القدماء كالشيخين و المرتضى و سلار و ابن البراج و ابن حمزه فقد خالف نفسه فى موضع آخر من كتابه أو كتاب آخر له، فذهب إلى الندب أو تردد بينه و بين الوجوب، فلم يتمحض للقول بالوجوب إلا الصدوق و الحلبي، بل الحلبي وحده لعدم صراحه كلام غيره) انتهى.

هذا و المراد بالكسوف ما يعم كسوف الشمس و القمر بل فى المصاييح أنه محل وفاق فضلا عن التصريح بهما فى الفقه الرضوى المتقدم و إن كان مرسل حريز مختصا بالقمر فقط، و مشروعيه الغسل وجوبا أو ندبا مشروطه بالقيدين من التفريط العمدى مع استيعاب الاحتراق كما هو صريح مرسل حريز و مرسل الفقيه فما عن سلار من استحباب الغسل للقضاء من دون ذكر الاستيعاب و ما عن الذكرى من الاقتصار على الاستيعاب دون ذكر التفريط ليس فى محله إلا أن يكون تركهما للباقي للمعروفه.

ثم إن ظاهر النصوص و الفتاوى أن مشروعيه الغسل للقضاء، و عن المختلف استحبابه للأداء لإطلاق خبر ابن مسلم المتقدم و المروى عن التهذيب و فيه أنه لا بد من حمله على القضاء خصوصا أنه قيد بذلك فى مرسل الفقيه و الخصال.

(١) لإطلاق خبر ابن مسلم الوارد فى التهذيب و لكن قد عرفت تقييده بخصوص الترك العمدى.

(٢) على المشهور، و ذهب الصدوقان و الكليني و البهائي إلى الوجوب لأخبار منها: خبر عبد الله بن المغيرة عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام: (سألته عن الغسل يوم الجمعة، فقال: واجب على كل ذكر أو أنثى عبد أو حر) (١) و مثله خبر البنزطى ٢ و قريب منه مرفوع أحمد بن محمد بن يحيى ٣ و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (فى حديث الجمعة. و الغسل فيها واجب) ٤، و مرسل المفيد عن العبد الصالح عليه السّلام: (يجب غسل الجمعة على كل ذكر أو أنثى من حر أو عبد) ٥.

إلا أنها محموله على الاستحباب المؤكد لخبر الحسين بن خالد: (سألت أبا الحسن الأول عليه السّلام: كيف صار غسل الجمعة واجبا؟ فقال: إن الله أتم صلاه الفريضة بصلاه النافله، و أتم صيام الفريضة بصيام النافله، و أتم وضوء الفريضة بغسل يوم الجمعة، ما-

ص: ٣٣٤

استطرد هنا ذكر الأغسال المسنونه لمناسبه ما. و وقته ما بين طلوع الفجر يومها (١) إلى الزوال (٢)،

- كان من ذلك من سهو أو تقصير أو نسيان أو نقصان (١) و إتمام وضوء الفريضة ليس بواجب كعدم وجوب إتمام الصلاة و الصيام الواجبين بما ذكر.

و صحيح علي بن يقطين: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الغسل في الجمعة و الأضحى و الفطر، قال: سنه و ليس بفريضة) ٢ و هو صريح في نفى الوجوب، و خبر علي بن أبي حمزة عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن غسل العيدين أ واجب هو؟ قال: هو سنه، قلت:

فالجمعة؟ قال: هو سنه) ٣، و خبر أبي البختری المروى في جمال الأسبوع عن جعفر عن أبيه عليهما السلام عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (يا عليّ على الناس في كل سبعة أيام الغسل، فاغتسل في كل جمعه و لو أنك تشتري الماء بقوت يومك و تطويه فإنه ليس شيء من التطوع أعظم منه) (٢).

نعم قد ورد الحث عليه كثيرا و صرحت الأخبار بكراهه تركه ففي خبر الأصبغ: (كان أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أراد أن يوبخ الرجل يقول: و الله لأنت أعجز من تارك الغسل يوم الجمعة، فإنه لا يزال في طهر إلى الجمعة الأخرى) (٣)، و رواه الصدوق في العلل إلا أنه قال: (فإنه لا يزال في هم إلى الجمعة الأخرى) ٤، و خبر محمد بن سهل عن أبيه:

(سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يدع غسل الجمعة ناسيا أو غير ذلك، قال: إن كان ناسيا فقد تمت صلاته، و إن كان متعمدا فالغسل أحبّ إليّ، فإن هو فعل فليستغفر الله و لا يعود) (٤) و مثله غيره، و في كتاب العروس للشيخ جعفر بن أحمد القمي عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يترك غسل يوم الجمعة إلا فاسق) (٥).

(١) يوم الجمعة.

(٢) لا خلاف في أن أول وقته طلوع الفجر الصادق و يدل عليه صحيح زراره و الفضيل:

(قلنا له: أ يجزى إذا اغتسلت بعد الفجر للجمعة؟ فقال: نعم) (٦)، و خبر ابن بكير عن -

ص: ٣٣٥

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٧ و ٩ و ١٢.
- ٢- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٩.
- ٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٢ و ٣.
- ٤- (٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.
- ٥- (٨) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٢.
- ٦- (٩) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

و أفضله ما قرب إلى الآخر (١)، و يقضى بعده إلى آخر السبت (٢) كما يعجله (٣)

-أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الليالي التي يغتسل فيها من شهر رمضان. إلى أن قال.

و الغسل أول الليل قلت: فإن نام بعد الغسل؟ قال: هو مثل غسل يوم الجمعة إذا اغتسلت بعد الفجر أجزاءك)(١).

و يمتد وقته إلى الزوال على المشهور بين الأصحاب و لم يخالف إلا الصدوقان حيث جوزا الغسل عند الذهاب إلى الصلاة و لو بعد الزوال و يشهد لهما خبر البنزطي عن الرضا عليه السلام: (كان أبي يغتسل يوم الجمعة عند الرواح) ٢ و هو قاصر الدلالة لالتزام المعصوم بالصلاة أول الوقت عند الزوال فلا بد أن يكون غسله قبل الزوال هذا فضلا عن الإجماع المحكى عن جماعه إلى أن الوقت إلى الزوال، نعم احتمال بعضهم أن وقته ممتد إلى انتهاء يوم الجمعة عملا بإطلاق الأدلة و يردده أن الغسل قد شرع للصلاة ففي الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام: (في عله غسل يوم الجمعة إن الأنصار كانت تعمل في نواضحها و أمواليها، فإذا كان يوم الجمعة حضروا المسجد فتأذى الناس بأرواح آبائهم و أجسادهم فأمرهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالغسل فجزت بذلك السنة)(٢).

(١) أى إلى الزوال ففي التذكرة: «و كل ما قرب كان أفضل قاله علماؤنا» و يشهد له مداومه الكاظم عليه السلام على ذلك كما فى خبر البنزطي المتقدم.

(٢) بلا خلاف فيه ظاهر، لخبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى الرجل لا يغتسل يوم الجمعة فى أول النهار قال: يقضيه آخر النهار فإن لم يجد فليقضه من يوم السبت)(٣)، و خبر ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل فاته الغسل يوم الجمعة قال:

يغتسل ما بينه و بين الليل فإن فاته اغتسل يوم السبت) ٥ و ظاهرهما عدم القضاء فى ليله السبت و يؤيده مرسل حريز عن أبي جعفر عليه السلام: (لا بد من الغسل يوم الجمعة فى السفر و الحضر و من نسى فليعد من الغد) ٦ و هذا ما ذهب إليه جماعه منهم المحقق، و إن نسب إلى الأ-كثر كما فى البحار و إلى الأصحاب كما فى المجمع جواز القضاء ليله السبت و لكنه لا دليل عليه ظاهر.

(٣) أى يعجل غسل الجمعة.

ص: ٣٣٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١٥.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣ و ٤ و ١.

خائف عدم التمكن منه (١) في وقته (٢) من الخميس (٣)،

في باقى الأغسال المسنونه

(و) يومى (العيدين) (٤)،

(١) أى من الغسل.

(٢) أى فى وقت الغسل ما بين الطلوع إلى الزوال و هو متعلق بقوله: (عدم التمكن).

(٣) متعلق بقوله: (يعجله) و التعجيل يوم الخميس هو المعروف بين الأصحاب من دون خلاف لمرسل محمد بن الحسين عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال لأصحابه: إنكم تأتون غدا منزلا ليس فيه ماء، فاغتسلوا اليوم لغد، فاغتسلنا يوم الخميس للجمعه) (١)، و خبر الحسين بن موسى بن جعفر عن أمه و أم أحمد: (كنا مع أبى الحسن عليه السّلام بالبادية و نحن نريد بغداد، فقال لنا يوم الخميس: اغتسلا اليوم لغد يوم الجمعه، فإن الماء بها غدا قليل، فاغتسلنا يوم الخميس ليوم الجمعه) ٢. و عن المحقق و العلامة فى القواعد و جملة من الأصحاب الاقتصار على جواز التعجيل عند إعواز الماء و قوفا فى الرخصة على مورد النص، و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و العلامة فى التذكرة و ابن إدريس و الشهيدين التعميم لمطلق الفوات تنقيحا لمناطق الحكم بعد حمل إعواز الماء على المثال و إنما المدار على عدم الفوات.

(٤) فاستجاب الغسل فيهما مما لا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: صحيح على بن يقطين: (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الغسل فى الجمعه و الأضحى و الفطر، قال: سنة و ليس بفريضة) (٢).

و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (غسل يوم الفطر و يوم الأضحى سنة لا أحب تركها) ٤.

و وقته من طلوع الفجر لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السّلام: (سألته هل يجزيه أن يغتسل بعد طلوع الفجر، هل يجزيه ذلك من غسل العيدين؟ قال: إن اغتسل يوم الفطر و الأضحى قبل الفجر لم يجزه، و إن اغتسل بعد طلوع الفجر أجزأه) (٣).

و أما انتهاؤه فعن سيد المدارك أنه ممتد بامتداد اليوم عملا بإطلاق الأدله، و عن العلامة فى أحد قوليه و ابن إدريس إلى ما قبل الخروج إلى الصلاه، و عن الذكرى إلى الزوال و قد نسب إلى ظاهر الأصحاب لموثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل ينسى أن يغتسل يوم العيد حتى يصلى قال: إن كان فى وقت فعليه أن يغتسل و يعيد الصلاه، و إن مضى الوقت فقد جازت صلاته) (٤) و وقت صلاه العيد إلى الزوال.

ص: ٣٣٧

٢- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١ و ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.

(و) ليالى (فرادى شهر رمضان) الخمس عشره، و هي (١) العدد الفرد من أوله إلى آخره (٢)،

(١) أى الخمس عشره.

(٢) كما عن جماعه منهم الشيخ و لا- يوجد له إلا- ما قاله السيد ابن طاوس فى الإقبال فى سياق أعمال الليله الثالثه من شهر رمضان: «و فيها يستحب الغسل على مقتضى الروايه التى تضمنت أن كل ليله مفرده من جميع الشهر يستحب فيها الغسل» (١) و هذا كاف فى الثبوت للتسامح فى أدله السنن.

و كذا يستحب الغسل فى العشر الأواخر من شهر رمضان شفعتها و وترها لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يغتسل فى شهر رمضان فى العشر الأواخر فى كل ليله) (٢).

و يستحب الغسل فى أول ليله من شهر رمضان لخبر سماعه عن أبى عبد الله: (و غسل أول ليله من شهر رمضان مستحب) (٣) و مثله غيره.

و يستحب الغسل فى ليله النصف منه بلا خلاف فيه لما رواه ابن طاوس عن ابن أبى قره بإسناده عن أبى عبد الله عليه السلام: (يستحب الغسل فى أول ليله من شهر رمضان و ليله النصف منه) (٤)، و مرسل المفيد عن الصادق عليه السلام. على ما فى الإقبال. (يستحب الغسل ليله النصف من شهر رمضان) ٥.

و يستحب الغسل فى ليله السابع عشر منه لصحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (الغسل فى سبعة عشر موطنا: ليله سبع عشره من شهر رمضان و هى ليله التقى الجمعان، و ليله تسع عشره و فيها يكتب الوفد وفد السنه. وفد الله. و ليله إحدى و عشرين و هى الليله التى أصيب فيها أوصياء الأنبياء و فيها رفع عيسى بن مريم و قبض موسى عليه السلام، و ليله ثلاث و عشرين يرجى فيها ليله القدر) (٥). و مثله غيره و هو كثير.

و يستحب الغسل فى ليله تسع عشره و إحدى و عشرين و ثلاث و عشرين لصحيح ابن مسلم المتقدم و غيره بل ورد النهى عن ترك الغسل فى الأخيرين كما فى خبر سماعه عن -

ص: ٣٣٨

١- (١) الإقبال ص ١٢٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١ و ٩.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١١.

(و ليله الفطر) (١) أولها (و ليلتي نصف رجب (٢) و شعبان) (٣) على المشهور في الأول، و المروى في الثاني، (و يوم المبعث) (٤) و هو السابع و العشرين من رجب على المشهور (٥)،

-أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (و غسل أول ليله من شهر رمضان مستحب و غسل ليله إحدى و عشرين سنة و غسل ليله ثلاث و عشرين سنة لا تتركها لأنه يرجى في إحداهما ليله القدر)^(١).

بل يستحب الغسل مرتين في ليله الثالث و العشرين من شهر رمضان فقد روى ابن طاوس في الإقبال عن بريد بن معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: (رأيتُه اغتسل ليله ثلاث و عشرين من شهر رمضان مرتين، مره من أول الليل و مره من آخر الليل)^(٢).

(١) لخبر الحسن بن راشد: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن الناس يقولون: إن المغفرة تنزل على من صام شهر رمضان ليله القدر، فقال: يا حسن إن القاريجار إنما يعطى أجرته عند فراغه، و ذلك ليله العيد، قلت: جعلت فداك فما ينبغي لنا أن نعمل فيها؟ فقال:

إذا غربت الشمس فاغتسل)^(٣) و القاريجار فارسي معرب و معناه العامل و الأجير، و ظاهر الرواية أن الغسل أول الليله.

(٢) فعن الوسيله أن عده في المندوب بلا خلاف و عن الصيمري نسبه إلى الروايه، و في الإقبال: (وجدنا في كتب العبادات عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: من أدرك شهر رجب فاغتسل في أوله و أوسطه و آخره خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه)^(٤) و نوقش أنه مرسل و أنه ظاهر في استحباب الغسل في يوم النصف لا في ليلته.

(٣) بلا- خلاف فيه لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (صوموا شعبان و اغتسلوا ليله النصف منه، ذلك تخفيف من ربكم و رحمه)^(٥).

(٤) و هو يوم السابع و العشرون من رجب، و الغسل فيه مستحب بلا خلاف فيه كما في الجواهر و عن العلامه و الصيمري نسبه إلى الروايه، و هذا كاف في ثبوته للتسامح.

(٥) قيد للحكم بالاستحباب بعد عدم وجود نص و إلا فالمبعث هو يوم السابع و العشرون من دون خلاف.

ص: ٣٣٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

(و الغدير) (١) و هو الثامن عشر من ذى الحجة،(و) يوم (المباهلة) (٢)، و هو الرابع و العشرون من ذى الحجة على الأصح (٣). و قيل: الخامس و العشرون،(و) يوم (عرفه) (٤) و إن لم يكن بها (٥)،(و نيروز الفرس) (٦)

(١)لأخبار منها: خبر العبدى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من صلى فيه ركعتين يغتسل عند زوال الشمس من قبل أن تزول مقدار نصف ساعه. و يتّين كيفية الصلاه إلى أن قال. ما سأل الله حاجه من حوائج الدنيا و الآخره إلا- قضيت له كائنه ما كانت)(١).

(٢)لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و غسل المباهله واجب)(٢) و المراد منه تأكد الاستحباب.

(٣)لخبر العنبرى المروى فى المصباح عن أبى إبراهيم موسى بن جعفر عليهما السّلام: (يوم المباهله يوم الرابع و العشرون من ذى الحجة تصلى فى ذلك اليوم ما أردت. ثم قال. و تقول و أنت على غسل: الحمد لله رب العالمين)(٣) الخبر.

و هو المشهور بين الأصحاب و قد نسبه ابن طوس فى الإقبال إلى أصح الروايات، و حكى فيه قولاً بالسابع و العشرين و آخر بالواحد و العشرين، و ذهب المحقق فى المعبر إلى أنه الخامس و العشرون.

(٤)بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (الغسل من الجنابه و يوم الجمعة و يوم الفطر و يوم الأضحى و يوم عرفه عند زوال الشمس)(٤) الخبر.

(٥)لخبر عبد الرحمن بن سيابه: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن غسل يوم عرفه فى الأمصار فقال: اغتسل أينما كنت)(٥).

(٦)على المشهور بين المتأخرين كما فى الجواهر لخبر المعلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السّلام المروى فى المصباح و مختصره: (إذا كان يوم النيروز فاغتسل)(٦) الخبر، و لكن يعارضه ما فى المناقب: (حكى أن المنصور تقدم إلى موسى بن جعفر عليهما السّلام إلى الجلوس للتهنئه فى يوم النيروز و قبض ما يحمل إليه فقال: إنى قد فتشت الأخبار عن جدى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فلم أجد-

ص: ٣٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المندوبه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب بقيه الأغسال المندوبه حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المندوبه حديث ١٠.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأغسال المندوبه حديث ١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الأغسال المندوبه حديث ١.

و المشهور الآن (١) أنه يوم نزول الشمس في الحمل و هو الاعتدال الربيعي، (و الإحرام) (٢) للحج، أو للعمرة (و الطواف) (٣)

-لهذا العيد خبرا، و أنه سنة الفرس و محاها الإسلام، و معاذ الله أن نحیی ما محا الإسلام(١).

و فی الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام: (أنه أهدى إليه فالزوج فقال: ما هذا؟ قالوا:

يوم نيروز، قال: فنورزوا إن قدرتم كل يوم)(٢) و هو ظاهر في عدم كون النيروز من الأعياد الإسلامية.

(١)المشهور و المعروف بين العلماء و الناس أن يوم النيروز هو يوم انتقال الشمس إلى الحمل و يرشد إليه خبر المعلى بن خنيس: (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام في صبيحه يوم النيروز. إلى أن قال. و هو أول يوم طلعت فيه الشمس و هبت به الرياح اللواقح و خلقت فيه زهره الأرض)(٣).

و قيل: هو اليوم العاشر من أيار كما عن بعض المحاسيين و علماء الهيثه، و قيل: إنه تاسع شباط كما عن صاحب كتاب الأنوار، و قيل: إنه يوم نزول الشمس في أول الجدى، و عن المهذب أنه المشهور بين فقهاء العجم بخلاف أول الحمل، و قيل: إنه السابع عشر من كانون الأول بعد نزول الشمس في الجدى بيومين، و قيل: هو أول يوم من فروردين ماه و هو أول شهر الفرس.

(٢)شروع في الأغسال الفعلية بعد الانتهاء من الأغسال الزمانيه، و الغسل للإحرام مستحب على المشهور و عن ابن أبي عقيل أنه واجب للأمر به في بعض الأخبار و التعبير عنه ببعض آخر بالواجب المحمول على تأكيد الاستحباب ففي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (الغسل في أربعه عشر موطنا: غسل الميت و غسل الجنب، و غسل من غسل الميت، و غسل الجمعة و العيدين و يوم عرفه و غسل الإحرام و دخول الكعبه و دخول المدينه و دخول الحرم و الزياره، و ليله تسع عشره و إحدى و عشرين و ثلاث و عشرين من شهر رمضان)(٤) و مثله غيره، و هو مطلق يشمل إحرام الحج و إحرام العمرة، الواجب منهما أو المستحب.

(٣)لخبر على بن أبي حمزه عن أبي الحسن عليه السلام: (إن اغتسلت بمكه ثم نمت قبل أن-

ص: ٣٤١

١- (١) مناقب شهر آشوب ج ٤ ص ٣١٨ باب معالي أموره (ع).

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب بقیه الصلوات المندوبه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب بقیه الصلوات المندوبه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٧.

واجبا كان، أم ندبا،(و زياره) أحد (المعصومين) (١).

و لو اجتمعوا (٢) فى مكان واحد تداخل (٣) كما يتداخل (٤) باجتماع أسبابه مطلقا (٥)(و للسعى إلى رؤيه المصلوب بعد ثلاثه) أيام من صلبه

-تطوف فأعد غسلك(١) و هو مطلق يشمل طواف الحج و العمره و الزياره بل و طواف النساء.

(١)نسب إلى قطع الأصحاب كما فى كشف اللثام و المصاييح للأخبار منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (و غسل الزياره واجب إلا من عله)(٢) و هو محمول على تأكيد الاستحباب و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام الوارد فى تعداد الأغسال:

(و يوم الزياره و يوم تدخل البيت و يوم الترويه و يوم عرفه)٣.

(٢)أى اجتمع بعض ما ذكر فى مكان واحد كاجتماع الجمعه مع العيدين، أو اجتماع الجمعه أو العيدين و غيرهما مع الإحرام أو الطواف أو الزياره.

(٣)أى الغسل.

(٤)أى الغسل.

(٥)سواء كانت أسبابه واجبه أو مندوبه أو بالتفريق، فإن كانت كل الأسباب واجبه و الجنابه واحد منها فلا خلاف فى التداخل لجمله من النصوص منها: موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن المرأه يواقعها زوجها ثم تحيض قبل أن تغتسل، قال: إن شاءت أن تغتسل فعلت، و إن لم تفعل فليس عليها شىء، فإذا طهرت اغتسلت غسلا واحدا للحيض و الجنابه)(٣).

و إن كانت الأسباب بعضها واجب و بعضها مندوب فعلى المشهور التداخل، و عن القواعد و الإرشاد و جامع المقاصد و التذكرة البطلان لامتناع اجتماع الوجوب و الندب فى شىء فيمتنع نيتها معا و يردده صحيح زراره: (إذا اغتسلت بعد طلوع الفجر أجزاءك غسلت ذلك للجنابه و الجماعه و عرفه و النحر و الحلق و الذبح و الزياره، فإذا اجتمعت عليك حقوق الله أجزاءها عنك غسل واحد، ثم قال: و كذلك المرأه يجزيها غسل واحد لجنابتها و إحرامها و جمعتها و غسلها من حيضها و عيدها)(٤) فقولته: (إذا اجتمعت عليك حقوق-

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الجنابه حديث ٧.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الجنابه حديث ١.

مع الرؤيه (١)، سواء في ذلك مصلوب الشرع، وغيره (و التوبه (٢) عن فسق، أو)

اللّه) مطلق يشمل ما لو كانت الأسباب كلها مستحبه أو واجبه أو بالتفريق، و سواء كان الواجب منها غسل الجنابه أو غيره و منه تعرف ما لو كانت الأسباب كلها مستحبه و هو المشهور، و عن التحرير و القواعد و الإرشاد العدم و رجحه في جامع المقاصد و مال إليه في الدروس لأصالة عدم التداخل، و فيه: لا- معنى لجريان هذا الأصل بعد ورود الأخبار الداله على الاجتزاء و منها صحيح زراره المتقدم الذي هو صريح في هذا الفرع.

(١) و الأصل فيه مرسل الفقيه: (و روى أن من قصد إلى مصلوب فنظر إليه و جب عليه الغسل عقوبه) (١)، و عن أبي الصلاح القول بوجوبه للتصريح به في الخبر و لكنه مرسل مع شهره الندب بين الأصحاب فلا بد من حمله على تأكيد الاستحباب هذا و الغسل مشروط بأمرين بالسعي و الرؤيه كما هو ظاهر الخبر فلو رآه من غير سعي أو سعى و لم يراه فلا غسل، ثم إن الأصحاب قيدوا الرؤيه و السعي بأنهما بعد ثلاثه أيام من صلبه و الخبر المتقدم خال عن هذا القيد و قيل: إن الصلب ثلاثه أيام جائز شرعا و يكون النظر إليه فيها لا- عقوبه فيه، و إنما يحرم بقاؤه بعد الثلاثه فجعل الغسل عقوبه على النظر كما هو صريح الخبر لا بد من تخصيصه بالنظر الممنوع و قد عرفت أنه بعد الثلاثه. ثم إن إطلاق الخبر يشمل المصلوب بحق و غيره و هذا ما ذهب إليه جماعه، و عن الصيمري و جماعه تخصيص المصلوب بالمصلوب بحق لأنه هو الذي يحرم النظر إليه بعد الثلاثه لحرمة بقائه مصلوبا إلى هذا الوقت، و أما المصلوب بظلم فيحرم بقاؤه من أول يوم فضلا عن حرمة أصل الفعل.

(٢) بلا- خلاف فيه و العمده فيه خبر مسعده بن زياد: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له رجل: بأبي أنت و أمي إني أدخل كنيفا لي، و لى جيران و عندهم جوار يتغنين و يضربن بالعود، فربما أطلت الجلوس استماعا، فقال: لا تفعل، فقال الرجل: و الله ما أتيتهن إنما هو سماع أسمعه بأذني، فقال عليه السلام: لله أنت أ ما سمعت الله (عز و جل) يقول:

إِنَّ السَّمْعَ وَ البَصِيرَ وَ الفُؤَادَ كُلُّهُ أُولَئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً ، فقال: بلى و الله كأنى لم أسمع بهذه الآيه من كتاب الله من عربى و لا عجمى، لا جرم إني لا أعود إن شاء الله، و إني أستغفر الله.

فقال له: قم فاغتسل و صلّ ما بدا لك، فإنك كنت مقيما على أمر عظيم، ما كان أسوأ حالك لو متّ على ذلك، احمد الله و سلّه التوبه من كل ما يكره، فإنه لا يكره إلا كل -

ص: ٣٤٣

(كفر)، بل عن مطلق الذنب و إن لم يوجب الفسق كالصغيره النادره. و تبه بالتسويه على خلاف المفيد حيث خصّه بالكبائر،(و) صلاه الحاجه (١)، (و) صلاه

قبيح، و القبيح دعه لأهله فإن لكل أهلا(١) و قوله عليه السّلام: (كنت مقيما على أمر عظيم) ظاهر في الإصرار فلذا ذهب المشهور إلى أن الغسل للتوبه عن الكبيره أو الكفر و يدل على الثاني خبر معروف بن خربوذ عن أبي جعفر عليه السّلام: (دخلت عليه فأنشأت الحديث فذكرت باب القدر، فقال: لا أراك إلا هناك أخرج عنى، قلت: جعلت فداك إنى أتوب منه فقال: لا والله حتى تخرج إلى بيتك و تغسل ثوبك و تغتسل و تتوب منه إلى الله كما يتوب النصراني من نصرانيته(٢). و أورد الطبرسى في أعلام الورى و الراوندى فى قصص الأنبياء عن على بن إبراهيم فى حديث فى مجيء الأنصار إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم و بعثه مصعب بن عمير إلى المدينه ليدعو قبائل الأوس و الخزرج إلى الإسلام و يعلمهم القرآن و معالم الدين. إلى أن ذكر. دخول أسيد بن خضير من الأوس عليه و ميله إلى الإسلام فقال: (كيف تصنعون إذا دخلتم فى هذا الأمر؟ قال: نغتسل و نلبس ثوبين طاهرين و نشهد الشهادتين و نصلى الركعتين، فرمى بنفسه مع ثيابه فى البئر، ثم خرج و عصر ثوبه(٣). و مثله غيره و اقتصر فى الغنيه على الكبيره و نسب إلى المفيد و هو ظاهر الشرائع و القواعد لعدم تحقق الفسق بالصغيره إلا مع الإصرار الذى يجعلها كبيره.

و عن المنتهى دعوى الإجماع على التعميم للكبيره و الصغيره و قد نسب إلى المشهور و هذا لعله كاف فى ثبوته للتسامح فى أدله السنن.

(١) بلا خلاف للأخبار الكثيره منها: صحيح زواره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الأمر يطلبه الطالب من ربه، قال: تصدق فى يومك على ستين مسكينا، على كل مسكين صاعا بصاع النبى صلى الله عليه و آله و سلم من تمر أو بر أو شعير، فإذا كان الليل اغتسلت فى الثلث الباقي و لبست أدنى ما يلبس من تعول من الثياب إلا أن عليك فى تلك الثياب إزار ثم تصلى ركعتين(٤) الخبير.

و خبر عبد الرحيم القصير: (دخلت على أبى عبد الله عليه السّلام فقلت: جعلت فداك إنى اخترعت دعاء، فقال: دعنى من اختراعك، إذا نزل بك أمر فافزع إلى رسول الله و صلّ -

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

(الاستخاره) (١) لا مطلقهما (٢)، بل فى موارد مخصوصه من أصنافهما (٣)، فإن منهما ما يفعل بغسل، و ما يفعل بغيره (٤) على ما فصل فى محله (٥)، (و دخول الحرم) (٦) بمكه مطلقا (٧)، (و) لدخول (مكه و المدينه) (٨)...

— ركعتين تهديهما إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: كيف أصنع؟ قال: تغتسل و تصلى ركعتين (١).

(١) لخبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (و غسل الاستخاره مستحب) (٢)، و فى الفقه الرضوى: (و غسل الاستخاره و غسل طلب الحوائج من الله تبارك و تعالى) (٣) و ليس فى كليهما ذكر الصلاه بل ظاهرهما الاستحباب لنفس الاستخاره من دون أن تكون الاستخاره بالصلاه إلا أن الغسل لصلاه الاستخاره مما ادعى عليه الإجماع كما فى الغنيه و فى المعتمد أنه مذهب الأصحاب و فى التذكرة عند علمائنا و فى الروض أنه عمل الأصحاب.

(٢) أى مطلق الصلاه يقترحها المكلف للحاجه أو الاستخاره قال فى جامع المقاصد: «ليس المراد بصلاه الحاجه و الاستخاره أى صلاه اقترحها المكلف لأحد الأمرين، بل المراد بذلك ما نقله الأصحاب عن الأئمه عليهم السلام و له مظان فليطلب منها».

(٣) أضاف صلاتى الحاجه و الاستخاره.

(٤) أى و منهما ما يفعل بغير غسل.

(٥) راجع الوسائل و مستدركه أبواب صلاه الاستخاره و باب استحباب الصلاه لقضاء الحاجه من أبواب بقيه الصلوات المندوبه.

(٦) بلا خلاف لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (الغسل فى سبعة عشر موطنًا).

إلى أن قال. و إذا دخلت الحرمين و يوم تحرم و يوم الزياره و يوم تدخل البيت و يوم الترويه و يوم عرفه (٤) الخبر، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن الغسل فى أربعة عشر موطنًا. إلى أن قال. و دخول الكعبه و دخول المدينه و دخول الحرم) ٥ و الحرم هنا ظاهر فى الحرم المكى.

(٧) سواء كان محرما أو محلا للإطلاق.

(٨) لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (سمعتة يقول: الغسل من الجنابه. إلى أن قال. و حين تدخل مكة و المدينه) ٦.

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.

٣- (٣) مستدرك الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٤- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١١ و ٧ و ١.

مطلقاً (١) شرفهما الله تعالى. و قيد المفيد دخول المدينة بأداء فرض، أو نفل،(و)

دخول (المسجدين) الحرمين (٢)،(و كذا) لدخول (الكعبة) (٣) أعزها الله تعالى و إن كانت جزءاً من المسجد إلا أنه يستحبّ بخصوص دخولها، و تظهر الفائدة فيما لو لم ينو دخولها (٤) عند الغسل السابق (٥)، فإنه لا يدخل فيه، كما لا يدخل غسل المسجد في غسل دخول مكة إلا بنيته عنده (٦)، و هكذا (٧)، و لو جمع المقاصد تداخلت (٨).

(١) بين مرید الزياره و غيره بالنسبه للمدينه و بين مرید العمره أو الحج و غيرهما بالنسبه لمكه للإطلاق. و عن المقنعه للمفيد اختصاص الغسل بمن يريد الدخول إلى المدينة لأداء فرض أو نفل و هو ضعيف.

(٢) أما المسجد الحرام بلا خلاف فيه كما عن الوسيله و عليه الإجماع كما في الغنيه و الخلاف، و لفحوى ما دل على استحباب الغسل لدخول المسجد النبوى لأنه أفضل منه، و عن الجعفى وجوب الغسل و هو شاذ إذ المستند لا يصلح إلا للاستحباب بناء على قاعده التسامح.

و أما المسجد النبوى بلا- خلاف فيه لخبر ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (الغسل من الجنابه. إلى أن قال. و إذا أردت دخول البيت الحرام، و إذا أردت دخول مسجد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم)(١).

(٣) بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح ابن مسلم و خبره و صحيح ابن سنان المتقدم و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و غسل دخول البيت واجب) ٢ و هو محمول على تأكد الاستحباب.

(٤) دخول الكعبه.

(٥) للدخول في المسجد الحرام، و إلا- لو كان ناوياً فيكفى نيه كليهما بغسل واحد بل و كذا لو نوى معهما غسل الحرم و غيره مما يمكن اجتماعه في يوم واحد.

(٦) أى إلا بنيه غسل المسجد عند غسل دخول مكة.

(٧) لو نوى غسل دخول مكة عند غسل دخول الحرم.

(٨) تقدم الكلام فيه.

ص: ٣٤٤

في الصلاة المنذوره و شبهها

(و منها. الصلاة المنذوره و شبهها) (١) من المعاهد، و المحلوف عليه. (و هي تابعه للنذر المشروع، و شبهه) (٢) فمتى نذر هيئه مشروع في وقت إيقاعها (٣)، أو عددا مشروعا (٤) انعقدت (٥) و احترز بالمشروع عما لو نذرهما عند ترك واجب، أو فعل محرم شكرا، أو عكسه (٦) زجرا، أو ركعتين بركوع واحد (٧)، أو سجدتين (٨) و نحو ذلك (٩)، و منه (١٠) نذر صلاة العيد في غيره (١١) و نحوها (١٢).

و ضابط المشروع ما كان فعله جائزا قبل النذر في ذلك الوقت (١٣)، فلو نذر ركعتين جالسا، أو ماشيا، أو بغير سورته، أو إلى غير القبلة ماشيا، أو راكبا و نحو ذلك (١٤) انعقد (١٥)، و لو أطلق (١٦) فشرطها شرط الواجبه في أجود القولين.

(١) كما لو حلف أو عاهد على الإتيان بصلاه ما.

(٢) كاليمين و المعاهده المشروعين.

(٣) كما لو نذر صلاة العيد في يوم العيد.

(٤) كما لو نذر صلاة الليل المؤلفه من ثمانى ركعات.

(٥) أى الصلاة بمعنى وجب الإتيان بها لوجوب الوفاء بالنذر و أخويه.

(٦) أى عند فعل الواجب أو ترك الحرام زجرا لاشتراط رجحان متعلق النذر كما سيأتى بيانه في كتاب النذر.

(٧) فهى هيئه غير مشروع إذ كل ركعه متقومه بالركوع و السجدتين.

(٨) أى ركعتين بسجدتين فقط.

(٩) مما يخالف الهيئه المشروعه للصلاه الواجبه و المندوبه.

(١٠) أى من غير المشروع.

(١١) فى غير العيد فهو نذر للمشروع فى غير وقته الشرعى.

(١٢) كندر إقامه صلاه الجمعه فى غير يوم الجمعه.

(١٣) أى الوقت الذى نذر إيقاعها فيه.

(١٤) كالقرآن بين السورتين.

(١٥) لجواز الإتيان بالنافله عن جلوس و فى حال المشى و بغير سوره، و بدون الاستقبال عند المشى و الركوب و القرآن بين السورتين فيها و نحو ذلك.

(١٦) أى أطلق الصلاه المنذوره فتصرف إلى ذات الركوع و السجود دون صلاه الجنازه، و أقل -

ص: ٣٤٧

(و منها. صلاه النىابه باجاره) (١) عن الميت تبرعا (٢)، أو بوصيته النافذه (٣)، (أو تحمّل) (٤) من الولى و هو أكبر الولد المذكور (عن الأب) لما فاته من الصلاه فى مرضه، أو سهوا أو مطلقا (٥)، و سيأتى تحريره. (و هى (٦) بحسب ما يلتزم به) (٧) كيفيه و كميّه.

-ما يجرئه منها ركعتان، لأنهما أقل عدد مشروع، و ثبوت الوتر بركعه واحده إنما كان بدليل خاص، و عن ابن إدريس الاكتفاء بركعه واحده لصدق الصلاه عليها و تابعه جماعه.

و بنى الشارح فى المسالك الخلاف على أن المعتبر هل هو أقل واجب أو أقل صحيح فعلى الأول لا بد من ركعتين مشروطتين بشروط الصلاه الواجبه و على الثانى يجوز الاكتفاء بركعه واحده بشروط الصلاه المستحبه.

(١)يجوز الاستئجار للصلاه على المشهور بعد عموم صحه العقود و كون المحل قابلا للنىابه، و عن المفاتيح و الكفايه التردد فيه حيث لم يرد فيه نص بخصوصه و إنما ورد النص فى الحج و قياس الصلاه على الحج باطل و هو ضعيف إذ الدليل كما عرفت و ليس هو القياس.

بل الأخبار الكثيره (١) الوارده فى الصلاه و الصوم و الحج و العتق و الداله على جواز الاستئجار فيها كاشفه عن جواز الاستئجار لسائر العبادات عن الأموات إذا فاتتهم.

(٢)التبرع من المستأجر الذى هو الوارث غالبا.

(٣)فيما لو كانت الإجاره من ثلث التركه.

(٤)و هى المسماه بصلاه الولى و سيأتى التعرض لها بالتفصيل فى فصل صلاه القضاء.

(٥)فيشمل العمد.

(٦)أى صلاه النىابه.

(٧)بعقد الإجاره و هو عقد لازم يوجب تنفيذ متعلقه.

ص: ٣٤٨

(و من المندوبات. صلاة الاستسقاء) (١)

(١) اعلم أن السبب في حبس المطر عن العباد شيوع المعصية و كفران النعمة و التمادى في البغى و الفساد و منع الحقوق و الحكم بغير ما أنزل الله و نحو ذلك من المعاصى التى تغيّر النعم و تنزل النقم و تحبس الرحمه عن العباد قال الله تعالى: إِنَّ اللَّهَ لَا يُغَيِّرُ مَا بِقَوْمٍ حَتَّى يُغَيِّرُوا مَا بِأَنْفُسِهِمْ (١) ، و قال تعالى: وَ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا قَرْيَةً كَانَتْ آمِنَةً مُطْمَئِنَّةً يَأْتِيهَا رِزْقُهَا رَغَدًا مِنْ كُلِّ مَكَانٍ فَكَفَرَتْ بِأَنْعَمِ اللَّهِ فَأَذَاقَهَا اللَّهُ لِبَاسَ الْجُوعِ وَ الْخَوْفِ بِمَا كَانُوا يَصْنَعُونَ (٢). و فى الفقيه مرسلا عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: (إذا غضب الله على أمه ثم لم ينزل بها العذاب. عذاب الاستئصال. غلت أسعارها و قصرت أعمارها، و لم تريح تجارها و لم تزك ثمارها و لم تغزر أنهارها، و حبس الله عنها أمطارها و سلط عليها أشرارها) (٣) ، و فى خبر عبد الرحمن بن كثير عن الصادق عليه السلام: (إذا فشت أربعة ظهرت أربعة، إذا فشا الزنا كثرت الزلازل، و إذا أمسكت الزكاه هلكت الماشيه، و إذا جار الحكام فى القضاء أمسك القطر من السماء، و إذا خفرت الذمه نصر المشركون على المسلمين) ٤.

و فى الخبر عن أبى جعفر الباقر عليه السلام: (أما أنه ليس سنه أقل مطرا من سنه، و لكن الله يضعه حيث يشاء، إن الله جل جلاله) إذا عمل قوم بالمعاصى صرف عنهم ما كان قدر لهم من المطر فى تلك السنه إلى غيرهم و إلى النبات و البحار و الجبال) (٤)

و لذا فينبغى عند قله المطر أن تكون صلاه الاستسقاء بعد التوبه و الإقلاع عن المعاصى و إرجاع الحقوق إلى أهلها، هذا و يستحب صلاه الاستسقاء بالاتفاق منا و لم يخالف إلا أبو حنيفة حيث جعل السنه عند ذلك الدعاء خاصه، لأن النبى استسقى بالدعاء كما جاء فى أخبار روتها العامه و الخاصه، فقد روى الكلينى فى روضته عن أبى عبد الله عليه السلام:

(أتى قوم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالوا: يا رسول الله، إن بلادنا قد قحطت و تواتت السنون علينا فادع الله تعالى يرسل السماء، فأمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالمنبر فأخرج، و اجتمع الناس فصعد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و دعا و أمر الناس أن يؤمنوا، فلم يلبث أن هبط جبرئيل عليه السلام فقال: يا محمد أخبر الناس أن ربك قد وعدهم أن يمطروا يوم كذا و كذا، و ساعه كذا-

ص: ٣٤٩

١- (١) الرعد الآيه: ١١.

٢- (٢) النحل الآيه: ١١٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ٢ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٤ من كتاب الأمر بالمعروف.

و هو (١) طلب السقيا، و هو أنواع أدناه الدعاء (٢) بلا صلاة، و لا خلف صلاة، و أوسطه الدعاء خلف الصلاة (٣)، و أفضله الاستسقاء بركعتين، و خطبتين، (و هي (٤) كالعيدين) (٥) في الوقت، و التكييرات الزائدة في الركعتين و الجهر،

و كذا، فلم يزل الناس ينتظرون ذلك اليوم و تلك الساعة، حتى إذا كانت تلك الساعة أهاج الله ريحا فأثارت سحابا و جللت السماء و أرخت عزاليها، فجاء أولئك النفر بأعيانهم إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالوا: يا رسول الله ادع الله أن يكف السماء عنا فإننا قد كدنا أن نغرق، فاجتمع الناس و دعا النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أمر الناس أن يؤمنوا على دعائه، فقال له رجل: يا رسول الله أسمعنا فكل ما تقول ليس يسمع، فقال: قولوا اللهم حوالينا و لا علينا، اللهم صبها في بطون الأودية و في منابت الشجر و حيث يرعى أهل الوبر، اللهم اجعلها رحمة و لا- تجعلها عذابا(١) و استسقاؤه بالدعاء لا يمنع من استسقاؤه (صلوات الله عليه و آله) بالصلاة، ففي الذكري: (أنه استسقى النبي و على و الأئمة (عليهم الصلاة و السلام) و الصحابة و صلوا ركعتين). ففي خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام:

(أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم صلى للاستسقاء بركعتين و بدأ بالصلاة قبل الخطبة و كبر سبعا و خمسا و جهر بالقراءه)(٢).

و في خبر الجعفریات مسندا عن الصادق عن أبيه عن علي عليهم السلام: (مضت السنة في الاستسقاء أن يقوم الإمام فيصلى ركعتين ثم يستسقى بالناس)(٣) و الأخبار فيها كثيرة و سيأتي نقل بعضها.

(١) أي الاستسقاء.

(٢) كما مرّ عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم.

(٣) لخبر عبد الله بن بكير سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول في الاستسقاء: (يصلى ركعتين و يقب رداءه الذي على يمينه فيجعله على يساره و الذي على يساره على يمينه و يدعو الله فيستسقى)(٤).

(٤) أي صلاة الاستسقاء.

(٥) بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام:-

ص: ٣٥٠

١- (١) روضه الكافي حديث ٢٦٦ ص ١٨٣ الطبعة الثالثة طبع دار الأضواء و أخرج بعضه في الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ١.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ١.

و القراءه، و الخروج إلى الصحراء، و غير ذلك، إلا أن القنوت هنا يطلب الغيث، و توفير المياه، و الرحمه (و يحوّل) الإمام و غيره (الرداء يمينا و يسارا) بعد الفراغ من الصلاه فيجعل يمينه يساره، و بالعكس، للاتّباع (١)، و التفاؤل (٢)، و لو جعل مع

(سألته عن صلاه الاستسقاء قال: مثل صلاه العيدين، يقرأ فيها و يكبر فيها، يخرج الإمام فيبرز إلى مكان نظيف في سكينه و وقار و خشوع و مسكنه و يبرز معه الناس، فيحمد الله و يمجده و يثنى عليه و يجتهد في الدعاء و يكثر من التسبيح و التهليل و التكبير، و يصلّى مثل صلاه العيدين ركعتين في دعاء و مسأله و اجتهاد، فإذا سلّم الإمام قلب ثوبه و جعل الجانب الذي على المنكب الأيمن على المنكب الأيسر، و الذي على الأيسر على الأيمن، فإن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كذلك صنع) (١).

و هذا الصحيح ظاهر في كونها مثل صلاه العيدين كيفية و وقتا و خطبه، فضلا عن خبر طلحه المتقدم الدال على كون تكبيرات صلاه الاستسقاء كتكبيرات صلاه العيد، إلا أنه يجعل مواضع القنوت في العيد استعطاف الله سبحانه و سؤاله الرحمه بإرسال الغيث لأنه هو المراد من الصلاه، و يتخير من الأدعيه ما تيسر و إلا فليقل ما نقل في أخبار أهل البيت عليهم السلام فإنه أفضل لأنهم أعرف بمعاني الكلام و مقتضى الحال، و في كتاب البلد الأمين للشيخ الكفعمي: «أفضل القنوت في صلاه الاستسقاء ما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و هو: (أستغفر الله الذي لا إله إلا هو الحي القيوم الرحمن الرحيم ذا الجلال و الإكرام، و أسأله أن يتوب عليّ توبه عبد ذليل خاضع فقير بائس مسكين مستكين، لا يملك لنفسه نفعا و لا ضرا و لا موتا و لا حياه و لا نشورا).

اللهم معتق الرقاب و رب الأرباب و منشئ السحاب و منزل القطر من السماء إلى الأرض بعد موتها، فائق الحب و النوى و مخرج النبات و جامع الشتات، صلّ على محمد و آل محمد و اسقنا غيثا مغيثا، غدقا مغدقا، هنيئا مريئا، تنبت به الزرع و تدرّ به الضرع و تحيي به مما خلقت أنعاما و أناسي كثيرا، اللهم اسق عبادك و بهائمك و انشر رحمتك، و أحي بلادك الميته» (٢).

(١) كما في صحيح هشام المتقدم و اعلم أن هذا التحويل إنما يتم إما بجعل ظاهره باطنه أو بجعل أعلاه أسفله.

(٢) بأن يتحول الجذب إلى الخصب كما حوّل رداءه، ففي مرسل ابن أبي عمير عن أبي -

ص: ٣٥١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ٥.

ذلك أعلاه أسفله، و ظاهره باطنه كان حسنا (١)، و يترك محولا حتى ينزع (٢).

و لتكن الصلاة بعد صوم ثلاثه (٣)، أطلق بعديتها عليها (٤) تغليبا، لأنها (٥) تكون في أول الثالث (آخرها الاثني) و هو منصوص (٦) فلذا قدّمه، (أو)

عبد الله عليه السلام: (سألته لأى عله حوّل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى صلاة الاستسقاء رداءه الذى على يمينه على يساره و الذى على يساره على يمينه؟ قال: أراد بذلك تحوّل الجذب خصبا) (١). و هذا التحول مختص بالإمام كما هو ظاهر النصوص بل صريح صحيح هشام المتقدم.

(١) قد عرفت أن التحويل يتم بأحد الأمرين فجعل التحويل يتم بمعنى ثالث مع إضافة الأمرين إليه كما هو ظاهر العبارة مما لا يتم تعقله، و قد قيل: إنه إذا كان مقورا يتم التحويل بجعل ما على اليسار على اليمين و كذا العكس من دون قلب أعلاه و لا باطنه و على هذا بنى الشارح كلامه فى المسالك حيث قال: «و لا يشترط تحويل الظاهر باطنا و بالعكس و لا الأسفل أعلى و بالعكس و إن كان جائزا» و مثله ما فى الروض، و نقل فى الجواهر مثله عن الشهيد الأول و المحقق الثانى.

و مع ذلك لم نشاهد المقوّر حتى نتصور إمكان التحويل المسنون من دون قلب الظاهر و لا قلب الأسفل بالإضافة إلى عدم إمكانه و لذا حصر صاحب الجواهر و غيره التحويل المسنون بأحدهما و أشكل على الشارح و غيره بعدم تحققه.

(٢) ظاهره حتى يسقط الرداء لوحده، و النصوص خاليه عنه.

(٣) من مستحبات هذه الصلاة أن يصوم الناس ثلاثه أيام لخبر السراج: (أرسلنى محمد بن خالد إلى أبى عبد الله عليه السلام أقول له: الناس قد أكثروا على فى الاستسقاء فما رأيك فى الخروج غدا؟ فقلت ذلك لأبى عبد الله عليه السلام فقال لى: قل له ليس الاستسقاء هكذا، قل له: يخرج فيخطب الناس و يأمرهم بالصيام اليوم و غدا و يخرج بهم يوم الثالث و هم صيام) (٢) و مثله غيره.

(٤) أى أطلق بعديه صيام الثلاثه على الثلاثه.

(٥) أى لأن الصلاة.

(٦) لخبر مره مولى ابن خالد: (صاح أهل المدينة إلى محمد بن خالد فى الاستسقاء فقال لى:

انطلق إلى أبى عبد الله عليه السلام فسله ما رأيك فإن هؤلاء قد صاحوا إلى فأتيته فقلت له،-

ص: ٣٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ١.

(الجمعه) (١) لأنها وقت لإجابته الدعاء حتى روى أن العبد ليسأل الحاجه فيؤخر قضاؤها إلى الجمعة (٢)، (و) بعد (التوبه) (٣) إلى الله تعالى من الذنوب، و تطهير الأخلاق من الرذائل، (و ردّ المظالم) (٤) لأن ذلك أرجى للإجابته، و قد يكون القحط بسبب هذه كما روى (٥)، و الخروج من المظالم من جمله التوبه جزءا، أو شرطا (٦)، و خصّيتها اهتماما بشأنها، و ليخرجوا حفاه و نعالهم بأيديهم (٧)...

فقال لى: قل له فليخرج، قلت: متى يخرج جعلت فداك؟ قال يوم الاثنين (١).

و خبر العيون عن العسكرى عن آبائه عن الرضا عليهم السّلام فى حديث: (إن المطر احتبس فقال له المأمون: لو دعوت الله (عز و جل)، فقال له الرضا عليه السّلام: نعم، قال: فمتى تفعل ذلك؟ و كان يوم الجمعة، فقال: يوم الاثنين، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أتانى البارحة فى منامى و معه أمير المؤمنين عليه السّلام و قال: يا بنى انتظر يوم الاثنين فابرز إلى الصحراء و استسق فإن الله (عز و جل) سيسقيهم) (٢).

(١) لم يرد فيه نص خاص فى الاستسقاء، نعم ورد فيه عمومات عامه قد ذكرها الشارح فى المتن و لذا خير غير واحد بينهما بل قيل: هو المشهور بين المتأخرين، بل عن المفيد و أبى الصلاح الاقتصار على الجمعة لأن يوم الاثنين يوم نحس لا تطلب فيه الحوائج و أنه مما تبرك به بنو أمية و تتشام منه آل محمد (صلوات الله عليهم) لقتل سيد الشهداء الحسين (صلوات الله عليه) فيه حتى ورد أن من صامه أو طلب فيه الحوائج متبركا حشر مع بنى أمية (٣).

و مع هذا فالعمل على الاثنين للأخبار المتقدمه لا بعنوان التبرك بل لما ورد من خصوصيه الخروج يوم الاثنين عن معدن الوحي و التنزيل.

(٢) و هو مرفوع ابن محبوب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن المؤمن ليدعو فى الحاجه فيؤخر الله حاجته التى سأل إلى يوم الجمعة ليخصه بفضل يوم الجمعة) (٤).

(٣) عطف على قوله: (بعد صوم ثلاثه أيام)، و تقدم الدليل عليه.

(٤) تقدم الدليل عليه.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) بل المتعين أن يكون شرطا لأن التوبه هى الندم.

(٧) لا يعرف له شاهد كما فى الجواهر غير أنه من أوصاف التدلل و هو مطلوب فى المقام.

ص: ٣٥٣

- ٢-٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الاستسقاء حديث ٢.
- ٣-٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب السفر، و الباب - ٢١ - من أبواب الصوم المندوب.
- ٤-٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب صلاة الجمعة حديث ١.

فى ثياب بذله (١) و تخشع (٢)، و يخرجون الصبيان، و الشيوخ، و البهائم (٣)، لأنهم مظنه الرحمه على المذنبين، فإن سقوا و إلا عادوا ثانيا و ثالثا من غير قنوط، بانين

(١) أى مبتذله كذلك لأنه مطلوب فى المقام.

(٢) لصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام الوارد فى صلاه الاستسقاء: (يخرج الإمام و يبرز إلى مكان نظيف فى سكينه و وقار و خشوع و مسكنه) (١).

و أن يكون الخروج إلى الصحراء ففى خبر أبى البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام: (مضت السنه أنه لا يستسقى إلا بالبرارى حيث ينظر الناس إلى السماء، و لا يستسقى بالمساجد إلا بمكه) (٢).

(٣) على المشهور للنبوى: (لولا أطفال رضع و شيوخ رقع و بهائم رقع لصب عليكم العذاب صبا) (٣)، هذا و أن يكون خروج الإمام على هيئه خروجه يوم العيد و المؤذنون بين يديه و يدل عليه خبر مره مولى محمد بن خالد الوارد فى الاستسقاء. و قد تقدم صدره سابقا.

عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت: كيف يصنع؟ قال: يخرج المنبر ثم يخرج و يمشى كما يمشى يوم العيدين و بين يديه المؤذنون فى أيديهم عنزهم. أى عصيهم. حتى إذا انتهى إلى المصلى يصلى بالناس ركعتين بغير أذان و لا إقامة، ثم يصعد المنبر فيقلب رداءه فيجعل الذى على يمينه على يساره و الذى على يساره على يمينه، ثم يستقبل القبلة فيكبر الله مائه تكبيره رافعا بها صوته، ثم يلتفت إلى الناس عن يمينه فيسبح الله مائه تسيحه رافعا بها صوته، ثم يلتفت إلى الناس عن يساره فيهلل الله مائه تهليله رافعا بها صوته، ثم يستقبل الناس فيحمد الله مائه تحميده ثم يرفع يديه و يدعو، ثم يدعو فإنى لأرجو أن لا تخيبوا) (٤).

ثم يخطب و يبألف فى تضرعاته لخبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام: (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم صلى للاستسقاء ركعتين و بدأ بالصلاه قبل الخطبه) (٥) و مثله غيره.

ثم إذا تأخرت الإجابه فيستحب تكرار الخروج بلا- خلافاً فيه لوجود السبب المقتضى للاستجاب فى الخبر: (إن الله يحب الملحين فى الدعاء) (٦).

ص: ٣٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ١.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٣ ص ٣٤٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الاستسقاء حديث ١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدعاء حديث ٨.

على الصوم الأول (١) إن لم يفطروا بعده، وإلا فبصوم مستأنف.

فى نافله شهر رمضان

(و منها. نافله شهر رمضان) (٢)

(١)متصلا بصوم يوم التكرير.

(٢)على المشهور شهره عظيمه، و لم يخالف إلا الصدوق بأنه لا نافله فى شهر رمضان زياده على غيره لخبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا صلى العشاء الآخرة آوى إلى فراشه لا يصلى شيئا إلا بعد انتصاف الليل، لا فى شهر رمضان ولا فى غيره) (١) و صحيح الحلبى: (سألته عن الصلاه فى شهر رمضان فقال: ثلاث عشره ركعه، منها الوتر و ركعتا الصبح بعد الفجر، كذلك كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يصلى و أنا كذلك أصلى، و لو كان خيرا لم يتركه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) ٢ و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام مثله إلا أنه فى الأخير قال: (و لو كان فضلا كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أعمل به و أحق) ٣.

و مستند المشهور روايات كثيره منها: خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إذا جاء شهر رمضان زاد فى الصلاه، و أنا أزيد فزيدوا) (٢).

و خبر جابر بن عبد الله: (إن أبا عبد الله عليه السّلام قال له: إن أصحابنا هؤلاء أبوا أن يزيدوا فى صلاتهم فى رمضان، و قد زاد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فى صلاته فى رمضان) ٥.

و خبر جميل بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن استطعت أن تصلى فى شهر رمضان و غيره فى اليوم و الليله ألف ركعه فافعل فإن عليا عليه السّلام كان يصلى فى اليوم و الليله ألف ركعه) (٣).

و خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام: (تصلى فى شهر رمضان زياده ألف ركعه) (٤) الخبر و مثله غيره كثير.

و عليه لا بد من تأويل الطائفة الأولى أو ردها إلى أهلها و إن اشتملت على الصحيح لأن الطائفة الثانيه أكثر عددا و عليها العمل و حمل العلامه فى المختلف الطائفة الأولى بأن-

ص: ٣٥٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ٣ و ١ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ٢ و ٤.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

٤- ((٧)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

(و هي) (١) في أشهر الروايات (ألف ركعه) موزّعه على الشهر (٢)(غير الرواتب في) الليالي (العشرين) الأول (عشرون): كل ليله ثمان بعد المغرب، و اثنتا عشرة بعد العشاء)، و يجوز العكس،(و في) كل ليله من (العشر الأخيره ثلاثون)

-السؤال فيها عن النوافل الراتبه هل تزداد في شهر رمضان لا عن مطلق النافله و هو بعيد عن ظاهرها و حملها الشيخ في التهذيب على صلاه النافله جماعه لا فرادى و هو أبعد من الأول فيتعين طرحها إن لم يمكن تأويلها.

(١)للإجماع كما في المعتبر على الألف و يؤيده خبر المفضل المتقدم، و عن الصفواني كما في الذكرى أنها سبعمائه ركعه، و عنه كما في الإقبال تسعمائه ركعه، و في روايه ألف لأنه شاك في مائه ركعه في ليله تسع عشره من شهر رمضان.

(٢)اعلم أن الروايات الواردة في تعداد نافله شهر رمضان مختلفه اختلافا عظيما، إلا أنه في خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام: (مما كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يصنع في شهر رمضان كان يتنفل في كل ليله و يزيد على صلاته التي كان يصلها قبل ذلك منذ أول ليله إلى تمام عشرين ليله في كل ليله عشرين ركعه، ثماني ركعات منها بعد المغرب و اثنتي عشره بعد العشاء الآخره، و يصل في العشر الأواخر في كل ليله ثلاثين ركعه اثنتي عشره ركعه منها بعد المغرب و ثماني عشره بعد العشاء الآخره و يدعو و يجتهد اجتهادا شديدا، و كان يصل في ليله إحدى و عشرين مائه ركعه و يصل في ليله ثلاث و عشرين مائه ركعه و يجتهد فيهما(١)).

و الأمر بالعشرين و ترتيبها قد ورد في عدّه أخبار أيضا، و المشهور على هذا الترتيب إلا أن المحكي عن القاضي العكس بجعل اثنتي عشره ركعه بعد المغرب و ثماني ركعات بعد العشاء لموثق سماعه (سألته عن رمضان كم يصل في فيه؟ فقال: كما يصل في غيره إلا- أن لرمضان على سائر الشهور من الفضل ما ينبغي للعبد أن يزيد في تطوعه، فإن أحبّ و قوى على ذلك أن يزيد في أول الشهر عشرين ليله، كل ليله عشرين ركعه سوى ما كان يصل قبل ذلك، يصل من هذه العشرين اثنتي عشره ركعه بين المغرب و العتمه، و ثماني ركعات بعد العتمه)٢ و الجمع بين الخبرين يقتضى التخيير بين الترتيبين كما عن الفاضل و ثاني الشهيدين و جماعه، و لا بأس به فإنه مستحب في مستحب فيجوز للمصلي بسطها بأحد الوجهين.

ص: ٣٥٦

ركعه: ثمان منها بعد المغرب، و الباقي بعد العشاء (١)، و يجوز اثنتا عشره بعد المغرب، و الباقي بعد العشاء (٢) (و فى لىالى الإفراڊ) (٣) الثلاث، و هى التاسعه عشره، و الحاديه و العشرون، و الثالثه و العشرون، (كل ليله مائه) مضافه إلى ما عین لها سابقا، (٤)، و ذلك تمام الألف خمسمائه فى العشرين، و خمسمائه فى العشر.

(١) و الباقي هو اثنتان و عشرون ركعه، و ترتيبها بهذا النحو هو المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه و للأخبار منها: خبر على بن أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إلى أن قال فإذا دخل العشر الأواخر فصل ثلاثين ركعه كل ليله ثمان قبل العتمه و اثنتين و عشرين بعد العتمه) (١).

و خير الحسن بن على عن أبيه: (كتب رجل إلى أبى جعفر عليه السّلام. إلى أن قال. و فى العشر الأواخر ثمانى ركعات بين المغرب و العتمه و اثنتين و عشرين ركعه بعد العتمه) ٢.

و عن الغنيه و إشاره السبق و المهذب و الكافى بجعل اثنتى عشره ركعه بعد المغرب و ثمانى عشره ركعه بعد العشاء لخبر مسعده بن صدقه المتقدم: (و يصلى فى العشر الأواخر فى كل ليله ثلاثين ركعه اثنتى عشره منها بعد المغرب و ثمانى عشره بعد العشاء الآخره) ٣، و الجمع بينهما يقتضى التخيير كما فى الذكرى و الروض و الروضه هنا و غيرها.

(٢) و هناك ترتيب ثالث و هو جعل اثنتين و عشرين ركعه بعد المغرب و ثمانى بعد العشاء لموثق سماعه (إلى أن قال: فإذا بقى من رمضان عشر لىال فليصل ثلاثين ركعه فى كل ليله سوى هذه الثلاث عشره ركعه. أى صلاه الليل مع ركعتى الفجر. يصلى بين المغرب و العشاء اثنتين و عشرين ركعه و ثمانى ركعات بعد العتمه) (٢).

و لذا جاز التمييز بينها و بين الترتيب الأول جمعا بين الأخبار كما فى المسالك و المعتمر.

(٣) جمع فرد بمعنى لا نظير له و هى لىالى القدر.

(٤) أى من الوظيفه السابقه بحيث يأتى بعشرين ركعه فى الليله التاسعه عشره، و أن يأتى بثلاثين ركعه فى كل من الليله الحاديه و العشرين و الثالثه و العشرين، و هذا ما عليه الأكثر لخبر أحمد بن محمد بن مطهر: (كتبت إلى أبى محمد عليه السّلام. إلى أن قال: و صل ليله إحدى و عشرين مائه ركعه و صل ليله ثلاث و عشرين مائه ركعه، و صل فى كل ليله فى العشر الأواخر ثلاثين ركعه) ٥ و مثله غيره.

و لا يوجد صلاه مائه ركعه فى الليله التاسعه عشره إلا ما رواه فى الإقبال عن الرساله-

ص: ٣٥٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ٤ و ٧ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ٣ و ٨.

(و يجوز الاقتصار عليها (١) فيفترق الثمانين) المتخلفه و هي العشرون في التاسع عشر، و الستون في الليلتين بعدها (على الجمع) الأربع (٢). فيصلّى في يوم

-الغريه للشيخ المفيد قال: (يصلّى في العشرين ليله. إلى أن قال: و يصلّى في العشر الأواخر كل ليله ثلاثين ركعه يضيف إلى هذا الترتيب في ليله تسع عشره و ليله إحدى و عشرين و ليله ثلاث و عشرين عن كل ليله مائه ركعه، و ذلك تمام الألف ركعه، قال:

و هي روايه محمد بن أبي قره في كتاب عمل شهر رمضان فيما اسنده عن علي بن مهران عن مولانا الجواد عليه السلام(١).

(١) أي على المائه في ليالي القدر.

(٢) فيصلّى في كل يوم جمعه من الجمع الأربع مبتدئاً من أول الشهر عشر ركعات بصلاه علي و فاطمه و جعفر (صلوات الله و سلامه عليهم)، و في ليله الجمعه من آخر الشهر عشرين صلاه بصلاه علي عليه السلام و في عشيه تلك الجمعه أي ليله السبت عشرين ركعه بصلاه فاطمه لخبر المفضل بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: (تصلّى في شهر رمضان زياده ألف ركعه، قلت: و من يقدر على ذلك؟ قال: ليس حيث تذهب، أليس تصلّى في شهر رمضان زياده ألف ركعه في تسع عشره منه في كل ليله عشرين ركعه، و في ليله تسع عشره مائه ركعه، و في ليله إحدى و عشرين مائه ركعه، و في ليله ثلاث و عشرين مائه ركعه، و تصلّى في ثمان ليال منه في العشر الأواخر ثلاثين ركعه فهذه تسعمائه و عشرون ركعه؟ قلت: جعلني الله فداك فزجت عنى. إلى أن قال: فكيف تمام الألف ركعه؟.

قال: تصلّى في كل يوم جمعه من شهر رمضان أربع ركعات لأمير المؤمنين، و تصلّى ركعتين لابنه محمد صلى الله عليه و آله و سلم و تصلّى بعد الركعتين أربع ركعات لجعفر الطيار، و تصلّى في ليله الجمعه في العشر الأواخر لأمير المؤمنين عليه السلام عشرين ركعه و تصلّى في عشيه الجمعه ليله السبت عشرين ركعه لابنه محمد (صلى الله عليه و آله و عليها). إلى أن قال: فأما صلاه أمير المؤمنين عليه السلام فإنه يقرأ فيها بالحمد في كل ركعه و خمسين مره قل هو الله أحد، و يقرأ في صلاه ابنه محمد صلى الله عليه و آله و سلم في أول ركعه الحمد و إنا أنزلناه في ليله القدر مائه مره، و في الركعه الثانيه الحمد و قل هو الله أحد مائه مره، فإذا سلّمت في الركعتين سبح تسبيح الزهراء. إلى أن قال: و قال لى: تقرأ في صلاه جعفر في الركعه الأولى الحمد و إذا زلزلت الأرض و في الثانيه الحمد و العاديات و في الثالثه الحمد و إذا جاء نصر الله و في الرابعه الحمد و قل هو الله أحد(٢).

ص: ٣٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان الحديث ١٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

كُلَّ جمعه عشا بصلاه عليّ و فاطمه و جعفر عليهم السّلام. و لو اتفق فيه (١) خامسه (٢) تخيّر في الساقطه (٣). و يجوز أن يجعل لها (٤) قسطا يتخير في كميته، و في ليله آخر جمعه عشرون بصلاه عليّ عليه السّلام، و في ليله آخر سبت عشرون بصلاه فاطمه، و أطلق تفریق الثمانين على الجمع مع وقوع عشرين منها ليله السبت تغليبا، و لأنها عشيه جمعه تنسب إليها في الجملة. و لو نقص الشهر سقطت (٥) وظيفه ليله الثلاثين، و لو فات شيء منها استحَب قضاؤه و لو نهارا و في غيره (٦)، و الأفضل قبل خروجه (٧).

في نافله الزياره

(و منها. نافله الزياره)

للأنبياء و الأئمه عليهم السّلام. و أقلها ركعتان (٨) تهدي للمزور، و وقتها بعد الدخول و السلام (٩)، و مكانها مشهده و ما قاربه، و أفضله عند الرأس بحيث يجعل القبر على يساره، و لا يستقبل شيئا منه.

في صلاه الاستخاره

(و) صلاه (الاستخاره) بالرقاع الست (١٠)...

(١) في شهر رمضان.

(٢) أي جمعه خامسه.

(٣) و إسقاط الأخيره متجه.

(٤) للجمعه الخامسه.

(٥) بل يأتي بها قبل الغروب لأن المدار الإتيان بألف ركعه.

(٦) أي غير النهار من الليالي الباقيه.

(٧) خروج شهر رمضان لأن مشروعيه الألف في شهر رمضان.

(٨) و يجوز الأكثر.

(٩) كما هو المعروف على ما في الجواهر و عن الغنيه أنها بعد الزياره إن كانت عن قرب، و إن كانت عن بعد فالصلاه مقدمه على الزياره، و مثله ما عن إشاره السبق، و في الجواهر: «و لم أعثر لهما على نص في ذلك».

(١٠) لخبر هارون بن خارجه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا أردت أمرا فخذ ست رقاع فاكتب في ثلاث منها: بسم الله الرحمن الرحيم خيره من الله العزيز الحكيم لفلان ابن فلانه افعل، و في ثلاث منها: بسم الله الرحمن الرحيم خيره من الله العزيز

الحكيم لفلان ابن

ص: ٣٥٩

... و غيرها (١).

فلانه لا تفعل، ثم ضعها تحت مصلاك، ثم صل ركعتين فإذا فرغت فاسجد سجده و قل فيها مائه مره: أستخير الله برحمته خيره في عافيه، ثم استو جالسا و قل: اللهم خر لي و اختر لي في جميع أمورى في يسر منك و عافيه ثم أضرب بيدك إلى الرقاع فشوشها و اخرج واحده واحده فإن خرج ثلاث متواليات افعل، فافعل الأمر الذى تريده، و إن خرج ثلاث متواليات لا تفعل فلا تفعله، و إن خرجت واحده افعل و الأخرى لا تفعل فاخرج من الرقاع إلى خمس فانظر أكثرها فاعمل به و دع السادس لا تحتاج إليها(١).

و مثله غيره.

و عن ابن إدريس التشديد في إنكار صلاه الاستخاره بالرقاع، و في الذكرى: «إنكار ابن إدريس الاستخاره بالرقاع لا مأخذ له مع اشتهاها بين الأصحاب و عدم راد لها سواه و سوى الشيخ نجم الدين في المعبر، و كيف تكون شاذه و قد دونها المحدثون في كتبهم و المصنفون في مصنفاتهم، و قد صنف السيد السعيد العالم العابد صاحب الكرامات الظاهره و المآثر الباهره أبو الحسن على بن طاوس الحسنى كتابا ضخما في الاستخارات، و اعتمد فيه على روايه الرقاع، و ذكر من آثارها عجائب و غرائب أرانا الله تعالى إياها و قال: إذا توالى الأمر في الرقاع فهو خير محض و إن توالى النهى فهو شر محض، و إن تفرقت كان الخير و الشر موزعا بحسب تفرقها على أزمنه ذلك الأمر بحسب ترتبها).

(١) و هي صلاه الاستخاره بالبندق كما في مرفوع على بن محمد عنهم عليهم السلام: (قال لبعض أصحابه عن الأمر يمضى فيه و لا يجد أحدا يشاوره كيف يصنع؟ قال: شاور ربك، فقال له: كيف؟ قال: أنو الحاجه في نفسك ثم اكتب رقعتين في واحده لا، و في واحده نعم، و اجعلهما في بندقتين من طين ثم صل ركعتين و اجعلهما تحت ذيلك و قل: يا الله إني أشاورك في أمرى هذا و أنت خير مستشار و مشير، فأشر على بما فيه صلاح و حسن عاقبه، ثم ادخل يدك فإن كان فيها نعم فافعل، و إن كان فيها لا فلا تفعل، هكذا شاور ربك(٢).

و تجوز الاستخاره بالسبحه لما رواه الشهيد في الذكرى عن ابن طاوس عن محمد الآوى الحسينى عن صاحب الأمر عليه السلام: (تقرأ الفاتحه عشر مرات و أقله ثلاثه، و دونه مره ثم تقرأ القدر عشرا ثم تقول هذا الدعاء: اللهم إني أستخيرك لعلمك بعاقبه الأمور،-

ص: ٣٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ٢.

و- أستشيرك لحسن ظني بك في المأمول والمحذور، اللهم إن كان الأمر الفلاني مما قد نيّطت بالبركة أعجازه و بواديه و حفّت بالكرامه أيامه و لياليه فخر لي اللهم لي فيه خيره ترد شموسه ذلولاً و تقعض أيامه سرورا، اللهم إما أمر فآتمر و إما نهى فأنتهى، اللهم إنى أستخيرك برحمتك خيره في عافيه، ثم تقبض على قطعه من السبحه تضرر حاجه، فإن كان عدد القطعه زوجا فهو افعل و إن كان فردا لا- تفعل و بالعكس(١) و عن كتاب الحدايق عن كتاب السعادات لوالده: «خيره مرويه عن الإمام الصادق عليه السّلام: يقرأ الحمد مره و الإخلاص ثلاثا و يصلى على محمد و آله خمس عشره مره، ثم يقول: اللهم إنى أسألك بحق الحسين و جده و أبيه و أمه و أخيه و الأئمه التسعه من ذريته أن تصلى على محمد و آل محمد و أن تجعل لي الخيره في هذه السبحه و أن ترينى ما هو الأصلح لي في الدين و الدنيا، اللهم إن كان الأصلح في ديني و دنياي و عاجل أمرى و آجله فعل ما أنا عازم عليه فمرنى و إلا فانهنى إنك على كل شىء قدير، ثم تقبض قبضه من السبحه و تعدّها سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا- الله إلى آخر القبضه، فإن كان الأخيره سبحان الله فهو مخير بين الفعل و الترك، و إن كان الحمد لله فهو أمر و إن كان لا إله إلا الله فهو نهى»(٢)

و عن الشهيد الأول في مجموعه الجباعى: «طريق الاستخاره الصلاه على محمد و آله سبع مرات و بعده: يا أسمع السامعين و يا أبصر الناظرين و يا أسرع الحاسبين و يا أرحم الراحمين و يا أحكم الحاكمين، صل على محمد و آل محمد ثم الزوج و الفرد»(٣).

و فى نفس المجموعه عن البهائى: «سمعنا مذاكره عن مشايخنا عن القائم (عجل الله تعالى فرجه) فى الاستخاره بالسبحه أنه يأخذها و يصلى على النبى و آله ثلاث مرات، و يقبض على السبحه و يعدّ اثنتين اثنتين، فإن بقيت واحده فهو افعل، و إن بقيت اثنتان فهو لا تفعل»(٤).

و أما الاستخاره بالقرآن ففى خبر اليسع القمى: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أريد الشىء فأستخير الله فيه فلا يوفق فيه الرأى أفعله أو أدعه؟ فقال: أنظر إذا قمت إلى الصلاه فإن الشيطان أبعد ما يكون من الإنسان إذا قام إلى الصلاه، أى شىء يقع فى قلبك فخذ به، و افتتح المصحف فانظر إلى أول ما ترى فيه فخذ به إن شاء الله)(٤) و قد وردت عدّه روايات(٥) بمضامين آخر-.

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١.

٢- (٢) الجواهر ج ١٢ ص ١٧٣.

٣- ((٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ٤ و ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الاستخاره.

و قد يشكل على أصل الاستخاره بالمصحف الشريف بما روى فى الكافى عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا تتفأل بالقرآن)(١) و حمل على أن التفؤل لبيان ما سيقع بخلاف الاستخاره فإنها طلب معرفه الأمر الذى سيعزم عليه.

هذا و النصوص كلها صريحها و ظاهرها على استخاره الإنسان لنفسه، و فى كتاب الاستخارات لابن طاوس عن أبى عبد الله عليه السلام: «كنا نتعلم الاستخاره كما نتعلم السوره من القرآن ثم قال: ما أبالى إذا استخرت الله على أى جنبى وقعت»(٢) و فى مكارم الأخلاق عن جابر بن عبد الله: «كان النبى صلى الله عليه و آله يعلمنا الاستخاره كما يعلمنا السوره من القرآن»(٣)

و هما ظاهران فى استحباب تعلم الاستخاره فضلا عن ممارستها بنفسه، و هى أولى من الاستنباه لخلو النصوص عن ذلك بل كان الإمام بين ظهراى أصحابه و لم يدل دليل على أنهم كانوا يستنبونه بل يأمرهم بالاستخاره فضلا عن أن الاستخاره تقتضى التخشع و التذلل و التوجه و هذه أمور لا- يحسن فيها الاستنباه إلا- أن العمل على الاستنباه لعموم أدله التوكيل و الوكاله، و للاستشفاع بالنائب و هو مما لا بأس به.

هذا و الأخبار على استحباب الاستخاره كثيره مهما كان الفعل الذى يراد فعله ففى خبر ناجيه عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان إذا أراد شراء العبد أو الدابه أو الحاجه الخفيفه أو الشىء اليسير استخار الله فيه سبع مرات، فإذا كان أمرا جسيما استخار الله مائه مره)(٤)

و خبر عبد العظيم عن محمد الجواد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليهم السلام: (بعثنى رسول الله صلى الله عليه و آله إلى اليمن فقال: و هو يوصينى: يا على ما حار من استخار و لا ندم من استشار)٥ و خبر هارون بن خارجه عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أراد أحدكم أمرا فلا يشاور فيه أحدا من الناس حتى يبدأ فيشاور الله تبارك و تعالى، قلت:

و ما مشاوره الله جعلت فداك؟ قال: تبدأ فتستخير الله فيه أولا ثم تشاور فيه فإنه إذا بدأ بالله أجرى له الخيره على لسان من يشاء من الخلق)٦ و فى خبر محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السلام: (من دخل فى أمر بغير استخاره ثم ابتلى لم يؤجر)(٥) و مرسل المحاسن عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال الله عز و جل: من شقاء عبدى أن يعمل الأعمال فلا يستخيرنى)٨.

ص: ٣٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١٠.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ٤.

٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١ و ١١ و ٢.

٥- (٥ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاه الاستخاره حديث ١ و ٢ و ٣ و ٦.

(و) صلاة (الشكر) (١) عند تجدد نعمه، أو دفع نقمه على ما رسم في كتب مطوله، أو مختصه به (و غير ذلك) من الصلوات المسنونه كصلاه النبي (٢) صلى الله عليه و آله و سلم يوم

بل يستحب الرضى بما خرجت به الخيره ففي الخبر عن ابي عبد الله عليه السلام: (قلت: من أبغض الخلق إلى الله؟ قال: من يتهم الله، قلت: و أحد يتهم الله؟ قال: نعم من استخار الله فجاءته الخيره بما يكره فسخط فذلك الذي يتهم الله) (١) و في خبر عيسى بن عبد الله مسندا عن علي عليه السلام: (قال الله (عز و جل): إن عبدى يستخيرنى فأخير له فيغضب) ٢.

و من مكملات الخيره شرف المكان و الزمان و في حال السجود على طهاره مع عدم التكلم في أثناء الاستخاره و كل ما له الدخل في استجاب الدعاء و بعد الشيطان و تحقق التوجه القلبي و الله العالم بحقائق الأشياء.

(١) لخبر هارون بن خارجه عن ابي عبد الله عليه السلام: (قال في صلاة الشكر: إذا نعم الله عليك بنعمه فصل ركعتين تقرأ في الأولى بفاتحه الكتاب و قل هو الله أحد، و تقرأ في الثانية بفاتحه الكتاب و قل يا أيها الكافرون، و تقول في الركعه الأولى في ركوعك و سجودك: الحمد لله شكرا شكرا و حمدا، و تقول في الركعه الثانية في ركوعك و سجودك: الحمد لله الذى استجاب دعائى و أعطانى مسألتى) (٢).

و عن الصدوقين أنه يقول في ركوع الأولى: الحمد لله شكرا، و في سجودها: شكرا لله و حمدا، و يقول في ركوع الثانية و سجودها: الحمد لله الذى قضى حاجتى و أعطانى مسألتى، و قال في الجواهر: «و لم نعر عليه في روايه».

و ظاهر الخبر أنها عند تجدد النعم، و عن البعض أنها تستحب عند تجدد النعم و دفع النقم و قضاء الحوائج و هو لا بأس به.

و الخبر مطلق و عن ابن البراج أن وقتها عند ارتفاع النهار، و قال في الجواهر: «لم نعرف مستنده».

(٢) ففي مصباح المتعجب: «صلاه النبي صلى الله عليه و آله و سلم هما ركعتان، تقرأ في كل ركعه الحمد مره و إنا أنزلناه خمس عشره مره و أنت قائم، و خمس عشره مره في الركوع، و خمس عشره مره إذا استويت قائما، و خمس عشره مره إذا سجدت، و خمس عشره مره إذا رفعت رأسك، و خمس عشره مره في السجده الثانية، و خمس عشره مره إذا رفعت رأسك من السجده-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة الاستخاره حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

-الثانيه، ثم تقوم فتصلي أيضا ركعه أخرى كما صليت الركعه الأولى، فإذا سلمت عقبته بما أردت و انصرفت و ليس بينك و بين الله (عز و جل) ذنب إلا غفره لك(١).

و رواه السيد ابن طاوس في جمال الأسبوع و زاد: «و الدعاء بعدها: لا- إله إلا- الله ربنا و رب آباؤنا الأولين، لا إله إلا الله إلها واحدا و نحن له مسلمون، لا إله إلا الله لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين و لو كره المشركون، لا إله إلا الله وحده و وحده، أنجز وعده و نصر عبده و أعزّ جنده و هزم الأحزاب وحده، فله الملك و له الحمد و هو على كل شيء قدير، اللهم أنت نور السماوات و الأرض و من فيهن، فلك الحمد، و أنت قيام السماوات و الأرض و من فيهن و لك الحمد، و أنت الحق و وعدك الحق و قولك الحق و إنجازك حق و الجنة حق و النار حق، اللهم لك أسلمت و بك آمنت و عليك توكلت و بك خاصمت و إليك حاكمت، يا رب يا رب اغفر لي ما قدمت و أخرت، و ما أسررت و أعلنت، أنت إلهي لا إله إلا أنت، صل على محمد و آل محمد، و ارحمني و اغفر لي و تب عليّ إنك أنت كريم رءوف رحيم»(٢).

(١) كما في المصباح على ما في الجواهر: «و فعلها صلى الله عليه و آله و سلم يوم الجمعة».

(٢) كما في خبر المفضل بن عمر المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فأما صلاة أمير المؤمنين عليه السّلام فإنه يقرأ فيها بالحمد في كل ركعه و خمسين مره قل هو الله أحد)(٣).

و خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (من صلى أربع ركعات يقرأ في كل ركعه قل هو أحد خمسين مره لم يفتل و بينه و بين الله ذنب)(٤) و مرسل الشيخ في المصباح: (روى عن الصادق جعفر بن محمد عليه السّلام أنه قال: من صلى منكم أربع ركعات صلاة أمير المؤمنين عليه السّلام خرج من ذنوبه كيوم ولدته أمه و قضيت حوائجه، يقرأ في كل ركعه الحمد مره و خمسين مره قل هو الله أحد)٥.

و هي أربع ركعات بتسليمتين كما هو الأصل في النوافل و عن بعض قدماء الأصحاب كما في الجواهر و الخلاف و أنها بتسليمه واحده.

(٣) ففي خبر المفضل بن عمر المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و يقرأ في صلاة ابنه محمد.-

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١ و ٢.

و جعفر (١)...

-صلى الله عليه وآله و عليها. فى أول ركعه الحمد و إنا أنزلناه فى ليله القدر مائه مره، و فى الركعه الثانيه الحمد و قل هو الله أحد مائه مره، فإذا سلمت فى الركعتين سبّح تسبيح فاطمه الزهراء(١).

نعم فى خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من صلى أربع ركعات فقرأ فى كل ركعه بخمسين مره قل هو الله أحد كانت صلاه فاطمه و هى صلاه الأوابين)(٢) و قد تقدم أنها صلاه على عليه السّلام فلذا قال الصدوق فى الفقيه: «كان شيخنا محمد بن الحسن بن الوليد يروى هذه الصلاه و ثوابها إلا أنه يقول لا أعرفها بصلاه فاطمه، و أما أهل الكوفه فإنهم يعرفونها بصلاه فاطمه»٣.

(١) و تسمى بصلاه الحبه و صلاه التسبيح، ففى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم لجعفر: يا جعفر ألا أمنحك؟، ألا أعطيك؟، ألا أحبوك؟، فقال له جعفر: بلى يا رسول الله، فظن الناس أنه يعطيه ذهباً أو فضه فتشوق الناس لذلك).

فقال له: إني أعطيك شيئاً إن أنت صنعته فى كل يوم كان خيراً لك من الدنيا و ما فيها، و إن صنعته بين يومين غفر الله لك ما بينهما، أو كل جمعه أو كل شهر أو كل سنه غفر لك ما بينهما تصلى أربع ركعات تتدبّر فتقرأ و تقول إذا فرغت: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر، تقول ذلك خمس عشره مره بعد القراءه، فإذا ركعت قلته عشر مرات، فإذا رفعت رأسك من الركوع قلته عشر مرات، فإذا سجدت قلته عشر مرات، فإذا رفعت رأسك من السجود فقل بين السجدين عشر مرات، فإذا سجدت الثانيه فقل عشر مرات فإذا رفعت رأسك من السجده الثانيه قلت عشر مرات و أنت قاعد قبل أن تقوم، فذلك خمس و سبعون تسبيحه فى كل ركعه، ثلاث مائه تسبيحه فى أربع ركعات، ألف و مائتا تسبيحه و تهليله و تكبيره و تحميده إن شئت صليتها بالنهار و إن شئت صليتها بالليل)(٣).

فهى أربع ركعات بتسليمتين على المشهور لأنه الأصل فى النوافل و لصريح خبر أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر الوارد فى صلاه جعفر عليهما السّلام: (إلى أن قال. ثم تشهد و تسلّم ثم يقوم فيصلّى ركعتين أخرأوين يصنع فيهما مثل ذلك ثم تسلّم)٥ فما عن ظاهر المقنع-

ص: ٣٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ٢ و ٣.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١ و ٥.

-للصدوق أنها بتسليمه واحده ليس فى محله. و لا- ينبغى الفصل بين أداء الأربع لصحيح ابن الريان: (كتبت إلى ابى الحسن الماضى الأخير عليه السّلام أسأله عن رجل صلى صلاه جعفر ركعتين ثم تعجله عن الركعتين الأخيرتين حاجه أ يقطع ذلك لحادث يحدث؟ أ يجوز له أن يتمها إذا فرغ من حاجته و إن قام عن مجلسه أم لا يحتسب بذلك إلا أن يستأنف الصلاه و يصلى الأربع ركعات كلها فى مقام واحد؟ فكتب عليه السّلام: بل إن قطعه عن ذلك أمر لا بد له منه فليقطع ثم ليرجع فليبن على ما بقى منها إن شاء الله)(١).

و كيفيتها أن يقرأ فى الأولى الحمد مره و إذا زلزلت مره و فى الثانية العاديات و فى الثالثه إذا جاء نصر الله و فى الرابعه قل هو الله أحد على المشهور لخبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام الوارد فى نافله شهر رمضان. إلى أن قال:.. تقرأ فى صلاه جعفر فى الركعه الأولى الحمد و إذا زلزلت الأرض و فى الثانية الحمد و العاديات و فى الثالثه الحمد و إذا جاء نصر الله و فى الرابعه الحمد و قل هو الله أحد(٢) و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن موسى عليه السّلام: (تقرأ فى الأولى إذا زلزلت و فى الثانية و العاديات و فى الثالثه إذا جاء نصر الله و فى الرابعه قل هو الله أحد قلت: فما ثوابها؟ قال: لو كان عليه مثل رمل عاليج ذنوبا غفر الله له، ثم نظر إلى فقال: إنما ذلك لك و لأصحابك)(٣) و عن الصدوق جواز قراءتها بالحمد و الإخلاص فى الجميع و يؤيده ما فى الفقه الرضوى: «و إن شئت صليتها كلها بقل هو الله أحد»(٤).

و ظاهر الأخبار بل صريحها جواز إيقاعها فى الليل أو النهار كما فى خبر أبى بصير المتقدم لكن أفضل أوقاتها الجمعه لما ورد عن الناحيه المقدسه فى جواب الحميرى فى صلاه جعفر: (أى أوقاتها أفضل فوقّ عليه السّلام: أفضل أوقاتها صدر النهار يوم الجمعه)(٥).

و يجوز احتسابها من النوافل الراتبه لصحيح ذريح عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن شئت صل صلاه التسبيح بالليل و إن شئت بالنهار و إن شئت فى السفر و إن شئت جعلتها من نوافلك و إن شئت جعلتها من قضاء صلاه)(٦) و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (صل صلاه جعفر فى أى وقت شئت من ليل أو نهار، و إن شئت حسبتها من نوافل -

ص: ٣٦٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه جعفر حديث ٣.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١.

في النوافل المطلقة

(و أما النوافل المطلقة فلا حصر لها) فإنها قربان كل تقى (٢)، و خير موضوع فمن شاء استقل و من شاء استكثر (٣).

-الليل و إن شئت حسبته من نوافل النهار، و تحسب لك من نوافلك و تحسب لك من صلاه جعفر(١).

فما عن ابن الجنيد من أنه لا يجب احتسابها من التطوع الموظف ليس في محله كما عن ابن أبي عقيل أنه لا يحسبها من صلاه الليل.

هذا و عن الشهيد في البيان جواز احتسابها من الفرائض و مال إليه في الذكرى و الروض لعدم التغيير الفاحش و الأحوط الأقوى عدم جواز الاحتساب لأصالة عدم التداخل بعد ظهور اخبار الاحتساب في خصوص النوافل.

ثم لو سها عن التسيح أو بعضه في بعض الأحوال قضاءه حيث يذكره لما ورد عن الناحية المقدسه في جواب مسائل الحميري: (حيث سأله عن صلاه جعفر: إذا سها في التسيح في قيام أو قعود أو ركوع أو سجود، و ذكره في حاله أخرى قد صار فيها من هذه الصلاه هل يعيد ما فاته من ذلك التسيح في حاله التي ذكره، أم يتجاوز في صلاته؟ التوقيع: إذا سها في حاله عن ذلك ثم ذكره في حاله أخرى قضى ما فاته في حاله التي ذكره(٢).

(١) من صلاه لكل إمام من الأئمة الطاهرين و قد عقد لها الشيخ الحر بابا في وسائله(٣)

و هناك صلاه ليله الفطر و صلاه يوم الغدير و صلاه يوم عاشوراء و صلاه الرغائب ليله أول جمعه من رجب و صلاه ليله النصف من شعبان و صلاه ليله المبعث و يومه و صلاه الوصيه و صلاه أول الشهر و صلاه يوم المباهله و قد أوردتها جميعا و غيرها مما لم يذكره الشيخ الحر في وسائله في أبواب بقيه الصلوات المندوبه.

(٢) كما جاء في الأخبار منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (الصلاه قربان كل تقى)(٤).

(٣) ففي النقليه للشهيد عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (الصلاه خير موضوع فمن شاء استقل و من شاء -

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاه جعفر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاه جعفر حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢.

(الفصل السابع)

فى العمد و السهو

(فى) بيان أحكام (الخلل) الواقع (فى الصلاة) الواجبه (١) (و هو) أى الخلل (إما) أن يكون صادرا (عن عمد) و قصد إلى الخلل سواء كان عالما بحكمه (٢)، أم لا- (أو سهو) بعزوب (٣) المعنى عن الذهن حتى حصل بسببه (٤) إهمال بعض الأفعال، (أو شك) و هو تردد الذهن بين طرفى النقيض، حيث لا رجحان لأحدهما على الآخر. و المراد بالخلل الواقع عن عمد و سهو ترك شىء (٥) من أفعالها، و بالواقع (٦) عن شك النقص الحاصل للصلاه بنفس الشك (٧)، لا أنه (٨) كان سببا للترك كقسيميه (٩) (فى العمد تبطل) الصلاة (للإخلال) أى بسبب الإخلال (بالشرط) (١٠) كالطهاره و الستر، (أو الجزء) و إن لم يكن ركنا كالقراءه،

-استكثر(١) و فى كتاب الغايات لجعفر بن أحمد القمى عن أبى ذر فى حديث: (قلت: يا رسول الله إنك أمرتنى بالصلاه ما الصلاه؟ قال: الصلاه خير موضوع استكثر أم استقل) ٢.

(١) احتراز عن المندوبه لجواز ترك السوره فيها و ترك الاستقرار حال المشى و كذا الاستقبال، و جواز البناء على الأقل و الأكثر عند الشك و نحو ذلك.

(٢) من البطلان.

(٣) أى بذهاب، و هو تفسير للسهو و معناه معروف.

(٤) أى بسبب السهو.

(٥) و كذا زيادته و كان عليه ذكره إلا أن يقال أن الزيادة العمديه و السهويه راجعه إلى نقص فى الهيئه المشروعه.

(٦) أى و المراد بالخلل الواقع عن شك.

(٧) لأن الشك بنفسه مبطل للصلاه فى بعض الصور.

(٨) أى لا أن الشك.

(٩) من العمد و السهو.

(١٠) وكذا الجزء حتى الإخلال بالحرف من القراءه و الذكر بلا خلاف فيه لفوات المشروط بفوات شرطه و فوات الكل بفوات جزئه.

ص: ٣٤٨

١- ((١ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الفرائض حديث ٩ و ٨.

و أجزاءها حتى الحرف الواحد. و من الجزء الكيفيه (١) لأنها جزء صوري. (و لو كان) المخلّ (جاهلا) بالحكم الشرعي كالوجوب، أو الوضعي كالبطلان (٢) (إلا- الجهر و الإخفات) (٣) في مواضعهما فيعذر الجاهل بحكمهما، و إن علم به (٤) في محله (٥) كما لو ذكر الناسي (و في السهو يبطل ما سلف) من السهو عن أحد الأركان الخمسه (٦) إذا لم يذكره حتى تجاوز محله (٧)، (و في الشك) في شيء من

(١) فتركها العمدي موجب لترك الموالاه بين الأجزاء مع العلم أن الموالاه جزء.

(٢) المعروف بين الأصحاب أن الجاهل بالحكم سواء كان تكليفيا أم وضعيا بمنزله العامد لعموم أدله الجزئية، و امتناع اختصاص الأدله بالعالم للزوم الدور.

و فيه: إن حديث لا تعاد (١) مختص بالمعذور جمعا بينه و بين أدله وجوب الأجزاء و هو يشمل الجاهل بالحكم التكليفي فقط إذ الجاهل الوضعي غير معذور بعد علمه بالوجوب.

و عليه فلو ترك جزءا غير ركني جاهلا بحكمه التكليفي فلا تجب الإعادة لحديث لا تعاد و كذا لو ترك شرطا غير ركني، نعم لو ترك جزءا ركنيا و لو جهلا- بالتكليف فالإعادة ثابتة لحديث لا تعاد و قد تقدم الكلام فيه مفصلا في الفصل الخامس في التروك.

و لو ترك شرطا ركنيا كما لو صلى قبل الوقت أو مستدبرا إلى القبلة أو بغير وضوء أو غسل فالإعادة متحققه لحديث لا تعاد و لما ثبت أن الاستدبار مبطل حتى في صوره الجهل كما تقدم، و كذا لو سجد على موطن نجس جهلا بالحكم على ما تقدم الكلام فيه.

(٣) للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجل جهر فيما لا- ينبغى الإجهار فيه، و أخفى فيما لا ينبغى الإخفاء فيه فقال عليه السلام: أى ذلك فعل متعمدا فقد نقض صلاته و عليه الإعادة، فإن فعل ذلك ناسيا أو ساهيا أو لا يدري فلا شيء عليه و قد تمت صلاته) (٢).

و هو مطلق يشمل الجاهل التكليفي و الوضعي و يشمل ما لو تذكر بعد الفراغ من القراءة أو في الأثناء، و في النسيان كذلك.

(٤) بالحكم.

(٥) أى في محل الجهر أو الإخفات.

(٦) قد بسطنا الكلام فيه في الفصل الخامس في التروك.

(٧) و محل الركن ما لم يدخل في ركن آخر و سيأتى الكلام في تداركه ما لم يدخل في ركن آخر.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب القراءة في الصلاة حديث ١.

ذلك (١) (لا يلتفت إذا تجاوز محلّه) (٢).

و المراد بتجاوز محلّ الجزء المشكوك فيه، الانتقال إلى جزء آخر بعده بأن شك في النية بعد أن كبر، أو في التكبير بعد أن قرأ، أو شرع فيهما (٣)، أو في القراءة

(١) اعلم أنه إذا شك في فعل جزء من أجزاء الصلواته سواء كان ركناً أم غيره فلا يخلو إما أن يكون الشك قبل الدخول في غيره المرتب عليه و إما أن يكون بعده فإن كان قبله وجب الإتيان بالمشكوك بلا خلاف لقاعده الاشتغال و لجمله من النصوص الخاصة. منها:

صحيح عمران الحلبي: (في الرجل يشك و هو قائم فلا يدرى ركع أم لا؟ قال عليه السلام: فليركع) (١).

و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل رفع رأسه من السجود فشك. قبل أن يستوى جالساً. فلم يدر أسجد أم لم يسجد؟ قال عليه السلام: يسجد) (٢).

و إن كان الشك بعد الدخول في غيره المرتب عليه لا يلتفت بلا خلاف فيه لصحيح زراره: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل شك في الأذان و قد دخل في الإقامة قال عليه السلام: يمضى، قلت: رجل شك في الأذان و الإقامة و قد كبر، قال عليه السلام:

يمضى، قلت: رجل شك في التكبير و قد قرأ قال عليه السلام: يمضى، قلت: شك في القراءة و قد ركع قال عليه السلام: يمضى، قلت: شك في الركوع و قد سجد قال عليه السلام: يمضى على صلاته، ثم قال عليه السلام: يا زراره إن خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء) (٣).

و صحيح إسماعيل عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (إن شك في الركوع بعد ما سجد فليمض، و إن شك في السجود بعد ما قام فليمض، كل شيء شك فيه. مما قد جاوزه و دخل في غيره. فليمض عليه) (٤) فضلاً عن نصوص أخرى، و من هذين الخبرين و غيرهما استفاد الفقهاء قاعده التجاوز و هي عدم الاعتناء بالشك بعد الدخول في الغير المعبر عنه بتجاوز المحل، و كان الشك في أصل الوجود بنحو مفاد كان التامه.

(٢) و محله هو قبل الدخول في الغير المرتب عليه من بقيه أجزاء الصلاة.

(٣) أى في التكبير أو القراءة بحيث شك في النية بعد الشروع في التكبير، و شك في التكبير بعد الشروع في القراءة فهو من موارد تجاوز المحل.

ص: ٣٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الركوع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السجود حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السجود حديث ٤.

و أبعاضها بعد الركوع، أو فيه (١) بعد السجود، أو فيه (٢) أو في التشهد بعد القيام. و لو كان الشك في السجود بعد التشهد، أو في أثنائه و لمّا يتم ففي العود إليه قولان (٣) أجودهما العدم، أما مقدمات الجزء كالهوى، و الأخذ في القيام قبل الإكمال (٤) فلا يعدّ انتقالاً إلى جزء (٥)، و كذا الفعل المندوب (٦) كالقنوت.

في ما لو كان الشك في محله

(و لو كان) الشكّ (فيه) أى في محله (أتى به) لأصالة عدم فعله، (فلو ذكر فعله) سابقاً بعد أن فعله ثانياً (بطلت) الصلاة (إن كان ركناً) لتحقق زياده الركن

(١) أى في الركوع.

(٢) أى في السجود.

(٣) الأكثر على العدم لتحقق تجاوز المحل بالدخول في التشهد المترتب على السجود و عن العلامه في النهايه وجوب العود ما لم يركع و هو ضعيف جداً إذ لا دليل له إلا قياسه على من نسي السجود فإنه يرجع إليه إذا تذكر قبل الركوع و يدفعه أخبار قاعده التجاوز، و عن الشهيد في الذكرى وجوب العود لصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام في حديث: (فقلت: رجل نهض من سجوده فشك قبل أن يستوى قائماً فلم يدر أسجد أم لم يسجد؟ قال: يسجد) (١).

و فيه: إنه ظاهر فيما لو نهض من السجود مع عدم تخلل التشهد فهو أجنبي عن محل النزاع.

(٤) أى إكمال القيام.

(٥) و يؤيده ما ورد في صحيح عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت: فرجل نهض من سجوده فشك. قبل أن يستوى قائماً. فلم يدر أسجد أم لم يسجد؟ قال عليه السلام:

يسجد) (٢).

(٦) فلا يعدّ الدخول فيه انتقالاً إلى جزء حتى تجرى قاعده التجاوز و هذا ما ذهب إليه الشهيد في الذكرى و الشارح في الروض و الروضه هنا و غيرهما، و لكن إطلاق الأخبار الداله على قاعده التجاوز تشمله فقوله عليه السلام في صحيح زواره المتقدم: (يا زواره إذا خرجت من شيء ثم دخلت في غيره فشكك ليس بشيء) (٣) فهو صريح في أن المدار على الدخول-

ص: ٣٧١

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السجود حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السجود حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ١.

المبطله (١). و إن كان سهوا (٢) و منه (٣) ما لو شك في الركوع. و هو قائم فرجع، ثم ذكر فعله قبل رفعه في أصح القولين (٤)...

في غير المشكوك سواء كان جزءا واجبا أم لا. هذا و قد تقدم البحث في قاعده التجاوز.

يبقى الكلام في قاعده الفراغ و هي عدم الاعتناء بالشك بعد الفراغ من العمل و يدل عليها جمله من النصوص، منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (رجل شك في الوضوء بعد ما فرغ من الصلاة قال عليه السلام: يمضى على صلاته و لا يعيد) (١).

و صحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام: (كل ما شككت فيه بعد ما تفرغ من صلاتك فامض و لا تعيد) ٢.

و صحيحه الثالث عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يشك بعد ما ينصرف من صلاته؟ فقال عليه السلام: لا يعيد و لا شيء عليه) (٢).

و موثقه الرابعه عن أبي جعفر عليه السلام: (كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو) ٤.

و موثقه الخامسه عن أبي عبد الله عليه السلام: (كل ما مضى من صلاتك و طهورك فذكرته تذكرا فامضه و لا إعادته عليك فيه) (٣).

و هذه النصوص ظاهره في عدم الاعتناء بالشك بعد الفراغ من العمل إذا كان الشك في الصحه و الفساد فيكون الشك فيها بنحو مفاد كان الناقصه بخلاف الشك في قاعده التجاوز فإنه بمفاد كان التامه.

(١) وصف لزياده الركن، و قد بسطنا القول في حكم الزيادة السهويه للركن في الفصل الخامس في التروك.

(٢) أى و إن كان الإتيان بالزيادة الركنيه سهوا.

(٣) أى و من الإتيان بالزيادة الركنيه سهوا.

(٤) لأن الركوع لغه الانحناء و هو كذلك شرعا و الزائد واجبات فيه كالذكر و الطمأنينه و رفع الرأس بعده، و عليه فيندرج تحت الزيادة السهويه للركن و هي مبطله للصلاه.

و ذهب الشيخ و المرتضى و الشهيد في الذكرى إلى عدم البطلان لإمكان جعل هذا الركوع جزءا من الهوى للسجود فيكملة هويا بخلاف ما لو ذكر بعد الرفع فلا يكون جزءا من الهوى فتتحقق الزيادة المبطله.

ص: ٣٧٢

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢ و ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٣.

لأن ذلك (١) هو الركوع، و الرفع منه أمر زائد عليه (٢) كزياده الذكر و الطمأنينه (و إلا يكن) ركنا (فلا) إبطال لوقوع الزيادة سهوا (٣) (و لو نسي غير الركن) من الأفعال و لم يذكر حتى تجاوز محله (فلا التفات) (٤) بمعنى أن الصلاة لا تبطل بذلك، و لكن قد يجب له شيء آخر من سجود (٥)، أو قضاء (٦) أو هما (٧) كما سيأتي (و لو لم يتجاوز محله أتى به) (٨).

و المراد بمحل المنسي (٩) ما بينه و بين أن يصير في ركن، أو يستلزم العود إلى المنسي زياده ركن (١٠)، فمحل السجود و التشهد المنسيين ما لم يركع في الركعه اللاحقه له (١١) و إن قام، لأن القيام لا يتمحّص للركنيه إلى أن يركع كما مر.

و كذا القراءه و أبعاضها و صفاتها (١٢) بطريق أولى (١٣). و أما ذكر السجود و واجباته

و فيه: إن الأفعال بالنيات و قد نوى بالانحناء الركوع فلا يمكنه بعد ذلك جعله جزءا من هويّ السجود.

(١) أي ما وقع منه قبل التذكر و هو الانحناء.

(٢) على الركوع.

(٣) الزيادة السهويه لغير الركن لا تبطل الصلاة بلا خلاف لعموم حديث لا تعاد (١) بناء على شموله للزيادة و النقيصه معا كما هو الظاهر من إطلاقه.

(٤) و لا تبطل صلاته بالاتفاق لحديث لا تعاد المتقدم.

(٥) و هو سجدا السهو للنقيصه.

(٦) كما في نسيان التشهد و السجده الواحده.

(٧) أي السجود و القضاء في التشهد و السجده الواحده.

(٨) بلا خلاف فيه لوجوب امتثاله بعد حرمة قطع الصلاة.

(٩) هو كل ما لم يكن العود إليه موجبا لزياده ركن، فلو عاد إليه و لزم زياده الركن فقد تجاوز محله. كل ذلك لحديث لا تعاد و لكون الزيادة الركنيه مبطله و لو كانت سهوا.

(١٠) تفسير ثان لمحل المنسي.

(١١) أي للسجود و التشهد المنسيين.

(١٢) المراد منها هو الإعراب و التشديد و نحو ذلك.

(١٣) وجه الأولويه أنّ القراءه متمحّصه بغير الركنيه بخلاف القيام فإن بعض مصاديقه ركن -

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١٤.

غير وضع الجبهة فلا يعود إليها متى رفع رأسه، وإن لم يدخل في ركن (١).

و واجبات الركوع كذلك لأن العود إليها يستلزم زياده الركن، وإن لم يدخل في ركن (و كذا الركن) المنسى يأتي به ما لم يدخل في ركن آخر، فيرجع إلى الركوع ما لم يصر ساجداً، وإلى السجود ما لم يبلغ حد الركوع. و أما نسيان التحريمه (٢) إلى أن شرع في القراءة، فإنه وإن كان مبطلاً مع أنه لم يدخل في ركن إلا أن البطلان مستند إلى عدم انعقاد الصلاه (٣) من حيث فوات المقارنه بينها وبين النيه، و من ثم جعل بعض الأصحاب المقارنه ركنًا، فلا يحتاج إلى الاحتراز عنه (٤) لأن الكلام في الصلاه الصحيحه.

في ما يقضى بعد إكمال الصلاه

(و يقضى) من الأجزاء المنسيه التي فات محلها (بعد) إكمال (الصلاه السجده)

الواحد (٥)...

- كالقيام حال التكبير و القيام الذي عنه تركع و عليه فإذا كان الدخول في القيام ليس دخولا في الركن مع أن بعض مصاديقه ركن فالدخول في القراءة المتمحضه بعدم الركنيه من باب أولى.

(١) لأن العود إليها يستدعى العود إلى السجود و هذا ما يلزم زياده ركن.

(٢) أى تكبيره الإحرام.

(٣) لأن تحريمها التكبير كما تقدم في بحث تكبيره الإحرام، و ليس عدم انعقادها فوات المقارنه بينها و بين النيه لما عرفت سابقا أن هذا مبنى على كون النيه إخطاريه و هو قول قد تقدم تضعيفه لأن النيه على نحو الداعى.

(٤) عن نسيان التحريمه.

(٥) فلو نسيها حتى ركع فعليه قضاؤها بعد الصلاه على المشهور لصحيح ابن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى رجل نسى أن يسجد السجده الثانيه حتى قام فذكر و هو قائم أنه لم يسجد، قال عليه السلام: فليسجد ما لم يركع، فإذا ركع فذكر بعد ركوعه أنه لم يسجد فليمض على صلاته حتى يسلم ثم يسجدها، فإنها قضاء) (١) و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن رجل نسى سجده فذكرها بعد ما قام و ركع قال: يمضى فى صلاته و لا يسجد حتى يسلم فإذا سلم سجد مثل ما فاته) ٢. و مثلها غيرها.

و عن العماني و الكليني بطلان الصلاه بنسيان السجده و لم يمكن تداركها لخبر المعلّى بن -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السجود حديث ١ و ٢.

(والتشهد) أجمع (١)، و منه الصلاة على محمد وآله، (و الصلاة على النبي وآله) لو

-خيس: (سألت أبا الحسن الماضي عليه السّلام في الرجل ينسى السجده من صلاته قال عليه السّلام: إذا ذكرها قبل ركوعه سجدها و بنى على صلاته ثم سجد سجدتي السهو بعد انصرافه، و إن ذكرها بعد ركوعه أعاد الصلاة، و نسيان السجده في الأوليين و الأخيرتين سواء) (١).

و فيه: إن الخبر مرسل فضلا عن أن المعلّى قد قتل في حياه الإمام الصادق عليه السّلام فكيف يروى عن الكاظم عليه السّلام إلا أن يقال أنه روى عنه في زمن أبيه و يردّه التعبير بلفظ الماضي الظاهر في أنه قد تحمل أعباء الإمامه و في هذه الحاله لم يكن المعلّى حيّا.

و نقل عن ابن أبي عقيل أن الإخلال بالواحد مبطل و لو كان سهوا و قد تقدم في الفصل الخامس الكلام في تضعيفه.

(١) على المشهور للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (في الرجل يفرغ من صلاته و قد نسي التشهد حتى ينصرف فقال عليه السّلام: إن كان قريبا رجع إلى مكانه فتشهد و إلا طلب مكانا نظيفا فتشهد فيه) (٢).

و صحيح حكم بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن رجل ينسى من صلاته ركعه أو سجده أو الشئ منها ثم يذكر بعد ذلك قال عليه السّلام: يقضى ذلك بعينه قلت: أ يعيد الصلاة؟ قال عليه السّلام: لا) (٣).

و خبر على بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا قمت في الركعتين الأوليين و لم تتشهد فذكرت قبل أن ترقع فاقعد فتشهد، و إن لم تذكر حتى ترقع فامض في صلاتك كما أنت، فإذا انصرفت سجدت سجدتين لا ركوع فيهما ثم تشهد التشهد الذي فاتك) (٤).

و فيه: إن صحيح ابن مسلم ظاهر في التشهد الأخير فقط، و صحيح ابن حكيم لا- يعمل بعمومه في غير التشهد، و لكن هذه معارضه بأخبار قد سكنت عن القضاء منها: صحيح سليمان بن خالد: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل نسي أن يجلس في الركعتين الأوليين فقال: إن ذكر قبل أن يركع فليجلس و إن لم يذكر حتى يركع فليتم الصلاة حتى-

ص: ٣٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السجود حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٢.

نسيها منفردة (١)، و مثله ما لو نسي أحد التشهدين (٢) فإنه أولى بإطلاق التشهد عليه، أما لو نسي الصلاة على النبي خاصة، أو على آله خاصة، فالأ-جود أنه لا يقضى، كما لا يقضى غيرها من أجزاء التشهد على أصح القولين، بل أنكر بعضهم (٣) قضاء الصلاة على النبي و آله لعدم النص، و ردّه المصنف فى الذكرى

-إذا فرغ فليسلم و ليسجد سجدة السهو(١) و مثله صحيح ابن أبى يعفور ٢ و خبر الحسين بن أبى العلاء ٣ و غيرها.

و لذا حكى عن المقنع و الفقيه و رساله المفيد عدم القضاء و الاكتفاء بتشهد سجود السهو، إلا أن الأقوى هو الأول فى خصوص التشهد الأخير لصحيح ابن مسلم بل لمطلق التشهد لخبر على بن أبى حمزه جمعا بين الأخبار.

(١) لا يوجد فى النصوص ما يدل على وجوب قضائها إلا إطلاق صحيح حكم بن حكيم و قد عرفت أنه لا يمكن العمل بإطلاقه و لذلك لا بد من الرجوع إلى أصل البراءة القاضى بعدم القضاء مؤيدا بحديث لا تعاد، و لذا أنكر ابن إدريس شرعيه قضائها.

و احتج الشهيد فى الذكرى للقضاء بأن التشهد يقضى بالنص فكذا أبعاضه تسويه بين الجزء و الكل، و فيه: إن هذه التسويه ممنوعه لأن الصلاة تقضى و لا- تقضى أجزاءها، و مجموع السجده الواحده تقضى و لا تقضى واجباتها منفردة كالذكر و الطمأنينه، إن قلت:

إن الذكر و الطمأنينه ليس من أجزاء السجده الواحده لأنها حقيقه هى وضع الجبهه على الأرض و هذه واجبات خارجه عن حقيقتها قلت: كذلك فى الصلاة على النبي و آله فهو خارج عن حقيقه التشهد و هو واجب فى واجب.

هذا فضلا عن أن القاعده المذكوره لو سلمت لوجب أن تقضى الكلمه الواحده و الحرف الواحد من التشهد إذا تركه نسيانا و لا يظن أنه يلتزم بذلك.

(٢) إما لقاعده ما يقضى كله تقضى أجزاءه كما عن الشهيد فى الذكرى و إما لصدق التشهد عليه حقيقه كما عن الشارح فى الروض و قد تقدم ذكر النصوص التى توجب قضاء التشهد.

و فيه: أما القاعده فقد عرفت ما فيها و أما صدق التشهد عليه فهو ثابت إلا أن النصوص الداله على وجوب القضاء ظاهره فى مجموع التشهد المشتمل على الشهادتين فقط، فغيره يبقى تحت أصل البراءه الموجب للعدم بالإضافة إلى حديث لا تعاد(٢).

(٣) و هو ابن إدريس.

ص: ٣٧٦

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاة حديث ١٤.

بأن التشهد يقضى بالنص فكذا أبعاضه تسويه بينهما. وفيه (١) نظر لمنع (٢) كليه الكبرى و بدونها لا يفيد. و سند المنع أن الصلاة مما تقضى، و لا يقضى أكثر أجزائها، و غير الصلاة من أجزاء التشهد (٣) لا يقول هو (٤) بقضائه، مع ورود دليله فيه (٥)، نعم قضاء أحد التشهدين قوى لصدق اسم التشهد عليه (٦) لا لكونه جزءا. إلا أن يحمل التشهد (٧) على المعهود (٨)، و المراد بقضاء هذه الأجزاء الإتيان بها بعدها (٩) من باب «فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ» (١٠) لا القضاء المعهود (١١)، إلا مع خروج الوقت قبله (١٢).

(١) أى فى رد المصنف.

(٢) تقدم الكلام فيه.

(٣) كالكلمة الواحدة و الحرف الواحد.

(٤) أى الشهيد.

(٥) أى مع ورود دليل القضاء فى التشهد.

(٦) قد عرفت أن النصوص الداله على القضاء ظاهره فى التشهد الاصطلاحى، لا فى التشهد اللغوى.

(٧) الوارد فى النصوص الداله على القضاء.

(٨) و هو الحق كما عرفت.

(٩) أى بعد الصلاة مباشرة كما فى صحيح ابن جابر المتقدم: (فليمض على صلاته حتى يسلم ثم يسجدها) (١) هذا فى السجده، و فى التشهد صحيح ابن مسلم المتقدم: (رجع إلى مكانه فتشهد) (٢) إلا أن فى خبر على بن حمزه المتقدم تقديم سجدة السهو على قضاء المنسى حيث قال: (فامض فى صلاتك كما أنت فإذا انصرفت سجدت سجدتين لا ركوع فيهما، ثم تشهد التشهد الذى فاتك) (٣). و لكن الأ-كثر على كون قضاء المنسى بعد الصلاة مباشرة و هو الموافق للاعتبار العقلى ثم يأتى بسجدة السهو.

(١٠) أى إذا انتهيت منها.

(١١) و هو الإتيان بها بعد خروج وقتها.

(١٢) أى قبل المأتى بالمنسى.

ص: ٣٧٧

٢-٢ (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٢.

٣-٣ (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢.

(و يسجد لهما) (١) كذا فى النسخ بثنيه الضمير جعلاً للتشهد و الصلاة (٢) بمنزله واحد، لأنها جزءه (٣) و لو جمعه (٤) كان أجود (٥) (سجدةى السهو). و الأولى

(١) أما فى السجده المنسيه فهو مجمع عليه كما فى التذكرة و ليس فيه نص بالخصوص بل بعض النصوص المتقدمه فى نسيان السهو دال على عدم سجدةى السهو كصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن نسي أن يسجد سجده واحده فذكرها و هو قائم، قال: يسجدها إذا ذكرها ما لم يركع فإن كان قد ركع فليمض على صلاته فإذا انصرف قضاها و ليس عليه سهو) (١) و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (و سئل عن الرجل ينسى الركوع أو ينسى سجده هل عليه سجده السهو؟ قال: لا قد أتم الصلاة) (٢)

و الأخير لا يمكن الأخذ بظاهره بالنسبه إلى الركوع.

إلا أن مستندهم على وجوب سجدةى السهو حينئذ مرسل ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن سفيان بن السمط عن أبى عبد الله عليه السلام: (تسجد سجدةى السهو فى كل زياده تدخل عليك أو نقصان) (٣).

و أما فى التشهد المنسى بلا خلاف فيه لمرسل ابن أبى عمير المتقدم، فضلاً عن أن النصوص الداله على وجوب قضاء التشهد قد صرحت بسجدةى السهو كصحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل نسي أن يجلس فى الركعتين الأوليين. إلى أن قال: فليتم الصلاة حتى إذا فرغ فليسلم و ليسجد سجدةى السهو) (٤).

و صحيح ابن أبى يعفور: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يصلى الركعتين من المكتوبه فلا يجلس فيهما حتى يركع فقال: يتم صلاته ثم يسلم و يسجد سجدةى السهو و هو جالس قبل أن يتكلم) (٥).

(٢) أى الصلاة على النبى و آله.

(٣) أى لأن الصلاة المذكوره جزء التشهد و يدل على وجوب سجدةى السهو لنسيان الصلاة المذكوره عموم مرسل ابن أبى عمير المتقدم.

(٤) أى جمع المصنف الضمير و قال: و يسجد لها.

(٥) لأن المذكور فى كلام المصنف ثلاثه و هى: السجده و التشهد و الصلاة على النبى و آله.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٣.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٣ و ٤.

تقديم الأجزاء على السجود لها (١) كتقديمها عليه (٢) بسبب غيرها و إن تقدم (٣)، و تقديم سجودها (٤) على غيره (٥) و إن تقدم سببه أيضا (٦). و أوجب المصنف ذلك كله في الذكرى، لارتباط الأجزاء بالصلاة، و سجودها (٧) بها.

(و يجبان (٨) أيضا) مضافا إلى ما ذكر (٩) (للتكلم ناسيا (١٠)، و للتسليم في)

(١) و المعنى: فالأولى تقديم الأجزاء المنسية على سجدتى السهو المترتين على نسيان هذه الأجزاء.

(٢) و المعنى: كتقديم الأجزاء المنسية على سجود السهو المترتب بسبب آخر غير نسيان هذه الأجزاء، كما لو تكلم في القراءة ناسيا ثم نسى التشهد فأتى بالتشهد أولا ثم بسجدتى السهو لنسيان القراءة لأن التشهد المنسى جزء و حقه أن يؤتى به أولا بخلاف سجدتى السهو.

(٣) أى تقدم سبب سجدتى السهو رتبه على الأجزاء المنسية.

(٤) أى سجود السهو للأجزاء المنسية.

(٥) على سجود السهو المترتب بسبب آخر غير نسيان الأجزاء، و إن كان سبب السجود حينئذ متقدما رتبه على هذه الأجزاء المنسية ففي المثال المتقدم: يأتى بالتشهد ثم بسجدتى السهو له ثم بسجدتى السهو لزياده الكلام.

(٦) أى لنفس العلة الموجهة لتقديم الأجزاء المنسية على سجدتى السهو بسبب غيرها كذلك تقدم سجدتى السهو للأجزاء المنسية على سجدتى السهو لزياده الكلام.

(٧) أى سجدتا السهو للأجزاء المنسية فإنها مرتبطة بالأجزاء.

(٨) أى سجدتا السهو.

(٩) من نسيان السجده و التشهد.

(١٠) على المشهور شهره عظيمه و يدل عليه أخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج:

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتكلم ناسيا في الصلاة يقول: أقيموا صفوفكم قال: يتم صلاته ثم يسجد سجدتين) (١).

و عن الصدوقين العدم لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (في الرجل يسهو في الركعتين و يتكلم فقال عليه السلام: يتم ما بقى من صلاته. تكلم أو لم يتكلم. و لا شيء عليه) (٢) و حمل على نفي الإعادة أو الإثم جمعا بين الأدله.

ص: ٣٧٩

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٥.

(الأولين ناسيا) (١) بل للتسليم في غير محله مطلقا (٢)،(و) الضابط وجوبهما (٣) (للزيادة، أو النقيصه (٤) غير المبطله (٥) للصلاه، لروايه سفيان بن السمط عن الصادق عليه السلام. و يتناول ذلك زياده المندوب ناسيا (٦)، و نقصانه (٧) حيث يكون

(١) على المشهور شهره عظيمه و استدل له بمرسل ابن أبي عمير المتقدم الوارد في كل زياده و نقصان: (تسجد سجدي السهو في كل زياده تدخل عليك أو نقصان) (١) و هو العمده، و ما استدل من النصوص الخاصه غير دال عليه كمثله صحيح الأعرج: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: صلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ثم سلم في ركعتين فسأله من خلفه يا رسول الله أحدث في الصلاه شيء؟ فقال: و ما ذلك؟ قال: إنما صليت ركعتين، فقال:

أ كذلك يا ذا اليمين و كان يدعى ذو الشمالين، فقال: نعم، فبني على صلاته فأتتم الصلاه أربعا. إلى أن قال. و سجد سجديتين لمكان الكلام) (٢).

(٢) فيشمل ما لو سلم على الثالثه و هو في صلاه رابعيه.

(٣) أى وجوب سجدي السهو.

(٤) فقد نسبته الشيخ في الخلاف إلى بعض أصحابنا و ربما حكى عن الصدوق، و نسب إلى العلامه و كثير ممن تأخر عنه و استدل له بمرسل ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن سفيان بن السمط عن أبي عبد الله عليه السلام: (تسجد سجدي السهو في كل زياده تدخل عليك أو نقصان) (٣).

و العجب من الشهيد في الدروس حيث قال: «لم نظفر بقائله و لا بمأخذه» مع أن مأخذه ما ذكرنا، و هو الذى نسبته إلى العلامه في الذكرى و قد اختاره هناك فكيف ينكره هنا.

(٥) فالزياده المبطله كالتكلم عمدا، و النقيصه المبطله كترك جزء عمدا كذلك.

(٦) لصدق الزياده عليه. و فيه: إن زياده المندوب لا تكون زياده في أجزاء الصلاه و إنما هي أمور مستحبه وقعت في الصلاه و لذا ذهب أكثر من واحد إلى القول بعدم وجوب سجدي السهو للمندوب الزائد سهوا.

(٧) كما نص عليه الفاضل و الشهيدان و جماعه و يصدق النقص فيما لو كان عازما على فعله.

و فيه: إنه ليس نقصانا في ماهيه الصلاه أو فردها و إنما هو عدم الإتيان بأمر مستحب قد نوى فعله فلا يصدق عليه نقصان في الصلاه حتى تجب سجديتا السهو.

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - أبواب الخلل في الصلاه حديث ١٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٣.

قد عزم على فعله كالقنوت، و الأ-جود خروج الثاني إذا لا يسمّى ذلك نقصانا، و فى دخول الأول نظر، لأن السهو (١) لا يزيد على العمد.

و فى الدروس أن القول بوجوبهما (٢) لكلّ زياده، و نقصان لم نظفر بقائله و لا بمأخذه، و المأخذ ما ذكرناه، و هو (٣) من جمله القائلين به (٤)، و قبله الفاضل، و قبلهما الصدوق.

(و للقيام فى موضع قعود و عكسه) ناسيا (٥)، و قد كانا داخلين فى الزيادة و النقصان، و إنما خصهما تأكيدا، لأنه قد قال بوجوبه لهما (٦) من لم يقل بوجوبه لهما (٧) مطلقا،...

(١) أى الإتيان به سهوا لا يزيد على الإتيان به عمدا مع أن الإتيان العمدى لا يوجب سجدة السهو.

(٢) أى بوجوب سجدة السهو.

(٣) أى المصنف فى الذكرى.

(٤) بهذا القول كما فى الذكرى بل و فى المتن هنا.

(٥) نسب إلى الأكثر كما فى السرائر لصحيح معاوية بن عمار: (سألته عن الرجل يسهو فيقوم فى حال قعود أو يقعد فى حال قيام قال: يسجد سجدة بعد التسليم و هما المرغمتان ترغمان الشيطان) (١) و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن السهو ما تجب فيه سجدة السهو؟ قال عليه السلام: إذا أردت أن تقعد فقم، أو أردت أن تقوم فقعدت، أو أردت أن تقرأ فسبحت، أو أردت أن تسبح فقرأت فعليك سجدة السهو، و ليس فى شىء مما يتم به الصلاة سهو) ٢.

و عن الشيخين و الكلينى و القديمين و والد الصدوق و المحقق و العلامة فى المنتهى أنه لا يجب لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (من حفظ سهوه فأتته فليس عليه سجدة السهو) (٢) و فيه: إن الخبرين السابقين نص فيقدمان.

(٦) أى بوجوب السجود للقيام و القعود فى موضع الآخر.

(٧) أى بوجوب السجود للزيادة و النقصان سواء كانتا قياما أو قعودا أو غيرهما. كابن إدريس و ابن زهره.

ص: ٣٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١١.

(و للشك بين الأربع و الخمس) (١) حيث تصح معه (٢) الصلاة (٣)، (و يجب فيهما النية) (٤) المشتمله (٥) على قصدهما (٦)، و تعيين السبب إن تعدد (٧)، و إلا فلا (٨)، و استقرب المصنف فى الذكرى اعتباره مطلقا (٩)، و فى غيرها عدمه مطلقا، و اختلف أيضا اختياره فى اعتبار نيه الأداء، أو القضاء فيهما (١٠)، و فى الوجه (١١): و اعتبارهما أولى. و النيه مقارنه لوضع الجبهه على ما يصح السجود عليه، أو بعد الوضع على الأقوى (١٢).

(١) إذا شك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدين فيبنى على الأربع و يتم صلاته ثم يسجد سجدة السهو على المشهور لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إذا كنت لا تدري أربعا صليت أم خمسا، فاسجد سجدة السهو بعد تسليمك، ثم سلم بعدهما) (١) و مثله موثق أبى بصير ٢.

فما عن الخلاف من البطالان و عن المفيد و الصدوقين و غيرهم من عدم وجوب سجدة السهو ليس فى محله لأن هذه النصوص حجه عليهم.

(٢) مع هذا الشك.

(٣) كما تقدم من أنه بعد إكمال السجدين.

(٤) لأنهما عباده بالاتفاق.

(٥) أى النيه.

(٦) لما تقدم فى بحث نيه الوضوء و الصلاة أن النيه مؤلفه من القصد مع التقرب.

(٧) لتعدد المكلف به و عدم تشخص الفعل لأحدها بغير النيه كما عن جماعه، و الحق عدم التعيين للأصل.

(٨) لا- يجب تعيين السبب إذا كان واحدا لإطلاق الأدله و الأصل أيضا خلافا لنهايه الفاضل و الذكرى فيجب لتوقف صدق الامتثال على ذلك و فيه منع واضح.

(٩) تعدد السبب أو لا.

(١٠) فى سجدة السهو و يحتمل أن يكون فى الذكرى و غيرها.

(١١) قد عرفت أنه لا يجب التعرض لنيه الأداء و القضاء و الوجه فى أصل الصلاة فكذا فى سجدة السهو.

(١٢) اعلم أن سجدة السهو لا يجب فيها التكبير على المشهور كما سيأتى فلذا من تعرض للنيه جعل وقتها أول السجود بمعنى أنها تقارنه و هذا مبنى على كون النيه إخطاريه، ثم إن-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٣.

(و ما يجب فى سجود الصلاه) من الطهاره و غيرها من الشرائط، و وضع الجبهه على ما يصح السجود عليه، و السجود على الأعضاء السبعه و غيرهما من الواجبات (١)، و الذكر (٢)، إلا أنه هنا مخصوص بما رواه الحلبي (٣) عن الصادق

-الشهيد فى البيان جَوِّزَ مقارنة النيه للتكبير و إن كان التكبير مستحبا، و هو حسن لصدق المقارنه عرفا، و الشارح هنا فى الروضه و المحقق الثانى فى جامعه أنه لو نوى بعد الوضع فالأقوى الصحه و لعله لصدق المقارنه عرفا، و فى الجميع أن النيه على نحو الداعى و هى متحققه من أول الأمر و مستمره إلى الآخر فلا معنى للبحث عن وقتها.

(١) كرفع الرأس من السجده الأولى و الطمأنينه حال الذكر فى السجود، و الطهاره و الستر و الاستقبال كما عن جماعه منهم الشهيدان إلا أنه ليس فى الأدله تعرض لشيء من ذلك، نعم هو مقتضى الاحتياط. و جعل سجود السهو عقيب الصلاه مباشره قبل التكلم كما فى صحيح ابن أبى يعفور الوارد فى نسيان التشهد حيث قال فيها: (و إن لم يذكر حتى ركع فليتيم صلاته ثم يسجد سجديتين و هو جالس قبل أن يتكلم) (١). هذا و عدم تعرض الشهيدين للتكبير قبل السجديتين كاشف عن عدم وجوبه عندهما للأصل، و لكن هل هو مستحب أو لا؟ ذهب المشهور إلى استحبابه لموثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام:

(سألته عن سجديتى السهو هل فيهما تكبير أو تسيح؟ فقال: لا، إنما هما سجدتان فقط فإن كان الذى سها الإمام كبر إذا سجد و إذا رفع رأسه ليعلم من خلفه أنه قد سها، و ليس عليه أن يسبح فيهما و لا فيهما تشهد بعد السجديتين) (٢) و هو ظاهر فى الإمام فقط و أن التكبير للإعلام لا للسجديتين و لذا ذهب جمع من الأصحاب إلى عدم استحبابه.

(٢) المشهور على وجوب الذكر فى السجديتين، و عن جماعه منهم المحقق فى المعبر و النافع و العلامه فى المنتهى و المختلف العدم للأصل مضافا إلى موثق عمار المتقدم: (إنما هما سجدتان فقط. إلى أن قال:.. و ليس عليه أن يسبح فيهما و لا فيهما تشهد بعد السجديتين).

و مستند المشهور صحيح الحلبي الآتى، و مقتضى الجمع استحباب الذكر لا وجوبه، و على فرض القول بوجوبه فهل يتعين الذكر بصيغه خاصه و هى الوارده فى صحيح الحلبي الآتى كما عن الشيخ و العلامه و الشهيد أو يجزى مطلق الذكر لاختلافه و تعدده فى الصحيح المذكور.

(٣) صحيح الحلبي. على ما فى الفقيه. عن أبى عبد الله عليه السلام: (أنه قال: تقول فى سجديتى -

ص: ٣٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٣.

عليه السلام. (و ذكرهما «بسم الله و بالله و صلى على محمد و آل محمد»). و فى بعض النسخ (١)، «و على آل محمد»، و فى الدروس (٢) «اللهم صل على محمد و آل محمد

-السهو: بسم الله و بالله و صلى الله على محمد و آل محمد، قال: و سمعته مره أخرى يقول:

بسم الله و بالله السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته (١) و مثله عن الكافي إلا أن فيه: (اللهم صل) (٢) بدل: (و صلى الله). و نفسه قد رواه الشيخ فى التهذيب: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى سجدة السهو: بسم الله و بالله و صلى الله على محمد و آل محمد، و سمعته مره أخرى يقول فيهما: بسم الله و بالله و السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته) (٣).

و عليه فالتخير بين صيغتين الأولى: «بسم الله و بالله اللهم صلى على محمد و آل محمد» و الثانية: «بسم الله و بالله السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته» لتضمن التخير فى صحيح الحلبي على اختلاف نقله.

غير أن الصيغه الأولى فيها احتمالات.

الأول: اللهم صلى على محمد و آل محمد، كما فى الكافي.

الثانى: و صلى الله على محمد و آل محمد، كما فى الفقيه.

الثالث: بسم الله و بالله و صلى الله على محمد و آل محمد، كما عن التقى و المحقق الثانى فى حاشيه النافع أنه ذكرها و لم يظهر له مأخذ.

الرابع: بسم الله و بالله و صلى الله على محمد و على آل محمد، كما عن بعض نسخ الفقيه.

و الصيغه الثانية فيها احتمالان:

الأول: بسم الله و بالله السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته، كما فى الفقيه و الكافي.

الثانى: بسم الله و بالله و السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته، كما فى التهذيب.

و عن الوحيد الجزم بترك الواو و لعله لاتفاق الفقيه و الكافي عليه، و الأولى العمل على ما فى الكافي بتمام الصيغتين لأنه أثبت.

(١) نسخ الفقيه.

(٢) و هو الموافق لروايه الكافي.

ص: ٣٨٤

٢- (٢) فروع الكافي ج ١ ص ٣٥٦ حديث ٥.

٣- (٣) التهذيب ج ٢ ص ١٩٦ حديث ٧٧٣.

أو «بسم الله و بالله و السّلام عليك (١) أيها النّبي و رحمه الله و بركاته»، أو بحذف واو العطف (٢) من السّلام و الجميع مروى (٣) مجزئ، ثم يتشهد (٤) بعد رفع رأسه معتدلا (و يسلم) (٥). هذا هو المشهور بين الأصحاب، و الروايه الصحيحه

(١) كما فى التهذيب.

(٢) كما فى روايه الكافى و الفقيه.

(٣) أما الصيغتان فنعم، و أما الاختلاف فى ألفاظ الصيغتين فهو من قبيل اشتباه الحجه باللاحجه و قد عرفت ترجيح روايه الكافى.

(٤) على المشهور لجملة من النصوص، منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا لم تدر أربعا صليت أم خمسا أم نقصت أم زدت، فتشهد و سلم و اسجد سجدين بغير ركوع و لا قراءه، يتشهد فيهما تشهدا خفيفا) (١).

و صحيح على بن يقطين: (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل لا يدري كم صلى، واحده أو اثنتين أم ثلاثا قال: يبنى على الجزم و يسجد سجدي السهو و يتشهد تشهدا خفيفا) (٢).

و روايه سهل بن اليسع عن الإمام الرضا عليه السّلام: (بنى على يقينه و يسجد سجدي السهو بعد التسليم و يتشهد تشهدا خفيفا) (٣).

و لكن يعارضها موثق عمار المتقدم (إنما هما سجدتان فقط. إلى أن قال. و ليس عليه أن يسبح فيهما و لا فيهما تشهد بعد السجدين) (٤). و مقتضى الجمع هو استحباب التشهد كما عن العلامة فى المختلف و جماعه.

هذا و المراد بالتشهد الخفيف هو: أشهد أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله اللهم صل على محمد و آل محمد، و قد نسب ذلك إلى الأصحاب، و يحتمل أن يكون المراد بالخفيف هو التشهد المعروف مع حذف الزيادات المستحبه منه.

(٥) على المشهور لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا كنت لا تدرى أربعا صليت أم خمسا فاسجد سجدي السهو بعد تسليمك ثم سلم بعدهما) (٥) و مثله موثق أبى -

ص: ٣٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٢، و الباب - ١٤ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ١.

داله عليه (١). و فيه أقوال آخر (٢) ضعيفه المستند (٣).

في الشكيات

في الشك في عدد الثنائيه أو الثلاثيه

(و الشاك في عدد الثنائيه (٤)،...)

-بصير(١)، لكن في موثق عمار المتقدم عدم الوجوب حيث قال: (و لا- فيهما تشهد بعد السجدين) و مقتضى الجمع هو استحباب التسليم.

(١)أى على المشهور و مراده من الروايه هو: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا لم تدر أربعا صليت أم خمسا أم نقصت أم زدت فتشهد و سلم و اسجد سجدين بغير ركوع و لا قراءة، تشهد فيهما تشهدا خفيفا)(٢).

(٢)منها: وجوب التشهد من غير تسليم كما عن الصدوق في المقنع.

و منها استحباب الجميع ما عدا السجدين و هو ظاهر العلامه في المختلف.

و منها: استحباب التشهد و التسليم مع وجوب الذكر كما عن ابن إدريس، و هكذا.

و اعلم أن الشارح ردّ موثق عمار الدال على عدم التشهد و التسليم بضعف سنده فلا يقاوم صحيح الحلبي مع إمكان حمله على التقيه كما قال في الروض.

(٣)لا اعتماد الجميع على موثق عمار و قد عرفت رأى الشارح فيه، هذا و تجب المبادره إلى السجود للسهو عقيب الصلاه كما عليه المشهور لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (يتم صلاته ثم يسلم و يسجد سجدة السهو و هو جالس قبل أن يتكلم)(٢) و للأمر به عقيب التسليم كما في صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (حتى إذا فرغ فليسلم و ليسجد سجدة السهو)٤.

نعم لو عصى و أخر لا تجب إعاده الصلاه على المشهور لأن سجدة السهو لإرغام الشيطان كما تقدم في بعض النصوص من دون دخل لهما في نفس الصلاه، و الإتيان به فيما بعد لبقاء الأمر حتى يتحقق الامتثال.

و كذا لو نسي فيأتي به كما في موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل إذا سها في الصلاه فينسى أى يسجد سجدة السهو قال: يسجدهما متى ذكر)(٤).

(٤)الشك فيها مبطل على المشهور بين الأصحاب و يدل عليه جملة من النصوص، منها:

صحيح الحلبى و حفص بن البخترى و غيره عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا شككت فى -

ص: ٣٨٦

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٣.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٤، و الباب - ٢٠ - منه حديث ٢.
 - ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التشهد حديث ٤ و ٣.
 - ٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٢.

-المغرب فأعد، و إذا شككت في الفجر فأعد(١) و صحيح العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام:

سألت عن الرجل يشك في الفجر؟ قال يعيد، قلت: المغرب؟ قال عليه السلام: نعم و الوتر و الجمعة، من غير أن أسأله) ٢ و صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل يصلى و لا يدرى واحده أم اثنتين قال: يستقبل حتى يستيقن أنه قد أتم، و في الجمعة و في المغرب و في الصلاة في السفر) ٣ و موثق سماعه: (سألته عن السهو في صلاة الغداة، قال: إذا لم تدر واحده صليت أم اثنتين فأعد الصلاة من أولها، و الجمعة أيضا إذا سها فيها الإمام فعليه أن يعيد الصلاة لأنها ركعتان، و المغرب إذا سها فيها فلم يدر كم ركعه صلى فعليه أن يعيد الصلاة) ٤ و التعليل بأنها ركعتان يقتضى تعميم الحكم ببطلان الصلاة بالشك إذا كانت ثنائيه بلا فرق بين الصبح و بين صلاة الجمعة و صلاة الظهرين و العشاء للمسافر و صلاة الآيات إذا شك بين الركوع الخامس و السادس لأنه شك بين الأولى و الثانيه فضلا عن التصريح في صحيح محمد بن مسلم بكل ما ذكرنا ما عدا صلاة الآيات.

و عن الصدوق التخيير بين الإعادة و بين البناء على الأقل جمعا بين ما تقدم و بين خبر الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل لا يدرى أ ركعتين صلى أم واحده؟ قال: يتم) (٢).

و موثق عمار: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل شك في المغرب فلم يدر ركعتين صلى أم ثلاثا؟ قال: يسلم ثم يقوم فيضيف إليها ركعه) (٣) و موثقه الآخر: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لم يدر صلى الفجر ركعتين أو ركعه؟ قال: يتشهد و ينصرف ثم يقوم فيصلى ركعه فإن كان قد صلى ركعتين كانت هذه تطوعا، و إن كان قد صلى ركعه كانت هذه تمام الصلاة).

قلت: فصلى المغرب فلم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا؟ قال: يتشهد و ينصرف ثم يقوم فيصلى ركعه فإن كان صلى ثلاثا كانت هذه تطوعا، و إن كان صلى اثنتين كانت هذه تمام الصلاة) ٧. و لكن لا بد من طرحها لعدم مقاومه ما تقدم و قال الشيخ في الاستبصار عن خبرى عمار: «إن هذين الخبرين شاذان مخالفان للأخبار كلها و إن الطائفة قد أجمعت على ترك العمل بهما».

ص: ٣٨٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٧ و ٢ و ٨ .

٢- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٢٠ .

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١١ و ١٢ .

(أو الثلاثيه (١)، أو في الأوليين من الرباعيه (٢) أو في عدد غير محصور) بأن لم يدر كم صلى ركعه (٣)، (أو قبل إكمال السجدين) (٤)...

(١) على المشهور و تشهد له النصوص المتقدمه و عن الصدوق التخيير هنا أيضا بما تقدم لما تقدم، و فيه: ما تقدم.

(٢) على المشهور بين الأصحاب لصحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (رجل لا يدرى واحده صلى أم اثنتين؟ قال: يعيد) (١) و مثله صحيح رفاعه ٢ و غيره، و صحيح الفضل بن عبد الملك: (إذا لم تحفظ الركعتين الأولتين فأعد صلاتك) ٣ و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (كان الذي فرضه الله تعالى على العباد عشر ركعات و فيهن القراءة، و ليس فيهنّ و هم، يعنى سهوا، فزاد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سبعا و فيهن الوهم و ليس فيهن قراءه، فمن شك في الأوليين أعاد حتى يحفظ و يكون على يقين، و من شك في الأخيرتين عمل بالوهم) ٤ و الأخبار كثيره. و عن الصدوق التخيير بين الإعادة و البناء على الأقل جمعا بين ما تقدم و بين جمله من النصوص منها: خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام (في الرجل لا يدرى أركعه صلى أم اثنتين؟ قال: يبني على الركعه) (٢) و خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل لا يدرى أركعتين صلى أم واحده؟ قال:

يتم بركعه) ٦ و خبر الحسين بن أبي العلاء المتقدم ٧. و هذه أيضا لا بدّ من طرحها أو تأويلها لعدم مقاومتها للأخبار الكثيره المتقدمه.

(٣) لصحيح عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن شككت فلم تدر أفي ثلاث أنت أم في اثنتين أم في واحده أم في أربع فأعد الصلاه و لا تمض على الشك) (٣)

و صحيح صفوان عن أبي الحسن عليه السلام: (إن كنت لا تدرى كم صليت و لم يقع وهمك على شيء فأعد الصلاه) ٩. و مثلها غيرهما.

(٤) أى شك بين الاثنتين و الثلاث قبل إكمال السجدين فيعيد لأنه يشترط حفظ الأوليين من الشك كما في صحيح الفضل المتقدم و هذا لا يتم إلا بعد إكمال السجدين و يدل عليه أيضا صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (قلت له: رجل لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا، فقال: إن دخله الشك بعد دخوله في الثالثه مضى في الثالثه ثم صلى الأخرى و لا شيء عليه و يسلم) (٤) و هو ظاهر في اشتراط إكمال السجدين، و مفهومه: مع عدم الإكمال لا يمضى بل يعيد، و عليه يحمل إطلاق خبر عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام:-

ص: ٣٨٨

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٦ و ١٢ و ١٣ و ١.

٢- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٢٣ و ٢٢ و ٢٠.

٣- ((٨ و ٩)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٢ و ١.

٤- (١٠) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٣.

المتحقق (١) بإتمام ذكر السجده الثانيه (٢) (فيما يتعلق بالأوليين) و إن أدخل معهما غيرهما (٣)، و به (٤) يمتاز عن الثالث (٥) (يعيد) الصلاه لا بمجرد الشك بل بعد استقراره بالترؤى عند عروضة (٦)، و لم يحصل ظن بطرف من متعلقه، و إلا بنى عليه (٧) فى الجميع،...

- (سألته عن رجل لم يدر ركعتين صلى أم ثلاثا؟ قال: (١). و عليه فالشك بعد الإكمال هو شك فى تحقق الثالثه، و قيل الإكمال هو شك فى تحقق الثانيه.

(١) أى الإكمال.

(٢) فعن المحقق فى المسائل البغداديه و ابن طاوس فى البشرى إن إكمال الركعه متحقق بالركوع و احتمله الشهيد فى الذكرى لأن الركعه مستفاده من الركوع لغه و لذا ورد أن صلاه الآيات عشر ركعات (٢).

و فيه: إن الركعه شرعا مؤلفه من الركوع و السجود فلا داعى لإخراج الثانى عنها و عن الشهيد الثانى فى كتبه و نسب إلى الشهيد الأول و مال إليه المحقق الثانى أنه متحقق بإتمام الذكر الواجب لأن الواجب من الركعه يتم عند مقدار السجود الذى يؤتى به بالذكر الواجب، و أما الرفع من السجود فليس من أجزاء السجود و لا من أجزاء الركعه.

و عن المشهور أنه متحقق برفع الرأس من السجده الثانيه لأن الرفع من أجزاء الركعه، و أشكل عليه: بأنه واجب مقدمه لإحراز ما بقى من الصلاه.

و عن الشهيد فى الذكرى أنه متحقق بوضع الجبهه فى السجده الثانيه لأن الذكر غير داخل فى ماهيه الركعه، و عن بعض أنه متحقق بوضع الجبهه فى السجده الأولى و لذا لو فاته الباقي نسيانا لتحققت الركعه.

و الأحوط العمل على قول المشهور لارتكاز المشرعه.

(٣) بأن كان الشك بين الاثنتين و الثلاث قبل إكمال السجدين.

(٤) بهذا القيد الأخير.

(٥) أى عن الشك فى الأوليين من الرباعيه.

(٦) لانصراف الأخبار إلى الشك المستقر لا البدوى الذى يمكن أن يرتفع.

(٧) على الظن، اعلم أن الظن فى الركعات بحكم اليقين على المشهور لصحيح صفوان عن أبى الحسن عليه السلام: (إن كنت لا تدري كم صليت و لم يقع وهمك على شىء فأعد-

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من صلاة الكسوف.

و كذا فى غيره (١) من أقسام الشك (و إن أكمل) الركعتين (الأوليين) بما ذكرناه من ذكر الثانيه (٢)، و إن لم يرفع رأسه منها (و شك فى الزائد) بعد التروى (٣).

فى الصور الصحيحه

(فهنا صور خمس) (٤) تعم بها البلوى أو أنها منصوصه، و إلا فصور الشك

-الصلاه(١) و مفهومه: فإن وقع الوهم بمعنى الظن فلا- تعد، و صحيح عبد الرحمن بن سيباه و البقباق عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا لم تدر ثلاثا صليت أو أربعاً و وقع رأيك على الثلاث فابن على الثلاث، و إن وقع رأيك على الأربع فسلم و انصرف)(٢) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن كنت لا تدرى ثلاثا صليت أم أربعاً. إلى أن قال:

و إن ذهب وهمك إلى الثلاث فقم فصل الركعه الرابعه و لا تسجد سجدتى السهو، فإن ذهب وهمك إلى الأربع فتشهد و سلم ثم اسجد سجدتى السهو)(٣) و عن ابن إدريس معاملة الظن معاملة الشك فى الأوليين فقط، و أما فى الأخيرتين فحكمه حكم اليقين و لم يعرف له مستند خصوصا أن الخبر الأول مطلق يشمل الأوليين.

(١) و هو الظن فى الأفعال فإنه بحكم اليقين على المشهور بل عن المحقق الثانى عدم الخلاف فيه للنبوى العالى: (إذا شك أحدكم فى الصلاه فليظن أخرى ذلك إلى الصواب فليين عليه)(٤).

(٢) أى ذكر السجده الثانيه.

(٣) لأنه لو انقلب شكه بعد التروى إلى الظن أو اليقين فلهما حكم مغاير لحكم الشك فالعمل على الحادث بعد التروى حينئذ.

(٤) بعد ما ذكر الشكوك المبطله للصلاه، أراد أن يذكر الشكوك التى تصح الصلاه معها، و صورها متشعبه، إلا أن ديدن الفقهاء الاقتصار على أربع صور لأنها مورد النص أو لأنها عامه البلوى، و عن الشارح و جوب معرفتها عينا بخلاف غيرها من مسائل الشك فتجب كفايه، و فيه: إنه لا- دليل على التفرقه بينها و بين غيرها من المسائل، و الصور الأربعه هى: الشك بين الاثنتين و الثلاث بعد إكمال السجدين، و الشك بين الثلاث و الأربع مطلقا، و الشك بين الاثنتين و الأربع بعد إكمال السجدين، و الشك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع، و أما الصوره الخامسه التى ذكرها الماتن فسيأتى الكلام فيها.

ص: ٣٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٥.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ٢ ص ٣٣٠.

أزيد من ذلك كما حرره في رساله الصلاه و سيأتي أن الأولى (١) غير منصوصه (الشك بين الاثنتين و الثلاث) بعد الإكمال (٢)،(و الشك بين الثلاث و الأربع)

(١) لم يرو فيها نص بخصوصه لكن الأخبار المطلقة تشملها.

(٢) أى بعد إكمال السجدين و قد تقدم وجهه، ثم إنه يبنى على الأكثر. أعنى الثلاث. كما هو المشهور و يدل عليه موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كلما دخل عليك من الشك في صلاتك فاعمل على الأكثر قال: فإذا انصرفت فأتم ما ظننت أنك قد نقصت) (١). و موثقه الآخر عنه عليه السّلام: (يا عمار أجمع لك السهو كله في كلمتين، متى ما شككت فخذ بالأكثر فإذا سلمت فأتم ما ظننت أنك نقصت) (٢) و موثقه الثالث عنه عليه السّلام: (عن شىء من السهو في الصلاه؟ فقال: ألا أعلمك شيئاً إذا فعلته ثم ذكرت أنك أتممت أو نقصت لم يكن عليك شىء؟ قلت: بلى، قال: إذا سهوت فابن على الأكثر فإذا فرغت و سلمت فقم فصل ما ظننت أنك نقصت، فإن كنت قد أتممت لم يكن عليك في هذه شىء، و إن ذكرت أنك كنت نقصت كان ما صليت تمام ما نقصت) (٣).

هذا و عن الصدوق في المقنع مبطله هذا الشك لصحيح عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن رجل لم يدر ركعتين صلى أم ثلاثا قال عليه السّلام: يعيد، قلت: أ ليس يقال لا يعيد الصلاه فقيه؟ قال: إنما ذلك في الثلاث و الأربع) (٢) و فيه: إنه محمول على الشك بين الاثنتين و الثلاث قبل إكمال السجدين و قد تقدمت الإشارة إلى ذلك.

و عن الصدوق في الفقيه البناء على الأقل و يشهد له جملة من النصوص، منها: موثق عمار عن أبي الحسن عليه السّلام: (إذا شككت فابن على اليقين، قلت: هذا أصل؟ قال عليه السّلام: نعم) (٣) و فيه: إنه اليقين الوارد فيه ليس هو الأقل، بل الأكثر بدليل روايه العلاء: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: رجل صلى ركعتين و شك في الثالثه؟ قال عليه السّلام:

يبنى على اليقين فإذا فرغ تشهد و قام قائما فصل ركعه بفاتحه القرآن) (٤) فالأمر بصلاه ركعه منفصله يقتضى على كون المراد من اليقين هو الأكثر لأنه لا داعى للركعه المنفصله على تقدير البناء على الأقل. هذا و اعلم أن أخبار اليقين المتقدمه لما لم تكن ظاهره في البناء على الأكثر عند بعضهم جعل هذه المسأله مما لم يرد فيها نص خاص كما عن الشهيد في الذكرى و قد صرح به الشارح هنا.

ص: ٣٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٤ و ١ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاه حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخلل في الصلاه حديث ٢.

مطلقا (١) (و يبنى على الأكثر فيهما (٢) ثم يحتاط) بعد التسليم (بركعتين جالسا، أو ركعه قائما (٣) و الشك بين الاثنتين و الأربع يبنى على الأربع (٤) و يحتاط بركعتين)

و عن والد الصدوق التخيير بين البناء على الأقل مع التشهد في كل ركعه و بين البناء على الأكثر كما هو المشهور و ليس له مستند إلا ما عن الفقه الرضوى و هو لا يقاوم ما تقدم من الأخبار.

(١) سواء كان قائما أو راکعا أو ساجدا أو بعد إكمال السجدين، فيبنى على الأكثر لموثقات عمار المتقدمه فضلا عن جملة من النصوص الخاصة، منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن كنت لا تدري ثلاثا صليت أم أربعاً و لم يذهب وهمك إلى شيء فسلم ثم صل ركعتين و أنت جالس تقرأ فيهما بأم الكتاب) (١) و مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: (فيمن لا يدري أثلاثا صلى أم أربعاً و وهمه في ذلك سواء فقال عليه السلام: إذا اعتدل الوهم في الثلاث و الأربع فهو بالخيار إن شاء صلى ركعه و هو قائم و إن شاء صلى ركعتين و أربع سجدة و هو جالس) ٢.

(٢) في هاتين الصورتين.

(٣) أما في الصورة الثانية. أعنى الشك بين الثلاث و الأربع. لمرسل جميل، و عن العماني و الجعفي تعين الجلوس عليه لأن أكثر أخبار هذا الباب متضمنه للركعتين جالسا كصحيح الحلبي المتقدم، و العمل على الأول لانجبار ضعف المرسل بعمل الأصحاب. و أما في الصورة الأولى. أعنى الشك بين الاثنتين و الثلاث. لما تقدم في الصورة السابقة لوحده المناط من احتمال نقص الركعه و هو بعينه موجود هنا.

(٤) بشرط أن يكون الشك بعد إكمال السجدين و البناء على الأربع لموثقات عمار المتقدمه و لجملة من النصوص الخاصة، منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا لم تدري اثنتين صليت أم أربعاً و لم يذهب وهمك إلى شيء فتشهد و سلم، ثم صل ركعتين و أربع سجدة تقرأ فيهما بأم الكتاب ثم تشهد و تسلم، فإن كنت إنما صليت ركعتين كانتا هاتان تمام الأربع، و إن كنت صليت أربعاً كانتا هاتان نافله) (٢).

و صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل صلى ركعتين فلا يدري ركعتين هي أو أربع؟ قال عليه السلام: يسلم ثم يقوم فيصلي ركعتين بفتح الكتاب و يتشهد و ينصرف و ليس عليه شيء) ٤ و أما ما في صحيح العلاء عن محمد بن مسلم: (سألته عن الرجل لا يدري صلى ركعتين أم أربعاً؟ قال: يعيد الصلاة) ٥ كما ذهب إليه-

ص: ٣٩٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٦ و ٧.

(قائما، و الشكك بين الاثنين و الثلاث و الأربع بينى على الأربع (١) و يحتاط بركعتين قائما ثم بركعتين جالسا على المشهور). و رواه ابن أبي عمير عن الصادق عليه السلام، عاطفا لركعتي الجلوس بتم كما ذكرنا هنا، فيجب الترتيب بينهما. و في الدروس -الصدوق في المقنع فهو محمول على ما قبل إكمال السجدين أو مطروح.

و نصوص هذا الباب متفق على كون الركعتين المفصولتين من قيام فلذا اتفقت فتوى الأصحاب على ذلك.

(١) على المشهور لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل صلى فلم يدر اثنتين صلى أم ثلاثا أم أربعاً؟ قال عليه السلام: يقوم فيصلى ركعتين من قيام و يسلم، ثم يصلى ركعتين من جلوس و يسلم، فإن كانت أربع ركعات كانت الركعتان نافله، و إلا تمت الأربع) (١).

و عن الصدوقين و ابن الجنيد أنه يصلى ركعه من قيام و ركعتين من جلوس لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل لا يدرى اثنتين صلى أم ثلاثا أم أربعاً؟ فقال: يصلى ركعه من قيام ثم يسلم ثم يصلى ركعتين و هو جالس) ٢. و ما يوجد في بعض نسخ الوسائل أنه: «يصلى ركعتين من قيام» اشتباه لتصريح الصدوق في الفقيه أن المروي هو ركعه من قيام.

و على كل ففي الذكرى قال: «و هو قوي من حيث الاعتبار، لأنهما تنضممان حيث تكون الصلاة اثنتين و يجتزئ بإحدهما حيث تكون ثلاثا إلا- أن النقل و الأخبار تدفعه» و مراده بالنقل و الأخبار هو مرسل ابن أبي عمير هذا من جهة و من جهة أخرى فالاعتبار يقتضى عدم قوه هذا القول لأنه إذا كانت الصلاة واقعا اثنتين فانضمام ركعه قيام إلى ركعتي الجلوس و إن كان كافيا في إتمامها لكن الإشكال في زياده التشهد و التسليم و إن كانت ثلاثا فالاجتزاء بأحدهما يقتضى لغويه الآخر.

ثم إن المشهور على تقديم الركعتين من قيام على ركعتي الجلوس لعطف ركعتي الجلوس على ما قبلها بتم الدال على الترتيب كما في مرسل ابن أبي عمير المتقدم ثم هل يجوز أن يصلى بدل الركعتين جلوسا ركعه من قيام، قيل: نعم لتساويهما في البدليه، بل الركعه من قيام أقرب إلى حقيقه ما يحتمل فواته من ركعتي الجلوس و هذا ما اختاره الشهيدان، و قيل: لا لأن فيه خروجاً عن المنصوص كما عن المفيد و ابن زهره، هذا و ذهب سائر إلى وجوب الركعه من قيام و عدم جواز ركعتي الجلوس و ليس له مستند.

ص: ٣٩٣

جعله أولى، وقيل: يجوز إبدال الركعتين جالسا بركعه قائما، لأنها أقرب إلى المحتمل فواته، وهو حسن، (وقيل يصلّى ركعه قائما، وركعتين جالسا ذكره)

الصدوق (ابن بابويه) وأبوه وابن الجنيد (و هو قريب) من حيث الاعتبار (١). لأنهما ينضمّان حيث تكون الصلاة اثنتين، و يجتزى بإحدهما حيث تكون ثلاثا، إلا أن الأخبار تدفعه، (و الشك بين الأربع والخمس (٢)، و حكمه قبل الركوع كالشك بين الثلاث والأربع) فيهدم الركعه و يتشهد و يسلم و يصير بذلك شاكا بين الثلاث والأربع فيلزمه حكمه (٣)، و يزيد عنه (٤) سجدة السهو لما هدمه من القيام، و صاحبه من الذكر.

(و بعده) أى بعد الركوع سواء كان قد سجد (٥)، أم لا (يجب سجدة السهو) لإطلاق النص (٦). «بأن من لم يدر أربعا صلّى، أم خمسا يتشهد و يسلم

(١) بل لصحيح عبد الرحمن كما تقدم.

(٢) بعد ما تقدم صور الشك المبطله و غيرها فيما لو كان طرفا الشك من إعداد الرباعيه أراد أن يستعرض الشك بين عدد الرباعيه و غيرها. و الصور المتصوره كثيره جدا لأن الشك قد يكون بين طرفين و قد يكون أكثر و قد يكون الشك حال القيام أو حال الركوع أو ما بعد السجدة حتى حكى عن الشهيد إنهاؤها إلى مائتين و خمسين صوره إلا أن المهم منها هو صور الشك بين الأربع و الخمس و هى أربع صور.

الصورة الأولى: فيما لو شك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدة، و قد تقدم حكمه من البناء على الأربع و يسجد سجدة السهو ليس إلا.

الصورة الثانية: ما لو شك بين الأربع و الخمس حال القيام فيجب عليه هدم القيام فينقلب شكه بين الثلاث و الأربع فيأخذ حكمه مع زياده سجدة السهو لزياده القيام المنهدم، و فى الحدائق نفى الخلاف عنه.

الصورة الثالثة: ما لو كان الشك بين الأربع و الخمس بعد الدخول فى الركوع إلى ما قبل إكمال السجدة و سيأتى التعرض لها.

(٣) أى حكم الشاك بين الثلاث و الأربع.

(٤) عن الشاك بين الثلاث و الأربع.

(٥) بشرط عدم الإكمال.

(٦) ذهب المحقق و الشهيد إلى الصحه لإطلاق صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام:

(إذا كنت لا تدري أربعا صليت أم خمسا فاسجد سجدة السهو بعد تسليمك ثم سلم -

و يسجد سجدتي السهو». (وقيل (١): تبطل الصلاة لو شكّ و لما يكمل السجود إذا كان قد ركع) لخروجه عن المنصوص (٢). فإنه (٣) لم يكمل الركعة حتى يصدق عليه أنه شك بينهما، و تردده (٤) بين المحذورين: الإكمال المعرّض للزيادة (٥)، و الهدم المعرّض للنقصان (٦) (و الأصحّ الصحة) لقولهم عليهم السلام: «ما أعاد الصلاة فقيه»

-بعدهما(١) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا لم تدر خمسا صليت أم أربعا فاسجد سجدتي السهو بعد تسليمك و أنت جالس ثم سلم بعدهما) ٢ و هما متفاوتان باختلاف يسير مع ما نقله الشارح من الخبر.

و ذهب المشهور إلى البطلان.

أولا: لأن الأخبار المتقدمة ظاهره فيمن أكمل الرابعه و هذا لا يتم إلا بعد إكمال السجدتين، و موردنا ليس منه، و عليه فلا يصح التمسك بإطلاقها.

و ثانيا: أنه لا- يمكن علاج هذا الشك لأن العلاج إما بالإكمال و إما بالهدم فإن أكمل فيلزم زياده ركن عمدا بناء على أن ما بيده خامسه و إن هدم و جلس متشهدا فيلزم منه نقصان ركعه تامه بناء على أن المهدوم هي الرابعه، و يلزم منه زياده ركن الركوع الذى أعرض عنه و زيادته السهوويه مبطله أيضا. و ردّ بأنه نلتزم بالإكمال و لا يوجد محذور إلا احتمال زياده السجود و الركوع الركنيه و هذا ليس بمانع لوروده فيما لو شك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدتين، فزياده الركن وارده بناء على احتمال أن ما بيده خامسه و مع ذلك حكم بالصحة مع سجدتي السهو بالاتفاق فليكن هذا مثله خصوصا أننا أمرنا بإتمام الصلاة و معالجه الشك الوارد فيها ما أمكن كما فى الخبر عن حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام: (ما أعاد الصلاة فقيه قط، يحتال لها و يدبرها حتى لا يعيدها)(٢).

(١) هو قول المشهور.

(٢) إذ المنصوص ظاهر بعد إكمال السجدتين كما تقدم.

(٣) تعليل لخروجه عن المنصوص.

(٤) الدليل الثانى للمشهور على البطلان، و المعنى: و تردد الشك المذكور.

(٥) لزياده الركن بناء على أنها خامسه.

(٦) لنقصان ركعه بتمامها بناء على أنها رابعه حيث إنه يهدمها و يجلس متشهدا مسلما ثم يسجد سجدتي السهو.

ص: ٣٩٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١.

يحتال فيها و يدبرها، حتى لا يعيدها و لأصالة عدم الزيادة (١). و احتمالها (٢) لو أثر لأثر في جميع صورها (٣)، و المحذور إنما هو زيادة الركن، لا الركن المحتمل زيادته (٤).

مسائل سبع

إشارة

(مسائل سبع)

الأولى لو غلب على ظنه بعد التروى أحد طرفي ما شك فيه

الأولى. (لو غلب على ظنه) بعد التروى (أحد طرفي ما شك فيه، أو أطرافه (٥) بنى عليه) أى على الطرف الذى غلب عليه ظنه، و المراد أنه غلب عليه ثانيًا، بعد أن شك فيه أولاً، لأن الشك لا يجمع غلبه الظن، لما عرفت من

(١) دليل ثان للشارح على الصحة، و فيه: إنه أصل مثبت لا نقول بحجيته.

(٢) أى احتمال الزيادة بناء على أن ما بيده خامسه لو أمرنا بالإتمام كما هو قول المحقق و الشهيد.

(٣) ليس لها فيما ذكره الماتن إلا صورته و هى: ما لو شك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدين، فاحتمال الزيادة الركنيه بناء على أن ما بيده خامسه لا يضر و لذا حكم بصحة الصلاة بعد البناء و على الأقل مع سجدتى السهو.

(٤) و فيه: إن هناك فرقا بين موردنا و بين الشك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدين مع الاشتراك باحتمال زيادة الركن و هو: أن ما بعد الإكمال منصوص و قد تقدم ذكر النص بخلاف المقام فإنه غير منصوص، و إلحاقه بالمنصوص قياس.

فضلا عن أن احتمال زيادة الركن بعد إكمال السجدين هو احتمال لزيادته سهوا بخلاف المقام فاحتمال زيادته على القول بالإتمام هو احتمال لزيادته عمدا و توضيحه: أنه بعد إكمال السجدين يكون شكه حين الالتفات دائرا بين الأربع التامه و الخمسه فلو بنى على الأربع لأنها الأقل و هو الأصل فى الشكوك فلا يلزم من هذا البناء فعل يوجب بطلان الصلاة لو كانت واقعا خمس ركعات إلا ما قد صدر منه من الزيادة السهوويه للركن بخلاف ما قبل إكمال السجدين فلو التفت و أراد البناء على الأربع فيلزم منه إتمام الركعه التى بيده، و هذا الإتمام موجب لبطلان الصلاة لو كانت واقعا خمس ركعات لأنه زيادة ركن عمدا.

و بهذا بان الفرق بين صورتين فالأقوى الحكم ببطلان الصلاة فى موردنا لعدم إمكان العلاج كما عليه المشهور و إن حكمنا بالصحة عند الشك بين الأربع و الخمس بعد إكمال السجدين لورود النص فيه.

(٥) أى أطراف الشك فيما لو شك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع.

اقتضاء الشك تساوى الطرفين، و الظن رجحان أحدهما. و لا فرق فى البناء على الطرف الراجح بين الأوليين و غيرهما (١)، و لا بين الرباعيه و غيرها (٢)، و معنى البناء عليه فرضه واقعا، و التزام حكمه من صحه و بطلان، و زياده و نقصان، فإن كان فى الأفعال (٣) و غلب الفعل بنى على وقوعه، أو عدمه (٤) فعله إن كان فى محله (٥)، و فى عدد الركعات (٦) يجعل الواقع ما ظنه من غير احتياط. فإن غلب الأقل بنى عليه و أكمل، و إن غلب الأكثر من غير زياده فى عدد الصلاه كالأربع تشهد و سلم، و إن كان زياده كما لو غلب ظنه على الخمس صار كأنه زاد ركعه آخر الصلاه، فتبطل إن لم يكن جلس عقيب الرابعه بقدر التشهد (٧) و هكذا.

(و لو أحدث قبل الاحتياط، أو الأجزاء المنسيه) التى تتلافى بعد الصلاه (تطهر و أتى بها) من غير أن تبطل الصلاه (على الأقوى) (٨)...

(١) كما عليه المشهور بخلاف ابن إدريس فخصه فى غير الأوليين و قد تقدم الكلام فيه فى أوائل بحث الشك فى الركعات.

(٢) كالثنائيه و الثلاثيه لإطلاق الأخبار التى تقدم الكلام فيها سابقا.

(٣) أيضا قد تقدم الكلام فيه هناك.

(٤) معطوف على قوله: «و غلب الفعل» و المعنى: و غلب عدم الفعل على الظن فلا بد أن يأتى به.

(٥) و إن لم يكن فى محله فإن كان ركنا فتبطل الصلاه و إن كان غير ركنى فإن كان المنسى سجده واحده أو تشهدا فيقضى و إلا فلا.

(٦) معطوف على قوله: «فإن كان فى الأفعال»، و المعنى و إن كان الظن فى عدد الركعات.

(٧) و إلا فتصح و تقدم الكلام فيه فى الفصل الخامس فى التروك.

(٨) ها هنا مسائل:

الأولى: صلاه الاحتياط هل يعتبر فيها ما يعتبر فى الصلاه من شرائط و أجزاء بالجملة، قيل: نعم لأنها صلاه و يعتبر ذلك من الضروريات و عليه فأما النيه فيكفى فى إثباتها صراحه أدله ركعه الاحتياط التى تقدم بعضها. فى كونها معرضا لكونها نافله.

و أما التكبير فعلى المشهور نعم لدعوى الإجماع عليه كما عن بعض و لخبر زيد الشحام:

(سألته عن رجل صلى العصر ست ركعات أو خمس ركعات قال: إن استيقن أنه صلى خمسا أو ستا فليعد، و إن كان لا يدرى أ زاد أم نقص فليكبر و هو جالس ثم ليركع ركعتين يقرأ فيهما بفاتحه الكتاب فى آخر صلاته ثم يتشهد) (١) بالإضافة إلى كونها معرضا-

لكونها نافله و لا صلاه بغير افتتاح.

و المحكى عن الراوندى وجود الخلاف فيه من بعض أصحابنا و استدلل له لكونها فى معرض الجزئيه للصلاه الأصلية و هو مانع من التكبير للزوم زياده الركن و يدفعه ما قد سمعته من الأدله.

و أما الفاتحه فعلى المشهور أيضا كذلك للأمر بها فى كل النصوص التى تعرضت لركعه الاحتياط و قد تقدم بعضها، فما عن المفيد و الحلبي و الحلبي من التخيير بين الفاتحه و بين التسييح لأنها قائمه مقام ثالثه أو رابعه فيثبت التخيير فى البديل كما هو ثابت فى المبدل فهو ضعيف لأنه اجتهاد فى قبال النص.

و أما السوره فليست بواجبه بالاتفاق لخلو النصوص عنها مع تعرضها للفاتحه لعدم وجوب السوره سواء كانت جزءا من الصلاه لأنها مقام الثالثه أم الرابعه أو كانت نافله، و منه تعرف عدم مشروعيه الأذان و الإقامه و السوره و القنوت لها.

ثم إنه يجب الإخفات فى القراءه حتى فى البسمله كما عن الدروس و البيان و دليله غير ظاهر بل مقتضى القاعده التخيير بين الجهر و الإخفات لإطلاق الأخبار الداله على قراءه الفاتحه فى ركعه الاحتياط بل و يستحب الجهر بالبسمله لإطلاق ما دل على استحبابه.

نعم يشترط فيها الركوع و السجود و التشهد و التسليم كما صرحت بذلك الأخبار الكثيره و قد تقدم ذكر بعضها فى مطاوى الأبحاث السابقه فراجع.

المسأله الثانيه: إذا وقع المنافى بين الصلاه الأصلية و بين صلاه الاحتياط فهل تبطل الصلاه الأصلية أو لا؟ و هذا مبنى على الخلاف فى كون صلاه الاحتياط هل هى صلاه مستقله كما عن ابن إدريس و جماعه أو أنها جزء للصلاه الأصلية كما نسب إلى المشهور أو أنها صلاه منفرده من جهه و تمام من جهه أخرى كما ذهب إليه العلامه و ولده و جماعه؟

و دليل الأول لوجوب النيه و تكبيره الإحرام فيها و لا شىء من جزء الصلاه كذلك و لازمه لو وقع المنافى بينها و بين الصلاه الأصلية لا تبطل الأصلية.

و دليل الثانى لظاهر قوله عليه السلام فى خبر أبى بصير: (إذا لم تدر أربعا صليت أم ركعتين فقم و اركع ركعتين) (١) و الفاء للتعقيب، و هو ينافى تسويغ الحدث مما يكشف عن أنها جزء من الصلاه الأصلية، و لقوله عليه السلام فى خبر ابن أبى يعفور: (و إن كان صلى أربعا كانت هاتان نافله، و إن كان صلى ركعتين كانت هاتان تمام الأربع و إن تكلم فليسجد سجدة السهو) ٢. و الأمر بسجدة السهو للكلام الصادر بين الصلاه الأصلية و ركعتي -

ص: ٣٩٨

لأنه (١) صلاة منفردة، و من ثمّ وجب فيها (٢) النيه و التحريمه و الفاتحه، و لا صلاة إلا بها، و كونها جبرا (٣) لما يحتمل نقصه من الفريضه و من ثمّ وجبت المطابقه بينهما (٤) لا- يقتضى الجزئيه (٥)، بل يحتمل ذلك، و البدليه (٦) إذ لا- يقتضى (٧) المساواه من كل وجه، و لأصالة الصحه (٨)...

-الاحتياط ظاهر فى كون ركعتا الاحتياط جزءا من الأصلية، و لازمه بطلان الأصلية لو وقع المنافى بينها و بين صلاة الاحتياط و الحق هو الثالث لصريح الأخبار به كخبر ابن أبى يعفور المتقدم و غيره، و عليه فلو وقع المنافى فبطل الأصلية كما أنه تجب المبادره إلى الاحتياط لوجه الجزئيه كما يجب التكبير و النيه و تعين الفاتحه و التشهد و التسليم لوجه الاستقلالیه.

المسأله الثالثه: لو وقع المنافى بين الصلاة و أجزاء المنسيه كالتشهد و السجده الواحده فبطل الصلاة على الأقوى لأنها أجزاء صلاتيه فالحدث الواقع بينها و بين الصلاة واقع فى أثناء الصلاة و هو يوجب البطلان، و هذا ما ذهب إليه جماعه منهم العلامة فى النهايه.

و قيل: لا تبطل لتماميه الصلاة بالتسليم، و الأجزاء المنسيه خارجه عن الجزئيه و إلا لبطلت الصلاة بتخلل الأركان بين محلها و تلافيتها، و هو ضعيف لأن تلافيتها إنما كان بعنوان قضاء الأجزاء عقب الصلاة.

(١) أى الاحتياط، و أما الأجزاء المنسيه فسيأتى الكلام من الشارح فيها.

(٢) فى صلاة الاحتياط.

(٣) دليل من قال أنها جزء من الصلاة.

(٤) بين الصلاة المفروضه و بين صلاة الاحتياط فلو احتتمل نقص المفروضه بركعه فيأتى بركعه احتياط و إلا فركعتان.

(٥) خبر لقوله: «و كونها جبرا»، لأنه لو كانت جزءا لما احتاجت صلاة الاحتياط إلى النيه و تكبيره الإحرام و الفاتحه.

(٦) و المعنى كما يحتمل كونها جزءا يحتمل كونها بدلا.

(٧) تعليل لاحتمال البدليه و ذلك لأنه لا يشترط التساوى بين البدل و المبدل من كل وجه بدليل جواز مشروعيه صلاة الاحتياط من ركعتى الجلوس مع أن الفائت على تقديره ركعه من قيام، و إذا كانت بدلا فتكون صلاة منفردة لاشتمالها على نيه و تكبيره الإحرام و الفاتحه.

(٨) أى صحه الصلاة الأصلية لو وقع المنافى بينها و بين صلاة الاحتياط. فبه: إن قاعده الاشتغال محكمه و يشك فى براءه الذمه لو وقع المنافى.

و عليه المصنف في مختصراته (١)، و استضعفه في الذكرى، بناء على أن شرعيته ليكون استدراكا للفائت منها. فهو على تقدير وجوبه جزء، فيكون الحدث واقعا في الصلاة، و لدلاله ظاهر الأخبار عليه.

و قد عرفت دلالة البدليه (٢)، و الأخبار (٣) إنما دلت على الفوريه و لا نزاع فيها، و إنما الكلام في أنه بمخالفتها هل يَأْتُم خاصه. كما هو مقتضى كلِّ واجب أم يبطلها. و أما الأجزاء المنسيه فقد خرجت عن كونها جزءا محضا (٤)، و تلافيها بعد الصلاة فعل آخر. و لو بقيت على محض الجزئيه كما كانت لبطلت بتخلل الأركان بين محلها و تلافيها.

(و لو ذكر ما فعل فلا إعادته (٥) إلا أن يكون قد أحدث) أى ذكر نقصان

(١) و هي الدروس و البيان و الألفيه و هي مختصرات بالنسبه إلى الذكرى.

(٢) فلا يجب في البديل أن يكون جزءا كالمبدل و لذا كان البديل مشتملا على النيه و التحريمه و الفاتحه بخلاف المبدل.

(٣) و مقصوده منها هو خبر أبي بصير المتقدم حيث ورد فيه: (إذا لم تدر أربعا صليت أو ركعتين فقم و اركع ركعتين) (١) و الفاء التعقيبيه تنافى تسويغ الحدث، و رده الشارح بأن الفاء تدل على الفوريه و لا تدل على أن مخالفه الفوريه توجب الإثم فقط أو مع البطلان.

و فيه: إن الأخبار غير منحصره في هذا الخبر فهناك أخبار آخر كخبر ابن أبي يعفور المتقدم و غيره، و قد عرفت أن صريح الأخبار بأنها صلاه مستقله من جهه و جزءا من الصلاه الأصليه من جهه أخرى و عليه فالحدث الواقع بينها و بين المفروضه ينافى الحكم بصحة الصلاه الأصليه.

(٤) بدليل تخلل الأركان بين محلها و تلافيها.

إن قلت: لو خرجت عن الجزئيه فلم وجب الإتيان بها؟

قلت: وجب الإتيان بها لدليل من خارج.

و فيه: إن تلافيها فيما بعد بدليل خارجي إنما كان بعنوان أنها أجزاء صلاتيه.

(٥) اعلم أنه لو أتى بالمنافى قبل صلاه الاحتياط ثم تبين له تماميه الصلاه المفروضه فلا تجب الإعادته لتبين صحتها واقعا، كما أن الحكم كذلك لو تبين تماميه الصلاه المفروضه قبل صلاه الاحتياط و إن لم يأت بالمنافى، و اعلم أنه لو صلى صلاه الاحتياط ثم تبين تماميه -

ص: ٤٠٠

الصلاه بحيث يحتاج إلى إكمالها بمثل ما فعل (١) صحت الصلاه و كان الاحتياط

-المفروضه فتقع صلاه الاحتياط نافله كما هو صريح الأخبار التي تقدم بعضها، و لو تبين تماميه المفروضه فى أثناء صلاه الاحتياط فيجوز له قطعها لأنها نافله مع جواز قطع النافله، و يجوز إكمالها مع تميمها بركعه أخرى إذ لا مشروعيه للنوافل إلا بركتين.

و اعلم أنه لو تبين نقصان الصلاه المفروضه بعد الانتهاء من صلاه الاحتياط فلا تجب إعادته المفروضه و تكون صلاه الاحتياط جابره لنقص المفروضه كما هو صريح الأخبار المتقدمه كما فى موثق عمار: (و إن ذكرت أنك كنت نقصت كان ما صليت تمام ما نقصت) (١) بلا- فرق بين كون صلاه الاحتياط ركعتين من جلوس أو ركعه من قيام و إن كان الفائت ركعه من قيام كل ذلك لصريح الأخبار المتقدمه. و عن الموجز البطالان مع المخالفه كما لو صلى ركعتين من جلوس فى الشك بين الثلاث و الأربع، و هو اجتهاد فى قبال النص.

و اعلم أنه لو تبين قبل الشروع فى صلاه الاحتياط نقصان المفروضه فلا يجوز له الشروع فى صلاه الاحتياط لأن أدله تشريعها مختصه بصوره بقاء الشك و المفروض انتفاؤه، بل يجب عليه إتمام ما نقص حينئذ بلا خلاف فيه كما فى الجواهر مع سجدي السهو للتسليم الواقع فى آخر صلاته لأنه سلم حتى يتفرغ لصلاه الاحتياط و يعالج الشك الموجود.

و اعلم أنه لو تبين له نقصان صلاته المفروضه و هو فى أثناء الاحتياط كما لو شك بين الثلاث و الأربع ثم اشتغل بركعه الاحتياط قائما و قد تذكر فى أثناءها كون صلاته ثلاثا فيحتمل إكمال صلاه الاحتياط و الاكتفاء بها جابره لإطلاق الأخبار و يحتمل إلغاء الاحتياط و الرجوع إلى حكم من تذكر ركعه لأن أخبار الاحتياط منصرفه إلى خصوص ما لو تذكر بعد تماميه صلاه الاحتياط.

نعم لو كان عليه صلاتا احتياط كما لو شك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع فأتى بركتين من قيام ثم تذكر أن صلاته المفروضه كانت اثنتين فالأقوى الحكم بصحة ما أتى من الاحتياط و أنها جابره للمفروضه و لا يجب عليه إكمال سجدي الاحتياط من جلوس لأن الأمر بها فى الأخبار فى خصوص هذا الفرض مشروط بقاء الشك بين أطرافه الثلاثه و المفروض تبدله إلى صورته القطع بكون المفروضه قد أتى منها بركتين فقط.

(١) أى تذكر نقصان الصلاه بعد تماميه صلاه الاحتياط.

ص: ٤٠١

متّما لها (١) و إن اشتمل (٢) على زيادة الأركان من النيه، و التكبير، و نقصان بعض كالقيام لو احتاط جالسا، و زيادة الركوع، و السجود فى الركعات المتعدده (٣) للامثال (٤) المقتضى للإجزاء، و لو اعتبرت المطابقه (٥) محضا لم يسلم احتياط ذكر فاعله الحاجه إليه، لتحقق الزيادة (٦) و إن لم تحصل المخالفه (٧)، و يشمل ذلك (٨) ما لو أوجب الشك احتياطين (٩)، و هو ظاهر (١٠) مع المطابقه (١١)، كما لو تذكّر أنها اثنتان (١٢) بعد أن قدّم ركعتى القيام، و لو ذكر أنها ثلاث (١٣) احتمل كونه كذلك (١٤)، و هو ظاهر الفتوى لما ذكر (١٥)...

(١) لصريح الأخبار كما تقدم الكلام فيه.

(٢) أى الاحتياط.

(٣) كما لو أتى بالاحتياط من جلوس، فإنه يزيد فى الركوعات و السجودات ضعف الفأئ.

(٤) تعليل لصحة المفروضه، و الامثال هو مطابقه المأتى به للمأمور به فى أخبار الاحتياط.

(٥) بين الاحتياط و الفأئ الذى تذكّره.

(٦) من النيه و التحريمه فى الاحتياط.

(٧) أى لم تحصل المخالفه بين الاحتياط و الفأئ من المفروضه بأن كان الفأئ ركعه من قيام و قد أتى بركعه من قيام احتياطا.

(٨) أى الحكم بصحة الصلاه فيما لو تذكّر نقصان الصلاه بعد صلاه الاحتياط.

(٩) كالشك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع فإنه يوجب ركعتين من قيام و ركعتين من جلوس.

(١٠) أى الحكم بصحة الصلاه المفروضه.

(١١) بين الاحتياط و الفأئ الذى تذكّره.

(١٢) أى أن المفروضه كانت ركعتين فقط و قد أتى بركعتى الاحتياط من قيام فتكون صلاه الاحتياط جابره حينئذ و إن لم يأت بعد بركعتى الاحتياط من جلوس. و قد تقدم الكلام فيه.

(١٣) أى أن المفروضه ثلاث ركعات بعد ما أتى بركعتى الاحتياط من قيام.

(١٤) أى احتمل كون الحكم هو صحة الصلاه المفروضه.

(١٥) من الامثال المقتضى للأجزاء. إن قلت: إن المأتى به احتياطا لا يوافق الفأئ إذ يزيد عليه بركعه.

قلت: لا- يضر و إلا لو وجبت المطابقه لوجب أن لا يسلم احتياط من الزيادة على الفأئ لاشتمال كل احتياط على نيه و تكبيره

إحرام.

و فيه: إنه مبني على كون إحدى ركعتي القيام بدلا عن الفاتت مع أن النص قد جعل -

ص: ٤٠٢

و إلحاقه (١) بمن زاد ركعه آخر الصلاة سهواً، و كذا لو ظهر الأول (٢) بعد تقديم صلاة الجلوس (٣)، أو الركعه قائماً (٤) إن جَوَّزناه (٥). و لعله السر (٦) فى تقديم ركعتى القيام. و على ما اخترناه (٧) لا تظهر المخالفه (٨) إلا فى الفرض الأول (٩) من فروضها (١٠)...

-البدل عن الفائت هو ركعتان من جلوس ففى مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى رجل صلّى فلم يدر اثنتين صلى أم ثلاثاً أم أربعاً قال: يقوم فيصلّى ركعتين من قيام و يسلم ثم يصلّى ركعتين من جلوس و يسلم، فإن كانت أربع ركعات كانت الركعتان نافله و إلا تمت الأربع) (١).

(١) الجملة حاله و المعنى أنه بزياده ركعه القيام من صلاة الاحتياط يلحق بمن زاد سهواً خامسه على صلاته المفروضه و قد جلس قبلها بقدر التشهد فإنه يحكم بالصحة على ما تقدم الكلام فيه فكذلك هنا.

(٢) أى ما لو تذكر أنها اثنتان.

(٣) أى ركعتى الجلوس.

(٤) بدل ركعتى الجلوس كما اختاره الشهيدان و قد تقدم الكلام فيه.

(٥) أى جوزنا التقديم.

(٦) أى لعل حصول المطابقه هو السر فى تقديم ركعتى القيام على ركعتى الجلوس إذا تبين أن المفروضه اثنتان.

(٧) من وجوب تقديم ركعتى القيام على ركعتى الجلوس.

(٨) بين الاحتياط و الفائت.

(٩) و هو ما لو تذكر أنها ثلاث.

(١٠) أى من فروض المخالفه، و اعلم أن فروض المخالفه عنده و التى ذكرها سابقاً ثلاثه.

الأول: ما لو تبين أنها ثلاث و قد أتى بركعتى القيام.

الثانى: ما لو تبين أنها اثنتان و قد أتى بركعتى الجلوس أولاً بناء على جواز التقديم.

الثالث: ما لو تبين أنها اثنتان و قد أتى بركعه القيام أولاً بناء على جواز التبديل و التقديم.

ففى الفرض الأول تظهر المخالفه بفوات التشهد و التسليم عقيب أول ركعه من ركعتى الاحتياط و أمره سهل لأن اغتفار زياده الركن كالنيه و التكبير فى صورته الموافقه يقتضى -

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٤.

و أمره سهل (١) مع إطلاق النص (٢)، و تحقق الامتثال الموجب للإجزاء. و كيف كان فهو أسهل (٣) من قيام ركعتين من جلوس مقام ركعه من قيام إذا ظهرت الحاجة إليه (٤) في جميع الصور (٥).

هذا إذا ذكر بعد تمامه (٦)، و لو كان في أثائه (٧) فكذلك (٨) مع المطابقه (٩) أو لم يتجاوز القدر المطابق فليسلم عليه (١٠). و يشكل مع المخالفه. خصوصا مع الجلوس (١١). إذا كان قد ركع للأولى، لاختلال نظم الصلاة، أما قبله (١٢) فيكمل

-اغتفار فوات ما ليس بركن في صورته المخالفه بطريق أولى و لذا علق الشارح على قوله:

فهو أسهل «و وجه الأسهليه أن الجلوس في التشهد ليس بركن إجماعا و ما يحصل به الزيادة في الاحتياط على كل حال من النية و التكبير أعظم من الجلوس، فاغتفار الأركان يوجب اغتفار الفعل الذى ليس بركن إجماعا بطريق أولى».

و المخالفه منحصره في هذه الصورة لأنه يجب في صورتين الأخيرتين من صور المخالفه المذكوره تقديم ركعتي الاحتياط من قيام فإذا فرضنا أنه تذكّر أنها اثنتان فلا مخالفه في البين.

(١) و أمر الفرض الأول الذى ظهرت فيه المخالفه سهل و قد عرفت وجه السهوله.

(٢) كمرسل ابن أبى عمير المتقدم و غيره.

(٣) أى الفرض الأول.

(٤) إلى الاحتياط.

(٥) سواء كان الشك مما اقتضى احتياطا واحدا أم احتياطين، لأنه يلزم زياده الركوعات و السجديات في ركعتي الجلوس عن الفائت.

(٦) أى إذا ذكر أن المفروضه اثنتان أو ثلاث ركعات بعد تماميه الاحتياط.

(٧) أى لو كان التذكّر في أثناء الاحتياط فيما لو كان الشك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع.

(٨) يحكم بصحة الصلاة.

(٩) كما لو شرع في ركعتي القيام فتذكّر أنها اثنتان.

(١٠) كما لو أكمل ركعه من ركعتي القيام فتذكّر أنها ثلاث.

(١١) كما لو شرع في ركعتي الجلوس فتذكّر أنها ثلاث و كان قد ركع و سجد للركعه الأولى من ركعتي الجلوس فإكمال صلاة الاحتياط حينئذ حال كونها جزءا من الصلاة واقعا يلزم اختلال الصلاة.

(١٢) أى قبل الركوع من الركعه الأولى من ركعتى الجلوس.

ص: ٤٠٤

الركعة قائماً، و يغتفر ما زاده من النيه، و التحريمه كالسابق (١) و ظاهر الفتوى (٢) اغتفار الجميع. أما لو كان قد أحدث (٣) أعاد (٤) لظهوره فى أثناء الصلاه، مع احتمال الصحه (٥)، و لو ذكر بعد الفراغ (٦) تمام الصلاه (٧) فأولى بالصحه، و لكن العبارة (٨) لا تتناوله (٩)، و إن دخل فى ذكر ما فعل (١٠). إلا أن استثناء الحدث ينافيه (١١)، إذ لا فرق فى الصحه بين الحالين (١٢). و لو ذكر التمام فى الأثناء (١٣) تخيير بين قطعه و إتمامه (١٤) و هو الأفضل (١٥).

الثانيه. حكم الصدوق فى الشك بين الاثنيين و الأربع بالبطلان

(الثانيه. حكم الصدوق) أبو جعفر (محمد بن بابويه بالبطلان) أى بطلان

(١) أى كما لو أكمل ركعه من ركعتى القيام فتذكر أنها ثلاث فليسلم على القدر المطابق.

(٢) أى فتوى الماتن من قوله: «و لو ذكر ما فعل فلا إعادته».

(٣) بين المفروضه و بين صلاه الاحتياط على مبنى عدم بطلان المفروضه كما هو قول الشارح و الماتن.

(٤) و قد أتى بصلاه الاحتياط ثم تذكر أن الصلاه ناقصه و أن ما صلاه احتياطاً مكملها فتجب الإعادته لتبين وقوع الحدث بين أجزاء الصلاه.

(٥) لأن الاحتياط صلاه منفرد.

(٦) من الاحتياط.

(٧) أى ذكر تمام الصلاه بعد الفراغ من الاحتياط فتقع صلاه الاحتياط نافله كما تقدم و تقع المفروضه صحيحه بل هى أولى بالصحه فيما لو تذكر نقصانها قبل الشروع أو فى أثناء الاحتياط و وجهه واضح.

(٨) أى عبارة الماتن.

(٩) أى تناول من تذكر تمام الصلاه بعد الفراغ من الاحتياط.

(١٠) من قول الماتن.

(١١) أى ينافى دخوله تحت قول الماتن: «و إن ذكر ما فعل» لأنه و إن أحدث بين المفروضه و الاحتياط ثم أتى بالاحتياط ثم تبين تمام الصلاه فالصلاه صحيحه و لا يضرها وقوع الحدث عقبيها ما دامت قد وقعت مشتمله على جميع أجزائها و شرائطها.

(١٢) أى وقوع الحدث و عدمه.

(١٣) أى ذكر تمام المفروضه فى أثناء الاحتياط.

(١٤) أى قطع و إتمام الاحتياط.

(١٥) إذ قطع العباده ليس راجحا و إن جاز فى النافله.

ص: ٤٠٥

الصلاه (فى) صوره (الشك بين الاثنتين و الأربع) استنادا (١) إلى مقطوعه (٢) محمد بن مسلم «قال: سألته عن الرجل لا يدرى أصلى ركعتين أم أربعاً؟ قال: يعيد الصلاه»، (و الروايه مجهوله المسئول) (٣) فيحتمل كونه غير إمام، مع معارضتها بصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السّلام فيمن لا يدرى أ ركعتان صلاته أم أربع؟ قال: يسلم و يصلى ركعتين بفاتحه الكتاب، و يتشهد و ينصرف، و فى معناها غيرها، و يمكن حمل المقطوعه على من شك قبل إكمال السجود، أو على الشك فى غير الرباعيه.

الثالثه. أوجب الصدوق الاحتياط بركعتين جالسا لو شك فى المغرب بين الاثنتين و الثلاث

(الثالثه. أوجب) الصدوق (أيضا الاحتياط بركعتين جالسا لو شك فى المغرب بين الاثنتين و الثلاث، و ذهب وهمه) أى ظنه (إلى الثالثه عملا بروايه عمار) (٤) بن موسى (السبابى عن الصادق عليه السّلام و هو) أى عمار (فطحيّ)

المذهب منسوب إلى الفطحيه و هم القائلون بإمامه عبد الله بن جعفر الأفطح فلا

(١) تقدم أن المشهور ذهب إلى البناء على الأربع ثم يأتى بركعتين من قيام بشرط أن يكون الشك بعد إكمال السجدين لموثقات عمار المتقدمه و جملة من النصوص الخاصه، منها:

صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل صلى ركعتين فلا يدرى ركعتين هى أو أربع؟ قال عليه السّلام: يسلم ثم يقوم فيصلى ركعتين بفاتحه الكتاب و يتشهد و ينصرف و ليس عليه شيء) (١).

و ذهب الصدوق فى المقنع إلى بطلان الصلاه بهذا الشك لصحيح العلاء عن محمد بن مسلم (سألته عن الرجل لا يدرى صلى ركعتين أم أربعاً؟ قال: يعيد الصلاه) ٢. و لكنه لا يقاوم ما تقدم من النصوص فلا بدّ من حمله على ما لو كان الشك قبل إكمال السجدين أو طرحه.

(٢) أى مضمرة.

(٣) و لكن إضمارها لا يضر لأن أجله الأعيان كمحمد بن مسلم و زواره لا يروون إلا عن المعصوم عليه السّلام.

(٤) و هى موثقه عمار السبابى عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (قلت: فصلى المغرب فلم يدر اثنتين صلى أم ثلاثاً؟ قال: يتشهد و ينصرف ثم يقوم فيصلى ركعه، فإن كان -

ص: ٤٠٦

-صلى ثلاثا كانت هذه تطوعا، و إن كان صلى اثنتين كانت هذه تمام الصلاة(١) و موثقه الآخر: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل شك في المغرب فلم يدر ركعتين صلى أم ثلاثا؟ قال: يسلم ثم يقوم فيضيف إليها ركعه)٢.

هذا و نسب الخلاف إلى الصدوق بل إليه و إلى والده كما في الجواهر، و الذى نسب إليه الخلاف هو العلامه فى المختلف حيث قال: «قال الشيخ أبو جعفر بن بابويه فى كتاب المقنع إذا شككت فى المغرب فلم تدر فى ثلاث أنت أم فى أربع و قد أحرزت الثنتين فى نفسك و أنت فى شك من الثلاث و الأربع فأضف إليها ركعه أخرى و لا تعتد بالشك فإن ذهب وهمك إلى الثالثه فسلم و صل ركعتين بأربع سجعات و أنت جالس»(٢).

مع أن مراجعه المقنع تعطى أن هذا ليس من مذهبه و إنما هو روايه أوردتها قال الصدوق فى المقنع: «فإذا شككت فى المغرب فأعد، و روى: و إذا شككت فى المغرب و لم تدر واحده صليت أم اثنتين فسلم ثم قم فصل ركعه، و إن شككت فى المغرب فلم تدر فى ثلاثه أنت أم أربع و قد أحرزت الاثنتين فى نفسك و أنت فى شك فى الثلاث و الأربع فسلم و صلى ركعتين و أربع سجعات»(٣) فهو ظاهر فى أن الشكين فى المغرب مع معالجتهم منسوبان إلى الروايه لقوله فى أول الكلام: «فإذا شككت فى المغرب فأعد».

هذا من جهه كلام الصدوق، أما من جهه نقل العلامه عنه ففيه أن الصدوق لم يقل فى المقنع عند الشك بين الثلاث و الأربع بإضافه ركعه إليها مع عدم الاعتداد بالشك لأن الركعه حينئذ تكون موصوله بل قال فى المقنع إنه عند الشك بين الثلاث و الأربع يسلم و يصل ركعتين و أربع سجعات.

و أيضا الصدوق عند ما حكم بركعتين و أربع سجعات عند الشك بين الثلاث و الأربع لم يشترط ذهاب وهمه إلى الثالثه كما صرح بذلك فى المختلف.

و من جهه ثالثه نقل الماتن عن الصدوق أنه عند الشك بين الاثنتين و الثلاث مع ذهاب الوهم إلى الثلاث فيصل ركعتين و أربع سجعات فإن كان قد نقله عن المختلف فهو قد نقل عن الصدوق ذلك بشرط أن يكون الشك بين الثلاث و الأربع لا بين الاثنتين و الثلاث، و إن نقله عن المقنع فقد عرفت ما فيه.-

ص: ٤٠٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١٢ و ١١ .

٢- (٣) المختلف الفصل الأول فى السهو و الشك ص ١٣٤ طبع مكتبه نينوى الحديثه.

٣- (٤) المقنع باب السهو فى الصلاة ص ٣٠ طبع طهران ١٣٧٧ هجرى.

يعتد بروايته، مع كونها شاذة، و القول بها نادر، و الحكم ما تقدّم من أنه مع ظن أحد الطرفين يبنى عليه من غير أن يلزمه شيء، (و أوجب) الصدوق (أيضا ركعتين جلوسا للشك بين الأربع و الخمس (١)، و هو) قول (متروك)، و إنما الحقّ

و من جهة رابعه قد نقلنا عن الصدوق سابقا عند تحرير مسأله الشك في الثلاثيه أنه قائل بالتخيير بين الإعادة و بين البناء على الأقل بناء على ما في المصاييح من نسبه هذا القول إليه.

و قيل إنه قول الصدوق في الفقيه مع أن مراجعه الفقيه لا تعطى ذلك حيث قال الصدوق فيه: «و الأصل في السهو أن من سها في الركعتين الأوليين من كل صلاه فعليه الإعادة، و من شك في المغرب فعليه الإعادة، و من شك في الغداه فعليه الإعادة، و من شك في الجمعه فعليه الإعادة، و من شك في الثانيه و الثالثه أو في الثالثه و الرابعه أخذ بالأكثر فإذا سلم أتم ما ظن أنه قد نقص» (١).

و كلامه الأخير ظاهر في الشك في الرباعيه بعد حفظ الأوليين، لا في المغرب.

ثم قد نسب إلى الصدوق الخلاف عند الشك بين الأولى و الثانيه من الرباعيه من أنه مخيّر بين الإعادة و بين البناء على الأقل اعتمادا على كلامه المتقدم في الفقيه، و فيه: إنه غير ظاهر بل صريح بالعدم.

و لذا قال في مفتاح الكرامه: «و أما الفقيه قد أنكر الأستاذ (دام ظله) في مصاييح الظلام أنه مخالف فيه و وافقه على ذلك شيخنا و استاذنا ابن أخته في الرياض، قال في مصاييح الظلام: لعل نسبه هذا الخلاف إليه نشأت من عدم التدبر فيما ذكره في الفقيه، و المتوهم هو العلامه و تبعه الشهيد في الذكرى غفله» (٢) إلى آخر كلامه فراجع.

ذكرت ذلك لأني نسبت إلى الصدوق نسبه الخلاف عند الشك بين الأوليين في الرباعيه و غيره اعتمادا على ما قد شاع في كتب المتأخرين، ثم لما وقفت على هذا الكلام الأخير أحببت إيراد إنصافا للصدوق.

(١) نسب الشهيد في الدروس إلى الصدوق ذلك، و حمل على ما لو كان الشك بين الأربع و الخمس قبل الركوع فيجب الهدم و معالجه الشك المنقلب إلى ما بين الثلاث و الأربع بالبناء على الأربع ثم يأتي بصلاه الاحتياط مع سجدة السهو لزياده القيام، و هذا موافق لقول الأصحاب.

ص: ٤٠٨

١- (١) الفقيه ج ١ ص ٢٢٥ طبع دار الأضواء ١٤٠٥ هجرى.

٢- (٢) مفتاح الكرامه الجزء الثالث ص ٢٩٧.

فيه ما سبق من التفصيل (١)، من غير احتياط (٢)، ولأن الاحتياط جبر لما يحتمل نقصه، و هو هنا منفى قطعاً. وربما حمل (٣) على الشك فيهما قبل الركوع، فإنه يوجب الاحتياط بهما كما مرّ.

الرابعه. خير ابن الجنيّد الشاك بين الثلاث و الأربع بين البناء على الأقل و لا احتياط

(الرابعه. خير ابن الجنيّد) رحمه الله (الشاك بين الثلاث و الأربع بين البناء على الأقل و لا- احتياط، أو على الأ-كثر و يحتاط بركعه) قائماً (أو ركعتين) جالسا (و هو خير الصدوق) (٤) ابن بابويه، جمعا بين الأخبار الداله على الاحتياط -هذا و قد تقدم الكلام فى صور الشك بين الأربع و الخمس فراجع.

(١) قبل الركوع فالهدم و ما بعد إكمال السجدين فلا شىء عليه إلا سجدا السهو و ما بين الركوع إلى إكمال السجود من الخلاف بين الأصحاب و قد تقدم.

(٢) إذا كان الشك المذكور بعد إكمال السجدين.

(٣) أى كلام الصدوق.

(٤) قد تقدم الكلام فى أنه يبنى على الأربع و يأتى بركعه من قيام أو ركعتين من جلوس، إلا أنه هو المشهور بين الأصحاب و قد نقل العلامة فى المختلف عن ابن الجنيّد و الصدوق التخيير بين البناء على الأقل و لا احتياط و بين البناء على الأكثر مع الاحتياط بركعه قائماً أو بركعتين من جلوس.

و مستند المشهور موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كلما دخل عليك من الشك فى صلاتك فاعمل على الأكثر قال: فإذا انصرفت فأتم ما ظننت أنك نقصت) (١) و موثقه الآخر عنه عليه السّلام: (يا عمار أجمع لك السهو كله فى كلمتين، متى ما شككت فخذ بالأ-كثر فإذا سلمت فأتم ما ظننت أنك قد نقصت) (٢) و موثقه الثالث عنه عليه السّلام: (عن شىء من السهو فى الصلاه، فقال: ألا- أعلمك شيئا إذا فعلته ثم ذكرت أنك أتممت أو نقصت لم يكن عليك شىء؟ قلت: بلى، قال: إذا سهوت فابن على الأكثر فإذا فرغت و سلّمت فقم فصل ما ظننت أنك نقصت، فإن كنت قد أتممت لم يكن عليك فى هذه شىء و إن ذكرت أنك كنت نقصت كان ما صليت تمام ما نقصت) (٣). بالإضافة إلى جملة من النصوص الخاصه:

منها: خبر عبد الرحمن بن سيابه و أبى العباس جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا لم تدر ثلاثا صليت أو أربعا و وقع رأيك على الثلاث فابن على الثلاث، و إن وقع رأيك على الأربع فسلمّ و انصرف، و إن اعتدل وهمك فانصرف و صل ركعتين و أنت جالس) (٢).

ص: ٤٠٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٤ و ١ و ٣.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ١.

المذكور، ورواه سهل بن اليسع عن الرضا عليه السلام أنه قال: «بيني على يقينه،

و مرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: (فيمن لا يدرى أن ثلاثاً صلى أم أربعاً و وهمه في ذلك سواء فقال: إذا اعتدل الوهم في الثلاث و الأربع فهو بالخيار، إن شاء صلى ركعه و هو قائم، و إن شاء صلى ركعتين و أربع سجعات و هو جالس) (١).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن كنت لا تدري ثلاثاً صليت أم أربعاً و لم يذهب وهمك إلى شيء فسلم ثم صل ركعتين و أنت جالس تقرأ فيهما بأم الكتاب) (٢).

و مستند ابن الجنيد و الصدوق الجمع بين هذه الأخبار و الأخبار الداله بالبناء على الأقل و لا شيء عليه. منها: صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (و إذا لم يدر في ثلاث هو أو في أربع و قد أحرز الثلاث قام فاضاف إليها أخرى و لا شيء عليه) (٣).

و موثق عمار عن أبي الحسن عليه السلام: (إذا شككت فابن على اليقين قلت: هذا أصل؟ قال عليه السلام: نعم) (٤).

و خير سهل بن اليسع عن الإمام الرضا عليه السلام: (بيني على يقينه و يسجد سجدة السهو بعد التسليم و يتشهد تشهداً خفيفاً) (٥).

و فيه: إن أخبار البناء على اليقين ليست بظاهرة في البناء على الأقل كما توهم بل هي ظاهرة في البناء على الأكثر بدليل روايه العلاء: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل صلى ركعتين و شك في الثالثة؟ قال عليه السلام: بيني على اليقين فإذا فرغ تشهد و قام قائماً فصلى ركعه بفاتحة القرآن) (٦) فالأمر بركعه منفصله يقتضى كون المراد من اليقين هو الأ-كثر لأنه لا-داعى للركعه المنفصله على تقدير البناء على الأقل، و عليه فالمراد من اليقين هو اليقين ببراء الذمه من الصلاة و هذا لا يتم إلا بالبناء على الأكثر كما ذهب إليه الشيخ الأعظم في رسائله، و معه لا داعى لطرح أخبار اليقين بدعوى موافقتها لمذهب العامه، نعم خبر اليسع المتقدم ليس وارداً فيمن شك بين الثلاث و الأربع و إنما هو فيمن شك بين الا-ثنتين و الثلاث و الأربع و هو في مورد غير معمول به لأنه لا بد من الإتيان احتياطاً بركعتين -

ص: ٤١٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٢.

و يسجد للسهو» بحملها (١) على التخيير، و لتساويهما (٢) في تحصيل الغرض من فعل ما يحتمل فواته (٣)، و لأصالة عدم فعله (٤)، فيتخير بين فعله و بدله.

(و تردّه) أى هذا القول (الروايات المشهوره) الداله على البناء على الأكثر، إما مطلقا كروايه عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «إذا سهوت فابن على الأكثر، فإذا فرغت و سلّمت فقم فصلّ ما ظننت أنك نقصت، فإن كنت أتممت لم يكن عليك شيء، و إن ذكرت أنك كنت نقصت كان ما صلّيت تمام ما نقصت»، و غيرها. و إما بخصوص المسأله كروايه عبد الرحمن بن سيباه، و أبى العباس عنه عليه السّلام: «إذا لم تدر ثلاثا صلّيت، أو أربعا، و وقع رأيك على الثلاث فابن على الثلاث و إن وقع رأيك على الأربع فسلمّ و انصرف، و إن اعتدل وهمك فانصرف و صلّ ركعتين و أنت جالس»، و فى خبر آخر (٥) عنه عليه السّلام: «هو بالخيار إن شاء صلّى ركعه قائما، أو ركعتين جالسا». و روايه ابن اليسع مطرحه لموافقته لمذهب العامه، أو محموله على غلبه الظن بالنقيصه (٦).

الخامسه. قال على بن بابويه فى الشك بين الاثنتين و الثلاث: إن ذهب الوهم إلى الثالثه أتمها رابعه

(الخامسه. قال على بن بابويه (٧) رحمه الله فى الشك بين الاثنتين و الثلاث:

إن ذهب الوهم) و هو الظن (إلى الثالثه أتمها رابعه ثم احتاط بركعه، و إن ذهب)

-من قيام و بركعتين من جلوس من دون سجود السهو فهو بخصوصه مطرح.

(١) أى حمل أخبار الاحتياط و خبر سهل بن اليسع.

(٢) أى تساوى طرفى التخيير فى القول المذكور.

(٣) و هو دليل الاحتياط بعد البناء على الأكثر.

(٤) و هو دليل البناء على الأقل.

(٥) و هو مرسل جميل المتقدم.

(٦) بأن ظن الثلاث فيبنى عليه و يصح حينئذ البناء على الأقل لكنه خارج عن حمل البحث إذ البحث فى الشك بين الثلاث و الأربع.

و فيه: إن هذا الحمل يصح لو لم يقل عليه السّلام: (و يسجد سجدتى السهو) فلا معنى له مع البناء على الأقل، على أنك قد عرفت أن هذا الخبر بخصوصه وارد فى الشك بين الاثنتين و الثلاث و الأربع و ليس من جملة أخبار موردنا.

(٧) ذهب والد الصدوق على ما فى المختلف إلى ما نقله الماتن و الشارح عنه، و قد نسبه إليه العلامه فى المختلف و ليس له إلا ما فى الفقه الرضوى: (و إن شككت فلم تدر اثنتين صلّيت أم ثلاثا، و ذهب وهمك إلى الثالثه فأضف إليها الرابعه فإذا سلّمت

صلیت رکعہ-

ص: ۴۱۱

(الوهم إلى الاثنتين بنى عليه و تشهد فى كل ركعه تبقى عليه) أى بعدها، أما على الثانيه فظاهر (١)، و أما على الثالثه فلجواز أن تكون رابعه، بأن تكون صلاته عند شكه ثلاثا، و على الرابعه ظاهر،(و سجد للسهو، و إن اعتدل الوهم تخير بين البناء على الأقل و التشهد فى كل ركعه، و بين البناء على الأ-كثر و الاحتياط). و هذا القول مع ندوره لم نقف على مستنده (و الشهره) بين الأصحاب فى أن حكم هذا الشك مع اعتدال وهمه البناء على الأكثر و الاحتياط المذكور (تدفعه).

و التحقيق أنه لا- نص من الجانبين على الخصوص، و العموم (٢) يدل على المشهور، و الشك بين الثلاث و الأربع منصوص (٣) و هو يناسبه (٤).

و اعلم أن هذه المسائل مع السابعه، خارجه عن موضوع الكتاب، لالتزامه فيه (٥) أن لا يذكر (٦) إلا المشهور بين الأصحاب، لأنها من شواذ الأقوال، و لكنه أعلم بما قال.

-بالحمد وحدها، و إن ذهب وهمك إلى الأقل فابن عليه، و تشهد فى كل ركعه ثم أسجد سجدتى السهو بعد التسليم، و إن اعتدل وهمك فأنت بالخيار، فإن شئت بنيت على الأقل و تشهدت فى كل ركعه، و إن شئت بنيت على الأكثر، و عملت ما وصفناه لك(١).

و فيه: مع الظن بالثالثه فيبنى عليها و يكمل صلاته و لا شىء عليه، و كذا مع الظن بالثانيه لما تقدم من حجه العمل بالظن فى عدد الركعات.

و مع الشك بين الا-ثنتين و الثلاث فلا- بد من البناء على الأكثر ثم يأتى بركعه منفصله احتياطا أو بركعتين جلوسا و قد تقدم الكلام فيه مفصلا، و خبر الفقه الرضوى لا يقاوم ما تقدم من الأخبار الداله على قول المشهور.

(١)لأنه التشهد الأوسط.

(٢)و هى موثقات عمار المتقدمه(٢).

(٣)قد تقدم ذكره فراجع.

(٤)لحفظ الركعتين الأوليين مع إمكان علاج الشك بالبناء على الأكثر مع ركعه منفصله.

(٥)أى لالتزام المصنف فى هذا الكتاب.

(٦)كما صرح بذلك فى آخر الكتاب.

ص:٤١٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٣ و ٤.

(السادسه. لا حكم للسهو مع الكثره) للنص الصحيح (١) الدال عليه معللاً بأنه إذا لم يلتفت تركه الشيطان فإنما يريد أن يطاع فإذا عصى لم يعد. و المرجع فى

(١) و هو جمله من الأخبار، منها: صحيح زراره و أبى بصير: (قلنا له: الرجل يشك كثيرا فى صلاته حتى لا يدرى كم صلى و لا ما بقى عليه؟ قال: يعيد.

قلنا: فإنه يكثر عليه ذلك كلما أعاد شك؟ قال: يمضى على شكه ثم قال: لا تعودوا الخبيث من أنفسكم نقض الصلاة فتطمعوه، فإن الشيطان خبيث معتاد لما عود، فليمض أحدكم فى الوهم و لا يكثرن نقض الصلاة، فإنه إذا فعل ذلك مرات لم يعد إليه الشك، قال زراره ثم قال: إنما يريد الخبيث أن يطاع فإذا عصى لم يعد إلى أحدكم) (١).

و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا كثر عليك السهو فامض على صلاتك فإنه يوشك أن يدعك، إنما هو من الشيطان) ٢.

و هذه مطلقه تشمل فيما لو كان الشك فى الركعات أو الأفعال، و هى ظاهره فى البناء على وقوع المشكوك مع عدم ترتيب آثار الشك كالاحتياط و سجدتى السهو ففى موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يكثر عليه الوهم فى الصلاة فيشك فى الركوع فلا يدرى أركع أم لا، و يشك فى السجود فلا يدرى أسجد أم لا، فقال: لا يسجد و لا يركع و يمضى فى صلاته حتى يستيقن يقينا) (٢). فما عن المحقق الثانى من التخيير بين البناء على الأقل و بين البناء على وقوع المشكوك ليس فى محله بل هو كالاتجاه فى مقابل النص.

و كذلك ما عن الشهيد من التخيير بين البناء على وقوع المشكوك و بين ترتيب آثار الشك نعم وقع الكلام فى تحديد الكثره. و المشهور على أن المرجع فيه العرف كما هو القاعده فى الألفاظ الواردة عن الشارع و ليس لها معنى شرعى فلا بد من حملها على المعنى العرفى.

و عن ابن حمزه و الشيخ فى المبسوط أن حده أن يسهو ثلاث مرات متواليات لصحيح محمد بن أبى عمير عن محمد بن أبى حمزه أن الصادق عليه السلام قال: (إذا كان الرجل ممن يسهو فى كل ثلاث فهو ممن كثر عليه السهو) (٣) و فيه: إنه ليس فى مقام تحديد معنى الكثره بل فى مقام بيان أن كثير الشك يصدق على من لم تسلم له ثلاث صلوات إلا و قد وقع فيها شك. -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٥.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٧.

الكثرة إلى العرف و هي (١) تحصل بالتوالي ثلاثا (٢) و إن كان في فرائض. و المراد بالسهو ما يشمل الشك (٣)، فإنّ كلا منهما يطلق على الآخر، استعمالا شرعيا، أو تجوّزا لتقارب المعنيين، و معنى عدم الحكم معها (٤) عدم الالتفات إلى ما شك فيه من فعل، أو ركعه، بل يبنى على وقوعه و إن كان في محله حتى لو فعله بطلت (٥).

نعم لو كان المتروك (٦) ركنا لم تؤثر الكثرة في عدم البطلان، كما أنه لو ذكر

و عن الحلّى أن حده أن يشك في الفريضة الواحدة ثلاث مرات أو في أكثر الخمس و ليس له مستند ظاهر إلا أن يكون في مقام تحديد المعنى العرفي لكثير الشك.

(١) أي الكثرة.

(٢) كما في خبر ابن أبي عمير المتقدم.

(٣) اعلم أنه وقع الخلاف بينهم في أن لفظ السهو الوارد في الأخبار المتقدمه هل يختص بالشك كما نسب إلى الأكثر أو يشمل النسيان أيضا كما ذهب إليه الشهيد الثاني و صاحب الحدائق و جماعه بل نسب إلى المشهور تمسكا بالمعنى اللغوي له.

و فيه: إن ملاحظه مجموع الأخبار مع قرائنها كاشف عن أن المراد بالسهو الوارد فيها هو خصوص الشك لا الأعم منه و من النسيان بالإضافة إلى أنه على القول بالتعميم فقد التزم مناصروه بأنه لو تذكر فيما بعد قبل فوات المحل فيجب تداركه و بعد فوات المحل فإن كان ركنا بطلت الصلاة و إن لم يكن ركنا و أمكن قضاؤه كالسجده و التشهد فيجب قضاؤه و معه لا معنى لرفع حكم السهو عن كثير السهو حينئذ إلا ما يجب للسهو من سجود، و من ذهب للتعميم التزم بأن المراد من نفي حكم السهو عن كثير السهو هو سقوط سجود السهو عنه، مع أنك ترى أن هذا المعنى بعيد جدا عن مداليل ألفاظ أخبار كثره السهو و هذا كاشف عن أن المراد من السهو منها هو خصوص الشك.

(٤) مع كثره الشك و السهو.

(٥) أي حتى لو فعل المشكوك فيه بطلت الصلاة، لوجوب المضى بالصلاه للأخبار المتقدمه فالإتيان بالمشكوك حينئذ إتيان بشيء زائد بعنوان أنه جزء من الصلاة و الزيادة العمديه في الصلاة مبطله بلا فرق بين كون الزائد ركنا و غيره.

(٦) إذا وجب عليه عدم الاعتناء بشكه و وجب البناء على وقوع المشكوك فتاره يكثر شكه في ركن و أخرى في غيره، فإذا بنى على وقوع الركن كما هو فرضه ثم تبين عدمه واقعا و لم يمكن تداركه بطلت الصلاة لأن الأمر بالبناء على وقوع المشكوك حكم ظاهري يقتضى الإجزاء ما لم يتبين خلاف الواقع فإن تبين فتجب مطابقه الواقع حينئذ.

ترك الفعل في محله، استدركه و بينى على الأ-كثر (١) في الركعات ما لم يستلزم الزيادة (٢) على المطلوب منها فيبنى على المصحح، و سقوط سجود السهو (٣) لو فعل ما يوجبها بعدها (٤)، أو ترك (٥) و إن وجب تلافي المتروك بعد الصلاة تلافيا من غير سجود. و يتحقق الكثرة (٦) في الصلاة الواحدة بتخلل الذكر (٧)، لا بالسهو

و إذا بنى على وقوع غير الركن ثم تبين خلافه فإن كان محله باقيا فيجب تداركه و إلا فلا، و تصح صلاته لحديث لا تعاد (١) إلا في الأجزاء التي يجب قضاؤها كالسجده الواحدة و التشهد فيقضيها بعد الصلاة.

(١) و المعنى أن كثير الشك إذا شك في عدد الركعات فيجب البناء على وقوع المشكوك ما دام البناء المذكور لا يوجب بطلان الصلاة كما لو شك بين الثلاث و الأربع فيبنى على الأربع.

نعم إذا كان البناء المذكور يوجب بطلان الصلاة كما لو شك بين الأربع و الخمس فيجب البناء على عدم وقوع المشكوك لأنه هو الذي يوجب صحه الصلاة.

(٢) أى ما لم يستلزم البناء على الأ-كثر الزيادة على المطلوب من الصلاة و إلا- فيبنى حيثنذ على الأقل أى على عدم وقوع المشكوك الزائد.

(٣) عطف على قوله: «عدم الالتفات» و المعنى بناء على شمول السهو للشك و النسيان كما هو مبنى الشارح: و معنى عدم الحكم مع كثره السهو هو عدم الاعتناء بالمشكوك بالبناء على وقوعه هذا فى الشك، و عدم سجود السهو هذا فيمن كثر سهوه و نسيانه و مثاله: ما لو تكرر النسيان فى الصلاة الواحدة أو فى ثلاث فرائض فالنسيان الرابع لا يجب له سجود السهو و قد عرفت ضعف شمول السهو هنا للنسيان.

(٤) بعد الكثرة.

(٥) عطف على قوله: «لو فعل»: و المعنى إذا تكرر النسيان ثلاثا و تحققت الكثرة فلو نسي و أتى بفعل يوجب سجود السهو كالتكلم الزائد، أو نسي و ترك جزءا فلا تجب سجود السهو لرفع حكم السهو عن كثير السهو.

نعم إذا ترك الجزء ثم تذكره فإن كان قبل تجاوز المحل فيجب تداركه و إن كان بعده فإن كان ركنا بطلت الصلاة لنقصان الركن سهوا، و إن لم يكن و أمكن قضاؤه كالسجده و التشهد فيجب و إلا فلا.

(٦) أى كثره السهو بمعنى النسيان.

(٧) لأن السهو المستمر و لو عن أفعال متعددة من دون تخلل الذكر له يسمى سهوا واحدا عند العرف.

ص: ٤١٥

عن أفعال متعددة مع استمرار الغفلة، و متى ثبتت بالثلاث سقط الحكم (١) في الرابع، و يستمر (٢) إلى أن تخلو من السهو و الشك فرائض يتحقق فيها الوصف (٣)، فيتعلق به حكم السهو الطارئ و هكذا.

(و لا للسهو في السهو) (٤)...

(١) و الحكم هنا سجود السهو.

(٢) أى سقوط حكم السهو.

(٣) و الوصف هو الكثرة و المعنى حتى تتحقق للمصلى ثلاث فرائض لا سهو فيها فيرتفع عنه عنوان كثير الشك و السهو، لأن الانقضاء كالتلبس فكما أن التلبس بحاجة إلى شك في ثلاث فرائض متواليات فكذلك الانقضاء بحاجة إلى مضي ثلاث فرائض لا شك فيها، و الأولى الرجوع في تحديد الانقضاء إلى العرف.

(٤) اشتهر في ألسنة الفقهاء حتى نسب إلى جميعهم أنه لا سهو في السهو و الأصل فيه صحيح حفص البخري عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (ليس على السهو سهو، و لا على الإعادة إعادته) (١) و مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا سهو في سهو) ٢

و قد روى الصدوق بإسناده عن إبراهيم بن هاشم في نوادره أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام: (عن إمام يصلى بأربع نفر أو بخمس، فيسبح اثنان على أنهم صلوا ثلاثاً، و يسبح ثلاثة على أنهم صلوا أربعاً، يقول هؤلاء: قوموا، و يقول هؤلاء: اقعدوا، و الإمام مائل مع أحدهما أو معتدل الوهم فما يجب عليهم؟

قال: ليس على الإمام سهو إذا حفظ عليه من خلفه سهوه باتفاق منهم، و ليس على من خلف الإمام سهو إذا لم يسه الإمام و لا سهو في سهو) (٢) الخبر. و الظاهر من لفظ السهو بملاحظته قرائن الخبر الأخير أن المراد به الشك في عدد الركعات و يكون المعنى لا أثر للشك فيما إذا وقع في صلاة الاحتياط، و هذا ما ذهب إليه العلامة في المنتهى حيث قال: «لا حكم للسهو في الاحتياط الذي يوجبه السهو كمن شك بين الاثنتين و الأربع فإنه يصلى ركعتين احتياطاً على ما يأتي، فلو سها فيهما و لم يدر صلى واحده أو اثنتين لم يلتفت إلى ذلك».

و لكن نفس العبارة أعنى. لا سهو في سهو. تحتل عدده معان، فيحتمل أن يكون المراد بالسهو هو النسيان كما هو المعنى المتعارف له و يمكن أن يراد به الشك و يمكن أن يراد-

ص: ٤١٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الخلل في الصلاة حديث ٨.

أى فى موجبه (١) من صلاه و سجود، كنسيان ذكر، أو قراءه، فإنه لا سجود عليه. نعم لو كان (٢) مما يتلافى تلافاه من غير سجود. و يمكن أن يريد بالسهو فى كلّ منهما (٣) الشك، أو ما يشمله (٤) على وجه الاشتراك، و لو بين حقيقه الشىء و مجازه، فإن حكمه هنا صحيح (٥)، فإن استعمل (٦) فى الأول (٧) فالمراد به الشك

-به مطلق المعنى الشامل لهما، و يمكن أن يراد من السهو الأول بعض هذه المعانى و من الآخر بعض آخر فالمجموع تسع صور. ثم على التقادير كلها يمكن أن يراد من السهو الثانى نفسه و يمكن أن يراد منه ما يوجه السهو من صلاه احتياط و سجدتى السهو و أما السهو الأول المنفى فالمراد به أثره لأن نفى حقيقته غير مستقيم، فتكون الصور ثمانى عشره صوره لكن عرفت أن المراد من هذه الجملة الوارده فى النصوص و الأخبار أنه لا حكم للشك فيما يوجه الشك من صلاه الاحتياط و عليه فلو شك فى عدد ركعات صلاه الاحتياط فيبنى على الأكثر لعدم الاعتناء بشكه بالبناء على وقوعه إذا كان البناء المذكور غير مبطل و إلا فوجب البناء على الأقل و هذا هو المنسوب إلى المشهور.

و عن الأردبيلى الميل إلى البناء على الأقل و عن المجلسى تقويته و لكن لم يطلع على أحد من الأصحاب قال به كما نقل عنه.

هذا و الأصحاب قد اختلفوا فى معنى هذه الجملة فعن بعضهم كالعلامه فى المنتهى ما سمعت، و عن بعض آخر أن المراد من سها فلم يدر سها أو لا فلا يعتد به، و عن ثالث أن المراد من سها فى سجدتى السهو أو صلاه الاحتياط بحيث نسى الذكر أو الطمأنينه مما لا يتلافى، و كذا لو سها عن تسييح السجده المنسيه أو عن السجود على بعض الأعضاء عدا الجبهه فى صلاه الاحتياط و سجدتى السهو أو فى السجده المنسيه فلا يجب فيه سجود السهو بحمل العبارة على معنى من نسى فى موجبات النسيان و الشك فلا حكم له، و غير ذلك من الأقوال التى لا شاهد عليها من النصوص.

(١) أى ما يوجه السهو من صلاه احتياط و سجدتى السهو.

(٢) أى المنسى مما يمكن تلافيه لعدم تجاوز المحل.

(٣) أى فى السهو الأول و الثانى من قوله: «و لا للسهو فى سهو».

(٤) أى يشمل الشك و النسيان على نحو الاشتراك.

(٥) أى فإن حكم الشك بنفى الحكم هنا فى التقادير الثلاثه صحيح.

(٦) ضمير الفاعل راجع إلى السهو بمعنى الشك.

(٧) أى فى السهو الأول و علق الشارح بقوله هنا: «أى فى السهو الأول و ليس المراد أنه لو -

فى موجب السهو (١) من فعل (٢)، أو عدد، كركعتى الاحتياط فإنه يبنى على وقوعه، إلا أن يستلزم الزيادة (٣) كما مرّ، أو فى الثانى (٤) فالمراد به موجب الشك كما مرّ، و إن استعمل (٥) فيهما فالمراد به الشك فى موجب الشك (٦)، و قد ذكر أيضا، أو الشك فى حصوله (٧)، و على كل حال لا التفات (٨)، و إن كان إطلاق اللفظ على جميع ذلك يحتاج إلى تكلف، (و لا لسهو الإمام) (٩) أى شكّه و هو قرينه

-استعمل السهو فى المعنى الأول أى الشك و إن كان ظاهر العبارة يعطى هذا.

(١) قد استعمل لفظ السهو الثانى فى موجب له لأن استعماله فى نفس السهو لا معنى له كما تقدم.

(٢) كالتشهد و الذكر و القراءه فى صلاه الاحتياط.

(٣) فيبنى حينئذ على الأقل.

(٤) أى و إن استعمل السهو بمعنى الشك فى السهو الثانى فيكون السهو بمعنى الشك فى السهو الأول قد استعمل بنفس الشك لا بموجبه.

(٥) أى استعمل السهو بمعنى الشك فى السهوين الأول و الثانى.

(٦) لتعين السهو الثانى فى موجب لا فى نفسه.

(٧) أى حصول السهو و المعنى أنه لا شك فى حصول السهو بحيث شك أنه هل صدر منه سهو أو لا فلا يعتنى كما نسب إلى البعض على ما تقدم.

(٨) فى جميع الصور، و فيه إن المتيقن أنه لا شك فى موجب الشك فى صلاه الاحتياط، و الباقي من الصور لا دليل عليه.

(٩) لا شك للإمام مع حفظ المأموم و كذا العكس بلا خلاف فيه و يدل عليه جملة من النصوص، منها: صحيح حفص عن أبى عبد الله عليه السلام: (ليس على الإمام سهو و لا على من خلف الإمام سهو) (١).

و خبر إبراهيم بن هاشم عن أبى عبد الله عليه السلام: (ليس على الإمام سهو إذا حفظ عليه من خلفه سهوه باتفاق منهم و ليس على من خلف الإمام سهو إذا لم يسهه الإمام) ٢.

و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (سألته عن الرجل يصلى خلف الإمام لا يدرى كم صلى هل عليه سهو؟ قال: لا) ٣.

بلا فرق فى المأموم بين الذكر و الأنثى و لا بين العدل و الفاسق و لا بين المتحد و المتعدد للإطلاق، نعم لا يتعدى الحكم إلى غير المأموم إلا أن يفيد قوله الظن فيرجع إليه لذلك -

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٣ و ٨ و ١ .

لما تقدم (١) (مع حفظ المأموم و بالعكس) فإن الشاك من كل منهما يرجع إلى حفظ الآخر و لو بالظن، و كذا يرجع الظان إلى المتيقن، و لو اتفقا على الظن و اختلف محلّه تعيّن الانفراد (٢). و يكفي في رجوعه (٣) تنبيهه بتسييح، و نحوه.

و لا يشترط عداله المأموم، و لا يتعدى إلى غيره (٤) و إن كان عدلا. نعم لو أفاده (٥) الظن رجع إليه لذلك، لا لكونه مخبرا. و لو اشتركا في الشكّ و اتحد لزمهما حكمه و إن اختلفا رجعا إلى ما اتفقا عليه، و تركا ما انفرد كلّ به، فإن لم يجمعهما رابطته تعين الانفراد (٦)، كما لو شكّ أحدهما بين الاثنين و الثلاث، و الآخر بين الأربع و الخمس. و لو تعدد المأمومون و اختلفوا مع الإمام، فالحكم كالأول في رجوع الجميع إلى الرابطه، و الانفراد بدونها، و لو اشترك بين الإمام و بعض المأمومين رجع الإمام إلى الذاکر منهم (٧) و إن اتحد، و باقى المأمومين إلى الإمام (٨)، و لو استعمل السهو في معناه (٩) أمكن في العكس لا الطرد (١٠). بناء

لأن الظن في الركعات و الأفعال بحكم اليقين، و كما يرجع الشاك من الإمام و المأموم إلى المتيقن كذا يرجع الظان إلى المتيقن و الشاك إلى الظان للإطلاق أيضا، ثم للإطلاق لا فرق بين كون شك أحدهما في الركعات أو الأفعال فيرجع إلى الآخر مع حفظه.

(١) من أن المراد في السهو هو الشكّ.

(٢) لظن كل منهما بخطأ الآخر و معه لا مجال للرجوع إليه.

(٣) أى في إرجاع الساهى منهما تنبيهه من الآخر بتسييح و غيره.

(٤) إلى غير المأموم.

(٥) أى لو أفاد غير المأموم الساهى منهم الظن فيرجع إليه لحجبه الظن في الركعات و الأفعال لأنه بحكم اليقين.

(٦) لما تقدم من علم كل منهما بخطأ الآخر و معه لا مجال للرجوع إليه.

(٧) أى من المأمومين من باب لا سهو على الإمام إذا حفظ المأموم.

(٨) من باب لا سهو على المأموم مع حفظ الإمام.

(٩) أى النسيان.

(١٠) علّق الشارح بقوله: «المراد بالطرد أنه لا حكم لسهو الإمام مع حفظ المأموم و لا شك أنه ليس بصحيح، نعم العكس و هو أنه لا حكم لسهو المأموم مع حفظ الإمام صحيح».

هذا و اعلم أن النسيان إما أن يصدر من الإمام و إما من المأموم و إما من كليهما فإن صدر -

على ما اختاره جماعه منهم المصنف فى الذكرى، من أنه لا حكم لسهو المأموم مع

من الإمام فىجب عليه تداركه مع بقاء المحل و قضاؤه بعد تجاوز المحل إذا كان مما يتلافى لإطلاق أدله التدارك و لا يجب على المأموم تداركه لعدم تركه بحسب الفرض.

و لكن يجب على الإمام سجدة السهو لتحقق السبب فهل يجب على المأموم أيضا أن يسجد للسهو متابعه فعن الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه و ابن إدريس نعم يجب سجود السهو على المأموم متابعه و إن لم يفعل موجب و المشهور على العدم للأصل من عدم الوجوب على المأموم مع عدم صدور سببه منه.

و مستند الشيخ و من تابعه موثق عمار: (سألته عن الرجل يدخل مع الإمام و قد سبقه الإمام بركعه أو أكثر فسها الإمام كيف يصنع الرجل؟ فقال: إذا سلم الإمام فسجد سجدة السهو فلا يسجد الرجل الذى دخل معه، و إذا قام و بنى على صلاته و أتمها و سلم و سجد الرجل سجدة السهو(1)) و هو معرض عنه لموافقته لمذهب فقهاء الجمهور كإفاه كما عن المنتهى. و هذا معنى عدم صحه لا سهو على الإمام مع حفظ المأموم و هو معنى عدم صحه الطرد فى كلام الشارح.

و إن صدر النسيان من المأموم فلا إشكال و لا خلاف فى أن المأموم يجب عليه تداركه لعموم أدله التدارك و لكن هل يجب على المأموم سجدة السهو أو لا؟ مع الاتفاق على عدم وجوب سجود السهو على الإمام لعدم صدور سببه منه.

ذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط إلى عدم وجوب سجود السهو على المأموم، و اختاره المرتضى و نقله عن جميع الفقهاء إلا مكحول و وافقهما الشهيد فى الذكرى، و المشهور على الوجوب لتحقق سببه من المأموم و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتكلم ناسيا فى الصلاة يقول: أقيموا صفوفكم، قال: يتم صلاته ثم يسجد سجدة(2)) و الظاهر أن الرجل مأموم، و خبر منهال القصاب عن أبى عبد الله عليه السلام: (أسهو فى الصلاة و أنا خلف الإمام؟ فقال عليه السلام: إذا سلم فاسجد سجدة(3)) و لا تهب(3).

و مستند الشيخ و من تابعه موثق عمار: (سألته عن رجل سها خلف الإمام بعد ما افتتح الصلاة فلم يقل شيئا و لم يكبر و لم يسبح و لم يتشهد حتى يسلم، فقال: جازت صلاته و ليس عليه إذا سها خلف الإمام سجدة السهو، لأن الإمام ضامن لصلاة من خلفه(4)) و خبر محمد بن سهل-

ص: ٤٢٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الخلل فى الصلاة حديث ٦ و ٥.

سلامه الإمام عنه، فلا يجب عليه سجود السهو لو فعل ما يوجبه لو كان منفردا.

نعم لو ترك ما يتلافى مع السجود (١) سقط السجود خاصة (٢) و لو كان الساهى الإمام فلا ريب فى الوجوب عليه (٣) إنما الخلاف فى وجوب متابعه المأموم له و إن كان أحوط.

السابعه. أوجب ابنا بابويه سجدة السهو على من شك بين الثلاث و الأربع و ظن الأكثر

(السابعه. أوجب ابنا بابويه) على و ابنه محمد الصدوقان (رحمهما الله سجدة السهو على من شك بين الثلاث و الأربع و ظن الأكثر) (٤) و لا نصّ عليهما فى هذا

عن الرضا عليه السلام: (الإمام يحمل أوهام من خلفه إلا تكبيره الافتتاح) (١).

وفيه: إنها معارضة بنصوص أقوى، منها: صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ يضمن الإمام صلاه الفريضة فإن هؤلاء يزعمون أنه يضمن؟ فقال: لا يضمن أى شىء يضمن إلا أن يصلى بهم جنبا أو على غير طهر) (٢) و قد فسر الضمان بالقراءة فقط كما فى موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله رجل عن القراءة خلف الإمام، فقال عليه السلام: لا، إن الإمام ضامن القراءة، و ليس يضمن الإمام صلاه الذين خلفه، إنما يضمن القراءة) (٣) و عليه يحمل إطلاق خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ يضمن الإمام الصلاه؟ فقال: لا ليس بضامن) (٤).

نعم على قول الشيخ و من تابعه يصدق لا سهو لمأموم مع حفظ الإمام، و هذا هو معنى صحه العكس فى كلام الشارح.

(١) سجود السهو.

(٢) لأنه يجب عليه التدارك لعموم أو إطلاق أدلته.

(٣) أى فى وجوب سجود السهو عليه.

(٤) أوجب الصدوقان ذلك لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كنت لا تدري ثلاثا صليت أم أربعا و لم يذهب وهمك إلى شىء فسلم ثم صل ركعتين و أنت جالس تقرأ فيهما بأمر الكتاب، و إن ذهب وهمك إلى الثلاث فقم و صل الركعة الرابعة و لا تسجد سجدة السهو) (٤).

ص: ٤٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٣ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخلل فى الصلاه حديث ٥.

الشك بخصوصه، و أخبار الاحتياط خاليه منهما، و الأصل يقتضى العدم،(و فى روايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام: «إذا ذهب وهمك إلى التمام أبدا فى كلّ صلاه فاسجد سجدتى السهو»)، فتصلح دليلا لهما، لتضمنها مطلوبهما (و حملت هذه) الروايه (على الندب).

و فيه نظر. لأن الأمر حقيقه فى الوجوب، و غيرها من الأخبار لم يتعرض لنفى السجود، فلا- منافاه بينهما (١) إذا اشتملت على زياده، مع أنها غير منافيه لجبر الصلاه، لاحتمال النقص، فإن الظن بالتمام (٢) لا- يمنع النقص بخلاف ظن النقصان فإن الحكم بالإكمال (٣) جائز. نعم يمكن ردها من حيث السند (٤)

و- خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا ذهب وهمك إلى التمام أبدا فى كل صلاه فاسجد سجدتين بعد الفراغ، أفهمت؟ قلت: نعم) (١).

و الأول معارض بالنصوص الكثيره التى تقدم بعضها و الداله على العمل بالظن و لا شىء عليه، و الثانى محمول على الندب إن لم يكن مثل الأول لأنه معارض بتلك النصوص فلا يمكن الاعتماد عليه.

(١) بل المنافاه حاصله لأن الأخبار الداله على العمل بالظن و اردته فى مقام البيان فلو كان عليه سجود لوجب ذكره فمع عدم الذكر يستكشف عدم الوجوب فلذا كان الخبر المذكور معارضا لها و الترجيح لها.

(٢) تعليل لاحتمال النقص و معناه: إن الظن بالأربع لا يمنع احتمال النقص و إلا لكان قطعاً.

و فيه: إن النقص المحتمل هو نقصان ركعه و هذا لا يوجب سجدتى السهو بل يوجب على فرض معالجته ركعه منفصله.

(٣) على فرض ظن النقصان، من دون حاجه لسجدتى السهو لأنه يكون قد أتى بتمام الركعات جزماً بخلاف الإكمال على ظن التمام فلا جزم بالإتيان بتمام الركعات بل احتمال النقص باق و لذا وجب سجدتا السهو.

(٤) لأن إسحاق بن عمار فطحي لكنه ثقّه، و فى السند الطيالسى و هو لم يمدح و لم يذم، و فى السند أيضا المعاذى و هو ضعيف.

ص: ٤٢٢

(الفصل الثامن. في القضاء)

في موارد وجوب القضاء

(يجب قضاء الفرائض اليومية مع الفوات (١)، حال البلوغ (٢)، و العقل و الخلو عن الحيض، و النفاس (٣)، و الكفر الأصلي) (٤) احتراز به عن العارضى بالارتداد فإنه لا يسقطه (٥) كما سيأتي، و خرج بالعقل المجنون فلا قضاء عليه، إلا أن يكون سببه بفعله (٦)...

(١) سواء كان عمدا أو سهوا أو جهلا بلا خلاف فيه و يقتضيه إطلاق أدله وجوب القضاء كصحيح زراره و الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام: (متى استيقنت أو شككت في وقت فريضه أنك لم تصلها أو في وقت فوتها أنك لم تصلها صليتها، و إن شككت بعد ما خرج وقت الفوت و قد دخل حائل فلا إعادته عليك من شك حتى تستيقن، و إن استيقنت فعليك أن تصلها في أي حاله كنت) (١). و صحيحه الآخر عن أبي جعفر عليه السلام:

(سئل عن رجل صلى بغير طهور، أو نسي صلوات لم يصلها أو نام عنها فقال عليه السلام:

يقضيها إذا ذكرها في أي ساعه ذكرها من ليل أو نهار) (٢).

و كذا لو فاتته بسبب النوم لصريح صحيح زراره الأخير و إطلاق غيره.

(٢) فما فاتته حال الصغر لا يجب قضاؤه بعد البلوغ بالاتفاق و كذا ما فاتته حال الجنون لا يجب قضاؤه بعد الإفاقه و استدل له بحديث رفع القلم: (إن القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق و عن النائم حتى يستيقظ) (٣) بدعوى عدم وجوب الأداء عليه فيتبعه عدم وجوب القضاء لعدم تحقق الفوت، نعم وجب القضاء على النائم بعد الاستيقاظ لدليل خارجي و قد تقدم.

(٣) تقدم الكلام فيه و في الحيض في بابهما.

(٤) فما فاتته حال الكفر الأصلي لا يجب قضاؤه بعد إسلامه بالاتفاق بل هو من الضروريات للنبي المشهور: (الإسلام يجب ما قبله) (٤)، و هو مختص بالكفر الأصلي، فما فاتته حال رده مندرج تحت عموم ما دل على وجوب القضاء.

(٥) أي فإن الارتداد لا يسقط القضاء.

(٦) أي سبب ذهاب العقل بفعله.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب المواقيت حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.
- ٤- (٤) كنز العمال ج ١ ص ١٧ حديث ٢٤٣.

كالسكران (١) مع القصد و الاختيار، و عدم الحاجه (٢). و ربما دخل فيه (٣) المغمى عليه فإن الأشهر عدم القضاء عليه (٤)، و إن كان بتناول الغذاء المؤدى إليه، مع

(١) لعموم ما دل على وجوب القضاء.

(٢) بل حتى مع الضروره و الإكراه.

(٣) فى المجنون.

(٤) لجملة من الأخبار، منها: صحيح أيوب بن نوح: (كتبت إلى أبي الحسن الثالث عليه السلام أسأله عن المغمى عليه يوما أو أكثر هل يقضى ما فاته من الصلاة أم لا؟ فكتب عليه السلام: لا يقضى الصوم و لا يقضى الصلاة) (١).

و خبر موسى بن بكر: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يغمى عليه يوما أو يومين أو الثلاثة أو الأربعة أو أكثر من ذلك، كم يقضى من صلاته؟ قال: ألا أخبرك بما يجمع لك هذه الأشياء؟ كلما غلب الله عليه من أمر فالله أعذر لعبده) ٢.

و زاد فيه غيره: (إن أبا عبد الله عليه السلام قال: هذا من الأبواب التي يفتح كل باب منها ألف باب) (٢).

و خبر حفص البخترى عن أبي عبد الله عليه السلام: (سمعتة يقول فى المغمى عليه: ما غلب الله عليه فالله أولى بالعدر) ٤.

و فى قبال هذه الطائفة أخبار تدل على وجوب القضاء كصحيح رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن المغمى عليه شهرا ما يقضى من الصلاة؟ قال: يقضيها كلها، إن أمر الصلاة شديد) (٣) و عن الصدوق فى المقنع العمل بها، و لكن الجمع العرفى حملها على الاستحباب و يدل عليه خبر أبي كهمس: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام و قد سئل عن المغمى عليه أ يقضى ما تركه من الصلاة؟ فقال: أما أنا و ولدى و أهلى فنفعل ذلك) (٤).

و خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن المغمى عليه شهرا أو أربعين ليله فقال: إن شئت أخبرتك بما أمر به نفسى و ولدى أن تقضى كلما فاتك) ٧.

و أدله عدم وجوب القضاء على المغمى ظاهره فى كونه معذورا بالإغماء، فلو كان إغماؤه باختياره فيجب عليه القضاء حينئذ لعدم العذر فيندرج تحت إطلاق ما دل على وجوب-

ص: ٢٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٢ و ٨.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٩ و ١٣.

٣- ((٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٤.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١٢ و ١٣.

الجهل بحاله (١)، أو الإكراه عليه، أو الحاجة إليه كما قيده به (٢) المصنف في الذكري، بخلاف الحائض، و النفساء، فإنهما لا تقضيان مطلقا، و إن كان السبب من قبلهما (٣). و الفرق أنه فيهما (٤) عزيمة (٥)، و في غيرهما رخصه (٦)، و هي لا تناط بالمعصية (٧). و المراد بالكفر الأصلي هنا (٨) ما خرج عن فرق المسلمين منه (٩)، فالمسلم (١٠) يقضى ما تركه و إن حكم بكفره كالناصبى و إن استبصر، و كذا ما صلاّه فاسدا عنده (١١).

القضاء، و هذا ما ذهب إليه الشهيد في الذكري و نسبه إلى الأصحاب.

(١) بحال الغداء.

(٢) أى كما قيد المغمى بما ذكر ليكون معذورا.

(٣) أى سبب الحيض و النفاس لإطلاق أدله نفى القضاء عنهما.

(٤) أن السقوط فى الحائض و النفساء.

(٥) و إذا تحرم عليهما العباده كما تقدم الكلام فى باب الحيض.

(٦) و لذا استحب القضاء للمغمى عليه.

(٧) أى و الرخصه لا تناط بالمعصيه على تقدير مخالفتها.

(٨) أى الموجب لعدم القضاء هو الكفر الأصلي لصريح حديث الجبّ المتقدم، فيبقى غيره و هو المرتد و من حكم بكفره من المسلمين كالناصبى و إن تشهد مندرج تحت عموم أدله وجوب القضاء.

(٩) أى من الكفر.

(١٠) و إن كان مخالفا.

(١١) المخالف إذا صلى صلاه فاسده على مذهبه بحيث يجب قضاؤها لو بقى على اعتقاده، فيجب عليه القضاء لو استبصر و إن كانت صلاته التى صلاها موافقه لمذهبنا لتحقق عنوان الفوت فى حقه، فيندرج تحت عموم من فاتته فريضه فليقضها.

نعم لو أتى بالواجب بما يوافق مذهبه لا يجب القضاء لو استبصر لصحيح العجلي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كل عمل عمله و هو فى حال نصبه و ضلالته ثم منّ الله تعالى عليه و عزّفه الولايه فإنه يؤجر عليه إلا الزكاه فإنه يعيدها، لأنه وضعها فى غير مواضعها لأنها لأهل الولايه، و أما الصلاه و الحج و الصيام فليس عليه قضاء) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١.

(و يراعى فيه) أى فى القضاء (الترتيب (١) بحسب الفوات) فيقدم الأول منه،

(١) يجب الترتيب فى الفوات اليومية على المشهور شهره عظيمه كادت تكون إجماعا و يدل عليه من النصوص، منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا نسيت صلاه أو صليتها بغير وضوء و كان عليك قضاء صلوات فابدأ بأولاهن فأذن لها و أقم ثم صلها، ثم صل ما بعدها بإقامه إقامه لكل صلاه. إلى أن قال: و إن كانت المغرب و العشاء قد فاتتك جميعا، فابدأ بهما قبل أن تصلى الغداه أبدأ بالمغرب ثم العشاء) (١) و ما فى المعتمر عن جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قلت: تفوت الرجل الأولى و العصر و المغرب و يذكر بعد العشاء، قال عليه السّلام: يبدأ بالوقت الذى هو فيه فإنه لا يأمن من الموت، فيكون قد ترك الفريضة فى وقت قد دخل، ثم يقضى ما فاته الأول فالأول) (٢) و خبر ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل صلى الصلوات و هو جنب اليوم و اليومين و الثلاثة ثم ذكر بعد ذلك، قال: يتطهر و يؤذن و يقيم فى أولاهن، ثم يصلى و يقيم بعد ذلك فى كل صلاه فيصلى بغير أذان حتى يقضى صلاته) (٣).

و قد استشكل بالاستدلال بأن المراد من أولاهن هى الأولى فى الشروع لا الأولى فى الفوات بمعنى لو أراد أن يقضى فيكفيه أذان عند الإتيان بأول صلاه ثم يكتفى بإقامه لكل صلاه بعدها من دون التعرض إلى كيفية القضاء على نحو ما فات أو لا.

و فيه: إنه مخالف لصريح خبر جميل المتقدم: (ثم يقضى ما فاته الأول) فالأول و الإشكال فيه بضعف السند مردود لانجباره بعمل الأصحاب.

نعم اتفق الجميع على وجوب الترتيب بين الظهرين و العشاءين لأن الترتيب بينها شرط فى صحه الثانيه بالنسبه إلى الأداء فكذا بالنسبه للقضاء فضلا عن جملة من الأخبار، منها: صحيح ابن مسكان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن نام رجل أو نسي أن يصلى المغرب و العشاء الآخرة، فإن استيقظ قبل الفجر قدر ما يصليهما كليهما فليصلهما، و إن خاف أن تفوته إحداهما فليبدأ بالعشاء الآخرة، و إن استيقظ بعد الفجر فليصل الصبح ثم المغرب ثم العشاء الآخرة قبل طلوع الشمس) (٤).

نعم قد استدل على الترتيب مطلقا بالنبوى المشهور: (من فاتته فريضة فليقضها كما فاتته) -

ص: ٤٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

فالأول مع العلم (١). هذا في اليوميه، أما غيرها ففي ترتيبه (٢)، في نفسه (٣) و على اليوميه (٤)، و هي عليه قولان (٥)، و مال في الذكري إلى الترتيب و استترب في البيان عدمه و هو أقرب (و لا يجب الترتيب بينه (٦)، و بين الحاضره) (٧) فيجوز

و هو غير موجود في كتب الأحاديث كما عن غير واحد من الأصحاب و إن أورده الأحسائي في كتابه الغوالي في موردين (١)، نعم في صحيح زراره: (قلت له: رجل فاتته صلاه من صلاه المسافر فذكرها في الحضر، قال: يقضى ما فاتته كما فاتته، إن كانت صلاه السفر أداها في الحضر مثلها، و إن كانت صلاه الحضر فليقض في السفر صلاه الحضر كما فاتته) (٢) فقولته عليه السلام: (يقضى ما فاتته كما فاتته) ناظر إلى الكميه من ثنائيه أو رباعيه لا إلى الكيفيه فلعل النبوي مثله.

(١) أما مع الجهل فسيأتى الكلام فيه.

(٢) أى ترتب غير اليوميه. كالكسوف و الخسوف.

(٣) فيقضى السابق منه أولاً ثم اللاحق.

(٤) فلو كان غير اليوميه قد فاتته أولاً ثم اليوميه فيقضيه كما فاتته، و كذا العكس.

(٥) القول بعدم الترتيب هو المشهور شهره عظيمه إذ لا- دليل على الترتيب إلا- ما سمعت من الأخبار و هي مختصه باليوميه، فالترتيب في غيرها مندرج تحت أصل البراءه، و حكى الترتيب بين اليوميه و غيرها و بين غير اليوميه في نفسه عن بعض مشايخ الوزير العلقمي كما في الجواهر و غيره، و عن التذكرة احتماله و عن الذكري نفى البأس عنه للنبوي المشهور المتقدم، و قد عرفت حاله مع أن في دلالاته منعا ظاهرا إذ هو ظاهر في اليوميه و لا أقل من الاحتمال المانع عن التمسك بإطلاقه.

(٦) بين ما فات من اليوميه

(٧) قبل الدخول في هذا البحث اعلم أنه قد وقع البحث و الخلاف في أنه هل تجب الفوريه في القضاء و هو المسمى بالمضايقه كما ذهب إليه المرتضى في رسائله و ابن إدريس في سرائره و الشيخ في الخلاف حتى حكى عن بعضهم المنع من الأكل و الشرب إلا بمقدار الضروره و عليه التشاغل بالقضاء و عن المفيد و الحلبي دعوى الإجماع عليه و استدلل للمضايقه بأمور:

الأول: أصاله الاحتياط و فيه: عدم وجوب الاحتياط في الشبهات الوجوبيه كما حرر في الأصول.-

ص: ٤٢٧

١- (١) غوالي اللآلي ج ٢ ص ٥٤ حديث ١٤٣، و ج ٣ ص ١٠٧ حديث ١٥٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.

-الثانى: إطلاق أوامر القضاء فإنها موضوعه للفوريه كما عن جماعه إما لغه كما عن الشيخ و إما شرعا كما عن السيد و إما عرفا كما عن بعض و فيه: إن الأمر موضوع لطلب الماهيه من غير إشعار بفور أو تراخ.

الثالث: قوله تعالى: **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي** (١) بناء على أن المراد من قوله **لِذِكْرِي** أى لذكر الصلاه بعد نسيانها، و قد ورد فى ذلك أخبار، منها: صحيح زواره الوارد فى الذكرى عن أبى جعفر عليه السّلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا دخل وقت صلاه مكتوبه فلا- صلاه نافله حتى يبدأ بالمكتوبه، قال: فقدمت الكوفه فأخبرت الحكم بن عتيبه و أصحابه فقبلوا ذلك منى، فلما كان فى القابل لقيت أبى جعفر عليه السّلام فحدثنى أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عرّس فى بعض أسفاره و قال: من يكلؤنا؟ فقال بلال: أنا، فنام بلال و ناموا حتى طلعت الشمس، فقال: يا بلال ما أرقدك؟ فقال: يا رسول الله أخذ بنفسى الذى أخذ بأنفاسكم.

فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: قوموا فتحولوا عن مكانكم الذى أصابكم فيه الغفله، و قال: يا بلال أذن، فأذن فصلّى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ركعتى الفجر، و أمر أصحابه فصلوا ركعتى الفجر ثم قام فصلّى بهم الصبح و قال: من نسى شيئا من الصلاه فليصلها إذا ذكرها، فإن الله (عز و جل) يقول: **وَ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي** .

قال زواره: فحملت الحديث إلى الحكم و أصحابه فقالوا: نقضت حديثك الأول، فقدمت على أبى جعفر عليه السّلام فأخبرته بما قال القوم، فقال عليه السّلام: يا زواره ألا أخبرتهم أنه قد فات الوقتان جميعا و أن ذلك كان قضاء من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢).

و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا فاتتك صلاه فذكرتها فى وقت أخرى فإن كنت تعلم أنك إذا صليت التى فاتتك كنت من الأخرى فى وقت، فابدأ بالتى فاتتك، فإن الله (عز و جل) يقول: **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي** ، و إن كنت تعلم أنك إذا صليت التى فاتتك التى بعدها فابدأ بالتى أنت فى وقتها و اقض الأخرى) (٣).

و عن الطبرسى فى مجمع البيان فى قوله تعالى: **أَقِمِ الصَّلَاةَ لِذِكْرِي** : (و قيل: معناه أقم الصلاه متى ذكرت أن عليك صلاه كنت فى وقتها أو لم تكن عن أكثر المفسرين و هو المروى عن أبى جعفر عليه السّلام) (٤).

ص: ٤٢٨

١- (١) طه الآية: ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٤.

و- فيه: أما الاستدلال بالآية فيرده عدم ظهورها في وجوب قضاء الصلاة عند تذكرها لأن المراد ب «ذكرى» هو ذكر الله لا ذكر الصلاة بعد نسيانها هذا بحسب الظاهر، وإن كان المراد أنه من جملة بطون الآية فالمدار على النصوص الواردة في ذلك، وهي غير ظاهرة في وجوب الفوريه عند التذكر ولذا تنفل النبي صلى الله عليه وآله وسلم بنافله الفجر وأمر أصحابه بذلك قبل الشروع بقضاء صلاة الصبح، نعم تدل على رجحان الفور بالإضافة إلى أن الخبر الأول المتضمن لسهو النبي صلى الله عليه وآله وسلم عن صلاة الصبح مناف لمرتبته النبوه.

الرابع: الأخبار الآمره بالقضاء عند تذكر الفات، منها: ما عن السرائر في الخبر المجمع عليه بين جميع الأمة: (من نام عن صلاة أو نسيها فوقتها حين يذكرها) (١) ورواه نعمان الرازي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل فاته شيء من الصلاة فذكرها عند طلوع الشمس و عند غروبها، قال عليه السلام: فليصلها حين ذكره) (٢) و مثله غيره.

و في الأول ضعف إذ لا وقت للقضاء حتى يوقّت بحدوث الذكر و لذا يجب القضاء مع الغفله فيكون الخبر ظاهرا أن القضاء منجز عليه و فعلى حين التذكر و هذا لا يدل على وجوب الفور له لأن معناه حينئذ: يقضى الغافل إذا التفت و أين هذا من معنى الفوريه و هو وجوب القضاء عليه أول ما يذكر فإن ترك فليقض أولا أولا.

و في الثاني منع لأنه وارد مورد الرخصه لتوهم المنع عن الصلاة عند الطلوع و الغروب.

الخامس: ما دل على عدم جواز الاشتغال بغير القضاء كصحیح أبي ولاد. الوارد فيمن رجع عن قصد السفر بعد ما صلى قصرا. عن أبي عبد الله عليه السلام: (و إن كنت لم تسر في يومك الذي خرجت فيه بريدا فإن عليك أن تقضى كل صلاة صليتها في يومك ذلك بالتقصير بتمام من قبل أن تؤم من مكانك ذلك) (٣).

و صحیح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (عن رجل صلى بغير طهور أو نسي صلاة لم يصلها أو نام عنها فقال: يقضيها في أى ساعه ذكرها من ليل أو نهار، فإذا دخل وقت صلاة و لم يتم ما فاته فليقض ما لم يتخوف أن يذهب وقت هذه الصلاة التي قد حضرت، و هذه احق بوقتها فليصلها، فإذا قضاها فليصل مما قد فاته مما قد مضى، و لا يتطوع بركعه حتى يقضى الفريضه كلها) (٤) -.

ص: ٤٢٩

١- (١) السرائر أول باب صلاة الكسوف.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المواقيت حديث ١٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٣.

- وهو محمول على الاستحباب جمعاً بينه وبين جملة من النصوص، منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (تقام الصلاة وقد صليت فقال عليه السلام: صل واجعلها لما فات) (١).

و رواه جابر بن عبد الله: (قال رجل: يا رسول الله و كيف أفضى؟ قال: صل مع كل صلاة مثلها، قيل: يا رسول الله: قبل أم بعد؟ قال صلى الله عليه وآله وسلم: قبل) (٢).

و خبر إسماعيل بن جابر قال: (سقطت عن بعيري فانقلبت على أم رأسي فمكثت سبع عشرة ليلة مغمى علي فسأته عن ذلك فقال: اقض مع كل صلاة صلاة) (٣).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل فاته صلاة النهار متى يقضيها؟ قال عليه السلام: متى شاء إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء) (٤) و صحيح الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام (اقض صلاة النهار أى ساعه شئت من ليل أو نهار و كل ذلك سواء) ٥ و صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام: (صلاة النهار يجوز قضاؤها أى ساعه شئت من ليل أو نهار) ٦ و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام:

(إن نام رجل و لم يصل صلاة المغرب و العشاء أو نسي. إلى أن قال: و إن استيقظ بعد الفجر فليبدأ فليصل الفجر ثم المغرب ثم العشاء قبل طلوع الشمس) (٥) و هى ظاهره فى عدم الفوريه بل يجوز التشاغل بغيرها. و هو المسمى بالمواسعه بمعنى عدم وجوب الفوريه فى القضاء كما عليه المشهور.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه قد وقع الخلاف فى وجوب تقديم الفائته على الحاضره، فمن ذهب إلى المضايقه قال بوجوب الترتيب، و من ذهب إلى المواسعه قال بعدم وجوب الترتيب ما لم يتضيق وقت الحاضره.

و عن المحقق فى المعتبر التفصيل بين فائته واحده و فوائت متعدده فاعتبر الترتيب فى الأول دون الثانى، و عن العلامة فى المختلف التفصيل بين كون الفائته لهذا اليوم فيجب تقديمها على الحاضره و بين غيرها فلا-

ص: ٤٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١٥.

٤- (٤) ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المواقيت ٧ و ١٣ و ١٢.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

- و قيل: يجب الترتيب في الفائته نسيانا.

هذا و قد استدل على وجوب تقديم الفائته المتحده بصحيح صفوان عن أبي الحسن عليه السّلام: (سألته عن رجل نسي الظهر حتى غربت الشمس و قد كان صلى العصر فقال عليه السّلام: إذا أمكنه أن يصلّيها قبل أن تفوته المغرب بدأ بها و إلا صلى المغرب ثم صلاها)(1) بل استدل العلامه فى المختلف على وجوب تقديم الفائته على الحاضره سواء اتحدت أم تعددت إذا كان الفائت لهذا اليوم بهذا الصحيح و بصحيح زراره المتقدم.

و استدل على وجوب مطلق التقديم بأخبار المضايقه المتقدمه و بصحيح صفوان المتقدم و بصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا نسيت صلاه أو صلّيتها بغير وضوء و كان عليك قضاء صلوات فابدأ بأولاهن فأذن لها و أقم ثم صلها، ثم صل ما بعدها بإقامه إقامه لكل صلاه.

و قال: قال أبو جعفر عليه السّلام: و إن كنت قد صلّيت الظهر و قد فاتتك الغداه فذكرتها فصل الغداه أى ساعه ذكرتها و لو بعد العصر، و متى ما ذكرت صلاه فاتتك صلّيتها، و قال: إذا نسيت الظهر حتى صلّيت العصر فذكرتها و أنت فى الصلاه أو بعد فراغك فانوها الأولى ثم صل العصر فإنما هى أربع مكان أربع، و إن ذكرت أنك لم تصل الأولى و أنت فى صلاه العصر و قد صلّيت منها ركعتين فانوها الأولى ثم صل الركعتين الباقيتين، و قم فصل العصر، و إن كنت قد ذكرت أنك لم تصل العصر حتى دخل وقت المغرب و لم تخف فوتها فصل العصر ثم صل المغرب، فإن كنت قد صلّيت المغرب فقم فصل العصر، و إن كنت قد صلّيت من المغرب ركعتين ثم ذكرت العصر فانوها العصر ثم قم فأتها ركعتين ثم تسلّم ثم تصلّى المغرب.

و إن كنت قد صلّيت العشاء الآخره و نسيت المغرب فقم فصل المغرب و إن كنت ذكرتها و قد صلّيت من العشاء الآخره ركعتين أو قمت فى الثالثه فانوها المغرب ثم سلم ثم قم فصل العشاء الآخره، فإن كنت قد نسيت العشاء الآخره حتى صلّيت الفجر فصل العشاء الآخره و إن كنت ذكرتها و أنت فى الركعه الأولى و فى الثانيه من الغداه فانوها العشاء، ثم قم فصل الغداه و أذن و أقم، و إن كانت المغرب و العشاء قد فاتتاك جميعا فابدأ بهما قبل أن تصلّى الغداه، ابدأ بالمغرب ثم العشاء فإن خشيت أن تفوتك الغداه إن بدأت بهما فابدأ بالمغرب ثم صل الغداه ثم صل العشاء، و إن خشيت أن تفوتك الغداه إن-

ص: ٤٣١

-بدأت بالمغرب فصل الغداه ثم صل المغرب و العشاء و ابدأ بأولهما، لأنهما جميعا قضاء، أيهما ذكرت فلا تصلهما إلا بعد شعاع الشمس.

قلت: و لم ذاك؟ قال: لأنك لست تخاف فوتها(١).

و العلامه قد استدل به على تقديم الفائته إذا كان تذكرها فى يوم الفوات مع أن الإمام عليه السّلام حكم ببدء العشاء و المغرب قبل الفجر و هو من باب تقديم ما فات فى اليوم السابق على الحاضره فى اليوم اللاحق.

ثم و استدل على مطلق التقديم بخبره و الآخر عنه عليه السّلام: (إذا فاتتك صلاه فذكرتها فى وقت أخرى فإن كنت تعلم أنك إذا صليت التى فاتتك كنت من الأخرى فى وقت فابدأ بالتى فاتتك، فإن الله (عز و جل) يقول: أقم الصلاة لِمَن ذَكَرَ، و إن كنت تعلم أنك إذا صليت التى فاتتك فابتدأ بالتى أنت فى وقتها و اقض الأخرى(٢).

و خبره الثالث عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا دخل وقت الصلاه و لم يتم ما قد فاته فليقض ما لم يتخوف أن يذهب وقت هذه الصلاه التى قد حضرت، و هذه أحق بوقتها فليصلها، و إذا قضاها فليصل ما قد فاته مما قد مضى(٣).

و خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل نسى صلاه حتى دخل وقت صلاه أخرى فقال: إذا نسى الصلاه أو نام عنها صلى حين يذكرها فإذا ذكرها و هو فى صلاه بدأ بالتى نسى، و إن ذكرها مع إمام فى صلاه المغرب أتمها بركعه ثم صلى المغرب ثم صلى العتمه بعدها(٣).

و خبر معمر بن يحيى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل صلى على غير القبلة ثم تبين له القبلة و قد دخل وقت صلاه أخرى قال عليه السّلام: يعيدها قبل أن يصلى هذه التى دخل وقتها، إلا أن يخاف التى دخل وقتها(٤).

و خبر أبى بصير: (سألته عن رجل نسى الظهر حتى دخل وقت العصر قال: يبدأ بالظهر، و كذلك الصلوات تبدأ بالتى نسيته، إلا أن تخاف أن يخرج وقت الصلاه فتبدأ بالتى أنت فى وقتها ثم تصلى التى نسيته(٥). و لأن أكثر النصوص الأمره بتقديم الفائت-

ص: ٤٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب القبلة حديث ٥.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٨.

تقديمها عليه (١) مع سعه وقتها و إن كان الفائت متحدا، أو ليومه (٢) على الأقوى.

-على الحاضر قد صرحت بكون الفائت بسبب النسيان لذا فضّل بعضهم بوجوب التقديم بالفائت نسيانا دون غيره لأن الأصل عدم وجوب الترتيب.

و فيه: إنها لا بد من حملها على الاستحباب جمعا بينها و بين جملة من الأخبار. منها:

صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام الوارد فيمن نسي المغرب و العشاء: (و إن استيقظ بعد الفجر فليصل الصبح ثم المغرب ثم العشاء قبل طلوع الفجر)(١).

و مثلها خبر أبي بصير ٢ و قد تقدم عند بحث المضايقة، و قد تقدم صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل فاتته صلاه النهار متى يقضيها؟ قال عليه السلام: متى شاء، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء)(٢) و مثله صحيح ابن أبي يعفور ٤ و قد تقدم أيضا و مثلها غيرها.

و بعد هذا تعرف استحباب العدول من اللاحقه إلى السابقه إذا تذكرها مع بقاء محل العدول كما فصّلت ذلك صحيحه زواره الطويله. فالقول باستحباب تقديم الحاضره على الفائته كما عن الصدوقين ليس فى محله، و منه تعرف أيضا ضعف وجوب تقديم الحاضره كما عن ظاهر جماعه من القدماء كما قيل.

و بعد هذا كله تعرف أن الأقوال فى هذه المسأله خمس:

الأول: المضايقه مطلقا و لازمه وجوب تقديم الفائته على الحاضره مع بطلان الحاضره لو قدمها مع سعه الوقت و وجوب العدول إلى الفائته لو دخل فى الحاضره سهوا.

الثانى: المواسعه مطلقا و لازمه جواز تقديم الحاضره على الفائته، و لازمه عدم وجوب العدول إلى الفائته، و القائلون بالتوسعه قد اختلفوا فى استحباب تقديم الفائته كما عن بعض أو تقديم الحاضره كما عن آخر أو وجوب تقديم الحاضره كما عن ثالث.

الثالث: وجوب تقديم الفائت إذا كان متحدا.

الرابع: وجوب تقديم فائت اليوم اتحد أو تعدد.

الخامس: وجوب تقديم الفائت نسيانا، و قد صنفوا رسائل فى هذه المسأله و أطالوا فيها النقض و الإبرام.

(١) أى تقديم الحاضره على الفائت.

(٢) أى و لو كان الفائت ليومه بمعنى أنه يقضى فى يوم فوته.

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت ٤ و ٣.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المواقيت ١٣ و ١٤.

(نعم يستحب) ترتيبها عليه (١) ما دام وقتها واسعا جمعا بين الأخبار التي دل بعضها على المضايقة، و بعضها على غيرها، بحمل الأولى على الاستحباب. و متى تضيق وقت الحاضره قدّمت إجماعا، و لأن الوقت لها بالأصالة (٢) (و لو جهل الترتيب سقط (٣) في الأجود لأن الناس في سعه...

(١) أي ترتيب الحاضره على الفائت بتقديم الفائت عليها.

(٢) كما في صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (١) المتقدم.

(٣) أي سقط الترتيب، اعلم أنه على القول بوجوب ترتيب الفوائت. كما هو الأقوى على ما تقدم الكلام فيه. فلو جهل الترتيب فهل يجب التكرار بين الفوائت حتى يقطع بحصول الترتيب بينها واقعا كما نسب إلى جماعه كما هو ظاهر الخلاف و السرائر و الإرشاد و التذكرة بل عن المفاتيح نسبتة إلى ما عد العلامة و الشهيدين، بل عن البيان و الذكرى و جوبه مع الظن، و عن الدروس و الموجز و كشف الالتباس و الهلاقيه و جوبه مع الوهم بحيث لو ظن أو توهم أن الفوائت على صورته ما فيجب التكرار بدعوى إطلاق صحيح زراره المتقدم و غيره الدال على الترتيب. و عن الأكثر سقوط الترتيب عند الجهل به لأن ظاهر صحيح زراره الاختصاص بصوره العلم حيث قال عليه السلام فيه: (و كان عليك قضاء صلوات فابدأ بأولاهن فأذن لها و أقم ثم صلها، ثم صل ما بعدها باقامه إقامة لكل صلاه) (٢) و كذا خبر جميل المتقدم (٣).

و استدل لعدم الترتيب بصوره الجهل باستلزام التكرار الموجب للترتيب واقعا للخرج و العسر المنفيين في الشريعة بل و للتكليف بالمحال و هو منفي عقلا كما عن الذكرى.

إن قلت: إذا كان تحصيل الترتيب المجهول موجبا للعسر و الحرج فيختص رفعه بمواردهما، و أما تحصيله في بقيه الموارد فيبقى على الوجوب.

قلت: التفصيل بينهما موجب لإحداث قول ثالث كما عن الشارح هنا و إحداث قول ثالث خرق للإجماع المركب لأنهم منقسمون على قولين فقط، قول بوجوب التكرار لتحصيل الترتيب المجهول و قول بعدم الوجوب فالقول بوجوب التكرار عند عدم الحرج و العسر دون غيره طرح للقولين السابقين.

و فيه: إن إحداث قول ثالث خرق للإجماع المركب إذ اتفقوا على منع الثالث بعد خلافهم -

ص: ٤٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب المواقيت حديث ٦.

مما لم يعلموا (١)، ولا استلزام فعله (٢) بتكرير الفرائض على وجه يحصله الحرج والعسر المنفيين في كثير من موارد (٣)، و سهولته في بعض يستلزم إيجابه فيه (٤) إحداث قول ثالث.

و للمصنف قول ثان، و هو تقديم ما ظنّ سبقه، ثم السقوط، اختاره في الذكرى، و ثالث و هو العمل بالظن، أو الوهم، فإن انتفيا سقط، اختاره في الدروس. و لبعض الأصحاب رابع (٥)، و هو وجوب تكرير الفرائض حتى يحصله (٦). فيصلّى من فاته الظهران (٧) من يومين ظهرا بين العصرين، أو بالعكس، لحصول الترتيب بينهما (٨) على تقدير سبق كل واحد (٩).

و لو جامعهما مغرب من ثالث (١٠) صلّى الثلاث (١١) قبل المغرب

—على قولين فيكون من باب القول بعدم الفصل، مع أن موردنا السكوت عن منع الثالث و إن اختلفوا على قولين فيكون من باب عدم القول بالفصل.

(١) هذا حديث فقد رواه في غوالي اللآلي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: (إن الناس في سعه ما لم يعلموا) (١)، و روى في حديث السفره المروى عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (هم في سعه حتى يعلموا) (٢) و قد روى حديث السفره في الجعفریات: (هم في سعه من أكلها ما لم يعلموا حتى يعلموا) (٣) و في نوادر الراوندى: (هم في سعه ما لم يعلموا) (٤)

(٢) أى فعل الترتيب.

(٣) من موارد تحصيل الترتيب.

(٤) أى إيجاب بالترتيب في البعض الذي لا عسر فيه.

(٥) و إن لم يظنه و لم يتوهمه.

(٦) أى يحصل الترتيب.

(٧) و جهل السابق.

(٨) بين الظهرين.

(٩) من الظهرين فكما يحتمل فوات الظهر أولا فيحتمل فوات العصر.

(١٠) أى من يوم ثالث.

(١١) أى العصرين بينهما ظهر، أو العكس.

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب النجاسات حديث ١١.
- ٣- (٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب النجاسات حديث ٣ و ٤.

و بعدها (١)، أو عشاء معها (٢) فعل السبع قبلها و بعدها، أو صبح معها (٣) فعل الخمس عشره قبلها و بعدها، و هكذا.

و الضابط تكريرها على وجه يحصل الترتيب على جميع الاحتمالات، و هى (٤): اثنان فى الأول (٥)، و ستة فى الثانى (٦)، و أربعة و عشرون (٧) فى الثالث (٨)، و مائه و عشرون (٩). فى الرابع (١٠) حاصله من ضرب ما اجتمع سابقا (١١) فى عدد الفرائض المطلوبه، و لو أضيف إليها سادسه صارت الاحتمالات سبعمائه و عشرين. و صحته (١٢) على الأول (١٣) من ثلاث و ستين فريضه، و هكذا،

(١) فالجميع سبع فرائض.

(٢) أى و لو فاته أيضا عشاء من يوم رابع صلى السبع قبل العشاء و بعدها فالجميع خمس عشره صوره.

(٣) أى و لو فاته صبح أيضا من يوم خامس صلى الخمس عشره قبل الصبح و بعدها فالجميع واحده و ثلاثين صلاه.

(٤) أى الاحتمالات.

(٥) احتمال التقدم و احتمال التأخر فيما لو فاته الظهران.

(٦) فالاحتمالات ستة ناشئه من ضرب عدد الاحتمالات فى الفرض السابق بعدد الصلوات هنا، و المراد بالثانى هو من فاته المغرب فى يوم ثالث.

(٧) فالاحتمالات أربعة و عشرون ناشئه من ضرب عدد الاحتمالات فى الفرض السابق و هى ستة بعدد الصلوات هنا و هى أربعة.

(٨) و هو من فاته العشاء فى يوم رابع.

(٩) ناشئه من ضرب عدد الاحتمالات فى الفرض السابق و هى: أربعة و عشرون بعدد الصلوات هنا و هى خمسة.

(١٠) و هو من فاته الصبح فى يوم خامس.

(١١) من الاحتمالات.

(١٢) أى صحه الفرض الأخير.

(١٣) أى على الطريق الأول المذكور فى بيان الصلوات التى يجب عليه الإتيان بها هو: ثلاث و ستون فريضه ناشئه من فعل الواحد و الثلاثين فريضه قبل السادسة و بعدها، هذا و اعلم أن الشارح أبان أولا الصلوات التى يجب عليه الإتيان بها ليحصل الترتيب الواقعى لأن الاحتمالات مردده عقلا فى أكثر من ذلك، فلذا ذكر ضابط الاحتمالات، و ليس مراده -

و يمكن صحتها (١) من دون ذلك (٢): بأن يصلى الفرائض جمع كيف شاء مكرره عددا ينقص عنها بواحد (٣)، ثم يختمه بما بدأ به منها (٤) فيصح فيما عدا الأولين (٥) من ثلاث عشره فى الثالث، و إحدى و عشرين فى الرابع، و إحدى و ثلاثين فى الخامس (٦)، و يمكن فيه (٧) بخمسه أيام ولاء (٨)، و الختم بالفريضة الزائده (٩).

-منه هو طريقه ثانيه فى عدد الصلوات التى يجب عليه الإتيان بها لتحصيل الترتيب الواقعى.

(١) أى صحه هذه الفروض الستة.

(٢) و هو طريق أخصر و أسهل ذكره غير واحد من الأصحاب بأن يصلى الفرائض الفائتة أجمع كيف شاء، ثم يكررها كذلك ناقصه عن عدد آحاد تلك الصلوات بواحد ثم يختم بما بدأ به، فيصلى فى الفرض الأول الظهر و العصر ثم الظهر أو العكس.

و يصلى فى الفرض الثانى الظهر و العصر ثم المغرب، ثم يكرره مره أخرى، ثم يصلى الظهر، و فى الفرض الثالث يصلى الظهر ثم العصر ثم المغرب ثم العشاء، و يكرره ثلاث مرات ثم يصلى الظهر فيحصل الترتيب بثلاث عشره فريضه، و فى الرابع يصلى أربعة أيام متواليه مبتدئا بالصبح منتهيا بالعشاء ثم يختم بالصبح فيحصل الترتيب بإحدى و عشرين فريضه.

(٣) فإن كانت أربعاً كررها ثلاثاً، و إن كانت خمسه كررها أربعاً.

(٤) من الفرائض.

(٥) فيما لو فاته الظهران، و فيما لو جامعها مغرب، لأن النتيجة على الطريقتين واحده أما لو فاته الظهران حيث لا تكرر مع نقص الواحد، لأنه لو نقص الواحد فسيأتى بظهر ثم عصر أو العكس فقط و هذا لا يحصل فيه الترتيب قطعاً و أما لو فاته الظهران مع المغرب فعلى الطريقه الأولى يجب عليه الإتيان بسبع فرائض و على الطريقه الثانیه كذلك لأنه سيكررها مرتين ثم يختم بما بدأ به و عليه لا فرق بين الطريقتين فلذا استثنى الشارح هاتين الصورتين.

(٦) ناشئه من تكرار الصلوات الست خمس مرات مع ختم ما بدأ به.

(٧) أى فى الفرض الأخير.

(٨) يبتدأ بالصبح و ينتهى بالعشاء.

(٩) التى هى السادسة، و ذلك لأنه لو صلى خمسه أيام مكرره ففى كل يوم يبرأ من بعض الفوائت و لو واحده، ففى الخمس يبرأ من الفرائض الخمسه و لا يبقى إلا السادسة الزائده فيأتى -

(و لو جهل عين الفائته) من الخمس (١) (صلّى صباحا، و مغربا) معينين، (و أربعا مطلقه) بين الرباعيات الثلاث، و يتخير فيها (٢) بين الجهر و الإخفات. و فى تقديم ما شاء من الثلاث (٣)، و لو كان فى وقت العشاء ردّد (٤) بين الأداء و القضاء.

(و المسافر (٥) يصلّى مغربا و ثنائيه مطلقه) بين الثنائيات الأربع مخيرا (٦) كما سبق، و لو اشتبه فيها (٧) القصر و التمام فرباعيه مطلقه

-بها فإن كانت آخر ما فاته فهو و إلا فقد حصل ترتب بينها و بين غيرها فى الأيام السابقه.

و عليه فيصلى ست و عشرين فريضه مع أنه على الطريق السابق يصلى إحدى و ثلاثين، و على الطريق الأسبق يصلى ثلاث و ستين فريضه.

(١) أى من الصلوات الخمس، فعلى المشهور يكفيه صبح و مغرب و أربع ركعات بقصد ما فى الذمه مردده بين الظهر و العصر و العشاء لمرسل على بن أسباط عن أبى عبد الله عليه السلام:

(من نسى من صلاه يومه واحده و لم يدر أى صلاه هى، صلى ركعتين و ثلاث و أربعا) (١)

و مرفوع الحسين بن سعيد: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل نسى صلاه من الصلوات لا يدرى أيتها هى، قال عليه السلام: يصلى ثلاثه و أربعه و ركعتين، فإن كانت الظهر أو العصر أو العشاء فقد صلى أربعا، و إن كانت المغرب أو الغداه فقد صلى) ٢.

و عن أبى الصلاح و ابن زهره و جوب فعل الخمس لضعف سند الخبرين، مع أنهما منجيران بعمل الأصحاب.

(٢) فى الرباعيه و إن كان مقتضى الاحتياط الإتيان برباعيه إخفاتا و برباعيه جهرا لكن يخرج عنه بالخبرين السابقين.

(٣) أى الصبح و المغرب و الرباعيه لإطلاق الخبرين بعد كون الفائت واحده منها.

(٤) فى نيه الرباعيه بأن يأتى بها بقصد ما فى الذمه لاحتمال أن الفائت هى العشاء مع بقاء وقتها.

(٥) لو فاتته واحده و جهل عينها فيأتى بالمغرب و بثنائيه مردده بين الصبح و الظهرين و العشاء للقطع بفراغ ذمته، و للخبرين السابقين مع الفاء الخصوصيه.

(٦) بين الجهر و الإخفات.

(٧) أى فى الفائته فى حال الحضر أو السفر فيأتى برباعيه مردده بين الظهر و العصر و العشاء-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١ و ٢.

ثلاثيا (١) و ثنائيه مطلقه، رباعيا (٢)، و مغرب يحصل الترتيب عليهما (٣).

في ما يقضى المرتد و فاقد الطهورين

(و يقضى المرتد) فطريا كان أو مليا إذا أسلم (زمان ردّته) (٤) للأمر بقضاء الفائت خرج عنه الكافر الأصلي، و ما في حكمه (٥)، فيبقى الباقي. ثم إن قبلت توبته كالمراه و الملى قضى، و إن لم تقبل ظاهرا كالفطرى على المشهور فإن أمهل بما يمكنه القضاء قبل قتله قضى، و إلا بقى فى ذمته. و الأقوى قبول توبته مطلقا (٦).

(و كذا) يقضى (فاقد) جنس (الطهور) من ماء و تراب عند التمكن (على)

-لا احتمال أنه مقيم، و بثنائيه مردده بين الصبح و الظهر و العصر و العشاء بناء على أنه مسافر، و كذا تسقط لو كانت الصبح بناء على أنه حاضر، و يأتى بثلاثيه بعنوان أنها مغرب، و بهذا يقطع بفراغ الذمه.

(١) أى مردده بين ثلاث احتمالات.

(٢) أى مردده بين أربع احتمالات.

(٣) أى على احتمال السفر و الحضر.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) أى حكم الكافر الأصلي كأطفاله.

(٦) ظاهرا و باطنا، اعلم أن المشهور ذهب إلى أن المرتد الفطرى لا تقبل توبته ظاهرا و أنه بحكم الكافر لصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (عن المرتد فقال عليه السّلام: من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل على محمد صلى الله عليه و آله و سلم بعد إسلامه فلا توبه له، و قد وجب قتله و بانت منه امرأته و يقسم ما ترك على ولده) (١) فإيجاب قتله على كل حال هو معنى عدم قبول توبته ظاهرا و مع ذلك يجب عليه القضاء لأن نفيه مختص بالكافر الأصلي.

و ذهب الشارح هنا إلى قبولها ظاهرا و باطنا لأن عدم القبول إما لعدم تكليفه بالإسلام و إما تكليفا بما لا يطاق و كلاهما محذور، و الأقوى عدم قبول توبته ظاهرا لوجوب قتله و عليه يحمل قوله عليه السّلام: (فلا- توبه له) و قبولها باطنا لثلاث- يلزم التكليف بالمحال بعد كونه مأمورا بالإسلام و هذا هو الذى قواه فى كتاب الحدود من هذا الكتاب على ما سيأتى تفصيله.

ص: ٤٣٩

(١) ذهب المشهور إلى سقوط الأداء عن فاقد الطهورين، بل عن جامع المقاصد أنه ظاهر مذهب الأصحاب و عن الروض لا نعلم فيه مخالفاً، لأن المشروط عدم عند عدم شرطه، و الطهاره شرط لقوله عليه السلام: (لا صلاه إلا بطهور) (١). و دعوى أن الصلاه لا تترك بحال فيجب الإتيان بها و لو بغير طهور مردوده لعدم الدليل على عدم سقوط الصلاه فى كل الأحوال إلا ما توهم من صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام الوارد فى النفساء:

(و لا تدع الصلاه على حال، فإن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: الصلاه عماد دينكم) (٢) و هو غير ظاهر فى شموله على موردنا، بل هو خاص بالمستحاضه.

و لذا ما نسب إلى المبسوط و النهايه و إلى جد السيد المرتضى من وجوب الأداء ليس فى محله فضلا عن أن النسبه إليهم غير ثابتة، بل قد يقال بعدم استحباب الاحتياط فى الإتيان بالصلاه بغير طهاره لشبهه حرمتها كذلك كما يستفاد من خبر مسعده بن صدقه:

(إن قائلاً قال للصادق عليه السلام: إنى أمر بقوم ناصبيه و قد أقيمت لهم الصلاه و أنا على غير وضوء فإن لم أدخل معهم فى الصلاه قالوا ما شاءوا أن يقولوا، فأصلى معهم ثم أتوضأ إذا انصرفت و أصلى، فقال عليه السلام: سبحان الله فما يخاف من يصلى من غير وضوء أن تأخذه الأرض خسفاً) (٣). إلا أن يقال إنه مختص بصوره التمكن من الطهاره، و مع ذلك تركها.

و أما القضاء فقد ذهب المشهور إلى وجوبه لعموم ما دل على قضاء ما فات مثل صحيح زراره: (قلت له: رجل فاتته صلاه من صلاه السفر فذكرها فى الحضر قال: يقضى ما فاته كما فاتته) (٤).

و ذهب المحقق و العلامة فى جملة من كتبه و المحقق الثانى و نسب إلى المفيد من عدم وجوب القضاء لأن القضاء إما تابع للأداء و إما بأمر جديد.

أما الأول فلا أداء حتى يجب القضاء.

و أما الثانى فهو متوقف على صدق عنوان الفوت و مع عدم وجوب الأداء فالترك ليس فوتاً، و إلا لكان الترك من الصبى و المجنون و الحائض فوتاً و يجب عليهم القضاء حينئذ.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوضوء حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستحاضه حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوضوء حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.

لما مر (١) و لروايه زراره (٢) عن الباقر عليه السلام فيمن صلى بغير طهور، أو نسي صلوات، أو نام عنها، قال: «يصلّيها إذا ذكرها في أيّ ساعه ذكرها، ليلا، أو نهارا»، و غيرها من الأخبار الداله عليه صريحا (٣). و قيل لا يجب لعدم وجوب الأداء (٤)، و أصله البراءه (٥) و توقف القضاء على أمر جديد (٦).

و دفع الأول واضح لانفكاك كل منهما عن الآخر وجودا و عدما (٧)

و ردّ بأن الفوت متحقق لتفويت الملاك لا لتفويت فعل الصلاه، و هو ضعيف لأن الملاك الفائت لم يكن بحد الإلزام حتى يجب قضاؤه و إلا فيجب الأداء و لو من غير طهور.

(١) من عموم دليل القضاء على من فاتته فريضه.

(٢) و هي صحيحه (١)، و وجه الاستدلال بها كما قال الشارح في الروض: «فإنه يشمل بإطلاقه القادر على تحصيل الطهور و العاجز عنه، و متى وجب القضاء على تارك الطهور مع كونه قد صلى فوجبه عليه لو لم يصل بطريق أولى» و فيه: إن تارك الطهور مع قدرته عليه يصدق الفوت بحقه فيما لو صلى بغير طهور بخلاف العاجز كما هو واضح.

(٣) لا يوجد خبر صريح يدل على وجوب القضاء على فاقد الطهورين نعم ذكر الشارح في الروض خيرين.

أحدهما: صحيح زراره المتقدم.

و الثاني: صحيح زراره الآخر عن أبي جعفر عليه السلام: (إذا نسي الرجل صلاه أو صلاها بغير طهور و هو مقيم أو مسافر فذكرها فليقض الذي وجب عليه لا يزيد على ذلك و لا ينقص منه) (٢) و هو صريح في عدم القضاء لأن قوله عليه السلام: (فليقض الذي وجب عليه) ظاهر في وجوب قضاء ما فات مما يجب أدائه.

(٤) بناء على أن القضاء تابع للأداء.

(٥) عن وجوب القضاء.

(٦) و هو غير ثابت.

(٧) إذ قد يجب الأداء و لا يجب القضاء في الكافر الأصلي، و قد يجب القضاء مع عدم وجوب الأداء كالصوم بالنسبه للحائض.

ص: ٤٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١.

و الأخيرين (١) بما ذكر (٢).

فى إعادته العارى إذا صلى كذلك

(و أوجب ابن الجنيد الإعادة على العارى إذا صلى كذلك) (٣) لعدم الساتر (ثم وجد الساتر فى الوقت) (٤) لا- فى خارجه، محتجا بفوات شرط الصلاة. و هو الستر فتجب الإعادة كالتيمم (٥) (و هو بعيد)، لوقوع الصلاة مجزيه بامثال الأمر (٦)، فلا يستعقب القضاء، و الستر شرط مع قدره لا بدونها.

نعم روى عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل ليس عليه إلا ثوب، و لا تحل الصلاة فيه، و ليس يجد ماء يغسله كيف يصنع؟ قال: «يتيمم و يصلى، و إذا أصاب ماء غسله و أعاد الصلاة» (٧). و هو. مع ضعف سنده (٨). لا يدل على مطلوبه، لجواز استناد الحكم إلى التيمم (٩).

فى استحباب قضاء النوافل الراتبه

(و يستحب قضاء النوافل الراتبه) اليوميه استحبابا مؤكدا (١٠)، و قد روى أن

(١) من أصاله البراءه و توقف القضاء على أمر جديد.

(٢) من عموم وجوب قضاء ما فات، و من صريح الأخبار، و فيه: إن الأخبار غير صريحه بل صريحه على عكسه و أما دليل وجوب القضاء فهو متوقف على صدق الفوت، و لا فوت مع عدم وجوب الأداء.

(٣) أى عاريا.

(٤) بناء على جواز البدار لذوى الأعذار و عليه فإن تبين ارتفاع العذر لوجود الساتر فى داخل الوقت فتجب الإعادة.

(٥) فيما لو جوزنا له التيمم أول الوقت بناء على جواز البدار و عليه فدليله متين بناء على جواز البدار و لكن الكلام فى هذا الجواز.

(٦) أى أمر الصلاة و قد عرفت أن دليل ابن الجنيد مبنى على جواز البدار فكان على الشارح مناقشته فى هذا المبني.

(٧) الوسائل الباب ٣٠٠. من أبواب التيمم حديث ١.

(٨) ضعفه بعمار لأنه فطحى، مع أنه قد نص على وثاقته النجاشى و العلامه.

(٩) أى الحكم بالإعادة لأنه كان متيمما ثم وجد الماء هذا مع أن دليل ابن الجنيد على ما تقدم لم يعتمد على هذه الروايه فضلا عن أنها ظاهره فى أنه صلى بالثوب النجس لا أنه صلى عريانا حتى تصلح دليلا لقول ابن الجنيد.

(١٠) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام -

ص: ٤٤٢

من يتركه تشاغلا بالدنيا لقي الله مستخفاً متهاونا مضيعة لسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

(فإن عجز عن القضاء تصدق) عن كل ركعتين بمد، فإن عجز فعن كل أربع، فإن عجز فعن صلاة الليل بمد، و عن صلاة النهار بمد، فإن عجز فعن كل يوم بمد، والقضاء أفضل من الصدقة.

فى القضاء عن الميت

(و يجب على الولي) (١) و هو الولد الذكر الأكبر. و قيل:...

-يقول: إن العبد يقوم فيقضى النافلة فيعجب الرب ملائكته منه فيقول: ملائكتى عبدى يقضى ما لم افترضه عليه(١).

و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: أخبرنى عن رجل عليه من صلاة النوافل ما لا يدرى هو. من كثرتها. كيف يصنع؟ قال عليه السلام: فليصل حتى لا يدرى كم صلى من كثرتها، فيكون قد قضى بقدر علمه من ذلك. قلت له: فإنه لا يقدر على القضاء، فقال عليه السلام: إن كان شغله فى طلب معيشه لا بد منها أو حابه لأخ مؤمن فلا شىء عليه، و إن كان شغله لجمع الدنيا و التشاغل بها عن الصلاة فعليه القضاء، و إلا لقي الله و هو مستخف متهاون مضيع لسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.

قلت: فإنه لا يقدر على القضاء فهل يجزئ أن يتصدق؟ فسكت مليا ثم قال: فليصدق بصدقه، قلت: فما يتصدق؟ قال عليه السلام: بقدر طوله، و أدنى ذلك مد لكل مسكين مكان لكل صلاة، قلت: و كم الصلاة التى يجب فيها مد لكل مسكين؟ قال عليه السلام: لكل ركعتين من صلاة الليل مد، و لكل ركعتين من صلاة النهار مد، فقلت: لا يقدر، فقال: مد. إذا.

لكل أربع ركعات من صلاة النهار، و مد لكل أربع ركعات من صلاة الليل.

قلت: لا يقدر، قال: فمد، إذا. لصلاة الليل و مد لصلاة النهار، و الصلاة أفضل و الصلاة أفضل و الصلاة أفضل(٢).

(١) فعن الشيخ و أكثر المتأخرين أنه الولد الأكبر، و عن المفيد إن لم يكن له ولد من الرجال قضى عنه أكبر أوليائه من أهله و إن لم يكن فمن النساء.

و مستند المشهور صحيح حفص عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يموت و عليه صلاة أو صيام، قال عليه السلام: يقضى عنه أولى الناس بميراثه، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأه؟ قال عليه السلام: لا إلا الرجال(٣).

ص: ٤٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٥.

كل وارث (١) مع فقده (قضاء ما فات أباه) (٢) من الصلاة...

و مرسل حماد عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يموت و عليه دين من شهر رمضان من يقضى عنه؟ قال: أولى الناس به، قلت: و إن كان أولى الناس به امرأه؟ قال: لا إلا الرجال) (١).

و المراد منه هو الولد الأكبر بسبب اختصاصه بالحباء و لذا قال الشهيد في الذكرى بأن الأكثر قد قرنوا بين الحبوه و بين قضاء الصلاة و لعله هو المراد من خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل سافر في شهر رمضان فأدركه الموت قبل أن يقضيه، قال:

يقضيه أفضل أهل بيته) (٢).

هذا و صريح صحيح حفص و المرسل اختصاص الوجوب بالنساء، و عدم اختصاص الوجوب بالولد الأكبر بل تعلقه بالأولى بالميراث من الذكور مطلقا و لكن لم يعمل به إلا ابن الجنيد و ابنا بابويه و جماعه كما في المدارك.

و أما مستند المفيد فليس له إلا ما في الدروس بعد أن حكى قول المفيد قال: «و هو ظاهر القدماء و الأخبار و المختار» و هو غير جيد لصريح صحيح حفص المتقدم بنفيه عن النساء.

(١) أى كل وارث من الرجال مع نقد الأكبر و إن لم يكن فمن النساء و كما عن المفيد.

(٢) كما هو المشهور بين الأصحاب و عن جماعه منهم ابن إدريس و المحقق و الشهيد الثانيين إلحاق المرأه به.

مستند المشهور اختصاص أكثر النصوص بالرجل كما في صحيح حفص و مرسل حماد المتقدمين. و مستند غيرهم إطلاق بعض النصوص كخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (الصلاه التي دخل وقتها قبل أن يموت الميت يقضى عنه أولى الناس به) (٣).

و لفظ الميت يشمل الرجل و المرأه، و هذا الإطلاق لا يقتضى تقييده بالرجل الوارد في الأخبار السابقة لأنه لم يكن ذكره من باب التقييد و يؤيده بل يدل عليه ما دل على وجوب قضاء الصوم عن المرأه كما في خبر أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن امرأه مرضت في شهر رمضان أو طمئت أو سافرت فماتت قبل خروج شهر رمضان هل يقضى عنها؟ فقال: أما الطمئ و المرض فلا، و أما السفر فنعم) (٤). و إذا تم في الصوم فيتم في الصلاة لعدم الفرق.

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤.

(في مرضه) (١) الذي مات فيه. (وقيل): ما فاته (مطلقاً و هو أحوط)، و في الدروس قطع بقضاء مطلق ما فاته، و في الذكرى (٢) نقل عن المحقق وجوب قضاء ما فاته لعذر كالمرض، و السفر و الحيض، لا ما تركه عمداً مع قدرته عليه، و نفى عنه البأس. و نقل عن شيخه عميد الدين نصرته. فصار للمصنّف في المسألة ثلاثة أقوال (٣)، و الروايات تدلّ بإطلاقها على الوسط (٤) و الموافق للأصل (٥) ما اختاره هنا.

(١) المشهور على أنه يقضى جميع ما فات عن الميت، و عن المحقق و الشهيدين يقضى ما فاته لعذر، و عن الحلبي و ابن سعيد لا يقضى إلا ما فاته في مرض الموت و مستند المشهور إطلاق الأخبار و قد تقدم بعضها.

و دليل القول الثاني انصراف النصوص إليه لندره الترك العمدي من المسلم و بأن المتعمد للترك مؤاخذ بذنبه فلا يناسب مؤاخذة الولي به لقوله تعالى: **وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى (١)**، و فيه: أما ندره فممنوعه بالإضافه إلى أن ندره الوجود لا توجب الانصراف و أما عدم المناسبة فهو استحسان محض.

و دليل القول الثالث خبر ابن سنان المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام: (الصلاه التي دخل وقتها قبل أن يموت الميت يقضى عنه أولى الناس به) (٢) و فيه إنه لا يدل على اختصاص القضاء بما فاته في مرض الموت.

(٢) قال الشهيد فيها: (و قال الشيخ نجم الدين بن سعيد. إلى أن قال: و في البغداديه له المنسوبه إلى سؤال جمال الدين بن حاتم الشغري (رحمه الله): الذي ظهر لي أن الولد يلزمه قضاء ما فات الميت من صيام و صلاه لعذر كالمرض و السفر و الحيض، لا ما تركه عمداً مع قدرته عليه، و قد كان شيخنا عميد الدين (قدس الله لطفه) ينصر هذا القول و لا بأس به، فإن الروايات تحمل على الغالب من الترك و هو إنما يكون على هذا الوجه، أما تعمد ترك الصلاه فإنه نادر).

(٣) قول في اللمعه بقضاء ما فات حال مرض الموت، و قول في الدروس بقضاء مطلق ما فاته، و قول في الذكرى بقضاء ما فاته لعذر.

(٤) و هو قضاء مطلق ما فاته.

(٥) أصاله البراءه.

ص: ٤٤٥

١- (١) فاطر الآيه: ١٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ١٨.

و فعل الصلاة على غير الوجه المجزى شرعا كتركها عمدا للتفريط و احترز المصنف بالأب عن الأم و نحوها من الأقارب، فلا يجب القضاء عنهم على الوراث في المشهور (١)، و الروايات مختلفه، ففي بعضها ذكر الرجل و في بعض الميت.

و يمكن حمل المطلق على المقيد (٢) خصوصا في الحكم المخالف (٣) للأصل، و نقل في الذكري عن المحقق وجوب القضاء عن المرأه و نفى عنه البأس، أخذنا بظاهر الروايات، و حملا للفظ «الرجل» على التمثيل.

و لا فرق. على القولين (٤). بين الحر و العبد على الأقوى (٥) و هل يشترط كمال الولي عند موته (٦)؟ قولان (٧)، و استقرب في الذكري اشتراطه لرفع القلم عن الصبي و المجنون، و أصاله البراءه بعد ذلك، و وجه الوجوب عند بلوغه إطلاق النص و كونه (٨) في مقابله الحبوه و لا يشترط خلوّ ذمته (٩) من صلاه واجبه لتغاير السبب فيلزمان معا.

و هل يجب تقديم ما سبق سببه؟ وجهان (١٠) اختار في الذكري الترتيب و هل

(١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) فيما لو كان المقيد واردا في مقام بيان المراد من المطلق و قد عرفت أن المقيد هنا ليس كذلك.

(٣) لأن الأصل عدم الوجوب على الولي إلا ما ثبت بدليل.

(٤) القول بقضاء ما فات الأب أو الأعم منه و من الأم.

(٥) على المشهور لإطلاق النصوص المتقدمه، و في القواعد: (في القضاء عن العبد إشكال) و عن فخر المحققين الجزم بعدم بدعوى أن الأولى بالعبد سيده لا ولده الأكبر أو غيره من الذكور في طبقات الإرث، و لا خلاف في عدم وجوب القضاء على السيد بالنسبه لما فات من عبده.

(٦) أي عند موت الأب.

(٧) قول بعدم اعتبار كمال الولي كما عن غير واحد و عليه فيجب على الولي القضاء بعد البلوغ و العقل لإطلاق النصوص المتقدمه، و عن الذكري و الإيضاح و غيرهما الجزم بعدم لحديث:

(رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم و عن المجنون حتى يستفيق) و لاصاله البراءه.

(٨) أي قضاء الولي.

(٩) ذمه الولي و ذلك لإطلاق النصوص المتقدمه.

(١٠) مبنيان على وجوب الترتيب و عدمه.

له (١) استئجار غيره؟ يحتمله، لأن المطلوب القضاء (٢)، و هو مما يقبل النيابة بعد الموت، و من تعلقها بحي، و استنابته ممتنع. و اختار فى الذكرى المنع، و فى صوم الدروس الجواز، و عليه يتفرع تبرع غيره به و الأقرب اختصاص الحكم بالولى فلا يتحملها وليه (٣) و إن تحمّل ما فاته عن نفسه. و لو أوصى الميت بقضائها على وجه تنفيذ (٤) سقطت (٥) عن الولى، و بالبعض (٦) و جب الباقي.

فى ما لو نسي عدد القضاء

(و لو فات المكلف) من الصلاه (ما لم يحصه) لكثرتة (تحزى) أى اجتهد فى تحصيل ظن بقدر (و بينى على ظنه) (٧)، و قضى ذلك القدر سواء كان الفائت متعددا كأيام كثيره، أم متحدا كفريضه مخصوصه (٨). و لو اشتبه الفائت فى عدد منحصر عاده (٩) و جب قضاء ما تيقن به البراءه كالشك بين عشر و عشرين، و فيه

(١) للولى، هل يسقط القضاء عن الولى فيما لو تبرع به الأجنبى قولان:

الأول: السقوط لحصول براءه ذمه الميت مما فاته لأن المطلوب هو تفرغ ذمته و هذا لا يفرق فيه بين الولى و غيره.

و ذهب ابن إدريس و العلامه فى المنتهى و الشهيد فى الذكرى إلى المنع لأن المتبرع نائب عن الحى و لا تشرع النيابة عن الحى و فيه: إنه نائب عن الميت و ليس عن الحى و إذا عرفت هذا فتعرف حكم استئجار الولى لغيره لأن الاستئجار متفرع على جواز التبرع.

(٢) بمعنى تفرغ ذمه الميت مما فاته.

(٣) أى ولى الولى لأن الواجب على الولى قضاء ما فات عن الميت من صلاه نفسه لا- ما و جب عليه بالاستئجار أو لكونه و ليا لانصراف النصوص إلى ذلك.

(٤) فيما لو كانت بالثلث من ماله.

(٥) أى فائته الميت.

(٦) أى و لو أوصى بالبعض على نحو تنفيذ الوصيه فيسقط هذا البعض و يجب الباقي على الولى.

(٧) أى على الظن بالوفاء عند تعذر تحصيل العلم و إلا لوجب تحصيل العلم كما فى الروض، و هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب كما فى المدارك، لقاعده الاشتغال.

و عن العلامه فى التذكرة الاكتفاء بقضاء ما تيقن فواته خاصه لأن الأمر دائر بين الأقل و الأكثر الارتباطين فلا يجب إلا الأقل لجريان أصاله البراءه عن الأكثر و هو الأقوى.

(٨) كما لو فاته صلاه الصبح و لم يدر عدد الأيام التى فاتته صلاه الصبح فيه.

(٩) كتردد الفأئت بين العشره و العشرين مثلاً.

ص: ٤٤٧

وجه (١) بالبناء على الأقل وهو ضعيف.

في العدول إلى السابق

(و يعدل إلى) الفريضة (السابقة لو شرع في) قضاء (اللاحقه) ناسيا مع إمكانه (٢)، بأن لا يزيد عدد ما فعل عن عدد السابقه، أن تجاوزه و لَمَّا يركع في الزائده مراعاة للترتيب حيث يمكن. و المراد بالعدول أن ينوى بقلبه تحويل هذه الصلاه إلى السابقه. إلى آخر مميزاتها. متقربا. و يحتمل عدم اعتبار باقى المميزات، بل في بعض الأخبار دلالة عليه (٣).

(و لو تجاوز محلّ العدول) بأن ركع في زائده عن عدد السابقه (أتمّها (٤) ثم تدارك السابقه لا غير) لاغتفار الترتيب (٥) مع النسيان، و كذا لو شرع في اللاحقه ثم علم (٦) أن عليه فائته، و لو عدل إلى السابقه ثم ذكر سابقه أخرى عدل إليها (٧)، و هكذا، و لو ذكر بعد العدول براءته من المعدول إليها عدل إلى اللاحقه

(١) أى فى الأخير. و هو فيما دار فى عدد منحصر. على ما هو الظاهر من العبارة مع أن مناط الاكتفاء بالأقل جار فى الجميع.

(٢) أى مع إمكان العدول إذا شرع فى اللاحقه نسيانا، و جواز العدول مما لا خلاف فيه كما فى الجواهر و يدل عليه النصوص الكثيره و قد تقدم بعضها فى بحث ترتيب الفائته على الحاضره خصوصا صحيح زراره الطويل عن أبى جعفر عليه السّلام، نعم على القول بوجوب الترتيب يجب العدول و إلا استحب.

(٣) كصحيح زراره الطويل عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث: (فإن كنت قد نسيت العشاء الآخرة حتى صليت الفجر فصل العشاء الآخرة، و إن كنت ذكرتها و أنت فى الركعه الأولى و فى الثانيه من الغداه فانوها العشاء ثم قم فصل الغداه) (١).

(٤) كما يدل عليه صحيح زراره الطويل عن أبى جعفر عليه السّلام (٢) و تقدم ذكره فى بحث وجوب الترتيب.

(٥) حتى على القول بوجوبه فضلا عن استحبابه.

(٦) بخلاف الفرع السابق فإنه كان عالما ثم نسي حتى دخل فى اللاحقه.

(٧) النصوص التى تعرضت للعدول من الحاضره إلى الفائته و قد تقدم ذكر بعضها فى بحث ترتيب الفوائت لم تذكر إلا العدول من حاضره إلى فائته و لكن ذهب الشهيدان فى البيان-

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

المنويه أولاً، أو فيما بعده، فعلى هذا يمكن ترامي العدول و دوره.

و كما يعدل من فائته إلى مثلها فكذا من حاضره إلى مثلها كالظهيرين لمن شرع في الثانية ناسيا (١)، و إلى فائته استحبابا على ما تقدم (٢)، أو وجوبا على القول الآخر، و من الفائته إلى الأداء أو ذكر براءته منها (٣)، و منهما (٤) إلى النافله في موارد (٥)، و من النافله إلى مثلها (٦)، لا إلى فريضه (٧)، و جمله صوره (٨) ست

و الروضه إلى جواز ترامي العدول لعدم خصوصيه مورد تلك النصوص.

(١) بالاتفاق و يدل عليه الأخبار منها: صحيح زراره الطويل عن أبي جعفر عليه السلام: (و إن ذكرت أنك لم تصل الأولى و أنت في صلاه العصر و قد صليت منها ركعتين فانوها الأولى، ثم صل الركعتين الباقيتين، و قم فصل العصر. إلى أن قال: و إن كنت ذكرتھا).

أى المغرب. و قد صليت من العشاء الآخره ركعتين أو قمت في الثالثه فانوها المغرب ثم سلم ثم قم فصل العشاء الآخره(١).

(٢) من عدم وجوب الترتيب بين الفائته و الحاضره.

(٣) أى من الفائته.

(٤) أى من الفائته و الحاضره.

(٥) مثل العدول من الجمعة إلى النافله لمن نسي قراءه سورہ الجمعة فيها كما في خبر صباح بن صبيح: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل أراد أن يصلى الجمعة فقرأ بقل هو الله أحد قال عليه السلام: يتمها ركعتين ثم يستأنف)(٢). و مثل العدول من فريضه حاضره أو فائته إلى نافله لإدراك الجماعة كما في صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام:

(عن رجل دخل المسجد فافتتح الصلاه فينما هو قائم يصلى إذا أذن المؤذن و أقام الصلاه قال: فليصل ركعتين ثم ليستأنف الصلاه مع الإمام و ليكن الركعتان تطوعا)(٣).

(٦) كما لو عدل من نافله غير موقته إلى نافله موقته لإسقاط خصوصيه ما دل على العدول في الفرائض بل في النوافل أولى.

(٧) لأن الأصل هو عدم جواز العدول إلا بدليل و المفروض عدمه في المقام.

(٨) صور العدول.

ص: ٤٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.

عشره، و هي الحاصله من ضرب صور المعدول عنه و إليه (١) و هي أربع نفل، و فرض، أداء و قضاء في الآخر (٢).

مسائل

اشاره

(مسائل)

الأولى. ذهب المرتضى و ابن الجنيد و سلّار إلى وجوب تأخير أولى الأعذار إلى آخر الوقت

(الأولى). ذهب المرتضى و ابن الجنيد و سلّار إلى وجوب تأخير أولى الأعذار (٣) إلى آخر الوقت محتجين بإمكان إيقاع الصلاة تامه بزوال العذر، فيجب كما يؤخّر المتيمم بالنص (٤)، و بالإجماع على ما ادّعاه المرتضى، (و جوزه الشيخ أبو جعفر الطوسي) (رحمه الله) (أول الوقت) و إن كان التأخير أفضل. (و هو الأقرب)

لمخاطبتهم بالصلاه من أول الوقت بإطلاق الأمر (٥) فتكون (٦) مجزئه للامثال.

و ما ذكره من الإمكان (٧) معارض بالأمر (٨)، و استحباب المبادره إليها في أول الوقت (٩). و مجرد الاحتمال لا- يوجب القدره على الشرط، و يمكن فواتها بموت و غيره فضلا عنه (١٠)، و التيمم خرج بالنص، و إلا لكان من جملتها (١١).

(١) أى و صور المعدول إليه.

(٢) إلا- أن العدول لا- يصح في أربع صور و هي صور العدول من النافله الموقته و غيرها إلى الفريضه أداء و قضاء و في الباقي يصح.

(٣) كمن لم يجد لباسا يستر به عورته.

(٤) متعلق بقوله: (كما يؤخر المتيمم) و يدل عليه أخبار منها: موثق ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإذا تيمم الرجل فليكن ذلك في آخر الوقت فإن فاته الماء فلن تفوته الأرض) (١).

(٥) أمر الصلاة.

(٦) أى الصلاة في أول الوقت مجزئه لامثال هذا الأمر.

(٧) أى إمكان إيقاع الصلاة تامه بزوال العذر.

(٨) بالأمر بالصلاه.

(٩) تقدم الدليل على استحباب المبادره.

(١٠) (أى عن استمرار العذر المانع) كما علقه الشارح.

(١١) أى من جمله الأعذار.

ص: ٤٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب التيمم حديث ٣.

نعم يستحب التأخير مع الرجاء خروجاً من خلافهم، ولولاه لكان فيه نظر.

الثانية. المروى في المبطلون

(الثانية. المروى في المبطلون) وهو من به داء البطن. بالتحريك. من ريح، أو غائط (١) على وجه لا يمكنه منعه مقدار الصلاة (الوضوء) لكل صلاة (٢)

(١) فإن كان من بول فهو المسلوس.

(٢) ذهب المشهور إلى تجديد الوضوء لكل صلاة بالنسبة للمسلس، لأن الأصل في الحدث الطارئ بعد الطهارة إيجاب الطهارة لكن عفى بمقدار ضروره وهو فعل الصلاة الواحده فيبقى الباقي على الأصل.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى جعله كالمستحاضه بالنسبه للغسل فكما تجمع صلوات اليوم أو صلاتين بغسل واحد فكذا المسلس يجوز له الجمع مطلقاً من غير وضوء لموثق سماعه: (سألته عن رجل أخذ تقطيره من فرجه إما دم وإما غيره قال: فليضع خريطه و ليتوضأ و ليصل فإنما ذلك بلاء ابتلى به، فلا يعيدن إلا من الحدث الذى يتوضأ منه) (١)

و ذهب العلامة إلى الجمع بين الظهر و العصر بوضوء واحد و كذا بين المغرب و العشاء لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كان الرجل يقطر منه البول و الدم إذا كان حين الصلاة اتخذ كيساً و جعل فيه قطناً ثم علقه عليه و ادخل ذكره فيه، ثم صلى يجمع بين الصلاتين الظهر و العصر، يؤخر الظهر و يعجل العصر بأذان و إقامتين، و يؤخر المغرب و يعجل العشاء بأذان و إقامتين، و يفعل ذلك في الصبح) (٢) هذا كله إذا لم يكن له فتره تسع الطهارة و الصلاة و إلا فيجب الانتظار إلى تلك الفتره و تحصيل الصلاة بطهاره.

ثم هذا كله في المسلس و أما المبطلون فعن المشهور أنه إذا توضأ لكل صلاة و تجدد حدثه في الصلاة يتوضأ و يبنى على ما مضى من صلاته، أما الوضوء لكل صلاة لما تقدم في المسلس، و أما الوضوء في أثناء الصلاة و البناء على ما مضى منها لموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (صاحب البطن الغالب يتوضأ ثم يرجع في صلاته فيتم ما بقى) (٣) و هو موثق لاشتمال طريقه على عبد الله بن بكير و هو فطحي.

و ذهب العلامة في المختلف إلى عدم وجوب الطهارة في داخل الصلاة أو قبلها بعد الوضوء لكل صلاة، لأن الحدث المذكور و هو الواقع في أثناء الصلاة لو نقض الطهارة لأبطل الصلاة لأن شرط الصلاة استمرار الطهارة.

ص: ٤٥١

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٤.

(و البناء) على ما مضى منها (إذا فجأه الحدث) في أثنائها بعد الوضوء (١) و اغتفار هذا الفعل (٢) و إن كثر، و عليه جماعه من المتقدمين،(و أنكره بعض الأصحاب)

المتأخرين، و حكموا باغتفار ما يتجدد من الحدث بعد الوضوء (٣)، سواء وقع في الصلاة أم قبلها إن لم يتمكن من حفظ نفسه مقدار الصلاة، و إلا استأنفها، محتجين بأن الحدث المتجدد لو نقض الطهاره لأبطل الصلاة (٤)، لأن المشروط عدم عند شرطه، و بالأخبار الداله على أن الحدث يقطع الصلاة (٥).

(و الأقرب الأول لتوثيق رجال الخبر) الدالّ على البناء على ما مضى من الصلاة بعد الطهاره (عن الباقر عليه السّلام)، و المراد توثيق رجاله على وجه يستلزم صحه الخبر، فإن التوثيق أعّم منه عندنا، و الحال أن الخبر الوارد في ذلك صحيح باعتراف الخصم (٦)، فيتعين العمل به لذلك (و شهرته بين الأصحاب) خصوصا

(١) بعد الوضوء في أثناء الصلاة.

(٢) أي الوضوء في أثناء الصلاة.

(٣) أي بعد الوضوء لكل صلاة.

(٤) لأن من شرطها استمرار الطهاره على ما تقدم بيانه.

(٥) كخبر أبي بكر الحضرمي عن أبي جعفر عليه السّلام و أبي عبد الله عليهما السّلام: (لا يقطع الصلاة إلا أربعه: الخلاء و البول و الريح و الصوت) (١).

(٦) قال العلامة في المختلف في الفصل الرابع في بقايا أحكام الوضوء: (قال بعض علمائنا يتطهر و يبنى على صلاته لما رواه ابن بابويه في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام قال: صاحب البطن الغالب يتوضأ و يبنى على صلاته) (٢).

و من باب الفائدة اعلم أن هذا الخبر قد أورده الشيخ في التهذيب بإسناده عن العياشي أبي النضر عن محمد بن نصير عن محمد بن الحسين عن جعفر بن بشير عن عبد الله بن بكير عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: (صاحب البطن الغالب يتوضأ ثم يرجع في صلاته فيتم ما بقى) (٣) و هو موثق و هو غير الخبر الذي رواه الصدوق في -

ص: ٤٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢.

٢- (٢) المختلف ص ٢٨ طبع طهران مكتبة نينوى الحديثه.

٣- (٣) التهذيب ج ١ ص ٣٥٠ ح ١٠٣٦ و قد أخرجه في الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب نواقض الوضوء حديث ٤

المتقدمين، و من خالف حكمه أوله (١) بأن المراد بالبناء الاستئناف.

و فيه: أن البناء على الشيء يستلزم سبق شيء منه يبني عليه، ليكون الماضي بمنزلة الأساس لغه و عرفاً، مع أنهم (٢) لا يوجبون الاستئناف، فلا وجه لحملهم عليه (٣). و الاحتجاج بالاستلزام مصادره (٤)، و كيف يتحقق...

-الفقيه بسند صحيح عن محمد بن مسلم (١) و قد تقدم عند نقل كلام المختلف، و لذا في الخبر الأول قال: (ثم يرجع في صلاته فيتم ما بقي) و في الثاني: (و يبني على صلاته)، فالماتن نظر إلى خبر التهذيب فحكم بتوثيقه، و الشارح تبعاً للعلامه في المختلف نظر إلى خبر الفقيه و بهذا تبين لا داعي للقول بأن التوثيق عندنا أعم منه عنده.

(١) أي أول الخبر قال الشارح في روض الجنان: «و احتمال بعض المحققين في الروايه الأولى أن يراد بالبناء فيها الاستئناف إذ لا امتناع في أن يراد بالبناء على الشيء فعله، و فيه نظر، بل البناء على الشيء يستلزم سبق شيء منه حتى يبني عليه، كأن الماضي منه بمنزلة الأساس الذي يترتب عليه، و أورد على الروايتين معاً معارضتهما لغيرهما من الأخبار الداله على أن الحدث يقطع الصلاة و هو ضعيف، لأن عام تلك الأخبار أو مطلقها مخصص أو مقيد إجماعاً بالمستحاضه و السلس، فلا وجه لعدم إخراج هذا الفرد مع النص عليه بالتعيين» (٢).

و مراده من الروايتين هو: صحيح ابن مسلم المروى في الفقيه و قد تقدم، و صحيح الفضيل بن يسار: (قلت لأبي جعفر عليه السلام: إنى أكون في الصلاة فأجد غمزا في بطني أو أذى أو ضربانا، فقال: انصرف ثم توضأ و ابن علي ما مضى من صلاتك ما لم تنقض الكلام متعمداً، و إن تكلمت ناسياً فلا شيء عليك فهو بمنزله من تكلم في الصلاة ناسياً، قلت:

و إن قلب وجهه عن القبلة، قال: نعم و إن قلب وجهه عن القبلة) (٣).

هذا من جهه و من جهه أخرى فمراده من بعض المحققين هو المحقق الثاني.

(٢) كالعلامه و المحقق الثاني اللذين لم يأخذوا بخبر البناء على ظاهره، و المعنى فلو حملنا البناء على الاستئناف كما عن المحقق الثاني لوجب أن يستأنف الصلاة من رأس إذا أحدث في أثناء الصلاة و توضأ، مع أنهما يكتفيان بالوضوء لكل صلاة.

(٣) أي لحمل البناء على الاستئناف.

(٤) توضيح ذلك: أن العلامه في المختلف كما تقدم استدل على عدم الوضوء للحدث-

ص: ٤٥٣

١- (١) الفقيه ج ١ ص ٢٣٧ باب صلاة المريض ح ١١.

٢- (٢) روض الجنان ص ٤٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٩.

التلازم (١) مع ورود النصّ الصحيح (٢) بخلافه، و الأخبار الداله (٣) على قطع مطلق الحدث لها (٤) مخصوصه بالمستحاضه و السلس اتفاقا، و هذا الفرد يشار كهما (٥) بالنصّ الصحيح، و مصير جمع إليه، و هو كاف في التخصيص. نعم هو غريب (٦) لكنه ليس بعام للنظير، فقد ورد صحيحا قطع الصلاه و البناء عليها في غيره (٧)...

-المتجدد في أثناء الصلاه بأن الحدث المتكرر في أثناء الصلاه لو أفسد الطهاره لأبطل الصلاه لأن شرط صحه الصلاه استمرار الطهاره، و قال الشهيد في الذكري «هذا من علامه مصادره» و تبعه على ذلك الشارح في الروض حيث قال: «و هو مصادره على المطلوب كما ذكره الشهيد (رحمه الله)» و كذلك سيد المدارك، و توضيح المصادره أننا لا نسلم بالتلازم بين صحه الصلاه و بين استمرار الطهاره إذ تبقى الصلاه صحيحه و إن انتفت الطهاره كما في المسلوس و المستحاضه إلا أن المحقق الثاني ذهب (إلى أن الطهاره شرط الصلاه إجماعا و المشروط عدم شرطه، و الحدث مانع اتفاقا لإخلاله بالشرط، و ليس في هذا مصادره بوجه) كما نقله الشارح عنه في الروض.

إلا أنه رده بقوله: (و هو ضعيف جدا فإن المصادره نشأت من ادعاء الملازمه بين نقض الطهاره و بطلان الصلاه مع ورود النصّ الصحيح على فساد هذه الملازمه، فلا معنى حينئذ لدفعها بدعوى الإجماع على أن الطهاره شرط الصلاه مع تخلفها في مواضع كثيره).

ثم قال: و أوجب بأن الاحتجاج ليس هو بانتقاض الطهاره هنا الذي هو محل النزاع حتى تكون مصادره بل الأدله الداله بعمومها على إعادة الصلاه بالحدث و قد عرفت أن الأدله التي تدعيها مخصوصه أو مقيده إجماعا فاندفع الجواب أيضا) انتهى.

(١) بين نقض الطهاره و بطلان الصلاه.

(٢) و هو صحيح محمد بن مسلم المتقدم.

(٣) كخبر أبي بكر الحضرمي المتقدم.

(٤) للصلاه.

(٥) أي المبطون يشارك المستحاضه و المسلوس.

(٦) بأن يقطع الطهاره و لا يقطع الصلاه.

(٧) كما في إنقاذ الفريق و أخذ المال من الغريم ففي موثق سماعه: (سألته عن الرجل يكون قائما في الصلاه الفريضة فينسى كيسه أو متاعا يتخوف ضيعته أو هلاكه قال: يقطع صلاته و يحرز متاعه ثم يستقبل الصلاه، قلت: فيكون في الفريضة فتغلب عليه دابه أو تغلب دابته فيخاف أن تذهب أو يصيب فيها عنت، فقال: لا بأس بأن يقطع صلاته -

مع أن الاستبعاد غير مسموع (١).

الثالث. يستحبّ تعجيل القضاء

(الثالث. يستحبّ تعجيل القضاء) استحباباً مؤكداً (٢)، سواء الفرض و النفل، بل الأ-كثر على فوريه (٣) قضاء الفرض، و أنه لا يجوز الاشتغال عنه (٤) بغير الضرورى من أكل ما يمسك الرمق، و نوم يضطر إليه، و شغل يتوقف عليه (٥)، و نحو ذلك (٦) و أفردته (٧) بالتصنيف جماعه، و فى كثير من الأخبار (٨) دلالة عليه، إلا أن حملها على الاستحباب المؤكّد طريق الجميع بينها و بين ما دلّ على التوسعه.

(و لو كان) الفائت (نافله لم ينتظر بقضائها مثل زمان فواتها) من ليل أو نهار، بل يقضى نافله الليل نهاراً و بالعكس (٩)، لأن الله تعالى جعل كلا منهما

و يتحرز و يعود إلى صلاته(١٠) و خبر إسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السّلام: (فى رجل يصلى و يرى الصبى يخبو إلى النار، أو الشاه تدخل البيت لتفسد الشىء فقال: فلينصرف و ليحرز ما يتخوف و بينى على صلاته ما لم يتكلم)٢.

(١) لورود النص و عمل جمع من الأصحاب به.

(٢) قد تقدم حمل أخبار المضايقه على الاستحباب جمعا بينها و بين أخبار الموسعه.

(٣) أى المضايقه و تقدم الكلام فيه.

(٤) عن القضاء.

(٥) أمر معاشه.

(٦) حتى ادعى المفيد و الحلّى الإجماع عليه كما تقدم.

(٧) أى الغور فى قضاء الفرض.

(٨) و هى أخبار المضايقه و قد تقدم عرض أكثرها.

(٩) لطائفه من الأخبار منها: مرسل الصدوق: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الله ليباهى ملائكته بالعبد يقضى صلاه الليل بالنهار، فيقول: يا ملائكتى انظروا إلى عبدى يقضى ما لم أفترضه عليه، أشهدكم أنى قد غفرت له)(٢).

و خبر عنبسه العابد: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن قول الله (عز و جل): وَ هُوَ الَّذِي جَعَلَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ خِلْفَةً لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يَذَّكَّرَ أَوْ أَرَادَ شُكُورًا قال: قضاء الليل بالنهار و قضاء النهار بالليل)٤-.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب قواطع الصلاة حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب المواقيت حديث ٥ و ٢.

خلفه للآخر، و للأمر بالمسارعه إلى أسباب المغفره (١) و للأخبار.

و ذهب جماعه من الأصحاب إلى استحباب المماثله استنادا إلى روايه (٢) إسماعيل الجعفى عن الباقر عليه السلام: «أفضل قضاء النوافل قضاء صلاه الليل بالليل، و صلاه النهار بالنهار»، و غيرها. و جمع بينهما بالحمل على الأفضل و الفضيله، إذ عدم انتظار مثل الوقت فيه مسارعه إلى الخير و هو فضل. كذا أجاب فى الذكري، و هو يؤذن بأفضليه المماثله، إذا لم يذكر الأفضل إلا فى دليلها (٣). و أطلق فى باقى كتبه استحباب التعجيل، و الأخبار به كثيره (٤) إلا أنها خاليه عن الأفضليه.

(و فى جواز النافله لمن عليه فريضه قولان، أقربهما الجواز) (٥) للأخبار

و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن على بن الحسين عليه السلام كان إذا فاتته شىء من الليل قضاءه بالنهار) (١).

(١) لقوله تعالى: وَ سَارِعُوا إِلَىٰ مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ (٢).

(٢) و هى موثقه (٣) و مثلها خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (اقض ما فاتك من صلاه النهار بالنهار، و ما فاتك من صلاه الليل بالليل) (٤) ذهب إليه المفيد و ابن الجنيد.

(٣) أى دليل المماثله و هو موثق إسماعيل الجعفى المتقدم فى الشرح. و كذا فى صحيح بريد بن معاويه العجلي عن أبى جعفر عليه السلام: (أفضل قضاء صلاه الليل فى الساعه التى فاتتك آخر الليل، و ليس بأس أن يقضيها بالنهار و قبل أن تزول الشمس) (٥).

(٤) أى بالتعجيل كخبر عنسه العابد المتقدم.

(٥) كما عن الصدوق و الإسكافى و الشهيدين و الأردبيلى و سيد المدارك و جماعه خلافا للفاضلين و جماعه على المنع بل قيل إن المنع هو المشهور بل مذهب علمائنا.

و استدلل للمنع بمرسل المبسوط و الخلاف عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: (لا صلاه لمن عليه صلاه) (٤).

و فى الذكري قال: «للمروى عنهم عليهم السلام: لا صلاه لمن عليه صلاه» (٧).

و صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (و لا يتطوع بركعه حتى يقضى الفريضه) (٥).

و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل ينام عن الغداه-

ص: ٤٥٦

٢- (٢) آل عمران الآية: ١٣٣.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب المواقيت حديث ٦ و ٧ و ٣.

٤- ((٦ و ٧) أورده في المستدرک أيضا عن المفيد الباب - ٤٦ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

الكثيره الداله عليه (و قد بينا مأخذة في كتاب الذكرى) (١) بإيراد ما ورد فيه من الأخبار، و حررنا نحن ما فيه في شرح الإرشاد (٢).

و استند المانع أيضا إلى أخبار دلت على النهي، و حمله على الكراهه طريق الجمع. نعم يعتبر عدم إضرارها بالفريضة، و لا فرق بين ذوات الأسباب و غيرها (٣).

—حتى تبنغ الشمس أ يصلى حين يستيقظ أو ينتظر حتى تنبسط الشمس؟ فقال عليه السلام:

يصلى حين يستيقظ، قلت: يوتر أو يصلى الركعتين؟ قال عليه السلام: بل يبدأ بالفريضة (١).

و صحیح زراره المروى فى الروض و المدارك: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: أصلى النافله و على فريضة أو فى وقت فريضة؟ قال عليه السّلام: لا، لأنه لا- تصلى نافله فى وقت فريضة، أ رأيت لو كان عليك من شهر رمضان أ كان لك أن تتطوع حتى تقضيه؟ قلت:

لا، قال عليه السّلام: فكذلك الصلاه) (٢).

و هى معارضه بأخبار تدل على الجواز منها: موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام:

(عن رجل نام عن الغداه حتى طلعت الشمس فقال عليه السلام: يصلى ركعتين ثم يصلى الغداه) (٣).

و صحیح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت له: رجل عليه دين من صلاه قام يقضيه فيخاف أن يدركه الصبح و لم يصل صلاه ليلته تلك، قال عليه السّلام: يؤخر القضاء و يصلى صلاه ليلته تلك) (٤) و الأخبار المشتمله على رقوط النبى صلى الله عليه و آله و سلم عن صلاه الصبح و نافلتها و أنه قضاها مقدا للنافله على الفريضة (٥).

و الجمع بينهما يقتضى حمل المنع على الكراهه.

(١) المسأله ١١ من الفصل الثالث فى أحكام الرواتب ص ١٣٠.

(٢) و هو روض الجنان ص ١٨٣.

(٣) و هى المبتدئه للإطلاق.

ص: ٤٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٩.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المواقيت حديث ٦ و المستدرک باب - ٤٦ - من أبواب المواقيت حديث ١.

(الفصل التاسع. في صلاة الخوف) (١)

في كونها مقصوره

(١) مشروعيته غير مختصه بالنبي صلى الله عليه وآله وسلم، بالاتفاق منا ومن الجمهور ولم يخالف إلا أبو يوسف فخصها به صلى الله عليه وآله وسلم، وضعفه ظاهر للأخبار التي سيمر عليك بعضها. هذا فضلا عن صلاة أمير المؤمنين عليه السلام لها في ليله الهرير بعد انتقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى الرفيق الأعلى كما في صحيح الفضلاء. زراره وفضيل ومحمد بن مسلم. عن أبي جعفر عليه السلام: (في صلاة الخوف عند المطاردة والمناوشة وتلاحم القتال فإنه كان يصلى كل إنسان منهم بالإيماء حيث كان وجهه، فإذا كانت المسايقه والمعانقه وتلاحم القتال فإن أمير المؤمنين عليه السلام ليله صفيين، وهي ليله الهرير، لم تكن صلاتهم الظهر والعصر والمغرب والعشاء عند وقت كل صلاة إلا التكبير والتهليل والتسييح والتحميد والدعاء، فكانت تلك صلاتهم ولم يأمرهم بإعادة الصلاة) (١).

و في مرسل الطبرسي في مجمع البيان: (روى أن عليا عليه السلام صلى ليله الهرير خمس صلوات بالإيماء) (٢).

واستدل له بظاهر الآية: وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا وَإِذَا كُنْتُمْ فِيهِمْ فَأَقَمْتَ لَهُمُ الصَّلَاةَ فَلْتَقُمْ طَائِفَةٌ مِنْهُمْ مَعَكَ وَ لِيَأْخُذُوا أَسْلِحَتَهُمْ فَإِذَا سَجَدُوا فَلْيَكُونُوا مِنْ وَرَائِكُمْ وَ لَتَأْتِ طَائِفَةٌ أُخْرَى لَمْ يُصِ لُوا فَلْيُصِ لُوا مَعَكَ وَ لِيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَ أَسْلِحَتَهُمْ (٣). بدعوى أن قوله تعالى: وَإِذَا كُنْتُمْ فِيهِمْ دليلا على الاشتراط لأن المفهوم فإذا لم تكن فيهم فلا صلاة.

وفيه: إن غايه ما يستفاد من الآية بيان كيفية الصلاة جماعه إذا كان معهم ولا تدل على اشتراط مشروعيه الحكم بحضوره صلوات الله عليه وآله.

هذا وعن المزني من علماء العامه أن الآية منسوخه بتأخير النبي صلى الله عليه وآله وسلم يوم الخندق أربع صلوات اشتغالا بالقتال ولم يصل صلاة الخوف.

ويرده ما عن غير واحد أن الحكم في حال الخوف قبل نزول الآية هو تأخير الصلاة إلى -

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاة الخوف حديث ٨ و ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاة الخوف حديث ٨ و ١٠.

٣- (٣) النساء الآية: ١٠١-١٠٢.

(و هي مقصوره (١) سفرا) (٢) إجماعا، (و حضرا) على الأصح للنص و حجه

-حين حصول الأمن فيقضى فنسخ هذا لصلاه الخوف عند نزول هذه الآيه، فلذا أخر النبي صلى الله عليه وآله وسلم يوم الخندق أربع صلوات ثم قضاها، فالآيه ناسخه لحكمه و ليست منسوخه به.

(١) من حيث الكمية فترد الرباعيه إلى ركعتين و تبقى الثلاثيه و الثنائيه على حالهما كما تدل عليه الأخبار الكثيره المتضمنه لصلاه الخوف منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

(قلت له: صلاه الخوف و صلاه السفر تقصران جميعا؟ قال: نعم و صلاه الخوف أحق أن تقصر من صلاه السفر لأن فيها خوفا) (١).

و عن ابن الجنيد أن التقصير في صلاه الخوف هو رد الركعتين إلى ركعه، بمعنى أن صلاه الخوف إنما تكون عند السفر على قول سيأتي، فصلاه السفر ركعتان و صلاه الخوف ركعه واحده و يشهد له صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام: (في قول الله عز و جل):

وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَام: هذا تقصير ثان، و هو أن يرد الرجل الركعتين إلى ركعه) (٢).

و خبر إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام: (فرض الله على المقيم أربع ركعات، و فرض على المسافر ركعتين تمام، و فرض على الخائف ركعه، و هو قول الله عز و جل): فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا، يقول: من الركعتين فتصير ركعه) ٢. فلا بد من تأويلهما أو حملهما على التقية لعدم مقاومتهما على ما دل على أن التقصير في صلاه الخوف كالتقصير في صلاه الخوف و لما ورد في كيفية صلاه الخوف و سيأتي التعرض لبعضه.

(٢) اتفق الجميع على تقصير صلاه الخوف في السفر جماعه و فرادى، و في الحضر كذلك على رأى جماعه منهم الشيخ و المرتضى و ابن إدريس بل قيل إنه الأكثر، و في المعتبر عن بعض الأصحاب أنها تختص بالسفر خاصه لظاهر الآيه: وَ إِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ (٣).

و فيه: إن ذكر السفر قد جرى مجرى الغالب لأن الخوف إنما يكون في السفر غالبا، و إلا-

ص: ٤٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الخوف حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الخوف حديث ٢ و ٤.

٣- (٤) النساء الآيه: ١٠١.

مشرط السفر بظاهر الآيه حيث اقتضت الجمع (١) مندفعه بالقصر للسفر المجرد عن الخوف (٢)، و النص (٣) محكم فيهما (٤) (جماعه) إجماعاً، (و فرادى) على الأشهر لإطلاق النص (٥). و استناد مشرطها (٦) إلى فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم لها جماعه لا يدل على الشرطيه، فيبقى ما دل على الإطلاق سالماً و هى أنواع كثيره (٧) تبلغ العشره أشهرها صلاه ذات الرقاع، فلذا لم يذكر غيرها، و لها شروط أشار إليها بقوله (٨).

فلو كانت صلاه الخوف مشروطه بالسفر لكان ذكر الخوف لغوا ما دام التقصير واحداً فى الاثنين فضلاً عن صحيح زراره. المتقدم. عن أبى جعفر عليه السلام: (قلت له: صلاه الخوف و صلاه السفر تقصيران جميعاً؟ قال: نعم و صلاه الخوف أحق أن تقصر من صلاه السفر لأن فيها خوفاً) (١) و هو مطلق يشمل صلاه الخوف فى الحضر و هذا و إطلاق الآيه و الخبر يقتضى صحه صلاه الخوف جماعه و فرادى.

و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس إلى اشتراط الجماعه فى تقصيرها حضراً لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم إنما صلاها جماعه و فيه: إن إيقاعها جماعه منه صلى الله عليه وآله وسلم لا يدل على الاشتراط بالإضافه إلى ظاهر الآيه و الخبر المتقدمين.

(١) أى حيث اقتضت الآيه الجمع بين السفر و الخوف فى صلاه السفر.

(٢) فيكون ذكر الخوف فى الآيه لغوا و هذا ما لا يمكن الالتزام فيتعين أن يكون المدار على الخوف و قد ذكر السفر من باب الغالب لأن الخوف غالباً إنما يكون فى السفر.

(٣) و هو صحيح زراره المتقدم.

(٤) أى فى الخوف المجرد عن السفر، و فى السفر المجرد عن الخوف.

(٥) و هو صحيح زراره.

(٦) أى استناد من اشترط الجماعه فى صلاه الخوف كالشيخ فى المبسوط نعم كان على الشارح أن يقيد بالحضر.

(٧) اعلم أن المهم منها خمسها لأن صلاه الخوف إن صليت جماعه فلها ثلاث كيفيات صلاه ذات الرقاع و صلاه عسفان و صلاه بطن النخل و مع اشتداد الخوف عند تلاحم الصفين فى القتال فتسمى بصلاه المطارده و صلاه شدة الخوف فهى إما بالإيماء للركوع و السجود مع القراءه عند الإمكان و إما بالتسييح بدل القراءه مع سقوط الإيماء للركوع و السجود.

(٨) شروطها ثلاثه:

الأول: إمكان تقسيم المسلمين فرقتين، فرقه تحرس و فرقه تصلى، و الدليل عليه ظاهر إذ-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة الخوف حديث ١.

(و مع إمكان الافتراق فرقتين) لكثرة المسلمين أو قوتهم، بحيث يقاوم كل فرقه العدو حاله اشتغال الأخرى بالصلاه، و إن لم يتساويا عددا، (و) كون (العدو فى خلاف) جهه (القبله) إما فى دبرها أو عن أحد جانبيها، بحيث لا يمكنهم القتال مصليين إلا بالانحراف عنها، أو فى جهتها مع وجود حائل يمنع من قتالهم، و اشترط ثالث و هو كون العدو ذا قوه يخاف هجومه عليهم حال الصلاه:

فلو أمن صلوا بغير تغيير يذكر هنا (١) و تركه اختصارا، و إشعارا به من الخوف.

و رابع و هو عدم الاحتياج إلى الزيادة على فرقتين، لاختصاص هذه الكيفيه (٢) بإدراك كل فرقه ركعه (٣)، و يمكن الغنى عنه فى المغرب (٤).

و مع اجتماع الشروط (يصلون صلاه ذات الرقاع) سميت بذلك لأن القتال كان فى سفح جبل فيه جدد (٥)، حمر، و صفر، و سود كالرقاع، أو لأن الصحابه كانوا حفاه فلفوا على أرجلهم الرقاع من جلود، و خرق لشده الحر، أو لأن الرقاع كانت فى ألويتهم، أو لمرور قوم به حفاه فتشقت أرجلهم فكانوا يلفون عليها الخرق، أو لأنها اسم شجره كانت فى موضع الغزوه. و هى (٦) على ثلاثه أميال من المدينه عند بئر أروما. و قيل: موضع من نجد، و هى أرض غطفان.

(بأن يصلى الإمام بفرقه ركعه) فى مكان لا يبلغهم سهام العدو، ثم

-مع قصورهم عن ذلك لا يجوز لهم الجماعه حينئذ لاستلزامها الإخلال بالحراسه.

الثانى: أن يكون فى العدو كثره يحصل معها الخوف و إلا لانتفى المسوغ لصلاه الخوف.

الثالث: أن يكون العدو فى خلاف جهه القبلة، و عن المدارك أن هذا الشرط مقطوع به فى كلام أكثر الأصحاب، و استدلوا عليه بأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم إنما صلّاها كذلك فتجب متابعتة، و ذهب العلامه فى التذكره إلى عدم اعتباره لأن ما وقع حال صلاه النبى صلى الله عليه و آله و سلم إنما وقع اتفاقا لا أنه كان شرطا، و رجحه الشهيد و استحسنة الشارح فى الروض.

(١) أى من ناحيه الكيفيه و إن كان أصل الخوف أوجب التقصير فى الكميه.

(٢) كيفيه صلاه ذات الرقاع.

(٣) مع الإمام.

(٤) حيث يفترون ثلاث فرق فتدرك كل فرقه مع الإمام ركعه.

(٥) بضم الجيم جمع جده بمعنى العلامه.

(٦) أى الغزوه.

ص: ٤٦١

ينفردون بعد قيامه (ثم يتمون) ركعه أخرى مخففه و يسلمون و يأخذون موقف الفرقة المقاتله،(ثم تأتي) الفرقة (الأخرى) و الإمام فى قراءه الثانيه،(فيصلى بهم ركعه) إلى أن يرفعوا من سجود الثانيه فينفردون، و يتمون صلاتهم،(ثم ينتظرهم) الإمام (حتى يتموا و يسلم بهم) (١).

(١) هذه الكيفيه متفق عليها بين الأصحاب و يدل عليها أخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (صلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بأصحابه فى غزاه ذات الرقاع صلاه الخوف ففرق أصحابه فرقتين، أقام فرقه بإزاء العدو و فرقه خلفه، فكبر و كبروا فقرأ و أنصتوا فركع و ركعوا و سجدوا و سجدوا، ثم استتم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قائما فصلوا لأنفسهم ركعه، ثم سلم بعضهم على بعض، ثم خرجوا إلى أصحابهم، و أقاموا بإزاء العدو و جاء أصحابهم فقاموا خلف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فصلى بهم ركعه ثم تشهد و سلم عليهم فقاموا فصلوا لأنفسهم ركعه و سلم بعضهم على بعض) (١).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن صلاه الخوف قال: يقوم الإمام و يجيء طائفه من أصحابه فيقومون خلفه و طائفه بإزاء العدو فيصلى بهم الإمام ركعه، ثم يقوم و يقومون معه فيمثل قائما و يصلون هم الركعه الثانيه، ثم يسلم بعضهم على بعض، ثم ينصرفون فيقومون فى مقام أصحابهم، و يجيء الآخرون فيقومون خلف الإمام فيصلى بهم الركعه الثانيه، ثم يجلس الإمام فيقومون هم فيصلون ركعه أخرى ثم يسلم عليهم فينصرفون بتسليمه قال: و فى المغرب مثل ذلك يقوم الإمام فتجىء طائفه فيقومون خلفه ثم يصلى بهم ركعه ثم يقوم و يقومون فيمثل الإمام قائما و يصلون الركعتين و يتشهدون و يسلم بعضهم على بعض ثم ينصرفون فيقومون فى موقف أصحابهم و يجيء الآخرون و يقومون خلف الإمام فيصلى بهم ركعه يقرأ فيها ثم يجلس فيتشهد ثم يقوم و يقومون معه فيصلى بهم ركعه أخرى ثم يجلس و يقومون فيتمون ركعه أخرى ثم يسلم عليهم) (٢).

فالظاهر من الأخبار أن الإمام ينتظر الطائفه الثانيه عند التسليم فيسلم عليهم كما فى صحيح الحلبي الأخير، و يجوز له التسليم عند مفارقتهم إياه و لا يجب عليه الانتظار كما فى صحيح عبد الرحمن المتقدم كما يجوز له انتظارهم عند التشهد فيتشهدون معه ثم يسلم و يسلمون كما هو صريح خبر الحميرى عن على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام الوارد فى صلاه الخوف: (فإذا قعد فى التشهد قاموا فصلوا الثانيه لأنفسهم ثم يقعدون-

ص: ٤٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه الخوف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من صلاه الخوف حديث ٤.

و إنما حكمنا بانفرادهم مع أن العبارة لا تقتضيه، بل ربّما دلّ سلامه بهم على بقاء القدوة، تبعاً للمصنف حيث ذهب في كتبه إلى انفرادهم، و ظاهر الأصحاب، و به صرح كثير منهم بقاء القدوة، و يتفرّع عليه (١) تحمّل الإمام أو هامهم على القول به (٢). و ما اختاره المصنف (٣) لا يخلو من قوه.

(و في المغرب يصلّي بإحداهما ركعتين) و بالأخرى ركعه مخيراً في ذلك (٤).

فيتشهدون معه ثم يسلم و ينصرفون معه (١).

ثم هل يجب على الفرقة الأولى نية الانفراد عند القيام؟ قيل: نعم لعدم جواز مفارقه الإمام بدون هذه النية لأن المأموم مأمور بمتابعه الإمام.

و قيل: لا- لأن قضيه الائتمام في صلاة الخوف بالنسبة للفرقة الأولى إنما هي في الركعة الأولى فقط و قد انتهت و قواه في الذكرى و استحسنة الشارح في الروض. و إن كان الأول أحوط.

ثم هل يجب على الفرقة الثانية نية الانفراد عند قيامهم للركعة الثانية لأنفسهم؟ قيل: نعم كما عن جماعة و هو الظاهر من كلام الشيخ لعين الدليل المتقدم.

و ظاهر الأكثر عدم لبقاء الائتمام حكماً و إن استقلوا بالقراءة بدليل أن الإمام سيسلم بهم كما في صحيح الحلبي المتقدم.

(١) على بقاء القدوة و الائتمام.

(٢) أي على القول بتحمّل الإمام أو هامهم بتفسير أنه لا سهو على المأموم كما تقدم، و هو المنسوب للشيخ.

(٣) من الانفراد.

(٤) نسب العلامة في المنتهى التخيير إلى علمائنا، لورود الأخبار بكل من الكيفيتين و الجمع بينهما يقتضى التخيير.

ففي صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (صلاة الخوف: المغرب يصلّي بالأوليين ركعه و يقضون ركعتين، و يصلّي بالآخرين ركعتين و يقضون ركعه) (٢) و مثله غيره و في صحيح زراره الآخر عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا كانت صلاة المغرب في الخوف فرقمهم فرقتين، فيصلّي بفرقه ركعتين ثم جلس بهم ثم أشار إليهم بيده فقام كل إنسان منهم فيصلّي ركعه ثم سلّموا، فقاموا مقام أصحابهم و جاءت الطائفة الأخرى فكبروا و دخلوا في الصلاة-

ص: ٤٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الخوف حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الخوف حديث ٣ و ٢.

و الأفضل تخصيص الأولى بالأولى، و الثانية بالباقي، تأسيا بعلى عليه السّلام ليله الهرير، و ليتقاربا في إدراك الأركان (١) و القراءه المتعينه (٢).

و تكليف الثانية (٣) بالجلوس للتشهد الأول (٤) مع بنائها (٥) على التخفيف (٦)، يندفع (٧)...

و قام الإمام فصلّى بهم ركعه ثم سلم ثم قام كل رجل منهم فصلّى ركعه فشفعها بالتى صلى مع الإمام ثم قام فصلّى ركعه ليس فيها قراءه، فتمت للإمام ثلاث ركعات و للأولين ركعتان جماعه و للآخرين وجدانا، فصار للأولين التكبير و افتتاح الصلاه و للآخرين التسليم (١).

نعم الأفضل الكيفيه الأولى لكثرة الروايات الوارده فيها و للتأسى بأمر المؤمنين عليه السّلام عند ما صلاها ليله الهرير كما عن الخلاف و التذكره، و لا اعتبار هو: أن تدرك الفرقة الثانية القراءه المتعينه في الركعه الثانية كما أدركت الفرقة الأولى القراءه في الركعه الأولى، و حيازه الأولى لفضيله تكبيره الإحرام و التقدم تتساوى مع إحراز الثانية للركعتين.

و قيل كما عن العلامه في القواعد إنّ الكيفيه الثانية أفضل لثلا تتكلف الفرقة الثانية زياده جلوس عند تشهد الإمام عقيب الركعه الثانية مع أن صلاه الخوف مبنيه على التخفيف.

(١) فى الركعه ثلاثه أركان: القيام و الركوع و السجود إلا فى الركعه الأولى ففيها خمسة أركان بإضافه النيه و تكبيره الإحرام.

فإذا اختصت الفرقة الأولى بالأولى كان لها خمسة أركان مع الإمام و كان للثانية ستة أركان فى الركعتين مع الإمام و هى متقاربان بخلاف ما لو اختصت الفرقة الأولى بالركعتين فيكون لها ثمانية أركان مع الإمام و يبقى للثانية ثلاثه أركان و هذا موجب للتفاوت الفاحش.

(٢) أى الواجبه بحيث تكون قراءه الركعه الأولى للفرقة الأولى، و قراءه الركعه الثانية للفرقة الثانية بخلاف العكس فتكون القراءه المتعينه فى الركعتين للفرقة الأولى فقط.

(٣) أى الفرقة الثانية.

(٤) أى التشهد الأول للإمام.

(٥) أى بناء صلاه الخوف.

(٦) كما هو دليل العلامه فى القواعد لترجيح الكيفيه الثانية.

(٧) بأن الجلوس للتشهد أمر لا بد منه على الكيفيتين، أما الكيفيه الأولى فيتشهد الإمام-

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة الخوف حديث ٣ و ٢.

باستدعائه (١) زمانا على التقديرين، فلا يحصل بإيثار الأولى تخفيف، و لتكليف الثانية بالجلوس للتشهد الأول على التقدير الآخر (٢).

(و يجب على) المصلين أخذ السلاح، للأمر به (٣) المقتضى له، و هو آله القتال و الدفع، من السيف، و السكين، و الرمح، و غيرها و إن كان نجسا (٤)، إلا أن يمنع (٥) شيئا من الواجبات، أو يؤذى غيره (٦) فلا يجوز اختيارا (٧).

(و مع الشده) (٨)...

و الفرقه الثانيه منتظره له حتى يقوم الإمام للثالثه له و يقومون هم للثانيه لهم، و على الكيفيه الثانيه فيتشهد الإمام التشهد الأوسط مع الفرقه الأولى لكن عقيب ثالثته و إن تشهد تشهده الأخير حين قيام الفرقه الثانيه للركعه الثانيه لكن عليهم الجلوس للتشهد الأخير زمانا كزمان التشهد الأوسط للإمام و عليه فعلى كلا الحالين لا تقويت على الجند.

(١) أى باستدعاء التشهد سواء كان وسطا للإمام على الكيفيه الأولى أو أخيرا للمأمومين من الفرقه الثانيه على الكيفيه الثانيه.

(٢) أى على الكيفيه الثانيه فتكلف الفرقه الثانيه بالجلوس للتشهد الأول مع أن الإمام غير جالس له و هذا نوع تطويل لأنه على الكيفيه الأولى فالفرقه الثانيه تجلس للتشهد الأول عند التشهد الأخير للإمام.

(٣) أى بالأخذ لقوله تعالى: **وَلْيَأْخُذُوا حِذْرَهُمْ وَأَسْلِحَتَهُمْ** و الأمر المطلق يدل على الوجوب و هو قول الشيخ و أكثر الأصحاب كما عن المدارك، و عن ابن الجنيد استحباب الأخذ حملا- للأمر على الإرشاد لما فى أخذ السلاح من إظهار القوه و إظهار التحفظ أمام العدو.

ثم على القول بالوجوب لا تبطل الصلاه بالإخلال به لأنه متعلق بأمر خارج عن ماهيه الصلاه.

(٤) للإطلاق، و على قول ضعيف لا دليل عليه معتد به كما فى الجواهر. لا يجوز إذا كان متنجسا.

(٥) لثقله.

(٦) كالرمح فى وسط الصفوف.

(٧) لترجيح حرمه الأذيه و وجوب مراعاة الصحه فى الصلاه عليه، و أما عند الاضطرار و الضروره فجائز.

(٨) أى شده الخوف اعلم أن ما تقدم هو المسمى بصلاه ذات الرقاع و أما صلاه بطن النخل -

المانعه من الافتراق كذلك (١)، و الصلاة جميعا بأحد الوجوه المقرره في هذا الباب

فهى أن يصلى الإمام صلاته بطائفه ثم يصلى ندبا بطائفه أخرى و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم صلاها بأصحابه بهذا الوضع كما عن الشيخ فى المبسوط (١).

و أما صلاه عسفان فقد أرسلها الشيخ فى المبسوط عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم إرسال درايه لا روايه فقال: (و متى كان العدو فى جهه القبلة و يكونون فى مستوى الأرض لا يستترهم شىء و لا يمكنهم أمر يخاف منه و يكون فى المسلمين كثره لا يلزمهم صلاه الخوف و لا صلاه شده الخوف، و إن صلوا كما صلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم بعسفان جاز، فإنه صلى الله عليه و آله و سلم قام مستقبل القبلة و المشركون أمامه فصف خلفه صفا، و صف بعد ذلك الصف صفا آخر، فركع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و ركعوا جميعا و سجد و سجد الصف الذين يلونه، و قام الآخرون يحرسونه، فلما سجد الأولون السجدين و قاموا سجد الآخرون الذين كانوا خلفهم، ثم تأخر الصف الذين يلونه إلى مقام الآخريين و تقدم الصف الآخر إلى مقام الصف الأول، ثم ركع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و ركعوا جميعا، ثم سجد و سجد الصف الذى يليه و قام الآخرون يحرسونه فلما جلس رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و الصف الذى يليه سجد الآخرون، ثم جلسوا جميعا و سلم بهم جميعا، و صلى بهم جميعا هذه الصلاه يوم بنى سليم) (٢).

(١) أى فرقتين بحيث تصلى فرقه و تحرس أخرى، شروع فى صلاه شده الخوف و تسمى بصلاه المطارده و ذلك عند ما ينتهى حال القتال بين الصفيين إلى المعانقه و المسايقه فيصلى كل واحد منهم على حسب إمكانه واقفا أو راكبا أو ماشيا و يأتى بما أمكن من الركوع و السجود و مع التعذر يومئ إليهما، و يستقبل القبلة بما أمكن من صلاته و إلا فيكفيه استقبال القبلة بتكبيره الإحرام و إلا فيصلى إلى أى جهه أمكن له.

هذا كله إذا تمكن من النزول إلى الأرض و إن لم يتمكن صلى راكبا و سجد على قربوس سرجه و إن لم يتمكن أو ما إيماء.

ثم إن الجميع تكون بالقراءه المتعينه من الحمد و السوره مع أذكار الركوع و السجود و التشهد و التسليم و إن لم يتمكن صلى بالتسيح و يسقط الركوع و السجود و يقول بدل كل ركعه: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر، و هذا الحكم بشقوه الأربعة متفق عليه بين الأصحاب و يدل عليه جمله من الأخبار منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (قلت له: صلاه الموافقه؟ فقال: إذا لم يكن النصف من عدوك صليت إيماء-

ص: ٤٤٤

١- (١) المبسوط الجزء الأول ص ١٦٧.

٢- (٢) المبسوط الجزء الأول ص ١٦٦-١٦٧.

(يصلون بحسب الممكنه) ركباناً و مشاه جماعه و فرادى، و يغتفر اختلاف الجبهه هنا،

-راجلا- كنت أو راكبا، فإن الله يقول: فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا . إلى أن قال. أينما توجهت بك دابتك غير أنك تتوجه إذا كبرت أول تكبيره(١).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (صلاه الزحف على الظهر إيماء برأسك و تكبير، و المسايغه تكبير بغير إيماء، و المطارده إيماء يصلى كل رجل على حياله)٢.

و صحيح الفضلاء. زراره و الفضيل و محمد بن مسلم. عن أبي جعفر عليه السلام: (فى صلاه الخوف عند المطارده و المناوشه و تلاحم القتال فإنه يصلى كل إنسان منهم بالإيماء حيث كان وجهه، فإذا كانت المسايغه و المعانقه و تلاحم القتال فإن أمير المؤمنين عليه السلام ليله صفتين. و هى ليله الهرير. لم يكن صلى بهم الظهر و العصر و المغرب و العشاء عند وقت كل صلاه إلا بالتكبير و التهليل و التسيح و التمجيد و التحميد و الدعاء، فكانت تلك صلاتهم لم يأمرهم بإعاده الصلاه)٣.

و خبر عبد الله بن المغيره عن الصادق عليه السلام: (أقل ما يجرى فى حد المسايغه من التكبير تكبيرتان لكل صلاه، إلا المغرب فإن لها ثلاثا)٤.

و خبر ابن عذافر عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا جالت الخيل اضطرب السيوف أجزاءه تكبيرتان فهذا تقصير آخر)٥.

و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (الذى يخاف اللصوص و السبع يصلى صلاه الموافقه إيماء على دابته، قلت: أ رأيت إن لم يكن الموافق على وضوء كيف يصنع و لا يقدر على النزول؟ قال: يتيمم من لبد سرجه أو عرف دابته فإن فيها غبارا، و يصلى و يجعل السجود أخفض من الركوع و لا يدور إلى القبلة، و لكن أينما دارت دابته غير أنه يستقبل القبلة بأول تكبيره حين يتوجه)٦.

و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار و النصوص التى تقدمت فى ماهيه الصلاه أنه مع الممكنه على فعل شىء لا يسقط و مع عدمها يسقط إلى أن يجرؤه عن كل ركعه تكبيره واحده و لو إلى غير القبلة و هذا أدنى مرتبه للصلاه، ثم إن هذا كما يجرى فى صلاه الخوف من الأعداء عند القتال يجرى فى صلاه الخوف كيفيه و كميّه من لص أو سبع كما فى صحيح زراره المتقدم و مثله غيره.

ثم إن الغريق و الموتحل صلاته محكومّه بحسب القواعد المقرره إلا فى الكميّه فلا تقصير -

ص: ٤٦٧

١- (١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صلاه الخوف حديث ١١ و ٢ و ٨ و ٣ و ٧.

٢- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاه الخوف حديث ٨.

بخلاف المختلفين في الاجتهاد لأن الجهات قبله في حقهم هنا، نعم يشترط عدم تقدم المأموم على الإمام (١) نحو مقصده، و الأفعال الكثيره المفتقره إليها (٢) مغتفره هنا.

و يومئذ مع تعذر الركوع و السجود) و لو على القربوس بالرأس، ثم بالعينين فتحا و غمضا كما مر (٣)، و يجب الاستقبال بما أمكن و لو بالتحريمه، فإن عجز سقط (٤).

(و مع عدم الإمكان) أى إمكان الصلاه بالقراءه، و الإيماء للركوع و السجود (يجزيهم عن كل ركعه) بدل القراءه، و الركوع و السجود، و واجباتهما (سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر) مقدّما عليهما (٥) النيه و التكبير، خاتما بالتشهد، و التسليم. قيل: و هكذا (٦) صلّى على عليه السلام و أصحابه ليله الهرير الظهرين، و العشاءين.

و لا- فرق فى خوف الموجب لقصر الكميّه، و تغير الكيفيه، بين كونه من عدوّ، و لصّ و سبّ، لا من وحل و غرق بالنسبه إلى الكميّه (٧)، أما الكيفيه فجائز حيث لا يمكن غيرها مطلقا (٨). و جوّز فى الذكرى لهما (٩) قصر الكميّه مع خوف التلف بدونه (١٠)، و رجاء السلامه به (١١)، و ضيق الوقت. و هو (١٢) يقتضى

فيها إلا إذا كان هناك خوف من عدو أو غيره فتقصر فى الكميّه كما تقصر فى الكيفيه.

(١) إن كانت صلاتهم جماعه و مع الضروره تبطل الجماعه.

(٢) أى التى تفتقر إليها الصلاه.

(٣) فى بحث الركوع و السجود.

(٤) أى الاستقبال.

(٥) أى على التسيّحين.

(٦) أى بالتكبير و التسيّح و التحميد.

(٧) فتبقى صلاه الغريق و الموتحل كصلاه الآمن رباعيه للظهرين و العشاء.

(٨) أى أبدا.

(٩) للغريق و الموتحل.

(١٠) أى بدون القصر بحيث لو أتما الصلاه رباعيه لخافا التلف و استولى الفرق عليهما مع رجاء السلامه عند قصر العدد و ضيق الوقت.

(١١) أى بالقصر.

(١٢) أى دليل الشهيد فى الذكرى لقصر العدد.

ص: ٤٦٨

جواز الترك (١) لو توقف عليه (٢)، أما سقوط القضاء بذلك فلا لعدم الدليل (٣).

الفصل العاشر. في صلاة المسافر

إشاره

(الفصل العاشر. في صلاة المسافر)

في شرط قصد المسافه

التي يجب قصرها كميّه (٤) (و شرطها قصد المسافه) (٥)...

(١) أى ترك الصلاة من رأس.

(٢) أى لو توقف رجاء السلامه على الترك.

(٣) أى أنه لو توقف رجاء السلامه على الترك و ترك فلا يسقط القضاء لعدم الدليل عليه بعد فوات الفريضة فى وقتها، و هذا مبنى على كون الغريق و الموتحل قد مضى عليه زمان يقدر فيه الإتيان بالصلاه أداء لكنه أخر وقع غريقا أو موتحلا و إلا فيسقط وجوب الأداء و معه يسقط القضاء لأن القضاء تابع لعنوان الفوت و هو غير متحقق هنا.

(٤) لا إشكال فى وجوب القصر على المسافر بالاتفاق منا و حكى عن أكثر العامه و يدل عليه أخبار منها: صحيح زراره و محمد: قلنا لأبى جعفر عليه السّلام: ما تقول فى الصلاة فى السفر، كيف هى و كم هى؟ فقال: إن الله (عز و جل) يقول: وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ، فصار التقصير فى السفر واجبا كوجوب التمام فى الحضر.

قلنا: إنما قال الله (عز و جل): فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ و لم يقل افعلوا، فكيف أوجب ذلك؟ فقال: أ و ليس قد قال الله (عز و جل) فى الصفا و المروه: فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا ألا ترون أن الطواف بهما واجب مفروض، لأن الله (عز و جل) ذكره فى كتابه وضعه نبيه، و كذلك التقصير فى السفر شىء صنعه النبى صلى الله عليه و آله و سلم و ذكره الله فى كتابه(١).

(٥) أجمع العلماء كافه على أن المسافه شرط فى القصر و إنما اختلفوا فى تقديرها إلا داود الظاهرى من العامه إذ اكتفى بمجرد الضرب فى الأرض و تدفعه النصوص المتواتره التى سيمر عليك بعضها.

ص: ٤٦٩

و هي ثمانيه فراسخ (١)...

(١) للأخبار منها: موثق سماعه: (في كم يقصر الصلاة؟ فقال: في مسيره يوم و ذلك بريدان و هما ثمانيه فراسخ) (١).

و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام: (إنما وجب التقصير في ثمانيه فراسخ لا أقل من ذلك و لا أكثر، لأن ثمانيه فراسخ مسيره يوم للعامه و القوافل و الأثقال، فوجب التقصير في مسيره يوم، و لو لم يجب في مسيره يوم لما وجب في مسيره ألف سنه، و ذلك لأن كل يوم يكون بعد هذا اليوم فإنما هو نظير هذا اليوم، فلو لم يجب في هذا اليوم فما وجب في نظيره، إذا كان نظيره مثله لا فرق بينهما) (٢).

و صحيح يحيى الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السّلام سمعه يقول: (في التقصير في الصلاة بريد في بريد أربعة و عشرون ميلا، ثم قال: كان أبي يقول: إن التقصير لم يوضع على البغله السفواء و الدابه الناجيه و إنما وضع على سير القطار) (٣).

هذا و قد حددت المسافه بمسير يوم في جملة من الأخبار كصحيح أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن التقصير فقال: في بريدين أو بياض يوم) (٤) و خبر أبي بصير: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: في كم يقصر الرجل؟ قال: في بياض يوم أو بريدين) (٥) و صحيح علي بن يقطين: (سألت أبا الحسن الأول عليه السّلام يخرج في سفره و هو في مسيره يوم قال: يجب عليه التقصير في مسيره يوم) (٦).

و عليه فهل المدار على ثمانيه فراسخ أو على السير بياض يوم أو على أحدهما بحيث إذا قطع أحدهما قصّر و إن لم يقطع الآخر أو على قطعها معا فإذا قطع أحدهما فلا يقصر إلا إذا قطع الآخر أو أن المدار على أحدهما و الآخر طريق إليه فقد يختلفان و قد يتفقان و الظاهر هو الأخير لخبر الفضل بن شاذان المتقدم حيث قال عليه السّلام: (إنما وجب التقصير في ثمانيه فراسخ لا أقل من ذلك و لا أكثر) فيكون مسير اليوم من باب حكمه التشريع التي على ضوئها وضع الشارع التقصير على ثمانيه فراسخ و هذا ما صرح به في ذيل خبر الفضل المتقدم و أشار إليه صحيح الكاهلي المتقدم أيضا، نعم قد جعل السير في بياض يوم طريقا لمعرفة قطع الثمانيه فراسخ و يدل عليه و خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قلت له: كم أدنى ما يقصّر فيه الصلاة؟ قال: جرت السنه -

ص: ٤٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٨.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٧ و ١١ و ١٦.

كُلُّ فرسخ ثلاثة أميال (١)، كَلُّ ميل أربع آلاف ذراع (٢)، فتكون المسافه (سته و تسعين ألف ذراع) حاصله من ضرب ثلاثه فى ثمانيه، ثم المرتفع فى أربعه،

ببياض يوم، فقلت له: إن بياض يوم يختلف يسير الرجل خمسه عشر فرسخا فى يوم، و يسير الآخر أربعه فراسخ و خمسه فراسخ فى يوم قال: إنه ليس إلى ذلك ينظر، أما رأيت سير هذه الأثقال بين مكه و المدينه ثم أوماً بيده أربعه و عشرين ميلا يكون ثمانيه فراسخ(١).

هذا فضلا عن أن التقدير بالفراسخ مقدّر على نحو التحقيق و التقدير بالسير بياض يوم تقديري فالمناسب للاعتبار أن يكون الأول هو الأصل و قد جعل الثانى دليلا عليه عند عامه الناس وقت صدور الأخبار لسهولة بالاضافه إلى أنه هو حكمه تشريع القصر فى الفرسخ المحدده و لكن الحكم بالتقصير يدور عليها لا على الحكمه.

(١) و فى المدارك أنه اتفق العلماء كاه عليه، و يدل عليه جملة من الأخبار منها: خبر عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم: (ثم أوماً بيده أربعه و عشرين ميلا يكون ثمانيه فراسخ)(٢).

و خبر سليمان بن حفص المروزى قال الفقيه عليه السلام: (التقصير فى الصلاه بريدان، أو بريد ذاهبا و جائيا، و البريد سته أميال، و هو فرسخان، و التقصير فى أربعه فراسخ)(٣).

(٢) على المشهور و فى المدارك و غيرها أنه مما قطع به الأصحاب، و هو المشهور المعروف بين أهل اللغة و العرف، و فى السرائر عن مروج الذهب للمسعودى: (الميل أربعه آلاف ذراع بذراع الأسود، و هو الذراع الذى وضعه المأمون لذرع الثياب و مساحه البناء و قسمه المنازل، و الذراع أربع و عشرون إصبعا) انتهى. و عن الأزهري: «أن الميل عند القدماء من أهل الهيمه ثلاثه آلاف ذراع و عند المحدثين أربعه آلاف ذراع و الخلاف لفظي، فإنهم اتفقوا على أن مقداره سته و تسعون ألف إصبع، و الإصبع ست شعيرات بطن كل واحد إلى ظهر الأخرى، و لكن القدماء يقولون: الذراع اثنتان و ثلاثون إصبعا، و المحدثون:

أربع و عشرون إصبعا» و فى القاموس «الميل قدر مدّ البصر، و منار بينى للمسافر، أو مسافه من الأرض متراخيه بلا حدّ، أو مائه ألف إصبع إلا أربعه آلاف إصبع، أو ثلاثه أو أربعه آلاف ذراع بحسب اختلافهم فى الفرسخ هل هو تسعه آلاف بذراع القدماء أو اثنا عشر ذراع بذراع المحدثين».

ص: ٤٧١

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٤.

و كل ذراع أربع و عشرون إصبعا (١) و كل إصبع سبع شعيرات (٢) متلاصقات بالسطح الأكبر (٣) و قيل: ست. عرض كل شعيره سبع شعرات (٤) من شعر البرذون، و يجمعها (٥) مسير يوم (٦) معتدل الوقت و المكان و السير لأثقال الإبل، و مبدأ التقدير (٧) من آخر خطه البلد المعتدل، و آخر محلته فى المتسع عرفا.

(١) عند المحدثين.

(٢) لا داعى لتحديد الذراع بالأصابع ثم الإصبع بالشعيرات لأن المراد من الذراع هو المتعارف اليوم الذى هو من المرفق إلى طرف الإصبع الوسطى، نعم و هو ست قبضات، كل قبضه أربع أصابع، فالمجموع أربع و عشرون إصبعا هذا و قد تقدم عن الأزهرى أن الإصبع هو ست شعيرات، و إن كان المعروف بينهم أنه سبع شعيرات.

(٣) أى بطن كل واحده منها إلى ظهر الأخرى، لا أن التلاصق من ناحيه رأس الشعيره.

(٤) كما هو المعروف بينهم.

(٥) أى المسافه المقدره بما ذكر.

(٦) و المراد مسير بياض يوم و قد تقدم بعض الأخبار الداله على ذلك. هذا و لو أراد الإنسان الاعتماد على السير فى بياض يوم لتعذر تقدير المسافه بالفراسخ فعليه أن يلاحظ السير المعتدل للأثقال فى اليوم المعتدل فى المكان المعتدل كما عن الشهيدين حملا لنصوص السير على المتعارف.

(٧) اختلف الفقهاء فى تعيين مبدأ المسافه، فعن المشهور أن المبدأ هو سور البلد إن وجد و إلا آخر البيوت فى البلدان الصغيره أو المتوسطه، و آخر المحله فى البلدان الكبيره الخارقه للعادة، و عن الصدوق: المبدأ هو المنزل أو الدار، و عن الشهيد هو الخروج عن حد الترخص، و قيل: هو آخر البلد مطلقا سواء كان كبيرا أم لا.

هذا و النصوص خاليه عن تعيين مبدأ المسافه و كأنه إيكال الأمر الى العرف، و العرف لا يرى الإنسان مسافرا ما لم يخرج عن بلده الذى هو فيه فالأقوى هو القول الأخير، لأن المدار فى احتساب المسافه من حين صدق اسم السفر عليه.

و استدل للصدوق بخبر المروزى عن الفقيه عليه السلام: (فإذا خرج الرجل من منزله يريد اثنى عشر ميلا و ذلك أربعة فراسخ ثم بلغ فرسخين و نيته الرجوع أو فرسخين آخرين قصر) (١) و خبر صفوان عن الرضا عليه السلام فى حديث: (لو أنه خرج من منزله يريد النهروان ذاهبا و جاثيا كان عليه أن ينوى من الليل سفرا و الإفطار) ٢ و خبر عمار عن أبى -

ص: ٤٧٢

(أو نصفها (١) لمريد الرجوع ليومه) أو ليلته أو الملقق منهما (٢)، مع اتصال السير عرفاً، دون الذهاب في أول أحدهما، و العود في آخر الآخر، و نحوه في المشهور (٣)،...

-عبد الله عليه السلام في حديث: (لا- يكون مسافراً حتى يسير من منزله أو قريته ثمانية فراسخ) (١) و مثلها غيرها، و فيه: إن الأخبار ليست في مقام بيان تعيين مبدأ المسافه بالإضافة إلى أن المراد من المنزل هو البيت الذي لا عمران هو له بقريته عطف القرية عليه في خبر عمار المتقدم.

و استدلال للشهيد بأن المسافر لا- يصير مسافراً شرعاً إلا- بالخروج عن حد الترخص و لذا يبقى على التمام حتى يتجاوز حد الترخص.

و فيه: إن حد الترخص مبدأ لحكم السفر و ليس لموضوعه.

(١) نصف المسافه المذكوره سابقاً.

(٢) من اليوم و الليله.

(٣) اختلف الأصحاب في حكم من سافر أربعة فراسخ، فذهب العماني و هو المشهور في عصورنا تعين التقصير سواء أراد الرجوع ليومه أم لا، و ذهب السيد و ابن إدريس و المحقق و المصنف في جملة من كتبه إلى تعين القصر إذا أراد الرجوع ليومه، و تعين التمام إذا لم يرد ذلك.

و عن المشهور تعين القصر لمريد الرجوع ليومه، و التخيير بين القصر و التمام إذا لم يرد ذلك و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار التخيير بين القصر و التمام لمريد الرجوع ليومه، و تعين التمام إذا لم يرد ذلك، و عن الشيخ في النهاية و كذا عن المفيد تعين التقصير لمريد الرجوع و إلا- فالتخيير بين القصر و التمام بخصوص الصلاة و أما الصوم فلا يجوز الإفطار، و عن الذكري و الروض و المدارك من التخيير بين القصر و التمام في الأربعة سواء أراد الرجوع ليومه أم لا.

و عن ابن زهره و أبي الصلاح تعين التمام في الأربعة سواء أراد الرجوع ليومه أم لا- و عن الكليني الاكتفاء بالأربعة مطلقاً في تعين التقصير و إن لم يرجع مثلها.

و منشأ هذا الخلاف هو اختلاف الأخبار حيث هي على طوائف:

الأولى: ما دل على أن المسافه هي ثمانية فراسخ و هي ظاهره في الامتداديه، و قد تقدم بعضها.

ص: ٤٧٣

-الثانية: ما دل على أن المسافه هي أربعة فراسخ كصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام:

(التقصير في بريد و البريد أربعة فراسخ) (١) و صحيح إسماعيل بن الفضل: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التقصير فقال: في أربعة فراسخ) ٢ و صحيح زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام: (يقصر الرجل الصلاه في مسيره اثني عشر ميلا) ٣ و صحيح أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن أدنى ما يقصر فيه المسافر؟ قال: بريد) ٤.

فالكليني أخذ بظاهر هذه الطائفة الثانيه فلذا حكم بتعين القصر في الأربعة و إن لم يرد الرجوع مطلقا، و فيه: إنه لا بد من تقييدها ببقية الطوائف الآتية، و ابن زهره و أبو الصلاح حكما بتعين التمام في الأربعة مطلقا بدعوى التعارض بين الطائفتين مع ترجيح طائفة الثمانية، و فيه: إنه لا- تعارض بين الطائفتين لما سيأتى من وجه الجمع بينهما، و الشهيدان في الذكرى و الروض و سيد المدارك ذهبوا إلى الجمع بين الطائفتين بعد فرض التعارض بينهما بحمل أخبار الثمانية على وجوب القصر و بحمل أخبار الأربعة على جواز القصر، و فيه: إنه جمع بلا شاهد.

الطائفة الثالثه من الأخبار: الداله على أن المسافه أربعة فراسخ مع ضم الإياب إليه منها:

صحيح معاوية بن وهب: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أدنى ما يقصر فيه المسافر؟ فقال عليه السلام: بريد ذاهبا و بريد جائيا) (٢) و صحيح زراره: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن التقصير فقال: بريد ذاهب و بريد جائي، قال: و كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أتى ذبابا قصر، و ذباب على بريد، و إنما فعل ذلك لأنه إذا رجع كان سفره بريدين ثمانية فراسخ) ٦

و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون (لأن ما تقصر فيه الصلاه بريدان ذاهبا، أو بريد ذاهبا و بريد جائيا، و البريد أربعة فراسخ) ٧.

و خبر سليمان بن حفص المروزي. عن الفقيه عليه السلام: (التقصير في الصلاه بريدان، أو بريد ذاهبا و جائيا، و البريد ستة أميال و هو فرسخان، و التقصير في أربعة فراسخ) (٣).

و مشهور السابقين حملوا هذه الطائفة على من أراد الرجوع ليومه لموتق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن التقصير؟ قال: في بريد، قلت: بريد؟ قال: إنه ذهب بريدا و رجع بريدا فقد شغل يومه) ٩.

ص: ٤٧٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١ و ٥ و ٣ و ١١.

٢- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٢ و ١٤ و ١٨ و ٤.

٣- ((٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٩ و ١٤.

و في الأخبار الصحيحة الاكتفاء به مطلقا (١)، و عليه جماعه مخيرين في القصر و الإتمام جمعا (٢)، و آخرون في الصلاة خاصة، و حملها (٣) الأكثر على مريد الرجوع ليومه فيتحتّم القصر أو يتخير (٤)، و عليه المصنف في الذكرى. و في الأخبار ما يدفع هذا الجمع بمعنييه (٥)...

و فيه: إن شغل يومه ليس واردا في مقام تحديد موضوع السفر التلفيقي بل وارد مورد التعليل باعتبار ما تقدم أن سبب التقصير في الفراسخ الثمانية هو أن من سارها فقد شغل بياض يومه. و لذا ورد التعليل تارة بشغل اليوم كما في الموثق السابق و أخرى بأنه قد سافر ثمانية فراسخ كما في صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (عن التقصير فقال: بريد ذاهب و بريد جائي قال: و كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أتى ذبابا قصر، و ذباب على بريد، و إنما فعل ذلك لأنه إذا رجع كان سفره بريدين، ثمانية فراسخ) (١) مع أن هذا الصحيح لم يشترط الرجوع ليومه.

و أوضح منه في عدم الاشتراط صحيح معاوية بن عمار: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام:

إن أهل مكة يتمون الصلاة بعرفات فقال: ويلهم أو ويحهم و أى سفر أشد منه، لا تتم) (٢) و عرفات على أربعة فراسخ من مكة كما نص عليه الأصحاب، و من الواضح أن خروج أهل مكة إلى عرفات إنما هو للحج و هذا لا يتحقق معه الرجوع ليومه، و مثله خبر إسحاق بن عمار: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: فى كم التقصير؟ فقال: فى بريد، ويحهم كأنهم لم يحجوا مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقصرُوا) (٣) بل التعليلان الواردان فى موثق ابن مسلم: (فقد شغل يومه) و فى صحيح زراره: (لأنه إذا رجع كان سفره بريدين ثمانية فراسخ) يقتضيان أن الذهاب سواء كان بريدا أو أكثر أو أقل و كذا الإياب ما دام الجميع ثمانية فراسخ موجب للتقصير و منه تعرف ضعف بقيه الأقوال فلا نطيل.

(١) من غير تقييد بمن يريد الرجوع ليومه أو ليلته.

(٢) بين ما دل على الأربعة و بين ما دل على اشتراط السفر فى الثمانية.

(٣) أى الأخبار الصحيحة.

(٤) جمعا.

(٥) بمعنى التخيير بين القصر و الإتمام و بمعنى التقييد بالرجوع ليومه.

ص: ٤٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٩ و ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٦.

و خرج بقصد المقدر (١) السفر إلى المسافه بغيره (٢)، كطالب حاجه يرجع متى وجدها إلا أن يعلم عادة توقفه على المسافه. و فى إلحاق الظن القوى به (٣) وجه قوى و تابع متغلب (٤) يفارقه (٥) متى قدر (٦) مع إمكانه (٧) عادة، و مثله (٨) الزوجه و العبد يجوزان (٩) الطلاق و العتق مع ظهور أمارتهما (١٠). و لو ظن التابع بقاء

(١) و هو ثمانيه فراسخ.

(٢) بغير قصد، و هذا الحكم من اشتراط قصد المسافه فى التقصير متفق عليه بلا خلاف و يدل عليه خبر صفوان قال: (سألت الرضا عليه السلام عن رجل خرج من بغداد يريد أن يلحق رجلا على رأس ميل فلم يزل يتبعه حتى بلغ النهروان، فقال: لا يقصر و لا يفطر، لأنه خرج من منزله و ليس يريد السفر ثمانيه فراسخ، و إنما خرج يريد أن يلحق صاحبه فى بعض الطريق فتمادى به السير إلى الموضع الذى بلغه) (١) و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يخرج فى حاجه فيسير خمسه فراسخ أو سته فراسخ و يأتى قريه فينزل فيها، ثم يخرج منها فيسير خمسه فراسخ أخرى أو سته فراسخ لا يجوز ذلك ثم ينزل فى ذلك الموضع قال: لا يكون مسافرا حتى يسير من منزله أو قريته ثمانيه فراسخ فليتم الصلاه) ٢.

(٣) بالعلم بحيث يظن قطع المسافه مع احتمال العود قبل الوصول إلى المسافه، و وجه الإلحاق قيام الظن مقام العلم فى الكثير من الموارد فليكن هذا منها، و وجه العدم أن القصر مشروط بقصد المسافه قطعاً حتى يخرج عن أدله التمام و الظانّ لم يتحقق منه ذلك.

(٤) عطف على قوله: (كطالب حاجه) و المتغلب هو الظالم و تابعه كالأسير الواقع بين أيدي المشركين، فهذا الأسير إن علم قصد متبوعه و قصده يقصر و لو ظنّ ففى الإلحاق وجه قوى، و إلا فيتمّ لعدم قصده المسافه لأنه يريد المفارقه عند ظهور الفرصه لذلك.

(٥) فلا يكون قاصداً للمسافه فيخرج كخروج طالب الحاجه.

(٦) على المفارقه.

(٧) مع إمكان الفراق.

(٨) أى و مثل تابع المتغلب.

(٩) أى يحتملان.

(١٠) فلا يكونان قاصدين للمسافه فيخرجان كخروج طالب الحاجه.

ص: ٤٧٦

الصحبه قَصِير مع قصد المسافه و لو تبعاً (١)، و حيث يبلغ المسافه (٢) يقَصِير في الرجوع مطلقاً (٣)، و لا- يضم إليه ما بقى من الذهاب بعد القصد (٤) متصلاً (٥) به (٦) ممّا يقصر (٧) عن المسافه.

في أن لا يقطع السفر بمروره على منزله

(و أن لا يقطع السفر بمروره على منزله) (٨) و هو ملكه من العقار الذى قد

(١) لأنه لا فرق فى قصد المسافه بين القصد الاستقلالى أو القصد التبعى.

(٢) أى من لم يقصد المسافه فلو بلغها فلا بد من التقصير حال الرجوع لأنه قاصد لقطع المسافه.

(٣) سواء أمكن له المفارقه أم لا، و سواء بقى على التبعيه أم لا.

(٤) أى بعد قصد الرجوع.

(٥) حال لما بقى.

(٦) بالعدد.

(٧) أى من العود الذى يقصر عن المسافه، و وجه عدم الضم هو أن الذهاب و الإياب لكل منهما حكم بانفراده كما صرح بذلك فى روض الجنان، و فيه: إن المدار على قصد المسافه من دون التفصيل بين الذهاب و الإياب و المفروض أنه قاصد للمسافه المؤلفه من بقيه الذهاب و تمام العود إلا أن يقال: إن عدم الضم لأن قصد المسافه فعلاً لا يتحقق إلا حين الشروع فى العدد و هو خروج عن محل البحث كما هو واضح.

(٨) ينقطع سفره بالمرور على وطنه بلا خلاف فيه بين الأصحاب و يدل عليه أخبار منها:

صحيح إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل سافر من أرض إلى أرض و إنما ينزل قراه و ضيعته، قال: إذا نزلت قراك و ضيعتك فأتم الصلاة، فإذا كنت فى غير أرضك فقصر) (١).

و صحيح على بن يقطين عن أبى الحسن الأول: (عن الرجل يتخذ المنزل فيمّر به أيتّم أم يقصر؟ قال: كل منزل لا تستوطنه فليس لك بمنزل و ليس لك أن تتم فيه) ٢.

و صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يسافر فيمّر بالمنزل له فى الطريق أيتّم الصلاة أم يقصر؟ قال: يقصر، إنما هو المنزل الذى توطنه) ٣.

هذا و إنما الكلام فى معنى الوطن، فاعلم أنه ما قبل العلامه اقتصروا فى تحديد الوطن على الوطن الذى له فيه ملك و قد استوطنه ستة أشهر و هو المسمى بالوطن الشرعى لصحيح ابن بزيع عن الإمام الرضا عليه السلام: (عن الرجل يقصر فى ضيعته قال

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٢ و ٦ و ٨ .

-عليه السلام: لا بأس ما لم ينو مقام عشره أيام إلا أن يكون له فيها منزل يستوطنه، قلت:

و ما الاستيطان؟ قال عليه السلام: أن يكون له منزل يقيم فيه سته أشهر، فإذا كان كذلك يتم فيها متى دخلها(١).

و اختلفوا في شيئين:

الأول: هل يشترط في الملك أن يكون منزلا كما هو صريح الصحيح المتقدم و كما هو صريح الشيخ في النهايه و ابن بابويه و ابن البراج و أبى الصلاح و المحقق في النافع أو يكفي مطلق الملك و لو كان شجره و هذا ما صرح به العلامة في المنتهى و التحرير و التبصره و تبعه عليه من تأخر عنه كما في المدارك لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام:

(في الرجل يخرج في سفر فيمّر بقريه له أو دار فينزل فيها؟ قال: يتم الصلاه و لو لم يكن له إلا نخله واحده و لا يقصر و ليصم إذا حضره الصوم)٢.

الثانى: هل يعتبر في الاستيطان سته أشهر أن يكون ذلك قد تم منه فعلا في سنه كما ذكره الأصحاب أو يشترط في الاستيطان الإقامه الفعلية سته أشهر من كل سنه كما ذهب إليه سيد المدارك و ابن بابويه باعتبار أن قوله عليه السلام في صحيح ابن بزيع: (أن يكون له منزل يقيم فيه سته أشهر) ظاهر في الحدوث و التجدد باعتبار فعل المضارع و ليس ظاهرا في الماضويه كما فهمه الأصحاب.

و على كل تقدير فالسته أشهر لا يشترط فيها التوالى للإطلاق بل يجب إقامتها بنيه الإقامه.

كما هو ظاهر الخبر. فلو أقام مترددا فلا يشمل الحكم، ثم لا يجب أن يكون الاستيطان في نفس المنزل، بل لو أقام سته أشهر في البلد التى فيها منزله لكفى للإطلاق فى موثق عمار، نعم يشترط أن لا يخرج عن حدودها الشرعيه و هى حد الترخص فلو خرج لا يحسب له يوم الخروج، و يشترط فى الاستيطان أن يكون بعد التملك كما هو ظاهر صحيح ابن بزيع المتقدم.

ثم إن العلامه و من تأخر عنه الحق بالوطن الشرعى المستفاد من هذين الخبرين الوطن العرفى و هو ما لو اتخذ بلدا دار إقامه له على الدوام، و نفى عنه البأس فى المدارك بدليل خروجه عن عنوان المسافر إذا دخل إليه.

ثم إن الشهيد فى الذكرى اشترط فى الوطن العرفى الاستيطان سته أشهر أيضا، لأن الاستيطان بهذه المده شرط فى الوطن الشرعى مع وجود الملك، فالاستيطان بهذه المده فى الوطن العرفى عند عدم وجود الملك من باب أولى. و للبحث تتمه فانتظره.

ص: ٤٧٨

استوطنه، أو بلده (١) الذى لا يخرج عن حدودها الشرعيه سته أشهر فصاعدا بنيه الإقامة الموجه للإتمام، متواليه، أو متفرقه، أو منوى الإقامة (٢) على الدوام مع استيطانه المده (٣) و إن لم يكن له به ملك (٤)...

(١) معطوف على ضمير المفعول من لفظ (استوطنه).

(٢) و هو الوطن العرفى.

(٣) أى سته أشهر.

(٤) قد عرفت رأى القدماء و المتأخرين فى الوطن الشرعى و العرفى، و عرفت أن الشرعى عندهم هو الأصل، بل الكثير منهم اقتصر عليه إذ لم يتكلم عن العرفى إلا العلامه و من تأخر عنه.

و أما مشهور متأخرى المتأخرين فقد التزموا بوجود و طنين عرفى و شرعى مع جعل العرفى هو الأصل، باعتبار أن كل إنسان لا يخلو من دار إقامه، و ليس الشرعى هو الأصل لعدم تملك كل إنسان لمنزل سكنه أو يسكنه سته أشهر.

و جعلهم العرفى أصلا فى محله لكن الالتزام بوجود وطن شرعى فى قبال العرفى ليس فى محله.

إذ عمد الوطن الشرعى هو صحيح ابن بزيع و موثق عمار المتقدمين و هما غير دالين عليه، لأن صحيح ابن بزيع صدرا ليس فى مقام بيان مفهوم الوطن عند الشارع بل فى مقام بيان انقطاع السفر إذا مرّ على ضيعه له فيها منزل يستوطنه، و من الواضح أن السائل قد فرض له و طنا آخر غير الضيعه و قد أنشأ سفرا منه إلى هذه الضيعه ثم سأل الإمام عن حكم السفر فأجابه الإمام بأنه ينقطع إذا كانت الضيعه و طنا له، و لا تكون و طنا ثانيا له إلا إذا استوطن فيها منزلا سته أشهر فصاعدا، و الاستيطان هو المقوم للوطن العرفى كما عرفت و الإمام لم يزد عليه شيئا ليكون و طنا شرعيا بل أشار إليه.

إن قلت: كيف لم يزد عليه و قد اشترط فى وطنيه الضيعه أمرين: الملك و الاستيطان سته أشهر.

قلت: أما اشتراط الملك فهو مبنى على كون اللام تملكه فى قوله عليه السّلام (إلا- أن يكون له فيها منزل)، مع أن اللام للاختصاص كما هو الأصل فيها فيكون المعنى: إلا أن يكون هناك منزل يقيم فيه و عليه فليس المدار على وجود الملك، بل المدار على الاستيطان فى منزل خاص به سواء كان ملكه أم لا كما فى كل مقيم فى وطنه العرفى و يدل عليه فضلا عن هذا الظهور أخبار منها: صحيح على بن يقطين عن أبى الحسن الأول عليه السّلام: (كل منزل من منازلك لا تستوطنه فعليك فيه التقصير) (١).

ص: ٤٧٩

و خبره الآخر عنه عليه السّلام: (عن الرجل يتخذ المنزل فيمّر به أيتّم أم يقصر؟ قال عليه السّلام: كل منزل لا تستوطنه فليس لك بمنزل و ليس لك أن تتم فيه)(١) و هو أصرح خبر يدل على ما قلنا، لأنّ السائل قد فرض اتخاذ المنزل و هو أعم من التملك و الإجاره بعد تمهيد و جعله صالحا للسكن، و أجابه الإمام أن المدار على الاستيطان و مع عدمه فهو ليس لك بمنزل و إن كان ملكا له. و هو عين الوطن العرفي المتقدم بالاستيطان و إن لم يكن له فيه ملك.

و خبره الثالث عنه عليه السّلام: (عن رجل يمرّ ببعض الأمصار و له بالمصر دار، و ليس المصر وطنه أيتّم صلّاته أم يقصر؟ قال: يقصر الصلاه، و الصيام مثل ذلك، إذا مرّ بها)٢.

و خبره الرابع عنه عليه السّلام: (عن الدار تكون للرجل بمصر و الضيعه فيمرّ بها؟ قال: إن كان مما قد سكنه أتم فيه الصلاه و إن كان مما لم يسكنه فليقصر)٣.

و خبره الخامس عنه عليه السّلام: (إن لى ضياعا و منازل بين القرية و القريتين الفرسخ و الفرسخان و الثلاثه فقال: كل منزل من منازلك لا تستوطنه فعليك فيه التقصير)٤.

و صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يسافر فيمّر بالمنزل له فى الطريق يتم الصلاه أم يقصر؟ قال: يقصر إنما هو المنزل الذى توطنه)٥.

بقى شىء هل الاستيطان المقوم للوطن العرفي محدود بمدى معينه أو لا. ذهب الشهيد فى الذكرى و سيد المدارك إلى ذلك لأن الاستيطان مقيد بالسنة أشهر فى الشرعى مع وجود الملك فى العرفي مع عدم وجود الملك من باب أولى.

و عن العروه و غيرها اعتبار الإقامة بمقدار يصدق أنه وطنه عرفا سواء كانت فى سنة أشهر أو أقل أو أكثر بعد حمل السنة أشهر الواردة فى صحيح ابن بزيع على أنها قضيه فى واقعه لأن الصدق العرفي يختلف باختلاف الأشخاص و الأمكنه و الأزمنه فلعل فى زمن المعصوم عليه السلام لا يتحقق الاستيطان إلا فى سنة أشهر خصوصا فى الضياع.

و اكتفى كاشف الغطاء فى بقيه الطالب بمجرد النيه فى تحقق الاستيطان و قواه فى الجواهر و هو ضعيف لعدم مساعده العرف عليه.

و بعد هذا البيان تعرف إمكان تعدد الوطن العرفي لإمكان أن يتخذ مكانا ما دار إقامته فى الشتاء مثلا و يتخذ دارا أخرى فى الصيف و هكذا.

(١) بناء على تعدد الوطن فانقضاء الوطنيّه عن العرفي إنما هو بالإعراض و انقضاء الوطنيّه عن -

١- (١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٦ و ٧ و ٩ و ١٠ و ٨.

الملك عنه (١)، أو رجع عن نيه الإقامة (٢) ساوى غيره، (أو نيه مقام عشره أيام) (٣)

-الشرعى إنما هو بزوال الملك، و قد عرفت أن الوطن واحد فيزول بالإعراض و إن كان له فيه ملك لإطلاق خبر على بن يقطين عن أبي الحسن عليه السّلام: (كل منزل من منازلك لا تستوطنه فعليك فيه التقصير)^(١)، بعد عدم صدق الوطن عليه عرفا و إن بقى ملكه و المدار على العرف فى التلبس و الانقضاء.

(١) بالنسبه للشرعى.

(٢) بالنسبه للعرفى.

(٣) قطع السفر بالإقامه عشره أيام حكم متفق عليه بين الأصحاب و يدل عليه أخبار كثيره منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت له: أ رأيت من قدم بلده إلى متى ينبغى له أن يكون مقصرا و متى ينبغى له أن يتم؟ فقال: إذا دخلت أرضا فأيقنت أن لك بها مقام عشره أيام فأتَم الصلاة، و إن لم تدر ما مقامك بها تقول غدا أخرج أو بعد غد فقصر ما بينك و بين أن يمضى شهر، فإذا تم لك شهر فأتَم الصلاة و إن أردت أن تخرج من ساعتك)^(٢).

و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا أتيت بعده فأزمت المقام عشره أيام فأتَم الصلاة، فإن تركه جاهلا فليس عليه شيء)^٣.

و صحيح على بن جعفر عن أبى الحسن عليه السّلام: (سألته عن الرجل يدركه شهر رمضان فى السفر فيقيم الأيام فى المكان عليه صوم؟ قال: لا حتى يجمع على مقام عشره أيام، و إذا أجمع على مقام عشره أيام صام و أتم الصلاة)^(٣).

فلو أقام عشره أيام إلا قليلا فلا يتم لعدم صدق العشره، و يشترط فيها التوالى كما هو الظاهر من الأخبار، و عليه فإذا كانت النيه فى أول يوم فتنتهى بانتهاء اليوم العاشر نهارا بناء على أن اليوم مشتمل على ليل و نهار و أنه يبتدأ من حين غروب الشمس، نعم فى اليوم الأول لو أقام من أول بياض اليوم لجاز عدّه يوما للصدق العرفى بأنه المتبقى منه يوم و لو شرع فى الإقامة فى أثناء النهار كان عليه التلفيق من الحادى عشر بمقدار ما فات من الأول، و استشكل العلامة فى التذكرة و النهايه بالتلفيق و استظهر سيد المدارك عدم التلفيق.

ص: ٤٨١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٩ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١.

تامه بلياليها متتاليه، و لو بتعليق السفر على ما لا (١) يحصل عادة في أقل منها (٢)،

في شرط عدم مضي ثلاثين يوما

(أو مضي ثلاثين يوما) بغير نيه الإقامة و إن جزم بالسفر (٣) (في مصر) أي في مكان معين. أما المصر بمعنى المدينه، أو البلد فليس بشرط. و متى كملت الثلاثون أتم بعدها ما يصله قبل السفر و لو فريضه.

-ثم إنه لا فرق في موضع الإقامة بين كونه بلدا أو قريه أو بادية أو بيتا منفردا و لا فرق بين العازم على السفر بعدها و غيره، و لا بين من أقام اختيارا أو كان مكرها أو مضطرا كل ذلك للإطلاق.

(١) أي لم ينو العشره بل نوى أنه سيسافر إذا قضى حاجته و لكنه يعلم أن حاجته لا تنقضى إلا بعد عشره أيام.

(٢) أي في أقل من عشره أيام.

(٣) و لكنه متردد في السير لانتظار الرفقه هذا و اعلم أن المتردد له مصداقان:

الأول: ما لو كان مسافرا فأقام في مكان ثم تردد بين البقاء و الذهاب عنه.

و الثاني: ما لو أقام في المكان ثم تردد في السير بين اليوم و الغد مع أنه عازم على السفر، و التردد في مكان ثلاثين يوما يوجب انقطاع السفر بالاتفاق للأخبار منها:

صحيح معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا دخلت بلدا و أنت تريد المقام عشره أيام فأتم الصلاه حين تقدم، و إن أردت المقام دون العشره فقصر، و إن أقمت تقول: غدا أخرج أو بعد غد و لم تجمع على عشره فقصر ما بينك و بين شهر فإذا أتم الشهر فأتم الصلاه) (١).

و صحيح أبي ولاد الحنات عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن شئت فانو المقام عشرا و أتم، و إن لم تنو المقام فقصر ما بينك و بين شهر فإذا مضى لك شهر فأتم الصلاه) (٢).

و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (إلى أن قال: و إن لم تدر ما مقامك بها تقول غدا أخرج أو بعد غد فقصر ما بينك و بين أن يمضي شهر، فإذا تم لك شهر فأتم الصلاه و إن أردت أن تخرج من ساعتك) (٣).

هذا و المراد من الشهر هو ثلاثون يوما لما ورد في صحيح أبي أيوب: (سأل محمد بن مسلم أبا عبد الله عليه السلام. و أنا أسمع. عن المسافر فقال: إن حدث نفسه بإقامه عشره أيام فليتم الصلاه، فإن لم يدر ما يقيم يوما أو أكثر فليعد ثلاثين يوما ثم ليتم) (٤).

ص: ٤٨٢

و متى انقطع السفر بأحد هذه افتقر العود إلى القصر إلى قصد (١) مسافه جديده، فلو خرج بعدها (٢) بقى على التمام إلى أن يقصد المسافه، سواء عزم على العود إلى موضع الإقامه (٣) أم لا. و لو نوى الإقامه فى عده مواطن فى ابتداء السفر، أو كان له منازل، اعتبرت المسافه بين كل منزلين و بين الأخير و غايه السفر، فيقصر فيما بلغه (٤)، و يتم فى الباقي و إن تمادى السفر.

فى شرط أن لا يكثر سفره

(و أن لا يكثر سفره) (٥)...

(١) باعتبار أن هذه الأمور الثلاثه قاطعه لموضوع السفر، فيحتاج التقصير حينئذ إلى قصر المسافه، أما المرور على الوطن فواضح و أما الإقامه عشره أيام فهو مما لا خلاف فى قاطعيه الإقامه للسفر كما فى المدارك لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (من قدم قبل الترويه بعشره أيام و جب عليه إتمام الصلاه، و هو بمنزله أهل مكه فإذا خرج إلى منى و جب عليه التقصير) (١) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام فى حديث: (و سألته عن الرجل يكون عليه الأيام من شهر رمضان و هو مسافر، يقضى إذا أقام فى المكان؟ قال عليه السلام: لا حتى يجمع على مقام عشره أيام) ٢ فلو كانت الإقامه قاطعه لحكم السفر دون موضوعه لما جاز له شىء من أحكام الحاضر كالصوم و نوافل الظهرين.

و أما التردد ثلاثين يوما فكذلك لأن لسان الدليل فيه مع ناوى الإقامه واحد.

(٢) أى بعد الإقامه و ما فى حكمها من التردد.

(٣) فإن عاد فهو بحاجه إلى إقامه عشره أيام جديده حتى يصلى التمام، و إقامته السابقه منقطعه بسفره.

(٤) من الحد بين المنزلين و كذا فيما بلغه من الحد الموجب للتقصير بين المنزل الأخير و منتهى مقصده.

(٥) بلا خلاف فيه، و إن اختلفت عباراتهم فى التعبير عنه فعن المعظم بأن يكون سفره أكثر من حضره، و من بعض بأن يكون كثير السفر، و عن ثالث بأن يكون سفره فى حكم حضره، و عن رابع و هو المشهور بين المتأخرين بأن يكون السفر عملا له و مستند ذلك الأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (أربعة يجب عليهم التمام فى سفر كانوا أو حضر، المكارى و الكرى و الراعى و الاشتقان لأنه عملهم) (٢) و مرفوع ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (خمسه يتمون فى سفر كانوا أو حضر: المكارى و الكرى

ص: ٤٨٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١٠ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٢.

بأن يسافر ثلاث سفرات (١) إلى مسافه، و لا يقيم بين سفرتين منها عشره أيام في

و الاشتقان و هو البريد، و الراعى و الملاح لأنه عملهم(١).

و مضمير إسحاق بن عمار: (سألته عن الملاحين و الأعراب هل عليهم تقصير؟ قال: لا، بيوتهم معهم)٢.

و مرسل سليمان بن جعفر الجعفرى عن أبى عبد الله عليه السلام: (الأعراب لا يقصرون، و ذلك إن منازلهم معهم)٣ و باعتبار أن العله تعمم و تقصر فالمدار إما على كون السفر عملا لهم كما فى الخبرين الأولين و إما على كون بيوتهم و منازلهم معهم كما فى الخبرين الأخيرين ثم إن إدراج من كان بيته معه فى كثير السفر ليس فى محله لأن التمام فى حقه باعتبار عدم صدق عنوان المسافر فى حقه لأن بيته معه فلم يبق إلا من كان السفر عملا له، و هو الذى يجب أن يكون عنوانا لا التعابير السابقه، و لا الترديد بينها و بين العناوين الخاصه الوارده فى الأخبار كما عن جماعه أو الاقتصار على هذه العناوين فقط.

و إذا كان المدار على اتخاذ السفر عملا لهم، فالمرجع فى ذلك إلى العرف، و هذا يختلف باختلاف الأشخاص و العمل الذى يعمله فى سفره و مدته، و عن جماعه منهم الشارح فى الروض و ابن إدريس أن من تكرر سفره ثلاث مرات فهو كثير السفر، و عن العلامه أنه يتحقق مرتين، و فيه: خلو النصوص عن كونه كثير السفر، فالكثرة غير موجوده حتى يتنازع فى تحققها فى الثانيه أو الثالثه و إنما المدار على صدق كون السفر عملا لهم.

ثم هل يشمل من كان سفره عملا له من كان السفر مقدمه لعمله كمن يعمل فى بلد و مسكنه فى بلد آخر و بينهما مسافه شرعيه و الأقوى الشمول لمعتبره إسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (سبعه لا يقصرون الصلاة: الجابى الذى يدور فى جبايته و الأمير الذى يدور فى إمارته، و التاجر الذى يدور فى تجارته من سوق إلى سوق، و الراعى، و البدوى الذى يطلب مواضع القطر و منبت الشجر، و الرجل الذى يطلب الصيد يريد به لهو الدنيا، و المحارب الذى يقطع السيل)٢. و من الواضح أن التاجر الذى يتاجر من سوق إلى سوق ليس السفر عملا له بل السفر مقدمه لعمله و من هنا فمن يدعى أن من كان السفر مقدمه لعمله يصدق عليه أن السفر عملا له لم يذهب شططا ثم المراد من الكرى هو الساعى، و الاشتقان هو البريد كما فى مرفوع ابن أبى عمير المتقدم، أو أمين البيدر كما عن الذكرى و غيرها.

(١)قد عرفت ما فيه.

ص: ٤٨٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٢ و ١٢ و ٥ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٩.

(١) يشترط في وجوب التمام على من كان السفر عملاً له أن لا يقيم في بلده عشرة أيام، فلو قام أحدهم عشرة ثم أنشأ سفراً قصيراً، حتى يصدق عليه عنوان كثير السفر أو عنوان اتخاذه السفر عملاً له على الخلاف المتقدم، وهذا الشرط على المشهور و عن المدارك أنه مقطوع به في كلام الأصحاب و عمدتهم الأخبار و هي: خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (المكاري إن لم يستقر في منزله إلا خمسة أيام و أقل قصير في سفره بالنهار و أتم بالليل و عليه صوم شهر رمضان، و إن كان له مقام في البلد الذي يذهب إليه عشرة أيام و أكثر قصير في سفره و أفطر) (١) كما في التهذيب و في الفقيه مثله إلا أنه زاد عليه: (فإن كان له مقام في البلد الذي يذهب إليه عشرة أيام أو أكثر و ينصرف إلى منزله و يكون له مقام عشرة أيام أو أكثر قصر في سفره و أفطر) ٢. و مرسل يونس بن عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن حد المكاري الذي يصوم و يتم، قال:

أيما مكاراً أقام في منزله أو في البلد الذي يدخله أقل من مقام عشرة أيام و جب عليه الصيام و التمام أبداً، و إن كان مقامه في منزله أو في البلد الذي يدخله أكثر من عشرة أيام فعليه التقصير و الإفطار) ٣. و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام:

(المكاري و الجمال الذي يختلف و ليس له مقام يتم الصلاة و يصوم شهر رمضان) (٢).

و في الأخير إشكال لاحتتمال أن يكون قوله عليه السلام: (و ليس له مقام) لبيان مفهوم المكاري و الجمال، مع أن غير ظاهر في الإقامه عشرة أيام.

و في خبر ابن سنان إشكال أولاً: لعدم إمكان الأخذ بصوره لأنه فكك بين صلاه النهار فقصر و بين صلاه الليل فتمام.

و ثانياً: لأن ذيله ظاهر في وجوب التقصير في السفر إلى بلد تقيم فيه عشرة أيام و هو أجنبي عن دعوى الشرط المذكور فلم يبق إلا مرسل يونس، و هو مختص بالمكاري و لذا احتتمل المحقق اختصاص حكم انقطاع كثير السفر بالإقامه فيه فقط دون بقيه من كثر سفره و المشهور على التعميم، و لكن الحكم على خلاف المرتكز العرفي من أن كثره السفر أو اتخاذه السفر عملاً له لا ينقطع بالإقامه عشرة بالإضافة إلى إرساله فلذا استشكل بالحكم جماعه منهم سيد المدارك و صاحب الحدائق و الذخيره و الكفايه، و لو سلم العمل به فالمتعين الاقتصار على خصوص المكاري و قوفا على النص فيما يخالف الارتكاز العرفي مع -

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٦ و ٥ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١.

أو غيره مع النيه (١)، أو يصدق عليه (٢) اسم المكارى و أخوته (٣)، و حينئذ فيتم في الثالثه (٤)، و مع صدق الاسم يستمر متمًا إلى أن يزول الاسم (٥)، أو يقيم (٦) عشره أيام متواليه، أو مفصوله بغير مسافه (٧) في بلده (٨)، أو مع نيه الإقامة (٩)، أو

-أننا لا نسلم لأنه مرسل و لم يثبت انجباره لعدم تعرض الكثير من القدماء إليه.

ثم بناء على الشرط المذكور لا فرق في إقامه العشره في بلده و غير بلده، بل ألحق الشهيد في الدروس العشره الحاصله بعد التردد ثلاثين، و ذكر جمع من الأصحاب أنه لا يشترط في العشره التوالى نعم يشترط عدم تخلل قصد المسافه في أثنائها إذا أقامها في بلده، بخلاف ما لو أقام العشره في غير بلده فلا بد من نيه الإقامة.

ثم إذا وجب القصر على كثير السفر بإقامه العشره ثم سافر ثانيه فلا يعود إلى التمام إلا بعد تحقق عنوان كثره السفر و هو لا يتحقق إلا من المره الثالثه كما عن الشهيد في الذكرى، أو يعود إلى التمام في السفره الثانيه فضلا عن الثالثه اقتصارا على مورد النص، و قد عرفت أن المدار على اتخاذ السفر عملا له فحينئذ يشرع في التمام في السفر الأول بعد الإقامة لبقاء الاسم إلا في المكارى فيقصر بعد إقامته في السفره الأولى.

(١) أى غير بلده مع نيه الإقامة.

(٢) أى على المسافر و مراده: أن المسافر يقصر ما لم ينطبق عليه أحد عنوانين: كثير السفر أو المكارى و الجمال و الكرى و الاشتقان الوارده في النصوص المتقدمه.

فإن صدق عنوان كثير السفر فيقطع بالإقامه و لا يشرع في التمام إلا إذا سافر ثلاث سفرات، و إن صدق عنوان المكارى و إخوته فيقطع بالإقامه و يشرع بالتمام في السفره الأولى ما دام الاسم متحققا.

و قد عرفت في كلا الشقين من التردد بين كثير السفر و المكارى و إخوته، و من التفصيل بين التمام في السفره الثالثه. إذا أقام لكثير السفر، و التمام في السفره الأولى. إذا أقام.

لكونه مندرجا تحت اسم المكارى و إخوته.

(٣) من الملاح و الكرى و الاشتقان و الراعى.

(٤) بالنسبه لكثير السفر.

(٥) بالنسبه للمكارى و إخوته.

(٦) فالإقامه قاطعه لحكم كثير السفر و لحكم التمام في المكارى و إخوته.

(٧) بشرط عدم حدوث سفر بينها.

(٨) متعلق بقوله (أو يقيم).

(٩) في غير بلده.

ص: ٤٨٦

يمضى عليه أربعون يوما (١) مترددا في الإقامة (٢)، أو جازما (٣) بالسفر من دونه (٤).

و من يكثر سفره (كالمكاري) بضم الميم و تخفيف الياء، و هو من يكرى دابته لغيره و يذهب معها فلا يقيم ببلده غالبا لإعداده نفسه لذلك،(و الملاح) و هو صاحب السفينه (و الأجير) الذى يؤجر نفسه للأسفار (و البريد) المعدّ نفسه للرساله، أو أمين البيدر، أو الاشتقان. و ضابطه (٥) من يسافر إلى المسافه و لا يقيم العشره كما مر.

فى شرط ألا يكون سفره معصيه

(و ألا يكون سفره معصيه) (٦)...

(١) عشره الإقامة مع ثلاثين التردد كما هو قول الشهيد فى الدروس.

(٢) التردد فى الإقامة للثلاثين فقط و مع ذلك نسبه إلى الأربعين من باب التغليب.

(٣) عطف على (مترددا فى الإقامة) لأن التردد كما عرفت أعم من التردد بين البقاء و الذهاب و بين السير و عدمه.

(٤) من دون أن يسافر.

(٥) أى ضابط كثير السفر من يسافر إلى المسافه و لا يقيم عشره أيام فى بلده أو غيره مع النيه، و هذا ما صرح به فى الروض أيضا بدعوى أن هذا هو ضابط كثير السفر بملاحظه ما ورد من اشتراط عدم الإقامة عشرا.

وفيه: قد عرفت أن ضابطه من اتخذ السفر عملا له، و أما اشتراط عدم الإقامة عشرا فقد عرفت ما فيه من الضعف.

(٦) السفر موجب للتقصير بشرط أن لا يكون سفر معصيه، بالاتفاق و يدل عليه أخبار منها:

صحيح عمار بن مروان عن أبى عبد الله عليه السلام: (من سافر قصر و أفطر، إلا أن يكون رجلا سفره إلى صيد، أو فى معصيه الله، أو رسول لمن يعصى الله (عز و جل)، أو طلب عدو و شحناء و سعايه أو ضرر على قوم مسلمين) (١).

و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يفطر الرجل فى شهر رمضان إلا فى سبيل حق) (٢).

و خبر أبى سعيد الخراسانى: (دخل رجلان على أبى الحسن الرضا عليه السلام بخراسان فسألاه عن التقصير فقال لأحدهما: و جب عليك التقصير لأنك قصدتنى، و قال للآخر: و جب عليك التمام لأنك قصدت السلطان) (٣).

ص: ٤٨٧

و لا فرق بين كون غايه السفر معصيه كما فى الخبر الأخير و بين كون السفر بنفسه معصيه كالفار من الزحف و تارك الجمعه بعد وجوبها.

و استشكل الشارح فى روض الجنان بالتعميم و خصه بالسفر الذى تكون غايته معصيه فقط بدعوى أن النصوص ظاهره فيه، و أما السفر الذى بنفسه معصيه فلا و إلا للزم عدم الترخيص إلا للأوحدى من الناس إذ غالب الأسفار مستلزمه لتترك واجب كترك التعلم الواجب عينا أو كفايه و نحوه.

و فيه: لقد ورد فى خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يخرج إلى الصيد أ يقصر أم يتم؟ قال: يتم لأنه ليس بمسير حق) و التعليل الوارد و فيه عام يشمل سفر المعصيه كما يشمل السفر الذى غايته معصيه بالإضافة إلى قوله عليه السّلام فى صحيح حماد المتقدم: (أو فى معصيه الله).

نعم إن تارك الواجب كالتعلم و نحو هو عاص بنفس التارك لا بالسفر إلا إذا كان السفر هذا خاصا له و قلنا بأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده الخاص و قد حرر فى محله عدم الاقتضاء ثم لو سافر للصيد فإن كان لقوته و قوت عياله قصر بلا خلاف و يدل عليه لمرسل محمد بن عمران القمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن خرج لقوته و قوت عياله فليفطر و يقصر، و إن خرج لطلب الفضول فلا- و لا كرامه)^(١) و لأنه سفر مأذون فيه بل قد يجب إذ تعين تحصيل رزقه و رزق عياله عليه فلا يكون سفرا محرما.

و كذا لو سافر للصيد و كان لطلب التجاره كما هو المشهور بين المتأخرين، لخروجه عن سفر المعصيه فيقصر و يفطر إلا أن المحكى عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و ابن حمزه و يحيى بن سعيد أنه يقصر الصوم دون الصلاه، و أشكل عليه فى المعبر بقوله: (و نحن نطالبه بدلاله الفرق و نقول: إن كان مباحا قصير فيهما و إن لم يكفه أتم فيهما) و يدل على التسويه بين الصوم و الصلاه صحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا قصرت أفطرت و إذا أفطرت قصرت)^(٢).

ثم إذا كان الصيد لهوا كما يستعمله أبناء الدنيا و جب عليه التمام، بالاتفاق، و حكاه فى الأمالى عن دين الإماميه و يدل عليه النصوص الكثيره كمرسل القمى المتقدم و خبر السكونى المتقدم فى بحث من اتخذ السفر عملا له: (سبعه لا يقصرون الصلاه: إلى أن قال: و الرجل يطلب الصيد يريد به لهو الدنيا و المحارب الذى يقطع السبيل)^(٣).

ص: ٤٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٥.

بأن تكون غايته معصيه (١)، أو مشتركه (٢) بينها (٣) و بين الطاعه (٤)، أو مستلزمه لها (٥) كالتاجر في المحرّم و الآبق و الناشر و الساعى (٦) على ضرر محترم (٧)، و سالك طريق يغلب فيه العطب و لو على المال (٨). و ألحق به (٩) تارك كل واجب به (١٠) بحيث ينافيه (١١)، و هى مانعه ابتداء و استدامه (١٢). فلو عرض قصدها فى أثناءه انقطع الترخّص حينئذ و بالعكس (١٣)...

(١) بناء على تخصيص السفر المحرم به.

(٢) أى الغايه.

(٣) بين المعصيه.

(٤) فيصدق أنه سفر معصيه أيضا.

(٥) أى تستلزم غايه السفر للمعصيه كمن يسافر للتجاره، و لكن التجاره فى المحرم فتكون غايه السفر مستلزمه للمعصيه.

(٦) بناء على الشمول لسفر المعصيه لأن سفره بنفسه إباق و نشوز و سعى.

(٧) أى على ضرر قوم من المسلمين بل و المحترمين من المعاهد و الذمى.

(٨) لو وصليه، و المراد و كان أن سفره معصيه للنهى عن سلوك هذا الطريق للعطب و إن كانت غايه السفر مباحه.

(٩) أى بسفر المعصيه.

(١٠) أى بسبب السفر فيكون معصيه بناء على الاقتضاء.

(١١) بحيث ينافى السفر ذلك الواجب.

(١٢) المعصيه مانعه من الترخّص فى السفر ابتداء و استدامه فلو قصد المعصيه ابتداء أتم و لو رجع عنها فى أثناء السفر اعتبرت المسافه فى الباقي، و لو قصد المعصيه فى أثناء السفر المباح انقطعت الرخصه تحكيما لإطلاقات الأخبار السابقه.

ثم لو عاد إلى الطاعه بعد المعصيه فى السفر المباح الموجه لقطع الرخصه فيقصر إذا كان الباقي مسافه كما عن علامه فى القواعد لبطلان المسافه الأولى بالمعصيه فيفتقر التقصير إلى قصد مسافه جديده.

و عن المحقق فى المعتبر و علامه فى المنتهى و الشهيد فى الذكرى أنه يرجع إلى التقصير و إن لم يقصد المسافه لأن سفره الأول موجب للتقصير غايته كانت المعصيه فى الأثناء مانعا و قد زالت.

(١٣) أى كان سفره معصيه ابتداء ثم رجع عنها فى أثناء السفر فيقصر بشرط كون الباقي مسافه و لو مع ضميمة العود بناء على أن المدار على قصد المسافه، و ذهب الشارح إلى أن -

و يشترط حينئذ (١) كون الباقي مسافه و لو بالعود و لا يضم باقي الذهاب إليه (٢).

فى شرط نوارى عن جدران بلده

(و أن يتوارى عن جدران بلده) (٣)...

التقصير مشروط بقصد المسافه إذا كان العود مسافه و لا يضم إليه بقيه الذهاب لأن لكل من العود و الذهاب حكم مستقل، و قد تقدم ضعفه.

(١) فى العكس.

(٢) إلى العود فى اعتبار المسافه.

(٣) لا يجوز للمسافر التقصير حتى يصل إلى حد الترخص على المشهور شهره عظيمه للنصوص الكثيره التى سيأتى بعضها، و عن على بن بابويه التقصير بمجرد الخروج من المنزل للمرسل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا خرجت من منزلك فقصر إلى أن تعود إليه) (١) و هو لا يقاوم تلك النصوص فيتعين حمله عليها و مثله مرسل حماد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يخرج مسافرا قال: يقصر إذا خرج من البيوت) (٢) و هو محمول على خفاء الجدران جمعا بينه و بين ما يأتى. و كذا لو كان مسافرا يبقى على التقصير إلى أن يصل إلى حد الترخص فيتم على المشهور لصحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (المسافر يقصر حتى يدخل المصر) (٣) و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن التقصير قال: إذا كنت فى الموضع الذى تسمع فيه الأذان فأتمّ و إذا كنت فى الموضع الذى لا تسمع فيه الأذان فقصر، و إذا قدمت من سفرك فمثل ذلك) (٤) و صحيح حماد و الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا سمع الأذان أتمّ المسافر) (٥)، و ذهب السيد و على بن بابويه و ابن الجنيّد إلى أنه يقصر فى العود حتى يبلغ منزله لصحيح عيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا يزال المسافر مقصرا حتى يدخل بيته) (٦) و موثق إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام: (سألته عن الرجل يكون مسافرا ثم يدخل و يقدم و يدخل بيوت الكوفه، أيتمّ الصلاه أم يكون مقصرا حتى يدخل أهله؟ قال: بل يكون مقصرا حتى يدخل أهله) (٧) و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن أهل مكه إذا زاروا البيت و دخلوا منازلهم أتمّوا و إذا لم يدخلوا منازلهم قصرُوا) (٨) بالإضافة إلى مرسل الصدوق المتقدم.

ص: ٤٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٩.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٨ و ٣ و ٧.

٤- ((٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٤ و ٣ و ١.

و قال فى الرىاض: «و لولا الشهره المرجحه للأدله الأولى لكان المصير إلى هذا القول فى غايه القوه لاستفاضه نصوصه و صحه أكثرها و ظهور دلالتها جملة بل صراحه كثير منها» و لذا فالأحوط هو الجمع بين القصر و التمام لو دخل المصر إلى حين بلوغ البيت و إن العمل على الطائفة الأولى أقوى لإعراض المشهور عن الثانيه.

ثم إن حد الترخص هو اختفاء الجدران و الأذان معا كما عليه المشهور بين المتأخرين، و المنسوب لأكثر المتقدمين اعتبار أحد الأمرين، و عن التنقيح الاقتصار على خفاء الجدران، و عن المفيد و سألر و الحلى و التقى الاقتصار على خفاء الأذان، و منشأ الخلاف هو اختلاف الأخبار فبعضها يدل على خفاء الجدران كصحيح محمد بن مسلم: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يريد السفر فيخرج متى يقصر؟ قال عليه السلام: إذا توارى عن البيوت) (١)، و بعضها يدل على خفاء الأذان كصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن التقصير قال عليه السلام: إذا كنت فى الموضع الذى تسمع فيه الأذان فأتم، و إذا كنت فى الموضع الذى لا تسمع فيه الأذان فقصر و إذا قدمت من سفرك فمثل ذلك) ٢.

فالقول الأول مبنى على تقييد منطوق إحدى الطائفتين بمنطوق الأخرى.

و القول الثانى مبنى إما على تقييد مفهوم إحدى الطائفتين بمنطوق الأخرى و إما برفع اليد عن المفهوم فى كليهما و إما على خصوصيه الشرط فى منطوق كل منهما مع جعل الشرط هو الجامع بينهما و المراد به مطلق البعد المدلول عليه بخفاء الأذان و الجدران معا و إما على القول بالتعارض بينهما مع الحكم بالتخير.

و القول الثالث مبنى على القول بالتعارض بين الطائفتين و الترجيح لخفاء الجدران.

و الرابع مبنى على التعارض و الترجيح لخفاء الأذان، و الأخير لا يخلو من قوه لصحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا سمع الأذان أتم المسافر) ٣ و حد الترخص واحد ذهابا و عودا، و لمشهوريه خفاء الأذان بين أصحاب الأئمه عليهم السلام كما يدل عليه خبر إسحاق بن عمار. بروايه الصدوق. عن أبى الحسن عليه السلام: (عن قوم خرجوا فى سفر فلما انتهوا إلى الموضع الذى يجب عليهم فيه التقصير قَصَّروا من الصلاة، فلما صاروا على فرسخين أو على ثلاثه فراسخ أو على أربعة تخلف عنهم رجل لا يستقيم لهم سفرهم إلا به، فأقاموا ينتظرون مجيئه إليهم، و هم لا يستقيم لهم السفر إلا بمجيئه-

ص: ٤٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١ و ٣ و ٧.

بالضرب فى الأرض (١) لا مطلق المواراه، (أو يخفى (٢) عليه أذانه) و لو تقديرا كالبلد المنخفض و المرتفع، و مختلف الأرض، و عادم الجدار و الأذان (٣) و السمع و البصر (٤) و المعتبر آخر البلد المتوسط فما دون و محلته فى المتسع (٥)، و صورته الجدار و الصوت لا الشبح و الكلام (٦). و الاكتفاء بأحد الأمرين مذهب جماعه، و الأقوى

-إليهم، فأقاموا على ذلك أياما لا يدرون هل يمضون فى سفرهم أو ينصرفون، هل ينبغى لهم أن يتموا الصلاه أو يقيموا على تقصيرهم؟ قال: إن كانوا بلغوا مسيره أربعة فراسخ فليقيموا على تقصيرهم أقاموا أم انصرفوا، و إن كان ساروا أقل من أربعة فراسخ فليتموا الصلاه ما أقاموا فإذا انصرفوا فليقصروا، ثم قال: هل تدرى كيف صار هكذا؟ قلت: لا. قال: لأن التقصير فى بريدين و لا يكون التقصير فى أقل من ذلك، فإذا كانوا قد ساروا بريدا و أرادوا أن ينصرفوا كانوا قد سافروا سفر التقصير، و إن كانوا ساروا أقل من ذلك لم يكن لهم إلا إتمام الصلاه.

قلت: أ ليس قد بلغوا الموضع الذى لا يسمعون فيه أذان مصرهم الذى خرجوا منه؟ قال: بلى، إنما قَصُرُوا فى ذلك الموضع لأنهم لم يشكوا فى مسيرهم و إن السير يجَدُّ بهم، فلما جاءت العله فى مقامهم دون البريد صاروا هكذا(١). هذا فضلا عن أن صحيح ابن مسلم الدال على خفاء الجدران لم يصرح إلا بالتوارى عن البيوت لا بخفاء الجدران كما هو الشائع فى ألسنة الفقهاء.

(١)الظاهر من صحيح محمد بن مسلم المتقدم أن توارى البيوت إنما هو من جهه الضرب فى الأرض لا من جهه حائل أو نحوه، و المعتبر فى التوارى أن يتوارى صورته الجدار لا شبحة.

(٢)المدار فى خفاء الأذان خفاء صوت المؤذن، فلو كانت البلدة منخفضة أو مرتفعه فتقدر مستويه و يلاحظ توارى الجدران و خفاء الأذان حينئذ، و المدار على الجدار و الأذان فى آخر البلد فلو اتسعت فالمدار على آخر المحله كما عن جماعه.

(٣)فلو عدم الجدار فى البلد فيقدر وجوده و يكون التوارى و الخفاء على فرض تقديره.

(٤)فلو فقد المسافر السمع أو البصر فيقدر أنه سميع بصير و يكون التوارى و الخفاء على فرض تقديره أيضا.

(٥)أى و محله المسافر فى البلد المتسع.

(٦)الشيخ فى الجدار و الكلام فى الأذان بحيث لو بقى يسمع صوته فلا تقصير و إن لم يميز كلامه، بخلاف الجدار فالمدار على اختفاء صورته لا شبحة لأن الشبح يبقى يراه من مسافه بعيدة.

ص: ٤٩٢

اعتبار خفائهما معا ذهابا و عودا، و عليه المصنف فى سائر كتبه.

فى مواضع التخيير

و مع اجتماع الشرائط (فيتعين القصر) (١) بحذف أخيرتى الرباعيه (إلا فى)

أربعة مواطن (٢)(مسجدى مكه و المدينه)...

(١) بلا خلاف و يدل عليه النصوص الكثيره منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام:

عشر ركعات: ركعتان من الظهر و ركعتان من العصر و ركعتا الصبح و ركعتا المغرب و ركعتا العشاء الأخيره لا يجوز فيهن الوهم. إلى أن قال: فزاد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى صلاه المقيم غير المسافر ركعتين فى الظهر و العصر و العشاء الآخره، و ركعه فى المغرب للمقيم و المسافر(١).

و صحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن الله عز و جل) فرض الصلاه ركعتين عشر ركعات فأضاف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى الركعتين ركعتين و إلى المغرب ركعه، فصارت عدل الفريضه لا يجوز تركهن إلا فى سفر، و أفرد الركعه فى المغرب فتركها قائمه فى السفر و الحضر)٢. و أيضا تسقط عن المسافر نوافل الظهرين و نافله العشاء كما تقدم فى بحث الفرائض اليوميه، و يسقط عنه الصوم الواجب عظيمه و كذا المستحب على خلاف فى الثانى و سيأتى بحثه فى مبحث الصوم.

(٢) على المشهور شهره عظيمه كادت أن تكون إجماعا للأخبار الكثيره الداله عليه منها:

صحيح ابن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام: عن التمام بمكه و المدينه فقال عليه السلام:

أتم و إن لم تصل فيهما إلا صلاه واحده(٢).

و صحيح حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام: (من مخزون علم الله الإتمام فى أربعة مواطن: حرم الله و حرم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و حرم أمير المؤمنين عليه السلام و حرم الحسين عليه السلام)٤.

و صحيح ابن مهزيار: (كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام: إن الروايه قد اختلفت عن آبائك فى الإتمام و التقصير للصلاه فى الحرمين، فمنها أن يأمر بتتميم الصلاه و لو صلاه واحده، و منها أن يأمر أن يقصر ما لم ينو عشره أيام، و لم أزل على الإتمام فيهما إلى أن صدرنا من حجننا فى عامنا هذا، فإن فقهاء أصحابنا أشاروا إلى بالتقصير إذا كنت لا أنوى مقام عشره، و قد ضقت بذلك حتى أعرف رأيك، فكتب عليه السلام بخطه: قد علمت. يرحمك الله. فضل الصلاه فى الحرمين على غيرهما، فأنا أحب لك إذا دخلتهما أن لا تقصر، و تكثر من الصلاه،-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب إعداد الفرائض حديث ١٢ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٥ و ١.

-فقلت له بعد ذلك بسنتين مشافهه: إني كتبت إليك بكذا و أجبت بكذا، فقال عليه السلام:

نعم، فقلت: أى شىء تعنى بالحرمين؟ فقال: مكة و المدينة(١).

و خبر على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام: (فى الصلاة بمكة فقال: من شاء أتم و من شاء قصّر و ليس بواجب، إلا إني أحب لك ما أحب لنفسى)(٢). و صريح هذه الأخبار هو التخيير فما عن المفيد و السيد المرتضى من تعين التمام ليس فى محله، و عن الصدوق فى الفقيه و الخصال أنه يقصر ما لم ينو المقام عشره، و الأفضل أن ينو المقام ليوقع صلاته تماما و مستنده أخبار منها: صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع عن الرضا عليه السلام: (عن الصلاة بمكة و المدينة تقصير أو تمام؟ فقال: تقصر ما لم تعزم على مقام عشره)٣، و حملت هذه الأخبار التقيه بل صحيح على بن مهزيار المتقدم صريح فى أن فقهاء أصحاب الأئمه عليهم السلام كانوا يعملون بأخبار التقصير لكن قوله عليه السلام فى صحيح حماد المتقدم إن التمام من مخزون علم الله كاشف عن أن تعين التقصير الصادر من الأئمه عليهم السلام و كان شائعا بين أصحابهم إنما هو من باب التقيه.

هذا و الأخبار قد خصت التخيير بالصلاه، و أما الصوم فلا يشرع التخيير بل يتعين الإفطار على المسافر تحكيما لأدلته السالمه عن المعارض.

و من جهه أخرى فالمراد من مكة و المدينة عموم البلد و إن وقعت الصلاه خارج المسجدين كما عليه الشيخ و المحقق و أكثر الأصحاب بل هو المشهور كما وقع التعبير بذلك فى صحيح ابن الحجاج و على بن مهزيار المتقدمين، بل ذيل مكاتبه ابن مهزيار عند ما سأله بعد أن التقاه: (أى شىء تعنى الحرمين؟ فقال: مكة و المدينة) صريح فى عموم البلد لا خصوص المسجدين.

و عن الحلبي و جماعه اختصاص الحكم بالمسجدين فقط من باب القدر المتيقن و لمرسل إبراهيم بن أبى البلاد عن أبى عبد الله عليه السلام: (تمت الصلاه فى ثلاثه مواطن: فى المسجد الحرام و مسجد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم و عند قبر الحسين عليه السلام)(٣) و مرسل حذيفه بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام: (تمت الصلاه فى المسجد الحرام و مسجد الرسول و مسجد الكوفه و حرم الحسين عليه السلام)٥ و مثله خبر أبى بصير٦.

ص: ٤٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه المسافر حديث ١٠ و ٣٢.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٢٢ و ٢٣ و ٢٥.

المعهودين (١)، (و مسجد الكوفة و الحائر) الحسيني (على مشرفه السلام) و هو (٢) ما دار عليه سور حضرته الشريفه، (فيتخير فيها) بين الإتمام و القصر، (و الإتمام أفضل)، و مستند الحكم أخبار كثيره، و فى بعضها أنه من مخزون علم الله.

و هى مع ضعف أسانيدها لا تصلح للتخصيص إذ لعل ذكر المسجدين باعتبار أن الصلاة تقع فيهما غالباً، و يشهد لعموم الحكم أن الإمام عليه السّلام قد ذكر مكة و المدينة ثم عدل إلى مسجد الكوفة و قبر الحسين عليه السّلام فلو لم يكن المراد من مكة و المدينة البلدين لما كان للعدول معنى كما فى مرسل حماد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من الأمر المذخور إتمام الصلاة فى أربعة مواطن: مكة و المدينة و مسجد الكوفة و الحائر) (١) و من جهة ثالثة ورد فى الأخبار التعبير بمسجد الكوفة كما فى مرسل حذيفه و مرسل حماد المتقدمين و حرم أمير المؤمنين كما فى صحيح حماد المتقدم فمقتضى الجميع هو أن يكون المراد هو مسجد الكوفة و أما التعبير ببلد الكوفة فلم يرد إلا فى خبر زياد القنذى عن أبى الحسن عليه السّلام: (يا زياد أحب لك ما أحب لنفسى، و أكره لك ما أكره لنفسى، أتم الصلاة فى الحرمين و بالكوفة و عند قبر الحسين عليه السّلام) (٢) فيتعين أن يكون المراد منها هو خصوص مسجد الكوفة، فما عن الشيخ من إلحاق الكوفة بمكة اعتماداً عليه ليس فى محله و أما بالنسبة للحائر الحسينى فقد ورد التعبير تارة بحرم الحسين عليه السّلام: كما فى صحيح حماد بن عيسى و مرسل حذيفه بن منصور المتقدمين و أخرى بالتعبير (عن قبر الحسين عليه السّلام) كما فى مرسل إبراهيم بن أبى البلاد المتقدم و ثالثة التعبير بالحائر كما فى مرسل حماد المتقدم و مقتضى الجمع هو الاقتصار على الحائر بل عند قبره (صلوات الله عليه) بالإضافة إلى الخلاف الواقع بينهم فى تحديد الحائر فعن السرائر أنه ما دار سور المشهد و المسجد عليه، و عن ثان أنه مجموع الصحن المقدس، و عن ثالث أنه القبه الساميه، و عن رابع أنه الروضه المقدسه و ما أحاط بها من العمارات المقدسه من الرواق و الخزانة، و عن خامس أنه مجموع الصحن القديم لا ما تجدد منه فى الدوله الصفويه، و الجميع غير واضح المستند. و من جهة رابعه ألحق ابن الجنيد و المرتضى بهذه الأماكن جميع مشاهد الأئمه عليه السّلام و قال فى الذكري: «و لم نقف لهما على مأخذ فى ذلك و القياس عندنا باطل».

(١) قد عرفت أن الأقوى عموم البلدين.

(٢) و قد عرفت الاختلاف فيه.

ص: ٤٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٢٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة المسافر حديث ١٣.

(و منعه) أى التخيير (أبو جعفر) محمد بن (بابويه) و حتم القصر فيها كغيرها. و الأخبار الصحيحة حجه عليه (و طرد المرتضى، و ابن الجنيد الحكم فى مشاهد الأئمة عليهم السّلام) و لم نقف على مأخذه، و طرد آخرون الحكم فى البلدان الأربع (١)، و ثالث (٢) فى بلدى المسجدين الحرمين دون الآخرين، و رابع فى البلدان الثلاثة غير الحائر (٣)، و مال إليه المصنف فى الذكرى. و الاقتصار عليها (٤) موضع اليقين فيما خالف الأصل (٥).

فى ما لو دخل عليه الوقت حاضرا

(و لو دخل عليه الوقت حاضرا) بحيث مضى منه قدر الصلاة بشرائطها المفقوده (٦) قبل مجاوزة الحدين (٧) (أو أدركه (٨) بعد انتهاء (سفره) بحيث أدرك منه ركعه فصاعدا (أتم) الصلاة فيهما (فى الأقوى) (٩)...

(١) و حكى الشهيد فى الذكرى عن يحيى بن سعيد ذلك.

(٢) و قد عرفت أنه الأقوى.

(٣) و هذا القول للشيخ فى التهذيب و الاستبصار.

(٤) على المساجد الثلاثة مع الحائر، لذا قال الشارح فى الروض: «و هل الحكم مختص بالمساجد و المشهد المقدس أو يعم بلدانها ظاهر الأخبار العموم، و الأول أولى لعدم التصريح بالزائد و كونه على خلاف الأصل».

(٥) إذ الأصل فى السفر هو القصر.

(٦) التى يجب تحصيلها قبل الشروع فى الصلاة كالوضوء و تطهير الثوب المتنجس مع الانحصار و كذا تطهير البدن و نحو ذلك.

(٧) من توارى الجدران و خفاء الأذان.

(٨) أدرك الوقت.

(٩) أما المسألة الأولى بحيث إذا دخل عليه الوقت و هو حاضر متمكن من الصلاة ثم سافر فيجب عليه القصر على المشهور و يدل عليه صحيح إسماعيل بن جابر: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: يدخل على وقت الصلاة و أنا فى السفر فلا أصلى حتى أدخل أهلى فقال عليه السّلام: صل و أتم الصلاة، قلت: فدخل على وقت الصلاة و أنا فى أهلى أريد السفر فلا أهلى حتى أخرج فقال عليه السّلام: فصل و قصر، فإن لم تفعل فقد خالفت. و الله.

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (١) و خبر الوشاء: (سمعت الرضا عليه السّلام يقول: إذا زالت الشمس و أنت فى المصر و أنت تريد السفر فأتهم، فإذا خرجت بعد الزوال قصر العصر) (٢) إلا-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٢ و ١٢.

-أنهما معارضان بطائفه من الأخبار أكثر عددا منها: صحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يدخل من سفره وقد دخل وقت الصلاة وهو في الطريق فقال عليه السلام: يصلّى ركعتين، وإن خرج إلى سفره وقد دخل وقت الصلاة فليصل أربعاً)(١) وقد عمل بهذه الطائفة جماعة منهم الصدوق في المقنع وكثير من كتب العلامة والشهيدان كما في اللمعه والروضه وغيرهما والمحقق الثاني وغيرهم والترجيح لها لأنها أكثر عددا ولموافقتها للأصل في الصلاة لأن الأصل هو التمام. وعن الشيخ في كتابي الحديث والصدوق في الفقيه بالجمع بينهما بحمل أخبار الإتمام على السعه وأخبار القصر على الضيق، ويشهد له موثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام: (في الرجل يقدم من سفره في وقت الصلاة فقال: إن كان لا يخاف فوت الوقت فليتمّ وإن كان يخاف خروج الوقت فليقصر)(٢).

وفيه: إنه صريح في صوره القدوم من السفر لا في صوره الخروج إليه. وعن الشيخ في الخلاف بحمل الأمر بالتمام والقصر على الوجوب التخيري ويشهد له صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا كان في سفر فدخل عليه وقت الصلاة قبل أن يدخل أهله فسار حتى دخل أهله، فإن شاء قصر وإن شاء أتم والإتمام أحب إليّ)٣، وفيه: إنه كذلك في صوره القدوم لا في صوره الخروج التي هي محل البحث.

وحيث تعذر الجمع فلا بد من الترجيح وللطائفة الأولى الموافقة للأصل الدال على أن العبره وقت الأداء، ولما دل على وجوب التقصير في السفر وهو مسافر، وللهن في الطائفة الثانية حيث صرحت بأن الحكم في صورته الدخول هو القصر مع أنه لم يقل به فقيه كما ستسمع، فقول الشارح في روض الجنان أن المسألة من أشكال الأبواب غير واضح بعد ما عرفت من البيان.

وأما المسألة الثانية وهي ما لو دخل عليه الوقت وهو مسافر ولم يصل حتى دخل بلده فيجب عليه التمام على المشهور شهره عظيمه كادت أن تكون إجماعاً، وحتى حكى عن غير واحد عدم الوقوف عليه وإن كان يظهر من الشرائع وجوده، بل في السرائر: «لم يذهب إلى ذلك أحد ولم يقل به فقيه ولا مصنف ذكره في كتابه لا منا ولا من مخالفينا» ويشهد لمستند المشهور أخبار كثيرة وما قدمنا من صحيح إسماعيل بن جابر كفايه-

ص: ٤٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٦ و ٩.

عملا بالأصل (١) و لدلاله بعض الأخبار عليه، و القول الآخر القصر فيهما (٢) و في ثالث التخيير، و رابع (٣) القصر في الأول، و الإتمام في الثاني، و الأخبار متعارضة، و المحصل ما اختاره هنا.

في استحباب جبر كل مقصوره

(و يستحبّ جبر (٤) كل مقصوره)، و قيل (٥): كل صلاة تصلى سفرا

-خصوصا تأكيده بأن مخالفته مخالفه الرسول الله صلى الله عليه وآله و سلم مع القسم على ذلك و مما تقدم تعرف أنه لو كان في أول الوقت حاضرا ثم سافرا، أو كان مسافرا ثم حضر و قد فاتته الصلاة فيقضئها في الأولى قصرا و في الثانية تماما لأن المدار في القضاء على الفوت و قد فاتته بما ذكرناه.

(١) إذ الأصل في الصلاة هو التمام، و قد عرفت أن الأصل في المسألة الأولى هو القصر بالنسبة للمسافر.

(٢) و هو غير معروف بالنسبة لمسألة القدوم.

(٣) و هو الأقوى و عليه المشهور.

(٤) لخبر سليمان بن حفص المروزي قال: قال الفقيه العسكري عليه السلام: (يجب على المسافر أن يقول دبر كل صلاة يقصر فيها: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر، ثلاثين مره لتمام الصلاة) (١) و خبر رجاء عن الرضا عليه السلام: (أنه صحبه في سفر فكان يقول في دبر كل صلاة يقصرها: سبحان الله و الحمد لله و لا إله إلا الله و الله أكبر، ثلاثين مره و يقول: هذا تمام الصلاة) ٢.

و الوجوب في الخبر الأول محمول على الاستحباب بالاتفاق إذ لم يذهب أحد إلى حمله على الإلزام و ظاهر الخبرين أن التسبيح المذكور مخصوص بالمقصوره من باب جبرها، لكن روى استحبابه عقيب كل صلاة كما في خبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام:

(من صلى صلاة مكتوبه ثم سبح في دبرها ثلاثين مره لم يبق شيء من الذنوب على بدنه إلا تناثر) (٢) و قد حملت على أنه مستحب بعنوان التعقيب لا من باب جبر المقصوره و لذا أفتى بعضهم باستحبابه مرتين عقيب المقصوره مره بعنوان التعقيب و مره بعنوان الجبر لها، و البعض الآخر قال بالتداخل لتحقق الامتثال في التسبيح المذكور إذا أتى به للعنوانين معا.

(٥) نسب للصدوق في المقنع و توقف الفاضل في عموم التسبيح لغير المقصوره من صلوات المسافرين.

ص: ٤٩٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب صلاة المسافرين حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب التعقيب حديث ٥.

(بالتسيحات الأربع ثلاثين مرّة) عقبها. و المروى التقييد (١)، و قد روى استحباب فعلها (٢) عقيب كلّ فريضة فى جملة التعقيب، فاستحبابها عقيب المقصوره يكون آكد، و هل يتداخل الجبر و التعقيب، أم يستحب تكرارها؟ وجهان، أجمدهما الأول لتحقق الامتثال فيهما (٣).

الفصل الحادى عشر. فى الجماعه

فى استحبابها فى الفريضة

(الفصل الحادى عشر. فى الجماعه)

(و هى مستحبه فى الفريضة) مطلقا (٤)، متأكده فى اليوميه) حتى أن الصلاة

(١) تقييد التسيح بالمقصوره.

(٢) أى فعل التسيحات.

(٣) فى الجبر و التعقيب.

(٤) يوميه أو غيرها، و يدل عليه الإجماع كما عن ظاهر المنتهى و الذكرى، و صحيح زراره الفضيل: (قلنا له: الصلاة فى جماعه فريضة هى، فقال: الصلاة فريضة و ليس الاجتماع بمفروض فى الصلوات كلها، و لكنها سنه، من تركها رغبه عنها و عن جماعه المؤمنين من غير عله فلا- صلاة له) (١) و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (الصلاه فى جماعه تفضل على كل صلاه الفرد بأربعه و عشرين درجه، تكون خمسه و عشرين صلاه) ٢ و مثله غيره، مع أن دعوى أن الأخير ليس فى مقام بيان مشروعيه الجماعه فى كل فريضة بل فى مقام بيان ثواب الجماعه على ثواب صلاه الفرد ليست بعينه، و كذلك الأول فإنه منصرف إلى خصوص اليوميه! و عليه فلا دليل على مشروعيه الجماعه فى غير الفرائض اليوميه إلا صلاه الأموات و الآيات و قد تقدم البحث فيها، أما صلاه الاحتياط و صلاه ركعتى الطواف و الصلاه المنذوره فلا دليل على مشروعيه الجماعه فيهما.

نعم تأكد الاستحباب فى اليوميه من ضروريات الدين للخبرين السابقين و غيرهما مثل صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (ما يروى الناس أن الصلاه فى جماعه أفضل من صلاه الرجل وحده بخمس و عشرين صلاه فقال: صدقوا) ٣ و خبر محمد بن عماره:

(أرسلت إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام أسأله عن الرجل يصلى المكتوبه وحده فى مسجد الكوفه أفضل، أو صلاته فى جماعه؟ فقال: الصلاة فى جماعه أفضل) (٢) و خبر عبد الله بن -

ص: ٤٩٩

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٤.

الواحدة منها تعدل خمسا (١) أو سبعا (٢) وعشرين صلاة مع غير العالم، و معه ألفا (٣). و لو وقعت في مسجد (٤) تضاعف بمضروب عدده (٥) في عددها (٦)، ففي الجامع مع غير العالم ألفان و سبعمائة (٧)، و معه مائة ألف (٨)...

-أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام: (همّ رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بإحراق قوم في منازلهم كانوا يصلون في منازلهم، و لا يصلون الجمعة، فأتاه رجل أعمى فقال: يا رسول الله أنا ضيرير البصر و ربما أسمع النداء و لا أجد من يقودنى إلى الجمعة و الصلاة معك، فقال له النبى صلى الله عليه وآله و سلم: شدّ من منزلك إلى المسجد جبلا و احضر الجمعة) (١) و خبره الآخر عنه عليه السّلام:

(قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: لا صلاة لمن لا يصلّى في المسجد مع المسلمين إلا من عله، و قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: لا غيبه لمن صلى في بيته و رغب عن جماعتنا، و من رغب عن جماعه المسلمين و جب على المسلمين غيبته و سقطت بينهم عدالته و وجب هجرانه، و إذا رفع إلى إمام المسلمين أنذره و حدّره فإن حضر جماعه المسلمين و إلا أحرق عليه بيته) (٢).

(١) كما في صحيح ابن سنان المتقدم.

(٢) لم أجد عاجلا خبرا في ذلك إلا ما رواه الشارح في روض الجنان: «و عن النبى صلى الله عليه وآله و سلم صلاة الجمعة تفضل صلاة الفذ. بالفاء و الذال المعجمه و هو الفرد. بسبع و عشرين درجه»، و رواه الشهيد في الذكرى و قال عنه: «رواه العامه في صحاحهم عن أبى سعيد الخدرى عنه».

(٣) روى الشهيد في النفلية عن الصادق عليه السّلام: (الصلاة خلف العالم بألف ركعه و خلف القرشى بمائه و خلف العربى خمسون، و خلف المولى خمس و عشرون) (٣).

(٤) قد تقدم أن الصلاة في المسجد الحرام بمائه ألف صلاة و في المسجد النبوى بعشره آلاف، و في كل من مسجد الكوفه و المسجد الأقصى بألف، و في المسجد الجامع بمائه، و في مسجد القبيله بخمس و عشرين و في مسجد السوق باثنتى عشره صلاة.

(٥) عدد المسجد أى عدد ثوابه.

(٦) عدد الجمعة أى عدد ثوابها.

(٧) ناشئه من ضرب المائه لثواب الجامع فى سبع و عشرين لثواب الجمعة.

(٨) أى و مع العالم فى الجامع مائه ألف ناشئه من ضرب المائه لثواب الجامع فى ضرب الألف لثواب الجمعة مع العالم.

ص: ٥٠٠

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٦.

و روى أن ذلك (١) مع اتحاد المأموم، فلو تعدّد تضاعف في كل واحد بقدر المجموع في سابقه إلى العشره ثم لا يحصيه إلا الله تعالى.

في وجوبها في مواضع و حرمتها في مواضع

(و واجبه في الجمعه، و العيدين (٢) مع وجوبهما،...)

(١) يستفاد أن الثواب المعين مطلقا مع اتحاد المأموم فإذا بلغوا عشره فلا يحصى الثواب إلا الله مما رواه الشيخ أبو محمد جعفر بن أحمد القمى عن أبي سعيد الخدرى قال: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أتانى جبرئيل مع سبعين ألف ملك بعد صلاه الظهر فقال: يا محمد إن ربك يقرئك السلام، و أهدى إليك هديتين لم يهدهما إلى نبي قبلك.

قلت: و ما الهديتان؟ قال: الوتر ثلاث ركعات و الصلاه الخمس في جماعه، قلت: يا جبرئيل و ما لأمتي في الجماعه؟ قال: يا محمد إذا كانا اثنين كتب الله لكل واحد بكل ركعه مائه و خمسين صلاه، و إذا كانوا ثلاثه كتب الله لكل منهم بكل ركعه ستمائه صلاه، و إذا كانوا أربعة كتب الله لكل واحد بكل ركعه ألفا و مائتين صلاه، و إذا كانوا خمسة كتب الله لكل واحد بكل ركعه ألفين و أربعمائه صلاه، و إذا كانوا ستة كتب الله لكل واحد بكل ركعه سبعة آلاف و مائتين صلاه، و إذا كانوا سبعة كتب الله لكل واحد منهم بكل ركعه تسعة آلاف و ستمائه صلاه، و إذا كانوا ثمانية كتب الله تعالى لكل واحد منهم بكل ركعه تسعة عشر ألفا و مائتين صلاه، و إذا كانوا تسعة كتب الله تعالى لكل واحد منهم بكل ركعه ستة و ثلاثين ألفا و أربعمائه صلاه، و إذا كانوا عشرة كتب الله تعالى لكل واحد منهم بكل ركعه سبعين ألفا و ألفين و ثمانمائه صلاه، فما زادوا على العشره فلو صارت السماوات كلها مدادا و الأشجار أقلاما و الثقلان مع الملائكه كتابا لم يقدروا أن يكتبوا ثواب ركعه واحده.

يا محمد تكبيره يدر كها المؤمن مع الإمام خير له من ستين ألف حجه و عمره و خير من الدنيا و ما فيها سبعين ألف مره، و ركعه يصلها المؤمن مع الإمام خير من مائه ألف دينار يتصدق بها على المساكين، و سجده يسجدها المؤمن مع الإمام في جماعه خير من عتق مائه رقبه(١).

(٢) تقدم البحث في وجوب الجماعه في الجمعه بمعنى أنها شرط في صحتها، و أما وجوبها في العيدين إذا وجبت فهو مما لا خلاف فيه و يدل عليه جمله من النصوص منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (من لم يصل مع الإمام في جماعه يوم العيد فلا صلاه له و لا قضاء عليه)(٢) نعم قد تجب بالعارض كما إذا خاف الوقت عن تعلم القراءه لمن لا-

ص: ٥٠١

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه العيد حديث ٣.

(و بدعه فى النافله مطلقا (١) إلا فى الاستسقاء (٢)، و العيدين المندوبه (٣)، و الغدير) (٤)

-يحسنها مع قدرته على التعلم، و تجب بالنذر و أخويه.

(١) ذات سبب كالراتبه أو لا كالمبتدئه بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و الفضيل. عن الباقر و الصادق عليهما السّلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: إن الصلاه بالليل شهر رمضان النافله فى جماعه بدعه) (١).

و خبر إسحاق بن عمار و سماعه بن مهران و محمد بن سليمان عن أبى عبد الله و أبى الحسن و الرضا عليهم السّلام فى حديث: (إن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال فى نافله شهر رمضان: أيها الناس إن هذه الصلاه نافله، و لن يجتمع للنافله، فليصل كل رجل منكم وحده و ليقبل ما علمه الله من كتابه و اعلموا أنه لا جماعه فى نافله) (٢).

و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام فى كتابه إلى المأمون: (لا يجوز أن يصلى تطوع فى جماعه، لأن ذلك بدعه و كل بدعه ضلاله و كل ضلاله فى النار) (٣) و مثله خبر الأعمش ٤.

و مال فى المدارك إلى الجواز لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن المرأه هل تؤم النساء؟ قال: تؤمهنّ فى النافله، فأما فى المكتوبه فلا) (٤) و مثله صحيح الحلبي ٦ و صحيح سليمان بن خالد ٧، و صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (صل بأهلك فى رمضان الفريضة و النافله فإنى أفعله) ٨ و لكن يتعين حملها على التقية لموافقتها العامه، بل عموم (لا جماعه فى نافله) يقتضى عدم المشروعيه فى مطلق النوافل حتى المنذوره لامتناع تعلق بغير الراجح.

(٢) تقدم الكلام فيه.

(٣) لأن صلاه العيد واجبه بحسب أصلها، و صارت مستحبه لعدم حضور الإمام عليه السّلام فالجماعه فيها ليس استثناء من عموم (لا جماعه فى نافله) و يشهد له جمله من النصوص منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أنه قال: فى صلاه العيدين إذا كان القوم خمسسه أو سبعة فإنهم يجمعون الصلاه كما يصنعون يوم الجمعة) (٥).

(٤) كما عن المفيد فى مقنعته و فوائد الشرائع للمحقق الثانى بل عن مجمع البرهان أنه المشهور-

ص: ٥٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب نافله شهر رمضان حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٦ و ٥.

٤- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١ و ٩ و ١٢ و ١٣.

٥- (٩) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب صلاه العيد حديث ٣٩.

فى قول لم يجزم به المصنّف إلا هنا، و نسبه فى غيره إلى التقى (١)، و لعلّ مأخذه

و عن إيضاح النافع أن عمل الشيعة على ذلك و استدل له بمرسل أبى الصلاح حيث قال العلامة فى التذكرة: «و قد روى أبى الصلاح. هنا. استحباب الجماعة و الخطبة و التصافح و التهانى لبركه هذا اليوم» (١) بل فى المختلف نقل عبارته أبى الصلاح فى الكافى حيث قال: «و قال أبى الصلاح فى صفه صلاه الغدير: و من وكيد السنه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى يوم الغدير، و هو الثامن عشر من ذى الحجه بالخروج إلى ظاهر المصر و عقد الصلاه قبل أن تزول الشمس بنصف ساعه لمن يتكامل له صفات إمامه الجماعة بركتين يقرأ فى كل ركعه منهما الحمد و سوره الإخلاص عشرًا و سوره القدر عشرًا و آيه الكرسي عشرًا، و يقتدى به المؤمنون، و إذا سلم دعا بدعاء هذا اليوم و من صلى خلفه، و ليصعد المنبر قبل الصلاه فيخطب خطبه مقصوره على حمد الله تعالى و الثناء عليه و الصلاه على محمد و آله و التنبيه على عظيم حرمه يومه، و ما أوجب الله فيه من إمامه أمير المؤمنين عليه السلام و الحث على امثال مراد الله سبحانه و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم، و لا يبرح أحد من المأمومين و الإمام يخطب فإذا انقضت الخطبه تصافحوا و تعانقوا و تفارقوا.

و لم يصل إلينا حديث نعتد عليه يتضمن الجماعة فيها و لا الخطبه، بل الذى ورد صفه الصلاه و الدعاء بعدها بالمنقول» (٢). و لعل مستند أبى الصلاح ما ورد فى المقنعه: (و يوم الغدير هو اليوم الثامن عشر من ذى الحجه نزل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فيه فى مرجعه من حجه الوداع بغدير خم، و أمر أن ينصب له فى الموضع كالمنبر من الرحال و ينادى بالصلاه جامعه. إلى أن قال.. و اجتمع جمهور أمته فصلّى ركعتين ثم رقى المنبر فحمد الله و أثنى عليه) (٣) إلى آخره و لكن هنا جعل الخطبه بعد الصلاه، و فى عبارته أبى الصلاح المنقوله أنها قبل الصلاه و لكن القبليه ينافيها ما قاله من عدم التفرق و الإمام يخطب و إذا انتهى تعانقوا و تصافحوا و هذا ظاهر فى كون الخطبه بعد الصلاه.

و على كل فعبارته المفيد فى المقنعه غير ظاهره فى الجماعة بل ظاهرها أنه صلى الله عليه و آله و سلم صلى ركعتين بمفرده، و الأمر بالصلاه جامعه من أجل الاجتماع لا من أجل الصلاه كما هو الديدن فى إحضار الناس فيبقى عموم عدم مشروعيه الجماعة فى النافله على حاله.

(١) أى نسبه فى غير هذا الكتاب إلى أبى الصلاح الحلبي.

ص: ٥٠٣

١- (١) تذكرة الفقهاء ج ١ ص ٧٣.

٢- (٢) المختلف ص ١٢٨.

٣- (٣) المقنعه ص ٣٣-٣٤.

شرعيتها (١) في صلاة العيد و أنه عيد (٢).

(و الإعادة) (٣)...

(١) أى شرعيه الجماعه فى صلاة العيد، و فيه: عدم وجود خبر يدل على مشروعيه الجماعه فى صلاة كل عيد.

(٢) أى و يوم الغدير عيد بل هو عيد الله الأكبر كما فى خبر على بن الحسين العبدى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (صيام يوم غدیر خم يعدل صيام عمر الدنيا. إلى أن قال: و هو عيد الله الأكبر) (١).

(٣) إذا صلى المنفرد صلاته ثم وجد جماعه فيستحب إعادتها جماعه بلا خلاف فيه و يدل عليه جمله من الأخبار منها: صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع: (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: إنى أحضر المساجد مع جيرانى و غيرهم فىأمرونى بالصلاه بهم و قد صليت قبل أن آتيهم، فربما صلى خلفى من يقتدى بصلاتى و المستضعف و الجاهل، و أكره أن أتقدم و قد صليت لحال من يصلى بصلاتى ممن سميت لك فأمرنى فى ذلك بأمرك أنتهى إليه و أعمل به إن شاء الله فكتب: صل بهم) (٢).

و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يصلى الصلاه وحده ثم يجد جماعه قال: يصلى معهم و يجعلها الفريضة إن شاء) ٣ فلذا تجوز الإعادة جماعه لمن صلى وحده سواء كان إماما و مأموما لما تقدم.

و لمرسل الصدوق: (قال رجل للصادق عليه السّلام: أصلى فى أهلى ثم أخرج إلى المسجد فيقدمونى فقال: تقدم لا عليك و صل بهم) (٣).

و خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يصلى الفريضة ثم يجد قوما يصلون جماعه أ يجوز له أن يعيد الصلاه معهم؟ قال: نعم و هو أفضل، قلت: فإن لم يفعل؟ قال: ليس به بأس) ٥ و ظاهر الأخير و غيره أن الإعادة لنفس الصلاه التى صلاها، و يجوز جعلها قضاء عما فات كما فى موثق إسحاق بن عمار: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: تقام الصلاه و قد صليت؟ فقال: صل و اجعلها لما فات) (٤).

و ظاهر النصوص المتقدمه أن استحباب الإعادة للمنفرد بحيث صلى لوحده فيستحب له-

ص: ٥٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصلوات المندوبه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب صلاة الجماعه حديث ٥ و ١.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب صلاة الجماعه حديث ٣ و ٩.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب صلاة الجماعه حديث ١.

من الإمام (١)، أو المأموم، أو هما و إن ترامت (٢) على الأقوى (و يدركها) أى الركعه (يادراك الركوع) (٣) بأن يجتمعا فى حدّ الراكع و لو قبل...

-إعادتها جماعه، و أما من صلى الفريضة فى جماعه ثم وجد جماعه أخرى فلا تستحب له الإعادة لخروجها عن مورد النصوص السابقه بعد إدراك فضيله الجماعه بالأولى كما عن جماعه منهم سيد المدارك.

و حكم الشهيدان فى الذكرى و الروض باستحباب الإعادة لعموم الأدله، و فيه: إن أكثر الروايات مختصه بمن صلى وحده و ما ليس بقيد فلا عموم فيه.

(١) بناء على جواز إعادته من صلى جماعه.

(٢) قال فى الروض: «و هل يسترسل الاستحباب، منعه المصنف. أى العلامه. فى التذكره، و جوزه فى الذكرى و عموم الأدله تدل عليه» (١) انتهى. و فيه: ما تقدم لا عموم فى الأخبار لإعادته من صلى جماعه فضلا عن العموم للاسترسال.

(٣) على المشهور شهره عظيمه للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أدركت الإمام و قد ركع فكبرت و ركعت قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدركت الركعه، و إن رفع رأسه قبل أن ترقع فقد فاتتك الركعه) (٢).

و صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (أنه قال: فى الرجل إذا أدرك الإمام و هو راكع فكبر الزجل و هو مقيم صلبه ثم ركع قبل أن يرفع الإمام رأسه فقد أدركت الركعه) ٣.

و عن الشيخ فى النهايه و كتابى الحديث و تبعه القاضى و جماعه إلى أنه لا تدرك الركعه إلا إذا أدرك تكبيره الركوع لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا أدركت التكبيره قبل أن يركع الإمام فقد أدركت الصلاه) (٣).

و صحيحه الثانى عنه عليه السلام: (إذا لم تدرك القوم قبل أن يكبر الإمام للركعه فلا تدخل معهم فى تلك الركعه) ٥.

و صحيحه الثالث عنه عليه السلام: (لا تعتدّ بالركعه التى لم تشهد تكبيرها مع الإمام) ٦.

و صحيحه الرابع عنه عليه السلام: (إذا لم تدرك تكبيره الركوع فلا تدخل معهم فى تلك الركعه) ٧. و هذه الروايات الأربعة مرجعها لابن مسلم مع أن الطائفة الأولى مرويه عن أكثر من واحد فالأول أرجح و العمل عليها لأنها أشهر.

ص: ٥٠٥

١- (١) روض الجنان ص ٣٧١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢ و ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

ذكر المأموم (١)، أما إدراك الجماعة (٢) فسيأتي أنه يحصل بدون الركوع، و لو شك في إدراك حدّ الإجزاء (٣) لم يحتسب ركعه، لأصالة عدمه (٤) فيتبعه في السجود، ثم يستأنف (٥).

في شرائط الإمام

(و يشترط بلوغ الإمام) (٦)...

(١) كما هو المعروف بين الأصحاب لإطلاق النصوص المتقدمة، و عن العلامة في التذكرة اعتبار ذكر المأموم قبل أن يخرج الإمام عن حد الركوع، للتوقيع الوارد في الاحتجاج عن صاحب الزمان عليه السلام: (إذا لحق مع الإمام من تسييح الركوع تسييحه واحده اعتدّ بتلك الركعه و إن لم يسمع تكبيره الركوع) (١) و هو مع ضعف سنده و إعراض الأصحاب لا يصلح لتقييد ما سبق.

(٢) أى إدراك ثوابها، و هذا منه دفع لتوهم حاصله: أن قول المصنف و يدركها راجع إلى الجماعة و عليه فيدرك ثواب الجماعة بإدراك الركوع.

و دفعه بأن إدراك ثواب الجماعة يحصل بدون إدراك الركوع فيتعين أن يكون المراد من الضمير في كلام المصنف هو الركعه، لأن إدراك الركوع فيها هو آخر محل لإدراك الركعه.

(٣) أى اجتماعهما في حد الركوع.

(٤) أى عدم الإدراك.

(٥) سيأتي الكلام فيه.

(٦) لا تصح إمامه الصبى غير المميّز بالاتفاق و أما الصبى المميّز فكذلك على المشهور لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن عليا عليه السلام كان يقول: لا بأس أن يؤذن الغلام قبل أن يحتلم، و لا يؤم حتى يحتلم، فإن أمّ جازت صلاته و فسدت صلاه من خلفه) (٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و السيد فى مصباحه و الجعفى جواز إمامته لخبر طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليهما السلام عن علي عليه السلام: (لا بأس أن يؤذن الغلام الذى لم يحتلم و أن يؤم) ٣ و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا بأس بالغلام الذى لم يبلغ الحلم أن يؤم القوم و أن يؤذن) ٤ و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام:

(يجوز صدقه الغلام و عتقه و يؤم الناس إذا كان له عشر سنين) ٥ و هى لا تصلح لمقاومه ما سبق لإعراض الأصحاب عنها مع ضعف سند بعضها.

١- (١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٧ و ٨ و ٣ و ٥.

إلا- أن يؤمّ مثله (١)، أو في نافله (٢) عند المصنف في الدروس، و هو يتم مع كون صلاته شرعية لا تمرينيه (٣)، (و عقله) (٤) حاله الإمامه و إن عرض له الجنون في غيرها، كذى الأدوار على كراهه. (و عدالته) (٥)...

(١) كما عن الدروس و الروض و غيرهما إما لانصراف أدله المنع المتقدمه عن إمامته لمثله، و إما لحمل أخبار جواز إمامته على جواز إمامته لمثله، و الانصراف ممنوع و الحمل المذكور جمع تبرعى لا شاهد له فالأقوى المنع.

(٢) و هى النافله التى تشرع فيها الجماعه، فقد استترب الشهيد فى الدروس و الذكرى إمامته و لو بالبالغين، و فيه: إن دليل المنع المتقدم مطلق يشمل الفريضة و النافله معا.

(٣) لأنها لو كانت تمرينيه فلا تجوز إمامته حتى بغير البالغ لأنها ليست صلاه حقيقه بل هى صوره صلاه.

(٤) بالاتفاق للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا يصلين أحدكم خلف المجنون و ولد الزنا) (١) الحديث.

و صحيح أبى بصير ليث المرادى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (خمسه لا يؤمون الناس على كل حال، و عدّ منهم. المجنون و ولد الزنا) ٢.

و عن المشهور جواز الائتمام به حال إفاقته لعدم صدق الاسم عليه حينئذ، و عن التذكرة و النهايه المنع و استدلال عليه فى الأول بإمكان عروض الجنون حال الصلاه، و هو كما ترى لا- يصلح لرفع أهليته لأن هذا الإمكان جار فى العاقل أيضا. نعم حكم بكراهته لنفره النفس منه الموجه لعدم كمال الإقبال على العباده.

(٥) اشتراط العداله فى إمام الجماعه مقطوع به فى كلام الأصحاب بلا خلاف بينهم و يدل عليه جملة من الأخبار منها: خبر أبى على بن راشد: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: إن مواليك قد اختلفوا فأصلى خلفهم جميعا؟ قال: لا- تصل إلا خلف من تثق بدينه) (٢).

و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (عن الصلاه خلف المخالفين فقال: ما هم عندى إلا بمنزله الجدر) ٤.

و صحيح عمر بن يزيد: (سأل أبا عبد الله عليه السّلام: عن إمام لا بأس به فى جميع أموره عارف غير أنه يسمع أبويه الكلام الغليظ الذى يغيزهما، اقرأ خلفه؟ قال: لا تقرأ خلفه ما لم يكن عاقا قاطعا) (٣).

ص: ٥٠٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢ و ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب هذه الجماعه حديث ١.

و هي (١)...

-و خبر الصدوق عن أبي ذر (عليه الرحمه) قال: (إن إمامك شفيحك إلى الله (عز و جل) فلا- تجعل شفيحك سفيها و لا فاسقا)(١).

و مرسله الصدوق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ثلاثة لا يصلّي خلفهم المجهول و الغالى و إن كان يقول بقولك و المتجاهر بالفسق و إن كان مقتصدا)٢.

و موثق سماعه: (سألته عن رجل كان يصلّي فخرج الإمام و قد صلى ركعه من صلاه فريضه قال: إن كان إماما عدلا فيصل أخرى و ينصرف و يجعلهما تطوعا و ليدخل مع الإمام فى صلاته كما هو، و إن لم يكن إمام عدل فليبن على صلاته كما هو و يصلّي ركعه أخرى)(٢).

و خبر سعد بن إسماعيل عن أبيه عن الرضا عليه السّلام: (رجل يقارف الذنوب و هو عارف بهذا الأمر، أصلى خلفه؟ قال عليه السلام: لا)(٣).

(١) اختلفوا فى معنى العدالة فالمشهور على أنها هى ملكه أو حاله أو كيفية نفسانيه تبعث على ملازمه التقوى، أو تبعث على فعل الطاعات و اجتناب الكبائر و ترك الإصرار عن الصغائر، أو تبعث على اجتناب الكبار و ترك الإصرار عن الصغائر، على اختلاف فى التعبير بينهم و المقصود من الجميع واحد.

و عن الحلبي فى السرائر و أبى الصلاح و المجلسي و السبزواري بل قيل إنه الأشهر أن العدالة هى نفس ترك الكبائر و ترك الإصرار على الصغائر.

و عن ابن الجنيد و المفيد أنها الإسلام مع عدم ظهور الفسق.

و مستند المشهور أخبار عمدتها صحيح ابن أبي يعفور: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ فقال عليه السّلام: أن تعرفوه بالستر و العفاف و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان، و يعرف باجتناب الكبائر التى أوعده الله تعالى عليها النار من شرب الخمر و الزنا و الربا و عقوق الوالدين و الفرار من الزحف و غير ذلك، و الدلاله على ذلك كله أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و تفتيش ما وراء ذلك، و يجب عليهم تزكيتته و إظهار عدالته فى الناس و يكون منه التعاهد للصلوات الخمس إذا واطب عليهن و حفظ-

ص: ٥٠٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب هذه الجماعه حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١٠.

-مواقبتهن بحضور جماعه المسلمين و أن لا يتخلف عن جماعتهم فى مصلاهم إلا من عله، فإذا كان كذلك لازما لمصلاه عند حضور الصلوات الخمس، فإذا سئل عنه فى قبيلته و محلته قالوا: ما رأينا منه إلا خيرا، مواظبا على الصلاه متعاهدا لأوقاتها فى مصلاه، فإن ذلك يجيز شهادته و عدالته بين المسلمين(١).

و وجه الاستدلال بها أن صدرها وارد فى مقام تعريف العدالة و ذيلها. أعنى قوله و الدلاله على ذلك كله. وارد فى بيان الطريق إلى العدالة بعد معرفه مفهومها.

و الستر و العفاف ظاهران فى وجود حاله نفسانيه تبعث على كف البطن و الفرج إلى غير ذلك من الكبائر.

و أشكل عليه بأن صدرها فى مقام الجواب عن السؤال لمعرفه طريق إثبات العدالة فلا بد أن يكون الجواب فى هذا المقام لا فى مقام بيان مفهومها، و ردّ بأن ذيلها صريح فى بيان طريق إثبات العدالة فلو كان صدرها كذلك للزم التكرار.

و الإنصاف أن ظاهر الخبر صدرا و ذيلا- يدل على أن الإمام فى مقام بيان طريق إثبات العدالة حيث جعل الطريق إليها معرفتنا بهذه الأفعال منه، ثم قد لا يتيسر لنا دائما معرفه هذه الأفعال من اجتناب الكبائر و الستر و العفاف و نحوها، فجعل معرفتنا بعدم صدور المعصيه منه لأنه سائر لجميع عيوبه هو الدليل على كونه مجتنبيا للكبائر فالاستدلال بها على أن العدالة هى حسن الظاهر و عدم ظهور الفسق كما هو القول الثالث ليس فى محله نعم الإمام تعرض لمفهوم العدالة عرضا حيث جعل نفس الستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان و اجتناب الكبائر هى العدالة بدليل أنه جعل العلم بها دليلا على إثبات العدالة فلو لم تكن العدالة هى هذه الأمور لما كان العلم بها طريقا لإثباتها غير أن الستر و العفاف لا يدلان على وجود حاله أو كيفية أو ملكه، بل أطلق بما لهما من المعنى العرفى و اللغوى، فالستر هو الاجتناب عن المحرمات التى توجب هتكه بين الناس كالزنا و السرقة، و العفاف هو الاجتناب عن محرمات شهوتى الفرج و البطن.

فجعل الستر هو الاستحياء من الله تعالى، و العفاف هو التعفف عن عامه المعاصى على خلاف المتبادر من المعنى العرفى.

و استدلال على اعتبار الملكه بموثق ابن أبى يعفور عن أخيه عن أبى جعفر عليه السّلام: (تقبل شهاده المرأه أو النسوه إذا كنّ مستورات من أهل البيوتات، معروفات بالستر و العفاف-

ص: ٥٠٩

-مطيعات للأزواج تاركات للبذاء والتبرج إلى الرجال في أُنديتهم(١). والاستدلال به كالسابق وقد عرفت ما فيه.

و بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفا صائنا) ٢ و خبر عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في الرجل يشهد لابنه، و الابن لأبيه و الرجل لامرأته فقال: لا بأس بذلك إذا كان خيرا) ٣ و خبر العلاء بن سيباه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إن أبا جعفر عليه السّلام قال: لا- تقبل شهادة سابق الحاج لأنه قتل راحلته و أفنى زاده و أتعب نفسه و استخف بصلاته، قلت: فالمكارى و الجمال و الملاح؟ قال: و ما بأس بهم، تقبل شهادتهم إذا كانوا صلحاء) (٢) و ما تقدم في اشتراط العدالة في إمام الجماعة كخبر أبي على بن راشد: (لا تصل إلا خلف من تثق بدينه) (٣).

فالوثوق بدينه و الصلاح و الخيرية و العفيف العائف بل و الستر و العفاف كما في صحيح ابن أبي يعفور المتقدم لا تصدق عند اجتناب المعاصى فقط و لذا لا- يقال وثقت بدينه بمجرد الترك، بل عند اجتناب المعاصى عن ملكه، و لذا لو تحقق ترك المعاصى فى وقت كما يتحقق من أبناء الدنيا فى نهار شهر رمضان عند صومهم لا يقال أنهم أصحاب دين و عدول و أهل ستر و عفاف، و كذا من تحقق منه ترك المعاصى لضعف نفسه و فتور شهرته لا لأنه متعفف عنها بل لعدم قدرته عليها.

و أشكال عليه: بأن الصبى لو بلغ و قد تحقق منه ترك المعاصى لوجب أن لا- يكون عادلا- لعدم حصول الملكة الباعثه عنده بحسب الغالب، و بأن الملكة لو اعتبرت لما أضرها وقوع المعصيه منه كما لا تضر ملكه الشجاعه و الكرم صدور البخل أو الجبن مره من الكريم و الشجاع، و بأن الملكة لو اعتبرت للزم ندره العادل و هذا ما يلزم منه اختلال النظام لأن قيام الجماعات و نظام الشهادات و القضاء و سيره التقليد متوقفه على وجود العادل هذا فضلا عن أن الأخبار المتقدمه لم تصرح بالملكه، بل لا يوجد خبر قد دل على اعتبارها فلا- بد من الاقتصار على ظاهر هذه الأخبار الداله على أن العدالة هى نفس اجتناب المعاصى و هو مستند القول الثانى.

و التحقيق أن العدالة هى اجتناب المعاصى عن التزام قلبى بأمر الدين و هو المسمى -

ص: ٥١٠

- ١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١٩ و ١٠ و ٩.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الشهادات حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٢.

ملكه نفسانيه باعته على ملازمه التقوى (١)...

-بالتدين، فليس نفس الاجتناب مطلقا هو العدالة و لا يشترط في صدور الاجتناب أن يكون عن ملكه.

و الدليل على ما قلنا أن هذه الألفاظ الواردة في الأخبار مثل الصلاح و الوثوق بدينه و العفيف الصائن و الستر و العفاف لا تصدق إلا على الاجتناب المذكور، و لذا يضره وقوع المعصيه لأن المعصيه الواقعه كاشفه عن اختلال في هذا الالتزام و لذا ترجع العدالة إليه لو أصلح هذا الالتزام بالتوبه، بل التوبه هي الندم على ما فات المستلزم للعزم على عدم العود أو هي الندم مع العزم، و نفس هذا العزم هو الالتزام القلبي الذي اشترطناه في مفهوم العدالة فإن كان مقصود المشهور من الملكه هو هذا الالتزام فأهلا بالوفاق و إلا فقد عرفت عدم الدليل عليها، و إن كان مقصود غيرهم هو الاجتناب عن هذا الالتزام فهو و إلا فقد عرفت أن الصلاح و العفاف و الستر و الخيره لا تصدق على نفس الاجتناب، نعم إن هذا الالتزام الباعث على اجتناب المعاصي تاره يكون في مورد ما كأن يلتزم بالصلاه مع كونه غير مبال أو ملتزم بالعدم بالنسبه للخمس أو الحج أو حقوق الوالدين و الزوجه فهو ليس من العدالة بشيء، و أخرى يكون هذا الالتزام في مرتبه ضعيفه و هي الاقتصار على حدود المحرمات و الواجبات فقط دون المكروهات و المستحبات و الشبهات الجاربه فيها أصول ترخيصيه و أخرى يشتد هذا الالتزام حتى يصل إلى رتبه تالي المعصوم و ما بينهما مراتب و ثالثه يكون هذا الالتزام بسبب الخوف من النار و الطمع في الجنه أو بسبب أهليه الله للعباده أو بمجموعها بحيث يترك هذا المحرم خوفا و يفعل ذلك الواجب طمعا و يأتي بهذا الأمر من باب الأهليه المذكوره إلا أن هذا الخلاف في أسباب الالتزام لا يضر بصحته على كل حال ما دام خالصا عن الرياء، أما لو كان أصل الالتزام بسبب التقرب لمحبوبه الدنيوى فهو ليس من التدين و العدالة بشيء.

فائده: حمل بعضهم لفظ الكيفيه أو الحاله أو الملكه الباعثه الوارد في مفهوم العدالة عند المشهور على الملكه الناشئه من توسط القوى العقلية و النفسانيه بين الإفراط و التفريط، و لذا لا تتحقق إلا للأوحدى من الناس مع أن الاحتياج إلى العادل عام لازم في كل عصر و مصر.

و فيه: إن توسط القوى العقلية و النفسانيه هي الملكه عند علماء الأخلاق و هي ليست مقصوده عند مشهور الفقهاء، لأن محل البحث عندهم في الحاله النفسانيه الباعثه على التقوى سواء توسطت القوى المذكوره، أم لا، و لذا قيل إن الكيفيه عند علماء الأخلاق كاعتدال المزاج في القلب.

(١) بل هي الالتزام القلبي الباعث على ملازمه التقوى.

التي هي (١) القيام بالواجبات. و ترك المنهيات الكبيره مطلقا (٢) و الصغيره مع الإصرار عليها (٣)،...

(١)أى التقوى.

(٢)سواء أصرّ عليها أم لا.

(٣)المشهور على أن الذنوب على قسمين كبيره و صغيره، و لكنه مشهور بين المتأخرين، و المشهور بين القدماء على أن الذنوب كلها كبائر و إنما بعضها أصغر من بعض بالإضافة إلى ما هو أكبر و إلى ما يستحق عليه العقاب أكثر فالاختلاف بالكبر و الصغر إنما هو بالإضافة إلى معصيه أخرى.

و مستند الأول قوله تعالى: **إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا (١)** و طوائف من الأخبار عقّد لها فى الوسائل أبوابا فى كتاب الجهاد، منها بوجوب اجتناب الكبائر، و منها تعيين الكبائر و منها صححه التوبه من الكبائر كخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام سمعته يقول: (و من يؤت الحكمة فقد أوتى خيرا كثيرا قال: معرفه الإمام و اجتناب الكبائر التى أوجب الله عليها النار) (٢) و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام فى قول الله (عز و جل): **إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيمًا** قال: (الكبائر التى أوجب الله (عز و جل) عليها النار) ٣ و خبر ابن مسكان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: ما من عبد إلا و عليه أربعون جنّه حتى يعمل أربعين كبيره، فإذا عمل أربعين كبيره انكشفت عن الجنن) ٤ و خبر عباد بن كثير النوا عن أبى جعفر عليه السّلام: (عن الكبائر فقال: كل ما أوعده الله عليه النار) ٥ و خبر ابن محبوب: (كتب معى بعض أصحابنا إلى أبى الحسن عليه السّلام يسأله عن الكبائر كم هي؟ و ما هي؟ فكتب: الكبائر من اجتنب ما وعد الله عليه النار كفر عنه سيئاته إذا كان مؤمنا، و السبع الموجبات: قتل النفس الحرام و عقوق الوالدين و أكل الربا و التعرب بعد الهجره و قذف المحضه و أكل مال اليتيم و الفرار من الزحف) (٣) و خبر عبد العظيم الحسنى عن أبى جعفر الثانى قال: (سمعت أبى يقول:

سمعت أبى موسى بن جعفر عليهم السّلام يقول: دخل عمرو بن عبيد على أبى عبد الله عليه السّلام فلما سلّم و جلس تلا هذه الآيه: **الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبَائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَوَاحِشَ . ثُمَّ -**

ص: ٥١٢

١- (١) النساء الآيه: ٣١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب جهاد النفس حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

-أمسك، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: ما أسكتك؟ قال: أحب أن أعرف الكبائر من كتاب الله (عز و جل) فقال: نعم يا عمرو أكبر الكبائر(١) الخبر ومثله خبر عبيد بن زراره ٢ الدال على وجود الكبائر، و خبر ابن مسلم ٣، وغيرها كثير فضلا عن خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهما السلام الوارد في شرائع الدين قال: (و الكبائر محرمة و هي الشرك بالله و قتل النفس. إلى أن قال. و الإصرار على صغائر الذنوب) ٤ و خبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون: (الإيمان هو أداء الأمانة و اجتناب جميع الكبائر. إلى أن قال: و اجتناب الكبائر هي قتل النفس التي حرم الله تعالى و الزنا و السرقة. إلى أن قال: و الإصرار على الذنوب) ٥ الواردين في وجود الصغائر بين الذنوب فضلا عن غيرهما.

و مستند القول الثانى أخبار منها: موثق زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (الذنوب كلها شديده، و أشدها ما نبت عليه اللحم و الدم لأنه إما مرحوم و إما معذب و الجنه لا يدخلها إلا طيب)(٢).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (كل ذنب عظيم)(٣) و إلى أن أخبار الكبائر مختلفه جدا فى تعدادها فضلا عن عدم ذكر الكثير منها فى هذه الأخبار و هذا ما يقتضى على أنها أكبر الكبائر كما يشهد له خبر عبد العظيم المتقدم. هذا و الأقوى هو القول الأول لأن ظاهر الكتاب و السنه على تقسيم الذنوب، بل صريح بعضها على أن الكبيره هي ما توعده الله عليها سبحانه بالنار، مع حمل أخبار تسويه الذنوب مع أنها أقل عددا على عظم معصيه الله و إن كان فى الأمر الحقيقير و الصغير و لهذا ورد فى الخبر عن أبى ذر:

(قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يا أبا ذر لا تنظر إلى صغر الخطيئه و لكن انظر إلى من عصيت)(٤).

هذا كله من جهه و من جهه أخرى أن التمييز بين الكبيره و الصغيره أو ضابطه الكبيره هي ما توعده الله عليها النار كما فى خبر عباد بن كثير النوا المتقدم سواء كان الوعيد فى الكتاب أم السنه و هذا ما عليه المشهور و إن نسب إليه أنها ما توعده الله عليه بالنار فى -

ص: ٥١٣

١- ((١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ٢ و ٤ و ٦ و ٣٦ و ٣٣.

٢- (٦) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب جهاد النفس حديث ٣.

٣- (٧) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ٥.

٤- (٨) مستدرک الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب جهاد النفس حديث ٨.

—خصوص الكتاب العزيز. و زيد عليه بما ورد في الخبر أنها كبيرة و إن لم يكن عليها و عيّد كما يستفاد من تعداد الكبائر في الأخبار المتقدمه، و بما ساوى الكبيره، هذا و في الدروس أن الكبائر عدت بسبع و هى إلى السبعين أقرب، و فى الروض أنها إلى السبعمائنه أقرب و من جهه ثالثه اشترط الفقهاء فى العداله الاجتناب عن الكبائر مطلقا و ترك الإصرار على الصغائر و لازمه أن فعل الصغيره لا يقدح فى العداله و استدل عليه بالآيه الشريفه: **إِنْ تَجَنَّبُوا كِبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ (١)** الداله على تكفير الصغائر باجتنب الكبائر، و لقوله عليه السلام فى صحيح ابن أبى يعفور المتقدم: (و تعرف باجتنب الكبائر التى أوعد الله عليها النار) **(٢)** فلو كان فعل الصغيره مضرا بالعداله لكان تخصيص العداله باجتنب الكبائر لغوا.

نعم الإصرار على الصغيره من الكبائر و هو موجب للإخلال بالعداله لخبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا صغيره مع الإصرار و لا كبيره مع الاستغفار) **(٣)** و مثله غيره، و قد تقدم فى خبر الأعمش عدّ الإصرار على الصغائر من الكبائر، و هذا لا خلاف فيه ظاهرا، و إنما الكلام فى معنى الإصرار.

فقيل إنه فعل المعصيه مع عدم التوبه لخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (فى قول الله عز و جل). **وَلَمْ يُصِرُّوا عَلَى مَا فَعَلُوا وَ هُمْ يَعْلَمُونَ** قال: (الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله و لا يحدث نفسه بالتوبه فذلك الإصرار) **(٤)** و خبر ابن أبى عمير (سمعت موسى بن جعفر عليه السلام. إلى أن قال: يا أبا أحمد ما من أحد يرتكب كبيره من المعاصى و هو يعلم أنه سيعاقب عليها إلا ندم على ما ارتكب، و متى ندم كان تائبا مستحقا للشفاعه، و متى لم يندم عليها كان مصرا، و المصرا لا يغفر له، لأنه غير مؤمن بعقوبه ما ارتكب، و لو كان مؤمنا بالعقوبه لندم) **(٥)** و دعوى أن وقوع الصغيره مع عدم التوبه مكفره باجتنب الكبائر فلا يعقل حمل الإصرار عليه كما هو مضمون الأخبار إلا مجازا مردوده بأن وقوعها مكفره إنما هى بالنسبه للعقاب لا بالنسبه لسائر آثار الذنب التى من جملتها ارتفاع العداله.

ص: ٥١٤

١- (١) النساء الآيه: ٣١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٤.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب جهاد النفس حديث ١١.

و ملازمه المروءه (١) التى هى إتباع محاسن العادات، و اجتناب مساوئها، و ما ينفر عنه من المباحات، و يؤذن بخسّه النفس و دناءه الهمة، و تعلم (٢) بالاختيار المستفاد

و قيل: هو فعل المعصيه مع العزم على العود لأنه معنى الإصرار عرفا و لغه كما عن القاموس و قيل: هو الإكثار لما ورد عن أمير المؤمنين عليه السلام: (المعاوده للذنب إصرار) (١) و قيل: هو المداومه عليه لأنه معنى الإصرار لغه و عرفا، فعن الجوهري:

أصررت على الشيء أى أقمت و دمت، و عن النهايه: أصرّ على الشيء يصر إصرارا إذا لزمه و دوامه و ثبت عليه.

و الإنصاف أن معنى الإصرار يشمل العزم على العود كما يشمل الإكثار و المداومه و لذا نقل عن الشهيد أن الإصرار متحقق بهذه الثلاثه غايته إن المداومه لنوع واحد و الإكثار هو فعل جنس الصغائر من عده أنواع و يبقى المعنى الأول و هو فعل المعصيه مع عدم التوبه فالمعنى العرفى و اللغوى للإصرار لا يشملها فإن ثبت للشارع معنى خاص شاملا له فهو، و الخبران المتقدمان أما الأول فهو ضعيف السند و الثانى و إن كان صحيحا إلا أنه معرض عنه بين الأصحاب و لذا ذهبوا إلى بقيه الأقوال فى المسأله.

(١) ذهب المشهور إلى اعتبار المروءه فى مفهوم العداله، و نسب إلى مشهور القدماء ما قبل العلامه عدم اعتبارها.

و المراد من المروءه هو تنزيه النفس من الدناءه التى لا تليق بأمثاله و يحصل ذلك بالتزام محاسن العادات و ترك الرذائل المباحه كالبول فى الشوارع، و الأكل فى السوق فى غير الموضع المعدّ له و كثره الضحك و الإفراط فى المزح و لبس الفقيه ثياب الجندى.

و استدلل باعتبارها بخبر هشام بن الحكم عن الإمام الكاظم عليه السلام: (لا دين لمن لا مروءه له) (٢) و من المقطوع أن المروءه فى الخبر لا يراد منها ما تقدم، و عليه فلا بد من الالتزام أن ما ينافى المروءه إذا كان كاشف عن قله المبالاه بأمور الدين فهو ينافى العداله و إلا فلا بد من دليل عليه.

(٢) شروع فى طرق إثبات العداله و هى:

الأول: العلم لأن حججه ذاتيه بلا فرق فى أسبابه فسواء استفيد من الاختبار الشخصى أم من غيره فلا فرق.

الثانى: البيئه و هى شهاده شاهدين على ذلك إما لعموم أدله اعتبار البيئه كما فى خبر-

ص: ٥١٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٦.

٢- (٢) أصول الكافى ج ١ ص ١٩.

-مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث بيان حليه الأشياء فقال: (و الأشياء كلها على هذا حتى يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البينه) (١) و إما للأخبار الخاصه في المقام مثل ذيل صحيح ابن أبي يعفور المتقدم: (فإذا سئل عنه في قبيلته و محلته قالوا: ما رأينا منه إلا خيرا) (٢) و خبر علقمه عن الصادق عليه السلام: (فمن لم تره بعينك يرتكب ذنبا أو لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر) (٣) مع عدم الفرق بين إثبات الفسق بالشاهدين و إثبات العدالة.

ثم لا فرق في شهادتهما بين كونها قوله أو فعليه.

الثالث: حسن الظاهر، و هو المعروف بين الأصحاب و يدل عليه جملة من النصوص منها ما ورد في صحيح ابن أبي يعفور المتقدم: (و الدلالة على ذلك كله أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و تفتيش ما وراء ذلك، و يجب عليهم تزكيته و إظهار عدالته في الناس. إلى أن قال. فإذا سئل عنه في قبيلته و محلته قالوا: ما رأينا منه إلا خيرا مواظبا على الصلوات متعاهدا لأوقاتها في مصلاه فإن ذلك يجيز شهادته و عدالته بين المسلمين) (٣) و به كفايه.

نعم ذهب البعض بل نسب إلى المشهور في اشتراط حسن الظاهر للظن بالعدالة حتى يكون طريقا عليها و استدل عليه بالانصراف و بمرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام:

(فإذا كان ظاهر الرجل ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه) ٥ و بخبر الكرخي عن أبي عبد الله عليه السلام: (من صلى خمس صلوات في اليوم و الليله في جماعه فظنوا به خيرا و أجزوا شهادته) ٦ و خبر أبي علي بن راشد المتقدم: (لا تصل إلا خلف من تثق بدينه) (٤) و من الواضح أن اجتناب الذنوب إن لم يورث الظن بوجود العدالة كيف يكون طريقا لإثباتها و لذا لو ظن بالعدم لما رتب العقلاء على ذلك من أثر فالأقوى تقييد حسن الظاهر بإفادته الظن.

الرابع: الوثوق بعدالته و إن لم يكن مستفادا من حسن الظاهر، لخبر ابن راشد المتقدم حيث جعل جواز الائتمام على الوثوق بدينه، و من هذا البيان تعرف أن أخبار الواحد-

ص: ٥١٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ١٣.
- ٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٣ و ١٢.
- ٤- (٧) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

من التكرار المطلع (١) على الخلق من التخلُّق، و الطبع من التكلف غالباً، و بشهاده عدلين بها، و شياعها (٢) و اقتداء العدلين به فى الصلاة، بحيث يعلم ركونهما إليه تزكيه (٣)، و لا يقدح المخالفه فى الفروع (٤)، إلا أن تكون صلاته باطله عند المأموم (٥) و كان عليه أن يذكر اشتراط طهاره مولد الإمام (٦)، فإنه شرط إجماعاً كما ادعاه فى الذكرى، فلا تصح إمامه ولد الزنا، و إن كان عدلاً أما ولد الشبهه و من تناله الألسن من غير تحقيق فلا، (و ذكوريته) (٧) إن كان المأموم ذكراً أو خنثى.

-العادل أو الثقة أو الجماعه غير العدول و غير الثقات و الشيعاع الظنى إن أفاد الوثوق بالعداله فهو و إلا فلا عبره به و إن أفاد الظن، لأن الظن بالعداله غير كاف بعد عدم الدليل على حجيته مع أن الأصل فيه عدم الحجيه.

(١) إن أفاد علماً أو وثوقاً.

(٢) أى شيوع العداله و قد عرفت أن المدار على الوثوق.

(٣) فتكون شهاده عمليه.

(٤) أما مع اتحاد العمل بين الإمام و المأموم فلا- كلام، و أما مع الاختلاف فالمدار على صحه صلاه الإمام واقعا بحسب نظر المأموم بحيث لو صلى الإمام بثوب نجس واقعا و هو لا يعلم نجاسته و لكن لو علم بعد الصلاه فلا تجب الإعاده لقاعده الفراغ أو حديث لا تعاد (١) و نحو ذلك فيصح حينئذ الائتمام فكل صلاه يصلحها الإمام باعتقاد شىء ثم مع فرض انكشاف الواقع له بعد الصلاه، لا يجب عليه الإعاده ففى هذه الصلاه يجوز فيها الائتمام، فالقول بعدم جواز الائتمام لأن المدار على صحه صلاه الإمام ظاهراً بحسب نظر المأموم ليس فى محله لأنه على خلاف الأجزاء فى مطابقه الحكم الظاهرى.

(٥) واقعا كمن ترك ركناً بحيث لا يصححه حديث لا تعاد لو انكشف للإمام الواقع بعد الصلاه.

(٦) و هو أن لا يكون ابن زنا بالاتفاق و يدل عليه أخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (لا يصلين أحدكم خلف المجذوم و الأبرص و المجنون و المحدود و ولد الزنا و الأعرابى يؤم المهاجرين) (٢). و المنع فى ولد الزنا فلا- مانع فى ولد الشبهه و من تناله الألسن لعدم صدق الاسم شرعاً.

(٧) بحيث لا تؤم المرأة رجلاً بلا خلاف فيه و يدل عليه مرسل الدعائم عن جعفر بن محمد-

ص: ٥١٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أفعال الصلاه حديث ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٦.

(و تؤم المرأه مثلها (١)، و لا) تؤم (ذكرا، و لا خنى) لاحتمال ذكوريته.

(و لا تؤم الخنى غير المرأه) (٢) لاحتمال أنوثيته و ذكوريته المأموم لو كان خنى (٣)،

فى الحائل بين الإمام و المأموم

(و لا تصح) مع جسم (حائل (٤) بين الإمام و المأموم) يمنع المشاهده أجمع

-عليهما السلام: (لا تؤم المرأه الرجال)(١).

نعم يجوز للرجل أن يؤم الرجل و المرأه للأخبار الكثيره منها: صحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال له: أصلى المكتوبه بأى على؟ قال: نعم تكون عن يمينك و يكون سجودها بحذاء قدميك)(٢).

(١) على المشهور للأخبار منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن المرأه تؤم النساء، قال: لا بأس)(٣).

و مرسل عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن المرأه تؤم النساء؟ قال: نعم تقوم وسطا بينهن و لا تتقدمهن)٤.

و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام: (عن المرأه تؤم النساء ما حد رفع صوتها بالقراءه و التكبير؟ قال: قدر ما تسمع)٥.

و يعارضها أخبار منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن المرأه هل تؤم النساء؟ قال عليه السلام: تؤمهن فى النافله فأما المكتوبه فلا، و لا تتقدمهن و لكن تقوم وسطهن)(٤) و قد عمل بمضمونها ابن الجنيد و المرتضى، و حملت عند المشهور على الكراهه جمعا بينها و بين ما تقدم.

(٢) و لو كان خنى.

(٣) أى المأموم، و الحاصل أن الخنى فى حق الرجل كالأنثى، و فى حق الأنثى كالرجل.

(٤) بلا خلاف فيه لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (إن صلى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخطى فليس ذلك الإمام لهم بإمام، و أى صف كان أهله يصلون بصلاه إمام و بينهم و بين الصف الذى يتقدمهم قدر ما لا يتخطى فليس تلك لهم بصلاه، فإن كان بينهم ستره أو جدار فليست تلك لهم بصلاه إلا من كان حياء الباب، و قال: هذه المقاصير لم تكن فى زمان أحد من الناس و إنما أحدثها الجبارون، ليست لمن صلى خلفها-

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١١ و ١٠ و ٧.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

فى سائر الأحوال للإمام، أو من يشاهده من المأمومين (١) و لو بوسائط منهم، فلو شاهد بعضه (٢)...

-مقتديا بصلاه من فيها صلاه، و قال: ينبغي أن تكون الصفوف تامه متواصله بعضها إلى بعض و لا يكون بين الصفيين ما لا يتخطى يكون قدر ذلك مسقط جسد الإنسان(١).

فالاستدلال إما بقوله: (فإن كان بينهم ستره أو جدار فليست تلك لهم بصلاه إلا- من كان حيال الباب) و إما بقوله: (هذه المقاصير لم تكن فى زمن أحد من الناس و إنما أحدثها الجبارون ليست لمن صلى خلفها مقتديا بصلاه من فيها صلاه). و كلاهما ظاهر فى اشتراط عدم الحائل بين المأمومين كما فى الفقرة الأولى أو بين الإمام و المأمومين كما هو ظاهر الفقرة الثانيه.

و الفقرة الأولى مطلقه تشمل الحائل فى جميع أحوال الصلاه من قيام و قعود و ركوع و سجود أو كان حائلا فى بعضها فدعوى البعض كما عن الشارح و غيره من اختصاص الحائل لجميع أحوال الإمام ليس فى محله. و الفقرة الأولى صريحه فى بطلان صلاه من كان بجناحي من يكون بحيال الباب فيشترط رؤيه الإمام بالنسبه للمأموم فالقول بأن المأموم لو رأى من يرى الإمام من المأمومين ليس فى محله هذا بالنسبه للمشاهده الجانيه، نعم لو لم يكن هناك حائل أو ستر و المأموم لا يرى الإمام لشده البعد مع اتصال الصفوف فيكفى للمأموم أن يرى من يرى الإمام حينئذ و لا تشترط المشاهده الإماميه و منه تعرف ضعف ما أطلقه الشارح فضلا عن أن كلمات الأصحاب فى هذه المسأله مضطربه جدا و العمده على الخبر و قد عرفت مقدار دلالتة.

هذا من جهه و من جهه أخرى لا- يعارضه موثق أبى الجهم عن الرضا عليه السلام: (عن الرجل يصلى بقوم فى مكان ضيق و يكون بينهم و بينه ستر، أ يجوز أن يصلى بهم؟ قال عليه السلام: نعم)(٢) و فى بعض النسخ: (بينهم و بينه شبر) فيكون دالا على البعد لا على الحائل خصوصا عطفه على مكان ضيق مما يقرب أن يكون الوارد هو الثانى لا الأول، و على فرض ورود الأول فهو لا يصلح لمعارضته صحيح زراره لإعراض المشهور عنه.

(١) عطف على قوله: للإمام: و المعنى: يمنع المشاهده فى سائر الأحوال لمن يشاهد الإمام من المأمومين.

(٢) أى بعض الإمام أو بعض من يشاهده.

ص: ٥١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٢، و الباب - ٥٩ - حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٣.

فى بعضها كفى (١)، كما لا تمنع حيلولة الظلمه (٢) و العمى (إلا- فى المرأه (٣) خلف الرجل) فلا يمنع الحائل مطلقا (٤)، مع علمها بأفعاله التى يجب فيها المتابعه،(ولا- مع كون الإمام أعلى) من المأموم (بالمعتد به) عرفا فى المشهور (٥)، و قدّره فى الدروس بما لا يتخطى، و قيل: بشير، و لا يضر علو المأموم (٦)...

(١) بعض الأحوال.

(٢) لأن الظاهر من الخبر أن يكون الحائل جسما لأنه الظاهر من لفظ الستره مع عطف الجدار عليها.

(٣) على المشهور لموثق عمار: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن الرجل يصلى بالقوم و خلفه دار فيها نساء، هل يجوز لهنّ أن يصلين خلفه؟ قال عليه السّلام: نعم إن كان الإمام أسفل منهن، قلت: فإن بينهن و بينه حائطا أو طريقا فقال عليه السّلام: لا بأس) (١) و منه يظهر ضعف ما عن ابن إدريس من المنع.

(٤) سواء كان حائلا له فى جميع أحوال الصلاه أم فى بعضها.

(٥) لموثق عمار عن الصادق عليه السّلام: (عن الرجل يصلى بقوم و هم فى موضع أسفل من موضعه الذى يصلى فيه، فقال عليه السّلام: إن كان الإمام على شبه الدكان أو على موضع أرفع من موضعهم لم تجز صلاتهم، و إن كان أرفع منهم بقدر إصبع أو أكثر أو أقل إذا كان الارتفاع بقدر شبر. يسير. فإن كان أرضا مبسوطة و كان فى موضع منها ارتفاع فقام الإمام فى الموضع المرتفع و قام من خلفه أسفل منه و الأرض مبسوطة إلا أنهم فى موضع منحدر قال عليه السّلام: لا بأس) (٢) و المنسوب للأكثر أنه يشترط أن لا يكون العلو علوا معتدا لاختلاف التقدير هنا بين نسخ الروايه، و عن الدروس و الموجز و الجعفرية تقديره بما لا يتخطى اعتمادا على صحيح زراره الوارد فى البعد، و قد تقدم، و عن جماعه التقدير بالشبر اعتمادا على بعض نسخ الروايه، هذا كله فى العلو الدفعى أما الانحدارى فلا بأس به كما هو صريح الخبر المتقدم.

(٦) بلا خلاف فيه لذيل موثق عمار المتقدم: (و سئل فإن قام الإمام أسفل من موضع من يصلى خلفه؟ قال عليه السّلام: لا بأس، قال: و إن كان الرجل فوق بيت أو غير ذلك دكانا كان أم غيره، و كان الإمام يصلى على الأرض أسفل منه جاز للرجل أن يصلى خلفه و يقتدى بصلاته و إن كان أرفع منه بشيء كثير) (٣).

ص: ٥٢٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

مطلقا (١) ما لم يؤد إلى البعد المفرط (٢)، و لو كانت الأرض منحدره اغتفر فيهما (٣).

و لم يذكر اشتراط عدم تقدم المأموم، و لا بد منه (٤)، و المعتبر فيه العقب (٥) قائما، و المقعد و هو الأليه جالسا (٦)، و الجنب نائما (٧).

في القراءة خلف الإمام

(و تكره القراءة) (٨) من المأموم (خلفه في الجهرية) التي يسمعها و لو هممه

(١) سواء كان العلو يسيرا أم معتدا به.

(٢) و ادعى عليه الإجماع لكن إطلاق النص يدفعه فلذا ذهب البعض كما عن التذكرة و الغريه من صحه صلاه المأموم و إن كان على شاهق.

(٣) في علو الإمام و علو المأموم.

(٤) بالاتفاق سواء كان التقدم عند التحريمه أم في أثناء الصلاه و ادعى عليه الإجماع كما عن التذكرة و الذكري و الغريه. و هو الحجه في هذه المسأله.

(٥) و إن كانت أصابع أقدام المأموم متقدمه على أصابع أقدام الإمام لأنها أطول و بعضهم اشترط التقدم حتى بالأصابع.

(٦) و إن كانت مقادير الركبتين للمأموم متقدمه على مقادير ركبتى الإمام.

(٧) و إن كانت مقدمه بطن المأموم متقدمه، و الأحوط هو التأخر عن الإمام في كل هذه الأمور لصدق ائتمام أحدهما بالآخر الموجب لتقدم الإمام على المأموم في جميع حالات الصلاه بجميع أجزاء بدنه.

نعم كان عليهما أن يذكر عدم بعد المأموم عن الإمام بلا خلاف، لصحيح زواره المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام: (إن صلى قوم و بينهم و بين الإمام ما لا يتخطى فليس ذلك الإمام لهم بإمام، و أى صف كان أهله يصلون بصلاه إمام و بينهم و بين الصف الذى يتقدمهم قدر ما لا يتخطى فليس تلك لهم بصلاه. إلى أن قال: ينبغى أن تكون الصفوف تامه متواصله بعضها إلى بعض، و لا يكون بين الصفين ما لا يتخطى يكون قدر ذلك مسقط جسد الإنسان) (١). و عن أبي الصلاح و ابن زهره الاعتماد على ظاهره فلا يجوز أن يكون بين الصفين مسافه ما لا يخطى، و عن المحقق حملة على الأفضل و الاعتبار بما يكون كثيرا فى العاده، و الأولى الاعتماد على الروايه الظاهره فى التحديد خصوصا ذيلها المقدّر للبعد المانع بمسقط جسد الإنسان.

(٨) فعن السيدين و الشيخ فى النهايه و ظاهر المبسوط و الصدوق فى المقنع و الفقيه و القاضى و الحلبي و ابن حمزه و العلامه فى جملة من كتبه و كشف الرموز و المدارك و جماعه حرمه قراءه-

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

لا فى السريه (١)، و لو لم يسمع و لو هممه) و هى الصوت الخفى من غير تفصيل

-المأموم خلف الإمام إن سمع الصوت و لو هممه فى الأولتين من الجهرية لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (و إن كنت خلف إمام فلا تقرأ شيئاً فى الأولتين و أنصت لقراءته، و لا تقرأ شيئاً فى الأخيرتين فإن الله عز و جل) يقول للمؤمنين: **وَ إِذَا قُرِئَ الْقُرْآنُ . يَعْزِفْ فِى الْفَرِيضَةِ خَلْفَ الْإِمَامِ . فَاسْتَمِعُوا لَهُ وَ أَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ**

فالأخيرتان تبع للأولتين(١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله: عليه السلام (إذا صليت خلف إمام تأتم به فلا تقرأ خلفه، سمعت قراءته أو لم تسمع إلا- أن تكون صلاه يجهر فيها بالقراءة فلم تسمع فاقراً(٢) و صحيح ابن جعفر عن أخيه عليه السلام: (عن الرجل يكون خلف الإمام يجهر بالقراءة و هو يقتدى به هل له أن يقرأ من خلفه؟ قال: لا، و لكن ينصت للقرآن)٣ و صحيح قتيبه عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا كنت خلف إمام ترتضى به فى صلاه يجهر فيها بالقراءة فلم تسمع قراءته فاقراً أنت لنفسك، و إن كنت تسمع الهممه فلا تقرأ)٤.

و عن جماعه منهم الشهيد فى الدروس بل نسب إلى المشهور الحكم بالكراهه لأن النهى عن القراءة من أجل الإنصات كما هو صريح الأخبار و الإنصات غير واجب، و فيه: إن صحيح زراره المتقدم ورد فيه: (فلا تقرأ شيئاً فى الأولتين و أنصت لقراءته) فالنهي عن القراءة غير الأمر بالإنصات فلو سلم أن الإنصات غير واجب. كما هو الأقوى. فيبقى النهى على حاله.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و ابن حمزه التفصيل بين سماع القراءة فى الحرم و بين سماع الهممه فالمأموم بالخيار لموثق سماعه: (سألته عن الرجل يؤم الناس فيسمعون صوته و لا يفقهون ما يقول فقال: إذا سمع صوته فهو يجزيه و إذا لم يسمع صوته قرأ لنفسه)٥

و الظاهر أن المراد من الصوت المسموع فى جواب الإمام هو الصوت الوارد فى السؤال و المقيد بأنه لا يفقهه و هو ظاهر فى الهممه و لم يدل الخبر على الخيار فيه بل فى صحيح قتيبه المتقدم النهى عن القراءة إذا كان يسمع الهممه.

(١) يكره للمأموم القراءة فى الأولتين من الإخفاته على الأشهر جمعاً بين ما دل على التحريم كصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا كنت خلف الإمام فى صلاه لا يجهر فيها بالقراءة حتى تفرغ و كان الرجل مأموناً على القرآن فلا تقرأ خلفه فى الأولتين)(٣)-

ص: ٥٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١ و ١٦ و ٧ و ١٠.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٩.

الحروف (في الجهرية قرأ) المأموم الحمد سرا (مستحبا) (١) هذا هو أحد الأقوال في المسألة، أما ترك القراءة في الجهرية المسموعه فعليه الكل، لكن على وجه الكراهه عند الأ-كثر، و التحريم عند بعض، للأمر بالإنصات لسامع القرآن (٢)، و أما مع عدم سماعها و إن قلّ فالمشهور الاستحباب في أوليها، و الأجود إلحاق أخريها (٣)

و صحيح الحلبي المتقدم(١)، و صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أما الصلاة التي لا تجهر فيها بالقراءة فإن ذلك جعل إليه فلا تقرأ خلفه)٢ و بين ما دل على الجواز و خبر المرافقي و البصرى عن جعفر بن محمد عليه السّلام: (إذا كنت خلف الإمام تولّاه و تثق به فإنه يجزيك قراءته، و إن أحببت أن تقرأ فاقراً فيما يخافت فيه فإذا جهر فانصت قال الله تعالى: وَ أَنْصِتُوا لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ)٣.

و ذهب جماعه منهم الصدوق في المقنع و ابن زهره و العلامة في التحرير و التبصره و الشارح في المسالك و جماعه من المتأخرين إلى المنع لضعف خبر المرافقي و البصرى، و فيه: إنه منجبر بعمل الأصحاب. نعم يستحب للمأموم أن يشتغل بالتسيح و التحميد و الصلاة على النبي و آله لصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (سألته عن رجل يصلى خلف إمام يقتدى به في الظهر و العصر يقرأ، قال: لا و لكن يسبح و يحمد ربه و يصلى على نبيه صلى الله عليه و آله و سلم)(٢) و صحيح بكر بن محمد الأزدي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إني أكره للمرء أن يصلى خلف الإمام صلاة لا- يجهر فيها بالقراءة فيقوم كأنه حمار، قلت: جعلت فداك فيصنع ما ذا؟ قال: يسبح)٥.

(١) للأخبار تقدم بعضها.

(٢) بل للنهي عن القراءة كما تقدم.

(٣) إذا قرأ الإمام الحمد فيهما فلا- يقرأ المأموم للنهي خصوصا صحيح زراره المتقدم حيث ورد فيه: (و الأخيرتان تبع للأولتين)(٣) بل عن السيد و ابني إدريس و حمزه و العلامة في المنتهى أن لا يجب على المأموم شيء من التسيح و القراءة لخبر ابن سنان المروي في المعبر عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا كان مأمونا على القرآن فلا تقرأ خلفه في الأخيرتين)(٤)-

ص: ٥٢٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١ و ٥ و ١٥.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٣ و ١.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٣.

٤- (٧) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٦.

بهما وقيل: تلحقان بالسريه (١). و أما السريه فالمشهور كراهه القراءه فيها، و هو اختيار المصنف فى سائر كتبه، و لكنه هنا ذهب إلى عدم الكراهه، و الأجود المشهور.

و من الأصحاب من أسقط القراءه وجوبا، أو استحبابا مطلقا (٢) و هو أحوط (٣)...

و لصحيح زراره المتقدم: (و الأخيرتان تبع للأولين) و مرسل السيد و الحلبي فعن الأول:

(و أما الأخريان فالأولى أن يقرأ فيهما أو يسبح، و روى أنه ليس عليه ذلك) و قريب منه ما عن الثانى.

و فيه: أما خبر ابن سنان فالمظنون أنه عين صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام:

(إذا كنت خلف الإمام فى صلاه لا يجهر فيها بالقراءه حتى يفرغ و كان الرجل مأمونا على القرآن فلا تقرأ خلفه فى الأوليين، و قال: يجزيك التسيح فى الأخيرتين، قلت: أى شىء تقول أنت؟ قال: اقرأ فاتحه الكتاب) (١). و هو ظاهر فى التخيير بين القراءه و التسيح و أن القراءه أفضل، و معه لا يمكن الاعتماد على مرسل السيد و الحلبي، و أما صحيح زراره فهو مما يدل على النهى عن القراءه و لا يدل على عدم وجوب التسيح و لذا ذهب البعض إلى أفضلية التسيح لهذا النهى.

(١) بمعنى أن المأموم مخير بين القراءه و التسيح.

(٢) سرا و جهرا.

(٣) قال الشارح فى الروض: «و هذه المسأله من المشكلات بسبب اختلاف الأخبار، و أقوال الأصحاب فى الجمع بينها، و تحرير محل الخلاف أن الصلاه إما جهريه أو سريه، و على الأول إما أن يسمع سماعا ما أو لا، و على التقديرات فأما أن تكون فى الأوليين أو الأخيرتين فالأقسام سته.

فابن إدريس و سلار أسقطا القراءه فى الجمع للخبر المتقدم. و مراده هو صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام و سيأتى (٢). لكن ابن إدريس جعلها محرمة لظاهر الخبر و سلار جعل تركها مستحبا ثم روى وجوبه.

و أسثبت الأول و باقى الأصحاب على إباحه القراءه فى الجملة. إلى أن قال: و لم أفق-

ص: ٥٢٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٩.

و قد روى زراره في الصحيح (١) عن الباقر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من قرأ خلف إمام يأتّم به بعث على غير الفطره».

في تعيين الإمام

(و يجب) على المأموم (نيه الائتتمام) (٢) بالإمام (المعين) (٣) بالاسم، أو الصفه، أو القصد الذهني، فلو أخلّ بها (٤)، أو اقتدى بأحد هذين (٥)، أو بهما و إن اتفقا

في الفقه على خلاف في مسأله تبلغ هذا القدر من الأقوال(١).

(١) بل هو صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من قرأ خلف إمام يأتّم به فمات بعث على غير الفطره)(٢).

(٢) بالاتفاق بل ادعى عليه الإجماع من غير واحد، و نيه الائتتمام تجعل الإمامه للإمام، و يدل عليه النبوى المشهور في كتب الفقه: (إنما جعل الإمام إماما ليؤتم به)، هذا و الخبر من مرويات العامه و قد رواه مسلم في صحيحه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (إنما جعل الإمام إماما ليؤتم به فإذا ركع فاركعوا و إذا سجد فاسجدوا)(٣) و هو ظاهر في وجوب متابعه الإمام في الأفعال كما سيأتى و مع ذلك جعل الإنسان إماما لا يتم إلا بنيه الائتتمام من المأموم فلذا وجبت عليه. و لكن هل يجب على الإمام نيه الإمام ذهب المشهور إلى العدم في الجماعه المستحبه لأن نيه الائتتمام من المأموم هي التي تجعل الإمام إماما لا أن الإمام هو الذي يجعل نفسه إماما، و ذهب البعض منهم الشهيدان إلى وجوب النيه على الإمام في الجماعه الواجبه كالجمعه و العيدين إماما لوجوب نيه الواجب و إماما لأن الجماعه الواجبه لا تتحقق إلا بنيه الإمام مع نيه المأموم، و في الأول منع و في الثاني ضعف لأن الجماعه و الإمامه و المأموميه تتحقق بنيه المأموم للائتتمام.

نعم الثواب. أعنى ثواب الجماعه. لا يثبت في حق الإمام إلا بنيه الإمامه لأن لكل امرئ ما نوى.

(٣) بلا خلاف فيه و عن مجمع البرهان: (كأنه مجمع عليه) و يكفي في التعيين الاسم و الصفه أو الإشاره الذهنيه أو الخارجيه.

(٤) بنيه الائتتمام.

(٥) بحيث لم يكن الإمام واحدا بل مرددا.

ص: ٥٢٥

١- (١) روض الجنان ص ٣٧٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٤.

٣- (٣) صحيح مسلم ج ١ حديث ٧٧ ص ٣٠٨.

فعلا لم يصح (١)، و لو أخطأ تعيينه (٢) بطلت و إن كان أهلا- لها. أما الإمام فلا تجب عليه نية الإمامه، إلا أن تجب الجماعة كالجمعه فى قول. نعم يستحب. و لو حضر المأموم فى أثناء صلاته (٣) نواها (٤) بقلبه متقربا.

فى قطع النافله

(و يقطع النافله) (٥) إذا أحرَم الإمام بالفريضة. و فى بعض الأخبار قطعها متى أقيمت الجماعة و لمّا يكملها، ليفوز بفضيلتها أجمع. (و قيل): و يقطع (الفريضة) (٦) أيضا (لو خاف الفوت) أى فوات الجماعة فى مجموع الصلاه، و هو

(١) أما الإخلال بنيه الائتتمام فقد تقدم، و أما مع التردد أو مع نية الائتتمام بهما فلائنه يشترط وحده الإمام و هو مما قام عليه الإجماع المدعى كما عن غير واحد.

(٢) بحيث نوى الائتتمام بالحاضر على أنه زيد فبان عمرا، فإن كان الثانى غيرى دل فتبطل جماعته بلا إشكال لعدم إحراز عداله الإمام و لو ظاهرا و أما لو كان الثانى عادلا فالمشهور على صحه الجماعة لأنه قد قصد الائتتمام بهذا الحاضر و هو الثانى واقعا و إن أخطأ فى التطبيق فتصور أنه زيد.

نعم لو ائتم بزید مع تخيل أن الحاضر هو زيد فبان عمرو فالبطلان لعدم تحقق نية الائتتمام أما بالنسبه للأول فواضح لانكشاف الخلاف و أما بالنسبه للثانى فلعدم إنشاء الائتتمام به، فالحكم بالبطلان مطلقا كما عن الشارح و جماعه ليس فى محله.

(٣) أى صلاه الإمام.

(٤) أى نية الإمامه.

(٥) لا خلاف فى أنه إذا دخل الإمام فى الفريضة و كان الإنسان فى نافله أن يقطعها و يستأنف مع الإمام الفريضة لما يستفاد من أهميه الجماعة على النافله بعد جواز قطع النافله و لصحيح عمرو بن يزيد: (سأل أبا عبد الله عليه السّلام: عن الروايه التى يروون أنه لا- يتطوع فى وقت فريضه ما حد هذا الوقت؟ قال عليه السّلام: إذا أخذ المقيم فى الإقامه، فقال له: إن الناس يختلفون فى الإقامه فقال عليه السّلام: المقيم الذى يصلى معه) (١).

(٦) فلو كان فى فريضه و أقيمت الجماعة استحَب له العدول إلى النافله و إكمالها ركعتين ثم يدخل مع الجماعة لصحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل دخل المسجد فافتتح الصلاه فبينما هو قائم يصلى إذا أذن المؤذن و أقام الصلاه، قال عليه السّلام:

فليصل ركعتين ثم ليستأنف الصلاه مع الإمام و لتكن الركعتان تطوعا) (٢) و موثق سماعه:

(عن رجل كان يصلى فخرج الإمام و قد صلى الرجل ركعه من صلاه فريضه قال-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

قوى (١)، و اختاره المصنف فى غير الكتاب، و فى البيان جعلها كالنافله (٢)، (و إتمامها ركعتين) ندبا (حسن) ليجمع بين فضيله الجماعة، و ترك إبطال العمل.

هذا إذا لم يخف الفوت، و إلا قطعها بعد النقل إلى النفل. و لو كان قد تجاوز ركعتين من الفريضة ففى الاستمرار، أو العدول إلى النفل، خصوصا قبل ركوع الثالث؟ وجهان، و فى القطع قوه. (نعم يقطعها) أى الفريضة (لإمام الأصل) (٣) مطلقا استحبابا فى الجميع.

فى ما لو أدرك الإمام بعد الركوع أو السجود

(و لو أدركه بعد الركوع) (٤) بأن لم يجتمع معه بعد التحريمه فى حده (سجد)

-عليه السلام: إن كان إماما عدلا فليصل أخرى و لينصرف و يجعلها تطوعا و ليدخل مع الإمام فى صلاته(١).

و هما ظاهران فى كون العدول إلى الركعتين قبل تمامهما، فلو أتمهما و كان فى ركوع الثالثه أو قيامها فهل يعدل إلى النافله أو لا، فعن جماعه المنع منهم العلامه فى التذكرة و النهايه لقصور الخبرين عن إثبات ذلك.

هذا و الشيخ فى المبسوط جَوَزَ قطع الفريضة مع خوف الفوات من غير احتياج إلى نقل ما بيده إلى النافله، و قواه فى الذكرى لما فى تحصيل فضل الجماعة من أهميه فضلا عن أن العدول إلى النفل كما هو مورد الأخبار المتقدمه قطع للفريضة أو مستلزم لجوازه.

ثم المراد بخوف الفوات هو فوات الجماعة بأسرها بالنسبه للفرع الأخير، و أما بالنسبه لغيره فخوف الفوات هو خوف فوات أى شىء منها حتى الجزء الأول من الفاتحه كما عن البعض أو خصوص فوات الركعه الأولى كما لعله ظاهر الأكثر أو خصوص القراء كما عن المحقق الثانى.

(١) أى قطع الفريضة عند خواف فوات الجماعة بأسرها و هو فرع الشيخ فى المبسوط.

(٢) أى يعدل بها إلى النافله من دون قطع.

(٣) أى للإمام المعصوم عليه السلام، و علله فى المعبر بما له فى المزيه الموجه للاهتمام بمتابعته و هذا ما عليه المشهور، ثم تردد فيه بل ساوى العلامه فى المختلف بين إمام الأصل و غيره فى عدم جواز القطع بعد تجاوز المحل، لأن تعليل المشهور لا يصلح حجه فى نفسه فضلا عن أن يعارض الأدله مع أن المسأله قليله الجدوى و التشاغل بها فى غير محله.

(٤) فالمأموم مخير بين نيه الانفراد حتى لو قلنا بعدم جواز الانفراد اختيارا إلا أنه مخصوص -

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

معه بغير ركوع إن لم يكن ركع، أو ركع طلباً لإدراكه فلم يدركه، (ثم استأنف النية) مؤتماً إن بقي للإمام ركعه أخرى، و منفرداً (١) بعد تسليم الإمام إن أدركه في الأخيره. (بخلاف إدراكه بعد السجود) (٢) فإنه يجلس معه و يتشهد مستحباً إن كان

-عند انعقاد الجماعة و المفروض العدم لأنه لم يدرك الإمام راكعاً.

و بين انتظار الإمام قائماً حتى يقوم الإمام إلى الركعة الأخرى فيجعلها المأموم أولى له، و جواز الانتظار هو المحكى عن جماعه منهم الشيخ في المبسوط و الشهيدان و يدل عليه موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل أدرك الإمام و هو جالس بعد الركعتين قال عليه السلام: يفتتح الصلاة و لا يقعد مع الإمام حتى يقوم) (١) و بين متابعه الإمام في السجود لخبر المعلى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا سبقك الإمام بركعه فأدركته و قد رفع رأسه فاسجد معه و لا تعتدّ بها) ٢ و لكن لو تابعه فهل يجب عليه استئناف النية و تكبيره الإحرام فقال الشيخ في المبسوط لا يجب لأن زياده الركن مغتفره في متابعه الإمام، و الأكثر على الوجوب لأن زياده السجودتين مبطله للصلاة.

(١) أى و استأنف النية منفرداً.

(٢) فيجوز له الدخول مع الإمام في التشهد الأخير على المشهور شهره عظيمه لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن الرجل يدرك الإمام و هو قاعد يتشهد و ليس خلفه إلا رجل واحد عن يمينه، قال عليه السلام: لا يتقدم الإمام و لا يتأخر الرجل و لكن يقعد الذى يدخل معه خلف الإمام فإذا سلم الإمام قام الرجل فأتتم صلاته) (٢).

و لكن يعارضه صحيح ابن مسلم: (قلت له: متى يكون يدرك الصلاة مع الإمام، قال:

إذا أدرك الإمام و هو فى السجده الأخيره من صلاته فهو مدرک لفضل الصلاة مع الإمام) ٤ و مال إليه سيد المدارك.

لكن جمع بينهما بحمل الصحيح على أدرك فضل تمام الركعة أدرك السجده الأخيره و حمل الموثق على إدراك فضل الجماعة و لو بالجملة و يشهد له خبر معاوية بن شريح عن أبي عبد الله عليه السلام: (و من أدرك الإمام و هو ساجد كبير و سجد معه و لم يعتد بها، و من أدرك الإمام و هو فى الركعة الأخيره فقد أدرك فضل الجماعة، و من أدركه و قد رفع رأسه من السجده الأخيره فقد أدرك الجماعة و ليس عليه أذان و لا إقامة) ٥ و فى هذا المورد فإذا-

ص: ٥٢٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٣ و ١ و ٦.

بتشهد، و يكمل صلاته (فإنها تجزيه و يدرك فضيله الجماعه) فى الجملة (فى الموضعين) و هما إدراكه بعد الركوع و بعد السجود للأمر بها (١) و ليس إلا لإدراكها.

و أما كونها كفضيله من أدركها من أولها فغير معلوم، و لو استمر فى الصورتين قائما إلى أن فرغ الإمام (٢)، أو قام (٣)، أو جلس معه و لم يسجد (٤) صح أيضا، من غير استئناف (٥).

و الضابط أنه يدخل معه فى سائر الأحوال (٦)، فإن زاد معه ركنا استأنف النيه و إلا فلا، و فى زياده سجده واحده وجهان أحوطهما الاستئناف (٧) و ليس لمن لم يدرك الركعه قطع الصلاه بغير المتابعه (٨) اختيارا.

-سلم الإمام يقوم المأموم و يكمل صلاته من غير استئناف للنيه و التكبير بالإجماع كما عن المهذب البارع.

(١) أى بالجماعه.

(٢) فيما لو أدركه فى التشهد الأخير لموثق عمار الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل أدرك الإمام و هو جالس بعد الركعتين قال: يفتتح الصلاه و لا يقعد مع الإمام حتى يقوم) (١) و هو ظاهر فى التشهد الأول لا الأخير كما عليه المشهور.

(٣) أى قام الإمام إلى الركعه الأخرى و ذلك فيما لو فات الركوع المأموم، و قد تقدم الكلام فيه.

(٤) فيما لو فاته الركوع، و عدم السجود لأن السجود متابعه غير واجب، و لذا جاز له أن يبقى قائما.

(٥) للننيه و تكبيره الإحرام.

(٦) أما بالنسبه للركعه الأخيره فى مقام إدراك فضل الجماعه فما قبل السجدين فلما تقدم فى مسأله من فاته الركوع، و أما قبل السجده الأخيره لصحيح ابن مسلم المتقدم: (إذا أدرك الإمام و هو فى السجده الأخيره فهو مدرک لفضل الصلاه مع الإمام) ٢ و لخبر معاويه بن شريح المتقدم: (و من أدرك الإمام و هو ساجد كبر و سجد معه و لم يعتد بها) ٣.

(٧) و إن كانت الأخبار خاليه عن ذلك، بل خلوها مع كونها فى مقام البيان دليل على عدم وجوب الاستئناف.

(٨) و المعنى لا يجوز لمن لم يدرك الركوع مع الإمام أن يقطع الصلاه بسبب غير متابعه الإمام، بحيث لو تابعه و زاد ركنا فيجب عليه استئناف النيه و التكبير و إلا فلو لم يزد ركنا فلا يجوز له القطع لحرمة قطع الفريضه.

ص: ٥٢٩

(و يجب) على المأموم (المتابعه) (١) لإمامه في الأفعال إجماعاً، بمعنى أنه لا يتقدمه فيها، بل إما أن يتأخر عنه و هو الأفضل (٢)، أو يقارنه، لكن مع المقارنه تفوت فضيله الجماعه و إن صحت الصلاه، و إنما فضلها مع المتابعه.

أما الأقوال (٣) فقد قطع المصنف بوجوب المتابعه فيها أيضاً في غيره، و أطلق هنا بما يشمله، و عدم الوجوب أوضح إلا في تكبيره الإحرام (٤)، فيعتبر تأخره بها (٥)، فلو قارنه أو سبقه لم تنعقد، و كيف تجب المتابعه فيما لا يجب سماعه، و لا

(١) وجوب المتابعه مما لا خلاف فيه و المراد منه عدم تقدم المأموم على الإمام في الأفعال بأن يركع قبله أو يسجد أو يرفع رأسه و هكذا و يدل عليه النبوى: (إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به فإذا كبر فكبروا و إذا سجد فاسجدوا) (١) و قد رواه في غوالي اللآلى عن فخر المحققين: (إنما جعل الإمام إماماً ليؤتم به فإذا كبر فكبر) (٢) و هو إن كان عامياً إلا- أنه منجبر باشتهااره و بعمل الأصحاب به.

(٢) نقل الشهيدان عن ابن بابويه: (إن من المأمومين من لا صلاه له، و هو الذى يسبق الإمام فى ركوعه و سجوده و رفعه، و منهم من له صلاه واحده و هو المقارن له فى ذلك، و منهم من له أربع و عشرون ركعه و هو الذى يتبع الإمام فى كل شىء فيركع بعده و يسجد بعده و يرفع منهما بعده) (٣).

(٣) فقد أوجب الشهيد وجوب المتابعه فيها كما فى الدروس و البيان لعموم النبوى المتقدم، و فيه: إنه ظاهر فى خصوص الأفعال مع أنه لو وجب على المأموم المتابعه فيها لوجب على الإمام الجهر بها ليتمكن المأموم من متابعتة، مع أنه غير واجب على الإمام الجهر إلا فى بعض الموارد.

(٤) فلا- يجوز له التقدم بلا- خلاف لامتناع تحقق الاقتداء قبل تلبس الإمام بالصلاه و لخبر قرب الإسناد عن الإمام الكاظم عليه السلام: (فى الرجل يصلى أله أن يكبر قبل الإمام؟ قال عليه السلام: لا يكبر إلا مع الإمام فإن كبر قبله أعاد) (٤).

(٥) كما عن جماعه منهم سيد الشارح و سيد المدارك بل عن الرياض نسبتة إلى فتوى-

ص: ٥٣٠

١- (١) صحيح مسلم ج ١ حديث ٧٧ ص ٣٠٨.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

٣- (٣) الذكرى ص ٢٧٩ و روض الجنان ص ٣٧٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب صلاه الجنازه حديث ١.

إسماعه إجماعاً مع إيجابهم علمه بأفعاله، و ما ذاك إلا لوجوب المتابعه فيها.

(فلو تقدّم) المأموم على الإمام فيما يجب فيه المتابعه (ناسياً تدارك) (١) ما فعل

-الأصحاب مع أن صريح خبر قرب الإسناد جواز التكبير معه و لذا مال البعض إلى جواز المقارنه.

(١) إذا لم يتابع المأموم الإمام بأن رفع رأسه من الركوع قبل الإمام مثلاً فهل تبطل صلاته فمذهب الأصحاب كما فى المدارك على العدم و نسب الشهيد فى الدروس البطلان إلى الشيخ فى المبسوط لقوله فيه: «و من فارق الإمام لغير عذر بطلت صلاته» و هو غير ظاهر فيما فهمه الشهيد لأنه قد قال الشيخ فى المبسوط: «فإن فعل ذلك. يعنى رفع رأسه من الركوع قبل الإمام. متعمداً لم يجز له العود إليه أصلاً بل يقف حتى يلحقه الإمام» و هو صريح فى عدم بطلان الصلاة، بل ظاهر فى عدم بطلان الجماعة و هو المشهور بينهم و أنه لا يترتب على ما لو خالف المتابعه إلا الإثم و لذا قالوا: إن المتابعه شرط تعبدى و لذا ورد الأمر بإعادة ما أخلّ به كما سيأتى و هذا كاشف عن أن الإخلال بالمتابعه لا يضر بصحة الجماعة فلو أخلّ بالمتابعه ناسياً بأن رفع رأسه من الركوع أو السجود قبل الإمام سهواً أو لزعم رفع الإمام رأسه و جب عليه العود و المتابعه على المشهور للأخبار منها: صحيح ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام: (عن الرجل يركع مع الإمام يقتدى به ثم يرفع رأسه قال عليه السلام: يعيد ركوعه) (١).

نعم ورد وجوب البقاء و عدم المتابعه فى موثق غياث بن إبراهيم: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يرفع رأسه من الركوع قبل الإمام، أ يعود فيركع إذا أبطأ الإمام و يرفع رأسه معه؟ قال عليه السلام: لا) (٢) و قد جمع المشهور بينهما بحمل الأولى على صورة السهو، و حمل الثانية على صورة العمد، و أشكل عليه بأنه جمع تبرعى و ردّ بأن من يصلّى الجماعة لدرك الفضل لا يعتمد الإخلال بالمتابعه فلا بدّ من حمل الطائفة الأولى على السهو لأنه هو المعقول عند رفع المأموم رأسه قبل الإمام، و الطائفة الثانية إن لم يمكن حملها على الحمد لما قلنا فتحمل على الفضل حملاً للمطلق على المقيد.

ثم لو ترك الإعادة فى صورة السهو أتم لمخالفه الأمر و صحت صلاته و جماعته لأن المتابعه شرط تعبدى، و منه تعرف الحكم بأنه لو خالف المتابعه عمداً فتصح صلاته و جماعته و توهم أنه بالإخلال العمدى قد خالف النهى عن الإخلال بالمتابعه و النهى يقتضى الفساد فى العباده ليس فى محله لأن النهى هنا لم يتعلق بذات الصلاة و لا بجزئها-

ص: ٥٣١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٣ و ٦.

مع الإمام، (و عامدا يَأثم و يستمر) على حاله حتى يلحقه الإمام، و النهى لاحق لترك المتابعه، لا لذات الصلاه أو جزئها، و من ثم لم تبطل، و لو عاد (١) بطلت للزيادة. و فى بطلان صلاه الناسى لو لم يعد قولان (٢)، أجمدهما العدم، و الظان كالناسى (٣)، و الجاهل عامد (٤).

فى إسماع الإمام من خلفه

(و يستحب إسماع الإمام من خلفه) (٥) أذكاره ليتابعه فيها و إن كان مسبوقا، ما لم يؤد إلى العلو المفرد (٦) فيسقط الإسماع المؤدى إليه (و يكره العكس) بل يستحب للمأموم ترك إسماع الإمام مطلقا (٧)، عدا تكبيره الإحرام لو كان الإمام منتظرا له فى الركوع (٨)...

و إنما تعلق بالجماعه فلو قلنا إن المتابعه شرط فى صحه الجماعه لكان الإخلال بها موجبا لبطلانها إلا أنك عرفت أنه شرط تعبدى، و يجب عليه الانتظار فلا عاد و تابع الإمام تبطل صلاته للزيادة العمديه، و لو تابعه سهوا فإذا كان قد أتى بركن فكذلك و إلا فلا و هذا واضح لما تقدم فى أحكام الخلل فى الصلاه.

(١) عند الإخلال بالمتابعه عمدا عاد و أتى بالجزء الذى فيه الإمام ليتابعه فتبطل صلاته للزيادة العمديه.

(٢) حكى الشهيد القول عن البعض بأنها تبطل صلاته و لكنه ضعيف لما تقدم.

(٣) فى المعذوريه و الحكم و ذلك فيما لو ظن المأموم أن الإمام رفع رأسه من الركوع فرفع هو فتبين العدم فحكمه حكم الناسى للمعذوريه فى كليهما.

(٤) لأنه غير معذور لمخالفته وجوب التعلم.

(٥) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (ينبغى للإمام أن يسمع من خلفه كل ما يقول، و لا ينبغى لمن خلفه أن يسمعه شيئا مما يقول) (١) و يتأكد استحباب الإسماع فى التشهد و التسليم لصحيح حفص عن أبى عبد الله عليه السلام: (ينبغى للإمام أن يسمع من خلفه التشهد و لا يسمعه شيئا يعنى التشهد، و يسمعهم أيضا السلام علينا و على عباد الله الصالحين) ٢.

(٦) للانصراف.

(٧) سواء أدى إلى العلو المفرد أم لا، و فى الجهرية و غيرها، و فى التشهد أو بقيه الأذكار.

(٨) فيستحب الجهر حينئذ لثلاث يبقى الإمام منتظرا.

ص: ٥٣٢

و نحوه (١)، و ما يفتح به (٢) على الإمام، و القنوت على قول (٣)

في أن يأتي كل من الحاضر و المسافر بصاحبه

(و أن يأتي كل من الحاضر و المسافر بصاحبه) مطلقا (٥)، و قيل: في فريضه مقصوره، و هو مذهبه في البيان، (بل بالمساوي) (٦) في الحضر و السفر، أو في الفريضه غير المقصوره (٧) (و أن يؤم الأجدم و الأبرص الصحيح) للنهي عنه (٨) و عما

(١) كما لو انتظره في السجده الأخيره أو في التشهد الأخير حتى يدرك فضل الجماعه.

(٢) عند نسيان الإمام كلمه أو آيه فيلقنه المأموم ذلك.

(٣) قيل: بأن المشهور ذهب إلى استحباب الجهر بالقنوت مطلقا و خصه المرتضى بالجهرية و على القولين لا تخصيص بغير المأموم.

(٤) أي و يكره اتمام.

(٥) في كل صلاه و إن لم تكن مقصوره، هذا و نقل عن والد الصدوق المنع من اقتداء كل من الحاضر و المسافر بالآخر لصحيح الفضل من أبي عبد الله عليه السّلام: (لا- يؤم الحضري المسافر و لا- المسافر الحضري، فإن ابتلى بشيء من ذلك فأّم قوما حضريين فإذا أتم الركعتين سلّم) (١) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا- يصلي المسافر مع المقيم فإن صلى فلينصرف في الركعتين) ٢.

و فيه: إنه محمول على الكراهه لما في ذيلهما من جواز الاقتداء مضافا إلى جملة من الأخبار قد صرحت بالجواز مثل: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (إذا صلى المسافر خلف قوم حضور فليتم صلاته ركعتين و يسلم) (٢) و صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن المسافر يصلي خلف المقيم قال: يصلي ركعتين و يمضي حيث شاء) ٤.

و لذا ذهب المشهور إلى جواز الاقتداء على كراهه جمعا بين الأخبار، هذا و صرح المحقق في المعبر و الشارح في الروض و سيد المدارك و جماعه أن الكراهه مخصوصه بالصلاه المقصوره لأن كلا- منهما سيفارق إمامه اختيارا، و المفارقة مكروهه للمختار كما في المعبر، و عن البعض احتمال العموم عملا بإطلاق الصدر في روايه الفضل المتقدمه.

(٦) بحيث يؤم الحاضر الحاضر و كذا المسافر المسافر فلا كراهه بناء على قول المشهور.

(٧) بناء على ما اختاره في البيان.

(٨) كما في جملة من الأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة المسافر حديث ٦ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١ و ٢.

قبله (١) فى الأخبار المحمول على الكراهه جمعا (٢) (والمحدود بعد توبته) للنهى كذلك (٣)، و سقوط محله من القلوب (و الأعرابى) (٤) و هو المنسوب إلى الأعراب و هم سكان البادية (بالمهاجر) و هو المدنى المقابل للأعرابى، أو المهاجر حقيقه من بلاد الكفر إلى بلاد الإسلام.

و وجه الكراهه فى الأول مع النصّ بعده عن مكارم الأخلاق، و محاسن الشيم المستفاده من الحضر، و حرّم بعض الأصحاب إمامه الأعرابى عملا بظاهر

– عليه السلام لا يصلين أحدكم خلف المجذوم و الأبرص و المجنون و المحدود و ولد الزنا و الأعرابى لا يؤم المهاجرين (١).

و حمل النهى على الكراهه كما هو المشهور جمعا بينها و بين ما دل على الجواز كخبر عبد الله بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن المجذوم و الأبرص يؤمان المسلمین؟ قال: نعم، قلت: هل يتلى الله بهما المؤمن؟ قال: نعم و هل كتب الله البلاء إلا على المؤمن) ٢ و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و السيد فى بعض رسائله و القاضى فى المهذب المنع عملا بظاهر النهى.

(١) و هو اقتداء الحاضر و المسافر بالآخر.

(٢) بل فى اقتداء الحاضر و المسافر نفس ما دل على النهى يدل على الكراهه بحسب ذيله كما تقدم.

(٣) أى المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على الجواز، أما النهى فكما فى صحيح زراره المتقدم لكنه لا بد من حمله على الكراهه لأنه تجوز الصلاه خلف الكافر إذا أسلم فكذا المحدود بعد توبته فيتعين حمله على الكراهه، و منشأها هو نقص منزلته و سقوط محله من القلوب، و لكن عن جماعه من القدماء المنع تمسكا بظاهر النهى.

(٤) ورد النهى عن إمامته فى جملة من الأخبار منها: صحيح زراره المتقدم، و عن جماعه من القدماء و المنع تمسكا بظاهر النهى، و عن مشهور المتأخرين الحمل على الكراهه لنقصه عن محاسن الشيم و مكارم الأخلاق التى تستفاد من الحضر.

و من ذهب إلى المنع حمل الأعرابى على من وجبت عليه الهجره فلم يهاجر أو على من لا يعرف محاسن الإسلام و تفاصيل الأحكام و هما لا تجوز إمامتها لإخلالهما بالواجب من التعلم أو المهاجره.

ص: ٥٣٤

النهي، و يمكن أن يريد به من لا يعرف محاسن الإسلام و تفاصيل الأحكام منهم المعنى بقوله تعالى: الْأَعْرَابُ أَشَدُّ كُفْرًا وَ نِفَاقًا (١)، أو على من عرف ذلك و ترك المهاجره مع وجوبها عليه، فإنه حينئذ تمتنع إمامته، لإخلاله بالواجب من التعلم و المهاجره (و المتيمم بالمتطهر بالماء) للنهي عنه (٢) و نقصه (٣) لا بمثله (٤).

في ما لو عرض للإمام شيء

(و أن يستتاب المسبوق (٥) بركعه)، أو مطلقا إذا عرض للإمام مانع من الإتمام، بل ينبغي استتابه من شهد الإقامه. و متى بطلت صلاه الإمام فإن بقي (٦)

(١) التوبه آيه: ٩٧.

(٢) كما في خبر عباد بن صهيب عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا يصلى المتيمم بقوم متوضئين) (١) و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (لا يؤم صاحب التيمم المتوضئين و لا يؤم صاحب الفالج الأصحاء) ٢ و النهي محمول على الكراهه جمعا بينه و بين صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن إمام قوم أجنب و ليس معه من الماء ما يكفيه للغسل و معهم ما يتوضئون به، أيتوضأ بعضهم و يؤمهم؟ قال: لا و لكن يتيمم الإمام و يؤمهم فإن الله (عز و جل) جعل الأرض طهورا كما جعل الماء طهورا) ٣.

(٣) لأن التيمم طهاره بدليه.

(٤) لعدم النهي عنه.

(٥) أي يكره للإمام إذا عرض له مانع من الإكمال أن يستتاب المسبوق و هو الذي لم يلحق أول ركعه بل الذي لم يلحق الجماعة من حين الإقامه و ذلك لجمله من الأخبار منها:

صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يؤم القوم فيحدث و يقدم رجلا قد سبق بركعه كيف يصنع؟ فقال: لا يقدم رجلا قد سبق بركعه و لكن يأخذ بيد غيره فيقدمه) (٢).

و خبر معاويه بن ميسره عن الصادق عليه السّلام: (لا ينبغي للإمام إذا أحدث أن يقدم إلا من أدرك الإقامه) ٥ و النهي محمول على الجواز لجمله من الأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في قدام مسبوقا بركعه قال: إذا أتم صلاته بهم فليؤم إليهم يمينا و شمالا فليصرفوا ثم ليكمل هو ما فاته من صلاته) (٣).

(٦) أي الإمام.

ص: ٥٣٥

٢- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١ و ٣.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

مكلفاً (١) فالاستنابه له، وإلا فللمؤمنين (٢)، وفي الثاني (٣) يفتقرون إلى نيه ائتمام بالثاني، ولا يعتبر فيها سوى القصد إلى ذلك، والأقوى من الأول ذلك (٤).

وقيل (٥): لا، لأنه خليفه الإمام فيكون بحكمه.

ثم إن حصل قبل القراءة قرأ المستخلف، أو المنفرد (٦)، وإن كان في أثنائها. ففي البناء على ما وقع من الأول (٧)، أو الاستئناف، أو الاكتفاء بإعادة السورة التي فارق فيها أوجه أحودها الأخير (٨). ولو كان بعدها (٩) ففي إعادتها وجهان أحودهما العدم (١٠).

في ما لو تبين عدم الأهلية من الإمام

(و لو تبين) للمأموم (عدم الأهلية) من الإمام للإمامه بحدث، أو فسق، أو كفر (في الأثناء انفراد) (١١) حين العلم. والقول في القراءة كما تقدم، (و بعد)

(١) بحيث لم يخرج عن أهليته للإمامه.

(٢) بحيث هم الذين يختارون.

(٣) إذا اختار المأمومون.

(٤) لتبدل الإمام فلا بد من التبدل بالقصد.

(٥) كما اختاره العلامة في التذكرة و النهاية.

(٦) إذا انفرد المأموم لسبب ما، وقراءتهما لعدم قراءه الإمام مع أن لا صلاه إلا بفاتحه الكتاب.

(٧) من الإمام الأول.

(٨) لأن الإمام قد تحمل الحمد لأن قرأها.

(٩) بعد القراءة.

(١٠) لأن الإمام قد تحمل القراءة.

(١١) الحكم في هذه المسألة مبني على الحكم فيما لو انكشف عدم أهلية الإمام بعد الفراغ من الصلاه فالمشهور ذهب إلى عدم الإعادة لجمله من الأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (من صلى بقوم و هو جنب أو على غير وضوء فعليه الإعادة و ليس عليهم أن يعيدوا و ليس عليه أن يعلمهم) (١).

و صحیح ابن مسلم عن أبی عبد اللہ علیہ السّلام: (عن رجل أمّ قوما و هو علی غیر طهر -

ص: ۵۳۶

۱- (۱) الوسائل الباب - ۳۶ - من أبواب صلاه الجماعه حدیث ۱.

(الفراغ لا إعادته) على الأصح مطلقا للامتنان، وقيل بعيد في الوقت لفوات

فأعلمهم بعد ما صلوا فقال: يعيد وهو ولا يعيدون(1)

و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في قوم خرجوا من خراسان أو بعض الجبال و كان يؤمهم رجل فلما صاروا إلى الكوفة علموا أنه يهودى قال: لا يعيدون(2).

و عن الإسكافي و السيد المرتضى و جوب الإعادة عليهم لصحيح معاوية عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ يضمن الإمام صلاه الفريضة فإن هؤلاء يزعمون أنه يضمن، قال عليه السلام:

لا يضمن، أى شىء يضمن؟ إلا أن يصلى بهم جنبا أو على غير طهور(3).

و خبر نوادر الراوندى عن الكاظم عن آباءه عن على عليهم السلام: (من صلى بالناس و هو جنب أعاد هو و الناس صلاتهم(4).

و خبر دعائم الإسلام عن على عليه السلام: (صلى عمر بالناس صلاه الفجر فلما قضى الصلاه أقبل عليهم فقال: يا أيها الناس إن عمر صلى بكم الغداه و هو جنب فقال له الناس: فما ذا ترى؟ فقال: علىّ الإعادة و لا إعاده عليكم، فقال له على عليه السلام: بل عليك الإعادة و عليهم، إن القوم بإمامهم يركعون و يسجدون، فإذا فسدت صلاه الإمام فسدت صلاه المأمومين) 5 و الأخيران ضعيفا السند و الأول لا يصلح لمقاومه ما تقدم من النصوص.

و حكى الصدوق عن بعض مشايخه و جوب إعادته الصلاه الإخفاتييه دون الجهرية. و ليس له مستند ظاهر، و كذلك عن الحلبي فى سرائره الإعادة فى الوقت دون خارجه و أيضا ليس له مستند. و على هذا فلو تبين عدم أهليه الإمام فى أثناء الصلاه فعلى القول بوجوب الإعادة لا بدّ للمأموم أن يستأنف الصلاه و على القول بالعدم ينوى الانفراد و يتم و لصحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (سألته عن رجل صلى بقوم ركعتين ثم أخبرهم أنه ليس على وضوء قال: يتم القوم صلاتهم فإنه ليس على الإمام ضمان(5).

نعم عن العلامة فى المنتهى أنه يستأنف صلاته لخبر حماد عن الحلبي: (يستقبلون صلاتهم لو أخبرهم الإمام فى الأثناء أنه لم يكن على طهاره) و لكن غير موجود فى كتب الأخبار كما اعترف به غير واحد منهم صاحب الحدائق بالإضافة إلى أنه معرض عنه على فرض وجوده.

ص: ٥٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٦.

٤- ((٤) و ٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٣ و ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

الشرط، و هو ممنوع (١) مع عدم إفضائه إلى المدعى (٢).

فى لو عرض للإمام مخرج

(و لو عرض للإمام مخرج) من الصلاة لا يخرج عن الأهلية كالحديث (استتاب) (٣) هو، و كذا لو تبين كونه خارجا ابتداء لعدم الطهارة، و يمكن شمول المخرج فى العبارة لهما، (و يكره الكلام) للمأموم و الإمام (بعد) قول المؤذن (قد قامت الصلاة) (٤) لما روى (٥) أنهم بعدها كالمصلين.

(١) لأن صلاتهم صحيحة نعم فإن شرط الجماعة، و ليس إبطال الجماعة موجبا لإبطال الصلاة.

(٢) إذ لو سلم به لوجب الحكم بالإعادة فى داخل الوقت و خارجه، فتخصيصه فى داخل الوقت فقط ليس فى محله.

(٣) بحيث أن الاستتابة للإمام و إن جاز للمأموم لكن الإمام أولى لأنه هو الظاهر من النصوص كصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام: (عن إمام أحدث فانصرف و لم يقدّم أحدا ما حال القوم...) (١) و هو ظاهر فى كونه الاستتابة للإمام و كذا فى المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (ما كان من إمام تقدم فى الصلاة و هو جنب ناسيا أو أحدث أو رعف رعافا أو أذى فى بطنه فليجعل ثوبه على أنفه ثم لينصرف و ليأخذ بيد رجل فليصل مكانه) ٢ و مثله غيره.

(٤) فى خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا أقيمت الصلاة حرم الكلام على الإمام و أهل المسجد إلا فى تقديم إمام) (٢) و خبر ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يتكلم فى الإقامة قال: نعم فإذا قال المؤذن: قد قامت الصلاة فقد حرم الكلام على أهل المسجد إلا- أن يكونوا قد اجتمعوا من شتى و ليس لهم إمام فلا بأس أن يقول بعضهم لبعض تقدم يا فلان) ٤ و مثله غيره و لكنه محمول على الكراهة لجمله من الأخبار منها: خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن الرجل يتكلم فى أذانه أو فى إقامته؟ فقال: لا بأس) ٥.

(٥) كما فى خبر أبى هارون المكفوف: (قال أبو عبد الله عليه السّلام: يا أبا هارون الإقامة من الصلاة فإذا أقيمت فلا تتكلم و لا تؤم بيدك) (٣).

ص: ٥٣٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب صلاة الأذان و الإقامة حديث ١ و ٧ و ٨.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأذان و الإقامة حديث ١٢.

(و المصلّى خلف من لا يقتدى به) (١) لكونه مخالفا (يؤذّن لنفسه و يقيم) (٢) إن لم يكن وقع منهما (٣) ما يجزئ عن فعله كالأذان للبلد إذا سمعه، أو مطلقا (٤)،

(١) قد ورد الحث في الكثير من الأخبار على الحث على الصلاة مع المخالف عند التقيه ففي خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (يا إسحاق أ تصلى معهم في المسجد؟ قلت: نعم، قال: صل معهم فإن المصلّى معهم في الصف الأول كالشاهر سيفه في سبيل الله) (١) وفي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (من صلى معهم في الصف الأول كان كمن صلى خلف رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) (٢) وإنما الكلام في حكم القراءة فالمشهور على أنه تجب القراءة مع الإمكان و مع عدم الإمكان تسقط، ففي صحيح علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: (عن الرجل يصلى خلف من لا يقتدى بصلاته و الإمام يجهر بالقراءة؟ فقال عليه السلام: اقرأ لنفسك و إن لم تسمع نفسك فلا بأس) (٢) و هو دال على جواز الإخفات في القراءة الجهرية من باب التقيه.

و عند تعذر قراءة السوره يقرأ الفاتحه فقط لخبر ابن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام:

(قلت له: إنى أدخل مع هؤلاء في صلاة المغرب فيعجلونى إلى ما أن أؤذن و أقيم و لا- أقرأ إلا- الحمد حتى يركع أ يجزئنى ذلك؟ قال: نعم يجزيك الحمد وحدها) (٤).

بل يقرأ و لو بعض الحمد بحسب الإمكان لصحيح أبي بصير: (قلت لأبى جعفر عليه السلام: من لا أقتدى به في الصلاة قال عليه السلام: أفرغ قبل أن يفرغ فإنك في حصار، فإن فرغ قلبك فاقطع القراءة و اركع معه) (٣). و خبر أحمد بن عائذ: (قلت لأبى الحسن عليه السلام: إنى أدخل مع هؤلاء في صلاة المغرب فيعجلونى إلى ما أؤذن و أقيم فلا أقرأ شيئا حتى إذا ركعوا و أركع معهم أ يجزئنى ذلك؟ قال: نعم) (٤) و هو دال على سقوط القراءة بتمامها عند عدم الإمكان.

(٢) لأنه لا عبره بأذان المخالف و إقامته. و في مرسل الصدوق: (قال الصادق عليه السلام: أذن خلف من قرأت خلفه) (٥).

(٣) من الأذان و الإقامة.

(٤) المشهور على جواز الاكتفاء بأذان الإمام و أذان البلد و أذان المنفرد، و جزم الشارح في-

ص: ٥٣٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٧ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١ و ٦.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

٤- ((٦)) مستدرک الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

(فإن تعذر) الآذان لخوف فوت واجب القراءة (اقتصر) على قوله (قد قامت الصلاة) مرتين (إلى آخر الإقامه) (١)، ثم يدخل في الصلاة منفردا بصورة الاقتداء، فإن سبقه الإمام بقراءة السوره سقطت، وإن سبقه بالفاتحه أو بعضها قرأ إلى حد الراكع و سقط عنه ما بقى، وإن سبق الإمام سبّح الله استحبابا إلى أن يركع (٢)، فإذا فعل ذلك غفر له بعدد من خالفه (٣) و خرج بحسناتهم (٤)، روى ذلك عن الصادق عليه السلام.

-المسالك باختصاص الحكم بأذان البلد و الجماعة و منع من الاجتزاء بأذان المنفرد فالتقييد بناء على مختاره و الإطلاق بناء على مختار المشهور.

(١) لخبر معاذ بن كثير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا دخل الرجل المسجد و هو لا يأتى بصاحبه و قد بقى على الإمام آيه أو آيتان فخشى إن هو أذن و أقام أن يركع فليقل: قد قامت الصلاة قد قامت الصلاة، الله أكبر، الله أكبر، لا إله إلا الله، و ليدخل في الصلاة) (١).

(٢) كما فى خبر إسحاق بن عمار عن سأل أبا عبد الله عليه السلام: (أصلى خلف من لا أقتدى به، فإذا فرغت من قراءة تى و لم يفرغ هو قال عليه السلام: فسبح حتى يفرغ) (٢) و خبر صفوان: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن عندنا مصلى لا نصلى فيه و أهله نصيب و إمامهم مخالف فأتم به، قال: لا، فقلت: إن قرأ فقرأ خلفه؟ قال: نعم، قلت: فإن نعدت السوره قبل أن يفرغ، قال عليه السلام: سبح و كبر إنما هو بمنزله القنوت و كبر و هلى) ٣

و مثله غيره.

(٣) كما فى مرسل الصدوق فى الفقيه: (و قال الصادق عليه السلام: إذا صليت معهم غفر لك بعدد من خالفك) (٣).

(٤) كما فى خبر الأرجانى عن أبى عبد الله عليه السلام: (من صلى فى منزله ثم أتى مسجدا من مساجدهم فصلى فيه خرج بحسناتهم) (٤) و خبر نشيط بن صالح عن أبى الحسن الأول عليه السلام: فى حديث: (و الذى يصلى مع جيرته يكتب له أجر من صلى خلف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و يدخل معهم فى صلاتهم فيخلف عليهم ذنوبه و يخرج بحسناتهم) (٥).

ص: ٥٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٩.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٦.

فى من لا يؤمّ غيره و من يقدم على غيره و من يكره إمامته

(و لا يؤمّ القاعد القائم) (١) و كذا جميع المراتب، لا يؤمّ الناقص فيها الكامل للنهى، و النقص. و لو عرض العجز فى الأثناء انفراد المأموم الكامل حينئذ (٢) إن لم يمكن استخلاف بعضهم.

(و لا الأئمة) و هو من لا يحسن قراءه الحمد و السوره، أو أبعاضهما و لو حرفاً أو تشديداً، أو صفه واجبه (القارئ) (٣) و هو من يحسن ذلك كله، و يجوز بمثله مع تساويهما فى شخص المجهول (٤)، أو نقصان المأموم (٥)، و عجزهما عن

(١) على نحو المنع بلا- خلاف و يدل عليه مرسل الفقيه عن أبى جعفر عليه السّلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بأصحابه فى مرضه جالسا، فلما فرغ قال صلى الله عليه و آله و سلم: لا يؤمن أحدكم بعدى جالسا) (١) و فى الجواهر أنه: (مروى عند الخاصه و العامه) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا يؤمنّ المقيّد المطلقين، و لا- صاحب الفالح الأصحاء و لا- صاحب التيمم المتوضئين) (٢) و ما عن الشعبي عن على عليه السّلام: (لا- يؤمن المقيّد المطلقين) (٣).

و ضعف السند فى الجميع منجبر بعمل الأصحاب فلا إشكال فى الحكم، و إنما الإشكال هل يختص الحكم بمورد النص أم يتعدى إلى كل ناقص و كامل أو لا، و استدلل للتعميم كما هو المشهور بوحده المناط خصوصا أن الأصل فى كل ما شكك اعتباره فى الجماعه هو عدم الاعتبار إلا ما قام الدليل عليه كما فى ائتمام المتوضئين بالمتيمم.

(٢) أى حين عروض العجز.

(٣) على نحو المنع بلا- خلاف فيه لما تقدم من أن الإمام ضامن للقراءه كما فى جملة من الأخبار منها: خبر الحسين بن كثير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سأله رجل عن القراءه خلف الإمام، فقال: لا، إن الإمام ضامن للقراءه، و ليس يضمن الإمام صلاه الذين هم من خلفه، إنما يضمن القراءه) (٣).

فمع عجزه عن القراءه الصحيحه لا يجوز للقادر أن يأتّم به لقدرته على القراءه و عجز الإمام عن تحملها فلذا فسّر الشارح الأئمة بمن لا يحسن القراءه على النحو الصحيح.

(٤) كما لو كانا لا يحسنان قراءه آيه معينه فى الحمد أو السوره.

(٥) أى كان عجز المأموم أكثر من عجز الإمام.

ص: ٥٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

التعليم لضيق الوقت، و عن الائتمام بقارئ (١)، أو أتم منهما (٢)، و لو اختلفا فيه (٣) لم يجز و إن نقص قدر مجهول الإمام. إلا أن يقتدى جاهل الأول بجاهل الآخر (٤)، ثم ينفرد عنه (٥) بعد تمام معلومه كإقتداء محسن السوره خاصه بجاهلها (٦)، و لا يتعكسان (٧).

(و لا المئوف اللسان) كالألثغ بالمثلثه و هو الذى يبذل حرفا بغيره، و بالمشناه من تحت (٨) و هو الذى لا يبين الكلام، و التتمام و الفأفاء و هو الذى لا يحسن تأديه الحرفين (٩) (بالصحيح) (١٠). أما من لم تبلغ آفته إسقاط الحرف (١١)، و لا إبداله (١٢)، أو يكرره (١٣) فتكره إمامته بالمتقن خاصه (١٤).

(١) عطف على قوله: (عن التعليم لضيق الوقت) حتى يجوز للأمى أن يأتى بمثله مع تفويت بعض القراءه الصحيحه.

(٢) عطف على قوله: (بقارئ) أى و هما عاجزان عن الائتمام بقارئ أتم منهما.

(٣) فى المجهول بحيث كان أحدهما يجهل بعض الفاتحه و الآخر البعض الآخر؛ لأن كل واحد منهما أمى بالنسبه إلى الآخر، و إن كان جهل الإمام من الفاتحه أقل من جهل المأموم منها.

(٤) أى يأتى جاهل الحمد بجاهل السوره دون العكس لأن الصلاه لا تصح بلا فاتحه الكتاب بالإجماع بخلاف السوره فإنه مختلف فيها.

(٥) عن الإمام.

(٦) أى بجاهل السوره، قد عرفت أن الإمام ضامن للقراءه فعلى القول بوجود السوره كما هو الأقوى فلا يجوز ائتمام عالمها بجاهلها حينئذ و إن وقع الخلاف فى وجود السوره.

(٧) أى لا يأتى عالم الحمد و جاهل السوره بجاهل الحمد و عالم السوره.

(٨) و هو الأليغ.

(٩) و هما التاء و الفاء.

(١٠) على نحو المنع بلا خلاف فيه لكون الإمام متحملا للقراءه مع أنه عاجز عن تأديتها بالنحو الصحيح و المأموم قادر عليها.

(١١) بالنسبه إلى الأليغ.

(١٢) بالنسبه إلى الأليغ.

(١٣) بالنسبه إلى التتمام و الفأفاء.

(١٤) أما بالنسبه لمثله فلا كراهه.

(و يقدم الأقرأ) (١)...

(١) إذا تشاح الأئمة رغبه في ثواب الجماعة لا لفرض دنيوى حتى لا يوجب القدح في عداله الإمام فيرجح من يقدمه المأمومون لما فيه من اجتماع القلوب و حصول الإقبال، و إن اختلفوا فلا- بد من الترجيح، فعن التذكرة يقدم اختيار الأ- كثر فإن تساوا فالترجيح للأقرأ ثم الأفقه ثم الأقدم هجره ثم الأسن ثم الأفصح كما هو المشهور و يشهد له ما في الفقه الرضوى: (أولى الناس بالتقدم في الجماعة أقرؤهم للقرآن، فإن كانوا في القراءه سواء فأفقههم، و إن كانوا في الفقه سواء فأقربهم هجره، فإن كانوا في الهجره سواء فأسنهم، فإن كانوا في السن سواء فأصبحهم وجها) (١).

و ذهب بعض الأصحاب كما حكاه في التذكرة إلى تقديم الأفقه على الأقرأ، لأن القراءه يحتاج إليها في الصلاه خاصه بخلاف الفقه فإنه يشمل العلم بأحكام الصلاه و أركانها فيكون أولى بالتقديم و للنبوى: (من أمّ قوما و فيهم من هو أعلم منه لم يزل أمرهم إلى السفال إلى يوم القيامه) (٢).

و لكن هذا النبوى معارض بالشهره و بما تقدم من خبر الفقه الرضوى من تقديم الأقرأ على الأفقه و بخبر أبى عبيده: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن القوم من أصحابنا يجتمعون فتحضر الصلاه فيقول بعضهم لبعض: تقدم يا فلان، فقال عليه السّلام: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: يتقدم القوم أقرؤهم للقرآن، فإن كانوا في القراءه سواء فأقدمهم هجره، فإن كانوا في الهجره سواء فأكبرهم سنا، فإن كانوا في السن سواء فليؤمهم أعلمهم بالسنة و أفقههم في الدين) (٣) و خبر دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد عليهما السّلام: (يؤم القوم أقدمهم هجره فإن استوا فأقرأهم، و إن استوا فأفقههم و إن استوا فأكبرهم سنا، و صاحب المسجد أحق بمسجده) (٤) و ما في الفقه الرضوى: عن العالم أو عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (أنه سئل عن القوم يكونون جميعا إخوانا من يؤمهم؟ قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: صاحب الفراش أحق بفراشه، و صاحب المسجد أحق بمسجده، و قال:

أكثرهم قرآنا و قال: أقدمهم هجره فإن استوا فأقرأهم فإن استوا فأفقههم، فإن استوا فأكبرهم سنا) (٥).

ص: ٥٤٣

- ١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ١.
- ٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٢.
- ٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعة حديث ٥.

من الأئمه لو تشاخوا أو تشاخ المأمومون، و هو (١) الأ-جود أداء، و إتقاننا للقراءة و معرفه أحكامها و محاسنها، و إن كان أقل حفظا، فإن تساوا فالأحفظ (٢)، فإن تساوا فيهما (فالأفقه) في أحكام الصلاة، فإن تساوا فيها فالأفقه في غيرها.

و أسقط المصنف في الذكرى اعتبار الزائد (٣) لخروجه عن كمال الصلاة.

و فيه أن المرجح لا- ينحصر فيها، بل كثير منها كمال في نفسه، و هذا منها مع شمول النص له، فإن تساوا في الفقه و القراءة (فالأقدم هجره) من دار الحرب إلى دار الإسلام، هذا هو الأصل (٤)، و في زماننا قيل (٥) هو السبق إلى طلب العلم، و قيل (٦) إلى سكنى الأمصار مجازا عن الهجرة الحقيقيه لأنها مظنه الاتصاف

و ما في الغوالي عن ابن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (يؤم القوم أقرأهم لكتاب الله، فإن كانت القراءة واحده، فليؤمهم أعلمهم بالسنة، فإن كانت السنة واحده فليؤمهم أقدمهم هجره، فإن كانت الهجرة واحده فليؤمهم أكبرهم سنا، و لا يؤمن رجل رجلا في بيته و لا يجلس على تكرمته إلا بإذنه) (١).

و هي كلها متفقه على تقديم الأقرأ على الأفقه و إن اختلفت في بقيه الترجيحات لكن العمده على ما في الفقه الرضوى لانجباره بالشهره و إعراض الأصحاب عن البقيه فيما خالفه.

(١) أى الأقرأ.

(٢) ففى الخبر الثانى من الفقه الرضوى تقديم الأحفظ على الأقرأ و الأفقه لكن عرفت إعراض المشهور عنه.

(٣) و هو الأفقه في غير أحكام الصلاة.

(٤) فى معنى الهجرة.

(٥) و هو للشيخ يحيى بن سعيد.

(٦) و هو للمحقق الكركى و تلميذه قال الشهيد فى الذكرى: «و ربما جعلت الهجرة فى زماننا سكن الأمصار لأنها تقابل البادية مسكن الأعراب، لأن أهل الأمصار أقرب إلى تحصيل شرائط الإمامه و الكمال فيها» (٢).

ص: ٥٤٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٨.

٢- (٢) الذكرى ص ٢٧١.

بالأخلاق الفاضله، و الكمالات النفسيه، بخلاف القرى و الباديه. و قد قيل (١): إن الجفاء و القسوه فى الفدّادين بالتشديد، أو حذف المضاف، و قيل (٢): يقدم أولاد من تقدمت هجرته على غيره، فإن تساوا فى ذلك (فالأسن) (٣) مطلقا (٤)، أو فى الإسلام (٥) كما قيده فى غيره.

فإن تساوا فيه (فالأصبح) وجها (٦)، لدلالته على مزيد عنايه الله تعالى، أو ذكرا بين الناس (٧)، لأنه يستدل على الصالحين بما يجرى الله لهم على ألسنه عباده،

(١) قال الشارح فى روض الجنان فى بحث صلاه الميت: «و قد روى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم إن الجفاء و القسوه فى الفدّادين، قال الهروى ناقلا عن أبى عمرو: الفدّادين مخففه واحدها فدان مشدد، و هى البقر التى يحرث بها و أهلها أهل جفاء لبعدهم من الأمصار، فأراد أصحاب الفدّادين كما قال تعالى: وَ سَأَلِ الْقَرْيَةَ .

و حكى فيه التشديد و هم الذين تعلق أصواتهم فى حروثهم و أموالهم و مواشيهم من أهل القرى و البوادي، يقال: فدّ الرجل يفدّ إذا اشتد صوته» (١).

(٢) و هو للعلامه فى التذكرة.

(٣) كما عليه المشهور، و عن السرائر تقديمه على الأقدم هجره.

(٤) أى قدم الأكبر سنا.

(٥) بحيث لو كان أحدهما ابن ثلاثين سنه فى الإسلام و الآخر أقل من ذلك قدّم الأول و إن كان كلاهما متساويين فى السن و هذا ما ذكره الشهيد فى الذكرى و الدروس و كذا العلامه فى التحرير و الشيخ فى المبسوط و جماعه.

(٦) ذكره أكثر الأصحاب و يدل عليه خبر الرضوى المتقدم، و أيضا قال الصدوق فى العلل:

(و فى حديث آخر: فإن كانوا فى السن سواء فأصبحهم وجها) (٢) و رواه السيد فى جمل العلم: (و قد روى إذا تساوا فأصبحهم وجها) (٣).

و علله العلامه فى المختلف بأن فى حسن الوجه دلالة على عنايه الله تعالى بصاحبه فاستحق التقديم بذلك، و أنكر المحقق فى المعبر الترجيح بذلك و قال فى المعبر: «أرى لها أثرا فى الأولويه و لا وجها فى شرف الرجال».

(٧) فسر الأصبح وجها بأنه أحسن ذكرا بين الناس لدلالته على حسن الحال عند الله تعالى -

ص: ٥٤٥

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٢.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاة الجماعة حديث ٧.

و لم يذكر هنا ترجيح الهاشمي (١) لعدم دليل صالح لترجيحه، و جعله في الدروس بعد الأفقه. و زاد بعضهم (٢) في المرجحات بعد ذلك الأتقى، و الأورع، ثم القرعه. و في الدروس جعل القرعه بعد الأصيح. و بعض هذه المرجحات ضعيف المستند لكنه مشهور.

(و) الإمام (الراتب) (٣) في مسجد مخصوص (أولى من الجميع) لو اجتمعوا، (و كذا صاحب المنزل) (٤) أولى منهم، و من الراتب، (و) صاحب (الإماره) (٥) في

- كما نقله العلامة في التذكرة عن البعض، و استشهد له بما ورد في كلام أمير المؤمنين عليه السلام: في عهده للأشتر: (و إنما يستدل على الصالحين بما يجرى الله لهم على السن عباده) (١).

(١) لم يذكره الأكثر كما عن البيان، و في الذكرى: «لم نره مذكورا في الأخبار إلا ما روى مسندا بطريق غير معلوم. من قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم: قدموا قريشا و لا- تقدموها، و هو على تقدير تسليمه غير صريح في المدعى، نعم هو مشهور في صلاه الجنازه كما سبق من غير روايه يدل عليه، نعم فيه إكرام لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذ تقديمه لأجله نوع إكرامه، و إكرام رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و بتجليه مما لا خفاء في أوليته» (٢).

(٢) و هو العلامة في التذكرة حيث قال: «فإن استوتوا في ذلك كله قدّم أشرفهم أى أعلاهم نسبا و أفضلهم في نفسه، فإن استوتوا في هذه الخصال قدم أتقاهم و أورعهم لأنه أشرف في الدين و أقرب إلى الإجابة، فإن استوتوا في ذلك كله فالأقرب القرعه، ثم قال: و هذا كله تقديم استحباب لا تقديم اشتراط و لا إيجاب، فلو قدّم المفضول جاز و لا نعلم فيه خلافا» (٣).

(٣) بلا خلاف فيه للخبر الرضوى المتقدم: (و صاحب المسجد أحق بمسجده) (٤) و مثله خبر الدعائم المتقدم ٥.

(٤) بلا خلاف فيه لخبر أبي عبيده المتقدم: (و لا يتقدم من أحدكم الرجل في منزله) (٥).

(٥) بلا خلاف لخبر أبي عبيده المتقدم: (و لا صاحب سلطان في سلطانه) ٧ و لخبر الدعائم-

ص: ٥٤٦

١- (١) نهج البلاغه (محمد عبده) ٣: ٦٣.

٢- (٢) الذكرى ص ٢٧٠.

٣- (٣) التذكرة ج ١ ص ١٨٠.

٤- (٤) (٥ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٥ و ٢.

٥- (٥ و ٦) (٧ و ٦) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

إمارته أولى من جميع من ذكر أيضا. و أولويه هذه الثلاثه سياسه أدبيه (١) لا فضيله ذاتيه، و لو أذنوا لغيرهم انتفت الكرامه.

لا- يتوقف أولويه الراتب على حضوره، بل ينتظر لو تأخر، و يراجع (٢) إلى أن يضيق وقت الفضيله فيسقط اعتباره. و لا فرق في صاحب المنزل بين المالك للعين، و المنفعه، و غيره كالمستعير. و لو اجتمعا (٣) فالمالك أولى (٤) و لو اجتمع مالك الأصل و المنفعه فالثاني أولى (٥).

(و يكره إمامه الأبرص، و الأجذم (٦)، و الأعمى (٧) بغيرهم) ممن لا يتصف بصفتهن للنهي عنه المحمول على الكراهه جمعا، و قد تقدم.

عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (يؤمكم أكثركم نورا، و النور القرآن، و كل أهل مسجد أحق بالصلاه في مسجدهم إلا أن يكون أميرهم. يعنى يحضر. فإنه أحق بالإمامه من أهل المسجد)(١).

(١)بمعنى أنهم لو أذنوا لغيرهم انتفت الكراهه لأن أولويتهم ليست مستنده إلى فضيله ذاتيه لا يمكن التنازل عنها بل إلى سياسه أدبيه كما جزم به الشهيدان و جماعه.

(٢)لإطلاق دليل أولويته.

(٣)أى المالك و المستعير.

(٤)لصريح الأخبار المتقدمه.

(٥)لأنه هو المالك الفعلى للمنفعه بخلاف مالك العين فإنه غير مالك لها.

(٦)قد تقدم الكلام فيهما.

(٧)خصوصا فى الصحراء لخبر الشعبى عن على عليه السلام: (لا يؤم الأعمى فى البريه)(٢) إلا- أنه محمول على الكراهه لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا بأس بأن يصلى الأعمى بالقوم و إن كانوا هم الذين يوجهونه)٣ و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يؤم الأعمى فى الصحراء إلا أن يوجه إلى القبله)٤.

ص: ٥٤٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب صلاه الجماعه حديث ٢ و ١ و ٧.

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه .شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه دمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش۹ل۰۲۱۲ ۱۳۸۵

رده بندی ديويي: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترچینی العاملی

ص: ۴

(كتاب الزكاه (١) و فصوله أربعه)

الفصل الأول فى زكاه المال

فى من تجب عليه زكاه المال

(الأول: تجب زكاه المال على البالغ (٢)... (١) وجوبها ضرورى و عليه الآيات و الأخبار منها: قوله تعالى: وَ أَقِيمُوا الصَّلَاةَ وَ آتُوا الزَّكَاةَ (١)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام لما أنزلت آيه الزكاه، خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهَا -، و أنزلت فى شهر رمضان فأمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم مناديه فأمر فى الناس: إن الله فرض عليكم الزكاه كما فرض عليكم الصلاه، فرض الله عز و جل عليكم من الذهب و الفضة و الابل و البقر و الغنم و من الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب، فنادى فيهم بذلك فى شهر رمضان و عفا لهم عن سوى ذلك) (٢).

(٢) أما فى النقدين فموطن وفاق للأخبار.

منها: صحيح يونس بن يعقوب (أرسلت إلى أبى عبد الله عليه السلام إن لى إخوه صغارا فمتى تجب على أموالهم الزكاه؟ قال: إذا وجبت الصلاه وجبت الزكاه، قلت: فى لم تجب عليهم الصلاه؟ قال: إذا اتجر به فركوه) (٣) و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (ليس فى مال اليتيم زكاه) (٤).

و هو شامل للنقدين، و أما فى الغلات و المواشى فالمشهور عدم الزكاه لإطلاق النصوص،

ص: ٧

١- (١) سورة البقره الآية: ٤٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما تجب منه الزكاه و ما تستحب فيه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما تجب عليه الزكاه حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما تجب عليه الزكاه حديث ٨.

(العاقل (١) فلا زكاه على الصبي و المجنون فى النقدین إجماعاً. و لا فى غیرهما على أصح القولین.

نعم يستحب، و كذا (٢) لو اتجر الولی، أو مأذونه للطفل (٣) و اجتمعت شرائط منها صحیح زراره المتقدم، و منها موثق أبی بصیر عن أبی عبد الله علیه السلام (لیس فى مال الیتیم زكاه و لیس علیه صلاه، و لیس على جمیع غلاته من نخل أو زرع أو غله زكاه، و إن بلغ فلیس علیه لما مضى زكاه، و لا علیه لما یتقبل حتى یدرك، فإذا أدرك كانت علیه زكاه واحده) (١) و عن المفید فى المقنعه و الشیخ فى الخلاف و النهایه و المبسوط و ابن البراج و أبو الصلاح و ابن حمزه و ابن زهره الوجوب، لصحیح زراره و محمد بن مسلم عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیه السلام (مال الیتیم لیس علیه فى الدین و الصامت شیء، فأما الغلات فعلیها الصدقه الواجبه) ٢.

و حمل على الاستحباب جمعا، مع أنه لا تعرض فيه للمواشى.

(١) فعلى المشهور أن حکم المجنون هو حکم الطفل لصحیح عبد الرحمن بن الحجاج (قلت لأبى عبد الله علیه السلام: امرأه من أهلنا مختلطه، علیها زكاه؟ فقال: إن كان عمل به فعلیها زكاه و إن لم يعمل به فلا) (٢) و خبر موسى بن بكیر عن أبی الحسن علیه السلام (عن امرأه مصابه و لها مال فى ید أخيها هل علیه زكاه؟ قال علیه السلام: إن كان أخوها یتجر به فعليه زكاه) ٤ و اطلاقهما شامل للصامت و الغلات و المواشى.

(٢) أى يستحب.

(٣) على المشهور للاخبار منها: صحیح یونس بن یعقوب المتقدم (٣) و صحیح ابن مسلم (قلت لأبى عبد الله علیه السلام:

هل على مال الیتیم زكاه؟ قال: لا إلا أنه یتجر به أو تعمل به) (٤) و خبر الحناط عن أبی عبد الله علیه السلام (مال الیتیم يكون عندى فأتجر به فقال: إذا حرکته فعلیک زكاته) ٧.

و ظاهرها الوجوب لكن لا بد من حملة على الاستحباب للاجماع المدعى فى المعتمد و المنتهى و لم ينقل الوجوب إلا عن المفید فى المقنعه و قد حملة الشیخ على الاستحباب، و مثله جار فى المجنون.

ص: ٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب من تجب علیه الزكاه حدیث ١١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب من تجب علیه الزكاه حدیث ١ و ٢.

٣- ((٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب من تجب علیه الزكاه حدیث ٥.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب من تجب علیه الزكاه حدیث ١ و ٣.

التجاره (١) الحر (٢). فلا تجب على العبد و لو قلنا بملكه. لعدم تمكنه من التصرفات، بالحجر عليه (٣)، و إن أذن له المولى (٤)، لتزلزه (٥)، و لا فرق بين القنّ و المدبّر، و أم الولد، و المكاتب (٦) الذى لم يتحرّر منه شىء، أما من تبعضت رقبتة فيجب فى نصيب الحريه (٧) بشرطه (٨) المتمكّن من التصرف (٩) فى أصل المال، (١) من بقاء رأس المال إلى تمام الحول و بلوغ المال النصاب.

(٢) فلا تجب الزكاه على العبد، أما على القول بعدم ملكيته فلا إشكال و لا خلاف ضروره شرطيه الملك للوجوب، و أما على القول بالملكه فالمشهور لعدم لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس فى مال المملوك شىء و لو كان له الف الف، و لو احتاج لم يعطى من الزكاه شيئاً) (١) و خبره الآخر عنه عليه السلام (سأله رجل و أنا حاضر عن مال المملوك أ عليه زكاه؟ فقال: لا و لو كان له الف الف درهم، و لو احتاج لم يكن له من الزكاه شىء) ٢.

(٣) باتفاق النص و الفتوى على أنه محجور عن التصرف كما سيأتى بحثه فى باب الحجر، و هذا مانع من وجوب الزكاه.

(٤) فعن الازديلى و القطيفى الوجوب لخبر قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (ليس على المملوك زكاه إلا بإذن مواليه) (٢)، و لكنه ضعيف السند و مهجور عند الأصحاب، مع إمكان حمله على نفى وجوب دفع العبد الزكاه عن مال السيد الذى تحت يده إلا إذا أذن له فى الدفع، أو يحمل على الاستحباب.

(٥) أى لتزل ملك العبد إذ للمولى الرجوع فيه فيكون العبد و ما له لمولاه كما سيأتى.

(٦) لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٧) فتجب الزكاه بلا خلاف فيه لوجود المقتضى و عدم المانع، أما المقتضى لوجوب الزكاه فعموم ادلته و أما عدم المانع فما دل على نفى الزكاه عن المملوك مختص بغير المبغض للانصراف.

(٨) أى بشرط بلوغ نصيب الحريه لشرائط وجوب الزكاه.

(٩) بالاتفاق للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا صدقه على الدين، و لا على المال الغائب عنك حتى يقع فى يدك) (٣)، و صحيح إبراهيم بن أبى محمود عن أبى الحسن الرضا عليه السلام

ص: ٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب من تجب عليه الزكاه حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب من تجب عليه الزكاه حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب من تجب عليه الزكاه حديث ٦.

فلا- زكاه على الممنوع منه شرعا، كالراهن غير المتمكن من فكّه و لو بيّعه، و ناذر الصدقه (١) بعينه (٢) مطلقا (٣)، أو مشروطا (٤)، و إن لم يحصل شرطه على قول، و الموقوف عليه (٥) بالنسبه إلى الأصل، أما النتاج فيزكى بشرطه (٦)، أو قهرا (٧) كالمغصوب و المسروق، و الموجود إذا لم يمكن تخليصه و لو بيعه (٨) فيجب فيما زاد على الفداء، أو بالاستعانه (٩)...

(عن الرجل يكون له الوديعه و الدين فلا يصل إليها ثم يأخذها متى تجب عليه الزكاه؟ قال عليه السّلام: إذا أخذها، ثم يحول عليه الحول يزكى) (١) و هي ظاهره في كون التصرف شرطا في وجوب الزكاه.

(١) عطف على قوله (كالراهن غير المتمكن)، و النذر مانع شرعى عن التمكن في التصرف كالرهن.

(٢) أى تعلق النذر بعين المال، لا أنه نذر على نحو كلى ثم عين له مالا خاصا، فالتعيين قبل الدفع ليس مانعا عن التصرف.

(٣) أى كان النذر مطلق و مثله ما لو كان مشروطا و قد تحقق الشرط.

(٤) بحيث لم يتحقق الشرط بعد، فعن البعض أنه ممنوع من التصرف في المال المعين المنذور و سيأتى بحثه في النذر.

(٥) لأن الوقف مانع شرعى عن التمكن من التصرف كالنذر و الرهن.

(٦) إذا كان قد بلغ النصاب.

(٧) عطف على قوله (شرعا) أى و عدم التمكن تاره شرعا كما تقدم و أخرى قهرا كالغصب و السرقة و الجحود للعين بعد وضع اليد عليها.

(٨) فإن أمكن التخليص بذلك فيجب لما فى موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل ماله عنه غائب لا يقدر على أخذه قال: فلا زكاه عليه حتى يخرج، فإذا خرج زكاه لعام واحد، فإن كان يدعه متعمدا و هو يقدر على أخذه فعليه الزكاه لكل ما مرّ به من السنين) (٢) و ذيله ظاهر فى وجوب تخليصه مطلقا بمعنى أنه إذا كان قادرا على تخليصه فتجب الزكاه حينئذ، فلو انحصر تخليصه ببيع بعضه فيكون الباقي داخلا تحت قدره التصرف فتجب الزكاه فى هذا الباقي.

(٩) عطف على قوله (بيع بعضه) فلو أمكن تخليصه بالاستعانه فهو متمكن من التصرف فيه فتجب زكاته.

ص: ١٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب من تجب عليه الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب من تجب عليه الزكاه حديث ٧.

و لو بظالم (١)، أو لغيبته بضلال (٢)، أو إرث لم يقبض (٣) و لو بوكيله (٤).

فى ما تجب فيه الزكاه

(فى الأنعام) الجار يتعلق بالفعل السابق، أى تجب الزكاه بشرطها فى الأنعام (الثلاثة) (٥) الإبل و البقر و الغنم بأنواعها، من عراب،...

(١) اشكل عليه بأن الاستعانه بالظالم منهى عنه فيصدق عدم المتمكن من التصرف شرعا.

و هو إشكال قوى.

(٢) أى غيبه المال لضلال صاحبه عنه، لأنه من مصاديق عدم المتمكن من التصرف و هو مما لا خلاف فيه لحسنه سدير الصيرفى عن أبى جعفر عليه السّلام (ما تقول فى رجل كان له مال فانطلق به فدفنه فى موضع، فلما حال عليه الحول ذهب ليخرجه من موضعه فاحتفر الموضع الذى ظنّ أن المال فيه مدفون فلم يصبه، فمكث بعد ذلك ثلاث سنين، ثم إنه احتفر الموضع الذى من جوانبه كله فوقع على المال بعينه كيف يزكاه؟ قال عليه السّلام: يزكاه لسنة واحده لأنه كان غائبا عنه و إن كان احتبسه) (١) و مثله غيره.

(٣) فمع عدم القبض فهو من مصاديق عدم التمكّن من التصرف و يشهد له موثق إسحاق بن عمار عن إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يكون له الولد فيغيب بعض ولده، فلا يدري أين هو، و مات الرجل كيف يصنع بميراث الغائب من أبيه؟ قال: يعزل حتى يجيء، قلت:

فعلى ماله الزكاه؟ قال: لا حتى يجيء، قلت فإذا هو جاء أ يزكاه؟ فقال: لا حتى يحول عليه الحول و هو فى يده) ٢.

(٤) لأن قبض الوكيل قبض الموكل، و مع القبض كذلك فهو متمكن من التصرف.

(٥) تجب الزكاه فى الانعام الثلاثة: الإبل و البقر و الغنم، و فى الذهب و الفضة، و فى الغلات الأربع: الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب بلا خلاف فيه، و لا تجب فيما عدا ذلك، و عليه الأخبار الكثيره.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنزلت آيه الزكاه: خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهَا) (٢) ، فى شهر رمضان، فأمر رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم مناديه فنادى فى الناس: إن الله تبارك و تعالى فرض عليكم الزكاه كما فرض عليكم الصلاه، فرض الله عليكم من الذهب و الفضة، و الإبل و البقر و الغنم، و من الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب، و نادى فيهم بذلك فى شهر رمضان، و عفا لهم عما سوى -

ص: ١١

و بخاتى (١) و بقر، و جاموس (٢)، و معز، و ضأن (٣). و بدأ بها (٤) و بالإبل (٥) للبداءه بها (٦)...

-ذلك(١) و صحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السلام (فرض الله الزكاه مع الصلاه فى الأموال، و سنّها رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى تسعه أشياء و عفا عما سواهن، فى الذهب و الفضه و الإبل و البقر و الغنم، و الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب، و عفا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عما سوى ذلك) ٢ و خبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام (و الزكاه على تسعه أشياء: على الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب، و الإبل و البقر و الغنم، و الذهب و الفضه) ٣ و خبر أبى سعيد القمطاط عن ذكره عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن الزكاه فقال: وضع رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم الزكاه على تسعه، و عفا عما سوى ذلك: الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و الذهب و الفضه و البقر و الغنم و الإبل، فقال السائل: و الذره، فغضب عليه السلام ثم قال: كان و الله على عهد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم السماسم و الذره و الدخن و جميع ذلك).

فقال: إنهم يقولون: إنه لم يكن ذلك على عهد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، و إنما وضع على تسعه لما لم يكن بحضرتة غير ذلك، فغضب و قال:

كذبوا فهل يكون العفو إلا عن شيء قد كان، لا و الله ما أعرف شيئاً عليه الزكاه غير هذا، فمن شاء فليؤمن و من شاء فليكفر(٢) و مثلها غيرها.

(١) لصدق الإبل عليهما، و لصحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السلام (قلت: فما فى البخت السائمه شيء؟ قال: مثل ما فى الإبل العربيه) (٣).

(٢) لصدق اسم البقر عليه، قال فى مصباح المنير (الجاموس نوع من البقر) و لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: فى الجواميس شيء؟ قال: مثل ما فى البقر) (٤).

(٣) لأن لفظ الغنم يطلق عليهما، قال فى مصباح المنير (و الغنم اسم جنس يطلق على الضأن و المعز).

(٤) أى بالأنعام.

(٥) أى و بدأ بالإبل عند ذكر الأنعام الثلاثه.

(٦) أى بالأنعام عند ذكر ما تجب فيه الزكاه، و البدأه بالإبل عند ذكر الأنعام الثلاثه.

ص: ١٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ١ و ٤ و ٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١.

٤-٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاة الأنعام حديث ١.

فى الحديث (١)، و لأن الإبل (٢) أكثر أموال العرب، (و الغلات الأربع (٣): الحنطة بأنواعها و منها العلس (٤) و الشعير و منه السلت (٥)، و التمر، و الزبيب، (و النقدين) الذهب و الفضة.

(١) الأخبار كثيرة، و غالبها قد بدأ بذكر النقدين كما فى صحيح ابن سنان (١) و صحيح الفضلاء ٢ المتقدمين، و كما فى خبرى زراره ٣ و خبر ابن شهاب ٤ و خبر الحلبي ٥ و خبر الطيار ٦ و خبر جميل بن دراج ٧، و قد ذكرت الغلات الأربع أولا كما فى خبر الفضل بن شاذان ٨ و خبر أبى سعيد القمط ٩ و خبر أبى بكر الحضرى ١٠ و خبر على بن مهزيار ١١ و خبر على بن جعفر ١٢، و لم تذكر الأنعام الثلاثة أولا إلا فى خبر واحد و هو الخبر المروى عن تفسير النعمانى ١٣ و الذى أورده السيد المرتضى فى رساله المحكم و المتشابه، و لذا اشكل على الشارح بضعف التعليل بل فساده لمن تتبع الأخبار الوارده فى ذلك، هذا كله بناء على عطف الإبل على الأنعام كما فى نسخه، و أما بناء على عدم العطف و أن عبارته هى: (و بدأ بها بالإبل) أى بدأ بذكر الإبل أولا عند ذكر الأنعام تبعا للنص و لأن الإبل أكثر أموال العرب فلا إشكال على عبارته الشارح و هو الأنسب.

(٢) تعليل ثان لذكر الإبل أولا عند ذكر الأنعام.

(٣) للأخبار السابقه.

(٤) الخلاف فى العلس و هو بفتحيتين.

(٥) و الخلاف فى السلت بالضم، فالمشهور على أنهما خارجان عن حقيقه الحنطه و الشعير، و ذهب الشيخ و الفاضل و الشهيدان و ثانى المحققين و الميسى إلى اللاحق، و الخلاف بين الفقهاء للخلاف بين أهل اللغه، فعن الفائق (السلت حب بين الحنطه و الشعير لا- قشر له) و عن المغرب (الelsing بفتحيتين. حبه سوداء إذا أجذب الناس طحنوها و أكلوها)، و ظاهر كلامهما أنهما خارجان عن حقيقه الحنطه و الشعير.

و فى الصحاح (الelsing ضرب من الحنطه حبتان فى قشر، و هو طعام أهل صفاد) و قال أيضا (الelsing بالضم ضرب من الشعير ليس له قشر كأنه الحنطه) و عن ابن الأثير (الelsing ضرب من الشعير أبيض لا قشر له، و قيل هو نوع من الحنطه، و الأول أصح) و هكذا غيره و كلامهم ظاهر فى كون العلس من أقسام الحنطه، و السلت من أقسام الشعير، و المدار على الصدق العرفى.

ص: ١٣

١- (١-٢-٣-٤) (٥-٦-٧-٨-٩-١٠-١١-١٢-١٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من تجب فيه الزكاه حديث ١ و ٤ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ٢ و ٣ و ٥ و ٦ و ١٧ و ١٥.

(و يستحب) الزكاه (فيما تنبت الأرض من المكيل (١) و الموزون)، و استثنى المصنف في غيره (٢) الضر، و هو حسن (٣)، و روى (٤) استثناء الثمار أيضا، (و في مال التجاره (٥) (١) على الأكثر للأخبار

منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (كل ما كيل بالصاع فبلغ الأوساق فعليه الزكاه، و قال: جعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الصدقه في كل شىء أنبتت الأرض إلا ما كان في الخضر و البقول و كل شىء يفسد من يومه) (١) و صحيحه الآخر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

في الذره شىء؟ فقال لى: الذره و العدس و السلت و الحبوب فيها مثل ما فى الحنطه و الشعير، و كل ما كيل بالصاع فبلغ الأوساق التى يجب فيها الزكاه فعليها الزكاه) (٢) و صحيح ابن مسلم (سألته عن الحبوب ما يركى منها، قال عليه السلام: البرّ و الشعير و الذره و الدخن و الأرز و السلت و العدس و السمسم، كل هذا يركى و أشباهه) ٣، و نحوها غيرها، المحمول على الاستحباب للجمع بينها و بين ما تقدم فى حصر الزكاه فى التسعه و العفو عما عداها، و منه تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد حيث ذهب إلى الوجوب، هذا و ذهب السيد إلى حمل هذه الأخبار على التقيه لمعارضتها ما تقدم و لخصوص خبر أبي سعيد القمط المتقدم الظاهر فى كون الزكاه لم توضع على غيره هذه التسعه حتى استحبابا.

و من جهة ثانيه ظاهر الأخبار المتقدمه أن الزكاه قد وضعت على ما تنبت الأرض من الحبوب و أما الخضر و البقول و الثمار فلا كما هو صريح خبر زراره المتقدم، و هى ظاهره فى كون المدار على المكيول إذا بلغ النصاب، و أما الموزون فالمشهور على تعميم الحكم له مع عدم ورود خبر فيه كما اعترف به غير واحد كما فى المستمسك، و لذا حكى عن بعض: أنه حكم بعدم كفايه الوزن وحده، بل عن المعترف: لا زكاه فيما لا يكال كورق السدر و الآس.

(٢) فى غير هذا الكتاب.

(٣) لخبر زراره المتقدم.

(٤) كما فى صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام (فى البستان يكون فيه الثمار ما لو بيع كان مالا، هل فيه الصدقه؟ قال: لا) (٣).

(٥) على الأكثر بل نسب إلى المشهور للجمع بين الأخبار، حيث إن بعض الأخبار و هى مستفيضه تدل على ثبوت الزكاه.

ص: ١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب من تجب فيه الزكاه حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب من تجب فيه الزكاه حديث ١٠ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب من تجب فيه الزكاه حديث ٣.

على الأشهر روايه و فتوى (و أوجبها ابن بابويه فيه) استنادا إلى روايه حملها على الاستحباب طريق الجمع بينها، و بين ما دل على السقوط، (و فى إناث (١) الخيل السائمه) غير المعلوفه من مال المالك عرفا، و مقدار زكاتها (ديناران) (٢) كل واحد مثقال (٣) من -منها: خير سماعه (ليس عليه زكاه حتى يبيعه إلا أن يكون أعطى به رأس ماله فيمنعه من ذلك التماسا لفضل، فإذا هو فعل ذلك وجبت فيه الزكاه) (١)، و بعض الأخبار صرحت بعدم الوجوب

منها: صحيح زراره (كنت قاعدا عند أبى جعفر عليه السلام و ليس عنده غير ابنه جعفر عليه السلام فقال: يا زراره، إن أبا ذر و عثمان تنازعا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال عثمان: كل مال من ذهب أو فضه يدار و يعمل به و يتجر به ففيه الزكاه إذا حال عليه الحول، و قال أبو ذر: أما ما أتجر به أو أدير أو عمل به فليس فيه زكاه، إنما الزكاه فيه إذا كان كنزا موضوعا، فإذا حال الحول ففيه الزكاه، فاختصما فى ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال ما قال أبو ذر) (٢).

و ذهب ابن بابويه إلى وجوب الزكاه فى مال التجاره استنادا على الطائفة الأولى من الأخبار، و قد عرفت لا بديه حملها على الاستحباب جمعا بينها و بين الطائفة الثانية.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: هل على البغال شىء؟ فقال:

لا، فقلت: كيف صار على الخيل و لم يصر على البغال؟ فقال: لأن البغال لا تلقح، و الخيل الإناث ينتجن، و ليس على الخيل الذكور شىء، قلت: هل على الفرس أو البعير يكون للرجل يركبها شىء؟ فقال: لا، ليس على ما يعلف شىء؟ إنما الصدقه على السائمه المرسله فى مرجها عامها الذى يقتنيها فيه الرجل، فأما ما سوى ذلك فليس فيه شىء) (٣) و مثله غيره، و هو محمول على الاستحباب جمعا بينه و بين ما تقدم، و هذا لخبر قد صرح بإنناث الخيل السائمه مع نفى الزكاه عن الخيل الذكور و إناث الخيل المعلوفه.

(٢) لصحيح محمد بن مسلم و زراره عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السلام (وضع أمير المؤمنين عليه السلام على الخيل العتاق الراعيه فى كل فرس فى كل عام دينارين، و جعل على البراذين ديناراً) (٤).

(٣) كما حققناه فى كتاب الدييات.

ص: ١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ١.

الذهب الخالص، أو قيمته و إن زادت (١) عن عشرة دراهم (عن العتيق) (٢) و هو الكريم من الطرفين (و دينار عن غيره) سواء كان ردىء الطرفين و هو البرذون، بكسر الباء أم طرف الأم أو الهجين، أم طرف الأب و هو المقرف، و قد يطلق على الثلاثة اسم البرذون.

و يشترط مع السوم (٣) أن لا- تكون عوامل (٤)، و أن يخلص للواحد رأس كامل و لو بالشركه كنصف اثنين (٥)، و فيهما خلاف، و المصنف على الاشتراط فى غيره، فتركه هنا يجوز كونه اختصارا، أو اختيارا (و لا يستحب فى الرقيق (٦) و البغال (٧) و الحمير (٨) إجماعا، و يشترط بلوغ النصاب، و هو المقدار الذى يشترط بلوغه فى وجوبها، أو وجوب قدر مخصوص منها.

(١) أى قيمه.

(٢) فى الحدائق (العتيق ما كان كريم الأصل و هو ما كان أبواه عربيين، و البرذون بكسر الباء خلافه).

(٣) بالنسبه لإناث الخيل و قد تقدم دليل اشتراط سومها.

(٤) لظاهر صحيح زراره و صحيح محمد بن مسلم و زراره المتقدمين، و عن التذكرة (أجمع علماؤنا على استحباب الزكاه فى الخيل بشروط ثلاثه: السوم و الانوثة و الحول) و ظاهره ثبوت الزكاه فى العوامل، لأن عدم العمل شرط فى الزكاه الواجبه فقط، و لكن فى المسالك و أكثر كتب المحقق الثانى كما فى الجواهر اعتبار عدم العمل لظاهر الخبرين المتقدمين.

(٥) اشترط الشهيد فى المدروس الانفراد، فلو كان الفرس ملكك اثنين فلا- زكاه لظاهر الخبرين المتقدمين، و فيه: إن الخبرين مطلقين من ناحيه المالك، فالأقوى أن الزكاه موضوعه على الخيل سواء كان مالكها واحدا أو متعددا، و سواء كان المالك يملك فرسا كاملا و لو بالشركه أو لا.

(٦) بلا خلاف لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس على الرقيق زكاه، إلا رقيق يبتغى به التجاره) (١).

(٧) لصحيح زراره المتقدم (٢).

(٨) لخبر العلاء (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الدواب و الأرحاء فإن عندى منها، على فيها شىء؟ -

ص: ١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٣.

(فنصب الإبل اثنا عشر) نصابا (١) (خمسه) منها (كل واحد خمس) من الإبل (في كل واحد) من النصب الخمسه (شاه) بمعنى أنه لا يجب فيما دون خمس، فإذا بلغت خمسا ففيها شاه، ثم لا تجب في الزائد إلى أن تبلغ عشرا ففيها شاتان، ثم لا يجب شيء في الزائد إلى أن يبلغ خمس عشره ففيها ثلاث شياه، ثم في -قال: لا(١) و خبر زراره عن أحدهما عليهما السلام (ليس في شيء من الحيوان زكاه غير هذه الأصناف الثلاثة: الإبل و البقر و الغنم) ٢ و مثلها غيرها.

(١) بلا خلاف معتد فيه و يدل عليه صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (ليس فيما دون الخمس من الإبل شيء، فإذا كانت خمسا ففيها شاه إلى عشره، فإذا كانت عشرا ففيها شاتان، فإذا بلغت خمس عشره ففيها ثلاث من الغنم، فإذا بلغت عشرين ففيها أربع من الغنم، فإذا بلغت خمسا و عشرين ففيها خمس من الغنم، فإذا زادت واحده ففيها ابنه مخاض إلى خمس و ثلاثين، فإن لم يكن عنده ابنه مخاض فابن لبون ذكر، فإن زادت على خمس و ثلاثين بواحد ففيها بنت لبون إلى خمس و أربعين، فإن زادت واحده ففيها حقه، و إنما سميت حقه لأنها استحقت أن يركب ظهرها إلى ستين، فإن زادت واحده ففيها جذعه إلى خمس و سبعين، فإن زادت واحده ففيها ابنتا لبون إلى تسعين، فإن زادت واحده فحقتان إلى عشرين و مائه، فإن زادت على العشرين و المائه واحده ففي كل خمسين حقه و في كل أربعين بنت لبون) (٢) و مثله غيره.

و ذهب ابن أبي عقيل و ابن الجنيد إلى إسقاط النصاب السادس مع إيجاب بنت مخاض في خمس و عشرين إلى ست و عشرين لصحيح الفضلاء عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (في صدقه الإبل في كل خمس شاه إلى أن تبلغ خمسا و عشرين، فإذا بلغت ذلك ففيها ابنه مخاض، ثم ليس فيها شيء حتى تبلغ خمسا و ثلاثين فإذا بلغت خمسا و ثلاثين ففيها ابنه لبون) ٤ الحديث و هو محمول على التقيه لموافقته للعامه.

هذا و ابنه المخاض هي التي دخلت في الثانيه لأنها فصلت عن أمها و ألحقت أمها بالمخاض، و بنت اللبون هي التي دخلت في الثالثه لأن أمها قد وضعت غيرها فصار لها لبن، و الحقه ما دخل في الرابعه، سميت بذلك لاستحقاقها أن يحمل عليها و أن ينتفع بها كما في الصحاح، و الجذعه هي التي دخلت في الخامسه.

ص: ١٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٧ و ٤.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١ و ٦.

عشرين أربع، ثم فى خمس و عشرين خمس و لا فرق فيها (١) بين الذكر و الأنثى، و تأنيثها هنا (٢) تبعاً للنص بتأويل الدابه، و مثلها الغنم (٣) بتأويل الشاه.

(ثم ست و عشرون) بزياده واحده (ف) فيها (بنت مخاض) بفتح الميم، أى بنت ما من شأنها أن تكون ماخضاً أى حاملاً. و هى ما دخلت فى السنه الثانيه (ثم ست و ثلاثون) و فيها (بنت لبون) بفتح اللام، أى بنت ذات لبن و لو بالصلاحيه و سنه سنتان إلى ثلاث، (ثم ست و أربعون) و فيها (حقه) بكسر الحاء، سنه ثلاث سنين إلى أربع فاستحقت الحمل (٤)، أو الفحل (٥)، (ثم إحدى و ستون فجذعه) بفتح الجيم و الذال، سنه أربع سنين إلى خمس، قيل: سميت بذلك لأنها تجذع مقدم أسنانها أى تسقطه (٦)، (ثم ست و سبعون ففيها بنتا لبون، ثم إحدى و تسعون) و فيها (حقتان، ثم) إذا بلغت مائه و إحدى و عشرين ف (فى كل خمسين حقّه، و كل أربعين بنت لبون) و فى إطلاق المصنف الحكم بذلك بعد الإحدى و تسعين نظر لشموله ما دون ذلك (٧)، و لم يقل أحد بالتخيير قبل ما ذكرناه من النصاب (٨)، فإن من جملته ما لو كانت مائه و عشرين فعلى إطلاق العبارة فيها ثلاث بنات لبون و إن لم تزد الواحده، و لم يقل بذلك أحد من الأصحاب، (١) أى فى الإبل.

(٢) حيث قال المصنف (خمس و ست و عشرون) و هكذا و حذف التاء من الخمس و الست علامه على كون المعدود مؤنثاً.

(٣) حيث ورد فى الخبر المتقدم (خمس من الغنم)، هذا و لا داعى لهذا التأويل من الشارح حيث قال فى الصحاح (الإبل لا واحد لها من لفظها و هى مؤنثه لأن أسماء الجموع التى لا واحد لها من لفظها إذا كانت لغير الآدميين فالتأنيث لها لازم) و قال أيضاً (الغنم اسم مؤنث موضوع للجنس يقع على الذكور و الإناث).

(٤) أى أن يركب ظهرها كما فى صحيح زراره المتقدم.

(٥) كما فى صحيح الفضلاء المتقدم (فإذا بلغت خمساً و أربعين ففيها حقه طروقه الفحل).

(٦) كما عن المعبر و المنتهى و قال فى الجواهر (لكن لم نجد لذلك فيما حضرنا من كتب الفقه أثراً).

(٧) أى لشمول إطلاق المصنف لما دون النصاب الأخير.

(٨) أى النصاب الأخير.

و المصنف قد نقل فى الدروس و فى البيان أقوالا نادره (١) و لىس من جملتها ذلك، بل اتفق الكل على أن النصاب بعد الإحدى و تسعين لا يكون أقل من مائه و إحدى و عشرين، و إنما الخلاف فيما زاد (٢).

و الحامل له على الإطلاق أن الزائد عن النصاب الحادى عشر لا يحسب إلا بـخمسين كالمائه و ما زاد عليها (٣)، و مع ذلك فيه حقتان و هو صحيح. و إنما يتخلف فى المائه و عشرين (٤)، و المصنف توقف فى البيان فى كون الواحده (١) و هى قول القديمين و قد تقدم، و قول ابنى بابويه بأن فى إحدى و ثمانين ثنيه و لا دليل لهما إلا الفقه الرضوى (فإذا زادت واحده ففيها جذعه إلى ثمانين، فإذا زادت واحده ففيها ثنى) (١) و الثنى هو الذى دخل فى السنه السادسه كما فى مجمع البحرين، لكن الخبر لا يقاوم تلك الأخبار المتقدمه، و نقل عن المرتضى أن النصاب الأخير هو مائه و ثلاثون و ادعى عليه الإجماع فى الانتصار، و قال صاحب الجواهر (و هو عجيب بعد دعواه نفسه فى محكى الناصريه الإجماع على خلافه).

(٢) و هو الخلاف مع السيد المرتضى كما عرفت.

(٣) إلى ما قبل العشرين، و كذا ما دون المائه إلى حدود النصاب الحادى عشر، ففيه حقتان لأن ملحق بالنصاب الحادى عشر و قد عرفت أن فيه حقتين، هذا على المشهور، و على إطلاق المصنف ففيه حقتان أيضا و إن كان دون المائه و فوق النصاب الحادى عشر لأنه لو أجرينا حساب الحقه فى الخمسين و حساب بنت لبون فى الأربعين و كان المجموع دون المائه لكانت الزكاه إما حقه و إما بنتا لبون و هذا ما لا يمكن الالتزام به لأن نصاب فوقانى لا بد أن يشتمل على النصاب التحتانى و زياده، فالحقه لنصاب الست و الأربعين فكيف تجعلها- لما فوق النصاب الحادى عشر و ما دون المائه، و بنتا لبون لنصاب الست و السبعين فكيف تجعلها لما فوق النصاب الحادى عشر و ما دون المائه فيتعين أن يكون فى النصاب المذكور حقتان.

(٤) فالمشهور على أن فيه حقتين، و على أساس إطلاق المصنف لا بد من حساب الأربعين لأنه المطابق بدون عفو فيكون فيه ثلاث بنات لبون.

و حاول الشارح معالجه هذا الإشكال بأن النصاب الأخير هو مائه و عشرون و الواحد الزائد إنما هو شرط فى وجوب الفريضة و لىس جزءا من النصاب لأن إيجاب بنت لبون فى كل أربعين فى النصاب الأخير يخرجها فىكون شرط لا جزءا، و إن كان ظاهر الفتوى-

ص: ١٩

الزائده (١) جزء من الواجب، أو شرطاً، من حيث اعتبارها (٢) في العدد نصاً و فتوى، و من أن (٣) إيجاب بنت اللبون في كل أربعين يخرجها فيكون شرطاً لا جزءاً، و هو الأقوى، فتجوز هنا (٤) و أطلق عدّه بأحدهما (٥).

و اعلم أن التخيير في عدّه (٦) بأحد العددين إنما يتم مع مطابقته بهما، كالمائتين، و إلا تعين المطابق كالمائه و إحدى و عشرين بالأربعين، و المائه و الخمسين بالخمسين، و المائه و ثلاثين بهما (٧). و لو لم يطابق أحدهما تحرى أقلهما عفواً (٨) مع - و النص أنه جزء من النصاب، و عليه ما تقدم أطلق المصنف العدّ بأحدهما - الأربعين أو الخمسين - دون ذكر الشرط إما تجوزاً و إما لمعلوميته.

و فيه: إن النصاب الأخير هو مائه و واحد و عشرون و المصنف لم يذهب إلى أن الواحد الأخير هو شرط و إنما توقف في البيان في عده جزءاً من النصاب هذا من جهه و من جهه أخرى لو سلم ذلك فلا يسلم إطلاقه فيما لو كان النصاب دون المائه و كذا لا يسلم إطلاقه في خصوص المائه و عشرين من دون زياده لأنه على القول المشهور فيه حقتان و على أساس إطلاقه فيه ثلاث بنات لبون و هذا ما لم يقل به أحد، فإطلاقه ليس بجيد و كذا تأويل الشارح له.

(١) عن المائه و عشرين.

(٢) دليل لكونه جزءاً.

(٣) دليل لكونه الواحد الزائد شرطاً.

(٤) و لم يذكر الواحد الزائده بعنوان أنها شرط.

(٥) بالأربعين أو الخمسين.

(٦) أى عدّ النصاب.

(٧) أى بالأربعين و الخمسين ففي العدد المذكور أربعينتان و خمسون، و بهما يحصل الاستيعاب.

(٨) يجب التقدير بما يحصل به الاستيعاب، فإن أمكن بهما تخير و إلا وجب العدّ بأكثرهما استيعاباً و أقلهما عفواً، و هو خيره المبسوط و الوسيله و التذكرة و الشهيد الثاني و المحقق الثاني، للاحتياط و لمراعاة حق الفقهاء.

و ذهب الصدوق و المفيد و الشيخ في النهايه و سيد المدارك و الشهيد الثاني في فوائد القواعد و سيد الرياض، بل عن الأخير نسبه إلى الأصحاب إلى التخيير مطلقاً و إن كان بالأكثر عفواً لإطلاق النص - و قد تقدم - و مع ورود النص لا معنى للاحتياط الملزم مع عدم الدليل على اعتبار مراعاة حق الفقهاء.

في نصاب البقر

(و في البقر نصابان (٢) ثلاثون فتبيع) و هو ابن سنه إلى سنتين، (أو تبيعه) (٣) مخير في ذلك، سمي بذلك. لأنه تبع قرنه أذنه، أو تبع أمه في المرعى (و أربعون) (١) سواء كان بالأقل عفوا أو بالأكثر.

(٢) بلا- خلاف فيه، و يدل عليه صحيح الفضلاء عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام (في البقر في كل ثلاثين بقره تبيع حولي، و ليس في أقل من ذلك شيء، و في أربعين بقره مسنه، و ليس فيما بين الثلاثين إلى الأربعين شيء حتى تبلغ الأربعين، فإذا بلغت الأربعين ففيها مسنه، و ليس فيما بين الأربعين إلى الستين شيء، فإذا بلغت الستين ففيها تبيعان إلى السبعين، فإذا بلغت السبعين ففيها تبيع و مسنه إلى الثمانين، فإذا بلغت الثمانين ففي كل أربعين مسنه إلى تسعين، فإذا بلغت تسعين ففيها ثلاث تبايع حوليات، فإذا بلغت عشرين و مائه ففي كل أربعين مسنه) (١) و مثله غيره و التبيع هو الذي تم له الحول و دخل في الثاني عند الأصحاب و كأنهم أخذوه من وصفه بالحولي في صحيح الفضلاء المتقدم، و قال في الجواهر (قال أبو عبيده تبيع لا يدل على سن، و قال غيره: إنما سمي تبيعا لأنه يبتع أمه في المرعى، و منهم من قال: لأن قرنه يتبع إذنه حتى صارا سواء، فإذا لم تدل اللغة على معنى التبيع و التبيعه فالرجوع فيه إلى الشرع) انتهى، و قد عرفت وصفه بالحولي المقتضى لدخوله في السنه الثانيه، و أما المسنه فهي التي تم لها سنتان و قد أرسل إرسال المسلمات، و في محكي المبسوط أنه استدل عليه بما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: (المسنه هي الثانيه فصاعدا) بناء على أن الثانيه ما دخلت في الثالثه (٢)، مع أن الشيخ قد صرح في المبسوط في مناسك منى بأن الثني من البقر ما دخل في الثانيه، فالعمده الشهره بين الأصحاب.

(٣) قد تقدم صحيح الفضلاء و هو لم يذكر إلا- التبيع، و لكن المحقق في المعبر قال (و من طريق الأصحاب ما رواه زراره و محمد بن مسلم و أبو بصير و الفضيل و بريد عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام قالوا: (في البقر في كل ثلاثين تبيع أو تبيعه، و ليس في أقل من ذلك شيء حتى تبلغ أربعين ففيها مسنه، ثم ليس فيها شيء حتى تبلغ ستين ففيها تبيعان أو تبيعتان، ثم في سبعين تبيع أو تبيعه و مسنه، و في ثمانين مستنان، و في تسعين ثلاث تبايع) (٣)، بل أرسل الشيخ في الخلاف أخبارا بالتخيير كما في الجواهر، و هذا كاف للبناء على التخيير.

ص: ٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١.

٢- (٢) المبسوط أو آخر فصل زكاه البقر.

٣- (٣) المعبر ص ٢٦٠.

(فمسنه) أنثى سنهما ما بين سنتين إلى ثلاث. ولا يجوز المسن (١) وهكذا أبداً يعتبر بالمطابق من العددين، و بهما مع مطابقتهما كالستين بالثلاثين، و السبعين بهما، و الثمانين بالأربعين. و يتخير فى المائة و عشرين.

فى نصاب الغنم

(و للغنم خمس) نصب (٢) (أربعون فشا، ثم مائة و إحدى و عشرون فشاتان، ثم مائتان و واحد فثلاث، ثم ثلاثمائة و واحد فأربع على الأقوى)، و قيل: ثلاث، نظراً إلى أنه آخر النصب، و أن فى كل مائة حينئذ شاه بالغاً ما بلغت. و منشأ الخلاف اختلاف الروايات ظاهراً، و أصحها سنداً ما دل على الثانى (٣)، و أشهرها بين الأصحاب ما دل على الأول.

(١) للنص المتقدم.

(٢) على المشهور و يدل عليه صحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السّلام (فى كل أربعين شاه شاه و ليس فيما دون الأربعين شىء، ثم ليس فيها شىء حتى تبلغ عشرين و مائة، فإذا بلغت عشرين و مائة ففيها مثل ذلك شاه واحد، فإذا زادت على مائة و عشرين ففيها شاتان، و ليس فيها أكثر من شاتين حتى تبلغ مائتين، فإذا بلغت المائتين ففيها مثل ذلك، فإن زادت على المائتين شاه واحد ففيها ثلاث شياه، ثم ليس فيها شىء أكثر من ذلك حتى تبلغ ثلاثمائة، فإذا بلغت ثلاثمائة ففيها مثل ذلك ثلاث شياه، فإن زادت واحد ففيها أربع شياه حتى تبلغ أربعمائه، فإذا تمت أربعمائه كان على كل مائة شاه و سقط الأمر الأول) (١) و عن جماعه منهم الصدوق و الحلى و العلامة فى جملة من كتبه أنها إذا بلغت ثلاثمائة و واحد فعلى كل مائة شاه و يدل عليه صحيح محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس فيما دون الأربعين من الغنم شىء، فإذا كانت أربعين ففيها شاه إلى عشرين و مائة، فإن زادت واحد ففيها شاتان إلى المائتين، فإن زادت واحد ففيها ثلاث من الغنم إلى ثلاثمائة، فإذا كثرت الغنم ففى كل مائة شاه) (٢).

ثم إذا أمكن حمل الخبر الأخير على أن المراد من قوله عليه السّلام (إذا كثرت الغنم) هو الأربعمائه فهو و إلا فيتعين حمله على التقيّه لأنه الموافق للفقهاء الأربعة كما فى الجواهر.

(٣) ما دل على الثانى هو صحيح محمد بن قيس كما إنه ما دل على الأول هو صحيح الفضلاء فلا ترجيح من هذه الناحية، نعم صحيح الفضلاء أشهر روايه لأنه قد رواه الفضلاء الأعظم و أبعد عن موافقه العامه فلذا كان الترجيح له.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ٢.

(ثم) إذا بلغت أربعمائه فصاعدا (فى كل مائه شاه) (١) و فيه إجمال كما سبق فى آخر نصب الإبل، لشموله ما زاد عن الثلاثمائه و واحده و لم تبلغ الأربعمائه، فإنه يستلزم وجوب ثلاث شياه خاصه (٢)، و لكنه اكتفى بالنصاب المشهور، إذ لا قائل بالواسطه.

فى ما نقص عن النصاب

(و كلما نقص عن النصاب) فى الثلاثه (٣)، و هو ما بين النصابين، و ما دون الأول (٤)، (فعفو) (٥) كالأربع من الإبل بين النصب الخمسه و قبلها (٦)، و التسع (٧) بين نصابى البقر، و التسع عشر بعدهما (٨)، و الثمانين بين نصابى...

(١) إشكال: لا فرق بين هذا النصاب الأخير و ما قبله عند المشهور إذ فيهما أربع شياه، و الجواب: أولا: إنه إشكال جار على مبنى غير المشهور أيضا إذ الواجب فى نصاب الثلاثمائه و واحده نفس الواجب فى النصاب الذى قبله، و الواجب هو ثلاث شياه، و ثانيا: قال صاحب الجواهر: (و يمكن أن يكون الوجه فى ذلك متابعه النص)، و ذهبت جماعه إلى ظهور الفائده فى شيئين: الأول: الوجوب حيث إن النصاب الأخير هو الأربعمائه و النصاب فيما قبله هو ثلاثمائه و واحده و الزائد عفو و إن كان الواجب فى كليهما واحد، الثانى: الضمان بحيث لو تلف من الأربعمائه شىء فيسقط من الواجب بمقدار التالف بخلاف ما لو كان النصاب أقل من الأربعمائه فلا يسقط من الواجب شىء و إن تلفت بعض الشياه ما دام الثلاثمائه و واحده موجوده ضمن العدد لوجود النصاب، و يمكن القول برجوع الفائده الثانيه إلى الأولى.

(٢) و هذا لا قائل به، أما على مبنى المشهور فواضح ففيه أربع شياه و أما على مبنى غير المشهور ففيه ثلاث شياه بعد كون هذا الواجب مفروضا فى الثلاثمائه و واحده، و أما الالتزام بوجوب ثلاث شياه فيما زاد عن الثلاثمائه و واحد، مع فرض أربع شياه فى الثلاثمائه و واحده كما هو ظاهر عباره الماتن فإنه خرق للإجماع المركب.

(٣) فى الإبل و البقر و الغنم.

(٤) أى ما دون النصاب الأول.

(٥) لظاهر النصوص المتقدمه فى الإبل و البقر و الغنم، و قال فى الجواهر (وقد جرت العاده بين الفقهاء بتسميه ما لا تتعلق به الفريضه من الإبل شتقا، و من البقر وقصا، بالتحريك فيهما، و من الغنم عفوا، و معناه فى الكل واحد ضروره إرادته غير النصاب منه).

(٦) أى و كالأربع قبل النصب الخمسه من الإبل و هو الأربع قبل النصاب الأول.

(٧) بين الثلاثين و الأربعين من نصابى البقر.

(٨) بعد نصابى البقر إلى الستين.

الغنم (١) و معنى كونها عفوا، عدم تعلق الوجوب بها (٢)، فلا يسقط بتلفها بعد الحول شىء. بخلاف تلف بعض النصاب بغير تفريط، فإنه يسقط من الواجب بحسابه (٣)، و منه تظهر فائده النصايين الأخيرين من الغنم على القولين (٤)، فإن وجوب الأربع (٥) فى الأزيد (٦) و الأنقص (٧) يختلف حكمه مع تلف بعض النصاب كذلك (٨)، فيسقط من الواجب بنسبه ما اعتبر من النصاب، فبالواحد من الثلاثمائة و واحده، جزء من ثلاثمائة جزء و جزء من أربع شياه، و من الأربعمائه جزء من أربعمائه جزء منها (٩).

فى اشتراط السوم

(و يشترط فيها) أى فى الأنعام مطلقا (١٠) (السوم) (١١) و أصله الرعى و المراد (١) بين الأربعين إلى المائة و الواحد و عشرين.

(٢) أى بهذه الأعداد الموجوده بين النصايين أو قبل النصاب الأول.

(٣) بحساب التالف.

(٤) فعلى المشهور فالنصابان الأخيران هما الثلاثمائة و واحد، و الأربعمائه و فى كليهما أربع شياه، و على مبنى غير المشهور فالنصابان الأخيران هما المائتان و واحد و الثلاثمائة و واحد و فى كليهما ثلاث شياه.

(٥) على مبنى المشهور.

(٦) و هو النصاب الأخير.

(٧) و هو النصاب ما قبل الأخير.

(٨) أى بلا تفريط.

(٩) أى من أربع شياه.

(١٠) إبلا و بقرا و غنما.

(١١) بلا- خلاف فيه و يدل عليه صحيح الفضلاء الوارد فى زكاه الإبل (و ليس على العوامل شىء إنما ذلك على السائمه الراعيه) (١) و صحيحهم الآخر الوارد فى زكاه البقر (ليس على النيف شىء و لا على الكسور شىء و لا على العوامل شىء، و إنما الصدقه على السائمه الراعيه) ٢ و صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس على ما يعلف شىء، إنما الصدقه على السائمه المرسله فى مرجها عامها الذى يقتنيها فيه الرجل، فأما ما سوى ذلك فليس فيه شىء) ٣.

ص: ٢٤

هنا الرعى (١) من غير المملوك (٢) و المرجع فيه إلى العرف (٣)، فلا- عبره بعلفها يوما فى السنه، و لا فى الشهر، و يتحقق العلف بإطعامها المملوك و لو بالرعى كما لو زرع لها قصيلا، لا ما استأجره من الأرض لترعى فيها (٤)، أو دفعه إلى الظالم عن الكلا وفاقا للدروس، و لا فرق بين وقوعه (٥) لعذر، و غيره. و فى تحققه (٦) بعلف غير المالك لها على وجه لا يستلزم غرامه (٧) المالك وجهان، من انتفاء السوم (٨)، و الحكمه (٩) و أجودهما التحقق (١٠)،...

(١) أى الرعى بنفسها قال فى المصباح المنير (سامت الماشيه سوما من باب قال رعت بنفسها).

(٢) لدعوى انصراف الأخبار المتقدمه عن الرعى فى المملوك، و هو على إطلاقه مشكل، فلو رعت النبات النابت فى الأرض المملوكه فلا يصدق العلف، كما أنه لو استأجر الأرض أو تملك الزرع ورعت فيه لصدق العلف.

(٣) كما عليه الكركى و الشارح و نسب إلى أكثر المتأخرين لعدم ورود تحديد من الشارح فيه، و ذهب المحقق فى بعض كتبه و العلامه إلى صدق المعلوفه و ارتفاع السوم عنها لو علفها يوما فى السنه لصحيح زواره المتقدم الذى صرح باعتبار السوم فى كل الحول، و فيه: إن هذا ممتنع فى كل حيوان خصوصا أيام الثلج و الشتاء فالمراد من السائمه فى مرجها عامها كما فى الخبر هو السائمه عرفا.

ثم إن الإشكال فى تعيين السائمه عرفا ففى المنتهى و الدروس عدم قدح اليوم فى السنه، و عن الثانى عدم قدح الشهر فى السنه، و عن فوائد الشرائع و غيرها عدم قدح اليوم فى الشهر.

(٤) لترعى النبات النابت فى الأرض المستأجره فإنه لا يصدق العلف عرفا.

(٥) أى وقوع العلف لعذر كالثلج المانع من الرعى أو بدون عذر فيرتفع عنوان السوم على كل حال.

(٦) أى تحقق العلف.

(٧) بحيث لا يكون ضامنا كما لو قام الغير بإطعامها من ماله، فذهب الأكثر إلى تحقق عنوان العلف فيرتفع عنوان السائمه عنها، و ذهب العلامه فى التذكرة و احتمله المصنف فى البيان إلى بقاء عنوان السوم إذ لا مئونه على المالك كما فى السوم.

(٨) دليل تحقق عنوان العلف.

(٩) دليل عدم تحقق عنوان العلف، و المراد من الحكمه هو عدم المئونه على المالك كما فى السوم.

(١٠) أى صدق عنوان المعلوفه.

لتعليق الحكم (١) على الاسم (٢) لا على الحكمه (٣)، و إن كانت مناسبه (٤).

فى اشتراط الحول

و كذا يشترط فيها إن لا تكوّن عوامل (٥) عرفا (٦)، و لو فى بعض الحول و إن كانت سائمه، و كان عليه أن يذكره (و الحول) (٧) و يحصل هنا (بمضى أحد عشر شهرا (٨) هلاليه) فيجب بدخول الثانى عشر و إن لم يكمل.

و هل يستقر الوجوب بذلك (٩)، أم يتوقف على تمامه (١٠) قولان؟ أجودهما (١) من وجوب الزكاه.

(٢) و هو السوم و هو منتف ياطعام الغير لها من ماله.

(٣) و هى عدم المثونه على المالك.

(٤) أى مناسبه للسوم.

(٥) بلا خلاف فيه للنصوص المتقدمه فى السوم، و ما ورد معارضا لها لا بد من حمله على الندب أو التقيه.

(٦) لأن العرف هو المرجع فى هذه الأمور، فلا يضر أعمالها يوما أو يومين فى السنه كما سبق فى المعلوفه، نعم لو أعدت للعمل و عملت يوما أو يومين فلا يبعد صدق العوامل عليها كما فى المعلوفه أيضا.

(٧) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: صحيح الفضلاء (ليس على العوامل من الإبل و البقر شىء. إلى أن قال. و كل ما لم يحل عليه الحول عند ربه فلا شىء عليه فيه، فإذا حال عليه الحول و جب فيه) (١) و خبر زواره عن أبى جعفر عليه السلام (لا يزكى من الإبل و البقر و الغنم إلا ما حال عليه الحول، و ما لم يحل عليه الحول فكأنه لم يكن) ٢.

(٨) بلا- خلاف فيه و دليلهم صحيح الفضلاء (قلت له: رجل كانت له مائتا درهم فوهبها لبعض إخوانه أو ولده أو أهله فرارا بها عن الزكاه، فعل ذلك بها قبل حلها بشهر، فقال عليه السلام: إذا دخل الشهر الثانى عشر فقد حال عليه الحول، و وجبت عليه فيها الزكاه) (٢) و لو لا هذا الخبر لوجب اشتراط مضى تمام الحول تبعا لبقية النصوص.

(٩) بمضى أحد عشر شهرا.

(١٠) أى تمام الحول فيكون الوجوب مترلزلا عند دخول الشهر الثانى عشر بمعنى أنه الوجوب ثابت بشرط مضى الشهر الثانى عشر، و قد ذهب الشهيدان و الكركى و الميسى إلى الثانى

ص: ٢٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ٢.

الثانى فيكون الثانى عشر من الأول، فله استرجاع العين لو اختلفت الشرائط (١) فيه (٢) مع بقائها، أو علم القابض بالحال (٣) كما فى دفع متزلزل (٤)، أو معجل (٥) أو غير مصاحب للنيه (٦).

فى حول السخال

(و للسخال) (٧) و هى الأولاد (حول بانفرادها) إن كانت نصابا مستقلا (٨) بعد نصاب الأمهات (٩) كما لو ولدت خمس من الإبل خمسا، أو أربعون من البقر أربعين، أو ثلاثين، أما لو كان (١٠) غير مستقل (١١)...

-لأن ما دل على اعتبار السوم وغيره فى الحول ظاهر فى تمام الحول فالجمع بينه وبين هذا الخبر بحمل هذا الخبر على الوجوب المتزلزل، و ذهب سيد المدارك و الإيضاح و هو المنسوب إلى ظاهر الفتاوى إلى الوجوب المستقر عند مضى أحد عشر شهرا لظاهر الخبر المتقدم و هو الأقوى.

و فائده النزاع أنه على الوجوب المستقر يكون الشهر الثانى عشر من السنه المقبله، و على الوجوب المتزلزل يكون الشهر من السنه الأولى.

(١) شرائط الزكاه.

(٢) فى الشهر الثانى عشر.

(٣) فإذا علم القابض باختلال الشرائط فى الشهر الثانى عشر فيجب عليه أن يتحفظ على العين ليردها إلى مالكها.

(٤) كما فى البيع الفضولى فيجب على المشتري التحفظ على العين حتى يأذن المالك.

(٥) كما لو دفع المالك الزكاه دينا للفقير قبل تماميه الحول، فله استرجاع العين مع بقائها و قيمتها عند تلفها.

(٦) فيجوز للمالك إرجاع العين حينئذ مع بقائها، و قيمتها عند تلفها.

(٧) السخل هو ولد الغنم إلا أن المراد منه هنا مطلق الولد من الأصناف الثلاثة و لو تغليا.

(٨) بلا خلاف فيه و قال فى الجواهر (و يقتضيه الأخذ بإطلاق دليل الزكاه بالنسبه إلى كل منهما من دون مانع عنه).

(٩) أى بلغوا نصابا مستقلا بعد نصاب الأمهات من دون عدّ الأمهات معها، لا أن حولهم يبتدأ بعد حول الأمهات.

(١٠) أى نصاب السخال.

(١١) اعلم أن السخال إما أن تكون فى أول حول الأمهات و إما فى الأثناء، و على الأول فلا إشكال فى اعتبار المجموع، و على الثانى فإن كانت السخال نصابا مستقلا فلا إشكال فى اعتبار نصابها على حده بعد اعتبار نصاب الأمهات كذلك و لكل حوله و

إن لم تكن نصاباً

ص: ٢٧

ففى ابتداء حوله (١) مطلقا (٢)، أو مع إكماله النصاب الذى بعده، أو عدم ابتدائه حتى يكمل الأول (٣) فيجزى الثانى لهما، أوجه. أوجهها الأخير فلو كان عنده أربعون شاه فولدت أربعين لم يجب فيها شىء و على الأول (٤) فشاها عند تمام حولها، أو ثمانون (٥) فولدت اثنين و أربعين (٦) فشاها للأولى خاصه (٧)، ثم يستأنف حول الجميع بعد تمام الأول (٨)، و على الأولين (٩) تجب أخرى عند تمام حول الثانية.

مستقلا فتاره يكون عدد السخال مكملا للنصاب الثانى مع ضميمة الأمهات و أخرى العدم، فعلى الثانى لا يجب فى السخال شىء عن تماميه حول الأمهات و عليه استئناف حول للجميع حينئذ. و على الأول فهل يعتبر استئناف حول للجميع و يهدم حول الأمهات أو يعتبر الحول للجميع بعد تماميه حول الأمهات، و هو الذى قال به الفخر و الشهيدان و سيد المدارك و البهبهانى و صاحب الرياض و البحرانى و صاحب الجواهر لوجود المقتضى من وجوب إخراج زكاه الأمهات عند تمام حولها، و انتفاء المانع لأنه متى وجب إخراج زكاتها منفردة امتنع اعتبارها منضمه إلى السخال فى ذلك الحول.

(١) حول نصاب السخال غير المستقل.

(٢) سواء كان مكملا مع الأمهات للنصاب الثانى أو لا.

(٣) و هو حول الأمهات.

(٤) أى الوجه الأول.

(٥) هذا مثال لما كان النتاج مكملا للنصاب الثانى، بخلاف المثال المتقدم فإن النتاج غير مكمل للنصاب الثانى.

(٦) فرضه بهذا العدد مع أنه بواحد و أربعين يكمل النصاب الثانى، لأنه إذا أخرج شاه لنصاب الأمهات فيبقى الباقي بعدد النصاب الثانى.

(٧) أى شاه للأمهات فقط بناء على الوجه الأخير.

(٨) أى بعد تمام حول الأمهات.

(٩) أى الوجهين الأولين، أما على الوجه الأول من ابتداء حول السخال من حينه فواضح لأن الأمهات ثمانون و فيها شاه بعد تماميه حولها، و السخال اثنان و أربعون و فيها شاه أيضا بعد تماميه حولها أيضا، و أما على الوجه الثانى فتجب شاه بعد تماميه حول السخال، لأن السخال و إن كانت مكمله للنصاب الثانى مع ضميمة الأمهات، لكن هى نصاب مستقل و قد عرفت لا بديه إجراء حول لها إذا كانت نصابا مستقلا، نعم لو كانت السخال غير نصاب مستقل و هى مكمله للنصاب الثانى مع ضميمة الأمهات فتجرى الوجوه الثلاثة المتقدمه.

و ابتداء حول السخال (بعد غنائها بالرعى) (١)، لأنها زمن الرضاع من مال المالك و إن رعت معه (٢)، و قيده المصنف في البيان بكون اللبن عن معلوفه، و إلا فمن حين التّاج، نظرا إلى الحكمة في العلف و هو الكلفه على المالك، و قد عرفت ضعفه (٣)، و اللبن مملوك على التقديرين و في قول ثالث أن مبدأه التّاج مطلقا (٤)، و هو المروى صحيحا فالعمل به متعيّن،

في ما لو تلم النصاب قبل الحول

(و لو تلم النصاب قبل) تمام (الحول) و لو بلحظه (فلا شيء) لفقد الشرط (٥)، (و لو فرّ به) (٦) من الزكاه على الأقوى (٧)، و ما فاته به من الخير أعظم ممّا أحرزه من المال، كما ورد في الخبر.

(١) كما هو خيره المصنف هنا و الفاضل و الكركى و القظيفى لعدم صدق السوم قبله، و ذهب المشهور إلى أن بدايه حول السخال من حين التّاج للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (ليس في صغار الإبل شيء حتى يحول عليها الحول من يوم تنتج) (١) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (ليس في صفار الإبل و البقر و الغنم شيء إلا ما حال عليه الحول عند الرجل، و ليس في أولادها شيء حتى يحول عليها الحول) (٢) و هو ظاهر من حين التّاج، و لعدم صدق المعلوفه عرفا على المرتضعه من لبن أمها، سواء كانت أمها سائمه أو معلوفه، و هو الأقوى، و ذهب المصنف في البيان إلى التفصيل بين المرتضعه من سائمه فحولها من حين التّاج، و بين المرتضعه من معلوفه فحولها من حين السوم لعدم زياده الفرع على أصله و لصدق المعلوفه عليها، و فيه ما قد عرفت من عدم الصدق.

(٢) أى مع الرضاع.

(٣) لأن المدار على صدق اسم المعلوفه لا على الحكمة.

(٤) سواء كانت مرتضعه من سائمه أو معلوفه.

(٥) و هو وجود النصاب في تمام الحول كما هو ظاهر الأخبار، و هذا مما لا خلاف فيه و لا إشكال.

(٦) أى بالنقص.

(٧) قيل تجب الزكاه لو أحدث النقص فرارا كما عن المرتضى و الشيخ لموثق من معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يجعل لأهله الحلّى. إلى أن قال. قلت له:

فإنه فرّ به من الزكاه، قال عليه السّلام: إن كان فرّ به من الزكاه فعليه الزكاه، و إن كان إنما فعله ليتجمل به فليس عليه زكاه) (٣) و مثله غيره.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب زكاة الأنعام حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب زكاة الأنعام حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاة الذهب و الفضة حديث ٦.

(و يجرى) فى الشاه الواجه فى الإبل و الغنم (الجدع من الضأن) (١) و هو ما كمل سنّه سبعة أشهر (٢)، (و الثنى من المعز) و هو ما كمل سنّه سنه (٣)...

و ذهب المشهور إلى عدم الوجوب لصحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: فإن وهبه قبل حله بشهر أو بيوم، قال: ليس عليه شىء أبداً، - إلى أن قال - قلت له: فإن أحدث فيها قبل الحول، قال عليه السّلام: جائز ذلك له، قلت: إنه فر بها من الزكاه، قال عليه السّلام: ما أدخل على نفسه أعظم مما منع من زكاتها) (١) و فى خبر آخر (و ما منع نفسه من فضله أكثر مما منع من حق الله الذى يكون فيه) (٢)، فلا بد من حمل الاخبار الداله على الزكاه على الاستحباب.

(١) المشهور على أن ما يؤخذ فى الغنم و الإبل هو الجدع من الضأن، و الثنى من المعز لما روته العامه (أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قال: نهينا أن نأخذ المراضع، و أمرنا أن نأخذ الجدعه و الثنيه) (٣) و كونه من طرق العامه لا يضر بعد عمل الأصحاب به، و مرسل الغوالى عنه صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر عامله أن يأخذ الجدع من الضأن و الثنى من المعز، قال: و وجد ذلك فى كتاب على عليه السّلام) (٤) و عن جماعه كفايه ما يسمى بشاه، و منهم أبو العباس فى الموجز و الصيمرى فى شرحه و البحرانى فى حدائقه ناسبا له إلى جماعه من أفاضل متأخرى المتأخرين و مال إليه الارديبلى و سيد المدارك و الخراسانى لإطلاق الأدله.

(٢) و هذا ما ذهب إليه بنو حمزه و إدريس و زهره، و الشهيد فى الدروس و البيان و حكااه فى الحيوان قولاً لمرسل الصدوق الوارد فى الهدى (و يجرى من المعز و البقر الثنى، و هو الذى له سنه و دخل فى الثانيه، و يجرى من الضأن الجدع لسنه) و بقرينه المقابله يعلم بكون الجدع ما كان له أقل من سنه.

و ذهب المشهور إلى أن الجدع ما كمل له سنه واحده و دخل فى الثانيه و هو الموافق لقول أهل اللغه منهم الصحاح و القاموس و المصباح المنير.

(٣) كل من قال إن الجدع ما كمل سنّه سبعة أشهر قال بأن الثنى ما كمل له سنه و دخل فى الثانيه، و أما مشهور الفقهاء و أهل اللغه ذهبوا إلى أنه ما كمل له سنتان و دخل فى الثالثه.

ص: ٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ١.

٣- (٣) سنن أبى داود ج ٢ ص ١٣٨.

٤- (٤) غوالى اللئالى ج ٢ ص ٢٣٠ حديث ١٠.

و الفرق (١) أن ولد الضأن ينزو حينئذ، و المعز لا ينزو إلا بعد سنه، و قيل (٢): إنما يجذع كذلك إذا كان أبواه شابين، و إلا لم يجذع إلى ثمانيه أشهر، (و لا تؤخذ الرّبي) (٣) بضم الراء و تشديد الباء، و هى الوالده من الأنعام (٤) عن قرب إلى خمسة عشر يوما (٥) لأنها نفساء، فلا تجزى و إن رضى المالك، نعم لو كانت جمع ربّى لم يكلف غيرها (٦)، (و لا ذات العوار) بفتح العين و ضمها (٧) مطلق العيب، (و لا-) (١) و هو مأخوذ من صحيح حماد الوارد فى الهدى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام أدنى ما يجزى من أسنان الغنم فى الهدى، فقال عليه السّلام: الجذع من الضأن، قلت: فالمعز؟ قال عليه السّلام: لا يجوز الجذع من المعز، قلت: و لم؟ قال عليه السّلام: لأن الجذع من الضأن يلقح، و الجذع من المعز لا يلقح) (١).

(٢) فعن ابن الأعرابى أنه يجذع لسنه إذا تولد من هرمين، و يجذع لسبعه أشهر إذا تولد من شابين، و قيل إذا تولد من هرمين فيجذع لثمانيه أشهر، و قيل إذا كان من ثنى و ثنيه فابن سته أشهر، و إذا كان من ثنى و هرمه فلسبعه أشهر و إذا كان من هرمين فابن ثمانيه.

(٣) لصحيح عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس فى الاكيله، و لا فى الرّبي التى تربى اثنين، و لا شاه لبن و لا فحل الغنم صدقه) (٢) و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تؤخذ الأكوله، و الاكوله الكبيره من الشاه تكون فى الغنم، و لا والده، و لا الكبش الفحل) (٣).

(٤) قال فى الجواهر (هذا التعميم لم نجده لغيره صريحا، كما اعترف به بعضهم إذ كتب اللغه تفسره بالشاه، أو بها و بالمعز، و ربما جاء فى الإبل).

(٥) قال فى مجمع البحرين (هى الشاه التى تربى فى البيت من الغنم لأجل اللبن، و قيل هى الشاه القريبه العهد بالولاده، و قيل هى الوالده ما بينها و بين خمسة عشر يوما، و قيل بينها و بين عشرين، و قيل بينها و بين شهرين) و تفسير الرّبي بأنها تربى اثنين كما فى صحيح عبد الرحمن ليس له موافق فى كتب أهل اللغه و لا- فى كتب الفقهاء إلا- ما فى كشف الغطاء كما اعترف بذلك صاحب الجواهر، و لعله من تفسير الراوى و لذا أعرض عنه الفقهاء.

(٦) أى لو كان النصاب كله كذلك فتجزى كما صرح بذلك غير واحد لإطلاق الأدله السالمه عن معارضه ما هنا بعد انصرافه إلى غير هذا الفرض.

(٧) و قيل يجوز الكسر.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ذبح الهدى حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ١ و ٢.

(المريضه) كيف كان (١)، (و لا الهرمه) (٢) المسنه عرفا، (و لا تعدّ الأكله) (٣) بفتح الهمزه و هي المعدّه للأكل، و تؤخذ مع بذل المالك لها لا بدونه، (و لا) فحل (الضراب) و هو المحتاج إليه لضرب الماشيه عاده، فلو زاد كان (٤) كغيره فى العدّ أما الإخراج فلا مطلقا (٥)، و فى البيان أوجب عدّها (٦) مع تساوى الذكور و الإناث، أو زياده، أو زياده الذكور دون ما نقص و أطلق (٧).

(و تجزى قيمه) (٨)...

(١) أى مهما كان المرض.

(٢) و الحكم بالمنع من أخذ هذه الثلاثه مذهب الأصحاب بل فى المنتهى: إنه لا يعرف فيه خلافا لصحيح محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تؤخذ هرمة و لا ذات عوار إلا أن يشاء المصدق) (١) و أما المريضه للإجماع.

(٣) أى لا تعدّ فى النصاب لصحيح عبد الرحمن المتقدم، و كذا فحل الغراب.

(٤) أى الزائد عن حاجه الغنم، و لم يذهب إليه غير الشارح كما فى الجواهر.

(٥) سواء زاد عن حاجه الغنم أو لا، و عدم الأخذ لموثق سماعه المتقدم و المشهور على جواز إخرجه إن بذله المالك، لأنه مع البذل يسقط حق مراعاته.

(٦) أى عدّ الفحول، إذا كان النصاب كله فحولا أو معظمه، أو تساوت الفحول مع الإناث دون نقص فلا تعدّ.

(٧) أى لم يقيد الحكم بحاجه الغنم إلى هذه الفحول.

(٨) أما فى غير الانعام فلا خلاف فيه لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الرجل يعطى من زكاته، عن الدراهم دنانير و عن الدنانير، دراهم بالقيمه، أى يحلّ ذلك؟ قال عليه السّلام: لا بأس) (٢) و صحيح البرقى (كتبت إلى أبى جعفر عليه السّلام: هل يجوز. جعلت فداك. أن يخرج ما يجب فى الحرث من الحنطه و الشعير، و ما يجب فى الذهب دراهم بقيمه ما يسوى، أم لا يجوز إلا أن يخرج من كل شىء ما فيه؟ فأجابه عليه السّلام: أيما تيسر يخرج) (٣).

و أما فى الأنعام فالمشهور على ذلك لدعوى إجماع الشيخ فى الخلاف، و رده المحقق فى المعبر و قال تبعاً للمفيد فى المقنعه بعدم جواز إخراج قيمه فى زكاه الأنعام و يردّه خبر يونس بن يعقوب المردى فى قرب الإسناد (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: عيال المسلمين أعطيهم

ص: ٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الأنعام حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ٢ و ١.

عن العين مطلقا (١)، (و) الإخراج من (العين أفضل) (٢) و إن كانت قيمه أنفع (٣)، (و لو كانت الغنم)، أو غيرها من النعم (مرضى) جمع (فمنها) (٤) مع اتحاد نوع المرض، و إلا لم يجز الأدون (٥)، و لو ماكس المالك قسط و أخرج وسط يقتضيه، أو قيمه كذلك (٦) و كذا لو كانت كلها من جنس لا يخرج، كالرَبِّي. و الهرم.

و المعيب، (و لا- يجمع بين متفرق (٧) فى الملك) و إن كان مشتركا، أو مختلطا، متحد المسرح و المراح و المشرع، و الفحل و الحالب و المحلب (٨)، بل يعتبر النصاب فى كل ملك على حده، (و لا يفرق بين مجتمع فيه) أى فى الملك الواحد و إن تباعد (٩) بأن كان له بكل بلد شاه.

-من الزكاه، فاشترى لهم منها ثيابا و طعاما، و أرى أن ذلك خير لهم فقال عليه السّلام: لا بأس (١١) و هو مطلق يشمل زكاه الأنعام فضلا عن قوله عليه السّلام فى صحيح البرقى المتقدم (أبما تيسر يخرج) فهو عام يشمل زكاه الأنعام.

(١) أنعاما كانت أو غيرها.

(٢) لخبر سعيد بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام (أ يشتري الرجل من الزكاه الثياب و السويق و الدقيق و البطيخ و العنب فيقسمه؟ قال: لا يعطيهم إلا الدراهم كما أمر الله) ٢ و تقتضى الجمع بينه و بين ما تقدم يقتضى حمله على الاستحباب.

(٣) لأن الفقير يستطيع أن يتصرف فيها كما يشاء.

(٤) أى يخرج الواجب منها، و كذا لو كانت كلها ربّي او هرمه أو معيبه بلا خلاف فيه لأن ما دل على المنع منصرف عن هذا الفرض.

(٥) أى الأقل قيمه لكثره مرضه للزوم الضرر على المستحق.

(٦) بحيث لو كان نصف النصاب صحيحا و نصفه معيبا، فنصف الواجب لا بد أن يكون صحيحا و نصفه معيبا أو قيمه ذلك.

(٧) بلا خلاف لأن النصوص السابقه داله على كون النصاب لمالك واحد.

(٨) الآله التى يحلب فيها.

(٩) بلا خلاف فيه لأن النصوص الداله على وجود النصاب عند المالك مطلقه سواء كان بينها مسافه أو لا.

ص: ٣٣

(و أما النقدان.)

فى شروط التقدين

(فيشترط فيهما النصاب (١) و السكه (٢) و هى النقش (٣) الموضوع للدلاله على المعامله الخاصه، بكتابه و غيرها و إن هجرت (٤) فلا زكاه فى السبائك (٥) و الممسوح (٦) و إن تعامل به، و الحلّى (٧)، (١) و سيأتى الكلام فيه.

(٢) بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح على بن يقطين عن أبى إبراهيم عليه السّلام (قلت له: إنه يجتمع عندى الشىء الكثير قيمته نحو من سنه أ نركيه؟ فقال عليه السّلام: كل ما لم يحل عليه الحول فليس فيه عليك زكاه، و كل ما لم يكن ركازا فليس عليك فيه شىء، قلت: و ما الركاز؟ قال عليه السّلام: الصامت المنقوش، ثم قال: إذا أردت ذلك فاسبكه فإنه ليس فى سبائك الذهب و نثار الفضه زكاه) (١) و موثق جميل بن دراج عن أبى عبد الله و أبى الحسن عليه السّلام (ليس على التبر زكاه، إنما هى على الدراهم و الدنانير) ٢.

(٣) بلا- خلاف فيه، ثم لا فرق فى النقش بين الكتابه و غيرها، و لا بين سكه الإسلام أو الكفر كما صرح به غير واحد لإطلاق الأدله السابقه.

(٤) لإطلاق النصوص.

(٥) لأنه غير منقوش و لصريح صحيح على بن يقطين المتقدم.

(٦) لأنه غير منقوش و إن بقيت المعامله به، كما صرح به جماعه، بل عن الذخيره نسبتبه إلى الأصحاب مشعر بدعوى الإجماع عليه.

(٧) لأنها غير منقوشه و لصريح صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الحلّى فيه زكاه؟ قال: لا) (٢) و مثله غيره.

ص: ٣٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب زكاه الذهب و الفضه حديث ٢ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب زكاه الذهب و الفضه حديث ٣.

و زكاته إعارته (١) استحبابا و لو اتخذ المضروب بالسكك آله للزينة (٢) و غيرها لم يتغير الحكم (٣)، و إن زاده (٤)، أو نقصه ما دامت المعامله به على وجه ممكنه (٥)، (و الحول) (٦) و قد تقدم

في نصاب الذهب

(فنصاب الذهب) (٧) الأول (عشرون دينارا) كل واحد مثقال (٨)، و هو (٩) درهم و ثلاثه أسباع درهم (١٠) (ثم أربعة دنانير) فلا شيء فيما (١) لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (زكاه الحلبي أن يعار) (١) و هو محمول على الاستحباب جمعا بينه و بين ما تقدم من نفى الزكاه فيه.

(٢) إذا بقي عنوان المضروب باقيا و أمكن التعامل به.

(٣) للاستصحاب.

(٤) أي الاتخاذ للزينة قد زاده قيمه أو أحدث فيه نقصا فنقصت قيمته.

(٥) و إلا فلو خرج عن التعامل فلا زكاه لانتفاء موضوعها.

(٦) بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح ابن يقطين المتقدم (كل ما لم يحل عندك عليه حول فليس عليك فيه زكاه) (٢) و مثله غيره من النصوص.

(٧) للذهب نصابان الأول: عشرون دينارا و فيه نصف دينار للأخبار منها: صحيح الحسين بن بشار عن أبي الحسن عليه السلام (و في الذهب في كل عشرين دينارا نصف دينار، و إن نقص فلا زكاه فيها) (٣) و موثق على بن عقبه و عدده من أصحابنا عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السلام (ليس فيما دون العشرين مثقالا من الذهب شيء، فإذا كملت العشرين مثقالا ففيها نصف مثقال إلى أربعة و عشرين، فإذا كملت أربعة و عشرين ففيها ثلاثة أخماس دينار إلى ثمانية و عشرين، فعلى هذا الحساب كلما زاد أربعة) ٤، و النصاب الثاني أربعة دنانير و يدل عليه خبر ابن عقبه المتقدم و مثله غيره.

(٨) و يشهد له جملة من النصوص منها خبر ابن عقبه المتقدم، و المراد بالمثقال هو الشرعي، و هو ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي، و قد نسبه في المستند إلى جماعه، و قال ابن الأثير في نهايته (المثقال يطلق في العرف على الدينار خاصه، و هو الذهب الصنمي عن ثلاثة أرباع المثقال الصيرفي) و لذا كان المثقال الصيرفي أربع و عشرين حبه و الشرعي ثمان عشره حبه.

(٩) أي المثقال الشرعي.

(١٠) لما تقدم في مبحث الكر من أن كل عشره دراهم تساوي سبعة مثاقيل شرعيه، فيكون المثقال الشرعي درهما و ثلاثه من سبعة من الدرهم.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب زكاة الذهب و الفضة حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب زكاة الذهب و الفضة حديث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زكاة الذهب و الفضة حديث ٣ و ٥.

دون العشرين، ولا فيما دون أربعة بعدها. بل يعتبر الزائد أربعة أربعة أبدأ،

في نصاب الفضة

(و نصاب الفضة) الأول (مائتا درهم) (١)، و الدرهم نصف المثقال و خمسة (٢)، أو ثمانية و أربعون حبه شعير متوسطه (٣)، و هي (٤) ستة دوانيق، (ثم أربعون درهما) (٥) بالغاً من بلغ، فلا زكاه فيما نقص عنهما.

(١) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: صحيح ابن بشار سألت أبا الحسن عليه السّلام (في كم وضع رسول الله صَلَّى الله عليه وآله و سلمّ الزكاه؟ فقال عليه السّلام: في كل مائتي درهم خمسة دراهم، و إن نقصت فلا زكاه فيها) (١).

(٢) بلا- خلاف فيه لقاعده أن كل عشره دراهم تساوى سبعة مثاقيل شرعيه فالدرهم سبعة أعشار المثقال، و خمسة أعشار هي النصف، و العشران خمس.

(٣) اعلم أن الدانق هو ثمان حبات من أواسط حب الشعير في العظم و الصفر و الرزانه و الخفه و هذا مما لا إشكال فيه هذا من جهه و من جهه أخرى قال العلامة في المنتهى (الدرهم في بدء الإسلام كانت على صنفين بغليه و هي السود، و طبريه، و كانت السود كل درهم منها ثمانية دوانيق، و الطبريه أربعة دوانيق فجمعاً في الإسلام و جعلها درهمن متساويين، وزن كل درهم منها ستة دوانيق، فصار وزن كل عشره دراهم سبعة مثاقيل بمثقال الذهب، و كل درهم نصف مثقال و خمسة) و في التحرير مثله - إلى أن قال - (و كل درهم نصف مثقال و خمسة، و هو الدرهم الذي قدّر به النبي صَلَّى الله عليه وآله و سلمّ المقادير الشرعيه في نصاب الزكاه و القطع و مقدار الديات و الجزيه و غير ذلك، و الدانق ثمانى حبات من أواسط حب الشعير) انتهى. فإذا كان الدانق ثمانى حبات و الدرهم ستة دوانيق فيكون الدرهم ثمانى و أربعين حبه من أواسط حبات الشعير.

(٤) أى ثمانى و أربعون حبه شعير.

(٥) و هو النصاب الثانى و يدل عليه أخبار منها: موثق الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السّلام (في الورق في كل مائتين خمسة دراهم، و لا فى أقل من مائتى درهم شىء و ليس فى النيف شىء حتى يتم أربعون، فيكون فيه واحد) (٢) و موثق زراره و بكير عن أبى جعفر عليه السّلام (فإذا بلغت أربعين و مائتى درهم ففيها ستة دراهم، فإذا بلغت ثمانين و مائتين درهم ففيها سبعة دراهم، و ما زاد فعلى هذا الحساب و كذلك الذهب) (٣).

ص: ٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب زكاه الذهب و الفضة حديث ٧ و ١٠.

(و المخرج) فى النقدين (ربع العشر) (١) فمن عشرين مثقالا- نصف مثقال، و من الأربعة قيراطان و من المائتين خمسة دراهم، و من الأربعين درهم، و لو أخرج ربع العشر من جملة ما عنده من غير أن يعتبر مقداره مع العلم باشماله (٢) على النصاب الأول أجزاء، و ربما زاد خيرا (٣) و الواجب الإخراج (من العين، و تجزى القيمة) (٤) كغيرهما (٥).

(١) قد عرفت أن النصاب الأول فى الذهب عشرون دينارا و زكاته نصف دينار كما هو صريح الصحيح المتقدم، فإذا كان الدينار عشرين قيراطا بالاتفاق كان نصف الدينار عشره قيراط، و إذا كان فى الأربعة و العشرين دينارا ثلاثة أخماس دينار كما هو صريح موثق ابن عقبه المتقدم فيكون ثلاثة أخماس الدينار اثني عشر قيراطا و عليه فإذا كانت عشره قيراط زكاه العشرين دينارا كان القيراطان الباقيان زكاه أربعة دنانير الباقية.

هذا من جهة و من جهة أخرى قد عرفت أن النصاب الأول فى الفضة مائتان درهم و زكاتها خمسة دراهم و أن النصاب الثانى أربعون و زكاته درهم واحد كما هو مفاد موثق زراره و بكير المتقدم.

و من جهة ثالثة إذا نظرت إلى النسبة بين النصاب و زكاته سواء كان الأول أو الثانى و سواء كان فى الذهب أو الفضة تجد أن النسبة هى ربع الشعر، فلو أخذنا النصاب الأول للذهب فهو عشرون دينارا و نسبه نصف الدينار إليه هو ربع الشعر، لأن عشر العشرين اثنان، و ربع الاثنى نصف دينار و فى النصاب الثانى أربعة دنانير و زكاتها قيراطان، فلو ضربنا الأربعة بعشرين قيراطا لأن كل دينار عشرون قيراطا فالمجموع ثمانون قيراطا، و عشرها ثمانية، و ربع الثمانية قيراطان.

و فى النصاب الأول للفضة مائتا درهم و زكاتها خمسة دراهم، لأن عشر المائتين عشرون، و ربع العشرين خمسة، و فى النصاب الثانى للفضة أربعون درهما و زكاتها درهم واحد، فعشر الأربعين أربعة، و ربع الأربعة واحد.

(٢) باشمال ما عنده.

(٣) لاحتمال أن يكون ما عنده أكثر من النصاب.

(٤) و قد تقدم الدليل فى زكاه الأنعام.

(٥) أى كغير النقدين من الأنعام و الغلات.

(و أما الغلات). الأربع

في شرط الغلات

(فيشترط فيها التملك بالزراعة) (١) إن كان مما يزرع (أو الانتقال) أى انتقال الزرع، أو الثمره مع الشجره، أو منفرده إلى ملكه (قبل انعقاد الثمره) (٢) فى الكرم، و بدوّ الصلاح، و هو الاحمرار، أو الاصفرار فى النخل، (و انعقاد الحبّ) فى الزرع، فتجب الزكاه حينئذ على المنتقل إليه و إن لم يكن زارعا، و ربما أطلقت الزّراعه على ملك الحبّ و الثمره على هذا الوجه (٣). و كان عليه أن يذكر بدوّ الصلاح فى النخل لثلا يدخل فى الانعقاد (١) قال فى الشرائع: (و لا- تجب الزكاه فى الغلات إلا إذا ملكت بالزراعه لا- غيرها من الأسباب كالابتياح و الاتهاب) انتهى، أما شرطيه التملك بالزراعه فهو مما لا خلاف فيه، و إنما الإشكال على تعبير الشرائع لإيهامه خلاف المقصود، إذ مقتضاه عدم وجوب الزكاه، فيما يملك بالابتياح و هذا مخالف لإجماع المسلمين لأن المدار فى وجوب الزكاه هو التملك وقت بلوغها الحد الذى تتعلق به الزكاه و سيأتى بيانه، و لأجل قصور عباره الشرائع عبر المصنف بجعل الشرط إما التملك بالزراعه و إما انتقال الزرع إلى ملكه قبل تعلق الزكاه.

(٢) المشهور على أن الزكاه تتعلق عند انعقاد الحب فى الحنطه و الشعير، و فى النخل عند احمرار ثمره أو اصفراره، و فى العنب عند كونه حصرما، و دليلهم الإجماع المدعى فى المنتهى و هو أقوى أدلتهم، و ذهب جماعه إلى أن الزكاه تتعلق عند صدق اسم الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب تمسكا بظاهر النصوص المتقدمه و هو الأقوى.

(٣) أى قبل انعقاد الحب و قبل بدو الصلاح، و هذا توجيه من الشارح لكلام الشرائع حيث اعتذر الشارح فى المسالك عنه بأن المراد بالزراعه فى اصطلاحهم انعقاد الثمره فى المسالك مع حمل الابتياح و الهبه الواقعين فى العبارة على ما لو حصل بعد تحقق الوجوب، و لكن يكفيننا قول الشارح فيما بعد بأنه واضح التكلف.

مع أنه لا- قائل بتعلق الوجوب فيه (١) به (٢)، و إن كان الحكم بكون الانتقال قبل الانعقاد مطلقا (٣) يوجب الزكاه على المنتقل إليه صحيحا (٤) إلا أنه (٥) فى النخل خال عن الفائدة إذ هو (٦) كغيره من الحالات السابقه (٧) و قد استفيد من فحوى الشرط (٨) أن تعلق الوجوب بالغلات، عند انعقاد الحبّ و الثمره و بدوّ صلاح النخل، و هذا هو المشهور بين الأصحاب، و ذهب بعضهم إلى أن الوجوب لا- يتعلق بها إلى أن يصير أحد الأربعة حقيقه و هو بلوغها حد اليبس الموجب للاسم (٩). و ظاهر النصوص (١٠) دال عليه.

فى نصاب الغلات

(و نصابها) (١١) الذى لا تجب فيها بدون بلوغه (١٢)، و اكتفى عن اعتباره شرطا بذكر مقداره تجوزا (ألفان و سبعمائه رطل) (١٣) بالعراقى، أصله خمس (١) فى النخل.

(٢) بالانعقاد، و قد عرفت أن تعلق الزكاه إما عند بدو الصلاح و إما عند صدق اسم التمر و كلاهما بعد الانعقاد.

(٣) بأى سبب من أسباب الانتقال.

(٤) خبر لقوله (و إن كان الحكم)

(٥) أن هذا الحكم.

(٦) أى الانعقاد.

(٧) أى السابقه على تعلق الزكاه، فلا بد من ذكر بدو الصلاح فى النخل لأنه وقت تعلق الزكاه و لا يكفى الاكتفاء بالانعقاد.

(٨) الوارد فى المتن.

(٩) من الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب.

(١٠) و قد تقدم بعضها.

(١١) أى نصاب الغلات.

(١٢) أى لا تجب الزكاه فى الغلات بدون بلوغ النصاب.

(١٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام (ما أنبتت الأرض من الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب ما بلغ خمسه أوسق، و الوسق ستون صاعا، فذلك ثلاثمائه صاع فففيه العشر، و ما كان يسقى بالرشا و الدوالى و النواضح فففيه نصف العشر، و ما سقت السماء و السيح أو كان بعلا فففيه العشر تماما، و ليس فيما دون الثلاثمائه صاع شىء، و ليس فيما أنبتت

أوسق، و مقدار الوسق ستون صاعا، و الصاع تسعه أرطال بالعراقي، و مضروب ستين في خمسه، ثم في تسعه تبلغ ذلك، (و تجب) الزكاه (في الزائد) (١) عن النصاب (مطلقا) و إن قلّ بمعنى ليس له إلا نصاب واحد، و لا عفو فيه.

في المخرج من النصاب

(و المخرج) من النصاب و ما زاد (العشر إن سقى سيحا) (٢) بالماء الجاري على وجه الأرض سواء كان قبل الزرع كالنيل، أو بعده، (أو بعلا) و هو شربه بعروقه القريبه من الماء، (أو عذيا) بكسر العين، و هو أن يسقى بالمطر، (و نصف العشر بغيره) بأن سقى بالدلو (٣) و الناضح (٤)...

-الأرض شيء إلا في هذه الأربعة أشياء(١).

ثم اعلم أن الصاع أربعة امداد و قد حكى الإجماع عليه عن أكثر من واحد، و المد رطلان و ربع رطل بالعراقي فيكون الصاع تسعه أرطال بالعراقي، و يدل عليه مكاتبه الهمداني إلى أبي الحسن عليه السّلام (جعلت فداك إن أصحابنا اختلفوا في الصاع، بعضهم يقول: الفطره بصاع المدني، و بعضهم يقول: بصاع العراقي، فكتب إليّ عليه السلام: الصاع سته أرطال بالمدني، و تسعه بالعراقي)(٢). و إذا ضربنا ثلاثمائه صاع بتسعه فيكون النصاب بالعراقي الفين و سبعمائه رطل.

(١) بلا خلاف فيه و يقتضيه إطلاق النصوص.

(٢) ضابطه: ما يسقى بدون علاج ففيه العشر و ما يسقى بعلاج ففيه نصف العشر و يدل عليه الأخبار.

منها: صحيح زراره المتقدم و صحيح زراره و بكير عن أبي جعفر عليه السّلام (ما كان يعالج بالرشاء و الدلاء و النضح ففيه نصف العشر، و إن كان يسقى من غير علاج بنهر أو عين أو بعل ففيه العشر كاملا)(٣).

هذا و المراد من السّيح هو الجريان سواء كان قبل الزرع كالنيل أو بعده، و المراد بالبعل ما يشرب بعروقه في الأرض التي تقرب من الماء.

(٣) المعتمد على اليد.

(٤) و هو البعير يستقى عليه، و في المصباح المنير (و نضح البعير الماء، حملة من نهر أو بئر لسقى الزرع فهو ناضح).

ص: ٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زكاه الغلات حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زكاه الغلات حديث ٥.

و الداليه (١) و نحوها (و لو سقى بهما فالأغلب) (٢) عددا (٣) مع تساويهما فى النفع، أو نفعاً و نمواً (٤)، لو اختلفا وفاقاً للمصنف، و يحتمل اعتبار العدد و الزمان مطلقاً (٥) (و مع التساوى) فيما اعتبر التفاصل فيه. فالواجب (ثلاثة أرباع العشر) (٦) لأن الواجب حينئذ فى نصفه العشر، و فى نصفه نصفه (٧)، و ذلك ثلاثة أرباعه (٨) من الجميع.

و لو أشكل الأغلب احتمال وجوب الأقل (٩)، للأصل، و العشر (١٠) للاحتياط، (١) و هى الناعوره التى يديرها البقر، و الناعوره هى التى يديرها الماء.

(٢) بلا خلاف فيه.

(٣) وقع الخلاف فى معيار الأغلب هل هو الزمان أو العدد أو النمو، فنسب الأول إلى العلامة و الشهيد، و الثانى إلى صاحب المدارك بل إلى ظاهر الأكثر، و نسب الثالث إلى العلامة فى القواعد و إلى ولده فى الشرح و إلى الشهيد الثانى فى حاشيه الإرشاد.

و استدلل للثانى بخبر معاويه بن شريح عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: فالأرض تكون عندنا تسقى بالدوالى ثم يزيد الماء فتسقى سيحاً، قال: إن ذا ليكون عندكم كذلك؟ قلت: نعم، قال: النصف و النصف، نصف بنصف العشر و نصف بالعشر، فقلت:

الأرض تسقى بالدوالى ثم يزيد الماء فتسقى السقيه و السقيتين سيحاً؟ قال: كم تسقى السقيه و السقيتين سيحاً؟ قلت: فى ثلاثين و أربعين ليله، و قد مضت قبل ذلك فى الأرض ستة أشهر، سبعة أشهر، قال عليه السلام: نصف العشر (١) و صدره محمول على التساوى و ذيله على كون أحدهما و هو السقى بالعلاج. هو الأغلب، و هو ظاهر فى أن الغالب فى الزمان هو الأكثر عدداً، هذا فضلاً عن أن المئونه إنما تكثر بسبب كثرة العدد، و الأقوى هو الصدق العرفى.

(٤) أى فالأغلب نفعاً و نمواً لو اختلفت السقيتان فى ذلك و كانت إحداهما من دون علاج و الأخرى بعلاج و هو القول الثالث المتقدم.

(٥) سواء اختلفا فى النفع أم تساويا.

(٦) كما هو مفاد صدر خبر معاويه المتقدم.

(٧) أى و فى نصف النصاب الآخر نصف العشر.

(٨) أى ثلاثة أرباع العشر.

(٩) و هو نصف العشر للأصل و هو أصله البراءة عن الزائد المشكوك.

(١٠) أى و يحتمل العشر للاحتياط.

و إلحاقه (١) بتساويهما لتحقيق تأثيرهما (٢)، و الأصل عدم التفاضل و هو الأقوى.

و اعلم أن إطلاقه الحكم بوجوب المقدر فيما ذكر يؤذن بعدم اعتبار استثناء المئونه (٣)، و هو قول الشيخ (رحمه الله)، محتجا بالإجماع عليه منا، و من العامه (٤)، و لكن المشهور بعد الشيخ استثناءها، و عليه المصنف في سائر كتبه و فتاواه، و النصوص خاليه من استثناءها مطلقا (٥)، نعم ورد استثناء حصه السلطان و هو أمر خارج عن المئونه و إن ذكرت منها (٦) في بعض العبارات تجوزا، و المراد بالمئونه ما (١) أي إلحاق المشكوك.

(٢) أي تأثير السيق و السقى.

(٣) ذهب المشهور إلى استثناء المئونه للإجماع المدعى في الغنيه و لقوله تعالى: وَيَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ قُلِ الْعَفْوَ (١) بناء على أن المراد منه ما يفضل عن النفقه، و قال في الصحاح:

(عفو المال ما يفضل عن النفقه)، و لما في الفقه الرضوى (فإذا بلغ ذلك و حصل بغير خراج السلطان و مئونه العماره و القرية أخرج منه العشر) (٢).

و ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف إلى عدم الاستثناء، و ابن سعيد في الجامع و الشهيد في فوائد القواعد و سيد المدارك و صاحب الذخيره و المفاتيح و الحدائق لظاهر النصوص التي لم تستثن إلا خراج السلطان منها: صحيح محمد بن مسلم و أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: كل أرض دفعها إليك السلطان فما حرثته فيها فعليك مما أخرج الله منها الذي قاطعك عليه، و ليس على جميع ما أخرج الله منها العشر، إنما عليك العشر فيما يحصل في يدك بعد مقاسمته لك (٣) و إطلاقه يدل على عدم خروج المئونه، و هو الأقوى لأن الآيه ناظره إلى مئونه المالك و كلامنا في مئونه الزرع هذا فضلا عن أن الآيه داله على دفع تمام الزائد بينما الكلام في وجوب دفع العشر أو نصفه، و أما خبر الرضوى فلا يقاوم الأخبار الكثيره المطلقه.

(٤) و لم يخالف إلا عطاء منهم.

(٥) سواء كانت قبل تعلق الوجوب أو بعده.

(٦) أي ذكرت حصه السلطان من المئونه في بعض عبارات الفقهاء لكن من باب المجاز، لأن الماد من المئونه هو مئونه الزرع.

ص: ٤٢

١- (١) سورة البقره الآيه: ٢١٩.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الغلات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب زكاه الغلات حديث ١.

يغرمه المالك على الغله من ابتداء العمل لأجلها و إن تقدم على عامها (١) إلى تمام التصفيه و ييس الثمره و منها (٢) البذر، و لو اشتراه (٣) اعتبار المثل، أو قيمه، و يعتبر النصاب بعد ما تقدم منها على تعلق الوجوب (٤)، و ما تأخر عنه (٥) يستثنى و لو من نفسه و يزكى الباقي و إن قلّ، و حصه السلطان كالثاني (٦)، و لو اشترى الزرع أو الثمره فالثمن من المئونه، و لو اشتراها مع الأصل و زرع الثمن عليهما، كما يوزع المئونه على الزكوى و غيره لو جمعهما، و يعتبر ما غرمه بعده (٧)، و يسقط ما قبله (٨)، كما يسقط اعتبار المتبرع (٩) و إن كان غلامه أو ولده.

الفصل الثانى فى استحباب زكاه التجاره

اشاره

(الفصل الثانى).

فى شرط الاستحباب

(إنما تستحبّ زكاه التجاره مع) مضى (الحول) (١٠) السابق، (و قيام رأس المال فصاعدا)...

(١) أى عام الغله كأجره الأرض.

(٢) أى و من المئونه.

(٣) أى اشترى البذر.

(٤) أى ما كان من المئونه قبل تعلق الوجوب يخرج من الغله و إذا كان الباقي بقدر النصاب فيزكى و إلا فلا، و أما المئونه بعد تعلق الوجوب لا فتحسب من النصاب و لكن تخرج و يزكى الباقي و إن قلّ.

و الأشهر أن المئونه سواء كانت قبل تعلق الوجوب أو بعده تستثنى فإن كان الباقي بقدر النصاب فيزكى و إلا فلا لإطلاق ما دل على وجوب الزكاه بعد بلوغ النصاب مع ضميمه استثناء المئونه.

(٥) أى و ما تأخر من المئونه عن تعلق الوجوب يستثنى و لو من النصاب من دون أن يضر بتعلق الوجوب لأنه قد ثبت.

(٦) أى من القسم الثانى فيعتبر النصاب أولا ثم يدفع الخراج إلى السلطان و يزكى الباقي.

(٧) أى بعد الشراء فكل المؤن بعد الشراء التى غرمها المشتري تعتبر حينئذ.

(٨) مما دفعه البائع فتسقط لأن المشتري قد دفع الثمن بإزائها، و الثمن جزء من المئونه كما عرفت.

(٩) لأن تبرعه لا يعدّ من المئونه عرفا حيث لم يدفع له أجره.

(١٠) بلا خلاف فيه للأخبار منها: خير محمد بن مسلم (كل مال عملت به فعليكم فيه الزكاة إذا حال عليه الحول) (١).

ص: ٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ما تجب فيه الزكاة حديث ١.

طول الحول (١) و لو طلب المتاع بأنقص منه (٢) و إن قلّ في بعض الحول فلا- زكاه، (و نصاب المالىه) (٣) و هى (٤) النقدان بأيهما بلغ إن كان أصله عروضاً (٥) و إلا فنصاب أصله و إن نقص بالآخر و فهم من الحصر أن قصد الاكتساب عند التملك ليس بشرط (٦) و هو قوئى، و به صرح فى الدروس و إن كان المشهور خلافه، و هو خيره البيان، و لو كانت التجاره بيد عامل فنصيب المالك من الربح يضمّ إلى المال (٧)، و يعتبر بلوغ حصه العامل نصاباً فى ثبوتها عليه (٨) و حيث تجتمع الشرائط (فيخرج ربع عشر قيمه) كالنقدين.

فى حكم باقى أجناس الزرع

(و حكم باقى أجناس الزرع) الذى يستحبّ فيه الزكاه (حكم الواجب) (٩) (١) و كذا لو نقص المال عن النصاب فى أثناء الحول و لو يوماً سقط استحباب زكاته لاشتراط بلوغ مال التجاره للنصاب بالإجماع.

(٢) من النصاب.

(٣) للإجماع كما تقدم.

(٤) أى المالىه.

(٥) جمع عرض بسكون الراء و هو المتاع، و المعنى: إن المال إذا كان متاعاً فالاعتبار بقيمته بالنسبه إلى الذهب و الفضة، و إذا كان مال التجاره، ذهباً أو فضه فالمدار على نصاب أصله و إن كان انقص من نصاب الآخر.

(٦) فالمشهور على الاشتراط لأن نيه الاكتساب به ما لم تتحقق لا يصدق على المال أنه مال تجاره، و نقل المحقق فى المعتبر عن بعض العامه قولاً- بأن مال القنيه إذا قصد به التجاره تتعلق به الزكاه، و يظهر منه الميل إليه و ذهب إليه الشهيد فى الدروس و الشارح فى جملة من كتبه، إلا أن النصوص الداله على ثبوت الزكاه فى المال بين نص صرح بالمال الذى اتجر به، و بين آخر دل على المال الذى عمل به، و بين ثالث دل على مال التجاره، و صدق هذه العناوين متوقف على قصد الاكتساب كما هو واضح.

(٧) أى إلى أصل المال الذى بيد العامل.

(٨) أى فى ثبوت الزكاه على العامل.

(٩) بلا- خلافاً فيه و يدل عليه أخبار منها: خبر ابن مهزيار (كل ما دخل القفيز فهو يجرى مجرى الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب) (١) و هذا الخبر ظاهر فى الاتحاد فى الكيفيه و الشروط و استثناء حصه السلطان

ص: ٤٤

فى اعتبار النصاب و الزراعه، و ما فى حكمها، و قدر الواجب (١) و غيرها (٢).

فى عدم جواز تأخير الدفع

(و لا يجوز تأخير الدفع) للزكاه (عن وقت الوجوب) (٣) إن جعلنا وقته (٤) و وقت الإخراج واحدا، و هو التسميه بأحد الأربعة، و على المشهور فوقت الوجوب مغاير لوقت الإخراج، لأنه (٥) بعد التصفيه، و يبس الثمره، و يمكن أن يريد بوقت الوجوب وجوب الإخراج، لا وجوب الزكاه، ليناسب مذهبه (٦)، إذ يجوز على التفصيل (٧) تأخيره عن أول وقت الوجوب إجماعا، إلى وقت الإخراج، أما بعده فلا (مع الإمكان) (٨)، فلو تعذر لعدم التمكن من المال، أو الخوف من -و المئونه على الخلاف المتقدم و إنما الخلاف فقط فى الوجوب و الندب.

(١) أى مقدار ما يخرج به الزكاه.

(٢) كاستثناء حصه السلطان.

(٣) قال العلامة فى المنتهى (اتفق العلماء على أنه لا يجب الإخراج فى الحبوب إلا بعد التصفيه، و فى التمر إلا بعد التشميس و الجفاف) و مثله فى التذكرة، فعلى قول المشهور من أن وقت وجوب الزكاه هو انعقاد الحب و انعقاد الثمره و بدو الصلاح فى النخل فيلزم تغاير زمان تعلق وجوب الزكاه مع زمان وجوب الإخراج، و على قول غير المشهور من أن وقت وجوب الزكاه هو صدق الاسم فلا تغاير بين وجوب الزكاه و وجوب الإخراج من ناحيه الوقت.

يبقى أنه على مبنى غير المشهور قد جعل زمان التعلق عند صدق الاسم و زمان الإخراج فى الحبوب بعد التصفيه و هذا ما يلزم منه التغاير، إلا أن يقال إن التصفيه شرط للواجب أعنى نفس الإخراج لا من شرائط وجوب الإخراج إذ هو عند صدق الاسم.

(٤) أى وقت الوجوب.

(٥) أى لأن وقت الإخراج.

(٦) و هو مذهب المشهور، و لازمه جواز تأخير الدفع من زمن تعلق الوجوب إلى زمن وجوب الإخراج مع أن المصنف تبعا لما تقدم من الشرح قد حكم بعدم جواز تأخير الدفع عن وقت وجوب الإخراج.

(٧) المبنى على قول المشهور.

(٨) وقع الخلاف بينهم، و محصل الأقوال ثلاثه: قول بالفوريه، و قول بعدمها، و قول بالتفصيل بين الإخراج و لو بالعزل فيجب فورا و بين الدفع فلا يجب و على القول بالفوريه فهل هى مع الإمكان مطلقا أو عند عدم انتظار الأفضل أو عند التعميم كما فى الدروس، أو عند عدم انتظار الأفضل أو الأحوج أو معتاد الطلب كما فى البيان، و على -

التغلب أو عدم المستحق جاز التأخير إلى زوال العذر، (فيضمن بالتأخير) (١) لا- لعذر و إن تلف المال بغير تفريط، (و يَأْتَم) للإخلال بالفوريه الواجبه، و كذا الوكيل و الوصى (٢) بالتفرقه لها و لغيرها (٣).

و جَوَز المصنف فى الدروس تأخيرها لانتظار الأفضل، أو التعميم (٤) و فى البيان كذلك، و زاد تأخيرها لمعتاد الطلب منه بما لا يؤدي إلى الإهمال و آخرون -القول بالعدم فهل هو مطلقاً أو إلى شهر أو شهرين كما عن الشيخين، و النصوص مختلفه المدلول، فمنها ما يدل على الفوريه فى الإعطاء كخبر أبى بصير، عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت أن تعطى زكاتك قبل حلها بشهر أو شهرين فلا بأس، و ليس لك أن تؤخرها بعد حلها) (١).

و منها ما يدل على جواز التأخير فى الإعطاء و كصحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بتعجيل الزكاه شهرين و تأخيرها شهرين) (٢) و منها ما يدل على جواز التأخير مع العزل كصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يخرج زكاته فيقسم بعضها و يبقى بعضها يلتمس لها المواضع فيكون بين أوله و آخره ثلاثه أشهر، قال: لا بأس) (٣).

فالجَمع بين الأخبار يقتضى جواز التأخير مع العزل خصوصاً إذا كان التأخير لذى مزيه أو التماساً لمواضعها.

(١) و لو بغير تفريط بشرط أن يكون لا لعذر لخبر ابن مسلم قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام:

رجل بعث بزكاه ماله لتقسم فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تقسم؟ فقال: إذا وجد لها موضعاً فلم يدفعها فهو لها ضامن حتى يدفعها، و إن لم يجد لها من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان لأنها قد خرجت من يده) (٤).

(٢) لتتمه خبر ابن مسلم المتقدم (و كذلك الوصى الذى يوصى إليه يكون ضامناً لما دفع إليه إذا وجد ربه الذى أمر بدفعه إليه، فإن لم يجد فليس عليه ضمان).

(٣) أى فى آثم للإخلال بالفوريه و لا يضمن بالتأخير إلا إذا كان لا لعذر.

(٤) أى إعطاؤها كل أصناف المستحقين أو لأكبر قدر منهم.

ص: ٤٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ١١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ١.

فی عدم جواز تقديم الدفع

(و لا یقدم علی وقت الوجوب) (٢) علی أشهر القولین (إلا قرضًا، فتحتسب) بالنیة (عند الوجوب بشرط بقاء القابض علی الصفه) الموجبه للاستحقاق فلو خرج عنها (٣) و لو باستغنائه بنمائها (٤) لا بأصلها، و لا بهما (٥) أخرجت علی غیره.

(١) لعذر أو لا.

(٢) علی المشهور لصحیح عمر بن یزید قلت لأبی عبد الله علیه السلام (الرجل یكون عنده المال أ یزکیه إذا مضى نصف السنه، فقال علیه السّلام: لا، و لكن حتى یحول علیه الحول و یحلّ علیه، إنه لیس لأحد أن یصلی صلاه إلا لوقتها و كذلك الزکاه) (١) و مثله غیره و عن ابن أبی عقیل و سلار جواز التقديم لصحیحه حماد بن عثمان المتقدمه عن أبی عبد الله علیه السّلام (لا بأس بتعجیل الزکاه شهرین و تأخیرها شهرین) (٢) و صحیح معاویه بن عمار عن أبی عبد الله علیه السّلام (قلت له: الرجل تحل علیه الزکاه فی شهر رمضان فیؤخرها إلی المحرم؟ قال: لا بأس، قلت: فإنها لا تحل علیه إلا فی المحرم فیعجلها فی شهر رمضان؟ قال:

لا بأس) (٣) و لكن هذه الأخبار محموله علی التقیه عند المشهور لموافقتهما العامه، أو علی كون التقديم بعنوان القرض للجمع العرفی بینها و بین ما تقدم من الأخبار، و یشهد لهذا الجمع خبر عقبه بن خالد (إن عثمان بن عمران دخل علی أبی عبد الله علیه السلام و قال له:

إنی رجل موسر، فقال له أبو عبد الله علیه السّلام: بارک الله فی یسارك، قال: و یجىء الرجل فیسألنی الشىء و لیس هو إبان زکاتی، فقال له أبو عبد الله علیه السّلام: القرض عندنا بثمانیه عشر و الصدقه بعشره، و ما ذا علیک إذا كنت كما تقول موسرًا أعطیته، فإذا كان إبان زکاتک احتسبت بها من الزکاه) (٤) و مثله غیره.

(٣) عن صفه الاستحقاق.

(٤) فیصیر غنیا فیجب علیه إرجاع الدین و لا یمكن الاحتساب.

(٥) أى بالأصل و نمائه، لأن المقترض و إن صار غنیا بتملكه للأصل أولهما فیخرج عن عنوان الفقیر لكنه یدخل تحت عنوان الغارمین.

ص: ٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب المستحقین للزکاه حدیث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المستحقین للزکاه حدیث ١١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المستحقین للزکاه حدیث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المستحقین للزکاه حدیث ٢.

و لا يجوز نقلها عن بلد المال (١) إلا مع إعواز المستحق (٢) فيه فيجوز إخراجها إلى غيره مقدّما للأقرب إليه فالأقرب (٣)، إلا أن يختص الأبعد بالأمن (٤)، و أجره النقل حينئذ (٥) على المالك (٦) (فيضمن) (٧) لو نقلها إلى غير البلد (١) على المشهور لأنه مناف للفوريه، و للتغريب بالمال و تعريضه للتلف، و لصحيح عبد الكريم بن عتبه الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يقسّم صدقه أهل البوادي على أهل البوادي، و صدقه أهل الحضرة على أهل الحضرة) (١) و مثله غيره.

و ذهبت جماعه إلى الجواز لصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يعطى الزكاه يقسّمها، أله أن يخرج الشىء منها من البلده التى هو فيها إلى غيرها؟ قال:

لا بأس) (٢) و مثله غيره و هو الأقوى لكثرة أخباره، و الجمع بين الأخبار يقتضى جواز النقل على كراهه مع وجود المستحق، و يكون صاحب المال ضامنا لو تلفت.

(٢) أى مع عدم وجوده فيجوز النقل بلا إشكال و لا خلاف، لخبر يعقوب بن شعيب الحداد عن العبد الصالح عليه السّلام (قلت له: الرجل منا يكون فى أرض منقطعه كيف يصنع بزكاه ماله؟ قال: يضعها فى إخوانه و أهل ولايته، فقلت: فإن لم يحضره منهم فيها أحد؟ قال: يبعث بها إليهم) (٣) و مثله غيره.

(٣) و دليله وجوب الفوريه كما عن صاحب الجواهر، و لكن إطلاق أدله إخراجها عن البلد يشمل القريب و البعيد إلا إذا أوجب الإجمال.

(٤) فيقدم حفظا للزكاه عن تعريضها للتلف و السرقة و الضياع.

(٥) أى مع عدم وجود المستحق فى البلد.

(٦) لأن مؤونه النقل شرط للواجب عنى الإيصال فيجب على المالك تحصيله، و قيل: بأن مؤونه النقل مع عدم وجود المستحق فى البلد إنما هو لمصلحه المستحق فى خارجها فيجب أن تكون المؤونه من الزكاه نعم مع وجود المستحق فأجره النقل على المالك إذ لا مقتضى لكونها من الزكاه فالأصل بقاء الزكاه على حالها.

(٧) بلا خلاف لصحيح ابن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل بعث بزكاه ماله لتقسم فضاقت، هل عليه ضمانها حتى تقسّم؟ فقال عليه السّلام: إذا وجد لها موضعا فلم يدفعها إليه فهو لها ضامن حتى يدفعها) (٤).

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١.

(لا معه) أى لا مع الإعواز (١)، (و فى الإثم قولان) (٢) أجودهما و هو خيرهُ الدروس العدم، لصحيحه (٣) هشام عن الصادق (ع)، (و يجرى) لو نقلها، أو أخرجها فى غيره (٤) على القولين (٥)، مع احتمال العدم للنهى على القول به (٦).

و إنما يتحقق نقل الواجب مع عزله قبله (٧) بالنيه (٨)، و إلا فالذاهب من ماله (١) و أما مع الإعواز فلا ضمان بلا خلاف فيه لئتمه خبر ابن مسلم المتقدم (و إن لم يجد من يدفعها إليه فبعث بها إلى أهلها فليس عليه ضمان).

(٢) تردد المصنف فى الإثم كاشف عن أن مراده من عدم جواز النقل عن بلد المال هو عدم جواز النقل بغير ضمان هذا من جهه و من جهه أخرى قد تقدم دليل القولين فى الاثم و عدمه.

(٣) و قد تقدمت، عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يعطى الزكاه يقسمها، أله أن يخرج الشىء منها من البلده التى هو فيها إلى غيرها؟ فقال عليه السلام: لا بأس) (١).

(٤) غير بلد المال.

(٥) سواء قلنا بجواز النقل أو بعدمه، و ذلك لصدق الامتثال الموجب للأجزاء، و عن بعض العامه أنه لا يجرى لأنه دفعها إلى غير من أمر بالدفع إليه، و ردّ بصدق الامتثال و لخبر ابن مسلم المتقدم (فهو لها ضامن حتى يدفعها) (٢).

(٦) أى على القول بأن النهى مفسد فى العبادات، و فيه إن النهى قد تعلق بجزء خارج عن حقيقه العباده لأن الزكاه كعباده هى الدفع إلى المستحق و النهى قد تعلق بالنقل.

(٧) قبل النقل.

(٨) متعلق بالعزل أى أن العزل متحقق بالنيه، هذا و لأنه بدون العزل لا تتعين الزكاه فى هذا المقدار فلو نقله و تلف لكان التالف من ماله و لكن الظاهر النصوص أن العزل إنما هو بالعزل الفعلى لا بالنيه ففى صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (إذا أخرج الرجل الزكاه من ماله ثم سماها لقوم فضاعت، أو أرسل بها إليهم فضاعت فلا شىء عليه) (٣) و فى موثق يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام (-) إلى أن قال :- إذا حال الحول فأخرجها من مالك و لا تخلطها بشىء، ثم أعطها كيف شئت) (٤) و مثلها غيرها.

ص: ٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٢ و ٣.

لعدم تعيينه، و إن عدم المستحق، ثم إن كان المستحق معدوما في البلد جاز العزل قطعا (١)، و إلا ففيه نظر (٢)، من أن الدين لا يتعين بدون قبض ماله، أو ما في حكمه مع الإمكان، و استقرب في الدروس صحة العزل بالنية مطلقا (٣)، و عليه (٤) تبتنى المسألة هنا، و أما نقل قدر الحق بدون النية فهو كنقل شيء من ماله، فلا شبهه في جوازه (٥) مطلقا (٦). فإذا صار في بلد آخر ففي جواز احتسابه على مستحقه مع وجودهم في بلده (٧) على القول بالمنع (٨) نظر، من عدم (٩) صدق النقل الموجب للتغيرير بالمال، و جواز (١٠) كون الحكمه نفع المستحقين بالبلد (١١) (١) لخبر أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الزكاه تجب عليّ في مواضع لا يمكنني أن أؤديها، قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت لها ضامن و لها الربح) (١).

(٢) بل عن العلامة في المنتهى و التذكرة، الجزم بجواز العزل حينئذ، و استقر به الشهيد في الدروس و قواه في الجواهر و يدل عليه صريح موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (زكاتي تحلّ عليّ في شهر، أ يصلح لي أن أحبس منها شيئا مخافه أن يجيئني من يسألني، يكون عندي عده، فقال عليه السلام: إذا حال الحول فأخرجها من مالك و لا تخلطها بشيء ثم أعطها كيف شئت) (٢). و منه يظهر ضعف ظاهر الشرائع من تخصيص العزل بصورة عدم المستحق.

(٣) مع وجود المستحق و عدمه.

(٤) أي على جواز العزل تبتنى مسأله النقل إلى غير بلد المال، و إلا فلو لم يجز العزل فلا يتعين المنقول أنه من الزكاه بل يكون من ماله الخاص.

(٥) أي جواز النقل.

(٦) وجد المستحق أو لا.

(٧) أي في البلد الأول.

(٨) منع النقل.

(٩) دليل جواز الاحتساب.

(١٠) دليل عدم جواز الاحتساب.

(١١) أي بلد المال فلا يجوز و منه لمستحقه في بلد آخر بأي صورة كان النقل.

ص: ٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

و عليه (١) يتفرع ما لو احتسب القيمة (٢) في غير بلده (٣)، أو المثل من غيره (٤).

الفصل الثالث. في المستحق

إشاره

(الفصل الثالث. في المستحق)

في المسكين و الفقير

اللام للجنس أو الاستغراق، فإن المستحقين لها ثمانية أصناف (٥) وهم الفقراء و المساكين (٦)، و يشملهما من لا يملك مئونه سنه (٧) فعلا- أو قوه (٨)، له (١) أى و على التنظر السابق المؤلف من احتماليين تتفرع مسأله أخرى و هى: جواز احتساب قيمه الزكاه أو مثلها فى غير بلدها، فعلى الاحتمال الأول يجوز و على الثانى فلا.

(٢) قيمه الزكاه.

(٣) أى فى غير بلد المال.

(٤) أى احتساب مثل الزكاه من غير المال الزكوى.

إلى ص ٦٧ ت *

هوامش كتاب اللمعه الزكاه حكمت من ص ٦٧

(٥) لقوله تعالى: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ، فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ، وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (١).

نعم فى الشرائع عدها سبعة بجعل الفقير و المسكين صنفا واحدا.

(٦) بنص الآيه المتقدمه و للأخبار الكثيره.

(٧) كما هو المشهور و للأخبار.

منها: خبر يونس بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (تحرم الزكاه على من عنده قوت السنه، و تجب الفطره على من عنده قوت السنه) (٢).

(٨) أما فعلا فلظاهر الأخبار و قد تقدم بعضها، و أما قوه للأخبار أيضا منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (قد تحلّ الزكاه لصاحب السبعمائه و تحرم على صاحب الخمسين درهما، فقلت له: و كيف يكون هذا؟ قال عليه السّلام: إذا كان صاحب

السبعمائه له عيال كثير فلو قسمها بينهم لم تكفه فليعف عنها نفسه و ليأخذها لعياله، و أما صاحب الخمسين فإنه يحرم عليه إذا كان وحده و هو محترف يعمل بها و هو يصيب منها ما يكفيه إن شاء الله(٣) و ظاهر الذيل لو لم تكفه الخمسين و لو بالقوه لجاز له الأخذ.

ص: ٥١

١- (١) سورة التوبه الآيه: ٦٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

و لعياله (١) الواجبى النفقه بحسب حاله فى الشرف و ما دونه (٢). و اختلف فى أن أيهما أسوأ حالا (٣)

(١) لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الزكاه هل تصلح لصاحب الدار و الخادم؟ فقال عليه السّلام: نعم، إلا أن تكون داره دار غله، نخرج له من غلتها دراهم ما يكفيه لنفسه و عياله، فإن لم تكن الغله تكفيه لنفسه و عياله فى طعامهم و كسوتهم و حاجتهم من غير إسراف فقد حلت الزكاه، فإن كانت الزكاه تكفيهم فلا) (١).

(٢) بلا خلاف فيه و لا إشكال لصحيح ابن أذينة عن غير واحد عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السّلام أنهما سئلا عن الرجل له دار أو خادم أو عبد أ يقبل الزكاه؟ قال: نعم إن الدار و الخادم ليسا بمال) (٢) و خبر عهد العزيز (دخلت أنا و أبو بصير على أبى عبد الله عليه السّلام، فقال له أبو بصير: إن لنا صديقا و هو رجل يدين بما تدين به، فقال:

من هذا يا أبا محمد الذى تزكاه؟ فقال: العباس بن الوليد بن صبيح، فقال: رحم الله الوليد بن صبيح ما له يا أبا محمد، قال: جعلت فداك، له دار تسوى أربعة آلاف درهم و له جاريه و له غلام يستقى على الجمل كل يوم ما بين الدرهمين إلى الأربعة سوى علف الجمل، و له عيال أ له أن يأخذ من الزكاه؟ قال: نعم، قال: و له هذه العروض؟ فقال:

يا أبا محمد فتأمرنى أن أمره ببيع داره و هى عزّه و مسقط رأسه أو يبيع خادمه الذى يقية الحر و البرد و يصون وجهه و وجه عياله، أو أمره أن يبيع غلامه و جملة و هو معيشته و قوته؟ بل يأخذ الزكاه فهى له حلال و لا يبيع داره و لا غلامه و لا جملة) (٣) و مثلها غيرها.

(٣) المشهور على أن المسكين أسوأ حالا للأخبار

منها: صحيح أبى بصير قلت لأبى عبد الله عليه السّلام (قول الله عز و جل: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسْكِينِ ، قال: الفقير الذى لا يسأل الناس، و المسكين أجهد منه، و البائس أجهدهم) (٣) و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سأله عن الفقير و المسكين فقال: الفقير الذى لا يسأل، و المسكين الذى هو أجهد منه الذى يسأل) (٤)، و نص عليه جماعه من أهل اللغة كما عن ابن دريد و ابن قتيبه و أبى زيد و أبى عبيده و يونس و الغراء و تغلب و أبى إسحاق و يعقوب و الأصمعى فى أحد قوليّه، و فى الصحاح عن يونس (الفقير احسن حالا من المسكين، و قلت لأعرابى: أ فقير أنت؟ فقال: بل و الله مسكين).

و عن ابن إدريس أن الفقير أسوأ حالا، و هو مردود فى قبال الأخبار المتقدمه.

ص: ٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢ و ٣.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٣ و ٢.

مع اشتراكهما فيما ذكر (١)، ولا - ثمره مهمه (٢) في تحقيق ذلك للإجماع على إرادته كل منهما من الآخر حيث يفرد، و على استحقاقهما من الزكاه، و لم يقعا مجتمعين إلا فيها (٣)، و إنما تظهر الفائده في أمور نادره (٤).

(و المروى) في صحيحه أبى بصير عن الصادق (ع) (أن المسكين أسوأ حالا) لأنه قال: «الفقير الذى لا يسأل الناس، و المسكين أجهد منه» و هو موافق لنص أهل اللغه أيضا، (و الدار و الخادم) اللاتقان بحال مالكهما كميه و كيفيه (من المئونه)، و مثلهما ثياب التجمل و فرس الركوب، و كتب العلم، و ثمنها لفاقدتها، و يتحقق مناسبه الحال فى الخادم بالعادة، أو الحاجه و لو إلى أزيد من واحد، و لو زاد أحدها فى إحداهما (٥) تعين الاقتصار على اللائق.

(و يمنع ذو الصنعه) (٦) اللائقه بحاله، (و الضيعه) (٧) و نحوها من العقار (إذا) (١) حكى غير واحد الاتفاق على دخول أحدهما فى الآخر عند الانفراد، و عدمه عند الاجتماع، بمعنى إذا اجتمعا افترقا و إذا افترقا اجتمعا.

(٢) لشيئين أولا - لما قلناه من أنه إذا اجتمعا افترقا و إذا افترقا اجتمعا، و ثانيا سواء كانا مختلفين مفهوما أو متفقين فقد ذكرا فى الآيه و الأخبار بعنوانى الفقير و المسكين.

(٣) أى فى الآيه.

(٤) فلو قلنا بوجوب البسط، أو كان أحدهما متعلقا لوصيه أو وقف أو نذر دون الآخر.

(٥) أى زاد أحد هذه المذكورات فى الكميه أو الكيفيه تعين الاقتصار على اللائق بشأنه فقط.

(٦) لموثق سماعه المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (و أما صاحب الخمسين فإنه يحرم عليه إذا كان وحده و هو محترف يعمل بها و هو يصيب منها ما يكفيه إن شاء الله) (١).

(٧) لموثق سماعه الآخر المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الزكاه هل تصلح لصاحب الدار و الخادم؟ فقال عليه السلام: نعم، إلا - أن تكون داره دار غله، فخرج له من غلتها دارهم ما يكفيه لنفسه و عياله، فإن لم تكن الغله تكفيه لنفسه و عياله فى طعامهم و كسوتهم و حاجتهم من غير إسراف فقد حلت له الزكاه، فإن كانت الزكاه تكفيهم فلا) (٢).

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

(نهضت بحاجته)، و المعبر في الضيعه نماؤها لا أصلها (١) في المشهور، و قيل (٢):

يعبر الأصل، و مستند المشهور ضعيف (٣)، و كذا الصنعه بالنسبه إلى الآلات (٤)، و لو اشتغل عن الكسب بطلب علم ديني جاز له (٥) تناولها و إن قدر عليه لو ترك نعم لو أمكن الجمع بما لا ينافيه تعين (٦)، (و إلا) تنهضا (٧) بحاجته (تناول) (١) بمعنى أن النماء إذا كان وافيا بمثونه السنه فلا يجوز له الأخذ من الزكاه و إلا فيجوز و إن كان أصل الضيعه أكثر من مثونه السنه لإطلاق موثق سماعه المتقدم و لصحيح معاويه بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل يكون له ثلاثمائة درهم أو أربعمائه درهم و له عيال و هو يحترف فلا يصيب نفقته فيها، أ يكب فيأكلها و لا يأخذ الزكاه، أو يأخذ الزكاه؟ قال: لا بل ينظر إلى فضلها فيقوت بها نفسه و من وسعه ذلك من عياله، و يأخذ البقيه من الزكاه و يتصرف بهذه لا ينفقها) (١).

(٢) كما عن جماعه لا يجوز أخذ الزكاه إذا كان الأصل أكثر من مثونه السنه لخبر أبي بصير (سمعت أبا عبد الله يقول: يأخذ الزكاه صاحب السبعمائنه إذا لم يجد غيره، قلت: فإن صاحب السبعمائنه تجب عليه الزكاه؟ قال: زكاته صدقه على عياله، و لا يأخذها إلا أن يكون إذا اعتمد على السبعمائنه أنفذهما في أقل من سنه فهذا يأخذها) (٢) فالمدار على أن الأصل إذا كان أقل من مثونه السنه فيجوز له أخذ الزكاه حينئذ و إلا فلا.

(٣) لأن دليل المشهور موثق سماعه و هو واقفي، كذا قيل، و فيه: إن مستند المشهور أيضا صحيح معاويه بن وهب و هو صريح في أن المدار على النماء لا على الأصل.

(٤) لأن الكلام في الأخبار بالنسبه للدرهم إنما هو من باب المثال فيجرى في الضيعه و في آلات العمل و الصنعه و كل مثونه لتحصيل الربح.

(٥) إذا كان طلب العلم واجبا عينا أو كفايه عليه و هو من أهله، فالوجوب مانع عن التكسب إذ المراد من القدره على التكسب ما يعم القدره الشرعيه، و إذا كان طلب العلم مستحبا فكذا كما عن جماعه لأنه لو تلبس به لكان غير قادر شرعا عن التكسب.

و أما إذا كان طلب العلم من المباح كالفلسفه و الرياضيات و العروض و العلوم الأدبيه لمن لا يريد التفقه فالتلبس به لا يجعله ممنوعا شرعا عن التكسب فلا يجوز له أخذ الزكاه.

(٦) لأن التلبس بطلب العلم لا يمنع عن التكسب بحسب الفرض، و القادر على التكسب يجب عليه حينئذ و يمنع عن أخذ الزكاه.

(٧) أي الصنعه و الضيعه.

ص: ٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

(التممه) (١) لمثونه السنه (لا غير) إن أخذها دفعه، أو دفعات، أما لو أعطى ما يزيد دفعه صح كغير المكتسب (٢)، وقيل: بالفرق و استحسنة المصنف فى البيان، و هو ظاهر إطلاقه هنا (٣) و تردّد فى الدروس. و من تجب نفقته على غيره غنى مع بذل المنفق (٤)، لا بدونه مع عجزه (٥).

فى الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا

(و الْعَامِلُونَ) (٦) عليها (و هم السعاه فى تحصيلها) و تحصيلها بجبايه، و ولايه، (١) لصحيح ابن وهب المتقدم و كذا غيره.

(٢) لا يجوز إعطاء الفقير أكثر من مثونه سنته إذا كان الدفع على دفعات لأنه عند تملكه مثونه السنه يصير غنيا شرعا فلا يجوز له أخذ الزائد بلا فرق بين المكتسب الذى يقصر كسبه عن مثوته و بين صاحب الضيعه و غيرهما.

أما لو كان الدفع على دفعه واحده فيجوز إعطاؤه ما يغنيه و إن جاوز مثونه السنه و هو قول علمائنا أجمع كما فى المنتهى و يدل عليه أخبار منها: صحيح سعيد بن غزوان عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته كم يعطى الرجل الواحد من الزكاه؟ فقال: أعطه من الزكاه حتى تغنيه) (١) و موثق إسحاق بن عمار عن أبى الحسن موسى عليه السلام (نعم و أغنه إن قدرت على أن تغنيه) ٢ و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل كم يعطى الرجل من الزكاه؟ قال: قال أبو جعفر عليه السلام: إذا أعطيت فأغنه) ٣

نعم وقع الخلاف بينهم فى أن الإغناء الزائد عن كفايته حولا- هل هو مخصوص بغير المكتسب، أى بغير صاحب الصنعه التى ينقص ربحها عن مثونه السنه و هو قول جماعه و استحسنة الشهيد فى البيان تمسكا بصحيح معاويه بن وهب المتقدم لقوله عليه السلام (و يأخذ البقيه من الزكاه) (٢) ، و فيه: إن الخبر لم يصرح فى منع الزائد إذا كان الدفع دفعه واحده فضلا عن أن الخبر وارد فى صاحب المال الذى يتجر به لا فى صاحب الصنعه، فالقول بجواز الدفع إلى حد الغنى دفعه واحده سواء كان مكتسبا أو غيره كما عليه المشهور و هو الأقوى.

(٣) حيث قال (لا غير).

(٤) فيصير غنيا شرعا لتملكه مثونه سنته فعلا أو قوه.

(٥) أى عجز المعال عن التكسب.

(٦) لنص الآيه المتقدمه و الأخبار عليه كثيره (٣).

ص: ٥٥

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٥ و ٣ و ٤ .

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١ .

٣- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه، و غيره .

و كتابه، و حفظ، و حساب، و قسمه، و غيرها (١)، و لا يشترط فقرهم (٢)، لأنهم قسيمهم، ثم أن عتین لهم قدر بجعله، أو إجاره تعین، و إن قصر ما حصلوه عنه فيكمل لهم من بيت المال، و إلا أعطوا بحسب ما يراه الإمام (٣).

في المؤلفه قلوبهم

(و المؤلفه قلوبهم (٤)).

(١) بل كل من يصدق عليه أنه عامل عليها يجوز له الأخذ من الزكاه بعنوان الجعالة أو الأجره على حسب ما وقع بينه و بين الحاكم.

(٢) بلا خلاف فيه لأنهم قسيم الفقراء في الآيه.

(٣) و يدل عليه صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: ما يعطى المصدق؟ قال: ما يرى الامام و لا يقدر له شيء) (١) و قال في مصباح المنير: (المصدق هو الذي يأخذ صدقات النعم).

(٤) لنص الآيه، و لذا أجمع العلماء على أن المؤلفه قلوبهم سهما من الزكاه، و إنما الخلاف في أن التأليف مختص بالكفار و هذا ما عليه المشهور، أو يشمل المسلمين أيضا و هذا ما ذهب إليه المفيد و جماعه، و عن الاسكافي و الحدائق و السرائر أنهم طائفه من المنافقين.

و دليل الأول إجماع الشيخ في المبسوط و الخلاف، و عن حاشيه الإرشاد لولد الكركي قال (المروى إنهم قوم كفار).

و دليل الثالث أخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته قول الله عز و جل: و المؤلفه قلوبهم، قال عليه السلام: هم قوم وحدوا الله عز و جل، و خلعوا عباده من يعبد من دون الله عز و جل، و شهدوا أن لا إله إلا الله و أن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و هم في ذلك شكاك في بعض ما جاء به محمد صلى الله عليه و آله و سلم، فأمر الله نبيه أن يتألفهم بالمال و العطاء لكي يحسن إسلامهم، و يثبتوا على دينهم الذي دخلوا فيه، و أقروا به، و إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم حنين تألف رؤساء العرب من قريش و سائر مضر، منهم أبو سفيان بن حرب و عيينه بن حصين الفزاري و أشباههم من الناس فغضبت الأنصار) (٢) الحديث، و خبره الآخر عنه عليه السلام (المؤلفه قلوبهم قوم وحدوا الله عز و جل، و خلقوا عباده من دون الله تعالى، و لم تدخل معرفه قلوبهم أن محمد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يتألفهم و يعرفهم كيما يعرفوا و يعلمهم) (٣).

ص: ٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٤.

٢- (٢) أصول الكافي ج ٢، باب المؤلفه قلوبهم حديث ٢.

٣- (٣) أصول الكافي ج ٢ باب المؤلفه قلوبهم حديث ١.

(وهم كفار يستمالون إلى الجهاد) (١) بالإسهام لهم منها،(قيل) و القائل المفيد و الفاضلان (و مسلمون أيضا) و هم (٢) أربع فرق (٣)، قوم لهم نظراء من المشركين إذا أعطى المسلمون رغب نظراؤهم في الإسلام، و قوم نياتهم ضعيفه في الدين يرجى بإعطائهم قوه نيتهم، و قوم بأطراف بلاد الإسلام إذا أعطوا منعوا الكفار من الدخول، أو رغبوهم في الإسلام، و قوم جاوروا قوما تجب عليهم الزكاه إذا أعطوا منها جبوها منهم و أغنوا عن عامل. و نسبة المصنف إلى القيل، لعدم اقتضاء ذلك الاسم، إذ يمكن رد ما عدا الأخير إلى سبيل الله، و الأخير إلى العمال.

و دليل الثانى إطلاق الآيه، و لصحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (-) إلى أن قال - سهم المُولَّفِ قُلُوبُهُمْ و سهم الرقاب عام و الباقي خاص (١) و فيه: إن المراد بالعام لا ما يشمل الكافر بل ما يشمل المسلم غير العارف حتى يثبت على الدين كما هو صريح صدر هذا الصحيح فراجع، و إطلاق الآيه مقيد بالنصوص التى تقدمت فى دليل القول الثالث و عليه فالقول الثالث قوى.

(١) بل يستمالون لتقويه إسلامهم كما تقدم.

(٢) أى المسلمون.

(٣) نقل عن المحقق فى المعتبر عن الشافعى (أنه قَسَمَ المُولَّفَ قلوبهم إلى قسمين مسلمين و مشركين و قال: إن المشركين ضربان: ضرب لهم قوه و شوكة يخاف منهم فإن أعطوا كفوا شرهم و كف غيرهم معهم، و ضرب لهم ميل إلى الإسلام فيعطون من سهم المصالح لتقوى نيتهم فى الإسلام و يميلون إليه، و المسلمين أربعة. قوم لهم نظراء فإذا أعطوا رغب نظراؤهم، و قوم فى نياتهم ضعف فيعطون لتقوى نياتهم، و قوم من الإعراب فى أطراف بلاد الإسلام بإزائهم قوم من أهل الشرك فإذا أعطوا رغب الآخرون، و قوم بإزائهم آخرون من أصحاب الصدقات فإذا أعطوا جبوها و أغنوا الإمام عن عامل، و قال المحقق عقيب ذلك: و لست أرى بهذا التفصيل بأسا) و فيه: إن القسم الأخير من العاملين لا المُولَّفَ قلوبهم و القسم الثالث لم يكن العطاء لتأليف قلوب المعطى إليه بل تأليف قلب غيره مع أن ظاهر الآيه أن العطاء لتأليف قلب من يعطى و كذا القسم الأول، و أما القسم الثانى فإن كان المراد من ضعف النيه هو ضعف الإسلام فهذا راجع إلى المنافقين، و إن كان المراد منه ضعف النيه عن الجهاد فهذا مما لا دليل عليه.

ص: ٥٧

و حيث لا- يوجب البسط (١)، و تجعل الآيه لبيان المصرف كما هو المنصور تقل فائده الخلاف (٢)، لجواز إعطاء الجميع (٣) من الزكاه فى الجملة (٤).

فى الرقاب

(و فى الرقابِ) (٥). جعل الرقاب ظرفا للاستحقاق تبعا للآيه، و تبيها على أن (١) بلا إشكال و لا خلاف فيه بيننا للأخبار منها: صحيح عبد الكريم الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال لعمر بن عبيد فى احتجاجه عليه: ما تقول فى الصدقه فقرا عليه الآيه: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا، إلى آخر الآيه، قال: نعم فكيف تقسمها؟ قال: أقسمها على ثمانيه أجزاء فأعطى كل جزء من الثمانيه جزء، قال عليه السلام: و إن كان صنف منهم عشره آلاف و صنف منهم رجلا واحدا أو رجلين أو ثلاثه، جعلت لهذا الواحد ما جعلت للعشره آلاف؟ قال: نعم، قال عليه السلام: و تجمع صدقات أهل الحضر و أهل البوادي فتجعلهم فيها سواء؟ قال: نعم، قال عليه السلام: فقد خالفت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى كل ما قلت فى سيرته، كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقسم صدقه أهل البوادي فى أهل البوادي، و صدقه أهل الحضر فى أهل الحضر، و لا يقسمها بينهم بالسويه، و إنما يقسمها على قدر ما يحضرها منهم و ما يرى، و قال: و ليس فى ذلك شىء موقت موظف، و إنما يصنع ذلك بما يرى على قدر من يحضرها منهم) (١)، و من هذه الأخبار يستفاد أن اللام فى قوله تعالى: إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فى الرقابِ وَ الغارمينِ وَ فى سبيلِ اللهِ وَ ابنِ السَّبِيلِ (٢)، إنما هى لبيان مواضع الزكاه و ليست للتمليك، و عن بعض العامه أن اللام للملك و عطف بعضهم على بعض بالواو يلزم التشريك و البسط عليهم، و هو ضعيف فى قبال ما عرفت من الأخبار.

(٢) فى معنى مصاديق المؤلفه قلوبهم.

(٣) ممن قيل أنه يأخذ سهم المؤلفه قلوبهم.

(٤) و إن كان بغير عنوان التأليف، و قد عرفت عدم جواز إعطاء بعض هذه الأقسام و أن العطاء للمنافقين فقط.

(٥) لنص الآيه المتقدمه، و إنما أتى المصنف هنا بلفظ (فى)، و لم يجعل المستحق نفس الرقاب على نهج ما قبله، متابعه للآيه الشريفه، و ذكر جمع من المفسرين أن العدول فى الرقاب من (اللام) إلى (فى) أن الأصناف الأربعة الأولى يصرف المال إليهم حتى يتصرفوا فيه كيف شاءوا، و أما الأربعة الأخيره فلا يصرف المال إليهم كذلك بل يصرف فى الحاجات

ص: ٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) سورة التوبه الآيه: ٦٠.

استحقاقهم ليس على وجه الملك، أو الاختصاص (١) كغيرهم، إذ يتعين عليهم صرفها في الوجه الخاص، بخلاف غيرهم، و مثلهم في سبيل الله و المناسب لبيان المستحقّ التعبير بالرقاب و سبيل الله، بغير حرف الجر (و هم المكاتبون) (٢) مع قصور كسبهم عن أداء مال الكتابه،(و العبيد تحت الشده) (٣) عند مولاهم، أو من سلط عليهم، و المرجع فيها (٤) إلى العرف (٥)، فيشترى منها و يعتقدون بعد الشراء، و نيه الزكاه مقارنة لدفع الثمن إلى البائع (٦)، أو للعتق (٧)، و يجوز شراء العبد و إن - المستفاده من الصفات التي لأجلها استحقوا الزكاه، ففي الرقاب توضع الزكاه في تخليص رقابهم من الأسر و الرق، و في الغارمين تصرف الزكاه في قضاء ديونهم، و كذا في سبيل الله و ابن السبيل.

(١) لأن (اللام) تدل عليهما بخلاف (في).

(٢) أي المكاتب العاجز عن أداء الكتابه بلا خلاف فيه لإطلاق الآيه، و لمرسل أبي إسحاق عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن مكاتب عجز عن مكاتبته و قد أدى بعضها، قال عليه السّلام:

يؤدى عنه من مال الصدقه، إن الله تعالى يقول في كتابه: وَ فِي الرِّقَابِ (١).

(٣) بلا- خلاف فيه لإطلاق الآيه و لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يجتمع عنده من الزكاه الخمسمائه و الستمائيه يشترى بها نسمة و يعتقها، قال عليه السّلام: إذا يظلم قوما آخرين حقوقهم، ثم مكث مليا ثم قال: إلا أن يكون عبدا مسلما في ضروره فيشترىه و يعتقه) (٢).

(٤) أي في الشده.

(٥) كما في سائر الألفاظ التي لم يرد تحديد لمعانيها من قبل الشارح، و قد فسرت الشده بأنها الصعوبه التي لا يقدم عليها العقلاء.

(٦) أي عند الشراء.

(٧) فيتحقق الامتثال بهما، إما عند الشراء فلأنه حينئذ يدفع الزكاه، و إما عند العتق لأنه بعد الشراء يصير العبد من أهل الصدقه فيكون إيصاله إلى الفقراء بعته عنهم، و في الثاني ضعف ظاهر لأنه عفته إيصال نفع إليه لا إلى الفقراء و مقارنة نيه للعتق على خلاف ظاهر الآيه الدال على أن دفع الزكاه عند الشراء فيتعين أن تكون فيه الزكاه عند الشراء.

ص: ٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

لم يكن في شدة مع تعذر المستحق (١) مطلقا (٢) على الأقوى، و معه (٣) من سهم سبيل الله إن جعلناه كل قربه.

في الغارمين

(و الغارمون (٤). و هم المسدينون في غير معصيه) و لا يتمكنون من القضاء (٥) فلو استدانوا و أنفقوه في معصيه منعوا من سهم الغارمين (٦)، و جاز من سهم الفقراء (٧) إن كانوا منهم بعد التوبه، إن اشترطناها (٨)، أو من سهم سبيل الله (٩) (١) قال في المعبر: (إن عليه فقهاء الأصحاب) و يدل عليه موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل أخرج زكاه ماله ألف درهم، فلم يجد موضعا يدفع ذلك إليه، فنظر إلى مملوك يباع فيمن يريده، فاشتراه بتلك الألف الدراهم التي أخرجها من زكاته فأعتقه، هل يجوز ذلك؟ قال: نعم لا بأس بذلك) (١) و ذهب جماعه إلى كونه بعنوان سبيل الله، لا بعنوان (و في الرقاب) من أجل عدم التعارض بينه و بين صحيح أبي بصير المتقدم.

(٢) من أى سهم كان.

(٣) أى مع وجود المستحق.

(٤) بلا خلاف فيه لنص الآيه المتقدمه.

(٥) فلو كان متمكنا فلا يجوز دفع الزكاه له، لأنها شرعت لسد الخله و دفع الحاجه، و المتمكن من القضاء غير محتاج إليها.

(٦) بلا خلاف فيه و يدل عليه ما رواه على بن إبراهيم في تفسيره مرسلا عن العالم عليه السلام (و الغارمين قوم قد وقعت عليهم ديون أنفقوها في طاعه الله من غير إسراف فيجب على الإمام أن يقضى عنهم و يفكهم من مال الصدقات) (٢) و خبر محمد بن سليمان عن الإمام الرضا عليه السلام (فيقضى عنه ما عليه من سهم الغارمين إذا كان أنفقه في طاعه الله، فإن كان أنفقه في معصيه الله فلا شيء على الإمام) (٣).

(٧) لأنه فقير عاجز عن أداء الدين الذي هو من المثونه، نعم لا يعطى بعنوان الغارم لثلا ينافى الاخبار المتقدمه.

(٨) أى إذا اشترطنا التوبه لاشتراط العدالة في الفقير المستحق للزكاه.

(٩) بناء على أن سبيله كل قربه، و رفع الدين عن المسلم مما يتقرب به إلى الله سبحانه و تعالى.

ص: ٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين حديث ٣.

(و المروى) عن الرضا عليه السّلام مرسلًا (أنه لا يعطى مجهول الحال) (١) فيما أنفق هل هو فى طاعه أو معصيه، و للشك فى الشرط، و أجازة جماعه حملا لتصرف المسلم على الجائز، و هو قوى، (و يقاصّ الفقير بها) (٢) بأن يحتسبها صاحب الدين عليه إن كانت عليه (٣) و يأخذها مقاصّه من دينه و إن لم يقبضها المديون و لم يوكل فى قبضها، و كذا يجوز لمن هى عليه دفعها إلى رب الدين كذلك (٤)، (و إن مات) المديون مع قصور تركته عن الوفاء (٥)، أو جهل الوارث بالدين، أو جحوده و عدم (١) بالنسبه إلى أن الدين قد صرفه فى طاعه أو معصيه، فذهب الأكثر إلى جواز الإعطاء له لإطلاق الأخبار المتقدمه و أما احتمال الإنفاق فى المعصيه فمنفى بأصالة العدم أو بأصالة الصحه فى أفعال المسلم، و ذهبت جماعه إلى عدم جواز الإعطاء للشك فى شرط الاستحقاق و هو الإنفاق فى الطاعه، و لخبر محمد بن سليمان عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبا محمد (سئل الرضا عليه السّلام عن رجل و أنا أستمع - إلى أن قال السائل -: و هو لا يعلم فيما أنفق فى طاعه الله أم فى معصيته؟ قال عليه السّلام: يسعى له فى ماله و يردّه عليه و هو صاغر) (١).

(٢) لأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا الحسن الأول عليه السّلام عن دين لى على قوم قد طال حبسه عندهم لا يقدر على قضائه و هم مستوجبون للزكاه، هل لى أن أدعه فاحتسب به عليهم من الزكاه؟ قال عليه السّلام: نعم) (٢) و ظاهر الأخبار جواز أخذ الدين مقاصه و إن لم يقبض المديون الزكاه و لم يوكل فى قبضها و لم يأذن فى جواز المقاصه.

(٣) أى إن كانت الزكاه على صاحب الدين.

(٤) و إن لم يقبضها المديون لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٥) فتجوز المقاصه لأنه كالحى فى شغل ذمته بالدين غير القادر على الوفاء به بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل عارف فاضل توفى و ترك عليه دينًا لم يكن بمفسد و لا مسرف و لا معروف المسأل، هل يقضى عنه من الزكاه الألف و الألفان؟ قال: نعم) (٣) و خبر يونس بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قرض -

ص: ٦١

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب مستحقى الدين حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

إمكان إثباته شرعا، و الأخذ منه مقاصه (١).

و قيل: يجوز مطلقا (٢). بناء على انتقال التركة إلى الوارث، فيصير فقيرا و هو ضعيف لتوقف تمكنه منها (٣) على قضاء الدين لو قيل به، (أو كان واجب النفقه) (٤) أى كان الدين على من تجب نفقته على رب الدين، فإنه يجوز مقاصته به منها، و لا يمنع منها و جوب نفقته، لأن الواجب هو المئونه، لا- وفاء الدين، و كذا- المؤمن غنيمه و تعجيل أجر، إن أيسر قضاك، و إن مات قبل ذلك احتسبت به من الزكاه) (١).

و صحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل حلت عليه الزكاه و مات أبوه و عليه دين، أ يؤدي زكاته فى دين أبيه و للابن مال كثير، فقال عليه السلام: إن كان أبوه أورثه مالا- ثم ظهر عليه دين لم يعلم به يومئذ فيقضيه عنه قضاه من جميع الميراث، و لم يقضه من زكاته، و إن لم يكن أورثه مالا لم يكن أحد احق بزكاته من دين أبيه فإذا أداها فى دين أبيه على هذه الحال أجزأت عنه) (٢) و هذه الأخبار ظاهره فى اعتبار قصور التركة عن الوفاء بالدين، بل لا يبعد جواز الاحتساب إذا تعذر الاستيفاء من التركة إما لعدم إمكان إثبات الدين و إما لغير ذلك، و عن العلامة فى المختلف و المنتهى و ابن إدريس و المحقق و الشهيد بل و عن نهايه الشيخ جواز الوفاء مطلقا سواء كانت التركة قاصره عن الوفاء أو لا لأن التركة قد انتقلت إلى الوارث بالموت فيكون الميت حينئذ فقيرا، و فيه: إن حق الدين متعلق بها كما هو مفاد قوله تعالى:

و لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعَ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يَوْصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ (٣) الآيه.

(١) أى و لا يمكن الأخذ من الوارث الجاهل و الجاحد قعاصه.

(٢) سواء قصرت التركة أو لا.

(٣) أى توقف تمكن الوارث من التركة على قضاء الدين، لو قيل إن الانتقال متحقق بالموت، لكن ظاهر الآيه أن الانتقال بعد قضاء الدين و الوصيه.

(٤) فيجوز أن يقاصه بها، لأن واجب النفقه كالأجنبي بالنسبه لوفاء الدين فتشمله الأدله السابقه و لصحيح إسحاق بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل على أبيه دين، و لأبيه مئونه، أ يعطى أباه من زكاته يقضى دينه؟ قال: نعم و من أحق من أبيه) (٤) و إذا

ص: ٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٣- (٣) سورة النساء الآيه: ١٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

يجوز له الدفع إليه ليقضيه إذا كان لغيره (١)، كما يجوز إعطاؤه غيره (٢) مما لا يجب بذله كنفقه الزوجه.

فى سبيل الله

(و فى سبيل الله (٣). و هو القرب كلها) (٤) على أصح القولين، لأن سبيل الله لغه: الطريق إليه، و المراد هنا الطريق إلى رضوانه و ثوابه، لاستحاله التحيز عليه فيدخل فيه ما كان وصله إلى ذلك، كعماره المساجد و معونه المحتاجين، و إصلاح ذات البين و إقامة نظام العلم و الدين، و ينبغي تقييده بما لا يكون فيه معونه لغنى (٥) -جاز أن يقضى دينه من الزكاه جاز أن يقاصه منها لأن الروايه تدل على أن قضاء الدين ليست من النفقه الواجبه عليه.

(١) أى إذا كان الدين لغير من عليه النفقه.

(٢) أى إعطاء واجب النفقه غير الدين مما لا يجب بذله عليه، فيجوز إعطاؤه من الزكاه فيجوز للابن إعطاء أبيه نفقه الزوجه، لأن هذه النفقه لا تجب على الابن إذا لم تكن أمه بل هى على الأب.

(٣) بلا خلاف فيه لنص الآيه الشريفة المتقدمه.

(٤) على المشهور و يدل عليه مرسل على بن إبراهيم عن العالم عليه السلام (و فى سبيل الله قوم يخرجون فى الجهاد، و ليس عندهم ما يتقون به، أو قوم من المؤمنين ليس عندهم ما يحجون به، أو فى جميع سبل الخير، فعلى الإمام أن يعطيهم من مال الصدقات حتى يقووا على الحج و الجهاد) (١).

و عن جماعه منهم الصدوق و المفيد الشيخ فى النهايه من أن المراد به هو الجهاد لا غير لخبر يونس بن يعقوب (فيمن أوصى عند موته أن يعطى شىء فى سبيل الله و كان لا يعرف هذا الأمر، فقال أبو عبد الله عليه السلام: لو أن رجلا أوصى إلى بوصيه أن أضع فى يهودى أو نصرانى لوضعتة فيهما، إن الله عز و جل يقول: فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُدْلُونَهُ، فانظر إلى من يخرج إلى هذا الوجه - يعنى الثغور - فابعثوا به إليه) (٢).

و فيه: إنه غير ظاهر فى حصر السبيل بالجهاد، بل ظاهر فى أن الجهاد من سبيل الله فلا يعارض ما تقدم.

(٥) اعلم أن صرف الزكاه تاره لشخص من حيث هو و أخرى فى عمل محبوب لله جل و علا قيل الحج و الزياره و الدعاء و غير ذلك، فإن كان محل العرف نفس الشخص فلا تحل -

ص: ٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الوصايا حديث ٤.

لا يدخل فى الأصناف (١)، وقيل: يختص بالجهاد السائغ، و المروى الأول.

فى ابن السبيل

(و ابن السبيل (٢). وهو المنقطع به) (٣) فى غير بلده، (و لا يمنع غناه فى بلده مع عدم تمكنه من الاعتياض عنه) (٤) ببيع، أو اقتراض، أو غيرهما، و حينئذ فيعطى ما يلىق بحاله (٥) من المأكل، و الملبوس، و المركوب، إلى أن يصل إلى بلده بعد قضاء الوطر، أو إلى محل يمكنه الاعتياض فيه (٦)، فيمنع حينئذ، و يجب رد قضاء الموجود منه و إن كان مأكولا على مالكة (٧)، أو وكيله، فإن تعذر فإلى الحاكم، فإن تعذر صرفه بنفسه إلى مستحق الزكاه. و منشئ السفر مع حاجته -لغنى لقوله صلى الله عليه و آله و سلم (لا تحل الصدقة لغنى) (١)، و إن كان محل الصرف تلك الجهة المحبوبة فتحل للغنى كما تحل للفقير كما لو صرف المال فى القناطر و الخانات و العمارات المعده للزوار و الحجاج.

(١) أما الداخل فيها كالعامل فإنه لا يشترط فقره، فيجوز إعطاؤه سكن لا بعنوان أنه فقير بل بعنوان آخر.

(٢) بلا خلاف فيه لنص الآيه الشريفه المتقدمه.

(٣) و يدل عليه مرسل على بن إبراهيم عن العالم عليه السلام (و ابن السبيل أبناء الطريق الذين يكونون فى الأسفار فى طاعه الله فينقطع عليهم، و يذهب مالهم فعلى الإمام أن يردهم إلى أوطانهم من مال الصدقات) (٢).

(٤) أى لا- يمكن أخذ عوض ماله، كما عليه المشهور لأن الانقطاع كفايه عن عدم التمكن من السير، و إطلاقه يقتضى عدم التمكن من الاستدانه كما يقتضى عدم التمكن من التصرف فى ماله الغائب.

(٥) فيعطى بقدر الكفايه لظهور الآيه فى كون جهه السبيل مصرفا للزكاه نظير الغارمين و الرقاب لا نظير الفقراء، و عليه فلا فضل شىء من الزكاه و لو من أجل التضييق على نفسه لزم إرجاعه إلى الدافع.

(٦) فبعد الوصول إلى إحداهما فلا ينطبق عنوان ابن السبيل فى الأول و لا عنوان المنقطع فى الثانى.

(٧) لاستصحاب بقاء ولايه المالك على تعيين المستحق.

ص: ٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٧.

إليه (١)، و لا- يقدر على مال يبلغه، ابن سبيل على الأقوى (٢). (و منه) أى من ابن السبيل (الضيف) (٣)، بل قيل: بانحصاره فيه (٤) إذا كان نائيا عن بلده و إن كان غنيا فيها، مع حاجته إلى الضيافة، و النيه (٥) عند شروعه فى الأكل، و لا يحتسب عليه إلا ما أكل (٦) و إن كان مجهولا (٧).

فى اشتراط العدالة فى الأصناف

(و يشترط العدالة (٨) فىمن عدا المؤلفه) قلوبهم من أصناف المستحقين، أمّا (١) أى إلى السفر.

(٢) كما عليه ابن الجنيد و الشهيد، و عن الأكثر ليس بابن سبيل لكون الظاهر منه هو المتلبس بالسفر.

(٣) و هو الذى يحتاج إلى الضيافة فإنه لا يخرج بها عن كونه ابن سبيل لأنه مسافر فيعطى من سهم ابن السبيل، و يجوز احتساب ما يأكله عنده من الزكاه عليه لعدم وجوب النفقه على المضيف، و الداعى لذكر الفقهاء للمضيف بيان أنه بالضيافه المحتاج إليها لا يخرج عن كونه ابن سبيل.

(٤) كما عن الطبرسى و سلار و ابن زهره و المفيد فى المقنعه.

(٥) أى نيه الزكاه عند الأكل لأنه وقت الدفع إليه.

(٦) و بقدره يكون قد ملك لا بقدر ما قدم إليه.

(٧) أى و إن كان المأكول مجهولا حين النيه، لكنه معلوم حين الاحتساب و بعد الفراغ من الأكل.

(٨) المحكى عن الشيخ و الحلبي و القاضى و ابنى حمزه و زهره و الحلبي اشتراط العدالة للنهى عن الركون إلى الظالمين و معونتهم و مهادنتهم، و نسب إلى السيد فى الانتصار و جماعه اعتبار مجانبه الكبائر فقط كالخمر و الزنا لمضمرة داود الصرمى (سألته عن شارب الخمر يعطى من الزكاه شيئا؟ قال عليه السلام: لا) (١) و يتعدى عنه إلى كل كبيره لعدم خصوصيه فى الخمر.

و نسب إلى ابنى بابويه و الفاضلين و جمهور المتأخرين عدم اعتبار شىء عملا بإطلاق الأدله خصوصا الآيه الشريفه مع ضعف المقيّد السابق، و لمرسله العلل عن بشر بن بشار (قلت للرجل. يعنى أبا الحسن عليه السلام. ما حدّ المؤمن الذى يعطى من الزكاه؟ قال: يعطى المؤمن ثلاثه آلاف، ثم قال: أو عشره آلاف، و يعطى الفاجر بقدر، لأن المؤمن ينفقها فى طاعه الله و الفاجر فى معصيه الله) (٢)، فالأقوى عدم اشتراط العدالة نعم لا يجوز الدفع لمن يصرفها فى المعاصى لأنه أعانه على الإثم.

ص: ٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

المؤلفه فلا لأن كفرهم مانع من العدالة، والغرض منهم يحصل بدونها أما اعتبار عداله العامل فموضع وفاق (١)، أما غيره فاشتراط عدالته أحد الأقوال في المسأله، بل ادعى المرتضى فيه الإجماع، (و لو كان السفر) من ابن السبيل (معصيه منع) (٢) كما يمنع الفاسق في غيره (٣)، (و) لا تعتبر العدالة (في الطفل)، لعدم إمكانها فيه (٤)، بل (يعطى الطفل و لو كان أبواه فاسقين) اتفقا (٥)، (و قيل: المعتبر) في المستحق غير من استثنى باشتراط العدالة (٦)، أو بعدمها (٧) (تجنب الكبائر) دون غيرها من الذنوب و إن أوجبت فسقا، لأن النص ورد على منع شارب الخمر و هو من الكبائر، و لم يدل على منع الفاسق مطلقا، و ألحق به غيره من الكبائر للمساواه.

و فيه نظر لمنع المساواه (٨)، و بطلان القياس، و الصغائر إن أصرَّ عليها ألحقت بالكبائر، و إلا لم توجب الفسق، و المروءه غير معتبره في العدالة هنا على ما صرح (١) فقد ادعى عليه الإجماع عن غير واحد و هو الحججه كما في الجواهر، و لصحيح برید بن معاويه عن أبي عبد الله عليه السلام (بعث أمير المؤمنين عليه السلام مصدقا من الكوفه إلى باديتها فقال له: يا عبد الله انطلق. إلى أن قال. فإذا قبضته فلا توكل به إلا ناصحا شفيقا أمينا حفيظا غير مصنف بشيء منها) (١). باعتبار أنه لا أمانه لغير العادل، و فيه ضعف ظاهر.

(٢) قد تقدم.

(٣) أي غير ابن السبيل.

(٤) لأن العدالة فرع التكليف و هو منتف عن غير البالغ، و لخبر عبد الرحمن بن الحجاج (قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل مسلم مملوك، و مولاه رجل مسلم و له مال يزكيه، و للمملوك ولد صغير حرّ أ يجزى مولاه أن يعطى ابن عبده من الزكاه؟ فقال: لا بأس به) (٢) و مثله غيره.

(٥) لإطلاق الأخبار و قد تقدم منها خبر ابن الحجاج.

(٦) كالعاملين عليها.

(٧) كالمؤلفه قلوبهم.

(٨) لأن بعض الكبائر أكبر من بعض.

ص: ٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

به المصنف فى شرح الإرشاد فلزم من اشتراط تجنب الكبائر اشتراط العدالة، و مع ذلك لا دليل على اعتبارها، و الإجماع ممنوع، و المصنف لم يرحح اعتبارها، إلا- فى هذا الكتاب، و لو اعتبرت لزم منع الطفل، لتعذرها منه، و تعذر الشرط غير كاف فى سقوطه، و خروجه بالإجماع موضع تأمل (١).

فى إعاده المخالف زكاته

(و يعيد المخالف (٢) الزكاه لو أعطاهها مثله)، بل غير المستحق مطلقا (و لا يعيد باقى العبادات) (٣) التى أوقعها على وجهها بحسب معتقده و الفرق أن الزكاه دين و قد دفعه إلى غير مستحقه، و العبادات حق الله تعالى و قد أسقطها عنه (٤) رحمه كما أسقطها عن الكافر إذا أسلم، و لم كان المخالف قد تركها أو فعلها على غير الوجه (٥) قضاها، و الفرق بينه و بين الكافر قدومه على المعصيه بذلك، و المخالفه لله (٦)، بخلاف ما لو فعلها على الوجه (٧)، كالكافر إذا تركها (٨).

(١) إذ يمكن أن يكون إعطاء الزكاه له و هو ليس موضوعا للعداله لعدم اشتراط العدالة عندهم. و فيه: إن إعطائه من الزكاه للأخبار المتقدمه ليس إلا.

(٢) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح بريد عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (كل عمل عمله و هو فى حال نصبه و ضلالته ثم منّ الله عليه و عرّفه الولايه فإنه يأجر عليه إلا الزكاه فإنه يعيدها، لأنه وضعها فى غير مواضعها، لأنها لأهل الولايه) (١).

(٣) لأخبار منها: صحيح الفضلاء عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يكون فى بعض هذه الأهواء. الحروريه و المرجئه و العثمانيه و القدرية. ثم يتوب و يعرف هذا الأمر و يحسن رأيه، أ يعيد كل صلاه صلاها أو صوم أو زكاه أو حج، أو ليس عليه إعاده شيء من ذلك؟ قال عليه السّلام: ليس عليه إعاده شيء من ذلك غير الزكاه و لا بدّ أن يؤديها، لأنه وضع الزكاه غير مواضعها، و إنما مواضعها أهل الولايه) (٢).

(٤) أى إن الله أسقط هذه العبادات عن المستبصر رحمه كما أسقطها عن الكافر بالإسلام.

(٥) أى غير الوجه المعتبر عنده فلا بد من قضائها لأنه مكلف بها أداء أو قضاء، و الأخبار التى أسقطت الإعاده عليه ناظره إلى ما لو أداها على الوجه المعتبر عنده.

(٦) فيبقى التكليف فى ذمته و لا بد من امتثاله و لو قضاء.

(٧) أى الوجه المعتبر عنده فقد تقدمت الأخبار على عدم قضائها.

(٨) فلا يجب قضائها لأن الإسلام يجب ما قبله.

ص: ٦٧

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

فى أنه يشترط فى المستحق أن لا يكون واجب النفقه

(و يشترط) فى المستحقّ (أن لا يكون واجب النفقه على المعطى) (١) من حيث الفقر أما من جهة الغرم. و العموله. و ابن السبيل. و نحوه إذا اتصف بموجبه فلا- (٢) فيدفع إليه ما يوفى دينه (٣)، و الزائد عن نفقه الحضر (٤). و الضابط أن واجب النفقه إنما يمنع من سهم الفقراء لقوت نفسه مستقرا فى وطنه،(و لا هاشميا إلا من قبيله) (٥) و هو هاشمى مثله، و إن خالفه فى النسب،(أو تعذر كفايته من الخمس) (٦) فيجوز تناول قدر الكفايه منها حينئذ، و يتخير بين زكاه (١)بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح ابن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال: خمس لا يعطون من الزكاه شيئا: الأب و الأم و الولد و المملوك و المرأه، و ذلك أنهم عياله و لازمون له)(١).

(٢)أى فلا يشترط فى هؤلاء أن لا- يكونوا واجبي النفقه على المعطى، و ذلك لأن أدله المنع كصحيح ابن الحجاج المتقدم ظاهره فى كون الممنوع إعطائهم من جهة النفقه و هذه الأمور ليست للنفقه فضلا على ما تقدم من جواز قضاء دين الأب من الزكاه بعنوان الغارم، و جواز دفع الزكاه للأب بعنوان الرقبه كما يدل عليه خبر الوابشى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله بعض أصحابنا عن رجل اشترى أباه من الزكاه زكاه ماله، قال: اشترى خير رقبه لا بأس بذلك)(٢).

(٣)بالنسبه للغارم من واجبي النفقه.

(٤)بالنسبه لابن السبيل من واجبي النفقه، ثم إن النفقه واجبه على المدافع سواء كان الآ-خر فى السفر أو الحضر فلا- يجوز له احتسابها من الزكاه، نعم ما زاد كالحموله و أجره السفر فهى ليست من النفقه الواجبه فيجوز له احتسابها.

(٥)بلا خلاف فيه للأخبار منها: خير إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الصدقه التى حرّمت على بنى هاشم ما هى؟ فقال: هى الزكاه، قلت: فتحلّ صدقه بعضهم على بعض؟ قال: نعم)(٣).

(٦)فلو لم يتمكن الهاشمى من كفايته من الخمس جاز أن يأخذ من الزكاه و لو من غير هاشمى لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (لو كان العدل ما احتاج هاشمى و لا مطلبى إلى-

ص: ٦٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٥.

مثله، و الخمس مع وجودهما، و الأفضل الخمس، لأن الزكاه أوساخ في الجملة، و قيل: لا يتجاوز من زكاه غير قبيله قوت يوم و ليله، إلا مع عدم اندفاع الضروره به، كأن لا يجد في اليوم الثاني ما يدفعها به، هذا كله في الواجبه، أما المندوبه فلا يمنع (١) منها، و كذا غيرها من الواجبات (٢) على الأقوى.

في الدفع إلى الإمام مع الطلب

(و يجب دفعها إلى الامام مع الطلب (٣) بنفسه، أو بساعيه) (٤) لوجوب طاعته مطلقا (٥) (قيل: و كذا) يجب دفعها (إلى الفقيه) الشرعى (فى) حال (الغيه) لو طلبها (٦) بنفسه أو وكيله، لأنه نائب للإمام كالساعى بل أقوى، و لو خالف المالك - صدقه، إن الله جعل لهم فى كتابه ما كان فيه سعتهم، ثم قال: إن الرجل إذا لم يجد شيئا حلت له الميته، و الصدقه لا تحل لأحد منهم إلا أن لا يجد شيئا و يكون ممن تحل له الميته) (١).

هذا و اختلفوا فى قدر المأخوذ فقيل: لا يتجاوز قدر الضروره كما عن العلامه فى المنتهى و المقداد فى التنقيح و سيد المدارك تمسكا بظاهر الخبر، و قد فسر قدر الضروره بقدر قوت يوم و ليله و الاعتبار على خلافه، و قيل إنه لا يتقدر بقدر و عزاه فى المختلف إلى الأكثر و هو مخالف لظاهر الخبر المتقدم.

(١) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: صحيح جعفر بن إبراهيم الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: أ تحل الصدقه لبنى هاشم؟ فقال: إنما تملك الصدقه الواجبه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس. و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا إلى مكه، هذه المياه عامتها صدقه) (٢).

(٢) كالكفارات و رد المظالم و ما ثبت بالنذر و أخويه، فقد قيل بعدم تناول لعموم الحكم لمطلق الصدقه الواجبه، و فيه: إنها منصرفه إلى خصوص الزكاه خصوصا مع تصريح بعض الأخبار بأن المنع للزكاه فقط كصحيح الهاشمى المتقدم.

(٣) لأن طلبه واجب الطاعه يقول الله تعالى: أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ (٣).

(٤) فالساعى و كيل عنه عليه السلام.

(٥) فى أمر الزكاه و غيرها.

(٦) لأن سلطنه الفقيه أقوى من سلطنه الساعى، و قد نقل صاحب الجواهر عن الأصفهانى أنه-

ص: ٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٣.

٣- (٣) النساء آيه: ٥٩.

و فرّقها بنفسه لم يجز (١)، للنهي المفسد للعبادة و للمالك استعادة العين مع بقائها، أو علم القابض، (و دفعها إليهم ابتداء) من غير طلب (أفضل) (٢) من تفريقها بنفسه، لأنهم أبصر بمواقعها، و أخبر بمواقعها، (و قيل) و القائل المفيد و التقى:

(يجب) دفعها ابتداء إلى الإمام أو نائبه، و مع الغيبة إلى الفقيه المأمون، و ألحق التقى الخمس محتجين بقوله تعالى: تُخَذُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةٌ، و الإيجاب عليه يستلزم الإيجاب عليهم، و النائب كالمنوب و الأشهر الاستحباب.

في تصديق المالك

(و يصدّق المالك (٣) في الإخراج بغير يمين) لأن ذلك...

-لم يظفر بقائل ذلك، و فيه: إن أدله ولايه الفقيه قاصره عن شمول مثل هذا المقام فإنها ناظرة إلى الفتيا و فصل النزاع بين المتخاصمين.

(١) كما عن الشيخ في المبسوط للنهي المفسد للعبادة، و قال العلامة في التذكرة بالجواز لأنه دفع المال إلى مستحقه فخرج عن العهده و إن أثم بمخالفته أمر الإمام عليه السلام.

(٢) لأنهم أبصر بمواقعها، و هذا يتم في الإمام المعصوم و أما في الفقيه فلا إذ قد يكون المالك أبصر من الفقيه خصوصا أنه يستحب ترجيح ذوى قرباه و أهل بلده.

و ذهب المفيد و الحلبي إلى وجوب دفعها إلى الإمام أو الفقيه ابتداء لظاهر الآية خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهَا (١) و إذا وجب الأخذ و جب الدفع و فيه: إن الآية تدل على وجوب الدفع عند الطلب و لا تدل على وجوب الحمل ابتداء و لذا ذهب المشهور إلى الاستحباب لإطلاق الأدله و خصوصا الأخبار الآمره بإيصال الزكاه إلى مستحقيها و نصوص نقل الزكاه من بلد إلى بلد، مع السيره القطعيه الداله على جواز تفريقها من قبل المالك.

(٣) بلا- إشكال و لا خلاف لخبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السلام (كان على عليه السلام إذا بعث مصدقه قال له: إذا أتيت على رب المال فقل تصدق - رحمك الله - مما أعطاك الله، فإن ولى عنك فلا تراجع) (٢) و صحيح بريد عن أبي عبد الله عليه السلام (بعث أمير المؤمنين مصدقا من الكوفه إلى باديتها فقال له: يا عبد الله انطلق و عليك بتقوى الله وحده لا شريك له. إلى أن قال. ثم قل لهم: يا عباد الله أرسلنى إليكم ولى الله لآخذ منكم حق الله فى أموالكم، فهل لله فى أموالكم من حق فتؤدوه إلى ولىه، فإن قال لك قائل: لا،-

ص: ٧٠

١- (١) التوبه آيه: ١٠٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٤.

حق له (١) كما هو عليه (٢)، ولا يعلم إلا من قبله، و جاز احتسابها من دين و غيره مما يتعذر الإشهاد عليه، و كذا تقبل دعواه عدم الحول، و تلف المال و ما ينقص النصاب، ما لم يعلم كذبه، و لا تقبل الشهاده عليه في ذلك إلا مع الحصر، لأنه نفى،

في استحباب قسمتها على الأصناف

(و يستحب قسمتها (٣) على الأصناف) الثمانية لما فيه من فضيله التسويه بين المستحقين، و عملا- بظاهر الاشتراك (و إعطاء جماعه من كل صنف) (٤) اعتبارا بصيغه الجمع، و لا يجب التسويه بينهم، بل الأفضل التفضيل بالمرجح (٥).

(يجوز) الدفع إلى الصنف (الواحد) و الفرد الواحد منه (٦)، لما ذكرناه من -فلا تراجع، و إن أنعم لك منهم منعم فانطلق معه من غير أن تخيفه أو تعده إلا خيرا(١) و بإطلاقه يشمل ما لو أخبر المالك بنقصان النصاب أو احتساب الزكاه دينا أو تلف المال أو غير ذلك و هذا لازمه عدم قبول الشهاده عليه إلا أن يكون كلام الشاهدين منافيا لكلام المالك بحيث قد وردا على موضوع واحد سلبا و نفيا فتقدم البيه حينئذ لعموم حجيتها.

(١) أى تصديق كلامه حق له لأنه مسلم.

(٢) أى كما أن الإخراج حق عليه.

(٣) بلا خلاف لتعميم النفع و مراعاة ظاهر الآيه.

(٤) للتعبير بلفظ الجمع في كل صنف من الأصناف في الآيه ما عدا سبيل الله و ابن السبيل، و لكن في مرسله على بن إبراهيم (٢) عبر عن سبيل الله بأنه قوم يخرجون إلى الجهاد، و عبّر عن ابن السبيل بأنه أبناء الطريق، فيكون الجمع في الجميع واردا فتلاحظ الجماعه في كل صنف.

(٥) للأخبار منها: خبر عبد الله بن عجلان السكوني (قلت لأبي جعفر عليه السلام: إني ربما قسمت الشيء بين أصحابي أصلهم به، فكيف أعطيهم؟ قال: أعطهم على الهجره في الدين و الفقه و العقل) (٣).

(٦) من الصنف الواحد للأخبار منها: خر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله تعالى:

إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ (٤) ، فقال: (إن جعلتها فيهم جميعا، و إن جعلتها لواحد اجزأك) (٥).

ص: ٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٤- (٤) التوبه الآيه: ٦٠.

كونه (١) لبيان المصرف، فلا يجب التشريك، (و) يجوز (الإغناء) (٢) و هو إعطاء فوق الكفايه (إذ كان دفعه) واحده، لاستحقاقه حال الدفع و الغنى متأخر عن الملك فلا ينافيه، لو أعطاه دفعات امتنعت المتأخره عن الكفايه (٣).

في أقل ما يعطى المستحق

(و أقل ما يعطى) المستحق (استجابا (٤) ما يجب فى أول نصب النقدين) إن كان المدفوع منهما، و أمكن بلوغ القدر، فلو تعذر كما لو أعطى ما فى الأول لواحد سقط الاستجاب فى الثانى (٥)، إذا لم يجتمع منه (٦) نصب كثيره تبلغ الأول.

(١) أى من كون المذكور فى الآيه الشريفه.

(٢) إذا كان دفعه واحده للأخبار منها: موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل كم يعطى الرجل من الزكاه، فقال: قال أبو جعفر عليه السلام: إذا أعطيت فأغنه) (١) و قد تقدم البحث فيه.

(٣) قد تقدم البحث فيه.

(٤) ذهب المشهور إلى أنه لا حد لقله و لكن يستحب أن يكون بقدر زكاه النصاب الأول من النقدين للجمع بين الأخبار منها: صحيح أبى ولاد عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يعطى أحد من الزكاه أقل من خمسة دراهم و هو أقل ما فرض الله عز و جل من الزكاه فى أموال المسلمين، فلا تعطوا أحدا من الزكاه أقل من خمسة دراهم فصاعدا) (٢) و بين صحيح عبد الجبار (إن بعض أصحابنا كتب على يدى أحمد بن إسحاق إلى على بن محمد العسكرى عليه السلام: أعطى الرجل من إخوانى من الزكاه الدرهمين و الثلاثه، فكتب: افعل إن شاء الله تعالى) (٣). و ذهب الصدوقان و السيد و الشيخ و المحقق إلى أنه لا يعطى أقل من خمسة دراهم لحمل الثانى على التقيه.

(٥) بمعنى إذا كان عنده نصابان أول و ثان فيجوز إعطاء ما فى الأول لواحد، ثم ما يجب فى النصاب الثانى لآخر من غير كراهه و لا تحريم على القولين السابقين كما ذكره المحقق فى المعبر و الشارح فى المسالك و الروضه هنا، و لكنه مشكل لإطلاق النهى عن إعطاء ما دون الخمسه دراهم مع إمكان الامتثال بدفع الجميع لواحد و طريق الاحتياط واضح كما فى المدارك.

(٦) من النصاب الثانى.

ص: ٧٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

و لو كان المدفوع من غير النقدين (١)، ففي تقديره بأحدهما (٢) مع الإمكان وجهان (٣)، و مع تعذره (٤) كما لو وجب عليه شاه واحده لا تبلغه يسقط قطعا، و قيل: إن ذلك (٥) على سبيل: الوجوب مع إمكانه، و هو ضعيف.

في استحباب دعاء الإمام

(و يستحب دعاء الإمام (٦) أو نائبه للمالك) عند قبضها منه، للأمر به في قوله تعالى: وَ صَلَّى عَلَيْهِمْ ، بعد أمره بأخذها منهم و النائب كالمنوب و قيل:

يجب لدلاله الأمر عليه، و هو قوى و به قطع المصنف في الدروس و يجوز بصيغته

(١) للتعدي من مورد الخبر إلى غيره من بقيه مواطن الزكاه كما تعدي من موطن الفضة كما هو صريح الخبر إلى الذهب، و مع التعدي فيحمل على الاستحباب أو الوجوب على الخلاف المتقدم و على تقدير التعدي فهل تلحظ قيمه الزكاه من النصاب الأول من النقدين كما ذهب إليه الشارح في المسالك أو يلحظ ما يجب في النصاب الأول من الغلات و الأنعام كما لوحظ ما وجب في النصاب الأول من النقدين كما عليه صاحب الجواهر.

و قيل: بعدم التعدي إلى غير النقدين اقتصارا على مورد الخبر و عليه فلا حد لأقل ما يعطى المستحق من غير النقدين.

(٢) أي بأحد النصابين الأولين من الذهب و الفضة مع الإمكان.

(٣) تقدم الكلام فيهما.

(٤) أي تعذر التقدير المذكور كما لو وجب عليه إخراج شاه، و هي لا تبلغ خمسه دراهم أو نصف مثقال فلا بد من دفعها على كل حال.

(٥) أي عدم قصور ما يعطى المستحق عن الواجب في النصاب الأول في النقدين.

(٦) البحث في وجوب الدعاء أو استحبابه على النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ أو على الإمام عليه السَّلام خال من الفائده لأنهما اعلم بتكليفهما منا نعم يمكن البحث في تكليفهما باعتبار معرفه ما يترتب على نائب الإمام و ساعيه و الفقيه لأنهم نواب الإمام عليه السَّلام و فعل النائب كعين فعل المنوب عنه، فليل بالوجوب كما عن الشهيدان في الدروس و المسالك و المحقق في المعبر لظاهر الأمر في قوله تعالى: خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَ تُزَكِّيهِمْ بِهَا وَ صَلَّى عَلَيْهِمْ إِنَّ صَلَاتَكَ سَكَنٌ لَهُمْ (١).

ص: ٧٣

الصلاه (١) للاتباع و دلالة الأمر (٢)، و غيرها (٣) لأنه معناها لغه. و الأصل هنا عدم النقل، و قيل: يتعين لفظ الصلاه لذلك (٤)، و المراد بالنائب هنا ما يشمل الساعى و الفقيه، فيجب عليهما أو يستحب، أما المستحب فيستحب له بغير خلاف (٥).

فى أنه مع الغيبه لا ساعى و لا مؤلفه

(و مع الغيبه لا- ساعى (٦) و لا- مؤلفه (٧) إلا- لمن يحتاج إليه) و هو الفقيه إذا -و عن الشيخ و الفاضل بل هو الأشهر كما عن الشرائع حملة على الاستحباب للإجماع المدعى، و لأن أمير المؤمنين لم يأمر بذلك ساعيه الذى أنفذه إلى يديه الكوفه مع اشتمال وصيته التى أوصاه بها على كثير من الآداب و السنن كما فى صحيح بريد(١) و هو الحجج و إذا ثبت الاستحباب فى فعل النائب يثبت فى فعل المنوب عنه حينئذ، و منه يعرف الحكم باستحباب الدعاء للنائب الخاص و للساعى و للفقيه.

(١) لما روته العامه عن عبد الله بن أبى اوفى (كان النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا أتاه قوم بصدقتهم قال: اللهم صل على آل أبى فلان، فأتاه أبى بصدقه فقال: اللهم صل على آل أبى أوفى)(٢) فما عن بعض العامه من عدم جواز الدعاء بلفظ الصلاه اجتهاد فى قبال النص، بل عن بعض أصحابنا يتعين الدعاء بلفظ الصلاه لظاهر الأمر بها فى الآيه الشريفه، و لكن الأقوى جواز الدعاء بغيرها لأن المراد من الصلاه الدعاء لغه، و هو عام يشمل الدعاء بلفظ الصلاه و غيره.

(٢) فى الآيه الشريفه.

(٣) أى و يجوز الدعاء بغير لفظ الصلاه.

(٤) أى للاتباع و لدلاله الأمر فى الآيه الشريفه.

(٥) بل ادعى عليه الإجماع كما عن غير واحد، و لعدم الدليل على الأمر بالدعاء للمالك.

(٦) لا يوجد نص على سقوط سهم السعاه فى زمن الغيبه و لذا جزم الشهيد فى الدروس ببقائه فى زمن الغيبه مع تمكن الحاكم من نصب العاملين و جبايتها فيجوز له إعطاؤهم سهم العاملين حينئذ.

(٧) فى التذكرة حكم ببقائه و نسبه إلى علمائنا لإطلاق الأدله، و سقوط الجهاد المشروط بإذن الإمام فى زمن الغيبه لا يقدر مع بقاء الجهاد الدفاعى الذى قد يحتاج فيه إلى نصره غير أهل الإسلام فيبذل لهم من سهم المؤلفه قلوبهم بناء على جواز صرفه لهم، نعم إذا قلنا بأن المؤلفه قلوبهم مخصوصون بالمنافقين و المنافقون مختصون بزمن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فلا بد أن-

ص: ٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٤ ص ١٥٧.

تمكن من نصب الساعى و جبايتها، و إذا وجب الجهاد فى حال الغيبة و احتيج إلى التأليف فيجوز بالفقيه و غيره، و كذا سهم سبيل الله لو قصرناه على الجهاد، و أسقط الشيخ (رحمه الله) سهم المؤلفه بعد موت النبى صلى الله عليه و آله و سلم لبطلان التأليف بعده، و هو ضعيف.

فى اختصاص زكاه النعم بالمتجمل

(و ليخص زكاه النعم المتجمل)، و زكاه النقدين و الغلات غيرهم (١)، رواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام، معللاً بأن أهل التجمل يستحيون من الناس، فيدفع إليهم أجلّ الأمرين عند الناس، (و إيصالها إلى المستحي من قبولها هديه) (٢)، و احتسابها عليه بعد وصولها إلى يده، أو يد و كيله، مع بقاء عينها.

-يسقط و به قطع ابن بابويه فى الفقيه و الشيخ فى المبسوط.

و مما تقدم تعرف أنه يسقط سهم سبيل الله لو حصرناه بالجهاد و خصصنا الجهاد بالجهاد المشروط بإذن الإمام عليه السلام و لكن قد عرفت أن سبيل الله أعم من الجهاد و بناء المصالح و أن الجهاد أعم من المشروط و الدفاعى.

(١) لخبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إن صدقه الخفّ و الظلف تدفع إلى المتجملين من المسلمين، و أما صدقه الذهب و الفضة و ما كيل بالقفيز مما أخرجت الأرض للفقراء الموقعين، فقلت: كيف صار هذا هكذا؟ فقال: لأن هؤلاء متجملون يستحيون من الناس فيدفع إليهم أجلّ الأمرين عند الناس) (١) و خبر عبد الكريم بن عتبة الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام (تعطى صدقه الأنعام لذوى التجمل من الفقراء لأنها أرفع من صدقات الأموال، و إن كان جميعها صدقه و زكاه، و لكن أهل التجمل يستحيون أن يأخذوا صدقات الأموال) (٢).

(٢) لخبر أبى بصير (قلت لأبى جعفر عليه السلام: الرجل من أصحابنا يستحي أن يأخذ من الزكاه فأعطيه من الزكاه و لا أسمى له أنها من الزكاه، فقال عليه السلام: أعطه و لا تسمّ و لا تذلل المؤمن) (٣).

ص: ٧٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

(الفصل الرابع فى زكاه الفطره) (١)

فى من يجب عليه

و تطلق على الخلقه و على الإسلام، و المراد بها على الأول زكاه الأبدان مقابل المال، و على الثانى زكاه الدين و الإسلام، و من ثم وجبت على من أسلم قبل الهلال، (و يجب على البالغ العاقل (٢) الحر) (٣) لا- على الصبى و المجنون و العبد، بل على من يعولهم (٤) إن كان من أهلها، و لا فرق فى العبد بين القن و المدبر (١) لا خلاف فى وجوبها بيننا للأخبار الكثيره منها: صحيح أبى بصير و زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن من تمام الصوم إعطاء الزكاه. يعنى الفطره. كما أن الصلاه على النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم من تمام الصلاه، لأنه من صام و لم يؤد الزكاه فلا صوم له إذا تركها متعمدا، و لا صلاه له إذا ترك الصلاه على النبى و آله، إن الله عز و جل بدأ بها قبل الصلاه فقال:

قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى (١).

و المراد بالفطره إما الخلقه و إما البدن أو الفطر من الصوم، و على الأول فهى زكاه الوجود، و على الثانى فهى زكاه الأبدان لخبر معتب عن أبى عبد الله عليه السّلام (اذهب فاعط عن عيالنا الفطره أجمعهم و لا تدع منهم أحدا، فإنك إن تركت منهم إنسانا تخوفت عليه الفوت، قلت: و ما الفوت؟ قال: الموت) (٢).

و على الثالث فهو المغروس فى الأذهان كما فى الجواهر، و قيل وجها رابعا إن الفطره هى الإسلام فتكون الزكاه زكاه الإسلام و لذا وجبت على من أسلم قبل الهلال.

(٢) لا- اشتراط التكليف فلا تجب على الصبى و المجنون بلا خلاف لحديث رفع القلم عنهما (٣)، و صحيح محمد بن القاسم بن الفضل (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام أسأله عن الوصى يزكى زكاه الفطره عن اليتامى إذا كان لهم مال، فكتب: لا زكاه على يتيم) (٤) و خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجب الفطره على كل من تجب عليه الزكاه) (٥).

(٣) فلا تجب على العبد و إن قلنا بملكيتته بلا خلاف فيه لحديث ابن الحجاج المتقدم.

(٤) بلا- خلاف للأخبار منها: صحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يكون عنده الضيف من إخوانه فيحضر يوم الفطر يؤدى عنه الفطره؟ فقال: نعم الفطره-)

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زكاة الفطره حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاة الفطره حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زكاة الفطره حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زكاة الفطره حديث ١.

و المكاتب (١)، إلا- إذا تحرر بعض المطلق (٢) فيجب عليه بحسابه (٣)، و في جزئه الرق و المشروط قولان (٤) أشهرهما وجوبهما على المولى ما لم يعله غيره (المالك قوت سنته) (٥) فعلا، أو قوه، فلا تجب على الفقير و هو من استحق الزكاه لفقره و لا- يشترط في مالك قوت السنه أن يفضل عنه (٦) أصواع بعدد من يخرج عنه، -واجبه على كل من يعول من ذكر أو أنثى، صغير أو كبير، حر أو مملوك(١) و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كل من ضمت إلى عيالك من حر أو مملوك فعليك أن تؤدى الفطره عنه)(٢).

(١) لا- فرق بين اقسام العبد لإطلاق الأدله، نعم في المكاتب ذهب الصدوق إلى أن فطرته عليه و تبعه عليه جماعه لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن المكاتب، هل عليه فطره شهر رمضان أو على من كاتبه و تجوز شهادته؟ قال: الفطره عليه و لا تجوز شهادته)(٣) و قد أعرض عنه الأكثر لمعارضته للأخبار منها: خبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (يؤدى الرجل زكاه الفطره عن مكاتبه)(٤).

(٢) و هو المكاتب غير المشروط الذى يتحرر منه بمقدار ما يدفع.

(٣) أى بحساب ما تحرر كما عن الأكثر، لأن الرق مانع و الحريه تقتضى الوجوب عليه و الجمع بينهما يقتضى وجوب الحريه.

(٤) إذا تحرر بعض العبد فوجوبها على المولى إذا كان العبد باقيا فى العيلولة لأن العيلولة كافيها فى الوجوب و إن كانت تبرعا و يدل على ذلك صحيح عمر بن يزيد و صحيح ابن سنان المتقدمان و غيرهما. و إذا انتفت العيلولة فالجزء المملوك على مولاه و الجزء المتحرر على العبد عملا- بعموم الأدله فى كل منهما و هذا ما ذهب إليه العلامة فى المنتهى و غيره، و قوَى الشيخ فى المبسوط سقوط الزكاه عنه و عن مولاه لأنه ليس بحر ليلزمه حكم نفسه و لا هو مملوك لتجب زكاته على مولاه، و ضعفه ظاهر.

(٥) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل يأخذ من الزكاه، عليه صدقه الفطره؟ قال عليه السلام: لا)(٥).

(٦) لإطلاق الأخبار، و عن الفاضلين و المحقق الثانى اعتبار الزيادة المذكوره لأنه لو وجبت-

ص: ٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

(فيخرجها عنه و عن عياله) (١) من ولد، و زوجته، و ضيف. (و لو تبرعا) (٢).

والمعتبر في الضيف و شبهه (٣) صدق اسمه (٤) قبل الهلال و لو بلحظه (٥)، و مع وجوبها عليه تسقط عنهم (٦) و إن لم يخرجها (٧)، حتى لو أخرجوها تبرعا بغير إذنه لم يبرأ من وجبت عليه (٨)، و تسقط عنه لو كان بإذنه (٩)، و لا- يشترط في وجوب فطره -الفطره عليه مع عدم هذه الزيادة ينقلب فقيرا، لنقصان مئونه سنته بمقدار الأصواع الواجبه.

و ردّ بأن الغنى المأخوذ شرطا في وجوب الفطره مطلق، و هو لا ينافيه الفقر بعد الوجوب.

(١) قد تقدم الدليل عليه.

(٢) أى و لو كانت العيولوه منه تبرعا.

(٣) ممن يعولهم تبرعا.

(٤) اسم العيال.

(٥) لأنه وقت تعلق الوجوب و يدل عليه صحيح معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن مولود ولد ليله الفطر، عليه فطره؟ قال عليه السلام: لا، قد خرج الشهر، و سألته عن يهودى أسلم ليله الفطر، عليه فطره؟ قال عليه السلام: لا) (١) و خبره الآخر عنه عليه السلام (عن المولود يولد ليله الفطر و اليهودى و النصرانى يسلم ليله الفطر، قال: ليس عليهم فطره، و ليس الفطره إلا على من أدرك الشهر) ٢، و حين وقت الوجوب كان من عياله فتجب عليه الفطره.

و عن الشيخ و السيد اعتبار الضيافه طوال الشهر، و عن المفيد الاكتفاء بالنصف الأخير، و عن جماعة الاجتزاء بالعاشر الأخير، و عن الحلبي الاجتزاء بالليلتين الأخيرتين، و عن العلامة الاجتزاء بالليله الأخيره، و عن ابن حمزه الاجتزاء بمسمى الافطار فى الشهر، و عن بعض اعتبار صدق العيولوه عرفا، و عن جماعة منهم الشهيد الثانى الاجتزاء بصدق الضيف فى جزء من الزمان قبل الهلال و هو الأولى جمعا بين ما دل على أن وقت الوجوب هو قبل الهلال و لو بلحظه و بين ما دل على أن فطره الضيف على المضيف.

(٦) عن الأكثر، و عن ابن إدريس وجوبها على الضيف و المضيف، و ردّ بأنه خلاف ما دل على أن فطره الضيف على المضيف فظاهره أنها فطره واحده لا فطرتان.

(٧) تسقط عنهم على المشهور لتوجيه الخطاب إليه دونهم.

(٨) لأن الزكاه مشروطه بالنيه و هى تحصل بدفعه لها أو يكون الدفع بإذنه، و هذا لم يتحقق.

(٩) و يدل عليه خبر جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- بأس بأن يعطى الرجل عن عياله و هم غيب عنه، و يأمرهم فيعطون عنه و هو غائب عنهم) (٢).

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاة الفطره حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب زكاة الفطره حديث ١.

الزوجه و العبد العيلوله (١)، بل تجب مطلقا، ما لم يعلهما غيره (٢) ممن تجب عليه، نعم يشترط كون الزوجه واجبه النفقه (٣)، فلا فطره للناشز و الصغيره.

(و تجب) الفطره (على الكافر) (٤) كما يجب عليه زكاه المال، (و لا تصح منه (٥) حال كفره)، مع أنه لو أسلم بعد الهلال سقطت عنه (٦) و إن استحبت قبل الزوال (٧)، كما تسقط الماليه (٨) لو أسلم...

(١) فعن الأ-كثر أن فطرتها على زوجها إذا كانت واجبه النفقه عليه لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الواجب عليك أن تعطى عن نفسك و أبيك و أمك و ولدك و امرأتك و خادمك) (١)، و عن جماعه و هو المشهور بين المتأخرين بشرط صدق العيلوله عليها تحكيما للأخبار كصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (نعم الفطره واجبه على كل من يعول من ذكر أو أنثى صغير أو كبير، حر أو مملوك) (٢) و مرسل المحقق (إن النبي صلى الله عليه و آله و سلم فرض صدقه الفطره على الصغير و الكبير و الحر و العبد و الذكر و الأنثى ممن تمونون) (٣)، و منه يعرف حكم العبد.

(٢) أى غير الزوج و المولى، و كان هذه المعيل موسرا تجب عليه الزكاه.

(٣) و عن ابن إدريس أن فطرتها عليه و إن لم تكن واجبه النفقه، و فيه إنه لا دليل عليه، بل قد عرفت أن المدار على العيلوله.

(٤) لعدم الفرق بينها و بين زكاه المال و غيرها من الواجبات الماليه و البدنيه فى كون مقتضى إطلاق أدلتها وجوبها على الكافر و المسلم.

(٥) لا اعتبار القربه فيها، و هذا غير ممكن من الكافر.

(٦) لصحيح معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مولود ولد ليله الفطر، عليه فطره؟ قال عليه السلام: لا، قد خرج الشهر، و سألت عن يهودى أسلم ليله الفطر، عليه فطره؟ قال عليه السلام: لا) (٢).

(٧) لمرسل الشيخ (و قد روى أنه إن ولد له قبل الزوال يخرج عنه الفطره، و كذلك من أسلم قبل الزوال) (٣) المحمول على الاستحباب لما تقدم.

(٨) أى تسقط عنه زكاه الأموال كما تسقط عنه زكاه الأبدان.

ص: ٧٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٤ و ٢ و ١٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٣.

بعد وجوبها (١)، و إنما تظهر الفائده فى عقابه على تركها لو مات كافرا كغيرها من العبادات،(و الاعتبار بالشروط عند الهلال)
(٢) فلو أعتق العبد بعده، أو استغنى الفقير، أو أسلم الكافر، أو أطاعت الزوجه لو تجب،(و تستحب) الزكاه (لو تجدد السبب)
الموجب (ما بين الهلال) و هو الغروب ليله العيد (إلى الزوال) من يومه (٣).

فى قدرها

(و قدرها صاع) (٤) عن كل إنسان (من الحنطه (٥)، أو الشعير، أو التمر، أو) (١) على المشهور لحديث (الإسلام يجب ما قبله) (١)، و قال فى مفتاح الكرامه (ما وجدنا من خالف أو توقف قبل صاحب المدارك و صاحب الذخيره).

(٢) بلا- خلاف فيه لموثق معاويه بن عمار المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المولود يولد ليله الفطر، و اليهودى و النصرانى يسلم ليله الفطر، قال عليه السلام: ليس عليهم فطره، و ليس الفطره إلا على من أدرك الشهر) (٢)، و ظاهره أن وقت الوجوب هو قبل الغروب بلحظه و لازمه لو كانت الشروط معدومه حين الغروب ثم وجدت بعده فلا يثبت الوجوب.

(٣) أى يوم العيد لمرسل الشيخ المتقدم.

(٤) بلا- خلاف فيه للأخبار الكثيره منها: صحيح صفوان الجمال عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الفطره فقال: على الصغير و الكبير و الحر و العبد، عن كل إنسان صاع من بَرٍّ أو صاع من تمر أو صاع من الزبيب) (٣) و صحيح الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه ذكر صدقه الفطره، إنها على كل صغير و كبير من حر أو عبد، ذكر أو أنثى، صاع من تمر، أو صاع من زبيب، أو صاع من شعير، أو صاع من ذره، قال: فلما كان زمن معاويه و خصب الناس، عدل الناس عن ذلك إلى نصف صاع من حنطه) (٤) و عليه فما يوجد من الأخبار الداله على نصف صاع محموله على التقيه.

(٥) اختلفت كلمات الأصحاب فى تعيين الجنس اختلافا كبيرا، فعن الصدوقين و العماني الاقتصار على الأربعة: الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب، و عن الاسكافى و الحلبي و الحلبي إضافة الذره إليها، و عن المدارك إضافة الأقط، و عن المبسوط و الخلاف إضافة الأرز و اللبن، و عن الكثير أنه القوت الغالب، قال فى المعتمر (و الضابط إخراج ما كان قوتا-

ص: ٨٠

١- (١) غوالى اللئالى ج ٢ ص ٥٤ حديث ١٤٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١٠.

(الزبيب، أو الأرز) منزوع القشر الأعلى، (أو الأقط) هو لبن جاف، (أو اللب) وهو الأصول مجزيه و إن لم تكن قوتا غالبا (١) أما غيرها فإنما يجزى مع غلبته فى قوت المخرج، (و أفضلها التمر) (٢) لأنه أسرع منفعه و أقل كلفه، و لاشتماله على -غالبا، كالحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و الأرز و الأقط و اللب، و هو مذهب علمائنا).

و سبب هذا الاختلاف اختلاف الأخبار فى بعضها كصحيح سعد الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن الفطره كم يدفع عن كل رأس من الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب؟ قال: صاع بصاع النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) و فى بعضها إضافه الأقط كصحيح عبد الله بن ميمون عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام (زكاه الفطره صاع من تمر، أو صاع من زبيب، أو صاع من شعير، أو صاع من أقط) (٢) و فى بعضها إضافه الذره كصحيح أبى عبد الرحمن الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه ذكر صدقه الفطره. إلى أن قال. صاع من تمر أو صاع من زبيب، أو صاع من شعير، أو صاع من ذره) (٣) و فى بعضها إضافه الأرز كمكاتبه إبراهيم بن محمد الهمدانى عن أبى الحسن العسكرى عليه السلام (و على أهل طبرستان الأرز) (٤)، و فى الكثير من الأخبار التعبير بالقوت الغالب كصحيح زراره و ابن مسكان عن أبى عبد الله عليه السلام (الفطره على كل قوم مما يغذون عيالهم من لبن أو زبيب أو غيره) (٥) و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام (الفطره على كل من اقتات قوتا، فعليه أن يؤدى من ذلك القوت) (٦) و مكاتبه الهمدانى إلى أبى الحسن العسكرى عليه السلام (إن الفطره صاع من قوت بلدك) (٧) و بهذا يجمع بين النصوص.

(١) لورود النصوص بها، و لكن مع الجمع بين الأخبار يستكشف أن ذكرها من باب أنها القوت الغالب فالمدار عليه لا عليها.

(٢) كما عن الأكثر للأخبار منها: خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن صدقه الفطره، فقال عليه السلام: التمر أحب إلى، فإن لك بكل تمره نخله فى الجنه) (٦) و صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (التمر فى الفطره أفضل من غيره، لأنه أسرع منفعه، و ذلك إذا وقع فى يد صاحبه أكل منه) (٩).

ص: ٨١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١٠.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٢.
- ٥- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١ و ٤ و ٢.
- ٦- ((٨ و ٩) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٥ و ٨.

القوت و الإدام،(ثم الزبيب) (١) لقربه من التمر فى أوصافه،(ثم ما يغلب على قوته) (٢) من الأجناس و غيرها.

(و الصاع تسعه أرتال (٣) و لو من اللبن فى الأقوى) (٤) هذا غايه لوجوب الصاع، لا لتقديره، فإن مقابل الأقوى أجزاء ستة أرتال منه، أو أربعه، لا أن الصاع منه (٥) قدر آخر، (٦)،(و يجوز إخراج قيمه بسعر الوقت) (٧) من غير انحصار فى درهم عن الصاع، أو ثلثى درهم، و ما ورد منها مقدرًا منزل على سعر ذلك الوقت.

(١) كما عن الأكثر للتعليل فى صحيح هشام المتقدم، و هو يقتضى المساواه بينه و بين التمر فى الفضل كما عن ابن حمزه، إلا أن اختصاص التمر بالنصوص الأخر غير صحيح هشام يقتضى خصوصيه له فلذا كان أفضل من الزبيب.

(٢) أى قوت نفسه لأخبار القوت الغالب المتقدمه، و قد عرفت أنها محموله على قوت الغالب على البلد.

(٣) كما تقدم.

(٤) مثله مثل بقيه القوت الغالب، و عن المبسوط و الإصباح و الحلى و ابن حمزه و غيرهم أنه لو أراد الإخراج من اللبن فيكفى أربعه أرتال، لمرفوع إبراهيم بن هاشم عن عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل فى الباديه لا يمكنه الفطره، قال عليه السلام: يتصدق بأربعه أرتال من لبن) (١) و فيه أنه ضعيف السند و ظاهر بعدم التمكن من الفطره.

نعم فسر الشيخ الرطل بالمدنى لمكاتبه محمد بن الريان (كتبت إلى الرجل أسأله عن الفطره و زكاتها، كم تؤدى؟ فكتب أربعه أرتال بالمدنى) (٢) و أربعه أرتال بالمدنى تساوى ستة أرتال بالعراقى، و غيره حملوا الأربعه على العراقى و قد عرفت ضعف المبنى.

(٥) أى من اللبن.

(٦) بل قدر الصاع فى الجميع واحد.

(٧) أى وقت الإخراج كما عليه المشهور، و عن جماعه تقدير قيمه بدرهم، و عن آخرين بثلثى درهم، و لم يعرف قائلها كما صرح بذلك غير واحد.

نعم روى الشيخ فى الاستبصار خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس -

ص: ٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٥.

و تجب النيه فيها (١) و فى المالىه (٢) من المالك، أو وكيله عند الدفع إلى المستحق، أو وكيله (٣) عموماً كالإمام و نائبه عاماً، أو خاصاً، أو خصوصاً (٤) كوكيله، و لو لم ينو المالك عند دفعها إلى غير المستحق (٥) أو وكيله الخاص فنوى القابض (٦) عند دفعها إليه (٧) أجزاء (٨)، (و من عزل إحداهما) (٩) بأن عيّنها فى مال خاص بقدرها بالنيه (١٠)، (لعذر) مانع من تعجيل إخراجها، (ثم تلفت) بعد العزل بغير تفريط (لم يضمن) (١١)، لأنه بعد ذلك بمنزله الوكيل فى حفظها، و لو كان لا - أن يعطى قيمتها درهماً (١٢) ثم قال (و هذا الروايه شاذه و الأحوط أن يعطى قيمه الوقت، قلت أم كثرت، و هذه رخصه إذا عمل بها الإنسان لم يكن مأثوماً) و فى المقنعه (سئل الصادق عليه السلام عن مقدار قيمه فقال: درهم فى الغلاء و الرخص، و روى أن أقل قيمه فى الرخص ثلث درهم) (١٣) و هذه الأخبار مع ضعف سندها محموله على أن هذا التقدير هو قدر قيمه زكاه الفطره فى ذلك الوقت، و إلا فالواجب الزكاه المقدره أو قيمتها فالمعتبر هو قيمه وقت الإخراج.

(١) فى زكاه الفطره لأنها من العبادات بالاتفاق.

(٢) أى زكاه الأموال و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٣) أى و كيل المستحق.

(٤) أى و كيل المستحق الخاص كالوكيل.

(٥) كما لو دفعها إلى الإمام أو نائبه العام أو الخاص.

(٦) أى الإمام أو نائبه العام كالفقيه.

(٧) إلى المستحق.

(٨) إذا أخذها الإمام أو الفقيه كرها من المالك لقيام القابض مقام المالك بعد امتناعه، و أما إذا أخذها الإمام أو الفقيه طوعاً فعن الشيخ عدم الاجزاء بناء على عدم الاكتفاء بنيه القابض عن نيه المالك و هو الأشبه.

(٩) أى زكاه الفطره أو زكاه الأموال.

(١٠) قد عرفت فى بحث زكاه الأموال أن النيه غير كافيه فى تحقق العزل بل لا بد من العزل الفعلى.

(١١) تقدم فى بحث الزكاه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب زكاة الفطره حديث ١٤.

لعذر ضمن مطلقا (١) إن جوزنا العزل معه (٢)، و تظهر فائده العزل في انحصارها في المعزول فلا يجوز التصرف فيه، و نماؤه تابع، و ضمانه كما ذكر، (و مصرفها مصرف الماله) (٣) و هو الأصناف الثمانية.

في استحباب أن لا يقصر العطاء للواحد عن صاع

(و يستحب أن لا يقصر العطاء) للواحد (عن صاع) (٤) على الأقوى، و المشهور أن ذلك على وجه الوجوب، و مال إليه في البيان، و لا- فرق بين صاع نفسه و من يعوله، (إلا- مع الاجتماع) أى اجتماع المستحقين، (و ضيق المال) فيسقط الوجوب، أو الاستحباب، بل يبسط الموجود عليهم بحسبه (٥)، و لا تجب التسوية (١) مع التفريط و عدمه.

(٢) أى مع عدم العذر.

(٣) على المشهور لصحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (نزلت آية الزكاه و ليس للناس أموال، و إنما كانت الفطره) (١)، و نسب إلى المفيد اختصاصها بالمساكين و يستدل له بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن زكاه الفطره للفقراء و المساكين) (٢) و خبر الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: لمن تحل الفطره؟ قال: لمن لا يجد) ٣، و لكنها محمولة على بيان بعض المصارف و ليس فيها الحصر بذلك.

(٤) المشهور على منع العطاء دون الصاع لمرسل الحسين بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تعط أحدا أقل من رأس) (٣) و مرسل الفقيه (لا بأس بأن تدفع عن نفسك و عمن تعول إلى واحد و لا يجوز أن تدفع ما يلزم واحدا إلى نفسين) ٥. و بعضهم حملها على الكراهه بشهاده صحيح صفوان عن إسحاق بن المبارك (سألت أبا إبراهيم عن صدقه الفطره يعطيها رجلا واحدا أو اثنين، قال عليه السلام: يفرقها أحبّ إليّ، قلت: أعطى الرجل الواحد ثلاثه أصوع و أربعة أصوع؟ قال عليه السلام: نعم) (٤).

(٥) أى بحسب الموجود و إن لم يبلغ نصيب الواحد صاعا، لأن في ذلك تعميما للنفع، و لأن في منع البعض أذيه للمؤمن فكانت التسوية أولى، و لكن لا تجب لعدم وجوب التسوية في صرف زكاه الأموال كما تقدم.

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١ و ٤.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٢ و ٤.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب زكاه الفطره حديث ١.

و إن استحببت مع عدم المرجح،(و يستحب أن يخص بها المستحق من القرابه (١) و الجار) (٢) بعده (٣) و تخصيص أهل الفضل بالعلم و الزهد (٤) و غيرهما، و ترجيحهم فى سائر المراتب (٥).

فى ما لو بان الآخذ غير مستحق

(و لو بان الآخذ غير مستحق ارتجعت) (٦) عينا أو بدلا مع الإمكان،(و مع التعذر تجزى إن اجتهد) (٧) الدافع بالبحث عن حاله على وجه لو كان بخلافه لظهر عادة، لا- بدونه (٨) بأن اعتمد على دعواه الاستحقاق مع قدرته على البحث،(إلا- أن يكون المدفوع إليه (عبده) (٩) فلا يجزى...

(١) للنبوى (لا صدقه و ذو رحم محتاج)(١).

(٢) ففى خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن الأول (الجيران أحق بها)(٢) و مثله غيره.

(٣) بعد القريب، لأن الأقرباء مقدمون بالاتفاق.

(٤) لخبر عبد الله بن عجلان (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: إنى ربما قسمت الشىء بين أصحابى أصلهم به فكيف أعطيهم؟ فقال عليه السّلام: أعطهم على الهجره فى الدين و الفقه و العقل)(٣).

(٥) أى مراتب القرابه و الجيران.

(٦) زكاه الفطره لأن المال ما زال تحت سلطه المالك و له إرجاعه و لو تلف و مع علم القابض فهو ضامن و إلا فلا.

(٧) على المشهور لخبر الحسن (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل عارف أدى الزكاه إلى غير أهلها زمانا، هل عليه أن يؤديها ثانيه إلى أهلها إذا علمهم؟ قال: نعم، قلت: فإن لم يعرف لها أهلا فدفعتها إلى من ليس هو لها بأهل، و قد كان طلب و اجتهد ثم علم بعد ذلك سوء ما صنع، قال: ليس عليه أن يؤديها مره أخرى)(٤).

(٨) بدون البحث.

(٩) فلو بان أن المدفوع إليه عبده فالإعاده فيه واجبه مطلقا، لأن المال لم يخرج عن ملك المالك.

و ردّ بأن غير المستحق لا يملك الزكاه واقعا سواء كان عبدا للمالك أو لا و هذا هو المستفاد من إطلاق النص.

ص: ٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الصدقه حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب زكاه الفطره حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

مطلقا (١) لأنه لم يخرج عن ملك المالك.

و في الاستثناء نظر، لأن العله في نفس الأمر مشتركه، فإن القابض مع عدم استحقاقه لا يملك مطلقا و إن برئ الدافع، بل يبقى المال مضمونا عليه، و تعذر الارتجاع مشترك، و النص مطلق.

و فيه: إن النص وارد فيما لو خرج المال عن مال المالك إلى غير المستحق و هنا لم يخرج أبدا فالتعديده قياس.

(١) بحث أو لم يبحث.

ص: ٨٦

الأول. الغنيمه

(الأول. الغنيمه) (٢) و هى ما يحوزه المسلمون بإذن النبى (٣)، أو الإمام عليهم السلام من أموال أهل الحرب (٤) بغير سرقه، و لا غيله من منقول...

(١) قد جعله الله تعالى لنبىه الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم و ذريته عوضا عن الزكاه، إكراما لهم، و من منع منه درهما كان مندرجا فى الظالمين لهم و الغاصبين لحقهم، و من كان مستحلا لذلك كان من الكافرين، ففى خبر أبى بصير (قلت لأبى جعفر عليه السلام: ما أيسر ما يدخل العبد النار؟ قال عليه السلام: من أكل من مال اليتيم درهما، و نحن اليتيم) (١) و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (إن الله لا إله إلا هو لما حرم علينا الصدقه أنزل لنا الخمس، فالصدقه علينا حرام و الخمس لنا فريضه، و الكرامه لنا حلال) ٢.

(٢) وجوب الخمس فى الغنيمه عليه إجماع المسلمين و يقتضيه الكتاب و السنه المتواتره و يكفى قوله تعالى: وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَى (٢).

(٣) على المشهور لمرسله العباس الوراق عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا غزا قوم بغير أمر الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام، فإذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس) (٣).

(٤) بالمقاتله و الغلبه، للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (كل شىء قوتل عليه على شهاده أن لا إله إلا الله، و أن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فإن لنا خمسه، و لا يحل لأحد أن يشتري من -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخمس حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الأنفال الآية: ٤١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ١٦.

و غيره (١)، و من مال البغاه (٢) إذا حواها العسكر عند الأكثر و منهم المصنف فى خمس الدروس، و خالفه فى الجهاد و فى هذا الكتاب. و من الغنيمه فداء المشركين و ما صولحوا عليه (٣). و ما أخرجناه من الغنيمه بغير إذن الإمام و السرقة و الغيله من أموالهم فيه الخمس أيضا (٤) لكنه لا يدخل فى اسم الغنيمه بالمعنى المشهور (٥)، لأن الأول (٦) للإمام خاصه، و الثانى لآخذه (٧)، نعم هو غنيمه بقول مطلق (٨) فيصح إخراجها منها (٩)، و إنما يجب الخمس فى الغنيمه (بعد إخراج المؤمن) (١٠) - الخمس شيئاً حتى يصل إلينا حقنا (١)، و عليه فما يأخذ سرقة أو غيله لا ينطبق عليه الغنيمه.

(١) للإطلاق الأدله.

(٢) قد صرح البعض بإلحاق البغاه بالمشركين فى وجوب الخمس مما يغنم مما حواه العسكر، و استشكل فى الحدائق بأنه لا دليل عليه بل ظاهر الأدله كتاباً و سنه على خلافه إذ هى ظاهره فى المشركين فقط.

(٣) لأنه يعتبر من الغنيمه عرفاً، نعم لو كانت المصالحه أو النداء بدون غلبه فعده من الغنيمه مشكل.

(٤) لكونه من الغنيمه بالمعنى الأعم أى مطلق الفائده.

(٥) و هو غنيمه أهل الحرب المبنيه على الغلبه و المقاتله.

(٦) ما أخذ غنيمه و كانت الحرب بغير إذن الإمام و قد تقدم النص عليه.

(٧) و يشهد له صحيح ابن أبى عمير عن حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السلام (خذ مال الناصب حيثما وجدته و ادفع إلينا الخمس) (٢) و مثله غيره، و لا خصوصيه للناصب فيعمم الحكم لكل كافر.

(٨) أى مطلق الفائده لا غنيمه حريه.

(٩) أى فيصح إخراج ما يأخذه سرقة أو غيله عن الغنيمه الحريه و هى الغنيمه بالمعنى المشهور و إن صدق عليها الغنيمه بقول مطلق أى بمعنى مطلق الفائده.

هذا و اعلم أن الفرق بين الغنيمه الحريه و بين الغنيمه بالمعنى الأعم، أن الغنيمه بالمعنى الأخص لا يعتبر فيها الزيادة عن مئونه السنه بل يعتبر فيها إخراج مئونه تحصيلها فقط، بخلاف الثانيه فيستثنى منها مئونه تحصيلها و مئونه السنه و يخمس الباقي.

(١٠) كما صرح به جماعه و قواه فى الشرائع و الجواهر لموافقته للعدل المناسب لغيره مما يتعلق فيه الخمس.

ص: ٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٦.

و هي ما أنفق عليها بعد تحصيلها بحفظ، و حمل، و رعى، و نحوها، و كذا يقَدَّم عليه (١) الجعائل (٢) على الأقوى.

الثاني: المعدن

(و الثاني. المعدن) (٣) بكسر الدال و هو ما استخرج من الأرض مما كانت أصله (٤)، ثم اشتمل على خصوصيه يعظم الانتفاع بها كالملاح، و الجص و طين الغسل، و حجاره الرحي، و الجواهر من الزبرجد، و العقيق، و الفيروزج، و غيرها.

الثالث. الغوص

(و الثالث. الغوص) (٥) أى ما أخرج به من اللؤلؤ، و المرجان، و الذهب، و الفضة التى ليس عليها سكه الإسلام (٦)، و العنبر، و المفهوم منه الإخراج من داخل الماء فلو أخذ شئ من (١) على الخمس من الغنيمه الحربيه.

(٢) و هي ما يجعله الإمام عليه السّلام من الغنيمه على فعل مصلحه من مصالح الحرب، فلا يدخل فى الغنيمه التى هي موضوع قسمه الخمس، لأنه يجعل الإمام صار مستحق للمجعول له.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن معادن الذهب و الفضة و الصفر و الحديد و الرصاص، فقال عليه السّلام: عليها الخمس جميعا) (١) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (سألته عن الملاحه، فقال: و ما الملاحه؟ فقلت: أرض سبخه مالهه يجتمع فيه الماء فيصير ملحاً، فقال: هذا المعدن فيه الخمس، فقلت: الكبريت و النفط يخرج من الأرض، قال عليه السّلام: هذا و أشباهه فيه الخمس) ٢.

(٤) و هذا هو معنى المعدن لغه و عرفاً.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار منها: مرسل ابن أبى عمير (أن الخمس على خمسة أشياء: الكنوز و المعادن و الغوص و الغنيمه، و نسي ابن أبى عمير الخامسة) (٢) و مرسل حماد عن العبد الصالح عليه السّلام (الخمس من خمسة أشياء: من الغنائم و الغوص، و من الكنوز، و من المعادن و الملاحه) ٤، و الغوص لغه الدخول فى الماء لاستخراج ما فيه.

(٦) قال الآقا جمال فى حاشيته (لم أر هذا التقييد فى كلام غيره، و لم يذكره هو أيضا فى المسالك).

ص: ٩١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٢ و ٤.

ذلك من الساحل، أو من وجه الماء لم يكن غوصا، وفاقا للمصنف في الدروس، و خلافا للبيان. و حيث لا يلحق به يكون من المكاسب. و تظهر الفائده في الشرائط، و فى إلحاق صيد البحر بالغوص، أو المكاسب وجهان (١)، و التفصيل حسن (٢)، إلحاقا لكل بحقيقته.

الرابع. أرباح المكاسب

(و الرابع. أرباح المكاسب) (٣) من تجاره، و زراعته، و غرس، و غيرها مما يكتسب من غير الأنواع المذكوره قسيمه، و لو بنماء، و تولد، و ارتفاع قيمه (٤)،...

(١) حكى عن الشيخ و بعض معاصرى الشهيد أنه غوص إن كان يخرج كما يخرج اللؤلؤ، و عن جماعه العدم لأن الغوص مهنة تختص بغير الحيوان.

(٢) بمعنى إذا أخرج من داخل الماء كما يخرج اللؤلؤ فهو غوص، و إن أخذ بغير ذلك فهو من المكاسب.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: موثق سماعه (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الخمس فقال عليه السلام: فى كل ما أفاد الناس من قليل أو كثير) (١) و صحيح ابن مهزيار عن محمد بن الحسن الأشعري (كتب بعض أصحابنا إلى أبي جعفر الثانى عليه السلام: أخبرنى عن الخمس، أعلى جميع ما يستفيدة الرجل من قليل أو كثير من جميع الضروب، و على الضياع، و كيف ذلك؟ فكتب عليه السلام بخطه: الخمس بعد المئونه) ٢ و لفظ (ما أفاده الناس) يشمل جميع ما فصله الشارح ما عدا ارتفاع القيمه فسيأتى البحث فيه، و أما قوله (ما يستفيدة) فى صحيح ابن مهزيار فالسين فيه للصيروره لا للطلب، و مقتضى ذلك وجوب الخمس فى كل فائده و إن لم تكن بقصد، نعم إذا قلنا إنها للطلب فالفائده الآتية من غير قصد لا يجب فيها الخمس، تبعا لهذا الخبر، إلا أن العمومات الواردة فى بقيه الأخبار تشملها.

(٤) جزم الشارح فى وجوب الخمس فيه هنا و تنظر فى المسالك، و نفى الخمس العلامه فى التحرير و المنتهى و صاحب الجواهر و شيخنا الأعظم و صاحب الحدائق لعدم صدق الفائده على هذا الارتفاع ما لم يبع العين فيجب خمس هذا الارتفاع.

هذا كله إذا كان أصل العين خمسا أو لم يتعلق به الخمس، أما إذا لم يكن خمسا فالخمس تبعا لقيمه العين وقت أداء الخمس، و هذا كله إذا كانت العين عنده للاقتناء أما

ص: ٩٢

و غيرها (١)، خلافاً للتحريم حيث نفاه في الارتفاع.

الخامس. الحلال المختلط بالحرام

(و الخامس. الحلال المختلط بالحرام) (٢) (و لا- يتميز (٣)، و لا- يعلم صاحبه) و لا قدره بوجه، فإن إخراج خمسه حينئذ يظهر المال من الحرام فلو تميز كان للحرام حكم المال المجهول المالك حيث لا يعلم (٤).

-لو اشتراها بقصد الاسترباح و التجاره فزادت قيمتها السوقية فالظاهر تعلق الخمس بارتفاع قيمه لصدق الفائده عليه.

(١) كالنماء المتصل و المنفصل.

(٢) فيجب إخراج خمسه حتى يحل الباقي كما عن الأكثر و لكن بشرطين: أن لا يعلم مقدار الحرام و أن يجهل صاحبه، و الحكم مما قد دلت عليه الأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال إنى كسبت مالا أغمضت في مطالبه حلالا و حراما، و قد أردت التوبه، و لا أدري الحلال منه و الحرام و قد اختلط عليّ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام، تصدق بخمس مالك، فإن الله قد رضى من الأشياء بالخمس، و سائر المال لك حلال)، (١) و خبر عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (فيما يخرج من المعادن و البحر، و الغنيمه، و الحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه، و الكنوز، الخمس) (٢).

(٣) أى لم يكن منفردا عن الحلال بحيث لو علم أن ما فى الصندوق مثلا كله مال حرام فلا يندرج فى هذه الصورة و إن لم يعلم قدره و لا صاحبه.

(٤) أى لا- يعلم المالك لخبر ابن حمزه (إنى كنت فى ديوان هؤلاء القوم يعنى: بنى أميه، فأصبت من دنياهم مالا- كثيرا، و أغمضت فى مطالبه - إلى أن قال - قال عليه السلام: فأخرج من جميع ما اكتسبت من ديوانهم، فمن عرفت منهم رددت عليه ماله، و من لم تعرف تصدقت به) (٣) بناء على أن المال الحرام متميز.

ص: ٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و لو علم صاحبه (١) و لو فى جملة قوم منحصرين (٢) فلا بد من التخلص منه و لم يصلح، و لا خمس، فإن أبى (٣) قال فى التذكرة: دفع إليه خمسة (٤) إن لم يعلم زيادته (٥)، أو ما يغلب على ظنه إن علم زيادته، أو نقصانه، و لو علم قدره كالربع و الثلث و جب إخراج أجمع صدقه (٦)، لا خمسا، و لو علم قدره جملة (٧)، و يحتمل قويا كون الجميع صدقه (٨).

و لو علم نقصانه عنه (٩) اقتصر على ما يتيقن به البراءة صدقه (١٠) على الطاهر، و خمسا فى وجه (١١)، و هو أحوط، و لو كان الحلال الخليط مما يجب فيه الخمس خمسة بعد ذلك بحسبه، و لو تبين المالك بعد إخراج الخمس ففى الضمان له وجهان (١٢)، أجمعهما ذلك.

(١) فيجب عليه إرجاع المال إن كان معلوما كما هو صريح خبر ابن حمزة المتقدم و إلا فيجب تحصيل رضاه و لو بالصلح.

(٢) فالشبهه محصوره و العلم الإجمالى فيها منجز، بخلاف غير المحصوره، فإنها ملحقه بمجهول المالك لعدم تنجز العلم الإجمالى فيها.

(٣) أى الصلح.

(٤) لأن هذا القدر جعله الله مطهرا للمال.

(٥) و إلا فيجب دفع ما يزيد عن الخمس حتى يغلب على ظنه الوفاء.

(٦) مع الجهل بمالكه، و التصديق به لأنه خارج عن مورد النصوص السابقه الداله على الخمس، فيرجع فيه إلى القواعد القاضيه بالتصدق به عن صاحبه.

(٧) بحيث علم أنه أزيد من الخمس و لكن لم يعلم مقدار هذه الزيادة.

(٨) لأن مورد النصوص المتقدمه ما لو جهل المقدار و لو إجمالا- بحيث يحتمل أن يكون أقل من الخمس بخلاف ما هنا فإنه يقطع بالزيادة عن الخمس و لكن يشك فى مقدار هذه الزيادة.

(٩) عن الخمس.

(١٠) لأنه خارج عن مورد النصوص المتقدمه و الداله على الخمس فيما لو جهل المقدار.

(١١) لأن الخمس مطهر للمال تعبدا و لذا جعله أحوط.

(١٢) ووجه عدم الضمان أنه تصرف بإذن الشارع، و وجه الضمان: عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و التصرف بإذن الشارع لا يدل على رفع الضمان عنه و إنما يقتضى رفع الإثم و يؤيده ما ورد من ضمان المتصدق باللقطه مع أن تصرفه مأذون من قبل الشارع.

(السادس. الكنز) (١) و هو (٢) المال المذخور تحت الأرض قصداً في دار الحرب مطلقاً (٣)، أو دار الإسلام و لا أثر له عليه، و لو كان عليه أثره فلقطه على الأقوى (٤) هذا إذا لم يكن في ملك لغيره و لو في وقت سابق، فلو كان كذلك عرّفه المالك (٥)، فإن اعترف به فهو له بقوله مجرداً، و إلا عرّفه من قبله، من بائع و غيره، فإن اعترف به، و إلا فمن قبله ممن يمكن، فإن تعددت الطبقة و ادّعوه أجمع قسم عليهم بحسب السبب (٦)، و لم ادعاه بعضهم خاصة فإن ذكر سبباً يقتضى التشريك سلّمت إليه حصته خاصة، و إلا الجميع (٧)، و حصه الباقي (٨) كما لو نفوه أجمع فيكون للواجد إن لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا فلقطه، و مثله الموجود في جوف دابه و لو سمكه مملوكه بغير الحيازه، أما بها فلواجده (٩)...

(١) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح الحلبي (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الكنز كم فيه؟ فقال عليه السلام: الخمس) (١) و قد تقدم بعض الأخبار الداله عليه.

(٢) الكنز هو المال المذخور تحت الأرض سواء كان مسكوكاً بسكه الإسلام أو لا، في بلاد الكفار أو بلاد المسلمين، بل عن التذكرة و المنتهى و الدروس و البيان صدقه على المال المذخور في حائط أو شجر أو جدار و هو كذلك للصدق العرفي.

(٣) سواء كان عليه أثر الإسلام أو لا.

(٤) و قد نسب إلى أكثر المتأخرين بدعوى أن الموجود في أرض الإسلام و عليه أثر الإسلام فهو لمسلم، و فيه: إنه لا دليل في ذلك و أثر الإسلام لا يدل على سبق يد المسلم لأنه أعم.

(٥) بلا خلاف عملاً بحجيه اليد السابقة الداله على ملكيه ذبيها، و لذا يدفع إليه بلا يمين و لا بينه و لا وصف.

(٦) سبب ملكيتهم.

(٧) أي جميع المال.

(٨) فيما لو ذكر المالك السابق ما يقتضى التشريك.

(٩) أي إذا كانت السمكه قد ملكت بالحيازه فما في بطنها لواجده، و إن كانت بغير الحيازه-

لعدم قصد المحيز إلى تملك ما فى بطنها ولا يعلمه و هو شرط الملك على الأقوى (١).

و إنما يجب فى الكنز (إن بلغ عشرين ديناراً) (٢) عينا، أو قيمه. و المراد بالدينار المثقال كغيره، و فى الاكتفاء بمائتى درهم وجه احتمله المصنف فى البيان، مع قطعه بالاكتفاء بها فى المعدن (٣)، و ينبغى القطع بالاكتفاء بها هنا، لأن صحيح البنزطى عن الرضا عليه السّلام تضمن أن ما يجب الزكاه منه فى مثله ففيه...

و كان لها مالك سابق عرّفها و إلا السابق عليه و هكذا، و إن أنكره الجميع فإن كان عليه أثر الإسلام فهو لقطه و إلا فكنز.

(١) سيأتى بحثه إنشاء الله تعالى.

(٢) بلا خلاف معتد به لصحيح البنزطى عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (سألته عما يجب فيه الخمس من الكنز؟ فقال: ما تجب الزكاه فى مثله ففيه الخمس) (١)، و عن أمالى الصدوق أن النصاب دينار واحد، ناسبا له إلى دين الإماميه، و دليله غير ظاهر.

و مقتضى صحيح البنزطى أن الخمس متعلق به إذا بلغ نصاب أحد النقدين، مع أن جماعه من الأصحاب اقتصروا على نصاب الذهب فقط، نعم صرح العلامة فى المنتهى بنصابى الذهب و الفضة، هذا من جهه و من جهه أخرى ليس للكنز إلا نصاب واحد و هو النصاب الأول كما صرح به العلامة فى المنتهى أيضا.

(٣) نصاب المعدن حتى يجب فيه الخمس بلوغه عشرين ديناراً، كما عن الشيخ فى المبسوط و النهايه و ابن حمزه و جماعه من المتأخرين لصحيح البنزطى (سألت أبا الحسن عليه السّلام:

عما أخرج المعدن من قليل أو كثير، هل فيه شىء؟ قال: ليس فيه شىء حتى يبلغ ما يكون فى مثله الزكاه عشرون ديناراً) (٢)، و هو نص فى نصاب الذهب، فالتعديه إلى نصاب الفضة مع اختلاف القيمة قياس لا نقول به. و عن الكثير من القدماء عدم اعتبار النصاب فى المعدن تمسكا بإطلاق دليل وجوب الخمس فيه، و فيه: إن الاطلاق مقيد بالصحيح المذكور.

و عن أبى الصلاح الحلبي اعتبار بلوغ قيمته ديناراً واحداً لصحيح البنزطى عن محمد بن على بن أبى عبد الله عن أبى الحسن عليه السّلام قال: (سألته عما يخرج من البحر من اللؤلؤ و الياقوت و الزبرجد، و عن معادن الذهب و الفضة هل فيها زكاه؟ فقال عليه السّلام: إذا بلغت قيمته ديناراً ففيه الخمس) (٣).

ص: ٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٥.

الخمس (١)،(قيل: و المعدن كذلك) يشترط بلوغه عشرين ديناراً، و نسبته إلى القيل تدل على توقفه فيه، مع جزمه به في غيره، و صحيح البزنطى دل عليه، فالعمل به متعين، و في حكمها بلوغه مائتى درهم كما مر عند المصنف، مع أن الروايه هنا لا تدل عليه (٢).

(و قال الشيخ في الخلاف: لا نصاب له) (٣)، بل يجب في مسماه و هو ظاهر الأكثر، نظراً إلى الاسم، و الروايه حجه عليهم،(و اعتبر أبو الصلاح، التقى) الحلبي (فيه ديناراً كالغوص)، استناداً إلى روايه قاصره، نعم يعتبر الدينار، أو قيمته في الغوص (٤) قطعاً، و اكتفى المصنف عن اشتراطه فيه بالتشبيه هنا.

و يعتبر النصاب في الثلاثه (٥) بعد المئونه (٦) التى يعرهما على تحصيله، من -و فيه: إن ضعف الواسطه مانع عن جواز الاعتماد عليه فضلاً عن معارضته للصحيح السابق على أنه محمول على الغوص لا المعدن كما سيأتى.

(١) و هو مطلق يشمل نصاب الفضة و الذهب.

(٢) لأنها صرحت بنصاب الذهب فقط كما مرّ.

(٣) أى للمعدن.

(٤) على المشهور لخبر محمد بن على بن أبى عبد الله المتقدم عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عما يخرج من البحر من اللؤلؤ و الياقوت الزبرجد، و عن معادن الذهب و الفضة، هل فيها زكاه؟ فقال عليه السلام: إذا بلغ قيمته ديناراً ففيه الخمس)(١).

و عن غريه المفيد أن النصاب فيه عشرون ديناراً، و مستنده غير ظاهر.

(٥) في الكنز و المعدن و الغوص.

(٦) على المشهور لدعوى الإجماع عليه كما عن الخلاف و المنتهى، و عن المدارك اعتبار النصاب قبل المئونه و تبعه عليه جماعه تمسكاً بإطلاق أدله النصاب في هذه الأمور الثلاثه، و أما ما قيل من أن الخمس بعد المئونه كما في صحيح ابن مهزيار المتقدم في أرباح المكاسب فهو مخصوص فيها و ناظر إلى مئونه نفسه و عياله لا إلى مئونه الإخراج، إلا أنه يقال أن لا يصدق عرفاً أن الكنز و الغوص و المعدن قد بلغ مقدار النصاب المذكور فيها إلا بعد إخراج المئونه و هو قوى.

ص: ٩٧

حفر و سبك في المعدن، و آله الغوص، أو أرشها، و أجره الغوص في الغوص، و أجره الحفر و نحوه في الكنز، و يعتبر النصاب بعدها مطلقا (١) في ظاهر الأصحاب، و لا- يعتبر اتحاد الإخراج (٢) في الثلاثه بل يضم بعض الحاصل إلى بعض و إن طال الزمان، أو نوى الإعراض، و فاقا للمصنف، و اعتبر العلامه عدم نيه الإعراض، و في اعتبار اتحاد النوع و جهان (٣)، أجمدهما اعتباره في الكنز و المعدن، دون الغوص، و فاقا للعلامه، و لو اشتراك جماعه اعتبر بلوغ نصيب كل نصابا بعد مؤنثه (٤).

السابع. أرض الذمي المنتقله إليه من مسلم

(و السابع. أرض الذمي المنتقله إليه من مسلم) (٥)، سواء انتقلت إليه بشراء، (١) أي من دون خلاف بحسب الظاهر، و قد عرفت أن الخلاف من سيد المدارك و هو متأخر عن زمن جده الشارح.

(٢) مع عدم ترك العمل بين الدفعات لإطلاق الأدله، و أما مع إطاله الزمان أو الأعراض فلا، و لذا ذهب العلامه في المنتهى إلى أنه لو ترك العمل مهملا له فلا يضم المتأخر إلى المتقدم بخلاف جمع من الأصحاب كالشهيدين و الأردبيلي و سيد المدارك من الضم لإطلاق الأدله و فيه: إن المدار على صدق تعدد الإخراج عرفا و هو متحقق مع الإهمال الطويل أو الإعراض.

(٣) فلا- يشترط اتحاد النوع لصدق الكنز أو الغوص أو المعادن و هذا ما صرح به العلامه في المنتهى بالنسبه و الشهيد في الدروس و جماعه، و حكى العلامه في المنتهى عن بعض العامه قولا بعدم الضم مع الاختلاف مطلقا، و عن آخرين عدم الضم في الذهب و الفضه خاصه حملا على الزكاه، و ضعفهما ظاهر بعد صدق المعدن عليها، و هذه العناوين هنا هي التي يدور على صدقها و جوب الخمس بخلاف الزكاه فإنها دائره على صدق أحد النقدين. و أما التفصيل الذي أتى به الشارح و نقله عن العلامه ففي غير حمله، بالإضافة إلى عدم العثور على هذا التفصيل للعلامه في كتبه كما صرح بذلك الآقا جمال في حاشيته.

(٤) أي بعد مؤنثه النصيب في الإخراج، و في الجواهر لا- أعرف من صرح بخلافه حملا له على الزكاه، و لكن عن الحدائق و المستند اعتبار النصاب للمجموع لا لنصيب كل واحد لإطلاق أدله المعادن و الغوص و الكنز.

(٥) نسب إلى مشهور المتأخرين لصحيح أبي عبيده (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: أيما ذمي اشتري من مسلم أرضا فإن عليه الخمس) (١)، و عن ابن أبي عقيل و ابن الجنيد و المفيد-

ص: ٩٨

أم غيره (١)، وإن تضمن بعض الأخبار لفظ الشراء، و سواء كانت مما فيه الخمس كالمفتوحه عنوه حيث يصح بيعها (٢)، أم لا (٣)، و سواء أعدت للزراعه، أم لغيرها، حتى لو اشترى بستانا، أو دارا أخذ منه خمس الأرض، عملا بالإطلاق (٤)، و خصها في المعترى بالأولى (٥).

و على ما اخترناه (٦) فطريق معرفه الخمس أن تقوم مشغوله بما فيها بأجره للمالك (٧)، و يتخير الحاكم بين أخذ خمس العين، و الارتفاع (٨) و لا حول هنا (٩)، و لا نصاب، و لانيه (١٠). و يحتمل وجوبها عن الآخذ (١١)، لا عنه، و عليه المصنف - و سألر و الحلبي عدم ذكرهم لهذا القسم و ظاهرهم العدم، و مال إليه الشارح في فوائد القواعد استضعافا للروايه، و ذكر الشارح هنا تبعا للعلامه في المختلف أنها من الموتق و الصحيح أنها صحيحه على أن العمل بخبر الثقه و موثوق الصدور.

(١) من بقيه المعارضات، كما عن البيان و غيره لإسقاط خصوصيه الشراء الوارده في الخبر، و عن الأكثر التعبير بالشراء فقط إذ لا قرينه على جواز هذا الإلغاء.

(٢) و ذلك عند احتياج مصارف الجند و العسكر إلى ذلك.

(٣) كالأرض التي أسلم عليها أهلها.

(٤) بإطلاق الخبر المتقدم.

(٥) أى بأرض الزراعه فقط لا أرض المساكن و الدور لأنه المتبادر، و قد استجوده في المدارك و غيره.

(٦) من التعميم لأرض الدور و المساكن.

(٧) أى لصاحب الأرض، فتقوم الأرض بما هي مشغوله من الغرس و البناء، و كان الاشتغال بأجره الأرض لمالك الأرض، و لا تقوم على أنها خاليه، أو على أنها مشغوله مجانا.

(٨) أى القيمه، و بهذا صرح جماعه، و عن الحدائق أنها إذا كانت مشغوله فيتعين الآخذ من الارتفاع و هو المناسب للعدل.

(٩) لأن الحول في أرباح المكاسب، بل ظاهر صحيح أبي عبيده المتقدم أن الخمس مترتب بعد الشراء من دون اعتبار نصاب و لا حول.

(١٠) لأن الكافر يصح التقرب منه، و لا يصلح التقرب عنه.

(١١) و هو الحاكم و عدل من لفظ (على) إلى (عن) إشارة إلى أن النيه على الحاكم ابتداء و ليست بعنوان النيايه عن الدافع لأنه لا يصلح التقرب عن الكافر، و في الدروس اختار تولى الحاكم التيه عند الآخذ و الدفع، و هو غير ظاهر المستند.

فى الدروس، و الأول (١) فى البىان، و لا يسقط (٢) بىع الذمى لها قبل الإخراج و إن كان لمسلم، و لا بإقاله المسلم له فى البىع الأول (٣)، مع احتمالها هنا (٤)، بناء على أنها فسخ، لكن لما كان (٥) من حىنه ضعف.

(و هذه) الأرض (لم يذكرها كثر) من الأصحاب كابن أبى عقىل، و ابن الجنىد، و المفىد، و سلاىر، و التقى، و المتأخرون أجمع و الشىخ من المتقدمىن على وجوده فىها، و رواه أو عبىده الحذاء فى الموثق (٦) عن الباقىر علىه السّلام.

فى وجوب الخمس فى المىراث، و الصدقه، و الهبه

(و أوجهه (٧) أبو الصلاح فى المىراث (٨)، و الصدقه، و الهبه)، محتجا بأنه نوع (١) عدم وجوب النىه.

(٢) أى الخمس، بلا إشكال و يقتضىه إطلاق النص.

(٣) لأن الإقاله فسخ من حىنها لا من أول الأمر فىصدق عنوان الشراء حىنئذ فىشملة إطلاق النص.

(٤) أى احتمال سقوط الخمس فى الإقاله بناء على أنها فسخ من أول الأمر و هو ضعىف جدا.

(٥) أى الفسخ.

(٦) قد عرفت أنه صحىح السند.

(٧) أى الخمس.

(٨) المشهور على عدم الخمس فىه و فى تالىبه، و الوجوب مطلقا هو المنسوب إلى أبى الصلاح الحلبى و استحسناه الشهىدان و قواه الشىخ الأعظم و توقف فىه فى المعتر و الدروس و البىان، و العمده على الدلىل و قد تقدم أن الخمس ثابت فى مطلق الفائده للآىه المتقدمه و لموثق سماعه (سألت أبا الحسن علىه السّلام عن الخمس فقال: فى كل ما أفاد الناس من قلىل أو كثر) (١) فما ذهب إلىه المشهور من حصر الخمس بالتكسب فقط لىس فى محله و لهذا المبنى من وجوب الخمس فى التكسب فقط أفتى المشهور بعدم الخمس فى المىراث و الصدقه و الهبه، لأنها فائده من دون سعى و قصد.

و لكن قد عرفت أن المدار على مطلق الفائده فىجب الخمس فى الثلاثه و لو سلم أن المدار على التكسب فقبول الهدىه نوع من الاكتساب، هذا بحسب القواعد المستفاده من نصوص وجوب الخمس فى أرباح المكاسب، و زىده فى الهدىه خبر أبى بصىر عن أبى

ص: ١٠٠

اكتساب و فائده، فيدخل تحت العموم، (و أنكره ابن إدريس و العلامه)، للأصل (١) و الشك في السبب (٢)، (و الأول حسن)، لظهور كونها غنيمه بالمعنى الأعم فتلحق -عبد الله عليه السلام قال: (كتبت إليه في الرجل يهدى إليه مولاه و المنقطع إليه هديه تبلغ ألفى درهم أو أقل أو أكثر، هل عليه فيها الخمس؟ فكتب عليه السلام: الخمس في ذلك) (١) الخبر.

نعم ورد في صحيح على بن مهزيار عن أبي جعفر عليه السلام (- إلى أن قال - فأما الغنائم و الفوائد فهي واجبه عليهم في كل عام، قال الله تعالى: وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِلذِي الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ، إِنَّ كُنتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ وَ مَا أَنْزَلْنَا عَلَى عَبْدِنَا يَوْمَ الْفُرْقَانِ يَوْمَ التَّقَى الْجَمْعَانِ، وَ اللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٢).

فالغنائم و الفوائد - يرحمك الله - فهي الغنيمه يغنمها المرء و الفائده يفيدها، و الجائزه من الإنسان التي لها خطر، و الميراث الذي لا يحتسب من غير أب و لا ابن، و مثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله، و مثل مال يؤخذ و لا يعرف له صاحب) (٣) الخبر، و تقييد الجائزه الخطيره باعتبار أن التي لا خطر لها لا تبقى إلى آخر السنه غالباً، و لو لا هذا الصحيح لحكم بوجوب الخمس في كل ميراث، و لأجله جمعاً بين الأدله يستثنى الميراث ما عدا غير المحتسب، كما إذا كان له رحم بعيد في بلد آخر لم يكن عالماً به فمات، و كان هو الوارث فإنه يخمس. و مما تقدم تعرف أن المهر من جمله الفوائد و الغنائم للصدق العرفي فيجب خمسه، و دعوى عدم الصدق و لذا لم يوجب فيه الخمس أحد ليس في محلها، و لم يتضح لى محلها، لأن الكثير من القدماء لم يتعرضوا له، لا أنهم تعرضوا له و صرحوا باستثنائه و لذا من تعرض له كصاحب نجاه العباد جعله من أفراد الفائده كالهبه و الهديه، نعم استدل صاحب الحدائق على عدم الخمس فيه و أنه ليس بفائده بأنه في قبال البضع فلا يصدق عنوان الغنم و الفائده عليه و فيه: إنه نظير الأجره التي هي عوض العمل، و منه تعرف الحكم في عوض الخلع فإنه من جمله الفوائد فيجب فيه الخمس و دعوى أنه في قبال رفع سلطان الزوج عن الزوجه بالطلاق غير مفيده لأنه نظير رفع اليد عن حق السبق و غيره فلو بذل له مال في قبال هذا الرفع لصدق عليه عنوان الغنيمه و الفائده.

(١) أي أصاله براءه الذمه عند الشغل.

(٢) في كونها اكتساباً.

ص: ١٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ١٠.

٢- (٢) سورة الأنفال الآية ٤١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ٥.

بالمكاسب، إذ لا يشترط فيها (١) حصوله (٢) اختياراً، فيكون الميراث منه.

و أما العقود المتوقفة على القبول فأظهر، لأن قبولها نوع من الاكتساب و من ثم يجب القبول حيث يجب (٣)، كالاكتساب للنفقة، و ينتفى حيث ينتفى، كالاكتساب (٤) للحج، و كثيرا ما يذكر الأصحاب أن قبول الهبة و نحوها اكتساب، و فى صحيحه على بن مهزيار عن أبي جعفر الثانى، ما يرشد إلى الوجوب فيها (٥)، و المصنف لم يرجح هذا القول إلا هنا، بل اقتصر فى الكتابين (٦) على مجرد نقل الاخلاف، و هو يشعر بالتوقف.

فى النصاب فى الغنيمه

(و اعتبر المفيد فى الغنيمه (٧) و الغوص و العنبر) (٨) ذكره (٩) بعد الغوص تخصيص بعد التعميم، أو لكونه أعم منه من وجه لإمكان تحصيله من الساحل، أو عن وجه الماء، فلا يكون غوصا كما سلف (عشرين ديناراً عينا، أو قيمه).

و المشهور أنه لا- نصاب للغنيمه)، لعموم الأدله، و لم نقف على ما أوجب إخراجها لها منه (١٠)، فإنه ذكرها مجردة عن حجه، و أما الغوص فقد عرفت أن نصابه (١) أى فى الغنيمه بالمعنى الأعم أى الفائده.

(٢) أى حصول الغنم.

(٣) أى يجب الاكتساب.

(٤) حيث لا يجب لأنه شرط الوجوب لا الواجب.

(٥) أى فى الثلاثه، نعم الصحيح لم يدل على مطلق الميراث كما تقدم هذا من جهه و من جهه أخرى أشكل عليه بأن الصدقه و الهديه لا تندرجان تحت الجائزه الوارده فى الروايه لعه، و فيه: إن الهديه داخله و بدخولها يستكشف مناط الخمس فى الصدقه إذا المدار على مطلق الفوائد و الغنائم و هذا يشمل الصدقه و كذا نماء الوقف و المنذور و الموصى إليه و كل ما يدخل فى ملكه حتى حيازه المباحات و أجره العبادات و غيرها.

(٦) الدروس و البيان.

(٧) أى غنيمه الحرب، فاعتبر المفيد فى الغريه النصاب و هو عشرون ديناراً، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه كما صرح بذلك فى الجواهر، و المشهور عدم النصاب فيه لإطلاق الآيه.

(٨) قد تقدم أن المفيد اعتبر النصاب فيه عشرين ديناراً و مستنده غير ظاهر، و المشهور على أن النصاب هو دينار و قد تقدم دليلهم.

(٩) أى العنبر.

(١٠) أى إخراج المفيد لغنيمه الحرب عن عموم الأدله.

دينار، للرواية عن الكاظم (١)(ع) و أما العنبر فإن دخل فيه فبحكمه و إلا فيحكم المكاسب (٢). و كذا كل ما انتفى فيه الخمس من هذه المذكورات لفقد شرط و لو بالنقصان عن النصاب (٣).

فى أن وجوب الخمس فى الأرباح بعد إخراج المئونه

(و يعتبر) فى وجوب الخمس فى (الأرباح) إخراج (مئونه و مئونه عياله) (٤) (١) و هى خبر محمد بن على بن عبد الله (١)، و قد تقدمت فى الغوص.

(٢) فلا نصاب له لعموم أدله خمس المكاسب.

(٣) فيدخل فى المكاسب.

(٤) بلا- خلاف فيه و يدل عليه الأخبار منها: صحيح ابن مهزيار عن أبى جعفر الثانى عليه السّلام (الخمس بعد المئونه) (٢)، و المراد من المئونه ما يعم مئونه نفسه و عياله و مئونه تحصيل الربح، إذ لا يصدق الربح و الفائده إلا بعد إخراج مئونه الربح، و لخبر ابن شجاع عن أبى الحسن الثالث عليه السّلام (عن رجل أصاب من ضيعته من الحنطه مائه كرم ما يزكى، فأخذ منه العشر عشره أكرار، و ذهب منه بسبب عماره الضيعه ثلاثون كرا، و بقى فى يده ستون كرا، ما الذى يجب لك من ذلك؟ و هل يجب لأصحابه من ذلك عليه شىء؟ فوقع لى منه: الخمس مما يفضل من مئونه) (٣).

و مكاتبه يزيد فى تفسير الفائده (الفائده من يفيد إليك فى تجاره من ربحها، و حرث بعد الغرام، أو جائزه) ٤.

فرع: لو اتخذ رأس مال للتجاره فهل يجب تخميسه قبل اتخاذه، أو لا يجب تخميسه مطلقا لأنه من المئونه لتحصيل الربح، قيل بالأول، لأنه ليس من المئونه، و العرف على خلافه إذ الصدق العرفى على أنه من المئونه لا يحتاج إلى كلام.

وقيل: بأنه إذا كان بمقدار مئونه سنته فلا خمس فيه و إلا فالخمس فى الزائد، و هو تفصيل لا يساعد عليه الدليل، و قيل: بأن رأسمال المتخذ للتجاره لا خمس فيه مطلقا، لأنه من مئونه تحصيل الربح، و الدليل يقتضى أن كل رأسمال، و كذا آلات العمل كالآلات عند الزارع و الصانع إذا كان ربحها لا- قيمتها بمقدار مئونه السنه اللائقه بحاله فلا خمس فيها، و إذا كان ربحها و الاستفاده منها أزيد من مئونه السنه، فيجب تخميس ما ينتج أزيد من المئونه.

ص: ١٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ٢ و ٧.

الواجبي النفقه و غيرهم حتى الضيف (مقتصدا) فيها أى: متوسطا بحسب اللائق بحاله عاده، فإن أسرف حسب عليه ما زاد (١)، و إن قتر حسب له ما نقص (٢)، و من المئونه هنا الهديه و الصله اللائقان بحاله، و ما يؤخذ منه فى السنه قهرا، أو يصانع به الظالم اختيارا، و الحقوق اللازمه له بنذر، و كفاره، و مئونه تزويج، و دابه، و أمه، و حج واجب إن استطاع عام الاكتساب، و إلا وجب (٣) فى الفضلات السابقه على عام الاستطاعه (٤)، و الظاهر أن الحج المندوب، و الزياره، و سفر الطاعه كذلك، و الدين المتقدم و المقارن لحول الاكتساب من المئونه (٥)، و لا يجبر التالف من المال بالريح و إن كان فى عامه (٦).

فلو كان عنده رأسمال يعطى ربعا زائدا عن مئوته ضعفين، فيخمس نصفه، لأن النصف الأول من مئونه تحصيل الربح اللائق بحاله بدليل أنه محتاج إلى صرفه فى مئوته و مئونه عياله، و هكذا، و أما النصف الآخر فهو من مئونه تحصيل الربح الزائد عن حاله فيجب تخميسه حينئذ.

و أما مئونه نفسه و مئونه عياله فهى كل ما يصرفه فى جلب المحبوب و دفع المكروه و ما يحتاج إلى صرفه كسد دين أو القيام بالمستحبات بل و المباحات، بحسب شأنه اللائق بحاله، لأن المئونه يرجع فيها إلى المعنى العرفى بعد عدم تحديد معناها لا فى الكتاب و لا فى السنه.

فالاستشكال فى كون الهديه و الصله و مئونه الحج المندوب و سائر سفر الطاعه المندوبه أنها من المئونه أو لا ليس فى محله، و كذا الإشكال فى ما يصرفه على الضيف بحسب شأنه و إن لم يكن معتادا لا باستقبال الضيوف و لا مضطرا إلى ذلك، فما عن ابن فهد من تقييد الضيافه المعدوده من المئونه بالاعتیاد و الضروره ليس فى محله.

(١) لأن لفظ المئونه الوارد فى الأخبار محمول على المتعارف.

(٢) و فيه: إن لفظ المئونه الوارد فى الأخبار ظاهر فى المئونه الفعلية لا- المئونه بالقوه حتى يحسب له ما نقص، بل مع التقدير لا خمس فى ما صرفه و فى الباقي يجب الخمس.

(٣) أى الخمس.

(٤) لمرور الحول عليها.

(٥) أى وفاء الدين.

(٦) أى لو تلف بعض المال كما لو سرق فلا يجبر من ربح التجاره و إن كان ربح التجاره فى نفس العام و ذلك لعدم صدق المئونه على التالف حتى يستثنى من المال قبل الخمس، و لصدق الربح على الجميع حتى على التالف فيجب حينئذ خمس ربحه.

و فى جبر خسران التجاره بربحها فى الحول وجه (١) قطع به المصنف فى الدروس، و لو كان له مال آخر لا خمس فيه ففى أخذ المئونه منه أو من الكسب، أو منهما بالنسبه أوجه، و فى الأول احتياط (٢)، و فى الأخير عدل (٣)، و فى الأوسط (٤) قوه، و لو زاد بعد تخميسه زياده متصله أو منفصله و جب خمس الزائد (٥)، كما يجب خمسه (٦) مما لا خمس فى أصله، سواء أخرج الخمس أولاً من العين، أم من القيمه، و المراد بالمئونه هنا مئونه السنه (٧)، و مبدؤها ظهور الربح (٨)، - و فيه: إنه إذا تلف بسبب تحصيل الربح فالعرف هو الحاكم على أن الربح لا يصدق على الجميع، هذا فضلاً على أن الدليل قد دل أن الخمس فى مطلق الفائده بعد المئونه، و مع التلف لا تصدق الفائده إلا على الباقي فالأقوى الجبران.

(١) و بيانه أنه لا يصدق عنوان الربح عرفاً فى تلك السنه إلا بعد وضع الخسران من الربح، و كذا لو كان عنده عدّه أنواع من التجاره فخر فى بعضها و ربح فى البعض الآخر فلا يصدق أنه ربح فى هذه السنه إلا بعد الجبران، بل و كذا لو كان عنده تجاره و زراعه أو تجاره و صناعه أو صناعه و زراعه فخر فى بعضها و ربح فى الآخر كل ذلك لأن عموم أدله الخمس على الفائده و هى لا تصدق إلا بعد الجبران.

(٢) و إليه ذهب الأردبيلى للاحتياط و لإطلاق أدله الخمس، إذ المتبادر من أن الخمس بعد المئونه إنما هو فى صورته الاحتياج إلى الربح و فرضنا ليس منه.

(٣) كما عن الشهيدين فى الدروس و المسالك للعدل.

(٤) و إليه ذهب المتأخرون لإطلاق ما تضمن أن الخمس بعد المئونه الشامل لصورتي وجود مال آخر و عدمه و منه تصرف ضعف القولين السابقين.

(٥) لأنه فائده فتشمله أدله و جوب الخمس.

(٦) أى خمس الزائد المتصل أو المنفصل.

(٧) جمعاً بين ما دل على أن الخمس بعد المئونه و بين صحيح على بن مهزيار (فأما الغنائم و الفوائد فهى واجبه عليهم فى كل عام) (١).

(٨) وقع الخلاف فى مبدأ السنه التى يكون الخمس بعد خروج مئونها، فذهبت جماعه منهم الشهيد فى ظاهر الدروس و صاحب الحدائق و الشيخ الأعظم إلى أن الربح الحاصل إذا كان من تجاره أو صناعه أو زراعه فمبدأ السنه من حين الشروع فى التكسب و إن لم يظهر الربح، و إذا كان الربح من غير ذلك كالهبة و الميراث الذى لا يحتسب و نحوهما فمن حين -

ص: ١٠٥

و يتخير بين تعجيل إخراج (١) ما يعلم زيادته عليها (٢)، و الصبر به إلى تمام الحول، لا- لأن الحول معتبر فيه (٣)، بل لاحتمال زياده المئونه، و نقصانها، فإنها مع تعجيله (٤) تخمينيه، و لو حصل الربح في الحول تدريجا اعتبر لكل خارج حول بانفراده (٥). نعم توزع المئونه في المده المشتركه بينه، و بين ما سبق عليهما، و يختص -ظهور الربح، لا من أجل الاختلاف في مفهوم عام الربح بل المفهوم واحد و إنما الاختلاف من ناحيه الانطباق حيث ينطبق عام الربح على الأول من حين التكسب و لا ينطبق على الثاني إلا بعد ظهور الربح.

و ذهب الشارح في المسالك و الروضه و سيد المدارك من كون مبدأ السنه هو ظهور الربح مطلقا و مال إليه صاحب الجواهر بدعوى أنه المنساق من النصوص.

و الإنصاف عدم ورود لفظ عام الربح في الأخبار، و إنما الوارد هو لفظ العام كما في صحيح على بن مهزيار و قد ورد أن الخمس بعد المئونه، مع العلم بأن الخمس إنما هو على مطلق الفائده أو على ما يتكسب على الخلاف المتقدم، و عام الفوائد ظاهر في وقت ظهور الربح، و عام التكسب ظاهر من حين التكسب، إلا أن الأقوى أن المدار على الفوائد لا على التكسب فيكون العام من حين ظهور الربح.

هذا كله بالنسبه لمئونه و مئونه عياله هل تحسب من الأرباح المستجده فيما بعد لو صرفها من حين التكسب إلى حين ظهور الربح، و أما ما يصرفه من مئونه على تحصيل الربح في تجارته أو صناعته أو زراعته فلا بد أن يستثنى من الربح الحاصل منها لعدم صدق الغنيمه و الفائده إلا بعد وضع ما صرفه، هذا من جهه و من جهه أخرى يجوز للمكلف أن يجعل يوما ما أول سنه ما دامت السنه للإرفاق بالمالك، بعد تخميس ما تقدم على هذا اليوم و لا إشكال فيه و لا محذور.

(١) أى إخراج الخمس.

(٢) أى ما يعلم زياده الربح على المئونه.

(٣) أى فى خمس أرباح المكاسب.

(٤) أى فإن المئونه مع تعجيل الخمس تخمينيه.

(٥) ذهب الشهيد فى الدروس إلى عدم اعتبار الحول لكل تكسب، بل إذا تحدد مبدأ السنه بظهور الربح فكل الأرباح فى هذه السنه تحسب بحساب واحد بحيث يخرج منها المئونه و يخمس الفاضل، و تبعه عليه صاحب الحدائق و مال إليه سيد المدارك و غيرهم لأنه المنساق و المتبادر من صحيح ابن مهزيار المتقدم (فأما الغنائم و الفوائد فهى واجبه عليهم -

بالباقى (١)، و هكذا. و كما لا- يعتبر الحول هنا لا يعتبر النصاب، بل يخمس الفاضل و إن قل (٢)، و كذا غير ما ذكر له نصاب أما الحول فمبنى عن الجميع (٣) و الوجوب فى غير الأرباح مضيق (٤).

فى تقسيم الخمس ستة أقسام

(و يقسم) الخمس (سته أقسام) على المشهور (٥) عملا بظاهر الآيه و صريح الروايه، فى كل عام (١) لأنه ظاهر فى جعل عام واحد لكل المكاسب، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الشارح فى المسالك و الروضه من جعل عام لكل ربح، و بناء على الأول فتكون مئونه جميع السنه مستثناه من جميع الأرباح بخلاف الثانى فإن المئونه بعد ربح تكون منه، و بعد ربحين تكون منهما و هكذا.

(١) أى و يختص الربح الأول بالباقى من المئونه.

(٢) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٣) أى جميع الأقسام التى يجب فيها الخمس.

(٤) لا- على نحو الفوريه لأن الأمر لا- يدل عليها، بل لا يجوز التأخير الموجب للإهمال، هذا فى غير أرباح المكاسب، و أما فى أرباح المكاسب فقد عرفت أن السنه للإرفاق بالمالك حتى يكون الخمس على ربحه بعد مئونه كما هو صريح الأخبار و قد تقدم بعضها، و إن كان أصل تشريع الخمس يدل على الخمس منذ ظهور الربح من دون إرفاق للمالك لسنه كما هو مفاد الآيه الشريفة المتقدمه.

(٥) لقوله تعالى: وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَى وَ لِالْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ (٢)، و لمرسل ابن بكير عن أحدهما عليهما السلام فى تفسير الآيه (خمس الله عز و جل للإمام، و خمس الرسول للإمام، و خمس ذوى القربى لقرابه الرسول الإمام، و اليتامى يتامى آل الرسول، و المساكين منهم و أبناء السبيل منهم فلا يخرج منهم إلى غيرهم) (٣) و مرسل أحمد بن محمد قال (الخمس من خمسه أشياء. إلى أن قال. فأما الخمس فيقسم على ستة أسهم: سهم لله، و سهم للرسول صلى الله عليه و آله و سلم و سهم لذوى القربى، و سهم لليتامى و سهم للمساكين، و سهم لأبناء السبيل، فالذى لله فلرسول الله فرسول الله أحق به فهو له خاصه، و الذى للرسول هو لذى القربى و الحجه فى زمانه، فالنصف له-

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يجب فيه الخمس حديث ٥.

٢- (٢) سورة الأنفال الآيه: ٤١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٢.

(ثلاثه) منها (للإمام عليه السّلام) و هو سهم الله و رسوله و ذى القربى، و هذا السهم و هو نصف الخمس (يصرف إليه إن كان حاضرا، أو إلى نوابه) (١) و هم الفقهاء -خاصه، و النصف لليتامى و المساكين و أبناء السبيل من آل محمد عليهم السّلام الذين لا تحل لهم الصدقه و لا الزكاه عوضهم الله مكان ذلك بالخمس(١).

و عن بعض أصحابنا، و لم يعرف القائل كما فى المسالك و غيرها، و ربما نسب إلى ابن الجندب أنه يقسم خمسه أسهم بحذف سهم الله لصحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أتاه المغنم - إلى أن قال - ثم قسم الخمس الذى أخذه خمسه أحماس، يأخذ خمس الله عز و جل لنفسه، ثم يقسم الأربعة أحماس بين ذوى القربى و اليتامى و المساكين و أبناء السبيل، يعطى كل واحد منهم حقا، و كذلك الإمام يأخذ كما يأخذ الرسول صلى الله عليه و آله و سلم(٢) و هو ظاهر فى سقوط سهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا سهم الله كما هو المدعى، و هو محمول على التقيه لموافقه أكثر العامه، أو على أن ذلك منه صلى الله عليه و آله و سلم توفير على المستحقين كما عن الشيخ فى الاستبصار.

(١) اختلف الأصحاب فى نصف الخمس الراجع إلى الإمام عليه السّلام، فقيل: بإباحته للشيعة مطلقا كما عن سلّار المديلمى فى المراسم و المدارك و الذخير و المفاتيح و الوافى و الحدائق، و عن كشف الرموز نسبه إلى قوم من المتقدمين، و فى الحدائق نسبه إلى جملة من معاصريه اعتمادا على نصوص تحليل الخمس، و هى محموله على ما سيأتى أو معرض عنها بين الأصحاب.

و قيل: بوجوب عزله و إيداعه و الوصيه به عند الموت كما عنه المقنعه للمفيد و الحلبي و القاضى و الحلبي، و فى المنتهى نسبه إلى جمهور أصحابنا، عملا- بالقواعد المعوّل عليها فى المال المعلوم مالكة مع عدم إمكان إيصاله إليه، و فيه إن ذلك مظنه الخطر و الضرر فى أكثر الأوقات فيكون تفريطا فى مال الغير.

و قيل: بوجوب دفنه كما عن بعض الأصحاب و حكاه عنه فى المقنعه و النهايه و المنتهى، اعتمادا على أنه أحفظ، و لما روى من أن الأرض تخرج كنوزها للحجه عليه السّلام عند ظهوره(٣).

و فيه: إنه تفريط بمال الغير لأن مظنه الضرر و التلف هنا أكد، مضافا إلى أن الاستفاده من الروايه بوجوب الدفن مشكل جدا لأنه غير ظاهر منها.

و قيل: بوجوب صرفه على المحتاجين من الذريه الطاهره، كما عن المفيد فى الغريه،

ص: ١٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٣.

٣- (٣) الاحتجاج ج ٢ ص ١٠.

و- الشرائع و المهذب لابن فهد، و قيل: إنه المشهور بين المتأخرين لمرسل حماد عن العبد الصالح عليه السّلام (و نصف الخمس الباقي بين أهل بيته، فهم لتمامهم و سهم لمساكينهم و سهم لأبناء سبيلهم، يقسم بينهم على الكتاب و السنه يستغنون به في سنتهم، فإن فضل عنهم شيء فهو للوالى، فإن عجز أو نقص عن استغنائهم كان على الوالى أن ينفق من عنده بقدر ما يستغنون به، و إنما صار عليه أن يمونهم لأن له ما نقل عنهم)(1) و مرسل أحمد بن محمد المرفوع (عوضهم الله مكان ذلك بالخمس فهو يعطيهم على قدر كفايتهم، فإن فضل شيء فهو له، و إن نقص عنهم و لم يكفهم أتمهم لهم من عنده، كما صار له الفضل كذلك يلزمه النقصان)(2) ، و هما ظاهران بصوره بسط اليد و وصول الخمس إليه عليه السّلام بأجمعه، و الإنصاف أنهما يدلان على جواز صرف السهم المبارك في حاجه الذريه الطاهره و أنهم أحد مصارفه.

و قيل: بالتمييز بين إيداعه و الوصيه به عند الموت و بين دفنه، كما عن الشيخ في النهايه، و قيل بالتمييز بين دفنه و بين إيداعه على النحو المتقدم و بين صله الأصناف مع إعوازمهم كما عن الشهيد في الدروس، و قيل: بين إيداعه على النحو المتقدم و بين قسمته على الأصناف مع إعوازمهم كما عن المختلف و غيره، و عن ابن حمزه و جوب صرفه في فقراء الشيعة مطلقا و إن لم يكونوا من الساده لما ورد في مرسله حماد بالنسبه للزكاه (فإن فضل من ذلك شيء ردّ إلى الوالى، و إن نقص من ذلك شيء و لم يكتفوا به كان على الوالى أن يمونهم من عنده بقدر سعتهم حتى يستغنوا)(3) و لخبر محمد بن يزيد عن أبى الحسن الأول عليه السّلام (من لم يستطع أن يصلنا فليصل فقراء شيعتنا)(4) و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (من لم يقدر على صلتنا فليصل صالحى موالينا يكتب له ثواب صلتنا)(5) ، و الأخير ظاهر فى الصله المستحبه، و قيل: بإجراء حكم مجهول المالك عليه كما عن الجواهر، إذ العلم بالنسب لا يخرج عن كونه مجهولا، بل المناط فى مجهول المالك هو تعذر إيبال المال إليه فلا بدّ من التصدق به عنه. و فيه: إنه متعين لو لم يقطع برضاه بصرفه فى جهه معينه و سيأتى الكلام فيه.

و قيل: بوجوب دفعه إلى الفقيه الجامع للشرائع كما عن الفاضلين و الشهيدين و غيرهم بل -

ص: ١٠٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قسمه الخمس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الصدقه حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الصدقه حديث ٣.

العدول الإماميون الجامعون لشرائط الفتوى، لأنهم وكلاؤه، ثم يجب عليهم فيه ما يقتضيه مذهبيهم، فمن يذهب منهم إلى جواز صرفه إلى الأصناف على سبيل التتمه كما هو المشهور بين المتأخرين منهم يصرفه على حسب ما يراه، من بسط (١)، وغيره، و من لا- يرى ذلك يجب عليه أن يستدعه له إلى ظهوره، فإذا حضرته الوفاة أو دعه من ثقه، و هكذا ما دام غائبا، (أو يحفظ) أى يحفظه من يجب عليه بطريق الاستيداع كما ذكرناه فى النائب و ليس له أن يتولى إخراجہ بنفسه إلى الأصناف مطلقا (٢)، و لا لغير الحاكم الشرعى، فإن تولاه غيره ضمن (٣) و يظهر -نسب إلى أكثر العلماء و إلى أكثر المتأخرين، إما لعموم ولايته و إما لأنه أبصر بمواقعه و أعرف بمواضعه، و فيه: أما الولاية فهى مقتصره على فصل الخصومه بين المتنازعين بحسب ما يستفاد من الأدله، و لا تدل هذه الأدله على أكثر من ذلك، و أما الثانى فلا نسلم به على إطلاقه.

و قيل: بأن المدار على تحصيل الرضا قطعاً أو اطمئناناً، بحيث لو حصل الرضا بالتصرف بماله فهو أولى من جميع الوجوه السابقه التى فى بعضها اتلاف للمال و تضييع، و هذا القول إن لم يكن أقوى فهو أحوط بحيث أن المكلف قاطع أو مطمئن بأن الإمام لو كان حاضراً فهو راض بهذا التصرف فى ماله.

و تحصيل الرضا يتحقق فيما لو صرف السهم المبارك فى إقامة دعائم الدين و مئونه طلبه العلوم الدينيه، و سدّ عوز الفقراء من شيعته، و إن كان غير هاشمى مع ترجيح الهاشمى لاحتمال مزيه نسبه، و هذا التصرف غير متوقف على إذن الفقيه الجامع للشرائط فضلاً عن إذن الأئمه أو إذن المقلد كما قد شاع فى عصورنا المتأخره فإن كل ذلك من دون دليل ظاهر على هذا الاشتراط بعد عدم عموم ولايته.

(١) فلا يجب البسط على الأصناف بل يجوز إعطاء تمام سهم الساده لواحد من الأصناف الثلاثه على المشهور لصحيح البنظى عن الإمام الرضا عليه السلام (أ فرأيت إن كان صنف من الأصناف أكثر، و صنف أقل، ما يصنع به؟ قال عليه السلام: ذلك إلى الإمام، أ رأيت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كيف يصنع؟ أ ليس إنما كان يعطى على ما يرى، كذلك الإمام) (١).

و ما الشيخ فى المبسوط و الحلبي من وجوب البسط فهو ضعيف لما تقدم من الخبر.

(٢) سواء وجد نائب الإمام أو لا.

(٣) و قد عرفت ضعفه.

ص: ١١٠

من إطلاقه صرف حقه عليه السّلام إلى نوابه أنه لا يحل منه حال الغيبه شيء لغير فريقه (١) و المشهور بين الأصحاب و منهم المصنف في باقى كتبه و فتاواه استثناء المناكح و المساكن و المتاجر من ذلك (٢)، فتباح هذه الثلاثه مطلقا (٣) و المراد من الأول (١) أى غير بنى هاشم من الفقراء و المساكين و أبناء السبيل.

(٢) أى من الخمس.

(٣) فى حال حضور الإمام و غيبته، فقد اشتهر فى كلمات الأصحاب تحليل المناكح و المساكن و المتاجر، و ظاهر البعض اختصاص ذلك بالمناكح دون المساكن و المتاجر، و اختلفت كلماتهم فى أن الاستثناء المذكور هل هو من الأنفال أو من حقه من الخمس عليهم السّلام أو من الخمس مطلقا، و الإنصاف أن غالبهم ناظر إلى الاستثناء من الأنفال دون الخمس.

ثم اختلفت كلماتهم فى المراد من المناكح و المساكن و المتاجر.

ففى المناكح قيل: إنها السرارى المسيبه من أهل الحرب إذا كانت الغنيمه بغير إذن الإمام، و قيل: إنها ثمن السرارى و مهر الزوجه من أرباح المكاسب و فى المساكن قيل: إنها المساكن التى تغنم من الكفار إذا كانت الغنيمه بغير إذنه، و قيل: إنها المبنيه فى أرض الأنفال، و قيل: إنها المساكن التى بنيت أو اشترت من أرباح المكاسب.

و فى المتاجر: ما يشتري من الغنائم المأخوذه من أهل الحرب إذا كانت الغنيمه بغير إذنه، و عن ابن إدريس أنه ما يشتري من الأموال التى قد تعلق بها الخمس إذا اشتراها ممن لا يخمس أو لا يعتقد الخمس فلا يجب على المشتري إخراج الخمس إلا أن يتجر فيه و يربح، و سبب الاختلاف فى ذلك ورود أخبار التحليل، فبعضهم حملها على تحليل الأنفال، و لازمه حل الأنفال مطلقا سواء كان فى هذه الأمور الثلاثه أو غيرها، و لا داعى لتخصيص الثلاثه إلا إذا كان التخصيص لأنها عامه البلوى.

و بعضهم حملها على تحليل الأنفال و تحليل حق الإمام من الخمس الذى هو سهم الإمام، و لذا فسرت الثلاثه أو بعضها بما اشترى من أرباح المكاسب و عليه فلا بد من استعراض أدله و نصوص التحليل. قال فى الجواهر (بل يخشى على من أمعن النظر فيها - أى فى تفاسير المساكن و المناكح و المتاجر فى كلمات الأصحاب - مريدا إرجاعها إلى مقصد صحيح من بعض الأمراض العظيمة قبل أن يأتى بشيء، و ظنى أنها كذلك مجمله عند كثير من أصحابها، و إن تبعوا فى هذه الألفاظ بعض من تقدمهم ممن لا يعلمون مراده، وليتهم تركونا و الأخبار) و هى كثيره.

منها: صحيح الحارث بن المغيرة عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: إن لنا أموالا من غلات و تجارات و نحو ذلك، و قد علمت أن لك فيها حقا، قال عليه السّلام: فلم أحلنا إذا -

-لشيعتنا إلا لتطيب ولادتهم، و كل من والى آبائى فهم فى حل مما فى أيديهم من حقنا، فليبلغ الشاهد الغائب(١).

و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام حللهم من الخمس - يعنى الشيعة - ليطيب مولدهم) ٢ و صحيح الفضلاء - أبى بصير و زراره و محمد بن مسلم - عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السّلام: هللك الناس فى بطونهم و فروجهم، لأنهم لم يؤدوا إلينا حقنا، ألا و إن شيعتنا من ذلك و آباءهم فى حل)(٢) و موثقه يونس بن يعقوب (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام فدخل عليه رجل من القمطين فقال: جعلت فداك، تقع فى أيدينا الأرباح و الأموال و تجارات نعرف أن حقك فيها ثابت، و إنا عن ذلك مقصرون، فقال: ما أنصفناكم إن كلفناكم ذلك اليوم) ٤

و صحيح على بن مهزيار (قرأت فى كتاب لأبى جعفر عليه السّلام من رجل يسأله أن يجعله فى حل من مأكله و مشربه من الخمس، فكتب بخطه: من أعوزه شىء من حقى فهو فى حل) ٥ و خبر ضريس الكناسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أ تدرى من أين دخل على الناس الزنا؟ فقلت: لا- أدرى؟ فقال: من قبل خمسننا أهل البيت، إلا- لشيعتنا الأ-طيين، فإنه محلل لهم و لميلادهم) ٦، و خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رجل و أنا حاضر: حلل لى الفروج، ففزع أبو عبد الله عليه السّلام، فقال له رجل: ليس يسألك أن يعترض الطريق، إنما يسألك خادما يشتريها أو امرأه يتزوجها، أو ميراثا يصيبه، أو تجاره أو شيئاً أعطيه، فقال عليه السّلام: هذا لشيعتنا حلال، الشاهد منهم و الغائب، و الميت منهم و الحى، و ما يولد منهم إلى يوم القيامة فهو لهم حلال) ٧.

و خبر حكيم مؤذن ابن عيسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: و أعلموا أنّما غنمتم من شىءٍ فإنّ لله خُمسه و للرّسول... ، قال: هى و الله الإفاده يوماً بيوم، إلا أن أبى جعل شيعتنا من ذلك فى حل ليزكوا)(٣) و صحيح عمر بن يزيد (رأيت أبا سيار مسمع بن عبد الملك بالمدينه و كان قد حمل إلى أبى عبد الله عليه السّلام ما لا فى تلك السنه فرده عليه، فقلت له: لم ردّ عليك أبو عبد الله عليه السّلام المال الذى حملته إليه؟ فقال إنى قلت له حين حملت إليه المال: إنى كنت و لیت الغوص فأصبت أربعمائه ألف درهم، و قد جئت بخمسها إليك ثمانين الف درهم، و كرهت أن أحبسها عنك، و أعرض لها و هى حقك الذى جعل الله تعالى لك فى أموالنا، فقال: و ما لنا من الأرض و ما أخرج الله منها إلا

ص: ١١٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ٩ و ١٥.

٢- ((٧-٦-٥-٤-٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١ و ٦ و ٢ و ٣ و ٤.

٣- ((٨)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ٨.

-الخمسة؟ يا أبا سيار، الأرض كلها لنا فما أخرج الله منها فى شىء فهو لنا، قلت له:

أنا أحمل إليك المال كله، فقال لى: يا أبا سيار قد طيناه لك و حللناك منه فضم إليك مالك، و كل ما كان فى أيدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون و يحلّ لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا، فيجيئهم طسق ما كان فى أيدى سواهم، فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض من أيديهم و يخرجهم منها صغره(١)، نعم هذه الأخبار قد حملت على تحليل حق الإمام فقط كما عن صاحب الحدائق و جماعه، جمعا بينها و بين ما دل على وجوب الخمس، و للتصريح بكون التحليل لخصوص حقه عليه السلام كما وقع فى صحيح ابن مهزيار المتقدم (من أعوزه شىء من حقى فهو فى حل) و لخبر أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام (إن الله جعل لنا أهل البيت سهاما ثلاثة فى جميع الفىء فقال تبارك و تعالى: و اعلموا أنما غنمتم من شىء... الآية، فنحن أصحاب الخمس و الفىء، و قد حرمانه على جميع الناس ما خلا شيعتنا، و الله يا أبا حمزه ما من أرض تفتح و لا خمس يخمس فيضرب على شىء منه إلا كان حراما على من يصيبه، فرجا كان أو مالا(٢)، و فيه: إن الأخبار الكثيرة التى تقدم بعضها ظاهره بل صريحه فى تمام الخمس لا خصوص حقه فيه، على أنه يمكن حمل هذين الخبرين على خصوص حقه من الفىء و الغنائم لأن الغنيمه بغير إذنه ملك له و مع هذا الحل يسقط الاستدلال بها على تحليل حقهم من سهم الإمام من خمس جميع الأصناف بما فيها أرباح المكاسب.

و عن ابن الجنيد حمل أخبار التحليل من إمام ذلك العصر عليه السلام خاصة فى حقه فيكون مختصا بزمانه فلا يتناول زماننا، و يدفعه التصريح بكون التحليل إلى ظهور القائم عليه السلام أو إلى يوم القيامة كما فى بعض الأخبار المتقدمه على أنه قد أباح صاحب الزمان (صلوات الله عليه و عجل الله تعالى فرجه) الخمس لشيعته فى التوقيع الوارد فى كتاب إكمال الدين عن إسحاق بن يعقوب (فيما ورد عليه من التوقيعات بخط صاحب الزمان عليه السلام، و أما الخمس فقد أبيع لشيعتنا، و جعلوا منه فى حل إلى أن يظهر أمرنا لتطيب ولادتهم و لا تخبت(٣).

ثم إن أخبار التحليل لا يمكن حملها على تحليل الخمس منهم عليهم السلام لشيعتهم زمن قصور بسط اليد، و ذلك لمعارضتها للكثير من الأخبار الداله على إخراج الخمس كخبر حفص عن أبى عبد الله عليه السلام (خذ مال الناصب حيثما وجدته و ادفع إلينا الخمس(٤)-

ص: ١١٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يجب من الخمس حديث ٦.

و-خبر عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (فيما يخرج من المعادن و البحر و الغنيمه و الحلال المختلط بالحرام إذا لم يعرف صاحبه و الكنوز و الخمس) (١). و خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الكنز، كم فيه؟ فقال: الخمس) (٢). و صحيح ابن مهزيار عن محمد بن الحسن الأشعري (كتب بعض أصحابنا إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: أخبرني عن الخمس، أعلى جميع ما يستفيد الرجل من قليل أو كثير من جميع الضروب و على الصناعات؟ و كيف ذلك؟ فكتب بخطه: الخمس بعد المئونه) (٣)، و تقدم الكثير منها.

بالإضافة إلى الأخبار الكثيره التي صرحت بعدم إباحه شيء من خمس مع وجود أخبار التحليل بين أيدي الأصحاب، منها: خبر محمد بن زيد الطبري (كتب رجل من تجار فارس من بعض موالى أبي الحسن الرضا عليه السلام يسأله الإذن في الخمس، فكتب إليه:

بسم الله الرحمن الرحيم: إن الله واسع كريم، ضمن على العمل الثواب و على الخلاف العذاب، لا- يحل مال إلا من وجه أحله الله، إن الخمس عوننا على ديننا و على عيالنا و على موالينا، و ما نبذله و نشترى من أعراضنا ممن تخاف سطوته، فلا تزووه عنا، و لا تحرموا أنفسكم دعاءنا ما قدرتم عليه، فإن إخراجه مفتاح رزقكم و تمحيص ذنوبكم، و ما تمهدون لأنفسكم ليوم فاتتكم، و المسلم من يفى لله بما عهد إليه، و ليس المسلم من أجاب باللسان و خالف بالقلب و السلام) (٤).

و خبره الآخر قال (قدم قوم من خراسان على أبي الحسن الرضا عليه السلام فسألوه أن يجعلهم في حل من الخمس، فقال: ما أجل هذا، تمحضونا الموده بألسنتكم و تزوون عنا حقا جعله الله لنا و جعلنا له، و هو الخمس، لا نجعل أحدا منكم في حل) (٥) بالإضافة إلى أن الأئمه عليهم السلام كان لهم و كلاء في الأطراف في قبض الأخماس (٥) خصوصا في زمن الغيبه الصغرى (٦).

و لكن لا- يمكن رد أخبار التحليل كما فعل البعض بدعوى قصور سند بعضها، فإنها كثيره مع صحه السند في البعض الآخر فيتعين حملها على تحليل الفيء و الغنائم، بمعنى أن الحروب التي صدرت في زمن المعصومين غالبها بل كلها إنما وقعت بغير-

ص: ١١٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يجب من الخمس حديث ٦.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يجب من الخمس حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ١.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأنفال حديث ٢ و ٣.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٣.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأنفال حديث ٨.

-إذنههم عليهم السّلام، و هذا يوجب أن تكون الغنائم لهم خاصة و لكن الأئمة عليهم السّلام قد أباحوا ذلك لشيعتهم، فلو كن من جملة السبي امرأه قد اشتراها الشيعي من المحارب الذي وقعت المرأه في حصته فهو حلال للشيعه حتى تحل ولادتهم و تطيب و تزكو، و لو كان من جملة الغنائم مال قد وصل إلى الشيعي يبيع أو غيره، فهو حلال و هكذا، و لذا لم يخالف أحد في تحليل الأنفال مع أنها كلها ملك للإمام عليه السّلام اعتمادا على هذه النصوص المتقدمه.

و هذه النصوص بعد حملها على تحليل الغنائم و الأنفال فهي مطلقه أو عامه لا تختص بالمساكن و المتاجر و المناكح بل تشمل غيرها، سواء كانت ملكا للكفار أو اشترت بمال الغنائم، هذا من جهه و من جهه أخرى قيل: بأن نصوص التحليل تشمل تحليل ما لو انتقل متعلق الخمس ممن لا يعتقد الخمس إلى الشيعي فإن هذا الخمس المتعلق بالعين مشمول لنصوص التحليل كما لو كان مال عند غير الشيعي و لم يخمسه بعد تعلق الخمس فلو انتقل إلى الشيعي فلا يجب إخراج الخمس منه اعتمادا على خبرين: الأول: خبر يونس بن يعقوب المتقدم (كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام فدخل عليه رجل من القمطين، فقال: جعلت فداك، تقع في أيدينا الأموال و الأرباح و تجارات نعلم أن حقك فيها ثابت و إنا عن ذلك مقصرون، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: ما أنصفناكم إنا كلفناكم ذلك اليوم) (١) و صحيح الحارث بن المغيرة المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: إن لنا أموالا من غلات و تجارات و نحو ذلك، و قد علمت أن لك فيها حقا، قال: فلم أحللنا إذا لشيعتنا إلا لتطيب ولادتهم، و كل من والى آبائي فهم في حل مما في أيديهم من حقنا فليبلغ الشاهد الغائب) ٢ و هما مطلقان يشملان ما لو انتقل متعلق الخمس إلى الشيعي من غير المعتقد بالخمس كالكافر و المخالف أو المعتقد غير المبالي أو الفاسق.

و الحاصل أن ما ورد من أخبار التحليل متضمنا للفظ الخمس محمول على هذا الفرد، و ما ورد متضمنا للفظ الحق محمول على الأنفال و الفء و الغنيمه إذا كانت بغير إذن الإمام، و هو القدر المتيقن منها، و بهذا يتم الجمع بين أخبار التحليل و أدله و جوب الخمس، و أيضا قد تحصل أن الأنفال مطلقا و الغنيمه بغير إذنه مشموله للتحليل فتخصيصها بالمساكن و المتاجر و المناكح ليس في حمله، نعم ورد الاقتصار على هذه الثلاثه في مرسله عوالي اللثالي (سئل الصادق عليه السّلام فقيل له: يا ابن رسول الله، ما حال شيعتكم فيما-

ص: ١١٥

الأمة المسيبه حال الغيبه و ثمنها، و مهر الزوجه من الأرباح (١) و من الثاني ثمن المسكن منها أيضا (٢)، و من الثالث الشراء ممن لا يعتقد الخمس، أو ممن لا يخمس، و نحو ذلك (٣)، و تركه هنا إما اختصارا، أو اختيارا، لأنه قول لجماعه من الأصحاب، و الظاهر الأول لأنه ادعى في البيان أطباق الإماميه عليه، نظرا إلى شذوذ المخالف (٤).

في الثلاثة الباقية

(و ثلاثة أقسام) (٥) و هي بقيه الستة (لليتامى) و هم الأطفال الذين لا أب لهم، (و المساكين)، و المراد بهم هنا ما يشمل الفقراء كما في كل موضع يذكر من مفردين، (و ابنا السبيل) على الوجه المذكور في الزكاه (من الهاشميين المنتسبين) إلى هاشم (بالأب)، دون الأم (٦)، و دون المنتسبين إلى المطلب أخى هاشم على أشهر القولين (٧).

-خصكم الله به إذا غاب غائبكم و استتر قائمكم؟ فقال عليه السلام: ما أنصفناهم إن و اخذناهم، و لا أحببناهم إن عاقبناهم، بل نبيح لهم المساكن لتصح عبادتهم، و نبيح لهم المناكح لتطيب ولادتهم، و نبيح لهم المتاجر ليزكوا أموالهم (١) فهي غير صريحه بالحصص فلا تصلح لمعارضه ما دل على إطلاق تحليل مطلق الحق في الفىء و الغنيمه.

(١) بل يجب أن يلحقه حكم أرباح المكاسب.

(٢) أى من الأرباح و يجب أن يلحقه حكم أرباح المكاسب أيضا.

(٣) كما لو اشترى شيئا من مال الغنائم للتجاره.

(٤) و هو الإسكافى و الحلبي حيث أنكرا هذا التحليل من أصله.

(٥) و هي للساده و قد تقدم الدليل على ذلك.

(٦) و عليه اتفاق الجميع ما عدا السيد المرتضى، و دليلهم مرسل حماد عن الإمام الكاظم عليه السلام (و من كانت أمه من بنى هاشم و أبوه من سائر قريش، فإن الصدقات تحل له، و ليس له من الخمس شيء، لأن الله تعالى يقول: أَدْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ (٢)).

و دعوى السيد أن ولد البنت ولد حقيقه فيكون منسوبا إلى بنى هاشم، و فيه: إنه لا يقال له هاشمى عرفا إلا إذا كان أبوه هاشميا و الخبر المتقدم حجه عليه.

(٧) ذهب المفيد في العزیه و الإسكافى إلى أن الخمس للهاشمى و المطلبين اعتمادا على خبر

ص: ١١٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ٣.

٢- (٢) سورة الأحزاب الآيه ٥.

و يدل على الأول (١) استعمال أهل اللغة، و ما خالفه يحمل على المجاز لأنه خير من الاشتراك، و فى الروايه عن الكاظم (ع) ما يدل عليه، و على الثانى (٢) أصاله عدم الاستحقاق، مضافا إلى ما دل على عدمه من الأخبار و استضعافا لما (٣) استدلل به القائل منها، و قصوره عن الدلاله (٤).

(و قال المرتضى) رضى الله عنه: يستحق المنتسب إلى هاشم (و) لو (بالأم)، استنادا إلى قوله (ص) عن الحسين (ع) هذان ابنائى إمامان (٥)، و الأصل فى الإطلاق الحقيقه، و هو ممنوع، بل هو أعم منها و من المجاز، خصوصا مع وجود المعارض. و قال المفيد و ابن الجنيد: يستحق المطلبى أيضا و قد بيناه.

(و يشترط فقر شركاء الإمام عليه السلام) أما المساكين فظاهر (٦)، و أما اليتامى -زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لو كان العدل ما احتاج هاشمى و لا مطلبى إلى صدقه، إن الله جعل لهم فى كتابه ما كان فيه سعتهم) (١).

و ذهب المشهور إلى اختصاص الخمس بنى هاشم فقط للأخبار الكثيره منها: مرسل حماد عن العبد الصالح عليه السلام (و هؤلاء الذين جعل الله لهم الخمس، هم قرابه النبى صلى الله عليه و آله و سلم، الذين ذكرهم الله فى كتابه فقال: وَ أَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ (٢)، و هم بنو عبد المطلب أنفسهم، الذكر منهم و الأنثى، ليس فيهم من أهل بيوتات قريش و لا من العرب أحد) (٣) مع إمكان حمل الخبر الأول على غير أولاد عبد المطلب فقط لأن الصدر قد حذف عند الإضافه.

(١) أى على كون الهاشمى هو المنتسب بالأب دون الأم.

(٢) أى على كون الخمس لخصوص بنى هاشم دون المطلبى.

(٣) قد رد خبر زراره باشتماله على إبراهيم بن هاشم و هو لم يمدح و لم يذم، و فيه: إنه من مشايخ الروايه و هذا ما يجعله فى أعلى مراتب الصحه فالإنصاف أن الخبر صحيح السند.

(٤) و قد تقدم بيان القصور.

(٥) ينابيع الموده ج ١ ص ٣٧٣.

(٦) لأنه محقق لموضوعهم.

ص: ١١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

٢- (٢) سوره الشعراء الآيه ٢١٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٨.

فالمشهور اعتبار فقرهم لأن الخمس عوض الزكاه و مصرفها الفقراء فى غير من نصّ على عدم اعتبار فقره (١) فكذا العوض، لأن الإمام عليه السلام (٢) يقسمه بينهم على قدر حاجتهم، و الفاضل له و المعوز عليه، فإذا انتفت الحاجه انتفى النصيب.

و فيه نظر بين، و من ثم ذهب جماعه إلى عدم اعتباره فيهم، لأن اليتيم قسيم للمسكين فى الآيه، و هو يقتضى المغايره و لو سلم عدمه نظرا إلى أنها لا تقتضى المباينه فعند عدم المخصص يبقى العموم (٣) و توقف المصنف فى الدروس.

(و يكفى فى ابن السبيل الفقر (٤) فى بلد التسليم) و إن كان غنيا فى بلده بشرط أن يتعذر وصوله إلى المال على الوجه الذى قررناه فى الزكاه و ظاهرهم هنا عدم الخلاف فيه، و إلا كان دليل اليتيم آتيا فيه.

(و لا تعتبر العداله) لإطلاق الأدله (٥)، (و يعتبر الإيمان) لاعتباره فى المعوض (١) كالعاملين عليها و المؤلفه قلوبهم و فى سبيل الله.

(٢) كما فى مرسل حماد عن العبد الصالح عليه السلام - و هو دليل المشهور - (يقسم بينهم على الكتاب و السنه ما يستغنون به فى سنتهم، فإن فضل عنهم شىء فهو للوالى، فإن عجز أو نقص عن استغنائهم كان على الوالى أن ينفق من عنده بقدر ما يستغنون به، و إنما صار عليه أن يمونهم لأن له ما فضل عنهم) (١) و مثله غيره.

و عن السرائر و المبسوط عدم اعتبار الفقر، لضعف سند الخبر، و لأن اليتيم وقع قسيما للمسكين فى الآيه فلا يشترط فقره و إلا لاندرج تحت عنوان الفقير و المسكين و لا داعى لذكره قسما مستقلا، و لأن الخمس و إن كان عوض الزكاه لكن لا يجب المساواه بين البذل و المبدل منه من جميع الجهات. و فيه: أما الخبر فهو منجبر بعمل الأصحاب فهو موثوق الصدور و عليه مدار حجيه العمل بالخبر، و أما كونه قسيما للمسكين فى الآيه فليس لعدم اعتبار الفقر فى اليتيم بل للاختلاف فى البلوغ و عدمه مع فقد الأب و بهذين ثبت وجوب التساوى بين العوض و المعوض عنه أعنى بين الخمس و الزكاه من هذه الجهه.

(٣) و هو عموم اليتيم الوارد فى الآيه، فىكون شاملا للفقير و غيره و قد عرفت أنه مقيد.

(٤) يعنى ما تقدم فى اليتيم، و خالف ابن إدريس فى السرائر فلم يشترط ذلك و هو ضعيف.

(٥) بلا خلاف من أحد.

ص: ١١٨

بغير خلاف، مع وجوده (١) ولأنه صله و مواده، و المخالف بعيد عنهما، و فيهما نظر (٢) و لا ريب أن اعتباره أولى.

في الأنفال

و أما الأنفال (٣) فهي المال الزائد للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و الإمام عليه السَّلام بعده على قبيلهما و قد كانت لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في حياته بالآية الشريفة، و هي بعده للإمام القائم مقامه، و قد أشار إليها بقوله: (و نفل الإمام عليه السَّلام) الذي يزيد به عن قبيله، و منه سُمِّي نَفْلًا (أرض (٤) انجلى عنها أهلها) و تركوها، (أو سلمت) للمسلمين (١) أي وجود المؤمن فقد استدل على اعتبار الإيمان، بأن الخمس عوض الزكاة المعتبر فيها الإيمان، و أن الخمس كرامه و موده لا يستحقها غير المؤمن، و خبر إبراهيم الأوسى الوارد في الزكاة عن الرضا عليه السَّلام (فإن الله عز و جل حرّم أموالنا و أموال شيعتنا على عدونا) (١).

(٢) أما الأول فلا يجب التساوى بين العوض و المعوض من جميع الجهات، و أما الثاني فإن الدفع إليه إكرام لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ و أهل بيته عليهم السَّلام.

(٣) جمع نفل بالتحريك، و هو الزائد، قال الأزهرى (النفل ما كان زياده عن الأصل) و قال تعالى: وَ هَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ وَ يَعْقُوبَ نَافِلَةً (٢) أي زياده على ما سأل، و المراد بها هي ما يختص بها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، قال تعالى: يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْأَنْفَالِ، قُلِ الْأَنْفَالُ لِلَّهِ وَ الرَّسُولِ فَاتَّقُوا اللَّهَ وَ أَصِلُوا ذَاتَ بَيْنِكُمْ (٣) و من بعده للإمام عليه السَّلام جعلها الله لهم زياده على مالهم من سهم الخمس.

(٤) فهي خمسة بحسب الحصر الاستقرائي المستفاد من تتبع الأدلة الشرعية كما في المدارك، و زاد المفيد و الشيخ المعادن، و على كل فلا بد من تتبع الأدلة في ذلك، و أما الأرض التي تملك من غير قتال سواء انجلى عنها أهلها أو سلموها طوعاً فهي من الأنفال للأخبار منها: صحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السَّلام (الأنفال ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب، أو قوم صالحوا، أو قوم أعطوا ما بأيديهم، و كل أرض خربه، و بطون الأودية، فهو لرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و هو للإمام من بعده يضعه حيث يشاء) (٤).

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مستحقى الزكاة حديث ٨.

٢- (٢) سورة الأنبياء الآية: ٧٢.

٣- (٣) سورة الأنفال الآية: ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ١.

(طوعاً) من غير قتال كبلاد البحرين، (أو باد أهلها) (١) أى هلكوا مسلمين كانوا أم كفاراً، و كذا مطلق الأرض الموات التى لا يعرف لها مالك.

(و الآجام) (٢) بكسر الهمزة و فتحها مع المد جمع أجمه بالتحريك المفتوح و هى الأرض المملوءه من القصب و نحوه، فى غير الأرض المملوكة، (و رءوس الجبل، و بطون الأودية)، و المرجع فيهما إلى العرف، (و ما يكون بهما) من شجر، و معدن، و غيرهما، و ذلك فى غير أرضه المختصه به، (و صوافى (٣) ملوك) أهل (الحرب)، و قطائعهم (٤) و ضابطه كل ما اصطفاه ملك الكفار لنفسه و اختص به من الأموال (١) و هى الأرض الموات التى لا مالك لها سواء باد أهلها أ و لم يجر عليها ملك فهى من الأنفال بلا خلاف للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الأنفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقه دم، أو قوم صولحوها و أعطوا بأيديهم، و ما كان من أرض خربه، أو بطون أوديه فهذا كله من الفىء و الأنفال لله و للرسول، و ما كان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب) (١).

(٢) فالآجام و بطون الأودية و رءوس الجبال من الأنفال بلا خلاف فى ذلك للأخبار منها صحيح حفص و صحيح ابن مسلم المتقدمين، و منها: مرسل حماد عن العبد الصالح عليه السلام فى حديث (و له رءوس الجبال و بطون الأودية و الآجام) ٢ و خبر داود ابن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام (و ما الأنفال؟ قال: بطون الأودية و رءوس الجبال و الآجام و المعادن و كل أرض لم يوجف عليها بخيل و لا - ركاب، و كل أرض ميتة قد جلا أهلها، و قطائع الملوك) ٣، و يرجع فى تحديد بطن الوادى و رأس الجبال إلى العرف، و الآجام هى الأرض المملوءه قصباً، أو الشجر الكثير الملتف بعضه ببعض.

(٣) ما يصطفيه الملوك لأنفسهم من الغنائم المنقوله.

(٤) ما يصطفيه الملوك لأنفسهم من الغنائم غير المنقوله، و يدل عليه خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن صفو المال؟ قال: الإمام يأخذ الجارية الروقه و المركب الفاره و السيف القاطع، و الدرع قبل أن تقسم الغنيمه، فهذا صفو المال) (٢)، و خبر ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أتاه المغنم أخذ صفوه و كان ذلك له - إلى أن قال - و كذلك الإمام أخذ كما أخذ الرسول صلى الله عليه و آله و سلم) (٣) و خبر داود و بن فرقد عن أبى

ص: ١٢٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ١٠ و ٤ و ٣٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ١٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٣.

المنقوله و غيرها، غير المغصوبه، من مسلم، أو مسالم، (و ميراث فاقد الوارث) الخاص، و هو من عدا الإمام، و إلا فهو عليه السلام وارث من يكون كذلك (١)، (و الغنيمه بغير إذنه) غائبا كان، أم حاضرا على المشهور (٢) و به روايه مرسله إلا أنه لا- قائل بخلافها ظاهرا.

و المشهور أن هذه الأنفال مباحه حال الغيبه (٣) فيصح التصرف فى الأرض المذكوره بالإحياء، و أخذ ما فيها من شجر، و غيره. نعم يختص ميراث من لا -عبد الله عليه السلام (قطنع الملوك كلها للإمام و ليس للناس فيها شيء) (١).

(١) للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (من مات و ليس له وارث من قرابته و لا مولى عتاقه قد ضمن جريرته فما له من الأنفال) (٢) و مرسل حماد (الإمام وارث من لا وارث له) ٣.

(٢) لمرسله العباس الوراق عن رجل سماه عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمه كلها للإمام، و إذا غزوا بأمر الإمام فغنموا كان للإمام الخمس) (٣).

و الروايه ضعيفه بالإرسال و غيره فلذا توقف المحقق فى النافع فى الحكم، بل العلامه فى المنتهى جزم بالمساواه بين كون الغزو بإذنه أو لا- و أن الإمام له الخمس فقط لإطلاق الآية الشريفه (٤) و حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل من أصحابنا يكون فى لوأئهم فيكون معهم فيصيب غنيمه فقال: يؤدى خمسنا و يطيب له) (٥).

(٣) أما فى حال الحضور فلا- بد من إذنه عليهم السلام كما فى المعتبر، و فيه: أن أدله التحليل مطلقه تشمل حال الحضور و الغيبه بل بعضها صريح فى العموم إلى زمن القائم عليه السلام و قد تقدم الكلام فى هذه الأخبار، و أن ما ورد بلفظ الحق فهو محمول على الأنفال فتخصيص المشهور بالمساكن و المتاجر و الدور من الأنفال فقط ليس فى محله.

ص: ١٢١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضامن الجريه و الإمامه حديث ١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ١٦.

٤- (٥) سوره الأنفال الآية: ٤١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يجب فيه الخمس حديث ٨.

وارث له بفقره بلد الميت و جيرانه، للروايه (١)، و قيل: بالفقره مطلقا (٢)، لضعف المخصص، و هو قوى. و قيل: مطلقا كغيره (٣).

(و أما المعادن) (٤) الظاهره و الباطنه فى غير أرضه عليه السّلام (فالناس فيها شرع) على الأصح، لأصالة عدم الاختصاص، و قيل: هى من الأنفال أيضا، أما (١) اعلم أن ميراث من لا- وارث له فى حال حضور الإمام يفعل به حيث يشاء و هو اعلم بتكليفه، و فى حال الغيبه، فعن جماعه أنه يحفظ بالوصايه أو الدفن إلى حين ظهوره كسائر حقوقه، و عن الخلاف الإجماع عليه، و فيه: إن حفظه أو دفنه موجب للضياع و قد تقدم تضعيف هذا القول سابقا مع أعراض المشهور عنه فكيف يدعى الإجماع عليه، و ذهب المشهور إلى أنه يقسم بين الفقراء و المساكين مطلقا سواء كانوا من بلده أو لا، و ذهب الشهيد فى اللمعه فى باب الإرث و فى الدروس أنه يقسم بين فقراء بلد الميت و مساكينه و ضعفاء جيرانه لمرسل داود عمن ذكره عن أبى عبد الله عليه السّلام (مات رجل فى عهد أمير المؤمنين عليه السّلام لم يكن له وارث، فدفع أمير المؤمنين عليه السّلام ميراثه إلى همشهريجه) (١) و مثله خبر خلاد السندى ٢، و المراد من همشهريجه أى أهل بلده إلا أن المشهور أعرض عنها كما فى الجواهر، و احتمال فى الجواهر أن يكون هذا الميراث من الأنفال التى ثبت تحليلهم لها للشيعه، و مال سيد الرياض إلى إعطائه للهاشمى و هو شىء لم نعرفه لغيره، كما أنا لم نعرف ما يومئ إليه، بل الأدله كلها على خلافه و من هنا كان لا وجه للطنا ب فيه كما فى الجواهر، و الأحوط هو المشهور و أحوط منه أن يوزع على فقراء البلد خروجا عن شبهه خلاف الشبهه مع نيه التصديق به عن صاحب الزمان كغيره من المال المتعذر وصوله إلى صاحبه.

(٢) من دون اختصاص ببلد الميت.

(٣) أى يكون هذا الميراث كبقية الأنفال.

(٤) مطلقا فهى من الأنفال كما عن الكلينى و شيخه القمى فى تفسيره، و المفيد و الشيخ و الديلمى و القاضى لموثق إسحاق بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الأنفال؟ فقال:

هى القرى التى قد خربت و انجلى أهلها فهى لله و للرسول، و ما كان للملوك فهو للإمام، و ما كان من الأرض بخبره لم يوصف عليه بخيل و لا- ركاب، و كل أرض لا- رب لها، و المعادن منها، [و من مات] و ليس له مولى فما له من الأنفال) (٢) و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (قال: لنا الأنفال، قلت: و ما الأنفال؟ قال: منها المعادن-

ص: ١٢٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ولاء ضمان الجريه ٣ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ٢٠.

الأرض المختصة به فما فيها من معدن تابع لها، لأنه من جملتها، و أطلق جماعه كون المعادن للناس من غير تفصيل، و التفصيل حسن، هذا كله فى غير المعدن المملوكة تبعاً للأرض، أو بالإحياء، فإنها مختصة بمالكها.

و الآجام، و كل أرض لا رب لها، و كل أرض باد أهلها فهو لنا(١) و مثله غيره.

و عن جماعه بل فى الدروس أنه الأشهر و فى الجواهر أنه المشهور أن الناس فيها شرع سواء، للأصل و السيره و عدم تعرض أخبار الخمس لذلك بل ظاهرها أن الباقي بعد الخمس للمخرج بأصل الشرع لا بتحليل الإمام مع ضعف هذه الأخبار هنا ما عدا الموثق و هو مختلف النسخ ففى بعضها (و المعادن منها) و فى البعض الآخر (و المعادن فيها) و عليه فىكون ظاهراً فى المعادن الموجوده فى أرض الموات فهى تابعه للأرض، و أرض الموات للإمام فكذا معدنه و لذا ذهب إلى التفصيل بين معدن الأرض المملوكة فهو لمخرجه بعد الخمس، و بين معدن أرض الأنفال فهو للإمام فىكون من الأنفال و إليه ذهب الحلى و المحقق فى المعتمد و العلامه فى المنتهى و التحرير و الشارح هنا.

ص: ١٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حديث ٢٨.

كتاب الصوم

اشاره

ص: ١٢٥

في معنى الصوم

(و هو الكفّ) (٢) نهارا كما سيأتى التنبيه عليه (عن الأكل و الشرب (٣) مطلقا) (١) الصوم من أشرف الطاعات و أفضل العبادات و القربات، و لو لم يكن فيه إلا الارتقاء من حضيض النفس البهيمية إلى ذروه التشبه بالملائكة الروحانية لكفى به منقبة و فضلا، ففي خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (بنى الإسلام على خمسه أشياء، على الصلاة و الزكاه و الصوم و الحج و الولاية، و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: الصوم جنه من النار)(١) و فى خبر عبد الله بن طلحه عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: الصائم فى عباده، و إن كان [نائما] على فراشه ما لم يغترب مسلما)(٢) و فى الخبر عن الصادق عليه السّلام (نوم الصائم عباده، و صمته تسبيح، و عمله متقبل، و دعاؤه مستجاب)(٣) و فى خبر أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السّلام (إن الله تبارك و تعالى يقول: الصوم لى و أنا أجرى عليه)(٤).

(٢) قيل هو الكف، و قيل هو الترك، و قيل هو الإمساك، و الإطالة فى تحديد الأشياء بالتعاريف مضيعه للوقت بعد تعذر معرفه أجناسها و فصولها إلا على رب العالمين جل جلاله.

(٣) ادعى عليه الضروره و يدل عليه قوله تعالى: وَ كُلُوا وَ اشْرَبُوا حَتَّى يَبَيِّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتَمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ (٥) و الأخبار على ذلك كثيره، و بالإطلاق يشمل المعتاد و غيره، و ذهب السيد فى بعض كتبه و حكاه المختلف عن ابن -

ص: ١٢٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١٧.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٧.
- ٥- (٥) سورة البقره الآية: ١٨٧.

المعتاد منهما وغيره،(و الجماعة (١) كله) قبلا (٢) و دبرا (٣)، لآدمي (٤)، وغيره (٥) على -الجنيذ أن غير المعتاد كابتلاع الحص و البرد لا يفسد الصوم لأن الأدله محموله على المتعارف.

(١) من الضروريات للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (لا يضر الصائم ما صنع إذا اجتنب ثلاث خصال: الطعام و الشراب و النساء و الارتماس في الماء)(١).

(٢) و هو القدر المتيقن من النصوص.

(٣) أما في دبر المرأه مع الإنزال فلا خلاف فيه بين العلماء لإطلاق صحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يعث بأهله في شهر رمضان حتى يمني قال: عليه الكفاره مثل ما على الذي يجامع)(٢) و أما مع عدم الإنزال فلصدق الجماعة عليه و هو متحقق في الدبر كتحققه في القبل، و لصدق المباشره عليه، مع أن المباشره منهي عنها في قوله تعالى: أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنْتُمْ تَخْتَانُونَ أَنْفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنْكُمْ، فَالآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ، وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمْ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ، ثُمَّ أَتُمُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ، وَلا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ (٣) و النهي مفسد في العبادات نعم ورد في مرسل على بن الحكم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أتى الرجل المرأه في الدبر و هي صائمه لم ينقض صومها و ليس عليها غسل)(٤) و هو ضعيف السند قد أعرض المشهور عنه فلا يصلح للحجيه فضلا عن معارضه غيره.

(٤) و أما الجماعة في دبر الغلام فقد ادعى عليه الشيخ في المبسوط الإجماع، و كذا الوطى في فرج البهيمه، و تردد فيه المحقق في الشرائع، و جزم ابن إدريس بعدم فساد الصوم بذلك و إن حرم.

و المسأله محل إشكال لعدم النص على ذلك، و استدلل العلامة بأن فساد الصوم في هذين الأمرين تابع لوجوب الغسل، حيث إن الجنابه هي العله لفساد الصوم كما يستفاد من أخبار حرمة الجماعة على الصائم و هو جيد.

(٥) و هو الوطى في فرج البهيمه و قد تقدم الكلام فيه.

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٣- (٣) سورة البقره الآية: ١٨٧.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الجنابه حديث ٣.

أصح القولين، (و الاستمناء) (١) و هو طلب الإيماء بغير الجماع مع حصوله، لا- مطلق طلبه (٢) و إن كان محرماً أيضاً، إلا أن الأحكام الآتية لا تجرى (٣) فيه، و فى حكمه (٤) النظر و الاستمتاع بغير الجماع و التخيل لمعتاده (٥) معه كما سيأتى، (و إيصال الغبار (٦) المتعدى) إلى الحلق غليظاً كان أم لا، بمحلل كدقيق، و غيره (١) بلا- خلاف فيه للاخبار منها: صحيح ابن الحجاج المتقدم.

(٢) أى طلب الامناء و إن لم يحصل المنى.

(٣) أى فى الطلب المجرد عن حصول المنى.

(٤) أى حكم الاستمناء.

(٥) أى لمعتاد الامناء من النظر و الاستمتاع بغير الجماع مع حصول المنى، لأن المستفاد من النصوص حرمة الاستمناء مع غض البصر عن أسبابه، فمن نظر أو استمتع و كان معتاداً للمنى، و فعل ذلك مع قصد الإيماء فإنه يصدق عليه طلب المنى فيفسد صومه و عليه الكفاره، و عن الخلاف و السرائر و الشرائع الحكم بصحة الصوم فى النظر لو أمنى، و عن المفيد و سلار و ابن البراج الحكم بالصحة فيما لو نظر إلى من يحلّ إليه النظر، و ليكن تنزيل كلامهم على صورته عدم قصد الامناء كما صرح بذلك فى الرياض.

(٦) على المشهور لروايه سليمان المروزى (سمعتة يقول: إذا تمضمض الصائم فى شهر رمضان، أو استنشق متعمداً، أو شم رائحة غليظه، أو كنس بيتا فدخل فى أنفه و حلقه غبار فعليه صوم شهرين متتابعين، فإن ذلك له مفطر مثل الأكل و الشرب و النكاح) (١).

و هذه الروايه مشتمله على عده مجاهيل و هى مقطوعه، و مشتمله على ترتب الكفاره على مجرد المضمضه و الاستنشاق و شم الرائحة الغليظه و هذا على خلاف ما أجمع عليه الأصحاب فضلاً عن معارضته لموثق عمرو بن سعيد عن الرضا عليه السلام (سألته عن الصائم يتدخن بعود أو بغير ذلك فتدخل الدخنة فى حلقه، قال: جائز لا بأس به، و سألته عن الصائم يدخل الغبار فى حلقه، قال عليه السلام: لا بأس) ٢ و لذا توقف المحقق فى المعتبر فى هذه الحكم، و لم يتعرض الصدوق و السيد و الشيخ فى المصباح و سلار له و كأنه إشارة إلى عدم مفطريته، و قد صرح بعض المتأخرين بعدم المفطريه، إلا أن المشهور عملوا بالخبر الأول مع التفكيك بين عبارات متنه و هذا ليس بعزيز منهم، مع حمله على الغبار الغليظ و حمل الموثق الدال على عدم البأس على الغبار غير الغليظ، و يعضده السيره القطعيه على عدم الاجتناب عن غير الغليظ، فما ذهب إليه الشارح فى المسالك و هنا من عموم مفطريته سواء كان غليظاً أو لا ليس فى محله.

ص: ١٢٩

كتراب. و تقييده بالغليظ فى بعض العبارات و منها الدروس لا وجه له (١)، و حد الحلق مخرج الخاء المعجمه،(و البقاء على الجنابه) (٢) مع علمه بها ليلا، سواء نوى الغسل أم لا (٣)،(و معاوده النوم جنبا بعد انتباهتين) متأخرتين عن العلم بالجنابه (١) قد عرفت أن وجهه هو الجمع بين الأخبار.

(٢) على المشهور للأخبار منها: موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل أجنب فى شهر رمضان بالليل، ثم ترك الغسل متعمدا حتى أصبح، قال عليه السّلام: يعتق رقبه أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا) (١)، و فى الرياض: إنها قريبه من التواتر، و ما ورد معارضا لها و قد دل على الجواز محمول على التقيه و يشعر بذلك خبر إسماعيل بن عيسى عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (عن رجل أصابته جنابه فى شهر رمضان فنام عمدا حتى أصبح، أى شىء عليه؟ قال: لا يضره هذا و لا يفطر و لا يبالي، فإن أبى عليه السّلام قال: قالت عائشه: إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أصبح جنبا من جماع من غير احتلام) (٢).

و هذا الحكم كما يجرى فى شهر رمضان يجرى فى قضائه لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يقضى [شهر] رمضان فيجنب من أول الليل و لا يغتسل حتى [يجىء] آخر الليل، و هو يرى أن الفجر قد طلع، قال عليه السّلام: لا يصوم ذلك اليوم و يصوم غيره) (٣)، و صحيحه الآخر (كتب أبى إلى أبى عبد الله عليه السّلام - و كان يقضى شهر رمضان - و قال: إنى أصبحت بالغسل و أصابتنى جنابه، فلم أغتسل حتى طلع الفجر، فأجابته عليه السّلام:

لا تصم هذا اليوم و صم غدا) ٤ فما عن المنتهى من التردد فيه، و عن المعتمد من الجزم بعدمه ليس فى محله.

و أما الصوم المندوب فالمشهور على أن تعمد الجنابه لا يفسد الصوم لصحيح عبد الله بن المغيرة عن حبيب الخثعمى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أخبرنى عن التطوع، و عن هذه الثلاثة أيام إذا أجنبت من أول الليل، فأعلم أنى أجنبت فأنام متعمدا حتى ينفجر الفجر، أصوم أو لا أصوم؟ قال عليه السّلام: صم) (٤).

و أما الواجب غير شهر رمضان و قضائه فعن المشهور أن تعمد الجنابه يفسد الصوم حملا له على شهر رمضان و قضائه بعد عدم المجال لحملة على التطوع.

(٣) مع تحقق تعمد البقاء على الجنابه.

ص: ١٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

و إن نوى الغسل إذا طلع الفجر عليه جنبا (١)، لا بمجرد النوم كذلك (٢)، (فيكفر من لم يكف) عن أحد هذه السبعة اختيارا (٣) في صوم واجب متعين، أو في شهر (١) أما وجوب القضاء بلا خلاف فيه لصحيح ابن أبي يعفور (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجب في شهر رمضان ثم يستيقظ، ثم ينام [ثم يستيقظ، ثم ينام] حتى يصبح، قال عليه السلام:

يتم صومه و يقضى يوما آخر، و إن لم يستيقظ حتى يصبح أتم صومه و جاز له) (١).

و أما وجوب الكفاره فقد حكى عن الشيخين و ابني حمزه و زهره و الحلبي و الحلبي و العلامه و الشهيد و المحقق الثاني، بل عن الغنيه و الوسيله الإجماع عليه، و لكن دعوى الإجماع مجازفه مع تردد المحقق في الشرائع و جزمه بالعدم في المعتمد و تابعه العلامه في المنتهى، و مع مخالفه هذين يشكل الاعتماد عليه.

(٢) أى جنبا بعد انتباهتين.

(٣) أما الكفاره في الأكل و الشرب فبالاتفاق للأخبار الكثيره منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أفطر من شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر، قال:

يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا) (٢).

و في الجماع و الاستمناء كذلك لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعبث بأهله في شهر رمضان حتى يمني، قال عليه: عليه من الكفاره مثل ما على الذي يجامع) (٣) و مثله غيره.

و أما إيصال الغبار الغليظ فلخير المروزي المتقدم (سمعته يقول. إلى أن قال: أو كنس بيتا فدخل في أنفه و حلقة غبار فعليه صوم شهرين متتابعين، فإن ذلك له مفطر مثل الأكل و الشرب و النكاح) (٤).

و أما تعمد البقاء على الجنابه فللأخبار منها: موثق أبي بصير المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أجنب في شهر رمضان بالليل، ثم ترك الغسل متعمدا حتى أصبح، قال عليه السلام: يعتق رقبه أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا) (٥).

و أما معاودة النوم بعد انتباهتين فقد تقدم أنه حكم مشهورى قد ادعى عليه الإجماع.

ص: ١٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

رمضان مع وجوبه بقرينه المقام (١).

في قضاء الصوم مع الكفاره لو تعمد الإخلال

(و يقضى) الصوم مع الكفاره (لو تعمد الإخلال) بالكف (٢) المؤدى إلى فعل أحدها.

و الحكم في الستة السابقه قطعى (٣)، و فى السابع مشهورى، و مستنده غير صالح، و دخل فى المتعمد الجاهل (٤) بتحريمها و إفسادها، و فى وجوب الكفاره عليه خلاف. و الذى قواه المصنف فى الدروس عدمه و هو المروى، و خرج الناسى (٥) فلا (١) إذ لا كفاره فى الواجب الموسع و لا فى الصوم المستحب، و لا فى شهر رمضان مع عدم وجوب الصوم عليه فيه كما لو كان مسافرا أو حائضا. هذا و اعلم أنه لا خلاف بينهم فى عدم الكفاره فيما لو أفطر فى صوم الكفارات و النذر غير المعين و المندوب و إن فسد الصوم، لعدم الدليل على الكفاره فالأصل البراءة، و أما الكفاره فى إفطار شهر رمضان و النذر المعين فمحل اتفاق و يدل على الأول الأخبار و قد تقدم بعضها، و ما يدل على الثانى سيأتى الكلام فيه إنشاء الله، نعم وقع الخلاف فيما لو أفطر فى قضاء شهر رمضان بعد الزوال و سيأتى الكلام فيه كذلك.

(٢) متعلق بالإخلال.

(٣) أى الكفاره.

(٤) على المشهور لإطلاق دليل المفطريه بعد صدق العمد عليه، و المراد منه القصد، و عن الشيخ و ابن إدريس عدم الإلحاق بل فى المنتهى احتمال إلحاقه بالناسى لموثق أبى بصير و زواره (سألنا أبا جعفر عليه السلام عن رجل أتى أهله فى شهر رمضان، أو أتى أهله و هو محرم، و هو لا يرى إلا أن ذلك حلال له، قال عليه السلام: ليس عليه شيء) (١) و يعضده صحيح عبد الصمد الوارد فىمن لبس قميصا فى حال الإحرام (أى رجل ركب أمرا بجهاله فلا شيء عليه) (٢).

و ذهب المصنف فى المعتبر إلى فساد صومه لصدق المتعمد عليه عند عروض أحد الأسباب المقتضيه لفساد الصوم، و إلى عدم وجوب الكفاره لهذه الأخبار و قد نسب إلى أكثر المتأخرين.

(٥) بلا- خلاف للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل نسي فأكل أو شرب ثم ذكر، قال عليه السلام: لا يفطر، إنما هو شيء رزقه الله فليتم صومه) (٣).

ص: ١٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

قضاء عليه، و لا كفاره، و المكره عليه و لو بالتخويف فبأشرف بنفسه على الأقوى (١).

و اعلم أن ظاهر العبارة كون ما ذكر تعريفًا للصوم كما هو عادتهم، و لكنه غير تام، إذ ليس مطلق الكف عن هذه الأشياء صوماً كما لا يخفى (٢) و يمكن أن يكون تجوز فيه بيان أحكامه، و يؤيده (٣) أنه لم يعرف غيره من العبادات، و لا غيرها في الكتاب غالباً و أما دخله (٤) من حيث جعله كفاً و هو أمر عدمي فقابل للتأويل بإرادته العزم على الضد أو توطين النفس عليه، و به يتحقق معنى الإخلال - و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل ينسى و هو صائم فجامع أهله، فقال عليه السلام: يغتسل و لا شيء عليه) (١) و اختصاصها بالثلاثة لا يقدر في عموم الحكم لكل المفطرات، و في الصوم الواجب و المنسوب، و الواجب المعين و غيره للإطلاق.

(١) فالأكثر على عدم الإفطار لحديث الرفع (رفع عن أمتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه) (٢)، و فيه: إنه لا يصلح لإثبات صحه الصوم بعد صدق التعمد عليه الموجب لفساد الصوم، و إنما يصلح لعدم الكفاره، و يشهد لصدق الإفطار عليه مرسل رفاعه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (دخلت على أبي العباس بالحيره، فقال: يا أبا عبد الله ما تقول في الصيام اليوم، فقال: ذاك إلى الامام إن صمت صمنا، و إن أفطرت أفطرتنا، فقال يا غلام، عليّ بالمائده، فأكلت معه و أنا أعلم - و الله - أنه يوم من شهر رمضان، فكان إفطاري يوماً و قضائه أيسر عليّ من أن يضرب عنقي و لا يعبد الله) (٣).

(٢) إذ لا بد من وقت معين مع الإخلاص.

(٣) أى يؤيد التجوز.

(٤) أى عيب التعريف، و وجهه: أن الكف أمر وجودي و العدم أمر عدمي فلا يصح جعل الأول تعريفًا للثاني، و ردّ: بأن التكليف لا يتعلق بالعدم فلا بد من صرف متعلقه إلى إرادته العزم على ضد المفسد للصوم أو إلى توطين النفس على هذا الضد، لأنه لا بد من صرف متعلق الأمر إلى فعل على أن يكون من أفعال القلوب، هذا بالنسبه لمعنى الصوم، و أما تعبير المصنف عنه بالكف دون العزم على ضد المفسد أو التوطين عليه، فلأن الكف و الصوم يراد بمعنى الإمساك، و قد عرفت أنه لا - ثمره مهمه في تحقيق التعاريف.

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٥٩ حديث ٢٠٤٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٥.

به إذ لا يقع الإخلال إلا بفعل فلا بد من رده (١) إلى فعل القلب، وإنما اقتصر على الكف مراعاة لمعناه اللغوي.

في القضاء بلا كفاره

(و يقضى) خاصه من غير كفاره (لو عاد) الجنب إلى النوم ناويا للغسل ليلا (بعد انتباهه) واحده فأصبح جنبا (٢)، و لا بد مع ذلك من احتمالته للانتباه عادة، فلو لم يكن من عادته ذلك، و لا احتمالته (٣) كان من أول نومه كمتعمد البقاء عليها (٤)، و أما النومه الأولى فلا شيء فيها (٥) و إن طلع الفجر بشرطيه (٦)، (أو احتقن بالمائع) في قول (٧)، و الأقوى عدم القضاء بها و إن حرمت، أما بالجامد (١) أي رد معنى الصوم.

(٢) فعليه القضاء دون الكفاره بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يجنب من أول الليل ثم ينام حتى يصبح في شهر رمضان، قال عليه السلام: ليس عليه شيء، قلت: فإن استيقظ ثم نام حتى أصبح، قال عليه السلام:

فليقض ذلك اليوم عقوبه) (١)، و مثله غيره، و نفى الكفاره للأصل و لإطلاق هذه الأخبار الحاصره بالقضاء.

(٣) في الطبعه الحجريه (و لا احتمالته)، و المعنى: لم يكن من عادته الانتباه أو لم يحتمل الانتباه إن لم تكن عادته على الانتباه.

(٤) على الجنابه، و هذا للصدق العرفي كما هو واضح.

(٥) بلا خلاف و يدل عليه صدر صحيح ابن عمار المتقدم.

(٦) أي كان من عادته الانتباه، أو احتمال الانتباه هذا هو الشرط الأول، و الشرط الثاني أن يكون ناويا للغسل ليلا، و إلا فمع فقد أحد هذين الشرطين يكون متعمدا للبقاء على الجنابه.

(٧) فالاحتقان بالمائع يوجب القضاء دون الكفاره هو قول العلامة في المختلف و حكى عن الشيخ في المبسوط و القاضى و الحلبي و الشهيد في الدروس لصحيح البنزطى عن أبي الحسن عليه السلام (سأله عن الرجل يحتقن تكون به العله في شهر رمضان، فقال عليه السلام: الصائم لا يجوز له أن يحتقن) (٢) و قد حملوا نفى الجواز على الحرمة التكليفية فقط دون الكفاره.

و ذهب الشيخ في جملة من كتبه و تبعه المحقق في المعبر و سيد المدارك أنه يحرم الاحتقان بالمائع للخبر من دون إفساد، لأن الصوم عباده شرعيه فلا تفسد إلا بموجب شرعى،

ص: ١٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٤.

كالفتائل فلا- على الأقوى،(أو ارتمس) (١) بأن غمس رأسه أجمع (٢) فى الماء دفعه -و يحتمل أن يكون النهى هنا لكون الاحتقان حراما لا- لكون الصوم يفسد به، و هو ضعيف إذ ظاهره أن النهى من أجل الصوم و قد تقرر أن النهى فى العبادات مفسد.

و عن السيد فى الناصريه و المفيد و ابن بابويه و الحلبي الإفساد فى الاحتقان بالجامد كالمائع و اختاره العلامه فى المختلف لإطلاق صحيح البنظى المتقدم، و هو ضعيف لورود موثق الحسن بن فضال (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: ما تقول فى اللطف يستدخله الإنسان و هو صائم، فكتب: لا بأس بالجامد)(١).

(١) ذهب الأ-كثر إلى أنه مفسد للصوم للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لا يضرّ الصائم ما صنع إذا اجتنب ثلاث خصال: الطعام و الشراب و النساء و الارتماس فى الماء)(٢)، و حملته على القضاء دون الكفاره كما عن أبى الصلاح و جماعه منهم المصنف هنا لأصالة عدم وجوب الكفاره فضيف، لأن عدّ الارتماس مع الأكل و الشرب فى هذا الصحيح و غيره لا يخلو من إشعار باتحاد الحكم فيهما، و من هنا ذهب جماعه منهم الشهيد فى الدروس إلى وجوب القضاء و الكفاره.

و ذهب السيد المرتضى و ابن إدريس إلى أن الارتماس مكروه و لا- يفسد الصوم فضلا عن وجوب القضاء و الكفاره حملا للطائفة المتقدمه على الكراهه بقريته خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كره للصائم أن يرتمس فى الماء)(٣)، و ردّ بأن الكراهه فى الأخبار أعم من الحرمة، إذ لم يثبت معنى الكراهه الاصطلاحى لها فى زمن الأئمه عليهم السّلام.

و ذهب الشيخ فى الاستبصار و العلامه و الشهيد الثانى و اختاره فى الشرائع و المدارك إلى أنه حرام من دون إفساد للصوم لموثق إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (رجل صائم ارتمس فى الماء متعمدا، أ عليه قضاء ذلك اليوم؟ قال عليه السّلام: ليس عليه قضاؤه و لا يعودن)(٤)، و فيه: إنه ظاهر فى الكراهه لا- فى الحرمة التكليفيه لأنه جمع بين النهى عنه و عدم إفساده لماهية الصوم، و لذا كان الأقوى الحكم بالكراهه إلا أن الاحتياط يقتضى ترجيح قول الأكثر من حرمة و إفساده و إيجابه للكفاره.

(٢) فالمدار على الرأس دون بقيه البدن، لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام-

ص: ١٣٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٩.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

واحد عرفيه و إن بقى البدن (متعمدا) و الأقوى تحريمه من دون إفساد أيضا، و فى الدروس أوجب به القضاء و الكفاره. و حيث يكون الارتماس فى غسل مشروع يقع فاسدا مع التعمد للنهى، و لو نسي صح (١)، (أو تناول) المفطر (من دون مراعاة ممكنه) للفجر (٢)، أو الليل (٣)، ظانا حصوله (٤) (فأخطأ) بأن ظهر تناوله نهارا.

(سواء كان مستصحب الليل) بأن تناول آخر الليل من غير مراعاة بناء على أصاله عدم طلوع الفجر، (أو النهار) بأن أكل آخر النهار ظنا أن الليل دخل فظهر عدمه، و اكتفى (٥) عن قيد ظن الليل (٦) بظهور الخطأ، فإنه يقتضى اعتقاد خلافه، - (الصائم يستنقع فى الماء، و يصب على رأسه و يتبرد بالثوب و ينضح المروحه، و ينضح البوريا تحته و لا- يغمس رأسه فى الماء) (٧) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (الصائم يستنقع فى الماء و لا يرمس رأسه) ٢ و مثلهما غيرهما، و ظاهرها أن الحرمة على غمس تمام الرأس آنا ما فى الماء سواء كان دفعه أو تدريجا.

(١) أى الغسل، باعتبار أن الارتماس مفطر فيكون منهيا عنه فى الصوم المعين، فإذا وجب عليه الغسل فيه و انحصر فى الارتماس فينتقل إلى التيمم، و لو اغتسل متعمدا بطل صومه للارتماس العمدى و بطل غسله للنهى عن الارتماس لكونه مفطرا، و لو اغتسل ارتماسيا نسيانا صح صومه لعدم نقضه به، إذ المحرم هو العمدى و صح غسله حينئذ.

(٢) فيجب القضاء دون الكفاره بلا خلاف للأخبار منها: موثق سماعه (سألته عن رجل أكل و شرب بعد ما طلع الفجر فى شهر رمضان، فقال: إن كان قام فنظر فلم ير الفجر فأكل ثم عاد فرأى الفجر فليتم صومه و لا إعادته عليه، و إن كان قام فأكل و شرب ثم نظر إلى الفجر فرأى أنه قد طلع الفجر فليتم صومه و يقتضى يوما آخر، لأنه بدأ بالأكل قبل النظر فعليه الإعادته) (٢)، و عدم الكفاره للأصل بعد اختصاص عموم وجوب الكفاره بالإفطار بصورة العمد.

(٣) يعرف حكمه مما تقدم فى مسأله الفجر.

(٤) أى حصول الليل فى صورتين، و إلا- فمع الشك فى حصول الليل و القطع بعدمه و مع ذلك تناول المفطر فيصدق عليه الإفطار العمدى الموجب للقضاء و الكفاره.

(٥) أى المصنف.

(٦) حيث لم يذكره.

ص: ١٣٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٣.

و احترز بالمراعاة الممكنة عن تناول كذلك (١) مع عدم إمكان المراعاة كغيم، أو حبس، أو عمى، حيث لا يجد من يقلده فإنه لا يقضى (٢)، لأنه متعبد بظنه، و يفهم من ذلك أنه لو راعى فظن فلا- قضاء فيهما و إن أخطأ ظنه (٣)، و فى الدروس استقرب القضاء فى الثانى (٤)، دون الأول (٥)، فارقا بينهما باعتضاد ظنه بالأصل فى الأول و بخلافه فى الثانى.

(و قيل) و القائل الشيخ و الفاضلان: (لو أفطر لظلمه موهمه) أى موجه لظن دخول الليل (ظانا) دخوله من غير مراعاة، بل استنادا إلى مجرد الظلمه المثيره للظن (١) أى ظانا حصول الليل.

(٢) كما هو المشهور للأصل، بعد اختصاص النصوص القاضيه بالقضاء مع عدم المراعاة إلى صورته القدره على المراعاة، و خالف الجواهر و المستند لإطلاق النصوص الداله على القضاء فتشمل العاجز و القادر الذى ترك المراعاة تهاونا مثل صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل تسحر ثم خرج من بيته و قد طلع الفجر و تبين، فقال عليه السلام: يتم صومه ذلك ثم ليقضه) (١)، و هو غير ظاهر فى الإطلاق كما هو واضح.

(٣) هذه الصورة الثالثه، بعد صورته القادر على المراعاة و لم يراع، و بعد صورته العاجز عن المراعاة فيتعبد بظنه، و هذه الصورة قد دل على عدم القضاء فيها صدر موثق، سماعه المتقدم (فقال عليه السلام: إن كان قام فنظر فلم ير الفجر فأكل ثم عاد فرأى الفجر فليتم صومه و لا إعادة عليه) ٢ هذا بالنسبه لمراعاة الفجر، و أما بالنسبه لمراعاة المغرب فكذلك للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (أنه قال لرجل ظن أن الشمس قد غابت فأفطر، ثم أبصر الشمس بعد ذلك فقال عليه السلام: ليس عليه قضاء) (٢) بعد حمله على إجراء المراعاة.

(٤) فيما لو راعى فظن دخول الليل فأفطر و ذلك لأن ظنه على خلاف استصحاب بقاء النهار، و فيه إنه على خلاف الأخبار المتقدمه.

(٥) فيما لو راعى فظن بقاء الليل فأكل، و ذلك لأن ظنه معتضد باستصحاب بقاء الليل، و قد عرفت عدم الفرق بين الصورتين.

ص: ١٣٧

١- ((١) (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

(فلا- قضاء) (١)، استنادا إلى أخبار (٢) تقصر عن الدلالة، مع تقصيره في المراعاة، فلذلك نسبه إلى القيل، واقتضى حكمه السابق وجوب القضاء (٣) مع عدم المراعاة و إن ظن، و به صرح في الدروس، و ظاهر القائلين (٤)، أنه لا- كفاره مطلقا (٥) و يشكل عدم الكفاره مع إمكان المراعاة (٦)، و القدره على تحصيل العلم في القسم الثاني (٧) لتحريم تناول على هذا الوجه (٨)، و وقوعه في نهار يجب صومه عمدا (٩) و ذلك يقتضى بحسب الأصول الشرعيه وجوب الكفاره (١٠)، بل ينبغي وجوبها (١) مع أن المشهور على القضاء لعدم المراعاة.

(٢) منها: خبر الكنانى سأل أبا عبد الله عليه السلام (عن رجل صام ثم ظن أن الشمس قد غابت، و فى السماء غيم فأفطر، ثم إن السحاب انجلى فإذا الشمس لم تغب، قال عليه السلام: قد تم صومه و لا يقضيه) (١).

و فيه: أولان: إن المراد من الظن ما يعم القطع مثل قوله تعالى: الَّذِينَ يَظُنُّونَ أَنَّهُمْ مُلَاقُوا رَبِّهِمْ (٢)، و ثانيا: إنه لم يراع فيجب القضاء فيقع التعارض بينه و بين ما تقدم، و ثالثا:

لمعارضته على ما دل على الإفطار فى هذه الصورة و هو موثق أبى بصير و سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قوم صاموا شهر رمضان فغشيهم سحب أسود عند غروب الشمس، فأروا أنه الليل فأفطر بعضهم، ثم إن السحاب انجلى فإذا الشمس، فقال عليه السلام: على الذى أفطر صيام ذلك اليوم، إن الله عز و جل يقول: و أتموا الصيام إلى الليل، فمن أكل قبل أن يدخل الليل فعليه قضاؤه، لأنه أكل متعمدا) (٣).

(٣) فى هذه الصورة.

(٤) أى ظاهر القائلين بوجوب القضاء فى الصور السابقة.

(٥) سواء أمكنت المراعاة أو لا.

(٦) لأنه يكون كالإفطار العمدى.

(٧) أى الظن بدخول الليل فأفطر مع عدم المراعاة.

(٨) أى وجه عدم المراعاة.

(٩) قيد لقوله: و وقوعه، و المعنى: و وقوع تناول عمدا فى نهار يجب صومه.

(١٠) لأنه إفطار عمدى.

ص: ١٣٨

٢- (٢) سورة البقره الآيه: ٤٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب ما يمكك عنه الصائم حديث ١.

و إن لم يظهر الخطأ، بل استمر الاشتباه لأصالة عدم الدخول (١)، مع النهى عن الإفطار (٢).

و أما فى القسم الأول (٣) فوجوب القضاء خاصه مع ظهور الخطأ متوجه، لتبين إفطاره فى النهار، و للأخبار (٤). لكن لا كفاره عليه، لجواز تناوله حيثنذ بناء على أصاله عدم الدخول (٥)، و لو لا النص على القضاء لأمكن القول بعدمه (٦)، للإذن المذكور، و أما وجوب الكفاره على القول المحكى (٧) فأوضح (٨) و قد اتفق لكثير من الأصحاب فى هذه المسأله عبارات قاصره عن تحقيق الحال جدا فتأملها، و عباره المصنف هنا جیده لو لا إطلاق عدم الكفاره (٩).

و اعلم أن المصنف نقل القول المذكور جامعاً بين توهم الدخول (١٠) بالظلمه (١١) و ظنه (١٢). مع أن المشهور لغه و اصطلاحاً أن الوهم اعتقاد مرجوح، و راجحه الظن و عباراتهم وقعت أنه لو أفطر للظلمه الموهمه و جب القضاء و لو ظن (١) أى أصاله عدم دخول الليل.

(٢) قبل دخول الليل.

(٣) أى الظن ببقاء الليل.

(٤) و قد تقدم بعضها.

(٥) أى أصاله عدم دخول الليل.

(٦) بعدم القضاء.

(٧) و هو قول الشيخ و الفاضلين.

(٨) لأنه اعتمد فى إفطاره على غير مجوز شرعى لأنه لم يراع فيصدق عليه الإفطار العمدى.

(٩) فى الصور الثلاثه و هو فى محله، لأن الكفاره مختصه بالإفطار بصوره العمد، و هو فى الصور الثلاثه لم يعتمد الإفطار بحسب زعمه و ظنه و إن قصر فى المراعاة فلذا لا تشمله أدله و وجوب الكفاره، بعد جريان الأصل النافى لها عند الشك فى وجوبها.

(١٠) أى دخول الليل.

(١١) أى بسبب الظلمه حيث قال المصنف (لو أفطر لظلمه موهمه).

(١٢) أى ظن الليل حيث قال المصنف (لو أفطر لظلمه موهمه ظاناً) فكيف جمع بين الوهم و الظن و ما هو إلا- تناقض، مع أن الأصحاب أوردوا الوهم و الظن و جعلوا لهما حكيمين فمع الوهم حكموا بالقضاء دون الكفاره، و مع الظن يصح الصوم و لا قضاء و لا كفاره، و هذه عباره الشرائع (التاسعه): يجب القضاء فى الصوم الواجب المعين بتسعه: فعل المفطر -

لم يفطر إن لم يفسد صومه، فجعلوا الظن قسيما للوهم، فجمعه هنا بين الوهم و الظن، فى نقل كلامهم، إشاره إلى أن المراد من الوهم فى كلامهم أيضا الظن، إذ لا يجوز الإفطار مع ظن عدم الدخول قطعا، و اللازم منه وجوب الكفاره، و إنما يقتصر على القضاء لو حصل الظن ثم ظهرت المخالفه، و إطلاق الوهم على الظن صحيح أيضا، لأنه أحد معانيه لغه، لكن يبقى فى كلامهم سؤال الفرق بين المسألتين حيث حكموا مع الظن بأنه لا- إفساد، إلا أن يفرق بين مراتب الظن فيراد من الوهم أول مراتبه، و من الظن قوه الرجحان، و بهذا المعنى صرح- قبل مراعاة الفجر مع القدره - إلى أن قال - و الإفطار للظلمه الموهمه دخول الليل، فلو غلب على ظنه لم يفطر)، و أشكل على عباره الأصحاب بأنه إذا أريد من الوهم معناه الاصطلاحى فالحكم بالقضاء فى محله لكن الحكم بعدم الكفاره مشكل، و إن أريد من الوهم الظن كما هو أحد معانيه فما الفرق بين صدر عباره و ذيلها حتى يحكم فى الأول بالقضاء و فى الأخير بعدمه.

و حاول الشهيد فى بعض تحقیقاته رفع الإشكال بأن المراد من الوهم فى عبارتهم هو الظن، و الفرق أنه أريد من الوهم الظن لا لأماره شرعيه، و من الظن فى ذيل عباره الظن لأماره شرعيه، و هو على خلاف ظاهر عباره على أن الظن المجوّز للإفطار لا يفرق فيه بين أسبابه.

و قيل: إن مرادهم من الوهم أول مراتب الظن و من الظن فى ذيل عباره غلبه الظن كما صرح المحقق فى الشرائع بقوله (فلو غلب على ظنه): و فيه: إن مراتب الظن غير منضبطه إذ ما من ظن إلا- و فوقه ما هو أقوى منه، و دونه ما هو أدنى منه لاختلاف الأمارات الموجبه له.

و أراد الشارح أن يرفع التناقض عن عباره المصنف من أنه جمع بين الوهم و الظن إشاره منه إلى أن المراد من الوهم فى عبارات الأصحاب هو الظن، و فيه: إن الذى أريد منه الظن هو الوهم فى عبارات الأصحاب المذكور مع الظن بحيث كان لكل واحد حكم، و المصنف جمع بينهما و جعل لهما حكما واحدا.

و يمكن الفرق بأن الظلمه الموهمه أى الظلمه الموجبه للظن عند النوع و إن لم يحصل منها ظن عند المكلف فلو أفطر من دون ظن بالدخول فعليه القضاء، و لو أفطر مع ظنه بالدخول الناشئ من الظلمه الموهمه فلا- قضاء، و يبقى الإشكال على عبارات الأصحاب من أنه مع الظلمه الموهمه من دون توريثها للظن عند المكلف فعليه القضاء و الكفاره.

بعضهم، و في بعض تحقيقات المصنف على كلامهم أن المراد من الوهم ترجيح أحد الطرفين لأماره غير شرعيه، و من الظن الترجيح لأماره شرعيه، فشرك بينهما في الرجحان، و فرق بما ذكره، و هو مع غرابته لا يتم، لأن الظن المجوز للإفطار لا يفرق فيه بين الأسباب المثيره له. و إنما ذكرنا ذلك للتنبيه على فائده جمعه هنا بين الوهم و الظن، تفسيراً لقولهم.

و اعلم أن قوله سواء كان مستصحب الليل أو النهار جرى فيه على قول الجوهري، سواء على قمت أو قعدت، و قد عدّه جماعه من النحاه منهم ابن هشام في المغنى من الأغاليط، و أن الصواب العطف بعد سواء بأم بعد همزه التسويه فيقال: سواء كان كذا أم كذا كما قال تعالى: سَوَاءٌ عَلَيْهِمْ أَأَنْذَرْتَهُمْ أَمْ لَمْ تُنذِرْهُمْ (١)، سَوَاءٌ عَلَيْنَا أَجْرَعْنَا أَمْ سَبَرْنَا (٢) سَوَاءٌ عَلَيْكُمْ أَدَعَوْتُمُوهُمْ أَمْ أَنْتُمْ صَامِتُونَ (٣)، و قس عليه ما يأتي من نظائره في الكتاب و غيره و هو كثير.

(أو تعمد القىء) (٤) مع عدم رجوع شيء منه إلى حلقه اختياراً، و إلا وجبت (١) سورة البقره الآيه: ٦.

(٢) سورة إبراهيم الآيه: ٢١.

(٣) سورة الأعراف الآيه: ١٩٣.

(٤) على المشهور للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تقياً الصائم فعليه قضاء ذلك اليوم، [فقد أفطر] و إن ذرعه من غير أن يتقياً فليتم صومه) (١) و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن القىء في رمضان، فقال: إن كل شيء يبدره فلا بأس، و إن كان شيء يكره نفسه عليه [فقد] أفطر و عليه القضاء) ٢.

و عن ابن إدريس أنه يحرم و لا- يجب به القضاء و لا- الكفاره، للأصل، و لعموم حصر المفطر في غيره، و لأن الإمساك عما يصل إلى الجوف لا عما يخرج منه و لصحيح عبد الله بن الميمون عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام، (ثلاثة لا يفطن الصائم: القىء، و الاحتلام و الحجامة) (٢)، و فيه: أما الأصل فلا مجال له مع الدليل، و أما العموم فمقيّد بهذه الأخبار، و كون الصوم إمساكاً عما يصل إلى الجوف اجتهاد في قبال النص، و حمل-

ص: ١٤١

١- ((١) (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١١.

الكفاره أيضا، و احترز بالتعمد عما لو سبقه بغير اختياره (١)، فإنه لا قضاء مع تحفظه كذلك (٢)، (أو أخبر بدخول الليل فأفطر)،
تعويلا على قوله (٣).

و يشكل بأنه إن كان قادرا على المراعاة ينبغي وجوب الكفاره (٤) كما سبق لتقصيره و إفطاره، حيث ينهى عنه (٥)، و إن كان
مع عدمه (٦) فينبغي عدم القضاء أيضا، إن كان ممن يسوغ تقليده له كالعدل (٧)، و إلا فكالأول (٨). و الذى صرح به جماعه
أن المراد هو الأول (٩).

(أو أخبر ببقائه) أى ببقاء الليل (فتناول) تعويلا على الخير (و يظهر الخلاف) (١٠)...

-النصوص على الحرمة فقط على خلاف صريحها، و أما صحيح ابن ميمون فمحمول على غير صوره الاختيار و على غير العامد
جمعا بين الأخبار.

و أما الكفاره على من تعمد القىء فالنصوص مقتصره على القضاء و هى فى مقام البيان، فالأصل عدم الوجوب، و حكى السيد
المرتضى عن بعض علمائنا قولاً بأنه موجب للقضاء و الكفاره و هو ضعيف بما سمعت.

(١) و إلا فمع الرجوع الاختيارى فيصدق الأكل فيجب القضاء و الكفاره معا.

(٢) أى مع عدم رجوع شىء منه إلى حلقة اختيارا.

(٣) أى قول المخبر، على المشهور، و عن الخلاف و الغنيه دعوى الإجماع عليه و هو مشكل على إطلاقه، لأن المكلف إذا كان
ممن يسوغ له التقليد كالأعمى فيتجه الحكم بسقوط القضاء و الكفاره، و إن كان مما لا يسوغ له التقليد فيتجه الحكم بالقضاء و
الكفاره على إشكال فيها إذ الكفاره على الإفطار العمدى و هو هنا غير متحقق.

و لذا جزم المحقق الثانى أنه لو اعتمد على عدلين ثم بان كذبهما فلا- شىء على المفطر و إن كان لا- يسوغ له التقليد لأن
شهادتهما حجه شرعيه.

(٤) قد عرفت ما فيه.

(٥) عن الإفطار.

(٦) أى مع عدم كونه قادرا على المراعاة.

(٧) بل مطلق الثقة للسيره.

(٨) أى كمن أفطر مع إمكان المراعاة لأنه أفطر من غير مجوز شرعى.

(٩) أى القادر على المراعاة.

(١٠) فيما لو كان قادرا على المراعاة فيجب عليه القضاء دون الكفارة على المشهور و أشكل بأنه-

ص: ١٤٢

حال من الأمرين (١)، و وجوب القضاء خاصة هنا متجه مطلقا (٢) لاستناده إلى الأصل (٣)، بخلاف السابق (٤)، وربما فرق في الثاني (٥) بين كون المخبر بعدم الطلوع حجه شرعية كعدلين وغيره فلا- يجب القضاء معهما لحجه قولهما شرعا، ويفهم من القيد (٦) أنه لم يظهر الخلاف فيهما لا- قضاء، و هو يتم في الثاني (٧)، دون الأول، للنهي (٨). و الذى يناسب الأصل فيه (٩) وجوب القضاء و الكفاره، ما لم تظهر موافقه، و إلا فالإثم خاصة (١٠). نعم لو كان في هذه الصور جاهلا بجواز التعويل على ذلك (١١)، و جاء فيه الخلاف في تكفير الجاهل (١٢)، و هو حكم آخر.

-لا بد من الكفاره لأنه مقصر و مفطر عمدا، و فيه: إن الكفاره على الإفطار العمدى و هو غير متحقق هنا و إن كان مقصرا و لذا وجب عليه القضاء.

و استقرب المحقق الثانى من أن لو اعتمد على العدلين ثم بأن الخلاف فلا قضاء و لا كفاره لاعتماده على حجه شرعية.

(١) أى الإفطار بسبب الإخبار بدخول الليل، و الإخبار ببقاء الليل.

(٢) سواء كان قادرا على المراعاة أم لا، و سواء أخبره عدل أم عدلان، و المراد من قوله (خاصه هنا) هو: ما لو أخبر ببقاء الليل فتناول تعويلا على الخبر ثم ظهر الخلاف.

(٣) و هو استصحاب بقاء الليل.

(٤) و هو ما لو أخبر بدخول الليل فالأصل على خلافه، و فيه: أنه لا معنى لجريان الأصل سواء كان موافقا أو مخالفا لقول المخبر ما دام قادرا على المراعاة فيعتبر مقصرا، فلو وجبت الكفاره عند التقصير لوجبت فيهما، و لكن قد عرفت أنها مختصه بالإفطار العمدى و هو غير متحقق هنا و إن تحقق التقصير.

(٥) أى فيما لو أخبر ببقاء الليل، مع أن المحقق الثانى جزم بعدم القضاء و لا الكفاره فيما لو اعتمد على قول العدلين في بقاء الليل أو دخوله.

(٦) و هو قوله (و يظهر الخلاف).

(٧) و هو ما لو أخبر ببقاء الليل.

(٨) أى النهى عن الإفطار مع جريان استصحاب بقاء النهار.

(٩) فى الأول.

(١٠) أى و إن ظهرت موافقه فالإثم للتجرى و لتقصيره.

(١١) سواء كان عدلا أو عدلين كما هو مبنى غير المحقق الثانى.

(١٢) قد تقدم الكلام فيه.

ص: ١٤٣

(أو نظر إلى امرأه) محرّمه بقريته قوله (أو غلام فأمنى) مع عدم قصده الإيماء، و لا اعتياده (١)، (و لو قصد فالأقرب الكفاره، و خصوصا مع الاعتیاد، إذ لا ينقص عن الاستمنا بیده، أو ملاحظته) و أما قربه حسن. لكن يفهم منه أن الاعتیاد بغير قصد الإيماء غير كاف و الأقوى الاكتفاء به (٢)، و هو ظاهره في الدروس.

و إنما وجب القضاء مع النظر إلى المحرم مع عدم الوصفين (٣)، للنهي عنه (٤)، فأقل مراتبه الفساد، كغيره من المنهيات في الصوم، من الارتماس و الحقنه، و غيرها، و الأقوى عدم القضاء بدونهما (٥) كغيره من المنهيات و إن أثم، إذ لا دلالة للتحريم على الفساد، لأنه أعم (٦)، فلا يفسد إلا مع النص عليه، (١) الاستمنا بالنظر من دون قصده و هو غير معتاد موجب للقضاء كما عن الشهيد و المفيد و المبسوط للنهي عن النظر بشهوه إليهما، و النهي في العبادات مفسد، و فيه: إنه لا نهى في باب الصوم حتى يوجب الفساد و إنما هو نهى عن النظر و لذا قيل بعدم القضاء كما عن المحقق و العلامة و الحلّي و هو الأقوى.

هذا كله إذا لم يكن من عادته الإيماء بذلك و لم يقصد الإيماء، أما لو قصد الإيماء و كان من عادته ذلك فإنه يصدق عليه طلب المنى فتشمله أدله النهي عن الاستمنا و يكون خروج المنى منه مع هذين الشرطين موجبا للقضاء و الكفاره و قد تقدم الكلام فيه من دون فرق بين كون المرأه محرّمه أو محلّله.

و أما لو قصد الإيماء بالنظر و لم يكن من عادته ذلك و لكن اتفق خروج المنى فإنه يصدق عليه طلب المنى فتشمله أدله النهي عن الاستمنا و عليه القضاء و الكفاره بلا خلاف فيه كما في الرياض إذ لا فرق في مبطله إنزال المنى للصوم مع القصد لذلك بين أسبابه سواء كان باللعب أو النظر أو التخیل أو غيرها.

(٢) أى بالاعتیاد فإنه موجب للكفاره و القضاء لدخوله في الاستمنا مع أنه غير مقصود و هو مشكل لعدم صدق طلب المنى عليه بذلك.

(٣) أى القصد إلى الإنزال و الاعتیاد.

(٤) و قد عرفت أنه غير متعلق بالصوم حتى يوجب فساده، بل متعلق بالنظر بما هو هو، و هو غير عبادي.

(٥) أى بدون قصد الإيماء و الاعتیاد.

(٦) بل لأنه لم يتعلق بالصوم.

كالناول، و الجماع، و نظائرها، و لا فرق حينئذ بين المحلله، و المحرمه إلا فى الإثم، و عدمه.

فى تكرّر الكفاره

(و تتكرّر الكفاره) (١) مع فعل موجبها...

(١) اتفق الأصحاب على تكرار الكفاره بتكرّر موجبها إذا كان فى يومين سواء كَفَّرَ عن الأول أو لا، و إنما الخلاف فى تكرارها بتكرّر موجبها فى اليوم الواحد.

فغن المحقق الثانى فى حواشى الشرائع أنها تتكرر بتكرّر السبب مطلقا، و عن ابن الجنيّد أنها تتكرر إذا كَفَّرَ عن الأول و إلا فكفاره واحده عن الجميع، و عن السيد المرتضى أنها تتكرر بتكرّر الوطء، و عن العلامة فى المختلف أنها تتكرر مع تغاير جنس المفطر، و أما مع اتحاده فواحده و إن تكرّر المفطر، و قيل: لا تتكرر، سواء تغاير الجنس أو لا، و سواء كَفَّرَ أو لا، و سواء كان بالوطء أو بغيره كما عن الشيخ و ابن حمزه و المحقق و العلامة فى المنتهى و غيرهم. و احتج للتكرار مطلقا بأصالة عدم التداخل فى الأسباب، و احتج لقول ابن الجنيّد بأن الإفطار بعد الكفاره موجب للتكفير و هذا يحتاج إلى الامتثال فتتكرر الكفاره، بخلاف تعدد الإفطار من دون تكفير فالأصل عدم التكرار.

و احتج لقول السيد بتكرارها فى الوطء بخبر الفتح بن يزيد الجرجانى - المرويه فى العيون و الخصال - (أنه كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام يسأله عن رجل واقع أهله [امراه] فى شهر رمضان من حلال أو حرام فى يوم عشر مرات، قال عليه السّلام: عليه عشر كفارات، [لكل مره كفاره] فإن أكل أو شرب فكفاره يوم واحد(١)، و عن العلامة فى المختلف أن ابن أبى عقيل روى عن أبى الحسن زكريا بن يحيى، صاحب كتاب شمس المذهب عنهم عليهم السّلام (أن الرجل إذا جامع فى شهر رمضان عامدا فعليه القضاء و الكفاره، فإن عاود إلى المجامعه فى يومه ذلك مره أخرى فعليه فى كل مره كفاره(٢) و عن العلامة فى المختلف أيضا (و روى عن الرضا عليه السّلام أن الكفاره تتكرر بتكرّر الوطئ(٣).

و احتج للتكرار مع تغاير جنس المفطر لأن الكفاره مترتبه على كل واحد من المفطرات فتتعدد بعدد المفطر.

و احتج لعدم التكرار مطلقا بأن الكفاره مترتبه على الإفطار و هو لا يتحقق إلا مره واحده فى اليوم سواء كان بالأكل أو بالشرب أو بغيرهما، لأن الوطء إفطار للصائم كما فى خبر المروزى (أو كُنس بيتا فدخل فى أنفه و حلقة غبار فعليه صوم شهرين متتابعين، فإن-

ص: ١٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢ و ٣.

(بتكرّر الوطء مطلقاً) (١) و لو فى اليوم الواحد، و يتحقق تكرره بالعود بعد النزح (٢)، (أو تغاير الجنس) بأن وطئ و أكل و الأكل و الشرب غيران (٣)، (أو تخلل التكفير) بين الفعلين، و إن اتحد الجنس و الوقت، (أو اختلاف الأيام) و إن اتحد الجنس أيضاً، (و إلا- يكتن) كذلك، بأن اتحد الجنس فى غير الجماع و الوقت، و لم يتخلل التكفير (فواحد) على المشهور. و فى الدروس قطعاً، و فى المهذب إجماعاً، و قيل (٤): تتكرر مطلقاً (٥) و هو متجه، إن لم يثبت الإجماع على خلافه، لتعدد السبب الموجب لتعدد المسبب، إلا ما نص فيه على التداخل، و هو منفى هنا، و لو لوحظ زوال الصوم بفساده بالسبب الأول، لزم عدم تكررها فى اليوم الواحد مطلقاً (٦)، و له وجه، و الواسطه ضعيفه (٧)، و يتحقق تعدد الأكل و الشرب بالازدراء و إن قل (٨)، و يتجه فى الشرب اتحاده مع اتصاله و إن طال للعرف.

ذلك له فطر مثل الأكل و الشرب و النكاح (١)، و أما أخبار تكرار الكفاره بتكرار الجماع فهى غير ثابتة الحجية، و الأخبار التى أوجبت الكفاره عند الأكل و الشرب أو الجماع أو الاستمناء إنما هى أوجبها لتحقيق الإفطار بهذه المذكورات، لا لكون التكفير معلقاً على عناوين هذه المذكورات حتى تكرر بتكرار هذه العناوين، و هذا القول وجهه لو لا أخبار تكرار الكفاره بتكرار الجماع فإن تعددها توجب الوثوق بصدورها، فالأقوى عدم التكرار إلا فى الجماع.

(١) فى يومين أو فى يوم.

(٢) أى بالإدخال بعد الإخراج، و لو كان الإدخال بمقدار الحشفه.

(٣) أو متغايران.

(٤) و هو قول المحقق الثانى فى حواشى الشرائع.

(٥) و لو فى جنس واحد فى غير الجماع مع عدم تخلل التكفير.

(٦) حتى فى الجماع مع تخلل التكفير.

(٧) أى الواسطه بين التكرار مطلقاً و بين عدم التكرار مطلقاً، و قد عرفت قوه تكرار التكفير بتكرار الجماع للأخبار.

(٨) المراد من الازدراء هو الابتلاع و لكن مشروط بكونه فى مجلس واحد، لأن تعدد اللقم فى مجلس واحد يعدّ إفطاراً واحداً.

ص: ١٤٦

(و يتحمل عن الزوجه المكرهه) على الجماع (الكفاره و التعزير) المقدر على الوطى (بخمسه و عشرين) سوطا (فيعزر خمسين) (١)، و لا- تحمل فى غير ذلك، كإكراه الأمه، و الأجنبيه، و الأجنبى لهما (٢)، و الزوجه له (٣)، و الإكراه على غير الجماع و لو للزوج، و قوفا مع النص، و كون الحكم فى الأجنبيه أفحش لا يفيد أولويه التحمل، لأن الكفاره مخففه للذنب، فقد لا يثبت فى الأقوى كتكرار الصيد عمدا (٤) نعم لا- فرق فى الزوجه بين الدائم و المستمتع بها، و قد يجتمع فى حاله واحده الإكراه و المطاوعه، ابتداء و استدامه، فيلزمه حكمه (٥)، و يلزمها (١) و الأصل فيه خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أتى امرأته، و هو صائم و هى صائمه، فقال: إن استكرهها فعليه كفارتان، و إن كانت مطاوعه فعليه كفاره و عليها كفاره، و إن كان أكرهها فعليه ضرب خمسين سوطا نصف الحد، و إن كانت طاوعته ضرب خمسه و عشرين سوطا، و ضربت خمسه و عشرين سوطا) (١). و سنده ضعيف لاشتماله على إبراهيم بن إسحاق و هو ضعيف متهم، و على المفضل بن عمر و قد ضعفه النجاشى إلا- أنه منجبر بعمل الأصحاب، إذ لم يخالف إلا ابن أبى عقيل حيث أوجب على الزوج مع الإكراه كفاره واحده كما فى حال المطاوعه للأصل بعد استضعاف الروايه و لا- فرق بين الدائم و المتمتع بها لإطلاق النص، كما أنه لا تحمل فى غير الزوجه كإكراه الامه و الأجنبيه، و إكراه الأجنبى لهما، أو إكراه الزوجه له، و كذا فى إكراه الزوج زوجته فى غير الجماع كالأكل و الشرب كل ذلك و قوفا مع النص بعد مخالفته للأصل من باب القدر المتيقن.

و عن الشيخ و المختلف الأشكال فى إكراه الأجنبيه لأن الكفاره عقوبه على الذنب و هو هنا أفحش، و فيه: إنه على خلاف الأصل الموجب لعدم التحمل بعد كون النص لا يشمل.

(٢) للزوجين.

(٣) للزوج.

(٤) فلا كفاره له مع أنه أعظم لقوله تعالى: وَ مَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ (٢) و سيأتى البحث فيه فى كتاب الحج.

(٥) أى حكم الإكراه فيكون عليه كفارتان.

ص: ١٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١.

٢- (٢) سورة المائدة الآية: ٩٥.

حكما (١) و لا فرق فى الإكراه بين المجرور، و المضروب ضربا مضرا حتى مكنت على الأقوى (٢) و كما ينتفى عنها الكفاره ينتفى القضاء مطلقا، (لو طوعته فعليها) الكفاره و التعزير مثله.

فى شروط الصوم

(القول فى شروطه) أى شروط وجوب الصوم و شروط صحته، (و يعتبر فى الوجوب البلوغ و العقل) (٣) فلا يجب على الصبى و المجنون و المغمى عليه (٤)، و أما السكران فبحكم العاقل فى الوجوب، لا-الصحة (٥)، (و الخلو من لحيض) (١) أى حكم المطاوعه و عليها كفاره، و فيه إن الخبر منصرف عن هذا الفرض، لأنه ظاهر فى إكراهها ابتداء و استدامه، و أما هذا الفرض فيرجع فيه إلى الأصل من ثبوت كفاره على كل منهما لعدم اندراجه تحت النص.

(٢) لإطلاق النص و لازمه انتفاء الكفاره و القضاء عن المجرور و المضروب، خلافا للشيخ حيث أوجب القضاء على المضروب دون المجرور، و فيه إن الجماع المفسد للصوم هو الاختيارى منه لا المكره عليه.

(٣) اشتراط البلوغ و العقل فى وجوب الصوم بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم (١).

(٤) ألحق بالمجنون لخروجه عن أهليه الخطاب كما عليه الأ-كثر، و عن الشيخين المفيد فى المقنعه و الشيخ فى الخلاف أن الإغماء كالنوم فلو سبق منه النيه صح صومه، و على الأول فلو وقع منه الإغماء فى جزء من أجزاء النهار بطل صومه لعدم تكليفه حينئذ، و قول الأ-كثر مما قد دلت عليه الأخبار منها: خبر أيوب بن نوح (كتبت إلى أبى الحسن الثالث عليه السّلام: أسأله عن المغمى عليه يوما أو أكثر، هل يقضى ما فاته أم لا؟ فكتب عليه السّلام: لا يقضى الصوم و لا يقضى الصلاة) (٢) و خبر على بن مهزيار عن أبى الحسن الثالث عليه السّلام أسأله عن مسألة المغمى عليه فقال عليه السّلام: (لا يقضى الصوم و لا الصلاة، و كلما غلب الله عليه فالله أولى بالعدر) ٣.

(٥) لأن السكر مناف للنيه كما قيل، و فيه: إن السكر إما أن يكون كالإغماء فعدمه من شرائط الوجوب و إما أن يكون كالنوم فعدمه ليس من شرائط الوجوب و لا صحته، و أما التفصيل الذى أتى به الشارح مما لا وجه له فضلا عن أن التفريق بين السكر و الإغماء بلا موجب و لذا ذهب جماعه إلى اتحاد الحكم فى الإغماء و السكر.

ص: ١٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمات العبادات حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١ و ٦.

(و النفاس (١) و السفر) (٢) الموجب للقصر، فيجب على كثيره (٣)، و العاصي به و نحوهما (٤)، و أما ناوى الإقامه عشرا، و من مضى عليه ثلاثون يوما مترددا، ففي معنى المقيم (٥)،(و) يعتبر (فى الصحه التمييز) (٦) و إن لم يكن مكلفا، و يعلم منه (٧) أن صوم المميز صحيح فيكون شرعيا (٨)، و به صرح فى الدروس، و يمكن (١)بلا خلاف للأخبار منها: موثق العيص عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن امرأه طمّث [طمّث] فى شهر رمضان قبل أن تغيب الشمس، قال عليه السّلام: تَطْمَثُ حين تَطْمَثُ) (١) و صحيح ابن الحجاج عن أبى الحسن عليه السّلام عن المرأه تلد بعد العصر، أ تتم ذلك اليوم أم تَطْمَثُ؟ قال عليه السّلام: تَطْمَثُ و تقضى ذلك اليوم) (٢).

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السّلام (عن الرجل يسافر فى شهر رمضان فيصوم؟ قال عليه السّلام: ليس من البر الصوم فى السفر) (٣) و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا سافر فليطهر، لأنه لا يحلّ له الصوم فى السفر، فريضه كان أو غيره، و الصوم فى السفر معصيه) (٤).

(٣) أى كثير السفر و قد تقدم فى كتاب الصلاه مع ضميمه الملازمه المستفاده من الأخبار منها: خبر معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا قصرت أفطرت و إذا أفطرت قصرت) (٥).

(٤) كغير القاصد للمسافه.

(٥) و قد تقدم فى كتاب الصلاه.

(٦) لأن الصوم عبادى و هو متوقف على النيه، و مع عدم التمييز لا يعقل صدور النيه.

(٧) أى من كون التمييز من شرائط الصحه.

(٨) لأن الصحه هى موافقه المأتى به للمأمور به شرعا، و إذا ثبت الأمر بصوم المميز فيكون شرعيا، فى قبال الصوم التمرينى و هو غير مأمور به شرعا، و الخلاف فى شرعيه عبارات الصبى أو تمرينيتها مبنى على أن الأمر بالأمر بالشىء هل هو أمر بالشىء أو لا، حيث وجهت الأوامر إلى ولى الطفل بأن يأمره بالصلاه و الصوم.

ص: ١٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٨.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

الفرق (١) بأن الصحة من أحكام الوضع فلا يقتضى الشرعيه، و الأولى كونه (٢) تمرينيا (٣)، لا شرعيا، و يمكن معه (٤) الوصف بالصحة كما ذكرناه (٥)، خلافا لبعضهم، حيث نفى الأمرين (٦)، أما المجنون فينتفیان (٧) فى حقه، لانتفاء التمييز، و التمرين فرعه. و يشكل ذلك فى بعض المجانين لوجود التمييز فيهم.

(و الخلو منهما) (٨) من الحيض و النفاس، و كذا يعتبر فيهما الغسل بعده (٩) عند المصنف، فكان عليه أن يذكره، إذ الخلو منهما لا يقتضيه (١٠)، كما لم يقتضيه (١١) فى شرط الوجوب إذ المراد بهما فيه (١٢) نفس الدم لوجوبه على (١) أى التفريق بين الصحيح و الشرعى، لأن الصحة هى تماميه الأجزاء و الشرائط لا أنها موافقه أمر الشارع.

(٢) أى صوم المميز.

(٣) لأن الأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا بذلك الشىء.

(٤) مع كونه تمرينيا.

(٥) من كون الصحة من أحكام الوضع بمعنى تماميه الأجزاء و الشرائط.

(٦) أى كون الصوم شرعيا و كونه صحيحا، أما عدم شرعيته لعدم الأمر به لأن الأمر بالأمر بالشىء ليس أمرا به، و أما عدم صحته لأن الصحة موافقه أمر الشارع و هنا لا أمر.

(٧) أى الصحة و التمرين.

(٨) فالخلو من الحيض و النفاس من شرائط الصحة.

(٩) بعد الخلو كما عليه المشهور لموثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا طهرت بليل من حيضها ثم تواتت أن تغتسل فى رمضان حتى أصبحت، عليها قضاء ذلك اليوم) (١) و منه تعرف ضعف تردد المحقق فى المعتبر، و جزم العلامه فى النهايه بالعدم.

(١٠) أى لا يقتضى الغسل.

(١١) أى كذلك الخلو منهما فى شرط الوجوب لا يقتضى الغسل.

(١٢) أى إذ المراد من الحيض و النفاس الواردين فى شرط الوجوب هو نفس الدم، و ليس الحدث الحاصل منهما، حتى يقال إن المراد هو الخلو من حدث الحيض و النفاس كشرط للصحة و هذا لا يتحقق إلا بالغسل و لذا لم يذكره المصنف.

ص: ١٥٠

المنقطعه و إن لم تغتسل،(و من الكفر) (١)، فإن الكافر يجب عليه الصوم كغيره، و لكن لا- يصح منه معه (٢)(و يصح من المستحاضه (٣)، إذا فعلت الواجب من الغسل) النهاري، و إن كان واحدا (٤) بالنسبه إلى الصوم الحاضر، أو مطلق الغسل بالنسبه إلى المقبل (٥)، و يمكن أن يريد كونه مطلقا شرطا فيه (٦) مطلقا (٧)، نظرا إلى إطلاق النص و الأول أجود، لأن غسل العشاءين لا يجب إلا بعد انقضاء اليوم فلا (١) فالخلو منه شرط للصحة لأن الكافر مكلف بالفروع لإطلاق الأدله و لا تقبل منه و لا تصح لأن العبادات منها متوقفه على النيه و هي غير متحققه منه فلا بد من رفع الكفر كمانع.

(٢) أى لا يصح الصوم من الكافر حال الكفر.

(٣) على المشهور شهره عظيمه لصحيح على بن مهزيار (كتبت إليه امرأه طهرت من حيضها أو دم نفاسها فى أول يوم من شهر رمضان، ثم استحاضت فصلت و صامت شهر رمضان كله من غير أن تعمل ما عمله المستحاضه من الغسل لكل صلاتين، هل يجوز صومها و صلاتها أم لا؟ فكتب عليه السلام: تقض صومها و لا تقض صلاتها، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يأمر [فاطمه (عليها السلام) و] المؤمنات من نسائه بذلك(١) و إضماره لا يقدر، و كذلك اشتماله على عدم قضاء الصلاه مع أنه مخالف لما عليه الأصحاب لإمكان التفكيك بين فقرات الحديث الواحد فى الحجيه، فيؤخذ ببعضها و يترك البعض الآخر.

نعم ظاهر المحقق فى المعبر التوقف فى ذلك، هذا و صومها متوقف على إتيانها بالأغسال النهاريه من غسل صلاه الصبح و غسل الظهرين إذا كانت كبيره دون غسل العشاءين، للأصل و لخروج غسل العشاءين عن وقت صومها فى النهار.

(٤) فيما لو كان استحاضتها وسطى.

(٥) الأغسال النهاريه و الليليه، و هو ضعيف كما تقدم.

(٦) فى صحه الصوم.

(٧) سواء كان الصوم متقدما فيكون غسل العشاءين شرطا فى صحته، أو كان متأخرا فيكون غسل العشاءين شرطا فى صحه صوم اليوم الآتى، و قد عرفت أن غسل العشاءين فى غير وقت صوم النهار السابق فلا- يعقل أن يكون شرطا، و أيضا فالصوم الآتى مشروط بغسل الفجر لا- أنه مشروط بغسل العشاءين السابق لأنه ليس فى وقت الصوم كل ذلك للأصل النافى للشرطيه عند الشك.

ص: ١٥١

يكون شرطاً في صحته. نعم هو شرط في اليوم الآتي، و يدخل في غسل الصبح لو اجتمعا (١).

(و من المسافر في دم المتعه) (٢) بالنسبه إلى الثلاثه، لا السبعه، (و بدل البدنه) (٣) و هو ثمانية عشر يوماً للمفوض من عرفات قبل الغروب عامداً، (و النذر المقيد به) أى: بالسفر (٤) إما بأن نذره سفراً، أو سفراً و حضراً و إن كان النذر في حال السفر، لا إذا أطلق (٥) و إن كان الإطلاق يتناول السفر، إلا أنه لا بد من (١) أى يكفي غسل واحد من دون حاجه إلى التكرار.

(٢) أى من لم يجد هدى التمتع و لا ثمنه صام بدله عشره أيام، ثلاثه في الحج و سبعة إذا رجع لأهله، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ، وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ (١)** و للأخبار و سيأتي التعرض لها في كتاب الحج.

(٣) لو أفاض قبل الغروب من عرفات عمداً فعليه بدنه، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً، بلا خلاف فيه لصحيح ضريس عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل أفاض من عرفات قبل أن تغيب الشمس، قال عليه السلام: عليه بدنه ينحرها يوم النحر، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوماً بمكه، أو في الطريق، أو في أهله) (٢).

(٤) لصحيح ابن مهزيار (كتب إليه بندار مولى إدريس يا سيدي، نذرت أن أصوم كل يوم سبت، و إن أنا لم أصمه ما يلزمني من الكفار؟ فكتب و قرأته: لا تتركه إلا من عله، و ليس عليك صومه في سفر و لا مرض إلا أن تكون نويت ذلك) (٣)، فإذا نوى السفر في النذر سواء كان منفرداً أو منضمماً إلى الحضر فلا إشكال و لا خلاف بينهم، و إذا أطلق فظاهر الخبر أنه لا يشمل السفر، و عن المرتضى و سلار الاكتفاء بإطلاق النذر لتناوله السفر و هو واضح الضعف إذ لا يكفي قصد ما يشمله على الإجمال بل لا بد من قصده بالخصوص.

و عن المفيد جواز صوم الواجب سواء خصص بالسفر أو لا ما عدا شهر رمضان، و مستنده غير ظاهر في قبال النصوص الداله على عدم جواز الصوم فيه، و قد تقدم بعضها.

(٥) فلا يشمل السفر.

ص: ١٥٢

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب إحرام الحج حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

تخصيصه (١) بالقصد منفردا، أو منضمًا، خلافا للمرتضى (رحمه الله) حيث اكتفى بالإطلاق لذلك (٢)، و للمفيد حيث جوز صوم الواجب مطلقا (٣) عدا شهر رمضان، (قيل) و القائل ابنا بابويه: (و جزاء الصيد) (٤) و هو ضعيف، لعموم النهي، و عدم ما يصلح للتخصيص.

في تمرين الصبي

(و يمرن الصبي)، و كذا الصبي على الصوم (لسبع) (٥) ليعتاده فلا- يثقل عليه عند البلوغ، و أطلق جماعه تمرينه قبل السبع و جعلوه بعد السبع مشددا (٦) (و قال ابنا بابويه و الشيخ) في النهايه يمرن (لتسع) (٧)، و الأول أجود و لكن يشدد للتسع، و لو أطاق بعض النهار خاصه فعل، و يتخير بين نيه الوجوب و الندب (٨)، لأن الغرض التمرين على فعل الواجب، ذكره المصنف و غيره، و إن كان الندب أولى.

(١) أى تخصيص السفر.

(٢) أى لشموله السفر.

(٣) كالقضاء و جزاء الصيد و الكفارات و المنذور.

(٤) أى جواز الصوم سفرا فى كفاره جزاء الصيد، لأن الفعل - و هو الصيد - وقع سفرا فكذا يجوز إيقاع كفارته فى السفر، و قياسا له على بدل الهدى، و هو ضعيف لعموم النهى عن الصوم فى السفر و قد تقدم ما يدل عليه مع عدم المخصص له، و نحن لا نقول بالاستحسان و لا بالقياس.

(٥) كما عن المبسوط و جماعه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إنا نأمر صبياننا [بالصيام] إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطاقوا من صيام اليوم، و إن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش و الغرث أفطروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمروا صبيانكم إذا كانوا أبناء سبع سنين - كما فى المختلف - بما أطاقوا من صيام، فإذا غلبهم العطش أفطروا) و لكن الموجود فى غيره (إذا كانوا أبناء تسع سنين) (١).

(٦) كما عن المحقق فى المعبر أنه يمرن لست سنين و ليس له مستند ظاهر.

(٧) لصحيح الحلبي المتقدم، و لمرسل الفقيه عن الصادق عليه السلام (الصبي يؤخذ بالصيام إذا بلغ تسع سنين على قدر ما يطيقه، فإن أطاق إلى الظهر أو بعده صام إلى ذلك الوقت، فإذا غلب عليه الجوع و العطش أفطر) ٢.

(٨) أما نيه الوجوب فلأن الغرض هو التعود على فعل تمام الأجزاء و الشرائط بما فيها نيه الوجوب، و أما نيه الندب فلأن الصوم له ليس بواجب.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب من يصح الصوم منه حديث ٣ و ١١.

فى المرىض

(و المرىض ىتبع ظنه) (١) فإن ظن الضرر به أفطر، و إلا صام، و إنما ىتبع ظنه فى الإفطار، أما الصوم فىكىفى فىه اشتباه الحال (٢)، و المرجع فى الظن إلى ما ىجده و لو بالتجرىبه فى مثله سابقا، أو بقول من ىفید قوله الظن و لو كان كافرا، و لا فرق فى الضرر بین كونه لزیاده المرض، و شده الألم بىحیث لا ىتحمل عاده، و بطاء برئه (٣)، و حیث ىحصل الضرر و لو بالظن لا ىصح الصوم، للنهى عنه (فلو تكلفه مع ظن الضرر قصى) (٤).

(و تجب فىه النیه) (٥) و هى القصد إلى فعله (٦) (المشتمله على الوجه) من وجوب، أو ندب (٧)، (و القربه) (٨) أما القربه فلا شبهه فى وجوبها، و أما الوجه فىه ما مر (٩)، خصوصا فى شهر رمضان، لعدم وقوعه على وجهین (١٠)،

فى النیه

(و تعتبر) النیه (لكل ليله) (١١) أى فىها، (و المقارنه بها)، لطلوع الفجر (١٢) (مجزئه) على الأقوى إن اتفتت، لأن الأصل فى النیه مقارنتها للعباده المنویه، و إنما (١) و یدل علیه موثق سماعه (سألته: ما حد المرض الذى ىجب على صاحبه فىه الإفطار، كما ىجب علیه فى السفر، قال: هو مؤتمن علیه مقوّض إلیه، فإن وجد ضعفا فلیفطر، و إن وجد قوه فلیصمه، كان المرض ما كان) (١) و مثله غیره، و إطلاقه ىشمل القطع و الظن.

(٢) أى مع الشك فى الضرر فلا ىجوز له الإفطار بل ىجب علیه الصوم، لأن الشك فى الضرر شك فى حصول المجوّز للإفطار، و الأصل عدمه.

(٣) كل ذلك لإطلاق النصوص.

(٤) للأمر بالإفطار الدال على عدم وجوب الصوم علیه و لازمه قضاؤه بعد ارتفاع المرض.

(٥) للإجماع المدعى عن جماعه، و هو المرتکز فى أذهان المشرعه.

(٦) تقدم الكلام فىها فى الوضوء و الصلاه.

(٧) قد عرفت أن الوجه لیس معتبرا فى النیه.

(٨) لأنها المقدمه لعبادیه الفعل.

(٩) فى بحثى الوضوء و الصلاه.

(١٠) بل هو متعین للوجوب بحسب أوامر الكتاب و السنه.

(١١) كما هو ظاهر الأصحاب، و عن المنتهى الإجماع علیه.

(١٢) بحيث لو تأخرت عن طلوع الفجر الذي هو أول وقت الصوم للزم وقوع بعضه بلا نية.

ص: ١٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٤.

اغترفت هنا للعسر، و ظاهر جماعه (١) تحتم إيقاعها ليلا- و لعله لتعذر المقارنه، فإن الطلوع لا يعلم إلا بعد الوقوع، فتقع النيه بعده، و ذلك غير المقارنه المعتبره فيها، و ظاهر الأصحاب أن النيه للفعل المستغرق للزمان المعين يكون بعد تحققه (٢)، لا قبله (٣) لتعذره كما ذكرناه، و ممن صرح به المصنف فى الدروس فى نيات أعمال الحج، كالوقوف بعرفه، فإنه جعلها مقارنه لما بعد الزوال فيكون هنا كذلك، و إن كان الأحوط (٤) جعلها ليلا (٥)، للاتفاق على جوازها فيه.

((و الناسى لها) ليلا ((يجدها إلى الزوال) (٦) بمعنى أن وقتها يمتد إليه و لكن يجب الفور بها عند ذكرها (٧)، فلو أخرها عنه عامدا بطل الصوم. هذا فى شهر رمضان، و الصوم المعين، أما غيره (٨) كالقضاء و الكفاره و النذر المطلق فيجوز تجديدها قبل الزوال و إن تركها قبله عامدا (٩)، بل و لو نوى الإفطار، و أما صوم (١) كما عن ابن أبى عقيل من وجوب ذلك لتعذرها أو تعسرها مقارنه للطلوع، و إن كان ظاهر كلمات الأصحاب و عليه الإجماع جواز إيقاعها ليلا، لا تحتم ذلك.

(٢) أى تحقق الزمان المعين، و أشكل عليه بأن لازمه وقع الفعل فى أول الزمان بدون نيه.

(٣) أى لا قبل تحققه لأن مقارنه النيه للتحقق متعذر.

(٤) و هو الأقوى.

(٥) و كذا نيه أعمال الحج فيؤتى بها قبل زمان فعلها و سيأتى التعرض لذلك فى باب، هذا كله بناء على أن النيه اخطاريه، و قد عرفت فى مبحث الوضوء أنها قصديه و القصد و إن وقع قبل الفعل و زمانه لكنه يستمر مقارنا إلى آخر. الفعل.

(٦) عن المنتهى أنه موضع وفاق بين الأصحاب، و يستدل له بفحوى ما ورد فى المسافر إذا حضر قبل الزوال و سيأتى دليله.

(٧) لزوال عذر النسيان.

(٨) غير المعين.

(٩) بشرط عدم فعل المنافى، بلا خلاف فيه، و يدل عليه أخبار منها: صحيح ابن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام (فى الرجل يبدو له بعد ما يصبح، و يرتفع النهار فى صوم ذلك اليوم ليقضيه من شهر رمضان، و إن لم يكن نوى ذلك من الليل، قال عليه السلام: نعم ليصمه و ليعتد به إذا لم يكن أحدث شيئا) (١).

ص: ١٥٥

النافله فالمشهور أنه كذلك (١)، وقيل: بامتدادها فيه إلى الغروب، وهو حسن وخيره المصنف في الدروس.

(و المشهور بين القدماء الاكتفاء بنيه واحده للشهر) شهر رمضان، (و ادعى المرتضى) في المسائل (الرئيسيه فيه الإجماع)، و كذا ادعاه الشيخ [رحمه الله]، و وافقهم من المتأخرين المحقق في المعبر، و العلامه في المختلف، استنادا إلى أنه عباده واحده (٢)، (و الأول) و هو إيقاعها لكل ليله (أولى)، و هذا يدل على اختياره الاجتزاء بالواحد، و به صرح أيضا في شرح الإرشاد، و في الكتابين (٣) اختار التعدد.

و في أولويه تعددها عند المجتزئ بالواحد نظر (٤)،...

(١) لخبر ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يجب ثم ينام حتى يصبح، أ يصوم ذلك اليوم تطوعا؟ فقال عليه السلام: أ ليس هو بالخيار ما بينه و نصف النهار) (١).

وقيل إلى الغروب كما عن الصدوق و الشيخ و ابني حمزه و زهره و الحلبي و العلامه و الشهيد في الدروس لموثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصائم المتطوع تعرض له الحاجه، قال عليه السّلام: هو بالخيار ما بينه و بين العصر، و إن مكث حتى العصر ثم بدا له أن يصوم فإن لم يكن نوى ذلك فله أن يصوم ذلك اليوم إن شاء) (٢).

(٢) المستفاد من قوله تعالى: فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ (٣)، و فيه: أن صوم كل يوم عباده مستقله لذلك تتعدد الكفاره بتعدده، و لا يبطل صوم الشهر ببطان بعض أيامه، و لذا كان الأقوى النيه لكل يوم إذا كانت النيه اخطاريه، و أما إذا كانت على نحو الداعي و القصد فهي مستمره من أول الشهر إلى آخره فهو بالخيار أن يقصد تمام الشهر أو يجعل لكل يوم نيه على حده.

(٣) البيان و الدروس.

(٤) قال العلامه في المنتهى (لو قلنا بالاكتفاء بالنيه الواحد، فإن الأولى تجديدها بلا خلاف)، و أشكل عليه الشارح بأن القائل بالاكتفاء بالنيه الواحد للشهر يقول بذلك بجعل الشهر عباده واحده، و من شأن العباده الواحد أن لا يجوز تفريق النيه على أجزائها.

ص: ١٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يمسك عنه الصوم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب وجوب الصوم و نيته حديث ١.

٣- (٣) سورة البقره الآيه: ١٨٥.

لأن جعله (١) عباده واحده يقتضى عدم جواز تفريق النية على أجزائها (٢)، خصوصا عند المصنف فإنه قطع بعدم جواز تفريقها على أعضاء الوضوء (٣)، وإن نوى الاستباحه المطلقه، فضلا عن نيتها لذلك العضو. نعم من فرق بين العبادات و جعل بعضها مما يقبل الاتحاد و التعدد كمجوز تفريقها فى الوضوء يأتى عنده هنا الجواز، من غير أولويه، لأنها (٤) تناسب الاحتياط و هو منفى (٥)، وإنما الاحتياط هنا الجمع، بين نيه المجموع، و النيه لكل يوم. و مثله (٦) يأتى عند المصنف فى غسل الأموات، حيث اجتزأ فى الثلاثه بنيه واحده لو أراد الاحتياط بتعددتها لكل غسل، فإنه لا يتم إلا بجمعها ابتداء. ثم النيه للآخرين (٧).

فى اشتراط التعيين

(و يشترط فى ما عدا شهر رمضان التعيين) (٨) لصلاحيه الزمان و لو بحسب - و هو مدفوع: لأن أجزاء العباده هنا منفصله بعضها عن بعض فلا يبطل صوم بعضها بطلان البعض الآخر.

(١) أى جعل الشهر.

(٢) أى أجزاء العباده الواحده.

(٣) فرق فارق بين الوضوء و شهر رمضان بالنسبه إلى أجزائهما كما هو واضح.

(٤) أى الأولويه تناسب الاحتياط، و أولويه التعدد على الواحده لأنه لا خلاف فى التعدد.

(٥) أى الاحتياط القاضى بالتعدد، لأن الاحتياط يقتضى الجمع كما قال الشارح، و فيه: إن وجه الأولويه ليس ناشئا من احتياط التعدد، بل لاحتمال أن لا يكون الشهر عباده واحده بل هو المظنون ظنا قويا، و الأمر به فى الآيه المتقدمه منحل إلى أوامر بعدد أيام الشهر بدليل أن صوم يوم لا يضره بطلان صوم فى يوم آخر.

هذا فضلا عن أن قياس الوضوء و نظائره، على شهر رمضان ليس فى محله.

(٦) أى و مثل هذه الاحتياط بالجمع، الاحتياط فى نيه غسل الميت، فإنه يقتضى الإتيان بنيه الجميع، ابتداء ثم النيه لكل غسل على حده، و لا يقتضى الاحتياط الإتيان بالنيه لكل غسل فقط ترجيحا على الاكتفاء بالنيه الواحده، و فيه: إن المصنف لم يصرح فى شىء من كتبه بأن نيه التعدد أولى من نيه الواحد، فى غسل الأموات مع جعل الأولويه ناشئه من الاحتياط حتى يرد عليه هذا الإشكال، بل غايه ما صرح باجتراء الواحده.

(٧) لأن نيه الغسل الأول قد تحققت و عند نيه الجميع، و قد عرفت أن الاحتياط يقتضى نيه للجميع، و نيه لكل غسل حتى الغسل الأول.

(٨) أما شهر رمضان فلا يشترط تعيينه، لأن التعيين فرع قابليه المورد للتريد، و لا يصح فى -

الأصل له، و لغيره، بخلاف شهر رمضان، لتعيينه شرعا للصوم فلا اشتراك فيه حتى يتميز بتعيينه، و شمل ما عداه النذر المعين. و وجه دخوله ما أشرنا إليه من عدم تعيينه بحسب الأصل، و الأقوى إلحاقه بشهر رمضان، إلحاقا للتعيين العرضى بالأصلى، لاشتراكهما فى حكم الشارع به (١)، و رجحه فى البيان، و الحق (٢) به النذب المعين كأيام البيض، و فى بعض تحقیقاته مطلق المندوب، لتعيينه شرعا فى جميع الأيام، إلا ما استثنى، فيكفى نيه القربه و هو حسن. و إنما يكتفى فى شهر رمضان بعدم تعيينه بشرط ألا- يعين غيره، و إلا- بطل فيهما على الأقوى (٣)، لعدم نيه المطلوب شرعا، و عدم وقوع غيره فيه هذا مع العلم، أما مع الجهل به (٤) كصوم آخر شعبان بنيه النذب، أو النسيان فيقع (٥) عن شهر رمضان.

-شهر رمضان صوم غيره فلا مجال للترديد و أما الواجب المعين كالمعين بنذر فكذلك، لأنه زمان تعين بالنذر فكان كشهر رمضان، و عن المشهور أنه مفتقر إلى التعيين لأنه زمان لم يعينه الشارع فى الأصل للصوم فيفتقر إلى التعيين كالنذر المطلق و أما الواجب غير المعين كالكفاره و القضاء فلا- خلاف فى التعيين لأن الفعل العبادى لا- يتعين بخصوصياته إلا بقصدها، و مثله المندوب إلا المندوب المعين كأيام البيض فقد استثناه الشهيد فى البيان، بل نقل عنه فى بعض تحقیقاته أنه الحق المندوب مطلقا بالمعنى لتعيينه شرعا فى جميع الأيام إلا ما استثنى، و استحسنة الشارح فى الروضه هنا.

(١) بالتعيين.

(٢) أى المصنف.

(٣) لأن ما قصد لم يقع لأن المطلوب هو صوم شهر رمضان، و المطلوب غير مقصود حتى يقع، و عن السيد و الشيخ فى المبسوط الاجتزاء لأن النيه المفروضه هى القربه و هذا حاصل هنا، و ما زاد لغو لا عبره به.

(٤) أى بشهر رمضان.

(٥) للأخبار منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (إنما يصام يوم الشك من شعبان، و لا يصومه من شهر رمضان، لأنه قد نهى أن ينفرد الإنسان بالصيام فى يوم الشك، و إنما ينوى من الليله أنه يصوم من شعبان، فإن كان من شهر رمضان أجزأ عنه بتفضل الله، و بما قد وسع على عباده، و لو لا ذلك لهلك الناس) (١) و هو وارد فى صورته الجهل، و منه يعرف حكم النسيان لاشتراكهما فى العذر.

ص: ١٥٨

(و يعلم) شهر رمضان (برؤيه الهلال) (١) فيجب على من رآه و إن لم يثبت فى حق غيره، (أو شهاده عدلين) (٢) برؤيته مطلقا (٣)، (أو شيعا) (٤) برؤيته و هو إخبار جماعه بها تأمن النفس من تواطئهم على الكذب و يحصل بخبرهم الظن المتأخم للعلم، و لا- ينحصر فى عدد نعم يشترط زيادتهم عن اثنين، ليفرق بين العدل و غيره، و لا فرق بين الكبير و الصغير و الذكر و الأنثى و المسلم و الكافر، و لا بين (١) لأنه مع العلم فالوجه ذاته له، و للأخبار منها: صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا رأيت الهلال فصم، و إذا رأيتَه فأفطر) (١).

(٢) بلا خلاف فى الجملة للأخبار منها: صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال على عليه السلام: لا تقبل شهاده النساء فى رؤيه الهلال إلا شهاده رجلين عدلين) (٢).

و عن جماعه منهم الشيخ و الصدوق و بنو حمزه و زهره و البراج و الحلبى عدم قبول شهادتهما إذا لم يكن فى السماء عله، إذا كانا من أهل البلد، نعم تقبل شهادتهما إذا كانا من خارج البلد لخبر إبراهيم بن عثمان الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: كم يجزى فى رؤيه الهلال؟ فقال: إن شهر رمضان فريضه من فرائض الله، فلا تؤده بالتظنى، و ليس رؤيه الهلال أن تقوم عده فيقول واحد: قد رأيتَه، و يقول الآخرون: لم نره، إذا رآه واحد رآه مائه، و إذا رآه مائه رآه ألف، و لا يجوز فى رؤيه الهلال إذا لم يكن فى السماء عله أقل من شهاده خمسين، و إذا كانت فى السماء عله قبلت شهاده رجلين يدخلان و يخرجان من مصر) (٣)، و خبر حبيب الخزاعى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجوز الشهاده فى رؤيه الهلال دون خمسين رجلا عدد القسامه، و إنما تجوز شهاده رجلين إذا كانا من خارج المصر، و كان بالمصر عله، فأخبرا أنهما رأياه، و أخبرا عن قوم صاموا للرؤيه و أفطروا للرؤيه) (٤). و حملت هاتان الروايتان على عدم عداله الشهود و حصول التهمه فى إخبارهم فاشترط أكثر من اثنين ليحصل الشيعا المفيد للعلم و هو غير بعيد جمعا بين الأخبار.

(٣) سواء شهدا عند الحاكم و ردت شهادتهما أو لا.

(٤) لأنه مفيد للعلم أو الاطمئنان الذى هو علم عادى، و كلاهما حجه.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١٣.

هلال رمضان وغيره، ولا يشترط حكم الحاكم في حق من علم به (١)، أو سمع الشاهدين، (أو مضى ثلاثين) يوما (من شعبان لا) (٢) بالشاهد (الواحد في أوله) (٣)، خلافا لسالار (رحمه الله) حيث اكتفى به فيه بالنسبة إلى الصوم خاصة، فلا يثبت لو كان منتهى أجل دين، أو عده، أو مده ظهارة ونحوه. نعم يثبت هلال شوال بمضى ثلاثين يوما منه (٤) تبعا (٥) وإن لم يثبت (٦) أصاله بشهادته (٧).

(و لا- يشترط الخمسون مع الصحو) كما ذهب إليه بعضهم (٨)، استنادا إلى روايه حملت على عدم العلم بعد التهم، و توقف الشيعاء عليهم، للتهمه كما يظهر من الروايه، لأن الواحد مع الصحو إذا رآه جماعه غالبا.

(١) أى بشهر رمضان و ذلك فيما لو رآه و حكم الحاكم بعدمه.

(٢) لحصول العلم حينئذ بدخول شهر رمضان لعدم وجود شهر هلالى أكثر من ثلاثين يوما، و للأخبار منها: خبر الواسطى عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث (فإذا خفى الشهر فأتوا العده شعبان ثلاثين يوما، و صوموا الواحد و ثلاثين) (١).

(٣) كما عن سالار الاكتفاء فى الصوم دون الإفطار و استشهد بصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا رأيت الهلال فافطروا، أو شهد عليه عدل من المسلمين، و إن لم تروا الهلال إلا من وسط النهار أو آخره فأتوا الصيام إلى الليل، و إن غم عليكم فعدوا ثلاثين ثم أفطروا) (٢)، و فيه: إن النسخ مختلفه فى بعضها بينه عدل من المسلمين، و فى بعضها (إذا رأيت الهلال فافطروا و اشهدوا عليه عدولا من المسلمين) فضلا عن أن مورد الروايه هلال شوال و هو خلاف المدعى من جواز الاكتفاء بالواحد فى هلال رمضان، على أن هذا الخبر لا يصلح لمعارضه الأخبار المستفيضه الداله على اشتراط عدلين.

(٤) من شهر رمضان.

(٥) إذا ثبت أول شهر رمضان بشهادة الواحد على مبنى سالار، فالقول بثبوت أول رمضان بشهادة الواحد ليس فى محله.

(٦) هلال شوال.

(٧) أى بشهادة الواحد حتى على مبنى سالار.

(٨) تقدم الكلام فيه.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١١.

(و لا عبره بالجدول) (١) و هو حساب مخصوص مأخوذ من تسيير القمر و مرجعه إلى عد شهر تاما و شهر ناقصا، فى جميع أيام السنه مبتدئا بالتام من المحرم، لعدم ثبوته شرعا (٢)، بل ثبوت ما ينافيه (٣)، و مخالفته مع الشرع للحساب (٤) أيضا، لاحتياج تقييده بغير السنه الكبيسيه، أما فيها فيكون ذو الحجه تاما.

(و العدد) و هو عد شعبان ناقصا أبدا، و رمضان تاما أبدا (٥)...

(١) ذهب إليه بعض العامه، و نقله الشيخ فى الخلاف عن بعض الخاصه و وصفه بالشذوذ، و استدل لهم بقوله تعالى: وَ بِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ (١).

و فيه: إن الآيه تفيد أن النجم يهتدى به لمعرفة الأوقات و معرفه البلدان و الطرق، على أن الجدول هو حساب مخصوص مأخوذ من سير القمر و اجتماعه مع الشمس، و أهل الجدول و التقويم يثبتون أول الشهر بمعنى جواز رؤيته، بل بمعنى تأخر القمر عن محاذاه الشمس مع أنه قد يتأخر و لا يمكن رؤيته، و الشارع قد علق أحكام الصوم على رؤيه الهلال لا على التأخر المذكور، هذا فضلا عن أن الجدول مبنى على كون شهر رمضان تاما دائما لأنه الشهر التاسع لو ابتدأنا بمحرم تاما كما هو ديدنهم فى ذلك، و لعل من قال منا بالجدول استند إلى الأخبار الواردة عن الأئمه عليهم السلام بأن شهر رمضان تام دائما و سيأتى التعرض لها و أنها معارضه بغيرها، مع القطع بأن مبنى الجدول المتقدم ليس مبنيا على أمر قطعى قد دل عليه العقل أو الشرع بل على أمر ظنى، و الظن ليس بحجه.

(٢) كما فى صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (شهر رمضان شهر من الشهور يصيبه ما يصيب الشهور من النقصان) (٢) و مثله غيره، و هو ينفى الجدول لأن شهر رمضان فيه تام، و الترجيح له و إن عورض بما دل على أن شهر رمضان تام كخبر [ابن] منصور عن أبى عبد الله عليه السلام (شهر رمضان ثلاثون يوما، لا ينقص أبدا) ٢، و ذلك لأن الطائفة الأولى أكثر عددا و موافقه لأخبار الرؤيه، و للوجدان.

(٣) فيما لو كان شهران متتابعان ناقصين.

(٤) أى كما أنه مخالف للشرع كما تقدم فهو مخالف للحساب، لأنه مبنى على كون السنه غير كبيسيه، و أما فيها فيكون ذو الحجه تاما، و فيه: إنه لا يضر فى جعل شهر رمضان تاما فى الجميع سواء كانت السنه كبيسيه أو لا.

(٥) مال إليه الصدوق لأخبار تماميه و عدم نقصان شهر رمضان كما تقدم بعضها، و قد تقدم أنها معارضه بما هو أكثر عددا و بما هو موافق للعلم و الوجدان.

ص: ١٤١

١- (١) سورة النحل الآيه: ١٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٣ و ٢٦.

و به فسرده (١) فى الدروس، و يطلق (٢) على عد خمسه من هلال الماضى (٣)، و جعل الخامس أو الحاضر (٤)، و على (٥) عد شهر تاما، و آخر ناقصا مطلقا، و على عد تسعه و خمسين من هلال رجب (٦)، و على عد كل شهر ثلاثين (٧). و الكل لا عبره به. نعم اعتبره بالمعنى الثانى (٨) جماعه منهم المصنف فى الدروس مع غمه الشهور كلها مقيدا بعد سته فى الكيسيه و هو موافق للعادة و به روايات، و لا بأس به.

أما لو غم شهر و شهران خاصه، فعدهما ثلاثين أقوى (٩) و فيما زاد نظر. من (١) أى و بالعدد فسر المصنف الجدول.
(٢) أى العدد.

(٣) أى شهر رمضان الماضى.

(٤) المحكى عن عجائب المخلوقات للقزوينى أنه قد امتحنوا ذلك خمسين سنه فكان صحيحا، و به أخبار منها: خبر الزعفرانى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام (إن السماء تطبق علينا بالعراق اليوم و اليومين، فأى يوم نصوم؟ قال عليه السّلام: انظروا اليوم الذى صمت من السنه الماضيه فعّد منه خمسه أيام، و صم اليوم الخامس) (١)، و هى ضعيفه السند فالترجيح لأخبار الرؤيه، نعم ذكر بعضهم أن اعتبار الخامس إنما يتم فى غير السنه الكيسيه، و أما فيها يكون يوم السادس، و هو مروى فى بعض الأخبار ٢.

(٥) أى و يطلق العدد على عدّ شهر تاما و آخر ناقصا من غير تقييد بجعل مبدأ التمام محرم الحرام، و يطلق العدد على عدّ شعبان ناقصا أبدا و شهر رمضان تاما، و مال إليه المقيد و إليه ذهب الصدوق لأخبار تماميه شهر رمضان التى تقدم بعضها، و قد عرفت أن العمده على أخبار الرؤيه.

(٦) كما فى مرفوع ابن أبى خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا صح هلال رجب فعّدّ تسعه و خمسين يوما، و صم يوم الستين) (٢)، و هو ضعيف السند فلا يصلح لمعارضه أخبار الرؤيه.

(٧) و هذا مما يكذبه الوجدان.

(٨) أى صوم الخامس من هلال شهر رمضان الماضى؛ و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) لأن الأصل عدم تحقق الشهر إلا بمضى ثلاثين يوما، هذا فى الشهر أو الشهرين، و أما ما زاد فلا يعقل جريان الأصل - و هو الثلاثون لكل شهر - للقطع بخلاف العاده، و بأن السنه أياما معدوده فلا بدّ من النقيصه فى شهورها، و لذا عمل جماعه منهم العلامه و الشهيد فى الدروس به بروايه الخمسه من هلال الماضى، و منه تعرف ضعف ما ذهب

ص: ١٦٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٣ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٧.

تعارض الأصل و الظاهر (١)، و ظاهر الأصول ترجيح الأصل (٢).

(و العلوّ) (٣) و إن تأخرت غيبوبته إلى بعد العشاء،(و الانتفاخ) (٤) و هو عظم جرمه المستنير حتى رؤى بسببه قبل الزوال، أو رؤى رأس الظل فيه (٥)، ليله رؤيته.

(و التطوّق) (٦) بظهور النور في جرمه مستديرا، خلافا لبعض، حيث حكم في ذلك بكونه الليله الماضيه.

(و الخفاء ليلتين) في الحكم به بعدهما (٧)، خلافا لما روى في شواذ الأخبار -إليه الأكثر - كما عن المسالك - على عدّ كل شهر ثلاثين مع غمه الشهور.

(١) و هو عدم توالي ثلاثه أو أربعة أشهر تامه.

(٢) لعدم وجود غيره ما لم يعلم بمخالفته للواقع.

(٣) الموجب لتأخير غيبوبته، ذهب إليه الصدوق لخبر إسماعيل بن الحر عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا غاب الهلال قبل الشفق فهو ليله، و إذا غاب بعد الشفق فهو لليلتين) (١) و هي لا تصلح لمعارضه أخبار الروايه.

(٤) نقل عن المرتضى الذهاب إليه لخبر حماد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا رأوا الهلال قبل الزوال فهو ليله الماضيه، و إذا رأوه بعد الزوال فهو ليله المستقبله) (٢) و مثله غيره مع العلم أن انتفاخه يوجب رؤيته قبل الزوال، و لكن لا عبره به عند المشهور لخبر محمد بن عيسى (كتبت إليه عليه السلام: جعلت فداك ربما غمّ علينا هلال شهر رمضان، فيرى من الغد الهلال قبل الزوال، و ربما رأيناه بعد الزوال، فترى أن نفطر قبل الزوال إذا رأيناه أم لا؟ و كيف تأمر في ذلك؟ فكتب عليه السلام: تتم إلى الليل، فإنه إذا كان تاما رؤى قبل الزوال) (٣).

(٥) أى يرى الظل فى نور القمر بمعنى أن النور إذا كان خفيفا لا يرى من الظل إلا رأسه و حواشيه بحيث يمكن التمييز أن هذا نور و هذا ظل.

(٦) لخبر ابن مرازم عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تطوق الهلال فهو لليلتين، و إذا رأيت ظل رأسك فيه فهو لثلاث) (٤)، و مال إليه الشيخ فى كتابى الأخبار عند غمّ الشهور، و فيه: إنه معارض بإطلاق أخبار الرؤيه.

(٧) أى الحكم بدخول الشهر بعد هاتين الليلتين، قال فى الجواهر (لكنى لم أقف على من -

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٢.

من اعتبار ذلك كله.

(و المحبوس) (١) بحيث غمت عليه الشهور (يتوخي) أى يتحرى شهرا يغلب (على ظنه) أنه هو، فيجب عليه صومه (فإن وافق)، أو ظهر متأخرا، أو استمر الاشتباه (أجزأ (٢) و إن ظهر التقدم أعاد)، و يلحق ما ظنه (٣) حكم الشهر فى وجوب الكفاره فى إفساد يوم منه، و وجوب متابعتة و إكماله ثلاثين، لو لم ير الهلال و أحكام العيد بعده من الصلاه و الفطره، و لو لم يظن شهرا تخير فى كل سنه شهرا (٤) مراعى للمطابقه بين الشهرين (٥).

أفتى باعتبار الخفاء ليلتين فى الحكم بخروج الهلال بعدهما، و لا خبر دال عليه، نعم وردت روايه فى الخفاء ليله من المشرق، و هى خبر داود الرقى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا طلب الهلال فى المشرق غدوه فلم ير فهو هنا هلال جديد رأى أو لم ير) (١) و هو كذلك لا يعارض أخبار الرؤيه، و هذه الأخبار المعارضه لأخبار الرؤيه على كثرتها يشكل ردها فلا بد من حملها على أنها علامات غاليه لكن لا يجوز الاعتماد عليها فى ترتيب أحكام الصوم و الإفطار بل المدار على أخبار الرؤيه و الأصول الجاربه.

(١) بلا- خلاف فيه لصحيح عبد الرحمن بن الحاج عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل أسرته الروم و لم يصم شهر رمضان و لم يدر أى شهر هو؟ قال عليه السلام: يصوم شهرا يتوخاه و يحسب، فإن كان الشهر الذى صامه قبل شهر رمضان لم يجزه، و إن كان بعد رمضان اجزأه) (٢).

(٢) بلا خلاف فيه لعدم ظهور مخالفه الواقع.

(٣) أى إن الشهر المظنون يتعلق به حكم شهر رمضان من وجوب الكفاره بإفطار يوم منه، و وجوب متابعتة و إكماله ثلاثين لو لم ير الهلال، و أحكام العيد بعده من الصلاه و الفطره، هذا كله إذا استمر الاشتباه و إما إذا تبين الخلاف فيجب عدم الكفاره بإفطاره يوما منه للأصل بعد اختصاص النص المتقدم بالصوم فقط.

(٤) قال فى الجواهر (لا دليل على هذا التخيير)، و مال بعضهم إلى سقوط الأداء و يتعين عليه القضاء فقط.

(٥) أى بين شهر رمضان السابق و بين الشهر الذى يختاره بعنوان أنه شهر رمضان بحيث يكون بينهما أحد عشر شهرا.

ص: ١٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١.

(و الكف) عن الأمور السابقة،(وقته من طلوع الفجر الثانى إلى ذهاب الحمرة المشرقيه) فى الأشهر (١).

(و لو قدم المسافر) بلده، أو ما (٢) نوى فيه الإقامة عشا، سابقه (٣) على الدخول، أو مقارنه، أو لاحقه قبل الزوال (٤)، و يتحقق قدومه برؤيه الجدار، أو سماع الأذان فى بلده و ما نوى فيه الإقامة قبله (٥)، أما لو نوى بعده فمن حين النيه،(أو برأ المريض قبل الزوال) ظرف للقدوم و البرء،(و لم يتناول- شيئاً) من مفسد الصوم (أجزأهما الصوم)، بل وجب عليهما،(بخلاف الصبى) إذا بلغ بعد الفجر،(و الكافر) إذا أسلم بعده (و الحائض، و النفساء) إذا طهرتا،(و المجنون و المغمى عليه، فإنه يعتبر زوال العذر) فى جميع (قبل الفجر) (٦) فى صحته و وجوبه، و إن استحب لهم الإمساك بعده (٧)، إلا أنه لا يسمى صوما.

(١)مبنى على أن الغروب هل بسقوط القرص أو بذهاب الحمرة المشرقيه، و قد تقدم البحث فى كتاب الصلاه.

(٢)أى أو بلدا نوى فيه الإقامة عشا.

(٣)قيد للنيه.

(٤)و لم يأكل فيجب عليه الصوم للأخبار منها: خبر أبى بصير (سألته عن الرجل يقدم من سفر فى شهر رمضان، فقال: إن قدم قبل زوال الشمس فعليه صيام ذلك اليوم و يعتد به)(١) و خبر أحمد بن محمد (سأل أبا الحسن عليه السلام: عن رجل قدم من سفر فى شهر رمضان و لم يطعم شيئاً قبل الزوال، قال: يصوم)٢ و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (عن الرجل يترك شهر رمضان فى السفر فيقيم الأيام فى مكان، هل عليه صوم؟ قال: لا، حتى يجمع على مقام عشره أيام، فإذا أجمع على مقام عشره أيام صام و أتم الصلاه)(٢) ، و إذا جاز للمسافر إذا انقطع سفره قبل الزوال أن يصوم بل يجب، فكذلك المريض لو برأ قبل الزوال لعدم خصوصيه المسافر.

(٥)أى قبل القدوم.

(٦)لأن هذه موانع عن صحته أو وجوبه فلا بد من ارتفاعها فى جميع أجزاء زمان الصوم و لذا لو وقع العذر و المانع فى الجزء الأخير بطل الصوم.

(٧)أى بعد زوال العذر للأخبار منها: روايه الشيخ عن على بن الحسين عليه السلام فى حديث:-

ص:١٦٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٤ و ٦ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٣ .

(و يقضيه) أى صوم شهر رمضان (كل تارك له (١) عمداً، أو سهواً، أو لعذر) من سفر، أو مرض، و غيرهما (٢)، (إلا الصبى و المجنون) إجماعاً (٣)، (و المغمى عليه) فى الأصح (٤)، (و الكافر (٥) الأصلي)، أما العارضى كالمترد (٦) - (و كذلك المسافر إذا أكل من أول النهار ثم قدم أهله أمر بالإمساك بقيه يومه تأديباً و ليس بفرض، و كذلك الحائض إذا طهرت أمسكت بقيه يومها) (١).

هذا كله فى غير الصبى، و أما الصبى فإن بلغ بعد الطلوع فعن الخلاف و المعتبر وجوب الصوم عليه لإطلاق أدلته، و فيه: إنه منصرف إلى من يكون بالغاً فى جميع أجزاء زمن الصوم لا فى مثل هذه الفرض.

(١) لعموم أدله وجوب القضاء مثل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان على الرجل شيء من صوم شهر رمضان فليقضه فى أى الشهور شاء) (٢).

(٢) كالإفطار تقيه أو كرها.

(٣) فلا يقضى الصبى و المجنون ما فاتهما زمن الصبا و الجنون لحديث رفع القلم (رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبى حتى يبلغ، و عن النائم حتى يستيقظ، و عن المجنون حتى يفيق) (٣)، و هو يستوجب الرفع أداء و قضاء.

(٤) فلا يقضى ما فاتته حال الإغماء على المشهور لصحيح أيوب بن نوح (كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام: أسأله عن المغمى عليه يوماً أو أكثر، هل يقضى ما فاتته أم لا؟ فكتب عليه السلام: لا يقضى الصوم و لا يقضى الصلاة) (٤) و مثله غيره، و عن الشيخ و المفيد و المرتضى أنه يقضى إن لم تسبق منه النية، و إن سبقت فلا يقضى و ليس بهم دليل ظاهر كما عن المستمسك.

(٥) لا يقضى ما فاتته حال الكفر بلا خلاف لحديث (الإسلام يجب ما قبله) (٥)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أسلم فى النصف من شهر رمضان، ما عليه من صيامه؟ قال: ليس عليه إلا ما أسلم فيه) (٦).

(٦) فيقضى ما فاتته حال الكفر بارتداده، بلا خلاف، و عن المدارك أنه قطعى، لدخوله تحت عموم وجوب القضاء مثل صحيح الحلبي المتقدم.

ص: ١٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

٥- (٥) غوالى اللئالى ج ٢ حديث ٣٨ ص ٢٢٤.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٢.

فيدخل فى الكليه (١)، و لا بد من تقيدها بعدم قيام غير القضاء مقامه، فيخرج الشيخ و الشيخه، و ذو العطاش، و من استمر به المرض إلى رمضان آخر فإن الفديه تقوم مقام القضاء (٢).

(و يستحب المتابعه فى القضاء) (٣)، لصحيحه عبد الله بن سنان،(و روايه عمار عن الصادق (ع) تتضمن استحباب التفريق) (٤)، و عمل بها بعض الأصحاب، لكنها تقصر عن مقاومه تلك، فكان القول الأول أقوى، و كما لا تجب المتابعه لا يجب الترتيب (٥)، فلو قدم آخره أجزأه و إن كان (٦) أفضل. و كذا لا ترتيب بين القضاء و الكفاره (٧) و إن كانت صوما.

مسائل

إشارة

(مسائل)

الأولى. من نسى غسل الجنابه قضى الصلاة و الصوم فى الأشهر

(الأولى. من نسى غسل الجنابه قضى الصلاة و الصوم فى الأشهر) (٨) أما الصلاة فموضع وفاق، و إنما الخلاف فى الصوم، من حيث عدم اشتراطه (١) أى من فاتته الفريضة فعليه قضاؤها.

(٢) سيأتى البحث فى الشيخ و الشيخه و ذى العطاش و من استمر به المرض إلى شهر رمضان الآخر.

(٣) لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (من أفطر شيئاً من شهر رمضان فى عذر فإن قضاها متتابعاً فهو أفضل، و إن قضاها متفرقاً فحسن) (١) و مثله غيره.

(٤) قاله بعض الأصحاب على ما أرسله فى السرائر بأن يتابع فى ستة أيام، و يفرق فى الباقي لخبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يكون عليه أيام من شهر رمضان، كيف يقضيها؟ قال عليه السلام: أن كان عليه يومان فليفطر بينهما يوماً، و إن كان عليه خمسة أيام فليفطر بينهما أياماً، و ليس له أن يصوم أكثر من ستة أيام متواليه، و إن كان عليه ثمانية أيام أو عشرة أيام أفطر بينهما يوماً) ٢ و هى لا تصلح لمعارضه الأخبار السابقه لأنها أكثر عدداً و أصح سنداً.

(٥) أى لا- يجب ترتيب قضاء أيام شهر رمضان كما كانت حال الأداء، بلا خلاف، لإطلاق أدله القضاء، و وجوب الترتيب فى الأداء إنما كان من ضروره الوقت.

(٦) أى الترتيب.

(٧) بلا خلاف، لأصالة البراءه عند الشك فى شرطيه الترتيب.

(٨) بل على الأكثر لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل أجنب فى شهر رمضان

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤ و ٦.

بالطهاره من الأكبر إلا مع العلم، و من ثم لو نام جنبا أولا فأصبح يصح صومه، و إن تعمد تركه طول النهار فهنا أولى (١)، و وجه القضاء فيه صحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام و غيرها، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين اليوم و الأيام و جميع الشهر، و فى حكم الجنابه الحيض و النفاس لو نسيت غسلهما بعد الانقطاع (٢)، و فى حكم رمضان المنذور المعين. و يشكل الفرق على هذا (٣) بينه، و بين ما ذكر (٤) من عدم قضاء ما نام فيه و أصبح.

و ربما جمع بينهما (٥) بحمل هذا على الناسى، و تخصيص ذاك بالنائم عالما عازما (٦)، فضعف (٧) حكمه بالعزم، أو بحمله (٨) على ما عدا النوم الأول و لكن -فنى أن يغتسل حتى خرج شهر رمضان، قال عليه السلام: عليه أن يقضى الصلاه و الصيام(٩) و مثله خبر إبراهيم بن ميمون ٢. و عن ابن إدريس و مال إليه المحقق و علامه فى بعض كتبه أنه يقضى الصلاه فقط لمكان الحدث، و لا يقضى الصوم لعدم ثبوت اشتراطه بالطهاره من الأكبر إلا مع العلم، و من ثم لو نام جنبا صح صومه و إن تعمد ترك الغسل طول النهار فهنا أولى، و إلا فما الفرق بين ما إذا أجنب و نسى و بين ما إذا أجنب و نام حتى أصبح فكيف صح صومه فى الثانى دون الأول مع أن كليهما مشترك فى كونه عذرا، و ردّ بأن الجنابه من حيث النوم لا تقتضى الإفطار، و الجنابه من حيث النسيان تقتضيه و عليه فلا- تعارض بينهما كما لا- تنافى بين المقتضى و اللامقتضى فى سائر المقامات، و اشتراكهما فى العذر من ناحيه العقاب لا من ناحيه تأثير الجنابه.

(١) لأنه ترك الغسل طول النهار نسيانا لا عمدا.

(٢) بناء على عدم خصوصيه الجنابه فى الأخبار المتقدمه، و كذا فى حكم صوم شهر رمضان صوم النذر المعين و قضاء شهر رمضان لعدم الفرق بين أقسام الصوم فى الاشتراط بالطهاره.

(٣) أنه يقضى الصوم لو نسى غسل الجنابه.

(٤) و هو من أجنب فنام حتى الصباح فلا يجب القضاء.

(٥) قد عرفت الجمع بينهما.

(٦) حال من النائم.

(٧) أى خفف الحكم عليه بعدم القضاء بسبب عزمه على الغسل و إلا فيصدق عليه أنه متعمد البقاء على الجنابه كما مرّ، بخلاف الناسى فلا عزم له و لازمه أنه لا تخفيف عليه.

(٨) أى بحمل ما دل على القضاء فى الناسى على الناسى للجنابه بعد النوم الأول بأن استيقظ

ص: ١٤٨

لا يدفع إطلاقهم (١)، وإنما هو جمع بحكم آخر، والأول أوفق بل لا- تخصيص فيه (٢) لأحد النصين، لتصريح ذاك بالنوم عامدا عازما، وهذا بالناسي.

ويمكن الجمع أيضا بأن مضمون هذه الرواية نسيانه الغسل حتى خرج الشهر، فيفرق بين اليوم وجميع عملا بمنطوقهما (٣)، إلا أنه يشكل بأن قضاء الجميع يستلزم قضاء الأبعاض، لاشتراكهما في المعنى، إن لم يكن أولى (٤) و نسب المصنف القول إلى الشهره دون القوه، و ما فى معناها، إيذانا بذلك (٥)، فقد رده ابن إدريس و المحقق لهذا (٦)، أو لغيره (٧).

(و يتخير قاضى) شهر (رمضان) (٨)...

قبل الفجر فنسى الجنابه ثم أصبح بالنومه الثانيه و بحمل ما دل على عدم القضاء فيما لو أجنب ثم نام عازما على الغسل فأصبح.

(١) أى إطلاق الفقهاء حيث حكموا بوجوب القضاء على الناسي سواء نام أو لا و سواء كان فى اليوم الأول أو لا.

(٢) فى الجمع الأول، و هذا بيان الأوفقيه.

(٣) بحيث يقضى الناسي إذا نسى الغسل حتى خرج الشهر، أما لو أجنب فنسى و نام حتى أصبح فلا يقضى لعدم قضاء الجنب إذا كان فى النوم الأول كما تقدم دليله سابقا.

(٤) بل قضاء البعض أولى من قضاء الجميع، لأن قضاء الجميع أشد مشقه.

(٥) بهذا الإشكال.

(٦) أى لهذا الإشكال كما عن المحقق.

(٧) أى لغير الإشكال كما عن ابن إدريس لعدم عمله بخبر الواحد.

(٨) أى قاضى شهر رمضان لا يحرم عليه الإفطار قبل الزوال لعذر و غيره، و يحرم بعده للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (من أصبح و هو يريد الصيام، ثم بدا له أن يفطر فله أن يفطر ما بينه و بين نصف النهار، ثم يقضى ذلك اليوم) (١)، و موثق إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الذى يقضى شهر رمضان هو بالخيار فى الإفطار ما بينه و بين أن تزول الشمس، و فى التطوع ما بينه و بين أن-

ص: ١٦٩

بين البقاء عليه (١)، و الإفطار (ما بينه) الضمير يعود إلى الزمان الذى هو ظرف المكلف المخير، و ما ظرفيه زمانيه أى: يتخير فى المده التى بينه حال حكمنا عليه بالتخير،(و بين الزوال) حتى لو لم يكن هناك (٢). بأن كان فيه (٣)، أو بعده فلا تخيير، إذ لا مده و يمكن عوده (٤) إلى الفجر بدلاله الظاهر بمعنى تخييره ما بين الفجر و الزوال هذا مع سعه وقت القضاء.

أما لو تضيق بدخول شهر رمضان المقبل لم يجز الإفطار، و كذا لو ظن الوفاء قبل فعله (٥)، كما فى كل واجب موسع (٦)، لكن لا- كفاره هنا بسبب الإفطار، و إن وجبت الفديه مع تأخيره عن رمضان المقبل، و احترز بقضاء رمضان عن -تغيب الشمس(١) نعم ورد فى بعض الأخبار ما يدل بظاهره على حرمة الإفطار قبل الزوال كما فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألته عن الرجل يقضى رمضان، أله أن يفطر بعد ما يصبح قبل الزوال إذا بدا له؟ قال: إذا كان نوى ذلك من الليل و كان من قضاء رمضان فلا يفطر و ليم صومه)٢ و ربما أشعر من أبى الصلاح الميل إلى تحريم الإفطار قبل الزوال لهذا الخبر، مع أنه محمول على الكراهه جمعا بين الأخبار.

هذا كله مع اتساع وقت القضاء، و أما مع تضيقه فيحرم الإفطار فيه قبل الزوال لحرمة التأخير عن شهر رمضان المقبل أو عند ظهور أمارات الموت لكن لا- تجب الكفاره لعدم الدليل، و لا يلحق بقضاء شهر رمضان غيره من الواجبات الموسعه كالنذر المطلق و صوم الكفاره بل يجوز الإفطار قبل الزوال و بعده، عملا- بمقتضى الأصل السالم عن المعارض، و عن أبى الصلاح وجوب المضى فى كل صوم واجب قد شرع فيه لحرمة قطعه كما هو مفاد قوله تعالى: (وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ) (٢).

(١)على القضاء.

(٢)أى بينونه.

(٣)فى الزوال.

(٤)أى الضمير فى قول المصنف (ما بينه).

(٥)أى فعل القضاء.

(٦)أى فإنه يتضيق عند ظن الوفاء.

ص: ١٧٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب وجوب الصوم حديث ١٠ و ٦.

٢- (٣) سورة محمد الآية: ٣٣.

غيره، كقضاء النذر المعين، حيث أُخِلَّ به في وقته (١) فلا تحريم فيه (٢)، و كذا كل واجب غير معين كالنذر المطلق و الكفاره، إلا- قضاء رمضان و لو تعين لم يجز الخروج منه مطلقا (٣)، و قيل: يحرم قطع كل واجب، عملا بعموم النهى عن إبطال العمل، و متى زالت الشمس حرم قطع قضاؤه، (فإن أفطر بعده أطمع (٤) عشره مساكين) كل مسكين مدا، أو إشباعه، (فإن عجز) عن الإطعام (صام ثلاثة أيام)، و يجب المضى فيه مع إفساده (٥) و الظاهر تكررها بتكرار السبب كأصله (٦).

الثانيه. الكفاره فى شهر رمضان

(الثانيه. الكفاره فى شهر رمضان) (٧)...

(١) بحيث لم يصم فى الوقت المحدد فى النذر.

(٢) أى فى الإفطار بعد الزوال فى قضاء النذر المعين.

(٣) قبل الزوال أو بعده.

(٤) على الأكثر، للأخبار منها: خبر بريد بن معاوية العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل أتى أهله فى يوم يقضيه من شهر رمضان، قال عليه السّلام: إن كان أتى أهله قبل زوال الشمس فلا شىء عليه إلا يوم مكان يوم، و إن كان أتى أهله بعد زوال الشمس فإن عليه أن يتصدق على عشره مساكين، فإن لم يقدر عليه صام يوما مكان يوم، و صام ثلاثة أيام كفاره لما صنع) (١)، و عن ابن البراج أنها كفاره يمين، و عن أبى الصلاح الحلبي أنها مخيره بين صيام ثلاثة أو إطعام عشره مساكين و ليس لهما مستند ظاهر، و عن ابنى بابويه أنها كفاره شهر رمضان لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل صام قضاء من شهر رمضان، فأتى النساء، قال عليه السّلام: عليه من الكفاره [مثل] ما على الذى أصاب فى شهر رمضان، لأن ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان) ٢. و حملت على الاستحباب.

(٥) للاستصحاب، و لوجوب الإمساك فى صوم رمضان لو أفسده فكذا فى قضاؤه لاتحاد الحكم فيهما، و نعم ما قال فى الجواهر (مع أن حقيقه هذا الإمساك مباينه لحقيقه الصوم شرعا، فما فى الروضه و محكى الدروس من الوجوب واضح الضعف).

(٦) و هو شهر رمضان، قال فى الجواهر (لو قلنا بتكررها فى شهر رمضان لا نقول بتكررها فى قضاؤه لأنه قياس) و فيه: إنه ليس من باب القياس بل من باب الاعتماد على أصاله عدم تداخل الأسباب لو قلنا بوجوب الإمساك و قد عرفت ضعفه فالحق مع صاحب الجواهر.

(٧) قيل: إنها مخيره على المشهور للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى -

ص: ١٧١

و النذر المعين (١) و العهد (٢) في أصح الأقوال فيهما (٣) عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، و قيل: هي مرتبه بين الخصال الثلاث، و الأول أشهر (و لو أفطر على محرم) (٤) أي أفسد صومه به (مطلقا) أصليا - عبد الله عليه السلام (في رجل أفطر في شهر رمضان متعمدا يوما واحدا من غير عذر، قال عليه السلام: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا) (١).

و عن ابن أبي عقيل و المرتضى في أحد قوليه أنها مرتبه لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل نكح امرأته و هو صائم في رمضان ما عليه؟ قال عليه السلام: عليه القضاء و عتق رقبه، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا، فإن لم يجد فليستغفر الله) ٢، و مثله غيره، لكن الترجيح للطائفة الأولى لأنها أكثر عددا و أصح سنداً.

(١) إنها مخيرة على المشهور لصحيح جميل عن عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل جعل لله عليه أن لا يركب محرما سماه فركبه، قال: و لا أعلمه إلا قال:

فليعتق رقبه، أو ليصم شهرين متتابعين، أو ليطعم ستين مسكينا) (٢).

و عن النافع و المسالك و هو المحكى عن الصدوق و سيد المدارك أنها كفاره يمين، و هي عتق رقبه أو إطعام عشره مساكين أو كسوتهم، و مع العجز فصيام ثلاثه أيام لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يجعل عليه نذرا و لا يسميه، قال: إن سميت فهو ما سميت، و إن لم تسم شيئا فليس بشيء، فإن قلت لله علي فكفاره يمين) (٣).

و عن سائر و الكراجكي و ظاهر غيرهما أن كفاره النذر كفاره ظهار و هي كفاره مرتبه و دليلهم غير ظاهر.

(٢) فعلى المشهور هي مخيرة للأخبار منها: خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألته عن رجل عاهد الله في غير معصية، ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال عليه السلام: يعتق رقبه، أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين) (٤).

و عن المفيد أنها مرتبه ككفاره قتل الخطأ و مستنده غير ظاهر.

(٣) في النذر و العهد.

(٤) ذهب الأكثر إلى أنها مخيره سواء كان الإفطار على حلال أو حرام لإطلاق أخبار من أفطر

ص: ١٧٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٩.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات حديث ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النذر و العهد حديث ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.

كان تحريمه كالزنا والاستمناء، و تناول مال الغير بغير إذنه، و غبار ما لا يجوز تناوله، و نخامه الرأس إذا صارت في الفم، أم عارضيا (١) كوطء الزوجه في الحيض، و ماله النجس (فثلاث كفارات) و هي أفراد المخيره سابقا مجتمعه على أجود القولين، للروايه الصحيحه عن الرضا (ع). و قيل: واحده كغيره، استنادا إلى إطلاق كثير من النصوص. و تقييده بغيره طريق الجمع.

الثالثه. لو استمر المرض إلى رمضان آخر

(الثالثه. لو استمر المرض) الذي أفطر معه في شهر رمضان (إلى رمضان آخر فلا قضاء) لما أفطره، (و يفدى عن كل يوم بمد) من طعام في المشهور، و المروى (٢)، و قيل: القضاء لا غير، و قيل: بالجمع، و هما نادران، و على المشهور -عمدا و قد تقدم بعضها، و عن الصدوق و الشيخ في كتابي الحديث و الوسيله و الجامع و جملة من كتب العلامه و عن الشهيدين و غيرهم أن كفارته هي كفاره جمع بين الخصال الثلاثه لخبر عبد السّلام بن صالح (قلت للرضا عليه السّلام: يا ابن رسول الله قد روى عن آبائك عليهم السّلام فيمن جامع في شهر رمضان أو أفطر فيه ثلاث كفارات، و روى عنهم عليهم السّلام أيضا كفاره واحده، فبأى الحديثين نأخذ؟ قال عليه السّلام: بهما جميعا، متى جامع الرجل حراما، أو أفطر على حرام في شهر رمضان فعليه ثلاث كفارات، عتق رقبه و صيام شهرين متتابعين و إطعام ستين مسكينا و قضاء ذلك اليوم، و إن كان نكح حلالا أو أفطر على حلال فعليه كفاره واحده، و إن كان ناسيا فلا شيء عليه) (١).

و أشكل على الخبر باشماله على عبد الواحد بن محمد بن عبدوس، و على علي بن محمد بن قتيبه، و على عبد السّلام بن صالح الهروي و هو ليس في محله إذ الأول من مشايخ الصدوق المعتبرين، و الثاني وثقه العلامه في الخلاصه، و الثالث كذلك بالإضافة إلى أن العلامه قد حكم بتصحيح الخبر كما عن التحرير في كتاب الكفارات فالعمل عليه متعين.

(١) لإطلاق النص.

(٢) للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليه السّلام (سألتهما عن رجل مرض فلم يصم حتى أدركه رمضان آخر، فقالا: إن كان برئ ثم توانى قبل أن يدركه رمضان الآخر صام الذي أدركه، و تصدق عن كل يوم بمد من طعام عن مسكين، و عليه قضاؤه، و إن كان لم يزل مريضا حتى أدركه رمضان آخر صام الذي أدركه و تصدق -

ص: ١٧٣

لا تتكرر الفديه بتكرر السنين (١)، ولا فرق بين رمضان واحد و أكثر (٢)، و محل الفديه مستحق الزكاه لحاجته (٣) و إن اتحد (٤)، و كذا كل فديه، و فى تعدى الحكم إلى غير المرض، كالسفر المستمر وجهان (٥)، أجودهما...

-عن الأول لكل يوم مدّ على مسكين و ليس عليه قضاؤه(١).

و عن ابن أبى عقيل و الصدوق و الخلاف و الغنيه و السرائر أنه يجب القضاء لا غير لخبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل عليه من شهر رمضان طائفه ثم أدركه شهر رمضان قابل، قال: عليه أن يصوم و أن يطعم كل يوم مسكينا، فإن كان مريضا فيما بين ذلك حتى أدركه شهر رمضان قابل فليس عليه إلا الصيام إن صح)٢ و الترجيح للطائفه الأولى لأنها أكثر عددا و أصح سندا.

و عن ابن الجنيد القضاء و الفديه معا و ليس له مستند ظاهر إلا دعوى الجمع بين الطائفتين المذكورتين و فيه: إنهما متنافيان صراحه حيث إن الأولى تنفى القضاء بالنص و الأخرى تنفى الفديه بالحصر، فالجمع بينهما إخراج لهما عن ظاهرهما مع أن الجمع لو تم لتم بالتخير أيضا.

(١) على الأكثر بمعنى لو أخر الفديه إلى سنين عديده فتكفيه فديه تأخير واحده لصدق الامتثال بالمره، و عن الفاضل فى التذكرة و الشيخ فى المبسوط أنها تتكرر و دليلهما غير ظاهر.

(٢) لخبر سماعه (-) إلى أن قال - فإنى كنت مريضا فمرّ على ثلاث رمضانات لم أصح فيهن، ثم أدركت رمضانا آخر فتصدقت بدل كل يوم مما مضى بمدّ من طعام(٢).

و خالف الصدوقان فقالا: بوجوب الفديه للأول و القضاء للثانى و ما بعده بعد الشفاء، و ليس لهما دليل كما فى الجواهر.

(٣) أى المسكين كما فى صحيح ابن مسلم المتقدم (و تصدق عن كل يوم يمد من طعام على مسكين).

(٤) لإطلاق الخبر.

(٥) قيل: بأنه يجب القضاء لا الفديه و هو لازم عدم الإلحاق كما ذهب إليه العلامه و الشارح لإطلاق دليل القضاء.

و قيل: بالإلحاق و لازمه عدم وجوب القضاء و وجوب الفديه فقط كما عن الشيخ فى الخلاف لخبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام (فلم إذا مرض أو سافر فى شهر رمضان فلم يخرج من سفره أو لم يقو من مرضه حتى يدخل عليه شهر رمضان آخر

ص: ١٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٥.

وجوب الكفاره (١) مع التأخير لا لعذر، و وجوب القضاء مع دوامه (٢).

(و لو برأ) بينهما، (و تهاون) فى القضاء بأن لم يعزم عليه فى ذلك الوقت، أو عزم فى السعه فلما ضاق الوقت عزم على عدمه (فدى و قضى (٣) و لو لم يتهاون) بأن عزم على القضاء فى السعه و آخر اعتمادا عليها فلما ضاق الوقت عرض له مانع عنه (قضى لا غير) فى المشهور (٤).

—وجب عليه الفداء للأول و سقط القضاء، و إذا أفاق بينهما أو أقام، و لم يقضه و جب عليه القضاء و الفداء؟

قيل: لأن ذلك الصوم إنما و جب عليه فى تلك السنه فى هذا الشهر، فأما الذى لم يفق فإنه لما مرّ عليه السنه كلها و قد غلب الله عليه فلم يجعل له السبيل إلى أدائها سقط عنه، و كذلك كل ما غلب الله عليه مثل المغمى الذى يغمى عليه فى يوم و ليله فلا يجب عليه قضاء الصلوات، كما قال الصادق عليه السلام: كل ما غلب الله على العبد فهو أعذر له، لأنه دخل الشهر و هو مريض فلم يجب عليه الصوم فى شهره و لا فى سنته للمرض الذى كان فيه، و و جب عليه الفداء، لأنه بمنزله من و جب عليه الصوم فلم يستطع أدائه فوجب عليه الفداء، كما قال الله تعالى: فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا (١)، و كما قال: - فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ (٢)، فأقام الصدقه مقام الصيام إذا عسر عليه (٣) و هو ساقط عن الحجية لإعراض المشهور عنه.

(١) أى فديه التأخير.

(٢) أى دوام العذر.

(٣) لصحيح ابن مسلم المتقدم.

(٤) و لكن لا دليل عليه فالأصح ما عليه الصدوقان و المحقق فى المعبر و الشهيدان من وجوب القضاء و الفديه على كل من برأ من مرضه و آخر القضاء حتى دخل شهر رمضان الثانى سواء عزم على القضاء أو لا لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (فإن كان صحّ فيما بينهما و لم يصم حتى أدركه شهر رمضان آخر صامهما جميعا و يتصدق عن الأول) (٤) و مثله غيره.

و عن ابن إدريس إيجاب القضاء لا غير دون الكفاره و إن توانى و عزم على عدم القضاء لعدم عمله بالخبر الواحد و هو ليس فى محله.

ص: ١٧٥

١- (١) سورة المجادله الآيه ٤.

٢- (٢) سورة البقره الآيه ١٩٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٢.

و الأقوى ما دلت عليه النصوص الصحيحة، من وجوب الفديه مع القضاء على من قدر عليه و لم يفعل حتى دخل الثاني سواء عزم عليه أم لا، و اختاره المصنف فى الدروس، و اكتفى ابن إدريس بالقضاء مطلقا، عملا بالآيه (١)، و طرحا للروايه على أصله، و هو ضعيف.

الرابعه. إذا تمكن من القضاء ثم مات، قضى عنه أكبر ولده

(الرابعه. إذا تمكن (٢) من القضاء ثم مات، قضى عنه أكبر ولده (٣) الذكور) و هو من ليس له أكبر منه، و إن (٤) لم يكن له ولد متعددون مع بلوغه عند موته (٥)، فلو كان صغيرا ففى (٦) الوجوب عليه بعد بلوغه قولان و لو تعددوا (١) و هى قوله تعالى: **وَ مَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ (١).**

(٢) لأنه لا يثبت فى ذمه الميت لو لم يتمكن من قضاؤه فلا يجب قضاؤه على وليه.

(٣) أما أصل القضاء على الولى كما هو المعروف للأخبار منها: صحيح حفص عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يموت و عليه صلاه أو صيام، قال عليه السلام: يقضى عنه أولى الناس بميراثه، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأه، قال عليه السلام: لا، إلا الرجال) (٢) و إما كونه أكبر لمكاتبه الصفار للعسكرى عليه السلام (فى رجل مات و عليه قضاء من شهر رمضان عشره أيام، و له وليان، هل يجوز لهما أن يقضيا عنه جميعا خمسه أيام أحد الوليين، و خمسه أيام الآخر، فوقع عليه السلام: يقضى عنه أكبر ولديه [وليه] عشره أيام ولاء إن شاء) (٣).

و إطلاقهما يقتضى عدم الفرق بين ما فاته لعذر كالمرض أو السفر و بين غيره، و عن الشهيد و شيخه عميد الدين أنه مختص بما فاته لعذر لأنه الغالب من الترك، و استحسنة سيد المدارك و هو على خلاف الإطلاق.

و المراد من الولد الأكبر من ليس هناك أكبر منه، فلو لم يخلف الميت إلا ولدا واحدا تعلق به الوجوب، و النصوص صريحه بتعلق القضاء بالذكور و منه تعرف ضعف ما عن المفيد لو لم يكن له ولد من الرجال قضى عنه أكبر أوليائه و لو كان من النساء، و فى الدروس بعد أن حكى ذلك عن المفيد قال (و هو ظاهر القدماء و الأخبار و المختار).

(٤) وصلبه و المعنى أن الولى من لم يكن أكبر منه و إن لم يكن للميت أولاد آخرون.

(٥) أى مع بلوغ الولى عند موت الميت.

(٦) فلو كان الولى صغيرا عند موت المورث فيجب القضاء كما عليه الأكثر لإطلاق الأدله،

ص: ١٧٤

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٨٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٣.

و تساووا فى السن اشتركوا فيه على الأقوى (١) فيقسط عليهم بالسويه، فإن انكسر منه شىء (٢) فكفرض الكفاره، و لو اختص أحدهم بالبلوغ، و الآخر بكبر السن فالأقرب تقديم البالغ (٣)، و لو لم يكن له ولد بالوصف (٤) لم يجب القضاء على باقى الأولياء و إن كانوا أولادا اقتصارا فيما خالف الأصل على محل الوقاف، و للتعليل (٥) بأنه فى مقابل الحياه.

(و قيل (٤): يجب) القضاء (على الولي مطلقا) من مراتب الإرث حتى الزوجين، و المعتق، و ضامن الجريره، و يقدم الأكبر من ذكورهم فالأكبر، ثم الإناث، و اختاره فى الدروس، و لا ريب أنه أحوط و لو مات المريض قبل التمكن من القضاء سقط (٧).

و عن الشهيد و غيره الجزم بالعدم لأنه حال الصغر مرفوع عنه القلم، و بعد البلوغ يستصحب عدم الوجوب.

(١) لعدم ترجيح أحدهما على الآخر بعد ثبوت القضاء عليهما، و عن ابن البراج التخيير بحيث أيهما قضى جاز، و عن ابن إدريس سقوط القضاء لأنه خروج عن المتيقن و هو الولد الأكبر، و هنا ولدان فلا يجب.

(٢) أى من الفئات بحيث لو فاته ثلاث صلوات و كان الولي اثنين فتبقى واحده فهى على الجميع فرض كفايه.

(٣) لكونه أولى بالميت، و فى الجواهر (إنه مناف لإطلاق النص).

(٤) من كونه بالغا ذكرا.

(٥) لأن الحياه للأكبر فى قبال أن يكون القضاء عليه كما سيأتى فى مبحث الإرث.

(٦) كما عن المفيد و الشهيد فى الدروس كما تقدم، و حكى عن الصدوقين و ابن البراج.

(٧) كما تقدم إلا ما فاته فى السفر فيجب قضاؤه و لو لم يتمكن من قضاؤه بحيث إنه مات فى شهر رمضان كما عن الصدوق و الشيخ فى التهذيب و ابن سعيد، للأخبار منها: صحيح أبى حمزه عن جعفر عليه السلام (سألته عن امرأه مرضت فى شهر رمضان أو طمئت أو سافرت، فماتت قبل خروج شهر رمضان، هل يقضى عنها؟ قال: أما الطمئت و المرض فلا، و أما السفر فنعم) (١)، و خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يسافر فى شهر رمضان فيموت، قال: يقضى عنه، و إن امرأه حاضت فى شهر رمضان فماتت لم يقض عنها، و المريض فى شهر رمضان لم يصح حتى مات لا يقض عنه) ٢.

ص: ١٧٧

(و فى القضاء عن المسافر) لما فاته منه (١) بسبب السفر (خلاف أقربه مراعاة تمكنه من المقام و القضاء).

و لو بالإقامة فى أثناء السفر كالمريض، و قيل: يقضى عنه مطلقا (٢) لإطلاق النص، و تمكنه (٣) من الأداء، بخلاف المريض، و هو ممنوع، لجواز كونه ضروريا كالسفر الواجب، فالتفصيل أجود، (و يقضى عن المرأة (٤) و العبد) (٥) ما فاتهما على الوجه السابق كالحر، لإطلاق النص و مساواتهما للرجل الحر فى كثير من الأحكام، و قيل: لا، لأصالة البراءة و انتفاء النص الصريح، و الأول فى المرأة أولى (٦)، و فى العبد أقوى (٧)، و الولى فيهما كما تقدم، (و الأئمة) من الأولاد على -و عن الشيخ فى الخلاف و الفاضلين و ظاهر السرائر عدم القضاء عن المسافر إذا لم يتمكن من القضاء و لو بالإقامة فى أثناء السفر فتحمل النصوص السابقة على الندب.

و قيل: إن النصوص السابقة على مقتضى الحكم العقلى لأن السفر من فعله فكان يمكنه الإقامة و الأداء الذى هو أبلغ من التمكن فى القضاء بخلاف المرض الذى هو مما غلب الله عليه فيه، و فيه: إن السفر جائز له فهو غير قادر على القضاء، على أن السفر قد يكون واجبا.

(١) أى لما فاته من الصوم.

(٢) سواء تمكن من القضاء أو لا.

(٣) بأن يترك أصل السفر.

(٤) كما عليه معظم الأصحاب لإطلاق النصوص السابقة، بل فى الأخبار المتقدمة التى فصّلت بين السفر و غيره قد صرحت بالمرأة، و لقاعده الاشتراك بين الرجل و المرأة.

و عن ابن إدريس عدم القضاء عنها لأن القضاء فى قبال الحبوه و هى منفيه هنا إذ تختص بالوالد دون الوالده.

(٥) كما عن الأئمة -كثير لإطلاق النصوص السابقة لأن لفظ الرجل يشمل الحر و العبد، و لقاعده الاشتراك إلا ما ثبت إخراجها، و دعوى أن ثبوت القضاء فى قبال الحبوه و هى منفيه هنا لأن العبد لا يملك مردوده لأن ولى العبد يستحق الحبوه استحقاقا ذاتيا لأن العبد و ما يملك لمولاه، و فيه: إن الحبوه هى تملك مختصات الميت بسبب الوفاة و هذا لم يتحقق هنا، فلذا توقف العلامة، بل عن بعضهم الجزم بالعدم لأصالة البراءة بعد عدم ثبوت قاعده الاشتراك.

(٦) أى إطلاق النص القاضى بالقضاء يشمل المرأة.

(٧) لورود بعض الأخبار المشتملة على لفظ الرجل الشامل للحر و العبد.

ما اختاره (لا تقضى)، لأصالة البراءة. و على القول الآخر تقضى مع فقده (١)، (و) حيث لا يكون هناك ولي، أو لم يجب عليه القضاء (٢) (يتصدق من التركة عن كل يوم بمد) فى المشهور (٣). هذا إذا لم يوص الميت بقضائه، وإلا سقطت الصدقة حيث يقضى عنه (٤).

و يجوز فى الشهرين (المتتابعين صوم شهر، و الصدقة عن آخر) من مال الميت على المشهور (٥)، و هذا الحكم تخفيف عن الولي بالاعتصار على قضاء الشهر، (١) أى فقد الذكر.

(٢) كعدم تمكنه من القضاء حال حياته.

(٣) لصحيح أبى مريم الأنصارى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا صام الرجل شيئاً من شهر رمضان ثم لم يزل مريضاً حتى مات فليس عليه شيء، و إن صح ثم مرض ثم مات و كان له مال تصدق عنه مكان كل يوم بمد، فإن لم يكن له مال صام عنه وليه) (١) بعد حمل الولي على غير الأكبر و أنه يصوم ندبا مع عدم المال. و ذهب ابن إدريس إلى إنكار الصدقة، و ذهب أبو الصلاح إلى أنه يستأجر عنه من ماله لأنه صوم واجب عليه و لم يفعله فوجب قضاؤه عنه بالأجره كالحج، و ذهب السيد المرتضى إلى أن الولي الذى هو أكبر الذكور يقضى عند عدم وجود ما يتصدق به عن الميت من ماله كما هو صريح الرواية.

(٤) لأنه لا يجمع بين المبدل و بدله.

(٥) لخبر الوشاء عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سمعتة يقول: إذا مات [ال] رجل و عليه صيام شهرين متتابعين من عله، فعليه أن يتصدق عن الشهر الأول و يقضى الشهر الثانى) (٢) و ضعفه بسهل منجبر بعمل الأصحاب، و عن المفيد و ابن إدريس و العلامة و غيرهم طرح الخبر و العمل على إطلاق ما دل على وجوب الصوم على الولي فيقضى الشهرين.

و عن المشهور لا فرق بين كون الشهرين قد وجبا على الميت تعييناً أو تخيراً، و الخبر اقتضى الصدقة عن الأول و صيام الثانى من باب التخفيف عن الولي و به صرح فى الدروس، و غيره جعل الصدقة عن الثانى مع قضاء الأول، لأن الأول أسبق ثبوتاً و هو الذى يشرع به، و عن بعضهم أن المراد من الخبر هو الصدقة عن أحدهما و القضاء عن الآخر.

و مورد النص فيما لو كان على الميت شهران متتابعان كصوم الكفاره، أو المنذور هكذا، فمن فاته رمضان على التعاقب لا يجرى فيه الحكم السابق لعدم التتابع، و من فاته أقل -

ص: ١٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١.

و مستند التخيير روايه فى سندها ضعف، فوجوب قضاء الشهرين أقوى. و على القول به، فالصدقه عن الشهر الأول، و القضاء للثانى لأنه مدلول الروايه، و لا فرق فى الشهرين بين كونهما واجبين تعيينا كالمنذورين، و تخييرا ككفاره رمضان، و لا يتعدى إلى غير الشهرين، و قوفا مع النص لو عمل به.

الخامسه. لو صام المسافر حيث يجب عليه القصر

(الخامسه. لو صام المسافر) حيث يجب عليه القصر (عالما أعاد) قضاء، للنهى المفسد للعباده، (و لو كان جاهلا) بوجوب القصر (فلا-إعاده) (١)، و هذا أحد المواضع التى يعذر فيها جاهل الحكم (٢)، (و الناسى) للحكم، أو للقصر (يلحق بالعامد) (٣)، لتقصيره فى التحفظ. و لم يتعرض له (٤) الأ-كث مع ذكرهم له فى قصر الصلاه (٥) بالإعاده فى الوقت خاصه للنص و الذى يناسب حكمها (٦) فيه عدم الإعاده، لفوات وقته، و منع (٧) تقصير الناسى،...

-من شهرين أو أزيد لا-يجرى فيه الحكم السابق، كل ذلك و قوفا على مورد النص لأنه القدر المتيقن، و الباقي يرجع فيه إلى الأصل القاضى على الولي بالقضاء.

(١) بلا خلاف فى الحكمين للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل صام فى السفر، فقال عليه السلام: إن كان بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ذلك فعليه القضاء، و إن لم يكن بلغه فلا شيء عليه) (١).

(٢) أى جاهل بوجوب القصر.

(٣) لتقصيره فى التحفظ و لعدم إلحاق الناسى بالجاهل اقتصارا فى مخالفه الأصل على مورد النص، و ذهب الشارح فى المسالك إلى أنه يلحق بالجاهل لاشتراكهما فى العذر.

(٤) للناسى هنا.

(٥) أى الناسى لقصر الصلاه يعيد فى الوقت دون خارجه لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل ينسى فيصلى فى السفر أربع ركعات، فقال عليه السلام:

إن ذكر فى ذلك اليوم، فليعد، و إن لم يذكر حتى يمضى ذلك اليوم فلا إعاده عليه) (٢).

(٦) أى حكم الصلاه فى الصوم عند النسيان.

(٧) لأن الحكم بالتقصير مختص بالعالم.

ص: ١٨٠

و لرفع الحكم عنه (١)، و إن كان ما ذكره أولى (٢)، و لو علم الجاهل و الناسى فى أثناء النهار أفطرا و قضيا قطعاً.

(و كلما قصرت الصلاة، قصر الصوم)، للرواية (٣)، و فرق بعض الأصحاب بينهما فى بعض الموارد ضعيف، (إلا أنه يشترط فى) قصر (الصوم الخروج قبل الزوال) (٤)...

(١) عن الناسى كما فى حديث الرفع المشهور (رفع عن أمى تسعة أشياء: الخطأ و النسيان...) (١) الحديث.

(٢) لأنه مبنى على الاحتياط و هو حسن على كل حال.

(٣) بل للأخبار منها: صحيح معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (هذا واحد إذا قصرت أفطرت، و إذا أفطرت قصرت) (٢) و عن الشيخ فى النهاية و المبسوط من التفريق فيما إذا كانت المسافة أربعة فراسخ و لم يرد الرجوع ليومه فيتحمم الصوم و يتخير فى الصلاة بين القصر و الإتمام، و كذلك فرق فى صيد التجاره بالإتمام فى الصلاة و القصر فى الصوم و قال عنه فى الجواهر بأنه لا دليل عليه.

(٤) كما عن ابن الجنيد و المفيد للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يخرج من بيته و هو يريد السفر و هو صائم، قال عليه السلام: إن خرج قبل أن ينتصف النهار فليفطر و ليقض ذلك اليوم، و إن خرج بعد الزوال فليتم يومه) (٣).

و عن السيد و على بن بابويه و ابن أبى عقيل و ابن إدريس أن من سافر فى جزء من أجزاء النهار أفطروا و إن كان الخروج قبل الغروب لعموم قوله تعالى: فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ (٤) و لخبر عبد الأعلى مولى آل سام (فى) الرجل يريد السفر فى شهر رمضان، قال: يفطر و إن خرج قبل أن تغيب الشمس بقليل (٥)، و فيه: الآية مقيده بما سمعت من النصوص، و أما خبر الأعلى فهو مضمّر، على أنه مشتمل على بعض الفطحية فى سنده، و عن الشيخ فى النهاية أنه يشترط تبييت النية ليلا حتى يفطر، و فى كتابى الأخبار اشتراط الخروج قبل الزوال مع اشتراط تبييت النية ليلا لخبر سليمان

ص: ١٨١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٢.

٤- (٤) سورة البقرة الآية: ١٨٤.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١٤.

بحيث يتجاوز الحدين (١) قبله (٢)، و إلا أتم و إن قصير الصلاة على أصح الأقوال لدلاله النص الصحيح عليه، و لا اعتبار بتبسيط فيه السفر ليلا.

السادسه. الشيخان إذا عجزا عن الصوم

(السادسه. الشيخان) ذكرا و أنثى (إذا عجزا) عن الصوم أصلا، أو مع مشقه شديده (فديا) عن كل يوم (بمد، و لا قضاء عليهما) (٣)...

-بن جعفر المروزي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (عن الرجل ينوي السفر في شهر رمضان فيخرج من أهله بعد ما يصبح، قال: إذا أصبح في أهله فقد وجب عليه صيام ذلك اليوم، إلا أن يدلج دلجه) (١) و الدلجه هو السير من آخر الليل، و خبر على بن يقطين عن أبي الحسن موسى عليه السلام (في الرجل يسافر في شهر رمضان، أ يفطر في منزله؟ قال: إذا حدث نفسه في الليل بالسفر أفطر إذا خرج من منزله، و إن لم يحدث نفسه من الليله، ثم بدا له في السفر من يومه أتم صومه) ٢، و مثله خبر أبي بصير ٣.

و هذه الأخبار ضعيفه السند لاشتمال الأولى على بن أحمد بن أشيم و هو مجهول، و على كون الثالثه مرسله، و على كون الثانيه في طريقها بعض الفطحيه، و عليه فلا تقاوم النصوص الصحيحه المتقدمه باشتراط الخروج قبل الزوال فقط.

(١) أي خفاء الأذان و توارى الجدران.

(٢) قبل الزوال.

(٣) للنصوص منها: صحيح عبد الملك بن عتبه الهاشمي (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الشيخ الكبير و العجوز الكبيره التي تضعف عن الصوم في شهر رمضان، قال: يتصدق عن كل يوم بمد من حنطه) (٢) و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الشيخ الكبير و الذي به العطاش لا حرج عليهما أن يفطرا في شهر رمضان، و يتصدق كل واحد في كل يوم بمد من طعام، و لا قضاء و عليهما، فإن لم يقدر فلا شيء عليهما) ٥.

و عن المفيد و المرتضى إن عجزا عن الصوم سقطت الفديه كما يسقط الصوم، و إن أطاقاه بمشقه شديده و جبت الفديه، و اختاره العلامة و الشهيد الثاني في المسالك و الروضه هنا.

و الأخبار المتقدمه بإطلاقها حجه عليهم، نعم استدل لهم على هذا التفصيل بقوله تعالى:

وَ عَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامٌ مِّسْكِينٍ (٣) ، و مفهومه سقوط الفديه عن الذين لا يطيقونه، و هو حسن لو لا إطلاق الأخبار المتقدمه.

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٦ و ١٠ و ١٢.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١ و ٤.
- ٣- (٦) سورة البقره الآيه: ١٨٤.

لتعذره (١). وهذا مبني على الغالب من أن عجزهما عنه لا يرجي زواله، لأنهما في نقصان، وإلا فلو فرض قدرتهما على القضاء وجب.

و هل يجب حينئذ (٢) الفديه معه (٣)؟ قطع به في الدروس. و الأقوى أنهما إن عجزا عن الصوم أصلا فلا فديه و لا قضاء، و إن أطاقه بمشقه شديده لا يتحمل مثلها عادة فعليهما الفديه، ثم إن قدرا على القضاء وجب و الأجدد حينئذ ما اختاره في الدروس من وجوبها معه (٤)، لأنها وجبت بالإفطار أولا بالنص الصحيح، و القضاء وجب بتجدد قدره، و الأصل بقاء الفديه لإمكان الجمع، و لجواز أن تكون عوضا عن الإفطار لا بدلا عن القضاء (٥).

(و ذو العطاش) (٦) بضم أوله. و هو داء لا- يروى صاحبه، و لا- يتمكن من ترك شرب الماء طول النهار (المأبوس من برئه كذلك) يسقط عنه القضاء، و يجب عليه الفديه عن كل يوم بمد، (و لو برأ قضى) (٧) و إنما ذكره هنا (٨) لإمكانه حيث إن المرض مما يمكن زواله عادة، بخلاف الهرم.

و صريح الأخبار أن عليهما مدا من طعام، و عن الشيخ في النهاية أن يتصدق بمدين فإن لم يمكن فبمد لخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (و يتصدق كل واحد منهما في كل يوم بمدين من طعام) (١)، و لكنه محمول على الاستحباب جمعا.

(١) أي تعذر القضاء لاستمرار عجزهما بحسب الغالب، و لازمه أنه لو تجددت قدره فقد وجب القضاء كما هو المشهور لعموم قضاء الفائت، و عن جماعه منهم سيد المدارك و المحقق في النافع و الحلى و سيد الرياض عدم القضاء لإطلاق الأخبار السابقه.

(٢) أي حين تجدد قدرتهما على القضاء.

(٣) مع القضاء.

(٤) أي وجوب الفديه مع القضاء.

(٥) و قد عرفت أن النصوص مطلقه في سقوط القضاء و لو مع تجدد قدره فالواجب فقط الفديه.

(٦) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح ابن مسلم المتقدم في الشيخ و الشيخه.

(٧) على المشهور، و إطلاق النص يقتضى عدم القضاء كما في الشيخ و الشيخه.

(٨) أي و إنما ذكر المصنف القضاء بعد البرء بالنسبه لذى العطاش لإمكان البرء بالنسبه إليه.

ص: ١٨٣

و هل يجب مع القضاء الفديه الماضيه؟ الأقوى ذلك، بتقريب ما تقدم و به قطع فى الدروس، و يحتمل أن يريد هنا القضاء من غير فديه، كما هو مذهب المرتضى (١) و احترز بالمأيوس من برئه عمن يمكن برؤه عادة (٢)، فإنه يفطر و يجب القضاء حيث يمكن كالمريض من غير فديه. و الأقوى أن حكمه (٣) كالشيخين يسقطان عنه (٤) مع العجز رأسا. و تجب الفديه مع المشقه.

السابعه. الحامل المقرب، و المرضعه القليله اللبن

(السابعه. الحامل المقرب، و المرضعه القليله اللبن) (٥) إذا خافتا على الولد (٦) (تفطران و تفديان) بما تقدم، و تقضيان مع زوال العذر، و إنما لم يذكر القضاء مع القطع بوجوبه، لظهوره حيث إن عذرهما آتئ إلى الزوال فلا تزيدان عن المريض، و فى بعض النسخ و تعيدان بدل و تفديان، و فيه تصريح بالقضاء، و إخلال بالفديه، و عكسه (٧) أوضح لأن الفديه لا تستفاد من استنباط اللفظ، بخلاف القضاء، و لو كان خوفهما على أنفسهما فكالمريض تفطران و تقضيان من غير فديه، و كذا كل من خاف على نفسه.

و لا فرق فى ذلك (٨) بين الخوف لجوع و عطش، و لا فى المرتضع بين كونه (١) و قد عرفت أن الإطلاق يقتضى عدم القضاء و لو تجدد البرء، و إنما الواجب هو الفديه فقط.

(٢) فعلى صاحبه القضاء دون الفديه كما عن العلامه و جماعه، لأنه مريض فلا تجب عليه الفديه بل القضاء بعد حمل الأخبار على المأيوس من برئه.

(٣) حكم ذى العطاش.

(٤) أى تسقط الفديه و القضاء و هو على خلاف إطلاق صحيح ابن مسلم المتقدم.

(٥) بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (الحامل المقرب، و المرضع القليله اللبن لا حرج عليهما أن تفطرا فى شهر رمضان، لأنهما لا تطيقان الصوم، و عليهما أن تتصدق كل واحده منهما فى كل يوم تفطران فيه بمد من طعام، و عليهما قضاء كل يوم أفطرتا فيه، تقضيانه بعد) (١).

و إطلاق الخبر يشمل ما لو خافتا على الولد أو على نفسيهما و منه تعرف ضعف ما عن فخر المحققين و المحقق الثانى و جماعه من التفصيل بين الخوف على النفس فتفطر و عليهما القضاء دون الفديه و بين الخوف على الولد فتفطر و عليها القضاء و الفديه.

(٦) أو على نفسيهما.

(٧) و هو الثابت فى متن الكتاب.

(٨) أى فى الحكم المذكور.

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

ولدا من النسب و الرضاع، و لا بين المستأجره و المتبرعه (١). نعم لو قام غيرها مقامها متبرعا، أو آخذا مثلهما، أو أنقص امتنع الإفطار (٢) و الفديه من مالهما (٣) و إن كان لهما زوج و الولد له. و الحكم بإفطارهما خبر معناه الأمر (٤)، لدفعه الضرر.

و لا يجب صوم النافله بشروعه) فيه (٥)، لأصالة عدم الوجوب، و النهى (٦) عن قطع العلم مخصوص ببعض الواجب. (نعم يكره نقضه بعد الزوال) (٧)، (١) كل ذلك لإطلاق النص.

(٢) لمكاتبه ابن مهزيار (كتبت إليه - يعنى على بن محمد الهادى عليه السّلام - أسأله عن امرأه ترضع ولدها و غير ولدها فى شهر رمضان، فيشتد عليها الصوم و هى ترضع حتى يغشى عليها، و لا تقدر على الصيام، أ ترضع و تظفر و تقضى صيامها إذا أمكنها، أو تدع الرضاع و تصوم، فإن كانت ممن لا يمكنها اتخاذ من يرضع ولدها فكيف تصنع؟

فكتب عليه السّلام: إن كانت ممن يمكنها اتخاذ ظئر استرضعت لولدها و أتمت صيامها، و إن كان ذلك لا يمكنها أفطرت و أرضعت ولدها، و قضت صيامها متى ما أمكنها(١).

(٣) كما نص عليه جماعة و إن كان لهما زوج و كان الولد له، لأنها بدل إفطارهما، و لأنه مقتضى قوله عليه السّلام فى صحيح ابن مسلم المتقدم (و عليهما أن تصدق كل واحد منهما).

(٤) أى أن قول المصنف (تفطران) ليس أخبارا عن الترخيص بل هو أمر بالإفطار حفظا للنفس من الضرر.

(٥) للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (صوم النافله لك أن تفطر ما بينك و بين الليل متى شئت، و صوم قضاء الفريضة لك أن تفطر إلى زوال الشمس، فإذا زالت فليس لك أن تفطر)(٢).

(٦) دفع دخل، أما الدخل فقد ورد النهى عن إبطال و قطع العمل كما فى قوله تعالى: وَ لَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ (٣)، و الدفع: إنه مخصوص ببعض الواجبات و أما النوافل فضلا عن بعض الواجبات الأخر كالنذر غير المعين فلا يجب إكماله.

(٧) لخبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام عن أبيه عليه السّلام (إن عليا عليه السّلام قال:-

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب وجوب الصوم حديث ٩.

٣- (٣) سورة محمد الآية: ٣٣.

لروايه المصرحه بوجوبه حينئذ المحموله على تأكد الاستحباب، لقصورها عن الإيجاب سندا و إن صرحت به متنا،(إلا لمن يدعى إلى طعام) (١) فلا- يكره له قطعه مطلقا (٢)، بل يكره المضى عليه، و روى أنه أفضل من الصيام بسبعين ضعفا، و لا فرق بين من هيا له طعاما، و غيره (٣)، و لا بين من يشق عليه المخالفه، و غيره نعم يشترط كونه مؤمنا (٤)، و الحكمه ليست من حيث الأكل، بل إجابته دعاء المؤمن، و عدم رد قوله (٥)، و إنما يتحقق الثواب على الإفطار مع قصد الطاعه به (٦) لذلك و نحوه (٧)، لا بمجرد (٨)، لأنه عباده يتوقف ثوابها على النيه.

الثامن. يجب تتابع الصوم الواجب إلا أربعه

(الثامن. يجب تتابع الصوم) الواجب (٩)(إلا أربعه: النذر المطلق) حيث لا -الصائم تطوعا بالخيار ما بينه و بين نصف النهار، فإذا انتصف النهار فقد وجب الصوم(١) المحمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما تقدم، على أن مسعده بن صدقه إما عامى على ما نقله الشيخ و إما تبرى على ما نقله الكشى.

(١) للأخبار منها: صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (من دخل على أخيه و هو صائم فأفطر عنده، و لم يعلمه بصومه فيمنّ عليه، كتب الله له صوم سنه)(٢) و خبر داود الرقى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لإفطارك فى منزل أخيك المسلم أفضل من صيامك سبعين ضعفا، أو تسعين ضعفا)٣ و الترديد إما من الراوى، و إما من الإمام بحسب تفاوت الإخوه و الأغراض و الدواعى، و خبر حسين بن حماد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا قال لك أخوك: كل، و أنت صائم فكل، و لا تلجئه إلى أن يقسم عليك)٤.

(٢) حتى بعد الزوال.

(٣) لإطلاق الأخبار خصوصا الأخير، و بالإطلاق يشمل بين من يشق عليه المخالفه و غيره.

(٤) نص عليه الفاضلان لكون المتبادر من الأخ، و لأنه هو الذى رعايته أفضل من الصوم.

(٥) كما فى خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخلت منزل أخيك فليس لك معه أمر)(٣).

(٦) أى بالإفطار.

(٧) أى لإجابته دعاء المؤمن و عدم رد قوله و احترامه.

(٨) أى بمجرد الإفطار من دون قصد الطاعه.

(٩) هذه الكليه تشمل صوم رمضان و قضاؤه و كفارته، و الاعتكاف، و كفاره خلف النذر و ما-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب وجوب الصوم حديث ١١.
- ٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب الصائم حديث ٤ و ٦ و ١١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب الصائم حديث ١٤.

يضيق وقته بظن الوفاء، أو طروء العذر المانع من الصوم (١)، (و ما فى معناه) من العهد و اليمين (٢).

(و قضاء) الصوم (الواجب مطلقا) (٣) كرمضان و النذر المعين و إن كان الأصل -فى معناه، و كفاره الظهار و القتل، و كفاره حلق الرأس فى حال الإحرام، و صوم الثلاثة أيام فى بدل الهدى، و صوم ثمانية عشر يوما فى بدل البدنه، و بدل الشهرين عند العجز عنهما، و من المصاديق تعرف عدم تماميه الكليه فى جميع مصاديقها، نعم يجب التتابع فى بعضها إما لتعيين الزمان كما فى شهر رمضان و إما لأنه منصوص عليه فى الكتاب و السنه كما فى كفاره قضاء شهر رمضان، و أما كفاره من أفطر فى قضاء شهر رمضان بعد الزوال و كفاره حلق الرأس و صوم ثمانية عشر يوما بدل البدنه أو بدل شهرين الكفاره عند الفجر عنهما فلا دليل على التتابع فيها، بل هو مطلق فيحصل الامتثال مع التتابع و بدونه ثم إن غالب الأصحاب استثنوا من الكليه السابقه صوم النذر المجرد عن التتابع و ما فى معناه من العهد و اليمين، و صوم القضاء، و صوم جزاء الصيد، و السبعه فى بدل الهدى تمسكا بإطلاق الأمر فيها و سيأتى التعرض لها فى مواطنها و عن أبى الصلاح و ابن أبى عقيل أنهما أوجبا المتابعه فى صيام السبعه بدل الهدى، و حكى الشهيد فى الدروس عن بعضهم وجوب المتابعه فى النذر المطلق.

(١) و مع الظن بضيق الوقت فيجب التتابع.

(٢) و خالف أبو الصلاح فحكم بالتتابع إن أطلق نذره، و خالف ابن زهره فى من نذر شهرا فجعل إفطاره فى الأثناء إذا كان مضطرا لا أثر له فيبنى على ما تقدم، و إن أفطر مختارا و كان فى النصف الأول استأنف، و إلا أى إذا كان فى النصف الثانى أتم و جاز له البناء، و مثله ما عن البراج، لخبر الفضل بن يسار عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل جعل على نفسه صوم شهر فصام خمسة عشر يوما، ثم عرض له أمر، فقال: جاز له أن يقضى ما بقى عليه، و إن كان أقل من خمسة عشر يوما لم يجز له حتى يصوم شهرا تاما) (١).

و مثله خبر موسى بن بكير (٢)، و هما مع ضعفهما موهونان بإعراض الأصحاب عنهما، و سيأتى أن المشهور قد عمل بهما فى من أفطر بعد خمسة عشر يوما فإنه لا يضرّ بالتتابع.

(٣) كقضاء شهر رمضان و قضاء المنذور المعين، لأن غير المعين لا قضاء فيه، و عدم التتابع للأصل، و عن الشهيد فى الدروس وجوب التتابع فى قضاء ما اشترط فيه التتابع، و تردد-

ص: ١٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب بقيه الصوم الواجب ملحق الحديث الأول.

متتابعاً كما يقتضيه إطلاق العبارة و هو قول قوى، و استقرب في الدروس وجوب متابعتها كالأصل (١)، (و جزاء الصيد) (٢) و إن كان بدل النعامة على الأشهر، (و السبعة في بدل الهدى) على الأقوى (٣)، و قيل: يشترط فيها المتابعه كالثلاثة، و به روايه حسنه.

(و كل من أخل بالمتابعه) حيث تجب (لعذر) كحيض، و مرض، و سفر، ضرورى (بنى عند زواله) (٤)، إلا- أن يكون الصوم ثلاثه أيام فيجب استثنائها فيه العلامه فى القواعد، لأن القضاء عين الأداء و إنما يتغيران فى الوقت، و التابع شرط فى الأداء فلا بد أن يكون فى القضاء، و أن التابع فى النذر منذور فلا بد من قضائه، و فيه: إن التابع فى قضاء شهر رمضان غير ثابت بل قد ثبت العكس لإطلاق الأمر، و التابع فى النذر بالنسبه للأداء فإذا فات محله فلا بد أن ينحل النذر و لا دليل على وجوب قضائه فضلاً عن التابع فيه.

(١) بالنسبه للنذر المعين و قد عرفت ضعفه.

(٢) لعدم الدليل على التابع، غير أن المفيد و المرتضى و سائر أوجبوا التابع فى جزاء الصيد، و سيأتى بيان الحال فى كتاب الحج إنشاء الله تعالى.

(٣) لخبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى الحسن موسى عليه السلام: إنى قدمت الكوفه و لم أصم السبعه الأيام حتى فرغت فى حاجه إلى بغداد، قال: صمها ببغداد، قلت: أفرقها؟ قال: نعم) (١).

و عن ابن أبى عقيل و أبى الصلاح - كما تقدم - إيجاب التابع فى السبعه لخبر ابن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن صوم ثلاثه أيام فى الحج، و السبعه، أ يصومها متواليه أو يفرق بينها؟ قال: يصوم الثلاثه و لا يفرق بينها، و السبعه و لا يفرق بينها، و لا يجمع السبعه و الثلاثه جميعاً) ٢. إلا أنه مبتلى بإعراض الأصحاب عنه على أن فى سنده محمد بن أحمد العلوى و هو لم ينص على توثيقه فتكون الروايه حسنه، لا موثقه و لا صحيحه.

(٤) للأخبار منها: خبر سليمان بن خالد (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان عليه صيام شهرين متتابعين فصام خمسسه عشر يوماً ثم مرض، فإذا برأ أ يبنى على صومه أم يعيد صومه كله؟ فقال عليه السلام: يبنى على ما كان صام، ثم قال: هذا مما غلب الله عليه، و ليس على ما غلب الله عز و جل عليه شىء) (٢).

و من التعليل يستفاد عدم الفرق بين المرض و السفر الضرورى و الحيض و الإغماء و نحو

ص: ١٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١٢.

مطلقا (١)، كصوم كفاره اليمين، و كفاره قضاء رمضان، و ثلاثه الاعتكاف، و ثلاثه المتعه، حيث لا يكون الفاصل العيد بعد اليومين (٢)، (و لا له) أى: لا لعذر (يستأنف (٣) إلا فى ثلاثه) مواضع (الشهرين المتتابعين) كفاره و نذرا، و ما فى معناه (بعد) صوم (شهر و يوم من الثانى (٤)، و فى الشهر) الواجب متتابعا بنذر، أو كفاره -ذلك، و من التعليل يستفاد أنه لا فرق فيما لو كان عليه شهران متتابعان أو غيرهما حتى فى الثلاثه أيام المتتابعه، كصوم كفاره اليمين، و كفاره قضاء شهر رمضان، و ثلاثه الاعتكاف، و ثلاثه المتعه، و منه تعرف ما عن القواعد و الدروس و المسالك من وجوب الاستئناف فى كل ثلاثه يجب تتابعها إذا أفطر بينها لعذر أو لغيره إلا فى ثلاثه الهدى إذا كان العيد بينها، و ذلك لقاعده عدم الإجزاء بالإتيان بالمأمور به على وجهه، و بما دل على وجوب التتابع فى هذه الموارد، التى سيأتى التعرض لأخبارها فى مظانها.

إلا أن الحق مع المشهور لأن التعليل أقوى ظهورا، خصوصا أن ما دل على التتابع ناظر إلى بيان الحكم بما هو هو مع غض البصر عن طرو عذر يوجب الإفطار أو لا.

(١) سواء أفطر بينها لعذر أو لا.

(٢) أى بعد يومى صوم من ثلاثه المتعه، و هى بدل هدى التمتع، فلا خلاف فى جواز الإخلال بين الثلاثه إذا كان للعيد و أيام التشريق لمن صام يوم الترويه و يوم عرفه بدل الهدى ثم أفطر يوم النحر فيجوز له أن يبنى على صومه بعد أيام التشريق لخبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (فيمن صام يوم الترويه و يوم عرفه، قال: يجزيه أن يصوم يوما آخر) (١).

و خبر يحيى الأزرق عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن رجل قدم يوم الترويه و ليس له هدى، فصام يوم الترويه و يوم عرفه، قال: يصوم يوما آخر بعد أيام التشريق) ٢.

(٣) يستأنف فى الشهرين بلا خلاف، و يدل عليه أخبار منها: صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل صام فى ظهار شعبان ثم أدركه شهر رمضان؟ قال: يصوم شهر رمضان و يستأنف الصوم) (٢)، و أما فى غيره فهو مما لا خلاف فيه لكن قال فى الجواهر (إلا أنى لم أقف له فى السنه على ما يدل عليه فى غير الشهرين و الشهر، نعم ذكر غير واحد الاستدلال عليه بأنه لم يأت بالمأمور به على وجهه فيبقى فى عهده التكليف و هو جيد).

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر سماعه بن مهران (سألته عن الرجل يكون عليه صيام-

ص: ١٨٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

على عبد بظهار أو قتل خطأ (بعد) صوم (خمسة عشر يوما (١)، و في ثلاثه المتعه) الواجبه في الحج بدلا عن الدم (بعد) صوم (يومين ثالثهما العيد) (٢) سواء علم ابتداء بوقوعه بعدهما (٣)، أم لا- فإن التابع يسقط في باقى الأولين مطلقا (٤)، و في الثالث إلى انقضاء أيام التشريق (٥).

التاسعه. لا يفسد الصيام بمص الخاتم

(التاسعه. لا يفسد الصيام يمص الخاتم) (٦)...

-شهرين متتابعين، أ يفرق بين الأيام؟ فقال: إذا صام أكثر من شهر فوصله، ثم عرض له أمر فأفطر فلا بأس، و إن كان أقل من شهر أو شهرا فعليه أن يعيد الصيام(١).

(١) فيجوز له الإفطار على المشهور لخبر موسى بن بكير عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل جعل عليه صوم شهر فصام منه خمسة عشر يوما، ثم عرض له أمر، فقال عليه السّلام: إن كان صام خمسة عشر يوما فله أن يقضى ما بقى، و إن كان أقل من خمسة عشر يوما لم يجز حتى يصوم شهرا تاما)(٢) و مثله خبر الفضل بن يسار٣.

و ذهب سيد المدارك إلى أن ضعف السند مانع عن العمل بهما، هذا كله في النذر، و أعلم أن كفاره العبد نصف كفاره الحر، و عليه فيشترط التابع في نصفه، و استدل العلامة في المختلف عليه بأن التنصيف كما يكون في العدد فكذلك يكون في الوصف، و تردد المحقق فيه، و غيره جزم بالعدم و إبقائه على الأصل من التابع و هو الأقوى.

(٢) بلا خلاف فيه و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى بوقوع العيد بعد اليومين.

(٤) سواء علم ابتداء بوقوع العيد أو اتفق وقوعه، و هو ظاهر الأخبار المتقدمه، و في المسالك أنه يظهر من البعض أن البناء مشروط بما لو ظهر العيد، و كان ظنه يقتضى خلافه و إلا استأنف، و لكن الإطلاق حجه عليه.

(٥) تقدم الكلام فيه.

(٦) للأصل بعد حصر المفطر في غيره، و للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا- بأس بأن يمصّ الخاتم)(٣) و خبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السّلام (الخاتم في فم الصائم ليس به بأس، فأما النواه فلا)٥ و خبر منصور بن حازم (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يجعل النواه في فيه و هو صائم؟ قال: لا، قلت: فيجعل الخاتم، قال: نعم)٦.

ص: ١٩٠

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١ و ملحقه.

٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٢ و ٣.

و شبهه (١)، و أما مص النواه فمكروه، (و زق الطائر، و مضغ الطعام)، و ذوق المرق (٢)، و كل ما لا يتعدى إلى الحلق، (و يكره مباشرة النساء) (٣) بغير الجماع، إلا - لمن لا - يحرك ذلك شهوته (٤)، (و الاكتحال (٥) بما فيه مسك)، أو صبر (٦)، (١) من الجمادات التي لا طعم لها.

(٢) للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن المرأه يكون لها الصبي و هي صائمه، فتمضغ له الخبز و تطعمه، قال: لا - بأس به، و الطير إن كان لها) (١) و خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (إن فاطمه صلوات الله عليها كانت تمضغ للحسن ثم للحسين عليه السلام، و هي صائمه في شهر رمضان) ٢ و صحيح حماد (سأل ابن أبي يعفور أبا عبد الله عليه السلام - و أنا أسمع - عن الصائم يصب الدواء في أذنه؟ قال: نعم و يذوق المرق و يزق الفرخ) (٢).

(٣) للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل يمس من المرأه شيئاً، أ يفسد ذلك صومه أو ينقضه؟ فقال إن ذلك يكره للرجل الشاب مخافه أن يسبقه المنى) (٣) و صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سئل هل يباشر الصائم أو يقبل في شهر رمضان؟ فقال عليه السلام: إنى أخاف عليه فليتنزه عن ذلك، إلا أن يثق أن لا يسبقه منه) ٥.

(٤) كما في صحيح زراره و محمد المتقدم، و لصحيح منصور بن حازم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ما تقول في الصائم يقبل الجاريه و المرأه؟ فقال أما الشيخ الكبير مثلي و مثلك فلا - بأس، و أما الشاب الشبق فلا - إنه لا - يؤمن، و قبله إحدى الشهوتين) (٤).

(٥) بما يصل طعمه أو رائحته إلى الحلق بلا خلاف للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن المرأه تكتحل و هي صائمه، فقال: إذا لم يكن كحلا تجد له طعما في حلقها فلا بأس) (٥)، و موثق سماعه (سأته عن الكحل للصائم، فقال: إذا كان كحلا ليس فيه مسك، و ليس له طعم في الحلق فلا بأس به) (٦).

(٦) بفتح أوله و كسر ثانيه، عصاره شجر مرّ.

ص: ١٩١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٢ .

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٣ .

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ١٣ .

٤- ((٦) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٣ .

٥- ((٧) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٥ .

٦- ((٨) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢ .

و إخراج الدم المضعف (١) و دخول الحمام (٢) المضعف، و شم الرياحين (٣) و خصوصا النرجس (٤) بفتح النون فسكون الرء فكسر الجيم، و لا- يكره الطيب (٥)، بل روى استحبابه للصائم و أنه تحفته، و الاحتقان بالجامد) فى المشهور (٦) و قيل: يحرم، و يجب به القضاء...

(١) بلا- خلاف للأخبار منها: صحيح سعيد الأعرج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الصائم يحتجم، فقال: لا بأس إلا أن يتخوف على نفسه الضعف) (١) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الصائم أ يحتجم؟ فقال: إنى أتخوف عليه، أما يتخوف على نفسه؟ قلت: ما إذا يتخوف عليه؟ قال: الغشيان أو تشور به مره، قلت: أ رأيت إن قوى على ذلك و لم يخش شيئا، قال: نعم إن شاء الله) ٢.

(٢) لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (سئل عن الرجل يدخل الحمام و هو صائم، فقال: لا بأس ما لم يخش ضعفا) (٢).

(٣) بلا خلاف فيه لخبر الحسن بن راشد (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الصائم يشم الرياحان؟ قال:

لا) (٣) و مثله غيره، و هى محمولة على الكراهه جمعا بينها و بين أخبار: منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (الصائم يدهن بالطيب و يشم الرياحان) ٥، و المراد بالريحان كل نبت طيب الريح كما نص عليه ابن الأثير فى نهايته، و الفيروز آبادى فى القاموس المحيط.

(٤) لخبر محمد بن الفيض (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام ينهى عن النرجس، فقلت: جعلت فداك لم ذاك؟ فقال: لأنه ريحان الأعاجم) (٤) و مثله خبر ابن رثاب ٧، و قال المفيد فى المقنعه: (إن ملوك الفرس كان لهم يوم فى السنه يصومونه، فكانوا فى ذلك اليوم يعدون النرجس و يكثرون من شمه ليذهب عنهم العطش، فصار كالسنه لهم، فنهى آل محمد عليهم السّلام عن شمه خلافا على القوم، و إن كان شمه لا يفسد الصيام) (٥).

(٥) لخبر الحسن بن راشد (كان أبو عبد الله عليه السّلام إذا صام تطيب بالطيب و يقول: الطيب تحفه الصائم) (٤).

(٦) لموثق الحسن بن فضال (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: ما تقول فى اللطف يستدخله

ص: ١٩٢

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١٠ و ١ .
- ٢- ((٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ .
- ٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٧ و ٩ .
- ٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٤ و ملحقه .
- ٥- ((٨) المقنعه ص ٥٦ .
- ٦- ((٩) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٣ .

(و جلوس المرأة (١) و الخنثى فى الماء)، و قيل: يجب القضاء عليهما به، و هو نادر.

(و الظاهر أن الخصى الممسوح كذلك)، لمساواته لهما فى قرب المنفذ إلى الجوف، (و بل الثوب على الجسد) (٢)، دون بل الجسد بالماء (٣)، و جلوس الرجل فيه (٤) و إن كان أقوى تبريدا، (و الهدر) (٥) و هو الكلام بغير فائده دينيه، و كذا -الإنسان و هو صائم، فكتب: لا بأس بالجامد(١) و ذهب السيد فى الناصريه و المفيد و الحلبي و والد الصدوق إلى التحريم لعموم إفتار الاحتقان، و قد تقدم الكلام فيه.

(١) لخبر حنان بن سدير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الصائم يستنقع فى الماء، قال: لا بأس، و لكن لا يغمس رأسه، و المرأة لا- تستنقع فى الماء لأنها تحمله بقبلها) (٢)، و عن أبى الصلاح الحلبي القضاء، و عن ابن البراج و جوب الكفاره أيضا و هما ضعيفان، لأن الروايه قاصره من جهه التعليل فالنهى إرشادى فالمتعين حملها على الكراهه بعد حصر المفطر فى غير ذلك، و قد ألحق جماعه منهم الشهيد بالمرأه الخنثى و الخصى الممسوح لمساواتهما لها فى العله.

(٢) بلا خلاف للأخبار منها: خبر الحسن بن راشد عن أبى عبد الله عليه السّلام (الحائض تقضى الصلاه؟ قال: لا، قلت: تقضى الصوم؟ قال: نعم، قلت: من اين جاء هذا؟ قال:

أول من قاس إبليس، قلت: فالصائم يستنقع فى الماء؟ قال: نعم، قلت: فيبل ثوبا على جسده؟ قال: لا، قلت: من أين جاء هذا؟ قال من ذاك) (٣).

(٣) لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (الصائم يستنقع فى الماء، و يصبّ على رأسه، و يتبرد بالثوب، و ينضح بالمروحه، و ينضح البوريا تحته، و لا يغمس رأسه فى الماء) ٤.

(٤) لصحيح ابن مسلم المتقدم.

(٥) لخبر محمد بن عجلان عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس الصيام من الطعام و الشراب أن لا يأكل الإنسان و لا يشرب فقط، و لكن إذا صمت فليصم سمعك و بصرك و لسانك و بطنك و فرجك، و احفظ يدك و فرجك، و أكثر السكوت إلا من خير و ارفق بخادمك) (٤).

ص: ١٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٥ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب الصائم حديث ١٠.

استماعه، بل ينبغي أن يصم سمعه و بصره و جوارحه بصومه (١)، إلا بطاعه الله تعالى، من تلاوه القرآن، أو ذكر، أو دعاء.

العاشره. يستحب من الصوم على الخصوص فى مواضع

(العاشره. يستحب من الصوم) على الخصوص (أول خميس من الشهر، و آخر خميس منه، و أول أربعاء من العشر الأوسط) (٢) فالمواطبه عليها تعدل صوم الدهر و تذهب بوحر الصدر و هو وسوسته، و يختص باستحباب قضائها لمن فاتته (٣)، فإن قضاها فى مثلها أحرز فضيلتهما (٤).

(و أيام البيض) (٥) بحذف الموصوف أى أيام الليالى البيض و هى الثالث عشر، (١) لخبر ابن عجلان المتقدم، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا صمت فليصم سمعك و بصرك و شعرك و جلدك، و عدّد أشياء غير هذا، و قال: لا يكون يوم صومك كيوم فطرك) (١)، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لجابر بن عبد الله: يا جابر، هذا شهر رمضان من صام نهاره، و قام وردا من ليله و عفّ بطنه و فرجه، و كف لسانه خرج من ذنوبه كخروجه من الشهر، فقال جابر: يا رسول الله ما أحسن هذا الحديث، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يا جابر ما أشد هذه الشروط) (٢) و مثله غيره كثير.

(٢) للأخبار منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (صام رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حتى قيل: ما يفطر، ثم أفطر حتى قيل: ما يصوم، ثم صام صوم داود عليه السلام يوما و يوما، ثم قبض صلى الله عليه و آله و سلم على صيام ثلاثه أيام فى الشهر، قال: يعدلن صوم الدهر، و يذهبن بوحر الصدر، قال حماد: الوحر الوسوسه قال حماد، فقلت: و أى الأيام هى؟ قال: أول خميس فى الشهر و أول أربعاء بعد العشر منه، و آخر خميس منه، فقلت:

و كيف صارت هذه الأيام التى تصام، فقال: لأن من قبلنا من الأمم كانوا إذا نزل على أحدهم العذاب نزل فى هذه الأيام (المخوفه) (٢).

(٣) بلا خلاف لخبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا يقض شيئا من صوم التطوع إلا الثلاثه الأيام التى كان يصومها فى كل شهر، و لا يجعلها بمنزله الواجب، إلا إنى أحب لك أن تدوم على العمل الصالح) (٣).

(٤) و قال فى الجواهر عنه: (و لم أره لغيره، و هو مشكل لأصالة عدم تداخل الأسباب).

(٥) بلا خلاف فيه لما رواه الصدوق فى علل الشرائع بإسناده إلى ابن مسعود قال: (سمعت -

ص: ١٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب الصائم حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٢.

و الرابع عشر، و الخامس عشر من كل شهر، سميت بذلك ليياض ليالها أجمع بضوء القمر. هذا بحسب اللغه، و روى عن النبي (ص) أن آدم (ع) لما أصابته الخطيئه اسود لونه فالهم صوم هذه الأيام فايض بكل يوم ثلثه فسميت بيضا لذلك، و على هذا فالكلام جار على ظاهره من غير حذف، (و مولد النبي (ص) (١)، و هو عندنا سابع عشر شهر ربيع الأول على المشهور (٢)، (و مبعثه (٣) و يوم الغدير (٤)...) - النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ يقول: إن آدم لما عصى ربه عز و جل ناداه مناد من لادن العرش: يا آدم أخرج من جوارى، فإنه لا لا يجاورني أحد عصاني، فبكى و بكت الملائكه، فبعث الله عز و جل جبرائيل فأهبطه إلى الأرض مسودا، فلما رأته الملائكه ضجّت و بكت و انتحبت و قالت:

يا رب خلقا خلقته، و نفخت فيه من روحك، و أسجدت له ملائكتك، بذنب واحد حوّلت بياضه سوادا، فنادى مناد من السماء: صم لربك، فصام فوافق يوم ثلاثه عشر من الشهر فذهب ثلث السواد، ثم نودى يوم الرابع عشر أن صم لربك اليوم، فصام فذهب ثلثا السواد، ثم نودى يوم خمسه عشر بالصيام، فصام فأصبح و قد ذهب السواد كله، فسميت أيام البيض للذي رد الله عز و جل فيه على آدم من بياضه، ثم نادى مناد من السماء: يا آدم هذه الثلاثه أيام جعلتها لك و لولدك من صامها فى كل شهر فكأنما صام الدهر (١).

(١) للأخبار منها: خبر أبي إسحاق بن عبد الله العلوى عن أبي الحسن الثالث من حديث: (يا أبا إسحاق جئت تسألنى عن الأيام التى يصام فيهن، و هى أربعة: أولهن يوم السابع و العشرين من رجب، يوم بعث الله تعالى محمدا صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ إلى خلقه رحمه للعالمين، و يوم مولده صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ، و هو يوم السابع عشر من شهر ربيع الأول، و يوم الخامس و العشرين من ذى القعدة، فيه دحيت الكعبه، و يوم الغدير فيه أقام رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ أخاه عليا عليه السّلام علما للناس، و إماما من بعده) (٢).

(٢) و ذهب الكليني إلى أنه الثانى عشر منه و هو موافق للعامه و قال عنه فى الجواهر بأنه غير واضح.

(٣) و هو اليوم السابع و العشرين من رجب للأخبار: منها خبر أبي إسحاق المتقدم، و خبر الحسن بن راشد عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تدع صيام سبعة و عشرين من رجب، فإنه هو اليوم الذى أنزلت فيه النبوه على محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ، و ثوابه مثل ستين شهرا لكم) (٣).

(٤) للأخبار الكثيره منها: خبر على بن الحسين العبدى (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول:-

ص: ١٩٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.

(و الدحو) (١) للأرض أى بسطها من تحت الكعبة و هو الخامس و العشرون من ذى القعدة.

(و عرفه (٢) لمن لا يضعفه عن الدعاء) الذى هو عازم عليه فى ذلك اليوم كميته و كفيته. و يستفاد منه أن الدعاء فى ذلك اليوم أفضل من الصوم (مع تحقق) -صيام يوم غدیر ختم يعدل صيام عمر الدنيا، لو عاش إنسان ثم صام ما عمرت الدنيا لكان له ثواب ذلك، و صيامه يعدل عند الله عز و جل فى كل عام مائة حجه و مائة عمره مبرورات متقبلات، و هو عيد الله الأكبر(١) و خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام (صوم يوم غدیر ختم كفاره ستين سنة)٢.

(١)لخبر أبى إسحاق العلوى المتقدم، و لخبر الحسن بن على الوشاء (كنت مع أبى و أنا غلام فتعشينا عند الرضا عليه السلام ليله خمسه و عشرين من ذى القعدة، فقال له: ليله خمسه و عشرين من ذى القعدة ولد فيها إبراهيم عليه السلام، و ولد فيها عيسى بن مريم عليه السلام، و فيها دحيت الأرض من تحت الكعبة، فمن صام ذلك اليوم كان كمن صام ستين شهرا)٢.

(٢) و هو اليوم التاسع من ذى الحجه، و صومه مشروط بشرطين: أن لا يضعفه عن الدعاء، أى عما هو عازم عليه من الدعاء و فى الكمية و الكيفية، و أن يتحقق الهلال لثلاثين يومه فى يوم عيد، و يدل على فضل صومه أخبار منها: مرسل الصدوق عن أبى عبد الله عليه السلام (صوم يوم الترويه كفاره سنة، و صوم يوم عرفه كفاره ستين)٣، و يدل على الشرط الأول صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن صوم يوم عرفه، قال: من قوى عليه فحسن إن لم يمنعك من الدعاء، فإنه يوم دعاء و مسأله فصمه، و إن خشيت أن تضعف عن ذلك فلا تصمه)٥، و يدل على الشرط الثانى خبر حنان بن سدير عن أبيه عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن صوم يوم عرفه فقلت: جعلت فداك إنهم يزعمون أنه يعدل صوم سنة، قال: كان أبى عليه السلام لا يصومه، قلت: و لم، جعلت فداك، قال: يوم عرفه يوم دعاء و مسأله فأتخوف أن يضعفنى عن الدعاء، و أكره أن أصومه أتخوف أن يكون يوم عرفه يوم الأضحى و ليس بيوم صوم)٤.

ص: ١٩٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١١ و ٤.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٦.

(الهلال)، فلو حصل في أوله التباس، لغيم، أو غيره كره صومه، لثلا يقع في صوم العيد. (والمباهلة (١) و الخميس و الجمعة) في كل أسبوع (٢)، (و ستة أيام بعد عيد الفطر) (٣) بغير فصل متواليه، فمن صامها مع شهر رمضان عدلت صيام السنه (٤)، و في الخير أن المواظبه عليها تعدل...

(١) و هو الرابع و العشرون من ذى الحجه، قال سيد المدارك (فيه باهل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نصارى نجران بأمر المؤمنين و فاطمه و الحسن و الحسين عليهم السلام، و قيل: إنه في هذا اليوم تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بخاتمه في ركوعه، و نزل فيه إنما وليكم الله و رسوله و الذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة و يؤتُونَ الزكاه و هم راکعون (١)، و لم أفد في استحباب صوم هذا اليوم على نص بالخصوص، و علله في المنتهى بأنه يوم شريف، و قد أظهر الله فيه نبينا عليه السلام على خصمه، و حصل فيه من التنبيه على قرب على عليه السلام من ربه، و اختصاصه و عظم منزلته و ثبوت ولايته و استجابته الدعاء به، ما لم يحصل لغيره، و ذلك من أعظم الكرامات الموجهه لإخبار الله تعالى أن نفسه نفس رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فيستحب صومه شكرا لهذه النعمه الجسيمه) (٢).

(٢) لخبر الزهرى عن على بن الحسين عليهم السلام (و أما الصوم الذى يكون صاحبه بالخيار فصوم يوم الجمعة و الخميس و الاثنين، و صوم البيض، و صوم ستة أيام من شوال بعد شهر رمضان، و صوم يوم عرفه، و يوم عاشوراء، فكل ذلك صاحبه فيه بالخيار إن شاء صام و إن شاء أفطر) (٣) و روت العامه عن أسامه بن زيد (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يصوم الاثنين و الخميس، فستل عن ذلك فقال: إن أعمال الناس تعرض يوم الاثنين و الخميس) (٤).

(٣) لخبر الزهرى المتقدم.

(٤) كما فى الجعفریات عن الإمام الصادق عليه السلام، عن أبيه (كان أخاه - كذا فى المصدر - يصوم ستة أيام بعد شهر رمضان و يقول: بلغنى أنه من صامها فقد صام تمام السنه) (٥)، و ما رواه الثقفى فى كتاب الغارات عن عبايه عن أمير المؤمنين عليه السلام فى كتابه إلى محمد بن أبى بكر (قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: من صام شهر رمضان ثم صام ستة أيام من شوال فكأنما صام السنه) ٦، و مثله مرسل ٧ درر اللالى.

ص: ١٩٧

١- (١) سورة المائده الآيه: ٥٥.

٢- (٢) المدارك ج ٦ ص ٢٦٩-٢٧٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.

٤- (٤) سنن أبى داود ج ٢ ص ٣٢٥ حديث ٢٤٣٦.

٥- (٥ و ٦ و ٧) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٤ و ٥ و ٧.

صوم الدهر (١)، و علل في بعض الأخبار (٢) بأن الصدقه بعشر أمثالها، فيكون رمضان بعشره أشهر، و السنه بشهرين، و ذلك تمام السنه فدوام فعلها كذلك يعدل دهر الصائم.

و التعليل و إن اقتضى عدم الفرق بين فعلها متواليه، و متفرقه بعده (٣) بغير فصل، و متأخره (٤) إلا- أن في بعض الأخبار اعتبار القيد (٥)، فيكون فضيله زائده على القدر (٦) و هو (٧) إما تخفيف للتمرين السابق أو عود إلى العباده للربغه، و دفع احتمال السأم (٨)، (و أول ذى الحجه) (٩) و هو مولد إبراهيم الخليل (ع) و باقى (١) كما فى درر اللآلى عن أبى أيوب الأنصارى قال (سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال فذلك كصيام الدهر)(١).

(٢) لم اعثر عليه من طرق الخاصه، نعم هو من طرق العامه و قد أورد فى نيل الأوطار ج ٤ ص ٢٥١.

(٣) بعد العيد.

(٤) أى متأخره عن العيد بثلاثه أيام لخبر زياد بن أبى الحلال (قال لنا أبو عبد الله عليه السلام: لا صيام بعد الأضحى ثلاثه أيام، و لا بعد الفطر ثلاثه أيام، إنها أيام أكل و شرب)(٢) و خبر - حريز عنهم عليهم السلام (إذا أفطرت من رمضان فلا- تصومن بعد الفطر تطوعا إلا بعد ثلاث يمضين)٣ و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن اليومين اللذين بعد الفطر أ يصامان أم لا؟ فقال: أكره لك أن تصومها)٤.

(٥) أى قيد التوالى، كما فى خبر درر اللآلى المتقدم.

(٦) أى فيكون التوالى له فضيله غير فضيله الأيام الستة.

(٧) أى التوالى، و المعنى أن الحكم بوقوعها على التوالى بعد الفطر تخفيف على الصائم الذى اعتاد على الصوم، إذ لو وقعت متراخيه و متفرقه فيثقل الصوم حينئذ.

(٨) لأن تفريقها موجب للملل.

(٩) لمرسل سهل عن أبى الحسن الأول عليه السلام (فى أول يوم ذى الحجه ولد إبراهيم خليل الرحمن، فمن صام ذلك اليوم كتب الله له صيام ستين شهرا)(٣)، و مرسل الصدوق عن موسى بن جعفر عليه السلام (من صام أول يوم من العشر ذى الحجه كتب الله له صوم

ص: ١٩٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١ و ٣ و ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصوم المندوب حديث ١.

العشر غير المستثنى (١)، (و رجب كله (٢)، و شعبان كله) (٣).

الحادي عشره - يستحب الإمساك في المسافر و المريض بزوال عذرهما

(الحادي عشره - يستحب الإمساك) (٤) بالنيه (٥)، لأنه عباده (في المسافر و المريض بزوال عذرهما بعد تناول) و إن كان قبل الزوال، (أو بعد الزوال) و إن كان قبل تناول، و يجوز للمسافر تناول قبل بلوغ محل الترخص و إن علم بوصوله قبله (٦) فيكون إيجاب الصوم منوطا باختياره (٧) كما يتخير بين نيه المقام المسوغه للصوم، و عدمها، و كذا يستحب الإمساك (لكل من سلف من ذوى الأعذار التى تزول فى أثناء النهار) مطلقا (٨) كذات الدم، و الصبى، و المجنون، -ثمانين شهرا، فإن صام التسع كتب الله عز و جل له صوم الدهر(١).

(١) و المستثنى هو العيد فصومه حرام، و يوم عرفه لمن يضعفه عن الدعاء فإنه مكروه.

(٢) للأخبار منها: خبر أبى هارون العبدى عن أبى سعيد الخدرى (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ألا أن رجبا شهر الله الأصم و هو شهر عظيم - إلى أن قال - و من صام من رجب ثلاثين يوما نادى مناد من السماء: يا عبد الله أما ما مضى فقد غفر لك، فاستأنف العمل فيما بقى، هذا لمن صام رجب كله(٢).

(٣) للأخبار منها: خبر الفضل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (إلى أن قال. و فرض الله فى السنه صوم شهر رمضان، و سن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم صوم شعبان و ثلاثه أيام فى كل شهر مثلى الفريضة، فأجاز الله عز و جل له ذلك(٣).

(٤) و هو المسمى بصوم التأديب، احتراما لشهر رمضان، و تشبيها بالصائمين، و أمنا من تهمة من يراه لخبر الزهرى عن على بن الحسين عليه السلام (و كل من أفطر لعله من أول النهار ثم قوى بقيه يومه أمر بالإمساك عن الطعام بقيه يومه تأديبا و ليس بفرض(٤) و لذا كان مستحبا، و منه تعرف ضعف ما عن المفيد و المرتضى حيث أوجبا الإمساك المذكور.

(٥) أى بنيه التقرب و إلا فلا يكون عباده.

(٦) قبل الزوال.

(٧) لأن الحضر من شرائط الوجوب فلا يجب عليه تحصيلها بخلاف شرائط الواجب.

(٨) قبل الزوال أو بعده و سواء تناول المفطر أو لا.

ص: ١٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

الثانيه عشره - لا يصوم الضيف بدون إذن مضيفه

(الثانيه عشره - لا يصوم الضيف بدون إذن مضيفه) (١) و إن جاء نهارا ما لم تزل الشمس، مع احتمالاه مطلقا (٢)، عملا بإطلاق النص، (وقيل: بالعكس أيضا) (٣) و هو مروى لكن قلّ من ذكره، (و لا- المرأه و العبد)، بل مطلق المملوك (٤)، (بدون إذن الزوج و المالك، و لا الولد)...

(١) للأخبار منها: خير هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: من فقه الضيف أن لا- يصوم تطوعا إلا- بإذن صاحبه، و من طاعه المرأه لزوجها أن لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، و من صلاح العبد و طاعته أن لا يصوم إلا بإذن مولاه و أمره، و من بر الولد أن لا يصوم تطوعا إلا بإذن أبويه و أمرهما، و إلا كان الضيف جاهلا و كانت المرأه عاصيه، و كان العبد فاسقا عاصيا، و كان الولد عاقا) (١).

فعن الأكثر أن صومهم بغير إذن مكروه، و عن النافع و المعتمر أنه غير صحيح، و لكن قوله عليه السلام (من فقه الضيف) و قوله (و إلا كان الضيف جاهلا) ظاهر في الكراهه فيحمل الخبر بتمامه على الكراهه لوحده السياق.

و ذهب المحقق و الحلبي و العلامه و جماعه أنه مع النهي يفسد الصوم، و فيه: أنه لا- يفسد إلا- إذا كان صوم الولد عقوقا بالمخالفه، و صوم المرأه نشوزا، و صوم العبد تفریطا بحقوق مولاه، و أما صوم الضيف مع النهي فلا يوجب حرمه بل يبقى على الكراهه إلا إذا طرأ عليه عنوان محرم.

(٢) أي احتمال احتياج صوم الضيف إلى الإذن و لو بعد الزوال، تمسكا بإطلاق خير هشام بن الحكم المتقدم، و عن بعضهم عدم الاحتياج لإطلاق النص - و قد تقدم سابقا - بكراهه الإفطار بعد الزوال، و فيه: إن النهي فيه بعد الزوال من حيث الصوم لا من حيث الضيافه فيبقى النهي للضيف على إطلاقه.

(٣) أي صوم المضيف بدون إذن الضيف لخبر الفضل بن يسار عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: إذا دخل رجل بلده فهو ضيف على من بها من أهل دينه حتى يرحل عنهم، و لا ينبغي للضيف أن يصوم إلا بإذنهم. لثلا يعملوا شيئا يفسد، و لا ينبغي لهم أن يصوموا إلا بإذن الضيف، لثلا يحتشم فيشتهي الطعام فيتركه لهم) (٢).

(٤) فيشمل الجاربه لأن العله واحده فيهما.

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١.

و إن نزل (١)،(بدون إذن الوالد) و إن علا، و يحتمل اختصاصه بالأدنى فإن صام أحدهم بدون إذن كره.

(و الأولى عدم انعقاده مع النهي) (٢)، لما روى من أن الضيف يكون جاهلا، و الولد عاقا، و الزوجه عاصيه، و العبد آبقا و جعله أولى يؤذن بانعقاده، و فى الدروس استقرب اشتراط إذن الوالد، و الزوج و المولى فى صحته (٣)، و الأقوى الكراهه بدون الإذن مطلقا (٤)، فى غير الزوجه و المملوك، استضعافا لمستند الشرطيه (٥)، و مأخذ التحريم (٦)، أما فيهما (٧)، فيشترط الإذن، فلا ينعقد بدونه، و لا فرق (٨) بين كون الزوج و المولى حاضرين، أو غائبين، و لا بين أن يضعفه عن حق مولاه (٩)، و عدمه.

الثالثه عشره - يحرم صوم العيدين

(الثالثه عشره - يحرم صوم العيدين (١٠)... (١) لإطلاق النص، و لكن فى الجواهر جعله على احتمال.

(٢) و قد عرفت عدم فساده إلا إذا كان عتوقا أو نشوزا أو تفريطا بحق المولى.

(٣) أى صحه الصوم.

(٤) وجد النهي أو لا.

(٥) أى اشتراط صومهم بالإذن.

(٦) و هو قوله عليه السلام فى خبر هشام بن الحكم المتقدم (و إلا كان الضيف جاهلا، و كانت المرأه عاصيه، و كان العبد فاسقا عاصيا، و كان الولد عاقا) و الخبر ضعيف السند.

(٧) علل العلامه فى التذكره عدم جواز صوم المرأه ندبا بدون إذن زوجها بأنه مالك لبضعها و له حق الاستمتاع، و ربما يمنعه الصوم عنه فلم يكن سائغا إلا برضاه، و فيه: إنه لا يقتضى عدم الانعقاد بل يقتضى جواز إبطال صومها إذا أراد الاستمتاع المنافى للصوم.

و ربما يستدل لعدم جواز صوم العبد بإذن مولاه أن العبد ملك لمولاه فلا يجوز له الصوم إلا بإذنه و إلا كان تصرفا منهيا عنه، و فيه: إنه لا دليل على تسلط المولى على العبادات القلبيه التى لا تمنع العبد من خدمه سيده و إطاعه أوامره.

(٨) بدعوى إطلاق النص، و دعوى أن النص الموجب لاشتراط الإذن منصرف إلى حضور الزوج دون غيابه ليس ببعيده.

(٩) قد عرفت أنه إذا منعه عن إطاعه أمر مولاه فيحرم إلا بإذن المولى.

(١٠) بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر الزهرى عن على بن الحسين فى حديث (و أما الصوم-

(مطلقاً (١)، و أيام التشريق) (٢) و هي الثلاثة بعد العيد (لمن كان بمنى) (٣) ناسكاً، أو غير ناسك، (وقيده بعض الأصحاب) و هو العلامه (رحمه الله) (بالناسك) بحج، أو عمره و النص مطلق، فتقييده يحتاج إلى دليل، و لا يحرم صومها على من ليس بمنى إجماعاً و إن أطلق تحريمها في بعض العبارات، كالمصنف في الدروس فهو مراد من قيد، و ربما لحظ المطلق أن جمعها كاف عن تقييد كونها بمنى، لأن أقل الجمع ثلاثة، و أيام التشريق لا تكون ثلاثة إلا بمنى فإنها في غيرها يومان لا غير (٤)، و هو لطيف.

-الحرام فصوم يوم الفطر و يوم الأضحى، و ثلاثه أيام من أيام التشريق، و صوم يوم الشك أمرنا به، و نهينا عنه، أمرنا به أن نصومه مع صيام شعبان، و نهينا أن ينفرد الرجل بصيامه في اليوم الذي يشك فيه الناس، فقلت له: جعلت فداك، فإن لم يكن صام من شعبان شيئاً كيف يصنع به؟ قال: ينوي ليله الشك أنه صائم من شعبان، فإن كان من شهر رمضان أجزاءً عنه، و إن كان من شعبان لم يضره، فقلت: و كيف يجزى صوم شعبان عن فريضه؟ فقال: لو أن رجلاً صام يوماً من شهر رمضان تطوعاً و هو لا يعلم أنه من شهر رمضان، ثم علم بعد ذلك لأجزاءً عنه، لأن الغرض إنما وقع على اليوم بعينه، و صوم الوصال حرام، و صوم الصمت حرام، و صوم نذر المعصية حرام، و صوم الدهر حرام(١).

(١) سواء كان ناسكاً أم لا، و قيل: إن الإطلاق في قبال الشيخ حيث استثنى من صوم العيدين القاتل في أشهر الحرم فإنه يصوم شهرين منها و إن دخل العيد و أيام التشريق.

(٢) بلا خلاف فيه لخبر الزهري المتقدم، و خبر قتبية الأعشى عن أبي عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن صوم سته أيام: العيدين، و أيام التشريق، و اليوم الذي تشك فيه من شهر رمضان)(٢) و مثلها غيرها.

(٣) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الصيام أيام التشريق فقال: أما بالأمصار فلا بأس، و أما بمنى فلا)(٣) و مثله غيره، و خصّ العلامه في القواعد التحريم بمن كان بمنى ناسكاً، و الإطلاق حجه عليه.

(٤) إذ لا أضحيه بعد اليومين و سيأتي الكلام فيه في كتاب الحج.

ص: ٢٠٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١.

(و صوم) يوم (الشك) (١) و هو يوم الثلاثين من شعبان إذا تحدث الناس برؤيه الهلال، أو شهد به من لا- يثبت بقوله (بنيه الفرض) المعهود و هو رمضان و إن ظهر كونه منه (٢)، للنهي، أما لو نواه واجبا عن غيره (٣) كالقضاء و النذر لم يحرم و أجزاء عن رمضان، و أما بنيه النفل فمستحب عندنا و إن لم يصم قبله (٤)،(و لو صامه بنيه النفل أجزاء إن ظهر كونه من رمضان)، و كذا كل واجب معين فعل بنيه الندب، مع عدم علمه (٥)، وفاقا للمصنف في الدروس.

(و لو ردد) (٦) نيته يوم الشك، بل يوم الثلاثين...

(١) على أنه من رمضان بلا خلاف للأخبار و قد تقدم خبر الزهري، و خبر الأعشى.

(٢) لصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال في يوم الشك: من صامه قضاءه و إن كان كذلك، يعني: من صامه على أنه من شهر رمضان بغير رؤيه قضاءه، و إن كان يوما من شهر رمضان، لأن السنه جاءت في صيامه على أنه من شعبان، و من خالفها كان عليه القضاء) (١).

(٣) أى غير رمضان لإطلاق النصوص، إذ صومه على أنه من شعبان كما يمكن أن يكون بنيه الندب يمكن أن يكون بنيه القضاء فلاحظ موثق سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما يصام يوم الشك من شعبان، و لا يصومه من شهر رمضان، لأنه قد نهى أن يتفرد الإنسان بالصيام في يوم الشك، و إنما ينوى من الليل أنه يصوم من شعبان، فإن كان من شهر رمضان أجزاء عنه بتفضل الله عز و جل، و بما قد وسع على عباده، و لو لا ذلك لهلك الناس) (٢).

(٤) كما يدل عليه خبر الزهري المتقدم.

(٥) قياسا على فعل شهر رمضان بنيه الندب مع عدم علمه بدخول شهر رمضان لعدم خصوصيه في هذا المورد.

(٦) بأن صام على أنه إن كان من شهر رمضان كان واجبا، و إلا كان مندوبا فقد وقع الخلاف على قولين، الأكثر على عدم الإجزاء لأنه لم ينو أحدهما قطعا مع التردد، و لأنه يستفاد من نصوص يوم الشك تعيين نيته من شعبان، فنيته على خلاف ذلك تشريع محرم فلا يتحقق به الامتثال، و ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و العماني و ابن حمزه و الشهيد إلى الإجزاء لأنه نوى الواقع فوجب أن يجزيه، و لأنه نوى العباده و إن ضم إليها ما لا- يقدر بها لأنه بالترديد ترجع نيته إلى كونه من شعبان إذا انكشف أنه من شعبان، و إلى شهر

ص: ٢٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب وجوب الصوم حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب وجوب الصوم حديث ٤.

مطلقا (١)، بين الوجوب إن كان من رمضان، و النذب إن لم يكن (فقولان أقربهما الإ-جزاء)، لحصول النيه المطابقه للواقع، و ضميمه الآخر غير قاده، لأنها غير منافيه، و لأنه لو جزم بالنذب أجزأ عن رمضان إجماعا، فالضميمه (٢) المتردد فيها أدخل في المطلوب، و وجه العدم اشتراط الجزم فى النيه حيث يمكن، و هو هنا كذلك (٣) بنيه النذب، و منع كون نيه الوجوب أدخل على تقدير الجهل، و من ثم لم يجز لو جزم بالوجوب فظهر مطابقا.

و يشكل (٤) بأن التردد ليس فى النيه، للجزم بها على التقديرين، و إنما هو فى الوجه و هو على تقدير اعتباره أمر آخر، و لأنه (٥) مجزوم به على كل واحد من التقديرين اللازمين على وجه منع الخلو، و الفرق بين الجزم بالوجوب (٦)، و التردد فيه النهى عن الأول شرعا المقتضى للفساد بخلاف الثانى (٧).

(و يحرم نذر المعصيه) (٨) بجعل الجزاء شكرا على ترك الواجب، أو فعل المحرم، و زجرا على العكس، (و صومه) الذى هو الجزاء لفساد الغايه، و عدم -رمضان لا غير إذا انكشف أنه من شهر رمضان، فالجزم بالنيه موجود و التردد فى المنوى.

(١)سواء شك أنه من رمضان أم لا.

(٢)أى وقوع الصوم عن شهر رمضان واجبا.

(٣)أى الجزم ممكن فيما لو نوى النذب.

(٤)أى القول بعدم الاجزاء.

(٥)أى الوجه.

(٦)أى فيما لو صام يوم الشك واجبا على أنه من شهر رمضان.

(٧)و الأقوى عدم الإجزاء لأن نصوص يوم الشك قد أوجبت إتيانه على أنه من شعبان، فالإتيان بغير هذا لا يكون موافقا للمأمور به فلا يتحقق الامتثال.

(٨)بحيث ينذر الصوم إن تمكن من المعصيه الفلانيه، و يقصد الشكر على تيسيرها، لا الزجر عنها، و لا ريب فى عدم انعقاد هذا النذر و تحريم الصوم على هذا الوجه، لأن الصوم يفتقر إلى القربه، و هذا مما لا يمكن التقرب به، و لخبر الزهرى المتقدم عن على بن الحسين عليه السلام (و صوم نذر المعصيه حرام)(١).

ص: ٢٠٤

التقرب به،(و) صوم (الصمت) (١) بأن ينوى الصوم ساكتا فإنه محرم فى شرعنا، لا الصوم ساكتا بدون جعله و صفا للصوم بالنيه (و الوصال) (٢) بأن ينوى صوم يومين فصاعدا، لا يفصل بينهما بفطر أو صوم يوم إلى وقت متراخ عن الغروب، و منه أن يجعل عشاءه سحوره بالنيه، لا إذا آخر الإفطار بغيرها (٣)، أو تركه ليلا.

(و صوم الواجب سفرا) (٤) على وجه موجب للقصر،(سوى ما مر) من (١)بلا خلاف لخبر الزهرى المتقدم (و صوم الصمت حرام)(١).

(٢)بلا- خلاف فيه لخبر الزهرى المتقدم (و صوم الوصال حرام)٢، و صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا صيام فى وصال)(٢) و مثلها غيرها، و اختلف فى حقيقته فعن الأكثر أن ينوى صوم يوم و ليله لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (الواصل فى الصيام أن يجعل عشاءه سحوره)(٣) و خبر حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (الواصل فى الصيام يصوم يوما و ليله، و يفطر فى السحر)٥.

و عن ابن إدريس و الشيخ فى كتاب الاقتصاد و الفاضل أن يصوم يومين مع ليله بينهما لخبر محمد بن سليمان عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام (ما تقول فى الرجل يصوم شعبان و شهر رمضان، قال: هما الشهران اللذان قال الله تبارك و تعالى: شَهْرَيْنِ مُتْتَابِعَيْنِ تَوْبَهُ مِنَ اللَّهِ ، قلت: فلا- يفصل بينهما؟ قال: إذا أفطر من الليل فهو فصل، و إنما قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا وصال فى صيام، يعنى: لا يصوم الرجل يومين متوالين من غير إفطار، و قد يستحب للعبد أن لا يدع السحور)(٤) ، و هو ضعيف السند فالعمل على الأول لصحه سنده، و الحرمة إذا آخر العشاء إلى السحر إذا نوى كونه جزءا من الصوم، أما لو أخره الصائم بغير نيه فإنه لا يحرم.

(٣)أى بغير نيه الصوم.

(٤)بلا خلاف فيه، و قد تقدم الكلام فيه، و من جملة النصوص موثق سماعه (سألته عن الصيام فى السفر، قال: لا صيام فى السفر، قد صام ناس على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فسماهم العصاه)(٥).

ص: ٢٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصوم المحرم و المكروه حديث ٧ و ٩.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الصوم المندوب حديث ٣.

٥- ((٧)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.

المنذور المقيد به (١)، و ثلاثة الهدى، و بدل البدنه، و جزاء الصيد على القول. و فهم من تقييده بالواجب جواز المندوب (٢) و هو الذى اختاره فى غيره على كراهيته، و به (٣) روايتان يمكن إثبات السنه بهما. و قيل: يحرم لإطلاق النهى فى غيرهما (٤)، و مع ذلك يستثنى ثلاثه أيام للحاجه بالمدينه المشرفه (٥)،...

(١) أى بالسفر و قد تقدم الكلام فيه و فى أخويه.

(٢) وقع الخلاف فى جواز صوم المندوب فى السفر، فعن الصدوقين و ابنى البراج و إدريس، بل عن المفيد نسبتبه إلى المشهور عدم الجواز لصحيح صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السّلام (ليس من البر الصوم فى السفر) (١)، و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا سافر فليفطر، لأنه لا يحل له الصوم فى السفر فريضه كان أو غيره، و الصوم فى السفر معصيه) (٢).

و عن المحقق و العلامه و جماعه بل قيل عن الأكثر أنه على كراهيه جمعا بين ما تقدم و بين ما دل على الجواز، و هو مرسل ابن سهل عن أبى عبد الله عليه السّلام (٣)، و خبر الحسن بن بسام الجمال، و النص للثانى (كنت مع أبى عبد الله عليه السّلام فيما بين مكه و المدينه فى شعبان و هو صائم، ثم رأينا هلال شهر رمضان فأفطر، فقلت له: جعلت فداك، أمس كان من شعبان و أنت صائم، و اليوم من شهر رمضان و أنت مفطر؟ فقال: إن ذلك تطوع و لنا أن نفعل ما شئنا، و هذا فرض و ليس لنا أن نفعل إلا ما أمرنا) ٤، و هما ضعيفا السند إلا أنهما منجبران بعمل الأصحاب، و عن ابن البراج الجواز مطلقا من دون كراهيه، و قد عرفت لا بديه حمل أخبار الجواز على الكراهه لورود أخبار النهى.

(٣) أى بالجواز.

(٤) أى فى غير هاتين الروايتين.

(٥) بلا- خلافاً لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن كان لك مقام بالمدينه ثلاثه أيام، صمت أول يوم الأربعاء، و تصلى ليله الأربعاء عند اسطوانه أبى لبابه، و هى اسطوانه التوبه التى كان ربط إليها نفسه حتى نزل عذره من السماء، و تقعد عندها يوم الأربعاء، ثم تأتى ليله الخميس التى تليها مما يلى مقام النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم ليلتك و يومك، و تصوم يوم الخميس، ثم تأتى الاسطوانه التى تلى مقام النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و مصلاه ليله الجمعة فتصلى عندها ليلتك و يومك، و تصوم يوم الجمعة، و إن استطعت أن لا تتكلم بشىء فى هذه

ص: ٢٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٨.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٤ و ٥.

قيل: و المشاهد كذلك (١).

الرابعه عشره - يعزّر من أفطر في شهر رمضان عامدا عالما

(الرابعه عشره - يعزّر من أفطر في شهر رمضان عامدا عالما) (٢) بالتحريم، (لا إن أفطر لعذر) كسلامه من غرق، و إنقاذ غريق، و للتقيه قبل الغروب، و آخر رمضان و أوله، مع الاقتصار على ما يتأدى به الضروره، و لو زاد فكمن لا- عذر له، (فإن عاد) إلى الإفطار ثانيا بالقيدين (٣) (عزّر) أيضا (٤)، (فإن عاد) إليه ثالثا -الأيام إلا ما بدّ لك منه و لا تخرج من المسجد إلا لحاجه، و لا تنام في ليل و لا نهار فافعل، فإن ذلك مما يعدّ فيه الفضل، ثم احمد الله في يوم الجمعة و اثن عليه و صلّ على النبي صلى الله عليه و آله و سلّ حاجتك، و ليكن فيما تقول: اللهم ما كانت لى إليك من حاجه شرعت أنا في طلبها و التماسها أو لم أشرع، سألتك أو لم أسألك، فإني أتوجه إليك بنبيك محمد نبى الرحمه صلى الله عليه و آله و سلّم نبى الرحمه فى قضاء حوائجى، صغيرها و كبيرها، فإنك حرى أن تقضى حاجتك إن شاء الله) (١).

(١) ألحق المفيد فى المقنعه المشاهد بحرم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم حيث قال فيها: (لا يجوز لأحد أن يصوم فى السفر تطوعا و لا فرضا إلا صوم ثلاثه أيام لدم المتعه. إلى أن قال. و صوم ثلاثه أيام للحاجه، اربعاء و خميس و جمعه متواليات عند قبر النبي صلى الله عليه و آله و سلّم، أو فى مشهد من مشاهد الأئمه عليهم السلام) (٢)، و لعله بناء على تسويه الحكم بين النبي صلى الله عليه و آله و سلّم و بين أهل بيته (صلوات الله عليهم أجمعين).

(٢) إذا كان غير مستحل، و أما إذا كان مستحلا يقتل لإنكاره الضرورى، فهو مرتد، لصحيح بريد عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل شهد عليه شهود أنه أفطر فى شهر رمضان ثلاثه أيام، قال: يسأل هل عليك فى إفطارك فى شهر رمضان إثم؟ فإن قال لا، فإن على الإمام أن يقتله، و إن قال نعم، فإن عليه أن ينهكه ضربا) (٣).

(٣) أى عامدا عالما بالتحريم.

(٤) لخبر سماعه (سألته عن رجل أخذ فى شهر رمضان، و قد أفطر ثلاث مرات، و قد رفع إلى الإمام ثلاث مرات، قال: يقتل فى الثالثه) (٤) و الرفع إلى الامام معناه التعزير بشهاده صحيح بريد المتقدم.

ص: ٢٠٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ١.
- ٢- (٢) المقنعه ص ٥٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٢.

(بهما (١) قتل) (٢)، و نسب في الدروس قتله في الثالثه إلى مقطوعه سماعه، و قيل:

يقتل في الرابعه، و هو أحوط، و إنما يقتل فيهما مع تخلل التعزير مرتين (٣)، أو ثلاثا، لا بدونه.

(و لو كان مستحلا) للإفطار أى معتقدا كونه حلالا، و يتحقق بالإقرار به (قتل) بأول مره (٤) (إن كان ولد على الفطره) الإسلاميه بأن انعقد حال إسلام أحد أبويه، (و استتيب إن كان عن غيرها) (٥) فإن تاب و إلا قتل، هذا إذا كان ذكرا، أما الأنثى فلا تقتل مطلقا (٦) بل تحبس و تضرب أوقات الصلاه إلى أن تتوب، أو تموت، و إنما يكفر مستحل الإفطار بمجمع على إفساده الصوم بين المسلمين بحيث صار ضروريا كالجماع و الأكل، و الشرب المعتادين، أما غيره (٧) فلا- على الأشهر، و فيه (٨) لو ادعى الشبهه الممكنه في حقه...

(١) أى بالقيدين.

(٢) لخبر سماعه المتقدم، و قيل: يقتل في الرابعه لمرسل الشيخ عنهم عليهم السلام (إن أصحاب الكبائر يقتلون في الرابعه) (١) إلا أنه معارض بصحيح صفوان عن يونس عن أبى الحسن الماضى عليه السلام (قال: أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثه) (٢).

(٣) كما نصت عليه روايه سماعه المتقدمه، فغيره خارج عن هذا المورد.

(٤) كما فى صحيح بريد المتقدم.

(٥) أى غير الفطره الإسلاميه و هو المسمى بالمرتد الملى فى قبال الأول المسمى بالمرتد الفطرى، و سيأتى بحثه فى كتاب الارث و كتاب الحدود.

(٦) و إن ولدت على الفطره.

(٧) أى غير المجمع على إفساده فلا يكفر إذ قد يكون اعتمد على دليل جَوِّز له الإفطار ما دامت المسأله غير ضروريه، و خالف فى ذلك أبو الصلاح الحلبي، و ألحق أن كفر المنكر متحقق إذا أنكر شيئا ثبت لديه صدوره عن النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ، سواء كان ضروريا أو لا، بحيث يكون إنكاره موجبا لتكذيب النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ، الموجب لاجحود النبوه، و لذا كان إنكار الضرورى موجبا للكفر.

(٨) أى فى الضرورى المجمع عليه.

ص: ٢٠٨

١- (١) المبسوط ج ١ ص ١٢٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الحدود و حديث ١.

قبل منه (١)، و من هنا يعلم أن إطلاقه (٢) الحكم ليس بجيد.

الخامسة عشره - البلوغ الذى يجب معه العباده الاحتلام

(الخامسة عشره - البلوغ الذى يجب معه العباده الاحتلام) (٣) و هو خروج المنى من قبله مطلقا (٤) فى الذكر و الأثنى (٥) و من فرجه فى الخثنى (٦)...

(١) لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٢) أى إطلاق المصنف بقوله (و لو كان مستحلا قتل) من غير تقييد بما ذكر.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (انقطاع يتم اليتيم الاحتلام) (١) و خبر الأعمش عن ابن زبيان قال (أتى عمر بامرأه مجنونته قد زنت فأمر برجمها، فقال على عليه السّلام: أ ما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه، عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ) (٢).

(٤) أى فى النوم أو اليقظه، بجماع أو غيره، للقطع بإرادته خصوص المنى سواء كان فى النوم أو اليقظه، و إلا- لو كان للمنام مدخله لما تحقق البلوغ فى الرجال ما لم يتحقق الاحتلام و إن نكحوا و أولدوا و هو واضح البطلان، و اشترط خروجه من موضعه المعتاد مع إطلاق الأدله لوجوب حمل كلام الشارح على ما هو المعهود و المتعارف، فلو خرج من جرح و نحوه لم يعتد به، و عن بعضهم منهم صاحب الجواهر مطلق خروج المنى تمسكا بإطلاق النص.

(٥) لأصالة الاشتراك فى الأحكام، و لإطلاق (لا يتم بعد احتلام) كما فى وصيه النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم كما فى خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد (٣)، و لما روته العامه (من أن أم سلمه سألت النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم عن المرأه ترى فى منامها ما يرى الرجل، فقال: إذا رأته ذلك فلتغتسل) (٤).

و عن الصدوق و الشيخ فى النهايه و المبسوط و ابن حمزه و ابن البراج، و الحلى من كون الخروج علامه للرجل لأن الاحتلام بخروج الماء الدافق نادر فى النساء، و إليه ذهب الشافعى، و لكن ندرته فيهن لا يخرجهن عن كونه علامه عند خروجه.

(٦) ضروره حصول سبب البلوغ فى الفرجين سواء كان رجلا أم امرأه، و إنما الخلاف فيما لو أمنى من أحدهما، فعن الأكثر أنه لا يحكم ببلوغه لجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا-

ص: ٢٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحجر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ٩.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ١ ص ١٢٧.

(أو الانبات) (١) للشعر الخشن على العانه مطلقا (٢)، (أو البلوغ) أى إكمال (خمس عشره سنه) (٣) هلاله (٤) (فى الذكر) و الخشى (٥)، (و) إكمال (تسع فى الأنثى) على - يكون معتادا، و عن البعض أنه دليل البلوغ و إن احتمل كونه زائدا، لأنه لا يشترط فى المنى خروجه من الموضع المعتاد.

(١) بلا- خلاف فيه بيننا للأخبار منها: خبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السّلام (يا أبا خالد إن الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك، و بلغ خمس عشره سنه، أو يشعر فى وجهه أو ينبت فى عاتقه) (١)، و اعتبار الخشونه مع عدم التقييد به فى النص لمعلوماته عدم اعتبار الزغب و الشعر الضعيف الذى قد يوجد فى الصغر.

و منه تعرف ضعف ما عن أبى حنيفة من عدم الاعتداد بالإنبات مطلقا لأنه كغيره من الشعر فى الرأس و البدن.

و النص ظاهر بل صريح على نحو يشمل المسلم و الكافر، و عن الشافعى أنه علامه للمشرك فقط، لأنه لا طريق إلى معرفه بلوغهم سوى ذلك، لأنه لا يمكن الرجوع إليهم فى الإخبار بالسن و الاحتلام بخلاف المسلم.

(٢) للمسلم أو للمشرك، و يمكن أن يراد بالإطلاق فى الذكر و الأنثى و الخشى.

(٣) فى الذكر، على المشهور للأخبار منها: خبر حمزه بن حمران عن أبيه عن أبى جعفر عليه السّلام (سأله متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود التامه، و يقام عليه و يؤخذ بها؟ قال: إذا خرج عنه اليتيم و أدرك، قلت: فلذلك حدّ يعرف به؟ فقال: إذا احتلم أو بلغ خمس عشره سنه، أو أشعر أو أنبت قبل ذلك، أقيمت عليه الحدود التامه، و أخذ بها و أخذت له، قلت: فالجاريه متى تجب عليها الحدود التامه و تأخذ بها و يؤخذ لها؟ قال:

إن الجاريه ليست مثل الغلام، إن الجاريه إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع، و أقيمت عليها الحدود و أخذ لها و بها، قال: و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع، و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشره سنه، أو يحتلم أو يشعر، أو ينبت قبل ذلك) (٢).

و خالف ابن الجنيد فقال: بأربع عشره سنه، هذا و المراد ببلوغ خمس عشره سنه إكمالها فلا يكفى الشروع فيها، و ما قيل إنه يكتفى بالشروع ضعيف.

(٤) لأن المعبر من السنين القمرية دون الشمسية، لأن ذلك هو المعهود من شرعنا.

(٥) لا نص فيها بالخصوص، و لكن أصله عدم التكليف و البلوغ يقتضى استصحاب الحال-

ص: ٢١٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ٢.

المشهور (١)، (وقال) الشيخ (في المبسوط و تبعه ابن حمزه: بلوغها) أى المرأة (بعشر (٢)، و قال ابن إدريس: الإجماع) واقع (على التسع)، و لا يعتد بخلافها لشذوذ (٣) و العلم بنسبهما (٤)، و تقدمه عليهما و تأخره عنهما (٥)، و أما الحيض و الحمل للمرأة فدليلان على سبقه (٦)، و فى إلحاق اخضرار الشارب، و إنبات اللحية بالعانه قول قوى (٧)،...

-السابق و هو عدم البلوغ إلى أن يعلم المزبل و هو بلوغ خمس عشره سنه ما لم يحصل قبله أمر آخر.

(١) للأخبار، منها خبر حمزه بن حمران المتقدم.

(٢) كما عن الشيخ فى كتاب صوم المبسوط، و ابن حمزه فى خمس الوسيله لروايه غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا توطأ الجارية لأقل من عشر سنين) (١) و هى لا تقاوم أخبار التسع.

(٣) أى شذوذ الخلاف.

(٤) بناء على أن العلم بنسب المخالف لا يضر بحجيه الإجماع للقطع بعدم كونه هو الإمام المعصوم عليه السلام الذى هو مناط حجيه الإجماع.

(٥) أى لتقدم الإجماع عليهما و تأخره عنهما.

(٦) أى سبق البلوغ، بلا خلاف فيه، أما الحيض للأخبار منها: خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (ثلاث يتزوجن على كل حال، و ذكر من جملتها التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى يكون كذلك؟ قال: ما لم تبلغ تسع سنين، فإنها لا تحيض و مثلها لا تحيض) (٢) و لآزمه أنها تحيض إذا بلغت تسع سنين و عليه فيكون الحيض كاشفا عن بلوغها التسع.

و أما الحمل لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ابتاع جاريه و لم تطمث قال: إن كانت صغيره لا يتخوف. عليها الحبل فليس له عليها عده و ليطأها إن شاء، و إن كانت بلغت و لم تطمث فإن عليها العده) (٣) و مثله غيره.

(٧) قوى الشارح الإلحاق هنا مع أنه حكم بعدم فى المسالك، و عن الشيخ فى المبسوط جعل إنبات اللحية كاشفا عن البلوغ، و عن التذكرة نفى البأس بناء على أن العاده قاضيه-

ص: ٢١١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العدد حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

و يعلم السن بالبينه (١) و الشيع (٢)، لا بدعواه (٣) و الإنبات بهما (٤)، و بالاختبار، فإنه (٥) جائز مع الاضطرار إن جعلنا محله من العوره (٦)، أو بدونه (٧) على المشهور و الاحتلام بهما (٨)، و بقوله (٩)، و فى قبول قول الأبوين (١٠)، أو الأب فى السن وجه.

-بتأخر ذلك عن البلوغ، و لا بأس به لدلاله خبر حمزه بن حمران المتقدم عليه.

(١) لأنها حجه شرعيه.

(٢) المفيد للعلم و حجته ذاتيه.

(٣) لأن كلامه لا نفوذ له لأنه صبي، و يشترط فى نفوذه أن يكون بالغاً.

(٤) أى و يعلم الإنبات بالبينه و الشيع العلمى.

(٥) أى الاختيار.

(٦) كما عن أبى الصلاح الحلبي أنها من السرّه إلى الركبه.

(٧) أى بدون الاضطرار على المشهور من أنها خصوص الآله و البيضتان، و الفرج، و الدبر.

(٨) أى و يثبت الاحتلام بالبينه و الشيع.

(٩) لأنه لا يعرف إلا من قبله بخلاف الإنبات و السن، لإمكان الاختبار.

(١٠) لأنهما غير بينه شرعيه إذا البينه رجلان أو رجل و امرأتان، و وجه الأخذ بقولهما لثلاث- يلزم العسر و الحرج، لأن الغالب كونهما مطلعين و غيرهما غير مطلع، و قد ضعّف بأن قولهما ليس بحائز على شرائط البينه، و كذا قول الأب فقط.

ص: ٢١٢

كتاب الاعتكاف

اشاره

ص: ٢١٣

(و يلحق بذلك الاعتكاف)، و إنما جعله من لواحقه (١) لاشتراطه به (٢) و استجاباه مؤكدا فى شهر رمضان، و قله مباحته (٣) فى هذه المختصر عما يليق بالكتاب المفرد، (و هو مستحب) (٤) استجابا مؤكدا (خصوصا فى العشر الأواخر) (١) أى و إنما جعل المصنف الاعتكاف من لواحق الصوم.

(٢) أى لاشتراط الاعتكاف بالصوم.

(٣) أى و لكونه قليل المباحث لا يليق جعله كتابا مستقلا فى هذا الكتاب، لأن اللمعه بنيت على الاختصار.

(٤) فيدل على مشروعيته قوله تعالى: **وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ (١)**، و قوله تعالى: **أَنْ طَهَّرَا بَيْتِي لِلطَّائِفِينَ وَالْعَاكِفِينَ وَالرُّكَّعِ السُّجُودِ (٢)**، و يدل على استجاباه أخبار منها: خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام (اعتكف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى شهر رمضان فى العشر الأول، ثم اعتكف فى الثانيه فى العشر الوسطى، ثم اعتكف فى الثالثه فى العشر الأواخر، ثم لم يزل نبينا صلى الله عليه و آله و سلم يعتكف فى العشر الأواخر) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (من سعى فى حاجه أخيه المسلم فاجتهد فيها، فأجرى الله على يديه قضاها، كتب الله عز و جل له حجه و عمره، و اعتكاف شهرين فى المسجد الحرام و صيامهما) (٤).

ص: ٢١٥

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٨٧.

٢- (٢) سورة البقره الآيه: ١٢٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاعتكاف حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الاعتكاف حديث ١.

(من شهر رمضان) (١)، تأسيا بالنبي صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم، فقد كان يواظب عليه فيها (٢)، تضرب له قبه بالمسجد من شعر، و يطوى فراشه، وفاته عام بدر بسببها (٣) فقضاها في القابل، فكان (ص) يقول: إن اعتكافها يعدل حجتيين و عمرتين.

في اشتراط الصوم فيه و مدته و مكانه

(و يشترط) في صحته (الصوم) (٤) و إن لم يكن لأجله (٥) (فلا يصح إلا من مكلف (٦) يصح منه الصوم (٧)، في زمان يصح صومه) (٨)، و اشتراط التكليف فيه (١) لأخبار منها: خبر أبي العباس المتقدم، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم إذا كان العشر الأواخر اعتكف في المسجد، و ضربت له قبه من شعر، و شمّر المئزر و طوى فراشه) (١)، و مرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السّلام (كانت بدر في شهر رمضان، و لم يعتكف رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم فلما أن كان من قابل اعتكف عشرين، عشرا لعمامة، و عشرا قضاء لما فاتته) ٢ و خبر السكوني عن أبي عبد الله عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم: اعتكاف عشر في شهر رمضان تعدل حجتيين و عمرتين) ٣.

(٢) في العشر الأواخر.

(٣) أي بسبب واقعه بدر.

(٤) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا اعتكاف إلا بصوم) (٢)، و خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا اعتكاف إلا بصوم في مسجد جامع) ٥، و خبر الزهري عن علي بن الحسين عليه السّلام (و صوم الاعتكاف واجب) ٦.

(٥) أي و إن لم يكن الصوم لأجل الاعتكاف، حتى لو كان لصيام شهر رمضان، إذ غاية ما يشترط وقوعه مع صوم بلا خلاف فيه، و لما ورد من عمل النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم من اعتكافه في شهر رمضان.

(٦) بناء على تمرينه عباده الصبي، و قد عرفت أنها شرعية.

(٧) فلا يصح من الحائض و النفساء بلا خلاف، و أما المسافر فعن الشيخ و ابن إدريس استحباب الاعتكاف في السفر، لأنه عباده مطلوبه لا يشترط فيها الحضر، و عن الأكثر العدم لأن الحضر شرط في شرطه، أعنى في صومه.

(٨) فلا يصح في العيدين بلا خلاف، لأن الصوم شرط فيه و هو محرم في العيدين، و الشرط في الشرط شرط في المشروط.

ص: ٢١٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الاعتكاف حديث ١ و ٣ و ٢.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الاعتكاف حديث ٦ و ٣ و ٢.

مبنى على أن عباده الصبى تمرينا ليست صحيحه، و لا شرعيه و قد تقدم (١) ما يدل على صحه صومه (٢)، و فى الدروس صرح بشرعيته، فليكن الاعتكاف كذلك، أما فعله من المميز تمرينا فلا شبهه فى صحته كغيره (و أقله ثلاثه أيام) (٣) بينها ليلتان (٤)، فمحل نيته (٥) قبل طلوع الفجر. و قيل: يعتبر الليالى فيكون قبل الغروب، أو بعده (٦) على ما تقدم (٧)، (و المسجد الجامع) (٨) و هو ما يجتمع فيه أهل البلد و إن لم يكن أعظم، لا نحو مسجد القبيله.

(١) فى أول كتاب الصوم.

(٢) و إن كان تمرينيا.

(٣) بلا خلاف للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الاعتكاف أقل من ثلاثه أيام) (١) و موثق عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الاعتكاف أقل من ثلاثه أيام) ٢.

(٤) فليله اليوم الأول و ليله اليوم الرابع خارجتان، لأن المراد من اليوم لغه و عرفا من طلوع الفجر إلى غروب الشمس، و خالف الفاضل و ثانى الشهيدين فى المسالك لدخول ليله اليوم الثانى و الثالث، و فيه إن دخولهما فى اليومين الأخيرين لا لكون مسمى اليوم كذلك بل لظهور النص فى استمرار حكم الاعتكاف.

و فائده النزاع هذا: أن على الأول تكون النيه عند طلوع فجر اليوم الأول متقدمه عليه أو مقارنه له، و على الثانى عند غروب الشمس من اليوم السابق.

(٥) قام الإجماع على كون الاعتكاف عباده، و كل عباده يشترط فيها النيه، و النيه لا بد أن يقع الفعل عنها فلذا لا بد أن تقارنه أو تتقدم عليه.

(٦) أى بعد الغروب.

(٧) فى نيه الصوم.

(٨) وقع الاتفاق على أن الاعتكاف لا يقع إلا فى مسجد، و إنما اختلفوا فى تعيينه، فعن الشيخ و المرتضى و الحلبي و الحلبي، و هم الأكثر كما فى الدروس تخصيصه بأحد المساجد الأربعة: مسجد الحرام، و مسجد النبى صلى الله عليه و آله و سلم، و مسجد الكوفه، و مسجد البصره، لصحيح عمر بن يزيد (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما تقول فى الاعتكاف ببغداد فى بعض مساجدها؟ قال: لا يعتكف إلا فى مسجد جماعه قد صلى فيه إمام عدل جماعه، و لا -

ص: ٢١٧

(و الحصر فى الأربعة) الحرمين و جامع الكوفه و البصره، أو المدائن بدله، (أو الخمسه) المذكوره، بناء على اشتراط صلاه نبى، أو إمام فيه (ضعيف)، لعدم ما يدل على الحصر، و إن ذهب إليه الأكثر،

فى اشتراط الإقامه بمعتكفه

(و الإقامه بمعتكفه (١)، فيبطل) الاعتكاف -بأس بأن يعتكف فى مسجد الكوفه و البصره و مسجد المدينه و مسجد مكه(١)، و لمرسل المفيد فى المقنعه (روى أنه لا- يكون الاعتكاف إلا فى مسجد جمع فيه نبى أو وصى نبى، قال: و هى أربعة مساجد: المسجد الحرام جمع فيه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و مسجد المدينه جمع فيه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و أمير المؤمنين عليه السلام، و مسجد الكوفه و مسجد البصره جمع فيهما أمير المؤمنين عليه السلام)٢.

و عن والد الصدوق إبدال مسجد البصره بمسجد المدائن، و عن الصدوق ضمه إلى الأربعة، لأن الإمام الحسن عليه السلام قد جمع فيه(٢)، و المتجه حينئذ ضمه إلى الأربعة كما عن الصدوق لا إبداله، و لكن هذه الأخبار معارضه بالأكثر عددا التى تجوز الاعتكاف فى كل مسجد جامع و الترجيح لها، و بها قال المفيد و المحقق فى المعبر و الشهيدان و سيد المدارك و كثير من المتأخرين، و منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا اعتكاف إلا بصوم فى مسجد جامع)(٣)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (لا يصلح الاعتكاف إلا فى المسجد الحرام أو مسجد الرسول صلى الله عليه و آله و سلم، أو مسجد الكوفه، أو مسجد جماعه، و تصوم ما دمت معتكفا)٥، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يصلح العكوف فى غيرها - يعنى غير مكه - إلا- أن يكون فى مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، أو فى مسجد من مساجد الجماعه)٦، و خبر يحيى بن العلاء الرازى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون اعتكاف إلا فى مسجد جماعه)٧.

هذا و يمكن الجمع بكون المواطن الأربعة أو الخمسه أظهر المصاديق أو أفضلها.

(١) أى استدامه اللبث فى المسجد، بلا خلاف فيه، لأخبار منها: خبر داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا ينبغي للمعتكف أن يخرج من المسجد الجامع إلا- لحاجه لا بد منها، ثم لا يجلس حتى يرجع، و المرأه مثل ذلك)(٤) و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمعتكف أن يخرج من المسجد إلا إلى الجمعة، أو جنازه، أو غائط)٩-

ص: ٢١٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الاعتكاف حديث ٨ و ١٢.

٢- (٣) كما فى مرآه العقول ج ٣ ص ٢٤٦.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الاعتكاف حديث ١ و ٧ و ٣ و ٦.

٤- ((٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الاعتكاف حديث ١ و ٦.

(بخروجه) (١) منه و إن قصر الوقت (إلا- لضروره) كتحصيل مأكول، و مشروب، و فعل الأول (٢) فى غير لمن عليه (٣) فيه غضاضه، و قضاء حاجه، و اغتسال واجب (٤) لا- يمكن فعله فيه، و نحو ذلك مما لا بد منه، و لا يمكن فعله فى المسجد، و لا يتقدّر معها بقدر إلا يزوالها نعم لو خرج عن كونه معتكفا (٥) بطل مطلقا، و كذا لو خرج ناسيا فطال، و إلا رجع حيث ذكر (٦)، فإن آخر بطل.

(أو طاعه كعياده مريض) مطلقا (٧)، و يلبث عنده بحسب العاده لا أزيد، (أو شهاده) تحملا و إقامه (٨)، إن لم يمكن بدون الخروج، سواء تعينت عليه، أم -و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- ينبغى للمعتكف أن يخرج من المسجد إلا لحاجه لا- بدّ منها، ثم لا- يجلس حتى يرجع، و لا- يخرج فى شىء إلا- لجنازه، أو يعود مريضا، و لا يجلس حتى يرجع، قال: و اعتكاف المرأه مثل ذلك) (١)، و الحاجه هى الضروره الشرعيه أو العقليه أو العاديه.

(١) ضروره أن اللبث شرط فى الاعتكاف، و مع عدمه ينعدم المشروط، و المنافى هو خروج جميع بدنه لا بعضه لما روته العامه عن عائشه أنها قالت (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يدنى إلى رأسه لا رجله) (٢)، و ذهب الشارح فى المسالك إلى أنه يتحقق بخروج البعض و هو غير واضح المستند.

(٢) أى الأكل.

(٣) أى لمن كان على الأكل فى المسجد غضاضه.

(٤) قيد بالواجب لأنه الذى يتعدى إلى المسجد منه النجاسه، بخلاف الغسل المستحب:

(٥) لأن الماحى لصوره الاعتكاف يبطله، و إن كان لحاجه ضروريه أو غيرها، و سواء كان لنسيان أو لغيره.

(٦) ما خرج للنسيان غير ضائر لحديث الرفع (٣).

(٧) سواء كان مؤمنا أم لا، و مهما كان مرضه، و قد تقدم التصريح به فى الأخبار.

(٨) أما التحمل أى ترى بعينك الشىء الذى ظلم به أخوك، و الإقامه هى تأديتها عند الحاكم، و هى و إن لم يرد بها نص بخصوصه إلا أنها مندرجه تحت عنوان الحاجه.

ص: ٢١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الاعتكاف حديث ٢.

٢- (٢) صحيح البخارى ج ٣ ص ٦٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

لا، (أو تشيع مؤمن) (١) و هو توديعه، إذا أراد سفرا إلى ما يعتاد عرفا، و قيده بالمؤمن تبعا للنص (٢)، بخلاف المريض لإطلاقه (٣)، ثم لا يجلس لو خرج (٤)، و لا يمشى تحت الظل (٥) اختيارا) قيد فيهما (٦)، أو فى الأخير، لأن الاضطراب فيه أظهر، بأن لا يجد طريقا إلى مطلبه إلا تحت ظل.

و لو وجد طريقين (٧) إحداهما لا ظل فيها سلكها و إن بعدت، و لو وجد (١) فلم يرد نص فيه بخصوصه لكنه مندرج تحت عنوان الحاجة، و هذا ما اعترف به صاحب الجواهر و سيد المدارك و غيرهما.

(٢) قد عرفت عدم ورود خبر يدل على خروج المعتكف لتشيع المؤمن، و إنما المراد بالنص هو ما ورد فى استحباب تشيع المؤمن كما فى مرسل الصدوق عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يخرج يشيع أخاه مسيره يومين أو ثلاثه، فقال: إن كان فى شهر رمضان فليفطر، قلت: فأيهما أفضل يصوم أو يشيعه؟ قال: يشيعه، إن الله قد وضع عنه الصوم إذا شيعه) (١) و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن الرجل يشيع أخاه اليوم و اليومين فى شهر رمضان، قال: يفطر و يقصّر فإن ذلك حق عليه) (٢).

(٣) أى لإطلاق النص كما فى صحيح الحلبي المتقدم.

(٤) أما الجلوس تحت الظلال فممنوع بلا- خلاف فيه، و قد تقدم صحيح الحلبي (و لا يجلس حتى يرجع) (٣) و خبر داود بن سرحان (ثم لا يجلس حتى يرجع) ٤، أيضا قد ورد فى خبر داود الآخر (لا تخرج من المسجد إلا لحاجه لا بدّ منها، و لا تقعد تحت ظلال حتى تعود إلى مجلسك) ٥، و حمل الأولين على الأخير يوجب تقييد الجلوس بما تحت الظلال كما عن الشيخين و الفاضلين و المرتضى و سلالر و أبى الصلاح و ابن إدريس، و عن بعضهم أنه لا يجب التقييد إلا إذا قلنا بمفهوم اللقب، و هو ضعيف فلذا أطلقوا حكم منع الجلوس من غير تقييد بما تحت الظلال.

(٥) كما عن جماعه منهم الشيخ للإجماع المدعى فى الانتصار، و دليلهم غير ظاهر.

(٦) أى فى الجلوس و المشى.

(٧) قدّم الذى لا ظل فيه على الذى فيه ظل بناء على أن الأول منهى عنه، و إن أوجب سلوك -

ص: ٢٢٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب من يصح منه الصوم حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صلاه المسافر حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الاعتكاف حديث ٢ و ١ و ٣.

فيهما قَدَم أقلهما ظلاً (١)، و لو اتفقا قدرا فالأقرب (٢). و الموجود فى النصوص هو الجلوس تحت الظلال، أما المشى فلا، و هو الأقوى و إن كان ما ذكره أحوط، فعلى ما اخترناه (٣)، لو تعارض المشى فى الظل بطريق قصير، و فى غيره بطويل قَدَم القصير (٤)، و أولى منه لو كان القصير أطولهما ظلاً (٥)، (و لا يصلى إلا بمعتكفه) (٦) فيرجع الخارج لضروره إليه (٧)، و إن كان فى مسجد آخر أفضل منه، إلا مع الضروره كضيق الوقت، فيصلها حيث أمكن، مقدما للمسجد مع الإمكان (٨)، -الأول زياده زمان الخروج، فالزياده غير مضره ما دام الخروج ضرورياً.

(١) لأن الضرورات تقدر بقدرها.

(٢) لأن المشى فى الظل فيهما على حد سياتن، فوجب أن يقدم الأقرب لأن سلوك غيره موجب لزياده اللبث خارج المسجد من دون اضطراب و هذا ما يبطل الاعتكاف.

(٣) من عدم حرمة المشى تحت الظل.

(٤) و إن كان تحت الظل لعدم حرمة لثلا يلزم بسلوك الطويل زياده لبث خارج المسجد المبطل للاعتكاف.

(٥) فإذا قدم القصير ذو الظل على الطويل الخالى عنه فمن باب أولى يقدم القصير ذو الظل الأكثر على الطويل الذى فيه ظل أقل، لأن فى الثانى هناك قدرا من الظل مشتركاً بين الطريقين بخلاف الأول.

(٦) أى لا يجوز له الصلاه خارج المسجد الذى اعتكف فيه، إذا خرج منه لضروره و ذلك لأن الخروج للضروره فيقدر بقدرها، إلا فى مكه فإذا خرج من مسجدها للضروره فيجوز له الصلاه فى أى من بيوتها، بلا خلاف فى ذلك كله، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (المعتكف بمكه يصلى فى أى بيوتها شاء، سواء عليه صلى فى المسجد أو فى بيوتها - إلى أن قال - و لا يصلى المعتكف فى بيت غير المسجد الذى اعتكف فيه إلا بمكه) (١). و مثله غيره، و يستثنى من ذلك صلاه الجمعة لو أقيمت فى غير مسجد اعتكافه فى غير مكه، لأنه خروج شرعى، و يدل عليه صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس للمعتكف أن يخرج من المسجد إلا إلى الجمعة أو جنازه أو غائط) (٢).

(٧) إلى معتكفه.

(٨) لأنه مطالب بإيقاعها فى مسجد اعتكافه، و مع الضروره فينزل عن عنوان مسجد اعتكافه -

ص: ٢٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الاعتكاف حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الاعتكاف حديث ٦.

و من الضروره إلى الصلاه فى غيره إقامه الجمعه فيه دونه (١) فيخرج إليها، و بدون الضروره لا تصح الصلاه أيضا، للنهى (إلا فى مكه) فيصلى إذا خرج لضروره بها حيث شاء، و لا يختص بالمسجد.

فى وجوبه بالنذر و شبهه و مضى يومين

(و يجب الاعتكاف بالنذر و شبهه) من عهد و يمين (٢)، و نيابه عن الأب إن وجبت (٣)، و استتجار عليه (٤)، و يشترط فى النذر، و أخويه إطلاقه (٥) فيحمل على ثلاثه، أو تقييده بثلاثه فصاعدا، أو بما لا ينافى الثلاثه (٦)، كنذر يوم لا أزيد، و أما الأخيران (٧) فبحسب الملتزم فإن قصر عنها اشترط إكمالها فى صحته، و لو عن نفسه (٨)، (و بمضى يومين) و لو مندوبين فيجب الثالث (على الأشهر) (٩)، - إلى مطلق المسجد إن أمكن.

(١) أى فى غير معتكفه و الضمير فى (دونه) راجع إلى معتكفه، و المعنى فيخرج إلى الجمعه المقامه فى غير معتكفه.

(٢) لوجوب الوفاء بالنذر و أخويه كما سيأتى فى أبوابه.

(٣) أى وجبت النياه، فالاعتكاف الواجب على الأب ينتقل إلى ولده بناء على وجوب قضاء ما فات عن الوالد مطلقا من صلاه و صوم و اعتكاف و غيره.

(٤) أى على الاعتكاف لوجوب الوفاء بعقد الإجاره.

(٥) فيجب أن يؤتى به ثلاثه أيام لأنها أقل ما يتحقق به المطلق.

(٦) لأن ما ينافيها لا ينعقد به النذر، لأنه غير مشروع.

(٧) أى النياه و الاستتجار.

(٨) كما لو كان مستأجرا على يوم واحد من الاعتكاف، فيشترط فى صحه اعتكاف هذا اليوم إكماله بيومين آخرين من عنده و عن نفسه و بدون أجره.

(٩) للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم. كما فى روايه الكافى - عن أبى جعفر عليه السلام (إذا اعتكف الرجل يوما و لم يكن اشترط فله أن يخرج و أن يفسخ الاعتكاف، و إن أقام يومين و لم يكن اشترط فليس له أن يفسخ اعتكافه حتى تمضى ثلاثه أيام) (١)، و صحيح أبى عبيده - كما فى روايه الكافى - عن أبى جعفر عليه السلام (من اعتكف ثلاثه أيام فهو يوم الرابع بالخيار، إن شاء زاد ثلاثه أيام آخر، و إن شاء خرج من المسجد، فإن أقام يومين بعد الثلاثه فلا يخرج من المسجد حتى يتم ثلاثه أيام آخر) ٢، و ذيل الخبر الثانى ظاهر فى -

ص: ٢٢٢

لدلاله الأخبار عليه، (و في المبسوط) يجب (بالشروع) مطلقا (١)، و على الأشهر يتعدى إلى كل ثالث على الأقوى كالسادس و التاسع لو اعتكف خمسه و ثمانية، و قيل: يختص بالأول (٢) خاصه، و قيل في المندوب، دون ما نذر خمسه فلا يجب السادس، و مال إليه المصنف في بعض تحقیقاته.

و الفرق (٣) أن الیومین فی المندوب منفصلان عن الثالث شرعا، و لما كان أقله ثلاثه كان الثالث هو المتمم للمشروع، بخلاف الواجب، فإن الخمسه فعل واحد -وجوب كل ثالث لا- خصوص ثالث الأيام الأول أو الثانيه فقط، نعم هاتان الروایتان رواهما الشيخ بإسناده عن علی بن الحسن بن فضال و مذهبه فاسد كما فی الخلاصه لا یضر بعد كون طریق الكافي فی أعلى مراتب الصحه، و بعد كون ابن فضال موثقا حتى فی الخلاصه. و منه تعرف ضعف ما عنه السيد و الحلبي و المحقق فی المعبر و العلامه فی المنتهى و المختلف و القواعد من أنه لا- يجب إتمام الاعتكاف المندوب حتى فی الیوم الثالث لعدم الفرق بین أيامه مع استصحاب جواز عدم المضى، و أن مثله مثل الصلاه المندوبه، و الخبران السابقان حجه تدفع هذا القول.

و عن الشيخ و الحلبي و ابن زهره عدم جواز قطع الاعتكاف المندوب مطلقا، بحيث يجب إتمامه بعد الشروع فيه، و قال سيد المدارك (أما القائلون بوجوبه بالدخول فيه فلم نقف لهم على مستند) نعم استدل لهم بما دل على حرمه إبطال العمل كقوله تعالى: وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ (١)، و لما دل على وجوب الكفاره بالجماع قبل تمام ثلاثه أيام كما سيأتى دليله، و فيه: إن وجوب الكفاره لهتك الاعتكاف المستحب، و حرمه الإبطال مخصص بالخبرين السابقين.

(١) و إن لم يمض يومان.

(٢) أى بالثالث الأول فقط دون السادس و التاسع، و قد نقل عن المصنف في بعض تحقیقاته قوله (و كان شيخنا عميد الدين يومى إلى عدم وجوب السادس و ما بعده و لو قلنا بوجوب الثالث، و لعله و قوف على مورد النص، و الميل بالأصل و اتصال الاعتكاف بعبه ببعض، و على هذا الوجه يقوى فى الواجب عدم وجوب السادس)، و يدفعه صحيح أبى عبيده المتقدم كما تقدم الكلام فيه.

(٣) بين وجوب الثالث فى المندوب و كذا السادس، و بين عدم وجوب السادس فى الواجب المندوب.

ص: ٢٢٣

واجب متصل شرعا. وإنما نسب الحكم إلى الشهره، لأن مستنده من الأخبار غير نقى السند (١)، و من ثم ذهب جمع إلى عدم وجوب النفل مطلقا (٢).

في جواز الاشتراط في ابتدائه

(و يستحب) للمعتكف (الاشتراف) (٣) في ابتدائه (٤)، للرجوع فيه عند العارض (٥) (كالمحرم) فيرجع عنده، و إن مضى يومان (٦)، (وقيل): يجوز اشتراط (١) لوجود على بن الحسن بن فضال في سند الروايتين كما في روايه الشيخ، و قد عرفت أنهما في أعلى مراتب الصحه كما في روايه الكافي.

(٢) حتى في اليوم الثالث.

(٣) بلا خلاف للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (و ينبغي للمعتكف إذا اعتكف أن يشترط كما يشترط الذي يحرم) (١)، و موثق عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (و اشترط على ربك في اعتكافك كما تشترط في إحرامك أن يحلك من اعتكافك عند عارض إن عرض لك من عله تنزل بك من أمر الله تعالى) (٢)، و صريح الأول الاستحباب، كما أن التشبيه يقتضيه لأن الاشتراط في المحرم مستحب كما سيأتي.

(٤) حين النيه لانصراف النصوص، بل بعضها صرح بذلك في إحرام الحج كما في خبر الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (يقول حين يريد أن يحرم: أن حلنى حيث حبستنى) (٢).

(٥) كما صرح بذلك جماعه منهم الفاضل في التذكرة لصريح موثق عمر بن يزيد المتقدم، و للتشبه بالمحرم لأن فكه لا يكون إلا- بعارض و عن الأ-كثر جواز الرجوع فيه حتى في اليوم الثالث و عند عدم العارض إذا اشترط فيكون المضى تابعا لاختياره، لمفهوم صحيح ابن مسلم المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام (و إن أقام يومين و لم يكن اشترط فليس له أن يفسخ اعتكافه حتى تمضى ثلاثه أيام) (٣) و مفهومه أنه يجوز له الفسخ إذا اشترط مطلقا، و فيه أنه مقيد بما سمعت.

(٦) على المشهور كما يقتضيه مفهوم صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (و إن أقام يومين و لم يكن اشترط فليس له أن يفسخ اعتكافه حتى تمضى ثلاثه أيام) (٥)، و عن المبسوط المنع في الثالث لإطلاق ما دل على المنع عن الخروج في الثالث، و لكنه مقيد بما عرفت.

ص: ٢٢٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الاعتكاف حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الاعتكاف حديث ١.

الرجوع فيه (مطلقا (١) فيرجع متى شاء، وإن لم يكن لعارض، واختاره في الدروس، والأجود الأول. وظاهر العبارة يرشد إليه (٢)، لأن المحرم يختص شرطه بالعارض، إلا- أن يجعل التشبيه في أصل الاشتراط ولا فرق في جواز الاشتراط بين الواجب وغيره (٣)، لكن محله في الواجب وقت النذر وأخويه (٤)، لا وقت الشروع، وفائده الشرط في المندوب سقوط الثالث لو عرض بعد وجوبه (٥) ما يجوز الرجوع، وإبطال الواجب مطلقا (٦).

(فإن شرط وخرج فلا قضاء) في المندوب مطلقا (٧)، وكذا الواجب المعين، أما المطلق فقليل: هو كذلك، وهو ظاهر الكتاب وتوقف في الدروس، وقطع المحقق بالقضاء، وهو أجود، ولو لم يشترط ومضى يومان) في المندوب (أتم) (١) حتى مع عدم العارض.

(٢) أى إلى الأول حيث جعله شبيها بالمحرم.

(٣) لإطلاق نصوص الاشتراط.

(٤) على المشهور لأن الاعتكاف تابع للنذر، وعن الحدائق والمدارك أن نيته وقت الشروع بالاعتكاف لأن ظاهر النصوص على ذلك، وفيه: إنها ناظره إلى الاعتكاف غير المندوب.

(٥) وذلك بمضى يومين من الاعتكاف، ولا يجب إكماله مع الشرط كما صرحت بذلك النصوص، والمفروض قد اشترط، ومع عدم وجوب إكماله فلم يثبت وجوبه في الذمه حتى يجب قضاؤه.

(٦) سواء كان في اليومين الأولين أو في اليوم الثالث، وعليه فإذا كان الواجب مندورا على نحو التعيين في أيام مخصوصه فلا يجب قضاؤه لعدم تحقق موضوع الفوت لأنه يجوز له الرجوع عنه، ولا يكون الرجوع مخالف للنذر حتى يصدق عنوان الفوت، وهذا مما لا خلاف فيه، نعم لو كان الواجب المندوب مطلقا - أعنى لم يتعين زمانه - فلا بد من وجوب الإتيان به بعد ذلك، وعن المشهور أنه لا- قضاء لأن المأتى به من الاعتكاف وإن خرج في أثناءه بالشرط قد حقق الوفاء بالنذر، والأجود الأول لأن النذر تعلق بأصل الاعتكاف وإن جاز له الخروج بالشرط عند تحقق العارض، فلا بد من الامتثال. وهذا ما عليه المحقق في المعتمد والعلامة في المنتهى والتذكرة والشارح في المسالك وسيد المدارك.

(٧) أما في اليوم الثالث فقد تقدم الكلام فيه، وأما في اليومين الأولين، فواضح لأنه متبرع فيجوز له الرجوع من دون قضاء مع عدم الشرط، فكيف إذا اشترط، ثم إن المراد بالقضاء هنا هو الإتيان.

الثالث وجوبا، وكذا إذا أتم الخامس وجب السادس، وهكذا كما مر،

في ما يحرم عليه و ما يفسده

(و يحرم عليه نهارا ما يحرم على الصائم) (١) حيث يكون الاعتكاف واجبا، وإلا فلا وإن فسد في بعضها (٢)،(و ليلا و نهارا الجماع) (٣) قبلا و دبرا،(و شم الطيب) (٤)، و الرياحين (٥) على الأقوى، لورودها (٦) معه في الأخبار و هو مختاره في الدروس، (و الاستمتاع بالنساء) (٧) لمسا و تقييلا و غيرهما (٨)، و لكن لا يفسد به (٩) الاعتكاف على الأقوى (١٠)، بخلاف الجماع.

(١) إذا كان الاعتكاف واجبا، لأنه لا يصح إلا بصوم، فيفسد بفساد شرطه.

(٢) أي أن تناول بعض ما يحرم على الصائم يفسد الاعتكاف المندوب، و لكنه ليس بحرام على المعتكف، لأن الاعتكاف المندوب لا يجب إكماله إلا بعد مضي يومين منه كما تقدم.

(٣) بلا- خلاف لقوله تعالى: **وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ** (١)، و لموثق الحسن بن الجهم عن أبي الحسن عليه السلام (عن المعتكف يأتي أهله؟ فقال عليه السلام: لا- يأتي امرأته ليلا و لا نهارا و هو معتكف) (٢) و الإتيان يشمل القبل و الدبر.

(٤) على المشهور لصحيح أبي عبيده عن أبي جعفر عليه السلام (المعتكف لا يشم الطيب و لا يتلذذ بالريحان، و لا يمارى و لا يشتري و لا يبيع) (٣)، و خالف الشيخ في المبسوط و ذهب إلى عدم حرمة، و دليله غير ظاهر.

(٥) كما نسب إلى الأكثر لصحيح أبي عبيده المتقدم.

(٦) أي لورود الرياحين مع الطيب.

(٧) على المشهور لقوله تعالى: **وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ** (٤)، بدعوى أنه يشمل اللمس و التقييل و النظر بشهوه، و عن المستمسك أن المباشرة مخصوص بالجماع، و عن الشيخ في التهذيب جواز ما عدا الجماع، و قال صاحب الجواهر يصعب إقامه الدليل على حرمة النظر بشهوه، و قصر المباشرة على الجماع غير واضح نعم جعله شاملا للنظر بشهوه ليس في محله.

(٨) كالنظر بشهوه.

(٩) بالاستمتاع.

(١٠) كما عن الفاضل في المختلف، لأن النهي قد تعلق بأمر خارج عن العبادة، و فيه: كل -

ص: ٢٢٦

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الاعتكاف حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الاعتكاف حديث ١.
- ٤- (٤) سورة البقره الآيه: ١٨٧.

(و يفسده ما يفسد الصوم) من حيث فوات الصوم، الذى هو شرط الاعتكاف، (و يكفر) للاعتكاف زياده على ما يجب الصوم (١) (إن أفسد الثالث) (٢) مطلقا (٣)، (أو كان واجبا) و إن لم يكن ثالثا، (و يجب بالجماع فى الواجب نهارا كفارتان، إن كان فى شهر رمضان) (٤) إحداهما عن الصوم، و الأخرى عن الاعتكاف، (و قيل): تجب الكفارتان بالجماع فى الواجب (مطلقا) (٥)، و هو ضعيف.

-من قال بحرمة قال بإفساده لأن النهى عنه و عن الجماع بعباره واحده فكما أوجب الفساد فى الجماع يوجه فى غيره.

(١) كما إذا كان صوم شهر رمضان.

(٢) ذهب الشيخ و المحقق و أكثر المتأخرين إلى أن الكفاره لا- تجب إلا- بالجماع دون ما عداه من المفطرات الموجه لإبطال الاعتكاف، للأخبار منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن معتكف واقع أهله، قال: عليه ما على الذى أفطر يوما من شهر رمضان متعمدا، عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا) (١)، و عن المفيد و السّيدى و العلامة و جوب الكفاره بفعل كل مفطر، إلحاقا لغير الجماع بالجماع، و فيه:

إنه قياس و لذا قال فى المعبر لا أعرف مستندهم.

ثم خصت الكفاره باليوم الثالث لوجوبه دون الأولين لأنه يجوز له أن يرجع عن الاعتكاف، و منه تعرف حكم الكفاره فى الاعتكاف الواجب مطلقا.

(٣) و إن لم يكن الأول و الثانى واجبا.

(٤) بلا- خلاف فيه لخبر عبد الأعلى بن أعين عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل وطأ امرأته و هو معتكف ليلا فى شهر رمضان، قال: عليه الكفاره، قلت: فإن وطأها نهارا؟ قال:

عليه كفارتان) (٢)، و قال سيد المدارك (و نقل عن السيد المرتضى - رضى الله عنه - أنه أطلق وجوب الكفارتين على المعتكف إذا جامع نهارا، و الواحده إذا جامع ليلا، قال فى التذكرة: و الظاهر أن مراده رمضان، و استقرب الشهيد فى الدروس هذا الإطلاق، قال:

لأن فى النهار صوما و اعتكافا، و هو ضعيف، لأن مطلق الصوم لا يترتب على إفساده الكفاره كما هو واضح) انتهى.

(٥) و إن لم يكن فى شهر رمضان كما فى ثالث يوم من الاعتكاف.

ص: ٢٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الاعتكاف حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الاعتكاف حديث ٤.

نعم لو كان وجوبه متعينا بنذر و شبهه، وجب بإفساده كفاره بسببه (١)، و هو أمر آخر (٢) و فى الدروس ألحق المعين برمضان مطلقا (٣)، (و) فى الجماع (ليلا) كفاره (واحد) فى رمضان و غيره (٤)، إلا أن يتعين بنذر و شبهه فيجب كفاره بسببه أيضا لإفساده، و لو كان إفساده بياقى مفسدات الصوم غير الجماع وجب نهارا كفاره واحده (٥)، و لا- شىء ليلا إلا أن يكون متعينا بنذر و شبهه فيجب كفارته (٦) أيضا، و لو فعل غير ذلك من المحرمات على المعتكف كالتطيب و البيع و الممارات (٧) أثم، و لا كفاره (٨)، و لو كان (٩) بالخروج فى واجب متعين بالنذر و شبهه وجبت كفارته (١٠)، و فى ثالث المندوب الإثم و القضاء (١١) لا غير (١٢)، و كذا لو أفسده (١٣) بغير الجماع، و كفاره الاعتكاف ككفاره رمضان فى قول (١٤)، و كفاره (١) أى بسبب خلف النذر.

(٢) غير كفاره الصوم بما هو صوم.

(٣) قيد للمعين، و المتعين إما بنذر و إما شهر رمضان المضيق، فإن كان متعينا بنذر فتجب كفاره خلف النذر مع كفاره إفساد الاعتكاف، و إن كان قضاء شهر رمضان فتجب كفاره قضاء شهر رمضان مع كفاره إفساد الاعتكاف، فالمدار على تعدد الكفاره و اتحادها على تعدد السبب و اتحاده.

(٤) لإطلاق موثق ابن الجهم المتقدم.

(٥) إن كان فى شهر رمضان.

(٦) أى كفاره خلف النذر.

(٧) كما فى صحيح أبى عبيده المتقدم.

(٨) عدم الكفاره لأنها مختصه بالجماع، و الإثم لمخالفته النهى.

(٩) أى و لو كان إفساد الاعتكاف بالخروج عن المسجد.

(١٠) أى كفاره خلف النذر.

(١١) أما الإثم فللنهي، و أما القضاء فلو جوبه عليه مع عدم الخروج عن العهد فيجب عليه إتيانه ثانيا و هذا هو معنى القضاء هنا، كما تقدم، و إن كان إتيانه ثانيا يستدعى الإتيان بالأيام الثلاثه إذ لا اعتكاف أقل من ثلاثه.

(١٢) لأن الكفاره مخصوصه بالجماع.

(١٣) بالأكل و الشرب و بما يحرم على الصائم.

(١٤) على المشهور لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن معتكف واقع أهله، قال:

عليه ما على الذي أفطر يوماً من شهر رمضان متعمداً، عتق رقبة أو صيام شهرين -

ص: ٢٢٨

ظهار في آخر، و الأول أشهر، و الثاني أصح روايه.

(فإن أكره المعتكفه) (١) عليه نهارا في شهر رمضان مع وجوب الاعتكاف (فأربع)، اثنتان عنه، و اثنتان يتحملهما عنها (على الأقوى) بل قال في الدروس:

إنه لا- يعلم فيه مخالفًا، سوى صاحب المعتبر، و في المختلف أن القول بذلك لم يظهر له مخالف، و مثل هذا هو الحجه و إلا فالأصل يقتضى عدم التحمل فيما لا نص عليه، و حينئذ (٢) فيجب عليه ثلاث كفارات اثنتان عنه للاعتكاف و الصوم، و واحده عنها للصوم، لأنه منصوص التحمل، و لو كان الجماع ليلا فكفارتان عليه (٣) على القول بالتحمل.

-متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً(١) و عن الشارح في المسالك و سيد المدارك، و نسبه الشيخ في المبسوط إلى بعض أصحابنا أنها كفاره ظهار أى مرتبه لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن المعتكف يجمع - أهله - قال: إذا فعل فعليه ما على المظاهر) ٢،

و صحيح أبي ولاد الحنات (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه كان زوجها غائبا فقدم و هي معتكفه بإذن زوجها، فخرجت حين بلغها قدومه من المسجد إلى بيتها، فتهيات لزوجها حتى واقعها، فقال: إن كانت خرجت من المسجد قبل أن تقضى ثلاثه أيام و لم تكن اشترطت في اعتكافها فإن عليها ما على المظاهر) ٣، و حملت هاتان الروايتان على الاستحباب جمعا عرفيا.

(١) أى أكره المعتكف زوجته المعتكفه على الجماع و هما صائمان في شهر رمضان فليل إن عليه أربع كفارات، اثنتان عنه و اثنتان عنها، كما عن السيد و الشيخ و عن المختلف أنه قول مشهور لعلمائنا لم يظهر له مخالف، و الوجه فيه إلحاق الاعتكاف بالصوم في تحمل الكفاره مع الإكراه.

و عن المحقق في المعتبر أنه يلزمه كفارتان فقط للأصل و هو عدم التحمل إلا ما دل عليه الدليل، و الدليل قد ورد في صوم رمضان في إلحاق الاعتكاف به قياس لا نقول به.

و أشكل عليه بأنه يلزم على المعتكف ثلاث كفارات، كفارتان عنه، و كفاره الصوم عنها لأنها منصوصه كما تقدم في كتاب الصوم.

(٢) أى حين إعمال الأصل المذكور.

(٣) كفاره عنه و كفاره عنها.

ص: ٢٢٩

(كتاب الحج (١) و فيه فصول):

الفصل الأول. فى شرائطه و أسبابه

القول فى المقدمات

إشارة

الأول. فى شرائطه و أسبابه

فى الاستطاعة

(يجب الحج...) (١) و هو من أعظم شعائر الإسلام، و أفضل ما يتقرب به إلى الملك العلام، لما فيه من إذلال النفس و إتعاب البدن، و هجران الأهل و التغرب عن الوطن، و رفض العادات و ترك اللذات و الشهوات، و لما فيه من المنافرات و المكروهات و إنفاق المال و شد الرحال و مقاساة الأهوال، فهو رياضه نفسانية و طاعه مالهية، و عباده بدنية، قوله و فعلية، وجودية و عدمية، و هذا من خواص الحج إذ لم تجتمع هذه الفنون فى غيره من العبادات و الطاعات، و قد ورد الحث و الترغيب عليه ففى خبر الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: و يذكر الحج فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هو أحد الجهادين، هو جهاد الضعفاء و نحن الضعفاء، أما إنه ليس شىء أفضل من الحج إلا الصلاة، و فى الحج هاهنا صلاة و ليس فى الصلاة قبلكم حج، لا تدع الحج و أنت تقدر عليه، أما ترى أنه يشعث فيه رأسك و يقشف فيه جلدك، و تمتنع فيه من النظر إلى النساء، و إنا نحن هاهنا و نحن قريب و لنا مياه متصله ما نبلغ الحج حتى يشق علينا، فكيف أنتم فى بعد البلاد، و ما من ملك و لا- سوقه يصل إلى الحج إلا بمشقه فى تغيير مطعم أو مشرب، أو ريح أو شمس لا يستطيع ردها، و ذلك قوله عز و جل: و تحمل أثقالكم إلى بلد لم تكونوا بالغيه إلا بشق الأنفس، إن ربكم لرهوف رحيم(١)، و خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (حجه أفضل من سبعين رقبه لى، قلت: ما يعدل الحج شىء؟ قال: ما يعدله شىء، و الدرهم فى الحج أفضل من ألفى ألف فيما سواه فى سبيل الله)٢، و فى -

ص: ٢٣٣

(على المستطيع) (١) بما سيأتي (من الرجال و النساء و الخنثى على الفور) (٢) بإجماع -صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لقاه إعرابي فقال له: يا رسول الله إني خرجت أريد الحج ففاتني و أنا رجل مميل، فمرني أن أصنع في مالي ما أبلغ به مثل أجر الحاج، فالتفت إليه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: انظر إلى أبي قبيس، فلو أن أبا قبيس لك ذهبه حمراء أنفقته في سبيل الله ما بلغت ما يبلغ الحاج، ثم قال: إن الحاج إذا أخذ في جهازه لم يرفع شيئاً و لم يضعه إلا كتب الله له عشر حسنات، و محى عنه عشر سيئات، و رفع له عشر درجات، فإذا ركب بعيره لم يرفع خفا و لم يضعه إلا كتب الله له مثل ذلك، فإذا طاف بالبيت خرج من ذنوبه، فإذا سعى بين الصفا و المروه خرج من ذنوبه، فإذا وقف بعرفات خرج من ذنوبه، فإذا وقف بالمشعر الحرام خرج من ذنوبه، فإذا رمى الجمار خرج من ذنوبه، قال: فعَدَّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كذا و كذا موقفاً إذا وقفها الحاج من ذنوبه، ثم قال: أتى لك أن تبلغ ما بلغ الحاج، قال أبو عبد الله عليه السلام: و لا تكتب عليه الذنوب أربعة أشهر و تكتب له الحسنات إلا أن يأتي بكبيره) (١).

و في صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (الحاج على ثلاثة أصناف: صنف يعتق من النار، و صنف يخرج من ذنوبه كهيئته يوم ولدته أمه، و صنف يحفظ في أهله و ماله، و هو أدنى ما يرجع به الحاج) (٢)، و في صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من مات في طريق مكة ذاهباً أو جائياً أمن من الفزع الأكبر يوم القيامة) (٣)، و في صحيح صفوان الجمال عن أبي عبد الله عليه السلام (ما يعاب بمن يؤم هذا البيت إلا أن يكون فيه خصال ثلاث: حلم يملكك به غضبه، و خلق يخالف به من صحبه، و ورع يحجزه عن معاصي الله) (٣) و مثله صحيح محمد بن مسلم ٥.

(١) و يدل عليه قوله تعالى: **وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا** (٤) و هو يتناول الرجال و النساء و الخنثى.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قدر الرجل على ما يحج به، ثم دفع ذلك و ليس له شغل يعذره الله فيه فقد ترك شريعته من شرائع

ص: ٢٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢ و ٢٠.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٤ و ٥.

٤- (٤) سورة آل عمران الآية: ٩٧.

الفرقة المحقة و تأخيره كبيره موبقه (١)، و المراد بالفوريه وجوب المبادره إليه فى أول عام الاستطاعه مع الإمكان، و إلا ففيما يليه، و هكذا، و لم توقف على مقدمات من سفر و غيره و جب الفور بها (٢) على وجه يدركه كذلك (٣) و لو تعددت الرفقه فى العام الواحد و جب السير مع أولها فإن آخر عنها و أدركه مع التاليه (٤)، و إلا كان كمؤخره عمدا فى استقراره (مره) (٥) واحده (بأصل الشرع، و قد يجب بالنذر (٦) و شبهه) من العهد و اليمين، (و الاستئجار (٧)، و الإفساد) (٨) فيتعدد بحسب وجود السبب.

-الإسلام(١). و صحيح ذريح المحاربي عن أبى عبد الله عليه السلام (من مات و لم يحج حجه الإسلام لم يمنعه من ذلك حاجه تجحف به، أو مرض لا يطيق فيه الحج، أو سلطان يمنعه، فليمت يهوديا أو نصرانيا)(٢).

(١) كما صرح به جماعه لقوله تعالى: وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ (٣) فالتعبير بالكفر عن تارك الحج مع الاستطاعه صريح فى كون تركه كبيره موبقه للدين.

(٢) لأنها مقدمات الواجب بناء على أن مقدمه الواجب واجبه و لو عقلا.

(٣) أى فى أول عام الاستطاعه مع الإمكان و إلا ففى الذى يليه.

(٤) فهو و إلا إن لم يدركه كان كمؤخره كما هو واضح.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام (إنما أمروا بحجه واحده، لا أكثر من ذلك، لأن الله وضع الفرائض على أدنى القوه)(٤)، و لم يخالف إلا الصدوق حيث جعل الحج فريضه على الغنى فى كل عام لأخبار، منها: خبر حذيفه بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام (الحج فرض على أهل الجده فى كل عام)(٥)، و حملها على الاستحباب طريق الجمع.

(٦) لوجوب الوفاء به و بأخويه.

(٧) لوجوب الوفاء بعقد الاجاره.

(٨) كما سيأتى.

ص: ٢٣٥

١- (١) الوسائل الباب ٦ من أبواب وجوب الحج حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب ٧ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣ و ١.

٣- (٣) سوره آل عمران الآيه: ٩٧.

٤- (٤) الوسائل الباب ٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب ٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

(و يستحب تكراره) (١) لمن أداه واجبا، (و لفاقد الشرائط) (٢) متكلفا، (و لا يجزئ) ما فعله مع فقد الشرائط عن حجه الإسلام بعد حصولها (٣) (كالفقير) يحج ثم يستطيع، (و العبد) يحج (بإذن مولاه) ثم يعتق و يستطيع فيجب الحج ثانيا.

فى شرط وجوبه

(و شرط وجوبه البلوغ (٤)،...) (١) لروايات أهل الجده التى تقدم بعضها، و هى محموله على الاستحباب، و لأخبار غيرها، منها: مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (من حج حجه الإسلام فقد حلّ عقده من النار من عنقه، و من حج حجتي لم يزل فى خير حتى يموت، و من حج ثلاث حجج متواليه، ثم حج أو لم يحج فهو بمنزله مدمن الحج) (١) و خبر صفوان عن أبى عبد الله عليه السّلام (من حج ثلاث حجج لم يصبه فقر أبدا) ٢ و خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله عن حج أربع حجج ما له من الثواب؟ قال: يا منصور من حج أربع حجج لم تصبه ضغطة القبر أبدا) (٢) و خبر أبى بكر الحضرمى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: فالمنى حج خمس حجج؟ قال: من حج خمس حجج لم يعذبه الله أبدا) ٤ و خبره الآخر عنه عليه السّلام (من حج عشر حجج لم يحاسبه الله أبدا) ٥، و خبره الثالث عنه عليه السّلام (من حج عشرين لم ير جهنم، و لم يسمع شهيقها و لا زفيرها) ٦،

و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنى قد وطنت نفسى على لزوم الحج كل عام بنفسى، أو برجل من أهل بيتى بمالى، فقال: و قد عزمت على ذلك؟ فقلت:

نعم، قال: فإن فعلت فأيقن بكثرة المال، أو أبشر بكثرة المال و البنين) (٣)، و خبر عذافر عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما يمنعك من الحج فى كل سنة؟ قلت: جعلت فداك، العيال، فقال: إذا متّ فمن لعيالك؟ أطمع عيالك الخل و الزيت و حج بهم كل سنة) ٨.

(٢) كالمملوك و الفقير لعموم الترغيب فيه.

(٣) أى بعد حصول شرائطها، لأن ما فعله أولا لم يكن واجبا، و الأخبار السابقه الداله على كون الحج مره فى العمر منصرفه إلى الحج الواجب و لا يجب إلا بعد حصول شرائطه.

(٤) بلا- خلاف لحديث (رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق) (٤)، و لخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (لو أن غلاما حج عشر حجج ثم احتلم كانت عليه

- ٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٢٨.
- ٣- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب وجوب الحج حديث ١ و ٣.
- ٤- (٩) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

و العقل (١)، و الحريره (٢)، و الزاد، و الراحله (٣) بما يناسبه قوه، و ضعفا (٤)، لا شرفا، و ضعه (٥)...

فريضه الإسلام (١)، و خبر إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن ابن عشر سنين يحج، قال: عليه حجه الإسلام إذا احتلم، و كذلك الجاربه عليها الحج إذا طمشت) (٢) و مثله غيره.

(١) بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم المتقدم.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: موثق الفضل بن يونس عن أبي الحسن موسى عليه السلام (فليس على المملوك حج و لا عمره حتى يعتق) (٣)، و صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (المملوك إذا حج ثم أعتق فإن عليه إعادة الحج) (٤).

(٣) أى الاستطاعه، و هى شرط فى وجوب الحج بلا خلاف لقوله تعالى: وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا (٥)، و للأخبار،

منها: خبر الخنعمى (سأل حفص الكناسى أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن قول الله عز و جل: وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ما يعنى بذلك؟ قال: من كان صحيحا فى بدنه مخلصى سربه، له زاد و راحله، فهو ممن يستطيع الحج، أو قال: ممن كان له مال) ١ و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام فى قوله تعالى: و لله على الناس حج البيت (ما يعنى بذلك؟ قال: من كان صحيحا فى بدنه مخلصى سربه، له زاد و راحله) (٦).

(٤) لتحقيق عنوان الاستطاعه فلو كان ضعيفا لا يمكنه إلا ركوب البعير، و وجدت عنده دابه فلا يعدّ مستطاعا و هكذا.

(٥) للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: فإن عرض عليه ما يحج به فأستحي من ذلك، أ هو ممن يستطيع إليه سبيلا، قال: نعم، ما شأنه يستحي و لو يحج على حمار أجدع أتر، فإن كان يستطيع أن يمشى بعضا و يركب بعضا فليحج) (٧) و مثله

ص: ٢٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣.

٥- (٥) سورة آل عمران الآية: ٩٧.

٦- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤ و ٧.

٧- (٨) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ٥.

فيما يفتقر إلى قطع المسافه (١) و إن سهل المشى (٢) و كان معتادا له للسؤال (٣)، و يستثنى له (٤) من جمله ماله داره، و ثيابه، و خادمه، و دابته، و كتب علمه اللائقه -صحيح ابن مسلم(١).

(١) هذا بالنسبه للراحله و الزاد معا لانصراف الأدله السابقه و الداله على أن وجوب الحج مشروط بالزاد و الراحله إلى البعيد المحتاج إليهما دون غيره و هو القريب، كأهل مكه و ما والاها فلا يفتقرون إلى الراحله مع إمكان المشى خصوصا إذا كان سهلا عليهم، و لا يفتقرون إلى زاد أزيد من زادهم المعتاد في بيوتهم، و هذا ما ذهب إليه المحقق في الشرائع و الشارح في المسالك و سيد المدارك.

و عن الأكثر اشتراط الزاد و الراحله حتى للقريب لإطلاق الأدله، و لأن أهل مكه يحتاجون إلى راحله لأن الحج متضمن للوقوفين و لأعمال منى و هى خارج مكه، و لأن الخروج إلى هذه المواطن يستدعى غير زادهم المعتاد في بيوتهم، نعم هم أقل زادا من البعيد، و لا يحتاجون إلى راحله قويه كما يحتاجه البعيد.

(٢) لعدم صدق الاستطاعه عند عدم الراحله و إن كان قادرا على المشى تحكيما لأدله اشتراط الراحله، و قد ورد على خلاف ذلك أخبار منها: صحيح الحلبي و صحيح ابن مسلم المتقدمان، و خبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: قول الله عز و جل وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتِطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، فقال: يخرج و يمشى إن لم يكن عنده، قلت: لا يقدر على المشى؟ قال: يمشى و يركب، قلت: لا يقدر على ذلك، أعنى المشى قال: يخدم القوم و يخرج معهم) (٢)، و لذا ذهب صاحب الحدائق و سيد المدارك و جماعه على ما قيل من أن اشتراط الراحله إذا لم يسهل عليه المشى، و لكن المشهور أعرضوا عنها تحكيما لأخبار اشتراط الراحله، و حملوها على التقيه كما عن الشيخ، أو على الاستحباب أو ترد إلى أهلها، أو تحمل على من استقر عليه حجه الإسلام سابقا كما فى كشف اللثام.

(٣) حتى لو كان معتادا فى حقه، فيشترط وجود الراحله تحكيما لأدلتها، و من ذهب هناك إلى عدم اشتراطها إذا سهل عليه المشى فيجب أن لا يشترطها هنا إذا كان معتادا للسؤال.

(٤) كل ما تدعو إليه الضروره و الحاجه المتعارفه يستثنى له و لا يكلف بيعه، بلا خلاف فى ذلك، لما فى بيعها من العسر و الحرج المنفيين، بل لو لم تكن عنده هذه المذكورات و كان يملك قيمتها فلا يجب عليه الحج بل يشتريها بما عنده من مال إذا كانت الضروره تقتضى وجودها.

ص: ٢٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

بحاله، كما و كيفا عينا و قيمه،(و التمكن من المسير) (١) بالصحة، و تخليه الطريق، و سعه الوقت.

فى شرط صحته

(و شرط صحته الإسلام) (٢) فلا يصح من الكافر و إن وجب عليه،(و شرط مباشرته مع الإسلام) و ما فى حكمه (٣)(التمييز) (٤) فيباشر أفعاله المميز بإذن الولي (٥)،(و يحرم الولي عن غير المميز) (٦) إن أراد الحج به (ندبا) طفلا كان، أو مجنونا (٧)، محرما كان الولي،...

(١)و التمكن يكون بالصحة و تخليه السرب و سعه الوقت لقطع المسافه، و هذا الشرط بلا خلاف فيه، و يدل عليه أخبار منها: صحيح ذريح المتقدم (من مات و لم يحج حجه الإسلام لم يمنعه من ذلك حجه تجحف به، أو مرض لا يطيق فيه الحج، أو سلطان يمنعه، فليمت يهوديا أو نصرانيا)(١)، و خبر الخثعمي المتقدم (من كان صحيحا فى بدنه فخلّى سربه، له زاد و راحله فهو ممن يستطيع الحج)(٢).

(٢)أما أن وجوبه ثابت على الكافر: فلأنه مكلف بالفروع لإطلاق أدلتها، و أما أنه لا يصح منه فلكون الحج عباده و هى لا تصح من الكافر.

(٣)كالطفل فحجه صحيح و إن كان غير واجب، و جعل الطفل بحكم المسلم لأن الإسلام مشروط بالبلوغ.

(٤)لأن الحج لا بد فيه من القصد لأنه بحاجة إلى النية، و هى لا تقع إلا من المميز.

(٥)فعلى المشهور ذلك لأنه حج الصبي مستتبع فى بعض الأحوال للهدى و الكفاره، و هو تصرف مالى بحاجة إلى إذن الولي، و يظهر من المبسوط عدم الاشتراط لأن العمومات كافيه فى صحته.

(٦)للأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إن معنا صبيا مولودا كيف نصنع به؟ فقال: مر أمه تلقى حميده فتسألها كيف تصنع بصبيانها، فأنتها فسألتها كيف تصنع، فقالت: إذا كان يوم الترويه فاحرموا عنه، و جردوه و غسلوه كما يجرد المحرم، وقفوا به المواقف، فإذا كان يوم النحر فارموا عنه، و احلقوا رأسه، ثم زوروا به البيت، و مرى الجارى أن تطوف به البيت و بين الصفا و المروه)(٣).

(٧)الحق الأصحاب المجنون بالصبي، و استدل عليه فى المنتهى بأنه ليس أخفض حالا منه.

ص: ٢٣٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

أم محلا (١)، لأنه (٢) يجعلهما (٣) محرمين بفعله (٤)، لا- نائبا عنهما فيقول: اللهم إني أحرمت بهذا إلى آخر النيه، و يكون المولى عليه حاضرا مواجها (٥)، و يأمره بالتليه إن أحسنها، و إلا لبي عنه (٦)، و يلبسه ثوبى الإحرام (٧)، و يجنبه تروكه (٨)، و إذا طاف به أوقع به صورته الوضوء (٩)، و حملة (١٠) و لو على المشى، أو ساق به، أو قاد به، أو استتاب فيه (١١)، و يصلى عنه ركعتيه (١٢) إن نقص سنه عن ست (١٣)، (١) لإطلاق النصوص.

(٢) أى لأن الولى.

(٣) أى الصبى و المجنون.

(٤) فيقول: (أحرمت هذا الصبى أو المجنون)، و لا يقول (أحرم نيابه عن هذا الصبى أو المجنون).

(٥) ذكره فى الدروس، و ربما يستشعر من صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام (إذا حج الرجل بابنه و هو صغير فإنه يأمره أن يلبى و يفرض الحج، فإن لم يحسن أن يلبى لبوا عنه) (١).

و هو مشعر بحضوره.

(٦) كما فى صحيح زراره المتقدم.

(٧) كما فى صحيح عبد الرحمن المتقدم.

(٨) كما فى صحيح زراره المتقدم (و يتقى ما يتقى المحرم من الثياب و الطيب) (٢).

(٩) و هو الأ-حوط و لكن فى صحيح زراره المتقدم (فإن لم يحسن أن يلبى لبوا عنه، و يطاف به و يصلى عنه) ٣ و الاجتراء بالصلاه عنه كاشف عن عدم اشتراط طهاره الصبى و لا صلاته.

(١٠) أى يدعوه إلى الطواف ماشيا، أو يجعله على دابه فيسوقها به أو يقودها، حتى يصدق على الولى أنه طاف به إذ لا قصد لغير المميز.

(١١) بأن يطوف عنه، مع أن النصوص أمره بأن يطاف به.

(١٢) أى ركعتى الطواف كما فى صحيح زراره المتقدم.

(١٣) قال فى الدروس (و على ما قاله الأصحاب من أمر ابن ست بالصلاه، يشترط نقصه عنها، و لو قيل يأتى بصوره الصلاه كما يأتى بصوره الطواف أمكن) و فى كلا الحكمين

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

و لو أمره بصوره الصلاه فحسن، و كذا القول فى سائر الأفعال (١)، فإذا فعل به ذلك فله أجر حجه (٢) (و شرط صحته من العبد إذن المولى (٣) و إن تشبث بالحرية كالمدير و المبعوض (٤) فلو فعله بدون إذنه لغا، و لو أذن له فله الرجوع قبل التلبس (٥)، لا بعده.

(و شرطه صحه الندب من المرأة إذن الزوج) (٦)، أما الواجب فلا (٧)، و يظهر -مخالفه لصحيح زراره الدال على أن الولي يصلى عنه، فتقييده بما دون الست ليس فى محله بل المدار على التمييز و عدمه، و كذلك أمره بالإتيان بصوره الصلاه اجتهاد فى قبال الصحيح المتقدم.

(١) بل النظر فى فقرات صحيح زراره المتقدم يعطى بأن كل ما يمكن إيقاعه من الطفل فيؤمر به، و إلا فيجتزئ بفعل الولي عنه.
(٢) كما فى خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن امرأه قامت إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و معها صبي لها، فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أ يحج بمثل هذا؟ قال: نعم و لك أجره) (١).

(٣) لأن منافعه مستحقه للسيد فصرفها فيما لم يأذن به يكون منها عنده.

(٤) لأن وجوب الحج مشروط بالحرية كما تقدم، و هى مفقوده هنا.

(٥) بالإحرام، لا بعده لأن الإحرام إذا انعقد صحيحا فلا ينحل إلا بمحلل شرعى، و هو لا يكون إلا بإتمام الحج.

(٦) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: موثق إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام (سألته عن المرأة الموسره قد حجت حجه الإسلام، تقول لزوجها: أحجنى مره أخرى، أ له أن يمنعها؟ قال: نعم، يقول لها حقى عليك أعظم من حقك على فى ذا) (٢).

(٧) بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن امرأه لها زوج، و هى ضروره، و لا يأذن لها فى الحج، قال: تحج و إن لم يأذن لها) (٣)، و فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن الصادق عليه السّلام (تحج و إن رغم أنفه) ٤، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن امرأه لم تحج و لها زوج، و أبى أن يأذن لها فى الحج فغاب زوجها، فهل لها أن تحج؟ قال: لا إطاعه له عليها فى حجه الإسلام) ٥.

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤ و ٥ و ١.

من إطلاقه (١)، أن الولد لا يتوقف حجه مندوبا على إذن الأب أو الأبوين (٢) و هو قول الشيخ (رحمه الله) و مال إليه المصنف في الدروس و هو حسن إن لم يستلزم السفر المشتمل على الخطر و إلا فاشتراط إذنهما أحسن (و لو أعتق العبد) المتلبس بالحج بإذن المولى، (أو بلغ الصبى، أو أفاق المجنون) بعد تلبسهما به صحيحا (٣) (قبل أحد الموقفين صح و أجزاء عن حجه الإسلام) على المشهور (٤) و يجددان نيه الوجوب (٥) بعد ذلك أما العبد المكلف فتلبسه به ينوى الوجوب بياقى أفعاله، (١) أى إطلاق المصنف حيث لم يشترط فى صحه الحج سوى الإسلام و التمييز و إذن المولى و الزوج.

(٢) اختلف الأصحاب فى توقف الحج المندوب من الولد البالغ على إذن الأب أو الأبوين، فعن الشيخ فى الخلاف عدم اعتبار إذنهما، و هو اختيار الشهيد فى الدروس، و عن العلامة فى القواعد إذن الأب خاصة، و عن الشارح اعتبار إذنهما، و ليس فى المسألة نص بالخصوص كما اعترف بذلك سيد المدارك، و مقتضى الأصل عدم الاشتراط إلا إذا استلزم سفره إلى الحج بدون إذنهما أو إذن أحدهما عقوقا فيجب الاستئذان حينئذ، و لعل تقييد الشارح إذنهما بما إذا كان مشتملا على السفر المشتمل على الخطر من هذا الباب، لأن سفره على هذا النحو موجب لأذيتهما، و إيذاؤهما حرام لأنه من أبرز مصاديق العقوق.

(٣) قيد للحج و قال الشارح فى الهامش (أما الصبى فصحته باعتبار إذن وليه، و أما المجنون فبأن يحرم ثم يجنّ ثم يفيق قبل أحد الموقفين).

(٤) للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (مملوك اعتق يوم عرفه، فقال: إذا أدرك أحد الموقفين فقد أدرك الحج) (١)، و خبر شهاب عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى رجل اعتق عشيه عرفه عبدا له، أ يجزى عن العبد حجه الإسلام؟ قال عليه السّلام:

نعم) ٢، و منها يستفاد عموم الحكم لكل من أدركهما من غير فرق بين الإدراك بالكمال من بلوغ و عقل أو بالحريه، و لذا استدل الأصحاب بنصوص العبد على الصبى و المجنون.

و عن العلامة و المحقق التردد فيه أما فى العبد فلمنع الأخبار لحملها على إدراك الحج الذى نواه لا حجه الإسلام و أما فى غيره فلأنه قياس، و فيه: إن خبر شهاب صريح فى حجه الإسلام و قد عدى الحكم لفهم الأصحاب عدم خصوصيه العبور.

(٥) أى الصبى و المجنون، و ذلك لأن النيه كانت مستحبه و هذا مبنى على كون الحج الذى

ص: ٢٤٢

فالإجزاء فيه أوضح (١).

و يشترط استطاعتهم (٢) له سابقا و لاحقا، لأن الكمال الحاصل أحد الشرائط فالإجزاء من جهته (٣). و يشكل ذلك في العبد إن أحلنا ملكه (٤) و ربما قيل: بعدم اشتراطها فيه للسابق (٥)، أما اللاحق فيعتبر قطعاً،

في الحج البدلي

(و يكفى البذل) للزاد و الراحله (في تحقق الوجوب) (٦) على المبدول له.

ووقع هل هو حجه الإسلام من حين وقوعه، أو إنه حجه الإسلام من حين حصول الشرط، أو أنه وقع حجا مستحبا، غير أنه مجز عن الواجب، و على الأخير لا مجال لتجديد النية أبدا و هذا ما ذهب إليه صاحب الجواهر و يؤيده قوله عليه السّلام في خبر شهاب المتقدم (أ يجزى عن العبد حجه الإسلام؟ قال: نعم)، و على الأول يجب تجديد نية الوجوب كما عن المعتمر و المنتهى و الروضه، و على الثاني يأتي بباقي الأفعال بنية الوجوب فقط.

(١) لأنه إذا تلبس بالحج بإذن وليه فيجب عليه الإكمال، بخلاف الصبي و المجنون فلا يجب عليهما الإكمال، لذا لم يوجب على العبد تجديد النية، بل قال أنه ينوى الوجوب بباقي أفعال الحج.

(٢) سابقا و لاحقا كما عن الدروس تحكيما لأدله الاستطاعه، و عن الجواهر و سيد المدارك عدم اعتبار الاستطاعه لاحقا و لا سابقا لأن أدله الاستطاعه منصرفه عن هذا الغرض، و ربما قيل باشتراط استطاعتهم في اللاحق فقط تحكيما لأدله الاستطاعه بما بقي من حجه الواجب فقط.

(٣) مع أنه تشترط الاستطاعه الماليه و البدنيه أيضا، و ما عليه الشهيد في الدروس فهو الأقوى.

(٤) لأنه قبل العتق لم يملك شيئا فكيف يمكن فرض استطاعته لمجموع الحج الذي قد فعل بعضه مع أن النصوص قد صرحت بأجزائه عن حج الإسلام الكاشفه عن عدم اعتبار استطاعته.

(٥) من أفعال الحج المتقدمه.

(٦) بلا خلاف، لصدق الاستطاعه على ذلك و هي شرط وجوب الحج، و للأخبار منها:

صحيح ابن مسلم (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: فإن عرض عليه الحج فاستحى قال: هو ممن يستطيع الحج، و لم يستحى و لو على حمار أجدع أبت) (١) و صحيح هشام بن سالم عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (من عرض عليه الحج و لو على حمار أجدع مقطوع الذنب فأبى فهو مستطيع الحج) ٢ و مرسل المفيد (قال عليه السّلام: من عرضت عليه نفقه -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ١ و ٧.

(و لا- يشترط صيغته خاصه) للبدل من هبه، و غيرها من الأمور اللازمه (١)، بل يكفى مجردة (٢) بأى صيغته اتفقت، سواء وثق بالباذل أم لا، لإطلاق النص، و لزوم تعليق الواجب بالجائز (٣) يندفع، بأن الممتنع منه (٤) إنما هو الواجب المطلق، لا المشروط (٥) كما لو ذهب المال قبل الإكمال، أو منع من السير و نحوه (٦) من الأمور الجائزه (٧) المسقطه للوجوب الثابت إجماعاً، و اشترط فى الدروس التملك، أو الوثوق به، و آخرون (٨) التملك، أو وجوب (٩) بذله بنذر و شبهه، و الإطلاق -الحج فاستحى فهو ممن ترك الحج مستطيعاً إليه السبيل(١).

و ظاهر النصوص تحقق الوجوب بمجرد البدل من غير فرق بين كونه على وجه التملك أو لا، و لا بين كونه واجبا بنذر و شبهه أو لا، و لا بين كون البازل موقوفاً أو لا، و لا بين بذل عين الزاد و الراحله و بين أثمانها كل ذلك للإطلاق، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من اشتراط التملك، و تعرف ضعف ما عن العلامة فى التذكرة من وجوب البدل بنذر و شبهه، و منه تعرف ضعف ما عن الشارح فى المسالك من وجوب بذل عين الزاد و الراحله فلو بذل أثمانها لم يجب القبول، و ما عن الشهيد فى الدروس من بذل الزاد و الراحله و أما هبتهما فلا يجب القبول.

(١) كالصلح المشترط فى عقد لازم.

(٢) أى مجرد البدل.

(٣) و هذا ما استدل به العلامة فى التذكرة من أن الحج واجب فلو علق على البدل الجائز فيمكن للباذل الرجوع فى ثانى الحال و هذا لا يمكن تعليق وجوب الحج عليه لأن من جملة شرائطه استمرار الاستطاعه فلذا اشترط فى البدل أن يكون بنذر و شبهه حتى يستمر البدل ليحقق استمرار الاستطاعه.

(٤) من التعليق.

(٥) كما فى مقامنا فوجوب الحج مشروط باستمرار الاستطاعه إلى آخر الحج، فلو تلف المال أو منع من السير فيسقط الوجوب و يتبين عدم ثبوته من رأس فكذا مع الرجوع عن البدل.

(٦) كالمرض المانع من السير.

(٧) أى ممكنه الوقوع.

(٨) كابن إدريس.

(٩) كالعلامه.

ص: ٢٤٤

يدفعه. نعم يشترط بذل عين الزاد و الراحله. فلو بذل له أثمانها لم يجب القبول وقوفا فيما خالف الأصل (١) على موضع اليقين، ولا يمنع الدين و عدم المستثنيات الوجوب بالبذل (٢) نعم لو بذل له ما يكمل الاستطاعه اشترط زياده الجميع عن ذلك (٣)، و كذا لو وهب مالا مطلقا (٤)، أما لو شرط الحج به فكالمبذول فيجب عليه القبول، إن كان عين الزاد و الراحله، خلافا للدروس، و لا- يجب لو كان مالا غيرهما (٥)، لأن قبول الهبه اكتساب و هو غير واجب له (٦)، و بذلك يظهر الفرق بين البذل و الهبه، فإنه إباحه يكفى فيها الإيقاع. و لا فرق بين بذل الواجب (٧) ليحج بنفسه، أو ليصحبه فيه فينفق عليه، (فلو حج به بعض إخوانه أجزاء عن الفرض) (٨)، لتحقق شرط الوجوب.

(١) و إطلاق النصوص يدفعه أيضا.

(٢) لإطلاق النصوص، و معناه أن البذل يوجب الحج عليه و إن كان عليه دين و كان بحاجة إلى ما هو ضرورى من مأكل و مشرب و ملبس، و بهذا يفترق البذل عن الاستطاعه، إذ هي لا تتحقق إلا مع عدم الدين و عدم المستثنيات الضرورية.

(٣) أى عن الدين و المستثنيات الضرورية، لأن نصوص البذل منصرفه عن هذا الغرض، فلا بدّ من تحكيم أدله الاستطاعه فيه، و قد عرفت عدم تحققها إلا بعد الدين و المستثنيات.

(٤) أى وهب مالا و لم يقيد بصرفه فى نفقه الحج، بخلاف السابق فإنه وهب مالا ليصرفه فى الحج، ففى السابق خالف الشهيد فى الدروس و حكم بعدم الوجوب لعدم وجوب قبوله، و هنا خالف المحقق لذلك لأن قبول الهبه نوع من الاكتساب و هو ليس بواجب بخلاف البذل فإنه من الايقاعات التى لا- تحتاج إلى قبول، و عن كشف اللثام و الحدائق و غيرهما الوجوب لإطلاق نصوص البذل.

(٥) أى غير الزاد و الراحله و قد عرفت ضعفه للإطلاق.

(٦) أى للحج.

(٧) أى بذل الزاد و الراحله الواجب قبوله.

(٨) للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل لم يكن له مال فحج به رجل من إخوانه، هل يجزى ذلك عنه من حجه الإسلام أو هى ناقصه؟-

(و يشترط) مع ذلك كله (١) (وجود ما يمون به عياله الواجبي النفقه، إلى حين رجوعه) (٢) و المراد بها هنا ما يعم الكسوه و نحوها، حيث يحتاجون إليها (٣)، و يعتبر فيها القصد بحسب حالهم،

فى وجوب استنابه الممنوع

(و فى) وجوب (استنابه الممنوع) من مباشرته بنفسه (بكبر، أو مرض، أو عدو قولان (٤) و المروى) صحيحا (عن على (ع) ذلك)، حيث قال عليه السّلام: بل هى حجه تامه (١) و عن الشيخ فى الاستبصار أنه تجب عليه الإعاده لروايه الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل لم يكن له مال فحج به أناس من أصحابه، ألقى حجه الإسلام؟ قال: نعم، فإن أيسر بعد ذلك فعليه أن يحج) (٢) و فيه: إنها صريحه فى الاجزاء عن حجه الإسلام، و الأمر بإعادته الحج محمول على الاستحباب جمعا بين صدر الجواب و ذيله، و بينها و بين غيرها من الأخبار.

(١) فى صورتى الاستطاعه و البذل.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر الأعمش عن الإمام الصادق عليه السّلام (و حج البيت واجب على من استطاع إليه سبيلا، و هو الزاد و الراحله مع صحه البدن، و أن يكون للإنسان ما يخلفه على عياله، و ما يرجع إليه بعد حجه) (٣).

(٣) كما عن المنتهى و المدارك، أما ما يستحب فلا لأن الحج فرض فلا يسقط بالنفل، و عن الأكثر مطلق مئونه العيال و لو كانت كسوه مستحبه للإطلاق، و الأحوط الأول.

(٤) لو منع قبل الاستقرار سقط الفرض بلا خلاف، و لو ثبت الوجوب فى ذمته ثم سوف حتى منع فتجب الاستنابه قولاً واحداً، و إنما الكلام فيما لو حصلت الاستطاعه غير أنه ممنوع من عدو أو مرض، فقيل: تجب الاستنابه، كما عن الإسكافى و الشيخ و أبى الصلاح و ابن البراج و الفاضل للأخبار،

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام أمر شيخا كبيرا لم يحج قط، و لم يطق الحج لكبره أن يجّهز رجلا يحج عنه) (٤).

و قيل: لا- تجب الاستنابه، كما عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف و ابن سعيد و المفيد لأن الاستطاعه تشمل الاستطاعه البدنيه و المتمكن من المسير و هما أو أحدهما غير حاصل، و الأخبار محموله على الاستحباب بشهاده روايه ابن ميمون القداح عن أبى جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: لرجل كبير لم يحج قط، إن شئت أن تجهز رجلا ثم

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

٢- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

- ٣- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤.
- ٤- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

أمر شيخا لم يحج، و لم يطقه من كبره أن يجهز رجلا فيحج عنه، و غيره من الأخبار و القول الآخر عدم الوجوب، لفقد شرطه الذى هو الاستطاعة، و هو ممنوع (١)، و موضع الخلاف ما إذا عرض المانع قبل استقرار الوجوب، و إلا وجبت قولاً واحداً، و هل يشترط فى وجوب الاستتابة اليأس من البرء (٢) أم يجب مطلقاً و إن لم يكن مع عدم اليأس فورياً، ظاهر الدروس الثانى، و فى الأول قوه. فيجب الفوريه (٣) كالأصل حيث يجب، ثم إن استمر العذر أجزأ.

(و لو زال العذر)، و أمكنه الحج بنفسه (حج ثانياً) (٤) و إن كان قد يئس منه، لتحقق الاستطاعة حينئذ، و ما وقع نيابه إنما وجب للنص و إلا لم يجب لوقوعه قبل شرط الوجوب، (و لا يشترط) فى الوجوب بالاستطاعة زياده على ما تقدم (الرجوع إلى كفايه) (٥) من صناعه، أو حرفه أو بضاعه، أو ضيعه،...

-ابعثه يحج عنك(١)، و الإنصاف أن الأخبار ظاهره فى من ثبت فى ذمته الحج ثم عرض له مرض أو خالطه سقم كما فى صحيح ابن مسلم ٢، أو أنه فُرض فى الحج و سوف حتى كبر سنه كما فى خبر سلمه أبى حفص ٣، و عليه فالاستتابة لمن ثبت فى ذمته الوجوب ثم عرض له المانع الذى لا يرجى زواله.

(١) أى و فقد الشرط ممنوع لأن الاستطاعة أعم من المباشرة و الاستتابة و هو قادر على الثانية.

(٢) بحيث إذا رجا الزوال فلا تجب الاستتابة كما هو مفاد صحيح ابن سنان المتقدم حيث أمره بالحج لكبره الذى لا يرجى زواله، و هذا ما عليه الأكثر، و عن الدروس أنه يجب مطلقاً لإطلاق الأخبار، و قد عرفت انصرافها.

(٣) لأن دليل النيابة تقتضى تنزيل عمل النائب منزله عمل المنوب عنه، فإذا وجب على الثانى فوراً فيجب على الأول كذلك.

(٤) و عن التذكرة: بلا خلاف فيه بين علمائنا امتثالاً للأمر بالحج بالمباشرة كما هو مفاد أدله وجوبه، و ما أتى به إنما كان امتثالاً للأمر بالحج بالاستتابة، و أحدهما لا- يغنى عن الآخر إذا ارتفع العذر، و عن صاحب الجواهر و غيره أن ظاهر الأخبار وجوب الحج بالاستتابة بحيث إذا أتى به فقد حصل ما كان واجبا عليه و لا دليل على وجوبه مره أخرى.

(٥) كما عن الشيخين و ابنى حمزه و سعيد بل نسب إلى أكثر القدماء لخبر أبى الربيع الشامى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل: وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ -

ص: ٢٤٧

و نحوها (١) (على الأقوى)، عملاً- بعموم النص و قيل: يشترط و هو المشهور بين المتقدمين لروايه أبي الربيع الشامي، و هي لا تدل على مطلوبهم، و إنما تدل على اعتبار المؤونه ذاهبا، و عائدا، و مؤونه عياله كذلك، و لا شبهه فيه.

في أنه لا يشترط في المرأة مصاحبه المحرم

(و كذا) لا يشترط (في المرأة) مصاحبه (المحرم) (٢) و هو هنا (٣) الزوج، أو -إِئْتِه سَبِيلًا، فقال: ما يقول الناس؟ فقلت له: الزاد و الراحله، فقال عليه السّلام: قد سئل أبو جعفر عليه السّلام عن هذا فقال: هللك الناس إذا، لئن كان من كان له زاد و راحله قدر ما يقوّت عياله و يستغنى به عن الناس ينطلق إليهم فيسلبهم إياه لقد هلكوا إذا، فقيل له: في السبيل؟ قال: السعه في المال إذا كان يحج ببعض و يبقى بعضا لقوت عياله، أ ليس قد فرض الله الزكاه فلم يجعلها إلا على من يملك مائتي درهم) (١) و رواه المفيد في المقنعه و زاد بعد قوله: و يستغنى به عن الناس (يجب عليه أن يحج بذلك ثم يرجع فيسأل الناس بكفه لقد هللك إذا) ٢.

و عن ابن إدريس و المحقق و العلامة بل نسب إلى الأكثر: عدم اعتبار الرجوع إلى الكفايه، إذ غايه ما يدل عليه الخبر أنه لا بد من استطاعه ماليه لقوت عياله إلى حين رجوعه و هذا مما لا شبهه فيه، و إطلاق أدله و جوب الحج ينفي الرجوع إلى الكفايه.

(١) كعقار متخذ للنماء، و الفرق بين الصناعه و الحرفه أن الصناعه هي المسلكه الحاصله من التمرن على العمل كالخياطه و الكتابه، و الحرفه ما يكتسب به مما لا يفتقر إلى ذلك كالاخطاب و الاحتشاش.

(٢) لا- خلاف فيه، بل يكفي غلبه ظنها بالسلامه على نفسها و بضعها بالخروج مع ثقات، للأخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المرأة تخرج إلى مكه بغير ولي، فقال: لا بأس، تخرج مع قوم ثقات) (٢) و صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (في المرأة تريد الحج ليس معها محرم هل يصلح لها الحج؟ قال: نعم إذا كانت مأموونه) ٤ و صحيح صفوان الجمال عن أبي عبد الله عليه السّلام (قد عرفنتي بعملى، تأتيني المرأة أعرفها بإسلامها، و حبها إياكم و ولايتها لكم، ليس لها محرم قال: إذا جاءت المرأة المسلمه فاحملها، فإن المؤمن محرم المؤمنه، ثم تلا- هذه الآيه: وَ الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ٥).

(٣) أى في كتاب الحج بخلاف المراد منه في كتاب النكاح و هو من يحرم نكاحه، و أما هنا فالمراد ذلك مع إضافه الزوج.

ص: ٢٤٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب وجوب الحج حديث ١ و ملحقه.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣ و ٢ و ١.

من يحرم نكاحه عليها مؤبدا بنسب، أو رضاع، أو مصاهره و إن لم يكن مسلما إن لم يستحل المحارم كالمجوسى (١).

فى أنه يكفى ظن السلامه

(و يكفى ظن السلامه)، بل عدم الخوف على البضع، أو العرض بتركه (٢)، و إن لم يحصل الظن بها (٣)، عملا بظاهر النص، وفاقا للمصنف فى الدروس، و مع الحاجه إليه (٤) يشترط فى الوجوب عليها (٥) سفره معها، و لا يجب عليه إجابتها إليه (٦) تبرعا، و لا- بأجره، و له طلبها (٧) فتكون جزءا من استطاعتها، و لو ادعى الزوج الخوف عليها أو عدم أمانتها و أنكرته عمل يشاهد الحال مع انتفاء البيئه (٨)، و مع فقدهما (٩) يقدم قولها (١٠)، و فى اليمين نظر، من أنها (١١) لو اعترفت نفعه، و قرب فى الدروس عدمه (١٢)، و له حينئذ منعها باطنا (١٣) لأنه محق عند نفسه، و الحكم مبنى على الظاهر.

(١) فلا محرميه له.

(٢) أى بترك المحرم.

(٣) بالسلامه.

(٤) أى إلى المحرم.

(٥) أى فى وجوب الحج على المرأه.

(٦) أى إلى السفر، و لا يجب لأن استطاعتها من شرائط الوجوب و لا يجب عليه تحصيلها، فيجوز له أن يطالب بالأجره و يجوز له أن لا يستجيب لطلبها و لو بالأجره.

(٧) أى و للمحرم طلب الأجره.

(٨) من باب العمل بالظاهر عند فقد البيئه.

(٩) أى الظاهر و البيئه.

(١٠) لأنها منكره، لكن الكلام فى توجه اليمين عليها كما هو شأن كل منكر، و يمكن أن يقال: إنه لا يمين له عليها لعدم الحق له فى هذا الحال باعتبار أنها مكلفه و قد رفع الشارع سلطنته عنها مع حصول شرائط الاستطاعه بالنسبه إليها.

(١١) وجه ثبوت اليمين عليها لأنها لو اعترفت بقول الزوج لنفعه هذا الاعتراف، و هذا شأن كل منكر، مع أن اليمين على كل منكر كما سيأتى فى باب القضاء.

(١٢) قد عرفت وجهه.

(١٣) فيما لو اعتقد الزوج عليها الخوف واقعا و قد حكمتنا بتقديم قولها مع عدم يمين فله منعها باطنا بحسب الواقع و لا ينافى ذلك الحكم بتقديم قولها لأنه حكم ظاهري.

ص: ٢٤٩

(والمستطيع يجزيه الحج متسكعا) (١) أى متكلفا له بغير زاد، و لا راحله لوجود شرط الوجوب و هو الاستطاعه، بخلاف ما لو تكلفه غير المستطيع (و الحج مشيا أفضل) منه ركوبا (٢)، إلا مع الضعف عن العباده، فالركوب أفضل (٣)، فقد حج الحسن (٤) ماشيا مرارا، قيل: إنها خمس و عشرون حجه (٤)، و قيل:

عشرون (٥) رواه الشيخ فى التهذيب، و لم يذكر فى الدروس غيره (٦)، (و المحامل) (١) بلا- خلاف فيه، لأنه بعد حصول الاستطاعه يثبت الوجوب، فلو حج متسكعا حينئذ لصدق الامتثال أعنى مطابقه المأتى به للمأمور به، و هذا بخلاف ما لو حج متسكعا ثم استطاع فلا يسقط الفرض لعدم الأمر حين الإتيان.

(٢) للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما عبد الله بشىء أشدّ من المشى و لا أفضل) (١) و صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن فضل المشى، فقال: إن الحسن بن على عليه السّلام قاسم ربه ثلاث مرات، حتى نفلا و نفلا، و ثوبا و ثوبا، و ديناراً و ديناراً، و حج عشرين حجه ماشيا على قدميه) ٢، و خبر هشام بن سالم (دخلنا على أبى عبد الله عليه السّلام أنا و عنبسه بن مصعب و بضعه عشر رجلا من أصحابنا فقلنا:

جعلنا الله فداك، أيهما أفضل المشى أو الركوب؟ فقال: ما عبد الله بشىء أفضل من المشى) (٢).

(٣) لأخبار كثيره، أكثرها ورد فى كون الركوب أفضل، و قد حملها الأصحاب على هذه الصوره، و يشهد له خبر سيف التمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أى شىء أحب إليك، نمشى أو نركب؟ فقال عليه السّلام: تركبون أحب إلّى، فإن ذلك أقوى على الدعاء و العباده) (٣).

(٤) كما فى المناقب لابن شهر آشوب عن ابن عباس (لما أصيب الحسن عليه السّلام قال معاويه:

ما آسى على شىء إلا على أن أحج ماشيا، و لقد حج الحسن بن على عليهما السّلام خمسا و عشرين حجه ماشيا، و إن النجائب لتقاد معه) (٤).

(٥) كما فى صحيح الحلبي المتقدم.

(٦) أى غير القول الأخير من حج الحسن عليه السّلام عشرين حجه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ٥.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤.

(تساق بين يديه) (١) و هو أعلم بسنه جده عليه الصلاة و السّلام من غيره، و لأنه أكثر مشقه، و أفضل الأعمال أحمرها (٢) و قيل: الركوب أفضل مطلقا (٣)، تأسيا بالنبي (ص) فقد حج راكبا، قلنا فقد طاف راكبا (٤)، و لا يقولون بأفضليته كذلك فبقى أن فعله (ص) وقع لبيان الجواز، لا الأفضليه. و الأقوى التفصيل الجامع بين الأدله بالضعف عن العباده، من الدعاء، و القراءه، و وصفها من الخشوع، و عدمه (٥) و ألحق بعضهم بالضعف كون الحامل له على المشى توفير المال (٦)، لأن (١) كما فى خبر عبد الله بن بكير (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنا نريد الخروج إلى مكه فقال:

لا تمشوا و اركبوا، فقلت: أصلحك الله بلغنا أن الحسن بن على عليهم السّلام حج عشرين حجه ماشيا، فقال: إن الحسن بن على عليهما السّلام كان يمشى و تساق معه محامله و رحاله) (١).

و مثله خبر الفضل بن يحيى عن سليمان ٢.

(٢) و هو حديث نبوى مرسل أخرجه الطريحي فى مجمع البحرين (٢).

(٣) حتى لو استلزم الضعف عن العباده للأخبار منها: صحيح رفاعه و ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الحج ماشيا أفضل أو راكبا؟ فقال: بل راكبا، فإن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم حج راكبا) (٣).

(٤) كما فى خبر عبد الله بن يحيى الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (طاف رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على ناقته العضباء، و جعل يستلم الأركان بمحجته و يقبل المحجن) (٤) و مثله خبر محمد بن مسلم ٦.

(٥) فمع عدم هذه الأمور فالمشى أفضل و إلا فالركوب كما يشهد بذلك خبر سيف الثمار المتقدم.

(٦) ذهب إليه ابن ميثم البحرانى فى شرح النهج، و يدل عليه خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المشى أفضل أو الركوب؟ فقال: إن كان الرجل موسرا يمشى ليكون أقل لنفقته فالركوب أفضل) (٥).

ص: ٢٥١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦ و ٧.

٢- (٣) ج ٤ ص ١٦ كتاب الزاى، باب ما أوله الحاء.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ٤.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٢.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ١٠.

دفع رذيله الشح عن النفس من أفضل الطاعات، و هو حسن، و لا فرق بين حجه الإسلام و غيرها (١).

فى من مات بعد الإحرام، و دخول الحرم

(و من مات بعد الإحرام، و دخول الحرم أجزأ) (٢)، عن الحج، سواء مات فى الحل (٣)، أم الحرم، محرماً، أم محلاً كما لو مات بين الإحرامين فى إحرام الحج، أم العمره (٤)، و لا- يكفى مجرد الإحرام على الأقوى و حيث أجزأ لا يجب الاستنابه فى إكماله (٥)، و قبله (٦)، تجب (٧) من الميقات إن كان مستقراً، و إلا (١) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) أى برئت ذمته من الحج بلا- خلاف، للأخبار، منها: صحيح بريد (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل خرج حاجاً، و معه جمل و له نفقه و زاد، فمات فى الطريق قال:

إن كان ضروره ثم مات فى الحرم فقد اجزأت عنه حجه الإسلام، و إن كان مات و هو ضروره قبل أن يحرم جعل حمله و زاده و نفقته فى حجه الإسلام، و إن فضل من ذلك شىء فهو للورثه إن لم يكن عليه دين) (١)، و صحيح ضريس عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل خرج حاجاً حجه الإسلام فمات فى الطريق، فقال: إن مات فى الحرم فقد اجزأت عنه حجه الإسلام، و إن كان مات دون الحرم فليقض عنه و ليه حجه الإسلام) ٢.

و عن الشيخ و ابن إدريس الاجتراء بالإحرام و إن لم يدخل الحرم، و لا دليل لهما سوى ما قيل من أنه مفهوم قوله عليه السّلام فى صحيح بريد (و إن كان مات و هو ضروره قبل أن يحرم)، و فيه إنه معارض بصحيح ضريس (و إن كان مات دون الحرم فليقضى عنه و ليه حجه الإسلام) و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (قلت: فإن مات و هو محرم قبل أن ينتهى إلى مكه، قال: يحج عنه إن كانت حجه الإسلام و يعتمر، إنما هو شىء عليه) (٢).

(٣) بأن دخل مكه ثم خرج منها.

(٤) كل ذلك لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٥) لعدم إمكان الجمع بين البدل و المبدل منه، و حيث إحرامه مع الدخول أجزأ عن المبدل منه فلا يأتى البدل و هو النيايه.

(٦) أى قبل الإحرام على قول الشيخ و ابن إدريس، و قبل دخول الحرم بعد الإحرام على قول المشهور.

(٧) أى الاستنابه لصريح النصوص المتقدمه، و هو ظاهر القواعد و الأصول إذا ثبت وجوب

ص: ٢٥٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣.

سقط، سواء تلبس، أم لا، (و لو مات قبل ذلك و كان) الحج (قد استقر في ذمته) بأن اجتمعت له شرائط الوجوب و مضى عليه بعده مده يمكنه فيها استيفاء جميع أفعال الحج فلم يفعل (قضى عنه) الحج (من بلده (١) في ظاهر الرواية).

-الحج في ذمته سابقا، و أما إذا لم يثبت فيستكشف من موته عدم استطاعته في ذلك العام، لأن من جملة الاستطاعة بقاءه إلى آخر الحج، و الأخبار حينئذ تحمل على ما لو استقر الوجوب أو على الندب.

(١) ذهب الأ-كثر بل المشهور إلى أنه يقضى عنه من أقرب الأماكن إلى مكة و إلا- فمن غيره مراعيًا الأقرب فالأقرب، و ذهب الشيخ و ابن إدريس و يحيى بن سعيد و غيرهم إلى أنه يستأجر من بلد الميت، و عن الدروس، و هو المنسوب إلى ابن إدريس و الشيخ في النهاية أنه مع سعة المال لا يجزى إلا من بلده، و إلا فمن حيث أمكن.

و دليل الأول: أن الواجب قضاء الحج، و هو عبارته عن المناسك المخصوصه و ليس قطع المسافه جزءا منه، و قد وجب لتوقف الواجب عليه فإذا انتفى التوقف انتفى الوجوب، و لذا لو سار المستطيع من بلده إلى أحد المواقيت لا ينيه الحج ثم أراد الحج و أحرم صح، و كذا المسافر إذا اتفق قربه من الميقات و حصلت له الاستطاعة فلا- يجب عليه قصد بلده و إنشاء الحج منه، و للأخبار منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل أعطى رجلا حجه يحج عنه من الكوفه فحج عنه من البصره، قال: لا بأس، إذا قضى جميع المناسك فقد تم حجه) (١)، فلو كان الطريق معتبرا لم ينف البأس، و خبر زكريا بن آدم (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل مات و أوصى بحجه، أ يجزيه أن يحج عنه من غير البلد الذي مات فيه؟ فقال: ما كان دون الميقات فلا بأس) (٢).

و دليل الثانى أخبار و هى: خبر محمد بن عبد الله (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن الرجل يموت فيوصى بالحج من أين يحج عنه؟ قال: على قدر ماله، إن وسعه ماله فمن منزله و إن لم يسعه من منزله فمن الكوفه، فإن لم يسعه من الكوفه فمن المدينة) (٣)، و خبر أبي سعيد عن سأل أبا عبد الله عليه السّلام (عن رجل أوصى بعشرين درهما في حجه، قال: يحج بها عنه رجل من موضع بلغه) (٤)، و خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام

ص: ٢٥٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النيايه فى الحج حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النيايه فى الحج حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النيايه فى الحج حديث ٥.

الأولى أن يراد بها الجنس، لأن ذلك ظاهر أربع روايات في الكافي (١) أظهرها دلالة روايه أحمد بن أبي نصر عن محمد بن عبد الله قال: سألت أبا الحسن الرضا (ع) عن الرجل يموت فيوصى بالحج من أين يحج عنه؟ قال (ع): على قدر ماله، إن وسعه ماله فمن منزله، وإن لم يسعه ماله من منزله فمن الكوفة، فإن لم يسعه من الكوفة فمن المدينة و إنما جعله ظاهر الروايه لإمكان أن يراد بماله ما عينه أجره للحج بالوصيه، فإنه يتعين الوفاء به مع خروج ما زاد عن أجرته من الميقات، من الثلث (٢) إجماعاً، و إنما الخلاف فيما لو أطلق الوصيه، أو علم أن عليه حجه الإسلام و لو يوص بها.

- (في رجل أوصى بحجه فلم تكفه من الكوفة، تجزى حجه من دون الوقت) (١)، و صحيح على بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أوصى أن يحج عنه حجه الإسلام و لم يبلغ جميع ما ترك إلا - خمسين درهماً، قال: يحج عنه من بعض المواقيت التي وقتها رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم من قرب) ٢، و خبر عبد الله بن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أوصى بماله في الحج فكان لا يبلغ ما يحج به من بلاده، قال: فيعطى في الموضع الذي يحج به عنه) ٣، و مثله غيره، و هذه الأخبار صريحه أو ظاهره في الوصيه بالحج بمال معين، أو من بلد الميت، و عليه فلم يرد خبر واحد أوجب الحج من بلد الميت من دون وصيه منه، و لذا عند ما ادعى ابن إدريس تواتر الأخبار على وجوب الحج من البلد ردّ عليه المحقق في المعبر فقال (و دعوى المتأخرين تواتر الأخبار غلط، فإننا لم نقف في ذلك على خبر شاذ، فكيف يدعى التواتر) و مثله قال العلامة في المختلف، نعم استدلل لهذا القول الثاني بأن وجوب الحج قد ثبت في ذمه الميت باستطاعته له بزاد و راحله و غيرهما مما يتوقف عليه، فيجب القضاء عنه ميتاً على الوجه الذي ثبت في ذمته، و فيه: إن الثابت في ذمته هو وجوب الحج، و المقدمه و جبت لأنها طريق فلا مدخله لها في وجوب الحج و لذا لو صح عن طريق محرم لأجزأ.

(١) و هي خبر محمد بن عبد الله، و خبر زكريا بن آدم، و خبر أبي سعيد، و خبر عمر بن يزيد، و قد تقدم نقلها سابقاً، هذا بحسب الموجود في الكافي (٢) و إلا فقد عرفت أنها أكثر من أربع.

(٢) أي ما زاد عن الحج الميقاتي يخرج من الثلث.

ص: ٢٥٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النيايه في الحج حديث ٦ و ١ و ٢.

٢- (٤) الفروع ج ١ ص ٢٥٠-٢٥١.

و الأقوى القضاء عنه من الميقات خاصه، لأصاله البراءه من الزائد، ولأن الواجب الحج عنه، و الطريق لا دخل لها فى حقيقته، و وجوب سلوكها (١) من باب المقدمه، و توقفه على مئونه فيجب قضاؤها عنه، يندفع بأن مقدمه الواجب إذا لم تكن مقصوده بالذات لا تجب و هو هنا كذلك، و من ثم لو سافر إلى الحج لا بنيته، أو بنيه غيره، ثم بدا له بعد الوصول إلى الميقات الحج أجزاء و كذا لو سافر ذاهلاً، أو مجنوناً ثم كمل قبل الإحرام، أو آجر نفسه فى الطريق لغيره (٢)، أو حج متسكعاً بدون الغرامه، أو فى نفقه غيره، أو غير ذلك من الصوارف عن جعل الطريق مقدمه للواجب، و كثير من الأخبار ورد مطلقاً (٣) فى وجوب الحج عنه، و هو لا يقتضى زياده على أفعاله المخصوصه.

و الأولى حمل هذه الأخبار على ما لو عين قدراً، و يمكن حمل غير هذا الخبر منها على أمر آخر (٤)، مع ضعف سندها (٥)، و اشتراك محمد بن عبد الله فى سند هذا الخبر بين الثقه، و الضعيف، و المجهول و من أعجب العجب هنا أن ابن إدريس ادعى تواتر الأخبار بوجوبه من عين البلد، و رده المختلف بآنا لم نقف على خبر واحد فضلاً عن التواتر، و هنا جعله ظاهر الروايه، و الموجود منها أربع فتأمل، و لو صح هذا الخبر لكان حمله على إطلاقه أولى، لأن ماله المضاف إليه (١) دليل القول الثانى.

(٢) لغير الحج.

(٣) من غير تقييد بالبلد منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين صلوات الله عليه أمر شيخاً كبيراً لم يحج قط و لم يطق الحج لكبره أن يجهز رجلاً يحج عنه) (١)، و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يموت و لم يحج حجه الإسلام و يترك مالا، قال: عليه أن يحج من ماله رجلاً ضروره لا مال له) (٢).

(٤) و هو الوصيه بالحج من البلد كما هو المتعارف من الوصايا.

(٥) أى سند الروايات الوارده فى الكافى، و إلا فقد عرفت أن خبر على بن رثاب صحيح السند و قد أورده الشيخ فى التهذيب.

ص: ٢٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

يشمل جميع ما يملكه، و إنما حملناه (١)، لمعارضته للأدلة الدالة (٢) على خلافه، مع عدم صحه سنده، و نسبه الحكم هنا إلى ظاهر الروايه فيه نوع ترجيح مع توقف، و لكنه قطع به فى الدروس.

و على القول به (٣) (فلو ضاقت التركه)، عن الأجره من بلده (فمن حيث بلغت) (٤) إن أمكن الاستئجار من الطريق، (و لو من الميقات) إن لم تحتمل سواه، و كذا لو لم يمكن بعد فوات البلد (٥)، أو ما يسع منه (٦) إلا- من الميقات، و لو عين كونها من البلد (٧) فأولى بالتعيين من تعيين مال يسعه منه (٨)، و مثله ما لو دلت القرائن على إرادته (٩)، و يعتبر الزائد من الثلث (١٠) مع عدم إجازة الوارث إن لم نوجهه من البلد ابتداء، و إلا- فمن الأصل و حيث يتعذر من الميقات يجب من الأزيد و لو من البلد حيث يتعذر من أقرب منه (١١) من باب مقدمه الواجب حينئذ (١٢)، لا الواجب فى الأصل.

فى ما لو حج مسلما ثم ارتد

(و لو حج) مسلما، (ثم ارتد، ثم عاد) إلى الإسلام (لم يعد) حجه السابق (١) على خصوص المال الذى عينه أجره للحج بالوصيه.

(٢) و هى الأخبار الداله على استنابه الحج عنه مطلقا و قد تقدمت.

(٣) أى بالحج من البلد.

(٤) لقاءه ما لا يدرك كله لا يترك جله.

(٥) لموانع أخرى مثل عدم وجود النائب الحائز على شرائط النيابة.

(٦) من المال الذى تركه.

(٧) فيتعين الحج منه، و إن لم يذكر مال يسعه، لأنها وصيه فيجب العمل بها.

(٨) من البلد، و المعنى: لو ذكر ما لا يسع الحج من البلد فيفهم أنه من البلد باللازم فلذا كان الحج من البلد أولى فيما لو أوصى و عين البلد بالصراحه.

(٩) أى إرادته البلد، فيما لو أوصى مطلقا و كانت الوصيه تحمل على الحجه البلديه بحسب المتعارف.

(١٠) فإن أجاز الورثه فمن الأصل، و إلا فما يزيد عن حج الميقات فمن الثلث هذا على قول المشهور، و أما على القول الثانى فالحج البلدى من أصل التركه ابتداء.

(١١) من البلد بالنسبه للميقات.

(١٢) و يخرج من أصل التركه حتى على قول المشهور.

(على الأقرب) (١)، للأصل، والآية (٢)، والخبر، وقيل: يعيد لآية الإحباط، أو لأن المسلم لا يكفر، ويندفع باشتراطه بالموافاة عليه (٣) كما اشترط في ثواب الإيمان ذلك (٤)، و منع عدم كفره، للآية المثبتة للكفر بعد الإيمان، و عكسه.

و كما لا يبطل مجموع الحج كذا بعضه (٥) مما لا يعتبر استدامته حكما كالإحرام فيبني عليه لو ارتد بعده،

في ما لو حج مخالفا، ثم استبصر

(و لو حج مخالفا، ثم استبصر لم يعد (٦) إلا أن يخل) (١) لتحقق الامتثال فوجوب الإعادة بحاجه إلى دليل و هو مفقود، و هو المعبر عنه بجريان الأصل بعدم الوجوب ثانيا، و لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (من كان مؤمنا فحج ثم أصابته فتنة فكفر ثم تاب، يحسب له كل عمل صالح عمله و لا يبطل منه شيء) (١).

و خالف الشيخ في المبسوط فحكم بالإعادة لآية الإحباط، و هي قوله تعالى: وَ مَنْ يَكْفُرْ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ (٢) ، و بأن ارتداده دالّ على أن إسلامه لم يكن إسلاما فلا يصح حجه، لأن الله لا يضل قوما بعد إذ هداهم، و فيه: أما آية الإحباط فهي داله على الإحباط إذا مات على الكفر جمعا بينها و بين قوله تعالى: وَ مَنْ يَزِدْ مِنْكُمْ عَنْ دِينِهِ فَيَمُتْ وَ هُوَ كَافِرٌ فَأُولَئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَالُهُمْ (٣) ، و أما أن المسلم لا يرتد فيدفعه صريحا قوله تعالى: إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا ثُمَّ كَفَرُوا ثُمَّ آمَنُوا (٤) حيث أثبت الكفر بعد الإيمان.

(٢) إما المراد بها آية الحج حيث دلت على أنه مره في العمر و قد أتى بها، و إما المراد بها آيات عدم الإحباط مثل قوله تعالى: فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (٥).

(٣) أي باشتراط الإحباط بالوفاه على الكفر.

(٤) أي بالوفاه على الإيمان.

(٥) مما يعتبر فيه النية ابتداء كالإحرام، أما لو كان مشروطا بالنية ابتداء و استدامه كالطواف فيبطل لبطلان النية.

(٦) على المشهور، لصحيح بريد العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل حج و هو لا يعرف هذا الأمر، ثم من الله عليه بمعرفته و الدينونه به، عليه حجه الإسلام أو قد قضى فريضته؟ قال: قد قضى فريضته و لو حج لكان أحب إلي، قال: و سألته عن رجل حج -

ص: ٢٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١.

٢- (٢) سورة المائدة الآية: ٥.

٣- (٣) سورة البقرة الآية: ٢١٧.

٤-٤) سورة النساء الآيه: ١٣٧.

٥-٥) سورة الزلزله الآيه: ٧.

(بركن) عندنا (١)، لا عنده على ما قيده المصنف فى الدروس، مع أنه عكس فى الصلاة فجعل الاعتبار بفعلها صحيحه عنده، لا عندنا، و النصوص خاليه من القيد (٢)، و لا فرق بين من حكم بكفره من فرق المخالفين، و غيره فى ظاهر النص.

و من الإخلال بالركن حجه قرانا بمعناه عنده (٣)، لا- المخالفه فى نوع الواجب (٤) المعتبر عندنا، و هل الحكم بعدم الإعادة لصحة العباده فى نفسها بناء على عدم اشتراط الإيمان فيها، أم إسقاطا للواجب فى الذمه كإسلام الكافر - و هو فى بعض هذه الأصناف من أهل القبله ناصب متدين، ثم منّ الله عليه فعرف هذا الأمر، يقضى حجه الإسلام؟ فقال: يقضى أحب إلى، و قال: كل عمل عمله، و هو فى حال نصبه و ضلّاته، ثم منّ الله عليه و عرّفه الولايه فإنه يؤجر عليه، إلا الزكاه، فإنه يعيدها، لأنه وضعها فى غير مواضعها، لأنها لأهل الولايه، و أما الصلاة و الحج و الصيام فليس عليه قضاء(١)، و مثله غيره، و عن ابن الجنيد و ابن البراج و جوب الإعادة لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا معسرا أحجه رجل كانت له حجه، فإن أيسر بعد ذلك كان عليه الحج، و كذلك الناصب إذا عرف فعليه الحج و إن كان قد حج)٢ و مثله غيره، و هو محمول على الاستحباب جمعا، ثم لا- فرق فى المخالف بين من حكم بكفره و غيره للإطلاق بل و صريح صحيح بريد المتقدم، و خالف العلامة فى المختلف فخصه بغير الكافر، و قال فى المدارك: (و هو ضعيف).

(١) كما نص على ذلك المحقق فى المعتبر و العلامة فى المنتهى و الشهيد فى الدروس، مع أنهم صرحوا فى قضاء الصلاة بأن المخالف يسقط عنه قضاء ما صلاه صحيحا عنده و إن كان فاسدا عندنا، و لذا قال سيد المدارك (و فى الجمع بين الحكيمين إشكال و لو فتيّر الركن بما كان ركنا عندهم كان أقرب إلى الصواب، لأن مقتضى النصوص أن من حج من أهل الخلاف لا يجب عليه الإعادة).

(٢) و لكن لا بد من التقييد لأن النصوص قد حكمت بصحة فعله من ناحيه فساد العقيدة فقط.

(٣) و القران عن المخالف أن يتلبس بالحج و العمره بزمان واحد، و هو باطل عندنا.

(٤) كمن فرضه التمتع فيحج أفرادا فإنه صحيح عندنا فى الجملة كما سيأتى.

ص: ٢٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب وجوب الحج حديث ١ و ٥.

قولان (١)، و في النصوص ما يدل على الثاني.

(نعم يستحب الإعادة، للنص)، و قيل: يجب، بناء على اشتراط الإيمان المقتضى لفساد المشروط بدونه، و بأخبار حملها على الاستحباب طريق الجمع.

القول في حج الأسباب

إشاره

(القول في حج الأسباب (٢)

في ما لو نذر الحج

بالنذر و شبهه و النيابة، (لو نذر الحج و أطلق (٣) كفت المره) مخيرا في النوع و الوصف، إلا- أن يعين أحدهما، فيتعين الأول مطلقا (٤)، و الثاني إن كان مشروعاً (١) ذهب العلامة في المختلف إلى أن سقوط الإعادة لتحقق الامتثال بالفعل المتقدم، إذ المفروض عدم الإخلال بالركن و الإيمان ليس شرطاً في صحة العباده.

و ذهب سيد المدارك و صاحب الحدائق و جماعه إلى أنه من باب التفضل من الله كما تفضل على الكافر الأصلي بعد الإسلام بسقوط قضاء الفئات، لأن المخالف عبادته باطله و إن فرض استجماعها لشرائط الصحة عندنا، و استدل على ذلك بالأخبار، منها: صحيح أبي حمزه (قال لنا على بن الحسين صلوات الله عليهما: أى البقاع أفضل؟ قلت: الله و رسوله و ابن رسوله أعلم، قال: إن أفضل البقاع ما بين الركن و المقام، و لو أن رجلاً عمّر ما عمّر نوح في قومه ألف سنه إلا خمسين عاماً، يصوم النهار و يقوم الليل في ذلك المكان، ثم لقي الله بغير ولايتنا لم ينتفع بذلك شيئاً) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (- إلى أن قال - و اعلم يا محمد أن أئمة الجور و اتباعهم لمعزولون عن دين الله عز و جل، قد ضلوا و أضلوا، فأعمالهم التي يعملونها كرماد اشتدت به الريح في يوم عاصف، لا يقدرّون مما كسبوا على شيء، ذلك هو الضلال البعيد) (٢) و فيه: إن هذه الأخبار ليست ناظره إلى عدم الصحة بل عدم الثواب، و الذي ينفع في المقام هو الأول.

(٢) أى الأسباب العارضة.

(٣) بحيث لم يقيدته بتمتع أو قران أو أفراد التي هي أنواع الحج، و لم يقيدته بوصف خاص و لا بعدد خاص فيكفي في سقوطه امتثاله مره واحده كما هو واضح.

(٤) تمتعاً أو أفراداً أو قراناً، فينعقد النذر لمشروعيه الأقسام الثلاثه، بخلاف الوصف فإنه ينعقد إذا كان الوصف مشروعاً كالركوب و المشى، و أما الحفاء و المشى على اليمين -

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١.

كالمشى و الركوب، لا الحفاء و نحوه،(و لا يجزئ) المنذور (عن حجه الإسلام) (١) سواء وقع حال وجوبها (٢)، أم لا، و سواء نوى به (٣) حجه الإسلام أم النذر أم هما، لاختلاف السبب المقتضى لتعدد المسبب.

(وقيل) و القائل الشيخ و من تبعه: (إن نوى حجه النذر أجزأت) عن النذر و حجه الإسلام على تقدير وجوبها حينئذ، (و إلا فلا)، استنادا إلى روايه حملت على -و القدمين فإنه مرجوح، لا ينعقد به النذر لصحيح الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل نذر أن يمشى إلى مكه حافيا، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خرج حاجا فنظر إلى امرأه تمشى بين الإبل فقال: من هذه؟ فقالوا: اخت عقبه بن عامر، نذرت أن تمشى إلى مكه حافيه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يا عقبه، انطلق إلى اختك فمرها فلتركب، فإن الله غنى عن مشيها و حفاها) (١) بناء على أن الحفاء لا ينعقد به النذر.

(١) إذا نذر المكلف الحج، فإما أن ينوى حجه الإسلام، و إما غيرها، و إما أن يطلق بأن لا ينوى شيئا منهما فالصور ثلاث، فلو أطلق في نذره و هى الصوره الثالثه فقد اختلف الأصحاب فى هذه المسأله فذهب الأكثر إلى تعدد الحج عليه من حج المنذور و حجه الإسلام إذا كان مستطيعا لأن تعدد السبب يوجب تعدد المسبب، و ذهب الشيخ فى النهايه إلى أنه إذا نوى حج النذر أجزأ عن حج الإسلام، و إن نوى حجه الإسلام لم يجزئه عن المنذور، أما الشق الأول فيدل عليه صحيح رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل نذر أن يمشى إلى بيت الله الحرام فمشى، هل يجزيه عن حجه الإسلام؟ قال:

نعم) (٢) و مثله صحيح ابن مسلم ٣، بناء على أن العام هو عام الاستطاعه فتصرف نيه الحج المنذور إلى حج الإسلام، بخلاف حج النذر فلا دليل على انصراف نيه غيره إليه و لذا لو نوى حج الإسلام لم يجزئه عن المنذور كما هو الشق الثانى.

و لقاعده عدم التداخل حمل المشهور هذه الأخبار على ما لو نذر حج الإسلام، لا أنه كان مطلقا بالنذر كما هو مفروض مسألتنا، أو تحمل الأخبار على أن النذر لنفس المشى كما هو مفاد الخبرين السابقين، و أما بقيه صور التقسيم السابق فسيأتى الكلام فيها.

(٢) أى سواء وقع المنذور حال وجوب حجه الإسلام أو لا.

(٣) أى بالمنذور فيما لو نذره فى عام معين.

ص: ٢٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب وجوب الحج و شرائطه حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣ و ١.

نذر حجه الإسلام، (و لو قيد نذره بحجه الإسلام فهى واحده) (١) و هى حجه الإسلام، و تتأكد بالنذر بناء على جواز نذر الواجب، و تظهر الفائده فى وجوب الكفاره مع تأخيرها (٢) عن العاقد المعين أو موته قبل فعلها (٣) مع الإطلاق منهاونا. هذا إذا كان عليه حجه الإسلام حال النذر، و إلا كان مراعى بالاستطاعه (٤)، فإن حصلت وجب بالنذر أيضا و لا يجب تحصيلها هنا على الأقوى (٥). و لو قيده بمدته معينه فتخلفت الاستطاعه عنها بطل النذر.

(و لو قيد غيرها) أى غير حجه الإسلام (فهما اثنتان) (٦) قطعا، ثم إن كان (١) هذه هى الصورة الأولى من التقسيم السابق، فالنذر منعقد لرجحانه، و فائده النذر. ما دام متعلقه واجبا زياده الانبعاث على الفعل، و وجوب الكفاره مع تأخيره عن الوقت المعين، و يجب عليه حج الإسلام فقط بعد التأخير، و هذا مما لا خلاف فيه.

(٢) أى تأخير حجه الإسلام.

(٣) أى فعل حجه الإسلام، فالكفاره مع القضاء هنا على الورثه، بخلاف ما لو كانت حجه الإسلام غير منذوره فلا يثبت على الورثه إلا القضاء، و بخلاف ما لو كان النذر معينا فى عام فلم تتحقق الاستطاعه فلا تجب الكفاره و لا يجب تحصيل الاستطاعه إلا أن تكون منذوره، و بخلاف ما لو كان النذر معينا فى عام و مات قبل التمكن فينحل النذر لعدم قدرته على الوفاء به مع عدم وجوب القضاء على الورثه لأنه قد انكشف أنه غير مستطيع.

(٤) لأن المنذور ليس أمرا زائدا على حج الإسلام، و هو مشروط بالاستطاعه.

(٥) لم تذكر كتب القوم اختلافا فى ذلك، هذا و قد عرفت أن الوجه هو كون النذر قد تعلق بالواجب المشروط و لا يجب تحصيل مقدمته لأنها شرط للوجوب.

(٦) هذه هى الصورة الثانيه من التقسيم السابق، و هما اثنتان بلا خلاف لتعدد السبب الموجب لتعدد المسبب المسمى بعدم التداخل.

غير أن النذر إما أن يكون مطلقا و إما مقيدا، و أن حجه الإسلام تاره تكون ثابتة لوجود الاستطاعه و أخرى غير ثابتة فهنا صور أربع.

الصورة الأولى: فيما لو كانت حجه الإسلام ثابتة لوجود الاستطاعه، و النذر مطلق، فمع عدم التداخل كما مر لا بد أن يقدم المضيّق، و هو حجه الإسلام، و تؤخر حجه النذر لأنها مطلقه، و هذا مما لا خلاف فيه.

الصورة الثانيه: فيما لو كانت حجه الإسلام ثابتة و النذر مقيد، و عليه فإن كان مقيدا فى سنه متأخره عن سنه الاستطاعه، فلا إشكال فى تقديم حجه الإسلام لأنها متقدمه من -

مستطيعا حال النذر، و كانت حجه النذر مطلقه (١)، أو مقيده (٢) بزمان متأخر عن -دون أن يزاحمها المنذور لأنه متأخر، و إن كان النذر مقيداً بسنه الاستطاعه، فأرسل صاحب الجواهر بطلان النذر، إلا أن يقصد حال النذر أنه إذا زالت الاستطاعه فيحج حج النذر فإنه يصح، و نسب إلى المدارك صحه النذر و إن لم يقصد بشرط عدم تحقق الاستطاعه، و هو ظاهر الروضه هنا، حملاً للنذر على الوجه المصحح، و دليل البطلان أنه نذر في عام الاستطاعه غير حجه الإسلام فيبطل لأنه منهي عنه بسبب الأمر بامثال حجه الإسلام، نعم اتفق الجميع على أن الاستطاعه لو استمرت فالنذر باطل لأنه نذر ما لا يصح شرعاً بعد الأمر بالتوجه لحجه الإسلام.

الصوره الثالثه: فيما لم تكن الاستطاعه موجوده و النذر مطلق، ثم حصلت الاستطاعه فتقدم حجه الإسلام، لأن وجوبها فوري بخلاف حجه النذر فإنه يجوز تأخيرها ما لم تصل إلى حد التهاون، و كذا لو كان النذر مقيداً بعد ثلاث سنين مثلاً ثم حصلت الاستطاعه في سنته أو في السنه الأولى أو الثانيه فتجب حجه الإسلام و تقدم لفوريته، و النذر إنما يكون في سنته.

الصوره الرابعه: فيما لم تكن الاستطاعه و النذر مقيد بهذه السنه ثم حصلت الاستطاعه قبل فعل النذر، قدمت حجه النذر على حجه الإسلام لأن استطاعه حج الإسلام غير تامه، لأنه ممنوع بالنذر، و النذر مانع شرعى، و المانع الشرعى كالعقلى، نعم إذا امتثل حجه النذر و بقيت الاستطاعه البدنيه و الماليه إلى العام المقبل فتجب حجه الإسلام و إلا فلا.

و الحكم فى هذه الصور الأربع منسوب إلى ظاهر الأصحاب كما فى الجواهر. و لم يخالف إلا الشهيد فى الدروس فقد اعتبر فى حج النذر الاستطاعه الشرعيه لا العقليه، و عليه فلو نذر الحج ثم استطاع صرف ذلك إلى النذر و إن كان مطلقاً و لا تكون حجه الإسلام ثابتة أصلاً، و يظهر الفرق بين قوله و قول المشهور فى الصوره الثالثه فعلى المشهور تقدم حجه الإسلام و على قوله تقدم حجه النذر.

و يرد: أن الاستطاعه فى الحج المنذور و فى غيره من الواجبات هى مراعاة التمكّن من الفعل و هذا ما يسمى بالاستطاعه العقليه، و الاستطاعه الشرعيه لم تثبت إلا- للحج و عليه ففى الصوره الثالثه يكفى مراعاة التمكّن من الفعل ليصح النذر و بعد ثبوت الاستطاعه الشرعيه فيثبت حج الإسلام و يقع التزاحم بين المضيق و هو حجه الإسلام و بين الموسع و هو حج النذر فلا بد من تقديم المضيق.

(١)الصوره الأولى.

(٢)الصوره الثالثه.

السنة الأولى (١) قدّم حجه الإسلام، و إن قيده (٢) بسنه الاستطاعه كان انعقاده (٣) مراعى بزوالها (٤) قبل خروج القافله، فإن بقيت بطل، لعدم قدره على المنذور شرعا، و إن زالت انعقد، و لو تقدم النذر (٥) على الاستطاعه ثم حصلت قبل فعله قدّمت حجه الإسلام، إن كان النذر مطلقا، أو مقيدا بما يزيد عن تلك السنه، أو بمغايرها، و إلا (٦) قدّم النذر، و روعى فى وجوب حجه الإسلام بقاء الاستطاعه إلى الثانيه (٧).

و اعتبر المصنف فى الدروس فى حج النذر الاستطاعه الشرعيه، و حينئذ فتقدّم حجه النذر مع حصول الاستطاعه بعده و إن كان مطلقا (٨) و يراعى فى وجوب حجه الإسلام الاستطاعه بعدها، و ظاهر النص (٩) و الفتوى كون استطاعه النذر عقليه، فيتفرع عليه ما سبق (١٠). و لو أهمل حجه النذر فى العام الأول، قال المصنف (١) الشق الأول فى الصوره الثانيه.

(٢) أى النذر و هذا هو الشق الثاني فى الصوره الثانيه.

(٣) أى النذر.

(٤) أى بزوال الاستطاعه الشرعيه.

(٥) الصوره الثالثه.

(٦) أى و إن لم يكن مقيدا بما يزيد عن تلك السنه أو بمغايرها، بل كان مقيدا فى هذه السنه، و هذه هى الصوره الرابعه.

(٧) أى السنه الثانيه.

(٨) أى النذر كما فى الصوره الثالثه.

(٩) و الأخبار كثيره منها: خبر ذريح المحاربى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل حلف ليحجّن ماشيا، فعجز عن ذلك فلم يطقه قال: فليركب و ليسق الهدى) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عن رجل جعل عليه مشيا إلى بيت الله فلم يستطع، قال: يحجج راكبا) ٢.

بناء على أن التمكّن من الفعل و هو المشى ممكن عقلا- فيلزم النذر، و إلا- لو اشترطت الاستطاعه الشرعيه فيجب أن لا ينعقد النذر، لأن المشى ليس منها، و لذا اشترط الراحله فى الاستطاعه.

(١٠) من أنه إذا كان مطلقا أو مقيدا بما يزيد عن تلك السنه فتقدم حجه الإسلام، و من أنه-

ص: ٢٤٣

فيها (١) تفريعا على مذهبه: وجبت حجه الإسلام أيضا. ويشكل بصيرورته (٢) حينئذ (٣) كالدين (٤)، فيكون من المثونه، (و كذا) حكم (العهد و اليمين)،

في ما لو نذر الحج ماشيا

(و لو نذر الحج ماشيا (٥) وجب) مع إمكانه، سواء جعلناه أرجح من الركوب، أم لا على الأقوى (٦)، و كذا لو نذره راكبا. و قيل: لا ينعقد غير الراجح منهما، و مبدؤه بلد الناذر على الأقوى (٧)، عملا بالعرف،...

-إذا كان مقيدا بهذه السنه قدمت حجه النذر.

(١) أي في الدروس حيث قال (و الظاهر أن استطاعه النذر شرعيه لا عقليه، فلو نذر الحج ثم استطاع صرف ذلك إلى النذر، فإن أهمل و استمرت الاستطاعه إلى القابل وجبت حجه الإسلام أيضا) و يشكل عليه بأنه ما دام النذر مطلقا، و على مبناه أن استطاعته شرعيه فيجب في العام المقبل حج النذر، و لا تجب حجه الإسلام إلا بعد تحقق النذر و بعد بقاء استطاعه لها.

(٢) أي النذر.

(٣) أي حين كون استطاعته شرعيه.

(٤) لأن النذر مطلق، فاستطاعته لا بد من استثنائها من استطاعه حجه الإسلام كالدين.

(٥) وجب في الجملة، بلا- خلاف فيه، لعموم دليل وفاء النذر، و للأخبار، منها: صحيح رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل نذر أن يمشى إلى بيت الله قال:

فليمش) (١).

(٦) قال العلامة في القواعد: (لو نذر الحج ماشيا و قلنا المشى أفضل انعقد الوصف، و إلا فلا)، و تبعه عليه كاشف اللثام، و أشكل عليهما بأن رجحان متعلق النذر لا- يوجب رجحانه على غيره من جميع الجهات، أو من بعضها، بل ما دام كونه راجحا فالنذر منعقد و إن كان غيره أرجح لأنه من ترجيح المندوبات بعضها على بعض.

(٧) قيل: بلد النذر، كما عن الشرائع و التحرير و المبسوط، و قيل: بلد الناذر كما عن القواعد و الدروس و الحدائق، و قيل و لم يعرف قائله: من أقرب البلدين بلد النذر و الناذر إلى الميقات، و قيل: مبدؤه من حين الشروع في أفعال الحج كما عن سيد المدارك و صاحب الجواهر، لأن (ماشيا) قد وقع حالا من فاعل أحج في صيغته النذر (لله على أن أحج ماشيا)، فيكون وصفا للفاعل - أي الحاج -، و هو مشتق لا يصدق حقيقه إلا بتلبسه به، و منه تعرف ضعف دليل بلد النذر، لأنه بلد الالتزام فهو كبلد الاستطاعه، و تعرف ضعف دليل بلد الناذر للتبادر، و تعرف ضعف دليل القول الثالث لكون المراد-

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

إلا أن يدل (١) على غيره فيتبع. و يحتمل أول الأفعال، لدلاله الحال عليه، و آخره (٢) منتهى أفعاله الواجبه، و هى رمى الجمار، لأن المشى وصف فى الحج المركب من الأفعال الواجبه، فلا- يتم إلا- بأخرها. و المشهور و هو الذى قطع به المصنف فى الدروس أن آخره طواف النساء.

(و يقوم فى المعبر) (٣) لو اضطر إلى عبوره، و جوبا على ما يظهر من العبارة -المشى فى الجملة إلى الحج، و هو يصدق بذلك، و فيه: إن الصدق يتحقق بالمشى بأقل من ذلك إلى الميقات.

(١) أى العرف.

(٢) قيل: آخره رمى الجمار كما عن سيد المدارك و صاحب الجواهر، للأخبار، منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الماشى متى ينقضى مشيه؟ قال عليه السلام:

إذا رمى الحجار و أراد الرجوع، فليرجع راكبا فقد انقضى مشيه، و إن مشى فلا بأس) (١)،

و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا حججت ماشيا و رميت الجمره فقد انقطع المشى) ٢.

و قيل: آخره طواف النساء، و هو المنسوب إلى المشهور، و كأن الوجه فيه الأخذ بمفهوم الحج، و لا يختص بجزء دون جزء، و فيه: إن طواف النساء ليس من أجزاء الحج، و لا مجال له بعد هذه النصوص، نعم ورد فى خبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (متى ينقطع مشى الماشى؟ قال: إذا أفضت من عرفات) (٢)، و لكن لم يعرف القائل به و حينئذ لا- مجل للاعتماد عليه.

(٣) على المشهور كما فى الحدائق، لخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السلام (إن عليا عليه السلام سئل عن رجل نذر أن يمشى إلى البيت فعبّر فى المعبر، قال: فليقم فى المعبر قائما حتى يجوزه)، و لقاعده الميسور لا- يسقط بالمعسور فقد وجب عليه القيام و الحركة، و فى المعبر تنتفى الحركة فيبقى القيام.

و عن المعبر و المنتهى و التحرير و القواعد الاستحباب، لضعف الخبر بالسكونى - لأنه عامى - عن إثبات الوجوب فيؤخذ به بناء على التسامح فى أدله السنن، فلا يفيد إلا الاستحباب خروجاً عن شبهه الخلاف لمن قال بوجوبه، و عدم تأتى قاعده الميسور و المعسور لأن القيام هنا لا فائده فيه، و لأن نذر المشى منصرف إلى ما يصح المشى فيه فيكون مواضع العبور مستثناه بالعادة.

ص: ٢٦٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب وجوب الحج حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

و به صرح جماعه، استنادا إلى روايه تقصر، لضعف سندها عنه، و في الدروس جعله أولى، و هو أولى خروجاً من خلاف من أوجبه، و تساهلاً في أدله الاستحباب. و توجيهه (١) بأن الماشى يجب عليه القيام و حركة الرجلين، فإذا تعذر أحدهما لانتفاء فائدته بقى الآخر مشترك (٢)، لانتفاء الفائده فيهما (٣)، و إمكان فعلهما (٤) بغير الفائده.

(فلو ركب (٥) طريقه) أجمع، (أو بعضه قضى ماشياً) (٦) للإخلال بالصفه فلم يجز. ثم إن كانت السنه معينه فالقضاء بمعناه المتعارف، و يلزمه مع ذلك كفاره بسببه، و إن كانت مطلقه فالقضاء بمعنى الفعل ثانياً و لا كفاره، و في الدروس لو ركب بعضه قضى ملفقاً، فيمشى ما ركب و يتخير فيما مشى منه، و لو اشتبهت (١) أى توجيه الوجوب.

(٢) أى القيام و هو مشترك في حالتي الميسور و المعسور.

(٣) هذا ردّ على قاعده الميسور الموجه لوجوب القيام، إذ القيام كحركة الرجلين لا فائده فيهما في تحقق السير.

(٤) ردّ ثان على قاعده الميسور، من أن حركة الرجلين كالقيام أمر ممكن غير متعذر إلا أنه لا فائده فيه، فلذا حملت الروايه على الاستحباب.

(٥) فإذا كان النذر مطلقاً فالإعاده لعدم إتيانه بالمنذور، و لا كفاره لعدم الموجب لانتفاء المخالفه بعد كون المنذور موسعاً و مطلقاً، و إذا كان النذر مقيداً في سنه معينه، فالقضاء لعدم إتيانه بالمنذور، لأن الذمه ما زالت مشغوله فلا بدّ من قضاء ما فات بعد فوات وقته، و الكفاره لحث النذر.

و خالف المحقق في المعتبر و العلامه في المنتهى و به قال صاحب الجواهر من أن الإخلال بالمشى ليس مؤثراً في الحج، لأنه ليس من اجزائه و لا من صفاته و شروطه، و قد أتى بالحج غايته عليه الكفاره لإخلاله بالمشى، و فيه: إنما يتوجه ذلك إذا كان المنذور شيئاً:

الحج و المشى، غير مقيد أحدهما بالآخر، و المفهوم من نذر الحج ماشياً خلاف ذلك.

(٦) فلو ركب بعضه فقيل: يقضى مع مشى مواضع الركوب كما عن جماعه منهم الشيخان و العلامه و الشهيد في الدروس، و استدلل له كما عن المختلف بأن الواجب قطع المسافه ماشياً، و قد حصل بالتلفيق، فيخرج عن العهد، و عن جماعه كما هو قول الماتن يقضى ماشياً في جميع الطريق لأن المشى مندور في جميع طريق الحج و لم يحصل في الحج الأول فلا بدّ من إعادته.

الأماكن احتاط بالمشى فى كل ما يجوز فيه أن يكون قد ركب. و ما اختاره هنا أجود (١)، (و لو عجز عن المشى ركب) (٢) مع تعيين السنه، أو الإطلاق و اليأس من القدره و لو بضيق وقته لظن الوفاه، و إلا توقع الممكنه.

(و) حيث جاز الركوب (ساق بدنه)، جبرا للوصف الفائق، وجوبا على ظاهر العبارة، و مذهب جماعه، و استحبابا على الأقوى، جمعا بين الأدله، و تردد فى الدروس. هذا كله مع إطلاق نذر الحج ماشيا، أو نذرهما لا على معنى جعل المشى قيذا لازما فى الحج بحيث لا يريد إلا جمعهما، و إلا (٣) سقط الحج أيضا مع العجز عن المشى.

(١) لأن الحج ماشيا غير صادق على أى من الحجين من الأول و قضائه.

(٢) و ساق بدنه، و نسب هذا القول للشيخ و جماعه، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل نذر أن يمشى إلى بيت الله و عجز أن يمشى، قال عليه السّلام: فليركب و ليسق بدنه، فإن ذلك يجزى عنه إذا عرف الله تعالى منه الجهد) (١) و صحيح ذريح المحاربي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل حلف ليحجّ ماشيا، فعجز عن ذلك فلم يطقه، قال عليه السّلام: فليركب و ليسق الهدى) ٢.

و عن المفيد و ابنى جنيد و سعيد يركب و لا يسوق، لصحيح رفاعه بن موسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل نذر أن يمشى إلى بيت الله تعالى، قال عليه السّلام: فليمش، قلت: فإنه تعب، قال عليه السّلام: إذا تعب ركب) ٣، و طريق الجمع حمل سوق البدنه على الاستحباب، بل بعض الأخبار صرح فى الاستحباب كما فى خبر عنبسه بن مصعب (قال: نذرت فى ابن لى إن عافاه الله تعالى أن أحج ماشيا، فمشيت حتى بلغت العقبه، فاشتكت فركبت، ثم وجدت راحه فمشيت، فسألت أبا عبد الله عليه السّلام فقال:

أحب إن كنت موسرا أن تذب بقره، فقلت: معى نفقه، و لو شئت أن أذبح لفعلت، و على دين، فقال: إنى أحب إن كنت موسرا أن تذب بقره، فقلت: شىء واجب أفعله؟ فقال: لا، من جعل لله عليه شيئا فبلغ جهده فليس عليه شىء) (٢).

(٣) فالصور ثلاث، إما أن ينذر الحج و ينذر نذرا ثانيا بالمشى فى الحج المنذور، و إما أن ينذر الحج الموصوف بالمشى فيه، و إما أن ينذر الحج بجعل المشى قيذا لازما له بحيث لا يريد-

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب وجوب الحج حديث ٣ و ٢ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب وجوب الحج حديث ٦.

(و يشترط فى النائب) فى الحج (البلوغ (١) و العقل (٢) و الخلو) أى خلو ذمته (من حج واجب) فى ذلك العام (٣)، (مع التمكن منه و لو مشيا) حيث لا يشترط فيه (٤) الاستطاعة كالمستقر من حج الإسلام ثم يذهب المال (٥)، فلا تصح نيابه الصبى، و لا المجنون مطلقا (٦)، و لا مشغول الذمه به فى عام النياه، للتنافى، و لو كان فى عام بعده (٧) كمن نذره كذلك أو استؤجر له صحت نيابته قبله، و كذا المعين (٨) حيث يعجز عنه و لو مشيا لسقوط الوجوب فى ذلك العام، للعجز -من الحج المنذور إلا جعل المشى قيده له، فعلى الأول إذا سقط المشى فيبقى النذر بالحج على حاله، و على الثانى إذا سقط الوصف و هو المشى فيبقى الحج الموصوف و المنذور على حاله، و على الثالث إذا تعذر المشى و هو جزء من المنذور فيتعذر المركب و هو المنذور فيسقط.

(١) فإن كان غير مميز فلا تصح النياه، و هو واضح لأنها بحاجه إلى القصد، و هو منتف فى حقه، و أما المميز فليل: لا تصح، لاتصافه بما يوجب رفع القلم فعبادته تمرينيه فلا تقع لنفسه فكيف لغيره، و قيل: تصح، لأنه قادر على استقلال الحج ندبا بناء على شرعيه عباداته.

(٢) فالمجنون لا تصح منه النياه لفقد عقله الموجب لفقد القصد المعتبر فى الحج.

(٣) فلا تصح منه النياه لأنه إذا كان مخاطبا بالحج فى ذلك العام فلا يصح أن يشغل ذمته بغيره، بل يقع باطلا لأن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده و لو عقلا.

نعم لو كان مشغول الذمه فى عام بعد عام النياه كمن نذر إن استؤجر فى هذه السنه بأن يحج فى السنه المقبله، أو كان مستوجرا للعام المقبل فتصح النياه حينئذ لعدم النهى عنها.

(٤) أى فى الحج الواجب فى هذا العام.

(٥) بعد التسويق من عام إلى عام.

(٦) سواء كان من ذوى الأدوار أو لا لعدم الوثوق بصحة العمل المستأجر عليه.

(٧) أى كان مشغول الذمه بالحج بعد عام النياه.

(٨) أى نذر بأن يحج فى هذه السنه، و قد انتفت الاستطاعة العقلية حتى المشى فيسقط الوجوب لهذا العام، و إن كانت ذمته مشغوله بأصل الحج النذرى، إلا أنه تصح منه النياه حينئذ مع قطعه بعدم تجدد الاستطاعة، لعدم الأمر بالحج النذرى الموجب للنهى عن النياه، ثم لو حصلت النياه ثم اتفق تجدد الاستطاعة فتقدم النياه، لأن حج النذر ممنوع منه شرعا بالنياه لوجوب الوفاء بها فهو غير مستطيع له، و كذا لو وقعت النياه ثم تحققت استطاعه حج الإسلام.

و إن كان باقيا في الذمه، لكن يراعى في جواز استنابته ضيق الوقت، بحيث لا يحتمل تجدد الاستطاعه عاده. فلو استؤجر كذلك، ثم اتفقت الاستطاعه على خلاف العاده لم يفسخ، كما لو تجددت الاستطاعه لحج الإسلام بعده، فيقدم حج النيايه، و يراعى في وجوب حج الإسلام بقاؤها إلى القابل.

(و الإسلام) (١) إن صححنا عباده المخالف، و إلا اعتبر الإيمان أيضا، و هو الأقوى. و في الدروس حكى صحه نيايه غير المؤمن عنه قولاً مشعراً بتمريضه، و لم يرجح شيئاً، (و إسلام (٢) المنوب عنه، و اعتقاده الحق (٣) فلا يصح الحج عن (١) لأن الكافر لا يصح منه الفعل عن نفسه فعن غيره بطريق أولى، ثم هل يجب أن يكون مؤمناً أو لا، قيل: باشرط الإيمان كما عن جماعه منهم سيد المدارك، و قيل: بعدم اعتباره، و لعله ظاهر الأكثر، حيث لم يتعرضوا لذكر الشرط المذكور، و إنما اقتصرنا على اعتبار الإسلام، و سبب الخلاف أن المخالف عبادته صحيحه أو لا، فإذا قلنا بعدم صحه عبادته كما ذهب إليه البعض و قد تقدم الكلام فيه، فلا تصح نيايته عن غيره، و قيل أن ذلك في العمل لنفسه دون غيره أو أن عبادته صحيحه لكنها غير مقبوله كما حرر سابقاً، و عليه فتصح نيايته، نعم ورد في خبر عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يكون عليه صلاه أو صوم، هل يجوز أن يقضيه غير عارف؟ قال عليه السلام:

لا يقضيه إلا مسلم عارف) (١) - إلا - أن يحمل على أن المنع فيه من ناحيه أن غير عارف سيأتي بأفعال النيايه بناء على مذهبه، و ليس المنع فيه من ناحيه عدم إيمانه.

(٢) فلا - تصح النيايه عن الكافر، لأنه مستحق في الآخرة الخزي و العقاب، لا الأجر و الثواب، و هما من لوازم صحه الفعل، فيلزم من انتفائها انتفاء الملزوم، و لقوله تعالى: ما كان للنبي و الذين آمنوا أن يستغفروا للمشركين، و لو كانوا أولى قُربى (٢)، بناء على أن النيايه تفيد التخفيف من عقابه، كالاستغفار، بل هي نوع منه.

(٣) فلا - تصح النيايه عن المخالف ناصبياً أو لا، قريبا أو لا إلا الأب فتصح - كما عليه الأكثر - لخبر وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (أ يحج الرجل عن الناصب؟ قال:

لا، قلت: فإن كان أبي؟ قال: إن كان أباك فنعمة) (٣)، و ذهب الشهيد في الدروس -

ص: ٢٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب قضاء الصلوات حديث ٥.

٢- (٢) سورة التوبه الآية: ١١٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب النيايه في الحج حديث ١.

المخالف مطلقا، (إلا- أن يكون أبا للنائب) و إن علا (١) للأب، لا للأُم (٢)، فيصح و إن كان ناصيبا. و استقرب في الدروس اختصاص المنع بالناصب، و يستثنى منه الأب. و الأُجود الأول، للروايه، و الشهره، و منعه بعض الأصحاب مطلقا. و في إلحاق باقى العبادات به وجه (٣)، خصوصا إذا لم يكن ناصيبا.

(و يشترط نيه النيايه) (٤) بأن يقصد كونه نائبا، و لما كان ذلك أعم من تعيين من ينوب عنه نيه على اعتباره أيضا بقوله، (و تعيين المنوب عنه قصدا) في نيه كل فعل يفتقر إليها. و لو اقتصر في النيه على تعيين المنوب عنه، بأن ينوى أنه عن فلان أجزاء، لأن ذلك يستلزم النيايه عنه (٥)، و لا يستحب التلطف بمدلول هذا القصد (٦)، (و) إنما (يستحب) تعيينه (لفظا عند باقى الأفعال)، و في المواطن كلها بقوله: «اللهم ما أصابنى من تعب، أو لغوب، أو نصب، فأجر فلان بن فلان، -و المحقق في المعبر و العلامه في المنتهى إلى جواز النيايه عن المخالف غير الناصب لأنه مسلم، و أما الناصب فلا تصح النيايه عنه إلا إذا كان أبا للنائب للخبر المتقدم، لأن النيايه تخفيف عن عذابه و لا مانع من صدورهما من الابن بالنسبه لأبيه.

و ذهب صاحب الجواهر و ابن إدريس إلى المنع مطلقا، ناصيبا أو لا، أبا أو لا، لأن المخالف كافر في الآخره فيجرى فيه ما تقدم في الكافر، و لم يعمل في هذه الروايه.

(١) ألحق الجد بالأب، لأنه أب و لأنه له الولايه كولايه الأب، و عن الشهيد في الدروس عدم الإلحاق لأنه ليس أبا حقيقه مع أنه يجب الاقتصار في موطن النص على القدر المتيقن.

(٢) فأبو الأم لا يقال له أب قطعا كما عن المسالك.

(٣) أى بالحج، و وجه الإلحاق أن المخالف مكلف بجميع الواجبات حجا كان أو غيره، و فعله صحيح لنفسه إذا لم يخل بشيء من أركانه فتكون النيايه عنه صحيحه في هذه الموارد لفائده سقوط العقاب.

(٤) بلا- خلاف فيه حتى يقع الفعل عن الغير، و لما كانت النيايه لا تصح إلا بملاحظه النائب و المنوب عنه و المنوب فيه، لأنها إضافه قائمه بين الأركان الثلاثه، فلا بد من ملاحظه الثلاثه.

(٥) لأنه لا معنى لتعيين المنوب عنه إلا أن ينوى أنه عنه.

(٦) و مراده من المدلول هو الدال كما هو واضح، و قال الشارح في المسالك (و لا يفتقر في التعيين لفظا إجماعا، و جوبا و لا استحبابا، و إنما المستحب ذكر المنوب عنه لفظا في المواطن و عند الأفعال بلفظ خاص كما سيأتى، و هو أمر آخر غير النيه، فقول بعضهم ها هنا أن تعيينه لفظا مستحب غير واضح).

و أجرني في نيابتي عنه (١). وهذا أمر خارج عن النية متقدم عليها، أو بعدها، (و تبرأ ذمته) (٢) أي ذمه النائب من الحج، و كذلك ذمه المنوب عنه. إن كانت (١) كما في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الذي يقضى عن أبيه أو أمه، أو أخيه، أو غيرهم، يتكلم بشيء؟ قال عليه السلام: نعم يقول بعد ما يحرم: اللهم ما أصابني في سفري هذا من تعب أو بلاء أو شعث فأجر فلانا فيه، و أجرني في قضائي عنه) (١)،

و في كل المواقف فهو مفاد صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: ما يجب على الذي يحج عن الرجل؟ قال عليه السلام: يسميه في المواطن و الواقف) ٢، و هو محمول على الاستحباب لخبر المثني عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحج عن الإنسان، يذكره في جميع المواطن كلها؟ قال: إن شاء فعل، و إن شاء لم يفعل) (٢)، و بالجمع بين هذه الأخبار يتبين أنه يستحب ذكر المنوب عنه بتلك الصيغة في جميع المواطن، و هذا بخلاف نية النيابة في أصل الحج فلا دليل على استحباب التلطف بها أو وجوبها.

(٢) لو مات بعد دخول الحرم محرماً، بلا خلاف فيه لصحيح بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل خرج حاجاً و معه جمل و له نفقه و زاد، فمات في الطريق، فقال: إن كان ضروره ثم مات في الحرم فقد أجزأ عنه حجه الإسلام) (٣) و صحيح ضريس عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل خرج حاجاً حجه الإسلام فمات في الطريق، فقال: إن مات في الحرم فقد أجزأت عنه حجه الإسلام و إن مات دون الحرم فليقض عنه و لئيه حجه الإسلام) ٥، و هذه الأخبار و إن كانت واردة في الحج عن نفسه إلا أن الأصحاب - كما في الجواهر - فهموا أن هذه الكيفية التي تليها الموت تكفي عن الحج سواء كان عن نفسه أو عن غيره، مع أن موثقه إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام صريحه في ذلك قال: (سألته عن الرجل يموت فيوصى بحجه، فيعطى دراهم ليحج بها عنه، فيموت قبل أن يحج، قال: إن مات في الطريق أو بمكة قبل أن يقضى مناسكه فإنه يجزى عن الأول) (٤) المحمول عند الأصحاب بشهادة ما تقدم على أنه أحرم و قد دخل الحرم.

و خالف الشيخ و ابن إدريس و اکتفيا بالموت بعد الإحرام و إن لم يدخل الحرم، و يأتي فيه النزاع المتقدم فيما لو كان حجه عن نفسه.

ص: ٢٧١

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب النيابة في الحج حديث ٢ و ١.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب النيابة في الحج حديث ٤.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب وجوب الحج حديث ٢ و ١.
- ٤- ((٦)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النيابة في الحج حديث ١.

مشغوله (لو مات) النائب (محرمًا بعد دخول الحرم) ظرف للموت لا للإحرام، (وإن خرج منه) من الحرم (بعده) أى بعد دخوله و مثله ما لو خرج من الإحرام أيضا كما لو مات بين الإحرامين، إلا أنه لا يدخل فى العبارة، لفرضه الموت فى حال كونه محرمًا و لو قال بعد الإحرام، و دخول الحرم شملهما، لصدق البعديه بعدهما، و أولويه (١) الموت بعده (٢) منه حالته (٣) ممنوعه، (و لو مات قبل ذلك) (٤) سواء كان قد أحرم، أم لا لم يصح الحج عنهما، و إن كان النائب (٥) أجيرا و قد قبض الأجره (استعيد من الأجره بالنسبه) (٦) أى بنسبه ما بقى من العمل المستأجر (١) جواب عن سؤال مقدر، و تقديره أنه إذا كان الموت فى أثناء الإحرام مجزيا عن الحج فالموت بعد الإحرام أولى بالأجزاء، و الجواب إن الأولويه قياس محض إذ لعل الاجزاء فى أثناء الإحرام تعظيما له، و جره إلى ما بعد الإحرام يكون قياسا فلا بد من الاقتصار على مورد النص، و فيه: إن النصوص ظاهره فى أن الاجزاء يتحقق بالتلبس بالإحرام و بدخول الحرم سواء شرع فى بقيه الأفعال أو لا، و عليه فالأولويه محكمه، على أن عبارته الشارح مدخوله لأن من دخل الحرم محلا ثم خرج منه ثم أحرم و مات فى الطريق لكان مشمولًا لعبارة الشارح حيث قال (و لو قال بعد الإحرام و دخول الحرم) بناء على أن الواو لمطلق الجمع مع أنه لو مات و الحال هذه فلا يجزيه عن حجه الإسلام.

(٢) أى بعد الإحرام.

(٣) أى من الموت حاله الإحرام.

(٤) قبل دخول الحرم.

(٥) تمهيد للمتن الآتى.

(٦) هاهنا صور، الأولى: أن تقع الإجاره على تفرغ ذمه المنوب عنه، فيستحق الأجير تمام الأجره لو مات بعد الإحرام و دخول الحرم، لتحقق فراغ ذمه المنوب عنه بذلك، و هذا مما لا- ينبغى الإشكال فيه. الثانية: أن تقع الإجاره على أفعال الحج خاصه، فيستحق الأجير أجره ما أتى منها دون البقيه، و ذلك لعدم تمام المستأجر عليه، بل الحاصل بعضه، و البعض الآخر غير حاصل، فتوزع الأجره على الجميع و يستحق من الأجره بالنسبه، لكن عن الحدائق دعوى الإجماع على استحقاق الجميع، و فى المسالك: (مقتضى الأصل أن لا يستحق إلا بالنسبه لكن وردت النصوص بإجزاء الحج عن المنوب، و براءه ذمه الأجير، و اتفق الأصحاب على استحقاقه جميع الأجره، فهذا الحكم ثبت على خلاف الأصل) و فى المعتمد (إنه المشهور بينهم)، و لكن إذا ثبت النص فهو و لكن النص وارد فى إجزائه عن حجه الإسلام لو مات بعد الإحرام و دخول الحرم و قد تقدمت، و إلا فلا -

عليه، فإن كان الاستئجار على فعل الحج خاصة، أو مطلقاً، و كان موته بعد الإحرام استحق بنسبته إلى بقيه أفعال الحج، و إن كان (١) عليه و على الذهاب استحق أجره الذهاب و الإحرام، و استعيد الباقي، و إن كان عليهما (٢) و على العود فنسبته إلى الجميع، و إن كان موته قبل الإحرام (٣)، ففي الأولين (٤) لا يستحق -يستحق الأجير إلا بنسبه ما فعل كما هو مقتضى القواعد. الثالث: فيما لو كانت الإجاره مطلقه بحيث لم تقيدها أنها لخصوص الحج أو له و لمقدمات الذهاب و الرجوع، فقال صاحب الجواهر (و إنما الإشكال فيما لو أطلق الإجاره على الحج فهل يدخل فيها قطع المسافه ذهاباً و إياباً على وجه يقتضى التوزيع و التقسيط، أو لا يدخل و إنما يراد نفس العمل فلا تستحق المقدمات حينئذ شيئاً - إلى أن قال - خيره جماعه منهم الأول، و آخرين الثاني)، هذا و قد ذهب القاضي أبو الصلاح الحلبي إلى أن إطلاق الإجاره على الحج يقتضى دخول الذهاب و الإياب به على نحو الجزئيه، و عليه فلا بد من التوزيع و التقسيط عليهما و على أفعال الحج، و قواه في كشف اللثام.

و فيه: إن المستأجر عليه هو الحج و هو منصرف إلى أفعاله الخاصه دون الذهاب و الإياب، و إن كان الذهاب مقدمه للواجب، و كان الإياب لا بد منه لعود النائب إلى بلده إلا أنه لا دخل له في حقيقته كما هو واضح، فالتوزيع و التقسيط إنما لأفعال الحج فقط، فيستحق الأجير منها بنسبه ما فعله منها. الرابع: فيما لو كانت الأجره على الذهاب مع أفعال الحج. الخامس: فيما لو كانت الأجره على الذهاب و العود مع أفعال الحج، و في هاتين الصورتين فالأجير يستحق ما فعله، و هو الذهاب و الإحرام و دخول الحرم فيستحق ما فعل بعد التوزيع، و الباقي لا بد من رده إلى المنوب عنه أو ورثته.

(١) أى الاستئجار.

(٢) أى على الحج و الذهاب.

(٣) ففي الصورة الرابعه و الخامسه يستحق الأجير بنسبه ما فعل، و هو الذهاب، لأن المسافه لها دخل في الأجره، و لا شيء له في الصورة الأولى لأنها لم تفرغ ذمه المنوب عنه، و أما في الصورة الثانيه و الثالثه فقد قال الشارح في المسالك (إن من استؤجر على فعل الحج عن غيره فسعى إليه، فمات في الطريق قبل الشروع فيه لا يستحق شيئاً، لأن الحج عباره عن الأفعال المخصوصه، و لم يفعل منها شيئاً، و إنما أخذ في المقدمات التي لا يمكن الفعل بدونها، فتكون بمنزله من استؤجر على عمل سرير في مكان بعيد عن بيت الأجير، فأخذ آلات العمل و خرج إليه فمات في الطريق، فإنه لا يستحق شيئاً قطعاً).

(٤) أى في صورته الإجاره على فعل الحج فقط، أو كان عقد الإجاره مطلقاً فإنه منصرف إلى أفعال الحج فقط.

شيئا، و في الأخيرين (١) بنسبه ما قطع من المسافه إلى ما بقى من المستأجر عليه.

و أما القول بأنه يستحق مع الإطلاق بنسبه ما فعل من الذهاب إلى المجموع منه و من أفعال الحج و العود كما ذهب إليه جماعه، ففي غايه الضعف، لأن مفهوم الحج لا يتناول غير المجموع المركب من أفعاله الخاصه، دون الذهاب إليه، و إن جعلناه مقدمه للواجب، و العود (٢) الذى لا مدخل له فى الحقيقه، و لا ما يتوقف عليها (٣) بوجه.

فى أنه يجب على الأجير الإتيان بما شرط عليه

(و يجب على الأجير الإتيان بما شرط عليه) (٤) من نوع الحج (١) أى فى صوره الإجاره على الذهاب و فعل الحج، و فى صوره الاجاره على الذهاب و العود و فعل الحج.

(٢) أى و دون العود، فهو معطوف على الذهاب إليه.

(٣) هكذا فى النسخه الحجرية و غيرها، و الأولى جعله (عليه) باعتبار عوده إلى ما الموصوله، و يمكن تصحيح التأنيث باعتبار أن المراد من (ما الموصوله) هو المقدمه فلذا صح التأنيث حينئذ.

(٤) من نوع الحج من أفراد أو قران، أو تمتع، لقاعده (المؤمنون عند شروطهم)، فلا يجزى غير المعين منه و إن كان أفضل لخبر على؛ و قد استظهر فى المدارك أنه ابن رثاب (فى رجل أعطى رجلا دراهم يحج بها حجه مفرده، قال: ليس له أن يتمتع بالعمره إلى الحج، لا يخالف صاحب الدراهم) (١).

و عن الشيخ و جماعه يجوز العدول مطلقا إلى الأفضل إن شرط عليه غيره، لخبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام (فى رجل أعطى رجلا دراهم يحج عنه حجه مفرده، أ يجوز له أن يتمتع بالعمره إلى الحج؟ قال: نعم، إنما خالف إلى الفضل) (٢).

و حملت هذه الروايه على ما لو كان الحج مندوبا عن المنوب عنه، أو كان على المنوب عنه مطلق الحج بالذمر، أو كان المنوب عنه له منزلان أحدهما داخل مكه و الآخر فى خارجه فيجوز للنائب العدول عما استؤجر إلى الأفضل للخبر المتقدم، و أما إذا كان غير الأفضل متعينا، أو علم من شرط غير الأفضل أن المنوب عنه لا يرضى بغيره فلا يجوز العدول، و كذا لا يجوز العدول فى وصف الحج كالمشى و غيره، لأنه لا يرضى بغيره بدليل ذكره-

ص: ٢٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب النيابة فى الحج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب النيابة فى الحج حديث ١.

و وصفه (حتى الطريق مع الغرض) (١) قيد في تعيين الطريق بالتعيين، بمعنى أنه لا يتعين به إلا مع الغرض المقتضى لتخصيصه، كمشقته و بعده، حيث يكون داخلا- في الإجاره، لاستلزامها زياده الثواب، أو بعد مسافه الإحرام، و يمكن كونه (٢) قيدا في وجوب الوفاء بما شرط مطلقا (٣)، فلا- يتعين النوع كذلك إلا مع الغرض كتعيين الأفضل (٤)، أو تعيينه (٥) على المنوب عنه، فمع انتفائه (٦) كالمندوب و الواجب المخير كنذر مطلق، أو تساوى منزلى المنوب عنه في الإقامه يجوز العدول عن المعين إلى الأفضل، كالعدول من الأفراد إلى القران، و منهما إلى التمتع، لا منه إليهما (٧)، و لا من القران إلى الأفراد (٨).

و لكن يشكل ذلك في الميقات، فإن المصنف و غيره أطلقوا تعيينه بالتعيين (٩) -في متن عقد الاجاره.

(١) فلو كان الطريق متعينا بنذر على المنوب عنه، أو علم عدم رضا المنوب عنه بغيره فلا يجوز العدول، أما إذا لم يعينه غرض و إن ذكر في عقد الاجاره فيجوز العدول إلى غيره كما نسب إلى المشهور - كما في الجواهر - لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أعطى رجلا حجه، يحج عنه من الكوفه، فحج عنه من البصره، فقال عليه السلام: لا بأس، إذا قضى جميع المناسك فقد تم حجه) (١) و ذهب الشيخ في المبسوط إلى جواز العدول مطلقا لهذه الروايه.

(٢) أى قول المصنف (مع الفرض).

(٣) من الطريق و الوصف و النوع، و ليس كونه قيدا في الطريق فقط، كما هو مقتضى الكلام السابق.

(٤) بحيث لا يرضى بغيره.

(٥) بنذر أو غيره.

(٦) أى انتفاء التعيين و التعين.

(٧) لأن التمتع أفضل.

(٨) لأن القران أفضل.

(٩) كما هو مقتضى قاعده (المؤمنون عند شروطهم).

ص: ٢٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النيايه فى الحج حديث ١.

من غير تفصيل بالعدول إلى الأفضل وغيره، وإنما جوزوا ذلك (١) في الطريق النوع بالنص، و لما انتفى في الميقات أطلقوا تعينه به، و إن كان التفصيل فيه متوجها أيضا، إلا أنه لا قائل به. و حيث يعدل إلى غير المعين مع جوازه (٢) يستحق جميع الأجره (٣)، و لا معه (٤) لا يستحق في النوع شيئا، و في الطريق (٥) يستحق بنسبه الحج إلى المسمى للجميع (٦)، و تسقط أجره ما تركه من الطريق، و لا- يوزع للطريق المسلوكه، لأنه غير ما استؤجر عليه و أطلق المصنف و جماعه الرجوع عليه (٧) بالتفاوت بينهما (٨)، و كذا القول في الميقات (٩)، و يقع الحج عن المنوب عنه في الجميع و إن لم يستحق في الأول (١٠) أجره.

(١) أي العدول إلى الأفضل.

(٢) أي جواز العدول.

(٣) لأنه أفرغ ذمه المنوب عنه، نعم مع عدم جواز العدول فالفعل يقع عن المنوب عنه و لا يستحق الاجير أجره لكونه متبرعا كما صرح بذلك في المعتمر و المدارك و غيرهما.

(٤) أي و حيث يعدل لا مع الجواز.

(٥) أما مع جواز العدول فيستحق من المسمى بالنسبه، و يسقط منه مقدار المخالفه في الطريق كما نسب إلى جماعه، و أشكل عليهم الشارح في المسالك بأن الطريق التي استؤجر لسلوكها و حصل لها حصه من الأجره لم يفعل منه شيئا، و الذي فعله من السلوك غير مستأجر عليه فإدخاله في التقدير و تقسيط الأجره عليه غير واضح.

و أما مع عدم جواز العدول فقال العلامة في التذكرة: (إنه مع المخالفه فيما تعلق به الفرض الرجوع إلى أجره المثل و فساد المسمى) و أشكل عليه الشارح في المسالك بأن الحج مستأجر عليه على التقديرين لأنه هو الركن الأعظم و الفرض الأقصى من عقد الاجاره و قد فعله، و ذلك يقتضى حصه من أجره المسمى لا أجره المثل سواء تعلق الفرض بذلك الطريق المتروك أو لا، فالقول بثبوت ما يخص الحج من المسمى خاصه أوجه.

(٦) أي يستحق أجره نفس فعل الحج فيؤخذ من المسمى ما يقابل الحج و يترك ما قابل الطريق.

(٧) على الطريق المسلوكه.

(٨) بين الطريق المتروكه و المسلوكه.

(٩) فلا يستحق ما قابل الميقات من أجره المسمى.

(١٠) و هو المخالفه في النوع المعين له.

و ليس له الاستنايه (١) إلا مع الإذن) له فيها (صريحا) ممن يجوز له الإذن فيها كالمستأجر عن نفسه، أو الوصى، لا الوكيل، إلا مع إذن الموكل له فى ذلك، (أو إيقاع العقد مقيدا بالإطلاق) (٢)، لا- إيقاعه مطلقا (٣) فإنه يقتضى المباشرة بنفسه، و المراد بتقييده بالإطلاق أن يستأجره ليحج مطلقا بنفسه، أو بغيره، أو بما يدل عليه (٤)، كأن يستأجره لتحصيل الحج عن المنوب. و بإيقاعه مطلقا (٥) أن يستأجره ليحج عنه، فإن هذا الإطلاق يقتضى مباشرته، لا استنايته فيه. و حيث يجوز له الاستنايه يشترط فى نائيه العدالة (٦)، و إن لم يكن هو عدلا.

فى أنه لا يحج عن اثنين فى عام

(و لا- يحج عن اثنين فى عام) (٧) واحد، لأن الحج و إن تعددت أفعاله عباده (١) اعلم أن القيام بالحج عن الغير تبرعا مما لا خلاف فيه، كما فى الجواهر، و سيأتى بعض النصوص الداله عليه، و أما الاستنايه فهى القيام بالحج عن الغير فى قبال الأجره، و عقد الاجاره مما يقتضى مباشره الأجير بأفعال الحج، فالاستنايه عن الأجير مما يحتاج إلى إذن المستأجر أو إذن وصيه بعد وفاته، أو وكيله الذى و كله بذلك.

(٢) أى وقع عقد الاجاره مقيدا بأن للأجير حق الاستئجار أيضا عن المستأجر الأول.

(٣) بحيث وقع عقد الاجاره مطلقا غير مقيد بأنه يجوز للأجير أن يستأجر غيره، فينصرف إلى لا بديه مباشره الأجير بنفسه فعل المنوب فيه.

(٤) من القرائن الحاليه، بخلاف السابق فإن الدال لفظى.

(٥) أى و المراد بإيقاع عقد الاجاره مطلقا و هو العقد المجرد عن الاشتراط.

(٦) قد اعتبر المتأخرون الإيمان فى النائب كما فى المسالك و المدارك و غيرهما، لكن اشتراط عدالته لا بمعنى أن الفاسق لا يصح حجه عن الغير، بل لا يقبل إخباره بالصحه إلا إذا كان عدلا مع أنها لا تعرف إلا منه.

(٧) بلا- خلاف، و علل فى الجواهر (لعدم ثبوت مشروعيه ذلك، بل الثابت خلافه، فلو وقع الحج كذلك بطل، لامتناعه لهما، لعدم قابليه التوزيع، و لا لواحد بخصوصه لعدم الترجيح، و لا له لعدم نيته له فليس حينئذ إلا البطلان).

و أما الحج المندوب فقد قال فى المدارك: (فقد دلت الأخبار على أنه يجوز الاشتراك به، و إذا جاز ذلك جازت الاستنايه فيه على هذا الوجه)، و من هذه الأخبار صحيح محمد بن إسماعيل عن أبى الحسن عليه السّلام (كم أشرك فى حجتي، قال عليه السّلام: كم شئت) (١)، -

ص: ٢٧٧

واحد فلا يقع عن اثنين. هذا إذا كان الحج واجبا على كل واحد منهما، أو أريد إيقاعه (١) عن كل واحد منهما. أما لو كان مندوبا و أريد إيقاعه عنهما، ليشتركا في ثوابه، أو واجبا عليهما كذلك (٢)، بأن ينذرا الاشتراك في حج يستنيان فيه كذلك (٣). فالظاهر الصحة فيقع في العام الواحد عنهما، وفاقا للمصنف في الدروس، و على تقدير المنع (٤) لو فعله عنهما لم يقع عنهما، و لا عنه، أما استجاره لعمرتين، أو حجه مفردة، و عمره مفردة فجائز (٥)، لعدم المنافاه.

(و لو استأجراه لعام) واحد (فإن سبق أحدهما) بالإجاره (صح السابق) و بطل اللاحق (٦)...

و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يشرك أباه أو أخاه، أو قرابته في حجه، قال عليه السلام: إذن يكتب لك حجا مثل حجهم، و تزداد خيرا بما وصلت) (١)، و هذه الأخبار محموله على الاستحباب لأن حج الإسلام يجب أن يوقعه عن نفسه كما هو واضح.

(١) أي أريد الحج بتمامه - و لو كان ندبا - أن يقع عن كل واحد مستقلا، فلا يجوز أن يحج عنهما في عام واحد، لاستحاله إيقاعه في عام واحد عن اثنين بحيث يكون الحج الصادر عن كل واحد بمفرده.

(٢) بحيث لو نذر كل واحد من الجماعه أن يشرك البقيه في حج واحد، و بعبارة أخرى قد نذر كل واحد أن يحج عن نفسه و عن الآخرين على نحو الاشتراك، من دون خلاف ظاهر بين من تعرض لهذا الفرع.

(٣) أي بالاشتراك.

(٤) قال الشارح في المسالك (ثم على تقدير بطلان الإيقاع عن اثنين، لو نوى عنهما لم يقع عنهما، و في وقوعه عنه وجه ضعيف لعدم النيه).

(٥) لجواز وقوع العمرتين في سنه واحده، و جواز وقوع العمره المفردة مع الحج المفرد كما سيأتي.

(٦) بطلت الاجاره الثانيه لعدم القدره على العمل بها بعد وجوب العمل بالأولى، و في الجواهر (و ظاهره المفروغيه عن ذلك لوضوح وجهه).

ص: ٢٧٨

(و إن اقترنا) (١) بأن أوجباه معا فقبلهما، أو وكل أحدهما الآخر (٢)، أو وكلا- ثالثا فأوقع (٣) صيغه واحده عنهما (بطلا) لاستحاله الترجيح من غير مرجح، ومثله ما لو استأجره مطلقا (٤) لاقتضائه التعجيل، أما لو اختلف زمان الإيقاع (٥) صح، وإن اتفق العقدان (٦)، إلا مع فوريه المتأخر (٧)، وإمكان استنابه من يعجله فيبطل.

في النيابة في أبعاض الحج

(و تجوز النيابة في أبعاض الحج) (٨) التي تقبل النيابة (كالطواف) و ركعتيه، (و السعى و الرمي)، لا- الإحرام، و الوقوف، و الحلق، و المبيت بمنى (مع العجز) (١) بطلا لتنافيها، فلا يمكن صحتها، و صحه إحداهما المعينه دون الأخرى ترجيح بلا مرجح، و صحه إحداهما بلا تعيين لا يترتب عليه أثر فتلغى، غير أن الاقتران بعيد عاده، لكن يمكن فرضه في صور منها: ما لو آجر نفسه لهذه السنه، و آجره و كيله من آخر في نفس السنه و اتفق عقد الإجاره في زمن واحد، و منها: ما ذكره الشارح في الروضه.

(٢) فقام هذا و أوقع عقد إجاره واحد عنهما معا.

(٣) أى الثالث.

(٤) من غير تقييد في هذه السنه أو غيره، فعن الدروس (و لو أطلق الإجاره اقتضى التعجيل، فلو خالف الأجير فلا أجره له)، و ظاهره أن الإطلاق يقتضى التعجيل، و إن قال فى المدارك (و مستنده، غير واضح) بناء على أن الأمر لا يقتضى الفوريه، و قال فى الجواهر (إلا أن يفرض التعارف فيه كذلك)، و على كل فلو اقتضى التعجيل و الفوريه لبطلا لتنافي متعلقهما.

(٥) بأن كانت إحدى الاجارتين قد صرحت بالتأخير، و الأولى مطلقه، أو كانت كلاهما مقيدتين بسنه معينه، بحيث كانت السنه المعينه فى إحداهما مختلفه عن الأخرى.

(٦) لأن التنافى لمتعلقها.

(٧) بحيث لو صحت الإجارتان لاختلاف زمان الإيقاع، و إن اتفق العقدان، لكن إذا أتى عارض مبطل لإحداهما فبطل، و ذلك فيما لو كان الحج المتأخر فوريا كالمنذور فى أول سنوات الإمكان، أو حج الإسلام على تقدير فوريه الاستنابه فيه على تقدير عدم إمكان ذهابه، و كان يوجد من يستأجره ليقوم به فورا فلا يجوز تأخيره إلى العام المقبل، فالاستئجار عليه فى العام المقبل باطل من هذه الناحيه.

(٨) أفعال الحج مشروطه بمباشرتها بدنيا، و مع العجز فقد ورد النص بالنيابه فى الطواف و ركعتيه و السعى و الرمي، و وقع الخلاف بينهم فى الإحرام، مع اتفاقهم على عدم النيابة فى الوقوف و الحلق و المبيت بمنى، و سيأتى كل فى بابه.

عن مباشرتها بنفسه، لغيبه (١)، أو مرض (٢) يعجز معه و لو عن أن يطاف أو يسعى به (٣). و في إلحاق الحيض به فيما يفتقر إلى الطهاره وجه (٤)، و حكم الأ-كثر بعدولها إلى غير النوع لو تعذر إكماله لذلك (٥)،(و لو أمكن حمله في الطواف و السعى و جب) (٦) مقدا على الاستنايه،(و يحتسب لهما) (٧) لو نوياه، إلا أن (١)بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر عبد الرحمن بن أبي نجران عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يطوف عن الرجل و هما مقيمان بمكه؟ قال: لا، و لكن يطوف عن الرجل و هو غائب عن مكه)(١).

(٢)للأخبار، منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (المريض المغلوب و المغمى عليه يطاف عنه و يرمى عنه)(٢).

(٣) كما سيأتي.

(٤)فقد جعل الحيض من الأسباب المسوغه للاستنايه في طواف العمره إذا ضاق الوقت، و لا يمكنها العدول إلى ما يتأخر طوافه، أو لم يمكنها المقام في طواف الحج كما عن كشف اللثام، و عن الشارح في المسالك جواز الاستنايه مع الضروره الشديده اللازمه بانقطاعها عن أهلها في البلاد البعيده، و تردد الشهيد في الدروس لبطلان متعتها، و عدولها إلى حج الأفراد لو قدمت مكه حائضا و قد ضاق وقت الوقوف، و هذا ما عليه الأكثر، و سيأتي تفصيل ذلك إنشاء الله تعالى.

(٥)أى تعذر ما يتوقف على الطهاره كالطواف بسبب الحيض.

(٦) كما سيأتي.

(٧)لأنه يصح من كل منهما أن ينوى بفعله طوافا عن نفسه، أما الحامل فواضح لأنه يأتي بطواف غير ناقص، و أما المحمول ففرضه كذلك فتصح النيه و يقع طوافا عنه و يدل عليه صحيح حفص البخترى عن أبي عبد الله عليه السّلام (في المرأه تطوف بالصبي و تسعى، هل يجوز ذلك عنها و عن الصبي؟ فقال: نعم)(٣)، و صحيح الهيثم بن عروه التميمي (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: حملت امرأتى ثم طفت بها و كانت مريضه، و قلت له: إني طفت بها بالبيت في طواف الفريضه و بالصفاء و المروه، و احتسبت بذلك لنفسى، فهل يجزى؟ فقال:

نعم)٤، و قال في المدارك (و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق في الحمل بين أن يكون تبرعا أو بأجره)، و خالف ابن الجنيد و العلامه من أنه إذا كان أجيرا لا يجزيه احتساب ما

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب النياه في الحج حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب الطواف حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الطواف حديث ٣ و ٢.

يستأجره للحمل لا في طوافه، أو مطلقاً (١)، فلا- يحتسب للحامل، لأن الحركة، مع الإطلاق قد صارت مستحقة عليه لغيره، فلا يجوز صرفها إلى نفسه، واقتصر في الدروس على الشرط الأول (٢).

في أنه كفاره الإحرام في مال الأجير

(و كفاره الإحرام) اللازمه بسبب فعل الأجير موجبها (في مال الأجير) (٣)، لا المستنيب، لأنه فاعل السبب، و هي كفاره للذنب اللاحق به (و لو أفسد حجّه قضى في) العام (القابل) (٤)، لوجوبه بسبب الإفساد، و إن كانت معينه بذلك العام، (و الأقرب الإجزاء) عن فرضه المستأجر عليه، بناء على أن الأولى فرضه، -فعل طوافاً عنه، لأنه بالإجاره يصير الفعل مستحقاً عليه لغيره فلا يجوز له صرفه إلى نفسه، ثم إن العلامة قال في المختلف (و التحقيق أنه إن استؤجر للحمل في الطواف أجزأ عنهما، و إن استؤجر للطواف لم يجز عن الحامل) و استحسنة في المدارك، و علله في الجواهر بقوله (و لعله لأنه على الثاني كالاستئجار للحج)، غير أن الشارح في المسالك ذهب إلى أنه لو استأجره للحمل مطلقاً لم يحتسب للحامل لأن الحركة المخصوصه قد صارت مستحقة لغيره فلا يجوز صرفها إلى نفسه، و هو أحوط.

(١) أي قد وقع عقد الإجاره على الحمل من غير تقييد في الطواف.

(٢) و هو قوله (لا في طوافه)، و ليس في الدروس (أو مطلقاً).

(٣) دون المنوب عنه بلا خلاف فيه، لأن ذلك عقوبه على فعل صدر منه، فهو كما لو قتل نفساً أو أتلف مالاً لأحد.

(٤) بلا- خلاف فيه، و إنما الخلاف في أنه هل يستحق الأجره على الأول أو لا، قولان مبنيان على أن الواجب هو الأول و الثاني عقوبه، أو هو الثاني و الأول عقوبه، و كلا القولين مشهوران، و يدل على الأول حسنه زراره (سألته عن محرم غشى امرأته، قال: جاهلين أم عالمين؟ قلت: أجبني على الوجهين جميعاً، قال: إن كانا جاهلين استغفرا ربهما و مضياً على حجهما، و ليس عليهما شيء، و إن كانا عالمين فرّق بينهما من المكان الذي أحدثا فيه، و عليهما بدنه، و عليهما الحج من قابل فإذا بلغا المكان الذي أحدثا فيه فرّق بينهما، حتى يقضيا نسكهما، و يرجعا إلى المكان الذي أصابا فيه ما أصابا، قلت: فأى الحجتين لهما؟ قال: الأولى التي أحدثا فيها ما أحدثا، و الأخرى عليهما عقوبه) (١)، و يظهر من -

ص: ٢٨١

و القضاء عقوبه،(و يملك الأجره) حينئذ، لعدم الإخلال بالمعِين، و التأخير فى المطلق. و وجه عدم الإجزاء فى المعينه، بناء على أن الثانيه فرضه ظاهر للإخلال -هذه الروايه أن هذا من أحكام الحج من دون دخل لكونه عن نفسه فيشمل النائب الأجير، و لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل حج عن رجل فاجترح فى حجه شيئا، يلزم فيه الحج من قابل أو كفاره، قال عليه السلام هي للأول تامه، و على هذا ما اجترح)^(١) و خبره الآخر (قلت: فإن ابتلى بشيء يفسد عليه حجه حتى يصير عليه الحج من قابل، أيجزى عن الأول؟ قال: نعم، قلت: لأن الأجير ضامن للحج؟ قال: نعم) ٢، و على هذا القول يستحق الأجره عن الأول سواء كانت الاجاره مطلقه أو معينه فى هذه السنه، و عليه الحج من قابل و إن أخره عصيانا أو لعذر.

و أما القول الثانى فقد قال فى الجواهر (و التحقيق أن الفرض الثانى لا الأول، الذى أطلق عليه اسم الفاسد فى النص و الفتوى، و احتمال أن هذا الإطلاق مجاز لا داعى إليه) و أما النصوص التى أشار إليها منها: خبر سليمان بن خالد (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى حديث: و الرفث فساد الحج)^(٢)، و إلى هذا القول ذهب ابن إدريس فى السرائر أيضا.

و على هذا القول الثانى فإذا كانت الاجاره معينه فى هذا العام فتنفسخ و لا يستحق الأجره، و يجب على الأجير الإتيان من قابل بلا أجره، لأنه بحكم الشارع، و أما إذا كانت الاجاره مطلقه فتبقى ذمته مشغوله و يستحق الأجره على ما يأتى من قابل إلا إذا قلنا بأن الإطلاق يقتضى التعجيل - كما عن الدروس - فهى كالمعينه فلا أجره له.

ثم اعلم أنه على القول الأول فالحج الأول قد وقع بنيه المنوب عنه، و الحج الثانى يقع بنيه نفس النائب من باب العقوبه، و على القول الثانى فالحج الأول قد وقع عقوبه و إن صدر من الأجير نيه المنوب عنه، و الحج الثانى لا بد أن يقع بنيه المنوب عنه إذا كانت الإجاره مطلقه، و خالف العلامه فى القواعد و المنتهى تبعاً للشيخ فى المبسوط و الخلاف إلى أن الحج الأول فاسد فيجب إكماله عقوبه، و الحج الثانى قد وقع قضاء عن نفسه فيجب الثالث لتفريغ ذمه المنوب عنه، و إما إذا كانت الاجاره معينه فلا بد أن يستأجر الأجير مره أخرى، و فيه: إنه على القول الثانى و كانت الإجاره مطلقه فظاهر الأخبار المتقدمه أن الحج الأول قد وجب إكماله عقوبه و أن الثانى قضاء عن الحج الفاسده، و القضاء كما يجزى الحاج عن نفسه فيجزى عن غيره.

ص: ٢٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النياه فى الحج حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٨.

بالمشروط و كذا فى المطلق على ما اختاره المصنف فى الدروس، من أن تأخيرها عن السنه الأولى لا لعذر يوجب عدم الأجره، بناء على أن الإطلاق يقتضى التعجيل فيكون كالمعينه. فإذا جعلنا الثانيه فرضه كان كتأخير المطلق، فلا يجرى ولا يستحق أجره، و المروى فى حسنه زراره أن الأولى فرضه، و الثانيه عقوبه، و تسميتها حينئذ فاسده مجاز، و هو الذى مال إليه المصنف. لكن الروايه مقطوعه، و لو لم نعتبرها لكان القول بأن الثانيه فرضه أوضح، كما ذهب إليه ابن إدريس.

و فضل العلامه فى القواعد غريباً، فأوجب فى المطلقه قضاء الفاسده فى السنه الثانيه، و الحج عن النيايه بعد ذلك، و هو خارج عن الاعتبارين، لأن غايته أن تكون العقوبه هى الأولى، فتكون الثانيه فرضه، فلا وجه للثالثه، و لكنه بنى على أن الإفساد يوجب الحج ثانياً، فهو سبب فيه كالاستتجار، فإذا جعلنا الأولى هى الفاسده لم تقع عن المنوب، و الثانيه وجبت بسبب الإفساد، و هو خارج عن الإجاره فتجب الثالثه، فعلى هذا ينوى الثانيه عن نفسه، و على جعلها الفرض ينويها عن المنوب، و على الروايه ينبغى أن يكون عنه (١)، مع احتمال كونها عن المنوب أيضاً (٢).

فى أنه يستحب للأجير إعادته فاضل الأجره

(و يستحب) للأجير (إعادته فاضل الأجره) (٣) عما أنفقه فى الحج ذهاباً و عوداً، (و الإتمام له) من المستأجر عن نفسه، أو من الوصى مع النص، لا بدونه (٤) (لو أعوز)، و هل يستحب لكل منهما إجابته الآخر إلى ذلك تنظر المصنف (١) عن الأجير كما فى خبرى إسحاق المتقدمين، و هما ظاهران فى أن الأولى فرضه و الثانيه عقوبه.

(٢) إذا قلنا أن الأولى فرضه و الثانيه عقوبه، لأن الثانيه متممه للأولى، و هو على خلاف ظاهر النصوص، و أما إذا قلنا إن الأولى عقوبه و الثانيه فرضه فيتعين كونه عن المنوب.

(٣) قال فى المدارك: (هذا الحكم مشهور بين الأصحاب، و لم أقف على مستنده، و استدل عليه فى المعتبر بأنه مع الإعاده يكون قصده بالنيابه القربه لا العوض، و كأن مراده أنه مع قصد الإعاده ابتداءً يكون قصده بالنيابه القربه و هو حسن، و ذكر الأصحاب أنه يستحب للمستأجر أن يتمم للأجير لو أعوزته الأجره، و هو كذلك لما فيه من المساعدة للمؤمن، و الرفق به و التعاون على البرّ و التقوى).

(٤) لأن الوصى مع عدم النص يجب عليه العمل بالواجب، و أما مع النص فيعمل بالمستحب المنصوص على قدر الثلث.

فى الدروس (١)، من أصالة البراءة و من أنه معاونه على البر و التقوى (و ترك نيابه المرأه الصروره) (٢) و هى التى لم تحج، للنهى عنه فى أخبار، حتى ذهب بعضهم إلى المنع لذلك، و حملها على الكراهه طريق الجمع بينها و بين ما دل على الجواز، (و كذا الخنى الصروره)، إلحاقا لها بالأئى، للشك فى الذكوريه، و يحتمل عدم الكراهه، لعدم تناول المرأه التى هى مورد النهى لها.

فى أنه يشترط علم الأجير بالمناسك

(و يشترط علم الأجير (٣) بالمناسك) و لو إجمالاً، ليتمكن من تعلمها تفصيلاً (٤) و لو حج مع مرشد عدل أجزأ، (و قدرته عليها) (٥) على الوجه الذى (١) فأصالة البراءة تنفى هذا الحكم فى الموردين، و التعليل الموجود فى كلام الأصحاب و هو المعاونه على البر و التقوى ينطبق على الموردين.

(٢) ذهب الشيخ فى التهذيب إلى عدم جواز نيابه المرأه الصروره مطلقاً، و فى الاستبصار منع من نيابتها إذا كان المنوب عنه رجلاً، و دليل الأول خبر سليمان بن جعفر عن الإمام الرضا عليه السّلام (عن المرأه الصروره حجت عن امرأه صروره، فقال عليه السّلام: لا ينبغى) (١)، و دليل الثانى خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: يحج الرجل الصروره عن الرجل الصروره، و لا تحج المرأه الصروره عن الرجل الصروره) ٢،

و ذهب الأصحاب إلى الكراهه للجمع بين ما تقدم و بين أخبار،

منها: صحيح معاويه بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يحج عن المرأه و المرأه تحج عن الرجل، قال: لا بأس) (٢) ، و صحيح رفاعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال: تحج المرأه عن أخيها، و قال: تحج المرأه عن أبيها) (٣).

(٣) هذا الشرط راجع إلى صحه فعل المستأجر عليه، فكل ما تتوقف صحته عليه يجب تحصيله على الأجير.

(٤) فى بعض النسخ (ليتمكن من فعلها تفصيلاً) و هو أولى، لأن التمكن من تعلمها تفصيلاً غير متوقف على العلم الإجمالى.

(٥) مقتضى القواعد و الأصول أن يكتفى بالبدل الاضطرارى فى الأجير عند العجز عن الاختيارى فى المنوب عنه، و ما دام يمكن الواجب الاختيارى من المنوب عنه و لو

ص: ٢٨٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النيابة فى الحج حديث ٣ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النيابة فى الحج حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النيابة فى الحج حديث ٥.

عين، فلو كان عاجزا عن الطواف بنفسه، و استؤجر على المباشره لم يصح، و كذا لو كان لا يستطيع القيام فى صلاه الطواف. نعم لو رضى المستأجر بذلك حيث يصح منه الرضا (١) جاز، (و عدالته) (٢) حيث تكون الإجاره عن ميت، أو من يجب عليه الحج، (فلا يستأجر فاسق)، أما لو استأجره ليحج عنه تبرعا لم تعتبر العدالة، لصحة حج الفاسق، و إنما المانع عدم قبول خبره، (و لو حج) الفاسق عن غيره (أجزأ) عن المنوب عنه فى نفس الأمر (٣)، و إن وجب عليه استنابه غيره لو كان واجبا، و كذا القول فى غيره من العبادات كالصلاه و الصوم و الزياره المتوقفه على النيه (٤).

فى الوصيه بالحج

(و الوصيه بالحج) مطلقا من غير تعيين مال (ينصرف إلى أجره المثل) (٥) و هو - باستنابه غيره فلا يكتفى بالبدل الاضطرارى من الأجير.

(١) و ذلك فيما لم يكن الحج متعينا عليه بأن كان مندوبا فيجوز حينئذ.

(٢) قد تقدم أن العدالة ليست شرطا فى صحه الفعل، بل لأن الإتيان بالحج الصحيح لا يعرف إلا من إخباره، و الفاسق لا يقبل إخباره بذلك، هذا إذا كان الحج متعينا، و أما إذا كان مندوبا فلا يشترط العلم بالصحة لتفريغ الذمه، و قال فى المدارك: (و اكتفى بعض الأصحاب فيه - أى فى الحج الواجب - بكونه ممن يظن صدقه، و يحصل الوثوق بإخباره، و هو حسن).

(٣) على ما تقدم، فلو أتى الفاسق بالحج الصحيح واقعا فيحصل الاجزاء واقعا، و لكن لا يعرف ذلك إلا من إخباره، و النهى يمنع من قبول قوله لقوله تعالى إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا (١)، و بما أن الاشتغال اليقيني يستدعى الفراغ اليقيني فعلى المستأجر أن يستأجر غيره العادل لتفريغ الذمه.

(٤) حين ينحصر العلم بصحة الواقع من إخباره، بخلاف غيرها التى يعلم صحتها من غير إخباره.

(٥) علل - كما فى المدارك -: (أما انصراف الأجره مع عدم التعيين إلى أجره المثل فواضح، لأن الواجب العمل بالوصيه مع الاحتياط للوارث، فيكون ما جرت به العاده كالمنطوق به، و هو المراد من أجره المثل، و لو وجد من يأخذ أقل من أجره المثل اتفاقا وجب الاقتصار عليه، احتياطا للوارث).

ص: ٢٨٥

ما يبذل غالبا للفعل المخصوص، لمن استجمع شرائط النيابة في أقل مراتبها (١) و يحتمل اعتبار الأوسط (٢) هذا إذا لم يوجد من يأخذ أقل منها، و إلا اقتصر عليه، و لا يجب تكلف تحصيله (٣)، و يعتبر ذلك من البلد، أو الميقات على الخلاف (٤)، (و يكفى) مع الإطلاق (المره (٥) إلا- مع إرادته التكرار) فيكرر حسب ما دل عليه اللفظ، فإن زاد عن الثلث (٦) اقتصر عليه، إن لم يجز الوارث، و لو كان بعضه، أو جميعه واجبا فمن الأصل (٧).

في أنه لو عين القدر و النائب تعينا

(و لو عين القدر و النائب تعينا) (٨) إن لم يزد القدر عن الثلث في المندوب (١) أى مراتب النيابة.

(٢) أى فأجره المثل تحمل على أدنى مراتب النيابة احتياطا للوارث، و يحتمل أن تحمل على المرتبه الوسطى، لأن الأمور الوسطى أمور عرفيه أيضا.

(٣) أى لا يجب البحث عن الأقل عن أجره المثل توفيراً للورثه إلا إذا حصل ذلك اتفاقا.

(٤) و قد تقدم.

(٥) لتحقق الامتثال بها.

(٦) فمع التكرار يحج عنه حتى يستوفى الثلث من التركه، و هو مما لا خلاف فيه - كما فى الجواهر - لأن الثلث للميت و ما زاد فهو محتاج إلى إذن الورثه.

(٧) إن كان حجه الإسلام فمن الأصل بالاتفاق، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل مات فأوصى أن يحج عنه، قال: إن كان ضروره فمن جميع المال، و إن كان تطوعا فمن الثلث) (١)، و إن كان الواجب حجا قد وجب بالنذر، فعن الشيخ و يحيى بن سعيد و المحقق فى المعتمد أنها تخرج من الثلث، لصحيح ضريس بن أعين (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل عليه حجه الإسلام، و نذر فى شكر ليحجن رجلا، فمات الرجل الذى نذر قبل أن يحج حجه الإسلام و قبل أن يفى لله بنذره، فقال عليه السلام: إن كان ترك ما لا حج عنه حجه الإسلام من جميع ماله، و يخرج من ثلثه ما يحج به عنه للنذر، و إن لم يكن ترك ما لا إلا بقدر حجه الإسلام حج عنه حجه الإسلام مما ترك، و حج عنه ولئيه للنذر، فإنما هو مثل دين عليه) (٢)، و ذهب ابن ادريس و المحقق و من تأخر عنه إلى وجوب إخراجها من الأصل أيضا كحجه الإسلام، لتساويهما فى كونهما ديناً، فيجب إخراجهما من الأصل.

(٨) سواء كان الحج واجبا أو ندبا لعموم الأمر بالعمل بالوصيه، و هنا صورتان، الأولى: أن

ص: ٢٨٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب وجوب الحج حديث ١.

و عن أجره المثل فى الواجب، و إلا- اعتبرت الزيادة من الثلث مع عدم إجازة الوارث، و لا- يجب على النائب القبول (١)، فإن امتنع طلبا للزيادة لم يجب إجابته، ثم يستأجر غيره بالقدر (٢) إن لم يعلم إرادته تخصيصه به (٣)، و إلا- فأجره المثل إن لم يزد عنه، أو يعلم إرادته خاصة فيسقط بامتناعه بالقدر، أو مطلقا (٤)، و لو عين النائب خاصة أعطى أجره مثل (٥) من يحج مجزيا، و يحتمل أجره مثله، فإن امتنع منه (٦)، أو مطلقا استؤجر غيره (٧) إن لم يعلم إرادته التخصيص، و إلا سقط (٨).

-يكون الحج واجبا، و الأجره إما بقدر أجره المثل و إما أزيد أو أقل، فإن كانت الأجره المعينه بقدر أجره المثل أو أقل نفذت من أصل المال، لما تقدم من أن الحج الواجب يخرج من أصل المال، و إن كانت الأجره المعينه أزيد من أجره المثل و لم يرض الورثه، فالشارع و إن حكم بإخراج الحج الواجب من أصل المال إلا أنه منصرف إلى أجره المثل لأنه المعتاد، و عليه فما زاد يخرج من الثلث، لأن الثلث مال للميت يجوز له أن يتصرف فيه و إن لم يرض الورثه.

الثانيه: أن يكون الحج مندوبا فالأجره المعينه إما بقدر أجره المثل و إما أقل أو أزيد، فإن أجاز الورثه فمن أصل المال، و إن لم يجز الورثه فمن الثلث، و هذا ما دلت عليه صحيح معاويه بن عمار المتقدم، و ما زاد فهو بحاجه إلى إذن الورثه.

(١) بالأجره المعينه، للأصل و عدم الدليل على الوجوب، و مع الامتناع قال فى المدارك:

(تبطل الوصيه)، و قال غيره: لا وجه لبطلان الوصيه إذ لم يظهر منها تقييد المبلغ المعين بالأجير المخصوص، بل تنفذ وصيته بالمبلغ المعين لغيره المساوى له.

(٢) أى القدر المعين فى الوصيه.

(٣) أى يعلم إرادته الموصى تخصيص القدر المعين بالنائب المعين، و إلا إن لم يعلم ذلك فيعطى لغير أجره المثل و هو مشروط بعدم زياده المثل عن المعين فى الوصيه، فلو زادت أجره المثل لم يجب إلا ما عين و ينتظر به لو احتمل حصول من يرضى به، و لو علم إرادته خصوص ذلك النائب على كل حال فيسقط الاستئجار.

(٤) و إن بذل له ما بذل.

(٥) تحكيما للعاده، و يحتمل أجره مثله و هو ما استحسنته فى المدارك تحكيما للعاده أيضا.

(٦) من أجر المثل أو امتنع من بذل ما بذل له و هو المراد من الإطلاق.

(٧) و بعضهم قال بوجوب إجابته إذا امتنع عن أجره المثل إذا وسع الثلث و هو الأقوى.

(٨) لتعذر القيد الموجب لتعذر المقيد، و هذا جار فى المندوب و الواجب، غايته فى الواجب يجب على وليه حينئذ القضاء.

(و لو عين لكل سنة قدرا) مفصلا كألف، أو مجملا كغله بستان، (و قصر كَمَل من الثانيه فإن لم تسع) الثانيه، (فالثالثه)، فصاعدا ما يتم أجره المثل (١)، و لو بجزء و صرف الباقي مع ما بعده كذلك و لو كانت السنون معينه ففضل منها فضله لا تفي بالحج أصلا ففي عودها إلى الورثه، أو صرفها في وجوه البر وجهان (٢)، أوجههما الأول إن كان القصور ابتداء، و الثاني إن كان طارئا، و الوجهان آتيان فيما لو قصر المعين لحجه واحده، أو قصر ماله أجمع عن الحجه الواجبه، و لو أمكن استتمائه (٣)،

(١) هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب - كما في المدارك -، لأن القدر المعين قد انتقل بالوصيه عن ملك الورثه، و وجب صرفه فيما عينه الموصى بقدر الإمكان، و لا- طريق إلى إخراجه إلا- بجمعه على هذا الوجه فيتعين، و لخبر إبراهيم بن مهزيار (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: إن مولاك علي بن مهزيار أوصى أن يحج عنه من ضيعه صير ربعها لك، في كل سنه حجه بعشرين ديناراً، و أنه منذ انقطع طريق البصره تضاعفت المؤمن على الناس، فليس يكتفون بعشرين ديناراً، و كذلك أوصى عده من مواليك في حجهم، فكتب عليه السلام: تجعل ثلاث حجج حجتين إن شاء الله) (١)، و خبر إبراهيم الآخر (كتب إليه علي بن محمد الحصيني: أن ابن عمي أوصى أن يحج عنه بخمسه عشر ديناراً في كل سنه، و ليس يكفى، ما تأمرني في ذلك؟ فكتب عليه السلام: يجعل حجتين في حجه، فإن الله تعالى عالم بذلك) ٢.

(٢) الأول: أن ترجع ميراثا، لأن المال خرج عن ملك الورثه بالوصيه، و هي مع فرض تعذرها فيرجع المال إلى أصله، الثاني: أن تصرف في وجوه البر، لأن الوصيه أخرجته عن ملك الوارث، و قد ذكرت الحج مصرفاً له، و مع تعذر هذا المصرف فيصرف إلى غيره من الطاعات.

هذا و قد فصل المحقق الثاني في جامعه فقال (إن كان قصوره حصل ابتداء بحيث لم يمكن صرفه في الحج في وقت ما كان ميراثا، و إن كان ممكنا ثم طرأ القصور بعد ذلك لظرو زياده الأجره و نحوه، فإنه لا يعود ميراثا، لصحه الوصيه ابتداء فخرج بالموت عن الوارث فلا يعود إليه إلا بدليل، و لم يثبت، غايه الأمر أنه قد تعذر صرفه في الوجه المعين فيصرف في وجوه البر كما في المجهول المالک)، و استوجهه الشارح في المسالك و كذا في الروضه هنا، و اعلم أن الصرف في وجوه البر هو المشهور بين الأصحاب كما في المدارك.

(٣) و جب، لأن طريق تنفيذ الوصيه منحصر بذلك، و إذا وجب تنفيذها وجبت مقدمته.

أو رجي إخراجة في وقت آخر وجب مقدا (١) على الأمرين.

(و لو زاد) المعين للسنة عن أجره حجه و لم يكن مقيدا بواحدة (حجّ) عنه به (مرتين) (٢) فصاعدا إن وسع (في عام) واحد من اثنين فصاعدا، و لا يضر اجتماعهما معا في الفعل في وقت واحد، لعدم وجوب الترتيب (٣) هنا كالصوم (٤) بخلاف الصلاة (٥). و لو فضل عن واحدة جزء أضيف إلى ما بعده إن كان، و إلا ففيه ما مر (٦)

في الودعي العالم بامتناع الوارث

(و الودعيّ) لمال إنسان (العالم بامتناع الوارث) من إخراج الحج الواجب عليه عنه (يستأجر عنه من يحج أو يحج) عنه (٧) (و هو بنفسه) و غير (١) فيجب الانتظار فيما لو رجي إخراجة، لأن الوجهين السابقين مبنيان على تعذر الوصية، و مع رجاء إخراجة لا يتحقق التعذر.

(٢) للأمر بالعمل بالوصية، ما دام قد عيّن مبلغا معيناً، و هو يسع حجتين.

(٣) أي في الحج للأصل.

(٤) قد مر دليله في بابه.

(٥) فقد مرّ أنه لا يجب الترتيب إلا بين الظهرين و العشاءين من اليوم الواحد فراجع.

(٦) من صرفه في وجوه البر، أو رجوعه إلى الورثة، و لا يأتي التفصيل المبني على القصور الابتدائي و العارضى.

(٧) بلا خلاف في الجملة كما في المستند، لصحيح بريد العجلي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل استودعني مالا فهل لك و ليس لوارثه شيء، و لم يحج حجه الإسلام، قال: حج عنه و ما فضل فاعطهم) (١) و الخبر و إن كان مطلقا إلا- أن الأصحاب قيدوه بما إذا علم أو ظن بعدم تأديه الورثة للحج لو دفع الوديعه إليهم، و ذلك لأن مقدار أجره الحج و إن كان خارجا عن ملك الورثة، إلا أن الوارث مخير في جهات القضاء، و له الحج بنفسه مع الاستقلال بالتركة، و له الاستئجار بدون أجره المثل، و في الشرائع و القواعد و الإرشاد الاقتصار على مورد العلم بعدم التأديه، و الأولى إلحاق الظن الغالب به.

ثم لا خصوصية للأمر بالرواية للودعي بأن يحج إلا تفرغ الذمه، و عليه فيجوز له أن يستأجر لذلك.

و اعتبر في التذكرة مع ذلك أمن الضرر، فلو خاف على نفسه أو ماله لم يجز له ذلك، و استحسنة في المدارك.

ص: ٢٨٩

الوديعة من الحقوق الماليه حتى الغصب (١) بحكمها. و حكم غيره (٢) من الحقوق التي تخرج من أصل المال، كالزكاه و الخمس و الكفاره و النذر حكمه. و الخبر هنا (٣) معناه الأمر، فإن ذلك واجب عليه حتى لو دفعه إلى الوارث اختيارا ضمن (٤) و لو علم أن البعض يؤدي فإن كان نصيبه يفي به بحيث يحصل الغرض منه و جب الدفع إليهم (٥)، و إلا (٦) استأذن من يؤدي مع الإمكان و إلا سقط (٧). و المراد بالعلم هنا ما يشمل الظن الغالب المستند إلى القرائن. و في اعتبار الحج من البلد أو الميقات ما مر (و لو كان عليه حجتان إحداهما نذر فكذلك) (٨) يجب إخراجهما فما زاد (إذ الأصح أنهما من الأصل) (٩) لاشتراكهما في كونهما حقا واجبا ماليا (١) قد عرفت أن مورد الخبر الوديعة، و طردوا الحكم في غير الوديعة من الحقوق الماليه كالغصب و الدين و الأمانه الشرعيه لاشتراك الجميع في كونه مال الميت الذي يجب إخراج الحج منه قبل الإرث.

(٢) أي و حكم غير الحج، بل كل واجب مالى يخرج من أصل التركه، قيل: نعم لاشتراك الجميع في المعنى المجوز كما عن الشارح في المسالك، و قيل: لا، قصرا للروايه المخالفه للأصل على موردها كما في جامع المقاصد، و لو قيل بالجواز في الجميع فهو حسن.

(٣) أي في قول المصنف (و الودعي يستأجر عنه أو يحج هو بنفسه).

(٤) لظاهر الأمر في الروايه، فلو لم يفعل يضمن لأنه فوّت على الميت تفرغ ذمته.

(٥) لأن المانع هو عدم تفرغهم ذمه مورثهم، فإذا انتفى المانع فلا بد من دفع المال إليهم.

(٦) أي و إن لم يف نصيبه فلا بد من دفع حصته إليه لقاعده (الناس مسلطون على أموالهم) و لما كان تفرغ ذمه الميت متوقفا على حصته و حصه غيره، فيسقط إذن الغير لما مرّ فيبقى إذنه غير ساقط لعدم الدليل على سقوطه.

(٧) أي و إن تعذر الاستئذان لبعده أو لسبب آخر فيسقط كذلك.

(٨) فما دام الواجب على الودعي تفرغ ذمه الميت من حجه الإسلام لكونها واجبه و تخرج من الأصل، فكذلك يجب تفرغ ذمته من الحج الواجب بالنذر لأنه يخرج من الأصل كذلك.

(٩) أما حج الإسلام فقد تقدم الكلام فيه و أنه محل خلاف، و أما الحج النذري فقد تقدم الكلام فيه و أنه محل الخلاف، حيث ذهب الشيخ و يحيى بن سعيد و المحقق أنه من الثلث لصحيح ضريس بن أعين المتقدم، و ذهب ابن إدريس و من تأخر أنه من الأصل لأنه دين كحجه الإسلام، و أما الخبر فمحمول - كما عن العلامه في المختلف - على من نذر في مرض الموت.

و مقابل الأصح إخراج المنذوره من الثلث، استنادا إلى روايه محموله على نذر غير لازم كالواقع فى المرض و لو قصر المال عنهما تحاصتا فيه (١)، فإن قصرت الحجه عن إخراج الحجه (٢) بأقل ما يمكن و وسع الحج خاصه أو العمره صرف فيه (٣)، فإن قصر عنهما (٤)، و وسع أحدهما، ففي تركهما و الرجوع إلى الوارث، أو البر على ما تقدم، أو تقديم حجه الإسلام، أو القرعه أوجه و لو وسع الحج خاصه (٥)، أو العمره فكذلك، و لو لم يسع أحدهما فالقولان (٦)، و التفصيل آت (٧) (١) و فيه - كما فى المدارك -: إن قسمه التركه بينهما مع القصور مشكل، لأن التركه إذا كانت قاصره عن أجره المثل للحجتين، كانت القسمه مقتضيه لعدم الإتيان بواحد منهما، إلا أن يتفق من يحج بدون أجره المثل.

نعم فالمتجه تقديم حجه الإسلام لصحيح ضريس بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام (و إن لم يكن ترك مالا إلا بقدر حجه الإسلام، حج عنه حجه الإسلام مما ترك، و حج عنه وليه النذر، فإنما هو دين عليه) (١) و منه تعرف أن الفروع التى فرضها الشارح لا أساس لها حيثئذ.

(٢)المشتمله على الحج و العمره.

(٣)أى فى الحج لأهميته على العمره.

(٤)أى أن الحصه قاصره عن إخراج حجه أو عمره لكل منهما، و لكن تمام المال وسع إخراج حجه كامله مشتمله على العمره لأحدهما فقط ففيه وجوه أربعه: القرعه لأنها لكل أمر مشكل، أو تقديم حجه الإسلام لأنها واجبه بأصل الشرع بخلاف المنذوره، أو صرف تمام المال فى وجوه البر أو إرجاعه إلى الوارث، لأن المال بتمامه لا يفى بما وجب على الميت من حجه الإسلام و الحج المنذور فيندرج فى التفصيل السابق.

و فيه: قد عرفت لا بديه تقديم حجه الإسلام لصحيح ضريس المتقدم.

(٥)أى أن تمام المال قاصر عن حجه كامله مشتمله على العمره، بل يكفى إما للحج المجرد عن العمره لأحدهما، أو يكفى لإحدى العمرتين خاصه ففيه الأوجه المتقدمه، و لكن عرفت تقديم الحج المجرد عن العمره فى حجه الإسلام أو عمرتها لصحيح ضريس المتقدم.

(٦)أى أن تمام المال لا يكفى لواحد من الحجين المجردين و لا لإحدى العمرتين فيأتى فيه القولان، إما إرجاعه إلى الواث و إما صرفه فى وجوه البر.

(٧)ما تقدم إنما هو فى الودعى مع كون الميت قد وصى بالحج، و كذلك يأتى التفصيل فيما-

ص: ٢٩١

فيما لو أقر بالحجتين. أو علم الوارث أو الوصى كونهما عليه (و لو تعددوا) من عنده الوديعه أو الحق، و علموا بالحق و بعضهم ببعض (وزعت) (١) أجره الحجه، و ما فى حكمها (٢) عليهم بنسبه ما بأيديهم من المال، و لو أخرجها بعضهم بإذن الباقين، فالظاهر الإجزاء (٣)، لاشتراكهم فى كونه مال الميت الذين يقدم إخراج ذلك منه على الإرث و لو لم يعلم بعضهم بالحق تعين على العالم (٤) بالتفصيل (٥)، و لو علموا به و لم يعلم بعضهم ببعض فأخرجوا جميعا (٦)، أو حجوا فلا ضمان مع الاجتهاد على الأقوى (٧) و لا- معه (٨) ضمنوا (٩) ما زاد على الواحده. و لو علموا فى الأثناء سقط من وديعه كل منهم ما يخصه من الأجره (١٠)، و تحلوا ما عدا- لو أقر الميت أمام الودعى، و كذلك يأتى التفصيل فى غير الودعى فيما لو علم الوارث أو الوصى بكون حج الإسلام أو هو و الحج المنذور عليه.

(١) لأن تعيين الحجه على أحدهم دون الباقين ترجيح بلا مرجح، فالعدل يقتضى التوزيع بحسب ما عندهم من مال.

(٢) من الحقوق الماليه كالخمس و الزكاه و الدين.

(٣) لأن تفرغ ذمه الميت واجب كفاى عليهم، فإن اتفقوا على أن يخرجها بعضهم فلا مانع، ما دام جميع المال ماله الذى تعلق به حق الحج قبل حق الوارث.

(٤) لأن العلم نجز عليه التكليف دون غيره.

(٥) فهو ليس متعلقا بالعالم فى قبال العالم بالإجمال، لأن العلم منجز على كل حال، و لكن الجار و المجرور متعلق بالمحذوف، أى يتعين على العالم الإخراج، و الإخراج على التفصيل المتقدم.

(٦) أى كل واحد منهم استأجر أجيرا من مال الميت.

(٧) لأن العلم منجز على كل واحد بتفرغ ذمه الميت، و عدم علمهم ببعضهم لا يوجب الضمان على من خرج، و إن خرج غيره لتفرغ ذمه الميت، لأنه جاهل إذا لم يكن مقصرا، و لا يكون مقصرا مع الاجتهاد.

(٨) أى و لا مع الاجتهاد.

(٩) لانطباق الجاهل المقصر على كل واحد منهم، فيضمنون جميعا كل ما أتلّف من مال الميت ما عدا ما أتلّف فى حجه واحد، و الضمان على الجميع لأن تخصيصه بالبعض ترجيح بلا مرجح، و لا يضمنون حجه واحد لأن تفرغ ذمه الميت تستدعى ذلك.

(١٠) بمقدار ما أتى به من الأفعال، و فيه: إن السقوط مطلقا لا معنى له بل لا بد من التقييد مع الاجتهاد.

واحد بالقرعه (١)، إن كان بعد الإحرام، و لو حجوا عالمين بعضهم ببعض صح السابق (٢) خاصة، و ضمن اللاحق، فإن أحرما دفعه وقع الجميع عن المنوب (٣) و سقط من وديعه كل واحد ما يخصه من الأجره الموزعه (٤)، و غرم الباقي، و هل يتوقف تصرفهم على إذن الحاكم؟ الأقوى ذلك (٥) مع قدره على إثبات الحق عنده، لأن ولايه إخراج ذلك قهرا على الوارث إليه، و لو لم يمكن فالعدم أقوى حذرا من تعطيل الحق الذى يعلم من بيده المال ثبوته، و إطلاق النص إذن له (و قيل: يفتقر إلى إذن الحاكم) مطلقا (٦)، بناء على ما سبق (و هو بعيد) لإطلاق النص و إفضائه إلى مخالفته حيث يتعذر (٧).

الفصل الثانى: فى أنواع الحج

إشاره

(الفصل الثانى: فى أنواع الحج. و هى ثلاثه (٨)

فى الحج التمتع

(: تمتع)...

(١) أما التحلل من أجل الاحتياط للوارث، و تفرغ ذمه الميت يوجب الاقتصار على واحد، و تعينه بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل.

(٢) فسبقه يعينه أنه هو المفترغ لذمه الميت، و غيره ضامن لما أتلف لأنه عالم فيعد مفترطاً لمال الميت و الوارث.

(٣) ظاهره بعد المفروغيه عن إتمام الحج، و إلا فلو كان حين الإحرام فيجب التحلل على الجميع ما عدا واحد بالقرعه.

(٤) و ظاهره أيضا مع صورته العلم فتحسب أجره شخص واحد توزع عليهم بحسب ما بأيديهم من المال، و الباقي من المصروف لكل واحد فى حجه يضمه لأنه مفترط.

(٥) كما عليه جماعه لأن الحاكم هو من له إخراج المال قهرا على الوارث دون غيره من المكلفين، هذا إذا تمكن الودعى من أخذ الإذن من الحاكم و تمكن من إثبات أن الميت مشغول الذمه، و إلا فلا يعتبر الإذن لثلا يتعطل تفرغ ذمه الميت، و عن بعضهم اشتراط إذن الحاكم مطلقا و لم يعرف قائله، و يدفع كلا القولين إطلاق صحيح بريد المتقدم.

(٦) تمكن من إثبات الحق أو لا.

(٧) أى اشتراط إذن الحاكم مطلقا يفضى إلى مخالفه النص فى صورته تعذر الاستئذان.

(٨) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الحج ثلاثه أصناف: حج مفرد، و قران، و تمتع بالعمره إلى الحج، و بها أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و الفضل فيها، و لا- تأمر الناس إلا بها) (١)، و خبر منصور الصيقلى عن أبى عبد الله عليه السلام (الحج عندنا على ثلاثه أوجه: حاج متمتع، و حاج مفرد سائق للهدى، و حاج مفرد

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أقسام الحج حديث ١ و ٢.

وأصله التلذذ (١) سُمي هذا النوع به، لما يتخلل بين عمرته و حجه من التحلل الموجب لجواز الانتفاع و التلذذ بما كان قد حرّمه الإحرام، مع ارتباط عمرته بحجه حتى أنهما كالشيء الواحد شرعاً، فإذا حصل بينهما ذلك فكأنه حصل في الحج (و هو فرض من نأى) (٢) أى بعد (عن مكة بثمانيه و أربعين ميلاً من كل) -و الذى يظهر من النصوص أن المشروع فى صدر الإسلام هو القران و الإفراء، و أن التمتع قد شرع فى حجه الوداع، ففى صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين حج حجه الإسلام خرج فى أربع بقين من ذى القعدة، حتى أتى الشجرة فصلى بها، ثم قاد راحلته حتى أتى البيداء فأحرم منها، و أهل بالحج و ساق مائه بدنه، و أحرم الناس كلهم بالحج لا ينون عمره، و لا يدرون ما المتعه، حتى إذا قدم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم مكة طاف بالبيت و طاف الناس معه، ثم صلى ركعتين عند المقام و استلم الحجر، ثم قال: ابدأ بما بدأ الله عز و جل، فأتى الصفا فبدأ بها، ثم طاف بين الصفا و المروه سبعا، فلما قضى طوافه عند المروه قام خطيباً فأمرهم أن يحلوا و يجعلوها عمره، و هو شيء أمر الله عز و جل به، فأحل الناس، و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لو كنت استقبلت من أمرى ما استدبرت لفعلت كما أمرتكم، و لم يكن يستطيع أن يحل من أجل الهدى الذى معه، إن الله عز و جل يقول وَ لَا تَحْلِقُوا رُؤُسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ، و قال سراقه بن مالك بن خثعم الكنانى: يا رسول الله، علمنا كأننا خلقنا اليوم، أ رأيت هذا الذى أمرتنا به لعامنا هذا أو لكل عام، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا بل للأبد، و أن رجلاً قام فقال: يا رسول الله نخرج حجاجاً و رءوسنا تقطر، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنك لن تؤمن بهذا أبداً(١) ، و كما عن الجواهر أنه عمر.

(١) وجه التسميه فى الإفراء لانفصال الحج عن عمره و عدم ارتباطه بها، و أما القران فلاقتران الإحرام بسباق الهدى، و أما التمتع فهو لغه التلذذ و الانتفاع، و إنما سمي هذا النوع بذلك لما يتخلل بين عمرته و حجه من التحلل المفضى لجواز الانتفاع و التلذذ بما كان قد حرّمه الإحرام قبله، مع الارتباط بين الحج و عمره و كونهما كالشيء الواحد فيكون التمتع الواقع بينهما كأنه حاصل فى أثناء الحج.

(٢) بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَّةً يَوْمَ تَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعِهِ إِذَا رَجَعْتُمْ، تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ، ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلُهُ

ص: ٢٩٤

(جانب على الأصح) (١) للأخبار الصحيحة الداله عليه. و القول المقابل للأصح اعتبار بعده باثني عشر ميلا. حملا للثمانية و الأربعين على كونها موزعه على الجهات الأربع، فيخص كل واحده اثني عشر. و مبدأ التقدير منتهى عماره مكه (٢) -حاضري المسجد الحرام وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ (١)، و للأخبار المستفيضه،

منها: بل صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (دخلت العمره في الحج إلى يوم القيامة، لأن الله تعالى يقول: فمن تمتع، الآيه، فليس لأحد إلا- أن يتمتع، لأن الله تعالى أنزل ذلك في كتابه، و جرت به السنه من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت له: قول الله عز و جل في كتابه: ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام، قال: يعني أهل مكه ليس عليهم متعه، كل من كان أهله دون ثمانيه و أربعين ميلا ذات عرق و عسفان، كما يدور حول مكه فهو ممن دخل في هذه الآيه، و كل من كان أهله وراء ذلك فعليهم المتعه) (٣).

(١) نسب إلى أكثر الأصحاب، بل المشهور و عليه أخبار، منها: صحيح زراره المتقدم، و خبره الآخر عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن قول الله: ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام، قال: ذاك أهل مكه ليس عليهم متعه و لا عليهم عمره، قلت: فما حد ذلك؟ قال: ثمانيه و أربعين ميلا من جميع نواحي مكه، دون عسفان و دون ذات عرق) (٤).

و ذهب جماعه منهم الشيخ في المبسوط و الحلبي في السرائر و المحقق في الشرائع مع أنه رجع عنه في المعتمد و قال (إنه قول نادر لا عبره به) بأن حده اثنا عشر ميلا من كل جانب، و دليلهم الأصل، بمعنى أن التمتع واجب على كل واحد و القدر المتيقن الخارج منه من كان دون الحد المذكور، و الباقي يبقى تحت العموم، و لذا قيل: إن المراد بالأصل هو أصله العموم لا الأصل العملي، حملا لتلك الأخبار على كون الثمانيه و الأربعين من جميع الجوانب لا من كل جانب، و فيه: إنه يرده ظاهر خبري زراره المتقدمين في أن الثمانيه و الأربعين من كل جانب.

(٢) كما نسب إلى جماعه كما هو ظاهر خبر زراره المتقدم (من جميع نواحي مكه)، و نسب إلى-

ص: ٢٩٥

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الحج حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الحج حديث ٧.

إلى منزله (١)، و يحتمل إلى بلده مع عدم سعتها جدا، و إلا فمحلتها. و يمتاز هذا النوع عن قسيميه (أنه يقدم عمرته على حجه ناويا بها التمتع) (٢)، بخلاف عمرتهما فإنها مفردة بتيه (٣).

في القرآن و الأفراد

(و قران و أفراد) و يشتركان في تأخير العمره عن الحج و جملة الأفعال (٤) و ينفرد القرآن (٥) بالتخير في عقد إحرامه بين الهدى و التلبية، و الأفراد بها و قيل القرآن: أن يقرن بين الحج و العمره بنيه واحده، فلا- يحل إلا- بتمام أفعالهما مع -بعض الأصحاب كالشيخ في المبسوط و العلامه في التحرير التقدير من المسجد، لأن السؤال في خبري زواره عن المراد من حاضري المسجد الحرام، فلا بد أن يكون التقدير منه، و فيه: إن الجواب صريح في كون التحديد من مكة لا من المسجد.

(١) لانصراف اخبار التقدير، مع أن دعوى انصرافها إلى المحله أو البلد مع عدم اتساعها ليس ببعيد، لأن المدار على الفهم العرفي الذي يعتبر التحديد من آخر البلد ذهابا و عودا.

(٢) قال في المسالك: (قد تكرر ذكر النيه هنا في كلامهم، و ظاهرهم أن المراد بها فيه الحج بجملته، و في وجوبها نظر) و وجه النظر ما أشار إليه في المدارك (و مقتضاه أنه يجب الجمع بين هذه النيه و بين نيه كل فعل من أفعال الحج على حده، و هو غير واضح).

و لكن يشهد لاعتبار نيه عمره التمتع المتوقفه على نيه حج التمتع صحيح البزنطي (قلت لأبي الحسن على بن موسى عليه السلام: كيف أصنع إذا أردت التمتع، فقال عليه السلام: لبّ بالحج و انو المتعه) (١)، و صحيحه الآخر عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن رجل متمتع كيف يصنع؟ قال: ينوي العمره، و يحرم بالحج) ٢ و مثلهما غيرهما.

(٣) أي بنيه لا يضاف إليها الحج، و تقديم العمره على حج التمتع بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره.

منها: صحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: كيف أتمتع؟ قال: تأتي الوقت فتلبى - إلى أن قال - و ليس لك أن تخرج من مكة حتى تحج) (٢) و ظهوره في كون العمره قبل الحج واضح، و أما عمره القارن و المفرد فهي بنيه العمره فقط كما تقدم و هي متأخره عن حجها كما سيأتي.

(٤) أي جملة من أفعال الحج كما سيأتي، و يمكن أن يكون المراد من العبارة و مجموع أفعال الحج بالجملة.

(٥) اعلم أن أفعال القارن و شروطه كالمفرد إلا أن القارن يتخير في إحرامه بين التلبية و بين -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإحرام حديث ٤ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

سوق الهدى. و المشهور الأول (و هو) أى كل واحد منهما (فرض من نقص عن ذلك المقدار) (١) من المسافه مخيرا بين النوعين، و القران أفضل (٢)

فى ما لو أطلق النادر تغييره

(و لو أطلق النادر) (٣) و شبهه للحج (تخير فى الثلاثه) مكيا كان افقيا (و كذا يتخير من حج ندبا) و التمتع أفضل مطلقا و إن حج ألفا و ألفا (و ليس لمن تعين عليه نوع) -الإشعار و التقليد على المشهور للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (يوجب الإحرام ثلاثه أشياء: التلبيه و الإشعار و التقليد، فإذا فعل شيئا من هذه الثلاثه فقد أحرم) (١)، مع ضميمه غيره من الأخبار نعرف أنه القارن، مثل صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- يكون القارن قارنا إلا- بسياق الهدى) (٢) و عن ابن أبى عقيل و الشيخ أن القارن معتمر أولا، و لا يحلّ من عمره حتى يفرغ من الحج، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما رجل قرن بين الحج و العمره فلا يصلح إلا أن يسوق الهدى قد أشعره و قلّده، و إن لم يسق الهدى فليجعلها متعه) (٣) و هو محمول عند الأصحاب بما إذا نوى الحج فقط، فإن لم يتم له الحج فليجعل عمره مبتوله.

(١) على المشهور شهره عظيمه و قد تقدم جملة من الأخبار على ذلك، و عن الشيخ فى المبسوط أن أهل مكه يجوز لهم التمتع لأن المتمتع يأتى بصوره الأفراد و زياده غير منافيه، فوجب أن يجزيه، و رده فى المعتمد بعدم التسليم بأنه أتى بصوره الأفراد، و ذلك لأنه أخلّ بالإحرام بالحج من ميقاته و أوقع مكانه العمره و ليس مأمورا بها.

(٢) لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن الحج مفردا أو أفضل أو الاقارن، قال: إقران الحج أفضل من الأفراد، و سألته عن المتعه و الحج مفردا و عن الأقران أيه أفضل؟ قال: المتمتع أفضل من المفرد و من القارن السائق) (٤) و مثله غيره كثير.

(٣) كان مخيرا بين الثلاثه لكن التمتع أفضل إلا- إذا كان النذر متعينا فلا ريب فى المعين المنذور و لا يجزى غيره، و لكن إذا أطلق النذر كان مخيرا لأن الأنواع الثلاثه مشروعه، و تقييد القارن و الأفراد بحاضرى المسجد الحرام و التمتع بغيرهم إنما هو فى حجه -

ص: ٢٩٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢٠.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٠.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢٤.

بالأصالة أو العارض (١) (و العُدول إلى غيره (٢)، على الأصح) عملاً بظاهر الآيه، و صريح الروايه، و عليه الأكثر. و القول الآخر جواز التمتع للمكى، و به روايات حملها على الضروره طريق الجمع.

أما الثانى فلا يجزئه غير التمتع اتفاقاً (إلا لضروره) استثناء من عدم جواز -الإسلام، و أما فى غيره فلا، و يدل عليه اخبار:

منها: صحيح معاويه بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام و نحن بالمدينه: إنى اعتمرت عمره فى رجب و أنا أريد الحج، فأسوق الهدى أو أفرد أو أتمتع؟ فقال: فى كل فضل و كل حسن، قلت: و أى ذلك أفضل؟ فقال: إن عليا عليه السّلام كان يقول: لكل شهر عمره، تمتع فهو و الله أفضل) (١). و خبر عبد الصمد بن بشير (قال لى عطيه: قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أفرد الحج - جعلت فداك - سنه، فقال لى: لو حججت الفاء و ألفا لتمتعت، فلا تفرد) (٢) و خبر جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما دخلت قط إلا متمتعاً إلا فى هذه السنه، فإنى و الله ما أفرغ من السعى حتى تتقلقل أضراسى، و الذى صنعتهم أفضل) (٣)، و خبر أحمد بن محمد بن أبى نصر عن أبى جعفر الثانى عليه السّلام (كان أبو جعفر عليه السّلام يقول: المتمتع بالعمره إلى الحج أفضل من المفرد السائق للهدى، و كان يقول: ليس يدخل الحاج بشيء أفضل من المتعه) (٤).

و هذه الأخبار كما تدل على أفضلية التمتع، تدل على كون الأقسام الثلاثه جائزه للمكى و المدنى، سواء تكرر منه الحج أو لا، نعم خرجت حجه الإسلام بدليل فيبقى الباقي.

(١) كالنذر.

(٢) أما من تعين عليه التمتع لا يجوز له العُدول إلى الأفراد و القرآن إلا مضطراً بلا خلاف فى ذلك و سيأتى دليله، و أما من تعين عليه الأفراد و القرآن فلا يجوز العُدول إلى التمتع إلا اضطراراً، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى الجواز اختياراً و قد تقدم دليله مع تضعيفه، نعم احتج للشيخ بأخبار:

منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل من أهل مكه يخرج إلى بعض الأمصار ثم يرجع إلى مكه فيمر ببعض المواقيت أله أن يتمتع؟ قال: ما أزعم أن ذلك ليس له لو فعل) (٢). و عند الأكثر محموله على الضروره جمعاً بينها و بين قوله -

ص: ٢٩٨

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٨ و ٢١ و ٢٢ و ٥.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.

العدول مطلقا (١) و يتحقق ضروره المتمتع (٢) بخوف الحيض المتقدم على طواف -تعالى: ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ (١) و منطوقها تعنى المتمتع على غير الحاضر، و مفهومها على أن الحاضر ليس له ذلك، و لأخبار:

منها: صحيح على بن جعفر (قلت لأخى موسى بن جعفر عليه السلام: لأهل مكه أن يتمتعوا بالعمره إلى الحج؟ فقال: لا يصلح أن يتمتعوا لقول الله عز و جل: ذَلِكَ لِمَنْ يَكُنْ أَهْلُهُ... (٢) الخبر.

(١) سواء كان فرضه المتمتع أو لا.

(٢) لا خلاف فى جواز العدول من المتمتع إلى الأفراد مع الضروره، و ذلك إذا ضاق وقته عن إتمام العمره و إدراك الحج، و إنما الكلام فى حد الضيق الموسَّع لذلك على أقوال:

قيل: حده خوف اختيارى عرفه، كما استقر به العلامه فى المختلف، و قواه فى الدروس، و قيل: فوات الركن الاختيارى بعرفه، و هو المسمى منه، كما اختاره العلامه فى القواعد و ابنا سعيد و إدريس، و قال فى الجواهر: (لعله يرجع إليه ما عن المبسوط و النهايه و الوسيله و المهذب من الفوات بزوال الشمس من يوم عرفه قبل إتمام العمره، بناء على تعذر الوصول غالبا إلى عرفه بعد هذا الوقت لمضى الناس عنه).

و قيل: فوات الاضطرارى منه، و هو ظاهر ابن إدريس، و قيل: زوال يوم الترويه كما عن الصدوق، و قيل: غروب يوم الترويه كما نقل عن المفيد، و قيل: زوال يوم عرفه كما تقدم عن الشيخ فى المبسوط و النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و نقل عن ابن الجنيد، و اختاره سيد المدارك و صاحب الذخير و كشف اللثام، و قيل: أنه مخير بين العدول و الاتمام إذا فات زوال يوم الترويه أو تمامه، و نقله صاحب الجواهر عن بعض متأخرى المتأخرين، فالأقوال سبعة، و سببها اختلاف الأخبار، ففى جمله منها أن المدار على خوف الوقت بعرفه:

منها: خبر يعقوب بن شعيب الميثمى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس للمتمتع - إن لم يحرم من ليله الترويه - متى ما تيسر له، ما لم يخف فوت الموقفين) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل أهلك بالحج و العمره جميعا، ثم قدم مكه و الناس بعرفات، فخشى إن هو طاف و سعى بين الصفا و المروه أن يفوته الموقوف، قال عليه السلام:-

ص: ٢٩٩

١- (١) سورة البقره الآية: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

يدع عمره، فإذا أتم حجه صنع كما صنعت عائشه، ولا هدى عليه(١)، و ما صنعت عائشه قد وضع في صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المرأة الحائض إذا قدمت مكة يوم الترويه، قال: تمضى كما هي إلى عرفات فتجعلها حجه، ثم تقيم حتى تطهر و تخرج إلى التنعيم فتحرم فتجعلها عمره، قال ابن أبي عمير: كما صنعت عائشه)٢.

و في جملة من الأخبار أن المدار على زوال يوم الترويه: منها: صحيح ابن بزيع عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (عن المرأة تدخل مكة متمتعه فتحيض قبل أن تحلّ، متى تذهب متعتها؟ قال عليه السلام: كان جعفر عليه السلام يقول: زوال الشمس من يوم الترويه، و كان موسى عليه السلام يقول: صلاه الصبح من يوم الترويه، فقلت: جعلت فداك، عامه مواليك يدخلون يوم الترويه و يطوفون و يسعون ثم يحرمون بالحج، فقال عليه السلام: زوال الشمس، فذكرت له روايه عجلان أبي صالح، فقال عليه السلام: إذا زالت الشمس ذهبت المتعه، فقلت: فهي على إحرامها أو تجدد إحرامها للحج؟ فقال عليه السلام: لا، إلا أن تحب أن تتطوع، ثم قال: أما نحن فإذا رأينا هلال ذي الحجه قبل أن نحرم فاتتنا المتعه(٢).

و في جملة من النصوص أن المدار على غروب يوم الترويه منها: صحيح العيص بن القاسم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتمتع يقوم مكة يوم الترويه صلاه العصر، تفوته المتعه؟ قال عليه السلام: لا، ما بينه و بين غروب الشمس قال: و قد صنع ذلك رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم(٣)، و خير إسحاق بن عبد الله عن أبي الحسن موسى عليه السلام (عن المتمتع يدخل مكة يوم الترويه قال: ليمتع ما بينه و بين الليل)٥، و خير عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قدمت مكة يوم الترويه و قد غربت الشمس فليس لك متعه، امض كما أنت بحجك)٤.

و في جملة منها أن المدار على زوال الشمس من يوم عرفه منها: صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (المتمتع له المتعه إلى زوال الشمس من يوم عرفه، و له الحج إلى زوال الشمس من يوم النحر)٥، و مرفوع سهل عن أبي عبد الله عليه السلام (في متمتع دخل يوم عرفه قال: متعته تامه إلى أن يقطع الناس تلييتهم)٨ و قطع التلبيه عند زوال يوم عرفه.

ص: ٣٠٠

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الحج حديث ٦ و ٢.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٤.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٠ و ١١.
- ٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٢.
- ٥- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الحج حديث ٨ و ٩.

العمره، بحيث يفوت اختياري عرفه قبل إتمامها (١)، أو التخلف عن الرفقه إلى عرفه حيث يحتاج إليها، و خوفه من دخول مكة (٢) قبل الوقوف لا بعده و نحوه (٣)، و ضروره المكي (٤) بخوف الحيض المتأخر...

و في بعض الأخبار أنه يعتبر في صحه المتمتع إدراك الناس بمنى كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المتمتع يطوف بالبيت و يسعى بين الصفا و المروه ما أدرك الناس بمنى) (١)، و في بعض آخر أن وقت المتعه سحر يوم عرفه كصحيح محمد بن مسلم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إلى متى يكون للحاج عمره؟ فقال: إلى السحر من ليله عرفه) ٢.

و هذه الأخبار على كثرتها و اختلافها محموله على صوره عدم إمكان إدراك عرفه إلا قبل هذه الأوقات، لأن الإدراك المذكور مختلف باختلاف الأحوال و الأوقات و الأشخاص، و لذا قال الشيخ في التهذيب: و المتمتع بالعمره إلى الحج تكون عمرته تامه ما أدرك الموقفين، سواء كان ذلك يوم الترويه أو ليله عرفه أو يوم العرفه إلى بعد زوال الشمس، فإذا زالت الشمس من يوم عرفه فقد فاتت المتعه، لأنه لا يمكنه أن يلحق الناس بعرفات و الحال كما وصفناه).

و هذا الجمع يؤيده أن الواجب عليه هو التمتع، و ما دام ممكنا له فلا يجوز العدول عنه، و مع إمكان إدراك الحج بإدراك عرفه فلا يجوز العدول إلا أن الكلام هل اللازم إدراك الاختياري من عرفه كما هو مفاد القول الأول أو يكفي إدراك المسمى منه كما هو مفاد القول الثاني، و مقتضى الجمع بين الأخبار يقتضى اقوائيه القول الثاني، و يشهد له أن جمله من النصوص المتقدمه قد جوزت العدول إذا خاف فوات الموقوف، و فواته يكون بفوات تمامه، و قد تقدم الكلام في بعضها، هذا و خوف فوات الموقوف إما من جهه الحيض و إما من جهه فوات الرفقه، و إما من جهه عدو يمنعه من إتمام العمره، و قد يكون له أسباب أخرى.

(١) أى قبل إتمام العمره.

(٢) فهو خائف من عدو يمنعه من دخول مكة حتى يكمل العمره.

(٣) كضيق الوقت لاتمام العمره ثم التلبس بالحج و الذهاب إلى عرفه.

(٤) أى من كانت وظيفته الأفراد أو الأقران فيجوز له العدول إلى التمتع عند الضروره - كما هو مذهب الأصحاب لا اعلم فيه مخالفا - كما في المدارك، لأن الضروره إذا كانت مسوغة للعدول من الأفضل إلى المفضول كانت مسوغة للعكس بطريق أولى هذا من جهه و من جهه أخرى تتحقق الضروره المسوغة للعدول بخوف الحيض المتأخر عن النفر مع -

ص: ٣٠١

عن النفر (١) مع عدم إمكان تأخير العمره إلى أن تطهر و خوف عدو بعده، و فوت الصحبه كذلك

فى أنه لا يقع الإحرام بالحج إلا فى أشهر الحج

(و لا يقع) و فى نسخه لا يصح (الإحرام بالحج) بجميع أنواعه (أو عمره التمتع إلا فى) أشهر الحج (٢)(شوال و ذى القعدة و ذى الحجه) (٣) على وجه يدرك -عدم إمكان تأخير العمره إلى أن تطهر، أو خوف عدو بعد النفر بحيث يمنع من الإتيان بالعمره، أو خوف الرفقه و الصحبه بعد النفر بحيث يكون الإتيان بالعمره موجبا للعسر و الحرج الشديدين فى هذه الموارد يجوز العدول إلى التمتع ابتداء.

(١) أى النفر من منى.

(٢) فهو مما لا خلاف فيه، أما بالنسبه للحج: للأخبار:

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ : شوال و ذو القعدة و ذو الحجه، ليس لأحد أن يحرم بالحج فيما سواهن) (١)، و أما بالنسبه لعمره التمتع فلا أخبار أيضا:

منها: صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس يكون متعه إلا فى أشهر الحج) (٢).

(٣) اختلف الأصحاب فى أشهر الحج فعن الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد أنها هى شوال و ذو القعدة و ذو الحجه، و عن المرتضى و سلار و ابن أبى عقيل أنها شوال و ذو القعدة و عشر من ذى الحجه، و عن الشيخ فى الجمل و ابن البراج إلى تسعه من ذى الحجه، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف إلى طلوع الفجر من يوم النحر، و عن ابن إدريس إلى طلوع الشمس من يوم النحر فدلّل الأول ظاهر الآيه الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ (٣) فإن الشهر طاهر فى تمامه، و للأخبار:

منها: خبر زراره المتقدم، و دليل بقية الأقوال أنه لإدراك أركان الحج و لو اضطرارا، و لذا يكون النزاع بينهم لفظيا، و قال العلامة فى المنتهى: (و ليس يتعلق بهذا الاختلاف حكم)، و قال فى المختلف: (التحقيق أن هذا نزاع لفظى، فإنهم إن أرادوا بأشهر الحج ما يفوت الحج بفواته فليس كمال ذى الحجه من أشهره، لما يأتى من فوات الحج دونه على ما يأتى تحقيقه، و إن أرادوا ما يقع فيه أفعال الحج فهى ثلاثه كملا، لأن باقى المناسك يقع فى كمال ذى الحجه فقد ظهر أن النزاع لفظى). و معناه: أنه لا خلاف فى وقوع بعض أفعال الحج كالطوافين و السعى و الرمى فى ذى الحجه بأسره، و لا خلاف فى أن الحج يفوت إن شاء احرام الحج لو لم يتمكن من إدراك المشعر قبل زوال يوم النحر.

ص: ٣٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

٣- (٣) سورة البقره الآيه: ١٩٧.

باقى المناسك فى وقتها، و من ثم ذهب بعضهم إلى أن أشهر الحج الشهران و تسع من ذى الحجه لفوات اختيارى عرفه اختيارا بعدها. و قيل: عشر لإمكان إدراك الحج فى العاشر بإدراك المشعر وحده، حيث لا يكون فوات عرفه اختياريا، و من جعلها الثلاثه نظر إلى كونها ظرفا زمانيا لوقوع أفعاله فى الجملة، و فى جعل الحج أشهرا بصيغه الجمع فى الآيه إرشاد إلى ترجيحه. و بذلك يظهر أن النزاع لفظى.

و بقى العمره المفرده و وقتها مجموع أيام السنه (١)

فى أنه يشترط فى التمتع جمع الحج و العمره لعام واحد

(و يشترط فى التمتع جمع الحج و العمره لعام واحد) (٢) فلو أخر الحج عن سنتها صارت مفرده، فيتبعها (١) بلا خلاف فيه كما فى المنتهى للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (كان على عليه السلام يقول: لكل شهر عمره، أما إن أفضلها ما وقع فى رجب) (١) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (المعتمر يعتمر فى أى شهور السنه شاء، و أفضل العمره عمره رجب) (٢).

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السلام (من دخل مكه متمتعا فى أشهر الحج لم يكن له أن يخرج حتى يقضى الحج) (٣)، و أما الإفراد فلا يشترط إيقاع عمرته فى سنته بلا خلاف كما فى الجواهر، و يدل عليه إطلاق الأمر بالعمره فى الكتاب و السنه الخالى من التقييد، أما الكتاب فقوله تعالى: وَ أَتَمُّوا الْحَجَّ وَ الْعُمْرَةَ لِلَّهِ (٤)، و أما السنه فهى أخبار منها: خبر عمر بن أذينه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل وَ لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنْ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا، يعنى به الحج دون العمره، قال عليه السلام: لا، و لكنه يعنى الحج و العمره جميعا لأنهما مفروضان) (٥)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (العمره واجبه على الخلق بمنزله الحج، فإن الله تعالى يقول: و أتَمُوا الْحَجَّ وَ الْعُمْرَةَ لِلَّهِ) (٦).

و أما حج القران فقد نقل المحقق فى المعتبر عن الشيخ فى الخلاف (إذا أتم المستمتع أفعال عمرته و قصر فقد صار محلا، فإن كان ساق هديا لم يجز له التحلل و كان قارنا ثم قال: و به قال ابن أبى عقيل) و عن المدارك: (و مقتضاه أن المتمتع السائق قارن)، و فيه:

حينئذ الخلاف السابق.

ص: ٣٠٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العمره حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العمره حديث ١٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٦.
- ٤- (٤) سورة البقره الآيه: ١٩٦.
- ٥- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العمره حديث ٧ و ٢.

بطواف النساء (١). أما قسيماه فلا يشترط إيقاعهما في سنة في المشهور، خلافا للشيخ حيث اعتبرها في القرآن كالتمتع

في الإحرام بالحج للتمتع

(و الإحرام بالحج له) أى للتمتع (من مكة) (٢) من أى موضع شاء منها (و أفضلها المسجد) (٣) الحرام (ثم) الأفضل منه (المقام) (٤)، أو تحت الميزاب) مخيرا بينهما و ظاهره تساويهما فى الفضل. و فى (١) لأن العمره المفردة مشتمله عليه كما سيأتى.

(٢) بلا- خلاف، للأخبار منها: صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: لأهل مكة أن يتمتعوا؟ قال عليه السّلام: لا، قلت: فالقاطنين بها، قال عليه السّلام: إذا أقاموا سنه أو سنتين صنعوا كما صنع أهل مكة، فإذا أقاموا شهرا فإن لهم أن يتمتعوا، قلت: من أين؟ قال عليه السّلام: يخرجون من الحرم، قلت: من أين يهلون بالحج؟ فقال عليه السّلام: من مكة نحو مما يقول الناس) (١).

(٣) اتفاقا كما فى المدارك، لاستحباب الإحرام عقب الصلاة التى هى فى المسجد أفضل، و للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أردت أن تحرم يوم الترويه فاصنع كما صنعت حين أردت أن تحرم - إلى أن قال - ثم ائت المسجد الحرام فصل فيه ست ركعات قبل أن تحرم) (٢).

(٤) قيل بالتخيير بين المقام و الحجر كما عن الهدايه و الفقيه و النافع و المدارك، لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كان يوم الترويه إن شاء الله فاغتسل، ثم البس ثوبيك، و ادخل المسجد حافيا و عليك السكينة و الوقار، ثم صل ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السّلام أو فى الحجر، ثم اقعده حتى تزول الشمس فصل المكتوبه، ثم قل فى دبر صلاتك كما قلت حين أحرمت من الشجره فاحرم بالحج) ٣. و عن الغنيه و الجامع و التحرير و المنتهى و التذكرة و الدروس و موضع من القواعد التخيير بين المقام و تحت الميزاب، و فيه: إن ما تحت الميزاب بعض من الحجر فلا- معنى للتخيير بينه و بين المقام، بل يكون التخيير راجعا إلى المقام أو الحجر، و أما خصوص تحت الميزاب فقد قال فى الجواهر (لم نعثر له على شاهد)، و عن الشرائع الاقتصار على المقام، لخبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كان يوم الترويه فاصنع كما صنعت بالشجره، ثم صل ركعتين خلف المقام، ثم أهلّ بالحج، فإن كنت ماشيا فلبّ عند المقام، و إن كنت راكبا فإذا نهض بك بعيرك) (٣).

ص: ٣٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الحج حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المواقيت حديث ٤ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

الدروس الأقرب أن فعله في المقام أفضل من الحجر تحت الميزاب، و كلاهما مروى (و لو أحرم) المتمتع بحجه (بغيرها) أى غير مكة (لم يجز (١) إلا مع التعذر المتحقق) يتعذر الوصول إليها ابتداء، أو تعذر العود إليها مع تركه بها (٢) نسيانا أو جهلا (٣) لا عمدا (٤) و لا- فرق بين مروره على حد المواقيت و عدمه (٥) (و لو تلبس) بعمره التمتع (و ضاق الوقت عن إتمام عمره) قبل الإكمال و إدراك الحج (بحيض أو نفاس أو عذر) مانع عن الإكمال بنحو ما مر (عدل) بالنيه من العمره المتمتع بها (إلى) حج (الإفراد) و أكمل الحج (٦) بانبا على ذلك الإحرام (و أتى بالعمره) المفردة (١) قال فى الجواهر (على الأشبه بأصول المذهب و قواعده التى فيها اعتبار موافقه الأمر فى صحه العباده و إجرائها).

(٢) أى مع تركه الإحرام بمكة.

(٣) لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل نسى الإحرام بالحج فذكره و هو بعرفات، ما حاله؟ قال: يقول اللهم على كتابك و سنه نبيك فقد تم إحرامه) (١)، و مورده خصوص الناسى لكن المفهوم منه مطلق العذر فيشمل الجاهل.

(٤) بل يجب عليه أن يستأنف الإحرام من مكة و إلا بطل حجه لأن الإحرام من غير مكة من دون عذر كالعدم لعدم الاجزاء.

(٥) قال سيد المدارك بعد قول المحقق و الإحرام من الميقات مع الاختيار، و لو أحرم بحج التمتع من غير مكة لم يجزه، و لو دخل مكة بإحرامه على الأشبه، و وجب استثنافه منها، فقال سيد المدارك: (هذا هو المعروف من مذهب الأصحاب، و به قطع فى المعتبر من غير نقل خلاف، و أسنده العلامة فى التذكرة و المنتهى إلى علمائنا مؤذنا بدعوى الإجماع عليه، و ربما اشعرت عبارته المصنف بوقوع الخلاف فيه، و نقل الشارح (قدس سره) عن شارح ترددات الكتاب أنه أنكر ذلك، و نقل عن شيخه أن المصنف قد يشير فى كتابه إلى خلاف الجمهور، أو إلى ما يختاره من غير أن يكون خلافه مذهبا لأحد من الأصحاب، فيظن أن فيه خلافا، و كيف كان فالخلاف فى هذه المسألة إن تحقق فهو ضعيف جدا، لأن الإحرام بحج التمتع من غير مكة يقع فاسدا، فلا يكون المرور على الميقات كافيا ما لم يجدد الإحرام منه، لأن الإحرام الأول غير منعقد فيكون مروره بالميقات جاريا مجرى مرور المحلّ به كما هو ظاهر) هذا و قد ذكر الشارح فى المسالك أن المخالف هنا هو الشافعى.

(٦) جواز العدول من عمره المتمتع بها إلى الأفراد لضيق الوقت فى غير الحائض و النفساء بلا-

ص: ٣٠٥

(من بعد) إكمال الحج، و أجزاءه عن فرضه كما يجزئ لو انتقل ابتداء للعدر (١).

و كذا يعدل عن الأفراد و قسيمه إلى التمتع للضرورة (٢). أما اختياراً فسيأتى الكلام فيه (٣). و نيه العدول عند إرادته قصد الانتقال إلى النسك المخصوص متقرباً (٤).

فى أنه يشترط فى حج الأفراد أمور

(و يشترط فى) حج (الأفراد النيه) (٥) و المراد بها نيه الإحرام بالنسك -خلاف فيه، و قد تقدم الكلام فيه، و إنما الخلاف فى الحيض و النفاس، فعلى المشهور أنه كذلك، للأخبار منها: خير جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة الحائض إذا قدمت مكة يوم الترويه، قال: تمضى كما هى إلى عرفات فتجعلها حجه ثم تقيم حتى تطهر و تخرج إلى التنعيم فتحرم فتجعلها عمره) (١).

و عن والد الصدوق و الحلبي و ابن الجنيد أنها مع ضيق الوقت تسعى ثم تحرم بالحج، و تقضى طواف العمره مع طواف الحج، للأخبار منها: خبر عجلان أبي صالح (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة متمتعه قدمت مكة فحاضت، قال: تطوف بين الصفا و المروه، ثم تجلس فى بيتها فإن طهرت طافت بالبيت، و إن لم تطهر فإذا كان يوم الترويه أفاضت عليها الماء، و أهلت بالحج من بيتها و خرجت إلى منى و قضت المناسك كلها، فإذا قدمت مكة طافت بالبيت طوافين، ثم سعت بين الصفا و المروه، فإذا فعلت ذلك فقد حل لها كل شيء ما خلا فراش زوجها) (٢)، و عن الإسكافى و المدارك التخيير للجمع بين الأخبار.

(١) لأن العذر المانع من إتمام العمره مانع قبل العمره لأن الحكم تابع للعذر.

(٢) و قد تقدم أنه لا خلاف فيه.

(٣) و قد تقدم الكلام فيه بحسب هذا الشرح.

(٤) فلا ينتقل إلى الفرض الثانى بمجرد العذر، بل لا بد من نيه العدول لأنها عبادات، و هى بحاجه إلى النيه.

(٥) لأن الحج بأقسامه الثلاثة عبادته، و كل عبادته متوقف على النيه، إلا أن الكلام هنا نفس الكلام فى نيه التمتع من أنه هل يشترط فيه المجموع أم نيه الإحرام، و قد تقدم كلام الشارح فى المسالك بقوله (قد تكرر ذكر النيه هنا فى كلامهم، و ظاهرهم أن المراد بها نيه الحج بجملته، و فى وجوبها كذلك نظر) و وجه النظر ما أشار إليه سيد المدارك (و مقتضاه أنه يجب الجمع بين هذه النيه و بين نيه كل فعل من أفعال الحج على حده، و هو غير واضح، و الأخبار خاليه عن ذلك كله). -

ص: ٣٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الطواف حديث ٢.

المخصوص. و على هذا يمكن الغنى عنها بذكر الإكرام، كما يستغنى عن باقى النيات بأفعالها. و وجه تخصيصه (١) أنه الركن الأعظم باستمراره و مصاحبته لأكثر الأفعال و كثره أحكامه. بل هو فى الحقيقة عبارته عن النية لأن توطين النفس على ترك المحرمات المذكورة لا يخرج عنها، إذ لا يعتبر استدامته (٢)، و يمكن أن يريد به نية الحج جملة، و نية الخروج من المنزل كما ذكره بعض الأصحاب. و فى وجوبها نظر (٣) أقربه العدم. و الذى اختاره المصنف فى الدروس الأول (و إحرامه) به (من الميقات) و هو أحد الستة الآتية و ما فى حكمها (٤)...

و عن الدروس أن المراد بها نية الإحرام، و قال عنه فى المسالك: (و هو حسن إلا أنه كالمستغنى عنه، فإنه من جملة الأفعال، و كما تجب النية له تجب لغيره، و لم يتعرفوا لها فى غيره على الخصوص)، و يظهر من سلال أنها نية الخروج إلى مكة، و ظاهر الأصحاب و هو المنسوب إليهم أنها نية الحج بجملة و يؤيده جملة من الأخبار:

منها: صحيح البزنطى (قلت لأبى الحسن على بن موسى عليه السلام: كيف أصنع إذا أردت التمتع؟ فقال عليه السلام: لبّ بالحج و انو المتعه) (١)، و صحيحه الآخر عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن رجل متمتع كيف يصنع؟ قال عليه السلام: ينوى العمره و يحرم بالحج) (٢)، و هى و إن كانت حج التمتع لكن يجرى الحكم فى القران و الأفراد لوحده المناط.

(١) لدفع إشكال آت و هو أن الإحرام من جملة أفعال الحج فلا معنى لتخصيصه بالنية مع أن جميع الأفعال بحاجة إليها، و رده أولاً: إن الإحرام لما كان أعظم أفعال الحج فقد ذكرت نيته بخلاف باقى الأفعال، لا لكون الإحرام ركناً كالموقفين بل لاستمراره و مصاحبته لأكثر أفعال الحج، و ثانياً: إن الإحرام لما لم يزد على النية اكتفى بذكر النية عن ذكر الإحرام، فالنية هى الإحرام، إن قلت: إن الإحرام يحصل بأول أفعال الحج و النية لا بد من استمرارها حتى أواخر أفعال الحج قلت: الاستدامه و الاستمرار ليست معتبرة فى النية بل يكفى توطين النفس ابتداءً.

(٢) أى استدامه التوطين.

(٣) أى نية الحج بجملة، و نية الخروج من المنزل، أما الأول: فلما تقدم لأنه يلزم منه الجمع بين نية الحج و نية أفعاله و هو مما لا دليل عليه كما تقدم عن المدارك.

و أما الثانى فلأن الخروج من باب المقدمه، و المقدمه على تقدير وجوبها لا تحتاج إلى النية.

(٤) و هو المحاذاه لواحد من هذه المواقيت.

ص: ٣٠٧

(أو من دويره أهله (١)، إن كانت أقرب) من الميقات (إلى عرفات) اعتبر القرب إلى عرفات لأن الحج بعد الإهلال به من الميقات لا- يتعلق الغرض فيه بغير عرفات بخلاف العمره فإن مقصدها بعد الإحرام مكة. فينبغي اعتبار القرب فيها إلى مكة، و لكن لم يذكره هنا، و في الدروس أطلق القرب، و كذا أطلق جماعه.

و المصريح به في الأخبار الكثيره هو القرب إلى مكة مطلقا (٢) فالعمل به متعين، و إن كان ما ذكره هنا متوجها (٣). و على ما اعتبره المصنف من مراعاة القرب إلى عرفات فأهل مكة يحرمون من منزلهم (٤)، لأن دويرتهم أقرب من الميقات إليها، و على اعتبار مكة فالحكم كذلك (٥)، إلا أن الأقربيه لا تتم لاقتضائها المغايره (١) فمن كان منزله دون الميقات فميقاته دويره أهله، بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان منزله دون الوقت إلى مكة فليحرم من منزله) (١) و قال الشيخ في التهذيب و في حديث آخر (إذا كان منزله دون الميقات إلى مكة فليحرم من دويره أهله) ٢، و قال في المدارك (و يستفاد من هذه الروايات أن المعتبر القرب إلى مكة، و اعتبر المصنف في المعتبر القرب إلى عرفات، و الأخبار تدفعه)، و لذا قال الشارح في المسالك (لو لا النصوص أمكن اختصاص القرب في العمره بمكة، و في الحج بعرفه، إذ لا يجب المرور على مكة في إحرام الحج من المواقيت)، هذا و كما قال السيد الحكيم في المستمسك (لعل في القرب إلى مكة خصوصيه في صحه إنشاء الإحرام).

(٢) في إحرام الحج أو العمره.

(٣) لو لا النصوص كما اعترف به في المسالك.

(٤) لأن منزلهم أقرب إلى عرفات من أقربيه الميقات إلى عرفات، و أما بناء على كون القرب لمكة فكذلك فميقاته منزله، لأن النصوص السابقه و إن كان موردها غير أهل مكة بل من كان منزله بين مكة و الميقات، لكن مناسبه الحكم و الموضوع فيها يفهم منها أن المدار على من كان دون الميقات فمنزله ميقاته، و يؤيده مرسل الفقيه (سئل الصادق عليه السلام عن رجل منزله خلف الجحفة من أين يحرم؟ قال: من منزله) (٢).

(٥) أي ميقاته منزله.

ص: ٣٠٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المواقيت حديث ٦.

بينهما (١)، و لو كان المنزل مساويا للميقات أحرم منه (٢)، و لو كان مجاورا بمكه قبل مضي سنتين خرج إلى أحد المواقيت، و بعدهما يساوي أهلها (٣)

يشترط في القران أمور

(و) يشترط (في القران ذلك) المذكور (٤) في حج الأفراد (و) يزيد (عقده) لإحرامه (بسياق الهدى (٥)، و إشعاره) (٦) بشق سنامه من الجانب الأيمن، و لطحه بدمه (إن كان) (١) أى لاقتضاء الأقربيه للمغايره بين دويره أهله و بين مكه، فإذا كانت الدويره في مكه فلا أقربيه.

(٢) أى من الميقات لأن النصوص السابقه لا تشملها، لأنها ظاهره في كون المنزل أقرب إلى مكه من الميقات.

(٣) على المشهور، للأخبار منها: صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (المجاور بمكه يتمتع بالعمره إلى الحج إلى سنتين، فإذا جاوز سنتين كان قاطنا و ليس له أن يتمتع) (١).

خلافًا للإسكافي و الشيخ و الحلبي فاشترطوا ثلاث سنين، و قال في الجواهر: (و قد اعترف غير واحد بعدم الوقوف لهم على مستند).

(٤) من النيه و الإحرام من أحد المواقيت أو من دويره أهله إذا كانت أقرب.

(٥) قد تقدم أن القارن يمتاز عن المفرد بسياق الهدى، و في صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون القارن قارنا إلا بسياق الهدى) (٢).

(٦) قد تقدم أن القارن مخير بين الأشعار و التقليد و التلبيه لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (يوجب الإحرام ثلاثه أشياء: التلبيه و الأشعار و التقليد، فإذا فعل شيئًا من هذه الثلاثه فقد أحرم) (٣)، هذا و إذا لبى يستحب له اشعار ما يسوقه من البدن بشق سنامه من الجانب الأيمن و يلطخ صفحته بدمه، أو التقليد بأن يعلق في رقبه المسوق نعلًا قد صلى فيه، و أما استحباب الأشعار أو التقليد بعد التلبيه فهو مما لا نص عليه كما في المدارك، نعم قد ورد ما يدل على ماهية الأشعار اخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن البدن كيف تشعر؟ قال: تشعر و هي معقوله و تنحر و هي قائمه، تشعر من جانبها الأيمن، و يحرم صاحبها إذا قلعت أو اشعرت) (٤) و خبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: إنى قد اشتريت بدنه فكيف أصنع بها؟ فقال:-

ص: ٣٠٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٠.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

(بدنه، و تقلیده إن كان) الهدى (غيرها) غير البدنه (بأن يعلّق في رقبته نعلا قد صلى) السائق (فيه و لو نافله، و لو قلد الإبل) بدل إشعارها (جاز).

مسائل

إشارة

(مسائل):

الأولى. يجوز لمن حج ندبا مفردا العدول إلى عمره التمتع

الأولى. (يجوز لمن حج ندبا مفردا العدول إلى) عمره (التمتع) (١) اختيارا -انطلق حتى تأتى مسجد الشجرة فأفض عليك من الماء، و البس ثوبك ثم أنخها مستقبل القبلة ثم ادخل المسجد فصل - إلى أن قال - ثم اخرج إليها فأشعرها من الجانب الأيمن من سنامها(١). و أما تليخ صفحة السنام بالدم فقد ذكره الأصحاب، و فى الحدائق (أن الأخبار لا تساعد على ما ذكره من اللطخ) و فى التذكرة علله بأنه يعرف به أنه صدقه.

و قد ورد ما يدل على ماهية التقليد كصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (تقلدها نعلا خلقا قد صليت فيه، و الاشعار و التقليد بمنزله التليخ)(٢)، و يكفى مسمى الصلاة و لو نافله.

بقى أن الاشعار مختص بالبدن و التقليد مشترك بينها و بين غيرها من أنواع الهدى كالبقر و الغنم، و هو مما لا إشكال فيه، و قال فى الحدائق أنه متفق عليه لا- أعلم فيه مخالفا، و قال السيد الحكيم فى المستمسك (و لكن دليله غير ظاهر، نعم كل ما ورد فى كيفية الاشعار لم يذكر فيه إلا البدن، و التقليد ورد فى جميعها، و علل اختصاص الاشعار بضعف البقر و الغنم عن الإشعار)، نعم استدلل له فى المدارك بصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (كان الناس يقلدون الغنم و البقر، و إنما تركه الناس حديثا، و يقلدون بخيط أو مسير)٣.

(١)يجوز للمفرد إذا دخل مكة أن يعدل إلى التمتع بلا خلاف فيه، للأخبار المتظافره بل المتواتره كما فى الجواهر منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل لئبى بالحج مفردا ثم دخل مكة و طاف بالبيت و سعى بين الصفا و المروه، قال:

فليحل و ليجعلها متعه، إلا- أن يكون قد ساق الهدى فلا- يستطيع أن يحلّ حتى يبلغ الهدى محلّه)(٣)، و قد تقدم صحيح الحلبي(٤) عند أقسام الحج المتضمن لأمر النبي صلى الله عليه و آله و سلم لأصحابه حين دخلوا مكة محرّمين بالحج بأن يحلّوا و يجعلوها عمره، و لم يحلّ النبي صلى الله عليه و آله و سلم لمكان الهدى الذى معه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب ١٢ من أبواب أقسام الحج حديث ١١ و ٩.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإحرام حديث ٥.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٤.

و هذه هي المتعه التي أنكرها الثاني (١) (لكن لا يلبي بعد طوافه و سعيه) (٢) لأنهما محللان من العمره في الجملة و التلبيه عاقده للإحرام فيتأنيان، و لأن عمره التمتع لا- تلبيه فيها بعد دخول مكه (فلو لبى) بعدهما (بطلت متعته) التي نقل إليها (و بقى على حجه) السابق لروايه إسحاق بن عمار عن الصادق (ع)، و لأن العدول كان مشروطا بعدم التلبيه و لا ينافى ذلك (٣) الطواف و السعى، لجواز تقديمهما للمفرد على الوقوف، و الحكم بذلك هو المشهور، و إن كان مستنده لا يخلو من شيء (٤) (و قيل) و القائل ابن إدريس (لا اعتبار إلا بالنيه) (٥) اطراحا للروايه و عملا بالحكم الثابت من جواز النقل بالنيه، و التلبيه ذكر لا أثر له في المنع (و لا يجوز العدول للقارن) (٦) تأسيا بالنبي (ص) حيث بقى على حجه لكونه قارنا، و أمر من لم يسق (١) فعمر إن أنكر العدول من الأفراد إلى التمتع في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما تدل عليه جملة من النصوص قد أوردتها الشيخ الحر العاملي في الباب الثاني من أبواب أقسام الحج، إلا أنه في زمن غضبه الخلافه قد حرم عمره التمتع مطلقا كما تشهد بذلك كتب التواريخ، بل إن اعتراضه على النبي محمد صلى الله عليه و آله و سلم في العدول من أجل أن لا تقطر رءوسهم ماء بعد ما خرجوا حجاجا كما يشهد بذلك قوله في صحيح الحلبي المتقدم، و هو جار بنفسه في عمره التمتع و لو ابتداء، و لذا نهى عنها فيما بعد، و من معاجز النبوه قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم كما في صحيح الحلبي المتقدم: (إنك لن تؤمن بهذا ابدا).

(٢) اللذان أوقعهما قبل العدول إلى عمره التمتع، لأن المفرد و القارن يجوز لهما تقديم الطواف و السعى قبل الوقوف بعرفه بخلاف المتمتع فلا يجوز كما سيأتى بيانه في المسأله الثانيه.

و الأصل في حكم مسألتنا موثق إسحاق بن عمار عن أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يفرد الحج فيطوف بالبيت و يسعى بين الصفا و المروه، ثم يبدو له أن يجعلها عمره، فقال: إن كان لبى بعد ما سعى قبل أن يقصر فلا متعه له) (١).

(٣) أى العدول.

(٤) فإسحاق بن عمار فطحى المذهب و أبو بصير مشترك بين الثقه و غيره.

(٥) بمعنى أن المفرد لا- يتحلل قبل إكمال الحج إلا بنيه العدول إلى العمره فيتحلل مع العدول بتمام أفعال العمره، و على هذا يتحقق التحلل بالنيه.

(٦) بلا خلاف، للأخبار التي تقدم بعضها في جواز العدول للمفرد.

ص: ٣١١

الهدى بالعدول (وقيل) لا يختص جواز العدول بالافراد المندوب (بل يجوز العدول عن الحج الواجب أيضا) (١) سواء كان متعينا أم مختيرا بينه وبين غيره كالناذر مطلقا (٢)، و ذى المنزلين المتساويين، لعموم الأخبار الداله على الجواز (٣) كما أمر به النبي (ص) من لم يسق من الصحابه) من غير تقييد بكون المعدول عنه مندوبا أو غير مندوب (و هو قوى) لكن فيه سؤال الفرق بين جواز العدول عن المعين اختيارا و عدم جوازه (٤) ابتداء، بل ربما كان الابتداء أولى (٥) للأمر بإتمام الحج و عمره لله، و من ثم خصه (٦) بعض الأصحاب بما إذا لم يتعين عليه الأفراد و قسيمه (٧) كالمندوب و الواجب المخير جمعا بين ما دل على الجواز مطلقا (٨)، و ما دل على اختصاص كل قوم بنوع، و هو أولى (٩)...

(١) خصّ بالمندوب و قد نسبه الشارح فى المسالك إلى المتأخرين، لأن الأفراد المتعين على المكلف إما بأصل الشرع كأهل مكة و إما بالعارض كالنذر، فالجمع بينها و بين أخبار جواز العدول بمقتضى اختصاص العدول بالمستحب، بل إن أخبار العدول لا- عموم فيها لتشمل الأفراد الواجب أما صحيح معاويه بن عمار المتقدم فلانتفاء العموم فيه على وجه يتناول من تعين عليه الافراد، و أما أمر النبي صلى الله عليه و آله و سلم لأصحابه بالعدول، فلأنه لم يتعلق بالحاضر و إنما تعلق بالبعيد من المهاجرين و الأنصار الذين حكمهم التمتع، و إنما لم يحرموا عمره تمتع لأن التمتع لم يكن مشروعا و إنما نزل به جبرئيل عليه السلام على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أمره أن يأمر الناس بالاحلال كما تقدم توضيحه سابقا.

و منه تعرف ضعف قول الشارح فى المسالك (من أن تخصيص الحكم بمن لم يتعين عليه الافراد بعيد عن ظاهر النص).

(٢) من غير تعيين بالافراد.

(٣) أى جواز العدول، و قد عرفت عدم العموم.

(٤) أى عدم جواز العدول من الافراد إلى عمره التمتع ابتداء.

(٥) لأن العدول فى الاثناء جائز مع أن الأمر بالانتماء ثابت بقوله تعالى: وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ (١).

(٦) أى خص العدول.

(٧) و هو القران.

(٨) أى على جواز العدول من غير تقييد بالمندوب.

(٩) بل متعين.

ص: ٣١٢

إن (١) لم نقل بجواز العدول عن الأفراد إلى التمتع ابتداء.

الثانية. يجوز للقارن و المفرد إذا دخلا مكة الطواف و السعى

(الثانية. يجوز للقارن و المفرد إذا دخلا مكة الطواف و السعى) (٢)، للنص على جوازه مطلقا (٣)، (إما الواجب أو الندب) يمكن كون ذلك على وجه التخيير (٤)، (١) وصلية.

(٢) أما المندوب منهما فلا خلاف فيه كما في الجواهر، للأصل مع عدم المعارض، و أما الواجب منهما فيجوز عند الأكثر للأخبار منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن مفرد الحج، أ يعجل طوافه أو يؤخره؟ قال: هو و الله سواء، عجله أو أخره) (١)، و موثقه زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن المفرد للحج يدخل مكة، أ يقدم طوافه أو يؤخره؟ قال: سواء) ٢.

و عن ابن إدريس المنع من التقديم محتجا بإجماع علمائنا على وجوب الترتيب، و أجابه العلامة في المنتهى (إن شيخنا - رحمه الله - قد ادعى إجماع الطائفة على جواز التقديم، فكيف يصح له حينئذ دعوى الإجماع على خلافه، و الشيخ أعرف بمواضع الوفاق و الخلاف).

و أما المتمتع فلا يجوز له تقديم طواف الحج و السعى على الوقوف لخبر أبي بصير (قلت:

رجل كان متمتعا فأحلّ بالحج، قال: لا يطوف بالبيت حتى يأتي عرفات، فإن هو طاف قبل أن يأتي منى من غير عله فلا يعتد بذلك الطواف) (٢)، و عن سيد المدارك جواز التقديم لأخبار:

منها: صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المتمتع يقدم طوافه و سعيه في الحج، فقال: هما سيان، قدّمت أو أخرت) ٤ و قد حملت على صورته الضرورة لمن كان كبيرا أو مريضا أو امرأه تخاف الحيض، و يشهد كذلك جملة من الأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتمتع إن كان شيخا كبيرا أو امرأه تخاف الحيض تعجل طواف الحج قبل أن تأتي منى؟ قال: نعم هكذا تعجل) ٥.

(٣) واجبا كان أو مندوبا، اختيارا و اضطرارا.

(٤) بمعنى الاتيان بالتقديم سواء كان الطواف و السعى واجبا أو مندوبا لإطلاق الأخبار، و يمكن أن يكون ذلك على وجه التريديد بين تقديم الواجب كما عليه المشهور أو خصوص الندب كما عليه ابن إدريس.

ص: ٣١٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أقسام الحج حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥ و ١ و ٧.

للإطلاق، و التردد، لمنع بعضهم من تقديم الواجب، و الأول مختاره في الدروس، و عليه فالحكم مختص بطواف الحج، دون طواف النساء (١)، فلا يجوز تقديمه إلا لضروره (٢) كخوف الحيض المتأخر. و كذا يجوز لهما (٣) تقديم صلاه لطواف يجوز تقديمه كما يدل عليه قوله (لكن يجددان التلبيه (٤) عقيب صلاه) (١) للأخبار منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (عن المفرد للحج إذا طاف بالبيت و بالصفاء و المروه، أ يعجل طواف النساء؟ قال: لا، إنما طواف النساء بعد ما يأتي من منى) (١).

(٢) لصحيح على بن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام (لا بأس بتعجيل طواف الحج و طواف النساء قبل الحج يوم الترويه قبل خروجه إلى منى، و كذلك من خاف أمرا لا يتهيا له الانصراف إلى مكه، أن يطوف و يودع البيت ثم يمر كما هو من حين إذا كان خائفا) (٢)، و مثله غيره.

(٣) للقارن و المفرد.

(٤) اختلف الأصحاب، فذهب الشيخ في النهايه إلى أن القارن و المفرد إذا طافا قبل عرفات لا بد أن يجدد التلبيه و إلا انقلب حجهما إلى عمره للأخبار منها: موثق زراره عن أبي جعفر عليه السلام (من طاف بالبيت و بالصفاء و المروه أحلّ أو كره) (٣)، و حسنه معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المفرد للحج هل يطوف بالبيت بعد طواف الفريضة قال: نعم، ما شاء و يجدد التلبيه بعد الركعتين، و القارن بتلك المنزله يعقدان ما أحلا من الطواف بالتلبيه) (٤).

و ذهب الشيخ في التهذيب إلى أنه يحلّ المفرد دون القارن للجمع بين الأخبار المتقدمه الداله على كون الطواف و السعى موجبتين للتحلل و بين ما دل على أن السائق لا يحلّ و إن كان قد طاف، و يشهد لهذا الجمع خبر يونس بن يعقوب عن أخبره عن أبي الحسن عليه السلام (ما طاف بين هذين الحجرين الصفا و المروه أحد إلا أجلّ، إلا السائق للهدى) (٥)، و لكن ضعفه و إرساله يمنع من العمل به بعد تعارضه لحسنه معاويه بن عمار المتقدمه.

ص: ٣١٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أقسام الحج حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ٦.

(الطواف) يعقدان بها الإحرام لثلاثي يحلا.

(فو تركاها أحلا على الأشهر)، للنصوص الداله عليه. وقيل لا يحلان إلا بالنيه، و في الدروس جعلها أولى، و على المشهور ينبغي الفوريه بها عقيبها (١)، و لا- يفتقر إلى إعادته نيه الإحرام (٢)، بناء على ما ذكره المصنف من أن التلبيه كتكبيره الإحرام لا تعتبر بدونها، لعدم الدليل على ذلك، بل إطلاق هذا دليل على ضعف ذاك. و لو أخلا بالتلبيه صار حجها عمره (٣) و انقلب تمتعا و لا يجرى عن فرضهما (٤)، لأنه -و قال ابن إدريس في سرائره (إن التحلل إنما يحصل بالنيه لا بالطواف و السعى، و ليس تجديد التلبيه بواجب و لا تركها مؤثرا في انقلاب الحج عمره)، و اختاره المحقق في المعبر و النافع و العلامه في المختلف و جماعه، و دليلهم كما عن العلامه في المختلف بأنه دخل في الحج دخولا- مشروعا فلا- يجوز الخروج عنه إلا بدليل شرعى، و فيه: إن الأخبار المتقدمه هي الدليل، و لذا قال الشهيد في الشرح (و بالجمله فدليل التحلل ظاهر، و الفتوى مشهوره و المعارض متنفذ)، نعم ليس في الروايات دلالة على صيروره الحج مع التحلل عمره كما ذهب إليه الشيخ و اتباعه، نعم ورد في روايات العامه ما يدل عليه، فقد رووا عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أنه قال؛ إذا أحلَّ الرجل بالحج ثم قدم إلى مكه و طاف بالبيت و بين الصفا و المروه فقد أحلَّ و هي عمره(١).

هذا و المراد بالنيه في قول ابن إدريس و اتباعه ما تقدم من أن المفرد لا- يتحلل قبل إكمال أفعال الحج إلا بنيه العدول إلى العمره، فيتحلل مع العدول بإتمام أفعالها.

(١) أى بالتلبيه عقيب صلاه الطواف بناء على أن التلبيه لو لم تقع سيقع التحلل، و ليست الفوريه لأن الأمر يقتضى ذلك.

(٢) و المعنى أن التلبيه ليست بحاجه إلى نيه الإحرام، لأن التلبيه كتكبيره الإحرام، و لا تقع التكبيره إلا بنيه فكذلك هنا، و عليه فلا حاجه إلى تقييدها، و أشكل الشارح بأن إطلاق دليل التلبيه كاشف عن عدم اعتبار النيه في التلبيه، و هذا الإطلاق كاشف عن ضعف المبني السابق من أن تكبيره الإحرام لا تعتبر بدون النيه، و في العبارة سقط لا يساعد على مراده.

(٣) كما تقدم و قد أتى بالطواف و السعى فلم يبق إلا التقصير.

(٤) لأن فرضهما الافراد أو القران، و مع التعيين لا يجوز العدول إلى التمتع اختيارا كما تقدم، و هنا عدول اختياري.

ص: ٣١٥

عدول اختياري و احتراز بهما عن المتمتع فلا يجوز له تقديمهما على الوقوف اختيارا (١)، و يجوز له تقديم الطواف و ركعتيه خاصة مع الاضطرار (٢) كخوف الحيض المتأخر و حينئذ فيجب عليه التلبيه، لإطلاق النص (٣)، و في جواز طوافه ندبا و جهان (٤) فإن فعل جدد التلبيه (٥) كغيره.

الثالثه. لو بعد المكي عن الميقات ثم حج على ميقات

(الثالثه. لو بعد المكي) عن الميقات (ثم حج على ميقات أحرم منه وجوبا) (٦)، لأنه قد صار ميقاته بسبب مروره كغيره من أهل المواقيت إذا مر بغير (١) و قد تقدم دليله.

(٢) قد تقدم دليله.

(٣) و هو صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام (فقلت: أليس كل من طاف بالبيت و سعى بين الصفا و المروه فقد أحل؟ فقال: إنك تعقد بالتلبيه، ثم قال: كلما طفت طوافا و صليت ركعتين فاعقد بالتلبيه) (١).

(٤) المشهور على المنع لخبر الحلبي (سألته عن الرجل يأتي المسجد الحرام و قد أزمع بالحج أو يطوف بالبيت؟ قال: نعم، ما لم يحرم) (٢) و ظاهره المنع من الطواف حتى المندوب، و عن بعضهم تخصيص المنع بالطواف الواجب لانصراف ما ورد إلى خصوص الواجب و الانصراف بعيد.

(٥) لإطلاق صحيح عبد الرحمن المتقدم.

(٦) بلا خلاف فيه بين الأصحاب، للأخبار منها: صحيح صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم وقت المواقيت لأهلها، و من أتى عليها من غير أهلها، و فيها رخصه لمن كانت به عله، فلا يجاوز الميقات إلا من عله) (٣).

نعم اختلف الأصحاب في جواز التمتع له و الحال هذه، فالأكثر على الجواز لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج و عبد الرحمن بن أعين (سألنا أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل من أهل مكة خرج إلى بعض الأمصار ثم رجع، فمرّ ببعض المواقيت التي وقت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، أله أن يتمتع؟ فقال: ما أزمع أن ذلك ليس له، و الإهلال بالحج أحب إلَيَّ) (٤)،

ص: ٣١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب الطواف حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

ميقاته، و إن كان ميقاته دويره أهله،(و لو كان له منزلان بمكه)، أو ما فى حكمها (١)،(و بالآفاق) الموجه للتمتع (و غلبت إقامته فى الآفاق تمتع)، و إن غلبت بمكه، أو ما فى حكمها قرن، أو أفرد (٢)،(و لو تساويا) فى الإقامة (تخير) (٣) فى الأنواع الثلاث.

هذا إذا لم يحصل من إقامته بمكه ما يوجب انتقال حكمه كما لو أقام بمنزله الآفاقي ثلاث سنين، و بمكه سنتين متواليين، و حصلت الاستطاعه فيها فإنه حينئذ يلزمه حكم مكه (٤)، و إن كانت إقامته فى الآفاق أكثر لما سيأتى، و لا فرق فى الإقامة (٥) بين ما وقع منها حال التكليف و غيره و لا- بين ما أتم الصلاه فيها، و غيره (٦)، و لا- بين الاختياريه و الاضطراريه و لا المنزل المملوك عينا و منفعه، و المغصوب، و لا- بين أن يكون بين المنزلين (٧) مسافه القصر، و عدمه، لإطلاق النص (٨) فى ذلك كله، و مسافه السفر إلى كل منهما لا يحتسب عليهما (٩). و متى حكم باللحوق بأحد المنزلين اعتبرت الاستطاعه منه (١٠)، و لو اشتبه الأغلب -و ذهب ابن أبى عقيل إلى العدم، لأنه لا متعه لأهل مكه، و الخبر حجه عليه.

(١) من النواحي الملحقه بها.

(٢) فيلزمه فرض أغلبهما عليه، و يقتضيه الاعتبار، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (فقلت: رأيت إن كان له أهل بالعراق و أهل بمكه؟ قال: فلينظر أيهما الغالب عليه فهو من أهله)(١).

(٣) لأنه مع التساوى لا يكون حكم أحدهما أرجح عن الآخر فيتحقق التخيير.

(٤) قد تقدم منا الدليل على أن من أقام فى مكه سنتين يلزمه حكم أهلها.

(٥) أى الإقامة فى مكه بحيث يصدق أنه من أهلها و إن كان له منزل آفاقي آخر.

(٦) كمن يبقى مترددا فى الإقامة شهرا ثم يسافر ثم يرجع حتى صدق عليه الإقامة فى مكه على نحو أغلب من الإقامة فى غيرها.

(٧) منزله فى مكه و منزله فى الآفاق.

(٨) و هو صحيح زراره المتقدم.

(٩) بل يكون كالإقامة و السفر فى غيرهما.

(١٠) لأنه محكوم بحكمه.

ص: ٣١٧

منه (١) تمتع (٢).

(و المجاور بمكه) بنيه الإقامه على الدوام، أو لا- معها من أهل الآفاق (سنتين ينتقل) فرضه (فى الثالثه إلى الأفراد و القران، و قبلها) أى قبل الثالثه (يتمتع) (٣) هذا إذا تجددت الاستطاعه فى زمن الإقامه، و إلا لم ينتقل ما وجب من الفرض (٤) و الاستطاعه تابعه للفرض فيهما (٥) إن كانت الإقامه بنيه الدوام، و إلا (٦) اعتبرت من بلده، و لو انعكس الفرض بأن أقام المكى فى الآفاق اعتبرت نيه الدوام و عدمه (٧) فى الفرض و الاستطاعه، إن لم تسبق الاستطاعه بمكه كما مر (٨)، كما يعتبر ذلك فى الآفاقى لو انتقل من بلد إلى آخر يشاركه فى الفرض (٩)، و لا- فرق أيضا بين الإقامه زمن التكليف و غيره، و لا- بين الاختياريه و الاضطراريه للإطلاق.

(و لا يجب الهدى على غير المتمتع) (١٠) و إن كان قارنا، لأن هدى القران غير (١) من أحد المنزلين.

(٢) بناء على جواز التمتع لأهل مكه ابتداء كما صرح بذلك فى المسالك، و أما بناء على العدم فالظاهر التخيير لانتفاء شرط التعيين مع عدم وجوب حجج عليه.

(٣) قد تقدم منا الدليل على ذلك.

(٤) لاستقراره فى الذمه فلا بد من امتثاله.

(٥) بحيث إذا ثبت عليه فرض البعيد سابقا قبل المجاوره و أراد الحج فلا بد أن تكون استطاعه هذا الفرض باقيه، و إذا ثبت عليه فرض أهل مكه لأنه قد جاور سنتين فالاستطاعه من مكه.

(٦) أى و إن لم تكن مجاورته لمكه بقصد الدوام، اعتبرت الاستطاعه من بلده حتى لو ثبت عليه فرض أهل مكه لأنه قد جاور سنتين، و فيه: إنه على خلاف النصوص الداله على حكم المجاور.

(٧) فإذا نوى الدوام و صدق خروجه عن حاضرى مكه عرفا فعليه فرض الآفاقى و لو من أول سنه لصدق النائي عليه، و إلا فلا، و احتمال الشارح فى المسالك إلحاقه بالمقيم فى مكه فى انتقال الفرض إذا قام سنتين فى الآفاق، و فيه: إنه قياس لا نقول به.

(٨) فإن سبقت فيلزمه فرض أهل مكه لاستقراره فى ذمته و إن نوى الدوام فى الآفاق.

(٩) أى فرض التمتع بحيث لو فرض انتقال النائي من بعد إلى أخرى، فيعتبر فى استطاعته من الثانيه نيه الإقامه بها على الدوام و إلا فالاعتبار بالأولى.

(١٠) أما وجوب الهدى على المتمتع فبلا خلاف فيه لقوله تعالى: فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ

واجب ابتداء (١) و إن تعين بعد الإشعار أو التقليد للذبح، (و هو) أى هدى المتمتع (نسك) (٢) كغيره من مناسك الحج، و هى أجزاء من الطواف، و السعى، و غيرهما، (لا- جبران) لما فات من الإحرام له (٣) من الميقات على المشهور بين أصحابنا، و (للشيخ رحمه الله) قول: بأنه جبران، و جعله تعالى من الشعائر، و أمره بالأكل منه يدل على الأول.

فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ (١)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام الوارد فى المتمتع (و عليه الهدى فقلت: و ما الهدى؟ قال: أفضله بدنه و أوسطه بقره، و أحسنه شاه) (٢)، و لا يجب الهدى على غير المتمتع قارنا كان أو مفردا بلا خلاف فيه، و سيأتى دليله فى أعمال منى، و إن كان القارن بعد إحرامه بسياق الهدى يتعين عليه الذبح.

(١) لأنه مختير بين الأشعار و التقليد و التلبيه.

(٢) وقع البحث بينهم فى أن هدى المتمتع هل وجب على المتمتع لأنه نسك من المناسك، أى عباده خاصة كالطواف و السعى و غيرهما من المناسك الواجبه، أو أنه وجب جبرانا للإحرام حيث لم يقع من أحد المواقيت الستة الخارجه من مكه، لأن المتمتع قد أحرم للحج من مكه، فالمشهور على الأول و ادعى عليه الشيخ فى الخلاف الاجماع، لقوله تعالى: وَ الْبُدْنَ جَعَلْنَاهَا لَكُمْ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ، لَكُمْ فِيهَا خَيْرٌ، فَادْكُرُوا اللَّهَ عَلَيْهَا صَوَافَّ، فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَ أَطْعَمُوا الْقَانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ (٣)، فجعلها من الشعائر أى من العبادات التى يعبد الله بها، و الأمر بالأكل بها دليل على أنها ليست جبرانا، و إلا لما جاز الأكل منها كما فى كفارات الصيد التى وجبت جبرا للإحرام مما وقع فيه من النقص.

و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أنه جبران، و هو مذهب الشافعى، و تظهر فائده الخلاف فيما لو خرج إلى الميقات و هو محرم من مكه، أو إذا اتفق حصول الإحرام من الميقات اضطرارا فيما لو خرج من مكه و تعذر عليه الرجوع إلى مكه للإحرام فأحرم من الميقات، فعلى الجبران يسقط الهدى لتحقق الإحرام من الميقات، و على النسك لا يسقط، و يتفق القولان فيما لو أحرم من مكه و قصد عرفه من غير الميقات فعليه الهدى على القولين.

(٣) لحج المتمتع.

ص: ٣١٩

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ٣.

٣- (٣) سورة الحج الآيه: ٣٦.

و تظهر الفائدة فيما لو أحرم به من الميقات، أو مر به بعد أن أحرم من مكة، فيسقط الهدى على الجبران، لحصول الغرض، و يبقى على النسك، أما لو أحرم من مكة و خرج إلى عرفات من غير أن يمر بالميقات و جب الهدى على القولين و هو موضع وفاق.

الرابعة. لا يجوز الجمع بين الحج و العمرة بنيه واحده

(الرابعة. لا يجوز الجمع بين النسكين) الحج و العمرة (بنيه واحده) سواء فى ذلك القران، و غيره على المشهور (١) (فيطلب كل منهما) للنهى المفسد للعباده كما لو نوى صلاتين، خلافا للخلاف حيث قال: ينعقد الحج خاصه، و للحسن حيث جوز ذلك و جعله تفسيرا للقران مع سياق الهدى.

(١) للأخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون قران إلا بسياق الهدى، و عليه طواف البيت، و ركعتان عند مقام إبراهيم عليه السلام، و سعى بين الصفا و المروه، و طواف بعد الحج و هو طواف النساء) (١) و وجه الدلاله أنه عليه السلام حصر أفعال القارن بما ذكر فتكون أفعال العمرة خارجة عنه، و عن الشيخ فى الخلاف أنه القارن هو من ساق و جمع بين الحج و العمرة، و نسب إلى ابن أبى عقيل، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما رجل قرن بين الحج و العمرة فلا يصلح إلا أن يسوق الهدى قد أشعره و قلده) (٢)، و لصحيحه الآخر عنه عليه السلام (إن عثمان خرج حاجا فلما صار إلى الأبواء أمر مناديا ينادى بالناس: اجعلوها حجه و لا تمتعوا فنادى المنادى - إلى أن قال - بعد أن استنكر أمير المؤمنين عليه السلام على عثمان ذلك فقال له: و الله لقد أمرت بخلاف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ثم أدبر موليا رافعا صوته ليبيك بحجه و عمره معا لبيك) (٣)، و لا يمكن الأخذ بهذين الخبرين فى قبال الاخبار الكثيره الداله على الفصل، نعم يمكن حملهما على أن من لبى بالعمرة المتمتع بها إلى الحج فيكون قد نوى العمرة و الحج معا لشده ارتباطهما، و استدل ابن أبى عقيل أن القران سمي بذلك لأنه قرن بين العمرة و الحج و رد بأن سبب التسميه لكونه قرن إحرامه بسياق الهدى.

ثم إن المشهور قد حكم بطلان كل من العمرة و الحج لو قرن بينهما بالنيه، و ذهب الشيخ إلى أنه لو قرن بينهما صح حجه خاصه، و ذهب ابن أبى عقيل إلى صحه العمرة و الحج معا.

ص: ٣٢٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الإحرام حديث ٧.

(و لا إدخال أحدهما على الآخر) (١) بأن ينوى الثانى (قبل) إكمال (تحلله من الأول) و هو الفراغ منه، لا مطلق التحلل، (فيبطل الثانى إن كان عمره) مطلقا حتى لو أوقعها قبل المييت بمنى لىالى التشريق، (أو كان) الداخلى (حجا) على العمره (قبل السعى) لها، (و لو كان) بعده و (قبل التقصير و تعمد ذلك (٢) فالمروى) صحيحا عن أبى بصير عن أبى عبد الله (ع) (أنه يبقى على حجه مفردة) معنى (١) بأن ينوى الإحرام بالحج قبل التحلل من العمره، أو بالعمره قبل الفراغ من أفعال الحج و إن تحلل من إحرامه، لأن العبادات موقوفه على النقل و لم يرد التعبد بذلك، قال تعالى:

وَ اتِمُّوا الْحَجَّ وَ الْعُمْرَةَ لِلَّهِ (١)، و مع الإدخال لا يتحقق الإتمام، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن رجل متمتع نسى أن يقصر حتى أحرم بالحج، قال: يستغفر الله) (٢) و لو جاز الإدخال لما احتاج إلى الاستغفار.

هذا و إذا امتنع الإدخال وقع الثانى مفسدا، إلا إذا وقع الإحرام بالحج بعد السعى و قبل التقصير من العمره فإنه يصح فى المشهور، و تصير الحججه مفردة و سيأتى الكلام فيه.

(٢) فإن فعل ذلك بطلت عمرته و صارت حجه مفردا و عليه عمره مفردة فيما بعد، كما عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و جماعه بل نسب إلى المشهور، لخبر إسحاق بن عمار عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (المتمتع إذا طاف و سعى ثم لبى قبل أن يقصير فليس له أن يقصر و ليس له متعه) (٣)، و خبر العلاء بن الفضيل (سألته عن رجل متمتع طاف ثم أهل بالحج قبل أن يقصير، قال: بطلت متعته و هى حجه مقبوله) (٤)، و هما محمولان على صورته العمدة لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل أهل بالعمره و نسى أن يقصر حتى دخل فى الحج، قال: يستغفر الله و لا شىء عليه و تمت عمرته) (٥) و صحيح ابن سنان المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل متمتع نسى أن يقصير حتى أحرم بالحج قال: يستغفر الله) (٦) و مثلهما غيرهما.

و ذهب ابن إدريس إلى بطلان الإحرام الثانى و البقاء على الأول، و تبعه العلامة فى المنتهى، لأن الإحرام بالحج إنما يسوغ التلبس به بعد التحلل من الأول، و قبله يكون منهيا عنه، و النهى فى العباده مفسد، و رد بأن التقصير محلل لا جزء من العمره، و بأن النهى غير مفسد لرجوعه إلى وصف خارج عن ماهيه الإحرام.

ص: ٣٢١

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الإحرام حديث ٥ و ٤ و ٣ و ١.

بطلان عمره التمتع، و صيرورتها بالإحرام قبل إكمالها حجه مفردة فيكملها ثم يعتمر بعدها عمره مفردة.

و نسبتہ إلى المروى يشعر بتوقفه في حكمه من حيث النهي عن الإحرام الثاني، و بوقوع خلاف ما نواه إن أدخل حج التمتع، و عدم صلاحية الزمان إن أدخل غيره (١)، فبطلان الإحرام أنسب، مع أن الرواية ليست صريحة في ذلك (٢)، لأنه قال «التمتع إذا طاف و سعى ثم لبي قبل أن يقصر فليس له أن يقصر و ليس له متعه». قال المصنف في الدروس يمكن حملها على متمتع عدل عن الأفراد ثم لبي بعد السعى، لأنه روى التصريح بذلك في روايه أخرى (٣). و الشيخ (رحمه الله) حملها على المتعمد، جمعا بينها، و بين حسنه عمار (٤) المتضمنه «أن من دخل في الحج قبل التقصير ناسيا لا شيء عليه».

و حيث حكمنا بصحة الثاني و انقلابه مفردا لا يجزى عن فرضه (٥)، لأنه (١) أى غير حج التمتع، كما لو نوى حج الافراد، و إذا لم يكن الزمان غير صالح للأفراد فكيف تقع عمرته حجا مفردا.

(٢) أى في انقلاب متعته إلى أفراد، و فيه: إن خبر العلاء بن الفضيل صريح في ذلك.

(٣) قال سيد المدارك (و هو حمل بعيد، و ما ادعاه من النص لم نقف عليه)، و قال في الجواهر (و لعله أراد الموثق) أعنى ما رواه الشيخ في التهذيب عن إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل يفرد بالحج فيطوف بالبيت و يسعى بين الصفا و المروه، ثم يبدو له أن يجعلها عمره، فقال: إن كان لبي بعد ما سعى قبل أن يقصر فلا متعه له) (١) و رواه الصدوق عن إسحاق بن عمار عن أبي بصير في الفقيه، و فيه: كما قال سيد المدارك إنه حمل بعيد لأن هذا الخبر صريح في المفرد، و الخبران السابقان اللذان أوردا سابقا صريحان في المعتمر لحج التمتع فكيف يحمل أحدهما على الآخر.

(٤) قد عرفت أن الخبر عن معاوية بن عمار، و هذا ما صرح به الشارح في المسالك أيضا، و قد جعله حسنا لوقوع إبراهيم بن هاشم في سنده، و هو لم يمدح و لم يذم بحسب كتب الرجال الخمسة، مع أنه من مشايخ الاجازة و من كبار الشيعة و هذا يغنى عن التصريح بتوثيقه فلذا حكمنا بصحته.

(٥) و هو حج التمتع.

ص: ٣٢٢

عدول اختياري (١) و لم يأت بالمأمور به على وجهه، و الجاهل عامد (٢).

(و لو كان ناسيا صحَّ إحرامه الثاني) (٣) و حجه، و لا- يلزمه قضاء التقصير لأنه ليس جزء، بل محللا، (و يستحب جبره بشاه)، للرواية المحمولة على الاستحباب جمعا، و لو كان الإحرام قبل إكمال السعي بطل (٤) و وجب إكمال العمره، و اعلم أنه لا يحتاج إلى استثناء من تعذر عليه إتمام نسكه فإنه يجوز له الانتقال إلى الآخر قبل إكماله (٥)، لأن ذلك لا يسمى إدخالا، بل انتقالا و إن كان المصنف قد استثناءه في الدروس.

الفصل الثالث - في المواقيت

إشارة

(الفصل الثالث - في المواقيت)

في الإحرام قبل الميقات

واحدها ميقات. و هو لغه الوقت المضروب للفعل، و الموضع المعين له (٦)، و المراد هنا الثاني، (لا يصح الإحرام قبل الميقات (٧) (١) و لا يجزى الأفراد لمن فرضه التمتع إلا إذا كان العدول اضطراريا كما تقدم الكلام في ذلك.

(٢) فيدخل في إطلاق الأخبار المتقدمه، و لم يخرج إلا الناسي فقط.

(٣) بالاتفاق، و قد تقدم الكلام فيه، و إنما الكلام هل عليه شيء أو لا، فعن ابن إدريس و سلا و أكثر المتأخرين أنه لا شيء عليه، لصحيح عبد الله بن سنان المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل متمتع نسي أن يقصر حتى أحرم بالحج قال: يستغفر الله) (١)،

و صحيح معاوية بن عمار المتقدم (يستغفر الله و لا شيء عليه و تمت عمرته) ٢، و ذهب الشيخ في التهذيب و النهاية و المبسوط إلى أنه يلزمه بذلك دم، و نسب هذا القول إلى ابن بابويه كما في المختلف، لخبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الرجل يتمتع فينسى أن يقصر حتى يهل بالحج، قال: عليه دم يهريقه) (٢) و قد حمل على الاستحباب جمعا بينه و بين ما تقدم.

(٤) أي الإحرام للنهي المفسد.

(٥) قد تقدم الكلام في العدول الاضطراري.

(٦) أي للفعل، قال الجوهري في الصحاح (المواقيت جمع ميقات، و هو الوقت المضروب للفعل، و الموضع، يقال: هذا ميقات أهل الشام للموضع الذي يحرمون منه).

(٧) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح عبيد الله الحلبي (الإحرام من مواقيت خمس، وقتها-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الإحرام حديث ٦.

(إلا بالنذر (١) و شبهه) من العهد و اليمين (إذا وقع الإحرام فى أشهر الحج) هذا شرط لما يشترط وقوعه فيها، و هو الحج مطلقا و عمره المتمتع، (و لو كان عمره مفردة لم يشترط) وقوع إحرامها فى أشهر الحج، لجوازها فى مطلق السنه فيصح تقديمه على الميقات بالنذر مطلقا، و القول بجواز تقديمه بالنذر و شبهه أصح القولين و أشهرهما، و به أخبار بعضها صحيح فلا يسمع إنكار بعض الأصحاب (٢) له استضعافا لمستنده.

رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، لا ينبغي لحاج و لا لمعتمر أن يحرم قبلها و لا بعدها(١)، و صحيح ابن أذينة عن أبى عبد الله عليه السلام (و من أحرم دون الوقت فلا إحرام له)(٢).

(١) على المشهور، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل جعل لله عليه شكرا أن يحرم من الكوفه، قال: فليحرم من الكوفه و ليف لله بما قال)(٣)، و خبر على بن أبى حمزه قال (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل جعل لله عليه أن يحرم من الكوفه، قال عليه السلام: يحرم من الكوفه)٤ و مثلها غيرها.

و منع ابن إدريس من ذلك و اختاره العلامة فى المختلف لبطلان النذر، لأنه نذر غير مشروع كما لو نذر الصلاة قبل وقتها، أو إيقاع المناسك فى غير مواضعها، و فيه: إن هذه الأخبار حجه عليهم، نعم يشترط أن يكون الإحرام فى أشهر الحج إذا كان لعمره المتمتع أو حج الأفراد أو القران، لأنه هو الأصل فى ذلك و لم نخرج عنه إلا بمقدار ما دلت عليه هذه الأخبار من جواز الإحرام قبل الميقات إذا كان مندورا نعم إذا كانت عمره مفردة فلا يشترط إيقاع إحرامها المنذور فى أشهر الحج لأنها تصح فى جميع أيام السنه ثم و لا- يلزم تجديد الإحرام عند المرور فى الميقات لإطلاق الأخبار، فما حكى عن المراسم و الراوندى من وجوب تجديده لا دليل عليه، و كذا ما حكى عن بعضهم من أن الإحرام المنذور إذا كان واجبا و جب التجديد و إلا استحب فهو تفصيل بلا مستند.

(٢) و هو العلامة حيث ضعف سند الأخبار فى المختلف مع أن بعضها صحيح كما تقدم، و العجب أن العلامة فى التذكرة و المنتهى حكم بالجواز مستدلا بهذه الأخبار.

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٢.

و لو خاف مرید الاعتمار فی رجب تقضیه جاز له الإحرام قبل الميقات (١) أيضا، ليدرك فضيله الاعتمار في رجب الذي يلي الحج في الفضل، و تحصل (٢) بالإهلال فيه و إن وقعت الأفعال في غيره، و ليكن الإحرام في آخر جزء من رجب تقريبا لا تحقيقا (و لا يجب إعادته فيه) (٣) في الموضوعين في أصح القولين، للامتنان المقتضى للإجزاء نعم يستحب خروجها من خلاف من أوجبها (٤).

في أنه لا يجوز أن يتجاوز الميقات بغير إحرام

(و لا-) يجوز لمكلف (أن يتجاوز الميقات بغير إحرام) (٥) عدا ما استثنى (٦) من (١) هذه الصورة الثانية المستثناة من عدم جواز الإحرام قبل الميقات، و هي من أراد الإحرام لعمره مفردة في رجب و خشى فوت الشهر إن أخر الإحرام إلى الميقات، فيجوز له الإحرام قبل الميقات لتقع العمره في رجب طلبا لفضلها، بلا خلاف في ذلك، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس ينبغي أن يحرم دون الوقت الذي وقته رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلا أن يخاف فوت الشهر في العمره) (١)، و موثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يجيء معتمرا ينوي عمره رجب فيدخل عليه الهلال قبل أن يبلغ العقيق، أ يحرم قبل الوقت و يجعلها لرجب، أو يؤخر الإحرام إلى العقيق و يجعلها لشعبان؟ قال: يحرم قبل الوقت لرجب، فإن لرجب فضلا و هو الذي نوى) ٢، و عليه فلا بد من تأخير الإحرام إلى آخر الشهر حتى يخاف فوت الشهر لو أخره إلى الميقات، و كذلك لا يجب تجديد الإحرام عند المرور في الميقات لإطلاق الأخبار.

(٢) أى فضيله الاعتمار.

(٣) أى و لا تجب إعادته الإحرام في الميقات في صورتين السابقتين لما تقدم.

(٤) و قد أوجبها البعض في النذر فقط كما تقدم.

(٥) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (من تمام الحج و العمره أن تحرم من المواقيت التي وقتها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، لا تتجاوزها إلا و أنت محرم) (٢)، و صحيح صفوان عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (فلا تتجاوز الميقات إلا من عله) (٣).

(٦) سيأتى إن شاء الله أنه لا يجوز لأحد دخول مكة إلا محرما بالحج أو العمره عدا ما استثنى، و هو من أراد دخولها و قد دخلها قبل شهر محرما، و المتكرر دخوله كالحطاب-

ص: ٣٢٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب المواقيت حديث ١.

المتكرر، و من دخلها لقتال، و من ليس بقاصد مكة عند مروره على الميقات، و متى تجاوزه غير هؤلاء بغير إحرام (فيجب الرجوع إليه) (١) مع الإمكان، (فلو تعذر بطل) (٢) نسكه (إن تعمده) أى تجاوزه بغير إحرام عالما بوجوبه و وجب عليه قضاؤه (٣) و إن لم يكن مستطيعا، بل كان سببه إرادته الدخول، فإن ذلك موجب له كالمندور، نعم لو رجع قبل دخول الحرم فلا قضاء عليه، و إن أثم بتأخير الإحرام (٤)، (و إلا يكن) متعمدا بل نسي (٥)، أو جهل، أو لم يكن قاصدا -و الحشاش، و من دخلها لقتال جاز أن يدخلها محلا- كما دخلها النبي صلى الله عليه و آله و سلم عام الفتح و عليه المغفر، و كذلك لا يجب الإحرام من الميقات من أراد تجاوزه و لم يقصد مكة لعدم إرادته النسك فيها من حج أو عمره.

(١) إلى الميقات، بلا ريب فيه، لتوقف الواجب عليه.

(٢) أى لو تعذر العود لخوف أو مرض أو ضيق الوقت لم يصح إحرامه من غيره لعدم تحقق الامتثال، فيحرم عليه دخول مكة لتوقفه على الإحرام، و ظاهر الأصحاب القطع بعدم الاكتفاء بإحرامه من أدنى الحل لأن وظيفته الإحرام من الميقات و قد فوته عمدا.

(٣) أى قضاء الإحرام بسبب إرادته دخول الحرم، و هو يوجب للإحرام فإذا لم يأت به وجب قضاؤه كالمندور، كما صرح بذلك الشارح هنا و فى المسالك، و فيه: إن القضاء غير واجب كما ذهب إليه العلامة فى المنتهى و سيد المدارك، لأن الإحرام مشروع لتحيه البقعه فإذا لم يأت به سقط كتحيه المسجد كما عن المنتهى، و إما لأن القضاء فرض مستأنف فيتوقف على دليل و هو منتف هنا كما عن المدارك، نعم يجب قضاء الحج فى السنة اللاحقه و إن ذهبت الاستطاعة لاستقرار الوجوب فى الذمه.

(٤) بناء على أن الأمر بالإحرام من الميقات مولوى، و لكن هو إرشادى إلى شرطيه الإحرام من الميقات فى صحه النسك، و مع تحققه يصح إحرامه و حجه و لا إثم فى البين.

(٥) أى نسي الإحرام من الميقات حتى تجاوزه فيجب عليه العود إلى الميقات مع الممكنه، فإن تعذر أتى بالإحرام من مكانه إلا إذا دخل مكة فتذكر فيجب الخروج إلى خارجه مع الإمكان و إلا أحرم من مكانه حينئذ بلا خلاف فى ذلك، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل نسي أن يحرم حتى دخل الحرم قال: قال أبى: يخرج إلى ميقات أهل أرضه، فإن خشى أن يفوته الحج أحرم من مكانه، فإن استطاع أن يخرج من الحرم فليخرج ثم ليحرم) (١)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل مرّ على -

ص: ٣٢٤

مكة ثم بدا له قصدها (١) (أحرم من حيث أمكن، و لو دخل مكة) معذورا ثم زال عذره بذكره (٢) و علمه (٣) و نحوهما (٤) (خرج إلى أدنى الحل) و هو ما خرج عن منتهى الحرم إن لم يمكنه الوصول إلى أحد المواقيت، (فإن تعذر) الخروج إلى أدنى الحل (فمن موضعه) بمكة، (و لو أمكن الرجوع إلى الميقات (٥) وجب)، لأنه الواجب بالأصالة، و إنما قام غيره مقامه للضرورة، و مع إمكان الرجوع إليه لا ضروره، و لو كمل غير المكلف بالبلوغ و العتق بعد تجاوز الميقات فكمن لا يريد النسك (٦).

-الوقت الذى يحرم الناس منه، فنسى أو جهل، فلم يحرم حتى أتى مكة، فخاف إن رجع إلى الوقت أن يفوته الحج فقال: يخرج من الحرم و يحرم و يجزئه ذلك(١)، و هذا الخبر صريح فى أن الجاهل كالناسى، هذا و مما يدل على أنه لو لم يدخل الحرم و لم يتمكن من الرجوع إلى الميقات أحرم من مكانه، صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه كانت مع قوم فطمثت فأرسلت إليهم فسألتهم فقالوا: ما ندرى أ عليك إحرام أم لا و أنت حائض، فتركوها حتى دخلت الحرم، فقال عليه السلام: إن كان عليها مهله فترجع إلى الوقت فلتحرم منه، فإن لم يكن عليها وقت - أى مهمله - فترجع إلى ما قدرت عليه بعد ما تخرج من الحرم بقدر ما لا يفوتها)٢.

(١) و هو من مَرَّ على الميقات غير مرید للنسك، أى غير مرید لدخول مكة من أجل حج أو عمره، ثم بدا له بعد تجاوز الميقات قصد النسك، فقد قطع الأصحاب - كما فى المدارك - بمساواته للناسى فى وجوب العود إلى الميقات مع الممكنة و إلا فيحرم من موضعه، و يشهد له صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل ترك الإحرام حتى دخل الحرم فقال: يرجع إلى ميقات أهل بلده الذى يحرمون منه، و إن خشى أن يفوته الحج فليحرم من مكانه، فإن استطاع أن يخرج من الحرم فليخرج ثم ليحرم)٢.

(٢) إن كان ناسيا.

(٣) إن كان جاهلا.

(٤) كالمكره إذا زال إكراهه.

(٥) أى ميقات أهله كما هو صريح الأخبار المتقدمه.

(٦) أى و فى حكم من لا يريد النسك إذا جاوز الميقات ثم أراد غير المكلف بالنسك -

ص: ٣٢٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المواقيت حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المواقيت حديث ٧.

(و المواقيت) (١) التى وقّتها رسول الله (ص) لأهل الآفاق ثم قال: هن لهن، و لمن أتى عليهم من غير أهلهن (٢)...

-كالصبي و العبد و الكافر إذا مروا على الميقات ثم بلغ الصبي أو اعتق العبد أو أسلم الكافر.

(١) اختلف الأصحاب فى تعدادها، فمنهم من جعلها خمس، و منهم من جعلها سته، و منهم من جعلها سبعة، و منهم من ذكر أنها عشر، و ليس ذلك اختلافاً فى الحكم و إنما هو لاختلاف أنظارهم فى الجهة الملحوظة فى ذكر العدد، و كذلك النصوص، ففى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (الإحرام من المواقيت خمس، وقّتها رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، لا ينبغى لحاج و لا لمعتمر أن يحرم قبلها و لا بعدها، وقت لأهل المدينة ذا الحليفة و هو مسجد الشجرة، يصلى فيه و يفرض الحج، و وقت لأهل الشام الجحفة، و وقت لأهل نجد العقيق، و وقت لأهل الطائف قرن المنازل، و وقت لأهل اليمن يلملم، و لا ينبغى لأحد أن يرغب عن مواقيت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم) (١).

و فى صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (من تمام الحج و العمره أن تحرم من المواقيت التى وقّتها رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، لا تجاوزها إلا و أنت محرم، فإنه وقت لأهل العراق - و لم يكن يومئذ عراق - بطن العقيق من قبل أهل العراق، و وقت لأهل اليمن يلملم، و وقت لأهل الطائف قرن المنازل، و وقت لأهل المغرب الجحفة، و هى مهيعه، و وقت لأهل المدينة ذا الحليفة، و من كان منزله خلف هذه المواقيت مما يلى مكة فوقته منزله) ٢، و لكن المستفاد من مجموع الأخبار أن المواضع التى يجوز الإحرام منها عشره، فالسبعة المذكوره فى الصحيح المتقدم مع مكة لحج التمتع، و محاذاه الميقات لمن لم يمرّ به، و أدنى الحل للعمره المفردة، و فتح لإحرام الصبان، و سيأتى الترض لها، نعم قال العلامة فى التذكرة: (و اعلم أن أبعد المواقيت ذو الحليفة على عشر مراحل من مكة، و يليه فى البعد الجحفة، و المواقيت الثلاثة على مسافه واحده، بينها و بين مكة ليلتان قاصدتان).

(٢) ما أورده الشارح هو من طرق العامه (٢)، نعم ورد فى الفقه الرضوى عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه قال فى هذه المواقيت (هنّ لأهلهن، و لمن أتى عليهن من غير أهلهن لمن أراد الحج و العمره) (٣).

ص: ٣٢٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ٢.

٢- (٣) سنن النسائي ج ٥ ص ٩٤.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المواقيت حديث ١.

(سته ذو الحليفة) (١) بضم الحاء وفتح اللام و الفاء بعد الياء بغير فصل تصغير الحلفه بفتح الحاء و اللام واحد الحلفاء. و هو النبات المعروف، قاله الجوهرى، أو تصغير الحلفه و هى اليمين لتحالف قوم من العرب به، و هو ماء على سته أميال من المدينة. و المراد الموضع الذى فيه الماء، و به مسجد الشجره، و الإحرام منه أفضل و أحوط للتأسى (٢)، و قيل: بل يتعين منه لتفسير ذى الحليفة به فى بعض الأخبار، و هو جامع بينها (٣) للمدينة و الجحفه (٤) و هى فى الأصل مدينة أجحف (١) فهو ميقات للمدينة بلا خلاف، و قد تقدم ما يدل عليه، و هو موضع على سته أميال من المدينة - كما عن القاموس - و هو ماء لبنى جشم، و سمي بذلك لأنه اجتمع فيه قوم من العرب فتحالفوا، كما فى المسالك، و قيل: الحليفة تصغير الحلفه - بفتحات - واحده الحلفاء و هو النبات المعروف.

و المراد به الموضع الذى فيه الماء، و مسجد الشجره من جملته، لكن اختلف الأصحاب فى أن الإحرام هل من مسجد الشجره كما هو ظاهر عباره الشرائع و القواعد و النافع و الجامع، و يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم (و وقت لأهل المدينة ذا الحليفة و هو مسجد الشجره) (١)، أو ما يسمى بذى الحليفة و إن كان خارج المسجد كما عن المقنعه و النصريات و جمل العلم و العمل و الإشاره و جامع المقاصد، كما يدل عليه صحيح معاويه بن عمار المتقدم (و وقت لأهل المدينة ذا الحليفة) (٢)، و غيره، لكن الأحوط هو نفس المسجد للجمع بين الأخبار و عليه فالحائض و الجنب يحرمان به اجتيازاً، و إن تعذر الاجتياز يحرمان من خارجه.

(٢) فى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (فخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى أربع بقين من ذى القعدة، فلما انتهى إلى ذى الحليفة فزال الشمس فاغتسل، ثم خرج حتى أتى المسجد الذى عند الشجره فصلّى فيه الظهر و عزم - أى أحرم - بالحج مفرداً) (٣).

(٣) أى و الإحرام من المسجد جامع بين الأخبار.

(٤) قال فى القاموس: (الجحفه ميقات أهل الشام، و كانت قريه جامعته على اثنين و ثمانين ميلاً من مكه، و كانت تسمى مهيعه، فنزل بنو عبيد و هم إخوه عاده، و كان أخرجهم -

ص: ٣٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٤.

بها السيل، على ثلاث مراحل من مكة (للشام) و هي الآن لأهل مصر (١)، (و يللمم) (٢) و يقال: ألملم. و هو جبل من جبال تهامة (اليمن. و قرن المنازل) (٣) بفتح القاف فسكون الراء، و في الصحاح بفتحهما، و أن أويسا منها، و خطّوه فيهما، فإن أويسا يبنى منسوب إلى قرن بالتحريك: بطن من مراد، و قرن: جبل صغير ميقات (للطائف. و العقيق) (٤) و هو واد طويل يزيد على بريدين (للعراق) -العماليق من يثرب، فجاءهم سيل فاجتخفهم فسميت الجحفه، و المهيعه هي المكان الواسع، و هي ميقات لأهل الشام و مصر و المغرب و كل من يمر إلى مكة من طريق جده، بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام (و وقت لأهل الجحفه) (١)، و صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (و أهل الشام و مصر من الجحفه) ٢.

(١) لأن أهل الشام يحجون برا عن طريق المدينة.

(٢) قال في القاموس: (يللمم و ألملم ميقات اليمن، جبل على مرحلتين من مكة)، و عن إصلاح المنطق أنه واد، و كذا عن شرح الإرشاد للفخر، و هو ميقات لأهل اليمن، بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار المتقدم (و وقت لأهل اليمن يللمم) (٢).

(٣) قال في القاموس (قرن المنازل بفتح القاف و سكون الراء، قريه عند الطائف أو اسم الوادي كله، و غلط الجوهرى فى تحريكه و فى نسبه أويس القرنى إليه، لأنه منسوب إلى قرن بن رومان بن ناجيه بن مراد)، و هو ميقات للطائف بلا خلاف فيه، و يدل عليه جملة النصوص المتقدمه منها: صحيح أبي أيوب الخزاز المتقدم (و وقت لأهل الطائف قرن المنازل) (٣).

(٤) قال فى كشف اللثام (و هو فى اللغة كل واد عقه السيل، أى شقه فأنهره و وسعه، سمي به أربعة أوديه فى بلاد العرب، أحدها الميقات، و هو واد يتدفق سيله فى غورى تهامه كما فى تهذيب اللغة)، و هو ميقات لأهل العراق بلا خلاف للأخبار الكثيره منها:

صحيح الحلبي فى الوسائل معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (فإنه وقت لأهل

ص: ٣٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ١ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ١.

(و أفضله المسلخ) (١) و هو أوله من جهه العراق، و روى (٢) أن أوله دونه بسته أميال، و ليس فى ضبط المسلخ شىء يعتمد عليه. و قد قيل (٣): إنه بالسین و الحاء المهملتين واحد المسالغ و هو المواضع العالیه، و بالخاء المعجمه لنزع الثياب به، (ثم) يليه فى الفضل (غمره) و هى وسط الوادى، (ثم ذات عرق) و هى آخره إلى جهه المغرب، و بعدها عن مكه مرحلتان قاصدتان (٤) كبعد يللمم و قرن عنها (٥).

فى ميقات حج التمتع و الإفراء

(و ميقات حج التمتع مكه) (٦) كما مر (٧)، (و حج الإفراء منزله) (٨)، لأنه -العراق- و لم يكن يومئذ عراق - بطن العقيق من قبل أهل العراق(١).

(١) ذكر الأصحاب أن الأفضل للإحرام من المسلخ و يليه غمره، و آخره ذات عرق للمرسل عن أبى عبد الله عليه السّلام (ووقت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم لأهل العراق العقيق، و أوله المسلخ، و أوسطه غمره، و آخره ذات عرق، و أوله أفضل)(٢).

(٢) و هو صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (أول العقيق بريد البعث، و هو دون المسلخ بسته أميال مما يلى العراق، و بينه و بين غمره أربعة و عشرون ميلا، يريدان)(٣).

(٣) قاله فى التنقيح الرائع (إن المسلح بالسین و الحاء المهملتين، واحد المسالغ، و هو المواضع العالیه) و قال الشارح فى المسالك (و ربما ضبطه بعضهم بالخاء المعجمه، و كأنه من السلخ، و هو النزع لأنه ينزع فيه الثياب للإحرام، و لكن هذا إنما يتم لو كان الاسم طاريا على وصفه ميقاتا).

(٤) أى متوسطتان فى المسافه.

(٥) عن مكه، و قد تقدم نقل كلام العلامه فى التذکره حول ذلك.

(٦) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح عمرو بن حريث الصيرفى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أين أحل بالحج؟ فقال عليه السّلام: إن شئت من رحلك، و إن شئت من الكعبه، و إن شئت من الطريق)(٤).

(٧) عند بيان أقسام الحج.

(٨) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (من كان منزله دون الوقت إلى مكه فليحرم من منزله)(٥).

ص: ٣٣١

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المواقيت حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المواقيت حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المواقيت حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب المواقيت حديث ١.

أقرب إلى عرفات (١) من الميقات مطلقاً (٢)، لما عرفت من أن أقرب المواقيت إلى مكة مرحلتان هي ثمانيه و أربعون ميلاً و هي منتهى مسافه حاضري مكة (كما سبق) (٣) من أن كان منزله أقرب إلى عرفات فميقاته منزله. و يشكل (٤) بإمكان زياده منزله بالنسبه إلى عرفه و المساواه فيتعين الميقات فيهما (٥) و إن لم يتفق ذلك بمكة (٦).

في أن كل من حج على ميقات فهو له

(و كل من حج على ميقات) كالشامي يمر بذي الحليفه (فهو له) (٧) و إن لم يكن من أهله، و لو تعددت المواقيت في الطريق الواحد كذى الحليفه و الجحفه (٨) (١) قد تقدم أن المدار على الأقربيه إلى مكة من الميقات و هذا هو صريح صحيح معاويه المتقدم و غيره.

(٢) بالنسبه لجميع المواقيت.

(٣) في أقسام الحج حيث قال الماتن: (و يشترط في حج الأفراد النيه و إحرامه من الميقات أو من دويره أهله إن كان أقرب إلى عرفات).

(٤) أي لو اعتبر القرب إلى عرفات كما اختاره الماتن فيتعين الإحرام من الميقات لمن كان منزله أقرب إلى الميقات من قربه إلى عرفات، أو كان مساوياً إليهما فكيف جعل إحرامه من منزله دائماً؟ و فيه: إنه لم يحكم بكون ميقاته هو منزله دائماً بل قال كما سبق، و قد عرفت أن كلامه السابق قد جعل إحرامه من الميقات أو من دويره أهله إذا كانت أقرب.

(٥) أي فيتعين الإحرام من الميقات في هاتين الصورتين.

(٦) أي من كان منزله في مكة فهو أقرب إلى عرفات منه إلى الميقات فيحرم من منزله.

(٧) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام أنه كتب إليه (إن رسول الله (ص) و قّت المواقيت لأهلها و من أتى عليها من غير أهلها، و فيها رخصه لمن كانت به عله، فلا يجاوز الميقات إلا من عله) (١).

(٨) فلا خلاف في جواز تأخير الإحرام إلى الجحفه عند الضروره، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: خصال... بها عليك أهل مكة قاله: و ما هي؟ قلت: قالوا أحرم من الجحفه، و رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أحرم من الشجره، فقال: الجحفه أحد الوقتين، فأخذت بأدناهما و كنت عليلاً) (٢)، و خبر أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى خرجت بأهلي ماشياً، فلم أحلّ حتى أتيت الجحفه، و قد كنت شاكياً، فجعل أهل المدينه يسألون عنى فيقولون: لقيناه و عليه ثيابه و هم لا يعلمون، و قد رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم -

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المواقيت حديث ٤.

و العقيق بطريق المدني أحرم من أولها مع الاختيار، و من ثانيها مع الاضطرار، كمرض يشق معه التجريد و كشف الرأس، أو ضعف، أو حر، أو برد بحيث لا يتحمل ذلك عادة، و لو عدل عنه (١) جاز التأخير إلى الآخر اختيارا. و لو أخر إلى الآخر عمدا أتم (٢) و أجزأ على الأقوى (٣).

في أنه لو حج على غير ميقات

(و لو حج على غير ميقات كفته المحاذاه) للميقات (٤) و هي (٥) مسامته بالإضافه -لمن كان مريضا أو ضعيفا أن يحرم من الجحفة(١).

و عن الجعفي و ابن حمزه في الوسيله جواز التأخير اختيارا، لصحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (و أهل المدينة من ذى الحليفه و الجحفة(٢))، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام سأله عن رجل من أهل المدينة أحرم من الجحفة فقال: لا بأس(٣)، و مثلها غيرها إلا- أنها محموله على الضروره جمعا بين الأخبار، ثم إن الوارد في الأخبار المرض و الضعف لكن لا خصوصيه فيهما بل المجوز للتأخير كل ضروره يشق معها الإحرام من مسجد الشجره، ثم إن توقف التأخير على الضروره إذا مرّ على مسجد الشجره أولا، أما لو عدل ابتداء عن طريقه جاز و كان الإحرام من ميقات الطريق الذى سلكه.

(١) أى عن الميقات الأول و لم يمرّ عليه.

(٢) لأنه جاوز الميقات بدون إحرام.

(٣) لأن الميقات الآخر ميقات لأهله و لم يمرّ عليه.

(٤) إذا حج على طريق لا- يفضى إلى أحد المواقيت فالمشهور شهره عظيمه أنه يجب عليه الإحرام إذا علم أو ظن بمحاذاه الميقات، بل لم ينقل خلاف فى ذلك، لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من أقام بالمدينه و هو يريد الحج شهرا أو نحوه، ثم بدا له أن يخرج فى غير طريق المدينة فإذا كان حذاء الشجره و البيداء مسيره سته أميال فليحرم منها(٤)) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (من أقام بالمدينه شهرا و هو يريد الحج، ثم بدا له أن يخرج فى غير طريق أهل المدينة الذى يأخذونه، فليكن إحرامه من مسيره سته أميال فيكون حذاء الشجره من البيداء)٥.

(٥) أى المحاذاه.

ص: ٣٣٣

١- (١) المصدر السابق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المواقيت حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المواقيت حديث ١.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب المواقيت حديث ٣ و ١.

إلى قاصد مكة عرفا إن اتفقت،(و لو لم يحاذ ميقاتا أحرم من قدر تشترك فيه المواقيت) و هو قدر بعد أقرب المواقيت من مكة (١) و هو مرحلتان كما سبق علما (٢)، أو ظنا، في بر، أو بحر (٣). و العبارة أعم مما اعتبرناه (٤)، لأن المشترك بينها يصدق باليسير، و كأنه أراد تمام المشترك، ثم أن تبين الموافقة (٥)، أو استمر الاشتباه أجزاء، و لو تبين تقدمه قبل تجاوزه أعاده و بعده (٦)، أو تبين تأخره وجهان من المخالفه و تعبه بظنه المقتضى للإجزاء.

الفصل الرابع: في أفعال العمرة

إشارة

(الفصل الرابع: في أفعال العمرة) المطلقة (٧)

في عدد أعمالها

(و هي الإحرام و الطواف و السعى و التقصير) و هذه الأربعة تشترك فيها عمره الأفراد و التمتع (٨)،(و يزيد في عمره الأفراد بعد التقصير طواف النساء) و ركعتيه (٩)، و الثلاثة الأول منها (١) و دليله أن هذه المسافة لا يجوز لأحد قطعها إلا محرما من أى جهه دخل، هذا و قال الشارح في المسالك (و الوجه الآخر أن يحرم من أدنى الحل عملا بأصالة البراءه من الزائد و الأول أقوى) و من ذهب إلى أدنى الحل هو العلامه في القواعد و ولده في الشرح.

(٢) قيد للبعد.

(٣) ذهب ابن إدريس إلى أن من سلك البحر يحرم من جده، و كذا جعلها ميقات لأهل مصر، و لا مستند له كما اعترف بذلك جماعه، نعم فجده يصح الإحرام منها إذا كانت محاذيه لواحد من المواقيت، و أما أهل مصر فميقاتهم الجحفه لما تقدم من الدليل عليه.

(٤) أى و عبارته الماتن من كون إحرامه من قدر تشترك فيه جميع المواقيت أعم مما اعتبرناه من كون إحرامه من قدر تشترك فيه جميع المواقيت و هو قدر بعد أقرب المواقيت من مكة، و ذلك لأن جميع المواقيت تشترك و لو فى القدر اليسير.

(٥) عند إحرامه من القدر المشترك بين جميع المواقيت.

(٦) أى لو تبين تقدمه قبل تجاوز حمل المحاذاه أعاد الإحرام، و لو تبين تقدمه بعد التجاوز، أو تبين تأخر الإحرام عن المحاذاه ففى الإعادة وجهان، من المخالفه فلا يجزى فيجب العود، و عن تعبه بظنه المقتضى للإجزاء.

(٧) سواء كانت عمره تمتع أو عمره مفرده.

(٨) بلا خلاف و سيأتى الدليل على ذلك.

(٩) أما وجوبه فى العمره المفرده فهو المعروف من مذهب الأصحاب، للأخبار منها: خبر إسماعيل بن رباح عن أبى الحسن عليه

السّلام (عن مفرد العمرة طواف النساء؟ قال :

ص: ٣٣٤

أركان (١) دون الباقي (٢)، ولم يذكر التلبيه من الأفعال كما ذكرها في الدروس، إلحاقا لها بواجبات الإحرام كلبس ثوبيه، (و يجوز فيها) أى فى العمره المفرده (الحلق) مخيرا بينه، و بين التقصير (٣)...

-نعم(١)، و صحيح محمد بن عيسى (كتب أبو القاسم مخلد بن موسى الرازى إلى الرجل يسأله عن العمره المبتوله هل على صاحبها طواف النساء؟ و عن التى يتمتع بها إلى الحج فليس على صاحبها طواف النساء)٢.

خلافًا للجعفى من عدم وجوبه، لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخل المعتمر مكه من غير تمتع و طاف بالبيت و صلى ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السّلام، و سعى بين الصفا و المروه فيلحق بأهله إن شاء)(٢) و مثله غيره، و المشهور قد أعرضوا عنها.

و أما المتمتع بها فلا يجب فيها طواف النساء من دون مخالف معروف، للأخبار منها:

صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فعلى المتمتع إذا قدم مكه طواف بالبيت و ركعتان عند مقام إبراهيم، و سعى بين الصفا و المروه، ثم يقصر و قد حلّ هذا للعمره)(٣). نعم حكى الشهيد فى الدروس عن بعض الأصحاب أن فى المتمتع بها طواف النساء كالمفردة، لروايه سليمان بن حفص المروزى عن الفقيه عليه السّلام (إذا حج الرجل فدخل مكه متمتعا فطاف بالبيت و صلى ركعتين خلف مقام إبراهيم عليه السّلام، و سعى بين الصفا و المروه و قصر، فقد حلّ له كل شىء ما خلا النساء، فإن عليه لتحلّه النساء طوفا و صلاه)(٤) و هى ضعيفه بجهاله الراوى فلا تصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) و الركن هنا ما يبطل الفعل بتركه عمدا لا سهوا، و غيره ما يوجب الإثم بتركه عمدا، و سيأتى البحث فى ركنيه هذه الأمور.

(٢) من أفعالها.

(٣) للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (المعتمر عمره مفردة إذا فرغ من طواف الفريضة و صلاه الركعتين خلف المقام و السعى بين الصفا و المروه حلق أو قصر)(٥)، و صحيح صفوان بن يحيى عن سالم بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال

ص: ٣٣٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب الطواف حديث ٨ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العمره حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب الطواف حديث ٧.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب التقصير حديث ١.

(لا فى عمره التمتع)، بل يتعين التقصير (١)، ليتوفر الشعر فى إحرام حجته المرتبط بها (٢).

القول فى الإحرام

إشارة

(القول فى الإحرام)

فى مستحبات الإحرام

(يستحب توفير شعر الرأس لمن أراد الحج) تمتعا وغيره (من أول ذى القعدة (٣) و أكد منه) توفيره (عند هلال ذى الحجة) و قيل: يجب -له: دخلنا بعمره فنقصر أو نحلق؟ قال: احلق فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ترحم على المحلقين ثلاث مرات، و على المقصرين مره (١).

(١) و سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى.

(٢) أى المرتبط حجه بعمره التمتع.

(٣) ذهب المشهور إلى استحباب توفير شعر الرأس لمن أراد الحج من أول ذى القعدة، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (أَلْحَقُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ، شِوَالٌ وَ ذُو الْقَعْدَةِ وَ ذُو الْحِجَّةِ، فَمَنْ أَرَادَ الْحَجَّ وَفَّرَ شَعْرَهُ إِذَا نَظَرَ إِلَى هِلَالِ ذِي الْقَعْدَةِ، وَ مَنْ أَرَادَ الْعَمْرَةَ وَفَّرَ شَعْرَهُ شَهْرًا) (٢)، و اطلاقها يشمل حج التمتع وغيره، فتخصيص الاستحباب بحج التمتع كما عن الشيخ فى النهاية و المبسوط و المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد و جملة من كتبه ليس فى محله.

و نسب إلى الشيخ فى النهاية و الاستبصار و جوب التوفير، لظاهر الأمر فى هذه الأخبار، و إن كان يمكن حمل عبارته على الاستحباب فلا خلاف، فضلا عن موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الحجامه و حلق القفا فى أشهر الحج، فقال عليه السلام: لا بأس به و السواك و النوره) (٣) و مثله غيره.

هذا و ذهب المفيد فى المقنعه إلى أنه لو حلق شعره فى ذى القعدة يلزمه دم يهريقه، لصحيح جميل - كما فى الفقيه - عن أبى عبد الله عليه السلام (فى تمتع حلق رأسه بمكه قال عليه السلام: إن كان جاهلا فليس عليه شيء، و إن تعمد ذلك فى أول الشهور للحج بثلاثين يوما فليس عليه شيء، و إن تعمد ذلك بعد الثلاثين التى يوفر فيها للحج فإن عليه دما يهريقه) (٤)، و دلالة على إهراق الدم فى ذى الحجة غير خافية، لكن حمل على الاستحباب المؤكد جمعا بينه و بين ما تقدم.

- ١-١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١٣.
- ٢-٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحرام حديث ٤.
- ٣-٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الإحرام حديث ٣.
- ٤-٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التقصير حديث ١.

التوفير و بالإخلال به دم شاه، و لمن أراد العمره توفيره شهرا (١)،(و استكمال التنظيف) عند إرادته الإحرام (بقص الأظفار، و أخذ الشارب، و الإطلاء) (٢) لما تحت رقبته من بدنه و إن قرب العهد به،(و لو سبق) الإطلاء على يوم الإحرام (أجزاً) في أصل السنّه و إن كانت الإعادة أفضل (ما لم يمض خمسة عشر يوماً) فيعاد (٣).

(١) كما في صحيح معاوية بن عمار المتقدم و غيره.

(٢) فتنظيف الجسد و قص الأظفار و الأخذ من الشارب و إزالة شعر العانة و الإبطين مطليا أمور أربعة قد دلت عليها الأخبار الكثيره،

منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا انتهيت إلى العقيق من قبل العراق، أو إلى وقت من هذه المواقيت و أنت تريد الإحرام إن شاء الله فانتف إبטיك و قلم أظفارك و اطل عانتك و خذ من شاربك، و لا يضرك بأى ذلك بدأت، ثم استك و اغتسل و البس ثوبيك و ليكن فراغك من ذلك إن شاء الله عند زوال الشمس، و إن لم يكن عند زوال الشمس فلا يضرك) (١) و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن التهيؤ للإحرام فقال: تقليم الأظفار و أخذ الشارب و حلق العانة) (٢)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (السنه فى الإحرام تقليم الأظفار و أخذ الشارب و حلق العانة) (٣).

(٣) لخبر على بن أبي حمزه قال: (سأل أبو بصير أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: إذا أطليت للإحرام الأول كيف أصنع فى الطليه الأخيره و كم بينهما؟ قال: إذا كان بينهما جمعتان خمسة عشر يوماً فأطل) (٣)، ثم إن الأولى استحباب إعادته الإطلاء و إن لم تمض هذه المده كما عن العلامة فى المنتهى و التحرير و الشهيد فى الدروس، لأنه زياده فى التنظيف، و لخبر عبد الله بن يعفور (كنا بالمدينه فلا هانى زواره فى نتف الإبط و حلقه، قلت: حلقه أفضل، و قال زواره:

نتفه أفضل، فاستأذنا على أبي عبد الله عليه السلام فأذن لنا و هو فى الحمام يطلى قد أطلى إبطيه، فقلت لزواره يكفيك؟ قال: لا لعله فعل هذا لما لا- يجوز لى أن أفعله، فقال: فيما انتما؟ فقلت: إن زواره لا هانى فى نتف الإبط و حلقه، فقلت: حلقه أفضل، و قال زواره: نتفه أفضل، فقال: أصبت السنّه و أخطأها زواره، حلقه أفضل من نتفه، و طليه أفضل من حلقه، ثم قال لنا: اطليا، فقلنا: فعلنا منذ ثلاث، فقال: أعيدا فإن الإطلاء طهور) (٤).

ص: ٣٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الإحرام حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الإحرام حديث ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب آداب الحمام حديث ٤.

(و الغسل) (١)، بل قيل بجوبه، و مكانه الميقات إن أمكن فيه (٢)، و لو كان مسجدا فقربه عرفا، و وقته يوم الإحرام (٣) بحيث لا يتخلل بينهما حدث (٤)، أو أكل (٥)...

(١) للأخبار الكثيره منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الغسل من الجنابه و يوم الجمعة و العيدين و حين يحرم) (١)، الخبر، و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (و غسل المحرم واجب و غسل يوم العرفه واجب و غسل الزياره واجب إلا من عله) ٢، و صحيح هشام بن سالم (أرسلنا إلى أبي عبد الله عليه السلام و نحن جماعه، و نحن بالمدينه إنا نريد أن نودعك، فأرسل إلينا أن اغتسلوا بالمدينه فإني أخاف أن يفرّ الماء عليكم بذي الحليفه فاغتسلوا بالمدينه، و البسوا ثيابكم التي تحرمون فيها، ثم تعالوا فرادى أو مثانى، فلما أردنا أن نخرج قال: لا عليكم أن تغتسلوا إن وجدتم ماء إذا بلغتكم ذا الحليفه (٢) و ظاهر النصوص الوجوب و لكنها محموله على الاستحباب للإجماع المدعى فى التذكره و التحرير، و فى المنتهى لا نعرف فيه خلافا، و قد نسب العلامه فى المختلف إلى ابن أبي عقيل الوجوب و هو ضعيف.

(٢) كما يشهد له ظاهر صحيح هشام بن سالم حيث جوّز لهم الغسل فى المدينه خوف إعواز الماء بذي الحليفه.

(٣) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (غسل يومك ليومك، و غسل ليلتك لليلتك) (٣).

(٤) لصحيح النضر بن سويد عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يغتسل للإحرام ثم ينام قبل أن يحرم، قال عليه السلام: عليه إعادة الغسل) (٤) و مثله غيره، و ظاهر النصوص الاقتصار على النوم و ليس فيها تعرض لغيره من الأحداث، و لذا قال العلامه فى القواعد: (و لو أحدث بغير النوم فإشكال، ينشأ من التنبيه بالأدنى على الأعلى، و من عدم النص عليه)، و فى الدروس (و الأقرب أن الحدث كذلك)، و نفى البائس عنه فى المسالك لأن غير النوم أقوى.

(٥) للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام إذا لبست ثوبا لا ينبغى -

ص: ٣٣٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاغسال المسنونه حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الإحرام حديث ١.

أو طيب، أو لبس ما لا يحل للمحرم، و لو خاف عوز الماء فيه (١) قدّمه في أقرب أوقات إمكانه إليه (٢) فلبس ثوبه بعده و في التيمم لفاقد الماء بدله (٣) قول للشيخ لا بأس به، و إن جهل مأخذه (و صلاه سنه الإحرام) و هي ست ركعات (٤)، ثم أربع (٥)، ثم ركعتان (٦) قبل الفريضة إن جمعهما (٧)، (و الإحرام عقيب) فريضه - لك لبسه، أو أكلت طعاما لا - ينبغي لك أكله فأعد الغسل (١)، و صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا اغتسلت للإحرام فلا تقنّع و لا تطيب و لا تأكل طعاما فيه طيب فتعيد الغسل) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (إذا اغتسل الرجل و هو يريد أن يحرم فلبس قميصا قبل أن يلبي فعليه الغسل) (٢).

(١) في الميقات.

(٢) إلى الغسل، بلا خلاف فيه للأخبار، منها: صحيح هشام بن سالم المتقدم.

(٣) بدل الغسل، و قد نسبه الشارح في المسالك إلى الشيخ و جماعه، و في كشف اللثام إلى المبسوط و المهذب، و استدل لهم العلامة في التذكرة بأنه غسل مشروع فتاب عنه التيمم، ثم قال: (و ضعفه ظاهر) لأن الأمر إنما تعلق بالغسل فلا يتناول غيره، و إن كان مما يصلح أن يقوم مقامه على بعض الوجوه، و لكن هنا لا دليل على القيام.

(٤) لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (تصلى للإحرام ست ركعات تحرم في دبرها) (٣).

(٥) لخبر إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتي بعض المواقيت بعد العصر، كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يقيم إلى المغرب، قلت: فإن أبي جماله أن يقيم عليه، قال عليه السّلام: ليس له أن يخالف السنّه، قلت: أله أن يتطوع بعد العصر؟ قال عليه السّلام: لا - بأس به، و لكنني أكرهه للشهره، و تأخير ذلك أحبّ إليّ، قلت: كم أصلى إذا تطوعت؟ قال عليه السّلام: أربع ركعات) (٤).

(٦) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أردت الإحرام في غير وقت صلاه فريضه، فصل ركعتين ثم أحرم في دبرها) (٥).

(٧) أي جمع الفريضة و سنه الإحرام، أما وروده بعد الفريضة للأخبار منها: صحيح معاوية -

ص: ٣٣٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الإحرام حديث ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الإحرام حديث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الإحرام حديث ٥.

(الظهر، أو فريضة) إن لم يتفق الظهر و لو مقضيه إن لم يتفق وقت فريضة مؤداه (و يكفى النافله) المذكوره (عند عدم وقت الفريضة)، و ليكن ذلك كله بعد الغسل، -بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (صل المكتوبه ثم أحرم بالحج أو بالمتعه)(1)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (لا يكون الإحرام إلا فى دبر صلاه مكتوبه أو نافله، فإن كانت مكتوبه أحرمت فى دبرها بعد التسليم، و إن كانت نافله صليت ركعتين و أحرمت فى دبرها)(2).

هذا و ذهب الاسكافى إلى وجوب إيقاع الإحرام عقب صلاه الفريضة أو النافله، و المشهور على الاستحباب للاختلاف الواقع بينه هذا من جهة و يستحب أن يكون الإحرام عقب صلاه الظهر، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار و عبید الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يضررك بليل أحرمت أو نهار، إلا أن أفضل ذلك عند زوال الشمس)(3)، نعم فى إحرام حج التمتع فالأفضل أن يصلى الظهر فى منى، لصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان يوم الترويه فأحل بالحج - إلى أن قال - و صل الظهر إن قدرت بمنى)(4) و مثله غيره.

ثم إن لم يكن فى وقت الظهر فيكون إحرامه بعد فريضة أخرى كما يقتضيه خبر إدريس بن عبد الله المتقدم، و قد ذهب الشهيد فى الدروس (و لو لم يكن وقت فالظاهر أن الإحرام عقب فريضة مقضيه أفضل)، و فيه: إنه على خلاف خبر إدريس بن عبد الله المتقدم حيث أمر السائل بتأخير الإحرام إلى ما بعد المغرب إذا صلى العصر.

ثم إن ظاهر النصوص أن يكون الإحرام عقب صلاه فريضة أو نافله أقله ركعتان و أكثره. ست ركعات، و إذا كانت الصلاه فريضة فيكتفى بها و من هنا تعلم ضعف ما ذكره الشارح هنا و فى المسالك، حيث قال هناك (ظاهر العبارة - أى عبارة الشرائع - تقتضى أنه مع صلاه الفريضة لا يحتاج إلى سنه الإحرام، و إنما يكون عند عدم فعل ظهر أو فريضة، و ليس كذلك، و إنما السنه أن تصلى سنه الإحرام أولاً ثم يصلى الظهر أو غيرها من الفرائض، ثم يحرم، فإن لم يتفق ثم فريضة أقتصر على سنه الإحرام الستة أو الركعتين و أحرم عقبيهما، و لا - فرق فى الفريضة بين اليوميه و غيرها، و لا - بين المؤداه و المقضيه، و قد اتفق أكثر العبارات على القصور عن تأديه المراد هنا).

ص: ٣٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ من أبواب الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

فى ما يجب فى الإحرام

(و يجب (٢) فى النهى المشتمله على مشخصاته) من كونه إحرام حج، أو عمره (١) كما هو المستفاد من الأخبار، منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت الإحرام فى غير وقت صلاه فريضه، فصله ركعتين ثم أحرم فى دبرها) (١).

(٢) أى فى الإحرام، اعلم أن واجبات الإحرام ثلاثه: النهى، و التلبيات الأربع و لبس ثوبى الإحرام، أما النهى فقد تقدم منا أكثر من مره أنها تشتمل على القصد مع القربه، و هى واجب فى الإحرام بلا خلاف فيه كما صرح بذلك جماعه من الأصحاب، و يقتضيه ارتكاز المتشرعه من كون الإحرام عباده، و العباده لا تصح بدون نيه، فضلا عن النصوص و سيأتى التعرض لها.

هذا و يشترط فى النهى هنا أمور أربعه، من القصد إلى ما يحرم به من حج أو عمره، و من نوعه من تمتع أو أفراد أو قران، و من صفته من وجوب أو ندب، و من كون الوجوب حجه الإسلام أو حجه مندوره، و هذه الأمور الأربعه لا دخل لها فى حقيقه النهى، و إنما هى مشخصات المنوى، هذا ما عليه المشهور، و قد عرفت فى الأبواب السابقه عدم اعتبار نيه الوجه من وجوب أو ندب إلا إذا توقف التعيين عليها، و عرفت عدم اعتبار التلفظ و لا الإخطار بالبال، بل يكفى الداعى، نعم يستفاد من جمله من الأخبار استحباب التلفظ بنيه الإحرام.

منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إنى أريد أن أتمتع بالعمره إلى الحج كيف أقول؟ قال: تقول اللهم إنى أريد أن أتمتع بالعمره إلى الحج على كتابك و سنه نبيك، و إن شئت أضمرت الذى تريد) (٢)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت الإحرام و التمتع فقل: اللهم إنى أريد ما أمرت به من التمتع بالعمره إلى الحج، فيسّر لى ذلك و تقبله منى و أعنى عليه و حلنى حيث حبستنى لقدرك الذى قدّرت علىّ، أحرم لك شعرى و بشرى من النساء و الطيب و الثياب) (٣)، هذا و قد ورد فى جمله من الأخبار فضليه الإضمام كخبر منصور بن حازم (أمرنا أبو عبد الله عليه السلام أن نلبى و لا نسمى، و قال: أصحاب الإضمام أحبّ إلى) (٤)، و خبر -

ص: ٣٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الإحرام حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الإحرام حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإحرام حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الإحرام حديث ٥.

تمتع، أو غيره، إسلامي أو منذور، أو غيرهما، كل ذلك (مع القربه) التي هي غاية الفعل المتعبد به، (و يقارن بها) (١) قوله (لبيك اللهم لبيك لبيك، إن الحمد و النعمة و الملك لك، لا شريك لك لبيك) (٢)...

-إسحاق بن عمار عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام (الإضمار أحب إلي، و لم يسم) (١)، لكنها محمولة عند الأصحاب على التقيه.

(١) أي بالنيه، فالمشهور على جواز تأخير التليه عن النيه، و في اللمعه هنا اعتبار المقارنه بينهما، و هو المحكى عن ابن إدريس و ابن حمزه و ابن سعيد، و الأقوى الأول للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الإحرام إلا في دبر صلاه مكتوبه أو نافله - إلى أن قال - اللهم إني أريد التمتع بالعمره إلى الحج على كتابك و سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم - إلى أن قال - و يجزيك أن تقول هذا مره واحده حين تحرم، ثم قم فامش هنيهة فإذا استوت بك الأرض ماشيا كنت أو راكبا فلب) (٢)، و صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إن كنت ماشيا فاجهر بإهلالك و تليتك من المسجد، و إن كنت راكبا فإذا علت بك راحلتك البيداء) (٣)

(٢) التليات أربعه مما لا خلاف فيه، و إنما الخلاف في صورتها على أقوال: القول الأول: أن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، و هو مختار المحقق في الشرائع و سيد المدارك، و العلامه في التحرير و المنتهى، لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا فرغت من صلاتك و عقدت ما تريد فقم و امش هنيهة، فإذا استوت بك الأرض ماشيا كنت أو راكبا فلب، و التليه أن تقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد و النعمة لك و الملك، لا شريك لك، لبيك ذا المعارج لبيك، لبيك داعيا إلى دار السلام لبيك، لبيك غفار الذنوب لبيك، لبيك أهل التليه لبيك، لبيك ذا الجلال و الإكرام لبيك، لبيك تبدئ و المعاد إليك لبيك، لبيك تستغنى و يفتقر إليك لبيك، لبيك مرهوبا و مرغوبا إليك لبيك، لبيك إله الحق لبيك، لبيك ذا النعماء و الفضل الحسن الجميل لبيك، لبيك كشاف الكرب العظام لبيك، لبيك عبدك و ابن عبدك لبيك، لبيك يا كريم لبيك، تقول ذلك في دبر كل صلاه مكتوبه و نافله، و حين ينهض بك بعيرك، و إذا علوت شرفا أو هبطت واديا، أو لقيت راكبا، أو استيقظت من -

ص: ٣٤٢

١- (١) المصدر السابق حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الإحرام حديث ١.

-منامك و بالأسحار، و أكثر ما استطعت منها و اجهر بها، و إن تركت بعض التلبيه فلا يضرک غير أن تمامها أفضل.

و اعلم أنه لا- بد لك من التلبيات الأربع التى كنّ أول الكلام، و هى الفريضه، و هى التوحيد، و بها لبى المرسلون، و أكثر من ذى المعارج فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يكثر منها (١).

و وجه الدلاله أن قوله عليه السّلام (لا بد لك من التلبيات الأربع التى كن أول الكلام) هو ما يتم بلفظ لبيك الرابع، و أن قوله - إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك - يكون خارجا عن التلبيه الواجبه، و يؤيده صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أحرمت من مسجد الشجره فإن كنت ماشيا لبّيت من مكانك من المسجد تقول:

لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لبيك، لبيك ذا المعارج لبيك، لبيك بحجه تمامها عليك) (٢)، حيث دل هذا الصحيح على أن قوله - إن الحمد و النعمه لك - إلى آخره ليس بواجب فى التلبيه الواجبه، هذا و يمكن القول أن قوله عليه السّلام فى صحيح معاويه المتقدم (و أكثر من ذى المعارج فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يكثر منها) ظاهر فى أن ما قبله هو الواجب و أن من ذى المعارج و ما بعده هو المستحب و على هذا فيكون الخبر من جملة أدله القول الثانى.

القول الثانى: أن يقول: - بعد العبارة المذكوره فى القول الأول -: إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك) كما عن الصدوق فى الفقيه و المقنع و الهدايه و الأمالى، و المفيد و ابن أبى عقيل و ابن الجنيد و سلار بل و نسب إلى والد الصدوق، لصحيح معاويه على ما تقدم شرحه، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لما لبى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال:

لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك، لبيك ذا المعارج لبيك، و كان عليه السّلام يكثر من ذى المعارج، و كان يلبي كلما لقي راكبا، أو علا أكمه، أو هبط واديا، و من آخر الليل و فى أدبار الصلوات) (٣)، و صحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأل عن التهيؤ للإحرام فقال: فى مسجد الشجره، فقد صلى فيه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و قد ترى أناسا يحرمون فلا تفعل حتى تنتهى إلى- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ٢، و أورد صورته فى - ٣٤ - من أبواب الإحرام حديث ٢).

(٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ٣.

(٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ٤.

وقد أوجب المصنف وغيره (١) النية للتلبيه أيضا وجعلوها مقدّمة على التقرب بنيه الإحرام بحيث يجمع النيتين جملة، لتحقق المقارنه بينهما (٢) كتكبيره الإحرام لنيه الصلاه، وإنما وجبت النية للتلبيه دون التحريمه لأن أفعال الصلاه متصله حسا و شرعا فيكفى نيه واحده للجملة كغير التحريمه من الأجزاء، بخلاف التلبيه فإنها من حملة أفعال الحج و هى منفصله شرعا و حسا، فلا بد لكل واحد من نيه. و على -البيداء و حيث الميل، فتحرمون كما أنتم فى محاملكم تقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك، لبيك عقبه بعمره إلى الحج(١)، و خبر الأعمش عن الصادق عليه السلام (و فرائض الحج: الإحرام و التلبيات الأربع و هى: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك، إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك)(٢)، و مثله غيره، و هذا القول هو المتعين.

القول الثالث: أن يقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك لبيك، كما عن السيد فى الجمل و الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس فى السرائر و ابن حمزه و ابن زهره و ابن البراج، بل جعله فى المدارك هو المشهور بين الأصحاب، و قال: (فلم أقف له على مستند مع شهرته بين الأصحاب، و قد ذكره العلامة فى المنتهى مجردا عن الدليل)، و كذلك اعترف بذلك غيره.

القول الرابع: أن تقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك إن الحمد و النعمه و الملك لك لا شريك لك لبيك)، و هو الذى صرح به الماتن هنا و اختاره العلامة فى القواعد و ابن سعيد فى جامعهم، و اعترف غير واحد بعدم الشاهد عليه.

(١) لم أعثر على هذا الفرع فى كتب القوم، نعم اشترط الشهيد فى الدروس مقارنه التلبيه لنيه الإحرام و هو المنسوب إلى ابن إدريس و المحقق الثانى، و أما اشتراط نيه للتلبيه غير نيه الإحرام، و أن تكون مقارنه للتلبيه بجمعها مع نيه الإحرام فلا أثر له فى كتب القوم، و لذا قال صاحب الجواهر بعد ما نقل كلام الشارح هنا: (و لا يخفى عليك خلو هذا الكلام من التحصيل، بل هو خلاف ظاهر النص و الفتوى، ضروره اقتصارهما فى بيان كيفية الإحرام على ذكر نيته و أن يقول: لبيك، و لبس الثوبين). انتهى.

(٢) أى بين التلبيه و نيه الإحرام.

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل أورد صورته فى - ٣٤ - من أبواب الإحرام حديث ٣، و ذيله فى - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢٩.

هذا (١) فكان إفراد التلبيه عن الإحرام و جعلها من جمله أفعال الحج أولى كما صنع فى غيره (٢)، و بعض الأصحاب جعل نيه التلبيه بعد نيه الإحرام و إن حصل بها فصل (٣)، و كثير منهم لم يعتبروا المقارنه بينهما مطلقا (٤). و النصوص خاليه عن اعتبار المقارنه، بل بعضها صريح فى عدمها (٥).

و لبيك نصب على المصدر (٦)، و أصله لبنا لك (٧) أى إقامه (٨)، أو إخلاصا (٩) من لب بالمكان إذا أقام (١٠) به، أو من لبّ الشىء و هو خالصه (١١). و ثنى تأكيدا (١٢) أى إقامه بعد إقامه و إخلاصا بعد إخلاص، هذا بحسب الأصل. و قد (١) من توقف التلبيه على نيه غير نيه الإحرام.

(٢) أى فى الدروس، و لكن فى الدروس جعل الإحرام مشتملا على لبس الثوبين و النيه و التلبيات الأربع و المقارنه، و لم يفصل التلبيه عن النيه و يجعلها من أفعال الحج فراجع.

(٣) قد عرفت أن المشهور على الفصل بين نيه الإحرام و التلبيه و قد تقدم دليله، و أن الذى اشترط المقارنه هو الشهيد فى الدروس و ابن إدريس و المحقق الثانى، و أما الفصل بين نيه الإحرام و نيه التلبيه فلا ذكر له فى كلام الأصحاب.

(٤) سواء كانت المقارنه حقيقه أو عرفيه، و المراد هنا بين التلبيه و بين نيه الإحرام.

(٥) كصحيح معاويه بن عمار، و قد تقدم.

(٦) قال سيويه: (انتصب لبيك على الفعل، كما انتصب سبحان الله)، و فى الصحاح:

(نصب على المصدر كقولك: حمدا لله و شكرا، و كان حقه أن يقال: لبنا لك).

(٧) قال فى القاموس: (ألب أقام كلبّ، و منه لبيك، أى أنا مقيم على طاعتك إلبا بعد إلباب و إجابته بعد إجابته، أو معناه اتجاهى و قصدى لك من دارى، تلبّ داره أى تواجها، أو معناه محبته لك من امرأه لبّه، محبته لزوجها، أو معناه إخلاصى لك من حسب لباب خالص).

(٨) حكى عن الخليل و أنشد له: لبّ بارض ما تخطاها الغنم، و منه قول طفيل:

رددن حصينا من عدى و رهطه و تيم تلبى فى العروج و تحلب

(٩) فيكون معنى لبيك: إخلاصى لك، و هو الذى نقل فى القاموس، و احتمله جماعه و أنشد له:

و كنتم كأم لبّه طعن ابنها إليها فما ردت عليه بساعد

(١٠) على المعنى الأوّل.

(١١) على المعنى الثانى.

(١٢) أى البابا لك بعد الباب و الإلّباب هو الإقامه، أى إقامه على طاعتك بعد إقامه، هذا و فى صحیح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و أول من لبى إبراهيم عليه السّلام قال: إن

ص: ٣٤٥

صار موضوعاً للإجابة و هي هنا جواب عن النداء الذي أمر الله تعالى به إبراهيم بأن يؤذن في الناس بالحج ففعل، و يجوز كسر إن (١) على الاستئناف، و فتحها بنزع الخافض و هو لام التعليل، و في الأول تعميم فكان أولى.

(و لبس ثوبي الإحرام) (٢) الكائنين (من جنس ما يصلّى فيه) (٣) المحرم فلا - الله عز و جل يدعوكم أن تحجوا بيته، فأجابوه بالتلبية، فلم يبق أحد أخذ ميثاقه بالموافاة في ظهر رجل و لا بطن امرأه إلا أجاب بالتلبية (١)، و في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته لم جعلت التلبية؟ فقال: إن الله عز و جل أوصى إلى إبراهيم عليه السلام: وَ أذِّنْ فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَا تُوكَ رِجَالاً، فنادى فأجيب من كل فجّ يلبون) (٢).

(١) قال في المدارك (يجوز كسر الهمزة من - إن الحمد - و فتحها، و حكى العلامة في المنتهى عن بعض أهل العربية أنه قال: من قال - أن - بفتحها فقد خصّ، و من قال بالكسر فقد عمّ، و هو واضح لأن الكسر يقتضى تعميم التلبية و إنشاء الحمد مطلقاً، و الفتح يقتضى تخصيص التلبية، أى لبيك بسبب أن الحمد لك).

(٢) فهو من واجبات الإحرام بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا انتهيت إلى العقيق من قبل العراق أو إلى الوقت من هذه المواقيت و أنت تريد الإحرام إن شاء الله - إلى أن قال - و البس ثوبيك) (٣).

(٣) بلا خلاف فيه كما عن المفاتيح، لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (كل ثوب تصلى فيه فلا بأس أن تحرم فيه) (٤)، و مفهومه دال على أنه لا يجوز الإحرام في ثوب لا تصح الصلاة فيه، فيشمل ما لا يؤكل لحمه و جلد المأكول مع عدم التذكية، و الحرير للرجل، و الثوب المتنجس بنجاسه لا يعفى عنها في الصلاة، و يشمل الحاكي للصوره، و يؤيده صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المحرم يقارن بين ثيابه و غيرها التي أحرم فيها، قال: لا بأس بذلك إذا كانت طاهرة) (٥)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سألته عن المحرم تصيب ثوبه الجنبه قال: لا يلبسه حتى يغسله، و إحرامه تام) (٦).

ص: ٣٤٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الإحرام حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الإحرام حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الإحرام حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الإحرام حديث ٢.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

يجوز أن يكون من جلد، و صوف، و شعر، و وبر ما لا- يؤكل لحمه و لا- من جلد المأكول مع عدم التذكية، و لا في الحرير للرجال (١)، و لا في الشاف (٢) مطلقا (٣)، و لا في النجس غير المعفو عنها في الصلاة، و يعتبر كونهما غير مخيطين (٤)،...

(١) لأنه مندرج تحت مفهوم صحيح حرير المتقدم، نعم وقع الخلاف في جواز الإحرام في الحرير للنساء، فقال المفيد و ابن إدريس و الفاضل، بل نسب إلى أكثر المتأخرين الجواز، لجواز لبسه له في الصلاة، و للأخبار،

منها: صحيح يعقوب بن شعيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المرأة تلبس القميص تزوره عليها، و تلبس الحرير و الخنز و الديباج؟ قال: نعم لا بأس به) (١)، و عن الشيخ و الصدوق العدم، لصحيح العيص. عن أبي عبد الله عليه السلام (المرأة المحرمة تلبس ما شاءت من الثياب غير الحرير و القفازين) (٢)، و هو محمول على الكراهة جمعاً بينه و بين صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن تحرم المرأة في الذهب و الخنز، و ليس يكره إلا الحرير المحض) (٣).

(٢) أي الحاكي.

(٣) قال الشارح في المسالك (فإطلاق عبارات الأصحاب يقتضى عدم جواز الإحرام فيه مطلقاً من غير فرق بين الإزار و الرداء، و جزم الشهيد في الدروس بالمنع من الإزار الحاكي، و جعل اعتبار ذلك في الرداء أحوط، و لا يبعد عدم اعتباره فيه للأصل، و جواز الصلاة فيه على هذا الوجه).

(٤) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تلبس و أنت تريد الإحرام ثوبا تزوره و لا- تدرعه، و لا- تلبس سراويل إلا- أن لا- يكون لك إزار، و لا- الخفين إلا أن لا يكون لك نعلان) (٣)، و صحيح زرارة عن أحدهما عليهم السلام (سألته عما يكره للمحرم أن يلبسه، فقال: يلبس كل ثوب إلا ثوبا يتدرعه) (٤)، قال سيد المدارك (إن هذه الروايات إنما تدل على تحريم القميص و القباء و السراويل و الثوب المزور-

ص: ٣٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الإحرام حديث ٩ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

و لا- ما أشبه (١) المخيط كالمخيط من اللبد، و الدرع المنسوج كذلك، و المعقود، و اكتفى المصنف عن هذا الشرط (٢) بمفهوم جوازه للنساء.

(يأتزر بأحدهما (٣)، و يرتدى بالآخر) (٤) بأن يغطي به منكبيه، أو يتوشح به بأن يغطي به أحدهما، و تجوز الزيادة عليهما (٥)، لا النقصان (٦)، و الأقوى أن -و المدرع، لا على تحريم مطلق المخيط، و قد اعترف بذلك الشهيد في الدروس - إلى أن قال - و لا ريب أن اجتناب مطلق المخيط كما ذكره المتأخرون أحوط).

(١) قال في المدارك: ألحق الأصحاب بالمخيط ما أشبهه، كالدرع المنسوخ وجبه اللبد، و الملتصق بعبه ببعض، و احتج عليه في التذكرة بالحمل على المخيط لمشابهته إياه في المعنى من الترفه و التعم، و هو استدلال ضعيف، و الأجدود الاستدلال عليه بالنصوص المتضمنه لتحريم الثياب على المحرم، فإنها متناوله بإطلاقها لهذا النوع، و ليس فيها تقييد بالمخيط حتى يكون إلحاق غيره به خروجاً عن المنصوص).

(٢) أي اشتراط عدم المخيط للرجال بما يصرح به من جوازه للنساء.

(٣) ففي الجواهر (ظاهر الأصحاب الاتفاق على الاتزار بأحدهما كيف شاء).

(٤) فعن جماعه منهم العلامة في المنتهى و التذكرة أنه يرتدى به، بأن يلقيه على عاتقيه جميعاً و يسترحما به، و عن ابن حمزه في الوسيه أنه يتوشح به بأن يدخل طرفه تحت إبطه الأيمن و يلقيه على عاتقه الأيسر كالتوشح بالسيف و هو المنقول عن الأزهرى و جماعه من أهل اللغة، و عن العلامة في القواعد و الشارح في المسالك و عن الشيخ أيضاً التخيير بين التوشح و الارتداء المذكور، إلا أنه في كشف اللثام و غيره عدم وجوب شيء من الهيئتين للأصل بل يجوز التوشح بالعكس بأن يدخل طرفه تحت إبطه الأيسر و إلقاءه على الأيمن، و إن كان الأولى كون التردى المذكور أولى الهيئات للتعبير في النصوص بالرداء، و المنساق منه هو التردى به على النحو المذكور، ففي صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (و التجرد في إزار و رداء) (١).

(٥) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المحرم يتردى بالثوبين قال: نعم، و الثلاثة إن شاء يتقى بها الحر و البرد) (٢).

(٦) بلا خلاف للأمر بلبس ثوبين في جملة من الأخبار، منها: صحيح معاوية بن عمار

ص: ٣٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الإحرام حديث ١.

لبسهما واجب، لا شرط فى صحته (١)، فلو أخل به اختياراً أثم و صح الإحرام.

(و القارن يعقد إحرامه بالتلبيه) بعد نيه الإحرام، (أو بالإشعار، أو التقليد) (٢) المتقدمين، و بأيهما بدأ استحَب الآخر (٣) و معنى عقده بهما (٤) على تقدير المقارنه (٥) واضح فبدونهما لا يصح أصلاً، و على المشهور (٦) يقع (٧) و لكن لا- يحرم محرمات الإحرام بدون أحدهما (٨).

-المتقدم (و البس ثوبيك) (١)، و صحيح ابن سنان المتقدم (و التجرد فى إزار و رداء) (٢).

(١) أما عدم اشتراط صحه الإحرام بلبس الثوبين لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (يوجب الإحرام ثلاثه أشياء: التلبيه و الأشعار و التقليد، فإذا فعل شيئاً من هذه الثلاثه فقد أحرم) (٣)، و إطلاقه ينفى شرطيه لبس الثوبين فى صحه الإحرام، نعم لبسهما واجب لما تقدم من الاخبار و عليه فلو خالف فيجب نزع القميص و عليه اثم و قد صح إحرامه و قال فى الجواهر (لا أجد فيه خلافاً صريحاً إلا من الاسكافى و لا ريب فى ضعفه).

(٢) على المشهور، لأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار المتقدمه، و صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (من أشعر بدنته فقد أحرم و إن لم يتكلم بقليل و لا كثير) (٤)، و صحيح معاوية الآخر عنه عليه السلام (تقلدها فعلاً خلقاً قد صلّيت فيه، و الأشعار و التقليد بمنزله التلبيه) (٥)، و عن السيد و المرتضى عدم جواز الإحرام إلا بالتلبيه بناء على أصلهما من عدم حجيه خبر الواحد، و لا ريب فى ضعفه.

(٣) فقد اعترف غير واحد بعدم العثور له على مستند، و قال سيد المدارك (و لعل إطلاق الأمر بكل من الثلاثه كاف فى ذلك)، و ردّه فى الجواهر (أنه لا يقتضى استحباب الآخر).

(٤) أى بالتلبيه و سياق الهدى الذى هو الأشعار أو التقليد.

(٥) بين نيه الإحرام و التلبيه.

(٦) من عدم اعتبار المقارنه بين التلبيه و نيه الإحرام كما تقدم الكلام فيه.

(٧) أى الإحرام.

(٨) إما التلبيه و إما سياق الهدى.

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الإحرام حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ١٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢٠.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٢١ و ١١.

(و يجوز) الإحرام (فى الحرير (١) و المخيط (٢) للنساء) فى أصح القولين على كراهه، دون الرجال و الخناثى (٣)،(و يجرى) لبس (القباء)، أو القميص (مقلوبا) (٤) بجعل ذيله على الكتفين، أو باطنه ظاهره من غير أن يخرج يديه من (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢)القول بالجواز هو المعروف من مذهب الأصحاب كما فى المدارك، للأخبار منها: صحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (المرأه المحرمه تلبس ما شاءت من الثياب غير الحرير و القفازين)(١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المرأه إذا أحرمت أ تلبس السراويل؟ فقال: نعم إنما تريد بذلك الستر)(٢)، و لم يخالف إلا الشيخ فى النهايه حيث قال: (و يحرم على المرأه فى حال الإحرام من لبس الثياب جميع ما يحرم على الرجل و يحل لها ما يحل له - إلى أن قال - و قد وردت روايه بجواز لبس القميص للنساء)، و هو غير ظاهر فى الخلاف، و إلا- فقد عرفت أنه محجوج، ثم لم يقل أحد هنا بالكراهه، نعم قيل بالكراهه فى لبس الحرير دونه. هذا و هل لبس ثوبى الإحرام مختص بالرجل أو يعم المرأه، فقد حكى فى الجواهر عن بعض الفضلاء الثانى، و لا ريب فى ضعفه لأن ثوبى الإحرام مشروطه بكونها من جنس ما يصلى فيه، و قد عرفت جواز لبس المخيط و الحرير للنساء الكاشف عن أن ثوبى الإحرام المشروطه بما ذكر مختصان بالرجل، فضلا عن الارتكاز الشرعى و السيره العمليه بين المسلمين المأخوذه يدا بيد إلى زمن المعصومين عليهم السّلام.

(٣)فعدم الجواز لأن ما خرج من النصوص هو المرأه، و كون الخنثى امرأه مشكوك.

(٤)عند فقد الرداء، و هذا الحكم مقطوع به بين الأصحاب، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا اضطر المحرم إلى القباء و لم يجد ثوبا غيره فيلبسه مقلوبا و لا يدخل يديه فى يدي القباء)(٣)، و خبر مثنى الحنات عن أبى عبد الله عليه السّلام (من اضطرّ إلى ثوب و هو محرم و ليس معه إلا قباء فلينكسه و ليجعل أعلاه أسفله و يلبسه)(٤)، و ذهب ابن إدريس و الفاضل و الشهيد فى كون المقلوب هو جعل الأعلى أسفل، و هذا ما صرحت به روايه الحنات، و عن جماعه تفسير المقلوب بجعل الباطن ظاهرا، و يشهد له خير محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (و يلبس المحرم القباء إذا لم يكن له رداء و يقلب ظهره لباطنه)٥.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الإحرام حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٤- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣ و ٧.

كميه، و الأول أولى وفاقا للدروس و الجمع أكمل. و إنما يجوز لبس القباء كذلك (لو فقد الرداء) ليكون بدلا منه، و لو أدخل بالقلب، أو أدخل يده في كفه فكلبس المخيط (١)، (و كذا) يجزئ (السراويل لو فقد الإزار) (٢) من غير اعتبار قلبه و لا فديه في الموضوعين (٣).

(و يستحب للرجل)، بل لمطلق الذكر (٤) (رفع الصوت بالتلبيه) (٥) حيث يحرم إن كان راجلا- بطريق المدينة (٦)، أو مطلقا غيرها (٧)، و إذا علت راحلته البيداء راكبا بطريق المدينة، و إذا أشرف على الأبطح متمتعا (٨)،...

و اجتزأ العلامه في المختلف و يحيى بن سعيد بأحد الوجهين أخذا بالأخبار، و قال جماعه الأولى منه الجمع بين الوجهين بقلب ظاهره مع قلب أعلاه لأسفله.

(١) للنهى عنه في صحيح الحلبي المتقدم، و لو خالف فعليه كفاره و إن صح إحرامه.

(٢) بلا خلاف فيه، لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تلبس ثوبا له أزرار و أنت محرم إلا أن تنكسه، و لا ثوبا تدرعه، و لا سراويل إلا أن لا يكون لك إزار) (١).

(٣) عند لبس القباء و السراويل عند فقد الرداء و الإزار.

(٤) لإطلاق الأدله الآتية.

(٥) لصحيح حرير عن الصادقين (عما) (لما أحرم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أتاه جبرائيل عليه السلام فقال:

مر أصحابك بالعج و الشج، فالعج رفع الصوت بالتلبيه، و الشج نحر البدن) (٢)، و مرسله فضاله عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الله وضع عن النساء أربعاً: الجهر بالتلبيه و السعى بين الصفا و المروه دخول الكعبه و استلام الحجر) (٣)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على النساء جهر بالتلبيه) (٤).

(٦) لصحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إن كنت ماشيا فاجهر بإهلالك و تلبيتك من المسجد، و إن كنت راكبا فإذا علت راحلتك البيداء) (٤).

(٧) أى بغير طريق المدينة، و الإطلاق سواء كان راجلا أو راكبا لعموم صحيح حرير المتقدم.

(٨) أى إذا كان محرما بحج التمتع لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان-

ص: ٣٥١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الإحرام حديث ١.

و تسر المرأة و الخنثى (١)، و يجوز الجهر حيث لا يسمع الأجنبي و هذه التلبية غير ما يعقد به الإحرام إن اعتبرنا المقارنه، و إلا جاز العقد بها، و هو ظاهر الأخبار (٢).

(و ليجدد عند مختلف الأحوال) بركوب و نزول، و علو و هبوط، و ملاقاه أحد و يقظه، و خصوصا بالأسحار، و أدبار الصلوات (٣)، و يضاف إليها التلبيات المستحبه) و هي لبيك ذا المعارج إلخ.

(و يقطعها المتمتع إذا شاهد بيوت مكة) (٤) و حدّها عقبه المدنيين إن دخلها من -يوم الترويه إن شاء الله فاغتسل، ثم البس ثوبيك و ادخل المسجد حافيا و عليك السكينة و الوقار، ثم صل ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السلام أو في الحجر، ثم اقعده حتى تزول الشمس فصل المكتوبه ثم قل في دبر صلاتك كما قلت حين أحرمت من الشجره فاحرم بالحج، ثم امض و عليك السكينة و الوقار، فإذا انتهيت إلى الرقطاء دون الردم فلبّ، فإذا انتهيت إلى الردم و أشرفت على الأبطح فارفع صوتك بالتلبية حتى تأتي منى (١).

(١) لأن الجهر موضوع للرجل و هي مشكوك في رجوليتها فلا يعمها الحكم.

(٢) كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لم يكن يلبّ حتى يأتي البداء) (٢).

(٣) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: التلبية أن تقول: لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد و النعمه لك و الملك لا شريك لك لبيك، لبيك ذا المعارج لبيك، لبيك داعيا إلى دار السلام لبيك، لبيك غفار الذنوب لبيك، لبيك أهل التلبية لبيك، لبيك ذا الجلال و الإكرام لبيك، لبيك تبارك و المعاد إليك لبيك، لبيك تستغنى و يفتقر إليك لبيك، لبيك مرهوبا و مرغوبا إليك لبيك، لبيك إله الحق لبيك، لبيك ذا النعماء و الفضل الحسن الجميل لبيك، لبيك كشاف الكرب العظام لبيك، لبيك عبدك و ابن عبدك لبيك، لبيك يا كريم لبيك، تقول ذلك في دبر كل صلاه مكتوبه و نافله، و حين ينهض بك بعيرك و إذا علوت شرفا أو هبطت واديا، أو لقيت راكبا، أو استيقظت من منامك، و بالأسحار، و أكثر ما استطعت و أجهر بها، و إن تركت بعض التلبية فلا يضرك غير أن تمامها أفضل) (٣).

(٤) لأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا دخلت مكة و أنت

ص: ٣٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الإحرام حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

أعلاها، و عقبه ذى طوى إن دخلها من أسفلها (و الحاج إلى زوال عرفه (١)، و المعتمر مفردة إذا دخل الحرم) (٢) إن كان أحرم بها من أحد المواقيت، و إن كان قد -تمتع فنظرت إلى بيوت مكة فاقطع التلبية، و حدّ بيوت مكة التي كانت قبل اليوم إذا بلغت عقبه المدنيين - إلى أن قال - فاقطع التلبية(١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (التمتع إذا نظر إلى بيوت مكة قطع التلبية)٢، و خبر أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سئل عن المتمتع متى يقطع التلبية؟ قال: إذا نظر إلى عراش مكة، عقبه ذى طوى، قلت: بيوت مكة؟ قال: نعم)٣، هذا و قد جمع الشهيد بين الأول و الثالث بحمل الأول على من أدخلها من أعلاها، و بالثاني على من دخلها من أسفلها، و عن السيد و الشيخ بحمل الأول على من أتاها من طريق المدينة، و بحمل الثاني على من أتاها من طريق العراق.

(١) للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الحاج يقطع التلبية يوم عرفه زوال الشمس)(٢) و صحيح عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا زاغت الشمس يوم عرفه فاقطع التلبية)(٣).

(٢) قيل و القائل الصدوق و المحقق في النافع كان مخيراً في قطع التلبية عند دخول الحرم أو مشاهده الكعبة للأخبار، منها: صحيح عمر بن يزيد من أبي عبد الله عليه السلام (و من خرج من مكة يريد عمره ثم دخل معتمراً لم يقطع التلبية حتى ينظر إلى الكعبة)(٤)، و موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن الرجل يعتمر عمره مفردة من أين يقطع التلبية؟ قال: إذا رأيت بيوت مكة ذى طوى فاقطع التلبية)٧، و خبر مرآزم عن أبي عبد الله عليه السلام (يقطع صاحب العمره المفردة التلبية إذا وضعت الإبل اخفافها في الحرم)٨، و عليه فيكون مخيراً في هذه المواضع، و ذهب المشهور إلى أنه إذا خرج من مكة لإحرام العمره المفردة فيقطع إذا شاهد الكعبة كما هو صريح صحيح عمر بن يزيد المتقدم، و صحيح معاوية بن عمار عن عبد الله عليه السلام (من اعتمر من التنعيم فلا يقطع التلبية حتى ينظر إلى المسجد)(٥)، و أما إذا كان إحرامه من أحد المواقيت فإذا دخل الحرم بحمل بقيه الأخبار على ذلك جمعاً بينها.

ص: ٣٥٣

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٢ و ٤.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الإحرام حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفة حديث ٤.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الإحرام حديث ٨ و ٣ و ٦.
- ٥- (٩) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الإحرام حديث ٤.

خرج لها من مكة إلى خارج الحرم، فإذا شاهد بيوت مكة (١) إذا لا يكون حينئذ بين أول الحرم و موضع الإحرام مسافه.

(و الاشرط قبل نيه الإحرام) (٢) متصلا بها بأن يحله حيث حبسه. و لفظه المروى: «اللهم إني أريد التمتع بالعمرة إلى الحج على كتابك و سنه نبيك (ص)، فإن عرض لى شىء يجسنى فحلنى حيث حبسنى لقدرك الذى قدّرت علىّ اللهم إن لم تكن حجّه فعمره، أحرم لك شعرى و بشرى و لحمى و دمى و عظامى و مخى و عصبى من النساء و الثياب و الطيب أبتغى بذلك وجهك و الدار الآخرة».

فى ما يكره فى الإحرام

(و يكره الإحرام فى) الثياب (السود) (٣)، بل مطلق الملونه بغير البياض كالحمراء (و المعصفره و شبهها) (٤)،...

(١) كما فى خبر يونس المتقدم، أو إذا شاهد الكعبه كما فى صحيح عمر بن يزيد، و لا تنافى لأن مشاهدته بيوت مكة تستدعى مشاهدته الكعبه لعلوها.

(٢) بأن يشترط أن يحله حيث حبسه سواء أحرم بعمره أو حج، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام الوارده فى كيفية الإحرام حيث قال فيها: (اللهم إني أريد التمتع بالعمرة إلى الحج على كتابك و سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم فإن عرض لى عارض يجسنى فحلنى حيث حبستنى لقدرك الذى قدّرت علىّ، اللهم إن لم تكن حجّه فعمره، أحرم لك شعرى و بشرى و لحمى و دمى و عظامى و مخى و عصبى من النساء و الثياب و الطيب، أبتغى بذلك وجهك و الدار الآخرة) (١)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت الإحرام و التمتع فقل: اللهم إني أريد ما أمرت به من التمتع بالعمرة إلى الحج، فيسير لى ذلك و تقبله منى، و أعنى عليه، و حلنى حيث حبستنى بقدرتك الذى قدّرت علىّ) (٢)، و خبر الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (المعتمر عمره مفرده يشترط على ربه أن يحله حيث حبسه) (٣).

(٣) لموثق الحسين بن مختار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: يحرم الرجل فى الثوب الأسود؟ قال: لا يحرم فى الثوب الأسود و لا يكفن به الميت) (٤)، و هو محمول على الكراهه عند الأصحاب.

(٤) المعصفر - كما فى مصباح المنير - نبت معروف، و عصفت الثوب صبغته بالعصفر فهو

ص: ٣٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الإحرام حديث ١.

و قيدها في الدروس بالمشبعه (١)، فلا- يكره غيره، و الفضل في البيض (٢) من القطن (٣)،(و النوم عليها) (٤) أى نوم المحرم على الفرش المصبوغة بالسواد، و العصفر و شبهها من الألوان،(و الوسخه) (٥) إذا كان الوسخ ابتداء، أما لو عرض -معصفر، و هو صبغ أحمر كما هو المعروف، و الكراهه لخبر أبان بن تغلب (سأل أبا عبد الله عليه السلام أخى و أنا حاضر عن الثوب يكون مصبوغا بالعصفر ثم يغسل، ألبسه و أنا محرم؟ فقال: نعم ليس في العصفر من الطيب، و لكن أكره أن تلبس ما يشهرك بين الناس)(١)، و للتعليل في الخبر جعل صاحب الجواهر - و شبهه - أى ما يفيد الشهره و لو زعفرانا أو ورسا بعد زوال ريحهما، ثم إن التعليل في الخبر لا يدل على كراهه مطلق الصبغ به بناء على عدم الشهره به إلا بالمشع منه، و لذا قال العلامة في المنتهى (لا بأس بالمعصفر في الثياب و يكره إذا كان مشبعا و عليه علماؤنا)، و قريب منه ما عن التذكرة.

(١) أى ذات اللون الشديد.

(٢) لما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال (خير ثيابكم البيض، فالبسوها أحياء كم، و كفنوا بها موتاكم)(٢)، و يؤيده صحيح معاوية بن عمار عن عبد الله عليه السلام (كان ثوبا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم اللذان أحرم فيهما يمانيين عبري و أظفار، و فيهما كفن)(٣)، و الظاهر أنهما من اللون الأبيض للقطع باستحباب ذلك في الكفن.

(٣) لما رواه الكليني مرسلًا (أحرم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في ثوبى كرسف)(٤) و الكرسف هو القطن كما فى مصباح المنير.

(٤) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (يكره للمحرم أن ينام على الفراش الأصفر و المرفقه الصفراء)(٥)، و المرفقه هى المخده، و قال فى المدارك (و كراهه الأصفر يقتضى كراهه الأسود بطريق أولى) لأن فيه إشباع لون أكثر.

(٥) لصحيح العلاء بن رزين عن أحدهما (عما) (عن الثوب الوسخ أ يحرم فيه المحرم؟ فقال:

لا، و لا أقول إنه حرام و لكن يطهره أحب إلى و طهره غسله)(٦)، و لو عرض له الوسخ فى أثناء الإحرام لم يغسل ما دام طاهرا، لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (لا-

ص: ٣٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام الملابس حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الإحرام حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الإحرام حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

فى أثناء الإحرام كره غسلها، إلا لنجاسه، (و المعلمه) (١) بالبناء للمجهول، و هى المشتمله على لون آخر يخالف لونها حال عملها كالثوب المحوك من لونين، أو بعده بالطرز و الصبغ.

(و دخول الحمام) (٢) حاله الإحرام، (و تلبيه المنادى) (٣) بأن يقول له:

«لييك»، لأنه فى مقام التلبيه لله، فلا يشرك غيره فيها بل يجيبه بغيرها من الألفاظ كقوله يا سعد، أو يا سعديك.

- يغسل الرجل ثوبه الذى يحرم فيه حتى يحلّ و إن توسخ، إلا أن تصيبه جنبه أو شىء فيغسله(١).

(١) لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن يحرم الرجل فى الثوب المعلم، و تركه أحبّ إلىّ إذا قدر على غيره) (٢)، و المعلم هو المشتمل على لون يخالف لونه ليعرف به، و هو يشمل ما لو كان معمولاً- كذلك من رأس كالمحوك من لونين، و ما لو كان بعد الحياكه بالطرز و الصبغ.

(٢) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لخبر عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن المحرم يدخل الحمام؟ قال: لا يدخل) (٣)، و قد حمل النهى على الكراهه جمعاً بينه و بين صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن يدخل المحرم الحمام، و لكن لا يتدلّك) ٤، و أما التدلّك فقد ورد النهى عنه فى الصحيح المتقدم و فى صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يغتسل؟ قال: نعم، يفيض الماء على رأسه و لا يدلّكه) (٤)، و لكن محمول على الكراهه للإجماع - كما فى الجواهر - على جوازه، بحيث لا يدمى و لا يسقط شعرا.

(٣) بأن يقول له لييك، لأنه فى مقام التلبيه لله فلا يشرك غيره فيها، و لصحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس للمحرم أن يلبى من دعاه حتى ينقضى إحرامه، قلت: كيف يقول؟ قال: يقول يا سعد) (٥)، و هو محمول على الكراهه للمرسل عن ابن عبد الله عليه السّلام (يكره للرجل أن يجيب بالتلبيه إذا نودى و هو محرم) ٧.

ص: ٣٥٦

١- (١) المصدر السابق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٩١ - من أبواب الإحرام حديث ١ و ٢.

(و أما التروك المعزّمه فتلا- ثون - صيد البر) (١)، و ضابطه (٢) الحيوان المحلل (١) يحرم على المحرم الاصطياد و الإثارة و الدلاله و الإغلاق و الذبح و الأكل منه سواء صاده محرم أو محل، و قال فى المدارك: (و هذا الحكم مجمع عليه بنى الأصحاب) لقوله تعالى: يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ (١) و قوله تعالى: وَ حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبُرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا (٢)، الدالان على حرمة اصطياده و أكله، و للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تستحلن شيئا من الصيد و أنت حرام، و لا- أنت حلال فى الحرم، و لا تدل عليه محلا و لا محرما فيصطاده، و لا تشر إليه فيستحل من أجلك، فإن فيه الفداء لمن تعمده) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تأكل من الصيد و أنت حرام و إن كان أصابه محل) (٤) و صحيح الحلبي الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (عن لحوم الوحش تهدى للرجل و هو محرم لم يعلم بصيده و لم يأمر به، أ يأكله؟ قال: لا) (٥).

و أما الدلاله و الاغلاق عليه و الإثارة فيستدل له بصحيح الحلبي الأول، كما أن صريحه لا يجوز الدلاله و أقسامها سواء كان لمحل أو محرم.

و أما الذبح فلموثق اسحاق عن جعفر عليه السلام (إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا ذبح المحرم الصيد فى غير الحرم فهو ميتة لا يأكل محل و لا محرم، و إذا ذبح المحل الصيد فى جوف الحرم فهو ميتة لا يأكله محل و لا محرم) (٥).

(٢) المراد من صيد البر هو صيد كل حيوان ممتنع بالأصالة، و هذا ما ذهب إليه المسالك و الجواهر و غيرهما، و ذهب المحقق إلى أنه الحيوان الممتنع و أشكل عليه بأنه يدخل فيه ما توحش من الأهلى و امتنع كالابل و البقر مع أن قتله جائز إجماعا كما عن المسالك، و يخرج منه ما استأنس من الحيوان البرى كالظبى مع أنه لا- يجوز قتله، و ذهب الأكثر إلى أنه الحيوان الممتنع المحلل الأكل، و يرد عليه أنه لا- يحرم قتل غير المأكول غير الثعلب و الأرنب و الضبّ و اليربوع و القنفذ و الزنبور، و نقل عن أبى الصلاح تحريم قتل جميع الحيوانات ما لم يخف منه أو يكن حيه أو عقربا أو فأره، و الاختلاف فى التعريف مسبب من أنه إذا قتل شيئا هل عليه جزاء أو لا، فما عليه فى قتله الجزاء فهو داخل فى صيد البر، و إلا فلا، و هذا سيأتى تفصيله فى أحكام الصيد.

١- (١) سورة المائدة الآية: ٩٥.

٢- (٢) سورة المائدة الآية: ٩٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحرام حديث ٣ و ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

الممتنع بالأصالة. و من المحرّم: الثعلب و الأرنب و الضبّ و اليربوع و القنفذ و القملّ و الزنبور و العطاءه، فلا يحرم قتل الأنعام و إن توحشت، و لا صيد الضبع و النمر و الصقر و شبهها من حيوان البر، و لا الفأره و الحيه و نحوهما و لا يختص التحريم بمباشره قتلها، بل يحرم الإعانه عليه، (و لو دلالة) عليها، (و إشاره) إليها بأحد الأعضاء و هى أخص من الدلالة.

و لا- فرق فى تحريمها على المحرم بين كون المدلول محرما و محلا، و لا بين الخفيه و الواضحه، نعم لو كان المدلول عالما به بحيث لم يفده (١) زياده انبعث عليها فلا حكم لها (٢)، و إنما أطلق المصنف صيد البر مع كونه مخصوصا بما ذكر تبعا للآيه، و اعتمادا على ما اشتهر من التخصيص.

(و لا يحرم صيد البحر (٣)، و هو ما يبيض و يفرخ) معا (فيه) (٤)، لا إذا تخلف أحدهما و إن لازم الماء كالبط، و المتولد بين الصيد و غيره يتبع الاسم، فإن (١) أى ذلك الصادر من المحرم لم يفد المدلول شيئا عن الصيد لأنه عالم به.

(٢) قال فى الجواهر (الظاهر اختصاص الحكم بما هو المنساق من النص و الفتوى من كون الإشاره و الدلاله مسيبه للصيد، فلا تحرم دلالة من يرى الصيد بحيث لا يفيد ذلك شيئا، و لا دلالة من لا يريد الصيد، كما صرح به غير واحد).

(٣) بلا خلاف فيه، لصحيح حريز عمن أخبره عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن يصيد المحرم السمك، و يأكل مالحة و طريه و يتزود، قال الله أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ قَالَ: مالحة الذى تأكلون و فضل ما بينهما، كل طير يكون فى الآجام يبيض فى البرّ و يفرخ فى البرّ فهو من صيد البحر) (١)، و صحيح معاويه عن أبى عبد الله عليه السّلام (- إلى أن قال - كل طير يكون فى الآجام يبيض فى البرّ و يفرخ فى البرّ فهو من صيد البرّ، و ما كان من الطير يكون فى البحر و يفرخ فى البحر فهو من صيد البحر) ٢.

(٤) قال الشارح فى المسالك (كون الماء محلا- للفرخ و البيض، فما يبيض و يفرخ فى البرّ صيد البرّ و إن لانزم الماء كالبط، فمحل البيض هو المعيار لمن يتردد إليهما) و هو مما لا خلاف فيه - كما فى الجواهر - للنصوص السابقه.

ص: ٣٥٨

انتفيا عنه (١) و كان ممتنعا فهو صيد إن لحق بأحد أفراده،

في حرمه النساء والاستمناء لبس المخيط و عقد الرداء

(و النساء بكل استمتاع) من الجماع و مقدماته (٢)(حتى العقد) (٣)،(و لا) الشهاده عليه (٤) و إقامتها و إن (١)أى فإذا انتفى الاسمان عن المتولد و كان ممتنعا بحسب الأصل فهو صيد لانطباق صيد البر عليه.

(٢)أما الوطاء فبلا- خلافاً فيه، لقوله تعالى: **فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ** (١) و الرفث هو الجماع، ففي صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أحرمت فعليك بتقوى الله و ذكر الله، و قله الكلام إلا بخير، فإن إتمام الحج و العمره أن يحفظ المرء لسانه إلا- من خير كما قال الله عز و جل، فإن الله يقول **فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ** ، فالرفث الجماع و الفسوق الكذب و السباب، و الجدل قول الرجل لا و الله و بلى و الله(٢).

و أما مقدمات الجماع فلخبر أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام (يا أبا سيار إن حال المحرم ضيقه، إن قبل امرأته على غير شهوه و هو محرم فعليه دم شاه، و إن قبل امرأته على شهوه فأمنى فعليه جزور و يستغفر الله، و من مس امرأته و هو محرم على شهوه فعليه دم شاه، و من نظر إلى امرأته نظر شهوه فأمنى فعليه جزور، و إن مس امرأته أو لازمها من غير شهوه فلا- شىء عليه(٣) ، و يستفاد منه حرمه التلذذ بالنساء مطلقا و لذا حرم النظر بشهوه و إن لم يمنى.

(٣)لنفسه أو لغيره بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للمحرم أن يتزوج و لا يزوج، فإن تزوج أو زوج محلا فتزويجه باطل)(٤).

(٤)سواء كان العقد بين محلين أو محرمين، أو مختلفين، بلا خلاف فيه، لمرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم لا ينكح و لا ينكح و لا يشهد، فإن نكح فنكاحه بطل)(٥) ، و مرسل ابن أبي شجرة عن أبي عبد الله عليه السلام (فى المحرم يشهد على نكاح محلين، قال: لا يشهد)٦، نعم إذا كان العقد بين محلين فلا يبطل بشهادة المحرم عليه لأنه لا يعتبر فيه الشهاده.

ص: ٣٥٩

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٥- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٧ و ٥.

تحملها محلا (١)، أو كان العقد بين محلين (٢)، (و الاستمنا) (٣) و هو استدعاء المنى بغير الجماع، (و لبس المخيط) (٤) و إن قَلَّت الخياطه، (و شبهه) مما أحاط (٥) كالدرع (٦) المنسوج و اللبد المعمول كذلك (٧)، (و عقد الرداء) (٨)...

(١) أى يحرم عليه الشهاده على العقد لو تنازع الزوجان فى وقوع العقد و عدمه، فلا يجوز له الشهاده و إن تحملها و هو محل، و قال فى المدارك (و المشهور عموم المنع لكن دليله غير واضح).

(٢) استوجه العلامه فى التذكره اختصاص التحريم هنا بعقد وقع بين محرمين أو محرم و محل، و حكى عنه ولده فى شرح القواعد (إن ذلك هو المقصود من كلام الأصحاب)، و نفى عنه البأس فى المدارك قصرا لما خالف الأصل على موضع الوفاق إن تم، و إلا اتجه عدم التحريم مطلقا.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يعبث بامرأته حتى يمنى و هو محرم من غير جماع، أو يفعل ذلك فى شهر رمضان، فقال: عليهما جميعا الكفاره مثل ما على الذى يجامع) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام (ما تقول فى محرم عبث بذكره فأمنى؟ قال: أرى عليه مثل ما على من أتى أهله و هو محرم، بدنه و الحج من قابل) (٢).

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) بالبدن، نقل الشهيد فى الدروس عن ابن الجنيد أن حرمه المخيط من حيث كونه ضاما بالبدن، و قد عرفت سابقا أنه لا نهى عن المخيط حتى يكون من باب الضام بالبدن أو لا، و إنما وردت النصوص بالنهى عن الثوب و سراويل و نحوه مما تقدم ذكره.

(٦) و هو كل ثوب يمكن أن تدخل فيه اليدان و كذا المدرعه، و هو ثوب يلبس فوق القميص و فوق جميع الثياب، و لا يبعد صدقه على العباء المتعارف الآن كما عن البعض.

(٧) أى مما أحاط، و الملبد هو الملحق ببعضه ببعضه لا على نحو النسج و لا على نحو الخياطه.

(٨) لموثق سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المحرم يعقد إزاره فى عنقه؟ قال:

لا) (٣)، و حملها سيد المدارك على الكراهه لقصورها من حيث السند عن إثبات التحريم، و ضعفه ظاهر إذ الحجية لموثوق الصدور.

ص: ٣٦٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

و تخليله (١) و زرّه (٢) و نحو ذلك (٣)، دون عقد الإزار (٤) و نحوه (٥) فإنه جائز، و يستثنى منه (٦) الهميان (٧) فعفى عن خياطته،

في حرمة الطيب

(و مطلق الطيب) (٨) و هو الجسم ذو (١)التخليل هو جمع طرفيه، و ذهب إلى الحرمة العلامه فى التذكرة و الشارح فى المسالك لأنه خياطه أو ملحق بها.

(٢)للنهى عن زرّ الثوب الذى يدخل فيه الرداء، و النهى فى أخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تلبس و أنت تريد الإحرام ثوبا تزره)(١).

(٣)مما هو ملحق بالخياطه.

(٤)قال فى المدارك (قال فى المنتهى يجوز للمحرم أن يعقد إزاره عليه لأنه يحتاج إليه لستر العوره فيباح كاللباس للمرأة و هو حسن).

(٥)كالتخليل.

(٦)من المخيط.

(٧)قال فى المنتهى (جواز لبس الهميان قول جمهور العلماء)، للأخبار منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يصير الدراهم فى ثوبه؟ قال: نعم، و يلبس المنطقه و الهميان)(٢)، و يجوز شده على وسطه كما فى معتبره يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السّلام (المحرم يشدّ الهميان فى وسطه؟ فقال: نعم، و ما خيره بعد نفقته)٣.

(٨)أما أنه يحرم على المحرم الطيب شمًا و أكلا فهو فى الجمله موضع وفاق، و إنما الخلاف فيما يحرم من الطيب فذهب المفيد و المرتضى و ابن بابويه و الشيخ فى موضع من المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه و ولده و الشهيدان إلى تحريم الطيب بأنواعه، و ذهب الشيخ فى التهذيب إلى أنه يحرم المسك و العنبر و الزعفران و الورس، و أضاف فى النهايه و الخلاف إلى هذه الأربعة العود و الكافور.

و استدل القائلون بالتعميم بالأخبار الكثيره على ذلك منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تمسّ شيئا من الطيب و لا من الدهن فى إحرامك، و اتق الطيب فى طعامك، و امسك على أنفك من الرائحة الطيبه، و لا تمسك عنه من الريح المنتنه، فإنه لا ينبغى للمحرم أن يتلذذ بريح طيبه)(٣).

و احتج الشيخ فى التهذيب على وجوب اجتناب الأنواع الأربعة خاصه بصحيح معاوية بن -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٤.
- ٣- (٤) الوسائل باب - ١٨ - من أبواب تروك الاحرام حديث ٥.

الريح الطيبه المتخذ للشم غالبا غير الرياحين (١) كالمسك و العنبر و الزعفران و ماء الورد و خرج بقاء الاتخاذ للشم ما يطلب منه الأكل (٢)،...

-عمار الآخر عن أبي عبد الله عليه السّلام (إنما يحرم عليك من الطيب أربعة أشياء: المسك و العنبر و الزعفران و الورد، غير أنه يكره للمحرم الأدهان الطيبه الريح) (١)، و صحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السّلام (الطيب المسك و العنبر و الزعفران و العود) ٢، و خبر عبد الغفار عن أبي عبد الله عليه السّلام (الطيب و المسك و العنبر و الزعفران و الورد، و خلوق الكعبه لا بأس به) ٣، و ظاهر هذه الأخبار حصر الطيب بهذه المذكورات، و إن كان الأحوط الاجتناب عن مطلق الطيب، نعم هذه الروايات المفصلة لم تتعرض لذكر الكافور مع أنه يحرم على المحرم الميت بالاتفاق فعلى الحي من باب أولى.

ثم إن الطيب قد عرفه الشارح فى المسالك (بأنه الجسم ذو الريح الطيبه، المتخذ للشم غالبا غير الرياحين، كالمسك و العنبر و الزعفران و ماء الورد و الكافور) و عرّفه العلامة (بأنه ما تطيب رائحته و يتخذ للشم كالمسك و العنبر و الكافور و الزعفران و ماء الورد و الأدهان الطيبه كدهن البنفسج و الورد) و عرّفه الشهيد بأنه (كل جسم ذى ريح طيبه بالنسبه إلى معظم الأمزجه، أو إلى مزاج المستعمل له غير الرياحين)

(١) فهو خروج موضوعى لعدم صدق الطيب عليه، أما أنه محرم شمه أو لا فقد وقع الخلاف فيه، فعن صاحب الحدائق و سيد المدارك حرّمته، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تمس الرياحان و أنت محرم) (٢)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله (لا يمسّ المحرم شيئا من الطيب و لا الرياحان و لا يتلذذ به) ٥، و عن المحقق و العلامة و الحلى و نسب إلى الإسكافى أيضا الكراهه جمعا بينها و بين صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس أن تشم الأخير و القيصوم و الخزامى و الشيخ و أشباهه و أنت محرم) (٣) بناء على أن المراد من أشباهه ما يعم الرياحين، و فيه: إن المراد به مطلق نبات الصحراء كما عن المدارك، فالأحوط الاجتناب عنه.

(٢) كالتفاح و الأترج، للأخبار منها: خبر عمار الساباطى عن أبي عبد الله عليه السّلام عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يتخلل؟ قال: نعم لا بأس، قلت له: يأكل الأترج؟ قال:

نعم، قلت له: فإن له رائحه طيبه فقال: إن الأترج طعام و ليس هو من الطيب) (٤).

ص: ٣٤٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٨ و ١٥ و ١٦.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١٠ و ١١.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

أو التداوى (١) غالباً كالقرنفل، و الدارصيني و سائر الأباير الطيبه فلا يحرم شمه، و كذا ما لا يثبت للطيب كالقوتنج و الحناء و العصفور و أما ما يقصد شمه من النبات الرطب كالورد و الياسمين فهو ريحان.

و الأقوى تحريم شمه أيضا (٢). و عليه المصنف فى الدروس، و ظاهره هنا عدم التحريم، و استثنى منه الشيخ و الخزامى و الإذخر و القيصوم (٣) إن سميت ريحانا، و نبه بالإطلاق على خلاف الشيخ حيث خصه بأربعه: المسك و العنبر و الزعفران و الورد و فى قول آخر له بسنه بإضافه العود و الكافور إليها. و يستثنى من الطيب خلوق الكعبه (٤) و العطر فى المسعى (٥)، (و القبض من كريبه الرائحة) (٦)، (١) لخروجه عن اسم الطيب لغه و عرفا.

(٢) كالطيب، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) لصحيح معاويه بن عمار المتقدم.

(٤) لصحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن خلوق الكعبه و خلوق القبر يكون فى ثوب الإحرام فقال: لا بأس به، هما طهوران) (١) و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يصيب ثوبه زعفران الكعبه و هو محرم، فقال: لا بأس و هو طهور، فلا تتقه أن يصيبك) ٢، و مثله غيره، و الخلق هو ضرب من الطيب كما فى القاموس، و عن النهايه أنه طيب معروف مركب من الزعفران و غيره من أنواع الطيب و تغلب عليه الحمره أو الصفره.

(٥) لصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لا بأس بالريح الطيبه فيما بين الصفا و المروه من ريح العطارين، و لا يمسك على أنفه) (٢).

(٦) فالمشهور حرمه إمساك الأنف عن شمها بل عن الغنيه ففى الخلاف فيه للأخبار منها:

صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (المحرم إذا مرّ على جيفه فلا يمسك على أنفه) (٣) و صحيح معاويه بن عمار المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و أمسك على أنفك من الرائحة الطيبه و لا تمسك عنه من الريح المتنته) (٤).

ص: ٣٦٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

لكن لو فعل فلا شيء عليه (١) الإثم، بخلاف الطيب (٢).

في حرمه الاكتحال والادهان والجدال والفسوق والنظر في المرأة وإخراج الدم

(و الاكتحال بالسواد (٣) و المطيب) (٤)، لكن لا فديه في الأول (٥)، و الثاني من أفراد الطيب (٦) (و الادهان) (٧)...

(١) للأصل.

(٢) و سيأتي في أحكام الكفارات إنشاء الله تعالى.

(٣) كما عن المفيد و الشيخ و سلار و ابن إدريس و ابن الجنيد و غيرهم أنه محرم للأخبار منها:

صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكتحل الرجل و المرأة المحرمان بالكحل الأسود إلا من عله) (١)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تكتحل المرأة المحرمة بالسواد، إن السواد زينته) ٢، و عن الشيخ في الخلاف و ابن زهره في الغنيه و المحقق في النافع أنه مكروه لخبر هارون بن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكحل المحرم عينيه بكحل فيه زعفران، و ليكحل بكحل فارسي) (٢)، بناء على إرادته الكحل الأسود من الكحل الفارسي كما قيل.

(٤) على المشهور، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن تكتحل و أنت محرم بما لم يكن فيه طيب يوجد ريحه، فأما الزينه فلا) (٣)، و مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتكى المحرم عينه فليكتحل بكحل ليس فيه مسك و لا طيب) (٤).

و عن الإسكافي و الشيخ في الجمل و القاضي ابن البراج أنه مكروه للأصل بعد الزعم بخروج الاكتحال بالمطيب عن استعمال الطيب عرفا: و فيه: إن لو سلم فالنص الخاص هنا كاف.

(٥) قال في الجواهر (و على كل حال ففي المسالك لا فديه فيه على القولين و لعله للأصل).

(٦) قال في الجواهر (ثم إن فديته فديه الطيب على الظاهر كما صرح به في المسالك).

(٧) فالادهان بما فيه طيب حال الإحرام بلا- خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تمس شيئا من الطيب و أنت محرم و لا- من الدهن) ٦، بل يحرم عليه الأدهان به قبل الإحرام إذا بقي أثره إلى حين الإحرام للأخبار منها:-

ص: ٣٦٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٨ و ٩.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

بمطيب و غيره اختيارا (١) ولا- كفاره في غير المطيب منه (٢)، بل الإثم، (و يجوز أكل الدهن غير المطيب) إجماعا (٣) (و) الجدل (٤)، و هو قول لا و الله و بلى و الله، -صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تدهن حين تريد أن تحرم بدهن فيه مسك و لا عنبر، من أجل أن رائحته تبقى فى رأسك بعد ما تحرم، و ادهن بما شئت من الدهن حين تريد أن تحرم، فإذا أحرمت فقد حرم عليك الدهن حتى تحل) (١).

و أما الادهان بما ليس فيه طيب فحال الإحرام محرّم على المحرم، للأخبار و قد تقدم بعضها، و منها يعرف جواز الادهان بما ليس فيه طيب قبل الإحرام.

(١) لأنه يجوز فى حال الاضطرار بشرط أن لا يكون الدهن فيه طيب، للأخبار منها:

صحيح ابن مسلم عن أحدهما (عما) (سألته عن محرم تشققت يدها، قال: يدهنهما بزيت أو سمن أو إحاله) (٢) و صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا خرج بالمحرم الجراح أو الدمّل فليبطه و ليداوه بسمن أو زيت) (٣) الظاهرين فى حال الاضطرار.

(٢) قال فى المدارك (و لو أدهن بغير المطيب فعل حراما و لا- فديه فيه، للأصل السالم من المعارض، أما المطيب فقال فى المنتهى: إنه تجب الفديه باستعماله و لو اضطر إليه، لصحيح معاوية بن عمار (فى محرم كانت به قرصه فداواها بدهن بنفسج قال: إن كان فعله بجهاله فعليه طعام مسكين، و إن كان تعمدا فعليه دم شاه يهريقه) (٣) انتهى.

(٣) للأصل السالم عن المعارض، نعم أكل الدهن المطيب فهو من أفراد الطيب فيلحقه حكمه بالكفاره و الحرمة.

(٤) بلا- خلاف فيه، لقوله تعالى: فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ (٤)، و للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فالرفث الجماع و الفسوق الكذب و السباب، و الجدل قول الرجل لا و الله و بلى و الله) (٥) و صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (الرفث جماع النساء، و الفسوق الكذب و المفاخره، و الجدل قول الرجل لا و الله و بلى و الله) (٧)، و قال سيد المدارك (و يستفاد من هذه الروايات انحصار الجدل فى هاتين الصيغتين، و قيل يتعدى إلى كل ما يسمى يمينا،-

ص: ٣٤٥

١- (١) المصدر السابق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.

٤- (٥) سورة البقره الآيه: ١٩٧.

٥- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٤.

وقيل: مطلق اليمين، و هو خيره الدروس. و إنما يحرم مع عدم الحاجه إليه فلو اضطر إليه لإثبات حق، أو نفي باطل فالأقوى جوازه (١)، و لا كفاره.

(و الفسوق (٢) و هو الكذب) مطلقا (٣) (و السباب) للمسلم، و تحريمهما ثابت فى الإحرام و غيره، و لكنه فيه أكد كالصوم و الاعتكاف و لا كفاره فيه سوى الاستغفار (٤) - و اختاره الشهيد فى الدروس، و لعل مستنده قول الصادق عليه السلام فى صحيحه معاويه بن عمار (إن الرجل إذا حلف ثلاثه أيمان فى مقام ولاء، و هو محرم فقد جادل و عليه حد الجدال دم يهريقه و يتصدق به) (١)، و هو ضعيف لأنه هذا الإطلاق غير مناف للحصر المتقدم).

(١) لحديث الرفع (٢) الموجب لعدم الكفاره، و احتمال فى الجواهر ثبوتها لأن الكفاره من باب الأسباب.

(٢) بلا- خلاف فيه، لقوله تعالى: فَلَا رَفْتَ وَ لَا فُسُوقَ (٣)، و للأخبار قد تقدم بعضها فى الجدال، و إنما الكلام فى المراد منه، فقال جماعه منهم الشيخ و الصدوقان و المحقق إن الفسوق هو الكذب للأخبار منها: خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام (أما الرفث فالجماع، و أما الفسوق فهو الكذب ألا تسمع لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَنْ تُصِيبُوا قَوْمًا بِجَهَالَةٍ و الجدال هو قول الرجل لا و الله و بلى و الله و سباب الرجل الرجل) (٤)، و خبر معاويه بن عمار المروى فى تفسير العياشى عن أبى عبد الله عليه السلام (فالرفث الجماع و الفسوق الكذب و الجدال قول الرجل لا و الله و بلى و الله) (٥).

و عن المرتضى و ابن الجنيد و جمع من الأصحاب أنه الكذب و السباب لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و الفسوق الكذب و السباب) (٥)، و عن ابن زهره و ابن البراج أنه الكذب على الله و رسوله و الأئمه عليهم السلام، و قال فى الجواهر (لم نعتزلهم على دليل).

(٣) سواء كان على الله أو على رسوله و الأئمه أو على غيرهم.

(٤) لصحيح الحلبي و محمد بن مسلم، هذا فى روايه الفقيه، و أما فى روايه الكافى فعن الحلبي فقط قال- لأبى عبد الله عليه السلام (أ رأيت من ابتلى بالفسوق ما عليه؟ قال: لم يجعل الله له حدا، يستغفر الله و يلتبى) (٤).

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

٣- (٣) سوره البقره الآيه: ١٩٧.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٨ و ٩.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٢.

(و النظر في المرآه) (١) بكسر الميم و بعد الهمزه ألف و لا فديه له (٢) (و إخراج الدم (٣) (١) على الأكثر، لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا- تنظر في المرآه و أنت محرم، فإنه من الزينه) (١) و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تنظر في المرآه و أنت محرم لأنه من الزينه) ٢، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تنظر المحرم في المرآه لزينه، فإن نظر فليتب) ٣.

و عن الشيخ في الخلاف و ابن حمزه و المحقق في النافع أنه مكروه، و قال في الجواهر (لا- داعى إلى حمل النهى فيها على الكراهه).

(٢) كما صرح بذلك في المسالك للأصل السالم عن المعارض.

(٣) يحرم كما هو قول الشيخين في المقنعه و النهايه، و هو قول المرتضى و ابن إدريس و العلامه و الشهيدان للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (كيف يحك رأسه؟ فقال: بأظفيره ما لم يدم أو يقطع الشعر) (٢) ، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يستاك؟ قال: نعم و لا يدمى) ٥، و صحيح الحلبي الآخر عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يحتجم؟ قال: لا إلا أن لا يجد بدا فليحتجم و لا يحلق مكان المحاجم) (٣) و خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يحتجم؟ قال: لا- إلا- أن يخاف التلف و لا يستطيع الصلاه فقال: إذا أذاه الدم فلا بأس به و يحتجم و لا يحلق الشعر) ٧.

و عن الشيخ في الخلاف و المحقق في الشرائع و سيد المدارك الكراهه للجمع بين ما تقدم و بين صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا- بأس بأن يحتجم المحرم ما لم يحلق أو يقطع الشعر) (٤) و فى الخبر (احتجم الحسن بن على عليه السّلام و هو محرم)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (المحرم يستاك؟ قال: نعم، قلت: فإن أدمى يستاك؟ قال: نعم هو السنه) (٥)، و هذه الأخبار كما يمكن حملها على الكراهيه لخبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يحتجم؟ قال: لا أحبه) (٦)، و هو ظاهر فى الكراهه، فيمكن حملها على الضروره كما هو صريح الطائفه الأولى و هو الأقوى.

ص: ٣٦٧

- ١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٣ و ٤.
- ٢- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٣.
- ٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٣.
- ٤- ((٨ و ٩) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥ و ٧.
- ٥- ((١٠) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.
- ٦- ((١١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

(اختياراً) و لو بحك الجسد و السواك، و الأقوى أنه لا فديه له (١) و احترز بالاختيار عن إخراجِه لضروره كِبْط جرح، و شقّ دمل، و حجامه، و فصد عند الحاجه إليها فيجوز إجماعاً.

في حرمه قلع الضرس و إزاله الشعر

(و قلع الضرس) (٢) و الروايه مجهوله مقطوعه، و من ثم أباحه جماعه خصوصاً مع الحاجه. نعم يحرم من جهه إخراج الدم، و لكن لا- فديه له، و في روايته أن فيه شاه، (و قصّ الظفر) (٣)، بل مطلق إزالته، أو بعضه اختياراً، فلو انكسر فله (١) للأصل السالم عن المعارض، و عن الدروس (و فديه إخراج الدم شاه ذكره بعض أصحاب المناسك، و قال الحلبي في حك الجسم حتى يدمى مدّ طعام مسكين)، و قال في الجواهر (و لم يحضرنى دليله بالخصوص)، هذا كله مع عدم الضروره و أما معها فقال في التذكرة (إنه جائز بلا خلاف و لا فديه فيه إجماعاً)، بل ظاهر خبر الصيقل المتقدم أنه لا شيء عليه.

(٢) كما عن الشيخ في التهذيب و النهايه و المبسوط و ابن البراج في المهذب، لخبر محمد بن عيسى عن عده من أصحابنا عن رجل من أهل خراسان (أن مسأله وقعت في الموسم لم يكن عند مواليه فيها شيء، محرم قلع ضرسه، فكتب عليه السلام: يهريق دماً) (١)، و بالانصراف يحمل على الشاه لو أخذ بها.

و ذهب جماعه منهم ابن الجنيد و الصدوق نفى البائس عن قلع الضرس، لخبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المحرم يؤذيه ضرسه، أ يقلعه؟ قال: نعم لا بأس به) (٢)، مع استضعاف مستند التحريم.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (من قلم أظفيره ناسياً أو ساهياً أو جاهلاً فلا شيء عليه، و من فعله متعمداً فعليه دم) (٣)، و موثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (سألت عن رجل نسي أن يقلّم أظفاره عند إحرامه قال: يدعها، قلت: فإن رجلاً من أصحابنا أفتاه بأن يقلّم أظفاره و يعيد إحرامه ففعل، قال: عليه دم يهريقه) (٤).

ص: ٣٤٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٢.

أزالته (١) و الأقوى أن فيه الفديه كغيره للروايه.

(و إزالة الشعر) (٢) بحلق و نتف و غيرهما مع الاختيار، فواضطر (٣) كما لو -هذا و الاستفادة من هذه النصوص هو الأعم من القص فيكون المدار على مطلق الإزاله، و هي ظاهره في الاختيار.

(١)أى إزالة المكسور عند الضروره و الأذيه و عليه الفديه كما فى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المحرم تطول أظفاره أو ينكسر بعضها فيؤذيه، قال: لا يقصّ منها شيئاً إن استطاع، فإن كانت تؤذيه فليقصها و ليطعم مكان كل ظفر قبضه من طعام)(١).

(٢)قليله و كثيره، من الرأس و اللحيه و سائر البدن، سواء كان بالحلق و القص أو النتف أو النوره أو غيرها بلا خلاف فى ذلك كله، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (من حلق أو نتف إبطه ناسيا أو ساهيا أو جاهلا فلا شىء عليه، و من فعله متعمدا فعليه دم)(٢)، و صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا نتف الرجل ابطينه بعد الإحرام فعليه دم)(٣)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المحرم كيف يحك رأسه؟ قال: بأظفيره ما لم يدم أو يقطع الشعر)(٤)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المحرم يحتجم، قال: لا- إلا- أن لا- يجد بدا فليحتجم، و لا- يحلق مكان المحاجم)(٥).

(٣)فمع الاضطرار فلا إثم فيه، لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (مرّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على كعب بن حجره الأنصارى، و القمل يتناثر من رأسه، فقال: أ تؤذيك هوأمك؟ فقال: نعم، قال: فأنزلت هذه الآية فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِئْدِيهِ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صِدْقَةٍ أَوْ نُسُكٍ، فأمره رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فحلق رأسه و جعل عليه الصيام ثلاثة أيام، و الصدقه على سته مساكين، لكل مسكين مدان، و النسك شاه)(٦)، هذا و قال العلامة فى المنتهى: (لو كان له عذر من مرض أو وقع فى رأسه قمل أو غير ذلك من أنواع الأذى جاز له الحلق إجماعا، للآيه و الأحاديث السابقه، ثم ينظر فإن كان الضرر اللاحق به من نفس الشعر فلا فديه عليه، كما لو نبت فى عينه أو نزل شعر حاجبيه-

ص: ٣٤٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

نبت في عينه جاز إزالته ولا شيء عليه، ولو كان التأذى بكثرتة، لحر، أو قمل جاز أيضا لكن يجب الفداء، لأنه محل المؤذى، لا نفسه (١) و المعبر إزالته بنفسه، فلو كشط جلده عليها شعر فلا شيء في الشعر (٢)، لأنه غير مقصود بالإبانه.

في حرمة تغطيه الرأس للرجل و ستر الوجه للمرأة

(و تغطيه الرأس (٣) للرجل) بثوب و غيره حتى بالطين و الحناء و الارتماس -بحيث يمنعه الإبصار، لأن الشعر أضرب به فكان له إزاله ضرره كالصيد إذا صال عليه، و إن كان الأذى من غير الشعر لكن لا- يتمكن من إزاله الأذى إلا بحلق الشعر كالقمل و القروح برأسه و الصداع من الحر بكثرة الشعر وجبت الفديه، لأنه قطع الشعر لإزاله ضرر عنه فصار كما لو أكل الصيد للمخمصه.

لا يقال: القمل من ضرر الشعر، و الحر سببه كثره الشعر فكان الضرر منه أيضا لأننا نقول: ليس القمل من الشعر، و إنما لا يمكنه المقام إلا بالرأس ذى الشعر، فهو محل لا سبب، و كذلك الحر من الزمان، لأن الشعر يوجد في البرد و لا يتأذى به، فقد ظهر أن الأذى في هذين النوعين ليس من الشعر) انتهى، و قريب منه ما في الدروس و كشف اللثام و غيرهما، لكن في المدارك استشكل في ذلك لإطلاق الآية الشريفة فإذا كانت الإزاله بسبب المرض للأذى في الرأس فالمتجه لزوم الفديه، و أما ما كان لغير ذلك فالأصل عدم الفديه.

(١) أى لا نفس الشعر هو المؤذى.

(٢) قال في الجواهر (لخروجه عن مفهوم الإزاله فضلا عن القص و القلم و الحلق و النتف).

(٣) بلا- خلاف، للأخبار منها: خبر عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (المحرمة لا تنتقب لأن إحرام المرأة في وجهها، و إحرام الرجل في رأسه) (١)، و صحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام (الرجل المحرم يريد أن ينام يغطي وجهه من الذباب؟ قال: نعم، و لا يخمر رأسه) (٢)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (عن محرم غطى رأسه ناسيا، قال: يلقي القناع عن رأسه و يلبى و لا شيء عليه) (٣)،

هذا و إطلاق النصوص يقتضى عدم الفرق بين الستر بالمتعارف و المعتاد أو بغيرهما كالطين و الحناء و حمل متاع يستره، و قال سيد المدارك (و هو غير واضح لأن المنهى عنه في الروايات المعتبره تخمير الرأس و وضع القناع عليه و الستر بالثوب لا مطلق الستر، مع أن النهى لو تعلق به لوجب حمله على ما هو المتعارف منه و هو الستر بالمعتاد)، و قد عرفت-

ص: ٣٧٠

و حمل متاع يستره، أو بعضه. نعم يستثنى عصام القربه (١)، و عصابه الصداع (٢) و ما يستر منه بالوساده (٣)، و فى صدقه باليد وجهان (٤)، و قطع فى التذكرة بجوازه، و فى الدروس جعل تركه أولى. و الأقوى الجواز لصحيحه معاويه بن عمار، و المراد بالرأس هنا منابت الشعر (٥)...

-الاطلاق بل وقع الاتفاق على حرمة الارتماس مع أنه تغطيه للرأس بغير المتعارف، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يترمس المحرم فى الماء) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا ترمس فى ماء تدخل فيه رأسك) ٢.

ثم لا فرق بين تغطيه تمام الرأس أو بعضه كما صرح به الفاضل و الشهيد و غيرهما لأن النهى فى الأخبار المتقدمه يشمل تغطيه بعضه كما يشمل تغطيه تمامه.

(١) من دون خلاف كما فى الجواهر، لصحيح ابن مسلم (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن المحرم يضع عصام القربه على رأسه إذا استسقى؟ قال: نعم) (٢)، و قال فى مصباح المنير (و عصام القربه رباطها و سيرها الذى تحمل به).

(٢) لصحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن يعصب الرجل المحرم رأسه من الصداع) (٣).

(٣) أى من الرأس، قال فى التذكرة (لأن المتوسد يطلق عليه عرفاً أنه مكشوف الرأس).

(٤) أى صدق التغطيه فيما لو ستر رأسه بيده أو ببعض أعضائه فاستظهر الجواز فى المدارك و هو مختار العلامه فى المنتهى و غيره، و استشكله فى التحرير، و جعل فى الدروس تركه أولى، و دليل الجواز لعدم صدق الستر به و لذا لو وضع يده على فرجه فى الصلاه فلا- يعتبر مستور العوره، و لأنه مأمور بوجوب مسح الرأس باليد فى الوضوء المقتضى لستره باليد فى الجملة، و لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يضع المحرم ذراعه على وجهه من حرّ الشمس، و قال: لا بأس أن يستر بعض جسده ببعض) (٤)، و أما دليل المستشكل لاحتمال صدق الستر مع الائتزام بكون مسح اليد على الرأس فى الوضوء مخصصاً، و هو ضعيف مع وجود هذا الصحيح.

(٥) قال فى المدارك (ذكر جمع من الأصحاب أن المراد بالرأس هنا منابت الشعر خاصه حقيقه

ص: ٣٧١

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣ و ١.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

حقيقه، أو حكما (١)، فالأذنان ليستا منه، خلافا للتحرير.

(و) تغطيه (الوجه) (٢)، أو بعضه (٣) (للمرأه)، و لا تصدق (٤) باليد كالرأس، و لا بالنوم عليه، و يستثنى من الوجه ما يتم به ستر الرأس (٥) لأن مراعاة الستر - أو حكما، و ظاهرهم خروج الاذنين منه، و به صرح الشارح قدس سره، و استوجه العلامه فى التحرير تحريم سترهما، و هو متجه لما رواه الكليني فى الصحيح عن عبد الرحمن. و الظاهر أنه ابن الحجاج. قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن المحرم يجد البرد فى أذنيه يغطيها؟ قال: لا (١).

(١) كما لو كان أصلع أو أقرع.

(٢) بلا- خلايف فيه، للأخبار منها: خبر عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه (عما) (المحرمه لا- تنتقب، لأن إجماع المرأه فى وجهها و إجماع الرجل فى رأسه) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (مرّ أبو جعفر عليه السلام بامرأه متنقبه و هى محرمه فقال: أحرمتى و اسفرتى و أرضى ثوبك من فوق رأسك، فإنك إن تنقبت لم يتغير لونك، قال رجل: إلى أين ترضيه؟ قال: تغطى عينها، قلت: تبلغ فمها؟ قال: نعم) (٣)، و خبر أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام (مرّ أبو جعفر عليه السلام بامرأه محرمه قد استترت بمروحه فأماط المروحه بنفسه عن وجهها) ٤.

هذا و يجوز وضع اليدين عليه و جواز نومها على وجهها لعدم تناول الأخبار لذلك، ثم إن الأصحاب قد جوزوا لها سدل ثوبها من فوق رأسها على وجهها إلى طرف الأنف كما سيأتى.

(٣) لخبر عبد الله بن ميمون المتقدم المانع عن النقاب، و هو يستر بعض الوجه.

(٤) أى التغطيه.

(٥) قال الشارح فى المسالك، و لقد أجاد فيما أفاد: (قد اجتمع فى المرأه فعلا و اجبان متنافيان فى الحدود، و هما الوجه فإنه يجب كشفه، و الرأس فإنه يجب ستره، و لا- مفصل محسوس بينهما، و مقدمه الواجب متعارضه فيهما، و الظاهر أن حق الرأس مقدم لأن الستر أحوط من الكشف و لأن حق الصلاة أسبق) انتهى، و أيضا لأن حق الصلاة أهم من الإجماع، بل يمكن القول بأن أدله و جوب كشف الوجه فى الإجماع ناظره إلى -

ص: ٣٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب تروك الإجماع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب تروك الإجماع حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب تروك الإجماع حديث ٣ و ٤.

أقوى، وحق الصلاة اسبق،(و يجوز لها سدل القناع إلى طرف أنفها (١) بغير إصابه وجهها) على المشهور، و النص خال من اعتبار عدم الإصابه، و معه (٢) لا يختص بالأنف، بل يجوز الزيادة، و يتخير الخنثى (٣) بين وظيفه الرجل و المرأة فتغطي الرأس، أو الوجه (٤)، و لو جمعت بينهما كُفرت (٥)،(و النقاب) للمرأة (٦)، و خصه مع دخوله في تحريم تغطيه الوجه تبعاً للروايه، و إلا فهو كالمستغنى عنه (و الحياء للزينه) (٧)،-المتعارف من كشف وجه المرأة حال كونها ساتره للرأس بما يوجب ستر بعض الوجه من باب المقدمه و عليه فلا تعارض بين الأدله.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام (كره النقاب - يعنى للمرأة المحرمه - و قال: تسدل الثوب على وجهها، قلت: حد ذلك إلى أين؟ قال: إلى طرف الأنف قدر ما تبصر) (١)، نعم قد ورد في الأخبار أن تسدله إلى فمها كما في صحيح الحلبي المتقدم، و أن تسدله إلى الذقن كما في صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرمه تسدل الثوب على وجهها إلى الذقن) ٢، و أن تسدله إلى النحر كما في صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرمه تسدل ثوبها إلى نحرها) (٢)، و هذا يقتضى التخيير، نعم يشترط عدم إصابه وجهها كما هو المشهور للجمع بين هذه الصحاح الداله على السدل و بين الصحاح الداله على منع التغطيه بحمل الأدله على غير المصيبه للبشره بخلاف الثانيه.

(٢) أى مع عدم إصابه الوجه.

(٣) لدوران الأمر بين محذورين إما وجوب كشف الرأس إن كان رجلاً- و إما وجوب ستره إن كان امرأة، و الأصل فى مثله التخيير لعدم ترجيح أحدهما على الآخر.

(٤) أى و إن كان رجلاً فيجوز له تغطيه الوجه.

(٥) ففى ستر الرأس فالكفاره شاه، و فى ستر الوجه فديه له للأصل السالم عن المعارض، و لكن الاشتغال اليقيني يستدعى الفراغ اليقيني فعليها كفاره الرأس للشك فى خروجها عن الرجوليه.

(٦) لخبر عبد الله بن ميمون المتقدم (المحرمه لا تنتقب) (٣).

(٧) ذهب العلامة فى المنتهى إلى التحريم و اختاره الشارح فى المسالك و الروضه هنا، لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تنظر فى المرآه و أنت محرم لأنه من الزينه، و لا تكتحل المرآه

ص: ٣٧٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

لا للسنه (١) سواء الرجل و المرأة، و المرجع فيهما إلى القصد، و كذا يحرم قبل الإحرام إذا بقى أثره إليه (٢). و المشهور فيه الكراهه، و إن كان التحريم أولى.

في حرمه التختم للزينه و لبس الحلى و لبس الخفين و التظليل و لبس السلاح

(و التختم للزينه) (٣) لا للسنه (٤) و المرجع فيهما إلى القصد أيضا.

(و لبس المرأة ما لم تعتده من الحلى (٥)، و إظهار المعتاد) منه (للزوج) و غيره من -بالسواد، إن السواد زينه(١)، و التعليل يقتضى حرمه الزينه مطلقا بما فيها الحناء إذا كان لها، و ذهب الأكثر إلى الكراهه، لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن الحناء فقال: إن المحرم ليمسه و يداوى به بعيره، و ما هو بطيب، و ما به بأس)(٢)، و يمكن حمله على ما لو اتخذه لا للزينه جمعا بين الأخبار.

(١) صرح أكثر من واحد بذلك، و المدار على القصد، و قال فى المدارك (و يمكن المناقشه فيه بأن قصد السنه به لا يخرج عن كونه زينه)، و فيه: إنه لا بد من التفصيل جمعا بين الأخبار كما تقدم.

(٢) للتعليل بالزينه التى تنطبق على الحناء سواء كان بعد الإحرام، أو قبله إذا بقى أثره، و المشهور على الكراهه بطريق أولى و لخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن امرأه خافت الشقق، فإذا أرادت أن تحرم هل تخضب يديها بالحناء قبل ذلك؟ قال: ما يعجبني أن تفعل)(٣)، و هى ظاهره فى الكراهه، و لكن لا بد من التمسك بعموم حرمه الزينه فضلا عن ضعف الخبر المذكور و أنه مقتضى الاحتياط.

(٣) بلا خلاف، لخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام (و سألته أ يلبس المحرم الخاتم؟ قال عليه السلام: لا يلبسه للزينه)(٤)، فضلا عن حرمه عموم الزينه كما فى صحيح حرير المتقدم.

(٤) و أما للسنه فيجوز بلا خلاف، لصحيح محمد بن إسماعيل (رأيت العبد الصالح و هو محرم و عليه خاتم و هو يطوف طواف الفريضة)(٥)، و صحيح ابن نصر عن نجيح عن أبي الحسن عليه السلام (لا- بأس بلبس الخاتم للمحرم)٤، و هذه الأخبار محمولة على اللبس للسنه جمعا بين الأخبار.

(٥) يحرم على المرأة لبس الحلى للزينه بلا خلاف و لا إشكال للأخبار منها: صحيح ابن مسلم

ص: ٣٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣، و اورد ذيله فى الباب - ٣٣ - حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

٥- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب ترك الإحرام حديث ٣ و ١ .

المحارم، و كذا يحرم عليها لبسه للزينة مطلقا (١) و القول بالتحريم كذلك هو المشهور و لا فديه له سوى الاستغفار (٢).

(و لبس الخفين (٣)...)- عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرمه تلبس الحلى كله إلا حليا مشهورا للزينة) (١)، فضلا عما تقدم من حرمة عموم الزينه، و يحرم عليها لبس ما لم تعتده و إن لم يكن بقصد الزينه لصحيح حريز عن أب عبد الله عليه السلام (إذا كان للمرأة حلى لم تحدثه للإحرام لم تنزع حليها) (٢)، و مفهومه عدم جواز ما لم تعتده حال الإحرام هذا على المشهور، و جعله المحقق على الأولى بنحو يشعر بتردده، لعدم صراحه الصحيح فى إثبات مفهومه، و لتعميم الإباحه لكل حلى لها ما لم يكن للزينه كما فى صحيح ابن مسلم المتقدم.

نعم إن الحلى المعتاد لها و إن جاز لبسه لغير الزينه كما هو حاصل ما تقدم، لكن يحرم عليها إظهاره حتى لزوجها لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا الحسن عليه السلام عن المرأة يكون عليها الحلى و الخلخال و المسكه و القرطان من الذهب و الورق، تحرم فيه و هو عليها و قد كانت تلبسه فى بيتها قبل حجها، أ تنزعه إذا احرمت أو تتركه على حاله؟ قال: تحرم فيه و تلبسه من غير أن تظهره للرجال فى مركبها و مسيرها) (٣)، و مقتضى الروايه حرمة إظهاره للرجال مطلقا فيندرج فى ذلك الزوج و المحارم و غيرهما مع عدم الوجه لتخصيص الزوج.

(١) سواء كان معتادا أو لا.

(٢) للأصل السالم عن المعارض.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا تلبس السراويل إلا أن لا يكون لك إزار، و لا- خفين إلا- أن لا يكون لك نعل) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و أى محرم هلكت نعلاه فلم يكن له نعلان فله أن يلبس الخفين إذا اضطر إلى ذلك، و الجوربين يلبسهما إذا اضطر إلى لبسهما) (٥)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل هلكت نعلاه و لم يقدر على نعلين، قال: له أن يلبس الخفين إن اضطر إلى ذلك و ليشقه عن ظهر القدم) (٦)، و هى ظاهره فى حرمة-

ص: ٣٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٩ و ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب تروك الإحرام الحديث ١ و ٢ و ٣.

(للرجل و ما يستر ظهر قدميه) مع تسميته لبسا (١). و الظاهر أن بعض الظهر كالجميع إلا- ما يتوقف عليه لبس النعلين (٢) (و التظليل للرجل (٣) الصحيح سائرا) -ستر ظهر القدم بما يسمى لبسا كما صرح به الشهيدان و هذا الحكم مختص بالرجل لاختصاص الأخبار المتقدمه به، فلا- يحرم على المرأه اختيارا، و خالف الشيخ فجعل المنع عاما للرجل و المرأه معا لقاعده الاشتراك.

(١) أما ستره بغير اللبس فليس بمحرم، و لذا قال في الجواهر: (و لا ستره جميعه بغير اللبس كالجلوس و إلقاء طرف الإزار و كونه تحت الغطاء في النوم للأصل بعد الخروج عن النص (لأن النصوص ظاهره في حرمة اللبس لظهر القدم).

(٢) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه، و منه تعرف ضعف ما في الجواهر حيث قال (نعم الظاهر اختصاص الحرمة بما كان لباسا ساترا لظهر القدم بتمامه، فلا- يحرم الساتر لبعضه، و إلا لم يجز النعل، و دعوى أن حرمة الجميع تقتضى حرمة البعض ممنوعه، بعد أن كان العنوان في الحرمة هو المجموع الذى لا- يصدق على البعض)، و فيه: إن ظاهر الأخبار هو حرمة الجميع - لا المجموع - و هو يقتضى حرمة البعض.

(٣) على المشهور للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن المحرم يركب القبه فقال: لا، قلت: فالمرأه المحرمه؟ قال: نعم) (١)، و صحيح ابن المغيرة عن أبي الحسن الأول عليه السلام (أظلل و أنا محرم؟ قال: لا، قلت: فأظلل و أكفر؟ قال: لا، قلت: فإن مرضت؟ قال: ظلل و كفر) ٢، و هذه الأخبار ظاهره في حرمة التظليل و منه تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد من جعل ترك التظليل أولى و مستحبا و هذا الحكم مختص بحال السير فيجوز للمحرم الاستغلال بالسقف و الشجره و الخباء حال النزول عند العلماء كافه كما في التذكرة، و يدل عليه مضافا إلى الأصل صحيح جعفر المثنى عن أبي الحسن عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يركب راحلته فلا يستظل عليها و تؤذيه الشمس فيستر بعض جسده ببعض، و ربما ستر وجهه بيده، و إذا نزل استظل بالخباء و فى البيت و الجدار) (٢)، و خبر محمد بن الفضيل (كنا فى دهليز يحيى بن خالد بمكه، و كان هناك أبو الحسن موسى و أبو يوسف، فقام إليه أبو يوسف و تريع بين يديه فقال: يا أبا الحسن جعلت فداك المحرم يظلل؟ قال: لا، قال: فيستظل بالجدار و المحمل و يدخل البيت و الخباء؟ قال: نعم، قال: فضحك أبو يوسف شبه المستهزئ، فقال له أبو

ص: ٣٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

فلا- يحرم نازلا- اجماعا، و لا ماشيا إذا مر تحت المحمل و نحوه (١)، و المعتبر منه ما كان فوق رأسه، فلا يحرم الكون في ظل المحمل عند ميل الشمس إلى أحد جانبيه. و احترز بالرجل عن المرأة و الصبي فيجوز لهما الظل اتفاقا، و بالصحيح عن العليل (٢)، و ان لا- يتحمل الحر و البرد بحيث يشق عليه بما لا يتحمل عادة، -الحسن عليه السّلام: يا أبا يوسف إن الدين ليس بقياس كقياسك و قياس أصحابك، إن الله عز و جل أمر في كتابه بالطلاق و أكد فيه شاهدين و لو يرض بهما إلا عدلين، و أمر في كتابه بالتزويج و أحمله بلا- شهود، فأنتم بشاهدين فيما أبطل الله، و أبطلتم شاهدين فيما أكد الله عز و جل، و أجزتم طلاق المجنون و السكران، حج رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم فأحرم و لم يظلل، و دخل البيت و الخباء و استظل بالمحمل و الجدار ففعلنا كما فعل رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم فسكت(١)، ثم إن هذا الحكم مختص بالرجل لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بالقبة على النساء و الصبيان و هم محرمون)(٢)، و صحيح ابن مسلم المتقدم.

(١) مما لم يكن فوق رأسه بلا خلاف فيه كما في المنتهى لصحيح ابن بزيع (كتبت إلى الرضا عليه السّلام هل يجوز للمحرم أن يمشى تحت ظل المحمل؟ فكتب نعم)(٣)، هذا و ظاهر عبارته بجواز التظليل ماشيا و نازلا دون ما لم كان راكبا أن التظليل المحرم مختص بحال الركوب فقط و لذا قال صاحب الجواهر (و على كل حال فصريح ثانی الشهيدین اختصاص حرمة التظليل بحال الركوب دون المشى، و فيه منع واضح لإطلاق الأدلة التي لا ينافيها النهي عنه حال الركوب الذي هو أحد الأفراد، نعم في صحيح ابن بزيع - إلى أن قال - إلا أنه يمكن دعوى انسياقه إلى إرادته المشى في ظله لا الكون تحت الحمل و المحمل و حينئذ فلا يختص بالماشى، بل يجوز للراكب ذلك أيضا، على أنه لم سلم كان ينبغي الاقتصار عليه لا تخصيص الحرمة بحال الركوب على وجه يجوز له المشى مع التظليل بشمسيه و نحوها مما لم يكن فوق رأسه) انتهى.

(٢) فيجوز للاضطرار للأخبار منها: صحيح ابن بزيع (سأله رجل عن الظلال للمحرم من أذى مطرا و شمس و أنا أسمع، فأمره أن يفدى شاه يذبحها بمني)(٤)، و صحيح إبراهيم بن أبي محمود (قلت للرضا عليه السّلام: المحرم يظلل على محمله و يفدى إذا كانت الشمس -

ص: ٣٧٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٦.

فيجوز له الظل لكن تجب الفديه،(و لبس السلاح اختيارا) (١) في المشهور و إن ضعف دليله (٢)، و مع الحاجه إليه يباح قطعاً، و لا فديه فيه مطلقاً (٣).

في حرمه قطع شجر الحرم و حشيشه و قطع هوام الجسد

(و قطع شجر الحرم و حشيشه) (٤) الأخرين (٥)،(إلا الإذخر (٦) و ما ينبت في) -و المطر يضرب به، قال: نعم، قلت: كم الفداء؟ قال: شاه(١) و صحيح ابن المغيرة المتقدم.

(١)فالمشهور على حرمة، لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (أ يحمل السلاح المحرم؟ فقال: إذا خاف المحرم عدواً أو سرقاً فلبس السلاح) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن المحرم إذا خاف العدو فلبس السلاح فلا كفاره عليه) ٣.

و عن المحقق و العلامة أنه مكروه لعدم حجيه مفهوم الشرط، أو لكونه جمل بعض السلاح مما يوجب تغطيه الرأس كالمغفر أو لصدق اللبس و إحاطه البدن كالدرع و البيضة فيحرم لذلك لا لكونه حملاً للسلاح، فلا يشمل حمل السهم و السيف و الرمح و نحوه مما لا يصدق عليه اللبس و لا يحيط بالبدن، و يدل عليه التعبير بلبس السلاح في الأخبار.

(٢)بناء على أن الدليل هو مفهوم الشرط.

(٣)لحاجه أو عدمها، للأصل السالم عن المعارض، و ما يتوهم أنه معارض موهون لإعراض الأصحاب عنه، و هو صحيح الحلبي المتقدم، و ظاهره ثبوت الكفاره عليه إذا لبسه مع عدم الخوف، إلا أنه لا قائل بذلك كما اعترف غير واحد كما في الجواهر.

(٤)بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (كل شيء ينبت في الحرم فهو حرام على الناس أجمعين، إلا ما انبتته أنت أو غرسته) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شجره أصلها في الحرم و فرعها في الحل، فقال: حرم فرعها لمكان أصلها، قلت: فإن أصلها في الحل و فرعها في الحرم؟ فقال: حرم أصلها لمكان فرعها) (٤).

(٥)لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (حرم الله حرمه بريداً في بريد أن يختلى خلاه و يعضد شجره إلا الإذخر) (٥)، و الخلاء هو الرطب من النبات كما عن مصباح المنير و النهاية، نعم عن غيرهما خلافه فعن الجوهري (الخلاء مقصوراً الحشيش اليابس)، و لذا ذهب بعضهم إلى حرمه قطع كل ما ينبت في الحرم حتى اليابس.

(٦)قد استثنى من الحكم السابق أربعة أشياء الأول: الإذخر، و هو بكسر الهمزة و الخاء-

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

٢- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢ و ١.

- ٣- (٢) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.
- ٤- (٣) الوسائل الباب - ٩٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.
- ٥- (٤) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

(ملكه، و عودى المحاله) بالفتح و هى البكره الكبيره التى يستقى بها على الإبل قاله الجوهري. و فى تعدى الحكم إلى مطلق البكره نظر (١)، من ورودها لغه مخصوصه، و كون الحكم على خلاف الأصل (و شجر الفواكه)، و يحرم ذلك (٢) على المحل أيضا (٣)، و لذا لم يذكره فى الدروس من محرمات الإحرام (٤)، (و قتل هوام الجسد) (٥) - المعجمه نبت معروف، و استثناءه لصحيح زراره المتقدم، الثانى: ما نبت فى ملكه بلا خلاف فى ذلك، لخبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الشجره يقلعها الرجل من منزله فى الحرم فقال: إن بنى المنزل و الشجره فيه فليس له أن يقلعها، و إن كان نبت فى منزله و هو له قلعها) (١)، بالإضافة إلى صحيح حريز المتقدم، الثالث: عود المحاله، و المحاله بفتح الميم كما نص عليه الجوهري، و قيل بكسرها، و هى البكره العظيمه، و عودها اللذان تجعل عليهما ليستقى بها، و الاستثناء لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى قطع عودى المحاله - و هى البكره التى يستقى بها - من شجر الحرم، و إلا ذخر) ٢، و فى الطريق ضعف لأن الخبر مرسل من الشيخ زراره، فلذا ذهب جماعه إلى عدم الاستثناء فيه، الرابع: شجر الفواكه سواد أنبته الله أو الآدميون بلا خلاف، للأخبار منها: خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يقطع من الأراك الذى بمكه، قال: عليه ثمنه يتصدق به، و لا ينزع من شجر مكه شىء إلى النخل و شجر الفواكه) (٢).

(١) من عدم التعدى عن النصوص لأنه قياس، و من التعدى لأن الحكم فى عودى المحاله تنبيه بالأعلى على الأدنى، و قال فى الجواهر: (ثم على تقدير الجواز ينبغى الاقتصار على خصوص البكره العظيمه المسماه بالمحاله اقتصارا على خصوص النصوص).

(٢) أى قطع شجر الحرم و حشيشه.

(٣) بلا خلاف لصريح صحيح حريز المتقدم (كل شىء نبت فى الحرم فهو حرام على الناس أجمعين) (٣).

(٤) إذا كان قطع شجر الحرم و حشيشه محرفا على المحرم معا فلا داعى لجعله من تروك الإحرام، بجعل مسأله برأسها كما فعل فى الدروس.

(٥) بلا خلاف فى الجملة للأخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام -

ص: ٣٧٩

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

بالتشديد جمع هامه، و هي دوابه كالقمل و القراد (١)، و في إلحاق البرغوث بها قولان (٢) أجودهما العدم. و لا فرق بين قتله مباشره و تسيبها (٣) كوضع دواء يقتله، (و يجوز نقله) (٤) من مكان إلى آخر من جسده، و ظاهر النص و الفتوى عدم اختصاص المنقول إليه بكونه مساويا للأول، أو أحرز، نعم لا يكفي ما يكون معرضا لسقوطه قطعاً، أو غالباً.

-إذا أحرمت فاتق قتل الدواب كلها إلا الأفعى و العقرب و الفأره(١)، و صحيح زراره (سألته عن المحرم هل يحك رأسه أو يغسل بالماء؟ قال: يحك رأسه ما لم يتعمد قتل دابه(٢)، و خبر أبي الجارود (سأل رجل أبا جعفر عليه السّلام عن رجل قتل قمله و هو محرم، قال: بئس ما صنع، قلت: فما فداؤها؟ قال: لا فداء لها(٣)، و المشهور على حرمه القتل سواء كانت الدابه على ثوبه أو جسده لإطلاق الأخبار، و عن الشيخ في المبسوط و ابن حمزه أنهما جوزا قتل ذلك إذا كان على البدن، و ليس لهما مستند ظاهر.

(١) مثل عزاب مت يتعلق بالبعير و نحوه، و هو كالقمل للإنسان كما عن مصباح المنير.

(٢) العدم، لخبر زراره عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عن المحرم يقتل البقه و البرغوث إذا رآه، قال: نعم(٤)، و لكن في نسخه (إذا أذاه) فضلاً عن خبر زراره الآخر عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بقتل البرغوث و القملة و البقه في الحرم)٥، و هو محمول على ضروره جمعا بين الأخبار، و لذا يقوى حرمه قتله في الحرم و غيره كما عن البعض.

(٣) لصدق القتل في الجميع.

(٤) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (المحرم يلقي عنه الدواب كلها إلا القملة فإنها من جسده، و إن أراد يحول قمله من مكان إلى مكان فلا يضره(٥)، و إطلاقه يقتضى عدم الفرق بين نقله إلى مكان أحرز مما كان فيه أو غيره، و قيده الشارح في المسالك بالمساوى أو الأحرز، و هو تقييد من غير دليل كما في المدارك، نعم يمكن القول بالمنع من وصفه في محل يكون معرضاً للسقوط لأنه يؤول إلى الإلقاء المحرم كما في خبر الحسين بن العلاء عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يرمى المحرم القملة من ثوبه، و لا من

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٨.

٤- (٤) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣ و ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

(القول فى الطواف. و يشترط فيه رفع الحدث) (١) مقتضاه عدم صحته من المستحاضه و المتيمم (٢)، لعدم إمكان رفعه فى حقهما و إن استباحا العباده بالطهاره. و فى الدروس أن الأصح الاجتزاء بطهاره المستحاضه و المتيمم مع تعذر المائيه، و هو المعتمد، و الحكم مختص بالواجب، أما المندوب فالأقوى عدم اشتراطه بالطهاره و إن كان أكمل، و به صرح المصنف فى غير الكتاب.

—جسده متعمدا(١).

(١) الأصغر و الأ-كبر، و اشتراط الطهاره منهى فى الطواف الواجب بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- بأس أن تقضى المناسك كلها على غير وضوء إلا الطواف بالبيت) (٢)، و صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن رجل طاف بالبيت و هو جنب، فذكر و هو فى الطواف، قال: يقطع طوافه، و لا يقيد بشيء مما طاف، و سألته عن رجل طاف ثم ذكر أنه على غير وضوء، قال:

يقطع طوافه و لا يعتد به) ٣.

و أما فى الطواف المندوب فذهب الأكثر على عدم الاشتراط، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طاف تطوعا و صلى ركعتين و هو على غير وضوء؟ قال: يعيد الركعتين و لا يعيد الطواف) (٣)، و صحيح ابن مسلم (سألته أحدهما عليهما السّلام عن رجل طاف طواف الفريضة و هو على غير طهر؟ قال: يتوضأ و يعيد طوافه، و إن كان تطوعا توضأ و صلى ركعتين) ٥، و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن يطوف الرجل النافله على غير وضوء ثم يتوضأ و يصلى) ٦، و عن أبى الصلاح و العلامه اشتراط الطهارتين تمسكا بإطلاق بعض الروايات المتضمنه لاعتبار الطهاره فى الطواف، و هو ضعيف مع هذه الأخبار المفضله، نعم لا يمكن أن يكون جنباً لحرمة دخوله المسجد الحرام.

(٢) ظاهر عباره الشارح أن التيمم البدلى عن الوضوء و الغسل لا يبيح الدخول فى الطواف الواجب، لأنه بنيه استباحه الصلاه فلا يرفع الحدث، و قال فى الجواهر مستشكلا على شرح العباره: (و فى اللغه اعتبار الحدث فيه - أى الطواف - و استظهر منها فى الروضه عدم أجزاء الطهاره الاضطراريه، و لكن يمكن منعه عليه، بأنه يريد من رفع الحدث ما-

ص: ٣٨١

١- (١) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٤.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الطواف حديث ٧ و ٣ و ٢.

(و) رفع (الخبث) (١)، وإطلاقه أيضا يقتضى عدم الفرق بين ما يعفى عنه -يشمل ذلك و لو حكما) انتهى، و ذلك لأن الأصحاب قد جعلوا التيمم بدل الوضوء أو الغسل بجميع أحكامها كما يقتضيه عموم صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الله جعل التراب طهورا كما جعل الماء طهورا) (١)، و لذا كان المعروف من مذهبهم استباحه الطواف بالتيمم كما يستباح بالوضوء و الغسل، نعم ذهب العلامة و ولده فخر المحققين إلى أنه لا يباح بالتيمم للجنب دخول المسجدين و لا اللبث فى بقيه المساجد، و لازمه أن لا يكون التيمم رافعا للحدث و أن لا يستباح به الطواف، و قد عرفت ضعفه.

و أما المستحاضه فطهارتها المأموره بها مجزيه لها و رافعه للحدث، للأخبار منها: مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (المستحاضه تطوف بالبيت و تصلى و لا تدخل الكعبه) (٢).

(١) أى إزالة النجاسه عن الثوب و البدن سواء كان فى الطواف الواجب أو المندوب كما عن الأكثر للأخبار منها: النبوى المشهور (الطواف بالبيت صلاه) (٣)، فيشترط فيه ما يشترط فى الصلاه و لو كانت مندوبه، و لعموم خبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل يرى فى ثوبه الدم و هو فى الطواف؟ قل: ينظر الموضع الذى رأى فيه الدم فيعرفه، ثم يخرج فيغسله ثم يعود فيتم طوافه) (٤)، و عن ابن الجنيد و ابن حمزه الكراهه فى ثوب نجس و إن لم يعف عنه فى الصلاه، لمرسل البزنطى عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل فى ثوبه دم مما لا تجوز الصلاه فى مثله فطاف فى ثوبه، فقال: اجزأه الطواف فيه، ثم ينزعه و يصلى فى ثوب طاهر) (٥)، و إرساله يمنع من الاعتماد و عليه عند عدم الجابر فضلا عن وجود المعارض، هذا و على الاشتراط فهل يعفى فى الطواف كما يعفى فى الصلاه؟ ذهب جماعه منهم العلامة و ابن إدريس إلى عدم العفو، لعموم خبر يونس المتقدم، و عن المحقق الثانى و الشهيد الثانى فى المسالك العفو لعموم تنزيل الطواف منزله الصلاه كما فى النبوى المتقدم.

هذا و قد قال الشارح فى المسالك (و لو كانت النجاسه مما يعفى عنها فى الصلاه، ففى العفو عنها قولان، أجودهما العفو، و قطع ابن إدريس و العلامة بعدمه، و هو يتوجه على أصلهما من تحريم إدخال النجاسه فى المسجد و إن لم تكن ملوثه، فيكون الطواف منهيًا-

ص: ٣٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب التيمم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩١ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٣- (٣) غوالى اللئالى ج ٢ ص ١٦٧ حديث ٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الطواف حديث ٢ و ٣.

فى الصلاة و غيره. و هو يتم على قول من منع من إدخال مطلق النجاسه المسجد ليكون منهيًا عن العباده به (١)، و مختار المصنف تحريم الملوّثه خاصه فليكن هنا (٢) كذلك، و ظاهر الدروس القطع به. و هو حسن، بل قيل: بالعموم عن النجاسه هنا مطلقا (٣)، (و الختان فى الرجل) (٤) مع إمكانه فلو تعذر و ضاق وقته سقط (٥)، و لا- يعتبر فى المرأه، و أما الخنثى (٦) فظاهر العبارة عدم اشتراطه فى حقه، و اعتباره قوى، لعموم النص إلا ما أجمع على خروجه، و كذا القول فى الصبى و إن لم يكن مكلفا (٧) كالطهاره بالنسبه إلى صلاته، (و ستر العوره) (٨) التى -عنه و هو يقتضى الفساد، و مثله الكلام فى الصلاة فى المسجد كذلك، و قد صرح العلامة ببطالانها فى الخاتم النجس فيه فضلا عن غيره لمكان النهى) و فيه: إن عدم العفو عند ابن إدريس و العلامة لعموم خير يونس و ليس لهذا الأصل المذكور.

(١) بالمسجد.

(٢) أى فى الإحرام.

(٣) عفى عنها فى الصلاة أو لا.

(٤) فهو شرط فى صحه الطواف الواجب و المندوب بلا خلاف إلا من ابن إدريس، و قال عنه فى الجواهر (أنه واضح الضعف)، و يدل على الحكم أخبار:

منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأغلف لا يطوف بالبيت و لا بأس أن تطوف المرأه) (١)، و صحيح حريز و إبراهيم بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- بأس أن تطوف المرأه غير مخفوضه، و أما الرجل فلا يطوفن إلا و هو مختون) ٢.

(٥) لا اشتراط التكليف بالتمكن.

(٦) و هو الخنثى المشكل فيجب ختانه لعموم الأخبار و لم يخرج منها إلا المرأه و هو مشكوك الأنوثة.

(٧) لا اشتراط الختان فى صحه الطواف كما اشتراط الطهاره فى صحه الصلاة.

(٨) للنبوى المتقدم (الطواف فى البيت صلاه) (٢)، و ستر العوره شرط فى الصلاة فيجب فى الطواف، و لخبر ابن عباس المروى فى العلل (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بعث عليا ينادى: لا- يحج بعد هذا العام مشرك، و لا- يطوف بالبيت عريان) (٣).

ص: ٣٨٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١ و ٣.

٢- (٣) غوالى اللئالى ج ٢ ص ١٦٧ حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب الطواف حديث ١.

يجب سترها في الصلاة و يختلف بحسب حال الطائف في الذكور و الأنوثة.

في واجبات الطواف

(و واجبه النيه) (١) المشتمله على قصده (٢) في النسك المعين من حج أو عمره إسلامي، أو غيره، تمتع، أو أحد قسيميه، و الوجه على ما مر (٣) و القربه و المقارنه للحركه في الجزء الأول من الشوط (٤)،(و البداءه بالحجر الأسود) (٥) بأن يكون أول جزء من بدنه بإزاء أول جزء منه حتى يمر عليه كله و لو ظنا (٦).

و الأفضل استقباله حال النيه بوجهه للتأسي (٧). ثم يأخذ في الحركه على (١)بلا خلاف - كما في الجواهر - لكون الطواف من العبادات.

(٢)قد تقدم البحث بأن النيه مشتمله على القصد مع القربه.

(٣)قد تقدم أنه لا بد من قصد هذه الخصوصيات عند توقف التعيين عليها و إلا فلا يجب.

(٤)لا بد من المقارنه لأول أفعال الطائف حتى يصح وقوع الطواف عن نيه، و إنما يتم هذا بناء على أن النيه اخطاريه، و إما بناء على أنها على نحو الداعي فلا يضر تقدمها لبقائها إلى أول الطواف.

(٥)لا- خلاف فيه، للأخبار منها ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (أنه بدأ بالحجر فاستلمه و فاضت عيناه من البكاء) (١). مع ما ورد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (خذوا عني مناسككم) (٢)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (من اختصر في الحجر الطواف فليعد طوافه من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود) (٣).

(٦)ذهب إلى ذلك العلامة و من تبعه، و قال في الجواهر (لم نعرف شيئاً من ذلك لمن سبق العلامة - إلى أن قال - لا دليل عليه بل ظاهر الأدله خلافه - إلى أن قال - بل ظاهر المدارك و الرياض و غيرهما عدم اعتبار محل الابتداء فلو ابتداء مثلاً بآخر الحجر كان له الختم بأوله، و لعله لصدق أنه ابتداء بالحجر و ختم به) و هو جيد.

(٧)لخبر محمد بن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: حدثني أبي أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ طاف على راحلته و استلم الحجر بمحجته، و سعى عليها بين الصفا و المروه) (٤)، و يدل على الحكم أخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا دنوت من

ص: ٣٨٤

١- (١) المنتهى ج ٢ ص ٦٩٠.

٢- (٢) غوالي اللثالي ج ١ ص ٢١٥ حديث ٧٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الطواف حديث ٣.

اليسار (١) عقيب النبيه. و لو جعله على يساره ابتداء (٢) جاز (٣) مع عدم التقيه، و إلا فلا (٤)، و النصوص مصرحه باستحباب الاستقبال، و كذا جمع من الأصحاب،(و الختم به) (٥) بأن يحاذيه فى آخر شوطه، كما ابتداءً أولاً ليكمل الشوط من غير زياده و لا نقصان.

(و جعل البيت على يساره) (٦) حال الطواف، فلو استقبله بوجهه، أو ظهره، -الحجر الأسود فارفع يديك و احمد الله و اثن عليه و صل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و اسأل الله أن يتقبل منك، ثم استلم الحجر و قبله، فإن لم تستطع أن تقبله فاستلمه بيدك، فإن لم تستطع أن تستلمه بيدك فأشرف إليه(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا دخلت المسجد الحرام فامش حتى تدنو من الحجر الأسود فتستقبله و تقول: الحمد لله الذى هدانا لهذا...٢)، و حمل الاستقبال عند الأصحاب على الاستحباب، للأخبار منها: خبر حماد بن عثمان (إن رجلاً أتى أبا عبد الله عليه السلام فى الطواف فقال: ما تقول فى استلام الحجر؟ فقال: استلمه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال: ما أراك استلمته، قال: أكره أن أؤذى ضعيفا أو أتأذى، فقال: قد زعمت أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم استلمه، فقال: بلى، و لكن كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا رأوه عرفوا له حقه، و أنا فلا يعرفون لى حتى(٢).

(١) لتكون الكعبه على يساره بلا خلاف فى ذلك، و قال فى المدارك (و استدل عليه بفعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و هو المستفاد من مجموع اخبار الطواف التى سيأتى بعضها.

(٢) من دون استقبال الحجر.

(٣) لأن الاستقبال مستحب.

(٤) أى و مع التقيه فيجب الاستقبال موافقه للعامه.

(٥) بلا خلاف فيه، لصحيح معاويه بن عمار المتقدم (من اختصر فى الحجر الطواف فليعد طوافه من الحجر الأسود(٣)، و مثله غيره، و يأتى فيه الخلاف المتقدم من كفايه الختم عرفاً أو لا بد من مرور تمام بدنه إلى آخر جزء منه للدقه العقليه.

(٦) قد تقدم دليله، و لازمه لو طاف و قد استقبل البيت أو استدبره أو جعله على يمينه و لو فى خطوه منه فتجب الإعادة.

ص: ٣٨٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الطواف حديث ٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الطواف حديث ٣.

أو جعله على يمينه و لو فى خطوه منه بطل، (و الطواف بينه و بين المقام) (١) حيث هو الآن، مراعيًا لتلك النسبه من جميع الجهات، فلو خرج عنها و لو قليلا بطل، و تحسب المسافه من جهه الحجر من خارجه و إن جعلناه خارجا من البيت.

و الظاهر أن المراد بالمقام نفس الصخره (٢)، لا ما عليه من البناء، ترجيحًا للاستعمال الشرعى على العرفى لو ثبت.

(و إدخال الحجر) فى الطواف (٣)...

(١) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم (سألته عن حد الطواف بالبيت الذى من خرج منه لم يكن طائفا بالبيت، قال: كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يطوفون بالبيت و المقام، و أتم اليوم تطوفون ما بين المقام و البيت، فكان الحد موضع المقام اليوم فمن جازه فليس بطائف، و الحد قبل اليوم و اليوم واحد، قدر ما بين المقام و بين نواحي البيت كلها، فمن طاف فتباعد من نواحيه أبعد من مقدار ذلك كان طائفا بغير البيت، بمنزله من طاف بالمسجد لأنه طاف فى غير حد و لا طواف له) (١)، و عن ابن الجنيده جواز الطواف خلف المقام عند الضروره، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الطواف خلف المقام، قال: ما أحب ذلك و ما أرى به بأسا، فلا تفعل إلا أن لا تجد منه بدا) (٢)، و عن الصدوق الافتاء به عند الاختيار أيضا، و هو موهون بإعراض المشهور عنه.

ثم هل المسافه بين المقام و البيت يجب أن تراعى من جميع الجهات، نسبه فى المدارك إلى قطع الأصحاب، نعم من جهه حجر اسماعيل فتحسب المسافه من خارجه لوجوب إدخاله فى البيت عند الطواف و إن لم نقل إنه جزء من البيت، كما عليه جماعه، و عن الشارح فى المسالك و غيره إن المسافه. من البيت حتى من جهه حجر اسماعيل، و إن لم يجز سلوكه فى الطواف، لظاهر خبر ابن مسلم المتقدم و هو الأقوى.

(٢) قال سيد المدارك: (و اعلم أن المقام حقيقه هو العمود من الصخر الذى كان إبراهيم عليه السلام يصعد عليه عند بنائه البيت، و عليه اليوم بناء، و يطلق على جميعه مع ما فى داخله المقام عرفا)، و إذا دار حمل اللفظ على الشرعى أو العرفى فيقدم الشرعى لأن الألفاظ تحمل على مراد المتكلم و هو الشارح هنا.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (رجل طاف بالبيت -

ص: ٣٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الطواف حديث ٢.

للتأسي (١)، والأمر به، لا- لكونه من البيت (٢) بل قد روى أنه ليس منه، أو أن بعضه منه و أما الخروج عن شيء آخر خارج الحجر فلا يعتبر إجماعاً (٣)، (و خروجه بجميع بدنه عن البيت) (٤)...

-فاختصر شوطاً واحداً في الحجر، كيف يصنع؟ قال: يعيد الطواف الواحد (١)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (من اختصر في الحجر الطواف فليعد طوافه من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود) ٢.

(١) قد صرح بذلك جماعه من الفقهاء منهم سيد المدارك.

(٢) ففي الدروس المشهور كونه من البيت، و عن التذكرة و المنتهى أن جميعه منه، و روت العامه عن عائشه نذرت أن أصلي ركعتين في البيت، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: صل في الحجر، فإن سته أذرع منه من البيت (٢)، و ذكر العلامة في التذكرة (أن البيت كان لاصقاً بالأرض، و له بابان شرقي و غربي، فهدمه السيل قبل مبعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بعشر سنين، و أعادت قريش عمارته على الهيئه التي هو عليها اليوم، و قصرت الأموال الطيبه و الهدايا و النذور عن عمارته، فتركوا من جانب الحجر بعض البيت، و خلفوا الركنين الشاميين عن قواعد إبراهيم، و ضيقوا عرض الجدار من الركن الأسود إلى الشامي الذي يليه، فبقى من الأساس شبه الدكان مرتفعاً، و هو الذي يسمى الشاذروان) انتهى كلامه.

غير أن نصوص أهل البيت عليه السّلام على خلاف ذلك، ففي صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الحجر، أ من البيت هو أو فيه شيء من البيت؟ قال: لا- و لا قلامه ظفر، و لكن إسماعيل دفن أمه فيه، فكره أن يوطأ فحجر عليه حجراً، و فيه قبور الأنبياء) (٣) و مثله غيره.

(٣) قال في المسالك (و على كل حال فالإجماع واقع من المسلمين على أنه ليس خارج الحجر شيء آخر يجب الخروج عنه، فيجوز الطواف خلفه ملاصقاً بحائطه من جميع الجهات، و إنما نهينا على ذلك لأنه قد اشتهر بين العامه هناك اجتناب محل لا أصل له في الدين).

(٤) فلا يجوز المشي على أساس البيت و هو القدر الباقي من أساس الحائط بعد عمارته أخيراً و يسمى الشاذروان لأنه من الكعبه فلا يصدق الطواف بالبيت لو مشى على أساس، و كذا-

ص: ٣٨٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الترمذی ج ٢ ص ١٨١ حديث ٨٧٧، و سنن البيهقي ج ٥ ص ٨٩.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الطواف حديث ١.

فلو أدخل يده في بابه حالته (١)، أو مشى على شاذروانه و لو خطوه، أو مسّ حائطه من جهته (٢) ماشيا بطل فلو أراد مسه وقف حالته (٣)، لئلا يقطع جزء من الطواف غير خارج عنه (٤).

(و إكمال السبع) (٥) من الحجر إليه شوط (٦)، (و عدم الزيادة عليها (٧) فيبطل) - لا يجوز المشى على حائط حجر اسماعيل لوجوب إدخاله في الطواف، بلا خلاف في ذلك أبدا، نعم وقع الخلاف فيمن مسّ الجدار بيده في موازاة الشاذروان، فقبل بعدم الجواز كما عن التذكرة لأن من مسّ على هذا الوجه يكون بعض بدنه في البيت فلا يصدق الطواف بتمام بدنه بالبيت، وقيل بالجواز كما عن القواعد، لصدق الطواف بالبيت عرفا لخروج معظم بدنه عنه، و كذا يأتي الخلاف فيمن أدخل يده في باب الكعبه حال طوافه، نعم من مسّ جدار البيت من غير الشاذروان فلا - إشكال في الجواز و لا - خلاف لصدق طوافه بجميع بدنه خارج البيت.

(١) حاله الطواف.

(٢) أي مسّ حائط البيت من جهه الشاذروان.

(٣) أي حاله الطواف.

(٤) أي لئلا يتحقق منه جزء من الطواف و هو غير خارج بتمام بدنه عن البيت.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار المستفيضه بل المتواتره منها: خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لعلى عليه السلام (يا على، إن عبد المطلب سنّ في الجاهليه خمس سنن، و أجزاها الله عز و جل في الإسلام، حرّم نساء الآباء على الأبناء - إلى أن قال - و لم يكن للطواف عدد عند قريش فسّن لهم عبد المطلب سبعة أشواط، فأجرى الله عز و جل ذلك في الإسلام) (١).

(٦) بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار المتقدمه (من اختصر في الحجر الطواف فليعد طوافه من الحجر الأسود إلى الحجر الأسود) (٢).

(٧) أي على السبع، و البطلان هو المعروف من مذهب الأصحاب، للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طاف بالبيت ثمانية أشواط، قال: يعيده حتى يستتمه) (٣)، و خبر عبد الله بن محمد عن أبي الحسن عليه السلام (الطواف المفروض إذا زدت عليه مثل الصلاه المفروضه إذا زدت عليها، فعليك الإعادته و كذلك السعي) (٤).

ص: ٣٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الطواف حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ١ و ١١.

(أن تعديده) و لو خطوه، و لو زاد سهوا فإن لم يكمل الشوط الثامن تعين القطع (١)، فإن زاد فكالمتعمد (٢) و إن بلغه تخير بين القطع و اكمل أسبوعين (٣)، فيكون الثنى مستحبا، و يقدم صلاة الفريضة على السعى و يؤخر صلاة النافله (٤).

(١) من زاد على السبع ناسيا و ذكر قبل إتمام الشوط الثامن تعين القطع عليه و لا شيء عليه، لخبر أبي كهمس عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل نسي فطاف ثمانية أشواط، قال: إن ذكر قبل أن يبلغ الركن فليقطعه، و قد أجزأ عنه، و إن لم يذكر حتى بلغه فليتم أربعة عشر شوطا و ليصل أربع ركعات) (١).

(٢) أي بعد التذكر و وجوب القطع فلو زاد فهو كمتعمد الزيادة من أول الشوط، بل عنوان المتعمد للزيادة منطبق عليه فيشملة حكمه من البطلان.

(٣) كما عن الفاضل و الشهيدين، لأن الطواف الثاني وقع مندوبا فيستحب إكماله و يجوز قطعه و يدل على أن الثاني قد وقع مستحبا خبر علي بن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل و أنا حاضر عن رجل طاف بالبيت ثمانية أشواط، فقال: نافله أو فريضة؟، فقال: فريضة، فقال عليه السلام يضيف إليها سته، فإذا فرغ صلى ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السلام، ثم خرج إلى الصفا و المروه فطاف بينهما فإذا فرغ صلى ركعتين اخراوين، فكان طواف نافله و طواف فريضة) (٢).

و عن الصدوق و ابن الجنيد و ابن سعيد و جوب الإكمال لأن الطواف الثاني هو الفريضة، لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إن عليا عليه السلام طاف طواف الفريضة ثمانية، فترك سبعة و بنى على واحد و أضاف إليه ستا، ثم صلى ركعتين خلف المقام، ثم خرج إلى الصفا و المروه، فلما فرغ من السعى بينهما، رجع فصلّى الركعتين للذي ترك في المقام الأول ٣، و هو مردود لأنه متضمن لوقوع السهو من الإمام المعصوم عليه السلام، و هو كما ترى.

نعم هناك جملة من الأخبار أمرت باكمال الاسبوعين من دون تفصيل أن الذي وقع أولا هو الواجب أولا، كصحيح أبي أيوب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل طاف بالبيت ثمانية أشواط طواف فريضة؟ قال: فليضم إليها ستا ثم يصلى أربع ركعات) ٤، لكنها محمولة على استحباب الإكمال جمعا بينها و بين خبر علي بن حمزه المتقدم.

(٤) كما هو صريح الأخبار المتقدمه.

ص: ٣٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ١٥ و ٧ و ١٣.

(و الركعتان خلف المقام) (١) حيث هو الآمن (٢)، أو إلى أحد جانبيه، و إنما (١) أما وجوب الركعتين عقيب الطواف فقد نسبه العلامة - كما عن المنتهى - إلى أهل العلم، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا فرغت من طوافك فائت مقام إبراهيم عليه السلام فصل ركعتين) (١)، و نقل الشيخ فى الخلاف عن بعض أصحابنا استحباب الصلاة بعد الطواف الواجب، و هو ضعيف، و أما كونهما خلف المقام فللأخبار، منها: مرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السلام يصلى الرجل ركعتى طواف الفريضة خلف المقام (٢)، و مرسل صفوان عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس لأحد أن يصلى ركعتى طواف الفريضة إلا خلف المقام لقول الله عز و جل: و اتخذوا من مقام إبراهيم مصلى، فإن صليتهما فى غيره فعليك إعادته الصلاة) (٣).

و أما الصلاة إلى أحد جانبيه فقال سيد المدارك: (فلم أقف على روايه تدل عليه بهذا العنوان، نعم ورد فى عده أخبار الصلاة عند المقام، و فيها ما هو صحيح السند، و فى حسنه الحسين بن عثمان قال: رأيت أبا الحسن موسى عليه السلام يصلى ركعتى طواف الفريضة بحيال المقام قريبا من ظلال المسجد) (٤) انتهى، و عن الشيخ فى الخلاف أنه يستحب فعلهما خلف المقام فلو فعلهما فى غيره من المسجد أجزأ، و نقل عن أبى الصلاح أنه جعل محلها المسجد الحرام مطلقا، و وافقه ابنا بابويه فى ركعتى طواف النساء خاصة، و هذه الأقوال مدفوعه بالأخبار المتقدمه، ثم إن هذا فى الطواف الواجب، و أما المستحب فيجوز فعل صلاته حيث شاء من المسجد، لاختصاص الروايات السابقه المتضمنه للصلاه خلف المقام بطواف الفريضة، و لخبر زراره عن أحدهما عليهما السلام (لا ينبغي أن يصلى ركعتى طواف الفريضة إلا عند مقام إبراهيم عليه السلام، فأما التطوع فحيث شئت من المسجد) (٥).

(٢) لصحيح إبراهيم بن أبى محمود (قلت للرضا عليه السلام: أصلى ركعتى طواف الفريضة خلف المقام حيث هو الساعه، أو حيث كان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ قال: حيث هو الساعه) (٦).

ص: ٣٩٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الطواف حديث ٩.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب الطواف حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب الطواف حديث ١.

أطلق فعلهما خلفه تبعا لبعض الأخبار. وقد اختلفت عبارته في ذلك فاعتبر هنا خلفه، و أضاف إليه أحد جانبيه في الألفيه، و في الدروس فعلهما في المقام، و لو منعه زحام، أو غيره صلى خلفه، أو إلى أحد جانبيه، و الأوسط (١) أوسط، و يعتبر في نيتهما قصد الصلاه للطواف المعين متقربا (٢)، و الأولى إضافه الأداء، و يجوز فعل صلاه الطواف المندوب حيث شاء من المسجد (٣)، و المقام أفضل (٤).

في وجوب توصل أربعة أشواط

(و توصل أربعة أشواط (٥)... (١) أي ما اختاره في الألفيه، و قد عرفت تعيين الصلاه خلفه فقط، نعم لو منعه الزحام أو غيره فيجوز التباعد عنه، تحكيما لأدله الاضطرار.

(٢) يشترط في النيه القصد مع القربه، و أما باقي الخصوصيات فتجب إذا توقف التعيين عليها.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) لإطلاق أدله اعتباره.

(٥) اعلم أن الموالاه واجبه في طواف الفريضة، لعموم النبوى (الطواف في البيت صلاه) (١)، و لازمه أن قطع الطواف عمدا على نحو يضر بالموالاه العرفيه غير جائز و مبطل، و عن الحدائق المناقشه في وجوبها في طواف الفريضة لما استسمعه من النصوص الوارده في الحدث و المرض أثناء الطواف و أنه يبنى على ما تقدم من طوافه بعد زوال العذر، و لكنها محموله عند المشهور على حال الاضطرار فقط.

و أما الموالاه في طواف النافله فلا خلاف في عدم وجوبها - كما في الجواهر - لعدم وجوب إكمال الصلاه المندوبه. و أما إذا قطع طواف الفريضة لعذر فإن كان بعد إكماله الأربع - و هو المعبر عنه بتجاوز النصف - فيبنى على ما تقدم، و إلا استأنف على المشهور بينهم، و العذر يشمل دخول البيت و السعى في حاجه أخيه المؤمن، و المرض و الحدث، و للإتيان بصلاه واجبه أو مندوبه قد دخل وقتها.

و لكن في دخول البيت لم يرد نص في هذا التفصيل، بل كل أخباره قد صرحت باستثناف الطواف، و منها: صحيح حفص بن البخترى عن أبي عبد الله عليه السلام (في من كان يطوف بالبيت فعرض له دخول الكعبه فدخلها، قال: يستقبل طوافه) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طاف بالبيت ثلاثه أشواط ثم وجد من البيت -

ص: ٣٩١

١- (١) غوالى اللئالى ج ٢ ص ١٦٧ حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الطواف حديث ١.

-خلوه فدخله، قال يقضى طوافه و قد خالف السنه فليعد طوافه(١)، و قد حملت هذه الأخبار عند المشهور على ما لو لم يتجاوز النصف، أو على كون دخول البيت ليس عذرا كما فى الجواهر.

و أما السعى فى حابه المؤمن فقد اختلفت فيه الأخبار، ففى بعضها التصريح بعدم البناء، كصحيح أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل طاف شوطا أو شوطين ثم خرج مع رجل فى حاجه، فقال: إن كان طواف نافله بنى عليه، و إن كان طواف فريضه لم بين عليه)(٢)، و فى بعضها التصريح بالبناء، كخبر أبان بن تغلب الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (قال له و هما فى الطواف: رجل من مواليك سألتنى أن أذهب معه فى حاجه، فقال: يا أبان اقطع طوافك، و انطلق من فى حاجته فاقضها له، فقلت: إنى لم أتم طوافى، قال: احص ما طفت و انطلق معه فى حاجته، فقلت:

و إن كان طواف فريضه، قال: نعم و إن كان طواف فريضه)(٣)، و صحيح صفوان الحجال عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل يأتى أخاه و هو فى الطواف فقال: يخرج معه فى حاجته ثم يرجع فيبنى على طوافه)(٤)، و المشهور حملوا الطائفه الأولى على عدم تجاوز النصف، و الثانيه على التجاوز.

و أما المرض فقد ورد فيه خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن موسى عليه السلام عن رجلا طاف بالبيت بعض طوافه طواف الفريضه، ثم اعتلّ عله لا يقدر معها على تمام طوافه، قال: إذا طاف أربعه أشواط أمر من يطوف عنه ثلاثه أشواط و قد تمّ طوافه، و إن كان طاف ثلاثه أشواط و كان لا يقدر على التمام فإن هذا مما غلب الله عليه، و لا بأس أن يؤخره يوما أو يومين، فإن كان العافيه و قدر على الطواف طاف اسبوعا، فإن طالت علته أمر من يطوف عنه اسبوعا و يصلّى عنه و قد خرج من إحرامه)(٥)، و خبر دعائم الإسلام عن جعفر بن محمد عليه السلام (من حدث به أمر قطع به طوافه من رعاف أو وجع أو حدث أو ما أشبه ذلك ثم عاد إلى طوافه، فإن كان الذى تقدم له النصف أو أكثر من -

ص: ٣٩٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الطواف حديث ٩.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الطواف حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الطواف حديث ٧.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الطواف حديث ٢.

-النصف بنى على ما تقدم، وإن كان أقل من النصف و كان طواف الفريضة ألقى ما مضى و ابتدأ بالطواف(١).

و أما الحدث فقد ورد فى مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام (فى الرجل يحدث فى طواف الفريضة و قد طاف بعضه، قال: يخرج و يتوضأ، فإن كان قد جاز النصف بنى على طوافه، و إن كان أقل من النصف أعاد الطواف)(٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا حاضت المرأة و هى فى الطواف بالبيت و بين الصفا و المروه فجاوزت النصف فعلمت ذلك الموضع، فإذا طهرت رجعت فأتمت بقيه طوافها من الموضع الذى علمته، فإن هى قطعت طوافها فى أقل من النصف فعليها أن تستأنف الطواف من أوله)(٣)، و خبر أحمد بن عمر الحلال عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن امرأة طافت خمسة أشواط ثم اعتلت، قال: إذا حاضت المرأة و هى فى الطواف بالبيت أو بالصفا و المروه و جاوزت النصف علمت ذلك الموضع الذى بلغت، فإذا هى قطعت طوافها فى أقل من النصف فعليها أن تستأنف الطواف من أوله)(٤) و مثلها غيرها، و لهذه الأخبار الواردة فى الحدث و المرض استفاد المشهور قاعده تجاوز النصف لعدم خصوصيه الحدث و المرض فى عموم التعليل، و قيدوا بهذه القاعده جميع النصوص السابقه الواردة فى دخول البيت و قضاء حاجه المؤمن و غيرها مما سيأتى، و خالف فى ذلك سيد المدارك و خص التجاوز بالنصف فى هذه الأخبار بمواردها، مع عدم العمل بها بل المتجه الاستئناف لضعف سند غالبها و معارضه بها كما تقدم، و الأقوى ما عليه المشهور، هذا من جهه و من جهه أخرى فالجمع بين مرسل جميل و بين خبر إسحاق بن عمار المتقدمين يفيد أن تجاوز النصف هو إكمال الأربع لا مطلق المجاوزه فقول سيد المدارك من عدم وقوفه على نص يفيد ذلك ليس فى محله، و من جهه ثالثه فهذه الأخبار ظاهره فى عدم اعتبار الموالاه فى الطواف الواجب كما ذهب إليه صاحب الحدائق، و حملها المشهور على صوره الاضطرار لأن عموم تنزيل الطواف منزله الصلاه يقتضى اعتبار الموالاه مطلقا، لكن لا بد من رفع اليد عن ذلك فى صوره الاضطرار لهذه الأخبار فتبقى صوره الاختيار تحت-

ص: ٣٩٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الطواف حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب الطواف حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب الطواف حديث ٢.

-ذلك العموم و أما الطواف المندوب فلا يشترط فيه الموالاه مطلقا كما تقدم، و لكن إذا قطع الطواف المندوب لعذر جاز له البناء مطلقا و إن لم يكمل النصف، لمرسل ابن أبي عمير عن أحدهما عليهما السَّلام (في الرجل يطوف فتعرض له الحاجه فقال: لا- بأس أن يذهب في حاجته أو حاجه غيره و يقطع الطواف، و إذا أراد و أن يستريح في طوافه و يقعد فلا بأس، فإذا رجع بنى على طوافه و إن كان أقل من النصف)(١) كما في روايه الفقيه، و أما في روايه الشيخ في التهذيب (و إن كان نافله بنى على الشوط و الشوتين، و إن كان في طواف فريضة ثم خرج في حاجه مع رجل لم يبين و لا- في حاجه نفسه)، و صحيح أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السَّلام (في رجل طاف شوطا أو شوتين ثم خرج مع رجل في حاجه قال: إن كان طواف نافله بنى عليه، و إن كان طواف فريضة لم يبين)٢، و إذا قطعه لا للعذر فلا بد من تحكيم قاعده تجاوز النصف، و هذا ما ذهب إليه الشارح هنا، أو أنه يجوز مطلقا كما عن الشهيد في الدروس، لإطلاق هذه الأخبار، و فيه: إنها ظاهره في صوره الاضطرار فقط فلا تشمل الاختيار و أما إذا كان العذر دخول الصلاه فإن كانت فريضة فيبنى على وقع من طوافه للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السَّلام (عن رجل كان في طواف النساء فأقيمت الصلاه، قال: يصلّى معهم الفريضة فإذا فرغ بنى من حيث قطع)(٢) ، و حسنه هشام عن أبي عبد الله عليه السَّلام (أنه قال في رجل كان في طواف الفريضة فأدركته صلاه فريضة، قال يقطع الطواف و يصلّى الفريضة ثم يعود فيتمّ ما بقى عليه من طوافه)٤، و المشهور على التقييد بمجاوزه النصف جمعا بينها و بين عموم التعليل المستفاد من النصوص السابقه، و عن النافع جواز قطع الطواف و البناء بعد الصلاه و إن لم يبلغ النصف للإطلاق و هو ضعيف.

هذا و يجوز قطع الطواف و إن لم يتضيق وقت الفريضة لظاهر الأخبار، و قد خالف مالك إلا- مع خوف فوات الصلاه و هو مردود بما سمعت.

ثم الحق الشيخ في المبسوط و المحقق في النافع و العلامه في المنتهى و التذكرة و التحرير صلاه الوتر إذا خاف فوت وقتها، للأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السَّلام (سألته عن الرجل يكون في الطواف قد طاف بعضه و بقى عليه-

ص: ٣٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الطواف حديث ٨ و ٥.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الطواف حديث ٢ و ١.

(فلو قطع) الطواف (لدونها (١) بطل) مطلقا (٢) (وإن كان لضروره، أو دخول البيت، أو صلاة فريضه ضاق وقتها) و بعد الأربعة يباح القطع لضروره، و صلاة فريضه (٣) و نافله يخاف فوتها، و قضاء حاجه مؤمن، لا مطلقا. و حيث يقطعه يجب أن يحفظ موضعه ليكمل منعه بعد العود، حذرا من الزيادة أو النقصان، و لو شك أخذ بالاحتياط. هذا في طواف الفريضه. أما النافله فيبني فيها لعذر -بعضه، فطلع الفجر فيخرج من الطواف إلى الحجر أو إلى بعض المسجد إذا كان لم يوتر فيوتر، ثم يرجع فيتّم طوافه، أ فترى ذلك أفضل أم يتم الطواف ثم يوتر، و إن أسفر بعض الإسفار، قال: ابدأ بالوتر و اقطع الطواف إذا خفت ذلك ثم أتم الطواف بعد(١)،

و هو أيضا مشروط بتجاوز النصف عند المشهور، و قد زاد العلامة في المنتهى و التذكرة صلاة الجنازه بشرط تجاوز النصف، و هو لا بأس به.

هذا كله في قطع الطواف، و أما النقصان فإن كان عمدا و لو شوطا أو أقل أو فيجب عليه إتمامه إذا كان باقيا في المطاف و لم يفعل المنافي، لأنه المتيقن من البراءه، و لأنه كالصلاه المعلوم اعتبار ذلك فيها، و أما إذا انصرف عن المطاف أو حصل المنافي من حدث و نحوه فعليه الاستئناف و إذا كان النقصان سهوا و قد انصرف عن المطاف أو حصل المنافي من الحدث و غيره، فإن جاوز النصف رجع فأتّم، و إن كان دون ذلك استأنف على المشهور، لتحكيم قاعده تجاوز النصف المستفاده من نصوص المرض و الحدث سابقا، و استشكل سيد المدارك في ذلك، نعم حكم بالصححه فيما إذا كان المنسى شوطا واحدا فيكمله مع الإمكان و إلا استتاب لخبر الحسن بن عطيه (سأله سليمان بن خالد و أنا معه عن رجل طاف بالبيت سته أشواط، قال أبو عبد الله عليه السلام: و كيف طاف سته أشواط؟ قال: استقبل الحجر و قال: الله اكبر، و عقد واحدا، فقال أبو عبد الله عليه السلام: يطوف شوطا، فقال سليمان: فإنه فاتته ذلك حتى أتى أهله، قال: يأمر من يطوف عنه(٢) و فيه: عدم التصريح ببطلان طوافه فيما لو تجاوز النصف، فلا يعارض عموم التعليل المتقدم ما دام النسيان - كالمرض و الحدث - في كونه عذرا.

(١) أي لدون أربعة أشواط.

(٢) حتى لو كان لضروره.

(٣) عند دخول وقتها.

ص: ٣٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الطواف حديث ١.

مطلقاً (١)، و يستأنف قبل بلوغ الأربعة، لا له مطلقاً (٢)، و في الدروس أطلق البناء فيها مطلقاً (٣)

(و لو ذكر) نقصان الطواف (في أثناء السعي ترتبت صحته و بطلانه على الطواف)، فإن كان نقصان الطواف قبل إكمال أربع استأنفهما، و إن كان بعده بنى عليهما (٤) و إن لم يتجاوز نصف السعي (٥)، فإنه تابع للطواف في البناء و الاستئناف (٦)، و لو شك في العدد) أي عدد الأشواط (بعده) أي بعد فراغه منه (لم يلتفت) (٧) مطلقاً (٨)، (و في الأثناء يبطل إن شك في النقيصه) (٩) كأن شك بين (١) سواء كان قبل إكمال الأربعة أو بعدها.

(٢) أي لا لعذر مطلقاً سواء كان العذر شرعياً أو عرفياً.

(٣) أي في النافله سواء أكمل الأربعة أو لا، و سواء كان لعذر أو لا.

(٤) أي على الطواف و السعي، لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل طاف بالكعبه ثم خرج فطاف بين الصفا و المروه، فبينما هو يطوف إذ ذكر أنه قد ترك من طوافه بالبيت، قال: يرجع إلى البيت فيتم طوافه، ثم يرجع إلى الصفا و المروه فيتم ما بقي) (١) و ظاهره الاطلاق سواء تجاوز نصف الطواف أو لا، و إليه ذهب الشيخ في التهذيب و المحقق في النافع و العلامة في المنتهى و التذكرة و التحرير.

و عن الشيخ في المبسوط و الحلبي في السرائر و ابن سعيد في الجامع أنه لا بد من كونه قد تجاوز نصف الطواف تحكيماً لقاعده تجاوز النصف السابقه مع هذه الروايه.

(٥) كما هو الاطلاق في الروايه المتقدمه.

(٦) أي بنى على السعي إن بنى على الطواف، و يستأنف السعي حيث يستأنف الطواف.

(٧) بلا- خلاف فيه، لقاعده الفراغ، ففي خبر بكير بن أعين (قلت له: الرجل يشك بعد ما يتوضأ؟ قال: هو حين يتوضأ أذكر منه حين يشك) (٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (كلما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو) (٣)، و هو مطلق يشمل الطواف.

(٨) سواء كان الشك في الزيادة أو النقيصه.

(٩) فعلية الاستئناف على المشهور، للأخبار منها: خبر ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن-

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب الطواف حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الوضوء حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الخلل الواقع في الصلاه حديث ٣.

كونه تاما، أو ناقصا، أو في عدد الأشواط مع تحققه عدم الإكمال، (و يبنى على الأقل إن شك في الزيادة على السبع) إذا تحقق إكمالها (١)، إن كان على - رجل طاف بالبيت فلم يدر أسته طاف أم سبعة طواف الفريضة، قال: فليعد طوافه (١)، و صحيح صفوان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل طاف طواف الفريضة فلم يدر سته طاف أم سبعة؟ قال: فليعد طوافه) ٢، و خبر حنان بن سدير عن أبي عبد الله عليه السّلام (ما تقول في رجل طاف فأوهم قال طفت أربعة أو طفت ثلاثة، فقال عليه السّلام: أى الطوافين طواف نافله أم طواف فريضة؟ ثم قال عليه السّلام: إن كان طواف فريضة فليلق ما فى يديه و ليستأنف، و إن كان طواف نافله فاستيقن ثلاثة و هو فى شك من الرابع أنه طاف فليبن على الثلاثة فإنه يجوز له) ٣، و عن المفيد و على بن بابويه و الحلبي و ابن الجنيد و سيد المدارك أنه يبنى على الأقل لأصل البراءة و عدم الزيادة، لصحيح رفاعه عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى رجل لا يدرى سته طاف أو سبعة، قال: يبنى على يقينه) (٢)، و اليقين هنا الأقل، و صحيح منصور بن حازم المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل طاف طواف الفريضة فلم يدر سته طاف أم سبعة، قال: فليعد طوافه، قلت: ففاته، قال: ما أرى عليه شيئا، و الإعادة أحبّ إليّ و أفضل) ٥، و مثله غيره و لو كان الشك موجبا للإعادة لأوجبها عليه، فلذا لا بد من حمل صدره بالإعادة على الاستحباب كما عن سيد المدارك، و لكن هذه الطائفة لا تقاوم تلك الداله على الاستئناف لكثرة الثانيه و صراحه الأمر بالاستئناف فيها، و عمل المشهور بها.

(١) أى إذا شك فى الزيادة على السبع مع تحقق السبع فيقطع و لا شيء عليه بلا خلاف فيه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل طاف بالبيت طواف الفريضة فلم يدر أ سبعة طاف أم ثمانية؟ فقال: أما السبعة فقد استيقن، و إنما وقع وهمه على الثامن فليصل الركعتين) (٣)، هذا إذا ذكر قبل أن يبلغ الركن فإن بلغه أكمله اسبوعين لخبر أبي كهمس عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل نسى فطاف ثمانية أشواط، قال: إن ذكر قبل أن يبلغ الركن فليقطعه و قد أجزأ عنه، و إن لم يذكر حتى بلغه فليتم أربعة عشر شوطا و ليصل أربع ركعات) (٤)، و هو منجبر بعمل الأصحاب فلا يضر جهاله أبي كهمس، نعم هو -

ص: ٣٩٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٨ و ٧.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الطواف حديث ٥ و ٨.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الطواف حديث ١.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ٣.

الركن (١) و لو كان قبله بطل (٢) أيضا مطلقا (٣) كالتقصان، لتردده بين محذورين:

الإكمال المحتمل للزيادة عمدا. و القطع المحتمل للنقيصه، و إنما اقتصر عليه (٤) بدون القيد لرجوعه (٥) إلى الشك في النقصان، (و أما نفل الطواف فيبنى) فيه (على الأقل (٦) مطلقا) سواء شك في الزيادة، أم النقصان، و سواء بلغ الركن، أم لا.

هذا هو الأفضل، و لو بنى على الأكثر حيث لا يستلزم الزيادة جاز أيضا كالصلاه (٧).

-معارض بخبر عبد الله بن سنان - الذى حكم العلامة فى المنتهى بصحته - عن أبى عبد الله عليه السلام (من طاف بالبيت فوهم حتى يدخل فى الثامن فليتم أربعة عشر شوطا ثم ليصل ركعتين) (١)، و لكنه محمول على ما لو أتم الشوط الثامن جمعا بينه و بين ما تقدم.

(١) أى الركن الذى فيه الحجر الأسود.

(٢) أى إذا تعلق شكه بالزيادة قبل بلوغ الركن بطل كالتقصان، لعدم تحقق السبع منه فيدور الأمر بين محذورين: الإكمال المحتمل للزيادة العمديه، و القطع المحتمل لكون المقطوع هو السابع و هذا ما يوجب نقصان الطواف عن الواجب فلا بدّ من استئناف الطواف.

(٣) سواء كان الشك بين السابع و الثامن، أو بين السابع و الثامن و التاسع و هكذا.

(٤) أى اقتصر المصنف على الشك فى الزيادة على السبع مع عدم ذكر أنه على الركن.

(٥) أى رجوع الشك فى الزيادة على السبع قبل الركن إلى النقصان كما عرفت.

(٦) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: موثق حنان بن سدير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (و إن كان طواف نافله فاستيقن ثلاثه، و هو فى شك من الرابع أنه طاف، فليبن على الثلاثه فإنه يجوز له) (٢)، و خبر أحمد بن عمر المرهبي عن أبى الحسن عليه السلام (إن كان فى فريضه أعاد كلما شك فيه و إن كان نافله بنى على ما هو أقل) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: - جعلت فداك - شك فى طواف نافله قال: يبنى على الأقل) (٤).

(٧) قال فى المدارك (و ذكر الشارح (قدس سره) أنه يجوز للشاك هنا البناء على الأكثر حيث لا يستلزم الزيادة كالصلاه و هو غير واضح) و لكن يدل لمراد الشارح مرسل الصدوق فى الفقيه و المقنع عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل لا يدرى ثلاثه طاف أو أربعة، قال: طواف نافله أو فريضه؟ قيل: أجبنى فيهما جميعا، قال إن كان طواف نافله فابن

ص: ٣٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الطواف حديث ٧ و ٤ و ١٢.

(و سننه - الغسل) (١) قبل دخول مكة (من بئر ميمون) بالأبطح، (أو) بئر (فخ) على فرسخ من مكة بطريق المدينة، (أو غيرهما (٢)، و مضغ الإذخر) (٣) بكسر الهمزة و الخاء المعجمه، (و دخول مكة من أعلاها) (٤) من عقبه المدنيين للتأسى، سواء فى ذلك المدني و غيره (٥)...

-على ما شئت، و إن كان طواف فريضة فأعد الطواف (١)، نعم قال فى الجواهر (إلا- أن ذلك كله كما ترى لا يجترى به على الخروج عما هو كالمتفق عليه نصا و فتوى من ظهور تعين البناء على الأقل الذى هو أحوط مع ذلك أيضا، و الله العالم) انتهى.

(١) فالغسل لدخول مكة، لصحيح الحلبي (أمرنا أبو عبد الله عليه السّلام أن نغتسل من فتح قبل أن ندخل مكة) (٢)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا انتهيت إلى الحرم إن شاء الله فاغتسل حين تدخله، و إن تقدمت فاغتسل من بئر ميمون، أو من فخ، أو من منزلك من مكة) (٣).

(٢) كما فى صحيح ذريح المحاربي (سألته عن الغسل فى الحرم قبل دخول مكة أو بعد دخوله؟ قال: لا يضر ك أى ذلك فعلت، و إنما اغتسلت بمكة فلا بأس، و إن اغتسلت فى بيتك حين تنزل مكة فلا بأس) ٣.

(٣) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا دخلت الحرم فخذ من الإذخر فامضغه) (٤)، و قال الكليني: (سألت بعض أصحابنا عن هذا فقال: يستحب ذلك ليطيب به الفم لتقيل الحجر).

(٤) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام الوارد فى كيفية حج النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (و دخل من أعلى مكة من عقبه المدنيين، و خرج من أسفل مكة من ذى طوى) (٥)، و موثق يونس بن يعقوب (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: من أين أدخل مكة، و قد جئت من المدينة؟ قال:

ادخل من أعلى مكة، و إذا خرجت تريد المدينة فاخرج من أسفل مكة) ٦.

(٥) جزم بذلك الشارح فى المسالك و فى الروضة هنا، و لكن الأخبار مختصه بالمدنى، و فى التذكرة خصّه بمن يجيء من المدينة أو الشام، و أما الذين يجيئون من سائر الأقطار فلا يؤمرون بأن يدوروا ليدخلوا من تلك الثنية، و استحسنة فى المدارك و هو كذلك.

١- (٥) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الطواف حديث ٦.

٢- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

٣- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢ و ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

٥- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١ و ٢.

(حافيا) (١) و نعله بيده (بسكينه) و هو الاعتدال فى الحركة (و وقار) و هو الطمأنينه فى النفس، و إحضار البال و الخشوع.

(و الدخول من باب بنى شيبه) (٢) ليظاً هبل و هو الآن فى داخل المسجد بسبب توسعته، بإزاء باب السّلام (٣) عند الأساطين (بعد الدعاء بالمأثور) عند الباب (٤) - هذا و قال الشهيد فى الدروس (و يستحب عندنا دخوله من ثنيه كداء - بالفتح و المد -، و هى التى ينحدر منها إلى الحجون بمقبره مكه، و يخرج من ثنيه كدى - بالضم و القصر منونا - و هى بأسفل مكه).

(١) للأخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخلت المسجد الحرام فادخله حافيا على السكينه و الوقار و الخشوع، و قال: و من دخله بخشوع غفر الله له إنشاء الله، قلت: ما الخشوع؟ قال: السكينه لا تدخل بتكبر) (١)، و خبر عجلان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا انتهيت إلى بئر ميمون أو بئر عبد الصمد فاغتسل و اخلع نعليك و امش حافيا، و عليك السكينه و الوقار) (٢)، هذا و قيل: إن السكينه و الوقار واحد، و قيل: الأول الخضوع الصورى و الآخر الخضوع المعنوى.

(٢) لخبر سليمان بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث المأزمين: (إنه موضع عبد فيه الأصنام، و منه أخذ الحجر الذى نحت منه هبل، الذى رمى به على عليه السّلام من ظهر الكعبه لما علا ظهر رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فأمر به فدفن عند باب بنى شيبه، فصار الدخول إلى المسجد من باب بنى شيبه سنّه لأجل ذلك) (٣).

(٣) قال فى المدارك (و هذا الباب - أى باب بين شيبه - غير معروف الآن لتوسعه المسجد، لكن قيل: إنه بإزاء باب الإسلام، فينبغى الدخول منه على الاستقامه إلى أن يتجاوز الأساطين ليتحقق المرور به بناء على هذا القول).

(٤) فيقف بالباب و يسلم على النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم و يدعو بالمأثور لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإذا انتهيت إلى باب المسجد فقم و قل: السّلام عليك أيها النبى و رحمه الله و بركاته، بسم الله و بالله و من الله و ما شاء الله، و السّلام على أنبياء الله و رسله، و السّلام على رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و السّلام على إبراهيم خليل الرحمن، و الحمد لله رب العالمين) (٤)، و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (تقول و أنت على باب المسجد:

ص: ٤٠٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

(و الوقوف عند الحجر) الأسود (١)،(و الدعاء فيه) أى حاله الوقوف مستقبلا، رافعا -بسم الله و بالله و من الله و ما شاء الله و على مله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و خير الاسماء لله و الحمد لله، و السلام على رسول الله السلام على محمد بن عبد الله، السلام عليك أيها النبي و رحمه الله و بركاته، السلام على أنبياء الله و رسله، السلام على إبراهيم خليل الرحمن، السلام على المرسلين و الحمد لله رب العالمين، السلام علينا و على عباد الله الصالحين، اللهم صل على محمد و آل محمد و بارك على محمد و آل محمد و ارحم محمدا و آل محمد كما صليت و باركت و ترحمت على إبراهيم و آل إبراهيم إنك حميد مجيد، اللهم صل على محمد و آل محمد عبدك و رسولك، و على إبراهيم خليلك و على أنبيائك و رسلك و سلم عليهم، و سلام على المرسلين و الحمد لله رب العالمين، اللهم افتح لى أبواب رحمتك، و استعملنى فى طاعتك و مرضاتك، و احفظنى بحفظ الايمان أبدا ما أبقيتنى جلّ ثناء وجهك، و الحمد لله الذى جعلنى من وفده و زواره، و جعلنى ممن يعمر مساجده، و جعلنى ممن ينجيه، اللهم إني عبدك و زائر في بيتك، و على كل مأتى حق لمن أتاه و زاره، و أنت خير مأتى و أكرم مزور، فأسألك يا الله يا رحمان، و بأنك أنت الله، لا إله إلا أنت وحدك لا شريك لك، و بأنك واحد أحد صمد، لم تلد و لم تولد، و لم يكن لك كفوا أحد، و أن محمدا صلى الله عليه و آله و سلم عبدك و رسولك و على أهل بيته، يا جواد يا كريم يا ماجد يا جبار يا كريم، أسألك أن تجعل تحفتك إياى بزيارتى إياك أول شىء تعطينى فكاك رقتى من النار، اللهم فك رقتى من النار - تقولها ثلاثا - و أوسع على من رزقك الحلال الطيب، و ادرا عنى شر شياطين الأانس و الجن و شر فسقه العرب و العجم(١).

(١) لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا دنوت من الحجر الأسود فارفع يديك و احمد الله و اثن عليه و صل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم، و اسأل الله أن يتقبل منك، ثم استلم الحجر و قبله، فإن لم تستطع أن تقبله فاستلمه بيدك، فإن لم تستطع أن تستلمه بيدك فأشر إليه، و قل: اللهم امانتى أديتها و ميثاقى تعاهدته لتشهد لى بالموافاه، اللهم تصديقا بكتابتك و على سنة نبيك، و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، و أن محمدا صلى الله عليه و آله و سلم عبده و رسوله، أمنت بالله و كفرت بالجبت و الطاغوت و باللات و العزى، و عباده الشيطان و عباده كل نذ يدعى من دون الله، فإن لم تستطع أن تقول هذا كله فبعضه، و قل: اللهم إليك بسطت يدي و فيما عندك عظمت رغبتى فاقبل سبحتى و اغفر لى و ارحمنى، اللهم إني أعوذ بك من الكفر و الفقر و مواقف الخزى فى الدنيا و الآخرة(٢).

ص: ٤٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الطواف حديث ١.

يديه،(و في حالات الطواف) بالمنقول (١)،(وقراءه القدر (٢)، و ذكر الله تعالى (٣)، و السكينه في المشى) (٤)...

(١) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (طف بالبيت سبعة أشواط و تقول في الطواف: اللهم إني أسألك باسمك الذي يمشى به على ظلل الماء كما يمشى به على جدر الأرض، و أسألك باسمك الذي يهتز له عرشك، و أسألك باسمك الذي تهتز له أقدام ملائكتك، و أسألك باسمك الذي دعاك به موسى من جانب الطور فاستجبت له و ألقيت عليه محبه منك، و أسألك باسمك الذي غفرت به لمحمد صلى الله عليه و آله و سلم ما تقدم من ذنبه و ما تأخر و أتممت عليه نعمتك أن تفعل بي كذا و كذا، فإذا انتهيت إلى باب الكعبه فصل على النبي صلى الله عليه و آله و سلم و تقول فيما بين الركن اليماني و الحجر الأسود: رَبَّنَا آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَ فِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَ قِنَا عَذَابَ النَّارِ، و قل في الطواف: اللهم إني إليك فقير و إني خائف مستجير فلا تغيّر جسمي و لا تبدل اسمي)(١).

(٢) قال في الدروس في مستحبات الطواف (تاسعها الدعاء بالمرسوم و الاذكار المرويه في ابتدائه و اثنائه و تلاوه القرآن خصوصا القدر و يستحب الصلاه على النبي صلى الله عليه و آله و سلم كلما حاذى باب الكعبه).

أما قراءه القرآن لخبر أيوب أخى اديم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: القراءه و أنا أطوف أفضل أو ذكر الله تبارك و تعالى؟ قال: القراءه، قلت: فإن مر بسجده و هو يطوف قال:

يؤمى برأسه إلى الكعبه)(٢). و أما سوره القدر فلم أعر على خبر يدل عليها بالخصوص.

(٣) لخبر محمد بن فضيل عن الإمام الرضا عليه السلام (طواف الفريضة لا- ينبغي أن يتكلم فيه إلا بالدعاء و ذكر الله و تلاوه القرآن، و قال: و النافله يلقي الرجل أخاه فيسلم عليه و يحدثه بالشىء من أمر الآخره و الدنيا لا بأس به)(٣).

(٤) و السكينه هي الاقتصاد في المشى، و الاقتصاد هو التوسط بين الإسراع و البطء، و يدل على الحكم أخبار منها: خبر عبد الرحمن بن سيابه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الطواف فقلت:

أسرع و أكثر أو امشى و أبطئ؟ قال: مشى بين المشيين)(٤)، و خبر أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه عن جده (رأيت على بن الحسين عليه السلام يمشى و لا يرمل) ٥ و الرمل

ص: ٤٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب الطواف حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الطواف حديث ٤ و ٥.

بمعنى الاقتصاد فيه مطلقاً (١) فى المشهور، (و الرمل) بفتح الميم و هو الإسراع فى المشى مع تقارب الخطى، دون الوثوب و العدو (ثلاثاً) و هى الأولى، (و المشى أربعاً) بقيه الطواف (على قول الشيخ) فى المبسوط فى طواف القدوم خاصة، و إنما أطلقه (٢) لأن كلامه الآن فيه، و إنما يستحب على القول به للرجل الصحيح دون المرأة، و الخنثى، و العليل بشرط أن لا يؤذى غيره (٣)، و لا- يتأذى به، و لو -لغى - الهروله، و ظاهر هذه النصوص أن الاقتصاد مستحب فى تمام الأشواط، و هو المنسوب إلى الأ- كثر كما عن المدارك، و عن ابن حمزه أنه يرمل ثلاثاً و يمشى أربعاً فى طواف الزيارة، و عن الشيخ فى المبسوط أنه فى طواف القدوم خاصة لخبر ابن عيسى عن أبيه (سئل ابن عباس فقيل: إن قوما يرون أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أمر بالرمل حول الكعبة فقال: كذبوا و صدقوا، فقلت: و كيف ذلك؟ فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل مكة فى عمره القضاء و أهلها مشركون، و بلغهم أن أصحاب محمد مجهودون، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: رحم الله امرئ أراه من نفسه جلدًا، فأمرهم فخسروا عن أعضادهم و رملوا بالبيت ثلاثه أشواط و رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على ناقته، و عبد الله بن رواحه أخذ بزمامها، و المشركون بحيال الميزاب ينظرون إليهم، ثم حج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بعد ذلك فلم يرمل و لم يأمرهم بذلك، فصدقوا فى ذلك و كذبوا فى هذه) (١)، و هو كما ترى لا- يدل على الاستحباب، و مثله خبر زراره أو محمد الطيار (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الطواف أ يرمل فيه الرجل؟ فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما إن قدم مكة و كان بينه و بين المشركين الكتاب الذى قد علمتم، أمر الناس أن يتجلدوا و قال: أخرجوا أعضادكم، و أخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ثم رمل بالبيت ليريهم أنه لم يصبهم جهد، فمن أجل ذلك يرمل الناس و إنى لأمشى مشياً، و قد كان على بن الحسين عليهما السلام يمشى مشياً) ٢.

ثم على تقدير استحباب الرمل فهو خاص بالرجل دون المرأة كما هو مرتكز المشرع على ما فى السؤال من خبر زراره، أو محمد الطيار، و أما النساء فلا يستحب اتفاقاً كما عن المنتهى.

(١) سواء كان فى الثلاثه الأول أو لا.

(٢) و لم يقيد بطواف القدوم و هو أول طواف يأتي به القادم إلى مكة واجبا أو مندوبا كما فى المسالك.

(٣) كما يستفاد عدم الأذى من خبر سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن المسرع-

ص: ٤٠٣

كان راكبا حرك دابته (١) و لا فرق بين الركنين اليمينيين و غيرهما (٢)، و لو تركه في الأشواط أو بعضها لم يقضه (٣).

في استلام الحجر و تقبيله

(و استلام الحجر) (٤) بما أمكن من بدنه، و الاستلام بغير همز المس من -و المبطن في الطواف فقال: كل واسع ما لم يؤذ أحدا(١).

(١) تأسيا بالنبي المستفاد فعلة من الجمع بين خبر ابن عيسى المتقدم بأن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ عند ما أمر بالرمل كان على دابته و بين خبر جابر عن جعفر بن محمد عليه السَّلام (أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ رمل ثلاثا و مشى اربعا)(٢).

(٢) قال في الدروس: (لا- فرق في الرمل بين الركنين اليمينيين و غيرهما عندنا)، لإطلاق الأخبار المتقدمة لو كانت داله على استحباب الرمل، و نقل العلامة في المنتهى عن العامة استحباب الرمل في الأشواط الثلاثة إلا بين الركنين فالمشى، و الرش في خلافهم بعد عدم ثبوت ما يدل على هذا الاستثناء.

(٣) لفوات محله.

(٤) استلامه باليد لصحيح معاوية بن عمار المتقدم عن أبي عبد الله عليه السَّلام (إذا دنوت من الحجر الأسود فارفع يديك و احمد الله و اثن عليه و صل على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و أسأله أن يتقبل منك ثم استلم الحجر و قبله، فإن لم تستطع أن تقبله فاستلمه بيديك، فإن لم تستطع أن تستلمه فأشر إليه)(٣)، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السَّلام (كان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ يستلم الحجر في كل طواف فريضه و نافله)٤.

و هذه الأخبار ظاهره في استحباب استلامه قبل الطواف، و أما استحبابه في أثناء الطواف فيدل عليه خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السَّلام (كنت اطوف مع أبي و كان إذا انتهى إلى الحجر مسحه بيده و قبله، و إذا انتهى إلى الركن اليماني التزمه، فقلت: جعلت فداك تمسح الحجر بيدك و تلتزم اليماني، فقال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: ما أتيت الركن اليماني إلا وجدت جبرئيل عليه السَّلام قد سبقني إليه يلتزمه)(٤)، و مثله غيره، و هو صريح بكون الاستلام باليد، و أما الاستلام بجميع البدن فهو المحكى عن القواعد و المبسوط و الخلاف، و قال في الجواهر (و لعله لأن أصله مشروع للتبرك به و التحبب إليه فالتعميم أولى، لكن المراد ما يناسب-

ص: ٤٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) سنتي البيهقي ج ٥ ص ٧ حديث ٨٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الطواف حديث ٣.

السلام بالكسر و هي الحجارة بمعنى مس السلام (١)، أو من السلام و هو التحية، و قيل: بالهمز من اللأمة و هي الدرع، كأنه اتخذته جنه و سلاحا،(و تقيله) مع الإمكان، و إلا استلمه بيده، ثم قبلها (أو الإشاره إليه) إن تعذر، و ليكن ذلك في كل شوط، و أقله الفتح و الختم (٢).

التعظيم و التبرك و التحبب من الجميع، و يمكن أن يراد به الاعتناق و الالتزام، لأنه تناول له بجميع البدن و تلبس و الثام به، و على كل حال فإن تعذر الاستلام بالجميع فبعضه كما نص عليه الفاضل أيضا، بل هو المحكى عن المبسوط و الخلاف أيضا، بل في الأخير منهما الاجماع عليه، خلافا للشافعي فلم يجتز بما تيسر من بدنه) انتهى.

ثم إذا استلمه بيده فيستحب تقبيل اليد لمناسبته للتعظيم و التبرك و التحبب، لخبر الكاهلي عن أبي عبد الله عليه السلام (طاف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على ناقته العضباء، و جعل يستلم الأركان بمحجته و يقبل المحجن) (١)، و عن سلالر و جوب استلام الحجر و التقبيل، و لكن في المراسم - كما في الجواهر - و جوب لثم الحجر فقط، أخذنا بظاهر الأمر في هذه النصوص، و لكنه محمول على الاستحباب لطائفه من الأخبار، منها: صحيح سيف التمار عن أبي عبد الله عليه السلام (قال له: أتيت الحجر الأسود فوجدت عليه زحاما فلم ألق إلا - رجلا من أصحابنا فسألته فقال: لا بد من استلامه، فقال عليه السلام: إن وجدته خاليا، و إلا فسلم من بعيد) (٢)، و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى لا - أخلص الى الحجر الأسود، فقال عليه السلام: إذا طفت طواف الفريضة فلا يضرك) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار (قال أبو بصير لأبي عبد الله عليه السلام: إن أهل مكة أنكروا عليك أنك لم تقبل الحجر، و قد قبله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا انتهى إلى الحجر يفرجون له، و أنا لا يفرجون لي) (٤).

(١) نقل العلامة في التذكرة عن السيد المرتضى (الاستلام بغير همز افتعال من السلام، و هي الحجارة، فإذا مس الحجر بيده أو مسحه بها قيل استلم، أى مس السلام بيده، و قيل:

إنه مأخوذ من السلام، بمعنى أنه يحيى نفسه عن الحجر، إذ ليس الحجر ممن يجيبه، و هذا كما يقال اختدم إذا لم يكن له خادم سوى نفسه)، و نقل في التذكرة عن تغلب (أنه حكى في الاستلام الهمز، و فسره بأنه اتخذته جنه و سلاحا، من اللامه و هي الدرع).

(٢) أى افتتاح الشوط الأول و اختتام الشوط الأخير، لصحيح معاوية بن عمار عن أبي -

ص: ٤٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الطواف حديث ٤ و ٦ و ١١.

(و استلام الأركان) (١) كلها كلما مرّ بها خصوصا اليماني و العراقي، و تقبيلهما للتأسى، و استلام (المستجار (٢) فى) الشوط (السابع) و هو بحذاء الباب، دون عبد الله عليه السّلام (كنا نقول: لا- بد أن نستفتح بالحجر و نختم به، فأما اليوم فقد كثر الناس) (١).

(١) ذهب الأ-كثر إلى استحباب استلام الأركان كلها، و إن تأكد استحباب استلام العراقي و اليماني، لصحيح جميل بن صالح (رأيت أبا عبد الله عليه السّلام يستلم الأركان كلها) (٢)، و خبر إبراهيم بن أبى محمود (قلت لرضا عليه السّلام استلم اليماني و الشامي و العراقي و الغربي؟ قال: نعم) (٣).

و فى صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن استلام الركن، قال:

استلامه أن تصق بطنك به و المسح أن تمسحه بيدك) (٣)، و لكنه محمول على الاستحباب لصدق الاستلام باليد، و يدل عليه أخبار منها: خبر سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن استلام الحجر من قبل الباب، فقال: أليس إنما تريد أن تستلم الركن؟ قلت: نعم، قال: يجزيك حيثما نالت يدك) (٥).

و أما تأكد الاستحباب فى اليماني و العراقي فلصحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (كنت أطوف بالبيت فإذا رجل يقول: ما بال هذين الركنين يستلمان و لا يستلم هذان؟ فقلت:

إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم استلم هذين، و لم يتعرض لهذين، فلا تعرض لهما إذا لم يتعرض لهما رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم) (٤)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عن أبى جعفر عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم لا يستلم إلا الركن الأسود و اليماني ثم يقبلها و يضع خده عليهما، و رأيت أبى يفعله) (٧) و مثلها غيرها.

و أوجب سلّار استلام اليماني أخذا بظاهر الأمر فى النصوص السابقة فى استلام الحجر، و قد عرفت حالها، و عن ابن الجنيد من نفى استلام غير الركنين اليماني و العراقي، أو منع استلام الشامي على اختلاف النقل عنه، و ما تقدم حجه عليه.

(٢) المستجار هو جزء من حائط الكعبة بحذاء الباب، دون الركن اليماني بقليل، و يسمى بالملتزم و المتعوذ، فيستلمه فى الشوط السابع و يبسط يديه على حائطه و يلصق به خده و بطنه، و يقر بذنوبه، و يدعو بالدعاء المأثور للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن

ص: ٤٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الطواف حديث ٢ و ١.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٢.

الركن اليماني بقليل، (وإصاق البطن) ببشرته به في هذا الطواف، لإمكانه (١)، و تتأدى السنه في غيره (٢) من طواف مجامع للبس المخيط و لو من داخل الثياب (٣)، (و) إصاق بشره (الخدّ به) أيضا.

(و الدعاء و عدّ ذنوبه عنده) مفصله، فليس من مؤمن يقر لربه بذنوبه فيه إلا -أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كنت في الطواف السابع فانت المتعوذ، و هو إذا قمت في دبر الكعبه بحذاء الباب فقل: اللهم البيت بيتك، و العبد عبدك، و هذا مقام العائذ بك من النار، اللهم من قبلك الروح و الفرج، ثم استلم الركن اليماني، ثم ائت الحجر فاختم به) (١)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا فرغت من طوافك و بلغت مؤخر الكعبه و هو بحذاء المستجار دون الركن اليماني بقليل، فابسط يديك على البيت و الصق بدنك - و فى نسخه بطنك - و خدك بالبيت، و قل: اللهم: البيت بيتك و العبد عبدك، و هذا مكان العائذ لك من النار، ثم أقرّ لربك بما عملت، فإنه ليس من عبد مؤمن يقرّ لربه بذنوبه فى هذا المكان إلا غفر الله له إن شاء الله، و تقول: اللهم من قبلك الروح و الفرج و العافيه، اللهم إن عملى ضعيف فضاعفه لى و اغفر لى ما اطلعت عليه منى و خفى على خلقك، ثم تستجير بالله من النار، و تخير لنفسك من الدعاء، ثم استلم الركن اليماني، ثم ائت الحجر الاسود) ٢، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (أنه كان إذا انتهى إلى الملتزم قال لمواليه: أميطوا عنى حتى أقرّ لربى بذنوبى فى هذا المكان، فإن هذا مكان لم يقرّ عبد لربه بذنوبه ثم استغفر إلا غفر الله له) ٣، نعم لو جاوز المستجار إلى الركن لم يرجع لفوات المحل، و لصحيح على بن يقطين عن أبى الحسن عليه السّلام سألته عن من نسي أن يلتزم فى آخر طوافه حتى جاز الركن اليماني، أ يصلح أن يلتزم بين الركن اليماني و بين الحجر أو يدع ذلك؟ قال: يترك اللزوم و يمضى) (٢)، و عن الدروس الرجوع ما لم يبلغ الركن، و عن المحقق فى النافع و العلامه فى القواعد الرجوع و إن جاوز الركن، و ما تقدم حجه عليهم حذرا من زياده الطواف.

(١) لأنه بثوبى الاحرام الذى يسهل فيهما كشف البطن، هذا فى طواف القدوم، و لذا عبر عنه الشارح فى هذا الطواف.

(٢) كطواف الحج.

(٣) لصدق إصاق البطن بالمستجار.

ص: ٤٠٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الطواف حديث ١.

غفرها له إن شاء الله، رواه معاوية بن عمار عن الصادق (ع)، و متى استلم حفظ موضعه بأن يثبت رجله فيه، و لا يتقدم بهما حالته (١)، حذرا من الزيادة في الطواف، أو النقصان.

(و التدانى من البيت) (٢) و إن قلت الخطى، فجاز اشتمال القليله على مزيه و ثواب زائد عن الكثيره. و إن كان قد ورد فى كل خطوه من الطواف سبعون ألف حسنه، و يمكن الجمع بين تكثيرها و التدانى، بتكثير الطواف (٣) (و يكره الكلام) (١) حاله الاستلام.

(٢) علله العلامة كما عن المنتهى (بأن البيت هو المقصود فيكون الدنو منه أولى) و قال سيد المدارك (و مثله يكفى فى مثله إن شاء الله تعالى) لأنه ليس بحكم الزامى فيكفى هذا الاستحسان.

و ينشأ إشكال من أن الدنو يوجب قله الخطى، مع أنه ورد فى الخبر و هو مرسل حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السلام (دخلت عليه يوما. إلى أن قال. قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ما من طائف يطوف بهذا البيت حين تزول الشمس حاسرا عن رأسه حافيا، يقارب بين خطاه، و يفض بصره و يستلم الحجر فى كل طواف من غير أن يؤذى أحدا و لا يقطع ذكر الله عن لسانه إلا كتب الله له بكل خطوه سبعين الف حسنه، و محى عنه سبعين الف سيئه، و رفع له سبعين الف درجه و اعتق عنه سبعين الف رقبه، ثمن كل رقبه عشره آلاف درهم، و شفّع فى سبعين من أهل بيته، و قضيت له سبعون الف حاجه إن شاء فعاجله، و إن شاء فأجله) (١)، و هذا الثواب يستدعى تكثير الخطى و هذا يتم فى البعد أكثر من التدانى إلى البيت.

و قال فى الدروس (و لا يبالي بقله الخطى مع الدنو و كثرتها مع البعد) و لم يتضح وجهه، و قال فى الجواهر (و لا ينافى ذلك ما ورد من أن فى كل خطوه من الطواف سبعين الف حسنه، و التباعد أزيد خطى لجواز اتفاق الحسنات فى العدد دون الرتبة) بمعنى أن هذا الثواب المخصوص مشترك فى الخطوه سواء كانت عن قرب أو بعد، لكن عن بعد تكثر الخطى و عن قرب تزداد رتبه الثواب كما تشترك المساجد فى قدر معين من الحسنات مع كون بعضها له خصوصيه و مزيه خاصه.

(٣) عن قرب ليكون مساويا للخطى عن بعد، و نسيه: إن تكثير الطواف عن قرب غير

ص: ٤٠٨

(فى أثناؤه بغير الذكر و القرآن) (١)، و الدعاء و الصلاة على النبى (ص) (٢). و ما ذكرناه (٣) يمكن دخوله فى الذكر (٤).

مسائل:

إشارة

(مسائل):

الأولى كل طواف واجب ركن

(الأولى):

(كل طواف) واجب (ركن) (٥) يبطل النسك بتركه عمدا كغيره من -صالح لرفع الأشكال لأن هذا التكثير لو كان بعد لأوجب زياده الخطى فيرجع الإشكال جذعا، بالإضافة إلى أن تكثير الطواف لا يتم إلا فى المنسوب و أما الواجب فلا كما هو واضح.

(١) لخبر محمد بن الفضيل عن أبى جعفر الثانى عليه السلام (طواف الفريضة لا- ينبغى أن يتكلم فيه إلا- بالدعاء و ذكر الله و تلاوه القرآن، قال: و النافله يلقي الرجل أخاه فيسلم عليه و يحدثه بالشىء من أمر الآخرة و الدنيا فلا بأس به) (١) و قال فى الجواهر (و إن اختص بالفريضة لكن يمكن القطع بمساواه النافله لها فى أصل الكراهه، و إن كانت أخف خصوصا بعد معرفيه المرجوحه فى المسجد بكلام الدنيا) فالكلام فى الطواف المنسوب هو كلام فى المسجد الحرام أيضا، ثم إن الشهيد فى الدروس زاد كراهيه الأكل و الشرب و التثاؤب و التمطى و الفرقة و العبت و مدافعه الاخبثين، و كل ما يكره فى الصلاة غالبا، لأن الطواف فى البيت صلاة كما تقدم.

(٢) لخبر عبد السلام (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: دخلت الطواف فلم يفتح لى شىء من الدعاء إلا الصلاة على محمد و آل محمد، و سعيت فكان ذلك، فقال: ما أعطى أحد ممن سأل أفضل مما أعطيت) (٢).

(٣) من الدعاء و الصلاة على النبى صلى الله عليه و آله و سلم.

(٤) و لذا اقتصر عليه المصنف.

(٥) اجماعى كما عن التحرير، و المراد بالركن هنا ما يبطل الحج بتركه عمدا خاصة كما عن المسالك، و يدل عليه صحيح ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام (عن رجل جهل أن يطوف بالبيت طواف الفريضة، قال: إن كان على وجه جهاله فى الحج أعاد و عليه بدنه) (٣) و خبر على بن حمزه (سئل عن رجل جهل أن يطوف بالبيت حتى رجع إلى أهله،-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب الطواف حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب الطواف حديث ١.

الأركان (إلا طواف النساء) (١)، و الجاهل عامد، و لا يبطل بتركه نسيانا (٢) لكن -قال: إذا كان على وجه الجهالة أعاد الحج و عليه بدنه(١) فإذا كان ترك الطواف جهلا مبطل للحج فمع العلم من باب أولى.

هذا و أركان الحج على ما قيل: النية و الاحرام و القوفان و السعى، أما النية و الإحرام فواضح إذ تركهما عمدا أو سهوا لا يوجب التلبس بالحج، فتركهما موجب لعدم الحج، و أما البقيه فسيأتي البحث فيها إن شاء الله تعالى.

و كما يبطل الحج بترك الطواف العمدي كذلك تبطل عمره لعدم خصوصيه الحج الوارد و فى النصوص المتقدمه، و من هذين الخبرين يعلم أن الجاهل عامد كالعالم و هذا ما نسب إلى الأكثر، نعم بقى الكلام فيما يتحقق به ترك الطواف و سيأتي البحث فيه.

(١) فإنه ليس بركن من غير خلاف كما عن السرائر، و يدل عليه صحيح أبى أيوب الخزاز (كنت عند أبى عبد الله عليه السلام إذ دخل عليه رجل فقال: أصلحك الله إن معنا امرأه حائضا و لم تطف طواف النساء، فأبى الجمال أن يقيم عليها، قال: فاطرق و هو يقول لا تستطيع أن تتخلف عن أصحابها و لا يقيم عليها جمالها، تمضى فقد تم حجها(٢) و تماميه حجها مع عدمه دليل على عدم ركنيته و لو كان تركه على نحو الاضطرار و إلا فالاضطرار يرفع الاثم فى الترك فلو كان ركنا لوجب عليها الإعادة.

(٢) أى لا يبطل الطواف الركنى بتركه نسيانا بل يقضيه و لو بعد المناسك بلا خلاف معتد أجده فيه كما فى الجواهر لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل نسى طواف الفريضة حتى قدم بلاده و واقع النساء كيف يصنع؟ قال: يبعث بهدى إن كان تركه فى حج بعث به فى حج، و إن كان تركه فى عمره بعث به فى عمره، و وكل من يطوف عنه ما تركه من طوافه(٣) و هو محمول على ما لو تعذر العود و إلا فيجب عليه الرجوع بنفسه لأن الطواف عن مباشره هو الواجب بالأصل و عن الشيخ فى كتابى الأخبار البطلان، بعد حمل الخبر على طواف النساء و استشهد على ذلك بخبر معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام رجل نسى طواف النساء حتى دخل أهله، قال: لا تحل له النساء حتى يزور البيت، و قال: يأمر أن يقضى عنه إن لم يحج فإن توفى قبل أن يطاف عنه فليقض عنه و ليه أو غيره(٤) و فيه: أما خبر ابن عمار فهو صريح فى طواف

ص: ٤١٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب الطواف حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الطواف حديث ١٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الطواف حديث ٦.

يجب تداركه (فيعود إليه وجوبا مع الممكنه) و لو من بلده (و مع التعداد) (١). و الظاهر أن المراد به المشقه الكثيره وفاقا للدروس، و يحتمل إرادته العجز عنه مطلقا (٢) (يستنيب) فيه، و يتحقق البطلان بتركه عمدا (٣)، و جهلا (٤) بخروج ذى الحجه قبل فعله إن كان طواف الحج مطلقا (٥)، و فى عمره التمتع وقت لضيق وقت الوقوف إلا- عن التلبس بالحج قبله، و فى المفرده المجامعه للحج و المفرده عنه إشكال (٦).

و يمكن اعتبار نيه الإعراض عنه (٧).

-النساء و ليس فيه المنع عن الاستنابه لو تعذر العود فى طواف الحج المنسى بالإضافة إلى أن صحيح على بن جعفر صريح فى كون المنسى هو طواف الحج لا النساء فلا تعارض بينهما فيحمل كل منهما على ظاهره.

(١) ظاهر الصحيح المتقدم أن نفس الرجوع إلى البلد عذر و لكن الأصحاب اعتبروا تعذر العود احتياطا لأصاله المباشره فلا يرفع اليد عنها إلا بأدله الحرج و نحوها.

و عن الدروس أن المراد من التعداد هنا المشقه الشديده، و فيه: أنه يكفى ما يوجب الحرج.

(٢) من غير تقييد بالمشقه الكثيره.

(٣) لأنه ركن فيبطل الحج بتركه عمدا كما تقدم.

(٤) فما سبق من العود إلى الطواف و الاستنابه و إن خرج شهر ذى الحجه فهو مخصوص بالناسى، و أما التارك للطواف عمدا أو جهلا- فيتحقق وقت الترك بخروج ذى الحجه لأنه وقت لوقوع الأفعال فى الجملة خصوصا الطواف و السعى فلو أخرهما طول ذى الحجه صح حجه، و فى حكم خروج الشهر انتقال الحاج إلى محل يتعذر عليه العود فى تمام الشهر هذا فى الحج، و أما عمره التمتع فوق الترك يتحقق بضيق وقت الوقوف إلا عن التلبس بالحج قبله، و العمره المفرده بخروج السنه إن كانت مجامعه لحج القران أو الافراد بناء على وجوب ايقاعها فى سنه الحج، و أما لو كانت مجردة فاشكال إذ يحتمل وجوب الاتيان بالطواف تمام العمر لعدم التوقيت فما دام حيا فلا يحكم ببطلان العمره المجرده لعدم تحقق الترك و هذا ما ذهب إليه صاحب الجواهر، و يحتمل أن يتحقق وقت الترك بالخروج عن مكه بنيه الأعراض عن الطواف كما احتمله الشهيد فى المسالك.

(٥) سواء كان حج تمتع أو أفراد أو قران.

(٦) لا إشكال فيها لاشتراط وقوعها فى سنه الحج و إنما الاشكال فى العمره المجرده

(٧) فى الجميع كما عن المسالك.

(و لو نسي طواف النساء) حتى خرج من مكة (جازت الاستنابه) فيه (اختيارا) (١) و إن أمكن العود لكن لو اتفق عوده لم تجز الاستنابه (٢)، أما لو تركه عمدا (٣) وجب العود إليه مع الإمكان، و لا تحل النساء بدونه مطلقا (٤) حتى العقد، و لو كان امرأه (٥) حرم عليها تمكين الزوج على الأصح (٦) و الجاهل عامد (١) على المشهور كما عن الدروس بل قيل لا خلاف فيه إلا من الشيخ في التهذيب و الفاضل في المنتهى فاشترط نيه التعذر، و يدل على المشهور إطلاق الأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل نسي طواف النساء و حتى يرجع إلى أهله قال: يرسل فيطاف عنه، فإن توفي قبل أن يطاف عنه فليطف عنه و ليه) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (رجل نسي طواف النساء حتى دخل أهله، قال: لا تحل له النساء حتى يزور البيت، و قال: يأمر من يقضى عنه إن لم يحج، فإن توفي قبل أن يطاف عنه فليقض عنه و ليه أو غيره) (٢)، و هو كالصريح في جواز الاستنابه اختيارا و إلا لقال: يأمر من يقضى عنه إن تعذر عليه الحج و تمسك الشيخ و العلامة بصحيح معاوية بن عمار الثالث عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل نسي طواف النساء حتى أتى الكوفه، قال: لا تحل له النساء حتى يطوف بالبيت، قلت: فإن لم يقدر؟ قال: يأمر من يطوف عنه) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار أيضا عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل نسي طواف النساء حتى يرجع إلى أهله؟ قال: لا تحل له النساء حتى يزور البيت، فإن هو مات فليقض عنه و ليه أو غيره، فأما ما دام حيا فلا يصلح أن يقضى عنه) (٢)، و قد حملت على الكراهه بقريته (لا يصلح) كما في الأخير، و ما قبله غير صريح في المنع من الاستنابه إذا أمكن العود.

(٢) لأن الأخبار المتقدمه الداله على جواز الاستنابه صريحه في عدم رجوعه إلى مكة، و أما إذا رجع فالأصل مباشرته للطواف و لا دليل على جواز الخروج عنه.

(٣) فالأخبار المتقدمه صريحه في النسيان، و أما في صورته العمده فالأصل يقتضى الرجوع لمباشرة الطواف بنفسه و هذا ما صرح به في الدروس و الجواهر.

(٤) و طئا أو عقدا أو لمسا أو تقبيلا أو نظرا كما تقدم في تروك الاحرام.

(٥) قال في الجواهر: (و الظاهر ثبوت الاحكام المزبوره للمرأة المحرمه كالرجل ضروره عدم كونه من خواص الرجل)، بل ادعى العلامة في المنتهى الاجماع.

(٦) فعن القواعد للعلامه أن المحرم عليها ترك الوطى و ما في حكمه من التقبيل و النظر

ص: ٤١٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الطواف حديث ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الطواف حديث ٢.

كما مر، و لو كان المنسى بعضا من غير طواف النساء بعد إكمال الأربع جازت الاستنابه فيه (١) كطواف النساء (٢).

الثانيه يجوز تقديم طواف الحج و سعيه للمفرد

(الثانيه):

(يجوز تقديم طواف الحج و سعيه للمفرد)، و كذا القارن (على الوقوف) بعرفه اختيارا (٣)، لكن يجددان التلبيه عقيب صلاه كل طواف كما مر، (و) كذا يجوز -و اللبس بشهوه دون العقد لو تركت طواف النساء، و إن كان العقد قد حرم عليها بالإحرام، و ذلك لإطلاق ما دل على إحلال كل شيء قد حرم عليه إلا النساء إذا تم ذبح و الحلق أو التقصير كما سيأتي دليله في محله، و المفهوم من حرمة النساء المستثنى هو حرمة الاستمتاع بهن لا العقد عليهن.

و فيه منع لأن العقد قد حرم لحرمة النساء فلا يحلّ إلا بما يحل النساء و لذا حكم بالحرمة الشهيدان في الدروس و الروضه هنا و صاحب الجواهر و غيرهم.

(١) لصحيح الحسن بن عطيه (سأله سليمان بن خالد و أنا معه عن رجل طاف بالبيت سته أشواط، قال أبو عبد الله عليه السّلام: كيف طاف سته أشواط؟ قال: استقبل الحجر فقال:

اللّه اكبر و عقد واحدا، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: يطوف شوطا، فقال سليمان: فإنه فاتة ذلك حتى أتى أهله، قال: يأمر من يطوف عنه (١)، و يستفاد من هذه الروايه جواز الاستنابه مطلقا سواء أمكن العود أو لا، و لكن تقييد الحكم بمجاوزه النصف لما تقدم من التعليل بأنه مع مجاوزه النصف يبني على الطواف المتقدم إذا كان قد تركه لعذر أو حاجه أو حدث، و النسيان عذر يبني عليه.

(٢) أى تجوز الاستنابه سواء أمكن العود أو لا كما جاز ذلك في طواف النساء.

(٣) على المشهور للأخبار منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن مفرد الحج أ يعجل طوافه أم يؤخره؟ قال: هو و الله سواء عجله أو أخره) (٢)، و عن ابن إدريس منع التقديم محتجا على وجوب الترتيب بالإجماع، و ردّ عليه العلامه فى المنتهى (أن شيخنا - رحمه الله - قد ادعى إجماع الطائفه على جواز التقديم فكيف يصح له - لابن إدريس - حينئذ دعوى الاجماع على خلافه، و الشيخ أعرف بمواضع الوفاق و الخلاف).

ثم إذا قدم المفرد أو القارن الطواف جدد التلبيه ليقوا على إحرامهم و إلا انقلبت الحججه-

ص: ٤١٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الطواف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أقسام الحج حديث ١.

تقديمهما (للمتمتع عند الضرورة) (١) كخوف الحيض، و النفاس المتأخرين، و عليه تجديد التلبيه أيضا (٢)، (و طواف النساء لا يقدم لهما) (٣)، و لا للقارن (إلا لضروره). - عمره عند الشيخ و اكثر الأصحاب، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(١) فلا- يجوز التقديم اختيارا للمتمتع لخبر أبى بصير (قلت: رجل كان متمعا فأهلّ بالحج قال: لا- يطوف بالبيت حتى يأتى عرفات، فإن هو طاف قبل أن يأتى منى من غير عله فلا يعتدّ بذلك الطواف) (١).

و أما اضطرارا كخوف الحيض و النفاس و نحوهما فيجوز للأخبار منها: صحيح صفوان عن يحيى الأزرق عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن امرأه تمتعت بالعمرة إلى الحج ففرغت من طواف العمرة و خافت الطمّث قبل يوم النحر، أ يصلح لها أن تعجل طوافها طواف الحج قبل أن تأتى منى؟ قال: إذا خافت أن تضطر إلى ذلك فعلت) (٢) و خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام (عن المتمتع إن كان شيخا كبيرا أو امرأه تخاف الحيض تعجل طواف الحج قبل أن تأتى منى؟ قال عليه السلام: نعم من كان هكذا يعجل) (٣).

و منه يعرف ضعف ما عن ابن إدريس من المنع من التقديم مطلقا.

(٢) كالقارن و المفرد إذا قدما الطواف على الوقوفين، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى للمفرد و المتمتع، فلا يجوز التقديم اختيارا و يجوز اضطرارا على المشهور للأخبار منها:

صحيح ابن يقطين عن أبى الحسن عليه السلام (لا بأس بتعجيل طواف الحج و طواف النساء قبل الحج يوم الترويه قبل خروجه إلى منى، و كذلك من خاف أمرا لا- يتهاى له الانصراف إلى مكة أن يطوف هو و يودّع البيت ثم يمرّ كما هو من منى إذا كان خائفا) (٤) و عن ابن إدريس لا- يجوز حتى للضروره، لأن وقته متسع فيجوز له الاستنابه و إن أمكن العود و لخبر على بن أبى حمزه (سألته أبا الحسن عليه السلام عن رجل يدخل مكة و معه نساء قد أمرهنّ فتمتنعن قبل الترويه بيوم أو يومين أو ثلاثه، فخشى على بعضهن الحيض، فقال:

إذا فرغن من متعتهن و أحلن فلينظر إلى التى يخاف عليها الحيض فيأمرها فتغتسل و تهلّ بالحج من مكانها، ثم تطوف بالبيت و بالصفاء و المروه، فإن حدث بها شىء قضت بقيه المناسك و هى طامث، فقلت: أ ليس قد بقى طواف النساء؟ قال: بلى، فقلت: فهى -

ص: ٤١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الحج حديث ٧.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الطواف حديث ١.

(و هو) أى طواف النساء (واجب فى كل نسك) حجا كان (١)، أم عمره (٢)(على كل) -مرتهنه حتى تفرغ منه، قال: نعم، قلت: فلم لا يتركها حتى تقضى مناسكها، قال:

يبقى عليها منسك واحد أهون عليها من أن يبقى عليها المناسك كلها مخافه الحدثان، قلت أبى الجمال أن يقيم عليها و الرفقه، قال: ليس لهم ذلك تستعدى عليهم حتى يقيم عليها حتى تطهر و تقضى مناسكها(١). و هو قاصر السند فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) تمتع أو أفراد أو إقران للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (على المتمتع بالعمرة إلى الحج ثلاثة اطواف بالبيت، و سعيان بين الصفا و المروه، فعليه إذا قدم طواف بالبيت و ركعتان عند مقام إبراهيم عليه السّلام و سعى بين الصفا و المروه ثم يقصّر، و قد أحلّ هذا للعمرة، و عليه للحج طوافان و سعى بين الصفا و المروه و يصلى عند كل طواف بالبيت ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السّلام(٢) و صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (المفرد عليه طواف بالبيت و ركعتان عند مقام إبراهيم عليه السّلام و سعى بين الصفا و المروه، و طواف الزيارة و هو طواف النساء، و ليس عليه هدى و لا أضحية)٣ و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما نسك الذى يقرون بين الصفا و المروه مثل نسك المفرد، ليس بأفضل منه إلا بسياق الهدى، و عليه طواف بالبيت و صلاه ركعتين خلف المقام، و سعى واحد بين الصفا و المروه و طواف بالبيت بعد الحج)٤.

(٢) و وجوبه فى العمرة المفردة بلا خلاف فيه معتدّ به و يدل عليه أخبار منها: خبر إسماعيل بن رباح عن أبى الحسن عليه السّلام (عن مفرد العمرة عليه طواف النساء؟ قال: نعم)(٣) و خبر محمد بن عيسى (كتب أبو القاسم مخلد بن موسى الرازى إلى الرجل يسأله عن العمرة المبتولة هل على صاحبها طواف النساء؟ و عن التى يتمتع بها إلى الحج؟ فكتب: أما العمرة المبتولة فعلى صاحبها طواف النساء، و أما التى يتمتع بها إلى الحج فليس على صاحبها طواف النساء)(٤).

و حكى الشهيد فى الدروس عن الجعفى عدم وجوبه فى العمرة المفردة لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخل المعتمر مكة من غير تمتع و طاف بالبيت و صلى ركعتين عند مقام إبراهيم و سعى بين الصفا و المروه فليحلق بأهله إن شاء)(٥)، و خبر أبى -

ص: ٤١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الطواف حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٨ و ١٣ و ٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب الطواف حديث ٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب الطواف حديث ١.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العمرة حديث ٢.

بعده، و ناسيا يجزى (١)، و الجاهل عامد (٢).

الثالثه يحرم لبس البرطله فى الطواف

(الثالثه):

(يحرم لبس البرطله) (٣) بضم الباء و الطاء و إسكان الراء و تشديد اللام (٤) المفتوحه، و هى قلنسوه (٥) طويله كانت تلبس قديما (فى الطواف) لما روى من النهى عنها معللا- بأنها من زى اليهود، (وقيل) و القائل ابن إدريس و استقره فى الدروس: (يختص) التحريم (بموضع تحريم ستر الرأس) كطواف العمره، لضعف (١) لخبر سماعه بن مهران عن أبى الحسن الماضى عليه السّلام (سألته عن رجل طاف طواف الحج و طواف النساء قبل أن يسعى بين الصفا و المروه، قال: لا يضره، يطوف بين الصفا و المروه و قد فرغ من حجه) (١) و هو محمول على الضروره و النسيان جمعا بينه و بين ما دل على لا بديه تقديم السعى على طواف النساء.

(٢) فى المدارك (و فى إلحاق الجاهل بالعامد أو بالساهى و جهان، و روايه سماعه تناوله) و هذا يقتضى إلحاقه بالساهى، و من ألحقه بالعامد فلعدم ال-جزاء لعدم المطابقه بين المأتى به و بين المأمور به، و لاصاله الاشتغال، و لبقاء حرمة النساء حتى يأتى بطواف النساء بعد السعى.

(٣) قال الشيخ فى النهايه بالحرمة، و فى التهذيب بالكراهه، و عن ابن إدريس الكراهه فى الحج و الحرمة فى طواف العمره نظرا إلى تحريم الرأس فيه، و الأصل فيه خبر يزيد بن خليفه (رأى أبو عبد الله عليه السّلام أطوف حول الكعبه و على برطله، فقال لى بعد ذلك: قد رأيتك تطوف حول الكعبه و عليك برطله، لا تلبسها حول الكعبه فإنها من زى اليهود) (٢) و خبر زياد بن يحيى الحنظلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- تطوفنّ بالبيت و عليك برطله) ٣، و هما ضعيفا السند فلا يصلحان إلا مستندا للكراهه.

(٤) و قيل بالتخفيف.

(٥) إنها قلنسوه طويله كانت تلبس قديما على ما ذكره المحقق الثانى فى جامعه و سيد المدارك و الشارح فى المسالك فضلا عن الروضه، و عن العين و المحيط و القاموس إنها المظله الصيفيه، و عن الجوالقى إنها كلمه نبطيه و ليست من كلام العرب، و عن ابن جنى فى سر الصناعه (إن النبط يجعلون الظاء طاء و لهذا قالوا البرطله، و إنما هو ابن الظل).

ص: ٤١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب الطواف حديث ٢ و ١.

مستند التحريم. و هو الأقوى، و يمكن حمل النهى على الكراهه بشاهد التعليل، و على تقدير التحريم لا يقدر فى صحه الطواف، لأن النهى عن وصف خارج عنه و كذا لو طاف لابسا للمخيط.

الرابعه روى عن على (ع) فى امرأه نذرت الطواف على أربع

(الرابعه):

(روى عن على (ع) بسند ضعيف (فى امرأه نذرت الطواف على أربع) يديها و رجليها (أن عليها طوافين) (١) بالمعهود و عمل بمضمونه الشيخ [رحمه الله].

(و قيل) و القائل المحقق: (يقتصر) بالحكم (على المرأه)، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع النص، (و يبطل فى الرجل) لأن هذه الهيئه غير معتدّ بها شرعا، فلا ينعقد فى غير موضع النص، (و قيل) و القائل ابن إدريس: (يبطل فيهما) لما ذكر، و استضعافا للروايه.

(و الأقرب الصحه فيهما) للنص، و ضعف السند منجبر بالشهره و إذا ثبت فى المرأه ففى الرجل بطريق أولى. و الأقوى ما اختاره ابن إدريس من البطلان (١) و إليه ذهب الشيخ و القاضى و نسب إلى الشهره لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه نذرت أن تطوف على أربع قال: تطوف اسبوعا ليديها و اسبوعا لرجليها) (١)، و خبر أبى الجهم عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام (أنه قال فى امرأه نذرت أن تطوف على أربع قال: تطوف اسبوعا ليديها و اسبوعا لرجليها) ٢ و هما ضعيفان، أما الأول فلكون السكونى عاميا، و أما الثانى فلكون أبى الجهم مشترك بين جماعه و بعضهم لم يوثق فضلا عن اشتمال سند الثانى على موسى بن عيسى اليعقوبى و هو مجهول.

و عن ابن إدريس و تبعه سيد المدارك و جماعه عدم انعقاد النذر، لأنه نذر لهيئه غير مشروع، و عن المحقق أنه يجب طوافان إذا كان الناذر امرأه اقتصارا على مورد النص و عن العلامه فى المنتهى (البطلان فى حق الرجل و التوقف فى حق المرأه فإن صح سند الخبرين عمل بموجبهما و إلا بطل كالرجل)، و فيه: لا ريب فى ضعف الخبرين و لكن منجبران بعمل الأصحاب فلا بد من العمل بهما، و إذا ثبت ذلك فى المرأه فيثبت فى حق الرجل لعدم خصوصيه المورد.

ص: ٤١٨

مطلقا (١)، و ربما قيل (٢): ينعقد النذر، دون الوصف و يضعف بعدم قصد المطلق.

الخامسه يستحب إكثار الطواف

(الخامسه):

(يستحب إكثار الطواف) لكل حاضر بمكة (ما استطاع (٣) و هو أفضل من الصلاه تطوعا للوارد) (٤) مطلقا (٥)، و للمجاور في السنه الأولى، و في الثانيه يتساويان، فيشرك بينهما، و في الثالثه تصير الصلاه أفضل كالمقيم (٦)، (و ليكن) (١) في المرأه و الرجل.

(٢) لم أجد نسبته إلى أحد، و مراده أن النذر قد تعلق بالطواف و بالهيئه، فإذا بطل النذر في الهيئه فلا يبطل في الطواف، و فيه: إن المقصود من نذر الهيئه هو نذرها ضمن الطواف فهي حصه خاصه من الطواف فإذا بطلت بطل المطلق في ضمنها، هذا فضلا عن عدم قصده مطلق الطواف بل الطواف المقيد بحصه خاصه.

(٣) للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الله جعل حول الكعبه عشرين و مائه رحمه، منها ستون للطائفين) (١) و صحيح أبي عبد الله الخزاز عن أبي عبد الله عليه السلام (إن للكعبه للخطه في كل يوم يغفر لمن طاف بها، أو حنّ قلبه إليها، أو حبسه عنها عذر) ٢.

(٤) و هو غير المجاور.

(٥) في جميع السنوات.

(٦) للأخبار منها: خبر حريز (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الطواف لغير أهل مكة لمن جاور بها أفضل أو الصلاه، قال: الطواف للمجاورين أفضل من الصلاه، و الصلاه لاهل مكة و القاطنين بها أفضل من الطواف) (٢)، و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (من أقام بمكة سنه فالطواف أفضل من الصلاه، و من أقام سنتين خلط من ذا و من ذا، و من أقام ثلاث سنين كانت الصلاه له أفضل من الطواف) ٤.

و قال في المدارك (و الظاهر أن المراد بالصلاه النوافل المطلقه غير الرواتب، إذ ليس في الروايتين تصريح بأفضليه الطواف على كل صلاه، و يتبه عليه صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج المتضمنه للأمر بقطع الطواف لخوف فوات الوتر، و البدأه بالوتر ثم إتمام الطواف) و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام (سألته عن الرجل يكون في -

ص: ٤١٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الطواف حديث ٣ و ٥.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الطواف حديث ٤ و ١.

الطواف (ثلاثمائة و ستين طوفا (١) فإن عجز) عنها (جعل أشواط) فتكون أحدا و خمسين طوفا، و يبقى ثلاثة أشواط تلحق بالطواف الأخير، و هو مستثنى من كراهه القرآن فى النافله بالنص، و استحباب بعض الأصحاب إلحاقه بأربعة أخرى لتصير مع الزيادة طوفا كاملا، حذرا من القرآن. و استحباب ذلك (٢) لا- ينافى الزيادة، و أصل القرآن فى العباده مع صحتها لا ينافى الاستحباب (٣) و هو حسن -الطواف قد طاف بعضه و بقى عليه بعضه فطلع الفجر فيخرج من الطواف إلى الحجر أو إلى بعض المسجد إذا كان لم يوتر فليوتر، ثم يرجع فيتم طوافه، أفتى ذلك أفضل أم يتم الطواف ثم يؤثر، و إن أسفر بعض الاسفار، قال: ابدأ بالوتر و اقطع الطواف إذا خفت ذلك، ثم أتم الطواف بعد(١).

(١) كل طواف سبعة أشواط، فالمجموع الفان و خمس مائه و عشرون شوطا بلا خلاف فيه لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (يستحب أن يطوف ثلاثمائة و ستين اسبوعا على عدد أيام السنه، فإن لم يستطع فثلاثمائة و ستين شوطا، فإن لم يستطع فما قدرت عليه من الطواف)(٢) و مقتضى استحباب الثلاثمائة و ستين شوطا أن يكون الطواف الأخير عشره أشواط، و المجموع أحد و خمسون طوفا و الأخير عشره اشواط، و قد ذهب جماعه منهم المحقق و سيد المدارك من أن هذه الزيادة غير مكروهه لظاهر النص، و يكون استثناء من القرآن بالطواف المندوب، و نقل العلامة فى المختلف عن ابن زهره أنه استحباب زيادة أربعة اشواط على الثلاثه المنفرده ليصير طوفا كاملا حذرا من القرآن فى الطواف المندوب، و ليوافق عدد أيام السنه الشمسيه، و نفى عنه البأس فى المختلف، و يشهد له ما رواه البنظي عن على بن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (يستحب أن يطاف بالبيت عدد أيام السنه، كل اسبوع لسبعه أيام، فذلك اثنان و خمسون اسبوعا)(٣).

(٢) هذا دفع توهم آت على كلام ابن زهره و التوهم كيف تكون هذه الأشواط الاربعه مستحبه مع أن المستحب هو ثلاثمائة و ستين شوطا كما هو مدلول صحيح معاويه بن عمار، و الدفع إن استحباب هذا العدد المخصوص لا ينافى فى استحباب الزيادة عليه فهو مستحب مع مستحب آخر.

(٣) دفع توهم ثان آت على كلام ابن زهره، لأن ظاهر كلام ابن زهره الحاق الأربعة بالعشره

ص: ٤٢٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الطواف حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الطواف حديث ٢.

و إن استحب الأمران (١).

السادسه: القران فى الطواف الواجب مبطل

(السادسه):

(القران) بين أسبوعين بحيث لا- يجعل بينهما تراخيا (٢)، وقد يطلق على -ليصير المجموع أربعة عشر شوطا فيصير حينئذ اسبوعين، وهذا موجب للقران بين طوافين و سيأتى أنه مكروه فكيف يكون مستحبا، و الدفع أن الكراهه تاره بمعنى المرجوح شرعا و أخرى بمعنى أقلية الثواب بالنسبه لنظائرها، فالأربعة أشواط الأخيره و إن انطبق عليها وصف القرآن فهى مكروهه بمعنى أقل ثوابا من أربعة أخرى من غير قران و هذا لا ينافى استحبابها.

(١) من زياده أربعة على الثلاثه الباقية ليكون طوفا كاملا، و من إلحاق الثلاثه الباقية بالطواف الأخير، و استحباب كلا الأمرين لدلاله النقل عليه كما فى المسالك، فاللحاق هو ظاهر صحيح معاويه المتقدم، و الزياده هو مقتضى خبر أبى بصير.

(٢) أى بدون إتيان ركعتى الطواف بينهما فهو محرم فى الفريضة و قد نسب إلى الشهره، و عن التذكره نسبه إلى أكثر علمائنا للأخبار منها: خبر البنزطى (سأل رجل أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يطوف الاسباع جمعا فيقرن، فقال: لا إلا الاسبوع و ركعتان، و إنما قرن أبو الحسن عليه السّلام لأنه كان يطوف مع محمد بن إبراهيم لحال التقيه) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (و لا قران بين اسبوعين فى فريضه و نافله) ٢ و النهى فى العبادات مفسد، و ذهب الشيخ فى الاقتصاد و الشهيد فى الدروس و العلامه فى المختلف إلى الكراهه لجمله من الاخبار منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما يكره أن يجمع الرجل بين الاسبوعين و الطوافين فى الفريضه، و أما فى النافله فلا بأس) ٣ و خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما يكره أن يجمع الرجل بين الاسبوعين و الطوافين فى الفريضه، فأما النافله فلا - و الله - ما به بأس) (٢). ثم إن القران بالمعنى المتقدم هو مكروه فى النافله بلا خلاف فيه للأخبار، منها: خبر زراره المتقدم و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (عن الرجل يطوف السبوع و السبوعين فلا يصلى ركعتين حتى يبدو له أن يطوف اسبوعا، هل يصلح ذلك؟ قال: لا يصلح حتى يصلى ركعتى السبوع الأول، ثم ليطوف ما أحب) ٤، و لفظ (لا يصلح) ظاهر فى الكراهه، و ما دل على نفي البأس عنه فى النافله محمول على التقيه بشهاده خبر البنزطى المتقدم.

ص: ٤٢١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الطواف حديث ٧ و ١٤ و ١ و ٤.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الطواف حديث ٨.

الزيادة عن العدد مطلقا (١) (مبطل في طواف الفريضة، و لا- بأس به في النافله، و إن كان تركه أفضل) (٢)، و نبه بأفضليه تركه على بقاء فضل معه، كما هو شأن كل عباده مكروهه. و هل تتعلق الكراهه (٣) بمجموع الطواف، أم بالزيادة؟ الأجود الثاني إن عرض قصدها (٤) بعد الإكمال، و إلا فالأول و على التقديرين فالزيادة يستحق عليها ثواب في الجملة (٥) و إن قلّ.

القول في السعي و التقصير - و مقدماته

في مقدماته السعي

(القول في السعي و التقصير - و مقدماته) كلها مسنونه (استلام الحجر) (٦) عند إرادته الخروج إليه (٧)، (و الشرب من زمزم، و صبّ الماء منه عليه) (٨) من الدلو المقابل (١) سواء بلغ الاسبوعين أو لا، و بهذا المعنى فغير جائز في الطواف الواجب لاشتراطه بالسعي فقط و قد تقدم الكلام فيه، ثم يتوجه التحريم إذا وقعت الزيادة بقصد الطواف بحيث قصدها في الاثناء أو الابتداء، أما لو تجاوز الحجر الأسود بنيه أن ما زاد على الشوط لا يكون جزءا من الطواف فلا محذور فيه.

و أما الزيادة في العدد في النافله فمكروه كما عن المحقق و العلامة، و قال في الجواهر:

(و لكن لا أعرف وجهه).

(٢) و هو معنى الكراهه في العباده، إذ يكون فعلها مستحبا و تركها أكثر استحبابا.

(٣) كراهه القرآن بالمعنى الأول أو الثاني هذا بالنسبه للنافله، و أما الفريضة فقط عرفت أنه منهي عنه على التقديرين و هو يقتضى البطلان على التقديرين أيضا.

(٤) أي قصد زياده بعد إكمال الطواف الأول.

(٥) كما هو مقتضى الكراهه في العبادات.

(٦) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا فرغت من الركعتين فائت الحجر الأسود فقبله أو استلمه أو أشرب إليه، فإنه لا بد من ذلك، و قال: إن قدرت أن تشرب من ماء زمزم قبل أن تخرج إلى الصفا فافعل، و تقول حين الشرب: اللهم اجعله علما نافعا و رزقا واسعا و شفاء من كل داء و سقم) (١) و مثله غيره.

(٧) أي إلى السعي.

(٨) لصحيح حفص عن أبي الحسن موسى عليه السلام و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (يستحب أن يستقي من ماء زمزم دلوا أو دلوين فتشرب منه و تصبّ على رأسك و جسدك، و ليكن ذلك من الدلو الذي بحذاء الحجر) ٢ و هو ظاهر في استحباب الاستقاء بنفسه.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السعي حديث ١ و ٤.

للحجر، وإلا - فمن غيره (١)، والأفضل استقاؤه بنفسه، ويقول عند الشرب (٢)، والصبّ (٣): اللهم اجعله علما نافعا، ورزقا واسعا، وشفاء من كل داء وسقم.

(و الطهارة) من الحدث على أصح القولين (٤). وقيل: يشترط و من الخبث أيضا (٥)، (و الخروج من باب الصفا) (٦) و هو الآن داخل من المسجد كباب بنى (١) أى غير هذا الدلو.

(٢) كما فى صحيح معاوية المتقدم.

(٣) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا فرغ الرجل من طوافه و صلى ركعتين فليأت زمزم و يستق منه ذنوبا أو ذنوبين، فليشرب منه و ليصب على رأسه و ظهره و بطنه و يقول:

اللهم اجعله علما نافعا و رزقا واسعا و شفاء من كل داء و سقم) (١).

(٤) و هو المشهور للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يقضى المناسك كلها على غير وضوء، إلا الطواف فإن فيه الصلاة، و الوضوء أفضل) (٢)،

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (عن امرأه طافت بالبيت ثم حاضت قبل أن تسعى، قال:

تسعى، و قال: و سألته عن امرأه طافت بين الصفا و المروه فحاضت بينهما، قال: تتم سعيها) ٣، و خير زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يسعى بين الصفا و المروه على غير وضوء، فقال: لا بأس) ٤ و ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الطهارة لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المرأة تطوف بين الصفا و المروه و هى حائض، قال: لا، إن الله تعالى يقول: إِنَّ الصَّفاَ وَ المَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ) ٥ و خير ابن فضال عن أبي الحسن عليه السلام (لا تطوف و لا تسعى إلا على وضوء) ٦.

(٥) قال فى الجواهر: (صرح جماعة أيضا باستحباب الطهارة من الخبث فيه - أى السعى - و إن كان لم يحضرنى الآن ما يشهد له سوى مناسبه التعظيم، و كون الحكم ندبيا يكتفى فى مثله بنحو ذلك).

(٦) أى الخروج من المسجد إلى المسعى من باب الصفا، و استحبابه بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين فرغ من طوافه و ركعته قال: ابدءوا بما بدأ الله به، إن الله عز و جل يقول: إِنَّ الصَّفاَ وَ المَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ، قال أبو عبد الله عليه السلام: ثم اخرج إلى الصفا من الباب الذى خرج منه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و هو الباب الذى يقابل الحجر الأسود، حتى تقطع الوادى و عليك -

ص: ٤٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السعى حديث ٢.

٢- ((١-٢-٣-٤-٥-٦)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السعى حديث ١ و ٤ و ٣ و ٧.

شبيهه، إلا أنه معلّم باسطواتين فليخرج من بينهما. و في الدروس الظاهر استحباب الخروج من الباب الموازي لهما أيضا.

(و الوقوف على الصفا) بعد الصعود إليه حتى يرى البيت من بابه (مستقبل الكعبة، و الدعاء و الذكر) (١) قبل الشروع بقراءة البقره مترسلا، للتأسي، -السكينة و الوقار(١).

و قال سيد المدارك: (و اعلم أن الباب الذي خرج منه رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم قد صار الآن في داخل المسجد باعتبار توسعته، لكن قال الشهيد في الدروس: إنه معلّم باسطواتين هناك معروفتين فليخرج من بينهما، قال: و الظاهر استحباب الخروج من الباب الموازي لهما).

(١) لصحيح معاوية بن عمار المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (ثم اخرج إلى الصفا من الباب الذي خرج منه رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم و هو الباب الذي يقابل الحجر الأسود حتى تقطع الوادي و عليك السكينة و الوقار، فاصعد على الصفا حتى تنظر إلى البيت، و تستقبل الركن الذي فيه الحجر الأسود فاحمد الله عز و جل و أثن عليه، و اذكر من آلائه و بلائه و حسن ما صنع إليك ما قدرت على ذكره، ثم كبر الله سبعا و هلله سبعا، و قل: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، له الملك و له الحمد، يحيى و يميت و هو على كل شيء قدير، ثلاث مرات، ثم صل على النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم و قل: الله اكبر، الحمد لله على ما هدانا، و الحمد لله على ما أبلانا، و الحمد لله الحي القيوم، و الحمد لله الحي الدائم ثلاث مرات، و قل: اشهد أن لا إله إلا الله و اشهد أن محمدا عبده و رسوله، لا نعبد إلا إياه مخلصين له الدين و لو كره المشركون، ثلاث مرات، اللهم إني أسألك العفو و العافية و اليقين في الدنيا و الآخرة، ثلاث مرات، اللهم آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَ فِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَ قِنَا عَذَابَ النَّارِ، ثلاث مرات، ثم كبر مائه مره و هلّل مائه مره و احمد الله مائه مره و سبّح مائه مره، و تقول: لا إله إلا الله وحده، أنجز وعده و نصر عبده و غلب الأحزاب وحده، فله الملك و له الحمد وحده، اللهم بارك لي في الموت و فيما بعد الموت، اللهم إني أعوذ بك من ظلمه القبر و وحشته، اللهم أظنني في عرشك يوم لا ظل إلا ظلك، و أكثر من أن تستودع ربك دينك و نفسك و أهللك، ثم تقول: استودع الله الرحمن الرحيم الذي لا يضيع ودائعه، ديني و نفسي و أهلي، اللهم استعملني على كتابك و سنه نبيك، و توفي على ملته، ثم أعذني من الفتنة، ثم تكبر ثلاثا، ثم تعيدها مرتين، ثم تكبر واحده، ثم تعيدها، فإن لم-

ص: ٤٢٤

و ليكن الذكر مائه (١) تكبيره، و تسيحه، و تحميده، و تهليله، ثم الصلاه على النبي (ص) مائه.

فى واجبات السعى

(و واجبه النيه) (٢) المشتمله على قصد الفعل المخصوص متقربا، مقارنة للحركة (٣) و للصفاء بأن يصعد عليه (٤) فيجزئ من أى جزء كان منه، أو يلصق عقبه به (٥) إن لم يصعد، فإذا وصل إلى المروه ألصق أصابع رجليه بها إن لم يدخلها -تستطع هذا فبعضه، قال أبو عبد الله عليه السلام: و إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ كان يقف على الصفا بقدر ما يقرأ سورة البقره مترسلا(١).

و قد تضمنت هذه الروايه استحباب الصعود و الوقوف على الصفا مستقبل القبلة و الدعاء و الذكر بقدر قراءة سورة البقره مترسلا، و تدل على كون الذكر مائه تكبيره و مائه تسيحه و مائه تحميده و مائه تهليله، و غير ذلك من الدعاء و الذكر.

(١) لم يتعرض صحيح معاويه للصلاه على النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مائه مره، و لم يتعرض لها فى المتن و كذا فى الجواهر و المدارك و غيرهما، نعم فى الفقيه للصدوق الذى متنه روايات قال (و تقول:

اللهم آتِنَا فِي الدُّنْيَا حَسَنَةً وَ فِي الآخِرَةِ حَسَنَةً وَ قِنَا عَذَابَ النَّارِ ثلاث مرات، و تقول:

الحمد لله مائه مره و الله أكبر مائه مره و سبحان الله مائه مره و لا إله إلا الله مائه مره، و استغفر الله و أتوب إليه مائه مره، و صل على محمد و آل محمد مائه مره(٢)، و قد ذكرها الشهيد فى الدروس.

(٢) بلا خلاف فيه من كونه أمرا عباديا متوقفا على النيه، و النيه كما تقدم أكثر من مره مشتمله على القصد مع التقرب، و لا يجب قصد الخصوصية إلا إذا توقف التعيين عليه.

(٣) حتى يقع الفعل بتمامه عن النيه بناء على أنها اخطاريه، و أما بناء على أنها على نحو الداعى كما هو الصحيح فلا يضر تقدمها إذ هى باقيه حكما.

(٤) كما تقدم أنه مستحب.

(٥) أى بالصفاء حتى ينتهى إلى المروه فيلصق أصابع رجليه بها ليصدق عليه السعى بين الصفا و المروه، و لم يناقش فى هذه الدقه العقليه إلا سيد الرياض حيث قال: (لو لا اتفاق الأصحاب فى الظاهر على وجوب إصاق العقب بالصفاء و الأصابع بالمروه لكان القول بعدم لزوم هذه الدقه، و الاكتفاء بأقل من ذلك مما يصدق معه السعى بين الصفا و المروه -

ص: ٤٢٥

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب السعی حدیث ٣.

ليستوعب سلوك المسافه التي بينهما في كل شوط.

(و البدء بالصفاء، و الختم بالمروه (١)، فهذا شوط، و عوده) من المروه إلى الصفا - عرفا و عاده لا يخلو من قوه كما اختاره بعض المعاصرين، لما ذكره من أن المفهوم من الأخبار أن الأمر أوسع من ذلك، فإن السعى على الإبل الذي دلت عليه الأخبار، و أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم كان يسعى على ناقته لا يتفق فيه هذا التضييق من جعل عقبه ملصقه بالصفاء في الابتداء، و أصابعه يلصقها بالمروه و موضع العقب بعد العود، فضلا عن ركوب الدرج - و هذا تعريض بمن أوجب صعود الصفا من باب المقدمه - بل يكفي فيه الأمر العرفي و لكن الأحوط ما ذكره) انتهى.

(١) بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ثم طف بينهما سبعة أشواط تبدأ بالصفاء و تختتم بالمروه، ثم قصير) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (من بدأ بالمروه قبل الصفا فليطرح ما سعى و يبدأ بالصفاء قبل المروه) (٢)، و خبر على بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل بدأ بالمروه قبل الصفا، قال:

يعيد ألا ترى أنه لو بدأ بشماله قبل يمينه في الوضوء أراد أن يعيد الوضوء) (٣)، و خبر على الصائغ عن أبي عبد الله عليه السلام مثله إلا أن في الأخير (يعيد ألا ترى أنه لو بدأ بشماله قبل يمينه كان عليه أن يبدأ بيمينه ثم يعيد على شماله) (٤)، هذا بالنسبة لسبعة أشواط الواجبه في السعى، و أما بالنسبة للشوط فالابتداء بالصفاء و الانتهاء بالمروه شوط أول و الرجوع إلى الصفا شوط ثان و هكذا إلى السابع بلا خلاف فيه، و يدل عليه أخبار منها: صحيح هشام بن سالم (سعت بين الصفا و المروه أنا و عبيد الله بن راشد فقلت له:

تحفظ عليّ، فجعل يعدّ ذاهبا و جاثيا شوطا واحدا، فبلغ بنا ذلك، فقلت له: كيف تعدّ؟ قال: ذاهبا و جاثيا شوطا واحدا فأتمنا أربعة عشر شوطا، فذكرنا لأبي عبد الله عليه السلام فقال: قد زادوا على ما عليهم، ليس عليهم شيء) (٣).

هذا و يجب السعى في الطريق المعهود بين الصفا و المروه فلو اقتحم المسجد الحرام ثم خرج من باب آخر لم يجز، و كذا لو اقتحم سوق الليل كما في الدروس، و يجب في السعى التوجه بالبدن على نحو المتعارف نحو المطلوب فلو مشى القهقري لم يجز لأنه على خلاف المعهود فلا يتحقق به الامتثال، و أما الالتفات بالوجه فلا يضر قطعاً كما عن المدارك.

ص: ٤٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السعى حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب السعى حديث ١ و ٤ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السعى حديث ١.

(آخر فالسابع) يتم (على المروه، و ترك الزيادة على السبعه فيبطل) لو زاد (عمدا)، و لو خطوه (١) (و النقيصه (٢) فيأتى بها) و إن طال الزمان، إذ لا- تجب الموالاه فيه، أو كان دون الأربع، بل بينى و لو على شوط، (و إن زاد سهوا تخير بين الإهدار) (١) بلا خلاف فيه، لخبر عبد الله بن محمد عن أبي الحسن عليه السّلام (الطواف المفروض إذا زدت عليه مثل الصلاه المفروضه إذا زدت عليها فعليكم الإعاده، و كذلك السعى) (١)، و الخطوه مبطله إذا أتى بها بقصد السعى.

(٢) فلا- يبطل السعى بالنقيصه، بل يأتى بالناقص، قال فى الجواهر: (سواء كانت - أى النقيصه - شوطا أو أقل أو أكثر، و سواء ذكرها قبل فوات الموالاه أو بعدها، لعدم وجوبها فيها إجماعا كما عن التذكره)، و يدل عليه صحيح سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل متمتع سعى بين الصفا و المروه سته أشواط ثم رجع إلى منزله، و هو يرى أنه قد فرغ منه و قلم أظافيره و أحلّ، ثم ذكر أنه سعى سته أشواط، فقال لى:

يحفظ أنه قد سعى سته أشواط، فإن كان يحفظ أنه قد سعى سته أشواط فليعد و ليتم شوطا) (٢)، و هو ظاهر فى عدم الموالاه، و كذا خبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل طاف بين الصفا و المروه سته أشواط، و هو يظن أنها سبعه، فذكر بعد ما حلّ و واقع النساء أنه إنما طاف سته أشواط، قال: عليه بقره يذبحها و يطوف شوطا آخر) (٣)، و اعتبر المفيد و سلّار و أبو الصلاح و ابن زهره فى البناء على ما مضى تجاوز النصف و إلا فيستأنف السعى من رأس، لخبر أحمد بن عمر الحلال عن أبي الحسن عليه السّلام (إذا حاضت المرأه و هى فى الطواف بالبيت أو بالصفا و المروه، و جاوزت النصف علّمت ذلك الموضع الذى بلغت، فإذا هى قطعت طوافها فى أقل من النصف فعليها أن تستأنف الطواف من أوله) (٣)، و نحوه خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام ٥.

و لكن ضعف سندهما و عدم الجابر لهما مع اختصاص ذيلهما بالطواف دون السعى، مع ما سيأتى من جواز قطع السعى لأقل من النصف فقد ذهب الشيخ فى كتبه، و بنو حمزه و ادريس و البراج، و سعيد، و العلامه فى القواعد، و غيرهم إلى جواز البناء من دون فرق بين تجاوز النصف و عدم التجاوز.

ص: ٤٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السعى حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب الطواف حديث ٢ و ١.

للزائد،(و تكميل أسبوعين) (١) إن لم يذكر حتى أكمل الثامن (٢)، و إلا تعين إهداره،(كالطواف). و هذا القيد يمكن استفادته من التشبيه، و أطلق في الدروس الحكم و جماعه. و الأقوى تقييده بما ذكر، و حينئذ فمع الإكمال يكون الثاني مستحبا (٣). (و لم يشرع استحباب السعي إلا هنا) (٤)، و لا يشرع ابتداء مطلقا (٥).

في أن السعي ركن

(و هو) أى السعي (ركن (٦) يبطل) النسك (يتعمد تركه) و إن جهل (١) لا خلاف في عدم بطلان السعي بالزيادة السهو، و ما تقدم من عدم جواز الزياره فإنه مختص بالعمديه، ثم هو مخير بين طرح الزياره و الاعتداد بالسبعه و بين إكمال الاسبوعين و يكون الثاني مستحبا، أما طرح الزياره فيدل عليه صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام (في رجل سعى بين الصفا و المروه ثمانية أشواط ما عليه؟ فقال: إذا كان خطأ طرح واحدا و اعتدّ بسبعه) (١)، و صحيح جميل بن دراج (حججنا و نحن ضروره فسعينا بين الصفا و المروه أربعة عشر شوطا، فسألنا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: لا بأس سبعة لك، و سبعة تطرح) ٢، و مثلهما غيرهما، و أما إكمال الاسبوعين فيدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام (إن في كتاب على عليه السلام: إذا طاف الرجل بالبيت ثمانية أشواط الفريضة، و استيقن ثمانية أضاف إليها ستا، و كذلك إذا استيقن أنه سعى ثمانية أضاف إليها ستا) (٢).

و خالف ابن زهره فاقصر على الإكمال، و خالف صاحب الحقائق فطرح الإكمال لأن جوازه يعنى أن السعي الثاني قد ابتدأ من المروه و هو مخالف للأخبار الآمره بالابتداء من الصفا، و ردّ بأنه تكون مخصصه بالصحيح المتقدم.

(٢) قال سيد المدارك: (بعد أن ذكر صحيح ابن مسلم المتقدم: و إنما يتخير بين الطرح و الإكمال إذا لم يقع التذکر إلا بعد إكمال الثامن و إلا تعين القطع لاختصاص الروايه المتضمنه للإكمال بما إذا لم يحصل التذکر حتى أتم الثمانية).

(٣) كالطواف، و لم ينقل خلاف هنا في استحباب الثاني كما نقل في الطواف.

(٤) أى عند تكميل الاسبوعين بسبب الزياره السهو.

(٥) أى أصلا للسيره مع عدم ورود نص على استحبابه مطلقا بخلاف الطواف.

(٦) فيبطل الحج بتركه عمدا بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي -

ص: ٤٢٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب السعي حديث ٣ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الطواف حديث ١٠.

الحكم (١)، لا بنسيانه بل يأتي به مع الإمكان، و مع التعذر يستتنب (٢) كالطواف و لا- يحل له ما يتوقف عليه من المحرمات حتى يأتي به كملا (٣) أو نائبه، (و لو ظن فعله فواقع) بعد أن أحلّ بالتقصير، (أو قلم) ظفره (فتبين الخطأ) و أنه لم يتمّ السعى (أتمه (٤)، و كفر بقره) في المشهور (٥)، استنادا إلى روايات دلت على -عبد الله عليه السّلام (من ترك السعى متعمدا فعليه الحج من قابل) (١)، و خالف المخالف أبو حنيفة فقال إنه واجب غير ركني، و قال أحمد أنه مستحب، و إطلاق الخبر يقتضى عدم الفرق بين كون السعى للحج أو للعمرة، و الكلام فيما يتحقق به الترك على ما تقدم في الطواف.

(١) قال في الجواهر: (و في إلحاق الجاهل بالعالم أو الناسي وجهان، إن لم يكن اقواهما الأول كما اختاره في المسالك و غيرها، خصوصا مع ملاحظه اطلاق الأصحاب العامد الشامل للجاهل و العالم، مضافا إلى الأصل الذي لم يثبت انقطاعه بثبوت قاعده معذوريه الجاهل في الحج).

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (رجل نسي السعى بين الصفا و المروه، قال: يعيد السعى، قلت: فإنه خرج - و في نسخه: فاته ذلك حتى خرج - قال: يرجع فيعيد السعى، إن هذا ليس كرمى الحجار، إن الرمي سنه و السعى بين الصفا و المروه فريضه) (٢)، و صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عن رجل نسي أن يطوف بين الصفا و المروه، قال: يطاف عنه) ٣، و الجمع بين الأخبار يقتضى بحمل إعاده السعى إذا أمكن، و بحمل الأمر بالنيابه على التعذر.

(٣) لأن هذه المحرمات أحكام وضعيه مسّيه عن الاحرام، فلا يرفعها إلا الأسباب الشرعيه التي وضعها الشارع، و من صحبتها السعى، و الجهل و النسيان رافعان للحكم التكليفي لا الوضعي.

(٤) أي أتم السعى.

(٥) لخبر عبد الله بن مسكان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل طاف بين الصفا و المروه سته أشواط و هو يظن أنها سبعة، فذكر بعد ما أحلّ و واقع النساء أنه إنما طاف سته أشواط، فقال عليه السّلام: عليه بقره يذبحها و يطوف شوطا آخر) (٣)، و هو ضعيف بمحمد بن سنان-

ص: ٤٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السعى حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السعى حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب السعى حديث ٢.

الحكم. و موردها ظن إكمال السعى بعد أن سعى سته أشواط.

و الحكم مخالف للأصول الشرعيه من وجوه كثيره: وجوب الكفاره على الناسى فى غير الصيد، و البقره (١) فى تقليم الظفر أو الأظفار، و وجوبها (٢) بالجماع مطلقا (٣)، و مساواته (٤) للقلم، و من ثم أسقط وجوبها بعضهم و حملها على - لكنه منجر بعمل الأصحاب هذا من جهه و من جهه أخرى فالدم الذى ثبت من أجل مواقعه النساء مع أنه مناف لما دل على وجوب البدنه لا البقره على من جامع قبل طواف النساء فى الحج فلا بدّ من تقييدها بعمره المتمتع بها فقط، و هذا ما فعله المحقق و الفاضل و ابن إدريس، و مثله صحيح سعيد بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل متمتع سعى بين الصفا و المروه سته أشواط، ثم رجع إلى منزله و هو يرى أنه قد فرغ منه، و قلم أظافيره و أحلّ، ثم ذكر أنه سعى سته أشواط، فقال لى: يحفظ أنه قد سعى سته أشواط، فإن كان يحفظ أنه قد سعى سته أشواط فليعد و ليتم شوطا و ليرق دما، فقلت: دم ما ذا؟ قال: بقره، قال: و إن لم يكن قد حفظ أنه قد سعى سته فليعد، فليبتدئ السعى حتى يكمل سبعة أشواط ثم ليرق دم بقره) (١)، بناء على أن الدم لتقليم الأظافر، و لذا اقتصر العلامه فى التبصره عليه، و عن الشيخ فى النهايه و التهذيب أن الدم للتقصير و لقلم الأظافر، و عن المبسوط أنه للتقصير أو لقلم الأظافر و عليه الفاضل فى التذكره و المحقق فى الشرائع، ثم إن الروايتين مخالفتان للقواعد الشرعيه، من وجوب الكفاره على الناسى فى غير الصيد، و وجوب البقره فى تقليم الأظفار مع أن الواجب لمجموعها شاه، و وجوب البقره فى الجماع من أن الواجب هو البدنه فى صورته العلم و لا شىء فى النسيان، و مساواه القلم للجماع و الحال إنهما مفترقان فى الحكم فى غيره هذه المسأله.

و لأجل هذه المخالفات حملت هاتان الروايتان على وجوه، و بعضهم تلقاهما بالقبول مع عدم الالتفات إلى هذه المخالفات لأن العقل لا يأبأها بعد ورود النص بها، و توقف المحقق فى الحكم، و قيل: إن القاضى أطرحهما.

(١) أى وجوب البقره فى تقليم الظفر أو الأظفار مع أن الواجب فى تقليم جميع الأظفار شاه.

(٢) أى وجوب البقره.

(٣) من غير تفصيل بين الموسر و المعسر و المتوسط، و أن الواجب على المتوسط بقره و بخلاف قسيميه.

(٤) أى مساواه الجماع للقلم فى حكم هذه المسأله مع أنهما مختلفان فى الحكم فى غير هذه المسأله.

ص: ٤٣٠

الاستحباب (١)، و بعضهم أوجبها للظن (٢) و إن لم تجب على الناسى، و آخرون تلقوها (٣) بالقبول مطلقا (٤).

و يمكن توجيهه (٥) بتقصيره هنا فى ظن الإكمال، فإن من سعى سته يكون على الصفا فظن الإكمال مع اعتبار كونه على المروه تقصير، بل تفريط واضح، لكن المصنف و جماعه فرضوها قبل إتمام السعى مطلقا (٦) فيشمل ما يتحقق فيه العذر كالخمسه (٧). و كيف كان فالإشكال واقع (٨).

فى قطع السعى

(و يجوز قطعه لحاجه، و غيرها) (٩) قبل بلوغ الأربعة، و بعدها على المشهور (١) كالشيخ فى أحد قوليهِ و ابن إدريس على ما فى المدارك.

(٢) كابن إدريس لأنه خرج من السعى غير قاطع و لا متيقن مع أنه لا يجوز له الخروج إلا مع القطع، فالحكم ليس بحكم الناسى. (٣) أى لهذه الروايات.

(٤) من غير نظر إلى مخالفه القواعد الشرعيه لأن العقل لا يأبى ذلك بعد ورود النص بها.

(٥) أى توجيه الحكم فى هذه الروايات بأن الناسى و إن كان معذورا إلا أنه هنا قد قصّر حيث لم يلحظ النقص لأنه قد قطع السعى على الصفا مع أنه يجب أن ينهيه على المروه، و هذا بخلاف الناسى فإنه معذور.

(٦) سواء كان فى السادس أو غيره.

(٧) فإنه فى الخمسه يكون على المروه فلو انصرف فلا يكون مقصرا و لا مفترطا كما لو كان على الصفا بالسسته، و عليه فيكون معذورا لو ترك السعى بظن أنه قد أتم السعى.

(٨) لأنه إذا كان على المروه و هو قد أتم الخمسه مع أنه لا يرى إلا أنها السبعه فيندفع التقصير و التفريط و لكن يبقى الإشكال من أن الجماع لا يوجب البقره إلا على متوسط الحال، و أن تقليم جميع الأظفار لا يوجب إلا الشاه.

(٩) يجوز قطع السعى لحاجه له أو لغيره أو للصلاه سواء جاوز النصف أو لا، على المشهور، بل فى التذكرة لا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل يدخل فى السعى بين الصفا و المروه فيدخل وقت الصلاه، أ يخفف أو يقطع و يصلّى ثم يعود، أو يثبت كما هو على حاله حتى يفرغ، قال: لا بل يصلّى ثم يعود) (١)، و موثق ابن فضال (سأل محمد بن على أبا الحسن عليه السّلام: سعت شوطا -

ص: ٤٣١

وقيل: كالطواف، (و الاستراحة في أثنائه) (١) و إن لم يكن على رأس الشوط مع حفظ موضعه، حذرا من الزيادة و النقصان.

-واحدا ثم طلع الفجر فقال: صل ثم عد فأتى سعيك(١) ، و مثله خبر محمد بن الفضيل ٢، و خبر يحيى بن عبد الرحمن الأزرق (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يدخل في السعي بين الصفا و المروه، فيسعى ثلاثه أشواط أو أربعة، ثم يلقاه الصديق له فيدعوه إلى الحاجه أو إلى الطعام، قال: إن أجابه فلا بأس)(٢).

و عن المفيد و أبي الصلاح و سألار أنهم جعلوا ذلك كالطواف في اعتبار مجاوزة النصف لخبر أحمد بن عمر الحلال المتقدم(٣) و قد تقدم الكلام فيه سندا و متنا.

(١) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يطوف بين الصفا و المروه أ يستريح؟ قال: نعم، إن شاء جلس على الصفا و المروه، و بينهما فيجلس)(٤) ، و مثله غيره، و نقل عن ابن زهره و أبي الصلاح المنع عن الجلوس بين الصفا و المروه لصحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يجلس بين الصفا و المروه إلا من جهد)٦، و هو محمول على الكراهه جمعا بين الأخبار.

هذا و بقي بعض الأحكام المستحبه بالسعي و هي: يستحب أن يكون السعي ماشيا و إن جاز مع الركوب بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: المرأه تسعى بين الصفا و المروه على دابه أو على بعير، قال: لا بأس بذلك، قال: و سألته عن الرجل يفعل ذلك، قال: لا بأس به و المشى أفضل)(٥).

و يستحب الهرولة ما بين المناره و زقاق العطارين ماشيا كان أو راكبا، بلا خلاف فيه، لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحذر من الصفا ماشيا إلى المروه و عليك السكينة و الوقار حتى تأتي المناره و هي طرف المسعى فاسع ملاء فروجك و قل:

بسم الله و الله اكبر و صلى الله على محمد و أهل بيته، اللهم اغفر و ارحم و تجاوز عن تعلم و أنت الاعمز الأكرم، حتى تبلغ المناره الأخرى فإذا جاوزتها فقل: يا ذا المنّ و الفضل و الكرم و النعماء و الجود اغفر لي ذنوبي، إنه لا يغفر الذنوب إلا أنت، ثم امش و عليك السكينة و الوقار حتى تأتي المروه فاصعد عليها حتى يبدو لك البيت واضع عليها كما

ص: ٤٣٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب السعي حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب الطواف حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب السعي حديث ١ و ٤.

٥- ((٧)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب السعي حديث ٤.

(و يجب التقصير) (١) و هو إبانة الشعر (٢)، أو الظفر بحديد، و نتف، -صنعت على الصفا، و طف بينهما سبعة أشواط تبدأ بالصفا و تختم بالمروه(١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (ليس على الراكب سعى و لكن ليسرع شيئا)(٢)، و إنما تستحب الهرولة للرجال دون النساء لموثق سماعه في حديث (إذا انتهيت إلى الدار التي على يمينك عند أول الوادي فاسع حتى تنتهي إلى أول زقاق عن يمينك بعد ما تجاوز الوادي إلى المروه، فإذا انتهيت إليه فكفّ عن السعى و امش مشيا، و إذ جئت من عند المروه فابدأ من عند الزقاق الذي وصفت لك، فإذا انتهيت إلى الباب الذي قبل الصفا بعد ما تجاوز الوادي فاكفف عن السعى و امش مشيا، و إنما السعى على الرجال و ليس على النساء و سعى)(٣)، و مثله غيره.

و لو ترك الهرولة فلا شيء عليه، لصحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل ترك شيئا من الرّمل في سعيه بين الصفا و المروه، قال: لا شيء عليه)(٤)، نعم لو نسي الهرولة فيستحب أن يرجع القهقري و يهرول في موضعها لمرسل الشيخ و الصدوق عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليه السلام (من سها عن السعى حتى يصير من المسعى على بعضه أو كله، ثم ذكر فلا يصرف وجهه منصرفا، و لكن يرجع القهقري إلى المكان الذي يجب فيه السعى)(٥).

(١) أي يجب التقصير بعد السعى في عمره التمتع، بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس في المتعه إلا التقصير)(٦)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (طواف المتمتع أن يطوف بالكعبة و يسعى بين الصفا و المروه و يقصّر من شعره، فإذا فعل ذلك فقد أحلّ)(٧).

(٢) لظاهر الأخبار المتضمنه للتقصير من شعره، كما في خبر عبد الله بن سنان المتقدم، و هو مطلق إبانة الشعر بآله أو غيرها كما يشهد له صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام-

ص: ٤٣٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السعى حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب السعى حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب السعى حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السعى حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السعى حديث ٢.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب التقصير حديث ٢.
- ٧- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التقصير حديث ٢.

و قرض، و غيرها (بعده) أى بعد السعى (بسماءه) و هو ما يصدق عليه أنه أخذ من شعر، أو ظفر، و إنما يجب التقصير متعينا (إذا كان سعى العمره) أما فى غيرها (١) فيتخير بينه و بين الحلق (من الشعر) متعلق بالتقصير، و لا فرق فيه بين - (جعلت فداك إني لما قضيت نسكى للعمره أتيت أهلى و لم أقصر، قال عليه السلام: عليك بدنه، قلت: إني لما أردت ذلك منها و لم يكن قصرت امتنعت، فلما غلبتها قرضت بعض شعرها بأسنانها، فقال عليه السلام: رحمها الله كانت أفقه منك، عليك بدنه و ليس عليها شيء) (١)، و لا حدّ للمقصود من الشعر لظاهر الأخبار و منه تعرف ضعف ما عن المبسوط من اشتراط كون المقطوع جماعه من الشعر، و ما عن المنتهى من كون أقله ثلاث شعرات ناسبا له إلى اختيار علمائنا و ما عن ابن الجنيّد أنه لا يجزى ما دون القبضه فى النساء، و قال فى المدارك (لم نقف على مأخذة) نعم يستحب أن يكون بمقدار الأنملة لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (تقصر المرأة من شعرها لعمرتها مقدار الأنملة) ٢، و التقصير كما يتحقق بإزاله الشعر يتحقق بالأخذ من الظفر، لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن متمتع قرض أظفاره و أخذ من شعره بمشقص قال: لا بأس ليس كل أحد يجد جلما) (٢)، و فى صحيح سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام - (فى حديث - فإن لم يكن عليهن ذبح فليأخذن من شعورهن أو يقصرن - من أظفارهن) (٣)، و الأولى الجمع بينهما لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (ثم قصير من رأسك من جوانبه و لحيتك و خذ من شاربك، و قلم أظفارك، و ابق منها لحجك، فإذا فعلت ذلك فقد أحللت من كل شيء يحل منه المحرم و أحرمت منه) (٤).

(١) كالمعتمر عمره مفردة و كالحاج فهو مخير بين التقصير و الحلق، و الحلق أفضل خصوصا للضرورة و من لبّد شعره على ما هو المشهور على ما فى المدارك لظاهر قوله تعالى مُحَلِّقِينَ رُؤُوسَكُمْ وَ مُقَصِّرِينَ (٥)، و صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم الحديبيه: اللهم اغفر للمحلّقين مرتين، قيل: و للمقصرين يا رسول الله، قال:

و للمقصرين) (٦)، و الدعاء مرتين دال على أفضلية الحلق.

ص: ٤٣٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التقصير حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التقصير حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب التقصير حديث ١.

٥- (٦) سورة الفتح الآية: ٢٧.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٦.

شعر الرأس، و اللحية، و غيرهما (١)، (أو الظفر) من اليد، أو الرجل (٢)، و لو حلق بعض الشعر أجزاء و إنما يحرم حلق جميع الرأس (٣)، أو ما يصدق عليه عرفاً، (و به يتحلل من إحرامها) فيحل له جميع ما حرم بالإحرام حتى الوقاع.

(و لو حلق) جميع رأسه عامدا عالما (فشاه) (٤)، و لا يجزئ عن التقصير -و عن الشيخ في المبسوط و التهذيب و ابن حمزه و جماعه تعين الحلق على الصروره و الملبد و المعقوص شعره لأخبار صريحه في الوجوب، كصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أحرمت فعققت رأسك أو لبدته فقد وجب عليك الحلق و ليس لك التقصير، و إن أنت لم تفعل فمخير لك التقصير و الحلق في الحج، و ليس في المتعه إلا التقصير) (١)، و صحيحه الآخر عنه السلام (ينبغي للصروره أن يحلق و إن كان قد حج فإن شاء قصر و إن شاء حلق) ٢، و صحيح أبي سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام (يجب الحلق على ثلاثه نفر: رجل لبد، و رجل حج بدوا لم يحج قبلها، و رجل عقص رأسه) ٣، و خبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (و إن كان لم يحج فلا بد له من الحلق) ٤، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (على الصروره أن يحلق رأسه و لا يقصر، إنما التقصير لمن قد حج حجه الإسلام) ٥، و خبر بكر بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للصروره أن يقصر و عليه أن يحلق) ٦، و اشتمال بعضها على لفظ (ينبغي) كما في صحيح معاويه ليس كاشفا عن استحباب الحلق بعد لا بديه الحلق و أنه ليس له التقصير في البعض و البعض الآخر التعبير بالوجوب، بلا- فرق بين الحج و العمره المفردة لصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا عقص الرجل رأسه أو لبد في الحج أو العمره فقد وجب عليه الحلق) ٧، نعم يتعين التقصير على النساء بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على النساء حلق و يجزيهن التقصير) (٢).

(١) كالشارب، لصدق الأخذ من الشعر.

(٢) لصدق الأخذ أو تقليد الأظفار.

(٣) في عمره التمتع و سيأتي دليله.

(٤) على المشهور لخبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتمتع أراد أن يقصر فحلق -

ص: ٤٣٥

١- (٧-٦-٥-٤-٣-٢-١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق التقصير حديث ٨ و ١ و ٣ و ٤ و ٥ و ١٠ و ٢.

٢- (٨) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحلق التقصير حديث ٣.

للنهي، وقيل: يجزئ، لحصوله بالشروع، والمحرم متأخر. وهو متجه مع تجدد القصد، وناسيا، أو جاهلا لا شيء عليه (١)، و يحرم الحلق ولو بعد التقصير (٢)، (و لو جامع قبل التقصير عمدا (٣) فبدنه للموسر، و بقره للمتوسط، و شاه) - رأسه، قال: عليه دم (١)، و خير جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن متمتع حلق رأسه بمكه قال: إن كان جاهلا فليس عليه شيء، و إن تعمد ذلك في أول المشهور للحج بثلاثين يوما فليس عليه شيء، و إن تعمد بعد الثلاثين الذي يوفّر فيها الشعر للحج فإن عليه دما يهريقه) ٢، فهو ظاهر في أن الدم إذا حلق في أول ذي الحجة، و أما لو حلق قبل ذي القعدة فلا شيء عليه.

و ذهب البعض كصاحب الجواهر إلى حرمة الحلق لأنه متعين عليه التقصير و لكن لا- يجب عليه الدم لضعف الأول، و لكون الثاني مفضّلا بين الجاهل و العالم مع إن إطلاق الاصحاب يشملها، و عن الشيخ في الخلاف أن الحلق مجز و التقصير أفضل، و هو ضعيف لعدم الأمر بالحلق، و عن العلامة في المنتهى أن الحلق مجز و إن كان محرما و هو أضعف من الأول إذ مع الاعتراف بالنهي عنه فكيف يكون مجزيا، و عن الشهيد في الدروس احتمال الاجزاء عن التقصير لو حلق، لتحقق التقصير بالشروع في الحلق، و أيده في كشف اللثام، و ردّ بأن مفهوم الحلق مغاير لمفهوم التقصير، نعم قص شيئا من الشعر حتى تحقق التقصير مع قصده، ثم بدا له الحلق فحلق فهو مجز لتحقق التقصير، و قد ارتكب إثما لحصول الحلق فيما بعد و هذا خارج عن محل النزاع هنا، نعم إطلاق الخبرين بالدم و لكن حمل على الشاه إما للانصراف كما قيل، و إما لأنها أقل من البقره و البدنه و قاعده الاقتصار على الأقل جاريه لقاعده البراءة عن الزائد.

(١) لأن الحكم قد رتب على العامد في خبر جميل المتقدم.

(٢) مع ثبوت الدم كما عن الشهيد و ابني حمزه و البراج و كشف اللثام، و نسب إلى ظاهر الأصحاب، و لكن عن البعض منهم صاحب الجواهر عدم الحرمة فضلا عن عدم ثبوت الدم و هو المستفاد من النافع للمحقق، و دليل الأول نفس خبر جميل المتقدم الشامل لما بعد التقصير، و دليل الثاني ما تقدم من الأخبار أنه يحل للمعتمر بعد التقصير كل شيء قد حرم عليه، و من جملتها الحلق.

(٣) فلا تفسد عمره و لكن عليه بدنه للموسر و بقره للمتوسط و شاه للمعسر؛ كما عن الشيخ في التهذيب و المبسوط و الحلبي في سرائره و ابن حمزه في الوسيله و العلامه في القواعد-

ص: ٤٣٦

(للمعسر)، و المرجع في الثلاثة إلى العرف بحسب حالهم و محلهم، و لو كان جاهلا أو ناسيا فلا شيء عليه (١).

في استحباب التشبه بالمحرمين بعد التقصير

(و يستحب التشبه بالمحرمين بعده) أى بعد التقصير بترك لبس المخيط وغيره كما يقتضيه إطلاق النص (٢) و العبارة، و في الدروس اقتصر على التشبه بترك المخيط، (و كذا) يستحب ذلك (لأهل مكة (٣) في الموسم) أجمع أى موسم الحج، -لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل متمتع وقع على امرأته و لم يقصّر فقال: ينحر جزورا و قد خشيت أن يكون... حجه إن كان عالما، و إن كان جاهلا فلا شيء عليه) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن متمتع طاف بالبيت و بين الصفا و المروه و قبل امرأته قبل أن يقصر من رأسه، قال عليه السلام: عليه دم يهريقه، و إن كان الجماع فعليه جزور أو بقره) (٢)، و حسنه ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (متمتع وقع على امرأته قبل أن يقصر، فقال: عليه دم شاه) (٣)، و الجمع بين هذه الأخبار بالحمل على مراتب العسر و اليسر احتياطا، و يرشد إليه ما ورد فيمن أمنى بالنظر إلى غير أهله كخبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل محرم نظر إلى ساق امرأه فأمنى فقال: إن كان موسرا فعليه بدنه، و إن كان وسطا فعليه بقره، و إن كان فقيرا فعليه شاه) (٣).

و عن سلال و جوب البقره فقط للتخير بينها و بين الجزور في صحيح الحلبي فهي الواجبه و الجزور أفضل، و عن الحسن إيجاب البدنه لا غير لصحيح معاوية المتقدم، و لكن الاحتياط يقتضى التفصيل المتقدم.

(١) كما في صحيح معاوية المتقدم بالنسبه للجاهل مما يكشف أن الحكم للعالم العامد.

(٢) لمرسل حفص البخري عن غير واحد عن أبي عبد الله عليه السلام (ينبغي للمتمتع بالعمرة إلى الحج إذا حلّ أن لا يلبس قميصا، و ليتشبه بالمحرمين) (٤)، و ظاهره أن التشبه في خصوص ترك المخيط و لذا اقتصر عليه في الدروس.

(٣) لخبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- ينبغي لأهل مكة أن يلبسوا القميص، و أن يتشبهوا بالمحرمين شعثا غربا، و قال: ينبغي للسلطان أن يأخذهم بذلك) (٤)، و هو ظاهر في كون التشبه في زمن الموسم و الحج للانصراف.

ص: ٤٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب التقصير حديث ١ و ٢.

أوله وصول الوفود إليهم محرمين و آخره العيد عند إحلالهم.

الفصل الخامس - فى أفعال الحج

أشاره

(الفصل الخامس - فى أفعال الحج - وهى الإحرام، و الوقوفان و مناسك منى (١)، و طواف الحج و سعيه، و طواف النساء، و رمى الجمرات، و المبيت بمنى) (٢)، و الأركان منها خمس، الثلاثة الأول (٣)، و الطواف الأول (٤) و السعى (٥).

القول فى إحرام الحج

(القول فى الإحرام و الوقوفين - يجب بعد التقصير الإحرام بالحج (٦) على) (١) وهى الرمى و الذبح و الحلق و التقصير.

(٢) و لم يذكر المصنف هنا ركعتى الطواف و ركعتى طواف النساء و لعله لأنهما من متمات الطواف.

(٣) أى الإحرام و الوقوفان فى عرفات و المشعر.

(٤) و هو طواف الحج.

(٥) قد عرفت أن المراد من الركن هنا ما يوجب البطلان تركه عمدا جاهلا- أو عالما، و قد جعلها الشهيد فى الدروس ثمانية بإضافه النيه و التلبيه و الترتيب مصرّحا بإرادته نيه الإحرام من النيه، لا نيه الحج، و قد تقدم أنه لا فرق بين الإحرام و بين غيره من أفعال الحج فلا داعى لتخصيصه بنيه خاصه، و ما زاده فى الدروس راجع إلى الإحرام، و قد تقدم الكلام فى الإحرام و الطواف و السعى و سيأتى الكلام فى كل واحد الوقوفين من حيثيه الركنيه.

(٦) قد تقدم أن مكان إحرام حج التمتع مكه، و أفضله المسجد و أفضله تحت الميزاب، و أما زمان الإحرام فهو بعد التحلل من العمره إلى وقت لو أحرم لأدرك الوقوف بعرفات، و عن ابن حمزه أوجب الإحرام فى يوم الترويه، و قال فى الجواهر (و لعله لظاهر الأمر فى حسنه معاويه)، بل هى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كان يوم الترويه إن شاء الله فاغتسل، ثم البس ثوبيك و ادخل المسجد حافيا و عليك السكينه و الوقار، ثم صل ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السلام، أو فى الحجر، ثم اقعده حتى تزول الشمس فصل المكتوبه، ثم قل فى دبر صلاتك كما قلت حين أحرمت من الشجره، و أحرم بالحج و عليك السكينه و الوقار) (١)، و لكنه محمول على الندب، للأخبار منها:

صحيح على بن يقطين عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن الذى يريد أن يتقدم فيه الذى ليس له وقت أول منه، قال: إذا زالت الشمس، و عن الذى يريد أن يتخلف بمكه

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفه حديث ١.

(المتمتع) وجوبا موسعا، إلى أن يبقى للوقوف مقدار ما يمكن إدراكه بعد الإحرام من محله، (و يستحب) إيقاعه (يوم الترويه) (١) و هو الثامن من ذى الحجة (٢)، سُمي -عشيه الترويه إلى أى ساعه يسعه أن يتخلف، قال: ذلك موسع له حتى يصبح بمنى(١)، بناء على أن الوصول إلى منى صبيحه التاسع تحقق قدره للوصول إلى عرفه زوال الشمس من ذلك اليوم، فالمدار على الوصول إلى عرفه حين وجوب الوقوف فيها.

(١) و أن يكون بعد صلاه الظهر كما عن القواعد و الهدايه و المقنعه لظاهر صحيح معاويه المتقدم، أو أن يكون الإحرام بعد الظهرين كما عن الشرائع و النهايه و المبسوط و استدل له بما عن المختلف لأن مسجد الإحرام أفضل من غيره و قد ورد إيقاع الإحرام بعد الفريضة فيستحب أن يكون الإحرام بعد الفريضتين فيه.

و عن الشيخ فى التهذيب أن ما تقدم لغير الإمام و أما الإمام فيستحب له إيقاع الإحرام قبل الفرضين، و إيقاع الفرضين بمنى جمعا بين صحيح معاويه المتقدم و بين صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا ينبغى للإمام أن يصلى الظهر يوم الترويه إلا بمنى، و يبيت بها إلى طلوع الشمس)(٢)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (ينبغى للإمام أن يصلى الظهرين يوم الترويه بمنى، و يبيت بها و يصبح حتى تطلع الشمس ثم يخرج)٣ و مثلها غيرها، و المراد بالإمام - كما فى المدارك - هو أمير الحاج، و يشهد له خبر حفص المؤذن (حج إسماعيل بن على بالناس سنه أربعين و مائه، فسقط أبو عبد الله عليه السلام عن بغلته، فوقف عليه إسماعيل، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: يسر فإن الإمام لا يقف)(٣)، حيث أطلق عليه لفظ الإمام، و عن المفيد و السيد إيقاع الفريضتين بمنى للإمام و غيره لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا انتهيت إلى منى فقل: اللهم هذه منى، و هى مما مننت بها علينا من المناسك، ثم تصلى بها الظهر و العصر و المغرب و العشاء الأخيره و الفجر، و الإمام يصلى بها الظهر لا يسعه إلا ذلك، و موسع لك أن تصلى بغيرها إن لم تقدر)(٤).

(٢) سُمى يوم الترويه لما رواه الصدوق فى علل الشرائع عن عبيد الله بن على الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته لم سُمى يوم الترويه يوم الترويه؟ قال: إنه لم يكن بعرفات ماء،-

ص: ٤٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب إحرام الحج حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب إحرام الحج حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب إحرام الحج حديث ٥.

بذلك لأن الحاج كان يترَوَّى الماء لعرفه من مكة إذ لم يكن بها ماء كالיום، فكان بعضهم يقول لبعض: ترويتم لتخرجوا (بعد صلاه الظهر)، وفي الدروس بعد الظهرين المتعقبين لسنة الإحرام الماضيه. و الحكم مختص بغير الإمام، و المضطر و سيأتي استثناءؤهما (و صفته (١) كما مر) في الواجبات و المندوبات و المكروهات.

في الوقوف بعرفه

(ثم الوقوف) (٢) بمعنى الكون (بعرفه من زوال التاسع إلى غروب الشمس) - و كانوا يستقون من مكة من الماء ريهم، و كان يقول بعضهم لبعض: ترويتم ترويتم، فسمى يوم الترويه لذلك(١)، و قد ذكر العلامة في المنتهى عن الجمهور (أن إبراهيم عليه السلام رأى في تلك الليله التي رأى فيها ذبح الولد رؤياه، فأصبح يروى في نفسه أ هو حلم أم هو من الله تعالى، فسمى يوم الترويه، فلما كانت ليله عرفه رأى ذلك أيضا فعرف أنه من الله تعالى فسمى يوم عرفه(٢).

(١) أى صفه الإحرام كما مر في إحرام عمره التمتع.

(٢) و هو الكون من زوال التاسع إلى غروبه مع النيه، أما النيه فلا خلاف و لا إشكال لكونه عباديا، نعم هى مشتمله على القصد و القربه، و أما باقى الخصوصيات فيجب قصدها إذا توقف تعيين المأمور به عليها، و أما أن النيه عند تحقق الزوال لأنه أول وقت الوقوف الواجب كما فى الجواهر فلا بدّ من مقارنته لها لثلا يقع جزء منه بلا نيه، و هو المنسوب إلى الأصحاب، بحيث لو أخلّ بجزء منه فى أوله فقد أتم، فقد صرح أكثر من واحد بذلك بل فى المدارك نسبته إلى الأصحاب، مع أنه فى التذكرة و غيرها أن الوقوف بعد صلاه الظهرين و نسب ذلك إلى الأكثر، و هو المستفاد من الأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار - الوارد فى صفه حج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم - عن أبى عبد الله عليه السلام (حتى انتهى إلى غيره و هى بطن عرنه بحيال الأراك فضرب قبه و ضرب الناس أختيتهم عندها، فلما زالت الشمس خرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و معه فرسه و قد اغتسل و قطع التلبيه حتى وقف بالمسجد، فوعظ الناس و أمرهم و نهاهم، ثم صلى الظهر و العصر بأذان واحد و إقامتين، ثم مضى إلى الموقف فوقف به(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- ينبغى الوقوف تحت الأراك، فأما النزول تحته حتى تزول الشمس و تنهض إلى الموقف فلا بأس(٤)، قال سيد

ص: ٤٤٠

١- (١) علل الشرائع ص ٤٣٥ حديث ١.

٢- (٢) المنتهى ج ٢ ص ٧١٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إحرام الحج حديث ٧.

(مقرونا بالنيه) المشتمله على قصد الفعل المخصوص، متقربا بعد تحقق الزوال بغير فصل، و الركن من ذلك أمر كلي (١) و هو جزء من مجموع الوقت بعد النيه و لو سائرا، و الواجب الكل، (و حد عرفه (٢) من بطن عرنه) (٣) بضم العين المهمله، -المدارك (و المسألة محل إشكال و لا ريب أن ما اعتبره الأصحاب أولى و أحوط).

و أما كونه إلى الغروب فلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن المشركين كانوا يفيضون قبل أن تغيب الشمس فخالفهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأفاض بعد غروب الشمس) (١)، و موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (متى نفيض من عرفات؟ فقال: إذا ذهبت الحمرة من هاهنا، و أشار بيده إلى المشرق و إلى مطلع الشمس) (٢).

(١) قال في المدارك (إن الركن من الوقوف مسماه لا جميع الوقوف الواجب للقطع بأن من أخلّ بالوقوف عامدا في أول الوقت أو أفاض قبل الغروب عامدا لا يبطل حجه، و على هذا فيكون الزائد من الوقوف عن المسمى موصوفا بالوجوب لا غير) انتهى، هذا و قد تقدم أكثر من مره أن المراد من الركن في الحج هو ما يبطل الحج بالإخلال به عمدا لا سهوا.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (و حدّ عرفه من بطن عرنه و ثويه و نمرة إلى ذى المجاز و خلف الجبل موقف) (٢)، و خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام و اتق الأراك و نمرة و هي بطن عرنه و ثويه و ذى المجاز، فإنه ليس من عرفه فلا تقف فيه) (٣).

و هذه الحدود الخمسه ترجع إلى أربعة لأن نمرة هي بطن عرنه كما يشهد به خبر سماعه المتقدم و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (فاضرب خباك بنمرة و هي بطن عرنه) (٤).

(٣) كهمزه كما في الجواهر و غيره، و قيل: بضمين في لغه، و هي كما عن المطرزي واد بحذاء عرفه، و عن السمعاني: ظني أنها واد بين عرفات و منى، و عن القاسي: أنهما موضع بين العلمين اللذين هما حد عرفه و بين العلمين اللذين هما حد الحرم.

ص: ٤٤١

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب إحرام الحج حديث ١ و ٢.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إحرام الحج حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إحرام الحج حديث ٦.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب إحرام الحج حديث ١.

و فتح الرء و النون (و ثويه) بفتح المثلثه، و كسر الواو، و تشديد الياء المثناه من تحت المفتوحه،(و نمره) بفتح النون، و كسر الميم، و فتح الرء، و هى بطن عرنه فكان يستغنى عن التحديد بها (إلى الأراك) بفتح الهمزه (إلى ذى المجاز) (١). و هذه المذكورات حدود لا محدود فلا يصح الوقوف بها (٢).

(و لو أفاض) من عرفه (قبل الغروب عامدا و لم يعد فبدنه (٣) فإن عجز صام ثمانيه عشر يوما) سفرا، أو حضرا (٤)، متابعه، و غير متابعه فى أصح القولين (٥)، و فى الدروس أوجب فيها (٦) المتابعه هنا (٧)، و جعلها فى الصوم (٨) أحوط، و هو (٩) أولى. و لو عاد قبل الغروب فالأقوى سقوطها (١٠) و إن (١) و هو سوق كان على فرسخ من عرفه بناحية كبكب كما فى الجواهر. (٢) للأخبار المتقدمه.

(٣) بلا خلاف فيه، معتد به للأخبار منها: صحيح مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أفاض من عرفات قبل غروب الشمس، قال: إن كان جاهلا فلا شىء عليه، و إن كان متعمدا فعليه بدنه) (١)، و صحيح ضريس عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل أفاض من عرفات قبل أن تغيب الشمس، قال: عليه بدنه ينحرها يوم النحر، فإن لم يقدر صام ثمانيه عشر يوما بمكه أو فى الطريق أو فى أحله) (٢)، و عن الصدوقين عليه شاه، و قال فى المدارك (و لم نقف لهما على مستند).

(٤) لتصريح صحيح ضريس بذلك.

(٥) ذهب الشهيد فى الدروس إلى التابع، و ذهب المحقق الثانى فى جامع المقاصد إلى العدم لإطلاق النص، و استجوده سيد المدارك و الشارح.

(٦) فى الثمانيه عشر يوما.

(٧) فى كتاب الحج.

(٨) أى و جعل المتابعه فى كتاب الصوم أحوط.

(٩) أى الاحتياط.

(١٠) أى سقوط الكفاره، كما عن ظاهر الأصحاب لأصاله البراءه، و لأنه لو لم يقف عند الزوال و أتى قبل الغروب و وقف فلا شىء عليه فكذا هنا، و حكى العلامة فى المنتهى -

ص: ٤٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب إجماع الحج حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب إجماع الحج حديث ٣.

أثم (١)، و لو كان ناسيا، أو جاهلا فلا شيء (٢) عليه إن لم يعلم بالحكم قبل الغروب، و إلا وجب العود مع الإمكان، فإن أدخل به فهو عامد، و أما العود بعد الغروب فلا أثر له (٣).

(و يكره الوقوف على الجبل) (٤)، بل في أسفله بالسفح (٥)، (و قاعدا) أى الكون بها قاعدا، (و راكبا) (٦)، بل واقفا (٧)، و هو الأصل في إطلاق الوقوف على الكون، إطلاقا لأفضل أفراده عليه. (و المستحب المبيت بمنى ليله التاسع إلى الفجر) (٨) احترز - عن بعض العامة القول بلزوم الكفاره و مال إليه في كشف اللثام لأن سقوط الكفاره بعد ثبوتها محتاج إلى دليل و هو منتف، و ردّ بأن الدليل الموجب للكفاره في غير العائد، و أما في العائد فلا دليل يوجب الكفاره.

(١) لأنه مخالف للأمر بالكون من أول الزوال إلى غروب الشمس.

(٢) لثبوت الكفاره على العامد العالم كما في صحيح مسمع المتقدم.

(٣) فلا تسقط الكفاره بعوده بعد الغروب لصدق الإفاضه عليه قبل الغروب.

(٤) لخبر اسحاق بن عمار عن أبي ابراهيم عليه السلام (سأله عن الوقوف بعرفات، فوق الجبل أحب إليك أم على الأرض؟ فقال: على الأرض) (١)، و عن ابن البراج و ابن ادريس أنهما حرّما الوقوف فيه إلا لضروره، و معها كالزحام و شبهه يجوز الوقوف بلا خلاف فيه، لخبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (فإذا كانوا بالموقف و كثروا كيف يصنعون؟ قال عليه السلام: يرتفعون إلى الجبل) (٢).

(٥) أى يستحب الوقوف في سفح الجبل، لموثق اسحاق بن عمار المتقدم، و لخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام (عرفات كلها موقف، و أفضل الموقف سفح الجبل) (٣)، و سفح الجبل اسفله حيث ينسفع فيه الماء كما في الصحاح للجوهري.

(٦) أى يكره الوقوف بهاتين الحالتين، قال في المدارك: (لم أقف على روايه تتضمن النهى عن ذلك، نعم لا ريب أنه خلاف الأولى، لاستحباب القيام).

(٧) أى يستحب أن يكون في عرفه واقفا، و علّل بأنه اقرب إلى الأدب و أنه أحمز، و قال في الجواهر (لم أجد فيه نصا بالخصوص).

(٨) للأخبار منها: صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (ينبغي للإمام أن يصلى -

ص: ٤٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب إحرام الحج حديث ٥.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب إحرام الحج حديث ٤ و ٢.

بالغايه عن توهم سقوط الوظيفه بعد نصف الليل كمبيتها ليالى التشريق،(و لا يقطع محسرا) بكسر السين و هو حد منى إلى جهه عرفه (حتى تطلع الشمس (١)، و الإمام يخرج) من مكه (إلى منى قبل الصلاتين) الظهرين يوم الترويه ليصليهما بمنى (٢)، و هذا كالتقييد لما أطلقه سابقا من استحباب إيقاع الإحرام بعد الصلاه المستلزم لتأخر الخروج عنها،(و كذا ذو العذر) (٣) كالهّم، و العليل، و المرأه، و خائف الزحام، و لا يتفقد خروجه بمقدار الإمام كما سلف، بل له التقدم بيومين و ثلاثه.

(و الدعاء عند الخروج إليها) أى إلى منى فى ابتدائه (٤)،(و) عند الخروج -الظهر من يوم الترويه بمنى و يبيت بها و يصبح حتى تطلع الشمس ثم يخرج(١)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا انتهيت إلى منى فقل: و ذكر دعاء، و قال: ثم تصلى بها الظهر و العصر و المغرب و العشاء الآخره و الفجر)٢.

(١) على الأ-كثر، لصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجوز وادى محسّر حتى تطلع الشمس) (٢)، و عن الشيخ فى التهذيب و النهايه و المبسوط و الاقتصاد، و ابن البراج فى المهذب القول بالتحريم أخذنا بظاهر النهى، لكنه مردود لصحيح هشام الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى التقدم من منى إلى عرفات قبل طلوع الشمس، قال: لا بأس به)٤.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) و هو الشيخ الكبير و المريض و من يخشى الزحام فيجوز له الخروج قبل الصلاتين يوم الترويه، بل يجوز قبل يوم الترويه بيوم أو يومين أو ثلاثه، لموثق اسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته من الرجل يكون شيخا أو مريضا يخاف ضغوط الناس و زحامهم يحرم بالحج و يخرج إلى منى قبل يوم الترويه؟ قال: نعم، قلت: فيخرج الرجل الصحيح يلتمس مكانا أو يتروح بذلك؟ قال: لا، قلت: يتعجل بيوم؟ قال: نعم، قلت: يتعجل بيومين؟ قال: نعم، قلت بثلاثه؟ قال: نعم، قلت: أكثر من ذلك؟ قال:

(لا) (٣)، و مثله غيره، و هى محموله على الاستحباب، لخبر رفاعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته هل يخرج الناس إلى منى غدوه؟ قال: نعم إلى غروب الشمس)٦.

(٤) فى تقييد خروج الإمام قبل الصلاتين ليدر كهما فى منى.

ص: ٤٤٤

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب احكام الحج حديث ٢ و ٥.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب احكام الحج حديث ٤ و ٣.
- ٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب إحرام الحج حديث ١ و ٢.

(منها) إلى عرفه (١)، (و فيها) (٢) بالمأثور، (و الدعاء بعرفه) (٣) بالأدعية المأثورة عن أهل البيت (ع)، خصوصا دعاء الحسين، و ولده زين العابدين عليهما السّلام، (و إكثار) - أي ابتداء الخروج لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا توجهت إلى منى فقل: اللهم إياك أرجو، و إياك ادعوا، فبلغني أملى و اصلح لي عملي) (١).

(١) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا غدوت إلى عرفه فقل و أنت متوجه إليها: اللهم إليك حمدت و إياك اعتمدت و وجهك أردت، فأسألك أن تبارك لي في رحلتى، و أن تقضى لي حاجتى، و أن تجعلني ممن تباهى به اليوم من هو أفضل منى، ثم تلبى و أنت غاد إلى عرفات) (٢).

(٢) أي الدعاء في منى لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا انتهيت إلى منى فقل: اللهم هذه منى، و هذه مما مننت به علينا من المناسك، فأسألك أن تمنّ عليّ بما مننت به على انبيائك، فإنما أنا عبدك و في قبضتك) (٣).

(٣) لا إشكال و لا خلاف في استحباب الدعاء في هذا اليوم، بل في المدارك عن البعض من وجوب صرف زمان الوقوف كله في الذكر و الدعاء، و احسنه دعاء الإمام الحسين عليه السّلام (٤)، و دعاء سيد الساجدين عليه السّلام (٥)، و دعاء النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم الذي علّمه لعلّى عليه السّلام كما في خبر ابن سنان (٦)، و قد ورد في خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السّلام (ليس في شيء من الدعاء عشيّه عرفه شيء مؤكّد) (٧)، و خبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إنما تعجل الصلاة و تجمع بينهما لتفرغ نفسك للدعاء، فإنه يوم دعاء و مسأله) (٨)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (فإذا وقفت بعرفات فاحمد الله و هلّله و مجده و أثن عليه، و كبره مائه مره، و احمده مائه مره، و سبحه مائه مره، و اقرأ قل هو الله احد مائه مره، و تخير نفسك من الدعاء ما أحببت، و اجتهد فإنه يوم دعاء و مسأله، و تعوذ بالله من الشيطان، فإن الشيطان لن يذهلك في موطن قط احب إليه من أن -

ص: ٤٤٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب احرام الحج حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب احرام الحج حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب احرام الحج حديث ٢.
- ٤- (٤) البلد الامين ص ٢٥١، و بحار الأنوار ج ٩٥ ص ٢٢٧.
- ٥- (٥) الصحيفه السجديه الدعاء: ٤٧.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب احرام الحج حديث ٣.
- ٧- (٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب احرام الحج حديث ١.
- ٨- (٨) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب احرام الحج حديث ١.

(الذكر لله تعالى) بها، (و ليذكر إخوانه بالدعاء (١)، و أقلهم أربعون) (٢).

روى الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه (٣) قال رأيت عبد الله بن جندب بالموقف فلم أر موقفاً كان أحسن من موقفه. ما زال ماداً يده إلى السماء ودموعه تسيل على خديه حتى تبلغ الأرض، فلما انصرف الناس قلت: يا أبا محمد ما رأيت موقفاً قط أحسن من موقفك قال: والله ما دعوت فيه إلا - لإخواني، و ذلك لأن أبا الحسن موسى عليه السلام أخبرني أنه من دعا لأخيه بظهر الغيب نودي من العرش و لك مائة ألف ضعف مثله، و كرهت أن أدع مائة ألف ضعف لواحد لا أدري تستجاب، أم لا.

و عن عبد الله بن جندب قال: كنت في الموقف فلما أفضت أتيت (٤) إبراهيم بن شعيب فسلمت عليه و كان مصاباً بإحدى عينيه و إذا عينه الصحيحه حمراء كأنها علقه دم. فقلت له: قد أصبت بإحدى عينيك و أنا و الله مشفق على الأخرى (٥)، فلو قصرت من البكاء قليلاً قال: لا و الله يا أبا محمد ما دعوت لنفسى اليوم دعوه (٦)، قلت: فلمن دعوت قال: دعوت لإخواني لأني سمعت أبا عبد الله (ع) يقول: من دعا لأخيه بظهر الغيب و كل الله به ملكاً يقول: و لك مثلاً، فأردت - يذهلك في ذلك الموطن (١).

(١) و سيورد الشارح دليhle.

(٢) قال في الجواهر: (و في الدروس أقلهم أربعون، و إن لم أجد به هنا نصاً، و على كل حال فهو يوم شريف كثير البركه).

(٣) و الخبر صحيح السند (٢)، و الغالب قد جعله حسناً لاشتماله على إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم في الكتب الرجاليه الخمسه، و فيه: إنه من مشايخ الروايه و الإجازه و هذا كاف في توثيقه و علو مرتبته.

(٤) في الوسائل: (لقيت).

(٥) في الوسائل (على عينك الأخرى).

(٦) في الوسائل (بدعوه).

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب احرام الحج ملحق الحديث الأول.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب احرام الحج حديث ١.

أن أكون أنا أدعو لإخواني، و الملك يدعو لي، لأنني في شك من دعائي لنفسي، و لست في شك من دعاء الملك لي (١).

في الوقوف بالمشعر

(ثم يفيض) أى ينصرف. و أصله الاندفاع بكثرة، أطلق على الخروج من عرفه لما يتفق فيه من اندفاع الجمع الكثير منه كإفاضه الماء، و هو متعدد، لا لازم، أى يفيض نفسه، (بعد غروب الشمس) (٢) المعلوم بذهاب الحمرة المشرقيه بحيث لا يقطع حدود عرفه حتى تغرب (إلى المشعر) (٣) الحرام، (مقتصدا) متوسطا (في سيره داعيا إذا بلغ الكتيب الأحمر) عن يمين الطريق بقوله:

(اللهم ارحم موقفي، و زد في عملي، و سلم لي ديني، و تقبل مناسكى (٤)، (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب احرام الحج حديث ٣، و مثله خبر ابن أبي عمير قال:

(كان عيسى بن أعين إذا حج فصار إلى الموقف أقبل على الدعاء لإخوانه حتى يفيض الناس، فقلت له: تنفق مالك و تتعب بدنك حتى إذا صرت إلى الموضع الذى تبث فيه الحوائج إلى الله عز و جل أقبلت على الدعاء لإخوانك، و تركت نفسك؟ فقال: إني على ثقة من دعوه الملك لي، و في شك من الدعاء لنفسي) (١).

(٢) بلا- خلايف فيه، للأخبار منها: موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (متى نفيض من عرفات؟ قال: إذا ذهبت الحمرة من هاهنا، و أشار بيده إلى المشرق، و إلى مطلع الشمس) (٢)، و هذا نص في أن الغروب عند الإفاضه هو الغروب المعترف في الصلاة.

(٣) فعن القاموس المشعر الحرام و بكسر ميمه المزدلفه، و عليه بناء اليوم، و وهم من قال جبلا- يقرب من ذلك البناء، و عن مصباح المنير (المشعر الحرام جبل آخر بالمزدلفه، و اسمه قزح، و ميمه مفتوح على المشهور، و بعضهم يكسرها على التشبيه باسم الآله).

(٤) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن المشركين كانوا يفيضون من قبل أن تغيب الشمس، فخالفهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أفاض بعد غروب الشمس، و قال عليه السلام:

إذا غربت الشمس فأفض مع الناس و عليك السكينه و الوقار، و أفض بالاستغفار، فإن الله عز و جل يقول: **ثُمَّ أَفِيضُوا مِنْ حَيْثُ أَفَاضَ النَّاسُ وَ اسْتَغْفِرُوا لِلَّهِ إِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ** (٣) فإذا انتهيت إلى الكتيب الأحمر عن يمين الطريق فقل: اللهم ارحم موقفي و زد في عملي، و سلم لي ديني، و تقبل مناسكى.-

ص: ٤٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب احرام الحج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب احرام الحج حديث ٢.

٣- (٣) سورة البقره.

(اللّم لا- تجعله آخر العهد من هذا الموقف، و ارزقنيه أبدا ما أبقيتني ثم يقف به)، أى يكون بالمشعر (ليلا إلى طلوع الشمس (١)، و الواجب الكون) واقفا كان، أم -و إياك و الوجيف الذى يصنعه الناس، فإن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم قال: يا أيها الناس إن الحج ليس بوجيف الخيل و لا ايضاع الإبل، و لكن اتقوا الله و سيروا سيرا جميلا، لا توطئوا ضعيفا، و لا توطئوا مسلما، و اقتصدوا فى السير، فإن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم كان يقف بناقته حتى كان يصيب رأسها مقدم الترحل، و يقول: أيها الناس عليكم بالدّعه فسنه رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم تتّبع.

قال معاوية بن عمار: و سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: اللهم اعتقنى من النار، يكررها حتى أفاض الناس، قلت: ألا تفيض قد أفاض الناس؟ قال: إني أخاف الزحام و أخاف أن أشرك فى عنت انسان(١)، و الكتيب هو التل من الرمل، و الوجيف هو الاضطراب و ضرب من سير الخيل و الإبل، و إيضاع الإبل حملها على العدو السريع، و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال: إذا غربت الشمس يوم عرفه فقل: اللهم لا تجعله آخر العهد من هذا الموقف، و ارزقنيه من قابل أبدا ما أبقيتني، و اقبلنى اليوم مفلحا منجحا مستجابا لى مرحوما مغفورا لى، بأفضل ما ينقلب به اليوم احد من وفدك و حجاج بيتك الحرام، و اجعلنى اليوم من اكرم وفدك عليك، و أعطنى أفضل ما أعطيت أحدا منهم من الخير و البركه و الرحمه و الرضوان و المغفره، و بارك لى فيما ارجع إليه من أهل أو مال، أو قليل أو كثير، و بارك لهم فى) (٢)، نعم قال فى الدروس (فإذا بلغ الكتيب الأحمر موقفى و زد فى علمى و سلم لى دينى و تقبل مناسكى، و تضيف إليه: اللهم لا تجعله آخر العهد من هذا الموقف، و ارزقنيه أبدا من ابقيتني)، و هو ظاهر فى أن هذه الزياره مأخوذه من غير صحيح معاويه، و قد عرفت مأخذه، و لم يذكر المصنف تمام الدعاء.

(١) فهنا مسألتان، الأولى: مسأله المبيت بالمشعر الحرام، الثانية: الوقوف الواجب من طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، أما الأولى فعن الأكثر و جوب المبيت للتأسى بالنبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و لصحيح معاويه بن عمار عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجاوز الحياض ليله المزدلفه) (٣)، و الحياض حدّ من حدود المزدلفه كما سيأتى.

و عن التذكرة ليس بواجب، للأصل، و لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب احرام الحج و الوقوف بعرفه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

نائما، أم غيرهما من الأحوال (١) (بالنيه) (٢) عند وصوله (٣). و الأولى تجديدها بعد طلوع الفجر لتغاير الواجبين، فإن الواجب الركنى منه اختيارا المسمى (٤) فيما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس و الباقي واجب لا غير كالوقوف بعرفة.

(و يستحب إحياء تلك الليلة) (٥) بالعبادة، (و الدعاء، و الذكر و القراءة) فمن - (فى التقدم من منى إلى عرفات قبل طلوع الشمس قال: لا بأس به، و التقدم من مزدلفه إلى منى يرمون الحجار و يصلون الفجر فى منازلهم بمنى قال: لا بأس) (١)، و حمل الخبر على صورته الاضطراب و ذوى الاعذار كما سيأتى. و أما الثانية: فلا خلاف فيها، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (أصبح على طهر بعد ما تصلى الفجر، فقف إن شئت قريبا من الفجر و إن شئت حيث تبيت فإذا وقفت فاحمد الله عز و جل - إلى أن قال - ثم أفض حين يشرق لك ثبير و ترى الأبل مواضع اخفافها) (٢)،

و صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجاوز وادى محسر حتى تطلع الشمس) (٣)، و وادى محسر آخر المزدلفه بالنسبة إلى منى.

(١) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) لكل من المبيت و الوقوف بين الطلوعين لكونهما عباديين، نعم فى المدارك: (فلو نوى المكلف الكون بها إلى طلوع الشمس اجتزأ بذلك عن تجديده النيه بعد الفجر، أما لو نوى المبيت خاصة و جب التجديد)، و عن التذكرة عدم وجوب نيه المبيت بناء على مختاره من عدم وجوب المبيت و قد تقدم ضعفه.

(٣) بحيث ينوى الكون بالمزدلفه إلى طلوع الشمس و لذا حكم بأولويه تجديدها عند طلوع الفجر، و إلا فلو نوى المبيت فقط لوجب نيه عند طلوع الفجر للوقوف.

(٤) لأن من أفاض قبل طلوع الشمس لا يبطل حجه، و خالف ابن ادريس و جعل الوقوف بتمامه ما بين الطلوعين هو الركن، و قال العلامة فى المنتهى عنه (لا نعرف له موافقا).

(٥) لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا تجاوز الحياض ليله المزدلفه، و تقول: اللهم هذه جمع، اللهم إنى أسألك أن تجمع لى فيها جوامع الخير، اللهم لا تؤيسنى من الخير الذى سألتك أن تجمع لى فى قلبى، و أطلب إليك أن تعرفنى ما عرفت اوليائك فى منزلى هذا، و أن تقينى جوامع الشر.

ص: ٤٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

أحيائها لم يمت قلبه يوم تموت القلوب (١)،(ووطء الصروره المشعر برجله) (٢)، و لو فى نعل، أو ببعيره (٣). قال المصنف فى الدروس: و الظاهر أنه (٤) المسجد -و إن استطعت أن تحيى تلك الليله فافعل، فإنه بلغنا أن أبواب السماء لا تغلق تلك الليله لأصوات المؤمنين، لهم دوى كدوى النحل، يقول الله جل ثناؤه: أنا ربكم و انتم عبادى أدبتم حقى، و حقّ علىّ أن استجيب لكم، فيحط تلك الليله عنم أراد أن يحط عنه ذنوبه، و يغفر لمن أراد أن يغفر له(١).

(١) فى خبر ابن كردوس عن أبيه (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أحيى ليله العيد و ليله النصف من شعبان لم يمت قلبه يوم تموت القلوب)(٢).

(٢) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (و أنزل بطن الوادى عن يمين الطريق قريبا من المشعر، و يستحب للصروره أن يقف على المشعر الحرام و يطأه برجله)(٣)، و مرسل ابان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (يستحب للصروره أن يطأ المشعر الحرام و أن يدخل البيت)٤، و خبر سليمان بن مهران عن جعفر بن محمد عليهما السّلام (قلت له: كيف صار للصروره يستحب له دخول الكعبه - إلى أن قال - قلت: كيف صار و طى المشعر عليه واجبا؟ فقال: ليستوجب بذلك و طى بحبوحه الجنه)(٤)، و الوجوب فيه محمول على تأكيد الاستحباب جمعا بين الأخبار.

و الوطى متحقق مع النعل و بدونه.

(٣) قاله أيضا فى المسالك، و كذا فى التحرير و الجامع، و قال صاحب الجواهر: (لم نجد فى شىء من نصوصنا الاكتفاء بذلك)، نعم فى الفقيه للصدوق الذى منته روايات عن أهل البيت عليهم السّلام قال: (و يستحب للصروره أن يطأ المشعر برجله أو يطأه ببعيره، و يستحب للصروره أن يدخل البيت)(٥).

(٤) أى المشعر، اختلف الأصحاب فى تفسير المشعر، فقال الشيخ فى المبسوط أنه جبل هناك يسمى القرح، و عن ابن الجنيد: بما قرب من المناره، و فى الدروس أنه المسجد الموجود الآن، و الذى نص عليه أهل اللغه كالقاموس المحيط و لسان العرب أنه هو المزدلفه، و هو

ص: ٤٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب صلاه العيد حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣.

٥- (٦) من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٢٨١.

الموجود الآن،(الصعود على قزح) (١) بضم القاف و فتح الزاى المعجمه. قال الشيخ [رحمه الله]: هو المشعر الحرام، و هو جبل هناك يستحب الصعود عليه،(و ذكر الله عليه)، و جمع أعم منه (٢).

مسائل:

اشاره

(مسائل:)

كل من الموقفين ركن

(كل من الموقفين ركن) (٣) و هو مسمى الوقوف فى كل منهما (يبطل الحج) -الذى دلت عليه صحيح معاويه بن عمار قال (حد المشعر الحرام من المأزمين إلى الحياض إلى وادى محسير، و إنما سميت المزدلفه لأنهم ازدلفوا إليها من عرفات) (١)، و لكن فى صحيح الحلبي المتقدم (و أنزل بطن الوادى عن يمين الطريف قريباً من المشعر) (٢)، ما يدل على أن المشعر أخص من المزدلفه، و هو الأقرب لما سيأتى.

(١) كزفر جبل فى المزدلفه قاله فى القاموس، و استحباب الصعود عليه و ذكر الله عليه هو قول للشيخ فى المبسوط، و قال فى المدارك (لم نقف له على مستند بخصوصه من طريق الأصحاب، نعم روى العامه أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أورد الفضل بن عباس و وقف على قزح، و قال: إن هذا قزح، و هو الموقف، و جمع كلها موقف) (٣)، و هذا دال على أن المشعر هو قزح و هو جبل فى المزدلفه.

(٢) بناء على تفسير الشيخ و هو المختار، و سميت المزدلفه بجمع كما فى خبر إسماعيل بن جابر و غيره و عن أبى عبد الله عليه السلام (سميت جمع لأن آدم جمع فيها بين الصلاتين المغرب و العشاء) (٤) بأذان واحد و إقامتين) ٥، و سميت بالمزدلفه لما فى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث إبراهيم عليه السلام (إن جبرئيل انتهى به إلى الموقف فأقام به حتى غربت الشمس، ثم أفاض به، فقال: يا إبراهيم: ازدلف إلى المشعر الحرام، فسميت مزدلفه) (٥) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (إنما سميت مزدلفه لأنهم ازدلفوا إليها من عرفات) ٧.

(٣) قد عرفت أن المراد بالركن فى الحج هو ما يبطل الحج بتركه عمدا لا سهواً، و قد تقدم-

ص: ٤٥١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٣- (٣) سنن أبى داود ج ٢ ص ١٩٣ حديث ١٩٣٥، و سنن الترمذى ج ٢ ص ١٨٥ حديث ٨٨٦.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٧ و ٦.

٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٤ و ٥.

(بتركة عمداء، و لا يبطل) بتركة (سهوا) (١) كما هو حكم أركان الحج أجمع. (نعم لو سها عنهما) معا (بطل)، و هذا الحكم مختص بالوقوفين و فواتهما أو أحدهما لعذر كالفوات سهوا (٢).

(و لكل) من الموقفين (اختيارى، و اضطرارى، فاختيارى عرفه ما بين الزوال و الغروب، و اختيارى المشعر ما بين طلوع الفجر، و طلوع الشمس (٣) و اضطرارى عرفه ليله النحر) من الغروب إلى الفجر (٤) (و اضطرارى المشعر) من طلوع شمس -الدليل على أن الركن فى الموقفين هو المسمى، و عليه فترك مسمى الوقوف فى عرفه لا- يتحقق إلا بترك الوقوف من الزوال إلى الغروب يوم التاسع و هو موجب لفوات الحج لو كان عمدا بلا خلاف فيه، للأخبار منها: النبوى المشهور (الحج عرفه) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى الموقف، ارتفعوا عن بطن عرفه و قال: أصحاب الأراك لا حج لهم) (٢)، و إذا انتفى الحج مع الوقوف على حدود عرفه فمع عدم الوقوف من باب أولى.

و أما ركنيه المشعر الحرام فلا- خلاف فيه، للأخبار منها: خبر عبيد الله و عمران ابني على الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا فاتتك المزدلفة فقد فاتك الحج) (٣)، و مفهوم صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (من أدرك جمعا فقد أدرك الحج) (٤).

(١) بشرط أن يدرك الموقف الآخر، و هذا من مختصات الوقوفين من بقيه أركان الحج، فلو تركهما معا عمدا أو سهوا بطل الحج بلا خلاف فيه، للأخبار التى سيأتى التعرض لبعضها.

(٢) فترك الوقوفين مطلقا موجب لفوات الحج مهما كان سبب الترك.

(٣) قد تقدم الكلام فى اختيارى عرفه و اختيارى المشعر.

(٤) بمعنى لو وقف فى عرفه آنا ما إلى فجر يوم العيد فقد أدرك اضطرارى عرفه، بلا خلاف فى ذلك، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأتى بعد ما يفيض الناس من عرفات، فقال عليه السلام: إن كان فى مهل حتى يأتى عرفات من-

ص: ٤٥٢

١- (١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ١٠٠٣ حديث ٣٠١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب إحرام الحج و الوقوف بعرفه حديث ١٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

-ليلته فيقف بها ثم يفيض فيدرك الناس في المشعر قبل أن يفيضوا فلا يتم حجه حتى يأتي عرفات، وإن قدم و قد فاتته عرفات فليقف بالمشعر الحرام، فإن الله أعذر لعبده، فقد تم حجه إذا أدرك المشعر الحرام قبل طلوع الشمس و قبل أن يفيض الناس، فإن لم يدرك المشعر الحرام فقد فاتته الحج، فليجعلها عمره مفردة و عليه الحج من قابل(١)، و هو صريح في أنه إذا لم يدرك الموقفين فقد فات حجه هذا من جهه و من جهه أخرى فهو ظاهر في أن الوقوف الاضطراري لعرفه واجب و أنه ممتد بامتداد الليل، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في سفر فإذا شيخ كبير فقال: يا رسول الله، ما تقول في رجل أدرك الإمام بجمع؟ فقال له: إن ظن أنه يأتي عرفات فيقف بها قليلا ثم يدرك جمعا قبل طلوع الشمس فليأتها، و إن ظن أنه لا يأتيها حتى يفيض الناس من جمع فلا يأتها و قد تم حجه)٢، و خبر إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أدرك الناس بجمع و خشي إن مضى إلى عرفات أن يفيض الناس من جمع قبل أن يدركها، فقال:

إن ظن أنه يدرك الناس جمعا فليقف بجمع ثم ليفيض مع الناس و قد تم حجه)٣، و هذه الأخبار كما تدل على اضطراري عرفه تدل على أن حجه صحيح و تام إذا أدرك اختياري المشعر و اضطراري عرفه و تدل على تمام حجه إذا أدرك اختياري المشعر فقط ثم إن هذه الأخبار و إن لم تصرح بحكم الناسي لكن قوله عليه السلام في صحيح الحلبي المتقدم (فإن الله أعذر لعبده) يشمله لأن النسيان من أقوى الأعذار، ثم إنه لا- يجب الاستيعاب في اضطراري عرفه بل يكفي مطلق الكون لظاهر الأخبار المتقدمه بلا خلاف في ذلك.

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ما تقول في رجل أفاض من عرفات إلى منى؟ قال: فليرجع فيأتي جمعا فيقف بها و إن كان الناس قد أفاضوا من جمع)٢، و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (من أدرك الموقف بجمع يوم النحر قبل أن تزول الشمس فقد أدرك الحج)٥، و موثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل أفاض من عرفات فمرّ بالمشعر فلم يقف حتى انتهى إلى منى و رمى الجمره و لم يعلم حتى ارتفع النهار، قال: يرجع إلى المشعر فيقف به، ثم يرجع فيرمي جمره العقبه)٣، بناء على أن المرور بالمشعر ليس مجزيا لأنه ليس بنيه، و إلا فلو تحققت

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢ و ٤ و ٣.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢ و ٣.
- ٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٩.

وله (١) اضطرارى آخر أقوى منه، لأنه مشوب بالاختيارى، وهو اضطرارى -لنيه فلا يجب الوقوف بمعنى الانتصاب مع عدم الحركة، وهى ظاهره فى أجزاء اضطرارى المشعر مع اختيارى عرفه.

وحكى ابن إدريس عن السيد أن وقت الاضطرارى فى المشعر هو جميع يوم العيد إلى الغروب، وقال العلامة فى المختلف (و هذا النقل غير سديد، وكيف يخالف السيد جميع علمائنا فإنهم نصوا على أن الوقت الاضطرارى للمشعر إلى زوال الشمس من يوم النحر).

(١) أى للمشعر، فيجوز للمرأة و من يخاف على نفسه أن يقف فى المشعر ليله النحر ثم يفيض منه إلى منى قبل طلوع الفجر و لا شئ عليه بلا خلاف فى ذلك، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار - الوارد فى كيفية حج النبى صلى الله عليه و آله و سلم - عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثم أفاض و أمر الناس بالبدعه حتى إذا انتهى إلى المزدلفه و هو المشعر الحرام فصلى المغرب و العشاء الآخرة بأذان واحد و إقامتين، ثم أقام فصلى فيها الفجر، و عجل ضعفاء بنى هاشم بالليل، و أمرهم أن لا يرموا جمرة العقبة حتى تطلع الشمس) (١)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن تقدم النساء إذا زال الليل، فيقفن عند المشعر ساعه، ثم ينطلق بهن إلى منى فيرمين الجمرة، ثم يصبرن ساعه، ثم يقصرن و ينطلقن إلى مكة) (٢)،

و صحيح سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السّلام (جعلت فداك، معنا نساء فأفيض بهنّ بليل؟ قال: نعم، تريد أن تصنع كما صنع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم؟ قلت: نعم، قال: أفضى بهنّ بليل و لا تفض بهنّ حتى تقف بهنّ بجمع، ثم أفض بهنّ حتى تأتى الجمرة العظمى فيرمين الجمرة، فإن لم يكن عليهن ذبح فليأخذن من شعورهن أو يقصرن من أظفارهن ثم يمضين إلى مكة فى وجوههن، و يطفن بالبيت، و يسعين بين الصفا و المروه، ثم يرجعن إلى البيت فيطفن اسبوعاً، ثم يرجعن إلى منى و قد فرغن من حجهن) (٣)، و صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السّلام (لا بأس أن يفيض الرجل بليل إذا كان خائفاً) ٤، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للنساء و الصبيان أن يفيضوا بليل، و أن يرموا الجمار بليل) ٥، و فى خبره الآخر عنه عليه السّلام (رخص رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للنساء و الضعفاء...) ٦ الحديث، و الأخبار كثيره، و هى ظاهره فى تحقق الوقوف بالمسمى و إن استحب الوقوف ساعه لصحيح أبى بصير.

ص: ٤٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢ و ١ و ٣ و ٤.

عرفه ليله النحر. و وجه شوبه اجزاء المرأه به اختيارا و المضطر و المتعمد مطلقا (١) مع جبره بشاه (٢) و الاضطرارى المحض ليس كذلك (٣)، و الواجب من الوقوف الاختيارى الكل (٤)، و من الاضطرارى الكلى (٥) كالركن من الاختيارى.

و أقسام الوقوفين بالنسبه إلى الاختيارى و الاضطرارى ثمانية (٦)، أربعة (١) سواء كان مضطرا أو لا.

(٢) أى لو وقف عرفه اختيارا، ثم وقف فى المشعر ليلا- و قوفا اضطراريا ثم أفاض قبل طلوع الفجر فلا يبطل حجه و لكن يجبره بشاه على المشهور شهره عظيمه، لخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل وقف مع الناس بجمع، ثم أفاض قبل أن يفيض الناس، قال: إن كان جاهلا- فلا- شىء عليه، و إن كان أفاض قبل طلوع الفجر فعليه دم شاه) (١)، و قد رواها الصدوق بطريق صحيح.

و عن ابن إدريس بطلان الحج ردا للخبر بناء على أصله من عدم العمل بالخبر الواحد، ثم إن المضطر و المرأه لا شاه عليهم للجبران لعدم الإثم، و الجبران إنما هو للإثم.

(٣) أى و من اضطر للوقوف فى المشعر ليلا ثم أفاض قبل طلوع الفجر كالمرأه و من يخاف على نفسه ليس عليه شاه.

(٤) أى ما بين الزوال إلى الغروب فى عرفه، و بين الطلوعين فى المشعر الحرام.

(٥) أى كلى الوقوف و هو المسمى و قد تقدم دليله.

(٦) لأنه إما أن يدرك احد الموقفين أو كليهما، و على التقديرين إما أن يدرك الاختيارى منهما و إما الاضطرارى، و إما بالتفريق، فالصور ثمانية:

الأولى: أن يدرك اختيارى عرفه و اختيارى المشعر، و هو الأصل فى الحج و الإجزاء محتم بلا خلاف.

الثانية: أن يدرك اختيارى عرفه مع اضطرارى المشعر، فالإجزاء بلا خلاف، و قد تقدم الدليل عليه فى بحث اضطرارى المشعر فراجع.

الثالثة: أن يدرك اضطرارى عرفه مع اختيارى المشعر، فالإجزاء بلا خلاف، و قد تقدم الدليل عليه فى بحث اضطرارى عرفه فراجع.

الرابعة: أن يدرك اضطرارى عرفه مع اضطرارى المشعر، فالأكثر بل المشهور على الإجزاء، لصحيح الحسن العطار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أدرك الحاج عرفات قبل طلوع الفجر، فأقبل من عرفات و لم يدرك الناس بجمع، و وجدهم قد أفاضوا فليقف-

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

- قليلا بالمشعر الحرام، و ليلحق الناس بمنى، و لا شيء عليه(١).

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و المحقق فى النافع فوات الحج، لخبر محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (و إن لم يأت جمعا حتى تطلع الشمس فهى عمره مفردة و لا حج له)(٢)، و صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (فإن طلعت الشمس من يوم النحر فليس له حج و يجعلها عمره، و عليه الحج من قابل)(٣)، و خبر إسحاق بن عبد الله عن أبى الحسن عليه السلام (فإذا طلعت الشمس فليس له حج)٤، و هى محموله على من لم يدرك عرفه مطلقا على أنها معارضه بجمله من الأخبار، منها: صحيح عبد الله بن المغيرة فى حديث (فدخل إسحاق بن عمار على أبى الحسن عليه السلام فسأله عن ذلك فقال: إذا أدرك مزدلفه فوقف بها قبل أن تزول الشمس يوم النحر فقد أدرك الحج)(٥)، و صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (من أدرك المشعر يوم النحر قبل زوال الشمس فقد أدرك الحج)٦، و مثله غيره، فلا بد من حمل الطائفة الأولى على ما سمعت رفعا للتناقض.

الخامسه: أن يدرك اختيارى عرفه فقط، فالاجزاء على المشهور، و قال الشارح فى المسالك: (لا خلاف فى الاجتزاء بأحد الموقفين الاختياريين)، و استشكل صاحب المدارك فى ذلك لعدم الدليل فىمن فاته المشعر بقسميه، و نقل عن العلامة عدم الاجزاء فىمن فاته المشعر بقسميه فى جملة من كتبه.

و الحق الاجزاء للنبوى المشهور (الحج عرفه)(٧)، و صحيح عمر بن أذينة عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: أَلَيْسَ الْأَكْبَرُ، فقال عليه السلام: الحج الأكبر الموقوف بعرفه و رمى الجمار)(٨)، و صحيح محمد بن يحيى الخثعمى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل لم يقف بالمزدلفه و لم ييثر بها حتى أتى منى، قال: أ لم ير الناس؟ أ لم ينكر منى حين دخلها؟ قلت: فإنه جهل ذلك، قال: يرجع، قلت: إن ذلك قد فاته، قال: لا بأس به)(٩)، و خبر حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (من أفاض مع الناس -

ص: ٤٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الوقوف بالشعر حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣ و ١ و ٥.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٦ و ٨.

٤- (٧) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب إحرام الحج حديث ٣.

٥- (٨) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب إحرام الحج حديث ٩.

٦- (٩) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٦.

-من عرفات فلم يلبث معهم بجمع، و مضى إلى منى متعمدا أو مستخفا فعليه بدنه(١).

السادس: أدرك اختياري المشعر فقط مع فوات عرفه بقسميها، لا خلاف في الاجزاء لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أدرك الامام و هو بجمع، فقال: إنه يأتي عرفات فيقف بها قليلا ثم يدرك جمعا قبل طلوع الشمس فليأتها، و إن ظن أنه لا- يأتيا حتى يفيضوا فلا- يأتيا و ليقم بجمع فقد تم حجه(٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأتي بعد ما يفيض الناس من عرفات فقال: إن كان في مهل حتى يأتي عرفات من ليلته فيقف بها، ثم يفيض فيدرك الناس في المشعر قبل أن يفيضوا فلا يتم حجه حتى يأتي عرفات، و إن قدم رجل و قد فاتته عرفات فليقف بالمشعر الحرام فإن الله تعالى أعذر لعبده فقد تم حجه إذا أدرك المشعر الحرام قبل طلوع الشمس و قبل أن يفيض الناس، فإن لم يدرك المشعر الحرام فقد فاتته الحج فليجعلها عمره مفردة، و عليه الحج من قابل)٣، و خبر إدريس بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أدرك الناس بجمع و خشى إن مضى إلى عرفات أن يفيض الناس من جمع قبل أن يدركها، فقال: إن ظن أن يدرك الناس بجمع قبل طلوع الشمس فليأت عرفات، فإن خشى أن لا يدرك جمعا فليقف بجمع ثم ليفض مع الناس فقد تم حجه(٤)، و صحيح معاوية بن عمار الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في سفر فإذا شيخ كبير فقال: يا رسول الله ما تقول في رجل أدرك الإمام بجمع، فقال له: إن ظن أنه يأتي عرفات فيقف قليلا ثم يدرك جمعا قبل طلوع الشمس فليأتها، و إن ظن أنه لا يأتيا حتى يفيض الناس من جمع فلا يأتها و قد تم حجه)٥.

السابع: إدراك اضطراري المشعر فقط، فالاجزاء كما عن الصدوقين و السيد و ابن الجنيد و الحلبيين و ثاني الشهيدين و سيد المدارك، لإطلاق صحيح ابن عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (من أدرك الموقف بجمع يوم النحر قبل أن تزول الشمس فقد أدرك الحج(٤)، و صحيح محمد بن أبي عمير عن عبد الله بن المغيرة (جاءنا رجل بمنى فقال:

إني لم أدرك الناس بالموقفين جميعا - إلى أن قال - فدخل إسحاق بن عمار على أبي -

ص: ٤٥٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١ و ٢.
- ٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣ و ٤.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر ملحق حديث التاسع.

-الحسن عليه السّلام فسأله عن ذلك فقال: إذا أدرك مزدلفه فوقف بها قبل أن تزول الشمس يوم النحر فقد أدرك الحج(١) و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أدركت الزوال فقد أدركت الموقف)٢ و هو مطلق يشمل ما لو فاته عرفه بقسميها.

هذا و ذكر الشارح صحيحه عبد الله بن مسكان عن أبي الحسن عليه السّلام كما في الروضه هنا، و في المسالك جعلها صحيحه عبد الله بن سنان عن أبي الحسن عليه السّلام (إذا أدرك مزدلفه فوقف بها قبل أن تزول الشمس فقد أدرك الحج)، و قال سيد المدارك لم نقف على هذه الروايه فى شىء من الأصول، و لا- نقلها احد غيرهما - أى غير الشارح و غير فخر المحققين فى شرح القواعد - فيما اعلم، و الظاهر أنها روايه عبد الله بن المغيره فوقع السهو فى ذكر الأب) و قد تقدمت روايه عبد الله بن المغيره.

هذا و ذهب الأكثر إلى عدم الاجزاء، لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن مفرد الحج فاتة الموقفان جميعا فقال: له إلى طلوع الشمس من يوم النحر فليس له حج و يجعلها عمره، و عليه الحج من قابل)(٢)، و صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتي بعد ما يفيض الناس من عرفات، فقال: إن كان فى مهل حتى يأتي عرفات من ليلته فيقف بها، ثم يفيض فيدرك الناس فى المشعر قبل أن يفيضوا فلا يتم حجه حتى يأتي عرفات، و إن قدم و فاتته عرفات فليقف بالمشعر الحرام، فإن الله أعذر لعبده فقد تم حجه إذا أدرك المشعر الحرام قبل طلوع الشمس و قبل أن يفيض الناس، فإن لم يدرك المشعر الحرام فقد فاتة الحج فليجعلها عمره مفرده و عليه الحج من قابل)(٣)، و هو كالصريح فى ادراك اختيارى المشعر إذا فاتته عرفه بقسميها، و إلا فلا حج له و إن أدرك اضطرارى المشعر، فلا بدّ من حمل الطائفه الأولى على من أدرك اضطرارى المشعر فقد تم حجه إذا أدرك اختيارى عرفه.

الثامنه: إدراك اضطرارى عرفه فقط، فلا خلاف فى عدم الاجزاء، للأخبار، منها:

إطلاق خبر عبيد الله و عمران ابني على الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا فاتتك المزدلفه فقد فاتك الحج)(٤)، و مثله غيره و قد تقدم بعضه و عليه لا خلاف فى عدم الاجزاء فى -

ص: ٤٥٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٦ و ١٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

مفرده، و هي كل واحد من الاختياريين (١)، و الاضطراريين (٢)، و أربعه مركبه و هي الاختياريان (٣) و الاضطراريان (٤)، و اختياري عرفه مع اضطراري المشعر و عكسه.

(و كل أقسامه يجزى) في الجملة لا مطلقا (٥)، فإن العامد يبطل حجه بفوات كل واحد من الاختياريين (إلا الاضطراري الواحد) فإنه لا يجزى مطلقا (٦) على المشهور، و الأقوى أجزاء اضطراري المشعر وحده لصحيحه عبد الله بن مسكان (٧) عن الكاظم عليه السلام. أما اضطراريه السابق (٨) فمجزى مطلقا (٩) كما عرفت، و لم يستثنه هنا، لأنه جعله من قسم الاختياري، حيث خصّ الاضطراري بما بعد طلوع الشمس، و نبه على حكمه أيضا بقوله: (و لو أفاض قبل الفجر عامدا فشاها) (١٠)، و ناسيا لا شيء عليه. و في إلحاق الجاهل بالعامد كما في نظائره، أو الناسي قولان (١١)،...

-اضطراري عرفه، و أما في الاضطراريين و اضطراري المشعر ما تقدم من الخلاف، و الباقي مجز بلا خلاف إلا في اختياري عرفه فالخلاف غير معتدّ به.

(١) أي أدرك اختياري عرفه أو اختياري المشعر.

(٢) أي أدرك اضطراري عرفه أو اضطراري المشعر.

(٣) أي أدرك اختياري عرفه و اختياري المشعر و هو الأصل في الحجج.

(٤) أي أدرك اضطراري عرفه مع اضطراري المشعر.

(٥) و إن كان عمدا.

(٦) سواء كان اضطراري المشعر أو اضطراري عرفه.

(٧) جعلها صحيحه عبد الله بن سنان في المسالك، و قد عرفت أنها صحيحه عبد الله بن المغيرة.

(٨) أي اضطراري المشعر الذي يسبق طلوع الفجر كالمراه و الضعيف و من يخاف الزحام و من يخاف على نفسه.

(٩) سواء كان عمدا أو لا بالنسبه للمراه و من يخاف على نفسه.

(١٠) تقدم الكلام في ذلك.

(١١) قال في الجواهر (و هل الجهل عذر، و ربما كان هو مقتضى إطلاق خبر مسمع السابق فيكون المقابل له العالم العامد الذي يجب عليه الجبر بشاه كما هو ظاهر الأصحاب).

بل في خبر مسمع المتقدم (إن كان جاهلا فلا شيء عليه) (١)، ثم لم ينسب الخلاف إلى -

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

و كذا فى ترك أحد الوقوفين (١).

يجوز الإفاضه قبل الفجر للمرأة و الخائف

(و يجوز) الإفاضه قبل الفجر (للرأه و الخائف) (٢)، بل كل مضطر كالراعى و المريض،(و الصبى مطلقاً) (٣)، و رفيق المرأه (٤) (من غير جبر) (٥)، و لا يخفى أن ذلك مع نيه الوقوف ليلاً كما تبّه عليه بإيجابه النيه له (٦) عند وصوله

حد المشعر

(و حدّ المشعر (٧) ما بين الحياض و المأزمين) بالهمز الساكن، ثم كسر الزاى المعجمه و هو -أحد فالأولى أن يقول (أو الناسى وجهان) كما فى المدارك و غيره.

(١)الاختيارى، فهل الجاهل يلحق بالعامد أو بالناسى، و لكن ظاهر الكثير من الأخبار المتقدمه إلحاق الجاهل بالناسى، بل فى صحيح الحلبي المتقدم (فإن الله اعذر لعبده) (١)، و هو يشمل النسيان لأنه من أقوى الاعذار، و قد تقدم الكلام فيه فراجع.

(٢) و هذا قد تقدم الكلام فيه.

(٣)لعذر أو غير عذر لإطلاق خبر أبى بصير(٢) و قد تقدم ذكره.

(٤)كما فى صحيح سعيد الأعرج ٣ و قد تقدم ذكره.

(٥)بشاه لأن حجهم تام.

(٦)أى للوقوف فى المشعر، حيث قال المصنف (ثم يقف به ليلاً إلى طلوع الشمس، و الواجب الكون بالنيه).

(٧)التحديد المذكور لا خلاف فيه بينهم، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (حد المشعر الحرام من المأزمين إلى الحياض إلى وادى محسّر) (٣)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (أنه قال للحكم بن عتيبه: ما حد المزدلفه؟ فسكت، فقال أبو جعفر عليه السلام: حداها ما بين المأزمين إلى الجبل إلى حياض محسّر) ٥.

و المأزمان تشبه مأزم بالهمزه الساكنه و كسر الزاى، كل طريق ضيق بين جبلين، و المأزمان هنا مضيق بين جمع و عرفه و هو اسم الموضوع مخصوص بين جبلين، و المأزمان هنا و إن كان بلفظ التشبيه، و وادى محسّر اسم فاعل من التحسير أى الإيقاع فى الحسره أو الاعياء، سمى به لما قيل إن أبرهه أوقع أصحابه فى الحسره و الإعياء لما جهدوا أن يتوجه إلى الكعبه فلم يفعل.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣ و ٢.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١ و ٢.

الطريق الضيق بين الجبلين، (و وادي محسّر) و هو طرف منى (١) كما سبق، فلا واسطه بين المشعر و منى.

يستحب التقاط حصى الجمار من المشعر

(و يستحب التقاط حصى الجمار منه) (٢) لأن الرمي تحيه لموضعه (٣) كما مر (٤) فينبغي التقاطه من المشعر، لئلا يشتغل عند قدومه بغيره، (و هو سبعون) حصاه.

ذَكَرَ الضمير لعوده على الملقوط المدلول عليه بالالتقاط، و لو التقط أزيد منها احتياطا، حذرا من سقوط بعضها، أو عدم إصابته فلا بأس.

(و الهروله) و هى الإسراع فوق المشى و دون العدو، كالرمل (و فى وادي محسّر) (٥) للماشى و الراكب فيحرك دابته، و قدرها مائه ذراع، أو مائه خطوه، و استحبابها مؤكد حتى لو نسيها رجع (٦)...

(١) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (حد منى من العقبة إلى وادي محسّر) (١).

(٢) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار (خذ حصى الجمار من جمع، و إن أخذته من رحلك بمنى جزأك) (٢)، و قال فى المدارك: (و السبعون حصاه هى الواجب، و لو التقط أزيد منها احتياطا حذرا من سقوط بعضها لا بأس).

(٣) أى تحيه لمنى.

(٤) فى مبحث مكان المصلى من كتاب الصلاة.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا مررت بوادي محسّر - و هو واد عظيم بين جمع و منى و هو إلى منى أقرب - فاسع فيه حتى تجاوزه، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حرك ناقته فيه و قال: اللهم سلم عهدى و اقبل توبتى، و أجب دعوتى و اخلفنى بخير فيمن تركت بعدى) (٣)، و صحيح محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن عليه السلام (الحركة فى وادي محسّر مائه خطوه) ٤، و خبر عمر بن يزيد (الرمل فى وادي محسّر قدر مائه ذراع) ٥، و من مجموع الأخبار يستفاد أن السعى المستحب هو الإسراع فى المشى للماشى، و تحريك الدابة للراكب.

(٦) أى إلى الهروله فى وادي محسّر، لصحيح حفص بن البختري و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال لبعض ولده: هل سعت فى وادي محسّر؟ فقال: لا، فأمره أن -

ص: ٤٦١

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١ و ٣ و ٥.

إليها و إن وصل إلى مكة (١)،(داعيا) حاله الهروله (بالمرسوم) و هو: اللهم سلم عهدي، و اقبل توبتي، و أجب دعوتي و اخلفني فيمن تركت بعدى (٢).

القول في مناسك منى

في رمى جمرة العقبة

(القول في مناسك منى). جمع منسك، و أصله موضع النسك و هو العبادة، ثم أطلق اسم المحل على الحال. و لو عبّر بالنسك كان هو الحقيقة، و منى بكسر الميم و القصر اسم مذكر منصرف قاله الجوهري، و جوز غيره تأنيثه. سمى به المكان المخصوص لقول جبرائيل (ع) فيه لإبراهيم (ع): تمنّ على ربك ما شئت (٣).

و مناسكها (يوم النحر) ثلاثه (و هى رمى جمرة العقبة) (٤) التى هى أقرب الجمرات -يرجع حتى يسعى، فقال له ابنه: لا اعرفه، فقال له: سل الناس(١).

(١) لمرسل الحجال عن أبى عبد الله عليه السّلام (مر رجل بوادى محسّر فأمره أبو عبد الله عليه السّلام بعد الانصراف إلى مكة أن يرجع فيسعى) ٢.

(٢) لصحيح معاوية المتقدم و لكن فيه (و اخلفني بخير فيمن تركت بعدى).

(٣) أورد الصدوق فى علل الشرائع عن ابن سنان عن الإمام الرضا عليه السّلام لما سئل عن سبب تسميه منى قال عليه السّلام (إن جبرئيل عليه السّلام قال هناك لإبراهيم عليه السّلام: تمنّ على ربك ما شئت، فتمن أن يجعل الله مكان ولده اسماعيل كبشا يأمره بذبحه فداء له، فأعطاه الله مناه) (٢).

(٤) الرمى أولا ثم الذبح ثم الحلق بلا خلاف فيه، كما عن التذكرة و المنتهى، أما وجوب الذبح و الحلق فسيأتى الكلام فيه، و أما رمى جمرة العقبة فللأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (خذ حصى الجمار ثم ائت الجمرة القصوى التى عند العقبة فارمها من قبل وجهها، و لا- ترمها من أعلاها، و تقول و الحصى فى يدك: اللهم هؤلاء حصاتي فاحصهنّ لى و ارفعهنّ فى عملى، ثم ترمى فتقول مع كل حصاه: الله أكبر، اللهم ادحر عنى الشيطان، اللهم تصديقا بكتابك و على سنه نبيك، اللهم اجعله حجا مبرورا و عملا- مقبولا- و سعيا مشكورا و ذنبا مغفورا، و ليكن فيما بينك و بين الجمرة قدر عشره أذرع أو خمسة عشر ذراعا، فإذا أتيت رحلك و رجعت من الرمى فقل: اللهم بك وثقت و عليك توكلت، فنعم الرب و نعم المولى و نعم النصير، قال: و يستحب أن ترمى الجمار على طهر) (٣).

ص: ٤٤٢

٢- (٣) علل الشرائع ج ٢ ص ١٢٠ حديث ٢ طبع طهران ١٣٧٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب جمره العقبه حديث ١.

الثلاث إلى مكة، و هي حدها من تلك الجهة (١)، (ثم الذبح، ثم الحلق) مرتبا (٢) كما (١) أى و الجمره هي حد منى من جهة مكة.

(٢) اختلف الأصحاب فى وجوب الترتيب، فذهب الشيخ فى الخلاف و ابن أبى عقيل و أبو الصلاح و ابن إدريس و العلامه فى المختلف إلى الاستحباب، لصحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أتاه أناس يوم النحر فقال بعضهم: يا رسول الله حلقت قبل أن أذبح، و قال بعضهم: حلقت قبل أن أرمى، فلم يتركوا شيئا كان ينبغى لهم أن يقدموه إلا أخروه، و لا شيئا كان ينبغى لهم أن يؤخروه إلا قدموه، فقال: لا حرج) (١)، و مثله خبر ابن أبى نصر عن أبى جعفر الثانى عليه السلام (٢)، و مثله خبر محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السلام (٣)، و حملها الشيخ على صورته النسيان، و سيد المدارك على صورته الجهل كما هو الظاهر منها جمعا بينها و بين اخبار أخرى تدل على الترتيب، منها:

خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا ذبحت اضحيتك فاحلق رأسك) (٤)، و الفاء للترتيب، و خبر جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (تبدأ بمنى بالذبح قبل الحلق، و فى العقيقه بالحلق قبل الذبح) (٥)، و خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل حلق قبل أن يذبح، قال: يذبح و يعيد موسى، لأن الله تعالى يقول: لا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) ٦، و صحيح سعيد الأعرج (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك معنا نساء فأفيض بهن بليل، قال نعم - إلى أن قال - أفضى بهن حتى تأتى الجمره العظمى فيرمين الجمره، فإن لم يكن عليهن ذبح فليأخذن من شعورهن و يقصرن من أظفارهن) (٦)، و الأخبار كثيره.

و الذى يشهد على هذا الجمع المتقدم عن سيد المدارك صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن رجل حلق رأسه قبل أن يضحى، قال: لا بأس، و ليس عليه شيء، و لا يعودن) (٧)، و النهى عن العود يقتضى التحريم، فيكون الترتيب واجبا، و هذا ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و المحقق فى النافع و الشرائع و العلامه فى القواعد بل -

ص: ٤٦٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الذبح حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الذبح حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١.
- ٥- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ٨.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.
- ٧- (٨) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الذبح حديث ١٠.

ذكر،(فلو عكس عمدا أثم و أجزاء (١) و تجب النية في الرمي) (٢) المشتمله على تعيينه، و كونه في حج الإسلام، أو غيره (٣)، و القربه و المقارنه لأوله (٤). و الأولى التعرض للأداء و العدد (٥)، و لو تداركه بعد وقته نوى القضاء.

(و إكمال السبع) (٦) فلا يجزى ما دونها و لو اقتصر عليه استأنف إن أخل بالموالاه عرفا و لم تبلغ الأربع (٧)، و لو كان قد بلغها قبل القطع كفاه الإتمام، -نسبه غير واحد إلى أكثر المتأخرين.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح جميل و صحيح عبد الله بن سنان المتقدمين، و لكن يبقى في النفس شيء و هو أن القائلين بوجوب الترتيب حملوا صلاتين الروايتين على الناسى أو الجاهل فكيف صح لهم أن يتمسكوا بهما في صوره العمده، بل لو قيل بتناولهما للعامد لكان الحق عدم وجوب الترتيب.

(٢) لأنه من العباديات بلا- خلاف فيه، قال الشارح في المسالك (يعتبر اشتغالها - أى نية الرمي - على تعيين الفعل و وجهه، و كونه في حج الإسلام أو غيره، و القربه و المقارنه لأول الرمي و الاستداهه حكما، و الأولى التعرض للأداء، فإنه مما يقع على الوجهين الأداء و القضاء، و على هذا لو تداركه بعد فواته نوى القضاء) و قريب منه ما في الروضه هنا، و لكن قد عرفت أن النية هي القصد مع القربه، و أما خصوصيات الأمور به فلا يجب قصدها إلا إذا توقف التعيين عليه، و منه تعرف الضعف في كلام الشارح، نعم النية على ما تقدم أكثر من مره هي القصد على نحو الداعي فلا يضر تقدمها لبقائها، و أما إذا كانت اخطاريه - و هو مبنى ضعيف - فيجب مقارنتها لأول الفعل، ثم لا- يجوز التردد في الأثناء أو الاعراض لأنه مبطل لها و هذا معنى الاستداهه الحكيمه.

(٣) كالحج المستحب و النياى.

(٤) لأول الرمي.

(٥) من كون الرمي بسبع حصيات.

(٦) الرمي بسبع حصيات بلا خلاف، للأخبار، منها: خبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ذهبت ارمى فإذا فى يدى ست حصيات، فقال: خذ واحده من تحت رجلك) (١).

(٧) إذا حصل له رمى اربع حصيات ثم رمى على الجمره الأخرى فقد حصل الترتيب بلا خلاف مقيد فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (فى

ص: ٤٦٤

(مطيه للجمره) (١) و هي البناء المخصوص، أو موضعه و ما حوله مما يجتمع من الحصا، كذا عرّفها المصنف في الدروس. و قيل: هي مجمع الحصا دون السائل (٢). و قيل: هي الأرض، و لو لم يصب لم يحتسب.

رجل رمى الجمره الأولى بثلاث و الثانيه بسبع و الثالثه بسبع؟ قال: يعيد رميهن جميعا بسبع سبع، قلت: فإن رمى الأولى بأربع و الثانيه بثلاث و الثالثه بسبع؟ قال: يرمى الجمره الأولى بثلاث و الثانيه بسبع و يرمى جمره العقبه بسبع، قلت: فإنه رمى الجمره الأولى بأربع و الثانيه بأربع و الثالثه بسبع؟ قال: يعيد فيرمى الأولى بثلاث و الثانيه بثلاث و لا يعيد على الثالثه (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (في رجل رمى الجمار فرمى الأولى بأربع و الأخيرتين بسبع سبع، قال: يعود فيرمى الأولى بثلاث و قد فرغ، و إن كان قد رمى الأولى بثلاث و رمى الأخيرتين بسبع سبع فليعد و ليرمهنّ جميعا بسبع سبع، و إن كان رمى الوسطى بثلاث ثم رمى الأخرى فليرمى الوسطى بسبع، و إن كان رمى الوسطى بأربع رجع فرمى ثلاث) ٢.

و عن الصدوق البطلان و لا- دليل له سوى فوات الموالات، و هذه الأخبار حجه عليه، نعم إن لم يتجاوز الاربع فتشترط الموالات عرفا بينها لثلاثا يصدق عدد تعدد الرمي.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رميت بحصاه فوقعت في محمل فأعد مكانها) (٢).

ثم الجمره هل هي البناء أو موضعه، و في الدروس (الجمره اسم لموضع الرمي و هو البناء أو موضعه مما يجتمع من الحصى، و قيل: هو مجتمع الحصى لا السائل منه، و صرح على بن بابويه بأنه الأرض) و قال سيد المدارك (و ينبغي القطع باعتبار إصابه البناء مع وجوده لأنه المعروف الآن من لفظ الجمره، و لعدم تيقن الخروج من العهد بدونه، أما مع زواله فالظاهر الاكتفاء بإصابه موضعه)، و هو جيد و سميت الجمره بذلك لرميها بالحجار الصغار المسماه بالجمار، أو من الجمره بمعنى اجتماع القبيله لاجتماع الحصى عندها، أو من الإجمار بمعنى الإسراع لما روى (أن آدم عليه السلام رمى فأجر ابليلس من بين يديه) (٣)، أو من جمرته و زمرته أى نحيته.

(٢) أى المتفرق على المكان.

ص: ٤٤٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

٣- ((٤)) النهايه الاثريه ماده (جمر).

و لو شك في الإصابه أعاد (١)، لأصالة العدم، و يعتبر كون الإصابه (بفعله) (٢) فلا يجزى الاستتابه فيه اختيارا (٣)، و كذا لو حصلت الإصابه بمعونه غيره (٤)، و لو حصاه أخرى، و لو وثبت حصاه بها فأصابت لم يحتسب الواثبه (٥)، بل المرميه إن أصابت، و لو وقعت على ما هو أعلى من الجمره ثم وقعت فأصابت كفى (٦)، و كذا لو وقعت على غير أرض الجمره، ثم وثبت إليها بواسطه صدم الأرض، و شبهها (٧).

و اشتراط كون الرمي بفعله أعم من مباشرته بيده. و قد اقتصر هنا و في الدروس عليه (٨)، و في رساله الحج اعتبر كونه مع ذلك باليد و هو أجود (٩) (بما يسمّى رميا) (١٠)، فلو وضعها، أو طرحها من غير رمى لم يجز، لأن الواجب (١) لأصالة الاشتغال.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار المتقدم (فإن رميت) الظاهر أن الاصابه برميّه و فعله.

(٣) فتجوز اضطرارا، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (المريض المغلوب و المغمى عليه يرمى عنه و يطاف به) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (سألته عن الرجل يطاف به و يرمى عنه، فقال: نعم إذا كان لا يستطيع) ٢.

(٤) بأن عاونه في يده أو عاونه حصاه بحيث رمى حصاه فأنت ثانيه فدفعت الأولى فلا يجزى لعدم صدق مباشرته للإصابه.

(٥) أي أصابت حصاته حصاه أخرى، فالأولى مرميه و الثانيه واثبه لأنها و ثبت فاصابت الجمره فلا تحتسب الواثبه لعدم صدق رميه لها؛ و المرميه إن أصابت الجمره تحتسب حينئذ.

(٦) لصدق أنه رمى من دون مشاركته.

(٧) لصدق الرمي منه، و يدل عليه صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (و إن أصابت انسانا أو جملا ثم وقعت على الجمار اجزأك) (٢).

(٨) على الاصابه بفعله.

(٩) بل متعين لأن الرمي باليد جزء من مفهوم الرمي.

(١٠) للأخبار، منها صحيح ابن عمار المتقدم (فإن رميت) (٣)، و صحيح زراره عن أبي -

ص: ٤٤٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٩ و ١٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

صدق اسمه، و في الدروس نسب ذلك إلى قول (١). و هو يدل على تمييزه (بما يسمّى حجرا) (٢)، فلا يجوز الرمي بغيره و لو بخروجه عنه (٣) بالاستحالة، و لا فرق فيه بين الصغير و الكبير (٤) و لا بين الطاهر و النجس (٥)، و لا بين المتصل بغيره كفض الخاتم (٦) لو كان حجرا حرميا، و غيره.

(حرميا) (٧)، فلا يجوز من غيره، و يعتبر فيه أن لا يكون مسجدا، لتحريم -جعفر عليه السلام (لا ترم الجمار إلا بالحصى) (١)، و صحيح معاوية بن عمار الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (ثم أتت الجمره القصوى التي عند العقبة فارمها) (٢) و المدار على تحقق اسم الرمي، و هو غير متحقق في ما لو وضعها بكفه في المرمي، أو طرحها طرحا لا يصدق عليه اسم الرمي.

(١) قال في الدروس (و لو وضعها وضعا أو طرحها من غير رمي لم يجوز على قول و هو ضعيف لعدم صدق الرمي و لذا قال العلامة في المنتهى (و الحاصل أن الخلاف وقع باعتبار الخلاف في صدق الاسم، فإن سمي رميا أجزأ بلا خلاف، و إلا لم يجوز اجماعا).

(٢) لصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (لا ترم الجمار إلا بالحصى) (٣)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (خذ حصى الجمار من جمع، فإن أخذته من رحلك بمنى أجزأك) (٤)، و قال في المدارك (فلا يجوز الرمي بالحجر الكبير الذي لا يسمى حصاه خلافا للدروس، و كذا الصغير جدا هذا إذا كانت بحيث لا يقع عليها اسم الحصاه)، و أحترز بالحجر عن الجوهر و الكحل و الزرنيخ و العقيق فإنها لا تجزى خلافا للخلاف فجوز الشيخ فيه الرمي بالجوهر و البرام لصدق أنه من حصى الحرم، و هو ممنوع لانصراف الحصى إلى الحجارة فقط.

(٣) عن الحجر.

(٤) كما في الدروس و قد عرفت اشتراط صدق الحصى عليه، و من الواضح عدم الصدق على الحجر الكبير.

(٥) تمسكا بالإطلاق، و سيأتي الكلام فيه.

(٦) إن كان من الحجر مع صدق الرمي به لا بالخاتم كمجموع.

(٧) أي من الحرم، للأخبار منها: صحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام (حصى الجمار إن-

ص: ٤٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب رمي جمره العقبة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب رمي جمره العقبة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب رمي جمره العقبة حديث ١ و ٢.

إخراج الحصا منه المقتضى للفساد فى العباده (بكرًا) (١) غير مرمى بها رميا صحيحا، فلو رمى بها بغير نيه، أو لم يصب لم يخرج عن كونها بكرًا، و يعتبر مع ذلك كله تلاحق الرمي (٢) فلا يجزى الدفعه و إن تلاحقت الإصابه، بل يحتسب منها واحده، و لا يعتبر تلاحق الإصابه.

(و يستحب البرش) (٣) المشتمله على ألوان مختلفه بينها و فى كل واحده منها، -أخذته من الحرم اجزأك، و إن أخذته من غير الحرم لم يجزئك) (١)، و مرسل حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته من أين ينبغى أخذ حصى الجمار؟ قال: لا تأخذ من موضعين:

من خارج الحرم، و من حصى الجمار، و لا بأس بأخذه من سائر الحرم) (٢)، و استثنى الشيخ فى التهذيب و المبسوط و النهايه و جماعه من الحرم المسجد الحرام و مسجد الخيف فمنعوا أخذ الحصى منهما لخبر حنان بن سدير عن أبى عبد الله عليه السّلام (يجوز أخذ حصى الجمار من جميع الحرم إلا من المسجد الحرام و مسجد الخيف) (٣)، و ألحق المحقق و العلامة و الشهيدان و الفاضل المقداد باقى المساجد بهما للتساوى فى تحريم إخراج الحصى منها.

(١) أى لم يرم بها قبل ذلك رميا صحيحا بلا خلاف فيه، لمرسل حريز المتقدم (لا تأخذه من موضعين: من خارج الحرم و من حصى الجمار) (٢)، و خبر عبد الأعلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تأخذ من حصى الجمار) (٤)، كما فى الكافى، و فى الفقيه للصدوق (لا تأخذ من حصى الجمار الذى قد رمى) (٥).

(٢) بمعنى أن يفرق فى الرمي فلا- يرميها دفعه بلا خلاف للتأسى - كما فى الجواهر - و السيره، نعم لا يعتبر تلاحق الاصابه، فلو اتفقت الاصابه مع تفريق الرمي يجزى لصدق تفريق الرمي.

(٣) لصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حصى الجمار قال: (كره الصم منها و قال: خذ البرش) (٥)، و خبر البزنطى عن الإمام الرضا عليه السّلام (حصى الجمار تكون مثل الأنمله و لا تأخذها سوداء و لا بيضاء و لا حمراء، خذها كحليه منقطه) (٨).

و قال سيد المدارك: (و الظاهر أن المراد بالبرش هنا كونها مختلفه الألوان، لأن البرش فى -

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب رمى جمرة العقبه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب رمى جمرة العقبه حديث ٢ و ملحقه.

٥- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١ و ٢.

و من ثم اجتراً بها عن المنقطه، لا كما فعل في غيره (١)، و غيره (٢)، و من جمع بين الوصفين أراد بالبرش المعنى الأول (٣)، و بالمنقطه الثاني (٤)، (الملتقطه) (٥) بأن يكون كل واحده منها مأخوذه من الأرض منفصله، و احترز بها عن المكسره من حجر، و في الخبر التقط الحصا و لا تكسرن منه شيئاً (بقدر الأنمله) (٦) بفتح الهمزه و ضم الميم رأس الأصبع.

(و الطهاره) (٧) من الحدث حاله الرمي في المشهور، جمعاً بين صحيحه محمد - شعر الفرس نكت تخالف سائر لونه على ما ذكره الجوهرى و غيره، و على هذا فيكون هذا الوصف مغنياً عن كونها منقطه، و ذكر الشارح - أى الشهيد الثاني في المسالك - أن الاختلاف في الوصف الأول - أعنى كونها برشا - في جملة الحصى، و في الثاني - أى منقطه - في الحصاه نفسها، و هو بعيد، و ربما كان الوجه في الجمع بين الوصفين ورودهما في الروايتين، لكنهما لم يردا على وجه الجمع فكان الاكتفاء بذكر أحدهما كما وقع في النص أولى).

(١) أى غير هذا الكتاب.

(٢) أى غير المصنف.

(٣) أى اختلاف الألوان في مجموع الحصى.

(٤) أى اختلاف الألوان في الحصاه الواحده، هذا و قد عرفت الوجه في الجمع كما كلام المدارك المنقول سابقاً.

(٥) بحيث تكون كل واحده مأخوذه على حده من الأرض و احترز بها عن المكسره، و يشهد له خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (التقط الحصى و لا تكسرن منهن شيئاً) (١)، و خبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السلام (تلتقط حصى الجمار التقاطاً، كل حصاه منها بقدر الأنمله - إلى أن قال - و يكره أن تكسر من الحجاره كما يفعله كثير من الناس) (٢).

(٦) لخبر البزنطى و الدعائم المتقدمين.

(٧) على المشهور، للمجمع بين صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجمار، فقال: لا ترم الجمار إلا و أنت على طهر) (٣)، و بين اخبار آخر و هى: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و يستحب أن ترمى الجمار على طهر) (٤)، و خبر حميد بن -

ص: ٤٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١ و ٣.

بن مسلم الداله على النهى عنه بدونها، و روايه أبى غسان بجوازه على غير طهر كذا علله المصنف و غيره، و فيه نظر، لأن المجوزه مجهوله الراوى فكيف يؤول الصحيح لأجلها، و من ثم ذهب جماعه من الأصحاب منهم المفيد و المرتضى إلى اشتراطها، و الدليل معهم، و يمكن أن يريد طهاره الحصى (١) فإنه مستحب أيضا على المشهور، و قيل: بوجوبه. و إنما كان الأول (٢) أرجح، لأن سياق أوصاف الحصى أن يقول:

الطهاره، ليتنظم مع ما سبق منها، و لو أريد الأعم منها (٣) كان أولى.

-مسعود أبى غسان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رمى الجمار على غير طهر، قال: الجمار عندنا مثل الصفا و المروه حيوان، إن طغت بهما على غير طهور اجزأك، و الطهر احب إليّ، فلا تدعه و انت قادر عليه) (١)، و صحيح معاويه بن عمار الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يقضى المناسك كلها على غير وضوء، إلا الطواف فإن فيه صلاه، و الوضوء أفضل) (٢).

و ذهب المفيد و المرتضى و ابن الجنيد إلى عدم جواز الرمي إلا على طهر لصحيح ابن مسلم المتقدم، و أيدهم الشارح لضعف المجوّز و هو روايه أبى غسان كما فى المسالك و الروضه هنا، و أجاد سيد المدارك بقوله (و من هنا يعلم أن ما ذكره الشارح من النظر فى الجمع لضعف روايه ابى غسان فلا تعارض صحيحه محمد بن مسلم غير جيد، لأن دليل الاستحباب غير منحصر فى روايه ابى غسان كما بيناه).

(١) ظاهر الأكثر عدم الطهاره لإطلاق الأخبار، و ذهب ابن حمزه إلى اشتراط طهارتها و ليس له مستند إلا ما فى كشف اللثام (و أرسل عن الصادق عليه السلام فى بعض الكتب: اغسلها فإن لم تغسلها و كانت فقيه لم يضررك) و هو إشاره إلى خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليهم السلام (و اغسلها، و إن لم تغسلها و كانت نقيه لم يضررك) (٣)، و فى الفقه الرضوى (اغسلها غسلا نظيفا) (٤)، و هى غير منجره بعد ضعف السند فلا تصلح لإثبات الوجوب، نعم تصلح دليلا للاستحباب تساهلا فى أدله السنن.

(٢) أى الطهاره من الحدث.

(٣) بحيث اريد من الطهاره الأعم من طهاره الحدث و الخبث.

ص: ٤٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب رمى جمرة العقبه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب السعى حديث ١.

٣- (٣) دعائم الإسلام ج ١ ص ٣٢٣.

٤- (٤) فقه الرضا ص ٢٨.

(و الدعاء) (١) حاله الرمی و قبله، و هی بیده بالمأثور (و التکبیر مع کل حصاه)، و یمکن کون الظرف للتکبیر و الدعاء معا (و تباعد) الرامی عن الجمرة (نحو خمس عشره ذراعا) إلى عشر، (و رمیها خذفا) (٢) و المشهور فی تفسیره أن یضع الحصاه علی بطن إبهام الید الیمنی و یدفعها بظفر السبابه، و أوجه جماعه منهم ابن إدريس بهذا المعنی، و المرتضى، لكنه جعل الدفع بظفر الوسطی.

و فی الصحاح الخذف بالحصی الرمی بها بالأصابع، و هو غیر مناف للمروی الذی فسروه به بالمعنی الأول، لأنه قال فی روایه البزنطی عن الکاظم علیه السلام:

تخذهنّ خذفا، و تضعها علی الإبهام و تدفعها بظفر السبابه و ظاهر العطف (٣) أن (١) لصحیح معاویه بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام (خذ حصی الجمار ثم ائت الجمرة القصوی التي عند العقبة فارمها من قبل و جهها، و لا ترمها من اعلاها، و تقول و الحصی فی یدک: اللهم هؤلاء حصیاتی فأحصهنّ لی و ارفعهنّ فی عملی، ثم ترمی فتقول مع کل حصاه: الله اکبر، اللهم ادحر عنی الشیطان، اللهم تصدیقا بکتابک و علی سنه نبیک، اللهم اجعله حجا مبرورا و عملا مقبولا و سعیا مشکورا و ذنبا مغفورا، و لیکن فیما بینک و بین الجمرة قدر عشره أذرع أو خمسہ عشر ذراعا، فإذا أتیت رحلک و رجعت من الرمی فقل: اللهم بک وثقت، و علیک توکلت، فنعم الرب و نعم المولی و نعم النصیر) (١).

(٢) بالإعجام فی حروفها الثلاثه، و المشهور علی استحباب الخذف، و ذهب السید و ابن إدريس إلى الوجوب، و الأصل فی خبر البزنطی عن الإمام الرضا علیه السلام (حصی الجمار تكون مثل الأنمله، و لا تأخذها سوداء و لا بیضاء و لا حمراء، خذها کحلیه منقطه تخذهنّ خذفا و تضعها علی الإبهام و تدفعها بظفر السبابه) (٢).

فالسید و ابن إدريس حملوا الأمر بالخذف علی الوجوب، و المشهور حملوه علی الاستحباب لسیاق الخبر الوارد فی المستحبات. و أما الخذف فهو أن يأخذ الحصاه فیضعها علی باطن إبهامه و یدفعها بظفر السبابه كما هو المشهور بین الفقهاء، و عن السید المرتضى أنه وضع الحصاه علی إبهام یده الیمنی و الدفع بظفر اصبعه الوسطی، و مستنده غیر ظاهر كما اعترف به جماعه.

(٣) و ظهوره من أن التأسیس خیر من التأکید.

ص: ٤٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب رمی جمرة العقبة حدیث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب رمی جمرة العقبة حدیث ١.

ذلك أمر زائد على الخذف فيكون فيه سنتان: إحداهما رميها خذفا بالأصابع لا غيرها وإن كان باليد: والأخرى جعله بالهيئه المذكوره، وحينئذ فتتأدى سنه الخذف برميها بالأصابع كيف اتفق، وفيه (١) مناسبه أخرى للتباعد بالقدر المذكور، فإن الجمع بينه (٢) وبين الخذف بالمعنيين السابقين بعيد و ينبغي مع التعارض ترجيح الخذف، خروجاً من خلاف موجه.

(و استقبال الجمره هنا) (٣) أى فى جمره العقبه، والمراد باستقبالها كونه مقابلاً لها، لا عالياً عليها كما يظهر من الروايه ارمها من قبل وجهها، ولا ترمها من أعلاها، وإلا فليس لها وجه خاص يتحقق به الاستقبال. و ليكن مع ذلك مستدبراً للقبلة.

(و فى الجمرتين الأخريين يستقبل القبلة (٤)، و الرمي ماشياً) (٥) إليه من منزله، (١) أى فى الحذف بالمعنى الأعم و هو الرمي بالأصابع كيف اتفق.

(٢) بين التباعد بالقدر المذكور.

(٣) فالاستقبال أى المقابل لها و هذا احتراز من شيئين: الأول أن لا يرميها من الأعلى، الثانى أن يكون مقابلاً لها مستدبراً للقبلة، و المعنى الأول تدل عليه صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (ثم اتت الجمره القصوى التى عند العقبه فارمها من قبل وجهها و لا ترمها من أعلاها) (١)، و المعنى الثانى يدل عليه ما رواه الشيخ فى المبسوط (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم رماها مستقبلاً لها مستدبراً للكعبه) (٢).

(٤) فيستقبلهما و يستقبل القبلة، و فى الجواهر (و لم نقف له على روايه بالخصوص) و فى المدارك (فلم أقف فيه على نص، و كأنه لشرف الاستقبال مع انتفاء المعارض).

(٥) لصحيح على بن جعفر عن أخيه عن آباءه عليهم السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يرمى الجمار ماشياً) (٣)، و خبر عنبسه بن مصعب (رأيت أبا عبد الله عليه السلام بمنى يمشى و يركب، فحدثت نفسى أن أسأله حين أدخل عليه فابتدأنى هو بالحديث فقال: إن على بن الحسين عليه السلام كان يخرج من منزله ماشياً إذا رمى الجمار، و منزلى اليوم أنفس من

ص: ٤٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

٢- (٢) المبسوط ج ١ ص ٣٦٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

لا راكبا. وقيل: الأفضل الرمي راكبا، تأسيا بالنبي (ص) و يضعف بأنه (ص) رمى ماشيا أيضا رواه علي بن جعفر عن أخيه (ع).

فى الذبح

فى ما يذبح

(و يجب فى الذبح) لهدى التمتع (جذع من الضأن) (١) قد كمل سنه سبعة -منزله، فأركب حتى آتى منزله، فإذا انتهت إلى منزله مشيت حتى ارمى الجمره) (١)، و صحيح على بن مهزيار (رأيت أبا جعفر عليه السّلام يمشى بعد يوم النحر حتى يرمى الجمره ثم ينصرف راكبا) ٢، و قال فى الجواهر: (و لا يخفى عليك دلالة النصوص المزبوره على المشى إلى الجمار أيضا).

و عن المبسوط و السرائر أن الركوب أفضل، لأن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم رماها راكبا كما فى المبسوط (٢)، و فى المدارك (لم أقف على روايه تتضمن ذلك من طريق الأصحاب) و لكن فى مرسل الشيخ فى التهذيب و الاستبصار عن أحدهم عليهم السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم رمى الجمار راكبا على راحلته) (٣)، و فى صحيح ابى نجران (رأى أبا الحسن الثانى عليه السّلام يرمى الجمار و هو راكب حتى رماها كلها) ٥، و فى صحيح أحمد بن محمد بن عيسى (أنه رأى أبا جعفر عليه السّلام رمى الجمار راكبا) ٦، و لذا مال البعض - كما فى الجواهر - إلى التساوى بين الركوب و المشى.

(١) و الثنى من غيره، و نسبه فى المدارك إلى ظاهر الأصحاب، للأخبار، منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (يجزى من الضأن الجذع و لا يجزى من المعز إلا الثنى) (٤)، و صحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه كان يقول (الثنيه من الإبل و الثنيه من البقر و الثنيه من المعز و الجذعه من الضأن) ٨، و صحيح حماد بن عثمان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: أدنى ما يجزى فى اسنان الغنم فى الهدى، فقال: الجذع من الضأن، قلت: فالمعز، قال: لا يجوز الجذع من المعز، قلت و لم؟ قال:

لأن الجذع من الضأن يلقح و الجذع من المعز لا يلقح) ٩.

و أما الجذع فهو ما كمل له سته أشهر كما عن التذكرة و المنتهى و هو موافق لكلام الجوهري فى الصحاح، و عن السرائر و الدروس و التحرير أنه الذى له سبعة أشهر، و عن الصدوق و الشيخين و سلّار و ابى حمزه و سعيد و الفاضلين أنه لستته، و فى كشف اللثام و الغنيه و المهذب و الإشاره أنه الذى لم يدخل فى الثانيه، و قال فى الجواهر (و لم نجد ما -

ص: ٤٧٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣)) ج ١ ص ٣٦٩.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٢ و ٣ و ١.

٤- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١ و ٤.

أشهر. وقيل: سته (أو ثنى من غيره) وهو من البقر والمعز ما دخل في الثانيه، و من الإبل في السادسة،(تام الخلقه) (١)، فلا يجزى الأعور و لو بياض على عينه (٢)،...

-يشهد لشيء من ذلك)، و حكى في التذكرة عن ابن الأعرابي (أن ولد الضأن إنما يجذع ابن سبعة أشهر إذا كان ابواه شابين، و لو كانا هرمين لم يجذع حتى يستكمل ثمانيه أشهر)، و قال في المدارك: (و التعويل على ذلك مشكل).

هذا و المشهور في الثنى إن كان من الإبل ما له خمس و دخل في السادسة، و إن كان من البقر و المعز ما له سنه و دخل في الثانيه، و عن العلامة في التذكرة و المنتهى (أن الثنى من المعز ما دخل في الثالثه)، و هو المطابق لكلام أهل اللغه قال الجوهري في الصحاح:

(الثنى الذى يلقى ثنيته، و يكون ذلك في الظلف و الحافر في السنه الثالثه، و في الخف في السنه السادسه)، و قال في القاموس: (الثنيه الناقه الطاعنه في السادسه، و الفرس الداخله في الرابعه، و الشاه في الثالثه كالبقره).

(١) فلا تجزى العوراء و لا العرجاء البين عرجها، بلا خلاف في ذلك، للأخبار، منها:

صحيح على بن جعفر (أنه سأل أخاه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري الأضحيه عوراء فلا يعلم إلا بعد شرائها هل يجزى عنه؟ قال: نعم، إلا أن يكون هديا واجبا فإنه لا يجوز أن يكون ناقصا) (١)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يضحى بالعرجاء بين عرجها، و لا بالعوراء بين عورها، و لا بالعجفاء، و لا بالخرقاء، و لا بالخدعاء و لا بالعضباء) (٢)، و خبر شريح بن هانئ عن علي صلوات الله عليه (أمرنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في الاضاحي أن تستشرف العين و الأذن، و نهانا عن الخرقاء و الشرقاء و المقابله و المدابره) (٣).

و فسرت العجفاء بالضعيفه، و الخرقاء بالتى فى أذنها خرق مستدير، و الجدعاء بمقطوعه الأذن و العضباء بالناقه المشقوقه الأذن، و بالشاه المكسوره القرن الداخلة، و الشرقاء بالمشقوقه الأذنين، و المقابله بالتى قطع طرف اذنها و بقى معلقا، و المدابره بأنها المقطوعه مؤخر الأذن و يبقى معلقا.

(٢) لا- فرق فى العور بين انخساف العين و بين غيره كحصول البياض عليها، و به صرح العلامة فى المنتهى و الشارح فى المسالك.

ص: ٤٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الذبح حديث ٢.

و الأعرج (١) و الأجر (٢) و مكسور القرن الداخلى (٣) و مقطوع شىء من الأذن (٤)، و الخصى (٥)،...

(١) قال فى المدارك (أما العرج فاعتبر الأصحاب فيه كونه بينا، كما ورد فى روايه السكونى، و فسروا البين بأنه المتفاحش الذى يمنعها السير مع الغنم و مشاركتها فى العلف و المرعى فتعزل، و مقتضى اطلاق صحيحه على بن جعفر عدم اجزاء الناقص من الهدى مطلقا)، و قال فى الجواهر: (لا بأس بالتقييد به - أى البين - فى العرج و إن اطلق المصنف فى النافع، بل عن بعض المتأخرين التصريح بذلك لإطلاق الصحيح المزبور، إلا أن يمكن تقييده بالنبويين المزبورين المنجبرين بكلام الأصحاب هنا).

(٢) بناء على كون الجرب و المرض عيبا فتكون ناقصه فى شملها اطلاق صحيح على بن جعفر المتقدم، و استدلال عليه بما رواه البراء بن عازب من طرق العامه (قام فىنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خطيبا فقال: اربع لا تجوز فى الأضحى: العوراء البين عورها، و المريضه البين مرضها، و العرجاء البين عرجها، و الكبيره - الكسيره - التى لا تنقى) (١)، بناء على أن المريضه هى الجرباء لأن الجرب يفسد اللحم، و الأقرب اعتبار كل مرض يؤثر فى هزالها و فى فساد لحمها.

(٣) و هو الأبيض الذى وسط الخارج، و أما كسر الخارج فلا عبره به، بلا خلاف فيه بناء على أنه احد معينى العضاء فى شمله خبر السكونى، و يدل عليه صريحا صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الأضحى يكسر قرنها قال) إن كان القرن الداخلى صحيحا فهو يجرى (٢)، كما فى روايه الكافى، و فى روايه التهذيب (أنه قال فى المقطوع القرن أو المكسور القرن: إذا كان القرن الداخلى صحيحا فلا بأس، و إن كان القرن الظاهر الخارج مقطوعا) (٣).

(٤) بلا خلاف فيه، لانهى عنه فى خبر السكونى المتقدم بناء على أنها المقابله أو المدبره، و لخبر شريح بن هانى المتقدم، و يدل عليه أيضا صحيح البنزنى بإسناد له عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن الاضحى إذا كانت الاذن مشقوقه أو مثقوبه بسمه فقال: ما لم يكن منها مقطوعا فلا بأس) (٣).

(٥) و المراد به مسلول الخصيه، فذهب الأكثر إلى عدم اجزائه، للأخبار، منها: صحيح محمد بن -

ص: ٤٧٥

١- (١) سنن البيهقى ج ٥ ص ٢٤٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الذبح حديث ١.

و الأبتير (١)، و ساقط الأسنان (٢) لكبر و غيره (٣)، و المريض (٤)، أما شق الأذن من غير أن يذهب منها شىء و ثقبها و سملها (٥)، و كسر القرن الظاهر (٦)، و فقدان القرن و الأذن خلقه (٧)...

-مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سأله أ يضحى بالخصى؟ فقال: لا) (١) و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يشتري الهدى، فلما ذبحه إذا هو خصى محبوب، و لم يكن يعلم أن الخصى لا يجوز فى الهدى، و عن ابن أبى عقيل أنه مكروه، نعم عن جماعه كما عن النهايه و المبسوط و الوسيطه و الدروس اجزأؤه إن تعذر عليه غيره من الهدى، لصحيح عبد الرحمن المتقدم ٢، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: فالخصى يضحى به؟ قال: لا إلا أن لا يكون غيره) ٣، و غيرهم على عدم الإجزاء مطلقا، لحمل خبر أبى بصير على الأضحيه المندوبه و إعراض الأصحاب عنها.

(١) و هو مقطوع الذنب ضروره صدق النقص عليه فيشملة صحيح على بن جعفر المتقدم، نعم عن المنتهى و المدارك الاجزاء لعدم نقصان قيمه و اللحم به و هو ضعيف لصدق الناقص عليه عرفا.

(٢) لصدق الناقص عليه.

(٣) غير الكبر كالمرض.

(٤) لأنه عيب فيصدق عليه النقص فيشملة صحيح على بن جعفر المتقدم.

(٥) و كان و سملها بثقب إذنها أو شقها فلا- بأس، بلا خلاف فيه، لمرسل ابن أبى نصر عن احدهما عليهما السّلام (سئل عن الاضاحى إذا كانت مشقوقه الاذن أو مثقوبه بسمه، قال: ما لم يكن مقطوعا فلا بأس) (٢) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الضحيه تكون الاذن مشقوقه، فقال: إن كان شقها و سملها فلا بأس، و إن كان شقا فلا يصلح) ٥، و ذيله محمول على كون الشق أوجب قطعاً جمعاً بينه و بين ما تقدم، و كذا لو و سملت بالكى فلا بأس به لعدم كونها ناقصه.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) قال فى المدارك: (و قد قطع الأصحاب باجزاء الجماء و هى التى لم يخلق لها قرن، و الصمغاء و هى الفاقداه للأذن خلقه للأصل، و لأن فقد هذه الأعضاء لا يوجب نقصاً فى قيمه الشاه و لا فى لحمها) دعى الخلاف و الجامع و الدروس كراهه الجماء لاستحباب

ص: ٤٧٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٤ و ٨.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢.

و رَضَّ الخصيتين (١) فليس بنقص، و إن كره الأخير، (غير مهزول) (٢) بأن يكون ذا شحم على الكليتين و إن قلَّ.

-الاقرن لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السَّلام (سئل عن الاضحيه فقال: أقرن فحل سمين عظيم العين و الأذن) (١)، و فى استدلال المدارك ضعف لأن عدم النقص فى القيمه و اللحم لا يمنع من صدق الناقص عليه عرفا فيشملة صحيح على بن جعفر المتقدم.

(١) و هو الموجود، و هو مرضوض عروق الخصيتين حتى تفسد، قيل بكرأته، للاخبار منها:

صحيح محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السَّلام (و الفحل من الضأن خير من الموجأ، و الموجأ خير من النعجه، و النعجه خير من المعز) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السَّلام فى حديث (المرضوض أحب من النعجه، و إن كان خصيا فالنعجه) (٣)، و عن السرائر (أنه غير مجز و إن كان قبل ذلك بأسطر قال فيها: إنه لا بأس به، و إنه أفضل من الشاه)، كما فى الجواهر.

(٢) فلا يجزى، بلا خلاف فيه، للاخبار منها: صحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السَّلام (و إن اشتريته مهزولا فوجدته سميئا جزأك، و إن اشتريته مهزولا- فوجدته مهزولا- فوجدته مهزولا فلا يجزى) (٣)، و خبر السكونى عن جعفر عن آبائه عليهم السَّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

صدقه رغيف خير من نسك مهزول) (٥).

و المراد من المهزول ما ليس على كليته شحم كما عن القواعد و المبسوط و النافع و النهايه لخبر الفضيل (حججت بأهلى سنه فعزت الاضاحى فانطلقت فاشترت شاتين بغلاء، فلما ألقىت إهابيهما ندمت ندامه شديده كثيره لما رأيت بهما من الهزال، فأتيته فأخبرته بذلك فقال: إن كان على كليتيهما شىء من الشحم اجزأت)، و الخبر غير نقى السند بياسين الضرير، و مضمر، فلذا أعرض عنه البعض كسيد المدارك و أحال الأمر إلى العرف، و مما تقدم تعرف أنه لو اشتراها على أنها مهزوله و بانت كذلك فلا تجزى بلا خلاف و لا إشكال، و لو خرجت سمينه اجزأته فى المشهور، للاخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السَّلام (و إن نواها مهزوله فخرجت سمينه اجزأت عنه) (٦)، و صحيح العيص المتقدم و غيره، و عن ابن أبى عقيل عدم الاجزاء للنهى عنه المنافى لنيه التقرب عند الذبح، و هو كالاتجاه فى قبال النصوص المتقدمه.

ص: ٤٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الذبح حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الذبح حديث ٦ و ٤ و ١.

(و يكفى فيه الظن) المستند إلى نظر أهل الخبرة، لتعذر العلم به غالباً، فمتى ظنه كذلك (١)، أجزأ، و إن ظهر مهزولاً، لتعبده بظنه،(بخلاف ما لو ظهر ناقصاً (٢)، فإنه لا يجوز)، لأن تمام الخلقه أمر ظاهر فتبين خلافه مستند إلى تقصيره. و ظاهر العبارة أن المراد ظهور المخالفه فيهما (٣) بعد الذبح، إذ لو ظهر التمام قبله (٤) أجزأ قطعاً (٥)، و لو ظهر الهزال قبله مع ظن سمنه عند الشراء ففي إجزائه قولان أجودهما الإجزاء (٦)، للنص (٧)، و إن كان عدمه أحوط، و لو اشتراه من غير اعتبار، أو مع ظن نقصه، أو هزاله لم يجوز، إلا- أن تظهر الموافقه قبل -نعم لو اشتراها سمينه فبانت مهزوله فتجزي، للأخبار منها: صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام (و إن اشترى الرجل هدياً و هو يرى أنه سمين أجزأ عنه، و إن لم يجده سميناً، و من اشترى هدياً و هو يرى أنه مهزول فوجده سميناً أجزأ عنه)(١).

(١) أى ذا شحم.

(٢) أى اشتراه على أنه تام الخلقه فبان بعد الذبح أنه ناقص، فلا يجوز كما عليه الأكثر، لإطلاق أدله عدم الاجتزاء بالناقص الذى هو محسوس فهو مفطر فيه على كل حال.

و فى التهذيب إن كان نقد الثمن ثم ظهر النقصان أجزأ، لصحيح عمران الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (من اشترى هدياً و لم يعلم أن به عيباً حتى نقد ثمنه ثم علم به فقد تم)(٢)، و نفى عنه البأس فى المدارك، و هو موهون بإعراض الأصحاب عنه حتى الشيخ فى غير التهذيب كما فى الجواهر.

(٣) فى المهزول و ناقص الخلقه

(٤) قبل الذبح.

(٥) لكونه تاماً عند الذبح.

(٦) فالأكثر على عدم الاجزاء، لإطلاق الروايات المتضمنه لعدم اجزاء المهزول و هى سالمه عن المعارض، لأن أخبار ما لو ظهر سميناً منصرفه إلى ما بعد الذبح، و قال فى الجواهر (فما عن بعضهم من القول بالاجزاء ضعيف) و قال فى المدارك (و قيل بالاجزاء هنا أيضاً و هو ضعيف جداً).

(٧) كخبر منصور و غيره مما قد تقدم، و قد عرفت انصرافه إلى ما بعد الذبح.

ص: ٤٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الذبح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الذبح حديث ٣.

الذبح (١). و يحتمل قويا الإجزاء لو ظهر سميئا بعده، لصحيحه (٢) العيص بن القاسم عن الصادق عليه السلام.

(و يستحب أن يكون مما عرّف به) (٣) أى حضر عرفات وقت الوقوف و يكفى قول بئعه فيه (٤)(سمينا) (٥) زياده على ما يعتبر فيه (ينظر و يمشى و يرك في سواد) (١) فتشمله الأخبار المشترطه للتمام و السمنه.

(٢) و غيرهما مما قد تقدم.

(٣) فالمشهور على الاستحباب لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يضحى إلا بما قد عرّف به) (١)، و صحيح ابن أبى نصر (سئل عن الخصى يضحى به؟ فقال: إن كنتم تريدون اللحم فدونكم، و قال: لا يضحى إلا بما قد عرّف به) (٢)، و هى محموله على الاستحباب، جمعا بينها و بين خبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اشترى شاه لم يعرّف بها، قال: لا بأس بها عرّف بها أم لم يعرّف) (٢)، و ظاهر المفيد فى المقنعه أنه على نحو الوجوب و لكن فى المنتهى قال (الظاهر أنه أراد به تأكد الاستحباب).

(٤) بأنه حضر عرفات لصحيح سعيد بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنا نشترى الغنم بمنى و لسنا ندرى عرّف بها أم لا، فقال: إنهم لا يكذبون، لا عليك ضحّ بها) (٤).

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم كان يضحى بكبش أقرن عظيم سمين فحل، يأكل فى سواد و ينظر فى سواد) (٣)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يضحى بكبش أقرن فحل، ينظر فى سواد و يمشى فى سواد) (٤)، و صحيح الحلبي قال: (حدثنى من سمع أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ضح بكبش اسود أقرن فحل، فإن لم تجد فأقرن فحل يأكل فى سواد و يشرب فى سواد و ينظر فى سواد) (٧)، و صحيح محمد بن مسلم الآخر (سألت أبا جعفر عليه السلام: أين أراد إبراهيم عليه السّلام أن يذبح ابنه؟ قال: على الجمره الوسطى، و سأله عن كبش إبراهيم عليه السلام ما كان لونه و أين نزل؟ قال: أملح و كان أقرن، و نزل من السماء على الجبل الأيمن من مسجد منى، و كان يمشى فى سواد و يأكل فى سواد و ينظر و يبعو و يبول فى سواد) (٤).

ص: ٤٧٩

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١.
- ٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ٤.
- ٣- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١ و ٥.
- ٤- ((٨) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الذبح حديث ٦.

الجار متعلق بالثلاثة على وجه التنازع (١)، و في روايه و يعبر في سواد (٢)، إما بكون هذه المواضع و هي العين و القوائم و البطن و المبرع سوداء، أو بكونه ذا ظل عظيم لسمنه، و عظم جثته بحيث ينظر فيه و يبرك و يمشى مجازا في السمن، أو بكونه رعى و مشى و نظر و برك و برع في السواد، و هو الخضره و المرعى زمانا طويلا فسمن لذلك قيل: و التفسيرات الثلاثة مرويه. عن أهل البيت عليه السّلام (إنّثا من الإبل و البقر ذكرانا من الغنم) (٣) و أفضله الكبش (٤) و التيس (٥) من الضأن - و هذه النصوص الوارده لم تذكر البروك في سواد، و لذا قال في الجواهر: (و لكن الجميع كما ترى لم يذكر فيها البروك في السواد، و لعله لذا قال في كشف الرموز لم اظفر بنص فيه، و لكن عن المبسوط و التذكرة و المنتهى إنه صلّى الله عليه و آله و سلّم أمر بكبش أقرن يطاء في سواد و ينظر في سواد و يبرك في سواد، فأتى به فضحى به) انتهى.

هذا و اختلف الأصحاب في تفسير الأكل في سواد و النظر في سواد و البروك في سواد، فعن ابن إدريس أن هذه المواضع من الكبش سوداء، و عن العلامه في المختلف و المقداد في التنقيح و المحقق في الشرائع أنه من عظمه الكبش فينظر في شحمه و يمشى في فيئه و يبرك في ظل شحمه، و عن الشهيد في الدروس و الشارح في المسالك أن يكون المراد من السواد كناية عن المرعى و المنبت، و المعنى أن يكون الهدى رعى و مشى و نظر و برك في الخضره و المرعى فسمن لذلك، و نقل الشهيد الأول في الدروس عن القطب الراوندى أنه قال (إن التفسيرات الثلاثة مرويه عن أهل البيت عليهم السّلام، و لا يخفى إن هذه الأمور الثلاثة على الوصف الثاني و الثالث تكون مبالغه في زياده السمنه، و على الوصف الأول فتكون أوصافا قائمه برأسها.

(١) أى قوله (في سواد) متعلق بقوله (ينظر و يمشى و يبرك) بناء على تنازع العوامل الثلاثة على معمول واحد.

(٢) كما في الصحيح الآخر لمحمد بن مسلم.

(٣) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (أفضل البدن ذوات الأرحام من الإبل و البقر، و قد تجزى الذكوره من البدن، و الضحايا من الغنم الفحوله) (١)، و مثله غيره.

(٤) للأخبار المتقدمه خصوصا المتضمنه لهدى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم.

(٥) لخبر معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (ثم اشتر هديك إن كان من البدن أو من البقره، و إلا فاجعله كبشا سميئا فحلا، فإن لم تجد كبشا فحلا فموجوءا من الضأن، فإن لم

ص: ٤٨٠

و المعز (١).

فى نيه الذبح

(و تجب النيه) (٢) قبل الذبح مقارنة له (٣). و لو تعذر الجمع بينها (٤)، و بين الذكر فى أوله (٥) قدمها عليه، مقتصرًا منه (٦) على أقله جمعا بين الحقين (و يتولاها الذابح) (٧) سواء كان هو الحاج أم غيره، إذ يجوز الاستنابه فيهما (٨) اختيارًا، و يستحب نيتهما (٩)، و لا يكفى نيه المالك وحده.

(و يستحب جعل يده) أى الناسك (معه) (١٠) مع الذابح لو تغايرا (و) يجب -تجد فتيسا، فإن لم تجد فما تيسر عليك، و عظم شعائر الله(١).

(١) على نحو اللف و النشر المرتبين.

(٢) لأن الذبح من العبادات كغيره من أفعال الحج، و قد تقدم أنها على نحو الداعى فيكفى فيها القصد مع القربه و لا يجب قصد الخصوصيات إلا إذا توقف تعيين الأمور به على ذلك.

(٣) أى للذبح بناء على أنها اخطاريه.

(٤) بين نيه الذبح.

(٥) أى لو تعذر ذكر اسم الله فى أول الذبح، و لا يتعذر إلا إذا اشترطنا فى النيه التلفظ مع أنه غير شرط.

(٦) أى من الذكر على أقله و هو (بسم الله).

(٧) لأنه هو النائب عنه فى الذبح و نيته بلا خلاف فى ذلك.

(٨) فى الذبح و نيته، و يدل عليه صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن الضحية يخطئ الذى يذبحها فيسمى غير صاحبها، أ تجزى عن صاحب الضحية؟ فقال:

نعم، إنما له ما نوى(٢)، و هو ظاهر فى جواز الاستنابه فى الذبح و نيته، و مثله غيره من النصوص.

(٩) أى الذابح و المالك، و هو ناشئ من الاحتياط بدليل أن النيه لا تكفى من المالك وحده، لأنه مع نيابه الحج لا بد من كون نيه الذبح على النائب لا على المنوب، و هذا ما يشعر به صحيح على بن جعفر المتقدم.

(١٠) لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام كان على بن الحسين عليهما السلام يجعل -

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الذبح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الذبح حديث ١.

(قسمته (١)...)-السكين فى يد الصبى ثم يقبض الرجل على يد الصبى فيذبح(١) و مثله غيره.

(١)ذهب ابن إدريس و سيد المدارك و استقر به العلامه إلى وجوب الأكل منه و الاطعام، و هذا لا يوجب تقسيمه اثلاثا، لقوله تعالى: فَكُلُوا مِنْهَا وَ أَطْعِمُوا الْبَائِسَ الْفَقِيرَ (٢) و قوله تعالى: فَإِذَا وَجَبَتْ جُنُوبُهَا فَكُلُوا مِنْهَا وَ أَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ (٣) ، و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا ذبحت أو نحرته فكل و اطعم كما قال الله تعالى:

فَكُلُوا مِنْهَا وَ أَطْعِمُوا الْقَانِعَ وَ الْمُعْتَرَّ ، فقال: القانع الذى يقنع بما أعطيته، و المعتر الذى يعتريك، و السائل الذى يسألك فى يديه، و البائس الفقير(٤) ، و صحيح صفوان و معاويه بن عمار قريب منه ٥.

و ذهب المشهور إلى تقسيمه اثلاثا، لموثق شعيب العرقوفى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام (سقت فى العمره بدنه فأين أنحرها؟ قال: بمكه، قلت: أى شىء أعطى منها؟ قال:

كل ثلثا و اهد ثلثا، و تصدق بثلث(٥) ، و صحيح أبى الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لحوم الاضاحى، قال: كان على بن الحسين و أبو جعفر عليهم السلام يتصدقان بثلث على جيرانهم، و ثلث على السؤل، و ثلث يمساكانه لأهل البيت)٧ بناء على إرادته الإهداء من التصدق على الجيران، فالأولى و إن كانت وارده فى هدى القارن، و الثانيه فى الأضحيه المندوبه كما هو ظاهرها، لكن يشملان هدى التمتع لوحده التقسيم.

فى الهدى الواجب و المندوب، و الشهيدان و المحقق الثانى على أن هذا التقسيم واجب لظاهر الأمر فى هذين الخبرين، و البقيه على أنه مستحب لخلو بقيه الأدله عنه مع أنها وارده فى بيان المصرف مثل الآيتين و الخبر المتقدم.

ثم إن ابن إدريس و جماعه قالوا بوجوب الأكل منه للأمر بالآيتين، و صحيح معاويه - الوارد فى كيفية حج النبى صلى الله عليه و آله و سلم - عن أبى عبد الله عليه السلام (أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين ينحر أن يؤخذ من كل بدنه جذوه من لحمها ثم تطرح فى برمه، ثم تطبخ فأكل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و على عليه السلام منها و حسيا من مرقها(٦) و مثلها غيرها.

و عن الأكثر أنه مستحب لأن الأمر فى الآيتين وارد فى مقام توهم الحظر، لأنهم فى-

ص: ٤٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الذبح حديث ٥.

٢- (٢) سورة الحج الآية: ٢٨.

٣- (٣) سورة الحج الآية: ٣٦.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١ و ١٤.

٥- (٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١٨ و ١٣.

٦- (٨) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١١.

(بين الإهداء) إلى مؤمن (١)، (و الصدقه) عليه مع فقره (٢) (و الأكل) و لا ترتيب بينها (٣)، و لا يجب التسويه (٤)، بل يكفى من الأكل مسماه (٥)، و يعتبر فيهما (٦) أن -الجاهليه كانوا يحرمون ذلك على أنفسهم كما ذكره الزمخشري في الكشف.

و على القول بوجوب التقسيم لو لم يعمل الناسك به و لم يعط أحدا و لم يتصدق على أحد بل ذبحها و أعرض فهل يضمن أو لا، لا ريب في عدم الضمان بنسبه ثلث الأكل لعدم تعلق حق الغير به، و أما بالنسبه للباقي فالأقرب الضمان لتعلق حق الغير به.

(١)الأخبار المتقدمه مطلقه لكن الأولى تقييد الهديه إلى المؤمن، قال في الجواهر: (لا- ريب في عدم اعتبار الفقر في ثلث الاهداء، بل إن لم يكن الاجماع لا- يعتبر فيه الايمان خصوصا مع الندره في تلك الأمكنه و الأزمنه، فيلزم إما سقوط وجوب الهدى أو التكليف بالمحال، و ليس هو كالزكاه التي يمكن فيها الانتظار، على أنه قد ورد ما يدل عدم كراهه إعطاء المشرك، و على جواز إعطاء الحروريه، و أن لكل كبد حراء أجر، و لكن مع ذلك لا- ريب في أن الأ-حوط مراعاته مع الإمكان، كما أن الأولى منع المعلوم نصبه، بل يعطى المستضعف أو مجهول الحال).

(٢)أى على المؤمن الفقير، أما فقره فلظاهر الآيتين، و أما إيمانه فلا دليل عليه و الأولى اعتباره كما سمعت في الإهداء.

(٣)بين الإهداء و الصدقه و الأكل.

(٤)أى تسويه التقسيم، قال في الجواهر: (و أما القسمه أثلاثا فلم أر قولاً بوجوبها، و فى دعائم الإسلام(١) عن جعفر بن محمد عليهما السلام: ينبغى لمن أهدى هدياً تطوعاً أو ضحى أن يأكل من هديه و أضحيته ثم يتصدق، و ليس فى ذلك توقيت، يأكل ما أحب و يطعم و يهدى و يتصدق، قال الله عزّ و جلّ و قرأ الآيتين) انتهى.

فالقول بالوجوب سابقاً بالنسبه إلى أصل الصرف فى الثلاثه، و نفى القول بالوجوب هنا بالنسبه إلى التقسيم الثلاثى بالسويه لهدى التمتع بحيث يأكل تمام الثلث و يتصدق بتمام الثلث و يهدى تمام الثلث، نعم ذهب الشارح فى المسالك و الروضه هنا إلى وجوب التصديق بتمام الثلث و وجوب الهديه بتمام الثلث، فنفيه لوجوب التسويه من ناحيه عدم وجوب أكل تمام الثلث فقط، و هو قول لم أجده لغيره.

(٥)إذ إرادته أكل الناسك لتمام الثلث متعذر غالباً، فلا يعقل إرادته من الأمر به.

(٦)فى الإهداء و الصدقه.

ص: ٤٨٣

لا- ينقص كل منهما عن ثلثه. و تجب النية لكل منها (١) مقارنة للتناول (٢)، أو التسليم (٣) إلى المستحق، أو وكيله، لو أدخل بالصدقة ضمن الثلث، و كذا الإهداء (٤) إلا أن يجعله (٥) صدقه، و بالأكل (٦) يأثم خاصة.

فى استحباب نحر الإبل قائمه

(و يستحب نحر الإبل قائمه (٧) قد ربطت يداها) مجتمعين (٨) (بين الخف و الركبه) ليمنع من الاضطراب، أو تعقل يدها اليسرى (٩) من الخف إلى الركبه و يوقفها على اليمنى، و كلاهما مروى، (و طعنها من) الجانب (الأيمن) (١٠) بأن يقف الذابح على ذلك الجانب، و يطعنهما فى موضع النحر، فإنه متحد (١١). (و الدعاء) (١) من الأكل و الصدقه و الهديه، لأن الذبح و ما يلحق به من الأمور العباديه، أما الذبح فنعم، و أما ما يلحق به فلا دليل عليه.

(٢) بالنسبه للأكل.

(٣) بالنسبه للهديه و الصدقه.

(٤) بناء على وجوب التقسيم أثلاثا.

(٥) أى إلا أن يجعل الإهداء صدقه فلا ضمان بناء على كون التصديق.

(٦) أى لو أدخل بالأكل فلا يضمن لعدم تعلق حق الغير به، و لكن يأثم خاصة بناء على وجوب الأكل.

(٧) للأخبار، منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قول الله عزّ و جلّ:

فَاذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهَا صَوَافَّ ، قال: ذلك حين تصف للنحر يربط يديها ما بين الخف إلى الركبه، و وجوب جنوبها إذا وقعت على الأرض) (١)، و خبر أبى خديجه (رأيت أباً عبد الله عليه السلام و هو ينحر بدننه معقوله يدها اليسرى، ثم يقوم به من جانب يدها اليمنى و يقول: بسم الله و الله اكبر، اللهم هذا منك و لك، اللهم تقبل منى، ثم يطعن فى لبتها ثم يخرج السكين بيده، فإذا وجبت قطع موضع الذبح بيده) ٢، و خبر أبى الصباح الكنانى (سألت أباً عبد الله عليه السلام كيف تنحر البدنه؟ فقال: تنحر و هى قائمه من قبل اليمين) ٣، أى يقف من ينحرها من جانب الأيمن و يطعنهما فى موضع النحر.

(٨) لصحيح ابن سنان.

(٩) لخبر أبى خديجه.

(١٠) كما فى خبر الكنانى.

(١١) أى وقوفه من جانبها الأيمن لا يوجب توهما من نحرها فى ذلك الجانب، بل يجب

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٣ و ٢.

(عنده) بالمأثور (١).

(و لو عجز عن السمين فالأقرب أجزاء المهزول، و كذا الناقص) (٢) لو عجز عن التام، للأمر بالائتيان بالمستطاع (٣) المقتضى امتثاله للأجزاء و لحسنه معاويه بن عمار «إن لم تجد فما تيسر لك» و قيل: ينتقل إلى الصوم لأن المأمور به هو الكامل فإذا تعذر انتقل إلى بدله و هو الصوم.

في ما لو وجد الثمن دونه

(و لو وجد الثمن دونه) (٤)...

-نحرها في موضع النحر و هو ثغره النحر بين الترقوتين، و هو متحد مهما كان موضع الذي ينحرها.

(١) إما لما في خبر أبي خديجه، و إما لما في صحيح صفوان و ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت هديك فاستقبل القبلة و انحره أو اذبحه، و قل: وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ حَنِيفًا وَ مَا أَنَا مِنَ الْمُشْرِكِينَ، إِنَّ صَلَاتِي وَ نُسُكِي وَ مَحْيَايَ وَ مَمَاتِي لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ، لَا شَرِيكَ لَهُ وَ بِذَلِكَ أُمِرْتُ وَ أَنَا مِنَ الْمُسْلِمِينَ، اللَّهُمَّ مِنْكَ وَ لَكَ، بِسْمِ اللَّهِ وَ اللَّهُ اكبر، اللهم تقبل مني، ثم أمر السكين و لا تنزعها حتى تموت) (١)، و قد رواه الصدوق في الصحيح عن معاويه بن عمار.

(٢) أى إذا لم يجد الناسك إلا -فاقد الشرائط، فهل يجزى و به قطع الشهيدان لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (اشتر فحلا -سمينا للمتعه، فإن لم تجد فموجوءا، فإن لم تجد فمن فحوله المعز، فإن لم تجد فنعجه، فإن لم تجد فما استيسر من الهدى) (٢)،

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (فاجعله كبشا سميئا فحلا، فإن لم تجد كبشا فحلا فموجأ من الضأن، فإن لم تجد فتيسا، فإن لم تجد فما تيسر عليك، و عظم شعائر الله) (٣).

أو لا يجزى بل يجب الانتقال إلى بدله و هو الصوم و هذا ما ذهب إليه المحقق الثاني في جامع المقاصد لأن فاقد الشرائط لما لم يكن مجزيا كان وجوده كعدمه، و إطلاق الخبرين حجه عليه.

(٣) للنبوي (إذا امرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) (٤).

(٤) دون الهدى.

ص: ٤٨٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الذبح حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبح حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الذبح حديث ١.

مطلقا (١) (خلفه (٢) عند من يشتريه و يهديه) عنه من الثقات إن لم يقيم بمكة (طول ذى الحجة) فإن تعذر فيه (٣) فمن القابل فيه، و يسقط هنا الأكل (٤) فيصرف الثلثين في وجههما (٥)، و يتخير في الثلث الآخر بين الأمرين، مع احتمال قيام النائب مقامه فيه و لم يتعرضوا لهذا الحكم.

في الصوم بدل الهدى

(و لو عجز) عن تحصيل الثقه، أو (عن الثمن) في محله (٦) و لو بالاستدانه على ما في بلده، و الاكتساب اللائق بحاله و بيع ما عدا المستثنيات في الدين (١) لا تاما و لا ناقصا، و لا سميئا و لا مهزولا.

(٢) أى الثمن.

(٣) أى فى شهر ذى الحجة على الأكثر، لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى متمتع يجد الثمن و لا يجد الغنم، قال: يخلف الثمن عند بعض أهل مكة و يأمر من يشتري له و يذبح عنه، و هو يجزى عنه، فإذا مضى ذو الحجة أخر ذلك إلى قابل من ذى الحجة) (١)، و خبر النضر عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تمتع بالعمرة إلى الحج فوجب عليه النسك فطلبه فلم يصبه، و هو موسر حسن الحال، و هو يضعف عن الصيام مما ينبغى له أن يصنع؟ قال عليه السّلام: يرفع ثمن النسك إلى من يذبحه بمكة إن كان يريد المضى إلى أهله، و ليذبح عنه فى ذى الحجة، فقلت: فإنه دفعه إلى من يذبح عنه فلم يصيب فى ذى الحجة نسكا و أصابه بعد ذلك، قال: لا يذبح عنه إلا فى ذى الحجة و إن أخره إلى قابل) (٢).

و عن ابن إدريس بناء على أصله من منع العمل بالخبر الواحد فلم يعمل بهذين الخبرين و أوجب عليه الصوم لأن الله تعالى نقلنا إلى الصوم - كما سيأتى - عند فقدان الهدى، فالنقل إلى الثمن محتاج إلى دليل و ما تقدم من الأخبار مردود لأنها أخبار آحاد، و ضعفه ظاهر.

و اشتراط الأكثر أن يخلف الثمن عند ثقه مع خلو النصوص عنه باعتبار عدم القطع بالبراءة إلا بذلك.

(٤) لغيبه الناسك و بعده.

(٥) فى الأكل إذا قلنا بالوجوب و بوجوب التقسيم أثلاثا.

(٦) محل الهدى.

ص: ٤٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الذبح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الذبح حديث ٢.

(صام) بدله عشره أيام (١) (ثلاثه أيام فى الحج متواليه) (٢) إلا ما استثنى (٣) (بعد التلبس بالحج) (٤) ...

(١) فإذا فقد الهدى و ثمنه صام عشره أيام، ثلاثه فى الحج متواليات، و السبعه بعد الوصول إلى أهله، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ (١).
(١).

(٢) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تصوم الثلاثه الأيام متفرقه) (٢)، و خبر الواسطى المروى فى قرب الإسناد عن أبى الحسن عليه السلام (فليصم بمكّه ثلاثه أيام متتابعات) (٣).

(٣) أى لو صام يوم الترويه و يوم عرفه فلا يصوم العيد و أيام التشريق و يصوم الثالث بعدها على المشهور، لخبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (فيمن صام يوم الترويه و يوم عرفه، قال عليه السلام: يجزيه أن يصوم يوما آخر) (٤)، و خبر يحيى الأزرق عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن رجل قدم يوم الترويه متمتعا و ليس له هدى فصام يوم الترويه و يوم عرفه، قال: يصوم يوما آخر بعد أيام التشريق) (٥).

(٤) و هو حكم متضمن بجواز تقديم صوم هذه الأيام من أول ذى الحجه، و هو حكم جزم به فى القواعد و النافع، لموثق زراره عن أحدهما عليهما السلام (من لم يجد هديا و أحب أن يقدم الثلاثه الأيام فى أول العشر فلا بأس) (٥)، و اعتبر هذا رخصه، و قد ذكرها كل من ابن سعيد و القاضى و الشيخ فى النهايه و التهذيب و المبسوط و ابن البراج فى المهذب و ابن إدريس فى سرائره، و إن جعل تركها أولى أو أحوط، قال ابن إدريس فى السرائر (وقد رويت رخصه فى تقديم صوم الثلاثه الأيام من أول العشر و الأحوط الأول، ثم قال بعد ذلك: إلا أن الأصحاب أجمعوا على أنه لا يجوز الصيام إلا يوم قبل الترويه و يوم الترويه و يوم عرفه، و قبل ذلك لا يجوز)، فهو كالمدال على أن الأصحاب عرضوا عن دليل الرخصه، ثم على العمل بها لا بد أن يكون الصوم من أول الشهر بعد التلبس بالمتعّه بلا خلاف، لأنه لا يجوز تقديمه على سببه، إذا الهدى هو بعد الإحرام فكيف يجوز بدله -

ص: ٤٨٧

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب الذبح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الذبح حديث ٤.

٤- (٤) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الذبح حديث ٢.

و لو من أول ذى الحجه، و يستحب السابع و تاليه (١)، و آخر وقتها آخر ذى الحجه (٢) (و سبعة إذا رجع إلى أهله) (٣)...

-قبله، نعم وقع الخلاف فى زمن التلبس فهل هو بعد إحرام العمره كما صرح به غير واحد - كما فى الجواهر - لأن العمره المتمتع بها صارت جزءا من حج المتمتع فالدخول بها دخول بالحج، و يشهد لذلك أن الأمر بصوم هذه الأيام قبل يوم الترويه - كما سيأتى - و هو كاشف عن أنه قد تلبس بعمره المتمتع لأن المستحب هو جعل إحرام الحج يوم الترويه، و ما ذهب إليه الشهيد و المحقق فى النافع و الشارح من كونه بعد التلبس بالحج فهو اجتهاد فى مقابله هذه الأدله.

(١) يستحب أن تكون قبل يوم الترويه بيوم و يوم الترويه و يوم عرفه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن متمتع لم يجد هديا، قال: يصوم ثلاثه أيام فى الحج، يوما قبل الترويه و يوم الترويه و يوم عرفه) (١)، و صحيح رفاعه بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المتمتع لا يجد هديا، قال: يصوم قبل الترويه بيوم و يوم الترويه و يوم عرفه، قلت: فإن قدم يوم الترويه؟ قال: يصوم ثلاثه أيام بعد التشريق، قلت: و ما الحصبه؟ قال: يوم نفره، قلت: يصوم و هو مسافرا؟ قال: نعم أليس هو يوم عرفه مسافرا، إنا أهل بيت نقول ذلك لقوله الله عزّ و جلّ: فَصِيَّامٌ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ، يقول فى ذى الحجه) ٢.

(٢) بلا- خلاف فيه، لإطلاق قوله تعالى: فَصِيَّامٌ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ (٢)، و شهر ذى الحجه من أشهر الحج، و فى خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام فى حديث (إن الله قال: فَصِيَّامٌ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ، قال: كان جعفر عليه السلام يقول: ذو الحجه كله من أشهر الحج) (٣)، و مما يدل على الحكم أيضا صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (من لم يجد ثمن الهدى فأحب أن يصوم الثلاثه الأيام فى العشر الأواخر فلا بأس بذلك) (٤)، و فى التذكرة: قول لبعض العامه بخروج وقتها بمضى يوم عرفه و لا ريب فى ضعفه.

(٣) بلا خلاف فيه، و يدل عليه قوله تعالى: وَ سَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ (٥)، و يتحقق ذلك الرجوع-

ص: ٤٨٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الذبح حديث ٤ و ١.

٢- (٣) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الذبح حديث ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الذبح حديث ١٣.

٥- (٦) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

حقيقه، أو حكما (١) كما لم يرجع فينتظر مده لو ذهب لوصل إلى أهله عاده، أو مضى شهر. و يفهم من تقييد الثلاثة بالموالاه دون السبعه عدم اعتبارها فيها (٢)، -بالعود إلى الوطن و يدل عليه أخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: من كان متمتعا فلم يجد هديا فليصم ثلاثه أيام في الحج، و سبعة إذا رجع إلى أهله) (١)، و صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل تمتع و لم يجد هديا، قال: يصوم ثلاثه أيام بمكه و سبعة إذا رجع إلى أهله) (٢)، فإن لم يقيم عليه أصحابه و لم يستطع المقام بمكه فليصم عشره أيام إذا رجع إلى أهله) ٢، و عن بعض العامه أنه يصوم السبعه إذا فرغ من أفعال الحج، و عن البعض الآخر أنه يصوم إذا خرج من مكه سائرا في الطريق، و هما مدفوعان بما سمعت.

(١) أي إذا لم يرجع إلى أهله فينتظر قدر وصوله إلى أهله أو يصوم السبعه بعد شهر، و في الذخيره لا أعلم فيه مخالفا، و يدل عليه صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم من كان متمتعا فلم يجد هديا فليصم ثلاثه أيام في الحج، و سبعة إذا رجع إلى أهله، فإن فاته ذلك و كان له مقام بعد الصدر صام ثلاثه أيام بمكه، و إن لم يكن له مقام صام في الطريق أو في أهله، و إن كان له مقام بمكه و أراد أن يصوم السبعه ترك الصيام بقدر مسيره إلى أهله، أو شهرا ثم صام بعده) (٣).

(٢) أي عدم اعتبار الموالاه في السبعه على المشهور، لخبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي الحسن عليه السّلام: إنى قدمت الكوفه و لم أصم السبعه الأيام حتى نزعت في حاجه إلى بغداد، قال: صمها ببغداد، قلت: أفزقها؟ قال: نعم) (٤)، و هو مشتمل على محمد بن أسلم و هو غال فاسد الحديث كما في رجال النجاشي.

و عن ابن أبي عقيل و أبي الصلاح أنهما أوجبا الموالاه في السبعه كالثلاثه، و قواه في المختلف لخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن صوم ثلاثه أيام في الحج، و سبعة، أ يصومها متواليه أو يفرّق بينها؟ قال: يصوم الثلاثه الأيام لا يفرّق بينها، و السبعه لا يفرّق بينها) (٥).

ص: ٤٨٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب الذبح حديث ٧.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب الذبح حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل اورده في الباب - ٤٧ - من أبواب الذبح حديث ٤، و أورد ذيله في الباب - ٥٠ - من أبواب الذبح حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب الذبح حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب الذبح حديث ٢.

و هو أجود القولين، و قد تقدم (١).

(و يتخير مولى) المملوك (المأذون له) فى الحجج (بين الإهداء عنه، و بين أمره بالصوم) (٢)، لأنه عاجز عنه (٣) ففرضه الصوم (٤) لكن لو تبرع المولى بالإخراج أجزاء، كما يجزى عن غيره (٥) لو تبرع عليه (٦) متبرع، و النص ورد بهذا التخيير.

و هو دليل على أنه (٧) لا يملك شيئاً، و إلا اتجه وجوب الهدى مع قدرته عليه، و الحجر عليه (٨) غير مانع منه كالسفيه.

فى أنه يجزئ الهدى الواحد إلا عن واحد

(و لا يجزئ) الهدى (الواحد إلا عن واحد، و لو عند الضروره) (٩) على (١) فى المسأله الثامنه من كتاب الصوم.

(٢) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح جميل (سأل رجل أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل أمر مملوكه أن يتمتع، قال: فمره فليصم و إن شئت فاذبح عنه) (١)، و صحيح سعد بن أبى خلف (سألت أبا الحسن عليه السّلام قلت: أمرت مملوكى أن يتمتع، فقال: إن شئت فاذبح عنه و إن شئت فمره فليصم) ٢.

(٣) أى لأن العبد المأذون بالحج عاجز عن الهدى.

(٤) و حكمه هنا حكم الحر و لا ينصف عليه الصوم.

(٥) عن غير العبد ممن وجب عليه الهدى و لم يجد.

(٦) أى على ذلك الغير.

(٧) أى أن العبد.

(٨) دفع و هم، و الوهم هو أن العبد محجور عليه حتى لو قلنا بملكيتته، و دفعه: أن الحجر غير مانع منه لأن المال مال العبد حسب الفرض و الأمر من قبل الله، و حق الله مقدم على حق المولى.

(٩) كما هو المشهور، لصحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن نفر تجزيهم البقره، قال: أما فى الهدى فلا، و أما فى الأضحى فنعم) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (لا تجوز البدنه و البقره إلا عن واحد بمنى) ٤، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجزى البقره أو البدنه فى الأمصار عن سبعة، و لا تجزى بمنى إلا عن واحد) ٥.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و موضع من الخلاف أنه يجزى عند الضروره عن خمس-

ص: ٤٩٠

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ١ و ٤.

أصح الأقوال. وقيل: يجزئ عن سبعة و عن سبعين أولى خوان واحد. وقيل:

مطلقا و به روايات محموله على المندوب جمعا كهدى القران قبل تعيينه، و الأضحيه فإنه يطلق عليها الهدى أما الواجب و لو بالشروع فى الحج المندوب فلا يجزئ إلا عن واحد، فينتقل مع العجز و لو بتعذره إلى الصوم.

فى أن الهدى من صلب المال

(و لو مات) من وجب عليه الهدى قبل إخراجه (أخرج) عنه (من صلب المال) (١) أى من أصله و إن لم يوص به، كغيره من الحقوق الماليه الواجبه، (و لو مات) فاقده (قبل الصوم صام الولي) (٢)، و قد تقدم بيانه فى الصوم (عنه العشره) - و عن سبعة و عن سبعين، و عن المفيد أنه تجزى البقره عن خمسها إذا كانوا أهل بيت واحد، و عن سألر تجزى البقره عن خمسها و أطلق، و دليلهم أخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام تجزى البقره عن خمسها. بمنى إذا كانوا أهل خوان واحد(١)، و صحيح حمران (عزت البدن سنه بمنى حتى بلغت البدنه بمائه دينار، فسئل أبو جعفر عليه السّلام عن ذلك، فقال: اشتركوا فيها، قلت: كم؟ قال ما خفّ فهو أفضل، فقلت: عن كم يجزى؟ فقال: عن سبعين)٢، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (البدنه و البقره يضحى بها تجزئ عن سبعة إذا اجتمعوا من أهل بيت واحد و من غيرهم)٣، و ظاهرها الضروره، و حملها على الأضحيه المندوبه كما عليه المشهور تحكيما لأدله و جوب الانتقال إلى البدل عند تعذر الهدى.

(١) لأنه من جمله الحقوق الماليه كالدين، فلا بد من إخراجه من أصل المال.

(٢) ذهب ابن إدريس و أكثر المتأخرين - كما فى المدارك - إلى وجوب قضاء الجميع لعموم ما دل على وجوب قضاء ما فات الميت من الصيام، و لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (من مات و لم يكن له هدى لمتعته فليصم عنه وليه) (٢).

و ذهب الشيخ و جماعه إلى وجوب صوم الثلاثه دون السبعه، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله عن رجل تمتع بالعمره و لم يكن له هدى، فصام ثلاثه أيام، أعلى وليه أن يقض عنه؟ قال: ما أرى عليه قضاء)٥، و قال فى المنتهى (و هذه الروايه لا حجه فيها، لاحتمال أن يكون موته قبل أن يتمكن من الصيام، و مع هذا الاحتمال لا تبقى فيها دلالة على المطلوب) و قد استحسنته فى المدارك، و عن الصدوق أن قضاء الثلاثه -

ص: ٤٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الذبح حديث ٥ و ١١ و ٦.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢.

(على قول) لعموم الأدلة بوجوب قضائه ما فاته من الصوم.

(و يقوى مراعاة تمكنه منها) فى الوجوب. فلو لم يتمكن لم يجب كغيره (١) من الصوم الواجب. و يتحقق التمكن فى الثلاثه بإمكان فعلها فى الحج، و فى السبعه بوصوله إلى أهله، أو مضى المده المشترطه إن أقام بغيره (٢) و مضى مده يمكنه فيها الصوم، و لو تمكن من البعض قضاءه خاصه. و القول الآخر وجوب قضاء الثلاثه خاصه، و هو ضعيف.

فى محل الذبح

(و محل الذبح) لهدى التمتع (و الحلق منى (٣) و حدّها من العقبه) و هى خارجة عنها (إلى وادى محسّر) (٤)، و يظهر من جعله حداً خروجه عنها أيضاً و الظاهر من -على سبيل الاستحباب، و هو ضعيف كما فى المدارك.

(١) أى كغير هذا الصوم.

(٢) أى بغير بلده.

(٣) فمنى محل الذبح لهدى التمتع بلا خلاف فيه، لخبر إبراهيم الكرخى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل قدم بهديه مكه فى العشر فقال: إن كان هدياً واجباً فلا ينحره إلا بمنى، و إن كان ليس بواجب فلينحره بمكه إن شاء، و إن كان قد أشعره و قلده فلا ينحره إلا بمنى يوم الأضحى) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يضل هديه فيجده رجل آخر فينحره، قال: إن كان نحره بمنى فقد أجزأ عن صاحبه الذى ضلّ عنه، و إن كان نحره فى غير منى لم يجز عن صاحبه) (٢)، و مثلها غيرها و هى محل الحلق أو التقصير أيضاً بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل نسي أن يقصّر من شعره أو يحلقه حتى ارتحل من منى قال: يرجع إلى منى حتى يلقى شعره بها حلقة كان أو تقصيراً) (٣)، و خبر أبى بصير (سألته عن رجل جهل أن يقصّر من رأسه أو يحلق حتى ارتحل من منى، قال: فليرجع إلى منى حتى يحلق شعره بها أو يقصّر) (٤).

(٤) بلا خلاف فيه، لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و حد منى العقبه إلى -

ص: ٤٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الذبح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبح حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١ و ٤.

كثير أنه منها (١).

(و يجب ذبح هدى القران متى ساقه و عقد به إحرامه) (٢) بأن أشعره، أو -وادي محسّر(١)، و هو ظاهر فى كون الوادى المذكور من حدود عرفه لا أنه محدود، و هو المستفاد عن صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجاوز وادى محسّر حتى تطلع الشمس(٢) و من الواضح عدم جواز الخروج عن المشعر الحرام قبل الطلوع و هو كاشف عن أن الراوى المذكور جزء من المشعر.

(١) أى أن الوادى من منى، كما فى خبر سماعه (قلت لأبى عبد الله عليه السلام إذا أكثر الناس بمنى و ضاقت عليهم كيف يصنعون؟ قال: يرتفعون إلى وادى محسّر(٣) و هو دال على أنه منها.

(٢) قال الشارح فى المسالك: (اعلم أن هدى القران لا يخرج عن ملك مالكة بشرائه و إعداده و سوقه لأجل ذلك قبل عقد الإحرام به اجماعاً، و أما إذا عقد إحرامه به بأن أشعره أو قلّده تعيّن عليه ذبحه أو نحره، و لم يجز له إبداله على ما يظهر من جماعه من الأصحاب، و يدل عليه أيضا صحيحه الحلبي عن الإمام الصادق عليه السلام (إن كان أشعرها نحرها)، و لهذا يجب ذبحه لو ضلّ فأقام غيره ثم وجده قبل ذبح الأخير، و الظاهر أنه مع ذلك لا يخرج عن ملكه، و إن تعين الذبح لأصالة بقاء الملك، و وجوب الذبح أو النحر لا ينافيه، و تظهر الفائده فى جواز ركوبه و شرب لبنه، و إنما يمتنع إبداله و إتلافه و يجب حفظه حتى يفعل به ما يجب سياقه و إن نسبه إلى جماعه، و ظاهره أن مجرد الأشعار يقتضى وجوب نحر الهدى و عدم جواز التصرف فيه بما ينافى ذلك و إن لم ينضم إليه السياق و به قطع الشهيدان فى الدروس و المسالك، و هو المنقول عن الشيخ فى النهايه و ابن إدريس، و لكن عن المحقق و العلامة فى جملة من كتبه أنه لا يجب نحره ما لم ينضم السياق إلى إشعاره أو تقليده.

و يدل على الأول - كما أشار إليه الشارح فى كلامه المنقول سابقاً - صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري البدنه ثم تضل قبل أن يشعرها أو يقلدها فلا يجدها حتى يأتى منى فينحر و يجد هديه، قال عليه السلام: إن لم يكن قد أشعرها فهي من ماله إن شاء نحرها و إن شاء باعها، و إن كان أشعرها نحرها(٤)، و لا دليل على الثانى.

ص: ٤٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب احرام الحج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب احرام الحج حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الذبح حديث ١.

قَلْدَه، و هذا هو سياقه شرعا (١)، فالعطف تفسيري و إن كان ظاهر العبارة تغايرهما و لا يخرج عن ملك سائقه بذلك (٢)، و إن تعين ذبحه فله ركوبه، و شرب لبنه (٣) ما لم يضرب به، أو بولده، و ليس له إبداله بعد سياقه المتحقق (٤) بأحد الأمرين.

(و لو هلك) قبل ذبحه، أو نحره بغير تفريط (لم يجب) إقامه (بدله) (٥)، و لو (١) أى اشعاره أو تقليده هو السياق شرعا، و لكن هو على خلاف قول المحقق و العلامة من أنه إذا اشعره أو قَلْدَه فله إبداله و التصرف فيه، نعم إذا ساقه فیتعين نحره، قال المحقق فى الشرائع (لا يخرج هدى القران عن ملك سائقه، و له إبداله و التصرف فيه و إن اشعره أو قَلْدَه، و لكن متى ساقه فلا بد من نحره بمنى إن كان لإحرام الحج، و إن كان للعمرة فبفناء الكعبة بالحزوره) انتهى.

(٢) أى بسوقه.

(٣) للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ: لَكُمْ فِيهَا مَنَافِعٌ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَدَّدٍ قَالَ عَلَيْهِ السَّلَام: (إن احتاج إلى ظهرها ركبها من غير أن يعنف عليها، و إن كان لها لبن حلبها حلأبا لا ينهكها) (١)، و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يركب هديه إن احتاج إليه، فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

يركبها غير مجهد و لا متعب) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن البدنه تنتج أ يحلبها؟ قال: احلبها حلأبا غير مضرب بالولد، ثم انحرهما جميعا، قلت:

يشرب من لبنها؟ قال: نعم و يسقى إن شاء) ٣.

(٤) قد عرفت مغايرته لهما، نعم ليس له إبداله بعد اشعاره أو تقليده و إن لم يسقه، لصحيح الحلبي المتقدم.

(٥) بلا خلاف فيه، لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الهدى الذى يقلد أو يشعر ثم يعطب، قال: إن كان تطوعا فليس عليه غيره، و إن كان جزاء أو نذرا فعليه بدله) (٢)، و هو ظاهر فى هدى القارن للحج و لم كان حجه واجبا لأن الهدى حينئذ تطوعا، نعم إذا كان كفاره أو نذرا فيضمن، و مثله صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الهدى إذا عطب قبل أن يبلغ المنحر، أ يجزى عن صاحبه؟ فقال: إن كان تطوعا فلينحر و ليأكل منه، و قد أجزأ عنه بلغ المنحر أو لم يبلغ، و ليس عليه فداء، و إن كان مضمونا فليس عليه أن يأكل منه بلغ المنحر أو لم يبلغ، و عليه مكانه) (٣).

ص: ٤٩٤

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الذبح حديث ٥ و ٣ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الذبح حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الذبح حديث ٣.

فَرَطَ فِيهِ ضَمْنَهُ، (و لو عجز) عن الوصول إلى محله الذى يجب ذبحه فيه (ذبحه) (١)، أو نحره و صرفه فى وجوهه (٢) فى موضع عجزه، (و لو لم يوجد) فيه مستحق (أعلمه علامه الصدقه) بأن يغمس نعله فى دمه، و يضرب بها صفحه سنامه أو يكتب رقعته و يضعها عنده يؤذن بأنه هدى، و يجوز التعويل عليها (٣) هنا فى الحكم بالتذكيه، و إباحه الأكل، للنص. و تسقط النيه (٤) المقارنه لتناول المستحق. و لا تجب الإقامه عنده (٥)...

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أى رجل ساق بدنه فانكسرت قبل أن تبلغ محلها، أو عرض لها موت أو هلاك، فلينحرها إن قدر على ذلك، ثم ليلطخ نعلها التى قلدت به بدم، حتى يعلم من مرّ بها أنها قد ذكيت، فيأكل من لحمها إن أراد، و إن كان الهدى الذى انكسر و هلك مضمونا، فإن عليه أن يتناع مكان الذى انكسر أو هلك، و المضمون هو الشيء الواجب عليك فى نذر أو غيره، و إن لم يكن مضمونا و إنما هو شيء تطوع به فليس عليه أن يتناع مكانه إلا من يشاء أن يتطوع (١)،

و مرسل حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (كل من ساق هديا تطوعا فعطب هديه فلا شيء عليه، ينحره و يأخذ تقليد النعل فيغمسها فى الدم فيضرب به صفحه سنامه و لا بدل له، و ما كان من جزاء الصيد أو نذر فعطب نعل مثل ذلك و عليه البدل) ٢.

(٢) إن أمكن و كان مستحقه موجودا، لوجوب الصرف عند الشارح كما تقدم فى هدى التمتع، و إذا لم يوجد المستحق فإما يعلمه بلطخ سنامه بالدم و هذا ما دلت عليه الأخبار المتقدمه أو يكتب رقعته و يضعها عنده، كما فى صحيح حفص بن البختري (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل ساق الهدى فعطب فى موضع لا يقدر على من يتصدق به عليه و لا يعلم أنه هدى، قال: ينحره و يكتب كتابا أنه هدى يضعه عليه ليعلم من مرّ به أنه صدقه) (٢)، و مثله خبر عمر بن حفص الكلبي ٤.

(٣) قال سيد المدارك: (و يستفاد من هذه الروايات جواز التعويل على هذه القرائن فى الحكم بالتذكيه و جواز الأكل منه، و لا يجب الإقامه عنده إلى أن يوجد المستحق).

(٤) لأنه يتعذر العلم بوقت تناوله و إنما تجب النيه من دون المقارنه لقاعده الميسور، بناء على أنها إخطاريه.

(٥) عند المذبوح.

ص: ٤٩٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الذبح حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٦.

إلى أن يوجد (١) وإن أمكنت.

(و يجوز بيعه لو انكسر) (٢) كسرا يمنع وصوله،(و الصدقه بئمنه) و وجوب ذبفه فى محله (٣) مشروط بإمكانه (٤)، و قد تعذر (٥) فيسقط (٦) و الفارق بين عجزه و كسره فى وجوب ذبفه و بيعه (٧) النص (٨).

(و لو ضل فذبفه الواجد) عن صاحبه فى محله (٩)(أجزأ) عنه (١٠) (١) أى يوجد المستحق.

(٢)استدل عليه بصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن الهدى الواجب إذا أصابه كسر أو عطب، أ يبيعه صاحبه و يستعين بئمنه فى هدى؟ قال: لا يبيعه، فإن باعه تصدق بئمنه و يهدى هديا آخر)(١)، و صحيح الحلبي (سألته عن الهدى الواجب إذا أصابه كسر أو عطب أ يبيعه صاحبه و يستعين بئمنه على هدى آخر؟ قال: يبيعه و يتصدق بئمنه و يهدى هديا آخر)٢، و لهذين الخبرين ذهب الشيخ و الفضلان أنه لو كسر جاز بيعه و الأفضل أن يتصدق بئمنه أو يقيم بدله.

و أشكل عليهم سيد المدارك بأن هذين الخبرين واردان فى الهدى الواجب فيجب التصديق بئمنه و إقامه بدله، و أما الهدى المتبرع به و هو هدى القارن و هو محل بحثنا فغير مشمول لهما بل قال: (و أما الهدى المتبرع به فلم أقف فى جواز بيعه و أفضلية التصديق بئمنه أو إقامه بدله على روايه تدل عليه، و الأصح تعيين ذبفه مع العجز عن الوصول و تعليمه بما يدل على أنه هدى، سواء كان عجزه بواسطة الكسر أو غيره، و ما ادعاه الشارح - أى الشهيد الثانى فى المسالك - من ورود النص بالفرق بين العجز و الكسر غير جيد).

(٣)أى فى منى.

(٤)أى بإمكان الذبح فى منى.

(٥)بسبب الكسر.

(٦)أى يسقط الذبح.

(٧)ذبفه بالنسبه للعجز، و بيعه بالنسبه للكسر.

(٨)و قد تقدم، و قد عرفت عدم شموله للهدى التبرع و أن الحق هو عدم الفرق بين الكسر و العجز فى ذبفه فى محله مع محله مع تعليمه بأنه هدى.

(٩)أى فى محل الذبح.

(١٠)أى عن صاحبه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١.

للنص (١). أما لو ذبحه في غيره (٢)، أو عن غيره (٣)، أو لا بنيته (٤) لم يجز، (و لا يجزى ذبح هدى التمتع) من غير صاحبه لو ضل، (لعدم التعيين) للذبح، إذ يجوز لصاحبه إبداله قبل الذبح، بخلاف هدى القران فإنه يتعين ذبحه بالإشعار، أو التقليد، و هذا هو المشهور (٥).

(١) لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يضل هديه فيجده رجل آخر فينحره فقال: إن كان نحره بمنى فقد أجزأ عن صاحبه الذي ضل منه، و إن كان نحره في غير منى لم يجز عن صاحبه) (١)، و صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (إذا وجد الرجل هديا ضالا فليعرّفه يوم النحر و الثاني و الثالث، ثم ليذبحها عن صاحبها عشية الثالث) ٢، و هذه الأخبار تدل على أنه لا بد من النية عن صاحب الهدى و أن يكون الذبح في منى، و بإطلاق هذه الأخبار لا يشترط أن يكون الضلال بتفريط أو غيره، و لا فرق بين كون الهدى واجبا على نحو الكفاره أو النذر، أو مندوبا كهدى القارن.

(٢) غير محل الذبح.

(٣) أى عن غير صاحب الهدى فبالإضافة إلى ما تقدم، يدل عليه خصوص مرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام (في رجل اشترى هديا فنحره فمرّ بها رجل فعرفه، فقال: هذه بدنتى ضلّت منى بالأمس، و شهد له رجلان بذلك، فقال: له لحمها و لا يجزى عن واحد منهما، ثم قال: و لذلك جرت السنه باشعارها و تقليدها إذا عرفت) (٢).

(٤) أى لا بنيه الهدى.

(٥) و فى الجواهر أنه لم نجده قولاً لغير المحقق فى كتابيه الشرائع و النافع، و الدليل عليه ما ذكره الشارح، و قيل: إنه يجزى عنه إذا ذبح عن صاحبه كما اختاره الشيخ فى النهايه و جماعه، لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل يضل هديه فيجده رجل آخر فينحره قال: إذا كان نحره بمنى فقد أجزأ عن صاحبه الذى ضلّ عنه، و إن كان نحره فى غير منى لم يجز عن صاحبه) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (إذا وجد الرجل هديا ضالا فليعرّفه يوم النحر و الثانى و الثالث، ثم ليذبحها عن صاحبها عشية الثالث) ٥، و هما مطلقان يشملان هدى التمتع و هدى القارن، و فيه: إنهما ظاهران فى هدى القارن و لا أقل من الشك فى ذلك فلا يحرز الاطلاق المدعى.

ص: ٤٩٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١ .

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الذبح حديث ١ .

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبح حديث ٢ و ١ .

و الأقوى و هو الذى اختاره فى الدروس الإجزاء، لدلاله الأخبار الصحيحه عليه. و حينئذ فيسقط الأكل منه، و يصرف فى الجهتين الآخرين (١)، و يستحب لواجده تعريفه (٢) قبل الذبح و بعده ما دام وقت الذبح باقيا، ليدفع عن صاحبه غرامه الإبدال.

(و محله) أى محل ذبح هدى القران (مكه إن قرنه) بإحرام (العمره، و منى إن قرنه بالحج) (٣) و يجب فيه ما يجب فى هدى التمتع على الأقوى (٤). و قيل:

الواجب ذبحه خاصه إن لم يكن منذور الصدقه (٥)، و جزم به المصنف فى (١) بناء على وجوب تقسيمه أثلاثا كما تقدم.

(٢) بل قيل بوجوب التعريف كما هو ظاهر النهايه للشيخ، و فى الدروس أنه مستحب، و علله الشارح فى المسالك (و لعل عدم الوجوب لإجزائه عن مالكة فلا يحصل بترك التعريف ضرر عليه، و يشكل بوجوب ذبح عوضه عليه ما لم يعلم بذبحه، و يمكن أن يقال: بعدم الوجوب قبل الذبح، لكن يجب بعده ليعلم المالك فيترك الذبح ثانيا اخذا بالجهتين) و كلها اعتبارات لم ترد فى روايه، نعم تقدم صحيح ابن مسلم المتضمن للأمر بالتعريف يوم النحر و يومين بعده ثم يذبحه عشيه الثالث، و ظاهر الأمر الوجوب.

(٣) بلا خلاف فيه، جمعا بين موثق شعيب العرقوفى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: شقت فى العمره بدنه فأين انحرها؟ قال: بمكه) (١)، و بين خبر عبد الأعلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لا ذبح إلا بمنى) ٢، و يستحب أن يكون فى مكه بالحزوره على وزن قسوره لما ورد فى صحيح ابن معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (من ساق هديا فى عمره فلينحره قبل أن يحلق، و من ساق هديا و هو معتمر نحر هديه فى المنحر، و هو بين الصفا و المروه و هى الحزوره) (٢)، و الحزوره تل خارج المسجد بين الصفا و المروه كما ذكره فى المدارك.

(٤) لموثق شعيب العرقوفى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: شقت فى العمره بدنه فأين انحرها؟ قال: بمكه، قلت: فأى شىء اعطى منها؟ قال: كل ثلثا و اهد ثلثا و تصدق بثلث) ٤، و حمل على الاستحباب بالعدم ذكر الأمور الثلاثه فى أكثر الأخبار بل و فى الآيه، نعم الأكل يكفى مسماه لتعذر أكل تمام الثلث.

(٥) لأنه لا يجوز الأكل من المنذور بل هو للمساكين لخبر أبى بصير (سألته عن رجل أهدى -

ص: ٤٩٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ٤.

الدروس، ثم جعل الأول (١) قريبا، و عبارته هنا تشعر بالثاني، لأنه جعل الواجب الذبح و أطلق.

فى الأضحى

(و يجرى الهدى الواجب عن الأضحى) (٢) بضم الهمزة و كسرهما و تشديد الياء -هديا فانكسر، قال: إن كان مضمونا - و المضمون ما كان فى يمين يعنى نذرا أو جزاء - فعليه فداؤه، قلت: يأكل منه؟ قال: لا، إنما هو للمساكين(١).

(١) و هو صرفه فى الوجوه الثلاثة.

(٢) الأضحى مستحبه استحبابا مؤكدا و هى واجبه على النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم خاصة فهى من خواصه للنبوى المروى عند العامه (الأضحى على فريضة و عليكم سنه)(٢).

و عن ابن الجنيد وجوبها، لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (الأضحى واجبه على من وجد من صغير أو كبير و هى سنه)(٣)، و هو محمول على شدة الاستحباب لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن الأضحى، أ واجب هو على من وجد لنفسه و عياله؟ فقال: أما لنفسه فلا يدعه، و أما لعياله إن شاء تركه)٤، و خبر العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رجلا- سأله عن الأضحى، فقال: هو واجب على كل مسلم إلا من لم يجد، فقال له السائل: فما ترى فى العيال، فقال: إن شئت فعلت، و إن شئت لم تفعل، فأما أنت فلا تدعه)٥.

و أما اجزاء الهدى عن الأضحى فلصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (يجزىه فى الأضحى هديه) و فى نسخه (يجزىك من الأضحى هديك)٦، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (يجزى الهدى عن الأضحى)(٤)، و قال فى الجواهر: (ربما كان فى لفظ الاجزاء إشعار أو ظهور فيما ذكره غير واحد من أن الجمع بينهما أفضل، مضافا إلى ما قيل من أن فيه فعل المعروف و نفع المساكين) انتهى.

نعم عن جماعه اجزاء مطلق الهدى عنها كما هو الظاهر من الأخبار، و عن العلامة فى القواعد و الشهيد فى الدروس و المحقق فى الشرائع تقييد الهدى بالواجب، و عن النافع و التلخيص و التبصره بهدى التمتع للانصراف و هو ممنوع.

ص: ٤٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١٦.

٢- (٢) كنز العمال ج ٣ ص ١٧ حديث ٣٦.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب الذبح حديث ٣ و ١ و ٥ و ٢.

٤- (٧) الفقيه ج ٢ ص ٢٩٧ حديث ١٤٧٢.

المفتوحة فيهما. و هي ما يذبح يوم عيد الأضحى تبرعا و هي مستحبه استحبابا مؤكدا، بل قيل: بوجوبها على القادر، و روى استحباب الاقتراض لها و أنه دين مقضى (١)، فإن وجب على المكلف هدى أجزأ عنها (و الجمع) بينهما (أفضل) و شرائطها و سننها كالهدى.

(و يستحب التضحية بما يشتره) (٢) و ما فى حكمه (٣)، (و يكره بما يربيه) للنهي عنه، و لأنه يورث القسوه، (و أيامها) أى أيام الأضحى (بمنى أربعة أولها النحر، و بالأمصار) و إن كان بمكة (ثلاثه) (٤) أولها النحر كذلك. و أول وقتها من يوم النحر طلوع الشمس و مضى قدر صلاه العيد و الخطبتين بعده (٥)، و لو فاتت لم (١) أرسل الصدوق فى الفقيه (جاءت أم سلمه رضى الله عنها إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم، فقالت: يا رسول الله يحضر الأضحى، و ليس عندى ثمن الاضحى، فأستقرض و أضحى؟ قال:

استقرضى فإنه دين مقضى) (١)، و رواه فى العلل بسند عن أبى الحسن موسى عليه السلام.

(٢) لخبر محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (قلت: جعلت فداك كان عندى كبش سمين لأضحى به، فلما أخذته و اضجعتة نظر إليّ فرحمته و رققت له، ثم إنى ذبحته، فقال لى: ما كنت لأحب لك أن تفعل، لا تربين شيئا من هذا ثم تذبحه) (٢)، و مرسل الصدوق عنه عليه السلام (لا يضحى إلا بما يشتري فى العشر) ٣. (٣) كالهبة.

(٤) هذا قول علمائنا أجمع كما فى المنتهى، للأخبار منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن الأضحى كم هو بمنى؟ فقال: أربعة أيام، و سألته عن الاضحى فى غير منى فقال: ثلاثه) (٣)، و موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الاضحى بمنى؟ فقال: أربعة أيام، و عن الاضحى فى سائر البلدان، فقال:

ثلاثه أيام) ٥، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (الاضحى ثلاثه أيام، و أفضلها أولها) ٦، و هو محمول على أنه فى سائر البلدان.

(٥) بعد طلوع الشمس، لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: متى نذبح؟ قال: إذا انصرف الإمام، قلت: فإذا كنت فى ارض ليس فيها إمام فأصلى بهم جماعة فقال: إذا-

ص: ٥٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب الذبح حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الذبح حديث ١ و ٢ و ٤.

تقضى (١)، إلا أن تكون واجبه بنذر و شبهه (٢) (و لو تعذرت) تصدق بثمانها (٣) إن اتفق في الأثمان ما يجزى منها، أو ما يريد إخراجها (٤) (فإن اختلفت، فثمن موزع عليها) بمعنى إخراج قيمه منسوبه إلى القيم المختلفه بالسويه فمن الاثنين النصف، و من الثلاث الثلث. و هكذا. فلو كان قيمه بعضها مائه، و بعضها مائه و خمسين، تصدق بمائه و خمسه و عشرين، و لو كانت ثلثه بخمسين تصدق بمائه. و لا يبعد قيام مجموع القيمه مقام بعضها لو كانت موجوده (٥)، و روى استحباب الصدقه بأكثرها (٦) و قيل: الصدقه بالجميع أفضل، فلا إشكال حينئذ في القيمه (و يكره) - استعلت الشمس (١) ، و هو محمول على النذب لجواز ذبح الأضحيه في ثلاثه أو أربعة أيام للأخبار المتقدمه.

(١) قال في الجواهر (بل على المنتهى التصريح بفوات وقتها بفوات الأيام، فإن ذبحها لم تكن أضحيه، و إذا فرّق لحمها على المساكين استحق الثواب على التفريق دون الذبح).

(٢) كالعهد و اليمين.

(٣) و إن اختلفت اثمانها جمع بين الأعلى و الوسط و الأدنى و تصدق بثلث الجميع، بلا خلاف فيه - كما في الجواهر - لخبر عبد الله بن عمر قال (كنا بمكة فأصابنا غلاء في الاضاحي، فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعة، ثم لم يوجد قليل و لا كثير، فرق هشام المكارى رقعته إلى أبي الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا و إنا لم نجد بعد، فوقع إليه:

انظروا إلى الثمن الأول و الثانى و الثالث فاجمعوا ثم تصدقوا بمثل ثلثه) (٢) ، و ثلث القيمه منسوبه إلى ما كان من القيم، فمن الاثنين النصف و من الثلاثه ثلث و هكذا، هذا مع اختلاف الأثمان، و أما إذا اتفق الثمن فالروايه أجازت التصدق بالثمن على كل حال.

(٤) إذ يجزى الماعز و الغنم و لكن قد يكون عازما على الابل فالتصدق بثمان الإبل حينئذ.

(٥) أى أن التصدق بجميع ثمنها لا ينافى التصدق بثلث لحمها عند وجودها لتغاير موضوع الحكمين مع أنه لا يبعد قيام مجموع القيمه مقام ثلث الأضحيه لو كانت موجوده.

(٦) لخبر أبى الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لحوم الاضاحي فقال: كان على بن الحسين و ابو جعفر عليهم السلام يتصدقان بثلث على جيرانهم و ثلث على السؤال، و ثلث يمسكانه لأهل البيت) (٣) ، و التصدق بالثلثين تصدق بالأكثر، هذا هو المشهور، و عن -

ص: ٥٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب صلاه العيد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الذبح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١٣.

(أخذ شيء من جلودها و إعطاؤها الجزار) (١) أجره. أما صدقه إذا اتصف بها فلا بأس، و كذا حكم جلالها و قلائدها تأسيا بالنبي (ص)، و كذا يكره بيعها (٢) و شبهه، (بل يتصدق بها)، و روى جعله مصلى ينتفع به فى البيت.

فى الحلق

(و أما الحلق فيتخير بينه و بين التقصير، و الحلق أفضل) (٣) الفردين الواجبين -الشيخ فى المبسوط الصدقه بالجميع أفضل، و فى الجواهر لم نعرف له شاهدا بذلك.

(١) أى الجلود، لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليهم السّلام (سألته عن جلود الاضاحى، هل يصلح لمن ضحى بها أن يجعلها جرابا، قال: لا يصلح أن يجعلها جرابا إلا أن يتصدق بثمنها) (١)، و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (ينتفع بجلد الاضحيه و يشتري به المتاع، و إن تصدق به فهو أفضل، و قال: نحر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بدنه و لم يعط الجزارين جلودها و لا قلائدها و لا جلالها و لكن تصدق به، و لا تعط السلاخ منها شيئا و لكن اعطه من غير ذلك) ٢، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن الإهاب فقال: تصدق به أو تجعله مصلى تنتفع به فى البيت، و لا تعطه الجزارين، و قال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يعطى جلالها و جلودها و قلائدها الجزارين، و أمر أن يتصدق بها) (٢).

فالخير الأول دال على كراهه أخذ شيء من الجلود و لو لجعله جرابا، و هو دال على كراهه التصرف فيه سواء أخذه لنفسه أو باعه أو وهبه للغير لأن الجراب جعل كالمثال. و يكره إعطاؤه للجزار فى قبال الاجره لأن هذا هو المنصرف من الخبرين الاخيرين، و لذا قال فى المدارك (و لا يخفى أن كراهه إعطاء الجزارين منها إنما ثبت إذا وقع على سبيل الاجره، أما لو أعطاه صدقه و كان مستحقا لذلك فلا بأس)، و يكره إعطاؤه قلائدها و جلالها أيضا، و قال فى مصباح المنير (و جلّ الدابه كثوب الإنسان يلبسه يقيه البرد، و الجمع جلال و أجال)، و يستفاد من الخبر الأخير أنه لا بأس بجعل الجلود مصلى.

(٢) أى الجلود.

(٣) خصوصا للصروره و الملبّد على المشهور، لظاهر قوله تعالى: مُحَلِّقِينَ رُؤُسَكُمْ وَ مَقْصِرِينَ (٣)، و الجمع غير مراد بالاتفاق فىثبت التخيير، و صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم الحديبيه: اللهم اغفر للمحلّقين مرتين، قيل:-

ص: ٥٠٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الذبح حديث ٤ و ٢ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الذبح حديث ٥ .

٣- (٤) سورة الفتح الآية: ٢٧ .

تخييرا (خصوصا للملبد) شعره، و تليده هو أن يأخذ عسلا و صمغا و يجعله في رأسه، لثلا يقمل أو يتسخ (و الصروره) و قيل: لا يجزئهما إلا الحلق، للأخبار الداله عليه، و حملت على الندب جمعا (١) (و يتعين على المرأه التقصير) (٢) فلا يجزئها الحلق، حتى لو نذرته لغى (٣)، كما لا يجزى الرجل في عمره التمتع (٤) و إن -و للمقصرين يا رسول الله، قال: و للمقصرين (١)، و الدعاء مرتين دال على أفضليه الحلق.

و أما تأكد الحلق في الصروره و الملبد فللأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ينبغي للصروره أن يحلق، و إن كان قد حج فإن شاء قصير و إن شاء حلق) (٢)، و هو ظاهر في الاستحباب بقريته (ينبغي)، و عن الشيخ و ابن حمزه أنه لا بد من الحلق للصروره و الملبد، و عن المفيد ذكر الصروره فقط، و عن ابن أبي عقيل ذكر الملبد و المعقوص، للأخبار منها: صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا عقص الرجل رأسه أو لثيده في الحج أو العمره فقد وجب عليه الحلق) (٣)، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أحرمت فعقست رأسك أو لثيده فقد وجب عليك الحلق و ليس لك التقصير، و إن أنت لم تفعل فمخير لك التقصير و الحلق في الحج) (٤)، و صحيح أبي سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام (يجب الحلق على ثلاثه نفر: رجل لثيد، و رجل حج بدوا لم يحج قبلها، و رجل عقص رأسه) (٥)، و هو الأولى للتعبير بالوجوب.

(١) عند التعارض، و لكن صحيح معاويه المشتمل على لفظ (ينبغي) غير معارض للأخبار المصرحه بالوجوب، فيتعين الحلق.

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على النساء حلق و يجزيهن التقصير) (٣)، و ما رواه حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام في وصيه النبي صلى الله عليه و آله و سلم لعلى عليه السلام: (يا على ليس على النساء جمعه - إلى أن قال - و لا استلام الحجر و لا الحلق) (٧).

(٣) لأنه غير مشروع في حقها.

(٤) لتعين التقصير عليه، و يشهد له صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (و ليس في المتعه إلا التقصير) (٤).

ص: ٥٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١ و ٢ و ٨ و ٣.

٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٣ و ٤.

٤- (٨) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٨.

نذره، و يجب فيه النيه (١) المشتمله على قصد التحلل من النسك المخصوص متقرباً، و يجزى (٢) مسّاه كما مرّ (٣)، (و لو تعذر) فعله (في منى) في وقته (٤) (فعل بغيرها) (٥) وجوبا، (و بعث بالشعر إليها ليدفن) فيها (مستحبا) (٦)...

(١) لأنه عبادى بلا خلاف فيه.

(٢) بالنسبه للتقصير، و ذلك لتحقق الامثال بذلك بعد ورود الأمر بمطلق التقصير، نعم المستحب أن يكون بقدر الانمله، لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (تقصر المرأة من شعرها لعمرتها مقدار الأنمله) (١)، و عن ابن الجنيد أنه لا يجزى في المرأة ما دون القبضه، و قال في الجواهر (لم نعرف له مأخذاً).

(٣) في تقصير العمره.

(٤) و وقته يوم النحر بعد الهدى على المشهور، و عن أبي الصلاح جوّز تأخيره إلى آخر أيام التشريق و لكن لا يزور البيت قبله، و استحسنة العلامة في التذكرة و المنتهى، و هو ضعيف للأخبار الآمره بالذبح بعد الحلق، مثل خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا ذبحت أضحيتك فاحلق رأسك) (٢).

(٥) إن لم يمكن الرجوع إلى منى، و إلا- فإذا أمكن وجب الرجوع إلى منى بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: خير أبي بصير (سألته عن رجل جهل أن يقصر من رأسه أو يحلق حتى ارتحل من منى، قال: فليرجع إلى منى حتى يحلق شعره بها أو يقصر) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل نسي أن يقصّر من شعره أو يحلق حتى ارتحل من منى، قال: يرجع إلى منى حتى يلقي شعره بها حلقة كان أو تقصيرا) ٤.

و أما مع عدم التمكن من الرجوع حلق مكانه أو قصّر بلا خلاف و لا إشكال لسقوط التكليف بالرجوع المشروط بالقدره المنتفيه بحسب الفرض.

(٦) ذهب الشيخ في النهايه و المحقق في الشرائع إلى أن بعث الشعر إلى منى واجب، لصحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحلق رأسه بمكه، قال: يردّ الشعر إلى منى) (٤)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زار البيت و لم يحلق رأسه، قال: يحلق بمكه و يحمل شعره إلى منى و ليس عليه شيء) ٦.

ص: ٥٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب التقصير حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٤ و ١.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١ و ٧.

فيهما (١) من غير تلازم، فلو اقتصر على أحدهما تأدت سنته خاصة.

(و يمرّ فاقد الشعر موسى على رأسه) (٢) مستحبا إن وجد ما يقصّر -و عن المحقق في النافع و العلامه في المنتهى أنه مستحب جمعا بين ما تقدم و بين خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل ينسى أن يحلق رأسه حتى ارتحل من منى، فقال: ما يعجبني أن يلقي شعره إلا بمنى) (١)، و لأنه مختص بحال النسيان استوجه العلامه في المختلف وجوب بعث الشعر إلى منى إن كان خروجه عمدا، و استحبابه إذا كان الخروج على جهه النسيان، و هو ضعيف السند فلا يصلح لمعارضه ما دل على وجوب البعث.

و أما دفن الشعر بمنى فقد قطع الأكثر باستحبابه، و أوجه الحلبي، و المستند صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان على بن الحسين عليه السّلام يدفن شعره في فسطاطه بمنى و يقول: كانوا يستحبون ذلك) ٢، فإذا استحَب دفنه لمن كان في منى فهو مستحب لمن كان خارجها.

(١) في البعث و الدفن.

(٢) لا خلاف في سقوط الحلق على من ليس في رأسه شعر لعدم موضوعه، و إنما اختلفوا في أن إمرار موسى على رأسه واجب أو مستحب، فذهب الأ-كثر إلى الاستحباب، و نقل العلامه في التذكرة الوجوب عن أبي حنيفة و مال إليه، و ذهب المحقق و الشهيد الثانيان إلى أنه من حلق في إحرام العمره فيجب عليه الإمرار في إحرام الحج، و أما الأقرع فيستحب له الإمرار.

و الاصل في هذه المسأله ما رواه الشيخ عن زواره (إن رجلا من أهل خراسان قد حاجا و كان أقرع الرأس لا يحسن أن يلبي فاستفتى له أبو عبد الله عليه السّلام، فأمر أن يلبي و يمرّ موسى على رأسه، فإن ذلك يجزى عنه) (٢)، و الخبر ضعيف لاشتمال سنده على ياسين الضرير و هو مجهول، فلا يصلح لإثبات الوجوب.

و استدلل للوجوب من أن ذا الشعر يجب عليه إزالة الشعر و إمرار موسى على رأسه فلا يسقط الأخير بفوات الأول و هو ضعيف جدا لأن الواجب من الإمرار ما يكون في ضمن الحلق لا مطلقا، و المفروض عدم الحلق لعدم موضوعه، و أما التفصيل بين من حلق في إحرام العمره فيجب الإمرار و بين الأقرع فيستحق فقد ذكر الشارح في المسالك

ص: ٥٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ٣.

منه (١) غيره (٢)، و إلا- وجوبا، و لا- يجزى الإمرار مع إمكان التقصير لأنه (٣) بدل عن الحلق اضطرارى، و التقصير قسيم اختياري، و لا يعقل أجزاء الاضطرارى مع القدره على الاختياري. و ربما قيل: بوجوب الإمرار على من حلق فى إحرام العمره و إن وجب عليه التقصير من غيره (٤) لتقصيره بفعل المحرم (٥).

فى تقديم مناسك منى على طواف الحج

(و يجب تقديم مناسك منى) الثلاثه (على طواف الحج (٦) فلو أخرها) عنه -بوجود روايه تدل على هذا التفصيل و أن العمل بها أولى، و قال فى المدارك (و لم نقف عليها فى شىء من الأصول و لا نقلها غيره).

(١) كالظفر و شعر الذقن.

(٢) أى غير الرأس.

(٣) أى الإمرار.

(٤) من غير الرأس.

(٥) و هو الحلق فى عمره المتمتع.

(٦) و على السعى بلا- خلاف فيه، و قال فى المدارك (لا ريب فى وجوب تقديم الحلق أو التقصير على زياره البيت للتأسى و الأخبار الكثيره)، و قال فى الجواهر بالنسبه لهذا الكلام (و لعل مراده ما تسمعه من النصوص الآمره بإعادته للناسى أو مطلقا، و بالشاه للعالم).

و الصور ثلاث، الأولى: أن يكون عالما بالحكم و قد أتى بالطواف قبل المناسك عامدا عالما، فيبطل الطواف و عليه إعادته بعد المناسك و عليه شاه، لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل زار البيت قبل أن يحلق، فقال: إن كان زار البيت قبل أن يحلق، و هو عالم أن ذلك لا ينبغى، فإن عليه دم شاه) (١)، و أما إعادته الطواف لأنه وقع منهيا عنه فيقع فاسدا.

الصوره الثانيه: أن يكون ناسيا فالمعروف من مذهب الأصحاب إعادته الطواف فقط بعد الحلق، لإطلاق صحيح على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن المرأه رمت و ذبحت و لم تقصر حتى زارت البيت فطافت وسعت من الليل، ما حالها، و ما حال الرجل إذا فعل ذلك؟ قال: لا بأس به، يقصر و يطوف للحج ثم يطوف للزياره، ثم قد أحلّ من كل شىء) (٢)، و لا دم عليه كما هو صريح الخبر و هو مما لا خلاف فيه، فقول المحقق فى الشرائع (على الأظهر) الدال على وجود خلاف ليس فى محله، و لذا قال فى المدارك

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الحلق و التفسير حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحلق و التفسير حديث ١.

(عامدا فشا، و لا شىء على الناسى، و يعيد الطواف) كل منهما العامد اتفاقا، و الناسى على الأقوى. و فى الحاق الجاهل بالعامد و الناسى قولان، أجودهما الثانى فى نفي الكفاره، و وجوب الإعادة، و إن فارقه فى التقصير (١)، و لو قدم السعى (٢) أعاده أيضا على الأقوى (٣) و لو قدم الطواف أو هما (٤) على التقصير فكذلك (٥)، و لو قدمه (٦) على الذبح، أو الرمي ففى الحاقه بتقديمه (٧) على التقصير خاصه وجهان. أجودهما ذلك (٨). هذا كله فى غير ما استثنى سابقا من تقديم المتمتع - (و مقتضى كلام المصنف تحقق الخلاف فى المسأله و لم أقف على مصرح به).

الصوره الثالثه: أن يكون جاهلا- فلا- دم عليه لأصالة البراءه، و قد وقع الخلاف فى إعاده الطواف، فعن الشارح فى المسالك أنه تجب الإعادة لإطلاق صحيح على بن يقطين المتقدم فيكون حكمه حكم الناسى، و عن الصدوق عدم وجوب الإعادة لصحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يزور البيت قبل أن يحلق فقال: لا ينبغي إلا أن يكون ناسيا، ثم قال: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أتاه أناس يوم النحر فقال بعضهم: يا رسول الله حلقت قبل أن أذبح، و قال بعضهم: حلقت قبل أن أرمى، فلم يتركوا شيئا كان ينبغي لهم أن يؤخروه إلا قدموه، فقال: لا حرج) (١)، و هو غير صريح فى نفي وجوب الإعادة.

(١) أى أن حكم الجاهل حكم الناسى غير أن الجاهل مقصّر مذنب لتركه التعلم بخلاف الناسى.

(٢) قدمه على مناسك منى، أعاده لتوقف الامتثال عليه لأن الأمر بالسعى بعد الحلق و التقصير.

(٣) لم أجد من تعرض لهذا الفرع فى الكتب الفقيهيه الجامعه.

(٤) أى الطواف و السعى.

(٥) أى يعيد و هو مورد الأخبار المتقدمه.

(٦) أى الطواف.

(٧) أى بتقديم الطواف على التقصير كما هو مورد الأخبار المتقدمه.

(٨) أى الإلحاق للأولويه لما فى المسالك و المدارك و غيرهما. لأن من قدم الطواف على الذبح يصدق عليه أنه قدمه على التقصير فيكون مشمولا للأخبار المتقدمه.

ص: ٥٠٧

لهما (١) اضطرارا و قسيميه (٢) مطلقا (٣).

بالحلق يتحلل من كل ما حرّم إلا من النساء والطيب والصيد

(و بالحلق) بعد الرمي و الذبح (يتحلل) من كل ما حرّمه الإحرام، (إلا من النساء و الطيب و الصيد) (٤) و لو قدمه عليهما (٥)، أو وسّطه بينهما، ففي تحلله به (٦) أو توقفه على الثلاثة (٧) قولان، أجمدهما الثاني، (فإذا طاف) طواف الحج، (١) للطواف و السعي.

(٢) من القران و الافراد.

(٣) اضطرارا أو اختيارا.

(٤) نسب إلى الأ-كثر بل إلى المشهور، و عن المنتهى نسبه إلى علمائنا، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا ذبح الرجل و حلق فقد أحلّ من كل شيء أحرم منه إلا النساء و الطيب، فإذا زار البيت و طاف و سعى بين الصفا و المروه فقد أحلّ من كل شيء أحرم منه إلا الصيد) (١)، و المراد منه الصيد الحرمي لا الإحرامى كما هو واضح، و خبر عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (اعلم أنك إذا حلقت رأسك فقد حلّ لك كل شيء إلا النساء و الطيب) ٢.

و عن الشيخ في التهذيب أنه يحل له كل شيء ما عدا النساء و الطيب فقط، و صحيح معاوية المتقدم يدفعه، و عن الصدوقين أنه بالرمي يتحلل من كل شيء إلا من الطيب و النساء و يشهد له خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (إذا رميت جمره العقبه فقد حلّ لك كل شيء حرم عليك إلا النساء) (٢)، و هي محموله على من حلق و طاف جمعا بين الأخبار.

(٥) أى هل يثبت التحلل بعد الحلق مطلقا أو لا يثبت بعده إلا بإكمال الثلاثة التي هي مناسك منى، ذهب الشيخ و ابن الجنيد و الفاضلان و سيد المدارك و جماعه إلى أن التحلل لا يثبت بعد الحلق إلا بعد إكمال الثلاثة، و هذا ما دل عليه صحيح معاوية المتقدم و عن المقنع و التحرير و المنتهى و كشف اللثام عدم اشتراط إكمال الثلاثة، و قال صاحب الجواهر (و إن كان محجوجا بما عرفت).

(٦) بالحلق.

(٧) أى توقف التحلل على إكمال الثلاثة.

ص: ٥٠٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١١.

(و سعى) سعيه (حل الطيب) (١)، وقيل: يحل بالطواف خاصه، و الأول أقوى للخبر الصحيح.

هذا إذا أخرج الطواف و السعى عن الوقوفين. أما لو قدمهما (٢) على أحد الوجهين (٣) ففي حله من حين فعلهما، أو توقفه على أفعال منى وجهان. و قطع المصنف فى الدروس بالثانى و بقى من المحرمات النساء و الصيد (فإذا طاف النساء حللن له) إن كان رجلا (٤)، و لو كان صبيا (٥) فالظاهر أنه كذلك من حيث (١) على المشهور، لصحيح معاوية بن عمار المتقدم، و مثله غيره، و عن النافع و القواعد و المبسوط و الانتصار أنه بعد الطواف خاصه، لخبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كنت متمتعا فلا تقربن شيئا فيه صفره حتى تطوف بالبيت) (١)، و هو لا يقاوم الطائفه الأولى.

(٢) قال سيد المدارك: (و إنما يحل الطيب بالطواف و السعى إذا تأخر عن الموقوفين و مناسك منى، أما مع التقديم كما فى القارن و المفرد مطلقا، و المتمتع مع الاضطرار، فالأصح عدم حله بذلك، بل يتوقف على الحلق المتأخر عن باقى المناسك، تمسكا باستصحاب حكم الإحرام إلى أن يثبت المحلل، و التفاتا إلى إمكان كون المحلل هو المركب من الطواف و السعى و ما قبلهما من الأفعال، بمعنى كون السعى آخر العله، و ذهب بعض الأصحاب إلى حل الطيب بالطواف و إن تقدم، و استوجهه الشارح قدس سره و هو ضعيف).

(٣) و هما اضطرارا فى التمتع، و مطلقا فى القران و الافراد.

(٤) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار المتقدم، و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (ثم أخرج إلى الصفا فاصعد عليه و اصنع كما صنعت يوم دخلت مكة، ثم ائت بالمروه فاصعد عليها و طف بينهما سبعة أشواط، فتبدأ بالصفا و تختم بالمروه، فإذا فعلت ذلك فقد أحللت من كل شيء أحرمت منه إلا النساء، ثم ارجع إلى البيت و طف به اسبوعا آخر ثم تصلى ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السلام، ثم قد أحللت من كل شيء و فرغت من حجك كله، و كل شيء أحرمت منه) (٢)، و هو ظاهر فى الرجل.

(٥) صرح بعضهم بحرمة النساء على المميّز لو ترك طواف النساء، بل ادعى العلامة عليه-

ص: ٥٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب تروك الاحرام حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زياره البيت حديث ١.

الخطاب الوضعي و إن لم يحرم عليه حينئذ فيحرم بعد البلوغ بدونه إلى أن يأتي به.

و أما المرأة فلا إشكال في تحريم الرجال عليها بالإحرام، و إنما الشك في المحلل. و الأقوى أنها كالرجل (١)، و لو قدّم طواف النساء على الوقوفين ففي -الاجماع و قال في الجواهر: (لا إشكال في الحل إذا لم يتركه، إذ كما أن إحرامه يصلح سببا للحرمه الشرعيه أو مطلقا فكذا طوافه يصلح سببا للحل).

و أما غير المميّز فكذلك كما عن جماعه، و عن بعضهم العدم لعدم شرعيه إحرامه لكون فعله تمرينيا، و هو ضعيف.

(١) كما صرح به علي بن بابويه في رساله و غير واحد من المتأخرين لقاعده الاشتراك، و لصحيح جماعه - و هم العلاء بن صبيح و عبد الرحمن بن الحجاج و علي بن رثاب و عبد الله بن صالح - عن أبي عبد الله عليه السّلام (المرأة المتمتعه إذا قدمت مكة ثم حاضت - إلى أن قال - ثم خرجت إلى منى فإذا قضت المناسك و زارت بالبيت، طافت بالبيت طوافا لعمرتها ثم طافت طوافا للحج، ثم خرجت فسعت، فإذا فعلت ذلك فقد أحلت من كل شيء يحلّ منه المحرم إلا فراش زوجها، فإذا طافت طوافا آخر حلّ لها فراش زوجها) (١)، و خبر عجلان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث (فإذا قدمت مكة طافت بالبيت طوافين ثم سعت بين الصفا و المروه، فإذا فعلت ذلك فقد حلّ لها كل شيء ما خلا فراش زوجها) ٢، و صحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الخصيان و المرأة الكبيّره عليهم طواف النساء؟ قال: نعم عليهم الطواف كلهم) (٢)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (لو لا ما منّ الله به على الناس من طواف الوداع لرجعوا إلى منازلهم، و لا ينبغي لهم أن يمّسوا نسائهم، يعني لا تحل لهم النساء حتى يرجع فيطوف بالبيت اسبوعا آخر بعد ما يسعى بين الصفا و المروه، و ذلك على الرجال و النساء واجب) ٤.

و عن القواعد و المختلف التوقف فيه لعدم الدليل، بل الشارح في المسالك استوجهه نظرا إلى أن الأخبار الداله على حلّ الجميع ما عدا الطيب و النساء بالحلّ شامل للمرأة، و لازمه أن حل الرجال لهنّ يكون قد تحقق بالحلّ، و فيه: إن هذه الأخبار مخصوصه بالرجل و تستفاد أحكام النساء من أدله أخرى كالأخبار الخاصه أو قاعده الاشتراك، و كلاهما موجود.

ص: ٥١٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الطواف حديث ١ و ٣.

حلهن به، أو توقفه على بقيه المناسك الوجهان (١)، و لا- يتوقف المحلل على صلاه الطواف عملا بالإطلاق (٢)، و بقی حکم الصيد (٣) غير معلوم من العبارة و كثير من غيرها و الأقوى حلّ الإحرامى منه بطواف النساء.

يكره له لبس المخيط قبل طواف الزيارة

(و يكره له لبس المخيط قبل طواف الزيارة) و هو طواف الحج، و قبل السعى أيضا (٤)، و كذا يكره تغطيه الرأس، و الطيب حتى يطوف للنساء (٥).

(١) قال في المسالك (لو قدم الحاج طواف النساء حيث يسوّغ له ذلك، ففي حلهن بفعله أو توقفه على الحلق أو التقصير نظر من تعليق الحل عليه مطلقا، و من إمكان كون الحل هو المركب من الأفعال السابقه) و قد عرفت أن الثاني هو المنصرف من الأخبار.

(٢) بإطلاق الأخبار و قد تقدم بعضها كصحيح معاوية بن عمار.

(٣) قال في المسالك: (فبقي الصيد غير معلوم من العبارة، و شاركها في ذلك أكثر العبارات تبعا لإطلاق النصوص، و في حكمه حينئذ خلاف، فذكر العلامة أنه يحلّ بطواف النساء، و ذكر أنه مذهب علمائنا و تبعه عليه المتأخرون، و روى الصدوق تحريم الصيد بعد طواف النساء، و صرح ابن الجنيد بتحريم الصيد أيام منى و إن أحلّ، و المختار الأول، هذا كله حكم الصيد الذى حرّمه الإحرام، و أما الذى حرم بالحرم فهو باق ما دام فيه)، و عن البعض و مال إليه فى الجواهر أن الصيد يحلّ بالحلق لإطلاق الأخبار السابقه التى أحلت كل شىء و منه الصيد إلا النساء و الطيب بعد الحلق.

(٤) لخبر إدريس القمى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن مولى لنا تمتع فلما حلق لبس الثياب قبل أن يزور البيت، فقال: بئس ما صنع، فقلت: أ عليه شىء؟ قال: لا، قلت: فإنى رأيت ابن أبى سماك يسعى بين الصفا و المروه و عليه خفان و قباء و منطقه، فقال: بئس ما صنع، قلت: أ عليه شىء؟ قال: لا) (١)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تمتع بالعمرة فوقف بعرفه و وقف بالمشعر و رمى الجمره و ذبح و حلق، أ يغطى رأسه؟ فقال: لا- حتى يطوف بالبيت و بالصفا و المروه، قيل له: فإن كان فعل، قال: ما أرى عليه شيئا) ٢، و صحيح ابن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان متمتعا فوقف بعرفات و بالمشعر و ذبح و حلق فقال: لا يغطى رأسه حتى يطوف بالبيت و بالصفا و المروه، فإن أبى عليه السّلام كان يكره ذلك و ينهى عنه، فقلنا: فإن كان فعل؟ فقال: ما أرى عليه شيئا) ٣، و هذه الأخبار محمولة على الكراهه جمعا بينها و بين الأخبار التى دلت على أنه قد حل له كل شىء بالحلق ما عدا النساء و الطيب.

(٥) لصحيح محمد بن إسماعيل (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام: هل يجوز للمحرم-

ص: ٥١١

(القول في العود إلى مكة للطوافين و السعى)

في أنه يستحب تعجيل العود من يوم النحر

(يستحب تعجيل العود من يوم النحر) متى فرغ من مناسك منى (إلى مكة) ليومه (١)، (و يجوز تأخيره إلى الغد (٢)، ثم يأثم المتمتع) إن أخره (بعده) في المشهور (٣)...

-المتمتع أن يمَسَّ الطيب قبل أن يطوف طواف النساء؟ قال: لا(١)، و هي محمولة على الكراهة جمعا بينه و بين ما دل على حل الطيب بعد طواف الزيارة.

(١) لموثق إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السَّلام عن زياره البيت تؤخر إلى اليوم الثالث، قال: تعجيلها أحبَّ إليّ، و ليس به بأس إن أخره)(٢).

(٢) للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المتمتع متى يزور البيت؟ قال: يوم النحر أو من الغد و لا يؤخر، و المفرد و القارن ليسا بسواء موسع عليهما)٣، و لكن يكره له التأخير لصحيح معاوية بن عمار الآخر عن أبي عبد الله عليه السَّلام (في زياره البيت يوم النحر، قال: زره، فإن شغلت فلا يضررك أن تزور البيت من الغد، و لا تؤخر أن تزور من يومك، فإنه يكره للمتمتع أن يؤخر، و موسع للمفرد أن يؤخره)(٣)، و صحيح عمران الحلبي عن أبي عبد الله عليه السَّلام (ينبغي للمتمتع أن يزور البيت يوم النحر أو من ليلته و لا يؤخر ذلك اليوم)٥.

(٣) لظاهر النهي في الأخبار المتقدمه، و عن ابن إدريس الكراهه و أنه يجوز تأخيره طول ذى الحجه، و نسبه في المدارك إلى الاستبصار و المختلف و سائر المتأخرين أيضا جمعا بين ما تقدم و بين صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السَّلام (لا بأس بأن يؤخر زياره البيت إلى يوم النفر، إنما يستحب تعجيل ذلك مخافه الأحداث و المعارض)٦، و صحيح عبيد الله الحلبي عن أبي عبد الله عليه السَّلام (سألته عن رجل نسي أن يزور البيت حتى أصبح، فقال:

لا- بأس، أنا ربما أخرته حتى تذهب أيام التشريق و لكن لا يقرب النساء و الطيب)٧، و قريب منه صحيح هشام بن الحكم أو سالم٨، و أجاب البعض بحملها على القارن و المفرد، و هو بعيد جدا خصوصا ما وقع من تأخير المعصوم عليه السَّلام بعد الالتفات إلى أن حجه حج تمتع، نعم لا يجوز التأخير عن ذى الحجه لما تقدم من أن ذى الحجه من أشهر

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الحلق و التقصير حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زياره البيت حديث ١٠ و ٨.

٣- ((٨-٧-٦-٥-٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زياره البيت حديث ١ و ٧ و ٩ و ٢ و ٣.

أما القارن و المفرد فيجوز لهما تأخيرهما طول ذى الحجه (١) لا عنه،(وقيل: لا أثم) على المتمتع فى تأخيره عن الغد،(و يجزئ طول ذى الحجه) كقسيميه. و هو الأقوى لدلاله الأخبار الصحيحه عليه، و اختاره المصنف فى الدروس و على القول بالمنع لا يقدر التأخير فى الصحه و إن أثم (٢).

فى كيفية أعمال مكه

(و كيفية الجميع (٣) كما مر) فى الواجبات و المندوبات، حتى فى سنن دخول مكه من الغسل، و الدعاء، و غير ذلك (٤) و يجزئ الغسل بمنى (٥)، بل غسل النهار ليومه، و الليل لليلته ما لم يحدث فيعبده (٦)(غير أنه هنا ينوى بها) أى بهذه -الحج، و قال تعالى: أَلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ (١) فيجوز إيقاع أفعاله فيه مطلقاً إلا ما خرج بالدليل.

(١) بعد كونه من أشهر الحج كما عرفت مضافاً إلى صحيح معاويه المتقدم (فإنه يكره للمتمتع أن يؤخر، و موسع للمفرد أن يؤخره) (٢)، و صحيحه الآخر المتقدم (و المفرد و القارن ليسا بسواء، موسع عليهما) ٣.

(٢) لمخالفه النهى المدعى، و عدم البطلان لوقوعه فى ذى الحجه و هو من أشهر الحج.

(٣) من الطوافين و السعى.

(٤) فى صحيح عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثم احلق رأسك و اغتسل و قلّم أظفارك و خذ من شاربك و زر البيت، و طف اسبوعاً تفعل كما صنعت يوم قدمت مكه) (٣).

(٥) لخبر الحسين بن أبى العلاء عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الغسل إذا زرت البيت من منى، فقال: أنا اغتسل بمنى ثم أزور البيت) (٤).

(٦) لصحيح عبد الرحمن (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل يغتسل للزياره ثم ينام أو يتوضأ قبل أن يزور؟ قال: يعيد غسله) ٦، و موثق إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن غسل الزياره يغتسل الرجل بالليل و يزور بالليل بغسل واحد، أى يجزيه ذلك؟ قال: يجزيه ما لم يحدث ما يوجب وضوءاً، فإن أحدث فليعد غسله بالليل) (٥) -

ص: ٥١٣

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب زياره البيت حديث ١ و ٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب زياره البيت حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب زياره البيت حديث ١ و ٤.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب زياره البيت حديث ٣.

المناسك (١) (الحج) أى كونها مناسكه، فينوى طواف حج الإسلام حج التمتع، أو غيرهما من الافراد، مراعيًا للترتيب، فيبدأ بطواف الحج، ثم بركعتيه، ثم السعى، ثم طواف النساء، ثم ركعتيه (٢).

القول فى العود إلى منى

فى أعمال منى بعد مكة

(القول فى العود إلى منى) (و يجب بعد قضاء مناسكه بمنى العود إليها) هكذا الموجود فى النسخ.

و الظاهر أن يقال: بعد قضاء مناسكه بمكة العود إلى منى، لأن مناسك مكة -و خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن غسل الزيارة يغتسل بالنهار و يزور بالليل بغسل واحد، قال: يجزيه إن لم يحدث، فإن أحدث ما يوجب وضوء - كذا - فليعد غسله) (١) ، و الأخير ظاهر فى أجزاء غسل النهار لليوم و الليله.

(١) من الطوافين و السعى.

(٢) فى صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (فإذا أتيت البيت يوم النحر فقم على باب المسجد قلت: اللهم أعنى على نسكى و سلمنى له، و سلمه لى، أسألك مسأله العليل الذليل المعترف بذنبه أن تغفر لى ذنوبى، و أن ترجعنى بحاجتى، اللهم إنى عبدك و البلد بلدك و البيت بيتك، جئت أطلب رحمتك و أؤم طاعتك، متبعاً لأمرك راضياً بقدرك، أسألك مسأله المضطر إليك المطيع لأمرك المشفق من عذابك الخائف لعقوبتك، أن تبلغنى عفوك و تجيرنى من النار برحمتك، ثم تأتى الحجر الأسود فتستلمه و تقبله، فإن لم تستطع فاستقبله و كبر، و قل كما قلت حين طفت بالبيت يوم قدمت مكة، ثم طف بالبيت سبعة أشواط كما وضعت لك يوم قدمت مكة، ثم صل عند مقام إبراهيم عليه السلام ركعتين، تقرأ فيهما بقل هو الله و قل يا أيها الكافرون، ثم ارجع إلى الحجر الأسود فقبله إن استطعت و استقبله و كبر، ثم اخرج إلى الصفا فاصعد عليه و أضع كما صنعت يوم دخلت مكة، ثم ائت المروه فاصعد عليها و طف بينهما سبعة أشواط تبدأ بالصفا و تختتم بالمروه، فإذا فعلت ذلك فقد أحللت من كل شىء أحرمت منه إلا النساء، ثم ارجع إلى البيت و طف به اسبوعاً آخر، ثم تصلى ركعتين عند مقام إبراهيم عليه السلام، ثم قد أحللت من كل شىء، و فرغت من حجك كله و كل شىء أحرمت منه). (٢)

ص: ٥١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب زياره البيت حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب زياره البيت حديث ١.

متخلله بين مناسك منى أولا و آخراً. ولا يحسن تخصيص مناسك منى مع أن بعدها (١) ما هو أقوى (٢)، و ما ذكرناه عبارته الدروس و غيرها، و الأمر سهل.

و كيف كان فيجب العود إلى منى إن كان خرج منها (للمبيت بها ليلاً) (٣) ليلتين، أو ثلاثاً كما سيأتى تفصيله، مقروناً بالنية (٤) المشتملة على قصده في النسك المعين بالقربه بعد تحقق الغروب، و لو تركها (٥) ففي كونه كمن لم يبيت، أو يأتى خاصة مع التعمد وجهان: من تعليق (٦) وجوب الشاه على من لم يبيت، و هو حاصل بدون النية، و من عدم (٧) الاعتداد به شرعاً بدونها، و رمى الجمرات الثلاث (نهاراً) في كل يوم (٨) يجب مبيت ليلته.

(١) و هو مناسك مكة.

(٢) لأن العود بعدها ذاتاً، بخلاف العود بعد مناسك منى الأوليه فإن العدد بعدها و بعد مناسك مكة.

(٣) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تبت ليالى التشريق إلا بمنى) (١)، و خبر مالك بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام (إن العباس استأذن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يبيت بمكة ليالى منى، فأذن له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من أجل سقايه الحاج) (٢)، و نقل عن الشيخ فى التبيان استحباب المبيت و هو نادر كما فى المدارك.

(٤) قال فى الجواهر (فتجب فيه النية التى هى الأصل فى كل مأمور به، و قد نص عليه فى الدروس و غيرها)، و هذا بناء على أصالة التعبدى فى كل واجب و هو ضعيف، نعم إن قام إجماع على اشتراط النية أو قيل بأن المبيت جزء من الحج العبادى فتجب فيه النية لأنه عبادى لأمكن المصير إلى اشتراطها.

(٥) أى النية، قال فى الجواهر: (فإن أخلّ بالنية عمداً أثم، و فى الفديه وجهان كما فى المسالك، بل نفى فيها البعد من عدم الفديه، و لعله للأصل و عدم معلوميه شمول إطلاق ما دل على لزوم الفديه بترك المبيت لمثله، لانصرافه بحكم التبادر إلى الترك الحقيقى لا الحكمى).

(٦) تعليل لعدم وجوب الفديه.

(٧) تعليل لوجوب الفديه.

(٨) بلا خلاف فيه، للأخبار التى سيأتى ذكر بعضها.

ص: ٥١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢١.

(و لوباء بغيرها فعن كل ليله شاه) (١)، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين المختار، و المضطر فى وجوب الفديه، و هو ظاهر الفتوى و النص (٢)، و إن جاز مريض، و يحتمل سقوط الفديه عنه، و ربما بنى الوجهان (٣) على أن الشاه هل هى كفاره (٤)، أو فديه و جبران (٥) فتسقط على الأول دون الثانى، أما الرعا و أهل سقايه العباس فقد رخص لهم فى ترك المبيت من غير فديه (٦).

و لا فرق فى وجوبها بين مبيته بغيرها (٧) لعباده و غيرها (إلا أن يبيت بمكه مشتغلا بالعباده) (٨)...

(١) هذا الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب كما فى المدارك، للأخبار منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه عليهم السلام (عن رجل بات بمكه فى لىالى منى حتى أصبح، قال: إن كان أتاها نهارا فبات فيها حتى أصبح فعليه دم يهريقه) (١).

(٢) قال فى الجواهر: (ثم إن إطلاق النص و الفتوى يقتضى ما صرح به بعض من عدم الفرق فى ذلك بين الجاهل و الناسى و المضطر و غيرهم)، و عن بعض الحواشى المنسوبة إلى شيخنا الشهيد كما فى جامع المقاصد و المدارك أن الجاهل لا شىء عليه، و فى المدارك:

(و فى سقوطها - أى الفديه - عن المضطر و جهان، اظهرهما ذلك، تمسكا بمقتضى الأصل، و التفاتا إلى انتفاء العموم فى الأخبار المتضمنه للفديه على وجه يتناول المضطر، و أن الظاهر كون الفديه كفاره عن ترك الواجب، و هو منتف هنا).

(٣) من وجوب الفديه المضطر و سقوطها عنه.

(٤) أى كفاره لترك الواجب، و هو ساقط عن المضطر.

(٥) أى بدل عن المبيت، و هو يشمل المضطر، و لكن قد عرفت من قال بثبوت الفديه للمفطر إنما قال به تمسكا بعموم الأخبار المدعى، و من قال بالعدم إنما قال به لعدم العموم مع جريان الأصل لنفيها.

(٦) أما السقايه فقد تقدم خبر مالك بن أعين (٢) المتضمن للرخصه، و لا خصوصيه للباس بل يشمل كل عامل على السقايه، و أما الرعا فقد قال فى الجواهر (و فحوى الرخصه للرعا و السقايه فإن العامه روت ترخصهم)، و عن الخلاف و المنتهى نفى الخلاف فيه.

(٧) بغير منى.

(٨) على المشهور، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل -

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢١.

الواجبه، أو المندوبه (١) مع استيعابه الليله بها (٢) إلا- ما يضطر إليه من أكل، و شرب، و قضاء حاجه، و نوم يغلب عليه، و من أهم العباده الاشتغال بالطواف و السعى (٣)، لكن لو فرغ منهما قبل الفجر و جب عليه إكماله (٤) بما شاء من العباده (٥). و فى جواز رجوعه بعده (٦) إلى منى ليلا (٧) نظر: من استلزامه فوات جزء من الليل بغير أحد الوصفين، أعنى المبيت بمنى و بمكه متعبدا، و من أنه تشاغل بالواجب و يظهر من الدروس جوازه و إن علم أنه لا يدرك منى إلا بعد انتصاف الليل.

و يشكل بأن مطلق التشاغل بالواجب غير مجوز.

-زار البيت فلم يزل فى طوافه و دعائه و السعى و الدعاء حتى طلع الفجر، قال: ليس عليه شىء، كان فى طاعه الله عز و جل(١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (إذا فرغت من طوافك للحج و طواف النساء فلا- تبيت إلا- بمنى، إلا أن يكون شغلك فى نسكك)٢.

و أوجب ابن إدريس الدم على المشتغل بمكه بالعباده للعموم و لكنه ضعيف بما سمعت من الأخبار.

(١) لعموم الأخبار المتقدمه.

(٢) بالعباده كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه و قد نص عليه الشهيدان فى الدروس و المسالك، و يستثنى من ذلك ما يضطر إليه من غداء أو شرب أو نوم يغلب عليه حملا للنصوص على الغالب.

(٣) كما يقتضيه صحيح معاويه بن عمار المتقدم.

(٤) أى إكمال الليله.

(٥) بناء على استيعاب الليله بالعباده.

(٦) أى بعد الطواف و السعى.

(٧) و إن علم أنه لا يدركها قبل الانتصاف فيجوز كما صرح به غير واحد - كما فى الجواهر، للأخبار منها: صحيح صفوان عن أبى الحسن عليه السّلام (و ما أحب أن ينشق الفجر له إلا و هو بمنى) (٢)، و صحيح العيص عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن زار بالنهار أو عشاء فلا ينفجر الصبح إلا و هو بمنى)٤.

ص: ٥١٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ١٣ و ١ .

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٥ و ٤ .

(و يكفى) فى وجوب المييت بمنى (أن يتجاوز) الكون بها (نصف الليل) (١) فله الخروج بعده منها و لو إلى مكة،

فى الترتيب بين الجمرات

(و يجب فى الرمي الترتيب) بين الجمرات الثلاث (يبدأ بالأولى) و هى أقربها إلى المشعر تلى مسجد الخيف (ثم الوسطى، ثم جمره العقبه، و لو نكس) فقدم مؤخرا (عامدا) كان، (أو ناسيا) بطل رميه أى مجموعه من حيث هو مجموع و أما رمى الأولى فإنه صحيح. و إن تأخرت، لصيرورتها أولا، فيعيد على ما يحصل معه الترتيب. فإن كان النكس محضا كما هو الظاهر أعاد على الوسطى و جمره العقبه و هكذا (٢).

(و يحصل الترتيب بأربع حصيات) بمعنى أنه إذا رمى الجمره بأربع و انتقل (١) للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن خرجت بعد نصف الليل فلا يضررك أن تصبح فى غيرها) (١)، و خبر عبد الغفار الجازى عن أبى عبد الله عليه السلام (فإن خرج من منى بعد نصف الليل لم يضره شىء) (٢)، و قال فى الرياض: (إن ظاهر الأصحاب انحصاره فى النصف الأول فأوجبوا عليه الكون بها قبل الغروب إلى النصف الثانى، و قال الشيخ إنه لو خرج من منى بعد انتصاف الليل و لكن لا يدخل مكة حتى يطلع الفجر، و هو ضعيف كما عن المدارك).

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (ارم فى كل يوم عند زوال الشمس، و قل كما قلت حين رميت جمره العقبه، فابدأ بالجمره الأولى فارمها عن يسارها فى بطن المسيل و قل كما قلت يوم النحر، ثم قم عن يسار الطريق فاستقبل القبلة و احمد الله و أثن عليه و صلّ على النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم ثم تقدم قليلا فتدعو و تسأله أن يتقبل منك، ثم تقدم أيضا ثم افعل ذلك عند الثانية، و اصنع كما صنعت بالأولى، و تقف و تدعو الله كما دعوت، ثم تمضى إلى الثالثه و عليك السكينه و الوقار فارم و لا تقف عندها) (٣)، و الأمر بالبدأه و العطف بشم يقتضى الترتيب، و لو رماها منكوسه فيجب الإعادة بما يحصل به الترتيب، فيدل عليه صراحه صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل رمى الجمار منكوسه، قال: يعيد على الوسطى و جمره العقبه) (٤)، و مثله-

ص: ٥١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العود إلى منى حديث ١٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العود إلى منى حديث ٣.

إلى ما بعدها صح (١)، و أكمل الناقصه بعد ذلك، و إن كان أقل من أربع استأنف التاليه و فى الناقصه وجهان (٢) أجودهما الاستئناف أيضا، و كذا لو رمى الأخيره دون أربع، ثم قطعه، لوجوب الولاء (٣).

هذا كله مع الجهل، أو النسيان، أما مع العمد (٤) فيجب إعادته ما بعد التى -صحيح معاويه بن عمار (١)، و هما مطلقان يشملان العامد و الناسى، و مما يدل على الناسى خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل نسى الجمار يوم الثانى فبدأ بجمره العقبه ثم الوسطى ثم الأولى، قال: يؤخر ما رمى بما رمى، فيرمى الوسطى ثم جمره العقبه) (١).

(١) و حصل الترتيب بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل رمى الجمره الأولى بثلاث و الثانى بسبع و الثالثه بسبع، قال:

يعيد رميهن جميعا سبع سبع، قلت: فإن رمى الأول بأربع و الثانى بثلاث و الثالثه بسبع، قال: يرمى الجمره الأولى بثلاث و الثانى بسبع و يرمى الجمره العقبه بسبع، قلت: فإنه يرمى الجمره الأولى بأربع و الثانى بأربع و الثالثه بسبع قال: يعيد يرمى الأولى بثلاث و الثانى بثلاث و لا يعيد على الثالثه) (٢)، و مثله صحيحه الآخر لوارد فى الكافى ٤.

(٢) أى لو رمى جمره أقل من أربع حصيات، فما بعدها يجب رميه بسبع و إن كان قد رماها أولا، أما هذه الناقصه التى رماها بأقل من أربع فهل يجب عليه استئناف السبع عليها كما هو ظاهر المعظم و يشهد له صحيح معاويه المتقدم، أو يجب إكمال الناقص فقط كما عن القواعد و التحرير و التذكرة و المنتهى و السرائر، و ظاهر الصحيح يدفعه.

(٣) قال فى الجواهر: (نعم لو كان الناقص فى الثالثه أكملها و اكتفى به من غير فرق بين الأربع و غيرها، لعدم ترتيب عليه بعدها، و لعله لا خلاف فيه إلا ما سمعته من ابن بابويه بناء على اعتبار المولات الذى لم نجد له دليلا بالخصوص، بل ظاهر الأدله سابقا خلافا).

(٤) قال فى المدارك: (و إطلاق النص يقتضى البناء على الأربع مع العمد و الجهل و النسيان، إلا أن الشيخ و أكثر الأصحاب قيدوه بحالتى النسيان و الجهل، و صرحوا بوجوب إعادته ما بعد التى لم يكمل مع العمد مطلقا - سواء رماها بأربع أو أقل - لتحريم الانتقال إلى الجمره المتأخره قبل إكمال المتقدمه، و هو جيد إن ثبت التحريم لمكان النهى المفسد للعباده، لكن يمكن القول بالجواز تمسكا بالروايتين).

ص: ٥١٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العود إلى منى حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢ و ١.

لم تكمل مطلقاً (١)، للنهي عن الاشتغال بغيرها قبل إكمالها و إعادتها (٢) إن لم تبلغ الأربع و إلا بنى عليها و استأنف الباقي و يظهر من العبارة عدم الفرق بين العائد و غيره، و بالتفصيل قطع في الدروس.

في ما لو نسي رمى جمره

(و لو نسي) رمى (جمره أعاد على الجميع، إن لم تتعين)، لجواز كونها الأولى فتبطل الأخيرتان (٣)، (و لو نسي حصاه) واحده و اشتبه الناقص من الجمرات (٤) (رماها على الجميع)، لحصول الترتيب بإكمال الأربع، و كذا لو نسي اثنتين و ثلاثاً، و لا يجب الترتيب هنا (٥)، لأن الفأث من واحده و وجوب الباقي من باب المقدمه، كوجوب ثلاث فرائض عن واحده مشتبهه من الخمس (٦).

نعم لو فاته من كل جمره واحده، أو اثنتان، أو ثلاث و جب الترتيب (٧) لتعدد الرمي بالأصالة، و لو فاته ما دون أربع و شك في كونه من واحده، أو اثنتين، أو ثلاث و جب رمى ما يحصل معه يقين البراءه مرتباً (٨) لجواز التعدد، و لو شك في أربع كذلك (٩) استأنف الجميع.

(١) سواء رماها بأربع أو أقل.

(٢) أى إعادته الأولى التي لم تكمل.

(٣) بلا خلاف فيه.

(٤) أى و جهل من أى الجمرات، فيجب رميها على الثلاث لقاعده الاشتغال مع علمه بأن كل جمره قد رماها بست و هى أزيد من أربع فيجوز البناء حينئذ.

(٥) بأن يرمى الأول ثم الوسطى ثم العقبه بحصاه واحده فلا يجب لأن الواجب رمى حصاه على جمره، و الباقي من باب المقدمه العلميه، و على كل يحصل امتثال الواجب.

(٦) بأن يعلم فوات صلاه و لم يعلم أنها ثنائيه أو ثلاثيه أو رباعيه فيأتى بالثلاث و لا يجب الترتيب بل لو أتى بالرباعيه ثم الثلاثيه ثم الثنائيه لحصل امتثال.

(٧) فيجب الترتيب في الباقي كما و جب في الجميع بالأصالة و ليس الوجوب هنا من باب المقدمه.

(٨) أى و جب عليه رمى ما فاته و هو ما دون الأربع على كل واحده من الجمرات بالترتيب لجواز أن يكون قد فاته من الأولى أو الثانيه أو الثالثه و لا يحصل اليقين بالبراءه إلا بما قلنا.

(٩) أى من واحده من الجمرات أو اثنتين أو ثلاث فيجب الاستئناف كما يقتضيه قاعده الاشتغال، لاحتمال فوات الأربع من الأولى.

في يستحب استحباب رمى الجمره الأولى عن يمينه

(و يستحب رمى) الجمره (الأولى عن يمينه) أى يمين الرامى و يسارها بالإضافة إلى المستقبل (١)،(و الدعاء) حاله الرمى و قبله بالمأثور،(و الوقوف عندها) بعد الفراغ من الرمى، مستقبل القبله، حامدا مصليا داعيا سائلا القبول،(و كذلك الثانيه) يستحب رميها عن يمينه و يسارها، واقفا بعده كذلك،(و لا يقف عند الثالثه) و هى جمره العقبه مستحبا، و لو وقف لغرض فلا بأس.

في النفر من منى

(و إذا بات بمنى ليلتين جاز له النفر فى الثانى عشر بعد الزوال) (٢)، لا قبله (١) أما يمين الرامى كما فى صحيح إسماعيل بن همام عن الرضا عليه السّلام (ترمى الجمار من بطن الوادى و تجعل كل جمره عن يمينك) (١)، و أما يسارها بأن يقف على جانب يسارها كما يدل عليه صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (ارم فى كل يوم عند زوال الشمس و قل كما قلت حين رميت جمره العقبه، فابدأ بالجمره الأولى فارمها عن يسارها فى بطن السيل و قل كما قلت يوم النحر، ثم قم عن يسار الطريق فاستقبل القبله و احمد الله و اثن عليه و صلّ على النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم، ثم تقدم قليلا فتدعو و تسأله أن يتقبل منك ثم تقدم أيضا، ثم اعمل ذلك عند الثانيه و أصنع كما صنعت بالأولى و تقف و تدعو الله كما دعوت، ثم تمضى إلى الثالثه و عليك السكينه و الوقار فارم و لا تقف عندها) (٢)، و هى الأصل لكل ما قاله الشارح فى أحكام الرمى و سنته هنا.

(٢) و هو النفر الأول لمن اجتنب النساء و الصيد فى إحرامه على المشهور، لقوله تعالى فَمَنْ تَعَجَّلَ فِي يَوْمَيْنِ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ وَمَنْ تَأَخَّرَ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ لِمَنِ اتَّقَى (٣)، بناء على كون المراد من الاتقاء فى الآيه هو اتقاء الصيد و النساء كما فى النافع و النهايه و الوسيله و المهذب، كما هو مقتضى الأخبار منها: خبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام فى قول الله عزّ و جلّ: فمن تعجل فى يومين فلا إثم عليه، و من تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى الصيد، يعنى فى إحرامه، فإن أصابه لم يكن له أن ينفر فى النفر الأول) (٤)، و خبر محمد بن المستنير عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أتى النساء فى إحرامه فليس له أن ينفر فى النفر الأول) ٥.

و المراد من اتقاء الصيد حال الإحرام قتله كما فى المسالك و المدارك، و فى كشف اللثام قتله-

ص: ٥٢١

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٢.

٣- (٣) سوره البقره الآيه: ٢٠٣.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢ و ١.

(إن كان قد اتقى الصيد و النساء) فى إحرَام الحج قطعاً، و إحرَام عمره أيضاً إن كان الحج تمتعاً على الأقوى (١). و المراد باتقاء الصيد عدم قتله، و باتقاء النساء عدم جماعهن، و فى إلحاق مقدماته و باقى المحرمات المتعلقة بهن كالعقد وجهه. و هل يفرق فيه بين العامد و غيره أوجه (٢) ثالثها الفرق بين الصيد و النساء، لثبوت -و أخذه، و فى الجواهر أن المنساق منه اصطياًده، و مراد الجميع واحد و هو القتل بالاصطياد، و المراد من اتقاء النساء جماعهن، و هو الظاهر من الإتيان فى خبر محمد بن المستنير، و أما باقى المحرمات المتعلقة بالقتل و الجماع، كالأكل بالنسبة للأول، و لمس النساء و التقبيل بالنسبة للثانى، و كذا العقد و الشهاده عليه و جهان، و الأولى عدم الإلحاق لعدم صدق الصيد و الإتيان الواردين فى الخبرين على ما ذكر، ثم إن العلامه فى المختلف حكى عن أبى الصلاح الحلبي قولاً بعدم جواز النفر فى الأولى للصروره، و قال عنه فى المدارك (لم نقف على مستنده)، و عن ابن إدريس أنه يجوز النفر الأول لمن اتقى فى إحرَامه كل محذور يوجب الكفاره، و لعل مستنده - كما فى المدارك - خبر سلام بن المستنير عن أبى جعفر عليه السّلام عن قول الله عزّ و جلّ: و من تأخر فلا إثم عليه و لمن اتقى، قال عليه السّلام: (لمن اتقى الرفث و الفسوق و الجدال و ما حرم الله عليه فى إحرَامه) (١)، و هى ضعيفه بجهاله الراوى مع عدم الجابر فلا تصلح لمعارضه ما تقدم، و ذهب ابن سعيد إلى أنه يجوز النفر لمن اتقى كل ما حرّمه الله عليه أوجب الكفاره أو لا، لهذا الخبر و قد عرفت ما فيه.

هذا و النفر الأول بعد الزوال، بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أردت أن تنفر فى يومين فليس لك أن تنفر حتى تزول الشمس، و إن تأخرت إلى آخر أيام التشريق و هو يوم النفر الأخير فلا شىء عليك أى ساعه نفرت و رميت، قبل الزوال أو بعده) (٢).

(١) قال فى المدارك: (و قد نص الأصحاب على أن الاتقاء معتبر فى إحرَام الحج، و قوَى الشارح اعتباره فى عمره التمتع لارتباطها بالحج و دخولها فيه، و المسأله قويه الإشكال و الله تعالى اعلم بحقيقه الحال).

(٢) قال فى المسالك: (و هل يفرّق بين العامد و الناسى و الجاهل فى ذلك نظر، من العموم، و عدم وجوب الكفاره على الناسى فى غير الصيد و عدم مؤاخذته فيه، و يمكن الفرق بين الصيد فيثبت الحكم فيه مطلقاً بخلاف غيره).

ص: ٥٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العود إلى منى حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العود إلى منى حديث ٣.

الكفاره فيه مطلقا (١)، دون غيره، (و لم تغرب عليه الشمس ليله الثالث عشر بمنى) (٢).

(و إلا) يجتمع الأمران الاتقاء، و عدم الغروب، سواء انتفيا، أم أحدهما (وجب المبيت (٣) ليله الثالث عشر بمنى)، و لا فرق مع غروبها عليه بين من تأهب للخروج قبله فغربت عليه قبل أن يخرج، غيره، نعم لو خرج منها قبله ثم رجع بعده لغرض كأخذ شيء نسيه لم يجب المبيت (٤)، و كذا لو عاد لتدارك واجب بها (٥)، و لو رجع قبل الغروب لذلك فغربت عليه بها ففي وجوب المبيت قولان أجودهما ذلك (٦). (و) حيث وجب مبيت ليله الثالث عشر وجب (رمى الجمرات) الثلاث (فيه (٧)، ثم ينفر في الثالث عشر، و يجوز قبل الزوال (٨) بعد الرمي).

(١) أى فى الصيد بلا فرق بين العامد و الناسى.

(٢) بلا خلاف فيه، و يدل عليه صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جاء الليل بعد النفر الأول فبت بمنى، و ليس لك أن تخرج حتى تصبح) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (من تعجل فى يومين فلا ينفر حتى تزول الشمس، فإن أدركه المساء بات و لم ينفر) ٢، و مثلها غيرها.

و عن العلامة فى التذكرة أنه لو ارتحل فغربت الشمس قبل تجاوز حدود منى لا يجب عليه المبيت لمشقه الحط و الرجال، و فيه: إنه يصدق عليه الغروب بمنى فيجب عليه المبيت، و تعليقه ضعيف إذ لا مشقه فيه ترفع الحكم الشرعى.

(٣) إما للغروب و إما لعدم الاتقاء.

(٤) لعدم صدق الغروب عليه.

(٥) أى عاد بعد الغروب.

(٦) أى وجوب المبيت لصدق الغروب عليه، و لم يذهب أحد إلى العدم و لذا جعل الشارح المسألة فى المسالك على وجهين لا على قولين.

(٧) أى فى يومه بلا خلاف فيه، و يدل عليه خبر الدعائم عن جعفر محمد عليهما السلام (يرمى فى أيام التشريق الثلاث الجمرات، كل يوم يبدأ بالصغرى ثم الوسطى ثم الكبرى) (٢).

(٨) بلا خلاف فيه، و قد تقدم دليله.

ص: ٥٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢ و ١.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العود إلى منى حديث ١.

(ووقته) أى وقت الرمى (من طلوع الشمس إلى غروبها) فى المشهور (١) وقيل: أوله الفجر (٢)، وأفضله عند الزوال (و يرمى المعذور) كالخائف و المريض و المرأة و الراعى (ليلا (٣)،... (١) للأخبار، منها: صحيح منصور بن حازم و أبى بصير جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام (رمى الحجار من طلوع الشمس إلى غروبها) (١)، و صحيح صفوان بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام (ارم الحجار ما بين طلوع الشمس إلى غروبها) ٢، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (إنه قال للحكم بن عتيبه: ما حدّ رمى الحجار؟ فقال الحكم: عند زوال الشمس، فقال أبو جعفر عليه السّلام يا حكم أ رأيت لو أنهما كانا اثنين فقال أحدهما لصاحبه: احفظ علينا متاعنا حتى أرجع، أ كان يفوته الرمى؟ هو و الله ما بين طلوع الشمس إلى غروبها) (٢).

نعم أفضله عند الزوال، لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (ارم فى كل يوم عند زوال الشمس) (٣)، المحمول على الندب جمعا.

و منه تعرف ضعف ما عن الشيخ فى الخلاف و ابن زهره من أنه لا يجوز الرمى إلا بعد الزوال.

(٢) هذا القول مجهول القائل، بل لا قائل به إذ لم ينقله أحد فى كتب نقل الخلاف، و لم يذكره الشارح فى المسالك، إذ الأقوال فى المسألة ثلاثة، قول المشهور و قول الشيخ فى الخلاف و قد تقدما، و قول الصدوق فى الفقيه أن الرمى ما بين طلوع الشمس إلى الزوال.

(٣) بلا- خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن يرمى الخائف بالليل و يضحى و يفيض بالليل) (٤)، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (رخص للعبد و الخائف و الراعى فى الرمى ليلا) ٦، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الذى ينبغى له أن يرمى بليل من هو؟ قال: الحاطبه و المملوك الذى لا يملك من أمره شيئا، و الخائف و المدين و المريض الذى لا يستطيع أن يرمى يحمل إلى الحجار، فإن قدر على أن يرمى و إلا فارم عنه و هو حاضر) (٥)، و خبره الآخر -

ص: ٥٢٤

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب رمى جمرة العقبة حديث ٦ و ٢.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب رمى جمرة العقبة حديث ٥.
- ٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب رمى جمرة العقبة حديث ١.
- ٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب رمى جمرة العقبة حديث ١ و ٢.
- ٥- ((٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب رمى جمرة العقبة حديث ٧.

(و يقضى الرمي لو فات) (١) فى بعض الأيام (مقدما على الأداء) (٢) فى تاليه، حتى لو فاته رمى يومين قدم الأول على الثانى، و ختم بالأداء، و فى اعتبار وقت الرمي فى القضاء قولان (٣) أجودهما ذلك، و تجب نيه القضاء فيه (٤) و الأولى الأداء فيه فى وقته (٥)، و الفرق (٦) وقوع ما فى ذمته أولا على وجهين (٧)، دون الثانى.

-عنه عليه السّلام (رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للنساء و الضعفاء أن يفيضوا من جمع عليل، و أن يرموا الجمره بليل) (١).

(١) لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: الرجل ينكس فى رمى الحجار فيبدأ بجمره العقبه ثم الوسطى ثم العظمى، قال: يعود فيرمى الوسطى ثم يرمى جمره العقبه و إن كان من الغد) (٢)، فإيجاب إعاده الرمي لو خالف الترتيب فى الغد دال بالأولويه على وجوب الرمي فى الغد لو تركه قبلا.

(٢) و أن يكون ما يرميه لأمسه غدوه، و ما يرميه ليومه عند الزوال و هو مقطوع به فى كلام الأصحاب، لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل أفاض من جمع حتى انتهى إلى منى فعرض له عارض فلم يرم الجمره حتى غابت الشمس، قال: يرمى إذا أصبح مرتين، إحداهما بكره و هى للأمس، و الأخرى عند زوال الشمس و هى ليومه) (٣).

(٣) علق الشارح هنا بقوله: (أى فى اعتبار وقت الرمي و هو ما بين طلوع الشمس و غروبها من أيام التشريق فى القضاء، أم يكفى فعله فى أى وقت شاء كغيره من قضاء العبادات قولان، و اتفق الجميع على أفضليه ما بعد الزوال) و القول الثانى لم أجده فى كتب نقل الخلاف مع أنه جعله فى المسالك وجهها لا-قولا، على أن صحيح ابن سنان ظاهر فى كون القضاء ممتدا مع وقت الأداء.

(٤) حتى يتعين.

(٥) أى و الأولى نيه الأداء فى الرمي عند الإتيان به فى وقته.

(٦) دفع وهم، و الوهم هو: لما أوجب نيه القضاء و جعل نيه الأداء على نحو الأولويه، و الدفع واضح، إذ على الأول فى ذمته واجبان القضاء أولا ثم الأداء فيجب التمييز بينهما، بخلاف الثانى فإنه يقع أداء سواء نواه كذلك أو لا.

(٧) من القضاء و الأداء.

ص: ٥٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العود إلى منى حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب رمى جمره العقبه حديث ٢.

(و لو رحل) من منى (قبله) أى قبل الرمى أداء و قضاء (رجع له) (١) فى أيامه، (فإن تعذر) عليه العود (استناب فيه) (٢) فى وقته فإن فات استناب (فى القابل) وجوبا إن لم يحضر، و إلا وجبت المباشرة (٣). (و يستحب النفر فى الأخير) (٤) لمن لم يجب عليه، و العود إلى مكة لطواف الوداع استحبابا مؤكدا (٥)، (١) أى من نسي رمى الحجار رجوع و رمى مع بقاء أيام التشريق التى هى زمان الرمى بلا خلاف فيه، لصحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: رجل نسي رمى الحجار حتى أتى مكة، قال: يرجع فيرميها، يفصل بين كل رميتين بساعه، قلت: فاته ذلك و خرج، قال: ليس عليه شيء) (١)، و صحيح الآخر عنه عليه السلام (ما تقول فى امرأ جهلت أن ترمى الحجار حتى نفرت إلى مكة، قال: فلترجع فلترم الحجار كما كانت ترمى، و الرجل كذلك) (٢).

و هاتان الروايتان تقتضيان وجوب الرجوع و الرمى حتى بعد انقضاء أيام التشريق و لكن لا بد من تقييد اطلاقها بأن الرجوع إنما يجب مع بقاء أيام التشريق و إلا فيقضى فى العام المقبل، لخبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (من أغفل رمى الحجار أو بعضها حتى تمضى أيام التشريق فعليه أن يرميها من قابل، فإن لم يحج رمى عنه ولئيه، فإن لم يكن له ولي استعان برجل من المسلمين يرمى عنه، فإنه لا يكون رمى الحجار إلا فى أيام التشريق) (٣).

(٢) قد مرّ جواز الاستناب فى المريض فجواز الاستناب هنا أولى و إن لم ترد فى خبر إلا أنها لقاعده الميسور و المعسور.

(٣) كل ذلك لخبر عمر بن يزيد المتقدم.

(٤) و علل بأنه أفضل باعتبار اشتماله على الإتيان بمناسك اليوم الثالث.

(٥) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت أن تخرج من مكة فتأتى أهلكت فودّع البيت و طف اسبوعا) (٢).

و هو ليس بواجب عندنا كافه، للأخبار منها: خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (عمن نسي زياره البيت حتى رجع إليه أهله فقال: لا يضره إذا كان قد قضى من نسكه) (٣)، و خبر على عن أحدهما عليهما السلام (فى رجل لم يودع البيت، قال: لا بأس به إذا كانت به عله أو كان ناسيا) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (كان أبى

ص: ٥٢٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢ و ١ و ٤.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العود إلى منى حديث ١.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب العود إلى منى حديث ١ و ٢.

و ليس واجبا عندنا و وقته عند إرادته الخروج بحيث لا يمكث بعده إلا مشغولا بأسبابه (١). فلو زاد عنه أعاده، و لو نسيه حتى خرج استحباب العود له (٢)، و إن بلغ المسافه (٣). من غير إحرام (٤)، إلا أن يمضى له شهر، و لا وداع للمجاوز (٥).

فى مستحبات مكه

و يستحب الغسل لدخولها (٦)، (و الدخول من باب بنى شيبه)، و الدعاء كما مر.

-يقول: لو كان لى طريق إلى منزلى من منى ما دخلت مكه(١).

و من الخير الثانى يفهم شده الاستحباب، و عن أحمد و الشافعى من العامه وجوبه حتى أوجبا فى تركه دما، و هو قول مردود بما سمعت.

(١) أى بأسباب الخروج، بحيث يكون وداع البيت آخر شىء يقوم به الناسك كما يدل عليه خبر الحسن بن على الكوفى قال: (رأيت أبا جعفر الثانى عليه السلام فى سنه خمس عشره و مأتين ودّع البيت بعد ارتفاع الشمس و طاف بالبيت يستلم الركن اليمانى فى كل شوط، فلما كان الشوط السابع استلمه و استلم الجمر و مسح بيده، ثم مسح وجهه بيده، ثم أتى المقام فصلى خلفه ركعتين، ثم خرج إلى دبر الكعبه إلى الملتزم فالترم البيت و كشف الثوب عن بطنه، ثم وقف عليه طويلا- يدعو، ثم خرج من باب الحنطين و توجه، قال: و رأيت فى سنه تسع عشره و مأتين ودّع البيت ليلا يستلم الركن اليمانى و الجمر الأسود فى كل شوط، فلما كان فى الشوط السابع الترم البيت فى دبر الكعبه قريبا من الركن اليمانى و فوق الجمر المستطيل، و كشف الثوب عن بطنه ثم أتى الجمر فقبله و مسحه و خرج إلى المقام فصلى خلفه ثم مضى و لم يعد إلى البيت، و كان وقوفه على الملتزم بقدر ما طاف بعض أصحابنا سبعة أشواط و بعضهم ثمانية(٢).

(٢) تداركا للمستحب.

(٣) مسافه قصر الصلاه.

(٤) أى يعود من غير إحرام لما تقدم و سيأتى أن الإحرام يكفيه شهرا، قال الشهيد فى الدروس: (و لو خرج من مكه بغير وداع استحباب له العود مع الإمكان، سواء بلغ مسافه القصر أو لا، و لا يحتاج إلى إحرام إذا لم يكن مضى له شهر، و إلا احتاج، و أطلق الفاضل أنه يحرم إذا رجع).

(٥) لانتفاء موضوعه.

(٦) أى لدخول مكه و قد تقدم فى باب الاغسال المندوبه، و فى كتاب الحج دليل استحباب-

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العود إلى منى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العود إلى منى حديث ٣.

(و دخول الكعبه) (١) فقد روى أن دخولها في رحمه الله و الخروج منها خروج من الذنوب و عصمه فيما بقى من العمر، و غفران لما سلف من الذنوب (٢)، (خصوصا للصروره)، و ليدخلها بالسكينه و الوقار، آخذا بحلقتى الباب عند الدخول (٣).

(و الصلاه بين الاسطوانتين) اللتين تليان الباب (على الرخامه الحمراء) (٤).

-الغسل لدخولها، و كذا ما بعده من أحكام.

(١) و هو متأكد في حق الصروره، للأخبار منها: صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بد للصروره أن يدخل البيت قبل أن يرجع، فإذا دخلته فادخله بسكينه و وقار، ثم ائت كل زاويه من زواياه ثم قل: اللهم إنك قلت: و من دخله كان آمنا فأمنى من عذابك يوم القيامة، و صل بين العمودين يليان الباب على الرخامه الحمراء، و إن كثر الناس فاستقبل كل زاويه في مقامك حيث صليت و ادع الله و سله) (١)، و صحيح معاويه بن عمار (رأيت العبد الصالح عليه السلام دخل الكعبه فصلى فيها ركعتين على الرخامه الحمراء، ثم قام فاستقبل الحائط بين الركن اليماني و الغربي فرفع يده عليه و لصق به و دعا، ثم تحول إلى الركن اليماني فلصق به و دعا، ثم أتى إلى الركن الغربي ثم خرج) ٢.

(٢) و هو خبر ابن القداح عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (سألته عن دخول الكعبه فقال: الدخول فيها دخول في رحمه الله، و الخروج منها خروج من الذنوب، معصوم فيما بقى من عمره، مغفور له من سلف من ذنوبه) (٢).

(٣) لخبر يونس (قلت لأبي عبد الله عليه السلام إذا دخلت الكعبه كيف أصنع؟ قال: خذ بحلقتى الباب إذا دخلت، ثم امض حتى تأتي العمودين فصل على الرخامه الحمراء) (٣).

(٤) لخبر يونس و صحيح الأعرج و صحيح معاويه بن عمار المتقدمه، و في صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أردت دخول الكعبه فاغتسل قبل أن تدخلها و لا تدخلها بحذاء، و تقول إذا دخلت: اللهم إنك قلت و من دخله كان آمنا، فأمنى من عذاب النار، ثم تصلى ركعتين بين الاسطوانتين على الرخامه الحمراء، تقرأ في الركعه الأولى حم السجده و في الثانيه عدد آياتها من القرآن، و تصلى في زواياه و تقول: اللهم

ص: ٥٢٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٤ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١، و أورده أيضا في الباب - ١٦ - من أبواب العود إلى منى حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.

و يستحب أن يقرأ في أولى الركعتين الحمد و حم السجده (١)، و في الثانية بعدد آيها و هي ثلاث أو أربع و خمسون.

(و) الصلاة (في زواياها) الأربع، في كل زاوية ركعتين (٢)، تأسيساً بالنبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، (و استلامها) أى الزوايا، (و الدعاء) (٣)، و القيام بين ركنى الغربى (٤) - من تهيأ أو تعبأ أو اعدَّ أو استعدَّ لوفاده إلى مخلوق رجاء رفته و جائزته و نوافله و فواضله، فإليك يا سيدى تهيتى و تعبتى و إعدادى و استعدادى رجاء رfdك و نوافلك و جائزتك، فلا تخيب اليوم رجائى، يا من لا- يخيب عليه سائل، و لا ينقصه نائل، فإنى لم آتتك اليوم بعمل صالح قدَّمته، و لا شفاعه مخلوق رجوته، و لكنى أتيتك مقرا بالظلم - بالذنوب - و الإساءه على نفسى، فإنه لا حجه لى و لا عذر، فأسألك يا من هو كذلك أن تصلى على محمد و آله و تعطينى مسألتى و تقيلنى عثرتى و تقلبنى برغبتى و لا- تردنى مجبوها ممنوعا و لا- خائبا، يا عظيم يا عظيم يا عظيم، أرجوك للعظيم، أسألك يا عظيم أن تغفر لى الذنب العظيم، لا إله إلا أنت.

قال: و لا- تدخلها بحذاء و لا- تنزق فيها و لا- تمتخط فيها، و لم يدخلها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إلا- يوم فتح مكة (١).

(١) و هى سورة (فصلت)، و هى ثلاث أو أربع و خمسون آيه بناء على أن (حم) آيه مستقله أو جزء من الآيه التى بعدها.

(٢) لصحيح معاويه المتقدم (و تصلى فى زواياها)، و خبر الحسين بن العلاء عن أبى عبد الله عليه السَّلام (ذكرت الصلاة فى الكعبه، قال: بين العمودين تقوم على البلاطه الحمراء، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ صلى عليها ثم أقبل على أركان البيت و كبر إلى ركن منه) (٢)، و خبر أحمد بن محمد بن إسماعيل بن همام عن أبى الحسن عليه السَّلام (دخل النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ الكعبه فصلى فى زواياها الأربع، و صلى فى كل زاوية ركعتين) (٣).

(٣) كما فى صحيح سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السَّلام (لا بدَّ للضرورة أن يدخل البيت قبل أن يرجع، فإذا دخلته فأدخله بسكينه و وقار، ثم ائت كل زاوية من زواياها ثم قل:

اللهم إنك قلت: و من دخله كان آمنا فآمنى من عذابك يوم القيامة) (٣).

(٤) لصحيح معاويه بن عمار (رأيت العبد الصالح عليه السَّلام دخل الكعبه فصلى ركعتين على-

ص: ٥٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٣ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٦.

ثم الركنتين الآخرين، ثم يعود إلى الرخامة الحمراء فيقف عليها، ويرفع رأسه إلى السماء، و يطيل الدعاء، و يباليغ في الخشوع، و حضور القلب.

(و الدعاء عند الحطيم) (١) سمي به، لازدحام الناس عنده للدعاء و استلام الحجر، فيحطم بعضهم بعضا (٢)،...

الرخامة الحمراء، ثم قام فاستقبل الحائط بين الركن اليماني و الغربي فرفع يده عليه و لصق به و دعا، ثم تحول إلى الركن اليماني فلصق به و دعا، ثم أتى الركن الغربي ثم خرج (١).

و هو لم يذكر إتيان الركنتين الأخيرين كما ذكره الشارح متبعا فيه الشهيد في الدروس حيث قال: (و الصلاة في الزوايا الأربع، كل زاوية ركعتين، تأسيا بالنبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و القيام بين الركن الغربي و اليماني رافعا يديه ملصقا به، و الدعاء ثم كذلك في الركن اليماني، ثم الغربي ثم الركنتين الأخيرين، ثم يعود إلى الرخامة الحمراء فيقف عليها و يرفع رأسه إلى السماء و يطيل الدعاء و ليبالغ في الخضوع و الخشوع و حضور القلب في دعائه)، بل إتيان الركنتين الأخيرين ثم الوقوف على الرخامة الحمراء فيما بعد مع رفع الرأس و الدعاء مما لم اعثر عليه في خبر.

(١) لمرسلة الصدوق في الفقيه (فإذا أردت وداع البيت فطف به اسبوعا، و صل ركعتين حيث أحببت من الحرم، و ائت الحطيم و الحطيم ما بين الكعبة و الحجر الأسود فتعلق باستار الكعبة و أنت قائم فاحمد الله و اثن عليه، و صل على النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم ثم قل: اللهم إني عبدك و ابن عبدك و ابن أمتك، حملته على دوابك و سيرته في بلادك و اقدمته المسجد الحرام، اللهم و قد كان في أملى و رجائي أن تغفر لي، فإن كنت يا رب قد فعلت ذلك فازدد عني رضى، و قربني إليك زلفى، و إن لم تكن فعلت يا رب ذلك فمن الآن فاغفر لي قبل أن تنأى دارى عن بيتك، غير راغب عنه، و لا مستبدل به، هذا أو انصرافى إن كنت قد أذنت لي، اللهم فاحفظنى من بين يديّ و من خلفى و من تحتى و من فوقى، و عن يمينى و عن شمالى حتى تقدمنى أهلى صالحا فإذا اقدمتنى أهلى فلا تتخل منى، و اكفنى مئونه عيالى و مئونه خلقك) (٢).

(٢) كما في خبر معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الحطيم، فقال: ما بين الحجر الأسود بين الباب، و سألته: لم سمي الحطيم؟ فقال: لأن الناسي يحطم بعضهم بعضا هناك) (٣).

ص: ٥٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العود إلى منى حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٦.

أو لانحطام الذنوب عنده (١)، فهو فعيل بمعنى فاعل، أو لتوبه الله فيه على آدم (٢)، فانحطمت ذنوبه، (و هو أشرف البقاع) على وجه الأرض على ما ورد في الخبر عن زين العابدين و ولده الباقر (عليه الصلاة و السلام) (٣)، (و هو ما بين الباب و الحجر) الأسود، و يلي الحطيم في الفضل عند المقام (٤)، ثم الحجر، ثم ما دنا من البيت.

(و استلام الأركان) (٥)...

(١) كذا ذكره الشهيد في الدروس و المحقق الثاني في جامعهم، و لم أجد له أثرا في الأخبار، و لعل هذا التفسير مأخوذ معناه اللغوي.

(٢) لمرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (إن تهيأ لك أن تصلى صلاتك كلها الفرائض و غيرها عند الحطيم فافعل، فإنه أفضل بقعه على وجه الأرض، و الحطيم ما بين باب البيت و الحجر الأسود، و هو الموضع الذي تاب الله فيه على آدم، و بعده الصلاة في الحجر أفضل، و بعد الحجر ما بين الركن العراقي و باب البيت، و هو الذي كان فيه المقام، و بعده خلف المقام حيث هو الساعه و ما أقرب من البيت فهو أفضل) (١).

(٣) لم أجد خبرا عنهما، راجع الوسائل الباب - ٥٣ - من أحكام المساجد.

(٤) أي الصلاة عند المقام تلي الفضل للصلاة في الحطيم لما في خبر الحسن بن الجهم قال (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن أفضل موضع في المسجد يصلى فيه، قال: الحطيم ما بين الحجر و باب البيت، قلت: و الذي يلي ذلك في الفضل؟ فذكر أنه عند مقام إبراهيم، قلت: ثم الذي يليه في الفضل؟ قال: في الحجر، قلت: ثم الذي يلي ذلك؟ قال: كل ما دنا من البيت) (٢)، و لكن في مرسل الصدوق السابق جعل الصلاة في الحجر أفضل من الصلاة عند المقام.

(٥) ففي الجواهر و المدارك جعل الدليل هو صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أردت أن تخرج من مكة فتأتي أهللك، فودّع البيت و طف بالبيت اسبوعا و إن استطعت أن تستلم الحجر الأسود و الركن اليماني في كل شوط فافعل و إلا فافتتح به و اختم به، فإن لم تستطع ذلك فموسّع عليك، ثم تأتي المستجار فتصنع عنده كما صنعت يوم قدمت مكة و تخير لنفسك من الدعاء، ثم ائت الحجر الأسود، ثم الصق بطنك بالبيت تضع يدك على الحجر و الأخرى مما يلي الباب و احمد الله و أثن عليه و صل على -

ص: ٥٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

كلها،(والمستجار، وإتيان زمزم و الشرب منها) (١)، و الامتلاء (٢)، فقد قال النبي (ص): ماء زمزم لما شرب له (٣)، فينبغي شربه للمهمات الدينية، و الدنيوية. فقد فعله جماعه من الأعاظم لمطالب مهمه فالوها، و أهمها طلب رضى الله و القرب منه، و الزلفى لديه. و يستحب مع ذلك حمله، و إهداؤه (٤).

(و الخروج من باب الحنّاطين) (٥) سمى بذلك لبيع الحنطه عنده، أو الحنوط، -النبي صلى الله عليه و آله و سلم ثم قل - و علمه دعاء إلى أن قال - ثم ائت زمزم فاشرب من مائها ثم اخرج و قل: آئبون تائبون عابدون لربنا، حامدون إلى ربنا، راغبون إلى الله، راجعون إن شاء الله(١).

(١) لصحيح معاويه بن عمار المتقدم و لخبر أبي إسماعيل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: هو ذا أخرج - جعلت فداك - فمن أين أودع البيت؟ قال: تأتي المستجار بين الحجر و الباب فتودعه من ثم، ثم تخرج فتشرب من زمزم، ثم تمضى، فقلت: أصب على رأسى؟ فقال: لا تقرب الصب(٢).

(٢) قال فى الدروس (رابعها الشرب من زمزم و الإكثار منه، و التضلع منه، - أى الامتلاء فقد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: ماء زمزم لما شرب له، و قد روى حماد أن جماعه من العلماء شربوا منه لمطالب مهمه ما بين تحصيل علم و طلب حاجه و شفاء من عله و غير ذلك فالوها، و الأهم طلب المغفره من الله تعالى، فليسم و لينو بشربه طلب المغفره و الفوز بالجنه و النجاه من النار و غير ذلك).

(٣) هو من طرق العامه (٣)، نعم أرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (ماء زمزم شفاء لما شرب له(٤).

(٤) لخبر عبد الله بن ميمون عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يستهدى من ماء زمزم و هو بالمدينه(٥).

(٥) لخبر الحسن بن على الكوفى (رأيت أبا جعفر الثانى عليه السلام فى سنه خمس عشره و مائتين ودع البيت - إلى أن قال - فالتزم البيت و كشف الثوب عن بطنه ثم وقف عليه طويلا-

ص: ٥٣٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العود إلى منى حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العود إلى منى حديث ٥.
- ٣- (٣) سنن البيهقى ج ٥ ص ١٤٨، و نيل الأوطار ج ٥ ص ٩٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

و هو باب بنى جمع بإزاء الركن الشامى، داخل فى المسجد كغيره، و يخرج من الباب المسامت له مارا من عند الأساطين إليه على الاستقامه ليظفر به.

فى الصدقه بعد الأعمال

(و الصدقه بتمر يشتره بدرهم) (١) شرعى، و يجعلها قبضه قبضه بالمعجمه و علل فى الأخبار بكونه كفاره لما لعله دخل عليه فى حجه من حرك أو قمله سقطت، أو نحو ذلك. ثم إن استمر الاشتباه فهى صدقه مطلقه و إن ظهر له موجب يتأدى بالصدقه فالأقوى (٢) إجزاؤها، لظاهر التعليل كما فى نظائره (٣)، و لا يقدر اختلاف الوجه لابتنائه على الظاهر، مع أنا لا نعتبره (٤).

-يدعو ثم خرج من باب الحنطين و توجه(١).

و عن ابن إدريس أنه باب بنى جمح و هى قبيله من قبائل قريش، و عن القواعد و الدروس أنه بإزاء الركن الشامى على التقريب، سمى بذلك لبيع الحنطه عنده أو الحنوط، و عن الكركى: لم أجد أحدا يعرف موضع هذا الباب فإن المسجد قد زيد فيه فينبغى أن يتحرى الخارج موازاه الركن الشامى ثم يخرج.

(١) لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (يستحب للرجل و المرأه أن لا يخرج من مكه حتى يشتريا بدرهم تمرا فيتصدقا به، لما كان منهما فى إحرامهما، و لما كان فى حرم الله عز و جل) (٢)، و صحيح معاويه بن عمار و حفص بن البخرى عن أبى عبد الله عليه السلام (ينبغى للحاج إذا قضى مناسكه و أراد أن يخرج أن يتباع بدرهم تمرا يتصدق به، فيكون كفاره لما لعله دخل عليه فى حجه من حرك أو قمله سقطت أو نحو ذلك) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أردت أن تخرج من مكه فاشتر بدرهم تمرا فتصدق به قبضه قبضه، فيكون لكل ما كان حصل فى إحرامك، و ما كان منك فى مكه) (٤).

(٢) قال فى الجواهر: (بل جزم الشهيدان و غيرهما بأنه لو تصدق بذلك ثم ظهر له موجب يتأدى بالصدقه أجزأ لظاهر هذه النصوص).

(٣) كصوم يوم الشك على أنه ندب من شعبان فيجزى عن الواجب لو كان الواقع هو من شهر رمضان.

(٤) أى لا يقدر نيه الاستحباب فى المأتى به لابتنائه على الظاهر مع أنه نيه الوجه لا تجب.

ص: ٥٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العود إلى منى حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العود إلى منى حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العود إلى منى حديث ٣.

(و العزم على العود) (١) إلى الحج، فإنه من أعظم الطاعات، و روى أنه من المنسئات فى العمر، كما أن العزم على تركه مقرب للأجل و العذاب، و يستحب أن يضم إلى العزم سؤال الله تعالى ذلك (٢) عند الانصراف.

فى الإكثار من الصلاة بمسجد الخيف

(و يستحب الإكثار من الصلاة بمسجد الخيف) (٣) لمن كان بمنى فقد روى (١) لأنه من أعظم الطاعات المعلوم كون العزم عليه من قضايا الإيمان - كما فى الجواهر - و لما ورد فى أخبار الدعاء بأن لا يجعله آخر العهد به، و للأخبار منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (من خرج من مكة و هو ينوى الحج من قابل زيد فى عمره) (١)، و يكره ترك العزم على ذلك، لمرسله الحسين بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (من خرج من مكة و هو لا يريد العود إليها فقد اقترب أجله و دنا عذابه) ٢، و فى خبر أبى حذيفة (كنا مع أبى عبد الله عليه السلام و نزلنا الطريق، فقال: ترون هذا الجبل ثافلا، إن يزيد بن معاوية لما رجع من حجه مرتحلا إلى الشام انشأ يقول:

إذا تركنا ثافلا يمينا فلن نعود بعده سنينا

للحج و العمره ما بقينا

فأماته الله قبل أجله) (٢).

(٢) أى العود لما تقدم من الأخبار.

(٣) فى صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (صل فى مسجد الخيف و هو مسجد منى، و كان مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على عهده عند المناره التى هى فى وسط المسجد و فوقها إلى القبلة نحو من ثلاثين ذراعا و عن يمينها و عن يسارها و خلفها نحو من ذلك، قال: فتحز ذلك فإن استطعت أن يكون مصلاكك فيه فافعل فإنه قد صلى فيه الف نبى، و إنما سمي الخيف لأنه مرتفع عن الوادى، و ما ارتفع عن الوادى سمى خيفا) (٣)، و هو يدل على استحباب إيقاع الواجبه فيه، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (صلى فى مسجد الخيف سبعمائه نبى) ٥، و خبر أبى حمزه الشمالى عن أبى جعفر عليه السلام (من صلى فى مسجد الخيف بمنى مائه ركعه قبل أن يخرج منه عدلت عباده سبعين عاما، و من سبح الله فيه مائه تسيحه كتب له كأجر عتق رقبه، و من هلل الله فيه مائه تهليله عدلت أجر إحياء نسمة، و من حمد الله فيه مائه تحميده عدلت أجر خراج العراقين

ص: ٥٣٤

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٦.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٢.

أنه من صَلَّى به مائه ركعه عدلت عباده سبعين عاما، و من سَبَّحَ الله فيه مائه تسبيحه كتب له أجر عتق رقبه، و من هَلَّلَ الله فيه مائه عدلت إحياء نسمة، و من حمد الله فيه مائه عدلت خراج العراقين ينفق في سبيل الله، و إنما سَمِيَ خيفا، لأنه مرتفع عن الوادى، و كل ما ارتفع عنه سَمِيَ خيفا.

(و خصوصا عند المناره) التي في وسطه،(و فوقها إلى القبلة بنحو من ثلاثين ذراعا)، و كذا عن يمينها و يسارها و خلفها، روى تحديده بذلك معاوية بن عمار عن الصادق (ع)، و إن ذلك مسجد رسول الله (ص)، و أنه صَلَّى فيه ألف نبى، و المصنف اقتصر على الجبهه الواحده (١)، و فى الدروس أضاف يمينها و يسارها كذلك (٢)، و لا وجه للتخصيص (٣). و مما يختص به من الصلوات صلاه ست ركعات فى أصل الصومعه.

فى حرمه إخراج من التجأ إلى الحرم بعد الجنايه

(و يحرم إخراج من التجأ إلى الحرم بعد الجنايه) (٤) بما يوجب حدا، أو -يتصدق به فى سبيل الله عز و جل(١) و خبر أبى بصير عن عبد الله عليه السلام (صل ست ركعات فى مسجد منى فى أصل الصومعه)٢.

(١) و هى الجبهه القبليه من المناره.

(٢) أى بنحو ثلاثين ذراعا.

(٣) من الجبهه القبليه أو منها و من يسارها و يمينها فقط، لأن الجبهه الخلفيه مذكوره فى صحيح معاويه بن عمار المتقدم.

(٤) من أحدث جنايه ثم التجأ إلى الحرم لا يخرج منه، بل يضيق عليه فى المطعم و المشرب و غيرهما حتى يخرج، و إن أحدثها فى الحرم أقيم عليه الحد فيه بلا خلاف فى ذلك، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قتل رجلا- فى الحلّ ثم دخل الحرم، فقال: لا يقتل و لا يطعم و لا يسقى و لا يبايع و لا يؤوى حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد، قلت: فما تقول فى رجل قتل فى الحرم أو سرق؟ قال: يقام عليه الحد فى الحرم صاغرا إنه لم ير للحرم حرمه، و قد قال الله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ، فقال: هذا فى الحرم، و قال: فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ (٢).

ص: ٥٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

تعزيراً، أو قصاصاً، و كذا لا يقام عليه فيه.(نعم يضيق عليه في المطعم و المشرب) بأن لا يزداد منهما على ما يسدّ الرمق ببيع، و لا غيره، و لا يمكن من ماله زياده على ذلك،(حتى يخرج) فيستوفى منه.(فلو جنى في الحرم قوبل) بمقتضى جنايته (فيه)، لانتهاكه حرمة الحرم، فلا حرمة له، و الحق بعضهم به (١) مسجد النبي - و مشاهد الأئمة عليهم السلام، و هو ضعيف المستند.

الفصل السادس: في كفارات الإحرام

إشارة

(الفصل السادس: في كفارات الإحرام) اللاحقه بفعل شيء من محرماته (و فيه بحثان):

البحث الأول - في كفاره الصيد

إشارة

(الأول - في كفاره الصيد (٢)

في النعامة

(ففي النعامة بدنه) (٣) و هي من الإبل الأنثى - و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: و من دخله كان آمناً، قال: إذا أحدث العبد جنايه في غير الحرم ثم فرّ إلى الحرم لم يسغ لأحد أن يأخذه في الحرم، و لكن يمنع من السوق و لا- يبيع و لا- يطعم و لا- يسقى و لا يكلم، فإنه إذا فعل ذلك به يوشك أن يخرج فيؤخذ، و إذا جنى في الحرم جنايه أقيم عليه الحدّ في الحرم لأنه لم ير للحرم حرمة(١).

(١) قال في المدارك (و نقل الشارح عن بعض علمائنا أنه ألحق به مسجد النبي صلى الله عليه و آله و سلمّ و مشاهد الأئمة عليهم السلام محتجاً بإطلاق اسم الحرم عليها في بعض الأخبار، و هو ضعيف لكنه مناسب للتعظيم).

(٢) فهو على قسمين تارة فيه كفاره و أخرى لا كفاره فيه، و على الأول فتاره لكفارته بدل على الخصوص و أخرى ما لا بدل له على الخصوص، فابتدأ فيما لكفارته بدل على الخصوص، و هو كل ما له مثل من النعم، و الأصل في اعتبار المماثلة قوله تعالى:

فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ (٢) و المتبادر من المماثلة - كما في المدارك - ما كان بحسب الصورة، و هو يتحقق في مثل النعامة فإنها تشابه البدنه، و بقره الوحش فإنها تشابه البقره الأصليه، و الظبي يشابه الشاه، و هذا لا يتم في البيض مع أنهم عدوّه من ذوات الأمثال و سيأتي الكلام فيه.

(٣) بلا- خلاف فيه، لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: المحرم يقتل نعامه، قال: عليه بدنه من الإبل)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (في

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٢.

٢- (٢) سورة المائدة الآية: ٩٥.

التي كمل سننها خمس سنين، سواء في ذلك كبير النعامه و صغيرها، ذكرها و أنثاها، و الأولى المماثله بينهما في ذلك (ثم الفض) (١) أى فض ثمن البدنه لو -قول الله عز و جل: فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ، قال عليه السّلام: في النعامه بدنه(١)، و مثلها غيرها.

و البدنه: هي الناقه على ما نصّ عليه الجوهري في الصحاح، و عن أبي عبيده الناقه من الإبل بمنزله المرأه و الجمل بمنزله الرجل، و مقتضاه عدم إجزاء الذكر، و عن الشيخ و جماعه الاجزاء لصدق اسم البدنه على الذكر و الأنثى كما نص عليه جماعه من أهل اللغه كالفيروزآبادى في القاموس و ابن منظور في لسان العرب، و لخبر أبي الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن قول الله عز و جل في الصيد: من قتل منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم، قال: في الظبي شاه و في حمار الوحش بقره، و في النعامه جزور(٢).

و أما كونها ما كمل لها خمس سنين فقال في الجواهر: (لما كانت البدنه اسما لما يهدى اعتبر فيها السن المعتبر في الهدى، نعم مقتضى إطلاق النص و الفتوى اجزاؤها معه - أى مع الصيد - وافقت النعامه في الصغر و الكبير و غيرهما أم لا خلافا للمحكي عن التذكرة فاعتبر المماثله بين الصيد و فدائه، ففي الصغير من الإبل ما في سنه، و في الكبير كذلك، و في الذكر ذكر و في الأنثى انثى، و لم نقف له على دليل سوى دعوى كونه المراد من المماثله في الآيه، و هو كالاتجاه في مقابله النص المقتضى كون مسمى البدنه مثلا مماثلا للنعامه على كل حال).

(١) أى مع العجز عن البدنه يقومها و يفرض الثمن على البر، فيتصدق به على كل مسكين مدان، و لا يلزم الزيادة على ستين مسكينا، نسب إلى الأكثر، للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم و زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (في محرم قتل نعامه، قال: عليه بدنه، فإن لم يجد فإطعام ستين مسكينا، فإن كانت قيمه البدنه أكثر من طعام ستين مسكينا لم يزد على طعام ستين، و إن كانت قيمه البدنه أقل من طعام ستين مسكينا لم يكن عليه إلا قيمه البدنه(٣)، و صحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أصاب المحرم الصيد و لم يجد ما يكفر من موضعه الذي أصاب فيه الصيد قوم جزاؤه من النعم بدراهم، ثم قوم الدرهم طعاما، لكل مسكين نصف صاع، فإن لم يقدر على الطعام صام لكل -

ص: ٥٣٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٧.

تعذرت (على البرّ و إطعام ستين) مسكينا، (و الفاضل) من قيمتها عن ذلك (له، و لا يلزمه الإتمام لو أعوز)، و لو فضل منه ما لا يبلغ مدا، أو مدين (١) دفعه إلى مسكين آخر و إن قل (٢).

(ثم صيام ستين يوما) (٣) إن لم يقدر على الفض، لعدمه، أو فقره. و ظاهره -نصف صاع يوما(١) و نصف الصاع مدان، و يكون الصيام ستين يوما لوجوب التصديق على ستين مسكينا كما سيأتي.

و عن ابن بابويه و ابن أبي عقيل الاكتفاء بالمد لكل مسكين، و يدل عليه صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (من أصاب شيئا فداؤه بدنه من الإبل، فإن لم يجد ما يشتري به بدنه و أراد أن يتصدق فعليه أن يطعم ستين مسكينا كل مسكين مدا، فإن لم يقدر على ذلك صام مكان ذلك ثمانية عشر يوما، مكان كل عشرة مساكين ثلاثة أيام)٢، و مثله غيره، مع حمل الأخبار المتقدمة على الاستحباب، لأن الأخبار إما مطلقة و هو الغالب، و إما ما يدل على المدين و هو صحيح أبي عبيدة المتقدم و خبر الزهري الآتي و إما ما يدل على المد و هو صحيح معاوية المتقدم و خبر أبي بصير(٢)، و خبر ابن سنان٤ و عن أبي الصلاح أنه بعد العجز عن البدنه التصديق بالقيمة، فإن عجز فضّها على البرّ، و قال في المدارك (لم نقف له على مستند)، هذا و في المدارك (إنه ليس في الروايات تعميم لإطعام البرّ - أي الحنظله - و من ثم اكتفى الشارح و غيره بمطلق الطعام و هو غير بعيد، إلا- أن الاقتصار على إطعام البرّ أولى، لأنه المتبادر من الطعام)، و يشهد للبرّ خبر سفیان بن عيينه عن الزهري عن علي بن الحسين عليه السلام في حديث (أو تدري كيف يكون عدل ذلك صياما يا زهري؟ قلت: لا أدري، قال: يقوم الصيد قيمه عدل، ثم يفرض تلك القيمة على البر، ثم يكال ذلك البر أصواعا، فيصوم لكل نصف صاع يوما(٣).

(١) للخلاف المتقدم في أن المعطى للمسكين مد أو مدان.

(٢) أي و إن فضل من العوز ما لا يبلغ مدا أو مدين فيجب دفعه إلى مسكين تمسكا بإطلاق الدفع إلى المساكين كما في صحيح محمد بن مسلم و زراره المتقدم.

(٣) أي إن عجز عن الغضّ لعدم البرّ و الطعام أو لفقره فيصوم ستين يوما على المشهور، للأخبار منها: صحيح أبي عبيدة المتقدم، و خبر الزهري المتقدم، و مرسل ابن بكير عن أبي

ص: ٥٣٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ١١.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣ و ١٢.

٣- ((٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه الصوم حديث ١.

عدم الفرق (١) بين بلوغ القيمة على تقدير إمكان الفض الستين و عدمه و فى الدروس نسب ذلك إلى قول مشعرا بتمريره. و الأقوى جواز الاقتصار على صيام قدر ما وسعت من الإطعام، و لو زاد ما لا يبلغ القدر (٢) صام عنه يوما كاملا.

ثم صيام ثمانية عشر (٣) يوما) لو عجز عن صوم الستين و ما فى معناها (٤) - عبد الله عليه السلام (بشمن قيمة الهدى طعاما، ثم يصوم لكل مدّ يوما، فإذا زادت الامداد على شهرين فليس عليه أكثر منه) (١)، و صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عدل الهدى ما بلغ يتصدق به، فإن لم يكن عنده فليصم بقدر ما بلغ لكل طعام مسكين يوما) ٢.

و ذهب ابن بابويه و ابن أبى عقيل إلى الاكتفاء بصوم ثمانية عشر يوما مع العجز عن الاطعام مطلقا، لصحيح معاوية بن عمار المتقدم (فعلية أن يطعم ستين مسكينا كل مسكين مدا، فإن لم يقدر على ذلك صام مكان ذلك ثمانية عشر يوما، مكان كل عشرة مساكين ثلاثة أيام) ٣، و صحيح ابن مسكان عن أبى بصير و هو لث المرادى كما استظهره فى المدارك عن أبى عبد الله عليه السلام (عن محرم أصاب نعامه أو حمار وحش، قال: عليه بدنه، قلت: فإن لم يقدر؟ قال: يطعم ستين مسكينا، قلت: فإن لم يقدر على ما يتصدق به ما عليه؟ قال: فليصم ثمانية عشر يوما) ٤، و لا بدّ من حملها على ما لو تعذر عليه صوم الستين جمعا بين الأخبار.

(١) أى يجب صيام الستين سواء بلغت القيمة إطعام ستين مسكينا أو أقل أو أكثر على تقدير إمكان الفض، و قال عنه الشارح فى المسالك بأنه لا شاهد له، بل يجب صوم ما تسع القيمة على المساكين كما يقتضيه صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن قوله: أو عدل ذلك صياما، قال عليه السلام: عدل الهدى ما بلغ يتصدق به، فإن لم يكن عنده فليصم بقدر ما بلغ، لكل طعام مسكين يوما) (٢).

(٢) أى لو بقى ما لا يبلغ المد أو المدين فهل عليه صوم يوم كامل، ففى المنتهى أنه كذلك لا نعلم فيه خلافا لأن صيام اليوم لا يتبعض و السقوط غير ممكن لشغل الذمه فيجب صوم يوم كامل، و احتمال كما فى المسالك و المدارك بأن صوم اليوم إنما يجب بدلا عن المد أو المدين و هنا غير متحقق، و الأقوى الأول و هو أحوط.

(٣) يعلم مما تقدم.

(٤) من فضّ قيمتها على المساكين.

ص: ٥٣٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥ و ١٠ و ١٣ و ٣.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١٠.

و إن (١) قدر على صوم أزيد من الثمانية عشر (٢)، نعم لو عجز عن صومها (٣) وجب المقدور (٤) و الفرق (٥) ورود النص بوجوب الثمانية عشر لمن عجز عن الستين الشامل لمن قدر على الأزيد فلا يجب. و أما المقدور من الثمانية عشر فيدخل في عموم فأتوا منه ما استطعتم (٦)، لعدم المعارض، و لو شرع في صوم الستين قادرا عليها فتجدد عجزه بعد تجاوز الثمانية عشر اقتصر على ما فعل (٧) و إن كان شهرا، مع احتمال وجوب تسعه حينئذ (٨) لأنها بدل عن الشهر المعجوز عنه (٩).

(و المدفوع إلى المسكين) على تقدير الفض (نصف صاع) مَدَّان في المشهور (١٠)، و قيل: مد. و فيه قوه،

في بقرة الوحش و حماره بقرة

(و في بقرة الوحش و حماره بقرة) (١١) مسنه (١) وصلية.

(٢) لإطلاق الأخبار المتقدمة.

(٣) أى صوم الثمانية عشر يوما.

(٤) لقاعده الميسور و المعسور.

(٥) بين العجز عن الستين فينتقل إلى الثمانية عشر يوما و إن كان يقدر على الأزيد، و بين العجز عن الثمانية عشر يوما فيصوم بحسب قدره.

(٦) فهو حديث نبوي (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) (١).

(٧) لسقوط التكليف عند عدم قدره.

(٨) أى حين عجزه عن الشهر الثاني.

(٩) قال في الجواهر (لأن المعجوز شهر و بدله تسعه و إن قدر على الأكثر كما يؤمى إليه ما تسمعه في البقرة).

(١٠) قد تقدم الكلام فيه.

(١١) على المشهور، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: فجزاء مثل ما قتل من النعم، قال عليه السلام: في النعامه بدنه و في الحمار الوحشى بقرة و في الظبى شاه و في البقر بقرة) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت:

فإن أصاب بقرة أو حمار الوحش ما عليه؟ قال: عليه بقرة) (٣).

-
- ١- (١) غوالى اللئالى ج ٤ ص ٥٨ حدى١ ٢٠٤.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كفارات الصىء حدى١ ١.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصىء حدى١ ١٠.

فصاعدا (١)، إلا- أن ينقص سن المقتول عن سنّها فيكفي مماثله فيه (٢)، ثم الفض (٣) للقيمه على البر لو تعذر، (و نصف ما مضى) فى الإطعام و الصيام مع باقى الأحكام فيطعم ثلاثين، ثم يصوم ثلاثين (٤)، و مع العجز تسعه.

فى الظبى و الثعلب و الأرنب

(و فى الظبى و الثعلب و الأرنب شاه (٥)، ثم الفض) المذكور لو تعذرت - و أوجب الصدوق فى حمار الوحش بدنه لأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن محرم أصاب نعامه أو حمار وحش فقال: عليه بدنه) (١).

و عن ابن الجنيد التخيير فى حمار الوحش بين البقره و البدنه جمعا بين الأخبار.

(١) المسنه ما كمل لها ستتان و دخلت فى الثالثه، و قال فى المسالك (و الظاهر أن المراد بالبقره المسنه) و إلا فلا نص عليه بالخصوص، و لذا قال فى المدارك: (و المرجع فى البقره إلى ما يصدق عليه الاسم عرفا).

(٢) لإطلاق قوله تعالى: فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ (٢).

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و من كان عليه شىء من الصيد فداؤه بقره، فإن لم يجد فليطعم ثلاثين مسكينا، فإن لم يجد فليصم تسعه أيام) (٣).

(٤) على الأكثر، لصحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أصاب المحرم الصيد و لم يجد ما يكفر من موضعه الذى أصاب فيه الصيد، قوم جزاؤه من النعم دراهم، ثم قومت الدراهم طعاما، ثم جعل لكل مسكين نصف صاع، فإن لم يقدر على الطعام صام لكل نصف صاع يوما) ٤، و هو يشمل بقر الوحش و حماره، و لما قامت الأدله على إطعام ثلاثين مسكينا فعند العجز عنه فلا بد من الصوم ثلاثين يوما عن كل مسكين يوما كما هو الظاهر من هذا الخبر و عن المفيد و المرتضى و ابن بابويه الاكتفاء بصيام التسعه مطلقا لصحيح معاويه بن عمار المتقدم.

(٥) أما فى الظبى فلا خلاف فيه، لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت فإن أصاب ظبيا قال: عليه شاه، قلت: فإن لم يقدر، قال: فإطعام عشره مساكين فإن لم يجد ما يتصدق به فعليه صيام ثلاثه أيام) (٤)، و إطلاقه دال على الصوم ثلاثه أيام عند العجز عن -

ص: ٥٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

٢- (٢) سورة المائده الآيه: ٩٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١٣ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

الشاه، (و سدس ما مضى) فيطعم عشرة، ثم يصوم عشرة، ثم ثلاثة و مقتضى تساويها في الفض و الصوم أن قيمتها لو نقصت عن عشرة لم يجب الإكمال، و يتبعها الصوم. و هذا يتم في الظبي خاصة، للنص. أما الآخرا فألحقهما به جماعه تبعاً للشيخ، و لا سند له ظاهراً. نعم ورد فيهما شاه، فمع العجز عنها يرجع إلى الروايه العامه (١) بإطعام عشرة مساكين لمن عجز عنها، ثم صيام ثلاثه.

الإطعام و هو الذى ذهب إليه سيد المدارك، و غيره جعل الصوم ثلاثه أيام بعد العجز عن صوم عشرة أيام، و الصوم عشرة بعد العجز عن إطعام العشره لما تقدم من صحيح أبى عبيده الدال على الصوم يوماً لكل مسكين إذا عجز عن إطعامه.

و أما الثعلب و الأرنب ففيهما شاه، بلا خلاف فى ذلك، لصحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأرنب يصيبه المحرم فقال: شاه هدياً بالغ الكعبه) (١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قتل ثعلباً فقال: عليه دم، قلت فأرنباً، قال:

مثل ما فى الثعلب) ٢، هذا و قال سيد المدارك: (و اختلف الأصحاب فى مساواتهما للظبي فى الأبدال من الطعام و الصيام، فذهب الشيخان و المرتضى و ابن إدريس إلى تساوى الثلاثه فى ذلك، و اقتصر ابن الجنييد و ابن بابويه و ابن أبى عقيل على الشاه و لم يتعرضوا لإبدالهما، و الأصح ثبوت الأبدال فيهما كما فى الظبي لقوله عليه السلام فى صحيحه أبى عبيده: إذا أصاب المحرم الصيد و لم يجد ما يكفر من موضعه الذى أصاب فيه الصيد قوم جزاؤه من النعم دارهم، فإن الجزاء فتناول للجميع، و فى صحيحه معاويه بن عمار: و من كان عليه شاه فلم يجد فيطعم عشرة مساكين، فمن لم يجد صام ثلاثه أيام، و هى متناوله للجميع أيضاً.

و قوى الشارح عدم إلحاقهما بالظبي فى الأبدال، ثم حكم بالانتقال مع العجز عن الشاه هنا إلى إطعام عشرة مساكين ثم صيام الثلاثه أيام لهذه الروايه، و قال: إن الفرق بين مدلول الروايه و بين إلحاقهما بالظبي يظهر فيما لو نقصت قيمه الشاه عن إطعام عشرة مساكين، فعلى الإلحاق يقتصر على قيمه، و على الروايه يجب إطعام العشره.

و يتوجه عليه أن روايه أبى عبيده المتضمنه للاقتصار على التصديق بقيمه الجزاء متناوله للجميع فلا وجه لتسليم الحكم فى الظبي و منعه هنا، مع أن اللازم مما ذكره زياده فداء الثعلب عن فداء الظبي و هو بعيد جداً).

(١) و هى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و من كان عليه شاه فلم يجد -

ص: ٥٤٢

و هذا هو الأقوى، و في الدروس نسب مشاركتها له إلى الثلاثه (١). و هو مشعر بالضعف. و تظهر فائده القولين (٢) في وجوب إكمال إطعام العشره و إن لم تبلغها قيمه على الثاني، و الاقتصار (٣) في الإطعام على مد.

في كسر بيض النعام

(و في كسر بيض النعام لكل بيضه بكره من الإبل) (٤) و هي الفتيه، منها بنت المخاض فصاعدا (٥) مع صدق اسم الفتى. و الأقوى أجزاء البكر، لأن مورد النص البكاره و هي جمع لبكر و بكره (إن تحرك الفرخ) في البيضه، (و إلا-) يتحرك (أرسل فحوله الإبل في إناث) منها (بعدد البيض، فالناتج هدى) بالغ الكعبه (٦)، -فليطعم عشره مساكين فمن لم يجد فصيام ثلاثه أيام(١).

(١) أي نسب مشاركته الثعلب و الأرنب للطبي إلى الثلاثه، أي الشيخين و المرتضى.

(٢) فعلى القول بالإلحاق يقتصر على قيمه فلو نقصت عن العشره فلا يجب الإكمال و لو زادت عن العشره فيقتصر على العشره، و يتبعها الصوم و على القول الثاني الذي قواه الشارح فعليه إطعام عشره مساكين عند العجز عن الشاه، سواء بلغت قيمته ذلك أو لا، و عند العجز عن الإطعام يصوم عشره أيام للروايه العامه.

(٣) من لوازم القول الثاني، و إطعامه مدا لأنه هو الظاهر من الروايه العامه، بخلاف القول الأول فيأتي فيه الخلاف المتقدم في النعام من إطعامه مدا أو مدين.

(٤) إن تحرك الفرخ في البيضه بلا خلاف فيه، لصحيح علي بن جعفر قال (سألت أخى عليه السلام عن رجل كسر بيض نعام، و في البيض فراخ قد تحرك، فقال: عليه لكل فرخ تحرك بعير ينحره في المنحر)(٢)، و صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في كتاب علي عليه السلام: في بيض القطاه بكاره من الغنم إذا أصابه المحرم، مثل ما في بيض النعام بكاره من الإبل)(٣)، و البكر هو النقى من الإبل و الأنثى بكره كما عن الجمهوره و القاموس، بل قال في الجواهر (بل لعله المعروف في اللغه).

(٥) و عن ابن الأعرابي: البكر ابن المخاض و ابن اللبون و الحق و الجذع.

(٦) و يشترط عدد الإناث بعدد البيض، و أما الذكور فلا تقدير لها إلا ما احتاجت إليها الإناث عادة، ثم لا يكفي الإرسال بل لا بد من مشاهده كل واحده منها قد طرقها-

ص: ٥٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٤.

لا- كغيره من الكفارات. و يعتبر في الأنثى صلاحية الحمل، و مشاهدته الطرق، و كفايه الفحل للإناث عادة، و لا فرق بين كسر البيضه بنفسه و دابته (١)، و لو ظهرت فاسده، أو الفرخ ميتا فلا شيء (٢)، و لا يجب تربيته الناتج (٣)، بل يجوز صرفه من حينه، و يتخير بين صرفه مصالح الكعبه و معونه الحاج كغيره من مال الكعبه (٤).

(فإن عجز) عن الإرسال (فشاه عن البيضه) الصحيحه (٥)، (ثم) مع العجز عن الشاه (إطعام عشره مساكين) (٦)...

-الفحل مع اشتراط صلاحية الإناث للحمل، بلا خلاف في ذلك، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (من أصاب بيض نعام و هو محرم فعليه أن يرسل الفحل في مثل عدده البيض من الإبل، فإنه ربما فسد كله و ربما خلق كله، و ربما صلح بعضه و فسد بعضه، فما ينتج الإبل فهو هدى بالغ الكعبه) (١).

(١) لصحيح أبي الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن محرم وطئ بيض نعام فشدخها، قال: قضى فيها أمير المؤمنين عليه السلام أن يرسل الفحل في مثل عدد البيض من الإبل، فما لقح و سلم كان التناج هديا بالغ الكعبه، و قال عليه السلام: و ما وطئته أو وطئه بعيرك أو دابتك و أنت محرم فعليك فداؤه) (٢).

(٢) قال في المدارك: (و لو ظهرت البيضه فاسده أو الفرخ ميتا لم يلزمه شيء كما نص عليه في المنتهى لأنه بمنزله الحجر).

(٣) لظهور الأخبار المتقدمه في ذلك.

(٤) قال في المدارك: (و ليس في الأخبار و لا في كلام أكثر الأصحاب تعيين مصرف هذا الهدى، و الظاهر أن مصرفه مساكين الحرم كما في مطلق جزاء الصيد، مع إطلاق الهدى عليه في الآيه الشريفه، و جزم الشارح في الروضه بالتخير بين صرفه في مصالح الكعبه و معونه الحاج كغيره من أموال الكعبه و هو غير واضح).

(٥) لأن الفاسده لا شيء فيها.

(٦) و إن عجز صام ثلاثه أيام على المشهور، لخبر على بن أبي حمزه عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن رجل أصاب بيض نعامه و هو محرم، قال: يرسل الفحل في الإبل على عدد

ص: ٥٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٢.

لكل مسكين مد (١) و إنما أطلق (٢) لأن ذلك ضابطه حيث لا نص على الزائد، و مصرف الشاه و الصدقه كغيرهما (٣)، لا كالمبدل، (ثم صيام ثلاثه) أيام لو عجز عن الإطعام.

فى كسر كل بيضه من القطا

(و فى كسر كل بيضه من القطا (٤)...)-البيض، قلت: فإن البيض يفسد كله و يصلح كله؟ قال: ما ينتج من الهدى فهو هدى بالغ الكعبه، و إن لم ينتج فليس عليه شىء، فمن لم يجد إبلا فعليه لكل بيضه شاه، فإن لم يجد فالصدقه على عشره مساكين لكل مسكين مد، فإن لم يقدر فصيام ثلاثه أيام(١).

و عن الصدوق من لم يجد شاه صام ثلاثه أيام فإن لم يقدر أطعم عشره مساكين، لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى بيضه النعام شاه، فإن لم يجد فصيام ثلاثه أيام، فمن لم يستطع فكفارته إطعام عشره مساكين إذا أصابه و هو محرم)٢، و هو ضعيف لاعراض الأصحاب عنه.

(١) كما نص عليه الخبر، و أطلق القاضى أنه يعطى مدان و لا دليل عليه.

(٢) أى المصنف فلم يقيد الإطعام بمد.

(٣) من الكفارات فتصرف على الفقراء و المساكين، و المعنى أن مصرف البدل هنا هو المساكين كمصرف الكفارات، لا كمثل مصرف البدل فى مصالح الكعبه و ذلك لعدم تقييد المصرف هنا بالكعبه.

(٤) فيه صغير الغنم إن تحرك الفرخ فى البيضه، لصحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى كتاب على عليه السلام: فى بيض القطا مثل ما فى بيض النعام بكاره من الإبل)٢، و البكاره جمع لبكر و بكره، و هو ما كان صغيرا و فتيا.

و عن الشيخ و ابنى حمزه و إدريس أنه يجب مخاض من الغنم، لمضمر سليمان بن خالد (سألته عن رجل وطئ بيض قطاه فشدخه، قال: يرسل الفحل فى عدد البيض من الغنم كما يرسل الفحل فى عدد البيض من الإبل، و من أصاب بيضه فعليه مخاض من الغنم)٣، و حمل ذيله على ما لو تحرك الفرخ، كما أن صدره على أنه لم يتحرك، و هذه الروايه قد اشتمل سندها على عدده من الضعفاء كما فى المدارك، و على كل فسيأتى أن فى قتل القطا حمل فطيم فكيف يجب فى بيضها إن تحرك فيه الفرخ مخاض من الغنم و هى -

ص: ٥٤٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٤.

(و القبيج) (١) بسكون الباء و هو الحجل (و الدراج (٢) من صغار الغنم إن تحرك الفرخ) فى البيضة. كذا أطلق المصنف هنا و جماعه، و فى الدروس جعل فى الأولين مخاضا من الغنم، أى من شأنها الحمل، و لم يذكر الثالث، و النصوص خاليه عن ذكر الصغير، و الموجود فى الصحيح منها أن فى بيض القطاه بكاره من الغنم، و أما المخاض فمذكور فى مقطوعه، و العمل على الصحيح.

و قد تقدم أن المراد بالبكر الفتى، و سيأتى أن فى قتل القطا و القبيج و الدراج حمل مفطوم، و الفتى أعظم منه، فيلزم وجوب الفداء للبيض أزيد مما يجب فى الأصل، إلا أن يحمل الفتى على الحمل فصاعدا، و غايته حينئذ تساويهما فى الفداء. و هو سهل.

و أما بيض القبيج و الدراج فخال عن النص، و من ثم اختلفت العبارات فيها، ففى بعضها اختصاص موضع النص و هو بيض القطا، و فى بعض و منه الدروس الحاق القبيج، و فى ثالث إلحاق الدراج بهما، و يمكن إلحاق القبيج بالحمام فى البيض، لأنه صنف منه.

(و إلا-) يتحرك الفرخ (أرسل فى الغنم بالعدد) (٣) كما تقدم فى النعام (فإن) -التي بلغت سنا يمكن فيه الحمل كما فسره البعض على ما فى المسالك، و هذا يلزم أن يكون فى البيضة أكثر مما يلزم فى أصلها، و كذلك يأتى الإشكال إذا قلنا أن فى البيضة بكرا من الغنم و هو الفتى إذ الفتى أعظم من المعطوم و أكبر سنا.

(١) و ليس فى بيض القبيج نص بالخصوص كما نص على ذلك فى المدارك و المسالك و غيرهما، و لكن أكثر الأصحاب ألحق بيض القبيج ببيض القطا للمشابهه، و ابن البراج و الشارح و سيد المدارك ألحقه ببيض الحمام، لأن القبيج صنف منه، و فى بيضه درهم كما سيأتى إنشاء الله تعالى.

(٢) كما فى القواعد و الجامع و الحاقه بالقطا للمشابهه أيضا.

(٣) بلا خلاف فيه، لصحيح منصور بن حازم و سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألناه عن محرم و طئ بيض القطا فشدخه، قال: يرسل الفحل فى مثل عده البيض من الغنم، كما يرسل الفحل فى عده البيض من الإبل) (١)، و هو محمول على ما لو لم يتحرك الفرخ جمعا بينه و بين ما تقدم المقتضى لتغاير الموضوع بسبب تغاير الحكم.

ص: ٥٤٤

(عجز) عن الإرسال (فكبيض النعام) (١). كذا أطلق الشيخ تبعا لظاهر الرواية (٢)، و تبعه الجماعة، و ظاهره (٣) أن في كل بيضه شاه، فإن عجز اطعم عشره مساكين، فإن عجز صام ثلاثه أيام، و يشكل بأن الشاه لا تجب في البيضه ابتداء (٤)، بل إنما -و يشترط فيه ما اشترط في إرسال الفحل على إناث الإبل في النعامه، من كون الهدى لبيت الله، و من صلاحية الإناث للحمل و غير ذلك.

(١) بمعنى لو عجز عن الإرسال فشاه، و إن عجز عنها أطعم عشره مساكين، و إن عجز عنه صام ثلاثه أيام، و هذا حكم قد ذكره الشيخ في النهايه و المبسوط و تبعه عليه جماعه، و هاهنا بحثان: الأول: في مستند الحكم، قيل ربما أن يكون مستنده صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في كتاب على: في بيض القطا كفاره مثل ما في بيض النعام) (١)، و فيه: إنه لا يصلح لذلك لأن المماثله بين أصل الكفارتين، و ليس في الكيفيه، بالإضافة إلى أن في البيض إذا تحرك فيه الفرخ الإرسال الذي قد ينتج حملا فكيف يجب بعد العجز عن الإرسال شاه، و هي أكبر من الحمل المحتمل تولده من الإرسال، فلذا صرح جماعه منهم سيد المدارك بل و نقش الشارح في المسالك بعدم المستند لهذا الحكم.

و ذهب ابن حمزه إلى أنه إذا تعذر الإرسال يتصدق عن كل بيضه قطاه بدرهم و هو لا مستند له أيضا فالتوقف أمر لا بد منه.

البحث الثاني: ما ذكره الشيخ في النهايه و المبسوط هو بعد ذكر الإرسال، قال: (فإن عجز كان كمن كسر بيض النعام)، و تابعه المحقق على ذلك في الشرائع، و اختلفوا في تفسير هذه العبارة المجمله، فذهب ابن إدريس إلى أن مقتضى المماثله أنه يجب مع العجز عن الإرسال شاه، فإن عجز عنها أطعم عشره مساكين، فإن عجز صام ثلاثه أيام.

و أشكل عليه العلامه في المنتهى بقوله (و عندى في ذلك تردد، فإن الشاه تجب مع تحرك الفرخ لا غير، بل و لا يجب شاه كامله بل صغيره على ما بيناه، فكيف تجب الشاه الكامله مع عدم التحرك، و إمكان فساده، و عدم خروج الفرخ فيه، و الأقرب أن مقصود الشيخ بمساواته لبيض النعام و جوب الصدقه على عشره مساكين، أو الصيام ثلاثه أيام إذا لم يتمكن من الإطعام) انتهى، و البحث في تفسير العبارة ساقط بعد عدم مستند حكمها.

(٢) و هي صحيح سليمان بن خالد المتقدم و قد عرفت عدم دلالاته.

(٣) أى ظاهر الإطلاق.

(٤) أى قبل العجز عن الإرسال بل يجب الحمل المحتمل من الإرسال.

ص: ٥٤٧

يجب نتاجها حين تولد على تقدير حصوله، و هو (١) أقل من الشاه بكثير، فكيف يجب مع العجز، و فسره (٢) جماعه من المتأخرين منهم المصنف بأن المراد وجوب الأمرين الأخيرين دون الشاه (٣)، و هذا الحكم هو الأجود، لا لما ذكره، لمنع كون الشاه أشق من الإرسال، بل هي أسهل على أكثر الناس (٤)، لتوقفه على تحصيل الإناث و الذكور، و تحرى زمن الحمل و مراجعتها إلى حين النتاج، و صرفه هديا للكعبه و هذه أمور تعسر على الحاج غالبا أضعاف الشاه، بل لأن الشاه (٥) يجب أن تكون مجزئه هنا (٦) بطريق أولى، لأنها أعلى قيمه و أكثر منفعه من النتاج، فتكون كبعض أفراد الواجب، و الإرسال أقله. و متى تعذر الواجب انتقل إلى بدله، و هو هنا الأمران الآخران من حيث البديل (٧) العام، لا الخاص (٨)، لقصوره عن (١) أى النتاج.

(٢) أى التماثل فى عبارته الشيخ.

(٣) لأن الشاه اشقّ من الإرسال و أكثر قيمه فلا يعقل أن تكون بدلا عن الإرسال الموجب للحمل على تقدير حصوله كما سمعت من عبارته المنتهى.

(٤) قال فى المسالك: (و قد يمنع من كون الإرسال أسهل مطلقا و إن كان أقل غرامه، فإنه فى الحقيقه تكليف شاق، و ربما كان على بعض الناس أشقّ من إخراج الشاه بكثير، لأنه يتوقف على تحصيل الفحل المذكور و انتظار الشاه حتى تلد، و صرف نتاجها فى مصالح الكعبه إلى غير ذلك من الأحكام التى تعسر على كثير من الناس بخلاف ذبح الشاه و تفريقها على فقراء الحرم فإنه فى الأغلب تكليف سهل).

(٥) تعليل لما استجوده من الحكم بسقوط الشاه و الاكتفاء بالإطعام ثم الصيام فقط.

(٦) أى فى صورته العجز عن الإرسال، لأنه مع قدره على الإرسال يجب الحمل من الإرسال على تقدير حصول الناتج، فيقطع بفراغ الذمه لو دفع الشاه الكامله عند العجز عن الإرسال.

(٧) و هو المستفاد من صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و من كانت عليه شاه فلم يجد فليطعم عشره مساكين، فمن لم يجد فصيام ثلاثه أيام) (١).

(٨) أى البديل الخاص لما تقدم من عدم الدليل عليه، و ما ادعى من صحيح سليمان بن خالد كمستند للحكم فهو قاصر الدلاله كما تقدم.

ص: ٥٤٨

الدلالة، لأن بدليتهما (١) عن الشاه (٢) يقتضى بدليتهما عما هو دونها قيمه (٣) بطريق أولى.

فى الحمامه و فى فرخها

(و فى الحمامه (٤) و هى المطوقه أو ما تعبّ الماء) بالمهمله أى تشربه من غير مصّ كما تعبّ الدواب، و لا يأخذه بمنقاره قطره قطره كالدجاج و العصافير.

و أو هنا يمكن كونه للتقسيم بمعنى كون كل واحد من النوعين حماما و كونه للترديد، لاختلاف الفقهاء، و أهل اللغه فى اختيار كل منهما، و المصنف فى الدروس اختار الأول خاصه، و اختار المحقق و العلامة الثانى خاصه و الظاهر أن التفاوت بينهما قليل، أو منتف (٥)، و هو يصلح لجعل المصنف كلا منهما معرفا، و على كل تقدير فلا بد من إخراج القطا و الحجل من التعريف، لأن لهما كفاره معينه غير كفاره الحمام مع مشاركتها له فى التعريف كما صرح به جماعه.

(١) أى الإطعام ثم الصيام.

(٢) من حيث البدل العام.

(٣) و هو النتاج الحاصل من الإرسال على تقدير حصوله، و لذا صح القول بأنه مع العجز عن الإرسال فالإطعام ثم الصيام، و فيه: إن إثبات الشاه عند العجز عن الإرسال بالاولويه حكم اعتبارى محض لا يمكن الآخذ به.

(٤) الحمام هو كل طائر يهدر و يعبّ الماء و قيل هو كل مطوق، و التعريف الأول قد ذكره الشيخ فى المبسوط و جمع من الأصحاب، و قال فى المدارك (لم أقف عليه فيما وصل إلينا من كلام أهل اللغه) و فى الجواهر (ما عن الأزهرى من أنه أخبرنى عبد الملك عن الربيع عن الشافعى أنه قال: كلما عبّ و هدر فهو حمام يدخل فيه القمارى و الدباسى و الفواخت، سواء كانت مطوّقه أو غير مطوّقه) و معنى أنه يهدر تواتر صوته، و معنى يعبّ الماء أنه يشربه من غير مصّ و لا- يأخذه بمنقاره قطره قطره كالدجاج و العصافير.

و التعريف الثانى قد ذكره الشهيدان و غيرهما و هو المحكى عن الصحاح و القاموس و فقه اللغه و شمس العلوم و مصباح المنير قال الأخير: (و الحمام عند العرب كل ذى طوق من الفواخت و القمارى و القطا و الدواجن و الوراشين و اشباه ذلك، و يقال للواحد حمامه، و تقع على الذكر و الأنثى).

(٥) و أشكل عليه فى الجواهر (ضروره أن جمله مما يهدر و يعبّ لا- طوق له و بالعكس)، و المدار على الصدق العرفى للفظ الحمام و ليس على المعنى اللغوى.

و كفاره الحمام بأى معنى اعتبر (شاه على الحرم فى الحل (١)، و درهم على المحل فى الحرم) على المشهور (٢)، و روى أن عليه فيه قيمه، و ربما قيل بوجود أكثر الأمرين من الدرهم، و قيمه، أما الدرهم فللنص و أما قيمه فله (٣)، أو لأنها تجب للمملوك فى غير الحرم ففيه أولى، و الأقوى و جوب الدرهم مطلقا فى غير الحمام المملوك، و فيه الأمران معا الدرهم لله، و قيمه للمالك، و كذا القول فى كل مملوك بالنسبه إلى فدائه و قيمته.

(و يجتمعان) الشاه و الدرهم (على المحرم فى الحرم) (٤)، الأول لكونه محرما،

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (المحرم إذا أصاب حمامه ففيها شاه، و إن قتل فراخه ففيها حمل، و إن وطئ البيض فعليه درهم) (١).

(٢) لصحيح حفص بن البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الحمامه درهم و فى الفرخ نصف درهم، و فى البيضة ربع درهم) (٢)، و صحيح صفوان عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (من أصاب طيرا فى الحرم و هو محلّ فعليه قيمه، و قيمه درهم يشترى به علفا لحمام الحرم) (٣).

و فى بعض الأخبار أن عليه قيمته، كصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إن قتل المحرم حمامه فى الحرم فعليه شاه - إلى أن قال - فإن قتلها فى الحرم و ليس بمحرم فعليه ثمنها) (٣)، و لذا ذهب العلامة فى المنتهى أن الأحوط و جوب أكثر الأمرين من الدرهم و قيمه، و قرب فى التذكرة و جوب قيمه لو زادت عن الدرهم، بل استشكل المحقق الثانى فى جامعه بأجزاء الدرهم مطلقا لأن من قتل صيدا مملوكا فى غير الحرم فيلزمه قيمه السوقيه لمالكة بلغت ما بلغت، فكيف يجزى الأنقص فى الحرم و رده الشارح فى المسالك (و هذا الإشكال يتوجه على القول بأن فداء المملوك لمالكة مطلقا، و سيأتى أن الحق كون فدائه لله تعالى، و للمالك قيمه السوقيه، و لا يبعد حينئذ أن يجب لله تعالى أقل من قيمه مع وجوبها للمالك).

(٣) أى للنص أيضا.

(٤) فالشاه لكونه محرما و الدرهم لقتله إياها فى الحرم و هذا هو مقتضى تعدد المسبب بتعدد-

ص: ٥٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

و الثاني لكونه في الحرم، و الأصل عدم التداخل، خصوصا مع اختلاف حقيقه الواجب.

(و في فرخها حمل) (١) بالتحريك من أولاد الضأن ما سنه أربعة أشهر فصاعدا (٢)، (و نصف درهم عليه) (٣) أي على المحرم في الحرم (٤)، (و يتوزعان على) -السبب، و عن العماني شاه فقط و هو واضح الضعف كما في الجواهر.

للمحرم في الحل على المشهور، للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن محرم قتل حمامه من حمام الحرم خارجا من الحرم، قال: عليه شاه - إلى أن قال - قلت: فمن قتل فرخا من حمام الحرم و هو محرم، قال عليه السلام: عليه حمل) (١).

(١) و عن الكافي و الغنيه إن الحمل في فرخ حمام الحرم كما هو مورد الروايه، و في فرخ حمام غيره نصف درهم، و هما محجوجان بأخبار منها: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم إذا أصاب حمامه ففيها شاه، و إن قتل فراخه ففيه حمل، و إن وطئ البيض فعليه درهم) ٢ و هو مطلق يشمل حمام الحرم و غيره.

(٢) كما عن التذكرة و المنتهى و التحرير، و يؤيده كلام أهل اللغة كما عن ابن قتيبه عن أدب الكاتب: (فإذا بلغ أربعة أشهر و فصل عن أمه فهو حمل و خروف) نعم يعارضه ما عن الدميري أنه إذا بلغ ستة أشهر.

(٣) و نصف درهم في فرخ الحمام على المحل في الحرم، للأخبار منها: صحيح ابن الحجاج (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن فرخين مسرولين ذبحتهما و أنا بمكة محلّ، فقال لي: لم ذبحتهما؟ فقلت: جاءتنى بهما جاربه قوم من أهل مكة فسألتنى أن أذبحهما، فظننت أنى بالكوفه و لم أذكر الحرم فذبحتهما، فقال: عليك قيمتها، قلت: كم قيمتها؟ قال: درهم و هو خير منهما) (٢)، و عليه يحمل صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحمامه درهم و في الفرخ نصف درهم و في البيض ربع درهم) ٤، و مثله صحيح عبد الرحمن الآخر ٥.

(٤) فالشاه لإحرامه و نصف درهم لكونه في الحرم لتعدد السبب، بالإضافة إلى أخبار منها:

خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قتل طيرا من طيور الحرم و هو محرم في الحرم، قال: عليه شاه و قيمه الحمامه درهم يعلف به حمام الحرم، و إن كان فرخا فعليه حمل و قيمه الفرخ نصف درهم يعلف به حمام الحرم) (٣).

ص: ٥٥١

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٩ و ١.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٧ و ٥ و ١.

٣- ((٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥.

(أحدهما) فيجب الأول على المحرم في الحل، و الثاني على المحل في الحرم بقرينه ما تقدم، ترتيبا و واجبا،(و في بيضاها (١) درهم و ربع) على المحرم في الحرم.

(و يتوزعان على أحدهما)، و في بعض النسخ إحداهما فيهما (٢) أى الفاعلين، أو الحالتين فيجب درهم على المحرم في الحل، و ربع على المحل في الحرم. و لم يفرّق في البيض بين كونه قبل تحرك الفرخ و بعده.

و الظاهر أن مراده الأول (٣)، أما الثاني (٤) فحكمه حكم الفرخ كما صرح به (١) مع عدم تحرك الفرخ فعلى المحل في الحرم ربع درهم، لصحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحمام درهم و في الفرخ نصف درهم و في البيضه ربع درهم) (١)، و هو محمول على المحل في الحرم بقرينه صحيح ابن الحجاج المتقدم، و قد تقدم الكلام في ذلك.

و على المحرم في الحل درهم، لصحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم إذا أصاب حمامه ففيها شاه، و إن قتل فراخه ففيه حمل، و إن وطئ البيض فعليه درهم) (٢)، و هو محمول على المحرم في الحل بشهادته خبر أبي بصير المتقدم في قتل فرخ الحمام و يجتمع الأمران من الدرهم و الربع على المحرم في الحرم، فالدرهم لإحرامه و الربع للحرم، لقاعده تعدد المسببات بتعدد الأسباب.

(٢) في الموضوعين من كلام الماتن.

(٣) أى قبل تحرك الفرخ.

(٤) أى بعد تحرك الفرخ ففيه حمل كما عن الشيخ و أكثر الأصحاب، لصحيح علي بن جعفر (سألت أخى موسى عليه السلام عن رجل كسر بيض الحمام، و في البيض فراخ قد تحرك، فقال: عليه أن يتصدق عن كل فرخ قد تحرك بشاه، و يتصدق بلحومها إن كان محرما، و إن كان الفرخ لم يتحرك تصدق بقيمته و رقا يشتري به علفا يطرحه لحمام الحرم) (٣)، بإرادته الحمل من الشاه، و يشهد له صحيح الحلبي (قال: حرّك الغلام مكتلا فكسر بيضتين في الحرم، فسألت أبا عبد الله عليه السلام فقال: جديين أو حملين) (٤).

ص: ٥٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٢.

فى الدروس، و إن كان الحاقه به (١) مع الإطلاق، لا يخلو من بعد، و كذلك لم يفرّق بين الحمام المملوك و غيره، و لا بين الحرمى و غيره.

و الحق ثبوت الفرق كما صرّح به فى الدروس و غيره (٢)، فغير المملوك حكمه ذلك (٣)، و الحرمى (٤)...

و ذهب المحقق و العلامة و سيد المدارك أنه سواء كان محلاً أو محرماً و سواء كان فى الحل أو الحرم.

و صرح الشهيدان و صاحب الجواهر أن الحمل فى البيض إذا تحرك الفرخ مخصوص للمحرم فى الحل، و أما المحلّ فى الحرم فيجب عليه نصف درهم، و يجتمع الأمران على المحرم فى الحرم، و فى المدارك (أن مستنده غير واضح)، و ردّ عليه صاحب الجواهر بأن المحلّ فى الحرم لو قتل نفس الفرخ فعليه نصف درهم كما تقدم، فلو قتله فى داخل البيضه فكذلك و لذا حملت هذه الأخبار - و إن كان عامه - على المحرم فى الحلّ فقط، و أما اجتماع الأمرين على المحرم فى الحرم لتعدد السبب.

(١) أى إلحاق البيض مع تحرك الفرخ بالفرخ، مع إطلاق عبارته الماتن هنا حيث قال: (و فى بيضها درهم و ربع) و هو شامل لما قبل التحرك و بعده، فهذا الإلحاق هنا نظراً إلى إطلاق عبارته المصنف لا يخلو من بعد.

(٢) أى غير المصنف.

(٣) أى المذكور فى المتن.

(٤) أى من غير المملوك، اعلم أنه لا فرق بين الحمام الأهلى و حمام الحرم فى قيمته، لكن يشتري بقيمه الحرمى علف لحمام الحرم، و يتصدق بقيمه غير الحرمى على المساكين بلا خلاف فى ذلك، للأخبار منها: خبر حماد بن عثمان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل أصاب طيرين، واحداً من حمام الحرم و الآخر من حمام غير الحرم، قال: يشتري بقيمه الذى من حمام الحرم قمحا فيطعمه حمام الحرم، و يتصدق بجزء الآخر) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل أهدى له حمام أهلى و جىء به و هو فى الحرم محلّ، قال: إن أصاب منه شيئاً فليصدق مكانه بنحو من ثمنه) (٢)، و هو دال على التصديق بثمان حمام غير الحرم على المساكين، و مثله غيره، و صحيح صفوان بن يحيى عن

ص: ٥٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١٠.

منه، يشتري بقيمته الشامله للفداء (١) علفا لحمامه، و ليكن قمحا للروايه، و المملوك كذلك (٢)، مع إذن المالك، أو كونه المتلف، و إلا وجب ما ذكر لله و قيمته السوقيه للمالك.

في كل واحد من القطا و الحجل و الدراج

(و في كل واحد من القطا و الحجل و الدراج حمل مفطوم رعى) (٣) قد كمل سنه أربعه أشهر، و هو قريب من صغير الغنم في فرخها و لا بعد في تساوى فداء الصغير و الكبير كما ذكرناه.

-أبى الحسن الرضا عليه السّلام (من أصاب طيرا في الحرم و هو محلّ فعليه قيمه، و قيمه درهم يشتري به علفا لحمام الحرم) (١)، و هو محمول على حمام الحرم بشهاده خبر حماد المتقدم المتضمن لحكم حمام الحرم و حكم حمام غيره.

ثم المراد من قيمه الوارده في هذه الأخبار هي ما قابل الفداء المقدّره بالدرهم و نصفه و ربعه كما عن الجواهر و المدارك و غيرهما، و عن الشارح في المسالك و الروضه هنا أن قيمه ما يعم الفداء و الدرهم، أى يشمل الشاه فيما لو كان الجزاء شاه و يشمل الدرهم فيما لو كان الجزاء دفع قيمه الحمام أو بيضه أو فرخه، و فيه منع واضح كما في الجواهر لأنه لم تنص الأخبار على كون الفداء لحمام الحرم و إنما نصت على الدرهم أنه يشتري به علف لحمام الحرم، فتبقى الشاه و لا بدّ من صرفها على المساكين هذا من جهه و من جهه أخرى فالحمام الأهلى في قبال حمام الحرم و كلاهما غير مملوك، و إما لو كان الحمام الأهلى مملوكا و قد أتلفه بغير إذن مالكة فقد صرح العلامة في المنتهى و تابعه الشارح في المسالك و الروضه هنا أنه اجتمع على متلفه قيمه على المساكين و قيمه لمالكه، قال في المسالك:

(و أما الأهلى فقد اطلقوا و جوب الصدقه بقيمته على المساكين، و ينبغى أن يكون في موضع لا يضمه للمالك و إلا كان فداؤه للمساكين و قيمته للمالك، فينبغى تأمل ذلك، فإن النص و الفتوى مطلقان)، و هو قوى جمعا بين أدله ضمان مال الغير و بين ما دل على قيمه الحمام لو أتلفه في الحرم أو و هو محرم.

(١) و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى حكمه ما ذكر من غير المملوك بصرف قيمته على المساكين.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (وجدنا في كتاب على عليه السّلام في القطاه - إذا أصابها المحرم - حمل قد فطم من اللبن و أكل من -

ص: ٥٥٤

و هو أولى من حمل المصنف الخاص الذى اختاره ثم (١) على بنت المخاض، أو على أن فيها (٢) هنا مخاضا بطريق أولى، للإجماع على انتفاء الأمرين.

و كذا مما قيل: من أن مبنى شرعنا على اختلاف المتفقات، و اتفاق المختلفات، فجاز أن يثبت فى الصغير زياده على الكبير. و الوجه ما ذكرناه (٣)، لعدم التنافى بوجه. هذا على تقدير اختيار صغير الغنم فى الصغير (٤) كما اختاره المصنف، أو على وجوب الفتى كما اخترناه، و حملة على الحمل، و إلا بقى الأشكال (٥).

-الشجر(١)، و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام (فى كتاب أمير المؤمنين على عليه السلام:

من أصاب قطاه أو حجله أو دراجه أو نظيرهنّ فعليه دم)٢، و قد تقدم أن الحمل ما كان له أربعة أشهر، و قد تقدم أنه فى بيض القطا - إن تحرك الفرخ - بكر من الغنم و هو الفتى أو مخاض من الغنم و كلاهما أكبر من الحمل فكيف يجب فى فرخ البيضة أكبر مما يجب فى نفس الطائر قال فى المسالك: (و أجاب فى الدروس بإمكان حمل المخاض هناك - أى فى بيض القطا إن تحرك الفرخ - على بنت مخاض، أو أن فيه دليلا على أن فيه القطاه أيضا مخاض بطريق أولى، و يؤيده ما رواه سليمان بن خالد أن فى كتاب على عليه السلام من أصاب قطاه أو حجله أو دراجه أو نظيرهنّ فعليه دم، أو يجمع بين الأخبار بالتخير، و هذه أجوبه كلها مندفعه بالإجماع على نفى مدلولها، إذ لم يقل احد بوجوب بنت مخاض فى قتل هذه - أى فى القطاه - و لا ما يزيد على الحمل، و قد أجيب أيضا بأن مبنى شرعنا على اختلاف المماثلات و اتفاق المختلفات فجاز أن يثبت فى الصغير أزيد مما يثبت فى الكبير فى بعض الموارد، و فى بعض آخر بالعكس، و إن كان ذلك خلاف الغالب، و أجود ما هنا ما أسلفناه من أن الواجب فى الفرخ إنما هو بكاره من صغار الغنم و هى غير منافيه للحمل، و غايتها المساواه له فى جانب القله، و هو أمر سائغ عقلا، فإن مساواه الصغير للكبير فى الحكم امر واقع).

(١) أى هناك فى فرخ البيضة.

(٢) أى فى القطاه هنا.

(٣) من ثبوت بكر من الغنم فى الفرخ و هو غير مناف للحمل فى نفس القطا.

(٤) أى فى الفرخ الموجود فى البيضة.

(٥) من كون فداء الفرخ أكثر من فداء نفس الطائر.

ص: ٥٥٥

فى كل من القنفذ و الضب و اليربوع و القبره و الجراده و القمله

(و فى كل من القنفذ و الضب و اليربوع جدى) (١)، على المشهور. و قيل: حمل فطيم، و المروى، الأول، و إن كان الثانى مجزئا بطريق أولى. و لعل القائل فسر به الجدى.

(و فى كل من القبره) بالقاف المضمومه ثم الباء المشدده بغير نون بينهما، (و الصعوه) و هى عصفور صغير له ذنب طويل يرمح به (و العصفور) بضم العين و هو ما دون الحمامه، فيشمل الأخيرين، و إنما جمعهما تبعا للنص، و يمكن أن يريد به العصفور الأهلى كما سيأتى تفسيره به فى الأطمعه، فيغايرهما (مد) من (طعام) (٢) و هو هنا ما يؤكل من الحبوب و فروعها، و التمر و الزبيب و شبهها.

(و فى الجراده تمره) (٣)، و تمره خير من جراده.

(و قيل: كف من طعام) و هو مروى أيضا، فيتخير بينهما جمعا و اختاره فى (١) هو المشهور بين الأصحاب، لصحيح مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى اليربوع و القنفذ و الضبّ إذا أصابه المحرم فعليه جدى، و الجدى خير منه، و إنما جعل هذا لكى ينكل عن فعل غيره من الصيد) (١).

و ألحق المفيد و الشيخ بهذه الثلاثه ما أشبهها، و أوجب أبو الصلاح فيها حملا فطيما، و ليس لهما مستند كما فى المدارك.

و الجدى من حين ما تضعه أمه إلى أن يرعى و يقوى، كما عن أدب الكاتب، و عن البعض أنه من أربعه أشهر إلى أن يرعى، و الحق أن الجدى أعم من الحمل الفطيم بحسب الصدق.

(٢) على المشهور، لمرسل صفوان بن يحيى عن عبد الله عليه السّلام (القبره و الصعوه و العصفور إذا قتله المحرم فعليه مدّ من طعام، لكل واحد منهم) (٢).

و أوجب الصدوقان على كل طائر ما عدا النعامه شاه، لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى محرم ذبح طيرا قال: إن عليه دم شاه يهريقه، فإن كان فرخا فجدى أو حمل صغير من الضأن) (٣)، و هو مخصص عند المشهور بالخبر الأول.

(٣) كما عن الخلاف و المهذب و الجامع و السرائر، لصحيح معاويه بن عمار عن أبى -

ص: ٥٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٦.

الدروس، (و في كثير الجراد شاه) (١)، و المرجع في الكثره إلى العرف، و يحتمل اللغه فيكون الثلاثه كثيرا، و يجب لما دونه في كل واحده ثمره، أو كف.

(و لو لم يمكن التحرز) من قتله، بأن كان على طريقه بحيث لا- يمكن التحرز منه إلا- بمشقه كثيره لا- تتحمل عاده، لا الإمكان الحقيقي (فلا شيء (٢)). و في القمله) يلقيها عن ثوبه، أو بدنه و ما أشبههما، أو يقتلها (كف) من (طعام) (٣)، و لا -عبد الله عليه السلام (قلت ما تقول. في رجل قتل جراده و هو محرم، قال: ثمره خير من جراده) (١)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (في محرم قتل جراده، قال: يطعم ثمره، و ثمره خير من جراده) (٢).

و عن النافع و الشرائع و القواعد و الغنيه و المراسم و المقنعه كف من طعام لصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن محرم قتل جراده، قال: كف من طعام و إن كان كثيرا فعليه دم شاه ٣.

و عن المبسوط و التهذيب و التحرير و المدارك التخيير بينها جمعا بين الأخبار.

(١) بلا خلاف فيه، لصحيح ابن مسلم المتقدم، و يرجع في تحديد الكثره إلى العرف.

(٢) أي لا- إثم و لا كفاره، لصحيح حرير عن أبي عبد الله عليه السلام (على المحرم أن يتنكب الجراد إذا كان على طريقه، فإن لم يجد بدًا فقتل فلا بأس) (٣)، و صحيح معاويه (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجراد يكون على ظهر الطريق و القوم محرمون فكيف يصنعون؟ قال:

يتنكبونه ما استطاعوا، قلت: فإن قتلوا منه شيئا ما عليهم؟ قال: لا شيء عليهم) (٥).

(٣) ففي قتلها أو إلقائها كف من طعام، لخبر حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المحرم يبين القمله عن جسده فيلقبها، قال: فليطعم مكانها طعاما) (٤)، و صحيح الحسين بن أبي العلاء عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم لا يتزع القمله من جسده و لا من ثوبه متعمدا، و إن فعل شيئا من ذلك خطأ فليطعم مكانها طعاما قبضه يده) (٥).

و بعضهم كسيد المدارك حمل الكفاره على الاستحباب، لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (ما تقول في محرم قتل قمله، قال: لا شيء في القمله، و لا ينبغي أن يتعمد قتلها) (٨)، و حمل عند المشهور على الضروره.

ص: ٥٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٢ و ٦.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٥- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٣ و ٦.

شيء في البرغوث (١) و إن منعنا قتله، و جميع ما ذكر حكم المحرم في الحل (٢)، أما المحل في الحرم فعليه قيمه فيما لم ينص على غيرها، و يجتمعان على المحرم في الحرم، و لو لم يكن له قيمه فكفارته الاستغفار (٣).

في لو نقر حمام الحرم

(و لو نقر حمام الحرم و عاد) إلى محله (فشاه) عن الجميع، (و إلا) يعد (فعن كل واحده شاه) على المشهور (٤)، و مستنده غير معلوم، و إطلاق الحكم يشمل (١) لصحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم يلقي عنه الدواب كلها إلا القملة فإنها من جسده) (١)، و إلقائه لا يجوز لنا قتله، و لكن قتله لا يوجب شيئاً للأصل.

(٢) لظهور الأخبار المتقدمه في أنه فداء من جهه إحرامه، و أما لو قتله المحل في الحرم فعليه ما ذكر في الموارد المنصوصه المتقدمه، و ما لا تقدير لفديته فعليه قيمته، لصحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (في الضبي شاه و في البقره بقره و في الحمام بدنه و في النعامه بدنه، و فيما سوى ذلك قيمته) (٢) و ثبتت قيمه بتقويم عدلين عارفين، و أما لو قتله المحرم في الحرم فيجتمع عليه الأمان لقاعده تعدد السبب و يدل على الجميع صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (فإن أصبته و أنت حلال في الحرم فعليك قيمه واحده، و إن أصبته و أنت حرام في الحل فعليك قيمه، و إن أصبته و أنت حرام في الحرم فعليك الفداء مضاعفاً) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن قتل المحرم حمامه في الحرم فعليه شاه و ثمن الحمامه درهم أو شبهه يتصدق به أو يطعمه حمامه مكه، فإن قتلها في الحرم و ليس بمحرم فعليه ثمنها) (٤).

(٣) لرفع الاثم و لا يجب غيره للأصل بعد عدم قيمه له.

(٤) قال الشارح في المسالك: (و إنما نسب ذلك إلى القيل - أي نسبة المحقق في الشرائع - لعدم وقوفه على مستنده، فإن الشيخ رضوان الله عليه قال: هذا الحكم ذكره علي بن بابويه في رسالته و لم أجد به حديثاً مسنداً، ثم اشتهر بين الأصحاب حتى كاد أن يكون اجماعاً، و لقد كان المتقدمون يرجعون إلى فتوى هذا الصدوق عند عدم النص إقامه لها

ص: ٥٥٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

مطلق التنفير وإن لم يخرج من الحرم، وقيده المصنف في بعض تحقیقاته بما لو تجاوز الحرم، و ظاهرهم أن هذا حکم المحرم في الحرم (١)، فلو كان محلا فمقتضى القواعد وجوب قيمه إن لم يعد، تنزيلا له منزله الاتلاف.

و يشکل حکمه مع العود (٢)، و کذا حکم (٣) المحرم لو فعل ذلك في الحل و لو كان المنفّر واحده ففي وجوب الشاه مع عودها و عدمه (٤) تساوى الحالتين و هو بعيد.

و يمكن عدم وجوب شىء مع العود (٥) وقوفا فيما خالف الأصل على -مقامه، بناء على أنه لا يحکم إلا بما دل عليه النص الصحيح عنده، و حينئذ فلا مجال للمخالفة هنا).

ثم إن هذا الحكم يشمل مطلق التنفير و إن لم يخرج من الحرم بل و إن لم يغب عن العين، و لكن عن العلامه في التذکره و الشهيد في بعض تحقیقاته بما لو تجاوز الحرم و المراد بعودها رجوعها إلى محلها من الحرم.

(١) قد صرح سيد المدارك بخلافه حيث قال: (و إطلاق كلام المصنف و غيره يقتضى عدم الفرق في المنفّر بين أن يكون محلا أو محرما، و احتمال بعض الأصحاب وجوب الفداء و قيمه إذا كان محرما في الحرم، و هو بعيد جدا، أما مع العود فواضح و أما مع عدمه فلأن مثل ذلك لا يعدّ إتلافا).

بل ظاهر كلام الشارح في المسالك خلاف ما قاله هنا في الروضه حيث قال هناك: (هذا الحكم على إطلاقه لا يناسب القواعد الماضيه من وجوب الفداء على المحرم في الحل و قيمه على المحل في الحرم، و الأمرين معا على المحرم في الحرم، و الذى يطابقها منه أن يحمل الحكم المذكور على ما لو نفّرها المحرم في الحل، فلو كان محلا في الحرم وجبت قيمه، أو محرما في الحرم وجبت الشاه و قيمه، خصوصا إذا لم يعد، فإن ذلك منزل منزله الإتلاف فيكون في حکم القاتل).

(٢) إذ مع العود فلا إتلاف فكيف حکم بالقيمه.

(٣) أى يشکل حکمه مع العود إلى مكانه لأنه لا يعتبر إتلافا فلم وجب عليه الفداء.

(٤) وجهان مبيان على أن الحمام اسم جنس أو جمع فعلى الأول يتعلق الحكم المذكور بالواحد دون الثانى، و عن العلامه في القواعد و جماعه عدم وجوب الشاه في تنفير الواحد مع العود حذرا من لزوم تساوى حالتى العود و عدمه مع أن مقتضى أصل الحكم الفرق بينهما.

(٥) أى عود الواحد المنفّر للأصل بعد كون الحكم المذكور في كلمات الأصحاب ناظرا إلى -

موضع اليقين و هو الحمام، و إن لم نجعله اسم جنس (١) يقع على الواحده.

و كذا الإشكال لو عاد البعض خاصه و كان كل من الذاهب و العائد واحده (٢). بل الإشكال فى العائد و إن كثر (٣)، لعدم صدق عود الجميع الموجب للشاه، و لو كان المنقّر، جماعه ففى تعدد الفداء عليهم، أو اشتراكهم فيه، خصوصا مع كون فعل كل واحد لا يوجب النفور و جهان و كذا (٤) فى إلحاق غير الحمام به (٥)، و حيث لا نص ظاهرا ينبغى القطع بعدم اللحوق، فلو عاد فلا شىء، و لو لم يعد ففى إلحاقه بالاتلاف نظر، لاختلاف الحقيقتين (٦)، و لو شك فى العدد بنى على الأقل، و فى العود (٧) على عدمه عملا بالأصل فيهما (٨).

فى ما لو أغلق على حمام و فراخ و بيض

(و لو أغلق على حمام و فراخ و بيض (٩) فكالاتلاف، مع جهل الحال، أو علم) -الحمام بملاحظه قولهم، ففى كل حمامه شاه من دون فرق بين كون الحمام جمع أو لا، بل و إن قلنا إنه اسم جنس.

(١) بل و إن جعلناه فالمقصود من الحمام فى الحكم المذكور عندهم هو الجمع لقريته قولهم ففى كل حمامه شاه.

(٢) بحيث نفر اثنتين فذهبت واحده و عادت الأخرى، فمع ذهاب الواحد شاه مع أنه لو عادتا معا شاه أيضا فينشأ الإشكال من أن عدم عود الذاهبه و عودها على حد سواء، و هو بعيد.

(٣) فالحكم المذكور متضمن لوجوب الشاه مع عود الجميع، ففى عود البعض شاه أو شىء لعدم النص فيه مع أصاله البراءه، أو احتمال وجوب جزء من الشاه بنسبه الجميع فلو كان الجميع أربعا و عاد النصف فنصف شاه و هكذا، و هذه الاحتمالات الثلاثه قد ذكرها الشارح فى المسالك.

(٤) أى الوجهان.

(٥) كالظبى و غير الحمام من الطيور.

(٦) من الاتلاف و عدم العود.

(٧) أى و لو شك فى العود.

(٨) قال سيد المدارك و قد أجاد: (و الكلام فى فروع هذه المسأله قليل الفائده لعدم ثبوت مستند الحكم من أصله كما اعترف به الشيخ و غيره، و المطابق للقواعد عدم وجوب شىء مع العود، و لزوم فديه التلف على الوجه المقرّر فى حكم الإحرام مع عدمه إن نزلنا التنفير مع عدم العود منزله الإتلاف، و إلا اتجه السقوط مطلقا).

(٩) و المستند فيه خبر يونس بن يعقوب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أغلق بابه على

(التلف) فيضمن المحرم في الحل كل حمامه بشاه، و الفرخ بحمل، و البيضة بدرهم، و المحل في الحرم الحمامه بدرهم، و الفرخ بنصفه، و البيضة بربعه، و يجتمعان على من جمع الوصفين، و لا فرق بين حمام الحرم و غيره إلا على الوجه السابق (١).

(و لو باشر الإلتلاف جماعه أو تسبوا) (٢)، أو باشر بعض و تسبب الباكون (فعلى كل فداء) (٣)، لأن كل واحد من الفعلين موجب له، و كذا لو باشر واحد أموراً متعدده يجب لكل منها الفداء، كما لو اصطاد و ذبح و أكل، أو كسر البيض و أكل أو دل على الصيد و أكل، و لا فرق بين كونهم محرمين و محلين في الحرم، و التفريق فيلزم كلا حكمه، فيجتمع على المحرم منهم في الحرم الأمان.

-حمام من حمام الحرم و فراخ و بيض، فقال: إن كان أغلق عليها قبل أن يحرم فإن عليه لكل طير درهما، و لكل فرخ نصف درهم، و البيض لكل بيضة ربع درهم، و إن كان أغلق عليها بعد ما أحرم فإن عليه لكل طائر شاه و لكل فرخ حملاً، و للبيض نصف درهم) (١).

و ظاهر الروايه إن نفس الإغلاق يقتضى الفديه أو الثمن، و بهذا أفتى الشيخ فى النهايه و المبسوط و العلامه فى المنتهى، و قيدها المشهور فيما لو كان الإغلاق سبباً للتلف أو جهل الحال كما لو رمى الصيد و جهل حاله فإن عليه كفاره، أما لو خرج ما أغلق عليه سالماً فالمشهور عدم وجوب الكفاره للأصل و لفحوى ما دل على عدم الضمان فيما لو أخذه ثم أرسله.

(١) من أنه إذا كان حماماً للحرم فيشترى به علفاً لحمامه، و إلا فيتصدق به على المساكين.

(٢) بناء على أن السبب قائم مقام المباشرة.

(٣) للأخبار، منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اجتمع قوم على صيد، و هم محرمون فى صيده، أو أكلوا منه فعلى كل واحد منهم قيمته) (٢)، و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام (فى محرمين أصابا صيداً، قال: على كل واحد منهما الفداء) (٣)، و صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (عن قوم اشتروا ظبياً فأكلوا منه جميعاً و هم حرم، ما عليهم؟ قال: على كل من أكل منهم فداء صيد، كل إنسان منهم على حدته فداء صيد كاملاً) (٤). و ظاهر الروايات أن الضمان عليهم إذا كانوا محرمين، و ذكر الشارح أنه لا فرق فى هذا الحكم بين المحرمين و المحلين فى الحرم، و قال-

ص: ٥٦١

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ٧ و ٢.

فى كسر قرنى الغزال

(و فى كسر قرنى الغزال (١) نصف قيمته، و فى عينيه، أو يديه، أو رجليه القيمه، و الواحد بالحساب) ففیه نصف القيمه، و لو جمع بينه و بين آخر من اثنين فتمام القيمه، و هكذا.

هذا هو المشهور و مستنده ضعيف، و زعموا أن ضعفه منجبر بالشهره، و فى الدروس جزم بالحكم فى العينين، و نسبه فى اليدين و الرجلين إلى القيل.

و الأقوى وجوب الأرش فى الجميع، لأنه نقص حدث على الصيد فيجب أرشه حيث لا معين يعتمد عليه.

فى أنه لا يدخل الصيد فى ملك المحرم

(و لا يدخل الصيد فى ملك المحرم (٢) بحيازه، و لا عقد، و لا إرث)، و لا عنه سيد المدارك (و هو غير واضح)، و لكن التعميم الذى ذهب إليه الشارح مستندا إلى غير هذه الأخبار، كصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أصبت الصيد و أنت حرام فى الحرم فالفداء مضاعف عليك، و إن أصبته و أنت حلال فى الحرم فقيمته واحده، و إن أصبته و أنت حرام فى الحل فإنما عليك فداء واحد) (١)، و الفداء هنا يراد به القيمه.

(١) على المشهور، لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت: فما تقول فى محرم كسر إحدى قرنى غزال فى الحل، قال: عليه ربع قيمه الغزال، قلت: فإن كسر مر فيه؟ قال:

عليه نصف قيمته يتصدق به، قلت: فإن هو فقأ عينيه؟ قال: عليه قيمته، قلت: فإن هو كسر إحدى يديه؟ قال: عليه نصف قيمته، قلت: فإن هو كسر إحدى رجليه؟ قال:

عليه نصف قيمته، قلت: فإن هو قتله؟ قال: عليه قيمته؟ قلت: فإن هو فعل به و هو محرم فى الحرم؟ قال: عليه دم يهريقه، و عليه هذه القيمه إذا كان محرما فى الحرم) (٢)، و بمضمونها افتى الشيخ فى النهايه و المبسوط، و لكن سندها مشتمل على عدده من الضعفاء، منهم أبو جميله المفضل بن صالح و هو كان كذابا يصنع الحديث، كما فى الخلاصه، فلذا ذهب الأكثر إلى ثبوت الأرش فى الجميع.

(٢) بل يجب عليه إرساله أيضا، و هو حكم مقطوع به بين الأصحاب لما فى المدارك، لخبر أبى سعيد المكارى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يحرم أحد و معه شىء من الصيد حتى يخرج عن ملكه) (٣)، و خبر بكير بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل أصاب ظيبا-

ص: ٥٦٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

غيرها من الأسباب المملّكه كندره له. هذا إذا كان عنده.

أما النائي فالأقوى دخوله في ملكه ابتداء اختيارا كالشراء وغيره كالإرث، و عدم خروجه بالإحرام، و المرجع فيه إلى العرف.

في من نتف ريشه من حمام الحرم

(و من نتف ريشه من حمام الحرم فعليه صدقه (١) بتلك اليد الجانيه)، و ليس في العبارة (٢) أنه نتفها باليد حتى يشير إليها بل هي أعم (٣)، لجواز نتفها غيرها، و الروايه وردت بأنه يتصدق باليد الجانيه و هي سالمه من الإيراد (٤)، و لو اتفق -فادخله الحرم فمات الطيب في الحرم، فقال: إن كان حين أدخله خلّى سبيله فلا شيء عليه، و إن كان أمسكه حتى مات فعليه الفداء(١).

و عن ابن الجنيد و الشيخ الحكم بدخوله في الملك و إن وجب إرساله كما هو ظاهر الخبرين.

هذا كله إذا كان معه الصيد، و أما إذا لم يكن معه بل كان في ملكه و كان نائيا لم يزل ملكه، لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (الصيد يكون عند الرجل من الوحش في أهله و من الطير يحرم و هو في منزله، قال: و ما به بأس)(٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحرم و عنده في أهله صيد إما وحش و إما طير، قال: لا بأس)٣ و مثلها غيرها.

و قال الشارح في المسالك: (هذا هو المشهور و عليه العمل، و كما لا يمنع الإحرام استدامه ملك العبد لا يمنع ابتدائه، فلو اشترى ثمه صيدا أو اتهبه أو ورثه انتقل إلى ملكه أيضا، و المرجع في النائي و القريب إلى العرف).

(١) بلا خلاف فيه، لخبر إبراهيم بن ميمون المنجبر بعمل الأصحاب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل نتف ريش حمامه من حمام الحرم، قال: يتصدق بصدقه على مسكين، و يعطى باليد التي نتف بها، فإنه قد أوجعه)(٣).

(٢) أي عبارة المصنف.

(٣) أي بل العبارة أعم إذ قد يتحقق النتف بالفم أو بالرجل.

(٤) الذي أورده الشارح على الماتن.

ص: ٥٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٥.

النتف بغير اليد جازت الصدقه كيف شاء (١) و يجرى مسماها (٢)، و لا تسقط (٣) بنبات الريش، و لا- تجزئ بغير اليد (٤) الجانيه.

و لو نتف أكثر من ريشه (٥) ففي الرجوع إلى الأرش عملا بالقاعده، أو تعدد الصدقه بتعدد وجهان اختار ثانيهما المصنف فى الدروس، و هو حسن إن وقع النتف على التعاقب، و إلا- فالأول أحسن إن أوجب أرشا (٦)، و إلا تصدق بشيء، لثبوته بطريق أولى، و لو نتف غير الحمامه، أو غير الريش (٧) فالأرش (٨)، و لو أحدث ما لا يوجب الأرش نقصا (٩) ضمن أرشه، و لا يجب تسليمه باليد الجانيه للأصل.

(١) للأصل.

(٢) لتحقق الامتثال بالمسمى بعد عدم التعيين فى الروايه.

(٣) الصدقه، خلافا لبعض العامه و ذلك لصدق النتف سواء نبت مكانها أو لا.

(٤) لظاهر الخبر.

(٥) اعلم أن مورد الروايه نتف الريشه الواحده، فلو نتف أكثر من ذلك احتمل الأرش كغيره من الجنائيات، و احتمال تعدد الصدقه بتعدد الريش، و الثانى اختيار الدروس، و قوى العلامه فى المنتهى من تكرار الفديه إن كان النتف متفرقا و إلا فالأرش إن كان النتف دفعه، هذا كله بناء على أن الوارد (رجل نتف ريشه حمامه من حمام الحرم) كما أوردناه و هو المروى فى التهذيب، و إما المروى فى الكافى و الفقيه (رجل نتف حمامه من حمام الحرم) و هو يتناول الريشه و الأكثر.

(٦) أى أوجب نقصا يستدعى الأرش و إلا إن لم يستدع نتف الأكثر نقصا فتجب الصدقه بشيء لأن ثبوت الصدقه فى الواحده يستلزم ثبوتها فى الزائد بطريق أولى كما قاله الشارح فى المسالك.

(٧) كالوبر من الحمامه.

(٨) لأنه الأصل فى الجنائيات.

(٩) قال الشارح فى المسالك (و لو أحدث - ما لا يوجب الأرش كالريشه الواحده - نقصا فى الحمامه ضمن أرشه، و الأقوى عدم وجوب تسليمه باليد الجانيه كغيره من ضروب الارش لعدم النص المعتبر)، و المعنى أن نتف الريشه من الحمامه يوجب التصديق للخبر فلو أحدث مع ذلك نقصا فعليه الارش و الصدقه، و الصدقه يجب تسليمها باليد الجانيه للخبر، و أما الارش فلا للأصل.

في محل جزاء الصيد

(و جزاؤه) أى جزاء الصيد مطلقا (١) يجب إخراجه (بمنى) إن وقع (فى إحرام الحج، و بمكه فى إحرام العمره) (٢)، و لو افتقر إلى الذبح و جب فيهما (٣) أيضا كالصدقه، و لا تجزئ الصدقه قبل الذبح (٤)، و مستحقه الفقراء و المساكين (٥) بالحرم فعلا، أو قوه كو كيلهم فيه، و لا يجوز الأكل منه (٦) إلا بعد انتقاله إلى المستحق بإذنه (٧)، و يجوز فى الإطعام (٨) التملك و الأكل.

البحث الثانى: فى كفاره باقى المحرمات

إشارة

(البحث الثانى: فى كفاره باقى المحرمات -)

فى الوطء

(فى الوطء) عامدا عالما بالتحريم، (١) مهما كان نوع الصيد، و سواء كان فداء أو أرشا أو قيمه.

(٢) للأخبار، منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (من و جب عليه فداء صيد أصابه محرما، فإن كان حاجا نحر هديه الذى يجب عليه بمتن، و إن كان معتمرا نحره بمكه قبالة الكعبه) (١).

(٣) أى فى مكه و منى و قد لا يقتصر إلى الذبح ككف من الطعام و الصدقه بثمنه و الأرش.

(٤) بلا خلاف فيه، و هو المنصرف من أخبار التصديق بالفداء.

(٥) فالصدقه للأمر بها فى الاخبار، منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن فداء الصيد يأكل من لحمه، فقال: يأكل من اضحيته و يتصدق بالفداء) (٢)، و خبر أبى بصير (سألته عن رجل أهدى هديا فانكسر، فقال: إن كان مضمونا - و المضمون ما كان فى يمين يعنى نذرا، أو جزاء - فعليه جزاؤه، قلت: أ يأكل منه؟ قال: لا، إنما هو للمساكين، فإن لم يكن مضمونا فليس عليه شىء) (٣)، و خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام كل هدى من نقصان الحج فلا تأكل منه، و كل هدى من تمام الحج فكل (٤)، و هى ظاهره فى أن مصرفها الفقراء و المساكين، و عن العلامة أن مصرفها لفقراء و مساكين الحرم و تبعه عليه جماعه.

(٦) فلو أكل ضمن، و يشهد له خبر حريز (إن الهدى المضمون لا يؤكل منه إذا أعطب، فإن أكل منه غرم) (٥).

(٧) أى بإذن المستحق.

(٨) أى اطعام المستحق.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١.
 - ٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ١٥ و ١٦.
 - ٣- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الذبح حديث ٤ و ٢٦.

(قبلا، أو دبرا قبل المشعر و إن وقف بعرفه) على أصح القولين (بدنه (١)، و يتم) (١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل محرم وقع على أهله، فقال: إن كان جاهلا فليس عليه شيء، و إن لم يكن جاهلا فإن عليه أن يسوق بدنه، و يفرق بينهما حتى يقضيا المناسك، و يرجعا إلى المكان الذي أصابا فيه ما أصابا، و عليها الحج من قابل) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (إذا وقع الرجل بامرأته دون المزدلفه، أو قبل أن يأتي مزدلفه فعليه الحج من قابل) (٢)، و صحيح زراره (سألته عن محرم غشى امرأته و هي محرمه، فقال: جاهلين أو عالمين؟ فقلت:

أجبنى عن الوجهين جميعا، قال: إن كانا جاهلين استغفرا ربهما و مضيا على حجهما و ليس عليهما شيء، و إن كانا عالمين فرّق بينهما من المكان الذي أحدثا فيه و عليهما بدنه و عليهما الحج من قابل، فإذا بلغا المكان الذي أحدثا فيه فرّق بينهما حتى يقضيا مناسكهما و يرجعا إلى المكان الذي أصابا فيه ما أصابا، قلت: فأى الحجّين لهما؟ قال:

الأولى التي أحدثا فيها ما أحدثا، و الأخرى عليها عقوبه) (٢).

و ظاهر الأخبار عدم الفرق في الزوجه بين الدائم و المتمتع بها، و كذا عدم الفرق في الوطء بين القبل و الدبر و عن الشيخ في المبسوط أنه أوجب بالوطء في الدبر بدنه دون الحج من قابل و هو ضعيف، و عن العلامة في المنتهى الحق بوطء الزوجه الزنا و وطء الغلام، لأنه أبلغ في هتك الإحرام، و عن الحلبي أنه أوجب في اللواط البدنه، و عن البعض - كما في الجواهر - أن وطئ البهيمه حكمه حكم إتيان الدبر، و لكن في الجميع ضعف لأن النصوص المتقدمه ظاهره في إتيان الأصل و غشيان امرأته، و هي لا تشمل هذه الفروع، و دعوى أن التعبير بإتيان الأهل و غشيان المرأه مبني على الغالب أو المتعارف ممنوعه، نعم إتيان الأصل يشمل الأمه كما يشمل الحره، و كذا عدم الفرق في الحج بين كونه واجبا و مندوبا.

ثم إن صحيح معاوية المتقدم اعتبر وقوع الجماع قبل الوقوف بالمشعر، و عن المفيد و الحلبي و سائر اعتبار قبله الوقوف بعرفه و احتج لهم العلامة في المختلف بما ورد أن الحج عرفه (٣)، و هو غير صريح في المدعى بخلاف صحيح معاوية المتقدم.

ثم إن صحيح زراره صريح في أن الأولى هو الواجبه و الثانيه عقوبه و هذا ما ذهب إليه

ص: ٥٦٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٩.

٣- ((٤)) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب إحرام الحج حديث ٣.

(حجه و يأتي به من قابل) فوراً إن كان الأصل كذلك (و إن كان الحج نفلاً)، و لا فرق في ذلك بين الزوجه و الأجنبيه، و لا بين الحره و الأمه، و وطء الغلام كذلك في أصح القولين دون الدابه في الأشهر.

و هل الأولى فرضه و الثانيه عقوبه، أو بالعكس قولان، و المروى الأول، إلا أن الروايه مقطوعه (١) و قد تقدم (٢).

و تظهر الفائدة في الأجير لتلك السنه، أو مطلقاً (٣)، و في كفاره خلف النذر و شبهه لو عينه بتلك السنه، و في المفسد المصدود إذا تحلل ثم قدر على الحج لسنته (٤)، أو غيرها.

(و عليها مطاوعه مثله) (٥) كفاره و قضاء. و احترزنا بالعالم العامد عن -الشيخ في النهايه و المحقق، و عن ابن إدريس أن الإتمام عقوبه و الثانيه فرضه، لأن الأول حج فاسد فلا يكون مبرئاً للذمه، و صحيح زراه حجه عليه، و تظهر الفائدة في هذا النزاع في الأجير للحج في سنته فعلى الأول قد أدى ما عليه و على الثاني لا يستحق أجره ما فعل، و في الناذر للحج في سنته فعلى الأول لا خلف للنذر فلا تجب الكفاره بخلاف الثاني، و في المفسد المصدود بمعنى من أفسد حجه بالجماع ثم صدّ كان عليه بدنه و الحج من قابل للإفساد و كان عليه دم للتحلل لكن وجوب الإتمام ساقط بالصدّ، ثم على الأول يجب عليه حج الإسلام لأن وجوبه مستقر ثم حج آخر عقوبه لما أفسد، و على الثاني يكفيه حج الإسلام فقط لسقوط حجه العقوبه بالتحلل منها، و وجوب قضائها منفى بالأصل.

(١) أى مضمرة، و إضمارها لا يضرها ما دام راويها زراه، فشأنه و حاله يفرضان السؤال من المعصوم عليه السلام.

(٢) في حج الأسباب.

(٣) بناء على أن الإطلاق منصرف إلى التعيين في تلك السنه كما ذهب إليه الشهيد في الدروس، و قد تقدم الكلام فيه.

(٤) فيما لو زال العذر و ارتفع الصد في تلك السنه و أمكن له الإتيان بالحج فعلى الأول يجب الحج الإسلام لأنه مستقر ثم حج آخر للإفساد و على الثاني لا يجب إلا حج الإسلام و أما حج الإفساد فقد سقط بالتحلل منه.

(٥) أى بدنه و الحج من قابل و هو المراد من قول الشارح (كفاره و قضاء)، و يدل عليه صحيح -

الناسى (١) و لو للحكم، و الجاهل (٢) فلا شىء عليهما. و كان عليه تقييده (٣) و إن أمكن إخراج الناسى من حيث عدم كونه محرّما فى حقه، أما الجاهل فأثم (٤).

(و يفترقان إذا بلغا موضع الخطيئه (٥) بمصاحبه ثالث) محترم (فى) حج (القضاء) إلى آخر المناسك.

-زراره المتقدم (و إن كانا عالمين فَرَّقَ بينهما من المكان الذى أحدثا فيه، و عليهما بدنه، و عليهما الحج من قابل) (١).

(١) لأنه معذور بالنسيان.

(٢) و يدل عليه أيضا صحيحا معاويه و زراره المتقدمين.

(٣) أى و كان على المصنف تقييد الحكم بالعالم العامد.

(٤) لتركه التعلم.

(٥) فى حج القضاء فقط كما هو أحد القولين فى المسأله كما فى المدارك، للأخبار منها:

صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و إن لم يكن جاهلا فعليه سوق بدنه و عليه الحج من قابل، فإذا انتهى إلى المكان الذى وقع بها، فَرَّقَ محملاهما فلم يجتمعا فى خباء واحد إلا أن يكون مهما غيرهما حتى يبلغ الهدى محله) ٢، و لكن ورد الافتراق فى إتمام الفاسد، كما فى مضمّر زراره المتقدم (إن كانا عالمين فَرَّقَ بينهما من المكان الذى أحدثا فيه، و عليهما بدنه و عليهما الحج من قابل) (٢)، و صحيح معاويه عن أبى عبد الله عليه السّلام (و إن لم يكن جاهلا فإن عليه أن يسوق بدنه، و يفرق بينهما حتى يقضيا المناسك و يرجعا إلى المكان الذى أصابا فيه ما أصابا، و عليه الحج من قابل) ٤، و لذا ذهب ابن بابويه إلى وجوب التفريق فى الحجه الأولى، و الجمع بين الأخبار يقتضى التفريق فى الأولى و الثانية و هذا ما ذهب إليه على بن بابويه و نفى عنه البأس فى المختلف و استحسّنه فى التحرير و استجوده فى التذكرة و المنتهى، و هو الذى يدل عليه خبر على بن أبى حمزه (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن محرّم واقع أهله، قال: قد أتى عظيما، قلت:

أفنتى قد ابتلى، قال: استكرهها أو لم يستكرهها، قلت: أفنتى بهما جميعا، قال: إن كان استكرهها فعليه بدنتان، و إن لم يكن استكرهها فعليه بدنه و عليه بدنه، و يفترقان من المكان الذى كان فيه ما كان حتى ينتهيا إلى مكه، و عليهما الحج من قابل، لا بدّ منه، قلت: فإذا انتهيا إلى مكه فهى امرأته كما كانت، قال: نعم هى امرأته كما هى، فإذا انتهيا إلى المكان الذى كان منهما ما كان افترقا حتى يحلا، فإذا احلا فقد انقضى عنهما،

ص: ٥٦٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٩ و ١٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٩ و ٢.

(و قيل): يفترقان (في الفاسد أيضا) من موضع الخطيئه إلى تمام مناسكه و هو قوى مروى و به قطع المصنف فى الدروس، و لو حجيا فى القابل على غير تلك الطريق فلا تفريق (١)، و إن وصل (٢) إلى موضع يتفق فيه الطريقان كعرفه، مع احتمال وجوب التفريق فى المتفق منه (٣)، و لو توقفت مصاحبه الثالث على أجره، أو نفقه وجبت عليهما (٤).

(و لو كان مكرها) لها (تحمل عنها البدنه لا غير) (٥) أى لا يجب عليه القضاء عنها لعدم فساد حجها بالإكراه، كما لا يفسد حجه لو أكرهته، و فى تحملها عنه البدنه، و تحمل الأجنبي لو أكرههما وجهان أقربهما العدم، للأصل (٦)، و لو تكرر الجماع بعد الإفساد تكررت البدنه لا غير (٧)، سواء كفر عن الأول أو لا. نعم لو جامع فى القضاء لزمه ما لزمه أولا (٨)، سواء فإن أبى كان يقول ذلك (١)، ثم إن التفريق إلى انقضاء المناسك المفسر فى صحيح معاويه المتقدم ببلوغ الهدى محله، و ما ورد من استمرار التفريق إلى قضاء المناسك و الربوع إلى المكان الذى أصابا فيه الخطيئه كما فى مضمرة زراره المتقدم محمول على الاستحباب.

و ثم إن التفريق لا يتحقق إلا بوجود ثالث لو اجتمعا فى مكان واحد كما نص عليه صحيح معاويه المتقدم.

(١) لخروجه عن مورد النص.

(٢) إن وصليه.

(٣) لقاءه الميسور و المعسور.

(٤) من باب المقدمه.

(٥) أى عليه بدنتان بلا خلاف فيه، لخبر على بن أبى حمزه المتقدم و غيره، و أما حجها فصحيح للأصل، و لأن المكره اعذر من الجاهل، و كذا لو كان هو المكره فعدم فساد حججه كذلك.

(٦) و وجه التحمل أن النصوص و إن وردت فى الزوج لكن لا خصوصيه فيه فيتعدى منه إلى الزوجه.

(٧) أما تكرار البدنه فلتعدد السبب الموجب لها، و أما عدم القضاء فلأن الحج من قابل ثابت فلا معنى لتكرار القضاء عليه، و هذا على نحو القطع فى كلام الأصحاب.

(٨) علله فى المدارك بقوله (لأن الحج الثانى حج صحيح سواء جعلناه فرضه أو عقوبه، -

ص: ٥٦٩

جعلناها فرضه أو عقوبه، و كذا القول في قضاء القضاء.

(و يجب البدنه) من دون الإفساد بالجماع (بعد المشعر إلى أربعه أشواط من طواف النساء (١). و الأولى) بل الأقوى (بعد خمسه) أى إلى تمام الخمسه، أما بعدها -فترتب على إفساده ما يترتب على غيره).

(١)الحكم ببطلان الحج و بوجوب البدنه و بالحج من قابل مخصوص بمن جامع دون المشعر، أما لو جامع بعد المشعر فحجه صحيح و تجب عليه بدنه فقط، للأخبار منها: مفهوم صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا وقع الرجل بامرأته دون المزدلفه أو قبل أن يأتي مزدلفه فعليه الحج من قابل) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (عن رجل وقع على امرأته قبل أن يطوف طواف النساء، قال: عليه جزور سمينه، و إن كان جاهلا فلا شيء عليه) (٢)، بناء على إرادته البدنه من الجزور. و الحكم بوجوب الكفاره للجماع يبقى إلى أن ينتهى من طواف النساء كما تقدم، و لازمه بقاء الكفاره لو شرع فى طواف النساء و أكمل منه ثلاثه أشواط ثم جامع، و يدل عليه صريحا خبر حمران بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام (و إن كان طاف طواف النساء فطاف منه ثلاثه أشواط ثم خرج فغشى فقد أفسد حجه و عليه بدنه، و يغتسل ثم يعود فيطوف اسبوعا) (٣)، و فساد الحج هنا محمول على نقصان الكمال جمعا بينه و بين ما تقدم.

نعم من جامع بعد إكمال الخمسه فلا كفاره، لخبر حمران بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل كان عليه طواف النساء وحده فطاف منه خمس أشواط ثم غمزه بطنه فخاف أن يبدره فخرج إلى منزله فنقض ثم غشى جاريته، قال: يغتسل ثم يرجع فيطوف بالبيت طوافين، تمام ما كان بقى عليه من طوافه و يستغفر ربه و لا يعد، و إن كان طاف طواف النساء فطاف منه ثلاثه أشواط ثم خرج فغشى فقد أفسد حجه، و عليه بدنه و يغتسل ثم يعود فيطوف اسبوعا) (٤)، و بعضهم كالشيخ فى النهايه و العلامه فى المختلف اكتفى بمجاوزه النصف المتحققه بالمال أربعه أشواط، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل نسى طواف النساء، قال: إن زاد على النصف و خرج ناسيا أمر من يطوف عنه، و له أن يقرب النساء إذا زاد على النصف) (٥)، و هى ضعيفه السند

ص: ٥٧٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب الطواف حديث ١٠.

فلا- خلاف (١) في عدم وجوب البدنه، و جعله الحكم أولى يدل على اكتفائه بالأربعه في سقوطها (٢)، و في الدروس قطع باعتبار الخمسه، و نسب اعتبار الأربعه إلى الشيخ، و الروايه (٣)، و هي ضعيفه (٤). نعم يكفى الأربعه في البناء عليه (٥) و إن وجبت الكفاره، و لو كان قبل إكمال الأربعه فلا خلاف في وجوبها.

(و لكن لو كان قبل طواف الزياره) (٦) أى قبل إكماله و إن بقى منه خطوه، -بعلى بن أبى حمزه البطائنى، فلذا رجح العمل بالأول مع أنها ضعيفه لأن حمران لم يمدح و لم يذم إلا أن يقال أنها منجره بعمل الأصحاب، و لكن لا تعارض بينهما لأن خبر حمران لم ينص على لزوم الكفاره بعد الأربعه و قبل إكمال خمسه اشواط، و إنما ذكر خمسه أشواط فى السؤال و قد اقتصر الجواب على بيان الحكم المسئول عنه و هو لا يقتضى نفي الحكم عما عداه، فالأقوى نفي الكفاره بعد مجاوزه النصف.

و عن ابن ادريس ثبوت الكفاره قبل إكمال السبع، و كأنه ردّ لهذين الخبرين بناء على أصله من عدم العمل بالخبر الواحد و هو ضعيف.

(١) و قد عرفت خلاف ابن إدريس فيه لكنه قال فى المسالك: (و يظهر من ابن إدريس وجوبها و إن وقع بعد الخمسه، و الاتفاق على خلافه، و من ثمة يخص الجماعه الخلاف فى الأربعه).

(٢) أى سقوط البدنه.

(٣) و هى خبر أبى بصير المتقدم.

(٤) كما عرفت و لكن خبر حمران مثلها.

(٥) أى البناء على ذلك الطواف لو قطعه و لا يجب الاستئناف و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٦) أى طواف الحج، بل بعده قبل طواف النساء، بل بعد الشروع فيه قبل مجاوزه النصف، و إنما ذكرت هذه المسأله أعنى. قبل طواف الزياره. بالخصوص مع دخولها فى ذلك الاطلاق المتقدم للتنبيه على حكم الإبدال هذا من جهه و من جهه أخرى فتجب البدنه، هنا بالخصوص لما تقدم بالإضافة إلى أخبار خاصه منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن متمتع وقع على أهله و لم يزر، قال: ينحر جزورا و قد خشيت أن يكون قد ثلم حججه إن كان عالما، و إن كان جاهلا فلا شىء، و سألته عن رجل وقع على امرأته قبل أن يطوف طواف النساء، قال: عليه جزور سمينه، و إن كان جاهلا فليس عليه شىء) (١)، و صحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل واقع أهله حين ضحى قبل أن يزور البيت، قال: يهريق دما) ٢.

ص: ٥٧١

(و عجز عن البدنه تخير بينها و بين بقره، أو شاه). لا وجه للتخير بين البدنه و غيرها بعد العجز عنها، فكان الأولى أنه مع العجز عنها يجب بقره أو شاه، و فى الدروس أوجب فيه بدنه، فإن عجز فشاها و غيره (١) خيّر بين البقره و الشاه، و النصوص خاليه عن هذا التفصيل لكنه مشهور فى الجملة على اختلاف ترتيبه.

و إنما أطلق فى بعضها (٢) الجزور، و فى بعضها الشاه (٣).

(و لو جامع أمته المحرمه بإذنه (٤) محلا فعليه بدنه، أو بقره، أو شاه، فإن عجز عن البدنه و البقره فشاها، أو صيام ثلاثه أيام) (٥) هكذا وردت الروايه و أفتى -و من جهة ثالثه ذهب المحقق إلى أنه لو عجز عن البدنه فمخّير بين بقره أو شاه، و عن العلامه فى القواعد أنه مع العجز عن البدنه فبقره و عند العجز عنها فشاها و قد نسبه الشارح فى المسالك إلى كلامهم المشعر بذهاب الأصحاب إليه، و النصوص خاليه عن حكم البدلين تخيرا أو ترتيبا كما اعترف به الشارح فى المسالك و غيره، نعم احتمل أن يكون ذلك للجمع بين الخبرين المتقدمين من صحيح العيص و صحيح معاويه بن عمار، و هو جمع بعيد لأن صريح صحيح معاويه فى الجزور فكيف يمكن حمله على البقره و إن أمكن حمل الدم فى صحيح العيص على الشاه.

(١) و هو على خلاف قوله فى المسالك (لكن الموجود فى كلامهم أن الشاه مرتبه على العجز عن البقره، كما أن البقره مرتبه على البدنه، و المصنف هنا خيّر بين الشاه و البقره، و ما ذكره أولى).

(٢) أى النصوص.

(٣) قد عرفت أن صحيح العيص قد صرح بالدم و ليس بالشاه.

(٤) قيد لإحرامها.

(٥) لموثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى الحسن عليه السلام: أخبرنى عن رجل محل وقع على أمه محرمة، قال: موسرا أو معسرا؟ قلت: أجبني عنهما، قال: هو أمرها بالإحرام أو لم يأمرها، أو أحرمت من قبل نفسها؟ قلت: أجبني عنهما، قال: إن كان موسرا و كان عالما أنه لا ينبغى له، و كان هو الذى أمرها بالإحرام، كان عليه بدنه و إن شاء بقره، و إن شاء شاه، و إن لم يكن أمرها بالإحرام فلا شىء عليه موسرا كان أو معسرا، و إن كان أمرها و هو معسر فعليه دم شاه أو صيام) (١)، و الظاهر أن المراد من إعساره الموجب

ص: ٥٧٢

بها الأصحاب، و هي شامله بإطلاقها ما لو أكرهها، أو طاوعته، لكن مع مطاوعتها يجب عليها الكفاره أيضا بدنه، و صامت عوضها ثمانية عشر يوما (١) مع علمها بالتحريم، و إلا فلا شيء عليها (٢).

و المراد بإعساره (٣) الموجب للشاه، أو الصيام إعساره عن البدنه و البقره، و لم يقيد في الروايه و الفتوى الجماع بوقت فيشمل سائر أوقات إحرامها التي يحرم الجماع بالنسبه إليه، أما بالنسبه إليها فيختلف الحكم كالسابق، فلو كان قبل الوقوف بالمشعر فسد حجها مع المطاوعه و العلم (٤)، و احترز بالمحرمه بإذنه عما لو فعلته بغيره، فإنه يلغو (٥) فلا شيء عليهما، و لا يلحق بها الغلام المحرم بإذنه و إن كان أفحش، لعدم النص، و جواز اختصاص الفاحش بعدم الكفاره عقوبه كسقوطها عن معاود الصيد عمدا للانتقام (٦).

-للشاه أو الصيام هو الإعسار عن البدنه أو البقره، و أيضا الظاهر من الصيام هو صيام ثلاثة أيام. كما في أبدال الشاه و قد تقدم الكلام في البديل العام.

و إطلاق النص و كلام الأكثر على عدم الفرق في الأمه بين أن تكون مكرهه أو مطاوعه، و ذكر الفاضل في القواعد و التحرير و الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضه هنا أن الحكم كذلك مع الإكراه، و أما مع المطاوعه فيجب عليها إكمال الحج الفاسد و قضائه من قابل، و يجب على المولى الاذن لها بالقضاء و القيام بمؤنته لاستناد الفساد إلى فعله، و عليها الكفاره و هي البدنه و لكنها تصوم بدل البدنه ثمانية عشر يوما أو ستين يوما على الخلاف المتقدم في بدل البدنه، و بناء على هذا القول لو لم نقل بالبديل فيجب الانتظار عليها حتى العتق و المكنه من البدنه، و قد توقف في هذا الحكم جماعه منهم سيد المدارك لأن الروايه مطلقه لم تصرح بكل هذا.

(١) قد رجح الشارح سابقا أن بدل البدنه صيام ستين يوما فإن عجز فالثمانية عشر يوما.

(٢) لمعدوريه الجاهل و قد تقدم المستفاد من مفهوم الموثق السابق و غيره، و كذا لو كان السيد جاهلا فلا شيء عليه.

(٣) المذكور في الموثق السابق لا في عباره المصنف.

(٤) و بعد المشعر عليها بدل البدنه على مختار الشارح و جماعه.

(٥) أي الإحرام و قد صرحت الروايه السابقه بأنه لا شيء عند عدم الاذن.

(٦) قال في المسالك: (ففي الحاقه بها وجهان، من عدم النص و أصله البراءه من الكفاره، و من اشتراكهما في المملوكيه و كونه فعله أفحش فيناسب ترتب العقوبه عليه، و اختاره -

(و لو نظر إلى أجنبيه فأمنى) (١) من غير قصد له و لا عاده (فبدنه للموسر) أى عليه،(و بقره للمتوسط، و شاه للمعسر)، و المرجع فى المفهومات الثلاث إلى العرف.

و قيل: ينزل ذلك على الترتيب فتجب البدنه على القادر عليها فإن عجز عنها فالبقره، فإن عجز عنها فالشاه، و به قطع فى الدروس، و الروايه تدل على الأول، و فيها (٢) أن الكفاره للنظر، لا للامناء، و لو قصده (٣)، أو كان من عادته فكالمستمنى (٤) و سيأتى.

(و لو نظر إلى زوجته بشهوه فأمنى فبدنه)، و فى الدروس جزور. و الظاهر -بعض المتأخرين، و هو أحوط).

(١) فعلية بدنه إن كان موسرا، و بقره إن كان متوسطا، و شاه إن كان معسرا على المشهور، لخبر أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل محرم نظر إلى ساق امرأه فأمنى، قال:

إن كان موسرا فعليه بدنه، و إن كان وسطا فعليه بقره، و إن كان فقيرا فعليه شاه، ثم قال: أما إنى لم اجعل عليه هذا لأنه أمنى، إنما جعلته عليه لأنه نظر إلى ما لا يحل له) (١).

و عن الفاضل و الشهيد فى الدروس الترتيب بمعنى أن عليه بدنه فإن عجز فبقره، و مع العجز فشاه، و الروايه تدل على الأول.

و عن الصدوق و جماعه التخير بين الجزور و البقره مطلقا، فإن لم يجد فشاه، لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل محرم نظر إلى غير أهله فأنزل، قال: عليه جزور أو بقره، فإن لم يجد فشاه) ٢.

و احتمال سيد المدارك الاكتفاء بالشاه مطلقا، لصحيح معاويه بن عمار (فى محرم نظر إلى غير أهله فأنزل، قال: عليه دم لأنه نظر إلى غير ما يحل له، و إن لم يكن أنزل فليتنق الله و لا يعد، و ليس عليه شيء) ٣، و هو غير مناف لمستند المشهور لأنه مطلق فلا بد من حملة على ذلك المقيد.

(٢) أى و فى الروايه قد جعلت الكفاره للنظر إلى ما لا يحل و عليه سواء أمنى أو لا فالكفاره ثابتة و هذا على خلاف فتاواهم من جعل الكفاره للنظر الموجب للمنى.

(٣) أى قصد الاستمنا.

(٤) بل هو منه لتحققه بأحد الفردين.

أجزاءهما، (و بغير شهوه لا شيء) (١) و إن أمني، ما لم يقصده أو يعتده، (و لو مسها فشاها إن كان بشهوه و إن لم يمن (٢)، و بغير شهوه لا شيء) و إن أمني، ما لم يحصل أحد الوصفين (٣)، (و في تقييلها بشهوه جزور) (٤) أنزل، أم لا، و لو (١) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن محرم نظر إلى امرأته فأمنى أو أفدى و هو محرم، قال: لا شيء عليه، و لكن ليغتسل و يستغفر ربه، و إن حملها من غير شهوه فأمنى أو أفدى و هو محرم فلا شيء عليه، و إن حملها أو مسها بشهوه فأمنى أو أفدى فعليه دم، و قال: في المحرم ينظر في امرأته أو ينزلها بشهوه حتى ينزل، قال:

عليه بدنه) (١)، و خبر مسمع أبي سيار عن أبي عبد الله عليه السلام (و من نظر إلى امرأته نظر شهوه فأمنى فعليه جزور) ٢.

(٢) للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المحرم يضع يده من غير شهوه على امرأته، قال. نعم يصلح عليها خمارها، و يصلح عليها ثوبها و محملها، قلت:

أفيمسها و هي محرمة، قال: نعم، قلت: المحرم يضع يده بشهوه؟ قال: يهريق دم شاه، قلت: قبل؟ قال: هذا أشد ينحر بدنه) (٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل حمل امرأته و هو محرم فأمنى أو أفدى، فقال: إن كان حملها أو مسها بشهوه فأمنى أو لم يمن، أمذى أو لم يمد فعليه دم يهريقه، فإن حملها أو مسها بغير شهوه فأمنى أو لم يمن فليس عليه شيء) (٣).

(٣) من قصد الامناء و من اعتياده.

(٤) و إن قبلها بغير شهوه فشاها كما عليه الأكثر، لخبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السلام (يا أبا سيار إن حال المحرم ضيقه، فمن قبل امرأته على غير شهوه و هو محرم فعليه دم شاه، و من قبل امرأته على شهوه فأمنى فعليه جزور و يستغفر ربه) (٤)، و الجزور للتقييل بشهوه سواء أمني أو لا كما يشهد له خبر علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن رجل قبل امرأته و هو محرم، قال: عليه بدنه و إن لم ينزل، و ليس له أن يأكل منها) ٦،

و عن الصدوق وجوب البدنه و لم يفصل، و في الفقيه وجوب الشاه من دون تفصيل -

ص: ٥٧٥

-
- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١ و ٣.
 - ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٢، و أورد ذيله في الباب - ١٨ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
 - ٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٦.
 - ٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٣ و ٤.

طاوعته فعلیها مثله (١)، (و بغيرها) أى بغير شهوه (شاه) أنزل، أم لا، مع عدم الوصفين (٢).

فى الاستمناء

(و لو أمنى بالاستمناء، أو بغيره من الأسباب التى تصدر عنه فبدنه) (٣).

و هل يفسد به الحج مع تعمده و العلم بتحريمه قيل: نعم، و هو المروى من غير معارض. و ينبغى تقييده بموضع يفسده الجماع (٤) و يستثنى من الأسباب (٥) التى عممها ما تقدم من المواضع التى لا توجب البدنه بالإمناء و هى كثيره.

فى العقد

(و لو عقد المحرم، أو المحل لمحرم على امرأه فدخل فعلى كل منهما) أى من العاقد و المحرم المعقود له (بدنه) (٦)، و الحكم بذلك مشهور، بل كثير منهم لا ينقل -أيضا، و عن ابن إدريس أنه إذا قبل بشهوه فأنزل فجزور و إن لم ينزل فشاه، و كذا الشاه من غير شهوه.

(١) لأن المستفاد من الأخبار أن التقييل هو السبب فلو فعلت ذلك كان عليها مثل ما عليه.

(٢) من القصد للإمناء و لا اعتياده.

(٣) من دون خلاف فيه، و إنما الخلاف فى إفساد الحج به، فذهب الأكثر إلى ذلك لموثق إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام (قلت: ما تقول فى محرم عبث بذكره فأمنى، قال: أرى عليه مثل ما على من أتى أهله و هو محرم، بدنه و الحج من قابل) (١)، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى الحسن عليه السلام (عن المحرم يعبث بأهله و هو محرم حتى يمنى من غير جماع، أو يفعل ذلك فى شهر رمضان، ما ذا عليها؟ قال: عليهما جميعا الكفاره مثل ما على الذى يجامع) (٢)، و منهما تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من وجوب الكفاره فقط دون إعادته الحج من قابل، و هو اختيار الشيخ فى الاستبصار.

(٤) و هو ما قبل المشعر الحرام.

(٥) أى أسباب الاستمناء.

(٦) بلا خلاف فيه، لوثق سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام (لا ينبغى للرجل الحلال أن يزوج محرما و هو يعلم أنه لا يحل له، قلت: فإن فعل فدخل بها المحرم، قال: إن كانا عالمين فإن على كل واحد منهما بدنه، و على المرأة إن كانت محرمة بدنه، و إن لم تكن محرمة فلا شىء عليها، إلا أن تكون قد علمت أن الذى تزوجها محرم، فإن كانت

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.

فيه خلافاً، و مستنده روايه سماعه، و موضع الشك وجوبها على العاقد المحل، و تضمنت أيضاً وجوب الكفاره على المرأه المحله مع علمها بإحرام الزوج.

(و فيه إشكال) (١)، لكن هنا (٢) قطع المصنف فى الدروس بعدم الوجوب عليها.

و فى الفرق نظر (٣)، و ذهب جماعه إلى عدم وجوب شىء على المحل فيهما (٤) سوى الإثم، استناداً إلى الأصل، و ضعف مستند الوجوب أو بحمله على الاستحباب، و العمل بالمشهور أحوط. نعم لو كان الثلاثه محرمين وجبت على الجميع، و لو كان العاقد و المرأه محرمين خاصه وجبت الكفاره على المرأه مع الدخول، و العلم بسببه (٥)، لا بسبب العقد، و فى وجوبها على العاقد الإشكال (٦). و كذا الزوج (٧).

(و العمره المفرده إذا أفسدها) (٨)...

علمت ثم تزوجت فعليها بدنه(١)، و هى قد صرحت بالكفاره على العاقد المحل، فلو كان محرماً فأولى، و قد صرحت بالدخول فلو لم يدخل بها فلا شىء على العاقد و الزوج سوى الإثم للأصل مع عدم النص، و قد صرحت بوجوب البدنه على المرأه المحله إذا كانت عالمه بإحرام الزوج، و بمضمونها أفتى الشيخ و جماعه، و جزم الشهيد فى الدروس بعدم الكفاره عليها و إن كانت عالمه بإحرام الزوج و تابعه على ذلك جماعه، لضعف الخبر لأن سماعه كان واقفياً فهو يصلح مستنداً للاستحباب لا للوجوب.

وفيه: إنه ثقه و هذا يكفى للعمل بها فى الحكم الإلزامى.

(١) لأن الكفاره استدراك للخلل الواقع فى الإحرام و الحال أنها غير محرمة.

(٢) أى فى المرأه المحله.

(٣) أى بين المرأه المحله و العاقد المحل.

(٤) أى فى المرأه و العاقد.

(٥) أى بسبب الدخول.

(٦) أى الاشكال المتقدم.

(٧) إذا كان محلاً فيأتى الإشكال.

(٨) من جامع قبل السعى فى العمره فسدت عمرته و عليه بدنه و قضاؤها لا خلاف فيه سوى

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١.

بالجماع قبل إكمال سعيها، أو غيره (١) (قضاها في الشهر الداخل (٢)، بناء على أنه الزمان بين العمرتين) (٣)، و لو جعلناه (٤) عشره أيام اعتبر بعدها (٥) و على الأقوى من عدم تحديد وقت بينهما يجوز قضاؤها معجلاً بعد إتمامها، و إن كان الأفضل التأخير و سيأتي ترجيح المصنف عدم التحديد.

فى لبس المخيط و الخفين و فى الطيب و قص الأظفار و قلع شجر الحرم

(و فى لبس المخيط و ما فى حكمه (٦)...) - ما نقل عن ابن أبى عقييل حيث نقل عنه العلامة فى المختلف قوله (فأما إذا جامع فى عمرته قبل أن يطوف و يسعى فلم أحفظ عن الأئمة عليهم السّلام شيئاً أعرفكم به، فوَقفت عند ذلك و رددت الأمر إليهم).

و يدل على الحكم أخبار، منها: صحيح بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام (عن رجل اعتمر عمره مفردة فغشى أهله قبل أن يفرغ من طوافه و سعيه، قال: عليه بدنه لفساد عمرته، و عليه أن يقيم إلى الشهر الآخر فيخرج إلى بعض المواقيت فيحرم بعمره) (١)،

و خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يعتبر عمره مفردة فيطوف بالبيت طواف الفريضة ثم يغشى أهله قبل أن يسعى بين الصفا و المروه، قال: قد أفسد عمرته و عليه بدنه، و عليه أن يقيم بمكة محلاً حتى يخرج الشهر الذى اعتمر فيه، ثم يخرج إلى الوقت الذى وقته رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأهل بلاده فيحرم منه و يعتمر) (٢).

و مورد الروايتين العمره المفردة، إلا أن الأكثر على عدم الفرق بينها و بين عمره المتمتع كما يشعر به صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل متمتع وقع على امرأته و لم يقصر، قال: ينحر جزورا و قد خشيت أن يكون ثلم حجه إن كان عالماً، و إن كان جاهلاً فلا شيء عليه) (٢)، فالخوف من تطرق الفساد بالوقاع بعد السعى و قبل التقصير مشعر بالفساد قبل السعى، و هو نص فى عمره المتمتع.

(١) غير الجماع.

(٢) كما هو مقتضى روايتى بريد و مسمع المتقدمتين.

(٣) بناء على أن لكل شهر عمره و سيأتى الكلام فيه.

(٤) أى الزمان بين العمرتين.

(٥) أبى بعد العشره و سيأتى الكلام فيه أيضاً.

(٦) أى ما يشبه المخيط مما أحاط البدن كالدرع المنسوج و اللبد المعمول كذلك على ما تقدم -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كفارات الاستمتاع حديث ٤.

(شاه) (١) و إن اضطر (٢)، (و كذا) تجب الشاه (في لبس الخفين) (٣) أو أحدهما، (أو الشمشك) بضم الشين و كسر الميم، (أو الطيب) (٤)، ... - توضيحه في بحث الإحرام.

(١) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (من لبس ثوبا لا ينبغي له لبسه و هو محرم، ففعل ذلك ناسيا أو ساهيا أو جاهلا فلا شيء عليه، و من فعله متعمدا فعليه دم) (١)، و صحيح سليمان بن العيص عن أبي عبد الله عليه السلام (عن المحرم يلبس القميص متعمدا، قال: عليه دم) ٢، و يحمل الدم هنا على الشاه لأنها القدر المتيقن، و لصحيح زراره الآخر (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: من نتف إبطه أو قلم ظفره، أكله و هو محرم، ففعل ذلك ناسيا أو جاهلا فليس عليه شيء، و من فعله متعمدا فعليه دم شاه) (٢).

(٢) لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن المحرم إذا احتاج إلى ضروب من الثياب يلبسها، قال: عليه لكل صنف منها فداء) (٣).

(٣) و الشمشك و إن كان مضطرا فعليه شاه كما عن القواعد، لأن الأصل في تروك الإحرام الفداء إلى أن يظهر المسقط، و لا دليل على سقوطه هنا، و عن التهذيب و الخلاف و التذكرة عدم الفديه مع الاضطرار، لأصالة البراءة، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أى محرم هلكت نعلاه فلم يكن له نعلان، فله أن يلبس الخفين إذا اضطر إلى ذلك، و الجورين يلبسهما إذا اضطر إلى لبسهما) (٤)، و لم يصرح بالفديه مع أنه في وقت الحاجة للبيان على فرض ثبوته.

(٤) ففيه شاه بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (من أكل زعفرانا متعمدا أو طعاما فيه طيب فعليه دم، و إن كان ناسيا فلا شيء عليه و يستغفر الله و يتوب إليه) (٥)، و صحيحه الآخر المتقدم (أو أكل طعاما لا ينبغي له أكله و هو محرم، ففعل ذلك ناسيا أو جاهلا فليس عليه شيء، و من فعله متعمدا فعليه دم شاه) (٦)،

و صحيح معاوية بن عمار (في محرم كانت به قرحة فداواها بدهن بنفسج، قال: إن كان -

ص: ٥٧٩

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٤ و ٢.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.
- ٦- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

(أو حلق الشعر) (١) و إن قل مع صدق اسمه (٢)، و كذا إزالته بنتف و نوره و غيرهما (٣).

(أو قص الأظفار) (٤) أى أظفار يديه و رجليه جميعا (فى مجلس، أو يديه) -فعله بجهاله فعليه طعام مسكين، و إن كان تعمد فعليه دم شاه يهريقه(١)، و من مجموع الأخبار يستفاد حرمة الطيب استعمالا و أكلا و لو فى الطعام، و كذا لو استعمله صبغه أو طلاء أو بخورا.

(١) ففیه شاه أو إطعام سته مساکین لكل واحد مدان، أو صیام ثلاثه أيام على نحو التخییر كما علیه الأكثر، و یدل علیه مرسل حریز عن أبی عبد الله علیه السّلام (مرّ رسول الله صلّى الله علیه و آله و سلّم على كعب بن عجره، و القمل یتناثر من رأسه و هو محرم، فقال له: أ تؤذیک هوأمک؟ فقال:

نعم، فانزلت هذه الآیه: فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ، فأمره رسول الله صلّى الله علیه و آله و سلّم أن یحلق، و جعل الصیام ثلاثه أيام، و الصدقه على سته مساکین لكل مسکین مدان، و النسك شاه، قال أبو عبد الله علیه السّلام: و كل شىء فى القرآن (أو) فصاحبه بالخيار یختار ما شاء، و كل شىء فى القرآن (فمن لم یجد كذا فعلیه كذا) فالأولى الخيار(٢)، أى أن الأول هو المختار و الثانى بدل عنه.

و ذهب بعضهم كالشهید فى الدروس إلى وجوب إطعام عشره مساکین لكل مسکین مد لخبر عمر بن یزید عن أبی عبد الله علیه السّلام (قال: قال الله تعالى فى كتابه: فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ ، قال علیه السلام: فمن عرض له أذى أو وجع فتعاطى ما لا ینبغى للمحرم إذا كان صحیحا فالصیام ثلاثه أيام، و الصدقه على عشره مساکین یشبعهم من الطعام، و النسك شاه ینبغى فیأكل و یطعم، و إنما علیه واحد من ذلك)٣، و هى لم تدل على إعطاء المد بل الإشباع، و هى مخالفه لما علیه الأصحاب من عدم جواز الأكل من الفداء فالترجیح للأولى.

ثم إن الروایه قد علقت الحكم على الحلق مع الأذى و هذا یقتضى الكفاره على الحلق بدونه بطریق أولى.

(٢) أى و إن قلّ الشعر مع صدق اسم حلق الرأس، كما هو مورد الخبر.

(٣) مما یصدق علیه الحلق.

(٤) ففى كل ظفر مدّ من طعام، و فى أظفار يديه و رجليه فى مجلس واحد دم، و لو كان كل -

ص: ٥٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقیه كفارات الإحرام حدیث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقیه كفارات الإحرام حدیث ١ و ٢.

خاصه فى مجلس، (أو رجليه) كذلك، (وإلا فعن كل ظفر مد)، و لو كُفّر لما لا يبلغ الشاه ثم أكمل اليدين، أو الرجلين لم يجب الشاه (١)، كما أنه لو كُفّر بشاه لأحدهما ثم أكمل الباقي فى المجلس تعددت (٢) و الظاهر أن بعض الظفر كالكل (٣)، إلا أن يقصّه فى دفعات مع اتحاد الوقت عرفا (٤) فلا يتعدد فديته.

(أو قلع شجره من الحرم صغيره) (٥) غير ما استثنى (٦)، و لا فرق هنا بين -منهما فى مجلس فدمان على المشهور، للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قلم ظفرا من أظافيره و هو محرم، قال: عليه مدّ من طعام حتى يبلغ عشره، فإن قلم أصابع يديه كلها فعليه دم شاه، قلت: فإن قلم أظافر يديه و رجليه جميعا؟ فقال: إن كان فعل ذلك فى مجلس واحد فعليه دم، و إن كان فعله متفرقا فى مجلسين فعليه دمان) (١)، و عن ابن الجنيد فى الظفر مدّ أو قيمته حتى يبلغ خمسه فصاعدا قدم، و عن الحلبي فى قص الظفر كف من طعام و فى أظفار إحدى يديه صاع، و ليس لهذين القولين من مستند.

(١) لانصراف الخبر عن هذا مورد إذ الشاه لأصابع اليدين أو الرجلين فى مجلس واحد مع عدم التكفير.

(٢) أى الشاه لأن مورد الخبر ثبوت الشاه فى أظافر اليدين و الرجلين فى مجلس واحد مع عدم تخلل الكفاره.

(٣) أرسل إرسال المسلمات فى الكثير من الكتب إلا أن صاحب الجواهر قال: (قد ينقدح الشك فى الأخير بعد فرض عدم صدق قص الظفر المفروض كونه عنوانا للحكم).

(٤) بحيث يصدق عليه قص ظفر واحد.

(٥) ففيها شاه، و لو كانت كبيره بقره و لو كان القالع محلا، على المشهور، لخبر موسى بن القاسم (روى أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام أنه قال: إذا كان فى دار الرجل شجره من شجر الحرم لم تنزع، فإذا أراد نزعها كُفّر بذبح بقره يتصدق بلحمها على المساكين) (٢)، و هى محموله على الشجره الكبيره لما رواه ابن عباس من غير طرقنا عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (فى الدوحه بقره، و فى الجزله شاه) (٣)، و ظاهر الخبر الأول أن الكفاره على القلع و لو كان من محلّ.

(٦) مما مرّ ذكره فى تروك الإحرام كعودى المحاله.

ص: ٥٨١

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٣.

٣- (٣) جواهر الكلام ج ٢٠ ص ٤٢٦.

المحرم والمحل، و في معنى قلعها قطعها من أصلها، و المرجح في الصغيره و الكبيره إلى العرف، و الحكم بوجوب شيء للشجره مطلقا (١) هو المشهور، و مستنده روايه مرسله (٢).

في الطيب و قلع الضرس و ننف الإبط و الجдал و الشجر

(أو ادهن بمطيب) و لو لضروره (٣)، أما غير المطيب فلا شيء فيه (٤)، و إن أثم، (أو قلع ضرسه) (٥) مع عدم الحاجه إليه في المشهور و الروايه به مقطوعه،

(١) كبيره أو صغيره.

(٢) و هي خبر موسى بن القاسم المتقدم.

(٣) ففيه شاه، لصحيح معاويه بن عمار (في محرم كانت به قرحه فداواها بدهن بنفسج، قال: إن كان فعله بجهاله فعليه طعام مسكين، و إن كان بعمد فعليه دم شاه يهريقه) (١).

و إضماره لا يضر، و عليه فلا داعي لتردد المحقق في الشرائع.

(٤) كما عن المفيد و سلار و ابن أبي عقيل و أبي الصلاح، تمسكا بالأصل، و هو مدفوع بإطلاق الأخبار، منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- تمس شيئا من الطيب و لا- من الدهن في إحامك و اتق الطيب في طعامك) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و ادهن بما شئت من الدهن حين تريد أن تحرم، فإذا أحرمت فقد حرم عليك الدهن حتى تحل) (٣)، نعم لا- تجب الكفاره باستعماله و إن أثم كما نص عليه ابن إدريس و العلامه في المنتهى، و لعله لأصالة البراءه، هذا من جهه و من جهه أخرى يجوز استعماله مع الضروره بلا خلاف فيه، لصحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا خرج بالمحرم الخراج أو الدم فليطه و ليداه بسمن أو زيت) (٤)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن محرم تشقت يدها، فقال: يدهنهما بزيت أو سمن أو إهاله) (٥).

(٥) على المشهور، لخبر محمد بن عيسى عن عده من أصحابنا عن رجل من أهل خراسان (أن مسأله وقعت في الموسم لم يكن عند مواليه فيها شيء، محرم قلع ضرسه فكتب: يهريق دما) (٥) و هو محمول على الشاه لأنها القدر المتيقن، و هو مضمّر و مرسل فلذا ذهب ابن -

ص: ٥٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

و فى إلحاق السن به وجه بعيد (١)، و على القول بالوجوب لو قلع متعددًا فعن كل واحد شاه (٢) و إن اتحد المجلس، (أو نتف إبطيه) (٣) أو حلقهما.

(و فى أحدهما إطعام ثلاثه مساكين) (٤)، أما لو نتف بعض كل منهما فأصله البراءة تقتضى عدم وجوب شىء (٥)، و هو (٦) مستثنى من عموم إزاله -الجنيده و الصدوق إلى نفي البأس بقلع الضرس مع الحاجيه من دون فديه و يشهد لهما خبر حسن الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام (عن محرم يؤذيه ضرسه أ يقلعه؟ قال: نعم لا بأس به) (١).

(١) قال فى الجواهر: (إن النص و الفتوى به مطلقان، و ثانيا لا بعد فى اللاحق، بل يمكن إرادته ما يعم السن من الضرس).

(٢) لتعدد السبب.

(٣) بلا خلاف فيه، لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا نتف الرجل إبطيه بعد الإحرام فعليه دم) (٢)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (من حلق رأسه أو نتف إبطه ناسيا أو ساهيا أو جاهلا فلا شىء عليه، و من فعله متعمدا فعليه دم) (٣)، و لا خصوصيه للنتف بل المدار على إزاله الشعر منهما.

(٤) لخبر عبد الله بن جبله عن أبى عبد الله عليه السلام (فى محرم نتف إبطه، قال: يطعم من ثلاثه مساكين) (٤)، و راويها مجهول، و السند مشتمل على محمد بن هلال و هو مجهول، و هو معارض بصحيح زراره حيث أوجب الشاه فى نتف الإبط الصادق على الواحد.

و المشهور على الأول، و هذا يوجب انجبار ضعف خبر ابن جبله و هو معتضد بمفهوم صحيح حريز الدال على عدم الدم فى نتف الإبط الواحد، و منه يعلم أن المراد من الإبط فى صحيح زراره الذى أوجب فيه الدم و هو الابطين.

(٥) قال فى الجواهر: (ثم إن الظاهر عدم كون بعض الإبط كالكل للأصل، و إرشاد الفرق بين الواحد و الاثنتين، و حينئذ فلو نتف من كل إبط شيئا لا يتحقق به صدق اسم نتف الإبط لم تترتب الكفاره، و لكن مع ذلك لا ينبغى الاحتياط فيه، و الله العالم).

(٦) أى بعض الإبط.

ص: ٥٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩٥ - من أبواب تروك الإحرام حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٢.

الشعر (١) الموجب للشاه، لعدم وجوبها لمجموعه، فالبعض أولى.

(أو أفتى بتقليم الظفر فأدعى المستفتي) (٢). و الظاهر أنه لا- يشترط كون المفتي محرما، لإطلاق النص، و لا كونه مجتهدا نعم يشترط صلاحيته للإفتاء بزعم المستفتي، ليتحقق الوصف ظاهرا، و لو تعمد المستفتي الإدعاء فلا شىء على المفتي (٣). و فى قبول قوله فى حقه (٤) نظر، و قرّب المصنف فى الدروس القبول، و لا شىء على المفتي فى غير ذلك (٥)، للأصل مع احتمالاه.

(أو جادل) (٦)...

(١) قد عرفت أنه مختص بشعر الرأس، و لا يوجد عموم يشمل البدن.

(٢) لزم المفتي شاه، بلا خلاف لخبر إسحاق الصيرفى عن أبى إبراهيم عليه السلام (إن رجلا أحرم فقلّم أظفاره فكانت إصبع له عليه فترك ظفرها لم يقصه، فأفتاه رجل بعد ما أحرم فقصه فأدماه، قال: على الذى أفتى شاه) (١)، و سنده مشتمل على محمد البزاز و هو مجهول، و على زكريا المؤمن و هو مختلط فى حديثه لكنه منجبر بعمل الأصحاب.

و صرح الشهيد فى الدروس بأنه لا- يشترط إحرام المفتي و لا- كونه من أهل الاجتهاد لإطلاق الخبر، نعم اعتبر الشارح فى المسالك صلاحيته للإفتاء بزعم المستفتي ليتحقق كونه مفتيا.

(٣) أرسل ارسال المسلمات عندهم لأن الادعاء مستند إلى تعمد المستفتي لا إلى فتوى المفتي.

(٤) أى قبول قول المستفتي فى حق المفتي بالنسبة للإدعاء، و استقرب فى الدروس القبول.

(٥) كما لو أفتاه بالحلق مثلا، فلا شىء عليه للأصل و عدم النص، و يحتمل الضمان لما روى (أن كل مفت ضامن) (٢).

(٦) فى الكذب منه شاه فى المره الأولى، و بقره فى المرتين، و بدنه فى الثالثة على المشهور، و يدل على الأول خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا حلف الرجل ثلاثة أيامان و هو صادق و هو محرم فعليه دم يهريقه، و إذا حلف يمينا واحده كاذبا فقد جادل فعليه دم يهريقه) (٣).

و يدل على الثانى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الجدل فى الحج-

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب القاضى حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٧.

بأن حلف بإحدى الصيغتين (١)، أو مطلقاً (ثلاثاً صادقاً) من غير ضروره إليه -فقال: من زاد على مرتين فقد وقع عليه الدم، فقيل له: الذى يجادل و هو صادق، قال:

عليه شاه و الكاذب عليه بقره(١)، و هو محمول على المره الثانيه جمعا بينه و بين ما تقدم.

و يدل على الثالث خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جادل المحرم و هو محرم فكذب متعمدا فعليه جزور)٢.

و قال سيد المدارك: (إنما يجب البقره بالمرتين و البدنه بالثلاثه إذا لم يكن كَفَّرَ عن السابق، فلو كَفَّرَ عن كل واحده فالشاه، أو الاثنتين فالبقره، و الضابط اعتبار العدد السابق ابتداء أو بعد التكفير).

ثم لو جادل صادقاً فشاها فى الثلاث، و لا كفاره فيما دونه، و يدل عليه خبر أبى بصير الأول المتقدم، و خبره الآخر عن أحدهما عليهما السلام (إذا حلف بثلاثه أيمان متعمدا متتابعات صادقاً فقد جادل، و عليه دم، و إذا حلف يمينا واحده كاذباً فقد جادل و عليه دم)٣، و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الرجل إذا حلف بثلاثه أيمان فى مقام ولاء و هو محرم فقد جادل، و عليه حد الجدال دم يهريقه و يتصدق به)٤(٢) و مقتضى هذين الأخيرين تقييد الأيمان الثلاثه بأنها فى مقام واحد بلا فصل، و عليهما يحمل خبر أبى بصير المطلق و إلى المقيد ذهب ابن أبى عقيل، و لكن الأصحاب على خلافه - كما فى الجواهر - و هذا ما يفيد قوه للمطلق مع حمل المقيد على إرادته بعض الأفراد ليس إلا.

ثم لو اضطر للحلف فلا كفاره لموثق يونس بن يعقوب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحرم يقول: لا و الله و بلى و الله، و هو صادق عليه شىء، قال: لا)٥، المحمول على الضروره جمعا بينه و بين ما تقدم، و فيه: إنه ناظر إلى ما دون الثلاث، و هذا لا كفاره إذا كان صادقاً، فالأولى الاستدلال بأصاله البراءه لنفى الكفاره.

(١) للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (و الجدال: قول الرجل لا و الله، و بلى و الله)٣، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (إنما الجدال قول الرجل: لا و الله، و بلى و الله)٧، و صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليهم السلام (و الجدال قول الرجل: لا- و الله، و بلى و الله)٨، و يستفاد منها الحصر، و عن المحقق الثانى فى جامعه و الشهيد فى الدروس التعدى إلى كل ما يسمى يمينا للإطلاق فى صحيح معاويه بن-

ص: ٥٨٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٦ و ٩ و ٤.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥ و ٨.

٣- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١ و ٣ و ٤.

كإثبات حق، أو دفع باطل يتوقف عليه و لو زاد الصادق عن ثلاث و لم يتخلل التكفير فواحد عن الجميع (١). و مع تخلله فلكل ثلاث شاه.

(أو واحده كاذبا، و في اثنتين كاذبا بقره، و في الثلاث) فصاعدا (بدنه) إن لم يكفر عن السابق، فلو كفر عن كل واحده فالشاه، أو اثنتين فالبقره و الضابط اعتبار العدد السابق ابتداء، أو بعد التكفير فللواحد شاه، و للثنتين بقره، و للثلاث بدنه.

(و في الشجره الكبيره (٢) عرفا بقره) في المشهور، و يكفى فيها و في الصغيره كون شىء منها في الحرم سواء كان أصلها أم فرعها (٣)، و لا- كفاره في قلع الحشيش (٤) و إن أثم (٥) في غير الاذخر و ما أنبتة الآدمى (٦)، و محل التحريم فيهما (٧) الاخضرار، أما اليابس فيجوز قطعه مطلقا (٨)، لا- قلعه إن كان -عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الرجل إذا حلف ثلاثه أيمان في مقام ولاء و هو محرم فقد جادل، و عليه حد الجدل دم، يهريقه و يتصدق به) (١)، و فيه: إن الخبر ليس في مقام بيان المراد من الجدل و إنما في مقام بيان حكمه عند الصدق فلا يعارض الأخبار الداله على الحصر.

(١) لعدم الكفاره للزياده غايته يصدق الحلف ثلاثا.

(٢) تقدم الكلام في ذلك.

(٣) لصحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شجره أصلها في الحرم و فرعها في الحل، فقال: حرم فرعها لمكان أصلها، قلت فإن أصلها في الحل و فرعها في الحرم، فقال: حرم أصلها لمكان فرعها) (٢).

(٤) على المشهور بين الأصحاب للأصل.

(٥) لأنه منهي عنه، نعم تقدم جواز قطع الحشيش اليابس لأنه ميت فلم يبق له حرمة.

(٦) هذا من المستثنيات التي يجوز قلعهها و هي: الاذخر و ما أنبتة الآدمى، و الفواكه و عودا المحاله، و قد تقدم الكلام في ذلك في بحث تروك الإحرام.

(٧) في الشجر و الحشيش.

(٨) و إن لم ينبتة الآدمى.

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٠ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

في ما لو عجز عن الشاه في كفاره الصيد

(و لو عجز عن الشاه في كفاره الصيد) التي لا نص على بدلها (٢) (فعليه إطعام عشرة مساكين) لكل مسكين مد، (فإن عجز صام ثلاثه أيام) (٣)، و ليس في الروايه التي هي مستند الحكم تقييد بالصيد فتدخل الشاه الواجبه بغيره من المحرمات (٤).

(و يتخير بين شاه الحلق لأذى، أو غيره (٥)، و بين إطعام عشرة) مساكين (لكل واحد مد (٦)، أو صيام ثلاثه) أيام (٧). أما غيرها (٨) فلا ينتقل إليهما (٩) إلا مع العجز عنها، إلا في شاه و طء الأمه فيتخير بينها و بين الصيام كما مر (١٠).

(و في شعر سقط من لحيته، أو رأسه) قل أم كثر (بمسه كف من طعام (١١)، (١) فلا يجوز القلع لأنه ينبت ثانياً.

(٢) كالشاه في قتل الحمام أو تنفيره.

(٣) و هو البدل العام، و مستنده صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (من كانت عليه شاه فلم يجد فليطعم عشرة مساكين، فمن لم يجد فصيام ثلاثه أيام) (١).

(٤) أى فتدخل الشاه الواجبه من غير الصيد في حكم الروايه كما تدخل الشاه الواجبه من الصيد، لأن الروايه غير مقيده بالصيد.

(٥) كما لو كان متعمداً.

(٦) كما عليه الشهيد في الدروس، و أما المشهور فإطعام سته مساكين لكل مسكين مدان.

(٧) و قد تقدم الكلام فيه في حلق الشعر.

(٨) أى غير شاه الحلق.

(٩) أى إلى الاطعام ثم الصيام في البدل العام.

(١٠) عند قول المصنف (فإن عجز عن البدنه و البقره فشاه أو صيام ثلاثه أيام).

(١١) بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (المحرم يعبث بلحيته فيسقط منها الشعره و الثنتان، قال: يطعم شيئاً) (٢)، و صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا وضع أحدكم يده على رأسه أو لحيته و هو محرم فسقط شيء من الشعر -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بقيه كفارات الصيد حديث ١٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٢.

(و لو كان في الوضوء) واجبا أم مندوبا (فلا شيء) (١) و الحق به المصنف في الدروس الغسل و هو خارج عن مورد النص، و التعليل بأنه فعل واجب فلا يتعقبه فديه يوجب إلحاق التيمم و إزاله النجاسه بهما (٢) و لا يقول به (٣).

فليتصدق بكف من طعام أو كف من سويق(١)، و الأخير مطلق يشمل الكثير و القليل.

(١) لصحيح الهيثم بن عروه التميمي (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن المحرم يريد إسباغ الوضوء فيسقط من لحيته الشعره أو الشعرتان، فقال: ليس بشيء، ما جعلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرْجٍ ٢، و مقتضى التعليل فيه عدم الاختصاص بالوضوء بل يشمل الغسل و التيمم و إزاله النجاسه و الحك الضروري، و منه تعرف ضعف مناقشه الشارح له هنا.

(٢) بالوضوء الواجب و المندوب.

(٣) بل نقول به تمسكا بالتعليل الوارد في الخبر، لا بالتعليل من باب أنه مقدمه الواجب.

هذا و بقي من المسائل المشهوره و المنصوصه كما هو ديدن الماتن في الكتاب كفاره التظليل سائرا، و هي شاه على الأكثر للأخبار منها: صحيح محمد بن إسماعيل (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الظل للمحرم من أذى مطر أو شمس، فقال: أرى أن يفديه بشاه يذبحها بمنى) (٢)، و صحيح علي بن جعفر (سألت أخى عليه السلام أظلل و أنا محرم؟ فقال:

نعم فعليك الكفاره) ٤، و صحيح إبراهيم بن ابى محمود (قلت للرضا عليه السلام: يظلل على محمله و يفدى إذا كانت الشمس و المطر يضر به؟ قال نعم، قلت: كم الفداء؟ قال:

شاه: ٥ و هي داله على وجوب الكفاره مع العذر، فتدل عليها بدونها بطريق أولى.

ثم إن كل نسك له فديه فلو ظل في العمره و في الحج فعليه كفارتان لتعدد النسك لخبر أبى علي بن راشد (قلت له: جعلت فداك إنه يشتد على كشف الظلال في الإحرام، لأني محروور تشتد على الشمس فقال: ظل و أرق دما، فقلت له: دما أو دميين؟ قال: للعمره؟ قلت: إننا نحرم بالعمره و ندخل مكة فنحلّ و نحرم بالحج قال: فأرق دميين) (٣).

و منه تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد من أن الفديه هي الصيام أو الصدقه أو النسك كالحلق، و ابن زهره أنه على المختار لكل يوم شاه و على المفطر لجملة الأيام شاه، و ليس لهما مستند على هذا التفصيل كما في الجواهر.

و عن الصدوق أنه مد عن كل يوم، لخبر أبى بصير (سألته عن المرأه يضرب عليها الظلال-

ص: ٥٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٥ و ٦.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بقيه الإحرام حديث ٣ و ٢ و ٥.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

في تكرر الكفارات بتكرار الصيد عمداً أو سهواً

(و تتكرر الكفارات بتكرار الصيد عمداً (١) أو سهواً)، أما السهو فموضع وفاق، و أما تكرره عمداً فوجهه صدق اسمه الموجب له، و الانتقام منه غير مناف - و هي محرمه؟ قال: نعم، قلت: فالرجل يضرب عليه الظلال و هو محرم؟ قال: نعم إذا كانت به شقيقه، و يتصدق بمدّ لكل يوم(١).

(١) قيل: لا تتكرر كما عليه الأكثر و الأشهر، لقوله تعالى: وَ مَنْ عَادَ فَيَنْتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ (٢)، إذ جعل سبحانه الانتقام جزاء للعود بعد أن جعل الفديه جزاء ابتداء، و للأخبار منها:

صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المحرم إذا قتل الصيد جزاؤه و يتصدق بالصيد على مسكين، فإن عاد فقتل صيداً آخر لم يكن عليه جزاء، و ينتقم الله منه، و النقمه في الآخرة(٣)، و صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (في محرم أصاب صيداً، قال: عليه الكفاره، قلت: فإن أصاب آخر، قال: إذا أصاب آخر فليس عليه كفاره، و هو ممن قال الله عز و جل: و من عاد فينتقم الله منه)٤، و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أصاب المحرم الصيد خطأ فعليه كفاره، فإن أصابه ثانيه خطأ فعليه الكفاره أبداً إذا كان خطأ، فإن أصابه متعمداً كان عليه الكفاره، فإن أصابه ثانيه متعمداً فهو ممن ينتقم الله منه، و النقمه في الآخرة و لم يكن عليه الكفاره(٤).

و ذهب ابن الجنيد و ابن إدريس و السيد و الشيخ في الخلاف و المبسوط إلى التكرار، لعموم قوله تعالى: وَ مَنْ قَتَلَهُ مِنْكُمْ مُتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ (٥) فإنه يتناول المبتدئ و العامد ثانياً و ثالثاً، و صحيح معاوية بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: محرم أصاب صيداً، قال: عليه الكفاره، قلت: فإن هو عاد؟ قال: عليه كلما عاد كفاره(٦)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في المحرم يصيب الصيد، قال: عليه الكفاره في كل ما أصاب)٨، و أجيب: أما عن الآية فلا عموم فيها بعد التصريح بالانتقام دون الجزاء على العائد، و أما هذان الخبران فيحملان على الناسي جمعاً بينها و بين مرسل ابن أبي عمير، و منه يعرف دليل التكرار للناسي و لغير العامد في المرتين فصاعداً.

ص: ٥٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بقيه الإحرام حديث ٨.

٢- (٢) سورة المائدة الآية: ٩٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ٤.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٢.

٥- (٦) سورة المائدة الآية: ٩٥.

٦- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب كفارات الصيد حديث ٣ و ١.

لها، لإمكان الجمع بينهما. و الأقوى عدمه و اختاره المصنف في الشرح (١)، للنص أحوط. و موضع الخلاف (٢) العمد بعد العمد، أما بعد الخطأ، أو بالعكس فيتكرر قطعاً، و يعتبر كونه في إحرام واحد (٣)، أو في التمتع مطلقاً (٤). أما لو تعدد في غيره (٥) تكررت.

في تكرر اللبس للمخيط في مجالس

(و بتكرر اللبس) للمخيط (في مجالس) (٦)، فلو اتحد المجلس لم يتكرر اتحد جنس الملبوس، أم اختلف، لبسها دفعه، أم على التعاقب طال المجلس، أم قصر،

في تكرر الحلق في أوقات

(و) بتكرر (الحلق في أوقات) متكرره عرفاً و إن اتحد المجلس (٧)، (و إلا فلا) يتكرر.

(١) شرح الإرشاد.

(٢) كما صرح به أكثر من واحد أنه العمد بعد العمد في إحرام واحد، أما بعد الخطأ أو بالعكس فيتكرر قطعاً لهذه النصوص السابقة المحمولة على هذه الموارد جمعاً بينها.

(٣) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه، و في المسالك و هنا ألحق الشارح بالإحرام الاحرامين المرتبطين كحج التمتع و عمرته، و استحسنة سيد المدارك.

(٤) في عمرته أو حجه.

(٥) غير الإحرام الواحد إلا ما استثناءه من التمتع مطلقاً.

(٦) فتكرر الكفاره بتعدد المجالس كما عن النهايه و الوسيه و المهذب و المقنعه و السرائر، بل في المسالك: هكذا أطلق الأصحاب، و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و جمع من الأصحاب أن الكفاره تتكرر باختلاف الوقت بمعنى تراخي زمان الفعل عادة، و قال في المدارك عن هذين القولين (أما الفرق بين اتحاد المجلس أو الوقت و اختلافهما فلم أف له على مستند، و كذا الكلام في الطيب).

نعم ذهب العلامة في المنتهى و سيد المدارك إلى تكرار الكفاره باختلاف صنف الملبوس كالقميص و السروال و إن اتحد الوقت و المجلس، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن المحرم إذا احتاج إلى ضروب من الثياب، قال: عليه لكل صنف منها فداء) (١).

(٧) فتكرر الكفاره، كمن حلق بعض رأسه غدوه و الآخر عشيه، لصدق تعدد الحلق الذي هو السبب فيتعدد المسبب بتعددده، بلا

خلاف فيه إلا- من سيد المدارك حيث قال: (بأن أقصى ما يستفاد من الأدله ترتب الكفاره على حلق الرأس كله للأذى، و ما
عداه إنما

ص: ٥٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

و فى الدروس جعل ضابط تكررها فى الحلق، و اللبس، و الطيب، و القبلة تعدد الوقت، و نقل ما هنا (١) عن المحقق و لم يتعرض لتكرّر ستر ظهر القدم و الرأس.

و الأقوى فى ذلك كله تكررها بتكرره (٢) مطلقا (٣)، مع تعاقب الاستعمال لبسا، و طيبا، و سترا، و حلقا، و تغطيه للرأس و إن اتحد الوقت و المجلس، و عدمه (٤) مع إيقاعها دفعه بأن جمع من الثياب جملة و وضعها على بدنه و إن اختلفت أصنافها.

فى أنه لا كفاره على الجاهل و الناسى فى غير الصيد

(و لا- كفاره على الجاهل و الناسى فى غير الصيد) (٥)، أما فيه فتجب مطلقا، -يستفاد حكمه من باب الفحوى أو من انعقاد الإجماع على تعلق الكفاره به فى بعض الموارد، فلو قيل بالاكْتفاء بالكفاره الواحده فى حلق الرأس كله سواء وقع فى وقت واحد أو فى وقتين كان حسنا).

(١) من اعتبار تعدد المجالس فى المخيط و تعدد الوقت فى الحلق.

(٢) لتعدد السبب الموجب لتعدد المسبب.

(٣) أى سواء اتحد المجلس أو لا، و سواء اتحد الوقت أو لا.

(٤) أى عدم تكرر الكفاره، بل عليه كفاره واحده لأن لبس جملة من الثياب يعدّ لبسا واحدا، و هو سبب واحد فى الكفاره، و فيه: إنه على خلاف صحيح ابن مسلم المتقدم.

(٥) أما فى الصيد فتجب الكفاره حتى على الجاهل و الناسى بلا خلاف فيه، لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و ليس عليك فداء ما أتيت به جهاله إلا الصيد، فإن عليك الفداء فيه بجهل كان أو بعمد) (١)، و صحيح أحمد بن محمد بن أبى نصر عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (سألته عن المحرم يصيب الصيد بجهاله، قال: عليه كفاره، قلت:

فإن أصابه خطأ، قال: و أى شىء الخطأ عندك؟ قلت: يرمى هذه النخلة فيصيب نخله أخرى، قال: نعم هذا الخطأ و عليه الكفاره) ٢ و مثلها غيرها.

و حكى العلامة فى المختلف عن ابن أبى عقيل أنه نقل عن بعض الأصحاب قولاً بسقوط الكفاره عن الناسى فى الصيد، و هو ضعيف كما فى المدارك.

و أما سقوط الكفاره عن الناسى و الجاهل فى غير الصيد فهو مذهب الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا كما فى المدارك، و يدل عليه صحيح ابن عمار المتقدم (و ليس عليك فداء ما

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب كفارات الصيد حديث ١ و ٢.

حتى على غير المكلف (١) بمعنى اللزوم في ماله، أو على الولي.

(و يجوز تخليه الإبل) و غيرها من الدواب (للعى فى الحرم) (٢)، و إنما يحرم مباشرة قطعه على المكلف محرما و غيره.

الفصل السابع: فى الإحصار و الصد

إشاره

(الفصل السابع: فى الإحصار و الصد) (٣)

فى معنى الحصر الصد

أصل الحصر المنع و المراد به هنا منع الناسك...

أتيته بجهاله إلا الصيد)، و صحيح زراره بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام (من نتف إبطه أو قلم ظفره أو حلق رأسه أو لبس ثوبا لا ينبغى له لبسه، أو أكل طعاما لا ينبغى له أكله و هو محرم، ففعل ذلك ناسيا أو جاهلا فليس عليه شيء، و من فعله متعمدا فعليه دم شاه) (١)، و خبر عبد الصمد بن بشير عن أبى عبد الله عليه السلام (أى رجل ركب امرا بجهاله فلا شيء عليه) (٢).

(١) لو فعل الصبى ما يوجب الكفاره فى الصيد لزم ذلك الولي فى ماله كما عليه الأكثر على ما فى المدارك، لصحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام (إذا حج الرجل بانه و هو صغير، فإنه يأمره أن يلبي و يفرض الحج، فإن لم يحسن أن يلبي لبوا عنه و يطاف به و يصلى عنه، قلت: ليس لهم ما يذبحون؟ قال: يذبح عن الصغار و يصوم الكبار، و يتقى عليهم ما يتقى على المحرم من الثياب و الطيب، و إن قتل صيدا فعلى أبيه) (٣).

و أما فى غير الصيد فلا تجب الكفاره حتى فى مال الولي كما عليه سيد المدارك لعدم التكليف فى حقه، و ذهب صاحب الجواهر إلى ثبوت الكفاره كالصيد لأن فعل الصبى هنا من قبيل الأسباب الموجهه للكفاره على الولي لأنه هو المخاطب بأن يجنبه ذلك.

و عن ابن إدريس عدم الكفاره مطلقا حتى فى الصيد، لعدم التكليف فى حقه، و هو ضعيف لما تقدم من صحيح زراره.

(٢) للسيره، و لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (تخلى عن البعير يأكل فى الحرم ما شاء) (٤).

(٣) الإحصار بالمرض فقط، و الصد بالعدو، و عليه فهما متغايران، و هو المعروف بين الفقهاء، و يدل عليه صحيح معاويه بن عمار (سمعت أبا عبد الله عليه السلام: المحصور غير

ص: ٥٩٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨٩ - من أبواب تروك الإحرام حديث ١.

بالمرض (١) عن نسك (٢)...

-المصدود، فإن المحصور هو المريض، و المصدود هو الذى رده المشركون، كما ردوا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ ليس من مرض، و المصدود تحلّ له النساء، و المحصور لا تحلّ له النساء(١)، و إن كان المشهور بين أهل اللغة كقول أهل الجمهور أنهما مترادفان فالحصر سواء كان بالمرض أو العدو لأنه بمعنى المنع و هو معنى الصد، و لكن مع قيام الدليل الشرعى فيكون منقولا شرعيا.

(١)على نحو الحصر بحيث لو كان بالعدو فيكون صدا.

(٢)الحصر هو الذى يمنعه المرض عن الوصول إلى مكة فى العمره، و كذا بالمنع من الإتيان بأفعال العمره بعد دخول مكة، و أما إذا كان المنع عن الطواف خاصه أو السعى أو طواف النساء فى العمره المفردة فسيأتى الكلام فيه.

و هو الذى يمنعه المرض عن الموقفين أو أحدهما مما يفوت بفواته الحج، و أما المنع عن نزول منى خاصه بعد إدراك الموقفين، أو عن الطوافين و السعى فى مكة فقط فسيأتى الكلام فيه.

و عليه فمراد الشارح من النسك هو كلا الموقفين أو أحدهما الذى يفوت بفواته الحج كالمشعر الحرام، و يعجبني هنا نقل كلام الشارح فى المسالك حيث قال فى المصدود:

(المصدود إما أن يكون حاجا أو معتمرا، و المعتمر إما أن يكون متمتعا أو مفردا، فإن كان حاجا تحقق صده بالمنع عن الموقفين معا إجماعا، و بالمنع من أحدهما مع فوات الآخر، و بالمنع من المشعر مع إدراك اضطرارى عرفه خاصه دون العكس، و بالجمله يتحقق بالمنع مما يفوت بسببه الحج، و قد تقدم تحرير أقسامه الثمانية، و من هذا الباب ما لو وقف العامه بالموقفين قبل وقته لثبوت الهلال عندهم لا- عندنا، و لم يمكن التأخر عنهم بخوف العدو منهم أو من غيرهم، فإن التقيه هنا لم تثبت، و أما إذا أدرك الموقفين أو أحدهما على الوجه المتقدم ثم صدّ، فإن صد عن دخول منى لرمى جمرة العقبه و الذبح و الحلق، فإن أمكن الاستنابه فى الرمي و الذبح لم يتحقق الصد، بل يستناب فيهما ثم يحلق و يتحلل و يتم باقى الأفعال بمكه، و لو لم يمكن الاستنابه فيهما أو قدم الحلق عليهما ففى التحلل و جهان، و قد تقدم مثله فى غير المصدود، و لو صدّ عن دخول مكة و منى ففى تحلله بالهدى أو إبقائه على الإحرام إلى أن يقدر عليه و جهان، أجمدهما أنه مصدود، و يلحقه حكمه لعموم الآيه و الأخبار، و يحتمل أن يحلق و يستناب فى الرمي و الذبح إن أمكن، و يتحلل مما عدا الطيب و النساء و اليد حتى يأتى بالمناسك، و كذا-

ص: ٥٩٣

يفوت الحج، و العمره (١) بفواته مطلقا (٢) كالموقفين (٣)، أو عن النسك المحلل (٤) على تفصيل يأتي، و الصد بالعدو (٥) و ما فى معناه (٦)، مع قدره الناسك بحسب ذاته (٧) على الإكمال، و هما (٨) يشتركان فى ثبوت أصل التحلل بهما فى الجملة، - الإشكال لو كان صده عن مكه خاصه بعد التحلل فى منى، لكن هنا اختار جماعه منهم الشهيد فى الدروس عدم تحقق الصد فىبقى على إحرامه بالنسبه إلى الثلاثه إلى أن يأتى ببقية الأفعال، و ينبغى تقييد ذلك بعدم مضى ذى الحجه و إلا اتجه التحلل، و لا يتحقق الصد بالمنع من أفعال منى بعد النحر من المبيت و الرمى إجماعا، بل يستتبع فى الرمى إن أمكن فى وقته و إلا قضاء فى القابل، و إن كان الممنوع معتمرا بعمره التمتع تحقق صده بمنعه من دخول مكه، و بمنعه بعد الدخول من الاثيان بالأفعال، و فى تحققه بالمنع من السعى بعد الطواف خاصه وجهان: من إطلاق النص، و عدم مدخلية الطواف فى التحلل، و عدم التصريح بذلك فى النصوص و الفتوى، و الوجهان آتيان فى عمره الأفراد، مع زياده إشكال فيما لو صد بعد التقصير عن طواف النساء فىمكن أن لا يتحقق حينئذ الصد، بل يبقى على إحرامه بالنسبه إليهن و أكثر هذه الفروع لم يتعرض لها الجماعه بنفى و لا إثبات، فىنبغى تحقيق الحال) انتهى.

و قال فى حاشيه أخرى فى المحصور (و الكلام فى المنع عن مكه أو الموقفين ما تقدم فى الصد بأقسامه و أحكامه).

(١) عطف على الحج و المعنى: عن نسك نفوت العمره بفواته سواء كانت العمره مفردة أو متمتع بها كما لو منعه المرض عن دخول مكه، فالمراد من النسك هنا مجموع أفعال العمره لأنه هو الذى نفوت العمره بفواته.

(٢) مفردة أو متمتع بها.

(٣) بالنسبه للنسك الذى يفوت بالحج بفواته.

(٤) كما لو منع من منى فقط من الرمى و الذبح و الحلق، أو أعمال مكه من الطوافين و السعى، أو منع من كليهما.

(٥) أى ينحصر الصد بالعدو فى قبال حصر الحصر بالمرض.

(٦) قد تقدم كلامه فى المسالك حيث قال بعد تحقيق معنى الحصر بالعدو (و من هذا الباب ما لو وقف العامه بالموقفين قبل وقته لثبوت الهلال عندهم لا عندنا، و لم يمكن التأخر عنهم بخوف العدو منهم أو من غيرهم، فإن التقيه هنا لم يثبت).

(٧) و إنما أتاه المانع من الخارج بخلاف المرض.

(٨) أى الحصر و الصد.

و يفترقان (١) في عموم التحلل فإن المصدود يحل له بالمحلل كلما حرمه الإحرام (٢)، و المحصر ما عدا النساء، و في مكان ذبح هدى التحلل فالمصدود يذبحه، أو ينحره حيث وجد المانع، و المحصر يبعثه إلى محله بمكه و منى (٣). و في إفاده الاشتراط تعجيل التحلل للمحصر، دون المصدود، لجوازه (٤) بدون الشرط.

و قد يجتمعان (٥) على المكلف بأن يمرض و يصدده العدو فيتخير في أخذ حكم ما شاء منهما، و أخذ الأخف من أحكامهما، لصدق الوصفين الموجب للأخذ بالحكم، سواء عرضا دفعه، أم متعاقبين.

في ما أحصر الحاج بالمرض عن الموقفين

(و متى أحصر الحاج بالمرض عن الموقفين) معا، أو عن أحدهما مع فوات الآخر أو عن المشعر مع إدراك اضطراري عرفه خاصه، دون العكس. و بالجمله (١) يفترقان في ستة أمور: ١: عموم التحلل للمصدود لكل ما حرم عليه حتى النساء بخلاف المحصور الذي يحل له كل شيء ما عدا النساء، فيتوقف حلها له على طوافهن، ٢: اشتراط الهدى في المحصور بخلاف المصدود فإن فيه خلافا، ٣: تعيين مكان ذبح هدى المحصور في مكه في إحرام العمره، و في منى إذا كان حاجا بخلاف المصدود الذي يذبح حيث يحصل له المانع، ٤: افتقار المحصور إلى الحلق أو التقصير مع الهدى بخلاف المصدود فإن فيه قولين، ٥: تعيين تحلل المصدود بمحلله في مكانه بخلاف المحصور الذي هو بالمواعده التي قد تتخلف، ٦: فائده الاشتراط تعجيل التحلل في المحصور دون المصدود لجواز التحلل له بدون الاشتراط.

و الشارح لم يذكر إلا ثلاثة منها فقط.

(٢) حتى النساء.

(٣) بمكه إن كان معتمرا، و بمنى إن كان حاجا.

(٤) أي لجواز التحلل.

(٥) ما تقدم من أحكام الحصر أو الصد إنما هو إذا تحقق أحدهما دون الآخر، و أما لو اجتمعا على المكلف بأن يمرض و صدده العدو، ففي التخيير بينهما فيأخذ حكم ما اختاره و هو مستلزم للاخذ بالأخف من أحكامها لصدق كل من الوصفين على من هذا شأنه فيتعلق به حكمه بلا فرق بين عروضهما دفعه أو متعاقبين و هو اختيار الشارح في المسالك و سيد المدارك، أو الترجيح للسابق خصوصا إذا عرض الصد بعد بعث المحصر، أو عرض الحصر بعد ذبح المصدود و لما يقصّر و هو خير الشهيد في الدروس، و تظهر الفائده في الخصوصيات.

متى أحصر عما يفوت بفواته الحج، (أو) أحصر (المعتمر عن مكة)، أو عن الأفعال بها و إن دخلها (بعث) كل منهما (ما ساقه) (١) إن كان قد ساق هديا، (١) لا خلاف في أن المحصور يتحلل بالهدى، لكن اختلفوا فذهب الأكثر إلى أنه يجب بعثه إلى منى إن كان حاجا، و إلى مكة إن كان معتمرا، و لا- يحلّ حتى يبلغ الهدى محله لظاهر قوله تعالى: **وَلَا تَخْلُقُوا زُرُوسًا حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ** (١)، و صحيح محمد بن مسلم و رفاعه عن الصادقين عليهما السّلام أنهما قالوا: (القارن يحصر و قد قال و اشترط فحلّني حيث حبستني، قال: يبعث بهديه، قلنا: هل يتمتع في قابل؟ قال: لا، و لكن يدخل في مثل ما خرج منه) (٢)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (إذا أحصر بعث بهديه فإذا أفاق و وجد من نفسه خفه فليمض إن ظنّ أنه يدرك الناس، فإن قدم مكة قبل أن ينحر الهدى فليقم على إحرامه حتى يفرغ من جميع المناسك و ينحر هديه و لا شيء عليه، و إن قدم مكة و قد نحر هديه فإن عليه الحج من قابل أو العمره) (٣)، و موثق زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (المصدود يذبح حيث صدّ و يرجع صاحبه فيأتي النساء، و المحصور يبعث بهديه، و يعدهم يوما فإذا بلغ الهدى أحلّ هذا في مكانه) (٤)، و موثق زرعه (سألته عن رجل أحصر في الحج، قال: فليبعث بهديه إذا كان مع أصحابه، و محلّه أن يبلغ الهدى محله، و محله من يوم النحر إذا كان في الحج، و إن كان في عمره نحر بمكة، فإنما عليه أن يعدهم لذلك يوما، فإذا كان ذلك اليوم فقد وفي، و إن اختلفوا في الميعاد لم يضره إن شاء الله تعالى) (٥) إلى غير ذلك من الأخبار.

هذا و يدل على جواز الذبح في موضع الحصر صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (في المحصور و لم يسق الهدى، قال: ينسك و يرجع، قيل: فإن لم يجد هديا؟ قال: يصوم) (٦)، و صحيح رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السّلام (خرج الحسين عليه السّلام معتمرا و قد ساق بدنه حتى انتهى إلى السقيا، فبرسم فحلّق شعر رأسه و نحرها مكانه، ثم أقبل حتى جاء فضرب الباب، فقال على عليه السّلام: ابني و رب الكعبة-

ص: ٥٩٦

١- (١) سورة البقره الآية: ١٩٦.

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.
٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الإحصاء و الصد حديث ١.
٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.
٥- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٢.
٦- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.

(أو) بعث (هديا، أو ثمنه) إن لم يكن ساق. و الاجتزاء بالمسوق (١) مطلقا هو المشهور، لأنه هدى مستيسر.

-افتحوا له، و كانوا قد حموا الماء، فاكبّ عليه فشرب ثم اعتمر بعد(١)، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (المحصور و المضطر ينحران بدنتيهما فى المكان الذى يضطران فيه)٢، و صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل أحصر فبعث بالهدى، قال: يواعد أصحابه ميعادا، فإن كان فى الحج فمحل الهدى يوم النحر فإذا كان يوم النحر فليقتصر من رأسه و لا يجب عليه الحلق حتى يقضى المناسك، و إن كان فى عمره فلينظر مقدار وصول أصحابه مكة و الساعه التى يعدهم فيها فإذا كان تلك الساعه قصير و أحلّ، و إن كان مرض فى الطريق بعد ما يخرج فأراد الرجوع رجع إلى أهله و نحر بدنه، أو أقام مكانه حتى يبرأ إذا كان فى عمره، و إذا برئ فعليه العمره واجبه، و إن كان عليه الحج فرجع إلى أهله أو أقام ففاته الحج فإن عليه الحج من قابل، و إن الحسين بن على عليهم السّلام خرج معتمرا فمرض فى الطريق فبلغ عليا عليه السّلام ذلك، و هو بالمدينه فخرج فى طلبه فأدركه بالسقيا و هو مريض بها، فقال: يا بنى ما تشتكى؟ فقال: أشتكى رأسى فدعا على عليه السّلام ببده فنحرها و حلق رأسه و رده إلى المدينه، فلما برئ من وجعه اعتمر(٢) الحديث، و السقيا هى البئر التى كان النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم يستعذب ماءها فيستقى له منها، و اسم ارضها الفلجان، لا السقيا التى يقال بينها و بين المدينه يومان كما فى الجواهر. و لذا ذهب ابن الجنيد إلى التخيير بين البعث و بين الذبح حيث أحصر، و عن العماني أنه يذبح الإحصار ما لم يكن قد ساق.

(١) لو كان المحصور سائقا فهل يجزيه ما ساقه كما عليه المشهور لقوله تعالى: فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ (٣) و هذا هدى مستيسر، و للأخبار المتقدمه المكتفيه ببعث الهدى الذى قد ساقه.

و عن الصدوقين أنه يفتقر إلى هدى التحلل مع بعث ما ساقه لأصالة تعدد المسبب بتعدد السبب و يشهد لهما ما فى الفقه الرضوى (فإذا قرن الرجل الحج و العمره فأحصر بعث هديا مع هديه و لا يحلّ حتى يبلغ الهدى محله)(٤).

و لكن من المظنون أن الفقه الرضوى هو نفس فتاوى ابن بابويه التى يرجع إليها-

ص: ٥٩٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.

٣- (٤) سورة البقره الآية: ١٩٧.

٤- (٥) فقه الرضا ص ٢٢٩.

و الأقوى عدم التداخل إن كان السياق واجبا و لو بالإشعار، أو التقليد لاختلاف الأسباب المقتضيه لتعدد المسبب، نعم لو لم يتعين ذبحه كفى، إلا أن إطلاق هدى السياق حينئذ عليه مجاز (١). و إذا بعث واعد نائبه وقتا معيننا (لذبحه)، أو نحره (٢).

(فإذا بلغ الهدى محله، و هى منى إن كان حاجا، و مكة إن كان معتمرا) (٣)، و وقت المواعده (حلق، أو قصر (٤)...)-الأصحاب عند اعواز النصوص، لذا قال سيد المدارك (و لم نقف لهم فى ذلك على مستند سوى ما ذكروه من أن اختلاف الأسباب يقتضى اختلاف المسببات و هو استدلال ضعيف).

و ذهب الشارح فى المسالك إلى التفصيل حيث قال: (و الأقوى عدم التداخل إن كان السياق واجبا بنذر و شبهه، أو بلاشعار و ما فى حكمه، لاقتضاء اختلاف الاسباب ذلك، و لو كان مندوبا بمعنى أنه لم يتعين ذبحه لأنه لم يشعره و لم يقلده، و لا وجد منه ما اقتضى وجوب ذبحه بل ساقه بنيه أنه هدى كفى) و هذا ما ذهب إليه هنا، و فيه: إن إطلاق الأخبار المتقدمه يدفعه، و من هنا تعرف أن المراد بالإطلاق فى عبارته هنا هو:

سواء كان المسوق واجبا أو لا.

(١) لأن هدى السياق هو الذى أشعر أو قلد و أما إذا ساقه بدونهما و إنما بنيه أنه هدى فلا يسمى بهدى السياق.

(٢) كما دل عليه موثق زرعه المتقدم و غيره.

(٣) كما دل عليه موثق زرعه المتقدم أيضا، و غيره من النصوص.

(٤) لظاهر قوله تعالى: **وَلَا تَخْلِقُوا رُؤْسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَيْدَىٰ مَحِلَّهُ (١)**، و لصحيح معاوية بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن الرجل أحصر فبعث بالهدى، فقال: يواعد أصحابه ميعادا، فإن كان فى الحج فمحل الهدى يوم النحر، و إذا كان يوم النحر فليقصر من رأسه و لا- يجب عليه حتى يقضى المناسك، و إن كان فى عمره فلينظر مقدار وصول أصحابه مكة و الساعه التى يعدهم فيها، فإذا كانت تلك الساعه قصر و أحل) (٢)، و مثله غيره.

ص: ٥٩٨

١- (١) سورة البقره الآية: ١٩٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.

(و تحلل بتيته (١) إلا من النساء (٢) حتى يحج) في القابل، أو يعتمر مطلقا (٣) (إن كان) النسك الذي دخل فيه (واجبا) مستقرا، (أو يطاف عنه للنساء) مع وجوب طوافهن في ذلك النسك (٤) (إن كان ندبا) (٥) أو واجبا غير مستقر بأن (١) أى بنيه التحلل.

(٢) حتى يحج من قابل إذا كان الحج واجبا بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (المصدود تحل له النساء، والمحصور لا تحل له النساء) (١)،

و صحيحه الآخر عنه عليه السلام الوارد في حصر الإمام الحسين عليه السلام (فقلت: أ رأيت حين برأ من وجعه أحل النساء؟ فقال: لا- تحل له النساء حتى يطوف بالبيت و يسعى بين الصفا و المروه) ٢، و مرسل المفيد في المقنعه (قال عليه السلام: المحصور بالمرض إن كان ساق هديا أقام على إحرامه حتى يبلغ الهدى محله، ثم يحلّ و لا يقرب النساء حتى يقضى المناسك من قابل) (٢).

(٣) سواء كانت مفردة أو متمتع بها، لإطلاق صحيح معاوية بن عمار المتقدم، فالمستفاد منه توقف حل النساء على الطواف و السعى و هو متناول للحج و العمرتين، و عن الدروس أنه لو أحصر في عمره التمتع فالظاهر حل النساء له إذ لا طواف لأجل النساء فيها، و قواه المحقق الثاني و مال إليه الشارح في المسالك.

(٤) بأن كان في الحج مطلقا أو في العمره المفردة، و أما في عمره التمتع فليس فيها طواف النساء فلا موضوع للاستتابه.

(٥) فالاستتابه في المندوب قد ادعى عليه العلامه الاجماع في المنتهى، و اعترف صاحب المدارك بعدم النص عليه، و استدل جمع من المتأخرين منهم الشارح في المسالك بأن الحج لا- يجب العود لاستدراكه و البقاء على تحريم النساء ضرر عظيم فاكتفى بالحل بالاستتابه في طواف النساء، و مثله يأتي في العمره المفردة المندوبه، و فيه: إنه على خلاف الاطلاق في صحيح معاوية المتقدم (لا تحلّ له النساء حتى يطوف بالبيت و بالصفا و المروه) (٣).

ثم إن الشارح في المسالك ألحق الواجب غير المستقر بالمندوب، و ألحق العلامه في القواعد بالحج المندوب الحج الواجب مع العجز عن طواف النساء، و قد عرفت أن الاطلاق حاكم إلا في الأخير فمع العجز يمكن الاستتابه لأنه عاجز عن طواف النساء.

ص: ٥٩٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٣.

استطاع له في عامه (١).

(و لا يسقط الهدى) الذي يتحلل به (بالاشتراط) (٢) وقت الإحرام أن يحله (١) أى العام الذى حج فيه، و هو غير مستقر لتبين عدم قدرته على أداء المناسك بسبب المرض الحاصر فلا يجب فيه قضاء الحج و لا أبعاضه فلذا جازت الاستنابه فى طواف النساء، بخلاف الذى وجب عليه من قابل كما فى الأخبار فلا بد من حمله على الحج المستقر بأن كان استطاعته لعام سابق، هذا على تفصيل الشارح و لكن قد عرفت أن إطلاق صحيح معاوية بن عمار المتقدم يقتضى عدم حل النساء له إلا إذا صح من قابل إذا كان واجبا بمعنى بقاء الاستطاعه فى ذمته، و إلا إذا أراد الحج من قابل إذا كان الحج الذى أحصر فيه كان مندوبا.

(٢) قد ذكر سابقا فى بحث الإحرام أنه يستحب للمحرم أن يشترط فى إحرامه على ربه أن يحله حيث حبسه و قد تقدم دليله.

و فائده هذا الاشتراط مختلف فيها بين الأصحاب، فقيل: إن فائدته سقوط الهدى مع الإحصار و التحلل بمجرد النيه كما ذهب إليه المرتضى و ابن إدريس، لصحيح ذريح المحاربى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل تمتع بالعمرة إلى الحج و أحصر بعد ما أحرم، كيف يصنع؟ فقال: أو ما اشترط على ربه قبل أن يحرم أن يحله من إحرامه عند عارض عرض له من أمر الله؟ فقلت: بلى قد اشترط ذلك، قال: فليرجع إلى أهله حلا لا إحرام عليه، و إن الله أحق من وفى ما اشترط عليه، قلت: أفعليه الحج من قابل؟ قال: لا) (١)، حيث دلت الروايه على التحلل بمجرد الإحصار من غير تعرض لاعتبار الهدى، و لو كان واجبا لذكر لأنه فى مقام البيان، و مثله غيره. و ذهب الاسكافى و الشيخ و المحقق و الفاضل فى بعض كتبهما إلى أن الهدى لا يسقط، غايته أن فائده الاشتراط جواز التحلل عند الإحصار و لا ينتظر بلوغ الهدى محله، أما أن الهدى لا يسقط فلعوم قوله تعالى: فَإِنْ أُحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ (٢)، و أما فائده الاشتراط ذلك، فللأخبار، منها: خير عامر بن عبد الله بن جذاعة عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل خرج معتمرا فاعتلّ فى بعض الطريق و هو محرم، فقال:

ينحر بدنه، و يحلق رأسه و يرجع إلى رحله و لا يقرب النساء، فإن لم يقدر صام ثمانية عشر يوما، فإذا برأ من وجعه اعتمر إن كان لم يشترط على ربه فى إحرامه، و إن كان-

ص: ٦٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الإحرام حديث ٣.

٢- (٢) سورة البقره الآية: ١٩٦.

حيث حبسه كما سلف، (نعم له تعجيل التحلل) مع الاشتراط من غير انتظار بلوغ الهدى محله. و هذه فائده الاشتراط فيه (١).

و أما فائدته في المصدود فمنتفيه لجواز تعجيله التحلل بدون الشرط (٢).

و قيل (٣): أنها سقوط الهدى، و قيل: سقوط القضاء على تقدير وجوبه بدون (٤)، -قد اشترط فليس عليه أن يعتمر إلا أن يشاء فيعتمر(١)، و قد نقله صاحب الجامع عن كتاب المشيخه لابن محبوب.

و صحيح معاوية بن عمار المتقدم (إن الحسين عليه السلام خرج معتمرا فمرض في الطريق فبلغ عليا ذلك و هو بالمدينه، فخرج في طلبه فأدركه في السقيا و هو مريض بها، فقال:

يا بني ما تشتكي؟ فقال: اشتكى رأسي، فدعا عليّ ببدنه فنحراها و حلق رأسه و رده إلى المدينه، فلما برأ من وجعه اعتمر(٢)، بناء على أنه عليه السلام قد اشترط باعتباره كونه مستحبا فلا يتركه المعصوم، و فيهما قصور من حيث الدلاله فالعمده هي الآيه الشريفه.

(١) في المحصور.

(٢) إذ يجوز للمصدود و الذبح في مكان الصد و يتحلل من دون حاجه إلى انتظار وصول الهدى محله كما تدل عليه روايه زواره عن أبي جعفر عليه السلام (المصدود يذبح حيث صدّ و يرجع صاحبه فيأتي النساء، و المحصور يبعث بهديه فيعدهم يوما فإذا بلغ الهدى أحلّ هذا في مكانه(٣)، و خبر حمran عن أبي جعفر عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حين صدّ بالحديبيه قصير و أحل و نحر ثم انصرف منها(٤)، و صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حيث صدّه المشركون يوم الحديبيه نحر بدنه و رجع إلى المدينه(٥)، و هي عامه تشمل عدم الاشتراط.

(٣) كما عن السيد و ابن إدريس كما تقدم.

(٤) أي بدون الاشتراط و هو متعلق بالوجوب لا بسقوط القضاء، و المعنى أن فائده الشرط سقوط الحج في القابل عن المشترط إذا حصر أو صد، و أما إذا لم يشترط فيجب عليه الحج من قابل، و هذا الذي ذهب إليه الشيخ في التهذيب لصحيح ضريس بن أعين -

ص: ٦٠١

١- (١) الجامع لابن سعيد ص ٢٢٢-٢٢٣، و هو مما لم يذكر ما في الوسائل و لا في مستدركه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.

و الأقوى (١) أنه تعبد شرعى، و دعا مندوب، إذ لا دليل على ما ذكره من - (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل خرج متمتعا بالعمرة إلى الحج فلم يبلغ مكة إلا يوم النحر، فقال: يقيم على إحرامه و يقطع التلبية حين يدخل مكة فيطوف و يسعى بين الصفا و المروه و يحلق رأسه و ينصرف إلى أهله إن شاء، و قال: هذا لمن اشترط على ربه عند إحرامه، فإن لم يكن اشترط فإن عليه الحج من قابل) (١)، و مما يدل عليه أيضا صحيح ذريح المحاربي المتقدم (قال عليه السلام: فليرجع إليه أهله حلا لا إحرام عليه، إن الله أحق من وُفئ بما اشترط عليه، فقلت: أفعليه الحج من قابل؟ قال: لا) (٢)، و لكنه معارض بخبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترط في الحج أن حلني حيث حبسني، عليه الحج من قابل؟ قال: نعم) (٣)، و صحيح أبي الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشترط في الحج، كيف يشترط؟ قال: يقول حين يريد أن يحرم أن حلني حيث حبستني، فإن حبستني فهي عمره، فقلت له: فاعليه الحج من قابل؟ قال: نعم، و قال صفوان: و قد روى هذه الرواية عنه من أصحابنا كلهم يقول:

إن عليه الحج من قابل) (٤)، و خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت عن الرجل يشترط و هو ينوى المتعة، فيحصر هل يجزيه أن لا يحج من قابل؟ قال: يحج من قابل، و الحاج مثل ذلك إذا احصر) (٥)، و خبر حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا يسقط الاشتراط عن الحج من قابل) (٦)، و لذا استشكل العلامة في المنتهى على الشيخ بأن الحج الفأث إن كان واجبا لم يسقط فرضه في العام المقبل بمجرد الاشتراط، و إن لم يكن واجبا لم يجب بترك الاشتراط ثم قال: و الوجه حمل إلزام الحج في القابل مع ترك الاشتراط على شدة الاستحباب، و استحسنة سيد المدارك.

(١) اعلم أن أصل الكلام هو في وقوع الخلاف بين الشيخ و السيد في سقوط الهدى عن المحصور إذا اشترط، فقد ذهب الشيخ إلى عدم السقوط، و ذهب السيد إلى السقوط، و تابعه ابن إدريس و أشكل على الشيخ بأن الاشتراط إذا لم يوجب سقوط الهدى على المحصور فما هو فائدته، و ردّ عليه المحقق في الشرائع و غيره بأن فائدته جواز تعجيل التحلل و لذا قال الشارح هنا بعد قول الماتن (نعم له تعجيل التحلل) قال: و هذه فائده الاشتراط فيه، و هو ردّ منه على ابن إدريس.

ص: ٦٠٢

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر حديث ٢.
 - ٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الإحرام حديث ٣ و ١ و ٢.
 - ٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٢ و ٣.

(و لا يبطل تحلله) الذى أوقعه بالمواعده (لو ظهر عدم ذبح الهدى) (٢) وقت المواعده و لا بعده، لامتناله المأمور المقتضى لوقوعه مجزيا يترتب عليه أثره، (و يبعثه) -هذا من جهه و من جهه أخرى قد سمعت فائده الاشتراط من سقوط الحج على المشترط كما هو مختار الشيخ فى التهذيب، إذا عرفت ذلك قال الشارح فى المسالك بعد ذكر ما تقدم: (و كل واحده من هذه الفوائد لا يأتى على جميع الافراد التى يستحب فيها الاشتراط، أما سقوط الهدى فمخصوص بغير السائق إذا لو كان قد ساق هديا لم يسقط، و أما تعجيل التحلل فمخصوص بالمحصر دون المصدود، و أما كلام التهذيب مخصوص بالمتمتع.

و ظاهر أن ثبوت التحلل بالأصل و العارض لا مدخل له فى شىء من الأحكام، و استحباب الاشتراط ثابت لجميع أفراد الحاج، و من الجائز كونه تعبدا أو دعاء مأمورا به يترتب على فعله الثواب) انتهى.

و هو صريح فى بيان فائده الاشتراط فى جميع أفراد الحج لا فى خصوص المحصور.

(١) أى فوائد الاشتراط بحيث يشمل جميع أفراد الحج، و أما فوائده المختصه بالمحصور فقط فقد عرفت قيام الدليل عليه بل و تأييد الشارح لها.

(٢) بلا خلاف فى عدم بطلان تحلله إذا تبين عدم ذبح هديه، لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (فإن ردوا الدراهم عليه و لم يجدوا هديا ينحرونه و قد أحلّ لم يكن عليه شىء، و لكن يبعث من قابل و يمسك أيضا) (١)، و موثق زرعه فى حديث فإنما عليه أن يعدهم لذلك يوما، فإذا كان ذلك اليوم فقد وفى، و إن اختلفوا فى الميعاد لم يضره إن شاء الله تعالى) (٢)، و خير زواره عن أبى جعفر فى حديث (قلت: أ رأيت إن ردوا عليه دراهمه و لم يذبحوا عنه و قد أحلّ فأتى النساء، قال: فليعد و ليس عليه شىء، و ليمسك الآن عن النساء إذا بعث) (٣).

و إنما الخلاف فيما إذا بعث فهل يجب عليه الامسك كما عليه المشهور لظاهر هذه الأخبار المتقدمه، أو لا يجب كما عن الحلّى و المقداد و الفاضلين فى بعض كتبهما و الشهيدين للأصل بعد عدم كونه محرما فيحمل الخبران المتقدمان على الندب.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.
 ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٢.
 ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.

(في القابل) لفوات وقته في عام الحصر، (و لا يجب الإمساك عند بعثه) عما يمسكه المحرم إلى أن يبلغ محله (على الأقوى)، لزوال الإحرام بالتحلل السابق، و الإمساك تابع له. و المشهور وجوبه لصحيحه معاويه بن عمار، «يبعث من قابل و يمسك أيضا»، و في الدروس اقتصر على المشهور. و يمكن حمل الروايه على الاستحباب كإمساك باعث هديه من الآفاق تبرعا (١).

(و لو زال عذره التحق) وجوبا و إن بعث هديه (فإن أدرك، و إلا تحلل بعمره) (٢) و إن ذبح أو نحر هديه على الأقوى، لأن التحلل بالهدى مشروط بعدم (١) للأخبار، منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إن ابن عباس و عليا كانا يبعثان بهديهما من المدينة ثم يتجردان، و إن بعثا به من أفق من الآفاق واعدوا أصحابها بتقليدهما و اشعارهما يوما معلوما، ثم يمسكان يومئذ إلى يوم النحر عن كل ما يمسك عنه المحرم، و يجتنبان كل ما يجتنبه المحرم، إلا أنه لا يلبي إلا من كان حاجا أو معتمرا) (١)، و صحيح معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يرسل بالهدى تطوعا، قال: يواعد أصحابه يوما يقلدون فيه، فإذا كان تلك الساعة من ذلك اليوم اجتنب ما يجتنبه المحرم إلى يوم النحر، فإذا كان يوم النحر أجزأ عنه) (٢).

و المستفاد من مجموع الأخبار الواردة هنا أن من كان في الآفاق بعث هديا أو ثمنه مع بعض أصحابه و يواعده يوما لإشعاره أو تقليده، فإذا حضر ذلك الوقت اجتنب ما يجتنبه المحرم فيكون ذلك بمنزله إحرامه، لكن لا يلبي، فإذا كان يوم عرفه اشتغل بالدعاء من الزوال إلى الغروب استحبابا و يبقى على إحرامه إلى يوم النحر حين المواعده لذبحه فإذا فعل ذلك فيكون بمنزله الحج له.

(٢) لو بعث هديه ثم زال العارض من المرض لحق بأصحابه، فإن أدرك أحد الموقفين على وجه يصح حجه فقد أدرك الحج، و إلا- تحلل بعمره مفردة كما هو فرض كل من فاته الحج، و إن كان قد ذبحوا له، و عليه في القابل قضاء الواجب المستقر أو المستمر و يستحب قضاء المندوب، بلا خلاف فيه - كما في الجواهر - و يدل عليه صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا أحصر بعث بهديه فإذا أفاق و وجد من نفسه خفه فليمض إن ظن أنه يدرك الناس، فإن قدم مكة قبل أن ينحر الهدى فليقم على إحرامه حتى يفرغ

ص: ٦٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.

التمكن من العمره، فإذا حصل انحصر فيه (١).

و وجه العدم الحكم بكونه محللاً (٢) قبل التمكن و امثال الأمر المقتضى له (٣).

فى من صدّ بالعدو

(و من صدّ بالعدو عما ذكرناه) عن الموقفين (٤) و مكه (٥) (و لا - طريق غيره) (٦) أى غير المصدود عنه، (أو) له طريق آخر و لكن (لا نفقه له) (٧) تبلغه، و لم يرج زوال المانع قبل خروج الوقت (٨) (ذبح هديه) المسوق، أو غيره (٩) كما تقرر، (و قصر، أو حلق و تحلل حيث صدّ حتى من النساء من غير تربص) (١٠)، و لا - من جميع المناسك و ينحر هديه و لا شىء عليه، و إن قدم مكه و قد نحر هديه فإن عليه الحج من قابل أو العمره، قلت: فإن مات و هو محرم قبل أن ينتهى إلى مكه، قال: يحج عنه إن كانت حجه الإسلام و يعتمر، إنما هو شىء عليه (١١)، بناء على أنه من قدم مكه قبل أن ينحر هديه يستطيع أن يدرك أحد الموقفين، و على أن من قدم مكه و قد نحر هديه فقد فاته الموقفان و به يفوت الحج.

نعم احتمال الشارح فى المسالك عدم الاحتياج إلى العمره المفردة للتحلل لأن ذبح الهدى عنه يقتضى تحلله.

(١) أى انحصر التحلل بامثال العمره.

(٢) أى بكون الهدى محللاً.

(٣) أى امثال الأمر بالهدى المقتضى للهدى كما فى الأخبار التى تقدم الكثير منها فى الأبحاث السابقه.

(٤) بالنسبه للحج.

(٥) بالنسبه للمعتمر.

(٦) لأنه مع وجود طريق آخر لا يتحقق الصد.

(٧) فهو كالعدم.

(٨) فإن رجا الزوال فيجب عليه الانتظار و لا يتحقق الصد.

(٩) غير المسوق من بعث هدى أو ثمنه مع المواعده مع بعض أصحابه على ما تقدم بيانه فى المحصور.

(١٠) بلا - خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و

سلم حيث صده المشركون يوم الحديبيه نحر بدنه و ريع إلى المدينه) (٢)، و خبر -

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الإحصار و الصد حديث ٥.

انتظار طوافهن،(و لو أحصر عن عمره التمتع فتحلل فالظاهر حل النساء أيضا) (١)، إذ لا- طواف لهن بها حتى يتوقف حلهن عليه. ووجه التوقف عليه إطلاق الأخبار بتوقف حلهن عليه من غير تفصيل.

و اعلم أن المصنف و غيره أطلقوا القول بتحقق الصد و الحصر بفوات الموقفين و مكه في الحج و العمره، و أطبقوا على عدم تحققه (٢) بالمنع عن المبيت بمنى و رمى الجمار، بل يستتبع في الرمي في وقته إن أمكن و إلا- قضاه في القابل (٣). و بقى أمور.

منها: منع الحاج عن مناسك منى يوم النحر (٤) إذا لم يمكنه الاستنابه في الرمي و الذبح، و في تحققهما به (٥) نظر. من إطلاق النص (٦) و أصاله البقاء. أما لو أمكنه الاستنابه فيهما فعل و حلق، أو قصر مكانه و تحلل و أتم باقى الأفعال.

و منها: المنع عن مكه و أفعال منى معا (٧)، و أولى بالجواز هنا لو قيل به -زراره عن أبي جعفر عليه السلام (المصدود يذبح حيث شاء و يرجع صاحبه فيأتي النساء) (١) و قد تقدم الكثير منها.

(١) قد تقدم الدليل عليه.

(٢) أى تحقق الصد و الحصر.

(٣) بلا خلاف فيه كما في الجواهر و غيره.

(٤) من الرمي و الذبح و الحلق، فيستتبع في الرمي و الذبح كما في المريض ثم يحلق و يتحلل، ثم يتم باقى الأفعال، فإن لم يمكنه الاستنابه في الرمي و الذبح احتمل بقاءه على إحرامه كما في المدارك و المسالك تمسكا بمقتضى الأصل، و قوى صاحب الجواهر التحلل لصدق الصد فيتناوله عمومه و استجوده سيد المدارك.

(٥) أى تحقق الصد الحصر بالصد عن مناسك و منى يوم النحر.

(٦) أى نصوص الصد و الحصر حيث لم تقيدهما بفعل من أفعال الحج دون غيره.

(٧) جزم العلامة في التذكرة و المنتهى إلى أنه مصدود فيجرى عليه حكمه من الذبح في مكان الصد و يحلق و يتحلل من كل شىء أحرم عليه نظرا إلى أن الصد يفيد التحلل من الجميع فمن بعضه أولى، و استحسنة سيد المدارك و استجوده الشارح في المسالك، نعم قال في -

ص: ٦٠٦

ثم (١). و الأقوى تحققه هنا (٢) للعموم.

و منها: المنع عن مكة خاصة (٣) بعد التحلل بمنى. و الأقوى عدم تحققه فيبقى على إحرامه بالنسبة إلى الصيد و الطيب و النساء إلى أن يأتي ببقية الأفعال، أو يستنيب فيها حيث يجوز (٤)، و يحتمل مع خروج ذى الحجة التحلل بالهدى، لما فى التأخير إلى القابل من الحرج.

و منها: منع المعتمر عن أفعال مكة بعد دخولها. و قد أسلفنا (٥) أن حكمه حكم المنع عن مكة، لانتفاء الغايه بمجرد الدخول (٦).

و منها: الصد عن الطواف خاصة فيها (٧) و فى الحج، و الظاهر أنه يستنيب فيه كالمرضى مع الإمكان، و إلا بقى على إحرامه بالنسبة إلى ما يحلله إلى أن يقدر -المسالك (و يحتمل أن يحلق و يستنيب فى الرمي و الذبح إن أمكن، و يتحلل مما عدا الطيب و النساء و الصيد حتى يأتي بالمناسك) و ردّ عليه صاحب الجواهر بقوله: (و لا يخفى عليك ما فى الاحتمال المزبور مع عدم إمكان الاستنابه بعد عدم الدليل، بل ظاهر الأدله خلافه).

(١) فيما لو منع عن منى يوم النحر فقط.

(٢) أى تحقق الصد فى المنع عن مكة و أفعال منى معا.

(٣) اختار جماعه منهم الشهيد فى الدروس عدم تحقق الصد فيبقى على إحرامه بالنسبة للطيب و النساء و الصيد، و استوجهه المحقق الثانى فى جامع المقاصد فقال: (لأن المحلل من الاحرام إما الهدى للمصدود و المحصور أو الاتيان بأفعال يوم النحر و الطوافين و السعى، فإذا شرع فى الثانى و أتى بمناسك منى يوم النحر تعين عليه الإكمال لعدم الدليل الدال على جواز التحلل بالهدى حينئذ فيبقى على إحرامه إلى أن يأتي بباقي المناسك).

و علّق عليه الشارح فى المسالك بقوله (و ينبغى تقييد ذلك بعدم مضي ذى الحجة و إلا اتجه التحلل).

(٤) و موضع الجواز عند عدم إمكان العود إلى مكة إلا بمشقه عظيمه، و قد تقدم الكلام فى هذا الجواز سابقا.

(٥) فقد قال سابقا (أو أحصر المعتمر عن مكة أو عن الافعال بها و إن دخلها).

(٦) مع المنع عن الأعمال فهو مساو لعدم الدخول فى انتفاء التمكّن من أعمال مكة.

(٧) أى عن طواف الزياره فى العمره.

عليه، أو على الاستنابه (١).

و منها: الصد عن السعى خاصه، فإنه محلل في العمره مطلقا (٢)، و في الحج على بعض الوجوه (٣) و قد تقدم، و حكمه كالطواف، و احتمال في الدروس التحلل منه (٤) في العمره، لعدم إفاده الطواف شيئا، و كذا القول في عمره الأفراد لو صد عن طواف النساء. و الاستنابه فيه أقوى من التحلل (٥)، و هذه الفروض يمكن في الحصر مطلقا (٦)، و في الصد إذا كان خاصا (٧)، إذ لا فرق فيه (٨) بين العام و الخاص بالنسبه إلى المصدود، كما لو حبس بعض الحاج و لو بحق يعجز عنه، أو اتفق له في تلك المشاعر من يخافه. و لو قيل بجواز الاستنابه في كل فعل يقبل النياه حيثئذ (٩) كالطواف و السعى و الرمي و الذبح و الصلاه كان حسنا، لكن يستثنى منه ما اتفقوا على تحقق الصد و الحصر به كهذه الأفعال للمعتمر (١٠).

خاتمه:

تجب العمره على المستطيع بشروط الحج

خاتمه: (تجب العمره على المستطيع) إليها سبيلا (بشروط الحج) (١١) و إن (١) و قال سيد المدارك (و كذا الكلام في السعى و طواف النساء في العمره المفرده).

(٢) لجمع ما حرم على المعتمر.

(٣) و هو محلل للطيب إن وقع بعد الطوافين.

(٤) من السعى المصدود عنه فكان كالمع من دخول مكه لأن وجود الطواف بدون السعى كعدمه.

(٥) لإفاده الطواف و السعى هنا تحليل ما عدا النساء، فهو قابل للنياه حيثئذ.

(٦) عاما أو خاصا.

(٧) لأن من البعيد عاده صد الجميع عن طواف النساء أو طواف الزياره أو السعى، و لكن يشكل عليه أيضا بأنه من البعيد حصر الجميع عن ذلك.

(٨) أي في الصد من ناحيه أحكامه، و انطباقها على كل مصدود سواء كان مصدودا مع غيره أو لا، خلافا للعامه حيث جعلوا أحكام الصد إذا كانت عامه.

(٩) حين الصد أو الحصر عاما أو خاصا.

(١٠) فهذه الأفعال من الطوافين و السعى بالنسبه للمفرده هي تمام أعمال مكه و قالوا بتحقيق الصد عنها، مع أنه يمكن الاستنابه فيها، لكن لا بد من استثنائها بالنسبه للمعتمر لاتفاقهم على ذلك.

(١١) فتجب مره فى العمر بلا خلاف فىه، لقوله تعالى: وَ أَتَمُّوا الْحَجَّ وَ الْعُمْرَةَ (١)

ص: ٦٠٨

١- (١) سورة البقره الآيه: ١٩٦.

استطاع إليها خاصة (١)، إلا- أن تكون عمره تمتع فيشترط في وجوبها الاستطاعه لهما معا للارتباط كل منهما بالآخر، و تجب أيضا بأسبابه الموجه له (٢) لو اتفقت لها كالنذر و شبهه (٣)، و الاستئجار (٤)، و الافساد (٥)، و تزيد عنه (٦) بفوات الحج بعد الإحرام (٧) و يشتركان أيضا في وجوب أحدهما تخييرا لدخول مكة (٨) لغير -، و صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام العمره واجبه على الخلق بمنزله الحج على من استطاع، لأن الله تعالى يقول: وَ أَتَمُّوا الْحَجَّ وَ الْعُمْرَةَ لِلَّهِ (١)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (العمره واجبه على الخلق بمنزله الحج، فإن الله تعالى يقول:

و أتَمُّوا الحج و العمره لله) (٢)، و مثلها غيرها.

(١) بالنسبه للعمره المفردة فتجب، (لا- يشترط في وجوب العمره المفردة الاستطاعه للحج معها، بل لو استطاع لها خاصة وجبت كما أنه لو استطاع للحج خاصة وجب، و هو أشهر الأقوال في المسألة و أجودها، إذ ليس فيما وصل إلينا من الروايات دلالة على ارتباطها بالحج، بل و لا دلالة على اعتبار وقوعهما في السنه، و إنما المستفاد منها وجوبهما خاصة، و حكى الشارح قولاً بأن كلا منهما لا يجب إلا مع الاستطاعه للآخر، و فضل ثالث فأوجب الحج مجردا عنها و شرط في وجوبها الاستطاعه للحج و هو مختار الدروس، هذا في العمره المفردة، أما عمره التمتع فلا ريب في توقف وجوبها على الاستطاعه لها و للحج، لدخولها فيه، و كونها بمنزله الجزء منه، و هو موضع وفاق).

(٢) أي بأسباب الحج الموجه له.

(٣) لوجوب الوفاء بالنذر و أخويه.

(٤) لوجوب الوفاء بعقد الاجاره.

(٥) إذا أفسد عمرته بالنكاح قبل السعى، و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) أي عن الحج.

(٧) أي و تزيد العمره عن الحج من ناحيه وجوبها فيما لو تلبس بإحرام الحج ثم فاته الحج فلا بد من محلل شرعي، و المحلل منحصر بالعمره و قد تقدم البحث فيه أكثر من مره.

(٨) لا خلاف في أنه لا يجوز لأحد أن يدخل مكة بغير إحرام عدا ما استثني، للأخبار-

ص: ٦٠٩

١- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب وجوب الحج حديث ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العمره حديث ٢.

-منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (هل يدخل الرجل مكة بغير إحرام؟ قال: لا، إلا أن يكون مريضا أو به بطن)(١)، و صحيح عاصم بن حميد عن أبي عبد الله عليه السلام (أ يدخل أحد الحرم إلا محرما؟ قال: لا، إلا مريض أو مبطون)٢،

و عليه فيجب على الداخل أن ينوى بإحرامه الحج أو العمرة، لأن الإحرام عبادة غير مستقلة، بل إما أن يكون بحج أو عمره و يجب إكمال النسك الذي تلبس به ليتحلل من الإحرام و استثنى من الحكم أمور: الأول: العبد إذا لم يأذن له سيده بالتشاغل بالنسك عن خدمته، و دليله: إذا لم يجب عليه حجه الإسلام لهذا المعنى فعدم وجوب الإحرام من باب أولى، الثاني: المتكرر دخوله كالحطاب و الحشاش، لصحيح رفاعه بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الحطابين و المجتلبه أتوا النبي صلى الله عليه و آله و سلم فسألوه، فأذن لهم أن يدخلوا حلالا)(٢)، الثالث: أن يكون دخوله بعد إحرامه قبل مضي شهر، لموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (عن المتمتع يجرى فيقضى متعته ثم تبدو له الحاجة فيخرج إلى المدينة أو إلى ذات عرق، أو إلى بعض المعادن، قال: يرجع إلى مكة بعمره إن كان في غير الشهر الذي تمتع فيه، لأن لكل شهر عمره، و هو مرتين بالحج)(٣)، و صحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام في المتمتع (قلت: فإن جهل فخرج إلى المدينة أو نحوها بغير إحرام، ثم رجع في إبان الحج يريد الحج، أ يدخلها محرما أو بغير إحرام؟ فقال: إن رجع في شهره دخل بغير إحرام، و إن دخل في غير الشهر دخل محرما)(٤)، و مرسل أبان بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يخرج في الحاجة من الحرم قال: إن رجع في الشهر الذي خرج فيه دخل بغير إحرام، و إن دخل في غيره دخل بإحرام)(٥)، و الظاهر منها أن المدار في الشهر على الإهلال لا الإحلال. الثالث:

من دخلها لقتال جاز أن يدخلها محلا، كما دخلها النبي صلى الله عليه و آله و سلم عام الفتح و عليه المغفر و هو المشهور بين الأصحاب، و لكن المروى في صحيح معاوية بن عمار (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يوم فتح مكة: إن الله حرم مكة يوم خلق السموات و الأرض و هي حرام إلى أن تقوم-

ص: ٦١٠

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الإحرام حديث ٤ و ١ .
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الإحرام حديث ٢ .
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٨ .
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الحج حديث ٦ .
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الإحرام حديث ٤ .

المتكرر (١)، و الداخِل (٢) لقتال (٣)، و الداخِل عقيب إحلال من إحرام، و لَمَّا يمض شهر منذ الإحلال، لا الإهلال.

في تأخير العمره للقارن و المفرد

(و يؤخرها القارن و المفرد) عن الحج مبادرا بها على الفور وجوبا كالحج (٤) و في الدروس جَوِّز تأخيرها إلى استقبال المحرم، و ليس منافيا للفور، (و لا تتعين) العمره بالأصاله (بزمان مخصوص) واجبه و مندوبه، و إن وجب الفور بالواجبه على بعض الوجوه (٥)، إلا أن ذلك ليس تعيينا للزمان. و قد يتعين زمانها بنذر و شبهه، -الساعة، لم تحلّ لأحد قبلي و لا تحلّ لأحد بعدى، و لم تحلّ لى إلا ساعه من نهار(١).

(١) كالحطاب و الحشاش.

(٢) عطف على (المتكرر).

(٣) مباح.

(٤) أما فوريه الوجوب في العمره المتمتع بها فلا- إشكال فيه، لارتباطها بالحج الذي ثبت وجوب فوريته، و أما العمره المفردة فظاهر صحيح معاويه المتقدم (العمره واجبه على الخلق بمنزله الحج على من استطاع)(٢)، و هو يقتضى مساواتها للحج في كيفية الوجوب و شرائطه.

و قد ذكر جمع من الأصحاب وجوب تأخيرها إلى انتفاء أيام التشريق، لصحيح معاويه بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل جاء حاجا ففاته الحج و لم يكن طاف، قال يقيم مع الناس حراما أيام التشريق و لا عمره فيها، فإذا انقضت طاف بالبيت و سعى بين الصفا و المروه و أحل، و عليه الحج من قابل يحرم من حيث أحرم)(٣)، و ظاهره النهى عن عمره التحلل فيكون غيرها أولى بالنهى.

نعم ورد جواز تأخيرها إلى استقبال محرم الحرام، و هو مرسل الشيخ عن الصادق عليه السلام (التمتع إذا فاتته العمره أقام إلى هلال المحرم اعتمر فأجزأت عنه مكان عمره المتعه)(٤)، و به أفتى العلامة في القواعد و الشهيد في الدروس.

(٥) كالإتيان بها بعد حج القران و الأفراد في نفس العام.

ص: ٦١١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب الإحرام حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب وجوب الحج حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الوقوف بالمشعر الحرام حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الحج حديث ٥.

في استحباب العمره في كل شهر

(و هي مستحبه مع قضاء الفريضه (١) في كل شهر) (٢) على أصح الروايات.

(و قيل: لا حدّ) للمده بين العمرتين (و هو حسن)، لأن فيه جمعا بين الأخبار الدال بعضها على الشهر، و بعضها على السنه، و بعضها على عشره أيام (١) أي بعد إتيان الواجب منها.

(٢) ذهب ابن أبي عقيل إلى عدم جواز العمرتين في عام واحد، لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (لا يكون عمرتان في سنه) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (العمره في كل سنه مره) (٢).

و حملت على عمره التمتع جمعا بينها و بين ما دل على أن لكل شهر عمره.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى أن أقل ما يكون بين العمرتين عشره أيام، لخبر على بن أبي حمزه (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل يدخل مكة في السنه المره و المرتين و الأربعة كيف يصنع؟ قال: إذا دخل فليدخل ملييا، و إذا خرج فليخرج محلا، قال: و لكل شهر عمره.

فقلت: يكون أقل؟ قال: يكون لكل عشره أيام عمره) (٣).

و ذهب أبو الصلاح و ابن حمزه و المحقق في النافع و العلامه في المختلف إلى أن أقله شهر، لأخبار منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان على عليه السّلام يقول:

لكل شهر عمره) (٤)، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام (في كتاب على عليه السّلام: في كل شهر عمره) (٥)، و مثلها غيرها، و الظاهر منها أن المدار في الشهر على الإهلال لا الإحلال.

و عن جماعه منهم المرتضى و ابن إدريس و المحقق و الشهيدان بل نسب إلى كثير من المتأخرين أنه لا حدّ لأقل الحد بين العمرتين لاختلاف الأخبار المتقدمه المحموله على مراتب الاستحباب بعد التمسك بإطلاق مشروعيتها الدال على جوازها في أي وقت مثل صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن يَوْمَ الْحِجِّ الْمَكْبَرِ فقال: هو يوم النحر، و الأصغر هو العمره) (٦)، و مثله غيره.

و في الأخير ضعف ظاهر إذ هذه الأخبار مسوقه لبيان الفضيله و ليست في مقام البيان من ناحيه تحديد المده، و خبر على بن أبي حمزه المتضمن للفصل بين عشره أيام ضعيف السند لا يصلح لتخصيص الأخبار الكثيره الوارده بالفصل بالشهر، فيتعين العمل بها بعد ما عرفت أن مستند العماني محمول على عمره التمتع.

ص: ٦١٢

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العمرة حديث ٤.

بتنزيل ذلك على مراتب الاستحباب.

فالأفضل الفصل بينهما بعشره أيام، و أكمل منه بشهر، و أكثر ما ينبغي أن يكون بينهما السنه، و فى التقييد بقضاء الفريضه (١) إشاره إلى عدم جوازها ندبا مع تعلقها بذمته وجوبا، لأن الاستطاعه للمفرده ندبا يقتضى الاستطاعه وجوبا غالبا، و مع ذلك (٢) يمكن تخلفه (٣) لمتكلفتها (٤) حيث يفتقر إلى مئونه لقطع المسافه و هى (٥) مفقوده، و كذا لو استطاع إليها و إلى حجتها و لم تدخل أشهر الحج فإنه لا يخاطب حينئذ بالواجب فكيف يمنع من المندوب، إذ لا يمكن فعلها واجبا، إلا بعد فعل الحج. و هذا البحث كله فى المفرده (٦).

(١) فى عبارته الماتن.

(٢) أى مع هذا التلازم الغالبى.

(٣) تخلف المندوب عن الواجب.

(٤) أى من لم تجب عليه العمره لفقدان شرائط الوجوب فى حقه، و مع ذلك تكلف بالإتيان بها، فإن المأتى به يكون مندوبا.

(٥) أى المئونه.

(٦) و أما عمره المتمتع بها فتتبع الحج وجوبا و ندبا و وقتا، هذا و مسائل الحج كثيره لا يمكن استقصاؤها، فله الحمد على ما وفق و يشير، ففى صحيح زواره عن أبى عبد الله عليه السلام (جعلنى الله فداك، إنى أسألك فى الحج منذ أربعين عاما فتفتنى، فقال: يا زواره: بيت يحج قبل آدم بألفى عام تريد أن تفنى مسأله فى أربعين عاما) (١).

ص: ٦١٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب وجوب الحج حديث ١٢.

كتاب الجهاد

اشاره

ص: ٦١٥

في أقسام الجهاد

(و هو أقسام) (٢) جهاد المشركين ابتداء. لدعائهم إلى الإسلام، و جهاد من (١) فهو فعال من الجهد بالفتح بمعنى التعب و المشقه، أو بالضم بمعنى الوسع و الطاقه.

و قد وردت الأخبار الكثيره في فضله و آثاره ففي خبر حيدره عن أبي عبد الله عليه السلام (الجهاد أفضل الأشياء بعد الفرائض) (١)، و خبر أبي حفص الكلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الله عز و جل بعث رسوله بالإسلام إلى الناس عشر سنين، فأبوا أن يقبلوا حتى أمره بالقتال، فالخير في السيف و تحت السيف، و الأمر يعود كما بدأ) ٢، و خبر معمر عن أبي جعفر عليه السلام (الخير كله في السيف و تحت السيف و في ظل السيف) ٣، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (من قتل في سبيل الله لم يعرفه الله شيئاً من سيئاته) ٤، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (إن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: فوق كل ذي برّ حتى يقتل في سبيل الله، فإذا قتل في سبيل الله فليس فوقه برّ، و فوق كل ذي عقوق عقوق حتى يقتل أحد والديه، فإذا قتل أحد والديه فليس فوقه عقوق) ٥.

(٢) الأول: قتال الكفار ابتداء للدعاء إلى الإسلام، و هو الأصلي و المقصود من كتاب الجهاد، و هو الذي أنزل فيه قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَ هُوَ كُرْهُ لَكُمْ (٢).

الثاني: أن يدهم المسلمين عدد من الكفار يريد الاستيلاء على بلادهم أو أسرهم أو أخذ أموالهم، و هو ملحق بالقسم الأول إلا أنه بالواقع هو دفاع عن النفس و المال و العرض، و هو واجب على الذكر و الأنثى إن احتيج إليها، و لا يتوقف على إذن الإمام و لا يختص -

ص: ٦١٧

١- (١-٢-٣-٤-٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٩ و ١٤ و ١٨ و ١٩ و ٢١.

٢- (٦) سورة البقره الآية: ٢١٢.

يدهم على المسلمين من الكفار بحيث يخافون استيلائهم على بلادهم، أو أخذ مالهم و ما أشبهه (١) و إن قُل، و جهاد من يريد قتل نفس محترمه، أو أخذ مال، أو سبى حريم مطلقاً (٢)، و منه (٣) جهاد الأسير بين المشركين للمسلمين دافعا عن نفسه. و ربما أطلق على هذا القسم الدفاع، لا الجهاد، و هو أولى، و جهاد البغاه على الإمام، و البحث هنا عن الأول، و استطراد ذكر الثاني من غير استيفاء، و ذكر الرابع في آخر الكتاب (٤)، و الثالث في كتاب الحدود.

في الوجوب الكفائي

(و يجب على الكفاية) (٥) بمعنى وجوبه على الجميع إلى أن يقوم به منهم من -بمن قصدوه من المسلمين، بل يجب على من علم بالحال النهوض إذا لم يعلم قدره المقصودين على المقاومه، بخلاف القسم الأول مشروط بالبلوغ و العقل و الحرية و الذكورية و إذن الإمام عليه السلام، و وجوبه على الكفاية.

الثالث: قتال البغاه ابتداء للرجوع إلى الحق.

الرابع: دفع من يريد قتل النفس المحترمه أو أخذ مال أو سبى حريم و إن كان مسلما، و يلحق به فيما لو كان المسلم أسيرا بين المشركين و يغشاهم العدو و يخشى المسلم على نفسه فيدفع عنها بحسب الإمكان، و هذا القسم الرابع هو من الدفاع المحض فلذا ذكره في باب الحدود.

(١) من الاعراض.

(٢) أي سواء كان المرید مسلما أو كافرا.

(٣) أي من القسم الثالث.

(٤) كتاب الجهاد.

(٥) أي القسم الأول من أقسام الجهاد، بلا خلاف فيه كما في الجواهر للمعلوم من سيره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، و لقوله تعالى لَا يَشِيْتُوا الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَ الْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ، فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَ أَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً، وَ كَلًّا وَ عَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى (١).

و عن سعيد بن المسيب أنه واجب عيني لقوله تعالى اِنْفِرُوا خِفَافًا وَ ثِقَالًا (٢)، و فيه: إنها منسوخه بقوله تعالى - على ما قيل - وَ مَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً، فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ -

ص: ٦١٨

١- (١) سورة النساء الآية: ٩٧.

٢- (٢) سورة التوبة الآية: ٤١.

فيه الكفايه، فيسقط عن الباقيين. سقوطاً مراعى باستمرار القائم به إلى أن يحصل الغرض المطلوب به شرعاً، وقد يتعين بأمر الإمام (١) لأحد على الخصوص وإن قام به من كان فيه كفايه، و تختلف الكفايه (بحسب الحاجه) بسبب كثره المشركين، و قتلهم، و قوتهم و ضعفهم.

(و أقله مره فى كل عام) (٢) لقوله تعالى: فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا -فِرْقَهُ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ (١)، أو أن المراد بها خصوص غزوه تبوك التى استنفرهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم فيها، فتخلف فيها كعب بن مالك و أصحابه فهجرهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم حتى تاب الله عليهم، أو أن المراد بالآيه هو الوجوب ابتداءً و هذا لا يمنع الواجب الكفائى لأنه كما حرر فى الأصول فهو واجب على الجميع و إن كان يسقط بفعل من يقوم به منهم و لذا بعاقب الجميع على تركه، و يؤيده خبر دعائم الإسلام عن على صلوات الله عليه (الجهاد فرض على جميع المسلمين لقول الله: كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ ، فإن قامت بالجهاد طائفه من المسلمين وسع سائرهم التخلف عنه، ما لم يحتج الذين يلون الجهاد إلى المدد، فإن احتاجوا لزم الجميع أن يمدوا حتى يكتفوا، قال الله عز و جل: وَ مَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً (٢) ، و إن أدهم أمر يحتاج فيه إلى جماعتهم نفروا كلهم، قال الله عز و جل: انْفِرُوا خِفَافًا وَ ثِقَالًا، وَ جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَ أَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ (٣)(٤).

هذا و من الواضح أن الكفايه بحسب الحاجه بكثره المشركين و قتلهم و ضعفهم و قوتهم.

(١) لأن من استنفضه الإمام فيجب عليه القيام لوجوب إطاعه أمر المعصوم عليه السلام.

(٢) كما عن الشيخ و الفاضل و الشهيدين و الكركى، لقوله تعالى: فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ (٥) ، حيث علق وجوبه على الانسلاخ، و هو لا يتحقق فى العام إلا مره واحده، و هو ضعيف لأن بقيه الآيه فاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ وَ خُذُوا حُرْمَتَهُمْ وَ احْصِرُوا لَهُمْ وَ أَعْيِدُوا لَهُمْ كُلَّ مَرْصِدٍ، فَإِنْ تَابُوا وَ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ فَخَلُّوا سَبِيلَهُمْ، إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٦، و هى داله على وجوب مقاتلتهم حتى يحصل المقصود و هو اسلامهم، و لم يتقيد ذلك بوقت دون آخر فتجب المقاتله حتى يتحقق، و هذا قد-

ص: ٦١٩

١- (١) سورة التوبه الآيه: ١٢٣.

٢- (٢) سورة التوبه الآيه: ١٢٣.

٣- (٣) سورة التوبه الآيه: ٤١.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢٣.

٥- (٥ و ٦) سورة التوبه الآيه: ٥.

المُشْرِكِينَ أوجب بعد انسلاخها الجهاد، وجعله (١) شرطاً فيجب كلما وجد الشرط، ولا يتكرر بعد ذلك بقيه العام، لعدم إفاده مطلق الأمر التكرار.

و فيه نظر يظهر من التعليل، هذا (٢) مع عدم الحاجة إلى الزيادة عليها في السنه، وإلا وجب بحسبها (٣)، وعدم العجز عنها فيها (٤)، أو رؤيه الإمام عدمه صلاحاً (٥) وإلا جاز التأخير بحسبه (٦).

في شرط وجود الإمام العادل

و إنما يجب الجهاد (بشرط الإمام العادل (٧)،...) -يستلزم التكرار والإنصاف: إن كلام الماتن لا ينفي ذلك حيث أوجب المره و لم ينف الأكثر، نعم يظهر من استدلالهم أن المره الأولى تكون عقيب الانسلاخ.

(١) وجعل الانسلاخ.

(٢) أي وجوب المره في العام.

(٣) بحسب الحاجة.

(٤) أي وعدم العجز عن المره في السنه.

(٥) أي عدم الجهاد كما فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ مع قريش سنين عده.

(٦) أي وإلا جاز تأخير المره بحسب العجز أو رؤيه الإمام للصلاح في ذلك.

(٧) أي بشرط وجود الإمام المعصوم بحيث يكون مبسوط اليدين، متمكناً من التصرف، بلا خلاف في ذلك للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يخرج المسلم في الجهاد مع من لا يؤمن على الحكم، ولا ينفذ في الفء أمر الله عز وجل، فإنه إن مات في ذلك المكان كان معيناً لعدونا في حبس حقناً، والإشاطه بدمائنا، وميته ميته جاهليه) (١)، ومرسل ابن شعبه عن الرضا عليه السلام في كتابه إلى المأمون (و الجهاد واجب مع إمام عادل، و من قاتل فقتل دون ماله و رحله و نفسه فهو شهيد، و لا يحلّ قتل أحد من الكفار في دار التقيه إلا قاتل أو باغ، و ذلك إذا لم تحذر على نفسك، و لا- أكل أموال الناس من المخالفين و غيرهم، و التقيه في دار التقيه واجبه) (٢)، و خبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليه السلام في حديث شرائع الدين (و الجهاد واجب مع إمام عادل، و من قتل دون ماله فهو شهيد) (٣)، و خبر بشير الدهان عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إني رأيت في المنام أني قلت لك: إن القتال مع غير الإمام المفترض طاعته حرام، مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير، فقلت لي: نعم هو كذلك، فقال عليه السلام: هو كذلك هو كذلك) (٤) و الأخبار كثيره.

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب جهاد العدو حديث ١٠ و ٩ و ١.

(أو نائبه) الخاص (١) و هو المنصوب للجهاد، أو لما هو أعم (٢)، أما العام (٣) كالفقيه فلا- يجوز له توليه حال الغيبه بالمعنى الأول، و لا يشترط فى جوازه (٤) بغيره من المعانى (أو هجوم عدوّ) على المسلمين (يخشى منه على بيضه الإسلام) (٥) و هى أصله و مجتمعه فيجب حينئذ (٦) بغير إذن الإمام أو نائبه.

و يفهم من القيد (٧) كونه (٨) كافرا، إذ لا يخشى من المسلم على الإسلام نفسه و إن كان مبدعا، نعم لو خافوا على أنفسهم و جب عليهم الدفاع (٩) و لو خيف على بعض المسلمين و جب عليه، فإن عجز و جب على من يليه مساعدته، فإن عجز الجميع و جب على من بعد. و يتأكد على الأقرب فالأقرب كفايه.

فى شرط وجوبه

(و يشترط) فى من يجب عليه الجهاد بالمعنى الأول (البلوغ و العقل (١٠) (١) و هو الذى نصبه للجهاد، لأن إطاعته إطاعه للمعصوم عليه عليه السّلام، و لا- يجب أن يكون منصوبا للجهاد فقط، فلو كان منصوبا للجهاد و غيره كالوالى لجاز أيضا و هو المراد من نائبه العام و كلاهما منصوب من قبله بالتعيين.

و أما نائبه العام فى زمن الغيبه و هو الفقيه الجامع للشرائط حيث نصبه من ناحيه أوصافه، فلا يجوز له توليه الجهاد حال الغيبه، بل فى الرياض نفى علم الخلاف فيه حاكيا له عن ظاهر المنتهى و صريح الغنيه - إلى أن قال - و ظاهرهما الاجماع، مضافا إلى النصوص - التى تقوم بعضها - و هى معتبره لوجود الإمام المعصوم، بالإضافة إلى أن أدله تنصيب الفقيه غير شامله إلا للقضاء و الفتيا كما ستسمعه فى باب القضاء.

(٢) كالوالى المنصوب من قبله عليه السّلام، فإنه منصوب للجهاد و غيره.

(٣) أى النائب العام.

(٤) أى و لا يشترط وجوب الإمام فى جواز الجهاد بمعنى الدفاع و غيره من بقيه أقسام الجهاد.

(٥) فلا- يشترط إذن الإمام المعصوم للأصل، و لأن الأخبار التى اشترطت إذنه و وجوده محموله على الجهاد الابتدائى كما هو ظاهر بعضها، و بيضه الإسلام: أصله.

(٦) أى حين الخوف على بيضه الإسلام.

(٧) و هو الخشيته على بيضه الإسلام.

(٨) أى كون العدو.

(٩) من دون إذن المعصوم أو نائبه.

(١٠) فلا يجب على الصبى و لا على المجنون، بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم، ففى خبر-

(و الحريه (١) و البصر (٢) و السلامه من المرض) (٣) المانع من الركوب و العدو، -الأعمش عن ابن ظبيان (أتى عمر بأمراه مجنونه قد زنت فأمر بوجمها، فقال على عليه السلام:

أ ما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه، عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ)(١).

(١)فلا- يجب على المملوك بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و استدل عليه العلامه فى محكى المنتهى بقوله: (الحريه شرط فلا يجب على العبد إجماعا، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يبايع الحر على الإسلام و الجهاد، و العبد على الإسلام دون الجهاد، و لأنه عباده يتعلق بها قطع المسافه فلا تجب على العبد).

و لكن فى المختلف جعله مشهورا، و نسب إلى الاسكافى الخلاف لما روى (أن رجلا- جاء إلى أمير المؤمنين عليه السلام ليبايعه، فقال: يا أمير المؤمنين أوسط يدك أبايعك على أن ادعوا لك بلسانى، و أنصحك بقلبي، و أجاهد معك بيدي، فقال عليه السلام: أ حر أنت أم عبد؟ فقال: عبد، فصفق يده فبايعه)(٢)، و حمله العلامه على الجهاد معه على تقدير الحريه، أو اذن المولى، أو عموم الحاجه، و الأقوى عدم وجوبه على العبد، لخبر الدعائم عن على عليه السلام (ليس على العبيد جهاد ما استغنوا عنهم، و لا على النساء جهاد، و لا على من لم يبلغ الحلم)(٣).

(٢)فلا- يجب على الأعمى، بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ (٤)، و العمى يتحقق بذهاب البصر من العينين معا، و هو ساقط عنه و إن وجد قائدا لعموم الآيه، أما الأعور و الأعشى فلا، لعدم صدق الأعمى عليهما بعد إمكان الجهاد لهما.

(٣)فلا- يجب الجهاد على المريض بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ، مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ، وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ ٥.

و قيد المرض بكونه المانع عن الركوب و العدو، لأن القتال مستلزم لهما دائما فإن عجز عنهما فقد عجز عن القتال.

ص: ٦٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) سوره النور الآيه: ٦٠.

(و العرج) (١) البالغ حد الإقعاد، أو الموجب لمشقه فى السعى لا تتحمل عاده، و فى حكمه الشيخوخه (٢) المانعه من القيام به، (و الفقر) (٣) الموجب للعجز عن نفقته و نفقه عياله، و طريقه (٤)، و ثمن سلاحه، فلا يجب على الصبى و المجنون مطلقا (٥)، و لا على العبد و إن كان مبعضا، و لا على الأعمى و إن وجد قائدا و مطيه، و كذا الأعرج. و كان عليه أن يذكر الذكوريه فإنها شرط فلا يجب على المرأه (٦).

(١) بلا- خلاف فيه، لقوله تعالى: **وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ (١)**، و قيد العرج بالبالغ حد الإقعاد الذى يسقط معه الجهاد، بخلاف اليسير منه الذى يمكنه الركوب و المشى فإنه واجب عليه لعموم الأدله.

(٢) أى و فى حكم العرج، فلا- يجب الجهاد على الشيخ الهّم العاجز عنه بلا خلاف فيه، لقوله تعالى **لَيْسَ عَلَى الضُّعْفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ (٢)**، نعم لو فرض قوه الهّم عليه، فلا يسقط و إن كبر سنّه كما وقع من عمار بن ياسر فى صفين و مسلم بن عوسجه - رضوان الله عليهما - فى كربلاء.

(٣) فلا- يجب الجهاد على الفقير غير القادر على نفقه عياله لو اشتغل بالجهاد، و غير القادر على تأمين آله الحرب التى يستعملها فى القتال، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرْجٌ ٣**.

و من الواضح أن الفقر يختلف باختلاف الأشخاص و أحوالهم و ازمنتهم فمنهم من يعتاد النفقه الواسعه و منهم من عنده عيال كثيره فتعتبر النفقه اللائقه و الكافيه فى حقه، و منهم من يحسن الضرب بالهم خاصه فيعتبر فى حقه بحيث لو وجد غيره من آلات الحرب و لم يجد القدره على الهم فهو عاجز عن القتال و هكذا.

(٤) فيما لو توقف القتال على قطع مسافه ما، و قطع المسافه متوقف على نفقه، و هى مفقوده فيكون عاجزا عن القتال.

(٥) سواء كان الصبى مميزا أو لا، و سواء كان المجنون أدواريا أو لا.

(٦) بلا خلاف فيه، لخبر الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (كتب الله الجهاد على الرجال و النساء، فجهاد الرجل بذل ماله و نفسه حتى يقتل فى سبيل الله، و جهاد المرأه-

ص: ٦٢٣

١- (١) سورة التوبه الآيه: ٩٢.

٢- ((٢ و ٣) سورة التوبه الآيه: ٩٢.

هذا فى الجهاد بالمعنى الأول (١)، أما الثانى (٢) فىجب الدفع على القادر سواء الذكر و الأثنى، و السليم و الأعمى، و المريض و العبد، و غيرهم (٣).

فى المقام فى بلد المشرك

(و يحرم المقام فى بلد المشرك لمن لا يتمكن من إظهار شعائر الإسلام) (٤) من - أن تصبر على ما ترى من أذى زوجها و غيرته(١)، و خبر الدعائم عن على عليه السلام (و لا على النساء جهاد)(٢).

(١) أى الجهاد الابتدائى.

(٢) أى الدفاع عن بيضه الاسلام بحيث يدهم المسلمين عدو يريد الاستيلاء على بلادهم.

(٣) كالخنثى و المبعوض و الصبى، بلا خلاف فيه لعموم الأدله، بل يجوز القتال حينئذ مع الإمام الجائر، ففى موثق يونس عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (قلت له: جعلت فداك إن رجلا من مواليك بلغه أن رجلا يعطى السيف و الفرس فى سبيل الله، فأتاه فأخذهما منه، و هو جاهل بوجه السبيل، ثم لقيه أصحابه فأخبروه أن السبيل مع هؤلاء لا يجوز و أمره بردهما، فقال عليه السلام: فليفعل، قال الراوى: قد طلب الرجل فلم يجده و قيل له: قد شخص الرجل، قال عليه السلام: فليربط و لا يقاتل، قال الراوى: ففى مثل قزوين و الديلم و عسقلان و ما أشبه هذه الثغور؟ فقال عليه السلام: نعم، فقال له الراوى: يجاهد؟ قال عليه السلام: لا إلا أن يخاف على ذرارى المسلمين.

فقال الراوى: أ رأيتك لو أن الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم؟ قال عليه السلام: يربط و لا يقاتل، و إن خاف على بيضه الإسلام و المسلمين قاتل، فىكون قتاله لنفسه و ليس للسلطان.

قال الراوى: قلت فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال:

يقاتل عن بيضه الإسلام لا عن هؤلاء، لأن فى دروس الإسلام دروس دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم(٣).

و كذا يجب الدفاع عن النفس و العرض مطلقا، و عن المال مع غلبه السلامه، و هذه الأقسام الثلاثه تسمى دفاعا قال فى الدروس: (و ظاهر الأصحاب عدم تسميه ذلك كله جهادا بل دفاع، و تظهر الفائده فى حكم الشهاده و الفرار و قسمه الغنيمه و شبهها).

(٤) فتجب عليه الهجره بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: إِنَّ الَّذِينَ تَوَفَّاهُمُ الْمَلَائِكَةُ ظَالِمِي -

ص: ٦٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨.

الأذان، و الصلاة، و الصوم، و غيرها (١)، و سَمِيَ ذلك شعارا، لأنه علامه عليه، أو من الشعار الذى هو الثوب الملاصق للبدن فاستعير للأحكام اللاصقه اللازمه للدين (٢).

و احترز بغير المتمكن ممن يمكنه إقامتها لقوه، أو عشيره تمنعه فلا تجب عليه الهجره (٣). نعم تستحب لثلا يكثر سوادهم (٤)، و إنما يحرم المقام مع القدره عليها (٥)، فلو تعذرت لمرض، أو فقر، و نحوه فلا- حرج، و ألحق المصنف فيما نقل عنه (٦) ببلاد الشرك بلاد الخلاف التى لا يتمكن فيها المؤمن من إقامة شعائر- أَنْفُسِهِمْ قَالُوا فِيمَ كُنْتُمْ قَالُوا كُنَّا مُسْتَضْعَفِينَ فِي الْأَرْضِ، قَالُوا أَلَمْ تَكُنْ أَرْضُ اللَّهِ وَسِعَةً فَتُهَاجِرُوا فِيهَا، فَأَوْلِيكَ مَاؤَاهُمْ جَهَنَّمَ وَ سَاءَتْ مَصِيرًا * إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانَ لَا يَسْتَطِيعُونَ حِيلَةً وَلَا يَهْتَدُونَ سَبِيلًا * فَأَوْلِيكَ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَغْفُو عَنْهُمْ، وَ كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (١).

(١) من الأحكام التى اختص الإسلام بها.

(٢) فى الصحاح (شعار القوم فى الحرب علامتهم ليعرف بعضهم بعضا) و الشعار بمعنى العلامه هنا أولى فهى علامات الإسلام حيث يعرف فاعلها بأنه مسلم.

(٣) لانتفاء المانع من عدم التمكن من إظهار شعائر الإسلام.

(٤) أى الكفار.

(٥) أى على الهجره، قال فى الجواهر و قد أجاد، (و من هنا كان الناس فى الهجره على أقسام ثلاثه، كما صرح به فى المنتهى، أحدها: من تجب عليه، و هو من أسلم من بلاد الشرك و كان مستضعفا فيهم لا- يمكنه إظهار دينه و لا عذر له من مرض و نحوه، و الثانى: من تستحب له، و هو من أسلم فى بلاد الشرك، أو كان فيها و يمكنه إظهار دينه لعشيرته تمنعه أو غير ذلك، فإنها لا تجب عليه كما صرح به جماعه، بل لا أجد فيه خلافا، للأصل و ظاهر الآيه أيضا و غيره، و لكن يستحب له كما صرح به جماعه تجنبا لهم عن تكثير عددهم و عن معاشرتهم، اللهم إلا أن يكون فى بقائه مصلحه للدين.

الثالث: من لا- تجب عليه و لا- تستحب له، و هو من كان له عذر يمنعها من مرض و نحوه، مما أشير إليه بقوله تعالى: إِلَّا الْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ، الْآيَه، نعم إذا تجددت له القدره و جبت).

(٦) قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد: (و هل يجب الخروج من البلاد التى يعجز عن إظهار-

ص: ٦٢٥

الإيمان، مع إمكان انتقاله إلى بلد يتمكن فيه منها.

في أن للأبوين منع الولد من الجهاد و المدين المديون

(و للأبوين منع الولد من الجهاد) (١) بالمعنى الأول (مع عدم التعيين) عليه بأمر -شعائر الإيمان؟ ينقل عن شيخنا الشهيد ذلك، و هو حسن، لكن الظاهر أن هذا إنما يكون حيث يكون الإمام عليه السلام موجوداً، و ترتفع التقيه بالكليه، أما مع غيبته و بقاء التقيه فهذا الحكم غير ظاهر، لأن جميع البلاد لا تظهر بها شعائر الإسلام، و لا يكون إنفاذها إلا بالمساتره و إن تفاوتت في ذلك) انتهى.

و ما قاله المحقق متعين للنصوص الكثيره الوارده في الحث على التقيه(١)، و الترغيب فيها، و النصوص الداله على معاشرتهم و عياده مرضاهم و تشييع جنازتهم(٢)، و هى داله على عدم وجوب المهاجره في زمن الغيبه و زمان الغيبه حتى ظهور صاحب الأمر عجل الله تعالى فرجه زمان تقيه، ففى موثق محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (كلما تقارب هذا الأمر كان أشد للتقيه)(٣)، فلذا قال صاحب الجواهر: (فمن الغريب ما سمعته عن الشهيد، و لم أعرف ذلك لغيره، بل و لا له أيضاً فى كتاب من كتبه المعروفه).

(١) بلا خلاف فيه، لخبر جابر عن أبى عبد الله عليه السلام (جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال:

يا رسول الله إنى راغب فى الجهاد نشيط، قال: فجاهد فى سبيل الله، فإنك إن تقتل كنت حيا عند الله ترزق، و إن تمت فقد وقع اجر ك على الله، و إن رجعت خرجت من الذنوب كما ولدت، فقال: يا رسول الله إن لى والدين كبيرين يزعمان أنهما يأنسان بى و يكرهان خروجى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أقم مع والديك، فو الذى نفسى بيده لأنسهما بك يوماً و ليله خير من جهاد سنة(٤)، و هو ظاهر فى حقهما فى المنع، بل فى خبر أبى سعيد الخدرى - المروى فى غوالى اللثالى - أنه يشترط إذنهما ابتداء فضلا عن سلطنه المنع، ففى الخبر (إن رجلا هاجر من اليمن إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هل لك أحد باليمن؟ فقال: أبوان، قال صلى الله عليه و آله و سلم: أذنا لك؟ قال: لا، قال: ارجع فاستأذنهما، فإن أذنا لك فجاهد، و إلا فبرهما(٥).

ص: ٦٢٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر حديث ١١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٥- (٥) مستدر ك الوسائل الباب - ٢ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

الإمام له (١)، أو بضعف المسلمين عن المقاومة بدونه إذ يجب عليه حينئذ عينا فلا- يتوقف على إذنهما كغيره من الواجبات العينية (٢).

و في الحاق الأجداد بهما قول قوى (٣) فلو اجتمعوا توقف على إذن الجميع، ولا يشترط حرتهما على الأقوى (٤)، و في اشتراط إسلامهما قولان (٥) و ظاهر المصنف عدمه، و كما يعتبر إذنهما فيه يعتبر في سائر الأسفار المباحه و المندوبه و الواجبه كفايه مع عدم تعينه عليه، لعدم (٦)...

(١) و إلا- فلو أمره المعصوم فلا- يعتبر إذنهما حينئذ بلا خلاف فيه، إذ لا طاعه لمخلوق في معصيه الخالق، كما ورد في أكثر من خبر (١).

(٢) أي كما يسقط إذنهما في الصلاه و الصوم و غيرهما من الواجبات العينية كذلك يسقط الاذن في الجهاد إذا كان واجبا عينا.

(٣) ذهب إليه الفاضل في التذكرة و قواه الشارح في المسالك، نظرا لإيراده الأب فصاعدا من لفظ الأب الوارد في الأخبار المتقدمه، و كذا بالنسبه للأُم، و عن فخر المحققين و الكركي و صاحب الجواهر و غيرهم عدم اللاحاق لعموم أدله الجهاد المخصّيه به بإذن الوالدين فقط للقدر المتيقن بعد انسباق خصوص الوالدين من الأخبار المتقدمه، و منه تعرف الحكم بعدم إذن الجددين لو اجتمعوا مع الأبوين.

(٤) لعموم أدله إذن الأبوين الشامل لهما و إن كانا مملوكين، و هو ظاهر الشيخ و غيره، و قال في الجواهر: (و لكن في المسالك حكاية قول بالعدم، و لم أتحققه، و لعله لكونهما مولى عليهما فلا ولايه لهما، و فيه: إن الطاعه و نحوها غير الولايه).

(٥) يشترط إسلامهما فلو كان كافرين فلا يعتبر إذنهما في الجهاد و لا تحرم مخالفتها فيه، كما عن الشيخ و الفاضل و غيرهما لما قاله العلامة في المنتهى (كان النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ يخرج معه من الصحابه إلى الجهاد من كان له أبوان كافران من غير استئذان كأبي بكر و غيره، و أبو حذيفه بن عتبة بن ربيعه كان مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ يوم بدر و أبوه كان رئيس المشركين يومئذ قتل ببدر، و أبو عبيده قتل أباه في الجهاد)، و أيضا لو كان كافرين فلا ولايه لهما على المسلم، و لأنه يسوغ قتلها فترك قبول قولهما أولى.

و قيل: لا يشترط فيعتبر إذنهما و لو كانا كافرين لعموم أدله الاستئذان، و هو ضعيف للسيره القطعيه من حياه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و صحابته.

(٦) تعليل لتعينه عليه، و كذا يتعين عليه بأمر المعصوم عليه السّلام هذا من جهه و من جهه أخرى-

ص: ٦٢٧

من فيه الكفايه، و منه (١) السفر لطلب العلم، فإن كان واجبا عينا أو كفايه كتحصيل الفقه و مقدماته مع عدم قيام من فيه الكفايه (٢)، و عدم إمكان تحصيله في بلدهما، و ما قاربه مما لا يعدّ سفرا على الوجه الذى يحصّل مسافرا (٣) لم يتوقف على إذنهما، و إلا توقف، (و المدين) بضم أوله و هو مستحق الدين (يمنع) المديون (الموسر) القادر على الوفاء (مع الحلول) حال الخروج إلى الجهاد (٤)، فلو كان قد دلت الأدله من الآيات و الأخبار (١) على حرمة عقوق الوالدين و أذيتهما و لو يقول اف و عليه فلا يشترط إذنهما في كل سفر أو فعل، نعم إذا منعه عن ذلك و كانت المخالفه موجه للأذيه فيحرم الفعل حينئذ نعم بعض الأسفار إذا لم يكن بإذنهما يكون موجبا للأذيه كالأسفار الطويله الأمد و الوقت، و الأسفار المشتمله على الأخطار فيشترط إذنهما حينئذ و هذا يرجع في تشخيصه إلى العرف، و منه تعرف الضعف في كلام الشارح و غيره إلا- أن يقال أن جميع الأسفار في زمانه كانت من القسم الثانى و إن تنوعت بين القسمين في زماننا.

(١) أى و من سائر الأسفار غير سفر الجهاد.

(٢) فيجب عينا و إلا فيكون كفايا.

(٣) أى على الوجه الكمالى أو الوجه اللائق و اللازم الذى يحصّيه في السفر، و يعجبني قول الشارح في المسالك حيث قال: (و) كما يعتبر إذنهما في الجهاد يعتبر في سائر الأسفار المباحه و المندوبه و الواجه الكفائيه مع قيام من فيه الكفايه، فالسفر إلى طلب العلم إن كان لمعرفة العلم العيني كإثبات الصانع و ما يجب له و يمتنع عليه و النبوه و الإمامه و المعاد لم يفتقر إلى إذنهما، و إن كان لتحصيل الزائد منه على الفرض العيني كدفع الشبهات و إقامة البراهين المروجه للدين زياده على الواجب، كان فرضه كفايه فحكمه و حكم السفر إلى أمثاله من العلوم الكفائيه كطلب الفقه إنه إن كان هناك قائم بفرض الكفايه اشترط إذنهما، و هذا في زماننا فرض بعيد، فإن فرض الكفايه في التفقه لا يكاد يسقط مع وجود مائه فقيه مجتهد في العالم.

و إن كان السفر إلى غيره من العلوم الأدبيه مع عدم وجوبها توقف على إذنهما).

(٤) للمرسل من طرق العامه (إن رجلا- جاء النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله: إن قتلت في سبيل الله صابرا محتسبا تكفر عني خطاياي، قال: نعم إلا الدين، فإن جبرئيل عليه السلام قال في-

ص: ٦٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس.

معسرا (١) أو كان الدين مؤجلا و إن حلّ قبل رجوعه عادة لم يكن له المنع (٢)، مع احتمالاه في الأخير.

في الرباط

(و الرباط) (٣) و هو الارصاد في أطراف بلاد الإسلام للإعلام بأحوال (ذلك) (١). فيجب إرجاع الدين قبل الجهاد و للدائن حق المنع منه حتى يستوفى دينه.

(١) فلا، لأن الدائن ليس له حق المطالبة لقوله تعالى: **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ** (٢).

(٢) لأن الدائن ليس له حق المطالبة حال الخروج إلى الجهاد، و قال في الجواهر (و احتمال بعضهم جواز المنع إذا كان يحلّ قبل رجوعه لاستلزامه تعطيل حقه).

(٣) هو الإرصاء و الإقامة و المراقبه لحفظ الثغر من هجوم المشركين، الذي هو الحد المشترك بين دار الشرك و دار الإسلام كما في التنقيح، أو هو كل موضع يخاف منه هجوم العدو، و هو مستحب بلا خلاف فيه، و لو كان المعصوم عليه السلام غائبا لعدم تضمينه القتال حتى يكون منهيا عنه، بل و إن استلزم القتال فهو من الدفاع عن بيضة الإسلام الذي قد عرفت جوازه و عدم توقفه على إذن المعصوم عليه السلام لما تقدم من خبر يونس عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (قلت له: جعلت فداك إن رجلا من مواليك بلغه أن رجلا يعطى السيف و الفرس في سبيل الله، فأتاه فأخذهما منه، و هو جاهل بوجه السبيل، ثم لقيه أصحابه فأخبروه أن السبيل مع هؤلاء لا يجوز، و أمره بردهما، فقال عليه السلام: فليفعل).

قال الراوى: قد طلب الرجل فلم يجده، و قيل له: قد شخص الرجل، قال عليه السلام:

فليربط و لا يقاتل، قال الراوى: ففى مثل قزوين و الديلم و عسقلان و ما أشبه هذه الثغور؟ فقال عليه السلام: نعم، فقال له الراوى: يجاهد؟ قال عليه السلام: لا إلا أن يخاف على ذرارى المسلمين.

قال الراوى: أ رأيتك لو أن الروم دخلوا على المسلمين لم ينبغ لهم أن يمنعوهم؟ قال عليه السلام: يربط و لا يقاتل، و إن خاف على بيضة الإسلام و المسلمين قاتل فيكون قتاله لنفسه و ليس للسلطان.

و قال الراوى: قلت: فإن جاء العدو إلى الموضع الذى هو فيه مرابط كيف يصنع؟ قال:

يقاتل عن بيضة الإسلام، لا عن هؤلاء، لأن فى دروس الإسلام دروس دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم (٣)، و هو دال على أن الرباط بحسب الأصل مجرد عن القتال، و على استحبابه-

ص: ٦٢٩

١- (١) سنن البيهقى ج ٩ ص ٢٥.

٢- (٢) سورة البقره الآية: ٢٨٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨.

المشركين على تقدير هجومهم (مستحب) استحبابا مؤكدا (دائما) مع حضور الإمام و غيبته، و لو وُطن ساكن الثغر نفسه على الإعلام و المحافظه فهو مرابط (١)،(و أقله ثلاثه أيام) (٢) فلا يستحق ثوابه و لا يدخل فى النذر، و الوقف و الوصيه للمرابطين بإقامه دون ثلاثه، و لو نذره و أطلق و جب ثلاثه بليتين بينها، كالاكتكاف (٣).

(و أكثره أربعون يوما) فإن زاد ألحق بالجهاد فى الثواب، لا- أنه يخرج عن وصف الرباط،(و لو أعان بفرسه، أو غلامه) لينتفع بهما من يرباط (أثيب) (٤)، -حال قصور يد المعصوم فيشمل زمان الغيبه، بالإضافة إلى إطلاق الأخبار الداله على استحباب الرباط، منها: خبر الغوالى عن سلمان الفارسى قال: (سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: رباط يوم فى سبيل الله خير من قيام شهر و صيامه، و من مات مرابطا فى سبيل الله كان له أجر مجاهد إلى يوم القيامة)(١)، و المرسل عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (من لزم الرباط لم يترك من الخير مطلبا، و لم يترك من الشر مهربا)٢.

(١)لأنه أتى بغايه المرابطه.

(٢)و أكثره أربعون يوما، متفق عليه كما عن التذكرة، لصحيح محمد بن مسلم و زراره عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليه السلام (الرباط ثلاثه أيام و أكثره أربعون يوما، فإن جاوز ذلك فهو جهاد)(٢)، أى أن ثوابه ثواب المجاهدين، و إن بقى على وصف المرابط.

و عن الاسكافى أن أقله يوم و يؤيده النبوى المتقدم (رباط يوم فى سبيل الله خير من قيام شهر و صيامه).

و فى بعض الأخبار أن رباط الشيعه انتظار أمرهم، ففى خبر أبى عبد الله الجعفى (قال لى أبو جعفر محمد بن على عليهما السلام: كم الرباط عندكم؟ قلت: أربعون، قال: لكن رباطنا رباط الدهر، و من ارتبط فىنا دابه كان له وزنها، و وزن وزنها ما كانت عنده، و من ارتبط فىنا سلاحا كان له وزنه ما كان عنده)(٣).

(٣)و فيه نظر ناشئ من إطلاق النبوى الدال على فضل الرباط و لو بيوم واحد، ثم لا يحمل النبوى على المقيّد بثلاثه أيام لعدم حمل المطلق على المقيد فى المندوب.

(٤)لإعانتة على البر لخبر إبراهيم الجعفرى (سمعت أبا الحسن عليه السلام: من ربط فرسا-

ص: ٦٣٠

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٦ و ٨.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

لإعانتة على البر، و هو فى معنى الإباحة لهما (١) على هذا الوجه، (و لو نذرهما) (٢) أى نذر المرابطة التى هى الرباط المذكور فى العبارة، (أو نذر صرف مال (٣) إلى أهلها وجب الوفاء) بالنذر (و إن كان الإمام غائبا)، لأنها لا تتضمن جهادا فلا يشترط فيها حضوره وقيل: يجوز صرف المنذور للمرابطين فى البر حال الغيبة، و إن لم يخف الشنعه بتركه، لعلم المخالف بالنذر، و نحوه. و هو ضعيف.

-عتيقا محيت عنه ثلاث سيئات فى كل يوم، و كتب له إحدى عشره حسنه، و من ارتبط هجينا محيت عنه فى كل يوم سيئتان و كتب له سبع حسنات، و من ارتبط برذونا يريد به جمالا أو قضاء حاجه أو دفع عدد محيت عنه فى كل يوم سيئه و كتب له ست حسنات(١).

(١) أى العون بالفرس و الغلام و هو أن يبيح لغيره التصرف فيهما فى هذا الوجه.

(٢) وجبت لوجوب الوفاء بالنذر، مع وجود الإمام عليه السلام أو غيبته بلا- خلاف فيه، لأنها مستحبه ذاتا كما تقدم فيتعلق بها النذر.

(٣) إلى أهل المرابطة فيجب الوفاء بالنذر أيضا لأن المرابطة مستحبه فالعون عليها مستحب، و عن الشيخ فى النهايه يحرم الوفاء بالنذر و يصرفه فى وجوه البر إلا- مع خوف الشنعه عليه فىفى بالنذر، لخبر على بن مهزيار (كتب رجل من بنى هاشم إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام: إنى كنت نذرت نذرا منذ سنين أن اخرج إلى ساحل من سواحل البحر إلى ناحيتنا مما يربط فيه المقطوعه، نحو مرابطتهم بجدّه و غيرها من سواحل البحر، أفترى - جعلت فداك - أنه يلزمنى الوفاء به، أو لا يلزمنى، أو افتدى الخروج إلى ذلك بشىء من أبواب البر لأصير إليه إن شاء الله؟).

فكتب إليه بخطه و قرأته: إن كان سمع منك نذرك احد من المخالفين فالوفاء به إن كنت تخاف شنعته، و إلا فاصرف ما نويت من ذلك فى أبواب البر، و فققنا الله و إياك لما يجب و يرضى(٢)، و الخبر يمنع انعقاد النذر على نفس المرابطة أيضا، و لكنه محمول على نذر خصوص مرابطة غير مشروعه و لو باعتبار كونهم جندا للمخالفين.

ص: ٦٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الدواب حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

(و هنا فصول.)

الفصل الأول في من يجب قتاله

الأول فيمن يجب قتاله و كيفية القتال و أحكام الذمه

في قتال الحربى الكتابى

(يجب قتال الحربى) (١) و هو غير الكتابى من أصناف الكفار الذين لا ينتسبون (١) اعلم أنه من يجب قتاله ثلاثه: البغاه على الإمام من المسلمين، و أهل الذمه و هم اليهود و النصارى و المجوس إذا أدخلوا بشرائط الذمه، و من عدا هؤلاء من أصناف الكفار.

فالبغى يجب قتاله حتى يفىء إلى أمر الله، و اليهود و النصارى يقاتلوا على الإسلام فإن دفعوا الجزية فهو و إلا فالقتل، و كذا من له شبهه كتاب و هم المجوس، و الباقي من أصناف الكفار لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل.

أما الأول فسيأتى الكلام فيه، و أما الثالث فلا خلاف فيه، لقوله تعالى: **فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدْتُمُوهُمْ (١)**، و قوله تعالى: **فَإِذَا لَقِيتُمْ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ الرِّقَابِ (٢)**، و هما مخصصتان بأهل الكتاب إذا دفعوا الجزية كما ستعرف، و أما الثانى فلا خلاف فيه لقوله تعالى: **فَاتِلُوا الَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَا بِالْيَوْمِ الْآخِرِ، وَلَا يُحَرِّمُونَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ، وَلَا يَدِينُونَ دِينَ الْحَقِّ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ (٣)**، و خير مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (إن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا بعث أميرا له على سريه أمره بتقوى الله عز و جل فى خاصه نفسه ثم فى أصحابه عامه - إلى أن قال - و إذا لقيتم عددا للمسلمين فادعوهم إلى إحدى ثلاث، فإن هم اجابوكم إليها فاقبلوا منهم و كفوا عنهم، ادعوهم إلى الإسلام فإن دخلوا فيه فاقبلوا منهم و كفوا عنهم، و ادعوهم إلى الهجرة بعد الإسلام فإن فعلوا فاقبلوا منهم و كفوا عنهم - إلى أن قال - فإن أبوا هاتين فادعوهم إلى إعطاء الجزية عن يد و هم صاغرون، فإن اعطوا الجزية فاقبل منهم و كف عنهم، و إن أبوا فاستعن بالله عز و جل عليهم و جاهدهم فى الله حق جهاده) (٤)، المحمول على أهل الكتاب بشهادته الآيه المتقدمه.

و أهل الكتاب هم اليهود و النصارى بلا- خلاف بين المسلمين، و كذا المجوس على المشهور إلا من العماني حيث ألحقهم بعباده الأوثان و غيرهم ممن لا يقبل منهم إلا الإسلام و لكن

- ١- (١) سورة التوبه الآيه: ٥.
- ٢- (٢) سورة محمد (ص) الآيه: ٤.
- ٣- (٣) سورة التوبه الآيه: ٢٩.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

إلى الإسلام فالكتابي لا يطلق عليه اسم الحربى، و إن كان بحكمه على بعض الوجوه (١)، و كذا فرق المسلمين (٢) و إن حكم بكفرهم كالخوارج، إلا أن يبغوا على الإمام فيقاتلون من حيث البغى و سيأتى حكمهم، أو على غيره (٣) فيدافعون كغيرهم (٤). و إنما يجب قتال الحربى بعد الدعاء إلى الإسلام (٥) بإظهار الشهادتين -الأخبار على خلافه منها: مرسل الواسطى سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن المجوس أ كان لهم نبي؟ فقال: نعم، إن بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم إلى أهل مكة أسلموا و إلا نابذتكم بحرب، فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلّم: أن خذ منا الجزية و دعنا على عباده الأوثان، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه و آله و سلّم: إنى لست آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه يريدون بذلك تكذيبه:

زعمت أنك لا تأخذ الجزية إلا من أهل الكتاب، ثم أخذت الجزية من مجوس هجر، فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم: إن المجوس كان لهم نبي فقتلوه و كتاب أحرقوه، أتاهم نبيهم بكتابهم فى اثنى عشر الف جلد ثور(١)، و مرسل المفيد فى المقنعه عن أمير المؤمنين عليه السّلام (المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصارى فى الجزية و الديات، لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب)٢.

(١) بحيث إذا أخلّ بشرائط الذمه فلا يقبل منه إلا الإسلام أو القتل كالحربى.

(٢) لا يطلق عليهم اسم الحربى.

(٣) أى غير الإمام.

(٤) ممن عمد إلى القتال ظلما.

(٥) يدعوه إلى الشهادتين و ما يتبعهما من أصول الدين للنبوى (لا تقاتل الكفار إلا بعد الدعاء إلى الإسلام) (٢)، و المقصود منه الشهادتان فقط كما يشهد بذلك سيره النبي صلى الله عليه و آله و سلّم و أمير المؤمنين عليه السّلام و سيأتى بعض ما يدل عليه، فإن امتنع فالقتل بلا خلاف فيه لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: بعثنى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم إلى اليمن فقال: يا على، لا تقاتلنّ أحدا حتى تدعوه إلى الإسلام، و أيم الله لئن يهدى الله عز و جل على يديك رجلا خير لك مما طلعت عليه الشمس، و لك و لاؤه يا على) (٣)، و خبر أبى عمره السلمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله رجل فقال: إنى كنت أكثر الغزو، و أبعد فى طلب الأجر، و أطيل فى الغيبة، فحجز ذلك على فقالوا: لا غزو-

ص: ٦٣٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و ٨.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

والتزام جميع أحكام الإسلام، والداعى هو الإمام (١). أو نائبه و يسقط اعتباره فى حق من عرفه (٢) بسبق دعائه فى قتال آخر. أو غيره. و من ثم عزا النبى صلى الله عليه و آله و سلم بنى المصطلق، من غير إعلام و استأصلهم نعم يستحب الدعاء (٣) حينئذ كما فعل على عليه السلام بعمر و (٤)،...

-إلا مع إمام عادل، فما ترى أصلحك الله؟.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن شئت أن أجمل لك أجملت، و إن شئت أن أخص لك لخصت، فقال: بل أجمل، فقال عليه السلام: إن الله يحشر الناس على نياتهم يوم القيامة - إلى أن قال - فقال الرجل: غزوت فواقعت المشركين، فينبغى قتالهم قبل أو ادعواهم؟ فقال عليه السلام: إن كانوا غزوا و قوتلوا و قاتلوا فإنك تجترى بذلك، و إن كانوا قوما لم يغزوا و لم يقاتلوا فلا يسعك قتالهم حتى تدعواهم(١).

(١) كما عن النافع و التحرير و التذكرة و التبصرة: و الدروس لخبر مسمع المتقدم حيث خصّ الأمر بالدعاء بأمر المؤمنين عليه السلام، و فيه: إنه لا يدل على الاختصاص و لذا ذهب الشيخ فى النهايه و ابن إدريس إلى الاستحباب.

(٢) لما روى (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم غزا بنى المصطلق، و هم آمنون، و إبلهم تسقى على الماء و استأصلهم)(٢)، المحمول على أنهم قد وصلتهم الدعوه، و يؤيده خبر الدعائم عن على عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا يغز قوم حتى يدعوا، يعنى إذا لم يكن بلغتهم الدعوه، و إن بلغتهم الدعوه و أكدت الحججه عليهم بالدعاء فحسن، و إن قوتلوا قبل أن يدعوا و كانت الدعوه قد بلغتهم فلا حرج، و قد أغار رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على نبى المصطلق و هم غازون - يعنى غافلون - فقتل مقاتلتهم و سبى ذراريهم، و لم يدعهم فى الوقت)(٣) و مرسل الغوالى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (لا تقاتل الكفار إلا بعد الدعاء إلى الإسلام)٤.

(٣) تأكيداً للحججه و لخبر الدعائم.

(٤) فى كتب السير عند ما نزل أمير المؤمنين عليه السلام لعمر و بن عبد ودّ و جرى ما جرى بينهما (فقال على: دع هذا يا عمرو، إنى سمعت منك و أنت متعلق بأستار الكعبه تقول:

لا- يعرض على أحد فى الحرب ثلاث خصال إلا أجبته إلى واحده منها، و أنا اعرض عليك ثلاث خصال فأجبنى إلى واحده، فقال: هات يا على، قال: تشهد أن لا إله إلا

ص: ٦٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٢- (٢) البحار ج ٢٠ ص ٢٨١.

٣- ((٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب جهاد الدعوه حديث ٢ و ٣.

و غيره (١) مع علمهم بالحال،(و امتناعه) من قبوله. فلو أظهر قبوله و لو باللسان (٢) كفّ عنه.

و يجب قتال هذا القسم (حتى يسلم أو يقتل) (٣)، و لا يقبل منه غيره.

(و الكتابي) و هو اليهودي و النصراني و المجوسى (كذلك) يقاتل حتى يسلم أو يقتل،(إلا أن يلتزم بشرائط الذمه) فيقبل منه (٤)...

الله و أن محمدا رسول الله، قال: نح عني هذا، قال: فالثانيه أن ترجع و تردّ هذا الجيش عن رسول الله، فإن يك صادقا فأنتم أعلى به عينا، و أن يك كاذبا كفتكم ذؤبان العرب أمره، فقال: إذا تتحدث نساء قريش بذلك و ينشد الشعراء فى أشعارها أنى جنت و رجعت على عقبى من الحرب و خذلت قوما رأسونى عليهم، فقال له أمير المؤمنين عليه السلام: فالثالثه أن تنزل إلى فإنك راكب و أنا راجل حتى أنابذك، فوثب عن فرسه و عرقبه و قال: هذه خصله ما ظننت أن أحدا من العرب يسومنى عليها(١).

(١) أى غير عمرو.

(٢) فى تفسير على بن إبراهيم فى ذيل قوله تعالى: يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا ضَرَبْتُمْ فِى سَبِيلِ اللَّهِ فَتَبَيَّنُوا وَ لَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْقَى إِلَيْكُمُ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا (٢) قال: (فإنها نزلت لما رجع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من غزوه خيبر، و بعث أسامه بن زيد فى خيل إلى بعض قرى اليهود فى ناحيه فدك ليدعوهم إلى الإسلام، و كان رجل من اليهود و يقال له: مرداس بن نهيك الفدكى فى بعض القرى، فلما أحسّ نجيل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جمع أهله و ماله و صار فى ناحيه الجبل فأقبل يقول: أشهد أن لا إله إلا الله، و أن محمدا رسول الله، فمرّ به أسامه بن زيد فطعنه و قتله، فلما رجع إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أخبره بذلك، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: قتلت رجلا شهد أن لا إله إلا الله و أنى رسول الله؟ فقال: يا رسول الله، إنما قالها تعودا من القتل، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: فلا شققت الغطاء عن قلبه، لا ما قال بلسانه قبلت، و لا ما كان فى نفسه علمت(٣).

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) قد تقدم الكلام فيه أيضا.

ص: ٦٣٥

١- (١) البحار ج ٢٠ ص ٢٢٧.

٢- (٢) سورة النساء الآية: ٩٤.

٣- (٣) البحار ج ٢١ ص ١١ حديث ٦.

(و هي (١)... (١) أى شرائط الذمه، و هي سته: الأول: بذل الجزية، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: حَتَّى يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَنْ يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ (١)، و خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السلام (و لو امتنع الرجال أن يؤدوا الجزية كانوا ناقضين للعهد و حلت دماؤهم و قتلهم) (٢).

الثانى: ألا- يفعلوا ما ينافى الأمان، مثل العزم على حرب المسلمين و إمداد المشركين بالمعاونه لهم على حرب المسلمين، بلا خلاف فيه، لأنه مقتضى الأمان الواقع بينهم و بين المسلمين فلو فعلوا ما ينافيه فقد نقضوا عهد الذمه سواء اشترط ذلك فى العقد أو لا، و لذا لم يذكر الكثير من الفقهاء و اعتبروا الشرائط خمسة.

الثالث: أن لا يؤذوا المسلمين كالزنا بنسائهم و اللواط بصبيانهم و السرقة لأموالهم، و ايواء عين المشركين و التجسس لهم، فإن فعلوا شيئا من ذلك و كان تركه مشترطا فى الهدنه كان نقضا لها، و ذهب البعض إلى أن فعله يوجب نقض العهد و إن لم يكن مشترطا، و قال عنه فى الجواهر: (إنه ليس فى شىء من الأدلة اعتبار ذلك فى عقد الذمه، بل مقتضى الاطلاق خلافه).

و على كل إن لم يكن مشتركا كانوا على عهدهم و فعل بهم ما تقتضيه جنائتهم من حد أو تعزير، بل لو أن أحدا منهم سبّ النبى صلى الله عليه و آله و سلم قتل كغيره من الناس بلا خلاف فيه لعموم الأدلة التى ترد فى كتاب الحدود.

الرابع: أن لا- يتظاهروا بالمناكير كشرب الخمر و الزنا و أكل لحم الخنزير و نكاح المحرمات، و إن لم يشترط تركه فى عهد الذمه، فلو فعلوا ذلك انتقض العهد، لصحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قبل الجزية من أهل الجزية على أن لا- يأكلوا الربا و لا- يأكلوا لحم الخنزير و لا ينكحوا الأخوات، و لا بنات الأخ، فمن فعل ذلك منهم برئت ذمه الله تعالى و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم منه، و قال: و ليست لهم اليوم ذمه) (٣)، و منه تعرف ضعف ما عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف من أن فعل ذلك لا يوجب نقض العهد و إن اشترط عليهم، بل يفعل معهم ما يوجب شرع الإسلام من حد أو تعزير، و تعرف ضعف ما ذهب إليه العلامة فى التحرير و التذكرة و المنتهى من التفصيل بين الاشتراط فينقض العهد و بين عدمه فلا نقض.

ص: ٦٣٦

١- (١) سورة التوبة الآية: ٢٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

(بذل الجزية (١)، و الترام أحكامنا (٢)، و ترك التعرض للمسلمات بالنكاح) (٣) و فى حكمهن الصبيان،(و للمسلمين مطلقا) ذكورا و إناثا (بافتته عن دينهم و قطع الطريق) عليهم، و سرقة أموالهم،(و إيواء عين المشركين)، و جاسوسهم،(و الدلالة على عورات المسلمين) و هو ما فيه ضرر عليهم كطريق أخذهم و غيبتهم و لو بالمكاتبه (و إظهار المنكرات (٤) فى) شريعه (الإسلام) كأكل لحم الخنزير، و شرب الخمر، و أكل الربا و نكاح المحارم (فى دار الإسلام).

و الأولان لا بد منهما فى عقد الذمه، و يخرجون بمخالفتها عنها مطلقا (٥) و أما باقى الشروط فظاهر العبارة أنها كذلك و به صرح فى الدروس. و قيل: لا يخرجون بمخالفتها إلا مع اشتراطها عليهم، و هو الأظهر.

(و تقدير الجزية إلى الإمام) (٦)، و يتخير بين وضعها على رءوسهم،

الخامس: أن لا يحدثوا كنيسة و لا يضربوا ناقوسا و لا يطيلوا بناء، فعن الغنيه النقض به و إن لم يشترط مدعى الاجماع، و عن غير واحد أنه لا ينقض العهد إلا- مع الاشتراط و إلا فمقتضى الأصل و إطلاق الأخبار جواز ما كان جائزا فى شرعهم الذى أمرنا بإقرارهم عليه.

السادس: أن تجرى عليهم أحكام المسلمين بمعنى وجوب قبولهم لما يحكم عليهم المسلمون به من أداء حق أو ترك حرام بلا خلاف فيه كما عن المنتهى، و صرح أكثر من واحد كما فى الجواهر أن عدمه موجب لنقض العهد و إن لم يشترط، و هو مشكل إذ لا دليل صالح يدل عليه، نعم ينبغى أن يشترط عليهم كل ما فيه نفع و رفعه للإسلام و المسلمين، و ما كان فيه ضعه و صغار عليهم فى اللباس و المساكن و الكنى و الشعور، و ينبغى الاشتراط بما يقتضى رغبتهم فى الإسلام أو رهبتهم و أن لا يمارسوا شعائرهم علانية و لا ما يؤيد دينهم.

(١) الأمر الأول المتقدم فى الشرح.

(٢) الأمر السادس المتقدم فى الشرح أيضا.

(٣) الأمر الثالث المتقدم فى الشرح.

(٤) الأمر الرابع المتقدم فى الشرح.

(٥) أى عن الذمه و إن لم يشترط فى عقد الذمه.

(٦) على المشهور شهره عظيمه (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما حدّ الجزية على أهل الكتاب، و هل عليهم فى ذلك شىء موظف، و لا ينبغى أن يجوز إلى غيره؟ فقال: ذلك إلى الإمام-

و أراضيتهم، و عليهما على الأقوى (١)، و لا تتقدّر بما قدره على عليه الصلاة و السلام، فإنه منزّل على اقتضاء المصلحه فى ذلك الوقت.

- يأخذ من كل إنسان منهم ما شاء على قدر ما يطيق، إنما هم قوم فدوا أنفسهم من أن يستعبدوا أو يقتلوا، فالجزية تؤخذ منهم على قدر ما يطيقون له أن يأخذهم به حتى يسلموا، فإن الله عز و جل قال: حتى يعطوا الجزية عن يد و هم صاغرون، و كيف يكون صاغرا و لا يكثرث بما يؤخذ منه حتى يجد ذلّا لما أخذ منه، فيألم بذلك فيسلم) (١)،

و عن الاسكافى تقديرها من جانب القله بالدينار بحيث لا يجوز الأقل منه، و أما جانب الكثره فأمره إلى الإمام عليه السّلام لما روته العامه عن النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (خذ من كل حاله ديناراً) (٢)، و هو محمول على اقتضاء المصلحه ذلك فى تلك الحال، و كذلك ما أرسله المفيد فى المقنعه عن أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه جعل على اغنيائهم ثمانيه و أربعين درهما، و على أوساطهم أربعة و عشرين درهما، و جعل على فقرائهم اثني عشر درهما) (٣).

(١) يتخير الإمام فى وضع الجزية على الرءوس أو الأراضى و لا يجوز الجمع بينهما، فعن الشيخين و ابن إدريس و ابن زهره أنه لا يجوز لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و ليس للإمام أكثر من الجزية، إن شاء الإمام وضع ذلك على رءوسهم و ليس على أموالهم شيء، و إن شاء فعلى أموالهم و ليس على رءوسهم شيء) (٤)، و خبره الآخر (سألته عن أهل الذمه ما ذا عليهم مما يحقنون به دمائهم و أموالهم؟ قال: فإن أخذ من رءوسهم الجزية فلا سبيل على أرضهم، و أن أخذ من أرضهم فلا سبيل على رءوسهم) (٥).

و ذهب أبو الصلاح الحلبي تبعاً للاسكافى، و تبعهما أكثر من تأخر إلى الجواز، بحمل الخبرين على أن الإمام إذا قرر الجزية و وضعها على أحدهما فلا يجوز الزيادة فيما بعد بوضعها على الآخر، و أما إذا أراد أن يقرر أولاً مقدار الجزية، و هذا له كما تقدم فقسّط الجزية على الرءوس و الأراضى كان له ذلك بعد كون الجزية غير مقدره و أمرها بيد الإمام و يؤيده خبر مصعب بن يزيد الأنصارى (استعملنى أمير المؤمنين عليه السّلام على أربعة رساتيق: المدائن - إلى أن قال - و أمرنى أن أضع على كل جريب زرع غليظ درهما و نصفاً، و على جريب وسط درهما، و على كل جريب زرع رقيق ثلثى درهم، و على كل جريب -

ص: ٦٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٩ ص ١٩٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٧.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢ و ٣.

(و ليكن) التقدير (يوم الجبايه) (١) لا قبله، لأنه أنسب بالصغار، (و يؤخذ منه صاغرا) فيه إشاره إلى أن الصغار أمر آخر غير إبهام قدرها عليه فقيل: هو عدم تقديرها حال القبض أيضا، بل يؤخذ منه إلى أن ينتهى إلى ما يراه صلاحا.

وقيل: التزام أحكامنا عليهم مع ذلك (٢) أو بدونه (٣) وقيل: أخذها منه قائما و المسلم جالس، و زاد فى التذكرة أن يخرج الدمى يده من جيبه و يحنى ظهره، و يطأطئ رأسه، و يصب ما معه فى كفه الميزان، و يأخذ المستوفى بلحيته و يضربه - كرم عشره دراهم، و على كل جريب نخل عشره دراهم، و على كل جريب البساتين التى تجمع النخل و الشجر عشره دراهم، و أمرنى أن ألقى كل نخل شاذ عن القرى لمارّه الطريق و أبناء السبيل، و لا آخذ منه شيئا، و أمرنى أن أضع على الدهاقين الذين يركبون البزازين و يتختمون بالذهب على كل رجل منهم ثمانيه و اربعين درهما، و على أوساطهم و التجار منهم على كل واحد منهم أربعه و عشرين درهما، و على سفلتهم و فقرائهم اثنى عشر درهما، على كل إنسان منهم (١)، بناء على إرادته الجزيه فى الموضوع على الأراضى و الرءوس معا.

(١) لأنه أنسب بالصغار كما عن الشيخ و ابن إدريس بل قيل إنه المشهور، هذا و عن الاسكافى الصغار هو أن يشترط عليهم وقت العقد جريان أحكام المسلمين عليهم فى الخصومات بينهم إذا تحاكموا إلينا، و فى الخصومات بينهم و بين المسلمين، و أن تؤخذ - أى الجزيه - منهم و هم قيام، و فى التذكرة أن تؤخذ - أى الجزيه - منه قائما و المسلم جالس، و أن يخرج الدمى يده من جيبه و يحنى ظهره، و يطأطئ رأسه، و يصب ما معه فى كفه الميزان، و يأخذ المستوفى بلحيته و يضرب فى لهزمته، و للهزمتان فى اللحين مجمع اللحم بين الماضغ و الاذن، و زاد فى كتر العرفان أنه يقال له: أد الجزيه و أنت صاغر و يصفع على قفاه صفعه، إلى غير ذلك من الاشياء التى أتى بها الفقهاء هنا تحقيقا لمعنى الصغار الموجب لإذلال الدمى و إهانتته.

هذا و المراد بقوله تعالى: عَنْ يَدِ (٢) أن يدفعها الدمى بنفسه لا بنائبه فإنه أنسب بالذله.

(٢) أى مع إبهام قدرها كما عن الشيخ فى الخلاف بل قيل: هو المشهور.

(٣) أى إن الصغار هو الالتزام بأحكامنا فقط كما عن الشيخ فى المبسوط.

ص: ٦٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٥.

٢- (٢) سورة التوبه الآيه: ٢٩.

فى لهزمتيه و هما مجتمع اللحم بين الماضغ و الأذن.

فى أنه يبدأ بقتال الأقرب

(و يبدأ بقتال الأقرب) (١) إلى الإمام، أو من نصبه، (إلا مع الخطر فى البعيد) فيبدأ به كما فعل النبى (ص) بالحارث بن أبى ضرار لما بلغه أنه يجمع له و كان بينه و بينه عدو أقرب، و كذا فعل بخالد بن سفيان الهزلى. و مثله (٢) ما لو كان القريب مهادنا.

فى الفرار من الحرب

(و لا يجوز الفرار) من الحرب (إذا كان العدو ضعفا) (٣) للمسلم المأمور (١) لقوله تعالى: قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُمْ مِنَ الْكُفَّارِ (١)، إلا إذا كان الأبعد أشد خطرا و أكثر ضررا بدء به بلا خلاف فيه لله، كما فى الجواهر، و لذا أغار النبى صلى الله عليه و آله و سلم على الحارث بن أبى ضرار مع أنه كان هناك عدو أقرب (٢)، و كذلك فعل بخالد بن سفيان الهذلى ٣، و منه يعلم الحال فى قتال الأقرب فالأقرب التابع لمراعاة المصلحه فى ذلك و هى تختلف باختلاف الأحوال، و على كل فهى ترجع إلى نظر المعصوم عليه السلام و هو أدرى بما يراه.

(٢) أى و قل الخطر فى البعيد.

(٣) أو أقل، بلا- خلاف فيه، بل الفرار من الزحف من جمله الكبائر لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا زَحْفًا فَلَا تُولُوهُمُ الْأَدْبَارَ، وَ مَنْ يُؤَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفًا لِقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزًا إِلَىٰ فِتْنَةٍ فَصَدَّ بِأَنَّ بَعْضَ مِنَ اللَّهِ، وَ مَا وَاهُ جَهَنَّمَ وَ بئس المصير (٣)،

و للأخبار الكثيره، منها: صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الكبائر فقال: هنّ فى كتاب على عليه السلام سبع: الكفر بالله و قتل النفس و عقوق الوالدين و أكل الربا بعد البينه و أكل مال اليتيم ظلما و الفرار من الزحف و التعرب بعد الهجره، فقلت:

هذه أكبر المعاصى فقال: نعم) (٤)، و خبر محمد بن سنان عن أبى الحسن الرضا عليه السلام فى جواب مسائله (حرم الله الفرار من الزحف لما فيه من الوهن فى الدين، و الاستخفاف بالرسل و الأئمه العادله، و ترك نصرتهم على الأعداء و العقوبه لهم على ترك ما دعوا إليه من الإقرار بالربوبيه و إظهار العدل، و ترك الجور و إماتة الفساد، لما فى ذلك من جرأه العدو على المسلمين، و ما يكون فى ذلك من السبى و القتل و إبطال دين الله عز و جل -

ص: ٦٤٠

١- (١) سورة التوبه الآيه: ١٢٤.

٢- ((٢ و ٣) سنن البيهقى ج ٩ ص ٣٨.

٣- (٤) سورة الأنفال الآية: ١٥-١٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ٤.

بالثبات أى قدره مرتين، (أو أقل إلا لمتحرف لقتال) (١) أى منتقل إلى حاله أمكن -و غيره من الفساد(١)، و المدار على رجل لرجلين لقوله تعالى: **الآن خفف الله عنكم و علم أن فيكم ضعفاً، فإن يئس منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين، و إن يئس منكم ألف يغلبوا ألفين** (٢)، و هى ناسخه بالاتفاق لقوله تعالى: **إن يئس منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين، و إن يئس منكم مائة يغلبوا ألفاً من الذين كفروا** (٣)، حيث كان القتال على قاعده رجل لعشره ثم نسخ بما سمعت، و يشهد له خبر إسماعيل بن جابر عن جعفر بن محمد عن آبائه عن على عليهم السلام فى حديث - إلى أن قال -: (إن الله تعالى فرض القتال على الأمة فجعل على الرجل أن يقاتل عشره من المشركين، فقال: **إن يئس منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين**، الآية، ثم نسخها سبحانه فقال: **الآن خفف الله عنكم و علم أن فيكم ضعفاً، فإن يئس منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين، و إن يئس منكم ألف يغلبوا ألفين**، فنسخ بهذه الآية ما قبلها، فصار فرض المؤمنين فى الحرب إن كان عدده المشركين أكثر من رجلين لرجل لم يكن فارقاً من الزحف، و إن كانت العده رجلين لرجل كان فارقاً من الزحف) (٤)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث:

(إن الله عز و جل فرض على المؤمن فى أول الأمر أن يقاتل عشره من المشركين ليس له أن يولى وجهه عنهم، و من ولاهم يومئذ دبره فقد تبوأ مقعده من النار، ثم حوّلهم عن حالهم رحمه منه لهم، فصار الرجل منهم عليه أن يقاتل رجلين من المشركين تخفيفاً من الله عز و جل، فنسخ الرجلان العشرة) (٥)، و خبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (من فرّ من رجلين فى القتال فى الزحف فقد فرّ، و من فرّ من ثلاثة فى القتال فلم يفرّ) ٦.

(١) كما فى الآية الشريفة المتقدمه، قال فى مصباح المنير: (أى إلا مائلاً لأجل القتال، لا مائلاً هزيمه، فإن ذلك معدود من مكاييد الحرب، لأنه قد يكون لضيق المجال فلا يتمكن من الجولان فينحرف للمكان المتسع ليتمكن من القتال).

و المتحرف هو المائل إما لطلب سعه المكان للقتال، أو مائلاً لطلب موارد المياه دفعا لعطشه، أو مائلاً لاستدبار الشمس، أو لتسويه لامته، أو لنزع شىء أو لبسه، أو -

ص: ٦٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.
- ٢- (٢) سورة الأنفال الآية: ٦٧.
- ٣- (٣) سورة الأنفال الآية: ٦٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.
- ٥- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢ و ١.

من حالته التي هو عليها كاستدبار الشمس و تسويه اللامه، و طلب السعه، و مورد الماء،(أو متحيز) أى منضم (إلى فئه) (١) يستنجد بها (٢) فى المعونه على القتال، قليله كانت أم كثيره مع صلاحيتها له (٣)، و كونها غير بعيده على وجه يخرج عن كونه مقاتلا عاده، هذا كله للمختار أما المضطر كمن عرض له مرض، أو فقد سلاحه فإنه يجوز له الانصراف (٤).

فى المحاربه بطريق الفتح

(و يجوز المحاربه بطريق الفتح (٥) كهدم الحصون و المنجنيق و قطع الشجر) حيث يتوقف عليه (٦)(و إن كره) قطع الشجر (٧) و قد قطع النبى صلى الله عليه و آله و سلم أشجار -للارتفاع عن هابط أو للاستناد إلى جبل إلى غير ذلك مما يحتاجه المقاتل بحيث لا يعد ذلك فرارا و هروبا.

(١)لظاهر الآيه الشريفه المتقدمه، و المعنى أنه مائل إلى جماعه من الناس منقطعه عن غيرها سواء كانت قليله أو كثيره، قريبه أو بعيده، بحيث لا يصدق معها الفرار من الحرب.

(٢)أى يستعين بتلك الفئه بحيث لو كانت غير صالحه للاستنجد كما لو كانوا مرضى أو زمنى فلا فائده فى التحيز إليها.

(٣)أى مع صلاحيه الفئه للاستنجد.

(٤)لأنه مع الضروره يسقط التكليف، إلا أن يكون بالانصراف مفسده على المسلمين بظهور الضعف و الوهن و خوف الانكسار و غلبه العدو فلا يجوز.

(٥)أى يجوز المحاربه بكل ما يرمى به الفتح بلا-خلاف فيه، لخبر حفص بن غياث (كتب بعض اخوانى إلى أن اسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مدينه من مدائن أهل الحرب، هل يجوز أن يرسل عليهم الماء أو يحرقون بالنار، أو يرمون بالمنجنيق حتى يقتلوا، و فيهم النساء و الصبيان و الشيخ و الأسارى من المسلمين و التجار، فقال: تفعل ذلك و لا تمسك عنهم لهؤلاء، و لا ديه عليهم و لا كفاره)(١).

(٦)أى حيث يتوقف الفتح على القطع.

(٧)لصحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أراد أن يبعث سريه دعا أميرها فأجلسه إلى جنبه و أجلس أصحابه بين يديه ثم يقول: سيروا بسم الله و بالله و فى سبيل الله و على مله رسول الله، لا تضلوا و لا تمثلوا و لا تغدروا و لا تقتلوا شيئا فانيا و لا صبيا و لا امرأه و لا تقطعوا شجرا إلا أن تضطروا إليها)(٢) الخبر.

ص: ٦٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

الطائف (١)، و حرّق على بنى النضير، و حرّب ديارهم (٢).

(و كذا يكره إرسال الماء) عليهم، و منعه عنهم، (و) إرسال النار (٣) و إلقاء السم) على الأقوى (٤) إلا أن يؤدي إلى قتل نفس محترمه فيحرم، إن أمكن بدونه، (١) قال المجلسي عليه الرحمة: (و ذكر الواقدي عن شيوخه قال: شاور رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم أصحابه في حصن الطائف، فقال له سلمان الفارسي: يا رسول الله أرى أن تنصب المنجنيق على حصنهم فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و آله فعلم منجنيق، و يقال: قدم بالمنجنيق يزيد بن زمعه و دبابتين، و يقال: خالد بن سعيد.

فأرسل عليهم ثقيف سكر الحديده محماه بالنار فأحرقت الدبابه، فأمر رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بقطع أعناقهم و تحريقها، فنأدى سفيان بن عبد الله الثقفي: لم تقطع أموالنا؟ إنا إن تأخذها إن ظهرت علينا، و إما أن تدعها الله و الرحم، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: فإني أدعها لله و الرحم فتركها (١).

(٢) و كذا عن الدروس، و في البحار: (و أمر رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم بقطع النخل و التحريق فيها، فنأدوه: يا محمد قد كنت تنهى عن الفحشاء، فما بالك تقطع النخل و تحرقها، فأنزل الله سبحانه: ما قَطَعْتُمْ مِنْ لِينِهِ أَوْ تَرَكَتُمْوهَا (٢) (٣).

(٣) فاستعمال الماء و النار بالشكل المذكور جائز كما يستفاد من خبر حفص بن غياث (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مدينه من مدائن الحرب هل يجوز أن يرسل عليها الماء أو تحرق بالنار أو ترمى بالمنجنيق حتى يقتلوا، و منهم النساء و الصبيان و الشيخ الكبير و الأسارى من المسلمين و التجار؟ فقال: يفعل ذلك بهم و لا- يمسك عنهم لهؤلاء، و لا- ديه عليهم للمسلمين و لا كفاره (٤)، و هو محمول على الكراهه جمعا بينه و بين النهي عن إغراق الشجر بالماء و حرقه، كما في صحيح جميل المتقدم، و خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا تحرقوا النخل و لا تغرقوه بالماء و لا تقطعوا شجره مثمره و لا تحرقوا زرعاً لأنكم لا تدرّون لعلكم تحتاجون إليه) (٥).

(٤) قيل يحرم مع عدم الاضطرار إليه و عدم توقف الفتح عليه، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم أن يلقي السم في بلاد-

ص: ٦٤٣

١- (١) بحار الأنوار ج ٢١ ص ١٦٨.

٢- (٢) سورة الحشر الآية ٥.

٣- (٣) البحار ج ٢٠ ص ١٥٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

أو يتوقف عليه الفتح فيجب و رجح المصنف في الدروس تحريم القائه مطلقا (١)، لنهى النبي (ص) عنه، و الروايه ضعيفه السند بالسكوني.

(و لا- يجوز قتل الصبيان و المجانين و النساء، و إن عاونوا (٢) إلا مع الضروره) بأن ترسوا بهم، و توقف الفتح على قتلهم،(و كذا (لا يجوز) قتل (الشيخ الفاني) (٣) إلا أن يعاون برأى، أو قتال (٤)،(و لا الخشي المشكل) (٥) لأنه بحكم المرأه فى ذلك.

(و يقتل الراهب (٦) و الكبير) و هو دون الشيخ الفاني، أو هو، و استدرك -المشركين(١)، و عن العلامه فى جمله من كتبه بل فى المختلف نسبته إلى أصحابنا أنه مكروه حملا- للخبر على ذلك لقصور سنده عن إفاده الحرمه، و فيه: إن السكوني مقبول الروايه بل حكى الاجماع على العمل بأخباره.

(١) و إن توقف الفتح عليه.

(٢) لصحيح جميل المتقدم، و يجوز مع الضروره لخبر حفص بن غياث المتقدم، و أما المجنون فلخبر طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام (جرت السنه أن لا تؤخذ الجزية من المعتوه و لا من المغلوب على عقله)(٢)، بناء على أن من لا جزية عليه لا يقتل لخبر حفص بن غياث (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن النساء كيف سقطت الجزية عنهن و رفعت عنهن؟ فقال:

لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن قتل النساء فى دار الحرب إلا- أن يقاتلن، فإن قاتلن أيضا فأمسك عنها ما أمكنك و لم تخف خلا، فلما نهى عن قتلهن فى دار الحرب كان ذلك فى دار الإسلام أولى، و لو امتنعت أن تؤدى الجزية لم يمكن قتلها، فلما لم يمكن قتالها رفعت الجزية عنها)(٣).

(٣) لصحيح جميل المتقدم.

(٤) قال العلامه فى المنتهى (إن دريد بن الصمه قتل يوم خيبر و كان له مائه و خمسون سنه، و كان له معرفه بالحرب، و كان المشركون يحملونه معهم فى قفص حديد ليعرفهم كيفية القتال، فقتله المسلمون و لم ينكر عليهم النبي صلى الله عليه و آله و سلم) و فى التذكرة قال: (و الأصح يوم حين).

(٥) لاحتمال كونه امرأه فلا يقتل.

(٦) كما عن الشيخ و العلامه و غيرهما، لعمومات الأمر بقتل المشركين، و عن ابن الجنيد أنه ل-

ص: ٦٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣ و ١.

الجواز بالقيد و هو قوله:(إذا كان ذا رأى، أو قتال) و كان يغني أحدهما عن الآخر.

(و) كذا (يجوز قتل الترس ممن لا يقتل) كالنساء و الصبيان (١) (و لو تترسوا بالمسلمين كفّ) عنهم (ما أمكن، و مع التعذر) بأن لا- يمكن التوصل إلى المشركين إلا بقتل المسلمين (فلا قود، و لا ديه) (٢)، للإذن في قتلهم حينئذ شرعاً،(نعم تجب الكفاره) (٣) و هل هي كفاره الخطأ، أو العمد وجهان: مأخذهما كونه في الأصل غير قاصد للمسلم، و إنما مطلوبه قتل الكافر (٤)، و النظر (٥) إلى صورته الواقع، فإنه متعمد لقتله، و هو أوجه. و ينبغي أن تكون من بيت المال (٦)، لأنه للمصالح و هذه من أهمها، و لأن في إيجابها على المسلم اضراً يوجب التخاذل عن الحرب لكثير.

-يجوز قتله إلا إذا قتل مسلماً لخبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (قاتلوا من كفر بالله، لا تغدروا و لا تغلوا و لا تمثلوا و لا تقتلوا وليدا و لا متبتلاً في شاق) (١) و هو ضعيف السند.

(١) قد تقدم.

(٢) لخبر حفص بن غياث المتقدم.

(٣) لقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عِدُوْكُمْ وَ هُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (٢) ، بناء على مساواته للمقام لأن المقصود فيهما قتل الكافر لا المؤمن، و عن المحقق في النافع و العلامه في التحرير التردد.

و لكن هل هي كفاره خطأ أو عمد فالاقوى أنها كفاره عمد لأنه قد عمد إلى قتله.

(٤) وجه كفاره الخطأ و لكن كما ترى لا يرفع العمد عن قتله.

(٥) وجه كفاره العمد.

(٦) ذهب الفاضل و الشهيد و المقداد إلى وجوبها على القاتل كما هو الظاهر من الآيه المتقدمه، و ذهب الشهيد الثاني في المسالك و هنا إلى أنها من بيت المال، و قواه في الجواهر لأنه معد للمصالح و هذا منها بل من أهمها لأنه جعلت الكفاره على القاتل فيخشى التخاذل على المقاتلين خوف الغرامه.

ص: ٦٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء الآيه: ٩٢.

(و يكره التبييت) (١) و هو النزول عليهم ليلا، (و القتال قبل الزوال) (٢)، بل بعده، لأن أبواب السماء تفتح عنده، و ينزل النصر، و تقبل الرحمه. و ينبغى أن يكون بعد صلاه الظهرين (٣)، (و لو اضطر) إلى الأمرين (زالت (٤)، و أن يعرقب) المسلم (الدابه) (٥)، و لو وقفت به، أو أشرف على القتل، و لو رأى ذلك صلاحا زالت كما فعل جعفر بمثونه، و ذبحها أجود و أما دابه الكافر فلا كراهه فى قتلها، كما فى كل فعل يؤدي إلى ضعفه، و الظفر به.

(و المبارزه) بين الصفيين (من دون إذن الإمام) على أصح القولين (٦) و قيل:

(١) و هو الإغاره عليهم ليلا، لخبر عباد بن صهيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما بيّت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عدوا قط ليلا) (١)، نعم إذا اضطر إليه جاز لما قاله فى الجواهر (نعم لو دعت الحاجه إلى ذلك جاز بلا كراهه، و لعل منه ما رواه الجمهور عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم من أنه شنّ الغاره على نبى المصطلق ليلا) (٢).

(٢) و يستحب بعده، لخبر يحيى بن أبى العلاء عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام لا يقاتل حتى تزول الشمس و يقول: تفتح أبواب السماء و تقبل الرحمه و ينزل النصر، و يقول: هو أقرب إلى الليل و أجدر أن يقلّ القتل و يرجع الطالب و يفلت المنهزم) (٣).

(٣) كما صرح به غير واحد، و لعله - كما فى الجواهر - لمخافه الاشتغال عنهما.

(٤) أى الكراهه.

(٥) و إن وقفت به أو اشرف على القتل، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا حرنت على أحدكم دابته فى أرض العدو فى سبيل الله فليذبها و لا- يعرقبها) (٤)، نعم إذا اقتضت المصلحه ذلك فلا كراهه، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لما كان يوم مئونه كان جعفر بن أبى طالب على فرس له، فلما التقوا نزل عن فرسه فعرقبها بالسيف، فكان أول من عرقب فى الاسلام) (٥).

(٦) كما عن الشيخ و العلامه و الشهيد، و عن أبى الصلاح أنها حرام، و الأصل فيه خبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن المبارزه بين الصفيين بغير إذن الإمام، فقال:-

ص: ٦٤٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٢- (٢) جواهر الكلام ج ٢١ ص ٨٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الدواب حديث ١ و ٢.

تحرم، (و تحرم إن منع) الإمام منها (١)، (و تجب) عينا (إن أُلزم) بها شخصا معينا، و كفايه إن أمر بها جماعه ليقوم بها واحده منهم، و تستحب إذا ندب إليها من غير أمر جازم (٢).

في موارد المسلم

(و تجب موارد المسلم المقتول) في المعركة (٣)، دون الكافر (فإن اشتبه) بالكافر (فليوار كميث الذكر) (٤) أي صغيره، لما روى من فعل النبي (ص) في قتلى بدر، و قال: لا يكون ذلك إلا في كرام الناس، و قيل: يجب دفن الجميع احتياطا. و هو حسن، و للقرعه وجه أما الصلاه عليه فقيل: تابعه للدفن، و قيل:

يصلّى على الجميع و يفرد المسلم بالنيه. و هو حسن.

-لا بأس به، و لكن لا يطلب إلا بإذن الإمام (١)، و في النهج قال أمير المؤمنين عليه السّلام لابنه الحسن عليه السّلام (لا تدعونّ إلى مبارزه و إن دعيت إليها فأجب، فإن الداعي باغ و الباغي مصروع) ٢.

(١) بلا خلاف، لوجوب إطاعه أمر الإمام عليه السّلام؛ و منه تعرف الحكم فيما إذا أُلزم المعصوم بها شخصا معينا فتجب عينا، أو جماعه ليقوم واحد منهم فتجب عليه كفايه.

(٢) لعدم وجوب إطاعه هذا الأمر غير الجازم.

(٣) قد تقدم في مبحث الدفن.

(٤) كما صرح به غير واحد منهم الفاضل و الشهيد، لصحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يوم بدر: لا- تواروا إلا- من كان كميثا، يعني من كان ذكره صغيرا، و قال: لا يكون ذلك إلا في كرام الناس) (٢).

و نوقش فيه بأنه يلزم النظر إلى العوره، و ردّ بأنه يجوز عند الضروره، و قال الشيخ في المبسوط (فعلى هذا يصلّى من هذه صفته - إلى أن قال - و إن قلنا إنه يصلّى عليهم صلاه واحده و ينوى بالصلاه على المؤمنين منهم كان قويا، و عن ابن إدريس رمى الخير بالشذوذ، و أوجب القرعه في الدفن لأنها لكل أمر مشكل مع الصلاه على الجميع مع تخصيص نيه الصلاه على المسلمين دون الكفار، و عن المقداد أنه مال إلى دفن الكل احتياطا.

ص: ٦٤٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

(الفصل الثاني - في تروك القتال،)

الأول الأمان

(و يترك) القتال وجوبا - (لأمر أحدها الأمان) (١) و هو الكلام و ما فى حكمه الدال (١) لا خلاف فى مشروعيه الأمان لقوله تعالى: وَ إِن أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ (١)، و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم خطب الناس فى مسجد الخيف فقال: نَصَرَ اللَّهُ عبدا سمع مقالتي فوعاها و بلغها من لم يسمعها - إلى أن قال - المسلمون إخوه تتكافأ دماؤهم و يسعى بذمتهم أدناهم) (٢)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: ما معنى قول النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم يسعى بذمتهم أدناهم؟ قال: لو أن جيشا من المسلمين حاصروا قوما من المشركين فأشرف رجل فقال: أعطوني الأمان حتى ألقى صاحبكم و أناظره، فاعطاه ادناهم الأمان و جب على أفضلهم الوفاء به) (٣)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن عليا عليه السّلام أجاز أمان عبد مملوك لأهل حصن من الحصون، و قال:

هو من المؤمنين) (٤)، و خبر حبه العرنى (قاله أمير المؤمنين عليه السّلام: من ائتمن رجلا على دمه ثم خاس به فأنا من القاتل برىء و إن كان المقتول فى النار) (٥)، و خبر عبد الله بن سليمان (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: ما من رجل أمن رجلا على دمه - دمه كما من نسخته أخرى - ثم قتله إلا جاء يوم القيامة يحمل لواء الغدر) (٦)، و هذه الأخبار كما تدل على مشروعيه الأمان فتدل أيضا على حرمة القتال مع الأمان، و هى بإطلاقها تدل على أن الأمان أعم من أن يكون على نفس الكافر و ماله بل على كل ما وقع عليه إطلاق الأمان، فتقييده بالنفس أو المال كما عن الشارح ليس فى محله، و هى داله على جواز صدور الأمان من غير الإمام بل و من المملوك.

ثم إن ظاهر النصوص أعم من أن يكون الأمان بلفظ أو غيره، و لا فرق بين اللفظ العربى و غيره، و لخبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأمان جائز بأى لسان كان) (٤)،

و خبره الآخر عن أمير المؤمنين عليه السّلام (إذا آوى أحد من المسلمين أو أشار بالأمان إلى أحد من المشركين فنزل على ذلك فهو أمان) (٨).

ص: ٦٤٨

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

٣- ((٣) و٤ و٥ و٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ و٨.

٤- ((٧ و٨) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٥ و٦.

على سلامه الكافر نفسا، و مالا اجابه لسؤاله ذلك، و محله (١) من يجب جهاده (٢)، و فاعله البالغ العاقل المختار (٣)، و عقده ما دل عليه من لفظ، و كتابه، و إشاره مفهمه، و لا يشترط كونه من الإمام (٤) بل يجوز: (و لو من آحاد المسلمين لآحاد الكفار). و المراد بالآحاد العدد اليسير. و هو هنا العشره فما دون (٥)، (أو من الإمام (٦) أو نائبه) (٧) عاما أو فى الجهه التى أذم فيها (للبلد) و ما هو أعم (١) أى محل الأمان.

(٢) فلو لم يجب جهاده فلا معنى لإعطائه إياه.

(٣) أما اشتراط البلوغ و العقل لسلب عباره الصبى و المجنون كما سيأتى فى بحث البيع، و أما اشتراط الاختيار لظهور الأخبار المتقدمه فيه.

(٤) و عن أبى الصلاح اشتراط كونه بإذن الإمام و هو محجوج بإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٥) كما صرح به جماعه كما فى الجواهر اقتصارا فيما خالف عموم الأمر بقتل المشركين على القدر المتيقن، حيث قد ورد فى النصوص أن الأمان من آحاد المسلمين للآحاد من الكفار، و الآحاد من جموع القله و أكثرها عشره، ففى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا أراد أن يبعث سرية دعاهم - إلى أن قال - و أيّما رجل من أذى المسلمين أو أفضلهم نظر إلى أحد من المشركين فهو جار حتى يسمع كلام الله، فإن تبعكم فأخوكم فى الدين و إن أبى فابلغوه مأمنه و استعينوا بالله) (١)، و خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (إذا أوما أحد من المسلمين أو أشار بالأمان إلى أحد من المشركين فنزل على ذلك فهو فى أمان) (٢)، و وقع الخلاف فى أنه هل يجوز له أن يذم الواحد الحصن و القرية الصغيره، قيل نعم كما أجاز أمير المؤمنين عليه السّلام ذمام الواحد لحصن من الحصون كما فى خبر مسعده بن صدقه المتقدم (٣)، و قيل كما عن المحقق فى الشرائع لا يجوز بعد حمل فعل أمير المؤمنين أنه قضيه فى واقعه بعد التمسك بعموم الأمر بقتال المشركين.

(٦) فيجوز له أن يذم عاما و خاصا بلا خلاف لأن ولايته عامه.

(٧) لأنه له الولاية حينئذ بالتنصيب.

ص: ٦٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

منه (١)، و للآحاد بطريق أولى.

(و شرطه) أى شرط جوازه (أن يكون قبل الأسر) (٢) إذا وقع من الآحاد، أما فى الإمام فيجوز بعده، كما يجوز له المن عليه (٣)،
(و عدم المفسده) (٤).

وقيل: وجود المصلحه (٥) كاستماله الكافر ليرغب فى الإسلام، و ترفيه الجند، و ترتيب أمورهم، و قتلهم، و لينتقل الأمر منه إلى دخولنا دارهم فنطلع على عوراتهم، و لا يجوز مع المفسده (كما لو أمن الجاسوس فإنه لا ينفذ)، و كذا من فيه مضره، و حيث يختل شرط الصحه يردّ الكافر إلى مأمنه (٦)، كما لو دخل بشبهه الأمان مثل أن يسمع لفظا فيعتقده أمانا، أو يصحب رفقته فيظنها كافيته، أو يقال له: لا نذمك فيتهم الإثبات، و مثله الداخل بسفاره (٧)، أو لسمع (١) كالقطر و الجبهه.

(٢) بلا- خلاف فيه، فلا- يجوز لآحاد الناس بعده لظهور الأخبار المتقدمه فى صحه الذمام و أمان فى غير هذه الحال، و عن الاوزاعى أنه يجوز بعد الأسر، لما روى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجارت العاص بن الربيع فأمضاه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (١)، و فيه: إنه صح لإمضاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم له.

(٣) كما سيأتى و إذا جاز اطلاق اسره فيجوز اعطاء الأمان له بطريق أولى.

(٤) كما عن القواعد.

(٥) كما صرح به بعضهم كما فى الجواهر، و هو الأوفق جمعا بين إطلاق الأدله و بين اعتبار المصلحه التى بنى عليها أصل الأمان، فلو آمن جاسوسا أو من فيه مضره فلا يجوز لعموم الأمر بالقتال بعد انصراف أدله الأمان إلى غير المذكور.

(٦) مثل أن يصطحب رفقته فيتهمها أمانا، أو سمع لفظا فاعتقده أمانا، أو اشتمل عقد الأمان على شرط فاسد و المشرك لا يعلم افساده، فإنه يردّ إلى مأمنه بلا خلاف، لخبر محمد بن حكيم عن أبى عبد الله عليه السلام (لو أن قوما حاصروا مدينه فسألوهم الأمان فقالوا: لا، فظنوا أنهم قالوا نعم، فنزلوا إليهم كانوا آمنين) (٢)، و هو لا خصوصيه فيتعدى منه إلى كل ما قطع المشرك بكونه أمانا.

(٧) لما روته العامه عن ابن مسعود (إن رجلين أتيا النبى صلى الله عليه و آله و سلم رسولين لمسيلمه فقال لهما:-

ص: ٦٥٠

١- (١) سنن البيهقى ج ٩ ص ٩٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب جهاد العدو حديث ٤.

الثاني النزول على حكم الإمام

(و ثانيهما - النزول (٢) على حكم الإمام، أو من يختاره) الإمام. و لم يذكر شرائط المختار اتكالا على عصمته المقتضيه لاختيار جامع الشرائط و إنما يفترق إليها من لا يشترط في الإمام ذلك (٣) (فينفذ حكمه) كما أقر النبي (ص) بنى قريظه - اشهدا أني رسول الله فقالا: نشهد أن مسيلمه رسول الله، فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لو كنت قاتلا رسولا لضربت عنقيكما (١) و منه يستفاد الأمان للرسول.

(١) لقوله تعالى: وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ (٢).

(٢) و هو التراضي مع الكفار على أن ينزلوا على حكم حاكم فيعمل على مقتضى حكمه بلا خلاف في مشروعيته، لما روته العامه (أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لما حاصر بنى قريظه رضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ إلى ذلك، فحكم عليهم بقتل رجالهم و سبى ذراريهم فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لقد حكمت بما حكم الله تعالى به فوق سبعة أرقعه، أى سبع سماوات) (٣)، و ما ورد من طرقنا كخبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام فى وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لمن يؤمره على سريه: (و إذا حاصرت أهل حصن فأرادوك أن ينزلوا على حكم الله عز و جل فلا تنزلهم و لكن أنزلهم على حكمكم، ثم اقض فيهم بعد ما شئتم، فإنكم إن أنزلتموهم على حكم الله لم تدرؤا تصيبوا حكم الله فيهم أم لا، و إذا حاصرتم أهل حصن فإن آذنونك على أن تنزلهم على ذمه الله و ذمه رسوله فلا تنزلهم و لكن أنزلهم على ذممكم و ذمم آبائكم و إخوانكم، فإنكم إن تخفروا ذممكم و ذمم آبائكم و إخوانكم كان أيسر عليكم يوم القيامة من أن تخفروا ذمه الله و ذمه رسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) (٤).

و قد روت العامه مثله (٥)، و لذا ذهب الشيباني منهم إلى عدم جواز إنزال الإمام لهم على حكم الله و هذا يتمشى فى أئمتهم، و لكن عندنا فالأئمه صلوات الله عليهم معصومون كرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و عالمون بحكم الله الواقعى فيجوز قبول الإمام عليه السلام بنزلهم على حكم الله جل و علا.

(٣) أى العصمه و هم العامه.

ص: ٦٥١

١- (١) مجمع الزوائد ج ٥ ص ٣١٤.

٢- (٢) سوره التوبه الآية: ٧.

٣- (٣) تاريخ الطبرى ج ٢ ص ٥٨٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

٥- (٥) كنز العمال ج ٢ ص ٢٩٧ الرقم ٦٢٨٠.

حين طلبوا النزول على حكم سعد بن معاذ فحكم فيهم بقتل الرجال، و سبي الذراري، و غنيمه المال، فقال له النبي (ص): لقد حكمت بما حكم الله تعالى به من فوق سبعة أرقعه. و إنما ينفذ حكمه (ما لم يخالف الشرع) (١) بأن يحكم (٢) بما لاحظ فيه للمسلمين، أو ما ينافي حكم الذمه لأهلها.

الثالث، و الرابع - الإسلام و بذل الجزية

(الثالث، و الرابع - الإسلام (٣) و بذل الجزية) فمتى أسلم الكافر حرم قتاله مطلقاً (٤) حتى لو كان بعد الأسر الموجب (٥) للتخيير بين قتله و غيره، أو بعد (١) قال في الجواهر: (و بالجمله ينفذ حكمه الموافق لما قرره الشرع فيهم مع ملاحظه مصلحه المسلمين).

(٢) تفسير للنفي لا للمنفى.

(٣) لأنه إذا أسلم الكافر حرم قتاله، للأخبار الكثيره منها: خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام في وصيه النبي صلى الله عليه و آله و سلم لمن بعثه على سريره من السرايا: (فادعوهم إلى إحدى ثلاث فإن هم أجابوكم إليها فاقبلوا منهم و كفوا عنهم، ادعوهم إلى الإسلام فإن دخلوا فيه فاقبلوا منهم و كفوا عنهم - إلى أن قال - فإن أبوا هاتين فادعوهم إلى إعطاء الجزية عن يد و هم صاغرون، فإن أعطوا الجزية فاقبل منهم و كف عنهم، و إن أبوا فاستعن بالله عز و جل عليهم و جاهدوهم في الله حق جهاده) (١).

و النبوى المشهور (أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا: لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم) (٢)، و خبر الزهري عن على بن الحسين عليهما السلام (الأسير إذا أسلم فقد حقن دمه و صار فيئاً) (٣).

و هى مطلقه تشمل ما لو أسلم قبل نشوب الحرب و بعد نشوبها و قبل اسره و بعد اسره و قبل تحكيم الحاكم و بعده، و لا يسقط إلا قتله و أما بقيه الأحكام فسيأتى التعرض لها.

(٤) كتابيا كان أو غيره.

(٥) أى الأسر فإنه موجب لضرب العناق أو قطع الأيدي و الأرجل من خلاف ثم يتركه حتى يتشحط في دمه إذا أخذ الأسير و الحرب لم تضع أوزارها، و إلا - فإذا وضعت الحرب أوزارها فالإمام مخير بين المنّ و الفداء و الاسترقاق كما سيأتى تفصيل ذلك، و إذا أخذ لا فى حال المحاربه فهو مخير بين قتله و استرقاقه، و عليه فعبارته الشارح تحمل على الشق الثالث.

ص: ٦٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٣.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٩ ص ١٨٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

تحكيم الحاكم عليه، فحكم بعده بالقتل (١)، و لو كان بعد حكم الحاكم بقتله و أخذ ماله و سبى ذراريه سقط القتل و بقى الباقي، و كذا إذا بذل الكتأبى و من فى حكمه (٢) الجزيه (٣) و ما يعتبر معها (٤) من شرائط الذمه. و يمكن دخوله فى الجزيه، لأن عقدها لا يتم إلا به فلا يتحقق بدونه.

الخامس - المهادنه

(الخامس - المهادنه) (٥) و هى المعاقده من الإمام (ع) أو من نصبه لذلك مع من يجوز قتاله (على ترك الحرب مده معينه) بعوض و غيره بحسب ما يراه الإمام قله، (و أكثرها عشر سنين) (٦)...

(١) أى فحكم الحاكم بعد إسلامه بالقتل.

(٢) و هو المجوسى لأن له شبهه كتاب كما تقدم.

(٣) حرم قتاله و قد تقدم دليله.

(٤) و هو الالتزام ببقية شرائط الذمه، و الواو بمعنى مع هنا، إن قلت: عباره المصنف قاصره إذ جعل ترك القتال ببذل الجزيه فقط، فرد الشارح بأن الالتزام ببقية الشرائط يمكن دخوله فى الجزيه لعدم تحقق عقد الجزيه إلا به.

(٥) و هى المعاقده على ترك الحرب مده معينه، سواء كانت المهادنه بعوض أو بغير عوض، فهى مشروعه بلا- خلاف لقوله تعالى: **وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا** (١) و قوله تعالى:

فَأْتَمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمْ إِلَىٰ مُدَّتِهِمْ (٢)، و للمقطع من سيره النبى صلى الله عليه و آله و سلم من مهادنته الكفار يوم الحديبيه.

(٦) فالهدنه إلى أربعة أشهر فما دون بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **بِرَاءةٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ إِلَى الَّذِينَ عَاهَدْتُمْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ فَسِيحُوا فِي الْأَرْضِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ** (٣)، و يمكن القول إنه امهال لهم على وجه التهديد و التواعد لا أنه عقد هدنه إلى أربعة أشهر.

هذا من ناحيه القله، و أما من ناحيه الكثره فذهب الاسكافى و الشيخ إلى أنها لعشر سنين لمصالحه النبى صلى الله عليه و آله و سلم قريشا قدرها، فيخرج به عن عموم الأمر بقتال المشركين، و المشهور على أنه لا تجوز الزيادة على سنه لقوله تعالى: **فَإِذَا انْسَلَخَ الْأَشْهُرُ الْحُرْمُ فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ** (٤)، و الأمر بقتالهم كل سنه يقتضى عدم جواز المهادنه أكثر من سنه -

ص: ٦٥٣

١- (١) سورة الأنفال الآية: ٦١.

٢- (٢) سورة التوبه الآية: ٤.

٣- (٣) سورة التوبه الآية: ١.

فلا تجوز الزيادة عنها مطلقا (١)، كما يجوز أقل من أربعة أشهر إجماعا، والمختار جواز ما بينهما على حسب المصلحة، (و هي جائزه مع المصلحة للمسلمين) لقتلهم، أو رجاء إسلامهم مع الصبر، أو ما يحصل به الاستظهار. ثم مع الجواز قد تجب مع حاجه المسلمين إليها وقد تباح لمجرد المصلحة التي لا تبلغ حد الحاجه، و لو انتفت انتفت الصحه.

الفصل الثالث – في الغنيمه

اشاره

(الفصل الثالث – في الغنيمه)

في النساء و الأطفال

و أصلها المال المكتسب (٢)، و المراد هنا ما أخذته الفئه المجاهده على سبيل الغلبه (٣)، لا باختلاس و سرقة، فإنه لآخذه (٤)، و لا- بانجلاء أهله عنه بغير قتال، فإنه للإمام (٥)، (و تملك النساء و الأطفال بالسبي) (٦) و إن كانت الحرب قائمه -و عن العلامه في المنتهى و الشارح في المسالك أنه يراعى الأصلاح و ما تفرضه مصلحة المسلمين لإطلاق أدله مشروعيه المهادنه.

(١) حتى مع مصلحة المسلمين في ذلك.

(٢) قال في المسالك: (الغنيمه هي الفائده المكتسبه، سواء اكتسبت برأس مال كأرباح التجارات، أو بغيره كما يستفاد من دار الحرب، استطراد البحث عن مفهومها لغه بالمعنى العام مع أن المقصود هنا هو القسم الثاني، للتنبيه على أن مفهومها العام باق عندنا على أصله، و منه يستفاد وجوب الخمس في أرباح التجارات و نحوها لعموم قوله تعالى:

وَ اعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ، خلافا للعامه حيث خصوها بالمعنى الثاني، و نقلوها عن موضوعها اللغوى إلى غنائم دار الحرب خاصه، أو خصوها به).

(٣) للأخبار منها: صحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أتاه المغنم أخذ صفوه و كان ذلك له، ثم يقسم ما بقى خمسه أخماس و يأخذ خمسه، ثم يقسم أربعه أخماس بين الناس الذين قاتلوا عليه) (١)، و تقسيم البقيه بين المقاتلين دليل على أن المأخوذ قد أخذ بالغلبه و القتال.

(٤) و يجب فيه الخمس و قد تقدم في باب الخمس.

(٥) لأنه من الأنفال كما تقدم بحثه أيضا.

(٦) إن ما يؤخذ من الكفار على أقسام ثلاثه: ما ينقل كالذهب و الفضة و الأمتعه، و ما لا ينقل كالأرض و العقار، و ما هو سبى كالأطفال و النساء، و قد ابتدأ بالقسم الثالث-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قسمه الخمس حديث ٣.

(و الذكور البالغون يقتلون حتما، إن أخذوا و الحرب قائمه (١) إلا أن يسلموا) فيسقط قتلهم (٢)، و يتخير الإمام حينئذ بين استرقاقهم و المن عليهم، و الفداء.

و قيل: يتعين المن عليهم هنا، لعدم جواز استرقاقهم حال الكفر (٣) فمع الإسلام أولى.

و حكمه أن النساء و الذراري يملكن بالسبي و إن كانت الحرب قائمه، بلا خلاف فيه لما روى (أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم نهى عن قتل النساء و الولدان، و كان يسترقهم إذا سباهم) (١).

(١) بلا خلاف فيه، لخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أبي يقول: إن للحرب حكمين، إذا كانت الحرب قائمه و لم تضع أوزارها و لم يشخن أهلها فكل أسير أخذ في تلك الحال فإن الإمام فيه بالخيار إن شاء ضرب عنقه، و إن شاء قطع يده و رجله من خلاف بغير حسم و تركه يتشحط في دمه حتى يموت، و هو قول الله عز و جل: **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا، أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ، الْآيَةَ.**

ألا ترى أن المخير الذي خير الله الإمام على شيء واحد و هو الكفر، و ليس هو على أشياء مختلفه، فقلت: قول الله عز و جل: **أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ**، قال: ذلك الطلب أن تطلبه الخيل حتى يهرب، فإن اخذته الخيل حكم عليه ببعض الأحكام التي وضعت لك) (٢).

(٢) كما تقدم، و لكن وقع الخلاف أنه بعد سقوط قتلهم هل الإمام مخير بين الفداء و المن و الاسترقاق، كما ذهب إليه الشيخ جمعا بين خبر الزهري عن علي بن الحسين عليهما السلام (الاسير إذا أسلم فقد حقن دمه و صار فيئا) (٣) أي ملك المسلمين، و بين المرسل في المنتهى (أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم فادى أسيرا أسلم برجلين) (٤)، فالأول يدل على الاسترقاق و الثاني على الفداء، و المن جائز للإمام و إن لم يسلم الأسير فمع اسلامه من باب أولى.

و قال في الجواهر: (بل قيل - و إن كنا لم نعرف القائل بعينه -: بتعيينه - أي المن -، لعدم دليل معتد به على جواز الاسترقاق و الفداء بعد عدم جمع الخبرين المزبورين لشرائط الحجية).

(٣) لأنه يجب قتله بحسب الفرض لأن الحرب قائمه.

ص: ٦٥٥

١- (١) سنن البيهقي ج ٩ ص ٦٣ و ٧٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٤- (٤) سنن البيهقي ج ٩ ص ٧٢.

و فيه: إن عدم استرقاقهم حال الكفر إهانته و مصير إلى ما هو أعظم منه (١)، لا إكرام فلا يلزم مثله بعد الإسلام، و لأن الإسلام لا ينافي الاسترقاق، و حيث يجوز قتلهم (٢) يتخير الإمام تخير شهوه بين ضرب رقابهم، و قطع أيديهم، و أرجلهم، و تركهم حتى يموتوا إن اتفق و إلا أجهز عليهم.

في الأسير

(و إن أخذوا بعد أن وضعت الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا) (٣) أى أثقالها من السلاح و غيره و هو كناية عن تقضيها (لم يقتلوا و يتخير الإمام) فيهم تخير نظر و مصلحه (٤) (بين المن) عليهم (و الفداء) لأنفسهم بمال حسب ما يراه من المصلحه، (و الاسترقاق) حربا كانوا أم كتابيين.

و حيث تعتبر المصلحه لا يتحقق التخير إلا مع اشتراك الثلاثة فيها على (١) و هو القتل.

(٢) إذا أخذ و الحرب قائمه و لم يسلم فالإمام مخير تخير شهوه بين القتل و بين قطع الأيدي و الأرجل من خلاف على ما تقدم بيانه، لا تخير مصلحه لأن المطلوب قتلهم فاختيار الوسيله بنظره كما يرى، بخلاف تخير المصلحه فإنه يتخير على حسب ما يراه من المصلحه، و قد عرفت أن مجال الاختيار غير مفتوح ما دام المطلوب قتلهم على كل حال.

نعم المشهور جعلوا التخير بين ضرب الأعناق و بين قطع الأيدي و الأرجل، و الخبر جعل الطلب قسيما فلذا ذهب القاضى إلى أن الإمام مخير بين أنواع القتل لأن ما ذكر فى الخبر إنما هو من باب المثال لا على نحو الحصر.

(٣) لخبر طلحه بن زيد المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (و الحكم الآخر إذا وضعت الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا و أئخذ أهلها، فكل أسير أخذ على تلك الحال فكان فى أيديهم فالإمام عليه السلام فيه بالخيار إن شاء من عليهم فأرسلهم، و إن شاء فاداهم أنفسهم، و إن شاء استعبدهم فصاروا عبيدا) (١).

(٤) قال فى الجواهر: (ثم إن ظاهر النص و الفتوى إطلاق التخير - سواء وجدت المصلحه أم لا - لكن الفاضل فى المحكى عن جملة من كتبه و ثانى الشهيد عينا الأصلح من الثلاثه، لكونه الولى للمسلمين المكلف بمراعاة مصالحهم، و مقتضاه عدم التخير إلا - مع التساوى فى المصلحه فحينئذ يتخير تخير شهوه، و لا - ريب فى كونه أحوط و إن كان اجتهادا فى مقابله إطلاق التخير من ولى الجميع الذى هو أعلم بالمصالح).

ص: ٦٥٦

السواء، وإلا تعين الراجح واحدا كان أم أكثر. وحيث يختار الفداء، أو الاسترقاق (فيدخل ذلك (١) في الغنيمه) كما دخل من استرق ابتداء فيها من النساء والأطفال.

(و لو عجز الأسير) الذى يجوز للإمام قتله (عن المشى لم يجز قتله) (٢) لأنه لا يدرى ما حكم الإمام فيه بالنسبه إلى نوع القتل، و لأن قتله إلى الإمام و إن كان مباح الدم فى الجملة كالزانى المحصن. و حيثئذ فإن أمكن حمله، و إلا ترك للخبر.

و لو بدر مسلم فقتله فلا قصاص، و لا ديه، و لا كفاره و إن أثم (٣)، و كذا لو قتله من غير عجز.

(و يعتبر البلوغ بالانبات) (٤) لتعذر العلم بغيره من العلامات غالبا و إلا فلو (١) أى الفداء فيدخل فى الغنيمه لصدق المال - الذى أخذته الفئه المجاهده على سبيل الغلبه - عليه.

(٢) كما عن العلامه و الشهيد، لخبر الزهرى عن على بن الحسين عليهما السّلام (إذا أخذت أسيرا فعجز عن المشى و لم يكن معك محمل فأرسله و لا تقتله، فإنك لا تدري ما حكم الإمام فيه) (١).

و عن البعض أنه يجب إرساله تمسكا بظاهر الخبر، و ردّ بأن القتل يتعين عليه إذا أخذ و الحرب لم تضع أوزارها، فلا- يجوز للمسلم تركه بعد حمل الخبر أنك لا تدري ما حكم الإمام فيه من ناحيه أنواع القتل، فلو قيل بقتله حيثئذ لأن حكمه ذلك كان أوفق بالقواعد و يؤيده خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل اشترى عبدا مشركا و هو فى أرض الشرك فقال العبد: لا استطيع المشى، و خاف المسلمون أن يلحق العبد بالعدو، أ يحلّ قتله؟ قال: إذا خافوا فاقتله) ٢.

(٣) فلا- ديه و لا- كفاره لأن الكافر مهذور الدم بلا خلاف فى ذلك، و إثمه لتجاوزه الإمام عليه السّلام، و كذا لو قتله من غير عجز.

(٤) قد تقدم حكم الأسير البالغ و حكمه إذا كان غير بالغ، و يعرف البلوغ هنا بالانبات للشعر الخشن على العانه، إما باللمس و إما بالنظر بلا- خلاف فى ذلك كله، و فى المنتهى أن سعد بن معاذ حكم فى بنى قريظه بقتل رجالهم و سبى ذراريهم و أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم عرضهم على العانات، و يشهد له خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (إن رسول-

ص: ٦٥٧

اتفق العلم به بها كفى، و كذا يقبل إقراره بالاحتلام كغيره و لو ادعى الأسير استعجال إنباته بالدواء فالأقرب القبول، للشبهه الدارئة للقتل (١).

فى ما لا ينقل و لا يحول

(و ما لا ينقل و لا يحول) (٢) من أموال المشركين كالأرض و المساكن و الشجر (لجميع المسلمين) سواء فى ذلك المجاهدون و غيرهم،(و المنقول) منها (٣)(بعد الجعائل) (٤) التى يجعلها الإمام للمصالح كالدليل على طريق، أو عوره، و ما يلحق -الله صلى الله عليه و آله و سلم عرضهم يومئذ على العانات، فمن وجده أنبت قتله، و من لم يجده أنبت ألحقه بالذرارى(١).

و حصر البلوغ بالإنبات هنا لغلبيه عدم معرفه غيره من السنّ و غيره و إلا فلا فرق بين الإنبات و غيره من علامات البلوغ، و لذا لو علم بلوغه من غير الإنبات لكفى لحجيه العلم الذاتيه، بل لو ادعى الاحتلام قيل - كما عن بعضهم على ما فى الجواهر - القبول مع إمكان البلوغ فى حقه لعموم ما دل على قبول مدعى الاحتلام فى غير الكافر، مع التأمل بأنه خبر كافر فيجب فيه التبين و لازمه عدم القبول.

(١) لأن الحدود تدرأ بالشبهات، و عن بعضهم عدم القبول لأنه خبر كافر.

(٢) هذا هو القسم الثانى مما يؤخذ من الكفار، و هو للمسلمين قاطبه بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن السواد ما منزلته؟ قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم، و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم، و من لم يخلق بعد)(٢) و السواد أرض العراق و قد فتحت عنوه، و منه يعرف حكم غيره من الأراضى المفتوحه كذلك.

هذا إذا كانت الأرض محياه حال الفتح، و أما إذا كانت مواتا فهى للإمام عليه السّلام خاصه لأنها فى باب الأنفال الخمس، و ستأتى البقيه فى كتاب إحياء الموات.

(٣) من أموال المشركين.

(٤) أى المنقول من الغنيمه يقسم بين المقاتلين و من حضر القتال كما سيأتى، و لكن يخرج منه الخمس أولا- كما دل عليه صحيح ربيع المتقدم و غيره بلا خلاف فيه.

و يخرج منه الجعائل التى يجعلها الإمام عليه السّلام أو نائبه للمصالح كالدليل على عوره أو طريق و نحو ذلك لأن له الولاية العامه-.

ص: ٦٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

الغنيمه من مؤونه حفظ و نقل و غيرهما،(و الرضخ) و المراد به هنا العطاء الذى لا يبلغ سهم من يعطاه لو كان مستحقا للسهم، كالمراه و الخنثى و العبد و الكافر إذا عاونوا، فإن الإمام (ع) يعطيهم من الغنيمه بحسب ما يراه من المصلحه بحسب حالهم (و الخمس).

و مقتضى الترتيب المذكور أن الرضخ مقدم عليه (١)، و هو أحد الأقوال فى - و يخرج منه ما ينفقه على الغنيمه من حفظها و نقلها ضروره كونها من مؤونها التى تؤخذ من أصلها.

و يخرج منه الرضخ، و هو للنساء و العبيد و الكفار، إن قاتلوا بإذن الإمام، لأنه لا سهم للثلاثه بلا خلاف فيه، لخبر سماعه عن أحدهما عليهما السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خرج بالنساء فى الحرب يداوين الجرحى و لم يسهم لهن من الفىء شيئاً و لكن نفلهن) (١)، و خبر الدعائم عن على عليه السلام إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: ليس للعبد من الغنيمه شىء و إن حضر و قاتل عليها، فرأى الإمام أن يعطيه على ملأه إن كان منه، أعطاه من خراش المتاع ما يراه) (٢).

و هذه النصوص تفيد أنه يجوز للإمام أن يرضخ كل من يحتاج إليه فى الحرب ممن لا سهم له فى الغنيمه، هذا من جهه و من جهه أخرى فالرضخ لا تقدير له بل هو موكول إلى نظر الإمام و لكن لا يبلغ سهم الفارس المسلم و لا سهم الراجل المسلم كما لا يبلغ الحد التعزيز كما ذهب إليه العلامة فى المنتهى.

(١) أى على الخمس، ذهب العلامة فى المختلف إلى إخراج الخمس أولاً- ثم إخراج الجبائل و السلب و الرضخ و غيره، عملاً بالآيه الشريفه: **وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبَى وَ الْيَتَامَى وَ الْمَسَاكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ** (٣).

و قيل بتقديم السلب و الجعائل على الخمس ثم يخرج الرضخ، أما تقديم السلب و الجبائل فلعدم صدق الغنيمه عليها، و أما تأخير الرضخ فلأنه كالسهم للمقاتل المسلم فلا بدّ من تأخيره و إن كان أنقص منه إلا أن نقصانه لا يخرج عن الغنيمه.

و قيل: بتقديم السلب و الجعائل و الرضخ و مؤن الغنيمه ثم يخرج الخمس، و يؤيده مرسل حماد عن العبد الصالح عليه السلام (للإمام صفو المال، أن يأخذ من هذه الأموال صفوها، الجاريه الفارهه و الدابه الفارهه و الثوب و المتاع ممّا يجب و يشتهى، و ذلك له قبل -

ص: ٦٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٦.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٦.

٣- (٣) الأنفال آيه: ٤١.

المسألة. و الأقوى أن الخمس بعد الجعائل و قبل الرضخ، و هو اختياره فى الدروس، و عطفه هنا بالواو لا ینافیہ، بناء على أنها لا تدل على الترتیب (١) (و النفل) (٢) بالتحریک و أصله الزیاده، و المراد هنا زیاده الإمام لبعض الغانمین على نصیبه شیئا من الغنیمه لمصلحه، كدلاله، و إماره، و سریه، و تهجم على قرن (٣)، أو حصن، و تجسس حال، و غیرها مما فیہ نکایه الكفار.

فى ما یصطفیه الإمام لنفسه

(و ما یصطفیه الإمام لنفسه) (٤) من فرس فاره، و جاریه، و سیف، و نحوها بحسب ما یختاره، و التقیید بعدم الاجحاف ساقط عندنا (٥). و قد تقدم تقديم الخمس و بقى علیه تقديم السلب (٦)...

-القسمه و قبل إخراج الخمس، و له أن یسدّ بذلك المال جمیع ما ینوبه من مثل إعطاء المؤلفه و غیر ذلك من أصناف ما ینوبه، فإن بقى بعد ذلك شیء أخرج الخمس منه و قسمه بین أهله، و قسّم الباقى على من ولى ذلك (١).

(١) لأنها لمطلق الجمع.

(٢) و هو ما یجعله الإمام لبعض المجاهدين بشرط، مثل أن یقول: من قتل فلانا المشرك أو حمل رایه أو عمل كذا فله كذا، بحسب ما یراه من مصلحه، فإنه جائز لأن الإمام له الولایه العامه.

(٣) و هو المبارز فى میدان الحرب.

(٤) بلا خلاف، لمرسل حماد المتقدم، و خبر أبى بصیر عن أبى عبد الله علیه السّلام سألته عن صفو المال: يأخذ الجاریه الورقه، و المركب الفاره، و السیف القاطع و الدرع قبل أن تقسم الغنیمه فهذا صفو المال (٢) و مثلها غیرها.

(٥) مع أنه على خلاف المنقول عن الكثير من الفقهاء من التقیید بعدم إضرار الجيش قال فى المنتهى (ذهب إليه علماؤنا أجمع ما لم یضر بالعسكر).

(٦) فالسلب مقدم على الخمس، للنبوی (من قتل قتیلا - فله سلبه) (٣) و قد قتل أبو طلحه فى غزوه حنین عشرين رجلا - فأخذ أسلابهم (٤) -.

ص: ٦٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حدیث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأنفال حدیث ١٥.

٣- (٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٣٠٧.

٤- (٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٣٠٦.

المشروط للقاتل، و هو (١) ثياب القتيل، و الخفّ، و آلات الحرب، كدرع، و سلاح، و مركوب، و سرج، و لجام، و سوار، و منطقه، و خاتم، و نفقه معه، و جنيبه (٢) تقاد معه، لا- حقيقه مشدوده على الفرس بما فيها من الأمتعه، و الدراهم، فإذا أخرج جميع ذلك

فى التقسيم بين المقاتله و من حضر

(يقسّم) الفاضل (بين المقاتله (٣) و من حضر) القتال ليقاتل و إن لم يقاتل -هذا فالسلب للمقاتل إن اشترط الإمام ذلك كما صدر عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و إلا فيكون كباقي مال الغنيمه بلا خلاف فيه.

(١) أى السلب، قال فى الجواهر: (ثم لا خلاف بل و لا إشكال فى اندراج الثياب و العمامه و القلنسوه و الدرع و المغفره و البيضه و الجوشن و السلاح كالسيف و الرمح و السكين و نحو ذلك، ممّا يكون معه و له مدخل فى القتال، بل فى المنتهى الإجماع عليه، بل لعل الأقوى اندراج ما كان معه من التاج و السوار و الطوق و الخاتم و نحوها ممّا يتّخذها للزينة و الهيمان و نحوه ممّا يتّخذة للنفقه فيه أيضا، وفاقا للفاضل، بل عن الشيخ قوّاه أيضا للصدق عرفا خلافا للشافعى).

نعم لا يندرج فيه ما كان منفصلا عنه كالرجل و العبد و الدواب التى عليها أحماله و السلاح الذى ليس معه فيبقى حينئذ غنيمه، أما الدابه التى يركبها فهى منه سواء كان راكبا لها أو نازلا عنها و هى بيده للصدق عرفا، خلافا لأحمد فى الثانى، بل يتبعها السرج و اللجام و جميع آلاتها و الحليه و نحو ذلك، نعم لو لم تكن الدابه أو شىء من آلاتها معه لم تدخل فى السلب).

(٢) قال فى مصباح المنير (الجنيبه: الفرس تقاد و لا تتركب)، و الضابط فى أمثله الشارح أن كل ما أعدّ للحرب أو كان معه غير منفصل فهو من السلب، أما المنفصل كالحقيقه المشدوده على الفرس فهو خارج عن السلب).

(٣) بلا خلاف للأخبار، منها: صحيح معاويه بن وهب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام:

السريه يبعثها الإمام فيصيون غنائم كيف تقسم، قال: إن قاتلوا عليها مع أمير أمره الإمام عليهم أخرج منها الخمس لله و للرسول، و قسّم بينهم أربعة أحماس) (١)، و مرسل حماد بن عيسى عن أبى الحسن عليه السلام (يؤخذ الخمس من الغنائم فيجعل لمن جعله الله له، و يقسم أربعة أحماس بين من قاتل عليه و ولى ذلك) (٢)، و خبر حفص بن غياث (كتب إلّى بعض إخوانى أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل من السيره، فسألته و كتبت بها إليه، فكان فيما سألت أخبرنى، عن الجيش إذا غزوا أرض الحرب فغنموا غنيمه ثم لحقهم جيش آخر قبل أن يخرجوا إلى دار الإسلام، و لم يلقوا عدوا حتى خرجوا-

ص: ٦٦١

(حتى الطفل) (١) الذكر من أولاد المقاتلين، دون غيرهم (٢) ممن حضر لصنعه، أو حرفه كالبيطار، و البقال، و السائس، و الحافظ إذا لم يقاتلوا (٣) (المولود بعد الحيازه و قبل القسمة).

(و كذا المدد الواصل إليهم) ليقاتل معهم فلم يدرك القتال (٤) (حينئذ) أى حين إذ يكون وصوله بعد الحيازه و قبل القسمة (للفارس سهمان) فى المشهور (٥).

-إلى دار الإسلام، هل يشاركونهم فيها؟ قال: نعم (١)، و خبر طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (فى الرجل يأتى القوم و قد غنموا أو لم يكن ممن شهد القتال، فقال: هؤلاء المحرمون، فأمر أن يقسم لهم) ٢، و هم محرمون من ثواب القتال بعد تقسيم الغنيمه عليهم و على غيرهم، و من هذه الأخبار يعرف حكم مقاسمه الغنيمه بين كل من حضر من المسلمين قبل التقسيم و إن لم يشارك فى القتال و إن كان حاضرا، أو لم يكن حاضرا وقت القتال.

(١) و لو ولد بعد الحيازه و قبل القسمة بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر مسعده بن صدقه، عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام (إن عليا عليه السلام قال: إذا ولد المولود فى أرض الحرب قسم له مما أفاء الله عليهم) (٢)، و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (إذا ولد المولود فى أرض الحرب أسهم له) ٤، و لما روى (أن النبى أسهم للصبيان بخير) (٣).

(٢) دون غيرهم: أى غير المقاتلين ممن حصر الحرب لا- للقتال كمن حضرها لصفه خاصه أو حزمه و كذا أطفالهم لانصراف الأخبار المتقدمه إلى خصوص المقاتلين بمعنى حضر الحرب للقتال و إن لم يقاتل.

(٣) فإذا قاتلوا أو حضروا بتيه القتال كان لهم سهم المقاتل.

(٤) لخبر حفص و خبر أبى البخترى المتقدمين.

(٥) للأخبار منها: خبر حفص بن غياث (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل فى السير و فيها: كيف تقسم الغنيمه بينهم؟ فقال: للفارس سهمان و للرجال سهم) (٤)، و ما-

ص: ٦٦٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨ و ٩.

٣- (٥) المنتقى من أخبار المصطفى ج ٢ ص ٧٨٩ حديث ٤٣٣٥.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

وقيل: ثلاثه، (و للراجل) و هو من ليس له فرس سواء كان راجلا، أم راكبا غير الفرس (سهم، و لذى الأفراس) و إن كثرت (ثلاثه) أسهم (١)، (و لو قاتلوا فى السفن) (٢) و لم يحتاجوا إلى أفراسهم لصدق الأسم، و حصول الكلفه عليهم بها.

فى الدين لا سهم لهم

(و لا يسهم للمخذل) و هو الذى يجبن عن القتال، و يخوف عن لقاء الأبطال، و لو بالشبهات الواضحه و القرائن اللائحه، فإن مثل ذلك (٣) ينبغى إلقاؤه -روته العامه عن المقداد رضى الله عنه (أعطانى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سهمين، سهما لى و سهما لفرسى) (١)، و عن الإسكافى و أكثر العامه أن للفارس ثلاثه أسهم، لخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام كان يجعل للفارس ثلاثه أسهم و للراجل سهما) (٢)، و خبر أبى البختري عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام كان يسهم للفارس ثلاثه أسهم، سهمين لفرسه و سهما له، و يجعل للراجل سهما) (٣)، و هى محموله على التقية.

(١) فيعطى لفرسين له دون ما زاد، و يعطى ثلاثه أسهم، سهمان لفرسيه و سهم له، و لا يزداد و إن كان عنده عشره أفراس، بلا خلاف فيه لخبر الحسين بن عبد الله عن أبيه عن جده عن أمير المؤمنين عليه السلام (إذا كان مع الرجل أفراس فى الغزو لم يسهم له إلا لفرسين منها) (٤)، و لما روته العامه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (كان يسهم للخيل، و كان لا يسهم للرجل فوق فرسين و إن كان معه عشره أفراس) (٣).

(٢) و لو وصليه، و المعنى للفارس سهمان و للراجل سهم، و لذى الفرسين ثلاثه و لو استغنوا عن الخيل و قاتلوا فى السفن، لخبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام (عن سريره كانوا فى سفينه فقاتلوا و غنموا، و فيهم من معه الفرس، و إنما قاتلوا فى السفينه و لم يركب صاحب الفرس فرسه، كيف تقسم الغنيمه بينهم؟ فقال عليه السلام: للفارس سهمان و للراجل سهم، قلت: و لم يركبوا و لم يقاتلوا على أفراسهم؟ قال: أ رأيت لو كانوا فى عسكر فتقدم الرجاله فقاتلوا فغنموا كيف أقسم بينهم؟ أ لم أ جعل للفارس سهمين و للراجل سهما، و هم الذين غنموا دون الفرسان) (٤).

(٣) من الشبهات و القرائن

ص: ٦٦٣

١- (١) كتاب نصب الرايه ج ٣ ص ٤١٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢ و ٣ و ١.

٣- (٥) سنن البيهقى ج ٦ ص ٣٢٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

إلى الإمام، أو الأمير إن كان فيه صلاح، لا إظهاره على الناس، (و لا المرجب) (١) و هو الذى يذكر قوه المشركين و كثرتهم بحيث يؤدى إلى الخذلان و الظاهر أنه أخص من المخذل، و إذا لم يسهم له فأولى أن لا يسهم لفرسه، (و لا للقحم) (٢) بفتح القاف و سكون الحاء و هو الكبير الهرم (و الضرع) بفتح الضاد المعجمه و الرء و هو الصغير (٣) الذى لا يصلح للركوب، أو الضعيف (٤).

(و الحطم) بفتح الحاء و كسر الطاء و هو الذى ينكث (٥) من الهزل (٦) (و الرازح) بالراء المهمله ثم الزاء بعد الألف ثم الحاء المهمله قال الجوهري هو الهالك هزالا (٧)، و فى مجمل ابن فارس رزح أعى. و المراد هنا الذى لا يقوى بصاحبه على القتال، لهزال على الأول، و أعياء على الثانى، الكائن فى الأربعة (٨) (من الخيل) (٩). و قيل: يسهم للجميع، لصدق الاسم. و ليس ببعيد.

الفصل الرابع - فى أحكام البغاه

إشاره

(الفصل الرابع - فى أحكام البغاه)

فى حكمهم

(و من خرج على المعصوم من الأئمه عليهم السلام فهو باغ (١٠)... (١) أى المخوف، لا و يسهم لهم لعدم صدق مقاتله عليهما و عدم صدق حضور الحرب لأجل القتال.

(٢) و هو الكبير المسنّ الهرم الفانى كما فى الجواهر.

(٣) كما عن المبسوط و فى المسالك نسبتة إلى الفقهاء، و هو الصغير الذى لا يركب.

(٤) كما عن المنتهى و يؤيده ما فى الصحاح (الضرع بالتحريك الضعيف)، و هو الضعيف الذى لا يملك القتال عليه.

(٥) أى ينكسر و ينهزم.

(٦) و عن المصباح أنه المسنّ.

(٧) و قال فى المنتهى (الذى لا حراك له من الهزال).

(٨) أى إن المتّصف بهذه الأوصاف من الأربعة يكون من الخيل.

(٩) فعن ابن الجنيد أنه لا- يسهم لها لعدم الانتفاع بها فى الحرب، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الحلى و استحسنة المحقق و العلامة و جماعه أنه يسهم له مراعاة للاسم بعد صدق اسم الفرس عليه.

(١٠) البغى لغه مجاوزة الحد، و الظلم و الاستعلاء، و طلب الشيء، و فى عرف المشرعه الخروج-

ص: ٦٦٤

(واحدًا كان) كابن ملجم - لعنه الله -، (أو أكثر) (١) كأهل الجمل، و صفين (و يجب قتاله) (٢) إذا ندب إليه الإمام (حتى يفيء) (٣) أى يرجع إلى طاعه الإمام، (أو يقتل)، و قتاله (كقتال الكفار) (٤) فى وجوبه على الكفايه، و وجوب الثبات له، - عن طاعه الإمام العادل.

(١) ذهب إليه العلامة و غيره للإطلاق، و ذهب الشيخ و ابن إدريس و ابن حمزه إلى أنه يعتبر فيهم الكثره و المنعه بحيث لا يمكن تفريقهم أى بتجهيز الجيوش و القتال، و يؤيده أن الآيه - التى سيأتى التعرض لها - عبّرت عنهم بالطائفه، و الطائفه لا تنطبق على الواحده، نعم يجرى على الواحد حكم المحارب لأنه من أهل البغى.

(٢) بلا- خلاف فيه، لقوله تعالى وَ إِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَاصِلِحُوا بَيْنَهُمَا، فَإِنْ بَعَثَ إِخِيَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغَى حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ، فَإِنْ فَاءَتْ فَاصِلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَ أَقْسَطُوا، إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (١)، و للأخبار منها: خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (القتل قتالان: قتل كفاره و قتل درجه، و القتال قتالان: قتال الفئه الباغيه حتى يفيئوا، و قتال الفئه الكافره حتى يسلموا) (٢)، و خبر ابن المغيرة عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (ذكرت الحروريه عند على عليه فقال: إن خرجوا على إمام عادل أو جماعه فقاتلوهم) (٣)، و خبر ابن شهر آشوب فى مناقبه عن أبى جعفر عليه السلام (أنه ذكر الذين حاربهم على عليه السلام فقال: أما إنهم أعظم جرما ممن حارب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قيل له: و كيف ذلك يا ابن رسول الله؟ قال: أولئك كانوا أهل جاهليه، و هؤلاء قرءوا القرآن و عرفوا أهل الفضل، فأتوا ما أتوا بعد البصيره) (٣).

(٣) لتقييده فى آياته، و لأن سبب قتاله بغيه، فإن رجع عن بغيه ارتفع سبب قتاله.

(٤) للأخبار، منها: خبر محمد بن عمر بن على عن أبيه عن جده (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قال: يا على، إن الله تعالى قد كتب على المؤمنين الجهاد فى الفتنه من بعدى، كما كتب عليهم الجهاد مع المشركين معى، فقلت: يا رسول الله، و ما الفتنه التى كتب للنبا فيها الجهاد؟ فقال: فتنه قوم يشهدون أن لا إله إلا الله و أنى رسول الله و هم مخالفون لسنتى و طاعنون فى دينى، فقلت: فعلام نقاتلهم يا رسول الله و هم يشهدون أن لا إله إلا الله و أنك رسول الله؟ -

ص: ٦٦٥

١- (١) الحجرات آيه: ٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ١١ و ٣.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

و باقى الأحكام السالفه،(فذو الفئه) (١) كأصحاب الجمل و معاويه (يجهز على جريحهم، و يتبع مدبرهم، و يقتل أسيرهم، و غيرهم) (٢) كالخوارج (يفرقون) من -فقال: على إحداثهم فى دينهم و فراقهم لأمرى، و استحلالهم دماء عترتى(١).

و قال فى الجواهر: (و كيف كان فقتال البغاه كقتال المشركين فى الوجوب و كفايته، و كون تركه كبيره و أن الفرار منه كالفرار منه، بلا- خلاف أجده فى شىء من ذلك، كما اعترف به فى المنتهى، و النصوص من الطرفين وافيه به كعمل على عليه السّلام فى قتال الفرق الثلاثه، و المقتول مع العادل شهيد لا يغسل و لا يكفن بل يصلّى عليه بلا خلاف أجده).

(١) من كان من أصل البغى له فئه يرجع إليها فيجوز الإجهاز على جريحهم و إتباع مدبرهم و قتل أسيرهم، و من لم يكن له فئه فالقصد من محاربتهم تفريق كلمتهم فلا يتبع لهم مدبر و لا يجهز على جريح و لا يقتل لهم مأسور بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر حفص بن غياث (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الطائفتين من المؤمنين، إحداهما باغيه و الأخرى عادله، فهزمت العادله الباغيه، قال: ليس لأهل العدل أن يتبعوا مدبرا و لا يجهزوا على جريح و لا يقتلوا أسيرا، و هذا إذا لم يبق من أهل البغى أحد و لم يكن فئه يرجعون إليها، فإذا كانت لهم فئه يرجعون إليها فإن أسيرهم يقتل و مدبرهم يتبع و جريحهم يجهز عليه)(٢) ، و مرسل تحف العقول عن أبى الحسن الثالث عليه السّلام فى جواب مسائل يحيى بن أكثم (و أما قولك: إن عليا عليه السّلام قتل أهل صفين مقبلين و مدبرين، و أجاز على جريحهم، و أنه يوم الجمل لم يتبع موليا، و لم يجز على جريح، و من ألقى سلاحه آمنه، و من دخل داره آمنه، فإن أهل الجمل قتل إمامهم و لم يكن لهم فئه يرجعون إليها، و إنما رجع القوم إلى منازلهم غير محاربين و لا مخالفين و لا منابذين، و رضوا بالكفّ عنهم، فكان الحكم فيهم رفع السيف عنهم و الكف عن أذاهم إذ لم يطلبوا عليه أعوانا، و أهل صفين كانوا يرجعون إلى فئه مستعده، و إمام يجمع لهم السلاح و الدروع و الرماح و السيوف و يسنى لهم العطاء، و يهبى لهم الإنزال، و يعود مريضهم و يجبر كسيرهم و يداوى جريحهم، و يحمل راجلهم و يكسو حاسرهم، و يردهم فيرجعون إلى محاربتهم و قتالهم، فلم يساو بين الفريقين فى الحكم)(٣) ، و الخبر صريح بكون أهل الجمل مما لا فئه لهم مع أن الشارح قد صرح أنهم من أهل الفئه إلا أن يحمل كلامه على ما قبل قتل إمامهم و هو الزبير و طلحه فلا تنافى حينئذ.

(٢) أى غير ذى الفئه ممن لا إمام لهم و لا رئيس.

ص: ٦٦٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٧.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ٤.

غير أن يتبع لهم مدير، أو يقتل لهم أسير، أو يجهب على جريح.

و لا تسبى نساء الفريقين، و لا ذراريهم فى المشهور (١)، و لا تملك أموالهم (١) قال فى الجواهر: (بل عن المنتهى نفى الخلاف فيه بين أهل العلم، و عن التذكرة بين الأمه، لكن عن المختلف و المسالك نسبتة إلى المشهور، و لعله لما فى الدروس قال: و نقل الحسن أن للإمام عليه السّلام ذلك إن شاء، لمفهوم قول على عليه السّلام: إني مننت على أهل البصره كما منّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على أهل مكه، و قد كان لرسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يسبى فكذا الإمام عليه السّلام، و هو شاذ، قلت: بل لم نعرفه لأحد منّا) انتهى.

و يمكن حمل كلامه على أن ذلك للإمام لو أراد إلا أن التقيه جعلت الحكم عدم سبى النساء و الذرارى فى زمن الهدنه، و هى ما قبل ظهور صاحب الأمر عليه السّلام و عجل الله تعالى فرجه، و هذا ما نطقت به الأخبار الكثيره و ليس فيه خلاف، و من جمله هذه الأخبار، خبر عبد الله بن سليمان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن الناس يروون أن عليا عليه السّلام قتل أهل البصره و ترك أموالهم، فقال: إن دار الشرك يحلّ ما فيها، و إن دار الإسلام لا يحلّ ما فيها، فقال: إن عليا عليه السّلام إنما منّ عليهم كما منّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم على أهل مكه، و إنما ترك على عليه السّلام لأنه كان يعلم أنه سيكون له شيعه و أن دوله الباطل ستظهر عليهم، فأراد أن يقتدى به فى شيعته، و قد رأيت آثار ذلك، هو ذا يسار بسيره على عليه السّلام، و لو قتل على عليه السّلام أهل البصره جميعا و اتخذ أموالهم لكان ذلك له حلالا، لكنه منّ عليهم ليمنّ على شيعته من بعده) (١)،

و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لو لا أن عليا عليه السّلام سار فى أهل حربه بالكف عن السبى و الغنيمه للقيت شيعته من الناس بلاء عظيمًا، ثم قال: و الله لسيرته كانت خيرا لكم ممّا طلعت عليه الشمس) ٢، و خبر أبى بكر الحضرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لسيره على عليه السّلام فى أهل البصره كانت خيرا لشيعته ممّا طلعت عليه الشمس، إنه علم أن للقوم دوله فلو سباهم لسييت شيعته، قلت: فأخبرنى عن القائم عليه السّلام يسير بسيرته؟ قال: لا، إن عليا عليه السّلام سار فيهم باليمن، لما علم من دولتهم، و إن القائم يسير فيهم بخلاف تلك السيره، لأنه لا دوله لهم) ٣، و مثلها كثير. هذا و قد ورد فى خبر حفص عن جعفر عن أبيه عن جده عليهم السّلام عن مروان ابن الحكم قال: (لما هزمتنا على بالبصره ردّ على الناس أموالهم، من أقام بينه أعطاه، و من لم يقم بينه أحلفه، فقال له قائل: يا أمير المؤمنين أقسم الفىء بيننا و السبى قال: فلما أكثروا عليه قال: أيكم يأخذ أم المؤمنين فى سهمه؟ فكفلوا) ٤، فهو محمول على إسكات الخصم لأن أكثر جيشه مخالفون كما هو المعلوم من كتب السير و التواريخ،

ص: ٦٦٧

التي لم يحوها العسكر (١) إجماعاً و إن كانت مما ينقل و يحوّل، و لا ما حواه العسكر إذا رجعوا إلى طاعه الإمام (٢). و إنما الخلاف في قسمه أموالهم التي حواها العسكر مع إصرارهم.

في عدم قسمه أموالهم مطلقاً

(و الأصح عدم قسمه أموالهم مطلقاً) (٣) عملاً بسيره على عليه السلام في أهل -و إلا فالحكم ما تضمنته النصوص السابقة الذي لا- يملك البوح به إلا- للشيعة فقط من أن السبى و تقسيم المال جائز لكن علم الأمير صلوات الله عليه أن لهم دوله بعده فمنّ عليهم حتى لا- تسبى شيعة و هذا الحكم الثانوى تكليف كالأصلى إلى زمن خروج القائم عليه السلام، بل الأجر في التعبد به أعظم من الأجر بالعمل بالأول حال عدم التقيه فلا تغفل.

(١) بلا خلاف فيه لحقن دمهم و مالهم على نحو التقيه كما سمعته من النصوص السابقة.

(٢) لارتفاع حكم البغى عنهم حينئذ.

(٣) حتى التي حواها العسكر كالسلاح و الدواب، و هو المحكى عن المرتضى و ابن ادريس و العلامه و الشهيد لظاهر النصوص السابقة من أنه عليه السلام قد منّ عليهم كما منّ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم على أهل مكه، لخبر عبد الله بن سليمان المتقدم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن الناس يروون أن علياً عليه السلام قتل أهل البصره و ترك أموالهم، فقال:

إن دار الشرك يحلّ ما فيها، و إن دار الإسلام لا يحلّ ما فيها) (١)، و ما رواه الشيخ في المبسوط (و روى أن علياً عليه السلام لما هزم الناس يوم الجمل قالوا له: يا أمير المؤمنين ألا تأخذ أموالهم، قال: لا، لأنهم تحرّموا بحرمة الإسلام، فلا يحل أموالهم في دار الهجره) (٢)، و خبره الآخر (روى أبو قيس أن علياً عليه السلام نادى: من وجد ماله فليأخذه، فمّر بنا رجل فعرف قدرا نطبخ فيها، فسألناه أن يصبر حتى ينضج فلم يفعل، فرمى برجله فأخذها) (٣)، و خبر مروان بن الحكم المتقدم.

و عن العماني و الإسكافي و الشيخ و الحلبي و ابن حمزه و الكركي أن ما حواه العسكر يؤخذ لما رواه الشيخ في المبسوط (روى أصحابنا أن ما يحويه العسكر من الأموال فإنه يغنم) (٤)، و قد حملة الشيخ على عدم رجوعهم إلى طاعه الإمام فإن رجعوا إلى طاعته فهم أحق بأموالهم.

نعم عن الدروس و غيره أن ما حواه العسكر يقسم كما قسمه أمير المؤمنين عليه السلام أولاً ثم رده عليهم من باب المنّ، و يشهد له خبر الدعائم (روينا عن أمير المؤمنين عليه-

ص: ٦٦٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب جهاد العدو حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) المبسوط ج ٧ ص ٢٦٦.

البصره، فإنه أمر برد أموالهم فأخذت حتى القدر كفاها صاحبها لَمَا عرفها و لم يصبر على أربابها.

و الأكثر و منهم المصنف فى خمس الدروس على قسمته، كقسمه الغنيمه عملا بسيره على عليه السّلام المذكوره، فإنه قسّمها أولا بين المقاتلين، ثم أمر بردها، و لو لا جوازه لما فعله أولا.

و ظاهر الحال و فحوى الأخبار أن ردّها على طريق المن، لا الاستحقاق كما منّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم على كثير من المشركين، بل ذهب بعض الأصحاب إلى جواز استرقاقهم لمفهوم قوله: مننت على أهل البصره كما منّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم على أهل مكه (١)، و قد كان له صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يسبى فكذا الإمام، و هو شاذ.

الفصل الخامس – فى الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر

إشاره

(الفصل الخامس – فى الأمر بالمعروف (٢)

فى تعريفهما و وجوبهما

و هو الحمل على الطاعه قولاً، أو فعلاً (و النهى عن المنكر) و هو المنع من -السّلام أنه لما هزم أهل الجمل جمع كل ما أصابه فى عسكرهم ممّا أجبوا به عليه فخمسه و قسّم أربعه أخماسه على أصحابه و مضى، فلما صار إلى البصره قال أصحابه: يا أمير المؤمنين أقسم بيننا ذراريهم و أموالهم قال: ليس لكم ذلك، قالوا: و كيف أحللت لنا دمائهم و لم تحلل لنا سبى ذراريهم؟ قال: حاربنا الرجال فقتلناهم، فأما النساء الذرارى فلا سبيل لنا بهن، لأنهنّ مسلمات و فى دار هجره فليس لكم عليهنّ من سبيل، و ما أجبوا به و استعانوا به على حربكم و ضمّه عسكرهم و حواه فهو لكم، و ما كان فى دورهم فهو ميراث على فرائض الله لذراريهم(١)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (ما أجب به أهل البغى من مال و سلاح و كراع و متاع و حيوان و عبد و أمه و قليل و كثير فهو فىء يخمس و يقسّم كما تقسم غنائم المشركين)٢، و أما الرد عليهم من باب المنّ فهو الظاهر من خبر مروان بن الحكم المتقدّم.

(١) رواه المجلسى فى بحاره(٢).

(٢) عرفه جماعه من الفقهاء بأنه كل فعل حسن اختص بوصف زائد على حسنه، إذا عرف فاعله ذلك أو دلّ عليه، و المراد بالحسن هو الجائز و هو يشمل الواجب و المندوب و المباح و المكروه، و عليه فيكون المعروف هو فعل جائز اختص بوصف زائد على جوازه، و هو -

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب جهاد العدو حدیث ١ و ٢.

٢- (٣) بحار الأنوار الجزء الثامن من الطبعة الحجريه ص ٤٢٧.

فعل المعاصى قولاً، أو فعلاً. (و هما (١) واجبان عقلاً) فى أصح القولين، (و نقلاً) -يشمل المكروه فلا بد من إخراجہ كما عن المسالك لأنه ليس بمعروف، نعم المباح خارج بقيد زياده الوصف على جوازه و لا- يبقى تحت التعريف إلا- الواجب و المستحب.

و قيد: (إذا عرف فاعله ذلك أو دل عليه) لإدخال الأمر به، فإن الأمر به متحقق إما بفعله أو بالدلاله عليه بالقول و غيره.

و فائده الأمر بالمعروف حمل الآخرين على فعله، و أما النهى عن المنكر فهو كل فعل قبيح عرف فاعله ذلك أو دل عليه، و هو شامل للمحرم و المكروه على إشكال سيأتى.

(١) أما نقلاً، فلقوله تعالى وَ لَتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ، وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ، وَ أُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ (١)، و قوله تعالى كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ تَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ (٢)، و قوله تعالى الَّذِينَ إِنْ مَكَتَاهُمْ فِي الْمَأْزِضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَ آتَوْا الزَّكَاةَ وَ أَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَ نَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ (٣)، إلى غير ذلك من الآيات، و أما الأخبار فكثيره منها: خبر أبى سعيد الزهرى عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (ويل لقوم لا يدينون الله بالأمر بالمعروف و النهى عن المنكر) (٤)، و خبر محمد بن عرفه عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (لتأمرن بالمعروف و لتنهن عن المنكر، أو ليستعملن عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لهم) (٥)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: إذا أمتى تواكلت الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر فليأذنوا بوقاع من الله) (٦)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: كيف بكم إذا فسدت نساؤكم و فسق شبابكم و لم تأمروا بالمعروف و لم تنهوا عن المنكر؟ ف قيل له: و يكون ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم و شر من ذلك، كيف بكم إذا أمرتم بالمنكر و نهيتم عن المعروف، قيل له: يا رسول الله و يكون ذلك؟ قال: نعم و شر من ذلك، كيف بكم إذا رأيتم المعروف منكراً و المنكر معروفاً) (٧)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: إن الله عز و جل ليغض المؤمن الضعيف الذى لا دين له، ف قيل: و ما المؤمن الضعيف الذى لا دين له؟ قال: الذى لا ينهى عن المنكر) (٨).

و خبر السكونى عن أبى عبد الله عن آبائه عن على عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أمر بالمعروف أو نهى عن منكر أو دل على خير أو أشار به فهو شريك، و من أمر بسوء-

ص: ٦٧٠

١- (١) آل عمران آيه: ١٠٤.

٢- (٢) آل عمران آيه: ١١٠.

٣- (٣) الحج آيه: ٤٢.

٤- (٤) (١-٨-٧-٥-٤) الوسائل الباب ١ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١ و ٤ و ٥ و ١٢ و ١٣.

إجماعاً، أما الأول فلأنهما لطف و هو واجب على مقتضى قواعد العدل، و لا يلزم -أو دلّ عليه أو أشار به فهو شريك(١)، و خبر بكر بن محمد عن أبي عبد الله عليه السلام (أيها الناس: مروا بالمعروف و انهوا عن المنكر، فإن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر لم يقرباً أجلاً و لم يباعدوا رزقاً)٢، و مرسل الطوسي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (لا- تزال أمتي بخير ما أمروا بالمعروف و نهوا عن المنكر، و تعاونوا على البر، فإذا لم يفعلوا ذلك نزعنا منهم البركات، و سلّط بعضهم على بعض، و لم يكن لهم ناصر في الأرض و لا في السماء)٣، و خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (أوحى الله إلى شعيب النبي عليه السلام أني معدّب من قومك مائة ألف، أربعين ألفاً من شرارهم و ستين ألفاً من خيارهم، فقال عليه السلام: يا رب هؤلاء الأشرار، فما بال الأخيار؟ فأوحى الله عزّ و جلّ إليه: داهنوا أهل المعاصي و لم يغضبوا لغضبي)٤،

و خبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (يكون في آخر الزمان قوم، يتبع فيهم قوم مرءون يتقرءون و يتنسىكون حدثاء و سفهاء لا يوجبون أمراً بمعروف و لا- نهياً عن منكر إلا إذا أمنوا الضرر، يطلبون لأنفسهم الرخص و المعاذير، يتبعون زلات العلماء و فساد علمهم، يقبلون على الصلاة و الصيام، و ما لا يكتمهم في نفس و لا مال، و لو أضرت الصلاة بسائر ما يعملون بأموالهم و أبدانهم لرفضوها، كما رفضوا أسمى الفرائض و أشرفها، إن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر فريضه عظيمه بها تقام الفرائض، هنالك يتم غضب الله عليهم فيعمهم بعقابه، فيهلك الأبرار في دار الفجار، و الصغار في دار الكبار، إن الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر سبيل الأنبياء و منهاج الصالحين، فريضه عظيمه، بها تقام الفرائض و تأمن المذاهب و تحل المكاسب و ترد المظالم، و تعمر الأرض و ينتصف من الأعداء، و يستقيم الأمر، فأنكروا بقلوبكم و الفظوا بألسنتكم و صكوا بها جباههم، و لا تخافوا في الله لومه لائم، فإن أتعظوا و إلى الحق رجعوا فلا- سبيل عليهم، إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أَوْلَىٰ لَكُمْ لَهُمْ غِيَابٌ أَلِيمٌ، هنالك فجاهدوهم بأبدانكم، و أبغضوهم بقلوبكم، غير طالبين سلطاناً، و لا باغين مالا، و لا يريدون بالظلم ظفرًا حتى يفيئوا إلى أمر الله و يمضوا على طاعته)٥، و أما عقلاً فقد ذهب الشيخ و الفاضل و الشهيدان و المقداد إلى الوجوب العقلي لأن الأمر بالمعروف و النهي-

ص: ٦٧١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأمر و النهي حديث ٢١ و ٢٤ و ١٨.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الأمر و النهي حديث ١.

٣- (٥) أورده الشيخ في التهذيب ج ٦ ص ١٨٠ حديث ٣٧٢، و أورده الوسائل مقطوعاً في الباب الأول و الثاني و الثالث من أبواب الأمر و النهي.

من ذلك وجوبهما على الله تعالى اللازم منه (١) خلاف (٢) الواقع إن قام به، أو الإخلال بحكمه تعالى إن لم يقم، لاستلزام القيام به على هذا الوجه الإلجاء الممتنع في (٣) التكليف، ويجوز اختلاف الواجب باختلاف محالّه (٤) خصوصا مع ظهور المانع (٥) فيكون الواجب في حقه تعالى الإنذار والتخويف بالمخالفة، لئلا يبطل التكليف وقد فعل.

و أما الثاني فكثير في الكتاب والسنة كقوله تعالى: **وَ لَتُكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ** (٦)، وقوله عليه السّلام: **(لتأمرنّ بالمعروف و لتنهون عن المنكر، أو ليسلطنّ الله شراركم على خياركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لهم)** (٧)، و من طرق أهل البيت عليهم السّلام فيه ما يقصم الظهور -عن المنكر لطف، و اللطف واجب عقلا، مع تسليم العدليه بصحة الكبرى، و معنى اللطف هو كل ما يقرب إلى الطاعة و يبعد عن المعصية من غير أن يصل إلى حد الإلجاء.

و ذهب السيد و الحلبي و نصير الدين الطوسي و الكركي بل في السراء نسبتة إلى جمهور المتكلمين و المحصلين من الفقهاء أنه غير واجب عقلا نعم وجوبه سمعي و ذلك:

لو كانا واجبين عقلا من باب اللطف لوجبا على الله تعالى، لأن كل واجب عقلي يكون واجبا على من جعل فيه وجه الوجوب، و لو حرجيا على الله للزم عدم ارتفاع المعروف و عدم وقوع المنكر، أو إخلاله تعالى بالواجب، فلو فعلهما المولى للزم الأول و لو لم يفعلها للزم الثاني، و اللازم بقسميه ظاهر البطلان.

و ردّ بأن الواجب يختلف، باختلاف الأمرين و الناهين، فهو واجب علينا بالقلب و اللسان و اليد، و على العاجز منا بالقلب فقط، و هو واجب على الله تعالى بالإنذار و التخويف عند المخالفة، و قد وقع ذلك منه تعالى في الكثير من الآيات القرآنية، و لا دليل على وجوب اللطف عليه تعالى بأزيد من ذلك بعد بعث الرسل و إنزال الكتب و تبليغ الأحكام و الإنذار و التخويف للعاصي و الترغيب و التشويق للمطيع.

(١) أي من وجوبهما على الله تعالى.

(٢) و هو ارتفاع المنكر و وقوع المعروف.

(٣) و هو على خلاف معنى اللطف.

(٤) على الأمرين و الناهين.

(٥) و هو عدم جواز الإلجاء المبطل للتكليف.

(٦) آل عمران آية: ١٠٤.

(٧) مستدرک الوسائل الباب -- من أبواب الأمر و النهي حديث ١٧.

فليقف عليه من أراده فى الكافى، و غيره.

فى أن وجوبهما على الكفايه

و وجوبهما (على (١) الكفايه) فى أجود القولين، للآيه (٢) السابقه، و لأن الغرض شرعا وقوع المعروف، و ارتفاع المنكر من غير اعتبار مباشر معين فإذا حصل ارتفع (٣) و هو معنى الكفايه، و الاستدلال على كونه عينيا بالعمومات غير (١) عن الشيخ و ابن حمزه و فخر المحققين و الشهيد فى غايه المراد و غيرهم أن الوجوب عينى لأصاله العينيه فى الأوامر، و للعمومات فى الآيات و الأخبار التى تقدم بعضها.

و عن السيد و الحلبي و القاضى و العلامه و الشهيدين أن وجوبه كفايه، لقوله تعالى وَ لَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ، و لخبر مسعده بن صدقه (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر أ واجب هو على الأمة جميعا؟ فقال: لا، فليل له: و لم قال: إنما هو على القوى و المطاع العالم بالمعروف من المنكر، لا على الضعيف الذى لا يهتدى سبيلا إلى أى من أى، يقول من الحق إلى الباطل، و الدليل على ذلك كتاب الله عزّ و جلّ وَ لَتَكُنَّ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَ يَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ (١) فهذا خاص غير عام، كما قال الله عزّ و جلّ وَ مِنْ قَوْمٍ مُوسَى أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِالْحَقِّ وَ بِهِ يَعْدِلُونَ و لم يقل: على أمه موسى و لا- على كل قومه، و هم يومئذ أمم مختلفه، و الأمة واحد فصاعدا، كما قال الله عزّ و جلّ إِنَّ إِبْرَاهِيمَ كَانَ أُمَّةً قَانِتًا لِلَّهِ يَقُولُ: مطيعا لله عزّ و جلّ، و ليس على من يعلم ذلك فى هذه الهدنه من حرج إذا كان لا- قوه له و لا- عدد و لا- طاعه) (٢)، و لأن الفرض من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر تحقق المعروف و ارتفاع المنكر و إذا حصل من البعض فلا- بدّ أن يسقط الوجوب، و ليس بمرادين من كل شخص بعينه و عليه فالعمومات السابقه غير منافيه لذلك لأن الوجوب الكفايه هو المخاطب به الجميع و يسقط بفعل بعضهم و هذا متحقق هنا فلا بدّ من القول بوجوبهما الكفايه.

نعم على القولين إذا ارتدع العاصى عن معصيته سقط النهى عن المنكر سواء قلنا بكفايته أو عينيته.

(٢) (و لتكن منكم أمة) (٣).

(٣) أى الوجوب.

ص: ٦٧٣

١- (١) آل عمران آيه: ١٠٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١.

٣- (٣) آل عمران آيه: ١٠٤.

كاف للتوفيق، و لأن الواجب الكفائي يخاطب به جميع المكلفين كالعيني، و إنما يسقط عن البعض بقيام البعض فجاز خطاب الجميع به، و لا شبهه على القولين فى سقوط الوجوب بعد حصول المطلوب لفقد شرطه الذى منه إصرار العاصي.

و إنما تختلف فائده القولين فى وجوب قيام الكل به قبل حصول الغرض و إن قام به من فيه الكفايه و عدمه. (و يستحب الأمر بالمندوب و النهي (١) عن المكروه) و لا يدخلان فى الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. لأنهما واجبان فى الجملة (٢) إجماعاً، و هذان غير واجبين فلذا أفردهما عنهما، و إن أمكن تكلف دخول المندوب فى المعروف، لكونه الفعل الحسن المشتمل على وصف زائد على حسنه من غير اعتبار المنع من النقيض.

أما النهي عن المكروه فلا يدخل فى أحدهما، أما المعروف فظاهر، و أما المنكر فلأنه (٣) الفعل القبيح الذى عرف فاعله قبحه أو دلّ عليه، و المكروه ليس بقبيح.

فى شرط وجوبهما

(و إنما يجبان مع علم) (٤) الأمر و الناهى (المعروف و المنكر شرعاً) لثلا يأمر بمنكر أو ينهى عن معروف، و المراد بالعلم هنا المعنى الأعم ليشمل الدليل الظنى المنصوب عليه شرعاً، (و إصرار الفاعل (٥)، أو التارك) فلو علم منه الإقلاع و الندم (١) أما استحباب الأمر بالمندوب للنبوى (الدال على الخير كفاعله) (١)، و خبر السكونى المتقدم عن أبى عبد الله عن آباءه عن على عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أمر بمعروف أو نهى عن منكر أو دلّ على خير أو أشار به فهو شريك، و من أمر بسوء أو دلّ عليه أو أشار به فهو شريك) ٢.

و أما استحباب النهي عن المكروه فكذلك لخبر السكونى المتقدم، لكن صرح أكثر من واحد أن المنكر مختص بالحرام فالنهي عنه كله واجب، و كأنه اصطلاح منه فى ذلك و إلا فالمنكر يشمل الحرام و المكروه. كما يشمل المعروف للواجب و المندوب.

(٢) سواء قلنا بالعينه أو الكفائيه.

(٣) أى المنكر و قد عرفت أنه على نحو الاصطلاح بينهم.

(٤) بلا خلاف فيه، لخبر مسعده بن صدقه المتقدم.

(٥) أى إصرار الفاعل للمنكر و إصرار التارك للمعروف، فلو علم منه الإصرار و لو من -

ص: ٦٧٤

سقط الوجوب، بل حرم، واكتفى المصنف في الدروس وجماعه في السقوط بظهور أماره الندم، (و الأمن من الضرر) (١) على المباشر، أو على بعض المؤمنين نفساً، أو مالا، أو عرضاً فبدونه يحرم أيضاً على الأقوى (٢)، (و تجويز (٣) التأثير) - الأماره وجب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر حينئذ، للأخبار منها: خير جابر المتقدم (فانكروا بقلوبكم و الفظوا بألسنتكم، و صكوا بها جباههم و لا تخافوا في الله لومه لائم، فإن اتعظوا و إلى الحق رجعوا فلا سبيل عليهم، إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَتَّبِعُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ، هنالك فجاهدوهم بأبدانكم و ابغضوهم بقلوبكم) (١).

و منه يعلم لو علم الإقلاع عن المعصيه و لو من أماره فيسقط الأمر بالمعروف و النهى لارتفاع موضوعهما، بل حرم لما فيه من هتك الأمور كما صرح بذلك غير واحد.

(١) فلو علم توجه الضرر إليه أو إلى عرضه أو إلى ماله أو إلى غيره من المسلمين سقط الوجوب بلا خلاف فيه، و كذا لو ظن ذلك لنفي الضرر و الضرار و الحرج في الدين، و لخبر الأعمش عن جعفر بن محمد عليهم السلام (و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر واجبان على من أمكنه ذلك، و لم يخف على نفسه و لا على أصحابه) (٢)، و خبر مسعده بن صدقه المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (و ليس على من يعلم ذلك في هذه الهدنه من حرج إذا كان لا قوه له و لا عدد و لا طاعه) (٣)، و خبر يحيى الطويل عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما يؤمر بالمعروف و ينهى عن المنكر مؤمن فيتعظ، أو جاهل فيتعلم، فأما صاحب سوط أو سيف فلا) (٤)، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام (و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر واجبان إذا أمكن و لم يكن خيفه على النفس) (٤)، و خبر مفضل بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (من تعرض لسُلطان جائر فأصابته بئيه لم يوجر عليها، و لم يرزق الصبر عليها) (٤).

(٢) إذا استلزم الضرر على النفس أو العرض أو المال الذي يلزم من فواته الحرج و إلا فالأخبار السابقه لا تدل على الحرمة مطلقاً بل تدل على عدم الوجوب.

(٣) فلو علم أنه لا يؤثر لا يجب بلا خلاف فيه، لخبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله -

ص: ٤٧٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٢٢.
- ٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١ و ٢.
- ٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٨ و ٣.

بأن لا يكون التأثير ممتنعاً، بل ممكناً بحسب ما يظهر له من حاله.

و هذا يقتضى الوجوب ما لم يعلم عدم التأثير و إن ظن عدمه، لأن التجويز (١) قائم مع الظن و هو حسن، إذ لا يترتب على فعله ضرر فإن نجح، و إلا فقد أدى فرضه، إذ الفرض انتفاء الضرر، و اكتفى بعض الأصحاب فى سقوطه بظن العدم (٢)، و ليس بجيد (٣)، و هذا بخلاف الشرط (٤) السابق فإنه يكفى فى سقوطه (٥) ظنه (٦)، لأن الضرر المسوغ للتحرز منه يكفى فيه ظنه (٧). و مع ذلك (٨) فالمرتفع مع فقد هذا الشرط الوجوب، دون الجواز، بخلاف السابق (٩).

فى مراتبهما

(ثم يتدرج) المباشر (فى الإنكار) فيبتدئ (بإظهار الكراهه) (١٠)، و الإعراض -عليه السلام (سئل عن الحديث الذى جاء عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إن أفضل الجهاد كلمه عدل عند إمام جائر، ما معناه؟ قال: هذا على أن يأمره بعد معرفته، و هو مع ذلك يقبل منه و إلا فلا) (١)، و خبر يحيى الطويل المتقدم (إنما يؤمر بالمعروف و ينهى عن المنكر مؤمن فيتعظ أو جاهل فيتعلم، و أما صاحب سوط أو سيف فلا) ٢.

و عن الأكثر السقوط إذا غلب الظن بعدم التأثير لحمل الأخبار على هذه الصورة أيضاً لتعذر العلم غالباً بعدم التأثير.

(١) أى احتمال التأثير.

(٢) أى ظن عدم التأثير.

(٣) تمسك بعموم أدله الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

(٤) و هو الأمن من الضرر.

(٥) أى سقوط وجوب الأمر بالمعروف.

(٦) أى ظن الضرر.

(٧) و قد عرفت أن الظن بعدم التأثير كاف إذ حمل الأخبار المتقدمه على صورته العلم بعدم التأثير حمل لها على الفرد النادر.

(٨) أى و مع هذا الفارق بين الشرطين.

(٩) فمع فقد الشرط السابق يحرم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر على ما تقدم.

(١٠) مراتب الإنكار ثلاث: القلب ثم اللسان ثم اليد، و يدل على الأول خبر جابر المتقدم-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١ و ٢.

- (فانكروا بقلوبكم و الفظوا بألسنتكم و صكوا بها جباههم، و لا تخافوا فى الله لومه لائم) (١)، و فى تفسير العسكرى عن آباءه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (من رأى منكم منكرا فلينكر بيده إن استطاع، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، فحسبه أن يعلم الله من قلبه أنه لذلك كاره) ٢، و ما روى فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام (إن أول ما تغلبون عليه من الجهاد، الجهاد بأيديكم ثم بألسنتكم، ثم بقلوبكم، فمن لم يعرف بقلبه معروفا و لم ينكر منكرا قلب، فجعل أعلاه أسفله) (٢)، و خبر ابن أبى ليلى (سمعت عليا عليه السلام يقول يوم لقينا أهل الشام: أيها المؤمنون إنه من رأى عدوانا يعمل به و منكرا يدعى إليه فانكره بقلبه فقد سلم و برئ، و من أنكره بلسانه فقد أجر، و هو أفضل من صاحبه، و من أنكره بالسيف لتكون كلمه الله العليا و كلمه الظالمين السفلى فذلك الذى أصاب سبيل الهدى و قام على الطريق، و نور فى قلبه اليقين) ٤ و مثلها غيرها.

هذا و معنى الإنكار القلبي اعتقاد الوجوب و الحرمة كما عن النهاية، أو الاعتقاد مع عدم الرضا بالمعصية كما عن القواعد، أو ذلك مع الابتغال إلى الله فى إهداء العاصى كما عن التنقيح، و فى الكفاية عدم الرضا بالفعل لما ورد فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السلام (الراضى بفعل قوم كالدخل معهم فيه، و على كل داخل فى باطل إثم، إثم العمل به و إثم الرضا به) (٣).

و لكنه عن المنتهى و الشرائع و جماعه كثيره أنه إظهار الكراهه، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أمرنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن نلقى أهل المعاصى بوجوه مكفهزه) (٤)، و مرسل الشيخ عن الصادق عليه السلام (أنه قال لقوم من أصحابه: إنه قد حق لى أن آخذ البرىء منكم بالسقيم، و كيف لا يحق لى ذلك و أنتم يبلغكم عن الرجل منكم القبيح فلا تنكروه عليه و لا تهجرونه و لا تؤذونه حتى يترك) (٥)، و خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (لو أنكم إذا بلغكم عن الرجل شىء تمشيتم إليه فقلتم: يا هذا إما أن تعزلنا و تجتنبنا، و إما أن تكف عن هذا،-

ص: ٦٧٧

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١ و ١٢ .
- ٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١٠ و ٨ .
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١٢ .
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١ .
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٤ .

عن المرتكب متدرجا فيه (١) أيضا، فإن مراتبه كثيره، (ثم القول اللين) أن لم ينجع الإعراض، (ثم الغليظ) إن لم يؤثر اللين متدرجا في الغليظ أيضا، (ثم الضرب) إن لم يؤثر الكلام الغليظ مطلقا (٢)، و يتدرج في الضرب أيضا على حسب ما تقتضيه المصلحه و يناسب مقام الفعل، بحيث يكون الغرض تحصيل الغرض.

فإن فعل و إلا فاجتنبوه (١)، و مرسل درست عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الله بعث ملكين إلى أهل مدينه ليقلباها على أهلها، فلما انتهيا إلى المدينه فوجدا فيها رجلا يدعو و يتضرع - إلى أن قال - فعاد أحدهما إلى الله، فقال: يا رب إنى انتهيت إلى المدينه فوجدت عبدك فلانا يدعوك و يتضرع إليك، فقال: امض لما أمرتك به، فإن ذا رجل لم يتمر وجهه غيظا لي قط) (٢).

فهذه النصوص تدل على أن الإنكار القلبي هو إظهار الكراهه بحيث يبدو على الوجه مع الإعراض عن العاصي، و أما بقية التفاسير المتقدمه فهي ضعيفه خصوصا الأول، إذ اعتقاد وجوب المتروك و حرمة النهي المرتكب ليس من أفراد الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر بل هو من أحكام الإيمان، و أما عدم الرضا بالمعصيه فهو من أحكام الإيمان أيضا، و أما زياده الابتهاج لهدياه العاصي فهو غريب.

هذا و قال الشارح في المسالك (و اعلم أن الإنكار القلبي يطلق في كلامهم على معنيين، أحدهما إيجاد كراهه المنكر في القلب بأن يعتقد وجوب المتروك و تحريم المفعول مع كراهته للواقع، و الثانى الإعراض عن فاعل المنكر و إظهار الكراهه له بسبب ارتكابه).

و المعنى الأول يجب على كل مكلف لأنه من مقتضى الإيمان و أحكامه سواء كان هناك منكر واقع أم لا، و سواء جوز به التأثير أم لا - إلا - أن هذا المعنى لا يكاد يدخل في معنى الأمر بالمعروف و لا النهي عن المنكر، لاقتضائهما طلب الفعل أو الترك، و لا طلب في هذا المعنى، فلا يعد معتقده آمرا و لا ناهيا، بخلاف المعنى الثانى، فإن الإنكار و الطلب يتحققان في ضمنه، و وجوبه مشروط بالشرائط المذكوره، لأنه يظهر على فاعله حتما و يجرى فيه خوف ضرر و عدمه).

(١) في الإعراض بحيث تجب مراعاة الأيسر فالأيسر، و كذا في اللسان ثم في اليد جمعا بين حرمة إيذاء المؤمن و إضراره و بين عموم الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، و هو يقتضى التدرج المذكور.

(٢) بجميع مراتبه.

ص: ٦٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأمر و النهي حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الأمر و النهي حديث ٢.

(و فى التدرج إلى الجرح و القتل) حيث لا يؤثر الضرب و لا غيره من المراتب (قولان) (١) أحدهما الجواز، ذهب إليه المرتضى و تبعه العلامة فى كثير من كتبه، لعموم الأوامر، و إطلاقها. و هو يتم فى الجرح دون القتل، لفوات معنى الأمر و النهى معه (٢)، إذ الغرض ارتكاب المأمور، و ترك المنهى. و شرطه تجويز التأثير و هما منتفیان معه (٣)، و استقرب فى الدروس تفويضهما إلى الإمام، و هو حسن فى القتل خاصة.

(و يجب الإنكار بالقلب) و هو أن يوجد فيه إرادته المعروف و كراهه المنكر (على كل حال) سواء اجتمعت الشرائط أم لا، و سواء أمر أو نهى بغيره من المراتب أم لا، لأن الإنكار القلبى بهذا المعنى من مقتضى الإيمان و لا تلحقه مفسده، و مع ذلك لا يدخل فى قسمى الأمر و النهى، و إنما هو حكم يختص بمن اطلع على ما يخالف الشرع، بإيجاد الواجب عليه (٤) من الاعتقاد فى ذلك (٥)، و قد تجوز كثير (١) قیل لا يجوز، كما عن الشيخ و الديلمى و القاضى و فخر المحققين و الشهيد و المقداد و الكركى إلا بإذن الإمام، بل فى المسالك نسبتة إلى الأشهر، للأصل بعد انصراف الأخبار المتقدمه عن هذه الصوره، و لاشرط الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر تجويز التأثير المشعر ببقاء المأمور و النهى، و مع القتل لا يتحقق بقاؤه، و لأنه لو لم يشترط إذن المعصوم عليه السلام للزم الهرج و المرج و الفساد المعلوم عدمها فى الشريعة.

و قيل: نعم، كما عن السيد و الحلى و الفاضل فى جملة من كتبه و يحيى بن سعيد، لإطلاق الآيات و الأخبار التى تقدم بعضها، بل فى بعضها إشعار بالقتل و الجرح مثل خبر جابر المتقدم (هنالك فجاهدوهم بأبدانكم) (١)، و خبر ابن أبى لیلی المتقدم (و من أنكروه بالسيف لتكون كلمه الله العليا و كلمه الظالمين السفلى فذلك الذى أصاب سبيل الهدى) (٢).

و ذهب الشارح هنا إلى التفصيل بين الجرح فلا يشترط للعمومات، و بين القتل فيشترط إذن الإمام لما تقدّم.

(٢) مع القتل.

(٣) مع القتل أيضا.

(٤) على المطلع.

(٥) أى فى القلب.

ص: ٦٧٩

من الأصحاب في جعلهم هذا القسم من مراتب الأمر والنهي.

في إقامة الحدود

(و يجوز للفقهاء حال الغيبة إقامة الحدود مع الأمن من (١) الضرر) على (١) لا يجوز لأى إنسان أن يقيم الحدود لاستلزامه الهرج والمرج والفساد والمعلوم عدمها في الشريعة، وإنما هي بإذن الإمام المعصوم عليه السلام أو من نصبه لذلك بلا خلاف في ذلك.

و لكن هل يجوز للفقهاء إقامة الحدود في زمن الغيبة أو لا، ذهب المشهور إلى ذلك لمقبوله عمر بن حنظله (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعة في دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان وإلى القضاء أ يحل ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم في حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له وإنما يأخذه سحتا و إن كان حقا ثابتا له - إلى أن قال - فكيف يصنعان؟ قال عليه السلام: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا راد على الله، و هو على الشرك بالله) (١)، و خبر أبى خديجه سالم بن مكرم الجمال عن أبى عبد الله عليه السلام (إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم، فإنى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه) (٢)، و خبره الآخر المروى في التهذيب (بعثنى أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال: قل لهم إياكم إذا وقعت بينكم خصومه أو تدارى في شىء من الأخذ و العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فإنى قد جعلته قاضيا، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر) (٣)،

و ما ورد في التوقيع عن مولانا صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه (و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا، فإنهم حجتي عليكم و أنا حجة الله) ٤ بدعوى أنه قد جعله حاكما و ليس المراد منه الحكم من دون إنفاذ بل المراد منه إنفاذ الحد الذى يحكم به سيما فى مثل حد القذف مع الترافع إليه و ثبوته عنده و حكمه بالثبوت على القاذف.

و فيه: أما التوقيع فظاهر فى الإفتاء بالنسبة للمسائل المستجده، و أما جعله حاكما أو قاضيا فظاهر فى فصل التنازع بين المتخاصمين كما هو وظيفه كل قاض، و أن إقامة الحدود فغير ظاهر من الأخبار ثبوتها خصوصا بعد ملاحظه خبر حفص بن غياث (سألت أبا عبد الله-

ص: ٦٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦ و ٩.

أنفسهم و غيرهم من المؤمنين،(و) كذا يجوز لهم (الحكم (١) بين الناس) و إثبات الحقوق بالبينه و اليمين و غيرهما (مع اتصافهم بصفات (٢) المفتى و هى الإيمان و العدالة و معرفه الأحكام) الشرعيه الفرعيه (بالدليل) التفصيلي،(و القدره على رد الفروع) من الأحكام (إلى الأصول)، و القواعد الكليه التى هى أدله الأحكام.

و معرفه الحكم بالدليل يغنى عن هذا، لاستلزامه له، و ذكره تأكيد، و المراد بالأحكام العموم بمعنى التهيؤ لمعرفتها بالدليل إن لم نجوز تجزى الاجتهاد (٣)، أو الأحكام المتعلقة بما يحتاج إليه من الفتوى و الحكم إن جوزناه (٤). و مذهب المصنف جوازه و هو قوى.

-عليه السلام من يقيم الحدود؟ السلطان أو القاضي؟ فقال: إقامة الحدود إلى من إليه الحكم(١) و هو ظاهر فى أن إقامة الحدود من وظائف السلطان و ليس من وظائف القاضي.

و لعلّه لذلك توقف المحقق و العلامة فى جملة من كتبه، بل جزم ابنا زهره و إدريس بعدم الجواز بعد قصور هذه الأخبار عن مدعى المشهور.

(١) بلا خلاف فيه و يدل عليه مقبوله ابن حنظله و خبر أبى خديجه المتقدمان و غيرهما.

(٢) اعلم أن الحكم غير الفتوى، فالحكم إنشاء قول فى حكم شرعى يتعلّق بواقعه شخصيه، و الفتوى حكم شرعى على وجه كلى، هذا من جهه و من جهه أخرى فصفات المفتى التى ذكرها الشارح ثلاثه: الإيمان و هو لا-خلاف فيه، و يدل عليه خبر أبى خديجه الأول (رجل منكم)، و العدالة بلا خلاف فيها لأن الفاسق لا تقبل شهادته و لا أخباره، و معرفه الأحكام لاشتراط معرفه الحلال و الحرام و روايه الحديث كما فى الأخبار المتقدمه و هذا ظاهر فى اشتراط اجتهاده.

و الاجتهاد هو معرفه الأحكام الشرعيه الفرعيه من أدلتها التفصيليه كما قرر فى علم الأصول، و أما زياده القدر على رد الفروع إلى الأصول و القواعد الكليه فهو قيد مستدرك لأنه جزء من معنى الاجتهاد و ليس شيئاً على حده.

(٣) وقع الخلاف فى إمكان التجزى، و بحثه فى محله و لكن الخلاصه أن التجزى لا بدّ منه و إن قلنا أن الاجتهاد ملكه و هى أمر بسيط، و ذلك لأن التجزى هو التبويض فى أفراد الكلى لا التبويض فى أجزاء الكل.

(٤) أى التجزى كما هو الحق.

ص: ٦٨١

فى وجوب الترافع إلى الفقهاء

(و يجب) على الناس (الترافع (١) إليهم) فى ما يحتاجون إليه من الأحكام فيعصى مؤثر المخالف، و يفسق، و يجب عليهم أيضا ذلك (٢) مع الأمن (و يأثم الراد عليهم) لأنه كالراد على نبيهم صلى الله عليه و آله و سلم و أئمتهم عليهم الصلاة و السلام و على الله تعالى و هو على حد الكفر بالله على ما ورد فى الخبر (٣)، و قد فهم من تجويز (٤) ذلك للفقهاء المستدلين (٥) عدم (٦) جوازه لغيرهم من المقلدين، و بهذا المفهوم صرح المصنف و غيره قاطعين به من غير نقل خلاف فى ذلك سواء قلد حيا أو ميتا.

نعم يجوز لمقلد الفقيه الحى نقل الأحكام إلى غيره، و ذلك لا- يعدّ افتاء. أما الحكم فيمتنع مطلقا (٧) للإجماع على اشتراط أهليه الفتوى (٨) فى الحاكم حال حضور الإمام و غيبته.

فى جواز إقامه الحد للزوج على زوجته و السيد على عبده

(و يجوز للزوج إقامه الحد على زوجته (٩) دواما، و متعه، مدخولا بها، و غيره، حرّين، أو عبيدين، أو بالتفريق،(و الوالد على ولده) و إن نزل (و السيد) (١) بلا خلاف فيه، للأخبار و قد تقدّم خبر ابن حنظله و أبى خديجه.

(٢) أى الترافع إليهم كما وجب على الفقيه إقامه الحدود مع الأمن.

(٣) و هو مقبوله ابن حنظله و قد تقدمت.

(٤) أى تجويز إقامه الحدود.

(٥) أى قد عرفوا الأحكام بالاستدلال بأدله تفصيليه.

(٦) أى عدم جواز إقامه الحد لغير الفقيه، و هو مما لا خلاف فيه.

(٧) سواء استند إلى رأيه، و هو غير فقيه، أو استند إلى قول الغير.

(٨) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه، نعم يكفى التجزى تمسكا بخبر أبى خديجه الأول.

(٩) و كذا الوالد على ولده، و الأصل فيه ما قاله الشيخ فى النهايه (فأما إقامه الحدود فليس يجوز لأحد إقامتها إلا لسلطان الزمان المنصوب من قبل الله تعالى أو من نصبه الإمام لإقامتها، و لا يجوز لأحد سواهما إقامتها على حال، و قد رخص فى حال قصور أيدي أئمه الحق و تغلب الظالمين أن يقيم الإنسان الحد على ولده و أهله و مماليكه، إذا لم يخف فى ذلك ضررا من الظالمين) (١)، و به أفتى القاضى و أول الشهيدين، و عن المفيد و ابنى زهره و إدريس و الطبرسى بل نسب إلى المشهور عدم الجواز لعدم ثبوت الرخصه مع أصاله

١- (١) النهايه ص: ٣٠٠ طبع دار الكتاب العربى.

(على عبده (١) بل رقيقه (٢) مطلقا، فيجتمع على الأمه ذات الأب المزوجه ولايه الثلاثه (٣)، سواء في ذلك الجلد و الرجم و القطع، كل ذلك مع العلم بموجبه مشاهده، أو إقرارا من أهله لا بالبينه (٤) فإنها من وظائف الحاكم.

و قيل يكفي كونها (٥) مما يثبت بها ذلك (٦) عند الحاكم، و هذا الحكم في المولى مشهور بين الأصحاب لم يخالف فيه إلا الشاذ، و أما الآخرا فذكرهما الشيخ و تبعه جماعه منهم المصنف. و دليله غير واضح. و أصله المنع تقتضى العدم. نعم -المنع، و لأن ما يحكيه الشيخ في النهايه كما يرويه من جهه و من عدم وصول الخبر إلينا حتى نعرف دلالتة من جهه أخرى تردّد المحقق في النافع و الشرائع و العلامه في القواعد، و الأقوى المنع لعدم جواز التجزئه على سفك الدماء بخبر لم يثبت.

نعم على القول بالجواز لا فرق في الزوجه بين الدائم و المتمتع بها، و لا في الزوجين بين الحرّين و العبدین و المتفرقين، و لا فرق في الحد ما يوجب الجلد أو الرجم أو القتل، و لا يشترط الدخول لإطلاق لفظ الأهل الوارد في كلام الشيخ المتقدم.

و كذا لا فرق بين الولد و ولد الولد لإطلاق لفظ الولد الوارد في رخصه الشيخ على الجميع.

(١) على المشهور، و لم يخالف إلا المفيد و الديلمي، و العمده في الجواز ليس رخصه الشيخ في النهايه بل الأخبار، منها: النبوى المروى في الدعائم (و أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم) (١)، و خبر عنبسه بن مصعب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جاربه لى زنت أحدها؟ قال: نعم) (٢)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (إن زنت جاربه لى أحدها؟ قال:

نعم، و ليكن ذلك في ستر، فإنى أخاف عليك السلطان) (٣).

(٢) عبدا أو أمه لإطلاق النبوى، و هو يشمل ما لو كان السيد ذكرا أو أنثى.

(٣) الأبوه و الزوجيه و المولويه لسيدها.

(٤) لأنه من وظائف الحاكم الشرعى كما سيأتى في باب القضاء، و ذهب بعضهم إلى جواز العمل بها كغيرها من الإقرار و المشاهده من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، لا من باب القضاء.

(٥) أى كون البينه.

(٦) و هو موجب الحد.

ص: ٦٨٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ٦.

لو كان المتولى فقيها فلا شبهه في الجواز و يظهر من المختلف أن موضع النزاع معه (١) لا بدونه.

في ما لو اضطره السلطان إلى إقامه حد

(و لو اضطره السلطان إلى إقامه حد، أو قصاص ظلما، أو) اضطره (لحكم مخالف) للمشروع (جاز) لمكان الضروره (٢)، إلا القتل فلا تقيه فيه (٣) و يدخل في الجواز الجرح، لأن المروى أنه لا- تقيه في قتل (٤) النفوس فهو خارج، و ألحقه (٥) الشيخ بالقتل مدعيا أنه لا تقيه في الدماء. و فيه نظر (٦).

(١) أي موضع النزاع في السيد و الزوج إذا كان فقيها، قال في المسالك: (و يظهر من المختلف أن موضع النزاع ما لو كان الأب و الزوج بل المولى فقيها، و حينئذ فيتجه الجواز).

(٢) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (التقيه في كل ضروره، و صاحبها أعلم بها حين تنزل به) (١)، و صحيح الفضلاء عن أبي جعفر عليه السلام (التقيه في كل شيء يضطر إليه ابن آدم فقد أحله الله له) (٢)، و خبر عمر بن يحيى بن سالم عن أبي جعفر عليه السلام (التقيه في كل ضروره) (٣)، و خبر ابن أبي عمر الأعجمي عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا دين لمن لا تقيه له) (٤)، و خبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا إيمان لمن لا تقيه له) (٥)، و مثلها غيرها.

(٣) بلا خلاف فيه، للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إنما جعل التقيه ليحقن بها الدم، فإذا بلغ الدم فليس تقيه) (١)، و خبر أبي حمزه الثمالي عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم، فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه) (٧).

و عن الشيخ الحاق الجرح بالقتل لمقتضى التعليل لأن فيه دما، و فيه: إن الأخبار المتقدمه منصرفه إلى خصوص القتل.

(٤) لم أعر على روايه تتضمن قتل النفوس، بل هي متضمنه للدم كما سمعت.

(٥) أي الجرح.

(٦) و التنظير لأن لا تقيه في الدماء منصرف إلى خصوص القتل، و ليس التنظر كما يظهر من الشارح لعدم وجود روايه متضمنه لوجود الدم، إذ قد عرفت وجودها، بل ما ادّعا من أنه لا تقيه في قتل النفوس هو غير موجود فراجع.

ص: ٦٨٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الأمر و النهي حديث ١ و ٢ و ٨.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الأمر و النهي حديث ٦.

٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الأمر و النهي حديث ١ و ٢.

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه دمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹/۱۲۱۲۸۰۳۸۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترحینی العاملی

ص: ۴

(كتاب الكفارات (١)

في الكفارات المرتبه

(الكفارات) و هي تنقسم إلى معينه كبعض كفارات الحج و لم يذكرها هنا اكتفاء بما سبق، و إلى مرتبه و مخيره، و ما جمعت الوصفين (٢)، و كفاره جمع (فالمرتبه) ثلاث (كفاره الظهار (٣)، و قتل الخطأ (٤)، و خصالهما) المرتبه (خصال كفاره الإفطار) (١) الكفاره اسم للتكفير، الذي هو في الأصل بمعنى الستر، و سميت بذلك لأنها تستر الذنب، و منه الكافر لأنه يستر الحق، و يقال: لليل كافر، لأنه يستر من يفعل فيه شيئاً.

(٢) الترتيب و التخيير.

(٣) فيجب فيها العتق و مع العجز فالصوم شهرين متتابعين، و مع العجز فإطعام ستين مسكيناً، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ، وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا (١)، و للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعته يقول: جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: يا رسول الله ظهرت من امرأتي، قال: فاذهب فاعتق رقبه، قال: ليس عندي، قال:

اذهب فصم شهرين متتابعين، قال: لا أقوى، قال: اذهب فأطعم ستين مسكيناً) (٢) فما ورد من التخيير شاذ كصحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لامرأته: هي عليه كظهر أمه، قال: تحرير رقبه، أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً) (٣) فهو شاذ لمخالفته للكتاب إلا أن يحمل الواو على التقسيم لا على التخيير.

(٤) على المشهور لقوله تعالى: وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَ دِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا -

ص:٧

١- (١) سورة المجادله، الآيات ٣-٤.

٢- (٢) (الوسائل الباب - ١ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

٣- (٣) (الوسائل الباب - ١ - من أبواب الكفارات حديث ٣.

(فى شهر رمضان: العتق) أولاً، (فالشهران) مع تعذر العتق، (فالسنتون) أى إطعام الستين لو تعذر الصيام، (و) الثالثة (١) (كفاره من أفطر فى قضاء شهر رمضان بعد الزوال، و هى إطعام عشره مساكين، ثم صيام ثلاثة أيام) (٢) مع العجز عن الإطعام.

- أَنْ يَصَّدَّقُوا - إلى قوله تعالى - (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَ كَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا) (١)، و للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و إذا قتل خطأ أدى ديتة إلى أوليائه ثم اعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا (٢)).

و عن المفيد و سلالر و ابن حمزه أنها مخيره، و هو واضح الضعف بعد عدم المستند كما اعترف بذلك فى الجواهر.

(١) من المرتبه.

(٢) متتابعات، و الترتيب المذكور هو المشهور لخبر بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل أتى أهله فى يوم يقضيه من شهر رمضان، قال: إن كان أتى أهله قبل زوال الشمس فلا- شىء عليه إلا- يوم مكان يوم، و إن كان أتى أهله بعد زوال الشمس فإن عليه أن يتصدق على عشره مساكين، فإن لم يقدر عليه صام يوماً مكان يوم، و صام ثلاثة أيام كفاره لما صنع) (٣)، و سنده مشتمل على الحارث بن محمد و هو مجهول لكنه منجبر بعمل المشهور. و التابع قد حكاه كشف اللثام عن الشيخين و جماعه، و ليس له مستند كما فى الجواهر و هو مخالف للعموم فى صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (كل صوم يفرق إلا ثلاثة أيام فى كفاره اليمين) (٤).

و عن ابن أبى عقيل اسقاط الكفاره، لخبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل فإن نوى الصوم ثم أفطر بعد ما زالت الشمس - بالنسبه لقاضى شهر رمضان -، قال عليه السلام: قد أساء و ليس عليه شىء إلا قضاء ذلك اليوم الذى أراد أن يقضيه) (٥)، و هو غير صالح لمعارضه مستند المشهور.

ص: ٨

١- (١) سورة النساء، الآية ٩٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤ و ٣.

(والمخيره كفاره شهر رمضان) في أجود القولين (١)،(و) كفاره (خلف النذر (٢) -و عن الصدوقين و ابن البراج أنها كفاره شهر رمضان لخبر زواره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل صام قضاء من شهر رمضان فأتى النساء، قال: عليه من الكفاره ما على الذي أصاب في شهر رمضان، لأن ذلك اليوم عند الله من أيام رمضان)(١)، و مرسل حفص بن سوجه عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يلاعب أهله أو جاريتيه و هو في قضاء شهر رمضان فيسبقه الماء فينزل، فقال: عليه من الكفاره مثل ما على الذي يجامع في شهر رمضان)(٢) و هذان لا يقاومان مستند المشهور.

و عن الحلبي و ابن زهره التخيير بين الاطعام و الصيام من دون ترتيب، و هذا لا مستند له كما اعترف بذلك في الجواهر.

(١)على المشهور للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (في رجل أفطر في شهر رمضان يوما واحدا من غير عذر، قال: يعتق نسمة أو يصوم شهرين متتابعين، أو يطعم ستين مسكينا)(٣).

و عن ابن أبي عقيل أنها مرتبه لخبر عبد المؤمن بن الهيثم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السّلام (إن رجلا أتى النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم فقال: هلكت و أهلكت، فقال: و ما أهلكك؟ قال: أتيت امرأتى في شهر رمضان و أنا صائم، فقال النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: اعتق رقبه، قال: لا أجد، فقال: صم شهرين متتابعين، قال: لا أطيق، فقال: تصدق على ستين مسكينا)٤.

(٢)على المشهور أنها مخيره ككفاره شهر رمضان للأخبار.

منها: صحيح عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن من جعل لله عليه أن لا يركب محرّما سماه فركبه، قال: و لا أعلمه إلا قال: فليعتق رقبه أو ليصم شهرين متتابعين أو ليطعم ستين مسكينا)(٤).

و عن الصدوق و المحقق في النافع أنها كفاره يمين للأخبار.

منها: خبر حفص بن غياث عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن كفاره النذر، فقال:

كفاره النذر كفاره اليمين)٦ و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن قلت: لله عليّ فكفاره يمين)٧، و هي محموله على التقيه لموافقته للعامة. -

ص: ٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام شهر رمضان حديث ٤ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يمسك عنه الصائم حديث ١ و ٥.

٤- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الكفارات حديث ٧ و ٤ و ١.

(و العهد (١) إن جعلناهما ككفاره رمضان، كما هو أصح الأقوال روايه.

(و فى كفاره جزاء الصيد) و هو الثلاث الأول من الثلاثه الأولى (٢) ممّا ذكر فى الكفارات، لا مطلق جزائه (٣)(خلاف) فى أنه مرتب، أو مخير (٤). و المصنف -و عن المرتضى و ابن إدريس و العلامه التفصيل فإذا كان النذر لصوم فكفاره رمضان، و إن كان لغيره فكفاره يمين للجمع بين الأخبار، و عن سلّار و الكراجكى أن كفاره النذر هى كفاره مرتبه ككفاره الظهار، و ليس لهما مستند كما فى الجواهر.

(١)فهى كفاره رمضان على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أحدهما عليه السلام (من جعل عليه عهد الله و ميثاقه فى أمر فيه لله طاعه، فحنت فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا)(١) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل عاهد الله فى غير معصيه، ما عليه إن لم يف بعهده؟ قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين)٢.

و عن بعضهم أنها كفاره يمين لأن العهد مثل اليمين فى الالتزام، و هو واضح الضعف مع ورود ما سمعت من الأخبار، و عن سلّار و الكراجكى أن كفاره النذر و العهد كفاره الظهار، و قال فى الجواهر: (لم نعثر لهما على مستند).

(٢)و الثلاثه الأولى و هى النعامه و بقره الوحش و حماره، و الطبى و الثعلب و الأرنب.

و الثلاث الأول فيها هى: البدنه فإن لم يجد يقوّم البدنه ثم يفض ثمنها على ستين مسكينا، فإن عجز صام ستين يوما فى قتل النعامه، و البقره الأهليه و مع العجز يفضّ ثمنها على ثلاثين مسكينا فإن عجز صام ثلاثين يوما فى قتل بقره الوحش و حماره، و الشاه و مع العجز يفض ثمنها على عشره مساكين فإن عجز صام عشره أيام فى قتل الطبى فعلى الخلاف المتقدم فهل فيها ما فى الطبى أم فيها شاه، و على الثانى فإن عجز عنها أطعم عشره مساكين فإن عجز صام ثلاثه أيام للبدل العام.

(٣)أى جزاء الصيد.

(٤)فالمشهور على الترتيب على ما تقدم فى كتاب الحج، و عن جماعه أنها للتخيير لقوله تعالى:

(وَمَنْ قَتَلَ مِنْكُمْ مَتَعِدًا فَجِزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعْمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدِيًّا بِالْبَالِغِ الْكَعْبَةِ، أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ، أَوْ عَدْلٌ ذَلِكُمْ صِيَامًا) (٢) و أو للتخيير و يدل عليه-

ص: ١٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و ١.

٢- (٣) سورة المائده، الآية ٩٨.

اختار فيما سبق الترتيب و هو أقوى، و مبنى الخلاف على دلالة ظاهر الآيه العاطفه للخصال بأو الداله على التخيير، و دلالة الخبر على أن ما فى القرآن بأو فهو على التخيير، و على ما روى نصا من أنها على الترتيب (١) و هو مقدم (٢).

فى المرتبه و المخبیره

(و التى جمعت) الوصفين (٣) (كفاره اليمين، و هى إطعام عشره مساكين، أو كسوتهم، أو تحرير رقبه) مخير بين الثلاث، (فإن عجز فصيام ثلاثه أيام (٤)، و كفاره الجمع لقتل المؤمن عمدا ظلما، و هى عتق رقبه و صيام شهرين) متتابعين، (و إطعام ستين مسكينا) (٥) و قد تقدم (٦) أن الإفطار فى شهر رمضان على محرم -صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (و كل شىء فى القرآن (أو) فصاحبه بالخيار يختار ما يشاء، و كل شىء فى القرآن (فمن لم يجد فعليه كذا) فالأول بالخيار(١) أى المختار و المتعين، و حمل لفظ (أو) هنا على التقسيم لا التخيير جمعا بينها و بين الأخبار المصرّحه بالترتيب و قد تقدم ذكر بعضها فى كتاب الحج.

(١) تقدم ذكرها فى كتاب الحج.

(٢) لأن النص مقدم على الظاهر.

(٣) من الترتيب و التخيير.

(٤) بلا- خلاف فى ذلك لقوله تعالى: (لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ، وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَوْ هَلِيكُمِ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ) (٢).

(٥) للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (كفاره الدم إذا قتل الرجل المؤمن متعمدا فعليه أن يمكن نفسه من أوليائه، فإن قتلوه فقد أدى ما عليه إذا كان نادما على ما كان منه، عازما على ترك العود، و إن عفى عنه فعليه أن يعتق رقبه و يصوم شهرين متتابعين و يطعم ستين مسكينا) (٣).

(٦) فى كتاب الصوم.

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقيه كفارات الإحرام حديث ١.

٢- (٢) سورة المائدة، الآيه: ٨٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

مطلقا (١) يوجبها أيضا (٢). فهذه جملة الأقسام.

و بقى هنا أنواع أختلف فى كفاراتها أتبعها بها فقال: (و الحالف بالبراءه (٣) (١) سواء كان أصلها كالزنا و شرب المسكر أم عارضا كوطء الحائض و أكل مال الغير.

(٢) أى يوجب كفاره الجمع.

(٣) لا خلاف فى حرمه الحلف بالبراءه من الله أو من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أو من أحد من الأئمه عليهم السلام من غير فرق بين الصادق و الكاذب، و بين الحانث و غيره لإطلاق الأخبار.

منها: مرسل ابن أبى عمير (سمع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رجلا يقول: أنا برىء من دين محمد، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ويلك إذا برئت من دين محمد فعلى دين من تكون؟ قال: فما كلمه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حتى مات) (١)، و خبر يونس بن ظبيان (قال لى: يا يونس لا تحلف بالبراءه منا، فإن من حلف بالبراءه منا صادقا كان أو كاذبا فقد برىء منا) (٢)، و خبر محمد بن ميمون عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عليهم السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: استدعون إلى سبى فسبوني، و تدعون إلى البراءه منى فمدوا الرقاب، فإنى على الفطره) (٣) و قال المفيد فى الارشاد (استفاض عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال:

ستعرضون من بعدى على سبى فسبوني، فمن عرض عليه البراءه منى فليمدد عنقه، فإن برىء منى فلا دنيا له و لا آخره) (٤).

نعم اختلف فى الكفاره: فعن الشيخين و جماعه أنها كفاره ظهار فإن عجز فكفاره يمين هذا مع الحنث، بل عن الطوسى و القاضى أنها كذلك و إن لم يحنث، و عن ابن حمزه أنها كفاره نذر، و عن الصدوق أنه يصوم ثلاثه أيام و يتصدق على عشره مساكين لخبر عمرو بن حريث عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل قال: إن كلم ذا قرابه له فعليه المشى إلى بيت الله، و كل ما يملكه فى سبيل الله، و هو برىء من دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم، قال:

يصوم ثلاثه أيام و يتصدق على عشره مساكين) (٤).

و عن العلامه فى المختلف و التحرير أن يطعم عشره مساكين لكل مسكين مدّ و يستغفر الله لمكاتبه محمد بن الحسن الصفار إلى أبى محمد العسكري عليه السلام (رجل حلف بالبراءه من-

ص: ١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الأيمان حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٨ و ٢١.

٤- (٥) الوسائل الباب - (٢) - من أبواب الكفارات حديث ٢.

(من الله ورسوله صلى الله عليه وآله وسلم والأئمة عليهم السلام) على الاجتماع (١) والافراد (٢) صادقا كان أم كاذبا، وفي الخير أنه يبرأ بذلك منهم صادقا وكاذبا، واختلف في وجوب الكفاره به مطلقا أو مع الحنث، فنقل المصنف هنا قولين من غير ترجيح، وكذا في الدروس (و) هو أنه (يكفر كفاره ظهار، فإن عجز فكفاره يمين على قول) الشيخ في النهايه وجماعه، ولم نقف على مستنده، وظاهرهم وجوب ذلك مع الحنث وعدمه ومع الصدق والكذب.

(و في توقيع العسكري عليه السلام) إلى محمد بن الحسن الصفار الذي رواه محمد بن يحيى في الصحيح (أنه) مع الحنث (يطعم عشرة مساكين) لكل مسكين مد (و يستغفر الله تعالى). والعمل بمضمونها حسن، لعدم المعارض مع صحه الروايه.

و كونها مكاتبه و نادره لا يقدره مع ما ذكرناه، و هو اختيار علامه في المختلف، و ذهب جماعه إلى عدم وجوب كفاره مطلقا (٣)، لعدم انعقاد اليمين، إذ لا حلف إلا بالله تعالى، و اتفق الجميع على تحريمه مطلقا (٤).

-الله ورسوله فحنث ما توبته و كفارته؟ فوق عليه السلام: يطعم عشرة مساكين، لكل مسكين مد، و يستغفر الله عز و جل(١).

و عن ابن إدريس و أكثر المتأخرين أنه يأنثم و لا كفاره، لأن القول الأول لا مستند له سوى دعوى الاجماع، و مخالفه الكثير له تضره، و كذا القول الثاني، و القول الثالث معتمد على خبر عمرو بن حريث و هو غير حائز شرائط الحجيه، و أما القول الرابع فهو و إن اعتمد على المكاتبه و هي صحيحه السند، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنها و لم يفتوا بمضمونها و هذا كاشف عن ضعفها و توهينها، نعم لا بأس بحملها على الندب.

(١) أي حلف بالبراءه من جميعهم.

(٢) أي حلف بالبراءه من أحدهم.

(٣) و إن لم يكن حائثا.

(٤) و إن حنث.

(٥) صادقا أو كاذبا، حائثا أو لا.

ص: ١٣

(و في جز المرأة شعرها في المصاب كفاره ظهار) (١) على ما اختاره هنا، وقبله العلامه في بعض كتبه و ابن إدريس، و لم نقف على المأخذ، (وقيل): كبيره (مخيره) ذهب إليه الشيخ في النهايه، استنادا إلى روايه ضعيفه، و في الدروس نسب القول الثاني إلى الشيخ و لم يذكر الأول.

و الأقوى عدم الكفاره مطلقا (٢)، لأصالة البراءه. نعم يستحب لصلاحيه الروايه لأدله السنن، و لا فرق في المصاب بين القريب و غيره للإطلاق (٣).

و هل يفرّق بين الكل و البعض (٤): ظاهر الروايه اعتبار الكل، لإفاده الجمع (١) كما عن سلار و الحلبي و ابن إدريس، و ليس له مستند إلا- دعوى الاجماع، و قيل: كما عن المراسم و الوسيله و الجامع و النافع و المقنعه و النهايه أنها كفاره شهر رمضان لخبر خالد بن سدير (سألت أبي عبد الله عليه السّلام عن رجل شق ثوبه - إلى أن قال - و إذا خدشت المرأة وجهها أو جزت شعرها أو نتفته، ففي جز الشعر عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكينا، و في الخدش إذ أدميت، و في النتف كفاره حنث يمين، و لا شيء في اللطم على الخدود سوى الاستغفار و التوبه، و لقد شققن الجيوب و لظمن الخدود الفاطميات على الحسين بن علي عليه السّلام، و على مثله تلطم الخدود و تشقّ الجيوب) (١)، و خالد بن سدير لم يوثق، و في سند الخبر محمد بن عيسى و هو ضعيف، بل قال الصدوق: إن كتابه موضوع، لذا ذهب المحقق و الفخر و ثانی الشهيدین إلى أنها تأثم و لا كفاره عليها للأصل بعد استضعاف الخبر، و فيه: إن الأصحاب قاطبه قد عملوا بالخبر بالنسبه لصدوره كما سيأتي، و بالنسبه لحكم النتف فالسند منجبر و لا داعى للتشكيك.

(٢) لا مرتبه و لا مخيره.

(٣) أى اطلاق الخبر المتقدم.

(٤) جزم الشارح في المسالك و الروضه اعتبار الكل، لأن الخبر قد اشتمل على (جز الشعر) و هو جمع معرف، و على (جزت شعرها) و هو مضاف، و الجمع المعرف و المضاف يفيد العموم.

و فيه: إنه منصرف إلى المتعارف الذي يتحقق في البعض بل اعتبار جز الكل نادر فلا يمكن حمل الخبر على الفرد النادر، و لذا اكتفى بالبعض صاحب الجواهر و سيد الرياض و قبلهما الشهيد في الدروس.

ص: ١٤

المعرّف، أو المضاف العموم. و استقرب في الدروس عدم الفرق، لصدق جز الشعر و شعرها عرفا بالبعض، و كذا الإشكال في إلحاق الحلق و الإحراق بالجز، من مساواته له (١) في المعنى و اختاره في الدروس، و من عدم النص (٢)، و أصله البراءة، و بطلان القياس، و عدم العلم بالحكمه (٣) الموجبه للإلحاق، و كذا إلحاق جزئه في غير المصاب به (٤) من عدم النص (٥)، و احتمال الأولويه (٦)، و هي ممنوعه (٧).

في ننف المرأة شعرها أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه

(و في ننفه) أى ننف شعرها،(أو خدش وجهها، أو شق الرجل ثوبه في موت ولده، أو زوجته كفاره يمين على قول الأكثر) (٨) و منهم المصنف في الدروس جازما به من غير نقل خلاف، و كذلك العلامه في كثير من كتبه.

و نسبته هنا إلى القول يشعر بتوقفه فيه و هو المناسب، لأن مستنده الروايه التي دلت على الحكم السابق، و المصنف اعترف بضعفها في الدروس، و ليس بين المسألتين (١) دليل الإلحاق لأنه في الكل إزالة الشعر، بل في الاحراق أولى.

(٢) دليل عدم الإلحاق لعدم اندراج الحلق و الاحراق تحت لفظ الجز الوارد في الخبر المتقدم، لأن الجز هو القص.

(٣) إذ يحتمل خصوصيه الجز في الحكم.

(٤) أى بالجز في المصاب.

(٥) دليل عدم اللاحق.

(٦) لأن المصاب قد أخذ على عقل الإنسان، ففي غير المصاب أولى لارتفاع مانع العقل.

(٧) أولا لأنه قياس ظني، و ثانيا لاحتمال كون الجز في المصاب مشعرا بعدم الرضا بقضاء الله تعالى دون الجز في غيره.

(٨) بل لا خلاف فيه كما في الجواهر لخبر خالد بن سدير المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شق ثوبه على أبيه أو على أمه، أو على أخيه، أو على قريب له، فقال: لا بأس بشق الجيوب، قد شق موسى بن عمران على أخيه هارون، و لا يشق الوالد على ولده، و لا زوج على امرأته، و تشق المرأة على زوجها، و إذا شقّ زوج على امرأته، أو والد على ولده فكفارته حنث يمين، و لا صلاح لهما حتى يكفرا، أو يتوبا من ذلك، فإذا خدشت المرأة وجهها) (١) إلى آخر ما تقدم في الحكم السابق.

ص: ١٥

فرق إلا تحقق الخلاف في الأول دون هذه. و الكلام في نتف بعض الشعر (١) كما سبق.

و لا فرق بين الولد للصلب و ولد الولد و إن نزل ذكرا، أو أنثى لذكر (٢).

و فى ولد الأنثى قولان أجودهما عدم اللحوق (٣)، و لا- فى الزوجه بين الدائم و المتمتع بها (٤)، و المطلقة رجعيًا زوجه، و لا يلحق بها الأمه و إن كانت سرّيه، أو أم ولد (٥). و يعتبر فى الخدش الإدماء كما صرحت به الروايه و أطلق الأكثر، و صرح جماعه منهم العلامه فى التحرير بعدم الاشتراط (٦)، و المعتبر منه مسماه (٧) فلا- يشترط استيعاب الوجه، و لا شق جميع الجلد (٨).

و لا يلحق به خدش غير الوجه و إن أدمى، و لا لطمه مجردا (٩)، و يعتبر فى الثوب مسماه عرفا (١٠)، و لا فرق فيه بين الملبوس و غيره، و لا- بين شقه ملبوسا و منزوعا، و لا بين استيعابه بالشق و عدمه (١١)، و لا كفاره بشقه على غير الولد (١) حيث تضمن الخبر (و فى النتف) و هو جمع معرف، و (نتفته)، فقد ذهب الشارح إلى اعتبار الكل لظاهر الروايه، و ذهب غيره إلى الاكتفاء بالبعض لأنه المنصرف من الخبر عرفا.

(٢) لإطلاق لفظ الولد - الوارد فى الخبر - عليه.

(٣) و هذا ما استقر به فى المسالك، و علّله فى الجواهر بالتبادر، و عن البعض أنه يطلق عليه لغه فيدخل.

(٤) لإطلاق الزوجه عليها، و كذا على الرجعيه.

(٥) لعدم صدق اسم الزوجه عليها.

(٦) أى عدم اشتراط الادماء و هو مطالب بالمستند - كما فى المسالك - خصوصا بعد تقييد الخدش بالادماء كما فى الخبر.

(٧) لإطلاق الخبر، و الخدش لا يكون إلا فى الوجه، فلا عبره بخدش غيره كما لا يعتبر استيعاب تمام الوجه.

(٨) فى المخدوش من الوجه، بل لو كان بعض المخدوش منه داميا يكفى.

(٩) عن الخدش، فلا شىء فيه لعدم صدق الخدش الذى هو عنوان الحكم المذكور.

(١٠) أى ما يسمى أنه ثوب، نعم لا فرق بين الملبوس و غيره للإطلاق.

(١١) كل ذلك لإطلاق الخبر المتقدم.

و الزوجه (١)، و أجازته (٢) جماعه على الأب و الأخ لما نقل من شق بعض الأنبياء (٣) و الأئمه (٤) عليهم السّلام فيهما (٥)، و لا فى شق المرأه على الميت مطلقا (٦) و إن حرم.

فى من تزوّج امرأه فى عدتها

(و قيل: من تزوّج امرأه فى عدتها فارقها و كفر بخمسه أصوع دقيقا (٧) (١) لأنه خارج عن مورد النص، بل الخبر قد صرح بجواز الشق على أبيه و أمه و أخيه.

(٢) أى شق الثوب.

(٣) كما وقع من موسى على هارون على ما فى الخبر المتقدم.

(٤) فى مرسل الفقيه (لما قبض على بن محمد الهادى عليه السّلام رأى الحسن بن على عليه السّلام قد خرج من الدار و قد شق قميصه عن خلف و قدام) (١)، و ما رواه فى كشف الغمه عن كتاب الدلائل لعبد الله بن جعفر الحميرى عن أبى هاشم الجعفرى قال: (خرج أبو محمد عليه السّلام فى جنازه أبى الحسن عليه السّلام و قميصه مشقوق، فكتب إليه ابن عون: من رأيت أو بلغك من الأئمه شق قميصه فى مثل هذا؟ فكتب إليه أبو محمد عليه السّلام: يا أحمق و ما يدريك ما هذا، قد شق موسى على هارون) (٢).

(٥) أى فى الأب و الأخ.

(٦) حتى على زوجها كما صرح الخبر المتقدم، و على ولدها، فلا كفاره لعدم النص، نعم فى غير المنصوص يكون محرّما لما فيه من إضاعه المال كما علّله فى المسالك، و فيه: بعد عدم ثبوت النص بإضاعه المال مطلقا لا تساعد على الحرمة فى كل مورد.

(٧) كما ذهب إليه الشيخ و ابن حمزه و العلامه و ولده لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن امرأه تزوجها رجل فوجد لها زوجا، قال: عليه الحد و عليها الرجم، لأنه قد تقدم بعلم و تقدمت هى بعلم، و كفارته إن لم يقمّ إلى الإمام أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا) (٣) و مرسل الصدوق عنه عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يتزوج المرأه و لها زوج، قال: إذا لم يرفع خبره إلى الإمام فعليه أن يتصدق بخمسه أصوع دقيقا بعد أن يفارقها) (٤) و صريح الخبرين فى المرأه ذات البعل، إلا أنهم حملوا المعتده عليها، أمّا الرجعية فواضح لصدق اسم الزوجه عليها، و أما فى البائن فلعدم الفرق بين العدتين مع أن إحداث قول ثالث بالتفصيل خرق للاجماع المركب.-

ص: ١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الدفن حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب الدفن حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

نسب ذلك إلى القول متوقفا فيه، و جزم به في الدروس، و مستنده روايه أبي بصير عن أبي عبد الله، و هي مع تسليم سندها لا تصريح فيها بالوجوب (١)، فالقول بالاستحباب أوجه، و في الروايه تصريح بالعالم، و أطلق الأكثر و لا حجه في لفظ الكفار (٢) على اختصاصها بالعالم (٣)، و لا فرق في العده بين الرجعيه و البائن، و عده الوفاه و غيرها (٤)، و في حكمها (٥) ذات البعل، و هو (٦) مصرح في الروايه، و لا بين المدخول بها و غيرها (٧)، و الدقيق في الروايه و الفتوى مطلق (٨). و ربما قيل باختصاصه بنوع يجوز إخراجه كفاره و هو دقيق (٩) الحنطه و الشعير.

في من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل

(و من نام عن صلاه العشاء حتى تجاوز نصف الليل أصبح صائما (١٠) - هذا و الفتوى مقتصره على ذات العده و الخبران مصرحان بذات الزوج، فما في الفتوى لا- شاهد له و ما في الخبرين لا عامل به، بالإضافة إلى ضعف السند أما الثاني فواضح للإرسال، و أما الأول فلاشتراك أبي بصير بين جماعه منهم الثقه و الضعيف، و في السند أيضا إسماعيل بن مزار و حاله مجهول، و لهذين الاشكاليين ذهب ابن إدريس و المحقق إلى إنكار وجوب التصديق المذكور استضعافا للخبرين بعد إعمال أصاله البراءه، و هو ما قواه الشارح في المسالك. نعم يعمل بها استحبابا تسامحا في أدله السنن.

(١) و هو خبر أبي بصير الأول، و أما مرسل الصدوق عنه فقد تضمن القول (فعليه أن يتصدق) و هي جمله خبريه قد قصد بها الانشاء فهي أبلغ في الوجوب من الأمر.

(٢) الوارد في فتوى الأكثر.

(٣) لأن الكفار تدارك لما فات الإنسان سواء كان عن اختيار أو لا.

(٤) كعده المنقطعه و الأمه كل ذلك لعدم إحداث قول ثالث كما تقدم في البائن.

(٥) أي حكم المعتده.

(٦) أي ما ذكر من ذات البعل.

(٧) لإطلاق الخبرين.

(٨) يشمل دقيق الحنطه و غيره من الشعير و الذره.

(٩) كما في التنقيح للانصراف و الاحتياط.

(١٠) كما عن الشيخ في النهايه و المرتضى في الانتصار و ابن زهره في الغنيه لخبر عبد الله بن المغيرة عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل نام عن العتمه فلم يرقم إلى انتصاف الليل، قال: يصلها و يصبح صائما) (١)، و ذهب ابن إدريس و المحقق و الفاضل و غيرهم -

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المواقيت حديث ٨.

ظاهرة كون ذلك على وجه الوجوب، لأنه مقتضى الأمر. و في الدروس، نسب القول به إلى الشيخ، و جعل الرواية به مقطوعه (١)، و حينئذ (٢) فالاستحباب أقوى، و لا فرق بين النائم كذلك (٣) عمدا و سهوا (٤)، و في إلحاق السكران به قول ضعيف (٥)، و كذا من تعمد تركها، أو نسيه من غير نوم (٦)، و لا يلحق به ناسى غيرها قطعا (٧)، فلو أفطر ذلك اليوم ففي وجوب الكفاره من حيث تعيينه على القول بوجوبه، أولا (٨) بناء على أنه كفاره فلا كفاره في تركها وجهان أوجهما الثاني و لو سافر فيه مطلقا (٩) أفطره و قضاها، و كذا لو مرض، أو حاضت المرأة، أو وافق العيد، أو أيام التشريق مع احتمال سقوطه حينئذ، و لو صادف صوما متعينا تداخلا مع احتمال قضاها.

-إلى عدم الوجوب استضعافا للمرسل المتقدم، نعم لا بأس بالاستحباب تسامحا في أدله السنن.

(١) بل مرسله.

(٢) أى حين كون الرواية مقطوعه.

(٣) حتى تجاوز نصف الليل.

(٤) لإطلاق الخبر.

(٥) لم أجده لشخص بعينه، نعم ضعفه للأصل بعد ورود النص في النائم، و قياس السكران عليه لا نقول به.

(٦) فلا كفاره في نسيان العشاء أو تعمد تركها للأصل بعد ورود النص في النائم كما عرفت، و قياسهما على النائم قياس باطل.

(٧) لعدم النص.

(٨) تابع الشارح في هذه الفروع الشهيد في الدروس حيث قال: (و لو أفطر في ذلك اليوم أمكن وجوب الكفاره لتعيينه، و عدمه لتوهم أنه كفاره و لا- كفاره فيها، و لو سافر فيه فالأقرب الإفطار و القضاء، و كذا لو مرض أو حاضت المرأة، مع احتمال عدم الوجوب فيهما و في السفر الضروري لعدم قبول المكلف الصوم، و كذا لو وافق العيد أو التشريق، و لو وافق صوما متعينا فالأقرب التداخل مع احتمال قضاها) انتهى، و لقد أجاد في الجواهر حيث قال: (لكن الجميع كما ترى مجرد تهجس، بل لعل إهمال ذلك كله و غيره دليل الاستحباب الذى يقع فيه مثل هذا الإهمال بخلاف الواجب).

(٩) مضطرا أو مختارا.

ص: ١٩

فى كفاره ضرب العبد فوق الحد

(و كفاره ضرب العبد فوق الحد) الذى وجب عليه بسبب ما فعله من الذنب، أو مطلقا (١) (عتقه (٢) مستحبا) عند الأكثر. وقيل: وجوبا و تردد المصنف فى الدروس مقتصرًا على نقل الخلاف، وقيل: المعبر تجاوز حد الحر (٣)، لأنه المتيقن و المتبادر عند الإطلاق، و لو قتله فكفارته كغيره (٤).

فى كفاره الإيلاء و فى تعين العتق فى المرتبه بوجدان الرقبه

(و كفاره الإيلاء كفاره اليمين) (٥)، لأنه يمين خاص، (و يتعين العتق فى المرتبه بوجدان الرقبه (٦) ملكا، أو تسيبًا) كما لو ملك الثمن و وجد البازل لها (١) فالإطلاق إما بلحاظ الحدود فقد ضربه فوق كل الحدود حتى تجاوز حد العبد و الحر كما عن بعض، و إما بلحاظ السبب، أى ضربه و إن لم يكن هناك ذنب و هذا ما صرح به فى الخبر الآتى.

(٢) وجوبا كما عن جماعه، و المستند فيه صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (من ضرب مملوكا حدا من الحدود من غير حد أوجه المملوك على نفسه لم يكن لضاربه كفاره إلا عتقه) (١).

و ذهب المحقق و العلامة و أكثر المتأخرين إلى الاستحباب لعدم الوثوق بالوجوب صريحا من عبارات القدماء كما فى الجواهر.

(٣) النص السابق ظاهر فيما إذا ضربه حدا من الحدود من غير ذنب، و الفتوى صريحه فى تجاوز الحد و هما متغايران، هذا من جهه و من جهه أخرى فالمعتبر فى الحد هو حد العبيد لا حد الأحرار لأنه المنصرف من الخبر، و قيل - كما فى المسالك - حد الأحرار، لأنه المتيقن، لأصالة بقاء الملك سليما عن تعلق حق العتق على مالكه، و هذا يأتى على القول بالوجوب، أما الاستحباب فلا.

(٤) فكفاره مرتبه إن كان القتل خطأ، و جمعا إن كان عمدا.

(٥) لأن الإيلاء من اليمين، إذ هو الحلف على ترك و طئ الزوجه على ما سيأتى تفصيله، و لكن يتميز عن مطلق اليمين بأحكام مخصوصه، و أما الكفاره فواحد.

(٦) بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدله حيث أبتدئ بتحرير رقبه ثم إذا لم يجد فصيام شهرين متتابعين، و وجدان الرقبه متحقق فيما لو كانت عنده رقبه، أو عنده ثمنها مع وجود البازل لها بالبيع و نحوه، نعم إن لم تكن عنده رقبه و لم يجد البازل لها، أو وجد و لكن فقد الثمن فينتقل إلى الصوم فى المرتبه.

ص: ٢٠

زياده (٦) على داره و ثيابه اللاتقين بحاله، و خادمه اللاتق به، أو المحتاج إليه، و قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبى النفقه، و وفاء دينه (١) و إن لم يطالب به. نعم لو تكلف العادم العتق أجزاءه (٢)، إلا مع مطالبه الديان (٣)، للنهي عن العتق حينئذ (٧) و هو عباده، و العبره بالقدره عند العتق (٤) لا الوجوه.

(و يشترط فيها الإسلام) (٥) و هو الإقرار بالشهادتين مطلقا (٦) على الأقوى، و هو المراد من الإيمان المطلوب فى الآيه، و لا يشترط الإيمان الخاص و هو الولاء على الأظهر.

(١) لأنه يشترط فى الثمن أن يكون زائدا عن هذه المستثنيات و إلا فلا يصدق عليه وجدان الرقبه.

(٢) لأن المأتى به قد طابق المأمور به، و هو مأمور به لأنه تكلف ذلك.

(٣) و هو الدائن فلا يجوز له بذل المال الموجود عنده فى شراء الرقبه لأنه منهي عنه بعد مطالبه الدائن بحقه.

(٤) لأن العبره بالقدره حال الأداء.

(٥) و هو المعبر عنه بالإيمان، و هو معتبر فى كفاره القتل عمدا أو خطأ بلا خلاف فيه للتصريح به فى الكتاب العزيز (وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٌ) (١) و هذا من حيثه كونه كفاره القتل لا من حيث كونه خطأ، فلذا اشترط الإيمان فى كفاره القتل العمدى أيضا، و أما فى غيرها فقليل بالاشتراط كما نسب إلى الأكثر لخبر سيف بن عميره عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: لا) (٢) و لقاعده الاشتغال التى تقتضى عتق المؤمنه، و به يحصل الفراغ اليقيني و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن الجنيد إلى عدم الاشتراط فى غير كفاره القتل للأصل و عملا بإطلاق أدله العتق.

ثم إن المراد بالإيمان هو الإسلام، و هو الاقرار بالشهادتين، و لا يعتبر التصديق القلبى لتعذر الاطلاع عليه غالبا، و كذلك لا يعتبر الإيمان الخاص و هو الاعتقاد بالأئمه عليهم السلام لتأخره عن زمن الخطابات بالعتق فلا يحمل عليه، نعم ذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان الخاص لقاعده الاشتغال.

(٦) و إن لم يكن مؤمنا بالأئمه عليهم السلام.

ص: ٢١

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٩٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٥.

و طفل أحد المسلمين بحكمه (١)، و إسلام الأخرس بالإشارة (٢)، و إسلام المسبى بالغاً بالشهادتين (٣)، و قبله (٤) بانفراد المسلم به (٥) عند المصنف و جماعه، (١) للسيره القطعيه على معاملة الطفل معامله أبويه و لخبر زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السّلام (إذا أسلم الأب جزّ الولد إلى الإسلام، فمن أدرك من ولده دعى إلى الإسلام فإن أبي قتل، فإذا أسلم الولد لم يجزّ أبويه، و لم يكن بينهما ميراث) (١). نعم ذهب ابن الجنيّد إلى اشتراط كونه بالغاً في كفاره القتل و تبعه على ذلك المحقق الثاني لخبر معمر بن يحيى عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يظاهر من امرأته، يجوز عتق المولود في الكفاره، فقال: كل العتق يجوز فيه المولود إلا في كفاره القتل، فإن الله تعالى يقول: فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، يعني بذلك مقرّه قد بلغت الحنث) (٢) و مثله غيره، إلا أن هذه الأخبار مهجوره عند الأصحاب كما في الجواهر لخبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السّلام (الرقبه المؤمنه التي ذكر الله إذا عقلت، و النسمة التي لا تعلم إلا ما قلته و هي صغيره) ٣ و خبر كردويه الهمداني عن أبي الحسن عليه السّلام (في قوله تعالى: فَتَحْرِيْرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ، كيف تعرف المؤمنه؟ قال: على الفطره) ٤.

(٢) بحيث إذا بلغ المملوك الأخرس و أبواه كافران، فأسلم بالإشارة حكم بإسلامه و أجزأ في العتق، بلا- خلاف فيه، لما روته العامه (أن رجلا- جاء إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و معه جاريه أعجميه أو خرساء، فقال: يا رسول الله عتق رقبه، فهل تجزي عنى هذه؟ فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: أين الله تعالى؟ فأشارت إلى السماء، ثم قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: من أنا؟ فأشارت إلى أنه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ له: اعتقها فإنها مؤمنه) (٣).

(٣) لأن الإسلام يتحقق بهما.

(٤) أى قبل البلوغ.

(٥) بحيث لو انفرد المسلم السابى به، و لم يكن الطفل تحت سلطه أبويه فقد ذهب الشيخ فى المبسوط إلى الحكم بإسلامه، تبعا للسابى محتجا بأن هذا الطفل لا حكم له بنفسه، و ليس هاهنا غير السابى فيحكم بإسلامه تبعا له و تبعه على ذلك جماعه، و عن المشهور العدم لعدم الدليل.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧٠ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الكفارات حديث ٦ و ٨ و ٧.

٣- (٥) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٨٨.

و ولد الزنا بهما (١) بعد البلوغ، و بتبعيه السابى على القول (٢)، و فى تحقيقه (٣) بالولادة من المسلم و جهان، من انتفائه (٤) شرعا. و تولده منه (٥) حقيقه فلا يقصر عن السابى، و الأول أقوى.

(و السلامه من) العيوب الموجهه للعتق (٦) و هى: (العمى و الإقعاد. و الجذام و التنكيل) الصادر عن مولاه، و هو أن يفعل به فعلا فظيحا بأن يجرد أنفه، أو يقلع أذنيه و نحوه لانعتاقه بمجرد حصول هذه الأسباب على المشهور، فلا يتصور إيقاع العتق عليه ثانيا.

و لا يشترط سلامته من غيرها من العيوب (٧) فيجزى الأعور، و الأعرج، (١) أى بالشهادتين.

(٢) أى قول المصنف و جماعه قبل البلوغ.

(٣) أى تحقق الإسلام لولد الزنا.

(٤) دليل العدم.

(٥) دليل التحقق.

(٦) بلا خلاف و لا اشكال فيه، فلا يجرى الأعمى و لا الأجدم و لا المقعد و لا المنكل به لتحقق العتق بحصول هذه الأسباب، فلا يحصل التحرير المأمور به فى الكفاره ففى خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (لا يجرى الأعمى فى الرقبه، و يجرى ما كان منه مثل الأقطع و الأشلّ و الأعرج و الأعور، و لا يجوز المقعد) (١)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبي عن علي عليهم السلام (العبد الأعمى و الأجدم و المعتوه لا يجوز فى الكفارات، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أعتقهم) ٢، و خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فىمن نكل بمملوكه أنه حر لا سبيل له، سائبه يذهب) (٢) و ذهب ابن إدريس إلى أن التنكيل ليس سببا للعتق و سيأتى بحته فى كتاب العتق. و قال فى المسالك: (فالتنكيل لغه فعل الأمر الفظيح بالغير، يقال: نكل به تنكيلا، إذ جعله نكالا لغيره، مثل أن يقطع لسانه أو أنفه أو أذنيه أو شفثيه و نحو ذلك، و ليس فى كلام الأصحاب ما يدل على المراد، بل اقتصروا على تعليق الحكم على مجرد الاسم تبعا لإطلاق النص).

(٧) بحيث إذا كان العيب لا يوجب نقصان ماليته كقطع بعض أنامله فلا خلاف فى كونه-

ص: ٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الكفارات حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

و الأقرع، و الخصى، و الأصم، و مقطوع أحد الأذنين و اليدين و لو مع إحدى الرجلين، و المريض و إن مات في مرضه، و الهرم، و العاجز عن تحصيل كفايته، و كذا من تشبث بالحرية (١) مع بقائه على الملك كالمدبر، و أم الولد (٢) و إن لم يجر بيعها، لجواز تعجيل عتقها.

-مجزيا لصدق الرقبه عليه، و أما إذا كان العيب يوجب النقصان كالأصم و الأخرس و من قطعت إحدى يديه أو رجله، فكذا لصدق الرقبه، و خالف ابن الجنيد في الناقص خلقه ببطلان الجارحه إذا لم يكن في البدن سواها كالأخرس دون الأشل من يد واحده، و هو شاذ ضعيف - كما في الجواهر - لصدق الرقبه على الجميع إلا ما خرج بالنص السابق.

(١) ذهب الشيخ في النهايه و القاضى ابن البراج و ابن الجنيد إلى عدم أجزاء المدبر إذ يشترط أن يكون العبد تام الملك لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل جعل لعبد العتق إن حدث به حدث، و على الرجل تحرير رقبه في كفاره يمين أو ظهار، أيجزى عنه أن يعتق عبده ذلك في تلك الرقبه الواجبه؟ قال: لا) (١)، و مضمّر عبد الرحمن (سألته عن رجل قال لعبد: إن حدث بي حدث فهر حر، و على الرجل تحرير رقبه في كفاره يمين أو ظهار، أله أن يعتق عبده الذي جعل له العتق إن حدث به حدث في كفاره تلك اليمين؟ قال: لا يجوز) (٢).

و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن إدريس و أكثر المتأخرين أنه يجزى و يكون عتقه فسحا للتدبير، لأنه بمنزله الوصيه يبطلها الناقل عن الملك، مع حمل الخبرين السابقين على من جعل ذلك بوجه لازم، و يؤيده صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل دبر مملوكا له ثم احتاج إلى ثمنه، فقال: هو مملوكه إن شاء باعه، و إن شاء أعتقه، و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه) (٣).

(٢) المشهور على جواز عتقها في الكفاره كما يجوز عتقها تبرعا لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (أم الولد تجزى في الظهار) (٤)، و عن ابن الجنيد عدم الجواز و هو مذهب بعض العامه لنقصان ملكها باستحقاقها العتق من جهه الاستيلاء، و هو ممنوع، لأنها تستحق العتق بعد موت سيدها لا مطلقا.

ص: ٢٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الكفارات حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب التدبير حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب التدبير حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

و فى أجزاء المكاتب الذى لم يتحرر منه شىء قولان (١)، و أجزاءه لا يخلو من قوه، دون المرهون (٢) إلا مع إجازة المرتهن، و المنذور عتقه (٣)، و الصدقه به (٤)، و إن كان (٥) معلقا بشرط لم يحصل بعد على قول (٦) رجحه المصنف فى الدروس.

(و الخلو عن العوض) (٧) فلو أعتقه و شرط عليه عوضا لم يقع عن الكفاره، لعدم تمحض القربه. و فى اعتاقه بذلك نظر (٨) و قطع المصنف فى الدروس بوقوعه، و كذا لو قال له غيره: أعتقه عن كفارتك و لك على كذا (٩)، و اعترف (١) قال الشيخ فى الخلاف لا- يجزى نظرا إلى نقصان الرق بتحقيق الكتابه، لأنها لانزله من قبل السيد، و قد خرج العبد بها عن الملك خروجا مترزلا.

و قال الأ-كثر أنه يجزى لصدق عنوان الرقبه، و لذا جاز عتقه تبرعا و ليس ذلك إلا لبقاء الرق، و ثبوت معامله الكتابه عليه مع وجوب الوفاء بها على سيده لا يقتضى خروجه عن الرق.

(٢) لأن الراهن ممنوع من التصرف فى المرهون بلا- خلاف فيه - كما سيأتى فى باب الرهن - و هذا الفرد منه، نعم مع إجازة المرتهن ينفذ العتق، لأن المنع كان لحقه فإذا أجاز زال المانع.

(٣) فلا يجوز عتقه فى الكفاره لتعين عتقه فى النذر.

(٤) أى المنذور بأن يتصدق به.

(٥) أى النذر.

(٦) قال فى الدروس: (و لا يجزى المنذور عتقه أو الصدقه به، و إن كان النذر معلقا بشرط لم يحصل بعد على الأقوى)، و إلا فمقتضى القواعد جواز عتقه فى الكفاره، ما لم يثبت النذر بتحقيق شرطه.

(٧) بحيث لو قال لعبد: أنت حر و عليك كذا، فلا يجزى عن الكفاره، بلا خلاف فيه، لأن قصد العوض ينافى الاخلاص المعلوم اعتباره فى العباده، و الكفاره منها.

(٨) ناشئ من أنه عتق صدر من أهله و قد وقع فى محله لأن قصده للعتق عن الكفاره يستلزم قصد مطلق العتق، و هو قول الشيخ فى المبسوط و الشهيد فى الدروس، و من أنه لم ينو العتق المطلق، و إنما نوى العتق عن الكفاره فلو وقع عن غيرها لزم وقوعه بغير نيه مع أن العتق مشروط بالنيه لأنه من العبارات.

(٩) فلا يقع عن الكفاره بالاتفاق، و إنما الكلام فى وقوع اعتناق العبد، و يجرى فيه الخلاف السابق.

المصنف هنا بعدم وقوع العتق مطلقاً (١)، نعم لو أمره بعتقه عن الأمر بعوض، أو غيره أجزأ (٢)، و النيه هنا من الوكيل، و لا بد من الحكم بانتقاله إلى ملك الأمر و لو لحظه، لقوله (ص): «لا عتق إلا في ملك (٣)» و في كونه هنا قبل العتق (٤) أو عند (١) لا عن الكفاره، و لا عن غيرها.

(٢) بحيث قال له: اعتق عبدك عنى ففعل، وقع العتق عن الأمر بغير خلاف، و كأنه أعتقه بنفسه لأن فعل الوكيل فعل الموكل، نعم لا بد من دخول العبد في ملك المعتق عنه لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا بعد نكاح و لا عتق إلا بعد ملك) (١) و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (و لا يعتق إلا ما يملك) (٢) و خبر النضر عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا عتق قبل ملك) (٣)، و قد اختلفوا في وقت دخوله على أقوال:

الأول: أن الملك يحصل عقيب الفراغ من لفظ الاعتراف على الاتصال، و هو قول الشيخ، و فيه: إنه يستلزم تأخر العتق عن الاعتراف بقدر ما يتوسطهما الملك، الثاني: أنه يحصل الملك بشروعه في لفظ الاعتراف، و يعتق إذا تم اللفظ بمجموع الصيغ، فجزء الصيغ سبب للملك حينئذ و هو قول المفيد و العلامة و فخر المحققين، و فيه لو فرض عدم تماميه الصيغ بعد الشروع فيها للزم خروج الرقبه عن الملك، و دخولها في ملك الأمر، و هذا مما لم يلتزم به أحد لعدم تحقق سبب الانتقال، الثالث: أنه يحصل الملك للأمر بالاستدعاء و يعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتراف، و يرد عليه أنه لو لم يتلفظ المالك بالإعتراف لوجب انتقال الرقبه إلى الأمر و هذا مما لم يلتزم به أحد. الرابع: أن الملك و العتق معا يحصلان عند تمام الإعتراف و فيه: أنه لا بد من تقدم الملك على العتق فكيف يتم وقوعهما معا في وقت واحد، الخامس: إن الملك يحصل بالاستدعاء المقترن بصيغ العتق بحيث يكون تمام الصيغ كاشفا عن سبق الملك عليها، مع الالتزام بأن عدم وقوع صيغ الإعتراف بعد الاستدعاء دال على عدم حصول الملك بالاستدعاء.

و لقد أجاد المحقق في الشرائع حيث قال: (و الوجه: الاقتصار على الثمره و هى صحه العتق عن الأمر، و براءه ذمته عن الكفاره، و لا يجب البحث عن وقت انتقال الملك إليه، فإن ذلك تخمين لا يرجع إلى دليل صالح).

(٣) عين هذا الخبر غير مروى من طرقنا، نعم ما هو مروى قد تقدم، و هو قريب منه فراجع.

(٤) أى قبل التلفظ بصيغ العتق، و يكون الملك عند الاستدعاء كما هو القول الثالث.

ص: ٢٤

الشروع فيه (١)، أو بعد وقوع الصيغته ثم يعتق (٢)، أو يكون العتق كاشفا عن ملكه بالأمر أو وجهه و الوجه انتقاله بالأمر (٣) المقترن بالعتق.

(و النيه) (٤) المشتمله على قصد الفعل على وجهه (٥) متقربا، و المقارنه (٦) للصيغته،(و التعيين للسبب) (٧) الذى يكفر عنه، سواء تعددت الكفاره فى ذمته أم لا، و سواء تغاير الجنس أم لا، كما يقتضيه الاطلاق (٨)، و صرح به فى الدروس.

و وجهه أن الكفاره اسم مشترك بين أفراد مختلفه، و المأمور به إنما يتخصص بمميزاته عن غيره مما يشاركه.

(١) كما هو القول الثانى.

(٢) كما هو القول الأول.

(٣) كما هو القول الخامس.

(٤)النيه معتبره فى الكفاره لتصريح أكثر من واحد بأنها من العبادات، و قد تقدم أن النيه متقومه بالقصد إلى الفعل مع القربه إلى الله، و أما باقى الخصوصيات فلا يجب قصدها إلا إذا توقف تمييز المأمور به عليها.

(٥)من قصد الوجوب أو الاستحباب، و قد عرفت عدم وجوبه.

(٦)بناء على أن النيه اخطاريه، و قد عرفت أنها قصديه.

(٧)إذا تعددت الكفارات عليه، و أما لو اتحدت الكفاره عليه فلا داعى لتعيين السبب لتمحض المأمور به فى الانطباق عليه.

و على تقدير تعدد الكفارات فتاره يتحد جنس سببها و أخرى يتعدد، فعلى تقدير اتحاد جنس السبب فالمشهور بين الأصحاب عدم وجوب التعيين، بل نقل الشارح فى المسالك عن الشهيد فى الشرح أنه لا يعرف لأحد من العلماء قولاً باشتراط التعيين، كل ذلك لصدق الامتثال بدون الاشتراط.

و على تقدير تعدد السبب فيما أن تتماثل الكفارات ككفاره الظهار و كفاره قتل الخطأ، و إما أن تختلف ككفاره اليمين مع كفاره شهر رمضان التى هى كبيره مخيره، فعلى الاختلاف فى خصالها فلا داعى لتعيين السبب لصدق الامتثال بعد تمحض المأمور به فى الانطباق على المأتى به، و على الاتفاق فى الخصال فلا بد من تعيين السبب لقاعده الاشتغال لامتناع صرف المأتى به إليها، و لا للبعض للترجيح من دون مرجح فلا بد من نيه التعيين، هذا هو مقتضى القواعد المقرره فى النيه التى تقدم البحث فيها فى العبادات.

(٨)أى اطلاق عباره الماتن.

و يشكل بأنه مع اتحادها في ذمته لا اشتراك، فتجزى نيته (١) عما في ذمته من الكفاره، لأن غيره ليس مأمورا به، بل ولا يتصور وقوعه منه في تلك الحاله شرعا، فلا وجه للاحتراز عنه كالقصر و التمام في غير موضع التخيير.

و الأقوى أن المتعدد في ذمته مع اتحاد نوع سببه (٢) كإفطار يومين من شهر رمضان، و خلف نذرين كذلك (٣)، نعم لو اختلفت أسبابه توجه ذلك (٤) ليحصل التمييز و إن اتفق مقدار الكفاره (٥)، و قيل: لا يفتقر إليه مطلقا (٦).

و على ما اخترناه (٧) لو أطلق برأت ذمته من واحده لا- بعينها فيتعين في الباقي الإطلاق سواء كان بعق أم غيره (٨) من الخصال المخيره، أو المرتبه على تقدير العجز، و لو شك في نوع ما في ذمته أجزاء الاطلاق عن الكفاره على القولين (٩)، كما يجزيه العتق عما في ذمته لو شك بين كفاره و نذر (١٠)، و لا يجزى (١) أي نيه العتق من دون ذكر السبب.

(٢) كان الكلام في تعدد جنس السبب سابقا، أما إذا اتحد الجنس و تعددت أفراده كمن عليه كفارتان لإفطار يومين من شهر رمضان فلا يجب التعيين لعدم اشتغال ذمته بغير كفاره افطار شهر رمضان.

(٣) أي فلا يجب التعيين كالفرع السابق.

(٤) أي التعيين للسبب.

(٥) بل التعيين في هذا الفرع لصلاحيه المأتي به للانطباق على أكثر من واجب، و أما لو اختلفت خصال الكفاره فلا داعي للتعين لعدم صلاحية الانطباق.

(٦) كما عن الشيخ في المبسوط في كل الأحوال لأصالة البراءة من الاشتراط، و هو ضعيف فيما لو توقف الامتثال على التمييز.

(٧) من تعدد الكفاره مع اتحاد النوع فلا يشترط نيه التعيين.

(٨) بحيث لو أعتق و لم ينو التعيين سقط إحداهما و بقيت الأخرى، و هذه الأخرى مخيره بين العتق و غيره بحيث يأتي بواحد من خصالها من دون نيه التعيين، و أما لو كانت الأخرى مرتبه فيجوز له أن يأتي بغير العتق على تقدير العجز عنه و كل ذلك من دون نيه التعيين.

(٩) أما على القول بعدم وجوب التعيين، لأنه لا يجب التعيين مع العلم فمع الجهل أولى، و على القول الثاني إنما وجب التعيين مع العلم، و بدونه لا يجب لأن تكليف التعيين مع الجهل تكليف بما لا يطاق فيسقط.

(١٠) بحيث لو نوى التكفير أو النذر فلا- يجزى، لأن النذر لا يجزى فيه نيه التكفير، و هو لا يجزى فيه نيه النذر، فيتعين أن ينوى إبراء ما في ذمته من أيهما.

ذلك فى الأول (١)، كما لا يجزى العتق مطلقا (٢)، و لا بنيه الوجوب (٣).

فى العجز عن العتق فى المرتبة

(و مع العجز) عن العتق (٤) فى المرتبة (٥) (يصوم (٦) شهرين متتابعين) هلالين (٧)، و إن (٨) نقصا إن ابتداء من أوله، و لو ابتداء من أثنائه أكمل ما بقى منه ثلاثين بعد الثانى (٩)، و أجزاء الهلالى فى الثانى، و لو اقتصر هنا (١٠) على شهر و يوم تعين العددى فىهما (١١)، و المراد بالتتابع أن لا- يقطعهما و لو فى شهر و يوم بالإفطار اختيارا (١٢) و لو (١) أى لا يجزى نيه ما فى الذمه فى الصورة السابقه فيما لو تعددت الكفاره و اتحد النوع لتردد المأتى به بين واجبين.

(٢) أى من دون ذكر عنوان الكفاره، لأن المأتى به لا يتمحض فى التكفير إلا بذكره فلا بد منه.

(٣) أى لا يجزىه العتق لو أتى به بنيه الوجوب فقط، لأنه قد يكون واجبا عليه فى غير الكفاره، فلا بد من نيه التكفير ليقع كفاره.

(٤) قد تقدم معنى وجدان الرقبه، و منه تعرف معنى العجز منها.

(٥) لأن فى المخيره يجوز له الصوم المذكور ابتداء.

(٦) فهو لازم فى المرتبة بعد العجز عن العتق بلا خلاف فيه، و لما مرّ من الأدله كتابا و سنه.

(٧) لأنه المراد شرعا عند الاطلاق.

(٨) إن وصله، لتحقق الامتثال بعد صدق صوم الشهرين عليه.

(٩) لأن الأول لا يمكن له أن يحمله على الهلالى بعد الابتداء فى أثنائه، و قيل: يتم من الشهر الثالث ما فاته من الأول فإذا ابتداء باليوم العاشر من الأول مثلا فيكون قد فاته تسعه أيام فيتمها فى الشهر الثالث لأنه أقرب إلى الشهر الحقيقى، و فيه أنه لا بد من احتساب الشهر ثلاثين عند انكساره و قيل: مع انكسار الأول ينكسر الجميع و يبطل اعتبار الأهله، لأن الثانى لا يدخل إلا بعد إكمال الأول، فلا يسلم له الثانى من أول الشهر الهلالى و هو الموافق للاعتبار و الاحتياط.

(١٠) أى فى صورته الابتداء من الأثناء.

(١١) للانكسار فى الشهرين.

(١٢) كما تقدم فى باب الصوم لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (صيام كفاره اليمين فى الظهار شهران متتابعان، و التابع أن يصوم شهرا و يصوم من الآخر أياما أو شيئا منه، فإن عرض له شىء يفطر منه أفطر ثم قضى ما بقى عليه، و إن صام شهرا ثم عرض له شىء فأفطر قبل أن يصوم من الآخر شيئا فلم يتابع، فليعد الصوم كله) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ٩.

بمسوغه (١) كالسفر، ولا- يقطعه غيره (٢) كالحيض و المرض و السفر الضرورى و الواجب (٣)، بل بينى على ما مضى عند زوال العذر على الفور هذا إذا فاجأه السفر.

أما لو علم به قبل الشروع لم يعذر (٤) للقدره على التتابع فى غيره، كما لو علم بدخول العيد، بخلاف الحيض، للزومه فى طبيعه عادته، و الصبر إلى سن اليأس تغرير بالواجب، و إضرار بالمكلف، و تجب فيه النيه (٥)، و التعيين (٦) كالتعق، و ما يعتبر فى نيته (٧)، و لو نسيها ليلا جردها إلى الزوال فإن استمر إليه لم يجوز و لم (١) أى مسوغ الافطار.

(٢) أى غير الافطار الاختيارى.

(٣) شرعا و كذا لو افطرت الحامل و المرضع مع الخوف على النفس، للأخبار.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل عليه صيام شهرين متتابعين فصام شهرا و مرض، قال: بينى عليه، الله حسبه، قلت: امرأه كان عليها صيام شهرين متتابعين فصامت و أفطرت أيام حيضها، قال: تقضيها، قلت: فإنها قضتها ثم ينست من المحيض، قال: لا تعيدها، اجزأها) (١) و خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كان عليه صيام شهرين متتابعين فصام خمسة عشر يوما ثم مرض، فإذا برأ أ بينى على صومه أم يعيد صومه كله؟ قال: بينى على ما كان صام، ثم قال: هذا مما غلب الله عليه، و ليس على ما غلب الله عز و جل عليه شىء) ٢ و من التعليل يستفاد جواز البناء على ما مضى إذا كان الإفطار لعذر مهما كان نوعه.

(٤) كما لو علم بدخول العيد فى الشهر الأول فلا يجوز له أن يصوم شعبان إلا مع صوم يوم قبله، و لا يجوز أن يصوم الشهر الأول فى ذى الحجه لأنه لا يسلم له و يدل عليه صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل صام فى ظهار شعبان ثم أدركه رمضان، قال: يصوم شهر رمضان و يستأنف الصوم، فإن صام فى الظهار فزاد فى النصف يوما قضى بقيته) (٢).

(٥) أى فى صوم الكفاره لأنه من العبادات.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) أى فى نيه الصوم.

ص: ٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١٠ و ١٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

يقطع التتابع على الأقوى (١).

فى من عجز عن الصيام فى المرتبه

(و مع العجز) عن الصيام (يطعم ستين مسكينا) فما يجب فيه ذلك ككفاره شهر رمضان (٢)، و قتل الخطأ، و الظهار، و النذر (٣) لا- مطلق المرتبه، فإنه فى كفاره إفطار قضاء رمضان، و كفاره اليمين إطعام عشره و أطلق الحكم اتكالا على ما علم (إما إشباعا) فى أكله واحده (أو تسليم مدّ إلى كل واحد على أصح القولين) (٤) (١) بل هو المشهور بينهم لأن النسيان عذر، و يحتمل القطع لأن النسيان مستند إلى تقصيره و إهماله و عدم اهتمامه بالصوم و هو احتمال ضعيف. و لم ينسب الخلاف إلى أحد.

(٢) قد عرفت أنها مخيره و ليست مرتبه فالتمثيل بها ليس فى محله، إلا على قول ابن أبى عقيل من أنها مرتبه.

(٣) و التمثيل به على قول سلاز و الكراجكى حيث ذهبا إلى أن كفاره خلف النذر مرتبه ككفاره الظهار.

(٤) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قال الله عز و جل لنبيه صلى الله عليه و آله و سلم: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ ما أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ قد فرض الله لك تحله أيمانكم، فجعلها يمينا و كفرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: بما كفر؟ قال أطعم عشره مساكين لكل مسكين مد، قلنا: فمن وجد الكسوه؟ قال: ثوب يوارى عورته) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و إذا قتل خطأ أدى دينه إلى أوليائه ثم اعتق رقبه، فإن لم يجد صام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع أطعم ستين مسكينا مدا (٢) و مثلها غيرها الوارد، فى كفاره شهر رمضان.

و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و النهايه و ابن حمزه فى الوسيله و الطبرسى فى مجمع البيان مدان مع القدره، و مع العجز مد لخبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام (فى كفاره الظهار قال: تصدق على ستين مسكينا ثلاثين صاعا، لكل مسكين مدين مدين) (٣)، و حمل عند المشهور على الاستحباب.

هذا كله على تقدير التسليم إلى المستحق، و لكنه غير لازم بل يتخير بينه و بين أن يطعمه مره إلى أن يشبع لصدق الاطعام بذلك، قال الله تعالى: (لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي -

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٦.

فتوى و سندا و قيل مدان مطلقا (١)، و قيل: مع قدره، و يتساوى فى التسليم الصغير و الكبير من حيث القدر (٢) و إن كان الواجب فى الصغير تسليم الولى، و كذا فى الإشباع (٣) إن اجتمعوا و لو انفرد الصغار احتسب الاثنان بواحد و لا -أَيْمَانِكُمْ، وَ لَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ، فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ (١)، و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (سأله عن أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ فقال: الخل و الزيت و التمر و الخبز يشبعهم به مره واحده، قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد) (٢)، و عن المفيد و سلار و القاضى و ابن زهره الاشباع فى يومه لخبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن قول الله تعالى: من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم، فى كفاره اليمين، قال: ما يأكل أهل البيت يشبعهم يوما، و كان يعجبه مد لكل مسكين) (٣) و هى محموله على الاستحباب جمعا بينها و بين ما تقدم، و عن ابن الجنيد أنه يطعمه فى الغداه و العشاء و لم أجد دليلا على هذا التعيين.

(١) ليس قولنا ثالثا بل هو راجع لقول الشيخ.

(٢) لصدق تسليم المد لكل مسكين و يدل عليه صحيح يونس بن عبد الرحمن عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن رجل، عليه كفاره إطعام عشره مساكين، أ يعطى الصغار و الكبار سواء، و الرجال و النساء، أو يفضل الكبار على الصغار و الرجال على النساء؟ قال: كلهم سواء) (٤).

(٣) فإن أشيع الكبار فلا خلاف، و إن أشيع الصغار فتاره منضمين إلى الكبار فيحسب الواحد بواحد على المشهور، و عن المفيد أنه يحسب الاثنان واحدا، و أخرى منفردين فلا بد من احتساب الاثنان بواحد بلا خلاف فيه كما فى الرياض، و الأصل فيه خبر غياث بن إبراهيم عن عبد الله عليه السّلام (لا يجزى إطعام الصغير فى كفاره اليمين، و لكن صغيرين بكبير) ٥ و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: من أطعم فى كفاره اليمين صغارا و كبارا فليزود الصغير بقدر ما أكل الكبير) (٥)، و صحيح الحلبي عن -

ص: ٣٢

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ٩.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات حديث ٣ و ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

يتوقف (١) على إذن الولي (٢).

و لا- فرق بين أكل الصغير كالكبير، و دونه (٣)، لإطلاق النص و ندوره (٤)، و الظاهر أن المراد بالصغير غير البالغ مع احتمال الرجوع إلى العرف (٥)، و لو تعذر العدد في البلد و جب النقل إلى غيره مع الإمكان (٦)، فإن تعذر كرر على الموجودين في الأيام بحسب المتخلف (٧).

-أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: من أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: هو كما يكون، أنه يكون في البيت من يأكل المد، و منهم من يأكل أكثر من المد، و منهم من يأكل أقل من المد، فبين ذلك) (١).

فالصحيح الأخير دال على عدم وجوب اعطاء أكثر مما يأكله و إن كان أقل من المدّ فلا بد من حمل الخبر الثاني الظاهر في الاجتماع على الاستحباب، و أما الخبر الأول فيحمل على صورته الانفراد جمعا بينه و بين الصحيح المذكور هذا ما عليه المشهور، و فيه: ان الصحيح ناظر إلى التسليم و كلامنا في لإشباع، و كذا الخبر الثاني، و أما الأول فهو شامل للانفراد و الاجتماع من دون مخصص له فالأقوى عدم احتساب الواحد بواحد بل احتساب الاثنين منهم بواحد.

(١) أى الاشباع.

(٢) لأنه ليس تصرفا في حاله أو أفعاله حتى يحتاج إلى الإذن.

(٣) أى دون الكبير لإطلاق النص، و هو خبر أبي بصير المتقدم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن أوسط ما تطعمون أهليكم، قال: ما تقوتون به عيالكم من أوسط ذلك، قلت: و ما أوسط ذلك؟ قال: الخل و الزيت و التمر و الخبز يشبعهم به مره واحده) (٢).

فلا فرق بين الصغير و الكبير فى الأكل و لو اختلفا، كما يختلف الكبار فى مقدار الأكل.

(٤) أى ندور أكل الصغير كالكبير، و هى عله ثانيه لعدم الفرق، لأنه لو قلنا باشتراط التساوى بين الأكلين للزم عدم جواز اجتماع الصغار مع الكبار إلا على نحو النادر، مع أن بعض الروايات ظاهره بالاجتماع و لا يمكن حملها على الفرد النادر.

(٥) قال فى المسالك (لا تقدير فى الكبر و الصغر شرعا فيرجع فيهما إلى العرف).

(٦) لتوقف الواجب عليه.

(٧) فإنه يجوز التكرار على الواحد مع تعذر غيره بلا خلاف لخبر السكوني عن أبي عبد-

ص: ٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الكفارات حديث ٥.

و المراد بالمسكين هنا (١) من لا يقدر على تحصيل قوت سنته فعلا و قوه فيشمل الفقير، و لا يدخل الغارم و إن استوعب دينه ماله، و يعتبر فيه الإيمان (٢)، و عدم وجوب نفقته على المعطى (٣)، أما على غيره فهو غنى مع بذل المنفق، و إلا فلا.

و بالطعام مسماه (٤) كالحنطه و الشعير و دقيقهما و خبزهما و ما يغلب على قوت -الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن لم يجد في الكفاره إلا الرجل و الرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشره، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا)(١).

(١) أى فى باب الكفارات، لأن المسكين هنا لا يشمل الغارم، و قد أدرج الغارم فى مستحق الزكاه للدليل و كذا ابن السبيل.

(٢) و هو الإيمان بالمعنى الخاص، فلم يشترطه المحقق بل اكتفى بالإسلام لعموم أدله الاطعام فى الكفارات، و لموثق إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام (و قد سأله عن الكفاره إلى أن قال - قلت: فيعطيه الضعفاء من غير أهل الولاية؟ قال: نعم، و أهل الولاية أحب إلى)(٢).

و ذهب الشيخ و قواه العلامة إلى اشتراط الإيمان مع الامكان، و قال فى المسالك: (ليس عليه نص بخصوصه)، و ذهب ابن الجنيد و ابن البراج إلى اشتراط الإيمان مطلقا، و ذهب ابن إدريس إلى اشتراط الإيمان و العدالة، و دليل القولين الأخيرين ما تقدم فى الزكاه، و الملازمه ممنوعه كما فى المسالك.

(٣) بلا- خلاف لاشتراط المسكنه فى مصرف الكفاره، و من وجبت نفقته على المعطى كالمودين و الزوجه و المملوك فإنهم يصيرون أغنياء بالدافع فلا يجوز له إعطاءهم من الكفاره.

هذا كله مع بذل المنفق، و أما مع عدمه فكذلك قال فى المسالك (فلا يجوز له صرفها إليهم حتى لو منعهم من النفقه و صاروا محتاجين فحكمهم كذلك بالنسبه إليه، لأن الشرط مقدور عليه من جهته و التقصير واقع منه، فلم يفترق الحال بين بذل النفقه و عدمه، بخلاف الأجنبى فإن تحريم دفعه الكفاره إليهم مشروط ببذل المنفق ما يجب عليه لهم من النفقه ليصيروا أغنياء، فلو لم يكن باذلا لهم و صاروا محتاجين، جاز لغيره أن يعطيهم منها لتحقق الوصف فيهم).

(٤) أى كل ما يؤكل و يسمى طعاما لإطلاق النصوص.

ص: ٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

البلد، و يجزى التمر و الزبيب مطلقا (١)، و يعتبر كونه سليما (٢) من العيب و المزج بغيره، فلا يجزى المسوس، و الممتزج بزوان و تراب غير معتادين، و النيه (٣) مقارنه (٤) للتسليم إلى المستحق، أو وكيه، أو وليه، أو بعد وصوله إليه قبل إتلافه، أو نقله (٥) عن ملكه، أو للشروع فى الأكل، و لو اجتمعوا فيه (٦) ففى الاكتفاء بشروع واحد، أو وجوب تعددها مع اختلافهم (٧) فيه و جهان (٨).

(و إذا كسى الفقير فتوب) فى الأصح (٩)، و المعتبر مسماه (١٠) من إزار (١) سواء غلب على قوت البلد أو لا.
(٢) للانصراف.

(٣) لأن الكفاره من العبادات.

(٤) إذا كانت اخطاريه و قد عرفت أنها قصديه فلا داعى لهذا التشقيق.

(٥) عطف على إتلافه.

(٦) فى الأكل.

(٧) فى الشروع.

(٨) من أن كل أكله واجبه فتجب نيتها معها، و من أن مجموع الأكلات كفاره واحده فيكفيها نيه واحده للجميع.

(٩) كما عن الشيخ و الحلبي و ابن بابويه و ابن سعيد و العلامه و الشهيدين للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (ثوب يوارى به عورته) (١)، و صحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (قلت: كسوتهم؟ قال: ثوب واحد) ٢ و عن القاضى و الشيخ و ابن زهره و الفاضل فى القواعد و فخر المحققين بحمل هذه الأخبار على العجز و إلامع الاختيار ثوبان جمعا بينها و بين أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لكل إنسان ثوبان) (٢) و خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: أو كسوتهم؟ قال: ثوبين لكل رجل) ٤ و خبر أبي خالد القمات عنه عليه السلام (و الكسوه ثوبان) ٥، و هى محموله على الاستحباب عند أصحاب القول الأول.

(١٠) قال فى المسالك: (و اعلم أن المعتبر فى الثوب أو الثوبين ما يتحقق به الكسوه عرفا كالجبهه و القميص و الإزار و السراويل و المقنعه للأنثى، دون المنطقه و الخف و القلنسوه، -

ص: ٣٥

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ١ و ٩ و ١٣.

و رداء، و سراويل، و قميص (و لو غسيلا (١) إذا لم يتخرق) أو ينسحق جدا بحيث لا ينتفع به إلا قليلا وفاقا للدروس (٢)، و جلسه القطن و الكتان و الصوف و الحرير الممتزج، و الخالص للنساء و غير البالغين، دون الرجال و الخناثي، و الفرو و الجلد المعتاد لبسه و القنب و الشعر كذلك (٣)، و يكفى ما يسمى ثوبا للصغير و إن كانوا منفردين، و لا يتكرر على الموجودين لو تعذر العدد مطلقا (٤)، لعدم النص (٥) مع احتمالاه (٦).

فى من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما

(و كل من وجب عليه صوم شهرين متتابعين فعجز عن صومهما) أجمع (صام ثمانية عشر يوما) (٧) و إن قدر على صوم أزيد منها، (فإن عجز) عن صوم -و أقله ما يستر العورتين كالمئزر إن اعتيد لبسه و إلا فلا، و لو صلح كسوه للصغير دون الكبير كفى إن دفعه بنيه الصغير دون الكبير، و المعتبر فى جنسه ما يعدّ معه كسوه عرفا كالقطن و الكتان و الصوف و الحرير للنساء و الفرو و الجلد المعتادين، و كذا القنب و الشعر إن اعتاداه، و إلا فلا، و يجوزى كسوه الصغار و إن انفردوا للعموم، و يستحب الجديد، و يجوزى غيره إلا أن ينسحق أو يتخرق). انتهى.

(١) أى مغسولا.

(٢) لإطلاق الأدله و خالف فى ذلك الوسيله و الإصباح.

(٣) أى المعتاد لبسهما.

(٤) مع وجود المستحق فى البلد الآخر مع تعذر النقل أو مع عدم وجود المستحق.

(٥) أى لعدم النص فى تكرار الكسوه على الموجودين، بخلاف الاطعام فإنه يكرر الاطعام لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن لم يجد فى الكفاره إلا الرجل و الرجلين فيكرر عليهم حتى يستكمل العشره، يعطيهم اليوم ثم يعطيهم غدا) (١).

(٦) أى احتمال التكرار فى الكسوه كما فى الاطعام، و فيه: إنه قياس مع أنه لو كرر لكسى المسكين عشره أثواب فى عشره أيام و هو بعيد عن مذاق الشارع بخلاف الاطعام فلو أطمع على عشره أيام و هو محتاج لكان أمرا راجحا.

(٧) و الأصل فيه خبر أبى بصير و سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون عليه صيام شهرين متتابعين فلم يقدر على الصيام و لم يقدر على العتق و لم يقدر على الصدقه،-

ص: ٣٦

الثمانيه عشر أجمع (تصدق عن كل يوم) من الثمانيه عشر (بمد) من طعام (١)، وقيل: عن الستين (٢)، و يضعف بسقوط حكمها (٣) قبل ذلك (٤) و كونه (٥) خلاف المتبادر، و عدم صحته فى الكفاره المخيره، لأن القادر على إطعام الستين يجعله أصلا لا بدلا، بل لا يجزيه الثمانيه عشر مع قدرته على إطعام الستين، لأنها (٦) بدل اضطرارى، و هو (٧) بدل اختياري، (فإن عجز) عن إطعام القدر المذكور، -قال: فليصم ثمانيه عشر يوما عن كل عشره مساكين ثلاثه أيام(١) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ظاهر امرأته فلم يجد ما يعتق و لا ما يتصدق و لا يقوى على الصيام، قال: يصوم ثمانيه عشر يوما لكل عشره مساكين ثلاثه أيام)(٢).

(١) لما تقدم فى كتاب الصوم من أن الشيخ الكبير و ذا العتاش يتصدقان عن كل يوم بمد كما فى صحيح محمد بن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الشيخ الكبير و الذى به العتاش لا حرج عليهما أن يفطرا فى شهر رمضان، و يتصدق كل واحد منهما فى كل يوم بمد من طعام، و لا قضاء عليهما)(٣) و مثله غيره، بل اطعام الستين مع تعذر الشهرين فى المرتبه يومئ إلى ذلك كما فى الجواهر.

(٢) و قد جعله فى نهايه المراد أحد الوجهين، و فيه: أولا أن الصدقه بعد العجز عن صوم الثمانيه عشر يوما المترتب على العجز عن صوم الستين فكيف يرجع إليها بعد الخروج عنها كما فى المسالك، و ثانيا: إن هذا الحكم يشمل صوم الشهرين فى الكفاره المخيره فلو فرضنا أن الصدقه عن ستين يوما هى البدل للعجز عن صوم الثمانيه عشر يوما فيكون قادرا من رأس على أحد خصال الكفاره و معه لا داعى لفرض صوم الثمانيه عشر يوما عند العجز عن صوم الستين.

(٣) أى حكم الستين.

(٤) عند صوم الثمانيه عشر.

(٥) عطف على (سقوط حكمها).

(٦) الثمانيه عشر.

(٧) أى الاطعام عن الستين.

ص: ٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بقيه الصوم الواجب حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب - من يصح منه الصوم حديث ١.

و إن قدر على بعضه (استغفر الله تعالى) (١) و لو مره بنيه الكفارہ.

(١) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (كل من عجز عن الكفارہ التى تجب عليه من صوم أو عتق أو صدقه فى يمين أو نذر أو قتل أو غير ذلك مما يجب على صاحبه فيه الكفارہ، فالاستغفار كفارہ ما خلا يمين الظهار) (١) و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن شىء من كفارہ اليمين - إلى أن قال - قلت: فإن عجز عن ذلك، قال:

فليستغفر الله تعالى و لا يعود) (٢) و خبر داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الاستغفار توبه و كفارہ لكل من لم يجد السبيل إلى شىء من الكفارہ) (٣)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (و إلا يجد ذلك فليستغفر ربه و ينوى أن لا يعود، فحسبه ذلك و الله كفارہ) (٤).

ص: ٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ٦.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الكفارات حديث ٣ و ٤.

كتاب النذر و توابعه

اشاره

ص: ۳۹

فى شرط الناذر

(و شرط الناذر الكمال) بالبلوغ و العقل (٢)،(و الاختيار (٣) و القصد (٤) إلى مدلول الصيغه،(و الإسلام (٥)،...)

(١) فهو لغة الوعد بخير أو شر، و شرعا هو الالتزام بفعل أو ترك قربه إلى الله، و يدل على مشروعيته قوله تعالى: (يُؤْفُونَ بِالنَّذْرِ) (١) و قوله تعالى: (وَلْيُؤْفُوا نُذُورَهُمْ) (٢)، و الأخبار الكثيره التى سيمر علينا بعضها.

(٢) بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم (٣).

(٣) بلا خلاف فيه، و أما المكروه فلا أثر لقوله فى وجوب الوفاء بالنذر لحديث رفع عن أمتى (٤).

(٤) بلا خلاف فيه لأنه مع عدمه فتكون العبارة كالعدم، فالنائم و المغمى عليه و السكران و الغضبان الذى سلب القصد بغضبه لا ينعقد منهم النذر.

(٥) لأنه يشترط فى النذر نيه التقرب، و هى متعذره: فى حق الكافر بجميع أقسامه، نعم لو نذر الكافر ثم أسلم استحج له الوفاء كما صرح به غير واحد، و لما روته العامه عن عمر أنه قال لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (إنى كنت نذرت اعتكاف ليله فى الجاهليه، فقال له -

ص: ٤١

١- (١) سورة الإنسان، الآية: ٧.

٢- (٢) سورة الحج، الآية: ٢٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

(و الحريه (١) فلا ينعقد نذر الصبى و المجنون مطلقا (٢)، و لا المكره، و لا غير القاصد كموقع صيغته عابثا، أو لاعبا، أو سكران، أو غاضبا غضبا يرفع قصده إليه و لا الكافر مطلقا (٣)، لتعذر القربه على وجهها منه، و إن استحب له الوفاء به لو أسلم، و لا نذر المملوك، (إلا أن يجيز المالك) قبل إيقاع صيغته، أو بعده (٤) على -النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: أوف بنذرک) (١)، و لو قيل: إن الكافر إذا كان مقرا بوحدانيه الله فيتحقق منه التقرب إلى الله، و إن لم يثاب لعدم إيمانه بالنبوه الخاصه، و لازمه صحه نذره لكان حسنا كما ذهب إليه بعضهم.

(١) فلا يصح نذر المملوك إلا بإذن سيده، بلا خلاف فيه كما فى المسالك و الرياض لخبر قرب الإسناد (أن عليا عليه السلام كان يقول: ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده) (٢).

(٢) أى سواء كان الصبى مميزا أو لا، و سواء كان الجنون ادواريا أو اطلاقيا.

(٣) و إن كان مقرا بوحدانيه الله تعالى.

(٤) وقع الخلاف بينهم فى أن إذن السيد هل هو شرط فى صحه نذر العبد، أو لا و لكن للسيد حلّ النذر لو صدر من العبد بدون إذنه، فذهب المشهور إلى الثانى، و ذهب البعض إلى الأول لتوقف النذر على الإذن كما هو ظاهر الخبر المتقدم، و سيأتى له تتمه كلام.

و قد الحق به اشتراط إذن الزوج فى نذر الزوجه لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمر فى عتق و لا صدقه و لا تدبير و لا هبه و لا نذر فى مالها إلا بإذن زوجها، إلا فى حج أو زكاه أو بر والديها، أو صله رحمها) ٣، هذا على المشهور بين المتأخرين كما فى المسالك، و ألحق به العلامه فى بعض كتبه و الشهيد فى الدروس نذر الولد حيث إنه متوقف على إذن الأب، و لا نص على الإلحاق فى باب النذر، و إنما ورد نص على الإلحاق فى اليمين و هو: خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يمين لولد مع والده، و لا للمرأة مع زوجها، و لا للملوك مع سيده) (٣) و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا يمين للولد مع والده، و لا للملوك مع مولاه، و لا للمرأة مع زوجها، و لا نذر فى معصيه، و لا يمين فى قطيعه) ٥.

ص: ٤٢

١- (١) نقلا عن جواهر الكلام ج ٣٥ ص ٣٥٧-٣٥٨، و المسالك ج ٢ ص ٢٠٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢ و ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٢.

المختار عند المصنف، (أو تزول الرقيه) قبل الحل (١) لزوال المانع.

و الأقوى وقوعه بدون الإذن باطلاً لنفى ماهيته فى الخبر (٢) المحمول على نفى - و وجه الإلحاق مشابهه النذر لليمين فى الالتزام لله تعالى، و فى الكثير من الأحكام، و لتسميه النذر يمينا فى أكثر من خبر، كما فى خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام (قلت له: إن لى جاريه ليس لها منى مكان ولا ناحيه، و هى تحتل الثمن إلا إني كنت حلفت فيها بيمين، فقلت: لله على أن لا أبيعها أبدا، و لى إلى ثمنها حاجه مع تخفيف المئونه، فقال: ف لله بقولك) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يحلف بالنذر و نيته فى يمينه التى حلف عليها درهم أو أقل، قال: إذا لم يجعل الله فليس بشيء) (٢)، و خبر سماعه (إنما اليمين الواجبه التى ينبغى لصاحبها أن يفى بها ما جعل الله عليه فى الشكر إن هو عافاه من مرضه، أو عافاه من أمر يخافه، أو ردّ عليه ماله، أو رده من سفر، أو رزقه رزقا، فقال: لله على كذا و كذا شكرا، فهذا الواجب على صاحبه الذى ينبغى لصاحبه أن يفى به) (٣)،

و فيه: إن اطلاق اليمين عليه فى هذه الاخبار مجاز كما هو واضح و لذا لا يمكن إثبات جميع أحكام اليمين فى النذر بمجرد هذا الإطلاق.

(١) أى قبل حل نذر العبد من قبل سيده، و هذا مناف بظاهره لكلام الماتن سابقا حيث اشترط إذن المولى فى انعقاد نذر العبد، فكيف ينعقد بدون إذنه هنا و أن للسيد الحل فلو زالت الرقيه قبل الحل لكان النذر صحيحا على العبد، و هذا ما وقع به غيره كالمحقق فى الشرائع.

إلا أن يقال: أن النذر من دون إذن السيد ينعقد انعقادا غير تام بحيث لو لحقه الإذن لصح، و على هذا التقدير يتصور اشتراط الإذن أولا ثم الحكم بصحة النذر لو زالت الرقيه قبل الحل، إلا أنه على خلاف الظاهر من الأدله.

(٢) قد عرفت أن الخبر الدال على اشتراط إذن السيد فى نذر العبد هو خبر قرب الاسناد المتقدم (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده) (٤)، و هو يدل على نفى ثبوت النذر و لا يدل على نفى ماهيه النذر، نعم فى نذر الزوجه قد تقدم صحيح ابن سنان (و لا نذر -

ص: ٤٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ١١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

الصحة، لأنه (١) أقرب المجازات (٢) إلى الحقيقة حيث لا- يراد نفيها (٣)، و عموم الأمر بالوفاء بالنذر مخصوص (٤) بنذر المذكور (٥)، كما دل عليه الخبر لا- بنذره مع النهي (٦) (و إذن الزوج كإذن السيد) في اعتبار توقفه عليها (٧) سابقا (٨)، أو لحقوقها له قبل الحل (٩)، أو ارتفاع الزوجية قبله (١٠) و لم يذكر توقف نذر الولد على إذن الوالد، لعدم -في مالها إلا بإذن زوجها(١١)، و هو يدل على نفي الماهية لمكان (لا) النافية للجنس، إلا أن يكون مراده الاستدلال بما ورد في يمين العبد كما في خبر ابن القداح و صحيح منصور بن حازم المتقدمين، فإنهما متضمنان للنافية للجنس، و يصح الاستدلال باعتبار اطلاق اليمين على النذر، و لكن عرفت ضعف هذا المبنى.

و على كل فقوله عليه السلام (لا نذر في مالها إلا بإذن زوجها) محمول على نفي الصحة لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقة، بعد كون نفي الحقيقة غير مراد لأنها متحققه لا محاله.

إن المشهور قد تمسك بعموم وجوب الوفاء بالنذر، و هذا يشمل ما لو صدر نذر الزوجه من دون إذن زوجها، فيتعين حمل الخبر على ما لو كان النذر المذكور منافيا لحق الزوج و قد نهاها عنه و لذا حملت الخبر على أن النذر ينعقد بدون الإذن لكن للزوج حلّه.

إن شمول وجوب الوفاء بالنذر لهذا النذر من دون إذن زوجها أول الكلام، لأن العموم لا يشملها إلا إذا كان صحيحا، و وقوعه صحيحا من دون الإذن أول الكلام.

(١) أي لأن نفي الصحة.

(٢) و المجاز الآخر هو نفي الكمال.

(٣) أي الحقيقة لأنها متحققه بصدور الإذن و إن لم يأذن.

(٤) أي مخصص.

(٥) أي بنذر العبد من دون إذن سيده.

(٦) و المعنى، و ليس العموم المدعى يشمل النذر من دون الإذن و إنما هو مخصص بالنذر مع نهي السيد لمكان الخبر، بل هو مخصص بالنذر من دون الإذن لظاهر الخبر.

(٧) أي على الرخصة المستفاده من إذن الزوج.

(٨) كما هو مختار الشارح.

(٩) كما هو مختار المصنف حيث قال الشارح: (أو بعده على المختار عند المصنف).

(١٠) أي قبل الحل، و يأتي فيه ما تقدم من أنه مناقض لاشتراط الإذن ابتداء.

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب النذر و العهد حديث ١.

النص الدال عليه هنا، وإنما ورد (١) في اليمين فيبقى (٢) على أصاله الصحه.

و في الدروس ألحقه بهما (٣) لإطلاق اليمين في بعض الأخبار على النذر كقول الكاظم عليه السلام لما سئل عن جاريه حلف منها بيمين فقال: لله على أن لا أبيعها فقال: ف لله بنذرك (٤)، و الإطلاق و إن كان من كلام السائل إلا أن تقرير الإمام له عليه كتلفظه به (٥)، و لتساويهما (٦) في المعنى، و على هذا (٧) لا-وجه لاختصاص الحكم بالولد، بل يجب في الزوجه مثله (٨)، لاشتراكهما (٩) في الدليل نفياً (١٠) و إثباتاً (١١).

أما المملوك فيمكن اختصاصه بسبب الحجر عليه (١٢)، و العلامه اقتصر عليه هنا (١٣) و هو أنسب (١٤)، و المحقق شرّك بينه (١٥) و بين الزوجه في الحكم كما (١) أي ورد التوقف على إذن الوالد، و قد تقدم.

(٢) أي نذر الولد من دون إذن الوالد.

(٣) أي الحق الولد بالزوجه و العبد.

(٤) و قد تقدم الخير و فيه: (ف لله بقولك).

(٥) بالإطلاق.

(٦) أي النذر و اليمين.

(٧) من شمول اليمين للنذر مع التوقف على إذن الوالد و الزوج في اليمين كما تقدم، فلا وجه لاختصاص الحكم بعدم التوقف في الولد كما يستفاد من عباره المصنف هنا، حيث اقتصر على الزوج و المملوك في اشتراط نذرهما لإذن الزوج و السيد.

(٨) و الحكم بعدم توقف نذرها على إذن الزوج.

(٩) أي الزوجه و الولد في دليل التوقف.

(١٠) في النذر.

(١١) في اليمين، و فيه إن صحيح ابن سنان قد ورد في اشتراط نذرها بإذن الزوج، و قد تقدم، بخلاف الولد فلم يرد عليه نص بالخصوص في النذر و لعله لذا ترك المصنف اشتراط الإذن في الولد هنا في باب النذر.

(١٢) فلا بد من توقف نذره على إذن السيد و إن لم يرد فيه نص مع أنك قد عرفت ورود النص و قد تقدم.

(١٣) أي اقتصر على العبد في باب النذر.

(١٤) لعدم ورود نص على اشتراط الإذن في الزوجه و الولد كما هو مدعى الشارح، و قد عرفت ضعفه.

(١٥) أي بين المملوك.

ص: ٤٥

هنا (١)، و ترك الولد و ليس بوجه.

فى صيغه النذر

(و الصيغه: إن كان كذا فله على كذا) هذه صيغه النذر المتفق عليه بواسطة الشرط (٢)، و يستفاد من الصيغه أن القربه (٣) المعتبره فى النذر إجماعا لا- يشترط كونها غايه للفعل كغيره من العبادات، بل يكفى تضمن الصيغه لها (٤)، و هو هنا موجود بقوله: لله على و إن لم يتبعها بعد ذلك بقوله: قربه إلى الله أو لله و نحوه، و بهذا صرح فى الدروس و جعله أقرب. و هو الأقرب.

(١) كما هو عبارته الماتن.

(٢) و أما إذا وقعت الصيغه ابتداء بغير شرط كأن يقول: لله على كذا ففيه خلاف و سيأتى بحثه.

(٣) يشترط مع الصيغه نيه القربه بلا خلاف فيه لموثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنى جعلت على نفسى شكرا لله ركعتين أصليهما فى السفر و الحضر، أفأصليهما فى السفر بالنهار؟ قال: نعم - إلى أن قال - قلت: إنى لم أجعلهما لله على، إنما جعلت ذلك على نفسى أصليهما شكرا لله و لم أوجبهما على نفسى، أفأدعهما إذا شئت؟ قال: نعم) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل يمين لا يراد بها وجه الله فى طلاق أو عتق فليس بشىء) (٢)، بناء على شمول اليمين للنذر، و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل تكون له الجارية فتؤذيه امرأته و تغار عليه فيقول: هى عليك صدقه، فقال: إن كان جعلها لله و ذكر الله فليس له أن يقربها، و إن لم يكن ذكر الله فهى جاريته يصنع بها ما يشاء) (٣)، و صحيح أبى الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل قال: على نذر، قال: ليس النذر بشىء حتى يسمّى لله صياما أو صدقه أو هديا أو حجا) (٤)، و مثلها غيرها.

و مقتضى هذه الأخبار أن المعتبر من نيه القربه جعل الفعل لله، و إن لم يجعلها غايه له، فما عن بعضهم كما فى المسالك من كون نيه التقرب المعتبره بأن يقول بعد الصيغه: قربه إلى الله، ليس فى محله.

(٤) لنيه التقرب، بل الأصح يكفى كون الفعل لله جل و علا.

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النذر و العهد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

و من لا يكتفى بذلك ينظر إلى أن القربه غاية للفعل فلا بد من الدلالة عليها، و كونها شرطاً للصيغه و الشرط مغاير للمشروط.

و يضعف بأن القربه كافيه بقصد الفعل لله في غيره (١) كما أشرنا، و هو هنا حاصل، و التعليل لازم (٢)، و المغايره متحققه (٣)، لأن الصيغه بدونها إن كان كذا فعلي كذا، فإن الأصل في النذر الوعد بشرط فتكون إضافه لله خارجه.

في ضابط النذر

(و ضابطه) أى ضابط النذر و المراد منه هنا المنذور و هو الملتزم بصيغه النذر (أن يكون طاعه) (٤).....

(١) غير النذر.

(٢) أى و التعليل يكون القربه غاية للفعل لازم لصيغه النذر حيث تقول: إن كان كذا فله على كذا.

(٣) أى و المغايره بين الشرط و المشروط و هما الصيغه و القربه متحققه، لأن الصيغه هي: إن كان كذا فعلي كذا، و القربه هي: لله.

(٤) أى عباديا سواء كان واجبا أو مندوبا و يدل عليه صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: علي نذر، قال: ليس النذر بشيء حتى يسمى لله صياما أو صدقه أو هديا أو حجاً) (١)، و أصرح منه صحيحه الآخر عنه عليه السلام (ليس شيء هو لله طاعه يجعله الرجل عليه إلا ينبغي له أن يفى به، و ليس من رجل جعل لله عليه شيئا في معصيه الله إلا أنه ينبغي له أن يتركه إلى طاعه الله) (٢) و مع ذلك فهو ليس بصريح في حصر متعلق النذر بالطاعه، نعم هو صريح في عدم تعلق النذر بالمعصيه الظاهره في المحرم، فالأولى الاستدلال بأن (اللام) في صيغه النذر (لله على) سواء كان للملك أو للغايه تقتضى كون الفعل محبوبا لله تعالى، و لازمه حصر متعلق النذر بما إذا كان راجحا سواء كان عباديا أو لا، و منه يعرف عدم تعلق النذر بالمحرم و المكروه لأنهما غير محبوبين، بل و عدم تعلق النذر بالمباح متساوي الطرفين و هذا ما عليه المشهور.

و ذهب الشهيد في الدروس إلى انعقاده في المباح متساوي الطرفين لروايه الوشاء عن أبي الحسن عليه السلام (في جاريه حلف فيها بيمين فقلت: لله على أن لا أبيعها أبدا و لى إلى -

ص: ٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النذر و العهد حديث ٦.

واجبا كان، أو مندوبا،(أو مباحا راجحا) (١) فى الدين، أو الدنيا، فلو كان متساوى الطرفين، أو مكروها أو حراما التزم فعلهما لم ينعقد و هو فى الأخيرين وفاقى، و فى المتساوى قولان، فظاهره هنا بطلانه، و فى الدروس رجح صحته، و هو أجود.

هذا إذا لم يشتمل على شرط، و إلا فسيأتى اشتراط كونه طاعه لا غير و فى الدروس ساوى بينهما (٢) فى صحه المباح الراجح و المتساوى. و المشهور ما هنا (٣).

(مقدورا للناذر) (٤) بمعنى صلاحيه تعلق قدرته به عاده فى الوقت المضروب له فعلا، أو قوه، فإن كان وقته معيناً اعتبرت فيه، و إن كان مطلقاً فالعمر.

و اعتبرنا ذلك (٥) مع كون المتبادر القدره الفعلية لأنها غير مراده لهم، كما -ثمنها حاجه مع تخفيف المئونه، فقال: ف لله بقولك له(١) و فيه: إنه ضعيف السند مع عدم الجابر له بعد إعراض المشهور عنه.

(١) فيشمل المستحب، و الفرق بينه و بين المتقدم أن المتقدم مختص بالعبادى و هذا يشمل غيره كمن نذر الأكل للتقوى على العباده، و كمن نذر ترك أمر دنيوى لمنع النفس عن الشهوات.

(٢) أى بين النذر المطلق و المشروط.

(٣) من التفصيل بين المشروط و غيره، فيعتبر الطاعه فى الأول و يكفى فى الثانى المباح الراجح، قال فى الجواهر (و إن نسبه فى الروضه إلى المشهور و لكن لم نتحققه بل المتحقق خلافه).

(٤) لأنه يمتنع التكليف بغير المقدور فلا ينعقد على غير المقدور عقلا كجمع النقيضين، أو عاده كالصعود إلى السماء بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و فى المسالك: (فالمراد بالمقدور للناذر مضافاً إلى كونه طاعه ما يمكنه فعله عاده و إن لم يكن مقدورا له بالفعل، و من ثم يتوقع نادر الحج ماشيا يمكنه مع الإطلاق، و يقوم نادر الصدقه بما يملك من ماله و يتصدق به على التدريب، إلى غير ذلك من أفراد النذر المعجوز عنها حال النذر، المحكوم فيها بتوقع القدره، حيث لا تكون معينه بوقت معين أو بوقت موسع بالنسبه إليه).

(٥) فعلا أو قوه.

ص: ٤٨

صرحوا به كثيرا، لحكمهم بأن من نذر الحرج وهو عاجز عنه بالفعل، لكنه يرجو القدره ينعقد نذره و يتوقعها (١) فى الوقت، فإن خرج (٢) عاجز بطل، و كذا (٣) لو نذر الصدقه بمال و هو فقير (٤)، أو نذرت الحائض الصوم مطلقا (٥)، أو فى وقت يمكن فعله فيه بعد الطهاره و غير ذلك، و إنما أخرجوا بالقيده الممتنع عاده كندر الصعود إلى السماء، أو عقلا كالكون فى غير حيز، و الجمع بين الضدين، أو شرعا كالاعتكاف جنبا مع القدره على الغسل، و هذا القسم يمكن دخوله فى كونه طاعه، أو مباحا، فيخرج به (٦)، أو بهما.

فى الاحتياج إلى اللفظ

(و الأقرب احتياجه إلى اللفظ) (٧) فلا يكفى النيه فى انعقاده، و إن استحب (١) أى القدره.

(٢) أى خرج الوقت المعين و هو عاجز عن الأداء بطل النذر إن كان مقيدا بوقت معين.

(٣) أى و كذا ينعقد.

(٤) و لكنه يتوقع القدره فى الوقت المعين أو مطلقا حسب النذر.

(٥) من غير تقييد بوقت معين.

(٦) أى و الممتنع شرعا يخرج بالطاعه أو بالطاعه أو المباح حيث اشترطوا فى متعلق النذر أن يكون طاعه أو مباحا كما تقدم.

(٧) ذهب الشيخان و القاضى و ابن حمزه إلى أنه ينعقد من دون احتياج إلى لفظ، بل تكفى النيه، لأن النذر عباده و الأصل فى العباده النيه و الاعتقاد، و للنبوى (إنما الاعمال بالنيات) (١)، و إنما للحصر و الباء للسبب و ذلك يدل على حصر العمل بالنيه و لا يتوقف على غيرها و إلا لزم جعل ما ليس بسبب سببا، و لأن الغرض من اللفظ إعلام الغير ما فى الضمير و الاستدلال به على القصد، و الله تعالى عالم بالسرائر و قد قال تعالى: (إِنْ تُبَدُّوْا مَا فِى أَنْفُسِكُمْ أَوْ تُخْفُوْهُ يُحَاسِبِكُمْ بِهِ اللَّهُ) (٢).

و ردّ بأن العبادات ليست منحصره فى الاعتقادات، بل منها ما هو لفظى لا يجزى عنها الاعتقاد كالقراءه و الاذكار الواجبه، و أما النبوى فغايه ما يدل على أن النيه معتبره بالعمل و بدونها لا أثر له، و بقيه الأدله مردوده بالنصوص التى اشترطت اللفظ فى النذر.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فليس بشىء حتى يقول: علىّ -

ص: ٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١٠.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٤.

الوفاء به، لأنه من قبيل الأسباب، والأصل فيها اللفظ الكاشف عما في الضمير، ولأنه في الأصل وعد بشرط، أو بدونه، والوعد لفظي، والأصل عدم النقل، وذهب جماعه منهم الشيخان إلى عدم اشتراطه للأصل، وعموم الأدله، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إنما الأعمال بالنيات»، وإنما لكل امرئ ما نوى وإنما للحصر، والباء سببيه فدل على حصر السببيه فيها، واللفظ إنما اعتبر في العقود ليكون دالا- على الإعلام بما في الضمير، والعقد هنا مع الله العالم بالسرائر، وتردد المصنف في الدروس والعلامه في المختلف، ورجح في غيره الأول.

في انعقاد التبرع بالنذر

(و) كذلك الأقرب (انعقاد التبرع) به من غير شرط (١)، لما مرّ من -المشى إلى بيته، أو يقول: لله على هدى كذا و كذا إن لم أفعَل كذا و كذا(١) و صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس النذر بشيء حتى يسمي شيئا لله)٢.

ولذا ذهب ابن إدريس والأكثر إلى اشتراط اللفظ لهذه الأخبار، ولأن النذر لغه هو الوعد بشرط أو بدونه، والوعد مشروط باللفظ وإلا لا يكون وعدا، ولأن النذر من قبيل الأسباب كالعهد والزواج التي لا يكفي فيها مجرد القصد بل لا بد من اللفظ لأنه الأصل.

و توقف العلامه و الشهيد في الدروس، و مما تقدم تعرف ضعف التوقف.

(١) اعلم أن النذر منقسم إلى المعلق على شرط و إلى المتبرع به، و المعلق على شرط قد يكون شكرا للنعمة كقوله: إن أعطيت ولدا أو مالا أو قدم المسافر أو عافاني الله أو نحو ذلك فله على كذا، وقد يكون شكرا لدفع البليه كقوله: إن برئ المريض أو تخطاني المكروه فله على كذا، و هذا القسم من النذر إذا كان شكرا يسمى بنذر المجازاه.

و المعلق قد يكون زجرا عن فعل يرجح الانزجار عنه كقوله: إن شربت الخمر فله على كذا و هو المسمى بنذر الزجر، و المعلق بجميع أقسامه لا اشكال في انعقاده، و لا خلاف في ذلك، و الكثير من النصوص المتقدمه ظاهر في المعلق مثل صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا قال الرجل: على المشى إلى بيت الله و هو محرم بحجه، أو على هدى كذا و كذا فليس بشيء حتى يقول: لله على المشى إلى بيته، أو يقول: لله على أن أحرم بحجه، أو يقول: لله على هدى كذا و كذا إن لم أفعَل كذا و كذا(٢) و المتبرع به-

ص: ٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النذر و العهد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب النذر و العهد حديث ١.

الأصل (١)، و الأدله المتناوله له.

و قول بعض أهل اللغه أنه وعد بشرط، و الأصل عدم النقل، معارض بنقله (٢) أنه بغير شرط أيضا، و توقف المصنف فى الدروس، و الصحه أقوى.

فى كون الجزاء طاعه

(و لا بد من كون الجزاء طاعه) (٣) إن كان نذر مجازاه بأن يجعله أحد العبادات المعلومه، فلو كان مرجوحا، أو مباحا لم ينعقد لقول الصادق عليه السّلام فى خبر أبى الصباح الكنانى: ليس النذر بشىء حتى يسمّى شيئا لله صياما، أو صدقه، أو هديا، أو حجا (٤)، إلا- أن هذا الخبر يشمل المتبرع به من غير شرط، -و هو غير معلق على شرط كأن يقول: لله على كذا، فالمشهور على الانعقاد لعموم أدله وجوب الوفاء بالنذر و هذا نذر، و لقوله تعالى: (إِنِّي نَذَرْتُ لَكَ مَا فِي بَطْنِي مُحَرَّرًا) (١) فاطلق نذرها و لم يعلقه على شرط، و للنبوى (من نذر أن يطيع الله فليطعه) (٢) و هو عام يشمل المتبرع به و ذهب السيد المرتضى إلى عدم الانعقاد مدعى الاجماع لما روى عن تغلب أن النذر عند العرب هو الوعد بشرط، و الشرع نزل بلسانهم.

و ردّ اما اجماعه فهو معارض باجماع الشيخ فى الخلاف على الانعقاد، و قول تغلب معارض بالمحكى عنه أيضا أن النذر مطلق الوعد.

(١) و هو أن النذر فى أصل اللغه هو الوعد بشرط أو بدونه.

(٢) أى بنقل هذا البعض.

(٣) المراد بالجزاء هو الشرط، و المراد بالطاعه هو الفعل العبادى الأعم من الواجب و المندوب هذا من جهه و من جهه أخرى قد عرفت أنه لا بد من كون متعلق النذر طاعه أو راجحا، و أن النذر لا ينعقد إذا كان متعلقه محرما أو مكروها أو متساوى الطرفين، بلا فرق بين النذر المشروط و غيره.

و ذهب الشهيد فى الدروس إلى انعقاد النذر إذا كان متعلقه متساوى الطرفين لخبر الوشاء المتقدم، و قد نسب الشارح هنا إلى المشهور أنه يشترط فى النذر المشروط أن يكون متعلقه طاعه، و أمّا المتبرع به فمتعلقه أعم من الطاعه و غيرها، و قد تقدم عن صاحب الجواهر أن المتحقق خلافه.

(٤) و مثله خيره الآخر عنه عليه السّلام و قد تقدما سابقا.

ص: ٥١

١- (١) سورة آل عمران، الآيه: ٣٥.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢.

و المصنف لا- يقول به، و أطلق الأ-كثر اشتراط كونه طاعه، و فى الدروس استقرب فى الشرط و الجزاء جواز تعلقهما بالمباح، محتجا بالخبر السابق (١) فى بيع الجاربه، و البيع مباح إلا أن يقترب بعوارض مرجحه (٢).

فى كون الشرط سائغا

(و) كون (الشرط) و هو ما علق الملتزم به عليه (سائغا) سواء كان راجحا، أم مباحا (إن قصد) بالجزاء (الشكر) كقوله: إن حججت أو رزقت ولدا، أو ملكت كذا فلله على كذا، من أبواب الطاعه، (و إن قصد الزجر) عن فعله (اشترط كونه معصيه، أو مباحا راجحا فيه المنع) (٣) كقوله: إن زيت أو بعث دارى مع مرجوحته فلله على كذا، و لو قصد فى الأول (٤) الزجر، و فى الثانى (٥) الشكر لم ينعقد (٦)، و المثال واحد، و إنما الفارق القصد، و المكروه كالمباح المرجوح (٧) و إن لم يكنه (٨) فكان عليه أن يذكره (٩)، و لو انتفى القصد فى القسمين (١٠) لم ينعقد لفقد الشرط. ثم الشرط إن كان من فعل الناذر فاعتبار كونه سائغا واضح، و إن كان من فعل الله كالولد و العافيه ففى إطلاق الوصف (١١) عليه تجوز (١٢)، و فى الدروس اعتبر صلاحيته (١٣)، لتعلق الشكر به و هو حسن.

(١) المتقدم فى إطلاق اليمين على النذر، و هو خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام، و قد تقدم منا أكثر من مره.

(٢) فىكون البيع راجحا و على هذا حمله بعضهم، و لذا لا يصح الاستدلال به على جواز تعلق النذر بالمباح متساوى الطرفين، و قد عرفت من الرد بأنه ضعيف السند مع عدم الجابر له.

(٣) أى يتحقق فيه المتع و الزجر.

(٤) أى فيما إذا كان الشرط سائغا سواء كان راجحا أو مباحا.

(٥) فيما إذا كان الشرط معصيه أو مباحا راجحا يحقق الزجر.

(٦) لعدم تحقق الشكر بالمعصيه و لا الزجر بالطاعه.

(٧) فإن قصد به الزجر صح النذر، و إن قصد به الشكر فلا يصح.

(٨) أى و إن لم يكن المكروه من أقسام المباح المرجوح إلا أنه مثله حكما.

(٩) خصوصا على مختاره من انعقاد النذر إذا كان متعلقه مباحا.

(١٠) من انتفاء قصد الشكر فى الشرط السائغ و قصد الزجر فى المعصيه.

(١١) من كونه شرطا سائغا.

(١٢) لأن أفعال الله تعالى ليست موضوعه للأحكام الشرعية.

(۱۳) صلاحیه فعل اللّٰه تعالیٰ.

ص: ۵۲

في أن العهد كالنذر

(و العهد كالنذر (١) في جميع هذه الشروط و الأحكام (و صورته (٢) عاهدت الله، أو على عهد الله) أن أفعل كذا، أو أتركه، أو إن فعلت كذا، أو تركته، أو رزقت كذا فعلى كذا على الوجه المفصل في الأقسام (٣)، و الخلاف في انعقاده بالضمير و مجردا عن الشرط مثله (٤).

في معنى اليمين

(و اليمين (٥)... (١) كما عن الشهيدين و محكى النهايه لخبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام (من جعل عليه عهد الله و ميثاقه في أمر لله طاعه فحنث فعليه عتق رقبه، أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا) (١) حيث جعل مورد الطاعه كالنذر، و من حيث كون كفارته مخيره ككفاره النذر.

و عن المسالك و القواعد و النافع و الارشاد أن حكمه حكم اليمين لخبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل عاهد الله في غير معصيه، ما عليه إن لم يف بعهده، قال: يعتق رقبه أو يتصدق بصدقه، أو يصوم شهرين متتابعين) (٢) حيث علق العهد على غير معصيه، و هو يشمل ما لو كان متعلقه مباحا و هو مورد اليمين و يشمل المكروه و خلاف المنذوب إلا أنهما خارجان عن مورد العهد بالاجماع كما عن المسالك.

و تظهر الثمره في متعلق العهد، فإذا كان كالنذر اشترط في متعلقه الطاعه، و إذا كان كاليمين فيشمل متعلقه المباح، نعم ذهب الأكثر إلى أن كفاره العهد كبيره مخيره لخبري أبي بصير و على بن جعفر المتقدمين، و عن المفيد أنها كبيره مرتبه، و قال في المسالك (و لم نقف على مستنده).

(٢) العهد إما معلق و إما تبرعى لإطلاق النصوص السابقه.

(٣) أى في أقسام النذر.

(٤) أى مثل النذر.

(٥) اليمين لغه الجارحه المخصوصه، و اطلق على الحلف لأنهم كانوا يتصافقون باليد اليمنى إذا حلفوا، و شرعا الحلف بالله على نحو مخصوص، هذا و اليمين على أقسام الأول: يمين اللغو، و هى الحلف لا مع القصد على ماض أو مستقبل، و كذلك إذا سبق اللسان إلى اليمين من غير قصد إلى شيء، و هو لا مؤاخذه عليه ففى موثق مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول فى قول الله عز و جل: لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي -

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الكفارات حديث ١.

هي الحلف بالله (١) أى بذاته تعالى من غير اعتبار اسم من أسمائه (كقوله:)-أَيْمَانِكُمْ، قال: اللغو قول الرجل: لا والله و بلى والله، ولا يعقد على شيء (١) و مثله غيره، القسم الثانى: يمين الغموس، و هي الحلف على الماضى أو الحال مع تعمد الكذب، و هي تغمس الحالف فى النار، ففى مرسل على بن حديد عن أبى عبد الله عليه السلام (الأيمان ثلاث: يمين ليس فيها كفاره، و يمين فيها كفاره، و يمين غموس توجب النار، فاليمين التى ليس فيها كفاره: الرجل يحلف على باب برّ أن لا يفعله فكفارته أن يفعله، و اليمين التى تجب فيها الكفاره: الرجل يحلف على باب معصيه أن لا يفعله فيفعله فتجب عليه الكفاره، و اليمين الغموس التى توجب النار: الرجل يحلف على حق امرئ مسلم على حبس ماله) (٢).

القسم الثالث: يمين المناشده، و هي الحلف على الغير ليفعلن أو يتركن، و هي لا تنعقد لخبر حفص و غير واحد من أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يقسم على أخيه قال: ليس عليه شيء إنما أراد إكرامه) (٣) و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقسم على الرجل فى الطعام يأكل منه فلم يأكل، هل عليه فى ذلك كفاره؟ قال: لا) (٤).

القسم الرابع: يمين العقد، و هي الحلف على الفعل أو الترك فى المستقبل، و هي التى يقع فيها الكفاره عند تحقق الحنث و هي المبحوث عنها هنا.

(١) الحلف إما بذاته و أما باسم من أسمائه المختصه به، و إما باسم ينصرف إطلاقه إليه، و إما باسم مشترك بينه و بين غيره من دون غلبه إطلاقه عليه، فالقسم الأول أن يذكر ما يفهم منه ذات الله تعالى و لا- يحتمل غيره من غير أن يأتى باسم مفرد أو مضاف من أسمائه الحسنى كقوله: و الذى أعبدته، أو أصلى إليه، أو و الذى خلق الحبه و برأ التسمه، أو الذى نفسى بيده، أو مقلّب القلوب و الأبصار.

و الثانى هو الحلف بأسمائه المختصه به و لا- تطلق على غيره كالله و الرحمن و رب العالمين، و الأول الذى ليس قبله شيء، و مالك يوم الدين، و خالق الخلق، و الحى الذى لا يموت و الأحد و الواحد الذى ليس كمثلته شيء، و فى المسالك: (و عدّ بعضهم الخالق و الرازق من هذا القسم و الأصح أنه من الثالث، لأنهما يطلقان فى حق غير الله تعالى، قال-

ص: ٥٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٣.

و مقلّب القلوب و الأبصار و الذى نفسى بيده، و الذى فلق الحبه و برأ النسمه)، لأن المقسم به فيها مدلول المعبود بالحق، إله من فى السموات و الأرض من غير أن يجعل (١) اسما لله تعالى (أو) الحلف (باسمه) تعالى المختص به (كقوله: و الله) -تعالى: (وَ تَخْلُقُونَ إِفْكَاً) (١)، و قال تعالى: (وَ أَرْزُقُوهُمْ) (٢) انتهى.

و الثالث ما يطلق فى حق الله و حق غيره، لكن الغالب استعماله فى حق الله تعالى بحيث إذا أريد استعماله فى حق غيره لاحتاج إلى تقييد و قرينه كقوله: الرحيم و الرب و الخالق و الرازق و المتكبر و القاهر و البارئ.

و الرابع ما يطلق فى حقه تعالى و حق غيره، و لا- يغلب على أحدهما بحيث يحتاج إلى قرينه لو أراد أحدهما كقوله: الشىء و الموجود و الحى و السميع و البصير و المؤمن و الكريم.

أما الأقسام الثلاثة الأول فينعقد بها اليمين مع القصد بلا خلاف فيه، بل بدون القصد فى القسم الأول كما فى المسالك، و أما القسم الرابع فلا ينعقد بها اليمين و إن قصد بها الذات المقدسه بلا خلاف فى ذلك إلا من الاسكافى من انعقادها بالسميع و البصير، و الأصل فى ذلك كله الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: قول الله عز و جل: وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ، و ما أشبه ذلك، فقال: إن لله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (٣) و مثله خبر على بن مهزيار، و منها خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلّم فى حديث المناهى (نهى أن يحلف الرجل بغير الله، و قال: من حلف بغير الله فليس من الله فى شىء) ٥ و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- أرى للرجل أن يحلف إلا- بالله، فأما قول الرجل: لا أب لشانيك، فإنه قول أهل الجاهليه، و لو حلف الرجل بهذا و أشباهه لترك الحلف بالله) ٦، و مثله خبر سماعه ٧ إلى غير ذلك من الأخبار.

و مقتضى هذه الأخبار أن الحلف بالله و بغير ذلك من أسمائه أو ما يغلب عليه أو كان مشتركا بينه و بين غيره مع قصد الذات المقدسه هو حلف بالله، و معه لا داعى لقولهم من عدم انعقاد اليمين بالقسم الرابع مع قصد الحلف بالذات.

(١) هذا القسم الأول.

ص: ٥٥

١- (١) سورة العنكبوت، الآية: ١٧.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ١ و ٢ و ٤ و ٥.

و تالَّه و بالله (١) و أيمن الله (٢) بفتح الهمزة و كسرها مع ضم النون و فتحها، و كذا (١) الحروف التي يقسم بها بشهادة أهل اللغة هي: الباء و الواو و التاء، و الأصل في القسم الباء لأنها تدخل على الظاهر و المضمرة، و يليها الواو التي تدخل على الأسماء الظاهرة جميعها، ثم التاء التي تختص بالدخول على لفظ الجلالة قال تعالى: (تَاللَّهِ تَفْتُنُوا تَذَكَّرُ يَوْسُفَ) (١) و قال تعالى: (تَاللَّهِ لَأَكِيدَنَّ أَصْنَامَكُمْ) (٢).

و قوله: بالله صلة الحلف و القسم، و كأن الحالف يقول: حلفت أو أقسمت بالله، ثم لما كثر الاستعمال و فهم المقصود حذف الفعل بل و ينعقد اليمين لو نطق باسم الجلالة مخفوضا مع نيه القسم من دون النطق بأحد حروف القسم فلو قال: الله لأفعلن، لوروده لغه، و لكون الجر مشعرا بالصلة الخافضة مع بناء اللغة على الحذف و التقدير، و قد تردد المحقق في الشرائع لاستمرار العادة على الحلف بغير هذه الكيفية مع عدم معرفه ذلك إلا لخواص الناس، و هو ضعيف، لاندرجه في إطلاق الأدله بعد كونه صحيحا في اللغة، نعم لو رفع أو نصب أشكل إجراء حكم اليمين لأنه ملحون.

(٢) و هو اسم لا- حرف خلافا للزجاج و الرماني، و اختلفوا في أنه مشتق من اليمن بمعنى البركة أو أنه جمع يمين، فالبصريون على الأول و الكوفيون على الثاني، و همزته همزه وصل على الأول و قطع على الثاني.

و على كلا- التقديرين تردد المحقق في الشرائع في انعقاد اليمين به من حيث هو جمع يمين فالقسم به لا- بالله هذا على مبنى الكوفيين، و أن القسم به قسم بوصف من أوصاف الله و هو يمينه و بركته لا باسمه على مبنى البصريين.

و لكن عن جماعه انعقاد اليمين به لأنه موضوع للقسم عرفا و لخبر حماد عن أبي عبد الله عليه السلام ما يقرب من صحيح الحلبي المتقدم إلا- أنه قال في آخره (و أما لعمر الله و أيم الله فإنما هو بالله) (٣) و أيم مخفف أيمن، بل المقتضب و المخفف من أيمن هو: أيم الله، و من الله، و م الله، و له حكم أيمن، قال في الجواهر بعد ذكر أيمن (و كذا الكلام في «أيم الله و من الله و م الله» مما هو مقتضب من «أيمن»، تخفيفا بحذف بعض حروفه و إبداله لكثرة الاستعمال، بل عن ابن آوى في استدراك الصحاح في هذه الكلمات إحدى و عشرون لغه: أربع في «أيمن»، بفتح الهمزة و كسرها مع ضم النون و فتحها،-

ص: ٥٦

١- (١) سورة يوسف، الآية ٨٥.

٢- (٢) سورة العنكبوت، الآية: ٥٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان ملحق حديث ٤.

ما اقتطع (١) منها للقسم، و هو سبع عشره صيغه،(أو أقسم بالله، أو بالقديم) بالمعنى المتعارف اصطلاحاً و هو الذى لا أول لوجوده،(أو الأزلى أو الذى لا أول لوجوده).

و ما ذكره هنا (٢) تبعاً للعلامه و المحقق قد استضعفه (٣) فى الدروس بأن -و أربع فى اليمن» باللام المكسوره و المفتوحه و النون المفتوحه و المضمومه، و لغتان فى «يمن» بفتح النون و ضمها، و ثلاث لغات فى «أيم» بفتح الهمزه و كسرها مع ضم الميم، و بفتح الهمزه مع فتح الميم، و لغتان فى «إم» بكسر الميم و ضمها مع كسر الهمزه فيها، و ثلاث فى «من» بضم الميم و النون و فتحها و كسرها، و «م الله» بالحركات الثلاث، و كل ذلك يقسم به، بل فى كشف اللثام «هيم الله» بفتح الهاء المبدله من الهمزه، و الله العالم) انتهى.

(١) و هو: ليمن و أيم و من و م، و هو سبع عشره صيغه مع إضافه قراءه «أيمن» باللغات الأربع فيكون المجموع إحدى و عشرين على ما ذكر فى استدراك الصحاح.

(٢) من التقسيم الثلاثى، فالحلف تاره بذاته كقوله: و مقلب القلوب، و أخرى باسمه المختص كقوله: و الله، و ثالثه بالاسم المشترك بينه و بين غيره إلا أنه منصرف إليه و يغلب عليه كقوله: و الأزلى و القديم.

(٣) قال فى الدروس: (فالحلف بالله هو قوله: و الله و بالله و تالله بالجر، و أيمن الله و ما اقتضب منها، و قيل: الحلف بالله هو كقوله: و الذى نفسى بيده و مقلب القلوب و الأبصار و الأول الذى ليس كمثلته شىء، لأنه مدلول المعبود بالحق، إله من فى السموات و الأرض، و لم تجعل أسماء الله تعالى، و هو ضعيف لأن مرجعه تدل على صفات الأفعال كالخالق و الرازق، التى هى أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات كالرحمن و الرحيم، التى هى دون اسم الذات و هو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع).

و هو ظاهر فى أن اسم الذات و هو الله يجب أن يكون القسم الأول لأنه الاسم الجامع، لا ما عدده مثل الأول الذى ليس كمثلته شىء لأنه دال على صفات الأفعال و هى أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات و هى دون اسم الجلاله الدال على الذات، و عليه فاسم الجلاله هو القسم الأول، و ما دل على صفات الذات هو القسم الثانى، و ما دل على صفات الأفعال هو القسم الثالث، و ردّ عليه الشارح فى المسالك و الروضه هنا بأن هذه المذكورات قد خصت بقسم من حيث دلالتها على ذاته تعالى من غير احتمال مشاركته غيره تعالى، و جعل القسم أول الأقسام لأن أسمائه تعالى منقسمه إلى أقسام منها المختص -

مرجع القسم الأول إلى أسماء تدل على صفات الأفعال كالخالق و الرازق التي هي أبعد من الأسماء الداله على صفات الذات كالرحمن و الرحيم التي هي دون اسم الذات و هو الله جلّ اسمه، بل هو الاسم الجامع، و جعل الحلف بالله هو قوله:

و الله و بالله و تالله بالجر و أيمن الله، و ما اقتضب منها.

و فيه أن هذه السمات المذكوره فى القسم الأول لا تتعلق بالأسماء المختصة، و لا المشتركة، لأنها ليست موضوعه للعلميه، و إنما هي داله على ذاته بواسطة الأوصاف الخاصه به (١)، بخلاف غيرها من الأسماء فإنها موضوعه للاسميه ابتداء (٢)، فكان ما ذكره أولى مما تعقب به. نعم لو قيل: بأن الجميع (٣) حلف بالله (٤) من غير اعتبار اسم جمعا بين ما ذكرناه و حقيقه من أن الله جلّ اسمه هو الاسم الجامع، و من ثم رجعت الأسماء إليه و لم يرجع إلى شىء منها، فكان كالذات كان حسنا، و يراد بأسمائه (٥) ما ينصرف إطلاقها إليه من الألفاظ الموضوعه للاسميه و إن أمكن فيها المشاركة حقيقه أو مجازا كالقديم و الأزلى و الرحمن و الرب و الخالق و البارى و الرازق.

فى ما لا ينعقد اليمين به

(و لا- ينعقد بالموجود و القادر و العالم) و الحى و السميع و البصير و غيرها من الأسماء المشتركة بينه و بين غيره من غير أن تغلب عليه (٦) و إن نوى بها الحلف، -به و المشترك الغالب و غيره و الداله على صفة فعل أو صفة ذات فناسب أن تجعل المذكورات أول الأقسام لأنها ليست من أسمائه المختصة و لا- المشتركة و لا- يناسب تأخيرها لأنها اخص بالله من كثير من الأقسام، ثم إن اسم الله و إن كان أدل على الذات منها إلا أنه من جمله أسمائه فناسب ذكره مع باقى الأسماء فلم يكن ما ذكره المحقق و العلامه من التقسيم و الترتيب تصور من هذا الوجه.

(١) فتكون مختصه به من غير احتمال مشاركه غيره تعالى.

(٢) فيتأتى بها كونها مختصه أو مشتركه.

(٣) و هو القسم الأول مع اسم الجلاله.

(٤) أى حلف بذاته، أما القسم الأول فواضح و أما اسم الجلاله فلأنه الاسم الجامع و لذا رجعت جميع الأسماء إليه فهو دال على الذات.

(٥) من القسم الثانى و الثالث.

(٦) هذا هو القسم الرابع و قد تقدم الكلام فيه.

لسقوط حرمتها بالمشاركة (١).

(و لا بأسماء المخلوقات الشريفة (٢) كالنبي و الأئمة و الكعبه و القرآن لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «من كان حالفا فليحلف بالله، أو ليذر».

(و اتباع مشيئه الله تعالى) لليمين (يمنع الانعقاد (٣) و إن علمت مشيئته لمتعلقه (١) و فيه: مع قصد الذات منها فيصدق الحلف بالله، فتشمله إطلاق أدله اليمين حينئذ.

(٢) لا- ينعقد اليمين بغير الله و أسمائه، فلا ينعقد بالحلف بالكعبه أو المصحف أو النبي أو الأئمة عليهم السّلام أو الملائكة أو الأبوين للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبي جعفر عليه السّلام: قول الله عز و جل: وَ اللَّيْلِ إِذَا يَغْشَى وَ النَّجْمِ إِذَا هَوَى ، و ما أشبه ذلك، فقال: إن لله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (١) و خبره الآخر المروى فى تفسير العياشى عنه عليه السّلام (كل يمين بغير الله فهى من خطوات الشيطان) (٢) و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا أرى للرجل أن يحلف إلا بالله) (٣) ، و النبوى المروى فى غوالى اللثالى (من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر) (٤) ، و النبوى الآخر (إذا حلفتם فاحلفوا بالله و إلا فاتركوا) (٥).

و عن الاسكافى جواز انعقاده فى ما عظم الله حقوقهم مثل: و حق رسول الله و حق القرآن، إلا أن الأخبار المتقدمه على خلافه.

(٣) أى تعليق اليمين على مشيئه الله يمنعه عن الانعقاد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن على عليه السّلام (من حلف ثم قال: إن شاء الله، فلا حنث عليه) (٥) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من استثنى فى اليمين فلا حنث و لا كفاره) (٦) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الرجل يحلف على اليمين، و يستثنى ما حاله؟ قال: هو على ما استثنى) (٨).

و النصوص مطلقه سواء علم مشيئه الله فيه كالواجب و المندوب و غيره، و عن العلامه قصره على ما لم يعلم مشيئه الله فيه، و هو ضعيف للإطلاق.

ص: ٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٥.

٤- ((٤ و ٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٤.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٦- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ٢٨ - من كتاب الأيمان حديث ١ و ٢.

كالواجب و المندوب على الأشهر، مع اتصالها به (١) عاده، و نطقه بها (٢)، و لا يقدر التنفس و السعال، و قصده إليها عند النطق بها (٣) و إن انتفت عند اليمين (٤)، دون العكس (٥) و لا فرق بين قصد التبرك، و التعليق هنا (٦)، لإطلاق النص، و قصيره العلامه على ما لا تعلم مشيئه الله فيه كالمباح، دون الواجب، و الندب، و ترك الحرام، و المكروه و النص مطلق (٧)، و الحكم نادر (٨).

و توجيهه حسن (٩)، لكنه غير مسموع في مقابله النص.

في التعليق على مشيئه الغير

(و التعليق على مشيئه الغير (١٠) يحبسها)، و يوقفها على مشيئته إن علق عقدها (١) أى اتصال المشيئه باليمين، قال في المسالك: (أن يكون كلمه الاستثناء متصله باليمين لا يتخللها الكلام و لا سكوت إلا أن يكون قليلا كتنفس و عى و تذكر و سعال و نحو ذلك مما لا يخلل بالمتابعه عرفا) فلو كان متصلا و تخلله شىء لا يضر بالمتابعه فلا ينعقد اليمين لصدق الكلام الواحد على الجميع، نعم لو تخلل كلام أجنبى أو سكوت طويل حكم باليمين و لغى الاستثناء بلا خلاف فيه لأنهما كلامان منفصلان.

(٢) أى بالمشيئه و لا تكفى النيه لظاهر الأخبار المتقدمه خلافا للفاضل في المختلف.

(٣) قال في المسالك: (و أن يكون قاصدا إليها كاليمين فلو سبق لسانه إليها من غير قصد لم يعتد بها) و هو واضح.

(٤) أى انتفى قصد المشيئه عند النطق باليمين.

(٥) فينعقد اليمين و ذلك فيما لو كان قاصدا للمشيئه عند التلفظ باليمين إلا أنه ذهل عنها بعد الانتهاء و لم يتلفظ بها.

(٦) أى عند اتباع اليمين بالمشيئه، لإطلاق النص، و لأن التبرك حاصل بذكر الاسم و التعليق بحسب المعنى.

(٧) قد تقدم البحث فيه.

(٨) أى أن العلامه حكم به في بعض كتبه.

(٩) حسن توجيهه ناشئ من أن التعليق على مشيئه الغير مع العلم بحصولها لا يضر كما سيأتى، بل بالحقيقه فهو خارج عن التعليق مع العلم بحصول المشيئه.

(١٠) أما أصل التعليق فلا اشكال و لا خلاف في جوازه لإطلاق أدله اليمين، و له صور:

الصوره الأولى: أن يعلق عقد اليمين على مشيئه زيد بأن يقول: و الله لأدخلن الدار إن شاء زيد، فتكون مشيئه زيد شرطا في انعقاد اليمين، فإن شاء انعقد و إلا فلا لفقد الشرط، و كذا لا ينعقد اليمين لو جهل تحقق الشرط بموت زيد أو غيبته أو غيرهما.

عليه (١) كقوله: لأفعلن كذا إن شاء زيد، فلو جهل الشرط لم ينعقد، و لو أوقف حلها عليه (٢) كقوله: إلا أن يشاء زيد انعقدت ما لم يشأ حلها، فلا تبطل إلا أن يعلم الشرط، و كذا في جانب النفي كقوله: لا أفعل إن شاء زيد (٣)، أو إلا أن يشاء (٤) فيتوقف انتفاؤه (٥) على مشيئته (٦) في الأول (٧)، و ينتفى بدونها (٨) في الثاني (٩) فلا يحرم الفعل قبل مشيئته (١٠)، و لا يحل قبلها (١١).

في أن متعلق اليمين كمتعلق النذر

(و متعلق اليمين (١٢) كمتعلق النذر) في اعتبار كونه طاعه، أو مباحا راجحا -الصوره الثانيه: أن يعلق الحل على مشيئته الغير، بأن يقول: و الله لا أدخلن الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقد إلا أن يشاء زيد عدم الدخول فيحل اليمين، و لذا لو جهل تحقق الشرط يبقى اليمين على انعقاده.

الصوره الثالثه: أن يعلق عقد اليمين على مشيئته الغير، و كان اليمين قد تعلق بالترك، بخلاف الصوره الأولى فإنه قد تعلق بالفعل، و مثاله كأن يقول: و الله لا أدخل الدار إن شاء زيد، فلا ينعقد إلا إذا شاء الغير، أما مع عدم المشيئته أو الجهل بالشرط فلا ينعقد.

الصوره الرابعه: أن يعلق حل اليمين على مشيئته الغير و كان اليمين قد تعلق بالترك بخلاف الصوره الثانيه فقد تعلق بالفعل و مثاله كأن يقول: و الله لا أدخل الدار إلا أن يشاء زيد، فاليمين منعقد و لو جهل الشرط إلا إذا شاء زيد الدخول فيحل اليمين.

(١) أي عقد اليمين على الغير، و هذه هي الصوره الأولى.

(٢) الصوره الثانيه.

(٣) الصوره الثالثه.

(٤) الصوره الرابعه.

(٥) أي انتفاء الفعل، و هو الدخول في المثال.

(٦) أي مشيئته الغير، و به ينعقد اليمين.

(٧) أي الأول المذكور في جانب النفي و هو الصوره الثالثه.

(٨) أي ينتفى الفعل و هو الدخول في المثال بدون مشيئته الغير و به ينعقد اليمين، فاليمين في الصوره السابقه منعقد عند المشيئته و هنا منعقد عند عدم المشيئته.

(٩) أي الثاني المذكور في جانب النفي و هو الصوره الرابعه.

(١٠) في الأول، و هو الصوره الثالثه، فلا يحرم الفعل - أعنى عدم الدخول - قبل مشيئته الغير.

(١١) فى الثانى و هو الصوره الرابعه: فلا يحل الفعل - أعى عدم الدخول - قبل مشيئه الغير.

(١٢) أن يكون راجحا أو متساوى الطرفين و إلا فلو كان الرجحان فى نقيضه لا ينعقد للأخبار الكثيره.-

ص: ٦١

دينا، أو دنيا، أو متساويا، إلا أنه إشكال هنا في تعلقها بالمباح، و مراعاة الأولى فيها (١)، و ترجيح مقتضى اليمين عند التساوى.

و ظاهر عبارته هنا عدم انعقاد المتساوى، لإخراجه (٢) من ضابط النذر، مع أنه لا خلاف فيه هنا كما اعترف به فى الدروس، و الأولويه متبوعه (٣) و لو طرأت -منها: صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (الكفاره فى الذى يحلف على المتاع أن لا يبيعه و لا يشتريه ثم يبدو له فيه فيكفر عن يمينه، و إن حلف على شىء و الذى حلف عليه إتيانه خير من تركه فليأت الذى هو خير و لا كفاره عليه، إنما ذلك من خطوات الشيطان) (١) و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عما يكفر من الإيمان، فقال: ما كان عليك أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ففعلته فليس عليك شىء إذا فعلته، و ما لم يكن عليك واجبا أن تفعله فحلفت أن لا تفعله ثم فعلته فعليك الكفاره) (٢) و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام (كل يمين حلفت عليها لك فيها منفعة فى أمر دين أو دنيا فلا شىء عليك فيها، و إنما تقع عليك الكفاره فيما حلفت عليه فيما لله فيه معصيه أن لا تفعله ثم تفعله) (٢) و خبره الثالث عنه عليه السّلام (كل يمين حلف عليها أن لا يفعلها ممّا له فيه منفعة فى الدنيا و الآخرة فلا كفاره عليه، و إنما الكفاره فى أن يحلف الرجل: و الله لا أزنى، و الله لا أشرب الخمر، و الله لا أسرق، و الله لا أخون، و أشباه هذا و لا أعصى، ثم فعل فعله الكفاره فيه) (٤)، و إنما الاشكال فى المباح المتساوى الطرفين حيث يستفاد من خبرى زراره الأخيرين الترجيح فى متعلق اليمين، و لكن صدر صحيح عبد الرحمن ظاهر فى المباح المتعلق ببيع المتاع و شرائه، و كذا اطلاق صحيح زراره الأول، و لذا قطع الأصحاب بانعقاد اليمين هنا - كما فى الجواهر - بخلاف النذر فإنه لا ينعقد فيه.

(١) أى إذا تعلق اليمين بالمباح متساوى الطرفين فيجب الوفاء باليمين عند بقاء التساوى و كذا لو ترجح متعلق اليمين فيما بعد، و أما إذا صار نقيضه راجحا فتجب مخالفته اليمين.

(٢) أى إخراج المتساوى.

(٣) قال فى المسالك: (و اعلم أن الأولويه متنوعه فلو طرأت بعد اليمين انحلت - أى اليمين - فلو كان البرّ ابتداء ثم صارت المخالفه أولى اتبع و لا كفاره) انتهى، و قال فى الجواهر:

(لا أجد فيه خلافا) و هو مقتضى اطلاق الأخبار المتقدمه و صريح أخبار غيرها.-

ص: ٦٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب الإيمان حديث ٥ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب الإيمان حديث ٢ و ٣.

بعد اليمين، فلو كان البر أولى في الابتداء ثم صارت المخالفه أولى اتبع و لا- كفاره، و في عود اليمين بعودها بعد انحلالها وجهان (١)، أما لو لم ينعقد ابتداء للمرجوحه لم تعد (٢) و إن تجددت (٣) بعد ذلك (٤) مع احتمال (٥).

-منها: صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحلف على اليمين فيرى أن تركها أفضل، و إن لم يتركها خشى أن يآثم، قال: يتركها، أما سمعت قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيت خيرا من يمينك فدعها) (١)، و مرسل ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فأتى ذلك فهو كفاره يمينه و له حسنه) ٢، و مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (من حلف على يمين فرأى ما هو خير منها فليأت الذي هو خير منها و له حسنه) ٣.

(١) وجه العدم لارتفاع حكم اليمين عند تحقق الرجحان في نقيض متعلقه، فلو ترجح متعلقه فيما بعد فيستصحب الارتفاع المذكور و العود بحاجه إلى دليل، و وجه العود رجوع الرجحان الذي هو سبب في انعقاد اليمين أولا.

(٢) أى لم تنعقد اليمين لعدم انعقادها من أول الأمر حيث إنه يشترط عدم رجحان نقيض متعلق اليمين كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمه.

(٣) أى الأولويه، و إن وصليه.

(٤) بعد صدور اليمين.

(٥) أى احتمال انعقاد اليمين بسبب تجدد الأولويه، و قال في الجواهر: (و لا ريب في ضعفه لظهور النصوص في عدم انعقاده من أول الأمر و أنه ليس بشيء).

هذا و اعلم أنه يشترط في الحالف البلوغ و العقل و الاختيار و القصد لعين ما تقدم في الناذر، فلا ينعقد يمين الصغير و المجنون و المكره و السكران و الغضبان إلا- أن يملك نفسه، و يصح اليمين من الكافر إلا أنه لا يحلف إلا بالله كالمسلم ففي صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أهل الملل يستحلفون؟ فقال: لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل) (٢) و خبر سماعه عنه عليه السلام (هل يصلح لأحد أن يحلف أحدا من اليهود و النصرارى و المجوس بآلهتهم؟ قال: لا يصلح لأحد أن يحلف إلا بالله عز و جل) ٥ و مثلها غيرها.

و كذا ذهب البعض منهم الفاضل في الارشاد و الشارح في المسالك توقف يمين الولد على إذن والده، و يمين الزوج على إذن زوجها، و يمين العبد على إذن سيده لصحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يمين للولد مع والده، و لا-

ص: ٦٣

٢- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٥.

و اعلم أن الكفاره تجب بمخالفه مقتضى الثلاثه (١) عمدا اختيارا (٢)، فلو -للملوك مع مولاه، و لا للمرأة مع زوجها، و لا نذر في معصيه و لا يمين في قطيعه(١) و مثله خبر ابن القداح ٢ و خبر أنس بن محمد ٣.

و ذهب المشهور إلى أن إذنه ليس شرطا و إنما نهيه هو المانع و لذا كان له حله، و لأن الاستفادة من الأخبار أنّ الإذن إنما هو لحقوقهم و لذا يناسبه الثاني لا الأول.

و الانصاف أن الظاهر من الأخبار هو نفي اليمين للثلاثه مع وجود مولاهم من الزوج و السيد و الوالد، و هو كما يحتمل نفيه ابتداء إلا - ياذنهم يحتمل نفيه استمرارا مع نهيههم و لا قرينه داخلية تعين أحدهم، نعم لما كان وجوب الوفاء باليمين عاما يشمل اليمين ابتداء و لو من دون إذنهم فيتعين من باب الجمع بينه و بين هذه الأخبار أن تحمل هذه الأخبار على أن النهي مانع و ليس الإذن شرطا ابتداء.

و هذا بخلاف النذر حيث ورد اشتراط الإذن ابتداء في المملوك و الزوجه، أما في المملوك فقد ورد خبر قرب الإسناد عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه كان يقول: (ليس على المملوك نذر إلا أن يأذن له سيده)(٢)، و في الزوجه فقد ورد صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة مع زوجها أمر في عتق و لا - صدقه و لا - تدبير و لا هبه، و لا نذر في مالها إلا ياذن زوجها) ٥ و أما في الولد فلم يرد نص في إلحاقه بالمملوك و الزوجه كما سمعت سابقا، و عليه ففي اليمين لهم الحل و في النذر إذنهم شرط ابتداء على خلاف المشهور حيث بحثوا في اليمين أولا و ذهبوا إلى أن نهيهم مانع ثم ألحقوا النذر به كذلك، و هو ليس في محله بعد اختلاف لحن الدليل بين اليمين و النذر، و لم يلتفت إلى ذلك إلا صاحب الجواهر حيث قال: (هذا و لكن قد يفرق بين المقام - أي النذر - و بين اليمين فيشترط الإذن هنا للخبرين - أي خبر قرب الإسناد و صحيح ابن سنان - في المملوك و الزوجه الظاهرين في ذلك المنجبرين بعمل الأصحاب بخلاف مسأله اليمين التي قد عرفت خلو نصوصها عن الإذن أصلا، و إنما الموجود «لا يمين لولد مع والده» إلى آخره، و قد قلنا إنه ظاهر في المعارضه، و إنه يقتضى أن له الحل لا أن الإذن شرط، و بالجمله لا - يخلو كلامهم هنا من تشويش و منشأ الاجتهاد في مدرك المسأله، و أنه نصوص اليمين بناء على شموله للنذر أو الخبران في خصوص الزوجه و المملوك، فتأمل جيدا).

(١) من الطاعه و المباح الراجح و المتساوى.

(٢) لا اشكال في تحقق الحث الموجب للكفاره بالمخالفه الاختياريه و لا خلاف.

ص: ٦٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الأيمان حديث ٢ و ١ و ٣.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب النذر و العهد حديث ٢ و ١.

خالف ناسيا، أو مكرها، أو جاهلا فلا حث (١)، لرفع الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه، و حيث تجب الكفاره تنحل (٢) و هل تنحل فى الباقي (٣) و جهان، و استقرب المصنف فى قواعد الانحلال، لحصول المخالفه و هى لا تتكرر كما لو تعدد و إن افترقا بوجوب الكفاره و عدمها.

(١) لعموم النبوى (رفع عن أمتى تسع خصال: الخطأ و النسيان و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون، و ما اضطروا إليه و ما استكروها عليه، و الطيره و الوسوسه فى التفكير فى الخلق، و الحسد ما لم يظهر بلسان أو يد) (١).

(٢) أى اليمين، أى مع المخالفه العمديه الاختياريه الموجه للكفاره تنحل اليمين لعدم تكرار المخالفه بمعنى لو حلف على عدم إيجاد طبيعه فعل ثم أوجدها فى فرد فقد حث و عليه الكفاره و تنحل اليمين لارتفاع موضوع اليمين بعد إيجاد الطبيعه فى فرد، فلو أوجدها فى فرد آخر فلا حث و لا كفاره لعدم تحقق المخالفه حينئذ.

(٣) أى فى غير المخالفه الاختياريه العمديه، و ذلك عند المخالفه بسبب الجهل و النسيان و الإكراه، قال فى المسالك: (هل ينحل اليمين أم لا فيه - فى غير المخالفه العمديه - و جهان:

أحدهما: نعم لوجود الفعل المحلوف عليه حقيقه فكان كما لو خالف عمدا و إن افترقا فى الكفاره و عدمها، فقد حصلت المخالفه و هى لا- تتكرر، فإذا خالف مقتضاها بعد ذلك لم يحث، و قد حكموا فى الإيلاء بأنه لو وطأ ساهيا أو جاهلا بطل حكم الإيلاء مع أنها يمين صريحه - إلى أن قال - و وجه العدم أن الإكراه و النسيان و الجهل لم يدخل تحتها - أى تحت اليمين - فالواقع بعد ذلك هو الذى تعلق به اليمين إلى أن قال - و استقرب الشهيد ره فى قواعد الأول و نسبه إلى ظاهر الأصحاب).

ص: ٦٥

كتاب القضاء

اشاره

ص: ٦٧

القول في المقدمات

في وجوب القضاء والقاضي

أى الحكم بين الناس (و هو) واجب...

(١) قد ذكر أن القضاء لعه يطلق على معان:

منها: الخلق و منه قوله تعالى: (فَقَضَاهُنَّ سِنْعَ سَمَاوَاتٍ) (١).

و منها: الاتمام و منه قوله تعالى: (فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ) (٢).

و منها: الأمر و منه قوله تعالى: (وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ) (٣).

و منها: الحكم و منه قوله تعالى: (وَاللَّهُ يَقْضِي بِالْحَقِّ) (٤).

و شرعا بأنه ولاية الحكم شرعا لمن له أصلية الفتوى بجزئيات القوانين الشرعية على أشخاص معينين من البريه بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحقين.

و مبدأه الرئاسة العامه فى أمور الدين و الدنيا الثابته للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام المعصوم عليه السلام، فلذا كان غصنا من هذه الشجره و هو بحاجه إلى تنصيب من المعصوم، و الأصل فيه قوله تعالى: (يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ) (٥)، و قوله تعالى: (إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ) (٦) و قوله تعالى:

(فَلَا وَ رَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِي مَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا -

ص: ٦٩

١- (١) سورة فصلت، الآية: ١٢.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٠٠.

٣- (٣) سورة الإسراء، الآية: ٢٣.

٤- (٤) سورة غافر، الآية: ٢٠.

٥- (٥) سورة ص، الآية: ٢٦.

٦- (٦) سورة النساء، الآية: ١٠٥.

كفايه (١) فى حق الصالحين له، إلا أنه مع حضور الإمام (وظيفة الإمام عليه السّلام (٢)، أو نائبه) فيلزمه نصب قاض فى الناحية (٣) ليقوم به، و يجب على من عينه الإجابة (٤)، و لو لم يعين وجبت كفايه، فإن لم يكن أهلاً إلا واحد تعينت عليه (٥)، و لو لم يعلم به الإمام -قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا (١) و خير سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (اتقوا الحكومه فإن الحكومه إنما هى للإمام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين، لنبى أو وصى نبى) (٢) و خير إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين لشريح: يا شريح قد جلست مجلساً لا يجلسه إلا نبى أو وصى نبى أو شقى) (٣).

و قد ورد التنصيب منهم عليهم السّلام للفقهاء الجامع للشرائط كما فى مقبولة عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإنى قد جعلته عليكم حاكماً) (٣) و خبر أبى خديجه (فإنى قد جعلته عليكم قاضياً) (٥)، و ستأتى له تتمه إنشاء الله تعالى.

و غايه القضاء قطع المنازعه، و من خواصه عدم نقض الحكم بل يجب على غيره من القضاء تنفيذه، إلا- أن خطره عظيم إذ القاضى على شفير جهنم ففى الخبر عن أبى عبد الله عليه السّلام (القضاء أربعة، ثلاثه فى النار و واحد فى الجنة، رجل قضى بالبور و هو يعلم فهو فى النار، و رجل قضى ببور و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو لا يعلم فهو فى النار، و رجل قضى بالحق و هو يعلم فهو فى الجنة) (٤)، و مرسل المقنعه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين) (٧).

(١) لتوقف حفظ النظام الإنسانى عليه، و إلا لساد الهرج و المرج و الفساد.

(٢) لما تقدم أن القضاء غصن من شجره الرئاسة العامه فى الدين و الدنيا الثابته للنبى صلى الله عليه و آله و سلم و الإمام عليه السّلام، قال الله تعالى: (فَلا- وَ رَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فى أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَ يُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا) (٥).

(٣) لتوقف حفظ النظام على ذلك، و سياسه الأمور تقتضى ذلك أيضاً.

(٤) لوجوب اطاعه أمر الإمام المعصوم عليه السّلام.

(٥) أى تعينت الإجابة عليه للانعصار، فإن امتنع فسق و خرج عن أهليه القضاء و إن كان لا- يسقط الوجوب عنه لقدرته على تحصيل الشرط بالتوبه، بل لو لم يعلم به الإمام المعصوم-

ص: ٧٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٦٥.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب صفات القاضى حديث ٣ و ٢.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١ و ٦.

٤- ((٦) و (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

٥- (٨) سورة النساء، الآية: ٦٥.

لزمه الطلب، و في استحبابه (١) مع التعدد عينا قولان (٢) أجودهما ذلك مع الوثوق من نفسه بالقيام به (٣).

(و في الغيبة ينفذ قضاء الفقيه (٤) الجامع لشرائط الإفتاء) و هي البلوغ -وجب أن يعرفه نفسه، لوجوب مقدمه الواجب و لكنه مبنى على عدم علم المعصوم بالموضوعات الخارجيه و هو مبنى ضعيف.

(١) أى استحباب الطلب، فمن يثق من نفسه القيام بشرائط القضاء و كان واحدا فيجب عليه الاعلام بحاله لو لم يعلم الإمام بوجوده كما تقدم، و لو كان أكثر من واحد فيجب عليهم الاعلام بحالهم كفايه و متى قام واحد منهم على وجه اعتمد الإمام عليه سقط عن الباقيين حينئذ وجوب الاعلام، و لكن هل يستحب للباقيين الاعلام بحالهم أو لا.

(٢) و هما وجهان كما في المسالك.

(٣) طلبا للأجر على تقدير السلامه، و وجه العدم ما فى التعرض من الخطر، لما تقدم من الخطر العظيم المحتف بالقضاء، و لما روته العامه عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لعبد الرحمن بن سمره (لا تسأل الاماره، فإنك إن أعطيتها عن مسأله و كُلت إليها، و إن أعطيتها عن غير مسأله أعنت عليها) (١).

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام (إياكم أن يحاكم بعضكم بعضا إلى أهل الجور، و لكن انظروا إلى رجل منكم يعلم شيئا من قضايانا فاجعلوه بينكم قاضيا، فإنى قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه) (٢). و خبره الآخر قال (بعثنى أبو عبد الله عليه السّلام إلى أصحابنا فقال: فقل لهم، إياكم إذا وقعت بينكم خصومه أو تدارى فى شىء من الأخذ و العطاء أن تحاكموا إلى أحد من هؤلاء الفساق، اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فإنى قد جعلته عليكم قاضيا، و إياكم أن يخاصم بعضكم بعضا إلى السلطان الجائر) (٣). و مقبوله عمر بن حنظله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان أو إلى القضاء أ يحلّ ذلك؟ - إلى أن قال - قلت: فكيف يصنعان؟ قال: ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا-

ص: ٧١

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

-حكم بحكمنا فلم يقبل منه وإنما استخفَّ بحكم الله و علينا رد، و الرادّ علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله(١).

و مقتضى هذه الأخبار اشتراط الاجتهاد فى القاضى، لأن معرفه الحلال و الحرام و الأحكام الناشئه من النظر فى الأحاديث هى عين الاجتهاد، غايته أن الاجتهاد فى عصر النص و ما يقرب منه كان ضعيف الموثونه بحيث كان يكفيه النظر فى الأحاديث بخلاف الاجتهاد فى العصور المتأخره فإنه متوقف على أصول الفقه فضلا عن الحديث.

و مقتضى الإطلاع فى هذه الأخبار الشمول للمتجزئ هذا من جهه و من جهه أخرى ما قيل من أنه يكفى فى القضاء الإطلاع على جميع ما يتعلق بتلك الواقعه و لو كان بالتقليد بحيث إذا حكم بما عنده و لو من التقليد لكان حكما بالعدل و الحق، و الحكم بالعدل و الحق هو الغايه من القضاء قال تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) (٢) و قال تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ) (٣)، و قال تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ) (٤) كما فى آيه أو (فَأُولَئِكَ هُمُ الْكَافِرُونَ) ٥ كما فى آيه أخرى أو (فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ) ٦ كما فى آيه ثالته.

ففيه: إن هذه الآيات مقيدة بتلك الأخبار الداله على الاجتهاد فى القاضى على أن التفات غير المجتهد إلى جميع المزايا و الدقائق و الخصوصيات المتعلقة بالوقائع و ما فيها من الأحكام فى غايه البعد بل قريب من المحال. هذا و اعلم أن القاضى و المفتى و المجتهد و الفقيه ألقاب أربعة تدل على المجتهد إلا أن الاختلاف بالاعتبار، فالمجتهد سمي قاضيا باعتبار حكمه على الأفراد بالأحكام الشخصيه المتعلقة بالموضوعات المتنازع عليها لرفع التنازع بينهم، و سمي مفتيا باعتبار إخباره عن الحكم الشرعى الكلى، و سمي فقيها لأنه عالم بالأحكام الشرعيه الفرعيه عن أدلتها التفصيليه.

(١) بلا خلاف فيه لسلب عباره الصبى و المجنون، و لانصراف الأخبار المتقدمه عنهما.

(٢) فلا يصح قضاء المرأه، لانصراف الأخبار المتقدمه منها للتقييد بالرجل فى خبرى أبى -

ص: ٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٢- (٢) سوره النساء، الآية: ٥٨.

٣- (٣) سوره النساء، الآية: ١٣٥.

٤- (٤) ((٤ و ٥ و ٦) سوره المائده الآية: ٤٧ و ٤٤ و ٤٥.

و الإيمان (١) و العدالة (٢) و طهاره المولد (٣) إجماعاً، و الكتابه (٤) و الحره (٥) -خديجه و ابن حنظله، مضافاً إلى خبر أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آباءه في وصيه النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ لِعَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: يَا عَلِيُّ لَيْسَ عَلِيُّ الْمَرْأَةِ جَمْعُهُ وَ لَا جَمَاعُهُ - إلى أن قال - (لا تولى القضاء)(١).

(١) بمعنى الاعتقاد بالإمامه فضلاً عن الإسلام، أما الكافر فلائنه ليس أهلاً للأمانه، و أما غير الشيعي فلاشترط الأخبار أن يكون القاضى من الشيعة كما ورد في مقبوله ابن حنظله المتقدمه (من كان منكم) و كما في خبر أبي خديجه المتقدم (إلى رجل منكم)، فضلاً عن الأخبار الكثيره الناهيه عن المرافعه إلى قضاتهم.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السَّلَامُ (في رجل كان بينه و بين أخ له مماراه في حق، فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى إلا- أن يرفعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل: أَلَمْ تَرَ إِلَى الَّذِينَ يَزْعُمُونَ أَنَّهُمْ آمَنُوا بِمَا أَنْزَلَ إِلَيْكَ وَ مَا أَنْزَلَ مِنْ قَبْلِكَ يَرِيدُونَ أَن يُتْحَاكَمُوا إِلَى الطَّاغُوتِ، وَ قَدْ أُمِرُوا أَن يَكْفُرُوا بِهِ)(٢) فضلاً عن خبرى ابن حنظله و أبي خديجه المتقدمين.

(٢) فلا يصح قضاء الفاسق لعدم قبول شهادته فلا يسمح له بالقضاء من باب أولى.

(٣) فلا يصح قضاء ولد الزنا لفحوى ما دل على المنع من إمامته و شهادته كما سيأتى.

(٤) ذهب الأ-كثر إلى اشتراط علمه بالكتابه لاضطراره إلى معرفه الوقائع و الأحكام التي لا يتيسر ضبطها غالباً إلا بالكتابه، و عن بعض منهم صاحب الجواهر عدم الاشتراط لإطلاق الأخبار المتقدمه المتضمنه لنصب الفقيه قاضياً في زمن الغيبه، و أما الاستدلال عليه بأن الكتابه غير معتبره في النبوه و هى أكمل المناصب و منها يتفرع الأحكام و القضاء و قد كان النبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ أمياً لا يحسن الكتابه كما دل عليه قوله تعالى: (وَ مَا كُنْتَ تَتْلُوا مِنْ قَبْلِهِ مِنْ كِتَابٍ وَ لَا تَخُطُّهُ بِيَمِينِكَ إِذًا لِآرْتَابِ الْمُبْطِلُونَ) (٣) فقيه: إنه مختص بالنبي الأعظم صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ المحفوظ بالعصمه المانعه عن السهو و الغلط و النسيان، و كذا دليل اعتبار الاشتراط ضعيف إذ يمكن وضع كاتب عنده يغنيه عن الكتابه و به يتيسر ضبط الوقائع و الأحكام.

(٥) على الأكثر لأن القضاء ولايه و العبد ليس محلاً لها لاشتغاله عنها باستغراق وقته في -

ص: ٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٢.

٣- (٣) سورة العنكبوت، الآية: ٤٨.

و البصر (١) على الأشهر، و النطق (٢) و غلبه الذكر (٣)، و الاجتهاد (٤) فى الأحكام الشرعيه و أصولها، و يتحقق (٥) بمعرفه المقدمات الست و هى الكلام، و الأصول (٦)، و النحو، و التصريف، و لغه العرب، و شرائط الأدله (٧)، و الأصول الأربعة و هى الكتاب، و السنه، و الإجماع، و دليل العقل (٨).

والمعتبر من الكلام ما يعرف به الله تعالى، و ما يلزمه من صفات الجلال و الإكرام و عدله و حكمته، و نبوه نبينا صلى الله عليه و آله و سلم و عصمته و إمامه الأئمه عليه السلام كذلك (٩)، ليحصل (١٠) الوثوق بخبرهم، و يتحقق الحجج به، و التصديق بما جاء -خدمه سيده، و عن بعضهم و هو الحق: عدم الاشتراط لاطلاق الأخبار المتضمنه تنصيب الفقيه قاضيا فى زمن الغيبه.

(١) على الأشهر لافتقار القاضى إلى التمييز بين الخصوم و تعذر ذلك مع العمى، و قيل: لا- يشترط للأصل و إطلاق دليل التنصيب و هو الأقرب.

(٢) قال فى الجواهر: (و لا- يخفى عليك بعد ما ذكرنا من الحكم فى الكثير من الشرائط المذكوره فى كتب العامه التى لم يذكرها الأصحاب، كالنطق فلا يصح قضاء الأخرس، و السمع فلا قضاء للأصم، و غير ذلك مما ليس فى أدلتنا ما يشهد له).

(٣) و هو المعبر عنه بالضبط، فلو غلب عليه النسيان فلا- يجوز قضاؤه، و أشكل فيه بأن اطلاق دليل التنصيب المذكور نفيه مع تسجيل أحكامه على دفتر و تسجيل كل ما له الدخلى فى قضاؤه، و هذا التسجيل لا محذور فيه أبدا.

(٤) اشتراط الاجتهاد فى القاضى مما لا خلاف فيه و قد تقدم دليله، و تقدم أن الاجتهاد فى عصرنا متوقف على النظر فى أصول الفقه و الحديث.

(٥) أى الاجتهاد.

(٦) أى علم أصول الفقه.

(٧) أى البرهان.

(٨) و هذه الأربعة هى موضوع علم أصول الفقه، والمعتبر منها الكتاب و السنه، و أما الاجماع فموارده قليله، و أما العقل فموارده منحصره فى غير المستقلات العقليه من مسأله الأجزاء و مقدمه الواجب و مسأله الضد و مسأله اجتماع الأمر و النهى و مسأله دلالة الفساد على النهى، و أما المستقلات العقليه المبنيه على قاعده التحسين و التقيح العقليين فى جميع مواردنا قد ورد النص فيها.

(٩) أى و عصمتهم.

(١٠) تعليل لمعرفه عصمه النبى و الأئمه عليهم السلام.

به النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم من أحوال الدنيا والآخرة، كل ذلك بالدليل التفصيلي (١).

و لا يشترط الزيادة على ذلك بالاطلاع على ما حققه المتكلمون من أحكام الجواهر والأعراض، و ما اشتملت عليه كتبه (٢) من الحكمه و المقدمات، و الاعتراضات، و أجوبه الشبهات و إن وجب معرفته كفايه من جهة أخرى (٣)، و من ثم صرح جماعه من المحققين بأن الكلام ليس شرطاً في التفقه، فإن ما يتوقف عليه منه مشترك بين سائر المكلفين.

و من الأصول (٤) ما يعرف به أدله الأحكام من الأمر و النهي، و العموم و الخصوص، و الإطلاق و التقييد، و الإجمال و البيان و غيرها مما اشتملت عليه مقاصده (٥)، و من النحو و التصريف ما يختلف المعنى باختلافه ليحصل بسببه معرفه المراد من الخطاب، و لا يعتبر الاستقصاء فيه على الوجه التام، بل يكفي الوسط منه فما دون (٦)، و من اللغه ما يحصل به فهم كلام الله و رسوله و نوابه عليه السلام بالحفظ، أو الرجوع إلى أصل مصحح يشمل على معاني الألفاظ المتداوله في ذلك (٧).

(١) أى لا عن تقليد، و قد قرر في محله كفايه الاعتقاد و لو بالتقليد، مع أنه ثبت أن أدله معرفه الله جل و علا أدله فطريه و أدله النبوه الخاصه لا مثونه فيها فيكفى فيها الالتفات و كذا أدله الإمامه الخاصه مع نبذ التعصب.

على أن الوجدان حاكم بعدم توقف الاجتهاد على علم الكلام نعم الاعتقاد الصحيح متوقف على ما ذكره الشارح و هذا أجنبي عن الاجتهاد.

(٢) كتب الكلام.

(٣) أى من جهه رد شبهات المنكرين و المضللين.

(٤) أى و المعبر من الأصول.

(٥) كالصحيح و الأعم و المشتق و خصّه بالأصول اللفظيه لأنه سيتكلم عن حجه الخبر و التعادل و التراجع عند البحث في السنه، و كان عليه ذكر الأصول العمليه من البراءه و الاحتياط و التخيير و الاستصحاب لكن سيتكلم عن الأصول العمليه عند البحث في الدليل العقلي، باعتبار أن دليلها العقل عندهم و لم يستدل بالأخبار فيها إلا من زمن والد الشيخ البهائي. و علم أصول الفقه من أهم ما يتوقف عليه الاجتهاد.

(٦) فمعرفه كيفيه الاعلال و الابدال و بعض المباحث الدقيقه مما لا يتوقف عليه الاجتهاد كما هو واضح.

(٧) كالرجوع إلى المصباح المنير للفيومي و النهايه الأثيريه و مجمع البحرين و غيرها.

و من شرائط الأدله معرفه الأشكال الاقترانيه، و الاستثنائيه، و ما يتوقف عليه من المعانى المفرده و غيرها (١)، و لا يشترط الاستقصاء فى ذلك بل يقتصر على المجزئ منه، و ما زاد عليه فهو مجرد تضييع للعمر، و ترجئه للوقت.

و المعتبر من الكتاب الكريم معرفه ما يتعلق بالأحكام و هو نحو من خمسمائه آيه، إما بحفظها، أو فهم مقتضاها ليرجع إليها متى شاء (٢)، و يتوقف على معرفه الناسخ منها من المنسوخ، و لو بالرجوع إلى أصل يشتمل عليه.

و من السنه جميع ما اشتمل منها على الأحكام، و لو فى أصل مصحح (٣) رواه عن عدل بسند متصل إلى النبى و الأئمه، و يعرف (٤) الصحيح منها و الحسن، و الموثق و الضعيف، و الموقوف و المرسل، و المتواتر و الآحاد، و غيرها من الاصطلاحات التى دوت فى درايه الحديث، المفتقر إليها (٥) فى استنباط الأحكام، و هى أمور اصطلاحيه توقيفيه، لا مباحث علميه، و يدخل فى أصول الفقه معرفه أحوالها (٦) عند التعارض و كثير من أحكامها (٧)، و من الإجماع و الخلاف أن يعرف أن ما يفتى به لا يخالف الإجماع (٨)، إنا بوجود موافق من المتقدمين، أو بغلبه ظنه (١) و المراد منه شرائط الحد، و لو قال: و المعتبر منه شرائط البرهان و شرائط الحد لكان أخصر، لكن ما له الدخل فى الاجتهاد من علم المنطق هو أمر ضرورى فطرى فى جبله الإنسان فلا داعى لذكره.

(٢) أو الرجوع إلى كتاب يتضمنها كزبده البيان للمقدس الأردبيلى.

(٣) بحيث لو اكتفى بالوسائل و مستدركه لأعذر فى مقام البحث عن الدليل اللفظى.

(٤) إشاره إلى علم الدرايه.

(٥) و من الواضح أن الاجتهاد ليس متوقفا على معرفه هذه المصطلحات، نعم هو متوقف على حججه الخبر، فلو قلنا بحججه الخبر الصحيح فقط أو الأعم منه و من الثقه، أو الأعم منها و من خبر موثوق الصدور فيجب عليه معرفه ذلك من الأخبار حتى يعتمد عليها فى مقام الاستنباط.

(٦) أى معرفه أحوال السنه.

(٧) أى أحكام السنه، كحججه الخبر الواحد، و الفرق بينه و بين المتواتر.

(٨) و هو اجماع المتقدمين القريبين من عصر النص، و أما اجماع المتأخرين عند عدم النص فلا حجه فيه خصوصا عند سكوت القدماء فى المسأله و عدم تعرضهم لها.

على أنه واقعه متجدده لم يبحث عنها السابقون بحيث حصل فيها أحد الأمرين (١)، لا معرفه كل مسأله أجمعوا عليها، أو اختلفوا، و دلالة العقل من الاستصحاب و البراهه الأصلية و غيرهما داخله فى الأصول، و كذا معرفه ما يحتج به من القياس (٢)، بل يشتمل كثير من مختصرات أصول الفقه كالتهديب (٣) و مختصر الأصول لابن الحاجب على ما يحتاج إليه من شرائط الدليل المدون فى علم الميزان، و كثير (٤) من كتب النحو على ما يحتاج إليه من التصريف.

نعم يشترط مع ذلك كله أن يكون له قوه يتمكن بها من رد الفروع إلى أصولها و استنباطها منها. و هذه هى العمده فى هذا الباب، و إلا فتحصيل تلك المقدمات قد صارت فى زماننا سهله لكثرة ما حققه العلماء و الفقهاء فيها، و فى بيان استعمالها، و إنما تلك القوه بيد الله تعالى يؤتيها من يشاء من عباده على وفق حكمته و مراده، و لكثرة المجاهده و الممارسه لأهلها مدخل عظيم فى تحصيلها، (و الَّذِينَ جَاهَدُوا فِينَا لَنَهْدِيَنَّهُمْ سُبُلَنَا وَإِنَّ اللَّهَ لَمَعَ الْمُحْسِنِينَ) (٥).

و إذا تحقق المفتى بهذا الوصف و جب على الناس الترافع إليه، و قبول قوله، و التزام حكمه، لأنه منصوب من الإمام عليه السلام على العموم بقوله: «انظروا إلى رجل منكم قد روى حديثنا، و عرف أحكامنا فاجعلوه قاضيا فإني قد جعلته قاضيا فتحاكموا إليه» (٦).

(١) من الاجماع أو الخلاف.

(٢) و هو قياس منصوص العله فقط، و هو بالدقه تمسك بظاهر اللفظ و لا يندرج فى القياس الذى تواترت الأخبار فى ذمه و النهى عنه.

(٣) للعلامه.

(٤) أى و يشتمل كثير من كتب النحو كالألفية لابن مالك مع شروحاتها هذا و الإنصاف أن العلوم العربيه من المقدمات البعيده بخلاف علم الأصول و الحديث فإنها من المقدمات القريبه للاجتهاد و لذا اقتصرنا عليهما سابقا.

(٥) العنكبوت آيه: ٦٩.

(٦) و هو الخبر الأول لأبى خديجه المتقدم (١)، و قد نقله بالمعنى لاختلاف بعض ألفاظه فراجع.

ص: ٧٧

و فى بعض الأخبار (١): «فارضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه، فإنما بحكم الله استخف، و علينا رد، و الراد علينا راد على الله، و هو على حدّ الشرك بالله عزّ و جلّ».

فى من عدل إلى قضاة الجور

(فمن عدل عنه إلى قضاة الجور كان عاصيا) فاسقا لأن ذلك كبيره عندنا، ففى مقبول عمر بن حنظله السابق (٢): «من تحاكم إلى طاغوت فحكم له فإنما يأخذ (١) و هو مقبوله عمر بن حنظله المتقدمه (١)، و أيضا قد نقله بالمعنى لاختلاف بعض ألفاظه.

(٢) ففى مقبوله عمر بن حنظله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجلين من أصحابنا بينهما منازعه فى دين أو ميراث فتحاكما إلى السلطان و إلى القضاة، أ يحلّ ذلك؟ قال: من تحاكم إليهم فى حق أو باطل فإنما تحاكم إلى الطاغوت، و ما يحكم له فإنما يأخذ سحتا و إن كان حقا ثابتا له، لأنه أخذه بحكم الطاغوت، و قد أمر الله أن يكفر به، قال تعالى:

يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت و قد أمروا أن يكفروا به، قلت: كيف يصنعان؟ قال:

ينظران من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا) (٢) إلى آخر ما تقدم نقله سابقا.

و مثلها خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان بينه و بين أخ له ممراره فى حق فدعاه إلى رجل من اخوانه ليحكم بينه و بينه فأبى إلا- أن يرافعه إلى هؤلاء كان بمنزله الذين قال الله عز و جل: أ لم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك و ما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت، و قد أمروا أن يكفروا به) (٣)، و مقتضى الأخبار حرمة التحاكم إليهم إذا كانت الخصومه بين مؤمنين و إن حكموا بالعدل و كان حقه ثابتا كما هو صريح مقبولة ابن حنظله، و ظاهرها حرمة التحاكم سواء كان الحق عينا أو دينا فما عن البعض من التفصيل بين العين و الدين بجوازه فى الأول دون الثانى لاحتياجه إلى أعمال من الحاكم الجائر لتشخيص الدين فى مال الخصم ليس فى محله، نعم إذا كان الخصم مخالفا و أبى إلا الترافع إلى قضاة الجور عندهم جاز عند التقيه لخبر عطاء بن السائب عن على بن الحسين عليهما السّلام (إذا كنتم فى أئمة الجور فامضوا فى أحكامهم و لا تشهروا أنفسكم فتقتلوا، و إن تعاملتم بأحكامنا كان خيرا لكم) (٤).

ص: ٧٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٧.

سحتا و إن كان حقه ثابتا، لأنه أخذه بحكم الطاغوت و قد أمر الله أن يكفر بها».

و مثله كثير.

فى ثبوت ولايه القاضى

(و ثبت ولايه القاضى) المنصوب من الإمام (بالشيعاء) و هو إخبار جماعه به يغلب على الظن صدقهم (١)، (أو بشهاده عدلين) (٢) و إن لم تكن بين يدى حاكم، بل يثبت بهما أمره عند كل من سمعهما، و لا يثبت بالواحد (٣)، و لا بقوله (٤) و إن شهدت له القرائن (٥)، و لا بالخط مع أمن التزوير (٦) مع احتمالها.

فى صفات القاضى

(و لا بد) فى القاضى المنصوب من الإمام (من الكمال) (٧) بالبلوغ، و العقل، و طهاره المولد، (و العداله)، و يدخل فيها الإيمان، (و أهليه الإفتاء) بالعلم بالأمر المذكوره، (و المذكوره، و الكتابه) لعسر الضبط بدونها لغير النبى صلى الله عليه و آله و سلم (٨)، (و البصر)، لافتقاره إلى التمييز بين الخصوم، و تعذر ذلك (٩) مع العمى فى حق غير النبى، و قيل: إنهما ليسا بشرط، لانتفاء الأول فى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١٠)، و الثانى فى (١) فالشيعاء المذكور مما يفيد الظن الغالب الموجب لاطمئنان النفس و هو المسمى بالعلم العادى الذى يرتب عليه العرف آثار العلم العقلى الذى لا شك فيه.

(٢) لعموم حجيه اليه كما سيأتى فى الشهادات، و هذا لا- فرق فيه بين قيام اليه بين يدى حاكم أو لا لعدم التنازع الموجب للقضاء المستدعى لقيام اليه بين يدى الحاكم.

(٣) لأن القضاء من جمله الحقوق فلا بد فيها من اليه.

(٤) أى قول القاضى.

(٥) إلا إذا أفادت القطع فيؤخذ به لأن حجيه القطع ذاته.

(٦) لأن الخط ليس من الأدله الشرعيه كما قيل، و فيه إن الخط مع أمن التزوير مما يفيد العلم و حجيه العلم ذاته هذا فضلا عن أن السيره فى عصر النبى صلى الله عليه و آله و سلم و عصر أمير المؤمنين عليه السلام قائمه على الاكتفاء بالخط المأمون من التزوير الموجود ضمن كتاب مختوم بختم الحاكم فى اثبات تنصيب الولاه و القضاء، و هذا ظاهر من ثنايا سطور التاريخ لمن راجعه.

(٧) قد تقدم بحث الشروط المعبره فى القاضى.

(٨) لأن عصمته مانعه من الخطأ و النسيان.

(٩) أى تعذر التمييز بين الخصوم.

(١٠) بل تقدم أن الدليل إطلاق دليل التنصيب و كذا فى نفي العمى.

ص: ٧٩

شعيب عليه السلام، و لإمكان الضبط بدونهما بالحفظ (١) و الشهود (٢).

و بقى من الشرائط التى اعتبرها المصنف و غيره غلبه الحفظ، و انتفاء الخرس و الحريره على خلاف فى الأخير (٣)، و يمكن دخول الأول فى شرط الكمال (٤)، و عدم اعتبار الأخير (٥) هنا مع أنه قطع به فى الدروس، و ليس دخول الثانى (٦) فى الكمال أولى من دخول البصر و الكتابه فكان اللازم ذكره، أو إدخال الجميع فى الكمال.

فى قاضى التحكيم

و هذه الشرائط كلها معتبره فى القاضى مطلقا (٧) (إلا فى قاضى التحكيم) (٨) (١) و هو يغنى عن الكتابه.

(٢) للتمييز بين الخصوم.

(٣) بل تقدم الخلاف فيه و فى غلبه الحفظ و انتفاء الخرس و كذا اشتراط السمع، و إطلاق دليل التنصيب ينفى هذا كله.

(٤) حيث ذكر المصنف هنا الكمال و لعله يريد به ما يعم غلبه الحفظ، و فيه: إن الكمال عند الفقهاء منحصر بالبلوغ و العقل و لذا اقتصر عليهما الشارح فى مقام تفسير الكمال.

(٥) أى عدم اعتبار الحريره لعدم ذكر اشتراطها فى صفات القاضى هنا فى اللمعه.

(٦) دفع توهم، أما التوهم فحاصله أن المصنف لعله لم يذكر اشتراط النطق لأنه داخل فى الكمال المذكور فى عبارته، و دفعه: أن دخول البصر و الكتابه فى الكمال ليس بأولى من دخول النطق فيه و مع ذلك قد ذكرهما بعد ذكر الكمال، فلم لم يذكر النطق و إلا فلو أراد بالكمال المعنى الأعم من البلوغ و العقل لكان عليه عدم ذكر البصر و الكتابه كما لم يذكر اشتراط النطق.

(٧) سواء كان منصوبا من الإمام أو نائبه، و سواء كان فى عصر الحضور أو الغيبه.

(٨) محل النزاع فيه مختص بحال حضور المعصوم عليه السلام بحيث لو نصب قاضيا فى بلد و هو مستجمع لشرائط القضاء فهل يجوز للمتخاصمين الرجوع إلى من هو حائز لشرائط القضاء غير أنه ليس بمنصوب للقضاء من قبل المعصوم أو لا يجوز؟

و هذا الفرع مأخوذ من العامه حيث نقل صاحب الجواهر عن كتاب الروضه للرافعى، و هو من كتب العامه: (الخامسه: هل يجوز أن يحكم الخصمان رجلا- غير القاضى؟ و هل لحكمه بينهما اعتبار؟ قولان، أظهرهما عند الجمهور نعم، و خالفهم الإمام و الغزالي فرجحا المنع، و قيل: القولان فى الأموال فقط، فأما النكاح و اللعان و القصاص و حدّ القذف و غيرها فلا يجوز فيها التحكيم قطعا، و المذهب طرد القولين فى الجميع و به قطع-

و هو الذى تراضى به الخصمان ليحكم بينهما مع وجود قاضٍ منصوب من قبل الإمام عليه السّلام و ذلك فى حال حضوره (١) فإن حكمه ماضٍ عليهما، و إن لم يستجمع جميع هذه الشرائط (٢).

هذا مقتضى العبارة، و لكن ليس المراد أنه يجوز خلوه منها أجمع، فإن استجماعه لشرائط الفتوى شرط إجماعاً، و كذا بلوغه، و عقله، و طهاره مولده، و غلبه حفظه، و عدالته، و إنما يقع الاشتباه فى الباقي (٣)، و المصنف فى الدروس قطع بأن شروط قاضى التحكيم هى شروط القاضى المنصوب أجمع من غير استثناء، و كذلك قطع به المحقق فى الشرائع، و العلامة فى كتبه و ولده فخر المحققين فى الشرح، فإنه قال فيه (٤): التحكيم الشرعى هو أن يحكم الخصمان -الأكثرين-. و الأصحاب طبقوا هذا الفرع على أصولنا أيضاً، و لكن بناء عليه لا يجرى النزاع عندنا فى قاضى التحكيم فى حال الغيبة بعد اشتراط رجوع المتخاصمين إلى الفقيه الجامع لشرائط الفتوى، و ذلك لأن البحث فى قاضى التحكيم هو البحث فى نفوذ حكم الفقيه غير المأذون بالقضاء من قبل المعصوم مع أن كل فقيه عندنا مأذون بالقضاء من قبل المعصوم لأدله التنصيب المتقدمه.

و لذا قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن الاتفاق واقع على أن قاضى التحكيم يشترط فيه ما يشترط فى القاضى المنصوص من الشرائط التى من جملتها كونه مجتهداً، و على هذا فقاضى التحكيم مختص بحال حضور الإمام ليفرق بينه و بين غيره من القضاة، بكون القاضى منصوباً و هذا غير منصوب من غير الخصمين، أما فى حال الغيبة فسيأتى أن المجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن، و غيره لا- يصح حكمه فلا- يتصور حالتها - حاله الغيبة - قاضى التحكيم) انتهى. بل إن البحث فى قاضى التحكيم على النزاع المتقدم مختص بحال بسط يد المعصوم و أنه هو الحاكم و قد نصّب فى كل بلده قاضياً، و أما حال الحضور مع عدم بسط يده فكل مجتهد ينفذ قضاؤه لعموم الإذن و عليه فلا يتصور قاضى التحكيم مع عدم البسط و النفوذ.

(١) حضور المعصوم عليه السّلام.

(٢) بل هو مستجمع لجميع الشرائط المعتمده إلا إذن المعصوم بالقضاء.

(٣) من الحريه و النطق و السمع و البصر و هى محل شك فى القاضى المنصوب أيضاً بل الدليل على عدم اشتراطها.

(٤) أى فى شرح القواعد.

واحدًا جامعا لشرائط الحكم سوى نصّ من له توليته شرعا (١) عليه بولاية القضاء.

ويمكن حمل هذه العبارة على ذلك بجعله استثناء من اعتبار جميع الشرائط كلها التي من جملتها توليته المدلول عليه بقوله أولا أو نائبه، ثم قوله: و تثبت ولاية القاضى الخ، ثم ذكر باقى الشرائط فيصير التقدير أنه يشترط فى القاضى اجتماع ما ذكر إلا قاضى التحكيم فلا يشترط فيه اجتماعه (٢)، لصحته (٣) بدون التولية، وهذا هو الأنسب بفتوى المصنف و الأصحاب (٤).

و يمكن على بعد أن يستثنى من الشرط المذكور أمر آخر بأن لا يعتبر المصنف هنا فيه (٥) البصر و الكتابه، لأن حكمه فى واقعه، أو وقائع خاصه يمكن ضبطها بدونهما، أو لا يجب عليه ضبطهما، لأنه قاضى تراض من الخصمين فقد قدما على ذلك، و من أراد منهما ضبط ما يحتاج إليه أشهد عليه، مع أن فى الشرطين خلافا فى مطلق القاضى (٦)، ففيه أولى بالجواز، لانتفاء المانع الوارد فى العام (٧) بكثرة الوقائع، و عسر الضبط (٨) بدونهما، و أما الذكوريه فلم ينقل أحد فيها خلافا و يبعد اختصاص قاضى التحكيم بعدم اشتراطها و إن كان محتملا، و لا ضروره هنا إلى استثنائها (٩) لأن الاستثناء (١٠) هو المجموع لا الأفراد.

(١) و المعصوم هو الذى حق توليته شرعا على القضاء.

(٢) أى اجتماع جميع الشرائط.

(٣) أى لصحه الاستثناء.

(٤) و هو المتعين هنا فى حمل العبارة.

(٥) أى لا يعتبر المصنف فى اللغه فى قاضى التحكيم.

(٦) حمل عباره المصنف على ذلك خلاف الظاهر.

(٧) أى القاضى العام المنصوب من قبل المعصوم، فعلى فرض اشتراطهما فى القاضى المنصوب يكون الاشتراط لكثرة الوقائع الموجبه للبصر حتى يميز بين الخصوم، و الموجبه للكتابة حتى يسهل ضبط الأحكام و ما يرد عليه من الوقائع و خصوصياتها، إلا أن هذا منفى فى قاضى التحكيم لعدم الوقائع الكثيره، بل هى واقعه خاصه يسهل معرفه حكمها و ماله الدخلى فى تشخيصها من دون اضطرار إلى الكتابه، و يسهل التمييز بين المتخاصمين فلا داعى لاشتراط البصر.

(٨) عطف على (المانع).

(٩) أى استثناء الذكوريه بعد كون دليلها مطلق يشمل القاضى المنصوب و غيره.

(١٠) فى عباره المصنف.

و اعلم أن قاضى التحكيم لا يتصور فى حال الغيبه مطلقا (١)، لأنه إن كان مجتهدا نفذ حكمه بغير تحكيم، و إلا لم ينفذ حكمه مطلقا إجماعا، و إنما يتحقق (٢) مع جمعه للشرائط حال حضوره عليه السلام و عدم نصبه كما بيناه. و قد تحرر من ذلك: أن الاجتهاد شرط فى القاضى فى جمع الأزمان و الأحوال، و هو موضع وفاق. و هل يشترط فى نفوذ حكم قاضى التحكيم تراضى الخصمين به بعده (٣) قولان: أجمعهما عدم عملا بإطلاق النصوص.

فى ارتزاق القاضى من بيت المال

(و يجوز ارتزاق القاضى من بيت المال مع الحاجه) (٤) إلى الارتزاق لعدم المال، (١) أى أبدا.

(٢) أى قاضى التحكيم.

(٣) أى هل يشترط فى نفوذ حكمه تراضى الخصمين بالقاضى بعد الحكم أو لا؟ لا خلاف فى اعتبار رضا الخصمين بحكمه قبل تمام الحكم فلو رجعا أو رجع أحدهما قبل الحكم فلا ينفذ حكمه، و إنما الخلاف فى اعتبار رضاهما بعد الحكم، و المشهور على عدم تمسكا بإطلاق الأدله على لزوم الحكم فى مطلق القاضى كما فى مقبوله عمر بن حنظله (فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله) (١)، و نقل فى المسالك عن بعض العامه قولاً - باعتبار رضاهما بعده، لأن رضاهما كما هو معتبر فى أصل الحكم كذلك هو معتبر فى لزومه، و هو ضعيف للاطلاق المتقدم بعد تحقق الرضا بالمرافعه عنده.

(٤) الفرق بين الأجره و الارتزاق أن الأجره تحتاج إلى تقدير العمل و العوض و ضبط المده، و الارتزاق منوط بنظر الحاكم من غير أن يقدر بقدر.

فيحرم على القاضى الأجره على المشهور، لأن القضاء واجب و هو مناف لأخذ الأجره خصوصا إذا تعين عليه عند الانحصار، و ذهب العلامة فى المختلف إلى جواز أخذ الأجره مع عدم التعين، و ذهب المفيد و القاضى إلى الجواز مطلقا، و البحث فى أجره القاضى هو من صغريات مسأله جواز أخذ الأجره على الواجبات و سيأتى التعرض لها فى باب المكاسب إن شاء الله تعالى. و على فرض المنع فيجوز للقاضى الارتزاق من بيت المال، لأن بيت المال معد لمصالح المسلمين، و القضاء من أهمها لتوقف نظم أمور المسلمين عليه، و لمرسله حماد عن العبد الصالح الوارده فى تقسيم الخمس و الانفال و الغنائم - إلى -

ص: ٨٣

أو الوصله إليه، سواء تعين القضاء عليه أم لا، لأن بيت المال معد للمصالح و هو من أعظمها. وقيل: لا- يجوز مع تعينه عليه لوجوبه، و يضعف بأن المنع حينئذ من الأجره لا من الرزق،(و لا يجوز الجعل)، و لا الأجره (من الخصوم)، و لا من -أن قال :- (و يؤخذ الباقي فيكون بعد ذلك أرزاق أعوانه على دين الله، و فى مصلحه ما ينوبه من تقويه الإسلام و تقويه الدين فى وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحه العامه)(١)، و ما روى فى نهج البلاغه عن أمير المؤمنين عليه السّلام فى عهده إلى مالك الأشتر حين ولاه على مصر و أعمالها إلى أن قال: (و اختر للحكم بين الناس أفضل رعيتك فى نفسك ممن لا تضيق به الأمور، ثم ذكر صفات القاضى، ثم قال: و أكثر تعاهد قضائه و أفسح له فى البذل ما يزيح علقته و تقلّ معه حاجته إلى الناس، و أعطه من المنزله لديك ما لا يطمع فيه غيره)٢، و خبر الدعائم عن على عليه السّلام (أنه قال: لا بد من إماره و رزق للأمير، و لا بدّ من عريف و رزق للعريف، و لا- بدّ من حاسب و رزق للحاسب، و لا بدّ من قاض و رزق للقاضى، و كره أن يكون رزق القاضى على الناس الذين يقضى لهم و لكن من بيت المال)(٢)، و خبر الجعفرىات عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده على بن الحسين عن أبيه عن على بن على بن أبى طالب عليهم السّلام (من السحت ثمن الميتة - إلى أن قال - و الرشوه فى الحكم و أجر القاضى إلا قاض يجرى عليه من بيت المال)(٣) و عن بعضهم عدم جواز الارتزاق مع تعيين القضاء عليه لمنافاه الوجوب لأخذ العوض عليه، و فيه: إنه يتم فى الأجره التى هى العوض دون الارتزاق فضلا عن الأخبار المتقدمه و على الأشهر كما فى المسالك عدم جواز الارتزاق مع عدم الحاجه و يدفعه إطلاق مرسله حماد و خبر الدعائم.

ثم الاستفادة من النصوص المتقدمه أن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و ما فيه تقويه الإسلام، و عليه فكل من يشتغل بمصلحه من مصالح المسلمين أو بمصلحه فيها تقويه الإسلام كالجهاد، و كان هذا الاشتغال مانعا عن التكسب فيجوز له الارتزاق كالجند و الوالى و القاضى و أئمّه الجماعات و المؤذن و خازن بيت المال و المدرّس للعلوم الشرعيه و القرآن و الأخلاق و الآداب الحسنه، و صاحب الديوان، و المراد منه من بيده الكتاب الذى يجمع فيه أسماء الجند و القضاء و المدرسين و غيرهم ممن يعيشون بالارتزاق من بيت المال.

ص: ٨٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٢ و ٩.

٢- (٣) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٥٣٨.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٤.

غيرهم، لأنه في معنى الرشا (١).

في المرتزقة من بيت المال

(و المرتزقة) من بيت المال (المؤذن، و القاسم (٢)، و الكاتب) للإمام، أو لضبط بيت المال، أو الحجج، و نحوها من المصالح،(و معلم القرآن و الآداب) كالعربي، و علم الأخلاق الفاضله، و نحوها،(و صاحب الديوان) الذي بيده ضبط القضاء و الجند و أرزاقهم و نحوها من المصالح،(و والى بيت المال) الذي يحفظه و يضبطه و يعطى منه ما يؤمر به و نحوه، و ليس الارتزاق منحصرًا فيمن ذكر، بل مصرفه كل مصلحه من مصالح الإسلام ليس لها جهه غيره، أو قصرت جهتها عنها (٣).

في وجوب التسويه بين الخصمين

(و يجب على القاضى التسويه بين الخصمين (٤) فى الكلام) معهما،(و السلام) عليهما، و رده إذا سلما،(و النظر) إليهما،(و غيرها من (أنواع الإكرام) كالإذن فى الدخول، و القيام، و المجلس و طلاقه الوجه،(و الإنصات) لكلامهما، (١)سيأتى بحثه فى المكاسب المحرمه إن شاء الله تعالى.

(٢)الذى يقسم أموال بيت المال.

(٣)كما لو قصرت الزكاه عن حصه الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا .

(٤)و إن تفاوتتا شرفا، فيساوى بينهما فى السلام و رده و الجلوس و النظر إليهما و الكلام معهما و الإنصات و غير ذلك من أنواع الإكرام، كالإذن فى الدخول و طلاقه الوجه لخبر سلمه بن كهيل (سمعت عليا عليه السلام يقول لشريح: - إلى قال - ثم واس بين المسلمين بوجهك و منطقك و مجلسك حتى لا يطمع قريبك فى حيفك و لا يياس عدوك من عدلك)(١) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من ابتلى بالقضاء فليواس بينهم فى الإشاره، و فى النظر، و فى المجلس)(٢) و بهذا الإسناد (أن رجلا نزل بأمر المؤمنين عليه السلام فمكث عنده أياما ثم تقدم إليه فى خصومه لم يذكرها لأمر المؤمنين عليه السلام فقال له: أ خصم أنت؟ قال: نعم، قال: تحول عنا فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى أن يضاف الخصم إلا و معه خصمه)٣.

فالمشهور على الوجوب كما هو الظاهر من الأخبار، و العلامه و سلار على الاستحباب لضعف سند هذه الأخبار فلا تصلح حينئذ إلا للاستحباب الذى يتسامح فى أدلته، و فيه: إنها منجبره بعمل الأصحاب.

ص: ٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب القاضى حديث ١ و ٢.

(و الإنصاف) لكل منهما إذا وقع منه (١) ما يقتضيه، هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و ذهب سلاور و العلامه فى المختلف إلى أن التسويه بينهما مستحبه عملا بأصالة البراءة، و استضعافا لمستند الوجوب، هذا إذا كانا مسلمين، أو كافرين، (و) لو كان أحدهما مسلما و الآخر كافرا كان (له أن يرفع المسلم على الكافر فى المجلس) (٢) رفعا صوريا، أو معنويا كقربه إلى القاضى أو على يمينه كما جلس على عليه السلام بجنب شريح فى خصومه له مع يهودى، (و أن يجلس المسلم مع قيام الكافر). و هل تجب التسويه بينهما فيما عدا ذلك ظاهر العبارة و غيرها ذلك، و يحتمل تعدّيه (٣) إلى غيره من وجوه الإكرام.

(و لا- تجب التسويه) بين الخصمين مطلقا (٤) (فى الميل القلبى) (٥)، إذ لا- (١) أى من القاضى، و يكون الشارح قد حمل الانصاف على معنى الاعتذار لو صدر منه ما يقتضيه، مع أنه يمكن حمله على ردع أحد الخصمين لو صدر منه ما يوجه كما لو صدر من أحد الخصمين شدة على خصمه.

(٢) فيجوز أن يكون المسلم قاعدا (و الذمى) قائما، أو أن تكون منزله المسلم أعلى كما لو كان على يمين القاضى أو أقرب إلى القاضى، بلا- خلاف فيه، لما روته العامه (أن عليا عليه السلام جلس بجنب شريح القاضى فى حكمه له مع يهودى فى درع و قال: لو كان خصمى مسلما لجلست معه بين يديك، و لكن قد سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: لا تساوهم فى المجلس) (١).

و أما بقيه الأمور غير المجلس فهى باقيه تحت العمومات السابقه من وجوب التسويه بين الخصمين.

(٣) أى امتياز المسلم على الكافر، و فيه: إن دليل الاستثناء منحصر فى المجلس كما هو قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم المتقدم.

(٤) مسلمين أو كافرين أو مختلفين.

(٥) لأن التحكيم بالقلب متعذر، و لما روته العامه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى القسم بين نساءه: (هذا قسمى فيما أملك و أنت أعلم بما لا أملك) (٢) يعنى الميل القلبى.

ص: ٨٦

١- (١) مغنى ابن قدامه ج ١١ ص ٤٤٤.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٩٨.

غضاضه فيه على الناقص (١)، و لا إدلال للمتصف، لعدم اطلاعهما، و لا غيرهما عليه. نعم تستحب التسويه فيه ما أمكن.

فى أنه إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه

(و إذا بدر أحد الخصمين بدعوى سمع منه) وجوبا (٢) تلك الدعوى لا جميع ما يريده منها (٣)، و لو قال الآخر كنت أنا المدعى لم يلتفت إليه (٤) حتى تنتهى تلك الحكومه، (و لو ابتدرا) معا (سمع من الذى على يمين صاحبه) (٥) دعوى واحده، - نعم فى صحيح أبى حمزه الثمالى ما يدل على حرمة الميل القلبى، فقد روى عن أبى جعفر عليه السّلام (كان فى بنى إسرائيل قاض و كان يقضى بالحق فيهم، فلما حضره الموت قال لامرأته: إذا أنا متّ فاغسلينى و كفّنينى و ضعينى على سريرى و غطّى وجهى فإنك لا ترين سوء، فلما مات فعلت ذلك، ثم مكث بذلك حيناً، ثم إنها كشفت عن وجهه لتنظر إليه، فإذا هى بدوده تقرض منخره ففرغت من ذلك، فلما كان الليل أتاها فى منامها، فقال لها: أفرعك ما رأيت؟ قالت: أجل، فقال لها: أما لئن كنت فرغت، ما كان الذى رأيت إلا- فى أخيك فلان، أتانى و معه خصم له، فلما جلسا إلىّ قلت: اللهم اجعل الحق له و وجه القضاء على صاحبه، فلما اختصما إلىّ كان الحق له و رأيت ذلك بيننا فى القضاء، فوجهت القضاء له على صاحبه، فأصابنى ما رأيت لموضع هواى كان مع موافقه الحق) (١)، و قد حمل على الحث على المراتب العاليه، أو أن المحرم هو الميل القلبى لأحدهما فى الحكم لا- فى مقدماته كالنظر و الجلوس و الكلام و نحو ذلك، أو على الوجوب عند الإمكان و هو نادر إلا- ممن له نفس مطواعه لأوامر الله جل و علا، أو على الاستحباب و هو المستفاد من عبارته الشارح هنا و فى الأخير ضعف ظاهر إذ الاستحباب لا يوجب تركه العقاب.

(١) فى الميل القلبى.

(٢) لأنه السابق، و السابق أحق من غيره فى جميع الحقوق المشتركه، و هذا منها، نعم تسمع منه هذه الدعوى للأسبقيه، و لا تسمع جميع الدعاوى التى يريد فتحها.

(٣) من الدعاوى.

(٤) لأنه مدعى بدعوى متأخره فلا تسمع حتى تتم الدعوى السابقه، و عليه الاجابه، نعم بعد الانتهاء من الأولى ينتقل إلى الثانیه.

(٥) و هو الكائن على يسار القاضى عند المواجهه لصحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام

ص: ٨٧

ثم سمع دعوى الآخر لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السّلام، وقيل: يقرع بينهما لورودها لكل مشكل و هذا منه، و مثله (١) ما لو تراحم الطلبة عند مدرّس و المستفتون عند المفتى مع وجوب التعليم و الإفتاء، لكن هنا يقدم الأسبق، فإن جهل، أو جاءوا معا (٢) أقرع بينهم، و لو جمعهم على درس واحد مع تقارب أفهامهم جاز، و إلا فلا (٣)، (و إذا سكتا) (٤) فله أن يسكت حتى يتكلما، و إن شاء (فليقل: ليتكلم المدعى منكما، أو تكّلما)، أو يأمر من يقول: ذلك، (و يكره تخصيص أحدهما بالخطاب) لما فيه من الترجيح الذى أقل مراتبه الكراهه.

فى حرمه الرشوه

(و تحرم الرشوه) (٥) بضم الراء و كسرهما، و هو أخذه مالا من أحدهما أو - (قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يقدم صاحب اليمين فى المجلس بالكلام) (١) و قال فى المسالك:

(و هذه الروايه ليست صريحه فى المدعى إلا أن الأصحاب اتفقوا على إرادته ما ذكر منها)، و مثلها صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تقدمت مع خصم إلى وال أو إلى قاض فقف عن يمينه، يعنى عن يمين الخصم) ٢ و التفسير - على ما هو المظنون - من الصدوق الذى أورد الخبر فى الفقيه. و الشيخ فى الخلاف و المبسوط مال إلى القرعه و هو مذهب أصحاب الشافعى، لأنها لكل أمر مشكل أو مجهول، و فيه: أنه لا إشكال و لا اجمال بعد ورود النص المتقدم.

(١) أى و مثل التخاصم فالحق للأسبق ثم للقرعه، و الأسبقه للمجىء هنا لا للقول، هذا كله إذا كان العلم المطلوب تدريسه واجبا على المدرس و إلا فهو بالخيار يقدم من يشاء، فيجوز له رد الأول حينئذ لعدم وجوب التدريس عليه.

(٢) و منه يستكشف أن الأسبقه للمجىء.

(٣) لأنه يكون ظلما لأحد الطرفين.

(٤) فيستحب له أن يقول: تكلم أو ليتكلم المدعى منكما، لما فى توجيه الخطاب إلى احدهما من إيحاش الآخر، و هذا مناف لما تقدم من وجوب التسويه، و هو يقتضى تحريم توجيه الخطاب إلى أحدهما كما هو ظاهر المبسوط و التحرير، و عن المحقق و جماعه الكراهه و قال الشارح فى المسالك (فإما أن يكون ذلك استثناء من السابق - أى وجوب التسويه - أو رجوعا عن الحكم.

(٥) الرشوه مثلته الراء، و هى من الكبائر بالاتفاق للأخبار.

ص: ٨٨

منهما، أو من غيرهما على الحكم (١)، أو الهدايه إلى شىء من وجوهه (٢)، سواء حكم لباذلهما بحق أم باطل (٣). و على تحريمها إجماع المسلمين، و عن الباقر عليه السلام، أنه الكفر بالله و رسوله (٤)! و كما تحرم على المرتشى تحرم على المعطى، لإعانتة على الإثم و العدوان (٥)، إلا- أن يتوقف عليها تحصيل حقه فتحرم على المرتشى خاصة (٦) (فتجب إعادتها) (٧) مع وجودها، و مع تلفها المثل، أو القيمه،

فى حرمه تلقين أحد الخصمين حجته

(و تلقين (٨) أحد الخصمين حجته) أو ما فيه ضرر على خصمه، و إذا ادعى -منها: خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (الرشا فى الحكم هو الكفر بالله) (١) و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (من أكل السحت الرشوه فى الحكم) (٢)، و صحيح عمار بن مروان المروى فى الخصال عن أبى عبد الله عليه السلام (فأما الرشا يا عمار فى الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢)، و النبوى المروى فى غوالى اللآلى (لعن الله الراشى و المرتشى، و من بينهما يمشى) (٣).

(١) كما هو مقيد فى الأخبار المتقدمه.

(٢) أى وجوه الحكم.

(٣) لاطلاق الأخبار المتقدمه.

(٤) و هو خبر عمار بن مروان عن أبى جعفر عليه السلام (فأما الرشا فى الحكم فإن ذلك الكفر بالله العظيم جل اسمه، و برسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٤) و هو ضعيف السند سهيل فى الكافى، و صحيح فى التهذيب.

(٥) و للنبوى المتقدم.

(٦) لقاءه الضرر الموجه لرفع حرمه الرشوه على الدافع.

(٧) كل رشوه يأخذها القاضى سواء كان الدافع معذورا أو لا يجب ردها إلى صاحبها لبقائها على ملكه بعد كون الرشوه من السحت كما تقدم، و لو تلفت ضمن القاضى، لعموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٥).

(٨) فيحرم على القاضى أن يلحق أحد الخصمين ما فيه ضرر على خصمه بأن يعلمه دعوى-

ص: ٨٩

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٣ و ٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب القاضى حديث ٨.

٤-٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٥-٦) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الغصب حديث ٤.

المدعى (فإن وضع الحكم لزمه القضاء (١)، إذا التمس (٢) المقضى له) فيقول:

حكمت (٣)، أو قضيت، أو أنفذت، أو مضيت، أو ألزمت، و لا يكفى ثبت عندى، أو أن دعواك ثابتة. و فى أخرج إليه من حقه، أو أمره بأخذه العين، أو التصرف فيها قول جزم به العلامة، و توقف المصنف.

فى استحباب ترغيهما فى الصلح

(و يستحب) له قبل الحكم (ترغيهما فى الصلح) (٤) فإن تعذر حكم بمقتضى الشرع، فإن اشتبه أرجأ حتى يتبين، و عليه الاجتهاد فى تحصيله (٥)، و يكره (أن يشفع) إلى المستحق (فى إسقاط حق) (٦)، أو إلى المدعى (فى إبطال) -صحيحه لم يكن فى نفسه الدعوى بها، أو يلقنه الإنكار بأصل الحق لئلا يصير مقرا، أو يحس منه التردد فيحرضه على الإقامه و نحو ذلك، لأنه نصب لسد باب المنازعه، و فعله هذا يفتح بابها فيكون على خلاف الحكمه الباعثه.

نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و إن اتفق تأديته فى بعض الأحوال إلى اهتداء الخصم إلى ما يفيد فى خصومته.

(١) لأنه ملزم بالقضاء بعد وضوح الحكم، نعم إن اشكل عليه الحكم أخره حتى ليتضح و لا حد له إلا الوضوح.

(٢) لأنه حق له و ربما عدل عن حقه.

(٣) قال فى الدروس: (يقول: حكمت أو قضيت أو أنفذت أو أمضيت أو ألزمت، و قيل:

يكفى ادفع إليه ماله، أو أخرج إليه من حقه، أو يأمره بأخذ العين و بيعها، و لا يكفى أن يقول: ثبت عندى أو أن دعواك ثابتة) لعدم إنشاء الحكم فى الأخير.

و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (قلت: لا دليل على اعتبار لفظ خاص فيه - أى الحكم - فيكون المدار على كل ما دل على إنشاء معنى الحكم، بل لا يبعد الاكتفاء بالفعل الدال على ذلك فضلا عن قول ثبت عندى مريدا به ذلك).

(٤) قال تعالى: (وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ) (١).

(٥) لسد باب المنازعات، و هو واجب عليه حال كونه قاضيا.

(٦) بعد ثبوته أو ابطال دعوى قبل الثبوت لخبر الدعائم عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه قال لأسامه بن زيد، و قد سأله حجه لبعض من خاصمه إليه: يا أسامه، لا تسألنى حجه إذا جلست مجلس القضاء، فإن الحقوق ليس فيها شفاعه) (٢).

ص: ٩٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب القاضى حديث ٢.

دعوى، (أو يتخذ حاجبا وقت القضاء) (١) لنهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عنه (أو يقضى مع اشتغال القلب بنعاس، أو هم، أو غم، أو غضب، أو جوع)، أو شيع مفرطين أو مدافعه الأخبيين، أو وجع (٢) و لو قضى مع وجود أحدهما نفذ (٣).

القول فى كيفية الحكم

إشارة

(القول فى كيفية الحكم)

فى المدعى

(المدعى (٤) هو الذى يترك لو ترك) الخصومه و هو المعبر عنه بأنه الذى يخلى (١) للنبوى (من ولى شيئا من الناس فاحتجب دون حاجتهم احتجب الله تعالى دون حاجته و فاقتة و فقره) (١).

(٢) أما الغضب فللنبوى (لا يقضى القاضى و هو غضبان) (٢) و هو من طرق العامه، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من ابتلى بالقضاء فلا يقضى و هو غضبان) (٣) و مرفوع أحمد بن عبد الله رفعه عن أمير المؤمنين على عليه السلام لامرأته قال لشريح: (لا تشاور - تسارّ فى نسخه أخرى - أحدا فى مجلسك، و إن غضبت فقم و لا تقصينّ و أنت غضبان) (٤)، و لما فيه من المخاطره فى الوقوع فى الخطأ حال الغضب لأنه يفقده التروى فى الحكم.

و أما الجوع فللنبوى (لا يقضى القاضى إلا و هو شعبان ريان) (٤)، و أما الهم فللنبوى (لا يقضى و هو غضبان مهموم و لا مصاب مخزون) (٥)، و من هذه الأخبار يتعدى إلى كل ما يوجب تغيير خلقه و شغل نفسه و تشويش فكره من وجع أو مرض أو خوف أو فرح شديدين أو ملل و ضجر، أو مدافعه الأخبيين أو حضور طعام و نفسه تتوق إليه.

(٣) بلا خلاف فيه لعموم ما دل على نفوذ حكمه و قد تقدم، بعد حمل النصوص الداله على النهى على القضاء عند الغضب و غيره على الكراهه لقصورها عن الحرمة لضعف أسانيدها.

(٤) وردت النصوص بأن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر كما سيأتى التعرض لها، و اختلف الأصحاب فى تعريفهما.

فقيل: المدعى هو الذى يترك لو ترك الخصومه، و يعبر عنه بأنه لو سكت يسكت عنه، -

ص: ٩١

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب القاضى حديث ١ و ٢.

٤- ((٥ و ٦) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٠٦.

و سكوته، و قيل هو من يخالف قوله الأصل، أو الظاهر،

في المنكر

(و المنكر مقابله) في -و المنكر في قبالة، و هو المنسوب إلى المشهور.

و قيل: المدعى من يدعى خلاف الأصل و المنكر في قبالة.

و قيل: المدعى من يدعى خلاف الظاهر بأن يذكر أمرا خفيا، و المنكر في قبالة، و قد نسب هذان القولان إلى القيل في جملة من الكتب.

و قيل: إنه لا- حقيقه شرعيه للفظ المدعى فيرجع فيه إلى العرف كما في الجواهر، و ما تقدم من التعاريف إنما يراد به تمييزه بذكر شيء من خواصه و آثاره الغالبه عليه و هو الأقوى.

لكن المشهور على أن الخلاف بين الأقوال الثلاثة خلاف في معنى المدعى فهذه التعريفات قد تتفق و هو الأغلب كما لو ادعى زيد دينا في ذمه عمرو أو عينا في يده فأنكر الثاني، فزيد مدع على الأول لأنه لو ترك الخصومه يترك، و على الثاني لأنه يذكر خلاف الأصل، لأن الأصل براءة ذمه عمرو من الدين و فراغ يده من حق الغير، و على الثالث لأنه يذكر أمرا خفيا خلاف الظاهر، إذ الظاهر براءة ذمه عمرو و فراغ يده من حق الغير.

و قد تختلف كما لو أسلم الزوجان قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت الزوجه: بل على التعاقب فلا نكاح، فعلى الأول فالمرأه مدعيه و الزوج مدع لأنه لا يترك لو ترك فإنها تزعم انفساخ النكاح فعليه الحلف و يحكم بالاستمرار إذا حلف.

و كذا على الثاني فالمرأه مدعيه لأن الأصل عدم تقدم أحدهما على الآخر، و على الثالث فالزوج هو المدعى لأن التساوى الذى يزعمه أمر خفى على خلاف الظاهر فلو حلفت المرأه حكم بارتفاع النكاح.

هذا و قد عرفت أن التعاريف بصدد ذكر خواص المعرف و آثاره و ليست في مقام التحديد من مفهومه خصوصا بعد تعذر التعاريف الحقيقيه إلا على علام الغيوب، و بعد عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه و لا بديه الرجوع إلى العرف هذا من جهه و من جهه أخرى لو قيل إن المراد من الأصل هو الأصل العملى كالامارات المعبره من يد و نحوها و المراد من الظاهر هو الظاهر الشرعى فتتحد التعاريف الثلاثه بحسب المصاديق و لا- اختلاف بينها كما هو واضح، على أن تفسير الظاهر بالظاهر العرفى المعاش لا بالشرعى كما يستفاد من المثال المتقدم لا دليل عليه بوجه، بل الدليل على خلافه لأن الظاهر الشرعى بنفسه دليل فلذا يطالب من يدعى عكسه بالبينه بخلاف العرفى المعاشى.

و من جهه ثالثه تعرف الحكمه في جعل البينه على المدعى، لأن قوله على خلاف الأدله الشرعيه من الأصول العمليه و الامارات المعبره فيطالب بالبينه لتجبر قوه البينه ضعف كلامه المدعى، بخلاف المنكر فقوله موافق لهذه الأدله فيكتفى مع قوه كلامه

بالحججه الضعيفه و هي اليمين.-

ص: ٩٢

الجميع، و لا يختلف موجبها غالبا، كما إذا طالب زيد عمرا بدين في ذمته، أو عين في يده فأنكر، فزيد لو سكت ترك (١)، و يخالف قوله الأصل (٢)، لأصله براءة ذمه عمرو من الدين، و عدم تعلق حق زيد بالعين (٣)، و يخالف قوله الظاهر (٤) من براءة عمرو، و عمرو لا يترك (٥)، و يوافق قوله الأصل و الظاهر (٦).

فهو مدعى عليه (٧) و زيد مدع على الجميع (٨).

و قد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول فقال الزوج: أسلمنا معا فالنكاح باق، و قالت: مرتبا فلا نكاح. فهي على الأولين مدعية، لأنها لو تركت الخصومه لترك و استمر النكاح المعلوم وقوعه و الزوج لا يترك لو سكت عنها لزعمها انفساخ النكاح، و الأصل (٩) عدم التعاقب، لاستدعائه (١٠) تقدم أحد الحادثين على الآخر و الأصل عدمه (١١)، و على الظاهر الزوج مدع، لبعده التساوق فعلى الأولين يحلف الزوج و يستمر النكاح و على الثالث تحلف المرأة و يبطل (١٢)، و كذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما (١٣) و يساره و أنكرته (١٤) فمعه الظاهر، (١) فهو المدعى على التعريف الأول.

(٢) فهو المدعى أيضا على التعريف الثاني.

(٣) التي تحت يد عمرو هذا إذا كانت موجودة، و مع عدم وجودها فالأصل فراغ يده من حق الغير.

(٤) فهو المدعى أيضا على التعريف الثالث، و مخالفه الظاهر بدعواه أمرا خفيا.

(٥) فهو المنكر على التعريف الأول.

(٦) فهو المنكر على القولين الأخيرين.

(٧) في جميع التعاريف.

(٨) أى جميع التعاريف و هذا مثال اتفاقها و هو الغالب.

(٩) تعليل لكونها مدعية على التعريف الثاني.

(١٠) أى عدم التقدم.

(١١) أى التعاقب.

(١٢) أى النكاح.

(١٣) أى الزوج و الزوجه في دار واحده.

(١٤) أى أنكرت الزوجه الإنفاق.

و حيث عرف المدعى (٢) فادعى دعوى (٣) ملزمه معلومه (٤) جازمه (٥) قبلت (١) فعلى تعريف الظاهر هى مدعيه، و على تعريف الأصل هو مدع، و على التعريف الأول هى مدعيه لأنها تترك لو تركت و قد تركه لوضوحه.

(٢) اعلم أنه يشترط فيه البلوغ و العقل لسلب عباره الصبى و المجنون، و أن يدعى لنفسه أو لمن له الولايه فلا تسمع دعواه مالا لغيره إلا- أن يكون وليا أو وصيا أو وكيلًا- أو حاكما أو أمينا لحاكم لأصالة عدم وجوب الجواب لغيرهم، و أن تكون دعواه ما يصح للمسلم تملكه فلا تسمع دعوى المسلم خمرا أو خنزيرا لعدم جواز تملكها، بلا خلاف فى هذه القيود الأربعة.

(٣) فلا بد من كونها صحيحه فى نفسها فلا تسمع دعوى المحال عقلا أو عاده أو شرعا، و هذا ما لم يذكره الشارح، و أن تكون ملزمه للمدعى عليه و هو المعبر عنه باللازمه فلو ادعى هبه لم تسمع حتى يدعى الإقباض، و كذا لو ادعى رهنا أو وقفا بناء على اعتبار القبض فى صحه الأخيرين، إذ لا حق له عليه بدون القبض بلا خلاف فى هذه الشرط.

(٤) و أن تكون الدعوى معلومه، كما عليه الشيخ و أبو الصلاح و ابن زهره و حمزه و إدريس و الفاضل فى تحريره و تذكرته و الشهيد فى الدروس كما لو ادعى فرسا أو ثوبا و لم يعين، فلا تسمع لانتفاء فائدتها، و إذ يتعذر حكم الحاكم بها حال كونها مجهوله فيما لو أجاب المدعى عليه بنعم.

و أشكل بأنه لا فرق بين الدعوى المجهوله و الإقرار بشيء مجهول، مع قبولهم للإقرار بالمجهول و إلزام المقرّ بالتفصيل و أجاب الشيخ عنه بما حاصله: أنه لو اشترطنا التفصيل فى قبول الإقرار للزم الرجوع عن الإقرار فى بعض الأحوال مع أنه قد تعلق حق الغير به، فلذا يقبل الإقرار بالمجهول و يكلف المقرّ بالتفصيل، بخلاف الدعوى فعدم سماع الدعوى المجهوله لا يذهب حق المدعى لأنه مضطر لفتح الدعوى مع التفصيل فيما بعد، و فيه إنه فرق ظاهرى لا يصلح لتأسيس الحكم و عن المحقق و جماعه القبول و إن كانت مجهوله لإطلاق الأدله، و لأن المدعى ربما يعلم حقه بوجه كمن يعلم بوجود فرسه أو ثوبه عند الغير و لا يعلم صفتها فلو لم يجعل له ذريعه إلى الدعوى لبطل حقه، و أما تعيين صفات المدعى فيه فيلزم الخصم بيانه و يقبل تفسيره بمسمى المدعى و يحلف على نفى الزائد لو ادعى عليه.

(٥) فلا- تسمع لو قال: أظن أو أتوهم لأن الدعوى يلزمها فى بعض الصور الحكم باليمين المردوده على المدعى أو بنكول المدعى عليه عن الحلف و هما غير ممكنين مع عدم الجزم بالدعوى من المدعى، و لذا كان الجزم هو المعهود من الدعوى فلا تشمل الظن أو الوهم.

اتفاقاً. و إن تخلف الأول (١) كدعوى هبه غير مقبوضه، أو وقف كذلك، أو رهن عند مشروطه (٢) لم تسمع، و إن تخلف الثاني (٣) كدعوى شيء و ثوب و فرس ففى سماعها قولان:

أحدهما: و هو الذى جزم به المصنف فى الدروس العدم، لعدم فائدها (٤)، و هو حكم الحاكم بها لو أجاب المدعى عليه بنعم، بل لا بد من ضبط المثلى بصفاته، و القيمى بقيمته، و الأثمان بجنسها و نوعها و قدرها، و إن كان البيع (٥) - و نقل المحقق عن شيخه نجيب الدين محمد بن نما سماع الدعوى غير الجازمه فى التهمه و يحلف المنكر من غير أن يترتب عليها رد اليمين على المدعى لعدم إمكانه، و ردّ بأنها لا تسمى دعوى لعدم الجزم فيها.

و عن البعض منهم الشارح فى الروضه هنا التفصيل بين ما يعسر الاطلاع عليه كالسرقة و القتل و بين ما لا يعسر الاطلاع عليه فيعتبر الجزم فى الثانى دون الأول. و عن بعض سماع الدعوى الجازمه و المظنونه دون الوهميه، و عن صاحب الجواهر سماع الدعوى مطلقاً مع وجود التهمه، و الأخير هو الأقوى و يؤيده الأخبار.

منها: خبر بكر بن حبيب (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه، قال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء) (١) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (لا يضمن القصار إلا من جنت يده، و إن اتهمته أحلفته) (٢) و خبر أبى بصير عنه عليه السّلام (لا يضمن الصائغ و لا القصار و لا الحائك إلا أن يكونوا متهمين، فيخوف بالبينه و يستحلف لعله يستخرج منه شيئاً) (٣)، و هى و إن كانت بصوره تحقق اليد المقتضيه للضمان فلا تشمل سائر دعاوى الظنيه من غير تحقق اليد لكن يستفاد منها جواز الاحلاف مع التهمه مطلقاً و هو المدعى، نعم لا يخفى عليك مع عدم الجزم من المدعى لا يرد عليه اليمين المردوده.

(١) الإلزام فى الدعوى.

(٢) أى مشترط القبض فى الرهن.

(٣) العلم بالمدعى فيه.

(٤) أى فائده الدعوى بالمجهول و ذلك فلو أقر المدعى عليه بقوله: نعم و أراد الحاكم أن يحكم فبأى شيء سيحكم ما دامت الدعوى مجهوله.

(٥) دفع توهم، أما التوهم: فلم يحمل البيع على نقد البلد و فى الدعوى يلزم تعيين النقد، -

ص: ٩٥

و شبهه ينصرف إطلاقه إلى نقد البلد، لأنه إيجاب في الحال و هو غير مختلف، و الدعوى إخبار عن الماضي و هو مختلف.

و الثانى: و هو الأقوى السماع، لإطلاق الأدله الداله على وجوب الحكم، و ما ذكر لا يصلح للتقييد، لإمكان الحكم بالمجهول، فيحبس حتى يبينه كالإقرار، و لأن المدعى ربما يعلم حقه بوجه ما خاصه بأن يعلم أن له عنده ثوبا، أو فرسا، و لا يعلم شخصهما، و لا صفتهما، فلو لم تسمع دعواه بطل حقه، فالمقتضى له موجود و المانع مفقود.

و الفرق بين الإقرار و الدعوى بأن المقر لو طوبى بالتفصيل ربما رجح (١)، و المدعى لا يرجع لوجود داعى الحاجه (٢) فيه دونه (٣) غير كاف فى ذلك (٤)، لما ذكرناه (٥)، و إن تخلف الثالث و هو الجزم بأن صرح بالظن، أو الوهم ففى سماعها أوجه أوجهها السماع فيما يعسر الاطلاع عليه كالقتل، و السرقة، دون المعاملات، و إن لم يتوجه على المدعى هنا الحلف برد (٦)، و لا نكول (٧)، و لا مع شاهد (٨)، بل -و الجواب أن البيع يحمل على النقد السائد لأن الحال أنهما تعاملتا به و هو نقد البلد بخلاف الدعوى إذ يحتمل أنهما تعاملتا بنقد غير هذه البلده عند ما كانا فى تلك البلده، و أيضا أن البيع منصرف إلى الزمن الحالى و النقد فى الزمن الحالى هو نقد البلد بخلاف الدعوى فإنها إخبار عن الماضي و هو أزمنه متعدده فحملها على زمن خاص ساد فيه نقد خاص ترجيح بلا مرجح، و هذا يتم فيما لو تعدد النقد فى البلد ماضيا أما إذا قطعنا بعدم تغيره فيتعين الدليل الأول فقط.

(١) و به إبطال حق الغير الذى ثبت بالاقرار فلذا يقبل الاقرار بالاجمال.

(٢) و هو طلب حقه فلو لم تسمع دعواه بالمجهول فيرجع و يفتح الدعوى بالتفصيل.

(٣) دون المقر.

(٤) فى الفرق بين الاقرار و الدعوى ليلزم اختلافهما بالحكم فيسمع الاقرار بالمجهول دون الدعوى به.

(٥) من اطلاق الأدله و من أن عدم سماع الدعوى المجهوله موجب لبطلان حق المدعى.

(٦) أى اليمين المردوده لعدم جزمه عند سماع دعواه غير الجازمه.

(٧) عند امتناعه عن اليمين المردوده، لأنه يجب عليه الامتناع لعدم جزمه بما ادعاه فكيف يحلف عليه.

(٨) أى اليمين مع شاهد فكيف يحلف مع عدم جزمه.

إن حلف المنكر، أو أقر، أو نكل و قضينا به (١)، و إلا و قفت الدعوى. إذا تقرر ذلك فإذا ادعى دعوى مسموعه طوب المدعى عليه بالجواب.

فى جواب المدعى عليه

(و جواب المدعى عليه (٢) إما إقرار) بالحق المدعى به أجمع، (أو إنكار) له أجمع، أو مركب منهما فيلزمه حكمهما، (أو سكوت) و جعل السكوت جواباً مجازاً شائعاً فى الاستعمال فكثيراً ما يقال: ترك الجواب جواب المقال (٣)، (فالإقرار يمضى) (٤) على المقر (مع الكمال) أى كمال المقر على وجه يسمع إقراره بالبلوغ، و العقل مطلقاً (٥)، و رفع الحجر فيما يمتنع نفوذه به، و سيأتى تفصيله، فإن التمس المدعى حينئذ (٦) الحكم حكم عليه (٧) فيقول: ألزمتك ذلك، أو قضيت عليك به.

(١) أى بنكول المنكر كما سيأتى.

(٢) أى ما يصدر منه حال الدعوى إما إقرار أو إنكار أو سكوت و لكل حكم و سيأتى إن شاء الله تعالى، و السكوت قد اعتبر جواباً لأنه إذا أصر عليه المدعى عليه اعتبر نكولاً فيردّ اليمين على المدعى و يحكم الحاكم به فيكون السكوت فى حكم الإنكار حينئذ.

(٣) هذا من الناحية اللغوية، و أما من الناحية الشرعية فقد عرفت أنه بحكم الإنكار مع الاصرار عليه.

(٤) لا خلاف فى إن الإقرار نافذ إذا صدر من أهله المستجمع لشرائط صحته كما سيأتى تفصيله فى باب، و الإقرار يمضى هنا سواء حكم الحاكم به أو لا بخلاف البيه، لأن البيه منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردها بخلاف الإقرار الصادر من أهله فإنه نافذ على المقر على كل حال كما عن المسالك و جماعه، و فيه: إنه لا فرق بينهما فى الاحتياج لحكم الحاكم فى مقام فصل النزاع و قطعه، كما أنه لا فرق بينهما فى ثبوت الحق للمدعى إذا قامت البيه على ذلك أو أقر الخصم، نعم هناك فرق غير فارق إذ الإقرار خفيف المئونه بل معدومها إذ يثبت من دون احتياج إلى إعمال اجتهاد الحاكم لأن حجته معلومه و دلالة ألفاظه واضحة عرفاً بخلاف البيه فيحتاج تحققها إلى اجتهادات من الحاكم غالباً، نعم بعد تحققها عند الحاكم فلا فرق بينها و بين الإقرار فى الاحتياج إلى حكم الحاكم فى فصل الخصومه و لعله إلى هذا يرجع كلام الشارح فى المسالك، و إن كان بعيداً عن ظاهر كلامه.

(٥) و إن كان مجنوناً بجنون أدوارى لكن قد صدر إقراره حال تعقله.

(٦) أى حين الإقرار.

(٧) كما عليه الشيخ فى المبسوط لأن الحكم به عليه حق للمدعى فلا- يستوفى إلا- بأمره، و غيره على العدم لأنه من وظائف القاضى، و حال المدعى من إحضار المدعى عليه -

(و لو التمس) المدعى من الحاكم (كتابه إقراره كتب (١) و أشهد مع معرفته (٢)، أو شهاده عدلين بمعرفته، أو اقتناعه بحليته) (٣) لا بمجرد إقراره (٤) و إن صادق المدعى، حذرا من تواطؤهما على نسب لغيرهما، ليلزما ذا النسب بما لا يستحق عليه، (فإن ادعى الإعسار) (٥) و هو عجزه عن أداء الحق لعدم ملكه لما زاد عن -للخصومه يغنى عن المقال، هذا و صوره الحكم ما تقدم من قوله: ألزمتها أو قضيت عليك أو ادفع إليه ماله و نحو ذلك قاصدا إنشاء الفصل بينها و إنشاء الحكم بذلك، لا أن يقول ثبت عندى و نحو ذلك مما ليس فيه إنشاء الحكم للفصل بينهما.

(١)نسب الشارح فى المسالك إلى الأشهر و جوب الكتابه على القاضى تاره و إلى المعروف بين الأصحاب تاره أخرى، لأن ذلك حجه له فكان على القاضى إقامتها، و فيه: إن الحجه له هو حكم القاضى و الإشهاد عليه لا كتابه الحكم، إلا إذا توقف حقه على الكتابه فتجب من باب المقدمه، و على كل لو أجاب القاضى فلا يكتب حتى يعلم اسمه و نسبه على وجه يتشخص به عن غيره، أو تقوم السينه بنسبه و اسمه حتى يؤمن التدليس بجعل الاقرار لغير من وقع، و كذا لو عرف القاضى بخصوصياته الخلقية المميزه له عن غيره أو تقوم البيه على ذلك من أجل الأمن من التدليس.

(٢)أى معرفه القاضى للمدعى، و لا داعى لضم الشهاده لمعرفه القاضى بنسب المدعى.

(٣)و هى الصفه المشخصه له.

(٤)أى اقرار المدعى عليه.

(٥)إذا كان المدعى به عينا موجوده عند المدعى عليه، و قد أقر المدعى عليه بأنها للمدعى ألزم بردها بعد حكم الحاكم، و أما إذا كان دينا فى الذمه فإذا كان المدعى عليه المقرّ واجدا للمال ألزم به و إن امتنع أجبر عليه، و إن ماطل و أصرّ على الامتناع جازت عقوبته بالتغليظ فى القول و رفع الصوت عليه كأن يقول له: يا ظالم يا فاسق، ثم يجوز حبسه و ضربه حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الأهون فالأهون لخبر المجاشعى عن الرضا عن آبائه عن على عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لى الواجد بالدين يحلّ عرضه و عقوبته، ما لم يكن دينه فيما يكره الله عز و جل) (١)، و موثق عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يحبس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه فيقسمه بينهم) (٢).

ص: ٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين و القرض حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الحجر حديث ١.

و- أما إذا كان المدعى به ديناً في الذمه و ادعى المقرّ الإعسار، فإن علم القاضي إعساره أو صدقه المدعى على الإعسار انظر وفقاً للمشهور لقوله تعالى: (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ، وَ أَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ) (١)، و لخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن علياً عليه السّلام كان يحبس في الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا) (٢) و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها، و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال:

إن مع العسر يسراً) ٣.

و عن الشيخ في النهايه أنه يدفع إلى غرمائه ليؤجره و يستعملوه لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن علياً عليه السّلام كان يحبس في الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم و اجره، و إن شئتم استعملوه) (٣)، و العمل على الأول لأنه أشهر و أوفق بالكتاب.

و عن ابن حمزه أنه إذا لم يكن ذا حرفه خلى سبيله، و إلا- دفع إلى الغريم ليستعمله جمعاً بين الأخبار المتقدمه، و فيه: إنه جمع تبرعى لا- شاهد له. و إن لم يثبت إعساره فهل يحبس حتى يتبين حاله؟ فهنا لا تخلو المسأله من أنه إما أن يكون له مال ظاهر أو لا- و على الثاني فقد يكون له أصل مال سابقاً أو لا؟ و على الثاني إما أن تكون الدعوى مالا أو لا، و في الجميع ما عدا الأخير يحبس حتى يثبت إعساره، لأنه في جميع هذه الصور ما عدا الأخير هو مدع للإعسار و لا بينه له و لم يصدق المدعى الذي هو غريمه فلا بد من الحبس احتياطاً لحق المدعى و لأن الأمير عليه السّلام كما في الأخبار المتقدمه كان يحبس بمجرد الالتواء و لا يخرج من السجن حتى يثبت إعساره، و أما في الصورة الأخيره فدعواه الإعسار موافقه للظاهر و الأصل فهو المنكر عند عدم تصديق غريمه، فلا يكلف بينه و للغرماء مطالبته باليمين فلو حلف فلا حبس لعموم صحيح جميل و هشام عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيئه على من ادعى، و اليمين على من ادعى عليه) (٤).

ص: ٩٩

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحج حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الحجر حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ١.

داره و ثيابه اللائقه بحاله و دابته و خادمه كذلك، و قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبي النفقه.

في ما ثبت به الدعوى

(و ثبت صدقه) فيه (بيينه مطلع على باطن أمره) مراقبه له في خلواته، واجده صبره على ما لا يصبر عليه واجد المال عاده حتى ظهر لها قرائن الفقر، و مخايل الإضاقة، مع شهادتها على نحو ذلك (١) بما يتضمن الإثبات (٢)، لا على النفي الصرف (٣)، (أو بتصديق خصمه) له على الإعسار، (أو كان أصل الدعوى بغير مال)، بل جنايه أوجبت مالا، أو إتلافا فإنه حينئذ يقبل قوله فيه (٤)، لأصاله عدم المال، بخلاف ما إذا كان أصل الدعوى مالا فإن أصاله بقاءه (٥) تمنع من قبول قوله (٦)، و إنما يثبت إعساره بأحد الأمرين: البيئه، أو تصديق الغريم - هذا و عند كون المقر مدعى للإعسار و أقام البيئه على إعساره، فإن شهدت البيئه بتلف جميع أمواله قضى بها و لا يكلف باليمين و لو لم تكن البيئه مطلع على باطن أمره بالصحة المتأكده لأنها بينه إثبات، و أما لو شهدت بالإعسار مطلقا من دون تعرض لتلف ماله المعلوم أصله أو المعلوم بحسب الظاهر فلا تقبل، لأنها بينه نفي و قد تكون مستنده على ظاهر حاله فلا بد من انضمام يمين المعسر دفعا للاحتمال الخفى و هو عدم اطلاعها على الواقع و اصل المال و خفائه عنها، و عن بعضهم - كما في المسالك - أنها تقبل من دون ضم اليمين لعموم على المدعى البيئه و اليمين على من أنكر.

نعم لو شهدت بالإعسار مطلقا و كانت لها خبره و اطلاع على باطن أمره بالمعاشره الكثيره فتقبل بلا خلاف من دون ضم اليمين لأنها و إن كانت بينه نفي بحسب الظاهر إلا - أنها ملحقه ببيئه الإثبات لأن من يكون من أهل الخبره على باطن أمره بكثره المخالطه و طول المجاوره و قد شهد بأنه معسر فهو يشهد بأنه لا يملك إلا قوت يومه و ثياب بدنه و دابته و خادمه اللائقه بحاله و هذا إثبات لما ذكرناه و نفي لما عداه.

(١) من قرائن الفقر و مخايل الإضاقة.

(٢) من أنه لا يملك إلا ما هو ضرورى له كما تقدم.

(٣) بأن تشهد بأنه لا يملك فهي شهاده نفي لا تقبل إلا إذا تضمنت إثباتا كما تقدم.

(٤) أى قول المقر بالإعسار، لأن قوله موافق للأصل إذ الأصل عدم وجود المال عنده فهو منكر بالحقيقه لو لم يصدقه غريمه فيكتفى منه باليمين.

(٥) أى بقاء المال.

(٦) أى قول المدعى عليه بالإعسار.

و ظاهره أنه لا يتوقف مع البيئه (١) على اليمين و هو أجود القولين (٢)، و لو شهدت البيئه بالإعسار فى القسم الثانى (٣) فأولى بعدم اليمين، و على تقدير كون الدعوى ليست مالا (و حلف) على الإعسار (ترك) (٤) إلى أن يقدر، و لا يكلف التكسب (٥) فى المشهور، و إن وجب عليه السعى على وفاء الدين، (و إلا-) يتفق ذلك بأن لم يقم بينه، و لا صادقه الغريم مطلقا (٦)، و لا حلف حيث لا يكون أصل الدعوى مالا (حبس) (٧) و بحث عن باطن أمره، (حتى يعلم حاله) فإن علم له مال أمر بالوفاء (٨)، فإن امتنع باشره القاضى (٩) و لو بيع ماله إن كان مخالفا للحق، و إن (١) سواء شهدت بتلف ماله أو بالإعسار مطلقا و كان المدعى عليه مدعيا للإعسار و قوله على خلاف الأصل لأن أصل الدعوى مالا، أو كان له مال ظاهرا.

(٢) و قد عرفت أن الأكثر على ضم اليمين لدفع الاحتمال الخفى إذا شهدت بالإعسار مطلقا.

(٣) فيما لو كانت الدعوى بغير مال فيكون مدعى الإعسار منكرا و قوله موافقا للظاهر أو الأصل فلا يمين من باب أولى، لأنه فى القسم الأول عند ما كان مدعيا لأن قوله مخالف للظاهر أو الأصل فلا يمين كما استجوده الشارح فهنا من باب أولى. و فيه: إنه مبنى على قبول البيئه من المنكر مع أنه على خلاف العموم (البيئه على من ادعى و اليمين على من أنكر).

(٤) على المشهور كما تقدم.

(٥) أى لا يكلف التكسب تحت يد الغرماء كما هو مختار الشيخ، أو إذا كان ذا حرفه كما هو مختار ابن حمزه، و قد تقدم الكلام فى ذلك، نعم يجب عليه السعى باختياره و ما فضل عنه دفعه إلى غرمائه، و وجوب السعى هنا لوجوب الوفاء بالدين من باب المقدمه.

(٦) سواء كان أصل الدعوى مالا أو لا.

(٧) حتى يثبت إعساره كما تقدم.

(٨) لأنه هو الذى له التصرف فى ماله و إن تعلق به حق الغير فيؤمر.

(٩) للأخبار منها: خبر الاصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، و قضى فى الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه فيحلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يؤمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فقسّمه بينهم) (١) و يحمل البيع على ما لو كان الموجود مخالفا بالجنس للمطلوب و إلا فلو كان موجودا بعينه رد الحاكم على الغير عند امتناع المقرّ لأنه ولى الممتنع.

ص: ١٠١

علم عدم المال، أو لم يف الموجود بوفاء الجميع أطلق بعد صرف الموجود.

فى الإنكار

(و أما الإنكار (١) فإن كان الحاكم عالما) بالحق (قضى بعلمه) (٢) مطلقا على أصح القولين، ولا- فرق بين علمه به فى حال ولايته و مكانها و غيرهما (٣)، و ليس له حيثئذ طلب البيه من المدعى مع فقدها قطعاً، و لا مع وجودها على الأقوى (٤) (١) بأن قال المدعى عليه: لا حق له على.

(٢) فإذا كان الحاكم معصوما قضى بعلمه مطلقاً فى حقوق الله و حقوق الناس لعصمته المانعه من تطرق التهمه، و لعلمه المانع من الخلاف، و لوجوب تصديق الإمام فى كل ما يقوله مع كفر مكذبه. و أما غير المعصوم فكذلك لأنه لو لم يحكم بعلمه للزم إيقاف الدعوى أو الحكم على خلاف علمه الموجب لفسقه و كلاهما محذور فيتعين الحكم بعلمه.

و عن ابن حمزه الجواز فى حقوق الناس دون حق الله، و عكس ابن الجنيد فى كتابه الأحمدي كما فى المسالك، و يظهر من السيد المرتضى أن ابن الجنيد لا يرى قضاء الحاكم بعلمه مطلقاً سواء فى ذلك الإمام و غيره، و فى حق الله و حق الناس، و دليل من خالف المشهور إما النبوى (البينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه) (١) و القسمة قاطعه للشركه، و أما صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما ألقى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأئما رجل قطعت له من حال أخيه شيئاً فإنما قطعت له به قطعه من النار) (٢) و خبر العسكرى عليه السلام المروى فى تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يحكم بين الناس بالبينات و الأيمان فى دعاوى، فكثرت المطالبات و المظالم، فقال، يا أيها الناس إنما أنا بشر و أنتم تختصمون، و لعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، و إنما ألقى على نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ به، فإنما أقطع له قطعه من النار) (٣)، و حملت هذه الأخبار عند المشهور على الغالب.

(٣) رد على بعض العامه حيث جوز الحكم بعلمه لو علم بالحق فى مكان الولاية دون غيرها.

(٤) لم أجد مخالفاً لكن يحتمل طلب البيه مع وجودها إذ ليس فيه تضييع حق للمدعى مع ما فيه من دفع التهمه عن الحاكم لو حكم بعلمه، لكنه احتمال مردود لما سمعت من كفايه العلم بالحكم.

ص: ١٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٣.

و إن قصد دفع التهمة، إلا مع رضاء المدعى. و المراد بعلمه هنا العلم الخاص و هو الاطلاع الجازم، لا بمثل وجود خطه به إذا لم يذكر الواقعة (١) و إن أمن التزوير.

نعم لو شهد عنده عدلان بحكمه به (٢) و لم يتذكر فالأقوى جواز القضاء كما لو شهدا بذلك (٣) عند غيره. و وجه المنع إمكان رجوعه إلى العلم لأنه (٤) فعلة، بخلاف شهادتهما عند الحاكم على حكم غيره فإنه يكفى الظن (٥)، تنزيلا- لكل باب على الممكن فيه، و لو شهدا عليه (٦) بشهادته به (٧)، لا بحكمه فالظاهر أنه كذلك (٨).

(و إلا) يعلم الحاكم بالحق (طلب البينه) من المدعى (٩) إن لم يكن عالما بأنه موضع المطالبة بها، و إلا جاز للحاكم السكوت (١٠)، (فإن قال: لا بينه لى عرّفه) (١) أما مع ذكر الواقعة فلا داعى للخط.

(٢) أى بالعلم.

(٣) أى بحكمه فإنه نافذ عند الحاكم الآخر على تقدير ثبوته بالبينه.

(٤) أى العلم.

(٥) لأن الحاكم الآخر غير عالم بالحكم و لا يستطيع إلا تحصيل الظن الآتى من البينه فلذا اكتفى بالشهادة على حكم الحاكم الآخر، بخلاف الحاكم الأول فإنه يمكن له تحصيل العلم فلا يكتفى بالظن الآتى من البينه القائمة على حكمه بعلمه.

(٦) على الحاكم الأول.

(٧) أى بما يعلم.

(٨) أى قبول الشهادة لعموم أدله حجيه البينه، و يحتمل العدم لإمكان الرجوع إلى علم الحاكم و هو يشهد بنفسه تنزيلا لكل باب على الممكن فيه.

(٩) بل لو علم الحاكم أن المدعى يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه، فالحاكم بالخيار إن شاء قال للمدعى: أ لك بينه؟ و إن شاء سكت، للأصل.

و أما إذا كان المدعى لا يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه أو جهل حاله و جب على الحاكم أن يقول له: أ لك بينه؟ و يجب ذلك على الحاكم هنا لثلا يضيع حق المدعى.

(١٠) قال فى الجواهر: (بل قد يقال بوجوبه عليه مطلقا لأنه مقدمه للقضاء المأمور به بين المتخاصمين، و علمه بالحال - أى بحال المدعى أنه يعلم أنه موضع المطالبة بالبينه - لا ينافى ذلك منه).

أن له إحلافه (١)، فإن طلبه) أى طلب إحلافه (حلفه [الحاكم]، و لا يتبرع) الحاكم (بإحلافه)، لأنه حق للمدعى (٢) فلا يستوفى بدون مطالبته و إن كان إيقاعه إلى الحاكم (٣)، فلو تبرع المنكر به، أو استحلّفه الحاكم من دون التماس المدعى لغى، (و) كذا (لا- يستقل به الغريم من دون إذن الحاكم) لما قلناه: من أن إيقاعه موقوف على إذنه و إن كان حقا لغيره، لأنه وظيفته، (فإن حلف) المنكر على الوجه المعتبر (سقطت الدعوى عنه) (٤) و إن بقى الحق فى ذمته (و حرم مقاصته به) لو ظفر له (١) لثلا يضيع حقه أيضا، إذا كان المدعى جاهلا ذلك، بل يحتمل وجوب ذلك على الحاكم مع علمه بحال المدعى أنه يعلم ذلك مقدمه للقضاء كما تقدم فى البيه.

(٢) فلا- يحلف المدعى عليه إلا- بعد سؤال المدعى ذلك، بلا خلاف فيه، لأنه حق له فيتوقف استيفاؤه على المطالبه، و من هنا حكى أن أبا الحسين بن أبى عمر القاضى أول ما جلس للقضاء ارتفع إليه خصمان و ادعى أحدهما على صاحبه دنانير فأنكره، فقال القاضى للمدعى: أ لك بينه؟ قال: لا، فاستحلف القاضى من غير مسأله المدعى، فلما فرغ قال له المدعى: ما سألتك أن تستحلفه لى، فأمر أبو الحسين أن يعطى الدنانير من خزائنه، لأنه استحى أن يحلفه ثانيا.

(٣) بمعنى لا- يستقل الغريم بالإحلاف من دون إذن الحاكم، بل الأحلاف مما يقوم به الحاكم لأنه من وظائفه بلا خلاف فى ذلك.

(٤) بمعنى سقطت الدعوى عنه فى الدنيا و لا يجوز للمدعى فيما بعد المقاصه لو ظفر بمال الغريم، و لو عاود المدعى المطالبه أثم و لم تسمع دعواه، و إن كان المنكر كاذبا بيمينه، غير أنه يجب عليه التخلص من مال الغريم فيما بينه و بين ربه و إرجاعه إلى المدعى، كل ذلك للأخبار.

منها: صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر لحقه، فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله، ذهب اليمين بحق المدعى فلا- دعوى له، قلت له: و إن كانت عليه بينه عادله؟ قال: نعم، و إن أقام بعد ما استحلفه بالله خمسين قسامه ما كان له، و كانت اليمين قد أبطلت كل ما ادّعه قبله مما قد استحلفه عليه) (١) و خبر النخعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يكون له على الرجل المال فيجحدده، قال: إن استحلفه فليس له أن يأخذ شيئا، و إن تركه و لم يستحلفه فهو على -

ص: ١٠٤

المدعى بمال و إن كان مماثلا لحقه، إلا أن يكذب المنكر نفسه بعد ذلك (١).

فى أنه لا تسمع البينه من المدعى بعد حلف المنكر

(و) كذا (لا تسمع البينه) من المدعى (بعده) أى بعد حلف المنكر على أصح الأقوال، لصحيحه ابن أبى يعفور عن الصادق عليه السلام إذا رضى صاحب الحق بيمين المنكر بحقه فاستحلفه فحلف أن لا حق له قبله و إن أقام بعد ما استحلفه خمسين قسامه، فإن اليمين قد أبطلت كل ما ادعاه، و غيرها من الأخبار. وقيل:

تسمع بينته مطلقا، وقيل: مع عدم علمه بالينه وقت تحليفه و لو بنسيانها.

و الأخبار حجه عليهما.

—حقه(١) و خبر عبد الله بن وضاح (كانت بينى و بين رجل من اليهود معاملة فخانى بألف درهم، فقدمته إلى الوالى فأحلفته فحلف، و قد علمت أنه حلف يمينا فاجره، فوقع له بعد ذلك عندى أرباح و دراهم كثيره فأردت أن اقتص الألف درهم التى كانت لى عنده و أحلف عليها، فكتبت إلى أبى الحسن عليه السلام، فأخبرته أنى قد أحلفته فحلف، و قد وقع له عندى مال فإن أمرتنى أن أخذ منه الألف درهم التى حلف عليها فعلت، فكتب عليه السلام: لا تأخذ منه شيئا، إن كان ظلمك فلا تظلمه، و لو لا أنك رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك، و لكنك رضيت بيمينه، و قد ذهبت اليمين بما فيها)٢ و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه إذا نسى البينه أو لم يعلم بها فاستحلفه ثم تذكر أو علم بها فإنها تسمع و إلا فلا، و عن الشيخ أيضا أنها تسمع البينه بعد الحلف مطلقا، و عن المفيد و ابن حمزه و القاضى أنها تسمع ما لم يشترط المنكر سقوط الحق باليمين، و كلها أقوال ضعيفه، و الأخبار المتقدمه حجه عليهم.

(١) أى بعد الحلف، فإن كذب نفسه جاز مطالبته و حلت مقاصته بلا خلاف فيه لخبر مسمع أبى سيار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام إنى كنت استودعت رجلا مالا فجدنيه، و حلف لى عليه، ثم إنه جاءنى بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل، فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح منه، و أوقفت المال الذى كنت استودعته حتى أستطلع رأيك، فما ترى. فقال: خذ نصف الربح و اعطه النصف و حلله، إن هذا رجل تائب و الله يحب التوابين)(٢) و خصوصيه المورد لا- تقيد عموم الوارد، و الحكم بإعطاء النصف من الربح محمول على الاستحباب.

ص: ١٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٨ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

(و إن لم يحلف) المدعى عليه (و ردّ اليمين) على المدعى (حلف المدعى) (١) إن كانت دعواه قطعية، و إلا لم يتوجه الرد عليه كما مر و كذا لو كان المدعى وليا، أو وصيا فإنه لا يمين عليه و إن علم بالحال بل يلزم المنكر بالحلف فإن أبى حبس إلى أن يحلف، أو يقضى بنكوله (فإن امتنع) المدعى من الحلف حيث يتوجه عليه (سقطت دعواه) فى هذا المجلس قطعا، و فى غيره على قول مشهور، إلا أن يأتى (١) لزمه الحلف إن أراد تحصيل حقه و هى المسماه باليمين المردوده بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (فى الرجل يدعى و لا بينه له، قال:

يستحلفه فإن ردّ اليمين على صاحب الحق فلا حق له) (١) و صحيح عبيد الله بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يدعى عليه الحق و لا- بينه للمدعى، قال: يستحلف أو يرّد اليمين على صاحب الحق فإن لم يفعل فلا حق له) (٢) و مرسل يونس المضمّر (استخراج الحقوق بأربعة وجوه: بشهاده رجلين عدلين، فإن لم يكونا رجلين فرجل و امرأتان، فإن لم تكن امرأتان فرجل و يمين المدعى، فإن لم يكن شاهد فاليمين على المدعى عليه، فإن لم يحلف و ردّ اليمين على المدعى فهى واجبه عليه أن يحلف و يأخذ حقه، فإن أبى أن يحلف فلا شىء له) (٣) و مثلها غيرها. و مقتضى الإطلاق فيها سقوط دعواه لو لم يحلف فى هذا المجلس و فى غيره و عند هذا الحاكم و عند غيره بل فى الكفايه: (لا أعرف فيه خلافا)، و عن المفيد و أبى الصلاح و العلامه فى التحرير و الكاشانى عدم السقوط إذا جاء بالبينه فيما بعد، و هو ضعيف لما تقدم من إطلاق الأخبار، و أغرب منه ظاهر المبسوط و موضع من القواعد أن له إعاده الدعوى فى غير هذا المجلس و لو مع عدم البينه، و عن بعض التفصيل بين حكم الحاكم بالنكول فتسقط الدعوى و بين العدم فلا تسقط.

هذا و استثنى من إلزام المدعى باليمين المردوده فيما لو كانت الدعوى ظنيه أو وهميه مع وجود التهمه بناء على اعتبار سماعها كما هو الأقوى على ما سمعت سابقا أو فيما لو كان المال للغير و هو ولى عنه كولى اليتيم فالدعوى لا تحسم بيمين غير صاحب المال. ثم عند تعذر رد اليمين على المدعى فى الصورتين هل يلزم المنكر بالحلف أو يقضى عليه بمجرد نكوله عن الحلف خلاف سيأتى تفصيله، و على الأول هل توقف الدعوى لعدم إمكان القضاء فيها كما عن جماعه، أو يحبس المنكر إلى أن يقرّ أو يحلف حسما لماده النزاع كما عن جماعه أخرى منهم الصيمرى.

بينه (١)، و لو استمهل أمهل، بخلاف المنكر (٢)، و لو طلب المدعى احضار المال قبل حلفه (٣) ففي إجابته قولان: أجودهما العدم (٤)، و متى حلف المدعى ثبت حقه لكن هل يكون حلفه كإقرار الغريم، أو كالبينه قولان: أجودهما الأول (٥).

في نكول المنكر

و تظهر الفائده في مواضع كثيره متفرقه في أبواب الفقه (٦)، (و إن نكل) (١) و قد عرفت ضعفه.

(٢) قال في المسالك: (إنه يسأله القاضى إذا امتنع: عن سبب امتناعه، فإن لم يعلل بشيء أو قال: لا أريد أن احلف، فهذا نكول يسقط حقه عن اليمين، و ليس له مطالبه الخصم بعد ذلك و لا استئناف الدعوى فى مجلس آخر، كما لو حلف المدعى عليه، لظاهر النصوص السابقه خصوصا الصحيحين - و قد ذكرناهما - مضافا إلى أنه لو لا ذلك لرفع خصمه كل يوم إلى القاضى، و الخصم يرد اليمين عليه و هو لا- يحلف، و هو مناف لمنصب القضاء الذى هو الفصل بين المتخاصمين، و إن ذكر المدعى لامتناعه سببا فقال: أريد أن آتى بالبينه أو أسأل الفقهاء أو انظر فى الحساب و نحو ذلك ترك و لم يبطل حقه من اليمين، و هل يقدر إمهاله؟ فيه وجهان: أحدهما أنه لا- يقدر لأن اليمين حقه، و له تأخيره إلى أن يشاء كالبينه بخلاف المدعى عليه فإنه لا يمهل إن استمهل لأن الحق فيه لغيره، الثانى: يقدر لأن الإمهال من أجل رفع العذر فما زاد يكون كالناكل) و فيه: إنه مناف لإطلاق النصوص السابقه حيث حكمت بسقوط حقه بعد امتناعه عن الحلف، و لا معنى لسؤال القاضى له عن سبب امتناعه، و لا داعى لإمهاله لاحضار البينه فى اليمين المردوده، نعم فى أصل الدعوى له الحق فى الإمهال لاحضار البينه و هذا خارج عن محل البحث.

(٣) باعتبار أنه لو حلف ثبت حقه المدعى.

(٤) لأن تكليف الاحضار قبل الثبوت تسلط على مال المسلم بغير حق فليس للحاكم مطالبته، و القول الثانى لأبى الصلاح و لم يذكر دليل له.

(٥) و وجهه أن رد المنكر اليمين على المدعى بعد امتناعه عن الحلف مشعر باعترافه بالحق فهو بمنزله الاقرار.

و وجه الثانى المنسوب إلى الأكثر كما عن فخر المحققين بأن المطلوب من المدعى أولا هو البينه، و اليمين المردوده قد قامت مقامها فى الإثبات فهى بمنزلتها.

(٦) منها: أن المنكر إذا أقام بينه على أداء المال أو على الإبراء منه بعد حلف المدعى، فإن قلنا إن اليمين المردوده بمنزله البينه سمعت بينه المنكر حينئذ، و إن جعلناها بمنزله اقرار الغريم الذى هو المنكر فلا تسمع بينه المنكر حينئذ لأنه مكذب لبينته.-

المنكر عن اليمين و عن ردها على المدعى بأن قال: أنا نأكل، أو قال: لا أحلف عقيب قول الحاكم له: احلف، أو لا أرد (ردت اليمين أيضا) على المدعى (١) بعد -و منها: لو قلنا إن اليمين المردودة بمنزله اليينه فهي تحتاج في مقام ثبوتها إلى حكم الحاكم كاحتياج اليينه، و إن جعلناها بمنزله اقرار الغريم فلا تحتاج، لعدم احتياج الاقرار إلى حكم الحاكم كما تقدم سابقا.

و فيه: إن التردد في اليمين المردودة بين اليينه و إقرار الغريم ضعيف إذ لا- دليل على الحصر بينهما، مع أن إلحاقها بأحدهما مبنى على الاستحسان الذي لا نقول به، فالأقوى جعلها قسما مستقلا برأسه، و أما الفرعان المذكوران فلا تسمع بينه المنكر بعد حلف المدعى، أولا لثبوت الحق له بالحلف كما هو مقتضى الإطلاق في النصوص السابقة، و ثانيا: لا تسمع اليينه من المنكر بل وظيفته الحلف فقط، هذا بالنسبة للفرع الأول، و أما بالنسبة للفرع الثاني فالحق لا يثبت بمجرد وقوع اليمين المردودة من المدعى بل لا بد من إنشاء حكم الحاكم على كل حال لفصل النزاع بين المتخاصمين.

(١) ذهب الصدوقان و الشيخان و الديلمي و الحلبي و غيرهم إلى أن المنكر لو نكل بمعنى أنه لم يحلف و لم يرد الحلف على المدعى، فيعتبره الحاكم ناكلا- و يحكم عليه للنبوى (اليينه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه) (١)، و التفصيل قاطع للشركه و هو يقتضى اختصاص اليمين بالمنكر فلا يجوز من المدعى، و فيه: أنه لبيان الحكم الأولى فلا ينافى ثبوت اليمين على المدعى بالرد و من المنكر أو الحاكم مع امتناع المنكر لأنه ولى الممتنع.

و استدل بصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم تكن للمدعى بينه؟ فقال: إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بأخرس - إلى أن قال - كتب له اليمين و غسلها و أمره بشربه فامتنع فألزمه الدين) (٢) و وجه الاستدلال أنه قضى عليه بمجرد النكول، و فيه: أنه قضيه في واقعه لا- عموم فيها، و لعله قضى عليه بمجرد النكول لعدم إمكان الرد على المدعى، مع أن الخبر المتضمن لشرب الماء بالنحو المذكور لم يعمل به الأصحاب فهو موقوف على العمل به.

و استدل بخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قلت للشيخ - يعنى الكاظم - عليه السلام: خبرنى عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له، قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا حق له، و إن لم يحلف فعليه، و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه اليينه فعلى المدعى اليمين بالله الذى-

ص: ١٠٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

أن يقول الحاكم للمنكر: إن حلفت، وإلا جعلتك ناكلا ورددت اليمين (١)، مره -لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعله، فإن حلف و إلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بينه لا نعلم موضعها، أو غير بينه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع بينه، فإن ادعى بلا بينه فلا حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه(١).

و وجه الاستدلال قوله عليه السلام (و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه) حيث لم يذكر رد اليمين من الحاكم إذا امتنع المنكر من الجميع، وقد صرح بأنه يحكم عليه بمجرد النكول عند عدم الحلف و عدم الرد، و فيه: إنه على قراءه (يرد) بصيغته المجهول فتشمل رد الحاكم و لا- أقل من الاحتمال، بل فى الرياض أنه بصيغته المجهول عن تهذيب الشيخ و هو معتبر مصحح عنده مضبوط، و قال: و به صرح بعض الفضلاء.

و ذهب الشيخ أيضا فى الخلاف و ابن إدريس و العلامة و الشهيدان بل نسب للكثير من القدماء و سائر المتأخرين أنه مع نكول المنكر يرد الحاكم اليمين على المدعى فإن حلف فله و إن أبى سقط حقه للمحكى من فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه رد اليمين على المدعى(٢)، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (المطلوب أولى باليمين من الطالب)(٣) و هو يدل على شراكتهما فى اليمين و إن كان المطلوب أولى، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يدعى عليه الحق و لا بينه للمدعى؟ قال: يستحلف أو يرد اليمين على صاحب الحق، فإن لم يفعل فلا حق له)(٤) بناء على قراءه (يرد) بصيغته المجهول، و فيه: إنه على خلاف الظاهر بل الظاهر أنه للمعلوم، و السابقان من أخبار العامة، و استدل بصحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (تردّ اليمين على المدعى)٥ و فيه: لعله بالتماس المنكر و معه لا دلالة فيه على محل النزاع، و استدل بالاحتياط و بالإجماع المدعى من الشيخ فى الخلاف، و فيهما: أما الاحتياط فهو معارض بمثله حفظا لحق المدعى إذ قد لا يمكن الحلف له، و أما إجماع الشيخ فهو غريب منه إذ خالف الشيخ نفسه فى النهاية و قد سبقه الصدوقان و شيخه المفيد و أبو الصلاح و سلار إلى الأول و مع مخالفتهم كيف يمكن دعوى الإجماع.

(١) بناء على رد الحاكم اليمين المردودة على المدعى.

ص: ١٠٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٢- (٢) سنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٣.
- ٣- (٣) سنن الدارقطنى ج ٤ ص ٢١٩.
- ٤- ((٤) و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢ و ٣.

و يستحب ثلاثا (١) فإن حلف المدعى ثبت حقه، و إن نكل فكما مر.

(و قيل) و القائل به الشيخان و الصدوقان و جماعه: (يقضى) على المنكر بالحق (بنكوله)، لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه حكى عن أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام أنه أزم أخرس بدين ادعى عليه فأنكر و نكل عن اليمين فألزمه بالدين بامتناعه عن اليمين.

(و الأول أقرب)، لأن النكول أعم من ثبوت الحق (٢)، لجواز تركه إجلالا و لا- دلالة للعام على الخاص (٣)، و لما روى عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه رد اليمين على صاحب الحق (٤)، و للأخبار (٥) الدالة على رد اليمين على المدعى من غير تفصيل (٦)، و لأن الحكم مبنى على الاحتياط التام، و لا يحصل إلا باليمين (٧)، و فى هذه الأدلة نظر يبين.

(و إن قال) المدعى مع إنكار غريمه (لى بينه عرّفه) الحاكم (أن له احضارها، و ليقل: أحضرها إن شئت) (٨) إن لم يعلم ذلك (فإن ذكر غيبتها خيرّه بين إحلاف) (١) لا نص على ذلك لا مره و لا ثلاثا كما صرح به أكثر من واحد، نعم لا بأس به للتسامح فى أدله السنن.

(٢) للمدعى.

(٣) أى لا دلالة للنكول لأنه أعم من كون الحق ثابتا للمدعى و من العدم و مع ذلك لم يحلف إجلالا، و فيه: إن المستدل استدل بفعل أمير المؤمنين عليه السلام حيث ألزمه بالدين بمجرد امتناعه عن اليمين، و قد تقدم أنه قضيه فى واقعه و أنه لعل الأمير عليه السلام فعل ذلك لعدم إمكان رد اليمين على المدعى لأنها دعوى غير جازمه أو لأنه ولى يطالب بمال الغير.

(٤) و قد تقدم أنه مروى من طرق العامه.

(٥) و هى صحيحتا هشام و ابن زراره، و قد تقدم ما فيهما.

(٦) فتشمل رد الحاكم لليمين على المدعى، و لا تختص برد اليمين بالتماس المنكر.

(٧) و قد عرفت أنه معارض بمثله.

(٨) فعن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى المذهب و ابن إدريس فى السرائر لا يجوز للحاكم أن يقول له: أحضرها، لأنه أمر و الحق للمدعى فلا يؤمر باستيفائه بل يقول: أحضرها إن شئت، و عن الشيخ فى النهايه و المحقق و هو اختيار الأكثر أنه يجوز لأن الأمر هنا ليس للوجوب بل مجرد إذن و إعلام.-

(الغريم و الصبر) (١)، و كذا يتخير بين إحلافه و إقامه البيئه و إن كانت حاضره، و ليس له (٢) طلب إحلافه، ثم إقامه البيئه، فإن طلب إحلافه ففيه ما مر (٣)، و إن طلب احضارها أمهله إلى أن يحضر، (و ليس له إلزامه بكفيل) (٤) للغريم، (و لا ملازمته) لأنه تعجيل عقوبه لم يثبت موجبها. و قيل: له ذلك، (و إن أحضرها و عرف الحاكم العداله) فيها (حكم) (٥) بشهادتها بعد التماس المدعى سؤالها (٦) و الحكم، ثم لا يقول لهما: اشهدا (٧) بل من كان عنده كلام أو شهاده ذكر ما عنده إن شاء، فإن أجابا بما لا يثبت به حق طرح قولهما، و إن قطعاً بالحق، -و عن القواعد و المختلف و الدروس التفصيل بين علم الحاكم بمعرفه المدعى أن له الحق فى البيئه فلا يجوز، و بين جهله فيجوز، و الحق أن الأمر هنا ليس بداعى الوجوب بل بداعى الإذن و الاعلام فلا يدل على الإلزام فيجوز أن يقول: احضرها أو أقمها، و الأولى إضافه المشيئه إليه.

(١) لأن الحق للمدعى فله الخيار إن شاء عجل و أحلف الغريم، و إن شاء أخر انتظاراً لإقامه البيئه بلا فرق أن تكون البيئه غائبه أو حاضره.

(٢) أى ليس للمدعى طلب احلاف غريمه ثم إقامه البيئه، لأنه إذا رضى بيمين غريمه فتسقط الدعوى و لا تسمع - البيئه بعد.

(٣) من ذهب حق المدعى فى الدنيا و عدم جواز مقاصته و لا إقامه الدعوى فيما بعد.

(٤) أى حين ما يمهل المدعى لإحضار بيئته فليس للمدعى ملازمه المدعى عليه على وجه لا يجوز له و لا مطالبته بكفيل، لأنهما عقوبه لم يثبت موجبها على الأ-كثر، و ذهب الشيخان فى المقنعه و النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و ابن زهره إلى ذلك حفظاً لحق المدعى حذراً من ذهاب الغريم الموجب للضرر على المدعى.

وفيه: إنه موجب للضرر على المدعى عليه و مع تعارض الضررين يقدم الأقل ضرراً و هذا ما يختلف فيناط أمره بنظر الحاكم و هذا ما صرح به الفاضل المقداد و مال إليه سيد المدارك، و الحق عدم الجواز لما فيه من الضرر على المدعى عليه قبل ثبوت موجبه، و أما المدعى فلم يثبت حقه حتى يكون تفويته موجبا للضرر عليه.

(٥) أى إن عرف الحاكم عداله الشاهدين أو فسقهما لمخالطته لهما حكم على الأول و طرح شهادتهما على الثانى لما تقدم من جواز حكم الحاكم بعلمه.

(٦) أى سؤال البيئه.

(٧) لما فيه من الإحاله إلى المدعى و هو محرم.

و طابق الدعوى، و عرف العدالة حكم كما ذكرنا.

فى أنه إن عرف الفسق ترك الشاهد

(و إن عرف الفسق ترك)، و لا- يطلب التزكيه لأن الجارح مقدم (١) (و إن جهل) حالها (٢) (استركى) أى طلب من المدعى تزكيتهما فإن زكاهما بشاهدين على كل من الشاهدين يعرفان العدالة و مزيلها أثبتها (٣)، (ثم سأل الخصم عن الجرح) (٤) فإن اعترف بعدمه حكم كما مر، و إن (استنظر أمهله ثلاثه أيام)، فإن أحضر الجارح نظر فى أمره على حسب ما يراه من تفصيل، و إجمال، و غيرهما، فإن قبله قدّمه على التزكيه لعدم المنافاه (٥)، (فإن لم يأت بالجارح) مطلقا (٦)، أو بعد المده (حكم عليه بعد الالتماس) أى التماس المدعى الحكم (٧).

(١) أى مع علمه بالفسق لا يطلب البينه على عدالتهم لأنه جارح و قول الجارح مقدم، لأن المزكى لا يشهد إلا على ما عرف من عدم المعصيه و هذا لا ينافى علم الحاكم الجارح و العالم بالمعصيه إذ لعله قد اطلع على ما لم تطلع عليه البينه المزكيه.

(٢) بحث عنهما بنفسه للمحكى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (١) أنه كان يفعل ذلك بإرسال شخصين من قبله، لا يعلم أحدهما بالآخر، يسألان قبيلتهما عن حالهما، فإن جاء بمدح و حدثنا حكم على طبق شهادتهما، و إن جاء بشين ستر عليهما و دعا الخصمين إلى الصلح، و إن لم يكن لهما قبيله سأل الخصم عنهما فإن زكاهما حكم و إلا ترك قولهما.

(٣) أى العدالة.

(٤) أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (يقول للخصم هل عندك جرح؟ و فى وجوب ذلك اشكال؟ فإن قال: نعم، و سأل الإنظار فى إثباته، انظره لإمكان صدقه، و لقول على عليه السلام لشريح: «و اجعل لمن ادعى شهودا أمدا بينهما، فإن احضرهم أخذت له بحقه، و إن لم يحضرهم أوجبت عليه القضيه» (٢)، إلا- أنه كما ترى لا تعيين فيه لمدته الإنظار التى قدّرها فى المبسوط و غيره ثلاثا، بل لا أجد فيه خلافا بينهم، من دون تفصيل بين بعد المسافه و قربها، مع أن ظاهر المرسل المزبور كون الأمد بحيث يمكن إتيان البينه فيه، كما هو ظاهر النافع) انتهى.

(٥) كما تقدم فى تقديم قول الجارح.

(٦) فى المده و بعدها.

(٧) لأنه حقه فلا يستوفى بدون إذنه و طلبه.

ص: ١١٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ١.
٢- ((٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب القاضى حديث ١.

(و إن ارتاب الحاكم بالشهود) مطلقا (١) (فرقهم) (٢) استجابا، (و سألهم عن مشخصات القضية) زمانا و مكانا و غيرهما من المميزات، (فإن اختلفت أقوالهم سقطت) شهادتهم، و يستحب له عند الريبه و عظمهم و أمرهم بالثبث و الأخذ بالجزم (٣)، (و يكره له أن يعنت الشهود) أى يدخل عليهم العنت و هو المشقه (إذا كانوا من أهل البصيره بالتفريق) و غيره من التحزير (٤).

فى أنه يحرم على الحاكم أن يرّد الشاهد إلا فى حق الله

(و يحرم) عليه (أن يتعتع الشاهد) (٥) أصل التعتعه فى الكلام التردد فيه (١) سواء كانوا شهود الأصل أو شهود التزكيه.

(٢) ليسأل كل واحد منهم من دون علم الآخر عن مشخصات القضية بالزمان و المكان و غيرهما، ليستدل على صدقهم باتفاق كلمتهم و عدمه باختلافهم، و قد فعله دانيال النبى عليه السّلام (١) فى شهود على امرأه بالزنا فعرف منه كذبهم، و كذا داود عليه السّلام (٢)، و قد فعله أمير المؤمنين عليه السّلام كما فى خبر أبى بصير (٣) فى سبعة نفر خرجوا فى سفر ففقد واحد منهم فجاء ولده إلى أمير المؤمنين عليه السّلام و ذكر له ذلك، فاستدعاهم و سألهم فأنكروا، ففرقهم و أقام كل واحد منهم إلى ساريه و وكل به من يحفظه، ثم استدعى واحدا منهم و سأله فأنكر فقال عليه السّلام: الله أكبر، فسمعه الباكون فظنوا أنه قد اعترف، فاستدعى واحدا بعد واحد فاعترفوا بقتله فالزمهم المال و الدم.

(٣) من باب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

(٤) و هو الحزازه، فيكره للحاكم أن يعنت الشهود إذا كانوا من ذوى البصائر و الاذهان القويه أن يفرق بينهم أو يكلفهم ما يثقل عليهم من المبالغه فى مشخصات القضية، و كذا يكره لأهل الفضل و العقل الوافر و الدين لما فيه من غضاظه لهم و امتهان و إن كان لا يصل إلى حد الحرمة، نعم يستحب ذلك عند الريبه.

(٥) و هو أن يداخله فى أثناء التلفظ بالشهاده بكلام يجعله ذريعه لنطقه ما لا يريد، أو يجعله مانعا للعدول عما كان يريد التلفظ به، من باب الهدايه إلى ما ينفعه، و كذا استدراجه إلى ما ينفعه، بل يجب على الحاكم أن يكف عن الشاهد حتى ينتهى ما عنده و يحكم بمقتضاه، و إن كان الشاهد يتردد و يتلعثم فى شهادته لهيبه الحاكم أو مجلس الحكومه، كل ذلك لما فيه من تضييع الحق و ترويج الباطل.

ص: ١١٣

١- (١) الكافى ج ٧ ص ٤٢٦-٤٢٧.

٢- (٢) القاضى ج ٧ ص ٣٧٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ١.

(و هو) هنا (أن يداخله في الشهاده) فيدخل معه كلمات توقعه في التردد، أو الغلط بأن يقول الشاهد: إنه اشترى كذا فيقول الحاكم: بمائه، أو في المكان الفلاني، أو يريد أن يتلفظ بشيء ينفعه فيداخله بغيره ليمنعه من إتمامه و نحو ذلك، (أو يتعقبه) بكلام ليحمله تمام ما يشهد به بحيث لولا لردد، أو أتى بغيره، بل يكف عنه حتى ينتهي ما عنده و إن لم يفد، أو تردد، ثم يرتب عليه ما يلزمه، (أو يرغبه في الإقامه) (١) إذا وجد مترددا (أو يزهد له لو توقف، و لا يقف عزم الغريم عن الإقرار (٢) إلا في حقه تعالى) فيستحب أن يعرض المقر بحدّ الله تعالى بالكف عنه و التأويل.

(لقضيه ماعز بن مالك عند النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) حين أقر عنده بالزنا في أربعة مواضع، و النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يردده و يوقف عزمه تعريضا لرجوعه، و يقول له: لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت قال: لا- قال: أفنكتها لا تكني قال: نعم، قال:

حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال: نعم، قال: كما يغيب المروود (٣) في المكحله و الرشا (٤) في البئر، قال: نعم، قال: هل تدري ما الزنا، قال: نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا، فعند ذلك أمر برجمه (٥).

و كما يستحب تعريضه للإنكار يكره لمن علمه منه غير الحاكم حثه على الإقرار، لأن هزّ الأقال لماعز: بادر إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قبل أن ينزل فيك قرآن فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لَمَّا علم به: ألا سترته بثوبك كان خيرا لك.

(١) فلو تردد الشاهد في الشهاده لأمر قد عرض له لم يجز ترغيبه في الاقدام، و كذلك لا يجوز تزهيده في إقامتها بعد فرض جزم الشاهد بالشهادة لما فيه من تضييع الحق و ترويح الباطل.

(٢) أي لا- يجوز للحاكم إيقاف الغريم عن الإقرار لو أراد أن يقر بالحق لما فيه من الظلم بالغريم الآخر، هذا في حقوق الآدميين، و أما الإقرار في حق الله تعالى فإنه يجوز ذلك و تزهيده في إتمامه و تعريضه بالتأويل بل يستحب ذلك لقضيه ماعز بن مالك الأسلمي عند اعترافه بالزنا و قد نقل الخبر الشارح في الروضه.

(٣) بكسر الميم و سكون الراء و فتح الواو، و هو الميل الذي يكتحل به.

(٤) بالكسر و هو الجبل.

(٥) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٢٦.

و اعلم أن المصنف رحمه الله ذكر أولاً أن جواب المدعى عليه إما إقرار، أو إنكار، أو سكوت (١)، و لم يذكر القسم الثالث، و لعله أدرجه فى قسم الإنكار على تقدير النكول، لأن مرجع حكم السكوت على المختار (٢) إلى تحليف المدعى بعد إعلام الساكت بالحال. و فى بعض نسخ الكتاب نقل أن المصنف ألحق بخطه قوله: (و أما السكوت فإن كان لآفه) من طرش، أو خرس (توصل) الحاكم (إلى) معرفه (الجواب) بالإشارة المفيدة لليقين، و لو بترجمين عدلين، (و إن كان) السكوت (عنادا حبس حتى يجيب) على قول الشيخ فى النهايه، لأن الجواب حق واجب عليه، فإذا امتنع منه حبس حتى يؤديه، (أو يحكم عليه بالنكول بعد عرض الجواب عليه) بأن يقول له: إن أجبت، و إلا جعلتك ناكلا، فإن أصر حكم (١) إذا طلب الحاكم الجواب من المدعى عليه فسكت، فإن كان سكوته لدهش له أو غباوه فلا بد من إيناسه إلى أن تزول دهشته و يعرف حاله حينئذ، و إن كان السكوت لآفه من صمم أو خرس فلا بد من التوصل إلى معرفه جوابه المعتبر بإشارته المفيدة لليقين بكونه مقرا أو منكرا، و لو استغلقت إشارته بحيث يحتاج إلى مترجم فلا بد من اثنين عدلين يترجمان إشارته، و إن كان سكوته عنادا ففيه أقوال:

الأول: أنه يلزم بالجواب فإن أصرّ حبس حتى يبين، لأن الجواب حق عليه فيجوز حبسه لاستيفائه منه، و هو المحكى عن الشيخ فى النهايه و الخلاف و المفيد و سلال و ابني حمزه و سعيد و العلامه و ولده بل فى المسالك نسبه إلى المتأخرين.

الثانى: من أنه يجبر من دون حبس بل يجبر بالضرب و يبالغ معه فى الإهانه، و قال فى الجواهر: لم نعرف قائله، و دليله من باب الأمر بالمعروف، و أن الجواب حق عليه فينتزع منه و لو بالضرب.

الثالث: قول الشيخ فى المبسوط و الحلى فى سرائره و العلامه فى موضع من القواعد و القاضى فى مهذبته يقول له الحاكم: إما أجبت و إما جعلتك ناكلا، و عليه فإن قلنا بالحكم عليه بالنكول فهو و إلا ردّ الحاكم اليمين على المدعى كما تقدم الخلاف فيه، و استدل لهذا القول بأنه لو أجاب جوابا صحيحا ثم امتنع عن اليمين جعل ناكلا، فإذا امتنع عن الجواب و اليمين معا كما هو المفروض هنا فأولى أن يكون ناكلا، و بالإضافة إلى أن العناد أشدّ و أظهر هنا، و الأخير متجه لما فى الأول و الثانى من الحبس و الضرب و هما ضرران عليه من دون دليل ملزم.

(٢) و هو مختار الشارح لا المصنف، و إلا مختار المصنف الحكم عليه بمجرد النكول من دون رد اليمين على المدعى من قبل الحاكم.

بنكوله على قول من يقضى بمجرد النكول و لو اشترطنا معه (١) إحلاف المدعى أحلف بعده. و يظهر من المصنف التخيير بين الأمرين (٢) و الأولى جعلهما إشاره إلى القولين، و فى الدروس اقتصر على حكايتهما قولين و لم يرجح شيئا. و الأول (٣) أقوى (٤).

القول فى اليمين

إشاره

(القول فى اليمين)

فى أنه لا تنعقد اليمين الموجبه للحق إلا بالله تعالى

(١- لا- تنعقد اليمين الموجبه للحق) من المدعى، (أو المسقطه للدعوى) من المنكر (إلا بالله تعالى) (٥) و أسمائه الخاصه (مسلمًا كان الحالف أو كافرا)، و لا يجوز بغير (١) مع النكول.

(٢) من الحبس حتى يجيب أو الحكم عليه بالنكول.

(٣) أى الحبس حتى يجيب.

(٤) قال فى المسالك (فالقول الأول هو الأقوى، و ذكر المصنف - أى المحقق فى الشرائع - أنه مروى أيضا و لم نقف على روايته) و قد عرفت ما فيه.

(٥) لا خلاف فى ذلك للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تحلفوا اليهودى و لا النصرانى و لا المجوسى بغير الله، إن الله عز و جل يقول: فاحكم بينهم بما أنزل الله) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا أرى أن يحلف الرجل إلا بالله) (٢) و صحيح ابن مسلم (قلت لأبى جعفر عليه السلام: قول الله: وَاللَّيْلِ إِذَا يَغْشَىٰ وَالنَّجْمِ إِذَا هَوَىٰ و ما أشبه ذلك، فقال: إن الله عز و جل أن يقسم من خلقه بما شاء، و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به) (٣) و مقتضى الأخبار لا بديه الحلف بالله أو بأسمائه و لو من الكافر، و عن الشيخ فى المبسوط أنه لا- يقتصر فى المجوسى على لفظ الجلاله لاحتمال أنه يريد منه النور فلا بد من إضافه الخالق فىقال: خالق النور و الظلمه لدفع هذا الاحتمال، و مال إليه فخر المحققين و هو ظاهر الدروس، و فيه: إن المعبر هو العلم بكونه قد أقسم بالله الذى هو المأمور به شرعا فيتحقق الإجزاء، و أما مطابقه قصده للفظ فليس بشرط فى صحه اليمين لاطلاق الأخبار المتقدمه.

ص: ١١٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الأيمان حديث ٣.

ذلك كالكتب المنزله والأنبياء والأئمة (١) لقول الصادق عليه السلام: لا يحلف بغير الله (٢)، وقال: اليهودى والنصرانى والمجوسى لا تحلفوهم إلا بالله وفى تحريمه بغير الله فى غير الدعوى نظر، من ظاهر النهى فى الخير، وإمكان حمله على الكراهه أما بالطلاق والعناق (٣)...

(١) بلا خلاف فيه لما تقدم من حصر الحلف بالله جل وعلا، وفى النبوى (من حلف بغير الله فقد أشرك) (١) وفى آخر (فقد كفر) ٢.

و ظاهر الأخبار ترتب الاثم لو حلف بغير الله مع عدم انقطاع الدعوى به، وأما القسم بغير الله فى غير الدعوى فعن جماعه الحرمة، وعن المسالك و تبعه الكفايه و صاحب الجواهر الكراهه للسيره المستمره و لورود النصوص بذلك.

(منها) خبر أبى جرير القمى (قلت لأبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك قد عرفت انقطاعى إلى أبيك ثم إليك، ثم حلفت له: وحق رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وحق فلان و فلان حتى انتهيت إليه أنه لا يخرج ما تخبرنى به إلى أحد من الناس، و سألته عن أبيه أحمى هو أم ميت، قال: قد والله مات - إلى أن قال - فأنت الإمام؟ قال: نعم) (٢) و خبر محمد بن يزيد الطبرى (كنت قائما على رأس الرضا عليه السلام بخراسان - إلى أن قال - فقال: بلغنى أن الناس يقولون: إنا نزع من الناس عبيد لنا، لا و قرابتى من رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ما قلته قط، و لا سمعت أحدا من آبائى قاله، و لا بلغنى من أحد من آبائى قاله، و لكنى أقول: إن الناس عبيد لنا فى الطاعه، موال لنا فى الدين فليبلغ الشاهد الغائب) ٤.

ولذا ذهب ابن الجنيد إلى جواز الحلف بما عظم الله من الحقوق من دون كراهه، لأن ذلك من حقوق الله عز و جل.

(٢) و هو خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يحلف بغير الله، و قال: اليهودى والنصرانى و المجوسى لا تحلفوهم إلا بالله عز و جل) (٣).

(٣) فالحلف بالطلاق و العناق كما تفعله العامه مما لا يجوز بلا خلاف فيه للأخبار.

(منها) خبر صفوان الجمال عن أبى عبد الله عليه السلام (أن المنصور قال له: رفع إلى أن مولاك المعلى بن خنيس يدعو إليك و يجمع لك الأموال، فقال: و الله ما كان، فقال: لا أرضى منك إلا بالطلاق و العناق و الهدى و المشى، فقال: أ بالأنداد من دون الله تأمرنى أن -

ص: ١١٧

١- ((١ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٤ - من کتاب الأيمان حديث ٢٣.

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٠ - من کتاب الأيمان حديث ٦ و ٧.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من کتاب الأيمان حديث ٢.

و الكفر و البراءة (١) فحرام قطعاً. (و لو أضاف مع الجلاله خالق كل شىء فى المجوسى كان حسناً) إماطه (٢) لتأويله، و يظهر من الدروس تعين إضافه نحو ذلك فيه لذلك (٣)، و مثله خالق النور و الظلمه.

(و لو رأى الحاكم ردع الذمى بيمينهم فعل (٤)، إلا أن يشتمل على محرم) (٥) كما لو اشتمل على الحلف بالأب و الابن و نحو ذلك، و عليه حمل ما روى أن -أحلف، إنه من لم يرض بالله فليس من الله فى شىء (١) و خبر منصور بن حازم (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: أما سمعت بطارق، إن طارقاً كان نحاساً بالمدينه فأتى أبا جعفر عليه السلام: فقال: يا أبا جعفر، إنى هالك، إنى حلفت بالطلاق و العتاق و الندور، فقال: يا طارق هذا من خطوات الشيطان) ٢ و مثلها غيرها.

(١) تقدم الكلام فيه فى باب اليمين و النذر.

(٢) أى دفعاً.

(٣) أى فى المجوسى دفعاً لتأويله.

(٤) قد تقدم عدم جواز الحلف بغير الله و لو من الكافر، و عن الشيخ و المحقق و جماعه لو رأى الحاكم تحليف الذمى بما يقتضيه دينه أردع من إحلافه بالله جاز لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام استحلف يهودياً بالتوراه التى أنزلت على موسى عليه السلام) (٢) و صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الأحكام فقال:

فى كل دين ما يستحلفون به) و فى نسخه (ما يستحلون به) ٤، و خبر محمد بن قيس (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: قضى على عليه السلام فيمن استحلف أهل الكتاب بيمين صبر أن يستحلف بكتابه و ملته) (٣)، و سيأتى معنى يمين الصبر و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن علياً عليه السلام كان يستحلف اليهود و النصارى بكتابهم، و يستحلف المجوس ببيوت نيرانهم) ٤، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم فلا بد من حملها على جواز ذلك مع الحلف بالله احتياطاً للمسلمين.

(٥) قال فى الجواهر (نعم فى اللمعه و الروضه إلا- أن يشتمل على محرم كما لو اشتمل الحلف على الأب و الابن تعالى الله عن ذلك).

ص: ١١٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٤ و ٧.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٢ - من كتاب الأيمان حديث ٨ و ١٢.

عليها عليه السّلام استحلّف يهوديا بالتوراه. وربما أشكل تحليف بعض الكفار باللّٰه تعالى، لإنكارهم له فلا يرون له حرمة، كالمجوس فإنهم لا يعتقدون وجود إله خلق النور و الظلمه فليس فى حلفهم به عليهم كلفه، إلا أن النص ورد بذلك.

فى التعليل عند اليمين

(و ينبغى التعليل بالقول) (١) مثل و اللّٰه الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم الطالب الغالب، الضارّ النافع، المدرك المهلك، الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه (٢)(و الزمان) كالجمعه و العيد (٣)، و بعد الزوال، و العصر (٤)، (١) لأن فيه مظنه رجوع الحالف إلى الحق خوفا من عقوبه اللّٰه، و على تقدير جرأته كاذبا فهو مظنه المؤاخذه حيث أقدم على الحلف باللّٰه مع إحضار عظمته و جلالته فى الموضوع و الزمان و القول التى هى محل احترام.

(٢) و هذا مستفاد من خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد اللّٰه عليه السّلام عن الأخرس كيف يحلف إذا ادعى عليه دين و أنكر و لم يكن للمدعى بينه، فقال: إن أمير المؤمنين عليه السّلام أتى بأخرس فادعى عليه دين و لم يكن للمدعى بينه، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام: الحمد لله الذى لم يخرجنى من الدنيا حتى بينت للأمه جميع ما تحتاج إليه - إلى أن قال - ثم كتب أمير المؤمنين عليه السّلام: و اللّٰه الذى لا إله إلا هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم، الطالب الغالب، الضارّ النافع، المهلك المدرك، الذى يعلم السر و العلانيه، إن فلان بن فلان المدعى ليس له قبل فلان بن فلان - أعنى الأخرس - حق و لا طلبة بوجه من الوجوه و لا بسبب من الأسباب، ثم غسله و أمر الأخرس أن يشر به فامتنع، فألزمه الدين) (١)، و فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السّلام (احلفوا الظالم إذا أردتم يمينه بأنه برىء من حول اللّٰه و قوته، فإنه إذا حلف بها كاذبا عوجل، و إذا حلف باللّٰه الذى لا إله إلا هو لم يعاجل، لأنه قد وّحد اللّٰه سبحانه) (٢).

(٣) و فضلها واضح.

(٤) لقوله تعالى: (تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ) (٣)، و هو مفسّر بما بعد صلاه العصر، و للنبوى (ثلاثة لا ينظر اللّٰه إليهم يوم القيامة، و لا يزيكهم و لهم عذاب أليم، رجل تابع إمامه فإن أعطاه وقى له به و إن لم يعطه خانه، و رجل حلف بعد العصر يمينا فاجرته -

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب الأيمان حديث ٢.

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ١٠٦.

(و المكان) (١) كالكعبة و الحطيم و المقام، و المسجد الحرام، و الحرم و الأقصى تحت الصخرة، و المساجد فى المحراب. و استحباب التغليظ ثابت (فى الحقوق كلها، إلا أن ينقص المال عن نصاب القطع) و هو ربع دينار (٢)، و لا- يجب على الحالف الإجابة إلى التغليظ (٣)، و يكفيه قوله: و الله ما له عندى حق.

-ليقطع بها مال امرئ مسلم... (١) إلى غير ذلك من الأوقات المكروهه كشهـر رمضان و غيره.

(١) كالمسجد الحرام و الأماكن المعظمه و المشاهد المشرفه خصوصا منبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم للنبوى (من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه تبوأ مقعده من النار) (٢) و فى ثاـن (لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمه و لو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار أو وجبت له النار) ٣، و فى ثالث (من حلف على منبرى هذا يمينا كاذبه استحل بها مال امرئ مسلم فعليه لعنة الله و الملائكه و الناس أجمعين) (٣).

(٢) فالحكم مشهور كما فى الجواهر و المسالك و فى الرياض نفى الخلاف فيه، و قال فى المسالك: (هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب و ذكروا أنه مروى، و ما وقفت على مستنده، و للعامه اختلاف فى تحديده بذلك - أى ربع دينار - أو بنصاب الزكاه و هو عشرون دينارا أو مائتا درهم، و ليس للجميع مرجح واضح). و قال فى الجواهر:

(قلت: لعله مضافا إلى ما سمعت - من دعوى الاجماع - المرسل أو الصحيح عن زراره و محمد بن مسلم (٤) عنهما عليهما السلام جميعا: لا يحلف أحد عند قبر النبى صلى الله عليه و آله و سلم على أقل مما يجب فيه القطع) انتهى.

(٣) بلا- خلاف فيه و لذا لو امتنع عن الإجابة إلى التغليظ لا- يجبر، و للإطلاق فى خير أبى حمزه عن على بن الحسين عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تحلفوا إلا بالله، و من حلف بالله فليصدق، و من لم يصدق فليس من الله، و من حلف له بالله فليرض، و من حلف له بالله فلم يرض فليس من الله عز و جل) (٥) و مثله غيره، و لذا لو حلف بالله دون التغليظ لوجب الرضا به و لا يجب عليه الزيادة.

ص: ١٢٠

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٧.

٢- ((٢ و ٣)) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٧٦.

٣- (٤) مجمع الزوائد ج ٣ ص ٣٠٧.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الأيمان حديث ١.

(و يستحب للحاكم وعظ الحالف قبله) (١) و ترغيبه في ترك اليمين، إجلالاً لله تعالى، أو خوفاً من عقابه على تقدير الكذب، و يتلو عليه ما ورد في ذلك من الأخبار والآثار، مثل ما روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، من أجلَّ اللهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللهُ خَيْرًا مِمَّا ذَهَبَ مِنْهُ، و قول الصادق عليه السَّلام: من حلف بالله كاذباً كفر، و من حلف بالله صادقاً أثم، إنَّ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: (وَلَا تَجْعَلُوا اللهُ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ) ، و عنه عليه السَّلام (٢) قال حدثني أبي أن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج ففضى لأبي أنه طلقها، فادعت عليه صداقها فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه، (١) للأخبار منها: خبر يعقوب الأحمر عن أبي عبد الله عليه السَّلام (من حلف على يمين و هو يعلم أنه كاذب فقد بارز الله) (١) و خبر جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إياكم و اليمين الفاجرة فإنها تدع الديار بلاقع) ٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أجلَّ اللهُ أَنْ يَحْلِفَ بِهِ أَعْطَاهُ اللهُ خَيْرًا مِمَّا ذَهَبَ مِنْهُ) (٢) ، و خبر أبي أيوب الخزاز عن أبي عبد الله عليه السَّلام (لا- تحلفوا بالله صادقين و لا- كاذبين، فإنه عز و جل يقول: وَ لَا تَجْعَلُوا اللهُ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ) ٤، و خبر أبي سلام المتعبد أنه سمع أبا عبد الله عليه السَّلام يقول لسدير: (يا سدير من حلف بالله كاذباً كفر، و من حلف بالله صادقاً أثم، إنَّ اللهُ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ: و لا تجعلوا الله عرضه لأيمانكم) (٣) ، و خبر علي بن أبي حمزة عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السَّلام (إن أباه كانت عنده امرأة من الخوارج، أظنه قال: من بنى حيفه، فقال له مولى: يا بن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

إن عندك امرأه تبرأ من جدك، ففضى لأبي أن طلقها فادعت عليه صداقها فجاءت به إلى أمير المدينة تستعديه فقال له أمير المدينة: يا علي إما أن تحلف و إما تعطيها، فقال لى: يا بنى قم فأعطها أربعمائه دينار، فقلت له: يا أبة، جعلت فداك، أ لست محققاً؟ قال: بلى يا بنى، و لكنى أجلت الله أن أحلف به يمين صبر) (٤) و اليمين الصبر هي يمين الصدق لأن الحالف يصبر عليها كما قيل، و عن المغرب أنها هي التي يصبر عليها، أي يحبس حتى يحلف.

(٢) و الخبر مروى عن أبي جعفر عليه السَّلام كما تقدم.

ص: ١٢١

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الأيمان حديث ٤ و ٦.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الأيمان حديث ٣ و ٥.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الأيمان حديث ٦.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الأيمان حديث ١.

فقال له أمير المدينة: يا علي إما أن تحلف، أو تعطيها فقال لى يا بنى: قم فأعطها أربعمائه دينار، فقلت: يا أبه جعلت فداك، أ لست محقا قال: بلى و لكنى أجلت الله عزّ و جلّ أن أحلف به يمين صبر.

فى الحلف على نفى الاستحقاق

(و يكفى الحلف على نفى الاستحقاق (١) و إن أجاب) فى إنكاره (بالأخص) كما إذا ادعى عليه قرضا فأجاب بأنى ما اقترضت، لأن نفى الاستحقاق يشمل المتنازع و زياده، و لأن المدعى قد يكون صادقا فعرض ما يسقط الدعوى، و لو اعترف به و ادعى المسقط طوّل بالبينه، و قد يعجز عنها فدعت الحاجه إلى قبول الجواب المطلق، و قيل: يلزمه الحلف على وفق ما أجاب به، لأنه بزعمه قادر على (١) لقد أجاد الشارح فى المسالك فى تحرير هذه المسأله حيث قال: (إذا ادعى عليه شيئا فإما أن يطلق الدعوى كقوله: لى عليك مائه، أو يخصصها فى سبب معين، كقوله: من ثمن مبيع أو أجره أو غضب، و إنكار المدعى عليه إما أن يكون مطلقا أيضا، كقوله: لا تستحق عندى شيئا أو معينا، كقوله: لم أغضب أو لم اشتر أو لم استأجر، فمع اطلاق الإنكار يكفيه الحلف على نفى الاستحقاق مطلقا اتفاقا، لأن الغرض يحصل به، و نفى العام يستلزم نفى الخاص، فإن أجاب بنفى الخاص فإذا حلف عليه فكذلك لأنه هو المطابق للإنكار و يأتى على الدعوى.

و إن أراد الحلف على نفى الاستحقاق - عند كون إنكاره بنفى الخاص - فى إجابته قولان، أظهرهما نعم لما تقدم من دخول الخاص فى ضمن نفيه، و جاز تعلق غرض صحيح بالعدول إلى العام بأن كان قد غضب أو اشترى أو استأجر و لكن برئ من الحق بدفع أو إبراء فحلفه على نفى الخاص كذب، و العدول إلى العام مع كونه صدقا يتضمن الفرض الصحيح من براءته من حقه، و قال الشيخ: يلزمه فى هذه الصوره الحلف على وفق الجواب، لأنه المطابق للدعوى، و جوابه بنفى الأخص يقتضى عدم تلك الاحتمالات الموجهه للعدول إلى الأعم، و لو وقعت لأجاب ابتداء بنفى الاستحقاق.

و يضعف بأنه مع تسليم قدرته على الحلف على وفق الجواب لا يلزم منه وجوب إجابته إليه، و إنما اللازم له الحلف على البراءه من حقه بأى لفظ اتفق، فله العدول إلى نفى الاستحقاق اقتراحا، مع أنا نمنع من استلزام جوابه بنفى الأخص إمكان حلفه عليه لما استقر عليه من العادات من التساهل فى جواب المحاورات بما لا يتساهل به فى وقت الأيمان و نحوها) انتهى. و المنع الثانى شرحه صاحب الجواهر بقوله: (ربما كان له غرض بتغيير المحلوف عليه عما أجاب به لمعلوميه التسامح فى العاده فى المحاوره بما لا يتسامح به فى حال الحلف) انتهى.

الحلف عليه حيث نفاه بخصوصه إن طلبه منه المدعى و يضعف بما ذكرناه، و بإمكان التسامح فى الجواب بما لا يتسامح فى اليمين.

(و) الحالف (يحلف) أبدا (على القطع (١) فى فعل نفسه و تركه و فعل غيره)، لأن ذلك يتضمن الاطلاع على الحال الممكن معه القطع، (و على نفي العلم فى نفي فعل غيره) كما لو ادعى على مورثه مالا- فكفاه الحلف على أنه لا- يعلم به، لأنه يعسر الوقوف عليه، بخلاف إثباته فإن الوقوف عليه لا يعسر.

القول فى الشاهد و اليمين

إشارة

(القول فى الشاهد و اليمين (٢)

فى ما يثبت بشاهد و يمين

(كل ما يثبت بشاهد و امرأتين يثبت بشاهد و يمين (٣)،...)

(١) أى البيت إثباتا و نفيًا لأنه أعرف بنفسه، و كذا لو أراد الحلف على فعل الغير فيحلف على البت لأنه يسهل الوقوف عليه كما أنه يشهد به، و أما لو أراد الحلف على نفي فعل الغير فيحلف على عدم العلم به، لأن النفي المطلق بمعنى أنه لم يفعله الغير واقعا مما يعسر الوقوف على سببه و لهذا لا تجوز الشهادة على النفي.

(٢) لا- خلاف و لا- إشكال فى القضاء بالشاهد و اليمين فى الجملة، و هو عندنا موطن وفاق و وافقنا عليه الكثير من العامة، و خالف أبو حنيفة و أصحابه ففى خبر أبى العباس بن هلال عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (إن جعفر بن محمد عليهما السّلام قال له أبو حنيفة: كيف تقضون باليمين مع الشاهد الواحد؟ فقال جعفر عليه السّلام: قضى به رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، و قضى به على عليه السّلام عندكم، فضحك أبو حنيفة، فقال له جعفر عليه السّلام: أنتم تقضون بشهاده واحد شهاده مائه، قال: ما نفعل، فقال عليه السّلام: بلى يشهد مائه فترسلون واحدا يسأل عنهم ثم تجيزون شهادتهم بقبوله) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يقضى بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق) (٢) و صحيح حماد (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: حدثنى أبى أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قضى بشاهد هو و يمين) (٣) و مثلها غيرها.

(٣) وقع الخلاف فيه فعلى المشهور أن الشاهد و اليمين يجرى فى حقوق الناس المالىة لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهاده الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٣ و ٢ و ٤.

و عن الشيخ و ابن زهره و جماعه من القدماء اختصاص ذلك بالدين فقط للأخبار.

منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له عند الرجل الحق و له شاهد واحد فقال: كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقضى بشاهد واحد و يمين صاحب الحق، و ذلك في الدين) ٢ و خبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان على عليه السلام يجيز في الدين شهاده رجل و يمين المدعى) ٣ و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يجيز في الدين شهاده رجل واحد و يمين صاحب الدين، و لم يجز في الهلال إلا شاهدي عدل) ٤، و خبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بشهاده رجل مع يمين الطالب في الدين وحده) ٥، و مقتضى الجمع بين الأخبار يقتضى اختصاص ذلك بالدين.

و على المشهور لم يعمل بهذه الأخبار إما للاعراض عنها و إما لأنها غير صالحه للتقييد لأنها بصدد بيان فعل النبي صلى الله عليه و آله و سلم في الدين و لا تدل على أنه لا يجوز ذلك في غير الدين.

و فيه: كثرتها مع العمل بها من جماعه من القدماء يوجب التمسك بها هذا من جهه و من جهه أخرى فهي صريحه في التقييد، و من جهه ثالثه فصحيح محمد بن مسلم المتقدم مطلق غير ظاهر في حقوق الناس الماليه، إذ حمله على هذه الحقوق الماليه فقط من دون مستند و لذا ذهب صاحب الكفايه و مال إليه في الجواهر من باب التمسك بها إلى كل حقوق الناس سواء كانت ماليه أو لا- كعيوب النساء و الوكاله و العتق و الرجعه و الطلاق و الخلع و التدبير و النسب و غير ذلك مما لا يختص بخصوص المال، بالإضافة إلى أن المشهور غير متفق في تحديد الحقوق الماليه، بل كلامهم في غايه التشويش، بل يختلف كلام الشخص الواحد في كتابين بل في كتاب واحد في ضابطه الحقوق الماليه و مصاديقها، فالأقوى اختصاص ذلك بالدين فقط.

و أما شهاده امرأتين و شاهد فلا يثبت بهما شيء من حقوق الله سبحانه الموجه للحد، و أما حقوق الآدميين فإن كان كالطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و رؤيه الاهله فلا خلاف في عدم القبول إلا من الشيخ و ابن الجنيد في الطلاق و النسب و الخلع، و أما في العتق و النكاح و القصاص ففيه خلاف، و أما إذا كانت حقوق الآدميين من قبيل الدين و القرض و الغصب و البيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و الوصيه له و الجنايه التي -

(و هو (١) كل ما كان مالا، أو كان المقصود منه المال كالدين و القرض) (٢) تخصيص بعد التعميم (٣)،(و الغصب، و عقود المعاوضات (٤) كالبيع و الصلح)، و الإجاره، و الهبه المشروطه بالعوض (٥)،(و الجنايه الموجهه للديه كالخطأ، و عمد الخطأ، و قتل) -توجب الديه فعلى المشهور القبول، و قد اتفق الجميع فى قبولها بالدين، كل ذلك للأخبار الوارده فى ذلك و سيأتى تفصيل ذلك فى باب الشهادات و سترى أن موارد قبول شهاده المرأتين مع الشاهد هى عين موارد الشاهد و اليمين، إلا فى الدم بالنسبه للديه لثلا يذهب حق المسلم، هذا و هل تقبل شهاده امرأتين و يمين بدل شاهد و يمين، الأكثر على ذلك لخبر منصور بن حازم (حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السّلام أنه قال: إذا شهدت لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله أن حقه لحق) ٢.

و عن ابن إدريس عدم قبول شهاده المرأتين مع اليمين محتجا بعدم الاجماع و بعدم تواتر الأخبار، و هو مبنى على أصله من عدم الأخذ بخبر الواحد و هو ضعيف، نعم الرجوع إلى الأخبار يعطى أن جواز ذلك مختص بالدين و منه تعرف أن جواز ذلك فى مطلق المال كما عليه المشهور ليس فى محله.

(١) أى ما يثبت بشاهد و يمين و ضابطه: ما كان مالا كالدين و القرض و الغصب و الالتقاط و الاحتطاب و الأسر، أو ما يقصد به المال كما فى المعاوضات كالبيع و الصرف و الصلح و الاجاره و الهبه و الوصيه له و الجنايه الموجهه للديه كالخطأ المحض و قتل الوالد ولده، و قتل الحر العبد، و كسر العظام و الجائفه و المأمومه، و يخرج عنه غيرهما كالخلع و الطلاق و الرجعه و العتق و التدبير و الكتابه و النسب و الوكاله و الوصيه إليه و عيوب النساء على خلاف فى بعضها كما سيأتى، و لكن نحن فى غنى عن هذا البحث بتمامه لاختصاص الشاهد و اليمين فى الدين فقط.

(٢) أمثله القسم الأول و منها الغصب و غيره.

(٣) فالدين ما ثبت بالذمه و لو من مهر أو جنايه أو تلف، و أما القرض فهو ما يثبت بالذمه بالاستدانه فهو أخص.

(٤) أمثله القسم الثانى.

(٥) و أما الهبه غير المشروطه بعوض فليست من المعاوضات، على أن إنكارها يعد رجوعا عنها إذا لم تكن على الرحم و لم يستعملها الآخذ.

ص: ١٢٥

(الوالد ولده، و قتل الحر العبد، و المسلم الكافر، و كسر العظام) و إن كان عمدا، (و) كذا (الجائفة (١) و المأمومه) (٢)، و المنقله (٣) لما فى إيجابها (٤) القصاص على تقدير العمد من التغيرير.

فى ما لا يثبت بالشاهد و اليمين

(و لا- يثبت) بالشاهد و اليمين (عيوب النساء) و كذا عيوب الرجال، لاشتراكهما فى عدم تضمنهما المال، (و لا الخلع) (٥) لأنه إزاله قيد النكاح بفديه و هى شرط فيه، لا داخله فى حقيقته، و من ثم أطلق المصنف و الأكثر و هذا يتم مع كون المدعى هو المرأه، أما لو كان الرجل فدعواه تتضمن المال و إن انضم إليه أمر آخر، فينبغى القطع بثبوت المال كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غيره (٦) كالسرقة، فإنهم قطعوا بثبوت المال. (٧) و هذا قوى و به جزم فى الدروس (و الطلاق) المجرى عن المال و هو واضح، (و الرجعه) (٨) لأن مضمون الدعوى إثبات الزوجيه و ليست مالا و إن لزمها النفقه، لخروجها عن حقيقتها (٩)، (و العتق (١٠) على قول) مشهور لتضمنه إثبات الحرية و هى ليست مالا، و قيل:

(١) التى تصل إلى الجوف من أى الجهات.

(٢) التى تصل إلى أم الرأس و هى الخريطه التى تجمع الدماغ.

(٣) بالتشديد و هى التى تنقل العظام من محل إلى آخر.

(٤) فيما ذكر من الجائفة و اختيها و إن كانت على سبيل العمد فلا- يثبت القصاص لما فيه من تغير بنفس الجانى لو أريد الاقتصاص منه.

(٥) قال فى المسالك (فإن كان مدعيه الزوج فهو يتضمن دعوى المال، و إن كان تدعيه الزوجه فلا) و هو واضح.

(٦) أى غير الخلع.

(٧) دون الحد فيما لو ثبت السرقة بشاهد و يمين.

(٨) لأنها من حيث هى رجعه لا- توجب النفقه و إنما يوجبها النكاح السابق، و الرجعه رفعت حكم الطلاق فهى بذاتها لا توجب المال و لذا وقع الاتفاق عليها عند أصحاب هذا القول على أنها لا تثبت بشاهد و يمين.

(٩) أى خروج النفقه عن حقيقه الرجعه.

(١٠) فلا- يثبت بشاهد و يمين على قول مشهور إنه يتضمن تحرير الرقبه، و الحرية ليست مالا، و عن البعض أن المملوك مال و تحريره مستلزم لتفويته على المالك فالحرية و إن لم تكن مالا لكنها تتضمن مالا من هذه الحيشه.

يثبت بهما لتضمنه المال من حيث إن العبد مال للمولى فهو يدعى زوال المالىه، (و الكتابه و التدبير و الاستيلاء) (١). و ظاهره عدم الخلاف فيها، مع أن البحث (٢) آت فيها (٣). و فى الدروس ما يدل على أنها بحكمه، لكن لم يصرحوا بالخلاف فلذا أفردوها، (و النسب) (٤) و إن ترتب عليه وجوب الإنفاق، إلا أنه خارج عن حقيقته كما مر، (و الوكاله) (٥) لأنها ولايه على التصرف و إن كان فى مال، (و الوصيه إليه) (٦) كالوكاله (بالشاهد و اليمين) متعلق بالفعل السابق، أى لا تثبت هذه المذكورات بهما.

(و فى النكاح قولان) (٧): أحدهما و هو المشهور عدم الثبوت مطلقا (٨)، لأن المقصود الذاتى منه الإحصان، و إقامه السنه، و كف النفس عن الحرام و النسل و أما المهر و النفقه فإنهما تابعان. و الثانى القبول مطلقا (٩) نظرا إلى تضمنه المال و لا نعلم قائله، و فى ثالث قبوله من المرأه دون الرجل لأنها تثبت النفقه و المهر، و ذهب إليه العلامه. و الأقوى المشهور (١٠)،

فى لو كان المدعون جماعه

(و لو كان المدعون جماعه) و أقاموا شاهدا واحدا (١) فلا تثبت هذه الأمور الثلاثه بالشاهد و اليمين، لأن الذى يدعيها يدعى ملزوم الحريه و قد عرفت أن الحريه ليست مالا فكذا ملزومها، و فيه: إنه يدعى تفويت العبد على سيده و العبد مال فيجرى فيه الخلاف السابق فى العتق.

(٢) أى البحث المتقدم فى العتق.

(٣) أى فى هذه الثلاثه.

(٤) لأن المال ليس داخلا فى حقيقته و إن ترتب عليه.

(٥) و من الواضح عدم دخل المال فى حقيقتها و لا يقصد بها المال.

(٦) بأن يوصى أن يقوم بعمل ما بخلاف الوصيه له، فالمال ليس داخلا فى حقيقه الأول دون الثانى.

(٧) فعن المشهور عدم ثبوته بالشاهد و اليمين لأن المقصود منه بالذات التناسل و إقامه السنه و كف النفس عن الحرام، و المهر و النفقه من التوابع، و قيل: يثبت من حيث تضمنه المهر و النفقه، و عن العلامه فى القواعد الثبوت إذا كانت الزوجه مدعيه لأنها تدعى المهر و النفقه باللازم بخلاف الزوج لو كان مدعيها فلا يثبت.

(٨) سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه.

(٩) سواء كان المدعى الزوج أو الزوجه.

(١٠) أى الأول، هذا و قد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (عدم ثبوت كون العنوان للحكم-

(فعلى كل واحد يمين)، لأن كل واحد يثبت حقا لنفسه و لا يثبت مال لأحد يمين غيره (١).

فى اشتراط شهاده الشاهد أولا

(و يشترط شهاده الشاهد أولا (٢)، و تعديله) (٣) و الحلف بعدهما، ثم الحكم يتم بهما (٤) لا بأحدهما فلو رجع الشاهد غرم النصف)، لأنه أحد جزئى سبب فوات المال على المدعى عليه، (و المدعى لو رجع غرم الجميع) (٥)، لاعترافه بلزوم المال له مع كونه قد قبضه، و لو فرض تسلم الشاهد المال ثم رجع أمكن ضمانه -المتعلق بالمال فى شىء من النصوص المرويه من طرفنا كى نرجع فى المراد منه إلى العرف، و كلامهم غير منقح بل فيه من التشويش ما لا يخفى - إلى أن قال - و من الغريب اتفاقهم على خروج الوكاله على المال و إن كانت بجعل، و كذا الوصيه، و اختلافهم فى العتق، و بالجملة كل من أعطى النظر حقه فى كلماتهم و خلع ريقه التقليد يعلم أنها فى غايه التشويش، و السبب فيه هو الضابط المذكور الذى لم نجده فى شىء من النصوص، و إنما الموجود فيها عنوانا للحكم (حقوق الناس بعدم تقييدها بنصوص الدين) انتهى، و قد عرفت لا بديه التقييد و حصر مورد الشاهد و اليمين فى خصوص الدين، فهذا البحث فى مصاديق ضابط المشهور من كونه مالا أو قد قصد به المال ساقط من أساسه.

(١) حلف كل واحد مع الشاهد، لأن هذه الدعوى تنحل إلى دعاوى متعدده و إن كانت واحده ظاهرا بلا خلاف فيه إلا من المقدس البغدادي حيث اجتزأ بيمين واحد من أحدهم، و فيه: إنه لو اجتزأ بيمين واحده لثبت مال الغير بيمين غيره و هو مخالف للقواعد و الأصول المقرره فى هذا الباب.

(٢) ثم الحلف بلا -خلاف فيه و ذلك لأن المدعى وظيفته البينه لا- اليمين بالأصالة، فإذا أقام شاهدا صارت -البينه التى هى وظيفته - ناقصه فيتممها باليمين، بخلاف ما لو قدم اليمين فإنه ابتداء بما ليس من وظيفته و لم يتقدمه ما يكون متمما له، و لأن الشاهد أقوى جانبا من اليمين فلا بد من تقديمه، و لأصالة عدم ثبوت الحق بدون تقدم الشاهد على اليمين بعد الشك فى إرادته غيره من إطلاق الأدله.

(٣) اشتراط العدالة معلوم حتى تكون شهادته معتبره، و سيأتى الدليل على اشتراط العدالة فى الشاهد فى باب الشهادات.

(٤) لأن النصوص السابقه قد وردت بهما، فتكون اليمين قائمه مقام الشاهد الآخر فكل منهما جزء حينئذ.

(٥) لأن يده على المال فيضمنه بتمامه لأنها يد عدوان.

الجميع (١) إن شاء المالك، لاعترافه بترتب يده على المغصوب، فيتخير المالك في التضمين

في القضاء على الغائب

(و يقضى على الغائب عن مجلس القضاء) (٢) سواء بعد أم قرب و إن كان (١) فيده على المال - حسب الفرض - بعد يد المدعى، فمع فرض رجوع الشاهد عن شهادته و المدعى عن يمينه و دعواه فقد أقر بالحق للمدعى عليه، و لازم اقرارهما أن يدهما على المال يد عدوان، و مع تعاقب الأيدي العدوانية الضامنة على المال فالمالك بالخيار في الرجوع على أيهما شاء.

(٢) القضاء على الغائب مشروع و ثابت في الجملة بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر جميل بن دراج عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (الغائب يقضى عليه إذا قامت عليه البيه و يباع ماله، و يقضى عنه دينه و هو غائب، و يكون الغائب على حجته إذا قدم، قال: و لا يدفع المال إلى الذى أقام البيه إلا بكفلاء) (١) و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (كان على عليه السّلام يقول: لا يحبس فى السجن إلا ثلاثه: الغاصب، و من أكل مال اليتيم ظلما، و من ائتمن على أمانه فذهب بها، و إن وجد له شيء باعه غائبا كان أو شاهدا) ٢.

و ما ورد فى خبر أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا- يقضى على غائب) ٣ محمول على أنه لا- يجزم بالقضاء عليه بل يكون على حجته عند حضوره.

و مقتضى الأخبار جواز القضاء على الغائب المسافر سواء كان دون المسافه أو بعدها و خالف يحيى بن سعيد فاعتبر المسافه و الاطلاق المتقدم حجه عليه، و أما إذا كان فى البلد و لم يحضر مجلس الحكم لعارض فكذلك لإطلاق الأخبار المتقدمه، و أما إذا لم يحضر قصدا فالمشهور جواز القضاء عليه للإطلاق المذكور، و عن الشيخ فى المبسوط العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن و هو ما لو غاب على نحو الضروره. و الإطلاق أيضا يدفعه.

ثم إن القضاء على الغائب مخصوص بحقوق الأدميين كالديون و العقود و الايقاعات فإذا ثبتت البيه يحكم بها عليه لثلاث تضيع حقوق الناس و ليس فيها حيف على الغائب لأنه على حجته إذا حضر، و أما فى حقوق الله كالحد المترتب على الزنا و غيره فلا، لأنها مبنيه على التخفيف فلعله فعل الزنا بعنوان و طء الشبهه و لذا تدرأ الحدود بالشبهات بلا- خلاف فى ذلك كله، و إنما الخلاف فيما اشتمل على الحقين كالسرقة فلا إشكال فى ثبوت حق آدمى و هو المال، و أما القطع الذى هو حق الله فمقتضى ما تقدم عدم الثبوت و قد تردد-

ص: ١٢٩

فى البلد و لم يتعذر عليه حضور مجلس الحكم على الأقوى، لعموم الأدله، و لو كان فى المجلس لم يقض عليه إلا بعد علمه (١)، ثم الغالب على حجته لو حضر، فإن ادعى بعده قضاء أو إبراء أقام به بينه، و إلا أحلف المدعى، و محله حقوق الناس، لا حقوق الله تعالى، لأن القضاء على الغائب احتياط، و حقوق الله تعالى مبنيه على التخفيف لغنائه، و لو اشتمل على الحقين كالسرقة قضى بالمال دون القطع.

فى وجوب اليمين مع البينه على بقاء الحق فى الشهاده على الطفل و المجنون

(و تجب اليمين مع البينه على بقاء الحق) (٢) إن كانت الدعوى لنفسه، و لو -المحقق من حيث إنه حق الله فلا يثبت، و من أن القطع و المال هنا معلولان لعله واحده فإذا ثبت معلول فلا بد أن يثبت الآخر حتما لأنه لا يعقل ثبوت أحدهما دون الآخر، و فيه: إن التفكيك بين المتلازمين فى الفقه غير عزيز و ذلك لأنها ليست معاليل لعله حقيقه بل العله هنا من قبيل المعرفات للأحكام. و مثله ما لو أقر بالسرقة فإنه يثبت المال دون القطع بالاتفاق.

(١) لعدم صدق الغائب عليه فلا تشمله الأخبار المتقدمه.

(٢) قد تقدم أنه لا يستحلف المدعى مع بينته بالاتفاق و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الرجل يقيم البينه على حقه هل عليه أن يستحلف؟ قال: لا) (١) و خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أقام الرجل البينه على حقه فليس عليه يمين) ٢.

و ما عن بعض العامه من ضم اليمين إلى البينه فى المدعى ضعيف، نعم قد ورد فى حديث سلمه بن كهيل عن على عليه السلام يقول لشريح: (و ردّ اليمين على المدعى مع بينته فإن ذلك أجلى للعمى و أثبت فى القضاء) ٣، فهو محمول على الدعوى على الميت كما سيأتى أو أنه يرد إلى أهله لعدم صلاحيته لمعارضه ما تقدم.

إذا تقرر هذا فقد استثنى الأصحاب من ذلك ما لو كانت الدعوى على الميت فإذا ادعى عليه حقا و شهدت البينه بذلك فإنه يستحلف على بقاء الحق فى ذمه الميت استظهارا إذ لعله قد وفاه حقه بينه أخرى أو من دون بينه، و هذه اليمين تسمى بيمين الاستظهار، و هذا مما لا خلاف فيه لخبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (قلت للشيخ عليه السلام - يعنى موسى بن جعفر -: خبّرني عن الرجل يدعى قبل الرجل الحق فلم تكن له بينه بما له -

ص: ١٣٠

كانت لموكله، أو للمولى عليه فلا يمين عليه (١)، و يسلم المال بكفيل إلى أن يحضر المالك، أو يكمل (٢) و يحلف (٣) ما دام المدعى عليه غائبا (٤)، (و كذا تجب) اليمين مع -قال: فيمين المدعى عليه، فإن حلف فلا حق له، و إن ردّ اليمين على المدعى فلم يحلف فلا- حق له، و إن كان المطلوب بالحق قد مات فأقيمت عليه البيئه، فعلى المدعى اليمين بالله الذى لا إله إلا هو لقد مات فلان و أن حقه لعله، فإن حلف و إلا فلا حق له، لأننا لا ندرى لعله قد أوفاه بيئه لا نعلم موضعها، أو غير بيئه قبل الموت، فمن ثم صارت عليه اليمين مع البيئه، فإن ادعى بلا- بيئه فلا- حق له، لأن المدعى عليه ليس بحى، و لو كان حيا لألزم اليمين أو الحق أو يرد اليمين عليه، فمن ثم لم يثبت الحق(١) و هى نص فى المطلوب، و فى طريقها محمد بن عيسى العبيدى و هو ضعيف عند جماعه، و ياسين الضرير و هو لم يمدح و لم يذم إلا أن المناقشه فى السند مدفوعه لانجبارها بعمل الأصحاب.

ثم هل يتعدى من الميت إلى من يساويه فى المعنى كالدعوى على الغائب و الطفل و المجنون حيث لا لسان لهم، فذهب الأكثر إلى التعدى لاشتراك الجميع فى العله المومى إليها فى النص و هى أن المدعى عليه ليس له لسان يجيب به.

وفيه: إن العله الظاهره من الخبر هو كون المدعى عليه ليس بحى، و هذه العله منتفيه فى المذكورين، بالإضافة إلى أن الميت قد انتفى جوابه مطلقا فى دار الدنيا بخلاف الصبى و المجنون و الغائب فإن لهم لسانا يرتقب جوابهم فى المستقبل فهم باقون على حجتهم، بالإضافة إلى الأخبار المتقدمه فى جواز القضاء على الغائب حيث دلت بإطلاقها على عدم ضم يمين الاستظهار إلى بيئه المدعى، و لذا ذهب المحقق و جماعه إلى عدم اللاحاق. ثم إن مورد النص ما لو كانت الدعوى على الميت ديناً، أما لو كانت الدعوى عينا فى يد الميت بعاريه أو غصب و قامت البيئه للمدعى أنها له إلى حين الدعوى دفعت إليه من دون ضم اليمين للقطع بنفى احتمال خروج الميت عن حق المدعى، و أما لو قامت البيئه للمدعى أنه قد أعطى الميت العين بعاريه أو غصب و لم تشهد أنها باقيه على ملك المدعى إلى حين الدعوى فالأقوى ضم يمين الاستظهار لاحتمال خروج الميت عن حق المدعى.

(١) لما تقدم من عدم اليمين من شخص يدعى المال لغيره.

(٢) أى يتحقق به الكمال من البلوغ و العقل.

(٣) يمين الاستظهار.

(٤) بناء على إلحاقه بالميت.

ص: ١٣١

البينه (فى الشهاده على الميت و الطفل أو المجنون) أما على الميت فموضع وفاق، و أما على الغائب و الطفل و المجنون فلمشاركتهم له فى العله المومى إليها فى النص، و هو أنه لا لسان له (١) للجواب فيستظهر الحاكم بها (٢)، إذ يحتمل لو حضر كاملاً أن يجيب بالإيفاء، أو الإبراء فيتوجه اليمين، و هو (٣) من باب اتحاد طريق المسألتين، لا من باب القياس.

و فيه نظر للفرق مع فقد النص (٤)، و هو (٥) أن الميت لا لسان له مطلقاً فى الدنيا بخلاف المتنازع (٦) فيمكن مراجعته إذا حضر، أو كمل، و ترتيب حكم على جوابه، بخلاف الميت فكان أقوى فى إيجاب اليمين فلا يتحد الطريق. و إطلاقه (٧) يقتضى عدم الفرق بين دعوى العين و الدين و قيل بالفرق، و ثبوت اليمين فى الدين خاصة، لاحتمال الإبراء منه و غيره (٨) من غير [علم] الشهود، بخلاف العين فإن ملكها إذا ثبت استصحب، و يضعف بأن احتمال تجدد نقل الملك ممكن فى الحالين و الاستظهار و عدم اللسان آت فيهما (٩).

القول فى التعارض

إشاره

(القول فى التعارض)

فى ما لو تداعيا ما فى أيديهما

أى تعارض الدعوى فى الأموال (لو تداعيا ما فى أيديهما) (١٠) فادعى كل (١) للميت كما هو مورد النص.

(٢) أى باليمين.

(٣) أى الحاق الطفل و المجنون و الغائب بالميت.

(٤) إذ النص قد ورد فى الميت و هو مفقود فى الطفل و المجنون و الغائب.

(٥) أى الفرق.

(٦) من الطفل و المجنون و الغائب.

(٧) أى إطلاق النص.

(٨) أى غير الإبراء كالوفاء.

(٩) فى الدين و العين، و قد عرفت عدم الاحتياج إلى اليمين إذا قامت البينه على ثبوت العين للمدعى إلى حين الدعوى، إلا أن يقال إنها شهاده على النفس لا تقبل لأنها تشهد على عدم ملكيه الميت للعين بنقل من بيع و غيره، و هو ضعيف لأنها تتضمن إثباتاً، و هو استمرار ملكيه المدعى إلى حين الدعوى فلا تغفل.

(١٠) لو تنازعا في عين و كلّ منهما يدعى مجموعها له و لا بينه لهما، فلا يخلو إما أن تكون العين في يدهما، أو في يد أحدهما أو في يد ثالث.

ص: ١٣٢

[واحد] منهما المجموع و لا بينه (حلفا) كل منهما على نفى استحقاق الآخر (و اقتساماه) بالسويه، و كذا لو نكلا عن اليمين (١)، و لو حلف أحدهما و نكل الآخر فهو للحالف (٢)، فإن كانت يمينه بعد نكول صاحبه حلف يمينا واحده تجمع النفي و الإثبات، و إلا (٣) افتقر إلى يمين أخرى للإثبات، (و كذا) يقتسمانه (إن أقاما) - و على الأول فكل منهما مدع النصف الذى هو فى يد غيره و مدعى عليه فى النصف الآخر الذى هو فى يده، فيحلف كل واحد منهما على نفى ما يدعيه الآخر، و لا يتعرض واحد منهما فى يمينه لإثبات ما فى يده بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما فى يده، لأن اليمين هنا يمين المدعى عليه فإذا حلف ثبت قوله فيما هو مدعى عليه، و هو ثبوت ما فى يده له و هو نصف المجموع، و لم يخالف فى ذلك إلا المحقق حيث أورد الحلف بصوره القيل المشعر بالتضعيف مع أن القاعده بأن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر تقتضى الحلف كما ذكرنا.

(١) و قلنا بالحكم على المدعى عليه بمجرد النكول، فما فى يد كل منهما ينتقل إلى الآخر و تكون النتيجة قسمه المدعى فيه نصفين بينهما.

و لو قلنا برد الحاكم اليمين المردوده على المدعى، فكل منهما مدع للنصف الموجود عند الآخر، و كل منهما ناكل عن اليمين المردوده بحسب الفرض فتسقط دعوى كل منهما حينئذ، مع بقاء ما فى يد كل منهما له و النتيجة هى التنصيف بينهما.

(٢) أى المتنازع فيه، فهو له كله، لأن هذا الحالف مدع و مدعى عليه، فيما أنه مدعى عليه بالنصف الذى تحت يده فيحتاج إلى يمين المنكر و هى يمين نفى استحقاق الغير، و بما أنه مدع بالنصف الذى فى يد خصمه - و المفروض أن الخصم قد نكل عن اليمين - فلو حكمنا بمجرد النكول فالنصف الذى فى يد خصمه له بلا حلف منه، و لو رددنا اليمين المردوده عليه فعليه بما هو مدع يمين و هى يمين إثبات أن ما فى يده له، فإذا نكل عليه يمينان هذا كله إذا رغب الحالف باليمين فحلف على إبطال دعوى الخصم، ثم إن الحاكم قد طلب اليمين من ذلك الخصم بالنسبه لدعوى الحالف فنكل فرد اليمين عليه فعليه يمين أخرى و هى يمين إثبات كما عرفت، و أما إذا نكل الخصم من الأول قبل حلف الحالف فيكفيه يمين واحده يجمع بين النفي و الإثبات فيها بأن يقول: و الله لا حق له فى النصف الذى يدعيه و النصف الآخر لى، مع احتمال تعدد اليمين هنا لتعدد السبب المقتضى لتعدد المسبب.

(٣) أى و إن كانت يمينه قبل نكول صاحبه فيجب عليه حينئذ يمين المنكر ثم بعد نكول صاحبه فعليه يمين المدعى و هى يمين إثبات.

بينه (١) و يقضى لكل منهما بما فى يد صاحبه)، بناء على ترجيح بينه الخارج. و لا فرق هنا بين تساوى البيتين عددا و عداله و اختلافهما.

(و لو خرجا) (٢) فذو اليد من صدقه من هى يده مع اليمين (٣)، و على المصدق اليمين للآخر (٤)، فإن امتنع (٥) حلف الآخر (٦).....

ثم هذا الكلام بتمامه بناء على وجود المتنازع بين أيديهما و لا بينه لهما، و أما إذا كان المتنازع تحت يد أحدهما أو تحت يد ثالث فسيأتى التعرض لهما عند تعرض الشارح فى الروضه.

(١) و كان المتنازع فيه تحت أيديهما فتقسم العين نصفين بينهما بلا خلاف و لا ينظر إلى ترجيح إحدى البيئات على الأخرى بأعدليه أو أكثريه، لأن يد كل واحد على النصف و قد أقام الآخر بينه عليه فيقضى له بما فى يد غريمه بناء على تقديم بينه الخارج، فكل من البيتين قد اعتبرت فيما لا تعتبر فيه الأخرى و لذا لم يلحظ الترجيح بالعدد و العداله هذا ما عليه الأشهر.

و قيل: إن التنصيف ناشئ من تساقط البيتين بعد التعارض و يبقى الحكم كما لو لم تكن هناك بينه، و فيه: إنه يلزم حينئذ اليمين على كل منهما لصاحبه كما تقدم فى المسأله السابقه.

و قيل: إن مع كل واحد مرجحا باليد فتقدم بينته على ما فى يده و كذا خصمه فلذا لا بد من التنصيف، و فيه: إن ترجيح البيته باليد هو عمل بالراجح بحسب الحقيقه، و لازمه عدم اليمين مع عدم البيته لوجود اليد و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(٢) بأن كانت العين المتنازع فيها تحت يد ثالث، فذو اليد من صدقه الثالث و عليه اليمين للآخر، لأنه بالاقرار له صار كذى اليد فهو مدعى عليه و خصمه مدع، فلو حلف اليمين فهى له، و على المصدق اليمين للآخر كما فى القواعد، و فيه: إن المصدق لا دخل له بها بعد التصديق فالدعوى متعلقه بالعين و بعد انتقالها إلى المصدق تنتقل الدعوى كذلك، إلا أن يكون الآخر قد ادعى على المصدق العلم بملكه فله عليه اليمين لنفى العلم.

(٣) من المصدق.

(٤) إن ادعى الآخر على المصدق علمه بملكه لا مطلقا كما عرفت.

(٥) المصدق.

(٦) أى الخصم الآخر و اغرم المصدق قيمه العين له، لأن المصدق باقراره أنها لغير الحالف قد حال بين الحالف و بين العين بعد استقرار العين لغير الحالف للاقرار السابق، و هذا مثل ما لو أقر الثالث أولا أن العين لاحدهما ثم أقر ثانيا بأنها للآخر فتدفع العين للأول و قيمتها للثانى فكذا ما هو بحكمه و هو الحلف هنا.

و أغرم له (١) لحيلولته (٢) بينه و بينها (٣) بإقراره الأول، و لو صدقهما فهى لهما بعد حلفهما، أو نكولهما (٤) و لهما إحلافه إن ادعيا علمه (٥)، و لو أنكرهما (٦) قدم قوله يمينه، و لو كان لأحدهما بينه فى جميع هذه الصور (٧) (فهى لذى بينه) مع يمينه (٨)، و لو أقامها (٩) رجح الأعدل) شهودا، فإن تساوا فى العدالة (فالأكثر) (١) أى و أغرم المصدق للحالف بقيمه العين.

(٢) أى لحيلوله المصدق باقراره.

(٣) أى بين الحالف و بين العين.

(٤) فإن حلفا باعتبار أن كل واحد منهما مدعى عليه بما فى يده، فيثبت لكل منهما ما فى يده، و إن نکلا فإن حکمنا بالنكول فكذلك و لكن لكل واحد منهما ما فى يد خصمه، و إذا رددنا اليمين و كلّ منهما نكل عن اليمين المردوده بما هو مدع بما فى يد غيره تسقط الدعوى و يبقى ما فى يد كل منهما تحت يده.

(٥) بحيث كل منهما يدعى على الثالث بأنه عالم بملكه بتمام العين، و هو منكر فلهما إحلافه.

(٦) حلف لهما سواء ادعاها لنفسه أو لا، لأن الثالث هنا منكر و هما مدعيان فالقول قوله مع يمينه.

(٧) التى تكون العين تحت يد الثالث سواء صدق أحدهما أو صدقهما معا أو أنكرهما.

(٨) لا معنى لضم اليمين هنا إلى بينه على ذى بينه، لأن صاحب بينه خارج باعتبار كون العين تحت يد الثالث، فهو مدع على كل حال و وظيفته بينه و قد أتى بها، فلا داعى لليمين، و لذا اقتصر الشهيد فى الدروس على بينه من دون ضم اليمين.

و هذا يتم فى صورته إنكارهما، أما فى صورته تصديق أحدهما و كان هو صاحب بينه فلا تقبل منه لأنه ذو يد على العين بالآقرار فهو المنكر و خصمه المدعى، و لا تسمع بينه من المنكر بل وظيفته اليمين، و كذا يأتى الإشكال فى صورته تصديقهما و أتى أحدهما بالبينه فالإشكال السابق يأتى بالنسبه لما صدقه فيه.

(٩) و كانت العين فى يد ثالث و لم يصدق أحدهما و كل منهما قد أقام بينه قضى بأرجح البينتين عداله، فإن تساويا قضى لأكثرهما شهودا، و مع التساوى فى العدالة و العدد أقرع بينهما، فمن خرج اسمه حلف و قضى له، و لو امتنع أحلف الآخر و قضى له، و إن نکلا قضى بالعين بينهما بالسويه على المشهور للأخبار.

منها: خبر البصرى عن أبى عبد الله عليه السلام (كان على عليه السلام إذا أتاه رجلان يختصمان بشهود، عدلهم سواء و عددهم سواء، أقرع بينهم على أيهم بصير اليمين، و كان يقول :-

شهودا، فإن تساوا فيهما (فالقَرعَه) فمن خرج اسمه حلف و أعطى الجميع فإن نكل أحلف الآخر و أخذ، فإن امتنعا قسّمت نصفين (١)، و كذا يجب اليمين على من رجحت بيته (٢) و ظاهر العبارة عدم اليمين فيهما (٣)، و الأول (٤) مختاره في الدروس -اللهم رب السموات السبع، أيهم كان الحق له فأدّه إليه، ثم يجعل الحق للذى بصير عليه اليمين إذا حلف(١) و المرسل في الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (في البيتين يختلفان في الشيء الواحد يدعيه الرجلان أنه يقرع بينهما فيه إذا اعتدلت بينه كل واحد منهما و ليس في أيديهما، فإن كان في أيديهما فهو فيما بينهما نصفان، و إن كان في يد أحدهما فاليينه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه)(٢) فالخبر الأول قد دل على أن القرع مع اليمين بعد تساوى البيتين عداله و عددا، و المرسل قد دل على أنه إذا لم تكن العين في أيديهما، و هناك أخبار مثلها قد تركناها اختصارا.

(١) لأن العين ليست خارجه عنهما.

(٢) كما صرح بذلك جماعه على ما في الجواهر لظاهر بعض الأخبار كخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتي القوم فيدعى دارا في أيديهم و يقيم البينه، و يقيم الذى فى يده البينه أنه ورثها عن أبيه، و لا يدرى كيف كان أمرها؟ قال عليه السّلام: أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه، و ذكر أن عليا عليه السّلام أتاه قوم يختصمون فى بغله فقامت البينه لهؤلاء أنهم انتجوها على مذودهم و لم يبيعوا و لم يهبوا، و قامت البينه لهؤلاء بمثل ذلك، فقضى عليه السّلام بها لأكثرهم بينه و استحلفهم)(٣) الخبر، و هو ظاهر فى الحلف مع ترجيح بينه للأكثرية و هو الظاهر من عبارة الدروس دون الأعدليه، و عن البعض كصاحب الجواهر و غيره ثبوت الحلف مع ترجيح البينه للأكثرية و الأعدليه و هو الظاهر من كلام الشارح هنا حيث إن الاستفادة من الخبر أن الترجيح هو لتعين من يقدم قوله و يكون بمنزله المنكر، لا لكون البينه حجه فعليه فى إثبات الحق حتى يستغنى عن اليمين.

(٣) أى عند تقديم ذى البينه و لا بينه للآخر، و عند تقديم الأرحح عداله أو أكثرية أو بالقرع عند إقامه البينه من كليهما.

(٤) أى ما ذكر أولا فى كلام الشارح من لزوم اليمين.

ص: ١٣٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

فى الثانى قطعا (١)، و فى الأول (٢) ميلا.

(و لو تشبث أحدهما) (٣) أى تعلق بها بأن كان ذا يد عليها (فاليمين عليه) إن لم يكن للآخر بينه، سواء كان للمتشبث بينه أم لا، (و لا- يكفى بينته (٤) عنها) أى عن اليمين، لأنه منكر فيدخل فى عموم اليمين على من أنكروا وإن كان له بينه، فلو نكل عنها حلف الآخر و أخذ فإن نكل أقرت فى يد المتشبث (٥)، (و لو أقاما) أى المتشبث و الخارج (بينه فى الحكم لأيهما خلاف). فقيل: تقدم بينه (٦) الداخل (١) عند ترجيح الأعدل أو الأكثر من البيئتين، و فيه: قد عرفت أن ظاهر العبارة أن الحلف عند ترجيح الأكثر كما هو ظاهر الخبر دون ترجيح الأعدل.

(٢) أى فى صورته إقامة أحدهما بينه. و قد عرفت أن الشهيد فى الدروس جزم بعدم اليمين و إليك نص عبارته (و لو خرجا فذو اليد من صدقه الثالث، و عليه اليمين للآخر، فإن امتنع حلف الآخر و اغرم، و لو صدقهما فهى لهما بعد حلفهما أو نكولهما، و لهما إحلافه إن ادعى علمه، و لو أنكروهما حلف، و لو قال: هى لأحدكما و لا أعرفه احتمل القرعة و اليمين، و لو كان لأحدهما بينه فهى له فى الصور كلها، و إن أقاما بيئتين و خرجا فهى للأعدل شهودا، فإن تساوا فالأكثر مع اليمين قاله ابن بابويه و الشيخ فى النهايه، و مع التساوى القرعة أو اليمين) انتهى.

(٣) قد تقدم أن الأقسام ثلاثه، فإن كانت تحت أيديهما أو تحت يد ثالث فقد تقدم الكلام فيهما، و أما إذا كانت تحت يد أحدهما فهو المنكر و خصمه المدعى، فعلى القاعده، من كون اليمين على من أنكروا فهى له مع يمينه، نعم إن نكل المتشبث عن الحلف حلف خصمه المدعى إن لم يقض بالنكول، هذا و حلف المنكر هنا على نفي الاستحقاق و حلف المدعى هنا على الاثبات على ما تقدم فى أول هذه المسأله.

(٤) أى بينه المتشبث لأنه منكر فلا تسمع منه البيئه لأن وظيفته اليمين فيطالب بها.

(٥) لأنه مع نكول المدعى عن اليمين المردود، تسقط دعواه و يكون الحق للمنكر.

(٦) فقيل: يقضى بها للخارج دون المتشبث مع التساوى فى العدد و العداله و عدمه كما عن سلار و ابن زهره و ابن إدريس و الشيخ فى موضع من الخلاف للأخبار.

منها: خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل فى يده شاه فجاء رجل فادعاها و أقام البيئه العدول أنها ولدت عنده لم يبيع و لم يهب، و جاء الذى فى يده بالبيئه مثلهم عدول أنها ولدت عنده لم يبيع و لم يهب، قال عليه السّلام: حقها للمدعى و لا أقبل من الذى هى فى يده بينه، لأن الله عز و جل أمر أن تطلب البيئه من المدعى، فإن -

- كانت له بينه وإلا- فيمين الذى هو فى يده، هكذا أمر الله عز و جل(1)، و هى نصّ فى عدم قبول البيئه من المنكر سواء تعارضت البيئات كما هو مورد الخبر أو لا، و هذا ما ذهب إليه سيد الرياض، و هى مؤيده بالعموم الدال على أن اليمين على من أنكر و البيئه على المدعى، و عليه فكل الأخبار التى ترجح البيئه الأ- كثر عداله أو عددا عند التعارض مع كون العين فى يد أحدهما كخبر أبى بصير المتقدم تكون معارضه له.

و ذهب الشيخ فى الخلاف إلى ترجيح بينه ذى اليد مطلقا لخبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام اختصم إليه رجلان فى دابه و كلاهما أقاما البيئه أنه انتجها، فقضى بها للذى فى يده، و قال: لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين)(2)، و لخبر جابر الأنصارى (إن رجلين تداعيا فى دابه فأقام كلّ بينه أنها دابته انتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للذى هى فى يده)(3).

و ذهب الشيخ فى النهايه و الاستبصار و التهذيب و المحقق و القاضى و جماعه إلى ترجيح بينه الداخلى إن شهدت بسبب الملك سواء انفردت به أم شهدت بينه الخارج به أيضا، و تقديم بينه الخارج إن شهدت بالملك المطلق أو انفردت بينته بالسبب، و وجهه الجمع بين الأخبار التى دل بعضها على تقديم الداخلى مع بيان السبب كخبر غياث و خبر جابر المتقدمين، و بين الأخبار الداله على تقديم الخارج و هى محموله على ما إذا أطلقنا أو اختصت بينه الخارج بالسبب.

و عن المفيد ترجيح الأعدل من البيئتين أو الأكثر عددا مع تساويهما فى العداله مع اليمين، و مع التساوى يقضى للخارج، و عن ابن حمزه التفريق بين السبب المتكرر كالبيع و الصباغه و غير المتكرر كالنتاج و نساجه الثوب فحكم بتقديم ذى اليد مع كون السبب مما يتكرر، و توقف جماعه كما فى الدروس و اللمعه و المسالك و الكفايه، إلى غير ذلك من الأقوال و قد أنهاها فى المستند إلى تسعه، مع الاختلاف بينهم فى نسبه الأقوال إلى أصحابها أيضا. و الانصاف أن التفريق بين ذكر الشاهد السبب و عدمه مثل أن الدابه انتجت على مذوده أو تملكها بالشراء و نحو ذلك و بين كون الشىء مما يتكرر أو لا يتكرر هو من القيود التى لا تستفاد من الأخبار، لأنها و إن ذكرت فى بعض الأخبار لكن قد ذكرت فى كلام السائل فلا يستفاد منها القيدية هذا من جهه و من جهه أخرى فاصل النزاع قائم على جواز قبول البيئه من المنكر عند التعارض بين البيئات، و إلا فإذا قلنا-

ص: ١٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفيه الحكم حديث ٣.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦.

مطلقا لما روى (١) أن عليا عليه السّلام قضى بذلك، و لتعارض البينتين فيرجع إلى - بعدم القبول فالمتعين تقديم بينه الخارج و أما الداخل فوظيفته اليمين ليس إلا و ما عثرت عليه من الأخبار الداله على تقديم بينه الخارج لأن الداخل وظيفته اليمين فلا تقبل منه البيئه هي: خبر منصور المتقدم فقال عليه السّلام (حقها للمدعى و لا أقبل من الذى فى يده بينه، لأن الله تعالى أمر أن يطلب البيئه من المدعى فإن كانت له بينه و إلا فيمين الذى هو فى يده هكذا أمر الله عز و جل)(١) و خبر الدعائم المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام (و إن كان فى يد أحدهما فالبيئه فيه على المدعى و اليمين على المدعى عليه)(٢) مع أن صدره صريح فى اختلاف البيئات فى الشىء الواحد، و الفقه الرضوى (فإذا ادعى رجل على رجل عقارا أو حيوانا أو غيره، و أقام بذلك بينه، و أقام الذى فى يده شاهدين، فإن الحكم فيه أن يخرج الشىء من يد مالكة إلى المدعى لأن البيئه عليه)(٣، و هو مؤيد بعموم النبوى (البيئه على من ادعى و اليمين على من ادعى عليه)(٣). و فى قبال ذلك و ورود أخبار تدل على قبول البيئه من المنكر عند التعارض و هي: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قيل: فإن كانت فى يد أحدهما و أقاما جميعا بينه، قال: اقض بها للحالف الذى هو فى يده)(٤) و خبر غياث عن أبى عبد الله (أن أمير المؤمنين عليه السّلام اختصم إليه رجلان فى دابه كلاهما أقاما البيئه أنه أنتجها فقضى بها للذى هى فى يده)٦ و خبر جابر (إن رجلين تداعيا دابه و أقام كل بينه أنها دابته أنتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم للذى فى يده)(٥)، و خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتى القوم فيدعى دارا فى أيديهم و يقيم البيئه، و يقيم الذى فى يده الدار البيئه أنه ورثها عن أبيه و لا يدري كيف كان أمرها، قال: أكثرهم بينه يستحلف و تدفع إليه)(٦)، و الترجيح للطائفة الثانية بضعف أسانيد الأولى ليس فى محله لأن أسانيد الطائفة الثانية ضعيفه أيضا، و الترجيح للطائفة الثانية بكثره العدد معارض بتأييد الطائفة الأولى للعموم الوارد أن اليمين على من أنكر، فالعمل بالطائفة الأولى و إلا فلا بد من التوقف لأن المسأله ما زالت محل إشكال و الله العالم الهادى.

(١) و هو خبر غياث المتقدم.

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٤.

٢- ((٢ و ٣)) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢ و ٣.

٥- (٧) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٥٦.

٦- (٨) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١.

تقديم ذى اليد، وقيل: الخارج مطلقا عملا بظاهر الخبر المستفيض، من أن القول قول ذى اليد، و البيئه بينه المدعى، الشامل لموضع النزاع (١)، وقيل: تقدم بينه الخارج (٢) إن شهدتا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بيئته (٣) خاصة (٤) بالسبب، و لو انفردت به (٥) بينه الداخل قَدَم، وقيل مع تسببهما تقدم بينه الداخل أيضا، و توقف المصنف هنا و فى الدروس مقتصرًا على نقل الخلاف، و هو فى موضعه لعدم دليل متين من جميع الجهات، و فى شرح الإرشاد رَجَّح القول الثالث، و هو مذهب الفاضلين. و لا يخلو من رجحان.

فى ما لو تشبنا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف

(و لو تشبنا و ادعى أحدهما الجميع و الآخر النصف) (٦) مشاعا (و لا بينه اقتسماها) نصفين (بعد يمين مدعى النصف) للآخر (٧)، من دون العكس (٨)، لمصادقته إياه على استحقاق النصف الآخر، و لو كان النصف المتنازع معينا (٩) (١) و هو تعارض البيئتين.

(٢) و حاصله تقديم بينه الخارج مطلقا إلا إذا انفردت بينه الداخل بالسبب.

(٣) أى الخارج.

(٤) أى شهدت بيئته خاصة.

(٥) بالسبب.

(٦) فتاره يقيمان البيئه و أخرى لا بينه لهما و ثالثه البيئه لأحدهما.

فعلى الأول فالنصف لمدعى الكل بغير معارض، و أما النصف الآخر الذى فى يد مدعى النصف فقد تعارضت فيه البيئتان فعلى القول بتقديم الخارج فى المسألة السابقه فهو لمدعى الكل أيضا و لا شىء لمدعى النصف، و على القول بتقديم بينه ذى اليد فهو لمدعى النصف.

و على الثانى فالعين بالسويه بينهما، أما النصف الذى فى يد مدعى الكل فهو له لعدم التنازع فيه بحسب الفرض، و أما النصف الآخر الذى فى يد مدعى النصف فهو منكر لموافقته قوله الظاهر و مدعى الكل مدع هنا و لا بينه له فيقدم قول المنكر مع يمينه.

و على الثالث فالنصف الذى لا تنازع فيه فهو لمدعى الكل، و أما النصف الآخر المتنازع فيه فهو لمدعى البيئه.

(٧) الذى هو مدعى الكل.

(٨) أى من دون حلف مدعى الكل على النصف الأول، لأن مدعى النصف مصادق معه فى صحه دعواه فى النصف الأول، فهو له بلا منازع.

(٩) فالنصف الآخر يقينا خارج عن التنازع و هو لمدعى الكل بلا منازع، و أما النصف المتنازع -

اقتسامه (١) بالسويه بعد التحالف فيثبت لمدعيه (٢) الربع. و الفرق (٣) أن كل جزء من العين على تقدير الإشاعه يدعى كل منهما تعلق حقه به و لا ترجيح (٤)، بخلاف المعين إذ لا نزاع في غيره (٥)، و لم يذكروا في هذا الحكم خلافا، و إلا فلا يخلو من نظر (٦).

(و لو أقاما بينه فهى للخارج على القول بترجيح بينته (٧)، و هو مدعى الكل) لأن فى يد مدعى النصف النصف فمدعى الكل خارج عنه (و على) القول (الآخر) (٨) يقسم (بينهما) نصفين، كما لو لم يكن بينه، لما ذكرناه من استقلال يد مدعى النصف عليه فإذا رجحت بينته به أخذه، و لو أقام أحدهما خاصة بينه حكم بها (٩)، (و لو كانت فى يد ثالث و صدق أحدهما (١٠) صار صاحب اليد) فيترتب -فيه فهو تحت أيديهما و كلاهما مدع و مدعى عليه به، و لا بينه لهما و لا لأحدهما فيحلفان يمين المنكر، و بعد التحالف يتقاسمانه لعدم إمكان إعطائه لأحدهما دون الآخر لأنه ترجيح بلا مرجح، فيكون لمدعى الكل نصفه الأول الذى لا تنازع فيه و نصف النصف المتنازع فيه، و لمدعى النصف نصف النصف الآخر.

(١) أى اقتسما النصف المتنازع المعين.

(٢) أى لمدعى النصف يثبت الربع و لمدعى الكل ثلاثه أرباع.

(٣) بين النصف المشاع و النصف المعين.

(٤) و فيه: إن المرجح موجود و هو كون النصف المتنازع فيه تحت يد مدعى النصف فيقدم قوله مع يمينه بناء على ما قالوه فكيف يقول الشارح بعدم الترجيح.

(٥) أى فى النصف الآخر.

(٦) و النظر هو: أن الحكم فى صورته التعيين فى محله، فيجب أن يكون الحكم فى صورته الإشاعه كذلك، لأن النصف المشاع تحت أيديهما معا كما كان المعين، و دعوى أن المشاع تحت يد مدعى النصف فقط ليس فى محله فالتحالف و تقسيم المتنازع بينهما هو الجارى فى الصورتين.

(٧) أى على القول بترجيح بينه الخارج كما تقدم فى المسأله السابقه.

(٨) من تقديم بينه الداخلى فى المسأله السابقه.

(٩) و ظاهره الإطلاق سواء كان صاحب البينه هو مدعى الكل أو مدعى النصف، مع أنه لو كان صاحبها مدعى النصف لوجب أن لا تقبل منه، لأنه منكر بحسب ما فرضوه هنا لأن يده على النصف المتنازع فيه، و المنكر وظيفته اليمين.

(١٠) فإن صدق مدعى الكل فهو المنكر فى نصف العين لأن نصفها الأول له بلا منازع فيقدم-

عليه ما فصل (١)، (و للآخر إحلافهما) (٢)، و لو أقاما بينه (٣) فللمستوعب (٤) النصف، و تعارضت البيئتان في الآخر، فيحكم للأعدل فالأكثر فالقرعه و يقضى لمن خرج يمينه (٥)، فإن امتنع حلف الآخر (٦) فإن نكلا قسم بينهما، فللمستوعب ثلاثه أرباع و للآخر الربع، و قيل (٧): يقسم على ثلاثه، فلمدعى الكل اثنان، -قوله مع يمينه، و إن حلف فالكل له.

و إن صدق مدعى النصف فهو المنكر في النصف المتنازع فإن حلف فالنصف المتنازع له، و النصف الأول لمدعى الكل.

(١) من كلام الشارح عند قول المصنف في المسأله السابقه (و لو خرجا).

(٢) أى و للخصم الآخر إحلاف خصمه و المصدّق، أما إحلاف خصمه فلأن الخصم منكر، و أما إحلاف المصدّق فلا يتم إلا إذا ادعى عليه العلم بأن العين له على ما تقدم فى المسأله السابقه، و فائده هذا الحلف هو الغرم لا القضاء بالعين، بحيث لو نكل و قضينا بالنكول فيغزّم المصدّق له قيمه ما أقر، و النصف المقر للمقر له.

(٣) و كان الثالث قد صدقهما أو أنكرهما معاً، أما لو صدق أحدهما دون الآخر فالمصدّق لا تقبل بينته لأنه ذو يد فوظيفته اليمين لا-البينه، فلو أنكرهما و أقاما البينه فلمدعى الكل النصف الذى لا نزاع فيه، و فى النصف الآخر ترجيح الأعدل ثم الأكثر و مع التساوى فالقرعه، و من خرج اسمه حلف و أعطى النصف فإن نكل أحلف الآخر و أخذ، و لو نكلا قسّم النصف المتنازع عليه نصفين بينهما كما تقدم فيما لو ادعى كلّ منهما عينا و كانت العين خارجه عن أيديهما و أما لو صدقهما فيجب - كما فى المسأله السابقه - مع قيام البينه من كل منهما تنصيف النصف بينهما بحيث يكون لكل منهما ما فى يد صاحبه بناء على ترجيح بينه الخارج، إلا أن كلام الشارح هنا أن الحكم بالترجيح للأعدل ثم الأكثر ثم للقرعه جار سواء صدقهما أو أنكرهما و على كل فيكون لمدعى الكل ثلاثه أرباع و لمدعى النصف الربع.

(٤) أى مدعى الكل.

(٥) فيما لو أنكرهما فقط، أما لو صدقهما أو صدق أحدهما فله حكمه و قد تقدم.

(٦) فإن امتنع مدعى النصف و حلف مدعى الكل فالكل له، و إن امتنع مدعى الكل و حلف مدعى النصف فالنصف المتنازع له و النصف الآخر لمدعى الكل.

(٧) قال الشارح فى المسالك: (و ذهب ابن الجنيّد إلى اقتسامهما - المتداعيين - ما يتنازعان فيه على طريق العول، فيجعل هنا لمدعى الكل الثلثان، و لمدعى النصف الثلث، لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه و لا مشار إليها، بل كل واحد من أجزائها لا يخلو من دعوى

و لمدعى النصف واحد، لأن المنازعه وقعت فى أجزاء غير معينه فيقسم على طريق العول على حسب سهامها و هى ثلاثه كضرب الديان مع قصور مال المفلس، و كل موضع حكمنا بتكافؤ البيئات، أو ترجيحها بأحد الأسباب إنما هو مع إطلاقها (١) أو اتحاد التاريخ.

(و لو كان تاريخ إحدى البيتين أقدم قدمت) (٢) لثبوت الملك بها سابقا فيستصحب. هذا إذا شهدتا بالملك المطلق، أو المسبب، أو بالتفريق. أما لو - كل منهما، باعتبار الإشاعه، فلا يتم ما ذكره من خلوص النصف لمدعى الكل من غير منازع، بل كل جزء يدعى مدعى النصف نصفه، و يدعى مدعى الكل كله، و نسبه إحدى الدعويين إلى الأخرى بالثلث، فتقسم العين أثلاثا، واحدا لمدعى النصف و اثنتين لمدعى الكل، فيكون كضرب الديان فى مال المفلس و الميت، و فى المختلف وافق ابن الجنيده على ذلك مع زياده المدعيين على اثنين، إلا أن ابن الجنيده فرض الحكم على تقدير كون العين بيديهما، و العله تقتضى التسويه بين الداخلتين و الخارجتين حيث تقسمان، و فى القواعد جعل قول ابن الجنيده احتمالا على تقدير خروجهما، كما هو محتمل على تقدير الدخول، و الأصح المشهور، و الجواب عن حجه العول أن مدعى الكل يسلم له نصف مشاع بغير نزاع، و هو كاف فى المطلوب، و إن كان النزاع واقعا فى كل جزء باعتبار التعيين). انتهى.

(١) من دون تاريخ.

(٢) كما عن الشيخ و ابنى إدريس و حمزه، و نسبه فى المسالك إلى المشهور، و علل بأن الأقدام يثبت الملك فى وقت لا تعارضه اليينه اللاحقه فيه، و إنما يتساقطان فى محل التعارض دون السابق الذى لا معارض له فى وقته المختص به، و الأصل فى الثابت دوامه، و يشهد له صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن على عليه السلام أنه كان إذا اختصم الخصمان فى جاريه فزعم أحدهما أنه اشتراها، و زعم الآخر أنه أنتجها، و كانا إذا أقاما اليينه جميعا، قضى بها للذى أنتجت عنده) (١).

و يحتمل تقديم المتأخره لأنها لو شهدت بأنه اشتراها من الأول لقدمت على المتقدمه قطعا لأنها لما صرحت بالشراء كانت حاكمه على الأولى لأنها اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى. و هذا كله فيما إذا كانت العين خارجه عن أيديهما.

ص: ١٤٣

شهدت إحداهما باليد و الأخرى بالملك (١)، فإن كان المتقدم هو اليد رجح الملك لقوته و تحققه الآن، و إن انعكس ففي ترجيح أيهما قولان للشيخ، و توقف المصنف في الدروس مقتصرًا على نقلهما.

القول في القسمة

إشارة

(القول في القسمة (٢)

في معنى القسمة

(و هي تمييز أحد النصيبين) فصاعدا (عن الآخر، و ليست بيعا) عندنا (و إن كان فيها رد (٣)، لأنها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإيجاب...

(١) لا ريب في أن الشهادة بالملك أولى من الشهادة باليد، لأن اليد تحتمل الملك و تحتمل غيره من العاريه و الإجاره بخلاف الملك فإنه صريح في المطلوب هذا مع اتحاد تاريخهما أو كانت شهادة الملك متأخره و أما لو كانت شهادة الملك متقدمه فللشيخ قولان، ففي المبسوط يقدم المتأخر و إن كانت شهادة اليد، لأن اليد كما تحتمل العاريه و الإجاره من أنواع التصرف التي لا تستند على الملك فكذلك شهادة الملك المتقدمه تحتمل أنه قد باعها بعد ثبوت ملكه إلى غيره فالترجيح بالحالي لأن ظاهره الملك، و في الخلاف رجح السابق لأنه منفرد بالزمن السابق من دون معارض فيستصحب و هو الذي اختاره المحقق.

(٢) قال الشارح في المسالك: (إنما ذكر أحكام القسمة في كتاب القضاء، لأن القضاء لا يستغنى عن القسام للحاجه إلى قسمة المشتركات، بل القسام كالحاكم فحسن الكلام في القسمة في هذا الكتاب - أي كتاب القضاء -، كما فعله جماعه من الفقهاء، و من أفردا كتابا برأسها نظرا إلى استقلالها بالأحكام كغيرها من كتب الفقه). انتهى.

هذا و لا ريب في مشروعيه القسمة قال تعالى: (وَ إِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ) (١) و قال تعالى:

(تَبْتَهُمْ أَنْ الْمَاءِ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ) (٢)، و قد ورد أن عبد الله بن يحيى كان قساما لأمير المؤمنين عليه السلام (٣).

هذا و القسمة هي تمييز الحق لكل شريك عن حق غيره، و هي ليست بيعا و إن اشتملت على رد، لأنها لا تفتقر إلى صيغته، و يدخلها الإيجاب و لا بد من تساوى الحصص فيها و البيع ليس فيه شيء من ذلك، بلا خلاف في ذلك، و خالف بعض العامة.

(٣) عند زياده حصه أحد الشريكين.

ص: ١٤٤

٢-٢) سورة القمر، الآية: ٢٨.

٣-٣) المبسوط ج ٨ ص ١٣٣.

و يلزمها (١) و يتقدّر أحد النصيين بقدر الآخر، و البيع ليس فيه شيء من ذلك، و اختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات، و اشتراك كل (٢) جزء يفرض قبلها (٣) بينهما، و اختصاص كل واحد بجزء معين، و إزاله ملك الآخر عنه (٤) بعدها (٥) بعوض مقدّر بالتراضى ليس حد البيع حتى يدل عليه. و تظهر الفائده (٦) فى عدم ثبوت الشفعه للشريك بها و عدم بطلانها بالتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه التقابض فى البيع، و عدم خيار المجلس و غير ذلك (٧).

فى إجبار الشريك على القسمة

(و يجبر الشريك) على القسمة (لو التمس شريكه) القسمة، (و لا ضرر و لا رد (٨).

(١) أى و يلزمها الحاكم على بعض الفرقاء كما سيأتى.

(٢) شروع فى رد دليل من خالف من العامه بأنها بيع و استدلال المخالف بأن كل جزء مشترك بين الشريكين فتخصيص كل واحد بجزء معين و إزاله ملك الآخر عنه بعوض مقدر و هو ملكه فى الجزء الآخر على جهه التراضى يقتضى البيع لأن ذلك حده، و فيه: إن حد البيع هو مبادله عين بمال كما سيأتى و هو أجنبى عمّا تقدم.

(٣) قبل القسمة.

(٤) عن هذا الجزء المعين الذى خص به الأول.

(٥) بعد القسمة.

(٦) بين القولين من أنها بيع أو لا.

(٧) من أحكام البيع.

(٨) العين المشتركة إما أن لا يعظم الضرر فى قسمتها أو يعظم، و على الأول إما أن تكون مثليه و هى المتساويه الأجزاء فى القيمة و الصفات كالجوب و الادهان و إما قيمه لكنها متشابهه الأجزاء كالدار المتفقه الأبنيه و الأرض المتشابهه الأجزاء بحيث يمكن قسمتها على عدد الشركاء من غير رد و لا- ضرر، أو تتوقف القسمة على الرد، و على الثانى فالضرر إما على الجميع أو على البعض، فالأقسام خمس ثلاثه على الأول و اثنان على الثانى.

فالأول: ما لو كانت القسمة متساويه الأجزاء فى القيمة و الصفات فيجبر الشريك على القسمة لو امتنع عند التماس شريكه القسمة بلا خلاف فيه، لو جوب إيصال الحق إلى مستحقه مع عدم الضرر و الضرار، و لأن الإنسان له ولايه الانتفاع بماله، و لا ريب أن الانفراد أكمل نفعاً فيجب على شريكه الاستجابة إلى القسمة ما دام لا ضرر فيها.

و الثانى: ما لو كانت القسمة فى القيمي و لا ردّ و لا ضرر فكذلك كالأول.

و الثالث: ما لو كانت العين قيمه و القسمة تقتضى الرد من أحد الشريكين على الآخر،-

و المراد بالضرر (١) نقص قيمه الشقص بها (٢) عنه (٣) منضمًا نقصًا فاحشًا على ما اختاره المصنف في الدروس، و قيل: مطلق نقص القيمة، و قيل: عدم الانتفاع به منفردًا، و قيل: عدمه (٤) على الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة، و الأجود الأول.

(و لو تضمنت ردا) أى دفع عوض خارج عن المال المشترك من أحد الجانبين (لم يجبر) الممتنع منهما، لاستلزامه المعاوضه على جزء من مقابله صوري (٥)، أو معنوي و هو (٦) غير لازم، (و كذا) لا يجبر الممتنع (لو كان فيها ضرر، كالجواهر و العضائد) - فلا يجبر الشريك على القسمة لو التمسها شريكه، لأن فيها معاوضه على أجزاء لأحدهما بمال خارجي و هو غير لازم القبول.

و الرابع: فيما لو كان الضرر على كل الشركاء فلا يجبر الممتنع لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و الخامس: فيما لو كان الضرر على البعض، فإن كان البعض هو الممتنع فلا يجبر لقاعده نفى الضرر المتقدمه، و إن كان الضرر على الملتمس للقسمة و شريكه الآخر لا ضرر عليه فيجبر لارتفاع المانع من القسمة بعد أن رضى الملتمس بالنقصان و الضرر.

(١) قد اختلف في معنى الضرر المانع من القسمة، فقيل - كما عن الشيخ في الخلاف -: إنه عدم الانتفاع بالنصيب بعد القسمة، و بطلان المنفعة هو مناط الضرر، و هو منفي لقاعده لا ضرر و لا ضرار.

و قيل كما عن الشيخ في المبسوط -: إنه نقصان القيمة و إن بقيت المنفعة نظرا إلى أن فوات المالىه موجب للضرر.

و قيل: عدم الانتفاع به منفردا فيما كان ينتفع به مع الشركه، و إن لم تنقص قيمته و لم تبطل منفعته من غير هذا الوجه.

و قيل: هو نقصان القيمة نقصانا فاحشا بحيث يحصل به الضرر عرفا و هو خيره الشهيد في الدروس، و لو قيل: بأنه مطلق نقصان العين أو القيمة أو الارتفاع مما يوجب معه صدق الضرر عرفا لكان أولى من دون تخصيصه في نقصان المنفعة أو القيمة فقط.

(٢) بالقسمة.

(٣) عن الشقص.

(٤) أى عدم الانتفاع.

(٥) و هما وصفان للجزء، فالصوري عند اقتضاء القسمة لزياده أحد النصيبين من حيث الكمية، و المعنوي عند اقتضاء القسمة لزياده أحد النصيبين من حيث الكيفيه.

(٦) أى الرد، و هو غير واجب على الشريك لو التمس شريكه القسمة.

(الضيقة و السيف). و الضرر فى هذه المذكورات يمكن اعتباره بجميع المعانى (١) عدا الثالث فى السيف (٢) فإنه ينتفع بقسمته غالبا فى غيره (٣) مع نقض فاحش (فلو طلب) أحدهما (المهاياه) (٤) و هى قسمه المنفعه بالأجزاء، أو بالزمان (جاز و لم يجب) إجابته، سواء كان مما يصح قسمته إجبارا أم لا، و على تقدير الإجابة لا يلزم الوفاء بها، بل يجوز لكل منهما فسخها، فلو استوفى أحدهما ففسخ الآخر، أو هو كان عليه أجره حصه الشريك (٥).

(و إذا عدلت السهام) بالأجزاء إن كانت فى متساويها كيلا، أو وزنا، أو ذرعا، أو عدداً بعدد الأنصباء، أو بالقيمه (٦) إن اختلفت، كالأرض و الحيوان و (اتفقا على اختصاص كل واحد بسهم لزم) من غير قرعه لصدق القسمة مع التراضى الموجه لتمييز الحق، و لا- فرق بين قسمه الرد و غيرها،(و إلا) يتفقا على الاختصاص (أقرع (٧) بأن يكتب (٨) أسماء الشركاء، أو السهام كل فى رقعته (١)المذكوره فى تفسير الضرر.

(٢)فالثالث عدم الانتفاع به منفردا و هو غير جار فى السيف بعد قسمته، لأنه بعد القسمة ينتفع فى أبعاضه فى غير الحرب و أما بقيه معانى الضرر فتجرى فيه، و فيه أن أبعاض الجواهر ينتفع بها بعد قسمتها و لو فى الأدويه و غيرها فلا يتصور بطلان منفعتها حتى يجرى فيها التفسير الثالث للضرر.

(٣)أى غير الحرب، و الحرب هو مجال الانتفاع به قبل قسمته.

(٤)لا- تجب إجابته، لأنه ليس طلب قسمه العين، بل طلب قسمه المنفعه، و وصوله إلى حقه من المنفعه ليس منحصرًا بالمهاياه حتى تجب إجابته فيها.

(٥)لتفويت منفعته فى حصته لما كانت تحت يد الثانى بتمامها وقت المهاياه.

(٦)أى عدلت السهام بالقيمه عند تفاوت الأجزاء.

(٧)لأن القرعه لكل أمر مشكل و هذا منها.

(٨)الواجب هو القرعه لتعيين كل قسم لصاحبه من الشركاء، و أما كيفية القرعه فلا- يجب الالتزام بكونها على نحو مخصوص، قال صاحب الجواهر: (و الظاهر عدم وجوب خصوص كتابه الرقاع و عدم الصون فى ساتر، بل و عدم وجوب كون المأمور مكلفا، بل و غير ذلك من القيود المزبوره، إذ المراد حصول التعيين من غير اختيارهما أو وكيلهما، بل يفوضان أمره - أى أمر التعيين - إلى الله، و يفعلان ما يفيداه) انتهى.

و تصان و يؤمر من لم يطلع على الصورة بإخراج إحداهما (١) على اسم أحد المتقاسمين، أو أحد السهام. هذا إذا اتفقت السهام قدرا (٢)، و لو اختلفت (٣) قسّم على أقل السهام و جعل لها (٤) أول (٥) يعينه المتقاسمون و إلا الحاكم، و تكتب أسماؤهم لا أسماء السهام حذرا من التفريق، فمن خرج اسمه أولا أخذ من الأول و أكمل نصيبه منها (٦) على الترتيب، ثم يخرج الثانى إن كانوا أكثر من اثنين و هكذا، ثم إن اشتملت القسمة على رد اعتبر رضاها بعدها (٧) و إلا فلا.

فى ما لو ظهر غلط فى القسمة

(و لو ظهر غلط) (٨) فى القسمة بينه، أو باطلاح المتقاسمين (بطلت، و لو ادعاه) أى الغلط (أحدهما و لا- بينه حلف الآخر) لأصالة الصحة، فإن حلف (تمت) القسمة، (و إن نكل) عن اليمين (حلف المدعى) إن لم يقض بالنكول (و نقضت. و لو ظهر) فى المقسوم (استحقاق بعض (٩) معين بالسوية) لا يحل (١) أى إحدى الرقتين فيما لو كانت القرعة على أحد الأسماء أو أحد السهام.

(٢) فيما لو كان سهم كل شريك بقدر سهم الآخر.

(٣) كما لو كانت الأرض بين ثلاثة، و لأحدهم النصف و للثانى الثلث و للثالث السدس، فتقسم الأرض أسداسا، و ترقم بحيث يجعل السدس الأول ثم الثانى ثم الثالث إلى الآخر، و تكون القرعة على الأسماء فمن خرج اسمه أولا أعطى حصته بمعنى يعطى السدس الأول فإن كان بمقدار حصته فهو و إلا أعطى السدس الثانى و الثالث و هكذا، و عليه فلو خرجت القرعة باسم صاحب السدس أعطى السدس الأول فقط، و إن خرجت باسم صاحب الثلث أعطى السدس الأول و الثانى، و إن خرجت باسم صاحب النصف أعطى السدس الأول و الثانى و الثالث، ثم بعد إعطاء الأول حصته يبقى من الشركاء اثنان، فيقرع بينهما فمن خرج اسمه أعطى حصته بالبيان السابق.

(٤) للسهام.

(٥) أى ترقيم فترتب أولا و ثانيا و ثالثا و هكذا.

(٦) من السهام.

(٧) أى بعد القسمة.

(٨) فإن ادعى أحد الشريكين الغلط فى التقسيم لا تسمع دعواه إلا بالبينة لأصالة الصحة فى فعل المقسّم إلا أن يظهر المزيل، و إذ لا- بينه له فإن وافقه شريكه على الغلط بطلت القسمة للعلم الحاصل لهما بعد وصول الحق إلى أحدهما فلا يجوز للآخر حينئذ التصرف، و إن لم يوافقه فله اليمين عليه إن ادعى عليه العلم بالغلط.

(٩) لو اقتسما ثم ظهر أن البعض مستحق للغير، فإن كان معينا مع أحدهما بطلت القسمة-

إخراجه بالتعديل (فلا- نقض)، لأن فائده القسمة باقيه، و هو أفراد كل حق على حده،(و إلا) يكن متساويا فى السهام بالنسبه (نقضت) القسمة لأن ما يبقى لكل واحد لا يكون بقدر حقه، بل يحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، و تعود الإشاعه،(و كذا لو كان) المستحق (مشاعا)، لأن القسمة حينئذ لم تقع برضا جميع الشركاء.

-بلا خلاف و لا إشكال لبقاء الشركه فى النصيب الآخر مع عدم تعديله، و لو كان المستحق المعين عندهما بالسويه لم تبطل بلا خلاف فيه لأن فائده القسمة باقيه و هى إفراز كل واحد من الحقين، و لو كان المستحق لا بالسويه فيهما بطلت القسمة لتحقق الشركه كما هو واضح، و لو كان المستحق مشاعا معهما فللشيخ قولان:

أحدهما: لا تبطل فيما زاد عن المستحق.

و الثانى: البطلان لأن مقصود القسمة التمييز و لا تميز هنا فلا يزال الآخر شريكا فيما زاد عن المستحق فلا بد من رضاه الموجب للقسمة من جديد.

ص: ١٤٩

الفصل الأول - الشاهد

إشارة

(الأول - الشاهد)

في شروط الشاهد

في البلوغ

(و شرطه البلوغ (١) إلا في) الشهاده على (الجراح) ما لم يبلغ (١) أما غير المميز فلا خلاف فيه، و أما المميز، فقليل: تقبل شهادته مطلقا إذا بلغ عشر سنين في القتل و الجرح و غيرهما، و قال في الجواهر: (بل اعترف غير واحد بعدم معرفه القائل به، و إن نسب إلى الشيخ في النهايه و لكنه وهم)، نعم يدل على هذا القول أخبار.

منها: خبر أبي أيوب الخزاز (سألت إسماعيل بن جعفر متى تجوز شهادة الغلام؟ فقال:

إذا بلغ عشر سنين، قلت: و يجوز أمره، فقال: إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ دخل بعائشه و هي بنت عشر سنين، و ليس يدخل بالجاريه حتى تكون امرأه، فإذا كان للغلام عشر سنين جاز أمره و جازت شهادته) (١) و خبر عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السَّلام عن شهادة الصبي و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد، تجوز في الأمر الدون و لا تجوز في الأمر الكبير) ٢ و خبر طلحه بن زيد عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السَّلام (شهادة الصبيان جائزه بينهم ما لم يتفرقوا أو يرجعوا إلى أهلهم) ٣، و لكنها مهجوره عند الأصحاب على أن الأولى غير منقوله عن المعصوم عليه السَّلام و الثانيه مشتمله على ما لم يقل به أحد من الأصحاب من عدم قبول شهادة المملوك في الأمر الكبير، و الثالثه يمكن حملها على القتل و لا تأبى ذلك، فلذا لا تصلح لمعارضه الطائفة الداله على عدم جواز شهادة الصبي.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السَّلام (في الصبي يشهد على الشهاده، فقال:-

ص: ١٥٣

النفس (١)، و قيل: مطلقاً (٢) (بشرط بلوغ العشر) سنين (و أن يجتمعوا على مباح، و أن لا ينفرقوا) بعد الفعل المشهود به إلى أن يؤدوا الشهادة. و المراد حينئذ أن شرط البلوغ ينتفى و يبقى ما عداه من الشرائط التي من جملتها العدد، و هو اثنان - إن عقله حين يدرك أنه حق جازت شهادته (١) و خير السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إن شهادة الصبيان إذا شهدوهم و هم صغار جازت إذا كبروا ما لم ينسوها) ٢ و مثلها غيرها.

نعم اختلفوا في قبول شهادة الصبي في الجرح و القتل، ففي صحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: تجوز شهادة الصبيان؟ قال: نعم في القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني منه) (٢) و صحيح محمد بن حمران (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي؟ فقال: لا، إلا في القتل يؤخذ بأول كلامه و لا يؤخذ بالثاني) ٤ و الخبران قد ذكرا القتل فيدخل الجراح بطريق أولى و لذا ذكر الأ-كثر أن شهادة الصبي تقبل في القتل و الجراح، و عن الشيخ في الخلاف و المحقق في النافع الاقتصار على الجراح فقط، و عن التحرير و الدروس اشتراط أن لا يبلغ الجراح النفس، و فيه: إن الخبرين الواردين متضمنان للقتل فعلى القول بالتعدى إلى الجراح لا داعى لهذا الاشتراط و إن بلغ الجراح النفس، ثم إن من اقتصر على الجراح قد اقتصر بدعوى أن التهجم على الدماء بخبر الواحد خطر، إذ لو قبلت شهادة الصبيان في القتل كما هو مقتضى الخبرين لوجب قتل القاتل قصاصاً و هو تهجم على الدم بخبر الواحد، فالأولى الاقتصار في قبول شهادة الصبيان على الجراح فقط، و فيه: إن ردّ الخبرين بداعى الاحتياط يقتضى عدم قبول الشهادة في الجراح، كما أن القبول في الجراح اعتماداً على هذين الخبرين يقتضى القبول في القتل.

ثم إن الخبرين قد اشترطا الأخذ بأول كلامهم دون الثاني إلا أن الأصحاب منهم المحقق زاد اشتراط بلوغ الصبي منهم العشر و أن لا- ينفرقوا قبل أداء الشهادة و يمكن أن يكون ذلك مستفاداً من خبر أبي أيوب الخزاز و خبر طلحة بن زيد السابقين بعد حملهما على القتل الذي هو مورد قبول شهادة الصبي، و اشترطوا في قبول شهادتهم أن يكون اجتماعهم على مباح و هو شرط لا دليل عليه كما في المسالك.

(١) كما هو مختاره في الدروس.

(٢) كما عن الأكثر.

ص: ١٥٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

فى ذلك (١) و الذكوربه، و مطابقه الشهاده للدعوى، و بعض الشهود لبعض، و غيرها، و لكن روى هنا الأخذ بأول قولهم لو اختلف، و التهجم على الدماء فى غير محل الوفاق ليس بجيد (٢).

و أما العداله فالظاهر أنها غير متحققه (٣) لعدم التكليف الموجب للقيام بوظيفتها من جهه التقوى، و المروءه غير كافيه، و اعتبار صوره الأفعال (٤) و التروك لا دليل عليه، و فى اشتراط اجتماعهم على المباح تنبيه عليه (٥).

فى العقل و الإسلام

(و العقل) (٦) فلا تقبل شهاده المجنون حاله جنونه، فلو دار جنونه قبلت شهادته مفيقا بعد العلم باستكمال فطنته فى التحمل و الأداء (٧)، و فى حكمه الأبله و المغفل (٨)...

(١) أى فى الشهاده على الجراح.

(٢) فالأخذ بشهاده الصبيان من دون احراز هذه الشرائط و إن لم يقد الدليل على بعضها ليس بجيد.

(٣) فى شهاده الصبيان المقبوله فى القتل و الجرح لعدم الدليل على اشتراطها.

(٤) أى أن الحكم بعد التهم بمجرد صوره الأفعال فى الواجبات و صوره التروك فى المحرمات مما لا دليل عليه أيضا.

(٥) أى على عدم تحقق العداله فيهم كما هو ظاهر عباره المصنف.

(٦) فلا تقبل شهاده المجنون الاطباقي بالاتفاق، و لا الادوارى حال جنونه لقوله تعالى:

(وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (١) و العداله مشروطه بالتكليف، و لا- تكليف فى حق المجنون، و قال تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و المجنون غير مرضى.

(٧) فتقبل شهادته لانتفاء المانع.

(٨) الأبله من البله بمعنى الغفله فالعطف تفسيرى، و لا تقبل شهادته لعدم فطنته لمزايا الأمور و تفاصيلها، و يدخل عليه الغلط و التزوير من حيث لا يشعر، و يدل عليه مرسل الإمام العسكرى عليه السلام فى تفسيره عن أمير المؤمنين عليه السلام فى تفسير قوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) ٣ قال: (ممن ترضون دينه و أمانته و صلاحه و عفته و تيقظه فيما-

ص: ١٥٥

١- (١) الطلاق، الآية: ٢.

٢- ((٢ و ٣) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

الذى لا يتفطن لمزايا الأمور، (و الإسلام) (١) فلا تقبل شهاده الكافر و إن كان ذميا، (و لو كان المشهود عليه كافرا على الأصح) لا تصافه بالفسق و الظلم المانعين من قبول الشهاده، خلافا للشيخ رحمها لله حيث قبل شهاده أهل الذمه لملتهم و عليهم استنادا إلى روايه ضعيفه، و للصدوق (٢) حيث قبل شهادتهم على مثلهم و إن خالفهم فى المله كاليهود على النصرارى.

و لا تقبل شهاده غير الذمى إجماعا، و لا شهادته على المسلم إجماعا.

- يشهد به، و تحصيله و تمييزه، فما كل صالح مميّزا و لا محصلا، و لا كل محصل مميّز صالح (١).

(١) فتقبل شهاده المسلم على المسلم و غيره، و لا تقبل شهاده الكافر ذميا أو حربيا على المسلم بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهاده المسلمين على جميع أهل الملل، و لا تجوز شهاده أهل الذمه - الملل - على المسلمين) (٢).

و هل تقبل شهاده الذمى على الذمى، فعن الشيخ فى المبسوط القبول إذا كان الشاهد و المشهود له من مله واحده لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن شهاده أهل المله فقال: لا تجوز إلا على أهل ملتهم) ٣.

و عن ابن الجنيد القبول و إن اختلفا فى المله لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (هل تجوز شهاده أهل الذمه على غير أهل ملتهم؟ قال: نعم، إن لم يوجد من أهل ملتهم جازت شهاده غيرهم، أنه لا يصلح ذهاب حق أحد) (٣).

و عن المشهور عدم القبول مطلقا للأخبار الكثيره المشترطه لإسلام الشاهدين و عدالتهم، و سيمرّ عليك بعضها، و فيه: إنها وارده فيما لو كان المشهود عليه مسلما كما هو مورد غالبها.

ثم إذا كان الشاهد حربيا فلا تقبل شهادته على غيره و لو من أهل ملته بلا خلاف فيه، و يمكن القول إنه إذا كانت شهادته على حربى مثله تصح تمسكا بالتعليل لصحيح الحلبي المتقدم، بل و إن كان المشهود عليه ذميا للاطلاق فى موثق سماعه للمتقدم.

(٢) و فى الجواهر جعل ابن الجنيد هو صاحب هذا القول.

ص: ١٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

(إلا فى الوصيه (١) عند عدم) عدول (المسلمين) فتقبل شهاده الذمى بها، و يمكن أن يريد اشتراط فقد المسلمين مطلقا (٢) بناء على تقديم المستورين (٣) و الفاسقين اللذين لا يستند فسقهما إلى الكذب و هو قول العلامه فى التذكره، و يضعف باستلزامه (٤) التعميم (٥) فى غير محل الوفاق و فى اشتراط السفر (١) تقبل شهاده الذمى فى الوصيه عند عدم العدول من المسلمين بلا خلاف فيه لقوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدِكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ، تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ، فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ أَرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا، وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى، وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنْ آذَانُ لَمَنِ الْآثِمِينَ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح أحمد بن عمر قال: (سألته عن قول الله عز و جل: ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم، قال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فإن لم يجد من أهل الكتاب فمن المجوس، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: سنوا بهم سنه أهل الكتاب، و ذلك إذا مات الرجل بأرض غربه فلم يجد مسلمين يشهدهما، فرجلان من أهل الكتاب) (٢) و خبر حمزه بن حمران عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم، فقال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب، فقال: إذا مات الرجل المسلم بأرض غربه فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجد مسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من أهل الكتاب مرضيين عند أصحابهما) (٣).

(٢) و إن كانوا فسقه لأن العلامه فى التذكره قدم عليهم فساق المسلمين إذا كان فسقهم بغير الكذب و الخيانه و هو ضعيف لعدم قبول شهاده الفساق من المسلمين، و قياسهم على أهل الذمه كما ورد بهم النص لا نقول به.

(٣) بناء على أن العداله هى ظاهر الإسلام فتقبل شهادتهم و تقدم على شهاده أهل الذمه، و أما بناء على أن العداله هى ملكه نفسانيه راسخه فيحتمل تقديم عدول الذمه للآيه، و يحتمل تقديم المستور و به قطع العلامه فى التذكره و جعله الشارح فى المسالك أولى.

(٤) أى استلزام قبول قول الفاسقين و المستورين.

(٥) أى قبول شهادتهم فى الوصيه عند عدم عدول المسلمين مع أن محل الوفاق هو قبول شهاده الذمى عند عدم عدول المسلمين لا قبول شهاده الفاسق و المستور.

ص: ١٥٧

١- (١) سورة المائده، الآيه: ١٠٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ٧.

قولان (١): أظهرهما العدم، وكذا الخلاف في إحلافهما بعد العصر (٢) فأوجبه العلامة عملاً بظاهر الآية (٣). والأشهر العدم فإن قلنا به فليكن بصوره الآية بأن يقول بعد الحلف بالله: (لا نشتري به ثمنًا ولو كان ذا قُربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين (٤)).

في الإيمان والعدالة

(و الإيمان) (٥) و هو هنا...

(١) ذهب الشيخ في المبسوط و ابن الجنيد و أبو الصلاح إلى اشتراط السفر لاشتراطه في الآية المتقدمه و في بعض النصوص كخبر حمزه بن حمران و صحيح أحمد بن محمد المتقدمين، و الأشهر على عدم الاشتراط لورود الشرط مورد الغالب، و يؤيده أن في بعض الأخبار عدم الاشتراط مثل خبر ضريس الكنانى عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن شهادة أهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير أهل ملتهم؟ فقال: لا إلا أن لا يوجد في تلك الحال غيرهم، و إن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصيه، لأنه لا يصلح ذهاب حق امرئ مسلم و لا تبطل وصيته) (١).

(٢) فأوجبه العلامة و الكركى في صورته الريه للآيه و لخبر يحيى بن محمد (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل: يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ الْآيَةَ، قال: اللذان منكم مسلمان، و اللذان من غيركم من أهل الكتاب - إلى أن قال - و ذلك إذا مات الرجل في أرض غربه فلم يوجد مسلمان أشهد رجلين من أهل الكتاب يحبسان بعد العصر فيقسمان بالله، لا نشتري به ثمنًا و لو كان ذا قُربى و لا نكتم شهادة الله، إنا إذا لمن الآثمين، قال: و ذلك إذا ارتاب ولى الميت في شهادتهما) ٢ و عن الأ-كثر خلاف ذلك لخلو أكثر الأخبار عنه على وجه يعلم منه عدم اعتباره، و الأولى الحلف بعد العصر لكون غالب الأخبار لم تتعرض للحلف لعدم ورودها في مقام بيانه.

(٣) المائده آيه: ١٠٦.

(٤) المائده آيه: ١٠٦.

(٥) و هو الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام، فلا تقبل شهاده غير المؤمن و إن اتصف بالإسلام، لاتصافه بالفسق و الظلم المانعين من قبول شهادته بلا-خلاف فيه - كما في الجواهر، لأنه غير مرضى، و قد تقدم قوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و تقدم الخبر عن أمير المؤمنين عليه السلام (ممن ترضون دينه و أمانته و صلاحه و عفته و تيقظه فيما-

ص: ١٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٦.

٢- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

الولاء فلا تقبل شهاده غير الإمامي مطلقا (١) مقلدا كان أم مستدلا. (و العداله) (٢) - يشهد به (١).

و هذا يتم فيما لو كان المشهود عليه مؤمنا، و أما إذا كان من أهل الخلاف فالأقوى قبول شهاده غير المؤمن عليه لانصراف الأدله المتقدمه عنه، و لما قيل: إن سيره أمير المؤمنين عليه السّلام في قضاياها إنما كانت على ذلك، و لعله لقاعده الإلزام الوارده في حقهم.

(١) و إن كان معدودا من فرق الشيعة.

(٢) اشترطها في الشاهد مما لا - خلاف فيه، لقوله تعالى: (مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ) (٢) و الفاسق غير مرضى الدين، و لقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (٣) و هي نص في المطلوب، و للأخبار.

منها: صحيح ابن أبي يعفور (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: بم تعرف عداله الرجل بين المسلمين حتى تقبل شهادته لهم و عليهم فقال: أن تعرفوه بالستر و العفاف و كف البطن و الفرج و اليد و اللسان، و يعرف باجتناّب الكبائر التي أوعده الله عليها النار من شرب الخمر و الزنا و الربا و عقوق الوالدين و الغدار من الزحف و غير ذلك، و الدلاله على ذلك كله أن يكون ساترا بجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين ما وراء ذلك من عثراته و عيوبه و تفتيش ما وراء ذلك، و يجب عليهم تركيته و إظهار عدالته في الناس) (٤) الخبر، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا بأس بشهاده المملوك إذا كان عدلا) ٥، و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: لا - أقبل شهاده الفاسق إلا على نفسه) (٥).

ثم إن الكلام في العداله تاره في حقيقتها و ما تثبت بها، و هذا قد تقدم في بحث عداله إمام الجماعه من كتاب الصلاه، و أخرى ما بها تزول، و هي تزول بالكبيره مطلقا مع الاصرار و عدمه لصحيح ابن أبي يعفور المتقدم، و تزول بالصغيره مع الاصرار لخبر محمد بن أبي عمير (سمعت موسى بن جعفر عليهما السّلام - إلى أن قال - قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: لا كبير مع -

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

٣- (٣) سورة الطلاق، الآيه: ٢.

٤- (٤) (٥ و ٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٧.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

و هي هيئه نفسانيه (١) راسخه تبعث على ملازمه التقوى و المروءه (و تزول بالكبيره) مطلقا (٢)، و هي (٣) ما توعد عليها بخصوصها في كتاب، أو سنه، و هي (٤) إلى سبعمائه أقرب منها إلى سبعين و سبعة.

-الاستغفار و لا صغير مع الاصرار(١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صغيره مع الاصرار و لا كبيره مع الاستغفار)(٢).

و عن جماعه أنها تذهب بترك المروه و هو مما لا دليل عليه.

(١) قد عرفت ما فيه من الضعف في كتاب الصلاه.

(٢) مع الاصرار و عدمه.

(٣) أي الكبيره فليل: إنها المعصيه الموجه للحد، و قيل: إنها التي عليها الوعيد في الكتاب و السنه، و قيل إنها التي توعد الله عليها النار في الكتاب أو السنه و هو الصحيح و يدل عليه صحيح ابن أبي يعفور المتقدم (و يعرف باجتناّب الكبائر التي أوعد الله عليها النار)(٢)، و تقدم ما له النفع في كتاب الصلاه.

(٤) أي الكبائر و هو بحث في عددها، و هو مبنى على انقسام الذنوب إلى الصغائر و الكبائر، و هو الذي يدل عليه قوله تعالى: (إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نَكَفَرُ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ) (٤)، و هذا ما ذهب إليه المحقق و أكثر المتأخرين، و عن جماعه منهم المفيد و ابن البراج و أبو الصلاح و ابن إدريس و الطبرسي بل نسبه في التفسير إلى أصحابنا مطلقا أن جميع الذنوب كبائر و ذلك لا يشتراك الجميع في مخالفه أمر الله تعالى، و جعلوا الوصف بالكبر و الصغر إضافيا فالقبله المحرمه صغيره بالنسبه إلى الزنا و كبيره بالنسبه إلى النظر، و الجميع كبيره بالنسبه لمخالفه أمر الله تعالى، و كبيره بالنسبه لنفسها، و الصحيح أن الجميع كبيره بالنسبه لمخالفه أمر الله، و لكن بعضها كبيره بالنسبه لنفسها و بالنسبه لغيرها كما هو ظاهر الآيه المتقدمه. ثم إنه على تقسيم الذنوب فالكبائر مختلف في عددها فعن بعضهم أنها سبع و عن آخر أنها عشر، و ثالث: اثنتا عشر، و رابع: عشرون، و قال في الدروس:

إنها إلى السبعين أقرب، و في الروض: إنها إلى السبعمائه أقرب. و أيضا تقدم ما له نفع في كتاب الصلاه.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب جهاد النفس حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب جهاد النفس حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٤- (٤) سورة النساء، الآية: ٣٥.

و منها القتل و الربا و الزنا و اللواط و القيادة و الدياثة، و شرب المسكر، و السرقة، و القذف، و الفرار من الزحف، و شهاده الزور، و عقوق الوالدين، و الأمن من مكر الله، و اليأس من روح الله، و الغصب و الغيبه، و النميمة، و اليمين الفاجره، و قطيعه الرحم، و أكل مال اليتيم، و خيانه الكيل و الوزن، و تأخير الصلاه عن وقتها، و الكذب خصوصا على الله و رسوله صلى الله عليه و آله و سلم، و ضرب المسلم بغير حق، و كتمان الشهاده و الرشوه، و السعايه إلى الظالم و منع الزكاه، و تأخير الحج عن عام الوجوب اختيارا، و الظهار، و أكل لحم الخنزير و الميتة، و المحاربه بقطع الطريق، و السحر. للتوعد (١) على ذلك كله، و غيره (٢)، قيل: الذنوب كلها كبائر و نسبه الطبرسى فى التفسير إلى أصحابنا مطلقا (٣)، نظرا إلى اشتراكها فى مخالفه أمر الله تعالى و نهيه، و تسميه بعضها صغيرا بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، كالقبله بالإضافة إلى الزنا و إن كانت كبيره بالإضافة إلى النظره، و هكذا.

(و الإصرار على الصغيره) (٤) و هى ما دون الكبيره من الذنب. و الإصرار (٥) إما فعلى كالمواظبه على نوع، أو أنواع من الصغائر، أو حكمى و هو العزم على فعلها ثانيا بعد وقوعه و إن لم يفعل، و لا يقدر ترك السنن (٦) إلا أن يؤدي إلى (١) تحليل لكون المذكورات من الكبائر.

(٢) أى و غير ما ذكر فهو من الكبائر أيضا.

(٣) من دون خلاف.

(٤) عطف على الكبيره التى توجب إزاله العدالة.

(٥) قيل هو الإكثار من الصغائر من نوع واحد أو أنواع مختلفه، و قيل: إنه المداومه على نوع واحد، و قيل يحصل بكل منهما، و قيل هو عدم التوبه لخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (فى قول الله عز و جل: **وَلَمْ يُصَبِّرُوا عَلَىٰ مَا فَعَلُوا وَهُمْ يَعْلَمُونَ**، قال: الإصرار أن يذنب الذنب فلا يستغفر الله و لا يحدث نفسه بالتوبه فذلك الإصرار) (١).

(٦) قال الشارح فى المسالك: (ترك المندوبات لا يقدر فى التقوى و لا يؤثر فى العدالة، إلا أن يتركها أجمع فيقدر فيها لدلالته على قله المبالاه بالدين و الاهتمام بكمالات الشرع، و لو اعتاد ترك صنف منها كالجماعه و النوافل و نحو ذلك فكثره الجميع، لا اشتراكهما فى -

ص: ١٤١

التهاون فيها، و هل هذا هو مع ذلك من الذنوب، أم مخالفه المروءه كل محتمل، و إن كان الثاني أوجه،(و بترك المروءه) (١) و هى التخلق بخلق أمثاله فى زمانه و مكانه، فالأكل فى السوق و الشرب فيها لغير سوقى، إلا إذا غلبه العطش، و المشى مكشوف الرأس بين الناس، و كثره السخريه و الحكايات المضحكه، و لبس الفقيه لباس الجندى و غيره مما لا يعتاد لمثله بحيث يسخر منه، و بالعكس (٢)، و نحو ذلك يسقطها (٣)، و يختلف الأمر فيها باختلاف الأحوال و الأشخاص و الأماكن، و لا يقدر فعل السنن و إن استهجنها العامه، و هجرها الناس كالكلحل، و الحنء، و الحنك فى بعض البلاد، و إنما العبره بغير الراجح شرعا.

فى طهاره المولد

(و طهاره المولد) (٤).....

-العله المقتضيه لذلك، نعم لو تركها أحيانا لم يضر. انتهى.

و رده صاحب الجواهر و لقد أجاد بقوله: (و لكن الانصاف عدم خلوه من البحث إن لم يكن إجماعا، ضروره عدم المعصيه فى ترك جميع المندوبات، أو فعل جميع المكروهات من حيث الإذن فيها، فضلا عن ترك صنف منها، و لو للتكاسل و التثاقل منه، و احتمال كون المراد بالتهاون الاستخفاف فيه يدفعه أن ذلك من الكفر و العصيان و لا- يعتبر عنه ببلوغ الترك حد التهاون) انتهى.

(١) أى و تزول العدالة بترك المروءه و قد تقدم ضعفه.

(٢) و هو لباس الجندى لباس الفقيه.

(٣) أى يسقط العدالة.

(٤) فلا تقبل شهاده ولد الزنا على المشهور شهره عظيمه كما فى الجواهر، للأخبار.

منها: خبر أبى بصير (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن ولد الزنا أ تجوز شهادته؟ فقال: لا، فقلت: إن الحكم بن عيينه يزعم أنها تجوز، فقال: اللهم لا تغفر ذنبه، ما قال الله للحكم: و إنه لذكر لك و لقومك) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجوز شهاده ولد الزنا) ٢ و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: لا يجوز و لا يؤم) ٣.

و عن الشيخ فى المبسوط أنها تجوز و لعله لما رواه عبد الله بن جعفر عن عبد الله بن الحسن عن أخيه قال (سألته عن ولد الزنا هل تجوز شهادته؟ قال: نعم تجوز شهادته و لا يؤم) ٤، و لكنها لا تصلح لمعارضه ما تقدم.

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٣ و ٨ و ٧.

فتردّ شهادته ولد الزنا و لو فى اليسير (١) على الأشهر و إنما تردّ شهادته مع تحقق حاله شرعا، فلا اعتبار بمن تناله الألسن و إن كثرت (٢) ما لم يحصل العلم، (و عدم التهمة) (٣) بضم التاء و فتح الهاء، و هى أن يجز إليه بشهادته نفعاً، أو يدفع عنها بها ضرراً.

(١) فعن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه قبول شهادته فى اليسير لخبر عيسى بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن شهادته ولد الزنا؟ فقال: لا تجوز إلا فى الشىء اليسير إذا رأيت منه صلاحاً) (١)، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم فلذا ذهب المشهور إلى عدم القبول و لو فى الشىء اليسير، لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله أو عمومها.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر سماعه (سألته عما يردّ من الشهود قال: المريب و الخصم و الشريك و دافع مغرم و الأجير و العبد و التابع و المتهم، كل هؤلاء تردّ شهادتهم) (٢) و خبر عبد الله بن سنان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ما يردّ من الشهود؟ قال: الظنين و المتهم، قلت: فالفاسق و الخائن؟ قال: ذلك يدخل فى الظنين) (٣) و مثله صحيح الحلبي ٤ و خبر أبى بصير ٥.

و قال الشارح فى المسالك: (إن مطلق التهمه غير قادح فى الشهاده، بل التهمه فى مواضع مخصوصه - إلى أن قال - و للتهمه المانع أسباب منها: أن يجزّ إلى نفسه بشهادته نفعاً و لو بالولايه، أو يدفع ضرراً، فلا يقبل شهادته السيد لعبد المأذون، أو الغريم للميت و المفلس المحجور عليه، و الوارث بجرح مورثه لأن الديه تجب له عند الموت بسبب الجرح، فيلزم أن يكون شاهداً لنفسه و الشريك لشريكه فيما هو شريك، و الوكيل للموكل فيما هو وكيل فيه، و الوصى و القيم فى محل تصرفهما) انتهى. و أما مطلق التهمه فليست بمانع لورود النصوص فى قبول شهادته الزوج لزوجته و بالعكس و الصديق لصديقه و الوالد لولده و الأخ لأخيه.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجوز شهادته الرجل لامرأته، و المرأه لزوجها إذا كان معها غيرها) (٤) و خبر عمار بن مروان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يشهد لامرأته قال: إذا كان خيراً - آخر - جازت شهادته معه لامرأته) (٧) و صحيح -

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الشهادات حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٥ و ٣.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

(فلا تقبل شهادة الشريك لشريكه فى المشترك بينهما (١) بحيث يقتضى -الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة الولد لوالده، و الوالد لولده و الأخ لأخيه)(١).

نعم عن المشهور عدم قبول شهادة الولد على الوالد لأن ما تقدم كانت شهادته له لا عليه و استدل له بالاجماع و بمرسل الصدوق (لا تقبل شهادة الولد على والده)٢، و لأن الشهادة عليه تكذيب له و هو عقوق. و فيه: أما دعوى الإجماع فممنوعه لذهاب السيد إلى الخلاف، و تردد العلامة فى التحرير و اختار الشهيد القبول فى الدروس، و المرسل غير صالح لمقاومه صحيح داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام (أقيموا الشهادة على الوالدين و الولد)(٢)، و خبر على بن سويد عن أبى الحسن عليه السلام (كتب إلئى فى رسالته إلئى و سألت عن الشهادات لهم: فأقم الشهادة لله و لو على نفسك أو الوالدين و الأقرين فيما بينك و بينهم، فإن خفت على أخيك ضيما فلا)(٣).

ثم لا ملازمه بين الشهادة عليه و بين تكذيبه حتى يكون ذلك عقوقا، إذ قد يكون الوالد مخطئا أو مشتبها و إلا لو سلم أنه عقوق فكيف جاز الشهادة على الوالده بالاتفاق مع أن حقها أعظم.

و على كل فعموم الأدله تقتضى قبول قول الشاهد و لو مع التهمه فلا يرفع اليد عنها إلا مع ورود أخبار خاصه تدل على المنع لأنه متهم، و الأخبار الخاصه كما ستعرف إنما وردت فى هذه المواطن التى ذكرها الشارح، فلذا حملت أخبار التهمه عليها فقط. (١) و ذلك كما لو شهد: بأن هذا بيننا، أما لو شهد بأن له النصف قبلت و يدل عليه نصوص.

منها: صحيح أبان (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شريكين شهد أحدهما لصاحبه، قال:

تجوز شهادته إلا فى شىء له فيه نصيب)(٤) و منه يستفاد التعليل برد شهادته عند التهمه إذا كانت شهادته تجر نفعاً مالياً إليه و منه يعرف تعديه الحكم إلى ما لو كانت شهادته تدفع ضرراً مالياً عنه، ثم إن هذا يتم فى الشريك و السيد و الغريم إلى آخر ما ذكره الشارح ما عدا الوصى فإنه لا يجز نفعاً مالياً بشهادته بل يجز نفعاً إلى غيره فيجب أن تقبل شهادته بناء على ما استفيد من التعليل فضلا عن النص الخاص الآتى بقبول شهادته.

ص: ١٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الشهادة المشاركة، (و لا) شهادة الوصى فى متعلق وصيته (١)، و لا يقدح فى ذلك (٢) مجرد دعواه الوصايه، و لا مع شهاده من لا تثبت بها (٣)، لأن المانع ثبوت الولاية الموجهه للتمهه بإدخال المال تحتها، (و لا) شهاده (الغرماء للمفلس) و الميت (٤)،

فى عدم المولويه بينهما

(و السيد لعبده (٥) على القول بملكه، للائتفاع بالولاية عليه. و الشهاده فى هذه الفروض جالبه للنفع.

(و) أما ما يدفع الضرر فشهاده (العاقله بجرح شهود (٦) الجنايه) خطأ، و غرماء المفلس بفسق شهود دين آخر، لأنهم يدفعون بها ضرر المزاحمه. و يمكن اعتباره فى النفع (٧)، و شهاده الوصى و الوكيل بجرح الشهود على الموصى (٨)، و الموكل، و شهاده الزوج بزنا زوجته التى قذفها لدفع ضرر الحد. و لا يقدح مطلق (١) بأن يدعى مالا لليتم و هو وصى عليه، و المشهور عدم القبول للتمهه، و عن جماعه القبول لمكاتبه الصفار إلى أبى محمد عليه السلام (أ يجوز للوصى أن يشهد لو ارث الميت صغيرا أو كبيرا و هو القابض للصغير و ليس للكبير بقابض؟ فوقع عليه السلام: نعم و ينبغى للوصى أن يشهد بالحق و لا يكتم الشهاده) (١)، و هو الأقوى لعدم جر النفع بشهادته إليه بل إلى اليتيم.

(٢) أى فى الشهاده.

(٣) أى فلو ادعى الوصايه و أتى بشهاده غيره غير المستجمع للشرائط فكذلك لا تقدح بشهادته فى مال اليتيم، لأن المانع هو ثبوت الوصايه الموجهه للتمهه لا دعوى الوصايه أو دعواها مع شهاده عليها غير نافع.

(٤) بأن يشهد الغريم بأن للمفلس أو للميت مالا بحيث يتعلق حق الغريم به فلا تقبل لأنها شهاده تجر نفعاً إليه.

(٥) على القول بملك العبد، بحيث يصير المال تحت ولايته فهى شهاده تجر نفعاً إليه فلا تقبل.

(٦) حتى ترد شهادتهم فلا يغرما لدية فهى شهاده منهم لدفع الضرر عنهم.

(٧) أى و يمكن اعتبار دفع ضرر المزاحمه فى جلب النفع، فجرح شهود دين آخر حتى لا يثبت، لتكون حصته من المال أكثر.

(٨) فيما لو كانت الشهاده على الموصى و الموكل بضرر عليهما.

ص: ١٦٥

التهمه (١)، فإن شهاده الصديق لصديقه مقبوله، و الوارث لمورثه بدين (٢) و إن كان (٣) مشرفا على التلف ما لم يرثه قبل الحكم بها (٤)، و كذا شهاده رفاء القافله على اللصوص إذا لم يكونوا مأخوذين (٥) و يتعرضوا (٦) لذكر ما أخذ لهم. و (المعتبر فى الشروط) المعتبره فى الشهاده (وقت الأداء لا وقت التحمل) (٧)، فلو تحملها ناقصا ثم كمل حين الأداء سمعت، و فى اشتراط استمرارها إلى حين الحكم قولان (٨): اختار المصنف فى الدروس ذلك (٩)، و يظهر من العبارة عدمه.

فى عدم العداوه الدينويه بينهما

(و تمنع العداوه الدينويه) (١٠)...

(١)المجرده عن جرّ النفع أو دفع الضرر.

(٢)أى بدين للمورث قبل الموت.

(٣)الضمير راجع إلى المورث.

(٤)أى قبل الحكم بهذه الشهاده الصادره من الوارث، و المعنى أن الوارث يرث بالقوه فى زمن حيايه المورث حينئذ فتجوز شهادته و أما إذا كان وارثا بالفعل لأن المورث قد مات فلا تجوز.

(٥)إن لم يأخذ اللصوص أموالهم.

(٦)عطف على قوله (يكونوا) و المعنى: و إن كانوا مأخوذين لكن لم يتعرضوا لذكر ما أخذ منهم.

(٧)بلا خلاف فيه لاستكمال شرائط القبول حال الأداء فيندرج تحت عموم الأدله أو إطلاقها الدال على قبول الشهاده.

(٨)بحيث لو طرأ الفسق على الشهود بعد الادلاء بشهادتهم و قبل صدور الحكم، فذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى أحد قولييه إلى الجواز لأن المعتبر هو العدالة حال أداء الشهاده كما هو منصرف الأخبار.

و ذهب العلامه فى المختلف و الشهيد و جماعه إلى عدم الجواز لأنهما فاسقان حال الحكم فلا- يجوز استناد الحكم إلى شهادتهما إذ يصدق أنه حكم بشهاده فاسقين.

(٩)أى الاستمرار.

(١٠)أما العداوه الدينيه فلا تمنع من قبول الشهاده، و لذا قبلت شهاده المسلم على الكافر كما تقدم، و أما العداوه الدينويه فإنها تمنع من قبول الشهاده بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عما يرد من الشهود قال: الظنين -

و إن لم تتضمن فسقا (١)، و تتحقق (بأن يعلم منه السرور بالمساءه، و بالعكس)، أو بالتقاذف، و لو كانت العداوه من أحد الجانين اختصّ بالقبول الخالي منها، و إلا (٢) لملك كلّ غريم ردّ شهاده العدل عليه بأن يقذفه و يخاصمه، (و لو شهد العدو لعدوّه قبل (٣) إذا كانت العداوه لا تتضمن فسقا)، لانتفاء التهمه بالشهاده له.

و احترز بالدينويه عن الدينيه فإنها غير مانعه، لقبول شهاده المؤمن على أهل الأديان، دون العكس (٤) مطلقا (٥).

في عدم كثره السهو

(و لا تقبل شهاده كثير السهو، بحيث لا يضبط المشهود به (٦) و إن كان عدلا، بل ربما كان وليا. و من هنا قيل: نرجو شفاعه من لا تقبل شهادته، (و لا) شهاده (المتبرع بإقامتها (٧) قبل استنطاق الحاكم، سواء كان قبل الدعوى أم -و المتهم و الخصم) (١) و خبر إسماعيل بن مسلم عن الصادق جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (لا تقبل شهاده ذى شحناء، أو ذى مخزيه فى الدين) (٢).

(١) أما لو تضمنت فسقا فترد الشهاده لا من ناحيه العداوه بل من ناحيه الفسق، هذا و اعلم أنه قد تجتمع العداوه الدينويه مع العداله كما لو كان يفرح بمساءه الغير و يحزن بمسرتة و لكن لا يرتكب عملا ينافى عدالته من هتك أو سب أو شماته و غير ذلك.

(٢) أى و إن لم نقبل شهاده الخالي من الجانين من العداوه لكفى فى ردها أن ينهال عليه غريمه بالسب و الشتائم لتحصل العداوه فترد شهادتهما معا و هذا مما لم يقل به أحد.

(٣) لوجود المقتضى من العداله، و عدم المانع لأنه لا تهمه فى حقه.

(٤) و هو شهاده أهل الأديان على المسلمين.

(٥) أى سواء كان المسلم مؤمنا أم مخالفا و يمكن أن يكون سواء كان الشاهد ذميا أم حريبا.

(٦) لما تقدم من الخبر (فما كل صالح مميزا و لا محصلا، و لا كل محصل مميز صالح) (٣).

(٧) إن كانت فى حقوق الأدميين فلا تقبل، قبل الدعوى أو بعدها، و لكن كانت قبل سؤال الحاكم لها فى مجلس الحكومه، لأن بالتبرع تنطرق التهمه إلى الشاهد أنه شهد للمدعى زورا بسبب حرصه على ذلك فيمنع القبول، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و استدلل له بالنبوى (ثم يجيء قوم يعطون الشهاده قبل أن يسألوها) (٤) و بالنبوى الآخر (ثم يفسو -

ص: ١٦٧

- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٢٣.
- ٤- (٤) مسند أحمد ج ٤ ص ٤٢٦.

بعدها، للتهمة بالحرص على الأداء و لا يصير بالرد مجروحا (١)، فلو شهد بعد ذلك غيرها (٢) قبلت، و فى إعادتها فى غير ذلك المجلس و جهان (٣)، و التبرع مانع.

(إلا- أن يكون فى حق الله تعالى) كالصلاه و الزكاه و الصوم بأن يشهد بتركها، و يعبر عنها ببينه الحسبه فلا يمنع، لأن الله أمر بإقامتها، فكان فى حكم استنطاق الحاكم قبل الشهاده، و لو اشترك الحق كالعق و السرقة و الطلاق و الخلع و العفو عن القصاص ففى ترجيح حق الله تعالى أو الآدمى و جهان (٤)، أما الوقف -الكذب حتى يشهد الرجل قبل أن يشهد(١) و بثالث (تقوم الساعه على قوم يشهدون من غير أن يشهدوا)(٢) مع ما ورد أنها لا تقوم الساعه إلا على شرار الخلق(٣).

هذا و ذهب صاحب المستند إلى القبول و نسبه إلى ابن إدريس فى السرائر، و قد نسب القبول إلى الأردبيلى و صاحب الكفايه لأن التهمه لا تضر كما تقدم ما لم تجر نفعاً أو تدفع ضرراً، و أما النبويات فليست بحجه لورودها من غير طرقنا على أنها معارضه بالنبوى الآخر (ألا- أخبركم بخير الشهود؟ قالوا: بلى يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، قال: أن يشهد الرجل قبل أن يشهد(٤)). هذا و لو كانت الشهاده فى حقوق الله فتسمع، لأنها لو لم تسمع لتعطل الحد، مع أنه لا مدعى لها غالباً فكل شهاده فيها تبرعه حينئذ، و خالف الشيخ فى النهايه مع أنه وافق المشهور فى المبسوط، و مخالفته للتهمه الوارده فى حق المتبرع و قد عرفت ضعفه و بناء على ما تقدم فلو اشترك الحق بين حق الله و حق الآدميين فتقبل فى حق الله دون حق الآدميين فيقطع بالسرقة بشهاده المتبرع و لا يغرم.

(١) لأن الحرص المذكور الموجب لرد شهادته ليس بمعصيه فتسمع شهادته فى مجلس آخر و إن لم يتب عما وقع منه.

(٢) غير هذه الشهاده فى دعوى أخرى.

(٣) وجه عدم القبول بقاء التهمه فى الواقعه، و وجه القبول كون الشهاده الثانيه مستجمعه للشرائط.

(٤) و قد عرفت أنه مقتضى قولهم التفصيل فتسمع فى حق الله دون حق الآدمى.

ص: ١٦٨

١- (١) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٦٤.

٢- (٢) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٥٠٦.

٣- (٣) البحار ج ٦ ص ١٨.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ١٠ ص ١٥٩.

العام لقبولها فيه أقوى (١) بخلاف الخاص (٢) على الأقوى، (و لو ظهر للحاكم سبق القادح في الشهاده على حكمه) بأن ثبت كونهما صبيين، أو أحدهما، أو فاسقين، أو غير ذلك (نقض) (٣) لتبين الخطأ فيه.

في مستند الشهاده

(و مستند الشهاده العلم القطعى) (٤) بالمشهود به، (أو رؤيته فيما يكفى فيه) (١) لأن الوقف العام لا مدعى له فتسمع شهاده المتبرع كحقوق الله.

(٢) فله مدعى فلا تسمع شهاده المتبرع لوجود التهمه.

(٣) لعدم احراز الشهاده للشروط المعتره فحكمه حكم بغير مستند شرعى، نعم لو حكم ثم تجدد الكفر أو الفسق أو غيرهما لم ينقض الحكم لوقوعه بشهاده عدلين بلا خلاف فيه ولا إشكال.

(٤) و به يصير الشاهد شاهدا لقوله تعالى: (وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ) (١)، و خبر على بن غياث عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تشهدنّ بشهاده حتى تعرفها كما تعرف كفك) (٢)، و عن ابن عباس (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم سئل عن الشهاده فقال: ترى الشمس، على مثلها فاشهد أو دع) (٣)، و يتحقق العلم بالرؤيه أو السماع أو بهما، فما يفتقر إلى المشاهده هو الأفعال لأن آله السمع لا تدر كها، كالغصب و السرقة و القتل و الرضاع و الولاده و الزنا و اللواط فلا يصير شاهدا فيها إلا مع المشاهده، و لذا تقبل فى هذا القسم شهاده الأصم لعدم الحاجه إلى السمع المفقود عنده.

و عن الشيخ فى النهايه و القاضى ابن حمزه أنه يؤخذ بأول كلامه لا بثانيه استنادا إلى روايه جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن شهاده الأصم فى القتل فقال: يؤخذ بأول قوله، و لا يؤخذ بالثاني) (٤)، و هى مع ضعف السند فقوله الثانى المنافى للأول يوجب رجوعه عما شهد به أولا فلا يقبل.

و ما يفتقر إلى السماع هو النسب و الإقرار و العقود و الإيقاعات و الشهاده على الشهاده هذا مع علمه بالمتلفظ، و إلا فيفتقر إلى الرؤيه حينئذ و عليه فتصح شهاده الأعمى إذا عرف صوت المتلفظ معرفه يزول معها الاشتباه على المشهور، و عن الشيخ فى الخلاف عدم-

ص: ١٦٩

١- (١) سورة الإسراء، الآية: ٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الرؤية، كالأفعال من الغضب و السرقة و القتل و الرضاع و الولادة و الزنا و اللواط، و تقبل فيه شهاده الأصم، لانتفاء الحاجة إلى السمع في الفعل، (أو سماعاً) في الأقوال (نحو العقود) و الإيقاعات و القذف (مع الرؤية) أيضاً ليحصل العلم بالمتلفظ، إلا أن يعرف الصوت قطعاً فيكفي على الأقوى، (و لا يشهد إلا على من يعرفه (١) بنسبه أو عينه، فلا يكفي انتسابه له، لجواز التزوير،) (و يكفي معرفان عدلان) بالنسب (و يجوز أن تسفر المرأة عن وجهها (٢) ليعرفها الشاهد عند التحمل و الأداء (٣)، إلا أن يعرف صوتها قطعاً.

(و يثبت بالاستفاضه) (٤) و هي استفعال من الفيض، و هو الظهور و الكثرة.

-القبول لأذن الأصوات تماثل، و فيه: إن الاحتمال مندفع باليقين إذ الكلام على تقديره، و التشكيك في ذلك تشكيك في الوجدان و إلا- لما جاز له أن يطأ حليلته و هو مناف للضروره، بل على القول بعدم جواز شهادته فلازمه جواز وطئه لزوجه مع عدم قبول شهادته عليها لو أقرت و هي تحته بدرهم و هذا من الغرائب.

(١) أعاده مع أنه قد تقدم سابقاً ما يدل عليه للتنبيه على عدم حصر العلم بالحقوقي بل يشمل العلم الشرعي الحاصل من البيئه، فلو سمع الأعمى اللفظ من شخص و قامت البيئه عنده على أن المتلفظ هو زيد فيجوز للأعمى أن يشهد على زيد بذلك اللفظ و يكون شاهد أصل لا- فرع بلا- خلاف في ذلك كما في الجواهر و اعترف به في الرياض لإطلاق خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن شهاده الأعمى، فقال: نعم إذا أثبت) (١) بناء على كون إثباته يشمل البيئه، و يؤيده ما ورد من جواز الشهاده على المرأة إذا حضر من يعرفها و هو خبر علي بن يقطين عن أبي الحسن الأول عليه السلام (لا بأس بالشهاده على إقرار المرأة و ليست بمسفره إذا عرفت بعينها أو حضر من يعرفها، فأما إذا كانت لا- تعرف بعينها و لا يحضر من يعرفها، فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها و على إقرارها دون أن تسفر و ينظرون إليها) (٢).

(٢) كما في خبر ابن يقطين المتقدم.

(٣) أى أداء الشهاده عليها.

(٤) الاستفاضه هي توالي الأخبار من جماعه من غير مواعده بينهم، و عن الاسكافي أنه يثبت-

ص: ١٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من كتاب الشهادات حديث ١.

-بها النسب فقط و عن الاصباح ثلاثه: النسب و الموت و الملك المطلق، و عن النافع و التبصره أربعه: بحذف الموت و زياده النكاح و الوقف، و عن القواعد و المبسوط و الاقتصاد و التلخيص سبعة: بزياده العتق و ولايه القاضى، و عن التحرير ثمانية: بزياده الولاء، و عن غيره بزياده تاسع: و هو الرق، و عن آخر بزياده عاشر: و هو العداله، بل قيل بزياده سبعة عشر إليها و هى: العزل و الرضاع و تضرر الزوجه و التعديل و الجرح و الإسلام و الكفر و الرشد و السفه، و الحمل و الولاده، و الوصايه و الحريره، و اللوث، و الغصب و الدين و الإعسار، و الأصل فيه مرسل يونس بن عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن البيئه إذا أقيمت على الحق، أي يحلّ للقاضى أن يقضى بقول البيئه إذا لم يعرفهم من غير مسأله؟ فقال: خمسه أشياء يجب على الناس الأخذ فيها بظاهر الحكم: الولايات و المناكح و الذبائح و الشهادات و الأنساب، فإذا كان ظاهر الرجل ظاهراً مأموناً، جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه)(١).

و فيه: إنه ظاهر فى ترتب الحكم الشرعى على الشائع بين الناس فى هذه الأمور الخمسه و هذا أجنبى عن المدعى إذ المدعى جواز شهاده الشاهد على الواقع استناداً إلى ما هو الشائع بين الناس.

فالانصاف أنه لا موجب لرفع اليد عن اشتراط كون الشهاده عن علم و أن المشهود به كالشمس و الكف عند الشاهد، و عليه فلو شهد الشاهد بالواقع استناداً إلى الشائع فلا تقبل، نعم لو شهد بالشائع ثبت الشائع عند القاضى كما لو شهد الشاهد باليد أو بالاستصحاب، فإنه ثبت اليد و لا تثبت الملكيه الواقعيه كما عليه المشهور، نعم قد يقال بثبوت الملكيه الواقعيه استناداً لليد لخبر حفص بن غياث عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال له رجل: (إذا رأيت شيئاً فى يدى رجل يجوز لى أن أشهد أنه له، قال: نعم، قال الرجل:

أشهد أنه فى يده و لا أشهد أنه له فلعله لغيره، فقال أبو عبد الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أفيحل الشراء منه؟ نعم، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فلعله لغيره، فمن أين جاز لك أن تشتريه و يصير ملكاً لك، ثم تقول بعد الملك: هو لى و تحلف عليه، و لا يجوز أن تنسبه إلى من صار ملكه من قبله إليك؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السّلام: لو لم يجر هذا لم يتم للمسلمين سوق)(٢).

و هو ضعيف السند و معارض بصحيح معاويه بن وهب (قلت له: إن ابن أبى ليلى يسألنى -

ص: ١٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب كيفية الحكم حديث ٢.

و المراد بها هنا شيع الخبر إلى حد يفيد السامع الظن [الغالب] المقارب للعلم، و لا- تنحصر في عدد بل يختلف باختلاف المخبرين، نعم يعتبر أن يزيدوا عن عدد الشهود المعدلين ليحصل الفرق بين خير العدل و غيره، و المشهور أنه يثبت بها (سبعه النسب و الموت و الملك المطلق و الوقف و النكاح و العتق و ولايه القاضى)، لعسر إقامه البينه في هذه الأسباب مطلقا (١).

(و يكفى) في الخبر بهذه الأسباب (متاخمه العلم) أى مقاربتة (على قول قوى) و به جزم في الدروس، و قيل: يشترط أن يحصل العلم، و قيل: يكفى مطلق الظن (٢) حتى لو سمع من شاهدين عدلين صار متحملا، لإفاده قولهما الظن.

و على المختار (٣) لا يشترط العدالة، و لا الحريه و الذكوره، لإمكان استفادته (٤) من نقائضها (٥). و احترز بالملك المطلق عن المستند إلى سبب كالبيع فلا يثبت السبب -الشهادة عن هذه الدار، مات فلان و تركها ميراثا و أنه ليس له وارث غير الذى شهدنا له، فقال: اشهد بما هو علمك، قلت: إن ابن أبى لىلى يحلفنا الغموس، فقال: احلف إنما هو على علمك (١)، و خبره الآخر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - الرجل يكون له العبد و الأمه فيقول: أبق غلامى أو أبق أمتى فيؤخذ بالبلد فيكلفه القاضى البينه أن هذا غلام فلان لم يبعه و لم يهبه، أ فنشهد على هذا إذا كلفناه و نحن لم نعلم أنه أحدث شيئا، فقال: كلما غاب من يد المرء المسلم غلامه أو أمته، أو غاب عنك لم تشهد به) ٢ و مما تقدم لا يجوز للشاهد أن يشهد بالواقع استنادا إلى الاستفاضه أو اليد أو الاستصحاب، بل يشهد بما يعلم بوجوده من اليد و الاستصحاب و الاستفاضه و التصرف و بقيه الإمارات و الحاكم ينفذ حكمه على مقتضى ما يثبت عنده.

(١) سواء كانت البينه رجلين أو رجلا و امرأتين أو رجلا و يمينا.

(٢) اختلفوا على هذه الأقوال الثلاثة مع أن المستند هو مرسل يونس المتقدم و ظاهره كفايه الظن الناشئ من الشيع، بل كما مال إليه صاحب الجواهر أن الشيع حجه و إن لم يفد الظن تمسكا بإطلاق المرسل المتقدم و هو الأقوى.

(٣) من اختيار الظن الغالب المقارب للعلم.

(٤) أى استفاده الظن.

(٥) إذ قد يستفاد الظن من خبر الفاسق و العبد و الأنثى.

ص: ١٧٢

به (١)، بل الملك الموجود في ضمنه، فلو شهد بالملك و أسنده (٢) إلى سبب يثبت (٣) بالاستفاضه كالإرث قبل (٤)، و لو لم يثبت بها كالباع قبل في أصل الملك (٥)، لا في السبب. و متى اجتمع في ملك استفاضه، و يد، و تصرف بلا منازع فهو منتهى الإمكان، فللشاهد القطع بالملك (٦)، و في الاكتفاء بكل واحد من الثلاثة في الشهاده بالملك قول قوى (٧).

في وجوب التحمل

(و يجب التحمل) للشهادة (على من له أهليه الشهاده (٨)...

(١) أى بالشائع.

(٢) أى و اسند الشاهد الملك.

(٣) أى يثبت السبب.

(٤) أى قول الشاهد بالملك و السبب معا، و وجهه لأن الإرث مستند إلى الموت الذى يثبت بالاستفاضه.

(٥) أى الملك المطلق.

(٦) و لازمه الشهاده بالملك واقعا اعتمادا على هذه الأمور الثلاثة.

(٧) قد اظن أصحاب في فروع و أحكامها بناء على جواز الشهاده بالواقع اعتمادا على الاستفاضه و اليد و التصرف و الاستصحاب، و ليس لهم إلا المرسل المتقدم و قد عرفت عدم دلالتها على ذلك فالمتعين لا بديه العلم في الشهاده و أن الشاهد يشهد بالاستفاضه أو اليد أو غيرها و على الحاكم حينئذ أن يحكم على مقتضاه و منه تعرف ضعف الكثير من فروعهم، و منها ما ذكره الشارح هنا في هذا الفرع و ما قبله.

(٨) على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: و لا- يَأْبُ الشَّهَادَةَ، قال عليه السلام: قبل الشهاده) (١) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله: و لا يَأْبُ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا، قال: لا ينبغي لأحد إذا دعى إلى شهادة ليشهد عليها أن يقول: لا أشهد لكم عليها، فذلك قبل الكتاب) (٢)، و خير محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في قوله تعالى: (وَلَا يَأْبُ الشُّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا) (٢) قال عليه السلام:-

ص: ١٧٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤.

٢- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

إذا دعى إليها خصوصا (١) أو عموما (٢) (على الكفاية) (٣) لقوله تعالى: وَلَا يَأْتِ الشَّهَادَةَ إِذَا مَا دُعُوا (٤) فسرهُ الصادق عليه السلام: بالتحمل (٥)، ويمكن جعله (٦) دليلا- عليه (٧) وعلى الإقامه (٨)، فيأثم الجميع (٩) لو أدخلوا به مع القدره، (فلو فقد سواه) فيما يثبت به وحده و لو مع اليمين، أو كان تمام العدد (تعين) الوجوب - (إذا دعاك الرجل لتشهاد له على دين أو حق لم ينبغ لك أن تقاعس عنه) (١).

و ذهب ابن إدريس إلى عدم الوجوب للأصل و طعنا في الأخبار بناء على أصله من عدم حجيه خبر الواحد، و لأن الآيه المتقدمه ظاهره في أداء الشهاده لا- في تحملها، لأن لفظ المشتق ظاهر في التلبس و لا يطلق لفظ الشهداء حقيقه إلا بعد التحمل فتكون الآيه داله على وجوب الأداء.

و فيه: أما الأصل فمنقطع بما عرفت من الأخبار، و قد ثبت حجيه الخبر الواحد كما قرر في محله، و الآيه قد فسرت بالتحمل كما في الصحيح المتقدم، فضلا عن أن سياقها يدل على ذلك حيث أمر الله تعالى أولا بالمكاتبه ثم نهى الكاتب عن المخالفه، ثم أمر بالاشهاد و نهى الشاهد عن الإباء و هو ظاهر في إباطه عن التحمل، و يكون صحه استعمال المشتق بلحاظ الأول مجازا.

(١) بحيث دعاه باسمه.

(٢) بحيث دعا جماعه و هو منهم.

(٣) ذهب المفيد و الحلبي و القاضي و الديلمي و ابن زهره إلى العيني لظاهر الأمر في الآيه المتقدمه و الأخبار.

و عن المتأخرين أنه على الكفائي، للأصل، و لعدم العيني في الأداء ففي التحمل أولى، و للبعد بالتزام الوجوب العيني و قد دعا المائه و المائتين أو أهل البلد بتمامهم فالمتعين هو الوجوب الكفائي حينئذ.

(٤) البقره آيه: ٢٨٢.

(٥) في صحيح هشام بن سالم المتقدم و غيره.

(٦) أى قوله تعالى.

(٧) أى على وجوب التحمل كما تقدم.

(٨) أى الأداء كما هو مذهب ابن إدريس و يكون التحمل غير واجب و قد تقدم عرضه مع ما فيه.

(٩) تفریع على قوله: على الكفاية.

ص: ١٧٤

كغيره من فروض الكفاية إذا لم يقم به غيره، (و يصح تحمل الأخرس) (١) للشهادة، (و أدأؤه بعد القطع بمراده) و لو بترجمين عدلين. و ليسا فرعين عليه، و لا يكفى الإشارة فى شهادة الناطق (٢).

فى وجوب الأداء

(و كذا يجب الأداء) (٣) مع قدره (على الكفاية) إجماعا، سواء استدعاه (١) فيصح منه تحمل الشهادة لإطلاق الأدله، كما يصح منه أداء الشهادة بالإشارة المفهمه كما تصح منه العقود و الايقاعات، ثم إن فهم القاضى إشارته عمل بما يعلمه و إلا افتقر إلى مترجمين يعرفان إشارته كما يفتقر الحاكم إليهما لو كان الشاهد أعجميا و الحاكم لا يعرف لغته، ثم إن المترجمين لا يكونان شهادة على شهادته بل مخبران بمعنى إشارته، فلا يلحقهما أحكام الشهادة على الشهادة.

(٢) إذ يمكنه النطق فيتعين عليه بخلاف الأخرس.

(٣) أى يجب على الشاهد أداء الشهادة بلا خلاف فيه لقوله تعالى: (وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثَمٌ قَلْبُهُ) (١)، و لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قول الله عز و جل:

و من يكتُمها فإنه آثم قلبه، قال: بعد الشهادة) (٢)، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من كتم شهادة أو شهد بها ليهدر بها دم امرئ مسلم أو ليزوى مال امرئ مسلم، أتى يوم القيامة و لوجهه ظلمه مد البصر، و فى وجهه كدوح تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، و من شهد شهادة حق ليحىي بها حق امرئ مسلم أتى يوم القيامة و لوجهه نور مد البصر تعرفه الخلائق باسمه و نسبه، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: ألا ترى أن الله عز و جل يقول: و أقيموا الشهادة لله) ٣، هذا و ظاهر الأصحاب على الكفاية هنا إن زاد الشهود عن العدد المعتبر فى ثبوت الحق، و وجهه لعدم ثبوت الحق على شهادة الجميع، و الأكثر على عدم الفرق فى الوجوب بين استدعائه و عدمه لعموم الأدله المتقدمه، و ذهب جماعة منهم الشيخ و ابن الجنيد و أبو الصلاح إلى عدم الوجوب إلا مع الاستدعاء للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها، فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء سكت) (٣) و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار إن شاء شهد و إن شاء -

ص: ١٧٥

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الشهادات حديث ١.

ابتداء (١) أم لا على الأشهر، (إلا مع خوف ضرر غير مستحق) على الشاهد (٢)، أو بعض المؤمنين. واحترز بغير المستحق عن مثل ما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد لا يطالبه به، وينشأ عن شهادته المطالبه، فلا ثبوت بشهادته لانضمام الوجوب (٣)، لأنه ضرر مستحق. وإنما يجب الأداء مع ثبوت الحق بشهادته لانضمام من يتم به العدد، أو حلف المدعى إن كان مما يثبت بشاهد ويمين. فلو طلب من اثنين [فيما] يثبت بهما لزمهما (٤)، وليس لأحدهما الامتناع بناء على الاكتفاء بحلف المدعى مع الآخر، لأن من مقاصد الاشهاد التورع عن اليمين، ولو كان الشهود أزيد من اثنين فيما يثبت بهما وجب على اثنين منهما كفايه، ولو لم يكن إلا واحد لزمه الأداء إن كان مما يثبت بشاهد ويمين وإلا فلا (٥). ولو لم يعلم صاحب الحق بشهادة الشاهد وجب عليه (٦) تعريفه إن خاف بطلان الحق بدون شهادته، (ولا يقيمها) الشاهد (إلا مع العلم) (٧) القطعى.

-سكت، وقال: إذا أشهد لم يكن له إلا أن يشهد (١) و مثلها غيرها، إلا أن يعلم أن صاحب الحق لا يثبت حقه إلا بشهادته فيجب عليه الأداء وإن لم يشهد لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا سمع الرجل الشهادة و لم يشهد عليها فهو بالخيار، إن شاء شهد وإن شاء سكت، إلا إذا علم من الظالم فيشهد ولا يحل إلا أن يشهد) ٢، و التفصيل أقوى لموافقته الاعتبار حيث لم يؤخذ منه التزام عند سماعه الشهادة بدون استدعاء و هو معنى (لم يشهد عليها) الوارد فى الأخبار المتقدمه. بخلاف ما لو دعى للتحمل فتحملها قصدا فيكون قد التزم به فعليه الوفاء بالتزامه.

(١) أى لتحمل الشهاده.

(٢) فمع الضرر لا يجب الأداء لقاعده نفي الضرر.

(٣) لأنه ضرر مستحق، بل تسميته ضررا محل منع، لأنه حقه.

(٤) للتعين عليهما فيجب عينا.

(٥) لكونه لغوا عند عدم أخذ الحاكم به فلا يجب.

(٦) على الشاهد لتوقف الحق على ذلك.

(٧) كما تقدم.

ص: ١٧٦

(و لا يكفى الخط) (١) بها (و إن حفظه) بنفسه، و أمن التزوير (و لو شهد معه ثقه) على أصح القولين، لقول النبى صلى الله عليه وآله و سلم لمن أراه الشمس: «على مثلها فاشهد، أو دع»، و قيل: إذا شهد معه ثقه، و كان المدعى ثقه، أقامها بما عرفه من خطه و خاتمه، استنادا إلى روايه شاذه.

فى نقل جواز الشهاده بقول المدعى

(و من نقل عن الشيعة جواز الشهاده بقول المدعى (٢) إذا كان أخوا فى الله معهود الصدق، فقد أخطأ فى نقله)، لإجماعهم على عدم جواز الشهاده بذلك، (نعم هو مذهب) محمد بن على الشلمغانى (العزاقرى) نسبه إلى أبى العزاقر بالعين المهمله و الزاى و القاف و الرء أخيرا (من الغلاه) (٣). لعنه الله و وجه الشبهه على من (١) أى بالشهاده بحيث لا تجوز الشهاده بمضمون ورقه لا يذكر الواقعه المعروفه فيها، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: لا تشهد بشهاده لا تذكرها، فإنه من شاء كتب كتابا و نقش خاتما) (١) و صحيح الحسين بن سعيد قال (كتب إليه جعفر بن عيسى: جعلت فداك، جاءنى جيران لنا بكتاب زعموا أنهم أشهدونى على ما فيه، و فى الكتاب اسمى بخطى قد عرفته، و لست أذكر الشهاده، و قد دعونى إليها، فأشهد لهم على معرفتى أن اسمى فى الكتاب، و لست أذكر الشهاده؟ أو لا تجب الشهاده على حتى أذكرها، كان اسمى - بخطى - فى الكتاب أو لم يكن؟ فكتب: لا تشهد) ٢.

و أما ما ورد من صحيح عمر بن يزيد من جواز الشهاده بذلك إذا قامت البيهه على أنه خطه فهو مخالف لما تقدم بل و مخالف للأخبار المتقدمه التى تضمنت العلم فى الشهاده، فلا بدّ من ردها إلى أهلها، و الخبر هو صحيح عمر بن يزيد (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يشهدنى على شهاده فاعرف خطى و خاتمى، و لا أذكر من الباقي قليلا- و لا كثيرا، فقال لى: إذا كان صاحبك ثقه و معه رجل ثقه فاشهد له) (٢).

و مما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه مشهور القدماء من جواز الشهاده اعتمادا على الخط إذا أمن التزوير، مع التشكيك فى صحه النسبه إلى القدماء بل فى الرياض قصر النسبه إلى والد الصدوق فقط.

(٢) مع وجود شاهد آخر.

(٣) نص على ذلك الشيخ فى رجاله (٣) فى باب من لم يرو عنهم عليهم السلام، و قال الشيخ فى -

ص: ١٧٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٣- ((٤)) رجال الطوسى ص ٥١٢.

-الفهرست: (محمد بن علي الشلمغاني، يكنى أبا جعفر، و يعرف بابن أبي العزاقر، له كتب و روايات، و كان مستقيم الطريقه ثم تغير و ظهرت منه مقالات منكره إلى أن أخذه السلطان فقتله، و صلبه ببغداد، و له من الكتب التي عملها في حال الاستقامه كتاب التكليف، أخبرنا به جماعه عن أبي جعفر ابن بابويه عن أبيه عنه إلا- حديثا واحدا منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم)(١).

و في الخلاصه: (محمد بن علي الشلمغاني - بالشين المعجمه و الغين المعجمه - و يكنى أبا جعفر، و يعرف بابن أبي العزاقر - بالعين المهمله و الزاء و القاف و الراء أخيرا -، له كتب روايات، و كان مستقيم الطريقه متقدما في أصحابنا فحمله الحسد لأبي القاسم بن روح على ترك المذهب و الدخول في المذاهب الرديه حتى خرجت فيه توقيعات، فأخذه السلطان و قتله و صلبه، و تغير و ظهرت منه مقالات منكره، و له من الكتب التي عملها في حال الاستقامه كتاب التكليف، رواه المفيد رحمه الله إلا حديثا منه في باب الشهادات أنه يجوز للرجل أن يشهد لأخيه إذا كان له شاهد واحد من غير علم)(٢).

و قد أورد الشيخ في كتاب الغيبه عده روايات في ذمه، و الذي يهمنها منها هو: و أخبرني الحسين بن إبراهيم عن أحمد بن علي بن نوح عن أبي نصر هبه الله بن محمد بن أحمد، قال: حدثني أبو عبد الله الحسين بن أحمد الحامدي البزاز، المعروف بـ غلام أبي علي بن جعفر المعروف بابن زهومه النوبختي، و كان شيخا مستورا، قال: سمعت روح بن أبي القاسم بن روح يقول: لما عمل محمد بن علي الشلمغاني في كتاب التكليف قال - يعني أبا القاسم رضى الله عنه -: اطلبوه إلى لأنظره، فجاءوا به فقرأه من أوله إلى آخره فقال:

ما فيه شيء إلا و قد روى عن الأئمة إلا موضعين أو ثلاثه، فإنه كذب عليهم في روايتها لعنه الله)(٣).

و قال الشيخ في الغيبه: و أخبرني جماعه عن أبي الحسن محمد بن أحمد بن داود و أبي عبد الله الحسين بن علي بن الحسين بن موسى بن بابويه أنهما قالوا: (مما أخطأ محمد بن علي في المذهب في باب الشهاده أنه روى عن العالم عليه السلام أنه قال: إذا كان لأخيك المؤمن علي رجل حق فدفعه، و لم يكن له من البيئه عليه إلا شاهد واحد و كان الشاهد ثقه-

ص: ١٧٨

١- (١) فهرست الشيخ ص ١٧٧ تحت رقم (٦٢٧) طبع دار الوفاء، بيروت - الطبعة الثالثة ١٤٠٣.

٢- (٢) الخلاصه للعلامه ص ٢٥٤ الطبعة الثانيه - من - منشورات المطبعة الحيدريه.

٣- (٣) غيبه الشيخ الطوسي ص ٢٥١-٢٥٢.

-رجعت إلى الشاهد فسألته عن شهادته، فإذا أقامها عندك شهدت معه عند الحاكم على مثل ما يشهد عنده لثلاثي حق امرئ مسلم).

و قال الشيخ: (و اللفظ لابن بابويه و قال: هذا كذب منه لسنا نعرف ذلك، و قال في موضع آخر: كذب فيه)(1).

و من هذه الأخبار المتقدمه تعرف مستند كلام الشارح هنا، نعم ما قال الشارح هنا أنه لا يوجد في الكتاب ما يخالف إلا هذه الفتوى ناقلا ذلك عن المفيد فلهذا قد نقله عن العلامة في الخلاصه و قد تقدم النقل عنها، و إلا فقد سمعت كلام أبي القاسم بن روح المروى في كتاب الغيبه للشيخ أن ما يخالف هو ثلاثه مواطن أو موضعان، و لعل الشيخ المفيد لم يطلع على حديث روح بن أبي القاسم عن أبيه رضى الله عنه المتقدم كما احتمله السيد حسن الصدر في كتابه فصل القضاء(2) على ما هو المحكى عنه.

هذا من جهه و من جهه ثانيه يحتمل أن تكون المواضع الثلاثه هي المسأله الوارده هنا في باب الشهادات، و مسأله تحديد الكر بأن يأخذ حجرا فيرميه في وسطه فإن بلغت أمواجه من الحجر جنبى الغدير فهو دون الكر و إن لم تبلغ فهو الكر، و مسأله ما لو نسيت مسح قدميك و قد غسلتهما فإنه يجزيك لأنك قد أتيت بأكثر ما عليك.

و من جهه ثالثه هذه المواضع الثلاثه المذكوره في الكتاب المنسوب للإمام الرضا عليه السلام و المسمى بفقهِ الرضا عليه السلام لذلك ذهب السيد حسن الصدر في محكى كتابه فصل القضاء إلى أن هذا المنسوب هو عين كتاب التكليف مع ضميمة أن راوى كتاب التكليف هو أبو الحسن على بن موسى بن بابويه والد الشيخ الصدوق كما نص عليه أصحاب الفهارس كالشيخ و غيره فيكون اللفظ الوارد في أول كتاب الفقه الرضوى و هو قال أبو الحسن و عن أبي الحسن هو ابن بابويه و ليس الإمام الرضا عليه السلام كما احتمله السيد أمير حسين القاضى الذى أتاه بالكتاب جماعه من أهل قم عند مجاورته لبيت الله الحرام، و قد احتمل ذلك العلامة المجلسى و والده و جماعه، على أنه لو كان للإمام هذا الكتاب لوجب انتشار ذكره و ذبوع صيته بين أصحاب الأئمه عليهم السلام و لذكر في كتب التراجم مع أنها خاليه عنه مع أن أسلوبه ينم عن أنه ليس من تأليف المعصوم للقرائن الكثيره الموجوده فيه من قبيل نقله عن العالم عليه السلام و من قبيل قوله: أروى، و من قبيل ورود الأخبار المتعارضه فيه، و من قبيل الروايه عن بعض المحدثين كأبى -

ص: ١٧٩

١- (١) غيبه الشيخ الطوسى ص ٢٥١-٢٥٢.

٢- (٢) فصل القضاء ص ٤٣٨.

نسب ذلك إلى الشيعة أن هذا الرجل الملعون كان منهم أولاً، و صنف كتاباً سماه كتاب التكليف و ذكر فيه هذه المسألة ثم غلى، و ظهر منه مقالات منكره فترأت الشيعة منه، و خرج فيه توقيعات كثيرة من الناحية المقدسه على يد أبي القاسم بن روح و كيل الناحية، فأخذه السلطان و قتله، فمن رأى هذا الكتاب و هو على أساليب الشيعة و أصولهم توهم أنه منهم و هم بريئون منه، و ذكر الشيخ المفيد رحمه الله أنه ليس فى الكتاب ما يخالف سوى هذه المسألة.

الفصل الثانى فى تفصيل الحقوق

إشارة

(الفصل الثانى) (فى تفصيل الحقوق) بالنسبه إلى اليهود. و هى على ما ذكره فى الكتاب خمسة أقسام (١).

فى ما يثبت بأربعة رجال

(فمنها: ما يثبت بأربعة رجال، و هو الزنا و اللواط و السحق (٢))، -بصير، و قد ورد فيه الروايه عن سماعه و عن إسماعيل بن زياد و عن أبى الصباح و عن محمد بن سماعه و عن الفضيل و عن محمد بن مسلم عن أحدهما و عن منصور بن حازم و عن محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن إلى غير ذلك مما يشهد أنه ليس من أسلوب الإمام و لا من كلامه.

و قد ذهب صاحب رياض العلماء إلى أن الفقه المنسوب هو كتاب الشرائع لوالد الصدوق الذى كانت العلماء تعتمد عليه عند إعواز النصوص، و كذا احتمله السيد حسين القزوينى فى كتابه شرح الشرائع على ما قيل، و لم يؤتى بدليل على هذا القول فالمتعين هو الأول، و مع ذلك أوردنا بعض أخباره فيما تقدم و ما سيأتى اعتماداً على خبر الشيخ فى الغيبه المتقدم نقلاً عن أبى القاسم بن روح رضى الله عنه أنه موافق لما روى عن الأئمه عليهم السلام إلا فى موضعين أو ثلاثه، و الله الهادى للصواب.

(١) أما غيره فقد قسّم الحقوق إلى قسمين: حق الله و حق الآدمى، و حق الله لا يثبت بشهادة النساء منفردات و لو كثرن و لا منضمات إلا فى الزنا كما سيأتى، و لا يثبت حق الله بشاهد و امرأتين و لا بشاهد و يمين.

و أما حق الآدمى فمنه ما يثبت بشاهدين كالطلاق و الخلع و الوكاله و غيره، و منه ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و شاهد و يمين كالديون، و منه ما يثبت بالرجال و النساء منفردات أو منضمات و هو الولاده و الاستهلال، و أما تفصيل ذلك مع دليله فسيأتى إنشاء الله تعالى.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال لقوله تعالى: (وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعِهِ -

-شهداء) (١) و قوله تعالى: (لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ) (٢) و قوله تعالى: (فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ) (٣) ، و الأخبار كثيرة على ثبوت الزنا بأربعة شهداء سيأتى التعرض لبعضها فى كتاب الحدود، لكن لا نص على ثبوت اللواط و المساحقه بأربعة شهداء كما اعترف بذلك صاحب الجواهر، نعم قد ورد فى اللواط ثبوته بالاقرار أربعا كما فى صحيح مالك بن عطيه عن أبى عبد الله عليه السلام (بينما أمير المؤمنين عليه السلام فى ملاء من أصحابه، إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرني، فقال له: يا هذا امض إلى منزلك لعل مرارا هاج بك، فلما كان من الغد عاد إليه، فقال له: يا أمير المؤمنين إني أوقبت على غلام فطهرني، فقال له: اذهب إلى منزلك لعل مرارا هاج بك حتى فعل ذلك ثلاثا بعد مرته، الأولى، فلما كان فى الرابعة قال له: يا هذا، إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حكم فى مثلك بثلاثة أحكام فاختر أيهن شئت، قال: و ما هن يا أمير المؤمنين؟ قال: ضربه بالسيف فى عنقك بالغه ما بلغت، أو إهداب - إهداء - من جبل مشدود اليدين و الرجلين، أو إحراق بالنار) (٤) إلى آخر الخبر، و بما أن الاقرار بمنزله الشاهد فيثبت أن المعبر من الشهود أربعه.

و قد ورد فى المساحقه أنها كاللواط فى الرجال كما فى مرسل الطبرسى عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (السحق فى النساء بمنزله اللواط فى الرجال) (٥) ، فما يجرى فى اللواط يجرى فى المساحقه من الأحكام.

ثم يثبت الزنا من بين هذه الثلاثة بثلاثة رجال و امرأتين و هذا موجب للرجم و يثبت بشهاده رجلين و أربع نساء و لكن لا يثبت به إلا-الجلد لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن شهاده النساء فى الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال و امرأتان، و إذا كان رجلاين و أربع نسوة لم تجز فى الرجم) (٦) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سئل عن رجل محض فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال و امرأتان و جب عليه الرجم، و إن شهد عليه رجلاين و أربع نسوة فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن يضرب حد الزانى) ٧-

ص: ١٨١

١- (١) سورة النور، آيه: ٤.

٢- (٢) سورة النور، آيه: ١٣.

٣- (٣) سورة النساء آيه: ١٥.

٤- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب اللواط حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد السحق و القياده حديث ٣.

٦- (٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣ و ١٠.

(و يكفى فى) الزنا (الموجب للرجم ثلاثة رجال و امرأتان، و للجلد رجلان و أربع نسوة) و لو أفرد هذين (١) عن القسم الأول (٢) و جعل الزنا قسما برأسه كما فعل فى الدروس (٣) كان أنسب، لاختلاف حاله (٤) بالنظر إلى الأول (٥)، فإن الأولين (٦) لا يثبتان إلا بأربعة رجال و الزنا يثبت بهم و بمن ذكر.

فى ما يثبت برجلين

(و منها) ما يثبت (برجلين) خاصة (و هى الرّده و القذف و الشرب) شرب الخمر - و عدم جواز شهادتهم فى الرجم لا مطلقا، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تجوز شهاده النساء فى الهلال، و لا يجوز فى الرجم شهاده رجلين و أربع نسوة، و يجوز فى ذلك ثلاثة رجال و امرأتان) (١).

و عن الصدوقين و العلامه و أبى الصلاح من عدم الحد بشهاده رجلين و أربع نساء، لأنه لو ثبت الزنا به لثبت الرجم دون الضرب، و هو كالاقتداء فى قبال صحيحه الثانى المتقدم.

و عن الشيخ فى الخلاف ثبوت الحد من الضرب دون الرجم بشهاده رجل واحد و ست نساء و هو مما لا دليل عليه، و عن الاسكافى إلحاق اللواط و السحق بالزنا فى ثبوتهما بشهاده ثلاثة رجال و امرأتين و بشهاده رجلين و أربع نسوة و هو أيضا ضعيف لعدم الدليل عليه.

(١) أى اللواط و السحق.

(٢) و هو الزنا.

(٣) حيث قال: (و تنقسم الحقوق بالنسبه إلى الشهود أقساما، أحدها: ما لا يثبت إلا بشهاده أربعة رجال و هو اللواط و السحق، و ثانيها: ما لا يثبت إلا بأربعة أو ثلاثة و امرأتين و هو الزنا الموجب للرجم، فإن شهد رجلان و أربع نساء يثبت الجلد لا الرجم، فإن شهد رجل و ست نساء أو انفردت النساء فلا- ثبوت، و فى الخلاف يثبت الجلد برجل و ست نساء، و ظاهر ابن الجنيّد مساواه اللواط و السحق للزنا فى شهاده النساء، و منع بعض الأصحاب من قبول رجلين و أربع نساء فى الجلد، و اختاره الفاضل، و ظاهر روايه الحلبي ثبوته) انتهى.

(٤) أى حال الزنا.

(٥) و هو ما يثبت بأربعة رجال.

(٦) و هما اللواط و السحق.

ص: ١٨٢

و ما فى معناه (١)، (و حد السرقة) (٢) احترز به عن نفس السرقة فإنها (٣) تثبت بهما، (١) أى معنى الخمر من المسكرات كالنيذ و الفقاع.

(٢) و ضابط هذا هو بقيه حق الله ما عدا الزنا و اللواط و السحاق، فإنه يثبت بشاهدين عدلين لاطلاق ما دل على قبولهما كقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنْكُمْ) (١)، و لورود النصوص الكثيره الخاصه فى بعضها كخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام كان يحكم فى زنديق إذا شهد عليه رجلان عدلان مرضيان، و شهد له ألف بالبراءه يجيز شهاده الرجلين و يبطل شهاده الألف، لأنه دين مكتوم) (٢) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن على عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (سئل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الساحر فقال: إذا جاء رجلان عدلان فيشهدان عليه فقد حلّ دمه) (٣) ثم لا- فرق فى حقوق الله بين أن تكون حدودا كحد السرقة و شرب الخمر و الرده و بين أن تكون ماله كالخمس و الزكاه و الكفارات و النذور، و بل قيل إنه يعم ما يشتمل على الحقين من حق الله و حق الآدمى كالبلوغ و العده و الولاء و الجرح و التعديل و العفو عن القصاص و الإسلام.

و قد وردت الروايات بعدم قبول شهاده النساء فى الحدود التى هى حق الله تعالى.

منها: صحيح جميل بن دراج و محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلنا: أ تجوز شهاده النساء فى الحدود، قال: فى القتل و حده، إن عليا عليه السّلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم) (٣) و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (شهاده النساء لا- تجوز فى طلاق و لا نكاح و لا فى حدود، إلا فى الديون، و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (٥) و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا تجوز شهاده النساء فى الحدود، و لا فى القود) (٤) و مثله خبر موسى بن إسماعيل بن جعفر (٧).

و مقتضى هذه الأخبار عدم جواز شهاده النساء منفردات أو منضمات إلى الرجال فى الحدود، و لا يعارضها إلا ذيل خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (تجوز شهاده النساء فى الحدود مع الرجال) (٨) و هو شاذ لا عامل به منا فلا يصلح لمعارضه ما تقدم فضلا عن أن الكلينى قد أورد الخبر مجردا عن هذا الذيل (٩) و الكلينى اضبط من الشيخ إذ هو الذى أورد الخبر المتضمن لهذا الذيل.

(٣) أى نفس السرقة فيثبت نفس المال بشهاده عدلين بلا خلاف فيه، و يثبت بشاهد و امرأتين-

ص: ١٨٣

١- (١) سورة الطلاق، آيه: ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٤٢.

٤- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٩ و ٣٠ و ٢١ و ١٤.

و بشاهد و امرأتين، و بشاهد و يمين بالنسبه إلى ثبوت المال خاصه،(و الزكاه و الخمس و النذر و الكفاره) و هذه الأربعة ألحقها المصنف بحقوق الله تعالى و إن كان للآدمى فيها حظ بل هو المقصود منها، لعدم (١) تعيين المستحق على الخصوص. و ضابط هذا القسم (٢) على ما ذكره بعض الأصحاب ما كان من حقوق الآدمى (٣) ليس مالا، و لا -و بشاهد و يمين بناء على أن الأخير جار فى حقوق الآدمى المالىه، و قد عرفت فى بحث القضاء اختصاصه بالدين فقط.

(١) تعليل لإلحاق الأربعة بحق الله تعالى.

(٢) ظاهر كلامه أن المراد بالقسم هو حق الله تعالى غير الزنا و اللواط و السحق، و لكن كلامه الآتى من كونه ليس مالا و لا المقصود منه المال يدل على أن مراده هو القسم الأول من حقوق الآدمى، و هذا الخلط الواقع من الشارح قد أشار إليه الشيخ أحمد التونى فى حاشيته.

(٣) اعلم أن أكثر الأصحاب قد قسموا حقوق الآدمى إلى ثلاثة أقسام:

الأول: ما لا يثبت إلا بشاهدين كالطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و رؤيه الاهله و فى العتق و النكاح و القصاص خلاف بينهم، و ضابط هذا القسم عندهم على ما فى الدروس من كونه من حقوق الآدمى و هو ليس مالا- و لا المقصود منه المال.

الثانى: ما يثبت بشاهدين و شاهد و امرأتين و يمين كالديون و القرض و الغصب و عقود المعاوضات كالبيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و المساقاه و الرهن و الوصيه له و الجنابه التى توجب الديه، و فى الوقف خلاف، و ضابط هذا القسم عندهم ما كان حق الآدمى ماليا أو المقصود منه المال.

الثالث: ما يثبت بالرجال و النساء منضمات أو منفردات كالولاده و الاستهلال و عيوب النساء الباطنه، و فى الرضاع خلاف، و ضابط هذا القسم عندهم ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا.

أما ضابط القسم الثالث فهو منصوص و سيأتى التعرض له، و أما ضابط القسم الثانى فهو متصيد من صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لو كان الأمر إلينا أجزنا شهادة الرجل الواحد إذا علم منه خير مع يمين الخصم فى حقوق الناس، فأما ما كان من حقوق الله عز و جل أو رؤيه الهلال فلا) (١)، هذا و قد عرفت فى باب القضاء أنه محمول على الدين فقط.-

ص: ١٨٤

المقصود منه المال، وهذا الضابط (١) لا يدخل تلك الحقوق الأربعة فيه (٢).

(و) منه (٣) (الإسلام و البلوغ و الولاء و التعديل و الجرح و العفو عن القصاص (٤) و الطلاق و الخلع) و إن تضمن المال، لكنه ليس نفس حقيقته (و الوكاله) - و أما ضابط القسم الأول فلا- دليل عليه من نص و لذا قال في الجواهر: (و لكن لم أقف في النصوص على ما يفيد، بل فيها ما ينافيه) و هذا الأكثر قد قسّم حق الله إلى قسمين:

الأول: الزنا و اللواط و السحق ما يثبت بأربعة رجال.

الثاني: ما عدا ذلك مما يثبت بشهاده عدلين و لا يثبت بالنساء منفردات و لا منضمات و لا بشاهد و يمين، إلا أن المصنف هنا قد قسم الحقوق بتقسيم آخر بالنسبه إلى الشهود، فتارة ما يثبت بأربعة كالزنا و أخرى ما يثبت برجلين كبقية حقوق الله و القسم الأول من حقوق الآدمي، و ثالثة ما يثبت برجلين أو رجل و امرأتين أو رجل و يمين و هو القسم الثاني من حقوق الآدمي، و رابعه ما يثبت بالرجال و النساء منفردات أو منضمات و هو القسم الثالث، من حقوق الآدمي المتقدم، و خامسه ما يثبت بالنساء سواء ضمنن للرجال أو لليمين و هو الديون و الأموال، و فيه: إن الخامس ليس قسما على حدا بل هو مندرج تحت القسم الثاني من حقوق الآدمي المتقدم فلا- داعي لجعله قسما مستقلا هذا من جهة و من جهة أخرى هناك خلط بين بعض حقوق الله و بعض حقوق الناس و ذلك عند التكلم فيما يثبت بشهاده عدلين، و من جهة ثالثة تعرف السرّ في إدراج ضابطه القسم الأول من حقوق الآدمي عند التكلم في حقوق الله في كلام الشارح.

(١) أي ضابط القسم الأول من حقوق الآدمي.

(٢) في حق الله تعالى، بل تبقى هذه الأربعة مندرجه تحته، هذا و لعل من أدرجها في حق الله لما قاله الشارح من عدم تعيين المستحق لها، و من أدرجها تحت القسم الأول من حق الآدمي لعدم الحد فيها.

(٣) أي من القسم الأول من حقوق الآدمي على تقسيم الأكثر.

(٤) أما ثبوت هذه المذكورات بشهاده العدلين فهو مما لا خلاف فيه لعموم أدله اعتبار شهادتهما كقوله تعالى: (وَ أَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ) (١)، و لا تثبت هذه المذكورات بشهاده النساء منضمات أو منفردات بلا خلاف فيه لما سيأتى من كون شهاده النساء ثابتة في موارد خاصه - كما سيأتى - و هذه ليست منها، و أما عدم ثبوتها بالشاهد و اليمين فلما تقدم في باب القضاء من اختصاصه بالدين فقط على ما هو الأقوى.

ص: ١٨٥

(و الوصيه إليه) احترز به عن الوصيه له بمال فإنه من القسم الثالث (و النسب و الهلال (١)، و بهذا يظهر أن الهلال من حق الآدمي، فيثبت فيه الشهاده على الشهاده كما سيأتي.

(١) و هذه المذكورات من الطلاق و الخلع و الوكاله و الوصيه إليه و النسب و الهلال فهي تثبت بشهادة العدلين بلا خلاف فيه لعموم اعتبار دليلها المتقدم، و أما عدم ثبوتها بشهادة النساء منفردات فلا خلاف فيه ظاهراً، و أما ثبوتها بشهادة النساء منضمات إلى الرجال ففيه خلاف، فعلى المشهور عدم القبول للأخبار.

منها: خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (أنه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في نكاح و لا طلاق و لا في حدود إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) (١)، و صحيح العلاء عن أحدهما عليهما السلام (لا تجوز شهادة النساء في الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن و حدهن؟ قال: نعم في العذرة و النفساء) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم (لا تجوز شهادة النساء في الهلال و لا في الطلاق) (٣)، و ذيل خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (إلى أن قال - و كان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين في النكاح عند الإنكار، و لا يجيز في الطلاق إلا شاهدين عدلين فقلت: فإنني ذكر الله تعالى قوله: فرجل و امرأتان، فقال: ذلك في الدين، إذا لم يكن رجلاً فرجل و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان، قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أمير المؤمنين عليه السلام بعده عندكم) (٤)، و الأخير ظاهر في أن يمين المدعى قائم مقام المرأتين، و هما قائمتان مقام الشاهد في الدين فقط، فلا تسمع شهادتهن منضمه إلى الرجال في غيره إلا أن يقال أنه عليه السلام قد حصر ذلك في مقام تفسير قوله تعالى: (فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (٥)، و الآية واردة في الدين و هذا لا يفيد الحصر و نفى شهادة النساء المنضمه في غيره. هذا و قد اختلف كلام الشيخ في الطلاق ففي الخلاف و النهايه المنع من قبول شهادة النساء و المنضمه إلى الرجال لخبر السكوني و صحيح ابن مسلم المتقدمين، و مثلها غيرها.

و ذهب الشيخ في المبسوط إلى القبول، و نسبه في المسالك إلى جماعه و قال في الجواهر: (و إن كنا لم نتحقق منهم إلا- ما يحكى عن أبي علي أنه قال: لا- بأس بشهادتهن مع الرجال في الحدود و الأنساب و الطلاق)، و لم اعثر على خبر قد دل على جواز قبول شهادتهن في الطلاق.-

ص: ١٨٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٤٢ و ١٨ و ٨ و ٣٥.

٢- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٨٢.

و أما الخلع فكذلك لا- يثبت بشهادتهن المنضمه، وقيل: يثبت إذا ادعاه الرجل لأنه متضمن لدعوى المال، و هو مبنى على كون الدعوى إذا كانت مالا أو المقصود منه المال فتقبل شهاده النساء المنضمه كما سيأتى و هو ضعيف.

و أما الوكاله و الوصيه إليه و النسب و الهلال سواء كان فى شهر رمضان أو غيره مما يترتب عليه حلول آجال الديون و الإرث و نحوه فالمشهور على العدم لما تقدم، و عن المبسوط قبول شهاده النساء المنضمه فيها، و عن أبى على فى كلامه المنقول سابقا فى خصوص النسب، و هما ضعيفان لا مستند لهما.

هذا بالنسبه للمذكور فى كلام الماتن، و أيضا وقع الخلاف فى العتق فقيل تسمع شهادتهن المنضمه لأن العتق إثبات المالىه للمملوك و فكها عن السيد كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد، و ردّ بأن المقصود من العتق إنما هو فك ملك و هو ليس بمال.

و أيضا وقع الخلاف فى القصاص فعن الأكثر القبول للأخبار.

منها: صحيح جميل و محمد بن حمران عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلنا: أ تجوز شهاده النساء فى الحدود؟ فقال: فى القتل وحده، إن عليا عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم)^(١)، و هو محمول على ثبوت الديه بشهادتهن لا القود جمعا بينه و بين صحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجوز شهاده النساء فى القتل)^(٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا- تجوز شهاده النساء فى الحدود و لا فى القود)^(٣)، و عن الشيخ فى الخلاف المنع من القبول لهذين الخبرين الأخيرين و خبر محمد بن الفضيل عن الرضا عليه السّلام (لا يجوز شهادتهن فى الطلاق و لا فى الدم)^(٤)، و هذه الأخبار محموله على عدم جواز شهادتهن منفردات أو بالنسبه للقود لا الديه.

و أيضا وقع الخلاف فى النكاح فعن جماعه القبول منهم الصدوقان و الاسكافى و العماني و الحلبي بل نسب إلى أكثر المتأخرين للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (عن شهاده النساء تجوز فى النكاح؟ قال نعم)^(٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن شهاده النساء فى النكاح فقال: يجوز إذا كان معهن رجل، و كان على عليه السّلام يقول: لا أجزها فى الطلاق)-،

ص: ١٨٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢٧ و ٢٩ و ٧.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١١.

(و منها: ما يثبت برجلين، ورجل وامرأتين، وشاهد ويمين، وهو) كل ما كان مالا، أو الغرض منه المال (١)، مثل (الديون و الأموال) الثابتة من غير أن قلت: تجوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم (١)، وخبر أبي بصير (سألته عن شهادة النساء فقال: تجوز شهادة النساء وحدهن على ما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وتجاوز شهادة النساء في النكاح إذا كان معهن رجل، ولا تجوز في الطلاق ولا في الدم غير أنها تجوز شهادتها في حد الزنا إذا كان ثلاثة رجال وامرأتان، ولا تجوز شهادة رجلين وأربع نسوة) ٢.

و عن المفيد و الديلمي و ابن حمزه و الحلبي بل نسبه الصيمري إلى المشهور عدم القبول، لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (شهادة النساء لا تجوز في طلاق و لا نكاح و لا في حدود، إلا في الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) ٣، و الترجيح للأول لكثرة العدد.

(١) فيشمل القرض و الغصب و البيع و الصرف و السلم و الصلح و الإجاره و المساقاه و الرهن و الوصيه له و الجنايه التي توجب اليه كالخطأ و شبه العمد و قتل الحر للعبد و الأب للولد و المسلم للذمي و قتل الصبي و المجنون، و يشمل المأمومه و الجائفه و كسر العظام و غير ذلك مما يكون متعلق الدعوى مالا أو المقصود منه المال.

أما الدين فهو مما يثبت بشهاده عدلين لعموم دليل اعتبارها، و يثبت بشاهد و يمين لما تقدم في كتاب القضاء، و يثبت بشاهد و امرأتين، بلا خلاف لقوله تعالى: (وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَ امْرَأَتَانِ) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تجاوز شهادة النساء مع الرجل في الدين، قال: نعم) (٣) و مثلها غيرها.

و أما بقيه الموارد المذكور؛ فإثباتها بشاهد و يمين فقد تقدم الخلاف فيه في باب القضاء و الأقوى عدم الثبوت.

و أما إثباتها بشاهد و امرأتين فقد يستدل للثبوت بالآيه المتقدمه بدعوى إلغاء خصوصيه المورد و فيه: لا- دليل على إلغاء الخصوصيه؛ بل يظهر عدم التعدى من خبر داود الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (فقلت: فأني ذكر الله تعالى قوله: فرجل و امرأتان، فقال: ذلك في الدين إذا لم يكن رجلا فرجلا و امرأتان، و رجل واحد و يمين المدعى إذا لم يكن امرأتان) (٤).

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢ و ٤ و ٤٢.

٢- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣٥.

تدخل فى اسم الدين (و الجنايه الموجهه للديه) كقتل الخطأ و العمد المشتمل على التغيرير بالنفس كالهاشمه و المنقله، و ما لا قود فيه كقتل الوالد ولده، و المسلم الكافر، و الحر العبد، و قد تقدم فى باب الشاهد و اليمين، و لم يذكر ثبوت ذلك (١) بامرأتين، مع اليمين (٢) مع أنه قوَى فى الدروس ثبوته بهما، للروايه (٣)، - و استدل على الثبوت بقياس شهاده المرأتين باليمين، فكما تثبت هذه الأمور بشاهد و يمين فكذلك بشاهد و امرأتين، و فيه: أما الملازمه بين شهاده المرأتين و اليمين فهى مستفاده من خبر داود بن الحصين المتقدم لكن قد عرفت انحصار الشاهد و اليمين بالدين فقط.

و الأقوى أن شهاده المرأتين مع الرجل مختصه بموارد قبول الشاهد و اليمين المنحصر: فى الدين هذا فى الحقوق و الأموال، و قبول شهاده النساء منضمت مع الرجل فى القتل خاصه بالنسبه للديه لعدم ذهاب حق المسلم هذا فى الحدود إلا الزنا و اللواط و المساحقه فقد عرفت الحكم فيها، و تقبل شهادتهن منفردات أو منضمت فى ما لا يجوز للرجال النظر إليه و فى النكاح تقبل شهادتهن منضمه إلى الرجال للنصوص الخاصه، و أما غير ذلك فلا لعدم الدليل عليه أو لأنه معارض بغيره و سيأتى قبول شهاده المرأه الواحده فى ربع الوصيه، و فى الاستهلال و يثبت ربع الميراث.

(١) أى الديون و الأموال و الجنايه الموجهه للديه بل كل ما هو مال أو قصد منه المال.

(٢) قد تقدم البحث فيه فى كتاب القضاء، و الأكثر على الثبوت، لخبر منصور بن حازم (حدثنى الثقة عن أبى الحسن عليه السلام أنه قال: إذ شهدت لصاحب الحق امرأتان و يمينه فهو جائز) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجاز شهاده النساء مع يمين الطالب فى الدين يحلف بالله أن حقه لحق) ٢.

و خالف ابن إدريس فممنع قبول شهاده المرأتين مع اليمين محتجا بعدم الاجماع و عدم تواتر الأخبار و هو مبنى على عدم جواز العمل بالخبر الواحد و هو مبنى ضعيف. ثم إن المشهور تعميم قبول شهاده المرأتين مع اليمين فى كل مورد يكون متعلق الدعوى هو المال أو قصد به المال و هو مما لا دليل عليه و إنما صحيح الحلبي قد اقتصر على الدين فقط ففى غيره عدم القبول للأصل.

(٣) و المقصود بها خبر منصور بن حازم المتقدم، بناء على أن لفظ الحق الوارد فيها يشمل ما كان مالا أو ما قصد به المال، و قد عرفت أنه مختص بالدين فقط.

ص: ١٨٩

و مساواتهما للرجل حاله انضمامهما إليه (١) في ثبوته (٢) بهما من غير يمين (٣).

و بقى من الأحكام أمور تجمع حق الآدمى المالى و غيره (٤)، كالنكاح و الخلع و السرقة، فيثبت بالشاهد و اليمين المال دون غيره (٥)، و استبعد المصنف ثبوت المهر دون النكاح للتنافى (٦).

فى ما يثبت بالرجال و النساء و لو منفردات

(و منها) ما يثبت (بالرجال و النساء و لو منفردات). و ضابطه ما يعسر اطلاع الرجال عليه غالبا (٧)، (كالولادة و الاستهلال) و هو ولادة الولد حيا ليرث، سُمى (١) إلى الرجل.

(٢) أى ثبوت المشهود به.

(٣) و الحاصل أن المرأتين و الشاهد مما تقبل شهادتهما فكذا المرأتين و اليمين، لأن اليمين بمنزلة الشاهد على ما تقدم من قبول الشاهد و اليمين فى مقام تعذر شهادة العدلين.

(٤) و هو حق الله.

(٥) و هو ثبوت العلقه الزوجيه فى النكاح و البيئونه فى الخلع و الحد فى السرقة.

(٦) لأنهما متلازمان، و مما تقدم تعرف ضعف ثبوت ما ذكر بالشاهد و اليمين و كذا بالمرأتين و الشاهد.

(٧) كالولادة و الاستهلال و عيوب النساء الباطنه، بلا خلاف فيه لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء و حدهن بلا رجال فى كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه)، و تجوز شهادة القابله و حدها فى النفوس (١) و خبر عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء فى العذره و كل عيب لا يراه الرجل) ٢، و خبر السكونى المتقدم (شهادة النساء لا- تجوز فى طلاق و لا- نكاح و لا فى حدود، إلا فى الديون و ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) ٣، و صحيح العلاء عن أحدهما عليهما السلام (لا- تجوز شهادة النساء فى الهلال، و سألته هل تجوز شهادتهن و حدهن؟ قال: نعم فى العذره و النفساء) ٤) و مثله صحيح محمد بن مسلم ٥، و خبر داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام (أجيز شهادة النساء فى الغلام صاح أو لم يصح، و فى كل شىء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه) ٦، و الأخبار كثيرة.

ثم على المشهور أن ثبوت المشهور به متحقق سواء انفردن أو ضم إليهن الرجال، أما مع-

ص: ١٩٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٠ و ٩ و ٤٢.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١٨ و ١٩ و ١٢.

ذلك استهلالاً، للصوت الحاصل عند ولادته ممن حضر عاده، كتصويت من رأى الهلال، فاشتق منه، (و عيوب النساء الباطنه) كالقرن و الرتق، دون الظاهره كالجذام و البرص و العمى، فإنه من القسم الثاني (١)، (و الرضاع) على الأقوى، (و الوصيه له (٢) أى بالمال، احتراز عن الوصيه إليه (٣)، و هذا الفرد (٤) خارج من -الانفراد فلما سمعت و أما مع الانضمام لأن الرجال هم الأصل فى الشهاده و لم يخالف إلا القاضى من أنه لا يجوز أن يكون معهن أحد من الرجال و هو ضعيف.

نعم وقع الخلاف فى الرضاع فقد ذهب المفيد و سلار و ابن حمزه و العلامه فى القواعد إلى قبول شهاده النساء منفردات فيه لقوله عليه السّلام (ما لا يجوز الرجال النظر إليه) كما فى صحيح ابن سنان المتقدم و قوله عليه السّلام (ما لا يستطيع الرجال النظر إليه) كما فى خبر السكونى المتقدم.

و عن الأكثر العدم لإمكان اطلاع الرجال عليه فلا يندرج تحت ضابطه هذا القسم، بل عن المبسوط (فأما فى الرضاع فقد روى أصحابنا أنه لا- يقبل شهادتهن). و هو بالإضافة إلى أنه مرسل و غير موجود فى الأصول المعتمده لم يعمل به الشيخ نفسه فى المبسوط فى كتاب الشهادات على ما قيل.

(١) أى يثبت برجلين خاصه.

(٢) لا- خلاف فى ثبوت ربع الوصيه بشهادة المرأه الواحده، و النصف بشهادة اثنتين، و ثلاثه أرباع بشهادة ثلاث نساء، و تمام الموصى به بشهادة أربع للأخبار.

منها: صحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى شهادة امرأه حضرت رجلا- يوصى ليس معها رجل، فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه قضى فى وصيه لم يشهدا إلا امرأه، فأجاز شهادة المرأه فى ربع الوصيه) (٢)، و صحيحته الأخرى عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى وصيه لم يشهدا إلا- امرأه أن تجوز شهادة المرأه فى ربع الوصيه إذا كانت مسلمه غير مريبه فى دينها) (٣).

(٣) فإنها وصيه عهديه بخلاف السابق فإنها وصيه تمليكيه، و الوصيه العهديه لا تثبت إلا بشهادة رجلين كما هو الأصل فى كل مورد.

(٤) و هو الوصيه التمليكيه.

ص: ١٩١

الضابط (١)، و لو أفردته قسما كما صنع في الدروس كان حسنا، ليرتب عليه باقي (١) و هو ما يعسر اطلاع الرجال عليه، و كذا وقع الاتفاق على قبول شهادة المرأة الواحد في ربع الميراث إذا شهدت باستهلاله للأخبار.

منها: صحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و ترك امرأته و هي حامل فوضعت بعد موته غلاما ثم مات الغلام بعد ما وقع إلى الأرض، فشهدت المرأة التي قبلتها أنه استهل و صاح حين وقع إلى الأرض ثم مات، قال: على الإمام أن يجيز شهادتها في ربع ميراث الغلام) (١) و خبر سماعه (القبلة تجوز شهادتها في الولد على قدر شهادة امرأه واحده) ٢ و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة القابلة في المولود إذا استهل و صاح في الميراث، و يورث الربع من الميراث بقدر شهادة امرأه واحده، قلت: فإن كانت امرأتين؟ قال: تجوز شهادتها في النصف من الميراث) ٣، و مرسل الفقيه بعد أن أورد صحيح عمر بن يزيد قال (و في روايه أخرى: إن كانت امرأتين تجوز شهادتهما في نصف الميراث، و إن كنّ ثلاثه نسوه جازت شهادتهن في ثلاث أرباع الميراث، و إن كنّ أربعا جازت شهادتهن في الميراث كله) ٤، و لا تقبل شهادة الواحد، في غير هذين الموردين على المشهور نعم عن الكافي و الغنيه و الاصباح ثبوت ربع الديه بشهادتها أيضا، لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في غلام شهدت عليه امرأه أنه دفع غلاما في بئر فقتله، فأجاز شهادة المرأة بحساب شهادة المرأه) ٥، و خبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه شهدت على رجل أنه دفع صبيا في بئر فمات قال: على الرجل ربع ديه الصبي بشهادة المرأه) ٦، و الأكثر على العدم. و الخبران حجه عليهم مع أن الأول صحيح السند فدعوى أنهما ضعيفا السند فيرجع إلى الأصل من عدم قبول شهادتها في الربع ليس في محله. و مقتضى الأخبار أن شهادة أربع نسوه بمقدار شهادة رجلين، و أن شهادتهن من دون يمين و لو كانت واحده، و هذه و إن وردت في الاستهلال بالنسبه للميراث لكن يستفاد و الحكم منها بالنسبه للوصيه لو شهدت اثنتان أو ثلاث أو أربع نسوه بعد كون أخبار الوصيه قد اقتضت على شهادة المرأه الواحد.

ثم هل يتعدى عن مورد النصوص و هو شهادة المرأه منفرده عن الرجل إلى شهادة الرجل المنفرد فيثبت بشهادته النصف من الوصيه و الميراث باعتبار كونه في قبال المرأتين، أو يكون الرجل كالمرأه في ثبوت الربع فقط من غير يمين، أو تسقط شهادته أصلا باعتبار -

ص: ١٩٢

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٦ و ٢٣ و ٤٥ و ٤٨ و ٢٦ و ٣٣.

أحكامه، فإنه (١) يختص بثبوت جميع الوصيه برجلين، و بأربع نسوه، و ثبوت ربعها بكل واحده، فبالواحد ربع، و بالاثنتين النصف، و بالثلاث ثلاث الأرباع، من غير يمين، و باليمين مع المرأتين (٢) و مع الرجل (٣)، و فى ثبوت النصف (٤) بالرجل (٥)، أو الربع (٦) من غير يمين (٧)، أو سقوط شهادته أصلا أوجه، من مساواته للثنتين (٨) و عدم (٩) النص و أنه (١٠) لا يقصر عن المرأة، و الأوسط (١١) أوسط، و أشكل منه الخنثى، و إلحاقه بالمرأه قوى (١٢)، و ليس للمرأة تضعيف المال ليصير ما أوصى به ربع ما شهدت به (١٣) للكذب، لكن لو فعلت استباح الموصى -عدم النص إلا فى المرأة أوجه ثلاثة فالأول باعتبار كون الرجل فى قبال المرأتين فى بقيه الموارد، و فيه: إنه قياس لا نقول به، إذ كان الرجل فى قبال المرأتين مع ضم رجل آخر أو يمين و هنا لا ضميمه.

و الثانى باعتبار أنه لا يقصر عن المرأة و فيه: إنه استحسان محض.

و الثالث باعتبار عدم النص و هو الأقوى.

(١) فإن هذا الفرد.

(٢) بناء على قبول قول المرأتين مع اليمين فى كل ما هو مال أو قصد منه المال، و قد عرفت ضعفه.

(٣) أى و اليمين مع الشاهد، و هو أيضا مبنى على كونه جاريا فى كل دعوى كان متعلقها المال أو قصد منها المال، و قد عرفت أنه مختص بالدين فقط.

(٤) أى نصف الوصيه.

(٥) باعتبار كونه فى قبال المرأتين فى بقيه الموارد.

(٦) إذ لا يقصر على المرأة.

(٧) كما هى كذلك على ما قد صرحت به الأخبار المتقدمه.

(٨) دليل الوجه الأول.

(٩) دليل الوجه الثالث.

(١٠) دليل الوجه الثانى.

(١١) باعتبار الدعوى بأنه يثبت الربع من غير يمين.

(١٢) للشك فى ذكوريته.

(١٣) أى تزيد فى المشهود به ليكون ربع ما شهدت به يساوى تمام ما أوصى له، و هو محرم لحرمة الكذب و لمرسل يونس عن

أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون له على الرجل حق فيجحد حقه و يحلف عليه، إذ ليس عليه شيء و ليس لصاحب الحق على حقه بينه،-

ص: ١٩٣

له الجميع مع علمه بالوصيه لا بدونه (١)، و كذا القول فيما (٢) [لا] يثبت بشهادته (٣) الجميع.

في ما يثبت بالنساء منضما إلى الرجال

(و منها): ما يثبت (بالنساء منضما) إلى الرجال (خاصه) أو إلى اليمين على ما تقدم (و هو الديون و الأموال) و هذا القسم داخل في الثالث (٤)، قيل: و إنما أفرد ليعلم احتياج النساء إلى الرجال (٥) فيه صريحا، و ليس بصحيح (٦)، لأن الانضمام يصدق مع اليمين، و في الأول (٧) تصريح بانضمامهن إلى الرجل صريحا، فلو عكس (٨) المعتذر كان أولى، و لقد كان إبداله (٩) ببعض ما أشرنا إليه من -يجوز له إحياء حقه بشهادة الزور إذا خشى ذهاب حقه، قال: لا يجوز ذلك لعله التديس (١). و في كشف اللثام الحل و إن حرم التزوير لمرسل عثمان بن عيسى عن عبد الله عليه السلام (تكون للرجل من اخواني عندى الشهاده، ليس كلها تجيزها القضاء عندنا، قال: إذا علمت أنها حق فصحها بكل وجه حتى يصح له حقه) (٢)، و فيه: إنه لا -دلاله على موردنا بل هو ناظر إلى كيفية عرض الشهاده لا إلى الكذب في المشهود به.

(١) أى بدون العلم.

(٢) أى فى كل مورد.

(٣) أى بشهادة الشاهد و ذلك فى المرأتين و الثلاث، فإنه يثبت النصف و ثلاثه أرباع.

(٤) و هو ما كان متعلق الدعوى مالا أو قصد منه المال.

(٥) و لو رجل واحد، ليعلم عدم قبول شهادتهن فيه منفردات.

(٦) لأن عبارته المصنف هنا غير ظاهره فى ذلك إذ قال المصنف (و منها بالنساء منضما خاصه) و هذا كما يصدق مع الانضمام إلى الرجال يصدق مع الانضمام إلى اليمين، و فيه: إنه على كل حال لا تقبل شهادتهن منفردات فى الديون و الأموال.

(٧) أى فى كلامه الأول عند ثبوت الدعوى فى الأموال و الديون قد صرح الماتن بانضمام النساء إلى الرجل صريحا حيث قال: (و منها ما يثبت برجلين و رجل و امرأتين و شاهد و يمين و هو الديون و الأموال)، و أما هنا فليس بصريح بالانضمام إلى الرجل.

(٨) بأن قال ليعلم عدم احتياج النساء إلى الرجال إذ يكفى انضمامهن إلى اليمين كان أولى، و عل كل فمراد الماتن أنه لا يكفى شهادتهن منفردات و لا داعى لهذا الشرح من الشارح.

(٩) أى إبدال هذا القسم و هو ما يثبت بالنساء و منضما خاصه.

ص: ١٩٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣.

الأقسام سابقا التي أدرجها (١)، و إدراجها (٢) هو أولى كما فعل في الدروس.

الفصل الثالث في الشهادة على الشهادة

إشارة

(الفصل الثالث في الشهادة على الشهادة (٣).)

في أن محلها حقوق الناس

(و محلها حقوق الناس كافة (٤) بل ضابطه كل ما لم يكن عقوبه لله تعالى مختصه به إجماعا، أو مشتركة على الخلاف (سواء كانت) (١) و هو الوصيه حيث أدرجها في ضابطه ما يعسر الاطلاع عليه مع أنها قسم برأسه.

(٢) أى إدراج هذا القسم الخامس تحت الثالث السابق، و المعنى: فلو استبدل هذا القسم الخامس بالوصيه المدرجه عنده في القسم الرابع لأن الوصيه قسم برأسه، مع إدراج القسم الخامس في الثالث كان أولى.

(٣) بلا خلاف للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الشهادة على شهادة الرجل و هو بالحضرة في البلد، قال: نعم، و لو كان خلف ساريه يجوز ذلك إذا كان لا- يمكنه أن يقيمها هو لعله تمنعه عن أن يحضره و يقيمها، فلا- بأس بإقامه الشهادة على شهادته) (١).

(٤) بل محلها كل مورد للإطلاق في دليل اعتبارها، ما عدا الحدود، لخبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي عليهم السلام (أنه كان لا يجوز شهادة على شهادة في حد) ١، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام قال: (لا تجوز شهادة على شهادة في حد) (٢).

و مقتضى إطلاقها عدم الفرق فيما لو كان الحد محضا لله كحد الزنا و اللواط أو مشتركا بينه تعالى و بين الآدمي كحد السرقة و القذف و هذا ما عليه المشهور، و عن المبسوط و ابن حمزه و فخر المحققين و الشهيد في النكت و الشارح في المسالك القبول في الحد المشترك تغليباً لحق الآدمي مع استضعاف هذين الخبرين، و فيه: إنهما منجبران بعمل الأصحاب.

ثم إن دليل اعتبار الشهادة على الشهادة يشمل الزكاه و الأوقاف و الجهات العامه و الهلال، و عن العلامة في التذكرة عدم القبول في الهلال لأصالة البراءة مع اختصاص قبول الشهادة على الشهادة بالأموال و حقوق الآدمي فقط، و فيه: أما الأصل فمنقطع للأخبار على أن التمسك بأصل البراءة في مثله محل منع، و أما اختصاص مورد الشهادة على الشهادة بما ذكر فلا دليل عليه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الشهادات حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

الحقوق (عقوبه كالعصاص، أو غير عقوبه) مع كونه حقا غير مالى (كالطلاق و النسب و العتق، أو مالا- كالقرض، و عقود المعاوضات، و عيوب النساء) هذا و ما بعده من أفراد الحقوق التى ليست مالا رتبها مشوشه (و الولاده، و الاستهلال، و الوكاله و الوصيه بقسميها) و هما الوصيه إليه و له.

(و لا- يثبت فى حق الله تعالى محضا كالزنا (١) و اللواط و السحق، أو مشتركا كالسرقة و القذف، على خلاف)، منشأه مراعاة الحقيقين و لم يرجح هنا شيئا، و كذا فى الدروس، و الوقوف على موضع اليقين (٢) أولى، و هو اختيار الأكثر. فيبقى ضابط محل الشهاده على الشهاده ما ليس بحدّ.

فى ما لو اشتمل الحق على الأمرين

(و لو اشتمل الحق على الأمرين (٣) كالزنا (٤) يثبت) بالشهادة على الشهاده (حق الناس خاصة، فيثبت بالشهادة) على الشهاده (على إقراره بالزنا نشر الحرمه) لأنها من حقوق الآدميين (لا- الحد) لأنه عقوبه لله تعالى، و إنما افتقر إلى إضافه الشهاده على الشهاده (٥) ليصير من أمثله المبحث. أما لو شهد على إقراره بالزنا شاهدان فالحكم كذلك على خلاف (٦)، لكنه (٧) من أحكام القسم (١) أى كحد الزنا.

(٢) و هو غير الحد سواء كان مختصا أو مشتركا.

(٣) المراد بالحق هو سبب الحد، و المراد بالأمرين حق الله و حق الناس.

(٤) أى نفس الزنا حيث مشتمل على الحد و مشتمل على نشر الحرمه بالنسبه إلى ابن الزانى أو أبيه، أما الحد فقد عرفت عدم ثبوته بالشهادة على الشهاده، أما بقيه أحكامه فتثبت لإطلاق دليل اعتبار الشهاده على الشهاده و مثله السرقة، و التفكيك بين المتلازمين فى ظاهر الشريعة ليس بعزيز.

(٥) حيث أضاف الشارح لفظ (على الشهاده) لقول الماتن.

(٦) فذهب العلامة و ولده فى المختلف و شرح القواعد إلى عدم ثبوت الزنا بالشهادة على الاقرار مره، لأن أصل الزنا لا يثبت إلا بأربعة شهود فالاقرار به متوقف على أربعة شهود.

و ذهب الشيخ و ابن إدريس إلى الثبوت بهما كسائر الأقارير لإطلاق دليل اعتبار البيئه، و على الأول لا يثبت شىء و على الثانى يثبت الحد لو أقرّ ثلاث مرات مع هذا الاقرار المشهود به.

(٧) أى لكن الزنا المقرّ به و الذى ثبت بشهادة عدلين على اقراره.

السابق (١). و مثله (٢) ما لو شهد على إقراره بإتيان البهيمه شاهدان يثبت بالشهادة عليهما (٣) تحريم البهيمه و بيعها، دون الحد،
(و يجب أن يشهد على كل واحد عدلان (٤) لتثبت شهادته بهما.

(و لو شهدا (٥)...

(١) و هو ما لو كان حدا مختصا لله تعالى، و عليه فلو قامت الشهاده على الشهاده باقراره بالزنا فلا يثبت الحد و تثبت بقيه الأحكام.

(٢) أى و مثل الزنا المقرّ به و الثابت بشهادة اثنين.

(٣) على شاهدى الاقرار.

(٤) لخبر طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عن أبيه عن علي عليهم السلام (أنه كان لا يجيز شهادة رجل على رجل إلا شهادة رجلين على رجل) (١) و مثله خبر غياث بن إبراهيم ٢، و لمرسل الصدوق عن الإمام الصادق عليه السلام (إذا شهد رجل على شهادة رجل، فإن شهادته تقبل و هي نصف شهادة، و إن شهد رجلان عدلان على شهادة رجل فقد تثبت شهادة رجل واحد) ٣.

(٥) أى لو شهد عدلان على شخص بأنه شهد على أمر، ثم نفس العدلان شهدا على شخص آخر بأنه شهد على نفس الأمر، لتحقق الشهاده على الشهاده، و لأن شهادة الشاهد الأصيل قد تثبت بشهادة عدلين و هو المعتبر فى الإثبات خلافا للمحكى عن الشافعى فى أحد قوليه فاعتبر المغايره فى شهود كل فرع فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين، و مبنى الخلاف على أن الشهاده على الشهاده هل لإثبات الشهاده أو للنيابه عنها، فعلى الأول الذى هو مذهب الأصحاب يكفى شهادة اثنين على شهادة الأصيل و إن لم تتغير شهود الفرع، و على الثانى فلا بد من أربعة فى شهود الفرع ليكون كل اثنين منهم بحكم الواحد من شهود الأصيل.

و الحق ما عليه الأصحاب من أن الشهاده على الشهاده إنما هى لإثبات شهادة الأصيل و لذا لا يشترط تغاير شهود الفرع.

بل و كذا لو شهد شاهد أصل و هو مع آخر على شهادة أصل آخر، إذ كونه شاهد أصل لا ينافى كونه مع ذلك الغير شاهد فرع، و كذا لو شهد اثنان على جماعه كفى شهادة الاثنين على كل واحد منهم، فلو كان شهود الأصيل أربعة كشهود أربعة رجال عدول فى -

ص: ١٩٧

(على الشاهدين فما زاد) كالأربعة (١) فى الزنا و النسوه (٢) (جاز)، لحصول الغرض و هو ثبوت شهاده كل واحد (٣) بعدلين، بل يجوز أن يكون الأصل فرعا لآخر (٤) فيثبت (٥) بشهادته مع آخر و فيما يقبل فيه شهاده النساء يجوز على كل امراه أربع كالرجال (٦) و قيل لا- يكون النساء فرعا، لأن شهاده الفرع تثبت شهاده الأصل (٧) لا ما شهد به، (و يشترط) فى قبول شهاده الفرع (تعذر) (٨) حضور (شاهد الأصل) -الزنا، و شهود أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه منفردات كفى شهاده اثنين على الجميع، و على القول المخالف فيعتبر شهود أربعة على الشاهدين و يعتبر ثمانية شهود على الأربع من شهود الأصل و يعتبر ستة من شهود الفرع على الرجل و المرأتين من شهود الأصل.

(١) أى أربعة رجال.

(٢) أى أربع نساء فيما تقبل شهادتهن فيه منفردات.

(٣) من شهود الأصل.

(٤) أى لأصل آخر.

(٥) أى يثبت أحد الأصلين بشهاده الأصل الآخر مع شهاده آخر عليه.

(٦) كالرجال لأن البيئه فى النساء و أربع نسوه و البيئه فى الرجال شاهدان عدلان و عليه قد وقع بينهم الخلاف فى جواز شهاده النساء فرعا فى موضع تجوز شهادتهن فيه أصلا على قولين:

الأول: الجواز، ذهب إليه الشيخ فى الخلاف محتجا بالاجماع و الأخبار، و ابن الجنيدي و العلامه فى المختلف و قال الأخير: (إن شهاده امرأتين تساوى شهاده رجل، فإذا شهد رجلان على رجل جاز أن تشهد أربع نسوه على ذلك الرجل قضيه للتساوى)، و لازمه جواز أن تشهد أربع نسوه على امراه أو على أربع نساء فيما لو انفردت بها فى مورد تقبل شهادتهن فيه منفردات.

الثانى: المنع ذهب إليه الشيخ فى موضع من المبسوط و ابن إدريس و العلامه فى غير المختلف و المحقق فى (الشرائع) و تردد فى النافع و كذا العلامه فى الارشاد، و وجه المنع أن مورد قبول شهاده النساء هو الديون و الأموال فيما لو شاركهن رجل، و فيما يعسر على الرجال الاطلاع عليه فيما لو انفردن بالشهاده، و شهاده الأصل هنا ليست مالا و ليست مما يعسر الاطلاع عليه و هو الأقوى.

(٧) و هى ليست مالا و لا مما يعسر اطلاع الرجال عليه.

(٨) فلا تقبل شهاده الفرع إلا عند تعذر حضور الأصل على المشهور شهره عظيمه، و المخالف إما والد الصدوق كما عن جماعه و إما ابن الجنيدي كما عن الدروس، و قد قوّى عدم-

(بموت، أو مرض، أو سفر)، و شبهه،(و ضابطه المشقه فى حضوره) و إن لم يبلغ حد التعذر.

و اعلم أنه لا يشترط تعديل الفرع للأصل (١)، و إنما ذلك فرض الحاكم، نعم يعتبر تعيينه (٢)، فلا تكفى أشهدنا عدلان، ثم إن أشهداهما (٣) قالوا: أشهدنا -لاشترط كاشف اللثام و جماعه من المتأخرين للأصل، و فيه: إنه منقطع بخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الشهاده على شاهاده الرجل و هو بالحضره فى البلد، قال: نعم، و لو كان خلف ساريه يجوز ذلك إذا كان لا يمكنه أن يقيمها هو لعلّه تمنعه عن أن يحضره و يقيمها، فلا بأس بإقامه الشهاده على شهادته)(١).

و يتحقق التعذر بالموت و المرض و الغيبه التى يشق معها الحضور من دون تقدير لها، و عن بعض العامه تقدير مسافه القصر، و منهم من اعتبر تعذر الرجوع إلى منزله ليبيت فيه، و قد عرفت الضابطه من خبر محمد بن مسلم و هى (لعلّه تمنعه).

(١) ليس على شهود الفرع أن يشهدوا على صدق شهود الأصل، و لا أن يعدلوه بل لهم إطلاق الشهاده على شهادتهم عند الحاكم ثم الحاكم يبحث عن عداله الأصل خلافا لبعض العامه كما فى المسالك، و خلافا للمفيد كما فى الجواهر حيث نقل عنه أنه لا يجوز لأحد أن يشهد على شاهاده غيره إلا أن يكون عدلا عنده مرضيا، و ليس لهما مستند.

(٢) أى تعيين شاهد الأصل، فيشترط فى الفروع تسميه شهود الأصل و تعريفهم كما هو واضح.

(٣) بأن قال شاهد الأصل لشاهدى الفرع: اشهدا على شهادتى أنى اشهد على فلان بن فلان، أو اشهدتكما على شهادتى أنى أشهد...، و هو المسمى بالاسترعاء و هو التماس شاهد الأصل رعايه شهادته و الشهاده بها.

و ادنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع شاهد الأصل يدلى بشهادته عند الحاكم فإنه يجوز لشاهدى الفرع تحمل شهادته، و عن ابن الجنيد، منع شهاده الفرع هنا لعدم الاسترعاء من شاهد الأصل، و هو ليس فى محله إذ الأخبار خاليه عن كيفية التحمل فيرجع فيها إلى العرف، و العرف حاكم بصدق الشهاده على الشهاده لو شهد شاهدا الفرع على الأصل بما سمعاه منه عند ادلائه بالشهاده لدى الحاكم.

و ادنى منه ما لو سمع شاهدا الفرع قول الأصل عند غير الحاكم بأن قال: أشهد على-

ص: ١٩٩

فلان أنه يشهد بكذا، و إن سمعاهما يشهدان جازت شهادتهما، عليهما، و إن لم تكن شهادته الأصل عند حاكم على الأقوى، لأن العدل لا يتسامح بذلك بشرط ذكر الأصل للسبب، و إلا فلا (١)، لاعتیاد التسامح عند غير الحاكم به (٢)، و إنما تجوز شهادة الفرع مره واحده (و لا تقبل الشهاده الثالثه) على شاهد الفرع (فصاعدا) (٣).

الفصل الرابع فى الرجوع عن الشهاده

اشاره

(الفصل الرابع فى الرجوع) (٤) عن الشهاده

فى الرجوع قبل الحكم

(إذا رجعا) أى الشاهدان فيما يعتبر فيه -فلان بن فلان لفلان بن فلان بكذا، أو يذكر السبب مثل أن يقول: من ثمن عقار أو ثوب، و يجوز لشاهدى الفرع الشهاده على الأصل بما سمعاه منه كما عن الشيخ فى المبسوط و جماعه لصدق الشهاده على الشهاده.

و عن المحقق و الفاضل التردد فى ذلك لاحتمال أن يكون قد صدر من الأصل وعد لا شهاده عند ذكر السبب، و مع عدمه فلا يجوز الشهاده على الأصل إذ العاده التسامح فى أمثاله فى غير مجلس الحاكم، و وافقهم الشارح فى الأخير. و فيه: إن العداله تمنع المسامحه إلى هذه الغايه.

(١) و إن لم يذكر السبب بأن قال الأصل: اشهد أنه لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا و كذا.

(٢) و فيه: إنه شهاده منه عرفا فيصح الشهاده عليها، و لا يشترط فى صدق الشهاده عرفا قيامها عند الحاكم.

(٣) بلا خلاف فيه لخبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام (أشهد على شهادتك من ينصحك، قالوا: كيف؟ و يزيد و ينقص، قال: لا، و لكن من يحفظها عليك، و لا تجوز شهاده على شهاده) (١).

(٤) لو شهدا عند الحاكم ثم ماتا، أو أحدهما أو جنا أو أغمى عليهما أو أحدهما حكم الحاكم بشهادتها بلا خلاف فيه لإطلاق دليل اعتبار الشهاده، و كذلك لو شهدا ثم زكيا بعد عروض هذه الأمور عليهما من الموت و نحوه إذ التركيه اللاحقه كاشفه عن صحه شهادتهما السابقه التى هى مستند الحكم.

ص: ٢٠٠

-و لو شهدا ثم فسقا أو فسق أحدهما فإن كان قبل الحكم فالمشهور على عدم جواز الحكم بشهادتهما لأنه حكم بشهادة غير عادلين، وعن البعض كالشيخ في أحد قوليهِ و العلامه و الحلّى و المحقق الجواز لأن المعتبر هو العدالة في الشاهدين عند الأداء لا عند الحكم هذا كله فيما لو كانت شهادتهما في حقوق الناس، و أمّا لو كانت في حقوق الله كحد الزنا فلا يحكم بشهادتهما، بلا خلاف فيه كما في الجواهر و المسالك لأن الحدود مبنية على التخفيف لأنها تدرأ بالشبهه و فسقهما بعد الشهاده شبهه في ثبوت الحد، و هذه الفروع لم يتعرض لها الشهيدان هنا.

ثم لو تبين أنها شهادة زور نقض حكم الحاكم حينئذ قبل الاستيفاء أو بعده و لو كان قبل الحكم فلا يجوز للحاكم أن يحكم حينئذ، و ينظر بعد الاستيفاء فإن كان المال باقيا ردّ على صاحبه و إن تلف غرّم الشهود مثله إن كان مثليا، و قيمته إن كان قيميا هذا في حقوق الآدمى، و أما في الحدود فيثبت عليهم القصاص و لولى اندم قتلها مع رد الفاضل من ديتهما على وليهما بلا خلاف في ذلك كله لتبين عدم صحه الشهاده من رأس فينتفى مستند الحكم، و لصحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (في شاهد الزور قال: إن كان الشىء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل) (١)، و مثله صحيحه الآخر عنه عليه السّلام ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (في شاهد الزور ما توبته؟ قال: يؤدى من المال الذى شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان النصف أو الثلث إن كان شهد هذا و آخر معه) ٣.

و هذا الفرع سيتكلم عنه الشهيدان فيما بعد و قد قدمنا فيه الكلام ليدرك الفرق بينه و بين الفرع الآتى، و هو: ما لو رجع الشاهدان عن شهادتهما، و الفرق بين الرجوع و ثبوت الزور في شهادتهما هو ما لو علم الحاكم بكذبهما أو قام الخبر المفيد للعلم على ذلك فهى شهادة زور هذا هو الفرع المتقدم، أما لو صرح نفس الشاهدين بالكذب أو رجعا عن شهادتهما بأن ادعيا الاشتباه أو الغلط أو النسيان في الشهاده الأولى فهذا هو الفرع الحالى و هذا الرجوع كالانكار بعد الاقرار فلا يدرى أنهم صادقون به أو لا إذ يحتمل كذبهم في الشهاده الثانيه فتكون الشهاده الأولى صادقه بخلاف الفرع المتقدم فهناك قطع بكذب الشهاده الأولى. و إذا تبين الفرق بين الفرعين فلو رجع الشاهدان عن شهادتهما، فإن كان الرجوع قبل الحكم فلا يحكم الحاكم بشهادتهما بلا خلاف فيه لمرسل جميل عن -

ص: ٢٠١

الشاهدان، أو الأكثر حيث يعتبر (١) (قبل الحكم امتنع الحكم)، لأنه تابع للشهادة و قد ارتفعت، ولأنه لا يدري أصدقوا في الأول، أو في الثاني فلا يبقى ظن الصدق فيها، (و إن كان الرجوع بعده (٢) لم ينقض الحكم) إن كان -أحدهما عليهما السلام (قال في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل: ضمنوا ما شهدوا به و غرموا، و إن لم يكن قضى طرحت شهادتهم و لم يغرموا الشهود شيئاً) (١)، و هو و إن كان وارداً في حقوق الآدمي لكن لا- خصوصيه لماليه المشهود به فتطرح شهادتهما قبل الحكم في الحدود و الحقوق.

(١) أى يعتبر الأكثر من شاهدين.

(٢) أى بعد الحكم فتاره يكون الرجوع قبل الاستيفاء و أخرى بعده، فإن كان قبل الاستيفاء و كان فى حق الله كالحدود نقض الحكم على المشهور، لأن رجوع الشاهد يحقق الشبهه و الحدود تدرأ بالشبهات، و لم يخالف أحد صريحا و لذا قال فى الجواهر: (بل لا أجد فى شىء من ذلك خلافاً محققاً، نعم فى القواعد عتبر بلفظ الأقرب مشعرا باحتمال العدم)، و وجه العدم من كونه حكماً قد صدر من أصله و لم يعلم له ناقض، و فيه: إن هذا لا ينافى قيام الشبهه المانع من استيفاء الحد.

و إن كان فى حق الآدمي فلا ينقض الحكم فيعطى المال للمشهد له، على الأكثر لما دل على نفوذ حكم الحاكم و قد تقدم فى القضاء، مع احتمال أن لا يكون الرجوع كذبا للشهادة الأولى لأنه كالانكار بعد الاقرار فيؤخذ بأول كلامه دون ثانيه و يدل عليه خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: من شهد عندنا ثم غير أخذناه بالأول و طرحنا الأخير) (٢).

و تردد المحقق فى الشرائع لحصول الشك فى ميزان الحكم، إذ هو مستند إلى البيه التى لا تردد فيها و لا رجوع و هنا قد رجع.

و إن كان الرجوع بعد الاستيفاء فإن كان فى حق الله و قد اعترف الشهود بالكذب و كان المشهود به قتلاً أو جرحاً ثبت عليهم القصاص، و إن اعترفوا بالخطأ فعليهم الدية لأنه شبهه العمد، و لو قال بعضهم: تعمدت الكذب، و الآخرون اعترفوا بالخطأ، فعلى المقر بالعمد القصاص و على المقر بالخطأ نصيبه من الدية، و لولى الدم قتل المقر بالعمد مع ردّ الفاضل من ديته على وليه بلا خلاف فى ذلك لقوه السبب هنا على المباشر و للأخبار،-

ص: ٢٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الشهادات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٤.

مالا (١)، و (ضمن الشاهدان) ما شهدا به من المال (سواء كانت العين باقيه، أو) -منها: مرسل ابن محبوب عن أبي عبد الله عليه السلام (في أربعة شهدوا على رجل محص بالزنا ثم رجح أحدهم بعد ما قتل الرجل قال: إن قال الرابع - الراجع -: أو همت ضرب الحد و أغرم الديه، و إن قال: تعمدت، قتل) (١)، و خير إبراهيم بن نعيم الأزدي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا فلما قتل رجح أحدهم عن شهادته فقال: يقتل الرابع - الراجع - و يؤدي الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الديه) ٢، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا:

هذا السارق و ليس الذى قطعت يده، إنما شبّهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرّمهما نصف الديه، و لم يجز شهادتهما على الآخر) (٢)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعت يده، ثم رجح أحدهما فقال:

شبه علينا، غرّما ديه اليد من أموالهما خاصه، و قال في أربعة شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجمعها و هم ينظرون فرجم ثم رجح واحد منهم، فقال: يغرّم ربع الديه إذا قال: شبه عليّ، و إذا رجح الاثنان فقالا: شبه علينا غرّما نصف الديه، و إن رجعوا كلهم فقالوا: شبه علينا غرّموا الديه، فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعا) ٤.

و إن كان الرجوع بعد الاستيفاء في حقوق الأدمى، فإن تلف المحكوم به كان على الشهود الضمان و هذا مما لا خلاف فيه، و إن كانت عين المحكوم به باقيه فذهب الأكثر إلى عدم نقض الحكم لما دل على نفوذه بعد صدوره من أهله مستجمعا شرائطه و لكن يضمن الشهود العين لصاحبها، و ذهب الشيخ في النهايه و ابن حمزه في الوسيله و جماعه إلى أن العين تردّ على صاحبها مع عدم ضمان الشهود و هذا نقض للحكم، لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في شاهد الزور قال: إن كان الشيء قائما بعينه ردّ على صاحبه، و إن لم يكن قائما ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل) (٣)، و فيه: إنه وارد في شاهد الزور و مقامنا في الرجوع، و الرجوع أعم لاحتمال أن يكون مشتبه في الشهاده الأولى، بل لو صرح في الرجوع بأنه كاذب في شهادته الأولى لا يكون شاهد زور لاحتمال أن يكون كاذبا في شهادته الثانية فتكون الأولى صادقه.

(١) قبل الاستيفاء و بعده فلا ينقض الحكم في حقوق الأدمى.

ص: ٢٠٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الشهادات حديث ١ و ٢.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

(تألفه) على أصح القولين. و قيل: تستعاد العين القائمة.

في لو كانت الشهادة قبل الاستيفاء أو بعده

(و لو كانت الشهادة على قتل، أو رجم، أو قطع، أو جرح) أو حد، و كان (١) قبل استيفائه لم يستوف، لأنها (٢) تسقط بالشبهه، و الرجوع شبهه، و المال لا يسقط بها (٣)، و هو (٤) في الحد في معنى النقض، و في القصاص قيل: ينتقل إلى الديه لأنها بدل ممكن عند فوات محله. و عليه لا- ينقض، و قيل (٥): تسقط لأنها (٦) فرعه، فلا- يثبت الفرع من دون الأصل، فيكون ذلك في معنى النقض أيضا و العبارة (٧) تدل بإطلاقها (٨) على عدم النقض مطلقا (٩) و استيفاء (١٠) متعلق الشهادة و إن كان حدا، و الظاهر أنه (١١) ليس بمراد (١٢). و في الدروس لا ريب أن الرجوع فيما يوجب الحد قبل استيفائه يبطل الحد، سواء كان لله، أو للإنسان (١٣) (١) أي الرجوع.

(٢) أي الحدود.

(٣) بالشبهه.

(٤) أي عدم الاستيفاء.

(٥) لم أجده قولاً لأحد نعم قال العلامة في القواعد: (و لو رجعا قبل استيفاء القصاص لم يستوف، و هل ينتقل إلى الديه إشكال، فإن أوجبناها رجع عليهما)، فقد جعل القصاص من حقوق الله التي تدرأ بالشبهه مع أنه محل منع، ثم استشكل في ثبوت الديه باعتبار أن موجب العمد هو القصاص دون الديه، و لا تثبت الديه في العمد إلا صلحا بعد ثبوت القصاص، و القصاص غير ثابت فكيف تثبت الديه هذا دليل عدم ثبوتها، و أما دليل ثبوتها باعتبار أن القصاص من غير الحدود و قد تعذر القصاص بعد الرجوع لبناء الدماء على الاحتياط التام، و لكن تثبت الديه لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم فينتقل إلى الديه بعد تعذر القصاص.

(٦) أي لأن الديه فرع ثبوت القصاص.

(٧) أي عبارته المصنف.

(٨) بلحاظ آخرها.

(٩) قبل الاستيفاء أو بعده.

(١٠) عطف على عدم النقض.

(١١) أن هذا الاطلاق.

(١٢) لنقض الحكم قبل الاستيفاء في حدود الله كما عرفت.

(١٣) كحد القذف.

ص: ٢٠٤

لقيام الشبهه الدارثه، و لم يتعرض للقصاص. و على هذا فإطلاق العبارة إما ليس بجيد (١) أو خلاف المشهور، و لو كان بعد استيفاء المذكورات و اتفق موته بالحد، (ثم رجعوا و اعترفوا بالتعمد اقتص منهم أجمع) إن شاء وليه، و ردّ على كل واحد ما زاد عن جنايته كما لو باشروا،(أو) اقتص (من بعضهم) و ردّ عليه ما زاد عن جنايته (و يرّد الباقيون (٢) نصيبهم) من الجنايه،(و إن قالوا أخطأنا فالديه عليهم) أجمع موزعه، و لو تفرقوا فى العمد و الخطأ فعلى كل واحد لازم قوله، فعلى المعترف بالعمد القصاص بعد ردّ (٣) ما يفضل من ديته عن جنايته، و على المخطئ نصيبه من الديه.

فى ما لو شهدا بطلاق ثم رجعا

(و لو شهدا بطلاق ثم رجعا (٤)، قال الشيخ فى النهايه: ترد إلى الأول،) (١)لنقض الحكم قبل الاستيفاء فى الحد.

(٢)عند اعتراف الجميع بالكذب.

(٣)و الرد من ولى الدم هنا.

(٤)فلو شهدا بالطلاق و قد حكم الحاكم ثم رجعا لم ينقض الحكم لما عرفت سابقا من نفوذه فلا إشكال من هذه الجهه.

و لكن إن كانت شهادتهما بعد الدخول من الزوج فلم يضمننا له شيئا بالفراق الحاصل من حكم الحاكم إذا كان الطلاق رجعيا و قد ترك الرجوع باختياره أو كان الطلاق بائنا، لأنهما لم يفوتا عليه شيئا إلا منفعه البضع و هى لا تضمن بالتفويت بلا خلاف فيه من أحد، و أما المهر الذى دفعه فهو مستقر بالدخول على كل حال و لو كانت شهادتهما قبل الدخول من الزوج ضمنا له نصف المهر المسمى لها، لأنهما ألزماه به بسبب شهادتهما على المشهور، و قد خالف الشيخ فى النهايه و تبعه أبو الصلاح الحلبي إلى أنها لو تزوجت بعد الحكم بالطلاق ثم رجعا ردّت إلى الأول بعد العده، و غرم الشاهدان المهر للثانى، لموثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى شاهدين شهدا على امرأه بأن زوجها طلقها، فتزوجت ثم جاء زوجها فأنكر الطلاق؟ قال: يضربان الحد و يضمنان الصداق للزوج ثم تعتد، ثم ترجع إلى زوجها الأول) (١)، و حملت الروايه على ما لو تزوجت المرأه بمجرد شهاده الشاهدين من دون حكم الحاكم، ثم لما جاء الزوج رجعا عن الشهاده و اعترفا بأنهما شهدا زورا فلذا ضربا الحد كما فى كل شاهد زور، فلا تكون-

ص: ٢٠٥

(و يغمران المهر للثاني، و تبعه أبو الصلاح) استنادا إلى روايه (١) حسنه حملت على تزويجها بمجرد سماع البيئه، لا- بحكم الحاكم (و قال فى الخلاف: إن كان بعد الدخول فلا غرم) للأول، لاستقرار المهر فى ذمته به (٢) فلا تفويت، و البضع لا يضمن بالتفويت، و إلا (٣) لحجّر على المريض بالطلاق (٤)، إلا أن يخرج البضع من ثلث ماله (٥)، و لأنه (٦) لا يضمن له (٧) لو قتلها قاتل (٨)، أو قتلت نفسها (٩)، أو حرّمت نكاحها برضاع (١٠)، (و هى زوجه الثانى)، لأن الحكم لا ينقض بعد وقوعه.

-الروايه مستندا لقول الشيخ و فيه: إن الرجوع إلى كتاب النهايه للشيخ يفيد أنه لم يذكر حكم الحاكم بعد شهادتهما بل ذكر أن زواجها كان بعد الشهاده كما فى الروايه، قال الشيخ فى النهايه: (إن شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته فاعتدت و تزوجت و دخل بها، ثم رجعا و جب عليهما الحد، و ضمنا المهر للزوج الثانى و ترجع المرأه إلى الأول بعد الاستبراء بعده من الثانى)، و كلامه صحيح عند عدم حكم الحاكم اعتمادا على الموثق الموافق للقواعد من دون مخالفه قواعد أخرى أو نصوص فلا يكون كلامه مخالفا للمشهور الذى اشترط فى تحرير المسأله حكم الحاكم بعد الشهاده، و على تحرير المسأله على مبنى المشهور لو تزوجت بعد حكم الحاكم ثم رجعا فهى للزوج الثانى لأن الحكم نافذ بعد صدوره من أصله و لا ناقض له.

ثم كان على الشهيدين هنا ذكر حكم الحاكم بعد الشهاده كما عرفت.

(١) حيث إن الخبر المتقدم مشتمل سنده على إبراهيم بن عبد الحميد و هو واقفى ثقه، و على إبراهيم بن هاشم و هو لم يمدح و لم يذم، فلذا عبّر عنها بالموثق فى المسالك باعتبار الأول، و عبّر عنها بالحسنه هنا باعتبار الثانى، و هى موثقه جزما لأن إبراهيم بن هاشم من مشايخ الإجازة و الروايه و هذا ما يغنيه عن التوثيق بل هو دال على أعلى درجات التوثيق.

(٢) بالدخول.

(٣) فلو كان البضع يضمن بما هو منفعه غير مستوفاه.

(٤) لأن سيفوت منافع بضع زوجته المضمونه بحسب الفرض.

(٥) و هو يجوز له التصرف فى الثلث.

(٦) أى الشأن و الواقع.

(٧) للزوج.

(٨) بدعوى أنه فوت على الزوج منافع البضع، بل عليه إما القصاص و إما الديه.

(٩) فلا تضمن له منافع بضعها.

(١٠) فيما لو ارضعت زوجته الصغيره فتحرم المرضعه و المرتضعه عليه.

وإن كان قبل الدخول غرماً للأول نصف المهر) الذى غرمه، لأنه وإن كان (١) ثابتاً بالعقد، كثبوت الجميع بالدخول، إلا أنه كان معرّضاً للسقوط بردتها، أو الفسخ لعيب، بخلافه (٢) بعد الدخول لاستقراره مطلقاً (٣)، و هذا (٤) هو الأقوى و به قطع فى الدروس، و نقله هنا قولاً كالآخر يدل على تردده فيه، و لعله (٥) لمعارضه الروايه المعتمده.

و اعلم أنهم أطلقوا الحكم فى الطلاق من غير فرق بين البائن، و الرجعى و وجهه (٦) حصول السبب المزيل للنكاح فى الجملة، خصوصاً بعد انقضاء عده (٧) الرجعى (٨)، فالتفويت حاصل على التقديرين (٩)، و لو قيل: بالفرق، و اختصاص الحكم بالبائن كان حسناً، فلو شهدا بالرجعى لم يضمننا إذ لم يفوتا شيئاً، لقدرته (١٠) على إزاله السبب بالرجعه و لو لم يراجع حتى انقضت العده احتمل الحاقه (١١) بالبائن و الغرم (١٢) و عدمه (١٣)، لتقصيره بترك الرجعه، و يجب تقييد الحكم فى الطلاق مطلقاً بعدم عروض وجه مزيل للنكاح، فلو شهدا به (١٤) ففرّق (١٥) و رجعا (١٦) فقامت بينه أنه كان بينهما رضاع محرّم فلا غرم إذ لا تفويت.

(١) أى نصف المهر.

(٢) أى بخلاف المهر.

(٣) ارتدت أو لا، و فسخت لعيب أو لا

(٤) أى قول الشيخ فى الخلاف.

(٥) أى و لعل التردد فيه.

(٦) أى وجه الاطلاق.

(٧) فترول العلقه الزوجيه بينهما.

(٨) سواء كان بائناً أو رجعيًا بعد انقضاء العده.

(٩) أى قدره الزوج.

(١٠) الحاق الرجعى.

(١١) فيما يغرم به الشاهدان.

(١٢) عدم الإلحاق.

(١٣) بائناً أو رجعيًا.

(١٤) بالطلاق.

(١٥) أى فرّق بين الزوجين.

(١٦) أى الشاهدان.

ص: ٢٠٧

و لو ثبت تزوير الشهود) بقاطع (١) كعلم الحاكم به (٢)، لا- بإقرارهما، لأنه رجوع، و لا بشهاده غيرهما، لأنه تعارض (نقض الحكم) (٣) لتبين فسادة، (و استعيد المال) إن كان المحكوم به مالا، (فإن تعذر أغرموا)، و كذا يلزمهم كل ما فات بشهادتهم، (و عزّروا (٤) على كل حال) سواء كان ثبوته قبل الحكم، أم بعده، فات شىء أم لا، (و شهروا) فى بلدهم و ما حولها، لتجنب شهادتهم، و يرتدع غيرهم، و لا- كذلك من تبين غلظه، أو ردّت شهادته لمعارضه بينه أخرى، أو ظهور فسق (٥)، أو تهمه، لإمكان كونه صادقا (٦) فى نفس الأمر فلم يحصل منه (٧) بالشهادة أمر زائد (٨).

(١) أى بدليل قطعى.

(٢) بالتزوير.

(٣) قد تقدم من الكلام فى أول بحث الرجوع.

(٤) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (شهود الزور يجلدون و ليس له وقت - أى عدد معين - ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى يعرفوا و لا يعودوا، قلت: فإن تابوا و أصلحوا تقبل شهادتهم بعد؟ قال: إذا تابوا تاب الله عليهم و قبلت شهادتهم بعد) (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن شهود الزور يجلدون حدا ليس له وقت، ذلك إلى الإمام، و يطاف بهم حتى تعرفهم الناس، و تلا- قوله تعالى: (وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَيْدَاءَ وَ أَوْلِيَّكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا) .

قلت: بم تعرف توبته؟ قال: يكذب نفسه على رءوس الأشهاد حيث يضرب و يستغفر ربه عز و جل، فإذا هو فعل ذلك فثمّ ظهرت توبته) ٢، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام كان إذا أخذ شاهد زور، فإن كان غريبا بعث به إلى حيه، و إن كان سوقيا بعث به إلى سوقه فطيف به، ثم يحبسه أياما ثم يخلى سبيله) ٣.

(٥) من غير الزور.

(٦) فى غير الشق الأول و هو ما لو تبين غلظه.

(٧) من الشاهد.

(٨) يوجب التعزير.

ص: ٢٠٨

كتاب الوقف

اشاره

ص: ٢٠٩

فى تعريفه

(و هو تحببب الأصل) (١) أى جعله على حاله لا- يجوز التصرف فيه شرعا على وجه ناقل له عن الملك إلا ما استثنى (٢)،(و إطلاق المنفعه) و هذا ليس تعريفًا، بل (١)عزّف الوقف بأنه عقد ثمرته تحببب الأصل و إطلاق المنفعه كما عن القواعد و التنقيح و إيضاح النافع و الكفايه و النافع و اللمعه هنا، لكن فى اللمعه ترك ذكر العقد كما هو المحكى عن المبسوط و فقه القرآن للراوندى و الوسيله و السرائر و الجامع و المهذب البارع و مجمع البرهان.

و تحببب الأصل هو المنع من التصرف فيه تصرفا ناقلا- لملكه، و المراد من إطلاق المنفعه هو إباحتها للجبهه الموقوف عليها بحيث يتصرف فيها كيف شاء و هذا التعريف ببعض خواصه تبعًا للنبوى (حبس الأصل و سبّل الثمره) (١)، و النبوى الآخر (إن شئت حبست أصله و سبّلت ثمرتها) ٢، و عدّل عن لفظ الثمر، الوارد فى الخبرين إلى مطلق المنفعه لأنها أعم، و عدّل عن التسييل إلى الإطلاق لأنه أظهر فى المراد، و لكن فى الصحاح:

(سبّل فلان ضيعته أى جعلها فى سبيل الله تعالى)، و من هنا كان التعبير بالتسييل أولى لتضمنه معنى القربه بخلاف الاطلاق فإنه غير دال على ذلك و قد عزّفه الشهيد فى الدروس بأنه الصدقه الجاريه تبعًا لما ورد فى النبوى (إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثه: إلا من صدقه جاريه، أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له) (٢).

و هذه التعاريف لفظيه أو بالآثار و الخواص فلا داعى للنقض عليها طردا و عكسا.

(٢) كما لو أدى بقاؤه إلى الخراب.

ص: ٢١١

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١ و ٢.

٢- (٣) صحيح مسلم ج ٥ ص ٧٣.

ذكر شيء من خصائصه، أو تعريف لفظي، موافقه للحديث الوارد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

حَبَسَ الْأَصْلَ، وَ سَبَّلَ الثَّمْرَةَ، وَ إِلَّا (١) لانتقض بالسكنى و أختيها (٢) و الحبس (٣)، و هى خارجه عن حقيقته (٤) كما سيشير إليه، و فى الدروس عرّفه بأنه الصدقه.

الجاريه تبعا لما ورد عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث، صدقه جاريه الحديث.

فى لفظه الصريح

(و لفظه الصريح) الذى لا يفتقر فى دلالته عليه إلى شيء آخر (٥) (وقفت) خاصه على أصح القولين (٦) (و أما حَبَسَتْ وَ سَبَّلَتْ (٧) وَ حَرَّمَتْ وَ تَصَدَّقَتْ (٨) فمفتقر إلى القرينه) كالتأيد (٩)، وَ نَفَى الْبَيْعِ وَ الْهَبَةِ وَ الْإِرْثِ، فَيَصِيرُ بِذَلِكَ (١٠) صَرِيحًا.

(١) بحيث كان تعريفا حقيقيا.

(٢) و هما العمري و الرقبى.

(٣) و فى الجميع تحييس الأصل و إطلاق المنفعه.

(٤) أى حقيقه الوقف لأنه فك ملك مع التحييس المذكور بخلافها فلا فك للملك فيها.

(٥) من قرينه.

(٦) بلا خلاف فيه كما فى المسالك، و لكن فى الجواهر (نعم عن الشافعى فى بعض أقواله أنها كناية عن الوقف، و عن الفاضل فى التذكرة أنه من أغرب الأشياء).

(٧) فذهب جماعه منهم العلامة فى التذكرة و القواعد إلى أنهما صريحان فى الوقف، و مثلهما أحبست بزياده الهمزه، و هو المنقول عن الخلاف و الغنيه و الجامع نظرا إلى الاستعمال العرفى لهما فى الوقف مجردين كما ورد فى النبوى المتقدم (حَبَسَ الْأَصْلَ وَ سَبَّلَ الثَّمْرَةَ) (١).

و عن الأكثر العدم، بل هما محتاجان إلى القرينه حتى يفهم الوقف منهما، و استعمالهما فى الوقف فى النبوى أعم من الحقيقه.

(٨) لا خلاف فى عدم صراحه هاتين الصيغتين فى الوقف، و مثلهما ابدت فلا تحمل على الوقف إلا مع القرينه.

(٩) تمثيل للقرينه و كذا ما بعده من نفى البيع و الهبه و الإرث.

(١٠) أى بسبب القرينه.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حدیث ١.

وقيل: الأولان (١) صريحان أيضا بدون الضميمة، و يضعف باشتراكهما بينه (٢) و بين غيره، فلا يدل على الخاص بذاته (٣) فلا بد من انضمام قرينه تعيينه. و لو قال جعلته وقفا (٤)، أو صدقه مؤبده محرمة كفى (٥)، وفاقا للدروس، لأنه كالصريح. و لو نوى الوقف فيما يفتقر إلى القرينه وقع باطنا (٦) و دّين بنيته لو ادعاه (٧)، أو ادعى غيره (٨)، و يظهر منه عدم اشتراط القبول مطلقا (٩)، و لا القربه (١٠).

أما الثانى (١١) فهو أصح الوجهين، لعدم دليل صالح على اشتراطها و إن توقف عليها الثواب.

(١) أى حبست و سبّلت.

(٢) بين الوقف.

(٣) من دون قرينه.

(٤) و لم يقل: وقفته.

(٥) لصراحتهما فى الوقف و إن كان فيهما خروج عن صيغ الوقف المنقوله.

(٦) أى فى نفس الأمر.

(٧) أى ادعى الوقف من اللفظ المفتقر إلى القرينه.

(٨) لاحتمال إرادته غير الوقف منه بعد كونه ليس صريحا فيه، بخلاف اللفظ الصريح فى الوقف فإنه يحكم عليه بالوقفية من دون توقف لمعرفة نيته.

(٩) سواء كان الوقف على جهة عامه أو على من يمكن فى حقه القبول.

(١٠) لأنه تكلم عن الايجاب فقط من دون اشتراطه بالقبول أو القربه.

(١١) أى القربه، فعن المفيد و ابن زهره و الحلبي و العلامه فى القواعد و التذكرة و الارشاد اشتراط القربه، بل عن الغنيه و السرائر دعوى الاجماع عليه، و هو ممنوع إذ أكثر عبارات الأصحاب خاليه عنها، و عل كل فقد استدل على الاشتراط بإطلاق لفظ الصدقه عليه فى الكثير من النصوص (١)، بل لم يذكر الوقف فى النصوص الواردة فى وقف أمير المؤمنين عليه السّلام و سيده النساء صلوات الله عليها إلا- بلفظ الصدقه بل و غيرهما من الأئمه عليهم السّلام (٢)، و من المعلوم اعتبار القربه فى الصدقه خصوصا بعد هذين الصحيحين -

ص: ٢١٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٣ و ٤، و الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات
حديث ١ و ٤ و ٥.

و هما: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقه ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل) (١)، و صحيح هشام و حماد و ابن أذينة و ابن بكير و غيرهم كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقه ولا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز وجل) (٢)، و من باب التبرك نذكر خبراً متضمناً لوقف أمير المؤمنين عليه السلام و هو خبر ربيع بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدار له في المدينة في بنى زريق فكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما تصدق به على بن أبي طالب و هو حى سوى، تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقه لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات و الأرض، و أسكن هذه الصدقه خالاته ما عشن و عاش عقبهن، فإذا انقضوا فهى لذى الحاجه من المسلمين) (٢).

و عن الأكثر كما قيل عدم الاشتراط للأصل، و لكون فاقدها عقداً فيندرج تحت قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣) بناء على اعتبار القبول فيه و لو فى بعض أفرادها، و للإطلاق فى النبوى (حبس الأصل و سبب الثمره) (٤) و للإطلاق فى مكاتبه الصغار لأبى محمد الحسن بن على عليه السلام (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله) (٥) و الأحوط و هو الأقوى اعتبار القربة للصحيحين السابقين من نفى الصدقه بدون القربة، و للتصريح بها فى وقف أمير المؤمنين عليه السلام كما فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (بعث إلى بهذه الوصيه أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به و قضى فى ماله عبد الله على ابتغاء لوجه الله ليولجنى به الجنة و يصرفنى به عن النار، و يصرف عنى النار يوم تبيض وجوه و تسود وجوه، إن ما كان لى من مال بينبع، يعرف لى فيها و ما حولها صدقه - إلى أن قال - و إن الذى كتبت من أموالى هذه صدقه واجبه بتله، حيا أنا أو ميتا، ينفق فى كل نفقه بها وجه الله فى سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بين المطلب و القريب - إلى أن قال - هذا ما قضى به على بن أبى طالب فى أمواله هذه - إلى أن قال - ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة، و الله المستعان على كل حال، و لا يحل لامرئ مسلم يؤمن بالله اليوم الآخر أن يغير شيئاً مما أوصيت به فى مالى و لا يخالف فيه أمرى -

ص: ٢١٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

٣- (٤) سورة المائدة، الآية: ١.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

و أما الأول (١) فهو أحد القولين، و ظاهر الأكثر، لأصالة عدم الاشتراط، -من قريب و لا بعيد(١) و صحيحه الآخر قال (أوصى أبو الحسن عليه السّلام بهذه الصدقة: هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليهما السّلام، تصدق بأرضه في مكان كذا و كذا كلها، و حد الأرض كذا و كذا، تصدق بها كلها و نخلها و أرضها و قناتها و ماءها و أرحابها - أرحاءها - و حقوقها و شربها من الماء، و كل حق حولها - إلى أن قال - تصدق موسى بن جعفر بصدقته هذه و هو صحيح صدقه حسباً بتا بتلا مبتوته لا رجعه فيها و لا ردّ ابتغاء وجه الله و الدار الآخرة، لا- يحلّ لمؤمن يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يبيعها و لا يبتاعها و لا يهبها و لا ينحلها و لا يغيّر شيئاً مما وصفته عليها حتى يرث الأرض و من عليها(٢) و لصحيح جميل (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقه و هم صغار، أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقة لله تعالى(٣) ، و خبر عبيد بن زرارته عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره و قال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله)٤، و قد أريد من الصدقة الوقف في هذين الخبرين بالاتفاق، و هما صريحان في اشتراط القرية في الوقف، و قال الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء في كتابه القيم (تحرير المجله): (الكتاب الخامس في الوقف، و قد جرت عادة الفقهاء على التعبير عن هذا العمل الخيري بهذا العنوان الذي لم يرد التعبير به في الكتاب الكريم أصلاً، و لا في السنه و الحديث إلا نادراً، و إنما التعبير الشائع عنه في السنه و أحاديث الأئمة سلام الله عليهم هو الصدقة و الصدقة الجارية، و في أوقاف أمير المؤمنين و الزهراء سلام الله عليهم هذا ما تصدق به علي و فاطمه) انتهى.

ثم قد ورد لفظ (بتا بتلا)، و البت هو القطع قال في مجمع البحرين: (و صدقه بته بتله، أى مقطوعه عن صاحبها لا رجعه له فيها) و قال في لسان العرب: (صدقه بته بتله، إذ قطعها المتصدق بها من ماله، فهي بائنه من صاحبها، قد انقطعت منه).

نعم قد ورد في بعض الأخبار كخبر ربعي من عبد الله المتضمن لوقف أمير المؤمنين عليه السّلام داره في بني زريق لخالاته و قد تقدم، و هو مجرد عن ذكر القرية لكنه لا يصلح دليلاً لأنه ليس في مقام البيان من هذه الجهة.

(١) أى القبول فعن الأكثر عدم اشتراطه، إذ ليس في النصوص ما يدل عليه خصوصاً ما-

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٢ و ٥.

ولأنه إزاله ملك فيكفي فيه الإيجاب كالعقود، وقيل: يشترط إن كان الوقف على من يمكن في حقه القبول، وهو أجد، و بذلك (١) دخل في باب العقود، لأن إدخال شيء في ملك الغير يتوقف على رضاه، وللشك في تمام السبب بدونه (٢) فيستصحب (٣)، فعلى هذا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمه، من اتصاله (٤) بالإيجاب عادة و وقوعه بالعريه و غيرها (٥).

نعم لو كان على جهه عامه، أو قبيله كالفقراء لم يشترط، و إن أمكن قبول الحاكم له (٦)، و هذا هو الذى قطع به فى الدروس و ربما قيل: باسئراط قبول الحاكم فيما له ولايته. و على القولين لا يعتبر قبول البطن الثانى، و لا رضاه (٧)، -تضمن وقفا قد صدر من أمير المؤمنين أو سيده النساء أو بقيه الأئمه عليهم السلام على ما تقدمت الإشارة إلى هذه الأخبار، و لأنه فك ملك فيكفي فيه الايجاب كالعقود.

و عن جماعه منهم صاحب الجواهر اشئراط القبول مطلقا، لإطباقهم على أنه عقد فيعتبر فيه الايجاب و القبول كسائر العقود، و لأن إدخال شيء في ملك الغير موقوف على رضاه، لأن الأصل عدم الانتقال بدونه، و للشك في تماميه السبب بدونه فيستصحب ملك المالك.

و فصل ثالث و هو المحقق فى الشرائع و العلامه و الشهيدان و غيرهم أنه إذا كان على جهه خاصه فيشترط لما ذكر، و لإمكان القبول حينئذ، و إن كان على جهه عامه كالفقراء و المساجد فلا يعتبر، لأن الملك ينتقل فيه إلى الله تعالى بخلاف الأول فإنه ينتقل إلى الموقوف عليه.

و عن العلامه فى التذكرة الميل إلى اشئراط قبول الحاكم فى الجهات العامه كما هو نائب فى استيفاء القصاص و الحدود، و استقر به الكركى فى جامعہ.

(١) و بالقبول دخل الوقف فى باب العقود.

(٢) بدون رضا الغير.

(٣) أى يستصحب ملك المالك لو وقع الوقف بدون قبول.

(٤) أى اتصال القبول.

(٥) كما سيأتى ذكره فى عقد البيع.

(٦) للوقف العام.

(٧) للزوم الوقف بقبول البطن الأول هذا إذا اشترطنا القبول، و إلا فهو لازم عند إنشاء الايجاب.

لتماميه الوقف قبله (١) فلا ينقطع، و لأن قبوله (٢) لا يتصل بالإيجاب، فلو اعتبر لم يقع له (٣).

فى عدم لزومه بدون القبض

(و لا يلزم) الوقف بعد تمام صيغته (بدون القبض) (٤) و إن كان فى جهه عامه (١) قبل البطن الثانى.

(٢) قبول البطن الثانى.

(٣) أى لم يقع قبول الثانى للوقف السابق لاشتراط الاتصال.

(٤) فالقبض شرط فى صحه الوقف من جهه، و الإقباض و هو القبض بإذن الواقف شرط فى لزوم العقد من جهه أخرى.

فالقَبْضُ شرط فى الصحه بلا خلاف فيه بين أصحابنا كما فى المسالك، فكما لا ينعقد الوقف إلا بالقبول المنضم إلى الإيجاب فكذلك لا ينعقد إلا بالصحه المنضمه إلى العقد، لصحيح صفوان بن يحيى عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يقف الضيعه ثم يبدو له أن يحدث فى ذلك شيئاً، فقال: إن كان وقفها لولده و لغيرهم ثم جعل لها قتيماً لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا صغاراً و قد شرط ولايتها لهم حتى يبلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها، و إن كانوا كباراً و لم يسلمها إليهم و لم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها، لأنهم لا يحوزونها عنه و قد بلغوا) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز لأن والده هو الذى يلى أمره) (٢) و صحيح جميل (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقه و هم صغار أله أن يرجع فيها؟ قال: لا، الصدقه لله تعالى) (٣)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل تصدق على ابنه بالمال أو الدار، أله أن يرجع فيه؟ قال: نعم إلا أن يكون صغيراً) (٤)، و خبر أبى الحسين محمد بن جعفر الأسدى - فيما ورد عليه من جواب مسأله عن محمد بن عثمان العمرى - عن صاحب الزمان عجل الله تعالى فرجه (و أما ما سألت عليه من الوقف على ناحيتنا و ما يجعل لنا ثم يحتاج إليه صاحبه، فكل ما لم يسلم فصاحبه فيه بالخيار، و كل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه، احتاج أو لم يحتج، افتقر إليه أو استغنى عنه) (٥)، و خالف بعض العامه فجعله لازماً بمجرد الصيغه و إن لم يقبض فلذا رد عليه فقهاؤنا بأن الإقباض شرط فى لزوم العقد و مراده منه أن القبض شرط فى صحه العقد بمعنى أن القبض جزء -

ص: ٢١٧

قبضها الناظر فيها، أو الحاكم، أو القيم المنصوب من قبل الواقف لقبضه، و يعتبر وقوعه (١) (بإذن الواقف) كغيره (٢) لامتناع التصرف في مال الغير بغير إذنه، و الحال أنه لم ينتقل إلى الموقوف عليه بدونه (٣)، (فلو مات) الواقف (قبله) أى قبل قبضه المستند إلى إذنه (بطل) (٤)...

-السبب الناقل فما قبل القبض لا نقل و لا انتقال، و بعد القبض فيكون العقد و القبض هما السبب الناقل، هذا هو مرادهم من شرط اللزوم، و ليس مرادهم أن العقد بنفسه يوجب النقل المترزل كالمملك في زمن الخيار في البيع بحيث إذا تحقق القبض انتفى التزلزل و استقر الملك و لزوم، و لذا قال الشارح في المسالك: (لا خلاف عندنا في اشتراط القبض في تمامه الوقف بحيث يترتب عليه أثره، بمعنى كون انتقال الملك مشروطا بالايجاب و القبول و القبض، فيكون العقد جزء السبب الناقل، و تمامه القبض، فقبله يكون العقد صحيحا في نفسه لكنه ليس بناقل للملك، فيجوز فسخه قبله، و يبطل بالموت قبله، و النماء المتخلل بين العقد و القبض للواقف، و بهذا يظهر أن القبض من شرائط صحة الوقف كما عبّر به المصنف و جماعه، و لكن بعضهم عبّر بأنه شرط اللزوم، و لا يريدون به معنى غير ما ذكرناه، و إن كان من حيث اللفظ محتملا لكونه عقدا تاما ناقلا للملك نقلا غير لازم، كالمملك في زمن الخيار للبائع، فإن النماء المتخلل على هذا التقدير للمنتقل إليه، و ليس كذلك هنا اتفاقا، و إنما أراد بكونه شرطا في اللزوم أن العقد لا يتم و لا يلزم بحيث يترتب أثره، أو أن العقد لا يلزم و لا يتحقق بدونه و نحو ذلك) انتهى.

(١) وقوع القبض.

(٢) من التصرفات لأن العين ما زالت على ملك الواقف، و لا- يوجب العقد القبض بل يجوز للواقف الرجوع فلذا اشترط في القبض إذن.

(٣) بدون الوقف.

(٤) لعدم تحقق القبض الذي هو شرط كما عرفت و لخصوص خبر عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تصدق على ولد له قد أدركوا، قال: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث، فإن تصدق على من لم يدرك من ولده فهو جائز، لأن الوالد هو الذي يلي أمره، و قال: لا يرجع في الصدقة إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله) (١).

ثم لا- تشترط الفوريه في القبض لظاهر هذه الخبر حيث علق البطلان بعدم القبض إلى أن يموت، و لازمه الاكتفاء بالقبض قبل الموت متى حصل، و كذا الأخبار المتقدمه في-

ص: ٢١٨

و روايه عبيد بن زراره صريحه فيه، و منه (١) يظهر أنه لا تعتبر فوريتها.

و الظاهر أن موت الموقوف عليه كذلك (٢)، مع احتمال قيام وارثه مقامه (٣)، و يفهم من نفيه للزوم بدونه (٤) أن العقد صحيح قبله (٥) فينتقل الملك انتقالا مترلزلا يتم بالقبض (٦)، و صرح غيره و هو (٧) ظاهره في الدروس أنه (٨) شرط الصحة، و تظهر الفائده في النماء المتخلل بينه (٩) و بين العقد (١٠)، و يمكن أن يريد هنا بالزوم الصحة بقريته حكمه بالبطلان لو مات قبله (١١)، فإن ذلك (١٢) من -اشتراط القبض ظاهره في عدم فوريتها بلا خلاف فيه إلا من العلامه في القواعد باعتبار أنه شرط في الصحة فيكون كالقبول من العقد، و فيه: إن فوريه القبول العرفيه تحقيقا لمعناه و هذا غير جار في القبض، فضلا عن ظهور الأخبار المتقدمه في عدم فوريه القبض.

(١) أى و من الخبر.

(٢) يوجب بطلان الوقف لو مات قبل قبضه، و هو واضح، و فى التحرير للعلامه التوقف فى صحته إذا قبض البطن الثانى، و فيه: إن المراد من القبض هو القبض الصادر ممن له القبول فى العقد و ما هو إلا- البطن الأول كما هو الظاهر من صحيح صفوان المتقدم (١).

(٣) فى القبض، و هو بعيد جدا إلا أن يكون مراده بالوارث هنا هو البطن الثانى و هذا ما أوجب توقف العلامه فى التحرير على ما تقدم، مع أنه لا يشترط فى وارث الموقوف عليه أن يكون هو البطن الثانى فى الوقف، لأن الذى يحدّد البطن الثانى هو الواقف.

(٤) بدون القبض.

(٥) قبل القبض.

(٦) قد عرفت أن مراد من صرح بالزوم ليس ذلك، بل مراده أنه شرط الصحة.

(٧) أى ما صرح به الغير.

(٨) أن القبض.

(٩) بين القبض.

(١٠) فالنماء للواقف بناء على أن القبض شرط الصحة، و هو للموقوف عليه بناء على أن القبض شرط فى الزوم بالمعنى الذى ذكره الشارح هنا.

(١١) بل هو المتعين، و هذا ما جزم به الشارح فى كلامه المنقول سابقا عن المسالك.

(١٢) أى البطلان بموت الواقف قبل القبض.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

مقتضى عدم الصحه، لا لزوم كما صرح به فى هبه الدروس، واحتمل إرادته (١) من كلام بعض الأصحاب فيها (٢)

فى ما يدخل فى وقف الحيوان

(و يدخل فى وقف الحيوان لبنة و صوفه) و ما شاكله (٣) (الموجودان حال العقد (٤) ما لم يستثنهما (٥)، كما يدخل ذلك فى البيع، لأنهما كالجزة من الموقوف بدلاله العرف، و هو الفارق بينهما و بين الثمره (٦) فإنها لا تدخل و إن كانت طلعا لم يؤبر.

فى عدم جواز الرجوع فى الوقف

(و إذا تم) الوقف (لم يجر الرجوع فيه)، لأنه من العقود اللازمه (٧)، (و شرطه) مضافا إلى ما سلف (٨) (التنجيز) (٩) فلو علقه على شرط، أو صفه بطل (١) أى إرادته الصحه من اللزوم.

(٢) أى فى هبه الدروس.

(٣) كالوبر.

(٤) بخلاف المتجددان بعد تماميه الوقف فإنهما للموقوف عليه بلا خلاف.

(٥) فالصوف على ظهر الشاه و اللبن فى داخل الضرع حال وقفها داخلان فيما اقتضاه الوقف نظرا إلى العرف كما لو باعها بلا خلاف فيه بين من تعرض لهذا الفرع كما فى الجواهر.

(٦) فالثمره على الشجره كالحمل فى داخل الشاه كلاهما لا يدخلان لعدم دلالة العرف من لفظ الشجره و النخل عليهما، هذا بالنسبه لما هو موجود حال العقد، و أما المتجدد بعد الوقف فلا إشكال فى كونه للموقوف عليه.

(٧) بلا- خلاف و لا إشكال فيه بيننا، و هو الظاهر من الأخبار فى خبر عبيد بن زراره المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يرجع فى الصدقه إذا تصدق بها ابتغاء وجه الله) (١).

خلافاً لأبى حنيفه حيث زعم أنه لا يلزم، و للواقف الرجوع فيه ثم لورثته بعده، إلا أن يرضوا به بعد موته أو يحكم به حاكم.

هذا كله إذا صدر الوقف من الواقف فى زمان الصحه، و أما لو صدر فى مرض الموت فإن أجازته الورثه نفذ الوقف من الأصل، و إلا- اعتبر من الثلث لأنه كباقى منجزاته من الهبه و المحاباه فى البيع بلا خلاف فى ذلك و سيأتى الدليل على ذلك فى كتاب الوصايا.

(٨) و هو القبض.

(٩) بلا خلاف و لا إشكال لمنافاه التعليق للعقد، لأن العقد يقتضى ترتيب أثره عليه حال وقوعه، و التعليق يقتضى المنع، و من هنا كان التعليق على الذى لا يقتضى التفكيك بين-

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

إلا أن يكون واقعا (١)، و الواقف عالم بوقوعه كقوله: وقفت إن كان اليوم الجمعة، و كذا في غيره من العقود (٢)،(و الدوام) (٣) فلو قرنه بمده، أو جعله على من ينقرض غالبا (٤) لم يكن وقفا، و الأقوى صحته حسبا يبطل -العقد و بين أثره لا يضر كما لو قال: وقفت إن كان اليوم الجمعة، للعالم بذلك، نعم لا فرق في التعليق المبطل بين تعليق العقد على الوصف الذى لا بد من وقوعه كمجىء رأس الشهر و هو الذى يطلق عليه الصفه، و بين تعليقه على ما يحتمل وقوعه كقدوم زيد و هو المعبر عنه بالشرط كما فى المسالك.

(١) حال العقد.

(٢) إذ التعليق ينافى كل عقد لا خصوص عقد الوقف.

(٣) بلا خلاف فيه لأن الوقف شرطه التأييد فإن لم يحصل الشرط بطل، و فى المسالك:

(و قيل: إنما يبطل الوقف و لكن يصير حسبا - إلى أن قال - لكن هذا إنما يتم مع قصد الحبس فلو قصد الوقف الحقيقى و جب القطع بالبطلان لفقد الشرط) انتهى.

(٤) كما لو وقف على البطن الأول من أولاده و لم يذكر المصرف بعدهم فقد اختلفوا على أقوال:

الأول: بطلان الوقف و أرسله الشيخ فى المبسوط عن البعض، لأن الوقف شرطه التأييد، فإذا لم يرد الواقف الوقف إلى ما يدوم لم يتحقق الشرط.

الثانى: صحته وقفا، لصحيح على بن مهزيار (قلت له: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام أن كل وقف إلى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، و كل وقف إلى غير وقت جهل مجهول فهو باطل على الورثة، و أنت أعلم بقول آبائك عليهم السلام: هكذا هو عندى) (١)، و صحيح الصفار (كتبت إلى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو، فقد روى أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: إن الموقت هو الذى يذكر فيه أنه وقف على فلان و عقبه فإذا انقضوا فهو للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و قال آخرون: هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان و عقبه ما بقوا، و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين إلى أن يرث الله الأرض و من عليها، و الذى هو غير موقت أن يقول: هذا وقف و لم يذكر أحدا، فما الذى يصح من ذلك؟ و ما الذى يبطل؟

فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها إن شاء الله) ٢-.

ص: ٢٢١

بانقضائها (١)، و انقراضه (٢)، فيرجع (٣)...

فليس المراد من الوقت في هذين الخبرين هو الأجل كما هو معناه العرفي، بل المراد به تعيين الموقوف عليه، وقد اعترف الشيخ في التهذيب والاستبصار بأنه كان متعارفا بينهم، ويشهد لهذا التفسير الصحيح الثاني، هذا من جهة و من جهة أخرى فالموقت الذي فيه تعيين الموقوف عليه هو الصحيح كما هو صريح الخبرين دون غيره الذي لم يعين الموقوف عليه فهو باطل، و هذا التعيين أعم من أن يعين من ينقرض غالبا أو يدوم كما هو تفسير الموقت في الصحيح الثاني و قد أقره الإمام عليه السلام و حكم بنفوذه.

و من جهة ثالثة فإذا كان الوقف على من ينقرض غالبا جائزا مع أنه يشترط في الوقف التأييد لذا حمل أكثر الأصحاب الوقف هنا على الحبس، بمعنى أن الوقف باق على ملك الواقف و إنما حبست على الموقوف عليه منافعه، و لذا حكموا برجوع الوقف إلى ورثة الواقف بعد انقراض الموقوف عليهم.

و قد صرح أكثر من واحد بأن مرادهم بصحة الوقف هنا هو الحبس، بل جعل سيد الرياض المسألة على قولين فقط، البطلان و الصحة مع كون المراد بالصحة هو الحبس لا-الوقف، و أصرّ صاحب الجواهر أن مراد الأصحاب من الوقف هو الوقف بمعناه المعروف غايته أنه قسم من أقسام الوقف لأن بعض أقسامه مؤبده و هذا غير مؤبد، و غير المؤبد هذا بحكم الحبس لا أنه نفس الحبس، كيف و الحبس مختلف عن الوقف حقيقه، و غير المؤبد هذا هو المسمى بالوقف المنقطع الآخر، و هو الظاهر من الصحيح الثاني (الوقف بحسب ما يوقفها إن شاء الله) و هو شامل للمنقطع و المؤبد فضلا عن التصريح بكونه وقفا فحمله على الحبس على خلاف الظاهر. و المسألة على ثلاثة أقوال لا على قولين كما فعله سيد الرياض.

(١) بانقضاء المده، و فيه: ما تقدم منه في المسالك عدم جواز صحة الحبس مع إرادته الوقف من الصيغه.

(٢) انقراض الموقوف عليه، و فيه: كيف جاز الحكم بصحة الحبس مع عدم إرادته بل و إرادته الوقف من الصيغه، بل هو صحيح باعتبار أنه وقف منقطع الآخر.

(٣) تفرغ على ما لو جعله على من ينقرض غالبا و قد حكمنا بصحة الوقف بعنوان أنه وقف، لا بعنوان أنه حبس، إذ لو كان حسبا فلا إشكال في بقاءه على ملك الحابس فلا معنى للبحث في رجوعه إليه بعد انقراض الموقوف عليه.

و على كل فقد اختلفوا فيه على أقوال:

الأول: و هو قول الأكثر أنه يرجع إلى ورثة الواقف لأنهم وقفوه على من ذكر فلا يتعدى به إلى غيرهم.-

إلى الواقف، أو وارثه (١) حين انقراض الموقوف عليه كالولاء. و يحتمل إلى وارثه عند موته و يسترسل فيه إلى أن يصادف الانقراض، و يسمى هذا منقطع الآخر، و لو انقطع أوله (٢)، أو وسطه (٣)، أو طرفاه (٤) فالأقوى بطلان ما بعد القطع (٥)، فيبطل الأول (٦) و الأخير (٧) و يصح أول الآخر (٨).

-الثانى: انتقاله إلى ورثه الموقوف عليه، كما عن المفيد و ابن إدريس و قواه العلامه، لانتقال الملك إلى الموقوف عليه بالوقف قبل الانقراض، و بعده يستصحب الملك، و لأن عوده على الواقف بعد خروجه مفتقر إلى السبب و هو غير موجود هنا.

الثالث: أنه يصرف في وجوه البر، ذهب إليه ابن زهره في الغنيه و قواه العلامه فى المختلف، لخروج الملك عن الواقف فلا يعود إليه، و عدم تعلق العقد بورثه الموقوف عليه مع عدم القصد إليهم فلا ينتقل إليهم، و لا يبقى شىء أقرب إلى مقصود الواقف إلا صرفه فى وجوه البر.

(١) قال الشارح فى المسالك: (والمعتبر وارثه عند انقراض الموقوف عليه كالولاء، و يحتمل وارثه عند موته - أى موت الواقف - مسترسلا إلى أن يصادف الانقراض، و تظهر الفائده فيما لو مات الواقف عن ولدين، ثم مات أحدهما عن ولد قبل الانقراض، فعلى الأول يرجع إلى الولد الباقي خاصه، و على الثانى يشترك هو و ابن أخيه لتلقيه من أبيه كما لو كان حيا).

(٢) كالوقف على المعدوم ثم على الموجود، كما لو وقف على ابن زيد ثم على نفس زيد، و زيد لم يكن له ابن، فيبطل لأن الوقف تسليط على الملك فى الحال فيشترط أهليه الموقوف عليه لذلك، و المعدوم لا أهليه له بلا خلاف فى ذلك.

(٣) كالوقف على الموجود ثم المعدوم ثم الموجود كما لو وقف على زيد ثم ابنه، ثم أبيه، مع عدم تحقق ابن لزيد، لأن الوقف الخاص مشروط بوجود شخص خاص فى كل زمان، يكون هو الموقوف عليه فى ذلك الزمان.

(٤) كالوقف على المعدوم ثم الموجود ثم المعدوم، كما لو وقف على ابن زيد ثم ابن زيد مع العلم بعدم تحقق ولد لزيد مطلقا.

(٥) لاشرط أهليه الموقوف عليه للملك و المعدوم لا أهليه له.

(٦) أى منقطع الأول.

(٧) أى منقطع الطرفين.

(٨) أى قبل الانقطاع من منقطع الوسط، و سيأتى تتمه الكلام فى ذلك عند التعرض لشرائط الموقوف عليه.-

(و الإقباض) (١) و هو تسلط الواقف للقبض (٢) عليه (٣)، و رفع يده عنه له، و قد يغير الإذن فى القبض الذى اعتبره سابقا (٤) بأن يأذن فيه و لا يرفع يده عنه، (و إخراجة عن نفسه (٥) فلو وقف على نفسه بطل و إن عقبه بما يصح الوقف عليه (٦)، لأنه حينئذ منقطع الأول، و كذا لو شرط لنفسه الخيار فى نقضه متى (١) قد تقدم الكلام فى أن القبض شرط فى صحة الوقف، و تقدم أن عقد الوقف لا يوجب القبض، فلذا جاز للواقف الرجوع بعدم القبض، و من هنا يتبين أن القبض مشروط بإذن الواقف و هو المسمى بالإقباض، لأنه لا يجوز التصوف فى مال الغير إلا بإذنه.

(٢) و هو الموقوف عليه.

(٣) على الوقف.

(٤) و فيه: إن المصنف قد اعتبر القبض بالإذن لا- الإذن فى القبض، و القبض بالإذن هو عين الإقباض، نعم الإقباض يغير الإذن فى القبض باعتبار ما قاله الشارح إذ قد يأذن فى القبض و لا يرفع يده عن العين، ثم إن الشارح أراد أن يرفع تكرار القبض فى عبائر المصنف، فإذا كان المصنف قد ذكر القبض سابقا فلم ذكره هنا، و كانت إجابته - كما عرفت - أن المصنف قد ذكر فى السابق الإذن فى القبض و هنا قد ذكر القبض بالإذن و هما متغايران، و قد عرفت عدم جدوى هذه المحاولة من الشارح، نعم سبب التكرار أن المصنف سابقا كان يتكلم فى شرائط العقد و ذكر أن العقد غير لازم بنفسه ما لم ينضم إليه القبض خلافا لبعض العامة، و هنا تكلم عن الإقباض لأنه بصدد ذكر شرائط الوقف فلا تغفل.

(٥) فلو وقف على نفسه لم يصح بلا خلاف فيه، لاقتضاء الوقف تمليك العين للموقوف عليه، و لا معنى لتمليك ملكه لنفسه بعد ثبوته له، و خالف بعض العامة بدعوى أن استحقاق الشيء وقفا غير استحقاقه ملكا و هو واضح الفساد.

(٦) بحيث وقف على نفسه ثم على غيره، فهو منقطع الأول و قد عرفت بطلانه، و لكن هل يصح فى حق غيره قولان، فالمشهور على البطلان لأن اللازم من الصحة أحد أمور ثلاثه معلومه البطلان و هى: إما صحة الوقف مع انتفاء الموقوف عليه، و إما وقوع الوقف المشروط، أو عدم جريان الوقف على حسب ما أراد الواقف، ضروره أنه حال الوقف إن لم يكن موقوفا عليه فهو الأول، أو الثانى، و إن فرض أن الموقوف عليه هو البطن الثانى فهو الثالث.

و عن الشيخ فى خلافه و مبسوطه يصح، لأنه لا دليل على بطلانه كما عن الخلاف، و قد عرفت قيام الدليل على البطلان.

شاء، أو فى مده معينه (١)، نعم لو وقفه على قبيل هو منهم ابتداء، أو صار منهم شارك (٢)، أو شرط عوده إليه عند الحاجه (٣) فالمروى و المشهور اتباع شرطه، (١) فاشتراط الخيار فى الوقف من دون حاجه موجب لبطلان الوقف بلا- خلاف فيه، لمنافاه الخيار للزوم فى الوقف، لأن اللزوم ينافى فسحه اختيارا، و لم يظهر الخلاف إلا من عبارته التحرير و قال فى الجواهر (لم يعلم أنها له أو للشيخ، و على كل حال لا ريب فى شذوذها).

(٢) لأنه ليس وقفا على نفسه بل على الجهه المخصوصه، و لهذا لا- يعتبر قبولهم و لا- قبضهم بل ينتقل الوقف إلى الله تعالى فيجوز لكل من اتصف بهذه الصفه أن ينتفع بمنافعه، فلو فرض أن نفس الواقف كان موصوفا بها حال الوقف، أو بعده فلا مانع من الانتفاع إذ ليس فيه تملك العين لنفسه حتى يمتنع، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من المنع لأنه قد خرج الوقف عنه فلا يعود.

(٣) الفرق بين هذا و ما تقدم من اشتراط الخيار هو لو ظهرت الحاجه لانفسخ العقد من نفسه بخلاف السابق فله الحق فى الفسخ، و أن الفسخ هنا للحاجه و هناك لاختياره و إن لم تكن حاجه فى البين.

و البحث من جهتين تاره فى صحه هذا الشرط و أخرى على تقدير الصحه هل يكون وقفا أم يصير بالشرط المذكور حسبا، أما الأول فذهب المعظم إلى الصحه لخبر إسماعيل بن الفضل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتصدق ببعض ماله فى حياته فى كل وجه من وجوه الخير، و قال: إن احتجت إلى شىء من المال فأنا أحق به، ترى ذلك له، و قد جعله لله، يكون له فى حياته فإذا هلك الرجل يرجع ميراثا أو يمضى صدقه؟ قال:

يرجع ميراثا على أهله) (١)، و ظاهره صحه الشرط فى الوقف فى حال حياته و إن أوجب عليه السلام الرجوع ميراثا بعد الموت.

و ذهب الشيخ فى أحد قوليه و ابن إدريس و المحقق فى النافع إلى البطلان، لأن الشرط على خلاف مقتضى العقد، لأن الوقف يستدعى إخراج الملك عن الواقف، و إذا خرج فلا يعود إليه أبدا، و الشرط مناف لذلك فيفسد و به يفسد العقد بعد استضعاف الخبر لاشتمال سنده على أبان، و الظاهر أنه ابن عثمان و حاله معلوم لأنه فاسد المذهب لكونه من الناووسيه.

و ردّ بأن الكشى فى كتابه قد نقل أن العصابه قد أجمعت على تصحيح ما يصح عن أبان

ص: ٢٢٥

و يعتبر حينئذ (١) قصور ماله عن مؤنه سنة (٢) فيعود عندها (٣) و يورث عنه لو مات و إن كان قبلها (٤)، و لو شرط أكل أهله منه صح الشرط (٥) كما فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ -و الإقرار له بالفقه، فضلا عن انجبار ضعف السند بعمل معظم الأصحاب.

و أما الثاني فعلى تقدير صحه الشرط كما هو الأقوى، و عند حدوث الحاجه يجوز له الرجوع و يصير ملكا و يبطل الوقف، و إن لم يرجع أو لم يحتج حتى مات هل يبطل الوقف لصيرورته بالشرط المذكور حسبا أم يستمر الوقف على حاله، فقد اختار المحقق و العلامة و جماعه الأول عملا بالروايه المذكوره، و لأن الوقف يقتضى التأييد و الشرط ينافيه فلا بد من حمل الخبر على الحبس و لم تخرج العين عن ملك المالك فلذا يأخذها ورثته عند موته.

و ذهب المرتضى و العلامة فى المختلف إلى الثاني، لأن صحه العقد تقتضى خروج العين عن ملكه فإذا مات و لم يرجع فكيف تأخذها الورثه، و فيه: إن الروايه حجه عليهم بعد حمل الوقف فيها على الحبس.

(١) أى حين عود الوقف إليه عند الحاجه.

(٢) تحقيقا لمعنى الحاجه بعد حملها على المعنى الشرعى، إذ الحاجه حينئذ هى الفقر الشرعى، و هو عدم تملك مؤنه السنه فعلا أو تقديرا.

(٣) أى فيعود الوقف إلى المالك عند الحاجه، و ظاهره انفساخ العقد بمجرد ظهورها.

(٤) أى كان الموت قبل الحاجه، و التوريث بناء على أن الوقف حبس لا وقفا حقيقه كما تقدم.

(٥) لو وقف على غيره و اشترط قضاء ديونه و إدراج مؤننه منه مطلقا أو فى مده معينه لم يصح بلا خلاف فيه، لأن الوقف يقتضى نقل الملك و المنافع عن نفسه، فاشترط بعض المنافع لنفسه مناف لمقتضى العقد فيبطل الشرط و الوقف معا، و هذا لم يتعرض له الشارح هنا.

و لو وقف على غيره و اشترط قضاء الدين و إدراج المؤنه لأهله صح الشرط و العقد لعدم التنافى بين الشرط و مقتضى العقد، و كذا لو شرط ذلك لأضيافه أو شرط الأكل لمن يمرّ به و نحو ذلك.

ففى خبر أبى بصير المرادى (قال أبو جعفر عليه السلام: ألا أحدثك بوصيه فاطمه عليها السلام؟ قلت: بلى، فأخرج حقا أو سفظا فأخرج منه كتابا فقراه: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أوصت به فاطمه بنت محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أوصت بحوائطها السبعه بالعواف و الدلال و البرقه و المبيت و الحسنى و الصافيه و مال أم إبراهيم إلى على بن أبى طالب، فإن مضى على فإلى الحسن، فإن مضى الحسن فإلى الحسين، فإن مضى الحسين فإلى الأكبر من ولدى، تشهد الله على ذلك، و المقداد بن الأسود، و الزبير بن العوام، و كتب على بن -

بوقفه، وكذلك فاطمه عليها السّلام، ولا يقدر كونهم واجبي النفقه، فتسقط نفقتهم إن اكتفوا به. ولو وقف على نفسه وغيره (١) صح في نصفه على الأقوى إن اتحد، وإن تعدد فبحسبه (٢)، فلو كان جمعا (٣) كالفقراء بطل في ربه (٤)، ويحتمل -أبي طالب(١)، وخبر أحمد بن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السّلام قال: (سألته عن الحيّطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم لفاطمه عليها السّلام، فقال: لا إنما كانت وقفا، وكان رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم يأخذ إليها منها ما ينفق على أضيافه و التابعه يلزمه فيها، فلما قبض جاء العباس فاطمه عليها السلام فيها، فشهد على عليه السلام وغيره أنها وقف على فاطمه عليها السّلام وهي: الدلال والعواف والحسنى والصافيه ومال أم إبراهيم والمبيت والبرقه(٢)، هكذا استدل والانصاف أن الخبر الأول غير دال على المدعى لأن ظاهره أن سيده النساء صلوات الله عليها قد جعلت النظر على الموقوف لأمر المؤمنين عليه السّلام ثم للحسن إلى آخره، وأين هذا من المدعى، نعم الخبر الثاني كاف في البين.

(١) فلو وقف على نفسه ثم على غيره فهو منقطع الأول، وهو باطل بالنسبة لنفسه وأما بالنسبة لغيره فقد تقدم الكلام فيه، وأما لو وقف على نفسه وغيره، وكان العطف بالواو المقتضى للتشريك بين المعطوف والمعطوف عليه فيكون قد وقف على كل منهما النصف، ويبطل الوقف في نصف المالك للمانع من عدم جواز تمليك الشيء لمالكه لأنه ثابت له فكيف يملكه ثانيا، ويصح الوقف في نصف الغير لعدم المانع.

وربما احتمل كون المجموع للغير لأن الموقوف بالنسبة إليهما هو المجموع بما هو مجموع، وإذا امتنع الوقف على أحدهما خاصه انصرف وقف المجموع إلى الآخر، وهذا الاحتمال جار بناء على كون المجموع للغير فيما لو وقف على نفسه ثم على الغير كما اختاره الشيخ على ما تقدم، فإن كان في المرتب المجموع للغير فهنا مع التشريك أولى.

وفيه: إنه وقف عليهما بحيث يكون لكل منهما حصه فإذا بطل في أحدهما لم ينصرف الموقوف كله إلى الآخر لأنه على خلاف عقد الوقف وعلى خلاف مراد العاقد.

(٢) بحيث وقف على نفسه وعلى اثنين معه فيبطل الوقف في الثلث ويصح في الثلثين للآخرين.

(٣) أى الغير.

(٤) فحمل الجمع على أقله وهو ثلاثة فيكون للواقف الربع مع بطلان الوقف فيه، ويصح في ثلاثة أرباعه للجمع من الفقراء كما احتمله في الدروس.

ص: ٢٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

النصف (١)، و البطلان رأساً (٢).

فى شرط الموقوف

و شرط الموقوف أن يكون عينا (٣) قلا يصح وقف المنفعه، و لا الدين، و لا المبهم، لعدم (٤) الانتفاع به مع بقاءه (٥)، و عدم (٦) وجوده خارجاً، و المقبوض و المعين بعده (٧) غيره (٨)، (مملوكه) (٩) إن أريد بالمملوكيه صلاحيتها له (١٠) بالنظر إلى الواقف ليحترز عن وقف نحو الخمر و الخنزير من المسلم فهو (١١) شرط الصحه (١٢)، و إن (١) لمقتضى التشريك بالواو بين المعطوف و المعطوف عليه فيكون لكل منها النصف، نصف للواقف و نصف للفقراء المحمول على أقل الجمع و هذا ما جزم به صاحب الجواهر.

(٢) احتمله الشهيد، فى الدروس فيما لو وقف على نفسه و الفقراء المحمول على أقل الجمع، و وجه البطلان لأن الوقف صحيح فى جزء غير معلوم و باطل فى جزء غير معلوم فلا بد أن يبطل فى المجموع لجهاله الصحيح منه.

(٣) بلا- خلاف فيه لأن الوقف تحبب الأصل و تسبيل المنفعه و هذا لا يتحقق إلا فى الأعيان، فلذا لا يصح وقف المنفعه و لا الدين و لا الكلى كما لو قال وقفت فرسا أو داراً و لم يعين.

أما المنفعه فوقها مناف للغايه المطلوبه من الوقف من الانتفاع مع بقاء عينه، مع أن الانتفاع بالمنفعه يوجب استهلاكها شيئاً فشيئاً و أما الدين فلأن تحبب الأصل و تسبيل المنفعه الذى هو الوقف يستدعى أمراً خارجياً يحكم عليه بالتحبب، و الدين أمر كلى فى الذمه لا وجود له فى الخارج، فوقفه قبل التعيين كوقف المعدوم. و أما الكلى فيعرف حكمه من الدين.

(٤) تعليل لعدم جواز وقف المنفعه.

(٥) أى لعدم الانتفاع بالوقف مع بقاءه، و لو أنث الضمير ليرجع إلى المنفعه لكان أولى.

(٦) تعليل لعدم جواز وقف الدين و المبهم.

(٧) أى بعد القبض و التعيين.

(٨) أى غير الدين و المبهم.

(٩) إما احترازاً عما لا يملك كالخنزير فإنه لا يملكه المسلم، فلا يصح وقفه لأنه غير داخل تحت يد المسلم حتى يتصرف به وفقاً و تحبباً و هذا مما لا خلاف فيه.

و إما احترازاً عما يملكه الغير فإنه لا يصح وقفه مع عدم إجازة مالكه لأن الوقف يستدعى كون الموقوف مملوكاً للواقف حتى يحبس أصله و يسبّل منفعته بلا خلاف فيه.

(١٠) للملك.

(١١) أى شرط المملوكية.

(١٢) لوضوح أن وقف ما لا يملك يقع باطلا.

ص: ٢٢٨

أريد به (١) الملك الفعلى ليحترز به عن وقف ما لا يملك و إن صلح له (٢) فهو شرط اللزوم (٣). و الأولى أن يراد به الأعم (٤) و إن ذكر بعض تفصيله بعد، (ينتفع بها مع بقائها (٥)، فلا- يصح وقف ما لا- ينتفع به إلا مع ذهاب عينه كالخبز و الطعام و الفاكهه، و لا يعتبر فى الانتفاع به كونه فى الحال (٦)، بل يكفى المتوقع كالعبد و الجحش الصغيرين، و الزمن الذى يرجى زوال زمانته، و هل يعتبر طول زمان المنفعه (٧)، إطلاق العبارة و الأكثر يقتضى عدمه (٨)، فيصح وقف ريحان يسرع (١) بلفظ (المملوكه).

(٢) أى و إن صلح للوقف.

(٣) أى يقع صحيحا و لكنه متوقف على إجازة المالك، و عن الكركى و ابن البراج عدم الصحة، لا لأن العقد الفضولى على خلاف القواعد و الضوابط فيقتصر فيه على خصوص ما ورد من جوازه فى الأخبار و هذا ليس منها، بل لأن الوقف مشروط بنيه التقرب فلا يقوم الغير مقام المالك فيها، و نيتها حين الإجازة غير نافعه، لأن المقارنه مشروطه بين الصيغه و النيه فما وقع من الغير حال الصيغه فلا يقوم مقام المالك فيها، و ما يقع منها حين الإجازة من المالك فلا ينعف لعدم التقارن بينها و بين الصيغه.

(٤) من شرط الصحة و اللزوم و إن ذكر المصنف فيما بعد بعض التفصيل المتفرع على شرط اللزوم هنا.

(٥) لأن الوقف تحييس الأصل و تسهيل المنفعه و هذا يقتضى بقاء العين مع الانتفاع بمنافعها، فلذا يصح وقف العقار و الثياب و الأثاث، و لا يصح وقف ما لا ينتفع به إلا بذهاب عينه كالخبز و الطعام و الفاكهه بلا خلاف فى ذلك كله.

(٦) أى كونه ذا منفعه فى الحال، لأنه لا يعتبر فعليه النفع فى الموقوف، بل يكفى تأمله لذلك فلذا يصح وقف الجحش و الفلو و العبد الصغير بلا خلاف فى ذلك لإطلاق دليل اعتبار الوقف كالنبوى (حبس الأصل و سبب الثمره) (١).

(٧) فى الموقوف فظاهر إطلاق دليل اعتبار الوقف العدم فلذا يصح وقف ريحانه يسرع فسادها، و نسب إلى الأكثر، و عن جماعه منهم العلامه فى التحرير و التذكرة العدم لانصراف دليل اعتبار الوقف عما لا يطول زمان منفعته، و للمنافاه للتأييد المراد من الوقف، و فيه: أما الانصراف فهو على مدعيه كما فى الجواهر، و أما التأيد فالمراد منه عمر العين الموقوفه، لا الأبد الزمانى و إلا لما صح وقف على الإطلاق.

(٨) عدم اعتبار طول زمان المنفعه.

ص: ٢٢٩

فساده، و يحتمل اعتباره لقله المنفعه، و منافاتها (١) للتأييد المطلوب من الوقف، و توقف فى الدروس، و لو كان (٢) مزروعا صح (٣)، و كذا ما يطول نفعه كمسك و عنبر.

(و يمكن إقباضها) (٤) فلا- يصح وقف الطير فى الهواء، و لا- السمك فى ماء لا يمكن قبضه عادة، و لا الآبق، و المغصوب، و نحوها. و لو وقفه على من يمكنه قبضه فالظاهر الصحة، لأن الإقباض المعتبر من المالك هو الإذن فى قبضه، و تسليطه عليه، و المعتبر من الموقوف عليه تسلمه (٥) و هو ممكن، (و لو وقف ما لا- يملكه وقف على إجازة المالك (٦) كغيره من العقود. لأنه عقد صدر من صحيح العباره قابل للنقل و قد أجاز المالك فيصح. و يحتمل عدمها (٧) هنا و إن قيل به فى غيره لأن عباره الفضولى لا أثر لها (٨)، و تأثير الإجازة غير معلوم، لأن الوقف (١) منافاه القله.

(٢) أى الريحان.

(٣) لطول نفعه ما دام مزروعا.

(٤) لأن القبض شرط فى صحة الوقف، فالذى لا يمكن قبضه و لا إقباضه يبطل فيه الوقف بلا خلاف فيه، كالآبق و الجمل الشارد الذى يتعذر تسليمه، أما لو أمكن تسليمه فيما بعد فلا، و كذا لا يصح الوقف للطير فى السماء و السمك فى الماء اللذين لا يمكن قبضهما عادة.

(٥) لأن القبض غير فورى.

(٦) قد تقدم الكلام فيه.

(٧) عدم الصحة.

(٨) اعلم أن الاستدلال على عدم الصحة بدليلين:

الأول: إن عباره الفضولى لا أثر لها باعتبار عدم صدورها من أهله، و إجازة المالك فيما بعد لا تجعل لها أثرا، لأن الواقع لا يتغير عما وقع عليه، نعم ورد النص - كما سيأتى - أن الإجازة مؤثره فى العقد الفضولى فى البيع و النكاح - ففى غيرهما - يستصحب بقاء ملك المالك إلى أن يثبت المزيل.

الثانى: أنه يشترط فى عقد الوقف التقرب، و تقرب الفضولى لا يقوم مقام المالك و حين العقد، و تقرب المالك حين الإجازة لا ينفع لعدم التقارن بينه و بين الصيغه، و الشارح اكتفى بالأول، و فى آخر كلامه اعتمد على الثانى.

فك ملك في كثير من موارد (١)، ولا أثر لعباره الغير فيه، و توقف المصنف في الدروس، لأنه نسب عدم الصحه إلى قول و لم يفت بشيء، و كذا في التذكرة.

و ذهب جماعه إلى المنع هنا، و لو اعتبرنا فيه التقرب قوى المنع، لعدم صحه التقرب بملك الغير.

(و وقف المشاع جائز كالمقسوم (٢)، لحصول الغايه المطلوبه من الوقف و هو تحييس الأصل و إطلاق الثمره به، و قبضه كقبض المبيع في توقفه على إذن المالك و الشريك عند المصنف مطلقا (٣)، و الأقوى أن ذلك في المنقول، و غيره لا يتوقف على إذن الشريك، لعدم استلزام التخليه التصرف في ملك الغير (٤).

في شرط الواقف

(و شرط الواقف الكمال) بالبلوغ و العقل (٥) و الاختيار (٦) و رفع الحجر (٧)، (١) كالوقف على الجهات العامه التي ينتقل الوقف فيها إلى الله تعالى، و أما الوقف الخاص فإنه تملك الموقوف عليه المنفعه مع تحييس الأصل عليه و لذا اشترط فيه القبول.

(٢) يصح وقف المشاع بلا- خلاف فيه بيننا - كما في الجواهر - لإطلاق دليل اعتبار الوقف، و خالف الشيباني من العامه لعدم إمكان قبضه، و هو ضعيف، لأن قبضه هنا كقبضه في البيع، و عليه فقبطه متوقف على إذن الشريك إن كان منقولا، و قبضه متوقف على التخليه فقط إن لم يكن كذلك، و سيأتي في باب البيع تحقيق معنى القبض للمنقول و غيره.

(٣) منقولا أو لا.

(٤) بعد كون قبض غير المنقول بالتخليه فقط.

(٥) لسلب عباره الصبي و المجنون، كما تقدم في أكثر من مورد دليله، مع أنه سيأتي مفصلا في البيع و غيره، نعم وقع الخلاف في وقف من بلغ عشرين مميذا فمقتضى الأصل عدم الجواز و هذا ما ذهب إليه المشهور، و عن المفيد في المقنع و الشيخ في النهايه و ابن البراج في المهذب البارع جواز وقفه، بل نسبه في جامع المقاصد إلى المشهور لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنه يجوز في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق فهو جائز) (١)، و قد رميت بالشذوذ كما في المالك.

(٦) لسلب عباره المكره.

(٧) لأن المحجور عليه لسفه أو فلس لا يجوز له التصرف المالي كما سيأتي في باب الحجر.

ص: ٢٣١

(و يجوز أن يجعل النظر) على الموقوف (لنفسه (١)، و لغيره) فى متن الصيغه (فإن أطلق) (٢) و لم يشترطه لأحد (فالنظر فى الوقف العام إلى الحاكم) الشرعى، (و فى غيره) و هو الوقف على معين (إلى الموقوف عليهم)، و الواقف مع الإطلاق كالأجنبى (٣).

و يشترط فى المشروط له النظر العداله (٤)، و الاهتداء إلى التصرف (٥) و لو عرض له الفسق (٦) انعزل، فإن عاد (٧) عادت (٨) إن كان مشروطا من الواقف، (١) قال الشارح فى المسالك: (الأصل فى حق النظر أن يكون للواقف لأنه أصل، و أحق من يقوم بامضائه و صرفه فى أهله، فإذا وقف فلا يخلو إما أن يشترط فى عقد الوقف النظر لنفسه أو لغيره أو لهما أو لا يشترط، فإن شرط لنفسه صح و لزم، و إن شرط لغيره صح بحسب ما عينه عملا بمقتضى الشرط المشروع، و قد شرطت فاطمه عليها السلام (١) النظر فى حوائطها السبعه التى وقفها لأمر المؤمنين عليه السلام ثم الحسن ثم الحسين ثم الأكبر من ولدها، و شرط الكاظم عليه السلام النظر فى الأرض التى وقفها للرضا عليهما آلاف التحية و الثناء و أخيه إبراهيم، فإن انقرض أحدهما دخل القاسم مع الباقي إلى آخره، و هذا كله مما لا خلاف فيه) انتهى، و عن ابن إدريس منع جواز اشتراط الواقف النظر لنفسه و هو ضعيف.

(٢) فبينى الحكم تبعا لانتقال الملك بالوقف، فإن انتقل إلى الموقوف عليه كما فى الوقف الخاص فالنظر إليه، و إن انتقل إلى الله كما فى الوقف على المساجد أو انتقل إلى جنس الموقوف عليه كالوقف على جنس الفقراء و المساكين فالنظر للحاكم الشرعى.

(٣) لخروج العين عن ملكه بالوقف.

(٤) إن كان النظر إلى الواقف فالنظر إليه سواء كان عادلا أم فاسقا، لأنه نقل ملكه عن نفسه على هذا الوجه فيتبع شرطه، و إن كان النظر إلى غيره بشرطه اشترطت عدالته كما هو مذهب الأصحاب على ما فى الكفايه، و دعوى الاتفاق عليه كما فى الرياض، و لكن نسب العدم إلى التحرير و مال إليه صاحب الجواهر و جماعه لعدم الدليل على الاشتراط. نعم يشترط أمانته إذا كان ناظرا على الجهات العامه ليطمئن إلى عدم خيانتة فى أموال الغير.

(٥) و هو كيفية إداره الوقف.

(٦) بناء على اشتراط العداله فى الناظر المشروط من قبل الواقف.

(٧) أى عاد عدله.

(٨) نظارته، تمسكا بإطلاق اشتراطه.

ص: ٢٣٢

و لا يجب على المشروط له القبول، و لو قبل لم يجب عليه الاستمرار، لأنه فى معنى التوكيل (١)، و حيث يبطل النظر يصير كما لو لم يشترط (٢). و وظيفه الناظر (٣) مع الإطلاق العماره و الإجاره، و تحصيل الغله، و قسمتها على مستحقها، و لو فوّض إليه بعضها (٤) لم يتعدّه، و لو جعله (٥) لاثنين و أطلق لم يستقل أحدهما بالتصرف (٦)، و ليس للواقف عزل المشروط فى العقد (٧)، و له (٨) عزل المنصوب من قبله (٩) لو شرط النظر لنفسه فولاه، لأنه و كيل (١٠)، و لو آجر الناظر مده فزادت الأجره فى المده، أو ظهر طالب بالزيادة لم يفسخ العقد، لأنه جرى بالغبطه فى وقته (١١) إلا أن يكون فى زمن خياره فيتعين عليه الفسخ. ثم إن شرط له شىء عوضاً عن عمله لزم (١٢)، و ليس له غيره (١٣)، و إلا فله أجره المثل عن عمله مع قصده الأجره به (١٤).

(١) فلا يجب فيه الاستمرار، و سبقه إلى ذلك الشهيد فى الدروس، نعم استدل عليه فى المسالك (لأنه غير واجب فى الأصل فيستصحب).

(٢) فيتولاه الحاكم أو الموقوف عليه، فإن كان الوقف عاماً فالأول و إلا فالثانى.

(٣) فمع التقييد فبحسب الشرط، و مع الإطلاق فما يتعارف فى ذلك من العماره و الإجاره و تحصيل الغله و قسمتها على مستحقها و حفظ الأصل و نحو ذلك مما لا يجوز لغيره بعد فرض كون النظر على الوقف منصرفاً إلى ذلك عرفاً.

(٤) بعض هذه الأعمال فلا يتعداه عملاً بالشرط.

(٥) أى النظر.

(٦) لأن ظاهر الإطلاق الاجتماع على التصرف لأنه المتيقن، و كذا لو نصّ على الاجتماع، أما لو نص على الانفراد استقلّ كلّ منهما بالتصرف عملاً بالشرط.

(٧) لأنه بعد العقد يصير أجنبياً عن الوقف، فضلاً عن لزوم الشرط.

(٨) للواقف.

(٩) من قبل الواقف.

(١٠) و الوكاله غير لازمه.

(١١) فهو صحيح و لازم للزوم عقد الإجاره.

(١٢) أى الشرط.

(١٣) و إن كان أقل من أجره المثل.

(١٤) أى مع قصد الناظر الأجره بعمله، و لم يكن عمله بداعى التبرع.

(و شرط الموقوف عليه وجوده (١)، و صحه تملكه، و إباحه الوقف عليه فلا يصح)، الوقف (على المعدوم ابتداء) بأن يبدأ به، و يجعله من الطبقة الأولى، فيوقف على من يتجدد من ولد شخص ثم عليه مثلا- (٢)، (و يصح تبعا) بأن يوقف عليه و على من يتجدد من ولده (٣)، و إنما يصح تبعيه المعدوم الممكن وجوده عادة كالولد أما ما لا يمكن وجوده كذلك (٤) كالميت لم يصح مطلقا (٥)، فإن ابتداء به بطل الوقف، و إن أخره كان منقطع الآخر أو الوسط (٦)، و إن ضمه إلى موجود بطل فيما يخصه خاصة على الأقوى (٧)، (و لا على) من لا يصح تملكه شرعا مثل (١) شروط الموقوف عليه أربعة: وجوده و أن يصح تملكه و أن يكون معينا و أن لا يكون الوقف عليه محرما، و هذه الشروط الأربعة مما لا خلاف فيها، بعد اقتضاء عقد الوقف وجود الموقوف عليه حتى يتحقق منه القبول، و بعد اقتضائه أهليه الموقوف عليه للتملك كالحر حتى يملك الوقف، و العقد مقتضى لتعين الموقوف عليه حتى يتحقق النقل و انتقال و إلا فلا يصح النقل إلى المجهول، و العقد مشروط بالقربه كما تقدم فلذا لا يصح الوقف على من يكون الوقف عليه محرما.

فلذا لا- يصح الوقف على المعدوم تفریعا على الأول، و لا- على المملوك و لا- الحمل تفریعا على الثانى، و لا على المجهول تفریعا على الثالث، و لا- على الحربى و لو كان رحما و لا- على الكنائس و البيع و لا على معونه الزناه و قطاع الطرق و شاربى الخمر و لا على كتب الضلال كالتوراه و الإنجيل الرائجين.

(٢) فهو منقطع الأول.

(٣) فإنه يصح بلا- خلاف فيه، بحيث يمكن وجوده عادة و يكون قابلا- للتملك عند وجوده، أما لو جعل التابع من لا يمكن وجوده كالميت أو لا يقبل الملك كالمملوك، أو لم يوجد كما لو وقف على الولد ثم ولد الولد و كان الولد عقيما فهو منقطع الآخر، و لو جعلهم وسطا فهو منقطع الوسط.

(٤) أى عادة.

(٥) لا ابتداء و لا تبعا.

(٦) و قد تقدم الكلام فى منقطع الأول و الأخير و الوسط.

(٧) لأن مقتضى وقف المجموع على المجموع يقتضى التوزيع فيبطل بما يخص المعدوم مثلا و يصح بالنسبه لغيره، و يحتمل البطلان فى الجميع كما هو مختار الشيخ فى ما لو وقف على نفسه و غيره بالتشريك و قد تقدم الكلام فيه.

(العبد) و إن تشبث بالحريه كأم الولد،(و جبريل) و غيره من الملائكه و الجن و البهائم، و لا يكون وقفا على سيد العبد و مالك الدابه عندنا (١)، و ينبغى أن يستثنى من ذلك (٢) العبد (٣) المعدّ لخدمه الكعبه و المشهد و المسجد و نحوها من المصالح العامه، و الدابه المعدّه لنحو ذلك أيضا لأنه كالوقف على تلك المصلحه.

فى الوقف على المساجد و القناطر

و لما كان اشتراط أهليه الموقوف عليه للملك يوهم عدم صحته على ما لا يصح تملكه من المصالح العامه كالمسجد و المشهد و القنطره، نبه على صحته و بيان وجهه بقوله (و الوقف على المساجد و القناطر (٤) فى الحقيقه) وقف (على المسلمين) و إن جعل متعلقه بحسب اللفظ غيرهم (٥)، إذ هو مصروف إلى مصالحهم (٦)، و إنما أفاد تخصيصه بذلك (٧) تخصيصه ببعض مصالح المسلمين و ذلك لا ينافى الصحه (٨)، و لا- يرد أن ذلك (٩) يستلزم جواز الوقف على البيع و الكنائس، كما يجوز الوقف على أهل الذمه (١٠). لأن الوقف على كنائسهم و شبهها وقف على مصالحهم، للفرق. فإن (١) قال فى المسالك: (و لا ينصرف الوقف إلى مولاه على خلاف بعض العامه حيث جوّز الوقف عليه و جعله مصروفا إلى مولاه)، و ذلك لأن المولى غير مقصود من الوقف فكيف يصير إليه.

(٢) أى مما لا يصح تملكه شرعا.

(٣) أى الوقف على العبد.

(٤) و غير ذلك من المصالح الراجعه إلى كل الناس أو المسلمين.

(٥) مما لا يكون قابلا للتملك.

(٦) و كذا الوقف على أكفان الموتى و مثونه حفر قبورهم.

(٧) أى: المساجد و القناطر.

(٨) لأن المقصود من ذكر بعض المصالح هو المسلمون لا ما ذكر.

(٩) أى الوقف على المساجد و القناطر بما هى مصالح للمسلمين.

(١٠) قد عرفت اشتراط القربه فى الوقف و لذا لا يجوز الوقف على الكافر الحربى، و أما على الذمى فقد اختلفوا فى ذلك فعن سلاّر و ابن البراج المنع لقوله تعالى: (لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ) (١) الآيه، و الوقف نوع مواده فيكون منها عنه و لا يصح التقرب بالمنهى عنه.

ص: ٢٣٥

الوقف على المساجد مصلحه للمسلمين، و هي مع ذلك طاعه و قربه، فهي جهه من جهات المصالح المأذون فيها، بخلاف الكنائس، فإن الوقف عليها وقف على جهه خاصه من مصالح أهل الذمه لكنها معصيه، لأنها إعانه لهم على الاجتماع إليها للعبادات المحرمه، و الكفر، بخلاف الوقف عليهم (١) أنفسهم. لعدم استنزامه المعصيه بذاته، إذ نفعهم (٢) من حيث الحاجه، و أنهم عباد الله، و من جمله بنى آدم المكرمين، و من تجوز أن يتولد منهم المسلمون لا معصيه فيه. و ما يترتب عليه من -و عن المشهور الجواز لقوله تعالى: (لَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ) (١).

و ذهب الشيخان و أبو الصلاح و ابن حمزه إلى الجواز إذا كان الذمي رحماً قريباً للمرسل (إن صفته و قفت على أخ لها يهودى فأقرها النبي صلى الله عليه و آله و سلم) (٢)، و المرسل فى المراسم لسائر (و قد روى أنه إذا كان الكافر أحد أبوى الواقف أو من ذوى رحمه، كان جائزاً) (٣).

و عن ابن إدريس الجواز على ما لو كان أحد الأبوين فقط و الأقرب بالجواز خصوصاً للمرسلين المتقدمين مع عموم أو إطلاق اعتبار الوقف و إمكان التقرب إلى الله بالوقف على الذمي بما هو عبد لله جلّ و علا و محتاج إليه، و يرشد إليه جواز الصدقه عليه كما سيأتى.

ثم على تقدير جواز الموقف على الذمي، مع ما تقدم من جواز الوقف على المساجد باعتبار أنه وقف على المسلمين فيحتمل كون الوقف على الكنائس و البيع جائزاً إذا كانت لأهل الذمه بناء على أن الوقف عليها وقف على أهل الذمه.

و لكنه احتمال مردود للفرق بين الجهتين فالوقف على المساجد وقف على المسلمين فى جهه خاصه و هي طاعه و قربه، و أما الوقف على الكنائس و البيع فإنه وقف على أهل الذمه فى جهه خاصه و هي معصيه، لأنها محل إقامة شعائر الكفر الذى هو أبغض شىء إلى الله، و هذا بخلاف الوقف على أهل الذمه بما هم عباد الله و من جمله بنى آدم المكرمين، فليس الوقف عليهم بما هم كفره فإنه لا يجوز، بل قد تقدم عدم جواز الوقف على الزناه و شاربى الخمر و فسقه المسلمين بما هم موصوفون بهذه الحثيه.

(١) على أهل الذمه بما هم عباد الله سبحانه و تعالى.

(٢) مبتدأ لقوله: (لا معصيه فيه).

ص: ٢٣٦

١- (١) سورة الممتحنه، آيه: ٨.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ج ٤ ص ٢٢٢.

٣- (٣) المراسم ١٩٨ الطبعه الأولى ١٩٨٠ م - ١٤٠٠ هـ.

إعانتهم به على المحرم كسرب الخمر. و أكل لحم الخنزير و الذهاب إلى تلك الجهات المحرمه ليس مقصودا للواقف، حتى لو فرض قصده له (١) حكمننا ببطلانه، و مثله الوقف عليهم لكونهم كفارا، كما لا يصح الوقف على فسقه المسلمين من حيث هم فسقه (و لا على الزناه و العصاه) من حيث هم كذلك، لأنه إعانه على الإثم و العدوان فيكون معصيه. أما لو وقف على شخص متصف بذلك لا من حيث كون الوصف مناط الوقف صح، سواء أطلق أم قصد جهة محلله.

في المسلمين

(و المسلمون من صلّى إلى القبلة) أى اعتقد الصلاه إليها و إن لم يصلّ (٢)، لا مستحلا، و قيل: يشترط الصلاه بالفعل، و قيل: يختص بالمؤمن و هما ضعيفان، (إلا الخوارج و الغلاه) فلا يدخلون فى مفهوم المسلمين و إن صلوا إليها للحكم بكفرهم، و لا وجه لتخصيصه بهما (٣)، بل كل من أنكر ما علم من الدين ضروره كذلك (٤) عنده، و النواصب كالخوارج فلا بد من استثنائهم أيضا.

و أما المجسيّمه فقطع المصنف بكفرهم فى باب الطهاره من الدروس و غيرها، و فى هذا الباب منها (٥) نسب خروج المشبّهه منهم إلى القيل، مشعرا بتوقفه فيه، و الأقوى خروجه (٦)، إلا أن يكون الواقف من إحدى الفرق فيدخل فيه مطلقا (٧)، (١) أى قصد الواقف لما ذكر من الجهات المحرمه.

(٢) كما عليه المشهور، و عن المفيد اشتراط الصلاه بالفعل، و عن ابن إدريس أن المسلم المحق - أى الشيعى الاثنى عشرى - إذا وقف فينصرف إلى المسلمين المحققين لشاهد الحال، و لذا قال عنه الشارح أنه يختص بالمؤمن أى المعتقد بإمامه الاثنى عشر عليهم السلام.

و الأقوى هو الأول لأن المسلم هو الذى اعتقد بالشهادتين و اعترف من الدين بما هو ضروره منه، و من أهم ضرورياته الصلاه فلذا عبر المشهور عنه بأنه من اعتقد وجوب الصلاه إلى الكعبه و إن لم يصل فعلا، نعم لا بد من خروج من حكم بكفره كالخوارج و الغلاه لعدم كونه مسلما، ثم لا فرق فيه بين الذكور و الإناث و بين من هو مسلم بالأصاله كالبالغ و بالتبعيه كالصبيان و المجانين.

(٣) أى تخصيص المسلم بالخوارج و الغلاه.

(٤) أى ليس بمسلم كذلك.

(٥) من الدروس.

(٦) يجب تقييده بما إذا كان ملتفتا إلى اللوازم الفاسده المترته على التجسيم.

(٧) أى فيدخل فى الإسلام من أى فرقه كان، إذا كانت الفرقة من فرق الإسلام المشهوره و المعروفه.

نظرا إلى قصده (١)، و يدخل الإناث تبعا (٢)، و كذا من بحكمهم كالأطفال و المجانين، و لدلاله العرف عليه (٣).

فى الوقف على الشيعة و الهاشميه

(و الشيعة من شايح عليا عليه السّلام) أى اتبعه (و قدمه) على غيره فى الإمامه و إن لم يوافق على إمامه باقى الأئمه بعده، فيدخل فيهم الإماميه، و الجاروديه من الزيديه، و الإسماعيليه غير الملاحده منهم، و الواقفيه، و الفطحيه، و غيرهم (٤)، و ربما قيل بأن ذلك مخصوص بما إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل نحلته خاصه، نظرا إلى شاهد حاله، و فحوى قوله، و هو حسن مع وجود القرينه، و إلا فحمل اللفظ على عمومه أجود.

(و الإماميه (٥): الاثنا عشرية) أى القائلون بإمامه الاثنى عشر المعتقدون لها، و زاد فى الدروس اعتقاد عصمتهم عليه السّلام أيضا، لأنه لازم المذهب، و لا يشترط هنا (٦) (١) و قد عرفت تقييده بما إذا لم يلتفت إلى لوازمه الفاسده.

(٢) و فيه: أن دخول الإناث بالأصالة لا بالتبعيه، لأن المسلم كاسم جنس يشمل الذكر و الأنثى، نعم دخول الصبيان و المجانين بالتبعيه.

(٣) على الدخول، و هو دليل ثان على شمول المسلم للأنثى و الصبى و المجنون.

(٤) كما هو المشهور تمسكا بعموم اللفظ، و عن ابن إدريس ذلك إذا كان الواقف من غيرهم، أما لو كان منهم صرف إلى أهل فرقته فقط تمسكا بشاهد الحال و فحوى القول، و نفى عنه البأس فى التذكرة، و هو متجه عند قيام القرينه على ذلك و إلا فالعموم هو الحاك.

وقيل: إنه لو وقف على الشيعة انصرف إلى خصوص الإماميه، و حكاه الشارح فى المسالك عن البعض، و جزم به سيد الرياض و غيره من المتأخرين تبعا لما هو السائد فى عرفنا حيث لا يتبادر من لفظ الشيعة إلا خصوص الإماميه و هو الأقوى.

(٥) أى لو وقف على الإماميه كان للاثنى عشرية، و هم القائلون بإمامتهم و المعتقدون بها، و عن الشهيد فى الدروس و الاعتقاد و بعصمتهم أيضا، و فيه: إن مفهوم الإماميه لا مدخل للعمل فيه.

(٦) لأنه لو وقف على المؤمنين فهو للاثنى عشرية إن كان الواقف منهم كما هو المشهور، و عن الشيخ فى النهايه أنه للاثنى عشرية إذا اجتنبوا الكبائر حملا- للمؤمن على العادل فى قبال الفاسق، و فى الدروس اشترط مع الاعتقاد المذكور الاعتقاد بعصمتهم لأنه لازم المذهب، و فيه: إنه يلزمه اشتراط الاعتقاد بأفضليتهم على غيرهم و غيره من معتقدات الإماميه المتفق عليها فإنها لازمه للمذهب. و الأول هو أولى لأن الإيمان يطلق على معينين:-

اجتناب الكبائر اتفاقا و إن قيل به في المؤمنين (١)، وربما أوهم كلامه في الدروس ورود الخلاف هنا أيضا (٢)، و ليس كذلك. و دليل القائل يرشد إلى اختصاص الخلاف بالمؤمنين،(و الهاشميه من ولده هاشم بأبيه (٣) أى اتصل إليه بالأب و إن علا، دون الأم على الأقرب،(و كذا كل قبيله) كالعلويه، و الحسينيه، يدخل فيها من اتصل بالمنسوب إليه (٤) بالأب دون الأم، و يستوى فيه الذكور و الإناث، (و إطلاق الوقف) على متعدد (يقتضى التسويه) بين أفراده (٥) و إن اختلفوا بالذكوريه و الأنثويه، لاستواء الإطلاق و الاستحقاق بالنسبه إلى الجميع،(و لو فضل) بعضهم على بعض (لزم) (٦) بحسب ما عيّن، عملا بمقتضى الشرط.

-الأول: الإسلام مع اعتقاد إمامه الاثني عشر عليهم السلام.

الثاني: الإسلام مع الاعتقاد المذكور مع العمل الصالح بمعنى كون العمل جزءا من الإيمان، لأن الإيمان اعتقاد بالجنان و قول باللسان و عمل بالأركان، و لا ريب أن المؤمن يحمل على الأول لأن إرادته الثاني منه بحاجة إلى قرينه هذا كله بالنظر إلى اللغه، و أما بالنظر إلى العرف فلفظ المؤمن في عرفنا ظاهر في خصوص العادل في قبال الفاسق.

(١) لاحتمال أن المؤمن يطلق على العادل بخلاف الإمامي فلا مورد لهذا الاحتمال أبدا.

(٢) أى في الإمامي، حيث قال في الدروس (و المؤمنون و الإماميه واحد، و هم القائلون بإمامه الاثني عشر و عصمتهم عليهم السلام و المعتقدون لها، و قيل: يشترط اجتناب الكبائر، و هو مبني على أن العمل ثلث الإيمان كما هو مأثور) انتهى.

فظاهر كلامه إن الخلاف في اجتناب الكبائر جار في المؤمن و الإمامي، مع أن الخلاف مختص بالمؤمن فقط كما عرفت، و أيضا دليل المخالف و هو أن العمل ثلث الإيمان ظاهر في كون الخلاف مختصا بالمؤمن دون الإمامي.

(٣) الهاشمي من انتسب إلى هاشم بلا خلاف فيه، و يشترك فيه الذكور و الإناث، و لكن الخلاف في أنه مختص بالمنتسب إليه بالأب كما عليه المشهور نظرا إلى العرف، أو يعم المنتسب إليه بالأم كما ذهب إليه السيد المرتضى نظرا إلى أن ولد البنت ولد، و فيه: إن الاستعمال أعم من الحقيقة و المجاز.

(٤) إلى علي عليه السلام في العلويه، و إلى الحسين عليه السلام في الحسينيه و هكذا.

(٥) للعدل، و قاعده للأثني نصف حصه الذكر إنما هي مختصه بالإرث لورود دليل خاص.

(٦) عملا بالشرط.

(و هنا مسائل):

الأولى نفقه العبد الموقوف و الحيوان على الموقوف عليهم

الأولى. (نفقه العبد الموقوف و الحيوان) الموقوف (على الموقوف عليهم) (١) إن كانوا معينين، لانتقال الملك إليهم و هي تابعه له، و لو كان على غير معينين ففي كسبه (٢) مقدمه على الموقوف عليه، فإن قصر الكسب ففي بيت المال إن كان، و إلا وجب كفايه على المكلفين كغيره من المحتاجين إليها، و لو مات العبد فمئونه تجهيزه كنفقته (٣)، و لو كان الموقوف عقارا فنفقته حيث شرط الواقف، فإن انتفى الشرط ففي غلته فإن قصرت لم يجب الإكمال، و لو عدت لم تجب عمارته بخلاف الحيوان لوجوب صيانته روحه (٤)، (و لو عمى العبد، أو جذم) أو أقعد (انعتق) (٥) (١) قد عرفت أن الوقف تاره على أشخاص معينين فهو ملك لهم و أخرى على جهه عامه كالوقف على الفقراء و المساجد و القناطر، و عرفت أنه الوقف حينئذ ملك لله تعالى.

و على الأول فلو كان الوقف بحاجه إلى نفقه كالمملوك و الحيوان ففيه قولان:

الأول: أن النفقه في كسبه و هو قول الشيخ في المبسوط، لأن الفرض من الوقف انتفاع الموقوف عليه، و هذا لا يتم إلا ببقاء عينه، و عينه لا تبقى إلا بالنفقة، فهي شرط في كسبه، كعمارته العقار المأخوذه من غلته و الباقي للموقوف عليه فكذلك هنا، و لم يتعرض الشيخ لحكم غير الكاسب.

الثاني: النفقه على الموقوف عليهم كما هو مختار المحقق و العلامة و جماعه، لأن النفقه تابعه للملك و بحسب الفرض أن الوقف ملك للموقوف عليه فنفقته عليه، و قياس العبد و الحيوان على العقار ليس في محله، لأن عماره العقار من نفقته و لو قصرت فلا- تجب عمارته بخلاف المملوك و الحيوان لوجوب صيانته روحهما و على الثاني إذا كان الوقف ملكا لله تعالى قيل: إنها في كسبه إن كان ذا كسب و إلا ففي بيت المال، و مع عدمه وجبت كفايه على المكلفين، كغيرها من نفقات المحتاجين، و يحتمل كونها في بيت المال مطلقا كما في المسالك.

(٢) أي فهي في كسبه.

(٣) أي مئونه تجهيزه حال الموت كمئونه نفقته في حياته.

(٤) ردا على الشيخ كما تقدم.

(٥) هذه الأسباب توجب انعقاده قهرا كما سيأتي في باب العتق، و لو كان موقوفا لترجيح أدله هذه الأسباب على أدله أن الوقف لا يباع و لا يوجب و لا يورث و لا يتبدل، بلا خلاف في ذلك.

كما لو لم يكن موقوفاً، (بطل الوقف) بالعتق، (و سقطت النفقه) من حيث الملك (١)، لأنها كانت تابعه له فإذا زال زالت.

الثانيه. لو وقف في سبيل الله

الثانيه. (لو وقف في سبيل الله انصرف إلى كل قربه) (٢)، لأن المراد من السبيل الطريق إلى الله أي إلى ثوابه و رضوانه، فيدخل فيه كل ما يوجب الثواب من نفع المحاويج، و عماره المساجد، و إصلاح الطرقات، و تكفين الموتى. و قيل:

يختص بالجهاد، و قيل: بإضافه الحج و العمره إليه، و الأول أشهر، (و كذا) لو وقف (في سبيل الخير، و سبيل الثواب (٣)، لاشتراك الثلاثه في هذا المعنى، و قيل: سبيل الثواب الفقراء و المساكين، و يبدأ بأقاربه، و سبيل الخير الفقراء و المساكين و ابن السبيل و الغارمون، الذين استدانوا لمصلحتهم، و المكاتبون. و الأول أقوى إلا أن يقصد الواقف غيره.

(١) و لكن قد تجب نفقته حينئذ على الموقوف عليه من ناحيه عجزه مع عدم وجوب باذل لها من المسلمين و انحصر الباذل في الموقوف عليه.

(٢) لما كان السبيل هو الطريق فسبيل الله أي الطريق إلى ثوابه و رضوانه لاستحاله التحيز عليه، فالموقوف في سبيل الله يصرف في كل مصلحه يتقرب بها إلى الله تعالى كما عليه المشهور منهم الشيخ في المبسوط و عن الشيخ في الخلاف أنه مختص بالغزاه المتطوعين دون العسكر المقاتل على باب السلطان و بالحج و العمره اثلاثاً، و عن ابن حمزه في الوسيله اختصاصه بالمجاهدين فقط، و العرف حجه عليهما.

(٣) المشهور على أن سبيل الله و سبيل الخير و سبيل الثواب واحد، و اللغه و العرف يرشدان إليه، فلو قال وقفت هذا في سبيل الله و سبيل الخير و سبيل الثواب لكان مصرفه ما تقدم في سبيل الله.

و ذهب الشيخ إلى أنه يقسم اثلاثاً، ثلث للغزاه و الحج و العمره و هو سبيل الله، و ثلث للفقراء و المساكين مع البدء بالأقارب و هو سبيل الثواب، و ثلث إلى خمس أصناف من الذين ذكرهم الله في آيه الصدقه (١)، و هم الفقراء و المساكين و ابن السبيل و الغارمون الذين استدانوا لمصلحه أنفسهم، و في الرقاب و هم المكاتبون و هو سبيل الخير، و هذا تحكم لأنه بلا دليل.

ص: ٢٤١

الثالثة. (إذا وقف على أولاده اشترك أولاد البنين و البنات (١)، لاستعمال الأولاد فيما يشمل أولادهم شائعا لغيره و شرعا كقوله تعالى: (يا بَنِي آدَمَ، يا بَنِي إِسْرَائِيلَ، و يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ)، و للإجماع على تحريم حليله ولد الولد ذكرا و أنثى من قوله تعالى: (وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ) (٢) و لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ: «لا تزرعوا ابني (٣)» يعنى الحسن، أى لا تقطعوا عليه بوله لَمَّا بال فى حجره. و الأصل فى الاستعمال الحقيقيه، و هذا الاستعمال كما دل على دخول أولاد الأولاد فى الأولاد، دل على دخول أولاد الإناث أيضا، و هذا أحد القولين فى المسأله.

و قيل: لا يدخل أولاد الأولاد مطلقا (٤) فى اسم الأولاد، لعدم فهمه عند الاطلاق، و لصحة السلب فيقال فى ولد الولد: ليس ولدى بل ولد ولدى، (١) كما عن المفيد و القاضى و ابن البراج و الحلبي بل و الشيخ فى النهايه و التحرير و اللمعه هنا لصدق الولد على الولد و ولد الولد لقوله تعالى فى أكثر من آيه (يا بَنِي آدَمَ) (١)، و قوله تعالى: (يا بَنِي إِسْرَائِيلَ) (٢)، و قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ) (٣)، و هو شامل لولد الولد، و لتحريم حليله ولد الولد من قوله تعالى: (وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ) (٤)، إلى غير ذلك من الآيات و الأخبار التى استعملت لفظ الولد، فى ولد الولد.

و عن المشهور أنه لو قال: وقفت على أولادى فهو مختص بأولاده الصليبين و لم يدخل معهم أولاد الأولاد، لأن ولد الولد لا يفهم حقيقه من إطلاق لفظ الولد، و إن كان لا يمنع استعمال لفظ الولد فى ولد الولد مجازا، و أما هذه الآيات و الأخبار التى استدلت بها فدخول ولد الولد إنما كان لقرائن أخرى لا من ناحيه شمول الولد لولد الولد مع كون الاستعمال أعم من الحقيقه و المجاز.

(٢) قد تقدم فى شرحنا تخريجها.

(٣) مجمع الزوائد ج ١ ص ٢٨٥.

(٤) سواء كان ولد ذكر أو ولد أنثى.

ص: ٢٤٢

١- (١) سورة الأعراف، الآيات: ٢٦-٢٧-٣١-٣٥٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآيات: ٤٠-٤٧-١٢٢.

٣- (٣) سورة النساء، الآيه: ١١.

٤- (٤) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

و أجاب المصنف في الشرح (١) عن الأدلة الدالة على الدخول بأنه (٢) ثم من دليل خارج (٣)، و بأن اسم الولد لو كان شاملا للجميع لزم الاشتراك (٤) و إن عورض بلزوم المجاز (٥) فهو أولى، و هذا (٦) أظهر. نعم لو دلت قرينه على دخولهم كقوله:

الأعلى فالأعلى اتجه دخول من دلت عليه (٧)، و من خالف في دخولهم (٨) كالفاضلين فرضوا المسألة فيما لو وقف على أولاد أولاده، فإنه حينئذ يدخل أولاد البنين و البنات بغير إشكال، و على تقدير دخولهم بوجه (٩) فاشترآكهم (بالسوية) (١٠)، لأن ذلك مقتضى الإطلاق، و الأصل عدم التفاضل، (إلا أن يفضل) بالتصريح (١١)، أو قوله: على كتاب الله و نحوه، (و لو قال: على من انتسب إليّ (١٢) لم يدخل أولاد البنات) على أشهر القولين، عملا بدلاله اللغه و العرف و الاستعمال.

(١) شرح الإرشاد المسمى بغايه المراد.

(٢) أى بأن الدخول.

(٣) لا من إطلاق لفظ الولد على ولد الولد.

(٤) لكونه موضوعا للولد فلو كان حقيقه فى ولد الولد لكان مشتركا بينهما، و هو على خلاف الأصل لتعدد الوضع فيه.

(٥) بناء على أنه للولد فقط فاستعماله فى ولد الولد يكون مجازا و هو على خلاف الأصل إذ الأصل فى الاستعمال الحقيقه، فإذا دار الأمر بين الاشتراك و المجاز فالمجاز أولى، و قد حرر فى محله أنه لا يصح التمسك بهذه الاستحسانات فى مقام إثبات العلقه الوضعيه بين اللفظ و المعنى.

(٦) أى القول الثانى من كون الولد مختصا بالصلبى عند الاطلاق.

(٧) أى من دلت القرينه على دخوله.

(٨) فلو قال: و من خالف فى عدم دخولهم و ذهب إلى الدخول كالفاضلين لكان أولى.

(٩) من الوجوه السابقه.

(١٠) لمقتضى العدل، و قاعده التنصيف للأثنى مختصه بالإرث لورود دليل خاص عليها هناك.

(١١) فيجب التفضيل عملا بالشرط.

(١٢) أى لو قال وقفت هذا على من انتسب إليّ، فلا يدخل أولاد البنات لأن ولد البنت لا ينتسب إلى أمه بل إلى أبيه، و خالف السيد المرتضى اعتمادا على أن ولد البنت ولد، و قد تقدم الكلام فيه.

الرابعه. إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه بخراب القرية

الرابعه. (إذا وقف مسجدا لم ينفك وقفه (١) بخراب القرية)، للزوم الوقف، و عدم صلاحية الخراب لزواله، لجواز عودها، أو انتفاع الماره به، و كذا لو خرب المسجد (٢)، خلافا لبعض العامه، قياسا على عود الكفن إلى الورثه عند اليأس من الميت، بجامع استغناء المسجد عن المصلين كاستغناء الميت عن الكفن، و الفرق واضح، لأن الكفن ملك للوارث و إن وجب بذله فى التكفين، بخلاف المسجد لخروجه بالوقف على وجه فك الملك كالتحرير (٣)، و لإمكان الحاجه إليه بعماره القرية، و صلاحه الماره، بخلاف الكفن.

(و إذا وقف على الفقراء، أو العلويه انصرف إلى من فى بلد الواقف منهم و من حضره (٤) بمعنى جواز الاقتصار عليهم من غير أن يتتبع غيرهم ممن يشمله (١) و إن خرجت القرية بلا خلاف فيه بيننا لعدم بطلان مسجديته مع إمكان الانتفاع به و لو بالماره أو بعود الحياه إلى القرية، خلافا لأحمد من العامه حيث جَوَز بيعه فى هذا الحال، و خلافا لمحمد بن الحسن من العامه أيضا حيث حكم بعوده إلى ملك الواقف قياسا على الكفن فيما لو أخذ السيل ميتا و يئس منه فيرجع الكفن إلى الورثه فكذا فى المسجد.

و فيه: إنه قياس مع وجود الفارق و هو: أن الكفن ملك للورثه لأن التركة تنتقل إلى الوارث بالموت، و إن وجب عليهم صرفه فى تكفين مورثهم، و لما تعذر التكفين به بطل مورد صرفه فرجع إلى ملكهم مع جواز التصرف فيه بأى مورد و هذا يتم فيما لو كان الكفن من التركة، أما لو كان من الزكاه أو من الوقف فيرجع إلى أصله، و كذا لو كان من متبرع فيرجع إليه. و هذا بخلاف الوقف فإنه قد خرج عن ملك الواقف فكيف يعود إليه.

(٢) مع عدم خراب القرية.

(٣) أى العتق فالعتق فك ملك كما سيأتى.

(٤) إذا وقف الشيء على الفقراء فهو وقف على هذه الجهة المخصوصه لا على أشخاصها، و مصرفها كل من كان فقيرا، و لكن هل يجب عليه استيفاؤهم و لو كان غائبا عن البلد الذى هو فيه، لا- خلاف فى أنه لا يجب بل يجوز له أن يصرف نماء هذا الوقف فى فقراء بلده و من حضر من فقراء غيرها و لا- يجب عليه تتبع الجميع لخبر النوفلى (كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام أسأله عن أرض وقفها جدى على المحتاجين من ولد فلان بن فلان، و هم كثير متفرقون فى البلاد، فأجاب: ذكرت الأرض التى وقفها جدك على فقراء ولد فلان، و هى لمن حضر البلد الذى فيه الوقف، و ليس لك أن تتبع من كان-

الوصف، فلو تتبع جاز. و كذا لا يجب انتظار من غاب منهم عند القسمة. و هل يجب استيعاب من حضر ظاهر العبارة ذلك بناء على أن الموقوف عليه يستحق على جهة الاشتراك، لا على وجه بيان المصرف، بخلاف الزكاه (١)، و في الرواية دليل عليه (٢)، و يحتمل جواز الاقتصار على بعضهم (٣)، نظرا إلى كون الجهة المعيّنه مصرفا، و على القولين لا- يجوز الاقتصار على أقل من ثلاثه، مراعاة لصيغه الجمع.

نعم لا- تجب التسويه (٤) بينهم، خصوصا مع اختلافهم في المزيه بخلاف الوقف على المنحصرين فيجب التسويه بينهم بالاستيعاب. و اعلم أن الموجود في نسخ الكتاب بلد الواقف، و الذي دلت عليه الرواية و ذكره الأصحاب و منهم المصنف في الدروس اعتبار بلد الوقف، لا الواقف و هو أجود (٥).

-غائبا(١)، هذا هو تحرير المسأله مع أن السابق إلى الفهم من عبارته الماتن أن أصل الوقف منصرف إليهم، و قد عرفت أن أصل الوقف لكل فقير و لذا جاز إعطاء من حضر من غيرهم، ثم لو وقف على العلويه مثلا و كانوا منتشرين في أكثر من بلد فالحكم كذلك، و الخبر المتقدم صريح في ذلك، ثم هل يجب استيعاب فقراء البلد أو لا، و هو مبني على أن الوقف المذكور ظاهر في استحقاق الجميع للموقوف فالأول، أو أنه ظاهر لبيان المصرف فالثاني، و هو لا يخلو من قوه نظرا للعرف.

و على كل يجب إعطاء أقل الجمع تحقيقا لمعنى الفقراء، و قيل: هو ثلاثه لأنه أقل الجمع عند المحققين كما في جامع المقاصد، و قيل: اثنان بناء على أنهما أقل الجمع.

(١) فإن آيه الزكاه(٢) لبيان المصرف.

(٢) على الاشتراك لعموم كلمه (من) في قوله عليه السلام في الروايه المتقدمه (و هي لمن حضر البلد)، و فيه: إنها ظاهره في بيان المصرف بدليل التقابل بين ما حضر و بين من هو غائب.

(٣) فلا يجب الاستيعاب.

(٤) سواء وجب الاستيعاب أو لا، نعم لو كان الوقف على جماعه منحصرين قد ذكروا في متن العقد فتجب التسويه لعدم جواز الترجيح بلا- مرجح، بخلاف ما هنا فإن المذكور هو الجهه لا الأشخاص، و ترجيح البعض على البعض لا يخرج الصرف عن الجهه.

(٥) لعسر حمل نماء الموقوف من بلده إلى بلد الواقف عند التغير.

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

٢- (٢) سورة التوبه، الآيه: ٦٠.

الخامسة. إذا آجر البطن الأول الوقف ثم انقرضوا

الخامسة. (إذا آجر البطن الأول الوقف (١) ثم انقرضوا تبين بطلان الإجاره فى المده الباقية)، لانتقال الحق إلى غيرهم، وحقهم و إن كان ثابتا عند الإجاره إلا أنه مقيد بحياتهم، لا مطلقا (٢)، فكانت الصحه فى جميع المده مراعاه باستحقاقهم لها، حتى لو آجروها مده يقطع فيها بعدم بقائهم إليها عاده فالزائد باطل من الابتداء، ولا يباح لهم أخذ قسطه من الأجره، و إنما أبيض فى الممكن، استصحابا للاستحقاق بحسب الإمكان، و لأصالة البقاء.

و حيث تبطل فى بعض المده (فيرجع المستأجر على ورثه الأجر) (٣) بقسط المده الباقية (٤) (إن كان قد قبض الأجره، و خلف تركه) فلو لم يخلف مالا، لم يجب (١) إذا آجر البطن الأول الوقف إلى مده معينه ثم انقرضوا أجمع فى أثنائها، فإن قلنا إن الموت يبطل الإجاره فى الملك المطلق فهنا أولى، و إن لم نقل بذلك، فهل يبطل هنا كما عن الخلاف و المبسوط و العلامه فى التذكره و التحرير و الإرشاد و الشهيدين و الكركى و غيرهم بل لا- أجد فيه خلافا كما فى الجواهر، لأن الوقف هنا تسبيل المنفعه على الموقوف عليه مده حياته فلو تبين أنه قد آجره أكثر من ذلك بطل فى الزائد لعدم ملكيته لهذه المنفعه بعد موته.

و قد تردد المحقق فى الشرائع لإطلاق ما دل على صحه الإجاره و لزومها، ثم استظهر البطلان، و لكن لقطع دابر احتمال التردد نقول: إن البطن الثانى يتلقى الملك من الواقف بأصل الصيغه كالبطن الأول بخلاف الوارث فالمورث ما قبل الموت هو مالك مسلط على ماله كيف شاء فلو آجر ماله مده معينه ثم مات فى أثنائها فالإجاره نافذه و لا يجوز للوارث الفسخ لأنه يرث ما كان ملكا للمالك حين موته، و كان الملك مسلوب المنفعه لأنه مؤجر بحسب الفرض، فلو كان البطن الثانى يتلقى الملك من الأول، كان تصرف الأول فيه نافذا فى حق الثانى و ليس للثانى فسخه، و لكن الثانى يتلقى الملك من المالك بأصل الصيغه و ليس للأول إلا التصرف فيه حال حياته فقط فلذا كان للبطن الثانى الخيار بين الفسخ و بين الإجاره فى الباقى كما هو المشهور بينهم، و لكن قد عرفت أن الإجاره فى العقد الفضولى فى الوقف غير نافعه فالأقوى هو البطلان فقط بحيث إذا أراد البطن الثانى الإجاره فعليه تجديد العقد من رأس.

(٢) و إن ماتوا.

(٣) و هو البطن الأول.

(٤) قال فى المسالك (و المراد بمقابله المتخلف أن ينسب أجره مثله إلى أجره مثل مجموع المده -

على الوارث الوفاء من ماله (١) كغيرها من الديون، هذا إذا كان قد أجرها (٢) لمصلحته، أو لم يكن ناظرا، فلو كان ناظرا و أجرها لمصلحه البطون لم تبطل الإجاره (٣)، و كذا لو كان المؤجر هو الناظر فى الوقف مع كونه غير مستحق.

و يرجع من المسمى بمثل تلك النسبه، فلو كان قد أجره سنه بمائه مثلا، و مات بعد انقضاء نصفها، و فرض أن أجره مثل النصف المتخلف تساوى الستين، و أجره مثل النصف الماضى تساوى ثلاثين، رجع بثلثى المائه المسماه و هكذا) انتهى.

(١) من مال الوارث.

(٢) أى البطن الأول.

(٣) لإطلاق دليلها، بعد كون البطن الأول لهم من الأجره ما يوازى أجرتها فى زمن حياتهم فقط.

ص: ٢٤٧

كتاب العطييه و هي أربعه

اشاره

ص: ٢٤٩

(و هي) أى العطيّه باعتبار الجنس (أربعه):

(الأول. الصدقه (١):...)

(١) قد وردت الأخبار الكثيره بالحث عليها و أنها تدفع ميته السوء (١)، و أنها تنفى الفقر و تزيد فى العمر ٢، و أنها جنه من النار ٣، و قد ورد (إذا أملتكم فتاجروا الله بالصدقه) ٤، و (الصدقه باليد تدفع ميته السوء، و تدفع سبعين نوعا من أنواع البلاء، و يفكك عن لحي سبعين شيطانا كلهم يأمره أن لا تفعل) (٢) و فى الحديث (و اتقوا النار و لو بشق تمره) (٣) و فى آخر (بكروا بالصدقه فإن البلاء لا يتخطاها) (٤) و فى ثالث (من تصدق بصدقه حين يصيح اذهب الله عنه نحس ذلك اليوم) ٨ و فى رابع (إن الله الذى لا إله إلا هو ليدفع بالصدقه الداء و السديله و الحرق و الفرق و الهدم و الجنون و عدّ سبعين بابا من السوء) (٥) و فى خامس (إن الصدقه لتدفع سبعين بليّه من بلايا الدنيا مع ميته السوء، إن صاحبها لا يموت ميته السوء أبدا مع ما يدخر لصاحبها فى الآخر) ١٠ و فى سادس (ليس شىء أثقل على الشيطان من الصدقه على المؤمن، و هي تقع فى يد الرب تبارك و تعالى قبل أن-

ص: ٢٥١

- ١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٤ و ١٧ و ١٩.
- ٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الصدقه حديث ١.
- ٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الصدقه حديث ٢.
- ٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٢.
- ٥- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٤.

في الافتقار إلى الإيجاب والقبول والقبول والقربة

(و هي عقد يفتقر إلى إيجاب و قبول (١) إطلاق العقد على نفس العطيء لا- يخلو من تساهل (٢)، بل في إطلاقه على جميع المفهومات المشهوره من البيع و الإجاره و غيرهما. و إنما هو دال عليها، و يعتبر في إيجاب الصدقه و قبولها ما يعتبر في غيرها (٣) من العقود اللازمه، و قبض (٤)...

-تقع في يد العبد(١)، و في سابع (الصدقه بعشره و القرض بثمانيه عشر، و صله الاخوان بعشرين، و صله الرحم بأربعة و عشرين)(٢)، و منه يستفاد أفضليه التصديق على الرحم بل في الخبر (لا صدقه و ذو رحم محتاج)٣ بل يستحب تقبيل الإنسان يده بعد الصدقه ففي الخبر (كان زين العابدين عليه السلام يقبل يده عند الصدقه، فقيل له في ذلك فقال: إنها تقع في يد الله قبل أن تقع في يد السائل)(٣) و في خبر آخر (ما من شيء إلا وكل به ملك إلا الصدقه فإنها تقع في يد الله تعالى)٥.

(١) بلا خلاف فيه كما في الجواهر، بل عن المشهور اعتبار ما يشترط في العقود اللازمه باعتبار أن الصدقه لازمه لا يجوز الرجوع فيها بعد القبض.

و فيه: إن اللزوم ناشئ من جهه القربه كما سيأتى لا من جهه العقديه هذا فضلا عن أن السيره المستمره إلى زمن المعصوم عليه السلام بل و ظاهر النصوص الداله على تحققها بالمعاطاه بل هذا هو الغالب فيها.

(٢) لأنه من باب إطلاق السبب على المسبب.

(٣) من كمال المتعاقدين و مقارنه القبول للإيجاب عرفا و غير ذلك، و لكن النصوص خاليه عن ذلك كله.

(٤) بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (أنه قال في الرجل يتصدق على ولده و قد أدركوا: إذا لم يقبضوا حتى يموت فهو ميراث)(٤) و مثله خبر عبيد بن زراره٧ و غيرهما مما قد تقدم في كتاب الوقف، و الاستدلال مبنى على أعميه الصدقه الوارده في النصوص من الوقف و الصدقه، و لما دل على اشتراط القبض في الهبه كما سيأتى، و الصدقه هي هبه مع زياده نيه القربه، فالدليل الثاني متين و إن كان في -

ص: ٢٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصدقه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٤.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الصدقه حديث ٢ و ٦.

٤- ((٦) و (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ١ و ٥.

(ياذن الموجب) (١)، بل ياذن المالك، فإنه لو وكل في الإيجاب لم يكن للوكيل الإقباض.

(و من شرطها القربة (٢) فلا- تصح بدونها و إن حصل الإيجاب و القبول و القبض، للروايات الصحيحة الداله عليه،(فلا يجوز الرجوع فيها بعد القبض) (٣)، لتمام الملك، و حصول العوض و هو القربة، كما لا- يصح الرجوع في -الأول ضعف ظاهر لانصراف الأخبار المتقدمه إلى خصوص الوقف. ثم الصدقه لا توجب القبض على المتصدق فلذا كان متوقفا على إذنه و هو المسمى بالإقباض فلو قبضها المعطى له من غير رضا المالك لم ينتقل إليه، لعدم حصول الإقباض.

(١) مبنى على الغالب من كون المالك هو الموجب و لذا استدرك عليه الشارح بتخصيصه بالمالك، إذ الوكيل فى الايجاب قد لا يكون وكيلا فى الاقباض.

(٢) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لصحيح هشام و حماد و ابن أذينة و ابن بكير و غيرهم كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا صدقه و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل) (١) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا يرجع فى الصدقه إذا أبتغى بها وجه الله عز و جل) (٢) و مثلها غيرها.

(٣) لأن المقصود بها الأجر و قد حصل فهى كالهبة المعوض عنها، و لما ورد مثل صحيح محمد بن مسلم المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما مثل الذى يرجع فى صدقته كالذى يرجع فى قيئه) ٣، و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يرتد فى الصدقه قال: كالذى يرتد فى قيئه) ٤، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تصدق بصدقته على حميم أ يصلح له أن يرجع فيها؟ قال: لا، و لكن إن احتاج فليأخذ من حميمه من غير ما تصدق به عليه) ٥، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا تصدق الرجل بصدقته لم يحلّ له أن يشتريها و لا يستوهبها و لا يستردها إلا فى ميراث) (٣).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج فى مهذبته جواز الرجوع كما جاز له الرجوع فى الهبة، و ردّ بالفرق بأن المقصود بالصدقته الأجر و قد حصل فهى كالهبة المعوض عنها.

و عن الشيخ فى النهايه و المفيد فى المقنعه عدم جواز عودها إليه بالبيع أو الهبة نعم لو-

ص: ٢٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٧ و ٤ و ٥ و ٩.

٣- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ١.

الهبه مع التعويض. و في تفريعه بالفاء إشاره إلى أن القربه عوض، بل العوض الأخرى أقوى من العوض الدنيوى.

فى أن مفروضها محرم على بنى هاشم

(و مفروضها محرم على بنى هاشم (١) من غيرهم (٢) إلا مع قصور خمسهم (٣) لأن الله تعالى جعل لهم الخمس عوضا عنها، و حرمتها عليهم، معللا بأنها أوساخ الناس (٤)، و الأقوى اختصاص التحريم بالزكاه المفروضه، دون المنذوره -عادت بالإرث جاز لصحيح منصور المتقدم و لكنه محمول على الكراهه لمعارضته لعموم جواز البيع الشامل لموردنا و كذا عموم جواز الهبه.

ثم مقتضى الأخبار عدم جواز الرجوع فى الصدقه بعد القبض لرحم كانت أو لأجنى.

(١) قد تقدم الكلام فيه مفصلا فى باب الزكاه، و قد تقدم صحيح جعفر بن إبراهيم الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: أ تحل الصدقه لبنى هاشم؟ قال: إنما تلك الصدقه الواجه على الناس لا تحل لنا، فأما غير ذلك فليس به بأس، و لو كان كذلك ما استطاعوا أن يخرجوا من مكه، لأن هذه المياه عامتها صدقه) (١) و خبر إسماعيل بن الفضل الهاشمى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الصدقه التى حرمت على بنى هاشم ما هى؟ فقال: هى الزكاه) (٢)، و ظاهر هذه الأخبار عدم تحريم الكفاره و النذر و الموصى به من الصدقات ما عدا الزكاه.

(٢) أما منهم فلا بلا خلاف فيه لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: صدقات بنى هاشم بعضهم على بعض تحلّ لهم؟ قال: نعم) (٣) و مثله غيره.

(٣) لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لو كان العدل ما احتاج هاشمى و لا مطلبى إلى صدقه، إن الله جعل لهم فى كتابه ما كان فيه سعتهم، ثم قال: إن الرجل إذا لم يجد شيئا حلّت له الميتة، و الصدقه لا تحلّ لأحد منهم إلا أن لا يجد شيئا و يكون فيمن تحل له الميتة) (٤) و بقية البحث قد تقدم فى كتاب الزكاه.

(٤) كما فى صحيح محمد بن مسلم و أبى بصير و زراره كلهم عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الصدقه أوساخ أيدي الناس، و إن الله قد حرّم على -

ص: ٢٥٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

و الكفاره و غيرهما، و التعليل بالأوساخ يرشد إليه،(و تجوز الصدقه على الذمي (١)

-منها و من غيرها ما قد حرمه، و إن الصدقه لا تحل لبني عبد المطلب(١)، و قد روى الجمهور عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (الصدقه محرمة على بني هاشم، و قال: هذه الصدقه أوساخ الناس فلا تحل لمحمد و آل محمد)(٢).

(١)على المشهور لعموم استحباب الصدقه و خصوص خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه (أن عليا عليه السّلام كان يقول: لا يذبح نسككم إلا- أصل ملتكم، و لا تصدقوا بشيء من نسككم إلا على المسلمين، و تصدقوا بما سواه غير الزكاه على أهل الذمه)(٣).

و نقل الشهيد في الدروس عن الحسن بن أبي عقيل المنع من الصدقه على غير المؤمن مطلقا، و لعله لمكاتبه على بن بلال (كتب إليه يسأله عن الزكاه و الصدقه، هل يجوز أن أدفع زكاه المال و الصدقه إلى محتاج غير أصحابي، فكتب: لا تعط الزكاه و الصدقه إلا أصحابك)(٤) و خبر سدير الصيرفي (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أطعم سائلا لا أعرفه مسلما؟ قال: نعم اعط من لا تعرفه بولايه و لا عداوه للحق، إن الله عز و جل يقول:

قولوا للناس حسنا، و لا- تطعم من نصب لشيء من الحق أو دعا إلى شيء من الباطل)٥ و الذمي يدعو إلى الباطل، و هما محمولان على الكراهه جمعا بينهما و بين خبر إسحاق المتقدم و خبر عمرو بن أبي نصر (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إن أهل البوادى يقتحمون علينا و فيهم اليهود و النصارى و المجوس فتصدق عليهم؟ قال: نعم)٦، و خبر عبد الله بن الفضل النوفلي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن السائل يسأل و لا يدري ما هو؟ قال: اعط من وقعت له الرحمه في قلبك، فقال: اعط دون الدرهم فقلت: أكثر ما يعطى؟ قال: أربعة دوانيق)(٥) و قال الشارح في المسالك:

(و يظهر من بعض الأصحاب أن الخلاف في الصدقه على الذمي كالخلاف في الوقف عليه، و قد تقدم أن فيه أقوالا) انتهى: و الأفعال هي: الجواز مطلقا، و عدمه مطلقا، و الجواز إذا كان رحميا، و الجواز إذا كان أحد الوالدين، و قد عرفت جواز الوقف عليه فكذا الصدقه.

ص: ٢٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ٢.

٢- (٢) صحيح مسلم ج ٢ ص ٧٥٣ حديث ١٦٧-١٦٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الصدقات حديث ٦.

٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٣ و ٧.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ٤.

رحما كان أم غيره، و على المخالف للحق (١)،(لا الحربى (٢) و الناصب، و قيل:

بالمع من غير المؤمن و إن كانت ندبا. و هو بعيد،

فى أن صدقه السر أفضل

(و صدقه السر أفضل (٣) إذا كانت مندوبه (٤)، للنص عليه فى الكتاب و السنه،(إلا أن يتهم بالترك) فالإظهار أفضل، دفعا لجعل عرضه عرضه للتهمة، فإن ذلك أمر مطلوب شرعا، حتى للمعصوم، كما ورد فى الأخبار (٥)، و كذا الأفضل إظهارها لو قصد به متابعه (١) لخبر سدير المتقدم.

(٢) لجواز قتلها بأى وسيله فلا يجوز إعانتها بالصدقه، و لخصوص خبر عمر بن يزيد (سألته عن الصدقه على النصاب و على الزيديه؟ فقال: لا تصدق عليهم بشىء و لا تسقهم من الماء إن استطعت، و قال: الزيديه هم النصاب)(١).

(٣) لقوله تعالى: (وَإِنْ تُخْفُواهَا وَتُؤْتُوهَا الْفُقَرَاءَ فَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ) (٢)، و فى الخبر عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: صدقه السر تطفى غضب الرب تبارك و تعالى)(٣) و فى خبر عمار الساباطى (قال لى أبو عبد الله عليه السّلام: يا عمار الصدقه و الله فى السر أفضل من الصدقه فى العلانيه)٤، و مرسل الطبرسى (صدقه السر تطفى غضب الرب و تطفى الخطيئه كما يطفى الماء النار، و تدفع سبعين بابا من البلاء)(٤).

(٤) و أما إذا كانت واجبه فالأفضل إظهارها لما رواه فى الغوالى عن ابن عباس عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (إن صدقه السر فى التطوع تفضل علانيته بسبعين ضعفا، و صدقه الفريضة علانيته أفضل من سرها بخمسه و عشرين ضعفا)(٥)، و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (كلما فرض الله عليك فإعلانه أفضل من إسراره، و كلما كان تطوعا فإسراره أفضل من إعلانه)(٦).

(٥) قال فى المسالك: (لأنه لا ينبغى أن يجعل عرضه عرضه للتهمة، فقد تخرج من ذلك النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم مع بعده عنه فغيره أولى) و قال فى الجواهر: (إلا أن يتهم فى ترك المواساه فيظهرها دفعا للتهمة التى تجنب عنها سيد الرسل صلّى الله عليه و آله و سلّم، مع بعده عنها)، و لم أعثر فى طرقنا على نص يدل على ذلك و لعله مما روته العامه و الله العالم.

ص: ٢٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الصدقه حديث ٢.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٧١.

٣- (٣) (٤ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقه حديث ١ و ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الصدقه حديث ١٠.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصدقه حديث ١٣.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مستحقى الزكاه حديث ١.

الناس له فيها، لما فيه (١) من التحريض على نفع الفقراء (٢).

الثانى - الهبه

فى أحكامها

(الثانى - الهبه (٣): و تسمى نحله و عطيه، و تفتقر إلى الإيجاب) و هو كل لفظ دل على تملك العين من غير عوض، كوهبتك و ملكتك و أعطيتك و نحتك و أهديت إليك و هذا لك مع نيتها (٤)، و نحو ذلك، (و القبول) و هو اللفظ الدال على الرضا، (و القبض (٥) بإذن الواهب) إن لم يكن مقبوضا بيده من قبل، (و لو) (١) أى فى الإظهار.

(٢) و حسن التحريض على ذلك واضح فلذا كان مستحبا.

(٣) و هى تملك العين مجانا فى قبال البيع الذى هو تملك العين بعوض، و هذا التقابل كالتقابل بين العاربه التى هى التسليط على استيفاء المنفعه مجانا فى قبال الإجاره التى هى التسليط على استيفاء المنفعه بعوض.

و يطلق على الهبه النحل و العطيه، فالنحل بالكسر اسم للعطيه و المصدر النحل بالضم، و العطيه تطلق على مطلق الإعطاء المتبرع به فيشمل الوقف و الصدقه و الهبه، و اعلم أن الهديه أخص من الهبه لأن الهبه هى إعطاء شىء مجانا مع تعظيم الموهوب و لا تطلق النحل إلا- على تملك العقار للأولاد أو مطلق الرحم لإدراج معاشهم شفقه عليهم، و تطلق الجائزه على إعطاء السلطان أو الوالى أو نحوهما بلحاظ خصوصيه فى المعطى إليه من عمل أو صنعه.

ثم إن الهبه عقد محتاج إلى الإيجاب و القبول، و يتحققان بكل لفظ يدل على ذلك بل يتحققان بالفعل و المعاطاه على الأقوى على ما سياتى تفصيله فى كتاب البيع فيكفى تسليم العين و تسلمها بعنوان التملك و التملك.

(٤) أى نيه الهبه عند الإتيان بالجملة الاسميه كهذا لك و نحوه.

(٥) لا خلاف فى أن القبض شرط فى الهبه فى الجملة و لكن اختلفوا فى أنه شرط الصحه أو أنه شرط اللزوم، ذهب إلى الأول معظم المتأخرين لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (الهبه لا تكون أبدا هبه حتى يقبضها، و الصدقه جائزه عليه) (١) و موثق داود بن الحصين عنه عليه السّلام (النحل و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال عليه السّلام:

هى ميراث، فإن كان لصبى فى حجره فأشهد عليه فهو جائز) ٢، و مرسل أبان عنه عليه السّلام (النحل و الهبه ما لم يقبضا حتى يموت صاحبها هى بمنزله الميراث، و إن كان لصبى فى حجره فهو جائز) ٣ و الجائز بمعنى اللزوم فى هذه الأخبار بمقتضى السياق.-

ص: ٢٥٧

(وهبه ما بيده لم يفتقر إلى قبض جديد، ولا إذن فيه (١) ولا مضيّ زمان) يمكن فيه قبضه، لحصول القبض المشروط، فأغنى عن قبض آخر، وعن مضيّ زمان يسعه، إذ لا مدخل للزمان في ذلك، مع كونه مقبوضاً، وإنما كان (٢) معتبراً مع عدم القبض، لضروره امتناع حصوله بدون (٣). وإطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين كونه بيده بإيداع، أو عاريه، أو غضب، أو غير ذلك، والوجه واحد. وقيل:

و- نسب الثاني إلى جماعه منهم أبو الصلاح والعلامة في المختلف بل وإلى الشيخين وابن حمزه والبراج لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (الهبه جائزه قبضت أو لم تقبض، قسيّمت أو لم تقسم، والنحل لا تجوز حتى تقبض، وإنما أراد الناس ذلك فأخطوا) (١) وخبر عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تصدق الرجل بصدقه أو هبه قبضها صاحبها أو لم يقبضها، علمت أو لم تعلم فهي جائزه) (٢).

وفيه: إنهما لا يقاومان الأخبار المتقدمه المنجبره بعمل المشهور، هذا فضلاً عن أن ظاهرهما عدم شرطيه القبض أبداً لا كونه شرطاً في اللزوم كما هو المدعى، مع أن التفريق بين الهبه والنحل كما في صحيح أبي بصير على خلاف المذهب من اتحاد الحكم فيها، وأيضاً لا- معنى لجعل القبض شرطاً في اللزوم مع أن الهبه جائزه غير لازمه حتى بعد القبض إلا في موارد كالهبه على ذى الرحم ونحو ذلك.

ثم إذا كان القبض شرطاً في الصحة فالعقد لا يوجب فيتوقف القبض على إذن المالك لأنه تصرف في ماله هذا كله إذا لم يكن مقبوضاً من قبله قبل الهبه، وإلا- فلا- داعى للإقباض بعد ذلك لأنه مقبوض على كل حال كما عليه المشهور، وعن الشيخ ويحيى بن سعيد لو كان الموهوب في يد الموهوب له فيشترط إذن الواهب بالقبض ولو من اقراره له ويشترط مضيّ زمان يمكن فيه القبض، وفيه: إنه مقبوض فلا داعى لتجديد القبض.

وعن العلامة في المختلف والتذكرة أنه لا فرق بين كونه في يد الموهوب له بإيداع أو عاريه أو غضب، وعن جماعه التفريق بين القبض بإذنه سابقاً فلا يشترط تجديد القبض وبين الغصب فيشترط تجديد القبض حيث لا يد للغاصب عليه شرعاً فيده يد عدوان وقبضه حاله الغصب كلا قبض.

(١) في القبض.

(٢) أى الزمان.

(٣) أى امتناع حصول القبض بدون الزمان.

ص: ٢٥٨

بالفرق بين القبض بإذنه وغيره وهو حسن، إذ لا يد للغاصب شرعا، (و كذا إذا وهب الولي الصبي)، أو الصبي (ما في يد الولي كفى الإيجاب و القبول) من غير تجديد القبض، لحصوله (١) بيده (٢)، و هي بمنزله يده (٣)، و لا مضى زمان. و قيل:

يعتبر قصد القبض عن الطفل لأن المال المقبوض بيد الولي له فلا ينصرف إلى الطفل إلا بصارف و هو القصد و كلام الأصحاب مطلق.

في أنه لا يشترط في الإبراء القبول

(و لا يشترط في الإبراء) و هو إسقاط ما في ذمه الغير من الحق (القبول) (٤)، (١) أى الموهوب.

(٢) بيد الولي.

(٣) أى بمنزله يد الصبي و كذا الصبي بلا خلاف فيه لموثق داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام (النحلة و الهبه ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال عليه السلام: هي ميراث، فإن كان لصبي في حجره فأشهد عليه فهو جائز) (١) و مثله مرسل أبان المتقدم ٢.

قال الشارح في المسالك: (بقي في المسألة بحث آخر و هو: أنه هل يعتبر قصد القبض عن الطفل بعد الهبه ليمحض القبول لها - كما تقدمت الإشارة إليه - ينبغى ذلك عند من يعتبر إيقاع القبض للهبه كالعلايه ره، لأن المال المقبوض في يد الولي فلا ينصرف إلى الطفل إلا- بصارف و هو القصد، و على ما اخترناه من الاكتفاء بعدم قصد القبض لغيره يكفي هنا، و ينصرف الإطلاق إلى قبض الهبه و يلزم بذلك) انتهى و يدفع هذا الكلام من اعتبار قصد القبض عن الطفل إطلاق الخبرين المتقدمين.

(٤) لو وهب الدين لمن هو عليه فلا- يحتاج إلى قبض لأن ما في الذمه مقبوض عليه، و لكن هل تحتاج الهبه حينئذ إلى القبول فالظاهر الاحتياج لأنها عقد، و هذه الهبه تفيد مفاد الإبراء الذي هو إسقاط ما له في ذمه الغير، و هل يحتاج الإبراء إلى قبول فعن المشهور العدم، لأنه إسقاط لا نقل شيء إلى الملك، فهو بمنزله تحرير العبد، و لقوله تعالى: (إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ) (٢) حيث اكتفى في سقوط الحق بمجرد العفو، و القبول لا- دخل له في مسماه. و عن الشيخ في المبسوط و ابن زهره في الغنيه و الحلبي في سرائره اشتراط القبول في الإبراء، لاشتماله على المنه فلو لم يعتبر القبول لأ- جبر على المنه، و أوجب بالفرق بين التملك و الاسقاط.

هذا و اعلم أن الكثير منهم كالماتن و الشارح هنا حرروا المسألة بلفظ الإبراء، و هو خارج-

ص: ٢٥٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٥ و ١.

٢- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٣٧.

لأنه إسقاط حق، لا نقل ملك، و قيل: يشترط لاشتماله على المنه، و لا يجبر على قبولها كهبه العين و الفرق واضح (١)، (و) كذا (لا) يشترط (فى الهبه القربه) للأصل (٢)، لكن لا يثاب عليها بدونها (٣)، و معها (٤) تصير عوضا كالصدقه.

فى أنه يكره تفضيل بعض الولد على بعض

(و يكره تفضيل بعض الولد على بعض (٥) و إن اختلفوا فى المذكوره -من أبحاث الهبه، فالأولى البحث أولا- فى الهبه ثم فى الابراء، نعم هبه ما فى الذمه تفيد فائده الابراء كما عرفت لا أنها نفسه كما قد يتوهم.

(١) أى الفرق بين هبه العين المفيده للتملك و بين الابراء الذى هو الاسقاط.

(٢) و للأخبار منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (و ما لم يعط لله و فى الله فإنه يرجع فيه نحله كانت أو هبه، حيزت أو لم تحز) (١) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (و لا يرجع فى الصدقه إذا ابتغى وجه الله، و قال: الهبه و النحله يرجع فيها إن شاء، حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم فإنه لا يرجع فيه) ٢ و ظاهره عدم اشتراط القربه فى الهبه كما هو واضح.

(٣) إذ الثواب متوقف على التقرب.

(٤) و مع القربه فهى صدقه كما من العلامه فى التذكره، و على فرض عدم الصدق فهى هبه معوضه لأن الثواب خير عوض.

(٥) يجوز تفضيل بعض الولد على بعض فى العطيه بلا خلاف فيه إلا من ابن الجنيد حيث حكى عنه الحرمة و كذا عدّى الحكم إلى باقى الأقارب مع التساوى فى القرب، و هو ضعيف لأن الناس مسلطون على أموالهم كما فى النبوى (٢)، و لما سيأتى من الأخبار.

و المشهور على أنه جائز على كراهه بلا فرق بين حالتى الصحه و المرض و بين حالتى العسر و اليسر، و عن العلامه فى المختلف أن الكراهه عند المرض أو الاعسار لخبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن عطيه الوالد لولده فقال: أما إذا كان صحيحا فهو ماله يضع به ما شاء، و أما فى مرضه فلا يصلح) (٣) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يخص بعض ولده بالعطيه فقال: إن كان موسرا فنعم، و إن كان معسرا فلا) ٥ و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن عطيه الوالد لولده يبينه قال:

إذا أعطاه فى صحته (جاز) ٦ و فيه: إن الأخير ليس ظاهرا فى مدعاه بل هو ظاهر فى -

ص: ٢٦٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) غوالى اللئالى ج ٢ ص ١٣٨ حديث ٣٨٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الوصايا حديث ١١ و ١٢ و ١٤.

و الأئوته، لما فيه من كسر قلب المفضل عليه، و تعريضهم للعداوه، و روى أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم قال لمن أعطى بعض أولاده شيئاً: «أكل ولدك أعطيت مثله» قال لا قال: «فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم» فرجع في تلك العطيته، و في روايه أخرى: «لا تشهدينى على جور»، و حيث يفعل يستحب الفسخ مع إمكانه للخبر (١)، و ذهب بعض الأصحاب إلى التحريم، و في المختلف خص الكراهه بالمرض و الإعسار، لدلاله بعض الأخبار عليه و الأقوى الكراهه مطلقاً، و استثنى من ذلك ما لو اشتمل المفضل على معنى يقتضيه، كحاجه زائده، و زمانه، و اشتغال بعلم، أو نقص المفضل عليه بسفه، أو فسق، أو بدعه، و نحو ذلك.

-جواز الإعطاء فى حال الصحه لأنه نافذ من الأصل بخلاف ما لو أعطاه فى حال مرض الموت و كذا خبر سماعه، فلم يبق إلا خبر أبى بصير معتضداً بالنبوى العامى أنه قال لبشير بن النعمان لما نحل ابنه النعمان غلاماً: (أكل ولدك نحلتهم مثل هذا؟ فقال: لا، فقال: اردده) (١) و فى آخر (فارجه) و فى ثالث (فاتقوا الله و اعدلوا بين أولادكم فرجع أبى فى تلك الصدقه) و فى رابع (لا تشهدينى على جور) مضافاً إلى ما فيه من إشاره الشحاء و البغضاء و الحسد، فالأقوى الكراهه مطلقاً حينئذ، نعم استقرب العلامه عدم الكراهه إذا كان التفصيل لمعنى يقتضيه كشدّه حاجه و زمانه أو اشتغال بعلم، أو التنويه بمزيتة و فضله و عليه يحمل فعل لائمه عليهم السّلام للتفضيل، و هذا هو الذى ذكرناه من الكراهه مطلقاً إلا ما استثنى مما يقتضيه الجمع بين ما تقدم و بين خبر محمد بن قيس (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يفضل بعض ولده على بعض، فقال: نعم و نساءه) (٢) و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون له الولد من غير أم يفضل بعضهم على بعض؟ قال: لا بأس) (٣) و خبر إسماعيل بن عبد الخالق عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يخصّ بعض ولده ببعض ماله فقال: لا بأس بذلك) (٤) و خبر ابن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (سألته عن الرجل يحلّ له أن يفضل بعض ولده على بعض؟ قال: قد فضّلت فلاناً على أهلى و ولدى فلا بأس) (٥) و خبر معاويه و أبى كههمس عن أبى عبد الله عليه السّلام يقول (صنع ذلك - أى التفضيل - علىّ عليه السّلام بابنه الحسن، و فعل ذلك الحسين بابنه علىّ، و فعله أبى بى، و فعلته أنا) (٦).

(١) أى لنفس هذا الخبر المتقدم فى كلام الشارح و قد تقدم ذكره منا.

ص: ٢٤١

١- (١) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٠٦ و سنن البيهقى ج ٦ ص ١٧٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الهبات حديث ١ و ٢ و ٤ و ٦ و ٣.

(و يصح الرجوع فى الهبه بعد الإقباض ما لم يتصرف الموهوب (١) تصرفاً (١) اعلم أن الهبه إذا تمت بالعقد و القبض فهى من العقود الجائزه، لأن الأصل فى العقود للزوم لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١)، و لكن قد دلت الأخبار الكثيره على جوازها.

منها: صحيح جميل و الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع فيها و إلا فليس) (٢) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (الهبه و النحله يرجع فيهما إن شاء حيزت أو لم تحز إلا لذى رحم) (٣) و صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله و عبد الله بن سليمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يهب الهبه أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ قال عليه السّلام: تجوز الهبه لذوى القرباه، و الذى يثاب من هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء) ٤.

و الرجوع مكروه جمعا بين ما تقدم و بين خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه) (٤) و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنت بالخيار فى الهبه ما دامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها) ٦ و مثلها غيرها.

و هذا و تلزم الهبه بعد القبض و لا يجوز فيها الرجوع فى موارد:

الأول: فيما إذا كانت الهبه لأحد الأبوين أو الأولاد بلا خلاف فيه إلا من المرتضى فى الانتصار حيث جعلها جائزه، و هو شاذ و الغريب أنه ادعى الاجماع مع أن الأمر بالعكس كما عرفت لصحيح و يدل على الحكم أخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم و صحيح عبد الرحمن و عبد الله بن سليمان المتقدمان، و موثق داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السّلام (الهبه و النحله ما لم تقبض حتى يموت صاحبها قال: هو ميراث، فإن كانت لصبى فى حجره فأشهد عليه فإنه جائز) (٥) و الجائز بمعنى اللازم كما عرفت.

الثانى: فيما لو كانت الهبه لذوى الرحم كما عليه المشهور للصحيحين المتقدمين.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد و الحلبي فى موضع من سرائره من جواز الرجوع لموثق داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته هل لأحد أن يرجع فى صدقه أو هبه؟ -

ص: ٢٦٢

١- (١) سورة المائده، الآيه: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢ و ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٣ و ٤.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.

قال: أما ما تصدق به لله فلا، و أما الهبه و النحله فله أن يرجع فيها حازها أو لم يحزها و إن كانت لذي قرابه(١) و مثله مرسل أبان ٢ و صحيح المعلّى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السّلام ٣، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم لأنها أكثر عددا، نعم عن الكفايه الجمع بينهما بالحكم بالكراهه. و ما عليه المشهور هو الأولى ثم المراد بالرحم هو مطلق القريب و إن بعدت لحمته و جاز نكاحه للصدق العرقى، فما عن بعضهم من اختصاصه بمن يحرم نكاحه شاذ محجوج بما عرفت.

نعم وقع الخلاف بينهم فى جواز الرجوع فى هبه كل من الزوجين للآخر فذهب الفاضل و ولده و المقداد و ثانى المحققين و الشهيدين و جماعه إلى عدم جواز الرجوع لصحيح زواره عن أبي عبد الله عليه السّلام (و لا يرجع الرجل فيما يهب لامرأته و لا المرأه فيما تهب لزوجها، حيز أو لم يحز، لأنه الله تعالى يقول: و لا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا، و قال:

فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا، و هذا يدخل فيه الصداق و الهبه(٢)، و صحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السّلام (عن الرجل يأخذ من أم ولده شيئا هبه له بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أ يجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده(٣) و مفهومه إن لم تكن كذلك فلا يجوز مع العلم أن الحكم فيها من ناحيه كونها زوجته، و قد جاز الأخذ عند كونها أم ولد لأنها أمه مملوكه لسيدها، فهى و ما تملك له.

و عن الأكثر الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن رجل كانت له جاريه فأذته امرأته فيها فقال: هى عليك صدقه فقال: إن كان قال ذلك لله فليمضها، و إن لم يقل فله أن يرجع إن شاء فيها(٤) و الأقوى الأول لصراحته بعد حمل صحيح ابن مسلم على ما قبل القبض.

فيما لو كان الموهوب أجنبيا و قد تلفت العين فلا يجوز الرجوع على المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له(٥).

و عن المرتضى جواز الرجوع مطلقا و هو ضعيف لعدم الدليل له، و مما تقدم لا فرق بين -

ص: ٢٤٣

- ١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٣ و ملحقه و ٤.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٢.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

-كون التلف من قبل الله تعالى و غيره بل و من نفس الموهوب له.

الرابع: فيما لو كان الموهوب أجنبيا و قد عوّض عنها و لو كان العوض يسيرا بلا خلاف فيه حتى من السيد المرتضى للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا عوّض صاحب الهبة فليس له أن يرجع) (١) و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله و عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يهب الهبة أ يرجع فيها إن شاء أم لا؟ فقال: تجوز الهبة لذوى القرابه و الذى يثاب عن هبته، و يرجع فى غير ذلك إن شاء) (٢).

الخامس: فيما لو كان الموهوب له أجنبيا و قد تصرف بالهبة تصرفا أوجب نقلها عن ملكه، أو أوجب تغيير صورتها، أما التصرف بمعنى استيفاء منافعها فقط فهو لا كلام فيه فى أنه لا يوجب لزوم عقد الهبة.

و على كل فقد اختلفوا على أقوال:

الأول: أن التصرف المذكور موجب للزوم عقد الهبة فلا يجوز الرجوع و هو المنسوب إلى المشهور و استدلل له بخبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنت بالخيار فى الهبة ما دامت فى يدك، فإذا خرجت إلى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها، و قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من رجع فى هبته فهو كالراجع فى قيئه) (٣)، و قد أطال الشارح فى المسالك فى إقامه الأدله على هذا القول إلى أن انهاها إلى تسعه أدله و لا محصل فى أكثرها و عمدتها هذا الخبر، على أن الخير مشتمل على ابن عبد الحميد و هو واقفى و على ابن حماد و هو غال، و على إبراهيم بقول مطلق و هو مشترك بين الثقة و الضعيف، هذا فضلا عن أنه قد تقدم أنه محمول على الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على جواز الرجوع فى الهبة بعد القبض.

أن التصرف المذكور لا يوجب اللزوم و هو مختار المحقق فى الشرائع و مختصر النافع و سلار و أبو الصلاح و قد نسب إلى ابن الجنيد و قد استدلل لهذا القول بعمومات الأخبار المتقدمه أو إطلاقها الداله على جواز الرجوع بعد القبض ما لم تكن الهبة لذى القربى، و فيه: إنها ليست فى مقام البيان من هذه الجهه، و استدلل بصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام-

ص: ٢٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الهبات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام الهبات حديث ٤.

متلفا للعين، أو ناقلا- للملك، أو مانعا من الرد كالأستيلاد، أو مغيرا للعين كقصاره (١) الثوب، و نجاره الخشب، و طحن الحنطه على الأقوى (٢) فى الأخير.

وقيل: مطلق التصرف و هو ظاهر العبارة (٣)، و فى تنزيل موت المتهب منزله التصرف قولان، من عدم وقوعه منه (٤) فتناوله الأدله المجوزه للرجوع. و من - (إذا كانت الهبه قائمه بعينها فله أن يرجع و إلا فليس له) (١) و بقاء العين شامل لحالتي التصرف و عدمه، فيجوز الرجوع ما قبل التلف فقط.

التفصيل بين التصرف الموجب للنقل و الخروج عن الملك أو المغير للصوره كنجاره الخشب و قصاره الثوب فإنه يوجب لزوم و إلا كالركوب و السكنى و اللبن و غيرها مما هو استيفاء المنفعه فقط فلا و إليه ذهب ابن حمزه و الشهيد فى الدروس و جماعه من المتأخرين لنفس صحيح الحلبي المتقدم، لأنه مع تغيير الصوره النوعيه للهيه لا- يصدق قيام الهبه بعينها، لأن المتبادر من الروايه الهدايه بقاءها بأوصافها التى كانت عليها، و كذا مع نقلها لا يصدق بقاءها عرفا لأن ذلك منزل منزله التلف فضلا عن أن الخير منصرف إلى بقاء بعينها عند الموهوب له، و مع النقل فلا يتحقق ذلك. و هذا هو الأقوى.

ثم لما كان هذا القول الثالث راجعا إلى القول الثانى و ليس هو شىء مستقل حرر جماعه المسأله على قولين، فما فعله الشارح فى المسالك و جماعه من تحرير المسأله على أقوال ثلاثه ليس فى محله، ثم مما تقدم تعرف أن العمده فى مستند الحكم فى المسأله هو صحيح الحلبي فقط و هذا ما اعترف به صاحب الجواهر و صاحب العروه و غيرهما فتكثير الأدله و الاستحسانات كما فعل الشارح فى المسالك أيضا ليس فى محله.

(١) قَصْرَتِ الثوب أى بيضته و الفاعل قَصَار.

(٢) لأن الطحن مغير لصوره الحنطه و إن بقيت حقيقتها، و لم أجد من خالف فى ذلك، نعم بعض المحشين جعل الاقوائيه فى قبال الاحتمال أن يقال الطحن لم يغير الحقيقه فالعين باقيه و إن تغير الاسم و هو مردود لتغير الصوره عرفا.

(٣) و قد عرفت أن مرادهم هو التفصيل.

(٤) أى عدم وقوع انتقال الملك منه، و هو دليل على كون الموت ليس بمنزله التصرف الموجب للزوم، و فيه: إن ظاهر صحيح الحلبي هو جواز الرجوع ما دامت الهبه قائمه بعينها عند الموهوب له، و مع موته فتنتقل إلى الوارث فلا يصدق قيامها بعينها عند الموهوب له فالأقوى أنه بمنزله التصرف الموجب للزوم الهبه.

ص: ٢٤٥

انتقال (١) الملك عنه بالموت بفعله تعالى و هو أقوى من نقله بفعله، و هو أقوى.

و خيره المصنف فى الدروس و الشرح (٢)، (أو يعوّض) عنها بما يتفقان عليه، أو بمثلها، أو قيمتها مع الإطلاق (٣)، (أو يكن رحماً) قريباً و إن لم يحرم نكاحه، أو يكن زوجاً أو زوجة على الأقوى، لصحيحه زواره.

(و لو عابت لم يرجع بالأرث على الموهوب (٤) و إن كان بفعله (٥) لأنها غير مضمونه عليه و قد سلطه على إتلافها مجاناً فأبعضها أولى، (و لو زادت زياده متصله) كالسمن، و إن كان بعلف المتهب (فللواهب) إن جوزنا الرجوع حينئذ، (و المنفصله) كالولد و اللبن (للموهوب له)، لأنه نماء حدث فى ملكه فيختص به، سواء كان الرجوع قبل انفصالها (٦) بالولادة و الحلب (٧)، أم بعده، لأنه منفصل حكماً. هذا (١) دليل على كون الموت بمنزله التصرف الموجب للزوم.

(٢) أى شرح الارشاد المسمى بغايه المراد.

(٣) كل ذلك للأخبار التى تقدمت فى المورد الرابع.

(٤) إذا رجع الواهب فى الهبه حيث يجوز له الرجوع، فإما أن تكون العين بحالها لم تنقص و لم تزد و إما أن تكون ناقصه بما يوجب الأرش أو لا- و إما أن تكون زائده زياده فى القيمة أو النمء المتصل أو المنفصل، و أما أن تكون متغيره بما يطرأ عليها من الأعمال كالنجاره و القصاره و الطحن أو الامتراج.

و على كل فإذا جاز للواهب الرجوع فى هبته و قد عابت بزياده أو نقصان لم يرجع بالأرث بلا خلاف فيه، لأنه حدث فى عين مملوكه للموهوب له و قد سلطه مالكتها على إتلافها مجاناً فلم تكن مضمونه عليه سواء كان التعيب بفعله أو لا.

و لو زادت زياده متصله كالسمن على وجه تكون زياده جزءاً من العين فهى للواهب بلا خلاف فيه، لأن هذه الزياده بحسب الفرض جزء من العين التى يجوز للواهب الرجوع فيها.

و لو زادت زياده منفصله كالثمره و الولد، فإن كانت متجدده كانت للموهوب له لأنها نماء ملكه و إن كانت حاصله وقت العقد فهى للواهب لأنها حينئذ من الهبه التى يجوز الرجوع بها بلا خلاف فى ذلك كله، و عن ابن حمزه أن الحمل المتجدد فى ملك الموهوب له هو جزء من العين التى هى الأم فلو رجع الواهب فى الأم كان له الحمل و هو ضعيف جداً.

(٥) أى و إن كان التعيب بفعل الموهوب له.

(٦) أى انفصال الزياده.

(٧) كالحمل و اللبن، و كذا الثمره قبل قطافها فهى منفصله شرعاً و إن اتصلت حساً.

إذا تجددت الزيادة بعد ملك المتهب بالقبض، فلو كان قبله فهي للواهب.

في ما لو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته

(و لو وهب أو وقف أو تصدق في مرض موته فهي من الثلث) على أجود القولين (١) (إلا أن يجيز الوارث (٢) و مثله ما لو فعل ذلك في حال الصحة، و تأخر القبض (٣) إلى المرض، و لو شرط في الهبة عوضا يساوى الموهوب نفذت من الأصل (٤)، لأنها معاوضه بالمثل، كالبيع بثمن المثل.

الثالث – السكنى و توابعها

إشاره

(الثالث – السكنى (٥) و توابعها. و كان الأولى عقد الباب للعمري (٦) لأنها أعم موضوعا (٧) كما فعل في الدروس،

في الإيجاب و القبول و القبض

(و لا بد فيها من إيجاب و قبول (٨) كغيرها (١) كما سيأتى تفصيله في كتاب الحجر.

(٢) فلو أجاز نفذت من الأصل.

(٣) الذي هو شرط الصحة في الهبة و الوقف و التصدق.

(٤) سيأتى دليله في كتاب الحجر.

(٥) كما لو قال: اسكنتك هذه الدار مدة معينه أو مدة عمرى أو مدة عمرك، و فائدتها التسليط على استيفاء المنفعة مع بقاء الملك على ملك صاحبه.

(٦) كما لو قال (اسكنتك هذه الدار مدة عمرى أو عمرك) و سميت العمري لاقتران السكنى بالعمر، و السكنى أعم لأن السكنى هو التسليط على سكنى الدار سواء أطلق فقال:

(اسكنتك دارى) أو (لك سكنها) أو قدره بعمر أحدهما كما إذا قال (لك سكنى دارى مدة حياتك أو مدة حياتى) أو قدره بزمان معين كسنه و سنتين مثلا، فالجميع سكنى و إن اختص الأخير و هو المقيّد بزمان معين بلفظ الرقبى، و هو مأخوذ من الارتقاب، و هو انتظار الأمد الذى علقت عليه السكنى أو مأخوذ من رقبه الملك بمعنى إعطاء الرقبه للانتفاع بها المدة المذكور.

و يختص ما قبله و هو المقيّد بمدة العمر بالعمري و هو مأخوذ من العمر، فلذا كانت السكنى أعم هذا مع اتحاد مورد الثلاثه فى السكنى.

غير أن السكن تختص في السكن و أما العمرى فهى أعم من ناحيه المورد إذ كما تتعلق بالسكن كذلك تتعلق بمنافع كل ما يصح وقفه من العقار و الحيوان و الأثاث و غيرها فيصح أن يقول: (لك منافعها مده عمرى أو عمرك)، و كذا الرقبى فهما أعم من السكنى بحسب المورد.

(٧) لأنها تشمل السكن و غيره من منافع ما يصح وقفه بخلاف السكنى فإنها تختص بالسكن فقط.

(٨) بل كل هذه الثلاثة تحتاج إلى ايجاب و قبول لأنها عقد، و الايجاب كل ما أفاد التسليط -

ص: ٢٤٧

من العقود، (و قبض) (١) على تقدير لزومها. أما لو كانت جائزه كالمطلقه (٢) كان الإقباض شرطاً في جواز التسلط على الانتفاع. ولما كانت الفائده بدونه (٣) منتفیه أطلق (٤) اشتراطه فيها (٥)، و يفهم من إطلاقه عدم اشتراط التقرب، و به صرح في - المذكور بحسب المتفاهم العرفي و لا- تشترط ألفاظ مخصوصه، و القبول هو كل ما دل على الرضا و القبول من الساكن، بل لا يبعد تحققهما بالفعل المفيد للتسليط و التسلط.

(١) بلا خلاف فيه كالوقف أو الهبه، و هو شرط صحه كما هو كذلك في الوقف و الهبه، و لا يشترط فيها قصد التقرب للأصل و عن ابن حمزه اشتراط نيه التقرب فيها و لا دليل عليه، نعم الثواب مترتب عليها و هذا أمر آخر.

(٢) و هي ما لو قال: (اسكنتك داري) و اطلق فيجوز فيها الرجوع متى شاء لم يكن القبض شرطاً في الصحه، بخلاف ما لو قيدها بمده معينه فإنها تكون لازمه و لا يصح الرجوع فيكون القبض شرطاً في الصحه حينئذ و فيه: إن جواز الرجوع في المطلقه من ناحيه عدم تقييدها بزمن، و هذا لا ينافي كون العقد مع القبض هو السبب المؤثر.

(٣) بدون القبض.

(٤) و لم يذكر اللزوم على تقديره.

(٥) أى اشتراط القبض في السكنى، و قد عرفت أن إطلاقه في محله. هذا و اعلم أن القبض في السكنى و العمرى و الرقبى موجب للزومها كما عليه المشهور للأخبار.

منها: مضمرة حمران (سألته عن السكنى و العمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم إن كان شرط حياته سكن حياته، و إن كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى ينفوا، ثم يرد إلى صاحب الدار) (١) و صحيح الحسين بن نعيم عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل أيام حياته، أو له و لعقبه من بعده، قال: هي له و لعقبه كما شرط) ٢، نعم إذا كانت السكنى مطلقه فيجوز له الرجوع متى شاء لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل أسكن رجلاً داره و لم يوقت قال: جائز و يخرجها إذا شاء) (٢) و عليه يحمل خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (إن السكنى بمنزله العاريه إن أحب صاحبها أن يأخذها أخذها، و إن أحب أن يدعها فعل أى ذلك شاء) ٤، و عن أبي الصلاح و المقنعه و الغنيه و جامع الشرائع أن هذه الثلاثه من السكنى و أختيها تلزم إن قصد بها القربه و إلا فلا، و قيل لا تلزم مطلقاً و هو غير-

ص: ٢٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام السكنى و الحبس حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام السكنى و الحبس حديث ١ و ٣.

الدروس و قيل: يشترط، و الأول أقوى، نعم حصول الثواب متوقف على نيته.

(فإن أقتت بأمد) مضبوط، (أو عمر أحدهما) المسكن أو الساكن (لزمت) تلك المدة و ما دام العمر باقيا، (و إلا) توقت بأمد، و لا عمر أحدهما (جاز الرجوع فيها) متى شاء، (و إن مات أحدهما) مع الإطلاق (بطلت) و إن لم يرجع (١). كما هو شأن العقود الجائزه، بخلاف الأولين، (و يعبر عنها) أى عن السكنى (بالعمري) إن قرنت بعمر أحدهما، (و الرقبى) إن قرنت بالمده، و يفترقان عنها بوقوعهما على ما لا يصلح للسكنى، فيكونان أعم منها من هذا الوجه، و إن كانت أعم منهما من حيث جواز إطلاقها فى المسكون، مع اقترانها بالعمر و المده و الإطلاق بخلافهما.

فى أن كل ما صح وقفه صح إعمارُه

(و كل ما صح وقفه) من أعيان الأموال (صح إعمارُه) (٢) و إرقابه و إن لم يكن مسكنا، و بهذا ظهر عموم موضوعهما، (و إطلاق السكنى) الشامل للثلاثه (٣) حيث يتعلق بالمسكن (يقتضى سكناه بنفسه و من جرت عادته) أى عاده الساكن -معروف القائل، و لا دليل لهم سوى أصاله عدم لزوم مع ما تقدم أن قصد القربه يجعلها كالهبة المعوضه، و هذه الأخبار المتقدمه حجه عليها.

(١) لانتقالها إلى الوارث فتحتاج إلى عقد صريح من المالك الجديد.

(٢) بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل جعل لذات محرم جاريته حياتها قال: هى لها على النحو الذى قال) (١) و خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون له الخادم تخدمه فيقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو سته ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها قدر ما أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) ٢ و هما ظاهران فى جواز العمري لكل ما يصح وقفه، و كذا الحكم فى الرقبى بناء على اتحاد الحكم فيهما خصوصا لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (العمري و الرقبى سواء) (٢).

(٣) فيما لو أطلق أو قيدها بالعمر أو مده معينه.

ص: ٢٦٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام السكنى و الحيس حديث ١ و ٢.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السكنى و الحيس حديث ١.

(به) أى بإسكانه معه كالزوجه و الولد، و الخادم، و الضيف و الدابه إن كان فى المسكن موضع معد لمثلها، و كذا وضع ما جرت العاده بوضعه فيها من الأمتعه و الغله بحسب حالها (١)، (و ليس له أن يؤجرها)، و لا يعيرها، (و لا أن يسكن غيره) و غير من جرت عادته به (إلا بإذن المسكن)، و قيل: يجوز أن مطلقا (٢).

و الأول أشهر، و حيث تجوز الإجاره فالأجره للساكن.

الرابع - التحيس

إشارة

(الرابع - التحيس (٣):)

فى حكمه

(و حكمه حكم السكنى فى اعتبار العقد و القبض)، (١) على المشهور و خالف ابن إدريس فجوز له إسكان من شاء و الإجاره لأن منفعه هذه الدار له فيجوز له التصرف فيها كيفما شاء، و فيه: إنه ليس مالكا للمنفعه مطلقا بل هو مسلط على استيفاء المنفعه على الوجه المخصوص من ناحيه سكناه فيها فقط، و من هنا تعلم أنه لا يجوز له إسكان من شاء أو إجارته إلا برضى المالك.

(٢) أى الإجاره و الإسكان بدون إذن المالك.

(٣) و هو حبس الملك على كل ما يصح الوقف عليه، بل عن ظاهر جماعه و صريح جماعه آخرين أنه هو وقف منقطع الآخر و لذا لم يستقصوا الكلام فى عقده و شرطه و مورده و فى الحابس و المحبوس عليه و أحكامه.

و الأصل فيه صحيح ابن أذينة (كنت شاهدا عند ابن أبى ليلى و قضى فى رجل جعل لبعض قرابته غله داره و لم يوقت وقتا، فمات الرجل فحضر ورثته عند ابن أبى ليلى، و حضر قرابته الذى جعل له غله الدار.

فقال ابن أبى ليلى: أرى أن أدعها على ما تركها صاحبها، فقال محمد بن مسلم الثقفى:

أما إن على بن أبى طالب عليه السلام قد قضى فى هذا المسجد بخلاف ما قضيت، فقال:

و ما علمك؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن على عليهما السلام يقول: قضى على عليه السلام بردّ الحبيس و إنفاذ الموارث، فقال ابن أبى ليلى: هذا عندك فى كتابك؟ قال: نعم، قال:

فأرسل و ائتنا به، فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر فى الكتاب إلا فى ذلك الحديث، قال: لك ذلك، قال: فأحضر الكتاب و أراه الحديث عن أبى جعفر عليه السلام فى الكتاب فردّ قضيته (١) و خبر عبد الرحمن الجعفى (كنت اختلف إلى ابن أبى ليلى فى موارث لنا ليقسّمها و كان فيه حبيس، فكان يدافعنى، فلما طال شكوته إلى أبى عبد الله عليه السلام فقال: أو ما علم أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أمر بردّ الحبيس و إنفاذ الموارث، قال:-

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ١.

(والتقييد بمدته و الاطلاق) و محله كالوقف،(و إذا حبس عبده أو فرسه) أو غيرهما مما يصلح لذلك (فى سبيل الله، أو على زيد لزم ذلك، ما دامت العين باقيه، و كذا لو حبس عبده، أو أمته فى خدمه الكعبه، أو مسجد أو مشهد).

فأتيته ففعل كما كان يفعل، فقلت له: إنى شكوتك إلى جعفر بن محمد عليهما السلام فقال لى:

كيت و كيت، قال: فحلّفتنى ابن أبى ليلى أنه قال ذلك فحلّفت له فقضى لى بذلك(١)، و مكاتبه على بن معبد (كتب إليه محمد بن أحمد بن إبراهيم بن محمد فى سنه ثلاث و ثلاثين و مأتين يسأله عن رجل مات و خلّف امرأه و بنين و بنات، و خلّف لهم غلاما أوقفه عليهم عشر سنين، ثم هو حر بعد العشر سنين، فهل يجوز لهؤلاء الورثه بيع هذا الغلام و هم مضطرون إذا كان على ما وصفته لك؟ فكتب: لا- يبيعه إلى ميقات شرطه إلا أن يكونوا مضطرين إلى ذلك فهو جائز لهم(٢) بناء على إرادته الحبس من الوقف كما هو مقتضى سياقه.

هذا و قد ذكر جماعه منهم العلامه فى التحرير و التذكره و الشهيدان فى اللمعه و الروضه هنا و المسالك و فى التنقيح و غيرها أن الحبس عقد محتاج إلى ايجاب و قبول، بل قيل: هو ظاهر الباقي.

و عن التذكره و المسالك و اللمعه و الروضه هنا اعتبار القبض، و عن جماعه قد تقدمت الإشارة إليهم أنه يشترط فيه القربه كالوقف بل هو وقف منقطع الآخر، ثم الجميع قسموا الحبس تاره على الآدمى و أخرى على غيره، فإن كان على غير الآدمى مثل الكعبه و المشهد و المسجد و غيرها من مواضع التقرب لله فلا- يعود الحبيس إلى ملك المالك بلا خلاف فيه، لما تقدم فى كتاب الوقف و الصدقه من أنه ما يعطى لله تعالى فلا يجوز الرجوع فيه.

و إن كان على الآدمى فإن لم يعين وقتا ثم مات الحابس كان ميراثا كما دل عليه الخبران الأولان بلا خلاف فيه، و كذا لو عين مدته و قد انقضت كان الحبيس ميراثا لورثه الحابس على تقدير موته بلا خلاف فيه للزوم الوفاء بالشرط، و إنما الكلام فى لزوم الحبس المطلق الذى لم يقيد بمدته قبل موت الحابس، فى القواعد أن له الرجوع متى شاء لكونه كالسكنى المطلقه و تبعه جماعه، و ربما قيل بلزومه لأنه من مقتضيات العقد.

و الانصاف أن المسأله من أصلها إلى غالب فروعها غير واضحه الدليل و ليست هى منقحه و محرّره فى كلمات الفقهاء.

ص: ٢٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ١ و ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام السكنى و الحبيس حديث ٣.

و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين إطلاق العقد و تقييده بالدوام، و لكن مع الإطلاق فى حبسه على زيد سيأتى ما يخالفه (١)، و فى الدروس أن الحبس على هذه القرب غير زيد يخرج عن الملك بالعقد، و لم يذكر هو و لا غيره حكم ذلك لو قرنه بمده، و لا حكم غير المذكورات (٢)، و بالجمله فكلامهم فى هذا الباب غير منقح،

فى أنه لو حبس على رجل و لم يعين وقتا

(و لو حبس على رجل و لم يعين وقتا و مات الحابس كان ميراثا) بمعنى أنه غير لازم كالسكنى فتبطل بالموت، و يجوز الرجوع فيه متى شاء (٣)، و لو قرن فيه بمده لزم فيها، و رجع إلى ملكه بعدها.

و اعلم أن جملة أقسام المسألة كالسكنى، إما أن يكون على قربه كالمسجد، أو على آدمى، ثم إما أن يطلق، أو يقرنه بمده، أو يصرح بالدوام. و المحبس إما أن يكون عبدا، أو فرسا، أو غيرهما من الأموال التى يمكن الانتفاع بها فى ذلك الوجه. ففى الآدمى يمكن فرض سائر الأموال ليستوفى منافعها، و فى سبيل الله يمكن فرض العبد و الفرس و البعير و البغل و الحمار و غيرها، و فى خدمه المسجد و نحوه يمكن فرض العبد و الأمه و الدابه إذا احتيج إليها فى نقل الماء و نحوه، و غيره من الأملاك ليستوفى منفعتها بالإجاره، و يصرف على مصالحه، و كلامهم فى تحقيق أحكام هذه الصور قاصر جدا فينبغى تأمله.

(١) من رجوع العين عند موت الحابس فيما لو كان الحبس على الآدمى.

(٢) أى غير العبد و الفرس.

(٣) قبل موت الحابس.

كتاب المناجر

اشاره

ص: ٢٧٣

في معنى المتاجر

(المتاجر) جمع متجر و هو مفعول من التجاره، إما مصدر ميمى بمعناها كالمقتل، و هو «هنا» نفس التكسب، أو اسم مكان لمحل التجاره، و هى الأعيان المكتسب بها، و الأول (١) أليق بمقصود العلم، فإن الفقيه يبحث عن فعل المكلف و الأعيان متعلقات فعله، و قد أشار المصنف إلى الأمرين (٢) معاً، فإلى الثانى (٣) بتقسيمه الأول (٤)، و إلى الأول (٥) بقوله أخيراً: ثم التجاره تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه، و المراد بها (٦) هنا (٧) التكسب بما هو أعمّ من البيع (٨): فعقد الباب بعد ذكر الأقسام للبيع (٩) خاصه غير جيد، و كان أفرادها (١٠) بكتاب، ثم ذكر البيع فى كتاب كغيره (١١) مما يحصل به الاكتساب كما صنع فى الدروس أولى، و فيه فصول.

(١) أى التكسب.

(٢) من التكسب و متعلقه من الأعيان.

(٣) و هو الأعيان.

(٤) حيث سيقول الماتن: (و ينقسم موضوع التجاره).

(٥) أى التكسب.

(٦) بالتجاره.

(٧) حيث وقعت فى أول كتاب البيع.

(٨) حيث يقع التكسب بالإجاره و الصلح و غيرهما من عقود المعاوضات.

(٩) أى أقسام ما يتكسب به.

(١٠) أفراد أقسام ما يتكسب به تحت عنوان المكاسب.

(١١) مثل الإجاره و الصلح و بقيه العقود.

الفصل الأول فى موضوع التجاره

فى تقسيم التجاره بالأحكام الأربعة

(الأول - ينقسم موضوع التجاره) و هو ما يكتسب به و يبحث فيها (١) عن عوارضه اللاحقه له من حيث الحكم الشرعى (إلى محرم (٢) و مكروه (٣) و مباح (٤)، و وجه الحصر فى الثلاثه أن المكتسب به إما أن يتعلق به نهى، أو لاء و الثانى المباح، و الأول إما أن يكون النهى عنه مانعا من النقيض، أو لاء و الأول الحرام، و الثانى المكروه، و لم يذكر الحكمين الآخرين و هما: الوجوب (٥) و الاستحباب (٦)، لأنهما من عوارض التجاره (٧) كما سيأتى فى أقسامها،

فى الاكتساب المحرم

فى التجاره بالأعيان النجسه

(فالمحرم الأعيان النجسه (٨) (١) أى و يبحث فى التجاره عن عوارض موضوعها اللاحقه له من حيث الحكم الشرعى.

(٢) كبيع الخمر.

(٣) كبيع الأكفان.

(٤) كبيع الأشياء المباحه.

(٥) كالصناعات الواجبه كالطبايه.

(٦) كالزراعه و الرعى.

(٧) لا- من عوارض موضوعها، و غرض الشارح القول إن الأعيان بما هى هى لا- يتعلق بها الأحكام الثلاثه إلا باعتبار تعلق فعل المكلف بها، و أما الأحكام الخمسه فلا- تتعلق بها، و إنما تتعلق بالتكسب بما هو فعل مكلف و إن كان فى غير هذه الأعيان، كالصناعات الواجبه و الزراعه و الرعى فإنها واجبه أو مستحبه و لم تتعلق بالأعيان الخارجيه، فالتقسيم الثلاثى صحيح باعتبار العين الخارجيه بلحاظ فعل المكلف، و التقسيم الخماسى صحيح باعتبار فعل المكلف للتكسب و إن لم يتعلق بالعين.

(٨) لا- يجوز التكسب بها عدا ما استثنى بلا خلاف يعتد به، كما فى الجواهر، لخبر تحف العقول عن الصادق عليه السلام فى حديث (و أما وجوه الحرام من البيع و الشراء فكل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه من جهه أكله أو شربه أو كسبه أو نكاحه أو ملكه أو إمساكه أو هبته أو عاريتة أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد، نظير البيع بالربا، أو البيع للميته أو الدم أو لحم الخنزير أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش و الطير أو جلودها، أو الخمر، أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام محرم، لأن ذلك كله منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه، فجميع تقلبه فى ذلك حرام) (١)، و خبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السلام (الحلال من البيوع كل ما هو حلال-

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(كالخمر (١) المتخذ من العنب، (و النبيذ) المتخذ من التمر، و غيرهما من الأنبذه كالبتع (٢) و المزر (٣)...

-من المأكول و المشروب و غير ذلك، مما هو قوام للناس و صلاح و مباح لهم الانتفاع به، و ما كان محرما أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه(١)، و النبوى المروى فى الغوالى (لعن الله اليهود حرّمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها، و إن الله تعالى إذا حرّم على قوم أكل شىء حرّم عليهم ثمنه)(٢)، و مثله خبر الدعائم ٣، و أما الأخبار الخاصه فسيأتى التعرض لها كل فى مورده.

(١) للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ترك غلاما له فى كرم له، يبيعه عنبا أو عصيرا فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه، قال: لا- يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلا من بنى ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم روايتين من خمر، فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأهريقتا، و قال: إن الذى حرّم شربها حرّم ثمنها)(٣)، و خبر زيد بن على عن آبائه عليهم السلام قال: (لعن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الخمر و عاصرها و معتصرها و بايعها و مشتريها و ساقيتها و آكل ثمنها و شاربها و حاملها و المحموله إليه)(٤).

و منهما: يعرف حكم التكسب بكل مسكر مائع لأنه خمر كما نص عليه جماعه، بالإضافة إلى خبر مروان بن عمار عن أبى جعفر عليه السلام (و السحت أنواع كثيره منها: أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ المسكر)(٥)، و يعرف حكم الفقاع لخبر سليمان بن جعفر (قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام: ما تقول فى شرب الفقاع؟ فقال: خمر مجهول يا سليمان فلا تشربه، أما يا سليمان لو كان الحكم لى و الدار لى لجلدت شاربه و لقتلت بائعها)(٦).

(٢) و هو المتخذ من العسل.

(٣) و هو المتخذ من الحنطه.

ص: ٢٧٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و ملحقه.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب التكسب به حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٥- ((٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و الجعه (١) و الفضيخ (٢) و النقيع (٣) و ضابطها (٤) المسكر (٥) و إن لم يكن مائعا كالحشيشه إن لم يفرض لها (٦) نفع آخر، و قصد بيعها المنفعه المحلله.

(و الفصاع) و إن لم يكن مسكرا، لأنه خمر استصغره الناس، (و المائع النجس غير القابل للطهاره) (٧) إما لكون نجاسته ذاته كآليات الميتة (٨)، و المبانه من الحى، أو عرضيه كما لو وقع فيه نجاسه و قلنا بعدم قبوله للطهاره كما هو أصح القولين (٩) فى غير الماء النجس، (إلا الدهن) (١٠) بجميع أصنافه، (للضوء تحت) (١) و هو المتخذ من الحنطه.

(٢) و هو المتخذ من الشعير.

(٣) و هو المتخذ من البسر أى التمر.

(٤) و هو المتخذ من الزبيب.

(٥) أى ضابط الأنبذه.

(٦) و فيه: أن ضابطها النجاسه إذ حرمت من ناحيه نجاستها لا- من ناحيه إسكارها، و منه تعرف أن تعميمه المسكر لغير المائع كالحشيشه ليس فى محله، لأن الحشيشه طاهره بالاتفاق بالإضافه إلى أن النجس من المسكر ما كان مائعا بالأصالة.

نعم قد يستدل على حرمه التكبب بالحشيشه بخبر عمار بن مروان المتقدم بناء على ما فى بعض نسخ التهذيب (و النيذ و المسكر) و هذا ما رواه الحرّ فى وسائله، و المسكر يشمل الجامد، و فيه: إن عطف المسكر بالواو على النيذ غير موجود فى بعض نسخ التهذيب و غير موجود فى الكافى، و يؤيده ورود نفس الروايه فى الخصال و معانى الأخبار (١)، و يستدل على حرمه التكبب بها بخبر الدعائم المتقدم (و ما كان محرما أصله منها عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه) (٢).

(٧) للحشيشه.

(٨) لا خلاف و لا إشكال فى عدم جواز التكبب بكل مائع متنجس غير قابل للطهاره للأخبار العامه المتقدمه فى بحث الأعيان النجسه.

(٩) سيأتى الدليل عليها عند الكلام فى حرمه التكبب بالميتة.

(١٠) قيد لعدم قبول المتنجس غير الماء للطهاره، و قد تقدم فى باب الطهاره.

ص: ٢٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التكبب حديث ٢.

(السماء) لا تحت الظلال في المشهور، و النصوص مطلقة فجوازه مطلقا متجه، و الاختصاص بالمشهور تعبد، لا لنجاسه دخانه، فإن دخان النجس عندنا طاهر، لاستحاله.

و قد يعلل بتساعد شيء من أجزائه مع الدخان قبل إحاله النار له بسبب سخونه إلى أن يلقي الظلال فتتأثر بنجاسته.

-منها: صحيح معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: جرد مات في سمن أو زيت أو غسل، قال: أما السمن و العسل فيؤخذ الجرد و ما حوله، و الزيت يستصبح به) (١)، و التفصيل باعتبار كون الزيت مائعا بحسب الغالب بخلافهما، و استفاد ذلك من صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا وقعت الفأره في السمن فماتت فيه، فإن كان جامدا فألقها و ما يليها، و إن كان ذائبا فلا- تأكله و استصبح به، و الزيت مثل ذلك) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الفأره تقع في السمن، أو في الزيت فتموت فيه، فقال: إن كان جامدا فطرحتها و ما حولها و يؤكل ما بقى، و إن كان ذائبا فأسرج به و أعلمهم إذا بعته) (٣) و خبر معاوية بن وهب و غيره عن أبي عبد الله عليه السلام (في جرد مات في زيت ما تقول في بيع ذلك؟ فقال: بعه و بينه لمن اشتراه ليستصبح به) (٤).

و مقتضى الأخبار عدم اشتراط الاستصباح بتحتيه السماء، و هذا ما نسب إلى جماعه، و عن المشهور الاشتراط لما أرسله الشيخ في المبسوط قال (و روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف) (٢)، و على فرض العمل به فالتقييد إنما هو للتعبد المحض، لا لنجاسه دخانه كما عن بعضهم في مقام التعليل للمنع منه تحت السقف، لأنه يستلزم تنجيس السقف، و فيه: إن دخان الأعيان النجسه أو المتنجسه طاهر بالاستحاله كالرمد، و على فرض نجاسته فتنجيس السقف ليس بمحرّم، و عن المختلف استبعد استحاله جميع الأجزاء فيبقى منها شيء يتساعد بسبب سخونه فيؤثر في تنجيس السقف، و هو على تقديره لا يحكم بالنجاسه إلا مع العلم بذلك.

على أن هذا المرسل لا يمكن العمل به لكثرة الأخبار المطلقة و هي صادرة في مقام البيان فلا يمكن تقييدها بهذا المرسل.

ص: ٢٧٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٥) المبسوط ج ٦ ص ٢٨٣.

و فيه: عدم صلاحيته (١) مع تسليمه للمنع (٢)، لأن تنجيس مالك العين لها غير محرم. والمراد الدهن النجس بالعرض كالزيت تموت فيه الفأرة و نحوه، لا بالذات كآليه الميتة (٣)، فإن استعماله محرم مطلقا (٤)، للنهي عن استعماله كذلك (٥).

(و الميتة) (٦)...

-فلا يمكن تقييدها بهذا المرسل.

(١) أى عدم صلاحية التعليل لأن تنجيس السقف من قبل صاحبه ليس بمحرّم.

(٢) إذ لا نسلم خصوصا فى السقف العالى، و لذا لا يحكم بالتنجيس إلا مع العلم بوصول هذه الأجزاء، و أنى لنا حصوله.

(٣) بل و كذا المأخوذة من الحى، فهى ميتة و لكن خصت بالذكر لورود الأخبار بها.

منها: خبر الوشاء سألت أبا الحسن عليه السّلام فقلت: إن أهل الجبل تنقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها قال: هى حرام، قلت: فتستصبح بها؟ فقال: أ ما تعلم أنه يصيب اليد و الثوب و هى حرام(١)، و خبر الكاهلى (سأل رجل أبا عبد الله و أنا عنده عن قطع أليات الغنم فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: إن فى كتاب على عليه السّلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به)(٢) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى أليات الضأن تقطع و هى أحياء، قال: إنها ميتة)٣.

و هى مطلقه فتشمل حرمة الاستصباح بها و لو تحت السماء، بل يحرم كل انتفاع بها و لكن يعارضها خبر البزنطى صاحب الرضا عليه السّلام (سألت عن الرجل يكون له الغنم يقطع من ألياتها و هى أحياء، أ يصلح أن ينتفع بما قطع، قال: نعم يذبيها و يسرج بها و لا يأكلها و لا يبيعها)(٣) و مثله خبر الحميرى فى قرب الإسناد٥، و هو الأقوى لجواز الانتفاع بالميتة و منها ألياتها بكل ما لا يتوقف على طهارتها كما سيأتى فانتظر.

(٤) و لو تحت السماء.

(٥) أى مطلقا.

(٦) فيحرم التكسب بها بلا خلاف فيه للأخبار.-

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ و ملحقه.

و أجزاءها التي تحلها الحياه، دون ما لا تحله (١)، مع طهاره أصله بحسب ذاته (٢)،(و الدم) (٣) و إن فرض لها (٤) نفع حكمى (٥) كالصغ،(و أرواث و أبوال غير المأكول (٦) و إن فرض لهما نفع، أما هما مما يؤكل لحمه فيجوز -منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر، و مهر البغى و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن)(١)، و فى وصيه النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم لعلى عليه السّلام (يا علىّ من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر الزانيه و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن)٢.

(١) كالشعر و الصوف فيجوز التكبس بها لأن مناط حرمه التكبس بالميتة لكونها نجسه كما هو صريح خبر تحف العقول المتقدم (أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام) إلى آخره، و ما لا تحله الحياه من الميتة طاهر، و منه يعرف جواز التكبس بالميتة الطاهره، كميته السمك و ما لا نفس له.

(٢) فيشمل الجلال لأن نجاسته عرضيه.

(٣) بلا- خلاف فى عدم جواز التكبس به للأخبار العامه المتقدمه، و لمرفوع الواسطى (مرّ أمير المؤمنين عليه السّلام بالقصابين فنهاهم عن بيع سبعة أشياء من الشاه، نهاهم عن بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال و النخاع و الخصى و القضيب)(٢).

(٤) للدماء.

(٥) أى نفع معتدّ به عند العقلاء إلا أنه لا يزيد فى الشىء عينا، و ستعرف أن كلّ هذه الأدله الداله على حرمه التكبس بالأعيان النجسه إنما هى من ناحيه منافعها المقصوده من الأكل و الشرب، كما هو الغالب لها فى عصر صدور النص، و أما لو استجد لها منافع مقصوده غير متوقفه على طهارتها فيجوز التكبس بها لذلك، و منه بيع الدم لنقله للمرضى.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار العامه المتقدمه، لأنهما نجسان، و لخبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثمن العذره من السحت)(٣) و هو محمول على عذره الإنسان أو غير مأكول اللحم جمعا بينه و بين محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس ببيع العذره)٥ المحمول على عذره ما يؤكل لحمه، و يؤيد هذا الجمع خبر سماعه بن مهران-

ص: ٢٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٩.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٣.

مطلقا (١)، لطهارتهما، و نفعهما، و قيل: بالمنع مطلقا (٢)، إلا بول الإبل، - (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: إنى رجل أبيع العذره فما تقول؟ قال:

حرام بيعها و ثمنها، و قال: لا بأس ببيع العذره) (١) و من البعيد اختلاف الحكم فى الموضوع الواحد من متكلم واحد فى مجلس واحد، فلا بد من الحمل على تعدد الموضوع.

نعم إذا كان لها منفعة مقصوده غير متوقفه على الطهاره كالتسميد و نحوه فيجوز كما ستعرف، و منه تعرف ضعف ما قاله الشارح (و إن فرض لهما نفع).

(١) حتى لو كان بولا لغير إبل على المشهور، لطهارتهما، و دليل حرمة التكسب المتقدم من الأخبار العامه مختص بالنجس.

(٢) روثا كان أو بولا- كما نسب إلى المفيد و سائر، مع عدم تحقق النسبه إليهما إلا فى البول ما عدا بول الإبل، و أما الروث فيجوز التكسب بها على كل حال للسيره القائمه على التسميد بها فضلا عن كون دليل حرمة التكسب مختصا بالنجس.

ثم و قد ذهب إلى حرمة التكسب بالأبوال، عدا بول الإبل كل من الشيخ فى النهايه و العلامه فى التذكره و القواعد و الإرشاد فضلا عن المفيد و سائر، لحرمة شربها فيحرم البيع تبعاً لها، لأن كل ما حرم الله أصله لا يجوز بيعه و لا شراؤه كما تقدم فى خبر الدعائم المتقدم فى الأخبار العامه.

و فيه: لا نسلم بحرمة شربها فقد ذهب السيد المرتضى و جماعه إلى جواز شربها اختياراً، و قد كانت العرب - على ما قيل - تشربها عند إعواز الماء فلا يستخبثونها، لموثق عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن بول البقر يشربه الرجل، قال: إن كان محتاجاً إليه يتداوى به يشربه، و كذلك أبوال الإبل و الغنم) (٢)، و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن شرب الرجل أبوال الإبل و البقر و الغنم ينعته له من الوجع، هل يجوز له أن يشرب؟ قال: نعم و لا بأس به) (٣) و هما صريحان فى تساوى بول الإبل مع بولهما، على أن حرمة بيعه لحرمة شربه مختص بما إذا كان شربه هو المنفعة المقصوده منه، مع أنه قيل من فوائده المقصوده التسميد به.

به: للأخبار.

منها: خبر المفضل بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه شكاً إليه الربو الشديد فقال:-

ص: ٢٨٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النجاسات حديث ١٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطعمه المباحه حديث ٧.

للاستشفاء به (١) (و الخنزير و الكلب) (٢) البريان مطلقا (٣)، (إلا كلب الصيد و الماشيه و الزرع و الحائط) (٤) كالبستان و الجرو القابل للتعليم، و لو خرجت الماشيه - اشرب له أبوال اللقاح، فشربت ذلك فمسح الله دائي) (١)، و اللقاح هو الابل كما عن القاموس، و خبر الجعفرى (سمعت أبا الحسن موسى عليه السّلام يقول: أبوال الإبل خير من ألبانها، و يجعل الله الشفاء فى ألبانها) (٢).

(١) فلا- يجوز التكسب بهما بلا خلاف فيه لنجاستهما فتشملهما الأخبار العامه المتقدمه، و مرسل ابن أبى نجران عن الرضا عليه السّلام (سألته عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير، و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا) (٢) و خبر السكونى المتقدم (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب) (٣) و مثلها غيرها.

(٢) حتى الجزء الذى لا تحله الحياه، لما تقدم فى كتاب الطهاره أنه نجس، و دليل حرمه التكسب منوط بالنجاسه كما عرفت.

(٣) لا خلاف بينهم فى جواز بيع كلب الصيد إلا من العماني حيث منع عن بيع الكلب مطلقا، و هو ضعيف للأخبار الكثيره.

منها: خبر العامرى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن ثمن الكلب الذى لا يصيد، فقال:

سحت، و أما الصيود فلا بأس) (٤) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن ثمن كلب الصيد، فقال: لا بأس بثمانه، و الآخر لا يحل ثمنه) ٦ و مفهوم خبره الآخر عنه عليه السّلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: ثمن الخمر و مهر البغى و ثمن الكلب الذى لا يصطاد من السحت) ٧ و خبر الوليد العمارى عنه عليه السّلام (عن ثمن الكلب الذى لا يصيد فقال: سحت، و أما الصيود فلا بأس) ٨.

و مقتضى الأخبار جواز التكسب بكلب الصيد مطلقا، فما عن الشيخين تخصيصه بالسلوقى، و هو المنسوب إلى سلوق، قريه فى اليمن ليس فى محله، إلا أن يراد منه مطلق الصيود لأن أكثر كلاب هذه القريه معلّمه.

(٤) نسب المنع إلى جماعه من القدماء منهم المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و الخلاف و المبسوط، و ابن زهره و القاضى و يحيى بن سعيد حيث خصّوا الجواز بكلب الصيد، مع -

ص: ٢٨٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٨ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٤- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٥ و ٦ و ٧.

عن ملكه، أو حصد الزرع، أو استغل الحائط لم يحرم اقتناؤها، رجاء لغيرها، ما لم يطل الزمان بحيث يلحق بالهراش (١)،...

-أنه يمكن إرادتهم منه المثل لكل كلب ينتفع به منفعه مقصوده، و على كل ذهب المشهور إلى الجواز في هذه الكلاب الثلاثة التي يجمعها الكلب الحارس، لما قاله الشيخ في المبسوط: (يجوز بيع كلب الصيد، و روى أن كلب الماشيه و الحائط مثل ذلك) (١)، و خبر العوالي عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في حديث: (لا أدع كلبا بالمدينه إلا قتلته، فهربت الكلاب حتى بلغت العوالي، فقيل: يا رسول الله: كيف الصيد بها و قد أمرت بقتلها؟ فسكت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فجاء الوحي باقتناء الكلاب التي ينتفع بها، فاستثنى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ كلاب الصيد و كلاب الماشيه و كلاب الحرث، و أذن في اتخاذها) (٢)، و ما رواه أبو الفتوح في تفسيره عن أبي رافع عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ في حديث: (أنه رخص في اقتناء كلب الصيد، و كل كلب فيه منفعه مثل كلب الماشيه، و كلب الحائط و الزرع، رخصهم في اقتنائه) (٣)، و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا خير في الكلاب إلا كلب صيد أو كلب ماشيه) (٤).

بل إن جواز التكبس بكلب الصيد إنما هو بمنفعته، و هو يدل على جواز التكبس بكل كلب فيه منفعه و لذا رخص في اقتنائه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ على ما في الخبر المتقدم، و منه تعرف حكم الجرو القابل للتعليم.

(١) و هو الكلب غير الصيود و غير الحارس هذا و ليس المحرم هو خصوص بيع الأعيان النجسه بل المحرم مطلق التكبس بها من بيع أو شراء أو جعلها ثمنا في البيع و أجره في الإجاره و عوضا للعمل في الجعالة، و مهرا في النكاح و عوضا في الخلع و الصلح عليها بعوض و نحو ذلك كل ذلك لحرمه ثمنها و حرمه التقلب بها كما ورد في بعض الأخبار المتقدمه، و استثنى من حرمه التكبس بالأعيان النجسه بيع الكافر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (في شراء الروميات، فقال:

اشترهن و بعهن) (٤) و خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السلام عن قوم من العدو إلى أن-

ص: ٢٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

٢- ((٢ و ٣)) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

قال و سألته عن الديلم يسرق بعضهم من بعض، و يغير المسلمون عليهم بلا إمام أ يحلّ شراؤهم؟ قال: إذا أقرّوا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم(١).

و استثنى كلب الصيد و الكلب الحارس كما تقدم، هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب المشهور إلى عدم جواز الانتفاع بالأعيان النجسه لقوله عليه السّلام في خبر تحف العقول (فجميع قلبه في ذلك حرام)(٢)، و للأمر بإهراق الخمر في صحيح ابن مسلم المتقدم(٣)، و منه تعرف عدم جواز الانتفاع بالمتنجس لو حده المناط، و فيه: أن القدر المتيقن من الأخبار المتقدمه هو حرمة الانتفاع بها بما لها من منافع مقصوده و هي متوقفه على طهارتها كالأكل و الشرب، و المفروض أنها نجسه، أما لو فرض لها منافع مقصوده، و كان استيفاؤها غير متوقف على طهارتها فلا كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بالعبء الكافر من خدمته لسيده، و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بمنافع كلب الصيد و الكلب الحارس، و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بالدهن المتنجس بالاستصباح، و كذا ليعمله صابونا كخبر الدعائم عن أبي جعفر محمد بن علي عليه السّلام في حديث: (و سئل أمير المؤمنين عليه السّلام عن الدواب تقع في السمن و العسل و اللبن و الزيت، قال: إن كان ذائبا أريق اللبن و استسرج بالزيت و السمن إلى أن قال - و قال في الزيت: يعمل صابونا إن شاء)(٤)، و خبر الجعفريات عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام سئل عن الزيت يقع فيه شيء له دم فيموت قال: الزيت خاصه يبيعه لمن يعمل صابونا)٥ و مثله خبر ابن الأشعث ٦.

و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بأليه الغنم في الاستصباح و هو من المنافع غير المتوقفه على طهارتها كخبر البنظي عن الإمام الرضا عليه السّلام (عن الغنم يقطع ألياتها و هي أحياء، أ يصلح له أن ينتفع بما قطع؟ قال عليه السّلام: نعم يذبيها و يسرجها و لا يأكلها و لا يبيعهها)(٥) و مثله خبر الحميري ٨ في قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام.

و كما دلت الأخبار على جواز الانتفاع بجلد الميتة كمكاتبه أبي القاسم الصيقل و ولده-

ص: ٢٨٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٢ و ٧.
- ٥- (٥) (٧ و ٨) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ و ملحقه.

(و آلات اللهو) (١)...

- (كتبوا إلى الرجل: جعلنا الله فداك، إنا قوم نعمل بالسيوف ليست لنا معيشه و لا تجاره غيرها و نحن مضطرون إليها، و إنما علاجنا جلود الميتة و البغال و الحمير الأهليه، لا يجوز فى أعمالنا غيرها، فيحلّ لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسّها بأيدينا و ثيابنا، و نحن نصلى فى ثيابنا، و نحن محتاجون إلى جوابك فى هذه المسأله، يا سيدنا لضرورتنا، فكتب:

اجعل ثوبا للصلاه(١)، و مكاتبه قاسم الصيقل (كتبت إلى الرضا عليه السّلام: إني أعمل أغماد السيوف من جلود الحمر الميتة فتصيب ثيابي، فأصلى فيها؟ فكتب إلى: اتخذ ثوبا لصلاتك(٢)، و خبر سماعه (سألته عن جلد الميتة المملوح و هو الكيمخت، فرخص فيه، و قال: إن لم تمسه فهو أفضل(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن على بن الحسين عليهما السّلام كان يبعث إلى العراق فيؤتى مما قبلكم بالفرو فيلبسه، فإذا حضرت الصلاه ألقاه و ألقى القميص الذى يليه، فكان يسأل عن ذلك فقال: إن أهل العراق يستحلون لباس الجلود الميتة، و يزعمون أن دباغه ذكاته(٤) فالأقوى جمعا بين الأخبار جواز الانتفاع بالأعيان النجسه فى استيفاء منافعها غير المتوقفه على طهارتها، بل جواز التكسب بها إذا كانت هذه المنافع منافع مقصوده معتد بها عرفا كبيع الدم للمرضى كما هو الشائع فى عصورنا.

ثم لا- يجوز التكسب بالعين النجسه لاستيفاء منافعها المتوقفه على طهارتها كما عرفت و لكن هل يجوز بذل المال لرفع يد الاختصاص عنها، قيل: نعم لعدم صدق التكسب بالنجس بعد عدم كون المال عوضا عنه بل عن رفع اليد عنه، و فيه: إن حق الاختصاص مختص بالمشتركات و أما ثبوته فيما حرّم الشارع جميع منافع المقصوده منه غالبا فلا دليل عليه، فبذل المال فى قبال رفع اليد عن هذا الحق غير الثابت مشكل.

(١) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول عن الإمام الصادق عليه السّلام (و كذلك كل بيع ملهوّ به، و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله، أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلب فيه إلا- فى حال تدعو الضروره إلى ذلك - إلى أن قال: إنما حرم الله الصناعه التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا نظير البرابط و المزامير-

ص: ٢٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النجاسات حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب النجاسات حديث ٣.

من الدف و المزمار و القصب (١) و غيرها،(و الصنم) (٢) المتخذ لعباده الكفار، (و الصليب) الذى يتدعه النصارى،(و آلات القمار (٣) كالنرد) بفتح النون، -و الشطرنج و كل ملهوه به، و الصلبان و الأصنام، و ما أشبه من ذلك من صناعه الأشربه الحرام، و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا- يكون منه و لا- فيه شىء من وجوه الصلاح، فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها(١)، و خبر أبى الفتوح فى تفسيره عن أبى أمامه عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ (إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَعَثَنِي هَدَى وَ رَحِمَهُ لِلْعَالَمِينَ، وَ أَمَرَنِي أَنْ أَمْحُو الْمِزَامِيرَ وَ الْمَعَازِفَ وَ الْأُوتَارَ وَ الْأَوْثَانَ وَ أُمُورَ الْجَاهِلِيَّةِ - إِلَى أَنْ قَالَ - إِنَّ آلَاتَ الْمِزَامِيرِ شِرَاؤُهَا وَ يَبِيعُهَا وَ ثَمَنُهَا وَ التِّجَارَةُ بِهَا حَرَامٌ)(٢).

(١) و هو غير المزمار، و هو ما يغنى به الرعاه غالباً.

(٢) بل كل هياكل العباده المبتدعه بلا خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لخبر الدعائم عن أبى عبد الله عن أبيه عن آباءه عليهم السّلام (إن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْأَحْرَارِ، وَ عَنْ بَيْعِ الْمَيْتَةِ وَ الدَّمِ وَ الْخَنْزِيرِ وَ الْأَصْنَامِ، وَ عَنْ عَسْبِ الْفَحْلِ وَ عَنْ ثَمَنِ الْخَمْرِ وَ عَنْ بَيْعِ الْعِذْرَةِ)(٣)، بل و صحيح ابن أذينة الوارد فى بيع الخشب لمن يعمله صنماً قال: (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام: أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط، فقال: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلباناً، قال: لا)(٤) صحيح عمرو بن حريث عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن التوت أبيعته يصنع للصليب و الصنم؟ قال: لا)٥.

و هما دالان على حرمة بيع الصليب و الصنم بالأولويه.

(٣) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لخبر أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام (فى قوله تعالى: إِنَّيَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - و أما الميسر فالنرد و الشطرنج، و كل قمار ميسر، و أما الأنصاب فالأوثان التى كانت تعبدتها المشركون، و أما الأزلام فالأقداح التى كانت تستقسم بها المشركون من العرب فى الجاهليه، كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشىء من هذا حرام من الله محرم، و هو رفس -

ص: ٢٨٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٦.
- ٣- (٣) مستدرک الوسائل الأب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

(و الشطرنج) بكسر الشين فسكون الطاء ففتح الراء،(و البقيرى) بضم الباء الموحده، و تشديد القاف مفتوحه، و سكون الياء المشناه من تحت و فتح الراء المهمله قال الجوهرى: هى لعبه للصبيان و هى كومه من تراب حولها خطوط (١)، و عن المصنف رحمه الله: أنها الأربعة عشر (٢).

فى بيع السلاح لأعداء الدين

(و بيع السلاح) بكسر السين من السيف، و الرمح، و القوس، و السهام، و نحوها (لأعداء الدين) (٣) مسلمين كانوا، أم كفارا، و منهم قطع الطريق فى حال -من عمل الشيطان، و قرن الله الخمر و الميسر مع الأوثان(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (بيع الشطرنج حرام، و أكل ثمنه سحت)(٢) و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام فى حديث المناهى (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن اللعب بالنرد و الشطرنج إلى أن قال - و نهى عن بيع النرد)(٣).

و ظاهر الأخبار الوارد، فى آلات اللهو و هياكل العباده المبتدعه و آلات القمار حرمه التكسب بها لتمحضها بالفساد، و لازمه عدم ترتب منفعه محلله معتد بها عند العقلاء عليها، نعم لو كسرت و خرجت عن عناوينها المحرمه و كان لمادتها قيمه فيجوز التكسب بها لزوال موضوع الحكم عنها، و كذا يجوز بيعها صحيحه إن قصد مادتها و اشترط على المشتري كسرها و كان المشتري ممن يوثق بديانته كما هو مختار العلامه فى التذكره و تبعه عليه جماعه.

(١) بل هى عبارته عن كومات من التراب، فى إحداها شىء مستور و من أخرجه أخذ المال المقرر له كما عن القاموس.

(٢) فى تفسير العياشى عن الإمام الرضا عليه السلام (إن الشطرنج و النرد و أربعة عشر و كل ما قومه عليه منها فهو ميسر)(٤)، و عن مجمع البحرين أنها صفان من النقر فى كل صف سبع نقر، و يوضع فى هذه النقر شىء يلعب به، و النقر حفرة صغيره فى الأرض.

(٣) بلا خلاف فيه لخبر تحف العقول المتقدم، و لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن حمل المسلمين إلى المشركين التجاره، قال: إذا لم يحملوا سلاحا فلا بأس)(٥) و لوصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم كما فى خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد (يا على كفر بالله العظيم -

ص: ٢٨٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

الحرب، أو التهيؤ له، لا- مطلقاً (١)، و لو أرادوا الاستعانة به على قتال الكفار لم -من هذه الأمه عشره: القتات - إلى أن قال - و بائع السلاح من أهل الحرب(١)، و خبر أبي بكر الحضرمي (دخلنا على أبي عبد الله عليه السلام فقال له حكم السراج: ما تقول فيمن يحمل إلى الشام السروج و أدواتها؟ فقال: لا بأس أنتم اليوم بمنزله أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، إنكم في هدنه، فإذا كانت المباينه حرم عليكم أن تحملوا إليهم السروج و السلاح(٢) و خبر هند السراج (قلت لأبي جعفر عليه السلام: أصلحك الله إنى كنت أحمل السلاح إلى أهل الشام فأبيعه منهم، فلما عرفنى الله هذا الأمر ضقت بذلك، و قلت: لا أحمل إلى أعداء الله، فقال لى: أحمل إليهم و بعهم، فإن الله يدفع بهم عدونا و عدوكم، يعنى الروم، فإذا كانت الحرب بيننا فلا تحملوا، فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك(٣)، و خبر السراد عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إنى أبيع السلاح، فقال: لا تبعه فى فتنه(٤) و مكاتبه أبى القاسم الصيقل (كتبت إليه إنى رجل صيقل أشترى السيوف و أبيعها من السلطان، أ جائر لى بيعها؛ فكتب: لا بأس به(٥).

و مقتضى الأخبار حرمه بيعه للمشركين مطلقاً كما هو ظاهر الخبرين الأولين، و حرمه بيعه للمخالفين من المسلمين حال الحرب فقط، و أما فى حال الهدنه فيجوز كما هو مقتضى ظاهر بقيه الأخبار، و هو اختيار المستند، و منه تعرف ضعف اطلاق الحرمة فى الجميع كما عن الشيخين و الحلبي و الديلمي و العلامه فى التذكرة و المحكى عن حواشى الشهيد، و تعرف ضعف ما عن المشهور من اختصاص الحرمة بحال قيام الحرب للمشركين و المخالفين.

ثم إن غالب النصوص على حرمه بيع السلاح و هو ما يستعمل فى الحرب للغلبه كما هو معناه العرفى كالسيف و الرمح و القوس و السهم، و لكن بعضها قد اشتمل على السروج و السلاح، و فى خبر هند السراج جعل مناط الحكم تقويه العدد علينا حيث قال (فمن حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا فهو مشرك)، و فى خبر تحف العقول جعل مناط الحكم تقويه الكفر أو الشرك أو توهين الحق حيث قال: (أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق فهو حرام) إلى آخره، و هى ظاهره فى حرمه بيع كل ما يوجب غلبتهم علينا و تقويتهم و توهين الحق، فتشمل الحرمة كل ما يعتمد عليه لا لعدو و يتقوى به كالسرج و الدرع و البيضة و نحو ذلك، و من خبر تحف العقول حيث جعل المدار على توهين الحق تعرف شمول الحكم لقاطع الطريق أيضاً.

(١) فلا يشمل حال الهدنه، و قد عرفت أنه مختص بالمخالفين دون المشركين.

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٤ و ٥.

يحرم (١)، ولا يلحق بالسلاح ما يعدّ جنّه للقتال كالدرع والبيضه وإن كره،

فى إجاره المساكن و الحموله للمحرم

(و إجاره المساكن و الحموله) بفتح الحاء و هى الحيوان الذى يصلح للحمل كالإبل و البغال و الحمير، و السفن داخله فيه تبعاً، للمحرم (٢) كالخمر و ركوب الظلمه و إسكانهم لأجله (٣) نحوه، (و بيع العنب و التمر) و غيرهما مما يعمل منه المسكر، (ليعمل مسكراً (٤) سواء شرطه فى العقد، أم حصل الاتفاق عليه، (و الخشب) (١) كما هو صريح خبر هند السراج المتقدم.

(٢) بلا- خلايف فيه لخبر صابر عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال: حرام أجره) (١)، و هو محمول على صورته اشتراط بيع الخمر فيه فى العقد أو بنى العقد على ذلك جمعاً بينه و بين صحيح ابن أذينة، قال (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام أسأله عن الرجل يؤاجر سفينته و دابته ممن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير، قال: لا بأس) ٢ حيث ظاهر الصحيح جواز الإجاره لمن اتفق له المحرم، و كذا فى صورته نعم علم المؤجر باستخدام المستأجر ذلك للحرام من دون اشتراط كما سيأتى دليله.

(٣) لأجل الظلم.

(٤) مع الاشتراط فى متن العقد أو بناءه عليه بلا خلاف فيه و يدل عليه خبر صابر المتقدم الوارد فى إجاره البيت ليعمل فيه خمراً مع عدم خصوصيه للبيت و الإجاره، و هو محمول على صورته الاشتراط جمعاً بينه و بين أخبار قد دلت على جواز البيع لمن يعلم أنه يعمله خمراً.

منها: صحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام أسأله عن رجل له كرم، أبيع العنب و التمر ممن يعلم أنه يجعله خمراً أو سكرًا؟ فقال: إنما باعه حلالاً فى الإبان الذى يحل شربه أو أكله، فلا بأس ببيعه) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن بيع عصير العنب ممن يجعله حراماً، فقال: لا بأس به تبعه حلالاً ليحمله حراماً، فأبعده الله و أسحقه) (٣)، و خبر أبى كهيمس (سأل رجل أبا عبد الله عليه السّلام فقال: لى كرم و أنا أعصره كل سنه و أجعله فى الدنان، و أبيع قبل أن يغلى، قال: لا بأس به، و إن غلى فلا يحلّ بيعه، ثم قال: هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمراً) ٥ و صحيح رفاعه -

ص: ٢٩٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ .

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ .

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٦ .

(ليصنع صنما)، أو غيره من الآلات المحرمة، (و يكره بيعه لمن يعمله) من غير أن يبيعه لذلك، إن لم يعلم أنه يعمله و إلا فالأجود التحريم، و غلبه الظن كالعلم، و قيل: يحرم ممن يعمله مطلقا (١).

-بن موسى (سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن بيع العصير ممن يخمره، قال: حلال، ألسنا نبيع تمرنا ممن يجعله شرابا خبيثا) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا، فقال: بعه ممن يطبخه أو يصنعه خلا أحب إلي، و لا أرى بالأول بأسا) ٢ و مثلها غيرها، و من الأخير استفيد كراهه بيع العنب لمن يعلم أنه يعمله خمرا، و منه تعرف ضعف ما عن جماعه منهم العلامة في المختلف و الشيخ في النهاية و الشهيد في حواشيه من القول بالحرمه في صوره العلم بدون الاشتراط ليس في محله، و دعوى أن هذه الأخبار متعارضة مع ما ورد من عدم جواز بيع الخشب لمن يصنعه صنما كصحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال عليه السلام: لا) (٢) و صحيح ابن حريث عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الثوب أبيع ممن يصنع الصليب أو الصنم، قال: لا) ٤ فتحمل أخبار العنب على ما لو وقع ذلك اتفاقا، و أخبار الخشب على صوره العلم فضلا عن الاشتراط، فهي مردوده لصراحه أخبار العنب بالجواز في صوره العلم بأنه يصنعه خمرا، فالأقوى اختصاص الصحيحين الأخيرين بموردهما من عدم جواز بيع الخشب لمن يعلم أنه يصنعه صنما أو صليباً فضلا عن الاشتراط و لا يتعدى به إلى غيره و لعل للشرك خصوصيه غير الخمر، و يدل عليه صدر صحيح ابن أذينة المتقدم فإنه قال (كتبت إلى أبي عبد الله عليه السلام أسأله عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه برابط، فقال: لا بأس به، و عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا، قال: لا) (٣).

(١) حتى في غير صوره العلم، و مما تقدم تعرف ضعف الجمع بين العنب ليعمل خمرا و بين الخشب ليعمل صنما.

ثم إن الشهيدين قد تركا حرمه التكب بما لا منفعه فيه، و هو مما لا خلاف فيه لأن بذل المال بإزائه أكل له بالباطل فيشملة قوله تعالى (وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ) (٤)، و ما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان و فضلات الإنسان، و قد وقع الخلاف -

ص: ٢٩١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨ و ٩.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٤- ((٦)) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(و يحرم عمل الصور المجسمه) ذوات الأرواح. و احترز بالمجسمه (١) عن -بينهم فى عدّ السباع مما لا نفع فيه، و الأصح جواز بيعها للانتفاع بجلودها و ريشها لصحيح العيص عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الفهود و سباع الطير هل يلتمس التجاره فيها؟ قال عليه السّلام: نعم) (١)، و خبر أبى مخلمد السراج عن أبى عبد الله عليه السّلام فقد سأله رجل عن بيع جلود النمر (فقال عليه السّلام: مدبوغه هى؟ قال: نعم، قال: ليس به بأس) (٢)، و خبر عبد الحميد بن سعيد عن أبى الحسن عليه السّلام (عن عظام الفيل، يحلّ بيعه أو شراؤه الذى يجعل منه الأمشاط؟ فقال: لا بأس قد كان لى منه مشط أو أمشاط) (٣)، بل من مجموع الأخبار يستفاد أن المدار فى جواز التكبس على وجود منفعه محلله مقصوده مرتبه على الشىء، و لذا يصح بيع دود العلف و دود القز و النحل و الهرة، ففى صحيح محمد بن مسلم و عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لا بأس بثمان الهرة) (٤)، بل و كل السباع و المسوخ و الحشرات إن ترتب عليها المنفعة المذكوره، و دعوى أن المسوخ لا يجوز التكبس به ممنوعه لعدم قيام دليل يدل على كون المسخ مانعا من التكبس.

(١) وقع الاتفاق بينهم على حرمة تجسيم ذى الروح و هو المسمى عندنا بالنحت، و اختلفوا فى الزائد تبعا لاختلاف الأخبار، ففى بعضها حرمة التجسيم كخبر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أكل السحت سبعة - إلى أن قال - و الذين يصورون التماثيل) (٤)، و خبر الأصمغ بن نباته (قال أمير المؤمنين عليه السّلام (من جدد قبرا أو مثل مثلا فقد خرج عن الإسلام) (٥)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر، فقال: لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان) (٦) و منه يظهر مفهوم اللقب فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لا بأس بتماثل الشجر) (٨) و صحيح البقباق عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: يعملون له ما يشاء من محاريب و تماثيل، فقال: و الله ما هى تماثيل الرجال و النساء و لكنه الشجر و شبهه) (٩)، و صحيح -

ص: ٢٩٢

- ١- ((١ و ٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.
- ٤- ((١) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.
- ٥- ((٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المسالك حديث ١٠.
- ٦- ((٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٢ و ١.

الصور المنقوشه على نحو الوساده و الورق، و الأقوى تحريمه مطلقا. و يمكن أن يريد ذلك (١) بحمل الصفه (٢) على المثل (٣) لا المثل (٤).

في الغناء

(و الغناء) (٥)...

-محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: ثلاثه يعذبون يوم القيامة: من صور صوره من الحيوان يعذب حتى ينفخ فيها و ليس بنافخ فيها)(١) الخبر، بناء على أن النفخ ظاهر في كون الصورة هي المجسمه لأنها غير ناقصه إلا من الروح فلذا أمر بالنفخ فيها، و مقتضى النصوص المتقدمه حرمة التجسيم لذي الروح من الإنسان و الحيوان، و أما الجماد فلا و هذا هو القدر المتيقن من فتاوى الأصحاب و اختاره جماعه من المتأخرين.

و في بعضها حرمة التصوير الشامل للتجسيم كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله، عن آباءه عن أمير المؤمنين عليهم السلام (إياكم و عمل الصور، فإنكم تسألون عنها يوم القيامة)(٢)، و خبر تحف العقول عن أبي عبد الله عليه السلام (و صنعه صنوف التصاوير ما لم يكن فيه مثال الروحاني فحلال تعلمه و تعليمه)(٣)، و صحيح محمد بن مروان المتقدم بناء على عدم تقييده بالمجسم كما استدلل به الشارح في المسالك و فيه: إن خبر ابن مروان مختص بالمجسم كما عرفت، و الأولان لا بد من حملهما على المجسم جمعا بين الأخبار، و إن كان الأحوط حرمة مطلق تصوير ذي الروح.

(١) أي تحريمه مطلقا.

(٢) أي المجسمه.

(٣) أي على المصور الذي أريد تصويره.

(٤) و هو الشبيه و المراد به فعل المصور، و هو التصوير.

(٥) لا خلاف بينهم في حرمة الغناء إلا من الكاشاني حيث نسب إليه القول بالجواز، و الأدله كثيره على حرمة.

منها: خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن قوله عز و جل: و اجتنبوا قول الزور، قال: قول الزور الغناء)(٤)، و مثله مرسل ابن أبي عمير ٥، و خبر أبي بصير ٦، و صحيح هشام المروى في تفسير العياشي ٧ و صحيح محمد بن مسلم عن أبي -

ص: ٢٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٧.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٤- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ٨ و ٩ و ٢٦.

—جعفر عليه السّلام (سمعته يقول: الغناء مما وعد الله عليه النار، و تلا هذه الآية: وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ بِغَيْرِ عِلْمٍ، وَ يَتَّخِذَهَا هُزُوًا، أُولَئِكَ لَهُمْ عَذَابٌ مُهِينٌ) (١)، و قريب منها خير مهرا بن محمد ٢ و خير الوشاء ٣.

و صحيح أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: و الذين لا يشهدون الزور، قال: الغناء) (٢)، و خبر يونس (سألت الخراساني عليه السّلام عن الغناء و قلت: إن العباسي ذكر عنك أنك ترخص في الغناء فقال: كذب الزنديق ما هكذا قلت له، سألتني عن الغناء فقلت: إن رجلا أتى أبا جعفر عليه السّلام فسأله عن الغناء، فقال: يا فلان، إذا ميز الله بين الحق و الباطل فأين يكون الغناء؟ قال: مع الباطل، فقال: قد حكمت) (٣) و خبر عبد الأعلى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الغناء و قلت: إنهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم رخص في أن يقال: جئناكم جئناكم حيونا حيونا نحياكم، فقال: كذبوا إن الله عز و جل يقول: و ما خلقنا السموات و الأرض و ما بينهما لاعبين، لو أردنا أن نتخذ لها لاتخذناه، من لدنا إن كنا فاعلين، بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه فإذا هو زاهق و لكم الويل مما تصفون، ثم قال: ويل لفلان مما يصف، رجل لم يحضر المجلس) (٤).

و عن الكاشاني جواز الغناء بما هو و إنما يحرم لما يصاحبه من آلات اللهو و دخول الرجال و الكلام بالباطل و استدلال بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (أجر المغنيه التي تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتي يدخل عليها الرجال) (٥) و مثله خبره الآخر ٨ و مرسل الفقيه (سأل رجل علي بن الحسين عليه السّلام عن شراء جاربه لها صوت، فقال: ما عليك لو اشتريتها فذكرتك الجنة) ٩، و خبر قرب الإسناد عن علي بن جعفر عن أخيه (سألته عن الغناء هل يصلح في الفطر و الأضحى و الفرح، قال: لا بأس به ما لم يعص به) (٦).

و فيه: مع ضعف أسانيدها لا تصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار على أن مرسل الفقيه—

ص: ٢٩٤

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧ و ١١.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٣.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ٩٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٥.
- ٥- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١ و ٥.
- ٦- (١٠) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

بالمَد وهو مَدّ الصوت المشتمل على الترجيع المطرب (١)، أو ما سُمي في العرف غناء وإن لم يطرب (٢)، سواء كان في شعر، أم قرآن، أم غيرهما، واستثنى منه المصنف وغيره الحداء للإبل (٣)، وآخرون ومنهم المصنف في الدروس فعله للمرأة - صريح في الجارية ذات الصوت الحسن وهو أجنبي عن الغناء، وعلى أن خبري أبي بصير صريحان في جواز الغناء في الأعراس وهذا ما سيأتي البحث في استثنائه ولا تدل على جواز مطلق الغناء.

(١) كما نسب إلى المشهور، واختلفوا في تفسير المطرب، فعن جماعة أنه خفه تعترى الإنسان لشده السرور، وعن مفتاح الكرامه أنه مَدّ الصوت وتحسينه، والأولى إرجاع تحديد الغناء إلى العرف وإن لم يطرب فعلا، بل ما كان من شأنه الإطراب، والرجوع إلى العرف محتم بعد عدم ورود تحديد له من قبل الشارع.

ثم الغناء عند أهل فنه مخصوص بصوت الإنسان الذي من شأنه إيجاد الطرب بتناسبه، والتناسب في الصوت له ميزان عند أهل اللحن من البم والزير والبز والمد والارتفاع والانخفاض والاتصال والانفصال، وهذا التناسب هو المسمى بالغناء كما يسمى فن تناسب آلات الموسيقى بالإيقاع، ويسمى فن تناسب الحركات الصادره من أعضاء البدن بالرقص.

ولكن الغناء عند أهل العرف العام أعم منه إذ قد لا يكون الصوت موقعا على السلم الإيقاعي عندهم وهو غناء عند العرف.

نعم لا بد من الجزم بعدم كون مجرد مَدّ الصوت غناء وإلا لحرّم الأذان والنداء، ولا مجرد تحسينه غناء وإلا لحرّم على الكثير من النساء النطق، وفي الخبر (أن الله ما بعث نبيا إلا حسن الصوت) (١) وفي خبر آخر (كان علي بن الحسين عليه السلام يقرأ القرآن فربما مرّ به المارّ فصعق من حسن صوته) (٢). ومما تقدم تعرف إمكان تحقق الغناء في القرآن والمراثي، فدعوى عدم إمكانيتها في المراثي ليس في محلها.

(٢) فعلا.

(٣) فالمشهور على استثنائه للنبي (أنه قال لعبد الله بن رواحه: حرّك النوق، فاندفع يرتجز وكان عبد الله جيد الحداء وكان مع الرجال، وكان أنجشه مع النساء فلما سمعه تبعه فقال صلى الله عليه وآله وسلم لأنجشه: رويدك، رفقا بالقوارير) (٢) وفي المناقب (وكان حادي بعض نسائه صلى الله عليه وآله وسلم -

ص: ٢٩٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قراءه القرآن حديث ٢ و ٥.

٢- (٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٢٧.

فى الأعراس (١) إذا لم تتكلم بباطل، و لم تعمل بالملاهى، و لو بدف فىه صنح، لا بدونه (٢)، و لم يسمع صوتها أجانب الرجال. و لا بأس به.

فى معونه الظالمين بالظلم

(و معونه الظالمين بالظلم) (٣) كالكتابه لهم، و إحضار المظلوم و نحوه، لا -خادمه أنجشه، فقال لأنجشه: أرفق بالقوارير، و فى روايه لا تكسر القوارير(١)، و خير السكونى عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: زاد المسافر الحداء و الشعر، ما كان منه ليس فىه جفاء) و فى نسخه: (ليس فىه فناء)(٢)، و مثله خير الجعفریات(٣)، و منها تعرف ضعف ما عن جماعه منهم العلامه من حرمة الغناء مطلقا.

(١) على المشهور لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن كسب المغنيات فقال: التى يدخل عليها الرجال حرام، و التى تدعى إلى الأعراس ليس به بأس)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (المغنيه التى تزف العرائس لا بأس بكسبها) و خبره الثالث عنه عليه السلام (أجر المغنيه التى تزف العرائس ليس به بأس، و ليست بالتى يدخل عليها الرجال)، و القدر المتيقن من هذه النصوص جواز الغناء حال الزفاف و هو حال دخول المرأه إلى بيت زوجها، مع شرط عدم دخول الرجال عليهن، و أما تقييد الشارح بعدم سماع صوتهن أجانب الرجال مما لا دليل عليه بل الدليل على اشتراط عدم الدخول، و هو مطلق، و عن العلامه و جماعه المنع من الغناء مطلقا و هو ضعيف بما سمعت من النصوص.

(٢) أى بدون الصنح و لازمه جواز الضرب عليه للنبوى (نهى عن الضرب بالدف و الرقص و عن اللعب كله، و عن حضوره و عن الاستماع إليه، و لم يجز ضرب الدف إلا فى الأملاك و الدخول، بشرط أن يكون فى البكر و لا يدخل الرجال عليهن)(٤)، و هو مطلق يشمل ما لو كان فىه صنح أو لا، ثم المراد بالأملاك عقد النكاح، و لم يتعرض الأصحاب له و لا لاشتراط ذلك فى زفاف البكر.

(٣) بلا خلاف فىه للأخبار.

منها: خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (العامل بالظلم المعين له و الراضى به -

ص: ٢٩٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ١.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب السفر إلى الحج و غيره حديث ١.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٤.

-شركاء ثلاثتهم(١)، و خبر و رام بن أبي فراس في كتابه (قال عليه السّلام: من مشى إلى ظالم ليعينه و هو يعلم أنه ظالم فقد خرج من الإسلام)٢، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم في حديث المناهي: (ألا- و من علق سوطا بين يدي سلطان جعل الله ذلك السوط يوم القيامة ثعبانا من النار، طوله سبعون ذراعا يسلطه الله عليه في نار جهنم و بئس المصير)٣، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (من تولى خصومه ظالم أو أعان عليها ثم نزل به ملك الموت قال له: أبشر بلعنه الله و نار جهنم و بئس المصير)٤، بل المشهور على عدم الحرمة فيما لو أعانهم على مباح مع أن النصوص المستفيضة ناطقه بالنهي عن ذلك حتى في المستحب ففي خبر يونس بن يعقوب (قال لي أبو عبد الله عليه السّلام: لا تعنهم على بناء مسجد)٥، و لكن الإنصاف أن القدر المتيقن منها حرمة إعانتهم مع صدق أنه من أعوانهم كما في خبر محمد بن عذافر عن أبيه قال أبو عبد الله عليه السّلام: (يا عذافر، نبئت أنك تعامل أبا أيوب و الربيع، فما حالك إذا نودى بك في أعوان الظلمه، قال: فوجم أبي فقال له أبو عبد الله عليه السّلام لما رأى ما أصابه: أي عذافر، إنما خوفتك بما خوفني الله عز و جل به، فقال محمد: فقدم أبي فما زال مغموما مكروبا حتى مات)٦، و خبر ابن أبي يعفور (كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام فدخل عليه رجل من أصحابنا فقال له: جعلت فداك، إنه ربما أصاب الرجل منا الضيق أو الشده فيدعى إلى البناء بينه أو النهر يكرهه، أو المسناه يصلحها، فما تقول في ذلك؟ فقال أبو عبد الله عليه السّلام: ما أحب أني عقدت لهم عقده، أو وليت لهم وكاء و إن لي ما بين لابتها، لا و لا مده بقلم، إن أعوان الظلمه يوم القيامة في سرادق من نار حتى يحكم الله بين العباد)٧، و خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا كان يوم القيامة نادى مناد: أين أعوان الظلمه، و من لاق لهم دواتا، أو ربط كيسا أو مدّ لهم مده قلم، فاحشروهم معهم)٨.

و تدل أيضا على تحريم محبه بقائهم لخبر صفوان الجمال (دخلت على أبي الحسن الأول عليه السّلام فقال لي: يا صفوان كل شيء منك حسن جميل ما خلا شيئا واحدا،-

ص: ٢٩٧

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ١٥ و ١٠.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٦ و ١١.

-قلت: جعلت فداك أى شىء؛ قال: إكراؤك جمالك من هذا الرجل - يعنى هارون -، قال: والله ما أكريته أشرا ولا بطرا ولا للصيد ولا للهو، ولكنى أكريته لهذا الطريق - يعنى طريق مكه -، ولا أتولاه بنفسى، ولكن ابعت معه غلمانى.

فقال لى: يا صفوان أيقع كراؤك عليهم؟ قلت: نعم جعلت فداك، فقال لى: أ تحب بقاءهم حتى يخرج كراؤك؟ قلت: نعم، قال: من أحبّ بقاءهم فهو منهم، ومن كان منهم كان ورده النار.

قال صفوان: فذهبت فبعت جمالى عن آخرها، فبلغ ذلك إلى هارون، فدعاني فقال لى: يا صفوان بلغنى أنك بعت جمالك، قلت: نعم، قال: ولم؟ قلت: أنا شيخ كبير وإن الغلمان لا يفون بالأعمال، فقال: هيهات هيهات، إنى لأعلم من أشار عليك بهذا، أشار عليك بهذا موسى بن جعفر، قلت: ما لى ولموسى بن جعفر، فقال: دع هذا عنك فوالله لو لا حسن صحبتك لقتلتك(١) ، ومرفوع سهل بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز وجل: ولا تركنوا إلى الذين ظلموا فتمسكم النار، قال عليه السّلام: هو الرجل يأتى السلطان فيحب بقاءه إلى أن يدخل يده إلى كيسه فيعطيه)(٢) ، وخبر عياض عن أبى عبد الله عليه السّلام (و من أحب بقاء الظالمين فقد أحب أن يعصى الله)(٣).

وتدل أيضا على حرمة معاونتهم بالمباح إذا كان مسجلا فى دفترهم و ديوانهم و لعله لصدق أنه من أتباعهم و أعوانهم كما فى خبر الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من سؤد اسمه فى ديوان الجبارين من ولد فلان حشره الله يوم القيامة حيرانا)(٣) و فى روايه التهذيب (من سؤد اسمه فى ديوان ولد سابع حشره الله يوم القيامة خنزيرا)(٤) و سابع مقلوب عباس و هو تعبير شايع فى الأخبار للتيه.

وتدل أيضا على حرمة إعانتهم بالمباح إذا كان فى ذلك تشييد سلطانهم كخبر على بن أبى حمزه (كان لى صديق من كتّاب بنى أميه فقال لى: استأذن لى على أبى عبد الله عليه السّلام فاستأذنت له عليه فأذن له، فلما أن دخل سلّم و جلس، ثم قال: جعلت فداك إنى كنت فى ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالا كثيرا و أغمضت فى مطالبه، فقال أبو-

ص: ٢٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

معاونتهم بالأعمال المحلله كالخياطه، و إن كره التكسب بماله (١)،

فى النوح بالباطل

(و النوح بالباطل) (٢) بأن تصف الميت بما ليس فيه، و يجوز بالحق إذا لم تسمعها الأجانب، -عبد الله عليه السلام: لو لا أن بنى أميه وجدوا لهم من يكتب و يجيبى لهم الفىء و يقاتل عنهم و يشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا، و لو تركهم الناس و ما فى أيديهم ما وجدوا شيئاً إلا ما وقع فى أيديهم(١)، و على هذا تحمل بقيه الأخبار الداله على النهى عن معاونتهم و لو بالمباح أو المستحب.

(١) مال العمل المحلل، و قد كره من حيث معامله الظالمين كما فى المسالك.

(٢) لخبر الحسين بن زيد عن جعفر بن محمد عن آباءه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث المناهى (أنه نهى عن الرنه عند المصيبه، و نهى عن النياحه و الاستماع إليها، و نهى عن تصفيق الوجه)(٢) و خبره الآخر عنهم عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أربعه لا تزال فى أمتى إلى يوم القيامة، الفخر بالأحساب و الطعن فى الأنساب و الاستسقاء بالنجوم و النياحه، و إن النائحه إذا لم تتب قبل موتها تقوم يوم القيامة و عليها سربال من قطران و درع من جرب)(٣، و خبر الزعفرانى عن أبى عبد الله عليه السلام (و من أصيب بمصيبه فجاء عند تلك المصيبه بنائحه فقد كفرها)(٤، و قد حملت على النوح بالباطل بمعنى الكذب لمرسل الصدوق (قال عليه السلام:

لا- بأس بكسب النائحه إذا قالت صدقا(٣)، و يكون النوح بالحق جائزاً و عليه تحمل الأخبار الداله على فعل النياحه فى دار الصادق عليه السلام عند موت ابنته و ابنه كما فى خبر الحسين بن زيد و قيل له (أ يباح فى دارك فقال: إن رسول الله عليه السلام لما مات حمزه قال: لكن حمزه لا بواكى عليه)(٤)، و صحيح يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السلام (قال لى أبى: يا جعفر أوقف لى من مالى كذا و كذا لنوادب تندبنى عشر سنين، يعنى أيام منى)(٧، و فى الخبر (إنما تحتاج المرأه إلى النوح لتسيل دمعها و لا ينبغى لها أن تقول هجراً، فإذا جاء الليل فلا تؤذى الملائكه بالنوح).

و لذا وردت جملة من الأخبار بجواز كسب النائحه كخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بأجر النائحه التى تنوح على الميت)(٨ و مرسل الصدوق (سئل الصادق عليه السلام عن أجر النائحه فقال: لا بأس به قد نبح على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم)٩، نعم-

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١ و ١٢ و ٥ و ٩.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب الدفن حديث ٢.

٤- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٦ و ٧ و ١٠.

(و هجاء المؤمنىن) (١) بكسر الهاء و المد و هو ذكر معايبهم بالشعر، و لا- فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره، و يجوز هجاء غيرهم (٢) كما يجوز لعنه.

-إذا شارطت كره ذلك لخبر حنان بن سدير عند ما طلبت منه امرأه فى الحى أن يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن أجر النائحه فقال عليه السلام (تشارط؟ فقلت: و الله ما أدرى تشارط أم لا؟ فقال: قل لها لا تشارط، و تقبل ما أعطيت)(١).

(١) بلا خلاف فيه، و الهجاء هو ذكر المعاييب و عدها، كما فى القاموس، و هو يشمل النثر و الشعر، و بذلك صرح الكثير من الفقهاء، نعم فى المسالك و الروضه هنا و جامع المقاصد تبعا للنهايه و المصباح و القاموس تخصيصه بالشعر فقط و هو ليس فى محله لأنه على خلاف المتبادر منه.

و لفظ الهجاء لم يرد فى كتاب و لا فى سنه، و لكن قد يكون غيبه كما لو ذكر معايبه فى غيابه، و قد يكون همزا كما لو ذكرها فى حضوره، و قد يكون إذاعه لسره و تعبيراً له، و قد يذكره بما ليس فيه بداعى الذم فىكون بهتاناً، و هذه العناوين محرمة قطعاً فلذا حرم الهجاء.

ثم مقتضى ما ذكر حرمه الهجاء لمطلق المؤمن فاسقاً كان أو عادلاً، و ما ورد من جواز غيبه الفاسق بفسقه مثل خبر هارون بن الجهم عن أبى عبد الله (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه)(٢)، إنما هو مختص بالغيبه فقط فلا يشمل الهجاء.

(٢) من المخالفين و الكفار، أما الكفار فلما روته العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه أمر حسانا بهجوهم و قال: (إنه أشد عليهم من رشق النبال)(٣)، و أما المخالفون فالسيره: من العلماء و غيرهم قائمه على ذلك و فى الجواهر قال: (بل لعل هجاؤهم على رءوس الأشهاد من أفضل عباده العباد ما لم تمنع التقيه) خصوصاً أئمتهم لصحيح داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فاطهروا البراءه منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعه، و باهتوهم كى لا يطمعوا فى الفساد فى الإسلام، و يحذرهم الناس و لا يتعلمون من بدعهم، يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات فى الآخره)(٤) و مثله غيره.

ص: ٣٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٤.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٣٨.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأمر و النهى حديث ١.

(و الغيبه) (١) بكسر المعجمه، و هو القول و ما فى حكمه فى المؤمن بما يسوؤه (١) بلا- خلاف فى لقوله تعالى: (وَ لَا يَعْتَبِ بَعْضُكُمْ بَعْضًا أُوْحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتًا فَكَرِهْتُمُوهُ) (١)، و للأخبار.

منها: خبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام (من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم كان ممن حرمت غيبته و كملت مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته) (٢) و خبر سليمان بن خالد عن أبى جعفر عليه السلام (المؤمن حرام على المؤمن أن يظلمه أو يخذله أو يغتابه) (٣)، و فى ثالث (يا أبا ذر إياك و الغيبه، فإن الغيبه أشد من الزنا) (٤) و فى رابع (تحرم الجنه على ثلاث: على المنان و على المغتاب و على مدمن الخمر) (٥) و فى خامس (سباب المؤمن فسوق و قتاله كفر، و أكل لحمه معصيه لله و حرمة ماله كحرمة دمه) (٦) إلى غير ذلك من الأخبار و مقتضى الآيه حرمة غيبه الأخ المختص بالمؤمن لقوله تعالى: (إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ) (٣)، فيجوز غيبه المخالف كما عليه السيره، بل هى عندهم من أفضل الطاعات و أكمل القربات كما فى الجواهر، و ما ذهب إليه المقدس الأردبيلي من عموم حرمة الغيبه لكل مسلم فى غير محله.

و إنما الكلام فى موضوعها فالمشهور أن الغيبه ذكر أخيك بما يكرهه و هو حق و فى الخبر (قلت: يا رسول الله و ما الغيبه؟ قال: ذكرك أخاك بما يكره، قلت: يا رسول الله فإن كان فيه الذى يذكرك به، قال: اعلم أنك إذا ذكرته بما هو فيه فقد اغتبتته، و إذا ذكرته بما ليس فيه فقد بهته) (٤)، و أن يكون المذكور مستورا لخبر عبد الرحمن بن سيبه عن أبى عبد الله عليه السلام (الغيبه أن تقول فى أخيك ما ستر الله عليه، و أما الأمر الظاهر مثل الحده و العجله فلا، و البهتان أن تقول فى ما ليس فيه) (٥) و خبر يحيى الأزرق (قال لى أبو الحسن عليه السلام: من ذكر رجلا من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغبه، و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس اغتابه، و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته) (٦) و خبر ابن سرحان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الغيبه قال: هو أن تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل و تثبت عليه أمرا قد ستره الله عليه لم-

١- (١) سورة الحجرات، الآيه: ١٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره حديث ٢ و ١ و ٩ و ١٠ و ١٢.

٣- (٧) سورة الحجرات، الآيه: ١٠.

٤- (٨) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشره حديث ٩.

٥- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب العشره حديث ٢ و ٣.

لو سمعه مع اتصافه به (١)، و فى حكم القول الإشاره باليد و غيرها من الجوارح، و التحاكي بقول، أو فعل كمشيهِ الأعرج، و التعريض كقوله: أنا لست متصفا بكذا، أو الحمد لله الذى لم يجعلنى كذا، معرّضا بمن يفعله، و لو فعل ذلك بحضوره (٢)، أو قال فيه ما ليس به (٣) فهو أغلظ تحريما، و أعظم تأثيما، و إن لم يكن غيبه اصطلاحا. و استثنى منها (٤) نصح المستشار (٥)، و جرح الشاهد (٦)، -يقم عليه فيه حد(١)، و الغيبه لا تختص باللسان بل تشمل الإشاره إلى عيوب أخيك المستوره لما روى عن عائشه (أنها قالت: دخلت علينا امرأه، فلما ولت أو مأت بيدي أى قصيره، فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: اغتبتها(٢)، و إن كان ظاهره تحقق الغيبه بالأمر الظاهره، و هو غير معمول به من هذه الجهه.

(١) و إلا كان افتراء و بهتاناً.

(٢) فهو إيذاء للمؤمن و تعبير له إن قصد ذمه.

(٣) فهو بهتان.

(٤) من الغيبه المحرمه.

(٥) للنبوى (أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قال لفاطمه بنت قيس حين شاورته فى خطابها: أما معاويه فرجل صعلوك لا مال له، و أما أبو جهم فلا- يضع العصا عن عاتقه(٣)، و خبر عمر بن يزيد عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السلام (من استشار أخاه فلم ينصحه محض الرأى سلبه الله عز و جل رأيه(٤).

(٦) أى جرح شهود البيئه صونا لأموال الناس و عرضهم و أنفسهم، و إلا لو لم يجرز لأمكن أن يدعى الشخص ما يشاء و يقيم على دعواه من أشباه الهمج و الرعاع بل و الفسقه و يشهدون له على ما يريد، و كذلك تجوز الغيبه لجرح الرواه الضعفاء إذ يتوقف عليه حفظ الدين و صيانه شريعته سيد المرسلين، و قد جرت سيره الأصحاب على ذلك و لهم فى ذلك كتب مفصله، بل قوله تعالى: (إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا) (٥) فمن بيان حال الفاسق الحامل للخبر يستفاد جواز جرح أمثاله، و هم المخبرون فيما لو تعلق بأموال الناس و دياتهم و أعراضهم و دمائهم.

ص: ٣٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ١.

٢- (٢) الدر المنثور ج ٦ ص ٩٤.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العشره حديث ٢.

٥- (٥) سورة الحجرات، الآى: ٦.

و التظلم (١) و سماعه، و ردّ من ادعى نسبا ليس له (٢)، و القدح في مقاله، أو دعوى باطله في الدين (٣)، و الاستعانه على دفع المنكر (٤)، و ردّ العاصي إلى الصلاح، و كون المقول فيه مستحقا للاستخفاف، لتظاهره بالفسق (٥)، و الشهاده (١) أى إظهار المظلوم لما فعله به الظالم، و إن كان الظالم مستترا به، لقوله تعالى: (وَلَمَنِ انْتَصَرَ بِغَدِّ ظُلْمِهِ فَأُولَئِكَ مَا عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ) (١)، و قوله تعالى: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ) (٢) مع ضميمه ما أرسله الطبرسى في مجمع البيان في تفسير قوله تعالى: (لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ... والآيه، عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته، فلا جناح عليه أن يذكر سوء ما فعله) (٣)، فإذا جاز للمضيف ذكر ما ظلم به من الضيافة اللائقه بحقه فغيره من المظلومين أولى.

و إذا جاز التظلم جاز استماعه لعدم التفكيك بينهما.

(٢) لأن مصلحه الأنساب أولى خصوصا إذا ترتب على دعواه أثر من الإرث و النظر إلى النساء الأجنبية.

(٣) لأن صيانته الشريعة المقدسه أولى.

(٤) بحيث لا يرتدع العاصي إلا باغتيابه لعموم أدله و جوب ردع المنكر، بل غيبته إحسان في حقه.

(٥) فلا غيبه للمتجاهر بالفسق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر هارون بن الجهم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا جاهر الفاسق بنفسه فلا حرمه له و لا غيبه) (٤) و خبر أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (ثلاثه ليس لهم حرمه: صاحب هوى مبتدع، و الإمام الجائر، و الفاسق المعلن بالفسق) (٥) و النبوى المشهور (لا غيبه لفساق) (٥)، و النبوى الآخر (من ألقى جلباب الحياء فلا غيبه له) (٧)، و لا نافية للجنس فيجوز اغتيابه فيما لم يتجاهر به بالإضافة إلى إطلاق الخبرين الأولين، فضلا عن مفهوم خبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم، كان ممن حرمت غيبته و كملت -

ص: ٣٠٣

١- (١) سورة الشورى، الآيه: ٤٢.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ١٤٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٧.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٤ و ٥.

٥- ((٦ و ٧) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٦ و ٣.

على فاعل المحرم حسب (١) و قد أفردنا لتحقيقها رساله شريفه (٢) من أراد الاطلاع على حقائق أحكامها فليقف عليها.

فى حفظ كتب الضلال

(و حفظ كتب الضلال) (٣) عن التلف، أو عن ظهر القلب، (و نسخها و درسها) قراءه، و مطالعه، و مذاكره، (لغير النقض) لها، (أو الحججه) على أهلها بما اشتملت عليه مما يصلح دليلا لإثبات الحق، أو نقض الباطل لمن كان من أهلها، (أو التقيه) و بدون ذلك يجب إتلافها، إن لم يمكن أفراد مواضع الضلال، و إلا اقتصر عليها (٤)،

فى تعلم السحر

(و تعلم السحر) (٥)...

-مروته و ظهر عدله و وجبت أخوته(١).

(١) أى احتسابا للأجر عند الله جلّ و علا، و قد تقدم فى باب الشهادات الأمر بتحمل الشهاده و أدائها و هذا بحسب الغالب شهاده على الناس بما يفعلونه من المحرمات كالزنا و اللواط و نحوهما.

(٢) اسمها (كشف الريبه فى أحكام الغيبه).

(٣) بلا- خلاف فيه لخبر تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السلام (و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله تعالى أو يقوى به الكفر و الشرك من جميع وجوه المعاصى، أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه و ملكه و هبته و عاريتة و جميع التقلب فيه - إلى أن قال - إنما حرّم الله الصناعه التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا - إلى أن قال - و ما يكون منه و فيه الفساد محضا، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذه الأجره عليه، و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات كلها) (٢)، و لا- يخفى إمكان الاستدلال بالفقرات الثلاث، و منها تعرف حرمة نسخها و درسها و تدريسها و المساعدة على نشرها و قراءتها إلا للنقض عليها على أن يكون النقض من أهله.

(٤) على مواضع الضلال.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر السكونى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل، قيل يا رسول الله: لم لا يقتل ساحر الكفار؟-)

١- (١) الوسائل الباب - ١٥٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و هو (١) كلام، أو كتابه يحدث بسببه ضرر على من عمل له في بدنه، أو عقله، -قال: لأن الشرك أعظم من السحر، لأن الشرك و السحر مقرونان(١)، و خبر أبي البختری عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: من تعلم شيئا من السحر قليلا أو كثيرا فقد كفر، و كان آخر عهده بربه، و حدّه أن يقتل إلا أن يتوب)٢.

(١)الكلام فى حقيقه السحر و موضوعه، و قد وقع الخلاف فى حقيقته، ففى اللغه أنه كل ما لطف مأخذه و دق فهو سحر كما فى لسان العرب و القاموس، أو أنه صرف الشىء عن وجهه كما عن الأزهرى، أو أنه الخدع كما نقله ابن فارس عن بعضهم، أو أنه إخراج الباطل فى صورته الحق كما عن ابن فارس فى مجمله.

و فى الفقه فقد ذهب العلامه فى القواعد و التحرير و التذكرة أن السحر هو كلام يتكلم به أو يكتبه أو رقيه أو يعمل شيئا يؤثر فى بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غير مباشره، و تبعه عليه إيضاح النافع و التنقيح و الكفايه و مجمع البحرين، و زاد فى المنتهى على هذا التعريف (أو عقدا) و زاد فى المسالك (أو أقسام أو عزائم)، و زاد فى الدروس (و الدخنه و التصوير و النفث و تصفيه النفس).

و عن فخر المحققين (أن السحر استحداث الخوارق بمجرد التأثيرات النفسانيه) و عن الفاضل المقداد فى التنقيح أنه (عمل يستفاد من ملكه نفسانيه، يقتدر بها على أفعال غريبه بأسباب خفيه).

و عن العلامه المجلسى (أنه مختص بكل أمر يخفى سببه). ثم إن الشهيدين اعتبرا أن استخدام الملائكه و الجن و الشياطين من أقسام السحر و هو على إطلاقه مشكل نعم يصح باعتبار ما يترتب عليه من صرف الشىء عن حقيقته ظاهرا بحسب النظر و العين.

و نقل عن السيد الجزائرى فى شرح التهذيب: (و لما جهلت أسباب السحر و تراحمت بها الظنون اختلفت الطرق إليه، فطريق أهل الهند تصفيه النفس و تجريدها عن الشواغل البدنيه بقدر الطاقه البشريه، لأنهم يرون أن تلك الآثار إنما تصدر عن النفس البشريه، و متأخرو الفلاسفه يرون رأى الهند، و طائفه من الأتراك تعمل بعملهم أيضا.

و طريق النبط عمل أشياء مناسبه للغرض المطلوب مضافه إلى رقيه و دخنه بعزيمه فى وقت مختار، و تلك الأشياء تاره تكون تماثيل و نقوشا و تاره عقدا بعقد و النفث عليها، و تاره كتبا تكتب و تدفن فى الأرض و تطرح فى الماء أو تعلق فى الهواء أو تحرق بالنار، و تلك الرقيه تضرع إلى الكوكب الفاعل للغرض المطلوب، و تلك الدخنه عقاير منسوبه إلى -

ص: ٣٠٥

-الكواكب لا اعتقادهم أن تلك الآثار إنما تصدر عن الكواكب.

و طريق اليونان تسخير روحانيات الأفلاك و الكواكب، و استنزال قواها بالوقوف لديها و التضرع إليها، لا اعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن روحانيات الأفلاك و الكواكب لا عن أجرامها.

- إلى أن قال - و طريق العبرانيين و القبط و العرب الاعتماد على ذكر أسماء مجهوله المعانى، كأنها أقسام و عزائم بترتيب خاص يخاطبون بها حاضرا، لا اعتقادهم أن هذه الآثار إنما تصدر عن الجن، و زعموا أن تلك الأقسام تسخر ملائكه قاهره للجن) انتهى كلامه.

و من هذا الكلام الأخير تعرف أن اختلاف طرق السحر من كتابه أو استعانه بكوكب أو تسخير للجن أو تأثير بالنفس لا يكون هو السحر بل السحر هو صرف الشئ عن حقيقته ظاهرا لا واقعا لقوله تعالى: (فَإِذَا جِبَالُهُمْ وَعِصِيُّهُمْ يُخَيَّلُ إِلَيْهِ مِنْ سِحْرِهِمْ أَنَّهَا تَسْعَى) (١) و لقوله تعالى:

(سَيَحْزَوْنَ أَعْيُنَ النَّاسِ وَاسْتَرْهَبُوهُمْ) (٢) و فى خبر الاحتجاج عند ما سأل الزنديق (أ فيقدر الساحر أن يجعل الإنسان بسحره فى صوره الكلب أو الحمار أو غير ذلك؟

فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو أعجز من ذلك، و أضعف من أن يغير خلق الله، إن من أبطل ما ركبه الله و صوره و غيره فهو شريك الله فى خلقه، تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا، لو قدر الساحر على ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفه و الأمراض، و لنفى البياض عن رأسه و الفقر عن ساحته) (٣) و لذا ذهب الكثير إلى أن السحر أمر تخيلى لا حقيقه له.

و ذهب بعضهم كالكركى و القطيفى و الأردبيلى و صاحب مجمع البحرين و صاحب الجواهر إلى أن بعضه تخيلى و بعضه حقيقى، و قد صرح صاحب مجمع البحرين بأن الحقيقى منحصر فى تأثيره فى التفريق بين المرء و زوجه لا غير، و تقسيمه بين الحقيقى و التخيلى هو الأقوى جمعا بين ما تقدم و بين قوله تعالى: وَ اتَّبَعُوا مَا تَتْلُوا الشَّيَاطِينُ عَلَى مُلْكِكَ سُلَيْمَانَ، وَ مَا كَفَرَ سُلَيْمَانُ وَ لَكِنَّ الشَّيَاطِينَ كَفَرُوا يُعَلِّمُونَ النَّاسَ السِّحْرَ، وَ مَا أُنزِلَ عَلَى الْمَلَكَيْنِ بِبَابِلَ هَارُوتَ وَ مارُوتَ، وَ مَا يَعْلَمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّى يَقُولَا إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَ زَوْجِهِ وَ مَا هُمْ بِضَارِّينَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ (٤) ثم إن الحقيقى غير منحصر بتفريق المرء عن زوجه بالقلب بأن يلقى البغضاء -

ص: ٣٠٦

١- (١) سورة طه، الآية: ٦٦.

٢- (٢) سورة الأعراف، الآية: ١١٦.

٣- (٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢، طبع النعمان ١٣٨٣ هـ - ١٩٦٦ م النجف الأشرف.

٤- (٤) سورة البقره، الآية: ١٠٢.

و منه عقد الرجل عن حليلته، و إلقاء البغضاء بينهما و استخدام الجن و الملائكة (١)، و استنزال الشياطين في كشف الغائبات (٢)، و علاج المصاب، و تلبسهم ببدن صبي، أو امرأه في كشف أمر على لسانه و نحو ذلك، فتعلم ذلك كله و تعليمه حرام، و التكسب به سحت، و يقتل مستحله.

و الحق أن له أثرا حقيقيا و هو أمر وجداني، لا مجرد التخيل كما زعم كثير.

و لا بأس بتعلمه ليتوقى به، أو يدفع (٣) سحر المنتبئ به، و ربما وجب على الكفايه لذلك كما اختاره المصنف في الدروس.

-بينهما بل الأعم منه و من منعه من مجامعه النساء، ففي خبر الاحتجاج المتقدم قال عليه السّلام (إن الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعه النساء فجاء الطبيب فعالجه بغير ذلك العلاج فأبرئ) (١)، و في طب الأئمه عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث (و السحر حق، و ما سلط السحر إلا على العين و الفرج) (٢)، و إذا عرفت أن السحر هو صرف الشيء عن حقيقته ظاهرا لا واقعا و إلقاء البغضاء في القلوب و جعل الرجل غير قادر على مجامعه النساء، و عرفت أن طرقه متعددة فقد يكون ذلك بتأثير تصفيه النفوس، و قد يكون ذلك بالرقى و العزائم و الأقسام و الكتب و عقد مع نفث و دخنه، و قد يكون ذلك بأعمال جسديه بدعوى أنها تضرع إلى روحانيات الأفلاك و الكواكب، و قد يكون ذلك بذكر أسماء مجهوله المعاني، و لعل اختلاف الطرق في تحقق السحر هو الذي أوجب اختلاف تعاريفه عند الفقهاء.

و على كل فقد عرفت معناه و طريقه، و هو محرم سواء أثر في بدن المسحور أو عقله أو لا كما هو إطلاق أدله تحريمه المتقدمه، فما عن الشهيدين من اختصاص الحرمه بالمؤثر منه خاصه ليس في محله.

(١) قد عرفت الأشكال في إطلاقه.

(٢) ليس من السحر في شيء بل هو من الكهانه كما سيأتي، و أما علاج المصاب بالاستنزال و تلبسهم ببدن الصبي أو المرأه فليس من السحر بشيء نعم قد يكون من الطرق المؤديه للسحر بمعنى أن تكون هذه المذكورات سببا في صرف الشيء عن حقيقته ظاهرا لا باطنا.

(٣) مقتضى الأدله عدم جواز تعلمه إلا لدفع محذور أشد.

ص: ٣٠٧

١- (١) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

(و الكهانه) (١) بكسر الكاف و هى عمل يوجب طاعه بعض الجانّ له فيما يأمره به، و هو قريب من السحر، أو أخص منه.

(١) لا خلاف فى حرمتها للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلّى الله عليه وآله و سلّم) (١)، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام فى حديث المناهى:

(أن رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم نهى عن إتيان العراف، و قال: من أتاه و صدقه فقد برئ مما أنزل الله عز و جل على محمد صلّى الله عليه وآله و سلّم) ٢ و قال الحر عقيب هذا الخبر: (فسّر بعض أهل اللغه العراف بالكاهن، و بعضهم بالمنجم)، و صحيح الهيثمى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن عندنا بالجزيره رجلا ربما أخبر من يأتيه يسأله عن الشىء يسرق أو شبه ذلك فنسأله، فقال:

قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: من مشى إلى ساحر أو كاهن أو كذاب يصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل الله من كتاب) (٢) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر البغى و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن) (٣) و مثله خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام فى وصيه النبى صلّى الله عليه وآله و سلّم لعلى عليه السّلام (قال: يا على من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب و ثمن الخمر و مهر الزانيه و الرشوه فى الحكم و أجر الكاهن) ٤، و غير ذلك من الأخبار التى أوردتها المحدث النووى رحمه الله فى كتابه (٤). و مقتضى هذه الأخبار حرمة تعلمها و تعليمها و التكسب بها و استعمالها و الإتيان إلى الكاهن يصدقه فيما يقول.

و إنما الكلام فى موضوعها، ففى النهايه الأثيريه (أن الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات فى مستقبل الزمان)، و هو ظاهر فى اختصاص الكهانه بالأخبار عن المستقبل، و المشهور بين الفقهاء فى تعريف الكاهن ما فى القواعد للعلامه (أن الكاهن هو الذى له رائد من الجن يأتيه بالأخبار) و هو ظاهر فى الأعم من الأخبار الماضيه و الحاليه و المستقبلية، هذا و قد وقع الخلاف فى أنها هل تختص بالأخبار عن المستقبل أم تعمه و تعم الحاضر و الماضى، و وقع البحث بينهم فى أنها تختص بما يقذف بواسطه الشياطين أو الأعم منه و ما يستفیده من مقدمات الأشياء و الفراسه، و إن كان الثانى له اسم خاص -

ص: ٣٠٨

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ١.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥ و ٩.
- ٤- ((٦)) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به.

و هو العرّاف، و وقع البحث في أن الكهانه تشمل الإخبار عن الأمور السفليه الأرضيه أو الأعم منها و من السماويه و الأصل في ذلك كله خبر الاحتجاج فقد سأل الزنديق (فمن أين أصل الكهانه و من أين يخبر الناس بما يحدث؟

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن الكهانه كانت في الجاهليه في كل حين فتره من الرسل، كان الكاهن بمنزله الحاكم، يحتكمون إليه فيما يشتهه عليهم من الأمور بينهم، فيخبرهم عن أشياء و تحدث، و ذلك من وجوه شتى: فراسه العين و ذكاء القلب و وسوسه النفس و فتنه الروح مع قذف في قلبه، لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهره فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن، و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف، و أما أخبار السماء فإن الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك، و هي لا- تحجب و لا- ترجم بالنجوم، و إنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي من خبر السماء، فيلبس على أهل الأرض ما جاءهم عن الله، لإثبات الحججه و نفى الشبهه، و كان الشيطان يسترق الكلمه الواحده من خبر السماء بما يحدث من الله في خلقه فيختطفها، ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن، فإذا زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل، فما أصاب الكاهن من خبر مما كان يخبر به فهو مما أراه إليه الشيطان مما سمعه، و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه، فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانه، و اليوم إنما تؤدي إلى الشياطين إلى كهانها أخبارا للناس بما يتحدثون به و ما يحدثونه، و الشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من الحوادث من سارق سرق، و من قاتل قتل، و من غائب غاب، و هم بمنزله الناس أيضا صدوق و كذوب(1).

و هذا الخبر اللائح منه أمارات الصدق يدل على أن الكهانه أعم من معرفه الكاهن بواسطه التابع الجنى له أو بواسطه مقدمات و أسباب من فراسه و ذكاء، و يدل على أن الكهانه أعم من الأخبار بالأمور السفليه و من السماويه، و إن كان عند ولاده النبي الأعظم صلّى الله عليه و آله و سلّم و هذا مستفاد من أدله أخرى منعت الشياطين عن استراق السمع فانقطعت الكهانه المتعلقة بأخبار السماء، و بقيت الكهانه المتعلقة بالأمور السفليه، و يدل على أن الكهانه هو الإخبار عن الأعم من المستقبل و الماضي و الحاضر.

ثم إن المنع من استراق السمع قد تحقق عند ولاده النبي الأعظم صلّى الله عليه و آله و سلّم لما ورد في تفسير-

ص: ٣٠٩

(و القيافه) (١) و هي الاستناد إلى علامات و أمارات، يترتب عليها إلحاق نسب -قوله تعالى: (وَ أَنَّهُمْ ظَنُّوا كَمَا ظَنَنْتُمْ أَن لَّن يَبْعَثَ اللَّهُ أَحَدًا، وَ أَنَا لَمَسِينَا السَّمَاءَ فَوَجَّهْنَا دُنَاهَا مِلَّتْ حَرَسًا شَدِيدًا وَ شُهَبًا، وَ أَنَا كُنَّا نَقْعُدُ مِنْهَا مَقَاعِدَ لِلسَّمْعِ فَمَنْ يَسْمَعِ الْآنَ يَجِدْ لَهُ شِهَابًا رَصَدًا) (١)، فقد ذكر في كتاب الاحتجاج للطبرسي في احتجاج أمير المؤمنين عليه السلام على اليهودى عند ما قال: (فإن هذا عيسى بن مريم يزعمون أنه تكلم في المهد صبيا؟

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: لقد كان كذلك، و محمد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ سقط من بطن أمه واضعا يده اليسرى على الأرض، و رافعا يده اليمنى إلى السماء، يحرّك شفثيه بالتوحيد، و بدا من فيه نور رأى أهل مكة منه قصور بصرى من الشام و ما يليها، و القصور الحمر من أرض اليمن و ما يليها، و القصور البيض من اسطخر و ما يليها، و لقد أضاءت الدنيا ليله و ولد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ حتى فزعت الجن و الأنس و الشياطين، و قالوا: حدث في الأرض حدث، و لقد رأى (٢) الملائكة ليله و ولد تصعد و تنزل و تسبح و تقديس، و تضطرب النجوم و تتساقط علامه لميلاده، و لقد همّ إبليس بالظعن في السماء لما رأى من الأعاجيب في تلك الليله، و كان له مقعد في السماء الثالثه و الشياطين يسترقون السمع، فلما رأوا العجائب أرادوا أن يسترقوا السمع، فإذا هم قد حجبوا من السماوات كلها، و رموا بالشهب دلالة لنبوته صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (٣)، و قال الله تعالى: (إِلَّا مَنْ اسْتَرَقَ السَّمْعَ فَأَتْبَعَهُ شِهَابٌ مُّبِينٌ) (٤)، و في تفسير على بن إبراهيم في تفسير هذه الآيه: (فلم تنزل الشياطين تصعد إلى السماء و تنجس حتى ولد النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ) (٥).

(١) ففي الصحاح و القاموس و المصباح و تاج العروس القائف من يعرف الآثار، و في مجمع البحرين و النهايه الأثيريه زياده على ذلك و هي: و يعرف شبه الرجل بأخيه و أبيه، و في جامع المقاصد و إيضاح النافع و الميسيه و المسالك إنها إلحاق الناس بعضهم ببعض، و في المنجد: هو الذى يعرف النسب بفراسته و نظره إلى أعضاء المولود.

و أطلق جماعه الحرمه، و قيدها الشهيد بما إذا ترتب على القيافه محرم، و زاد فى الميسيه و جامع المقاصد و المسالك و الروضه ما إذا جزم بها، هذا و لا بد من البحث تاره فى -

ص: ٣١٠

١- (١) سورة الجن، الآيه: ٧-٩.

٢- (٢) هكذا فى الأصل.

٣- (٣) الاحتجاج ج ١ ص ٣٣١-٣٣٢ طبع النعمان النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.

٤- (٤) سورة الحجر، الآيه: ١٨.

٥- (٥) نقلا عن تفسير نور الثقلين ج ٣ ص ٦.

-تعلمها و أخرى فى ترتب الأثر عليها، فمن الناحية الأولى قال فى الحدائق (لا خلاف فى تحريم تعليمها) و أشكل عليه بعدم الدليل على حرمة التعلم، و أما من الناحية الثانية بمعنى ترتيب الأثر على ما استخرجه القافى من ثبوت النسب أو نفيه، و هو المراد من القيافة المحرمة فى المقام و استدلال عليه من أنه إثبات للنسب أو نفيه بالاستحسان، و هذا مناف لما قرر فى الشريعة من أن الولد للفراس و استدلال عليه بخبر الجعفریات عن على بن أبى طالب عليه السّلام (من السحت ثمن الميتة إلى أن قال - و أجر القافى) (١) و الحديث المروى فى مجمع البحرين قال: (و فى الحديث لا آخذ بقول قائف) (٢) و قال فى مفتاح الكرامه (و هذا الخبر لم أجدّه فى الهدايه للحر و لا فى النهايه الأثيريه، و لو كان من طرقنا أو طرق العامه ما شدّد عن هذين الكتائبين)، و على كل ففى غيره كفايه و غنى.

و خبر زكريا بن يحيى بن النعمان الصيرفى قال: سمعت على بن جعفر يحدث الحسن بن الحسين بن على بن الحسين فقال (و الله لقد نصر الله أبا الحسن الرضا عليه السلام، فقال له الحسن: إى و الله جعلت فداك لقد بغى عليه إخوته، فقال على بن جعفر: إى و الله و نحن عمومته بغينا عليه، فقال له الحسن: جعلت فداك كيف صنعتم فإنى لم أحضركم؟ قال: قال له إخوته و نحن أيضا: ما كان فىنا إمام قطّ حائل اللون، فقال لهم الرضا عليه السّلام: هو ابنى، قالوا: فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قد قضى بالقافه، فبيننا و بينك القافه، قال: ابعثوا أنتم إليهم، فأما أنا فلا، و لا تعلموهم لما دعوتهم و لتكونوا فى بيوتكم.

فلما جاءوا اقعدونا فى البستان و اصطف عمومته و إخوته و أخواته و اخذوا الرضا عليه السّلام و ألبسوه جبه صوف و قلنسوه منها، و وضعوا على عنقه مسحاه، و قالوا له: أدخل البستان كأنك تعمل فيه، ثم جاءوا بأبى جعفر عليه السلام فقالوا: الحقوا هذا الغلام بأبيه، فقالوا:

ليس له هاهنا أب و لكن هذا عم أبى، و هذا عم أبى، و هذا عمه، و هذه عمته، و إن يكن له هاهنا أب فهو صاحب البستان، فإن قدميه و قدميه واحده، فلما رجع أبو الحسن عليه السلام قالوا: هذا أبوه.

قال على بن جعفر: ففقت فمصصت ريق أبى جعفر عليه السلام ثم قلت له: أشهد أنك إمامى عند الله (٣) الخبر...-

ص: ٣١١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مجمع البحرين ج ٥ ص ١١٠، كتاب الفاء باب ما أوله الفاء.
- ٣- (٣) أصول الكافى ج ١ ص ٣٢٢ حديث ١٤.

و نحوه، و إنما يحرم إذا رتب عليها محرم، أو جزم بها، (و الشعبذه) (١) و هي - و قد استدل به على التحريم باعتبار قوله عليه السلام (ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا فلا) فهو يدل على حرمة العمل بقول القائف، و فيه: إن الخبر ضعيف السند بزكريا بن يحيى، و مشتمل على عرض أخوات الإمام المعصوم عليه السلام على الأجانب لقول القائف: و هذه عمته، و دعوى أنها للضرورة و هي تبيح المحظور مردوده لأن معرفه بنوه الإمام الجواد عليه السلام لا تتوقف على إحضار النساء و كشف أستارهن، بالإضافة إلى أن إباء الإمام عليه السلام عن دعوته للقائه لعله من أجل الزيادة في نفى الريب عنه، على أن الخبر قد تضمن عمل النبي صلى الله عليه و آله و سلم بقول القائف و أنه قضى اعتمادا على ذلك و هو المروى في كتب العامه. فالعمل به مشكل. نعم استدل على التحريم أيضا بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (من تكهن أو تكهن له فقد برئ من دين محمد صلى الله عليه و آله و سلم، قلت: فالقيامه - فالقافه - خ - قال: ما أحب أن تأتيهم، و قيل: ما يقولون شيئا إلا كان قريبا مما يقولون فقال عليه السلام: القيافه فضله من النبوه ذهبت في الناس حين بعث النبي صلى الله عليه و آله و سلم) (١) و هو غير صريح في حرمة العمل بقول القافي في الأنساب، إلا أن ما تقدم فيه الكفايه.

(١) هي الحركة السريعه أو خفه في اليد بحيث يظهر شيئا آخر لم يكن متوقعا قال في القاموس (الشعبذه: الشعوذ، خفه في اليد و أخذ كالسحر، يرى الشيء بغير ما عليه في رأى العين)، و عن العلامة عدم الخلاف في حرمتها لخبر الاحتجاج فقد سأل الزنديق (فأخبرني عن السحر ما أصله؟ و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه، و ما يفعل؟

قال أبو عبد الله عليه السلام: إن السحر على وجوه شتى، ووجه منها بمنزلة الطب، كما إن الأطباء و صنفوا لكل داء دواء فكذلك علم السحر، احتالوا لكل صفة آفه، و لكل عافيه عاهه، و لكل معنى حيله، و نوع آخر منه خطفه و سرعه و مخاريق و خفه) (٢) و ظاهره أن الشعبذه قسم من أقسام السحر و فيه: إنه قد عدّ من السحر النميمه حيث قال عليه السلام فيما بعد (و إن من أكبر السحر النميمه يفرّق بها بين المتحابين و يجلب العداوه على المتصافيين، و يسفك بها الدماء و يهدم بها الدور و يكشف بها الستور) (٣) فإطلاق السحر على النميمه دليل على أن الإمام عليه السلام في مقام ما يطلق عليه السحر و لو مجازا فلم يبق إلا دعوى الإجماع على الحرمة كما عن العلامة و غيره.

ص: ٣١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

٢- (٢) الاحتجاج ج ٢ ص ٨١-٨٢.

٣- (٣) الاحتجاج ج ٢ ص ٨٢.

الأفعال العجيبه المترتبه على سرعه اليد بالحركه فيلبيس على الحس. كذا عرفها المصنف،(و تعليمها) (١) كغيرها من العلوم و الصنائع المحرمه،(و القمار) (٢) (١)أى و تعليم الكهانه و القيافه و الشعبهه باعتبار أنها من الصناعات المحرمه فتندرج فى قوله عليه السلام كما فى خبر تحف العقول (و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع الثقلب فيه من جميع وجوه الحركات)(١).

(٢)لا- خلاف فى حرمة و يدل عليه قوله تعالى:(يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصَابُ وَ الْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ) (٢) ، و الأخبار.

منها: خبر الوشاء عن أبى الحسن عليه السلام يقول (الميسر هو القمار)(٣) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (لما أنزل الله على رسوله صلى الله عليه و آله و سلم (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ...)) الآية، قيل: يا رسول الله ما الميسر؟ قال: كل ما تقوم به حتى الكعب و الجوز)٤ و مرسل العياشى عن الإمام الرضا عليه السلام (الميسر هو القمار)٥ و مرسله الآخر عنه عليه السلام (سمعتة يقول: إن الشطرنج و النرد و أربعة عشر و كل ما قومر عليه منها فهو ميسر)٦، بل قال الفاضل الجواد فى مفتاحه: (و أما الأخبار فإنها قد تزيد على خمسه عشر خبرا، و كما تضمنت تحريم اللعب بذلك و الأكل منه تضمنت حرمة حضور المجالس التى يلعب فيها و النظر إلى ذلك، و فيها الصحيح) انتهى.

و بعد ما عرفت أن الميسر هو القمار فقد وقع الخلاف بينهم فى معناه على أقوال:

الأول: إنه الرهن بشىء على اللعب بالآلات المعده للقمار كالشطرنج و نحوه، كما هو ظاهر القاموس و النهايه و مجمع البحرين.

الثانى: إنه اللعب بالآلات المعده للقمار سواء كانت برهن أو لا، كما هو ظاهر الصحاح و المصباح.

الثالث: إنه مطلق المغالبه و هو اللعب للفوز سواء كان بآله معده للقمار أو لا، و سواء كان برهن أو لا، و قائله غير معروف.

الرابع: إنه مطلق الرهن على اللعب سواء كان بآله معده للقمار أو لا، و إليه ذهب جماعه و هو الصحيح و يدل عليه التبادر من لفظ القمار مع شهاده بعض أهل اللغه بذلك ففى -

ص: ٣١٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- (٢) سورة المائده، الآية: ٩٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٤ و ١٠ و ١١.

-مجمع البحرين (أصل القمار الرهن على اللعب بشيء) و في القاموس (تقمره راهنه فغلبه) و نحوه ما عن لسان العرب، و في المنجد (كل لعب يشترط فيه أن يأخذ الغالب من المغلوب شيئا كان بالورق أو غيره).

بالإضافة إلى استعمال لفظ القمار على مطلق المراهنه و لو بغير الآلات المعدّة للقمار في الأخبار.

منها: رواه عبد الحميد بن سعيد قال: (بعث أبو الحسن عليه السلام غلاما يشتري له بيضا فأخذ الغلام بيضه أو بيضتين فقامر بها، فلما أتى به أكله، فقال له مولى له: إن فيه من القمار، قال: فدعا بطشت فتقيأ فقاءه) (١)، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (كان ينهى عن الجوز يجيء به الصبيان من القمار أن يؤكل، و قال: هو سحت) ٢، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الصبيان يلعبون بالجوز و البيض و يقامرون، فقال: لا تأكل منه فإنه حرام) ٣ و خبر ياسر الخادم عن الرضا عليه السلام (سألته عن الميسر؟ قال: التفل من كل شيء، قال: الخبز و التفل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيره) (٢) و صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السلام (النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمتزله واحده و كل ما قומר عليه فهو ميسر) (٣) و خبر محمد بن عيسى (كتب إبراهيم بن عنبسه يعنى إلى على بن محمد عليهما السلام -: إن رأى سيدى و مولاي أن يخبرنى عن قول الله عز و جل: (يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَ الْمَيْسِرِ...) الآية، فما الميسر؟ جعلت فداك، فكتب: كل ما قומר به فهو الميسر) (٤) و خبر العلاء بن سيباه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن الملائكة تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار) ٧.

فالمراهنه مطلقا سواء كان بآله معدة للقمار أو لا حرام، و كذا يجوز اللعب من دون المراهنه بغير الآلات المعدة للقمار كما روى مغالبه الحسن و الحسين عليهما السلام بمحضر من النبي صلى الله عليه و آله و سلم (٥)، و في ذخائر العقبى (كان الحسن و الحسين يصطرعان بين يدي النبي صلى الله عليه و آله و سلم،-

ص: ٣١٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٥ الوسائل الباب - ما يكتسب به حديث ٢ و ٦ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ١١.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٣.

٥- (٨) كنز العمال ج ٧ ص ١٠٧.

فكان رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يقول: هن يا حسن، فقالت فاطمه: يا رسول الله، لم تقول هن يا حسن، فقال: إن جبرئيل عليه السَّلَام يقول: هن يا حسين - إلى أن قال - وعن جعفر بن محمد عن أبيه أن الحسن والحسين كانا يصطرغان فاطلع عليّ على رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وهو يقول: وبها الحسن فقال علي: يا رسول الله على الحسين فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: إن جبرئيل عليه السَّلَام يقول: وبها الحسين(١) و أما اللعب بالآلات المعده للقمار كالشطرنج و النرد من دون مراهنه فلا خلاف في حرمة للأخبار.

منها: خبر تحف العقول من أبي عبد الله عليه السَّلَام (إنما حرّم الله الصنّاعه التي هي حرام كلها التي يجيء منها الفساد محضاً، نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهوبه، و الصلبان و الأصنام و ما أشبه من ذلك من صنّاعه الأشربه الحرام و ما يكون منه و فيه الفساد محضاً، و لا يكون منه و لا فيه شيء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجره عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات)(٢) و صحيح معمر بن خلاد عن أبي الحسن عليه السَّلَام (النرد و الشطرنج و الأربعة عشر بمنزله واحده، و كل ما قومه عليه فهو الميسر)(٣) و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (قال أمير المؤمنين عليه السَّلَام (النرد و الشطرنج فهو الميسر)٤ و مرسل عبد الله بن جندب عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (الشطرنج ميسر و النرد ميسر)٥ و خبر الفضيل (سألت أبا جعفر عليه السَّلَام عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس، النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السدر، فقال: إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون؟ قال: مع الباطل، قال: فما لك و الباطل؟)(٤) ، و خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (سئل عن الشطرنج و النرد فقال: لا تقر بهما)(٥) و خبر مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السَّلَام (سئل عن الشطرنج فقال:

دعوا المجوسيه لأهلها لعنها الله)٨ و مثلها كثير. و دعوى انصرافها إلى خصوص اللعب بها مع الرهن غير مسموعه، لأن الانصراف إن كان من ناحيه الاستعمال فالشطرنج و النرد يطلقان على نفس الآله، و إن كان من ناحيه الغلبه فاستعمالها بدون الرهن أكثر.

بل في خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السَّلَام (في قوله تعالى: (إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ...)) -

ص: ٣١٥

١- (١) ذخائر العقبى ص ١٣٤ طبع مكتبه القدسي - القاهره - سنه ١٣٥٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٥- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠ و ٧.

بالآلات المعده له (١)، حتى اللعب بالخاتم، و الجوز، و البيض (١)، و لا- يملك ما يترتب عليه من الكسب، و إن وقع من غير المكلف، فيجب رده على مالكة، و لو قبضه غير مكلف فالمخاطب برده الولي (٣)، فإن جهل مالكة تصدق به عنه، و لو انحصر في محصورين و جب التخلص منهم (٤) و لو بالصلح،

في الغش و تدليس الماشطه و تزيين كل من الرجل و المرأة بما يحرم عليه

(و الغش) (٥) بكسر -الآيه، قال: أما الخمر فكل مسكر من الشراب - إلى أن قال - و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر - إلى قال - و كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام محرم(١) و من الواضح أن المراد من الشطرنج و النرد هنا نفس الآله لا اللعب بها مع الرهن بدليل قوله فيما بعد (و كل قمار) و قوله (و الانتفاع بشيء)، و مثله صحيح معمر المتقدم.

فالمتحصل حرمه اللعب مع الرهن لأنه قمار و حرمه اللعب بالنرد و الشطرنج و الأربعة عشر و غيرها لهذه الأخبار، و لا خصوصيه فيما ذكر إلا- لكونها آله معدّه للقمار فيحرم اللعب بكل آله معدّه للقمار، و لو من دون الرهن هذا من جهة و من جهة أخرى فالشطرنج أصله فارسي و لذا قال الإمام في خبر مسعده المقدم (دعوا المجوسيه)، و قال في المنجد عن الشطرنج (لعبه مشهوره معرّب شترنك بالفارسيه، أى سته ألوان، و ذلك لأن له سته أصناف من القطع التي يلعب بها فيه، و هى الشاه و الفرزان و الفيل و الفرس و الرخ و البيدق).

و أما النرد فهو المسمى في عرفنا بالطاوله، و ما توهم أنه نفس الزهر ليس في محله، قال في المنجد عن النرد: (لعبه وضعها أحد ملوك الفرس تعرفها العامه بلعب الطاولة)، و صرح في مجمع البحرين بأن الذى وضعها هو: سابور بن أردشير بن بابك.

(١) و لو من دون الرهن.

(٢) مع الرهن.

(٣) لأنه هو المكلف.

(٤) لقاءه الاشتغال.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس منا من غشنا)(٢) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لرجل يبيع التمر: يا فلان أما علمت أنه ليس من المسلمين من غشهم)٣، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم أن-

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

الغين (الخفى)، كشوب اللبن بالماء، و وضع الحرير فى البروده ليكتسب ثقلا، و يكره بما لا يخفى (١)، كمزج الحنطه بالتراب و التبن، و جيدها برديتها (و تدليس الماشطه) (٢) بإظهارها فى المرأه محاسن ليست فيها، من تحمير وجهها، و وصل -يشاب اللبن بالماء للبيع(١)، و صحيح هشام بن الحكم (كنت أبيع السابري فى الظلال فمّرّ بى أبو الحسن الأول موسى عليه السّلام راكبا فقال لى: يا هشام، إن البيع فى الظلال غش، و الغش لا يحل) ٢ و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام فى حديث المناهى عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم (أنه قال: و من غش مسلما فى شراء أو بيع فليس منا، و يحشر يوم القيامه مع اليهود لأنهم أغش الخلق للمسلمين، و قال: ليس منا من غش مسلما، و قال: و من بات و فى قلبه غش لأخيه المسلم بات فى سخط الله و أصبح كذلك حتى يتوب) ٣.

و اعلم أن الغش ليس له حقيقه شرعيه أو متشريع، و إنما الغش عرفا يطلق على الخديعه و التلبيس و يتحقق بالمعاملات بستر ما يخفى من غير المرغوب عند المشتري فى المرغوب عنده، و هذا لا يتحقق إلا مع علم الغاشى و جهل المغشوش.

(١) أما مع عدم الخفاء فلا يتحقق الغش للتمايز، و يدل عليه صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض، و بعضه أجود من بعض، قال: إذا رؤيا جميعا فلا بأس، ما لم يغط الجيد الرديء) (٢)، و على عدم التمايز حمل صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يكون عنده لوانان من طعام واحد، سعرهما بشيء و أحدهما أجود من الآخر فيخلطهما جميعا ثم يبيعهما بسعر واحد، فقال: لا يصلح له أن يغشّ المسلمين حتى يبينه) (٣).

(٢) التدليس هو الغش و هو إظهار خلاف الواقع، و الماشطه من اتخذت التمشيط حرفه لها، و هو من باب إضافة المصدر إلى فاعله، و التدليس لا يتحقق إلا إذا كان متعلقا بالغير فى مقام المعامله، و عليه فالمراد تدليس الماشطه للمرأه التى يراد تزويجها أو الأمه التى يراد بيعها، أو فعل المرأه بنفسها ذلك من أجل التزويج أو البيع، و هو محرم بلا خلاف فيه لحرمة التدليس و الغش كما تقدم.

و التدليس يتحقق هنا بإظهار حسن غير موجود عند وصل الشعور و تحمير الخدود أو-

ص: ٣١٧

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨٦ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤ و ٣ و ١٠ .

٢- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ .

٣- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢ .

شعرها، و نحوه، و مثله فعل المرأة له من غير ماشطه، و لو انتفى التدليس كما لو كانت مزوجه فلا تحريم.

(و تزيين كل من الرجل و المرأة بما يحرم عليه) (١) كلبس الرجل السوار، -إخفاء عيب موجود فيها.

و أما تزيين المرأة لنفسها أو بواسطة الماشطه فيما لو كان التزيين لنفسها أو لزوجها فلا حرمه فيه، بل يستحب إذا كان لزوجها ففي خبر سعد الإسكاف (سئل أبو جعفر عليه السلام عن القرامل التي تضعها النساء في رءوسهن يصلنه بشعورهن، فقال: لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها)(١).

(١)فهنأ مسألأان:

الأولى: يحرم على الرجل لبس الحرير و الذهب مطلقا سواء تزين بهما أو لا بلا خلاف للأخبار الكثر.

منها: خبر روح بن عبد الرحيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأمير المؤمنين عليه السلام: لا تختم بالذهب، فإنه زينتك في الآخرة)(٢) و خبر النميري عنه عليه السلام (و جعل الله الذهب في الدنيا زينه النساء فحرم على الرجال لبسه)٣ و خبر إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح للرجل أن يلبس الحرير إلا في الحرب)(٣) و مرسل ابن بكير عنه عليه السلام (لا يلبس الرجل الحرير و الديباج إلا في الحرب)٥.

المسألة الثانية: يحرم على الرجل التزین بما يختص بالنساء و كذا العكس، و ما يختص بالنساء من قبيل السوار و الخلخال و الثياب المختصه بهن بحسب العاده، و ما يختص بالرجال المنطقه و العمامه و ثيابهم المختصه بهم بحسب العاده، و قد ذهب المقدس الأردبیلی إلى عدم الحرمة، و ذهب الشارح و الفاضل الجواد في مفتاحه و جماعه إلى الحرمة لخبر جابر عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في حديث: لعن الله المحلل و المحلل له - إلى أن قال - و المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال)(٤) و خبر زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام (أنه رأى رجلا به تأنيث في مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال له: اخرج من مسجد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، يا لعنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ثم قال علي عليه السلام:-

ص:٣١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٥.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ و ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨٧ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و الخللخال، و الثياب المختصه بها عاده. و يختلف ذلك باختلاف الأزمان و الأصقاع، و منه (١) تزيينه بالذهب و إن قل، و الحرير إلا ما استثنى (٢)، و كلبس المرأه ما يختص بالرجل، كالمنطقه و العمامه.

في الأجره على تغسيل الموتى

(و الأجره على تغسيل الموتى و تكفينهم) (٣) و حملهم إلى المغتسل، و إلى القبر، -سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: لعن الله المتشبهين من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال(١) و في حديث آخر (اخرجوهم من بيوتكم فإنهم أقدروا شئ) ٢، و بالإسناد و المتقدم عن علي عليه السلام (كنت مع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جالسا في المسجد حتى أتاه رجل به تأنيث فسلم عليه، فرد عليه السلام، ثم أكب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى الأرض يسترجع ثم قال: مثل هؤلاء في أمتي، إنه لم يكن مثل هؤلاء في أمه إلا عذبت قبل الساعة)٣ و دعوى أن التشبه مخصوص بالتشبه بالطبيعه دون اللباس لخبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام (لعن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم المتشبهين من الرجال بالنساء، و المتشبهات من النساء بالرجال، و هم المخثون و اللائى ينكحن بعضهن بعضا)(٢).

مردوده لأن التشبه أعم و يؤيده خبر سماعه عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام (في الرجل يجر ثيابه؟ قال: إنى لأكره أن يتشبه بالنساء)(٣) و المرسل عن أبي عبد الله عن آبائه عليهم السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يزجر الرجل أن يتشبه بالنساء، و ينهى المرأه أن تتشبه بالرجال في لباسها)(٤).

(١) و من تزيين الرجل بما يحرم عليه.

(٢) حال الحرب و عند القمّل كما تقدم في أحكام لباس المصلى.

(٣) قال في المسالك (هذا هو المشهور بين الأصحاب و عليه الفتوى، و ذهب المرتضى إلى جواز أخذ الأجره على ذلك لغير الولي بناء على اختصاص الوجوب به) و التأمل يعطى أن خلاف السيد ليس خلافا في الحكم بل في الموضوع لأنه يرى تجهيز الميت على غير الولي غير واجب فلذا جوّز له أخذ الأجره، و لم يجوّز أخذ الأجره لغير الولي على تجهيز الميت و هو واجب عليه.

و على كل اختلفت كلمات الأصحاب في مسأله جواز أخذ الأجره على الواجب على أقوال:-

ص: ٣١٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨٧ الوسائل الباب - ما يكتسب به حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الملابس حديث ٢.

-الأول: حرمة أخذه الأجره على الواجب و هذا هو المشهور.

الثانى: ما حكاه الطباطبائى فى مصابيحہ عن فخر المحققين من التفصيل بين التبعدى فلا يجوز و بين التوصلى فيجوز.

الثالث: ما حكاه الشيخ الأعظم فى مكاسبه عن فخر المحققين من التفصيل بين الكفائى التوصلى فيجوز و بين غيره فلا يجوز.

الرابع: ما عن الرياض من الجواز فى الواجب الكفائى التوصلى الذى به ينتظم المعاش، و بين المنع فى غيره.

الخامس: ما عن مفتاح الكرامه من التفصيل بين ما كان الغرض الأهم منه هو الدين فلا يجوز، و بين ما كان الغرض الأهم منه الدنيا فيجوز.

السادس: ما ذهب إليه الشيخ الأعظم فى مكاسبه من التفصيل بين العينى التعينى التبعدى فلا يجوز و بين الكفائى التوصلى و التخييرى التوصلى فيجوز، و فى التخييرى التبعدى التردد.

السابع: ما نسب للسيد المرتضى و قد تقدم ما فيه.

الثامن: ما عن جماعه من متأخرى المتأخرين من الجواز مطلقا.

و البحث تاره فى العباديه و أخرى فى الوجوبيه، اللذان هما المانع المتوهم لعدم جواز أخذ الأجره على الواجبات.

أما فى العباديه فلا- يصح أخذ الأجره على العبادى، لأن أخذ الأجره عليه ينافى القربه و الإخلاص، فالإتيان به بداعى التقرب المترتب على داعى أخذ الأجره ينافى الإخلاص كما هو واضح، و دعوى أن أخذ الأجره لا ينافى الإخلاص بل يؤكده لأنه فى طوله لا فى عرضه ممنوعه إذ يشترط فى الإخلاص رجوع النيه إلى الله تعالى.

و دعوى أن التقرب بداعى طلب الولد أو سعه الرزق لا ينافى الإخلاص فكذا موردنا ففيها أن التقرب بداعى طلب الولد من الله لا- ينافى الإخلاص لأنه راجع إلى الله لأنه راجع إلى طلب مصلحه دنيويه من الله جل و علا، بخلاف التقرب بداعى الأجره من شخص فإنه ليس براجع إلى الله فلذا نافى الإخلاص.

و عليه فلا يصح أخذ الأجره على الواجب العبادى بل و المستحب العبادى أيضا بناء على عموميه الدليل.

و أما البحث فى الوجوبيه فقد استدلل الشيخ بأن عمل الحر و إن كان مالا فى نفسه لكنه إذا وجب سقط احترامه لأن الوجوب عليه رافع لاختياره و لتسلطه على الترك فهو مقهور-

و حفر قبورهم،(و دفنهم، و الصلاة عليهم)، و غيرها من الأفعال الواجبه كفايه، و لو اشتملت هذه الأفعال على مندوب، كتغسيلهم زياده على الواجب، و تنظيفهم و وضوئهم و تكفينهم بالقطع المندوبه، و حفر القبر زياده على الواجب الجامع لوصفى: كتم الرياح، و حراسه الجثه إلى أن يبلغ القامه، و شق اللحد، و نقله إلى ما يدفن فيه من مكان زائد على ما لا يمكن دفنه فيه لم يحرم التكسب به (١).

(و الأجره على الأفعال الخاليه من غرض حكمتى كالعبث) (٢) مثل الذهاب إلى مكان بعيد، أو فى الظلمه، أو رفع صخره، و نحو ذلك، مما لا يعتد بفائدته عند العقلاء.

فى الأجره على الزنا و رشا القاضى

(و الأجره على الزنا) و اللواط و ما شاكلهما (٣).

(و رشا القاضى) بضم أوله و كسره مقصورا جمع رشوه بهما (٤)، و قد تقدم (٥).

على إيجاده و يستوفى منه العمل من دون رضاه.

و استدل كاشف الغطاء بأن إيجاب الفعل يوجب صيرورته مملوكا لله تعالى فلا يجوز تمليكه للغير بالأجره، و استدل بأن بذل العوض على ما يجب على الأجير لغو فلذا يحرم أخذ الأجره، و استدل بأن الإجاره متقومه بدفع العوض فى قبال عمل الأجير العائد للمستأجر، و الواجب على الأجير عمل يعود نفعه إليه لا للمستأجر فبذل المال بإزائه أكل له بالباطل.

و لهذه الأدله أو لبعضها فلا يجوز أخذ الأجره على الواجب سواء كان عينيا أو تعينيا أو كفائيا أو تخييريا، عباديا كان أو توصليا إلا فى الواجب النظامى، و هو ما وجب لحفظ النظام كالحرف و الصناعات المتوقف عليها النظام، لأن النظام متوقف إيجاد هذه الصناعات و الحرف لا بشرط، فأخذ العوض عليها لا ينافى وجوبها، بل تحريم أخذ العوض عليها منافى لنظام أهل الحرف و الصناعات.

(١) أى بالمندوب و لكن بشرط أن لا يكون عباديا.

(٢) فإن بذل العوض فى قبالة سفهى فيكون أكل المال بإزائه أكلا له بالباطل.

(٣) من المحرمات، فإنه لا يجوز أخذ الأجره على المحرم بعد عدم نفع محلل للمستأجر، و بعد عدم كون الفعل مملوكا للبعد لتحريمه عليه.

(٤) أى بالضم و الكسر.

(٥) فى باب القضاء.

فى الأجره على الأذان و الإقامه و القضاء و الأجره على تعلم الواجب

(و الأجره على الأذان و الإقامه) على أشهر القولين (١)، و لا بأس بالرزق من بيت المال، و الفرق بينهما (٢) أن الأجره تفتقر إلى تقدير العمل، و العوض، و المده، و الصيغه الخاصه، و الرزق منوط بنظر الحاكم، و لا فرق فى تحريم الأجره بين كونها من معين، و من أهل البلد و المحله، و بيت المال، و لا يلحق بها (٣) أخذ ما أعدّ للمؤذنين من أوقاف مصالح المسجد، و إن كان مقدرا و باعثا على الأذان. نعم (١) بل هو المشهور كما قيل لما تقدم من حرمة أخذ الأجره على المستحب العبادى و لخصوص أخبار.

منها: خبر زيد بن على عن أبيه عن آباءه عن على عليه السلام (أنه أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين و الله إنى أحبك لله، فقال له: لكنى أبغضك لله، قال: و لم؟ قال: لأنك تبغى فى الأذان، و تأخذ على تعليم القرآن أجرا، و سمعت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: من أخذ على تعليم القرآن أجرا كان حظه يوم القيامة (١)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه عن على عليهم السلام (آخر ما فارقت عليه حبيب قلبى أن قال: يا على إذا صليت فصل صلاه أضعف من خلفك، و لا تتخذن مؤذنا يأخذ على آذانه أجرا) (٢)، و خبر العلاء بن سبابه عن أبى جعفر عليه السلام (لا يصلى خلف من يبتغى على الأذان و الصلاه أجرا، و لا تقبل شهادته) (٣)، و صحيح حمران عن أبى عبد الله عليه السلام فى خبر (و رأيت الأذان بالأجر و الصلاه بالأجر، و رأيت المساجد محتشيه ممن لا يخاف الله مجتمعون فيها للغيه و أكل لحوم أهل الحق إلى - أن قال - فكن على حذر و اطلب إلى الله النجاه، و اعلم أن الناس فى سخط الله عز و جل و إنما يمهلهم لأمر يراد بهم فكن مترقبا) (٤)، و خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (من السحت أجر المؤذن، يعنى إذا استأجره القوم يؤذن لهم، و قال: لا بأس بأن يجرى عليه من بيت المال) (٥)، و منها تعرف ضعف ما ذهب إليه جماعه من الكراهه منهم علم الهدى و الكاشانى و نقل عن الشهيد فى الذكرى.

(٢) بين الأجره و الرزق، و قد تقدم من تفصيله فى باب القضاء.

(٣) أى بالأجره.

ص: ٣٢٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الشهادات حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الأمر و النهى حديث ٦.
- ٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأذان و الإقامه حديث ٢.

لا يثاب فاعله إلا مع تمحض الإخلاص به كغيره من العبادات.

(و القضاء) (١) بين الناس لوجوبه، سواء احتاج إليها أم لا، و سواء تعين عليه القضاء أم لا، (و يجوز الرزق من بيت المال) و قد تقدم فى القضاء أنه (٢) من جملة المرتزقه منه، (و الأجره على تعليم الواجب من التكليف) (٣) سواء وجب عينا، كالفاتحه و السوره، و أحكام العبادات العينيه، أم كفايه كالتفقه فى الدين، و ما يتوقف (٤) عليه من المقدمات علما و عملا (٥)، و تعليم المكلفين صيغ العقود و الإيقاعات و نحو ذلك.

فى الاكتساب المكروه

فى الصرف و بيع الأكفان و الاحتكار و الذباجه و النساجه

(و أما المكروه - فكالصرف) (٦) و علل فى بعض الأخبار بأنه لا يسلم فاعله (١) على المشهور لوجوبه عليه و قد تقدم حرمه أخذ الأجره على الواجب، و لخصوص صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن قاض بين قريتين يأخذ من السلطان على القضاء الرزق، فقال: ذلك السحت) (١)، و خبر عمار بن مروان المروى فى الخصال عن أبى عبد الله عليه السّلام (- إلى أن قال - و السحت أنواع كثيره، منها ما أصيب من أعمال الولاه الظلمه، و منها أجور القضاء و أجور الفواجر، و ثمن الخمر و النيذ و المسكر) (٢) الخبر.

و مما تقدم تعرف ضعف ما ذهب إليه العلامة فى المختلف من جواز أخذ الأجره مع عدم التعين، و ما ذهب إليه المفيد و القاضى من الجواز مطلقا.

(٢) أن القاضى.

(٣) و أحكام الدين سواء كان تكليفه أو وضعه لما تقدم من حرمه أخذ الأجره على الواجبات مطلقا.

(٤) أى التفقه.

(٥) كالكتابه فيكون واجبا بالوجوب الغيرى.

(٦) و كذا بيع الأكفان و بيع الطعام و بيع الرقيق و اتخاذ الذبح و النحر صنعه بلا خلاف فى كراهه المذكورات للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار (دخلت على أبى عبد الله عليه السّلام فخبرتة أنه ولد لى غلام، قال: ألا سميتة محمدا؟ قلت: قد فعلت، قال: فلا تضرب محمدا و لا تشتمه، جعله الله -

ص: ٣٢٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٢.

من الربا، (و بيع الأكفان)، لأنه يتمنى كثره الموت و الوباء، (و الرقيق) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ «شر الناس من باع الناس» (١)، (و احتكار الطعام) (٢) و هو حبسه بتوقع زياده السعر. و الأقوى تحريمه مع استغنائه عنه، و حاجه الناس إليه، و هو اختياره في الدروس، و قد قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «الجالب مرزوق، و المحتكر ملعون» (٣)، و سيأتي الكلام في بقيه أحكامه، (و الذباجه) لإفضائها إلى قسوه القلب، و سلب الرحمه، و إنما تكره (٤) إذا اتخذها حرفه و صنعه (٥)، لا مجرد فعلها، كما لو احتاج إلى صرف دينار، أو بيع كفن، أو ذبح شاه، و نحو ذلك، و التعليل بما ذكرناه في الأخبار يرشد إليه، (و النساجه) (٦) و المراد بها ما يعم الحياكه، و الأخبار متضافره -قره عين لك في حياتك، و خلف صدق بعدك، قلت: جعلت فداك في أى الأعمال أضعه؟ قال عليه السلام: إذا عزلته عن خمسه أشياء فضعه حيث شئت، لا تسلمه صيرفيا فإن الصيرفي لا يسلم من الربا، و لا تسلمه يباع أكفان فإن صاحب الأكفان يسره الوباء إذا كان، و لا تسلمه يباع طعام فإنه لا يسلم من الاحتكار، و لا تسلمه جزارا فإن الجزار تسلب منه الرحمه، و لا تسلمه نخاسا، فإن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: شر الناس من باع الناس (١).

(١) كما في خبر إسحاق المتقدم.

(٢) ما تقدم كراهه بيع الطعام لأنه مفضى إلى الاحتكار، و أما الاحتكار فسيأتي الكلام فيه إنشاء الله تعالى.

(٣) كما في خبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: الجالب مرزوق و المحتكر ملعون) (٢).

(٤) هذه المذكورات.

(٥) و هو الظاهر من الخبر حيث النهى عن التسليم إلى الصراف و الجزار و بائع الأكفان و الطعام و الرقيق.

(٦) للأخبار.

منها: خبر أبي إسماعيل الصيقل الرازي (دخلت على أبي عبد الله عليه السلام و معي ثوبان فقال لي: يا أبا إسماعيل يجيئني من قبلكم أثواب كثيره، و ليس يجيئني مثل هذين -

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

بالنهي عنها، و المبالغة في ضعتها، و نقصان فاعلها، حتى نهى عن الصلاة خلفه.

-الثوبين، فقلت: جعلت فداك تغزلهما أم إسماعيل و أنسجهما أنا فقال لي: حائكك؟ قلت: نعم، فقال: لا تكن حائكاً، فقلت: فما أكون؟ قال: كن صيقلاً، و كانت معي مائتا درهم فاشترت بها سيوفا و مرايا عتقا، و قدمت بها الرى فبعتها بربح كبير(١)، و ما رواه الشارح فى شرح النفليه عن جعفر بن أحمد القمى من كتابه الإمام و المأموم مسندا عن الصادق عن أبيه عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا تصلوا خلف الحائك و لو كان عالماً، و لا تصلوا خلف الحجام و لو كان زاهداً، و لا تصلوا خلف الدباغ و لو كان عابداً)(٢).

ثم هل النساجه و الحياكه مترادفان كما فى الصحاح (نسج الثوب و حاكه واحد) و هو الظاهر من الخبر، أم أن النساجه تختص ببعض الأجناس و هو خصوص نسج الرقيق و الحياكه لنسج غيره، أو أن النساجه أعم من الحياكه مطلقاً احتمالات، و الأظهر الأول، نعم لا تشمل النساجه نسج الخوص لعدم الصدق عرفاً، و على فرض الشمول فلا بد من القول بخروجه عن الكراهه لأنه عمل بعض الأنبياء و الأولياء عليهم السّلام، ففى نهج البلاغه فى خطبه لأمير المؤمنين عليه السّلام قال (و إن شئت ثلثت بداود صلّى الله عليه و آله و سلّم صاحب المزامير و قارئ أهل الجنه فلقد كان يعمل سفائف الخوص بيده، و يقول لجلسائه: أيكم يكفينى بيعها؟ و يأكل قرص الشعير من ثمنها)(٣) و سف الخوص نسجه.

و فى الاحتجاج فى كتاب سلمان إلى عمر بن الخطاب فى جواب كتاب كتبه إليه (و أما ما ذكرت: إنى أقبلت على سف الخوص و أكل الشعير، فما هما مما يعيّر به مؤمن و يؤنب عليه، و أيم الله - يا عمر - لأكل الشعير و سف الخوص و الاستغناء عن رفيع المطعم و المشرب، و عن غضب المؤمن حقه و ادعاء ما ليس له بحق أفضل و أحب إلى الله عز و جل و أقرب للتقوى، و لقد رأيت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إذا أصاب الشعير أكل و فرح به و لم يسخطه)(٤)، و فى شرح النهج لابن أبى الحديد عن أبى عمر (كان سلمان يسف الخوص و هو أمير على المدائن، و يبيعه و يأكل منه، و يقول: لا أحب أن آكل إلا من عمل يدي، و قد كان تعلم سف الخوص من المدينة)(٥).

ص: ٣٢٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.
- ٣- (٣) نهج البلاغه ج ٢ خطبه ١٥٣.
- ٤- (٤) الاحتجاج ج ١ ص ١٨٦-١٨٧، طبع مطبعة النعمان - النجف الأشرف ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م.
- ٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ١.

و الظاهر اختصاص النساچه و الحياكه بالمغزول و نحوه (١)، فلا- يكره عمل الخوص و نحوه، بل روى أنه من أعمال الأنبياء و الأولياء،(و الحجامة) (٢) مع شرط الأجره، لا بدونها كما قيده المصنف فى غيره و غيره (٣)، و دل عليه الخبر، و ظاهره هنا الإطلاق (و ضراب الفحل) (٤) بأن يؤجره لذلك مع ضبطه بالمره و المرات المعينه أو بالمده، و لا كراهه فى ما يدفع إليه على جهه الكرامه لأجله.

فى كسب الصبيان

(و كسب الصبيان) (٥) المجهول أصله، لما يدخله من الشبهه الناشئه من (١) كالمفتول باليد.

(٢) مع اشتراط الأجره على العمل المضبوط بالمده أو العدد، و مفهومه عدم الكراهه إذا لم يشترط، و هذا ما يقتضيه الجمع بين الأخبار ففى صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن كسب الحجام فقال: لا بأس به) (١) و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (احتجم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، حجه مولى لبنى بياضه و أعطاه، و لو كان حراما ما أعطاه) ٢ و هى محموله على عدم المشارطه جمعا بينها و بين خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن كسب الحجام فقال: لا بأس به إذا لم يشارط) ٣ و خبر زراره (سألته أبا جعفر عليه السلام عن كسب الحجام فقال: مكروه له أن يشارط، و لا بأس عليك أن تشارطه و تماكسه، و إنما يكره له و لا بأس عليك) ٤، و من الأخير يعرف عدم كراهه المشارطه للمحجوم.

(٣) أى غير المصنف.

(٤) فلا- خلاف فى كراهه التكبس به، بأن يؤجره لذلك لمرسل الفقيه (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن عسيب الفحل و هو أجر الضراب) (٢)، و هو المخصص لخبر حنان بن سدير (دخلنا على أبى عبد الله عليه السلام و معنا فرقد الحجام - إلى أن قال - فقال له: جعلنى الله فداك إن لى تيسا أكرهه، فما تقول فى كسبه؟ قال: كل كسبه فإنه لك حلال و الناس يكرهونه، قال حنان: قلت: لأى شىء يكرهونه و هو حلال؟ قال: لتعير الناس بعضهم بعضا) ٦ و لخبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: أجر التيوس؟ قال: إن كانت العرب لتعير به و لا بأس) ٧.

(٥) المجهول أصله لما يدخله من الشبهه الناشئه من اجترأ الصبى على ما لا يحل له لجهله أو لعلمه بارتفاع القلم عنه، أما لو علم أن كسبه من حلال فلا كراهه كما أنه لو علم أنه من حرام فيجب الاجتناب عنه.

ص: ٣٢٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦ و ٧ و ١ و ٩.

٢- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١ و ٢.

اجتراء الصبى على ما لا- يحل، لجهله، أو علمه بارتفاع القلم عنه، و لو علم اكتسابه من محلل فلا كراهه، و إن أطلق الأكثر، كما أنه لو علم تحصيله، أو بعضه من محرم وجب اجتنابه، أو اجتناب ما علم منه، أو اشتبه به، و محل الكراهه تكسب الولي به (١)، أو أخذه (٢) منه، أو الصبى (٣) بعد رفع الحجر عنه (و) كذا يكره كسب (من لا يجتنب المحرم) (٤) فى كسبه.

فى الاكتساب المباح

(و المباح - ما خلا عن وجه رجحان) من الطرفين بأن لا يكون راجحا، و لا مرجوحا لتحقيق الإباحه (بالمعنى الأخص).

فى الاكتساب الواجب

(ثم التجاره). و هى نفس التكب (٥) (تنقسم بانقسام الأحكام الخمسه) فالواجب منها ما توقف تحصيل مؤنثه و مؤنثه عياله الواجبى النفقه عليه، و مطلق التجاره التى يتم بها نظام النوع الإنسانى، فإن ذلك من الواجبات الكفائيه و إن زاد على المؤنثه، و المستحب ما يحصل به المستحب، و هو (٦) التوسعه على العيال، و نفع المؤمنين، و مطلق المحاويج غير المضطرين (٧)، و المباح ما يحصل به زياده فى المال من غير الجهات الراجحه و المرجوحه، و المكروه و الحرام التكب بالأعيان المكروهه و المحرمه و قد تقدمت.

الفصل الثانى فى عقد البيع و آدابه

اشاره

(الفصل الثانى) (فى عقد البيع و آدابه)

فى الإيجاب و القبول

(و هو) أى عقد البيع (الإيجاب و القبول الدالان على نقل الملك بعوض معلوم) (٨) و هذا كما هو تعريف للعقد يصلح تعريفا للبيع (١) بالصبى.

(٢) أى أخذ الولي الكسب من الصبى.

(٣) أى صرف الصبى للمال المكتسب بعد رفع الحجر عنه بالبلوغ و العقل، و أما لو تصرف الصبى بما اكتسبه و كان تصرفه و تكسبه قبل البلوغ فلا كراهه فى حقه لعدم التكليف.

(٤) لنفس المناط فى كسب الصبى من الشبهه الناشئه من اجترائه على فعل المحرم.

(٥) بقريته انقسامها إلى الأحكام الخمسه.

(٦) أى المستحب.

(٧) وإلا فلو كان مضطرا لوجب التكسب لرفع اضطراره إذا توقف الرفع على تكسب الغير.

(٨) اختلف فى تعريف البيع فعن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و العلامة فى التذكرة و القواعد و التحرير و الحلى فى السرائر بأنه انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى، و أشكل عليه بأن الانتقال أثر للبيع و ليس هو نفس البيع، و أن-

ص: ٣٢٧

لأنه (١) عند المصنف و جماعه عباره عن العقد المذكور (٢)، استنادا إلى أن ذلك (٣) هو المتبادر من معناه (٤)، فيكون (٥)، حقيقه فيه (٦)، و يمكن أن يكون الضمير (٧) عائدا إلى البيع نفسه، و أن يكون إضافه البيع (٨) بيانيه، و يؤيده أنه في الدروس عرف البيع بذلك (٩)، مزيدا قيد التراضي، و جعل جنس التعريف الإيجاب و القبول أولى من جعله اللفظ الدال (١٠) كما صنع غيره، لأنهما (١١) جنس قريب و اللفظ بعيد، و باقى القيود خاصه مركبه، يخرج بها (١٢) من العقود ما لا نقل فيه كالوديعة، - الانتقال انفعال و البيع فعل.

و عن جامع المقاصد أنه نقل الملك من مالك إلى آخر بصيغه مخصوصه، و عن المحقق فى النافع و الشهيد بأنه اللفظ الدال على النقل المذكور، و عن الوسيله و المختلف أنه العقد الدال على الانتقال المذكور، و عن الحلبي أنه عقد يقتضى استحقاق التصرف فى المبيع و الثمن و تسليمهما، و عن الشيخ فى المكاسب بأنه إنشاء تملك عين بمال و عن بعضهم بأنه تملك عين بعوض و عن المحقق النائيني بأنه تبادل مال بمال، و عن المصباح المنير بأنه مبادله مال بمال إلى غير ذلك من التعريفات التى يعثر عليها المتتبع فى بطون الكتب.

و كل هذه التعاريف من قبيل شرح اسم فلا داعى للنقض عليها بالطرده أو العكس، فإنه مضيعه للوقت.

(١) أى البيع.

(٢) أى العقد الدال على نقل الملك بعوض معلوم.

(٣) أى العقد المذكور.

(٤) أى من معنى البيع.

(٥) أى البيع.

(٦) أى فى العقد.

(٧) فى كلام الماتن حيث قال (و هو الإيجاب و القبول).

(٨) إلى العقد فى كلام الماتن.

(٩) حيث قال فى الدروس: (كتاب البيع، قال الله جل جلاله: و أحل الله البيع و حرم الله الربا، و هو الإيجاب و القبول من الكاملين الدالان على نقل العين بعوض مقدر مع التراضي).

(١٠) أى الدال على نقل الملك بعوض معلوم.

(١١) أى الإيجاب و القبول.

(١٢) بالخاصه المركبه.

ص: ٣٢٨

و المضاربه، و الوكاله، و ما تضمن نقل الملك بغير عوض كالهبه و الوصيه بالمال، و شمل (١) ما كان ملكا للعاقده و غيره (٢)، فدخل بيع الوكيل و الولي، و خرج بالعوض المعلوم الهبه المشروط فيها مطلق الثواب (٣)، و بيع المكره (٤) حيث يقع صحيحا (٥) إذ لم يعتبر التراضي، و هو (٦) وارد على تعريفه في الدروس (٧)، و بيع الأخرس (٨) بالإشاره و شراؤه، فإنه يصدق عليه الإيجاب و القبول، و يرد على تعريف أخذ «اللفظ» جنسا كالشرائع (٩)، و بقي فيه (١٠) دخول عقد الإجاره، إذ الملك يشمل العين و المنفعه و الهبه المشروطه فيها عوض معين، و الصلح المشتمل على نقل الملك بعوض معلوم، فإنه (١١) ليس يباع عند المصنف و المتأخرين.

و حيث كان البيع عباره عن الإيجاب و القبول المذكورين

في المعاطاه

(١٢) فلا يكفي المعاطاه (١٢) و هي إعطاء كل واحد من المتبايعين ما يريد من المال عوضا عما (١) أي تعريف البيع المذكور في كلام الماتن.

(٢) أي غير العاقده.

(٣) أي مطلق العوض.

(٤) عطف على بيع الوكيل و الولي، و المعنى أن التعريف المذكور يشمل بيع المكره حيث لم يقيد النقل بالتراضي، فكان الأولى على الشارح إعاده الفعل بقوله و شمل أو دخل.

(٥) كما إذا أجبره الحاكم بالبيع لوفاء دينه، أو أجبر الكافر على بيع عبد مسلم تحت يده.

(٦) أي بيع المكره حيث يقع صحيحا.

(٧) فيخرج بيع المكره عن تعريف البيع، و فيه: إن المراد من التراضي الأعم من أن يكون رغبه في البيع من قبل البائع أو جبرا من قبل الشارح فلا نقض.

(٨) عطف على بيع المكره، أي يدخل في تعريف البيع المتقدم، لأنه لم يشترط في البيع لفظا بل إيجابا و قبولا، و إشاره الأخرس البائع إيجاب و إشارته إذا كان مشتريا قبول.

(٩) فإن المحقق عرّف البيع في الشرائع بأنه اللفظ الدال على نقل الملك من مالك إلى آخر بعوض معلوم، و يرد عليه خروج بيع الأخرس بالإشاره و شراؤه كما هو واضح.

(١٠) أي في تعريف المصنف للبيع، و لكن الأمر سهل بعد ما عرفت أنه من قبيل شرح الاسم.

(١١) أي فإن الصلح ليس يباع كما سيأتي بيانه في محله إنشاء الله تعالى.

(١٢) لم يرد اسم المعاطاه فى آيه أو روايه، و إنما عبر الفقهاء بها عن البيع الفاقء للصيغه، فالبيع العقدى هو إنشاء تمليك بعوض باللفظ، و المعاطاه هى إنشاء تمليك بعوض بالفعل،-

ص: ٣٢٩

و- المناسب أن يبحث عنها تاره في صدق معنى البيع عليها و أخرى في شمول أدله البيع و لزومه لها و لكن المشهور خصوصا المتقدمين لم يلتزموا بكونها بيعا فلذا بحثوا تاره في إفادتها الملك أو الإباحه، و أخرى في أن الملك مترنزل أو لا، و أن الإباحه موجه للزوم أو لا، و أن الإباحه تفيد جميع التصرفات أو بعضها إلى غير ذلك و الحق أن المعاطاه بيع فتشمله أدله البيع و لزومه و جريان جميع الخيارات فيه، أما أنه بيع فللسيره القطعيه بين المتشرعه بل و للسيره العقلانيه القائمه على ترتيب آثار الملك من العتق و البيع و الوطى و الإيصاء و التوريث على المأخوذ بالمعاطاه، و هذا كاشف عن أن المعاطاه عندهم بيع فيشملها قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (١)، و قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٢)، و قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٣).

و دعوى أن هذه السيره كسائر سيرهم ناشئه من قله مبالاتهم بالدين و تسامحهم بشريعه سيد المرسلين صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم مدفوعه بأن المدار على السيره العقلانيه غير المتوقفه على تأسيس من الشارع بل يكفى فيها عدم الردع عنها مع أنك قد عرفت إمضاءها بالآيات المتقدمه.

و قد استدل على انحصار إنشاء البيع باللفظ بالأخبار.

منها: خبر القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم (أنه نهى عن المنابذه و الملامسه و بيع الحصاه) (٤) بدعوى أنه نهى عن إنشاء البيع بهذه الأفعال و لازمه حصر الإنشاء باللفظ، و فيه: أنه نهى عن تعيين المبيع بهذه الأفعال فيكون النهى من ناحيه جهاله المبيع و ليس النهى عن إنشاء البيع بالفعل.

و خبر يحيى بن الحجاج عن خالد بن نجيح (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: الرجل يجيء فيقول: اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلّ الكلام و يحرم الكلام) (٥) و هو ظاهر في انحصار البيع باللفظ إلا أنه ضعيف السند فلا يمكن التمسك به في قبال السيره القائمه.

ص: ٣٣٠

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٧٥.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٣- (٣) سورة المائده، الآية: ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ١٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

-و صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يزرع الأرض فيشترط للبذر ثلثا و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمى شيئا، فإنما يحرم الكلام)(١) و مثلها خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزارع فيزرع أرض آخر فيشترط ثلثا للبذر و للبقر ثلثا، قال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام)٢.

و لكنها محموله على أن جعل الثلث للبذر أو البقر محرم و إنما عليه أن يجعل الثلث أو غيره له و يدل عليه خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر فقال: لا ينبغي أن يسمى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع في أرضك و لك منها كذا و كذا، نصف أو ثلث أو ما كان من شرط، و لا يسمى بذرا و لا بقرا فإنما يحرم الكلام)٣ و هو ظاهر في كون الثلث للبقر أو البذر هو المحرم و هو أجنبي عن مدعى انحصار العقود بالألفاظ.

و استدلال بخبر عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبد الله (سمعتة يقول: إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشترت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حلته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا)(٢)، و خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف و شرائها فقال: لا تشتري كتاب الله، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل:

اشترى منك هذا بكذا و كذا)٥، و قريب منها خبر عثمان بن عيسى ٦ و خبر عبد الله بن سليمان ٧ و استدلال بخبر حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول في العينة في رجل يبيع رجلا يقول: أبايعك بده دوازده، و بده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا فاسد، و لكن يقول: أريح عليك في جميع الدراهم كذا و كذا، و يساومه على هذا فليس به بأس)(٣) و خبر العلاء (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضة، فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة)٩، و صحيح برید عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن قصب في أنبار بعضه على بعض في أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعتهك من هذا القصب -

ص: ٣٣١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المزارعه حديث ٤ و ٦ و ١٠.

٢- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢ و ٣ و ٦.

٣- ((٨ و ٩)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و ٥.

عشره آلاف طن فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت(١)، و خبر سماعه (سألته عن بيع الثمره هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعتها؟ فقال: لا، إلا أن يشتري معها شيئا من غيرها رطبها أو بقلها، فيقول: اشترى منك هذه الرطب و هذا النخل و هذا الشجر بكذا و كذا، فإن لم تخرج الثمره كان رأس مال المشتري في الرطب و البقل(٢) إلى غير ذلك من الأخبار الموثقه في أبواب الفقه.

غير أن الجميع لا يدل على حصر البيع باللفظ، بل يدل على تحقق البيع باللفظ و هذا مما لا ينكر إذ البيع على قسمين عقدي و فعلي فإنشاء التمليك تاره يكون باللفظ و أخرى بالفعل.

ثم إن السيره قائمه على اعتبار المعاطاه بيعا بلا- فرق في الحقيير و الخطير، فالتفصيل المنسوب لبعض العامه بين كونها بيعا في الحقيير دون الخطير ليس في محله، هذا هو تمام الكلام في المعاطاه بحسب معناها و شمول أدله البيع اللازم لها إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فيها على أقوال.

الأول: أنها تفيد اللزوم سواء كان الدال على التراضي لفظا أولا و هو المنسوب للمفيد، على كلام في النسبه.

الثاني: اللزوم إذا كان الدال على التراضي لفظا و قد حكاه الشارح في المسالك عن بعض مشايخه، و مال إليه نفس الشارح هناك لو لا مخالفه الإجماع، و قد استقر به جماعه من المتأخرين كالأردبيلي و الكاشاني و السبزواري.

الثالث: أنها تفيد الملكيه المترزله، و هو الذي اختاره المحقق الثاني و حمل عليه كلمات القائلين بأن المعاطاه تفيد الإباحه.

الرابع: أنها تفيد الإباحه لجميع التصرفات حتى التصرفات المتوقفه على الملك، و قال الشارح في المسالك (كل من قال بالإباحه قال بإباحه جميع التصرفات).

الخامس: أنها تفيد الإباحه للتصرفات غير المتوقفه على الملك، و أما المتوقفه على الملك كالوطى و العتق و البيع فلا و هو المنسوب للشهيد في حواشيه على القواعد.

السادس: أنها معامله فاسده، و هو المنسوب للعلامه في النهايه و لكنه رجح عن هذا القول في كتبه المتأخره.

السابع: ما نسب للشيخ كاشف الغطاء أنها معامله مستقلة مفيده للملكيه و ليست بيعا.-

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

يأخذه من الآخر باتفاقهما على ذلك بغير العقد المخصوص (١)، سواء في ذلك الجليل و الحقيق، على المشهور بين أصحابنا، بل كاد يكون إجماعاً، (نعم يباح) بالمعاطاه (التصرف) (٢) من كل منهما فيما صار إليه من العوض، لاستلزام دفع مالكة له على هذا الوجه الإذن في التصرف فيه، و هل هي إباحه، أم عقد مترزل، ظاهر العبارة الأول، لأن الإباحه ظاهره فيها و لا ينافيه قوله (و يجوز الرجوع) فيها (مع بقاء العين)، لأن ذلك لا ينافي الإباحه. و ربما ظهر من بعض الأصحاب الثاني (٣) لتعبيره بجواز فسخها الدال على وقوع أمر يوجبه.

و مما تقدم سابقاً تعرف ضعف جميع هذه الأقوال، فلا داعى حينئذ في البحث في أن الإباحه المترتبه على المعاطاه هل هي إباحه محضه بمعنى الإذن في التصرف أو أنها بمعنى الملك المترزل، و لا داعى للبحث في أنها تلزم عند ذهاب العين المتحقق بتلف العينين أو إحداهما أو بعض كل واحده منهما، أو المتحقق بالنقل و بالتغيير إلى غير ذلك من أبحاثهم.

(١) و هذا ما فسره جماعة و لكن قد عرفت أن المعاطاه هي إنشاء تملك بالفعل لا بالصيغه المخصوصه.

(٢) لما ذهب المشهور إلى اشتراط اللفظ في البيع فلا تكون المعاطاه حينئذ بيعاً، و لكن تفيد إباحه تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض لإذن كل منهما للآخر في التصرف، و لازمه جواز الرجوع ما دامت العين باقيه، فإذا ذهبت العين لزمتمت المعاوضه حينئذ لرضاهما بكون ما أخذه كل منهما عوضاً عما دفعه، فإذا تلف ما دفعه كان مضموناً على القابض إلا أن الدافع قد رضى بكون عوضه هو ما بيده، فإن كان ناقصاً فقد رضى به، و إن كان زائداً فقد رضى الآخر، و من هذا البيان تعرف أن مقصود المتعاقدين إنما هو الملك و لكن لم يحصل لاشتراط اللفظ في البيع و لكن وقعت الإباحه لإعطاء كل منهما الآخر سلطته مسلطاً له عليها و هذا يقتضى الإذن في التصرف بوجه التصرفات و هو معنى الإباحه، و منه تعرف ضعف ما عن المحقق الثاني من حمل الإباحه في كلماتهم على الملك المترزل، و منه تعرف ضعف ما عن صاحب الجواهر من الطعن على من جعل محل النزاع في المعاطاه ما يقصد بها التمليك، إذ لو لم يقصد بها التمليك لما كانت بيعاً جامعاً لجميع الشرائط ما عدا الصيغه المخصوصه.

(٣) قال الشارح في المسالك: (و عبارة العلامه في التحرير كالصريحه في إفاده هذا المعنى - أى الملك المترزل -، لأنه قال: الأقوى عندي أن المعاطاه غير لازمه، بل لكل منهما فسخ المعاوضه ما دامت العين باقيه و مقتضى تجويز الفسخ ثبوت الملك في الجملة، و كذا تسميتها معاوضه و الحكم بالزوم بعد الذهاب).

و تظهر الفائدة فى النماء فعلى الثانى (١) هو للقباض مع تحقق اللزوم بعده (٢)، و على الأول (٣) يحتمله (٤) و عدمه، و يفهم من جواز الرجوع مع بقاء العين عدمه (٥) مع ذهابها، و هو كذلك، و يصدق (٦) بتلف العينين، و إحداهما، و بعض كل واحده منهما، و نقلها عن ملكه و بتغييرها كطحن الحنطه، فإن عين المنتقل غير باقيه (٧) مع احتمال العدم (٨)، أما لبس الثوب مع عدم تغييره (٩) فلا أثر له، و فى صبغه، و قصره (١٠)، و تفصيله، و خياطته، و نحو ذلك من التصرفات المغيره للصفه مع بقاء الحقيقه نظر (١١)، و على تقدير الرجوع فى العين و قد استعملها من انتقلت إليه يأخذها (١٢) بغير أجره، لإذنه فى التصرف مجانا، و لو نمت و تلف النماء فلا رجوع به كالأصل (١٣)، و إلا (١٤) فالوجهان.

(١) أى الملك المترزل.

(٢) أى بعد النماء لأن النماء تابع للعين فى الانتقال و عدمه بناء على تحقق الملك.

(٣) أى الإباحه.

(٤) أى يحتمل كون النماء للقباض تبعا لأصله، و يحتمل كون النماء للدافع لأن الإباحه إنما تعلقت بأصله دونه. و هو الأقرب.

(٥) أى عدم جواز الرجوع مع ذهاب العين لما تقدم.

(٦) أى يصدق ذهاب العين.

(٧) مع التغيير.

(٨) لأن التغيير فى صفه من صفات العين و ما هو إلا كنسيح الغزل، و أما العين فهى باقيه و الاصل حل بقاء الملك على مالكة و هو الأقوى.

(٩) أى عدم تغيير الثوب باللبس.

(١٠) أى تبيضه و غسله.

(١١) من بقاء الذات فلا يصدق ذهاب العين، و من عدم بقاء الصفه فلا يصدق بقاء العين السابقه.

(١٢) مالكة الأول الذى رجع.

(١٣) لإذنه بالتصرف بوجوه التصرفات.

(١٤) أى و إن لم يتلف النماء فالوجهان السابقان من كون النماء للقباض على القول بالملكه المترزله، و من كونه للدافع بناء على الإباحه مع احتمال كونه للقباض تبعا لأصله و هو ضعيف.

و هل تصير مع ذهاب العين بيعا، أو معاوضه خاصه وجهان من حصرهم المعاوضات و ليست أحدها (١)، و من اتفاهم (٢) على أنها ليست بيعا بالألفاظ الداله على التراضى (٣) فكيف تصير بيعا بالتلف.

و مقتضى المعاطاه أنها مفاعله من الجانبين، فلو وقعت بقبض أحد العوضين خاصه مع ضبط الآخر على وجه يرفع الجهاله ففى لحوق أحكامها نظر، من عدم تحققها (٤). و حصول (٥) التراضى، و هو اختياره فى الدروس على تقدير دفع السلعه دون الثمن،

فى ألفاظ البيع

(و يشترط وقوعهما) أى الإيجاب و القبول (بلفظ الماضى) (٦) (١) أى و ليست المعاطاه واحده من هذه المعارضات المعروفه فلا بد من الالتزام من أنها بيع، لأن جعلها معاوضه مستقلة محتاج إلى دليل و هو مفقود.

(٢) دليل أنها معاوضه خاصه لاتفاهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف، و لكن قد عرفت أنها بيع من حين وقوعها و لا ادعى لهذه الأبحاث.

(٣) فضلا عن المعاطاه المجرده عن هذه الألفاظ و المتحققه بالأفعال فقط.

(٤) دليل عدم لحوق أحكام المعاطاه لعدم صدق المعاطاه، لأنها مفاعله من الجانبين و هنا لم يتحقق العطاء إلا من جانب واحد.

(٥) و دليل لحوق أحكام المعاطاه لصدق التراضى من الطرفين الذى هو قوام المعاطاه.

و فيه: إن المعاطاه حقيقه و إن كانت لا- تتم إلا- بالعطاء من الجانبين إلا أنها لم ترد فى آيه أو روايه، و إنما وردت فى كلمات الفقهاء و أرادوا بها إنشاء التملك بالأفعال لا بالألفاظ، و عليه فهى متحققه فيما لو دفع البائع العين بداعى إنشاء تملكها بعوض و أخذ المشتري بداعى القبول، و كذا تتحقق المعاطاه بتسليم العوض من المشتري فقط و يكون تعاطى فى بيع السلف، و منه تعرف جريان التعاطى و المعاطاه فى بعض المعاملات غير البيع العقدى كالهبة و العاريه و الوديعة، بل تجرى المعاطاه فى كل العقود إلا إذا قام الدليل على اعتبار اللفظ فيه كالنكاح و الطلاق و التحليل و العتق.

(٦) كما هو المشهور لأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف غيره من الأمر و المضارع، فالأول استدعاء و الثانى أشبه شىء بالوعد، و أما الماضى فهو و إن احتمل الأخبار إلا أنه أقرب إلى الإنشاء حيث دل على وقوع مدلوله فى الماضى و مع عدم قصد الأخبار به لا محاله يكون دالا على تحققه حاضرا.

و فيه: إن الماضى لا يكون صريحا فى الإنشاء إلا مع القرينه كاحتياج المضارع إليها فى مقام الإنشاء، و الفرق تحكم و مقتضى القواعد جواز الماضى و المضارع فى إنشاء التملك-

العربي (١) (كبت) من البائع (٢)، (و اشترت) من المشتري، (و شريت) منهما، -الذي هو معنى المبيع ما دام كل منها بحاجة إلى قرينه و لو حاله، و غلبه الماضي في العقود و الإيقاعات لا توجب عدم صحه إنشاءها بالمضارع، بالإضافة إلى جملة من الأخبار قد دلت على جواز الإنشاء بالمضارع كموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله؟ قال: لا يصلح له إلا أن يشتري معه شيئا آخر و يقول: اشترى منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذي نقده فيما اشترى منه) (١)، و صحيح رفاعه النخاس (سألت أبا الحسن - يعني موسى بن جعفر عليهما السلام - قلت له: يصلح لي أن أشتري من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و اطلبها أنا؟ قال: لا يصلح شراؤها إلا أن تشتري معها منهم شيئا، ثوبا أو متاعا، فتقول لهم: اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا أو كذا درهما، فإن ذلك جائز) (٢)، و خير أبان بن تغلب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها - قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب الله و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه، بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، و هي امرأتك و أنت أولى الناس بها) (٣) و مثلها غيرها و هو كثير.

و لذا ذهب القاضى فى الكامل و المهذب و جماعه من المتأخرين إلى جواز إيقاع البيع بالمضارع بل ذهب بعضهم إلى جواز الإيقاع بالجملة الاسمية نحو: أنا بائع، قاصدا بها الإنشاء، و هو مبنى على جواز الإنشاء بالمجاز و الكتابه و سيأتى.

(١) و هو المحكى عن السيد عميد الدين و الفاضل المقداد و المحقق الثانى فضلا عن الشارح و للتأسى بالنبى الأعظم صلى الله عليه و آله و سلم، و لأن اعتبار الماضويه فى العقود يستلزم اعتبار العربية بالأولى، و فيه: أما الأول منها دليل على وجوب التأسى فى كل ما صدر عن المعصوم عليه السلام، بل فى خصوص ما صدر منه على سبيل المولويه، و لذا لم يتوهم أحد بوجوب النطق باللغه العربية فى المحاورات و المخاطبات تأسيا بالمعصوم عليه السلام.

و أما الثانى فتمنع الملازمه بين اعتبار الماضويه و اعتبار العربية، لأن الماضويه ليست من خصائص اللغه العربية بل هى موجوده فى كل اللغات، على أنك قد عرفت عدم اشتراط الماضويه فى العقد سابقا.

(٢) اعلم أن المشهور اشترط إيقاع العقد و الإيقاعات اللازمه بالألفاظ الحقيقه الداله على -

ص: ٣٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

-المعاني بلا قرينه، و لازمه عدم صحه إنشاء العقد و الإيقاعات بالكنايات و المجازات و المشترك اللفظى و المعنوى، لأنها غير صريحه فى المراد بل ظاهره، و لاحتياجها إلى القرينه.

و فيه: عدم الدليل على هذا الاشتراط بعد كون الكنايه و المجاز مما تستعملان فى الإخبار و لازمه جواز استعمالها فى الإنشاء.

و فضّل الشيخ الأعظم فى مكاسبه فى المجاز فجوّز الانعقاد فى المجاز المعتمد على قرينه لفظيه دون المعتمد على القرينه الحالیه، و ذلك لرجوع إفاده المراد إلى الوضع فى الأول دون الثانى، و فيه: إن الدال على المعنى فى الجميع هو اللفظ و لو بتوسط قرينه لفظيه أو حالیه و منه تعرف صحه إنشاء بالمشارك اللفظى و المعنوى.

بل ذهب الشيخ الأعظم إلى منع الإنشاء بالمشارك اللفظى المعتمد على قرينه حالیه، و يظهر ضعفه مما تقدم.

و على المختار يصح الإنشاء بالحقيقه و المجاز و الكنايات و المشارك اللفظى و المعنوى ما دام اللفظ دالا و ظاهرا على المراد عرفا إلا إذا قام دليل خاص على اعتبار لفظ خاص كما فى الطلاق و سيأتى بيانه.

و على المشهور من اشتراط الألفاظ الصريحه الحقيقه وقع النزاع بينهم فى طائفه من الألفاظ من ناحيه الصغرى، أعنى أنها كما يصح بها الإنشاء لأنها لفظ موضوع لذلك المعنى المراد أو لا.

و من جمله هذه الألفاظ لفظ (بعث) فهو من الأضداد بالنسبه إلى البيع و الشراء لأنه مشترك لفظى بينهما كما صرح به الكثير من أهل اللغه، لكن كثره استعماله فى البيع فقط توجب انصرافه إليه عند الإطلاق بلا حاجه إلى قرينه لفظيه أو حالیه و هذا كاف فى إنشاء البيع به، بل حتى لو احتاج إلى القرينه فلا يضر و كذا اللفظ الاشتراء فإنه من الأضداد لكن كثره استعماله فى الشراء توجب انصرافه كذلك عند الإطلاق بها حاجه إلى قرينه.

و أما لفظ (الشراء) قال فى القاموس: (شراه و يشتره: ملكه بالبيع و باعه كاشتره و هما ضدان) فهو من الأضداد موضوع للبيع تاره و للشراء أخرى، بل قيل لم يستعمل فى القرآن إلا فى البيع كقوله تعالى: (وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ) (١) و قوله تعالى: (الَّذِينَ -

ص: ٣٣٧

لأنه مشترك بين البيع والشراء، (و ملكت) (١) بالتشديد من البائع، و بالتخفيف من المشتري و تملك (٢)، (و تكفى الإشارة) الداله على الرضا على الوجه المعين (مع العجز) عن النطق لخرس و غيره (٣)،...

-يَشْرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا بِالْآخِرَةِ (١) و قوله تعالى: (وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ) (٢).

و لازم كونه من الأضداد جواز إيقاع البيع و الشراء به، إلا أن الشيخ الأعظم استشكل فى ذلك بقله استعماله فى البيع عرفاً، مع كونه محتاجاً إلى القرينه المعنيه و عدم نقل الإيجاب به فى الأخبار و كلام القدماء.

و فيه: إن احتياجه إلى القرينه لا يضر، و قله استعماله فى البيع عرفاً لا تمنع بعد استعماله فى البيع فى القرآن.

(١) بالتشديد، لإفادته إنشاء معنى البيع، و الإشكال بأنه أعم من إنشاء البيع و الهبه، لأنه يدل على إنشاء التمليك و هو شامل لهما مردود بأن القرينه اللفظيه أو الحاليه هى المعينه لإنشاء البيع، و توقعه على القرينه لا يضر.

(٢) و كذا لا خلاف فى وقوع القبول بلفظ (قبلت و رضيت) و كل ما يدل على الرضا و القبول بالإيجاب.

(٣) كآفه فى لسانه، و قيام الإشارة مقام اللفظ للعاجز محل اتفاق و يدل عليه فحوى روايات طلاق الأخرس.

منها: معتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها فيضعها على رأسها و يعتزلها) (٣) و خبر أبان بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام (مسأله عن طلاق الخرساء؟ قال: يلف قناعها على رأسها و يجذبه) ٤ و صحيح ابن أبى نصر البزنطى (سألت أبا الحسن عليه السلام عنه الرجل تكون عنده امرأه، ثم يصمت فلا يتكلم، قال: يكون أخرس؟ قلت نعم فيعلم منه بغض لامرأته و كراهته لها، أ يجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال: لا، و لكن يكتب و يشهد على ذلك، قلت: لا يكتب و لا يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف منه من فعاله، مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها) ٥.

و إذا جاز طلاق الأخرس بالإشارة، فيجوز غيره من العقود و الإيقاعات كذلك، و ظاهر -

ص: ٣٣٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٧٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآية ٢٠٧:.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٢ و ١.

و لا تكفى مع القدره (١). نعم تفيد (٢) المعاطاه مع الإفهام الصريح.

(و لا يشترط تقديم الإيجاب على القبول (٣)، و إن كان) تقديمه (أحسن)، بل قيل: بتعيينه، و وجه عدم الاشتراط أصاله الصحه، و ظهور كونه عقدا فيجب الوفاء به، و لتساويهما فى الدلاله على الرضا (٤)، و تساوى المالكين فى نقل ما يملكه إلى الآخر، و وجه التعيين (٥) الشك فى ترتب الحكم مع تأخره (٦) و مخالفته (٧) للأصل و لدلاله مفهوم القبول على ترتبه (٨) على الإيجاب لأنه رضى به، و منه يظهر وجه الحسن (٩)، و محل الخلاف ما لو وقع القبول بلفظ اشترت -الأخبار أن إشارته قائمه مقام اللفظ من القادر فهو عقد لازم، بل الأخبار ظاهره فى جواز الكتابه و قيامها مقام الإشاره.

(١) على اللفظ بناء على انحصار العقد به.

(٢) أى إنشاء العقد بالإشاره مع القدره على اللفظ يفيد المعاطاه الذى لا يوجب إلا الإباحه كما هو مختار الشارح فى المعاطاه.

(٣) يشترط تقديم الإيجاب على القبول على الأشهر، لأن القبول مبنى على الإيجاب و تابع له إذ يستحيل قبول شىء لم يحدث بعد.

و عنه جماعه التفصيل بين (قبلت و رضيت و أمضيت و أنفذت) فيعتبر فيها تقديم الإيجاب لما تقدم، و بين (اشترت و تملك و ملكت بالتخفيف) فلا يشترط التقديم لصدق العقد عليه بعد ضم الإيجاب إليه فيجب الوفاء به، و لجواز تقديمه فى النكاح بغير إشكال كما سيأتى فى غير أولى، لأن النكاح فيه شائبه العباده و هو مبنى على الاحتياط زياده على غيره، و لأن المعتبر من المشتري الرضا بالإيجاب و إنشاء التملك للمبيع بإزاء تملكه العوضى، و كلاهما متحققان بما ذكر سواء تقدم الإيجاب أو تأخر بخلاف ألفاظ القبول و نحوه فإنها متوقفه على أمر قد وقع، حتى يتحقق قبوله و رضاه به و إمضاءه و إنفاذه له.

(٤) مع عدم دخل الترتيب فى هذه الدلاله.

(٥) أى تعيين تقديم الإيجاب.

(٦) أى مع تأخر الإيجاب.

(٧) أى و مخالفته تقديم القبول على الإيجاب للأصل، و هو أصاله ألف و فى المعاملات، بمعنى أصاله عدم ترتب الأثر عند الشك فى السبب أنه مؤثر أولا، و عدم ترتب الأثر هو أصاله الفساد فى العقود.

(٨) أى ترتب القبول.

(٩) أى الحسن الزائد الذى أتى به الماتن بعد حكمه بجواز تقديم القبول.

كما ذكره (١) أو ابتعت أو تملكت الخ لا قبلت و شبهه، و إن أضاف إليه (٢) باقى الأركان لأنه صريح فى البناء على أمر (٣) لم يقع (٤).

فى شروط المتعاقدين

(و يشترط فى المتعاقدين الكمال) برفع الحجر الجامع للبلوغ (٥٠) و العقل (٦) و الرشده (٧)، و الاختيار (٨)، إلا أن يرضى المكره بعد زوال إكراهه، لأنه بالغ (١) سابقا عند التكلم فى ألفاظ الإيجاب و القبول.

(٢) إلى لفظ القبول.

(٣) و الأمر هو مضمون الإيجاب.

(٤) أى و مضمون الإيجاب لم يقع بعد فكيف يتحقق القبول به مع أنه غير واقع.

(٥) فلا يصح بيع الصبى و لا شراؤه بلا فرق بين كون المال له أو لغيره على المشهور للأخبار.

منها: خبر حمزه بن حمران عن أبى جعفر عليه السلام (الجارية إذا تزوجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتم و دفع إليها مالها، و جاز أمرها فى الشراء و البيع، قال:

و الغلام لا يجوز أمره فى الشراء و البيع و لا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشره سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك) (١) و خبر هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يونس من رشده و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله) ٢، نعم قال الشيخ فى المبسوط (و روى أنه إذا بلغ عشر سنين و كان رشيدا كان جائز التصرف) (٢) و هو لا يصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار.

(٦) بلا خلاف فيه، فلا يجوز بيع المجنون و شراؤه لفقده القصد و التمييز المقومان لحقيقه العقد.

(٧) لقوله تعالى: (وَ ابْتُلُوا اليتامى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) (٣).

(٨) فلا يصح بيع المكره و لا شراؤه بلا خلاف فيه، لاعتبار الرضا فى العقد لقوله تعالى:

(إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٤) و الرضا منتف فى المكره، و لاعتبار طيب النفس كما فى مرسل تحف العقول عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال فى خطبه الوداع (أيها-

ص: ٣٤٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب عقد البيع حديث ١ و ٢.

٢- (٣) المبسوط ج ٢ ص ١٦٣.

٣- (٤) سورة النساء، الآية: ٦.

٤- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٩.

رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله (١)، و إنما منع عدم الرضا (٢)، فإذا زال المانع أثر العقد كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة (٣) مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة (٤)، فلمّا لحقته إجازة المالك أثرت، و لا تعتبر مقارنته (٥) للعقد للأصل، بخلاف العقد المسلوب بالأصل كعبارة الصبي (٦)، فلا- تجبره إجازة الولي، و لا رضاه بعد بلوغه (و القصد (٧)، فلو أوقعه الغافل، أو النائم، أو الهازل) -الناس، إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ، و لا يحلّ لمؤمن مال أخيه إلا عن طيب نفس منه (٨)، و طيب النفس مفقود في المكروه ثم إن المكروه هو الذي صدر منه العقد قاصدا لفظه و معناه عن غير طيب نفس فإذا رضى فيما بعد أثر العقد أثره، كعقد الفضولي الذي صدر و قد قصد لفظه و معناه من غير المالك، فإذا لحقته الإجازة من المالك فيما بعد أثر أثره على تفصيل سيأتي، و قد صح العقد في المقامين لصدوره مستجمعا لجميع الشرائط أي الرضا من المالك، فإذا تعقبه الرضا، و لا دليل على اشتراط الرضا حين العقد فيكون قد استجمع العقد جميع شرائطه فلا بد من تأثيره حينئذ، و هذا من جهة و من جهة ثانية يظهر من الشارح هنا و في المسالك و من جماعه أن المكروه غير قاصد لمدلول اللفظ و إن قصد اللفظ، و عقد الفضولي قد صدر مع عدم قصد من مالكة إلى اللفظ و المعنى فقط، و كلاهما مجبوران فيما بعد الإجازة و الرضا.

و فيه: إن جعل المكروه غير قاصد للمعنى ليس في محلّه إذ يكون هازلا- لا- مكرها على البيع بالإضافة إلى أن العقد من دون القصد لا يصححه الرضا فيما بعد كما سيأتي.

(١) و قد عرفت ما فيه.

(٢) فإذا كان المانع عدم الرضا فلا محاله يكون قاصدا للفظه و مدلوله معا.

(٣) حيث لم يقصد لفظه و لا مدلوله حين صدور العقد بخلاف عقد المكروه فإنه قاصد للفظه دون مدلوله على مبنى الشارح، و قياس الثاني على الأول قياس مع الفارق كما هو واضح.

(٤) أي من الفضولي فقط دون المالك، و فيه: إن الفضولي قد قصد اللفظ و مدلوله معا.

(٥) أي مقارنته الرضا.

(٦) و المجنون أيضا، و عبارتهما مسلوبه شرعا لما تقدم فلم يصدر العقد صحيحا و لا من أهله حتى يقال إنه متوقف على إجازة المالك.

(٧) اعلم أن العاقد قد يصدر منه العقد و هو غير قاصد للفظه بالإضافة إلى عدم قصد-

ص: ٣٤١

(لغى) و إن لحقته الإجازة، لعدم القصد إلى اللفظ أصلاً، بخلاف المكره.

و ربما أشكل الفرق (١) فى الهازل من ظهور قصده إلى اللفظ من حيث كونه عاقلاً مختاراً، و إنما تخلف قصد مدلوله. و ألحق المصنف بذلك (٢) المكره على وجه يرتفع قصده أصلاً، فلا يؤثر فيه الرضا المتعقب كالغافل و السكران، و هو حسن مع تحقق الإكراه بهذا المعنى (٣)، فإن الظاهر من معناه حمل المكره للمكره على الفعل خوفاً على نفسه، أو ما فى حكمها (٤) مع حضور عقله و تمييزه.

و اعلم أن بيع المكره إنما يقع موقوفاً (٥)، مع وقوعه (٦) بغير حق، و من ثمّ جاز بيعه فى مواضع كثيرة، كمن أجبره الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه، و نفقه (٧)

-المعنى، كاللفظ الصادر من النائب و الغالط و السكران، و أخرى يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه دون معناه كما لو قال: بعت على وزن خفت، و ثالثه يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه و مدلوله من دون إرادته جديده أى لا بداعى إنشاء التمليك بل بداعى الهزل و المزح و رابعه يصدر منه العقد و هو قاصد للفظه و مدلوله بداعى إنشاء التمليك و لكن لا عن طيب نفس.

فالرابع هو المكره و الثلاثة الأول مما تندرج تحت عدم تحقق القصد، و هى ليست بيعاً مؤثراً بالاتفاق لأنه يشترط فى العقد القصد إلى معناه و أن يكون بداعى إنشاء التمليك ليصدق عليه عنوان عقد البيع عرفاً، و حتى تشمله أدله لزوم البيع و أحكامه.

(١) أى لا- فرق على تصوير الشارح بين الهازل و المكره، حيث قصد كل منها اللفظ دون المعنى، و لازم ذلك صحة العقد لو تعقبه رضا الاثنين و إجازتهما، و لكن قد تقدم من بيان الفارق فلا نعيد.

(٢) أى بغير القاصد.

(٣) أى الإكراه على وجه يرتفع قصده مع أنه بعيد لأن الإكراه هو حمله على الفعل من دون رضاه، لا أن يجعل المكره يحرك لسانه من دون قصد منه أو يرتفع منه قصد معنى اللفظ.

(٤) من الخوف على العرض و الولد و المال مما يجب حفظه.

(٥) أى موقوفاً على رضاه.

(٦) أى وقوع الإكراه، و مراده أن بيع المكره لا- يقع صحيحاً بل يقع موقوفاً على رضاه إذا كان الإكراه بغير حق، و أما لو كان الإكراه بحق فإنه يقع صحيحاً ثم ذكر بعض موارد وقوع الإكراه لحق.

(٧) عطف على قوله (لوفاء دينه).

واجب النفقه، و تقويم العبد على معتق نصيبه منه (١)، و فكّه من الرق ليرث (٢)، و إذا أسلم عبد الكافر (٣)، أو اشتراه (٤) و سوغناه، أو اشترى المصحف (٥)، و بيع الحيوان إذا امتنع مالكه من القيام بحق نفقته، و الطعام عند المخصصه يشتره خائف التلف (٦)، و المحتكر (٧) مع عدم وجود غيره، و احتياج الناس إليه، و نحو ذلك.

في اشتراط الملك في اللزوم

(و يشترط في اللزوم الملك) (٨) لكل من البائع و المشتري لما ينقله من (١) و ذلك فيما لو كان العبد مشتركا بين اثنين أو أكثر، و أعتق أحد الشركاء نصيبه منه، فإنه ينعق كله، و يقوم على المعتق نصيب باقي الشركاء، مخصص باقي الشركاء و تشتري من أربابها بالإكراه مع عدم رضاهم و الثمن على المعتق.

(٢) إذا انحصر الوارث فيه، فيجبر مولاة على بيعه عند عدم الرضا.

(٣) فيجبر مولاة حينئذ على بيعه، لأنه لا يصح للكافر تملك المسلم.

(٤) أي اشترى الكافر العبد المسلم، و سوغنا هذا الشراء.

(٥) فيجبر الكافر على بيعه لعدم جواز تملكه.

(٦) فيجبر المالك على بيع طعامه لخائف التلف عند عدم الرضا.

(٧) على صيغه اسم المفعول، و هو معطوف على الطعام، أي و يجبر المالك على بيع الطعام المحتكر.

(٨) بحيث لو أوقع الفضولي البيع لمال الغير عن ذلك الغير فيقع صحيحا، و لا يلزم إلا بإجازة المالك على المشهور، و عن الشيخ و ابني زهره و إدريس و فخر المحققين و الأردبيلي و الداماد و صاحب الحدائق أنه يقع باطلا.

و استدلل للمشهور بعمومات قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١) و قوله تعالى: (أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) (٢) و عقد الفضولي مع إجازة المالك اللاحقه عقد و بيع عرفا فيجب الوفاء به، و لخبر عروه البارقي قال: (قدم جلب (٣) ، فأعطاني النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ دينارا فقال: اشتر بها شاه، فاشترت شاتين بدينار، فلحقني رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ بشاه و دينار، فرده عليّ و قال: بارك الله لك في صفقه يمينك) (٤) ، و هو دال على صحه عقد-

ص: ٣٤٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٧٥.

٣- (٣) الجلب بالتحريك ما جلب من خيل و متاع و إبل إلى الأسواق للبيع.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

-الفضولى فى البيع و الشراء، و لما دل على صحه نكاح الفضولى و أنه لازم مع الإجازة كصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال:

ذاك إلى سيده إن شاء أجاز و إن شاء فرق بينهما، قلت: أصلحك الله إن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحل إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازة فهو له جائز(1) و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام فى عبد بين رجلين، زوجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثم إنه علم بعد ذلك، أله أن يفرق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما، و إن شاء تركه على نكاحه(2)، و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عن أبيه عن آبائه عن على عليهم السلام (أنه أتاه رجل بعبدته فقال: إن عبدى تزوج بغير إذنى، فقال على عليه السلام لسيدة: فرق بينهما، فقال السيد لعبدته: يا عدو الله طلق، فقال له على عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له طلق، فقال على عليه السلام للعبد: أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدى فجعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق، أقررت له بالنكاح(3)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك(4) و مثلها غيرها، و هو كثير.

و إذا جاز عقد الفضولى فى النكاح فيجوز فى غيره من العقود من باب أولى لأن النكاح مبنى على الاحتياط، و بعبارة أخرى أن العقد المتعقب بإجازة المالك و رضاه قد أثر أثره فى النكاح و هو مبنى على الاحتياط فكذلك فى غيره من العقود من جهة أن أم وقوع العقد بدون إجازة المالك لا تجعله باطلا بل يكون صحيحا موقوفا على إجازة المالك.

و استدلل غير المشهور على مدعاه بأخبار.

منها: النبوى المشهور عند ما قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم لحكيم بن حزام (لا تبع ما ليس عندك)(5)، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عليهم السلام فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (و نهى -

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٥- (٥) سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤.

فى إجازة المالك و أحكامها

(أو إجازة المالك) فبدونه يقع العقد موقوفا على إجازة المالك، لا باطلا من أصله على أشهر القولين، (و هي) أى الإجازة اللاحقة من المالك (كاشفه عن صحه العقد) من حين وقوعه (١)، لا- ناقله له من حينها، لأن السبب الناقل للملك -عن بيع ما ليس عندك(١) و مثله خبر سليمان بن صالح ٢، و فيه: إنها محموله على ما لو باع الفضولى لنفسه فيكون بيعا لما ليس عنده، و أما إذا باع عن المالك فهو بيع لما يملكه البائع إذا رضى به و أجازة.

(١) أى من حين وقوع العقد، وقع الخلاف فى أن الإجازة من المالك المصححة لبيع الفضولى هل هي كاشفه أو ناقله؟

ذهب المشهور إلى الأول لأن العقد سبب تام فى الملك لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (٢)، و تمامه يعلم بالإجازة فوجب ترتيب آثار الملكيه عليه من حين وقوعه و إلا لو توقف الملك على العقد و أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه و بأن الإجازة متعلقه بالعقد، و هي الرضا بمضمونه، و ليس مضمونه إلا نقل العوضين من حين العقد. و أشكل على الأول بأن السبب التام للملك هو العقد مع الرضا، و مع تأخر الرضا عن العقد لم يتحقق السبب بتحقيق العقد المجرد، من قبل الرضا كيف يحصل الملك فلا- بد من كون الإجازة ناقله. و أشكل على الثانى بأن مضمون العقد ليس النقل من حين العقد بل النقل المجرد عن ملاحظه وقوعه فى ذلك الزمان، و لكن النقل لم يثبت للعقد قبل الرضا فيتعين كون النقل بعد الرضا الكاشف عن كون الإجازة ناقله.

ثم إن القائلين بالكشف قد اختلفوا فى كونه كشفا حقيقيا صرفا كما هو ظاهر جامع المقاصد و المسالك و الروضه هنا و الجواهر، أو أنه كشف انقلابى بمعنى كون الإجازة المتأخره موجب لحدوث التأثير فى العقد، و جاعله إياه سببا تاما من حين وقوعه كما احتمله الشيخ الأ-عظم فى مكاسبه، أو أنه كشف حكمى عقبى ترتيب آثار الملكيه من حين وقوع العقد مع عدم حصول نفس الملكيه إلا- من حين الإجازة كما هو المنسوب إلى شريف العلماء أستاذ الشيخ الأ-عظم، و هناك أقوال أخرى ضعيفه فى الكشف أعرضنا عن ذكرها.

و الإشكال من ناشئ من كون الإجازة شرطا بالاتفاق، فكيف يتم المشروط الذى هو النقل و الملك قبلها فلا بد من كونها ناقله، مع أن ظاهر الأخبار أنها كاشفه ففى صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى وليده باعها ابن سيدها، و أبوه-

ص: ٣٤٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥ و ٢.

٢- (٣) سورة المائدة، الآية: ١.

هو العقد المشروط بشرائطه، و كلها كانت حاصله إلا رضاء المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام (١) عمله لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصه، بل هو مع الآخر.

و وجه الثانى توقف التأثير عليه (٢) فكان كجزء السبب، و تظهر الفائده فى النماء (٣)، فإن جعلناها كاشفه (فالنماء) المنفصل (المتخلل) بين العقد و الإجازة -غائب، فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتى باعها ابنى بغير إذنى، فقال عليه السيد الام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذى اشتراها فقال له: خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع، فلما رآه أبوه، قال له: ارسل ابنى، قال: لا و الله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى، فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه(١) فلو كانت الوليده باقيه على ملك مالكةا إلى حين الإجازة فلا بد من الحكم بضمان قيمه الولد على المشتري لقاعده من أتلف، مع أنه لم يحكم بذلك فيدل على الكشف و خبر أبى عبيده (سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوجها وليان لهما و هما غير مدركين، فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى، قلت: فإن كان الذى أدرك قبل الجاريه و رضى النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجاريه أ ترثه؟ قال:

يعزل ميراثها منه حتى تدرك، و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر(٢)، فلو كان مال الميت قبل الإجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعده تسلط الناس على أموالهم، فهو مع ضميمه قاعده السلطنة يدل على الكشف.

و هذه الأخبار تدل على الكشف الحقيقى لأنه الأصل من بين أنحاء الكشف، لأن إرادته غيره من بقيه الأنحاء من هذه الأخبار بحاجه إلى قرينه و هى مفقوده.

(١) فى زمن وقوعه.

(٢) على رضا المالك.

(٣) فالنماء تابع لأصله، و الأصل ملك للمشتري من حين العقد بناء على كاشفيه الإجازة، و هو باق على ملك البائع إلى حين الإجازة بناء على ناقليتها، و هذا فى المثمن، و أما الثمن فعلى العكس.

ص: ٣٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

الحاصل من المبيع (للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع)، و لو جعلناها ناقله فهما (١) للمالك المجيز (٢)، ثم إن اتحد العقد فالحكم كما ذكر، و إن ترتبت العقود على الثمن (٣)، أو المثلن (٤)، أو هما و أجاز (٥) الجميع صح أيضا، و إن أجاز أحدهما فإن كان المثلن صح فى المجاز و ما بعده من العقود (٦)، أو الثمن (٧) صح و ما قبله.

و الفرق (٨) أن إجازة المبيع (٩) توجب انتقاله عن ملك المالك المجيز إلى المشتري فتصح العقود المتأخره عنه (١٠)، و تبطل السابقه لعدم الإجازة.

و إجازة الثمن توجب انتقاله إلى ملك المجيز فتبطل التصرفات المتأخره عنه (١١) حيث لم يجزها، و تصح السابقه (١٢)، لأن ملك الثمن المتوسط يتوقف على صحه العقود السابقه، و إلا لم يمكن تملك ذلك الثمن. هذا إذا بيعت الأثمان فى (١) أى نماء الثمن و نماء المثلن.

(٢) و هو البائع فى المثلن و المشتري فى الثمن بناء على جريان الفضولى فى كل منهما، لأن النماء تابع لأصله، و الأصل باق فى ملك المالك حتى يجيز.

(٣) ترتيب العقود كما لو باع الفضولى مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بكتاب، ثم باع الكتاب بفرس.

(٤) كما لو باع الفضولى مال المالك بثوب، و باع المشتري ما اشتراه بكتاب و هكذا.

(٥) أى أجاز المالك.

(٦) دون ما قبله.

(٧) أى و إن كان المجاز الثمن صح المجاز و ما قبله من العقود دون ما بعده.

(٨) بين المثلن و الثمن فى الحكم المذكور.

(٩) أى المثلن.

(١٠) و المترته على فعل المشتري و تبطل السابقه لعدم الإجازة.

(١١) عن المجاز.

(١٢) و ذلك فيما لو باع الفضولى مال المالك بكتاب، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بثوب ثم باع الثوب بالفرس، فأجاز المالك بيع السيف بالثوب، فتملك المالك للسيف متوقف على تملكه للكتاب، و تملكه للكتاب متوقف على إجازة بيع ماله الأصيل بالكتاب، فتكون إجازة المالك للوسط إجازة مصححه للمجاز و لما قبله دون ما بعده.

جميع العقود، أما لو تعلقت العقود بالثمن الأول مرارا (١) كان كالمثمن في صحه ما أجزى و ما بعده، و هذا القيد وارد على ما أطلقه الجميع (٢) في هذه المسأله كما فصلناه أولا، مثاله (٣) لو باع مال المالك بثوب، ثم باع الثوب بمائه، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه مشتريه بثلاثمائه فأجاز المالك العقد الأخير، فإنه لا يقتضى إجازته ما سبق، بل لا يصح سواه و لو أجاز الوسط صح و ما بعده كالمثمن. نعم لو كان قد باع الثوب بكتاب (٤)، ثم باع الكتاب بسيف، ثم باع السيف بفرس، فأجاز بيع السيف بالفرس تقتضى إجازته ما سبقه من العقود، لأنه إنما يملك السيف إذا ملك العوض الذى اشترى به و هو الكتاب، و لا يملك الكتاب إلا إذا ملك العوض الذى اشترى به و هو الثوب، فهنا يصح ما ذكره.

(و لا يكفى فى الإجازة السكوت عند العقد) (٥) مع علمه به، (أو عند عرضها) أى الإجازة (عليه)، لأن السكوت أعم من الرضا فلا يدل عليه، بل لا بد من لفظ صريح فيها كالعقد، (و يكفى أجزاء) العقد، أو البيع، (أو أنفذت، أو أمضيت، أو رضيت و شبهه) كأقرته، و أبقيته، و التزمت به، (فإن لم) (١) بأن تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع، كما لو باع الفضولى مال المالك بمائه، ثم باعه المشتري بمائتين، ثم باعه المشتري الثانى بثلاثمائه فأجاز المالك العقد الأخير فإنه لا يقتضى إجازته ما سبق، بل لا يصح إلا سواه و ما يترتب عليه من العقود كالمثمن فى مسأله ترتب العقود عليه.

(٢) حيث أطلقوا أن الإجازة تصحح المجاز و ما بعده فى المثمن، و تصححه و ما قبله فى الثمن مطلقا من دون استثناء مسأله تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع كما عرفت.

(٣) مثال تداول الثمن بنفسه فى عده بيوع.

(٤) و هى مسأله ترتب العقود على الثمن التى كان حكمها على عكس الحكم فى المثمن.

(٥) فلا يكفى سكوت المالك مع العلم فضلا من الجهل و لو مع حضور العقد، لأعميه ذلك من الرضا فلا يدل عليه بلا خلاف فيه، و الاكتفاء بالسكوت من البكر فى النكاح للأخبار التى سيأتى التعرض لها فى محله إنشاء الله تعالى. و لا- يشترط لفظ مخصوص بل كل ما يدل على الرضا الباطنى، و لو بالمجاز و الكنايه، و حديث عروه البارقى المتقدم ظاهر فى كفايه الكنايه فى الإجازة حيث قال صلى الله عليه و آله و سلم (بارك الله من فى صفقه يمينك) (١).

ص: ٣٤٨

(يجز انتزعه من المشتري) (١)، لأنه عين ماله، (و لو تصرف) المشتري (فيه بما له أجره) كسكنى الدار، و ركوب الدابه (رجع بها عليه) (٢)، بل له الرجوع بعوض المنافع و إن لم يستوفها (٣)، مع وضع يده عليها، لأنه حينئذ كالغاصب و إن كان جاهلا، (و لو نما كان) النماء (لمالكة) (٤) متصلا كان، أم منفصلا، باقيا كان، أم هالكا (٥)، فيرجع عليه بعوضه و إن كان جاهلا، و كذا يرجع بعوض المبيع نفسه لو (١) فإذا لم يجز المالك البيع فيرجع في عين ماله بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: خبر زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه فخرجه بها إلى أرضه، فولدت منه أولاد ثم أتاها من يزعم أنها له، و أقام على ذلك البيه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه و يعوضه قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الجاريه من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجاريه، قال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمن الجاريه و قيمه الولد التي أخذت منه) (٢) مضافا إلى عموم النبوى المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٣).

و من إطلاق هذه الأخبار يعلم جواز رجوع المالك على نماء عينه، سواء كان متصلا أو منفصلا، و على منافعها المستوفاه من قبل المشتري، و أما المنافع الفائته من غير استيفاء فهل يرجع بها المالك فالمشهور ذلك لعموم النبوى المتقدم، و الظاهر عدم الضمان لأن الأخبار المتقدمه و هى وارده فى مقام البيان قد دلت على ضمان المنافع المستوفاه فقط، فلو كانت غيرها مضمونه كذلك لوجب البيان.

(٢) أى رجع المالك بالأجره على المشتري فى المنافع المستوفاه.

(٣) و قد عرفت صفقه.

(٤) كما تقدم.

(٥) ما تقدم من رجوع المالك إنما كان مع بقاء العين أو نمائها، فلو تلفت العين أو نمائها، كان للمالك قيمه الهالك أو مثله.

و المثلى و القيمى لم يرد فى النصوص فالمرجع إلى تحديد العرف، و المشهور على أن المثلى ما تتساوى أجزاءه فى قيمه، و المراد بالأجزاء الجزئيات و الأفراد لا أبعاض الكل، و القيمى بخلافه.

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب العبيد و الإمام حديث ٥.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، الرقم: ٥١٩٧.

هلك في يده، أو بعضه مع تلف بعضه بتفريط وغيره (١)، و المعترف في القيمي قيمته يوم التلف (٢)، إن كان التفاوت بسبب السوق، و بالأعلى (٣) إن كان بسبب زياده عينيه (٤)، و يرجع (٥) المشتري على البائع بالثمن إن كان باقيا، عالما كان، أو (١) أى و غير تفريط مراده أن للمالك حق الرجوع فى صورته التلف أو الإلتلاف فضلا عن صورته بقاء العين.

(٢) كما نسب إلى الأكثر كما فى الدروس و هو الموافق للقواعد لأن العين ما دامت موجوده فالمالك يرجع عليها فإذا تلفت انتقل الضمان إلى قيمتها هذا كله إذا كان التفاوت بسبب السوق، أما إذا استند نقص القيمه إلى نقص فى العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن ذلك الجزء الفائت مضمون بقيمته يوم تلفه كضمان الجملة، ثم إن تفصيل الكلام فى مسأله ضمان المقبوض بالعقد الفاسد سترجئه إلى بحث ضمان المعضوب لاشتراكهما فى الكثير من الأدله.

(٣) أى أعلى القيم.

(٤) ثم تلفت هذه الزيادة، هذا كله بين المالك و المشتري.

(٥) أما البحث بين المشتري و الفضولى، فيرجع المشتري على الفضولى بما دفعه من الثمن، إذا لم يكن المشتري عالما أن المبيع لغير الفضولى، أو كان عالما بذلك لكن ادعى الفضولى الاذن بالبيع من المالك، و هذا الرجوع من المشتري على الفضولى لقاعده المغرور يرجع على من غره و لصحيح جميل المتقدم (و يرجع على من باعه بثمان الجاربه و قيمه الولد التى أخذت منه) (١)، و لازم جواز الرجوع بالثمن جواز الرجوع بعوضه من قيمه أو مثل عند التلف. و أما مع علمه و عدم جهله بفضوليه البيع فالمشهور على عدم جواز الرجوع بالثمن بلا فرق بين كونه باقيا أو تالفا لأن المشتري قد دفع الثمن إلى الفضولى و سلطه عليه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزله أما الإباحه له.

و أشكال عليهم الشارح فى المسالك و الروضه أنه يتم فى صورته التلف، أما مع بقاءه فلا، لأنه ماله و هو متسلط عليه و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، لأنه دفعه عوضا عن شىء لم يسلم له، فلا بدّ من التفصيل و هو المنقول عن العلامة فى جمله من كتبه و عن ولده الفخر و الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى و عن المحقق هو فى بعض تحقیقاته جواز الرجوع بالثمن و لو كان تالفا، لحرمة تصرف الفضولى فيه حيث إنه أكل للمال بالباطل فيكون مضمونا عليه.

ص: ٣٥٠

(جاهلا) لأنه ماله و لم يحصل منه ما يوجب نقله عن ملكه، فإنه إنما دفعه عوضا عن شيء لم يسلم له.

(و إن تلف قيل) و القائل به الأكثر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع: (لا رجوع به مع العلم) بكونه غير مالك و لا وكيل، لأنه سلطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه له فيكون بمنزله الإباحه، بل ظاهر كلامهم عدم الرجوع به مطلقا (١)، لما ذكرناه من الوجه (٢) (و هو) مع بقاء العين في غايه البعد، و مع تلفه (بعيد مع توقع الإجازة) لأنه حينئذ لم يبيحه له مطلقا (٣)، بل دفعه متوقعا، لكونه عوضا عن المبيع، فيكون مضمونا له (٤)، و لتصرف البائع فيه تصرفا ممنوعا منه، فيكون مضمونا عليه، و أما مع بقاءه فهو عين مال المشتري، و مع تسليم الإباحه (٥) لم يحصل ما يوجب الملك، فيكون القول بجواز الرجوع به مطلقا (٦) قويا و إن كان نادرا، إن لم يثبت الإجماع على خلافه، و الواقع خلافه (٧)، فقد ذهب المحقق إلى (١) سواء كان الثمن باقيا أم تالفا.

(٢) و هو تسليطه على إتلافه مع علمه بعدم استحقاقه فيكون بمنزله الإباحه، و فيه: إن لازمه جواز تصرف الفضولي بالثمن مع أن الاتفاق واقع على عدم الجواز لأنه أكل للمال بالباطل فالأقوى جواز الرجوع مطلقا، خصوصا مع توقع الإجازة من المالك، و لو كان المشتري عالما بفضوليته العقد فلا يكون مسلطا للفضولي على الثمن حتى يكون بمنزله الإباحه لتوقعه الإجازة.

(٣) بل في صورته انتظار وقوع الإجازة من المالك.

(٤) أي فيكون الثمن مضمونا للمشتري إلى أن يؤديه الفضولي إلى مالك العين على فرض الإجازة، أو أن يرد إليه على تقدير الرد، و منه يعلم أن الفضولي ممنوع من التصرف في الثمن فلو تصرف فهو مضمون عليه.

(٥) المستفاده من التسليط.

(٦) و لو كان تالفا.

(٧) أي خلاف الإجماع حيث ذهب المحقق إلى جواز الرجوع مطلقا، و ذهب جماعه إلى التفصيل، في ادعاه العلامة في التذكرة من الإجماع على عدم جواز الرجوع و لو كان باقيا لم يسلم له، و لو سلم له فهو مدركى لاحتمال أن يكون مستند المجمعين هو إباحه المشتري للثمن الموجبه لعدم جواز الرجوع.

الرجوع به مطلقا (١)، و كيف يجتمع تحريم تصرف البائع فيه (٢) مع عدم رجوع المشتري به في حال، فإنه (٣) حينئذ لا محاله غاصب، آكل للمال بالباطل و لا فرق في هذا الحكم بين الغاصب محضا، و البائع فضوليا مع عدم إجازة المالك.

(و يرجع) المشتري على البائع (بما اغترم) للمالك (٤)، حتى بزياده قيمه عن الثمن لو تلفت العين فرجع بها عليه على الأقوى، لدخوله (٥) على أن تكون له مجانا، أمّا ما قابل الثمن من قيمه فلا يرجع به لرجوع عوضه (٦) إليه، فلا- يجمع بين العوض و المعوض. و قيل: لا يرجع بالقيمه مطلقا (٧)، لدخوله على أن تكون (١) باقيا كان أو تالفا.

(٢) أي حرمه تصرف الفضولي في الثمن كما تقدم.

(٣) أي الفضولي.

(٤) أي و يرجع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع المستوفاه، لقاعده المغرور و لصحيح جميل المتقدم حيث قال (و يرجع على من باعه بثمن الجاربه، و قيمه الولد التي أخذت منه) (١). و لازمه جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه للمالك من ضمان المنافع غير المستوفاه، لو قلنا بضمانها على المشتري.

و لازمه أيضا جواز رجوع المشتري على الفضولي بما اغترمه لإصلاح العين من نفقه و إصلاح.

و أما لو تلفت العين عند المشتري و رجع المالك عليه بقيمتها، و كانت قيمه أكثر من الثمن المسمى الذي دفعه إلى الفضولي فهل يرجع المشتري على الفضولي بتمام ما دفعه للمالك، أو بخصوص الثمن المدفوع للفضولي وجهان كما في المسالك و الجواهر من أن الشراء عقد ضمان و قد شرع فيه على أن تكون العين من ضمانه بحيث إذا تلفت كانت من ماله و لازمه عدم جواز الرجوع بالزائد، و عن كون المشتري مقدما على كون المجموع في مقابله الثمن و لازمه كون الزائد عليه في معنى التبرع به و إعطائه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه هذا الزائد فله أن يرجع به على الفضولي لأن قد غرّه.

(٥) أي لدخول المشتري على أن تكون الزيادة المذكوره له من دون عوض.

(٦) أي عوض الثمن الذي هو المبيع، و هو راجع إليه لتلفه تحت يده.

(٧) حتى بزياده قيمه عن الثمن، فضلا عما قابل الثمن.

ص: ٣٥٢

العين مضمونه عليه، كما هو شأن البيع الصحيح و الفاسد (١)، كما لو (٢) تلفت العين، و فيه أن ضمانه (٣) للمثل، أو القيمه أمر زائد على فوات العين (٤) الذى [قد] قدم على ضمانه و هو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد (٥) بمنزله ما رجع عليه (٦) به (٧)، و قد حصل له (٨) فى مقابله نفع (٩)، بل أولى (١٠).

(١) أى ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و هى قاعده مشهوره عندهم و معناها: إن كل مال قبض بعقد صحيح فلو تلف كان من مال القابض فهو مضمون عليه كالثمن عند البائع و المثل عند المشتري، فكذلك لو قبض بعقد فاسد كالبيع و الإجاره، مدرکها عموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١)، و كذلك عكسها و هو: ما لا يضمن بفاسده كالعاريه.

(٢) أى حيث تلفت العين، و هو متعلق بقوله (كما هو شأن البيع الصحيح و الفاسد)، و المعنى حينئذ واضح.

(٣) و حاصله: أن المشتري قدم على أن تكون العين مضمونه عليه، لكن قدم باعتبار أن يكون هذا الضمان عند تلف العين فى قبالة الثمن الذى دفعه للفضولى، و لازمه أن ما زاد عن الثمن يكون زائدا على ما أقدم على ضمانه مع كونه مغرورا من قبل الفضولى بتحملة لهذا الضمان، لأن الفضولى جعله مقدما على كون مجموع العين فى قبالة الثمن فقط، فيكون هذا الزائد بمنزله النماء و الثمره من حيثيه إقدام المشتري على أنها له من غير عوض و قد غرّه الفضولى فى ذلك عند ما تحمل المشتري ضمانها للمالك، فكما أن المشتري يرجع على الفضولى بما اغترمه فى قبالة النماء و الثمره و هو مما له نفع للمشتري، فكذلك يرجع المشتري على الفضولى بما دفعه أزيد من الثمن و هو مما لا نفع فيه للمشتري بل الثانى أولى كما هو واضح.

(٤) تفریع على الجواب، و المراد به ما زاد عن الثمن.

(٥) أى رجع المشتري.

(٦) على الفضولى.

(٧) الضمير عائد إلى الوصول.

(٨) للمشتري.

(٩) كالثمره و النماء.

(١٠) بل الرجوع فى الزائد أولى لعدم حصول نفع فيه للمشتري.

ص: ٣٥٣

هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجوده حال البيع (١)، أما لو تجددت بعده فحكمها حكم الثمره، فيرجع بها أيضا كغيرها (٢) مما حصل له في مقابلته نفع (٣) على الأقوى (٤)، لغروره (٥)، و دخوله (٦) على أن يكون ذلك له بغير عوض.

أمّا ما أنفقه عليه (٧) و نحوه مما لم يحصل له في مقابلته نفع (٨) فيرجع به قطعا (إن كان جاهلا) بكونه مالكا، أو مأذونا بأن ادعى البائع ملكه، أو الإذن فيه، أو سكت و لم يكن المشتري عالما بالحال (٩).

في ما لو باع غير المملوك مع ملكه

(و لو باع غير المملوك مع ملكه و لم يجز المالك صح) البيع (في ملكه) (١٠) (١) بأن كان الشيء يساوي عشرين فباعه الفضولي بعشره.

(٢) أي كغير الزيادة.

(٣) نفى الزيادة أولى لعدم النفع له.

(٤) متعلق بقوله (فيرجع بها أيضا).

(٥) أي لقاعده المغرور يرجع على من غرّه.

(٦) أي دخول المشتري.

(٧) أي ما أنفقه المشتري على المبيع.

(٨) مما اغترمه لإصلاح المبيع.

(٩) أما لو كان المشتري عالما بكون العقد فضوليا فلا رجوع له على الفضولي فيما اغترمه للمالك من ضمان المنافع المستوفاه و غيرها، و أما ما دفعه من الثمن للفضولي فقد عرفت حكمه سابقا.

(١٠) بحيث باع ما يملكه و ما لا يملكه بعقد واحد و ثمن واحد، مضى بيعه فيما يملك، و توقف بيعه لما لا يملك على إجازة المالك بناء على ما سمعته من صحه بيع الفضولي، بلا خلاف معتد به ما لم ينشأ من صحه بيعه لما يملك مع عدم الإجازة في الآخر مانع شرعى كلزوم ربا أو بيع رقيق آبق من دون ضميمة و نحو ذلك.

و عن الأردبيلي احتمال بطلان العقد رأسا على تقدير صحه بيع الفضولي مع عدم إجازة المالك لأن التراضي حصل على المجموع لا على البعض واضح الفساد، بل هو اجتهاد في قبال النص لمكاتبه الصغار إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام (في رجل له قطاع أرض فيحضره الخروج إلى مكة، و القرية على مراحل من منزله، و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: اشهدوا أنني قد بعث فلانا، يعني المشتري، جميع القرية التي حد منها كذا، و الثاني و الثالث و الرابع،-

ووقف في ما لا يملك على إجازة مالكة، فإن أجاز صح البيع و لا خيار،(و) إن رد (تخير المشتري مع جهله) بكون بعض المبيع غير مملوك للبائع، لتبعض الصفقة، أو الشركة (١) (فإن) فسخ رجوع كل مال إلى مالكة، و إن (رضى صح البيع في المملوك) للبائع (بجسته من الثمن)، و يعلم مقدار الحصه (بعد تقويمهما جميعا، ثم تقويم أحدهما) منفردا، ثم نسبه قيمته (٢) إلى قيمه المجموع، فيخصه من الثمن مثل تلك النسبه، فإذا قوّما جميعا بعشرين، و أحدهما بعشره صح في المملوك بنصب الثمن كائنا ما كان، و إنما أخذ بنسبه قيمه (٣) و لم يخصه (٤) من الثمن قدر ما قوّم به لاحتمال زيادتها عنه (٥) و نقصانها، فربما جمع في بعض الفروض بين الثمن و المثلن على ذلك التقدير (٦) كما لو كان قد اشترى المجموع في المثل بعشره (٧).

و إنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، و إنما له بعض هذه القرية و قد أقر له بكلها؟

فوقع عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس بملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١) و ظاهر الخبر وجوب البيع و لكنه بالنسبه للبائع فيما يخصه، و أن المشتري فمع إجازة الغير لا كلام، و مع عدمها فله حق الخيار بالفسخ لتبعض الصفقة بلا خلاف فيه مع جهله بالحال، أما لو كان عالما بالحال فلا خيار له لقدمه على ذلك مع علمه.

و على كل لا بدّ من تقسيط الثمن على المبيع سواء أجاز الغير أو لم يجز، حتى يأخذ كل من المالكين نصيبه على فرض الإجازة، أو ليأخذ البائع ما يخصه من الثمن على فرض عدمها عند عدم فسخ المشتري بالخيار الذي ثبت له.

(١) عطف على تبعض الصفقة، بحيث لو باع مالك النصف المشاع تمام المال المشترك و لم يجز شريكه فيثبت للمشتري خيار ناشئ من عيب الشركة.

(٢) أي قيمته المنفرده.

(٣) و هي النصف في المثل المتقدم.

(٤) أي يخص المملوك.

(٥) أي زياده قيمه عن الثمن المسمى في العقد.

(٦) أي تقدير أخذ قيمه من الثمن، لا أخذ نسبتها إلى المجموع من الثمن.

(٧) و قدر المملوك بعشره و غير المملوك بعشره و كان الثمن المسمى عشره فلو أخذ قيمه من -

ص: ٣٥٥

و إنما يعتبر قيمتهما مجتمعين إذا لم يكن لاجتماعهما مدخل في زياده قيمه كل واحد كشويين (١)، أما لو استلزم ذلك كمصراعى باب لم يقوّما مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد ماله (٢) إلا منفردا، و حينئذ يقوّم كل منهما منفردا، و ينسب قيمه أحدهما إلى مجموع القيمتين (٣)، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبه. نعم لو كانا لمالك واحد (٤) فأجاز في أحدهما دون الآخر أمكن فيه ما أطلقوه (٥)، مع احتمال ما قيدناه (٦).

في ما لو باع ما يملك و ما لا يملك

(و كذا لو باع ما يملك) مبني للمجهول (و ما لا يملك (٧) كالعبد مع الحر، و الخنزير مع الشاه)، فإنه يصح في المملوك (٨) بنسبه قيمته إلى مجموع القيمتين من الثمن (٩)، (و يقوّم الحر لو كان عبدا) على ما هو عليه من الأوصاف و الكيفيات، (و الخنزير عند مستحليه) إما بإخبار جماعه منهم كثيره يؤمن اجتماعهم على الكذب، و يحصل بقولهم العلم، أو الظن المتأخّم له (١٠)، أو بإخبار عدلين -الثمن لأخذ عشره - و هى تساوى ثمن المملوك - فى قبال غير المملوك، فيكون قد جمع بين المملوك و ثمنه، و بعبارة أخرى قد رجع إليه بمقدار ما دفعه و يكون المثلن الذى استقر عليه البيع بغير عوض.

(١) و عديدين بحيث لم يكن لاجتماعهما مدخل فى زياده قيمه كل منهما.

(٢) و حصته و هى أحد مصراعى الباب.

(٣) المنفردتين.

(٤) و باعهما الفضولى فأجاز المالك البيع فى أحدهما دون الآخر.

(٥) من تقويمهما جميعا ثم تقويم أحدهما، ثم نسبه قيمه المجاز منفردا إلى قيمه المجموع، ثم يؤخذ من الثمن بمثل هذه النسبه.

(٦) فيما لم يكن لاجتماعهما فى زياده قيمه، و إلا -فتنسب قيمه أحدهما منفردا إلى مجموع قيمتهما منفردين لا مجتمعين، ثم تؤخذ هذه النسبه من الثمن.

(٧) فيصح البيع فيما يملك و يبطل بالآخر، أما صحته فى الأول لوجود المقتضى مع عدم المانع فتشمله عمومات الوفاء و الحليه للبيع، و أما بطلانه فى الثانى لعدم قابليته للتملك بلا خلاف فى ذلك كله.

(٨) أى ما يملك.

(٩) أى و تؤخذ هذه النسبه من الثمن.

(١٠) و الظن المتأخّم للعلم علم عادى فتشمله أدله حجيه العلم.

مسلمين يطلعان على حاله عندهم (١)، لا منهم مطلقا (٢)، لاشتراط عداله المقوم.

هذا مع جهل المشتري بالحال ليم قصده إلى شرائهما (٣).

و يعتبر العلم بضمن المجموع لا- الأفراد، فيوزع حيث لا- يتم له، أما مع علمه بفساد البيع فيشكل صحته لإفضائه إلى الجهل بضمن المبيع حال البيع، لأنه في قوه بعثك العبد بما يخصه من الألف إذ وزعت عليه و على شىء آخر لا يعلم مقداره الآن، أما مع جهله فقصده إلى شراء المجموع، و معرفه مقدار ثمنه (٤) كاف، و إن لم يعلم مقدار ما يخص كل جزء (٥).

و يمكن جريان الإشكال فى البائع (٦) مع علمه بذلك (٧)، و لا بعد فى بطلانه (٨) من طرف أحدهما دون الآخر (٩)، هذا إذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن، أو كانت عينه (١٠) باقيه، أو كان جاهلا، و إلا (١١) جاء فيه مع علمه (١) أى على حال الخنزير عند مستحليه.

(٢) أى من المستحليين من دون القيود السابقه.

(٣) ظاهر الأصحاب - كما فى الجواهر - عدم الفرق فى الصحه بين حالى العلم و الجهل، لأن الغرر مدفوع بالعلم بالجمله، كما لو باع مملوكه و مملوك غيره مع إجازة المالك فالبيع صحيح و لازم مع أن الثمن لكل منهما غير معلوم بالتفصيل نعم هو معلوم بالجمله و هذا كاف لنفى الغرر المنهى عنه. نعم العلامه فى التذكرة احتمل البطلان فى صورته العلم و لكنه قد نص على الصحه قبل ذلك، و أورد الشارح هذا الاحتمال إشكالا فى المقام و هو ليس فى محله كما عرفت.

(٤) أى ثمن المجموع.

(٥) بحيث لم يعرف معرفه تفصيليه، و لكن هناك علم إجمالى كاف لدفع الغرر، و فيه: إن نفس هذا العلم الإجمال موجود عند علم المشتري بالحال و لازمه صحه البيع فيما يملك.

(٦) فى البائع: و الحكم بفساد البيع للغرر.

(٧) أى بحال.

(٨) أى بطلان البيع.

(٩) و هو المشتري الجاهل للحال، و فيه: إنه على خلاف ظاهر الأدله الداله على اشتراط علمهما فى صحه العقد، نعم قد عرفت أن العلم الإجمالى كاف و هو متحقق فى كلا الطرفين سواء علما بالحال أو علم بعضهما أو جهلا بذلك.

(١٠) أى عين الثمن.

(١١) أى و إن دفع الثمن و قد تلف و كان المشتري عالما بالحال فيكون قد سلط البائع على إتلافه -

بالفساد ما تقدم في الفضولي بالنسبة إلى الرجوع بالثمن.

في بيع الوكيل

(و كما يصح العقد من المالك، يصح من القائم مقامه و هم) أى القائم، جمعه (١) باعتبار معنى الموصول، و يجوز توحيدة نظرا إلى لفظه (سته: الأب (٢)، و الجد له (٣) و إن علا،(و الوصى) (٤)...)

فهو بمنزلة الأذن له في ذلك فيما يرجع عليه كما هو مبنى المشهور من عدم رجوع المشتري على الفضولي في الثمن التالف، و قد عرفت صحة الرجوع لأن سلطه عليه في قبال لشيء لم يسلم له.

(١) حيث قال المصنف: (و هم).

(٢) بلا خلاف فيه لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت في باب النكاح كخبر محمد بن إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبي يزوجها أبوها ثم يموت و هي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها) (١)، و ما ورد في جواز اتجار الوصى بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك و هذا دال على جواز اتجار الأب بمال الطفل من باب أولى كخبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده و بمال لهم، و أذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، و أن يكون الربح بينه و بينهم، فقال: لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن في ذلك و هو حي) (٢)، و مثله غيره.

(٣) أى للأب بلا خلاف فيه لفحوى ما ورد من سلطنته على بضع البنت كخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه، و لابنه أيضا أن يزوجها، فقلت: فإن هوى أبوها رجلا، فقال: الجد أولى بنكاحها) (٣) و قريب منه خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام إلا أنه قال (الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجها قبله، و يجوز عليها تزويج الأب الجد) ٤ و ذيله مطلق يشمل الجد الأعلى و أما غيره كالأم و الأخ و العم و الجد للأم فلا ولايه لهم على الصغير و المجنون لعدم الدليل و مقتضى الأصل عدم ولايتهم.

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار.

ص: ٣٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١ و ٢.

من أحدهما على الطفل (١) و المجنون الأصلي (٢)، و من طراً جنونه قبل البلوغ، (و الوكيل) (٣) عن المالک و من له الولایه حيث يجوز له التوكيل، (و الحاكم) الشرعی (٤) -منها: خبر محمد بن مسلم المتقدم، و خبر خالد الطویل (ابن بكير خ) (دعانی أبی حین حضرته الوفاة فقال: یا بنی اقبض مال إخوتك الصغار و اعمل به، و خذ نصف الربح و اعطهم النصف و ليس عليك ضمان، فقدمتني أم ولد أبی بعد وفاه أبی إلى ابن أبی لیلی، فقال: إن هذا يأكل أموال ولدی، قال: فاقصصت عليه ما أمرني به أبی، فقال ابن أبی لیلی: إن كان أبوك أمرک بالباطل لم أجزه، ثم أشهد علی ابن أبی لیلی إن أنا حرکته فأنا له ضامن، فدخلت على أبی عبد الله عليه السلام فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى؟ فقال: أما قول ابن أبی لیلی فلا أستطيع رده، و أما فيما بينك و بين الله عز و جل فليس عليك ضمان) (١).

(١) بالنسبه لولایه الثلاثه من الأب و الجد و الوصى.

(٢) و إلا لو طراً الجنون بعد عقله و بلوغه فهو كالسفه الطارئ يرجعان إلى الحاكم كما سيأتى تفصيله فى كتاب الحجر.

(٣) الوكيل بمنزله الموكل بلا خلاف فيه لإطلاق أدله اعتبار الوكاله كما سيأتى التعرض لها فى بابها بلا فرق بين كون الموكل مالكا أو له الولایه على المالک.

(٤) قد ثبت فى باب القضاء أن المجتهد الجامع للشرائط منصوب للقضاء من قبل المعصوم عليه السلام، و للقاضى حق النظر فى فصل المنازعات و قطع الشاجر و المنازعات، و استيفاء الحقوق ممن مطل بها و إيصالها إلى مستحقيها، و له الولایه على من كان ممنوع التصرف بجنون أو صغر أو سفه و له حق الحجر على السفیه و المفلس حفظاً للأموال و هو ولى من لا- ولى له كالغائب، و له النظر فى الأوقاف بحفظ أصولها و تنميه فروعها و قبض نماءها و صرفه فى سبيله مع حق جعل النظر إلى غيره، و له حق تنفيذ الوصايا على شروط الموصى، و له حق تزويج الأيامى بالأكفاء إذا عدم الولی و له إقامة الحدود على مستحقيها، و هذه الأحكام ثابتة للقاضى عند العامه، راجع كتاب الأحكام السلطانيه للماوردى (٢)، فتنصيب المجتهد قاضيا من قبل المعصوم عليه السلام هو تنصيب له مع إثبات هذه الأحكام له عندنا، و من جملتها ولايته على الصغير عند عدم الولی للأب أو جد أو وصى.

ص: ٣٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) ص ٧٠-٧١، الطبعة الثالثة ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣.

و بعد هذا البيان لا داعى لإثبات ولايه القاضى على مال الصغير من باب الأمور الحسيه و هى ما علم من الشارع عدم رضاه بتركها بل لا بد من التعدى لها، إذ التعدى غير منحصر بالقاضى، و لا داعى لإثبات ولايه القاضى على مال الصغير من باب ولايه الفقيه، و هى ولايته على التصرف فى أموال الناس و أنفسهم، و هى ولايه ثابتة للنبي صلى الله عليه و آله و سلم و للأئمه المعصومين من بعده صلوات الله عليهم أجمعين، قال الله تعالى: (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ) (١)، و فى حديث الغدير الذى كثرت أسانيده، و هو من المتواتر المشهور بين الفريقين قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم (من كنت مولاه فهذا على مولاه) (٢).

و هذه الولايه قد قيل بثبوتها للقاضى لمقبوله عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام (ينظران ممن كان منكم عن ممن قد روى حديثنا و نظر فى حلالنا و حرامنا و عرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنى قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله) (٣) بدعوى أن لفظ الحاكم هو الحاكم المطلق، و فيه: إن مورد السؤال هو التحاكم أى الترافع إلى القاضى فيكون مخصوصا بالقاضى فقط، على أن الحاكم هو القاضى لغه لا الحاكم المطلق كما توهم بعض المتأخرين و استدلل للولايه بالتوقيع الشريف (و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواه حديثنا فإنهم حجتي عليكم و أنا حجه الله) (٤) و بما ورد عن الإمام الحسين بن على عليهما السلام مرسلا (مجارى الأمور و الأحكام على أيدي العلماء بالله، الأئمه على حلاله و حرامه) (٥)، و هما عمده استدلالهم على الولايه، و أما غيرهما فقاصر الدلاله و أجنبي عن المطلوب كما هو واضح.

و هما أيضا أجنبيان عن المدعى إذا لو ثبت للفقيه ما ثبت للمعصوم من الولايه بالتصرف فى أموال الناس و أنفسهم لما كان هناك فرق بين المعصوم و غيره فلا داعى للعصمه فى الأئمه عليهم السلام هذا من جهه و من جهه أخرى لو كان للفقيه الولايه على أموال الناس و أنفسهم لوجب عليهم اتباعه فيما يتصرف فيه، مع أن الطاعه المطلقه مختصه بالمعصوم فقط.

ص: ٣٦٠

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

٢- (٢) كتاب الغدير ج ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٩.

٥- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ١٦.

حيث تفقد الأربعة (١)، (وأمينه) و هو منصوبه (٢) لذلك (٣)، أو ما هو (٤) أعم منه، (و بحكم الحاكم المقاص (٥) و هو من يكون له على غيره مال فيجحد، أو لا -ففى خبر الخثعمي (كان المفضل عند أبي عبد الله عليه السلام فقال له المفضل: جعلت فداك، يفرض الله طاعه عبد على العباد و يحجب عنه خير السماء؟ قال: لا، الله أكرم و أرحم و أرأف بعباده من أن يفرض طاعه عبد على العباد ثم يحجب عنه خبر السماء صباحا و مساء) (١) و خبر أبي حمزه (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: لا و الله، لا يكون عالم جاهلا أبدا، عالما بشيء جاهلا بشيء، ثم قال: الله أجل و أعز و أكرم من أن يفرض طاعه عبد يحجب عنه علم سمائه و أرضه، ثم قال: لا يحجب ذلك عنه) ٢ مثلها غيرها.

و من جهه ثالثه فالتوقيع مختص بالإفتاء لأن الوصف مشعر بالعليه للحكم، فهم حجه بما هم رواه الأحاديث، و هذا كاشف على مورد حجتهم، و هو الإفتاء بمضمون هذه الأحاديث، و المرسل عن سيد الشهداء صلوات الله عليه ضعيف السند على أن متنه مخصوص بالمعصومين عليهم السلام و لا أقل من الاحتمال و به يبطل الاستدلال.

و قد قيل أن الفقيه ليس له الولاية على أموال الناس و أنفسهم و لكن له الولاية فى تشكيل الحكومه الإسلاميه و إجراء أحكام الإسلام السياسيه و الجزائيه كالجهاد و قبول الجزيه و الصلح و القصاص و الديات و الحدود، و فيه: إن مقتضى الأصل تشكيل الحكومه الإسلاميه لمطلق من يريد الحكم بالحق و العدل، فتخصيصه بالفقيه فقط يحتاج إلى دليل، و دعوى أنه نفس مقبوله عمر بن حنظله و التوقيع السابقان غير مسموعه لاختصاصهما بالقضاء و الفتيا فقط كما عرفت، على أن إجراء الأحكام الجزائيه كالقصاص و الحدود من لوازم منصب القضاء عند العامه كما سمعت فهذه الأحكام و إن ثبتت للفقيه ثبتت له بما هو قاض لا بما أنه قد انحصر فيه تشكيل الحكومه الإسلاميه.

(١) و هم الأب و الجد و الوصى من قبل أحدهما و الوكيل.

(٢) إذا ثبت جواز النظر للقاضى فى مال اليتيم و المجنون ثبت لو كيله لإطلاق أدله اعتبار الوكاله كما سيأتى فى بابها.

(٣) أى لخصوص التصرف فى مال الصغير و المجنون بعد البلوغ و المحجور عليه لسفه أو فلس.

(٤) أى و منصوبه للأعم من التصرف فى مال المذكورين و غيره.

(٥) إذا كان لإنسان حق عند الغير، فلا يخلو إما أن يكون الحق عقوبه أو مالا، فالأول-

ص: ٣٦١

- كالقصاص و القذف و لا- خلاف أنه لا بد من رفع الأمر إلى الحاكم للتوصل إلى حقه، لأن استيفاء القصاص و الحدود من لوازم القاضى كما عرفت و لعظم خطره و للاحتياط فى الدماء.

و الثانى إن كان عينا فى يد الغير، معترف بها أو معلوم حالها فلصاحبها الحق فى انتزاعها منه و لو قهرا، و لو استلزم مساعده ظالم، و لو استلزم ضررا كتمزيق ثوب أو كسر قفل أو نحو ذلك، ما لم تترفته توجب إزهاق النفوس و الأموال فيجب الكف من باب رعايه الأهم، و لا يفتقر انتزاعها إلى إذن الحاكم.

و إن كان مالا دينا و كان الغريم مقرا باذلا لم يستقل صاحبه بانتزاعه.

من دون إذن الغريم لأنه المخير فى جهات القضاء و له السلطنه التامه على أمواله، و لو كان الغريم جاحدا للدين و لصاحبه بينه تثبتت عند الحاكم فعن الأ-كثر جواز الاقتصاص من الغريم من دون الرجوع إلى الحاكم لعموم الإذن فى القصاص كقوله تعالى: (فَمَنْ عَتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا) (١) و قوله تعالى: (فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوْقِبْتُمْ بِهِ) (٢) ، و لإطلاق جملة من الأخبار.

منها: خبر جميل بن دارج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذى جحده، أ يأخذه و إن لم يعلم الجاحد بذلك؟ قال: نعم) (٣) و خبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام (سألته عن الرجل الجحود أ يحلّ أن أجحده مثل ما جحد؟ قال: نعم و لا تزاد) ٤، و صحيح داود بن رزين (قلت لأبى الحسن موسى عليه السّلام: إنى أخالط السلطان فتكون عندى الجارية فأخذونها و الدابه الفاراه فيبعثون فأخذونها، ثم يقع لهم عندى المال فلى أن آخذه؟ قال: خذ مثل ذلك و لا تزدد عليه ٥ و مثلها غيرها.

و ذهب المحقق فى النافع و تلميذه الآبى فى كشفه و الفخر فى إيضاحه إلى وجوب الاستئذان من الحاكم، لأن التسلط على مال الغير على خلاف الأهل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو إذن الحاكم، و فيه: إن التسلط على مال الغير هنا للأخبار المتقدمه، فالقول الثانى كأنه اجتهاد فى قبال النص كما فى الجواهر.

و لو كان الغريم جاحدا و لا يوجد لصاحب الحق بينه، أوله بينه و لكن لا يمكن الوصول-

ص: ٣٤٢

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٩٤.

٢- (٢) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٠ و ١٣ و ١.

-إلى الحاكم، أو يمكن الوصول إليه، و لكن الحاكم الذى هو القاضى غير مبسوط اليد فيجوز لصاحب الحق الاقتصاص من مال الغريم بمقدار حقه من دون إذن الحاكم بلا- خلاف فيه، و هو القدر المتيقن من الأدله السابقه. نعم لو كان المال وديعه فهل يجوز الاقتصاص منه، ذهب الشيخ فى النهايه و ابن زهره و القاضى و جماعه إلى التحريم لقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (١) و الأمر بالأداء ينافى جواز الاقتصاص منها، و لجمله من الأخبار.

منها: خبر ابن أبى عمير عن ابن أخ الفضيل بن يسار (كنت عند أبى عبد الله عليه السلام و وجدت امرأه و كنت أقرب القوم إليها، فقالت لى: أسأله، فقلت: عما ذا؟ فقالت: إن ابني مات و ترك مالا كان فى يد أخى فأتلفه، ثم أفاد مالا فأودعنيه فلى أن آخذ منه بقدر ما أتلف من شىء؟ فأخبرته بذلك، فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اد الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخف من خانك) (٢) و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الرجل يكون لى عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعنى مالا، ألى أن آخذ ما لى عنده؟ قال: لا هذه الخيانه) (٣).

و عن الشيخ فى الاستبصار و أكثر المتأخرين الجواز على كراهه جمعا بين ما تقدم و بين طائفه من الأخبار.

منها: صحيح أبى العباس البقباق (أن شهابا ما رآه فى رجل ذهب له بألف درهم و استودعه بعد ذلك ألف درهم، قال أبو العباس: فقلت له: خذها مكان الألف التى أخذ منك، فأبى شهاب، قال: فدخل شهاب على أبى عبد الله عليه السلام فذكر له ذلك، فقال عليه السلام: أما أنا فأحب أن تأخذ و تحلف) (٤)، و خبر على بن سليمان (كتبت إليه:

رجل غصب مالا- أو جاريه، ثم وقع عنده مال بسبب وديعه أو قرض مثل ما خانه أو غصبه، أ يحلّ له حبسه عليه أم لا؟ فكتب: نعم يحلّ له ذلك، إن كان بقدر حقه، و إن كان أكثر فيأخذ منه ما كان عليه و يسلم الباقي إليه إن شاء الله) (٥).

و مقتضى الأخبار المتقدمه أنه يجوز التقصاص سواء كان الموجود من جنس المال الذى فى ذمه الغريم أولا- بلا- خلاف فيه خصوصا مع ملاحظه صحيح ابن رزين حيث يأخذون-

ص: ٣٤٣

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ١١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨٣ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ و ٩.

يدفعه إليه مع وجوبه (١)، فله الاستقلال بأخذه من ماله قهرا من جنس حقه إن وجد، وإلا فمن غيره بالقيمة، مخيرا بين بيعه من غيره، و من نفسه.

ولا يشترط إذن الحاكم و إن أمكن (٢)، لوجوده (٣) و وجود البينه المقبوله عنده (٤) فى الأشهر، و لو تعذر الأخذ إلا بزياده جاز، فتكون (٥) فى يده أمانه فى قول (٦) إلى أن يتمكن من ردها فيجب (٧) على الفور، و لو توقف أخذ الحق على نقب جدار، أو كسر قفل جاز (٨)، و لا ضمان على الظاهر، و يعتبر فى المأخوذ كونه زائدا على المستثنى فى قضاء الدين (٩)، و لو تلف من المأخوذ شىء قبل تملكه ففى ضمانه قولان (١٠)، و يكفى فى التملك النيه، سواء كان بالقيمة، أم -منه الجاربه و الدابه و يقع لهم عنده المال الذى أذن الإمام عليه السلام بجواز المقاصه منه، و لازمه جواز بيعه للاقتصاص من ثمنه سواء كان البيع لنفسه أو لغيره.

(١) أى وجوب الدفع.

(٢) أى أمكن الاذن.

(٣) أى وجود الحاكم، و هو تعليل لإمكان الاذن.

(٤) عند الحاكم.

(٥) أى الزيادة.

(٦) و هى أمانه شارعيه لا مالكيه لأنها متوقفه على اذن من قبل الشارع، لأن الشارع أذن فى المقاصه كما تقدم من الأخبار.

(٧) أى يجب الرد، و هو الظاهر من ذيل خبر على بن سليمان المتقدم.

(٨) هذا إذا كان الحق عينا كما تقدم.

(٩) و إلا من يجوز مقاصته لعدم وجوب الوفاء بالدين على الغريم لأنه مستثنى كما سيأتى دليله فى بابه.

(١٠) و ذلك فيما لو كان المقبوض من مال الغير من غير جنس الحق فلا بد من بيعه حتى يقع التقاصى فى ثمنه، فلو تلف المقبوض قبل بيعه فهل يضمن صاحب الحق أو لا، فعن الشيخ فى المبسوط و تبعه الشهيدان فى المسالك و غايه المراد و الأردبيلى عدم الضمان لأن يده يد شرعيه بمعنى أنه قبض العين بإذن من الشارع.

و عن جماعه منهم المحقق و العلامة فى القواعد جماعه الضمان لأنه قبضه بغير إذن المالك لمصلحه نفسه، فيكون كقبض المرتهن الرهن بغير إذن الراهن، مع عدم المنافاه بين إذن الشارع و بين الضمان، لأن الشارع قد أذن فى القبض لاستيفاء حقه و هو أعم من الائتمان الذى لا يستعقب الضمان و بين غيره.-

بالمثل (١)، و في جواز المقاصه من الوديعه قولان، و المروى العدم، و حمل على الكراهه (٢)، و في جواز مقاصه الغائب من غير مطالبته و جهان، أجمدهما العدم (٣) إلا مع طولها (٤) بحيث يؤدي إلى الضرر (٥)، و لو أمكن الرجوع هنا إلى الحاكم فالأقوى توقفه عليه (٦).

(و يجوز للجميع) أى جميع من له الولاية ممن تقدم (تولى طرفى العقد) (٧) بأن يبيع من نفسه (٨)، و ممن (٩) له الولاية عليه، (إلا الوكيل (١٠)...) -و أشكل عليه بأن إذن الشارع أعم من إذن المالك، و به يفرّق بينه و بين الرهن و منه يعلم أنه لا يستعقب الضمان لأنه مؤتمن من قبل الشارع.

(١) عند بيعه للعين.

(٢) جمعا بين الأخبار.

(٣) بل هو المتيقن لأنه لا يجوز التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(٤) أى طول الغيبه.

(٥) فيجوز للعنوان الثانوى.

(٦) أى على إذن الحاكم بل هو المتيقن لأنه ولى الغائب و قد تقدم الكلام فيه سابقا فى لوازم منصب القاضى.

(٧) فيجوز للأب مثلا- أن يبيع عن ولده من نفسه فيكون الأب مشتريا، و يجوز أن يبيع عن نفسه من ولده فيكون الأب بائعا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن المغايره الاعتباريه كافيه فى تحقق طرفى العقد، و للسيره و إطلاق ما دل على ولايته.

(٨) فيكون الأب مثلا مشتريا.

(٩) فيكون الأب مثلا بائعا.

(١٠) فعن الشيخ فى النهايه و الخلاف و موضع من المبسوط و ابن إدريس، بل عن غايه المراد و نسبته إلى الأكثر عدم الجواز لعدم التوكيل له، و يشهد له صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل: اشتر لى فلا تعطه من عندك، و إن كان الذى عندك خيرا منه) (١) و مثله غيره و حملت هذه الأخبار على وجود القرينه اللفظيه الداله على لزوم الشراء من غير مال الوكيل لقرينه قوله (اشتر لى)، فلا بد أن يشتري الوكيل من غير ماله و لذا ذهبت جماعه بل قيل هو المشهور أنه إذا أعلم الموكل جاز و إلا لم يجز،-

ص: ٣٦٥

(و المقاص) (١) فلا يجوز توليها طرفيه (٢)، بل يبيعان من الغير، و الأقوى كونهما كغيرهما، و هو اختياره في الدروس، لعموم الأدله و عدم وجود ما يصلح للتخصيص، (و لو استأذن الوكيل جاز)، لانتفاء المانع حينئذ.

في بيع المصحف

(و يشترط كون المشتري مسلما إذا ابتاع مصحفا (٣)،...) - وفيه: إن البحث في التوكيل المجرد عن القرائن اللفظيه و المقاميه، و هو يستدعى بيع مال الموكل أو شراء شيء له مع غض البصر عن خصوصيه المشتري فالأوفق بالقواعد هو الجواز كما ذهب إليه أبو الصلاح و العلامه في جملة من كتبه و الفخر في الإيضاح، و الشهيدان.

نعم لو احتفت الوكالة بقرينه و لو مقاميه تدل على استثناء مال الوكيل بيعا أو شراء فلا بد من استثنائه تمسكا بالقرينه، و مع انتفاء القرينه فيتولى الوكيل طرفي العقد، و المغايره الاعتباريه من الأصاله و الوكالة كافيه في تحقق ذلك.

(١) ليس له وجه إلا- أن التقاصي من مال الغير و بيعه لنفسه محل للتهمه، و فيه: إنه لا بد من تقييد الحكم بما إذا استلزم التولي لطرفي العقد من المقاصي التهمه تحكيما للدليل، على أن إطلاق أدله جواز التقاصي المتقدمه يفيد جواز بيع مال الغريم لنفسه مع وجود التهمه.

(٢) طرفي العقد.

(٣) ذهب جماعه إلى عدم جواز بيع المصحف للأخبار.

منها: خبر عبد الرحمن بن سيابه عن أبي عبد الله عليه السلام (إن المصاحف لن تشتري، فإذا اشتريت فقل: إنما اشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حليته و ما فيه من عمل يدك بكذا و كذا) (١)، و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: لا تشتري كتاب الله، و لكن اشتر الحديد و الورق و الدفتين و قل: اشترى منك هذا بكذا و كذا) (٢)، و خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام، قلت: فما تقول في شرائها؟ قال: اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف، و إياك أن تشتري منه الورق و فيه القرآن مكتوب، فيكون عليك حراما و على من باعه حراما) (٢)، و الأخير ظاهر في حرمة بيع الورق و شرائه إذا كان البيع قد تعلق به بما هو مشتمل على القرآن بخلاف غيره من الأخبار الداله على جواز بيع الورق و شرائه-

ص: ٣٦٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١١.

-المحمولة على تعلق البيع بالورق مجردا عن اشتماله على القرآن و لذا لا منافاه بينه و بين غيره من الأخبار.

و عن صاحب الجواهر و جماعه الجواز على كراهه جمعا بين ما تقدم و بين صحيح أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيع المصاحف و شرائها، فقال: إنما كان يوضع عند القامه(1) و المنبر، قال: كان بين الحائط و المنبر قيد ممر شاه أو رجل و هو منحرف، فكان الرجل يأتى فيكتب البقره، و يجىء آخر فيكتب السوره، كذلك كان ثم إنهم اشتروا بعد ذلك، فقلت: فما ترى فى ذلك؟ فقال: اشتريه أحب إلى من أن أبيع(2)، و خبر روح بن ع. بد الرحيم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء المصاحف و بيعها، فقال: إنما كان يوضع الورق عند المنبر، و كان ما بين المنبر و الحائط قدر ما تمرّ الشاه أو رجل ينحرف، قال: فكان الرجل يأتى فيكتب من ذلك، ثم إنهم اشتروا بعد، قلت: فما ترى فى ذلك؟ فقال لى: أشتري أحب إلى من أن أبيع(3).

و فيه: إنهما غير ظاهرين فى جواز شراء المصحف بل هما صريحان على أن السيره كانت قائمه على كتابه المصاحف نقلا من المصحف الموجود فى المسجد ثم قصرت الهمم عن تحصيل المصاحف بالكتابه، و اتجهوا إلى تحصيلها بالشراء و لكن لا يدلان على كيفية الشراء فلذا لا بدّ من حملهما على شراء ما عدا الخط جمعا بين الأخبار.

ثم على تقدير جواز بيع المصحف للمسلم فالمشهور على عدم جواز بيعه للكافر للنبوى (الإسلام يعلو و لا- يعلو عليه)(4) و لفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للعبد المسلم و هو خبر حماد بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام أتى بعبد ذمى قد أسلم، فقال: اذهبوا فبيعوه من المسلمين و ادفعوا ثمنه إلى صاحبه و لا تقرّوه عنده)(5)، و لأن فى تملك الكافر للمصحف هتكاً له و إهانته و هو حرام، و الأخير استحسان محض و الأول غير ظاهر الدلاله فلم يبق إلا خبر حماد بن عيسى و هو غير دال على عدم تملك الكافر للعبد المسلم، بل دال على تملكه لكنه يجبر على البيع كما ذهب إليه البعض فى-

ص: ٣٦٧

١- (١) أى الحائط لأن حائط مسجد النبى كان بقدر قامه كما تقدم فى بحث مواقيت الصلاه، ستأتى الإشارة، إلى ذلك فى خبر ابن عبد الرحيم الآتى.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإرث حديث ١١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

(أو مسلماً (١)، لما فى ملكه للأول (٢) من الإهانه، و للثانى (٣) من الإذلال و إثبات السبيل له عليه، وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (٤)، و قيل: يصح و يؤمر بإزاله ملكه، و فى حكم المسلم ولده الصغير (٥)، و المجنون، و مسيه (٦) -مسأله تملك الكافر للعبد المسلم، فلذا ذهب جماعه إلى جواز بيع المصحف للكافر لو قلنا بجواز بيعه على المسلم و لكن قد عرفت المنع على المسلم فعلى الكافر من باب أولى و فى حكم المصحف أبعاضه لصدق كلام الله المنهى عن بيعه على الجميع، هذا إذا كان البعض منفرداً، و أما لو كان مذكوراً فى كتاب آخر للاستشهاد و نحوه فيأتى البحث فيه.

(١) المشهور على عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم للنبوى المتقدم و لخبر حماد المتقدم أيضاً و لقوله تعالى: (وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً) (١)، و الأخير هو عمدته الدليل عند الأصحاب لأن خبر حماد دال على جواز التملك لكنه يجبر على المبيع كما هو قول و لم يعرف قائله، و لكن الأخير ظاهر فى عدم تملك الكافر من رأس، نعم عدم تملك الكافر للمسلم لنفى السبيل منحصر فى التملك الاختيارى، و إن دخوله فى ملكه بالإرث من كافر أو بقاؤه على الملك كما لو أسلم و هو فى يده فلا- دليل على عدم تملك الكافر له نعم يجبر على بيعه كما فى خبر حماد المتقدم أو ينعق عليه كما لو ورث أمه كما سيأتى بحثه فى باب العتق و الارث بلا خلاف فى ذلك بل قال الشارح فى المسالك: (و فى حكمه - أى حكم شراء الأب لأمه ينعق عليه - كل شراء يستعقب العتق كما لو أقر بحريه عبد غيره ثم اشتراه فإنه ينعق عليه بمجرد الشراء، و مثله ما لو قال لغيره: اعتق عبدك المسلم عتّى و عتّى ثمنه، إن سوغناه فإنه شراء ضمنى، و إنما يمتنع دخول العبد المسلم فى ملك الكافر اختياراً كالشراء و الاستيهاب و نحوهما، و أما غيره كالإرث و إسلام عبده الكافر فلا، بل يجبر على بيعه بثمان المثل على الفور إن وجد راغب، و إلا حيل بينهما بمسلم إلى أن يوجد الراغب، و نفقته زمن المهله عليه و كسبه له) انتهى.

(٢) و هو المصحف.

(٣) و هو العبد المسلم.

(٤) النساء آيه: ١٤١.

(٥) لأنه محكوم بالإسلام للتبعيه و كذا المجنون.

(٦) أى و مسيى المسلم.

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

المنفرد به (١) إن ألحقناه (٢) به (٣) فيه (٤)، و لقيط يحكم بإسلامه ظاهرا (٥) (إلا فيمن يعتق عليه (٦) فلا منع، لانتفاء السبيل بالعتق عليه، و في حكمه (٧) مشروط العتق عليه في البيع (٨)، و من أقر بحريته و هو في يد غيره (٩).

و ضابطه جواز شرائه حيث يتعقبه العتق قهرا.

و في حكم البيع (١٠) تملكه له اختيارا كالهبة لا- بغيره كالإرث و إسلام عبده، بل يجبر على بيعه من مسلم على الفور مع الإمكان، و إلا حيل بينهما بوضعه على يد مسلم إلى أن يوجد راغب، و في حكم بيعه منه (١١) إجارتة له الواقعه على عينه لا على ذمته، كما لو استدان منه، و في حكم المصحف أبعاضه (١٢)، و في إلحاق (١) احتراز عما لو شاركه الكافر في السبي.

(٢) أي ألحقنا المسبي.

(٣) بالسابي.

(٤) في الإسلام كما هو مذهب الشيخ و جماعه، و قيل: إنما يلحق به في الطهاره فقط، و قيل: بانتفاء التبعية مطلقا و هو الأقوى.

(٥) و هو لقيط دار الإسلامى.

(٦) على الكافر كأحد الوالدين.

(٧) حكم من يعتق عليهن.

(٨) كأن يقول للغير: اعتق عبدك المسلم عنى و على ثمنه، فهو متضمن لبيعه عليه بشرط العتق.

(٩) ثم اشتراه فإنه يعتق عليه بمجرد الشراء.

(١٠) أى و في حكم البيع الممنوع.

(١١) أى و في حكم بيع العبد المسلم من الكافر و هو ممنوع إجاره العبد المسلم للكافر فيما لو. كانت الإجاره واقعته على عينه لأنها سبيل و هو منفى بحكم الآيه المتقدمه قال الشارح فى المسالك: (و فى حكم البيع الإجاره الواقعه على عينه، أما على ذمته فالأجود الصحه كما لو استدان منه، و كذا رهنه عنده، أما لو وضع على يد مسلم فلا، و فى عاريتة قولان أجودهما المنع، و فى إيداعه له و جهان أجودهما الصحه، لأنه فيها خادم لا ذو سبيل) انتهى، فالمدار على نفى السبيل ليس إلا و منه تعرف الحكم فى هذه الموارد و غيرها.

(١٢) قد تقدم الكلام فيه.

ما يوجد منه (١) في كتاب غيره شاهداً، أو نحوه نظر من الجزئية (٢) و عدم صدق الاسم (٣)، و في إلحاق كتب الحديث النبويه به (٤) وجه (٥).

هنا مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك

(الأولى - يشترط كون المبيع مما يملك) (٦) أى يقبل الملك شرعاً، (فلا يصح بيع الحر، و ما لا نفع فيه غالباً كالحشرات) بفتح الشين كالحيات و العقارب و الفئران و الخنافس و النمل و نحوها، (١) من المصحف.

(٢) بحسب الواقع فلا يجوز البيع.

(٣) أى عدم صدق اسم البيع على بعض المصحف لأن المقصود من البيع هو مجموع الكتاب الفلانى و هو ليس بمصحف.

(٤) بالمصحف.

(٥) بل عن المحقق الثانى أن كتب الحديث و الفقه فى حكم المصحف، و قد عرفت ضعف الدليل على عدم جواز شراء الكافر للمصحف لو قلنا بجواز شراء المسلم له، و من باب أولى جواز شراء الكافر لكتب الحديث و الفقه.

(٦) شروع فى شروط العوضين بعد التكلم عن الصيغه و شرائط المتبايعين، و قد تقدم بعض شروط المبيع كالطهاره مما يتوقف استيفاء منفعتة على الطهاره، و أن يكون المبيع مملوكاً بمعنى قبوله للملك، و هذا لا خلاف فيه كما فى الجواهر، للنبوى (لا بيع إلا- فيما تملك) (١)، و لا يزمه أن يكون مالاً- فلا- يصح بيع الحر لعدم قبوله للملك، و لا- بيع ما لا- منفعة فيه بحسب الغالب كالخنافس و العقارب و الديدان و غيرهما من الحشرات، و فضلات الإنسان كشره و ظفره و رطوباته و إن كانت طاهره لعدم ماليتها عرفاً، إلا لبن المرأه فيصح بيعه و المعاوضه عليه لماليتها عرفاً و سيره قائمه على ذلك و هذا كاف فى تحقق ماليتها.

بل مما تقدم تعرف أن دفع المال بإزاء ما لا مال له أمر سفهى و أكل للمال بالباطل و كلاهما ممنوعان شرعاً فلا تصح المعاوضه على المذكورات السابقه و على كل ما لا مال له.

ص: ٣٧٠

إذ لا- نفع فيها يقابل بالمال، و إن ذكر لها منافع في الخواص (١)، و هو (٢) الخارج بقوله: غالباً،(و فضلات الإنسان) و إن كانت طاهره (إلا- لبن المرأة) فيصح بيعه، و المعاوضه عليه مقدراً بالمقدار المعلوم، أو المده، لعظم الانتفاع به،(و لا المباحات قبل الحيازه) (٣)، لانتفاء الملك عنها حينئذ (٤)، و المتبايعان فيها سيان، و كذا بعد الحيازه قبل نيه التملك إن اعتبرناها فيه (٥) كما هو الأ-جود،(و لا- الأرض المفتوحه عنوه) (٦) بفتح العين أى قهراً كأرض العراق و الشام، لأنها للمسلمين قاطبه لا تملك على الخصوص،(إلا تبعاً لآثار المتصرف) من بناء و شجر فيه، فيصح في (١) أى في كتب الخواص التي ذكر فيها منافع الحيوانات.

(٢) أى ما ذكر له نفع في الخواص.

(٣) قد تقدم اشتراط مملوكيه المبيع و لذا لا يصح بيع المباح قبل الحيازه لعدم تملكه من قبل البائع بل المتبايعان فيه سواء.

(٤) أى ما قبل الحيازه.

(٥) أى اعتبرنا فيه التملك في تحقق الحيازه و سيأتى بحثه في بابه.

(٦) أى التي أخذت قهراً من يد الكفار بالحرب التي أذن فيها الإمام عليه السّلام، و هذه الأرض للمسلمين قاطبه كما تقدم في باب الجهاد من غير فرق بين الفاتحين و غيرهم و لا بين الموجودين وقت الفتح و غيرهم للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن السواد (١) ما منزلته؟ فقال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد) (٢).

و لذا ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز بيعها و لا شرائها و لا هبتها و لا معاوضتها و لا تملكها و لا إيجارها و لا إرثها إلى غير ذلك من أنواع التصرفات الناقله و تبعه عليه ابن زهره و العلامه و ابن حمزه و غيرهم.

و عن ابن إدريس و العلامه في المختلف و الشهيدين بل نسب إلى مشهور المتأخرين أنه يجوز بيعها تبعاً للآثار الموجوده فيها، و المراد بالآثار آثار المتصرف كالبناء و الدور و السقايات و غيرها المبنيه فيها، و على حواشي الشهيد التصريح بكون الأرض جزء المبيع، و فيه: إن الأرض ملكها للمسلمين فكيف يصح بيعها نعم لو قيل ببيع الآثار فقط كما هو ظاهر عبارته الحلبي في السرائر فله وجه وجيه.

ص: ٣٧١

١- (١) و هو أرض العراق و قد فتحت عنوه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

الأقوى، و تبقى تابعه له (١) ما دامت الآثار، فإذا زالت رجعت إلى أصلها، و المراد منها المحياه وقت الفتح، أما الموات فيملكها المحيي و يصح بيعها (٢) كغيرها من الأملاك.

(و الأقرب عدم جواز بيع رباع مكة) (٣) أي دورها (زادها الله شرفاً، لنقل) (١) أي و تبقى الأرض تابعه للبناء و الشجر.

(٢) كما تقدم في بابي الخمس و الجهاد.

(٣) منع الشيخ في الخلاف و المبسوط من بيع بيوت مكة و إيجارها، و تبعه عليه العلامة في التذكرة و ولده في الإيضاح و الشهيد في الدروس و اللمعة، بل عن فخر المحققين نسبته إلى كثير لخبر عبد الله بن عمر بن العاص عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (مكة حرام و حرام بيع رباعها و حرام أجر بيوتها) (١)، بل لأن و مكة مسجد لقوله تعالى: (سُبْحَانَ الَّذِي أَسْرَى بِعَبْدِهِ لَيْلًا مِنَ الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ إِلَى الْمَسْجِدِ الْأَقْصَى) (٢) و المفروض أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أسرى به من بيت خديجه أو من شعب أبي طالب أو في دار أم هانئ، و على كل فتدل الآية مع الضميمة المذكوره أن مكة بجميع دورها مسجد، و قد ادعى الشيخ في الخلاف الإجماع على المنع.

و فيه: أما الإجماع فغير مسموع مع ذهاب الكثير إلى الجواز، و أما الآية فتسميته مكة مسجداً من باب المجاز للحرمة و الشرف و المجاوره مع ضميمة ما ورد من بيع عقيل رباع أبي طالب، بل و بيع جملة من الصحابه منازلهم (٣)، و مما يدل على كون إطلاق المسجدية على مكة من باب المجاز قوله تعالى: (لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ) (٤) حيث أضاف الديار إليهم، و هو كاشف عن تملكهم لها فلا بد من إجراء قاعده تسلط الناس على أموالهم.

و أما الخبر فهو من طرق العامه و لا جابر له لعدم عمل المشهور به فضلاً عن معارضته لما تقدم فلا بد من رده.

نعم صرح البعض بأن مكة من الأرض المفتوحه عنوه و يشهد له تسميه أهلها بالطلاق كما هو المشهور في كتب السير و التواريخ، و عن البعض أن هذا مخصوص لأعاليتها، و على كل فإذا ثبت فتحها عنوه فلا خصوصيه لمكة من هذه الجهة بل يجري البحث -

ص: ٣٧٢

١- (١) سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٤.

٢- (٢) سورة الإسراء، الآية: ١.

٣- (٣) الإمتاع و الإسماع للمقریزی ج ١ ص ٣٨١.

٤- (٤) سورة الحشر، الآية: ٨.

(الشيخ في الخلاف الإجماع) على عدم جوازه، (إن قلنا إنها فتحت عنوه)، لاستواء الناس فيها حينئذ، و لو قلنا إنها فتحت صلحا جاز، و في تقييد المنع بالقول بفتحها عنوه مع تعليقه بنقل الإجماع المنقول بخبر الواحد تنافر، لأن الإجماع إن ثبت لم يتوقف على أمر آخر، و إن لم يثبت افتقر إلى التعليل بالفتح عنوه و غيره، و يبقى فيه (١) أنه على ما اختاره سابقا من ملكه (٢) تبعاً للآثار ينبغي الجواز (٣) للقطع بتجدد الآثار في جميع دورها عما كانت عليه عام الفتح. و ربما علل المنع بالرواية عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالنهي عنه، و بكونها في حكم المسجد، لآيه الإسراء، مع أنه كان من بيت أم هانئ لكن الخبر لم يثبت، و حقيقته المسجديه منتفيه، و مجاز المجاوره و الشرف و الحرمه ممكن، و الإجماع غير متحقق، فالجواز متجه.

الثانيه. يشترط في المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه

الثانيه. يشترط في المبيع أن يكون مقدورا على تسليمه (٤) فلو باع الحمام الطائر) أو غيره من الطيور المملوكه (لم يصح، إلا أن تقضى العاده بعوده) فيصح (٥)، لأنه حينئذ كالعبد المنفذ في الحوائج، و الدابه المرسله (و لو باع) المملوك -السابق من عدم جواز المعاوضه على أرضها لأنها ملك لجميع المسلمين فتتصرف المعاوضه على آثار المتصرف فيها، و عن بعضهم أنها فتحت صلحا و به ينتفى البحث المترتب على أنها مفتوحه عنوه.

(١) في قول المصنف.

(٢) أي ملك المفتوح عنوه.

(٣) جواز بيع ربا مكه.

(٤) بلا- خلاف فيه للنبوى المشهور (نهى رسول الله عن بيع المضطر و عن بيع الغرر) (١) و الغرر هو الحظر كما عن الصحاح و المصباح و الأساس و المغرب و المجلد، و مع عدم القدره على التسليم يكون البيع حظريا و غرريا فيبطل، بل مع عدم القدره على التسليم فيكون بذل المال بإزائه سفها و أكلا- له بالباطل، و هذا الشرط لا يختص بالمشتمن بل يجري بالثمن لعين الأدله السابقه.

(٥) لإمكان تسليمه بعد تنزيل العاده منزله الواقع فيكون بمنزله بيع العبد المنفذ في الأشغال-

ص: ٣٧٣

(الآبق) المتعذر تسليمه (صح مع الضميمة) (١) إلى ما يصح بيعه منفردا (فإن وجدته) المشتري و قدر على إثبات يده عليه،(و إلا كان الثمن بإزاء الضميمة)، و نزل الآبق بالنسبة إلى الثمن منزله المعدوم (٢)، و لكن لا يخرج بالتعذر عن ملك المشتري، فيصح عتقه عن الكفاره، و يبعه لغيره مع الضميمة،(و لا- خيار للمشتري مع العلم) -و الدابه المرسله فى المرعى، و تردد العلامه فى النهايه فى الصحه بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم و أن عوده غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث، و فيه: أما انتفاء القدره فى الحال فلا يضر إذا المدار على القدره عند الاستلام من قبل المشتري، و احتمال عدم عوده غير مانع لأن احتمال عدم القدره على التسليم جار فى كل مبيع.

(١) بلا خلاف فيه لصحيح رفاعه النحاس (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام قلت له: أ يصلح لى أن أشتري من القوم الجارية الآبقه، و أعطيهم الثمن و اطلبها أنا؟ قال: لا- يصلح شراؤها إلا- أن تشتري منهم معها ثوبا أو متاعا فتقول لهم: اشتري منكم جاريتكم فلانه و هذا المتاع بكذا و كذا درهما، فإن ذلك جائز) (١) و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري العبد و هو آبق عن أهله، قال: لا يصلح إلا أن يشتري معه شيئا آخر، و يقول: اشتري منك هذا الشيء و عبدك بكذا و كذا، فإن لم يقدر على العبد كان الذى فقده فيما اشترى منه) ٢، و ذيله ظاهر فى كون الحصول على العبد مرجوا، و عليه يحمل الصحيح أيضا هذا من جهه و من جهه أخرى الجمع بين الأخبار و بين مقتضى القواعد القاضيه بالقدره على التسليم يكون للآبق أحوال ثلاثه: أن يكون مأبوسا منه نحو الطير فى السماء و السمك فى الماء فلا يصح بيعه و لو ضميمة، و أن يكون مقدورا عليه للبايع أو المشتري و هذا يصح بيعه من دون حاجه إلى ضميمة و أن يكون مرجو الحصول فهذا يحتاج إلى الضميمة إن أريد بيعه، فيدخل حينئذ فى ملك المشتري بالعقد و إن تعذر الحصول عليه كان الثمن فى قبالة الضميمة لصريح ذيل موثق سماعه، و لا يخرج عن ملك لأنه صار له ملكا بالعقد فلا يخرج عنه من غير مسبب، و لازم جواز عتقه من قبل المشتري قبل العجز و بعده، و يبعه كذلك مع الضميمة قبل تحقق العجز عنه و غير ذلك مما يترتب على الملك.

(٢) بمعنى أن الثمن لا يوزع على الضميمة و على الآبق بحيث إذا تعذر استلامه يرجع بحصته من الثمن كما هو مقتضى القواعد، بل يكون الثمن بتمامه بإزاء الضميمة عند تعذر استلام العبد كما هو صريح موثق سماعه.

ص: ٣٧٤

(يأبأقه)، لقءومه على النقص (١)، أما لو جهل جاز الفسخ إن كان البيع صحيحاً، و يشترط فى بيعه (٢) ما يشترط فى غيره من كونه معلوماً موجوداً عند العقد و غير ذلك، سوى القءره على تسليمه، فلو ظهر تلفه حين البيع، أو استحقاقه لغير البائع، أو مخالفاً للوصف بطل البيع فيما يقابله فى الأولين (٣)، و تخير المشتري فى الأخير (٤) على الظاهر (٥).

(و لو قدر المشتري على تحصيله) دون البائع (فالأقرب عدم اشتراط الضميمة) (٦) فى صحه البيع، لحصول الشرط و هو القءره على تسلّمه. و وجه الاشتراط (٧) صدق الإباق معه (٨) الموجب للضميمة بالنص (٩). و كون الشرط التسليم و هو أمر آخر غير التسلم.

و يضعف بأن الغايه المقصوده من التسليم حصوله (١٠) بيد المشتري بغير مانع و هى (١١) موجوده (١٢)، و الموجبه (١٣) للضميمة العجز عن تحصيله و هى مفقوده، (١) و مع علمه بالحال فلا خيار له.

(٢) أى بيع الآبق.

(٣) و هما ظهور تلفه حين البيع و استحقاقه لغير البائع، هذا إذا باعه عن نفسه فى الثانى، و إلا فهو عقد فضولى متوقف على إجازة المالك.

(٤) فيما لو ظهر مخالفاً للوصف.

(٥) لدخوله فى البيع فلا بد من تقسيط الثمن على أجزائه مع إثبات الفسخ للمشتري لمخالفة الوصف، مع احتمال إلحاقه بتعذره فيصح بيعه مع الضميمة من دون إثبات الخيار و هو احتمال ضعيف.

(٦) لأن المدار فى القءره على التسليم هو تسلّم المشتري فلو كان المشتري قادراً أو كانت العين فى يده لكفى.

(٧) أى اشتراط الضميمة لو كان المشتري قادراً على تحصيله دون البائع.

(٨) مع القءره على التسلم.

(٩) و هو صحيح رفاعه و موثق سماعه المتقدمان.

(١٠) أى حصول المبيع.

(١١) أى الغايه المقصوده.

(١٢) أى موجوده فى المقام بحسب الفرض.

(١٣) أى و الغايه الموجبه.

(و عدم لحقوق أحكامها (١) لو ضم) (٢) فيوزع الثمن عليهما لو لم يقدر على تحصيله، أو تلف قبل القبض، و لا يتخير لو لم يعلم بإبائه (٣)، و لا يشترط في الضميمة صحه أفرادها بالبيع (٤) لأنه حينئذ بمنزله المقبوض و غير ذلك من الأحكام، و لا يلحق بالآبئ غيره مما في معناه كالبعير الشارد، و الفرس العائر (٥) على الأقوى (٦)، بل المملوك المتعذر تسليمه بغير الإباق، اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص.

(أما الضال و المجهود) من غير إباق (فيصح البيع، و يراعى بإمكان التسليم)، فإن أمكن في وقت قريب لا يفوت به شيء من المنافع يعتد به، أو رضى المشتري بالصبر إلى أن يسلم لزم، (و إن تعذر فسخ المشتري إن شاء)، و إن شاء التزم و بقى على ملكه ينتفع به بالعتق و نحوه، و يحتمل قويا بطلان البيع، لفقد شرط الصحه، و هو إمكان التسليم (٧). و كما يجوز جعل الآبئ مثننا يجوز جعله مثننا (٨)، سواء أ كان (١) أى أحكام الضميمة.

(٢) أى لو ضم العبد الآبئ إلى الضميمة، و المعنى أن العبد الآبئ الذى يقدر المشتري على تحصيله دون البائع لو ضم إلى الضميمة فلا يلحقها أحكامها بحيث لو تعذر تحصيله كان الثمن فى قبالتها فقط، بل يوزع الثمن عليه و عليها فلو تعذر تحصيله كان للمشتري حصه العبد من الثمن.

(٣) لأنه قادر على استلامه فالعبد بالنسبه إليه غير آبئ.

(٤) بخلاف السابق بحيث يكون الثمن فى قبالتها لو تعذر استلام العبد الآبئ.

(٥) من عار يعير أى هام على وجهه.

(٦) مقتضى القواعد عدم جواز بيع ما لم يقدر البائع على تسليمه، لكن قام النص على جواز بيع العبد الآبئ مع الضميمة فيقتصر على مورده اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص، و مورده العبد الآبئ فلا يشمل البعير الشارد رد و لا الفرس العائر، و كذا لا يشمل المملوك الذى يتعذر تسليمه من غير جهه الإباق كالمغصوب و الضال و المجهود.

(٧) و هو مستلزم للغرر و السفاهه عرفا و عاده، و هما المعيار فى إثبات هذا الشرط من أصله، نعم لو حصل العلم أو الظن المتأخم له بإمكان التسليم كان المصير إلى صحه البيع هو المتيقن.

(٨) قد عرفت أن مورد النص المخالف للقواعد هو: جعل العبد الآبئ مع الضميمة مثننا، فهل يصح جعله كذلك مثننا و جهان: من أنه على خلاف النص فيرجع فيه إلى القواعد-

فى مقابلته (١) آبق آخر، أم غيره، لوصول معنى البيع فى الثمن و المثلن.

(و فى احتياج العبد الآبق الموصول ثمننا إلى الضميمة احتمال) (٢)، لصدق الإباق المقتضى لها (٣) (و لعله (٤) الأقرب)، لاشتراكهما (٥) فى العله المقتضيه لها (٦)، (و حينئذ يجوز أن يكون أحدهما ثمننا، و الآخر مثلنا مع الضميتين، و لا يكفى) فى الضميمة فى الثمن و المثلن (ضم آبق آخر إليه) (٧)، لأن الغرض من الضميمة أن تكون ثمننا (٨) إذا تعذر تحصيله فتكون (٩) جامعه لشرائطه (١٠) التى من جملتها إمكان التسليم، و الآبق الآخر ليس كذلك.

(و لو تعددت العبيد) (١١) فى الثمن و المثلن (كفت ضميمة) -فلا يصح، و من أن معنى البيع الذى هو انتقال كل من العوضين إلى الآخر بالشروط المعتبره موجود فيه فيصح فيكون جعل العبد الآبق مع الضميمة مثلنا خصوصيه يقطع بعدم مدخليتها فى الحكم فتسقط و هو الأقوى.

(١) أى فى المثلن.

(٢) بل هو المتعين للعله التى اقتضت ضم الضميمة إلى العبد الآبق فى المثلن، بحيث إذا تعذر تسليمه تكون الضميمة واقعه فى قبال العوض الآخر.

(٣) للضميمة.

(٤) أى و لعل الاحتياج.

(٥) أى اشتراك الثمن و المثلن إذا كانا عبدا آبقا.

(٦) للضميمة.

(٧) إلى الآبق الأول و ذلك لعدم إمكان تسليمها معا فيتبين أن أحد العوضين لم يقع فى قباله شىء فيكون أكله أكلا للمال بالباطل.

(٨) أو مثلنا.

(٩) أى الضميمة.

(١٠) أى شرائط الثمن أو المثلن و لذا اشترط فى الضميمة أن تكون مالا متمولا و مما يصح بيعها و شراؤها منفردة.

(١١) قد عرفت أن مورد النص جعل العبد الآبق مع الضميمة مثلنا، و عديناه إلى الثمن لإسقاط خصوصيه المثلن، و نعيده إلى العبدین و الثلاثة لإسقاط خصوصيه الوحده فى العبد للقطع بعدم مدخلية هذه الخصوصيه فى الحكم، و لازمه جواز بيع العبدین الآبقين مع الضميمة، و جواز جعلهما كذلك ثمننا و هكذا فى الثلاثة فما فوق، ثم يشترط فى -

(واحد) (١) لصدق الضميمة مع الآبق، و لا يعتبر فيها كونها متموله إذا وزعت على كل واحد لأن ذلك، يصير بمنزله ضمائم، مع أن الواحده كافيه. وهذه الفروع من خواص هذا الكتاب، و مثلها (٢) في تضاعيفه (٣) كثير ننبه عليه إن شاء الله تعالى في مواضعه.

الثالثه. يشترط في المبيع أن يكون طلقا

(الثالثه. يشترط في المبيع أن يكون طلقا (٤)، فلما يصح بيع الوقف) (٥) -الضميمة أن تكون مالا متمولا بالنسبه لجميع العبيد الواقعه مع الضميمة في طرف، و لا- يجب أن تكون الضميمة ذات قيمه ماليه لو قسمت على العبيد الموجودين في طرفها قضاء لحق الدليل الذى أوجب اشتراطها، لأنه لو تعذر تسليم العبيد لكانت الضميمة صالحه أن تكون عوضا أو معوضا، و هذا ما يوجب اشتراط ماليتها بالنسبه لجميع العبيد لا بالنسبه إلى كل عبد لو قسمت الضميمة عليهم.

(١) في كل طرف.

(٢) أى و مثل هذه الفروع.

(٣) أى فى أثناء هذا الكتاب.

(٤) ذكره المحقق و العلامه و جماعه ممن تأخر عنهما، و أبد له العلامه فى القواعد بأن يكون تاما، و معناه أن يكون المالك غير ممنوع التصرف فى ملكه بحيث لم يتعلق به حق الغير، و دليل هذا الشرط واضح، و لازمه عدم جواز بيع الوقف و عدم جواز بيع العين المرهونه إلا بإذن المرتهن و إجازته، و عدم جواز بيع أم الولد، و هذا ما اقتصر عليه الأصحاب و إلا فالفروع المترتبة على هذا الشرط كثيره.

(٥) بلا- خلاف فيه، لأن الوقف على ما تقدم فى بابه تحبيس الأصل، و التحبيس فى بيعه، و لعموم قوله عليه السّلام فى مكاتبه الصغار (الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أصلها إن شاء الله تعالى) (١)، و لخبر ابن راشد (سألت أبا الحسن عليه السّلام قلت: جعلت فداك، اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم، فلما وفّرت المال خبّرت أن الأرض وقف، فقال عليه السّلام: لا يجوز شراء الوقوف، و لا- تدخل الغله فى ملكك، أدفعها إلى من أوقفت عليه، قلت: لا أعرف لها ربا، قال عليه السّلام: تصدق بغلتها) (٢) و مثلها غيرها.

و قد وقع الخلاف بينهم فى جواز بيعه فى بعض الموارد، و كلماتهم فى هذا الاستثناء فى-

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

-غايه التشويش و الاضطراب بل قال الشارح فى المسالك: (قد اضطرب فتوى الأصحاب فى هذه المسأله اضطرابا عظيما، حتى من الرجل الواحد فى كتاب واحد)، و العمده على الدليل فتقول: إن الكلام تاره فى الوقف المؤبد و أخرى فى المنقطع، أعنى منقطع الآخر، و الأول على قسمين فتاره يكون ملكا للموقوف عليهم و أخرى لا- يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير تحرير الرقبه كالأوقاف العامه مثل المدارس و الخانات و المساجد.

فالثانى لا يجوز بيعه بلا خلاف لعدم الملك لأحد، بل هو ملك لله جل و علا، نعم للمسلمين حق الانتفاع فى المساجد و كذا المسافرين فى الخانات و الطلاب فى المدارس و هكذا، إلا إذا ذهبت عينه فيبطل الوقف لانتفاء موضوعه إلا فى المساجد فتبقى عرصته و أرضه محكوماه بالمسجدية بحيث لا يجوز تنجيسها و يجب تطهيرها.

و أما لو خرب الوقف بحيث لا- يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فعن الشيخ الأ-عظم و جماعه جواز البيع لانصراف أدله منع بيع الوقف عنه، و فيه: إنها غير مسموعه لأنه انصراف ناشئ من قله الوجود لا من كثره الاستعمال فى غيره. و استدلل لجواز البيع بأن العين الموقوفه هى محبوسه ما دام يمكن الانتفاع بها، فإذا بطل الانتفاع بها فهى محبوسه بماليتها دون شخصها فتبدل بعين أخرى مكانها، و لازمه أن البدل وقف لا يحتاج إلى صيغته لأن المال بحسب الفرض محبوس.

و فيه: إنه استحسان محض فلا بد من التمسك بإطلاق أدله منع بيع الوقف، و منه تعرف الحكم بعدم جواز بيع الوقف الذى قلّ نفعه بحيث يلحق بالعدم عرفا.

و الأول يجوز بيعه إذا وقع اختلاف بين أربابه الموقوف عليهم، بحيث لا يؤمن مع هذا الاختلاف من إتلاف النفوس و الأموال، لمكاتبه ابن مهزيار (كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السّلام: إن فلانا ابتاع ضيعه و جعل لك من الوقف الخمس - إلى أن قال - كتبت إليه: أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم هذه الضيعه اختلافا شديدا، و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع إلى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته، فكتب إليه بخطه و أعلمه أن رأى له: إن كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن يبيع الوقف أمثل، فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس)([1](#)).

و يجوز بيعه فيما لو شرط الواقف بيعه عند حدوث أمر من قله نفعه أو احتياج الموقوف-

ص: ٣٧٩

العام (١) مطلقاً (٢)، إلا- أن يتلاشى و يضمحل، بحيث لا- يمكن الانتفاع به في الجهة المقصوده مطلقاً (٣) كحصير يبلى، و لا يصلح للانتفاع به في محل الوقف، -عليه إلى ثمنه أو كان يبعه أنفع، على حسب ما يذكره الواقف، لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (بعث إلى بهذه الوصيه أبو إبراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به و قضى في ماله عبد الله على ابتغاء وجه الله - إلى أن قال - و إنه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف و ينفقه حيث يريد الله في حل محل لا حرج عليه فيه، فإن أراد أن يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا- حرج عليه فيه - إلى أن قال - و إن كان دار الحسن غير دار الصدقه فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء لا- حرج عليه فيه) (١) و هو صريح في نفوذ شرط الواقف، مهما كان الشرط إذ لا خصوصيه للشرط المذكور.

هذا كله في الوقف المؤبد، و أما الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقض، فقد تقدم في كتاب الوقف صحته، و يجوز بيعه إذ كان البيع أصلح لهم لخبر جعفر بن حنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصى لرجل و لعقبه ليس بينه و بينه قرابه بثلاثمائة درهم في كل سنه و يقسم الباقي على قرابته من أبيه و قرابته من أمه - إلى أن قال - قلت: فللورثه من قرابه الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا، و لم يكفهم ما يخرج من الغله؟ قال: نعم إذا رضعوا كلهم، و كان البيع خيراً لهم باعوا) (٢)، و للتوقيع الشريف في مكاتبه الحميري عن صاحب الزمان عليه السلام (أنه كتب إليه: روى عن الصادق عليه السلام خبر مأثور: إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه، و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه، فهل يجوز أن يشتري من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع، أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك؟ و عن المسلمين فلا- يجوز بيعه، فأجاب عليه السلام: إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إن شاء الله) (٣)، و الثاني صريح في عدم اشتراط رضا الجميع.

(١) لعدم ملكه لأحد، بل هو فكك ملك كما تقدم.

(٢) سواء كان في بيعه مصلحه أم لا، و سواء كان بقاؤه مؤدياً إلى خرابه أم لا، و سواء كان للنظر أم لغيره.

(٣) بلا استثناء شيء.

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

٢- ((٢) و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٨ و ٩.

و جذع ينكسر كذلك (١)، و لا يمكن صرفهما بأعيانهما فى الوقود لمصالحه، كأجر المسجد فيجوز بيعه حينئذ (٢) و صرفه (٣) فى مصالحه، إن لم يمكن الاعتياض عنه بوقف (٤)، و لو (٥) لم يكن أصله موقوفاً، بل أشتري للمسجد مثلاً من غلته (٦) أو بذله له (٧) باذل (٨) صح للناظر بيعه مع المصلحة مطلقاً (٩).

(و لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه) فى الوقف المحصور (١٠) (فالمشهور الجواز) أى جواز بيعه حينئذ، و فى الدروس اكتفى فى جواز بيعه بخوف خرابه، أو خلف أربابه المؤدى إلى فساده، و قل أن يتفق فى هذه المسألة فتوى واحد، بل فى كتاب واحد فى باب البيع و الوقف فتأملها، أو طالع شرح المصنف للإرشاد تطّلع على ذلك.

و الأقوى فى المسألة ما دلت عليه صحيحه على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد عليه السّلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، و علّله عليه السّلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، و ظاهره أن خوف أدائه (١١) إليهما (١٢)، أو إلى أحدهما ليس بشرط، بل هو مظنه لذلك (١٣)، و من هذا الحديث اختلفت (١) أى بحيث لا يصلح للانتفاع به فى محل الوقف.

(٢) أى حين عدم الانتفاع به مطلقاً فى محل الوقف.

(٣) أى صرف ثمنه فى مصالح الوقف.

(٤) فلو أمكن يجب رعايه لغرض الواقف قال الشارح فى المسالك: (و حيث يجوز البيع يشتري بثمانه ما يكون وقفاً على ذلك الوجه إن أمكن، و يجب تحصيل الأقرب إلى صفة الموقوف، الأقرب فالأقرب).

(٥) الواو استثنائية.

(٦) أى غله العين الموقوفه على المسجد.

(٧) للمسجد.

(٨) من دون وقف.

(٩) و إن لم يتلاشى و يضمحل.

(١٠) أى الخاص دون العام.

(١١) أى أداء الخلف.

(١٢) إلى تلف الأموال و النفوس.

(١٣) و المعنى: بل الشرط كون الخلف بين أربابه مظنه لتأديته إلى تلف الأموال و النفوس.

أفهامهم فى الشرط المسوّغ للبيع، ففهم المصنف هنا أن المعتبر الخلف المؤدى إلى الخراب، نظرا إلى تعليه بتلف المال، فإن الظاهر أن المراد بالمال الوقف، إذ لا- دخل لغيره (١) فى ذلك (٢)، و لا- يجوز بيعه فى غير ما ذكرناه، و إن احتاج إلى بيعه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته، أو كان بيعه أعود، أو غير ذلك مما قيل (٣)، لعدم دليل صالح عليه، و حيث يجوز بيعه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على ذلك الوجه إن أمكن، مراعى للأقرب إلى صفته (٤) فالأقرب، و المتولّى بذلك الناظر إن كان، و إلا الموقوف عليهم أن انحصروا، و إلا فالناظر العام.

(و لا) بيع الأمه (المستولده) من المولى (٥)، و يتحقق الاستيلاء المانع من البيع (١) أى لغير الوقف.

(٢) أى فى التعليل المذكور، و المعنى: أن الإمام عليه السّلام قد قال فى مكاتبه الصغار المتقدمه (فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس)، و فهم المصنف من لفظ الأموال خصوص الوقف لعدم مدخله غيره فى التعليل فلذا جوّز البيع إذا كان الخلف بين أربابه مؤديا إلى خراب الوقف، و فيه: أن لفظ الأموال الوارد فى التعليل عام يشمل الوقف و غيره و تخصيصه بالوقف ليس فى محله هذا من جهه و من جهه أخرى فالعله لجواز بيع الوقف ليست خراب الوقف بل نفس الاختلاف بين أربابه الذى قد يؤدى إلى تلف النفوس و الأموال.

(٣) بل قد عرفت جواز بيع الوقف المنقطع إذا كان بيعه أعود، و جواز بيع المؤبد فيما لو شرط الواقف ذلك.

(٤) أى إلى صفه الوقف.

(٥) المسأله الثانيه المترتبه على اشتراط كون المبيع طلقا عدم جواز بيع أم الولد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن الرجل يموت و له أم ولد، و له معها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ قال: أخبرك بما أوصى به على عليه السّلام فى أمهات الأولاد؟ قلت: نعم، قال: إن عليا عليه السّلام أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهى من نصيب ولدها) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: أيما رجل ترك سريه، لها ولد أو فى بطنها-

ص: ٣٨٢

بعلوقها فى ملكه و إن لم تلجه الروح كما سيأتى، فقوله: (ما دام الولد حيا) (١) مبنى على الأُغلب (٢)، أو على التجوز لأنه قبل ولوج الروح لا- يوصف بالحياه إلا مجازا، و لو مات صارت كغيرها من إمائته عندنا، أما مع حياته فلا يجوز بيعها، (إلا فى ثمانيه مواضع). و هذا الجمع من خواص هذا الكتاب.

(أحدها. فى ثمن رقبته مع إعسار مولاهها، سواء كان حيا (٣)، أو ميتا)، أما -ولد أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك ما لا جعلت فى نصيب ولدها(١).

بل يتحقق عنوان أم الولد لو كان ولدها حملا غير مولود عند موت سيدها لصحيح محمد بن مارد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولادا، ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله ثم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له فى بيعها، قال: هى أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، و إن شاء أعتق(٢) و مفهومه عدم جواز البيع إذا حدث الحمل بعد ملكه إياها، و الحمل مطلق يشمل ما لو ولجته الروح أو لا، بل يصدق حتى على المضغ، نعم لا يصدق على النطفه قبل الانعقاد.

(١) حتى تنتعق من نصيبه بعد موت سيدها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر يونس (فى أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا، هى أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعتق من الورثه، فإن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد، و إذا ملكها الولد فقد عتقت بملك ولدها لها(٣).

(٢) أى قيد الحياه للولد مبنى على الأُغلب أو التجوز، إذ قد عرفت أن حد المنع من بيعها وجود ولد لها من سيدها و لو كان حملا لم تلجه الروح.

(٣) يجوز بيعها فى ثمن رقبته مع إعسار المولى بحيث لم يكن عنده ما يزيد على مستثنيات الدين لصحيح عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السلام (سألت عن أم الولد تباع فى الدين؟ قال: نعم فى ثمن رقبته(٤) و هو مطلق شامل لما لو كان المولى حيا أو ميتا، و هذا ما عليه الأكثر، و عن ابن حمزه الجزم بكونه ميتا لصحيح عمر بن يزيد الآخر.-

ص: ٣٨٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٣.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

مع الموت فموضع وفاق، و أما مع الحياه فعلى أصح القولين لإطلاق النص، و المراد بإعساره أن لا يكون له من المال ما يوفى ثمنها زائدا على المستثنيات فى وفاء الدين.

(و ثانيها. إذا جنت على غير مولاها) فيدفع ثمنها فى الجنايه، أو رقبتهأ إن رضى المجنى عليه (١)، و لو كانت الجنايه على مولاها لم يجوز، لأنه لا يثبت له على ماله مال.

-قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام: أسألك، قال: سل، قلت: لم باع أمير المؤمنين عليه السّلام أمهات الأولاد؟ قال: فى فكاك رقابهن، قلت: و كيف ذلك؟ قال: أيما رجل اشترى جاريه فأولدها ثم لم يؤد ثمنها و لم يدع المال ما يؤدى عنه أخذ ولدها منها، فبيعت و أذى ثمنها، قلت: فىبقى فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا(١)، و لذا تردد الفاضلان، بل جزم باشتراط الموت جماعه من المتأخرين منهم المقدس الأردبيلى و صاحب الجواهر، و منه تعرف أنه فى حال موت المولى فيجوز بيعها لفكاك رقبتهأ بلا خلاف، و إن نسب للسيد عدم جواز بيعها مطلقا لكن النسبه غير ثابتة.

(١) و هذا فى العمد، و أما الخطأ بالتخير للمولى، ثم إن هذا الحكم ثابت لمطلق الرق كما سيأتى فى بابها، بحيث إذا جنى المملوك على غير مولاه تعلق الجنايه برقبته ففى الخطأ يتخير المولى بين الفداء و إعطائه المجنى عليه، و فى العمد إن أراد المجنى عليه القصاص و إلا فله استرقاقه، أو أخذ الأرش من مولاه إن رضى به.

و عدى الحكم إلى أم الولد لأنها رق، و لكن فى المبسوط فى باب الديات أن أرش جنائتها على سيدها بلا خلاف، و فى باب الاستيلاء من المبسوط أن أرش الجنايه متعلق برقبتهأ بلا-خلاف، و لذا نقل عن العلامة فى المختلف أن الشيخ غفل عمّا فى الديات من المبسوط بعدم التعلق برقبتهأ، ثم مال العلامة إلى ذلك مع جعل الضمان على المولى لأنه منع من بيعها بإحباله، و أخرجها بالإحبال عن تعلق الأرش بذمتها، فصار المولى كالمثلف لمحل الأرش فلزمه الضمان كما لو قتل المولى عبده الجانى و يشهد له صحيح مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (أم الولد جنائتها فى حقوق الناس على سيدها، و ما كان من حق الله عز و جل كان ذلك فى بدنها)(٢)، و أما لو جنت على سيدها خطأ أو عمدا فسيأتى دليله فى بابها مع عدم الربط فى مسأله جواز بيعها.

ص: ٣٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بقيه الحدود و التعزيرات حديث ٢.

(و ثالثها. إذا عجز مولاها عن نفقتها) (١)، و لو أمكن تأديها بيع بعضها وجب الاقتصار عليه، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع الضروره.

(و رابعها. إذا مات قريبها و لا- وارث له سواها) لتعتق و ترثه، و هو تعجيل عتق أولى بالحكم من إبقائها لتعتق بعد وفاه مولاها (٢).

(و خامسها. إذا كان علوقها بعد الارتهان) (٣) فيقدم حق المرتهن لسبقه، و قيل: يقدم حق الاستيلاء، لبناء العتق على التغليب، و لعموم النهى عن بيعها.

(و سادسها. إذا كان علوقها بعد الإفلاس) أى بعد الحجر على المفلس، فإن مجرد ظهور الإفلاس لا يوجب تعلق حق الديان بالمال و الخلاف هنا كالرهن.

(و سابعها. إذا مات مولاها و لم يخلف سواها و عليه دين مستغرق و إن لم يكن ثمنها لها)، لأنها إنما تعتق بموت مولاها من نصيب ولدها، و لا نصيب له مع استغراق الدين فلا تعتق، و تصرف فى الدين (٤).

(١) فتباع من باب دفع الضرر عنها، و لذا لو أمكن دفعه بيع بعضها اقتصر عليه من باب الوقوف فيما خالف الأصل على موضع الضروره، و فيه: إنه يمكن القول بعدم جواز بيعها مطلقا لإطلاق أدله المنع، و نفقتها حينئذ بعد عجز المولى فى كسبها أو كان لها كسب إذا أمكن لها الاكتساب و إلا فى بيت المال، و مع عدمه فهى واجبه على عموم المسلمين كالحره المزوجه.

(٢) و هو مجرد اعتبار ليس إلا، و لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعى عليه إذ هو ليس بأولى من إلزام المولى بعتقها ثم يدفع إليه قيمتها بسبب فوات ماله عليه فترث حينئذ قريبها.

(٣) أو الإفلاس بحيث حجر عليه لأنه مفلس، و المعنى لو وطئها بعد ما رهنها أو بعد ما تعلق حق الغرماء بها عند إفلاسه و حملت منه، فقيل بتقديم حق المرتهن و حق الغريم لسبقه فيجوز بيعها، و قيل: يقدم حق الاستيلاء لأنه بإحباله كالمثلف لمتعلق حق المرتهن و الغريم، فيثبت الحق حينئذ فى رقبته، كما لو مات أم الولد فينتقل حق المرتهن و الغريم إلى رقبه المولى فضلا عن إطلاق أدله منع بيعها.

(٤) و قد منع من جواز بيعها حينئذ على قول لأن التركة تنتقل إلى الوارث و إن كان الدين مستغرقا لأن الوارث مخير فى جهات القضاء، و حينئذ تعتق من نصيب ولدها و على الولد السعى فى أداء ثمنها خصوصا بعد إطلاق صحيح عمر بن يزيد المتقدم (قلت: فيبقى -

(و ثامنهما. بيعها على من تنعتق عليه، فإنه في قوة العتق) فيكون تعجيل خير يستفاد من مفهوم الموافقه، حيث إن المنع من البيع لأجل العتق (١)، (و في جواز بيعها بشرط العتق نظر، أقربه الجواز) لما ذكر (٢)، فإن لم يف المشتري بالشرط فسخ البيع وجوبا، فإن لم يفسخه المولى احتتمل انفساخه بنفسه، و فسخ (٣) الحاكم إن اتفق، و هذا موضع تاسع، و ما عدا الأول من هذه المواضع غير منصوص بخصوصه، و للنظر فيه مجال، و قد حكاها في الدروس بلفظ قيل، و بعضها (٤) جعله احتمالا من غير ترجيح لشيء منها، و زاد بعضهم مواضع آخر، عاشرها في كفن سيدها إذا لم يخلف سواها (٥)، و لم يمكن بيع بعضها فيه، و إلا اقتصر عليه (٦). و حادى عشرها: إذا أسلمت قبل مولاها الكافر (٧)، و ثاني عشرها: إذا كان ولدها غير وارث لكونه قاتلا، أو كافرا، لأنها لا تنعتق بموت مولاها -فيما سوى ذلك من دين؟ قال: لا(١) و المراد من الدين هو الدين في ثمنها فقط فلا يجوز بيعها في غيره.

(١) و المعنى: أن بيعها للعتق المعجل أقوى مناسبة لعدم جواز بيعها حتى تنعتق من نصيب ولدها بعد موت سيدها، و الأقوائيه ناشئه من أن المنع لأجل العتق عند الموت و هذا عتق معجل فيكون أولى، و فيه: إن الأولويه هنا عقلية مندرجه في القياس المحرم.

(٢) من كونه تعجيل خير فهو أولى من المنع من بيعها حتى تنعتق من نصيب ولدها عند موت سيدها، و فيه: إنه قياس محرم.

(٣) أى و احتمل فسخ الحاكم إن اتفق وجوده.

(٤) و هو السابع و التاسع و حكى الباقي بلفظ قبل.

(٥) بدعوى أولويه الكفن من الدين الذى فرض جواز بيعها فيه، و فيه: إن الأولويه ممنوعه، و أم الولد تنتقل إلى الوارث عند موت سيدها بسبب الوفاء فتصير حره لانعتاقها من نصيب ولدها و لا يجوز بيع الحره، نعم إن بذل له الكفن و إلا دفن من غير تكفين.

(٦) أى على البعض.

(٧) فيجب بيعها لنفى السبيل من الكافر على المسلم، و فيه: إنه مناف لحق تشبثها بالحرية فلو قيل بوجوب عتقها و إن تدفع قيمتها من بيت المال أو بالسعى من قبلها في قيمتها جمعا بين الحقين لكان قولنا لا ينافى القواعد فلا يتعين الأول.

ص: ٣٨٤

حينئذ، إذ لا نصيب لولدها. و ثالث عشرها إذا جنت على مولاها (١) جنايه تستغرق قيمتها، و رابع عشرها: إذا قتلته خطأ (٢)، و خامس عشرها: إذا حملت في زمن خيار البائع، أو المشترك (٣) ثم فسخ البائع بخياره، و سادس عشرها: إذا خرج مولاها عن الذمه و ملكت أمواله التي هي منها، و سابع عشرها: إذا لحقت هي بدار الحرب ثم استرقت، و ثامن عشرها: إذا كانت لمكاتب مشروط، ثم فسخ كتابته، و تاسع عشرها: إذا شرط أداء الضمان منها قبل الاستيلاء ثم أولدها، فإن حق المضمون له أسبق من حق الاستيلاء كالرهن و الفلز السابقين، و العشرون:

إذا أسلم أبوها، أو جدها و هي مجنونه، أو صغيره، ثم استولدها الكافر بعد البلوغ قبل أن تخرج عن ملكه و هذه في حكم إسلامها عنده، و في كثير من هذه المواضع نظر (٤).

الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائته من بيعه

(الرابعه. لو جنى العبد خطأ لم تمنع جنائته من بيعه) لأنه لم يخرج عن ملك مولاها بها (٥)، و التخيير في فكّه للمولى، فإن شاء فكّه بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمته (٦)، و إن شاء دفعه إلى المجنى عليه، أو (١) هذا على رأى بعض الأصحاب و إلا فقد عرفت أن جنائتها على مولاها لا شيء فيه لأنه لا يثبت على ماله مال.

(٢) قال سلطان العلماء: لم يظهر لنا وجه لقيد القتل بالخطأ.

(٣) أى الخيار المشترك بين المتبايعين.

(٤) لعدم النص بالخصوص بعد كون مناط الإلحاق هو الاستحسان المحض أو القياس.

ثم ما يترتب على كون المبيع طلقاً عدم جواز بيع العين المرهونه من قبل الراهن لتعلق حق الارتهان بها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و لعله لوضوحه لم يذكره الشهيدان هنا.

(٥) بالجنايه.

(٦) لأنه لا يجنى على أكثر من نفسه و تخيير المولى بين فكّه أو دفعه للمجنى عليه سيأتى دليله فى كتاب القصاص هذا من جهه و من جهه أخرى تعرض الفقهاء لهذا الفرع هنا لبيان أن اشتراط كون المبيع طلقاً لا يمنع من بيع العبد الجانى بعد كون مولاها مخيراً بين فكّه و بين دفعه للمجنى عليه، فإذا باعه فيتعين عليه الفداء كما هو واضح هذا إذا كانت جنائته خطأ.

وليه (١) ليستوفى من رقبته ذلك، فإذا باعه (٢) بعد الجنايه كان التزاما بالفداء على أصح القولين (٣)، ثم إن فداءه و إلا جاز للمجنى عليه استرقاقه فينفسخ البيع إن استوعبت (٤) قيمته، لأن حقه أسبق، و لو كان المشتري جاهلا بعيه تخير أيضا (٥).

(و لو جنى عمدا فالأقرب أنه) أى البيع (موقوف على رضا المجنى عليه، أو وليه) لأن التخيير فى جنايه العمد إليه (٦) و إن لم يخرج عن ملك سيده، فبالثانى (٧) يصح البيع و بالأول (٨) يثبت التخيير فيضعف قول الشيخ بطلان البيع فيه، نظرا إلى تعلق حق المجنى عليه قبله (٩)، و رجوع الأمر إليه (١٠)، فإن ذلك لا يقتضى البطلان، و لا يقصر عن بيع الفضولى، ثم إن أجاز البيع و رضى بفدائه بالمال و فكه المولى لزم البيع، و إن قتله، أو استرقه بطل، و يتخير المشتري قبل استقرار حاله مع جهله للعيب المعروض للفوات، و لو كانت الجنايه فى غير النفس و استوفى فباقيه مبيع، و للمشتري الخيار مع جهله، للتبعيض، مضافا إلى العيب سابقا (١١).

(١) أى ولى المجنى عليه.

(٢) أى باعه مولاه.

(٣) بل هو المشهور، و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه لا يجوز إلا إذا فداه المولى أو التزم بالفداء، و فيه: أن مقتضى القواعد صحة البيع مع إلزام المولى بالفداء بعد كونه مخيرا بين فكه و دفعه إلى المجنى عليه.

(٤) أى استوعبت الجنايه قيمته، و إن لم تستوعب رجع بمقدار أرشه.

(٥) فالمشتري له الخيار مع الجهل بحال العبد ما لم يفده المولى، و لو كان عالما بعيه لم يرجع بشيء على المولى و لا خيار له لأنه اشتراه عالما به راضيا بتعلق الحق به.

(٦) إلى المجنى عليه.

(٧) من عدم خروجه عن ملك سيده.

(٨) من كون التخيير فى جنايه عمدا العبد إلى المجنى عليه، بحيث له الخيار بين قتله لو كانت الجنايه موجه لذلك، و بين الاسترقاق، و لذا منع الشيخ من بيعه، و لكن التخيير للمجنى عليه بين قتله و استرقاقه لا يمنع من صحه بيعه من قبل المولى غايته يكون مراعى برضا المجنى عليه بحيث إذا قتل أو استرق بطل البيع، و لو رضى بالمال فكه المولى و لزم البيع و هذا ما عليه المشهور.

(٩) قبل البيع.

(١٠) إلى المجنى عليه من قتله أو استرقاقه.

(١١) و هو تعلق حق المجنى عليه به.

(الخامسة. يشترط علم الثمن قدرا و جنسا و وصفا) قبل إيقاع عقد البيع (١)،(فلا يصح البيع بحكم أحد المتعاقدين، أو أجنبي) اتفاقا، و إن ورد في روايه شاذه «جواز» تحكيم المشتري، فيلزمه الحكم بالقيمه فما زاد،(و لا بضمن مجهول القدر و إن شوهد) (٢)، لبقاء الجهاله، و ثبوت الغرر المنفى (١) اشتراط كون الثمن معلوم القدر و الجنس و الوصف بلا خلاف فيه إلا من الإسكافي حيث جَوَزَ البيع إذا كان الثمن مجهولا لأحدهما، و يرد حديث (نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن بيع المضطر و عن بيع الغرر)(١)، و التعليل في حديث حماد عن ابن ميسر عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم، لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم)(٢)، هذا و قد ورد ما يدل على صحه البيع فيما لو حَكَمَ المشتري بتقدير الثمن، كما في صحيح رفاعه النخاس (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: ساومت رجلا بجاريه فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك، ثم بعثت إليه بألف درهم، فقلت: هذه ألف درهم حكمي عليك أن تقبلها، فأبى أن يقبلها مني و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بالثمن، فقال: أرى أن تقوم الجاريه قيمه عادله، فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن تردّ عليه ما نقص من قيمه، و إن كان ثمنها أقلّ مما بعثت إليه فهو له).

قلت: جعلت فداك، إن وجدت بها عيبا بعد ما مسستها؟ قال: ليس لك أن تردها، و لك أن تأخذ قيمه ما بين الصحه و العيب منه(٣)، و قد عمل بمضمونها صاحب الحدائق، و باعتبار أنه مناف للقواعد الداله على الفساد لعدم العلم بالثمن للغرر فلا بدّ من ردها إلى أهلها.

(٢) لأن المشاهده لا تنفى الجهاله فلا يصح البيع، خلافا للسيد في الناصريات حيث اكتفى بالمشاهده في العلم بالثمن عن وزنه و كيله و عدّه منه غير فرق بين ثمن السلم و الأجره و غيرهما، و كذا عن الشيخ رحمه الله في المبسوط كما في الجواهر، نعم في الدروس جعل خلاف السيد في مال السلم فقط و جعل خلاف الشيخ في الموزون من الثمن حيث تكفى المشاهده.

و على كل لا ريب في ضعف الخلاف لحديث بيع الغرر المتقدم، فأى جهاله في الثمن بل -

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

معها (١)، خلافاً للشيخ في الموزون، و للمرتضى في مال السلم، و لابن الجنيدي في المجهول مطلقاً (٢)، إذا كان المبيع صبره، مع اختلافهما جنساً، (و لا مجهول الصفه) كمائه درهم و إن كانت مشاهدته لا يعلم و صفها مع تعدد النقد الموجود، (و لا مجهول الجنس، و إن علم قدره) (٣)، لتحقق الجهالة في الجميع.

فلو باع كذلك كان فاسداً و إن اتصل به القبض، و لا يكون كالمعاطاه، لأن شرطها (٤) اجتماع شرائط صحه البيع سوى العقد الخاص (٥) (فإن قبض المشتري المبيع و الحال هذه (٦)، كان مضموناً عليه)، لأن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده و بالعكس (٧)، فيرجع به (٨) و بزوائده (٩) متصله و منفصله، و بمنافعه المستوفاه و غيرها (١٠) على الأقوى، و يضمنه (إن تلف بقيمته يوم التلف) (١١) على - و المثلث توجب كون البيع غريباً، فلا بد من العلم به و من الواضح أن المشاهده لا تفيد العلم بوزنه أو بكيلاه و عدّه.

(١) أى مع الجهاله.

(٢) فابن الجنيدي جوز الجهل بالثمن في مال المسلم و غيره، و فيما لو كان موزوناً أو لا بشرط كون المبيع صبره مع اختلاف جنس العوضين.

(٣) كأن يجعل الثمن مائه و لا يدري أنها مائه درهم أو مائه دينار.

(٤) شرط المعاطاه.

(٥) أى سوى إنشاء البيع بالصيغه، بل المعاطاه، إنشاء البيع بالفعل كما تقدم، و هنا لم تتحقق جميع شرائط البيع الصحيح لعدم تحقق شروط العوضين.

(٦) أى حال كون البيع فاسداً، و يكون مقبوضاً بالعقد الفاسد، و قد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

(٧) أى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده كالعاريه و قد تقدمت الإشارة إليه.

(٨) بالمبيع.

(٩) أى النماء.

(١٠) قد عرفت في بحث عقد الفضولي عدم الرجوع في المنافع غير المستوفاه.

(١١) كما عليه الأكثر و هو الموافق للقواعد، لأن العين ما دامت موجوده فالمالك يرجع عليها، -

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، رقم الحديث ٥١٩٧.

الأقوى، وقيل: يوم القبض، وقيل: الأعلى منه إليه (١)، وهو حسن إن كان التفاوت بسبب نقص في العين، أو زياده، أما باختلاف السوق فالأول (٢) أحسن، ولو كان مثليا ضمنه بمثله، فإن تعذر (٣) فقيمه يوم الإعواز على الأقوى.

السادس - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون

(السادس - إذا كان العوضان من المكيل، أو الموزون أو المعدود فلا بد من اعتبارهما بالمعتاد) (٤) من الكيل أو الوزن أو العدد، فلا يكفي المكيال المجهول كقصعه حاضره و إن تراضيا به، ولا الوزن المجهول كالاعتماد على صخره معينه و إن عرفا قدرها تخميناً، ولا العدد المجهول بأن عوّلا على ملئ اليد، أو آله يجهل ما تشتمل عليه ثم اعتبرا العدد به، للغرر المنهى عنه في ذلك كله، (و لو باع المعدود وزنا صح) (٥)، لارتفاع - فإذا تلفت انتقل الضمان إلى قيمه، و بقيه الأقوال سيأتى التعرض لها في بحث ضمان المغصوب، كما وعدنا سابقاً، للاشتراك في الأدله.

ثم هذا كله فيما لو كان التفاوت بسبب السوق، و أما إذا استند التفاوت إلى نقص في العين ثم تلفت فالأعلى هو المضمون بالاتفاق، لأن الجزء الفائت مضمون بالقيمه يوم تلفه كضمان الجملة.

(١) أى من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٢) أى قيمه يوم التلف.

(٣) أى تعذر المثلى فقيمه يوم الأعواز، كما سيأتى شرحه في ضمان المغصوب.

(٤) بعد ما عرفت اشتراط العلم بالثمن لحديث ففى الغرر، كذلك يشترط العلم بالثمن على الوجه السابق لنفس الحديث أيضا.

فلو كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يعدّ فلا يجوز بيعه جزافاً و لو كان مشاهدا كالصبره خلافا لابن الجنيدي حيث جوّز بيع الصبره مع المشاهده، و لا- يجوز البيع بمكيال مجهول و لا- يجوز البيع بوزن مجهول كصخره معينه و لا بالعدد المجهول لملء اليد و نحوها. و لو كان الثمن مما يكال أو يوزن أو يعدّ فكذلك.

(٥) فلو كان المبيع مما يكال أو يوزن أو يعدّ عرفاً فهل يصح بيعه بغير ما تعارف تقديره به مع انتفاء الغرر بذلك، و الكلام في موردين:

الأول: فى بيع المكيل وزنا و عكسه من بيع الموزون كيلا.

الثانى: فى بيع المعدود كيلا أو وزنا.

أما الأول فالمشهور على جواز بيع المكيل وزنا مع عدم جواز بيع الموزون كيلا، لأن-

الجهالة به (١)، وربما كان أضبط، (و لو باع الموزون كيلا، أو بالعكس أمكن الصحة فيهما)، للانضباط (٢)، و روايه و هب عن الصادق عليه السلام، و رجحه في سلم الدروس.

(و يحتمل صحة العكس) و هو بيع المكييل وزنا، (لا الطرد (٣)، لأن الوزن أصل للكيل) و أضبط منه، و إنما عدل إلى الكيل تسهيلا، (و لو شق العد) في -الوزن أصل في المقادير كلها فيكون العدول إلى الكيل من باب التسهيل، و لازمه في بيع المكييل وزنا ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس فلا يجوز بيع الموزون كيلا أو عدا.

و عن الشهيد و جماعه جواز بيع كل من المكييل و الموزون بالآخر لحصول الانضباط بهما الرافع للجهالة، و لخبر و هب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال، و ما يكال فيما يوزن) (١).

و أما الثاني فليل بجواز بيع المعدود وزنا لأن الوزن أصل في المقادير، و عن جماعه منهم صاحب الجواهر العدم لعدم ارتفاع الجهالة به بعد كون المتعارف على عدّه لا- على وزنه، نعم اتفقت كلمتهم على عدم جواز بيع المعدود بالكيل لعدم ارتفاع الجهالة به، إلا- إذا كان المعدود كثيرا و يصعب عدّه، فيجوز أن يكال منه كيل و يعدّ ما فيه، ثم يكال الباقي و يضرب عدد المكاييل بالعدد الموجود في الكيل المعدود و يقع البيع على المعدود الحاصل من عملية الضرب، لاغتفار التفاوت بسبب التعذر و لصحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكّال بمكيال ثم يعد ما فيه، ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال: لا بأس به) (٢)، بل ذهب جماعه إلى جواز ذلك و إن لم يتعذر العدّ لخبر عبد الملك بن عمرو (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اشترى مائه راويه من زيت فاعترض راويه أو اثنتين فاتزنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك، قال: لا بأس) (٣)، و الخبر لا تقييد فيه بالعجز و لا بالمشقه و لا بالتعذر، و منه تعرف جواز بيع الموزون أيضا فيما لو وزن واحدا من المبيع و قاس الباقي عليه.

(١) بالوزن.

(٢) الرافع للجهالة، و معه لا بدّ من الحكم بصحة البيع.

(٣) و هو بيع الموزون كيلا.

ص: ٣٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب السلف حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

المعدود لكثرتة أو لضروره (اعتبر مكيال و نسب الباقي إليه)، و اغتفر التفاوت الحاصل بسببه (١)، و كذا القول في المكيل و الموزون حيث يشق وزنهما و كيلهما (٢)، و عتبر كثير من الأصحاب في ذلك بتعذر العد (٣)، و الاكتفاء بالمشقه و العسر كما فعل المصنف أولى، بل لو قيل: بجوازه مطلقا (٤)، لزوال الغرر، و حصول العلم، و اغتفار التفاوت كان حسنا، و في بعض الأخبار (٥) دلاله عليه (٦).

السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه مشاعا

(السابعه - يجوز ابتياع جزء معلوم النسبه) كالنصف و الثلث (مشاعا (٧) تساوت أجزاءه) كالحبوب و الأدهان، (أو اختلفت) كالجواهر و الحيوان (إذا كان الأصل) الذي بيع جزؤه (معلوما) بما يعتبر فيه من كيل، أو وزن، أو عدّ، أو مشاهدته، (فيصح بيع نصف الصبره المعلومه) (١) بسبب شق العدّ.

(٢) أما شق الوزن فكما مرّ في خبر عبد الملك، و أما شق الكيل كما لو كان المبيع عده براميل مثلا فيكالم أحدهما و يقاس الباقي على حساب ذلك.

(٣) قد اشتمل صحيح ابن مسكان على عدم استطاعه العدّ، و عتبر المحقق و جماعه عنه؛ بالتعذر و ظاهره التعذر حقيقه، و عتبر عنه الشهيد بالتعسر و هو ما فيه مشقه، و هو أولى لأنه هو الظاهر من الخبر.

(٤) مع المشقه و عدمها.

(٥) و هو خبر عبد الملك بن عمرو المتقدم.

(٦) على الجواز مطلقا.

(٧) قد عرفت اشتراط العلم بالثمن و المثمن، و أن الجهاله في أحدهما تبطل البيع للغرر، و عليه فلا يصح بيع جزء مجهول من معلوم كقوله: يعنى شيئا من هذا الموجود، و لا يصح بيع جزء معلوم من مجهول كقوله: يعنى ثلث هذا، و الموجود المشار إليه غير معلوم المقدار، بل لا بد من العلم بالجزء و العلم بالكل حتى ترتفع الجهاله فيصح بيع جزء معلوم من معلوم، و يشترط في الجزء أن يكون مشاعا كالنصف و الثلث و إلا تجهل المبيع لو لم يكن على نحو الإشاعه أن يقول: يعنى شاه من هذا القطيع مع عدم تعينها، و كذا عبدا من عبدين أو جريا من الأرض و هكذا.

بلا- فرق في كون الكل متساوى الأجزاء أو متفرقتها، لأن الجزء المشاع كالنصف مثلا يتناول كل جزء فيه و هو معلوم، و إن كان هذا الجزء أقل قيمه و أكثرها بالنسبه لجزء آخر، بلا خلاف و لا إشكال في هذا كله.

المقدار و الوصف،(و نصف الشاه المعلومه) بالمشاهده، أو الوصف،(و لو باع شاه غير معلومه من قطع بطل) (١) و إن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياه و تساوت أثمانها، لجهاله عين المبيع.

(و لو باع قفيزا من صبره صح (٢)، و إن لم يعلم كميه الصبره) لأن المبيع (١) لأنه بيع جزء لا على نحو الإشاعه.

(٢) القفيز مكيال عند أهل العراق و هو ثمانيه مكاكيك، و المراد من الصبره الكومه، و الصبره إما أن تكون معلومه المقدار كأن يعلم أنها عشره أقفزه و إما أن تكون مجهوله المقدار، و على كلا التقديرين فإما أن يبيع مجموع الصبره و إما أن يبيع جزئها المعلوم كالنصف و الثلث على نحو الإشاعه، و إما أن يبيع مقدارا منها معلوما كصاع أو قفيز، و إما أن يبيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا من الثمن، و إما أن يبيع كل صاع منها بكذا، فالأقسام عشره، خمسه لما إذا كان عالما بمقدار الصبره و خمسه إذا كان جاهلا بمقدارها.

فأما إذا كانت الصبره معلومه المقدار فيصح البيع إلا في الصورة الأخيره، و إذا كانت الصبره مجهوله المقدار فلا يصح البيع في ثلاثه أقسام و وقع الخلاف في قسمين و إليك التفصيل:

فإذا كانت الصبره معلومه المقدار و قد باع مجموع الصبره فلا كلام في صحه البيع لعدم تطرق شيء من موانعه بعد ارتفاع الغرر و الجهاله كما هو واضح و هذا هو القسم الأول.

و لو باع جزئها المعلوم كالنصف على نحو الإشاعه بعد العلم بمجموع الصبره كما هو المفروض فلا كلام في صحه البيع أيضا لعدم الغرر و عدم الجهاله و هذا هو القسم الثاني، و قد تعرض له الماتن صراحه فيما سبق عند قوله: (فيصح بيع نصف الصبره المعلومه) و لو باع مقدارا منها معلوما كصاع و قفيز بعد العلم بمجموع الصبره و العلم باشتغال الصبره على المبيع فلا إشكال في صحه البيع لعدم الغرر و الجهاله و هذا هو القسم الثالث و هو المسمى ببيع الكلى في المعين.

و لو باع مجموع الصبره المعلومه المقدار على حساب كل صاع منها بكذا، أو كل قفيز منها بكذا فلا إشكال في الصحه لأن المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا غرر و لا جهاله و هذا هو القسم الرابع.

و لو باع كل صاع من صبره معلومه المقدار بكذا من الثمن و لم يحدّد عدد الأصوعه فلا ريب في البطلان لعدم العلم بالمبيع فيكون المبيع غرريا و هذا هو القسم الخامس.

و إذا كانت الصبره مجهوله المقدار فلو باع مجموعها الذي هو القسم السادس أو باع جزئها-

مضبوط المقدار، و ظاهره الصحة و إن لم يعلم اشتمال الصبره (1) على القدر المبيع، -على نحو الإشاعه كالنصف الذى هو القسم السابع، فلا إشكال فى البطلان لجهاله المبيع.

و لو باع مقدارا معيناً منها كصاع أو قفيز مع العلم باشتمال الصبره عليه فلا بدّ من الحكم بالصحة لعدم جهاله المبيع، و الجهل بنسبه المبيع إلى مجموع الصبره، لأن الصبره مجهوله المقدار لا يضر لعدم دخالته فى معرفه المبيع، و هذا هو القسم الثامن و هو المسمى بالكلى فى المعين، بل لا بد من الحكم بالصحة و إن لم يعلم باشتمال الصبره على المبيع، غايته فإن نقصت الصبره عنه تخير المشتري بين أخذ الموجود بحصته من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصفقه، و إن لم تنقص فلا كلام، و هذا ما ذهب إليه الشهيد فى الدروس و للمعه، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف اشتراط العلم باشتمال الصبره على المبيع و إن بطل البيع و استحسنة الشارح، مع تعديه الحكم للظن بالاشتمال.

و لو باع مجموع الصبره على حساب كل صاع أو قفيز منها بكذا و هذا هو القسم التاسع فالمشهور هو البطلان لعدم العلم بمقدار جميع المبيع و أن علم أن كل جزء منه يساوى كذا من الثمن، و عن الشيخ فى الخلاف الصحة و تبعه البعض بدعوى أن كل جزء من المبيع معلوم الثمن لكن لا يعلم كل منهما ما يدخل فى كيسه و ما يخرج منه، و فيه: إنه عين الجهل بمقدار البيع و هو موجب للغرر فيبطل.

و لو باع كل صاع من الصبره المجهوله المقدار بكذا، فلا ريب فى البطلان، لأنه فى صورته العلم بمقدار الصبره قد حكم بالبطلان فى صورته الجهل من باب أولى بعد كون المبيع غير معلوم و هذا هو القسم العاشر.

هذا تمام الأقسام من بيع القفيز أو الصاع من الصبره هذا من جهه و من جهه أخرى فالماتن هنا قد تعرض للقسم الثالث و الثامن صراحه و منطوقاً، و قد تعرض بالصراحه لصحة بيع نصف الصبره معلومه المقدار، و هو القسم الثانى و منه يعلم صحة بيع جميع الصبره معلومه المقدار و هو القسم الأول، سواء كان بيع الجميع فى قبالة ثمن معين، أو بيع كل صاع منه بكذا من الثمن و هو القسم الرابع.

و من جهه ثالثه اقتصر الماتن على هذه الأقسام الخمسه عند الحكم بالصحة أربعة فى المعلومه و واحد فى المجهوله، و لازمه الحكم بالبطلان فى الخمسه الباقية، أربعة فى المجهوله و واحد فى المعلومه، و لذا قال الشارح أن الماتن قد تعرض بكلامه للأقسام العشره منطوقاً و مفهوماً.

(1) فى صورته الجهل بمقدارها، و إلا فى صورته العلم بمقدارها لا بدّ أن يعلم بالاشتمال أو بعدمه.

(فإن نقصت تخير المشتري بين الأخذ) للموجود منها (١) (بالحصه) أى بحصته (٢) من الثمن، (و بين الفسخ) لتبعض الصفقه.

و اعتبر بعضهم العلم باشتغالها على المبيع، أو إخبار البائع به، وإلا- لم يصح و هو حسن، نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشتغالها عليه كان متجها، و يتفرع عليه ما ذكره (٣) أيضا.

و اعلم أن أقسام بيع الصبره عشره، ذكر المصنف بعضها منطوقا، و بعضها مفهوما، و جمعتها أنها إما أن تكون معلومه المقدار، أو مجهولته، فإن كانت معلومه صح بيعها أجمع، و بيع جزء منها معلوم مشاع، و بيع مقدار كقفيز تشتمل عليه، و بيعها كل قفيز بكذا، لا- بيع كل قفيز منها بكذا، و المجهوله يبطل بيعها فى جميع الأقسام الخمسه إلا الثالث (٤). و هل ينزل القدر المعلوم فى الصورتين (٥) على (١) من الصبره.

(٢) أى بحصه الموجود.

(٣) من ثبوت الخيار للمشتري عند نقصان الصبره.

(٤) أى الثالث من صور الصبره المجهوله المقدار، و هو القسم الثامن فى شرحنا، و اعلم أن الثالث و الثامن هما بيع الكلى فى المعين.

(٥) أى صوره العلم بمقدار الصبره و صوره الجهل به، و بعبارة أخرى أن بيع الصاع أو القفيز من الصبره هل ينزل على أنه بيع كلى فى معين كما هو المشهور، أو أنه بيع على أنه جزء من الصبره على نحو الإشاعه بمعنى لو كانت الصبره خمسه أصوع و قد باع منها صاعا فيكون قد باع خمسه على نحو الإشاعه فيكون الصاع عبارة عن الكسر المشاع، و الظاهر الأول لأنه السابق إلى الفهم، و لصحيح بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى عشره آلاف طن قصب فى أنبار، بعضه على بعض من أجمه واحده، و الأنبار فيه ثلاثون ألف طن، فقال البائع: قد بعثك من هذا القصب عشره آلاف طن، فقال المشتري: قد قبلت و اشتريت و رضيت، فأعطاه من ثمنه ألف درهم، و وكل المشتري من يقبضه، فأصبحوا و قد وقع النار فى القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقى عشره آلاف طن، فقال عليه السلام: العشره آلاف طن التى بقيت هى للمشتري و العشرون التى احترقت من مال البائع) (١) و هو ظاهر فى كون المبيع كليا فى معين و إلا-

ص: ٣٩٦

الإشاعة، أو يكون المبيع ذلك المقدار فى الجملة (١)، وجهان أجودهما الثانى.

و تظهر الفائده فيما لو تلف بعضها (٢)، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبه، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره.

الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف

(الثامنه - يكفى المشاهده عن الوصف (٣) و لو غاب وقت الاتباع) بشرط أن يكون مما لا- يتغير عاده كالأرض و الأوانى و الحديد و النحاس، أو لا تمضى مده يتغير فيها عاده، و يختلف باختلافها زياده و نقصانا، كالفاكهه و الطعام و الحيوان. فلو مضت المده كذلك (٤) لم يصح، لتحقق الجهاله المترتبه على تغيره عن- فلو كان على نحو الإشاعة لوجب أن تكون الخساره عليها بالنسبه و تظهر الفائده بين القولين فعلى كونه كلياً فى معين فتعيين المبيع بيد البائع، و لو تلف بعض الصبره و بقى مقدار المبيع فى الباقي فينحصر حق المشتري فيه كما هو صريح الخبر المتقدم، و على كونه على نحو الإشاعة فالتعيين بيدهما و التلف منهما بالنسبه.

ثم المراد من الكلى فى المعين هو الكلى الذى انحصرت أفراده فى الموجود الخارجى بخلاف الكلى فى الذمه فهو الكلى المتحقق بأى فرد سواء كان موجوداً الآن أو سيوجد.

و الكلى المنحصر أفراده فى الموجود الخارجى غير الكلى المشروط بكون أفراده فى الموجود الخارجى، فعلى الأول لو تلف الموجود الخارجى قبل القبض لتلف المبيع و هذا موجب لانفساخ العقد لتعذر التسليم، و على الثانى يثبت للمشتري خيار تخلف الشرط ليس إلا.

(١) أى جملة الصبره.

(٢) بعض الصبره.

(٣) قد عرفت اشتراط العلم بالعوضين لرفع الغرر و الجهاله، و لذا لو كان المبيع مما يوزن أو يكال أو يعدّ فلا يجوز بيعه جزافاً، و يجوز بيع الأرض بالمشاهده الكافيه لرفع الجهل بالمقدار و إن كانت تباع بالمساحه أيضاً، بعد فرض تعارف بيعها بالمشاهده فى بعض الأزمنه أو الأقطار، و هذا كاف لرفع الجهاله و لم يتعرض له الشهيدان هنا.

ثم إن كل مبيع تختلف أجزاءه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لخصوصياته الموجبه لاختلاف قيمته لرفع الجهاله و إلا كان البيع غورياً و هو مما لا إشكال فيه، بل تكفى المشاهده السابقه فى صحه العقد اللاحق مع قضاء العاده ببقاء المبيع على ما هو عليه، فإن وجد على ما هو عليه و إلا كان للمشتري الخيار بلا خلاف فيه.

(٤) بحيث يتغير فيها عاده.

تلك الحالة. نعم لو احتمل الأمرين صح، عملاً بأصالة البقاء (فإن ظهر المخالفه) بزيادته أو نقصانه فإن كان يسيراً يتسامح بمثله عادة فلا- خيار، وإلا (تخير المغبون) منهما، وهو البائع إن ظهر زائداً، والمشتري إن ظهر ناقصاً (و لو اختلفا في التغير (1) قدم قول المشتري مع يمينه) إن كان هو المدعى للتغير الموجب للخيار و البائع ينكره، لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفه و هو ينكره، ولأن الأصل عدم وصول حقه إليه، فيكون في معنى المنكر، ولأصالة بقاء يده على الثمن.

و ربما قيل بتقديم قول البائع، لتحقق الاطلاع (2) المجوز للبيع، و أصالة عدم التغير. و لو انعكس الفرض بأن ادعى البائع تغييره في جانب الزيادة و أنكر المشتري احتمال تقديم قول المشتري أيضاً، كما يقتضيه إطلاق العبارة (3)، لأصالة عدم التغير، و لزوم البيع. و الظاهر تقديم قول البائع لعين ما ذكر في المشتري (4)، و في تقديم قول المشتري فيهما (5) جمع بين متنافيين مدعى (6) و دليلاً- (7)، و المشهور (1) فقال المشتري: ليس هو على ما رأيته، و قال البائع: هو هو، فالتقول قول المشتري مع عينيه على المشهور، لأصالة بقاء يده على الثمن كما في الدروس، و لأصالة عدم وصول الحق إليه كما في غيرها و هذا ما يوجب أن يكون هو المنكر، و لأن البائع يدعى علمه بهذه الصفه في المبيع حين العقد و المشتري ينكر ذلك.

و عن المحقق في الشرائع التردد لصدق المنكر على البائع الذي يترك لو ترك، و أصالة لزوم العقد و أصالة عدم التغير الموافقين لقول البائع، و لأن المشتري هو المدعى عرفاً لذا قيل أن القول قول البائع مع يمينه.

(2) من قبل المشتري، فيجوز البيع و تجرى أصالة لزوم العقد.

(3) أى عبارة المصنف.

(4) من أن المشتري يدعى علم البائع بالزياده، و البائع ينكره، مع أصالة عدم وصول الحق للبائع فيكون في معنى المنكر.

(5) فيما لو ادعى المشتري تغير المبيع بما يوجب النقيصه، و فيما لو ادعى البائع تغير المبيع بما يوجب الزيادة.

(5) فيما لو ادعى المشتري تغير المبيع بما يوجب النقيصه، و فيما لو ادعى البائع تغير المبيع بما يوجب الزيادة.

(6) فإذا كان المشتري في الصورة الأولى منكراً فلا- محاله يكون مدعياً في الصورة الثانية فجعله منكراً في صورتين جمع بين المتنافيين.

(7) لأن الدليل الذي اقتضى تقديم قول المشتري في الصورة الأولى لأنه منكر هو بعينه يقتضى تقديم قول البائع في الصورة الثانية لأنه منكر، فجعل الدليل المذكور يقتضى تقديم المشتري في الصورة الثانية مع أنه مدع جمع بين المتنافيين.

فى كلامهم هو القسم الأول (١)، فلذا أطلق المصنف هنا (٢)، لكن نافره تعميمه الخيار للمغبون منهما قبله، و عطفه (٣) عليه مطلقا (٤).

و لو اتفقا على تغييره لكن اختلفا فى تقدمه على البيع و تأخره (٥) فإن شهدت القرائن بأحدهما حكم به، و إن احتمل الأمران فالوجهان، و كذا لو وجداه تالفا و كان مما يكفى فى قبضه التخليه (٦) و اختلفا فى تقدم التلف عن البيع (٧) و تأخره (٨)، أو لم يختلفا (٩)، فإنه يتعارض أصلا عدم تقدم كل منهما فيتساوقان و يتساقطان، و يتجه تقديم حق المشتري لأصالة بقاء يده، و ملكه للثمن، و العقد الناقل (١٠) قد شك فى تأثيره، لتعارض الأصلين.

(١) و هو ادعاء المشتري للتغير فى المبيع بما يوجب النقيصه.

(٢) حيث قال: (و لو اختلف فى التغير قدم قول المشتري مع عينه)، و لم يقيد التغير بما يوجب النقيصه اعتمادا على أنه هو المعروف بين الأصحاب، و لكن اعتماده هذا مناف لتصحیحه الحكم من ثبوت الخيار للمغبون من البائع و المشتري، فإن المغبون أعم من المشتري فى صوره ادعائه النقيصه، و البائع فى صوره ادعائه الزيادة.

(٣) أى عطف قوله (و لو اختلفا) على قوله (تخير) من غير تقييد التغير بكونه فى النقصان.

(٤) أى بدون قيد النقصان فى التغير.

(٥) فإن شهدت القرائن الموجهه للعلم بأحدهما، حكم به من غير يمين كما فى المسالك، و إلا فيحتمل الأمران من أصالة عدم وصول حق المشتري إليه و هذا يقتضى تقديم قول المشتري مع عينه، و من أصالة عدم تقدم التغير، و هى أصالة تأخر الحادث و هذا يقتضى تقديم قول البائع مع عينه.

(٦) و هو قيد للاحتراز من أن التلف قبل القبض من مال البائع بالاتفاق، و مقامنا لا يحتاج إلى القبض بل تكفى فيه التخليه.

(٧) ليكون التلف على البائع.

(٨) ليكون التلف على المشتري و إن لم يتلف فى يده، لأن الفرض أنه يكفى فى قبضه التخليه.

(٩) أى اتفقا على التلف و لم يختلفا فى التقدم و التأخر لعدم علمهما به، فإنه فى هذه الحاله يتعارض أصلا و هما: أصالة عدم تقدم التلف على البيع، و أصالة عدم تقدم البيع على التلف، و هما مبنيان على أصالة عدم تقدم الحادث و هى أصالة تأخر الحادث ما شئت فسمى، و على كل فيتعارضان و يتساقطان فيرجع إلى الأصول الأخرى.

(١٠) دفع و هم: أما الوهم فالبيع متحقق مقتضاه نقل الثمن إلى البائع و خروجه عن ملك-

(التاسعه - يعتبر ما يراد طمعه) (١) كالدبس (و ربحه) كالمسك، أو يوصف على الأولى (٢) (و لو اشتراه) من غير -المشترى فلا يصح التمسك بأصالة بقاء يد المشتري على الثمن لتحقق الناقل عنه، و الدفع: إن تأثير البيع فى نقل الثمن موقوف على تقديمه على التلف و هو غير معلوم، و أصالة عدم تقدم التلف على البيع معارض بمثله فيبقى النقل المذكور مشكوكا فيه، و تكون أصالة بقاء يد المشتري على الثمن سالمة عن المعارض.

(١) قد عرفت أن المبيع إذا اختلفت أجزاءه فلا بد من مشاهدته أو وصفه لرفع الجهالة بخصوصيته، فكذلك إذا كان المبيع من المطعوم أو المشروب أو المشموم و تعددت أنواعه بحيث يختلف الثمن باختلافها فلا بد من اختباره بالطعم أو الشرب أو الشم لرفع الجهالة، و لخبر محمد بن العيص (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ما يذاق، يذوقه قبل أن يشتري؟ قال: نعم فليذقه، و لا يذوقن ما لا يشتري) (١).

و كذا ما يراد لونه فلا بد من رؤيته لرفع الجهالة أيضا، و يجوز شراء الجميع من دون الاختيار اعتمادا على الوصف، كما قام الوصف مقام المشاهده فى الفرع السابق، و لذا صح للأعمى أن يشتري الأعيان المرثيه اعتمادا على الوصف من دون الرؤيه بلا إشكال فى ذلك أبدا، و عن السرائر احتمال عدم جواز بيع العين الحاضره بالوصف و هو ضعيف.

و هل يصح شراؤه من غير اختبار و لا وصف بعد مشاهدته و ارتفاع الجهالة عنه من جهه القوام و اللون و نحوهما، و لم يبق إلا الطعم أو الشم، فعن الشيخين و سلا و ابن حمزه الحكم بفساد البيع إذا اشتراه من غير اختبار، و عن المحقق و ابن إدريس و من تأخر عنهما الجواز لعموم أدله جواز البيع السالم عن المعارضه تمسكا بأصل السلامه، و إلا فالكثير من الصفات لا تظهر إلا بعد ضرب من التصرفات فلو لم يكف أصل الصحه للزم الفساد فى الكثير من المعاملات، نعم إن ظهر على خلاف المعروف من أصله تخير المشتري بين الرد و الأرش، و يتعين عليه الأرش لو أحدث فيه حدث، بلا فرق بين الأعمى و البصير و لم يخالف إلا سلا حيث خير الأعمى بين الرد و الأرش حتى مع الإحداث، و لا ريب فى فساده للإطلاق المقتضى لسقوط الرد بالتصرف كما ستعرفه فى باب الخيارات.

(٢) أى ما يشترط اختباره بالطعم و الشم يكفى فيه الوصف كما يكفى الوصف بدل المشاهده فيما يشترط مشاهدته، بل الاكتفاء بالوصف هنا أولى لعدم إمكان اختباره بالمشاهده.

اختبار، و لا- وصف،(بناء على الأصل (١) و هو الصحة (جواز) مع العلم به من غير هذه الجهة كالقوام، و اللون، و غيرهما مما يختلف قيمته باختلافه، و قيل: لا يصح بيعه إلا بالاعتبار، أو الوصف كغيره، للغرر، و الأظهر جواز البناء على الأصل، إحاله على مقتضى الطبع، فإنه أمر مضبوط عرفا لا يتغير غالبا إلا بعيب فيجوز الاعتماد عليه، لارتفاع الغرر به، كالاكتفاء (٢) برؤيه ما يدل بعضه على باقيه غالبا، كظاهر الصبره، و أنموذج التماثل، و ينجرر النقص بالخيار،(فإن خرج معيما تخير المشتري بين الرد و الأرش) إن لم يتصرف فيه تصرفا زائدا على اختباره، (و يتعين الأرش لو تصرف فيه) كما في غيره من أنواع المبيع،(و إن كان المشتري المتصرف (أعمى) لتناول الأدله له، خلافا لسلاح حيث خير الأعمى بين الرد و الأرش و إن تصرف.

(و أبلغ في الجواز) من غير اعتباره (٣)(ما يفسد باختباره، كالبطيخ و الجوز) (١)و هو أصل السلامه في الأشياء بحسب الطبع.

(٢)قال الشارح في المسالك: (فيجوز الاعتماد على مقتضى طبعه، إذ ليس المراد بالأصل شرط العلم بالمبيع أن ترتفع الجهاله بكل وجه، فإن رؤيه ظاهر الصبره و نحوها كافيه مع احتمال المخالفه، و كذلك البيع بالوصف).

(٣)أى اعتبار الاختبار بالطعم أو الذوق أو الشم و المعنى: ما يؤدي اختباره إلى إفساده كالجوز و البطيخ و البيض فإنه يجوز بيعه و شراؤه من غير اختبار مع جهاله ما في بطنه للسيره من غير فرق بين شرط السلامه أو البراءه من العيوب و عدمه، و عن البعض اشتراط الصحة و عن الشيخ و جماعه اشتراط الصحة و البراءه من العيوب و هو ضعيف.

ثم إن تصرف فيه المشتري و ظهر أنه على خلاف المعروف من طبعه يثبت له الأرش لليب دون الرد لما عرفت من سقوط الرد عند إحداث حدث فيهن، نعم إن لم يكن لمكسوره قيمه رجع المشتري بالثمن كله لعدم وجود عوض فى مقابله الثمن.

و هل يكون العقد حينئذ باطلا من أصله كما هو صريح الشيخ و الحلوى و العلامه فى التذكره و ظاهر من تأخر عنهما لاشتراط كون المبيع متمولا، و هو بحسب الواقع لا قيمه له كالحشرات فلا بد من بطلان البيع من أساسه.

أو يفسخ البيع من حين تبين الفساد كما عن الشهيد فى الدروس و جعل الأول احتمالا و نسبه إلى ظاهر كلام الجماعه، لأنه كان مالا متقوما ظاهرا و قد تبين الفساد بالكسر فيكون الكسر هو المفسد، و فيه: إن الكسر قد أبان الفساد الواقعى لا أنه أحدثه.

(و البيض)، لمكان الضروره و الحرج،(فإن) اشتراه فظهر صحيحا فذاك، و إن (ظهر فاسدا) بعد كسره (رجع بأرشه)، و ليس له الرد، للتصرف إن كان له قيمه،(و لو لم يكن لمكسوره قيمه) كالبيض الفاسد (رجع بالثمن أجمع)، لبطلان البيع، حيث لا يقابل الثمن مال.

(و هل يكون العقد مفسوخا من أصله) نظرا إلى عدم الماليه من حين العقد فيقع باطلا ابتداء،(أو يطرأ عليه الفسخ) بعد الكسر و ظهور الفساد، التفاتا إلى حصول شرط الصحه حين العقد، و إنما تبين الفساد بالكسر، فيكون هو المفسد (نظر) و رجحان الأول واضح، لأن ظهور الفساد كشف عن عدم الماليه في نفس الأمر حين البيع، لا أحدث عدمها (١) حينه (٢)، و الصحه مبنيه على الظاهر (٣) و في الدروس جزم بالثاني و جعل الأول احتمالا، و ظاهر (٤) كلام الجماعه.

(و) تظهر (الفائده (٥) في مئونه نقله عن الموضوع) الذي اشتراه فيه إلى موضع (١) عدم الماليه.

(٢) حين الكسر.

(٣) أى و الصحه الظاهريه لا تنافى الفساد الواقعي بحيث إذا بان الفساد الواقعي فتنتفى الصحه المذكوره، من رأس.

(٤) أى جعل الأول احتمالا و جعله هو الظاهر من كلام الجماعه.

(٥) ثمره الخلاف تظهر في ترتيب آثار الملكيه للثمن، فهى للمشتري على الأول لعدم خروج الثمن من ملك المشتري أصلا، و هى للبائع على الثانى الذى هو قول الشهيد كما هو واضح، و لم يتعرض الشهيدان لهذه الثمره.

و تظهر في مئونه نقل المبيع من الموضوع الذى اشتراه فيه إلى موضع اختباره، فعلى الأول إنما هى على البائع لكونه ملكا له فنقله عليه، و على الثانى إنما هى على المشتري لكون المبيع حينئذ ملكا للمشتري فيكون نقله عليه، و هذا ما صرح به الشهيد الأول و ارتضاه جماعه منهم الشيخ الأعظم.

و خالفهم المحقق الثانى في جامعته و الشهيد الثانى من كون مئونه النقل على القولين على المشتري و ليس له أن يرجع على البائع، أما على القول الثانى فواضح و أما على الأول لأن المبيع ملكا للبائع بحسب الواقع و نفس الأمر و قد نقله المشتري بغير أمره، و دعوى أن المشتري مغرور لجهله بفساد البيع فيرجع على من غره و هو البائع ليس فى محلها، لانتفاء -

اختباره، فعلى الأول على البائع، و على الثانى على المشتري لوقوعه (١) فى ملكه، و يشكل بأنه و إن كان ملكا للبائع حينئذ (٢) لكن نقله بغير أمره (٣)، فلا- يتجه الرجوع عليه (٤) بالمئونه، و كون (٥) المشتري هنا كجاهل استحقات المبيع حيث يرجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور، و هو منفى (٦) هنا، لاشتراكهما فى الجهل، و لو أريد بها (٧) مئونه نقله من موضع الكسر لو كان (٨) مملوكا و طلب مالكة (٩) نقله، أو ما فى حكمه (١٠) انعكس الحكم (١١)، و اتجه كونه على البائع مطلقا، لبطان البيع على التقديرين.

-الغرر هنا، لأن الغرر لا يتحقق إلا مع علم البائع بالفساد و جهل المشتري به مع أنهما جاهلان معا بالفساد.

و فيه: أن المبيع بحسب الواقع و إن كان ملكا للبائع إلا- أنه بحسب الظاهر ملك للمشتري و يجب على البائع تسليمه و ليس له الامتناع عن نقله فيكون نقل المشتري له نقلا- بأمر البائع و إذنه، و تظهر الثمره فى أمر ثالث على ما قيل و سنرجئه إلى حين تعرض الشارح له.

(١) تعليل للحكمين معا.

(٢) أى حين القول ببطان البيع من رأس،

(٣) أى بغير أمر البائع و قد عرفت ما فيه.

(٤) على البائع.

(٥) عرّض لكون المشتري مغرورا فلا بد أن يرجع على من غرّه و قد تقدم شرحه.

(٦) دفع لتوهم مغروريه المشتري و قد تقدم أيضا.

(٧) أى بمئونه النقل.

(٨) أى لو كان موضع الكسر.

(٩) أى مالك موضع الكسر.

(١٠) أى ما فى حكم المملوك كالمساجد و المشاهد.

(١١) أى الحكم السابق على مبنى الشارح، و هو كون المئونه على المشتري مطلقا، و هنا ينعكس الحكم و تكون المئونه على البائع مطلقا على التقديرين سواء قلنا أن البيع باطل من رأسه أو منفسخ من حين ظهور الفساد، و ذلك لخروجه عن ملك المشتري، و فيه: إنه خروج عن محل النزاع كما هو واضح إذ النزاع فى مئونه نقله من موضع البيع إلى موضع الكسر، لا نقله من مكان الكسر إلى مكان آخر.

و احتمال كونه (١) على المشتري لكونه (٢) من فعله، و زوال المالىه عنهما (٣) مشترك أيضا بين الوجهين (٤)، و كيف كان (٥) فبناء حكمها (٦) على الوجهين (٧) ليس بواضح.

و ربما قيل بظهور الفائده أيضا فى ما لو تبرأ البائع من عيبه فيتجه كون تلفه من المشتري على الثانى (٨) دون الأول (٩). و يشكل صحه الشرط على تقدير فساد الجميع (١٠)، لمنافاته لمقتضى العقد، إذ لا شىء فى مقابله الثمن فيكون أكل مال بالباطل، و فيما (١١) لو رضى به المشتري بعد الكسر، و فيه أيضا نظر، لأن الرضا بعد الحكم بالبطلان لا أثر له.

(١) أى كون النقل.

(٢) أى لكون المكسور من فعله، و هو تعليل لكون النقل على المشتري مطلقا، و عليه فالأمر مردد بين حكمين مطلقين بلا وضوح جهه للفرق و التفصيل، فما ذهب إليه الماتن من التفصيل فى مئونه النقل على القولين سواء أريد بمئونه النقل مئونه نقله من موضع البيع إلى موضع الاختبار، أو أريد بها مئونه نقله من موضع الكسر المملوك ليس فى محله.

(٣) عن البائع و المشتري بعد الكسر.

(٤) أى سواء قلنا ببطلان البيع من رأس أو من حين ظهور الفساد، و عليه فزوال المالىه لا يصلح وجها لتفصيل الماتن.

(٥) أى سواء أريد بالمئونه مئونه النقل إلى موضع الكسر، أو ثمن موضع الكسر.

(٦) أى حكم مئونه النقل.

(٧) من بطلان البيع من رأس أو من حين ظهور الفساد.

(٨) و هو انفساخ العقد من حين ظهور الفساد.

(٩) و هو بطلان البيع من رأس، و هذا التفريع واضح، لأنه مع بطلان البيع من رأس لا محل لشرط التبرى، لأن الشرط بحاجة إلى وجود بيع و هو مفقود.

(١٠) و هو عند كون المكسور لا- قيمه له كما هو المفروض، و المعنى: أنه لو قلنا بأن البيع يفسخ من حين ظهور الفساد و قد اشترط البائع التبرى من العيوب فيكون تلفه على المشتري و لكن يشكل صحه الشرط المذكور فيما لو كان المكسور لا قيمه له فيتبين أن الثمن لا شىء فى قبالة، فيكون أكله أكلا للمال بالباطل.

(١١) أى و تظهر الفائده فيما لو رضى المشتري بالمبيع بعد الكسر، فيصح الرضا على الثانى دون الأول، لأنه على الأول لا بيع من رأس، و فيه: إنه بعد الحكم ببطلان البيع و لو من حين الكسر فالرضا اللاحق لا أثر له.

العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره

(العاشره - يجوز بيع المسك فى فأره) بالهمز جمع فأره به أيضا (١)، كالفأره فى غيره (٢)، و هى (٣) الجلد المشتمله على المسك (٤) (و إن لم تفتق) بناء على أصل السلامه، فإن ظهر بعد فتقه معيبا تخير (و فتقه بأن يدخل فيه خيط) بإبره، ثم (يخرج و يشم أحوط) لترتفع الجهاله رأسا.

الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمة القصب

(الحاديه عشره - لا يجوز بيع سمك الآجام مع ضميمة القصب (٥)، أو غيره) للجهاله، و لو فى بعض المبيع، (و لا- اللبن فى الضرع) بفتح الضاد و هو (١) أى بالهمز أيضا.

(٢) أى إن الفأره بغير هذا المعنى تكون بالهمزه مفرده و جمعا.

(٣) أى الفأره.

(٤) يجوز بيع المسك فى فأره على المشهور بين الأصحاب، بل نفى الخلاف فيه كما من بعضهم على ما فى الجواهر و هو مقتضى عمومات حليه البيع و السيره السالمين عن المعارضه، و قد يستدل لعدم الجواز بوجهين: من أنه دم و لا يجوز بيع الدم لأنه نجس، و من أنه مجهول و لا يجوز بيع المجهول، و فيه: أما كونه دما بالأصالة فهو لا يقتضى نجاسته بعد الاستحاله، و أما كونه مجهولا- من ناحيه أوصافه فهو لا يوجب كون غرريا لأصل السلامه فيه بحيث لو ظهر على عكس المعروف من طبعه تخير المشتري بين الرد و الأرش.

و الأحوط فتقه قبل الشراء لمعرفة أوصافه حتى ترتفع الجهاله بأوصافه، و الفتق كما ذكره جماعه هو إدخال خيط بإبره فيه ثم إخراجها و شمه.

(٥) و المراد به السمك الذى ليس بمشاهد و لا محصور كما يظهر من إضافته إلى الآجام، و الآجام جمع آجمه بالتحريك و هى غايه القصب كما فى المسالك.

و المشهور على عدم الجواز لجهاله السمك و إن ضم إليه القصب أو غيره، لأن ضم المعلوم إلى المجهول لا يصير معلوما و مثله اللبن فى الضرع و لو ضم إليه لبنا محلوبا، و كذا الجلود و الأصواف و الأدبار و الشعر على الأنعام و لو ضم إليها غيرها، و ذهب الشيخ فى النهايه و ابنا حمزه و البراج إلى الجواز للأخبار.

منها: مرسل البنزطى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كانت أجمه ليس فيها قصب، أخرج شىء من السمك فيباع و ما فى الأجمه) (١) و ظاهره المفروغيه من الجواز مع القصب،-

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

الثدى لكل ذات خف (١)، أو ظلف (٢) كذلك (٣) أى و إن ضم إليه شيئا، و لو لبنا مخلوبا، لأن ضميمة المعلوم إلى المجهول تصير المعلوم مجهولا، أما عدم الجواز بدون الضميمة فموضع وفاق، و أما معها فالمشهور أنه كذلك (٤)، و قيل: يصح استنادا إلى روايه ضعيفه (٥)، و بالغ الشيخ فجوز ضميمة ما فى الضرع إلى ما - و موثق معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس أن يشتري الآجام إذا كانت فيها قصب) (١) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى شراء الأجمه ليس فيها قصب إنما هى ماء، فقال: تصيد كذا من سمك تقول: اشتري منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمه بكذا و كذا) ٢، و موثق سماعه سألته عن اللبن يشتري و هو فى الضرع فقال:

لا، إلا أن يحلب منه سكرجه فيقول: اشتر منى هذا اللبن الذى فى الأسكرجه و ما فى ضروعها بثمان مسمى، فإن لم يكن فى الضرع شيء كان ما فى الأسكرجه (٢). و خبر إبراهيم الكرخى (قلت لأبى عبد الله ك: ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائه نعجه و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما، فقال: لا بأس بذلك إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف) (٣)، إلى غير ذلك من الأخبار من غير تفصيل بين كونهما مقصودين بالأصالة أو أحدهما، هذا و نسب الشارح فى المسالك إلى المتأخرين التفصيل بين ما إذا كان المعلوم مقصودا بالبيع كالقصب مع جعل السمك تابعا له فيصح البيع، و بين ما لو كانا مقصودين أو قصد السمك الذى هو مجهول مع جعل القصب تابعا فلا يصح، ثم قواه صاحب المسالك.

و فيه: إنه على خلاف إطلاق الأخبار المتقدمه خصوصا مع اشتمال بعضها على التعليل بأنه إذا لم يحصل المجهول فيكون الثمن فى قبالة المعلوم، و مثله مثل بيع غير المقدور على تسليمه مع الضميمة فإنه جائز بالاتفاق كما تقدم.

(١) الخف للابل بمنزله الحافر لغيرها.

(٢) الظلف لما اجتر من الحيوانات كالبقرة و الشاه و هو بمنزله الحافر للفرس و الخف للابل.

(٣) أى مع الضميمة إلى معلوم.

(٤) أنه لا يجوز.

(٥) بل بعضها صحيح و بعضها موثق.

ص: ٤٠٦

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد البيع حديث و ٥ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد البيع حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

يتجدد مداه معلومه، و الوجه المنع. نعم لو وقع ذلك (١) بلفظ الصلح اتجه الجواز، و فضل آخرون فحكموا بالصحة مع كون المقصود بالذات المعلوم، و كون المجهول تابعا و البطالان مع العكس و تساويهما (٢) فى القصد الذاتى و هو حسن، و كذا القول فى كل مجهول ضم إلى معلوم.

(و لا- الجلود و الأصواف و الأشعار على الأنعام) و إن ضم إليها غيره أيضا، لجهاله مقداره، مع كون غير الجلود موزونا فلا يباع جزافا، (إلا أن يكون الصوف و شبهه مستجزا، أو شرط جزؤه فالأقرب الصحة)، لأن المبيع حينئذ مشاهد، و الوزن غير معتبر مع كونه (٣) على ظهرها و إن استجزت (٤)، كالثمره على الشجره و إن استجزت.

و ينبغى على هذا (٥) عدم اعتبار اشتراط جزؤه، لأن ذلك لا مدخل له فى الصحة، بل غايته مع تأخيره أن يمتزج بمال البائع، و هو لا- يقتضى بطلان البيع كما لو امتزجت لقطه الخضر بغيرها، فيرجع إلى الصلح و لو شرط تأخيره (٦) مداه معلومه، و تبعيه (٧) المتجدد بنى على القاعده السالفه، فإن كان المقصود بالذات هو الموجود صح، و إلا فلا.

الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز

(الثانيه عشره - يجوز بيع دود القز (٨)، لأنه حيوان طاهر ينتفع به) منفعه مقصوده محلله، (و نفس القز (٩) و إن كان الدود فيه، لأنه كالنوى فى التمر) فلا يمنع من بيعه، و ربما احتمل المنع، لأنه إن كان حيا عرضه

(١) أى بيع المجهول مع الضميمه إلى المعلوم.

(٢) عطف على العكس.

(٣) قيد لعدم اعتبار الوزن.

(٤) فيما بعد.

(٥) من كون المبيع مشاهدا مع عدم اعتبار وزنه حال كونه على الظهر.

(٦) عن وقت البيع.

(٧) عطف على (تأخيره) فيكون من باب بيع المجهول المنضم إلى المعلوم كما هو واضح.

(٨) بلا- إشكال لأنه حيوان طاهر و له منفعه مقصوده محلله، بل قد عرفت جواز بيع الدم و هو نجس، و جواز بيع الكلب و هو حيوان نجس العين إذا كان له منفعه مقصوده محلله.

(٩) بلا إشكال فيه لعمومات حليه البيع بعد عدم المانع.

للفساد (١)، و إن كان ميتا دخل في عموم النهى عن بيع الميتة (٢)، و هو ضعيف، لأن عرضه الفساد لا يقتضى المنع، و الدود لا يقصد بالبيع حتى يمنع ميتته، و إلى جوابه أشار المصنف بقوله: لأنه كالتوى، و قد يقال: أن فى التوى منفعه مقصوده كعلف الدواب، بخلاف الدود الميت (٣)، و كيف كان لا يمنع من صحه البيع (٤).

الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه معه

(الثالثه عشره - إذا كان المبيع فى ظرف جاز بيعه) مع وزنه (٥) معه (٦) (و أسقط ما جرت العاده به للظرف) (٧) سواء كان ما جرت به زائدا عن وزن الظرف قطعاً، أم ناقصاً (٨)، و لو لم تطرد العاده لم يجز (١) مرفوع على أنه خبر (إن) و المعنى: لأنه عرضه للفساد إن كان حياً، و فيه: إنه يلزم منه المنع فى كثير من البيوعات، لأن غالب المبيعات عرضه للفساد.

(٢) و فيه أيضاً أنه داخل بالتبع فلا يضر.

(٣) فإنه لا يصلح لشيء.

(٤) لأنه ليس بمقصود فى بيع القز بل هو تابع.

(٥) أى وزن المبيع، لأنه لا يجوز بيعه جزافاً إذا كان موزوناً.

(٦) مع الظرف.

(٧) و هذا الإسقاط هو المسمى بالإنذار، و هذا الإسقاط للظرف من الوزن مشروط بما يحتمل أنه مساو للظرف، فلو أراد الإسقاط بأكثر من وزن الظرف قطعاً أو بالأقل فلا يجوز إلا مع التراضى و يدل عليه موثق حنان (كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السلام فقال له معمر الزيات: إنا نشترى الزيت فى زقاقه، و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق، فقال: إن كان يزيد و ينقص فلا بأس، و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه) (١)، و خبر على بن أبى حمزه (سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك إنى رجل أبيع الزيت - إلى أن قال - قلت: فإنه يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا و كذا رطلا، فربما زاد و ربما نقص، فقال: إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس) (٢)، و خبر على بن جعفر بن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن الرجل يشترى المتاع وزناً فى الناسيه و الجوالق فيقول: ادفع للناسيه رطلاً أو أقل أو أكثر من ذلك، أ يحل ذلك البيع؟ قال: إذا لم يعلم وزن الناسيه و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا) (٣).

ص: ٤٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب عقد البيع حديث ١ و ٣.

إسقاط ما يزيد (١)، إلا مع التراضى. ولا فرق بين إسقاطه بغير ثمن أصلا، و بثمان مغاير للمظروف (٢)، (و لو باعه مع الظرف) من غير وضع جاعلا- مجموع الظرف و المظروف مبيعا واحدا بوزن واحد (فالأقرب الجواز) (٣)، لحصول معرفه الجمله الرافعه للجهاله، و لا- يقدح الجهل بمقدار كل منهما منفردا، لأن المبيع هو الجمله، لا كل فرد بخصوصه. وقيل: لا يصح حتى يعلم مقدار كل منهما، لأنهما فى قوه مبيعين، و هو ضعيف.

القول فى الآداب: و هى أربعة و عشرون

إشارة

(القول فى الآداب: و هى أربعة و عشرون)

الأول – التفقه فيما يتولاه

الأول - (التفقه فيما يتولاه) من التكسب، ليعرف صحيح العقد من فاسده، و يسلم من الربا (٤)، (و) لا- يشترط معرفه الأحكام بالاستدلال كما يقتضيه ظاهر الأمر بالتفقه، بل (يكفى التقليد)، لأن المراد به هنا معرفتها على وجه يصح، و قد -نعم إذا كان الإسقاط بالأقل أو بالأكثر قطعاً بحسب العاده و علم المتبايعين بذلك فيجوز لأنه مع رضا المتبايعين يجوز تضييع المال لأحدهما. (٨) قطعاً و بشرط علم المتبايعين حتى يتحقق رضاهما.

(١) و كذا ما ينقص.

(٢) أى بثمان مغاير لثمان المظروف.

(٣) بلا- خلاف فيه بيننا لعمومات حليه البيع السالمة عن معارضه دليل الغرر عرفا، و العلم بالمجموع كاف عن معرفه وزن أبعاض المبيع، و نسب فى التذكرة إلى بعض العامه المنع لاشتراط معرفه وزن كل واحد من الظرف و المظروف، و لأن الظرف لا يباع وزنا مع كون وزن المظروف غير معروف، و فيه: أنه لا- يشترط معرفه وزن كل من الظرف و المظروف بعد كون الجميع مبيعا واحدا فيشترط معرفه المجموع و هو معلوم بحسب الفرض، و كون الظرف لا- يباع وزنا إنما هو جار فى بيعه منفردا و أما مع ضميمه ما فيه من المظروف فالعاده جاريه على بيعه كذلك فلا إشكال.

(٤) للأخبار.

منها: خبر الأصبغ بن نباته (سمعت أمير المؤمنين عليه السلام يقول على المنبر: يا معشر التجار الفقه ثم المتجر، الفقه ثم المتجر، و الله للربا فى هذه الأمة أخفى من ديب النمل على الصفا، شوبوا إيمانكم بالصدق، التاجر فاجر، و الفاجر فى النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق) (١) و خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

قال على (ع): «من أتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا، ثم ارتطم».

الثاني - التسويه بين المعاملين في الإنصاف

الثاني - (التسويه بين المعاملين في الإنصاف) (١) فلا يفرق بين المماكس وغيره، ولا بين الشريف والحقير. نعم لو فاوت بينهم بسبب فضيله ودين فلا بأس، لكن يكره للأخذ قبول ذلك، ولقد كان السلف يوكلون في الشراء من لا يعرف هربا من ذلك.

الثالث - إقاله النادم

الثالث - (إقاله النادم) (٢) قال الصادق عليه السّلام: «أئما عبد مسلم أقال مسلما في بيع أقال الله عشرته يوم القيامة» وهو مطلق في النادم وغيره، إلا أن ترتب - أمير المؤمنين عليه السّلام: من أتجر بغير علم ارتطم في الربا ثم ارتطم (١) و مرسل الصدوق (كان أمير المؤمنين عليه السّلام يقول: لا يقعدن في السوق إلا من يعقل الشراء والبيع) ٢ و مرسل المفيد عن الصادق عليه السّلام (من أراد التجاره فليتفقه في دينه، ليعلم بذلك ما يحلّ له مما يحرم عليه، و من لم يتفقه في دينه ثم أتجر تورط بالشبهات) ٣، والمراد بالتفقه معرفه الأحكام الشرعيّه المتعلقة بما يتولاه من التكسب قبل الشروع لئلا يقع في الكثير مما يوجب فساد العقد أو يقع في الربا، والأخبار مطلقه تدل على التفقه و لو من التقليد.

(١) فلا يفرق بين المماكس وغيره بزياده السعر على الأول أو نقصه، ولا بين الشريف والحقير لخبري عامر بن جذاعة عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه قال في رجل عنده بيع فسعره سعرا معلوما، فمن سكت عنه ممن يشتري منه باعه بذلك السعر، و من ماكسه و أبي أن يبتاع منه زاده، قال: لو كان يزيد الرجلين و الثلاثة لم يكن بذلك بأس، فأما أن يفعله بمن أبي عليه و كايسه، و يمنع من لم يفعل ذلك فلا يعجبني إلا أن يبيعه بيعا واحدا) (٢).

نعم لا - بأس كما قيل بالمراعاة بنقصان الثمن للمرجح الشرعي كالإيمان و زيادته و العلم و الورع و الفقر مما يحسنه العقل و الشرح، مع أنه قيل - كما في الجواهر - يكره للمبذول له قبول ذلك و لذا يحكى عن السلف أنهم كانوا يوكلون في الشراء من لا يعرف هربا من ذلك.

(٢) للأخبار.

منها: خبر الجعفرى عن بعض أهل بيته (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يأذن لحكيم بن حزام في -

ص: ٤١٠

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

الغايه (١) مشعر به (٢)، و إنما يفتقر إلى الإقالة (إذا تفرقا من المجلس، أو شرطا عدم الخيار) فلو كان للمشتري (٣) خيار فسخ به (٤) و لم يكن محتاجا إليها (٥) (و هل تشرع الإقالة في زمن الخيار، الأقرب نعم) لشمول الأدله (٦) له (٧)، خصوصا الحديث السابق فإنه لم يتقيد بتوقف المطلوب (٨) عليها (٩)، (و لا يكاد يتحقق الفائده) في الإقالة حينئذ (١٠) (إلا- إذا قلنا هي بيع (١١)، فيترتب عليها أحكام البيع من الشفعه و غيرها، بخلاف الفسخ.

-تجارته حتى ضمن له إقاله النادم و إنظار المعسر، و أخذ الحق وافيًا أو غير واف (١)، و خبر هارون بن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلما في بيع أقاله الله عشرته يوم القيامة) (٢)، و هو مطلق يشمل النادم و غيره، نعم في مرسل المغير عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما مسلم أقال مسلما بيع ندامه أقاله الله عز و جل عشرته يوم القيامة) ٣.

(١) و هي إقاله الله عز و جل عشرته يوم القيامة، فإن العاصي يكون نادما في ذلك اليوم لا محاله.
(٢) بالندم.

(٣) الأخبار المتقدمه ظاهره في إقاله المشتري، و لكن يستحب إقاله البائع أيضا للإطلاق في خبر سماعه بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام (أربعه ينظر الله عز و جل إليه يوم القيامة: من أقال نادما، أو أغاث لهفانا، أو أعتق نسمة، أو زوج عزا) ٤.
(٤) بالخيار.

(٥) إلى الإقاله.

(٦) أدله مشروعيه الإقاله.

(٧) لزمن الخيار.

(٨) و هو فسخ العقد.

(٩) على الإقاله.

(١٠) أي حين ثبوت الخيار.

(١١) كما هو رأى بعض العامه في الإقاله، و إلا فعندنا من دون خلاف أنها فسخ لا بيع، فلا فائده في ثبوت الإقاله في زمن الخيار لأنه قادر على الفسخ بخياره.

نعم على القول بأنها بيع فيترتب عليها أحكامه من الشفعه و زياده الثمن و التأجيل و التعجيل و الخيارات و غيرها.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٤ و ٥.

أو قلنا: (بأن الإقالة (١) من ذى الخيار إسقاط للخيار)، لدلالاتها على الالتزام بالبيع، وإسقاط الخيار لا يختص بلفظ، بل يحصل بكل ما دل عليه، من قول، و فعل و تظهر الفائدة حينئذ (٢) فيما لو تبين بطلان الإقالة (٣) فليس له الفسخ بالخيار.

(و يحتمل سقوط خياره بنفس طلبها مع علمه بالحكم) (٤) لما ذكرناه من الوجه، و من ثم قيل بسقوط الخيار لمن قال: لصاحبه اختر و هو مروى (٥) أيضا، و الأقوى عدم السقوط فى الحالين (٦)، لعدم دلالاته (٧) على الالتزام (٨) حتى بالالتزام (٩)، و يجوز أن يكون مطلوبه من الإقالة (١٠) تحصيل الثواب بها (١١) فلا ينافى إمكان فسخه بسبب آخر (١٢) و هو (١٣) من أتم الفوائد.

الرابع - عدم تزيين المتاع

الرابع - (عدم تزيين المتاع) (١٤) ليرغب فيه الجاهل مع عدم غايه أخرى (١) أى طلب الإقالة.

(٢) أى حين طلب الإقالة.

(٣) فيما لو طلبها من غير البائع أو المشتري اشتباها بعنوان أنه صاحبه.

(٤) بأن طلب الإقالة إسقاط لخياره بالالتزام.

(٥) فى الغوالى عن النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه:

اختر) (١)، و لذا نسب للشيخ سقوط الخيار لمن خيّر صاحبه بذلك، مع أن النسبه للشيخ غير ثابتة لأن المحكى عن مبسوطه خلافه خلاف ذلك كما فى مفتاح الكرامه، على أن ذيل الخبر غير وارد من طرفنا بل هو من طرق العامه مع عدم جابر له، فالأقوى عدم السقوط.

(٦) حال طلب الإقالة و حال قول أحدهما للآخر: اختر.

(٧) أى لعدم دلالة اللفظ الصادر فى الحالين.

(٨) أى الالتزام بسقوط الخيار.

(٩) أى بالدلاله الالتزاميه.

(١٠) أى من طلب الإقالة.

(١١) و فيه: إن الثواب للمقبل لا للنادم الذى طلب الإقالة.

(١٢) و هو الخيار الثابت له.

(١٣) أى تحصيل الثواب.

ص: ٤١٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الخيار حدیث ٣.

للزينة، أما تزيينه لغايه أخرى كما لو كانت الزينه مطلوبه عاده فلا بأس.

الخامس – ذكر العيب

الخامس - (ذكر العيب) الموجود في متاعه (إن كان) فيه عيب ظاهرا كان، أم خفيا، للخبر (١). ولأن ذلك من تمام الإيمان و النصيحة.

السادس – ترك الحلف على البيع و الشراء

السادس - (ترك الحلف على البيع و الشراء) قال (ص): «ويل للتاجر من لا و الله و بلى و الله» (٢)، و قال (ص) (٣): «من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتري و لا يبيع: الربا، و الحلف، و كتمان العيب، و المدح إذا باع، و الذم إذا اشترى» و قال الكاظم (ع) (٤): «ثلاثة لا ينظر الله إليهم أحدهم رجل اتخذ الله عزّ و جلّ بضاعه لا يشتري إلا بيمين، و لا يبيع إلا بيمين»، و موضع الأدب الحلف صادقا، أما الكاذب فعليه لعنه الله.

السابع – المسامحه فيهما

السابع - (المسامحه فيهما (٥)، و خصوصا في شراء آلات الطاعات) (٦) فإن (١٤) بحيث يكون التزيين لإظهار محاسنه و صفاته الموجوده فيه ليرغب فيه جاهله، و قد اعترف بعضهم بعدم العثور في الأخبار على ما يدل على كراهه التزيين المذكور أو ما يدل على استحباب الترك، نعم لو كان التزيين لإظهار صفة غير موجوده فيه فهو من الغش المحرم و قد تقدم.

(١) و هو خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتري و لا يبيع: الربا و الحلف و كتمان العيب و الحمد إذا باع و الذم إذا اشترى) (١)، و قيده جماعه منهم الشهيد في الدروس بالعيب الظاهر، لأن كتمان العيب الخفي من الغش و هو محرم، هذا و الخبر مطلق يشمل الظاهر و الخفي، و إن كان الحكم باستحباب ذكر العيب مختص بالعيب الظاهر، لأن ذكر الخفي واجب.

(٢) و هو مرسل الصدوق (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ويل لتجار أمتي من لا و الله بلى و الله، و ويل لصناع أمتي من اليوم و غدا) (٢).

(٣) و هو خبر السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام ٣، و فيه (الحمد إذا باع) كما في الوسائل، (المدح إذا باع).

(٤) و هو خبر درست بن أبي المنصور عن إبراهيم بن عبد الحميد ٤.

- ١- ((١ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب التجاره حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب آداب التجاره حديث ٥ و ٢.

ذلك موجب للبركه و الزياده، و كذا يستحب فى القضاء و الاقتضاء للخبر (١).

الثامن - تكبير المشتري ثلاثا

الثامن - (تكبير المشتري ثلاثا (٢)، و تشهدة الشهادتين بعد الشراء) (٣) و ليقبل بعدهما: اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من فضلك، فاجعل لى فيه فضلا، اللهم إني (٥) فى البيع و الشراء للأخبار.

منها: خبر الحسين بن يزيد الهاشمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت زينب العطاره إلى نساء النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم - إلى أن قال - فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إذا بعت فاحسنى و لا تغشى - تعنتى خ ل - فإنه اتقى لله و أبقى للمال) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: السماحة من الرباح، قال ذلك لرجل يوصيه و معه سلعه يبيعها) (٢)، و خبر إسماعيل بن مسلم عن أبى عبد الله من أبيه عليه السّلام: أوصى الله تعالى إلى بعض أنبيائه عليهم السّلام: للكريم فكارم و للسمح فسامح و عند الشكس فالتو) (٣).

(٦) فى خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان على بن الحسين عليه السّلام يقول لقهرمانه: إذا أردت أن تشتري لى من حوائج الحج شيئا فاشتر و لا تماكس) (٣)، و فى مرفوع يحيى بن محمد بن عيسى عن أبى جعفر عليه السّلام (لا تماكس فى أربعة أشياء: فى الأضحيه و الكفن و ثمن النسمة و الكراء إلى مكه) (٥) و مثله غيره، و هذه الأخبار ظاهره فى بعض الطاعات، فالتعميم كما قاله الشارح ليس عليه دليل من الأخبار.

(١) فى خبر حنان عن أبيه عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

بارك الله سهل البيع سهل الشراء سهل القضاء سهل الاقتضاء) (٤) و فى خبر جابر (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: غفر الله لرجل كان قبلكم، كان سهلا إذا باع، سهلا إذا اشترى، سهلا إذا قضى، سهلا إذا استقضى) (٧).

(٢) كما فى خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام (إذا اشتريت متاعا فكبر الله ثلاثا ثم قل: اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من خيرك، فاجعل لى فيه خيرا، اللهم إني اشتريته التمس فيه من فضلك، فصل على محمد و آل محمد، و اجعل لى فيه فضلا، اللهم إني اشتريته ألتمس فيه من رزقك فاجعل لى فيه رزقا) (٥).

(٣) لا يوجد خبر يدل على استحباب الشهادتين بعد الشراء لأن ما ورد فى الأخبار يدل على -

ص: ٤١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٣.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٣.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

اشتريته ألتمس فيه رزقا (١)، فاجعل لي فيه رزقا» (٢).

التاسع - أن يقبض ناقصا، و يدفع راجحا

التاسع - (أن يقبض ناقصا، و يدفع راجحا (٣)، نقصانا و رجحانا لا يؤدي إلى الجهالة) بأن يزيد كثيرا بحيث يجهل مقداره (٤) تقريبا، و لو تنازعا في تحصيل الفضيله قدم من بيده الميزان و المكيال، لأنه الفاعل المأمور بذلك (٥)، زياده على كونه معطيا و أخذنا (٦).

-استحباب الشهادتين عند جلوس التاجر مجلسه كما في خبر حنان عن أبيه قال أبو جعفر عليه السلام في حديث: (فإذا جلس مجلسه فقال حين يجلس: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أشهد أن محمدا عبده و رسوله - إلى أن قال - فإذا قال ذلك قال له الملك الموكل به: أبشر فما في سوقك اليوم أحد أوفر حظا منك) (١)، و قد ورد استحباب الشهادتين عند دخول السوق كما في خبر أبي عبيده قال الصادق عليه السلام: (من قال في السوق: أشهد أن لا إله إلا الله و أشهد أن محمدا عبده و رسوله كتب الله له ألف حسنة) (٢) و خبر سعد الخفاف عن أبي جعفر عليه السلام (من دخل السوق فنظر إلى حلوها و مرها و حامضها فليقل: أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له و أن محمدا عبده و رسوله، اللهم إني أسألك من فضلك و أستجيرك من الظلم و العزم و المأثم) (٣)، إلا أن يكون ذكر الشهادتين بعد الشراء من باب التبرك و اليمن و هذا كاف في أدله السنن.

(١) و الصحيح (من رزقك).

(٢) كما في خبر محمد بن مسلم المتقدم، على أنه لم ينقل تمام الدعاء الوارد فيه فراجع.

(٣) للأخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان) (٤).

و خبر حماد بن بشير عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يكون الوفاء حتى يميل الميزان) ٥.

(٤) أي مقدار الزائد، و فيه: إن العوضين معلومين على كل حال، و لا يشترط معرفه مقدار الموهوب فقيده الشارح مما لا دليل عليه.

(٥) بتحصيل الفضيله أي، و هو المأمور بذلك كما في خبر حماد بن بشير المتقدم.

(٦) و هذا مشترك بينه و بين المشتري فلا يصلح لترجيح البائع.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

العاشر - أن لا يمدح أحدهما سلعته

العاشر - (أن لا يمدح أحدهما سلعته، و [لا] يذم سلعه صاحبه) (١) للخبر المتقدم وغيره، (و لو ذم سلعه نفسه بما لا يشمل على الكذب فلا بأس).

الحادى عشر - ترك الربح على المؤمنين

الحادى عشر - (ترك الربح على المؤمنين) (٢) قال الصادق عليه السّلام: «ربح المؤمن على المؤمن حرام (٣)، إلا- أن يشتري بأكثر من مائه درهم فأربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجاره فأربحوا عليهم و أرفقوا بهم»، (إلا مع الحاجه فيأخذ منهم نفقه يوم) له و لعياله، (موزعه على المعاملين) فى ذلك اليوم مع انضباطهم، و إلا ترك الربح على المعاملين بعد تحصيل فوت يومه، كل ذلك مع شرائهم للقوت، أما للتجاره فلا بأس به مع الرفق كما دل عليه الخبر.

الثانى عشر - ترك الربح على الموعود بالإحسان

الثانى عشر - (ترك الربح على الموعود بالإحسان) بأن يقول له: هلم أحسن إليك فيجعل إحسانه الموعود به ترك الربح عليه قال الصادق عليه السّلام (٤): «إذا قال الرجل للرجل هلم أحسن بيعك يحرم عليه الربح»، و المراد به الكراهه المؤكده (٥).

(١) لخبر السكونى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: من باع و اشترى فليحفظ خمس خصال و إلا فلا يشتريّ و لا يبيعنّ: الربا و الحلف و كتمان العيب و الحمد إذا باع و الذم إذا اشترى) (١)، و مرفوع أحمد بن محمد بن عيسى (كان أبو أمامه صاحب رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم يقول: سمعت رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم يقول: أربع من كنّ فيه طاب مكسبه:

إذا اشترى لم يعب، و إذا باع لم يحمد و لا يدلس، و فيما بين ذلك لا يحلف) (٢).

(٢) إلا- لتحصيل قوت يومه موزعا على سائر المعاملين له من المؤمنين فى ذلك اليوم للضروره، و إلا إذا كان الشراء بأكثر من مائه درهم أو الشراء للتجاره فلا كراهه فى الربح لخبر سليمان بن صالح و أبى شبل جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام (ربح المؤمن على المؤمن ربا، إلا- أن يشتري بأكثر من مائه درهم فأربح عليه قوت يومك، أو يشتريه للتجاره فأربحوا عليهم و أرفقوا بهم) (٢).

(٣) و فى الخبر (ربا).

(٤) كما فى خبر على بن عبد الرحيم عن رجل (٣).

(٥) للأصل و فتوى الأصحاب بعد ضعف الخبر.

- ١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

الثالث عشر - ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه

الثالث عشر - (ترك السبق إلى السوق والتأخر فيه)، بل يبادر إلى قضاء حاجته و يخرج منه، لأنه مأوى الشياطين (١)، كما أن المسجد مأوى الملائكة فيكون على العكس، ولا فرق في ذلك بين التاجر وغيره، ولا بين أهل السوق عادة، وغيرهم (٢).

الرابع عشر - ترك معاملة الأذنين

الرابع عشر - (ترك معاملة الأذنين) وهم الذين يحاسبون على الشيء الأذون، أو من لا يسره الإحسان، ولا تسوءه الإساءة، أو من لا يبالي بما قال ولا ما قيل فيه (٣)، (والمحارفين) بفتح الراء وهم الذين لا يبارك لهم في كسبهم، قال الجوهرى: رجل محارف بفتح الراء أى محدود محروم، وهو خلاف قولك مبارك، وقد حورف كسب فلان إذا شدد عليه فى معاشه، كأنه ميل برزقه عنه (٤)، (١) ففى مرسل الصدوق (قال أمير المؤمنين عليه السلام: جاء أمر أبى من بنى عامر إلى النبى صلى الله عليه وآله وسلم، فسأله عن شر بقاع الأرض وخير بقاع الأرض، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم:

شر بقاع الأرض الأسواق، وهى ميدان إبليس يغدو برايته ويضع كرسيه ويبت ذريته، فينب مطفف فى قفيز أو سارق فى ذراع أو كاذب فى سلعه، فيقول: عليكم برجل مات أبوه وأبوكم حى، فلا يزال مع ذلك أول داخل وآخر خارج، ثم قال: وخير البقاع المساجد، وأحبهم إلى الله أولهم دخولا وآخرهم خروجاً منهم (١)، وخبر جابر الجعفى عن أبى جعفر محمد بن على الباقر عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لجبرئيل: أى البقاع أحب إلى الله تعالى؟ قال: المساجد، وأحب أهلها إلى الله أولهم دخولا- إليها وآخرهم خروجاً منها، قال: فأى البقاع أبغض إلى الله تعالى؟ قال: الأسواق وأبغض أهلها إليه أولهم دخولا إليها وآخرهم خروجاً منها) ٢.

(٢) لإطلاق الأخبار.

(٣) وفى الفقيه نسبة التفاسير الثلاثة إلى الأخبار كما فى مفتاح الكرامه ثم قال: (و ربما فسر الأذنون بمن لا مروءة له)، والعمده مرسل الصدوق (قال عليه السلام: إياك ومخالطه السفله، فإن السفله لا تثول إلى خير) (٢) بناء على أن السفله هم الأذنون.

(٤) لخبر الوليد بن صبيح عن أبيه (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: لا تشتت من محارف فإن صفقته لا بركه فيها) (٣).

ص: ٤١٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

(والمؤفين) أى ذوى الآفه و النقص فى أبدانهم، للنهى عنه فى الأخبار (١)، معللاً بأنهم أظلم شىء، (و الأكراد) (٢) للحديث عن الصادق عليه السّلام، معللاً بأنهم حى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء، و نهى فيه أيضاً عن مخالطتهم (و أهل الذمه) (٣) للنهى عنه، و لا يتعدى إلى غيرهم من أصناف الكفار للأصل، و الفارق (٤)، (و ذوى الشبهه فى المال) كالظلمه لسريان شبههم إلى ماله (٥).

الخامس عشر - ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن

الخامس عشر - (ترك التعرض للكيل، أو الوزن إذا لم يحسن) (٦) حذرا من (١) كما فى خبر ميسر بن عبد العزيز (قال أبو عبد الله عليه السّلام: لا تعامل ذا عاهه فإنهم أظلم شىء) (١) و مثله غيره.

(٢) لما فى خبر أبى الربيع الشامى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام فقلت: إن عندنا قوما من الأكراد و أنهم لا يزالون يجيئون بالبيع فتخالطهم و تبايعهم، فقال: يا أبا الربيع لا تخالطوهم، فإن الأكراد حى من أحياء الجن كشف الله عنهم الغطاء فلا تخالطوهم) (٢).

(٣) قيل بعدم وجود نص على كراهه البيع و الشراء منهم بالخصوص، نعم ما ورد هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (لا تستعن بمجوسى و لو على أخذ قوائم شاتك و أنت تريد ذبحها) (٣)، و هو مختص بالمجوسى و لا يدل على اختصاص الكراهه بالبيع و الشراء، و قد ورد فى خبر ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه و لا يضافيه الموده) (٤)، و فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى إلا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم) (٥)، و هما غير ظاهرين فى اختصاص المنع بالبيع و الشراء كما هو المقصود.

(٤) الفارق هو النص المتقدم.

(٥) أى مال من يتعامل معهم فلذا حكم بالكراهه.

(٦) لمرسل مثنى الخياط عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل من نيته الوفاء و هو إذا كال-

ص: ٤١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام الشركه حديث ١ و ٢.

الزيادة و النقصان المؤديين إلى المحرّم، و قيل: يحرم حينئذ، للنهي عنه في الأخبار المقتضى للتحريم، و حمل على الكراهه.

السادس عشر - ترك الزيادة في السلعه وقت النداء

السادس عشر - (ترك الزيادة في السلعه وقت النداء) عليها من الدلال، بل يصبر حتى يسكت ثم يزيد إن أراد، لقول علي (ع) (١): «إذا نادى المنادى فليس لك أن تزيد، و إنما يحرم الزيادة النداء، و يحلها السكوت».

السابع عشر - ترك السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس

السابع عشر - (ترك السوم) و هو الاشتغال بالتجاره (ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) لنهي النبي (ص) عنه (٢)، و لأنه وقت الدعاء، و مسأله الله تعالى، لا وقت تجاره، و في الخبر (٣) أن الدعاء فيه أبلغ في طلب الرزق من الضرب في البلاد.

-لم يحسن أن يكيل، قال: فما يقول الذين حوله؟ قلت: يقولون لا يوفى، قال: هذا ممن لا ينبغي له أن يكيل (١)، نعم إذا أدى إلى الزيادة و النقصان فيحرم، فإطلاق الحرمة كما عن البعض ليس في محله.

(١) كما في خبر أميه بن عمرو عن الشعيري عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

(٢) كما في مرفوع علي بن أسباط (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن السوم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس) (٣).

(٣) و هو خبر الصدوق في الخصال مسندا عن علي عليه السلام (من كان له إلى ربه حاجه فليطلبها في ثلاث ساعات، ساعه في يوم الجمعة، و ساعه تزول الشمس و حين تهب الرياح و تفتح أبواب السماء و تنزل الرحمه و يصوت الطير، و ساعه في آخر الليل عند طلوع الفجر، فإنه ملكان يناديان: هل من تائب يتاب عليه؟ هل من سائل يعطى؟ هل من مستغفر فيغفر له؟ هل من طالب حاجه فيقضى له؟ فأجيبوا داعي الله و اطلبوا الرزق فيما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، فإنه سرع في طلب الرزق من الضرب في الأرض، و هي الساعه التي يقسم الله فيها الرزق بين عباده، توكلوا على الله عند ركعتي الفجر إذا صليتموها، ففيها تعطوا الرغائب) (٤).

ص: ٤١٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الدعاء حديث ١.

الثامن عشر - ترك دخول المؤمن في سوم أخيه

الثامن عشر - (ترك دخول المؤمن في سوم أخيه) (١) المؤمن (بيعا و شراء) بأن يطلب (٢) ابتياع الذي يريد أن يشتريه، و يبذل زياده عنه ليقدمه البائع، أو يبذل (٣) للمشتري متاعا غير ما اتفق هو و البائع عليه، لقول النبي (ص): «لا يسوم الرجل على سوم أخيه» و هو خبر معناه النهي، و من ثم قيل: بالتحريم، لأنه الأصل في النهي، و إنما يكره، أو يحرم (بعد التراضى، أو قربه) فلو ظهر (٤) له ما يدل على عدمه فلا كراهه و لا تحريم.

(و لو كان السوم بين اثنين (٥) سواء دخل أحدهما على النهي، أم لا بأن ابتداء فيه معا قبل محل النهي (لم يجعل نفسه بدلا من أحدهما) لصدق الدخول في السوم، (و لا كراهه فيما يكون في الدلالة)، لأنها موضوعه عرفا لطلب الزيادة ما دام الدلال يطلبها، فإذا حصل الاتفاق بين الدلال و الغريم تعلقت الكراهه، لأنه (٦) لا يكون حينئذ في الدلالة و إن كان (٧) بيد الدلال.

(١) لخبر الحسين بن زيد عن أبي عبد الله عن آبائه عليهم السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن يدخل الرجل في سوم أخيه المسلم) (١)، و خبر الدعائم عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه نهى أن يساوم الرجل على سوم أخيه) (٢)، و النهي ظاهر في التحريم فلذا ذهب الشيخ في المبسوط و جماعه إلى الحرمة.

و ذهب المحقق و جماعه و هو المشهور إلى الكراهه لضعف السند، و هذا و المراد بالدخول في سوم أخيه الزيادة في الثمن الذي بذله المشتري، أو بذل مبيع للمشتري غير ما بذله البائع، إذا كان ذلك بعد تراضيهما أو قربه، أما لو ظهر منهما أو من أحدهما عدم الرضا كما لو انصرف أحدهما فلا كراهه، ثم هذا كله إذا لم يكن البيع مبنيا على المزايده، أما لو كان كذلك فلا كراهه في الزيادة عند زياده الآخرين.

(٢) هذا بيان الدخول في سوم أخيه المشتري.

(٣) هذا بيان الدخول في سوم أخيه البائع.

(٤) للدخال.

(٥) أي بين مشتريين على مبيع واحد.

(٦) لأن الدخول.

(٧) أي المبيع.

ص: ٤٢٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

(و فى كراهه طلب المشتري من بعض الطالبين الترك له نظر) من عدم (١) صدق الدخول فى السوم من حيث الطلب منه، و من مساواته (٢) له فى المعنى حيث أراد أن يحرمه مطلوبه، و الظاهر القطع بعدم التحريم على القول به فى السوم، و إنما الشك فى الكراهه، (و لا- كراهيه فى ترك الملتمس منه)، لأنه (٣) قضاء حاجه لأخيه، و ربما استحبت إجابته لو كان مؤمنا، و يحتمل الكراهه لو قلنا بكراهه طلبه، لإعانتته له على فعل المكروه، و هذه الفروع من خواص الكتاب.

التاسع عشر - ترك توكل حاضر لباد

التاسع عشر - (ترك توكل حاضر لباد (٤) و هو الغريب الجالب للبلد و إن كان قرويا، قال النبى (ص): «لا يتوكل حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض»، و حمل بعضهم النهى على التحريم و هو حسن لو صح الحديث، و إلا فالكراهه أوجه، للتسامح فى دليلها، و شرطه (٥) ابتداء الحضرى به (٦)، فلو التمس منه الغريب فلا- بأس به، و جهل (٧) الغريب بسعر البلد، فلو علم به لم يكرهه، بل كانت مساعدته محض الخير، و لو باع مع النهى انعقد و إن (١) وجه عدم الكراهه.

(٢) أى مساواه الطلب للدخول فى سوم الغير، و هو وجه الكراهه.

(٣) أى الترك.

(٤) المراد بالبادى الغريب الجالب للبلد، و المعنى أن يحمل الغريب متاعا إلى بلد فيأتيه البلدى و يقول: أنا أبيعك لك بأعلى مما تبيعه به، قبل أن يعرف السعر لخبر عروه بن عبد الله عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى حديث: لا يبيع حاضر لباد، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض) (١) و خبر جابر (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يبيع حاضر لباد، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض) ٢.

و ظاهر النهى التحريم و لذا ذهب الشيخ و ابنا إدريس و البراج و العلامه فى المنتهى إلى الحرمة، و المشهور على الكراهه لقصور الخبرين مسندا.

(٥) أى و شرط الحكم بالكراهه.

(٦) بأن يعرض البلدى التوكل على الغريب، فلو التمس الغريب ذلك لم يكن به بأس.

(٧) عطف على (ابتداء الحضرى).

ص: ٤٢١

قيل بتحريمه (١)، و لا بأس بشراء البلدى له (٢)، للأصل.

العشرون - ترك التلقى للركبان

العشرون - (ترك التلقى للركبان) (٣) وهو الخروج إلى الركب القاصد إلى بلد للبيع عليهم، أو الشراء منهم، (وحدّه أربعة فراسخ) فما دون، فلا يكره ما زاد، لأنه سفر للتجاره، وإنما يكره (إذا قصد الخروج لأجله) (٤)، فلو اتفق مصادفه الركب في خروجه لغرض لم يكن به بأس (٥)، (و مع جهل البائع، أو المشتري القادم بالسعر) في البلد، فلو علم به لم يكره، كما يشعر به تعليقه (ص) في قوله:

(١) وقلنا أن النهى يقتضى الفساد، و ذلك لأن النهى قد تعلق بخارج المعامله.

(٢) للمتاع الذى جلبه الغريب.

(٣) وهو الخروج لتلقى القاصدين إلى بلد بتجاره فيشتري منهم لبيعه في البلد، و يدل عليه أخبار.

منها: خبر عروه بن عبد الله عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: لا يتلقى أحدكم تجاره خارجا من المصر) (١) و خبر منهال القصاب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تلق و لا تشتري ما تلقى و لا تأكل منه) ٢ و خبره الآخر عنه عليه السلام (عن تلقى الغنم، فقال:

لا تلق و لا تشتري ما تلقى، و لا تأكل من لحم ما تلقى) ٣.

و ظاهر الأخبار النهى عن تلقى الركبان للشراء منهم، فتعميم الحكم كما عن الشارح للبيع عليهم لا وجه له، ثم إن ظاهر النهى الحرمة و لذا ذهب إليها ابنا إدريس و البراج و نسب إلى الشيخ فى الخلاف و المبسوط حيث عبّر بلفظ (لا يجوز)، و المشهور على الكراهه لقصور الأخبار سندا.

ثم إن حد التلقى المكروه ما دون الأربعة فراسخ، فلو زاد عن أربعة فراسخ فلا نهى لخبر منهال القصاب (قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تلق، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن التلقى، قال: و ما حدّ التلقى؟ قال: ما دون غدوه أو روحه، قلت: و كم الغدوه و الروح؟ قال: أربعة فراسخ) ٤ و قال ابن أبي عمير الذى روى هذا الخبر عن عبد الرحمن بن الحجاج: و ما فوق ذلك فليس بتلق، و مرسل الصدوق (روى أن حد التلقى روحه، فإذا صار إلى أربع فراسخ فهو جلب) (٢).

(٤) لأجل التلقى.

(٥) لانصراف الأخبار المتقدمه عنه.

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٥ و ٢ و ٣ و ١.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٦.

«لا يتلق أحدكم تجاره، خارجا من المصر، و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض»، و الاعتبار بعلم من يعامله خاصه (١).

(و) كذا ينبغي (ترك شراء ما يتلقى) ممن اشتراه من الركب بالشرائط (٢) و من ترتبت يده على يده و إن ترامى، لقول الصادق (ع): «لا تلق و لا تشتتر ما يتلقى و لا تأكل منه»، و ذهب جماعه إلى التحريم، لظاهر النهى فى هذه الأخبار.

و على القولين يصح البيع (٣)، و لا- خيار للبائع و المشتري إلا مع الغبن (٤) فيتخير المغبون على الفور فى الأقوى (٥)، و لا كراهه فى الشراء منه بعد وصوله إلى حدود البلد بحيث لا يصدق التلقى، و إن كان جاهلا بسعره (٦) للأصل، و لا فى بيع نحو المأكول و العلف عليهم و إن تلقى (٧).

الحادى و العشرون - ترك الحكره

الحادى و العشرون - (ترك الحكره) (٨) بالضم و هو جمع الطعام و حبسه يتربص (١) أى إن الاعتبار على الجهل بسعر البلد لمن يعامله خاصه، و إن علم بقيه الركب بالسعر.

(٢) الموجه للنهى عنه.

(٣) لتعلق النهى بخارج المعامله.

(٤) كما هو المشهور، و عن ابن إدريس ثبوت الخيار لصاحب السلعه مطلقا للنبوى (لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه و اشترى منه، فإذا أتى السوق فهو بالخيار) (١)، و النبوى الآخر (أنه نهى عن تلقى الركبان، و قال: من تلقاها فصاحبها بالخيار إذا دخل السوق) (٢) و فى ثالث (فإن تلقى متلق فصاحب السلعه بالخيار إذا دخل السوق) (٣)، و هى قاصره السند عن تخصيص قاعده اللزوم فى المعاوضات فضلا عن أن ثبوت الخيار حين دخول السوق إشعار بأن الخيار عند تحقق الغبن و إلا لبث له الخيار من حين البيع.

(٥) و قيل: إنه على التراضى و سيأتى الكلام فيه فى باب الخيارات.

(٦) بسعر البلد.

(٧) قد عرفت اختصاص النهى بالشراء منهم لا بالبيع عليهم.

(٨) و هو حبس الطعام و التربص به انتظارا لغلو السعر مع حاجه الناس، و قد ورد النهى عنه بالأخبار.

منها: صحيح إسماعيل بن أبى زياد عن أبى عبد الله عن أبيه عليه السلام (لا يحتكر الطعام-

ص: ٤٢٣

٢- ((٣ و ٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣ و ٤.

به الغلاء، والأقوى تحريمه مع حاجه الناس إليه، لصحه الخبر (١) بالنهاى عنه عن النبى (ص): «و أنه لا يحتكر الطعام إلا خاطئ و أنه ملعون» (٢).

و إنما تثبت الحكره (فى) سبعة أشياء (٣) (الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب) -إلا خاطئ(١)، و قد أرسله الصدوق عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم ٢ د و صحيح أبى الفضل سالم الحنط (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: ما عملك؟ قلت: حنّاط و ربما قدمت على نفاق، و ربما قدمت على كساد فحبست، قال: فما يقول من قبلك فيه؟ قلت: يقولون:

محتكر، فقال: يبيعه أحد غيرك؟ قلت: ما أبيع أنا من ألف جزء جزءا قال: لا- بأس، إنما كان ذلك رجل من قريش يقال له حكيم بن حزام، و كان إذا دخل الطعام المدينه اشتراه كله، فمرّ عليه النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم فقال: يا حكيم بنى حزام، إياك أن تحتكر(٢)، و ما ورد فى النهج عن أمير المؤمنين عليه السّلام فى كتابه إلى مالك الأشر: (فامنع من الاحتكار، فإن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم منع منه، و ليكن البيع بيعا سمحا بجوازين عدل و اسعلا لا يحجف بالفريقين من البائع و المبتاع، فمن قارف حكره بعد نهيك إياه فنكل و عاقب من غير إسراف: (٣) و العقاب دليل على الحرمه فضلا عن ظهور النهى فيها، و لذا ذهب المشهور إلى الحرمه، و عن الشيخ فى المبسوط و المفيد فى المقنعه و المحقق فى الشرائع و العلامه فى المختلف و جماعه الكراهه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يحتكر الطعام و يتربص به هل يصلح ذلك؟ فقال: إن كان الطعام كثيرا يسع الناس فلا- بأس به، و إن كان الطعام قليلا لا يسع الناس فإنه يكره أن يحتكر الطعام و تبرك الناس ليس لهم طعام) (٤)، و فيه: إن الكراهه فى لسانهم عليهم السلام أعم من الحرمه و غيرها.

و مقتضى الأخبار المتقدمه و غيرها حرمه احتكار الطعام مع عدم وجود باذل له مع حاجه الناس إليه.

(١) و هو خبر إسماعيل بن أبى زياد.

(٢) و هذا خبر ثان، و هو خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

الجالب مرزوق و المحتكر ملعون) ٦.

(٣) المشهور على أن الحكره تثبت فى خمسها: الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن لخبر أبى-

ص: ٤٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١٢ و ٨.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب آداب التجاره حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١٣.

٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ و ٣.

(و السمن و الزيت و الملح)، و إنما يكره إذا وجد باذل غيره يكتفى به الناس، (و لو لم يوجد غيره وجب البيع) مع الحاجة (١)، و لا يتقيد بثلاثة أيام في الغلاء، و أربعين -البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السّلام (إن عليا عليه السّلام كان ينهى عن الحكره في الأمصار فقال: ليس الحكره إلا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن) (١)، و خير غيّاث بن إبراهيم بروايه الكافي عن أبي عبد الله عليه السّلام (ليس الحكره إلا في الحنطه و الشعير و التمر و الزبيب و السمن) (٢)، نعم بروايه الصدوق قال (و الزبيب و السمن و الزيت) بزيادة الزيت، و لذا زاده الصدوق في المقنع و العلامه في التحرير فضلا عن خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ (الحكره في سته أشياء في الحنطه و الشعير و التمر و الزيت و السمن و الزبيب) (٣) و عن المبسوط و الوسيله و التذكرة و نهايه الأحكام و الدروس و المسالك و زيادة الملح و لعله لشده الحاجة - كما في الجواهر - إلا لم نجده في شيء من النصوص الواردة إلينا.

هذا و الأقوى جعل مورد الاحتكار هو الطعام كما هو مقتضى الأخبار السابقه و فيها الصحيح و غيره، لا- خصوص هذه المذكورات لأن هذه الأخبار الحاصره بالأمور الخمسه أو الستة محموله على حصر الطعام فيها في زمن المعصوم عليه السّلام أو بلده.

(١) حد الحكره هو الحبس مع حاجه الناس للتعليل في صحيح الحلبي المتقدم (و يترك الناس ليس لهم طعام)، و عن الشيخ و جماعه حد الحكره ثلاثه أيام في الشده و الغلاء و أربعين يوما في الرخاء و الرخصه لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحكره في الخصب أربعون يوما، و في الشده و البلاء ثلاثه أيام، فما زاد على الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون، و ما زاد على ثلاثه أيام في العسر فصاحبه ملعون) (٣)، و خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ: أيما رجل اشترى طعاما فكسبه أربعين صباحا يريد به غلاء المسلمين ثم باعه فتصدق بثمانه لم يكن كفاره لما صنع) (٥) و هي محموله على عدم تحقق الحاجة إلا بهذين الحدين كما هو الغالب.

و إذا حرم الاحتكار عند حاجه المسلمين فيجب عليه البيع و لو امتنع فيجبر على البيع من قبل الحاكم بلا- خلاف فيه بين الأصحاب و لكن لا يسعّر له كما هو المشهور لخبر ابن حمزه عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب عليه السّلام (أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ مرّ بالمحتكرين -

ص: ٢٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٧٦.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ٤ و ١٠.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٦.

فى الرخص، و ما روى من التحديد بذلك محمول على حصول الحاجة فى ذلك الوقت، لأنه مظنّها (و يسعّر) عليه حيث يجب عليه البيع (إن أجهف) فى الثمن لما فيه من الإضرار المنفى، (و إلا فلا)، و لا يجوز التسعير فى الرخص مع عدم الحاجة قطعاً، و الأقوى أنه مع الإجحاف حيث يؤمر به (١) لا يسعّر عليه أيضاً، بل يؤمر بالنزول عن المجحف (٢)، و إن كان فى معنى التسعير، إلا أنه لا يحصر فى قدر خاص (٣).

فأمر بحكرتهم أن تخرج إلى بطون الأسواق و حيث تنظر الأبصار إليها، فقبل لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لو قومت عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حتى عرف الغضب فى وجهه فقال:

أنا أقوم عليهم، إنما السعر إلى الله يرفعه إذا شاء و يخفضه إذا شاء(١)، و مرسل الصدوق (قيل للنبي صلى الله عليه و آله و سلم: لو سعرت لنا سعرا فإن الأسعار تزيد و تنقص، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: ما كنت لألقى الله ببدعه لم يحدث لى فيها شيئا، فدعوا عباد الله يأكل بعضهم من بعض، و إذا استنصحتهم فانصحو)٢، و قيل يسعّر عليه كما عن المفيد و هو واضح الضعف، نعم إذا سعر سعرا فيه إجحاف بالعامه فلا- يبعد رده و إجباره على الأقل منه من دون تحديد كما عن ابن حمزه و الفاضل فى المختلف و الشارح و جماعه لنفى الضرر، و لأنه لو لا ذلك لانتفت فائده الإجمار، و عن جماعه عدم جواز رده بل يترك له الخيار مطلقا لخبر عبد الله بن سليمان عن أبى عبد الله عليه السلام فى (تجار قدموا أرضا فاشتركوا فى البيع على أن لا يبيعوا يبيعهم إلا بما أحبوا، قال: لا بأس بذلك)(٢)، و خبر حذيفة بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام (نفد الطعام على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فأتاه المسلمون فقالوا: يا رسول الله قد نفد الطعام، و لم يبق منه شيء إلا عند فلان، فمره يبيعه، قال: فحمد الله و أثنى عليه ثم قال: يا فلان، إن المسلمين ذكروا أن الطعام قد نفد إلا شيء عندك، فأخرجه و بعه كيف شئت و لا تحبسه)(٣)، و الثانى محمول على عدم الإجحاف جمعا بينه و بين قاعده نفى الضرر، و الأول محمول على عدم وجود الحكره فيما أرادوا يبيعه.

(١) بالبيع.

(٢) أى السعر المجحف.

(٣) بل يؤمر بالأقل منه، و بهذا يجمع بين الأخبار الناهيه عن التسعير و بين دليل نفى الضرر.

ص: ٤٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ و ٢ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب آداب التجاره حديث ٢ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب آداب التجاره حديث ١ .

الثاني والعشرون - (ترك الربا في المعدود على الأقوى) (١)، للأخبار الصحيحة الداله على اختصاصه بالمكيل والموزون، و قيل: يحرم فيه أيضا، استنادا إلى روايه ظاهره في الكراهه، (و كذا في النسيئه) في الربوى، (مع اختلاف الجنس) كالتمر بالزبيب (٢)، و إنما كره فيه، للأخبار الداله على النهى عنه، إلا- أنها في الكراهه أظهر، لقوله (ص): «إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم»، و قيل: بتحريمه، لظاهر النهى السابق.

(١) ذهب المشهور إلى حصر الربا المعاضى فى المكيل و الموزون مع اتحاد الجنس للأخبار الكثيره.

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) (١)، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) ١، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام مثله ٢، و عن المفيد و سلار و أبى على من أن المعدود كالموزون و المكيل لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع، و البعير بالبعيرين و الدابه بالدابتين، فقال:

كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان) (٢)، و فيه: لا تصلح لمقاومه ما تقدم من الحصر فى المكيل وزنا على أنها لا تأبى عن الحمل على الكراهه.

(٢) و المعنى بيع المكيل أو الموزون بالآخر مع اختلاف المتجانسين نسيئه فعن القديمين و المفيد و سلار و ابن البراج و الشيخ فى أحد قوله المنع لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شىء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد، فأما نظره فلا يصلح) (٣)، و مثله خبر زياد بن أبى غياث عنه عليه السلام إلا أنه فى آخره (فأما نسيئه فلا يصلح) (٤)، و عن المشهور الحمل على الكراهه جمعا بينها و بين إطلاق أخبار.

منها: النبوى (إذا اختلف الجنس فبيعوا كيف شئتم) (٥).

ص: ٤٢٧

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٤.
- ٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.

الثالث والعشرون - ترك نسبة الربح والوضيعة

الثالث والعشرون - (ترك نسبة الربح والوضيعة (١) إلى رأس المال (٢) بأن يقول: بعتك بمائه و ربح المائة عشرة، أو وضيعتها (٣)، للنهي عنه، ولأنه بصوره الربا، وقيل: يحرم عملا بظاهر النهي، و ترك نسبته (٤) كذلك (٥) أن يقول: بعتك بكذا و ربح كذا، أو وضيعته.

الرابع والعشرون - ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن

الرابع والعشرون - (ترك بيع ما لا يقبض مما يكال، أو يوزن (٦)، للنهي عنه (١) أى النقصان.

(٢) بأن ينسب الربح إلى أصل المال فيقول: بعتك المتاع بمائه، و ربح المائة عشرة، أو ربح كل عشره درهم، أو يقول: بعتك المتاع المائة و وضيعه المائة عشرة في المواضعه، و قد ذهب الشيخ في النهايه و المفيد في المقنعه و سلا ر في المراسم و القاضى إلى عدم الجواز لخبر جراح المدائنى قال أبو عبد الله عليه السّلام (إنى أكره البيع بده يازده و دوازده، و لكن أبيع به كذا و كذا) (١)، و خبر حنان بن سدير (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام فقال له جعفر بن حنان: ما تقول فى العينه فى رجل يبيع رجلا فيقول: أبايعك بده دوازده، و بده يازده، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: هذا فاسد و لكن يقول: اربح عليك فى جميع الدراهم كذا و كذا، و يساومه على هذا فليس به بأس) ٢ و مثلها غيرها.

للأخبار.

و لكن المشهور حملوها على الكراهه جمعا بينها و بين صحيح العلاء (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يبيع البيع فيقول: أبيعك بده دوازده، أو ده يازده، فقال: لا بأس إنما هذه المراوضه، فإذا جمع البيع جعله جمله واحده) ٣ و ذيله صريح فى أن يكون البيع من دون النسبه بأن يقول: بعتك هذا المتاع بأحد عشر و هو على بعشره فهو من أدله المنع لا الجواز، نعم استدل للمشهور بإطلاق خبر على بن سعيد (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن رجل يبتاع ثوبا فيطلب منى مرابحه، ترى يبيع المرابحه بأسا إذا صدق فى المرابحه و سمى ربحا دانقين أو نصف درهم؟ فقال: لا بأس) (٢).

(٣) أى وضيعه المائة عشرة.

(٤) نسبه الربح.

(٥) إلى رأس المال.

(٦) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع المكيل و الموزون قبل قبضه و تبعه عليه الشارح فى -

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢ و ٣ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى يقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه) المروى فى الفقيه(١) و التهذيب ٢، و خبر على بن جعفر المروى فى قرب الإسناد عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن رجل اشترى بيعا كيلا أو موزونا هل يصلح بيعه مرابحه؟ قال: لا بأس، فإن سمي كيلا أو وزنا فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه)٣، و صحيح معاوية بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال:

ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذى قام عليه)(٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و العلامه فى التذكره و الإرشاد بل و الصدوق و القاضى إلى أن ذلك إذا كان المبيع طعاما لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك)٥، و خبر على بن جعفر (سأل أخاه موسى بن جعفر عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إن كان يوليه فلا بأس، و سألت عن الرجل يشتري الطعام أ يحل له أن يولّى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس، فإن ربح فلا بيع حتى يقبضه)٦ و مثلها غيرها.

و ذهب المشهور إلى الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين أخبار.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس)٧ و خبر ابن حجاج الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار متى بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشترت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض)٨ و يشهد للكراهه خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع)(٣).

ص: ٤٢٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ١٣ و ٢٢.

٢- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و ٥ و ٩ و ٦ و ١٩.

٣- (٩) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

فى أخبار صحيحه حملت على الكراهه، جمعا بينها، و بين ما دل على الجواز و الأقوى التحريم، وفاقا للشيخ رحمه الله فى المبسوط مدعيا الإجماع، و العلامه رحمه الله فى التذكره و الإرشاد، لضعف روايات الجواز المقتضيه لحمل النهى فى الأخبار الصحيحه على غير ظاهره (١).

الفصل الثالث: فى بيع الحيوان

إشاره

(الفصل الثالث: فى بيع الحيوان) و هو قسمان أناسى و غيره، و لما كان البحث عن البيع موقوفا على الملك، و كان تملك الأول موقوفا على شرائط تبه عليها أولا، ثم عقبه بأحكام البيع.

و الثانى و إن كان كذلك إلا أن لذكر ما يقبل الملك منه محلا آخر (٢) بحسب ما اصطلاحوا عليه، فقال:

فى سبى الإنسان

(و الأناسى تملك بالسبى مع الكفر الأصلى) (٣)، و كونهم غير ذمه، و احترز -و الشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها ففى الأول على بن حديد و هو ضعيف، و ابن حجاج الكرخى فى الثانى مجهول و لذا قال (لأن أخبار المنع صحيحه متظافره، و خبرا التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف و الآخر مجهول فالقول بالمنع أوضح، و هو خيره العلامه فى التذكره و الإرشاد و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الإجماع و جماعه من الأصحاب).

و فيه: إن أخبار الجواز منجره بعمل المشهور مع اعتضادها بخبر أبى بصير المتقدم و غيره.

(١) ظاهره الحرمة، و يحمل على الكراهه جمعا بينه و بين أخبار الجواز.

(٢) و هو كتاب الصيد و الذباجه.

(٣) الكفر الأصلى سبب لجواز استرقاق الكافر المسمى بالمحارب لأنه خارج عن طاعه الله و رسوله بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح رفاعه النخاس (قلت لأبى الحسن عليه السلام إن الروم يغزون على الصقالبه و الروم، فيسرقون أولادهم من الجوارى و الغلمان، فيعمدون إلى الغلمان فيخصونهم، ثم يبعثون بهم إلى بغداد إلى التجار، فما ترى فى شرائهم، و نحن نعلم أنهم قد سرقوا، و إنما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم؟ فقال: لا بأس بشرائهم إنما أخرجوهم من الشرك إلى دار الإسلام) (١) و خير إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام (فى -

ص: ٤٣٠

بالأصلى عن الارتداد، فلا يجوز السبى و إن كان المرتد بحكم الكافر فى جملة من الأحكام،(و) حيث يملكون بالسبى (يسرى الرق فى أعقابهم) (١) و إن أسلموا (بعد) الأسر،(ما لم يعرض لهم سبب محرّر) من عتق، أو كتابه، أو تنكيل، أو رحم على وجه (٢).

(و الملقوط فى دار الحرب رِقّ إذا لم يكن فيها مسلم) صالح لتولده منه (٣)، -شراء الروميات فقال: اشترهن و بعهن(١)، و خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السّلام عن قوم من العدو - إلى أن قال - و سألته عن سبى الديلم يسرق بعضهم من بعض و يغير المسلمون عليهم بلا إمام أ يحلّ شراؤهم؟ قال: إذا أقروا لهم بالعبودية فلا بأس بشراؤهم)٢، و خبر عبد الله اللحام (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل يشتري من رجل من أهل الشرك ابنته فيتخذها، قال: لا بأس)(٢).

و مقتضى الأخبار جواز الاسترقاق بغير الحرب من سرقة أو شراء، و جواز الاسترقاق سواء كان فى دار الحرب أو دار الإسلام، و سواء كان المسترق مسلما أو كافرا نعم بشرط أن لا يكون الكافر معتصما بدمه أو عهد و يشهد له خبر زكريا بن آدم (سألت الرضا عليه السّلام عن قوم من العدو إلى أن قال - و سألته عن أهل الذمه أصابهم جوع فأتاه رجل بولد، فقال: هذا لك أطعمه و هو لك عبد، فقال: لا تبغ حرا فإنه لا يصلح لك و لا من أهل الذمه)(٣).

و قيدنا الكفر الأصلى لإخراج المرتد، لانصراف النصوص السابقة عنه، و لإخراج المنتحل للإسلام المتحصن به عن الاسترقاق للانصراف أيضا.

(١) لأنهم نماء الملك الذى قد فرض حصوله ما لم يحصل سبب محرّر من عتق أو كتابه أو تنكيل أو غيره على ما سيأتى بيانه فى كتاب العتق.

(٢) فإن القرابه لا تفيد العتق على جميع الوجوه، بل تختص فى عدم ملك الولد للعمودين من الأبوين و إن علوا، و من الأولاد و إن نزلوا.

(٣) بلا- خلاف فيه، إلحاقا له بأصل الدار الذى وجد فيه، كما أنه لا يملك إذا كان فيها مسلم يمكن تولده منه بلا خلاف فيه لأصالة الحرية.

ص: ٤٣١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

(بخلاف) لقيط (دار الإسلام) (١) فإنه حر ظاهراً، (إلا- أن يبلغ) و يرشد على الأقوى، (و يقرّ على نفسه بالرق)، فيقبل منه على أصح القولين (٢)، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز. وقيل: لا يقبل، لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا يتعقبها الرق بذلك. وكذا القول في لقيط دار الحرب إذا كان فيها مسلم. وكل مقر بالرقية بعد بلوغه ورشده (٣) و جهاله نسبه مسلماً كان، أم كافراً، لمسلم أقر، أم (١) لا يملك لقيط دار الإسلام بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي عبد الله (اللقيط لا يشتري ولا يباع) (١)، و صحيح محمد بن مسلم سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط، فقال: حر لا يباع ولا يوهب (٢).

(٢) من حكم بحريته ظاهراً لكونه ملقوفاً في دار الإسلام ثم أقر بالرق بعد بلوغه ففي قبول إقراره قولان: العدم لسبق الحكم بحريته شرعاً فلا- يتعقبها الرق كما عن ابن إدريس ناسباً له إلى محصلي الأصحاب والآخِر حد القبول لعموم النبوي (إقرار العقلاء أنفسهم جائز) (٢).

و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (كان على بن أبي طالب عليه السلام يقول:

الناس كلهم أحرار إلا من أقرّ على نفسه بالعبودية و هو مدرك من عبد أو أمه، و من شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً) (٣).

وقال الشارح في المسالك: (و لا يخفى أن ذلك في غير معروف النسب و إلا لم يقبل قطعاً، و كذا القول في كل من أقرّ على نفسه بالرقية مع بلوغه و جهل نسبه، سواء كان مسلماً أم كافراً، و سواء كان المقر له مسلماً أم كافراً و إن بيع عليه قهراً.

(٣) قال الشارح في المسالك: (و هل يعتبر مع ذلك رشده، يظهر من المصنف - أي المحقق في الشرائع - عدمه، لعدم اشتراطه، و اختلف كلام غيره، فمنهم من اشترطه، و منهم لم يشترطه من غير تعرض لعدمه، و في التذكرة في هذا الباب اشتراطه، و في باب اللقطة اكتفى بالبلوغ و العقل، و وجه اشتراطه واضح لأن غير الرشيد لا يعتبر قوله في المال، و هو نفسه مال، و وجه العدم أن إقراره بالرقية ليس إقراراً بنفس المال و إن ترتب عليه، كما يسمع إقراره بما يوجب القصاص و إن أمكن رجوعه إلى المال بوجه، و يشكل فيما لو كان بيده مال فإن إقراره على نفسه بالرقية يقتضى كون المال للمقر له، إلا أن يقال ثبوته تبعاً لثبوت الرقية، لا لأنه إقرار بالمال، و الأقوى اعتبار الرشده) انتهى.

ص: ٤٣٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب اللقطة حديث ١ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب كتاب الإقرار حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

لكافر، وإن بيع على الكافر لو كان المقر مسلماً، (والمسبى حال الغيبة (١) يجوز تملكه و لا- خمس فيه) للإمام (ع)، و لا لفريقه (٢)، و إن كان حقه (٣) أن يكون للإمام (ع) خاصة، لكونه مغنوماً بغير إذنه (٤) إلا- أنهم (ع) أذنوا لنا في تملكه كذلك (٥) (رخصه) منهم لنا (٦)، و أما غيرنا فتقرّ، يده عليه، و يحكم له بظاهر الملك، للشبهه (٧) كتملك الخراج (٨) و المقاسمه، فلا يؤخذ منه بغير رضاه مطلقاً (٩).

في عدم استقرار ملك للأصول و الفروع

(و لا يستقر للرجل ملك الأصول) و هم الأبوان و آباؤهما و إن علوا (و الفروع) و هم الأولاد ذكورا و إناثا و إن سفلى، و الإناث المحرمات كالعمه و الخاله و الأخت (١٠)،.....

(١) إذا كان السبى بحرب، و كانت الحرب بغير إذن الإمام عليه السلام.

(٢) و هو بنو هاشم.

(٣) أى حق المسبى.

(٤) فيكون للإمام خاصة كما تقدم فى باب الخمس.

(٥) من دون الخمس.

(٦) لأخبار التحليل و قد تقدم عرضها فى باب الخمس.

(٧) أى شبهه اعتقادهم بالملكه.

(٨) مع أن الخراج و المقاسمه للإمام عليه السلام.

(٩) أى لا غلبه و لا قهرا و لا غيله و لا سرقة.

(١٠) و بنات الأخ و بنات الأخت بلا خلاف فى ذلك كله، و اقتصار البعض على ذكر البعض ليس خلافاً فى المقام قطعاً كما فى الجواهر للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر الأول عليه السلام (إذا ملك الرجل والديه أو أخته أو خالته أو عمته عتقوا، و يملك ابن أخيه و عمه و خاله، و يملك أخاه و عمه و خاله من الرضاعه) (١)، و صحيح عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يملك الرجل من ذوى قرابته، قال: لا- يملك والده و لا والدته و لا أخته و لا ابنه أخيه و لا ابنه أخته و لا عمته و لا خالته، و يملك ما سوى ذلك من الرجال من ذوى قرابته، و لا يملك أمه من الرضاعه) (٢)، و صحيح أبى بصير و أبى العباس و عبيد كلهم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا-

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كتاب العتق حديث ١ و ٥.

(نسباً) إجماعاً، (و رضاعاً) على أصح القولين (١)، للخبر الصحيح (٢) معللاً- فيه بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، ولأن الرضاع لحمه كلحمه النسب (٣).

-ملك الرجل والديه أو أخته أو عمته أو خالته أو بنت أخيه أو بنت أخته، و ذكر أهل هذه الآيه من النساء عتقوا جميعاً، و يملك عمه و ابن أخيه و ابن أخته و الخال، و لا يملك أمه من الرضاعه و لا أخته و لا عمته و لا خالته، إذا أمكن عتقى، و قال: ما يحرم من النسب فإنه يحرم من الرضاع، و قال: يملك الذكور ما خلا والداً أو ولداً، و لا يملك من النساء ذات رحم محرم، قلت: يجرى فى الرضاع مثل ذلك؟ قال: نعم يجرى فى الرضاع مثل ذلك (١).

(١) بل هو المشهور لصحيح أبي بصير و أبي العباس و عبيد المتقدم، و لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ٢، و صحيح الحلبي و ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (فى امرأه أرضعت ابن جاريتها فقال: تعتقه) ٣ و مثلها غيرها.

و عن القديمين و المفيد و الديلمى و ابن إدريس أنه يملك هؤلاء من الرضاع، لخبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اشتري الرجل أباه أو أخاه فملكه فهو حر إلا- ما كان من قبل الرضاع) (٢) و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (فى بيع الأم من الرضاع؟ قال: لا بأس بذلك إذا احتاج) ٥، و هما لا يصلحان لمعارضه ما تقدم لأنه أكثر و أشهر.

(٢) و هو صحيح ابن سنان - كما فى المسالك - عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ترضع غلاماً لها من مملوكه حتى تعظمه، يحلّ لها بيعه؟ قال: لا، حرم عليها ثمنه، أليس قد قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، أليس قد صار ابنها؟ فذهبت أكتبه فقال: ليس مثل هذا يكتب) (٣).

(٣) قال فى المسالك فى هذا المقام (و بقوله صلى الله عليه و آله و سلم: الرضاع لحمه كلحمه النسب)، و قال المحقق الثانى فى جامعته فى هذا المقام من بيع الحيوان: و لظاهر قوله: الرضاع لحمه كلحمه النسب)، و لم أعثر على هذه الروايه من كتبنا، نعم ورد فى الوسائل (الولاء لحمه كلحمه النسب) (٤).

ص: ٤٣٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- ((٤ و ٥)) التهذيب ج ٨ حديث ١١٨-١١٩ - ص ٢٤٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب كتاب العتق حديث ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢ و ٦.

(و لا) يستقر (للمرأه ملك العمودين) (١) الآباء و إن علوا، و الأولاد و إن سفلوا، و يستقر على غيرهما و إن حرم نكاحه كالأخ و العم و الخال و إن استحب لها اعتاق المحرم، و فى إلحاق الخنثى هنا (٢) بالرجل، أو المرأه نظر، من الشك (٣) فى الذكوريه التى هى سبب عتق غير العمودين فيوجب الشك فى عتقهم، و التمسك (٤) بأصالة بقاء الملك، و من إمكانها (٥) فيعتقون، لبنائه (٦) على التغليب، و كذا الإشكال لو كان (٧) مملوكا، و إلحاقه بالأنثى فى الأول (٨)، و بالذكر فى الثانى (٩) لا يخلو من قوه، تمسكا بالأصل (١٠) فيهما.

و المراد بعدم استقرار ملك من ذكر أنه يملك ابتداء بوجود سبب الملك آنا قليلا- لا يقبل غير العتق، ثم يعتقون، إذ لو لا الملك لما حصل العتق (١١). و من (١) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: خبر أبى حمزه الشمالى عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المرأه ما تملك من قرابتها، فقال: كل أحد إلا خمسه: أبوها و أمها و ابنها و ابنتها و زوجها) (١) و عدم تملكها لزوجها من ناحيه بقاء العلقه الزوجيه إلا- إذا ملكته بما هى زوجه يبطل العقد و تحرم عليه ما دام بعدها كما سيأتى فى باب النكاح، و لازم هذا الحصر جواز تملكها لمن يحرم نكاحه كالأخ و العم و الخال.

(٢) فى صورته المالكيه.

(٣) دليل عدم انعقاد ما يملكه الخنثى من النساء المحارم.

(٤) دليل ثان لعدم الانعقاد.

(٥) دليل الانعقاد، و الضمير راجع إلى الذكوريه، و المعنى: أن الذكوريه ممكنه فى الخنثى فانعقاد ما يملكه من النساء المحارم ممكن.

(٦) لبناء العتق.

(٧) أى الخنثى بحيث لو ملكه من ينعق عليه لو كان أنثى، كما لو ملكه الرجل و دار أمر الخنثى بين كونه عما للمالك أو عمه، فالشك فى أنوثته موجبا للشك فى انعقاده مع التمسك بأصالة بقاء الملك، و من إمكان الأنوثيه فى المملوك فيعتق لبناء العتق على التغليب، و لا يخفى ضعف الثانى فى المورد.

(٨) فى المالكيه.

(٩) فى المملوكيه.

(١٠) و هو أصالة بقاء الملك.

(١١) إذ لا عتق أى فى ملك كما سيأتى فى بابه.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب العتق حديث ١.

عبر من الأصحاب بأنهما (١) لا- يملكان ذلك (٢) تجوز في إطلاقه (٣) على المستقر (٤)، و لا- فرق في ذلك (٥) كله بين الملك القهري و الاختياري (٦)، و لا- بين الكل و البعض (٧)، فيقوم عليه باقيه إن كان مختارا (٨) على الأقوى، و قرابه الشبهه بحكم الصحيح، بخلاف قرابه الزنا على الأقوى، لأن الحكم الشرعى يتبع الشرع لا اللغه (٩)، و يفهم من إطلاقه - كغيره - الرجل و المرأة: أن الصبي و الصبيه لا يعتق عليهم ذلك (١٠) لو ملكوه إلى أن يبلغوا، و الأخبار مطلقه في الرجل و المرأة كذلك (١١) و يعضده أصاله البراءه، و إن كان خطاب الوضع غير مقصور على المكلف (١٢).

(١) أى الرجل و المرأة.

(٢) أى العمودين، و كذا من يحرم نكاحه من النساء بالنسبه للرجل.

(٣) أى إطلاق الملك.

(٤) و ملكيه العمودين ملك غير مستقر لتعقبه بالعتق فلذا عبر البعض بعدم الملكيه.

(٥) أى فى عدم استقرار ملك الرجل للعمودين و من حرم نكاحه من النساء، و فى عدم استقرار ملك المرأة للعمودين.

(٦) لإطلاق الأدله السابقه.

(٧) لإطلاق الأدله السابقه.

(٨) و بشرط إيساره أيضا، لا إذا كان الملك قهريا كالارث على ما سيأتى تفصيله فى باب العتق.

(٩) فولد الزنا و إن كان من مائه و يتبعه لغه لكن الشارع قد نفاه عنه و لم يذهب إلى العكس أحق و لكنه احتمال قد يتوهم.

(١٠) العمودان و النساء المحارم بالنسبه للرجل.

(١١) أى كقول الفقهاء.

(١٢) و فيه: إن النصوص السابقه المتضمنه للفظ (الرجل و المرأة) لم تكن بصدد اشتراط بلوغ المالك ليخرج الصبي، بل إنما كان ذكر (الرجل و المرأة) باعتبار أن المالك غالبا ما يكون رجلا أو امرأه، و إلا فنصوص أم الولد كافيه فى انعقاد العمودين على المسالك و إن كان صغيرا، و هى كثيره.

للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سريره لها ولده أو فى بطنها، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت و إن لم يعتقها حتى توفى فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك -

فى عدم منع الزوجيه من الشراء

و لا تمنع الزوجيه من الشراء (١) فتبطل) الزوجيه و يقع الملك، فإن كان المشتري الزوج استباحها بالملك، و إن كانت الزوجه حرم عليها و طء مملوكها مطلقا (٢)، و هو موضع وفاق، و علل ذلك (٣) بأن التفصيل فى حلّ الوطء يقطع الاشتراك بين الأسباب، و باستلزامه (٤) اجتماع علتين على معلول واحد، و يضعف بأن علل الشرع معرّفات و ملك البعض كالكل، لأن البضع لا يتبعّض.

فى أنّ الحمل يدخل فى بيع الحامل مع الشرط

(و الحمل يدخل) فى بيع الحامل (مع الشرط) (٥) أى شرط دخوله لا بدونه -مالا جعلت فى نصيب ولدها(١)، و لذا ادعى الإجماع على عدم الفرق كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد على ما فى الجواهر

(١) يجوز أن يملك أحد الزوجين صاحبه بالشراء أو الاتهاب أو غيرهما، و يستقر الملك و تبطل الزوجيه، فإن كان المالك هو الزوجه حرم عليه و طء مملوكها للأخبار.

منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى امرأه لها زوج مملوك فمات مولاه فورثته، قال: ليس بينهما نكاح) (٢) و خبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن امرأه حره تكون تحت المملوك فتشتريه هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شىء) ٣ و مثلها غيرها. و إن كان المالك هو الزوج فيستباحها بالملك لا بالزوجيه، و يشهد له قوله تعالى: (وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ) (٣) و التفصيل قاطع للشركه.

علل أيضا بأن بقاء الزوجيه مع حدوث الملك يستلزم اجتماع علتين على معلول واحد شخصى و هو ممتنع و ردّ بأن علل الشرع معرّفات.

و على كل لا فرق فى الملك بين الكل و البعض إذا البضع لا يتبعّض و لا فرق بين الدائم و المنقطع و التحليل لاتحاد المدرك.

(٢) لا تزويجا و لا ملكا.

(٣) أى بطلان الزوجيه.

(٤) أى و باستلزام بقاء الزوجيه مع حدوث الملك.

(٥) إذا وقع البيع على الحامل سواء كان إنسانا أو حيوانا فالولد للبائع على المشهور إذا لم يكن عرف بالتبعيه إلا- أن يشترطه المشتري فهو له بلا خلاف فيه عملا بالشرط.-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المكاتبه حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإمامه حديث ٤ و ٢.

٣- (٤) سوره المؤمنون، الآيتين: ٥ و ٦.

فى أصح القولين، للمغايره كالثمره، و القائل بدخوله مطلقا (١) ينظر إلى أنه كالجزيء من الأم، و فرّع عليه عدم جواز استثنائه كما لا يجوز استثناء الجزء المعين (٢) من الحيوان. و على المختار لا تمنع جهالته من دخوله مع الشرط، لأنه تابع، سواء قال: بعثكها و حملها، أم قال: و شرطت لك حملها، و لو لم يكن معلوما (٣) و أريد ادخاله فالعبارة الثانية و نحوها لا غير، و لو لم يشترطه و احتمال وجوده عند العقد و عدمه (٤) فهو للمشتري، لأصالة عدم تقدمه (٥)، فلو اختلفا فى وقت العقد (٦) قدّم قول البائع مع اليمين، و عدم البيئه للأصل، و البيض تابع مطلقا (٧)، - لا كالحمل - كسائر الأجزاء (٨) و ما يحتويه البطن.

فى ما لو شرط فسقط قبل القبض

(و لو شرط فسقط قبل القبض رجح) المشتري من الثمن (بنسبته) (٩) لفوات - و عن الشيخ فى المبسوط و القاضى فى المهذب و الجواهر أنه للمشتري مع الإطلاق بدعوى أنه جزء من الحامل فيدخل، بل لا يصح استثنائه كما لا يصح استثناء الجلد و الرأس، كما و هو ضعيف لعدم تعلق البيع بالحامل بما هو حامل بل تعلق بالحيوان بما هو هو و الحمل ليس جزءا منه بخلاف الرأس و الجلد.

و على المشهور لو شرطه المشتري يدخل و إن كان مجهولا - لأنه تابع للمعلوم، و لا فرق فى الاشتراط بين قول البائع: بعثكها و حملها، أو شرطت لك حملها و نحوه، و لو لم يكن الحمل متحققا عند البيع و أراد الاشتراط على تقدير تحققه واقعا فالعبارة الثانية.

(١) و إن لم يشترط.

(٢) كالرأس و الجلد.

(٣) أى متحققا عند البيع و أراد إدخاله على تقدير تحققه.

(٤) بأن ولدتها فى وقت يحتمل وجوده عند البيع.

(٥) أى عدم تقدم الحمل على العقد.

(٦) مع العلم بزمان تحقق الحمل، و البائع يدعى البيع بعد هذا الزمن ليكون الحمل له، و المشتري يدعى البيع قبله ليكون الحمل له، فيقدم قول البائع مع اليمين عند عدم البيئه لأصالة عدم تأخر العقد عن الحمل.

(٧) سواء شرط دخوله أم لا، لأن البيض كسائر أجزاء الحيوان.

(٨) أى كما أن الأجزاء و ما يحتويه البطن يدخل فى المبيع و إن لم يشترط المشتري ذلك كذلك البيض.

(٩) أى بنسبه الحمل من الثمن، و طريق ذلك أن تقوم الأمه حاملا و مجهضا لا حائلا و يرجع بنسبه التفاوت من الثمن.

بعض المبيع (بأن يقوم حاملا و مجهضا) أى مسقطا لا حائلا للاختلاف (١)، و مطابقه الأول (٢) للواقع، و يرجع بنسبه التفاوت بين القيمتين من الثمن.

(و يجوز ابتياع جزء مشاع من الحيوان) كالنصف و الثلث (٣)، (لا معين) كالرأس و الجلد (٤)،...

(١) بين الجهض و الحائل، إذ الإجهاض فى الأمه عيب ربما نقص القيمة.

(٢) أى كونهما مجهضا.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر لوجود مقتضى الصحه مع عدم المانع فتشمله عمومات صحه البيع و حليته و الوفاء بالعقود، نعم قال فى الجواهر: (أما المذبوح فقد جزم بعض مشايخنا بعدم جواز بيع البعض المشاع منه، و أولى منه المسلوخ، و هو مبنى على أنه بالذبح يكون موزونا و فيه بحث).

(٤) وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: القول بالصحه مطلقا كما عن السيد فى الانتصار و ابن الجنيد.

الثانى: البطلان مطلقا للجهاله، و لم يعرف قائله.

الثالث: البطلان إلا فى المذبوح فالصحه كما عن العلامه فى القواعد و التذكره، و فى المختلف زياده ما يقصد به الذبح و هو الذى قواه الشارح فى المسالك و الروضه.

الرابع: الصحه مطلقا، غايته فيما لا يقصد به الذبح يكون شريكا بنسبه القيمة بحيث يقوم ثمن الجزء المعين إلى تمام قيمه الحيوان فلو كانت النسبه ربعا مثلا فهو شريك بهذه النسبه.

الخامس: الصحه و هو شريك بنسبه القيمة مطلقا فيما أريد الذبح و غيره و هو قول ابن سعيد.

و العمده فى المسأله خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (اختصم إلى أمير المؤمنين عليه السلام رجلان، اشترى أحدهما من الآخر بغيرا، و استثنى البيع - البائع - فى الرأس أو الجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه، فقال للمشتري: هو شريكك فى البعير على قدر الرأس و الجلد) (١)، و خبر هارون بن حمزه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل شهد بغيرا مريضا و هو يباع فاشتراه رجل بعشره دراهم و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد، فقضى أن البعير برأ فبلغ ثمانيه دنانير فقال عليه السلام: لصاحب -

ص: ٤٣٩

و لا يكون شريكا بنسبه قيمته (١) على الأصح، لضعف مستند الحكم بالشركه، و تحقق الجهاله، و عدم القصد إلى الإشاعه فيبطل البيع بذلك (٢)، إلا أن يكون مذبوحا، أو يراد ذبحه، فيقوى صحه الشرط.

في جواز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها

(و يجوز النظر إلى وجه المملوكه إذا أراد شراءها، و إلى محاسنها) و هي مواضع الزينه كالكفين، و الرجلين، و الشعر و إن لم يأذن المولى (٣)، و لا تجوز الزياده عن -الدرهمين خمس ما بلغ، فإن قال أريد الرأس و الجلد فليس له ذلك، هذا الضرار، و قد أعطى حقه إذا أعطى الخمس(١).

و إطلاق الخبرين بدل على القول الخامس، إلا- أن المستند ضعيف و الجهاله متحققه و الشركه المشاعه غير مقصوده فالقول بالبطلان مطلقا، أو في غير ما يراد ذبحه أو يكون مذبوحا متجه تبعا للقواعد المقرره، و أما الاستثناء فصحيح لإمكان تسليمه إلى المشتري.

(١) قيمه الجزء المعين.

(٢) أى بالجهاله و عدم القصد إلى الإشاعه.

(٣) لإطلاق الأخبار.

منها: خبر حبيب بن المعلّى الخثعمي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنني اعترضت جوارى المدينة فأفديت، فقال: أما لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أما لمن لا يريد أن يشتري فإنني أكرهه)(٢) و خبر عمران الجعفرى عن أبي عبد الله عليه السلام (لا أحبّ للرجل أن يقلب إلا جاريه يريد شراءها):٣، و خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال: لا بأس بأن ينظر إلى محاسنها، و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه)(٣).

و مقتضى الإطلاق جواز النظر إلى محاسنها من دون إذن المولى، و مقتضاه أن الجواز المذكور مختص بمن يريد الشراء، و الخبر الأخير صريح في النظر إلى المحاسن و هي الوجه و الكفان و الشعر و الساقان و لذا ورد في خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن عليهم السلام (أنه كان إذا أراد أن يشتري الجاريه يكشف عن ساقها فينظر إليها)٥.

و عن العلامه في التذكرة جواز النظر إلى ما دون العوره و مال إليه في الحدائق، لإطلاق الأخبار أو خصوص خبر أبي بصير المتقدم، و فيه: إنها صريحه في جواز النظر إلى محاسنها المكشوفه، نعم يزداد عليها الساق لخبر الحسين بن علوان.

ص: ٤٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٤.

ذلك إلا بإذنه، و معه (١) يكون تحليلاً- يتبع ما دل عليه لفظه حتى العوره، و يجوز مس (٢) ما أيسح له نظره مع الحاجه، و قيل: يباح له النظر إلى ما عدا العوره بدون الإذن، و هو بعيد.

في تغيير اسم المملوك عند شرائه

(و يستحب تغيير اسم المملوك عند شرائه (٣) أى بعده، و قوى فى الدروس اطراده فى الملك الحادث مطلقا (٤)،(و الصدقه عنه بأربعه دراهم (٥) شرعيه، (و إطعامه) شيئا (حلوا، و يكره و طء) الأمه (المولوده من الزنا بالملك، أو بالعقد، للنهى) عنه فى الخبر (٦)،.....

(١) مع إذن المولى.

(٢) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٣) لصحيح زواره (كنت جالسا عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ دخل عليه رجل و معه ابن له، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: ما تجاره ابنك؟ فقال: التنخس، فقال له أبو عبد الله عليه السّلام: و لا تشتري شيئا و لا عيبا، و إذا اشتريت رأسا فلا تربيّن ثمنه فى كفه الميزان، فما من رأس يرى ثمنه فى كفه الميزان فأفّح، و إذا اشتريت رأسا فغير اسمه، و أطعمه شيئا حلوا إذا ملكته، و تصدق عنه بأربعه دراهم(١).

(٤) بالشراء و غيره.

(٥) لصحيح زواره المتقدم، و هو مستند استحباب إطعامه شيئا حلوا.

(٦) و الأخبار كثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل تكون له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا، و إن تنزه عن ذلك فهو أحبّ إليّ)(٢) و هو ظاهر فى الكراهه، و خبر عبد الله بن سنان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ولد زنا ينكح؟ قال: نعم و لا تطلب ولدها)٣ و خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام: الخبيثه يتزوجها الرجل، قال: لا، و قال: إن كان له أمه و طئها و لا يتخذها أم ولده)٤ و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (فى الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده و يتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس)٥، و خبر ثعلبه و عبد الله بن هلال عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يتزوج ولد الزنا، قال: لا بأس، إنما يكره ذلك-

ص: ٤٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٥ و ١ و ٢ و ٤ و ٨.

معللاً بأن ولد الزنا لا يفلح (١)، و بالعار (٢)، و قيل: يحرم بناء على كفره، و هو ممنوع،

فى أن العبد لا يملك شيئاً

(و العبد لا يملك شيئاً (٣).....)

-مخافه العار، و إنما الولد للصلب و إنما المرأه و عاء، قلت: الرجل يشتري خادماً و ولد زناً فيطأها؟ قال: لا بأس (١)، و عن ابن إدريس المنع بناء على كفر ولد زنا و تحريم وطئ الكافره و المقدمتان ممنوعتان، أما الأولى فلما تقدم فى كتاب الطهاره و أما الثانيه فلما سيأتى فى كتاب النكاح.

(١) هذا خبر رواه فى الغوالى (ولد الزنا لا يفلح أبداً) (٢) و هو لا يتضمن النهى عن التزويج بولد الزنا، فلو قال الشارح هنا كما قال فى المسالك لكان أجود قال فى المسالك: (بعد حكم المحقق بكراهه و طئ من ولدت من الزنا: (هذا هو الأجود حملاً للنهى على الكراهه، و علل بأن ولد الزنا لا يفلح، و بالعار).

(٢) كما فى خبر ثعلبه و ابن هلال المتقدم.

(٣) كما عليه الأكثر كما عن التذكرة لقوله تعالى: (ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ وَّ مَنْ رَزَقْنَاهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنْفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَ جَهْرًا هَلْ يَسْتَوُونَ) (٣) و وصف العبد بعدم القدره بمنزله الحكم عليه بذلك فهو غير قادر حتى على التملك، و قد نسب الشارح فى المسالك و الروضه هنا هذا القول إلى جماعه و جعل التملك فى الجمله فذهب الأكثر، و عليه فقيل: إنه يملك فاضل الضريبه التى يضربها عليه مولاه و هو المنسوب للشيخ و القاضى لصحيح عمر بن يزيد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له و قد كان مولاه يأخذ منه ضريبه فرضها عليه فى كل سنه فرضى بذلك، فأصاب المملوك فى تجارته مالا - سوء ما كان يعطى مولاه من الضريبه، فقال: إذا أدى إلى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضه فهو للملوك) (٤) الحديث.

و قيل: يملك أرش الجنايه خاصه، و قيل: ما ملكه مولاه مع أرش الجنايه و فاضل الضريبه، و قيل: ما ملك مولاه خاصه، و لم يعرف القائل بها كما فى الجواهر.

و ذهب الصدوق و تبعه المحقق على أنه يملك مطلقاً و لكنه محجور عليه بالرق حتى يأذن له المولى جمعا بين الأخبار الداله على تملكه و هى كثيره و مبثوثه فى أكثر من باب و سيأتى -

ص: ٤٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

٢- (٢) غوالى اللثالى ج ٣ ص ٥٣٤ حديث ٢٥.

٣- (٣) سورة النحل، الآية: ٧٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

مطلقا (١) على الأقوى، عملا- بظاهر الآيه، و الأكثر على أنه يملك فى الجملة، فقيل: فاضل الضريبه و هو مروى، وقيل: أورش الجنايه، وقيل: ما ملكه مولاه معهما، وقيل: مطلقا، لكنه محجور عليه بالرق، استنادا إلى أخبار يمكن حملها على إباحه تصرفه فى ذلك بالإذن جمعا.

و على الأول (٢) (فلو اشتراه و معه مال للبايع (٣)، لأن الجميع مال المولى، فلا يدخل فى بيع نفسه (٤)، لعدم دلالتة عليه،) إلا بالشرط، فيراعى فيه شروط المبيع) من كونه معلوما لهما، أو ما فى حكمه (٥)، و سلامته من الربا بأن يكون -التعرض لها فى كتاب العتق. و بين الآيه، و قد استحسنته الشهيد فى حواشيه، مع أن الشارح فى المسالك و الروضه هنا حمل أخبار التملك على إباحه تصرفه فى ذلك مع إذن المولى من دون ملكه لرقبه المال لدلاله الآيه على عدم قدرته على الملك.

(١) فى قبال التفصيلات الآتية.

(٢) و هو عدم التملك.

(٣) الذى هو المولى لأن المال له مع عدم اندراج المال فى اسم العبد بل إضافته إليه إنما هى لأدنى ملابسه و البيع قد وقع على العبد فقط، و لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل باع مملوكا فوجد له مالا فقال: المال للبايع إنما باع نفسه، إلا- أن يكون شرط عليه أن ما كان له مال أو متاع فهو له) (١) و خبر الزهرى عن سالم عن أبيه (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من باع عبدا و له مال فماله للبايع إلا أن يشترطه المبتاع) ٢.

و عن ابن البراج التفصيل بأنه إن لم يعلم به البائع فالمال له، و إن علم فالمال للمشتري لصحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يشتري المملوك و له مال، لمن ماله؟ فقال: إن كان علم البائع أن له مالا فهو للمشتري، و إن لم يكن علم فهو للبائع) ٣، و يضعف بأن الملك لا ينتقل إلى المشتري بمجرد العلم من دون صيغته تدل عليه، مع إمكان حمل هذا الصحيح على اشتراط المال للمشتري عند علم البائع فلا تعارض، و هذا الجمع من دون شاهد و لكنه أولى من الطرح.

(٤) نفس العبد.

(٥) بأن يكون مشاهدا مما يكفى فيه المشاهده.

ص: ٤٤٣

الثلث مخالفاً لجنسه (١) الربوي، أو زائداً عليه (٢)، و قبض مقابل الربوي في المجلس و غيرها.

(و لو جعل العبد) لغيره (جعلاً على شرائه لم يلزم (٣)، لعدم صحته تصرفه بالحجر، و عدم الملك، و قيل: يلزم إن كان له مال، بناء على القول بملكه، و هو ضعيف (٤)،

في استبراء الأمة قبل بيعها

(و يجب) على البائع (استبراء الأمة قبل بيعها (٥) إن كان قد وطئها و إن (١) أي جنس المال الموجود عند العبد.

(٢) على المال الموجود عند العبد، و المعنى: أن الثمن الذي دفع في قبال العبد بشرط ماله فالبيع صحيح إذا كان الثمن مخالفاً لجنس المال الموجود عند العبد، و إلا فيجب أن يكون زائداً عليه لتكون الزيادة في قبال العبد، و في هذه الصورة الأخيرة عند توافق الثمن للمال الموجود عند العبد بالجنس فما وقع من الثمن في قبال هذا المال يجب قبضه في المجلس و غير ذلك من شروط بيع الصرف كما هو واضح، لأن المال منحصر في الذهب و الفضة سابقاً.

(٣) لعدم الملك، و على القول بملكه فهو محجور عليه فيتوقف جعله على إذن المولى، و عن الشيخ و أتباعه أنه يلزم إذا كان له مال لخبر الفضيل (قال غلام سندى لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنت قلت لمولاي: بعني بسبعمائه درهم و أنا أعطيك ثلاثمائة درهم، فقال له أبو عبد الله عليه السلام: إن كان لك يوم شرطت أن تعطيه شيء فعليك أن تعطيه، و إن لم يكن لك يومئذ شيء فليس عليك شيء) (١).

(٤) أي القول بالملك.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام (و قال في رجل يبيع الأمة من رجل: عليه أن يستبرئ من قبل أن يبيع) (٢) و خبر ربيع بن القاسم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية التي لم تبلغ المحيض و يخاف عليها الحبل قال: يستبرئ رحمها الذي يبيعها بخمسه و أربعين ليله، و الذي يشتريها بخمسه و أربعين ليله) (٣)، و موثق عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (الاستبراء على الذي يبيع الجارية واجب إن كان يطأها، و على الذي يشتريها الاستبراء أيضاً) (٣)، و موثق سماعه (سألته عن رجل اشترى -

ص: ٤٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٥.

عزل،(بحيضه، أو مضىّ خمسه و أربعين يوما فيمن لا تحيض، و هى فى سن من تحيض، و يجب على المشتري أيضا استبراؤها، إلا أن يخبره الثقة بالاستبراء (١).

و المراد بالثقة العدل، و إنما عبّر به (٢) تبعا للروايه (٣)، مع احتمال الاكتفاء بمن -جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه؟ قال: لا بل تكفيه هذه الحيضه فإن استبرأها أخرى فلا بأس، هى بمنزله فضل(١) و مثلها غيرها، و الحاصل وجوب الاستبراء على البائع و على المشتري و أن استبرأها بحيضه إن كانت ممن تحيض، و إلا فلو كانت فى سن من تحيض و لا- تحيض فخمسه و أربعون يوما، و أن الاستبراء واجب إذا وطئها البائع لموثق عمار المتقدم و إلا فلا يجب لصحيح حفص عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتيها)(٢).

ثم إن المشهور على عدم اختصاص الاستبراء بالبيع، بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك وجب عليه قبل وطئها الاستبراء خلافا لابن إدريس حيث خصّه بالبيع فقط للأصل، و هو ضعيف لأن ذكر البيع فى النصوص المتقدمه من باب المثل حيث هو الغالب من أسباب التملك و لخبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (نادى منادى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى الناس يوم أوطاس: أن استبرءوا سباياكم بحيضه)(٣).

(١) لخبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السّلام (إذا اشترت جاريه فضمن لك مولاها أنها على طهر فلا بأس أن تقع عليها)(٤)، و مرسل المفيد فى المقنعه روى أن لا بأس أن يطاء الجاريه من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره باستبرائها و كان صادقا فى ظاهره (مأمونا)٣، و الفقه الرضوى (فإن كان البائع ثقّه و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، و إن لم يكن ثقّه استبرأها المشتري بحيضه)(٥).

(٢) بالثقة.

(٣) و هى صحيح حفص بن البخترى المتقدم، و لكنها وارده فيما لو أخبره بعدم وطئه لها لا- باستبرائها، و الأمر سهل لاتحاد الحكم فيهما.

ص: ٤٤٥

١- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٣- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٤- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٦.

٥- ((٤)) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

تسكن النفس إلى خيره (١)، و في حكم إخباره له بالاستبراء إخباره بعدم وطئها (٢).

(أو تكون لامرأة) (٣) و إن أمكن تحليلها لرجل، لإطلاق النص، و لا يلحق بها (٤) العنين و المحبوب و الصغير الذي لا يمكن في حقه الوطء و إن شارك (٥) فيما ظن كونه عله، لبطلان القياس (٦)، و قد يجعل بيعها من امرأه ثم شراؤها منها وسيله إلى إسقاط الاستبراء (٧)، نظرا إلى اطلاق النص، من غير التفات إلى التعليل بالأمن من وطئها لأنها (٨) ليست منصوصه، و منع العله المستنبطه و إن كانت (١) و هو قوى.

(٢) كما في صحيح حفص المتقدم.

(٣) أى يسقط استبرائها على المشتري لو كانت الجارية لامرأة على المشهور للأخبار.

منها: خبر رفاعه (سألت) (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعهها، قال: لا- بأس بأن يطأها من غير أن يستبرأها) (١).

و عن ابن إدريس و الفخر و جوب الاستبراء لاحتمال وطئها بالتحليل و هو مندفع لإطلاق الخبر، و هل يلحق بها أمه العنين و المحبوب و الصغير الذي لا يملك في حقه الوطء؟ فقد ذهب الشارح في المسالك و الروضه هنا إلى عدم الإلحاق لأنه قياس و هو باطل عندنا، و ذهب صاحب الجواهر و غيره إلى الإلحاق لا للقياس الباطل فى مذهبنا بل لما تقدم من أن الاستبراء من أجل العلم بوطنها من قبل المالك فلذا لو كان أمينا و أخبر بعدم وطئها سقط استبرؤها، فكذا هنا لعدم العلم بوطنها و لو بالتحليل.

(٤) بالمرأة.

(٥) أى شارك المذكور من العنين و المحبوب و الصغير المرأه فيما ظن كونه عله لعدم الاستبراء، و هو الأمن من الوطئ لعدم تحقق الدخول من قبل المالك المذكور.

(٦) تعليل لعدم الإلحاق.

(٧) كما لو وطئها المالك ثم باعها لامرأة فيجوز شراؤها حينئذ من غير استبراء، لاندراجها فى أمه المرأه فيشملهما النص المتقدم من أن أمه المرأه لا استبراء عليها إذا اشترت، و النص مطلق غير مقيد بكون سقوط الاستبراء عند الأمن من وطئها.

(٨) هذه العله المذكوره.

ص: ٤٤٤

مناسبه (١)، (أو تكون يائسه أو صغيره (٢)، أو حائضا (٣) إلا زمان حيضها (٤) و إن بقى منه لحظه.

(و استبراء الحامل بوضع الحمل) (٥).....

(١) أى و تعليل عدم وجوب الاستبراء بالأمن من وطئها إنما هى عله مستنبطه فلا تصلح مدركا للحكم الشرعى و إن كانت مناسبه فى المقام.

(٢) فالصغيره التى لم تبلغ التسع، و اليائسه التى بلغت هو اليأس فلا استبراء لها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يشتري الجارية التى لم تبلغ المحيض و إذا قصدت من المحيض ما عدتها؟ و ما يحلّ للرجل من الأمه حتى يستبرئها قبل أن تحيض؟ قال: إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض فلا عدّه لها، و التى تحيض فلا يقربها حتى تحيض و تطهر) (١).

(٣) فيسقط استبرائها و يجوز له وطئها إلا- زمان حيضها، لموثق سماعه (سألته عن رجل اشترى جاريه و هى طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أو تكفيه هذه الحيضه، قال:

بل تكفيه هذه الحيضه فإن استبرأها بحيضه أخرى فلا بأس، هى بمنزله فضل) (٢) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اشترى جاريه و هى حائض، قال: إذا طهرت فليمسّها إن شاء) (٣)، و عدم جواز الوطء حال الحيض لا- لأنه استبرأ بل لعدم جواز الوطء فيه بما هو حيض.

و عن ابن إدريس عدم الاكتفاء بإتمام الحيضه و كأنه اجتهاد فى مقابله النص كما فى الجواهر.

(٤) أى و إن سقط الاستبراء عن الحائض و لكنه لا يجوز له وطؤها فى زمن الحيض و إن بقى منه مقدار لحظه.

(٥) اختلف كلام الأصحاب فى تحريم الأمه الحامل و مدته بسبب اختلاف الأخبار، ففى بعضها النهى عن وطئها حتى تضع كخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الوليده يشتريها الرجل و هى حبلى قال: لا يقربها حتى تضع ولدها) (٤) و موثق مسعده بن -

ص: ٤٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

مطلقاً (١)، لإطلاق النهي عن وطئها في بعض الأخبار حتى تضع ولدها، واستثنى في الدروس ما لو كان الحمل عن زنا فلا حرمه له، والأقوى الاكتفاء بمضى أربعة أشهر و عشرة أيام لحملها، و كراهه وطئها بعدها إلا أن يكون من زنا فيجوز مطلقاً (٢)، على كراهه، جمعاً بين الأخبار الدال بعضها على المنع مطلقاً (٣) كالسابق، و بعض على التحديد بهذه الغايه (٤)، بحمل الزائد على الكراهه.

- صدقه (قال أبو عبد الله عليه السلام: يحرم من الإمام عشر: لا تجمع بين الأم و البنت، و لا بين الأختين، و لا أمتك و هي حامل من غيرك حتى تضع) (١) و مثلها غيرها.

و في بعضها لا بأس بنكاحها إذا جاز أربعة أشهر و عشرة أيام كصحيح رفاعه (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قلت: اشترى الجارية - إلى أن قال - فإن كان حمل فما لى منها إن أردت؟ قال: لك ما دون الفرج إلى أن تبلغ في حملها أربعة أشهر و عشرة أيام، فإذا جاز حملها أربعة أشهر و عشرة أيام فلا بأس بنكاحها في الفرج ٢.

فبعض الأصحاب حمل الطائفة الأولى فيما لو كان الحمل من حل أو شبهه أو كان مجهولاً، و حمل الطائفة الثانية على الحمل من الزنا، و منهم من الحق المجهول بالزنا، و منهم من أسقط اعتبار الزنا، و منهم من حمل الطائفة الثانية على التحريم و الأول على الكراهه، و هو الذى استقر به الشارح فى المسالك و الروضه مع عدم اعتبار الزنا فيجوز فيه الوطى قبل المده المذكوره و بعدها.

هذا و قد اضطرب فيها كلام الأساطين حتى أن العلامه فى القواعد ذهب إلى ثلاثة أقوال فيها، ففى كتاب بيع الحيوان أنه يحرم الوطء الحامل قبل مضى أربعة أشهر و عشرة أيام و يكره بعده إن كان عن زنا، و فى غيره إشكال، و فى كتاب النكاح يحرم الوطى إلى الوضع فيما عدا الزنا و مجهول الحال، مع الحكم بالكراهه فى المجهول بعد أربعة أشهر و عشرة أيام و نفى البأس عن الزنا، و فى كتاب الطلاق جعل الوطى مكروها بعد أربعة أشهر و عشرة أيام إذا كان الحمل من زوج أو مولى أو شبهه و قبل ذلك حراماً مع سكوته عن الزنا و المجهول.

(١) سواء كان من حل أو شبهه أو زنا أو مجهول الحال.

(٢) حتى قبل مضى أربعة أشهر و عشرة أيام.

(٣) حتى تضع ولدها.

(٤) و هي أربعة أشهر و عشرة أيام.

ص: ٤٤٨

(و لا- يحرم فى مده الاستبراء غير الوطء) (١) قبلا- و دبرا (٢) من الاستمتاع على الأقوى، للخبر الصحيح (٣)، و قيل: يحرم الجميع، و لو وطئ (٤) فى زمن الاستبراء أثم و عزّر مع العلم بالتحريم، و لحق به الولد، لأنه فراش كوطئها حائضا، و فى سقوط الاستبراء حينئذ وجه، لانتفاء فائدته حيث قد اختلط الماءان، (١) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا الحسن موسى عليه السلام فقلت: اشترى الجارية - إلى أن قال - فإن كانت حبلى فما لى منها إذا أردت؟ قال: لك ما دون الفرج) (١) و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري الجارية و هى حامل ما يحلّ له منها؟ فقال: ما دون الفرج) ٢، و عن الشيخ فى المبسوط حرمة جميع الاستمتاع لموثق إبراهيم بن عبد الحميد (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يشتري الجارية و هى حبلى أ يطؤها؟ قال: لا، قلت: فدون الفرج؟ قال: لا يقربها) ٣ و هو محمول على الكراهه جمعا.

(٢) كما عن المحقق الكركى و جماعه لإطلاق بعض الأخبار، كخبر محمد بن قيس المتقدم (لا يقربها حتى تضع ولدها) (٢)، و خبر الرازى عن أبيه عن الرضا عن آبائه عليهم السلام (نهى النبى صلّى الله عليه و آله و سلم عن وطئ الجبالى حتى يضعن) ٥، و النهى عن المقاربه يشمل الدبر.

و عن المحقق و جماعه اختصاص حرمة الوطئ بالفرج فقط، و هو الظاهر من صحيح رفاعه و خبر أبى بصير المتقدمين و غيرهما، حيث علّق النهى على الفرج و هو ظاهر فى خصوص القبل.

(٣) و هو صحيح محمد بن بزيع كما فى المسالك، و قد رواه الشيخ فى التهذيب و الاستبصار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الجارية - إلى أن قال - قلت: يحلّ للمشتري ملامستها؟ قال: نعم و لا يقرب فرجها) (٣).

(٤) أى و طئها المشتري فى زمن الاستبراء أثم لمخالفته النهى عن مقاربتها حال الاستبراء، و عزّر مع العلم بالتحريم على حسب ما يراه الحاكم، و يلحق به الولد لأنها فراشه حينئذ كما لو وطئها حائضا، و قال الشارح فى المسالك: (و هل يسقط الاستبراء حينئذ نظر، من انتفاء فائدته و حكمته حيث قد اختلط الماءان، و لحق به الولد الذى يمكن تجددده، و من إطلاق الأمر بالاجتناب فى المده و هى باقيه.

ص: ٤٤٩

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢ و ٣ و ٥.

٢- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١ و ٧.

٣- ((٦) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٥.

و الأقوى وجوب الاجتناب بقيه المده، لإطلاق النهى فيها، و لو وطئ الحامل بعد مده الاستبراء عزل (١)، فإن لم يفعل كره بيع الولد (٢)، و استحب له عزل قسط من ماله يعيش به، للخبر (٣) معللا- بتغذيته بنطفته، و أنه شارك في إتمامه (٤)، و ليس في الأخبار تقدير القسط، و في بعضها (٥) أنه يعتقه و يجعل له شيئا يعيش به، لأنه غذاه بنطفته.

و كما يجب الاستبراء في البيع يجب في كل ملك زائل و حادث بغيره من العقود، و بالسبى و الإرث (٦)، و قصره على البيع ضعيف، و لو باعها من غير (١) عزل استحبابا، لموثق إسحاق بن عمار (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل اشترى جاريه حاملا قد استبان حملها فوطأها، قال: بئس ما صنع، فقلت: ما تقول فيها؟ قال:

عزل عنها أم لا-؟ قلت: أجبني في الوجهين، قال: إن كان عزل عنها فليتق الله و لا يعد، و إن كان لم يعزل عنها فلا يبيع ذلك الولد، و لا يورثه و لكن يعتقه و يجعل له شيئا من ماله يعيش به فإنه غذاه بنطفته(١).

(٢)المحكي عن الشيخين و الحلين و الطوسى و الديلمى حرمه البيع لظاهر النهى فى الموثق المتقدم، و فيه: إنه ظاهر بالكراهه بقرينه قوله (و لا يورثه) فيكون ظاهرا أنه بمنزله الولد لا أنه ولد حقيقه ليحرم بيعه.

(٣) و هو الموثق المتقدم.

(٤) كما فى خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام (من جامع أمه حبلى من غيره فعليه أن يعتق ولدها و لا يسترق، لأنه شاركنا فيه الماء تمام الولد(٢))، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم دخل على رجل من الأنصار و إذا وليده عظيمه البطن تختلف، فسأل عنها، فقال: اشتريتها يا رسول الله و بها هذا الحبل قال:

أقربتها؟ قال: نعم، قال: اعتق ما فى بطنها، قال: يا رسول الله بم استحق العتق؟ قال: لأن نطفتك غدت سمعه و بصره و لحمه و دمه)٣.

(٥) و هو موثق إسحاق بن عمار المتقدم.

(٦) على المشهور، و قصر ابن إدريس وجوب الاستبراء فى البيع فقط و هو ضعيف و قد تقدم البحث فيه فراجع.

ص: ٤٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢ و ٣.

استبراء أثم و صحح البيع (١)، و غيره (٢)، و يتعين حينئذ تسليمها إلى المشتري و من في حكمه إذا طلبها، لصيرورتها ملكا له، و لو أمكن إبقاؤها برضاه (٣) مده الاستبراء، و لو بالوضع في يد عدل و جب (٤)، و لا يجب على المشتري الإجابة.

في كراهه التفرقة بين الطفل و الأم قبل سبع سنين

(و يكره التفرقة بين الطفل و الأم قبل سبع سنين) في الذكر و الأنثى (٥)، (١) اثم لأنه خالف النهى، و صحح البيع لأن النهى قد تعلق بأمر خارج عن حقيقته.

(٢) أى غير البيع من بقيه العقود.

(٣) برضا المشتري.

(٤) للاستصحاب.

(٥) ذهب المشهور إلى حرمة التفرقة بين الأطفال المماليك و أمهاتهم المملوكة قبل استغنائهم عنهن للنبوى (من فرّق بين والده و ولدها، فرّق الله بينه و بين أحبائه في الجنة) (١)، و صحيح معاوية بن عمار (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بسبى من اليمن، فلما بلغوا الحجفة نفدت نفقاتهم فباعوا جاريه من السبى كانت أمها معهم، فلما قدموا على النبي صلى الله عليه و آله و سلم سمع بكاءها فقال: ما هذه؟ قالوا: يا رسول الله احتجنا إلى نفقه فبعنا ابنتها فبعث بثمانها فأتى بها، و قال: يبعوهما جميعا أو أمسكوهما جميعا) (٢)، و صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه اشترى له جاريه من الكوفة، قال: فذهبت لتقوم في بعض الحاجه، فقالت: يا أماه، فقال لها أبو عبد الله عليه السلام:

أ لك أم؟ قالت: نعم، فأمر بها فردت، و قال: ما آمنت لو حبستها أن أرى في ولدى ما أكره) (٣)، و خبر عمرو بن أبي نصر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجاريه الصغيره يشتريها الرجل، فقال: إن كانت قد استغنت عن أبويها فلا بأس) (٤).

و عن الشيخ في باب العتق من النهايه و الحلى و الفاضل في جملة من كتبه و أول الشهيدين و ابن فهد و استظهره المحقق في الشرائع أنه مكروه جمعا بين ما تقدم و بين عموم تسلط الناس على أموالهم.

هذا و ترتفع الحرمة أو الكراهه مع رضاهما لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يشتري الغلام أو الجاريه و له أخ أو أخت أو أب أو أم بمصر من الأمصار قال: لا يخرجها إلى مصر آخر إن كان صغيرا و لا يشتريه، و إن كان له أم فطابت نفسها و نفسه فاشتره إن شئت) (٥)، بل لا ترتفع الحرمة أو الكراهه برضا الأم بل لا بد من -

ص: ٤٥١

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الحيوان حديث ٣ و ٥ و ١.

وقيل: يكفى فى الذكر حولان و هو أجود، لثبوت ذلك فى حضانه الحره، ففى الأمه أولى، لفقد النص هنا، وقيل: يحرم التفريق فى المده، لتضافر الأخبار بالنهى عنه، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: «من فرّق بين والده و ولدها فرق الله بينه و بين أحبته».

(و التحريم أحوط)، بل أقوى. و هل يزول التحريم، أو الكراهه برضاها، أو رضى الأم وجهان، أجودهما ذلك (١)، و لا فرق بين البيع و غيره على الأقوى، -رضاهما معا مراعاة لحق الولد.

و الأخبار قد اقتضرت على ذكر البيع، و قد صرح جماعه بعدم الفرق بينه و بين غيره من النواقل للعين كالهبة و غيرها لأين المستفاد أن عله المنع هى التفرقه، فيكون ذكر البيع من باب المثال و لأنه الأغلب فى النواقل. و على فرض المنع فهل النهى هنا يقتضى فساد البيع بناء على أمه متعلق بوصف خارج عن حقيقته كالبيع وقت النداء، أو يقتضى الفساد كما صرح به جماعه بل عن التذكرة ما يشعر بدعوى الإجماع عليه كما فى الجواهر لظاهر الأخبار المتقدمه المتضمنه لرد الثمن فيكون التفريق موجبا لخروج الولد عن صلاحيه المعاوضه و هذا ما استجوده الشارح.

ثم هل يختص النهى بالتفريق بين الولد و أمه، أم يعلم غيرها من الأرحام المشارك لها فى الاستئناس و الشفقه، و عن علامه فى التذكرة استتقرب الأول و حكم بالكراهه فى الثانى، و الشارح و ثانى المحققين إلى الثانى و قد صرح بالتعميم صحيح ابن سنان المتقدم.

ثم إن محل الخلاف قبل الاستغناء، أما بعده فلا إشكال فى الجواز، و الاستغناء يحصل ببلوغ سبع سنين من غير فرق بين الذكر و الأنثى على المشهور بين الأصحاب، و ذهب الشيخان فى المقنعه و النهايه و ابن حمزه فى المراسم إلى أن الاستغناء هو استغناؤه عن الرضاع، و هذا الخلاف ليس له مستند بخصوصه كما فى المسالك، نعم جعل ابن فهد أن الخلاف هنا مترتب على الخلاف فى الحضانه الآتى فى باب النكاح، و سيأتى أن الأخبار فى الحضانه مختلفه ففى بعضها سبع مطلقا، و فى بعضها مده الرضاع و كل منهما قائل، و جمع جماعه بين الروايات بحمل السبع على الأنثى و الحولين الذين هما مده الرضاع - على الذكر، لمناسبه الحكمه فى احتياج الأنثى إلى تربيته الأم زياده على الذكر، و إذا كان هذا هو حكم الحره فليكن مثله فى الأمه لأن حقها لا يزيد على الحره.

ثم إن موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبن، أما قبله فلا يجوز قطعا لأنه سبب لهلاك الولد كما عن جماعه، نعم فى الحدائق أنه رأى كثيرا من الأطفال قد عاش بدون ذلك، بل ربما يتعذر اللبن من أمه لمرض أو موت، بل قيل إنه قد لا يوجد اللبن فى كثير من النساء.

(١) أى يزول الحكم برضاها أو رضا الأم.

و هل يتعدى الحكم إلى غير الأم من الأرحام المشاركة لها في الاستئناس و الشفقة كالأخت، و العمه، و الخاله قولان، أجودهما ذلك، لدلاله بعض الأخبار (١) عليه، و لا- يتعدى الحكم إلى البهيمة للأصل (٢)، فيجوز التفرقة بينهما بعد استغنائه عن اللبن مطلقا (٣)، و قبله إن كان مما يقع عليه الذكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه، و موضع الخلاف بعد سقى الأم اللبأ، أما قبله فلا يجوز مطلقا (٤)، لما فيه من التسبب إلى هلاك الولد، فإنه لا يعيش بدونه على ما صرح به جماعه.

مسائل

إشارة

(مسائل)

الأولى - لو حدث في الحيوان عيب قبل القبض

الأولى - (لو حدث في الحيوان عيب (٥) قبل القبض فللمشتري الرد و الأرش)، أما الرد فموضع وفاق، و أما الأرش فهو أصح القولين، لأنه عوض عن جزء فائت، و إذا كانت الجملة مضمونه على البائع قبل القبض فكذا أجزاءها، (و كذا) لو حدث (في زمن الخيار) (٦) المختص بالمشتري، أو المشترك بينه و بين البائع، أو غيره (٧)، لأن الجملة فيه مضمونه على البائع أيضا (٨)، أما لو كان الخيار (١) و هو صحيح ابن سنان المتقدم.

(٢) قال الشارح في المسالك: (و لا يتعدى الحكم إلى البهيمة اقتصارا بالمنع على مورد النص فيجوز التفرقة بينها و بين ولدها، بعد استغنائه عن اللبن، و قبله إن كان من يقع عليه الذكاه، أو كان له ما يمونه من غير لبن أمه).

(٣) سواء وقع عليه الذكاه أم لا.

(٤) سواء قلنا بالكراهه أم بالحرمة، و أيضا سواء كان الولد آدميا أو لا.

(٥) بل لا خصوصيه في الحيوان، فلو حدث في المبيع مطلقا عيب بعد العقد و قبل القبض كان للمشتري الرد بلا خلاف فيه، و لكن هل يثبت له الأرش لو أمضاه فالمشهور على ذلك لأن ضمان الجملة يقتضى ضمان الأجزاء، و الأول ثابت في التلف قبل القبض كما سيأتى في مسأله ما لو تلف المبيع بعد العقد و قبل القبض فإنه من مال البائع فيكون الثانى مثله، و ذهب الشيخ و ابن إدريس إلى عدم الأرش لأصالة اللزوم في العقود، و تلف الجملة قد قام الدليل عليه أما تلف البعض عند حدوث العيب فلا دليل عليه فالأصل براءة البائع فيه.

(٦) و لو كان بعد قبض المشتري.

(٧) غير البائع و هو الأجنبي.

(٨) فكذا أجزاءها و سيأتى دليله مفصلا فى تحقيق القبض من مبحث الأحكام.

ص: ٤٥٣

مختصا بالبائع، أو مشتركا بينه، و بين أجنبي فلا خيار للمشتري (١)، هذا إذا كان التعيب من قبل الله تعالى، أو من البائع، و لو كان من أجنبي فللمشتري عليه (٢) الأرش خاصة (٣)، و لو كان بتفريط المشتري فلا شيء (٤).

(و كذا) الحكم (فى غير الحيوان) (٥)، بل فى تلف المبيع أجمع (٦)، إلا أن الرجوع فيه بمجموع قيمه (٧)، فإن كان التلف (٨) من قبل الله تعالى و الخيار للمشتري و لو بمشاركه غيره (٩) فالتلف من البائع، و إلا (١٠) فمن المشتري، و إن (١) أى خيار الرد بل له أخذ الأرش من قبل البائع أو الأجنبي إذا كان التعيب من قبل أحدهما.
(٢) على الأجنبي.

(٣) قيد للأرش بلا رد على البائع و لو كان للمشتري خيار.

(٤) من أرش أو ورد لأنه ملكه و قد أتلفه سواء كان للمشتري خيار أو كان الخيار لغيره.

(٥) إذا لا خصوصيه للحيوان فى هذه الأحكام و سيأتى التعرض لها مفصلا فى مبحث الأحكام عند تحقيق معنى القبض، و يأتى التعرض لها فى مبحث خيار العيب أيضا.

(٦) قبل القبض أو فى زمن الخيار.

(٧) لا الثمن هذا مع عدم الفسخ فيكون مجموع قيمه هنا بدلا للأرش هناك، و مع الفسخ يرجع بالثمن فقط.

(٨) قال الشارح فى المسالك: (إذا تلف المبيع بعد القبض فى زمن الخيار سواء كان خيار الحيوان أم المجلس أم الشرط فلا يخلو إما أن يكون التلف من المشتري أو من البائع أو من الأجنبي، و على التقادير الثلاثة فإما أن يكون الخيار للبائع خاصة أو للمشتري خاصة أو لأجنبي، أو للثلاثة، أو للمتبايعين، أو للبائع و للأجنبي، أو للمشتري و للأجنبي، فجملة أقسام المسألة أحد عشرون، و ضابط حكمها أن التلف إن كان من المشتري فلا ضمان على البائع مطلقا لكن إذا كان له خيار أو للأجنبي و اختار الفسخ رجع على المشتري بالمثل أو قيمه، و إن كان التلف من البائع أو من أجنبي تخير المشتري بين الفسخ و الرجوع بالثمن و بين مطالبه المتلف بالمثل أو قيمه إن كان له خيار.

و إن كان الخيار للبائع و المتلف أجنبي تخير كما مرّ و رجع على المشتري أو الأجنبي، و إن كان التلف بآفه من عند الله تعالى فإن كان الخيار للمشتري أو له و لأجنبي فالتلف من البائع و إلا فمن المشتري) انتهى.

(٩) بائعا كان أو أجنبيا.

(١٠) أى و إن لم يكن الخيار للمشتري.

كان التلف من البائع، أو من أجنبي و للمشتري خيار و اختار الفسخ و الرجوع بالثمن (١)، و إلا (٢) رجع على المتلف بالمثل، أو قيمه، و لو كان الخيار للبائع، و المتلف أجنبي، أو المشتري تخير (٣)، و رجع على المتلف (٤).

الثانية. لو حدث في الحيوان عيب من غير جهة المشتري

(الثانية. لو حدث) في الحيوان (عيب من غير جهة المشتري (٥) في زمن الخيار (٦) فله (٧) الرد بأصل الخيار (٨)، لأن العيب الحادث غير مانع منه (٩) هنا (١٠)، لأنه (١١) مضمون على البائع فلا يكون (١٢) مؤثرا في رفع الخيار، (و الأقرب جواز الرد بالعيب أيضا)، لكونه مضمونا (١٣).

(و تظهر الفائده (١٤) لو أسقط الخيار الأصلي (١٥) و المشتراط (١٦) فله الرد بالعيب.

(١) فيرجع بالثمن على البائع و هو يرجع على الأجنبي لو كان هو المتلف.

(٢) أى و إن لم يفسخ.

(٣) أى البائع.

(٤) فيرجع بالمثل أو قيمه.

(٥) سواء كان التلف من قبل الله تعالى أو من البائع أو الأجنبي.

(٦) سواء كان الخيار خيار حيوان أو غيره، و سواء كان الخيار مختصا للمشتري أو مشتركا بينه و بين غيره.

(٧) للمشتري.

(٨) لأن التلف في زمن الخيار هو ممن لا خيار له كما سيأتى بحث مفصلا في مبحث الخيارات.

(٩) من الرد بالخيار.

(١٠) أى في زمن الخيار.

(١١) أى لأن الحيوان.

(١٢) أى لا يكون العيب الحادث.

(١٣) أى لكون الحيوان مضمونا على البائع، فالعيب الحادث فيه من مال البائع حينئذ.

(١٤) أى فائده ثبوت جواز الرد بالخيار و جواز الرد بالعيب.

(١٥) كخيار الحيوان أو خيار المجلس.

(١٦) و هو خيار الاشتراط.

ص: ٤٥٥

و تظهر الفائدة أيضا في ثبوت الخيار (١) بعد انقضاء الثلاثة (٢) و عدمه (٣)، فعلى اعتبار خيار الحيوان خاصه (٤) يسقط الخيار (٥)، و على ما اختاره (٦) المصنف رحمه الله يبقى (٧)، إذ لا يتقيد خيار العيب بالثلاثة (٨) و إن اشترط حصوله (٩) في الثلاثة فما قبلها (١٠)، و غايته ثبوته فيها بسببين (١١) و هو غير قادح، فإنها (١٢) معرّفات يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد، كما في خيار المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن، إذا اجتمعت في عين واحده قبل التفرق (١٣).

(و قال الفاضل نجم الدين أبو القاسم) جعفر بن سعيد رحمه الله (في الدرس) على ما نقل عنه: (لا يردّ إلا بالخيار (١٤)، و هو (١٥) ينافى حكمه في الشرائع بأن) (١) خيار الرد بالعيب.

(٢) و هي ثلاثة أيام التي هي مده خيار الحيوان.

(٣) أى عدم ثبوت خيار الرد بالعيب.

(٤) من دون اعتبار جواز الرد بالعيب كما نقل عن المحقق في مجلس درسه.

(٥) أى خيار الرد بالعيب.

(٦) من جواز الرد بالعيب أيضا.

(٧) أى يبقى خيار الرد بالعيب.

(٨) أى بثلاثة أيام التي هي خيار الحيوان، لأن خيار العيب ليس فوريا كما سيأتى ذلك في بابه.

(٩) أى حصول العيب.

(١٠) أى ما قبل الثلاثة، و هو عبارته عما قبل العقد عند ما يكون الحيوان في ملكك البائع.

(١١) أى و غايه الكلام ثبوت الخيار في الثلاثة أيام بسببين، من خيار الحيوان و خيار العيب، و هو غير ضائر لأن الخيار قد يكون له أكثر من سبب كما في اجتماع خيار المجلس و الحيوان و الشرط و الغبن في عين واحده، و ذلك لأن الأسباب الشرعيه معرّفات فيجوز اجتماعها على واحد و ليست هي علل تامه حتى يمتنع اجتماع اثنين منها على واحد.

(١٢) أى الأسباب الشرعيه.

(١٣) قيد لثبوت خيار المجلس.

(١٤) أى خيار الحيوان.

(١٥) أى حكمه بعد الرد إلا بالخيار.

(الحدث) الموجب لنقص الحيوان (في الثلاثة من مال البائع) (١)، و كذا التلف (٢)، (مع حكمه) فيها (٣) بعد ذلك بلا فصل (بعدم الأرش فيه (٤)، فإنه إذا كان مضمونا على البائع (٥) كالجمله لزمه (٦) الحكم بالأرش (٧)، إذ لا- معنى لكون الجزء مضمونا إلا- ثبوت أرشه، لأن الأرش عوض الجزء الفاتت، أو التخيير بينه (٨) و يبين الرد (٩) كما أن ضمان الجمله يقتضى الرجوع بمجموع عوضها (١٠) و هو الثمن (١١).

(١) لأنه مضمون عليه.

(٢) أى لو تلف الحيوان فى الأيام الثلاثة فهو من مال البائع كما سيأتى دليله فى بحث الخيارات.

(٣) فى الشرائع.

(٤) أى فى العيب الحادث على الحيوان فى الثلاثة، قال المحقق فى الشرائع فى بحث بيع الحيوان (إذا حدث فى الحيوان عيب بعد العقد و قبل القبض كان المشتري بالخيار بين رده و إمساكه، و فى الأرش تردد، و لو قبضه ثم تلف أو حدث فيه حدث فى الثلاثة كان من مال البائع ما لم يحدث فيه المشتري حدثا.

و لو حدث فيه عيب من غير جهة المشتري لم يكن ذلك العيب مانعا من الرد بأصل الخيار، و هل يلزم البائع أرشه؟ فيه تردد، و الظاهر لا) و حيث حكم المحقق بضمان البائع فى الثلاثة ثم حكم بعده بعدم الأرش لزمه القول بثبوت الرد بالعيب الحادث؛ إذ لا معنى لضمان البائع إلا جواز الرد عليه بذلك أو أخذ الأرش منه، و إذا انتفى الثانى ثبت الأول، فلذا يكون حكمه فى الشرائع على التفصيل المذكور منافيا لما أفتى به فى الدروس.

(٥) كما حكم به فى الشرائع أولا.

(٦) أى لزم المحقق.

(٧) على التفصيل المتقدم، مع أنه مناف لما حكم به فى الشرائع أخيرا.

(٨) بين الأرش.

(٩) أى الرد بالعيب مع أنه قد جزم بنفى الأرش فيتعين الرد بالعيب و هو مناف لما أفتى به فى الدروس.

(١٠) أى عوض الجمله.

(١١) إذا ردّ و فسخ، و مع عدم الرد فالرجوع بالمثل أو القيمة.

و الأقوى التخيير بين الرد، و الأرش كالمتقدم (١)، لاشتراكهما (٢) في ضمان البائع، و عدم المانع من الرد، و هو المنقول عن شيخه نجيب الدين بن نما رحمه الله، و لو كان حدوث العيب بعد الثلاثه منع الرد بالعيب السابق، لكونه (٣) غير مضمون على البائع، مع تغير المبيع، فإن رده (٤) مشروط ببقائه على ما كان فيثبت في السابق (٥) الأرش خاصه.

الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه

(الثالثه. لو ظهرت الأمه مستحقه (٦) فأغرم) المشتري (الواطئ العشر) إن كانت بكرا، (أو نصفه) إن كانت ثيبا، لما (١) أى كالعيب المتقدم على البيع و القبض فإذا ظهر بعد القبض فإنه يوجب يوجب التخيير المذكور، و هذا ما تقدم في المسأله السابقه.

(٢) أى العيب المتقدم و العيب فى الثلاثه.

(٣) أى لكون الحيوان بعد الثلاثه غير مضمون على البائع، فالعيب الحادث فيه حينئذ ليس من مال البائع هذا من جهه و من جهه أخرى فلو كان فيه عيب سابق فى الثلاثه ثم طرأ عيب بعد الثلاثه كان العيب اللاحق مانعا من الرد بالعيب السابق لتغير المبيع و يتعين على المشتري الرجوع بالأرش خاصه.

(٤) أى رد المبيع، و هو تعليل لعدم جواز الرد بالعيب اللاحق مع ثبوت العيب السابق.

(٥) أى العيب السابق و هو العيب الذى ثبت فى الثلاثه.

(٦) من أولد جاريه قد اشتراها مثلا ثم بانت أنها مستحقه للغير، و ثبت للاستحقاق بينه شرعيه أو غيرها، جاز للمالك انتزاعها من المشتري بلا إشكال و لا خلاف، و يجب على الواطئ على المشهور عشر قيمتها بدخول أرش الجنايه عليها إن كانت بكرا بمعنى عدم ذهاب عذرتها و نصف العشر إن كانت ثيبا لصحيح الوليد بن صبيح عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه حره فوجدها أمه قد دلست نفسها له، فقال: إن كان الذى زوجه إياها من غير مواليتها فالكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذى أخذت منه؟ فقال: إن وجد مما أعطاه شيئا فليأخذه و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان الذى زوجه إياها ولى لها ارتجع على و ليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، و تعتد منه عده الأمه.

قلت: و إن جاءت منه بولد، قال: أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى (١) -

ص: ٤٥٨

تقدم من جواز رجوع المالك على المشتري، عالما كان أم جاهلا بالعين، و منافعها المستوفاه، و غيرها (١)، فإن ذلك (٢) هو عوض بضع الأمه، للنص الدال على ذلك، (أو مهر المثل) (٣) لأنه (٤) القاعده الكليه فى عوض البضع بمنزله قيمه المثل فى غيره (٥)، و أطراحا للنص الدال على التقدير بالعشر أو نصفه، و هذا الترديد توقف من المصنف فى الحكم، أو إشاره إلى القولين، لا تخيير بين الأمرين -و صحيح الفضيل بن يسار - الوارد فى التحليل - (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام - إلى أن قال - قلت: أ رأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوه فاقتضها، قال: لا ينبغى له ذلك، قلت: فإن فعل أ يكون زانيا؟ قال: لا و لكن يكون خائنا و يغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن لم تكن فنصف عشر قيمتها) (١)، و خير ابن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى جاريه حبلى و لم يعلم بحبلها فوطأها، قال: يردّها على الذى ابتاعها منه، و يرد معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها) (٢)، و مثلها غيرها، و اختلاف مورد الأخبار مع المقام لا يضر بعد اتحاد طريق المسألتين من أن نكاحه إياها إذا بان مستحقه للغير موجب للعشر إذا كانت بكرا و نصف العشر إذا كانت ثيبا.

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها الذى هو عوض منفعه البضع عند عدم التسميه من غير فرق بين الحره و الأمه، و هو اجتهاد فى مقابله النصوص المتقدمه.

(١) قد تقدم أنه لا يرجع بالمنافع غير المستوفاه و يدل عليه خبر زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولادا، ثم إن أباه يزعم أنها له و أقام على ذلك البيئه، قال: يقبض ولده و يدفع إليه الجاريه، و يعوّضه فى قيمه ما أصاب من لبنها و خدمتها) (٣) و ذكر المنافع المستوفاه فقط مع أنه فى مقام البيان دليل على عدم ضمان غيرها.

(٢) أى العشر إذا كانت بكرا و نصفه إذا كانت ثيبا.

(٣) كما هو قول الشيخ و ابن إدريس.

(٤) أى مهر المثل.

(٥) غير البضع.

ص: ٤٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٤.

و المشهور منهما الأول،(و) أغرم (الأجره) عما استفاه من منافعتها، أو فانت تحت يده.(و قيمه الولد) (١) يوم ولادته لو كان قد أحبلها و ولدته حيا (رجع بها) أى بهذه المذكورات جمع (على البائع مع جهله) بكونها مستحقه (٢)، لما تقدم (٣) من رجوع المشتري الجاهل بفساد البيع على البائع بجميع ما يغرمه.

و الغرض من ذكر هذه هنا التنبيه على مقدار ما يرجع به مالك الأمه على مشتريها الواطئ لها، مع استيلادها، و لا فرق فى ثبوت العقر (٤) بالوطء بين علم الأمه بعدم صحه البيع، و جهلها على أصح القولين (٥)، و هو الذى يقتضيه إطلاق (١) سواء قلنا أنه يغرم بالعشر و نصفه أو يغرم بأجره المثل فالولد حر لتبعيته لإشراف الأبوين، و لصريح صحيح الوليد بن صبيح المتقدم، و لكن على أبيه قيمته يوم ولد حيا للأخبار.

منها: مرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت الجاريه مسروقه قال: يأخذ الجاريه صاحبها و يأخذ الرجل ولده بقيمته) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري الجاريه من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجاريه، قال: يأخذ الجاريه المستحق، و يدفع إليه المبتاع قيمه الولد، و يرجع على من باعه بثمان الجاريه و قيمه الولد التى أخذت منه) ٢.

هذا و يرجع المشتري الجاهل بالاستحقاق على البائع بما اغترمه من مهر أو أجره أو قيمه الولد كما هو مفاد صحيح جميل المتقدم، و قد تقدم البحث فيه فى مبحث الفضولى فراجع.

(٢) أما لو كان عالما بالاستحقاق فالولد رق للمالك و الوطئ زان و يلزمه عوض البضع و لا يرجع به و لا بما اغترمه على البائع.

(٣) فى البيع الفضولى.

(٤) هو ما يؤخذ بإزاء الوطئ.

(٥) لإطلاق الأخبار المتقدمه، و ذهب الشهيد فى الدروس إلى ثبوت المهر عند الإكراه، و لازمه أنها لو علمت و رضيت فلا مهر لها قال فى الدروس فى بحث بيع الحيوان (و لو كان عالما بالاستحقاق و التحريم فهو زان، و ولده رق و عليه المهر إن أكرهها) (٢) و حكى -

ص: ٤٦٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) الدروس ص: ٣٤٨.

العباره (١)، لأن ذلك (٢) حق للمولى (وَ لَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) (٣)، و لا تصير بذلك (٤) أم ولد، لأنها فى نفس الأمر ملك غير الواطئ.

و فى الدروس لا- يرجع عليه (٥) بالمهر إلا- مع الإكراه (٦)، استنادا إلى أنه لا- ذلك عن المحقق الثانى و جماعه فى باب الغصب.

و استدلل له بأنه (لا مهر لبغى) و مع علمها و عدم الإكراه فهى بغى.

هذا و قال الشهيد فى الدروس فى باب الغصب فى وطئ الغاصب للأمه (و لو طأعته عالمه، قيل: بسقوط المهر للنهى عن مهر البغى، و يحتمل ثبوته، لأن السقوط فى الحره مستند إلى رضاها، و رضى الأمه لا يؤثر فى حق السيد) (١).

و قد شاع فى الكتب المتأخره أنه قد ورد (لا مهر لبغى) مع أننى لم أعثر عليه فى كتب الحديث، و كلام الشهيد فى الدروس صريح فى أن المستند هو النهى عن مهر البغى كما فى حديث القاسم بن عبد الرحمن عن محمد بن على عن الحسين بن على عن أبيه عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن خصال تسعه: عن مهر البغى، و عن عسيب الدابه - يعنى كسب الفحل - و عن خاتم الذهب، و عن ثمن الكلب، و عن مياثر الأرجوان، و عن ثياب القسى - و هى ثياب تنسج بالشام، و عن أكل لحوم السباع، و عن صرف الذهب بالذهب و الفضه بالفضه و بينهما فضل، و عن النظر فى النجوم) (٢) و هو ظاهر فى النهى عن أكل أجره الزانيه و هو أجنبى عن المقام.

و على كل فعلى فرض وروده فهو مختص بالحره، لأن اللام فى (لبغى) ظاهره فى الاستحقاق، و الحره هى التى تستحق المهر دون الأمه إذ هو لمولاها، و كذا لفظ المهر فهو ظاهر باختصاصه بالحره، و لذا أطلق على الحره المهيره لذلك، على أن العقر هنا هو حق للمولى فعلم الأمه بعدم صحه البيع لا يسقط حقه.

(١) أى عباره اللمعه هنا.

(٢) أى العقر.

(٣) الأنعام آيه: ١٦٤.

(٤) أى بالاستيلاء.

(٥) على الواطئ.

(٦) عند علمها بعدم صحه البيع.

١- (١) الدروس ص: ٣١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١٣.

مهر لبغى، و يضعف بما مر (١)، و أن المهر المنفى (٢) مهر الحره بظاهر الاستحقاق (٣)، و نسبه المهر (٤)، و من ثم يطلق عليها (٥) المهيره، و لو نقصت بالولاده ضمن نقصها مضافا إلى ما تقدم (٦) و لو ماتت ضمن قيمه.

و هل يضمن مع ما ذكر أرش البكاره لو كانت بكرا، أم يقتصر على أحد الأمرين (٧) وجهان، أجودهما عدم التداخل، لأن أحد الأمرين عوض الوطء، و أرش البكاره عوض جنايه فلا يدخل أحدهما فى الآخر (٨)، و لو كان المشتري عالما باستحقاقها حال الانتفاع لم يرجع بشيء (٩)، و لو علم مع ذلك بالتحريم كان زانيا، و الولد رق، و عليه المهر مطلقا (١٠)، و لو اختلفت حاله بأن كان جاهلا عند البيع، ثم تجدد له العلم رجوع بما غرمه حال الجهل، و سقط الباقي (١١).

الرابعه - لو اختلف مولى مأذون عن الغير

(الرابعه - لو اختلف مولى مأذون) و غيره (فى عبد أعتقه المأذون عن الغير، و لا بينه) (١٢) لمولى المأذون و لا (١) من أن العقر حق للمولى فلا يسقط و إن علمت الأمه بعدم صحه البيع.

(٢) أى المنفى فى (لا مهر لبغى).

(٣) المستفاد من اللام.

(٤) أى: إن الضمير فى (بغى) راجع إلى ذات المهر، و ذات المهر هى الحره و لذا أطلق عليها المهيره.

(٥) على الحره.

(٦) من العشر و نصفه و المنافع المستوفاه و قيمه الولد يوم ولادته.

(٧) من العشر أو مهر المثل.

(٨) بل الأقوى التداخل، لأن التفاوت بين عقر البكر و الثيب إنما هو للبكاره، و إلا للزم عدم التفاوت بينها.

(٩) لأنه غير مغرور.

(١٠) علمت الأمه أو جهلت بعدم صحه البيع.

(١١) يظهر حكمه مما تقدم.

(١٢) أصل المسأله هو: لو كان عبد مأذون بالتجاره من قبل سيده، و قام آخر و دفع لهذا العبد مالا ليشترى به نسمة و يعتقها و يحج عنه بالباقي فاشترى أباه و دفع إليه بقيه المال فحج به، و مات الأمر و اختلف مولى العبد المأذون و ورثه الأمر و موالى الأب بحيث يقول كل -

-طرف أنه اشترى بماله.

فعن الشيخ فى النهايه والقاضى أن المعتق يردّ إلى مولاه رقا ثم يحكم به لمن أقام البينه استنادا إلى روايه على بن أشيم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع إليه رجل ألف درهم، فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عتّى و حجّ عنى بالباقي، ثم مات صاحب الألف، فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت جميعا، فاختصموا جميعا فى الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنما اشترت أباك بما لنا، و قال الورثة: إنما اشترت أباك بما لنا، و قال موالى العبد: إنما اشترت أباك بما لنا، فقال أبو جعفر عليه السّلام: أما الحجّه فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أما المعتق فهو ردّ فى الرق لموالى أبيه، و أى الفريقين بعد أقاموا البينه على أنه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا(1).

و ابن أشيم غال كما عن المحقق الثانى فى جامعه و الشارح فى مسالكه، و هو مجهول عند غيرهما، و متنها مخالف لأصول المذهب من حيث الحكم برد العبد المعتق إلى مواليه مع أنهم معترفون ببيعه و إن ادعوا فساد البيع حيث يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون تبديلا لمال بماله و فى مثله يفسد البيع و لكن بقيه الأطراف تدعى صحته، و دعوى الصحه مقدمه على دعوى الفساد.

و من حيث الحكم يمضى الحج مع أن الأمر قد أمر المأذون بأن يحج بالباقي و لم يفعل إذ وقع الباقي إلى المعتق و هو الذى حج عن الأمر.

و من حيث الحكم بصحه الحج و هو مناف لعوده رقا، لأنه يستلزم وقوع حجه بغير إذن سيده.

و من حيث أن ظاهر الخبر هو الاذن فى التجاره للمولى فكيف تصح معامله العتق من العبد المأذون فى التجاره فقط و يترتب عليه صحه الحج و من حيث أن الظاهر هو كون المأذون وكيلا- عن الأمر و الوكاله تبطل بموت الموكل فيبطل البيع و العتق و الحج.

هذا و اعتذر العلامة عن المخالفه الأولى بحمل الروايه على أن موالى المعتق ينكرون البيع لا أنهم يدعون فساده حتى يقدم عليهم قول مدعى الصحه، و يردّه أنه على خلاف ظاهر الخبر حيث ادعوا أنه اشتراه بمالهم.

و حاول الشهيد فى الدروس لدفع المخالفه الأولى بحمل الروايه على أن المأذون بيده مال-

ص: ٤٦٣

للغير (حلف المولى) أى مولى المأذون و استرق العبد المعتق، لأن يده (١) على ما بيد المأذون فيكون قوله مقدا (٢) على من خرج عند عدم البيه (٣).

(و لا- فرق بين كونه) أى العبد الذى أعتقه المأذون (أبا للمأذون أولا) و إن كانت الروايه تضمنت كونه أباه، لاشتراكهما فى المعنى المقتضى لترجيح قول ذى اليد (٤).

-لمولى الأب المعتق و لغيره، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصاله بقاء الملك على مالكة فلذا حكم برد المعتق إلى الرق، و لا يعارض الأصل المذكور فتواهم بتقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد، لأن دعوى الصحه هنا مشتركه بين متقابلين متكافئين فتسقطان.

و فيه: على تقدير التسليم أن يكون بيده مال للجميع لأن ظاهر الخبر ينفى ذلك، فإن ما عدا مولى المأذون خارج و المولى داخل، لأن ما بيد المأذون تحت يد مولاة، و الداخلة تقدم عند تعارض الدعويين فيسقط كلام مولى الأب المعتكف و كلام ورثه الميت، و مع تقديم كلام مولى المأذون لا يرجع إلى أصاله بقاء الملك على مالكة.

و دعوى الصحه المشتركه بين متكافئين مردوده لأن مولى المعتق يدعون أنه اشتراه بمالهم فيكون البيع فاسدا، على أن لو سلمت الصحه فى جميع الدعاوى فلا بد من تقديم دعوى الداخلة دون الخارج.

ثم لو سلم أن يكون بيده مال للجميع، فلا يقبل إقرار المأذون فيها لغير مولاة مع تكذيب المولى له، لأنه مأذون من قبل المولى بالتجاره فقط فيقبل إقراره فيها فقط لا مطلقا.

و لهذه المخالفات مع ضعف السند فلا بد من طرح الروايه و الرجوع إلى أصول المذهب و قواعده المقرره، و هى تقتضى اطراح دعوى مولى الأب المعتق لاشتمالها على الفساد، و تبقى المعارضه بين مولى العبد المأذون و بين ورثه الأمر لاشتراكهما فى دعوى الصحه، فيقدم قول مولى المأذون لأنه ذو يد.

و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه المحقق فى النافع من أن مقتضى الأصول هو إمضاء ما فعله المأذون، و ذلك لأن المأذون يقبل قوله فيما أذن له فيه و هو خصوص التجاره لا مطلقا.

(١) يد مولى المأذون.

(٢) لأنه داخل بخلاف غيره فيكون خارجا.

(٣) هذا الحكم على طبق أصول المذهب و قواعده بعد اطراح و الروايه.

(٤) و هو مولى المأذون.

(و لا بين دعوى مولى الأب شرائه من ماله) بأن يكون قد دفع (١) للمأذون ما لا يتجر به فاشترى أباه من سيده (٢) بماله (٣)، (و عدمه) (٤)، لأنه على التقدير الأول يدعى فساد البيع، و مدعى صحته (٥) مقدم، و على الثاني خارج، لمعارضه يده القديمه يد المأذون الحادثه فيقدم، و الروايه تضمنت الأول، (و لا بين استجاره على حج و عدمه)، لأن ذلك (٦) لا مدخل له فى الترجيح، و إن كانت الروايه تضمنت الأول.

و الأصل فى هذه المسأله روايه على بن أشيم عن الباقر عليه السّلام فى من دفع إلى مأذون أُلعا ليعتق عنه نسمة، و يحج (٧) عنه بالباقي فأعتق أباه، و أحجه بعد موت الدافع، فادعى وارثه ذلك (٨)، و زعم كل من مولى المأذون و مولى الأب أنه اشتراه بماله فقال (٩): إن الحجه تمضى، و يردّ رقا لمولاه (١٠) حتى يقيم الباقر بينه، و عمل بمضمونها الشيخ و من تبعه، و مال إليه فى الدروس، و المصنف (١١) هنا، و جماعه اطرحوا الروايه، لضعف سندها، و مخالفتها لأصول المذهب فى رد (١) أى دفع مولى الأب.

(٢) أى سيد الأب.

(٣) أى بمال سيد الأب، و هذه الدعوى فاسده لأن مولى الأب يدعى شراء ماله بماله و هو فاسد، و لفسادها لا تقبل دعوى مولى الأب.

(٤) بأن يدعى مولى الأب أنه لم يبعه، و أنه باق على ملكه و لكن يد المأذون عليه فيقدم يد مولى المأذون لأنها حارثه بخلاف يد مولى الأب فإنها قديمه، و الحارث داخل و القديم خارج و قد عرفت تقديم قول الداخل.

(٥) أى صحه البيع، و الذى يدعى الصحه هو مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٦) من الاستجار و عدمه.

(٧) أى يحج نفس المأذون عن الدافع.

(٨) أى يدعى وارث الدافع ما ذكرنا من أن المأذون قد اشترى العبد بمال مورثهم و أحجه بعد موت الدافع بالباقي.

(٩) أى الباقر عليه السّلام.

(١٠) أى مولى الأب.

(١١) الواو استثنافيه أى و المصنف و جماعه اطرحوا الروايه.

العبد إلى مولاه مع اعترافه ببيعه (١)، و دعواه (٢) فساد، و مدعى الصحة مقدم، و هي (٣) مشتركة بين الآخريين (٤)، إلا أن مولى المأذون أقوى (٥) يدا فيقدم.

و اعتذر في الدروس عن ذلك (٦) بأن المأذون بيده مال لمولى الأب و غيره (٧)، و بتصادم الدعاوى المتكافئه يرجع إلى أصله بقاء الملك على مالكة، قال (٨): و لا يعارضه (٩) فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لأنها (١٠) مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا (١١).

و فيهما نظر (١٢)، لمنع تكافؤهما (١٣)، مع كون من عدا مولاه (١٤) خارجا (١٥)، و الداخل مقدم فسقطا (١٦) دونه (١٧)، و لم يتم الأصل (١٨)، و منه يظهر (١) أى مع اعتراف مولى الأب ببيع الأب.

(٢) أى و دعوى مولى الأب فساد البيع لأنه يدعى أنه اشترى الأب الذى هو عبده بماله و لا يملك أن يكون العوضان من مالك واحد.

(٣) أى دعوى الصحة.

(٤) و هما مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٥) لأن الأب تحت يد المأذون، و يد المأذون يد مولاه لأن العبد لا يملك.

(٦) أى عن رد العبد إلى مولاه الأصلي.

(٧) و هو مولى المأذون و ورثه الأمر.

(٨) أى الشهيد فى الدروس.

(٩) أى لا يعارض فتواهم الأصل المذكور من بقاء العبد على مالكة.

(١٠) أى الصحة.

(١١) و ليست إحدى الدعاوى فاسده لترجح الأخرى عليها.

(١٢) أى فى كلا قوليه.

(١٣) أى لمنع تكافئ الدعويين، و ذلك لأن دعوى مولى الأب فاسده و دعوى غيره صحيحه كما عرفت، و هو ردّ على قوله الأول.

(١٤) أى من عدا مولى المأذون.

(١٥) لأن يد المأذون على العبد المعتق.

(١٦) أى سقط قول مولى الأب و قول ورثه الأمر.

(١٧) أى دون مولى المأذون.

(١٨) وهو بقاء العبد على مالكة الأصلى.

ص: ٤٤٤

عدم تكافؤ الدعويين الآخرين (١)، لخروج الأمر (٢) و ورثته عما في يد المأذون التي هي (٣) بمنزله يد سيده، و الخارجة لا تكافئ الداخلة فتقدم (٤)، و إقرار المأذون بما في يده لغير المولى غير مسموع (٥) فلزم اطراح الرواية، و لاشتمالها على مضى الحجج (٦)، مع أن ظاهر الأمر حججه بنفسه و لم يفعل (٧)، و مجامعه صححه الحجج لعوده رقا و قد حج بغير إذن سيده، فما اختاره (٨) هنا أوضح.

و تبه بقوله: و لا- بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه على خلاف الشيخ و من تبعه، حيث حكموا بما ذكر (٩)، مع اعترافهم بدعوى مولى الأب فساد البيع (١٠)، و على خلاف العلامة حيث حملها (١١) على إنكار مولى الأب البيع لإفساده (١٢)، هربا (١٣) من تقديم مدعى الفساد (١٤)، و التجاء إلى تقديم منكر بيع (١) حتى تسقطا، و هما دعوى مولى المأذون و دعوى ورثته الأمر.

(٢) و هو الذى أمر بالعتق.

(٣) أى يد المأذون.

(٤) أى الداخلة و هى يد مولى المأذون.

(٥) لأن ما فى يده لمولاه، فأقراره بأنه لغير مولاه غير مسموع.

(٦) أى صححه الحجج.

(٧) حيث أصبح أباه.

(٨) أى المصنف من اطراح الرواية و الحكم على مقتضى الأصول و القواعد المقررة من كون المعتق لمولى المأذون هو الأوضح.

(٩) أى بما ذكر فى الرواية من رد العبد إلى مولاه.

(١٠) مع أنه يجب تقديم قول مدعى الصحه عليه، و حيث ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه، فيكون لو ادعى الشراء من ماله فقد ادعى الفساد فلذا كان كلام المصنف تعريضا بخلاف الشيخ.

(١١) أى حمل الروايه.

(١٢) تعليل لإنكار مولى الأب البيع.

(١٣) مفعول له لقوله (حملها).

(١٤) لأن تقديمه ضعيف، بل مولى الأب قد أنكر البيع من رأس و العبد عبده فيقدم قوله لأصالة بقاء ملك العبد على مالكه، و فيه: إن هذا يتم لو كان يد مولى الأب على المعتق مع أن المفروض هو يد المأذون عليه و قد ادعى شراءه فيقوم قول مولى

المأذون لأنه داخل -

ص: ٤٦٧

عبده، و قد عرفت (١) ضعف تقديم مدعى الفساد، و يضعف الثاني (٢) بمنافاته لمنطوق الروايه الداله على دعوى كونه أشتري بماله.

هذا كله مع عدم البيئه، و معها (٣) تقدم إن كانت لواحد، و إن كانت لاثنين، أو للجميع بنى على تقديم بينه الداخل، أو الخارج عند التعارض، فعلى الأول (٤) الحكم كما ذكر (٥)، و على الثاني (٦) يتعارض الخارجان (٧). و يقوى تقديم ورثه الأمر بمرجح الصحه (٨).

-بخلاف مولى الأب فإنه خارج، و لذا عند ما ذكر المصنف عدم الفرق بين دعوى مولى الأب شراءه من ماله و عدمه، فيكون لو ادعى عدم الشراء فقد أنكر البيع، و قد عرفت تقديم قول مولى المأذون حتى مع دعوى إنكار البيع فلذا كان قول المصنف تعريضا بخلاف العلامه.

هذا بالإضافة إلى أن دعوى أن مولى الأب قد أنكر البيع مخالف لمنطوق الروايه المتقدمه و لمفروض كلام الأصحاب الذين تعرضوا لهذه المسأله.

و قد ذكر الشارح الرد الأول سابقا و سيذكر الرد الثاني فلا تغفل.

(١) شروع فى الرد على قول الشيخ.

(٢) شروع فى الرد على قول العلامه.

(٣) أى مع البيئه فإن كانت لواحد فيحكم له، و إن كانت لاثنين أو ثلاثه فقد تقدم فى مبحث القضاء النزاع فى تقديم بينه الداخل أو الخارج عند التعارض و عرفت أن الأقوى تقديم بينه الخارج لأنه مدع و البيئه من وظائف المدعى.

و على كل فالداخل هنا هو مولى المأذون لأن المعتقد تحت يد المأذون فلا تسمع بينته هذا من جهه و من جهه أخرى فالخارج هنا اثنان، و هما مولى الأب و ورثه الأمر و لا بد من تعارض بيناتهما و لكن لا بد من تقديم بينه ورثه الأمر لأن مولى الأب يدعى فساد البيع بخلاف ورثه الأمر الذين يدعون الصحه، و مدعى الصحه تقوم على مدعى الفساد فيكون هذا مرجحا لبيئه ورثه الأمر.

(٤) من تقديم بينه الداخل.

(٥) من كون المعتقد لمولى المأذون لأنه هو الداخل.

(٦) من تقديم بينه الخارج و هو الأقوى.

(٧) و هما مولى الأب و ورثه الأمر.

(٨) لأنهم يدعون صحه البيع بخلاف مولى الأب فيدعى فساد.

و اعلم أن الاختلاف يقتضى تعدد المختلفين، و المصنّف اقتصر على نسبه إلى مولى المأذون (١)، و كان حقه إضافة غيره معه، و كأنه اقتصر عليه (٢) لدلاله المقام على الغير، أو على ما اشتهر من المتنازعين فى هذه المادة (٣).

الخامسه - لو تنازع المأذونان بعد شراء كل منهما صاحبه

(الخامسه - لو تنازع المأذونان (٤).... (١) و الاختلاف لا يقع من واحد.

(٢) على مولى مأذون.

(٣) أى فى هذه المسأله.

(٤) المملوك كان المأذون لهما فى التجاره إذا ابتاع كل واحد منهما صاحبه من مولاه، فتاره يشتره لنفسه بناء على ملك العبد و أخرى يشتره لسيد.

فعلى الأول يحكم بصحة العقد السابق لأنه صدر من أهله و وقع فى محله بخلاف المتأخر لعدم صحه تملكه سيده، و إن اتفقا فى وقت واحد بطل العقدان لعدم صحه ترتب أثر كل منهما مع أن ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح بلا مرجح، و يتحقق التقارن باتحاد الزمان للجزء الأخير من قبولهما، و إذا تحقق السبق و لم يعلم السابق اتجه استخراج القرعه لأنها لكل أمر مشكل، و تحتاج القرعه هنا إلى رقيقين يكتب فى إحداهما اسم أحدهما و أنه السابق و فى الأخرى اسم الآخر، و إذا شك فى السبق و الاقتران مع عدم العلم بالسابق فتحتاج القرعه إلى ثلاث رقع يكتب فى الثالثه الاقتران، و على فرض خروجها يحكم بالبطالان هذا هو مقتضى القواعد و لكن قد ورد فى خبر أبى سلمه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجلين مملوكين مفوض إليهما يشتريان و يبيعان بأموالهما، فكان بينهما كلام فخرج هذا يعدو إلى مولى هذا، و هذا إلى مولى هذا، و هما فى القوه سواء، فاشترى هذا من مولى هذا العبد، و ذهب هذا فاشترى من مولى هذا العبد الآخر، و انصرفا إلى مكانهما و تشبث كل منهما بصاحبه، و قال له: أنت عبدى قد اشتريتك من سيدك، قال: يحكم بينهما من حيث افترقا بذرع الطريق، فأيهما كان أقرب فهو الذى سبق الذى هو أبعد، و إن كانا سواء فهما ردا على مواليهما جاء سواء و افترقا سواء، إلا أن يكون أحدهما سبق صاحبه فالسابق هو له إن شاء و باع و إن شاء أمسك، و ليس له أن يضربه) (١) و قال الكلينى و الشيخ بعد روايتهما هذا الخبر: (و فى روايه أخرى إذا كانت المسافه سواء يقرع بينهما، فأيهما وقعت القرعه به كان عبده) ٢.

و الروايه الثانيه محموله بل هى ظاهره على ما لو اشتبه السابق و هذا هو مقتضى القواعد-

ص: ٤٦٩

(بعد شراء كل منهما صاحبه في الأسبق (١) منهما ليبتل بيع المتأخر، لبطلان الإذن بزوال الملك، (و لا بينه) لهما، و لا لأحدهما بالتقدم.

(قيل: يقرع) و القائل بها (٢) مطلقا (٣) غير معلوم (٤)، و الذى نقله المصنف، و غيره عن الشيخ: القول بها، مع تساوى الطرفين، عملا بروايه وردت بذلك، - كما تقدم، فحملها على ما لو علم الاقتران ليس فى محله.

و الروايه الأولى محموله بل هى ظاهره على ما لو اشتبه السابق و قد عمل بها الشيخ فى النهايه و بعض اتباعه، و لكنها معارضه بالقواعد القاضيه بالقرعه لا بذرع الطريق و لذا أعرض الأكثر عنها و لم يعمل بها كما فى الجواهر، إلا أن يكون ذرع الطريق مفيدا للعلم بالسابق فيرتفع موضوع القرعه حينئذ، و تحمل الروايه على هذا المورد جمعا بينها و بين القواعد القاضيه بالقرعه و هو أحسن من طرحها.

هذا و ليس فى الروايتين دلالة أو إشعار أن موردهما صورته الاقتران، فما عن ظاهر الشرائع من الحكم بالبطلان فى صورته الاقتران ثم القول أن الروايتين واردتان فى هذا المورد ليس فى محله.

و على الثانى و هو ما لو كان الشراء لسيدهما فعقد السابق منهما صحيح لأنه صدر من أهله و وقع فى محله، و الآخر محتاج إلى الإجازة بناء على انقطاع الاذن عنه بزواله عن ملك سيده، فعقده حينئذ فضولى محتاج إلى إذن سيده السابق، و إن اقترنا فالظاهر الصحه لو أجزى عقدهما لأن الإذن الذى انقطع قد تجدد، و لو علم السبق اشتبه السابق و قد حصل الرد من أحدهما فالقرعه لتعيين السابق.

هذا كله إذا كان العبدان مأذونين، و أما لو كانا و كيلين فيصح العقدان على كل حال لعدم انقطاع الوكاله بالخروج عن الملك بخلاف الاذن فإنه ينقطع.

(١) متعلق بقوله (لو تنازع).

(٢) أى بالقرعه.

(٣) سواء اشتبه السبق أو الاقتران، و اشتبه السابق على فرض السبق.

(٤) لأن القائلين بالقرعه منهم من خصها بصوره تساوى الطرفين كما عن الشيخ فى الاستبصار، و منهم من خصها بصوره اشتباه السبق و السابق كما عن العلامة فى المختلف، و عن الشيخ فى النهايه أنه خصها بصوره الاقتران مع عدم ذكر حكم صورته الاشتباه، فالقول بها من دون تقييد غير معلوم.

وقيل بها مع اشتباه السابق أو السبق.

(و قيل: يمسح الطريق (١) التي سلكها كل واحد منهما إلى مولى الآخر، و يحكم بالسبق لمن طريقه أقرب مع تساويهما في المشى (٢)، فإن تساويا (٣) بطل البيعان، لظهور الاقتران (٤).

هذا إذا لم يجز المولى، (و لو أجز عقدهما فلا إشكال) في صحتها (٥).

(و لو تقدم العقد من أحدهما صح خاصه) من غير توقف على إجازة (إلا مع إجازة الآخر) فيصح العقدان، و لو كانا وكيلين صحا معا (٦).

و الفرق بين الإذن و الوكالة أن الإذن ما (٧) جعلت تابعه للملك (٨)، و الوكالة ما أباحت التصرف المأذون فيه مطلقا (٩)، و الفارق بينهما مع اشتراكهما في مطلق الإذن إما تصريح المولى بالخصوصيتين، أو دلالة القرائن عليه (١٠)، و لو تجرد اللفظ عن القرينه لأحدهما فالظاهر حملة على الإذن، لدلاله العرف عليه.

و اعلم أن القول بالقرعه مطلقا (١١) لا- يتم في صورته الاقتران، لأنها (١٢) لإظهار المشتبه، و لا اشتباه حينئذ، و أولى بالمنع تخصيصها في هذه الحالة (١٣)، (١) و هي روايه أبى سلمه المتقدمه.

(٢) قوه و ضعفا.

(٣) الطريق و المشى.

(٤) بحسب العاده و العرف.

(٥) و إن اقترنا كما تقدم.

(٦) بناء على أن توكيل العبد لا يبطل بيعه.

(٧) موصوله.

(٨) فتزول بزواله بالبيع و نحوه.

(٩) من غير تقييد بالتبعيه للملك.

(١٠) من كل واحد من الخصوصيتين.

(١١) حتى مع الاقتران.

(١٢) أى القرعه.

(١٣) أى حاله الاقتران و المخصص هو الشيخ فى النهايه.

ص: ٤٧١

و القول بمسح الطريق مستند إلى روايه ليست سليمه الطريق، و الحكم للسابق مع علمه (١) لا إشكال فيه، كما أن القول بوقوفه (٢) مع الاقتران كذلك (٣)، و مع الاشتباه تتجه القرعه، و لكن مع اشتباه السابق يستخرج برقتين لإخراجه، و مع اشتباه سبق و الاقتران ينبغي ثلاث رقع في إحداها (٤) الاقتران (٥) ليحكم بالوقوف معه (٦).

هذا إذا كان شراؤهما لمولاهما، أما لو كان لأنفسهما كما يظهر من الروايه (٧)، فإن أحلنا ملك العبد بطلا، و إن أجزناه صح السابق، و بطل المقارن و اللاحق حتما، إذ لا يتصور ملك العبد لسيده.

السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا يجوز شراؤها

(السادسه - الأمه المسروقه من أرض الصلح لا- يجوز شراؤها) لأن مال أهلها محترم به (٨)، (فلو اشتراها) أحد من السارق (جاهلا) بالسرقه، أو الحكم (ردّها) على بائعها، (و استعاد ثمنها) منه، (و لو لم يوجد الثمن) بأن أعسر البائع، أو امتنع عن ردّه و لم يمكن إجباره، أو بغير ذلك من الأسباب (ضاع) على دافعه، (و قيل: تسعى) الأمه (فيه) (٩) لروايه مسكين السمان عن الصادق (١٠) عليه السّلام.

و يضعف بجهاله الراوى، و مخالفه الحكم للأصول، حيث إنها ملك للغير، (١) أى مع معلوميته.

(٢) أى وقوف العقد على الإجازة.

(٣) أى مما لا إشكال فى صحته.

(٤) و هى الثالثه.

(٥) أى الوقوف على الإجازة.

(٦) مع الاقتران.

(٧) حيث قال فيها: (أنت عبدى).

(٨) أى بالصلح.

(٩) فى ثمنها.

(١٠) و هى روايه مسكين السمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اشترى جاريه سرقت من أرض الصلح، قال: فليردها على الذى اشتراها منه و لا يقربها إن قدر عليه -

و سعيها كذلك (١)، و مالکها لم يظلمه فى الثمن، فكيف يستوفيه (٢) من سعيها، مع أن ظالمه (٣) لا يستحقها و لا كسبها، و من ثم نسه المصنف إلى القول، تمرىضا له.

و لكن يشكل حكمه (٤) بردها إلا أن يحمل ردها على مالکها لا على البائع، -أو كان موسرا، قلت: جعلت فداك فإنه مات و مات عقبه، قال: فليستسعيها(١).

و عمل بها الشيخ و اتباعه، و لكن الروايه ضعيفه السند لجهاله مسكين، و متنها مخالف للقواعد الشرعيه من جهه رد الجاريه على بايعها مع أنه ليس مالکها و لا وكيلا عن المالك، و من جهه استسعاها فى ثمنها مع أن كسبها لمولاهها، فكيف يؤخذ منه مع أن الثمن لم يصل إليه، و فى الدروس استقرب العمل بالروايه و اعتذر عن الإشكاليين بأن ردها على البائع لأنه تكليف له بردها إلى أهلها إما لأنه سارق أو لأنه قد ترتبت يده عليها، و باعتبار أن يده أقدم فخطابه بالرد يكون ألزم خصوصا مع بعد دار الكفر، و بأن استسعاها فى ثمنها جمع بين حق المشتري و حق صاحبها، و صاحبها و إن كان حرييا و لا احترام لماله لكن بالصلح أصبح محترما بالعرض:

و فيه: أما عن الأول فكون البائع سارقا أو قد ترتبت يده عليها لا يقتضى انحصار الرد به و إلا لكان الغاصب من الغاصب مما يجب عليه الرد على الغاصب الأول و هو باطل بالاتفاق، بل يجب ردها على مالکها فقط و أما عن الثانى فحق المشتري عند البائع و ليس عند مولى الجاريه حتى تستسعى فى ثمنها.

و لذا ردت الروايه عند الأ-كثر هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب الحلبي إلى أنها بمنزله اللقطه، و عن أكثر المتأخرين أنها تسلم إلى الحاكم بعد تعذر إيصالها إلى مالکها و وكيله أو وارثه و لا تستسعى و هو أشبه بالقواعد، نعم يجوز للمشتري مطالبه البائع بالثمن مع بقاءه، و مع تلفه فإن كان المشتري جاهلا بسرقتها فكذلك، و إلا فلا لأنه هو الذى سلطه على الإتلاف لعلمه بالسرقه، و لا تستسعى الجاريه مطلقا لأن كسبها لمولاهها فلا يجوز أخذه بغير رضاه و إن ضاع الثمن، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه المصنف هنا من وجوب ردها على البائع، إذ كيف يرددها على البائع و هو غير مالک لها.

(١) ملك للغير.

(٢) أى المشتري.

(٣) و هو البائع.

(٤) حكم المصنف.

ص: ٤٧٣

طرحا للرواية الداله على ردّها عليه (١)، و فى الدروس استقرب العمل بالروايه المشتمله على ردّها على البائع و استسعائها فى ثمنها لو تعذر على المشتري أخذها من البائع و وارثه مع موته.

و اعتذر عن الردّ إليه (٢) بأنه تكليف له ليردها إلى أهلها، إما لأنه سارق، أو لأنه ترتبت يده عليه، و عن استسعائها بأن فيه جمعا بين حق المشتري و حق صاحبها، نظرا إلى أن مال الحربى فىء فى الحقيقه و إنما صار محترما بالصلح احتراماً عرضياً فلا يعارض ذهاب مال محترم (٣) فى الحقيقه (٤).

و لا يخفى أن مثل ذلك (٥) لا يصلح لتأسيس مثل هذا الحكم، و تقريبه للنص إنما يتم لو كانت الروايه مما تصلح للحجه، و هى بعيدة عنه (٦)، و تكليف البائع بالرد لا يقتضى جواز دفعها إليه كما فى كل غاصب، و قدم يده لا أثر له فى هذا الحكم، و إلا لكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد إليه، و هو باطل. و الفرق فى المال بين المحترم بالأصل و العارض لا مدخل له فى هذا الترجيح، مع اشتراكهما فى التحريم، و كون المتلف للثمن ليس هو مولى الأمه، فكيف يستوفى من ماله، و ينتقض بمال أهل الذمه فإن تحريمه عارض و لا يرجح عليه مال المسلم المحترم بالأصل عند التعارض.

و الأقوى اطراح الروايه بواسطه مسكين، و شهرتها لم تبلغ حد وجوب العمل بها، و إنما عمل بها الشيخ على قاعدته (٧)، و اشتهرت بين أتباعه، و ردها المستنبطون لمخالفتها للأصول.

و الأقوى وجوب رد المشتري لها على مالكها، أو وكيله، أو وارثه و مع (١) على البائع.

(٢) إلى البائع.

(٣) و هو مال المشتري.

(٤) أى فى الأصل.

(٥) و هو عدم معارضه احترام المال المحترم عرضاً لاحترام المال المحترم ذاتاً.

(٦) عن صلاحها للحجه.

(٧) و هى العمل بها إذا الوثوق بها فى الجملة.

التعذر على الحاكم، و أما الثمن فيطالب به البائع مع بقاء عينه مطلقا (١)، و مع تلفه إن كان المشتري جاهلا- بسرقتها، و لا تستسعى الأمة مطلقا (٢).

السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيدين

(السابعه - لا يجوز بيع عبد من عبيدين) من غير تعيين (٣)، سواء كانا متساويين فى القيمه و الصفات، أم مختلفين لجهاله المبيع المقتضيه للبطلان،(و لا) بيع (عبيد) كذلك، للعله (٤)، و قيل: يصح مطلقا (٥)، استنادا إلى ظاهر روايه ضعيفه، و قيل: يصح مع تساويهما من كل وجه، كما يصح بيع قفيز من صبره متساويه الأجزاء، و يضعف بمنع تساوى العبيدين على وجه يلحق بالمثل، و ضعف الصحه مطلقا (٦) و اوضح.

(و يجوز شراؤه) أى شراء العبد (موصوفا) على وجه ترتفع الجهاله (سلما)، لأن ضابط المسلم فيه ما يمكن ضبطه كذلك (٧)، و هو منه (٨)، كغيره من الحيوان إلا- ما يستثنى (٩)،(و الأقرب جوازه) موصوفا (حالا) لتساويهما (١٠) فى المعنى (١)سواء كان المشتري عالما أو جاهلا بسرقتها.

(٢)سواء كان المشتري عالما أم جاهلا، سواء تعذر استرداد الثمن أم لا، و سواء تلف الثمن أم لا.

(٣)على المشهور لجهاله المبيع، و عن الشيخ فى الخلاف الجواز عملا بخبر محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام و سيأتى ذكره فيما بعد، و هو خبر ضعيف السند، مخالف للقواعد، لأن المبيع إذا كان مجهولا كان باطلا، و عن العلامه فى المختلف جواز بيع أحدهما من غير تعيين بشرط تساويهما من كل وجه حتى يكون ذلك كالصاع من الصبره، و الأقوى المنع مطلقا لجهاله المبيع، بعد عدم كون التساوى متحققا فى العبيدين على نحو يلحقه بالمثل.

(٤)و هى جهاله المبيع.

(٥)مع التساوى و عدمه، و هو قول الشيخ.

(٦)حتى فى المتساوى.

(٧)أى على وجه ترتفع الجهاله.

(٨)أى و العبد الموصوف من المسلم فيه.

(٩)كالسلف فى الجاربه الحامل أو ذات الولد أو الشاه كذلك و سيأتى دليل المنع فيها فى باب.

(١٠)أى الحال و السلم.

المصحح للبيع (فلو باعه) عبدا كذلك (١) (و دفع إليه (٢) عبدين للتخيير) أى ليتخير ما شاء منهما (فأبق أحدهما) من يده (٣) (بنى) ضمان الآبق (على ضمان المقبوض بالسوم)، و هو الذى قبضه ليشتريه فتلف فى يده بغير تفريط، فإن قلنا بضمانه كما هو المشهور (٤) ضمن هنا، لأنه (٥) فى معناه (٦)، إذ الخصوصية (٧) ليست لقبض السوم، بل لعموم قوله صلى الله عليه وآله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى» (٨)، و هو (٩) مشترك بينهما و إن قلنا بعدم ضمانه (١٠) لكونه مقبوضا بإذن المالك و الحال أنه لا تفريط فيكون كالودعى لم يضمن هنا (١١)، بل يمكن عدم الضمان هنا و إن قلنا به ثمه (١٢)، لأن المقبوض بالسوم مبيع بالقوه، أو مجازا بما يؤول إليه (١٣)، و صحيح المبيع و فاسده مضمون (١٤).

بخلاف صورته الفرض (١٥)، لأن المقبوض ليس كذلك (١٦) لوقوع البيع سابقا، و إنما هو محض استيفاء حق، لكن يندفع ذلك (١٧) بأن المبيع لما كان أمرا (١) أى موصوفا سلما أو حالا.

(٢) إلى المشتري.

(٣) أى يد المشتري من غير تفريط منه.

(٤) بل قيل بعدم الخلاف فيه كما سيأتى دليله فى أبحاث القبض.

(٥) لأن القبض هنا.

(٦) أى معنى السوم.

(٧) أى خصوصية الضمان.

(٨) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٥٢٧، مغنى ابن قدامه ج ٥ ص ١٩٨.

(٩) و العموم.

(١٠) أى بعدم ضمان السوم.

(١١) فى القبض للتخيير.

(١٢) أى فى السوم.

(١٣) إلى البيع.

(١٤) قد تقدم أن ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده فراجع.

(١٥) و هو المقبوض للتخيير.

(١٦) أى ليس بيعا بالقوه أو مجازا بعلاقه الأول.

(١٧) أى بأن المقبوض هنا ليس بيعا.

ص: ٤٧٦

كلياً، و كان كل واحد من المدفوع صالحاً لكونه فرداً له (١) كان في قوة المبيع، بل دفعهما للتخيير حصر له (٢) فيهما، فيكون (٣) بمنزله المبيع حيث إنه (٤) منحصر فيهما، فالحكم هنا (٥) بالضمان أولى منه (٦).

(و المروى) عن الباقر عليه السلام بطريق ضعيف (٧)، و لكن عمل به الأكثر (١) أى فرداً للكلى.

(٢) أى حصر لكلى فى العبدین المدفوعين.

(٣) أى فيكون القبض هنا.

(٤) حيث إن المبيع الكلى.

(٥) فى الفردين.

(٦) أى أولى من المقبوض بالسوم، و وجه الأولويه: تحقق البيع هنا بخلاف السوم فإنه سيتحقق.

(٧) قد روى الكليني عن على بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي حبيب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل اشترى من رجل عبداً و كان عنده عبدان، فقال للمشتري: اذهب بهما فاختر أيهما شئت و رد الآخر، و قد قبض المال، و ذهب بهما المشتري فأبق أحدهما من عنده، قال: ليرد الذى عنده منهما، و يقبض نصف الثمن مما أعطى من البيع - البائع خ ل - و يذهب فى طلب الغلام، فإن وجده اختار أيهما شاء و رد النصف الآخر الذى أخذ، و إن لم يوجد كان العبد بينهما نصفه للبائع و نصفه للمبتاع) (١).

و الخبر صريح بكون التالف بينهما و يرتجع نصف الثمن، فإن وجده اختار، و إلا - كان الموجود لهما بناء على انحصار حق المشتري فيهما، و قد عمل به الشيخ فى النهايه و ابن ابراج، بل فى الدروس نسبتة إلى الأكثر، و هو خبر ضعيف لجهالة ابن أبي حبيب، و مخالف للقواعد الشرعية من انحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين، و ثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى للشركة مع عدم الموجب لها، ثم الرجوع إلى التخيير و لو وجد الآبق، و نزل الخبر على تساويهما قيمه و مطابقتها للمبيع الكلى و صفاء، و انحصار حق المشتري فيهما حيث دفعهما إليه و عتقهما للتخيير كما لو حصر الحق فى واحد، و عدم ضمان الآبق إما بناء على عدم ضمان المقبوض بالسوم، أو تنزيل هذا التخيير منزله الخيار -

ص: ٤٧٧

(انحصار حقه فيهما) على سبيل الإشاعة، لا كون حقه أحدهما في الجملة.

(و عدم ضمانه) أى الآبق (على المشتري فينسخ نصف المبيع)، تنزيلا- للآبق منزله التالف قبل القبض، مع أن نصفه مبيع (و يرجع) المشتري (بنصف الثمن على البائع) و هو عوض التالف (و يكون) العبد (الباقى بينهما) بالنصف، (إلا أن يجد الآبق يوما فيتخير) (١) فى أخذ أيهما شاء، و هو (٢) مبنى على كونهما بالوصف المطابق للمبيع و تساويهما فى قيمه.

و وجه انحصار حقه فيهما كونه عنيهما (٣) للتخير، كما لو حصر الحق فى واحد، و عدم ضمان الآبق إما لعدم ضمان المقبوض بالسوم، أو كون القبض على هذا الوجه يخالف قبض السوم، للوجه الذى ذكرناه (٤) أو غيره (٥)، أو تنزيلا لهذا- الذى لا يضمن المشتري ما يتلف فيه.

للأخبار.

و هذا التنزيل مشكل، أما انحصار الحق فيهما ففيه بأن المبيع أمر كلى لا يتشخص إلا بتشخيص البائع، و دفعه الاثنى ليتخير المشتري أحدهما ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق فى الذمه إلا أن يثبت شرعا كون ذلك كافيا و هو غير ثابت.

و أما تساويهما قيمه ليلحقا بمتساوى الأجزاء كما عن العلامة فى المختلف حتى استوجه جواز بيع عبد منهما من غير تعيين كما تقدم كما يجوز بيع الصاع من الصبره، مع تنزيله على نحو الإشاعة فيكون التالف منهما و الباقي لهما، ففيه منع تساوى العبدين على وجه يلحقان بالمثل و منع بيع الصاع من الصبره على نحو الإشاعة و قد تقدم سابقا فى محله، و مع ذلك فاللازم لو كانت الإشاعة متحققه عدم ارتجاع نصف الثمن.

و أما عدم ضمان الآبق فقد عرفت ما فيه، فاللازم طرح الخبر لضعفه و مخالفته للقواعد و الرجوع إلى أصول المذهب و قواعده، فلا بد - كما صرح به غير واحد من الأصحاب كما فى الجواهر - من الحكم بضمنان المشتري للتألف لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و من الحكم باستحقاقه المبيع فله المطالبه بالعبد الثابت فى الذمه.

(١)أى المشتري.

(٢)أى حكم الروايه.

(٣)أى البائع.

(٤)من وقوع البيع سابقا.

(٥)كدعوى الإجماع على ضمان المقبوض بالسوم.

التخيير منزله الخيار الذى لا يضمن الحيوان التالف فى وقته (١).

و يشكل بانحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين، و منع ثبوت الفرق بين حصره فى واحد، و بقاءه كليا (٢)، و ثبوت المبيع فى نصف الموجود المقتضى للشركه، مع عدم الموجب لها (٣)، ثم الرجوع إلى التخيير لو وجد الآبق، و أنّ دفعه الاثنين ليس تشخيصا و إن حصر الأمر فيهما لأصالة بقاء الحق فى الذمه إلى أن يثبت المزيل شرعا، كما لو حصره فى عشره و أكثر. هذا مع ضعف الروايه عن إثبات مثل هذه الأحكام المخالفه للأصول.

(و فى انسحابه (٤) فى الزيادة على اثنين إن قلنا به) فى الاثنين، و عملنا بالروايه، (تردد) (٥) من صدق (٦) العبدین فى الجملة، و عدم ظهور تأثير الزيادة، (١) قال الشارح فى المسالك: (و أما بناؤه على التالف فى زمن الخيار فليس بشىء إذ لا خيار هنا).

(٢) قال الشيخ أحمد التونى أحد المحشين على الروضه فى هذا المورد: (ظاهره أن بناء كلام المستدل على منع ثبوت الفرق بين حصر الحق فى واحد و بقاءه كليا، و أن ذلك يكفيه فى إلحاق تعيين الحق فى اثنين بتعيينه فى واحد، و إجراء حكم الواحد فى اثنين، فأشكل ذلك المنع إذ الفرق ثابت، و لا يخفى ما فيه، فإن الاستدلال مبنى على ثبوت عدم الفرق كما يقتضيه المنع، و الذى يخطر ببالي أن العبارة كانت هكذا: و يشكل الحكم بانحصار الحق الكلى قبل تعيينه فى فردين مع ثبوت الفرق...، و ذلك لأن الحكم بانحصاره فى فردين لعله يعينهما للتخيير للإلحاق بتعيين الواحد الموجب لحصر الحق فيه، و مع ثبوت الفرق لا يتم الإلحاق، فاشتبه على الناسخين من الأصل، و يؤيده أن فى بعض النسخ العبارة كذلك) انتهى.

(٣) للشركه.

(٤) أى جريان حكم الروايه.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و على الروايه لا- يتعدى إلى غير انسحاب العبيد اقتصارا فيما خالف الأصل على المنصوص بطلان القياس، و به قطع الشيخ، و لو تعددت العبيد ففى انحصار الحكم وجهان، من صدق العبدین فى الجملة، و الخروج عن نفس المنصوص، فإن قلنا به - أى بالانسحاب - و كانوا ثلاثه فابق واحدات ثلث المبيع و ارتجع ثلث الثمن، مع احتمال بقاء التخيير لبقاء محله، و عدم فوات شىء).

و لو كانا أمتين أو عبدا أو أمه ففيه الوجهان، و قطع فى الدروس بانسحاب الحكم هنا، و لو هلك أحد العبدین ففى انسحاب الحكم الوجهان، و الأولى العدم فى ذلك كله لو قلنا به - أى بحكم الروايه - لما ذكرنا). أى لكونه غير منصوص.

(٦) دليل الانسحاب.

مع كون محل التخيير زائدا عن الحق (١). و الخروج (٢) عن المنصوص المخالف للأصل، فإن سحبنا الحكم و كانوا ثلاثة فأبق واحد فأت ثلث المبيع و ارتجع ثلث الثمن إلى آخر ما ذكر (٣)، و يحتمل بقاء التخيير (٤) و عدم فوات شيء (٥)، سواء حكمنا بضممان الأبق أم لا، لبقاء محل التخيير الزائد عن الحق.

(و كذا لو كان المبيع غير عبد كأمه (٦) فدفعت إليه أمتين أو إماء، و قطع في الدروس بثبوت الحكم هنا، بل) في انسحاب الحكم (في أي عين كانت) كثوب و كتاب، إذا دفع إليه منه اثنتين، أو أكثر، التردد، من المشاركة (٧) فيما ظن كونه عليه الحكم و بطلان (٨) القياس. و الذي ينبغي القطع هنا بعدم الانسحاب، لأنه قياس محض لا نقول به، و لو هلك أحد العبدین ففي انسحاب الحكم الوجهان، من أن (٩) تنزيل الإباق منزله التلف يقتضى الحكم مع التلف بطريق أولى (١٠)، و من ضعفه (١١) بتنجز (١٢) التنصيف من غير رجاء لعود التخيير، بخلاف (١) أي إعطاء الاثنتين للمشتري حتى يختار هو زياده عن الحق، فكذلك إعطاؤه أكثر من اثنتين للاختيار يكون زياده عن الحق بلا فرق في المقامين فما يجرى في الأول يجرى في الثاني.

(٢) دليل عدم الانسحاب.

(٣) من كون المشتري شريكا في الباقي، ثم إذا وجد الأبق يكون المشتري بالخيار بين أخذ الأبق أو أخذ غيره.

(٤) أي تخيير المشتري بين أخذ أحد الاثنتين الباقيين، من دون انسحاب حكم الروايه إلى المقام، و ذلك لأن حكم الروايه في مورد ما لو دفع إليه اثنتين و أبق أحدهما فقد فات كل التخيير، و أما هنا فمحل التخيير باق.

(٥) أي من المبيع إذ له اختيار عبد تام الأوصاف بخلاف المروى في صورته الاثنتين.

(٦) في الأمه لعدم خصوصيه ذكوريه العبد المذكور في الروايه.

(٧) دليل الانسحاب.

(٨) دليل العدم.

(٩) دليل الانسحاب.

(١٠) و وجهه واضح من عبارته الشارح.

(١١) أي و من ضعف الانسحاب.

(١٢) أي بتعيين.

الإباق (١) و الأقوى عدم اللحاق هذا كله على تقدير العمل بالروايه، نظرا إلى انجبار ضعفها بما زعموه من الشهره.

و الذى أراه منع الشهره فى ذلك (٢)، و إنما حكم الشيخ بهذه و نظائرها على قاعدته (٣)، و الشهره بين أتباعه خاصه كما أشرنا إليه فى غيرها. و الذى يناسب الأصل (٤) أن العبدین إن كانا مطابقين للمبيع تخير بين اختيار الآبق و الباقي، فإن اختار الآبق ردّ الموجود و لا شىء له، و إن اختار الباقي انحصر حقه فيه، و بنى ضمان الآبق على ما سبق (٥)، و لا فرق حينئذ بين العبدین، و غيرهما من الزائد و المخالف (٦). و هذا هو الأقوى.

الفصل الرابع: فى بيع الثمار

إشاره

(الفصل الرابع: فى بيع الثمان)

فى عدم جواز بيع الثمره قبل ظهورها

(و لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها (٧)

(١) فيحتمل العود و يرجع التخيير.

(٢) أى فى الروايه.

(٣) من العمل بالخبر إذا حصل الوثوق به فى الجملة.

(٤) أى أصل المذهب و قواعده المقرره الثابته من صحاح الأخبار.

(٥) من إلحاقه بضمان السوم أو لا.

(٦) أى المخالف للعبد كالأمه و الثوب و الكتاب.

(٧) لا يجوز بيع الثمره قبل ظهورها عاما واحدا بلا ضميمة، بلا خلاف فيه كما فى المسالك، و لذا نسبه بعضهم إلى الضروره كما فى الجواهر للأخبار.

منها: خبر أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أبو جعفر عليه السّلام يقول: إذا بيع الحائط فيه النخل و الشجر سنه واحده فلا يباعنّ حتى تبلغ ثمرته، و إذا بيع سنتين أو ثلاثا فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شىء من الخضره - الخضر - خ) (١)، و خبر عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: إذا عقد و صار عروقا) ٢، و صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تشتت النخل حولا واحدا حتى يطعم، و إن شئت أن تتباعه سنتين فافعل) ٣، و مثله خبر أبى بصير ٤، و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل عن النخل و الثمره يتباعها الرجل عاما واحدا قبل أن يثمر،

قال: لا حتى تثمر و تأمن ثمرتها من الآفه، فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام، و إن شئت مع ذلك العام أو أكثر من ذلك أو أقل)٥.

ص: ٤٨١

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧ و ٦ و ٩ و ١٠ و ١٢.

و هو بروزها إلى الوجود و إن كانت (١) فى طلع، أو كمام (٢)(عاما) واحدا.

و عن الحدائق الجزم بالصحة قبل ظهورها، و قال (و إلى هذا يميل كلام جملة من محققى المتأخرين كالمحقق الأردبيلي و الفاضل الخراسانى)، اعتمادا على أخبار ظاهره فى الكراهه كصحيح بريد بن معاويه (سألت أبا جعفر عليه السلام - إلى أن قال -

فأمرت محمد بن مسلم أن يسأل أبا جعفر عليه السلام عن قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى النخل، فقال أبو جعفر عليه السلام: خرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فسمع ضوضاء، فقال: ما هذا؟ فيقل له:

تبايع الناس النخل، فقصد النخل العام، فقال عليه السلام: أما إذا فعلوا فلا- تشتروا النخل العام حتى يطلع فيه الشيء و لم يحرمه(١)، و صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام - إلى أن قال - و سئل عن الرجل يشتري الثمرة المسماه من أرض فتهلك ثمره تلك الأرض كلها، فقال: قد اختصموا فى ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا- يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمرة و لم يحرمه، و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)٢، و صحيح ربعي (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن و أستثنى الكر من الثمر أو أكثر، أو العدد من النخل، فقال: لا بأس، قلت: جعلت فداك، بيع السننتين، قال: لا بأس، قلت: جعلت فداك إن ذا عندنا عظيم، قال: أما إنك إن قلت ذلك لقد كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أحل ذلك فتظالموا - فتظلموا يب - فقال عليه السلام: لا تبايع الثمرة حتى يبدو صلاحها(٢)، و لكن لا بد من تأويلها أو طرحها لمعارضتها للنصوص السابقة و للقواعد المقرره من كون الثمرة المعدومه غير قابله للنقل و الانتقال قبل وجودها، لأن المبيع لا بد أن يكون موجودا.

(١) قيد للبروز إلى الوجود، قال فى المسالك: (و المراد بظهور الثمرة خروجها إلى الوجود و إن كانت فى طلعها، و فى حديث سماعه قال: سألته عن بيع الثمرة هل يصلح شراؤها قبل أن يخرج طلعها، فقال: لا، إلا أن يشتري معها غيرها، رطبها أو بقلها، و إن لم تخرج الثمرة كان رأس مال المشتري فى الرطب و البقل(٣)، تنبيه على أن المراد بالظهور ما يشمل خروجها فى الطلع، و فيه دليل على جواز بيعه عاما مع الضميمه، إلا أنه مقطوع، و حال سماعه مشهور، و المراد بالعام هنا ثمره العام، و إن وجدت فى شهر واحد أو أقل) انتهى.

(٢) هو غلاف الطلع و النور.

ص: ٤٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

بمعنى ثمره ذلك العام وإن وجدت في شهر، أو أقل، سواء في ذلك ثمره النخل، وغيرها، وهو موضع وفاق، و سواء ضم إليها شيئاً (١)، أم لا- (و لا-) بيعها قبل ظهورها أيضاً (أزيد) من عام (على الأصح) (٢)، للغر، و لم يخالف فيه إلا- (١) أما مع عدم الضميمة فلا خلاف فيه كما عرفت، و أما مع الضميمة فالمشهور على المنع - كما في المسالك - حيث لا تكون الضميمة هي المقصوده بالبيع لأنه يبيع غررى، و أما لو كانت الضميمة مقصوده بالبيع كالثمره فالظاهر الصحه و عليه تحمل موثقه سماعه المتقدمه.

(٢) ففي جواز بيعها قبل ظهور الثمره عامين فصاعداً خلاف، فالمشهور على عدم الجواز، للانعدام الموجب لعدم تحقق البيع مع أنه يشترط في البيع أن يكون موجوداً، و للغرر و الجهالة المانعين عن صحه البيع، و لجمله من الأخبار.

منها: خبر أبي بصير المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن النخل و التمر يبتاعهما الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: لا- حتى يثمر و تأمن ثمرتها من الآفه، فإذا أثمرت فابتعها أربعه أعوام، و إن شئت مع ذلك العام أو أكثر، من ذلك و أقل) (١) و مفهوم ذيله ظاهر في المنع، و خبر أبي الربيع السامى المتقدم (و إذا بيع سنتين أو ثلاثاً فلا بأس ببيعه بعد أن يكون فيه شيء من الخضره - الخضرخ ل) ٢، و كذا الاستدلال بالمفهوم، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تقبل الثمار إذا تبين لك بعض حملها سنه، و إن شئت أكثر و إن لم يتبين لك ثمرها فلا تستأجر) (٢).

و لكن قيل لم يصرح بالمنع أحد من القدماء قبل الفاضل، بل ذهب إلى الجواز جماعه و قواه المحقق الثاني و الشارح في المسالك بل نسب إلى الصدوق القول به لجمله من الأخبار الصحيحه.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن شراء النخل و الكرم و الثمار ثلاث سنين أو أربع سنين فقال: لا بأس، تقول: إن لم يخرج في هذه السنه أخرج في قابل، و إن اشتريته في سنه واحده فلا تشتريه حتى يبلغ، و إن اشتريته ثلاث سنين قبل أن يبلغ فلا بأس) (٣)، و صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء النخل، فقال: كان أبي يكره شراء النخل قبل أن يطلع ثمره السنه، و لكن السنين و الثلاث كان-

ص: ٤٨٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

الصدوق لصحيحه يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام الداله على الجواز، و لا يخلو من قوه إن لم يثبت الإجماع على خلافه (١).

في جواز بيعها بعد بدو صلاحها

(و يجوز) بيعها (بعد بدو صلاحها) (٢) إجماعاً، (و في جوازه قبله (٣) بعد) -يقول: إن لم يحمل في هذه السنه حمل في السنه الأخرى، قال يعقوب: و سألته عن الرجل يبتاع النخل و الفاكهه قبل أن يطلع سنتين أو ثلاث سنين أو أربعاً، قال: لا بأس إنما يكره شراء سنه واحده قبل أن يطلع مخافه الآفه حتى يستبين(١) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن شراء النخل سنتين أ يحل؟ قال: لا بأس يقول: إن لم يخرج العام شيئاً أخرج القابل إن شاء الله) ٢ و مثلها غيرها.

و اشتمالها على التعليل و الصراحه في الدلاله و صحه أسانيدها و كثره عددها يوجب ترجيحها على الطائفة الأولى.

(١) حيث ادعى ابن إدريس الإجماع على المنع و قال (و قد اشبهه على بعض من أصحابنا ذلك، و يظنون أنه يجوز بيعها سنتين و إن كانت فارغه لم تطلع بعد وقت العقد، و هذا خلاف ما يجدونه في تصانيف أصحابنا و خلاف إجماعهم و أخبار أئمتهم و فتاواهم) انتهى، و لكن في الجواهر: (و إجماع ابن إدريس مردود عليه بما عن غايه المراد للشهيد من أن الأصحاب لم يذكروه صريحاً، و لا تعرض للمنع إلا جماعه منهم، و نحو ذلك في المختلف).

(٢) يجوز بيع الثمره بعد ظهورها و بدو صلاحها، بلا خلاف فيه لوجود المبيع حال البيع فتشمله أدله حليه البيع، ثم لا فرق فيه بين بيعه عاماً واحداً أو عامين، و بشرط القطع و غيره، منفرده بيعت أو منضمه إلى شيء متمول مقصود بالبيع أو غيره للإطلاق.

(٣) أي هل يجوز بيع الثمره عاماً قبل بدو الصلاح و بعد ظهورها من غير ضم ما يجوز بيعه إليها و بدون شرط القطع أو لا، فعن الإسكافي و الصدوق في المقنع و التقى و المفيد و الطوسي و القاضي و ابن حمزه و الفاضل أنه لا يصح، و عن الشيخ في التهذيب و الاستبصار و الحلبي و الآبي و الفاضل في جملة من كتبه و ولده فخر المحققين و الشهيدين و الكركي و الميسي و القطيفي أنه يكره، و عن سلار أنه يراعى في الصحه و عدمها السلامه، و حجه الأول الأخبار.

و منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشتري النخل حولاً واحداً

ص: ٤٨٤

(الظهور) من غير ضميمه، و لا زياده عن عام، و لا مع الأصل و لا بشرط القطع (خلاف، أقرببه الكراهه)، جمعا بين الأخبار بحمل ما دل منها على النهى على الكراهه، و القول الآخر للأكثر المنع، (و تزول) الكراهه (بالضميمه) (١) إلى ما يصح إفراده بالبيع، (أو شرط القطع) (٢) و إن لم يقطع بعد ذلك مع تراضيهما عليه (٣)، (أو بيعها مع الأصول) (٤) و هو فى معنى الضميمه، (و بدو الصلاح) (٥) المسوغ -حتى يطعم، و إن شئت أن تتباعه سنتين فافعل(١) و مثله خبر أبى بصير٢، و خبر أبى الربيع الشامى المتقدم٣.

و حجه الثانى هو الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على الجواز كصحيح الحلبي المتقدم (إلى أن قال - قد اختصموا فى ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فكانوا يذكرون ذلك، فلما رأهم لا يدعون الخصومه نهاهم عن ذلك البيع حتى تبلغ الثمره و لم يحرمه، و لكن فعل ذلك من أجل خصومتهم)٤، و صحيح ربيعى المتقدم٥، و غيرهما، و هذه الطائفه ظاهره فى الكراهه، و مما تقدم تعرف ضعف القول الثالث لسائر و لذا لم يلتفت إليه فى بعض الكتب لأنه بلا دليل.

(١) قد تقدم الكلام فيه فيما لو كانت قبل الظهور، فبعده من باب أولى.

(٢) قال فى الجواهر: (لا- خلاف عندهم فى الجواز مع اشتراط القطع، حيث لا تكون المعامله معه سفها، بل حكى عليه الإجماع مستفيضا أو متواترا، مع أنه لا أثر له فى النصوص، فليس ذلك إلا لأن اشتراط القطع يعين كون مراد المتبايعين هذا الموجود فى هذا الحال، و لا ريب فى أنه مال مملوك يجوز بيعه، و لا يعتبر فى الصحه تحقق القطع، بل لو رضى المالك بعد ذلك بالبقاء مجانا أو بأجره جاز إجماعا فى التذكرة.

(٣) على عدم القطع.

(٤) لأن هذا البيع هو بيع الثمره مع الضميمه فيصح بالاتفاق، ثم لو باعها عامين فصاعدا بعد ظهورها و قبل بدو صلاحها فقد عرفت جوازه عند البحث فى جواز بيعها عامين فصاعدا قبل ظهورها، بل هو أدلى.

(٥) بدو الصلاح الذى هو شرط الصحه أو لرفع الكراهه على الخلاف المتقدم هو احمرار البسر أو اصفراره على المشهور بين الأصحاب لخبر الوشاء (سألت الرضا عليه السلام: هل يجوز بيع النخل إذا حمل؟ قال: لا يجوز بيعه حتى يزهو، قلت: و ما الزهو جعلت فداك؟-

ص: ٤٨٥

للبيع مطلقاً (١)، أو من غير كراهه و هو (احمرار التمر) بالمشناه من فوق مجازاً (٢) في ثمره النخل، باعتبار ما يؤول إليه، (أو اصفراره) فيما يصفر، (أو انعقاد ثمره غيره (٣) من شجر الفواكه (و إن كانت في كمام) بكسر الكاف جمع أكمه، بفتح -قال: يحمرّ و يصفرّ و شبه ذلك) (١)، و خبر على بن أبي حمزه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى بستاناً فيه نخل، ليس فيه غيره بسراً - غير بسر - أخضر، قال: لا حتى يزهو، قلت: و ما الزهو؟ قال: حتى يتلون) ٢، و خبر المناهي عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم (و نهى أن يتتاع الثمار حتى تزهو، يعنى تصفرّ أو تحمرّ) ٣ و النبوى الآخر (و نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، و زهوه أن يحمرّ أو يصفرّ) (٢).

و زاد المحقق في الشرائع و العلامه في الإرشاد بأن بدو الصلاح بأن تبلغ الثمره مبلغاً يؤمن عليها العامه، لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن النخل و الثمره يتتاعها الرجل عاماً واحداً قبل أن يثمر، قال: لا - حتى تثمر و تأمن ثمرتها من العاهه) ٥، و للنبوى العامى (نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه) (٣) و النبوى العامى الآخر (لا - تتتاعوا الثمره حتى يبدو صلاحها، قيل: و ما بدو الصلاح؟ قال تذهب عاهتها و يخلص رطبها) ٧، و المرجع فيه إلى العرف، و يحتمل أن الا-حمرار و الاصفرار هو الحد الذى يؤمن عليها من العاهه فلا خلاف بين الأخبار، نعم نقل العلامه في التذكره عن البعض أن بدو الصلاح حين طلوع الثرى لما روته العامه (أن ابن عمر روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه نهى عن بيع الثمار حتى تذهب العاهه، فقال له عثمان بن عبد الله سراقه:

و متى ذلك؟ قال: إذا طلعت الثريا) (٤) و ردّ بأن هذه التتمه من كلام ابن عمر لا قول للنبي صلّى الله عليه و آله و سلّم.

(١) من دون أى قيد بناء على الحرمة قبل بدو الصلاح.

(٢) إذ لا يقال حين الاحمرار أنه تمر بل يقال: بسر، و لكن صح إطلاق الثمر عليه باعتبار أنه يؤول إليه.

(٣) اعلم أن البحث المتقدم مختص فى ثمره النخل، و لكن ظاهر النصوص و الفتاوى - كما فى الجواهر - اتحاد حكم ثمره النخل مع ثمره باقى الأشجار بالنسبه إلى ما قبل الظهور

ص: ٤٨٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣ و ٥ و ١٤.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٥ و ١٢.

٣- ((٦ و ٧)) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٠.

٤- ((٨)) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٠٢.

-و بعده، و لكن نقل عن العلامة الفرق بين ثمره النخل و ثمره غيره، فجوّز بيع الأول بعد ظهورها قبل بدو الصلاح عامين، و منعه في الثانيه و قال في الجواهر: (إن الذي وقعنا عليه من كلامه صريح في خلافه).

و على كل فلا يجوز بيع ثمره الأشجار قبل ظهورها عاما، و في العامين و مع الضميمة ما تقدم من الجواز، و بعد الظهور و قبل بدو الصلاح فيجوز بشرط القطع أو الضميمة أو عامين، و بدون ذلك ففيه البحث السابق في ثمره النخل، و لكن حدّ الصلاح فيها أن ينعقد الحب من غير شرط الزيادة على الأشهر كما عن الكفايه، و عن الشيخ في النهايه و جماعه أن حده انعقاد الحب و تناثر الورد، و عن الشيخ في المبسوط قال (و بدو الصلاح يختلف، فإن كانت الثمره مما تحمّر أو تسودّ أو تصفرّ فبدو الصلاح فيها حصول هذه الألوان، و إن كانت مما تبيض فبأن تتمّوه، و هو أن يتمّوه فيها الماء الحلو و يصفو لونها، و إن كانت مما لا تتلون مثل التفاح فبأن يحلو و يطيب أكله، و إن كان مثل البطيخ فبأن يقع فيه النضج، قال: و قد روى أصحابنا أن التلون يعتبر في ثمره النخل خاصه، فأما ما يتورد فبدو صلاحه أن ينتثر الورد و ينعقد، و في الكرم أن ينعقد الحصرم، و إن كان مثل القثاء و الخيار الذي لا يتغير طعمه و لا لونه، فإن ذلك يؤكل صغارا فبدو صلاحه أن يتناهي عظم بعضه) انتهى.

هذا و قد تقدم عرض نصوص التلون من الاحمرار و الاصفرار في ثمره النخل، و قد تقدم أن التلون المذكور شرط في بيع ثمره غيره كما في حديث المناهي المتقدم (و نهى أن يبتاع الثمار حتى تزهو، يعني تصفرّ أو تحمّر) (١) و النبوي الآخر (و نهى عن بيع الثمر قبل أن يزهو، و زهوه أن يحمّر أو يصفّر) ٢ فما عن الشيخ في المبسوط في كلامه المتقدم أن المروى هو اعتبار التلون في ثمره النخل فقط ليس في محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى يشهد للقول الأول موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الكرم متى يحلّ بيعه؟ قال: إذا عقد و صار عروقا) (٢) كما في الكافي، (و صار عقودا) ٤ كما في التهذيب، و العروق و العقود هو اسم للحصرم بالنبطيه على ما قيل، و بناء عليه لا واسطه بين بدو الصلاح و الانعقاد بخلاف ثمره النخل إذ قد تنعقد - - و لا تحمر و لا تصفر إلا بعد مده.

ص: ٤٨٧

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٤ و ١٥.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٦ و ملحقه.

الهمزه و كسر الكاف و فتح الميم مشدده، و هى غطاء الثمره و النور كالرمان، و كذا لو كانت فى كمامين كالجوز و اللوز، و هذا هو (١) الظهور المجوّز للبيع أيضا.

و إنما يختلف بدوّ الصلاح و الظهور فى النخل، و يظهر (٢) فى غيرها (٣) عند جعله (٤) تناثر الزهر بعد الانعقاد، أو تلون الثمره (٥)، أو صفاء لونها، أو الحلاوه، و طيب الأكل فى مثل التفاح، أو النضج فى مثل البطيخ أو تناهى عظم بعضه فى مثل القثاء كما زعمه الشيخ رحمه الله فى المبسوط.

فى جواز بيع الخضر بعد انعقادها

(و يجوز بيع الخضر بعد انعقادها) (٦) و إن لم يتناه عظمها (لقطه و لقطات) و يشهد للثانى خبر ابن شريح عن أبى عبد الله عليه السلام (و بلغنى أنه قال فى ثمر الشجر:

لا بأس بشرائه إذا صلحت ثمرته، فقليل له: و ما صلاح ثمرته؟ فقال: إذا عقد بعد سقوط ورده) (١)، إلا أن يقال كما فى الجواهر: (و لعل الانعقاد دائما يكون بعد تناثر الورد كما هو ظاهر الخبر) فيتحد القولان، و الجمع بين هذين الخبرين و بين أخبار التلون و الزهو الوارده فى بيع الثمار غير ثمره النخل و قد تقدمت يفيد أن الصلاح فى كل ثمره بحسب شأنها، فلا بد أن يختلف باختلاف الثمار و لذا يقرب قول الشيخ فى المبسوط و تبعه عليه ابن البراج فى المهذب و غيره، و على هذا القول هناك واسطه بين بدو الصلاح و بين الانعقاد.

(١) أى الانعقاد، و عليه فالانعقاد محقق لبدو الصلاح فلا واسطه بينهما.

(٢) أى الاختلاف.

(٣) غير ثمره النخل.

(٤) أى جعل بدو الصلاح كما هو رأى الشيخ فى النهايه.

(٥) كما هو رأى الشيخ فى المبسوط.

(٦) يجوز بيع الخضر كالخيار و البطيخ و القثاء و الباذنجان بعد انعقادها و إن لم يتناهى عظم بعضها، بناء على أن الانعقاد هو بدو صلاحها، و كذلك يجوز بيع البقول بعد ظهوره و بيع ما يخرط بعد تحققه، و يجوز بيعها لقطه و لقطات بالنسبه للخضر، و جزه و جزات بالنسبه للبقول، و خرطه و خرطات بالنسبه لما يخرط ورقه كالحناء و التوت، بلا خلاف فيه كما يشهد له موثق سماعه (سألته عن ورق الشجر هل يصلح شراؤه ثلاث خرطات؟-

ص: ٤٨٨

(معينه) أى معلومه العدد،(كما يجوز شراء الثمره الظاهره، و ما يتجدد فى تلك السنه، و فى غيرها) مع ضبط السنين، لأن الظاهر منها (١) بمنزله الضميمه إلى المعدوم، سواء كانت المتجدده من جنس الخارجه، أم غيره.

(و يرجع فى اللقطه إلى العرف) فما دل على صلاحيته للقطع يقطع و ما دل على عدمه لصغره، أو شكّ فيه لا يدخل، أما الأول فواضح و أما المشكوك فيه فلاصالة بقائه على ملك مالكة، و عدم دخوله فيما أخرج باللقط،(فلو امتزجت الثانيه) بالأولى (٢) لتأخير المشتري (٣) قطعها فى أوانه (تخير المشتري بين الفسخ و الشركه)، للتعب بالشركه، و لتعذر تسليم المبيع منفردا، فإن اختار الشركه -فقال: إذا رأيت الورق فى شجره فاشتر منه ما شئت منه من خرطه(١) و خبر معاويه بن ميسره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرطبه يبيعها هذه الجزه و كذا و كذا جزه بعدها، قال: لا بأس به، ثم قال: قد كان أبى يبيع الحناء كذا و كذا خرطه)٢.

و المرجع فى اللقطه و الجزه و الخرطه إلى العرف سواء كانت اللقطات و ما بعدها موجوده حال البيع، أو لم يكن موجودا غير الأول، و انعدام ما عدا الأولى بعد ضممه إليها لا يضر بصحة البيع لأنه بمنزله المتجدد من الثمره فى السنه أو فى العام المقبل، نعم لو باع الثانيه خاصه أو ما بعدها مما لم يوجد لم يصح للجهاه.

(١) من الثمره.

(٢) بحيث لو اشترى لقطه من الخضراوات فامتزجت بالمتجدده من غير تمييز، فقد ذهب العلامه فى القواعد إلى ثبوت الخيار للمشتري بين الفسخ و الشراكه عند مماحكه البائع من دون فرق بين أن يكون تجدد ذلك قبل القبض أو بعده و سواء كان الاختلاط بتفريط المشتري أم لا، و ثبوت الخيار للمشتري للتعب بالشركه و تعذر تسليم المبيع منفردا.

و أشكل عليه المحقق الثانى فى جامعهه بأن هذا الحكم يثبت لو كان التجدد قبل القبض مع عدم التفريط من المشتري، و أما إذا كان بعد القبض فلا- خيار له لاستقرار البيع و براءة البائع من دركه، بل قيل: بأن للبائع الفسخ حينئذ لعيب الشركه إذا لم يكن تأخير القطع بسببه، و منه تعرف ما لو كان التأخير بتفريط المشتري قبل القبض فلا يكون مضمونا على البائع لأن عيب الشركه إنما جاء من جهه المشتري.

(٣) هذا القيد لا داعى له بعد ملاحظه كلام الماتن.

ص: ٤٨٩

فطريق التخلص بالصلح (و لو اختار الإمضاء فهل للبائع الفسخ، لعيب الشركة نظر، أقربه ذلك (١) إذا لم يكن تأخر القطع بسببه) بأن يكون قد منع المشتري منه.

(و حينئذ) أى حين إذ يكون الخيار للبائع (لو كان الاختلاط بتفريط المشتري مع تمكين البائع، و قبض المشتري أمكن عدم الخيار للمشتري)، لأن التعيب جاء من قبله فيكون دركه عليه، لا على البائع كما لو حصل مجموع التلف من قبله، (و لو قيل (٢): بأن الاختلاط إن كان قبل القبض تخير المشتري) مطلقا (٣)، لحصول النقص مضمونا على البائع كما يضمن الجملة كذلك (٤).

(و إن كان بعده (٥)، فلا خيار لأحدهما)، لاستقرار البيع بالقبض، و براءة البائع من دركه بعده (كان قويا) و هذا القول لم يذكر فى الدروس غيره جازما به، و هو حسن إن لم يكن الاختلاط قبل القبض بتفريط المشتري، و إلا - فعدم الخيار له أحسن، لأن العيب من جهته فلا - يكون مضمونا على البائع (٦). و حيث يثبت الخيار للمشتري بوجه لا - يسقط ببذل البائع له ما شاء، و لا الجميع على الأقوى (٧)، لأصالة بقاء الخيار و إن انتفت العلة (٨) الموجبه له (٩)، كما لو بذل للمغبون التفاوت، و لما (١٠) فى قبول المسموح به من المنه.

(١) أى الفسخ.

(٢) هذا القول مبنى على القبض، و القول السابق مبنى على التفريط.

(٣) سواء كان التفريط من المشتري أم لا.

(٤) أى قبل القبض.

(٥) بعد القبض.

(٦) و هذا جمع بين عدم القبض و التفريط، فالبيع مضمون على البائع قبل القبض لكن بشرط أن لا يكون هناك تفريط من المشتري و إلا فدركه عليه.

(٧) و فى قبالة احتمال سقوط الخيار لانجبار النقص المتصور من القسمة و الضرر الحاصل من الشركة ببذل البائع، و المعلول ينتفى بانتفاء علته.

(٨) و هى الشركة.

(٩) للخيار.

(١٠) دليل ثان لعدم سقوط خيار المشتري ببذل البائع له ما يشاء أو بذله الجميع.

(و كذا يجوز بيع ما يخرط) (١) أصل الخرط أن يقبض باليد على أعلى القضيبي ثم يمرها عليه إلى أسفله ليأخذ عنه الورق، و منه المثل السائر «دونه خرط القتاد» (٢)، و المراد هنا ما يقصد من ثمرته ورقه (كالحناء و التوت) بالتأين المشتاين من فوق (خرطه و خرطات، و ما يجزّ كالرطبه) (٣) بفتح الراء و سكون الطاء و هي الفصّه (٤) و القضب (٥)، (و البقل) كالنعناع (جزّه و جزّات، و لا تدخل الثمره) بعد ظهورها (في بيع الأصول) مطلقا (٦)، و لا غيره من العقود، (إلا في) ثمره (النخل) فإنها تدخل في بيعه (٧) خاصه (بشرط عدم التأبير)، و لو نقل أصل النخل (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) و القتاد شجر له شوكة لا يتيسر خرطه لذلك.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) نبات تغلفه الدواب، و يسمّى بذلك ما دام رطبا كما في المنجد.

(٥) كل نبت اقتضب و أكل طريا.

(٦) من أى ثمره كانت، هذا و يجوز بيع الثمره بعد ظهورها و بدو صلاحها على ما تقدم، و يجوز بيعها منضمه إلى الأصول و إن لم يبد صلاحها لأنها مباعه مع الضميمه و قد عرفت جوازها، و لو باع الأصول قبل ظهور الثمره فلا إشكال، و لو باعها بعد ظهور الثمره و انعقادها، لم تدخل الثمره في البيع إلا بالشرط بلا خلاف فيه للأصل بعدم عدم التبعية بين الثمره و أصلها، و كذا لو نقل الأصول بغير البيع.

و حيث لا تدخل الثمره في بيع أصولها و جب على المشتري إبقاؤها مجانا إلى أوان بلوغها إذا كان المعتاد قطعها عنده و إلا قبله تبعا للعرف، و لو اضطرب العرف فالأغلب، و مع التساوى يجب التعيين، فإن أطلق احتمال البطلان، و احتمال التنزيل على أقل المراتب لأنه المتيقن، و احتمال التنزيل على أعلاها صيانته لمال البائع، هذا مع أنه ما يحدث من الثمره بعد الابتاع فهو للمشتري بلا خلاف و لا إشكال لأنها نماء ملكه، و لو امتزجا فيأتي فيه الكلام المتقدم عند امتزاج المتجدد في الخضراوات.

(٧) أى في بيع النخل، على خلاف الأصل لأن النخله لا تتناول ثمرتها، و لكن الحكم المذكور مما قد دلت عليه الأخبار و هي: خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (قضى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم إن ثمر النخل للذي أربّها إلا أن يشترط المبتاع) (١)، و خبر يحيى -

ص: ٤٩١

بغير البيع فكغيره من الشجر.

جواز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات

(و يجوز استثناء ثمره شجره معينه، أو شجرات) (١) معينه، (و جزء مشاع) - بن العلاء عن أبي عبد الله عليه السّلام (من باع نخلا قد لقع فالثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بذلك) (١)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من باع نخلا - قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) ٢، و منطوقها أن النخل المؤبر ثمرته للبائع، و مفهومها إن لم يؤبر فثمرته للمشتري، و السند غير نقي و دلالة المفهوم ضعيفه لكن يجبر ذلك بفهم الأصحاب حيث أفتوا بهذا الحكم، أعنى أن النخل غير المؤبر فثمرته للمشتري مع أن الأصل يقتضى بقاء الملك لمالكه و عدم انتقاله إلى المشتري بعد عدم تناول اسم النخله لثمرتها، و لم يخالف إلا ابن حمزه حيث جعل الثمره للبائع بعد بدو الصلاح و للمشتري قبله و هو ضعيف لوجود هذه الأخبار و لمخالفته للأصل المقتضى لبقاء الثمره على ملك البائع و لو بعد الصلاح.

ثم لا - خلاف عندنا لو انتقل النخل بغير البيع فالثمره للنقل سواء كانت مؤبره أو لا، و سواء كان النقل بعقد معاوضه كالإجاره و النكاح أو بغير عوض كالهبة و شبهها و ذلك لأن الحكم بكون الثمره قبل التأبير للمشتري على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد النص و هو البيع، و خالف الشافعي حيث الحق بالبيع ما شابهه من عقود المعاوضات قياسا عليه، و نقل التعميم عن الشيخ فى المبسوط و القاضى، و هو ضعيف لحرمة القياس.

ثم إن التأبير هو تشقيق طلع الإناث و ذرّ طلع الذكور فيه ليحىء رطبها أجود مما لم يؤبر، و العاده الاكتفاء بتأبير البعض و الباقي بتشقق بنفسه و يهب ريح الذكور إليه، و قد لا يؤبر شىء و يتشقق الكل و يتأبر بالرياح، خصوصا إذا كانت الذكور فى ناحيه الصبا فهبّ الصبا وقت التأبير كما فى المسالك.

(١) بعينها بلا خلاف فيه و لا إشكال، و كذا يجوز استثناء جزء معين من الشجره كعذوق معين منها، نعم لو أبهم فى شىء من ذلك بطل بلا خلاف فيه للجهاله فى المبيع.

و كذا يجوز استثناء حصه مشاعه من الثمره كالثلث و الربع بلا - خلاف فيه، و يجوز استثناء أرتال معينه على المشهور شهره عظيمه لصحيح ربعى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام (إن لى نخلا بالبصره فأبيعه و أسمى الثمن، و أسمنى الكرم من الثمر أو أكثر أو العدد من النخل، -

ص: ٤٩٢

كالنصف، و الثلث،(و أرتال معلومه، و فى هذين) الفردين، و هما استثناء الجزء المشاع، و الأرتال المعلومه (يسقط من الثنيا (١) و هو المستثنى (بحسابه) أى نسبه (٢) إلى الأصل (لو خاست الثمره) بأمر من الله تعالى.

(بخلاف المعين) كالشجره و الشجرات (٣)، فإن استثناءها كبيع الباقي منفردا، فلا يسقط منها (٤) بتلف شىء من المبيع شىء (٥)، لامتياز حق كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف الأول (٦) لأنه حق شائع فى الجميع فيوزع الناقص عليهما (٧) إذا - فقال: لا بأس(١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (فى الرجل يبيع الثمره ثم يستثنى كيلا- و تمرا، قال: لا بأس به، و كان مولى له عنده جالسا فقال المولى: إنه لبيع و يستثنى أوساقا يعنى أبا عبد الله عليه السلام، قال: فنظر إليه و لم ينكر ذلك من قوله(٢).

خلافاً لأبى الصلاح منا و الشافعى و أبى حنيفه و أحمد بن حنبل من غيرنا، فلم يجوزوه لأدائه إلى جهاله مقدار المبيع من المشاهد الذى طريق معرفته المشاهده، و هو اجتهاد فى قبال النص.

(١)بالضم اسم من الاستثناء.

(٢)أى نسبه المستثنى، فلو خاست الثمره فيسقط من المستثنى إذا كان حصه مشاعه أو أرتالا- معلومه بحسابه، و قد نفى فيه الخلاف فى الجواهر، و طريق التوزيع: فإذا كان المستثنى حصه مشاعا فيقدر المجموع بالتخمين على فرض السلامه ثم يقاس إلى المجموع الناتج على فرض النقصان، و يؤخذ من المستثنى بهذه النسبه، فمثلا لو قدر المجموع سليما بمائه و هو خمسون على تقدير النقصان فالنسبه النصف، و بهذه النسبه يسقط من المستثنى - أعنى النصف -.

و إذا كان المستثنى أرتالا معلومه فيقدر المجموع على فرض السلامه ثم يقدر على فرض النقصان فإذا كانت النسبه ثلثا أو نصفا مثلا فيسقط منه الأرتال المعلومه بمقدار هذه النسبه.

(٣)فلو خاست الثمره فلا يسقط من المستثنى شىء، باعتبار امتياز المبيع عنها.

(٤)من ثمره الشجره و الشجرات المعينه.

(٥)فاعل لقوله (فلا يسقط).

(٦)و هو ما لو كان المستثنى مشاعا أو أرتالا معلومه.

(٧)على المستثنى و المستثنى منه.

ص: ٤٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

كان التلف بغير تفريط.

قال المصنف رحمه الله في الدروس (١): وقد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبره على الإشاعه، وقد تقدّم ما يبرّج عدمه، ففيه سؤال الفرق.

و طريق توزيع النقص على الحصه المشاعه (٢): جعل الذاهب عليهما، و الباقي (١) قال المصنف في الدروس في بحث بيع الثمار: (و للبائع استثناء حصه مشاعه من الثمره و أرتال معلومه فيحمل على الإشاعه، حتى لو تلف شىء سقط من الثنيا مقابلها إذا كان بغير تفريط في الموضوعين، أما لو استثنى ثمر شجرات بعينها فلا، و قد يفهم من هذا التوزيع تنزيل شراء صاع من الصبره على الإشاعه) (١) انتهى.

و مراده أن توزيع الخساره عليهما بالنسبه دليل على أن استثناء حصه مشاعه أو أرتال معلومه من المبيع توجب الشراكه في كل جزء من أجزاء المبيع بنسبه المستثنى، فكذلك يجب الحكم بالشراكه في بيع الصاع من الصبره، بحيث يكون كل جزء من أجزاء الصبره مشتركاً بنسبه الصاع إلى الصبره و لازمه كون النقص عليهما.

و قال الشارح ما مضمونه: إنه قد تقدم في مسأله بيع الصاع من الصبره - و قد تعرض لها الماتن و الشارح هنا في المسأله السابعه من مسائل شرائط المبيع - أنه بيع كلى في معين كما هو المشهور و ليس يباع على أنه جزء من الصبره على نحو الإشاعه، و قد تقدم الدليل عليه من أنه المنسب إلى الفهم و لصحيح بريد بن معاويه المتقدم (٢)، و لازمه أن التلف إنما يكون من البائع و لا خساره على المشتري.

ثم تسأل الشارح بالفرق بين بيع الصاع من الصبره و أن الخساره على البائع و بين استثناء حصه مشاعه من الثمره و أن الخساره عليهما بالنسبه، و الفرق واضح حيث إن بيع الصاع من الصبره هو من باب الكلى في المعين كما تقدم، فهو في الذمه لا- في الصبره فالخساره اللاحقه على الصبره واقعه في مال البائع فقط، و أما الحصه المشاعه أو الرطل من الثمره كما في مقامنا فهو ليس في الذمه بل في ضمن ثمره هذه الشجرات الموجوده خارجاً فلا محاله إذا وقع عليها خساره أن تكون عليهما معاً، فالفرق واضح بين الصورتين فلا وجه للسؤال.

(٢) قد تقدم بيانه.

ص: ٤٩٤

١- (١) الدروس ص: ٣٥١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

لهما على نسبة الجزء.

و أما فى الأرتال المعلومه فىعتبر الجملة (١) بالتخمين، و ينسب إليها المستثنى، ثم ينظر الذاهب فىسقط (٢) منه بتلك النسبه.

مسائل

اشاره

(مسائل)

الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها

(الأولى - لا يجوز بيع الثمره بجنسها) (٣) أى نوعها الخاص كالعنب بالعنب (١) أى مجموع الثمره على تقدير الصحه.
(٢) من المستثنى.

(٣) يجوز بيع ثمره النخل أو غيره إذا كانت على أصولها بالأثمان أو بالعروض أو بهما معا، أو بغيرهما من المنافع والأعمال و نحوهما، كغيرها من أفراد المبيع بلا خلاف فيه و لا إشكال للأصل.
نعم لا يجوز بيع الثمر فى رءوس النخل بالثمر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاقله و المزابنه قلت: و ما هو؟ قال: أن يشتري حمل النخل بالثمر و الزرع بالحنطه) (١) و موثقه الآخر عن عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن المحاقله و المزابنه، فقال:

المحاقله بيع النخل بالتمر، و المزابنه بيع السنبل بالحنطه) ٢ و خبر القاسم بن سلام مسندا عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم (نهى عن بيع المحاقله و المزابنه، فالمحاقله بيع ٤ الزرع و هو فى سنبله بالبر، و المزابنه بيع الثمر فى رءوس النخل بالتمر) ٣.

هذا و بيع ثمره النخل بالثمر تسمى المزابنه، و هى مفاعله من الزبن، بمعنى الدفع، و منه الزبابنه لأنهم يدفعون الناس إلى النار، و هذه المعامله سميت بذلك لأنها مبنيه على التخمين، و يكتر فيها الغبن، و كل منها يريد دفعه عن نفسه إلى الآخر فيتدافعان، و هل بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر تسمى المزابنه أو لا، فالمشهور بين الأصحاب مع نص أهل اللغه على ذلك و يشهد له خبر ابن سلام المتقدم، و عن سلار أن بيع التمر فى رءوس النخل بالتمر تسمى محاقله، و مال إليه الكاشانى و البحرانى و يشهد لهم موثق عبد الرحمن المتقدم (المحاقله بيع النخل بالتمر و المزابنه بيع السنبل بالحنطه)، و لا بد من حمله على المجاز لما سمعت و منه تعرف أن صحيح عبد الرحمن المتقدم مبنى على اللف و النشر غير المرتبين حيث ذكر المحاقله أولا و فسرها أخيرا و ذكر المزابنه ثانيا و فسرها أولا.

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ٢ و ٥ .

و الزبيب، و الرطب بالرطب و التمر (على أصولها)، أما بعد جمعها فيصح مع التساوى (١) (نخلا كان) المبيع ثمره، (أو غيره) من الثمار إجماعاً في الأول (٢)، و على المشهور في الثاني (٣)، تعديه (٤) للعله المنصوصه (٥) في المنع من بيع الرطب - ثم هل المزانه تختص ببيع تمر النخل بتمر منه فقط و هو القدر المتيقن من المزانه أو يشمل ببعه بتمر و لو كان موضوعاً على الأرض على المشهور لإطلاق الأخبار المتقدمه.

ثم هل يجوز ذلك في غير ثمره النخل من شجر الفواكه كما قد صرح به جماعه لاختصاص المزانه بالنخل فيبقى غيره على القواعد، و عن المشهور و هو غير متحقق كما في الجواهر أنه لا يجوز، لأنه لا يؤمن الربا، و فيه: إن الثمره على الشجره ليست ربويه، لأنها تباع بالمشاهده و الربا مختص بالمكيل و الموزون، و منه تعرف ضعف الاستدلال بالربا على حرمة المزانه في ثمره النخل أيضاً.

(١) لأنه بعد الجمع تكون الثمره من الموزون أو المكيل على حسب اختلاف الأزمان و البلدان فيشترط التساوى بين العوضين حذراً من البيع الربوى.

(٢) و هو بيع ثمره النخل بالتمر.

(٣) و هو بيع ثمره غير النخل من شجر الفواكه بجنسها.

(٤) تعليل للحكم المشهورى في الثاني.

(٥) قد ورد في الأخبار النهى عن بيع التمر اليابس بالرطب مثلاً - بمثل لأنه بعد يسبه ينقص فيدخل الربا كما ورد في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح الثمر اليابس بالرطب من أجل أن الثمر يابس و الرطب رطب، فإذا يبس نقص) (١) ، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع الثمر بالرطب عاجلاً بمثل كيله إلى أجل، من أجل أن الثمر يبس فينقص من كيله) ٢، و خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح الثمر بالرطب، إن الرطب رطب و الثمر يابس، فإذا يبس الرطب نقص) ٣، و إذا ثبتت العله المنصوصه للمنع من بيع الرطب باليابس، و هى نقصان الرطب عند الجفاف، فهى تشمل المقام لو بيع الثمره فى رءوس شجر الفواكه بجنسها، لأن الثمره رطبه و الثمن يابس كبيع العنب بالزبيب فلا يصلح ببعه مثلاً بمثل لدخول الربا.

و فيه: عدم ثبوت العله المنصوصه لو بيع عنب الكرم بعنب مطروح على الأرض لا بالزبيب، على أن العله المنصوصه مختصه فى الرطب و التمر إذا بيعا بالكيل أو الوزن، و مقامنا يباع بالمشاهده فلا تجرى فيه أدله البيع الربوى.

ص: ٤٩٤

بالتمر و هي (١) نقصانه عند الجفاف إن بيعت (٢) يابس، و تطرق (٣) احتمال الزيادة في كل من العوضين الربويين. و لا فرق في المنع بين كون الثمن منها (٤)، و من غيرها (٥) و إن كان الأول أظهر منعا (٦).

(و يسمى في النخل مزابنه) و هي مفاعله من الزين، و هو الدفع و منه الزبانيه، سميت بذلك (٧) لبنائها على التخمين المقتضى للغبن، فيريد المغبون دفعه، و الغابن خلافه فيتدافعان، و خصّ التعريف بالنخل للنص عليه بخصوصه مفسرا به المزابنه في صحيحه عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السلام: و ألحق به (٨) غيره لما ذكرناه (٩) و في إلحاق اليابس وجه (١٠)، و الرطب نظر.

(و لا يبيع السنبل بحب منه (١١)، أو من غيره من جنسه، و يسمّى محاقله) (١٢) (١) أي العله المنصوصه.

(٢) أي الثمره حال كونها رطبه.

(٣) دليل ثان للمنعم، لأن ما على الشجره يباع بالتخمين فيأتي احتمال الزيادة في كل من العوضين، و هما ربويان فلا يجوز، و فيه: قد عرفت أن الثمره على الشجره ليست ربويه.

(٤) من نفس الشجره، و هو القدر المتيقن من المزابنه بمعنى بيع الثمره في رءوس النخل بمقدار منها.

(٥) أي من شجره أخرى.

(٦) لاتحاد الثمن و المثلث.

(٧) أي سميت هذه المعامله بالمزابنه.

(٨) بالنخل.

(٩) من تعديه العله المنصوصه و تطرق احتمال الزيادة.

(١٠) أي إلحاق غير النخل بالنخل له وجه في اليابس، كما لو بيعت ثمره الشجر باليابس كييع عنب الكرم بالزبيب تعديه للعله المنصوصه، و لكنه في الرطب كييع عنب الكرم بالعنب نظر بل يجوز لعدم تطرق احتمال الزيادة، و فيه: قد عرفت أنه جائز مطلقا إلا في النخل للنص.

(١١) أي من نفس السنبل.

(١٢) قد تقدم دليل المنع عند الكلام في المزابنه، و المحاقله هي بيع حب السنبل بالحب سواء كان الثمن من نفس حب السنبل الذي وقع مثمنا أم من غيره من جنس الحنطه لإطلاق -

مأخوذ من الحقل جمع حقله و هي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله، و خرج بالسنبيل يبعه قبل ظهور الحب فإنه جائز، لأنه حينئذ غير مطعوم (١)، (إلا العريه (٢):). هذا استثناء من تحريم بيع المزابنه، و المراد بها النخله -الأخبار المتقدمه أيضا، هذا و المحاقله مفاعله من الحقل و الحقل جمع حقله و هي الساحة التي تزرع، سميت بذلك لتعلقها بزرع في حقله، و أطلق اسم الحقل على الزرع مجازا من باب إطلاق المحل على الحال أو من باب المجاوره، فكأنه عند بيع الزرع بالزرع قد باع حقلًا بحقل لإطلاق الحقل على الزرع فلذا سميت محاقله.

هذا و يطلق على المبيع هنا الزرع كما في صحيح عبد الرحمن و خبر ابن سلام المتقدمين و يطلق عليه السنبيل كما في موثق عبد الرحمن المتقدم، و لذا عبر بعض الفقهاء بالزرع و بعضهم كالماتن هنا بالسنبيل.

(١) قال في المسالك: (قال في التذكرة: لو باع الزرع قبل ظهور الحب بالحب فلا بأس، لأنه حشيش و هو غير مطعوم و لا مكيل، سواء تساويا جنسا أو اختلفا، و لا يشترط التقابض في الحال) و هو لا مخالف فيه كما في الجواهر للأصل بعدم عدم جريان الربا فيه لأنه ليس من المكيل أو الموزون لأنه يباع بالمشاهده.

(٢) لو كانت نخله شخص في دار آخر فيجوز لمالك الدار أن يشتري ثمر هذه النخله بتمر من غيرها، و هذه هي مسأله العريه المشهوره، و هي مستثناء من تحريم بيع المزابنه بلا خلاف فيه بيننا للأخبار.

منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العرايا بأن تشتري بخرصها تمرا، قال: و العرايا جمع عريه و هي النخله تكون للرجل في دار رجل آخر فيجوز له أن يبيعها بخرصها تمرا و لا يجوز ذلك في غيره) (١)، و خبر القاسم بن سلام مسندا إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم (أنه رخص في العرايا، واحدها عريه و هي النخله التي يعريها صاحبها رجلا - محتاجا، و الإعراء أن يبتاع تلك النخله من المعري بتمر لموضع حاجته، قال: و كان النبي صلى الله عليه وآله وسلم إذا بعث الخراس قال: خففوا الخرص فإن في المال العريه و الوصيه) (٢)، و كون العريه في دار الرجل موضع اتفاق بين الأصحاب كما في المسالك، و قد نص أهل اللغة على أنها (أو في بستانه)، و هو حسن لأن أهل اللغة يرجع إليهم في مثل ذلك و لميسس الحاجه إليها كالتى في الدار كما في المسالك هذا من جهه و من جهه -

ص: ٤٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب بيع الثمار حديث ٢.

تكون في دار الإنسان، أو بستانه، فيشترى مالكهما، أو مستأجرهما، أو مستعيرهما رطبها (بخرصها (١) تمرا من غيرها) مقدرًا (٢) موصوفاً حالاً، وإن لم -أخرى سواء كان الدار لمالك أو مستأجر أو مستعير مغاير لمالك العريه، بلا فرق في ذلك لأن الحاجه عامه في الجميع، وذلك لأن مالك الدار من يشق عليه الدخول إلى نخله في داره لو كانت النخله لغيره فكذلك مستأجر الدار أو مستعيرها.

هذا وبيع العريه يراد منه بيع ثمرها، وهذا البيع مشروط بأمر.

أولاً: كون النخله واحده، فلو تعددت في دار أو بستان واحد فلا يجوز بيع ثمرها بالتمر لصدق المزابنه بعد قصر أخبار الرخصه على النخله الواحده على ما فهمه الأصحاب، و لكن الأخبار المتقدمه صريحه في كون الرخصه للأعم من نخله أو نخلات بدليل قوله عليه السلام في خبر السكوني المتقدم (رخص رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في العرايا).

ثانياً: كون الثمن من غيرها لثلاً- يتحد الثمن و المثلن على المشهور، و احتمال العلامه في المختلف الجواز لإطلاق أخبار الرخصه، و لكنها منصرفه إلى غير هذا الفرض و جعل العريه هي بيع ثمرها بتمر غيرها، و أنها مستثناه من المزابنه لدليل على أن المزابنه تشمل بيع تمر رءوس النخل بتمر من غيره، كما تقدم و الخلاف في ذلك يجعل المزابنه هي بيع تمر رءوس النخل بتمر منه فقط ضعيف.

ثالثاً: كون البيع حالاً- لثلاً- يدخل الربا، بل عن الشيخ اشترط التقابض قبل التفرق تخلصاً من الربا، و فيه: إن الربا يدخل في المكيل و الموزون و هذا يباع مشاهده منها فلا ربا فيه.

رابعاً: عدم المفاضله حين العقد لثلاً يلزم الربا، و قد تقدم ما فيه، قال الشارح في بيعها بما يقتضيه ظن الخارص لها تمرا بقدره، بمعنى أنها تقدر رطباً أو بسراً أو نحوهما لم يبلغ تمرا إذا جفت، فيباع ثمرها بهذا المقدار تمرا، ثم لا يجب مطابقه هذا التقدير للثمن عند الجفاف، فلو زادت عند الجفاف عما خرصتها به أو نقصت لم يكن ذلك قادحاً في الصحه عملاً بإطلاق النص، و قيل: تعتبر المطابقه فلو اختلفا تبين بطلان البيع و هو ضعيف، بل لا يجب جعل ثمرتها تمرا و لا اعتباره بعد ذلك بوجه لأصالة عدم الا-شترط، هذا هو المشهور من معنى عدم وجوب المماثله بين ثمرتها و ثمنها، و في التذكره أن المعتبر المماثله بين ما عليها رطباً و بين الثمن تمرا، فيكون بيع رطب بتمر متساوياً، و جعل هذا مستثنى من بيع الرطب بالتمر متساوياً) انتهى. ثم إن الرخصه مقصوره على النخله، فلا يتعدى إلى غيرها من الشجر اقتصاراً فيما خالف الأصل في تحريم المزابنه على مورد النص.

(١)الخرص هو التخمين ما على النخل من تمر.

(٢)أى يجب كون الثمن مقدرًا موصوفاً حالاً، و قد تقدم.

يقبض في المجلس، أو بلغت (١) خمسة أوسق، ولا يجوز بتمر منها (٢) لثلا يتحد العوضان، ولا يعتبر مطابقه ثمرتها جافه لثمنها في الواقع، بل تكفى المطابقه ظنا، فلو زادت عند الجفاف عنه، أو نقصت لم يقدح في الصحة، ولا عريه في غير النخل، فإن ألحقناه (٣) بالمزابه، وإلا لم يتقيد (٤) بقيودها (٥).

الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما

(الثانيه - يجوز بيع الزرع قائما) على أصوله (٦)،...

(١) أى بلغت العريه خمسه أوسق وهذا ردّ على الشافعى حيث لم يجوز بيعها إذا كانت ثمرتها خمسه أوسق، وإطلاق الأخبار المتقدمه تدفعه، وقال الآقا جمال فى حاشيته تعقبيا على قول الشارح: (إشاره إلى ما ذكره ابن الأثير فى نهايته حيث خصّ الرخصه بما إذا كانت دون خمسه أوسق، ووجه الرد إطلاق ما دل على الجواز من غير تقدير تعبدا) انتهى.

(٢) منها: من العريه، أى لا يجوز بيع ثمرها بتمر منها.

(٣) أى فإن ألحقنا غير النخل بالنخل فى الحرمه، فعدم تعدى العريه الوارده فى النخل إلى غيره من سائر الأشجار فى محله، وإن لم نلحقه فنفى العريه حينئذ أنه لا خصوصيه لها حتى يتقيد بقيودها، فيجوز بيع تمر غير النخل سواء اتحد الشجر أم تعدد فى دار أو بستان أو غيرهما بجنس ثمرها حينئذ.

(٤) أى لم يتقيد غير النخل.

(٥) أى بقيود العريه.

(٦) يجوز شراء الزرع قائما على أصوله بشرط التبقية إلى أوان بلوغه أو مطلقا على المشهور لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن تشتري زرعاً أخضر، ثم تتركه حتى تحصده إن شئت، أو تعلقه من قبل أن يسنبل وهو حشيش) (١) ومثله غيره.

و عن الصدوق فى المقنع المنع من بيع الزرع إلا بشرط الفصل لعدم الأمن من الآفه، ولخبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحنطه و الشعير اشترى زرعه قبل أن يسنبل و هو حشيش؟ قال: لا إلا أن يشتري القصيل يعلقه الدواب ثم تتركه حتى يسنبل) ٢، و موثق معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- تشتري الزرع ما لم يسنبل، فإذا كنت تشتري أصله فلا بأس بذلك) (٢).

ص: ٥٠٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ١ و ١٠.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب بيع الثمار حديث ٥.

سواء أحصد، (١) أم لا، قصد فصله (٢)، أم لا، لأنه (٣) قابل للعلم مملوكا فتناولته الأدلة (٤)، خلافا للصدوق حيث شرط كونه سنبلًا، أو القصل (٥)، (و حصيدا) أى محصولا و إن لم يعلم مقدار ما فيه، لأنه (٦) حينئذ (٧) غير مكيل و لا موزون، بل يكفى فى معرفته المشاهده، (و قصيلا) أى مقطوعا بالقوه، بأن شرط قطعه قبل أن يحصد لعلف الدواب، فإذا باعه كذلك و جب على المشتري فصله بحسب الشرط.

(فلو لم يقصله المشتري للبايع فصله) (٨) و تفرغ أرضه منه، لأنه (٩) حينئذ - و فيه: إن عدم الأمن من الآفة لا يمنع من بيع الموجود، و الخبران لا يصلحان لمعارضه الطائفة الأولى، على أنهما محمولان على بيع الحب فقط و هو ممنوع لعدم وجوده قبل أن يسنبل، بل الخبر الثانى ظاهر فى ذلك، و على كل فلا بأس بشراء نفس الزرع فى جميع أحواله حتى إذا كان محصولا اكتفاء بالمشاهده فى مثله.

(١) أى حان أو ان حصاده.

(٢) و القصل هو القطع.

(٣) أى الزرع القائم.

(٤) أى المعلومه التى هى شرط صحه البيع.

(٥) أى اشتراط قطعه.

(٦) أى الزرع.

(٧) أى حين كونه قائما أو حصيدا يباع بالمشاهده.

(٨) إذا شرط قطعه قصيلا و عتِن للقطع مده تعين قطعه فيها، و إن أطلق قطع فى أول أوقات قطعه عاده، و إن لم يقطعه المشتري للبايع قطعه لأنه لا حق لعرق ظالم (١) و لئفى الضرر و الضرار (٢)، و لكن يقطعه بإذن المشتري إن أمكن و إلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر جاز له حينئذ مباشره القطع دفعا للضرر المنفى.

و للبايع تركه و المطالبه بأجره أرضه مده بقاء الزرع عن الزمن الذى تأخر فيه القطع عن وقته، سواء طالب بالقطع أو لا، و سواء تمكن من القطع أولا، لأن أجره الأرض ثابتة لمشغولييه أرض المالك بالزرع و هى متحققه على كل حال، بل للبايع أرش الأرض إن نقصت بسببه إذا كان التأخير بغير رضاه، لتحقق الغصبيه التى تسلطه على أرش النقصان لو حصل بسبب البقاء.

(٩) أى المشتري.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الغضب حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ و ٨ و ٩.

ظالم، و لا حق لعرق ظالم،(و له المطالبه بأجره أرضه) عن المده التى بقى فيها بعد إمكان فصله مع الإطلاق (١)، و بعد المده التى شرطاً فصله فيها مع التعيين، و لو كان شراؤه قبل أو ان فصله و جب على البائع الصبر إلى أوانه مع الإطلاق (٢)، كما لو باع الثمره و الزرع للحصاد.

و مقتضى الإطلاق (٣) جواز تولى البائع قطعه مع امتناع المشتري منه (٤) و إن قدر على الحاكم، و كذا أطلق جماعه.

و الأقوى توقفه (٥) على إذنه حيث يمتنع المشتري مع إمكانه (٦) فإن تعذر جاز له حينئذ مباشرة القطع، دفعا للضرر المنفى، و له (٧) إبقاؤه و المطالبه بأجره الأرض عن زمن العدوان، و أرش الأرض إن نقصت بسببه (٨)، إذا كان التأخير بغير رضاه (٩).

الثالثه - يجوز أن يتقبل أحد الشركين حصه صاحبه

(الثالثه - يجوز أن يتقبل (١٠)...

(١) أى لم يعين لفصله وقتا معيناً.

(٢) أى مع عدم ذكر المده، للانصراف.

(٣) أى إطلاق عبارته المصنف حيث قال (فللبائع فصله) و لم يقيد به بإذن الحاكم.

(٤) من القطع.

(٥) أى توقف قطع البائع على إذن الحاكم.

(٦) أى إمكان إذن الحاكم.

(٧) أى للبائع.

(٨) بسبب بقاء الزرع.

(٩) أى بغير رضا البائع.

(١٠) لو كان نخل أو شجر بين اثنين فيجوز بعد تخمين ثمر المجموع أن يشتري حصه صاحبه بشيء معلوم و لو كان من نفس الثمره، و هذه هى القبالة، و الأصل فيها الأخبار.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجلين يكون بينهما النخل فيقول أحدهما لصاحبه: اختر، إما أن تأخذ هذا النخل بكذا و كذا كيلا مسمى و تعطيني نصف هذا الكيل إما زاد أو نقص، و إما أن آخذه أنا بذلك، قال: نعم لا بأس به) (١)، -

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ١.

و صحیح الحلبی عن أبی عبد الله علیه السّلام (أن أباه حدّثه أن رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم أعطى خيبر بالنصف أرضها و نخلها، فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه فقوّم عليه قيمه و قال لهم: إما أن تأخذوه و تعطوني نصف الثمر، و إما أعطيكم نصف الثمر، فقالوا:

بهذا قامت السموات و الأرض)(1)، و مرسل محمد بن عيسى (قلت لأبى الحسن عليه السّلام:

إن لنا أكره فنزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا فاعطونا و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم، قال: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجيء بعد ذلك فيقول: إن الحرز لم يجيء كما حرزت و قد نقص، قال: فإذا زاد يردّ عليكم؟ قلت: لا، قال: فلکم أن تأخذوه بتمام الحرز كما أنه إن زاد كان له كذلك إذا نقص كان عليه)٢، و مثلها غيرها.

و هذه القبالة كما تجوز في النخل و غيره من الأشجار تجوز في الزرع للمرسل المتقدم، و هذه القبالة مستثناه بالخصوص من حرمة المزابنة و المحاقلة مع لهذه النصوص.

و ظاهر الأصحاب - كما في المسالك - أنها معاملة تقع بلفظ القبالة، و أن لها حكما خاصا زائدا على البيع و الصلح و هو كون الثمن و المثمن واحدا مع عدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص مع وقوعه بلفظ التقييل، و هو خارج عن صيغتي العقدين في، و عن الدروس أنها نوع من الصلح، و احتمال العلامة في التذكرة أنها نوع من البيع، و عن الدروس أيضا أنها مشروطة بالسلامة في الثمره بحيث لو هلكت بأجمعها فلا شيء على المتقبل و وجه بأن العوض هنا إذا كان من المعوض و رضى به الآخر فقد رضى بكون حقه في العين لا- في الذمه، فإذا تلفت العين بغير تفريط احتاج ثبوت بدله في الذمه إلى دليل و هو مفقود، نعم لو كان النقص لغير آفه بل لنقصان الخرص فلا نقصان كما أنه مع الزيادة يملك الزائد، هذا و تردد في التذكرة في سقوط شيء من المال لو تلفت الثمره بآفه سماويه، و كذلك تردد في لزوم العقد.

و الذى أوجب عدم الوضوح في هذه الأحكام أن النصوص المتقدمه قد تعرضت لأصل القبالة من دون تعرض إلى هذه الأحكام، بل إثباتها بمجرد الاحتمال لا يخلو من مجازفه، و لذا اقتصر جماعه منهم المحقق في الشرائع على أصل الجواز، بل عن ابن إدريس أنه أشكل على أصل القبالة بأنها إن كانت يباع فلا تصح لكونها مزابنه، و إن كانت صلحا فلا تصح لكون العوض من نفس الثمره و هذا يوجب الغرر، و لو كان العوض في الذمه-

ص:٥٣

(أحد الشريكين بحصه صاحبه (١) من الثمره) بخرص معلوم (٢) و إن كان منها (٣)،(و لا- يكون) ذلك (بيعا) و من ثم لم يشترط فيه (٤) شروط البيع، بل معامله مستقله، و فى الدروس أنه نوع من الصلح،(و) يشكل بأنه (٥)(يلزم بشرط السلامه) فلو كان صلحا للزم مطلقا (٦).

و ظاهر المصنف رحمه الله و الجماعه أن الصيغه بلفظ القبالة (٧)، و ظاهر الأخبار تأديه (٨) بما دلّ على ما اتفقا عليه، و يملك المتقبل الزائد (٩) و يلزمه لو نقص، و أما الحكم بأن قراره (١٠) مشروط بالسلامه فوجهه غير واضح، و النص خال عنه، و توجيهه (١١) بأن المتقبل (١٢) لَمَّا رضى بحصه معينه فى العين صار بمنزله الشريك، فيه (١٣): أن العوض غير لازم كونه منها (١٤)، و إن جاز ذلك -لزم سواء بقيت الثمره أم لا، بعد رمى هذه الأخبار بأنها آحاد لا توجب علما و لا عملا فلا يصح العمل بها لعدم حججه الخبر الواحد على مبناه، و فيه: إن المبنى ضعيف، و لا بد من العمل بها و لكن لا يثبت بها إلا أصل القبالة فلا تغفل.

(١) و هى المعوض.

(٢) أى قدر معلوم و هذا هو العوض.

(٣) من نفس الثمره.

(٤) فى التقبل.

(٥) بأن التقبل.

(٦) سواء سلمت الثمره أم لا.

(٧) فيقول أحدهما: أتقبل حصتك من الثمره بكذا و كذا، فيقول الآخر: قبلت و شبهه، و هو مما لا- دليل عليه فى الأخبار المتقدمه.

(٨) أى تأدى التقبل.

(٩) لأن التقبل مبنى على خرص المجموع فعليه أن يدفع لصاحبه ما ذكر فى لفظ القبالة سواء كان حامل الثمره بمقدار التخمين أو أزيد أو أنقص.

(١٠) أى استقرار العقد و لزومه كما عليه الماتن هنا.

(١١) أى توجيه شرط السلامه.

(١٢) و هو الطرف الآخر.

(١٣) ردّ من الشارح.

(١٤) من العين.

ص: ٥٠٤

فالرضا بالقدر، لا به مشتركا (١) إلا- أن ينزل على الإشاعة كما تقدم، و لو كان النقصان لا بآفه بل لخلل في الخرص لم ينقص شيء (٢)، كما لا ينقص لو كان بتفريط المتقبل (٣)، و بعض الأصحاب (٤) سدّ باب هذه المعامله، لمخالفتها للأصول الشرعيه (٥).

و الحق أن أصلها ثابت، و لزومها مقتضى العقد (٦)، و باقى فروعها لا دليل عليه.

الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه

(الرابعه - يجوز الأكل مما يمر به من ثمر النخل و الفواكه و الزرع (٧)...

(١) أى و ليس الرضا بالقدر المعلوم مشتركا على نحو الإشاعة كما تقدم عند استثناء جزء مشاع أو أرتال معلومه.

(٢) من العوض.

(٣) و هو الطرف الآخر.

(٤) و هو ابن إدريس.

(٥) لأنها إن كانت بيعا فهى من المزابنه المحرمه، و إن كانت صلحا فلا تصح لكون العوض من نفس الثمره، و لو كان العوض فى الذمه لزم سواء بقيت الثمره أو لا فالقول بنقصان العوض لو تلفت الثمره أو نقصت بآفه سماويه ليس فى محله.

(٦) لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١).

(٧) إذا مرّ الإنسان بشيء من النخل أو شجر الفواكه أو الزرع فيجوز له أن يأكل منها للأخبار.

منها: مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل يمرّ بالنخل و السنبل و الثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير إذن صاحبها من ضروره أو غير ضروره؟ قال: لا بأس) (٢)، و خبر محمد بن مروان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أمرّ بالثمره فأكل منها، قال: كلّ و لا تحمل، قلت: جعلت فداك، إنّ التجار اشتروها و نقدوا أموالهم، قال: اشتروا ما ليس لهم) (٣) و مثلها غيرها.

و عن المرتضى فى المسائل الصيدائويه و الفاضل فى مكاسب المختلف و المحقق الثانى و الشيخ الكبير كاشف العطاء من المنع لصحيح على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن -

ص: ٥٠٥

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣ و ٤.

(بشرط عدم القصد (١) و عدم الإفساد) أما أصل الجواز فعليه الأكثر، و رواه ابن أبي عمير مرسلًا عن الصادق عليه السّلام، و رواه غيره، و أما اشتراط عدم القصد فللدلالة ظاهر المرور عليه، و المراد كون الطريق قريبه منها (٢) بحيث يصدق المرور عليها عرفًا، لا أن يكون طريقه على نفس الشجره (٣).

و أما الشرط الثاني فرواه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام، قال يأكل منها، و لا يفسد، و المراد به أن يأكل كثيرًا بحيث يؤثر فيها أثرًا بينا و يصدق -الرجل يمرّ بالثمره من الزرع و النخل و الكرم و الشجر و المباطخ و غير ذلك من الثمر، أ يحلّ له أن يتناول منه شيئًا و يأكل بغير إذن صاحبه؟ و كيف حاله إن نهاه صاحب الثمره، أو أمره القيم فليس له، و كم الحدّ الذي يسعه أن يتناول منه؟ قال: لا يحلّ له أن يأخذ منه شيئًا(١)، مؤيدًا بقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه.

و حملت الصحيحه على النهى عن الحمل معه لا الأكل جمعًا بين الأخبار، و هو جمع حسن، و لا قبح في التصرف في مال الغير مع إذن الشارع.

هذا و جواز الأكل مشروط بشروط:

أحدها: كون المرور اتفاقًا، فلو كان الأكل مقصودًا من رأس لم يجز اقتصارًا على المتيقن، بل هو الظاهر من خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بالرجل يمرّ على الثمره و يأكل منها و لا يفسد)(٢).

ثانيها: عدم الإفساد و المراد منه عدم الأكل الكثير بحيث يؤثر فيها أثرًا بينًا و هذا يختلف باختلاف كثره الثمره و قلتها و كثره الماره و قلتهم، أو يهدم حائطًا أو يكسر غصنًا يتوقف الأكل عليه، و مما يدل على عدم الإفساد خبر ابن سنان المتقدم.

ثالثها: أن لا يحمل معه شيئًا، بل يأكل في موضعه و هذا الشرط مما دل عليه خبر محمد بن مروان المتقدم صريحًا، و صحيح ابن يقطين حملاً.

(١) أى عدم القصد إلى الأكل.

(٢) من الثمره.

(٣) فلا يصدق المرور فلا يجوز الأكل كما عليه جماعه.

ص: ٥٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الثمار حديث ١٢.

معه (١) الإفساد عرفا، و يختلف ذلك (٢) بكثرة الثمره و الماره و قتلها، و زاد بعضهم عدم علم الكراهه و لا ظنها (٣)، و كون الثمره على الشجره (٤).

(و لا يجوز أن يحمل) معه شيئا منها و إن قلّ، للنهي عنه صريحا في الأخبار، و مثله أن يطعم أصحابه، و قوفا فيما خالف الأصل على موضع الرخصه، و هو أكله بالشرط (٥).

(و تركه (٦) بالكلية أولى)، للخلاف فيه، و لما روى أيضا من المنع منه، مع اعتضاده بنص الكتاب (٧) الدال على النهي عن أكل أموال الناس بالباطل، و بغير تراض، و لقبح التصرف في مال الغير، و باشتغال أخبار النهي (٨) على الحظر، و هو مقدم (٩) على ما تضمن الإباحه و الرخصه، و لمنع كثير من العمل بخبر الواحد (١٠) فيما وافق الأصل فكيف فيما خالفه (١١).

(١) مع التأثير البين.

(٢) أى الإفساد.

(٣) فلو علم الكراهه أو ظنها فلا يجوز الأكل، و فيه: إن خبر محمد بن مروان المتقدم مشعر بل ظاهر بعدم اعتبارهما.

(٤) فلو كانت الثمره على الأرض فلا يجوز اقتصارا في مورد الرخصه على القدر المتيقن.

(٥) و هو ما ذكر من الشروط الثلاثه أو الخمسه.

(٦) أى ترك الأكل.

(٧) و هو قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (١).

(٨) كصحيح ابن يقطين.

(٩) عند التعارض، و قد عرفت أنه لا تعارض مع إمكان الجمع، و قد حملت أخبار النهي على الحمل لا الأكل.

(١٠) كالسيد و ابن إدريس و الطبرسى.

(١١) كالمقام، و لكن ابن إدريس قد عمل بهذه الأخبار.

ص: ٥٠٧

(الفصل الخامس - فى الصرف (١) و هو بيع الأثمان)

فى معنى الصرف و شرطيه القبض فى المجلس

و هى الذهب و الفضة (بمثلها، و يشترط فيه) زياده على غيره من أفراد البيع (التقايض فى المجلس) الذى وقع فيه العقد، (أو اصطحابهما) فى المشى عرفا و إن فارقاه (٢) (إلى) حين (القبض)، و يصدق الاصطحاب بعدم زياده المسافه التى بينهما عنها (٣) وقت العقد، فلو زادت و لو خطوه بطل (٤)، (أو رضاه) (٥) أى رضا (١) الصرف لغه الصوت، و شرعا أو متشرعا بيع الذهب و الفضة بالذهب و الفضة، سواء كانا مسكوكين أولا، و سمي الذهب و الفضة بالأثمان لوقوعهما مقرونين بباء العوض عن الأشياء غالبا كما قيل، و سمي هذا البيع بالصرف لمناسبه اشتمالهما على الصوت عند تقلبيهما بالبيع و الشراء.

و يشترط فى بيع الصرف زياده عما اشترط فى سائر البيوع، و زياده عما اشترط فى الربويات إذ بيع الصرف منها، اشترط التقايض فى المجلس فلو افترقا قبل التقايض بطل البيع على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا يبتاع رجل فضه بذهب إلا يدا بيد، و لا يبتاع ذهبا بفضه إلا يدا بيد) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا اشترت ذهبا بفضه أو فضه بذهب فلا تفارقه حتى تأخذ منه، و إن نزى حائطا فأنز معه) (٢) و مثلها غيرها، و عن الصدوق عدم الاشتراط لأخبار:

منها: خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يبيع الدراهم بالدنانير نسيئه، قال: لا بأس)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لا- بأس أن يبيع الرجل الدنانير نسيئه بمائه، أو أقل، أو أكثر) (٢) و هذه الطائفة ضعيفه السند غير منجبره فلا تعارض الطائفة الأولى التى عليها عمل الطائفة.

(٢) أى فارقا مجلس العقد مصطحبين قبل أن يتقايضا لم يبطل الصرف بلا خلاف فيه لخصوص صحيح منصور المتقدم (و إن نزى حائطا فأنز معه)، فالمعتبر هو التقايض قبل التفرق.

(٣) أى عن المسافه التى كانت بينهما حاله العقد.

(٤) لتحقق الافتراق، و هذا التقدير مما لا- نص عليه، بل ظاهر النصوص على الاصطحاب و الافتراق و لا بدّ من حملهما على المعنى العرفى، و سيأتى ماله النفع فى تحقيق معنى الافتراق فى خيار المجلس.

(٥) لو كان لزيد دنانير فى ذمه عمرو فأمره بأن يحولها إلى دراهم أو بالعكس صح و إن تفرقا

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ٣ و ٨.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الصرف حديث ١٣.

الغريم الذي هو المشتري، كما يدل عليه آخر المسألة (١) (بما في ذمته) أى ذمه المديون الذى هو البائع (قبضا) أى مقبوضا، أقام المصدر مقام المفعول (بو كالتة (٢) إياه (٣) (فى القبض)، لما فى ذمته (٤).

و ذلك (فيما إذا اشترى) من له (٥) فى ذمته نقد (بما (٦) فى ذمته) من النقد (نقدا آخر)، فإن ذلك (٧) يصير بمنزله المقبوض.

قبل القبض لصحيح إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: تكون للرجل عندى من الدراهم الوضح فيلقانى فيقول: كيف سعر الوضح اليوم؛ فأقول له: كذا، فيقول:

أليس لى عندك كذا و كذا ألف درهم وضحا؟ فأقول: بلى، فيقول لى: حوّلها دنانير بهذا السعر و أثبتها لى عندك، فما ترى فى هذا؟ فقال لى: إذا كنت قد استقصيت له السعر يومئذ فلا بأس بذلك، فقلت: إنى لم أوازنه و لم أناقده، إنما كان كلام منى و منه، فقال:

أليس الدراهم من عندك و الدنانير من عندك؟ قلت: بلى، قال: فلا بأس بذلك (١)، و موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون لى عنده دراهم فأتيه فأقول: حوّلها دنانير من غير أن أقبض شيئا، قال: لا بأس، قلت: يكون لى عنده دنانير فأتيه فأقول حوّلها دراهم و أثبتها عندك و لم أقبض منه شيئا، قال: لا بأس) ٢.

و استشكل و فى هذا البيع باعتبار عدم التقابض، و ردّ بأن ما فى الذمه مقبوض، هذا من جهه، و من جهه أخرى فالمديون وكيل عن الدائن بالقبض لما أمره بتحويل ما فى ذمته إلى دنانير أو دراهم فيكون العوض أيضا مقبوضا و لكن بواسطة وكيله، و لذا لا مخالفه بين هذه النصوص و بين القواعد المقرره فى بيع الصرف، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس من إنكار ذلك من حيث عدم التقابض.

(١) حيث قال الماتن: (إذا اشترى بما فى ذمته نقدا آخر)، و هذا كاشف عن أن الغريم هو المشتري.

(٢) أى و كاله الغريم الذى هو المشتري.

(٣) للبايع الذى هو المديون.

(٤) لما فى ذمه المديون.

(٥) أى الغريم.

(٦) جار و مجرور منصوب على المفعوليه محلا لقوله (اشترى).

(٧) أى إبقاء النقد الآخر فى ذمه المديون بمنزله المقبوض.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الصرف حديث ١ و ٢.

مثاله: أن يكون لزيد في ذمه عمرو دينار فيشترى زيد من عمرو بالدينار عشرة دراهم في ذمته و يوكله في قبضها في الذمه بمعنى رضاه بكونها في ذمته، فإن البيع و القبض صحيحان، لأن ما في الذمه بمنزله المقبوض بيد من هو في ذمته، فإذا جعله و كيلا في القبض صار كأنه قابض لما في ذمته، فصدق التقابض قبل التفرق.

و الأصل في هذه المسألة ما روى فيمن قال لمن في ذمته دراهم: حوّلها إلى دنانير، أن ذلك يصح و إن لم يتقابضا، معللا بأن النقدين من واحد (١)، و المصنف رحمه الله عدل عن ظاهر الرواية (٢) إلى الشراء بدل التحويل، و التوكيل (٣) صريحا في القبض و الرضا فيه بكونه (٤) في ذمه الوكيل القابض، لاحتياج الرواية (٥) إلى تكلف إرادته هذه الشروط (٦) بجعل الأمر بالتحويل توكيلا في تولى طرفي العقد، و بنائه على صحته (٧)، و صحه القبض إذا توقف البيع عليه (٨) بمجرد التوكيل في البيع، نظرا إلى أن التوكيل في شيء إذن في لوازمه (٩) التي يتوقف عليها (١٠). و لَمَّا كان ذلك أمرا خفيا عدل المصنف رحمه الله إلى التصريح بالشروط.

(و لو قبض البعض) خاصه قبل التفرق (صح فيه (١١) أي في ذلك البعض (١) كما في صحيح إسحاق بن عمار المتقدم.

(٢) حيث ظاهرها بالتحويل.

(٣) عطف على (الشراء)، و المعنى أن الشراء و التوكيل في القبض صريحان في القبض و الرضا ببقاء العوض في ذمه المديون ليصير بمنزله المقبوض.

(٤) أي بكون العوض.

(٥) تعليل لعدول المصنف.

(٦) و هي الشراء و القبض و الرضا بكون العوض في ذمه الوكيل القابض.

(٧) أي و بناء صحه التوكيل على صحه تولى طرفي العقد بالأصالة عن نفسه و بالوكالة عن غيره.

(٨) على القبض.

(٩) أي لوازم الشيء.

(١٠) على اللوازم.

(١١) لحصول مقتضى الصحه مع عدم المانع.

المقبوض و بطل في الباقي (١) (و تخيرا) معا في إجازة ما صح فيه و فسخه (٢)، لتبعض الصفقة (إذا لم يكن من أحدهما تفريط) في تأخير القبض، و لو كان تأخيره (٣) بتفريطهما فلا خيار لهما، و لو اختص أحدهما به (٤) سقط خياره، دون الآخر، (و لا بد من قبض الوكيل) في القبض عنهما، أو عن أحدهما (في مجلس العقد قبل تفرق المتعاقدين) (٥).

و لا اعتبار بتفرق الوكيل و أحدهما (٦)، أو هما (٧)، أو الوكيلين (٨)، و في حكم مجلس العقد ما تقدم (٩)، فكان يغني قوله (١٠): قبل تفرق المتعاقدين عنه (١١)، لشمول الثاني (١٢) لما في حكم المجلس (١٣)، هذا إذا كان وكيلا في القبض، دون الصرف (١٤).

(١) لحصول مقتضى البطلان و هو التفرق قبل التقابض.

(٢) لثبوت عيب تبعض الصفقة، و هذا العيب يوجب الخيار لغير المفترط.

(٣) أى تأخير القبض.

(٤) بالتأخير.

(٥) قال الشارح في المسالك و قد أجاد: (الضابط في ذلك أن المعتبر حصول التقابض قبل تفرق المتعاقدين، فمتى كان الوكيل في القبض غير المتعاقدين اعتبر قبضه قبل تفرق المتعاقدين، و لا اعتبار بتفرق الوكيلين، و متى كان المتعاقدان و كيلين اعتبر تقابضهما في المجلس أو تقابض المالكين قبل تفرق الوكيلين) انتهى.

(٦) فيما لو كان و كيل أحد المتعاقدين جالسا عند المتعاقد الآخر حين العقد، فقام الوكيل و فارقه فلا يضر ما دام و كيلا في القبض فقط لأن المدار على تفرق المتعاقدين.

(٧) أى تفرق الوكيل عن المتعاقدين معا، ما دام و كيلا في القبض فقط.

(٨) أى تفرق الوكيلين، و هما موكلان في القبض فقط.

(٩) و هو اصطحابهما في المشى عرفا و إن فارقا مجلس العقد، لأن المدار على عدم التفرق بأبدانهما.

(١٠) قول المصنف.

(١١) عن مجلس العقد.

(١٢) و هو قبل تفرق المتعاقدين.

(١٣) و هو الاصطحاب في الشىء عرفا.

(١٤) أى دون بيع الصرف.

(و لو كان وكيلا فى الصرف) سواء كان مع ذلك وكيلا فى القبض، أم لا (فالمعتبر مفارقتها) لمن وقع العقد معه، دون المالك. و الضابط أن المعتبر التقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء كانا مالكين، أم وكيلين.

فى أنه لا يجوز التفاضل فى الجنس الواحد

(و لا- يجوز التفاضل فى الجنس الواحد) (١)، لأنه حينئذ يجمع حكم الربا و الصرف فيعتبر فيه التقابض فى المجلس نظرا إلى الصرف، و عدم التفاضل نظرا إلى الربا، سواء اتفقا فى الجوده و الرءاءه و الصفه، أم اختلفا، بل (و إن كان أحدهما مكسورا، أو رديئا) و الآخر صحيحا أو جيد الجوهر.

(و تراب معدن أحدهما يباع بالآخر، أو بجنس غيرهما) لا بجنسه، لاحتمال زياده أحد العوضين عن الآخر، فيدخل الربا، و لو علم زياده الثمن عما فى التراب من جنسه لم يصح هنا (٢) و إن صح فى المغشوش بغيره، لأن التراب لا قيمه له ليصلح فى مقابله الزائد.

(١) كبيع الذهب بالذهب و الفضة بالفضه، فهو بيع صرف لأنه بيع الأثمان بالأثمان فيشترط فيه شروط الصرف من التقابض فى المجلس و غيره، و يشترط فيه شروط البيع الربوى لأنهما موزونان، بل لا- يجوز التفاضل هنا و لو تم التقابض، بلا- فرق بين المصوغ و المكسور و جيد الجوهر و رديئه لصدق اتحاد الجنس فيه، نعم لو شرطت الصياغه لكانت زياده فيصح بذل شىء فى قبالتها بالإضافة إلى العوض الذى هو بمقدار المعوض وزنا.

و يجوز التفاضل إذا كانا من جنسين كبيع الذهب بالفضه و كذا العكس، و منه تعرف عدم جواز بيع تراب معدن الفضة بالفضه الخالصه و لا- بترابها من باب الاحتياط عن الوقوع فى الربا لعدم العلم بالمساواه، و كذا لا يباع تراب معدن الذهب بالذهب الخالص و لا- بترابه، نعم يجوز بيع تراب أحدهما بالآخر لعدم اتحاد الجنس، و لو مزج الترابان و جمعا فى صفقه جاز بيعهما بالذهب و الفضة معا لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

(٢) كما لو باع تراب الذهب مثلا بالذهب، و علم أن الذهب الذى وقع عوضا هو أكثر من الذهب المخلوط بالتراب و الواقع معوضا، و ذلك لأن الزيادة فى العوض لا شىء فى قبالتها من المعوض، إذ الزائد فى المعوض عن الذهب هو التراب و هو لا قيمه له.

بخلاف ما لو باع الدينار المغشوش مثلا و هو ذهب مختلط بغيره، فباعه بأكثر مما فيه من الذهب فيجوز، لأن الزائد فى العوض يكون فى قبال الغش فى المعوض، و هو مما له قيمه لأن الذهب عند ما يغش يخلط بالنحاس غالبا.

(و ترابهما) إذا جمعا، أو أريد بيعهما معا (بياعان بهما (١) فينصرف كل إلى مخالفه، و يجوز بيعهما (٢) بأحدهما (٣) مع زياده الثمن على مجانسه (٤) بما يصلح عوضا فى مقابل الآخر، و أولى منهما بيعهما بغيرهما (٥)، (و لا عبره باليسير من الذهب فى النحاس) بضم النون، (و اليسير من الفضة فى الرصاص) بفتح الراء، (فلا يمنع من صحه البيع بذلك الجنس) (٦) و إن لم يعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير، و لم يقبض فى المجلس ما يساويه، لأنه مضمحل، و تابع غير مقصود (١) بالذهب و الفضة.

(٢) تراب الذهب و الفضة لو مزجا.

(٣) من الذهب أو الفضة.

(٤) من الذهب أو الفضة الواقعين فى المعوض.

(٥) أى بغير الذهب و الفضة.

(٦) من الذهب و الفضة، و المعنى أنه يجوز بيع الرصاص بالفضه و إن كان فى الرصاص فضه يسيره، و يجوز بيع النحاس بالذهب و إن كان فى النحاس ذهب يسير، فيجوز البيع من دون اشتراط التقابض فى المجلس لعدم صدق بيع الصرف لأنه ليس بيع أثمان بمثلها، و هو ليس ببيع مجانس بمثله فلا يجرى فيه حكم الربا و إن لم تعلم زياده الثمن عن ذلك اليسير، لأنه مضمحل و تابع غير مقصود بالبيع، و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الأسرب يشتري بالفضه، قال: إذا كان الغالب عليه الأسرب فلا بأس به) (١) و الأسرب هو الرصاص، و خبر معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن جوهر الأسرب و هو إذا خلص كان فيه فضه، أى يصلح أن يسلم الرجل فيه الدراهم المسماه، فقال: إذا كان الغالب عليه اسم الأسرب فلا بأس بذلك، يعنى لا يعرف إلا بالأسرب) ٢، و لأنه تابع غير مقصود بالبيع ألحق به الحليه التى يزين بها السقف و الجدران فإنه يجوز بيع هذه السقف و الجدران المزينه بالذهب و يكون عوضها ذهبا، و إن لم يكن الذهب الذى وقع عوضا أكثر من الذهب الذى هو الحليه حتى تكون الزيادة فى قبال نفس السقف و الجدران، و ذلك لأن الذهب الذى هو جزء من السقف و الجدران لم يكن مقصودا بالبيع بل كان تابعا، فيصدق أنه بيع سقف أو جدار بالذهب و هو ليس ببيع مجانس بمثله حتى يجرى فيه حكم الربا و لا بيع صرف حتى يشترط فيه التقابض فى المجلس.

ص: ٥١٣

بالبیع، و مثله المنقوش منهما على السقوف و الجدران بحيث لا يحصل منه شيء يعتد به على تقدير نزعہ.

و لا- فرق فى المنع (١) من الزیاده فى أحد المتجانسين بين العينه و هى الزیاده (١) سیأتى فى باب الربا حرمة الزیاده فى بیع المتجانسين إذا كانا من المکیل أو الموزون، بلا فرق فى الزیاده بین العينه أو الحکمیة سواء كانت الحکمیة شرطاً له مال أو نفع، بل حتى اشتراط الأجل فى أحد العوضین یوجب الزیاده المحرمه.

و لازم ذلك عدم جواز بیع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم، لأن هذا الشرط من الربا، و لكن ورد جواز ذلك فى خبر أبی الصباح الكنانى عن أبی عبد الله علیه السلام (عن الرجل یقول للصائغ: ضع لى هذا الخاتم و أبدل لك درهما طازجا بدرهم غله، قال: لا بأس) (١)، و عمل بها الشیخ فى النهایه و جماعه بعد حملها على بیع درهم بدرهم مع اشتراط صیاغه خاتم، و علل ابن إدريس الجواز بأن الربا هو الزیاده فى العین إذا كان العوضان من جنس واحد، و هنا لا زیاده عینیه، هذا و قيل إنه یقتصر بها على موردها و هو بیع الدرهم بالدرهم بشرط الصیاغه المذكوره لأنها مخالفه للقواعد، و ذهب الشیخ فى النهایه إلى تعمیم ذلك البیع، أعنى بیع الدرهم بالدرهم مع أى شرط لعدم الفرق بین الصیاغه و غیرها، و لازم مبنى ابن إدريس من أن المحرم هو الزیاده العینیه جواز أى بیع من متجانسين و لا- داعى للاقتصار على بیع الدرهم بالدرهم، مع اشتراط أى شرط حکمى دون العینیه.

هذا من جهه و من جهه أخرى قيل: إن الروایه لا تدل على مدعاهم المذكور من بیع الدرهم بالدرهم مع اشتراط الصیاغه، بل تدل على الصیاغه المذكوره بشرط البیع و هذا ليس من بیع أحد المتجانسين مع الزیاده فى شيء.

و الانصاف أن الروایه صریحه فى بیع الدرهم الطازج بدرهم غله مع اشتراط الصیاغه، و الطازج هو الخالص كما نص علیه بعض أهل اللغه كما فى المسالك، و الغله هو المغشوش أو المكسر، و علیه فالزیاده هنا لا توجب الربا لأن بیع الخالص بالمغشوش مع الزیاده على أساس أن تكون الزیاده فى قبال ما زاد عن المغشوش من الخالص ليس مخالفاً للقواعد، و لذا فالروایه موافقه للقواعد و لا داعى لردّها كما عن ابن حمزه و لا للتردد فيها كما عن المحقق و غیره إذا سلم سندها.

ص: ٥١٤

فى الوزن، و الحكميه كما لو بيع المتساويان و شرط مع أحدهما شرطاً و إن كان صنعه.

(و قيل: يجوز اشتراط صياغه خاتم فى شراء درهم بدرهم، للروايه) التى رواها أبو الصباح الكنانى رحمه الله عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يقول للصانع: صنع لى هذا الخاتم، و أبدل لك درهما طازجيا بدرهم غله.

قال عليه السلام: «لا بأس». و اختلفوا فى تنزيل الروايه فقليل: إن حكمها مستثنى من الزيادة الممنوعه، فيجوز بيع درهم بدرهم مع شرط صياغه الخاتم، و لا- يتعدى إلى غيره، اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع النص، و هو القول الذى حكاه المصنف رحمه الله، و قيل (١) يتعدى إلى كل شرط، لعدم الفرق (٢)، و قيل: إلى كل (٣) شرط حكمى.

و الأقوال كلها ضعيفه، لأن بناءها على دلالة الروايه على أصل الحكم (٤).

(و هى غير صريحه فى المطلوب)، لأنها تضمنت إبدال درهم طازج بدرهم غله مع شرط الصياغه من جانب الغله.

و قد ذكر أهل اللغة أن الطازج هو الخالص، و الغله غيره و هو المغشوش، و حينئذ فالزيادة الحكميه و هى الصياغه فى مقابله الغش، و هذا لا- مانع منه مطلقاً (٥) و على هذا يصح الحكم و يتعدى (٦)، لا فى مطلق الدرهم (٧) كما ذكره و نقله عنهم المصنف رحمه الله، (مع مخالفتها) أى الروايه (للأصل) لو حملت على الاطلاق (٨) كما ذكره، لأن الأصل المطرد عدم جواز الزيادة من أحد الجانبين حكميه كانت، أو عينيه، فلا يجوز الاستناد فيما خالف الأصل إلى هذه الروايه، (١) و هو قول الشيخ فى النهايه و لكن خصها ببيع الدرهم بالدرهم.

(٢) بين الصياغه و غيرها من الشروط.

(٣) و هو قول ابن إدريس مع تعميم المورد إلى كل بيع و إلى كل شرط غير عينى.

(٤) و هو بيع الدرهم بالدرهم مع الزيادة.

(٥) سواء كانت الزيادة عينيه أم حكميه.

(٦) إلى كل زياده.

(٧) بل فى خصوص إبدال الطازج بالغله.

(٨) أى على الاطلاق فى الدراهم.

مع أن في طريقها من لا يعلم (١) حاله.

في الأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما

(و الأواني المصوغة من النقدين إذا بيعت بهما (٢) معا (جاز) مطلقا (٣)، (و إن) (١) و هو محمد بن فضيل و هو مشترك بين جماعه، بعضهم مجهول، نعم احتمال صاحب نقد الرجال أنه محمد بن القاسم بن الفضيل الثقة فراجع.

(٢) أى بالنقدين من ذهب و فضه، هذا و المجتمع من جنسين - و هما الذهب و الفضة - يجوز بيعه بغير جنسهما مطلقا، و بهما معا لانصراف كل إلى ما يخالفه، سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا، مع معرفته قدر المجموع، و سواء أمكن تخليصهما أم لا.

و يجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب و الفضة، إذا علم زياده العوض عما يوجد في المجتمع من جنسه بحيث يصلح الزائد ثمنا للآخر و إن قلّ سواء أمكن تخليصهما أم لا، هذا هو مقتضى القواعد في بيع المتجانسين مع عدم زياده حذرا من الربا.

هذا و ذهب الشيخ في النهايه و تبعه عليه جماعه منهم المحقق في الشرائع إلى أن الأواني المصنوعه من الذهب و الفضة - و هي المراد من المجتمع في الكلام السابق - يجوز بيع كل واحد منهما بجنسه من غير زياده مع العلم بمقداره، و بغير الجنس مع الزيادة، و إذا لم يعلم المقدار و أمكن تخليصهما لم تبع هذه الأواني بأحدهما بل بيعت بهما أو بغيرهما، و إن لم يعلم المقدار و أمكن التخليص و كان أحدهما أغلب بيعت هذه الأواني بالأقل منهما خاصة، و إن تساويا بيعت بهما، استنادا إلى أخبار.

منها: خبر إبراهيم بن هلال (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جام فيه فضه و ذهب أشتريه بذهب و فضه؟ فقال: إن كان يقدر على تخليصه فلا، و إن لم يقدر على تخليصه فلا بأس) (١)، و خير عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن شراء الذهب فيه الفضة بالذهب قال: لا يصلح إلا بالدنانير و الورق) (٢)، و خبر أبي عبد الله مولى عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الجوهر الذي يخرج من المعدن، و فيه ذهب و فضه و صفر جميعا، كيف نشتره؟ قال: اشتر بالذهب و الفضة جميعا) (٣)، و هي ضعيفه السند غير وافية بتمام ما ذكره الشيخ في النهايه، مع عدم الدلالة فيها على التفصيل بين التخلص و عدمه، على أنها محموله على عدم العلم بمقدار كل منها فلو بيعت الأواني المصنوعه منهما بهما فلا مخالفه للقواعد المقرره في باب الربا و الاستفادة من صحاح الأخبار و المعمول بها بين الأصحاب، لانصراف كل جنس إلى ما يخالفه.

(٣) سواء كان كل من الذهب و الفضة الموجودين في الأواني مساويا لجنسهما في العوض أو زائدين أو مختلفين، لانصراف كل منهما إلى ما يخالفه.

ص: ٥١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الصرف حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصرف حديث ٣ و ٥.

(بيعت بأحدهما) خاصة (اشترطت زيادته على جنسه)، لتكون الزيادة في مقابله الجنس الآخر، بحيث تصلح ثمنًا له (١) وإن قلّ، ولا فرق في الحالين (٢) بين العلم بقدر كل واحد منهما، وعدمه، ولا بين إمكان تخليص أحدهما عن الآخر، وعدمه، ولا بين بيعها بالأقل مما فيها من النقيدين، والأكثر.

(و يكفى غلبه الظن) في زيادة الثمن على مجانسه من الجوهر، لعسر العلم اليقيني بقدره غالبًا، ومشقه التخليص الموجب له (٣). وفي الدروس اعتبر القطع بزيادة الثمن وهو أجود (٤).

(و حليه السيف و المركب يعتبر فيها العلم إن أريد بيعها) (٥) أى الحليه (بجنسها)، و المراد بيع الحله و المحلّى، لكن لَمَّا كان الغرض التخلص من الربا و الصرف خصّ الحليه، و يعتبر مع بيعها بجنسها زيادة الثمن عليها، لتكون الزيادة في مقابله السيف و المركب إن ضمهما إليها (فإن تعذر) العلم (كفى الظن الغالب بزيادة الثمن عليها).

و الأجود اعتبار القطع (٦)، وفقا للدروس و ظاهر الأكثر، فإن تعذر (٧) بيعت (١) أى بحيث تصلح الزيادة ثمنًا للجنس الآخر، و إن قلّ.

(٢) هذا رد الشارح على الشيخ، و المراد من الحالين حال بيع الأواني بهما أو بأحدهما خاصة، و من هذا الرد تعرف الضعف في كلام الشيخ المتقدم.

(٣) أى للعلم اليقيني.

(٤) بل متعين و مع تعسر التخليص فيتعذر تحصيل العلم فيتعين بيع الذهب أو الفضة الموجود في الأواني بغير مجانسه.

(٥) المراكب و السيوف المحلاه بالذهب أو الفضة إذا أريد بيعها، فإن علم ما فيها من ذهب أو فضه فيجوز بيعها بغير جنسها مطلقا و لو مع عدم الزيادة، و بجنسها مع الزيادة لتكون الزيادة في قبال نفس المحلّى من سيف أو مركب.

و إن جهل مقدار الحليه فيجوز بيعها بغير جنسها و لو مع عدم الزيادة، و يجوز بيعها بجنسها بشرط القطع بزيادة الثمن عنها و إن لم يعلم مقدارها ليكون الزائد في قبال المحلّى، من دون فرق بين إمكان نزع الحليه و عدمه.

(٦) بل هو المتعين.

(٧) أى القطع.

بغير جنسها، بل يجوز بيعها بغير الجنس مطلقا (١) كغيرها، و إنما خصّ المصنف موضع الاشتباه (٢)،

(و لو باعه بنصف دينار فشقّ (٣) أى نصف كامل مشاع، لأن النصف حقيقه فى ذلك (٤)، (إلا أن يراد) نصف (صحيح عرفا) بأن يكون هناك نصف مضروب (٥) بحيث ينصرف الإطلاق إليه، (أو نطقا) بأن يصرح بإرادته الصحيح و إن لم يكن الإطلاق محمولاً عليه فينصرف إليه (٦)، و على الأول (٧) فلو باعه بنصف دينار آخر تخير بين أن يعطيه شقى دينارين و يصير شريكا فيهما، و بين أن يعطيه دينارا كاملا عنهما، و على الثانى (٨) لا يجب قبول الكامل (٩).

(و كذا) القول (فى نصف درهم) و أجزاءهما (١٠) غير النصف.

(١) و لو بغير زياده تعذر العلم أو لا، و أما إذا بيعت بجنسها فلا بد من الزياده، و لا يجوز بيعها بالأقل لأنه موجب للربا.

(٢) و هو بيع الحليه بجنسها.

(٣) الشق بفتح الشين و تشديد القاف هو النصف من كل شىء، و أصل المسأله لو باع خمسه دراهم مثلا بنصف دينار كان للبائع شق دينار على نحو الاشاعه بمقتضى الحقيقه اللغويه، و لا يلزم المشتري بشق دينار صحيح بمعنى تنصيف الدينار نصفين و إعطاء البائع نصفاً منه على نحو التعيين.

إلا- أن يصرح بالصحيح بالمعنى المتقدم أو يكون هناك عرف حاكم فيقدم على المعنى اللغوى، و لو اختلفت العرف حمل الاطلاق على الشق بالمعنى المشاع بسبب عدم انضباط العرف خلافا للتذكره حيث حكم بالبطلان هنا مع عدم التعيين للجهاله.

(٤) فى النصف المشاع.

(٥) أى نصف منقسم عن النصف الآخر.

(٦) تفریع على كون الاطلاق محمولاً عليه.

(٧) أى صورته الاطلاق المحمول على الشق بمقتضى الحقيقه اللغويه.

(٨) أى صورته الاطلاق المحمول على الصحيح إما للتصريح و إما لإرادته ذلك و قد علم ذلك من القرائن كالعرف.

(٩) بل له المطالبه بنصفين صحيحين.

(١٠) أى اجزاء الدينار و الدرهم.

(و حكم تراب الذهب و الفضة عند الصياغة) بفتح الصاد و تشديد الياء جمع صائغ (١)(حكم) تراب (المعدن) في جواز بيعه مع اجتماعهما بهما (٢)، و غيرهما (٣)، و بأحدهما (٤) مع العلم بزياده الثمن عن مجانسه، و مع الانفراد (٥) بغير جنسه.

(و يجب) على الصائغ (الصدقه به مع جهل أربابه) (٦) بكل وجه. و لو علمهم (١) جمعه صاغه لا صياغه هذا من جهه و من جهه أخرى فلعل اللفظ الوارد في كلام الماتن هو بكسر الصاد مع تخفيف الياء فيكون مصدرا و يبقى الكلام دالا على تحرير موضوع المسأله بل عبّر بالمصدر غيره من الفقهاء كالمحقق في الشرائع و غيره.

و على كل فالذهب و الفضة المجتمعان عند الصائغ بعد صياغه ذهب الناس و فضتها لهما نفس حكم الأواني المصنوعه من الذهب و الفضة، من بيع المجتمع بالذهب و الفضة مطلقا لانصراف كل منهما إلى ما يخالفه سواء علم قدر كل واحد من المجتمع أم لا مع معرفه قدر المجموع، و سواء أمكن تخليصهما أم لا، و يجوز بيع المجتمع بكل واحد من الذهب و الفضة إذا علم زياده العوض عما يوجد في المجتمع ليكون الزائد في قبال الجنس الآخر، سواء أمكن تخليصهما أم لا.

(٢) بالذهب و الفضة معا و لو مع الزيادة لانصراف كل إلى ما يخالفه.

(٣) أى غير الذهب و الفضة.

(٤) من الذهب و الفضة.

(٥) أى كتراب الذهب أو تراب الفضة فقط، فإنه يجوز بيعه بغير جنسه مع الزيادة و هذا ما صرح به الشارح، و يجوز بيعه بجنسه مع المساواه حذرا من الربا.

(٦) فيتصدق به أو يبيعه ثم يتصدق به لأنه مجهول المالك لا- يعرف أربابه كما هو الغالب و عليه يحمل خبر على بن ميمون الصائغ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عما يكتس من التراب فأبيعه فما اصنع به؟ قال: تصدق به، فإمّا لك و إمّا لأهله، قلت: فإن فيه ذهبا و فضه و حديدا فبأى شىء أبيعته؟ قال: بعه بطعام، قلت: فإن كان لى قرابه محتاج أعطيه منه؟ قال: نعم) (١)، نعم لو علم صاحبه و جب إرجاعه إليه لأنه ماله، و لو علم صاحبه ضمن عدد محصور و جب التحلل منه و لو بالصلح و نحوه، لأن الصدقه بمال الغير مشروطه باليأس من معرفته، و على هذا فيجب التخلص من كل غريم يعلمه و ذلك عند-

ص: ٥١٩

فى محصورين وحب التخلص منهم، و لو بالصالح مع جهل حق كل واحد بخصوصه، و يتخير مع الجهل بين الصدقه بعينه و قيمته (١).

(و الأقرب الضمان لو ظهوروا و لم يرضوا بها) أى بالصدقه لعموم الأدله الداله على ضمان ما أخذت اليد، خرج منه ما إذا رضوا، أو استمر الاشتباه فيبقى الباقي.

و وجه العدم إذن الشارع له فى الصدقه فلا يتعقب الضمان، و مصرف هذه الصدقه الفقراء و المساكين، و يلحق بها (٢) ما شابهها من الصنائع الموجهه لتخلف أثر المال، كالحداده و الطحن و الخياطه و الخبازه.

(و لو كان بعضهم معلوما و جب الخروج من حقه) و على هذا (٣) يجب التخلص من كل غريم يعلمه، و ذلك (٤) يتحقق عند الفراغ من عمل كل واحد، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير، و لزمه حكم ما سبق.

خاتمه الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين

اشاره

(خاتمه - الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين (٥))

فى الحكم فى الصرف و غيره

عندنا (فى الصرف و غيره)، لعموم الأدله الداله على التعيين، و الوفاء بالعقد، -الفراغ من العمل، فلو أخر حتى صار مجهولا أثم بالتأخير و لزمه الحكم السابق.

ثم إن مصرفه مصرف الصدقات الواجبه هذا من جهه و من جهه أخرى لو ظهر بعض المستحقين بعد الصدقه، و لم يرض بها ضمن حصته لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و يحتمل العدم لأن الشارع قد أمره بالصدقه فهو إذن شارعى لا يتعقبه الضمان و هو الأقوى.

(١) بأن يبيعه ثم يتصدق بالثمن.

(٢) بالصياغه.

(٣) من وجوب الخروج من مال الذى عرف شخصه.

(٤) أى التخلص.

(٥) الدراهم و الدنانير يتعينان بالتعيين، و هذا موضع وفاق بيننا لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١)، فإذا اشتملت على التعيين لم يتم

الوفاء بها إلا بجميع مشخصاتها، ولأن-

ص: ٥٢٠

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

و لقيام المقتضى فى غيرها (١)،(فلو ظهر عيب فى المعين) (٢) ثمننا كان، أم مئنا (من غير جنسه) بأن ظهرت الدراهم نحاسا، أو رصاصا (بطل) البيع (فيه)، لأن ما وقع عليه العقد غير مقصود بالشراء، و العقد تابع له (٣)،(فإن كان بإزائه مجانسه بطل البيع من أصله) إن ظهر الجميع كذلك (٤)، و إلا- (٥) فبالنسبه (كدراهم بدراهم، و إن كان) ما بإزائه (مخالفا) فى الجنس (٦)(صح) البيع (فى السليم (٧) و ما قابله، و يجوز) لكل منهما (الفسخ مع الجهل) بالعيب، لتبعض الصفقه.

-المقتضى لتعيين غيرهما هو العقد، و هو حاصل هنا، و لذا لا بد من دفع نفس الدراهم و الدنانير المعينه فلا يجوز دفع غيرهما و لو تساوت الأوصاف، و إن تلف المعين قبل القبض انفسخ البيع و لم يكن له دفع بدله و إن ساواه، و لو كان فى المعين عيب فلا يستبدل بل إما أن يرضى به أو يفسخ العقد.

و غالب مخالفينا على ذلك إلا أبو حنيفة حيث ذهب إلى أنها لا تتعين بالعقد بل بالقبض، و أثبت نقيض هذه الأحكام.

(١) فى غير الدراهم و الدنانير، و المقتضى هو العقد.

(٢) و المعنى: ما لو اشترى دراهم بمثلها معينه، و وجد جميع ما صار إليه من الثمن من غير جنس الدراهم، بل هى رصاص و نحوه كان البيع باطلا- بلا- خلاف و لا إشكال، و كذا فى غير الصرف فيما لو باعه ثوبا مثلا كتانا فبان صوفا، بطل البيع لتخلف العقد عما وقع عليه العقد، إذ وقع العقد على العين الخارجيه و هى رصاص أو صوف مع أن القصد هو الفضه أو الكتان، و ليس له الإبدال لوقوع العقد على عين شخصيه فلا يتناول غيرها، و لا الأرش لعدم وقوع الصحيح و المعيب على هذه العين، بلا فرق فى ذلك كله بين كون المعين ثمنا أو مئنا.

و كذا الحكم فيما لو وجد بعض المعين من غير جنس الدراهم فيبطل البيع فى هذا البعض فقط، و للذى انتقل إليه المعين خيار تبعض الصفقه و له الإمضاء مع أخذ البعض الآخر و لكن يأخذه بحصته من مجانسه من دون زياده لئلا يلزم الربا.

(٣) أى للقصد.

(٤) أى معينا بحيث ظهر من غير جنسه.

(٥) فإن ظهر العيب فى البعض.

(٦) كبيع دراهم بدنانير معينه.

(٧) فيما لو ظهر العيب فى البعض فقط، و أما لو ظهر العيب فى الجميع فقد عرفت بطلان البيع من رأس فى المجانس، و مثله فى غير المجانس.

(و لو كان العيب من الجنس) (١) كخشونه الجوهر، و اضطراب السكه، (و كان بإزائه مجانس (٢)، فله الرد بغير أرش)، لثلا يلزم زياده جانب المعيب المفضى إلى الربا، لأن هذا النقص حكيمى، فهو فى حكم الصحيح (٣)، (و فى المخالف (٤) بإزاء المعيب (إن كان صرفا) كما لو باعه ذهباً بفضه فظهر أحدهما معيباً من الجنس (فله الأرش فى المجلس (٥)، و الرد).

أما ثبوت الأرش فللعيب، و لا يضر هنا زياده عوضه للاختلاف (٦)، و اعتبر كونه فى المجلس للصرف.

و وجه الرد ظاهر، لأنه مقتضى خيار العيب بشرطه (٧).

(١) أى لو اشترى دراهم بمثلها معينه فوجد جميع ما صار إليه من جنس الدراهم و لكن به عيب كخشونه الجوهر أو اضطراب السكه كان له رد الجميع أو إمساكه، و ليس له رد البعض فقط لتبعض الصفقه، و ليس له الإبدال للتعين.

و إن كان العيب مختصاً بالبعض تخير أيضا بين رد الجميع و إمساكه، و لكن هل له رد المعيب وحده، قيل: لا لإفضائه إلى تبعض الصفقه على الآخر فيمتنع الرد، كما لو كان المعيب جميعه و أراد ردّ بعضه و هذا ما قطع به المحقق و جماعه، و قيل: له الاقتصار على ردّ المعيب لانتقال الصحيح بالبيع و ثبوت الخيار فى الباقي لعارض العيب، و هو لا يوجب فسخ البيع و هذا ما رجحه العلامة فى التذكرة.

و أما الأرش فهو منفي سواء كان العيب فى الجميع أو البعض، لأن المفروض أن البيع بين دراهم و دراهم و هما من جنس الفضه الموزونه و هما متساويان قدرا، فلو أخذ أرش المعيب لزم زياده قدر المعيب على الصحيح و هذا مما يوجب الربا، مع ضميمه أن جيد الجوهر و رديّه جنس واحد، نعم لو كانا مختلفين كالدراهم و الدنانير جاز له أخذ الأرش ما دام فى المجلس، فإن فارقه لم يجز أن يأخذ الأرش لثلا يعدّ صرفا بعد التفرق.

(٢) كبيع الدرهم بالدرهم.

(٣) لأن الجوهر الرديء كالجيد ما دام فى الوزن سواء.

(٤) كبيع الدرهم بالدinar.

(٥) و التقييد بالمجلس لثلا يلزم الصرف بعد المجلس مع أنه يشترط التقابض فيه فى المجلس.

(٦) أى الاختلاف فى الجنس.

(٧) أى شرط الخيار المذكور، و شرطه ما لو كان جاهلا.

(و بعد التفرق له الرد، و لا يجوز أخذ الأرش من النقدين)، لثلا يكون صرفا (بعد التفرق، و لو أخذ الأرش (من غيرهما (١) قيل) و القائل العلامة رحمه الله:

(جاز)، لأنه (٢) حينئذ كالمعاوضه بغير الأثمان (٣) فيكون جمله العقد بمنزله بيع و صرف، و البيع ما أخذ عوضه بعد التفرق.

و يشكل (٤) بأن الأرش جزء من الثمن، و المعتمد فيه النقد الغالب فإذا اختار الأرش لزم النقد حينئذ (٥)، و اتفاهما على غيره (٦) معاوضه (٧) على النقد الثابت فى الذمه أرشا لا نفس الأرش.

و يمكن دفعه (٨)...

(١) أى غير النقدين بعد التفرق، أى لو باع أحد النقدين بالآخر ثم ظهر أحدهما معيبا فى الجنس كخشونه الجوهر و اضطراب السكه و تمّ التفرق فهل يجوز أخذ أرش المعيب بعد المجلس من غير النقدين، قال الفاضل فى التحرير و الشهيدان فى الدروس و المسالك بجوازه لعدم كون الأرش صرفا لأنه ليس من النقدين، بل هو معاوضه بغيرهما و يكون جمله العقد الذى وقع بمنزله بيع و صرف، فصرف باعتبار ما وقع من التقابض فى المجلس بالنسبه للسليم، و بيع باعتبار الأرش بالنسبه للمعيب الذى وقع بعد المجلس.

(٢) أى الأرش من غير النقدين.

(٣) أى بغير النقدين.

(٤) و الماتن هنا قد توقف فى الحكم و الشارح جزم بعدمه هنا، لأن المعروف كون الأرش جزءا من الثمن، و المعتمد فى الثمن هو النقد، على أن الحقوق الماليه يرجع فيها إلى النقدين، و على كل فلو اختار الأرش للزم النقد، فيثبت بيع الصرف و لازمه عدم الجواز لتفرق المجلس، و اختيارهما هنا غير النقدين إنما هو من باب المعاوضه عن الأرش الثابت فى الذمه و الذى عرفت أنه نقد.

(٥) أى حين اختيار الأرش و يلزم أنه صرف فيبطل لكونه بعد التفرق.

(٦) أى غير النقد و هذا هو المفروض فى المسأله.

(٧) خبر لقوله: (و اتفاهما).

(٨) أى يمكن دفع دليل العدم الموجب لعدم جواز قبض الأرش من غيرهما بعد تفرق المجلس الذى أتى به الشارح هنا، و حاصل الدفع: أن الثابت من الأرش هو النقد لما تقدم و لكن لا يثبت الأرش فى ذمه الذى دفع المعيب إلا حين اختيار صاحب الخيار -

بأن الثابت (١) و إن كان هو النقد لكن لما لم يتعين (٢) إلا باختياره الأرش، إذ لو ردّ لم يكن الأرش ثابتا كان ابتداء تعلقه (٣) بالذمه الذى هو بمنزله المعاوضه اختياره (٤) فيعتبر حينئذ قبضه قبل التفرق (٥)، مراعاة للصرف، و كما يكفى فى لزوم معاوضه الصرف دفع نفس الأثمان قبل التفرق كذا يكفى دفع عوضها (٦) قبله (٧)، بل مطلق (٨) براءة ذمه من يطلب منه (٩) منه (١٠)، فإذا اتفقا على جعله من غير النقدين جاز، و كانت المعاوضه كأنها واقعه به (١١).

و فيه (١٢): أن ذلك يقتضى جواز أخذه فى مجلس اختياره من النقدين أيضا، -ذلك، إذ له الرد و أن لا يختار الأرش، و إذا اختار الأرش بعد مجلس العقد فيثبت الأرش حينئذ فى ذمه الطرف الآخر، و قد عرفت أن الثابت من الأرش هو النقد، فيثبت النقد حينئذ فى ذمه الطرف الآخر فى مجلس الاختيار و عليه فلا بد من قبض نقد الأرش فى هذا المجلس.

و مما تقدم تعرف أنه و إن جاز قبض الأرش من غير النقدين فى غير مجلس العقد لكن لا بدّ من قبضه فى مجلس الاختيار.

(١) أى الثابت من الأرش.

(٢) أى لم يتعين الأرش.

(٣) أى ابتداء تعلق النقد الذى هو بمنزله المعاوضه عن الأرش.

(٤) أى اختيار الأرش.

(٥) عن مجلس الاختيار.

(٦) عوض الأثمان.

(٧) أى قبل التفرق عن مجلس الاختيار.

(٨) أى بل يكفى فى لزوم المعاوضه مطلق براءة ذمه من يطلب منه عوض الصرف من ذلك العوض قبل التفرق، حتى لو كان الأبراء بهبه.

(٩) أى من يطلب منه العوض، و لفظ (منه) متعلق بطلب.

(١٠) أى من العوض و هو متعلق ب (براءه).

(١١) أى بغير النقدين.

(١٢) أى و فى الدفع، و حاصل ما فيه أن ذلك يقتضى جواز أخذ الأرش فى مجلس اختياره من النقدين أيضا، ما دام المدار على القبض فى مجلس اختيار الأرش مع أنهم لا يقولون بذلك لما تقدم من عدم جواز أخذ الأرش من النقدين بعد مجلس العقد.

و لا- يقولون به، و لزومه (١) و إن كان موقوفا على اختياره (٢) إلا أن سببه (٣) العيب الثابت حاله العقد فقد صدق التفرق (٤) قبل أخذه و إن لم يكن (٥) مستقرا (٦).

و الحق أنا إن اعتبرنا فى ثبوت الأرش السبب (٧) لزم بطلان البيع فيما قابله (٨) بالتفرق (٩) قبل قبضه (١٠) مطلقا (١١)، و إن اعتبرنا (١٢) حاله اختياره (١٣)، أو جعلناه (١٤) تمام السبب (١٥) على وجه النقل لزم جواز أخذه (١٦) فى مجلسه (١٧) مطلقا (١٨)، و إن جعلنا ذلك (١٩) كاشفا عن ثبوته (٢٠) بالعقد لزم البطلان فيه (٢١) (١) أى لزوم الأرش.

(٢) أى اختيار الأرش.

(٣) سبب الأرش.

(٤) باعتبار أن سبب الأرش حاصل حاله القعد، و أخذ الأرش قد تم بعده و لو فى مجلس الاختيار.

(٥) أى الأرش.

(٦) أى مستقرا فى ذمه البائع.

(٧) و هو العيب.

(٨) أى قابل السبب الذى هو العيب، و المراد بمقابله هو الأرش.

(٩) أى بسبب التفرق.

(١٠) أى قبل قبضه حين ثبوت السبب، و هو قبضه حاله العقد.

(١١) سواء كان الأرش من النقدين أم من غيرهما.

(١٢) أى اعتبرنا ثبوت الأرش.

(١٣) أى حال اختيار الأرش.

(١٤) أى جعلنا اختيار الأرش.

(١٥) أى تمام السبب لثبوت الأرش، إذ سببه مؤلف من العيب و اختيار الأرش.

(١٦) أخذ الأرش.

(١٧) أى مجلس الاختيار.

(١٨) سواء كان من النقيدين أم من غيرهما.

(١٩) أى اختيار الأرش.

(٢٠) أى ثبوت الأرش.

(٢١) أى الأرش.

ص: ٥٢٥

أيضا (١)، و على كل حال فالمعتبر منه (٢) النقد الغالب، و ما اتفقا على أخذه أمر آخر (٣)، و الوجه الأخير (٤) أوضح، فيتجه مع اختياره (٥) البطلان فيما قابله (٦) مطلقا (٧)، و إن رضى بالمدفوع لزم (٨).

فإن قيل (٩): المدفوع أرشا ليس هو أحد عوضى الصرف، و إنما هو عوض صفة فائته في أحد العوضين، و يترتب استحقاقها (١٠) على صحة العقد، و قد حصل التقابض في كل من العوضين فلا مقتضى للبطلان، إذ وجوب التقابض إنما هو في عوضى الصرف، لا فيما وجب بسببهما (١١).

قلنا: الأرش و إن لم يكن أحد العوضين، لكنه كالجزم من الناقص منهما، و من ثم حكموا بأنه جزء من الثمن، نسبته إليه (١٢) كنسبه قيمه الصحيح إلى المعيب، و التقابض الحاصل في العوضين وقع مترلزلا، إذ يحتمل رده (١٣) رأسا، و أخذ (١٤) أرش النقصان الذى هو كتتمه العوض الناقص، فكان (١٥) بمنزله بعض (١) أى كما فى الوجه الأول إذ يشترط القبض فى مجلس العقد و لم يتم.

(٢) من الأرش.

(٣) بل معاوضه على ما ثبت بالأرش.

(٤) من كون اختيار الأرش كاشفا عن ثبوته بالعقد.

(٥) أى اختيار الأرش.

(٦) أى قابل الأرش، و وجه البطلان لأنه غير مقبوض فى مجلس العقد.

(٧) سواء كان الأرش من النقدين أم لا.

(٨) أى و إن أمضى البيع و رضى بالمعيب المدفوع إليه من غير أرش للزم العقد.

(٩) و هو قول للمحقق الثانى فى جامعه و حاصله أن الأرش يعطى فى قبال صفة فائته فى أحد العوضين و هذا لا يحتاج إلى التقابض فى المجلس، إذ التقابض شرط فى عوضى الصرف لا فى صفاتهما.

(١٠) أى استحقاق الصفة الفائته.

(١١) أى بسبب عوضى الصرف كصفه فائته فيهما.

(١٢) أى نسبه الأرش إلى الثمن.

(١٣) أى رد المبيع.

(١٤) معطوف على قوله (يحتمل رده).

(١٥) أى الأرش.

ص: ٥٢٦

العوض، و التخيير بين أخذه و العفو (١) عنه ورد المبيع لا- ينافى ثبوته (٢)، غايته، التخيير بينه، و بين أمر آخر (٣)، فيكون ثابتا ثبوتا تخييريا بينه و بين ما ذكر (٤).

في ما لو كان العيب الجنسي في غير صرف

(و لو كان) العيب الجنسي (في غير صرف) (٥) بأن كان العوض الآخر عرضا (فلا شك في جواز الرد و الأرش)، إعطاء للمعيب حكمه شرعا (٦)، و لا مانع منه هنا (مطلقا) سواء كان قبل التفرق، أم بعده.

(و لو كانا) أى العوضان (غير معينين (٧) فله الإبدال) مع ظهور العيب (١) أى العفو عن الأرش مع إمضاء البيع.

(٢) أى ثبوت الأرش.

(٣) و هو الرد أو العفو.

(٤) من الرد أو العفو.

(٥) بأن اشترى متاعا بدراهم، و وجد عيبا جنسيا في الدراهم كاضطراب السكه فلا- شك في جواز الرد بالعيب، و الأرش و الامضاء بلا إشكال فيه قبل التفرق أو بعده لعدم كونه صرفا حتى يشترط فيه التقابض في المجلس، هذا و كل متاع يسمى عرضا سوى الدرهم و الدينار فهما أثمان.

(٦) من الرد أو الأرش أو الامضاء من دون شيء آخر و هو المسمى بالعفو.

(٧) ما تقدم كان شراء دراهم معينه بمثلها، و هنا لو اشترى دراهم في الذمه بمثلها، و وجد جميع ما صار إليه غير فضه قبل التفرق، كان له المطالبة بالبدل قطعا، لأن العوض في الذمه و هو أمر كلي و المدفوع لما لم يكن من الجنس امتنع أن يكون فردا للمبيع، و عليه فيطالب بحقه من حيث لم يحصل التفرق قبل القبض.

و إن كان قد ظهر ذلك بعد التفرق بطل الصرف لعدم القبض في المجلس، و لو كان قد ظهر ذلك في البعض طالب بالبدل قبل التفرق، و أما بعده فيبطل الصرف فيه لعدم التقابض و يصح في الباقي لوجود المقتضى و كان له خيار تبعض الصفقه.

و لو خرج المدفوع معيبا بالجنس لأنه مضطرب السكه و نحوه و فرض كون العيب في الجميع كان مخيرا بين الرد للعيب و الامساك من غير أرش لثلا يلزم الربا، هذا من جهة و من جهة أخرى كان له المطالبة بالإبدال قبل التفرق لأن العوض أمر كلي في الذمه و هو محمول على الصحيح فله المطالبة به حينئذ، و أما بعد التفرق ففيه تردد و خلاف، و عن الشيخ و ابن حمزه و الفاضل و المحقق الثاني و الشهيد الثاني أن له ذلك، و عن الشهيد في الدروس أنه لا يجوز و هو ظاهر للمعه هنا أيضا باعتبار أن الإبدال يقتضى عدم الرضا-

جنسيا (١) كان، أم خارجيا (٢)، لأن العقد وقع على أمر كلي و المقبوض غيره، فإذا لم يكن (٣) مطابقا لم يتعين لوجوده فى ضمنه (٤)، لكن الإبدال (ما دام فى المجلس فى الصرف)، أما بعده (٥) فلا، لأنه يقتضى عدم الرضا بالمقبوض قبل التفرق و أن الأمر الكلى باق فى الذمه فىؤدى إلى فساد الصرف (٦).

هذا إذا كان العيب من الجنس، أمّا غيره (٧) فالمقبوض ليس ما وقع عليه العقد مطلقا (٨) فيبطل بالتفرق، لعدم التقابض فى المجلس.

و يحتمل قويا مع كون العيب جنسيا جواز إبداله بعد التفرق، لصدق التقابض فى العوضين قبله (٩)، و المقبوض محسوب عوضا و إن كان معيبا، لكونه (١٠) من الجنس فلا يخرج عن حقيقته العوض المعين، غايته كونه مفوتا لبعض الأوصاف فاستدراكه ممكن بالخيار، و من ثمّ لو رضى به (١١) استقر ملكه عليه، -بالمقبوض قبل التفرق و أن المبيع حقيقته إنما هو البدل، و قد حصل التفرق قبل قبضه فيكون الصرف باطلا.

و وجه الجواز أن التقابض تحقق فى العوضين قبل التفرق، و كونه معيبا لا يخرج عن الجنسيه و لا يخرج عن حقيقته العوض غايته بالعيب المذكور يثبت له الخيار و لكنه أصبح ملكا له و نماؤه له من حين العقد إلى حين الرد، ثم لو فسخ رجع الحق إلى الذمه فيتعين أن المقبوض أولا عوض قد قبضه قبل التفرق و به يتحقق شرط الصحة لهذا البيع.

(١) كاضطراب السكه.

(٢) كأن يظهر كونها من الرصاص.

(٣) أى المقبوض.

(٤) أى لوجود الكلى فى فردة، و المقبوض ليس من أفرادة.

(٥) بعد المجلس أى بعد التفرق.

(٦) و سيأتى منه تقويه عكسه.

(٧) كأن يكون العيب خارجيا بأن ظهر أنه من الرصاص مثلا.

(٨) أى أصلا.

(٩) أى قبل التفرق، و قد تقدم منا شرحه.

(١٠) أى لكون المعيب.

(١١) أى بالمعيب.

و نماؤه له على التقديرين (١).

بخلاف غير الجنسي (٢) و حينئذ (٣) فإذا فسخ (٤) رجع الحق إلى الذمه، فيتعين حينئذ (٥) كونه (٦) عوضا صحيحا، لكن يجب قبض البدل (٧) في مجلس الرد، بناء على أن الفسخ رفع العوض، فإذا لم يقدح في الصحة سابقا يتعين القبض حينئذ ليتحقق التقابض.

و يحتمل قويا سقوط اعتباره أيضا، لصدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، و للحكم بصحة الصرف بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت خلافه، و ما وقع (٨) غير كاف في الحكم بوجود التقابض (٩)، لأنه حكم طارئ بعد ثبوت البيع.

(و في غيره) أى غير الصرف له الإبدال، (و إن تفرقا)، لانتفاء المانع منه (١٠) مع وجود المقتضى له (١١)، و هو العيب في عين لم يتعين عوضا.

(١) تقدير الرضا به، و تقدير الرد لأن نماء المقبوض المعيب للتقابض.

(٢) فلا يستقر ملكه عليه على تقدير الرضا، و لا يكون نماؤه له على التقديرين لعدم وقوع العقد عليه أصلا.

(٣) أى حين الإبدال مع كون العيب جنسيا.

(٤) أى فسخ في العوض المعيب لا فسخ أصل البيع.

(٥) أى حين الفسخ.

(٦) كون المقبوض أولا.

(٧) قال الشارح في المسالك: (و لكن هل يجب قبض البدل في مجلس الرد بناء على أن الفسخ رفع العوض و صير عوض الصرف غير مقبوض، فإذا لم يقدح في صحه السابقه يتعين القبض حينئذ لتحقق التقابض، أو يسقط اعتباره من حيث صدق التقابض في العوضين الذي هو شرط الصحة، و الأصل براءة الذمه من وجوب قبض آخر، و لأن الصرف قد حكم بصحته بالقبض السابق فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و جهان أجودهما الثاني).

(٨) أى ما وقع ثانيا من الرد.

(٩) في مجلس الرد.

(١٠) من الإبدال بعد جواز القبض فيه بعد مجلس العقد.

(١١) للإبدال.

إشارة

(الفصل السادس: في السلف (١)

في تعريفه

و هو بيع (مضمون) (٢) في الذمه، مضبوط بمال معلوم مقبوض (٣) في المجلس إلى أجل معلوم (٤) بصيغه خاصه، (و ينعقد بقوله) أى قول المسلم و هو المشتري (أسلمت إليك، أو أسلفتك)، أو سلفتك بالتضعيف، و فى سَلَمَتِكَ وجه (٥)، (كذا (٦) فى كذا (٧) إلى كذا (٨)، و يقبل المخاطب) و هو المسلم إليه و هو البائع بقوله: قبلت و شبهه، و لو جعل الإيجاب منه جاز بلفظ البيع و التمليك، و استلمت منك و استلفت و تسلفت و نحوه (٩).

في شرطه

(و يشترط فيه (١٠) شروط البيع بأسرها (١١)، و يختص بشروط (ذكر الجنس) (١٢)، و المراد به هنا الحقيقة النوعية كالحنطة و الشعير، (و الوصف الراجع) (١) و هو السلم، و كلاهما بفتح السين و اللام، و هو ابتياع كلى بضمن حال عكس النسبيته، و يقال للمشتري المسلم بكسر اللام، و للبائع المسلم إليه، و للثمن المسلم، و للمبيع المسلم فيه، و هو نوع من أنواع البيع فلا بد فيه من إيجاب و قبول، و ينعقد بلفظ أسلمت إليك أو أسلفتك كذا فى كذا هذا من المشتري، و يقول البائع المسلم إليه: قبلت و شبهه بلا خلاف فيه، و صدور الإيجاب من المشتري هنا من جملة أحكام السلف التى اختص بها عن باقى أفراد البيع.

(٢) أى بيع كلى فى الذمه.

(٣) لآخراج بيع الدين بالدين فله حكم و سيأتى البحث فيه.

(٤) سيأتى دليله.

(٥) لدلالته صريحا على المقصود هذا بحسب اللغة، و لكن فى التذكرة (و يجيء سَلَمَتُكَ إلا أن الفقهاء لم يستعملوه).

(٦) و هو الثمن.

(٧) و هو المبيع.

(٨) أى إلى أجل معلوم.

(٩) و القبول من المسلم و هو المشتري بقوله: قبلت و نحوه.

(١٠) في السلف.

(١١) وقد تقدمت في الأبحاث السابقة.

(١٢) وكذا الوصف لأن كلما يختلف لأجله الثمن اختلافا لا يتسامح بمثله فلا بد من ذكره، ولذا لا بد من ذكر الجنس والمراد به الحقيقة النوعية، ولا بد من ذكر الوصف الموجب لاختلاف الثمن.

ص: ٥٣٠

(للجهالة) الفارق بين أصناف ذلك النوع، لا مطلق الوصف، (بل الذى يختلف لأجله الثمن اختلافا ظاهرا) لا يتسامح بمثله عادة، فلا يقدح الاختلاف اليسير غير المؤدى إليه (١)، و المرجع فى الأوصاف إلى العرف و ربما كان العامى أعرف بها من الفقيه، و حظ الفقيه منها الإجمال، و المعتبر من الوصف ما يتناوله الاسم المزيل لاختلاف أثمان الأفراد الداخلة فى المعين (٢)، (و لا يبلغ فيه الغاية) فإن بلغها و أفضى إلى عزه الوجود بطل، و إلا صح (٣).

(و اشتراط الجيد و الردىء جائز) (٤)، لإمكان تحصيلهما بسهولة، و الواجب أقل ما يطلق عليه اسم الجيد، فإن زاد عنه زاد خيرا، و ما يصدق عليه اسم الردىء، و كلما قلل الوصف فقد أحسن.

(و شرط (الأ-جود و الأ-ردإ ممتنع)، لعدم الانضباط، إذ ما من جيد إلا و يمكن وجود أجود منه، و كذا الأردإ، و الحكم فى الأجود وفاق، و أما الأردأ فالأجود أنه كذلك.

(١) إلى اختلاف الثمن.

(٢) من أفراد النوع الواحد.

(٣) أى و لا- يبلغ فى الوصف الغاية لأنه يكفى ذكر الوصف المزيل لاختلاف الأثمان فقط، و لو استقصى فى الأوصاف و وجد الموضوع صح السلم و إن عزّ وجوده بطل كما هو واضح لتعذر المبيع غالبا.

(٤) بلا- خلاف فيه، بل قد يقال - كما فى الجواهر - بكونهما من الأوصاف التى يتوقف رفع الجهالة على ذكرهما و من هنا حكى عن المبسوط و التذكرة وجوب التعرض لهما.

نعم لو شرط الأجود لم يصح لتعذره بلا خلاف فيه لأنه ما من فرد جيد إلا و يمكن أن يكون فوقه ما هو أجود منه فلا يتحقق كون المدفوع من أفراد الحق.

و كذا لو شرط الأردأ لأنه ما من ردىء إلا و هناك أردأ منه، هذا على المشهور، و عن المحقق فى الشرائع أنه يصح اشتراط الأردإ لإمكان التخلص بدفع الردىء فإن كان هو الأردأ فهو عين الحق و إلا فيكون قد دفع الجيد عن الردىء و هو جائز.

وفيه: أنه لا- يكفى هذا فى صحه العقد بل يجب مع ذلك تعين المسلم فيه بالضبط بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة، و يمكن تسليمه و لو بالقهر بأن يدفعه إلى الحاكم من مال المسلم إليه عند تعذر تسليمه مع أن هذين الأمرين متتفیان عن الأردإ لأنه غير متعين.

و ربما قيل بصحته، و الاكتفاء بكونه فى المرتبه الثانى من الردىء لتتحقق الأفضلىه ثم إذا كان الفرد المدفوع أردأ فهو الحق، و إلا فدفع الجيد عن الردىء جائز، و قبوله لازم، فىمكن التخلص بخلاف الأجود.

و يشكل بأن ضبط المسلم فىه معتبر على وجه يمكن الرجوع إله عند الحاجه مطلقا (١)، و من جملةها ما لو امتنع المسلم إله من دفعه فىؤخذ من ماله بأمر الحاكم قهرا، و ذلك غير ممكن هنا، لأن الجيد غير متعين عليه فلا يجوز لغيره دفعه فىتعذر التخلص، فعدم الصحه أوضح، و تردد المصنف فى الدروس.

فى أن كل ما لا يضبط وصفه ىمتنع السلم فىه

(و كل ما لا يضبط وصفه ىمتنع السلم فىه (٢)، كاللحم و الخبز و النبل المنحوت) و يجوز قبله (٣)، لإمكان ضبطها (٤) بالعدد و الوزن، و ما ىبقى فىه (٥) من الاختلاف غير قادح، لعدم اختلاف الثمن بسببه (٦) بخلاف المعمول (٧)، (و الجلود) (٨) لتعذر ضبطها، و بالوزن لا ىفيد الوصف المعتبر، لأن أهم أوصافها (١)سواء امتنع وجوده أم لا.

(٢)قد تقدم أن ذكر الجنس و الوصف الرافعين للجهاله لازم، و منه تعرف أن كل شىء مما لا ىنضبط بالوصف على وجه ترتفع جهاله و لا يؤدى إله عزه وجوده لا ىصح السلم فىه قطعاً بلا خلاف فىه كاللحم تبه و مشويه و ىشهد له خبر جابر عن أبى جعفر علىه السلام (سألته عن السلف فى اللحم، قال: لا تقرّبته فإنه يعطيك مره السمىن و مره التاوى، و مره المهزول، اشتره معاينه ىدا ىيد، قال: و سألته عن السلف فى رؤىا الماء، فقال: لا تقرّبنها فإنه يعطيك مره ناقصه و مره كامله، و لكن اشترها معاينه ىدا ىيد فهذا أسلم لك و له) (١)، و مثله الخبز.

(٣)أى قبل النحت.

(٤)أى ضبط النبل.

(٥)أى و ما ىبقى فى المسلم فىه و هو النبل.

(٦)بسبب الاختلاف غير القادح.

(٧)أى المنحوت.

(٨)المشهور على المنع للجهاله و اختلاف الخلقه و تعذر الضبط حتى بالوزن لأن القيمه لا-

ص: ٥٣٢

السمك و لا- يحصل به (١)، وقيل: يجوز، لإمكان ضبطه بالمشاهدة، وردّ بأنه خروج عن السلم، لأنه دين، ويمكن الجمع بمشاهدته جملة يدخل المسلم فيه في ضمنها من غير تعيين، وهو غير مخرج عن وضعه (٢)، كاشتراطه، من غله قريه معينه لا تخيس عاده، و حينئذ فيكفي مشاهدته الحيوان عن الإمعان في الوصف، و المشهور المنع مطلقا (٣).

(و الجواهر و اللآلى الكبار (٤)، لتعذر ضبطها) على وجه يرفع بسببه اختلاف الثمن،(و تفاوت الثمن فيها) تفاوتاً باعتبارات لا تحصل بدون المشاهدة، أما اللآلى الصغار التي لا تشتمل على أوصاف كثيرة تختلف قيمه باختلافها فيجوز مع ضبط ما يعتبر فيها سواء في ذلك المتخذة للدواء، و غيرها، و كذا القول في بعض الجواهر التي لا يتفاوت الثمن باعتبارها تفاوتاً بينا كبعض العقيق، و هو خير الدروس.

(و يجوز السلم في الحبوب و الفواكه (٥)، و الخضر، و الشحم، و الطيب،) -ترتبط به، و عن الشيخ و القاضي الجواز مع المشاهدة، و هي تدفع المحاذير السابقه، و فيه - كما عن المحقق - أنه بالمشاهدة يخرج عن السلم الذى عرفت كونه كليا مضمونا في الذمه.

و انتصر لهما الشارح في المسالك و هنا بأنه يخرج عن السلم بالمشاهدة مع تعيين المبيع، و كلام الشيخ أعم منه فيمكن حمله على مشاهدته جملة كثيره يكون المسلم فيه داخلا في ضمنها، و هذا القدر لا يخرج عن السلم كما لو شرط الثمره من بلد معين أو الغله من قريه معينه لا تخيس عاده.

(١) بالوزن.

(٢) أى وضع السلم.

(٣) حتى مع المشاهدة لجمله يدخل فيها المسلم فيه.

(٤) لم يفرق المحقق في الشرائع بين اللآلى الكبيره و الصغيره لاشتراكهما في عله المنع، و هي تعذر ضبطها بحيث ترتفع جهالتها، و فرق جماعه بينهما فجوزوه في الصغار لأنها تباع وزنا و لا يعتبر فيها صفات كثيرة توجب تفاوت قيمه بخلاف الكبار، و عن بعضهم التفريق بين ما يتخذ للتداوى فيجوز و بين ما يتخذ للزينة فلا، و ذلك لأن المأخوذ للتداوى يراد منه الوزن فقط دون الأوصاف، و الأولى من الجميع إناطه ذلك إلى العرف.

(٥) بعد ما عرفت جواز السلم فيما يمكن ضبطه بالوصف المعلوم تعرف جوازه في الخضر و الفواكه و الحبوب و كل ما تنبته الأرض، و الشحم و الطيب و الملابس و الأشربه و الأدوية-

(و الحيوان كله) ناطقا، و صامتا، (حتى في شاه لبون)، لإمكان ضبطها، و كثره وجود مثلها، و جهاله مقدار اللبن غير مانعه على تقدير وجوده، لأنه تابع، (و يلزم تسليم شاه يمكن أن تحلب في مقارب زمان التسليم)، فلا- يكفي الحامل و إن قرب زمان ولادتها، (و لا يشترط أن يكون اللبن حاصلا بالفعل حينئذ (١)، فلو حلبها و سلمها أجزاء)، لصدق اسم الشاه اللبون عليها بعده (٢).

(أما الجارية الحامل، أو ذات الولد، أو الشاه كذلك (٣) فالأقرب المنع) (٤)، لاعتبار وصف كل واحد منهما (٥)، فيعز اجتماعهما في واحد (٦)، و لجهاله الحمل و عدم إمكان وصفه. و قيل: يجوز في الجميع، لإمكانه (٧) من غير عسر، و اغتفار الجهاله في الحمل لأنه تابع، و في الدروس جوز في الحامل مطلقا (٨)، و في ذات الولد المقصود بها الخدمه، دون التسرى و الأجود الجواز مطلقا (٩)، لأن عزه وجود -و الألبان و السمن و الحيوان الاناسى منه و غيره، حتى شاه اللبون خلافا للشافعى في أحد قولييه فمنعه لمجهولييه اللبن مع أن اللبن من التوابع و يكفيه في الشاه اللبون ما كان من شأنها ذلك فيجوز تسليم شاه ليس فيها لبن، بل لو كان فيها لبن لجاز له حلبها و تسليمها بلا لبن، و إذا كان المدار في الشاه اللبون على الشاه التي من شأنها ذلك فلا يجوز تسليم الحامل و إن قرب زمن ولادتها.

(١) أي حين التسليم.

(٢) بعد الحلب.

(٣) أي الشاه الحامل أو ذات الولد.

(٤) كما عن الشيخ في مبسوطه و الماتن هنا في لمعته، أما في الحامل لجهاله أوصاف الحمل و أما في ذات الولد لعزه الوجود، و المشهور على الجواز لاغتفار الجهاله في الحمل لأنه تابع، و لامكان وصف الولد في ذات الولد على نحو لا يلزم إلى عسر الوجود، و الغريب من الماتن أنه استقرب المنع في الجارية الحامل هنا مع أنه قائل بالجواز فيها في الدروس سواء كانت حسناء أو شوهاء.

(٥) من الأم و ولدها.

(٦) بالنسبه لذات الولد.

(٧) أي إمكان وصف كل واحد من الأم و ولدها من غير استلزام عزه الوجود.

(٨) سواء كان الجارية للخدمه أم للتسرى.

(٩) في الحامل و ذات الولد، و سواء كان ذلك للخدمه أم للتسرى.

مثل ذلك (١) غير واضح، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يقتضيه.

فى أنه لا بد قبض الثمن قبل التفرق

(و لا بد من قبض الثمن قبل التفرق (٢)، أو المحاسبه به (٣) من دين عليه) أى على المسلم (٤) (إذا لم يشترط ذلك فى العقد) بأن يجعل الثمن نفس ما فى الذمه، (١) و هو اجتماع وصفى الأم و الولد.

(٢) و هذا من شرائط السلم بحيث لو افترقا قبل القبض بطل العقد، و عليه الاجماع كما عن التذكرة، و ظاهر ابن الجنيّد جواز تأخير القبض ثلاثه أيام و هو متروك كما فى الدروس و المسالك.

(٣) بالثمن.

(٤) أى البائع الذى هو مديون للمشتري بحيث يفرض الثمن وفاء للدين، و أصل المسأله هكذا: لو شرط المشتري أن يكون الثمن من دين له على البائع، و كان شرطاً فى العقد فالمشهور على البطلان لأنه بيع دين بدين فيشمله خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١) و مثله غيره.

و ذهب المحقق و تلميذه الآبى و الفاضل فى التحرير و القطيفى إلى الجواز لأن النهى عن بيع الدين بمثله لا يشمل إلا إذا كان ديناً قبل العقد لا لما صار ديناً فى العقد و لأن ما فى الذمه بمنزله المقبوض و يشهد له خبر إسماعيل بن عمر (أنه كان له على رجل دراهم فعرض عليه الرجل أن يبيعه بها طعاماً إلى أجل، فأمر إسماعيل يسأله، فقال: لا بأس بذلك، فعاد إليه إسماعيل فسأله عن ذلك و قال: إني كنت أمرت فلاناً فسألك عنها فقلت لا بأس، فقال: ما يقول فيها من عندكم؟ قلت: يقولون: فاسد، فقال: لا تفعله فإنى أوهمت) (٢)، و الاعتذار بالوهم من جهه التقيه و لذا تعرف أن الحكم الواقعى هو الجواز و لكن الجماعه حكموا بالكراهه خروجاً عن شبهه الخلاف ليس إلا.

ثم لو اشترى الدائن من المديون مبيعاً إلى أجل و لم يعين كون الثمن من الدين و لكنهما تقاصاً فى المجلس مع اتفاق الجنس و الوصف أو تحاسباً مع الاختلاف، على أنه لو اتحد الجنس و الوصف فالتقاص قهرى و إلا فالتحاسب متوقف على التراضى و على كل فهو غير مشمول للنهى عن بيع الدين بالدين فلا بد من الحكم بالصحة لأن ذلك استيفاء محض قبل التفرق مع عدم ورود العقد على ما فى الذمه، و مع ذلك قيل بالبطلان لأن الثمن قد تشخص بما فى الذمه فيكون بيع دين بمثله، و لأن هذا معاوضه على ثمن السلم قبل -

ص: ٥٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السلف حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب السلف حديث ١.

(و لو شرطه) كذلك (١) (بطل، لأنه بيع دين بدين) أما كون المسلم فيه ديناً فواضح، و أما الثمن الذى فى الذمه فلأنه دين فى ذمه المسلم فإذا جعل عوضاً للمسلم فيه صدق بيع الدين بالدين، لأن نفس الدين قد قرن بالباء (٢) فصار ثمناً، بخلاف المحاسبه عليه قبل التفرق إذا لم يشترط، لأنه استيفاء دين قبل التفرق، مع عدم ورود العقد عليه، فلا يقصر عما لو أطلقاه ثم أحضره قبل التفرق، و إنما يفتقر إلى المحاسبه مع تخالفهما (٣) جنساً أو وصفاً، أما لو اتفق ما فى الذمه و الثمن فيهما (٤) وقع التهاثر قهرياً و لزم العقد.

و لكن المصنف فى الدروس استشكل على هذا (٥) صحه العقد، استناداً إلى أنه يلزم منه (٦) كون مورد العقد ديناً بدين، و يندفع بأن بيع الدين بالدين لا يتحقق إلا إذا جعلاً معاً فى نفس العقد متقابلين فى المعاوضه، قضيه للباء (٧)، و هى (٨) منتفيه هنا، لأن الثمن هنا أمر كلى، و تعيينه بعد العقد فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و مثل هذا التقاوص و التحاسب استيفاء، لا معاوضه و لو أثر مثل ذلك (٩) لأثر مع إطلاقه (١٠)، ثم دفعه فى قبضه، و هما فاسدان، أما الأول لأن الثمن هنا أمر كلى و تعيينه فى شخص لا يقتضى كونه هو الثمن الذى جرى عليه العقد، و الثانى لا يضر بعد قبضه قبل التفرق.

(١) أى فى متن العقد.

(٢) فى قولك: بعت هذا بهذا.

(٣) أى الثمن و ما فى الذمه.

(٤) فى الجنس و الوصف.

(٥) أى على اتفاق ما فى الذمه و الثمن المحقق للتهاثر فأورد المصنف على صحه العقد بأنه من بيع الدين بالدين.

(٦) من التهاثر.

(٧) و هى الباء الداخلة على العوض و القاضيه بوجود العوض و المعوض معاً، و لذا لا يصدق بيع الدين بالدين إلا إذا كان كذلك قبل العقد.

(٨) أى المقابله بين الدينين.

(٩) أى مثل الاستيفاء و التقاوص و التهاثر.

(١٠) أى إطلاق الثمن فى العقد.

المجلس، لصدق بيع الدين بالدين عليه ابتداء، بل قيل (١) بجواز الصورة الثانية أيضا، و هي (٢) ما لو جعل الدين ثمنا في العقد، نظرا إلى أن ما في الذمه بمنزله المقبوض.

في تقديره المسلم فيه

(و تقديره) (٣) أى المسلم فيه (٤)، أو ما يعم الثمن (٥) (بالكيل، أو الوزن المعلومين) فى ما يكال، أو يوزن، و فيما لا يضبط إلا به (٦)، و إن جاز بيعه جزافا كالحطب و الحجارة، لأن المشاهده ترفع الغرر، بخلاف الدين، و احترز بالمعومين عن الإحالة على مكيال، أو صنجه مجهولين فيبطل، (أو العدد) (٧) فى المعدود، (١) عن المحقق و الآبى و الفاضل و المقداد و القطيفى على ما تقدم.

(٢) أى الصورة الثانية.

(٣) من شروط السلف أو السلم تقدير المبيع بالكيل أو الوزن المعروفين إذا كان مما يكال أو يوزن بلا خلاف فيه ضرورة توقف معرفته عليهما إذا كان كذلك فى المشاهده فى الغياب من باب أولى، و لازم ذلك لو عوّلا على صخره مجهوله أو مكيال مجهول لم يصح السلم لأنه غرر، نعم لو كان المبيع مما تكفى مشاهدته فى حال الحضور بأن يباع جزافا فقد صرح غير واحد بوجود تقديره بالكيل أو الوزن فى بيع السلم لعدم المشاهده فيه حتى ترتفع الجهالة و الغرر.

(٤) و هو المبيع.

(٥) أى الضمير فى (تقديره) شامل للمثمن و الثمن و إن كان على خلاف عبارته الماتن.

(٦) أى بالكيل أو الوزن، و هو الذى يباع جزافا فى المشاهده فلا يمكن ضبطه فى حال الغياب كما هو المفروض فى السلم إلا بأحدهما.

(٧) بحيث يباع فى المشاهده عدا كالثوب، فلا بد من عدّه فى السلم لرفع الغرر، و كذا لو كان يباع جزافا فى حال الحضور فلا بدّ من بيعه بالعدّ إذا كان العدّ رافعا للجهالة كالبيض و الجوز، دون الرمان لعدم ارتفاع الغرر إلا بالعدّ و المشاهده و لذا يتعين بيعه وزنا فى السلم.

و عن الشيخ و المحقق و ابنى زهره و إدريس و العلامه فى التذكرة أنه لا يجوز السلف فى المعدود لعدم ارتفاع الجهالة به لكثرة اختلاف المعدود فى الكبر و الصغر و غيرهما، و الاكتفاء بالعدّ فى المشاهده لارتفاع الغرر بها لا به.

و عن الفاضل فى جملة من كتبه و الشهيدين و جماعه التفصيل المتقدم بين ما لا يكثر فيه التفاوت فيصح فيه العدّ كالجوز و اللوز و بين ما يكثر فيه التفاوت كالرمان فلا، و الحق أن المدار على الانضباط الرافع للجهالة و اختلاف الثمن، و هذا ما يختلف باختلاف الأمصار و الاعصار و الأشياء المعدوده فإحالة إلى العرف هو الأولى.

(مع قله التفاوت) كالصنف الخاص من الجوز واللوز، أما مع كثرته كالرمان فلا يجوز بغير الوزن.

و الظاهر أن البيض ملحق بالجوز في جوازه مع تعيين الصنف، و في الدروس قطع بالحاقه بالرمان الممتنع به، و في مثل الثوب يعتبر ضبطه بالذرع و إن جاز بيعه بدونه مع المشاهده كما مر، و كان عليه أن يذكره أيضا، لخروجه عن الاعتبارات (١) المذكوره، و لو جعلت هذه الأشياء ثمنا فإن كان مشاهدا لحقه حكم البيع المطلق، فيكفي مشاهده ما يكفي مشاهدته فيه، و اعتبار ما يعتبر (٢).

في تعيين الأجل

(و تعيين الأجل (٣) المحروس من التفاوت) بحيث لا يحتمل الزيادة و النقصان إن أريد موضوعه (٤)، و لو أريد به مطلق البيع لم يشترط (٥) و إن وقع بلفظ السلم.

(١) من الكيل و الوزن و العدّ، و خروجه لأن الثوب يباع جزافا بالمشاهده.

(٢) من الكيل أو الوزن.

(٣) فلو ذكر أجلا- مجهولا أو يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج، أو إلى أو ان الحصاد، كان بيع السلم باطلا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: النبوى (من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم) (١)، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السلم و هو السلف في الحرير و المتاع الذى يضع في البلد الذى أنت به، قال: نعم إذا كان إلى أجل معلوم) (٢).

(٤) أى موضوع السلم.

(٥) أى لم يشترط الأجل لو ذكر السلم و أراد مطلق البيع، لأن الأجل شرط في السلم لا في مطلق البيع.

و أصل المسأله فيما لو ذكر السلم و أراد به نفس السلم لا- مطلق البيع، و كان المثلثن حالا- فهل يبطل لعدم الأجل كما عن جماعه، أو يصح لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا، قال: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدونه عندنا، قال: و أى شىء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأسا، يقولون: هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن-

ص: ٥٣٨

١- (١) البخارى ج ٣ ص ١٠٦، و الجامع الصغير ج ٢ ص ١٦٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السلف حديث ٤.

(و الأقرب جوازه) أى السلم (حالا مع عموم الوجود) أى وجود المسلم فيه (عند العقد)، ليكون مقدورا على تسليمه حيث يكون مستحقا.

و وجه القرب (١) أن السلم بعض جزئيات البيع (٢)، و قد استعمل لفظه (٣) فى نقل الملك على الوجه المخصوص (٤) فجاز استعماله فى الجنس (٥) لدلالته عليه حيث يصرح بإرادته المعنى العام (٦)، و ذلك عند قصد الحلول، كما ينقصد البيع -يشترى الطعام و ليس هو عند صاحبه إلى أجل أو حالا لا يسمى له أجلا، إلا أن يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ فى غير زمانه، فلا ينبغى شراء ذلك حالا(١)، و ظاهر جواز وقوع السلم للثمن بشرط أن يكون عام الوجود وقت العقد كما هو صريح ذيل الخبر، و هذا ما مال إليه المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و الشهيد الأول فى الدروس و اللمعه هنا، إلا أن الشارح حمل عبارته على ما لو أراد مطلق البيع من لفظ السلم، و قد تبع بذلك المحقق الثانى حيث فسر عبارته القواعد بذلك، مع أن عبارته القواعد كعباره اللمعه هنا ظاهره فى إرادته السلم من لفظ السلم لا مطلق البيع، و لذا سيعترف الشارح فيما بعد أن الظاهر من عبارته اللمعه ما ذكرناه، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو أراد مطلق البيع من لفظ السلم و كان المثلن حالا فالنزاع فيه ليس من ناحيه حاله المثلن فى مطلق البيع، لأن الحاليه هو الأصل فى البيع المعروف بل النزاع فى جواز إرادته مطلق البيع من لفظ السلم، و قد ذكر الشارح للجواز دليلا و حاصله أن مطلق البيع عام و السلم خاص و إرادته العام من الخاص جائز بعد عدم إرادته الخاص لقرينه الحلول فى المثلن.

(١) استدلال من الشارح لجواز استعمال لفظ السلم فى بيع ما يكون تسليمه حالا، لا أنه استعمل فى السلم حقيقه.

(٢) أى أحد أفراد البيع.

(٣) أى لفظ السلم.

(٤) و هو كون المثلن حالا.

(٥) و هو مطلق البيع.

(٦) لأنه مع قصد الحلول فى المثلن لا يعقل أن يقصد السلم، فيكون ذلك قرينه على أنه مستعمل فى مطلق البيع الذى هو الجنس.

ص: ٥٣٩

بملكته كذا بكذا (١)، مع أن التمليك موضوع لمعنى آخر، إلا- أن قرينه العوض المقابل عينته للبيع، بل هذا (٢) أولى (٣)، لأنه بعض أفراد، بخلاف التمليك المستعمل شرعا في الهبة بحيث لا يتبادر عند الإطلاق غيرها (٤)، وإنما صرفه عنها القيود الخارجية.

و مثله القول فيما لو استعملا (٥) السلم في بيع عين شخصيه (٦)، و أولى بالجواز (٧)، لأنها أبعد عن الغرر.

و الحلول أدخل في إمكان التسليم من التأجيل (٨).

و من التعليل (٩) يلوح وجه المنع فيهما (١٠) حيث إن بناء (١١) على البيع المؤجل مضمنه الثابت في الذمه، و قد قال النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «من أسلف فليسلف في كيل معلوم، أو وزن معلوم، أو أجل معلوم».

(١) مع أن التمليك أعم من البيع، لكن ذكر العوض دليل على عدم إرادته الهبه، و هو الدليل على إرادته البيع.

(٢) أى ذكر البيع من لفظ السلم.

(٣) وجه الأولويه أن اسلم بعض أفراد البيع بخلاف التمليك الذى يستعمل فى الهبه، و هى مباينه لمعنى البيع، فإذا جاز استعمال المباين فى مباينه فاستعمال الخاص فى العام أولى.

(٤) غير الهبه.

(٥) أى المتعاقدان.

(٦) و كانت حاضره.

(٧) لأنها مشاهده، و مشاهده المبيع تنفى الغرر.

(٨) لأن المضمن إذا كان حالا فالبايع له قدره على تسليمه أكثر من قدرته على تسليم المؤجل، و لذا يصح بيع العين الكليه مع الحلول بلفظ السلم و كذا بيع العين الشخصيه.

(٩) أى كون السلم بعض أفراد البيع فيصح استعماله فى مطلق البيع إذا كان المضمن حالا سواء كان كليا أو عينا شخصيه.

غير أن هذا التعليل ممنوع لأن السلم موضوع لغه و شرعا لبيع المؤجل فاستعماله فى الحال بحاجه إلى دليل و لا دليل ثمة، مع أن النبوى قد شرط الأجل فى السلم.

(١٠) فى بيع الحال إذا كان كليا أو شخصيا.

(١١) بناء السلم.

و أوجب بتسليمه (١) حيث يقصد السلم الخاص، و البحث فيما لو قصدنا به (٢) البيع الحال.

و اعلم أن ظاهر عباره المصنف هنا و فى الدروس و كثير أن الخلاف مع قصد السلم (٣)، و أن المختار جوازه مؤجلا و حالا مع التصريح بالحلول و لو قصدا، بل مع الإطلاق أيضا، و يحمل على الحلول، و الذى يرشد إليه التعليل (٤) و الجواب (٥) أن الخلاف فيما لو قصد به (٦) البيع المطلق و استعمل السلم فيه (٧) بالقرائن، أما إذا أريد به (٨) السلف المطلق (٩) اشترط ذكر الأجل (١٠).

فى كونه عام الوجود عند رأس الأجل

(و لا بد من كونه (١١) عام الوجود عند رأس الأجل إذا شرط الأجل) فى (١) أى نسلم أن معنى السلم هو كون المبيع مؤجلا، و لكن هذا ينفع فيما لو أطلق لفظ السلم و قصد به السلم، أما لو أطلق لفظ السلم و أريد به بيع الحال فالاستعمال مجازى و لا يشترط فى المعنى المجازى شروط المعنى الحقيقى.

(٢) بالسلم.

(٣) و لذا لا داعى لحمل عباره الماتن على ما لو قصد مطلق البيع كما فعله الشارح هنا.

(٤) و هو كون السلم بعض أفراد البيع،

(٥) و هو قول الشارح: (و أوجب بتسليمه).

(٦) بالسلم.

(٧) فى البيع المطلق.

(٨) بالسلم.

(٩) أى المعنى الموضوع له أصلا.

(١٠) فىكون الشارح قد حكم ببطلان ما لو أراد السلم بلفظ السلم مع كون المثلث حالا- و هو على خلاف ظاهر صحيح ابن الحجاج المتقدم، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتعليل و الجواب الواردان سابقا لم يذكران إلا فى كلام المحقق الثانى فى جامعه فقط، فلا يكونان دليلا على ما ذكره الشارح، على أن المحقق الثانى قد سبق الشارح فى هذا الاشتباه، و قد ذكرنا سابقا أن أصل المسأله عندهم فيما لو قصد السلم بلفظ السلم و قد حملت عندهما على ما لو قصد مطلق البيع.

(١١) أى يشترط كون المثلث موجودا بحسب العاده وقت الحلول و لو كان معدوما وقت العقد لصدق القدره على التسليم بذلك، إذ العاديات بمنزله الموجودات.

البلد الذى شرط تسليمه فيه، أو بلد العقد حيث يطلق (١) على رأى المصنف هنا، أو فيما قاربه (٢) بحيث ينقل إليه عادة، و لا يكفى وجوده فيما لا يعتاد نقله منه إليه إلا نادر (٣)، كما لا يشترط وجوده حال العقد حيث يكون مؤجلا، و لا فيما بينهما (٤)، و لو عين غله بلد لم يكف وجوده فى غيره و إن اعتيد نقله إليه (٥)، و لو انعكس بأن عين غله غيره (٦) مع لزوم التسليم به (٧) شارطا نقله إليه (٨) فالوجه الصحة (٩)، و إن كان يبطل مع الإطلاق (١٠)، و الفرق (١١) أن بلد التسليم حينئذ بمنزله شرط آخر (١٢)، و المعتبر هو بلد (١٣) المسلم فيه.

(١) سيأتى أنه لو أطلق مكان التسليم فيحمل على بلد العقد على مذهب المصنف، و عليه فيشترط أن يكون المثلن عام الوجود فيه عند حلول الأجل حتى تصدق القدره على التسليم.

(٢) أى قارب بلد التسليم أو بلد العقد بأن كان المثلن عام الوجود فى أمكنه قريبه من هذين البلدين مع إمكان نقل المثلن إلى مكانه إلى هذين البلدين تحقيقا لصدق القدره على التسليم تنزيلا للعاديات منزله الموجودات.

(٣) فلا تصدق القدره على التسليم لعدم العاده المنزل على عدم الوجود.

(٤) أى بين وقت العقد و وقت الحلول إذ المدار على صدق القدره على التسليم وقت الحلول.

(٥) إذ المثلن المسلم فيه هو غله البلد لا غله غيره المنقوله إليه فلا تغفل.

(٦) أى غله غير بلد العقد.

(٧) أى ببلد العقد.

(٨) أى نقل المثلن من مكان وجوده إلى بلد العقد.

(٩) لأنه مع تعارف نقله بعد تنزيل العاديات منزله الموجودات يطمئن بصدق القدره على التسليم التى هى المناط فى صحة العقد هنا.

(١٠) أى أطلق الغله فتصرف إلى غله بلد العقد و المفروض أنه لا- غله فيه، و إنما الموجود غله غير البلد و لو فى مكان آخر يتعارف نقله إليه، فيبطل البيع لتعذر وجود المثلن حينئذ.

(١١) أى الفرق بين ما لو عين غله بلد و لم تكن الغله موجوده فيه بل فى غيره، و بين ما لو عين غله غير البلد و شرط التسليم فى البلد الذى لم تكن الغله فيه، فلا- يكفى وجود الغله فى الغير على الأول فلا- يصح البيع لتعذر وجود المثلن إذ المثلن هو غله البلد، لا غله غيره المنقوله إليه، و هو كاف على الثانى فيصح البيع.

(١٢) فلذا يصح فى الثانى المتقدم فى شرحنا.

(١٣) و الأولى القول (و المعتبر هو غله بلد المسلم فيه) و لذا لا يصح فى الأول المتقدم فى شرحنا.

فى أن الشهور يحمل على الهاليله

(و الشهور يحمل) إطلاقها (على الهاليله) (١) مع إمكانه كما إذا وقع العقد فى أول الشهر، و لو وقع فى أثناءه ففى عدّه هاليليا بجبره مقدار ما مضى منه، أو إكماله ثلاثين يوما (٢)، أو انكسار الجميع لو كان معه غيره (٣). و عدّها (٤) ثلاثين يوما أوجه، أو سطحها الوسط، و قوّاه فى الدروس و يظهر من العبارة الأول (٥).

فى ما لو شرط تأجيل بعض الثمن

(و لو شرط تأجيل بعض الثمن بطل فى الجميع) (٦) أما فى المؤجل فظاهر، (١) يحمل الشهر عند الإطلاق على العده بين الهاليلين، مع الإمكان و ذلك فيما لو وقع العقد فى أول ليله الهاليل و كان الأجل إلى شهر، بلا خلاف فيه، لأنه هو المعنى الحقيقى للشهر، نعم لو تعذر الهاليلى لقرينه أو كان العقد فى الأثناء و قد فرض الأجل المتصل بالعقد إلى شهر فلا بد من حمله على ثلاثين يوما، لأنه هو المنساق بعد تعذر الحقيقى، هذا و قال الشارح فى المسالك: (الأصل فى الشهر عند الإطلاق الهاليلى، و إنما يعدل عنه إلى العددى عند تعذر حمله على الهاليلى، فمتى كان الأجل شهرا واحدا و كان العقد فى أوله اعتبر الهاليلى، و إن كان فى أثناءه فالعددى، و لو كان الأجل شهرين فصاعدا و وقع فى أثناءه، ففى اعتبار الشهر بأيهما ثلاثه أقوال - إلى أن قال :-

أحدها: اعتبار الشهرين بالهاليليه أما الثانى فظاهر لوقوعه بأجمعه هاليليا، و أما الأول فلصدق مضى القدر الحاصل منه عرفا كنصفه و ثلثه مثلا فيتم من الثالث قدر ما فات منه، حتى لو كان ناقصا كفى إكمال ما يتم تسعه و عشرين، لأن النقص جاء فى آخره و هو من جمله الأجل، و الفئات من الأول لا يختلف بالزيادة و النقصان، و هذا هو الذى حكاه المصنف - أى المحقق فى الشرائع - أولا.

و ثانيها: اعتبار ما عدا الأول هاليليا، و يتم الأول ثلاثين، أما الأول فلصدق الشهر الهاليلى عليه، و أما الثانى و هو الأول المنكسر فلأنه بإهلال الثانى لا يصدق عليه أنه شهر هاليلى فيكون عدديا - إلى أن قال - و هذا هو قول الأكثر.

و ثالثها: انكسار الجميع بكسر الأول، فيعتبر الكل بالعدد، و وجهه أن الشهر الثانى لا يعقل دخوله إلا بعد انقضاء الأول - إلى أنه قال - و إلى هذا القول ذهب الشيخ فى أحد قوليه) انتهى.

(٢) لا نزاع ظاهرا فى أن الأجل إذا كان شهرا و تعذر حمله على الهاليلى فلا بد من حمله على العددى الذى هو ثلاثون يوما.

(٣) كما لو كان الأجل شهرين فصاعدا.

(٤) أى عد جميع الشهور.

(٥) و فيه منع، إذ عبارة الماتن محموله على إمكان الحمل.

(٦) لو شرط التأجيل فى بعض الثمن بطل البيع فيه قطعا كما فى الجواهر، لأنه بيع دين -

لاشتراط قبض الثمن قبل التفرق المنافى له، و على تقدير عدم منافاته لقصر الأجل (١) يمتنع من وجه آخر، لأنه بيع الكالئ بالكالئ (٢) فقد فسرهُ أهل اللغه بأنه بيع مضمون مؤجل بمثله، و أما البطلان فى الحال على تقدير بطلان المؤجل فلجهاله قسطه من الثمن و إن جعل كالا- منهما قدرا معلوما كتأجيل خمسين من مائه، لأن المعجل يقابل من المبيع قسطا أكثر مما يقابله المؤجل، لتقسيط الثمن على الأجل أيضا، و النسبه عند العقد غير معلومه.

و ربما قيل بالصحه للعلم بجمله الثمن، و التقسيط غير مانع، كما لا يمنع لو باع ماله و مال غيره فلم يجز المالك، بل لو باع الحر و العبد بثمان واحد مع كون بيع الحر باطلا من حين العقد كالمؤجل هنا (٣).

فى ما لو شرط موضع التسليم

(و لو شرط موضع التسليم لزم) (٤)، لوجوب الوفاء بالشرط السائغ (و إلا-) -بدين و هو منهى عنه، و لاشتراط قبض الثمن فى السلم قبل التفرق، و فى القواعد و التذكرة بطلان البيع فى الجميع، أما فى المؤجل فلما تقدم، و أما فى المعجل فلأن الثمن المؤجل يقابل من المبيع قسطا أكثر مما يأخذه المعجل لأن للأجل قسطا مع أن التفاوت بين المعجل و المؤجل غير معلوم، و إذا بطل فى المؤجل يجهل حينئذ ما قابل المعجل من المبيع فيبطل البيع، و فى الدروس احتمل الصحه، و التقسيط بعد العقد كما لو باع سلعتين فظهرت إحداها أنها مستحقه، فإن التقسيط اللاحق كاف و إن جهل ما يخص كل واحده حين العقد.

(١) بحيث يحلّ الأجل قبل التفرق.

(٢) قال فى الجواهر: (و بيع الكالئ بالكالئ و إن لم يكن موجودا فى طرفنا و إنما هو من طرق العامه، و لكن قد عمل به الأصحاب) و قال فى مصباح المنير: (و كالأ الدين يكلاً، مهموز بفتحيتين كلواء، تأخره فهو كالئ بالهمز، و يجوز تخفيفه فيصير مثل القاضى، و قال الأصمعى: و هو مثل القاضى و لا يجوز همزه، و نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى بيع النسيئه بالنسيئه، قال أبو عبيده: و صورته أن يسلم الرجل الدراهم فى طعام إلى أجل، فإذا حلّ الأجل، يقول الذى عليه الطعام: ليس عندى طعام، و لكن يعنى إياه إلى أجل) انتهى.

(٣) فالبيع باطل فيه من حين العقد كذلك.

(٤) لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و فى صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام-

ص: ٥٤٤

يشترط (اقتضى) الإطلاق التسليم (فى موضع العقد) (١) كمنظائره من المبيع المؤجل - (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (١)، و مثله.

(١) قال الشارح فى المسالك: (اختلف الأصحاب فى اشتراط ذكر موضع التسليم فى العقد، مع اعترافهم بأنه لا نص فيه على الخصوص، على أقوال:

أحدها: عدمه مطلقا كما اختاره المصنف - أى المحقق - و الشيخ فى النهايه و العلامه فى التحرير و الارشاد و جماعه، لأصاله البراءه من اشتراطه، و إطلاق الأوامر بالوفاء بالعقود، و حل البيع، و للاجماع على عدم اشتراطه فى باقى أنواع البيع، و إن كان مؤجلا، بل ادعى ابن إدريس الاجماع عليه هنا، و هو دعوى فى محل النزاع.

ثانيها: اشتراطه مطلقا، اختاره الشيخ فى الخلاف و تبعه عليه جماعه، و استقر به الشهيد رحمه الله، و وجهه أن مكان التسليم مما يختلف فيه الأغراض - إلى أن قال - فإنه قد يكون بعيدا عن المشتري فلا يرغب فى تكثير الثمن و لا فى الشراء على بعض الوجوه، و قد يكون قريبا فينعكس الحكم، و كذا القول فى البائع، و لأن المطالبه بالمبيع فرع ثبوته فى الذمه و استحقاق المطالبه به، و ذلك فى السلم المؤجل غير معلوم، لأنه إنما يكون عند الحلول، و لا يعلم فى أى مكان تحقق الحلول على البائع، و بهذا يفرق بينه و بين القرض، حيث انصرف إلى مكان العقد، و كذا البيع، و لا يلزم مثله فى بيع النسيئه لخروجه بالاجماع على عدم اشتراط تعيين محله، و إلا لكان الدليل قائما فيه، فلا يلحق به المختلف فيه.

ثالثها: التفصيل، فإن كان فى حمله مؤونه و جب تعيين محله، و إلا فلا، اختاره الشيخ فى المبسوط، و وجهه يعلم مما تقدم، فإن الأغراض إنما تختلف فى محل يفتقر إلى المؤونه، أما غيره فلا.

ورابعها: أنهما إن كانا فى برّيه أو بلد غربيه، قصدهما مفارقتة اشتراط تعيينه، و إلا فلا - و هو اختيار العلامه فى القواعد و المختلف، و وجهه أنه متى كان البلد كذلك لم يمكن التسليم فى مكان العقد، و ليس أحد الأمكنه فى غيره أولى من الآخر فيفضى إلى التنازع لجهالته، بخلاف ما إذا كانا فى بلد يجتمعان فيه، فإن إطلاق العقد يقتضى التسليم فى بلده.

و خامسها: إن كان بحمله مؤونه أو لم يكن المحل صالحا كالقريه اشتراط تعيينه و إلا فلا - و هو خيره العلامه فى التذكرة، و وجهه مركب من القولين السابقين عليه -.

ص: ٥٤٥

هذا أحد الأقوال في المسألة، والقول الآخر: اشتراط تعيين موضعه (١) مطلقا (٢)، وهو اختياره في الدروس، لاختلاف الأغراض باختلافه (٣) الموجب لاختلاف الثمن والرغبة، ولجهالة موضع الاستحقاق، لابتناؤه (٤) على موضع الحلول المجهول (٥) وبهذا فارق القرض المحمول على موضعه، لكونه معلوما.

وأما النسيئة فخرج بالإجماع على عدم اشتراط تعيين محله، وفصل ثالث باشتراطه (٦) إن كان في حمله مؤونه، وعدمه بعدمه، و رابع بكونهما في مكان قصدهما مفارقتة وعدمه وخامس باشتراطه فيهما (٧)، ووجه الثلاثه (٨) مركب من -و لكل من الأقوال وجه، إلا- أن الأخير يضعف السابقين عليه، ويبقى الإشكال في ترجيح أحد الثلاثه، فأصالة البراءة وحمل الاطلاق في نظائره على موضع العقد يرجح الأول، واختلاف الأغراض وعدم الدليل الدال على تعيين موضع العقد في المتنازع يؤيد الثاني، ووجه الأخير ظاهر، ولا ريب أن التعيين مطلقا أولى، وإنما الإشكال في ترجيح أحدها من المترددين، بقى هنا أمور:

الأول: موضع الخلاف ما لو كان السلم مؤجلا، فلو كان حالا- لم يعتبر تعيين المحل قطعا، بل كان كغيره من البيوع يستحق المطالبه به في محل العقد، أو في محل المطالبه إن فارقاه.

الثاني: على القول بعدم اشتراط تعيينه مطلقا أو على بعض الوجوه فمكانه موضع العقد أيضا إلا- أن يعين موضع آخر فيتعين انتهى كلامه زيد في علو مقامه، ولا نزيد عليه شيئا لأنه واف بعرض الأقوال في المسألة مع أدلتها.

(١) أى موضع التسليم.

(٢) فى قبال التفصيلات فى بقيه الأقوال.

(٣) باختلاف موضع التسليم.

(٤) أى ابتناء موضع الاستحقاق.

(٥) وهذا يوجب التنازع.

(٦) أى باشتراط تعيين موضع التسليم.

(٧) فى لزوم المؤونه أو البلد الذى قصد مفارقتة من المتبايعين.

(٨) أى الأقوال الثلاثه الأخيره، أما الخامس فمركب من الرابع والثالث كما هو واضح، وأما الرابع والثالث فوجه إثبات الاشتراط فيهما آت من القول الثانى لأن مكان التسليم مما يوجب اختلافه اختلاف الثمن والأغراض فإن كان فى حمله مؤونه فهو يوجب اختلاف-

الأولين ولا ريب أن التعيين مطلقاً أولى.

في أنه يجوز اشتراط السائغ في العقد

(و يجوز اشتراط السائغ في العقد) (١) كاشتراط حمله إلى موضع معين، و تسليمه كذلك (٢)، و رهن (٣) و ضمين (٤)، و كونه من غله أرض، أو بلد لا تخيس (٥) فيها غالباً، و نحو ذلك، (و) كذا يجوز (بيعه بعد حلوله)، و قبل قبضه (٦) -الثنى فيه كما هو القول الثالث، و كذا إذا كانا في بلد من قصدهما مفارقتة فهو موجب لاختلاف الثمن باختلافه كما هو القول الرابع.

و وجه النفي فيهما ناشئ من القول الأول لأنه إذا لم يكن في حمله مئونه أو كانا في بلدهما فلا دليل بخصوصه على التعيين فتجرى أصالة البراءة.

(١) أى يجوز اشتراط الشرط غير المخالف لكتاب الله في عقد بيع السلم، كاشتراطه في بقيه أنواع البيع و بقيه العقود، لعموم المؤمنون عند شروطهم المتقدم.

(٢) أى فى موضع معين.

(٣) بأن يطالب المشتري الرهن من البائع.

(٤) بمعنى الضامن فيجوز أن يطالب المشتري البائع بالضامن له.

(٥) أى لا تخيس الغله بمعنى لا تفسد أو لا تنقص، لأنه يشترط فى السلم أن لا يتخلف المثلث بحسب العاده.

(٦) أما قبل حلوله فلا يجوز للاجماع المحكى فى التنقيح و ظاهر الغنيه و جامع المقاصد و غيرها، و ليس المنع لعدم ملكيته قبل الأجل ضروره عدم مدخليته فى ذلك إذ العقد هو السبب فى الملك و الأجل إنما هو للمطالبه، و ليس المنع لعدم قدره على التسليم إذ من المعلوم أنها فى المؤجل عند الأجل.

أما بعد الحلول و قبل القبض فمقتضى الأصول و القواعد و عموم أو إطلاق الأخبار جواز بيعه قبل القبض على الغريم و على غيره بجنس الثمن و غيره، بزياده أو نقصان أو مساواه، كان ذلك مكيلاً أو موزوناً ما لم يستلزم الربا أو غيرهما، و لنصوص.

منها: مرسل أبان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يسلم الدراهم فى الطعام إلى أجل فيحلّ الطعام فيقول: ليس عندى طعام و لكن انظر ما قيمته فخذ منى ثمنه، فقال: لا بأس بذلك) (١)، و موثق ابن فضال (كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: الرجل يسلفنى فى الطعام فيجىء الوقت و ليس عندى طعام، أعطيه بقيمته دراهم؟ فقال: نعم) (٢) و مثلها-

ص: ٥٤٧

-غيرها، من غير فرق بين الغريم كما هو مورد الأخبار و غيره لعدم القائل بالفرق بين الطائفة كما فى الرياض.

و عن الأكثر كما فى الدروس المنع فى صورته التفاوت بزياده إذا كان البيع بجنس الثمن لأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من اشترى طعاما أو علفا إلى أجل فلم يجد صاحبه و ليس شرطه إلا الورق، و إن قال: خذ منى بسعر اليوم ورقا فلا يأخذ إلا شرطه طعامه أو علفه فإن لم يجد شرطه و أخذ ورقا، لا محاله قبل أن يأخذ شرطه فلا يأخذ إلا رأس ماله، لا تَظْلُمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أعطى رجلا ورقا فى وصف إلى أجل مسمى، فقال له صاحبه: لا نجد لك وصيفا، خذ منى قيمه و صيفك اليوم ورقا، فقال: لا يأخذ إلا وصيفه أو ورقه الذى أعطاه أول مره، لا يزداد عليه شيئا) ٢، و صحيح يعقوب بن شبيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يسلف فى الحنطة و الثمره مائه درهم فىأتى صاحبه حين يحلّ الذى له فيقول: و الله ما عندى إلا نصف الذى لك فخذ منى إن شئت بنصف الذى لك حنطه و بنصفه ورقا، فقال: لا بأس إذا أخذ منه الورق كما أعطاه) (٢).

و نسب إلى الشيخ فى التهذيب المنع فيما لو باعه غير جنسه لخبر على بن جعفر (سألته عن رجل له على آخر تمرا أو شعيرا أو حنطه أ يأخذ بقيمته دراهم؟ قال: إذا قدّمه دراهم فسد، لأن الأصل الذى اشترى به دراهم، فلا يصلح دراهم بدراهم) ٤ و هو ضعيف السند و لم تثبت دعوى العمل به للشيخ فهو معرّض عنه بين الأصحاب.

هذا كله فى السلم و أما فى غيره فالأخبار فيه متعارضه، فبعضها دال على الجواز كخبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه، قال: لا بأس) (٣) و خبر الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تبيع إلى أجل اشتريت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض) ٤.

و بعضها دال على المنع مطلقا إلا توليه كصحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام-

ص: ٥٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٥ و ٩.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٦ و ١٢.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦ و ١٩.

(على الغريم، وغيره على كراهه)، للنهي عن ذلك في قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا- تبيعنَّ شيئاً- (عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن تولّيه الذي قام عليه)» (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا اشترت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن تولّيه، فإذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه) (٢) و بعضها دال على المنع مطلقا كخبر حزام بن حكيم بن حزام قال: (ابتعت طعاما من طعام الصدقه فأريحت فيه قبل أن اقبضه فأردت بيعه، فسألت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فقال: لا تبعه حتى تقبضه) (٣)، و خير عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (بعث رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رجلا من أصحابه واليا فقال له: إني بعثتك إلى أهل الله - يعني أهل مكة - فانهاهم عن بيع ما لم يقبض) (٤) و لذا ذهب بعضهم للكراهه فيما يكال أو يوزن إذا باعه قبل القبض كما عن المفيد و الشيخ في النهاية بل هو المشهور بين المتأخرين للجمع بين أخبار الجواز و أخبار المنع في المكيل و الموزون، و بعضهم ذهب إلى الكراهه في الطعام كما عن المبسوط و الخلاف و الغنيه و الصدوق و القاضي جمعا بين أخبار الجواز و أخبار المنع في الطعام كصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتاله، قال: لا يصلح له ذلك) (٤).

هذا و الشارح كما يظهر من المسالك قد جعل المسألتين من سنخ واحد و حكم لضعف أخبار الجواز الواردة هنا - أعنى خبر جميل و خبر الكرخي - أما خبر جميل فلاشتمال سنده على علي بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، و لذا ذهب إلى الحرمة و هذا ما ذهب إليه العماني أيضا.

و فيه إن الفرق بين مسأله السلم و غيره واضح و لو بملاحظه النصوص الواردة في المسألتين و لذا قال صاحب الجواهر في مسأله بيع المشاع قبل قبضه و لم يكن سلما، بعد ما استعرض أخبار الجواز: (مضافا إلى النصوص الداله على جواز بيع السلم بعد حلوله و قبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة، بناء على أن المسألتين من واد واحد كما صرح به في الروضه و المسالك، و اختار فيهما معا الحرمة، إلا أن النصوص شاهده بخلافه) انتهى.

ص: ٥٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٢ و ٢١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥.

حتى تقبضه» (١)، و نحوه المحمول على الكراهه، و خصها بعضهم بالمكيل و الموزون، و آخرون بالطعام، و حرمة آخرون فيهما و هو الأقوى، حملا لما ورد صحيحا من النهى على ظاهره، لضعف المعارض الدال على الجواز (٢) الحامل للنهى على الكراهه، و حديث النهى عن بيع مطلق ما لم يقبض لم يثبت (٣)، و أما بيعه قبل حلوله فلا، لعدم استحقاقه (٤) حينئذ. نعم لو صالح عليه (٥) فالأقوى الصحة (٦).

فى ما إذا دفع فوق الصفه

(و إذا دفع) المسلم إليه (فوق الصفه (٧) و جب القبول)، لأنه خير و إحسان، (١) و هو خبر حزام بن حكيم بن حزام المتقدم.

(٢) و هو خبر جميل و خبر الكرخى.

(٣) لأن خبر حزام و خبر عمار الدالان على النهى عن بيع ما لم يقبض مطلقا ضعيفان.

(٤) قد عرفت أنه يملكه بمجرد العقد، و إنما المانع هو الاجماع فقط.

(٥) أى المسلم فيه.

(٦) بناء على أن الصلح عقد مستقل كما يظهر من المسالك هنا، فالصحه متجهه للأصل، نعم لو قلنا بأنه نوع من البيع فى مورد البيع فيشملة أدلته حينئذ.

(٧) البائع الذى سلم إليه الثمن لو دفع المثلن فإما أن يكون المثلن دون الصفه أو المقدار المشترطين فى العقد أو مطابقا لهما أو زائدا عليهما.

فإن كان دون الصفه أو المقدار فلا خلاف و لا إشكال من أنه لا يجب على المسلم - أى المشتري - القبول، و إن كان أجود من وجه آخر، لأنه ليس نفس حقه، نعم لو رضى المشتري به صح و برئت ذمه المسلم إليه الذى هو البائع.

و إن كان مطابقا لهما و جب على المسلم - أى المشتري - القبول لأنه الحق الذى يطالبه به، و لا يجب على البائع أكثر منه و لا أحسن صفه منه.

و إن كان زائدا فتارة تكون الزيادة فى الصفه و أخرى فى المقدار، فإن كانت بالصفه و جب قبوله بلا خلاف معتدّ به كما فى الجواهر إلا من ابن الجنيد اعتمادا على صحيح سليمان بن خالد (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل يسلم فى وصف أسنان معلومه و لون معلوم، ثم يعطى فوق شرطه، فقال: إذا كان على طيبه نفس منك و منه فلا بأس به) (١)، و مثله غيره و هذا صريح بعدم و جوب القبول إلا مع التراضى.

و حجه المشهور أن المعطى فيه خير و إحسان فالامتناع منه عناد، و لو و جب على البائع تقديم عين الوصف لاستحاله هنا إزاله الوصف الزائد مع مساواه المثلن المدفوع لما فى -

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب السلف حديث ٨.

فالامتناع منه عناد، ولأن الجوده صفه لا يمكن فصلها فهي تابعه، بخلاف ما لو دفع أزيد قدرا يمكن فصله و لو فى ثوب، وقيل: لا- يجب، لما فيه من المنه (و دونها) أى دون الصفه المشترطه (لا يجب) قبوله و إن كان أجود من وجه آخر لأنه ليس حقه مع تضرره به، و يجب تسليم الحنطه و نحوها عند الاطلاق (١) نقيه من الزوان و المدر (٢)، و التراب، و القشر غير المعتاد (٣)، و تسليم التمر و الزبيب جافين (٤)، و العنب و الرطب صحيحين (٥)، و يعفى عن اليسير المحتمل عاده (٦).

(و لو رضى المسلم به) أى بالأدون صفه (لزم)، لأنه أسقط حقه من الزائد برضاه، كما يلزم لو رضى بغير جنسه، (و لو انقطع) المسلم فيه (عند الحلول) (٧) -العقد جنسا و نوعا و عددا، و لا ينقضى تعجبي من ترك العمل بهذه الأخبار لدليل اعتبارى، مع أن الاحسان لا يجب قبوله فالامتناع حينئذ لا يكون عنادا محرما، نعم يجب على البائع تقديم عين الموصوف فإن لم يكن فى يده فلا يجب عليه إزاله الزائد بل يشتري غيره المطلوب.

و إن كانت الزيادة فى المقدار كما لو قدم ثوبين و العقد على واحد فلا يجب قبول الزيادة للأصل و المنه التى لا يخفى ما فى تحملها من المشقه.

(١) أى إطلاق الحنطه و نحوها فى العقد.

(٢) و هو قطع التراب اليابس.

(٣) حملا للشئ على المتعارف.

(٤) تحقيقا لمعناهما.

(٥) للانصراف.

(٦) كما هو المتعارف بين أهل العرف.

(٧) بحيث يكون المثلن غالب الوجود وقت العقد، و بحسب الطبع سيستمر إلى حين الأجل، و لكن لعارض انعدم المثلن عند الأجل، قال الشافعى فى أحد قوليه بفسخ البيع لكونه كالمبيع التالف قبل قبضه، و يدفعه النص الآتى، بل يجوز للمشتري الصبر بلا خلاف فيه و لا إشكال لموثق ابن بكير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أسلف فى شئ يسلف الناس فيه من الثمار، فذهب زمانها و لم يستوف سلفه، قال عليه السلام: فليأخذ رأس ماله أو لينظره) (١).

و التعبير بأخذ رأس ماله هو تعبير آخر عن الفسخ، و للمشتري الفسخ أيضا لأن العقد-

ص: ٥٥١

حيث يكون مؤجلاً ممكن الحصول بعد الأجل عادة فاتفق عدمه (تخيّر) المسلم (بين الفسخ) فيرجع برأس ماله، لتعذر الوصول إلى حقه، و انتفاء الضرر، (و) بين (الصبر) إلى أن يحصل، و له أن لا يفسخ و لا يصبر (١)، بل يأخذ قيمته حينئذ (٢)، لأن ذلك هو حقه. و الأقوى أن الخيار ليس فوراً (٣) فله الرجوع بعد الصبر إلى أحد الأمرين (٤) ما لم يصرح بإسقاط حقه من الخيار، و لو كان الانقطاع بعد بذله (٥) له و رضاه (٦) بالتأخير سقط خياره، بخلاف ما لو كان بعدم المطالبة (٧)، أو بمنع البائع مع إمكانه.

-مبنى على تأجيل المثمن إلى أجل معلوم، و قد حلّ الأجل و البائع غير مستطيع للتسليم فالانتظار حتى الاستطاعة ضرر على المشتري فلذا له حق الفسخ.

و عن ابن إدريس أنه ليس له الفسخ لأصالة اللزوم في العقود، و هو كالاتجاه في قبالة النص بل عن العلامة في المختلف في مقام الرد عليه قال: (إنه لم يوافق عليه أحد من علمائنا، و لا أظن أحداً أفتى به) انتهى.

(١) عن حواشي الشهيد عن السيد العميد أن له مضافاً إلى الفسخ و الصبر المطالبة بقيمه المسلم فيه عند الأداء، و استحسنة في المسالك و محكي الميسيه، بل جزم به الشارح هنا في الروضه، كما مال إليه سيد الرياض، لأنها البديل عند تعذر الحق، فهو كتلف المثلي الذي يتعذر مثله الموجب للانتقال للقيمة، و فيه: إن ظاهر موثق ابن بكير المتقدم على خلافه.

(٢) حين التعذر و هو وقت حلول الأجل كما هو المفروض.

(٣) للأصل و إطلاق النص.

(٤) من الفسخ أو القيمة وقت الحلول.

(٥) أي بعد بذل البائع للمسلم فيه للمشتري.

(٦) أي رضى المشتري، ثم انقطع المسلم فيه فعدمه مستند إلى تقصير المشتري بعدم قبضه فلا خيار له، لأنه رضى بتأخير حقه و لوفات، و لا ينافيه إطلاق النص المتقدم لعدم شموله لمحل الفرض.

(٧) حق العبارة المتقدمه مع هذه العبارة أن يقال: لو طالب المشتري فبذل البائع ثم رضى المشتري بالتأخير فأنعدم المسلم فيه سقط خياره، أما لو لم يطالب بالأداء فممنع البائع فيثبت للمشتري الخيار المذكور، و كذلك يثبت الخيار لو منع البائع دفع المثمن مع إمكانه حتى عدم، و لقد أجاد في المسالك في عرض هذه الصور الثلاث بقوله: (لو كان التأخير اقتراحاً من البائع خاصة، و الحق حينئذ أن الخيار يثبت للمشتري، كما لو كان التأخير لعارض لا اشتراكهما في المعنى بالنسبه إليه، و لا فرق حينئذ بين أن يطالب بالأداء و عدمه، نعم لو رضى بالتأخير ثم عرض المانع فالمتجه سقوط خياره).

و فى حكم انقطاعه عند الحلول موت المسلم إليه قبل الأجل (١)، و قبل وجوده، لا العلم قبله بعدمه بعده (٢)، بل يتوقف الخيار على الحلول على الأقوى، لعدم وجود المقتضى له الآن، إذ لم يستحق شيئاً حينئذ، و لو قبض البعض تخير أيضاً (٣) بين الفسخ فى الجميع، و الصبر بين أخذ ما قبضه، و المطالبه بحصه غيره من الثمن (٤)، أو قيمه المثلن على القول الآخر (٥)، و فى تخير المسلم إليه (٦) مع الفسخ (٧) فى البعض وجه قوى (٨)، لتبعض الصفقه عليه، إلا أن يكون الانقطاع من تقصيره فلا خيار له.

(١) لو مات البائع قبل الأجل فحكمه حكم الصورة السابقه فيما لو انقطع المثلن عند الحلول الموجب لخيار المشتري بين الفسخ و الصبر، مع ضميمة المطالبه بالقيمه عند الحلول كما هو رأى الشارح، و كان الحكم واحداً فى الصورتين لأن المثلن دين فى ذمه البائع فيشملة عموم ما دل على حلول ما على الميت من دين بالموت كما سيأتى بحثه فى باب، و لا ينتظر فيه الأجل فلو كان المثلن معدوماً حين الموت يجرى فيه الخيار المذكور.

(٢) أى لو علم المشتري قبل حلول الأجل بعدم المثلن بعد الأجل، فهل يثبت له الخيار بين الفسخ و الانتظار، قال فى الجواهر: (لم يرجح أحدهما فى القواعد و التذكرة و الدروس و غيرها، و لكن الأولى عدم - عدم الخيار - وفاقاً للروضه و المسالك و غيرهما اقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على لزوم على المتيقن، و التفاتاً إلى عدم وجود المقتضى الآن إذ لم يستحق عليه شيئاً).

(٣) لو قبض المشتري بعض المثلن و قد انعدم البعض الآخر كان له حق الصبر إلى وجوده كما له حق الصبر عند تعذر الكل، و كان له أيضاً الفسخ، إما فسخ العقد بالنسبه للمتعدر لتفويت حقه، و إما فسخ جميع العقد لتبعض الصفقه عليه عند انعدام بعض المثلن بلا خلاف فى شىء من هذا، ثم من قال فى تعذر الكل: إن للمشتري حق المطالبه بقيمه المعدوم وقت الحلول كالشارح، كذلك يقول هنا بأن له المطالبه بقيمه البعض المعدوم.

(٤) أى الفسخ فى الباقي.

(٥) و هو قول الشارح كما عرفت عند ما قال: (و له أن لا يفسخ و لا يصبر بل يأخذ قيمته حينئذ لأن ذلك هو حقه).

(٦) و هو البائع.

(٧) من قبل المشتري فى بعض المثلن المعدوم.

(٨) لأنه مع فسخ المشتري لبعض المثلن تبعض الصفقه على البائع، لأنه أقدم على بيع تمام المثلن و لم يسلم له بل سلم به بيع البعض فله الخيار.

إشارة

(الفصل السابع: في أقسام البيع بالنسيئة إلى الإخبار بالثمن (١) و عدمه، و هو أربعة أقسام) لأنه إما أن يخبر به، أو لا، و الثاني المساومه، و الأول إما أن يبيع معه (٢) برأس المال، أو بزياده عليه، أو نقصان عنه، و الأول التولية، و الثاني المرابحه، و الثالث المواضعه، و بقى قسم خامس (٣) و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله (٤)، و لم يذكره كثير و ذكره المصنف هنا و في الدروس، و في بعض الأخبار (٥) دلالة عليه و قد تجتمع الأقسام في عقد واحد، بأن اشترى خمسة ثوبا بالسويه (٦)، لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون، و الآخر خمسة عشر، و الثالث عشره، و الرابع خمسة، و الخامس لم يبين (٧)، ثم باع من عدا الرابع نصيبهم بستين (٨) بعد إخبارهم بالحال، (١) هذا هو وجه التقسيم، و إلا يمكن تقسيمه باعتبارات أخرى كبيع السلف و النسيئة و هكذا.

(٢) مع الإخبار بالثمن.

(٣) قال في الجواهر: (و زاد أول الشهيدين التشريك، و هو إعطاء بعض المبيع برأس ماله، بأن يقول: شركتك في هذا المتاع نصفه مثلا بنصف ثمنه بعد العلم بقدره، و تبعه عليه ثانی الشهيدین بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير، و قال: و في بعض الأخبار دلالة عليه - إلى أن قال - يمكن اندراجه في التولية بدعوى تعميمها حينئذ للجميع و البعض، فتكون قسمه الأصحاب حينئذ بحالها) انتهى.

(٤) أى برأس مال هذا البعض.

(٥) و هو خبر وهيب بن حفص عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشارك الرجل على السلعة و يوليه عليها، قال: إن ربح فله و إن وضع فعليه) (١).

(٦) فيكون لكل واحد خمس الثوب، و قد اشترى كل واحد هذا الخمس بالمساومه، و هذا ليس هو المثال، بل المثال في بيعهم فلا تغفل.

(٧) بكم اشترى خمسة.

(٨) فيكون كل واحد قد باع خمسة من الثوب بخمسة عشر.

ص: ٥٥٤

و الرابع شرّك في حصته، فهو بالنسبه إلى الأول مواضعه (١)، و الثاني توليه (٢)، و الثالث مرابحه (٣)، و الرابع تشريك (٤)، و الخامس مساومه (٥)، و اجتماع قسمين، و ثلاثه، و أربعة منها على قياس ذلك، و الأقسام الأربعة:.

أحدها. المساومه

(أحدها. المساومه) (٦) و هي البيع بما يتفقان عليه من غير تعرض للإخبار بالثمن، سواء علمه المشتري، أم لا- و هي أفضل الأقسام.

ثانيها. المربحه

(و ثانيها. المربحه: و يشترط فيها العلم) أى علم كل من البائع و المشتري (بقدر الثمن، و) قدر (الربح) (٧) و الغرامه، و المؤن (٨)...

(١) لأنه باع خمس الثوب بخمسه عشر و هذا أقل مما اشتراه سابقا مع أخباره برأس المال فيكون مواصفه.

(٢) لأنه باعه بمقدار ما اشتراه مع أخباره برأس ماله فيكون توليه.

(٣) لأنه باعه بخمسه عشر و قد اشتراه بعشره مع أخباره برأس ماله فيكون مرابحه.

(٤) بحيث شرّك في حصه من خمسه كما لو باع نصفها بنصف ثمنها.

(٥) لأنه لم يخبر بأى ثمن قد اشترى خمسه من الثوب إلا أنه باعه بخمسه عشر فيكون مساومه.

(٦) و هي أفضل الأقسام للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى لأكره بيع عشره بإحدى عشره، و عشره باثنى عشر و نحو ذلك من البيع، و لكن أبيعك بكذا و كذا مساومه، و قال عليه السلام: و أتانى متاع من مصر فكرهت أن أبيعك كذلك، و عظم على فبعته مساومه) (١)، و المساومه أبعد عن الكذب و التدليس و التغيرير.

(٧) قال في الجواهر: (و لا بد أن يكون رأس ماله معلوما و قدر الربح معلوما عندهما حال البيع بلا خلاف أجده فيه).

(٨) قيل: إن المئونه للاستيفاء و الغرامه للاسترباح، أو أن المئونه بعد التحصيل لما يمونه-

ص: ٥٥٥

إن ضمها (١)، (و يجب على البائع الصدق) (٢) في الثمن، و المؤن، و ما طرأ من موجب النقص (٣) و الأجل و غيره (فإن لم يحدث فيه زياده (٤) قال: اشتريته، أو هو عليّ، أو تقوّم) بكذا، (و إن زاد بفعله) من غير غرامه ماله (أخبر) بالواقع، بأن يقول: اشتريته بكذا، و عملت فيه عملاً يساوي كذا، و مثله ما لو عمل فيه متطوع (٥).

(و إن زاد باستجاره) عليه (ضمّه فيقول: تقوّم عليّ) بكذا (لا اشتريت به)، لأن الشراء لا يدخل فيه إلا الثمن، بخلاف تقوّم عليّ فإنه يدخل فيه الثمن، و ما - و الغرامه قبله لأجل تحصيله، و قد يطلق أحدهما على الآخر كالفقير و المسكين إذا اجتماعاً افترقا و إذا افترقا اجتماعاً، و قيل: إن المؤن ما يلزم الاسترباح كأجره البيت الذي يحفظ المتاع فيه و الغرامه أعم بحسب المفهوم لأن المراد منها ما غرمه من أجرها و غيرها.

(١) أي ضم المؤن و الغرامه إلى رأس المال.

(٢) لحرمة أكل أموال الناس بالباطل.

(٣) كالعيب.

(٤) قال في الجواهر: (إذا كان البائع لم يحدث في المبيع حدثاً و لا غيره عما كان عليه عند البائع - أي البائع الأول - و لا حصل ذلك من غير المشتري، بل كان المبيع على الحال الذي انتقل إليه فيها فالباعه عن الثمن أن يقول: اشتريته بكذا، أو رأس ماله كذا، أو تقوّم عليّ، أو هو عليّ، أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب.

و إن كان قد عمل فيه ما يقتضى الزيادة في قيمته، قال: رأس ماله كذا و عملت فيه بكذا، و نحوه اشتريته أو تقوّم عليّ أو هو عليّ، ضروره عدم الفرق هنا بين الجميع بعد أن ذكر العمل بعباره مستقلة) انتهى.

(٥) فلا يصح القول اشتريته بمائه مع أنه قد اشترى المتاع بتسعين و عمل المتطوع عشره، بل عليه أن يقول: اشتريته بتسعين و عمل المتطوع عشره كما هو الواقع لوجوب الصدق كما تقدم، نعم ذهب جماعه إلى جواز إضافه عمل المتطوع إلى رأس المال كما يجوز إضافه عمل نفسه إلى رأس المال أو عمل الأجنبي إذا كان باستجار و أشكل عليه بأن ما يصح إضافته إلى رأس المال هو الغرامات و عمل المتطوع لا غرامه فيه، و هو إشكال ضعيف إذ لا دليل على حصر المضاف بالغرامه فقط، بل المدار على الأخبار عن رأس المال الحالي مع بيان الربح سواء كان رأس المال الحالي مشتملاً على عمل نفسه أو غيره، بتطوع أو باستجار.

ص: ٥٥٦

يلحقه من أجره الكتيال، والدلال والحارس، والمحرس (١)، والقصار (٢)، والرفاء (٣)، والصباغ، وسائر المؤن المراده للاسترباح (٤)، لا ما يقصد به استيفاء الملك (٥)، دون الاسترباح، كنفقه العبد، وكسوته، و علف الدابه نعم العلف الزائد على المعتاد للتسمين يدخل، والأجره و ما فى معناها (٦) لا تضم إلى اشترت بكذا، (إلا أن يقول: و استأجرت بكذا) فإن الأجره تنضم حينئذ إلى الثمن للتصريح بها.

و اعلم أن دخول المذكورات ليس من جهه الإخبار، بل فائدته إعلام المشتري بذلك ليدخل فى قوله: بعثك بما اشترت، أو بما قام على، أو بما اشترت و استأجرت و ربح كذا.

(و إن طرأ عيب و جب ذكره) (٧)، لنقص المبيع به عما كان حين شراه، (و إن أخذ أرشا) بسببه (أسقطه) (٨) لأن الأرش جزء من الثمن، فكأنه اشتراه بما عداه، (١) و هو المكان المحروس الذى يوضع فيه المتاع.

(٢) قال فى مصباح المنير: (قصرت الثوب قصرا بيضته، و القصاره بالكسر الصناعه و الفاعل قصار).

(٣) قال فى المصباح ما حاصله: (رفوت الثوب رفوا و رفا، و هى لغه بنى كعب، و فى لغه:

رفأته، مهموز، إذا أصلحته، و منه يقال: بالرفاء و البنين، أى بالاصلاح، و بين القوم رفاء، أى التحام و اتفاق).

(٤) فكل شىء ينفق على المتاع من أجل الربح فإذا حسب مع الثمن و أخبر عن الجميع بلفظ:

تقوم على، فيكون التعبير صادقاً.

(٥) فلفظ (تقوم على) لا يشمل حتى يدخل تحته من دون تصريح.

(٦) لو اشترى متاعاً و استأجر عليه غيره، أو و قام هو بنفسه بالعمل، فلا تنضم هذه الأجره و ما فى معناها إلى الثمن بلفظ اشترت، نعم يصح أن يقول: تقوم على أو هذا على.

(٧) بلا فرق فى العيب بآفه سماويه أو بجنايته أو بجنايه أجنبى، لأن المشتري يبنى العقد على العقد الأول و يتوهم بقاء المبيع على الحال التى اشترها البائع، و الحال أنه ليس كذلك لنقصه بحدوث العيب عما كان عليه حين شراء البائع.

(٨) و أخبر بالباقي لأن الأرش جزء من الثمن فيكون الثمن الذى اشترى به المتاع هو الباقي فقط، ثم لو قال: اشترته بكذا الذى هو مجموع الثمن الذى رجع بعضه بالأرش فهو و إن كان صادقاً من ناحيه الصيغه إلا- أن ظاهر العبارة أنه دفع المجموع و لم يرجع إليه شىء و المفروض ليس كذلك فيكون كذباً.

و إن كان قوله: اشتريته بكذا حقا (١) لطروء النقصان الذى هو بمنزله الجزء، و لو كان الأرش بسبب جنايه (٢) لم يسقط من الثمن، لأنها حق متجدد لا يقتضيها العقد كنتاج الدابة، بخلاف العيب و إن كان حادثا بعد العقد (٣) حيث يضمن، لأنه بمقتضى العقد أيضا فكان كالموجود حالته (٤). و يفهم من عبارته (٥) إسقاط مطلق الأرش (٦) و ليس كذلك، و بما قيدناه صرح فى الدروس كغيره.

(و لا يقوم أبعاض الجملة) (٧) و يخبر بما يقتضيه التفسير من الثمن و إن كانت (١) من ناحيه الصيغه كما عرفت.

(٢) لو فرضنا أن السيد اشترى عبدا بثمان ثم جنى على العبد بجنايه فأخذ السيد قيمه الجنايه فإنه لا يسقط من الثمن، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لأن قيمه الجنايه نماء متجدد و قد حدث فى ملك السيد كنتاج، و الفرق بين الجنايه و العيب أن العيب قد ثبت أرشه بالعقد فلو كان معيبا فينقص من الثمن بقدره بخلاف الجنايه فإنها حق أمر متجدد بعد العقد كنتاج الدابة فلا تكون جزءا من الثمن، فلو أراد السيد أن يبيعه و يخبر برأس ماله فلا يسقط منه قيمه الجنايه كما لا يسقط نمائه الحاصل بعد العقد.

(٣) و قبل القبض، أو بعد القبض فى زمن الخيار، لأن التالف فيهما جزئيا أو كليا على البائع فيكون العيب فيهما مضمونا.

(٤) حاله العقد.

(٥) عبارته المصنف.

(٦) حتى ما لو كان بجنايه الغير بعد الملك، و هو ليس كذلك لأن أرش جنايه الغير لا يسقط من الثمن كالنماء المتجدد.

(٧) لو اشترى الإنسان أمتعه متعددة صفقه واحده بثمان، ثم قوّم الثمن على هذه الأمتعه، و هى لا تخلو إما أن تكون متساويه فى الثمن و إما لا، فالأول أن يشتري خمس أثواب صفقه واحده بمائه درهم ثم يقسط الثمن فيكون قد اشترى الثوب الواحد بعشرين درهما، و الثانى أن يشتري عبدا و ثوبا بمائه درهم ثم يقسط الثمن فعلى العبد تسعون و على الثوب عشرة، و على كلا الحالين لا يجوز أن يبيع الثوب بقوله: اشتريته بعشرين أو بعشره و أريد ربح كذا، على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: خبر أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يشتري المتاع جميعا بالثمن، ثم يقوم كل ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس ماله جميعا، أيبعه مرابحه؟ قال: لا-

متساويه، أو أخبر بالحال (١)، لأن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع، لا الأفراد و إن (٢) يقسِّط الثمن عليها في بعض الموارد، كما لو تلف بعضها، أو ظهر مستحقا.

(و لو ظهر كذبه) (٣) في الإخبار بقدر الثمن، أو ما في حكمه (٤) أو جنسه (٥)، أو وصفه (٦)، (أو غلطه) بينه، أو إقرار (تخير المشتري) بين رده، -حتى يبين له إنما قومه(١).

وقال في المسالك: (والمستند مع النص أن المبيع المقابل بالثمن هو المجموع لا الأفراد، و إن تقوم بها - أي و إن تقوم الثمن بالأفراد - و قسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف بعضها أو ظهر مستحقا، و هذا التعليل شامل للمماثلة و المختلفه، و رد بالتسويه على ابن الجنيد حيث جوزه في المماثلة لقفيزي حنطه و هو ضعيف). لأنه اجتهاد في قبال النص.

(١) هذا استثناء، بأن يقول: اشترت المجموع بكذا و قومت الثمن عليه فأصاب هذه القطعه من المبيع كذا من الثمن، و هو جائز لدلاله الروايه عليه، و تكون (أو) هنا بمعنى إلا أن يخبر بالحال، أو بمعنى: إلى أن يخبر بالحال.

(٢) إن وصليه و المعنى: و إن قسط الثمن عليها في بعض الموارد كما لو تلف قبل قبض المشتري أو ظهر مستحقا لغير البائع فيقسط، و التقسيط هنا لا يقتضى التقسيط هناك للنص و للاعتبار المتقدم.

(٣) لو باع مرابحه فبان أن رأس ماله أقل مما أخبر، إما بالاقرار و إما بالبينه، فالبيع صحيح بلا خلاف للأصل بعد عموم (أوفوا بالمعقود) (٢)، نعم لمكان الكذب في الإخبار كان المشتري بالخيار بين رده و فسخ العقد، أو امضائه بالثمن الذى وقع عليه العقد. و عن ابن الجنيد، و الشيخ أن المشتري يأخذ المبيع باسقاط الزيادة التى كذب فيها البائع، و فيه: إن العقد قد وقع على الثمن الذى كذب فيه البائع.

و مثله ما لو أخبر البائع بالأزيد عن رأس ماله غفله و اشتباها لا كذبا، و مثله ما لو أخبر بما هو بحكم رأس ماله كأجره الدلال و غيره من المؤن و الغرامه.

(٤) كأجره الدلال و الكيال و غيرهما.

(٥) بأن يكون جنس الثمن من الدنانير فأخبر أنه اشتراه بدراهم تساوى الدنانير التى دفعها.

(٦) بأن يكون قد اشتراه بدراهم من الجنس الرديء فأخبر أنه اشتراه بدراهم من الجنس الجيد.

ص: ٥٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٥.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

و أخذه بالثمن الذى وقع عليه العقد، لغروره (١). و قيل: له أخذه بحط الزيادة و ربحها (٢)، لكذبه مع كون ذلك (٣) هو مقتضى المراجعة شرعا، و يضعف بعدم العقد على ذلك فكيف يثبت مقتضاه.

و هل يشترط فى ثبوت خيار المشتري على الأول (٤) بقاؤه على ملكه و جهان، أجودهما العدم، لأصالة بقائه مع وجود المقتضى، و عدم صلاحية ذلك للمانع، فمع التلف، أو انتقاله عن ملكه انتقالا لازما، أو وجود مانع من رده كالاستيلاء يرد مثله، أو قيمته إن اختار الفسخ، و يأخذ الثمن، أو عوضه (٥) مع فقده.

(و لا يجوز الإخبار بما اشتراه من غلامه) الحر، (أو ولده)، أو غيرهما (حيلة (٦)، لأنه خديعه) و تدليس، فلو فعل ذلك أثم و صح البيع، لكن يتخير (١) أى لغرور المشتري.

(٢) أى يحط الزيادة و ما يلحقها من الربح.

(٣) أى الحط المذكور.

(٤) و هو القول المشهور، لأن القول الثانى لا- خيار فيه، فهل يشترط ببقاء الخيار بقاء العين تحت يد المشتري و جهان، وجه اشتراط بقاء العين أن الخيار قد ثبت لإزالته الضرر، و الفسخ مع عدمها عند المشتري ضرر على البائع لعدم عود ملكه إليه عند عدمه، فلا يثبت الفسخ هنا كما لا يثبت الفسخ مع تلف المبيع المعيب فى يد المشتري.

و وجه عدم الاشتراط أن الخيار قد ثبت قبل تلف العين، و بعد التلف يستصحب مع وجود المقتضى لثبوت الخيار الذى هو الكذب أو الغلط، و القول بأن الفسخ موجب للضرر على البائع لعدم عوده إلى ملكه مدفوع بأنه إن كان مثليا فيرد مثله، و إن كان قيميا فترد قيمه، هذا كله إذا لم يمكن للمشتري إرجاع المبيع كما لو تلف أو نقل عن ملكه بالعقد اللازم، أو كان تحت يده و لكن هناك مانعا من رده كالاستيلاء، أما إذا أمكن للمشتري إرجاعه لأن العقد غير لازم فيجب الرد بعينه.

(٥) أى عوض الثمن و هو قيمته عند فقد الثمن على تقدير الفسخ.

(٦) كما لو باع الرجل ولده سلعه بشرط أن يبيعه إياها بزيادة فقبل الولد ثم باعها لأبيه بالزيادة، فلا يجوز للأب أن يبيع السلعه برأس مال و هو الثمن الذى دفعه لابنه المشتمل على الزيادة المشترطه، بلا خلاف فيه، لأنه خيانه عرفا و تدليس، لأن المشتري للسلعه من الأب لم يترك المماكسه إلا اعتمادا على مماكسه الأب لنفسه و ثوقا باستقصائه فى النقيصه لنفسه فكان ذلك خيانه.

المشترى إذا علم بين رده، و أخذه بالثمن، كما لو ظهر كذبه فى الإخبار. (نعم لو اشتراه) من ولده، أو غلامه (ابتداء من غير سابقه بيع عليهما)، و لا- مواطأه على الزيادة، و إن لم يكن سبق منه بيع (جاز)، لانتفاء المانع حينئذ إذ لا مانع من معامله من ذكر، (و) كذا (لا) يجوز (الإخبار بما قوّم عليه التاجر) (١) على أن يكون له الزائد من غير أن يعقد معه البيع، لأنه كاذب فى إخباره، إذ مجرد التقويم لا يوجب، (و الثمن) على تقدير بيعه كذلك (٢) (له) أى للتاجر، (و للدلال الأجره) (٣)، - و لا- فرق بين أن يشترط الرجل على ابنه أو خادمه الحر أو الأجنبى، نعم لو اشترى الرجل منهم سلعه بزيادة عما باعها لهم من غير تواطؤ بينهم، أو اشترى سلعه منهم ابتداء ثم أخبر بالثمن الذى دفعه إليهم جاز البيع مرابحه لعدم الخيانه قطعاً.

(١) لو قال التاجر للدلال: هذا المتاع بألف، و لو بعته بأزيد منه فالزائد لك، فلا يجوز للدلال بيع المتاع مرابحه و أن يقول: هذا تقوّم علىّ أو اشتريته بألف و أريد ربع كذا، بلا خلاف فيه، لأن التاجر لم يوجب الدلال البيع، فلا شراء بالنسبه للدلال، و المتاع الذى تحت يده إنما هو لغيره، فلا معنى لقول الدلال: اشتريته أو تقوّم علىّ بألف، بل يكون كاذباً، و للأخبار.

منها: خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يحمل المتاع لأهل السوق - أى الدلال - و قد قوّموا عليه قيمه، فيقولون: بع فما ازددت فللك، قال عليه السلام: لا بأس بذلك و لكن لا يبيعهم مرابحه) (١).

(٢) أى بزياده.

(٣) أى أجره المثل عما فعله من البيع ليس إلا لأنه عمل محترم أقدم عليه لا بداعى التبرع، و لا يملك الدلال الزائد، لأن الثمن بتمامه فى قبالة المثل الذى هو ملك التاجر فإذا تم البيع انتقل الثمن بتمامه إلى التاجر، و لا يجب على التاجر إعطائه الزائد لأن الزائد مجهول فلا تصح جعله و لا إجاره فيتعين أن له أجره المثل سواء كان باستدعاء التاجر للدلال أو أن الدلال ابتداءً، و عن الشيخ المفيد و الطوسى فى المقنعه و النهايه أنه إذا كان باستدعاء التاجر فالدلال يملك الزائد دون صورته ابتداءً للدلال لأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لرجل: بع لى ثوباً بعشره، فما فضل فهو لك، قال: ليس به بأس) (٢) و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام-

ص: ٥٦١

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

لأنه عمل عملا له أجره عادة فإذا فات المشتراط رجع إلى الأجره، و لا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر له به، و استدعاء الدلال ذلك منه، خلافا للشيخين رحمهما الله حيث حكما بملك الدلال الزائد في الأول (١) استنادا إلى أخبار صحيحة يمكن حملها على الجعالة، بناء على أنه لا يقدر فيها (٢) هذا النوع من الجعالة.

ثالثها - المواضع

(و ثالثها - المواضع) (٣) [و هي] كالمرا بحة في الأحكام، من الإخبار على الوجوه المذكوره (إلا أنها بنقيصه معلومه) فتقول: بعتك بما اشتريته، أو تقوّم علىّ و وضيعه كذا، أو حطّ كذا. فلو كان قد اشتراه بمائه فقال: بعتك بمائه و وضيعه درهم من كل عشره فالثمن تسعون (٤)، أو لكل عشره (٥)، زاد عشره أجزاء من أحد عشر جزء من - (سألته عن الرجل يعطي المتاع فيقال له: ما ازددت على كذا و كذا فهو لك، قال عليه السّلام: لا بأس) (١) و مثلها غيرها، و حملت الأخبار كما في المسالك: (و يمكن تنزيلها على كون الواقع من التاجر على تقدير ابتدائه جعالة، فيلزم ما عيّنه، و لا يقدر فيها الجعالة، كما اعترضه ابن إدريس، لأن الجعالة في مال الجعالة إذا لم تؤد إلى النزاع غير قاذح).

(١) في صورته استدعاء التاجر للدلال.

(٢) أي في الجعالة، و المعنى أن الزائد المجهول لا يضر بالجعالة.

(٣) و هي مفاعله من الوضع بمعنى الحط، و هي النقصان قدرا من رأس المال، و لا ريب في جوازها بعد عموم تسلط الناس على أموالهم.

(٤) إذ لا- ريب في ظهور العبارة المذكوره من أن الموضوع هو بعض العشره، فالمائه عشره أعشار و الموضوع من كل عشره درهم، فيكون الموضوع عشره و الباقي تسعون، هذا و تكون من تبعيضه من قوله: (درهم من كل عشره)، و ذكر بعضهم احتمال أن تكون (من) لا بتداء الغايه، و المعنى وضيعه درهم عند كل عشره فيكون في كل أحد عشر درهما وضيعه درهم، و فيه: إنه على خلاف ظاهر العبارة.

(٥) فالعشره لا ينقص منها شيء بل ينقص عندها درهم و المعنى في كل أحد عشر درهما درهم وضيعه، فالثمن يكون تسعين و عشره أجزاء من أحد عشر جزءا من درهم، و الوضيعه تسعه دراهم و جزء من أحد عشر جزءا من درهم، و في هذه الصوره قد زاد-

ص: ٥٦٢

الدرهم، لأن الموضوع في الأول من نفس العشرة، عملاً بظاهر التبعض. و في الثاني من خارجها (١)، فكأنه قال: من كل أحد عشر، و لو أضاف الوضيعه إلى العشرة (٢) احتمل الأمرين، نظراً إلى احتمال الإضافة للآم و من.

و التحقيق هو الأول، لأن شرط الإضافة بمعنى من كونها تبيينيه، لا تبعضيه بمعنى (٣) كون المضاف جزئياً من جزئيات المضاف إليه بحيث يصح إطلاقه على المضاف و غيره، و الإخبار به عنه (٤) كخاتم فضه، لا جزء من كل (٥) كبعض القوم، و يد زيد، فإن كل القوم لا يطلق على بعضه، و لا زيد على يده، و الموضوع هنا بعض العشرة (٦)، فلا يخبر بها عنه (٧) فتكون بمعنى اللام (٨).

الـثمن عشره أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم على الثمن في الصورة السابقة، لأن الثمن تسعون و الوضيعه تسعه لو كان رأس المال تسع و تسعين بناء على وضيعه الدرهم في كل أحد عشر درهماً، و الدرهم الباقي من المائة يقسم أحد عشر جزءاً، و عشره أجزاء منه ثمن و الباقي وضيعه.

(١) أي خارج العشرة.

(٢) بأن قال: بعثك بمائه و وضيعه العشرة درهم، فيحتمل أن يكون المعنى من كل عشره درهم، و يحتمل أن يكون لكل عشره درهم، لأن الإضافة تحتمل أن تكون بمعنى اللام، و تحتمل أن تكون بمعنى من.

هذا و ذهب الشيخ و جماعه إلى أنها هنا بمعنى من التبعضيه لأنه المنساق إلى الذهن، و لكن في المسالك تبعاً للميسيه أن الإضافة بمعنى من لا تكون إلا في من البيانيه لا التبعضيه، نحو خاتم فضه و باب ساج و هو منتف هنا فيتعين كونها بمعنى اللام.

(٣) بيان لمن البيانيه.

(٤) أي و الأخبار عن المضاف إليه بالمضاف.

(٥) التي هي من التبعضيه.

(٦) حيث قال: بعثك بمائه و وضيعه العشرة درهم، فالموضوع هنا بعض العشرة.

(٧) أي فلا يخبر بالعشرة عن بعضها.

(٨) و فيه: إن الزمخشري قد صرح في كشافه في تفسير قوله تعالى: (وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِي لَهْوَ الْحَدِيثِ) (١): أنه يجوز أن تكون الإضافة بمعنى من التبعضيه، و كأنه قال: و من -

ص: ٥٦٣

رابعها - التولية

(و رابعها - التولية) (١) (و هي الإعطاء برأس المال) فيقول بعد علمهما بالثمن و ما تبعه: وليتك هذا العقد (٢)، فإذا قبل لزمه مثله (٣) جنسا، و قدرا، و صفه، و لو قال: بعتك، أكمله (٤) بالثمن، أو بما قام عليه (٥) و نحوه (٦)، و لا يفتقر في الأول (٧) إلى ذكره، و لو قال: وليتك السلعة (٨)...

-الناس من يشتري بعض الحديد، الذي هو اللهو منه، و كذا نقل ذلك عن غيره.

ثم إن هناك جماعه توقفوا في الترجيح بين كون الإضافه بمعنى اللام أو بمعنى من، بل صرح بعضهم بالبطلان مع عدم القرينه لتكافؤ الاحتمالين، و قد عرفت أن المنساق هو حملها على من التبعضيه.

(١) قد ورد جوازها في عده أخبار.

منها: خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه، إذا لم يربح فيه أو يضع) (١).

(٢) قال في الجواهر: (و على كل حال فيقول إذا أراد عقدها - أي التولية - وليتك أو بعتك أو ما شاكله من الألفاظ الداله على النقل - الذي هو البيع -) انتهى.

(٣) أي مثل رأس مال المتاع، لأنه يشترط في التولية مثليه رأس المال جنسا و صفه و قدرا.

(٤) قال في الجواهر: (نعم في جامع المقاصد و المسالك أنه إذا كان العقد بغير لفظ وليتك و جب ذكر الثمن، و إن كان بها لم يحتج - إلى أن قال - و لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحه لفظ التولية في البيع برأس المال، بل أصل المعنى في وليتك العقد إعطاء السابق بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولى في العقد السابق) انتهى بتلخيص.

(٥) بأن يقول: تقوم على إذا كان هناك غرامه و مؤن.

(٦) أي و غير هذا من الألفاظ الداله على ذلك.

(٧) أي في التولية.

(٨) بدل القول: وليتك العقد، هذا فلو كان مفعولها السلعه فقد يقال بعدم الصحه لأن المولى يوليه العقد السابق لا ما وقع عليه العقد المذكور.

و فيه: ليس هذا بمانع لأن المولى يوليه البيع السابق أي ما ملكه بالبيع السابق، و لذا قال في الجواهر: (لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعه، بل في كثير من نصوصها وقعت -

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

احتمل فى الدروس الجواز، (والتشريك (١) جائز) و هو أن يجعل له فيه (٢) نصيبا بما يخصه من الثمن بأن (يقول: شركتك) بالتضعيف (بنصفه بنسبه ما اشترت مع علمهما) بقدره، و يجوز تعديته بالهمزه (٣)، و لو قال: شركتك بالنصف كفى (٤) و لزمه نصف مثل الثمن، و لو قال: شركتك فى النصف (٥) كان له الربع، إلا أن يقول: بنصف الثمن (٦) فيتعين النصف، و لو لم يبين الحصة كما لو قال: فى شىء منه أو أطلق (٧) بطل، للجهل بالمبيع و يحتمل حمل الثانى على التنصيف (و هو) أى التشريك (فى الحقيقه بيع الجزء المشاع برأس المال (٨) لكنه يختص (٩) عن مطلق البيع (١٠) بصحته بلفظه (١١).

-مفعولا- للتولية، و إن لم تكن فى صورته العقد، بل و لا- إشعار فى شىء من النصوص بجعل المفعول العقد، فجعل المفعول السلعه إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد فى الاستغناء عن الثمن فلا ريب فى مساواته له) انتهى.

(١) هذا هو القسم الخامس الذى أضافه الشهيد الأول و تبعه الثانى فيه.

(٢) أن يجعل البائع للمشتري فى المبيع نصيبا كالنصف مثلا- بما يخصه من الثمن و هو نصف الثمن، هذا و قد عرفت أنه من أقسام و مصاديق التولية و ليس قسيما لها.

(٣) لأن التضعيف و الهمزه يجعلان الفعل المتعدى إلى مفعول متعديا إلى مفعولين.

(٤) أى و لم يذكر نسبة الثمن مع نسبة المثلث التى باعها، لأنه قال: شركتك بالنصف أى نصف المتاع و لم يذكر نصف ثمنه، و الكفايه ناشئه من علمهما بتمام الثمن و هو القرينه على كون نصف المتاع بنصف الثمن المعلوم و هذا ليس بحاجه إلى قرينه لفظيه مع وجود القرينه العقلية الداله على المراد.

(٥) أى نصف المتاع على أن يكون شركه بينه و بين المشتري، و عليه فيكون البائع قد جعل النصف الآخر مختصا به، و النصف الأول مشترك بينهما من دون ذكر النسبه إلا أنها محموله على التنصيف بينهما، فيكون للمشتري نصف النصف الذى هو الربع.

(٦) فإنها قرينه لفظيه على كون المبيع هو نصف المتاع لا ربه.

(٧) بأن قال: شركتك فى المتاع و لم يذكر شيئا بطل لمجهوليه المبيع مع احتمال حمل لفظ (شركتك فى المتاع) على التنصيف بينهما، لأن مقتضى الشركه كونه نصفين بينهما.

(٨) أى برأس مال الجزء لا برأس مال الجميع.

(٩) أى التشريك.

(١٠) الذى هو التولية.

(١١) على أن التشريك توليه فى الجزء و التولية بيع الكل.

(الفصل الثامن - في الربا) (١)

في مورد

بالقصر و ألفه بدل من واو (٢) (و مورد) (٣) أى محل وروده (المتجانسان إذا) (١) قال فى مصباح المنير: (الربا: الفضل و الزيادة، و هو مقصور على الأشهر، و يثنى ربوان بالواو على الأصل - إلى أن قال - و ربا الشيء يربو إذا زاد)، و منه قوله تعالى: (فَلَا يَزُبُّوا عِنْدَ اللَّهِ) (١).

(٢) فيقال: ربا يربو، و لذا يكتب فى المصاحف بالواو على أصله، و إن كان الرسم يقتضى كتابته بالألف.

(٣) فى خبر محمد بن سنان (أن على بن موسى الرضا عليه السلام كتب إليه فيما كتب من جواب مسائله: و عله تحريم الربا لما نهى الله عز و جل عنه، و لما فيه من فساد الأموال، لأن الإنسان إذا اشترى الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهما و ثمن الآخر باطلا، فيبيع الربا و شراؤه و كس على كل حال، على المشتري و على البائع، فحرم الله عز و جل على العباد الربا لعله فساد الأموال، كما حظر على السفية أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساده حتى يونس منه رشد، فلهذه العلة حرم الله عز و جل الربا، و بيع الدرهم بالدرهمين، و عله تحريم الربا بعد بينه لما فيه من الاستخفاف بالحرام المحرم، و هى كبره بعد البيان - إلى أن قال - و عله تحريم الربا بالنسيئة لعله ذهاب المعروف و تلف الأموال و رغبة الناس فى الربح و تركهم القرض، و القرض ضائع المعروف، و لما فى ذلك من الفساد و الظلم و فناء الأموال) (٢).

و فيه تصريح بكون الربا على قسمين: ربا فى البيع و ربا فى القرض، هذا من جهة و من جهة أخرى فالربا فى البيع لا يكون إلا فى المكيل و الموزون للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) (٣) و خبر عبيد بن زراره (سمعت أبى عبد الله عليه السلام يقول: لا- يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن) ٤، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد) (٤) ، فلذا تحرم الزيادة فى بيع المتجانسين إذا كانا من المكيل أو الموزون.

ص: ٥٦٦

١- (١) سورة الروم، الآية: ٣٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١١.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.

قدّر بالكيل، أو الوزن و زاد أحدهما) عن الآخر قدرا و لو بكونه مؤجلا (١).

و تحريمه مؤكد (٢)، و هو من أعظم الكبائر،(و الدرهم منه أعظم) وزرا (من سبعين زنيه) بفتح أوله و كسره (٣) كلها بذات محرم، رواه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام.

فى ضابط الجنس

(و ضابط الجنس) (٤) هنا: (ما دخل تحت اللفظ الخاص (٥) كالتمر (٦) (١) بأن يكون أحدهما معجلا و الآخر مؤجلا لصدق الزيادة على المتجانسين.

(٢) فقد ورد تحريمه فى الكتاب بقوله تعالى: (وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبَا) (١) و قوله تعالى:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَ ذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ، فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَ إِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَ لَا تُظْلَمُونَ (٢).

و الأخبار كثيره منها: خبر ابن بكير (بلغ أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أنه كان يأكل الربا و يسميه اللبأ فقال: لئن أمكننى الله منه لأضربن عنقه) (٣)، و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (درهم ربا أشد من سبعين زينه كلها بذات محرم) (٤)، و خبر حماد بن عمرو و أنس بن محمد عن أبيه عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى وصيته لعلى عليه السلام (يا على، الربا سبعون جزء فأيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه فى بيت الله الحرام، يا على درهم ربا أعظم عند الله من سبعين زينه كلها بذات محرم فى بيت الله الحرام) ٥.

(٣) قال فى مصباح المنير: (المقصود لغه الحجاز - أى الزنا - و الممدود لغه نجد - أى الزناء -، و هو ولد زنيه بالكسر و الفتح لغه، و عن ابن السكيت زنيه و غيه بالكسر و الفتح).

(٤) لما كان الربا لا يقع إلا فى المتجانسين مما يكال أو يوزن، فىناسب أن نبحت عن معنى الجنس و ما يندرج تحت الجنس الواحد، و المراد منه هو النوع المنطقى و هو الذى يندرج تحت لفظ خاص لأنه هو الذى تتحد الذات فى جميع أفراده بخلاف الجنس المنطقى فإن الذات بين أفراده مختلفه و متنوعه بتنوع الأنواع ثم إن أهل اللغه يسمون النوع المنطقى جنسا و لا مشاحه فى الاصطلاح.

(٥) بحيث يكون مفهومه نوعا كما عرفت.

(٦) فإنه منطبق على أصنافه و أفراده و عليه فيحرم بيع أصنافه بالبعض الآخر مع زياده، و كذا الزبيب.

ص: ٥٦٧

٢- (٢) سورة البقره، الآيتين: ٢٧٨ و ٢٧٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الربا حديث ١.

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الربا حديث ١ و ١٢.

و الزبيب و اللحم،(فالتمر) جنس، لجميع أصنافه،(و الزبيب جنس) كذلك (١) (و الحنطة و الشعير) هنا (جنس) واحد (في المشهور) (٢) و إن اختلفا لفظا و اشتملا على أصناف، لدلالة الأخبار الصحيحة على اتحادهما الخاليه عن المعارض، و في بعضها أن الشعير من الحنطة فدعوى اختلافهما نظرا إلى اختلافهما صورته و شكلا و لونا و طعما و إدراكا و حسا و اسما غير مسموع. نعم هما في غير الربا كالكراه جنسان إجماعا،(و اللحوم تابعه للحيوان) (٣) فلحم الضأن و المعز جنس (٤)، لشمول الغنم لهما، و البقر و الجاموس جنس (٥)، و العراب و البخاتي جنس (٦).

في ما لا ربا فيه

(و لا ربا في المعدود) (٧) مطلقا على أصح القولين، نعم يكره،(و لا بين) (١) أي لجميع أصنافه.

(٢) للأخبار منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (الحنطة و الشعير رأسا برأس، لا يزداد واحد منهما على الآخر)(١) ، و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أ يجوز قفيز من حنطه بقفيزين من شعير؟ فقال: لا يجوز إلا مثلا بمثل، ثم قال: إن الشعير من الحنطة) ٢، و خالف ابن إدريس مستدلا بأنه لا خلاف بين المسلمين العامه و الخاصه، و لا بين أهل اللغه و اللسان في أنهما جنسان، و يردده أن الشارح قد اعتبرهما هنا بحكم الجنس الواحد و إن كانا جنسين لغه و عرفا.

(٣) بمعنى أن لفظ اللحم ليس جنسا بما هو حتى ينطبق على جميع مصاديق اللحم، بل يكون جنسا باعتبار إضافته للحيوان فيقال: لحم البقر و لحم الغنم و هكذا، و لذا يجوز بيع لحم الغنم بلحم البقر متفاضلا لأنهما من جنسين.

(٤) بلا خلاف لدخولهما تحت لفظ الغنم الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدر في اتحاد الحقيقه فيه مثل هذا الاختلاف بين الماعز و الضأن كالاختلاف بين أفراد الإنسان.

(٥) بلا خلاف فيه لدخولهما تحت لفظ البقر لغه.

(٦) لصدق الإبل عليهما، غايته البخاتي بفتح الباء مع تشديد الياء و هو الإبل الخراسانيه و قال في المصباح: (و العراب من الإبل خلاف البخاتي).

(٧) لا ربا إلا في المكيل أو الموزون فقط على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن)(٢)-

ص: ٥٦٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الربا حديث ٣ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ١.

(الوالد و ولده) (١) فيجوز لكل منهما أخذ الفضل على الأصح (٢)، والأجود -و ظاهره الحصر، و خبر منصور (سألته عن الشاه بالشتين و البيضة بالبيضتين، قال: لا- بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا)(١) و خبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن البيضة بالبيضتين، قال: لا بأس به، و الثوب بالثوبين، قال: لا بأس به، و الفرس بالفرسين فقال: لا بأس به، ثم قال: كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد، فإذا كان لا يكال و لا يوزن فلا بأس به اثنين بواحد)(٢) و مثلها غيرها، و عن ابن الجنيدي و سأل أن المعدود كالمكيل و الموزون فلا يجوز التفاضل فيه، لصحيح محمد بن مسلم (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن الثوبين الرديين بالثوب المرتفع و البعير بالبعيرين و الدابة بالدابتين فقال: كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه إلا أن يختلف الصنفان)(٣)، و صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يقول: عاوضني فرسي فرسك و أزيدك، قال: لا- يصلح و لكن يقول: اعطني فرسك بكذا و كذا و أعطيك فرسي بكذا و كذا)(٤) و هما محمولتان على الكراهه جمعا.

(١) على المشهور إلا من السيد المرتضى في المسائل الموصليات، مع أنه في الانتصار وافق جمهور الأصحاب، و حجه مذهب المشهور أخبار.

منها: صحيح زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (ليس بين الرجل و ولده، و بينه و بين عبده، و لا بينه و بين أهله ربا)(٥)، و خبر عمرو بن جميع عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين: ليس بين الرجل و ولده ربا، و ليس بين السيد و عبده ربا)٦.

و أما السيد المرتضى فقد قال في الانتصار: (قد كتبت قديما في جواب مسائل وردت علي من الموصل و تأولت الأخبار التي يرويها الأصحاب المتضمنه لنفي الربا بين من ذكرناه - إلى أن قال - و اعتمدنا على نصره هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأنني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرناه، و غير مختلفين فيه في وقت من الأوقات، و إجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجه و يخص به ظاهر القرآن) انتهى.

(٢) بلا خلاف إلا من ابن الجنيدي، و قال في المسالك: (و تبه بقوله: و يجوز لكل واحد منهما

ص: ٥٦٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الربا حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الربا حديث ٧.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٦.
- ٥- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الربا حديث ٣ و ١.

اختصاص الحكم بالنسبي مع الأب (١)، فلا يتعدى إليه مع الأم، ولا مع الجد و لو للأب، ولا إلى ولد الرضاع، اقتصارا بالرخصة على مورد اليقين، مع احتمال التعدى فى الأخيرين، لإطلاق اسم الولد عليهما شرعا،(ولا) بين (الزوج و زوجته) (٢) دواما و متعه على الأظهر،(و لا بين المسلم و الحربى (٣)، إذا أخذ المسلم الفضل)، و إلا ثبت (٤)، و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره، و لا بين كونه فى دار الحرب و الإسلام.

-أخذ الفضل على خلاف ابن الجنيدي حيث نفى الربا بين الوالد و ولده بشرط أن يأخذ الوالد الفضل، و أن لا يكون للولد وارث و لا عليه دين، و إطلاق النص حجه عليه) انتهى، و قال فى الجواهر: (و هو اجتهاد فى مقابل النص).

(١) أى نفى الربا بين الوالد و الولد مختص بالولد النسبى، و لا يتعدى الحكم إلى الأم، و لا إلى الجد، و لا إلى ولد الرضاع، لحرمة القياس و للوقوف على ما خالف الأصل على المتيقن.

و لا يوجد مخالف لكن قد يحتمل صدق الولد على ولد الرضاع و لفظ الوالد على الجد، و فيه: إن الأخبار المتضمنه للولد و الوالد منصرفه إلى الولد النسبى و الوالد دون الجد.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (ليس بين المسلم و بين الذمى ربا، و لا بين المرأه و بين زوجها ربا)(١).

و كما عن الأكثر عدم الفرق بين الزوجه الدائمه و المتمتع بها لإطلاق النص، و ذهب الفاضل المقداد و الصيمرى و العلامه فى التذكره إلى أنها مختصه بالدائمه، لأن لفظ الأهل الوارد فى صحيح زراره و محمد بن مسلم المتقدم ينساق منه خصوص الدائمه التى هى أهل لها دون المتمتع بها.

(٣) بلا- خلاف فيه إذا أخذ المسلم الفضل لما تقدم من الأخبار هنا، و لخبر عمرو بن جميع عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ليس بيننا و بين أهل حربنا ربا، نأخذ منهم ألف درهم بدرهم، و نأخذ منهم و لا نعطيهم)٢، و لا فرق فى الحربى بين المعاهد و غيره، و لا بين كونه فى دار الإسلام أو الحرب.

و عن القاضى أنه يجوز لكل من المسلم و الحربى أخذ الربا من الآخر، و قال فى الجواهر:

(و لا ريب فى ضعفه لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم).

(٤) أى لو عكس الأمر فأخذ الحربى الزيادة فيثبت حكم الربا و هو الحرمة.

ص: ٥٧٠

(و يثبت بينه) أى بين المسلم، (و بين الذمى) على الأشهر (١)، و قيل: لا يثبت كالحربى، للروايه المخصّيه له كما خصّصت غيره. و موضع الخلاف ما إذا أخذ المسلم الفضل، أما إعطاؤه إياه فحرام قطعاً، (و لا فى القسمة (٢) لأنها ليست بيعاً، و لا معاوضه، بل هى تمييز الحق عن غيره، و من جعلها بيعاً مطلقاً (٣) أو مع اشتمالها على الرد (٤) أثبت فيها الربا.

(و لا يضر عقد التبن و الزوان) (٥) بضم الزاى و كسرهما و بالهمز و عدمه (اليسير) فى أحد العوضين، دون الآخر، أو زياده عنه، لأن ذلك لا يقدر فى (١) بل قال فى الجواهر: (بل عليه عامه المتأخرين إلا- النادر، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما سمعته من المرتضى، و حكى عن ابنى بابويه و المفيد و القطيفى) انتهى، و دليل المخالف الاجماع المدعى من قبل السيد المرتضى، و المرسل المتقدم عن الصادق عليه السلام (ليس بين المسلم و بين الذمى ربا) (١).

و فيه: إن الاجماع ممنوع مع مخالفه المشهور، و المرسل لا جابر له مع ذهاب المشهور أيضاً على خلافه، على أنه محمول على الذمى الخارج من شرائط الذمه، جمعا بينه و بين الأخبار المتقدمه التى حصرت نفي الربا بالحربى.

(٢) أى لا- ربا فى القسمة، كما لو كانت العين مما تكال أو توزن، و هى مشتركه بين شخصين و أراد أن يأخذ كل شريك حصته، فيصح التقسيم حتى لو أخذ أحدهما أكثر من الآخر برضاه و لا يكون الزائد ربا، لأن القسمة هى تمييز أحد الحقين و ليست بيعاً و لا- معاوضه، بل فى المسالك دعوى الاتفاق عليه و قال: (هذا موضع وفاق، و تبّه به - أى بذكره - على خلاف الشافعى فى أحد قوله حيث جعلها مبيعا، يثبت فيه الربا كالبيع) انتهى.

(٣) أى مع عدم الرد، و ذلك فيما لو كانت العين قابله للانقسام على حصص الشركاء.

(٤) و ذلك فيما لو كانت العين المشتركه غير قابله للانقسام على حصص الشركاء بالسويه، فيأخذ أحد الشركاء أزيد من حصته و يرد قيمه الزائد على شريكه.

(٥) إذا كانا يسيرين، و كذا لا يضر اليسير من التراب، لصدق بيع الحنطه بالحنطه فى بيع المتجانسين تنزيلا لهذا اليسير منزله العدم عرفاً، هذا من جهه و من جهه أخرى قال فى المصباح (الزوان حبّ يخالط البر فيكسبه الرداءه، و فيه لغات، ضم الزاى مع الهمز و تركه فيكون على وزان غراب، و كسر الزاى مع الواو).

ص: ٥٧١

إطلاق المثليه و المساواه قدرا، و لو خرجا عن المعتاد ضرًا، و مثلهما يسير التراب و غيره مما لا- ينفك الصنف عنه غالباً كالدردي (١) في الدبس و الزيت.

(و يتخلص منه) أى من الربا إذا أريد بيع أحد المتجانسين بالآخر متفاضلاً (٢) (بالضميمه) إلى الناقص منهما، أو الضميمة إليهما، مع اشتباه الحال (٣)، فتكون الضميمة فى مقابل الزيادة.

(و يجوز بيع مدّ عجوه (٤) و درهم بمدّين، أو درهمين (٥)، و بمدّين و درهمين (٦) (١) و هو ما يتسبب فى أسفل الزيت و الدبس.

(٢) كأن يبيع الدرهم بدرهمين فلا بد من إضافه ضميمة من غير جنسهما إلى الناقص، كأن يبيع الدرهم و ديناراً بدرهمين، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر عبد الرحمن بن الحجاج (سألته عن الصرف - إلى أن قال - فبعثنا بالغله فصرفوا ألفاً و خمسين منها بألف من الدمشقيه و البصريه، فقال: لا خير فى هذا، فلا يجعلون فيها ذهباً لمكان زيادتها، فقلت له: اشترى ألف درهم و ديناراً بألفى درهم، فقال: لا بأس بذلك، إن أبى كان أجراً على أهل المدينة منى، فكان يقول هذا، فيقولون إنما هذا الفرار، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم، و لو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار، و كان يقول لهم: نعم الشئ الفرار من الحرام إلى الحلال) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- بأس بألف درهم و درهم بألف درهم و دينارين، إذا دخل فيها ديناران أو أقل أو أكثر فلا بأس به) ٢.

و عليه فإذا كانت الضميمة فى أحدهما فلا- بد من كونها مع الناقص كيبيع درهم و دينار بدرهمين، لتكون الضميمة فى قبال الزائد، و إذا كانت الضميمة فى كليهما كما فى صحيح الحلبي المتقدم كما لو باع درهما و ديناراً بدرهمين و دينارين فلا بد من كون الدرهم فى قبال الدينارين، و الدينار فى قبال الدرهمين حتى لا يقع التفاضل فى الجنس الواحد و إن لم يقصد المتبايعان ذلك لإطلاق الأخبار.

(٣) بأن لا يعلم زياده أحد العوضين عن الآخر و لكن مع الضميمة فى كليهما فيصح البيع على كل حال لذهاب الضميمة من كل جانب إلى نفس الجنس فى الجانب الآخر.

(٤) العجوه على ما فى مجمع البحرين: (هى ضرب من أجود التمر، يضرب إلى السواد من غرس النبى صلى الله عليه و آله و سلم بالمدينة).

(٥) أى بيع مدّ عجوه و درهم بدرهمين.

(٦) أى و يجوز بيع مدّ عجوه و درهم بمدّين و درهمين، و يذهب كل جنس إلى ما يخالفه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الصرف حديث ط ١ و ٤.

(و أمداد و دراهم (١)، و يصرف كل إلى مخالفه) و إن لم يقصده (٢)، و كذا لو ضمّ غير ربوي (٣)، و لا يشترط في الضميمة أن تكون ذات وقع (٤) في مقابل الزيادة، فلو ضمّ ديناراً إلى ألف درهم ثمناً لألفي درهم جاز، للرواية، و حصول التفاوت عند المقابلة (٥)، و توزيع الثمن عليهما باعتبار قيمه على بعض الوجوه لا يقدر، لحصوله حينئذ بالتقسيط، لا بالبيع، فإنه إنما وقع على المجموع بالمجموع، فالتقسيط غير معتبر و لا مفتقر إليه.

نعم لو عرض سبب يوجهه (٦) كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو (١) أى يجوز بيع مدّ عجوه و درهم بأمداد و دراهم، و مناط هذه الأمثلة واحد، و قد تقدم.

(٢) أى يصرف كل إلى ما يخالفه و إن لم يقصده كل من المتعاقدين.

(٣) بأن ضمّ إلى المدّ من العجوه ثوباً بمدّين، أو بمدّ و ثوب.

(٤) أى ذات قيمه سوقيه تساوى الزيادة لصريح خبر عبد الرحمن المتقدم.

(٥) هذه الفروع محل وفاق بين أصحابنا كما في المسالك، و خالف الشافعي في بيع مدّ عجوه و درهم بمدّين، و جعله ربا لحصول التفاوت عند المقابلة على بعض الوجوه، و ذلك فيما لو كان الدرهم ثمناً لمدّ و نصف مدّ بالقيمة السوقية فيكون نصف المدّ الباقي في قبالة المدّ لا محالة فيقع الربا.

و الجواب أن الزيادة حصلت بمقتضى التقسيط بعد البيع و لم تحصل بالبيع، لأن البيع قد أوقع المجموع في قبالة المجموع و لا يصدق عليهما أنهما من جنس واحد مع زياده في أحد الطرفين ليقع الربا.

(٦) أى لو عرض سبب كالتلف في أحد العوضين يوجب التقسيط شرعاً، فقال الشارح في المسالك: (و يشكل الحكم لو احتيج إلى التقسيط شرعاً كما لو تلف الدرهم المعين قبل القبض أو ظهر مستحقاً مطلقاً - قبل القبض أو بعده - و كان في مقابله ما يوجب الزيادة المفضية إلى الربا، فإنه يحتمل بطلان البيع من رأس، للزوم التفاوت في الجنس الواحد، كما لو باع مدّاً و درهما بمدّين و درهمين مثلاً فإن الدرهم التالف من الثمن إذا كان نصف المبيع بأن كانت قيمه المدّ من المدّين درهما يبطل البيع في نصف الثمن فيبقى النصف الآخر، و حيث كان منزلاً - على الأشاعه كان النصف في كل من الجنسين، فيكون نصف المدّين و نصف الدرهمين في مقابله المدّ فيلزم الزيادة الموجهة للبطلان.

و يحتمل البطلان في مخالف التالف خاصه و الصحه في مخالف الباقي، لأن كلا من الجنسين في البيع قوبل به مخالفه من الثمن فإذا بطل أحد الجزئين بطل فيما قوبل به، -

ظهر مستحقا و كان فى مقابله ما يوجب الزيادة المفضيه إلى الربا احتمال بطلان البيع حينئذ، للزوم التفاوت فى الجنس الواحد، و البطلان (١) فى مخالف التالف خاصه، لأن كلا من الجنسين قد قوبل بمخالفه فإذا بطل ما قوبل به خاصه و هذا هو الأجود و الموافق لأصول المذهب، و المصحح لأصل البيع، و إلا كان مقتضى المقابله لزوم الربا من رأس.

و يتخلص من الربا أيضا (٢) (بأن يبيعه بالمماثل، و يهبه الزائد) فى عقد واحد، أو بعد البيع (من غير شرط) للهبه فى عقد البيع، لأن الشرط حينئذ زياده فى العوض المصاحب له، (أو) بأن (يقرض كل منهما صاحبه و يتبارء) بعد التقابض الموجب لملك كل منهما ما اقترضه و صيروره عوضه فى الذمه.

و مثله ما لو وهب كل منهما الآخر عوضه، و لا يقدر فى ذلك كله كون هذه العقود غير مقصوده بالذات (٣)، مع أن العقود تابعه للقصد، لأن قصد التخلص من الربا الذى لا يتم إلا بالقصد إلى بيع صحيح، أو قرض، أو غيرهما - لأن صحه البيع منزله على ذلك، فكذا بطلانه، و المرجح لذلك نص الأصحاب على أن كل جنس فى مقابل ما يخالفه) انتهى، و ما ذكره أخيرا هو المتعين.

(١) أى و احتمال البطلان.

(٢) بعد ما ثبت مشروعيه الاحتيال فى التخلص من الربا و أنه فرار من الباطل إلى الحق فيصح كل بيع أو معاوضه أو عقد لا يقع التقابل بين متجانسين مع زياده فى أحدهما، و لذا قال فى الجواهر: (و قد يتخلص من الربا أيضا بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها، ثم يشتري من الآخر سلعته بالثمن الذى باع به سلعته، و حينئذ يسقط اعتبار المساواه ضروره عدم بيع كل منهما بالآخر حتى يشترط ذلك تخلصا من الربا، فلو باع مثلا وزنه من الحنطه بعشره دراهم، ثم اشترى منه وزنيتين بذلك - أى بعشره دراهم - صح، و كذا لو وهبه أحدهما سلعته ثم وهبه الآخر الأخرى من غير معاوضه - إلى أن قال - أو أقرض سلعته صاحبه ثم أقرضه هو و تبارء، و كذا لو تبايعا متساويا و وهبه الزيادة إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلا) انتهى.

(٣) و هى قصد الهبه و غيرها، و هى غير مقصوده بالذات لأن المقصود بالذات هو التخلص من الربا و لا مانع منه لأن قصد التخلص من الربا يوجب القصد إلى الهبه فيكون من قبيل الداعى إلى الداعى، و هذا لا يضر فى صحه الداعى الثانى الناشئ من الداعى الأول.

كاف في القصد إليها (١)، لأن ذلك (٢) غايه مترتبه على صحة العقد مقصوده، فيكفي جعلها غايه، إذ لا يعتبر قصد جميع الغايات المترتبه على العقد (٣).

في أنه لا يجوز بيع الرطب بالتمر

(و لا يجوز بيع الرطب بالتمر) (٤) للنص المعلل بكونه ينقص إذا جفّ، (و كذا كل ما ينقص مع الجفاف) (٥) كالعنب بالزبيب تعديه للعله المنصوصه إلى ما (١) إلى العقود.

(٢) أي التخلص من الربا و حاصله: أن التخلص من الربا مترتب على العقد الصحيح أو الهبه، فإذا أردت التخلص لا بد أن تريد العقد و إذا أردت العقد فلا- بد أن تريد النقل و الانتقال المحققين للبيع الصحيح أو الهبه، و من هنا تعرف من أن المقصود بالذات و هو التخلص من الربا لا يمنع من صحة العقد لأنه يولّد قصداً آخر و هو النقل و الانتقال الذي صدر العقد بداعيه.

(٣) قال الشارح في المسالك: (فإن من أراد شراء دار مثلاً ليؤجرها و يتكسب بها فإن ذلك كاف في الصحة، و إن كان لشراء الدار غايات أقوى من هذه و أظهر في نظر العقلاء) انتهى.

(٤) على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: النبوي (سئل عن بيع الرطب بالتمر، قال: أ ينقص إذا جفّ؟ فقيل له: نعم، فقال: لا إذا) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس و الرطب رطب، إذا يبس نقص) (٢).

و عن الشيخ في المبسوط و ابن إدريس الكراهه اعتماداً على خبر سماعه (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب، قال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل، قال: و التمر و الرطب مثلاً بمثل) (٣) و الخبر لا يصلح لمعاوضه ما تقدم من الأخبار.

(٥) كبيع العنب بالزبيب، و على المشهور المنع نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف فلا تجدى المساواه وقت الابتاع، و الأخبار المتقدمه قد صرحت بالعله، و هي تعمم و تخصص، فتكون شامله لهذه الموارد.

و ذهب جماعه منهم المحقق إلى الجواز في غير التمر و الرطب لحرمة القياس و اقتصاراً على المنصوص بعد خلوه من العله المنصوصه، و فيه: أن العرف يسقط خصوصيه التمر

ص: ٥٧٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الربا حديث ١ و ٣.

يشاركه فيها، وقيل: يثبت في الأول من غير تعديده ردا لقياس العله، وقيل بالجواز في الجميع ردا لخبر الواحد، واستنادا إلى ما يدل بظاهرة على اعتبار المماثلة بين الرطب واليابس. وما اختاره المصنف أقوى، وفي الدروس جعل التعديده إلى غير المنصوص أولى.

(و مع اختلاف الجنس) في العوضين (يجوز التفاضل (١) نقدا) إجماعا (و نسيه) على الأقوى، للأصل، والأخبار. واستند المانع إلى خبر دل بظاهرة على الكراهه و نحن نقول بها.

(و لا- عبره بالأجزاء المائيه في الخبز، و الخل، و الدقيق) (٢) بحيث يجهل -و الرطب في الأخبار المتقدمه فمدار المنع على نقصانه حال جفافه فلا بد من تعديده الحكم حينئذ، هذا و على مبنى ابن إدريس لا بد من القول بالجواز هنا من باب أولى.

(١) بلا خلاف فيه للنبوى (إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم) (١)، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا اختلف الشيطان فلا بأس به مثلين بمثل يدا بيد) (٢) و مثلها غيرها.

و الأخير صريح في جواز التفاضل نقدا، و لكن هل يجوز التفاضل بين الشئتين المختلفين نسيئه أو لا، و لا بد من تحرير محل النزاع فنقول: لو كان العوضان من النقدين كبيع الذهب بالفضه أو بالعكس فلا يصح نسيئه لاشتراط التقابض في المجلس، و لو كان أحد العوضين من النقدين و الآخر من الأعراض كبيع المتاع بذهب أو فضه فهو جائز بلا خلاف، و لو كان كلا العوضين من الأعراض كبيع مدّ من حنطه بمددين من عنب فهو محل النزاع، و المشهور على الجواز للأصل، و لعموم النبوى المتقدم و غيره.

و ذهب ابن الجنيد و المفيد و سلار و ابن البراج إلى عدم الجواز لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (ما كان من طعام مختلف أو متاع أو شيء من الأشياء يتفاضل فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يدا بيد، فأما نظره فلا يصلح) ٢، و مثله خبر زياد بن غياث (٣)، و حملت على الكراهه جمعا بينها و بين ما تقدم فضلا عن أن التعبير بنفى الصلاح ظاهر بالكراهه.

(٢) فيراد به العجين أو الدقيق الموضوع في مكان ندى اكسبه رطوبه.

ص: ٥٧٦

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الربا حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الربا حديث ١٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا حديث ١٤.

مقداره فى كل من العوضين الموجب لجهاله مقدارهما، و كذا لو كانت مفقوده من أحدهما كالخبز اليابس و اللبن، لإطلاق الحقيقه عليهما، مع كون الرطوبه يسيره غير مقصوده، كقليل الزوان و التبن فى الحنطه،(إلا- أن يظهر ذلك للحس ظهورا بينا) بحيث يظهر التفاوت بينهما فيمنع، مع احتمال عدم منعه مطلقا (١)، كما أطلقه فى الدروس و غيره لبقاء الاسم الذى يترتب عليه تساوى الجنسين عرفا.

فى أنه لا يباع اللحم بالحيوان مع التماثل

(و لا- يباع اللحم بالحيوان مع التماثل (٢) كلحم الغنم بالشاه) إن كان مذبوحا، لأنه (٣) فى قوه اللحم فلا بد من تحقق المساواه، و لو كان حيا فالجواز قوى (٤)، لأنه حينئذ غير مقدّر بالوزن (و يجوز) بيعه به (٥)(مع الاختلاف) (٦) قطعاً، لانتفاء المانع (٧) مع وجود المصحح (٨).

(١)سواء ظهر للحس أم لا.

(٢)كبيع لحم الغنم بالشاه إذا كان الحيوان حيا بلا- خلافاً فيه إلا من ابن إدريس، و حجه المشهور خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كره بيع اللحم بالحيوان)(١)، و خبر الدعائم عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان)(٢) و ليس دليل المشهور تحقق الربا لأن الحيوان الحى غير موزون بل يباع بالمشاهده كما هو الغالب فدليلهم ما سمعته من الأخبار إلا أن ابن إدريس لم يعمل بها لأنها خبر واحد و هى ضعيفه السند فلا بد من الذهاب إلى الجواز و قد قواه الشارح هنا و فى المسالك. و قد صرح فى كون النزاع فى الحيوان الحى العلامه فى التذكرة و الشارح فى المسالك و غيرهما فى غيرهما.

نعم لو أراد بيع لحم الغنم بالشاه المذبوحه فلا بد من المساواه و إلا لتحقق الربا لأن المذبوح فى قوه اللحم.

(٣)أى المذبوح.

(٤)تبعاً لابن إدريس.

(٥)أى بيع اللحم بالحى.

(٦)كبيع لحم الغنم بالبقر الحى.

(٧)المانع: لكونهما من جنسين فينتفى اتحاد الجنس المانع من التفاضل.

(٨)و هو اطلاقات حليه البيع.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الربا حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الربا حديث ١.

(الفصل التاسع – فى الخيار (١) و هو أربعة عشر قسما) و جمعه بهذا القدر من خواص الكتاب.

الأول – خيار المجلس

(الأول – خيار المجلس) (٢) أضافه إلى موضع الجلوس مع كونه (٣) غير معتبر فى ثبوته (٤)، و إنما المعتبر عدم التفرق (٥) إما تجوزا (٦) فى إطلاق بعض أفراد الحقيقة، أو حقيقة عرفية.

(١) قال فى مصباح المنير: (الخيره اسم من الاختيار، مثل الفديه من الافتداء، و الخيره بفتح الياء بمعنى الخيار، و الخيار هو الاختيار، و منه يقال له خيار الرؤيه، و يقال هى اسم من تخيرت الشىء مثل الطيره اسم من تطير) انتهى، و لذا قال فى الجواهر (فى الخيار الذى هو بمعنى الخيره، أى المشيئه فى ترجيح أحد الطرفين، إلا أن المراد به هنا ملك إقرار العقد و إزالته بعد وقوعه مده معلومه، و لا ريب فى ثبوته فى الجملة بل هو كالضرورى).

(٢) لكل من المتبايعين خيار الفسخ ما داما فى المجلس أى لم يفترقا، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: البيعان بالخيار حتى يفترقا) (١) و مثله صحيح زراره ٢ عنه عليه السلام، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أئما رجل اشترى بيعا فهما بالخيار حتى يفترقا، فإذا افترقا وجب البيع) (٣) إلى غير ذلك من النصوص المصرحه بعدم الافتراق و لذا لو تم البيع بدون اجتماع لم يكن هناك خيار للمجلس، فإذا لم يجتمعا حال البيع فلا يتحقق معنى الافتراق، ثم إن الاجتماع منصرف إلى اجتماع الأبدان، و الاجتماع بالأبدان مستلزم لمكان ما، و هذا المكان هو مجلس العقد لذا أطلق على هذا الخيار خيار المجلس، غير أنه إطلاق فى عبارته الفقهاء فقط، و أما الأخبار فقد سمعت صريحها بأنه خيار عدم الافتراق.

(٣) أى المجلس.

(٤) أى ثبوت الخيار.

(٥) كما هو صريح الأخبار المتقدمه.

(٦) أى إطلاق خيار المجلس على خيار عدم التفرق إما إطلاق مجازى من باب إطلاق أظهر أفراده على العام، لأن أظهر أفراد عدم التفرق هو حال كونهما فى مجلس واحد، و إما أنه منقول عرفى.

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢ و ٤.

(و هو مختص بالبيع) (١) بأنواعه (٢)، ولا يثبت في غيره (٣) من عقود المعاوضات و إن قام مقامه. كالصلح (٤).

و يثبت للمتبايعين (٥) ما لم يفترقا، (و لا- يزول بالحائل) بينهما (٦)، غليظا كان أم رقيقا، مانعا من الاجتماع (٧) أم غير مانع، لصدق عدم التفرق معه، (و لا بمفارقة) كل واحد منهما (المجلس مصطحبين) (٨) و إن طال الزمان ما لم يتباعد ما بينهما (٩) عنه (١٠)...

(١) بلا خلاف فيه لأن النصوص السابقة قد خصته بالبيع، كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ المتقدم: البيعان بالخيار.

(٢) كبيع السلم و النسيئة و المرابحة و المساومة لاندرج الجميع تحت لفظ البيع.

(٣) أى غير البيع من عقود المعاوضات اللازمه و الجائزه، كالإجاره و الوكاله.

(٤) بحيث كان أثره نفس أثر البيع من تحقق النقل و الانتقال إلا أنه لا يندرج تحت مفهوم البيع.

(٥) قال فى المسالك: (إطلاق المتبايعين يشمل المالكين و الوكيلين و المتفرقين، لأن المتبايعين من فعلا البيع) انتهى.

(٦) فلو ضرب بينهما حائل أو حفر نهر لا يتخطى أو نحو ذلك، مع بقائهما على حال العقد لم يبطل الخيار لعدم صدق التفرق الموجب لرفع الخيار، بلا فرق فى الحائل بين الغليظ و الرقيق أو كان جدارا من طين أو جص، بلا خلاف فى ذلك كله ما عدا ما حكى عن الشافعيه فى الغليظ و أن فيه قولين أصحهما عدم السقوط.

(٧) قال فى المسالك: (لا فرق فى الحائل بين الرقيق كالستر و الغليظ كالحائط و المانع من الاجتماع كالنهر العظيم و غيرها، لعدم صدق الافتراق بذلك، فإن المفهوم منه تباعدهما عن الحد الذى كانا عليه) انتهى.

(٨) لعدم صدق الافتراق، هذا و قد عرفت سابقا أن نفس المجلس ليس له مدخلية فى ثبوت الخيار، فلا ينتفى الخيار بانتفائه.

(٩) و المراد به هو المسافه حال الاصطحاب.

(١٠) أى عن ما بينهما حال العقد، فلا- تباعد أحال الاصطحاب أكثر من التباعد بينهما حال العقد و لو بخطوه لارتفع خيار المجلس، و هذا معناه أن التباعد متحقق بخطوه بلا خلاف فى ذلك، لعدم تحديد الافتراق بالشرع فيكتفى بمسماه الحقيقى و العرفى، و هو متحقق بخطوه قطعاً، و يؤيده صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (بايعت رجلا فلما بايعته -

حاله العقد، و أولى بعدم زواله (١) لو تقاربا عنه (٢).

(و يسقط باشتراط سقوطه فى العقد) (٣) عنهما، أو عن أحدهما بحسب الشرط، (و بإسقاطه بعده) (٤) بأن يقول: أسقطنا الخيار، أو أوجبا البيع، أو التزمناه، أو اخترناه، أو ما أدى ذلك.

(و بمفارقة أحدهما صاحبه) و لو بخطوه اختيارا، فلو أكرها أو أحدهما عليه (٥) لم يسقط، مع منعهما من التخاير (٦)، فإذا زال الإكراه فلهما الخيار فى مجلس الزوال (٧)، و لو لم يمنعا من التخاير لزم العقد (٨). (و لو التزم به أحدهما) -قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسى ليجب البيع حين افترقنا(١).

(١) زوال الخيار.

(٢) أى عما كان بينهما حال العقد.

(٣) بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، فلو كان الاشتراط بالسقوط من كليهما سقط خيارهما، و من أحدهما سقط خيار صاحبه فقط.

(٤) بعد العقد، و ذلك بأن يوجبا العقد أو بأن يوجب أحدهما العقد و يرضى الآخر، و هو المسمى بالتخاير، و صورته: بأن يقول: اخترنا العقد أو أزمناه أو أسقطنا الخيار أو نحو ذلك من الألفاظ الداله على سقوطه بإحدى الدلالات، أو أن تصدر هذه الألفاظ من أحدهما و يرضى الآخر بذلك، بلا خلاف فى ذلك كله، لأن كل ذى حق له حق إسقاطه، و كما أن له حق التسلط على ما له فله حق التسلط على حقوقه.

(٥) على التفرق فلا يسقط الخيار بلا خلاف فيه، للأصل بعد تبادر الاختيار من النصوص الداله على سقوط الخيار بالافتراق، و لذا يصح أن يقال: لم يفترقا بل فرقا.

(٦) من اختيار العقد، ثم لا فرق فى المنع من التخاير بين سد أفواههما أو التهديد إن تكلما.

(٧) قال فى الجواهر: (و لو زال الإكراه ففى فوريه الخيار و تراخيه إلى حصول الافتراق قولان، أفواهما الثانى للأصل، و لأن خيار المجلس موضوع على التراخى، و هذا منه أو بدل عنه) انتهى و هذا ما ذهب إليه الشيخ و جماعه، و ذهب العلامة فى التذكرة إلى أن الخيار على الفور عند زوال المانع، بامتداد مجلس الزوال لأن الفوريه هى القدر المتيقن من ثبوته بعد ارتفاع مجلس العقد بالإكراه.

(٨) فلو أكرها على التفرق من دون الإكراه على عدم الكلام فى اختيار العقد، و تفرقا سقط -

ص: ٥٨٠

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(سقط خياره خاصه) إذ لا ارتباط لحق أحدهما بالآخر (١).

(و لو فسخ أحدهما و أجاز الآخر قدّم الفاسخ) (٢) و إن تأخر عن الإجازة، لأن إثبات الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ، دون الإجازة، لأصالتها (٣)، (و كذا) يقدم الفاسخ على المميز (في كل خيار مشترك)، لاشتراك الجميع في العله التي أشرنا إليها.

(و لو خيره فسكت (٤) فخيارهما باق) أما الساكت فظاهر إذا لم يحصل منه ما يدل على سقوط الخيار، و أما المخير فلأن تخيره صاحبه أعم من اختياره العقد فلا يدل عليه، و قيل: يسقط خياره استنادا إلى روايه لم تثبت عندنا.

الثاني - خيار الحيوان

(الثاني - خيار الحيوان (٥) و هو ثابت للمشتري خاصه) على المشهور (٦) و قيل:

حق الخيار لأنهما لو أرادا استعمال حقهما بالخيار لاستطاعا بالكلام لأنهما غير مكرهين على عدم الكلام.

(١) كما هو واضح إذ لا ارتباط بين خيار أحدهما و خيار الآخر.

(٢) لأن الفسخ رفع للعقد الثابت، و لذا يقدم و لو تأخر عن الإجازة، بل الإجازة إبقاء عقد البيع إلى حين تحقق الرفع، و المفروض أن الفسخ رفع له، فلا يضره تقدم الإجازة عليه.

(٣) بمعنى أن ما يتحقق بالإجازة هو متحقق بالأصالة من حين وقوع العقد.

(٤) لو خير أحدهما الآخر بأن قال له: اختر امضاء العقد أو فسخه، فسكت الآخر، فخيار الساكت باق بلا خلاف فيه للأصل، و إطلاق الأدله، و لأن السكوت أعم من الرضا فلم يصدر منه قول أو فعل يدل على سقوط خياره و خيار القائل فباق أيضا، لأن ما صدر منه أمر بالاختيار و هو لا يدل على إسقاط خيار نفسه.

و عن الشيخ كما في المسالك و إن قال في الجواهر: (و لكن لم نعرف القائل و إن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكى عن مبسوطه و خلافه خلاف الحكايه) أنه يسقط للنبوي (البيعان بالخيار ما لم يفترقا، أو يقول أحدهما لصاحبه: اختر) (١)، و هذه الزيادة لم تثبت من طرقنا فليست بحجه.

(٥) من ضروريات المذهب كما في الجواهر.

(٦) للأخبار الكثيره منها: صحيح على بن رئاب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى -

لهما، و به روايه صحيحه و لو كان حيوانا بحيوان (١) قوى ثبوته لهما كما يقوى ثبوته للبائع وحده لو كان الثمن خاصه. و هو ما قرن بالبائع. حيوانا (٢).

و مده هذا الخيار (ثلاثة أيام (٣) مبدأها من حين العقد) على الأقوى (٤)، و لا -جاريه لمن الخيار، للمشتري أو للبائع، أو لهما كلاهما؟ فقال: الخيار لمن اشترى ثلاثة أيام نظره، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري، و هو بالخيار فيها إن شرط أو لم يشترط) ٢، و صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: ما الشرط في الحيوان؟ قال: ثلاثة أيام للمشتري) ٣ و عن السيد المرتضى في الانتصار أن الخيار ثابت للمشتري و البائع معا لصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان، و فيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) ٤، و حمل على بيع الحيوان بالحيوان كما سيأتي.

(١) قيل بثبوت الخيار لهما، لأن الحكمه من ثبوت هذا الخيار هي أن الحيوان يشتمل على أمور باطنه لا -يطلع عليها غالبا إلا بالتروى و الاختبار مده، و هذه الحكمه موجوده هنا في الثمن لأنه حيوان، و بهذا يجمع بين صحيح محمد بن مسلم المتقدم و بقيه الأخبار على ما تقدم، و هذا ما احتمله العلامة و المحقق الثاني و جماعه منهم الصيمري.

و قيل: بعدم ثبوت الخيار للبائع هنا، لأن الخيار ثابت للمشتري فقط سواء كان الثمن حيوانا أو لا تمسكا بإطلاق الأخبار المتقدمه، و الحكمه المستدل بها غير منصوصه فلا يجوز اطرادها، و الجمع المتقدم بين الأخبار جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار.

(٢) كما لو باع الدار بحيوان، فالثمن هو الحيوان، و قد احتمل العلامة ثبوت الخيار للبائع فقط و اختاره الشارح هنا و في المسالك و تبعه عليه غيره تمسكا بالحكمه السابقه، و قد عرفت ما فيها.

(٣) على المشهور للأخبار المتقدمه سواء كان الحيوان إنسيا كالأمه أو لا، و عن أبي الصلاح الحلبي أن مده الخيار في الأمه هي مده الاستبراء، و ليس له مستند صالح بشهاده صاحب الجواهر و غيره.

(٤) أى من حين تمام العقد لتبادر اتصال الخيار بالعقد من النصوص السابقه، و ذهب الطوسى كما في الرياض إلى أن خيار الحيوان من حين التفرق و بعد ارتفاع خيار المجلس لئلا يلزم اجتماع خيارين في زمن واحد لكون الثاني في ظرف الأول لغوا، و لأنهما متمثالان -

ص: ٥٨٢

يقدر اجتماع خيارين فصاعداً وقيل: من حين التفرق، بناء على حصول الملك به (١) (و يسقط باسئراط سقوطه) فى العقد، (أو إسقاطه بعد العقد) كما تقدم (٢)، (أو تصرفه (٣) أى تصرف ذى الخيار سواء كان لازماً كالبيع أم لم يكن كالهبة قبل القبض (٤)، بل مطلق الانتفاع كركوب الدابة و لو فى طريق الرد، و نعلها و حلب ما يحلب، [و لبس الثوب، و قصارته، و سكنى الدار] (٥).

-فاجتماعهما محال.

وفيه: إن الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار و الحيشه كخيار المجلس و خيار الرؤيه فليس هما متماثلان من كل حيشه حتى يمتنع اجتماعهما، و ثبوت الخيار الثانى فى ظرف الأول يفيد أنه لو سقط أحدهما بمسقط يبقى الآخر فلا يكون ثبوته لغوا على أن الأسباب الشرعيه معرّفات لا مؤثرات حتى يشكل علينا بامتناع اجتماع سببين على مسبب واحد.

(١) بالتفرق.

(٢) فى خيار المجلس.

(٣) لا خلاف فى أن التصرف مسقط للخيار، لأن التصرف دليل الرضا بالعقد، و للأخبار.

منها: صحيح على بن رئاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (الشرط فى الحيوان ثلاثه أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثه الأيام فذلك رضا منه فلا شرط، قيل له: و ما الحدث؟ قال: إن لامس أو قتل أو نظر منها إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء) (١)، و مكاتبه الصّفار (كتبت إلى أبى محمد عليه السّلام فى الرجل اشترى من رجل دابه فأحدث فيها حدثاً من أخذ الحافر أو أنعلها أو ركب ظهرها فراسخ، أ له أن يردها فى الثلاثه الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها، أو الركوب الذى يركبها فراسخ؟ فوقع عليه السّلام: إذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء إن شاء الله) ٢، و الحدث مطلق فيشمل التصرف اللازم كالبيع أو غير لازم كالهبة بل يشمل مطلق الانتفاع كركوب الدابه و تحميلها و حلب ما يحلب و وطئ الجارية و نحو ذلك.

(٤) قيّد الهبة بذلك و إن كانت الهبة جائزه بعد القبض أيضاً، و لكن قيّد لأن بعض أنواع الهبه يلزم بعد القبض كالمعوضه و الواقعه بين الرحم.

(٥) قال سلطان العلماء فى وجه إيراد هذه الأمثله لخيار الحيوان مع أنها ليست تصرفاً-

ص: ٥٨٣

و لو قصد به الاستخبار و لم يتجاوز مقدار الحاجه (١) ففي منعه من الرد وجهان، أما مجرد سوق الدابه إلى منزله فإن كان قريبا بحيث لا يعد تصرفا عرفا فلا أثر له، و إن كان بعيدا مفرطا احتمل قويا منعه، و بالجمله فكل ما يعد تصرفا عرفا يمنع (٢)، و إلا فلا.

الثالث - خيار الشرط

(الثالث - خيار الشرط (٣) و هو بحسب الشرط (٤) إذا كان الأجل مضبوطا) (٥) - و انتفاعا بالحيوان: (هذا بناء على أن كون الخيار للطرفين، يعنى إذا كان ثمن الحيوان الثوب أو الدار فتصرف فيهما البائع بما ذكر سقط خياره، و إلا فلا ربط لهما بخيار الحيوان الثابت للمشتري) انتهى.

و قال آخر: (إلا أن يكون الفرض التمثيل للتصرف المسقط للخيار مطلقا و لو لم يكن في خيار الحيوان) انتهى، و قال ثالث: (إن هذه الأمثله مضروب عليها في نسخه الأصل كما عن بعض الحواشى) و هو الأصح.

(١) أى مقدار حاجه الاستخبار، و فيه وجهان، وجه السقوط أنه قد تصرف و إن كان للاستخبار فتشمله أدله كون التصرف مسقطا للخيار، و وجه عدم السقوط أن أدله التصرف المسقط للخيار منصرفه إلى التصرف المالكى الذى يصدر منه بما هو مالك لا بما هو مستخبر.

(٢) المستفاد من الأخبار أن التصرف الكاشف عن الرضا بالعقد هو المسقط للخيار، لا مطلق التصرف كركوب الدابه و حلبها و نحو ذلك، و يؤيده بعض الأخبار و هو خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: إن كان فى تلك الثلاثة أيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء) (١).

(٣) قال فى الجواهر: (بالضرورة بين علماء المذهب)، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (٢).

(٤) فلا يتقدر بمدته، بل هو تابع لما اشترط فى العقد خلافا للشافعى و أبى حنيفة فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة أيام.

(٥) لا يحتمل النقصان و لا الزيادة، لأن الأجل بغير المضبوط كقدوم الحاج غرر، و هو منهي عنه.

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١.

متصلا بالعقد أم منفصلا (١)، فلو كان منفصلا صار العقد جائزا بعد لزومه مع تأخره عن المجلس.

(و يجوز اشتراطه لأحدهما و لكل منهما، و لأجنبي عنهما (٢)، أو عن أحدهما (٣) و لأجنبي مع أحدهما عنه (٤)، و عن الآخر (٥)، و معهما (٦)، و اشتراط الأجنبي تحكيم لا توكيل (٧) عمن جعل عنه (٨) فلا اختيار له معه (٩).

(و اشتراط المؤامره) (١٠) و هى مفاعله من الأمر بمعنى اشتراطهما أو أحدهما (١) قال فى الجواهر: (و لا- يعتبر فيها الاتصال بالعقد كما هو صريح بعض و ظاهر إطلاق آخرين، للعموم، خلافا لما عن بعض العامة فمنعه، و احتمله الفاضل تفاديا من انقلاب اللازم جائزا، و فيه: إنه جائز و واقع فى خيار التأخير و غيره) انتهى.

(٢) بلا خلاف فيه للعموم، و الأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن كليهما.

(٣) و الأجنبي هنا له حق استعمال الخيار عن أحدهما فقط.

(٤) بمعنى أن يكون الخيار للبائع مثلا و للأجنبي عن البائع، فالأجنبي له حق استعمال الخيار عن نفس الذى ثبت له الخيار.

(٥) بمعنى أن يكون الخيار للبائع مثلا و للأجنبي عن المشتري.

(٦) بمعنى أن يكون الخيار للمتعاقدين و للأجنبي، بحيث يستعمل حق الخيار عن كليهما، من دون فرق بين أن يكون لكل متعاقد أجنبي أو عن كليهما أجنبي واحد.

(٧) بمعنى أن جعل الخيار للأجنبي لا يجوز للمتعاقد أن يعزله، و هذا هو المراد بلفظ التحكيم الوارد هنا، للزوم الوفاء بالشرط من كلا المتعاقدين، و قد ذهب أبو حنيفة و أحمد و الشافعى فى أحد قوليهِ إلى أنه توكيل.

(٨) عن أحد المتعاقدين.

(٩) أى لا اختيار لأحد المتعاقدين مع الأجنبي ذى الخيار.

(١٠) و هى مفاعله من الأمر، بمعنى اشتراط البائع أو المشتري أو هما استثمار من سميّاه فى العقد، و الرجوع إلى أمره، و هو لا خلاف فيه بيننا، لعموم الوفاء بالشرط.

نعم لا بدّ من تعيين مده معلومه لهذا الشرط و إلا لكان مجهولا فلا يصح، و عليه فالعقد من جهه المتعاقدين لازم كما هو واضح إذ الشرط ليس لهما، و العقد متوقف على أمر الأجنبي المستأمر، و لكن الأجنبي يأمر بالفسخ فيفسخ أحد المتعاقدين الذى هو مشروط عليه الاستثمار، و ليس للأجنبي الفسخ من تلقاء نفسه و كذلك أحد المتعاقدين.

نعم إذا أمر الأجنبي بالفسخ بعد طلب أحد المتعاقدين أمره فهل يجب على المشروط عليه-

استثمار من سميّاه و الرجوع إلى أمره مده مضبوطة، فيلزم العقد من جهتهما و يتوقف على أمره، فإن أمر بالفسخ جاز للمشروط له استثماره الفسخ و الظاهر أنه لا يتعين عليه، لأن الشرط مجرد استثماره، لا التزام قوله.

و إن أمره بالالتزام (١) لم يكن له الفسخ قطعاً، و إن كان الفسخ أصلح عملاً بالشرط، و لأنه لم يجعل لنفسه خياراً.

فالحاصل أن الفسخ يتوقف على أمره (٢) لأنه (٣) خلاف مقتضى العقد (٤)، فيرجع إلى الشرط، و أما الالتزام بالعقد فلا يتوقف (٥).

و ظاهر معنى المؤامره و كلام الأصحاب: أن المستأمر. بفتح الميم. ليس له الفسخ و لا الالتزام، و إنما إليه الأمر و الرأي خاصة فقول المصنف رحمه الله: (فإن قال المستأمر: فسخت أو أجزت فذاك، و إن سكت فالأقرب للزوم، و لا يلزم المستأمر الاختيار) إن قرئ المستأمر بالفتح. مبنيًا للمجهول. أشكل بما ذكرناه (٦).

-الفسخ؟ قال في الجواهر: (لا يتعين عليه امتثال أمره قطعاً) و علل بأنه لا معنى لوجوب الفسخ عليه غاية يصير المشروط عليه مع أمر الأجنبي مالكا للفسخ.

(١) فلو أمر الأجنبي أحد المتعاقدين المشروط عليه الاستثمار أمره بالالتزام لم يجز للمشروط عليه الفسخ، لأن حق الفسخ موقوف على أمر الأجنبي به و لم يحصل، و منه تعرف أن المشروط عليه لا يجوز له أن يفسخ لو سكت الأجنبي.

(٢) أي أمر الأجنبي.

(٣) أي الفسخ.

(٤) فلا بد من الرجوع إلى الشرط لو أراد الفسخ، و الشرط هو أن يأمر الأجنبي بالفسخ، و لم يأمر به بل أمر بالالتزام.

(٥) لا على أمر الأجنبي و لا على غيره، بل لو سكت الأجنبي فلا يجوز للمشروط عليه الفسخ كما عرفت.

(٦) اشكال الشارح هنا على عبارته المصنف التي تكرر فيها لفظ المستأمر، فإن قرئ بالفتح، فالمراد منه الأجنبي، و معنى العبارة حينئذ أن الأجنبي إذا فسخ أو أجاز فهو، و إن سكت فالعقد لازم و للسكوت مجال إذ لا يجب عليه اختيار الفسخ أو العقد.

و هذا المعنى للعبارة معارض بما ثبت من المؤامره عند الأصحاب من أن الأجنبي ليس له حق الفسخ و لا حق الإجازة و لا حق الاختيار.

وإن قرئ بالكسر فالمراد منه أحد المتعاقدين المشروط له الخيار بأمر غيره، و معنى العبارة حينئذ أن المشروط له لو قال: فسخت بعد أمر الأجنبي بالفسخ، أو قال: أجزت بعد أمر الأجنبي بالإجازة فهو، و لو سكت المشروط له بعد أمر الأجنبي له سواء أمره بالفسخ أو الإجازة فيلزم العقد، لأن السكوت ليس فيه دلالة على الفسخ لينفسخ العقد، و لا دلالة على الامضاء ليلزم العقد، و لا يجب على المشروط له الاختيار بمعنى أنه لا يجب عليه قبول قول الأجنبي كما تقدم سابقاً.

و هذا المعنى للعبارة موافق لما ثبت من المؤامره عند الأصحاب، و لكن المعنى الأول أرجح بالنسبة لظاهر عبارته المصنف كما احتمله الشارح بدليلين:

الأول: قول المصنف: (و لا يلزم المستأمر الاختيار) و هو ظاهر فى الأجنبي لأن الأجنبي لا يلزم باختيار الفسخ أو العقد، و هو غير ظاهر فى المشروط له لأنه يلزمه الاختيار بعد ما يأمر الأجنبي بالإجازة فلا يجوز له الفسخ.

الثانى: قوله: (و كذا كل من جعل له الخيار)، و هو ظاهر فى الأجنبي لأن له الاختيار بمعنى أن يختار الفسخ أو العقد، و هذه الجملة معطوفة على جملتنا هذه، و حكم المعطوف و المعطوف عليه واحد، فلا بد أن يكون الموضوع فيهما واحداً، و بما أن الموضوع فى الثانية هو الأجنبي فلا بد من كون الموضوع فى الأولى هو الأجنبي، فيتعين قراءه الفتح و لهذين الدليلين إن قرئ المستأمر بالفتح فيلزم منه ما تقدم أن الأجنبي ليس له حق الفسخ و لا الإجازة، بل له حق الأمر فقط.

هذا ما اشكله الشارح هنا على عبارته الماتن، و فيه: أن المراد من العبارة هو المشروط له الخيار فلا بد من قراءه الكسر و لا تعارض حينئذ بين العبارة و بين معنى المؤامره عند الأصحاب، غايته يكون معناه أن المشروط له إن قال: فسخت بعد أمر الأجنبي له بالفسخ، أو قال: أجزت، بعد أمر الأجنبي له بالإجازة، فهو، و إن سكت بعد ما أمره الأجنبي سواء أمره بالفسخ أو العقد فالعقد على لزومه و لسكوته مجال إذ لا يجب على المشروط له اختيار قول الأجنبي إذ لا يجب عليه القبول كما تقدم.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالقرينه الأولى التى أتى بها الشارح، تكون دليلاً له إن فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له الاختيار أى اختيار العقد أو الفسخ، و أما لو فسرناها بأنه لا يلزم على المشروط له اختيار قول الأجنبي فلا تكون دليلاً كما هو واضح، ثم لو سلمنا أن المراد بالاختيار العقد أو الفسخ فهو غير متوهم ثبوته للأجنبي حتى ينفى، لأن الأجنبي ليس له إلا الأمر فقط، فيتعين أن يكون النفى للاختيار متوجهاً للمشروط له.

و إن قرئ بالكسر. مبنيًا للفاعل. بمعنى المشروط له المؤامره لغيره، فمعناه:

إن قال: فسخت بعد أمره له بالفسخ، أو أجزت بعد أمره له بالإجازه لزم، و إن سكت و لم يلتزم و لم يفسخ سواء فعل ذلك بغير استثمار أم بعده و لم يفعل مقتضاه لزم لما بيناه من أنه لا يجب عليه امتثال الأمر، و إنما يتوقف فسخه على موافقه الأمر.

و هذا الاحتمال أنسب بالحكم، لكن دلالة ظاهر العبارة على الأول أرجح، خصوصًا بقريته قوله: و لا يلزم الاختيار، فإن اللزوم المنفى ليس إلا عمن جعل له المؤامره، و قوله: (و كذا كل من جعل له الخيار) فإن المجعول له هنا الخيار هو الأجنبي المستشار، لا المشروط له إلا أن للمشروط له حظًا من الخيار عند أمر الأجنبي [له] بالفسخ.

و كيف كان فالأقوى أن المستأمر بالفتح ليس له الفسخ و لا الإجازه، و إنما إليه الأمر، و حكم امتثاله ما فصلناه، و على هذا (١) فالفرق بين اشتراط المؤامره لأجنبي، و جعل الخيار له واضح، لأن الغرض من المؤامره الانتهاء إلى أمره، لا- جعل الخيار له، بخلاف من جعل له الخيار.

و على الأول (٢) يشكل الفرق بين المؤامره، و شرط الخيار.

و المراد بقوله: و كذا كل من جعل له الخيار، أنه إن فسخ أو أجاز نفذ، و إن سكت إلى أن انقضت مده الخيار لزم البيع، كما أن المستأمر هنا (٣) لو سكت عن الأمر، أو المستأمر بالكسر لو سكت عن الاستثمار لزم العقد، لأن الأصل فيه اللزوم إلا بأمر خارج و هو منتف.

-و القرينه الثانيه و إن كانت معطوفه على الجملة الأولى و يلزم الاتحاد بينهما، لكن يلزم الاتحاد بينهما في الحكم لا- في الموضوع، و عليه فلا بد من إبقاء موضوع الجملة الأولى هو المشروط له، و موضوع الجملة الثانيه هو كل من له الخيار.

(١) من كون الأجنبي ليس له حق الفسخ و له الإجازه و إنما إليه الأمر فقط فالفرق واضح بين المؤامره و بين جعل الخيار للأجنبي.

(٢) أى على قراءه الفتح فلا يكون هناك فرق.

(٣) أى فى قول المصنف: (و إن سكت فالأقرب اللزوم).

(و يجب اشتراط مده المؤامره) بوجه منضبط (١)، حذرا من الغرر خلافا للشيخ حيث جَوَز الإطلاق.

الرابع - خيار التأخير

(الرابع - خيار التأخير) (٢) أى تأخير إقباض الثمن و المثلثن (عن ثلاثه) أيام (١) قد تقدم أنه مع عدم التعيين يلزم الغرر هذا على المشهور، و خالف الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الشافعى فى أحد قوليه أنه مع إطلاق المده يثبت على التأبيد مع انتفاء التحديد.

(٢) قال العلامة فى التذكرة: (من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشتري و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعه، لزم البيع ثلاثه أيام، فإن جاء المشتري بالثمن فى هذه الثلاثه فهو أحق بالعين، و إن مضت الثلاثه و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبه بالثمن عند علمائنا أجمع، و الجمهور أطبقوا على عدم ثبوته، و دليلنا الاجماع) انتهى، و لأن الصبر من قبل البائع مطلقا حتى يأتى المشتري بالثمن مظنه الضرر و هو منفى فى الإسلام، و للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه، قال: إن جاء فيما بينه و بين ثلاثه أيام و إلا فلا بيع له) (١)، و صحيح على بن يقطين (سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن، قال: فإن الأجل بينهما ثلاثه أيام، فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما) (٢).

و ظاهر الأخبار أن العقد يفسخ من تلقائه و هذا ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط و صاحب الحدائق، و المشهور على أن نفى البيع بينهما هو إثبات خيار الفسخ للبائع جمعا بين هذه الأخبار و بين عموم تسلط الناس على أموالهم، إذ قد يرضى البائع بالصبر. و شروط هذا الخيار ثلاثه:

الأول: عدم قبض الثمن و هو مما لا خلاف فيه و هو ظاهر النصوص.

الثانى: عدم قبض المبيع و عليه الإجماع إلا أن النصوص غير ظاهره فى ذلك لأن صحيح زراره المتقدم ظاهر فى كون المشتري قبضه و أودعه عند البائع فالعمده الاجماع.

الثالث: الحلول و عدم شرط التأخير ليخرج بيع النقد و النسيئه و بيع السلف، و شرطيه الحلول مما لا خلاف فيها بل هى الظاهره من النصوص أيضا.

ص: ٥٨٩

(فيمن باع و لا- قبض) الثمن، (و لا- أقبض) المبيع، (و لا- شرط التأخير) أى تأخير الإقباض و القبض فللبائع الخيار بعد الثلاثه فى الفسخ (و قبض البعض كلا قبض) (١) لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلث (٢) مجتمعا و منفردا (٣)، و لو قبض الجميع (٤) أو أقبضه (٥) فلا خيار و إن عاد إليه بعده (٦).

و شرط القبض المانع كونه (٧) بإذن المالك فلا أثر لما يقع بدونه، و كذا لو (١) بلا خلاف فيه لصدق عدم إقباض الثمن بتمامه، و لخبر عبد الرحمن بن الحجاج (اشترت محملا فأعطيت بعض ثمنه و تركته عند صاحبه، ثم احتبست أياما، ثم جئت إلى بائع المحمل لآخذه، فقال: قد بعته فضحكت، ثم قلت: لا و الله لا أدعك أو أقاضيك، فقال لى: ترضى بأبى بكر بن عتاش؟ قلت: نعم فأتيته فقصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن اقضى بينكما، بقول صاحبك أو غيره؟ قلت: بقول صاحبي، قال: سمعته يقول: من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثه أيام و إلا فلا بيع له) (١).

(٢) أى و كذا قبض بعض المثلث كلا قبض، و هو معطوف على (قبض الثمن).

(٣) أى أن قبض البعض فى الثمن و المثلث كلا قبض سواء تحقق بعض القبض فى كليهما أو أحدهما، و عبارته هنا غير واضحة على مراده، و أحسن منها عبارته فى المسالك حيث قال: (و قبض بعض كل واحد منهما كلا قبض مجتمعا و منفردا لصدق عدم قبض الثمن و إقباض المثلث فيتناول النص) انتهى.

(٤) فى الثمن.

(٥) أى المثلث، فلا خيار حينئذ لانتفاء شرط خيار التأخير.

(٦) أى و إن عاد المثلث إلى البائع بعد الإقباض بنحو الوديعة فلا خيار له لعدم تحقق شرط خيار التأخير.

(٧) أى أن القبض إن تحقق يمنع ثبوت الخيار و لكن هل قبض الثمن مشروط بإذن المشتري بحيث لو استلمه البائع بدونه فيكون كلا- قبض لأنه تصرف غير مأذون، و هذا ما ذهب إليه جماعة لظهور الأخبار فى كون القبض مشروطا بإذن صاحبه، أو أنه غير مشروط و إن كان قبض المثلث مشروطا بإذن البائع لأن الوارد فى الأخبار إقباض المثلث و قبض الثمن، و هما ظاهران فيما قلنا، و هذا هو المستفاد من صحيح على بن يقطين المتقدم (سأل-

ص: ٥٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخيار حديث ٢.

ظهر الثمن مستحقاً أو بعضه (١)، و لا يسقط بمطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه (٢) و إن كان قرينه الرضا بالعقد.

و لو بذل المشتري الثمن بعدها (٣) قبل الفسخ ففي سقوط الخيار وجهان (٤):

و منشأهما الاستصحاب، و زوال الضرر.

(و تلفه) أى المبيع (من البائع مطلقاً) فى الثلاثه و بعدها (٥)، لأنه غير -أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن... (١).

و فيه: أن الاقباض و القبض و اردان فى كلام السائل لا فى كلام الإمام عليه السّلام.

(١) فبعد ظهور أن جميع الثمن أو بعضه ليس من مال المشتري يصدق أنه لم يقبضه تمام الثمن فيتحقق شرط الخيار.

(٢) هل مطالبه البائع بالثمن بعد الثلاثه مسقطه للخيار لأن المطالبه داله على الالتزام بالعقد و هذا ما عليه الشيخ و الديلمى و الحلّى، أو أن المطالبه لا تدل على الالتزام لأعميه المطالبه منه، إذ قد يطالب و هو ناو على الفسخ مع رضاه بأصل العقد بحيث هو راض بأصل العقد و ليس براض باستمراريته، و لا أقل من الشك فى سقوط الخيار بالمطالبه فيستصحب، و لإطلاق الأدله، و هذا ما ذهب إليه جماعه منهم الشارح.

(٣) بعد الثلاثه.

(٤) وجه السقوط لانتهاء الضرر عن البائع حينئذ ببذل المشتري للثمن، ذهب إليه العلامة فى التذكرة، و وجه عدم السقوط أن هذا دليل اعتبارى لا يصلح لتأسيس حكم بعد كون خيار التأخير ثابتاً بالأخبار فإذا شككنا بسقوطه بعد البذل فيجوز الاستصحاب لإبقائه.

(٥) بلا خلاف فيه بعد الثلاثه لقاعده (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه)، و هذه القاعده مضمون النبوى (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو مال بايعه) (٢)، و هى متصيده من الأخبار أيضاً.

منها: خبر عقبه بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل اشترى متاعاً من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه) (٣).

ص: ٥٩١

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الخيار حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

مقبوض، و كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، و تبّه بالإطلاق على خلاف بعض الأصحاب حيث زعم أن تلفه في الثلاثه من المشتري، لانتقال المبيع إليه، و كون التأخير لمصلحته و هو غير مسموع في مقابله القاعده الكليه الثابته بالنص و الإجماع.

الخامس - خيار ما يفسد ليومه

(الخامس - خيار ما يفسد ليومه (١)، و هو ثابت بعد دخول الليل) (٢) هذا هو - و أما في الثلاثه فكذلك على المشهور للقاعده المتقدمه، و عن المفيد و المرتضى و ابن زهره و سلالر أنه من مال المشتري، لأن المبيع ملك للمشتري و لا تقصير من قبل البائع فيكون التلف على المشتري بل كما أن له النماء فعليه الضمان، و الأقوى ما عليه المشهور.

(١) لو اشترى شيئاً ما يفسد من يومه، و تركه عند البائع حتى يأتيه بالثمن، فإن جاء بالثمن فهو و إلا يثبت خيار للبائع الفسخ، و مستند هذا الخيار مرسل محمد بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام أو عن أبي الحسن عليه السلام (في الرجل يشتري الشيء الذي يفسد من يومه و يتركه حتى يأتيه بالثمن، قال: إن جاء فيما بينه و بين الليل بالثمن و إلا فلا بيع له) (١)، و ارساله منجبر بعمل الأصحاب، و بخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا ضرر و لا ضرار) (٢)، نعم ظاهر الخبر انفساخ العقد من تلقائه لنفيه بلام الجنس، و الكلام فيه كالكلام في أخبار خيار التأخير.

(٢) أي أن الخيار ثابت بعد دخول الليل و هو الظاهر من الخبر، و عبارات القدماء بالتعبير عن هذا رديئه، قال الشيخ في النهايه (و إذا باع الإنسان ما لا- يصح عليه البقاء من الخضصر و غيرها، و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن، كان الخيار فيه يوماً فإن جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم و إلا فلا بيع له) انتهى.

و هو ظاهر في ثبوت الخيار في بياض النهار مع أنه على خلاف ظاهر الخبر، إلا أن الأمر سهل بعد وضوح المراد أن الخيار يثبت عند أول الليل، و لذا عدل المحقق في الشرائع فقال (و إن اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن قبل الليل و إلا فلا بيع له)، و أحسن منها عبارته الشهيد في الدروس حيث قال: (خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار) انتهى. هذا و هناك إشكال على عبارته القدماء و عبارته الشرائع و حاصله أن الخيار لا يثبت إلا بعد تحقق الفساد في المبيع نهاراً كما هو الظاهر من عباراتهم مع أن ثبوت الخيار إنما يكون لدفع الضرر و الفساد، و لا معنى لثبوت الخيار في-

ص: ٥٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخيار حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

الموافق لمدلول الروايه. و لكن يشكل بأن الخيار لدفع الضرر و إذا توقف ثبوته (١) على دخول الليل مع كون الفساد يحصل في يومه (٢) لا يندفع الضرر، و إنما يندفع بالفسخ قبل الفساد. و فرضه المصنف في الدروس خيار ما يفسده المبيت و هو حسن، و إن كان فيه خروج عن النص (٣)، لتلافيه (٤) بخبر الضرار، و استقرب تعديته (٥) إلى كل ما يتسارع إليه الفساد عند خوفه و لا يتقيد بالليل.

و اكتفى في الفساد بنقص الوصف و فوات الرغبه كما في الخضراوات و اللحم و العنب و كثير من الفواكه، و استشكل فيما لو استلزم التأخير فوات -مبيع قد فسد، و من هنا تعرف أن أجود عبارته هي عبارته الشهيد في الدروس حيث جعل الفساد ناشئا من بيته عنده ليلا و لذا حكم بثبوت الخيار قبل تحقق الفساد و عند أول الليل.

(١) أي ثبوت الخيار.

(٢) أي في بياض النهار.

(٣) يكون خروجاً عن النص إن حملنا لفظ (اليوم) الوارد في الخبر على بياض النهار فقط، و أما لو حملناه على اليوم و الليله فلا، و لا بدّ من حمله على ذلك لثلا يثبت الخيار بعد تحقق الفساد في المبيع، و هذا ما احتمله سيد الرياض و غيره.

(٤) أي تلافى فساد المبيت، و هو تعليل لحسن ما قاله في الدروس، و قد عرفت أن الخبر يصلح مستندا لما قاله في الدروس فلا داعى لتركه و التمسك بخبر الضرار.

(٥) أي الشهيد في الدروس حيث قال: (خامسها: خيار ما يفسده المبيت و هو ثابت للبائع عند انقضاء النهار، و يتفرع عليه كثير مما سلف، و الأقرب اطراد الحكم في كل ما يسارع إليه الفساد عند خوف ذلك و لا يتقيد بالليل، و يكفي في الفساد نقص الوصف و قله الرغبه كما في الخضراوات و الرطب و اللحم و العنب و كثير من الفواكه، و هل ينزل خوف فوات السوق منزله الفساد، فيه نظر، من لزوم الضرر بنقص السعر، و من اقتضاء العقد اللزوم و التفريط من البائع حيث لم يشترط النقد) و ما قاله الشهيد عند خوف التلف و الفساد في محله و لا لخبر الضرار، و عند خوف نقص الوصف أو فوات الرغبه فقد ذهب إلى ذلك الشارح في المسالك و المحقق الثاني و غيرهما لخبر الضرار أيضا، و يحتمل العدم اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، هذا و اعلم أن فوات السوق هو الخوف من نقص الثمن و إن بقيت الرغبه فيه، و أن فوات الرغبه يتحقق عند انعدام أو قله راغبيه و إن بقي ثمنه على حاله و بهذا بان الفارق بين فوات السوق و فوات الرغبه.

السوق، فعلى هذا (١) لو كان مما يفسد فى يومين تأخر الخيار عن الليل إلى حين خوفه. و هذا كله متجه، و إن خرج عن مدلول النص الدال على هذا الحكم، لقصوره عن إفاده الحكم متنا (٢) و سندا (٣)، و خبر الضرار المتفق عليه يفيد فى الجميع.

السادس - خيار الرؤية

(السادس - خيار الرؤية (٤) و هو ثابت لمن لم ير) إذا باع أو اشترى بالوصف.

و لو اشترى برؤية قديمه (٥) فكذلك يتخير لو ظهر بخلاف ما رآه، و كذا من (١) أى بناء على التعديه التى استقر بها المصنف فلو كان مما يفسد فى يومين فيتأخر الخيار عن الليل إلى خوف تحقق الفساد، و لا يضر خروجه عن مورد النص لأن الدليل هو خبر الضرار لا نفس المرسل السابق، و احتمال العلامة فى التذكرة أن الخيار هنا يثبت من الليل و إن كان خوف تحقق الفساد بعد يومين، و هو ضعيف كما فى المسالك و غيره.

(٢) لأنه دال على ثبوت الخيار بعد تحقق الفساد و هذا لا معنى له، و اعلم أن هذا يتم لو حملنا لفظ اليوم الوارد فى الخبر على بياض النهار، و قد عرفت ما فيه.

(٣) لأنه مرسل، و فيه: أنه منجبر بعمل الأصحاب و لذا قال فى المسالك: (مع أن السند مرسل لكنه لا راد له).

(٤) و هو خيار ثابت فى بيع الأعيان الشخصيه من غير مشاهدته، إلا أنها موصوفه بوصف رافع للضرر، و يدل على ثبوته بالإضافة إلى خبر (لا ضرر و لا ضرار) (١) المتقدم خصوص صحيح جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعه و قد كان يدخلها و يخرج منها، فلما أن نقد المال صار إلى الضيعه فقلّبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إنه لو قلب منها و نظر إلى تسعه و تسعين قطعه ثم بقى منها قطعه و لم يرها لكان له فى ذلك خيار الرؤية) (٢).

و وجه الاستدلال أن المشتري اعتقد أن ما لم يره مثل ما رآه فوقع معامله صحيحه، و بعد معامله تبين أن ما لم يره لم يكن موافقا لبقية أجزاء الضيعه فندم من معامله، أو أنه رأى أكثرها و قد وصف له الباقي ثم تبين أن الموصوف لم يكن حائزا على الوصف.

(٥) أى سابقه على العقد ثم ظهر المبيع على خلاف الرؤية القديمه، و كذا الثمن بالنسبه للبائع، و هذا الفرد من الخيار لا يدخل فى كلام المصنف، لأن كلامه مخصوص فى العين التى لم تر، و المرئى قديما خارج عن ذلك كما هو واضح.

ص: ٥٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الخيار حديث ١.

طرف البائع إلا أنه ليس من أفراد هذا القسم بقريته قوله: ولا بد فيه من ذكر الجنس: إلى آخره (١)، فإنه مقصور على ما لم ير [أصلاً]، إذ لا يشترط وصف ما سبقت رؤيته.

وإنما يثبت الخيار فيما لم ير (إذا زاد في طرف البائع، أو نقص في طرف المشتري (٢) و لو وصف لهما فزاد و نقص باعتبارين تخيراً (٣)، و قدّم الفاسخ منهما (٤).

و هل هو على الفور (٥) أو التراخي وجهان: أجودهما الأول و هو خيرته في الدروس.

(و لا بد فيه) (٦) أى فى بيع ما يترتب عليه خيار الرؤية و هو العين الشخصيه (١) و بقريته قوله السابق (لمن لم ير).

(٢) إذا اشترى رجل عينا خارجيه موصوفه لرفع الغرر، فإن خرجت العين مطابقه للأوصاف لزم البيع لعموم الوفاء بالعقود، و إن خرجت ناقصه عن بعض الأوصاف فيثبت خيار الرؤية للمشتري كما هو واضح، و هذا معنى قوله: (أو نقص فى طرف المشتري).

و إذا كان البائع قد رأى العين قديماً فوصفها للمشتري على أساس الرؤية القديمه، ثم بعد المعامله خرجت زائده بعض الأوصاف فيثبت خيار للبائع لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٣) بحيث كانت العين تحت يد وكيل البائع، و البائع و المشتري كل منهما لم ير العين فوصفها الوكيل لكليهما، فباعها البائع على أساس ذلك الوصف للمشتري كذلك، ثم خرجت زائده و ناقصه من جهتين، كما لو وصف الوكيل الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً و عرضه ذراع فظهر أنه خمس عشر ذراعاً بالطول، و أنه نصف ذراعاً بالعرض، فيثبت لهما الخيار، و عن الحدائق أنه موضع وفاق، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٤) فإذا كان الخيار لهما و قد أجاز أحدهما و فسخ الآخر، قدّم الفاسخ و إن تأخر عن الاجازه كما تقدم فى خيار المجلس.

(٥) على المشهور، لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو الفوريه، بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا- من أحمد، و ذهب بعضهم منهم صاحب الجواهر إلى أنه على التراخي، لإطلاق صحيح جميل المتقدم (١).

(٦) قد عرفت أن الخيار هنا مخصوص بالعين الشخصيه التى لم يرها المشتري، مع أنه لا يجوز-

ص: ٥٩٥

الغائبه (من ذكر الجنس، و الوصف) الرافعين للجهاله،(و الإشاره إلى معین (١) فلو انتفى الوصف بطل (٢)، و لو انتفت الإشاره كان المبيع كليا لا يوجب الخيار لو لم يطابق المدفوع، بل عليه إبداله،(و لو رأى البعض و وصف الباقي تخير في الجميع (٣) مع عدم المطابقه) و ليس له الاقتصار على فسخ ما لم ير، لأنه مبيع واحد.

السابع - خيار الغبن

(السابع - خيار الغبن) (٤) بسكون الباء و أصله الخديعه، و المراد هنا البيع، أو -للمشتري الإقدام على شراء شيء مجهول لأنه بيع الغرر، فلا بد من سبب يرفع جهالته، و إذا عدت الرؤيه فلم يبق إلا وصف البائع لها، و لا بد من ذكر نوع العين و من أى صنف، و يعبر عن النوع بالجنس و عن الصنف بالصفه عند الفقهاء، و لذا قال الشارح في المسالك: (إن الجنس المصطلح عليه عند الفقهاء ليس هو الجنس المنطقي بل اللفظ الدال على الحقيقه النوعيه، و بالوصف اللفظ الدال على أصناف ذلك النوع، و لا مشاحه في الاصطلاح) انتهى، و من الواضح أن ذكر نوعها و صنفها كاف في رفع الجهاله كما هو واضح.

(١) قيد في ثبوت خيار الرؤيه لأنه إذا لم يشر إلى معین كان الموصوف كليا في الذمه، و عليه فإن خرجت العين وقت التسليم مطابقه للوصف فهو، و إلا أرجعها المشتري و طالب بما ثبت له في ذمه البائع، و لا يثبت له هنا خيار.

(٢) أى البيع، و المراد بالوصف ما هو الأعم من الوصف و الجنس لعدم الفرق بينهما هنا.

(٣) في جميع المبيع بالفسخ أو الامضاء، و ليس له فسخ البيع في البعض الناقص فقط دون غيره لتبعض الصفقه على البائع حينئذ و هو ضرر منفي بحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٤) قال في الجواهر: (بلا خلاف بين من تعرض له عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقه درسه، و الموجود في كتابه خلاف هذه الحكايه، و استظهره في الدروس من كلام الاسكافي، لأن البيع مبنى على المغالبه، و لا ريب في ضعفه) انتهى.

هذا و استدل على المشهور بقوله تعالى: (إلا أن نكون تجاره عن تراض)(١) و من المعلوم أن المغبون لو عرف الحال لا يرضى، و لحديث (لا ضرر و لا ضرار)(٢)، و لخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المسترسل سحت)(٣)، و خبر ميسر عن أبي عبد الله عليه السلام (غبن المؤمن حرام)٤، و خبر أحمد بن محمد بن يحيى عن أبي عبد-

ص: ٥٩٦

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢.

الشراء بغير قيمه (١) (و هو ثابت) في المشهور لكل من البائع و المشتري (مع الجهالة) (٢) بالقيمه (إذا كان الغبن) و هو الشراء بزياده عن قيمه، أو البيع بنقصان عنها (بما لا يتغابن) أى يتسامح (به غالباً) و المرجح فيه إلى العاده، لعدم تقديره شرعاً، و تعتبر قيمه وقت العقد و يرجع فيها إلى البينه عند الاختلاف (٣)، و فى الجهالة إليها (٤) للمطلع على حاله. و الأقوى قبول قوله فيها بيمينه مع إمكانها (٥) -الله عليه السلام (و لا تغبن المسترسل فإن غيبته لا يحل) (١).

(١) أى بغير قيمته الواقعيه، لا أنه بلا قيمه أبداً لأنه حينئذ ليس بيعاً.

(٢) لهذا الخيار شرطان:

الأول: جهل المغبون قيمه وقت العقد، و هو بلا خلاف فيه، لأنه الظاهر من الأخبار المتقدمه، و أما لو كان عالماً بالغبن و أقدم على المعامله فلا يكون مخدوعاً و لا مغبوناً، و يجوز له الاقدام لتسلط الناس على أموالهم.

أن يكون فى البيع زياده أو نقيصه مما لا يتسامح بها عاده عند العرف حتى يصدق معنى الغبن، و إلا فلو كانت الزياده أو النقيصه مما يتسامح بها عرفاً و كان وجودها كالعدم بنظر العرف فلا يعدّ مخدوعاً و لا مغبوناً، و لذا قال فى المسالك: (فلو تبين التفاوت اليسير الذى يتسامح به فى العاده كالدرهم فى المائة بل الخمسه دراهم فيها فلا غبن، و بالجمله فلا تقدير لذلك شرعاً، و ما هذا شأنه يرجع فيه إلى العاده) انتهى.

(٣) أى يرجع فى تحديد قيمه وقت العقد إلى البينه لو اختلفا، إذا لم يعترف الغابن بما يقوله المغبون، و إلا فيؤخذ بإقراره.

(٤) إلى قيمه وقت العقد، بحيث يقول المغبون: كنت جاهلاً بالقيمه وقت العقد، و الغابن يقول: كنت عالماً، فإذن الخلاف فى الشرط الأول و لقد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: (و أما الأول - أى الشرط الأول - فإن أمكن إقامة البينه عليه فواضح، و لكن هل يقبل قول مدعيه فى الجهالة حيث يمكن فى حقه، الظاهر ذلك لأصالة عدم العلم، و لأن العلم و الجهل من الأمور التى تخفى غالباً فلا يطلع عليها إلا من قبل من هى به، و يحتمل عدم قبول قوله لأصالة لزوم العقد، و وجوب الوفاء به فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و يشكل بأنه ربما تعذر إقامة البينه و لم يمكن معرفه الخصم بالحال، فلا يمكن الحلف على عدمه فتسقط الدعوى بغير بينه و لا -يمين، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع فى ذلك الزمان و المكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت إلى قوله) انتهى.

(٥) أى إمكان الجهاله.

ص: ٥٩٧

فى حقه، و لا- يسقط الخيار ببذل الغابن التفاوت و إن انتفى موجه (١)، استصحابا لما ثبت قبله. نعم لو اتفقا على إسقاطه بالعوض صح كغيره من الخيار.

(و) كذا (لا يسقط بالتصرف) (٢) سواء كان المتصرف الغابن أم المغبون، و سواء خرج به عن الملك كالباع أم منع مانع من رده كالاستيلاء، أم لا (إلا أن يكون المغبون المشتري، و قد أخرجه عن ملكه) (٣) فيسقط خياره، إذ لا يمكنه رد العين المنتقلة إليه ليأخذ الثمن، و مثله ما لو عرض له ما يمنع من الرد شرعا كالاستيلاء و إن لم يخرج عن الملك هذا هو المشهور و عليه عمل المصنف رحمه الله فى غير الكتاب.

(و فيه نظر للضرر) على المشتري مع تصرفه فيه على وجه يمنع من رده لو قلنا بسقوط خياره به (مع الجهل) بالغبن، أو بالخيار و الضرر منفى بالخبر، بل هو مستند خيار الغبن، إذ لا نص فيه بخصوصه (و حينئذ فيمكن الفسخ) مع تصرفه كذلك (و إلزامه بالقيمة) إن كان قيما، (أو المثل) إن كان مثليا جمعا بين الحقين (١) لم يستشكل فى هذا الحكم - على ما قيل - إلا الفاضل من أنه إذا بذل الغابن التفاوت فقد زال الضرر فيجب أن يزول الخيار، و يرد أن الخيار قد ثبت فلا يزول إلا بدليل، و مع الشك يجرى استصحابه.

(٢) و المراد بالتصرف هو السابق على ظهور الغبن، و هو الواقع من صاحب ذى الخيار و حينئذ فتصرفه لا يكون فيه دلالة على إسقاط الخيار، نعم لو كان التصرف بعد ظهور الغبن فيكون مسقطا للخيار لأنه يدل على الرضا بالعقد.

ثم إن تصرف الغابن سواء كان قبل ظهور الغبن أو بعده لا- يسقط الخيار، لأن تصرفه لا يدل على رضا صاحبه - الذى هو المغبون - بالعقد.

(٣) استثناء مما تقدم فلو تصرف المشتري المغبون بالمبيع تصرفا يمنعه من رده كبيعه أو كالاستيلاء، فإنه تصرف مسقط لخياره و إن كان قبل ظهور الغبن لتعذر إرجاع المبيع الموجب لإسقاط حقه فى الخيار، و عن جماعه - كما فى الرياض - التنظر فى هذا الاستثناء إذ لو سقط حقه فى الخيار عند تعذر إرجاع المبيع للزم الضرر المنفى، بل الضرر هو المثبت لخيار الغبن فكيف يسقط الخيار و الضرر ما زال باقيا. نعم لو كان البائع الغابن هو الذى تصرف بالثمن تصرفا يمنعه من رده كبيعه أو الاستيلاء فلا يسقط خيار المغبون للاستصحاب، فلو فسخ المغبون يرجع البائع إلى المثل أو القيمة فى الثمن.

(و كذا لو تلفت العين (١)، أو استولد الأمه)، كما يثبت ذلك (٢) لو كان المتصرف المشتري، و المغبون البائع، فإنه (٣) إذا فسخ و لم يجد العين (٤) يرجع إلى المثل أو قيمه، و هذا الاحتمال (٥) متوجه لكن لم أقف على قائل به، نعم لو عاد إلى ملكه بفسخ (٦)، أو إقاله، أو غيرهما، أو موت الولد جاز له الفسخ إن لم يناف الفوريه.

و اعلم أن التصرف (٧) مع ثبوت الغبن إما أن يكون في المبيع المغبون فيه، (١) فالمشتري المغبون لا يسقط خياره لو تلفت عين المبيع، بل يبقى له حق الخيار و إن فسخ رجع إلى المثلى أو قيمه كما لو خرج عن ملكه بالمبيع، و كذا لو استولد الأمه فقد عرفت أنه تصرف مانع من ردها شرعا.

(٢) أى يثبت الخيار للمغبون لو تصرف الغابن تصرفا ناقلا أو مانعا من الرد.

(٣) أى البائع.

(٤) العين هنا هي المبيع عند المشتري الغابن.

(٥) و هو الوارد في المتن تحت قوله (و فيه نظر للضرر)، و قد عرفت أنه منسوب لجماعه كما في الرياض على ما تقدم.

(٦) أى إذا أخرج المشتري المغبون المبيع عن ملكه بالمبيع ثم فسخ فيجوز استعمال حقه في الخيار لزوال المانع، و كذا لو مات الولد فيجوز إخراج الأمه شرعا عن ملكه حينئذ، ثم هذا كله إن لم يناف الفوريه، و قد وقع الخلاف في كونه على الفوريه للأصل لأن الفسخ على خلاف مقتضى العقد فيقتصر فيه على مورد اليقين و هو الفور قضاء لحق لا ضرر، و هذا ما ذهب إليه ثانى المحققين و الشهيدين، أو أنه على التراخي للاستصحاب و هذا ما استظهره صاحب الجواهر.

(٧) قال في المسالك: (و تحرير أقسام المسألة أن التصرف إما أن يكون في المبيع خاصة أو في الثمن خاصة أو فيهما، و على التقادير الثلاثة فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما، و على التقادير التسعه فالتصرف إما أن يخرج عن الملك أو ما بحكمه و هو المانع من الرد أو لا، ثم المخرج و ما في حكمه إما أن يزول بحيث يعود الملك إلى الناقل بغير مانع أو يستمر، ثم التصرف المانع من الرد إما أن يرد على العين أو المنفعة كالإجاره، و زوال المانع من الرد إما أن يكون قبل العلم بالغبن أو بعده، فأقسام المسألة خمس و أربعون قسما) انتهى، و من الواضح أن ضرب التقادير التسعه الأول بالتقادير الأربعة للتصرف فتكون ستة و ثلاثين قسما ثم أضاف تسعه أقسام ناشئه من أحد التقادير و هو التصرف المانع من الرد، و هذه الأقسام التسعه ما قبل العلم بالغبن و ما بعده، مع كون التصرف واردا على -

أو فى ثمنه، أو فيهما، ثم إما أن يخرج عن الملك، أو يمنع من الرد كالاستيلاء، أو يرد على المنفعة خاصة كالإجاره، أو يوجب تغيير العين بالزيادة العينيه كغرس الأرض، أو الحكميه كقصاره الثوب، أو المشويه كصبغه، أو النقصان بعيب و نحوه، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشركه بالمساوى، أو الأجود، أو الأردإ أو بغيرها (١)، أو بهما على وجه الاضمحلال كالزيت يعمل صابونا، أو لا يوجب شيئا من ذلك.

ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم بطلان الخيار (٢)، أو بعده، أو لا -العين أو المنفعة و لم يستقص جميع التقادير.

غير أنه فى الروضه فصيّل بنحو أعمق فجعل التصرف إما أن يكون فى المبيع أو فى الثمن أو فى كليهما، و على التقادير الثلاثه فالتصرف إما ناقل عن الملك أو لا، و على الثانى إما أن يرد على العين و إما على المنفعة، و إذا ورد على العين فتاره يمنع من الرد شرعا كالاستيلاء و أخرى يوجب زياده العين زياده عينيه كغرس الأرض أو حكميه كغسل الثوب أو مشوبه بالعينيه و الحكميه كصبغه، و ثالثه يوجب نقصانا بعيب كقطع عضو الحيوان أو بنحو العيب كترك علف الحيوان السمين حتى صار مهزولا و رابعه يوجب امتزاجا، و هذا الامتزاج إما امتزاج بجنس العين أو بغيره أو بكليهما، و الامتزاج بجنس العين تاره يكون بالمساوى و أخرى بالأردإ و ثالثه بالأجود، و الامتزاج بغيره كخلط الحنطه بالشعير، و الامتزاج بهما فهو على نحو الاضمحلال كمزج الزيت بالزيت و بشيء آخر ليعمل منه صابونا.

و إذا ورد التصرف على المنفعة فتاره على نحو اللزوم كالإجاره و أخرى لا- يوجب شيئا كركوب الدابه و لبس الثوب مثلا، و الحاصل أن أقسام التصرف ثلاثه عشر، لأن الأخير و هو ما لا يوجب شيئا وجوده كالعدم، فإذا ضربت هذه الأقسام بالثلاثه أعنى المبيع و الثمن و كلاهما فالحاصل تسعه و ثلاثين، هذا و أعلم أن تقسيم التصرف غير حاصر لأنه يمكن تقسيم التصرف الوارد على المنفعة تاره بعقد لازم و أخرى بجائز، و تقسيم الامتزاج تاره مع التمييز و أخرى مع عدمه و ثالثه مع الاضمحلال و هكذا.

ثم إن مطلق التصرف الذى هو مانع إما أن يزول قبل الحكم بطلان الخيار أو بعده أو لا يزول فترتقى الأقسام إلى مائه و سبعة عشر قسما، و على الجميع فالمغبون إما البائع أو المشتري أو هما معا فالأقسام واحد و خمسون و ثلاثمائه.

(١) أى غير العين.

(٢) المراد من بطلان الخيار هو بطلانه الموجب لأخذ العين، و ذلك عند الحكم بالعوض.

يزول، و المغبون إما البائع، أو المشتري أو هما.

فهذه جملة أقسام المسألة، و مضروبها يزيد عن مائتي مسأله و هي مما تعم بها البلوى، و حكمها غير مستوفى فى كلامهم.

و جملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البائع (١) لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقا (٢) فإن فسخ و وجد العين باقيه على ملكه لم تتغير تغيرا يوجب زياده قيمه، و لا- يمنع من ردها أخذها، و إن وجدها متغيره بصفه محضه (٣) كالطحن و القصاره فللمشتري أجره عمله. و لو زادت قيمه العين بها (٤) شاركه فى الزيادة بنسبه قيمه، و إن كان (٥) صفه من وجه، و عينا من آخر كالصبغ (٦) صار شريكا بنسبته كما مرّ، و أولى هنا (٧)، و لو كانت الزيادة عينا محضه كالغرس (٨) أخذ المبيع (١) و قد تصرف المشتري بمطلق التصرفات السابقه فلا يسقط خيار البائع، لأصالة بقاء الخيار بالاستصحاب، مع عدم الدليل الدال على سقوطه إذ فعل المشتري بالتصرف لا يدل على رضا البائع بالعقد، ثم إذا فسخ البائع فإن وجد العين باقيه عند المشتري و لم تتغير تغيرا يوجب زياده قيمتها و لا مانع من ردها أخذها البائع لأنها ملكه و هذا مما لا شك فيه.

(٢) مهما كان تصرفه.

(٣) و هي الموجهه للزيادة الحكميه، قال فى المسالك: (و فى استحقاق المشتري أجره عمله وجه قوى)، و فى الروضه هنا جزم به لأنها عمله و عمله محترم، و ردّ عليه صاحب الجواهر بأن عمله قد وقع فى ملكه فلا- يستحق عليه عوضا، نعم لو وقع فى ملك غيره فيستحق حينئذ أجره إذا لم يكن بداعى التبرع.

(٤) أى لو زادت قيمه العين بالزيادة الحكميه كحرث البستان، و كان المشتري شريكا لأن الزيادة مال للمشتري، و الفرق بين هذا الفرع و بين الفرع السابق أن الزيادة الحكميه هنا لها ماله، بخلاف الزيادة الحكميه فى الفرع السابق فلا قيمه لها معتدّ بها عند العرف كغسل الثوب.

(٥) أى تصرف المشتري.

(٦) فهو من ناحيه تغير الثوب فهو صفه، و من ناحيه كونه عوضا موجودا فهو عين، و هذا مثال للزيادة المشوبه، و هذا الصبغ ملك للمشتري فهو شريك مع البائع بنسبته.

(٧) لعينه الصبغ هنا بخلاف الزيادة فى السابق فإنها صفه محضه.

(٨) و هو مثال للزيادة العينيه، فلو أخذ البائع العين هنا و هي الأرض بحسب المثال - كان -

و تخير بين قلع الغرس بالأرث و إبقاءه بالأجره، لأنه وضع بحق، و لو رضى ببقائه بها (١) و اختار المشتري قلعه فالظاهر أنه لا أرث له، و عليه تسويه الحفر حينئذ، و لو كان زرعاً و جب إبقاؤه (٢) إلى أوان بلوغه بالأجره.

و إن وجدها ناقصه (٣) أخذها مجاناً كذلك إن شاء، و إن وجدها ممتزجه بغيرها (٤) فإن كان بمساو، أو أردأ صار شريكاً إن شاء و إن كان بأجود ففي -جزء منها و هو الغرس ملكاً للمشتري فيتخير البائع بين قلعه مع ضمان الأرث إذا نقص أو يقيه بأجره على المشتري جمعاً بين الحقين، لأن المشتري قد وضعه بحق حال كون الأرض ملكه.

(١) أى رضى البائع ببقاء الغرس بالأرض فاختر المشتري قلعه فلا أرث للمشتري حينئذ، لأنه هو الذى اختار القلع فيكون راضياً بما يرد عليه من النقصان فلا ضمان على البائع، بل يجب على المشتري تسويه الحفر حينئذ لأنها بسبب عمله.

(٢) و لا- يتخير البائع بين قلعه و إبقائه بالأجره بخلاف الغرس، لأن الزرع يتلف بمجرد القلع بخلاف الغرس، مع أن الزرع له أحد ينتظر بخلاف الغرس.

(٣) فتاره يكون النقص فى العين المبتاعه من فعل المشتري و أخرى من فعل غيره، و على الثانى يأخذ البائع المغبون العين و لا شىء على المشتري لأن النقصان ليس من فعله، و على الأول فكذلك لأن التصرف الواقع من المشتري قد وقع فى ملكه و هو تصرف مأذون فيه فلا يتعقبه ضمان.

و أشكل عليه بأن النقص كالتلف، لأن النقص تلف البعض، و بالتلف يرجع البائع عند الفسخ على المشتري بالقيمه فكذا هنا.

(٤) أى بغير العين المبتاعه، و مراده ما لو تم الامتزاج بجنس العين كخلط الحنطه بالحنطه، و هو تاره يكون بالمساوى أو بالأردأ أو بالأجود، فإن كان بالمساوى أن بالأردأ فالبائع بالخيار بين عدم الفسخ مع رضاه بالبيع و بين الفسخ و كون المشتري شريكاً بنسبه الزائد لاختلاط المالين، و هذا كله على تقدير التمييز بين المالين.

و أشكل عليه بأن المزج بالأردأ يوجب نقصان مال البائع فيجرى فيه ما جرى فى الفرع السابق.

و إن كان بالأجود ففيه احتمالات، سقوط خياره لأن المشتري شريك بالأجود فلو فسخ البائع المغبون لدخل الضرر على المشتري لنقص الأجور بالخلط، و عدم سقوط خياره، لأن الضرر على المشتري بسبب فعله فيستصحب بقاء الخيار، و الجمع بين الحقين بالصلح، و بأن يصلح البائع المشتري على أن يبقى العين عند المشتري فلا ضرر على المشتري.

سقوط خياره، أو كونه شريكا بنسبه قيمه، أو الرجوع إلى الصلح أوجه، و لو مزجها بغير الجنس (١) بحيث لا- يتميز فكالمعدومه، و إن وجدها منتقله عن ملكه (٢) بعقد لازم كالبيع و العتق رجع إلى المثل، أو قيمه، و كذا لو وجدها على ملكه مع عدم إمكان ردها كالمستولده (٣). ثم إن استمر المانع استمر السقوط (٤)، و إن زال قبل الحكم بالعوض (٥) بأن رجعت إلى ملكه، أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم (٦)، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود، و لو كان العود بعد الحكم بالعوض ففى رجوعه إلى العين وجهان (٧) من بطلان حقه من (١) لو مزج زيت الزيتون بزيت الذره، فالحكم كالحكم بأنها كالمعدومه و قد خرجت عن ملك المشتري بعقد لازم لأنه لا- يمكن التمييز بينهما، فيرجع إلى المثل أو قيمه كما سيأتى، و أشكل عليه بأن المزج لا يوجب خروج العين عن البائع غايته له الشركه، إلا أن يكون المزج مستهلكا كوضع القليل من زيت الزيتون بزيت الذره الكثير بحيث يعدّ عند العرف كأنه معدوم فهنا يرجع إلى المثل أو قيمه.

(٢) و لا بد من التقييد بكون الخروج بعقد لازم كما فعل الشارح، و إلا لو كان الخروج بعقد جائز فيجب على المشتري الفسخ لترجع العين إلى البائع لأنها ملكه، و على كل فلو خرجت بعقد لازم فيرجع البائع هنا إلى المثل أو قيمه و هذا هو مقتضى القاعده إذ العين للبائع عند الفسخ فمع وجودها يرجع إليها، و مع عدمها المسبب بفعل المشتري فيثبت فى ذمته مثلها أو قيمتها.

(٣) لأن الممنوع منه شرعا كالممتنع عقلا، فيرجع إلى المثل أو قيمه.

(٤) أى إذا استمر المانع الذى يمنع من الرجوع إلى العين إما لكونها منتقله بعقد لازم أو مستولده فيستمر سقوط الخيار الموجب لأخذ العين فقط، و إلا فالخيار الموجب لأخذ المثل أو قيمه ثابت كما ذكره الشارح.

(٥) أى إذا زال المانع، و زواله برجوع العين المبتاعه إلى المشتري إما بفسخ أو إقاله أو شراءها أو موت الولد فى الأمه المستولده، فإذا زال المانع قبل أن نحكم بوجود عوض العين أخذ البائع العين لوجود المقتضى لأنها ملكه، و عدم المانع لأن الفرض أن المانع قد ارتفع.

(٦) أى عدم جواز أخذ البائع العين، لأن حق البائع قد بطل فى العين حين وجود المانع، فلو رجعت إلى يد المشتري نشك برجوع حق البائع إليها فيستصحب العدم.

(٧) من أن حق البائع قد بطل فى العين عند الحكم بالعوض فلو رجعت العين إلى يد المشتري فلا يعود حق البائع إليها استصحابا، و من أن حق البائع قد بطل و حكم -

العين، و كون العوض للحيلولة و قد زالت.

و لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار أُلزم بالفسخ (١)، فإن امتنع فسخه الحاكم، فإن تعذر فسخه المغبون، و إن وجدها منقولة المنافع (٢) جاز له الفسخ، و انتظار انقضاء المده، و تصير ملكه من حينه و ليس له فسخ الإجاره و لو كان النقل جائزا كالسكنى المطلقه فله الفسخ (٣).

هذا كله إذا لم يكن تصرف في الثمن تصرفا يمنع من رده (٤) و إلا سقط خياره، كما لو تصرف المشتري في العين، و الاحتمال السابق (٥) قائم فيهما فإن قلنا به (٦) دفع مثله، أو قيمته (٧).

-بالعوض للحيلولة و المانع، فإذا زال المانع فلا بد أن يزول الحكم، نعم قال في الجواهر:

(أنه لا- يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره، بل المدار على حال الفسخ الذى به يتشخص ما للفاسخ من العين أو المثل أو القيمة) انتهى، و لقد أجاد فيما أفاد، رحمه الله تعالى.

(١) لإرجاع الحق إلى أهله، و هو دليل فسخ الحاكم أو المغبون أيضا.

(٢) فيما لو أوقع المشتري على العين إجاره لازمه، فإما أن يفسخ البائع و ينتظر مده الإجاره، و إما أن يرضى بالبيع و لا يستعمل حقه بالخيار، و إذا فسخ لأن له حق الخيار صارت العين ملكه من حين الفسخ و يجب عليه الانتظار مع عدم جواز فسخه للإجاره اللازمه الواقعه على منافع العين، لأن الإجاره من فعل المشتري التى وقعت منه فى حال كونها ملكا للمشتري و فعله مأذون فيه فلا يتعقبه الضمان.

(٣) أى للبائع الذى فسخ عقد البيع بخيار الغبن فله فسخ العقد الجائز الواقع على منافع العين.

(٤) أى يجوز للبائع فى جميع الصور المتقدمه أن يفسخ ما لم يتصرف تصرفا مانعا فى الثمن و إلا فيسقط خياره، و قد جعله احتمالا قويا فى المسالك، و الدليل عليه أن المشتري المغبون لو تصرف فى العين تصرفا مانعا لسقط خيار المشتري حينئذ لأنه تصرف دال على الرضا بالعقد و استمراره كما تقدم، فكذا تصرف البائع فى الثمن.

(٥) أى وجه التنظر السابق من المصنف يأتى عليهما، لأن سقوط الخيار بالتصرف الناقل موجب للضرر على المغبون مع أن الضرر مستند خيار الغبن.

(٦) بالاحتمال السابق.

(٧) إذا فسخ المغبون بعد تصرفه الناقل فيما تحت يده فلا بد من دفع مثله أو قيمته.

و إن كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع فى الثمن مطلقا (١) فيرجع إلى عين الثمن، أو مثله، أو قيمته، و أما تصرفه فيما غبن فيه فإن لم يكن ناقلا- عن الملك على وجه لازم، و لا مانعا من الرد، و لا منقصا للعين فله ردها. و فى الناقل و المانع ما تقدم (٢).

و لو كان قد زادها فأولى بجوازه (٣)، أو نقصها، أو مزجها، أو آجرها فوجهان، و ظاهر كلامهم أنه غير مانع (٤)، لكن إن كان النقص من قبله ردها مع الأرش، و إن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلفت (٥).

و لو كانت الأرض مغروسة فعليه قلعه (٦) من غير أرش إن لم يرض البائع بالأجره، و فى خلطه بالأردإ الأرض (٧). و بالأجود (٨) إن بذل له بنسبته فقد (١) سواء كان تصرفا مانعا أو لا، لأن تصرف أحدهما لا يدل على رضا الآخر باستمرار العقد.

(٢) من سقوط الخيار لتعذر إرجاع العين مع تنظر المصنف السابق.

(٣) فالرد أولى لأن العين قد زادت فيرجع البائع المغبون لو فسخ على عين ماله مع زياده بخلاف الصور السابقه من كون التصرف غير ناقل و لا مانع فإنه يرجع على عين ماله فقط.

(٤) أى أن التصرف بالنقص أو المزج أو الإجاره غير مانع، لأنه تصرف مأذون فيه و إن غير العين، و احتمال عدم الرد أنه لو فسخ و جب أن يرجع على نفس العين لا غير ذلك و هى متعذره.

(٥) فمع التلف يضمن مثلها أو قيمتها، و هو رد بدل العين، فكذلك مع النقصان فعليه أن يرد العين و بدل النقص فيها.

(٦) أى على المغبون الذى تصرف فيما غبن فيه، فإذا اختار الفسخ فلا بد من تخلص ماله من مال صاحبه الذى هو البائع.

(٧) لأن المشتري هنا قد انقص العين عند ما خلطها بالأردإ فعليه أرش النقصان.

(٨) فمع الفسخ فلو بذل البائع له نسبه ما زاده فقد أنصفه و إلا فإشكال من أنه مزج العين بغيرها فيسقط خياره لتعذر إرجاع المبيع، و من أنه زاد فى المبيع فيكون شريكا للبائع.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن هذه المسألة من المهمات و فروعها متكثره، و الأصحاب لم يحرروها على وجهها، و فى كثير من فروعها اشكال، ناشئ من عدم النص و الفتوى) انتهى.

الثامن - خيار العيب

(الثامن - خيار العيب (١)، و هو كل ما زاد عن الخلقه الأصليه) (٢) و هي خلقه أكثر النوع (٣) الذى يعتبر فيه ذلك ذاتا و صفه (٤)، (أو نقص) عنها (عينا كان) الزائد و الناقص (كالإصبع) زائده على الخمس، أو ناقصه منها، (أو صفه) (١) لو ظهر عيب سابق فى العين على العقد فالمشترى خاصه بالخيار بين فسخ العقد و بين أخذ الأرش، بلا خلاف فيه لحديث (لا ضرر و لا ضرار) (١)، و لمرسل جميل عن أحدهما عليه السلام (فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به متاعا، قال: إن كان قائما رده على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب) (٢) و مثله غيره.

(٢) و الضابط فى العيب أن كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، و الزيادة كالإصبع الزائد و النقصان كفوات عضو، و المستند فى ذلك ما رواه فى الكافى عن الحسين بن محمد عن السياري (روى عن ابن أبى ليلى أنه قدم إليه رجل خصما له فقال:

إن هذا باعنى هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفتها شعرا و زعمت أنه لم يكن لها قط، فقال له ابن أبى ليلى: إن الناس يحتالون لهذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذى كرهت؟ قال: أيها القاضى إن كان عيبا فاقض لى به، قال: اصبر حتى اخرج إليك فإنى أجد أذى فى بطنى، ثم دخل و خرج من باب آخر فأتى محمد بن مسلم الثقفى فقال له:

أى شىء تروون عن أبى جعفر عليه السلام فى المرأة لا يكون على ركبها شعرا، يكون ذلك عيبا؟ فقال محمد بن مسلم: أما هذا نصا فلا أعرفه، و لكن حدثنى أبو جعفر عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: كل ما كان فى أصل الخلقه فزاد أو نقص فهو عيب، فقال له ابن أبى ليلى: حسبك ثم رجع إلى القوم فقضى لهم بالعيب) (٣). و قال فى مصباح المنير: (و الركب بفتحيتين، قال ابن السكيت: هو منبت العانه، و عن الخليل هو للرجل خاصه، و قال الفراء: للرجل و المرأة).

(٣) أى أكثر أفراد النوع، حتى يعلم أنه من لوازم النوع.

(٤) أى هذا أصل الخلقه بحسب الذات أو بحسب الصفه.

ص: ٦٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(كالحمى و لو يوما) (١) بأن يشتريه فيجده محمومًا، أو يحمّ قبل القبض و إن برئ ليومه، فإن وجد ذلك في المبيع سواء أنقص قيمته، أم زادها (٢) فضلًا عن المساواه (فللمشتري الخيار مع الجهل) بالعيب عند الشراء (بين الرد و الأرش، و هو (٣) جزء) من الثمن نسبتة إليه (٤) (مثل نسبة التفاوت بين القيمتين) فيؤخذ ذلك (من الثمن) بأن يقوم المبيع صحيحًا و معيبًا و يؤخذ من الثمن مثل تلك النسبة، لا تفاوت ما بين المعيب و الصحيح، لأنه قد يحيط بالثمن، أو يزيد عليه (٥) فيلزم (١) قال في المسالك: (و لو كحمى يوم المعروف من حمى يوم، أنها التي تأتي في يوم من الأيام و تذهب فيه، ثم لا تعود، فلو عادت كل يوم لم تسم حمى يوم بل حمى الورود، أو حمى بعد يوم فحمى الغب إلى آخر الأسبوع، و حينئذ فثبوت العيب بحمى اليوم يتحقق بأن يشتريه فيجده محمومًا أو يحمّ قبل القبض فإنه يجوز له الفسخ و إن ذهب عنه الحمى في ذلك اليوم، و ليس المراد بها ما ينوب يوما معنا من الأسبوع كما فسره بعضهم، فإن تلك لا تسمى حمى، و لا ما تأتي كل يوم كما مرّ) انتهى، و كلامه ظاهر في أن الحمى عيب سواء كانت حمى يوم أو حمى الورود أو حمى الغب، و هي كذلك في الأخيرين، و أما في الأول فمحل اشكال لعدم صدق العيب عليها عرفًا.

(٢) ذهب الفاضل و يحيى بن سعيد أنه يجب في العيب نقصان المالىه، و عن غيره الاطلاق بأن العيب لا يجب أن يكون موجبا للنقص، بل قد يزيد الثمن كعدم الشعر على الركب كما في خبر السيارى المتقدم.

(٣) أى الأرش.

(٤) أى نسبه هذا الجزء - و هو الأرش - إلى الثمن كنسبه التفاوت بين القيمتين، قيمه العين صحيحه و قيمه العين معيبه، فمثلا عين تساوى مائه بالقيمه السوقيه لكنها بيعت بعشرين، ثم تبين فيها عيب، و مع العيب كانت قيمتها السوقيه ثمانين، فنسبه التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، و العشرون خمس المائه التي هي القيمه السوقيه حال كونها صحيحه، فيكون الأرش خمس قيمتها الشرائيه أو خمس الثمن فيرجع المشتري على البائع بخمس العشرين التي دفعها ثمانا فيرجع بأربعه دراهم.

و لا- يعقل أن يكون الأرش هو التفاوت بين القيمه السوقيه حال كونها صحيحه و بين القيمه السوقيه حال كونها معيبه، لأن التفاوت حينئذ مقداره عشرون بحسب المثال، فلو رجع المشتري على البائع بعشرين لرجع عليه بتمام الثمن الذى دفعه، فيكون قد أخذ المبتاع و لم يدفع فى قبالة شيئا و قد جمع بين العوض و المعوض و هذا مما لا يمكن الالتزام به.

(٥) كما لو اشترى عينا بعشره و قيمتها السوقيه مائه إذا كانت صحيحه و ثمانين إذا كانت -

أخذه العوض و المعوض، كما إذا اشتراه بخمسين و قوم معيها بها و صحيحا بمائه، أو أزيد، و على اعتبار النسبه يرجع فى المثال (١) بخمسه و عشرين و على هذا القياس.

(و لو تعددت القيم) (٢) إما لاختلاف المقومين، أو لاختلاف قيمه أفراد ذلك النوع المساويه للمبيع، فإن ذلك (٣) قد يتفق نادرا (٤)، و الأ-كثر منهم المصنف رحمه الله فى الدروس عبروا عن ذلك (٥) باختلاف المقومين (أخذت قيمه واحده (٦) متساويه النسبه إلى الجميع (٧) أى منتزعه منه نسبتها إليه (٨) بالسويه (فمن القيمتين) يؤخذ (نصفهما)، و من الثلاث ثلثها، و من الخمس خمسها) و هكذا.

-معيه، و قيمه التفاوت بين القيمتين السوقيتين عشرون، فلو رجع المشتري بالعشرين لرجع إليه الثمن و زياده.

(١) و هو عند ما اشترى العين بخمسين و قيمتها السوقيه مائه لأنها صحيحه، و خمسين إذا كانت معيه فنسبه التفاوت بين القيمتين السوقيتين النصف فيرجع المشتري بنصف الثمن الذى دفعه و هو خمسه و عشرون.

(٢) بحيث اختلف أهل الخبره فى التقويم، ففى الجواهر يعمل بالصلح، و عن المفيد و المحقق و الفاضل و الشهيدين يعمل على الأوسط، و قال فى المسالك: (و المراد بالأوسط قيمه منتزعه من مجموع القيم، نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم، فمن تلك القيمتين نصف مجموعهما، و من الثلاثه ثلثه و هكذا، و إنما اعتبروا ذلك لانتفاء الترجيح لقيمه على أخرى، و لانتفاء الوسط فى نحو القيمتين و الأربعة فلم يبق إلا- أن يراد بالوسط معنى آخر، و هو انتزاع قيمته من المجموع بحيث لا تكون القيمه المنتزعه أقرب إلى واحده منها، و طريقه أن يجمع القيم الصحيحه على حده و المعيه كذلك، و ينسب إحداها إلى الأخرى، و يأخذ بتلك النسبه، و لا فرق فى ذلك بين اختلاف المقومين فى القيمه الصحيحه و المعيه معا و فى احدهما) انتهى.

(٣) أى اختلاف قيمه أفراد ذلك النوع.

(٤) فيما إذا اختلفت الأسواق و تعددت فيكون للصنف سعران أو ثلاثه بحسب تعدد الأسواق.

(٥) أى تعدد القيم.

(٦) أى قيمه منتزعه من مجموع القيم.

(٧) أى جميع القيم.

(٨) أى نسبه القيمه المنتزعه إلى مجموع القيم.

و ضابطه أخذ قيمه منتزعه من المجموع نسبتها إليه كنسبه الواحد إلى عدد تلك القيم (١)، و ذلك لانتفاء الترجيح (٢).

و طريقه (٣) أن تجمع القيم الصحيحه على حده، و المعيه كذلك و تنسب إحداهما إلى الأخرى و يؤخذ بتلك النسبه (٤).

و لا فرق بين اختلاف المقومين فى قيمته صحيحا و معييا، و فى إحداهما (٥).

(١) فلو كانت القيم ثلاثه أخذ ثلثها و هكذا.

(٢) أى انتفاء ترجيح قيمه على أخرى فلا بد من أخذ قيمه منتزعه من الجميع.

(٣) أى طريق انتزاع قيمه واحده تكون نسبتها إلى المجموع بالسويه.

(٤) فلو قالت إحدى البيتين أن قيمه المبيع بالقيمه السوقيه اثنا عشر صحيحا و عشره معييا، و قالت بينه أخرى: ثمانيه صحيحا و خمسه معييا، فمجموع القيمتين الصحيحتين عشرون، و مجموع القيمتين المعيبتين خمسه عشر، و التفاوت بينهما خمسه، و هو الربع بلحاظ المجموعين، فيرجع برع الثمن حينئذ فلو كان الثمن اثني عشر فالأرش هو ثلاثه، لأنها ربع الاثنى عشر.

و عن الشهيد الأول بل عن إيضاح النافع أنه الحق أنه ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها و يجمع قدر النسبه، و يؤخذ من المجتمع بنسبه القيم، ففى المثال المتقدم تفاوت ما بين المعيه و الصحيحه على قول البيئه الأولى السدس، لأن الفرق بين الاثنى عشر و العشره اثنان، و الاثنان سدس الاثنى عشر، و على قول البيئه الثانيه هو ثلاثه أثمان لأن الفرق بين الثمانيه و الخمسه ثلاثه، و الثلاثه من الثمانيه ثلاثه أثمان.

و مجموع النسبتين من الثمن الذى هو اثنا عشر بحسب الفرض سته و نصف، لأن سدس الاثنى عشر اثنان، و ثمن الاثنى عشر واحد و نصف و ثلاثه أثمانه أربعه و نصف، فإذا جمع ثلاثه أثمانه مع سدسه فيرتقى الحاصل إلى سته و نصف، و هذا المجتمع - أعنى سته و نصف - لا بد أن يؤخذ نصفه، لأنه حاصل على قيمتين و العين لها قيمه واحده فيكون الحاصل ثلاثه و ربع، و هذا هو الأرش الذى يرجع به المشتري على البائع إذا كان الثمن اثني عشر، مع أنه على الطريقه الأولى رجع بثلاثه و هنا رجع بثلاثه و ربع.

هذا كله إذا اختلفت البيئات فى قيمته صحيحا و معييا، و أما لو اختلفت فى احداهما فسيأتى الكلام فيه.

(٥) أن تتفق البيتان على القيمه الصحيحه و تختلف فى المعيه، فتتفق على أن قيمته اثنا عشر صحيحا، ثم قالت أحدهما: عشره معييا، و قالت الأخرى: سته-

وقيل: ينسب معيب كل قيمه إلى صحيحها و يجمع قدر النسبه و يؤخذ من المجتمع بنسبتها (١)، و هذا الطريق منسوب إلى المصنف، و عبارته هنا و فى الدروس لا تدل عليه.

و فى الأكثر يتحد الطريقان (٢). و قد يختلفان فى يسير، كما لو قالت إحدى البيتين: إن قيمته اثنا عشر صحيحا، و عشره معيبا، و الأخرى: ثمانية صحيحا، -مجموع القيمتين الصحيحتين أربعة و عشرون، و مجموع القيمتين المعيبتين ستة عشر، و التفاوت بين المجموعين ثمانية، و نسبه إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري بثلث الثمن حينئذ، فلو كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض فيرجع بأربعة.

و على قول الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على قول الأول اثنان و نسبه السدس، و على قول الثانيه ستة و نسبته النصف.

و مجموع النسبتين - أعنى النصف و السدس - من الثمن - الذى هو اثنا عشر - ثلثان، و لا بد من تصنيفه لأن العين لها قيمه واحده، فيكون الأرش من الثمن هو الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن و هو أربعة.

و فى هذه الصور، اتفق التقدير على الصورتين.

و لو ارتفعت البيتان على المعيبه دون الصحيحه، كأن اتفقت على أن قيمته معيبا ستة، و قالت إحدى البيتين: قيمته ثمانية صحيحا، و الأخرى قالت: عشره.

فعلى طريقه الأ-كثر: فمجموع الصحيحتين ثمانية عشره، و مجموع المعيبتين اثنا عشر، و التفاوت ستة، و نسبه إلى مجموع الصحيحتين الثلث، فيرجع المشتري على البائع بثلث الثمن، و هو أربعة إذا كان الثمن اثني عشر كما هو المفروض. و على طريقه الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على قول الأولى اثنان، و نسبه الربع، و التفاوت على قول الثانيه أربعة و نسبه خمسان. و مجموع النسبتين من الثمن هو (٨، ٧)، و لا بد من تصنيفه لأن العين لها قيمه واحده فيكون الأرش هو (٩، ٣) من اثني عشر الذى هو الثمن.

و هذه صورتان، فالمجموع ثلاث صور مع ضميمه ما لو اختلفت البيتان فى قيمته صحيحا و معيبا على ما تقدم، و هذا كله إذا كان الاختلاف بين بيتين، و أما لو تعددت البيئات بأن كانت ثلاثه أو أكثر فيعرف حكمها مما تقدم.

(١) أى بنسبه القيم فلو كانت ثلاثه أخذ ثلث المجموع و هكذا.

(٢) أى طريق الأ-كثر و طريق الشهيد، و الاتحاد بالنتيجه كما هو واضح، كما فى الصوره الثانيه المتقدمه فى الشرح، و الأولى بالشارح أن يقول: و فى الأكثر يختلف الطريقان و قد يتحدان فى يسير.

و خمسة معييا (١)، فالتفاوت بين القيمتين الصحيحتين و مجموع المعيين الربع فيرجع بربع الثمن، و هو ثلاثة من اثني عشر لو كان كذلك (٢)، و على الثاني (٣) يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين على قول الأولى و هو السدس، و على قول الثانيه ثلاثة أثمان. و مجموع ذلك من الاثني عشر سته و نصف. يؤخذ نصفها: ثلاثة و ربع.

فظهر التفاوت.

و لو كانت ثلاثا (٤) فقالت إحداها: كالأولى و الثانيه: عشره صحيحا و ثمانية معييا، و الثالثه: ثمانية صحيحا و سته معييا. فالصحيحه ثلاثون، و المعيهه أربعة و عشرون و التفاوت سته هي الخمس، و على الثاني (٥) يجمع سدس الثمن و خمس و ربعه و يؤخذ ثلث المجموع و هو يزيد عن الأول بثلث خمس.

(١) هذه هي الصورة الأولى المتقدمه.

(٢) أى لو كان الثمن اثني عشر.

(٣) أى قول الشهيد.

(٤) أى كانت البيئات ثلاثة فقالت إحداها كالأولى في الصورة المتقدمه من كلام الشارح: بأن قيمته اثنا عشر صحيحا و عشره معييا، و قالت الثانيه: قيمته عشره صحيحا و ثمانية معييا، و الثالثه: ثمانية صحيحا و سته معييا، فعلى طريقه الأكثر فالقيم الصحيحه ثلاثون، و المعيهه أربعة و عشرون، و التفاوت بينهما سته، و هي خمس مجموع القيم الصحيحه، فيرجع المشتري بخمس الثمن الذى دفعه، فلو كان الثمن اثني عشر فيرجع ب $\frac{22}{5}$. و على قول الشهيد فالتفاوت بين الصحيح و المعيب على الأولى اثنان و نسبته السدس، و على الثانيه اثنان و نسبته الخمس، و على الثالثه اثنان و نسبته الربع، و مجموع النسب من الثمن الذى هو اثنان عشر بحسب الفرض هو: $\frac{75}{2}$ ، لأن السدس اثنان، و الخمس $\frac{25}{2}$ ، و الربع ثلاثه.

و لا بد من تقسيم هذا المجموع على ثلاثة، لأن العين لها قيمه واحده فالحاصل بعد التقسيم هو: $\frac{215}{7}$.

و الفرق بين النتيجةين هو ثلث الخمس، لأن الحاصل على الطريقه الأولى $\frac{25}{2}$ ، و الحاصل على الطريقه الثانيه $\frac{215}{7}$ ، و الفرق بينهما $\frac{15}{1}$ ، و إليك البيان:

إن الكسر إذا ضربنا مخرجه بعدد و كذلك صورته بنفس العدد تبقى قيمته على ما هي عليه من دون تغيير، و عليه فلو ضربنا $\frac{5}{2}$ بثلاثه فالحاصل $\frac{15}{6}$ ، من دون تغيير للقيمه، لأن القيمه في كليهما هي خمسان، فلو طرحنا $\frac{215}{6}$ من $\frac{215}{7}$ فيبقى $\frac{15}{1}$ ، و هذا ثلث الخمس، لأن الخمس هو $\frac{15}{3}$ ، و ثلثه $\frac{15}{1}$ كما هو واضح.

(٥) أى قول الشهيد.

و لو اتفقت على الصحيحه كاثني عشر (١)، دون المعيه فقالت إحداهما:

عشره، و الأخرى: ستة، فطريقه تنصيف المعيتين (٢)، و نسبه النصف إلى الصحيحه، أو تجمع المعيتين مع تضعيف الصحيحه و أخذ مثل نسبه المجموع إليه (٣) و هو الثلث. و على الثاني (٤) يؤخذ من الأولى (٥) السدس، و من الثانيه النصف، و يؤخذ نصفه (٦) و هو الثلث أيضا (٧).

و لو انعكس (٨) بأن اتفقتا على الستة معيا و قالت إحداهما: ثمانية صحيحا، و أخرى: عشره، فإن شئت جمعتهما و أخذت التفاوت و هو الثلث، أو أخذت نصف الصحيحتين و نسبته إلى المعيه و هو الثلث أيضا. و على الثاني (٩) يكون التفاوت ربعا (١٠) و خمسين (١١) فنصفه و هو ثمن و خمس (١٢)، ينقص عن الثلث (١) هذه هي الصوره الثانيه المتقدمه في شرحنا.

(٢) قد تقدم شرح هذه الصوره و شرحها قائم على جمع القيمتين المعيتين و تكرار الصحيحتين، و أخذ نسبه المجموع إلى المجموع، و هو الثلث، و هناك طريق آخر بتنصيف المعيتين و نسبه التنصيف إلى الصحيحه فيظهر الثلث.

فالمعيتان: $10 + 166$ ، و نصفها ثمانية، و نسبه الثمانية إلى الاثني عشر التي هي قيمه الصحيحه على اختلاف البيئتين هي الثلث، فيرجع المشتري بثلاث الثمن على البائع، و ثلث الثمن أربعة.

(٣) أى نسبه مجموع المعيتين إلى مضاعف الصحيحه.

(٤) أى قول الشهيد.

(٥) أى البيئه الأولى.

(٦) أى نصف المجموع من السدس و النصف، و المجموع ثلثان و نصفه ثلث.

(٧) كالثلث على طريقه الأكثر و في هذه الصوره اتحدت الطريقتان.

(٨) هذه هي الصوره الثالثه المتقدمه في شرحنا.

نصف الصحيحتين: فالصحيحتان تساوى ثمانية عشر ناشئه من $8 + 10$ ، و نصفها تسعه، و نسبه التسعه إلى الستة - التي هي قيمه المعيه - هي: الثلث.

(٩) أى قوال الشهيد.

(١٠) هو التفاوت في البيئه الأولى.

(١١) و هو مقدار التفاوت في البيئه الثانيه.

(١٢) فالثمن نصف الربع، و الخمس نصف الخمسين، هذا و قد عرفت سابقا أن الأرش من -

بنصف خمس. و على هذا القياس.

(و يسقط الرد بالتصرف) (١) فى المبيع، سواء كان قبل علمه بالعيب أم بعده (٢)، و سواء كان التصرف ناقلا للملك أم لا، مغيرا للعين أم لا، عاد إليه بعد خروجه عن ملكه أم لا. و ما تقدم فى تصرف الحيوان آت هنا (٣)، (أو) - الثمن الذى هو اثنا عشر هو: ٩ و ٣، و هو يساوى ثمنا و خمسا، لأن ثمن الاثنى عشر واحد و نصف، و خمس الاثنى عشر اثنان و أربعة من عشره، فالمجموع: ٥ و ١ + ٤ و ٩٢ و ٣.

و هو ينقص عن ثلث الاثنى عشر بنصف الخمس، لأن ثلث الاثنى عشر أربعة، و طرح ٩ و ٣ من أربعة يبقى ١ و ٠، و هذا نسبته إلى الواحد الصحيح عشر، و العشر نصف الخمس.

(١) فالتصرف هنا مسقط لخيار العيب أما الأرش فباق، كما كان التصرف مسقطا لخيار الحيوان، فيشمل ما لو كان ناقلا أو مانعا من الرد، أو مغيرا للعين بزياده أو نقيصه أو امتزاج أو غير ذلك.

بلا- خلاف فيه لمرسل جميل عن أحدهما عليه السّلام (فى الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد فيه عيبا، فقال: إن كان الشئ قائما بعينه ردّه على صاحبه و أخذ الثمن، و إن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (أيما رجل اشترى شيئا، و به عيب و عوار لم يتبرأ إليه و لم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئا ثم علم بذلك العوار و بذلك الداء أنه يمض عليه البيع و يرّد عليه بقدر ما نقص من ذلك الداء و العيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) ٢.

و فهم الأصحاب من الحدث فى خبر زراره مطلق التصرف حتى ركوب الدابه كما فى خيار الحيوان، و قد عرفت أن مطلق التصرف الدال على الرضا باستمراره العقد هو المسقط للخيار فضلا عن الحدث الموجب للتغيير.

(٢) و لم يخالف فى ذلك إلا ابن حمزه حيث جعل التصرف بعد العلم مانعا من الأرش كما يمنع من الرد، و ردّ عليه الشارح فى المسالك بقوله: (و هو ضعيف إذ لا دلاله للتصرف على اسقاطه - أى الأرش - و الأصل يقتضى بقاءه، نعم يدل على الالتزام بالعقد فيسقط الرد) انتهى.

(٣) و أن التصرف للاستخبار مسقط أو لا و هكذا.

ص: ٦١٣

(حدوث عيب بعد القبض) (١) مضمون على المشتري، سواء كان حدوثه من جهته أم لا.

و احتريزنا بالمضمون عليه عما لو كان حيوانا و حدث فيه العيب فى الثلاثة (٢) من غير جهه المشتري (٣)، فإنه حينئذ لا يمنع من الرد و لا الأرش، لأنه مضمون على البائع.

و لو رضى البائع برده (٤) مجبورا بالأرش، أو غير مجبور جاز.

و فى حكمه (٥) ما لو اشترى صفقه متعددا و ظهر فيه (٦) عيب و تلف أحدها، أو اشترى اثنان صفقه (٧) فامتنع أحدهما من الرد فإن الآخر يمنع منه و له الأرش، (١) فإنه يسقط خيار المشتري، لأنه بعد قبض المشتري لا ضمان على البائع فلو ارجعه بالعيب القديم للزم الضرر على البائع من جهه العيب الحادث، بلا فرق بين كون العيب الحادث من جهه المشتري أو من جهه أجنبى.

(٢) فيجوز للمشتري الفسخ حينئذ و إن كان المبتاع معيوباً بعينين، العيب القديم قبل العقد و هو مضمون على البائع بحسب الفرض، و العيب الحادث بعد العقد فى الثلاثة بالنسبه للمبتاع إذا كان حيواناً، و هو مضمون على البائع أيضاً لأنه وقع فى زمن خيار المشتري.

(٣) أما لو كان من جهته فهو يسقط خياره.

(٤) قد تقدم أن العيب الحادث بعد قبض المشتري مسقط لخيار الفسخ لأنه غير مضمون على البائع، نعم لو رضى البائع بالرد و رضى بالمبيع مع الأرش لتقصانه أو بدونه يجوز، لأن الناس مسلطون على أموالهم.

(٥) أى حكم سقوط الرد بالعيب بعد القبض.

(٦) أى فى المبيع و ذلك ما لو اشترى شيئين صفقه واحده بثمان واحد، ثم تبين وجود عيب فى أحدهما فلا يجوز للمشتري رد المعيب فقط لتبعض الصفقه على البائع و هو ضرر منفى، فالمشتري إما أن يردهما معا أو يأخذ الأرش، فلو تلف غير المعيب فيسقط الرد حينئذ لتلف بعض المبيع فيتعذر إرجاع المبيع على البائع لو فسخ المشتري فيتعين كذلك أخذ الأرش العيب فقط.

(٧) بأن اشترى شخصان شيئين على نحو الشركه بينهما، و كان بيع الشيين صفقه أى بثمان واحد، فإن ظهر عيب فى أحد الشيين فللمشتريين الرد أو الامساك مع الأرش و هو مما لا خلاف فيه، نعم ليس لأحدهما رد نصيبه دون صاحبه على المشهور، لأن الرد المذكور موجب لتبعض الصفقه على البائع و هو ضرر منفى.-

و إن (١) أسقطه (٢) الآخر سواء اتحدت العين أم تعددت، اقتسامها أم لا.

و أولى بالمنع من التفرق الوراث عن واحد (٣)، لأن التعدد هنا طارئ على العقد. سواء في ذلك خيار العيب و غيره.

و كذا الحكم لو اشترى شيئين فصاعدا (٤) فظهر في أحدهما عيب، فليس له رده، بل ردهما، أو إمساكهما بأرش المعيب.

و كذا يسقط الرد، دون الأرش إذا اشترى من ينعق عليه، لانعاقه بنفس الملك، و يمكن رده إلى التصرف، و كذا يسقط الرد بإسقاطه (٥) مع اختياره الأرش أو لا معه.

(و) حيث يسقط الرد (يبقى الأرش، و يسقطان) أى الرد و الأرش معا (بالعلم به) أى بالعيب (قبل العقد) (٦)، فإن قدومه عليه عالما به رضا بالمعيب، -و عن الشيخ و القاضى و الحلى و فخر المحققين أنه يجوز لأحدهما الرد دون صاحبه لإطلاق أدله خيار العيب، و لأن هذا العقد بمنزلة عقدين لأنه باع شخصين مع العلم بجواز رد أحدهما دون الآخر فى العقدین، و هو ضعيف لوجود الفرق الواضح.

(١) إن وصلية و المعنى أن الآخر الذى هو الممتنع من الرد لو أسقط أرشه فإن الأرش ثابت للأول، لأنه ماله و الناس مسلطون على أموالهم لا على أموال غيرهم.

(٢) و المعنى أنه لو اشترى شيئا و ظهر فيه عيب سابق على العقد فيثبت له خيار العيب، فلو مات و كان له ورثة متعددون فيرثون هذا الخيار، فلو امتنع بعض الورثة عن الرد فليس لبقية الورثة الرد لتبعض الصفقة على البائع، بل إن الحكم هنا أولى من الفرع السابق و هو ما لو لا اشترى شريكان شيئين صفقة واحده، و وجه الأولويه أن التعدد فى السابق كان قبل العقد، و هنا التعدد بعد العقد طارئ عليه و لم يكن حاصل قبله.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) كما لو اشترى أباه الذى ينعق عليه، ثم بان فيه عيب، فيمنع المشتري من الرد، لأن رده إرجاع الأب إلى الرقيه مع أنه أصبح حرا بمجرد دخوله فى ملك المشتري.

بل يمكن إرجاع هذا الفرع إلى صورته التصرف المانع من الرد لأنه موجب للنقل عن الملك.

(٥) لأن الناس مسلطون على أموالهم و هم مسلطون على حقوقهم أيضا، و الخيار حق.

(٦) فعلم المشتري بالعيب قبل العقد موجب لرضاه به فلا يكون له خيار بلا خلاف فيه.

(و بالرضا به بعده (١) غير مقيد بالأرش، و أولى منه (٢) إسقاط الخيار، (و بالبراءه (٣) أى براءه البائع (من العيوب و لو إجمالاً) كقوله: برئت من جميع العيوب على أصح القولين (٤)، و لا- فرق بين علم البائع و المشتري بالعيوب و جهلها (٥)، و التفريق، و لا- بين الحيوان و غيره، و لا- بين العيوب الباطنه و غيرها، و لا بين الموجوده حاله العقد و المتجدده (٦)، حيث تكون مضمونه على البائع، لأن (١) بعد العقد، و رضاه به تنازل عن حقه فلا يثبت له فسخ و لا أرش.

(٢) أى و أولى من الرضا ما لو صرح بإسقاط الخيار، و وجه الأولويه أن الرضا بالعيوب غير صريح فى إسقاط الأرش بخلاف إسقاط الخيار لأن الخيار أمر يقتضى جواز إرادته كل من الرد و الأرش صريحا، فيكون إسقاطه تصريحاً بإسقاطهما.

(٣) بأن يقول البائع: بعثك هذا و أنا برىء من كل عيب أو نحو ذلك، فهو مسقط للفسخ و الأرش بلا خلاف فيه، لأن المشتري رضى بهذا الإسقاط فى متن العقد، و هو شرط يجب الوفاء به، و لمفهوم خبر زواره المتقدم (١)، و خبر جعفر بن عيسى (كتبته إلى أبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك، المتاع يباع فيمن يزيد، فينادى عليه المنادى، فإذا نادى عليه برىء من كل عيب فيه، فإذا اشتراه المشتري و رضيه و لم يبق إلا نقد الثمن فربما زهد، فإذا زهد فيه ادعى فيه عيوباً و أنه لم يعلم بها، فيقول المنادى: قد برئت منها، فيقول المشتري: لم أسمع البراءه منها، أ يصدق فلا- يجب عليه الثمن، أم لا يصدق فيجب عليه الثمن؟ فكتب عليه السلام: عليه الثمن) (٢).

(٤) و هذا ما عليه الأكثر، و ذهب الاسكافى و القاضى أنه لا يكفى التبرى اجمالاً بل لا بد من التفصيل للجهاله، و هو قول مردود للأخبار المتقدمه.

(٥) لإطلاق الأدله، و الاطلاق شامل للمبيع سواء كان حيواناً أم لا، و سواء كانت العيوب باطنه أم لا.

(٦) بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه و هو الحجه، و لا- يقدح فى الثانى أنه براءه مما لا يجب فيكون كإسقاط ما لم يثبت لأن التبرى من العيب الموجب للخيار، و هو العيب الذى يوجهه بحسب أصل العقد، و ما هذا شأنه لا يكون إلا العيب الموجود حال العقد، لا المتجدد.

ص: ٦١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الخيار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

الخيار بها ثابت بأصل العقد و إن كان السبب (١) حينئذ (٢) غير مضمون (٣).

(و الإباق) عند البائع (٤) (و عدم الحيض) ممن شأنها الحيض (٥) بحسب سننها - وفيه: إن العيب المتجدد بعد العقد و كان مضمونا على البائع كعيب الحيوان في الثلاثة مما يوجب الخيار بحسب أصل العقد أيضا.

(١) أي سبب الخيار و هو العيب.

(٢) أي حين العقد.

(٣) لأنه غير موجود.

(٤) لو أبق العبد عند المشتري بعد القبض و حيث لا يكون مضمونا على البائع و ذلك بعد الثلاثة، فلا يثبت للمشتري بهذا الإباق حق الفسخ و لا الأرش كما في سائر العيوب الحادثه عند المشتري كفقده عينه و نحو ذلك و هو مما لا خلاف فيه، لمرسل ابن أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السّلام (ليس في الإباق عهده) (١)، و خير محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (قضى على عليه السّلام أنه ليس في إباق العبد عهده إلا أن يشترط المبتاع) ٢.

نعم لو أبق عند البائع قبل قبض المشتري كان للمشتري فسخ العقد بخيار العيب، لأن الإباق عيب بلا خلاف فيه لخبر أبي همام (سمعت الرضا عليه السّلام يقول: يرّد المملوك من أحداث السنه من الجنون و الجذام و البرص، فقلت: كيف يرّد من أحداث السنه؟ قال:

هذا أول السنه فإذا اشتريت مملوكا فحدث به حدث من هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجه رددته على صاحبه، فقال له محمد بن علي: فالإباق؟ قال: ليس الإباق من ذاء، إلا أن يقيم البيئه أنه كان أبق عنده - أي البائع - (٢).

(٥) على مذهب الأكثر، لأن عدم الحيض لا يكون حينئذ إلا لعارض، و يترتب عليه عدم قبولها للحمل و انحراف مزاجها، و يدل عليه صحيح داود بن فرقد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل اشترى جاريه مدركه فلم تحض عنده حتى مضى لها سته أشهر، و ليس بها حمل، فقال: إن كان مثلها تحيض و لم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد منه) (٣).

و خالف ابن إدريس بناء على أصله من المنع بالعمل بخبر الواحد و هو ضعيف.

ص: ٦١٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العيوب حديث ٢.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام العيوب حديث ١.

(عيب) و يظهر من العبارة الاكتفاء بوقوع الإباق مَرَه قبل العقد (١)، و به صرح بعضهم، و الأقوى اعتبار اعتياده، و أقل ما يتحقق بمرتين، و لا يشترط إباقه عند المشتري (٢)، بل متى تحقق ذلك عند البائع جاز الرد، و لو تجدد عند المشتري فى الثلاثة (٣) من غير تصرّف فهو كما لو وقع عند البائع، و لا يعتبر فى ثبوت عيب الحيض مضى ستة أشهر (٤) كما ذكره جماعة، بل يثبت بمضى مده تحيض فيها أسنانها (٥) فى تلك البلاد، و كذا الثفل (٦) بضم المثلثه و هو ما استقر تحت المائع من كدره (فى الزيت) و شبهه (غير المعتاد) (٧). أما المعتاد منه فليس بعيب، (١) كما ذهب إليه العلامة فى التذكرة و المحقق فى الشرائع و ثانى المحققين فى جامعه لظهور الأخبار المتقدمه فى أن مطلق الإباق عيب، و هو يتحقق بالمره، و لأن الإقدام عليه يوجب الجراه عليه و يصير للشيطان عليه سبيل، و شرط بعض الأصحاب اعتياده و هو اللائح من مبسوط الشيخ كما قيل و مال إليه الشارح فى المسالك و قواه هنا، و أقل ما يتحقق بمرتين.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى ثلاثة أيام التى هى خيار الحيوان.

(٤) نسب ذلك إلى جماعه لوروده فى الخبر المتقدم، و ردّ بأن هذا قد ورد فى السؤال فقط، و الجواب لم يتقيد به و لم يجعل الحكم دائرا مداره ليكون قيذا فيه.

(٥) أى نظيراتها.

(٦) قال فى مصباح المنير: (الثفل مثل قفل حثاله الشىء، و هو الثخين الذى يبقى أسفل الصافى).

(٧) فهو عيب بلا خلاف فيه لكونه عيبا عرفيا، و لخبر ميسّر بن عبد العزيز عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل اشترى زق زيت فوجد فيه درديا، فقال: إن كان يعلم أن ذلك يكون فى الزيت لم يرده، و إن لم يكن يعلم أن ذلك يكون فى الزيت رده على صاحبه).

و هو صريح بأنه مع العلم بالثفل غير المعتاد لا خيار له، لأن اقدمه مع العلم رضا منه بالمعيب، و يستثنى من ذلك ما لو جرت العاده بكون الزيت فيه مقدار من الثفل، فلا شبهه أن الزيت مع هذه العاده تكون له طبيعه ثانيه فلو خرج الزيت و فيه ثفل متعارف فلا عيب لتطابقه مع هذه الطبيعه الثانويه.

لاقتضاء طبيعه الزيت و شبهه كون ذلك فيه غالبا، و لا يشكل صحه البيع مع زيادته عن المعتاد (١) بجهاله قدر المبيع المقصود بالذات فيجهل مقدار ثمنه لأن مثل ذلك غير قاذح مع معرفه مقدار الجملة كما تقدم فى نظائره.

التاسع - خيار التدليس

(التاسع - خيار التدليس) (٢) و هو تفعيل من الدلس محركا (٣)، و هو الظلمه كأنّ المدلس يظلم الأمر و يبهمه حتى يوهم غير الواقع، و منه (٤) اشتراط صفه فتفوت (٥)، سواء كان من البائع أم من المشتري (فلو شرط صفه كمال كالبيكاره،) (١) قال فى المسالك: (و ربما أشكل الحكم فيما لو كان - الثفل - كثيرا و علم به باعتبار الجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر، و المشاهده فى مثل ذلك غير كافيه، و ربما اندفع بأن معرفه الجميع كافيه كما فى معرفه مقدار السمن بظروفه جمله من دون العلم بالتفصيل) انتهى.

(٢) قال فى مصباح المنير: (دلس البائع تدليسا، كتم عيب السلعه من المشتري و أخفاه قاله الخطابى و جماعه، و يقال أيضا: دلس دلسا من باب ضرب، و التشديد أشهر فى الاستعمال، قال الأزهرى: سمعت أعرابيا يقول: ليس فى الأمر ولس و لا دلس، أى لا خيانه و لا خديعه، و الدلسه بالضم الخديعه أيضا، و قال ابن فارس: و أصله من الدلس و هو الظلمه) انتهى.

(٣) على قول ابن فارس.

(٤) أى من التدليس، هذا و اعلم أن صريح عباره الخطابى و غيره من أهل اللغة، و غيره من الفقهاء كالمسالك أن التدليس هو إخفاء عيب السلعه، و أن عباره الأزهرى أن التدليس هو الخدعه و الخديعه، و الثانى أعم لأن الخديعه كما تتحقق بإخفاء عيب فى السلعه تتحقق بإظهار السلعه على صفه كماله ليست فيها، فالخديعه فى الثانى بالإظهار، و فى الأول بالاخفاء.

و بما أن الأول من موارد خيار العيب خصّ التدليس بالثانى و هو إظهار شيء فى السلعه على خلاف واقعها.

فالتدليس إيهام المشتري أن السلعه على صفه كذا ثم يتبين أنها ليست كذلك، و ايجاب العقد على المشتري ضرر عليه و هو منفى بالإضافة إلى النصوص الواردة فى بعض موارد التدليس كالشاه على ما سيأتى بيانه، فالتدليس يوجب له خبار الفسخ، و بتسلطه على الفسخ يرتفع عنه الضرر، و لا دليل على الأرش هنا بل يظهر من الجواهر الاجماع عليه.

(٥) فلو اشترط المشتري صفه كمال فى المثل، أو البائع صفه كمال فى الثمن ففاته كان -

(أو توهمها) المشتري كمالاتا ذاتيا (١) (كتحمير الوجه، و وصل الشعر فظهر الخلاف، تخير) بين الفسخ والإمضاء بالثمن، (و لا أرش) لاختصاصه (٢) بالعيب، و الواقع ليس بعيب، بل فوات أمر زائد، و يشكل ذلك في البكاره (٣) من حيث إنها بمقتضى الطبيعه و فواتها نقص يحدث على الأمه و يؤثر في نقصان قيمه تأثيرا بينا فيتخير بين الرد و الأرش، بل يحتمل ثبوتها و إن لم يشترط (٤)، لما ذكرناه خصوصا -للمشترط خيار الاشرط، و هو يوجب الفسخ أو الامسك من دون أرش، إلا أن هذا المورد أيضا من موارد خيار التدليس، و الفرق بينهما على ما قاله سيد الرياض: (و الفرق بين خيار التدليس و خيار الاشرط، أى تخلف الشرط، أن خيار التدليس إنما هو فيما شرط صفه كمال للمبيع فظهر خلافه، و الاشرط إنما هو فيما شرط غير ما هو كمال، و لو كان وصفا، أو شرط ما ليس بوصف أصلا، هذا مع الاشرط، و أما بدونه فالفرق ظاهر).

(١) كما لو اشتراها أنها محمره أو ذات شعر بدون اشرط، فبانت أنها ليست كذلك، فالمشهور على أنها تدليس فيثبت له خياره، و ذهب الشيخ في الخلاف أنه لا خيار له، لأنه لا دليل عليه، و وجوب الوفاء بالعقد ينفيه، و ردّ بأن الأغراض تختلف في ذلك فربما رغب المشتري فيما شاهد أولا و لم يسلم له فيكون مخدوعا بما رأى.

(٢) أى اختصاص الأرش، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى يشكل عدم ثبوت الأرش في البكاره، لأن البكاره أمر تقتضيه الطبيعه الأنوثيه، ففواتها عيب، فلا بد من إثبات خيار العيب له الموجب للفسخ أو الامسك مع الأرش، و ثانيا أن فوات البكاره نقص في الأمه و لذا ينقص من قيمتها شيء بين من المالىه، و هذا كاشف عن كون عدم البكاره عيبا، فلا بد من ثبوت من خيار العيب للمشتري لينجبر الضرر الواقع عليه.

(٤) أى يحتمل ثبوت الرد و الأرش و إن لم يشترط البكاره لما تقدم، هذا و ذهب المشهور أن الثيبوبه ليست عيبا في الإمام، لأن أكثر الإمام لا يوجدن إلا ثيبات، فتكون الثيبوبه بمنزله الخلقه الأصلية و إن كانت عارضه.

و فيه: إن هذا ثابت في خصوص المجلوب من بلاد الشرك فلا يوجب كون الطبيعه في الجميع قائمه على عدم البكاره، و أيضا لو سلم كون الطبيعه في الإمام على عدم البكاره فلا تجرى في الصغيره التى ليست محل الوطاء، فإن أصل الخلقه و الغالب فيها البكاره فتكون الثيبوبه عيبا.

و ذهب ابن البراج و صاحب الجواهر إلى أن عدم البكاره مطلقا عيب باعتبار أن كلما زاد -

فى الصغیره التى لىست محل الوطء؁ فى أن أصل الخلقه و الغالب متطابقان فى مثلها على البكاره فىكون فواتها عىبا و هو فى الصغیره قوئ و فى غيرها متجه إلا أن الغالب لئا كان على خلافه فى الإماء كانت الثوبه فىهن بمنزله الخلقه الأصلية و إن كانت عارضه.

و إنما ىثبت الحكم مع العلم (١) بسبق الثوبه على البىع بالبینه؁ أو إقرار البائع؁ أو قرب زمان الاختيار إلى زمان البىع بىحث لا ىمكن تجدد الثوبه فىه عاده؁ و إلا- فلا- خيار؁ لأنها قد تذهب بالعله و النزوه و غيرهما (٢)؁ نعم لو تجددت فى زمن خيار الحىوان؁ أو خيار الشرط ترتب الحكم (٣).

و لو انعكس الفرض بأن ىشترط الثوبه فظهرت بكرة فالأقوى تخیره (٤) أيضا بين الرد و الإمساك بغير أرش؁ لجواز تعلق غرضه بذلك فلا ىقدح فىه كون البكر أتم غالبا.

-عن الخلقه الأصلية أو نقص فهو عىب؁ و الخلقه الأصلية تقتضى البكاره؁ فعدمها ىكون عىبا و هو الأقوى.

(١) لو شرط المشرئ صفه البكاره ففادت؁ فلا- بد أن تفوت عند البائع لىكون للمشرئ خيار التندلىس أو العىب؁ و إنما ىثبت فواتها عند البائع بالبینه أو بالاقرار من البائع أو قرب زمان اختبارها لزمن البىع بىحث لا ىمكن تجدد الثوبه؁ أما لو تأخر زمان الاختبار فبانت ثىبا فلا- ىعلم أن الثوبه مضمونه على البائع لاحتمال ذهاب البكاره فى ملك المشرئ و إن لم ىكن بفعله؁ كذهابها بقفزه أو بغير ذلك؁ و مع الاحتمال لا ىكون العىب مضمونا على البائع.

(٢) فالنزوه هى الوثبه من نزا أى وثب؁ و غيرهما كالحرقوص؁ و هو على ما فى الصحاح بضم الحاء دوىبه تأكل البىض و تدخل فى فروج النساء فتأكل بكارتها.

(٣) فذهاب البكاره و إن وقع فى ملك المشرئ؁ لكن وقع فى زمن خياره فىكون العىب مضمونا على البائع حىئذ.

(٤) ذهب جماعه من الفقهاء أن المشرئ بالخيار بين الرد و الإمساك مجانا عملا بقاعده الشرط ضروره أن هذا منه؁ إذ قد ىتعلق للمشرئ غرض بالثوبه لعجزه عن افتضاض البكر.

و ذهب الشىخ فى المبسوط و الفاضل فى التحریر أنه لا خيار له؁ لكون المعطى له أزىد قىمه مما اشترط.

(و كذا التصريه) (١) و هو جمع لبن الشاه و ما فى حكمها فى ضرعها بتركها بغير حلب، و لا رضاع فيظن الجاهل بحالها كثره ما تحلبه فيرغب فى شرائها بزياده و هو تدليس محرم، و حكمه ثابت (للشاه) إجماعاً، (و البقره و الناقه) على المشهور (٢)، بل قيل: إنه إجماع، فإن ثبت فهو الحجه، و إلا فالمنصوص الشاه، (١) ففى مصباح المنير: (صريت الناقه صرى فهى صريه، من باب تعب، إذا اجتمع لبنها فى ضرعها، و يتعدى بالحركه فيقال: صريتها صريا - إلى أن قال - فيقال: صريتها تصريه، إذا تركت حلبها فاجتمع لبنها فى ضرعها) و كذا عن القاموس، و فى الصحاح: (صريت الشاه تصريه إذا لم تحلبها أياماً) و لم يذكر غير الشاه.

و هو تدليس محرم، و فى المسالك أنه موضع وفاق، و عليه أخبار.

منها: خبر الصدوق فى معانى الأخبار بإسناده عن القاسم بن سلام بإسناد متصل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم (لا تصروا الإبل و البقر و الغنم، من اشترى مصرى فهو بآخر النظرين، إن شاء ردها و ردّ معها صاعاً من تمر) (١) و قال الصدوق عقيبها: (المصره يعنى الناقه أو البقره أو الشاه قد صرى اللبن فى ضرعها، يعنى: حبس و جمع و لم يحلب أياماً) و روى الصدوق فى خبر آخر (من اشترى محفله فليرد معها صاعاً، و سميت محفله لأن اللبن جعل فى ضرعها و اجتمع، و كل شىء كثرته فقد حفلته) (٢) ، و من القريب أن يكون التفسير من الصدوق عليه الرحمه.

و النبوى المروى فى الدعائم (أنه نهى عن التصريه و قال: من اشترى مصره فهى خلابه - أى مخادعه - فليردها إن شاء إذا علم و يرد معها صاعاً من تمر) (٣) ، و النبوى المروى فى الغوالى (من اشترى شاه مصره فهو بالخيار ثلاثه أيام، إن شاء أمسكها و إن شاء ردها و صاعاً من التمر) (٤).

(٢) أما فى الشاه فقطعاً بلا- خلاف و للنصوص المصرّحه بالشاه، و أما فى الناقه و البقره فعلى المشهور، بل عن الشيخ دعوى الاجماع عليه، و للنبوى المروى فى معانى الأخبار المتقدم، و النبوى المروى فى الدعائم و المتقدم أيضاً (من اشترى مصره)، و للعله الموجه للخيار فى الشاه فهى مشتركه بينها و بين غيرها من الناقه و البقره.

و تردد المحقق و جماعه لعدم النص عندنا و إنما النصوص المتقدمه عاميه و لذا قيل إن خبر-

ص: ٦٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الخيار حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٣.

و إلحاق غيرها بها قياس، إلا- أن يعلل بالتدليس العام فيلحقان بها. و هو متجه، و طرّد بعض الأصحاب (١) الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، و في الدروس أنه ليس بذلك البعيد للتدليس.

و ثبت التصريح (٢) إن لم يعترف بها البائع و لم تقم بها بينه (بعد اختبارها ثلاثة أيام) فإن اتفقت فيها الحلبات عادة، أو زادت اللاحقه فليست مصرّاه و إن اختلفت في الثلاثة فكان بعضها ناقصا عن الأولى نقصانا خارجا عن العاده، و إن -الصدوق إنما هو من طرق الجمهور، و القدر المتيقن منها الشاه، لأن المنصوص عندنا هو الشاه فقط كما في خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى شاه فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، فقال: إن كان في تلك الثلاثة الأيام يشرب لبنها ردّ معها ثلاثة أمداد، و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء)(١).

و فيه: إن خبر الحلبي لا يدل على التصريح، بل على خيار الحيوان و حكم الانتفاع بلبنها في زمن الخيار و هو أجنبي عن المدعى، و إنما عمده الحكم في التصريح النصوص العاميه التي تقدم بعضها و هي منجبره بعمل الأصحاب، و كون بعضها قد اقتصر على ذكر الشاه فقط، فالبعض الآخر قد صرح بالناقه و البقر و بعض ثالث قد أطلق، و الاطلاق يشمل الشاه و غيرها.

(١) و هو ابن الجنيّد حيث طرّد الحكم في سائر الحيوانات حتى الآدمي، و في بعض الأخبار المتقدمه مثل النبوي المروي في الدعائم (من اشترى مصرّاه) ما يدل عليه، و الخيار مناسب للتدليس، و في الدروس أنه ليس ببعيد.

(٢) قال في الجواهر: (و كيف كان فتختبر المصراه للعلم تبصريتها التي لم يقمّ بها البائع و لا قامت بها بينه ثلاثة أيام، كما في القواعد و التذكرة و اللمع و الارشاد، فإنها غالبا بها ينكشف حالها، و أنها مصراه أو لا، بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف فيها فضلا عن التصريح، و لذا وضع الشارع إرفاقا بالمشتري ثلاثة أيام خيار فيه) انتهى، و النبوي المروي في الغوالي المتقدم يدل على ثلاثة أيام فلا داعي للتمسك بالاعتبار كما في الجواهر.

هذا من جهه و من جهه أخرى فكيفيه الاختبار أن تختبر ثلاثة أيام فإن اتفقت الحلبات اتفاقا تقريبا لا يخرج عن العاده بحسب حالها و نفسها و مكانها فليست مصراه، و إن-

ص: ٦٢٣

زاد بعدها فى الثلاثه يثبت الخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور، و لو ثبت بالإقرار، أو بينه جاز الفسخ من حين الثبوت مدته الثلاثه، ما لم يتصرف (١) بغير الاختبار بشرط النقصان (٢) فلو تساوت، أو زادت هبه من الله تعالى فالأقوى زواله، و مثله (٣) ما لو لم يعلم بالعيب حتى زال.

(و يردّ معها) إن اختار ردّها (اللبن) الذى حله منها (٤) (حتى المتجدد) منه -اختلفت الحلبات فى الثلاثه بحيث كانت ما عدا الأولى أقل فهى مصراه، و هذا كله إذا لم يثبت كونها مصراه إلا بالاختبار، و إلا فيثبت تصريتها أيضا بإقرار البائع و بالبينه، و إذا ثبت تصريتها بالإقرار أو البينه فله الخيار قبل مضى الثلاثه، و إذا ثبت بالاختبار فله الخيار بعد الثلاثه بلا فصل على الفور، لأن الفسخ على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو الفوريه، نعم لا داعى لتوقف ثبوت الخيار على مضى ثلاثه أيام بل يثبت الخيار عند تحقق التصريه بالاختبار، فلو تحقق التصريه فيثبت له الخيار حينئذ، إلا أن يكون الاختبار لا يفيد التصريه إلا فى مدته ثلاثه أيام و هو بعيد.

(١) فلو تصرف بغير الاختبار يسقط خياره، لأن التصرف مسقط للخيار على ما تقدم فى خيار الحيوان و غيره، و الكلام المتقدم هناك جار هنا.

(٢) أى لو ثبت التصريه بإقرار البائع أو بالبينه فله الخيار بشرط نقصان الحلبات المتأخره عن الحلبه الأولى، و إلا فلو تساوت أو زادت هبه من الله تعالى فالمشهور على زوال خياره حينئذ لزوال الموجب له، و ذهب الشيخ فى الخلاف إلى بقاء الخيار لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٣) فيسقط الخيار حينئذ لزوال سببه كسقوط خيار التدليس بانتفاء التصريه عند ما حلها من أول حلبه.

(٤) أما اللبن الموجود حال العقد فيجب رده بحسب القواعد، لأنه بعض المبيع، لأن المشتري إذا فسخ عليه رد جميع المبيع، و اللبن منه فى المقام، و لازمه لو تلف يردّ مثل اللبن أو قيمته على المشهور، لأن اللبن مثلى فمع تلفه يضمن مثله، و مع تعذره يضمن قيمته، لأن القيمه هى الأقرب إلى العين حينئذ.

و عن الاسكافى و الشيخ و القاضى و أبى المكارم و ابن سعيد أنه يرد صاعا من تمر للأخبار المتقدمه.

و عن الشيخ أيضا و جماعه أنه يرد ثلاثه أمداد من الطعام لخبر الحلبي المتقدم، و قد عرفت أن خبر الحلبي المتقدم ناظر إلى خيار الحيوان لا إلى خيار التدليس، بل هو غير ناظر إلى اللبن الموجود فى ضرعها حال العقد، بل إلى المتجدد فراجع.

بعد العقد، أو (مثله لو تلف). أما رد الموجود فظاهر لأنه جزء من المبيع، و أما المتجدد فلا إطلاق النص بالرد الشامل له.

و يشكل بأنه نماء المبيع الذى هو ملكه و العقد إنما يفسخ من حينه و الأقوى عدم رده، و استشكل فى الدروس، و لو لم يتلف اللبن (١) لكن تغير فى ذاته أو صفته بأن عمل جنباً، أو مخيضاً و نحوهما ففى رده بالأرث إن نقص (٢)، أو مجاناً (٣)، أو الانتقال إلى بدله (٤) أوجه: أجودها الأول.

و اعلم أن الظاهر من قوله: بعد اختبارها ثلاثه: ثبوت الخيار المستند إلى الاختبار بعد الثلاثه كما ذكرناه سابقاً، و بهذا يظهر الفرق بين مده التصريه، و خيار الحيوان، فإن الخيار فى ثلاثه الحيوان فيها، و فى ثلاثه التصريه بعدها، و لو - الأول هو الأقوى إعمالاً للقواعد بعد ضعف أخبار التصريه لأنها عاميه، و انجبارها بعمل الأصحاب لا يوجب العمل بكون الصاع مكان اللبن مطلق لاحتمال أن يكون الصاع هو قيمه الفعلية للبن الموجود فى ضرعها عاده عند التصريه فى زمن صدور هذه الأخبار.

و أما اللبن المتجدد بعد العقد فعن الفخر أنه كاللبن الموجود حال العقد فلا بد من رده و إلا ضمن مثله أو قيمته، و نسب الحكم إلى الأصحاب، و فيه: إن الفسخ فسخ للعقد من حينه فاللبن المتجدد هو نماء المبيع الذى هو ملك المشتري قبل الفسخ، و لذا لو امتزج المتجدد و بالموجود حال العقد ثم فسخ المشتري، صار البائع و المشتري شريكين فيه و رجعا إلى الصلح.

(١) أى لم يتلف اللبن الذى وجب رده إلى البائع، بل تغير فى ذاته أو صفته، و التغير فى الأول لو دخل اللبن فى جنس آخر بحيث لا يسمى لبناً بل جنباً أو أقطاً أو سمناً، و التغير فى الثانى كالحلاوه و الطراوه.

(٢) أما رده لأنه عين ماله و لا ينتقل إلى البديل إلا مع تعذر العين، و المفروض عدمه، و أما الأرث مع النقصان فلأنه نقص حصل فى مال الغير بسببه فلا بد من جبره كما فى سائر المتلفات.

(٣) لأن النقص الحاصل فى مال البائع و إن كان بسبب المشتري، إلا - أن البائع هو الذى أدخل النقص على نفسه حيث دلّس المبيع بالتصريه فكان سبب النقص.

(٤) لأن العين غير موجوده على ما كانت عليه فلا بد من مثلها و إلا فالقيمه.

ثبت التصريه بعد البيع بالإقرار، أو البينه فالخيار ثلاثه (١)، و لا فوريه فيها على الأقوى (٢) و هو اختياره فى الدروس.

و يشكل حينئذ الفرق (٣)، بل ربما قيل: بانتفاء فائده خيار التصريه حينئذ (٤) لجواز الفسخ فى الثلاثه بدونها (٥).

و يندفع بجواز تعدد الأسباب و تظهر الفائده فيما لو أسقط أحدهما، و يظهر من الدروس تقييد خيار التصريه بالثلاثه مطلقا (٦).
و نقل عن الشيخ أنها (٧) لمكان خيار الحيوان.

و يشكل بإطلاق توقفه (٨) على الاختبار ثلاثه فلا يجامعها حيث لا تثبت بدونها (٩)، و الحكم بكونه يتخير فى آخر جزء منها
يوجب المجاز فى الثلاثه (١٠).

(١) و يدل عليه النبوى المروى فى العوالى (١) و قد تقدم.

(٢) للاقتصار على القدر المتيقن.

(٣) بين الخيار الثابت بالتصريه التى تثبت بالاقرار أو البينه. و بين خيار الحيوان.

(٤) حين ثبوت خيار الخيار.

(٥) بدون التصريه.

(٦) سواء تثبت التصريه بالاختبار أم بالاقرار أو البينه.

(٧) أى التصريه و المراد بها خيار التصريه، و المعنى أن خيار التصريه مكان خيار الحيوان و عليه فهو مقيد بالأيام الثلاثه.

(٨) أى أن خيار التصريه ثلاثه أيام مطلقا ينافى القول بكون مده الاختبار ثلاثه، لأن مفاد القول الأول سقوط الخيار بانقضاء
الثلاثه، و مفاد القول الثانى أنه يثبت بعد الثلاثه، فإطلاق توقف خيار التصريه على الاختبار ثلاثه أيام لا يجامع مع هذه الأيام
التى هى مده الاختبار.

(٩) حيث لا تثبت التصريه بدون الاختبار.

(١٠) لأن التخيير فى آخر جزء من الثلاثه فإطلاق الثلاثه عليه إطلاق مجازى، و يوجب المجاز أيضا فى ثلاثه أيام الاختبار، إذ
تطلق و يراد منها ما عدا الجزء الأخير الذى هو زمن الخيار.

ص: ٦٢٦

(العاشر - خيار الاشرط (١) حيث لا يسلم الشرط لمشرطه بائعا و مشتريا، (و يصح اشرط سائغ فى العقد (٢) إذا لم يؤدّ إلى جهاله فى أحد العوضين، أو يمنع منه الكتاب و السنه)، و جعل ذلك شرطا بعد قيد السائغ تكلف (٣) (كما لو شرط تأخير المبيع فى يد البائع، أو الثمن) فى يد المشتري (ما شاء) كل واحد منهما، هذا مثال ما يؤدى إلى جهاله فى أحدهما، فإن الأجل له قسط من الثمن، فإذا كان مجهولا يجهل الثمن، و كذا القول فى جانب المعوّض، (أو عدم و طء) (١) بحيث شرط أحدهما على الآخر شرطا و لم يف المشترط عليه بالشرط، و الفرق بينه و بين خيار الشرط أن هنا يشترط شيئا ثم يفوت، و بفواته يثبت له الخيار، و هناك يشترط نفس الخيار على أن يكون له، و يدل عليه عموم (المسلمون عند شروطهم) (١).

(٢) و ضابط السائغ أن لا يكون مؤديا إلى جهاله المبيع أو الثمن، و لا مخالفا للكتاب أو السنه، و قد نسب هذا المعنى للضابطه إلى الأصحاب.

أما الأول كاشترط تأجيل أحدهما مده مجهوله، و يدل على بطلانه أن العوضين مما يشترط معلوميهما، و للأجل قسط من الثمن و هو مجهول، فيتجهل العوضان أو أحدهما.

و أما الثانى فيدل عليه أخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز) (٢)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (من اشرط شرطا مخالفا لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشرط عليه، و المسلمون عند شروطهم مما وافق كتاب الله عز و جل) (٣)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (و إن كان شرطا يخالف كتاب الله عز و جل فهو ردّ إلى كتاب الله عز و جل) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا بن أبى طالب كان يقول:

من شرط لامرأته شرطا فليفه لها به، فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما) ٥.

(٣) أى جعل - عدم مخالفه الكتاب أو السنه، و عدم التأديه إلى الجهاله - شرطا بعد قوله (سائغ) تكلف، لأن لفظ السائغ هو غير الممنوع شرعا، و هما ممنوعان شرعا.

ص: ٦٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.

(الأمه، أو) شرط (وطء البائع إياها) بعد البيع مره، أو أزيد، أو مطلقا، هذه أمثله ما يمنع منه الكتاب و السنه.

(و) كذا (يبطل) الشرط (باشتراط غير المقدور) (١) للمشروط عليه (كاشتراطه حمل الدابه فيما بعد، أو أنّ الزرع يبلغ السنبل) (٢)، سواء شرط عليه أن يبلغ ذلك بفعله أم بفعل الله (٣)، لاشتراكهما في عدم المقدوريه.

(و لو شرط تبقيه الزرع) في الأرض إذا بيع أحدهما دون الآخر (إلى أوان السنبل جاز)، لأن ذلك مقدور له، و لا يعتبر تعيين مده البقاء (٤) بل يحمل على المتعارف من البلوغ، لأنه منضبط.

(و لو شرط غير السائغ بطل) الشرط (و أبطل العقد) (٥) في أصح القولين، (١) لأن شرط مخالف للكتاب لقوله تعالى: (لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا) (١).

(٢) أى يجعل الزرع سنبلًا و الرطب تمرا.

(٣) فجعل الزرع سنبلًا بفعل البائع هو غير مقدور له كما هو واضح، و أما جعل الله الزرع سنبلًا فهو مقدور لله جل و علا، إلا أن فعل الله لا يقع تحت قدره البائع.

(٤) قال في المسالك: (و هل يشترط تعيين المده أم يحال على المتعارف من البلوغ لأنه مضبوط عرفا، الظاهر الاكتفاء بالثاني، و إطلاقهم يدل عليه) انتهى.

(٥) أما بطلان الشرط فمحل اتفاق و قد تقدم دليله لأنه غير سائغ، و أما إبطال العقد المشتمل عليه فقولان، ففي الإسكافي و الشيخ و القاضي و ابني سعيد و زهره و جماعه صحه العقد، لأن التراضى قد تعلق بكليهما فإذا امتنع أحدهما بقى الآخر، و يؤيده صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن أمه كانت تحت عبد فاعتقت الأمه قال: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزعت نفسها منه، و قال: و ذكر أن بريره كانت عند زوج لها و هى مملوكه فاشترتها عائشه و أعتقها فخيرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قال: إن شاءت أن تقر عند زوجها، و إن شاءت فارقته، و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الولاء لمن اعتق) (٢) و ظاهر الخبر صحه عقد البيع مع فساد الشرط.

و عن الفاضل و ولده و الشهيدين و جماعه فساد البيع بفساد الشرط لأن التراضى لم يقع إلا-

ص: ٦٢٨

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٢.

لامتناع بقاءه بدونه، لأنه غير مقصود بانفراده، و ما هو مقصود لم يسلم، و لأن للشرط قسطا من الثمن فإذا بطل يجهل الثمن. و قيل: يبطل الشرط خاصة لأنه الممتنع شرعا دون البيع، و لتعلق التراضي بكل منهما. و يضعف بعدم قصده منفردا، و هو شرط الصحة.

(و لو شرط عتق المملوك) الذي باعه منه (جاز) (١)، لأنه شرط سائغ، بل راجح، سواء شرط عتقه عن المشتري أم أطلق (٢)، و لو شرط عنه (٣) ففي صحته قولان: أجمدهما المنع، إذ لا عتق إلا في ملك، (فإن أعتقه) فذاك، (و إلا تخير البائع) (٤) بين فسخ البيع، و إمضائه، فإن فسخ استرده، و إن انتقل قبله عن ملك المشتري (٥)، و كذا يتخير لو مات قبل العتق فإن فسخ رجح بقيمته يوم التلف، -على المجموع من حيث هو مجموع، فإذا بطل بعضه انتفى متعلق التراضي فيكون الباقي تجاره لا- عن تراض، و عبارته أخرى فالتراضي وقع على المقيد و مع انتفاء القيد ينتفى المقيد، و العقود تابعه للقصود فالعقد المقيد لم يقع و هو مقصود، و ما وقع هو غير المقيد و هو غير مقصود.

(١) لو شرط البائع على المشتري أن يبيعه العبد و إذا أصبح العبد ملكا للمشتري أن يعتق المشتري العبد حينئذ عن نفسه، و هو جائز بلا خلاف لأنه شرط غير مخالف للكتاب و السنه فيجب الوفاء.

(٢) فلو أطلق البائع فينصرف عتق العبد على المشتري لأنه (لا- عتق إلا- في ملك) (١) و العبد ملك المشتري فعتقه المشروط منصرف إلى كونه عن المشتري.

(٣) عن البائع، و في التذكرة: (يجوز اشتراطه عتقه عن البائع عندنا خلافا للشافعي، لأنه شرط لا ينافي الكتاب و السنه) و ذهب الفاضل في القواعد و المقداد و الشهيدان إلى عدم الجواز (لأنه لا عتق إلا في ملك) كما تقدم، و هو يوجب كون العبد في ملك من يعتق عنه مع أن العبد قد خرج عن ملك البائع، و فيه: إن الخبر دال على كون المعتق هو المالك، و لا يدل على كون المعتق عنه هو المالك فلا تغفل.

(٤) إذا لم يلتزم المشتري بالشرط المشروط عليه من العتق فللبائع خيار الاشرط بين الفسخ و الإمضاء من دون أورش، لأن الأرش مختص بالعيب و هو منفي هنا.

(٥) أي و إن انتقل العبد عن ملك المشتري يبيع مثلا قبل الفسخ، فمع الفسخ تبطل تلك-

ص: ٦٢٩

لأنه وقت الانتقال إلى قيمه، و كذا لو انتعق قهرا (١)،(و كذا كل شرط لم يسلم) لمشرطه فإنه (يفيد تخيره) بين فسخ العقد المشروط فيه، و إمضائه،(و لا يجب على المشتري عليه فعله) (٢)، لأصالة العدم،(و إنما فائدته جعل البيع عرضه للزوال) بالفسخ (عند عدم سلامه الشرط، و لزومه) أى البيع (عند الإتيان به)، و قيل:

يجب الوفاء بالشرط و لا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه (٣)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله (٤)، فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط و لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر (٥) فسخ حينئذ إن شاء.

و للمصنف رحمه الله فى بعض تحقیقاته تفصیل (٦): و هو أن الشرط الواقع -العقود المترتبة على العبد فلكونه فى ملك المشتري، و فيه: إنه يمكن القول بصحة العقود الواقعة فى ملك المشتري و إن فسخ البائع، غايته مع الفسخ يرجع البائع إلى قيمه كما لو كان تالفا.

(١) فيرجع البائع إلى قيمه حينئذ.

(٢) أى فعل الشرط، و المعنى أنه لو امتنع المشتري عليه من فعل الشرط و كان المشروط له القدره على إجباره فهل يجبره على الشرط، قيل: و لم ينسب إلا -إلى الشهيد أنه لا- يجبره، لأن المشتري عليه لا يجب عليه الوفاء بالشرط لأصالة العدم، مع كون المشروط له صاحب و سيله إلى التخلص بالفسخ، و تكون فائده الشرط حينئذ جعل البيع اللازم عرضه للزوال. و عن المشهور بل عليه الاجماع كما عن الغنيه أن المشروط له يجبر المشتري عليه بالوفاء بالعقد، لوجوب الوفاء بالشرط لعموم (المسلمون عند شروطهم) (١) المتقدم.

(٣) فلو قدر على إجباره لزم و لا يثبت له الخيار.

(٤) هذه الزيادة لم أجد لها فى الوسائل و مستدركه.

(٥) أى الحاكم، و كذا إذا لم يكن مذهبه ذلك فسخ المشروط له إن شاء.

(٦) هذا التفصيل قائم على التفريق بين شرط النتيجة و شرط الفعل، فالأول ما كان العقد المتضمن للشرط كافيا فى تحققه و لا يحتاج بعده إلى صيغته كما لو باعه العبد بشرط الوكاله عنه، فإنه يصير وكيلا بمجرد البيع، و الثانى ما كان العقد المتضمن للشرط غير-

ص: ٦٣٠

فى العقد اللازم إن كان العقد كافى فى تحققه و لا يحتاح بعده إلى صيغه فهو لازم لا يجوز الإخلال به كشرط الوكاله فى العقد و إن احتاح بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد كشرط العتق فليس بلازم، بل يقبل العقد اللازم جائزا، و جعل السرّ فيه أن اشتراط «ما العقد كاف فى تحققه (١)» كجزء من الإيجاب و القبول فهو تابع لهما فى اللزوم و الجواز، و اشتراط «ما سيوجد (٢)» أمر منفصل عن العقد، و قد علّق عليه العقد و المعلّق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا.

و الأقوى اللزوم مطلقا (٣)، و إن كان تفصيله أجود مما اختاره هنا (٤).

(الحادى عشر - خيار الشركه (٥)،..).

-كاف فى تحققه بل يحتاح بعد العقد إلى عقد حتى يتحقق كما لو باعه العبد بشرط أن يعتق العبد عنه، فهذا بحاجه إلى صيغه العتق بعد البيع، أو أن يبيعه العبد بشرط أن يوكله، لا أن يصير وكيلا.

و على كل فالشرط الأول لازم لأن اشتراطه فى العقد كاف فى تحققه، لأنه حينئذ جزء من الإيجاب و القبول فيكون تابعا لهما فى اللزوم و الجواز، و الشرط الثانى ليس بلازم بل يقبل العقد اللازم جائزا، لأن العقد قد علّق عليه، و المعلّق على الممكن ممكن و هو معنى قلب اللازم جائزا، و فيه: إنه قد عرفت لزوم الوفاء بالشرط على المشترط عليه فلا معنى لهذا التفصيل، هذا فضلا عن أن حصول شرط النتيجة من دون صيغته محل تأمل و إشكال، بالإضافة إلى أن شرط الفعل ليس أمرا ممكنا بل أصبح لازما عند تمام العقد فالقول أن العقد قد علّق على الممكن و ما هذا شأنه يكون جائزا ليس فى محله.

(١) شرط النتيجة.

(٢) شرط الفعل.

(٣) فى قبال تفصيل الشهيد.

(٤) من عدم اللزوم مطلقا.

(٥) فلو اختلط المبيع بغيره فى يد البائع و قبل قبض المشترى اختلاطا لا- يتميز فالمجموع شركه بين البائع و المشترى، فلو دفع البائع الجميع إلى المشترى جاز، و لا كلام مع قبول المشترى، و عن الشيخ أنه يجب عليه القبول لأنه زاده فضلا، و فيه منع، لأن فى قبول المشترى منه و ضررا إذ قد يريد المبيع منفصلا لا مختلطا.

و لو امتنع البائع من دفع الجميع، فعن الشيخ أن البيع يفسخ لتعذر التسليم، و لأنه كالتلف قبل القبض، و فيه: أن المبيع أصبح كجزء مشاع، و يمكن تسليم الجزء المشاع،-

سواء قارنت العقد (١)، كما لو اشترى شيئاً فظهر بعضه مستحقاً، أو تأخرت بعده (٢) إلى قبل القبض كما لو امتزج المبيع بغيره بحيث لا يتميز فإن المشتري يتخير بين الفسخ لعيب الشركة و البقاء فيصير شريكاً بالنسبة (٣)، وقد يطلق على الأول (٤) تبعض الصفقه أيضاً (٥) (و قد يسمى هذا (٦) عيباً مجازاً) لمناسبته للعيب في نقص المبيع بسبب الشركة، لاشتراكهما في نقص وصف فيه (٧)، و هو هنا منع المشتري من التصرف في المبيع كيف شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط عليه ليس بتام، فكان كالعيب بفوات وصف فيجبر بالخيار، و إنما كان إطلاق العيب في مثل ذلك على وجه المجاز، لعدم خروجه به (٨) عن خلقته - و هو ليس كالتالف وجدانا فالبيع صحيح، إلا أن المشتري له خيار الشركة لحصول ضرر عليه بخلط ما اشتراه بغيره إذ قد يريده منفصلاً، و قد يوجب الاختلاط نقصان القيمة السوقية للمبيع، و الضرر منفي فيثبت للمشتري خيار بين الفسخ و الإمساك و به يرتفع الضرر، و لا حاجة إلى إثبات الأرش.

(١) أي قارنت الشركة العقد، كما لو اشترى شيئاً واحداً أو متعدداً و ظهر بعضه على نحو المشاع مستحقاً لغير البائع، فالشركة بين المشتري و ذلك الغير حاصله من حين العقد.

(٢) بعد العقد كما لو امتزج المبيع بغيره في يد البائع و قبل قبض المشتري.

(٣) أي بنسبه ما اشتراه إلى الجميع.

(٤) أي ما ظهر بعض المبيع مستحقاً.

(٥) كما يطلق عليه الشركة فالاسم متعدد و الخيار واحد لأنه في كليهما قد ثبت من نفي الضرر.

(٦) أي أن الأمر الذي أوجبه الشركة في المورد ينسب عيباً مجازاً، ثم يبين العلاقة المجازية المصححة للإطلاق بقوله: لمناسبته للعيب في نقص المبيع، و المعنى أن الشركة توجب منع المشتري من التصرف كيفما شاء، بل يتوقف على إذن الشريك فالتسلط من قبل المشتري غير تام، و عدم التسلط نقص في وصف المبيع كما كان العيب نقص في وصف المبيع لفوات جزء من الخلقه الأصليه.

و لاشتراكهما في أنهما نقص في وصف المبيع صح إطلاق لفظ أحدهما على الآخر فلذا صح إطلاق لفظ العيب على الشيء الذي أحدثته الشركة.

(٧) في المبيع.

(٨) أي لعدم خروج المبيع بما أحدثته الشركة من عدم التسلط التام.

الأصليه (١)، لأنه قابل بحسب ذاته للتملك منفردا و مشتركا فلا نقص في خلقته، بل في صفته على ذلك الوجه.

الثاني عشر - خيار تعذر التسليم

(الثاني عشر - خيار تعذر التسليم (٢)، فلو اشترى شيئا ظنا إمكان تسليمه) بأن كان طائرا يعتاد عوده، أو عبدا مطلقا (٣)، أو دابه مرسله (٤) ثم عجز بعده (٥) بأن أبق و شردت و لم يعد الطائر و نحو ذلك (تخير المشتري)، لأن المبيع قبل القبض مضمون على البائع، و لما لم ينزل ذلك منزله التلف (٦)، لإمكان الانتفاع به على بعض الوجوه جبر بالتخير فإن اختار التزام البيع صح.

و هل له الرجوع بشيء (٧) يحتمله (٨)، لأن فوات القبض نقص حدث على (١) بخلاف العيب الذي هو نقصان أو زياده في الخلقه الأصلية.

(٢) لو تبايعا على شيء ظنا منهما أنه مقدور على تسليمه، ثم عجز البائع عن التسليم كما لو غصبت العين المبتاعه و عرف الغاصب و لا- يستطيع البائع انتزاعها منه، أو أنه باع عبدا مطلقا بحيث يذهب بغير رقيب، أو دابه مرسله ترعى كيفما شاءت ثم عجز البائع عن تسليمهما، فيوجب العقد حينئذ على المشتري و أن ينتظر حتى يستطيع البائع التسليم ضرر عليه، و هو منفي، فيثبت له الخيار بين الإمساك و الرد.

(٣) أى يذهب بغير رقيب.

(٤) ترعى كيفما شاءت.

(٥) بعد الشراء.

(٦) قد تقدم أن التلف في المبيع من مال البائع قبل القبض، و لا بد حينئذ من انفساخ العقد من حين التلف و يرجع المشتري على ثمنه، غير أن المتعذر تسليمه لم ينزل عندهم منزله التالف لينفسخ العقد، لأن المشتري يمكن له أن يتصرف بالمبيع بما لا يتوقف على قبضه، كعتق العبد مثلا في كفاره، أو بيع المتعذر تسليمه مع الضميمة أو المصالحة، فلا ينفسخ العقد، نعم باعتبار الضرر على المشتري كما تقدم يجبر بالخيار.

(٧) أى لو التزم المشتري بالعقد فهل يرجع بالأرش، لأن المبيع المتعذر تسليمه انقص قيمه من غيره.

(٨) أى يحتمل الرجوع، لأن النقصان في القيمة الناشئ من تعذر التسليم قد وقع في يد البائع و قبل قبض المشتري كما هو المفروض، و هو مضمون على البائع ما دام في يده.

و فيه: إن الأرش قد ثبت في خيار العيب عملا بالنصوص الخاصه المتقدمه هناك، و أما هنا فقد ثبت الخيار بحديث نفى الضرر، و إثبات الخيار للمشتري بين الفسخ و الامساك -

المبيع قبل القبض فيكون مضمونا على البائع. و يضعف بأن الأرش ليس في مقابله مطلق النقص، لأصالة البراءة، و عملا بمقتضى العقد (١)، بل في مقابله العيب المتحقق بنقص الخلقة، أو زيادتها كما ذكر، و هو هنا منفى.

الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة

(الثالث عشر - خيار تبعض الصفقة (٢)، كما لو اشترى سلعتين فتستحق إحداهما) فإنه يتخير بين التزام الأخرى بقسطها من الثمن و الفسخ فيها، و لا فرق في الصفقة المتبعضه بين كونها متاعا واحدا فظهر استحقاق بعضه، أو أمتعه كما مثل هنا (٣)، لأن أصل الصفقة: البيع الواحد سمي البيع بذلك، لأنهم كانوا يتصافقون بأيديهم إذا تبايعوا، يجعلونه دلالة على الرضاء به (٤)، و منه قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لعروه البارقي لما اشترى الشاه: «بارك الله لك في صفقه يمينك» (٥) - جابر لهذا الضرر، لأنه بالفسخ و إرجاع الثمن عليه يرتفع الضرر عنه فلا داعى إلى إثبات الأرش له بعد ما ارتفع الضرر بالخيار.

و كون تعذر التسليم موجبا لنقصان قيمه المبيع فصحيح و لكن ليس كل نقصان يوجب الأرش بل النقص في الخلقة الأصلية أو زيادتها كما هو ضابط العيب.

(١) و مقتضاه الوفاء به لقوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (١).

(٢) لو اشترى شيئا واحدا أو متعددا ثم ظهر أن بعض المبيع مستحق للغير، أو تلف بعض المبيع في يد البائع بحيث كان للتالف قسط من الثمن، فالمشترى له خيار تبعض الصفقة لأن إيجاب العقد عليه ضرر إذ أقدم على أن يسلم له المجموع و لم يسلم و حديث (لا ضرر و لا ضرار) (٢) ينفيه فيثبت له الخيار.

(٣) و كذلك لو اشترى سلعة أو سلعتين و تلف بعض المبيع.

(٤) أى بالبيع، قال فى المصباح المنير: (و صفقت له بالبيعه صفقا، ضربت بيدي على يده، و كانت العرب إذا وجب البيع ضرب أحدهما يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة فى العقد، فقيل: بارك الله لك فى صفقه يمينك، قال الأزهرى: و تكون الصفقة للبائع و المشتري) و ظاهره أن التصافق بعد البيع، نعم فى الرياض قال فى مقام تسميه البيع بالصفقة: (اعتبارا بما كانوا يصفونه من وضع أحدهما يده فى يد صاحبه حال البيع، أو أنه يصفق أحدهما يده يد الآخر عند انتهاء العقد).

(٥) و هو خبر عروه البارقي قال (قدم جلب فاعطانى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ دينارا فقال: اشتر بها شاه، -

ص: ٦٣٤

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٢.

و إنما خص تبعض الصفقه هنا بالسلعتين لإدخاله الواحده فى خيار الشركه، و لو جعل موضوع تبعض الصفقه أعم (١) كما هو كان أجود، و إن اجتمع حينئذ فى السلعه الواحده خياران بالشركه، و تبعض الصفقه (٢)، فقد تجتمع أنواع الخيار أجمع فى مبيع واحد، لعدم التنافى.

الرابع عشر - خيار التفليس

(الرابع عشر - خيار التفليس) إذا وجد غريم المفلس متاعه فإنه يتخير بين أخذه مقدما على الغرماء، و بين الضرب بالثمن معهم. (و سيأتى تفصيله) فى كتاب الدين، (و مثله غريم الميت مع وفاء التركه) بالدين.

و قيل: مطلقا (٣). و كان المناسب جعله قسما آخر حيث تحزى الاستقصاء (٤) هنا لأقسام الخيار بما لم يذكره غيره.

الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمس

إشاره

(الفصل العاشر فى الأحكام: و هى خمس)

الأول - النقد و النسيئه

فى تعريفهما

(الأول - النقد و النسيئه) أى البيع الحالّ و المؤجل، سمى الأول نقدا باعتبار كون ثمنه منقودا (٥)...

فاشترت شاتين بدينار، فلحقنى رجل فبعت أحدهما منه بدينار، ثم أتيت النبى صلى الله عليه و آله و سلم بشاه و دينار، فرده علىّ و قال: بارك الله لك فى صفقه يمينك (١).

(١) من السلعتين و الواحده.

(٢) و قد تقدم أن مدرك الخيار هو نفى الضرر، و لا يوجد إلا ضرر واحد و هو خلط ماله بمال غيره فهو يوجب خيارا واحدا و إن أوجب عنوانين: الشركه و بنقص الصفقه عليه، إلا أن يقال: أن عليه ضررين، ضرر من ناحيه عدم تسلطه التام و ضرر من ناحيه لم يسلم له جميع المبيع.

(٣) أى و إن لم تف التركه بالدين.

(٤) فلا بد من جعل غريم الميت قسما للسجده على حده لأنه فى صدد الاستقصاء، و فيه:

إن إدراج غريم الميت مع غريم المفلس فى قسم واحد لا ينافى الاستقصاء، و إنما الذى ينافيه عدم الذكر لا عدم جعله عنوانا.

(٥) أى مقبوضا قال فى مصباح المنير: (و نقدت الرجل الدراهم بمعنى أعطيته، فيتعدى إلى -

ص: ٦٣٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب عقد البيع حديث ١.

و لو بالقوه (١)، و الثانى مأخوذ من النسيء (٢) و هو تأخير الشىء تقول: أنسأت الشىء إنساء: إذا أخرته، و النسيئه: اسم وضع موضع المصدر (٣).

و اعلم أن البيع بالنسيه إلى تعجيل الثمن و المثلن و تأخيرهما و التفريق أربعة أقسام:

فالأول «النقد (٤)»، و الثانى «بيع الكالى بالكالى» (٥)، بالهمز اسم فاعل أو مفعول من المراقبه، لمراقبه كل واحد من الغريمين صاحبه لأجل دينه (٦).

-مفعولين، و نقدتها له على الزيادة أيضا فانتقدها، أى قبضها)، و قال فى المسالك: (النقد مأخوذ من قولك: نقدته الدراهم، و نقدت له، أى أعطيته، فانتقدها أى قبضها، و المراد به البيع بثلن حال، فكأنه مقبوض بالفعل أو القوه) انتهى.

(١) فيما لو كان البيع حالا، و لم يقبض الثمن بعد، فيطلق عليه النقد، لأن قبض الثمن لا مانع من قبضه من شرط و غيره.

(٢) قال فى المسالك: (و النسيئه مأخوذه من النسيء، و هو تأخير الشىء، قال الهروى:

سمعت الأزهرى يقول: أنسأت الشىء إنساء و نسيا، اسم وضع موضع المصدر الحقيقى، و المراد بها البيع مع تأجيل الثمن و تأخيرها) انتهى.

(٣) فالنسيئه مأخوذه من النسيء، و النسيء اسم وضع موضع المصدر الذى هو الإنساء.

(٤) و هو فيما لو كان الثمن و المثلن حالين فى البيع.

(٥) قال فى مصباح المنير: (و كالأدين يكلاً مهموز بفتحتين كلواء، أى تأخر فهو كالى، بالهمز و يجوز تخفيفه مثل القاضى، و قال الأصمعى: هو مثل القاضى و لا يجوز همزه، و نهى عن بيع الكالى بالكالى، أى بيع النسيئه بالنسيئه) انتهى و ظاهر عبارته أن بيع الكالى هو بيع المتأخر، و كذا فى القاموس و النهايه الأثيريه.

نعم فى الصحاح أن كلاً الدين أى حرسه و راقبه، فالكالى هو الحارس و المراقب، و لذا قال الشارح فى المسالك: (على ما فسرته جماعه من أهل اللغه اسم فاعل من المراقبه، كأن كل واحد من المتبايعين يكلاً صاحبه، أى يراقبه لأجل ماله الذى فى ذمته، و فيه إضمار، - أى فى بيع الكالى - أى بيع مال الكالى بمال الكالى، أو اسم مفعول كالدافع فلا إضمار) انتهى، و الدافع اسم فاعل و يراد به اسم مفعول أى مدفوق، كمثل: عيشه راضيه، أى مرضيه.

(٦) و فيه: أنه بهذا المعنى يحتاج إلى الاضمار، و أما إذا قلنا أنه من كلاً بمعنى تأخر كما صرح به جماعه من أهل اللغه فلا حاجه إلى الاضمار، فيستقيم ظاهر اللفظ بلا تكلف و تقدير.

و «مع حلول المثلثين و تأجيل الثمن» هو «النسيئة».

و بالعكس «السلف». و كلها صحيحة عدا البيع الثاني (١)، فقد ورد النهي عنه و انعقد الإجماع على فساده.

في أن إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا

(و إطلاق البيع يقتضى كون الثمن حالا (٢) و إن شرط تعجيله) في متن العقد (أكده) (٣)، لحصوله بدون الشرط، (فإن وقت التعجيل) بأن شرط تعجيله في هذا اليوم مثلا (تخير) البائع (لو لم يحصل) الثمن (في الوقت) المعين (٤)، و لو لم يعين له زمانا لم يفد سوى التأكيد في المشهور (٥)، و لو قيل: بثبوتها مع الإطلاق أيضا لو أخل به عن أول وقته كان حسنا، للإخلال بالشرط (٦).

(١) أى بيع الكالئ بالكالئ و قال في الجواهر (و كلها صحيحة عدا الثاني فقد ورد النهي عنه بلفظ «بيع الدين بالدين»، و انعقد الإجماع بقسميه على فساده و الرواية التي أشار إليها هي رواية طلحة بن زيد عن أب عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١)، و سيأتى له تتمه في بابه.

(٢) و كذا المثلثين بحيث لم يشترط التأجيل في أحد العوضين، للانصراف عرفا إلى الحال، و لموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى جاريه بثلثين مسمى ثم افترقا، فقال عليه السلام: وجب البيع و الثمن إذا لم يكونا اشتراطا فهو نقد) (٢).

(٣) لأن التعجيل حاصل بدون الشرط بمقتضى العقد، فإن اشترط التعجيل فيكون قد أكد مقتضى العقد.

(٤) مثال لا-اشترط تأجيل الثمن، فلو عين البائع مده الشرط بأن يأتيه بالثلثين في يوم ما، فإن لم يف المشتري و لم يمكن إجباره على الوفاء كما تقدم فيثبت تسلط البائع على الفسخ بخيار الشرط.

(٥) بحيث لم يشترط البائع تعجيل الثمن و لم يوقته بوقت، فعلى المشهور أنه للتأكيد لما مرّ.

(٦) أى لو قيل: بتسلط البائع على الفسخ عند اشتراط التعجيل من دون توقيت له إذا أخل المشتري بالشرط عن أول وقته كان حسنا لتخلف الشرط، هذا و أول وقته هو أول أوقات إمكانه بعد العقد متصلا به.

ص: ٦٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

(و إن شرط التأجيل اعتبر ضبط الأجل (١)، فلا يناط) أى لا يعلق (بما يحتمل الزيادة و النقصان كمقدم الحاج) أو إدراك الغلّه، (و لا بالمشترك) بين أمرين (٢)، أو أمور حيث لا مخصّص لأحدهما (كنفرهم) من منى، فإنه مشترك بين أمرين (و شهر ربيع) المشترك بين شهرين فيبطل العقد بذلك، و مثله التأجيل (١) اعلم أن اشتراط التعجيل و التأجيل اشتراط لأمر مسائغ فيجب الوفاء به، و لا- خلاف فيهما، بل سواء طال المده أم قصرت فى الثانى لإطلاق الأدله على المشهور، و عن الاسكافى منعه إذا طال المده أكثر من ثلاث سنين لخبر أحمد بن محمد (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال - إلى أن قال - إنا إذا بعناهم بنسبه كان أكثر للربح، قال: فبعهم بتأخير سنه، قلت: بتأخير سنتين، قال: نعم، قلت:

بتأخير ثلاث؟ قال: لا) (١)، و خبره الآخر أنه قال لأبى الحسن الرضا عليه السّلام (إن هذا الجبل قد فتح على الناس منه باب رزق، فقال: إن أردت الخروج فأخرج فإنها سنه مضطربه، و ليس للناس بدّ من معاشهم فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، و نحن نحتمل التأخير فنباعهم بتأخير سنه، قال: بعهم، قلت: سنتين؟ قال: بعهم، قلت:

ثلاث سنين؟ قال: لا يكون لك شىء أكثر من ثلاث سنين) (٢).

و قد حمل الخبران على الإرشاد و بذل النصح لا على النهى المولوى المترتب على مخالفته الاثم، و لذا قال فى الرياض: (و لا فرق فى المده بين القصيره و الطويله - إلى أن قال - بلا خلاف يعلم منا فى ذلك إلا ما حكى عن الاسكافى من منعه التأجيل زياده ثلاث سنين، و الأصل و العمومات و خصوص إطلاقات الباب يدفعه مع عدم وضوح مستنده) انتهى.

هذا و إذا جاز اشتراط التأجيل مهما كانت مدته فلا بدّ من ضبط الأجل، بلا خلاف فيه، لأنه مع عدم الضبط يكون بيعا غرريا، لأن للأجل قسطا من الثمن فمع عدم تعيينه يلزم الجهاله فى نفس الثمن.

(٢) كأن يؤجل الثمن إلى شهر ربيع، و هو مشترك بين ربيع الأول و ربيع الثانى، و كذا فى جمادى، و كذا تأجيل الثمن للنفر من منى، و هو مشترك بين يوم الثانى عشر من ذى الحجه و بين الثالث عشر منه.

ص: ٦٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

إلى يوم معين من الأسبوع كالخميس (١).

(٢) وقيل: يصح و (يحمل على الأول) في الجميع (٣)، لتعليقه الأجل على اسم معين و هو يتحقق بالأول، لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد (٤) ليتوجه قصدهما إلى أجل مضبوط فلا يكفي ثبوت ذلك شرعا مع جهلهما، أو أحدهما به، و مع القصد لا إشكال في الصحة و إن لم يكن الإطلاق محمولا عليه (٥)، و يحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصدها أم لا، نظرا إلى كون الأجل الذي عيناه مضبوطا في نفسه شرعا، و إطلاق اللفظ منزّل على الحقيقة الشرعية (٦).

في ما لو جعل لحالّ ثمننا، و لمؤجل أزيد منه

(٧) و لو جعل لحالّ ثمننا، و لمؤجل أزيد منه (٧)، أو فاوت بين أجلين (٨) في (١) هذا مثال للمشترك بين أمور، فإنه قد عتّن الخميس و لم يعين أنه من أى أسبوع، و بتعيين اليوم لا يتعين الأسبوع.

(٢) و قال في الجواهر: (لم نظفر بقائله).

(٣) أى جميع أمثله المشترك التي ذكرها الشارح و وافقه صاحب الجواهر، غير أن سيد الرياض قد جعل الخلاف في المثال الأخير فقط.

(٤) أى يعلمنا بأن هذا الاسم المشترك يتحقق بالأول، و فيه: أن هذا العلم قصد منهما على التعيين، و هو قرينه معينه على المعنى الخاص من المشترك فيكون النزاع لفظيا.

(٥) لا عرفا، لأن العرف لا يحملون الخميس على أول خميس، و لا شرعا.

(٦) و المعنى أن الأجل محدد إلى خميس، و هو تحديد منضبط فينزل على الحقيقة الشرعية الثابتة في لسان الشارع، و هو أول خميس سواء قصده أم لا، و اشكل عليه في الجواهر: (أنه لا حقيقه شرعية في المقام ضروره أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف إلى أولهما، فليس إلا لاقتضاء العرف فيه ذلك، و حينئذ فمع الانصراف عرفا متجه) انتهى.

(٧) بأن قال: بعثك هذا بدرهم نقدا، و بدرهمين إلى شهرين.

(٨) بأن قال: بعثك هذا بدرهم إلى شهر، و بدرهمين إلى شهرين، فليل و القائل الشيخ في المبسوط و الحلّي في السرائر و الفخر و الفاضل المقداد و الآبى و العلامة و الشهيدان أنه يبطل العقد للغرر، و الإيهام الناشئ من التردد القاضى بعدم وقوع الملك على أحدهما بالخصوص، و لخبر سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال: نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم عن سلف و بيع، و عن يبيع في بيع، و عن يبيع ما ليس عندك، و عن ربح ما لم -

الثلث بأن قال: بعثك حالا بمائه، و مؤجلا إلى شهرين بمائتين، أو مؤجلا إلى شهر بمائه، و إلى شهرين بمائتين (بطل)، لجهاله الثلث بترده بين الأمرين، و فى المسألة قول ضعيف بلزوم أقل الثمنين إلى أبعد الأجلين، استنادا إلى روايه ضعيفه،(و لو أُجِّل البعْض المعين) من الثلث و أطلق الباقي (١)، أو جعله حالا- (صح)، للانضباط، و مثله (٢) ما لو باعه سلعتين فى عقد بثلثين إحداهما نقد، و الأخرى نسيئه، و كذا لو جعله أو بعضه نجوما معلومه (٣).

-يضمن(١)، و قد فسر قوله «بيعين فى بيع» بذلك.

و قد ذهب جماعه من الأصحاب منهم المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن البراج إلى صحه البيع و أن للبائع أقل الثمنين لخبر محمد بن قيس - و هو صحيح السند - عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من باع سلعه فقال: إن ثمنها كذا و كذا يدا بيد، و ثمنها كذا و كذا نظره فخذها بأى ثمن شئت، و جعل صفقتها واحده فليس له إلا أقلهما، و إن كانت نظره) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن آباءه عليهم السّلام (أن عليا عليه السّلام قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين، بالنقد كذا و بالنسيه كذا، فأخذ المتاع على ذلك الشرط، فقال: هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين) (٣) و الخبران و إن كانا ناظرين إلى أن أحدهما نقدا و الآخر نسيه، لكن من عمل بهما عدهما إلى ما لو باع إلى وقتين متأخرين عن العقد و فاوت بين الأجلين ٣ لعدم الفرق حينئذ.

(١) فالباقي المطلق منصرف إلى الحال.

(٢) أى مثله فى الصحه ما لو باع سلعتين فى عقد واحد إحداهما بنقد، و الأخرى بنسيئه فيصح البيع لوجود المقتضى مع عدم المانع من جهاله و غرر، لأن الأجل منضبط بالنسبه للنسيئه.

(٣) النجوم جمع نجم، قال فى مصباح المنير: (و كانت العرب توقت بطلوع النجوم، لأنهم ما كانوا يعرفون الحساب، و إنما يحفظون أوقات السنه بالانواء، و كانوا يسمون الوقت الذى يحلّ فيه الأداء نجما تجوزا، لأن الأداء لا يعرف إلا بالنجم، ثم توسعوا حتى سمو الوظيفه نجما لوقوعها فى الأصل فى الوقت الذى يطلع فيه النجم، و اشتقوا منه فقالوا:-

ص: ٦٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

(و لو اشتراه البائع) فى حاله كون بيعه الأول (نسيئه صح) البيع الثانى (قبل الأجل، و بعده (١) بجنس الثمن و غيره بزياده) عن الثمن الأول، (و نقصان) عنه، -نجمت الدين بالثقل، إذا جعلته نجوما) انتهى، و هو صحيح لوجود المقتضى مع عدم المانع من الغرر و الجهاله، لأن الأجل منضبط.

(١) إذا اشترى شيئا نسيئه و قبض المشتري المبتاع و لم يدفع الثمن لعدم حلول الأجل فيجوز للمشتري أن يبيع المبتاع للبائع الأول و لغيره قبل حلول الأجل بزياده على الثمن أو نقصان، نقدا أو نسيئه، بجنس الثمن أو بغيره، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لعدم دليل على المنع مع أن مقتضى أدله صحه البيع جوازه، و لإطلاق صحيح بشار (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع بنساء فيشتره من صاحبه الذى يبيعه منه، قال:

لا بأس به، فقلت له: اشترى متاعى، فقال: ليس هو متاعك و لا بقرک و لا غنمك) (١)، و إطلاق خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل باع ثوبا بعشره دراهم، ثم اشتراه بخمسه دراهم أ يحل؟ قال: إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس) (٢)، و مثلها غيرها.

و لو كان بعد حلول الأجل، فلو كان البيع الثانى بغير جنس الثمن بزياده أو نقصان حالا أو مؤجلا صح أيضا لعدم الدليل على المنع مع إطلاق الخبرين السابقين و خصوص صحيح ابن منصور (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه، فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه، فقال له المطلوب: أبيعك هذا الغنم بدراهمك التى لك عندي فرضى، قال: لا بأس بذلك) (٢)، و إطلاق موثق يعقوب بن شعيب (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل باع طعاما بدراهم، فلما بلغ ذلك الأجل تقاضاه، فقال: ليس عندي خذ منى طعاما، قال: لا بأس، إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء) (٣) و لو كان البيع الثانى بعد حلول الأجل بمثل الثمن جنسا و من غير زياده و لا نقصان فيصح بلا خلاف لعدم المانع مع إطلاق أدله صحه البيع، و لو كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقصان فالمشهور على الجواز لعدم المانع مع إطلاق أدله صحه البيع، و إطلاق صحيح بشار المتقدم و موثق شعيب المتقدمين و शामिलين لهذه الصوره و ذهب الشيخ فى النهايه إلى المنع لخبر خالد بن الحجاج (سأل أبا عبد الله عليه السلام: عن -

ص: ٦٤١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب السلف حديث ١٠.

لانتفاء المانع فى ذلك كله، مع عموم الأدله على جوازه. وقيل: لا يجوز بيعه بعد حلوله بزياده عن ثمنه الأول، أو نقصان عنه مع اتفاقهما فى الجنس، استنادا إلى روايه قاصره السند و الدلاله،(إلا أن يشترط فى بيعه) الأول (ذلك) (١) أى بيعه (٢) من البائع (فيطلب) البيع الأول، سواء كان حالا أم مؤجلا، و سواء شرط بيعه من -رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى، فلما حلّ الأجل أخذته بدراهمى، فقال: ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى، قال عليه السلام: لا تشتريه منه فإنه لا خير فيه(١).

و الخبر شامل لما كان البيع بجنس الثمن بزياده أو نقيصه أو مساواه، إلا أن الصوره الأخيره مخصصه لعدم الخلاف فيها.

و فيه: إن الخبر مختص بالطعام فتعديته إلى غيره مشكل مع احتمال قوى أنها للإرشاد أو الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على الجواز، مع أن إطلاقها شامل للصور الثلاثه من زياد أو نقصان أو مساواه فتخصيصها بغير الأخيره لا وجه له، على أن الطعام الذى يريد بيعه ثانيا غير صريح فى كونه نفس الأول المبتاع، بالإضافة إلى أن خالد بن الحجاج لم يمدح و لم يذم.

(١) أى يشترط البائع فى العقد الأول أن يبيعه المشتري نفس المتاع ثانيه، فلا يصح الشرط بلا خلاف فيه كما فى الرياض، و إذا فسد الشرط أفسد العقد سواء كان حالا أم مؤجلا، و سواء شرط البيع الثانى بعد حلول أجل الأول أو قبله، و قال فى المسالك:

(و اختلف كلامهم فى تعليل البطلان - أى بطلان البيع - مع الشرط المذكور، فعلله فى التذكرة باستلزامه الدور، لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفه على بيعه، و ردّ بأن الموقوف على حصول الشرط هو اللزوم لا- الانتقال، و يمنع توقف تملك المشتري على تملك البائع، بل تملكه موقوف على العقد المتأخر عن ملك المشتري، و لأنه وارد فى باقى الشروط كشرط العتق و البيع للغير مع صحته إجماعا) انتهى. توضيحه: أن تحقق الشرط و هو بيع المشتري ثانيا للبائع موقوف على ملكيه المشتري للمبيع، و ملكيه المشتري للمبيع متوقفه على تحقق الشرط الذى هو بيع المشتري ثانيا للبائع فيلزم توقف الشئ على نفسه.

و ردّ بتسليم التوقف الأول و منع التوقف الثانى، لأن الموقوف فى الثانى هو لزوم البيع لا أصل الملكيه فاختلفت جهه التوقف فلا دور.

(٢) أى بيعه ثانيا.

ص: ٦٤٢

البائع بعد الأجل أم قبله على المشهور، و مستنده غير واضح.

فقد علل (١) باستلزامه الدور، لأن يبعه له (٢) يتوقف على ملكيته له (٣) المتوقفه (٤) على يبعه.

و فيه: أن المتوقف على حصول الشرط (٥) هو لزوم البيع لا انتقاله إلى ملكه (٦)، كيف لا (٧) و اشتراط نقله إلى ملك البائع من المشتري مستلزم لانتقاله إليه (٨)، غايته (٩) أن تملك البائع (١٠) موقوف على تملك المشتري (١١)، و أما أن تملك المشتري موقوف على تملك البائع (١٢) فلا، و لأنه وارد في باقى الشروط (١٣) خصوصا شرط يبعه للغير مع صحته إجماعا، و أوضح لملك المشتري (١٤) ما لو (١) أى علل بطلان البيع.

(٢) أى بيع المشتري للمبيع للبائع الذى هو الشرط.

(٣) أى ملكيه المشتري للمبيع.

(٤) أى و ملكيه المشتري للمبيع متوقفه على بيع المشتري للبائع ثانيا لأنه هو الشرط.

(٥) و هو التوقف الثانى.

(٦) أى ملك المشتري.

(٧) أى كيف لا- يكون اللزوم هو المتوقف على الشرط و ليس أصل الملكيه، مع أن البائع قد اشترط نقل المبيع من ملك المشتري إلى ملك البائع ثانيا، و هذا لا يتحقق إلا بملكيه المشتري قبل ملكيه البائع ثانيا.

(٨) أى فالشرط مستلزم لانتقال المتاع إلى المشتري.

(٩) أى غايه الشرط توقف الشرط الذى هو بيع البائع ثانيا على ملكيه المشتري، و هذا توقف المقدمه الأولى، و أما التوقف فى المقدمه الثانيه فممنوع كما تقدم.

(١٠) أى تملكه ثانيا و هذا هو الشرط.

(١١) كما فى المقدمه الأولى.

(١٢) و تملك البائع ثانيا هو الشرط، و توهم توقف تملك المشتري على الشرط كما فى المقدمه الثانيه ممنوع كما عرفت.

(١٣) أى لزوم الدور يرد فى باقى الشروط كالعق و البيع على الغير، فيقال: عتق العبد الذى هو شرط فى العقد الأول متوقف على ملكيه المشتري له، و ملكيه المشتري له متوقفه على عتقه لأنه شرط.

(١٤) فلو جعل البائع الشرط بأن يبعه إياه ثانيا بعد حلول الأجل، فمن حين العقد إلى حلول -

جعل الشرط بيعه من البائع بعد الأجل لتخلل ملك المشتري فيه.

و علل (١) بعدم حصول القصد إلى نقله عن البائع. و يضعف بأن الغرض حصول القصد إلى ملك المشتري و إنما رتب عليه نقله ثانيا، بل (٢) شرط النقل ثانيا يستلزم القصد إلى النقل الأول (٣) لتوقفه (٤) عليه.

و لاتفاقهم (٥) على أنهما لو لم يشترطا ذلك في العقد صح و إن كان من -الأجل قد خرج المتاع عن ملك البائع فلو فرضنا أن المشتري لا يملك المتاع إلا عند تحقق الشرط للزم كون المتاع في مده الأجل من غير مالك و هذا باطل.

و هذا دليل واضح على بطلان الدور و هو أوضح من الأدله الداله على حصول ملكيه المشتري قبل الوفاء بالشرط و إنما الذى يترتب على الشرط حينئذ هو لزوم الملكيه، و وجه الأوضحيه أن المتاع في زمن الأجل قد خرج عن ملك البائع قطعاً بالبيع الأول فلا بدّ من القول بتخلل ملك المشتري و ثبوته فيه.

(١) أى علل بطلان البيع و هو معطوف على قوله: (فقد علل باستلزامه الدور)، و المعنى أن بعضهم قال: إن البائع لما اشترط بيعه له فهو غير قاصد لخروج المتاع عن ملكه، بل يريد إبقاء المتاع عنده، و مع عدم قصد الخروج و الانتقال تكون ألفاظ البيع التى وقعت منه لغوا، لأنه غير قاصد لمعناها، لأن البيع هو مبادله مال بمال.

و هو ضعيف لأن الواقع من البائع هو قصد نقل المتاع إلى المشتري بالبيع الأول، نعم رتب نقله إليه ثانيا كشرط و هذا مغاير لقصد عدم خروج المتاع من رأس و العرف و اللغه شاهدان بالفرق، بالإضافة إلى أن اشتراط نقله ثانيا مستلزم لقصد البائع لنقل المتاع إلى المشتري أولاً، و إلا لو لم يقصد النقل المذكور كيف يشترط على المشتري أن يبيعه إياه ثانيا.

(٢) بل للترقى.

(٣) و هو نقل المتاع من البائع إلى المشتري.

(٤) أى نقل المتاع من المشتري إلى البائع ثانيا متوقف على نقل المتاع من البائع إلى المشتري أولاً.

(٥) هذا وجه ثان للتضعيف، و حاصله أنه لو قصد كل من البائع و المشتري، أن يبيع المشتري المتاع للبائع بعد العقد الأول من غير أن يكون هذا القصد شرطا فى العقد الأول، فيصح العقد بلا خلاف فيه، و لم يقل أحد أن العقد المسبوق بهذا القصد معناه عدم إخراج المتاع من البائع، لأنه لو قال به لحكم بالبطلان مع أن الجميع قد حكم بالصحة.

قصدهما رده، مع أن العقد يتبع القصد، و المصحح له ما ذكرناه من أن قصد رده بعد ملك المشتري له غير مناف لقصد البيع بوجه (١)، و إنما المانع عدم القصد إلى نقل الملك إلى المشتري أصلا (٢) بحيث لا يترتب عليه حكم الملك.

فى أنه يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع

و يجب قبض الثمن لو دفعه إلى البائع (٣) مع الحلول مطلقا (٤)، و فى الأجل (٥) أى بعده، (لا قبله) (٦)، لأنه غير مستحق حينئذ، و جاز تعلق غرض البائع بتأخير القبض إلى الأجل، فإن الأغراض لا تنضب، (فلو امتنع) البائع من (١) سواء شرط ذلك أم لا.

(٢) و هذا المانع مفقود هنا.

(٣) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لحديث (لا ضرر) (١)، لأن إبقاء ذمه المشتري مشغوله قد يحقق الضرر فيما إذا تلف الثمن و لم يقبضه البائع.

(٤) سواء كان مقتضى العقد هو الحلول أم حل الثمن بعد الأجل.

(٥) أى بعد الأجل و يكون من باب عطف الخاص على العام، و منه تعرف أنه لا حاجة إلى قول الشارح (مطلقا) فلو قال: (إلى البائع مع الحلول و فى الأجل أى بعده) فلا يلزم منه تكرار.

(٦) أى لا- قبل تماميه حلول الأجل، و هنا لا يجب على المشتري دفع الثمن قبل حلول الأجل بلا خلاف فيه لحديث (المسلمون عند شروطهم) (٢)، و إن طولب المشتري بالدفع.

نعم لو دفعه تبرعا لم يجب على البائع أخذه و إن لم يكن عليه ضرر بأخذه، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و فى جامع المقاصد نسبة الخلاف إلى بعض العامه و أنه يجب على البائع القبول، لأن فائده التأجيل هى الرخصه للمشتري بالتأخير لا عدم وجوب الأخذ على البائع، و الحاصل أن مصلحه التأخير مختصه بالمشتري فلو أسقطها و دفع وجب على البائع القبض لأنه ماله المدفوع إليه.

و فيه منع انحصار فائده الشرط فى مصلحه الرخصه للمشتري، بل قد يتعلق للبائع بالتأخير مصلحه أيضا، لأن الأغراض لا تنضب، مع أنه لو سلم انحصار المصلحه بالمشتري فقط فهذا لا يدل على وجوب الأخذ على البائع، بل هذا الوجوب منفى بالأصل بعد كونه غير مستحق.

ص: ٦٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٣ و ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٣.

قبضه حيث يجب (١) (قبضه الحاكم) إن وجد، (فإن تعذر) قبض الحاكم و لو بالمشقه البالغه فى الوصول إليه، أو امتناعه من القبض (فهو أمانه فى يد المشتري لا يضمنه لو تلف بغير تفريط، و كذا كل من امتنع من قبض حقه).

و مقتضى العبارة (٢) أن المشتري يقيه بيده مميزا على وجه الأمانه، و ينبغى مع ذلك أن لا يجوز له التصرف فيه، و أن يكون نماؤه للبائع تحقيقا لتعيينه له.

و ربما قيل (٣): ببقائه على ملك المشتري و إن كان تلفه من البائع، و فى الدروس أن للمشتري التصرف فيه فيبقى فى ذمته، (و لا حجر (٤) فى زياده الثمن و نقصانه) على البائع و المشتري (إذا عرف المشتري قيمه) (٥)، و كذا إذا لم يعرف (٦)، لجواز بيع الغبن إجماعا. و كأنه أراد نفي الحجر على وجه لا يترتب عليه (١) أجبره الحاكم على القبض و مع تعذره قبضه الحاكم لأنه نائب البائع الممتنع، و مع تعذر الحاكم فلو تلف الثمن من غير تفريط و لا تصرف من المشتري كان التالف من مال البائع بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لحديث (لا ضرر) المتقدم.

(٢) أى بعد ما دفعه إلى البائع و امتنع فقد تشخص الثمن فى المعين المدفوع، و يكون أمانه بيد المشتري، و لازم الأمانه أن لا يتصرف بها، و يجب عليه حفظها و يكون نماء الأمانه للبائع و تلفها عليه.

(٣) قال فى المسالك: (قيل: و يجوز للمشتري التصرف فيه بعد تعيينه، فيرجع إلى ذمته، و لو تجدد له نماء فهو له، و مقتضى ذلك أنه لا يخرج عن ملكه و إنما يكون تلفه من البائع عقوبه له) انتهى.

و فيه: أنه لو كان التلف من مال البائع لكان مالكا له، و معه كيف جاز التصرف للمشتري بغير إذنه المالك، و كيف يكون نماء الغير له.

(٤) أى لا منع.

(٥) لو باع المتاع بزياده عن قيمته السوقيه مع علم البائع و المشتري بالقيمه السوقيه، و كذا لو باعه بنقصان عنها مع علمهما بها، فالبيع صحيح و لا - مانع للبائع من البيع و لا للمشتري من الشراء، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لوجود المقتضى من إطلاق أدله صحه البيع، و عدم المانع من الغبن و غيره مع علمهما بالقيمه السوقيه.

(٦) أى إذا لم يعرف المشتري قيمه السوقيه فيجوز للبائع زياده الثمن، لأن بيع المغبون جائز بالاتفاق، غايته يثبت للمغبون خيار الغبن عند علمه بالغبن.

خيار فيجوز بيع المتاع بدون قيمته و أضعافها،(إلا أن يؤدي إلى السفه) (١) من البائع، أو المشتري فيبطل البيع، و يرتفع السفه بتعلق غرض صحيح بالزيادة و النقصان، إما لقلتهما (٢) أو لترتب غرض آخر يقابله (٣) كالصبر بدين حال (٤) و نحوه.

في أنه لا يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه

و لا- يجوز تأجيل الحال بزيادة فيه (٥)، و لا بدونها (٦)، إلا أن يشترط الأجل في عقد لازم فيلزم الوفاء به (٧)، و يجوز تعجيله بنقصان منه بإبراء، أو صلح (٨).

(١) كأن يبيع الدار المساوي لألف دينار بدرهم، أو يشتري الشيء المساوي لدرهم بألف دينار، فهو سفه و بيع السفه ممنوع شرعا كما سيأتي في بابه، نعم السفه هو كل فعل يفعله الإنسان لغير غرض صحيح عند العقلاء.

(٢) أي قله الزيادة و النقصان بنظر العرف، فينزلان منزله العدم.

(٣) أي يقابل الزائد كما لو اشترى الشيء المساوي درهما بألف دينار لأنه نادر.

(٤) كأن يشتري ما يساوي دينارا بدينارين بشرط أن يصبر البائع الدائن على المشتري بدين حال.

(٥) لو ثبت على المشتري الثمن و هو عشرة دراهم، فلا يجوز تأجيل دفع العشرة الآن إلى آخر الشهر بدفع اثني عشر درهما، لأنه ربا و هو محرم، بعد كون التأجيل بيع عشرة باثني عشر.

(٦) أي لا يجب على البائع القبول بالتأخير و لا يلزمه التأخير لو طلبه المشتري، لأن التعجيل حقه.

(٧) و يدل عليه أخبار.

منها: خبر محمد بن إسحاق بن عمار (قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول: أخرني بها و أنا أربحك، فايعه جبه تقوم عليّ بألف درهم بعشرة آلاف درهم، أو قال: بعشرين ألفا و أؤخره بالمال، قال: لا بأس) (١).

(٨) بلا خلاف فيه و إذا كان على جهه الصلح فيسمى بصلح الحطيطة، و يدل عليه أخبار.

منها: مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين، فيقول له قبل أن يحلّ الأجل: عجل لي النصف من حقي على أن أضع عنك النصف، أ يحلّ ذلك لواحد منهما؟ قال: نعم) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يكون عليه الدين إلى أجل مسمى فيأتيه غريمه فيقول: أنقذني -

ص: ٦٤٧

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ٢.

(و يجب) على المشتري إذا باع ما اشتراه مؤجلا (ذكر الأجل فى غير المساومه (١) فيتخير المشتري بدونه) أى بدون ذكره بين الفسخ و الرضاء به حالا،(للتدليس) و روى أن للمشتري من الأجل مثله.

الثانى - فى القبض

فى أن إطلاق العقد يقتضى قبض العوضين

(الثانى - فى القبض: إطلاق العقد) (٢) بتجريده عن شرط تأخير أحد العوضين، أو تأخيرهما إذا كانا عينين (٣)، أو أحدهما (٤) (يقتضى قبض العوضين) - من الذى لى كذا و كذا و أضع لك بقيته، أو يقول: انقد لى بعضا و أمد لك فى الأجل فيما بقى عليك، قال: لا أرى به بأسا ما لم يزد على رأس ماله شيئا، يقول الله: فَلَكُمْ رُؤُسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلُمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ (١).

(١) لو اشترى شيئا بثمن مؤجل، ثم أراد بيعه بغير مساومه من توليه أو مرابحه أو مواضعه فعليه كما أن يذكر الثمن أن يذكر الأجل، لأن للأجل قسطا من الثمن، بلا خلاف فيه، و عليه فلو باعه من غير ذكر الأجل فقد ذهب الشيخ فى النهايه و ابن حمزه و الاسكافى إلى أن المشتري الثانى يثبت له من الأجل ما كان للمشتري الأول - الذى هو بائع الآن - عند ما اشتراه، و يدل عليه أخبار.

منها: صحيح هشام عنه أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري المتاع إلى أجل، فقال:

ليس له أن يبيعه مرابحه إلا إلى الأجل الذى اشتراه، فإن باعه مرابحه و لم يخبره كان للذى اشتراه من الأجل مثل ذلك) (٢).

و المشهور على أن المشتري الثانى لا يكون له مثل أجل الأول بل له خيار التدليس فقط، لأن الفاتت ما هو إلا كشرط صفه الكمال فى الثمن، و الأخبار المتقدمه و إن كان بعضها صحيح السند إلا أنها مهجوره عند الأصحاب، لأن بظاهرها ثبت الأجل للمشتري الثانى و إن كان البيع حالا، و هو مخالف للقواعد.

(٢) الإطلاق فى العقد يقتضى وجوب تسليم المبيع و الثمن حالا بحسب العرف، و لو لم يطالب كل منهما الآخر بذلك، فإبقاء أحد العوضين فى يد الآخر بحاجه إلى إذن.

و احترز بالإطلاق عما لو شرط تأجيل أحدهما أو تسليمه قبل الآخر، فإنه حينئذ يختص وجوب التسليم بالحال و من شرط تقديمه.

(٣) و لو شرط تأخيرهما و هما فى الذمه لصدق أنه بيع الكالئى بالكالئى و هو منهى عنه كما تقدم.

(٤) فلو كان أحدهما عينا خارجيا لما صدق بيع الكالئى بالكالئى المنهى عنه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

(فیتقابضان معا لو تمانعا) (١) من التقدم،(سواء كان الثمن عينا، أو دينا). و إنما لم يكن أحدهما أولى بالتقديم لتساوى الحقين فى وجوب تسليم كل منهما إلى مالكة.

وقيل: يجبر البائع على الإقباض أولا، لأن الثمن تابع للمبيع.

و يضعف باستواء العقد فى إفاده الملك لكل منهما، فإن امتنعا أجبرهما الحاكم معا مع إمكانه، كما يجبر الممتنع من قبض ماله، فإن تعذر (٢) فكالدين إذا بذله المديون فامتنع من قبوله.

فى أنه يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع

(و يجوز اشتراط تأخير إقباض المبيع مده معينه) (٣) كما يجوز اشتراط تأخير الثمن،(و الانتفاع به منفعه معينه) لأنه شرط سائغ فيدخل تحت العموم (٤)، (و القبض (٥) فى المنقول) كالحيوان و الأقمشه و المكييل و الموزون و المعدود (١) لو تقدم أحدهما بدفع ما فى يده قبل الآخر فهو، و إن تمانعا من التقدم يلزمان بالتقابض معا و يجبران على ذلك، و لو كان أحدهما ممتنعا أجبر الممتنع خاصه لاختصاصه بالعصيان، كل ذلك لتساوى الحقين فى وجوب ايصال كل منهما المال إلى مالكة و لا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم أو التأخر، و عن الشيخ فى المبسوط و ابن زهره و القاضى و الحللى يجبر البائع أولا على دفع المبيع إذا تمانعا، لأن الثمن تابع للمبيع فيجب تقديم المتبوع على التابع، و لأن البائع بتسليم المبيع يستقر البيع، و فيه منع، أما الأول لاستواء العقد فى إفاده الملك لكل منهما من دون تبعيه لأحدهما على الآخر، و أما الثانى فالاستقرار مترتب على تسليم المبيع و الثمن معا لا على أحدهما.

(٢) أى تعذر إجبار الحاكم للممتنع من إقباض ما فى يده كان للآخر حبس العوض عنه حتى يجبر الممتنع، و إن تلف العوض تحت يد الآخر فهو من مال الممتنع كما تقدم فى النقد و النسيئه لنفس الأدله السابقه.

(٣) لأن الشرط لا يؤدى إلى الجهاله و ليس مخالفا للكتاب فيكون سائغا، كاشتراط المشتري تأخير الثمن مده معينه كذلك.

(٤) و هو عموم (المسلمون عند شروطهم) (١).

(٥) إن القبض مما يترتب عليه آثار شرعيه كصححه بيع الصرف و لزوم العقد إن أسقط الخيار، و القبض لغه هو الأخذ كما فى المصباح المنير، و فى النهايه الأثيريه القبض بجميع -

ص: ٦٤٩

(نقله (١)،...) -الكف، و عن جماعه من أهل اللغه كما فى الرياض القبض باليد لكن الفقهاء اختلفوا فيه على أقوال:

إن القبض هو التخليه فيما لا- ينقل، و هو النقل فيما ينقل ذهب إليه الماتن هنا و تبعه الشارح و ذهب إليه أيضا و أبو المكارم، و قيل: إن القبض هو التخليه مطلقا سواء كان مما ينقل أو لا، و ذهب إليه المحقق فى الشرائع، و قيل: إن القبض هو التخليه فيما لا ينقل، و فى المنقول هو القبض باليد، أو الكيل و الوزن فيما يوزن و يكال، أو النقل إن كان حيوانا، و هو المحكى عن المبسوط و ابن البراج و ابن حمزه. إلى غير ذلك من الأقوال بعد اتفاقهم على أن القبض هو التخليه فى غير المنقول، و إنما اختلفهم فى معنى القبض فى المنقول، و بما أن الشارع لم يحدد معنى القبض فلا بد من الرجوع إلى العرف، و قد يختلف معناه باختلاف المقبوض.

نعم ورد فى معنى القبض صحيح معاويه بن وهب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه، فقال: ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو ترنه إلا أن توليه الذى قام عليه)^(١)، و خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجه غير أنه ترك المتاع عنده و لم يقبضه، قال: آتيك غدا إن شاء الله، فسرق المتاع، من مال من يكون؟ قال: من مال صاحب المتاع الذى هو فى بيته حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يردّ ماله إليه)^(٢).

و صريح الثانى أن القبض هو النقل فلذا ذهب الشهيدان هنا إلى أن القبض فى المنقول هو النقل، و صريح الأول - كما قيل - إن القبض هو الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن، و فى الدروس إلحاق العدّ فيما يعدّ، و قد جمع بينه و بين المعنى العرفى فقيل إن القبض هو الكيل أو الوزن أو العدّ فيما يكال أو يوزن أو يعدّ، و فى غيرها من المنقول هو القبض باليد تحكيما للمعنى العرفى، أو النقل تحكيما لخبر عقبه، أو فى خصوص الحيوان.

و الأقوى أن القبض هو تحويل السلطنه على المبتاع من المنقول منه إلى المنقول إليه، و هذا التحويل يتحقق بالتخليه فى غير المنقول، و فى المنقول مختلف باختلاف نوعيه المبتاع هذا من جهه و من جهه أخرى فسيأتى الكلام فى دلاله الخبرين السابقين.

(١) استدل عليه بخبر عقبه بن خالد بالإضافة إلى المعنى العرفى، و فيه: أن خبر عقبه ضعيف-

ص: ٦٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الخيار حديث ١.

(و فى غيرہ التخليه) بينه و بينه (١) بعد رفع اليد عنه و إنما كان القبض مختلفا كذلك لأن الشارع لم يحدّه فيرجع فيه إلى العرف، و هو دال على ما ذكر.

و فى المسأله أقوال آخر هذا أجودها: فمنها ما اختاره فى الدروس من أنه فى غير المنقول التخليه و فى الحيوان نقله. و فى المعبر كيله، أو وزنه، أو عدّه، أو نقله.

و فى الثوب وضعه فى اليد، و استند فى اعتبار الكيل، أو الوزن فى المعبر بهما (٢) إلى صحيحه معاويه بن وهب عن الصادق (ع) و فى دلالتها عليه نظر (٣).

و إلحاق المعدود بهما (٤) قياس. و الفرق بين الحيوان و غيره (٥) ضعيف.

و منها الاكتفاء بالتخليه مطلقا (٦)، و نفى عنه البأس فى الدروس بالنسبه إلى نقل الضمان (٧)، لا- زوال التحريم، و الكراهه عن البيع قبل القبض، و العرف -السند، و العرف لا- يدل على كون القبض هو النقل فى كل مصاديق المنقول إذ يتحقق النقل عرفا فى كثير من الموارد بالأخذ، و منه تعرف ما فى كلام الشارح فيما بعد حيث قال: (فيرجع إلى العرف و هو دال على ما ذكر).

(١) أى بين المبيع و المشتري، هذا و المراد من التخليه هو رفع البائع كل مانع يمنع المشتري من الاستيلاء عليه مع الإذن له فيه، و القبض هو التخليه فى غير المنقول تحكيما للمعنى العرفى بعد عدم ورود أمر من الشارع بتحديدّه.

(٢) بالكيل أو الوزن.

(٣) إذ يحتمل أن يكون الخبر بصدد النهى عن بيعه قبل كيله أو وزنه و إن تحقق قبضه بوضع اليد عليه، إلا إذا كان توليه فيجوز بيعه من دون كيل أو وزن اعتمادا على كيل أو وزن البائع الأول هكذا قيل.

(٤) كما عن الدروس.

(٥) بحيث يكون القبض فى الحيوان نقله، و فى غيره كالثوب وضعه فى اليد ضعيف لعدم مطابقه المعنى العرفى للقبض.

(٦) فى المنقول و غيره كما عن الشرائع.

(٧) قال فى الدروس: (و قيل: التخليه مطلقا، و لا بأس به فى نقل الضمان، لا فى زوال التحريم أو الكراهه عن البيع قبل القبض) و المعنى أن البائع بالتخليه يرفع الضمان عنه لو تلف المبيع و إن لم يقبضه المشتري، و لكن لا- يسمى هذا قبضا حتى يجوز بيع المتاع بعد التخليه، لأنه بيع ما لم يقبض، و سيأتى الخلاف فيه أنه محرم أو مكروه، و تقدم بعضه فى بحث بيع السلف فراجع.

و حيث يكتفى بالتخليه فالمراد بها رفع المانع للمشتري من القبض بالإذن فيه، و رفع يده، و يد غيره عنه إن كان، و لا يشترط مضي زمان يمكن وصول المشتري إليه (٢) إلا أن يكون في غير بلده بحيث يدل العرف على عدم القبض بذلك (٣)، و الظاهر أن اشتغاله (٤) بملك البائع غير مانع منه و إن وجب على البائع التفريغ، و لو كان مشتركا (٥) ففي توقفه على إذن الشريك قولان: أجمدهما العدم، لعدم استلزامه التصرف في مال الشريك. نعم لو كان منقولاً توقف على إذنه لافتقاره قبضه إلى التصرف بالنقل (٦)، فإن امتنع من الإذن (٧) نصب الحاكم من (١) قال في المسالك بعد ما أورد صحيحه معاويه بن وهب أولاً ثم خبر عقبه بن خالد:

(و الثاني حجه على من اكتفى بالتخليه في نقل الضمان، لا في زوال التحريم أو الكراهه قبل القبض كالشهيد في الدروس، حيث نفى عنه البأس، فإن الخبر مصرح بأنه لا- يخرج عن ضمان البائع حتى ينتقل، نعم يمكن رده نظراً إلى سنده، فبقى الكلام في تسميتها قبضاً، و الأجود الرجوع في معناه إلى العرف) انتهى.

(٢) إلى المبيع، لأن ذلك لا مدخل له في معنى القبض عرفاً.

(٣) بنفس التخليه، قال في المسالك: (نعم لو كان بعيداً بحيث يدل العرف على عدم قبضه بالتخليه كما لو كان ببلاد أخرى، اتجه اعتبار مضي الزمان، و الحاصل أن مرجع الأمر إلى العرف حيث لم يضبطه الشرع) انتهى.

(٤) لو كان المبيع مشغولاً و هو في يملك البائع فرفع اليد عنه يحقق التخليه، قال في المسالك: (لو كان المبيع مشغولاً بملك البائع، فإن كان منقولاً كالصندوق المشتمل على أمتعه البائع و اعتبرنا نقله، فنقله المشتري بالأمتعه كفي في نقل الضمان مطلقاً، و يحتمل توقفه على إذن البائع في نقل الأمتعه، و إن كان عقاراً كالدار ففي الاكتفاء بالتخليه قبل نقل المتاع وجهان، أجمدهما ذلك و هو خيره التذكرة) و الوجه الآخر احتمال منه - كما في الجواهر - و هو ضعيف لصدق التخليه الموجه للقبض و إن كان مشغولاً.

(٥) أي كان المبيع مشتركاً بين البائع و غيره، و قد باع البائع حصته، فإن كان المبيع منقولاً و كان القبض متوقفاً على التصرف في حصه الشريك كوضعه في اليد أو نقله فلا بد من إذن الشريك حينئذ، و إلا فلا.

و إن كان المبيع غير منقول فقبضه بالتخليه و رفع يد البائع عنه لا يوجب تصرفاً في حصه الشريك فلا داعي لإذنه.

(٦) حيث ذهب الشارح هنا إلى أن القبض في المنقول هو النقل.

(٧) أي يمتنع الشريك من الإذن حيث يطلب إذنه فيقبضه الحاكم لدفع الضرر عن المشتري -

يقبضه أجمع بعضه أمانه، و بعضه لأجل البيع، و قيل (١): يكفي حينئذ التخليه و إن لم يكتف بها قبله (٢)،(و به) أى بالقبض كيف فرض (ينتقل الضمان إلى المشتري (٣) إذا لم يكن له خيار) مختص به، أو مشترك بينه و بين أجنبي، فلو كان الخيار لهما (٤) فتلفه بعد القبض زمنه (٥) منه (٦) أيضا و إذا كان انتقال الضمان مشروطا بالقبض (فلو تلف قبله فمن البائع) مطلقا (٧)،(مع أن النماء) المنفصل المتجدد بين العقد و التلف (للمشتري (٨) و لا بعد في ذلك، لأن التلف لا يبطل البيع من أصله، بل يفسخه من حينه كما لو انفسخ بخيار.

هذا إذا كان تلفه من الله تعالى، أما لو كان من أجنبي (٩)، أو من البائع (١) غايته و قبض بعضه عن المشتري لأجل البيع، و البعض الآخر بعنوان الأمانه لأنه مال الشريك، و بقبض الحاكم يتحقق القبض و يكون المشتري شريكا مع ذلك الشريك.

(٢) و هو العلامه في المختلف و أنه مع امتناع الشريك يكتفى بالتخليه فقط في تحقق معنى القبض، لأن نقله ممنوع شرعا، لأن النقل متوقف على إذن الشريك و هو غير موجود، و الممنوع شرعا كالممتنع عقلا فينتقل إلى التخليه.

(٣) قبل امتناع الشريك.

(٤) المبيع ما قبل قبضه إذا تلف فهو من مال البائع، و إذا تلف بعد القبض و كان للمشتري خيار فهو من مال البائع أيضا، و قد تقدم الدليل عليهما، و لو تلف المبيع بعد القبض و لم يكن للمشتري خيار أو كان و قد تلف بعد الخيار فهو من مال المشتري لخروجه عن عهده البائع كما هو واضح.

(٥) للبائع و المشتري و قد تحقق القبض فالتلف من مال المشتري بلا خلاف فيه كما في الرياض، لأن الملك قد حصل بمجرد العقد و التلف يكون على المالك حينئذ.

(٦) أى زمن الخيار.

(٧) أى من المشتري.

(٨) سواء كان للمشتري خيار أو لا، و التلف من البائع لأنه قبل القبض.

(٩) لأن الأصل ملكه و النماء تابع لأصله، و مما قاله الشارح تعرف أن التلف مبطل للعقد من حينه لا من أصله.

(١٠) و هو قبل القبض كما هو المفروض، فالمشتري مخير بين الفسخ و المطالبه بالثمن لأن التلف قبل القبض من مال البائع، و بين إمضاء العقد و مطالبه المتلف بالمثل أو قيمه لأن له الحق عليه لأنه جان، و الرجوع إلى المثل أو قيمه لأنهما بدل المعوض، نعم لو رجع على -

تخير المشتري بين الرجوع بالثمن كما لو تلف من الله تعالى، و بين مطالبه المتلف بالمثل، أو قيمه، و لو كان التلف من المشتري (١) فهو بمنزله القبض

في أنه إن تلف بعضه، أو تعيب

(و إن تلف بعضه، أو تعيب) من قبل الله، أو قبل البائع (٢) (تخير المشتري في الإمساك مع الأرش و الفسخ)، و لو كان العيب من قبل أجنبي فالأرش عليه للمشتري إن التزم، و للبائع إن فسخ (٣)، (و لو غضب من يد البائع) قبل إقباضه (٤) (و أسرع عوده) بحيث لم يفت من منافعه ما يعتد به عرفاً، (أو أمكن) البائع (نزعه بسرعته) كذلك (فلا- خيار) للمشتري، لعدم موجهه، (و إلا) يمكن تحصيله بسرعته (تخير المشتري) بين الفسخ، و الرجوع على البائع بالثمن إن كان دفعه، و الالتزام بالمبيع - المتلف لا يجوز له الفسخ، لأنه لو فسخ سيجمع بين العوض و المعوض و هو منهي عنه و قد تقدم دليله في الأبحاث السابقة، و قال في الجواهر: (ظاهرهم الاتفاق عليه)، و مثله لو كان المتلف هو البائع فيرجع عليه بالثمن إن فسخ، و بالمثل أو قيمه إن أمضى العقد.

(١) و المتاع تحت يد البائع كما هو المفروض، فإتلافه بمنزله القبض سواء كان عالماً أو جاهلاً، لأنه ملكه قد أتلفه بنفسه.

(٢) أو الأجنبي كان للمشتري الفسخ بلا خلاف، لثلاث تتبعض عليه الصفقه، و لو لم يفسخ فهل له الأرش أو لا، فإذا كان العيب أو تلف البعض من قبل الله تعالى فتردد كما في المسالك، فقد اختار الشيخ في المبسوط أنه من المشتري، و الأقوى أنه من البائع لأن جميعه مضمون على البائع فأجزؤه أولى بالضمان، و إذا كان العيب أو النقصان من البائع أو الأجنبي فله الحق بالرجوع بالأرش على الجاني كما هو واضح.

(٣) بحيث لو فسخ المشتري فله الثمن، و يرجع المبيع المعيوب أو الذي تلف بعضه إلى البائع، و البائع يرجع إلى الأجنبي بالأرش لأنه جان حينئذ.

(٤) فإن أمكن استعادته من يد الغاصب و جبت الاستعاده على البائع، لأن التسليم واجب عليه و ما لا- يتم الواجب إلا به فهو واجب، فتجب الاستعاده من باب وجوب المقدمه.

ثم إن استعادته في الزمن اليسير أو رجع المبيع لأن الغاصب قد تاب في الزمن اليسير بحيث لم يستلزم ذلك فوات منفعه و لا فوات غرض، فلا يثبت للمشتري خيار الفسخ للأصل بعد الشك في ثبوت الخيار له و لو لم يستطع البائع استعادته بسرعته، سواء لم يستطع أبداً أو لم يستطع حتى تطاولت المده كان للمشتري خيار الفسخ للضرر الحاصل عليه بفوات منافعه في المده الطويله.

نعم لو لم يرجع المبيع و أراد المشتري الامضاء كان له ذلك لأنه يمكن الانتفاع بالعين بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد و نحو ذلك.

و ارتقاب حصوله فينتفع حينئذ بما لا يتوقف على القبض كعتق العبد.

ثم إن تلف في يد الغاصب (١) فهو مما تلف قبل قبضه فيبطل البيع، وإن كان قد رضى بالصبر (٢)، مع احتمال كونه قبضا، و كذا لو رضى بكونه في يد البائع، و أولى بتحقيق القبض هنا (٣)، (و لا- أجره على البائع في تلك المده) التي كانت في يد الغاصب و إن كانت العين مضمونه عليه (٤)، لأن الأجره بمنزله النماء المتجدد و هو غير مضمون، و قيل يضمونها، لأنها بمنزله النقص الداخلة قبل القبض، و كالنماء المتصل.

(١) و قبل القبض كما هو المفروض فهو من مال البائع، و يبطل البيع لأن الانفساخ قهري حينئذ.

(٢) أى لو غصب المتاع و قد رضى المشتري بالبيع و صبر و لم يفسخ ثم تلف تحت يد الغاصب، فهل رضاه بالصبر هو قبض منه بحيث يكون تلفه في يد الغاصب تلقا للمبيع بعد القبض و يكون من حال المشتري، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (و إن كان قد رضى المشتري بالصبر، و احتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف، بل لو تصرف بالمبيع بنظر أو لمس و نحوه و هو في يد الغاصب لم يكن قبضا عرفا، بل الرضا بالبقاء في يد البائع ليس قبضا، فضلا عن يد الغاصب كما صرح به خبر عقبه بن خالد) انتهى، و قد تقدم الخبر فراجع.

(٣) أى إذا كان الصبر على المتاع في يد الغاصب قبضا فالصبر على المتاع في يد البائع قبضا من باب أولى، و وجه الأولويه أن الصبر على يد العدوان قبض فالصبر على يد الاستئمان قبض من باب أولى.

(٤) قد تقدم أن المتاع لو غصب من يد البائع و قبل قبض المشتري فهو مضمون على البائع، بحيث لو تلف كان من ماله، و لكن لو فاتت منافع من العين المسروقه فهل يثبت على البائع أجره المنافع الفائته أو لا، قيل: لا أجره على البائع، لأن المضمون عليه هو العين و توابعها من النماء المتصل، و المنفعة الفائته ليست من هذا القبيل، بل هي نماء المبيع المتجدد، فتكون على الغاصب فقط.

و قيل: عليه الأجره، لأن المنافع الفائته بمنزله النقص الداخلة على المبيع قبل القبض كما لو باع حيوانا سميئا فهزل قبل القبض، و لأنها بمنزله النماء المتصل المضمون، غايته يرجع المشتري هنا على البائع، و البائع على الغاصب.

و فيه: منع ضمان كل نقص على المبيع بعد العقد و قبل القبض، مع أن جعله من النماء المتصل واضح الفساد.

و الأقوى اختصاص الغاصب بها (إلا أن يكون المنع منه) (١) فيكون غاصبا إذا كان المنع بغير حق (٢)، فلو حبسه ليتقابضا، أو ليقبض الثمن حيث شرط تقدم قبضه فلا أجره عليه (٣)، للإذن في إمساكه شرعا (٤)، و حيث يكون المنع سائغا (٥) فالنفقة على المشتري، لأنه ملكه، فإن امتنع من الإنفاق رفع البائع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، فإن تعذر أنفق بنيه الرجوع و رجع كظائرته.

(و ليكن المبيع) عند إقباضه (مفزا) (٦) من أمتعته البائع و غيرهما مما لم يدخل في المبيع، و لو كان مشغولا بزرع لم يبلغ و جب الصبر (٧) إلى أوانه إن اختاره (٨) البائع، و لو كان فيه ما لا يخرج إلا بهدم و جب أرشه على البائع، و التفريغ و إن (١) أى من البائع بحيث غصب المتاع و أراد الغاصب ارجاعه فمنعه البائع، فيعدّ البائع حينئذ هو السبب في فوات المنافع فيضمنها، أو أنه لم يسرق المتاع و قد امتنع البائع من التسليم فكذلك.

(٢) أما لو كان المنع من البائع بحق كما لو حبس المتاع ليتقابضا، لأن المشتري امتنع من إقباض ما فى يده مقارنا لإقباض البائع ما فى يده، فقد تقدم أن التلف من مال الممتنع، و عن جامع المقاصد احتمال الضمان مع جواز المنع، لأن جواز الحبس غير سقوط حق المنفعة، و لا- يلزم من ثبوت الأول ثبوت الثانى، و هو ضعيف نظرا إلى أن جواز الحبس معناه الإذن شرعا، و هو لا يتعقبه الضمان فيلزم من ثبوت الأول الثانى.

(٣) على البائع فى قبال المنافع الفاتته.

(٤) فلا يتعقبه الضمان.

(٥) أى بحق، فالنفقة على المتاع كعلف الدابه و صيانته المتاع إنما تكون من مال المشتري، لأن المتاع ملكه فالغرم عليه كما له الغنم، و لا تكون على البائع لأن يده يد استئمان شرعا.

(٦) قال فى المسالك: (و لا- ريب فى وجوب الإخراج و التفريغ لتوقف التسليم عليه)، و عليه فإن كان فى المبيع أمتعته و جب نقلها، أو زرع حان حصاده و جب حصاده و تسويه الحفر، و لو كان فى المبيع شىء لا- يخرج إلا بتغيير شىء من أبنية المبيع و جب إخراجها و إصلاح ما يستهدم، كل ذلك من باب وجوب المقدمه.

(٧) أى و جب الصبر على المشتري إلى حين البلوغ جمعا بين الحقين، لأن إخراج الزرع قبل بلونه ضرر على البائع، و عدم تسليم العين ضرر على المشتري، فيسلّم العين و يؤمر بترك الزرع إلى أوانه.

(٨) أى اختار البقاء.

كان واجبا (١) إلا أن القبض لا يتوقف عليه، فلو رضى المشتري بتسلمه مشغولا تم القبض و يجب التفريغ بعده.

فى أنه يكره بيع المكيل و الموزون قبل قبضه

(و يكره بيع المكيل و الموزون قبل قبضه) (٢) للنهى عنه المحمول على الكراهه (١) أى إن تفريغ المبيع من مال البائع واجب على البائع من باب وجوب المقدمه غير أن المشتري لو رضى بتسليمه مشغولا تم القبض، لأن المعنى العرفى للقبض لا يوجب التفريغ المذكور، نعم لو تحقق القبض كان على البائع فيما بعد التفريغ ليتمكن المشتري من الانتفاع فى ملكه.

(٢) ذهب العماني إلى عدم جواز بيع المكيل أو الموزون قبل قبضه، و تبعه عليه الشيخ و العلامه فى التذكره و الارشاد و الشارح فى المسالك و الروضه و المحدث البحراني للأخبار.

منها: صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه، فإذا لم يكن فيه كيل و لا وزن فبعه) كما هو المروى فى الفقيه (١) و التهذيب ٢، و خبر على بن جعفر المروى فى قرب الاسناد عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل اشترى بيعا كيلا أو وزنا هل يصلح بيعه مرابحه؟ قال:

لا بأس، فإن سُمى كيلا أو وزنا فلا يصلح بيعه حتى تكيله أو تزنه) ٣، و صحيح معاويه بن وهب (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البع قبل أن يقبضه؟ فقال:

ما لم يكن كيل أو وزن فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه إلا أن توليه الذى قام عليه) (٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و العلامه فى التذكره و الارشاد، بل و الصدوق و القاضى أنه كذلك إذا كان المبيع طعاما لجملة من الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكال، قال: لا يصلح له ذلك) ٥، و خبر على بن جعفر (سأل أخاه موسى عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه؟ فقال: إذا ربح لم يصلح حتى يقبض، و إذا كان يوليه فلا بأس، و سألته عن الرجل يشتري الطعام أ يحلّ له أن يولّى منه قبل أن يقبضه؟ قال: إذا لم يربح عليه شيئا فلا بأس، فإن ربح فلا يبيع حتى يقبضه) ٦.

و ذهب المشهور إلى الكراهه جمعا بين ما تقدم و بين أخبار داله على الجواز.

منها: خبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه-

ص: ٦٥٧

٢- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١١ و ٥ و ٩.

جمعا،(و قيل: يحرم إن كان طعاما) و هو الأقوى، بل يحرم بيع مطلق المكيل و الموزون، لصحة الأخبار الداله على النهى، و عدم مقاومه المعارض لها على وجه يوجب حمله (١) على خلاف ظاهره (٢)، و قد تقدم (٣).

فى ما لو ادعى المشتري نقصان المبيع

(و لو ادعى المشتري نقصان المبيع) (٤) بعد قبضه (حلف إن لم يكن حضر) -قبل أن يقبضه، قال: لا بأس(١) و خبر ابن حجاج الكرخى (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: اشترى الطعام إلى أجل مسمى فيطلبه التجار متى بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، قال: لا بأس أن تباع إلى أجل اشترت، و ليس لك أن تدفع قبل أن تقبض)٢، و يشهد للكراهه خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيه، قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيه أو يزنه، إلا أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع)٢).

و الشارح لم يعمل بأخبار الجواز لضعفها، أما الأول فبعلى بن حديد و هو ضعيف، و الثانى بالكرخى و هو مجهول و لذا قال فى المسالك: (لأن أخبار المنع صحيحه متظافره، و خبر التسويغ فى طريق أولهما على بن حديد و هو ضعيف، و الآخر مجهول، فالقول بالمنع أوضح و هو خيره العلامه فى التذكرة و الإرشاد و الشيخ فى المبسوط، بل ادعى عليه الاجماع و جماعه من الأصحاب) انتهى.

(١) حمل النهى.

(٢) فظاهره الحرمة، و خلافه الكراهه.

(٣) فى آداب البيع و فى بيع السلف.

(٤) إذا قبض المشتري المبيع و كان مما يكال أو يوزن، لكن لم يحضر كييه و لا-وزنه، ثم ادعى نقصان المبيع فالقول قوله مع يمينه، لأنه منكر لأصالة عدم وصول حقه إليه، بلا- فرق بين كون النقصان قليلا أو كثيرا. نعم لو حضر كييه أو وزنه و قبضه ثم ادعى النقصان فالقول قول البائع مع يمينه لأن قول البائع موافق للظاهر و هو أن صاحب الحق إذا حضر استيفاد حقه يحتاط لنفسه.

و قول المشتري هنا و إن كان موافقا للأصل من عدم وصول حقه إليه، لكنه مخالف لهذا الظاهر و العرف لا يأخذون بالأصل مع هكذا ظاهر.

بل المشتري فى الصورة الثانیه قوله مخالفا للظاهر و الأصل معا، أما الظاهر فقد تقدم، و أما الأصل فهو وصول حقه إليه، لأنه قبضه بعد ما حضر وزنه أو كييه و لم يعترض-

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٩ و ١٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١٦.

(الاعتبار)، لأصاله عدم وصول حقه إليه، (وإلا- يكن) كذلك بأن حضر الاعتبار (أحلف البائع) عملاً بالظاهر من أن صاحب الحق إذا حضر اعتباره يحتاط لنفسه و يعتبر مقدار حقه، و يمكن موافقه الأصل للظاهر باعتبار آخر، و هو أن المشتري لما قبض حقه كان فى قوه المعترف بوصول حقه إليه كمالاً، فإذا ادعى بعد ذلك نقصانه كان مدعياً لما يخالف الأصل، و لا يلزم مثله فى الصوره الأولى، لأنه إذا لم يحضر لا يكون معترفاً بوصول حقه، لعدم اطلاعه عليه، حتى لو فرض اعترافه فهو مبنى على الظاهر بخلاف الحاضر، (و لو حوّل المشتري الدعوى) حيث لا- يقبل قوله فى النقص (١) (إلى عدم إقباض الجميع) من غير تعرض لحضور الاعتبار و عدمه، أو معه (حلف)، لأصاله عدم وصول حقه إليه (ما لم يكن سبق بالدعوى الأولى) فلا- تسمع الثانية لتناقض كلاميه، و هذا من الحيل التى يترتب عليها الحكم الشرعى، كدعوى براءة الذمه من حق المدعى لو كان قد دفعه إليه بغير بينه فإنه لو أقر بالواقع (٢) لزمه.

فيكون قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه.

لا- يقال: لو كان القبض اعترافاً ضمناً بوصول حقه إليه لكان جارياً فى الصورتين، لأنه يقال: هناك فرق، نفي الصوره الثانيه لما حضر الاعتبار و قبض و لم يعارض و لم يطالب ببقية حقه كان قبضه اعترافاً ضمناً بوصول حقه كما هو واضح بخلاف الصوره الأولى فإن عدم المطالبه عند القبض لا يكون اعترافاً بوصول حقه، لأنه جاهل بقيمه ما قبض.

ثم لو سلم أن قبض المبتاع مع عدم المطالبه هو اعتراف، ففى الصوره الأولى هو اعتراف اعتماداً على الغير لا على حضوره، و هذا معناه أنه اعترف بوصول حقه إليه إن صدق الغير بما قدّم، و لكنه تبين أن الغير لم يكن صادقاً فيجوز له دعوى النقصان و يكون قوله موافقاً فى الصوره الأولى للأصل من عدم وصول حقه إليه.

(١) أى فى الصوره الثانيه عند ما حضر الاعتبار، فلو ادعى عدم قبض جميع حقه و لم يدعى نقصان المبيع و قد حضر كيله أو وزنه، و على كل فلو برز دعواه بهذه الكيفيه فهو منكر لموافقته قوله للأصل من عدم وصول حقه إليه، و لا يكون مخالفاً للظاهر، إذ حضوره أعم من قبض جميع حقه، بخلاف ما لو ادعى نقصان المبيع فهو يدعى أن المبيع عند ما كيل كان انقص مما فى ذمه البائع مع أن حضوره يستلزم عدم النقصان، لأن الإنسان يحتاط لنفسه.

(٢) أى لو اعترف بوجود حق للمدعى ثم ادعى أنه قد دفعه إليه فهو مدع مطالب بالبينه، و مع عدمها فالقول قول خصمه مع يمينه و لازمه إلزامه بالواقع حينئذ.

(الثالث فيما يدخل في المبيع) عند إطلاق لفظه

في أنه يراعى فيه اللغة و العرف

(و) الضابط أنه (يراعى فيه اللغة و العرف) (١) العام، أو الخاص، و كذا يراعى الشرع بطريق أولى، بل هو مقدم عليهما، و لعله أدرجه في العرف لأنه عرف خاص، ثم إن اتفقت (٢)، و إلا قَدّم الشرعى (٣)، ثم العرفى، ثم اللغوى (٤) (ففى بيع البستان) بلفظه (٥) (تدخل (٦) الأرض و الشجر) قطعاً (و البناء) (٧) كالجدار و ما أشبهه من الركائز المثبتة فى داخله لحفظ التراب عن الانتقال. أما البناء المعد للسكنى و نحوه ففى دخوله و جهان (٨):

(١) المعروف بينهم - كما فى الجواهر - أن الضابطه فى ذلك الاقتصار على ما يتناوله اللفظ لغه أو عرفاً، هذا و العرف مقدم على اللغة لأن المتبايعين من أصل العرف و المحاوره بينهم محكومهم بالعرف السائد، فكذا ألفاظ المبيع، ثم إن العرف عام أو خاص، و لا- يراد العرف الخاص إلا- مع القرينه، هذا هو الأصل فى حمل الألفاظ على المعانى عند إطلاقها إلا إذا كان للفظ حقيقه شرعيه فتقدم على العرف العام المقدم على اللغوى، غير أن ثبوت الحقيقه الشرعيه فى ألفاظ المبيع شبه معدوم.

(٢) أى اللغة مع العرف العام و العرف الخاص و هذا نادر.

(٣) مع قصد المتبايعين و إلا فمع عدم القصد يقدم العرف العام لأنه هو الأصل عند التبادر.

(٤) لأنه إذا عدم المعنى العرفى عاماً أو خاصاً فلا بد من حمل اللفظ على معنى، فلو لم يكن له إلا المعنى اللغوى فلا بدّ من حمله عليه.

(٥) حيث ورد لفظ البستان فى عقد البيع، هذا و النزاع هنا صغرى، و قد بحث فيه الفقهاء بما هم من أهل العرف و اللغة، و خصوا البحث بالألفاظ التى يكثر دورانها فى عقود البيع.

(٦) فيدخل فى البيع الشجر و النخل و الأرض بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن معنى البستان عرفاً و لغه هو الأرض المشجره، قال فى المصباح: (البستان هو الجنه).

(٧) فلا ريب فى دخول السور فى معنى البستان كما نص عليه جامع المقاصد و غيره، لأنه معناه عرفاً، و كذا ما أشبهه من الركائز المبنيه فى داخله لحفظ التراب.

(٨) من أنه من توابعه، و من إطلاق البستان عليه ظاهراً إذا قيل باع فلان بستانه و فيه بناء، و وجه العدم عدم دخوله فى مسماه لغه

و عرفا و لذا يسمى بستانا و إن لم يكن فيه بناء بخلاف ما لو لم يكن فيه شجر، و قال فى المسالك: (و الأقوى فى ذلك الرجوع إلى العرف فإن عدّ أنه جزء منه أو تابع له دخل و إلفلا، و يختلف ذلك باختلاف البقاع و الأزمان و أوضاع البناء) و هو متين.

ص: ٦٦٠

أجودهما اتباع العاده. (و يدخل فيه الطريق، و الشرب) (١) للعرف، و لو باعه بلفظ الكرم (٢) تناول شجر العنب، لأنه مدلوله لغه، و أما الأرض و العريش و البناء و الطريق و الشرب فيرجع فيها إلى العرف، و كذا ما اشتمل عليه من الأشجار و غيره، و ما شك في تناول اللفظ له لا يدخل.

في ما يدخل في بيع الدار

و يدخل (في الدار (٣) الأرض و البناء أعلاه و أسفله، إلا أن ينفرد الأعلى عاده) فلا يدخل إلا بالشرط، أو القرينه، (و الأبواب) (٤) المثبتة و في المنفصله كألواح الدكاكين و جهان: أجودهما الدخول، للعرف. و انفصالها للارتفاق (٥) فتكون كالجذء و إن انفصلت. و اطلاق العبارة يتناولها. و في الدروس قيدها بالمثبتة فيخرج (و الأغلاق المنصوبه) (٦)، دون المنفصله كالأقفال (٧) (و الأخشاب المثبتة) (٨) (١) بالكسر مورد الماء كالمشرب، قال في المسالك: (و كذا يدخل الطريق و الشرب بدلاله العرف و إن لم يدخل في مفهومه).

(٢) أي باع البستان المزروع بشجر العنب بلفظ الكرم، دخل شجر العنب قطعاً لدلاله لفظ الكرم عليه بالتطابق، و قال في المسالك: (و أما الأرض و العريش و الطريق و الشرب و البناء فيرجع فيها إلى العرف، فإن أفاد دخولها في مسماه دخل، و إلا فلا، و لو أفاد دخول بعضها خاصه اختص به، و كذا القول في باقى الأشجار النابتة معه، و مع الشك في تناول العرف لها لا يدخل) انتهى.

(٣) لو باع بلفظ الدار دخل فيها الأرض و الأبنية الأعلى و الأسفل، بلا خلاف و لا إشكال - كما في الجواهر - إلا أن يكون الأعلى مستقلاً بما تشهد العاده بخروجه مثل أن يكون الأعلى مساكن منفرده و لها طريق خاص و مرافق مستقلة كما في عصورنا الحاضر.

(٤) أما المثبتة فتدخل بلا خلاف و لا إشكال قضاء للعرف، و أما المنفصله كألواح الدكاكين فتدخل قضاء للعرف، و يحتمل عدم دخولها لأن اسم الدار لا ينطبق عليها و هو ضعيف.

(٥) قال في المسالك: (ألواح الدكاكين المجمعوله أبواباً منقوله للارتفاق لسعه الباب) انتهى.

(٦) بلا خلاف و لا إشكال قضاء لحق العرف، و لأنهما جزء الباب الداخلى في بيع الدار.

(٧) فلا تدخل قضاء للعرف.

(٨) هي الأخشاب المستدخله في البناء، فإن لم تستدخل بل سميرت فهي رفوف، و الأخشاب المثبتة تدخل لأنها من أجزاء الدار، و أما التي سميرت فتدخل لأنها من توابع الدار بحسب العرف، و في التذكرة نفى دخول السلالم المستقره و الرفوف و الأوتاد لخروجها عن اسم الدار.

كالمتخذة لوضع الأمتعه و غيرها، دون المنفصله و إن انتفع بها فى الدار، لأنها كالألات الموضوعه بها،(و السلم المثبت) فى البناء لأنه حينئذ بمنزله الدرجه (١)، بخلاف غير المثبت، لأنه كالأله، و كذا الرف. و فى حكمها الخوابى المثبتة فى الأرض و الحيطان (٢)،(و المفتاح) (٣) و إن كان منقولاً لأنه بمنزله الجزء من الأغلاق المحكوم بدخولها.

و المراد غير مفتاح القفل، لأنه تابع لغلقه و لو شهدت القرينه بعدم دخوله لم يدخل، و كذا يدخل الحوض و البئر و الحمام المعروف بها (٤) و الأوتاد (٥)، دون الرحى و إن كانت مثبته (٦)، لأنها لا تعد منها، و إثباتها لسهولة الارتفاق بها.

(و لا يدخل الشجر) الكائن بها (إلا مع الشرط (٧)، أو يقول: بما أغلق عليه) (١) فإن كان ثابتاً فهو من توابع و إلا كان كبقية الأمتعه.

(٢) فإن كانت مثبته فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً و إلا فلا، و العلامه فى أكثر كتبه نفى دخول الخوابى مطلقاً.

(٣) و يريد به مفتاح الاغلاق المنصوبه لا مفتاح الأقفال المنفصله و غير الثابته، و قال فى المسالك: (وجه التردد من خروجها عن اسم الدار و كونها منقوله فتكون كالألات المنتفع بها فيها، و من أنها من توابع الدار، و كالجزم من الأغلاق المحكوم بدخولها، و الأقوى الدخول إلا أن يشهد العرف بغيره كمفاتيح الأقفال) انتهى.

(٤) أى بالدار، و الدخول لأنها من توابع الدار عرفاً.

(٥) فتدخل لأنها من توابع الدار عرفاً، و قد عرفت خلاف العلامه فيها سابقاً.

(٦) قال فى المسالك: (التي ثبت حجرها الأسفل، و إنما لم تدخل لأنها لا تعدّ من الدار لغيره و لا عرفاً، و إنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كى لا تترزع و تتحرك عند الاستعمال، و للشيوخ قول بدخول الرحى المثبته لصيرورتها من أجزاء الدار و توابعها بالثبته، و الأعلى تابع للأسفل) انتهى.

(٧) لو كان فى الدار نخل أو شجر لا يدخل فى بيع الدار بلفظ الدار، و فى التذكرة (و لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندنا)، و الأقوى الرجوع إلى العرف.

نعم لو قال: بعث الدار بحقوقها، فعنى الشيخ فى المبسوط أن الأشجار تدخل لأنها من حقوق الدار، و ردّ بأنها ليست من حقوق الدار، و لذا قال فى الجواهر: (بل لو فرض ذلك فى بعض الأشجار و الزرع المقصود منها نزهه الدار و حسنهما، كان خارجاً عن محل النزاع، و يكون من قبيل الدخول بالقرائن، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق) -

(بابها، أو ما دار عليه حائطها)، أو شهادة القرائن بدخوله كالمساومه عليه (١)، و بذل ثمن لا يصلح إلا لهما (٢)، و نحو ذلك،

في ما يدخل في النخل

(و) يدخل (في النخل الطلع إذا لم يؤبر (٣) بتشقيق طلع الإناث، و ذر طلع الذكور فيه ليحيى ثمرته أصلح، (و لو أبر فالثمره للبائع)، و لو أبر البعض فلكل حكمه على الأقوى (٤)، و الحكم مختص -انتهى، هذا و في عرفنا الحالي دخول الأشجار في بيع الدار.

ثم لو قال: بعثك هذه الدار على ما دار عليه حائطها أو على ما اغلق عليه بابها، فإنها تدخل قطاعا، و يشهد له مكاتبه الصقار إلى أبي محمد عليه السلام (في رجل اشترى من رجل أرضا بحدودها الأربعة و فيها زرع و نخل و غيرهما من الشجر، و لم يذكر النخل و لا الزرع و لا الشجر في كتابه، و ذكر فيه أنه قد اشتراها بجميع حقوقها الداخلة فيها و الخارجة منها، أ يدخل النخل و الأشجار في حقوق الأرض أم لا، فوق عليه السلام: إذا ابتاع الأرض بحدودها و ما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها إن شاء الله) (١).

(١) على الشجر.

(٢) أي لا يدخل الشجر في بيع الدار إلا مع الشرط أو القرائن، و من جملة القرائن مساومه المشتري على الشجر كمساومته على الدار، و من جملتها أن يبذل المشتري ثمنا يصلح للدار و الشجر بحيث لو لم يقصد الشجر فلا يدفع هذا الثمن بحسب العرف.

(٣) التأبير هو تشقيق طلع الإناث و ذر طلع الذكور فيه، ليحيى رطبها أجود مما لم يؤبر، و العادة قائمه على الاكتفاء بتأبير البعض، و الباقي يتشقق بنفسه و تهب ريح الذكور إليه، و قد لا يؤبر شيء و يتشقق الكل و يتأبر بالرياح، خصوصا إذا كانت الذكور في ناصية الصبا و قد هب الصبا وقت التأبير.

هذا و النخل إذا لم يؤبر و قد باعه فيدخل في المبيع طلعه، مع أن الأصل عدم دخول الثمره في بيع الشجره، و دخول الطلع هنا للأخبار.

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من باع نخلا قد أبره فثمره للبائع إلا أن يشترط المبتاع، ثم قال: قضى به رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢) و مثله غيره، و الاستدلال بالمفهوم.

(٤) بحيث أبر البعض و الباقي غير مؤبر و لو بسبب الرياح، و عن العلامة في التذكرة أنه يصدق أنه باع نخلا مؤبره فثمره للبائع، و فيه: أنه باع نخلا مؤبرا أو غير مؤبر فلا بد أن يكون لكل حكمه.

ص: ٦٦٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

بالبیع فلو انتقل النخل بغيره (١) لم يدخل الطلع مطلقاً (٢) متى ظهر كالثمره.

(و) حیث لا یدخل فی البیع (یجب تبقیتهأ إلى أو ان أخذها) (٣) عرفاً بحسب تلك الشجره، فإن اضطرب العرف (٤) فالأغلب، و مع التساوی (٥) ففي الحمل على الأقل، أو الأكثر، أو اعتبار التعین، و بدونہ یبطل أوجه.

(و طلع الفحل) للبائع متى ظهر (٦)، (و كذا باقى الثمار مع الظهور) (٧) و هو (١) بغير البیع سواء كان بمعاوضه لازمه أو لا فیرجع إلى القواعد من أن الثمره لا تدخل فی الشجره إلا لغه و لا عرفاً، و علیه فالثمره للبائع سواء أبرت أو لا، بلا خلاف فيه بیننا، خلافاً للشافعی حیث سرى الحكم إلى جمیع المعاوزات.

(٢) سواء أبر أم لا.

(٣) قال فی المسالك عند قول المحقق: و یجب على المشتري تبعيته نظراً إلى العرف، فقال:

(ظاهر العبارة أن النظر إلى العرف دلیل وجوب التبقيه على المشتري و ليس ببعید، فإن الثمره المقطوعه قبل أو انها لا قيمه لها فی الأغلب، خصوصاً ثمره النخل، فالعاده تقتضى إبقاءها للبائع إذا باع الشجر، و یمكن أن یرید به وجوب تبقیته بما دل العرف علیه بحسب تلك الشجره فی ذلك المحل، فما كانت عادته أن یؤخذ بسراً یبقى إلى أن یتناهی حلاوته، و ما یؤخذ رطباً إذا تناهى ترطیبه، و ما یؤخذ تمراً إذا انتهى نشافه) انتهى.

(٤) بحیث قال بعضهم تبقى لمدته، و قال البعض الآخر: تبقى لمدته أخرى، فيحمل على الأغلب بحیث كان الانقسام بین أهل العرف و ذهب أكثرهم إلى قول و الباقي إلى قول ثان فالحمل على قول الأكثر.

(٥) و لا- توجد أكثریه فهنا أوجه، حملة على الأقل اقتصاراً فيما خالف الأصل على القدر المتيقن، و الأصل هو تسلط المشتري على ملكه و منع غيره من الانتفاع به، و حملة على الأكثر لثبوت أصل الحق للبائع و بعد انقضاء المده القليله یتصحح حق البائع إلى أن یثبت المزبل، و الاحتمال الثالث هو وجوب تعیین مدته الإبقاء بحیث لو لم تذكر مدته الإبقاء للزم الجهاله فی أحد العوضین فیبطل العقد.

(٦) قد تقدم أن ثمره النخل قبل التأبير للمشتري و بعده للبائع، و هذا لا یشمل طلع الذكور من الفحل فهی للبائع مطلقاً، قال فی المسالك: (لما تقدم من أن الحكم معلق على التأبير، و لا یتحقق فی الذكور، لأنه على ما عرفت ذرّ طلع الفحل فی كمام الأنثی بعد شقه، و العكس و إن كان ممكناً، إلا أنه الغالب خلافه، و الإطلاق محمول على الغالب، بل منزلّ علیه، فعلى هذا متى ظهرت أكمه الفحول فهی للبائع) انتهى.

(٧) لما تقدم أن الثمره لا تدخل فی الشجره، فتبقى على ملك البائع.

انعقادها، سواء كانت بارزه (١) أم مستتره في كمام (٢)، أو ورد (٣) و كذا القول فيما يكون المقصود منه الورد (٤)، أو الورق (٥)، و لو كان وجوده على التعاقب (٦) فالظاهر منه حال البيع للبائع، و المتجدد للمشتري، و مع الامتزاج يرجع إلى الصلح.

(و يجوز لكل منهما) أى من البائع الذى بقيت له الثمره و المشتري (٧) (السقى) (٨) مراعاة لملكه (إلا أن يستضرا) معا فيمنعان (٩)، و لو تقابلا فى الضرر و النفع (١٠) رجحنا مصلحة المشتري، لأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه (١) كالتين.

(٢) كالجوز.

(٣) أى أن الثمره ظهرت و لكن مستتره فى ورد، و هو المسمى بالزهر كالتفاح و الليمون.

(٤) كالأزهار.

(٥) كشجر الحناء و التوت فإنه طعام لدود القز.

(٦) أى لو كانت الثمره ظاهره فى بعض الأشجار، و باع الجميع، ظهرت الثمره فى باقى الأشجار، فما كان من الثمره قبل العقد فهو للبائع، و ما كان بعد العقد فهو للمشتري لأنه نماء متجدد، و مع الامتزاج فلا بد من الصلح.

(٧) الذى له الشجره.

(٨) أى سقى الشجره، أما جواز السقى للبائع فلأن الثمره لا تصلح إلا بسقى الشجره فيجوز له لحقه فى صلاح الثمره، و أما جواز السقى للمشتري فلأن الشجره ملكه فيجوز له سقيها لصلاحها و نموها و هذا واضح، ثم إذا منع أحدهما الآخر من السقى أجبر المانع على القبول لعدم تسلطه على منع تصرف الآخر لصلاح ماله.

(٩) أى إذا كان مطلق السقى يضر الأصل و الثمره فيمنع كل منهما من السقى، و إن كان لأحدهما التسلط على ماله و يجوز له أن يضر ماله بالسقى غير أنه لا يجوز له إدخال الضرر على الآخر.

(١٠) بأن كان أحدهما يتضرر من السقى و الآخر يتضرر من عدم السقى فتقدم مصلحة المشتري، لأن البائع هو الذى أدخل الضرر على نفسه ببيع الأصل و تسليط المشتري عليه، و احتمال فى الدروس تقديم البائع لأن حقه أسبق، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى جواز فسخ العقد بينهما مع التشاح، و لكن الأول هو الأشهر و لكن يشكل عليه فيما لو كان نقص الأصل يحيط بقيمه الثمره و زياده فإنه حينئذ ينبغى تقديم مصلحته مع ضمانه لقيمه الثمره جمعا بين الحقين.

بيع الأصل، و تسليط المشتري عليه الذى يلزمه جواز سقيه، و توقف فى الدروس حيث جعل ذلك احتمالا و نسبة إلى الفاضل، و احتمال تقديم صاحب الثمره، لسبق حقه، و يشكل تقديم المشتري حيث يوجب نقصا فى الأصل يحيط بقيمه الثمره و زياده فينبغى تقديم مصلحه البائع (١) مع ضمانه لقيمه الثمره جمعا بين الحقين.

فى ما يدخل فى بيع القرية

(و) يدخل (فى القرية البناء) (٢) المشتمل على الدور و غيرها (و المرافق) كالطرق و الساحات، لا الأشجار و المزارع (٣) إلا مع الشرط، أو العرف كما هو الغالب الآن، أو القرينه، و فى حكمها الضيعه فى عرف الشام (٤)، (و) يدخل (فى العبد) و الأمه (ثيابه الساتره للوره) (٥)، دون غيرها، اقتصارا على المتيقن دخوله، لعدم دخولها فى مفهوم العبد لغه. و الأقوى دخول ما دل العرف عليه من ثوب، و ثوبين، و زياده و ما يتناوله بخصوصه من غير الثياب كالحزام و القلنسوه و الخف و غيرها، و لو اختلف العرف بالحر و البرد دخل ما عليه حال البيع، دون غيره و ما شك فى دخوله لا يدخل للأصل، و مثله الدابه فيدخل فيها النعل (٦)، دون آلاتها، إلا مع الشرط و العرف.

(١) و هو اشتباه بل المشتري، و قد حاول المحشون تصحيح عباراته بما لا ينفع فراجع.

(٢) قضاء لحق العرف فتدخل الدور و الساحات و الطرق.

(٣) المزارع هى بقاع تزرع و فيها بيوت يسكنها الفلاحون وقت الزراعه فهى و الأشجار خارجه لو بيعت القرية المجاوره لهما، إلا أن يشترط دخولهما أو تكون هناك قرينه.

(٤) أى و فى حكم القرية الضيعه فى عرف الشام، حيث يعبرون عن القرية بالضيعه، قال فى الدروس: (ثانيها: القرية و الدسكروه و الضيعه فى عرف أهل الشام يتناول دورها و طرقها و ساحاتها لا أشجارها و مزارعها إلا مع الشرط، أو القرينه أو يتعارف ذلك كما هو الغالب الآن) انتهى.

(٥) قضاء للعرف، بل و للقدر المتيقن من المبيع إذ لا يمكن تقديمهما عريانيين للمشتري، بل القول بدخول ما دل عليه العرف من ثيابهما هو الأقوى، بل يدخل الحزام و القلنسوه و الخف و غيرها للعرف أيضا.

(٦) لأنه من أجزاء عرفها، و لا يدخل المقود و الرحل إلا مع الشرط، و قال فى الجواهر:

(و لعل العرف الآن على خلافه خصوصا فى المقود).

(الرابع. فى اختلافهما):

فى اختلافهما فى قدر الثمن

(فى قدر الثمن (١) يحلف البائع مع قيام العين، و المشتري مع تلفها) على المشهور، بل قيل: إنه إجماع. و هو بعيد، و مستنده روايه مرسله، و قيل: يقدم قول المشتري مطلقا (٢) لأنه ينفى الزائد، و الأصل عدمه، و براهه ذمته. و فيه (٣) قوه إن لم يثبت الإجماع على خلافه، مع أنه (٤) خير التذكرة، و قيل: يتحالفان و يبطل البيع، لأن كلا منهما مدع و منكر، لتشخص العقد بكل واحد من الثمين. و هو خير المصنف فى قواعده، و شيخه فخر الدين فى شرحه، و فى الدروس نسب القولين إلى الندور، و على المشهور لو كانت العين قائمه لكنها قد انتقلت عن المشتري انتقالا - لازما كالبيع و العتق فى تنزيه (٥) منزله التلف (١) بحيث يدعى المشتري ثمننا أقل مما يدعيه البائع، فالمشهور أن القول قول البائع مع يمينه إن كان المبيع قائما، و هو قول المشتري إن كان تالفا، و ادعى عليه الاجماع فى الغنيه و الخلاف و كشف الرموز، لمرسل البنظى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يبيع الشئ فيقول المشتري: هو بكذا و كذا بأقل مما قال البائع، فقال عليه السلام: القول قول البائع مع يمينه إذا كان الشئ قائما بعينه) (١)، و مفهومه إن لم يكن قائما فالقول قول المشتري.

و هذا القول مخالف للقواعد لأن القول قول المشتري مطلقا سواء كان المبيع قائما أو تالفا لاتفاقهما على وقوع المبيع و البائع يدعى الزائد و المشتري ينكره و لا بد بحسب القواعد من تقديم قول المنكر مع يمينه، و هذا القول لم يذكره أحد من أصحابنا و قد ذكره العلامة فى القواعد احتمالا و نقله فى التذكرة عن بعض العامه و قواه كما فى المسالك.

و قد احتمل العلامة فى الكثير من كتبه أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و منكر، لأن العقد الذى تضمن الأقل يدعيه المشتري و ينكره البائع، و العقد الذى تضمن الأكثر يدعيه البائع و ينكره المشتري فيتحالفان و يبطل البيع، و قد اختاره فخر المحققين فى الايضاح و اختاره الشهيد فى قواعده.

(٢) أنهما متفقان على عقد واحد مع ثبوت الأقل على كل حال و إنما الخلاف فى الزائد و أحدهما يدعيه و الآخر ينكره فلا بد من تقديم المنكر و لا وجه للتحالف.

(٣) سواء كان المبيع قائما أو تالفا.

(٤) أى لو كان الاجماع قائما لما خالف العلامة فى التذكرة.

(٥) تنزيل الانتقال.

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام العقود حديث ١.

قولان (١): أجودهما العدم، لصدق القيام عليها (٢) و هو البقاء، و منع مساواته للتلف فى العله الموجه للحكم، و لو تلف بعضه (٣) ففى تنزيله منزله تلف الجميع أو بقاء الجميع، أو إلحاق كل جزء بأصله أوجه، أو جهها الأول لصدق عدم قيامها الذى هو مناسط تقديم قول البائع، و لو امتزج بغيره (٤) فإن بقى التمييز و إن (١)وجه تنزيل النقل منزله التلف أن المبيع فىهما يخرج عن ملك المشتري، و لا يمكن له الانتفاع فيه، فإذا كان هذا المعنى هو الذى أوجب تقديم قول المشتري فى التلف لوجب تقديم قوله أيضا فيما هو المساوى له من التلف الحكى و هو النقل اللازم، و وجه عدم التنزيل أننا نمنع كون تقديم قول المشتري إنما كان لخروج المتاع عن حد الانتفاع بالنسبه إليه، بل من الجائز كون التلف الحقيقى عله لقبول قول المشتري نظرا إلى امتناع الرجوع بالمبيع عقلا، و هذا غير متحقق بالنقل اللازم، إذ يمكن فسخه أو الإقاله منه، مع صدق كون المبيع قائما مع النقل اللازم فلا بد من التمسك بإطلاق الخبر و يكون القول قول البائع.

و فى المسالك: جعل الوجه الأول قولاً، و الوجه الثانى إشكالا عليه، و من هنا قال بعض المحشين على الروضه: (المناسب أن يقال وجهان، فإن هذا الفرع غير مذكور فيما رأيناه من الكتب المبسوطه فضلا عن الخلاف فيه) انتهى. و الحق هو تقديم قول المشتري كما عرفت بمقتضى القواعد، نخرج عنها بتقديم قول البائع إذا كان المتاع قائما عند المشتري عملا بالخبر و لا نتعدى إلى النقل اقتصارا فيما خالف الأصل على القدر المتيقن.

(٢) أى على العين.

(٣) لو قلنا بأن النقل اللازم بمنزله التلف، فلو تلف بعضه أو انتقل بعضه فهل ينزل تلف الجميع أوجه:

الأول: أنه ينزل منزله تلف الجميع و يكون القول قول المشتري، لأن الخبر قدم قول البائع مع قيام المبيع و هو ظاهر فى قيام جميع المبيع، و بما أن الخبر على خلاف القواعد فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو قيام الجميع، و فى غيره يرجع إلى القواعد فلا بد من تقديم قول المشتري.

أنه ينزل منزله بقاء الجميع، لأن قول المشتري - كما فى الخبر - مقدم عند تلف الجميع، فلو تلف البعض فلا يقدم حينئذ.

إلحاق كل جزء بأصله، فيقدم قول المشتري بالنسبه إلى التالف، و قول البائع بالنسبه إلى الباقي.

(٤) قال فى المسالك: (و لو امتزج المبيع بغيره، فإن بقى التمييز فعينه قائمه، و إن لم يتميز -

عسر التخليص فالعين قائمه، و إلا (١) فوجهان و عدمه (٢) أوجه، لعدم صدق القيام عرفا، فإن ظاهره (٣) أنه أخص من الوجود.

في اختلافهما في تعجيله

(و لو اختلفا في تعجيله) (٤) أى الثمن (و قدر الأجل) (٥) على تقدير اتفاقهما عليه فى الجملة (و شرط رهن، أو ضميين عن البائع يحلف البائع) (٦)، لأصله عدم ذلك كله. و هذا مبنى على الغالب من أن البائع يدعى التعجيل و تقليل الأجل حيث يتفقان على أصل التأجيل، فلو اتفق خلافه فادعى هو الأجل، أو طوله لغرض يتعلق بتأخير القبض قدّم قول المشتري للأصل، (و كذا) يقدم قول البائع لو اختلفا (فى قدر المبيع) (٧) للأصل.

-احتمل بقاءه كذلك، لأنه موجود فى نفسه و إنما عرض له عدم التمييز من غيره، و المفهوم من قيام عينه وجوده خصوصا عند من جعل التلف فى مقابلته - أى مقابله قيام العين - فإنه ليس بتالف قطعا، و يحتمل عدمه نظرا إلى ثبوت الواسطه و عدم ظهور عينه فى الحسن، و يمنع إرادته الوجود من قيام العين، و هذا كله مع مزجه العين بجنسه كالزيت يخلط بمثله، و النوع الواحد من الحنطه كالصفراء تخلط بمثلها، أما لو خلط بغير جنسه بحيث صارا حقيقه أخرى كالزيت يعمل صابونا فإنه حينئذ بمنزله التالف، و أما تغير أوصافه بزياده و نقصان فلا يقدح فى قيام عينه بوجه) انتهى.

(١) و إن لم يبق التمييز واقعا و اندمجا و لكن لم تتألف منهما حقيقه ثالثه كخلط الزيت الجيد بالردىء.

(٢) أى عدم قيام العين.

(٣) أى ظاهر القيام بمعنى أن يكون للعين وجود شخصى مميز.

(٤) بحيث يدعى المشتري تأخير الثمن و البائع ينكره فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، حيث أن قول البائع موافق لمقتضى العقد القاضى بالتعجيل.

(٥) فالمشتري يدعى أن الأجل شهر مثلا، و البائع يدعيه أنه أسبوع، فيكون ما زاد عن أسبوع مما يدعيه المشتري و ينكره البائع فيقدم قول المنكر مع يمينه.

(٦) بحيث يدعى المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود ضامن عن البائع بحيث لو تبين فساد المبيع أو مستحقا للغير فيضمنه الضامن، أو يدعى المشتري أن البيع قد تم بشرط وجود مال من البائع تحت يد المشتري يكون رهنا لسلامه المبيع، و البائع ينكر ذلك فى الصورتين، فيقدم قوله مع يمينه.

(٧) بأن قال البائع: بعثك ثوبا بدرهم فقال المشتري: بل ثوبين بدرهم، فالمشتري يدعى ثوبا زائدا فى المبيع و البائع ينكره فيقدم قول المنكر مع يمينه.

و قد كان ينبغي مثله في قدر الثمن بالنسبة إلى المشتري لو لا الرواية. و لا فرق بين كونه (١) مطلقا، أو معينا كهذا الثوب فيقول: بل هو و الآخر. هذا إذا لم يتضمن الاختلاف في الثمن (٢) كبعثك هذا الثوب بألف فقال: بل هو و الآخر بألفين.

و إلا قوى التحالف، إذ لا مشترك هنا يمكن الأخذ به.

في اختلافهما في تعيين المبيع

(و في تعيين المبيع) كما إذا قال: بعثك هذا الثوب فقال: بل هذا (يتحالفان) (٣)، لادعاء كل منهما ما ينفيه الآخر بحيث لم يتفقا على أمر و يختلفا فيما زاد، و هو ضابط التحالف (٤) فيحلف كل منهما يمينا واحده على نفى ما يدعيه الآخر، لا على إثبات ما يدعيه (٥)، و لا جامعه بينهما (٦) فإذا حلفا انفسخ (١) كون المبيع.

(٢) كأن يقول البائع: بعثك هذا الثوب بدرهم، فقال المشتري: بل بعثني هذا و ثوبا آخر بدرهمين، فهنا التحالف، لأن كلا منهما مدع و منكر، فالبائع يدعى استحقاق درهم بدمه المشتري عوضا عن هذا الثوب و المشتري ينكره، و المشتري يدعى استحقاق ثوبين بدرهمين و البائع ينكره، و عليه لا بد أن يتحالفان هذا على قول الشارح.

و فيه: أن هنا قدرا متيقنا و أمرا مشتركا بينهما، لأنهما متفقان على الثمن الأقل و أحد المبيعين، و اختلافهما في الزائد، و المشتري يدعيه و البائع ينكره فالقول قول البائع مع يمينه.

(٣) بأن قال البائع: بعثك هذا الثوب بكذا، فقال المشتري: بل هذا الثوب الآخر، فهنا دعويان و لا مشترك بينهما، لأن البائع يدعى بيع الثوب الأول و المشتري ينكره، و المشتري يدعى بيع الثوب الثاني و البائع ينكره فيتحالفان و تبطل دعواهما و يترادان للنسبى المروى عند العامة (المتبايعان إذا اختلفا تحالفا و ترادا) (١).

(٤) بحيث كان لكل واحد منهما دعوى و لا- مشترك بينهما، أما لو اتفقا على أمر و اختلفا في الزائد فمدعى الزيادة مدع و منكرها منكر، و يقدم قول المنكر حينئذ مع يمينه.

(٥) لأنه مطالب بيمين المنكر فقط و ليس مطالبا بيمين المدعى حتى يكون يمينه لاثبات ما يدعيه.

(٦) بين نفى ما يدعيه الآخر و إثبات ما يدعيه هو!

ص: ٦٧٠

العقد، و رجع كل منهما إلى عين ماله (١)، أو بدله (٢)، و البادى منهما باليمين من ادعى عليه أولا (٣)، فإن حلف الأول و نكل الثاني (٤) و قضينا بالنكول يثبت ما يدعيه الحالف، و إلا حلف يمينا ثانيه على إثبات ما يدعيه.

ثم إذا حلف البائع على نفى ما يدعيه المشتري بقى على ملكه (٥)، فإن كان الثوب فى يده، و إلا انتزعه من يد المشتري، و إذا حلف المشتري على نفى ما يدعيه البائع و كان الثوب فى يده لم يكن للبائع مطالبته به لأنه لا يدعيه، و إن كان فى يد البائع لم يكن له التصرف فيه (٦)، لا-اعترافه بكونه للمشتري و له ثمنه فى ذمته، فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري و له (٧) أخذ الثوب قصاصا، و إن (١) لأنهما يترادان كما فى النبوى المتقدم.

(٢) مثليا أو قيميا على تقدير تلف العين.

(٣) قال فى الجواهر: (و يتبدأ باليمين من ادعى عليه أولا- كما فى المسالك، بل هو مقرّب التذكرة، و نفى عنه البعد فى جامع المقاصد، و لو تساويا فى ابراز الدعوى، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه اتجه حينئذ اليمين على الآخر، و إلا فالقرعه، لكن فى الدروس البادى باليمين من يتفقدان عليه، فإن اختلفا عين الحاكم).

(٤) فبحلف الأول تسقط دعوى خصمه عليه، و مع نكول الثانى فدعوى خصمه الذى هو الأول لم تسقط، فإن قضينا بالنكول - على الخلاف المتقدم فى باب القضاء - ثبت للأول حقه، و إن لم نقض بالنكول و رددنا على خصمه يمين المدعى، فعلى الخصم هنا الذى هو الأول أن يحلف ثانيا، إلا أنها يمين على إثبات ما يدعيه، بعد ما حلف أولا عينيا على نفى ما يدعيه خصمه.

(٥) هذا بعد تحالفهما معا فتسقط دعوى كل منهما فى حق خصمه، و الثمن الذى دفعه المشتري لا بد أن يرجع إلى المشتري هذا من جهه و من جهه أخرى فالثوب الذى يدعيه المشتري لا بد من رده إلى البائع لأنه ملكه بعد التحالف للأبدية التراد كما تقدم، و الثوب الذى يدعيه البائع و أنه باعه للمشتري فهو للمشتري لأن هذه الدعوى اعتراف من البائع بملكه المشتري لهذا الثوب، غاية يثبت للبائع ثمنه فى ذمه المشتري، و أما الثمن المسمى فى متن العقد فقد عرفت لأبدية رده على المشتري.

(٦) أى لم يكن للبائع التصرف فى الثوب الذى يدعيه البائع، و هو أمانه فى يده.

(٧) أى للبائع و المعنى أن الثوب الذى يدعيه البائع و قد حكمنا أنه للمشتري فللبائع أخذه من باب القصاص عن ثمنه الذى ثبت فى ذمه المشتري.

لم يكن قد قبض الثمن أخذ الثوب قصاصا أيضا (١)، فإن زادت قيمته عنه (٢) فهو مال لا يدعيه أحد، و في بعض نسخ الأصل.
(و قال الشيخ و القاضي: يحلف البائع كالاختلاف في الثمن) (٣) و ضرب عليه في بعض النسخ المقروءه على المصنف رحمه الله.

في بطلان البيع حيث يتحالفان

(و) حيث يتحالفان (يطل العقد من حينه) أى حين التحالف، لا- من أصله (٤)، فمما الثمن المنفصل المتخلل بين العقد و التحالف للبائع، و أما المبيع

(١) كالفرع السابق فيأخذ الثوب قصاصا عن الثمن الذى ثبت له فى ذمه المشتري، غاية الفرق بين الفرعين أن فى السابق قد قبض الثمن المسمى فى العقد و هنا لم يقبض، و سابقا قد حكمنا عليه برد الثمن المسمى.

(٢) أى زادت قيمه الثوب عن الثمن المسمى، و هو الثمن الذى يدعيه البائع و المشتري، فهذه الزيادة لا يدعيها أحد، أما المشتري فهو منكر لوقوع البيع على هذا الثوب الذى هذه الزيادة منه، و أما البائع فلأنه معترف بأن الثوب بما فيه هذه الزيادة هو للمشتري، نعم يملك البائع من هذا الثوب مقدار قيمته التى ثبتت فى ذمه المشتري من باب القصاص.

(٣) أى مع قيام العين يحلف البائع، كما يحلف البائع لو اختلفا فى قدر الثمن للروايه المرسله سابقا، و فيه: أن هناك كان النزاع فى قدر الثمن و هنا فى التعيين و ليس فى القدر.

(٤) كما فى القواعد و الدروس، و عن التذكرة أنه من أصله، أحتج للأول بأنهما متفقان على وقوع العقد الناقل للملك فلا بد من القول بوقوع العقد غايته مع التحالف فيفسخ العقد من حين التحالف و يشهد له النبوى المتقدم (و يترادا).

و أحتج للثانى بأن اليمين أسقطت الدعوى من رأسها فلا يثبت العقد حتى يحكم بانفساخه.

و تظهر الفائده فيما لو وقع التحالف بعد ملكيه المشتري للعين و قد أخرجها عن ملكه بعقد لازم كالعق و البيع، فعلى الثانى فالعقد اللازم الذى طرأ ينزل منزله العدم لأن بالتحالف يتبين أن المشتري غير مالك فتبطل العقود التى أجزاها، و على الأول فالمشتري مالك و تصرفه فيما يملك صحيح، غايته مع التحالف و وجوب الترادى يرجع البائع على المشتري بالقيمه وقت الفسخ. و تظهر الفائده أيضا بأن نماء الثمن على القول الأول للبائع و نماء المثلث للمشتري، و على القول الثانى نماء الثمن للمشتري و نماء المثلث للبائع، نعم هناك إشكال و هو أن المثلث غير معين، لأن المشتري يدعى ثوبا و البائع ثوبا آخر، فكيف قبضه المشتري حتى يختلف فى نمائه.

فيشكل حيث لم يتعين. نعم لو قيل به (١) في مسأله الاختلاف في قدر الثمن توجه حكم نماء المبيع، (و) اختلافهما (في شرط مفسد (٢) يقدم مدعى الصحه)، لأنها الأصل في تصرفات المسلم، (و لو اختلف الورثه (٣) نزل كل وارث منزله مورثه) فتحلف ورثه البائع لو كان الاختلاف في قدر المبيع، و الأجل، و أصله، و قدر الثمن مع قيام العين، و ورثه المشتري مع تلفها، و قيل: يقدم قول ورثه المشتري في قدر الثمن مطلقا، لأنه الأصل، و إنما خرج عنه مورثهم بالنص فيقتصر فيه على مورده المخالف للأصل و له وجه، غير أن قيام الوارث مقام المورث مطلقا (٤) أجود (٥)،...

(١) أى بالتحالف، فلو قيل به في قدر الثمن بحيث قال البائع أن هذا الثوب بكذا، و قال المشتري: أنه بأقل، و قد حكمنا بالتحالف فالمبيع هنا متعين و يكون نماءه للمشتري إذا كان الفسخ من حينه، و للبائع إذا كان من أصله.

(٢) كأن يتفقا على التأخير، و قال أحدهما: بأنه إلى مده معينه، و قال الآخر: بأنه إلى زمن مجهول، فيقدم قول مدعى الصحه مع يمينه، لأن الصحه هي الأصل في تصرفات مال المسلم، لقاعده حمل فعل المسلم على الصحه.

(٣) فلو اختلف ورثه البائع مع ورثه المشتري، فإن اختلفوا في قدر المثل مع وجود قدر مشترك بحيث تدعى ورثه المشتري الزيادة و ورثه البائع تنكرها، أو اختلفوا في الأجل بحيث تدعى ورثه المشتري وجوده و ورثه البائع تنكره من أصله، أو اختلفوا في مده الأجل بحيث تدعى ورثه المشتري زمنا و ورثه البائع أقل منه، قدم ورثه البائع لأنهم منكر.

و كذا يقدم قول ورثه البائع عند الاختلاف في قدر الثمن مع قيام العين للروايه كما قدم قول البائع كذلك.

نعم لو اختلفوا في قدر الثمن مع تلف العين فالقول قول ورثه المشتري، لأن القول ثابت لمورثهم.

(٤) مع قيام العين و تلفها، أما مع التلف فقد تقدم، و أما مع القيام لأنه مقتضى القواعد حيث أنهم منكرون للزيادة التي تدعيها ورثه البائع، و لو عملنا بالروايه المتقدمه في البائع، لأن الروايه مخالفه للقواعد فيقتصر على القدر المتيقن، و هو وجود البائع دون ورثته.

(٥) قال في الجواهر: (و دعوى أن كل ما ثبت للمورث ينتقل للوارث مسلّمه في المال و الحقوق التي تنتقل، بخلاف الفرض الذي هو من الأحكام لا من الحقوق، فما عن -

لأنه بمنزله و لو قلنا: بالتحالف (١) ثبت بين الورثة قطعا.

الخامس - إطلاق الكيل و الوزن ينصرف إلى المعتاد

إشارة

(الخامس - إطلاق الكيل و الوزن) و النقد (٢) (ينصرف إلى المعتاد) في بلد العقد لذلك المبيع إن اتحد،

في ما لو تعدد الكيل و الوزن

(إن تعدد فالأغلب) استعمالا و إطلاقا (٣)، فإن اختلفا في ذلك ففي ترجيح أيهما نظر، و يمكن حينئذ وجوب التعيين (٤) كما لو لم يغلب، (إن تساوت) في الاستعمال في المبيع الخاص (وجب التعيين)، لاستحاله الترجيح بدونه، و اختلاف الأغراض، (و لو لم يعين بطل البيع) لما ذكر (و أجره اعتبار المبيع) (٥) بالكيل، أو الوزن، أو النقد (على البائع) لأنه لمصلحته، (و اعتبار) -جماعه من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقا في غير محله، و إن استحسنته في المسالك) انتهى.

(١) عند اختلافهم في قدر الثمن، و قد تقدم أن التحالف أحد الأقوال.

(٢) عادة الفقهاء يتكلمون في النقد و يحيلون الكيل و الوزن عليه، و في النقد إذا عين البائع و المشتري نقدا مخصوصا و جب الوفاء لوجوب الوفاء بالعقود، و إن أطلقا النقد و كانا من أهل بلد واحد انصرف الإطلاق إلى نقد بلدهما، فإن كان نقد البلد واحدا فهو، و إن كان متعددا فإن غلب أحدهما حمل عليه، و تكون الأغلبية قرينه لتعيين أحد أفراد المشترك، و إن تساوى النقدان و لم يكن أحدهما أغلب، و لم يكن هناك تعيين من قصد أو غيره بطل البيع لجهاله الثمن.

و كذا القول في الوزن و الكيل، غايته فلو تعدد الوزن أو الكيل و لم يكن أحدهما أغلب بطل المبيع لجهاله الثمن.

(٣) قال في المسالك: (ثم الغلبة قد تكون في الاستعمال و قد تكون في الإطلاق، بمعنى أن الاسم يغلب على أحدهما، و إن كان غيره أكثر استعمالا كما يتفق ذلك في زماننا في بعض أسماء النقود، فإن اتفقت الغلبة فيها فلا إشكال في الحمل عليه، و إن اختلفت بأن كان أحدهما أغلب استعمالا و الآخر أغلب وصفا، ففي ترجيح أحدهما أن يكون بمنزله التساوى نظرا إلى تعارض المرجحين نظر، و إن كان ترجيح أغلبية المتعارف أوجه).

(٤) أي يجب التعيين عند كون أحدهما أغلب استعمالا و الآخر أغلب تعارفا كما تساوى النقدان و لم يغلب أحدهما على الآخر لا استعمالا و لا إطلاقا.

(٥) لا-خلاف في أن أجره الكيال و وزان المتاع و العداد و الدّراع على البائع، و كذا أجره النّقاد الذي ينقد الذهب و الفضه ليعرف الصحيح من الفاسد إذا كان المثلث منهما.

(الثلث على المشتري، و أجره الدلال على الأمر) (١) و لو أمراه فالسابق (٢) إن كان مراد

و كذا لا خلاف في كون أجره ناقد الثمن و وزّانه على المشتري، كل ذلك لأن تسليم المثلث أو الثمن متوقف على اعتباره و تشخيصه، فمؤونه التشخيص تكون على من وجب عليه التسليم من باب وجوب المقدمه.

(١) قال في المسالك: (المراد أن أجره الدلال على من يأمره، فإن أمره الإنسان ببيع متاع فباعه له فأجرته على البائع الأمر لا على المشتري، و إن أمره إنسان أن يشتري له متاعا و لم يأمره مالكة ببيعه فأجرته على المشتري الأمر، و إنما استحق الأجره و إن لم يشارط عليها لأن هذا العمل مما يستحق عليه أجره في العاده، و الدلال أيضا ناصب نفسه للأجره فيستحق على أمره الأجره) انتهى.

(٢) شاع بين الفقهاء هذه العبارة: أجره الدلال على الأمر إما بائعا و إما مشتريا، و لا يتولاهما الواحد، و قال في المسالك: (و لا يتولاهما الواحد فظاهر سياق العبارة أن المراد بذلك أن الشخص الواحد لا يتولى العملين في متاع واحد، بحيث يستحق أجره على البائع الذي أمره بالبيع، و المشتري الذي أمره بالشراء، بل لا يستحق إلا أجره واحده لأنه عمل واحد، و لأن البيع مبني على المكايسه و المغالبه و لا يكون الشخص الواحد غالبا و مغلوبا، و العمل بالحاله الوسطى خارج عن مطلوبهما غالبا فيتوقف على رضاهما بذلك، و حينئذ فمن كايس له استحق عليه الأجره خاصه.

لكن يشكل إطلاقه بما لو كان السعر مضبوطا عاده بحيث لا يحتاج إلى المماكسه أو كانا قد اتفقا على قدر معلوم و أرادا توليه طرفي العقد، و حينئذ يكون عليهما أجره واحده بالسويه سواء اقترنا في الأمر أم تلاحقا، مع احتمال كون الأجره على السابق.

هذا إذا جوزنا للواحد تولى طرفي العقد، و إلا فعدم استحقاق الواحد لهما أوضح، و يحتمل على بعد أن يكون الضمير في «يتولاهما» عائدا إلى الايجاب و القبول المدلول عليهما بالمقام أو بالبيع أو الشراء - الواردين قبل في عبارة المحقق - تضمنا، فيكون ذهابا إلى المنع، أو يعود الضمير إلى الأجرتين بناء على المنع من تولى الطرفين، و على ذلك نزل الشهيد رحمه الله كلام الأصحاب في هذه العبارة، لأنها عبارة متداوله بينهم.

و يضعف بأن المصنف - أي المحقق في الشرائع - و كثير ممن عبّر بذلك لا يرى المنع من تولى أحد الطرفين، فتتزيل كلامه على ما لا يوافق مذهبه المعروف به بمجرد احتمال إرادته، مع إمكان تنزيله على غيره بعيد جدا، و حيث كان تولى الطرفين من الواحد جائزا عند المصنف لم يمنع استحقاق أجرتين عليهما، لأنهما عملا متغايران، أعنى الايجاب عن البائع و القبول عن المشتري، فلو صرحا له بذلك استحق على كل واحد بحسبه، و هو راجع عرفا إلى أجره واحده على المبيع موزّعه عليهما) انتهى.

كل منهما المماكسه معه، و لو أمراه بتولى الطرفين الإيجاب و القبول (فعليهما) أجره واحده بالتنصيف، سواء اقترنا أم تلاحقا، و لو منعنا من تولى الطرفين من الواحد امتنع أخذ أجرتين، لكن لا يتجه حمل كلام الأصحاب: أنه لا يجمع بينهما لواحد عليه (١)، لأنه قد عبّر به من يرى جوازه (٢)، بل المراد أنه لا- يجمع بينهما لعمل واحد و إن أمره البائع بالبيع، و المشتري بالشراء، بل له أجره واحده عليهما (٣)، أو على أحدهما كما فصلناه (٤).

في أنه لا يضمن الدلال

(و لا يضمن الدلال) (٥) ما يتلف بيده من الأمتعه (إلا بتفريط). و المراد به (٦) ما يشمل التعدى مجازا أو اشتراكا (فيحلف على عدمه) لو ادعى عليه التفريط، لأنه أمين فيقبل قوله في عدمه (فإن ثبت) التفريط في حقه و ضمن قيمه (حلف على) مقدار (القيمه لو خالفه البائع) فادعى أنها أكثر مما اعترف به، لأصالة البراءة من الزائد، و لا ينافيه التفريط و إن أوجب الإثم كما يقبل قول الغاصب فيها (٧)

(١) على امتناع أخذ أجرتين.

(٢) أي جواز تولى الطرفين من واحد.

(٣) موزّعه.

(٤) بحيث أمراه بالدلاله التي فيها مماكسه، فالأمر للسابق عند التقارن.

(٥) لأنه أمين بلا- خلاف و لا- إشكال، و الأمين لا يضمن، و أما عموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) فمختص بيد العدوان كما سيأتى بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٦) أي بالتفريط، و التفريط من فرط في الأمر أي قصير فيه فضيعه كما في مصباح المنير، و هنا ينشأ و هم و حاصله أن المصنف حصر ضمان الدلال في التفريط و هو التقصير لغه كما عرفت، مع أن الافراط من جمله أسباب الضمان، إذ يضمن الدلال مع التعدى أيضا.

هذا و أراد الشارح دفع هذا الوهم عن المصنف و أنه قد استعمل لفظ التفريط و أراد الأعم من التقصير و التعدى على نحو عموم المجاز.

أو أن نقول إن التفريط كما يستعمل في التقصير يستعمل أيضا في التعدى، و لذا يقال:

أفرط في الأمر أي أسرف فيه و جاوز الحد فيكون بمعنى التعدى، و عليه فالمصنف قد استعمل لفظ التفريط و أراد كلا المعنيين على نحو عموم الاشتراك.

(٧) في قيمه.

على أصح القولين (١).

خاتمه في أن إقاله فسخ لا بيع

(خاتمه: الإقاله فسخ لا بيع) (٢) عندنا، سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقاله (في حق المتعاقدين و الشفيع) و هو الشريك، إذ لا شفعه هنا بسبب الإقاله، و حيث كانت فسخا لا بيعا (فلا يثبت بها شفعه) للشريك، لاختصاصها (٣) بالبيع، و نبه بقوله: في حق المتعاقدين:

على خلاف بعض العامه (٤) حيث جعلها (٥) بيعا في حقهما، و بقوله: و الشفيع، (١) فالمشهور على تقديم قول الغاصب لأنه منكر، و خالف الشيخ في النهايه و قدم قول المالک و إن ادعى الزيادة، و هو ضعيف، و سيأتى بيانه في باب الغصب إن شاء الله تعالى.

(٢) لا ريب في رجحان الإقاله و مشروعيتها للأخبار.

منها: خبر ابن حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما عبد أقال مسلما في بيع أقال الله عثرته يوم القيامة) (١).

و صيغتها أن يقول كل منهما: تقابلنا أو تفاسخنا، أو يقول أحدهما: أقلتك فيقبل الآخر، سواء كانت إقاله أحدهما عن التماس أم لا، لتحقق معنى الإقاله في الجميع عرفا و لغه.

و هي عند الإماميه فسخ سواء وقعت بلفظ الإقاله أو الفسخ، و سواء وقعت قبل قبض المبيع أم بعده، و سواء كان المبيع عقارا أم غيره، كل ذلك لإطلاق لفظ الإقاله.

و خالف بعض العامه فبعضهم قال: إن الإقاله بيع، و آخر أنها بيع إذا كان المبيع عقارا، و ثالث: إذا كانت بعد القبض، و رابع إذا كانت بلفظ الإقاله، و خامس إذا كانت في حق الشفيع.

و لا ريب في ضعف الجميع لعدم قصد البيع عند الإقاله، بل المقصود خلافه، لأنها رد ملكك و ليس تمليكا جديدا، و لذا ذهبت الإماميه إلى أن الإقاله فسخ و ليست بيعا و لو وقعت بلفظ البيع لعدم قصد معنى البيع حينئذ.

(٣) أي الشفعه.

(٤) و هو الشافعي.

(٥) أي الإقاله.

ص: ٦٧٧

على خلاف آخرين، حيث جعلوها بيعاً في حقه (١) دونهما (٢)، فيثبت له بها (٣) الشفعة، (و لا تسقط أجره الدلال) على البيع (بها) (٤)، لأنه استحقها بالبيع السابق فلا يبطله الفسخ اللاحق، و كذا أجره الوزان، و الكيال، و الناقد بعد صدور هذه الأفعال، لوجود سبب الاستحقاق، (و لا تصح زيادته في الثمن) الذي وقع عليه البيع سابقاً، (و لا بنقيصته) (٥)، لأنها فسخ و معناه رجوع كل عوض إلى مالكه، فإذا شرط فيها ما يخالف مقتضاها فسد الشرط و فسدت بفساده، و لا فرق بين الزيادة العينيه و الحكميه كالانتظار بالثمن.

(و يرجع) بالإقاله (كل عوض إلى مالكه) إن كان باقياً، و نماؤه المتصل تابع له (٦). و أما المنفصل فلا رجوع به و إن كان حملاً لم ينفصل (٧)، (فإن كان) (١) أى حق الشفع.

(٢) دون المتعاقدين و هو مذهب أبي حنيفة.

(٣) أى يثبت للشفع بالإقاله.

(٤) بالإقاله، و لا- أجره الوزان و الناقل و غيرهم، فلا تسقط أجرتهم بالتقابل لسبق الاستحقاق على سعيه السابق قبل التقابل، و الإقاله الطارئة و التى هى فسخ من حين وقوعها لا تنافى ما ثبت بسبب العقد.

(٥) بلا- خلاف فيه إلا من الاسكافى، و دليلهم صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى ثوباً و لم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه، ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال عليه السلام: لا يصلح أن يأخذه بوضيعة) (١)، بالإضافة إلى أن الإقاله فسخ، و مقتضاه رجوع كل عوض إلى صاحبه، فإذا شرط فى أحد العوضين زياده أو نقيصه فقد شرط فى الإقاله ما يخالف مقتضاها فيفسد الشرط، و يترتب عليه فسادها، لأنهما لم يتراضيا على الفسخ إلا على ذلك الوجه و لم يسلم لهما، هذا و لا فرق فى المنع من الزيادة بين كونها عينيه أو حكميه كأن يقيله على أن ينظره بالثمن.

(٦) للاجماع المدعى، و إلا فحسب القواعد أن يكون نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع لأن الإقاله فسخ من حينها.

و منه تعرف أن النماء المنفصل فهو للمشتري إذا كان نماء المبيع، و للبائع إذا كان نماء الثمن، لأنه نماء ملكه، و الفسخ بالإقاله يقع من حينه.

(٧) لأن الحمل بنظر العرف منفصل.

ص: ٦٧٨

(تالفا (١) فمثله) إن كان مثليا، (أو قيمته) يوم التلف إن كان قيميا، أو تعذر المثل، و لو وجده معييا رجع بأرشه (٢) لأن الجزء، أو الوصف الفئات بمنزله التالف. و ألفاظها تفاسخنا و تقايلنا، معا، أو متلاحقين من غير فصل يعتد به، أو يقول أحدهما: أقلتك فيقبل الآخر و إن لم يسبق التماس (٣).

و احتمال المصنف في الدروس الاكتفاء بالقبول الفعلي (٤).

(١) أي وجود المبيع، يرجع نفس المبيع إلى البائع، و مع تلفه يرجع بمثله إن كان مثليا و إلا بقيمته، و عن بعضهم أنه بقيمه يوم التلف، لأن الضمان متعلق بالعين ما دامت موجوده، فإذا تلفت تعلق الضمان بقيمتها يومئذ، و ليس المراد من الضمان اشتغال الذمه بقيمه يوم التلف، إذ لا يعقل اشتغال ذمه المالك بقيمه ماله، بل المراد قيام القيمة يوم التلف مقام العين في صحه تعلق الإقاله بها، و ربما احتتمل القيمة يوم القبض، لأنه ابتداء الضمان، و صفقه ظاهر، لأن الضمان مع قيام العين يكون بنفس العين لا بقيمتها، و قيل بضمان أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف أو يوم الإقاله، و هو ضعيف لأنه مع قيام العين لا يتعلق الضمان بالقيمه.

(٢) أي أرش العيب، لأن الجزء الفئات بمنزله التالف فيضمن كما يضمن الجميع.

(٣) قد تقدم الكلام فيه.

(٤) بأن يقول أحدهما: أقلتك، و يدفع ما عنده فيقبض الآخر، و قبض الآخر قبول فعلى، و هو قوى لخبر هذيل بن صدقه الطحان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري المتاع أو الثوب فينطلق به إلى منزله، و لم ينقد شيئا فيبدو له فيرده، هل ينبغي ذلك له، فقال عليه السلام: لا، إلا أن تطيب نفس صاحبه) (١).

و احتمال الشارح - كما في المسالك - أن طيب النفس يتحقق إذا انكشف من اللفظ، و لا أقل من أنه القدر المتيقن فيقتصر عليه.

هذا و ليس ضعف قول المصنف من جهه كون الإقاله من العقود، بل هذا باطل، لأن الأكثر على أنها ليست من العقود، و إلا لو كانت من العقود لوجب فيها ايجاب و قبول، و لوجب الحكم بالبطلان لو قالا تقايلنا معا، لعدم تقديم أحدهما على الآخر و لعدم صدور القبول من أحدهما، مع أنه صحيح بالاتفاق.

ص: ٦٧٩

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه دمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكي، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه في شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش ۹/۱۲۱۲۸۰۳۸۵

رده بندی ديويي: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

الزبدہ الفقہیہ فی شرح الروضہ البہیہ

محمد حسن ترحینی العاملی

ص: ۳

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

القسم الأول القرض

إشاره

(الأول - القرض (٢) بفتح القاف و كسرهما، و فضله عظيم (٣)

في ثواب القرض

(و الدرهم منه) (١)دين الحر و دين العبد.

(٢)قال في مصباح المنير: (القرض - بفتح القاف - ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه، و الجمع قروض مثل فلس و فلوس، و هو اسم من أقرضته المال إقراضاً)، و في الجواهر و غيره أنه بالكسر أيضا.

(٣)قد تظافت النصوص عليه، بل في الجواهر: (بل تواترت بتأكيده في المؤمن) منها: خبر جابر عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أقرض مؤمنا قرضا ينظر به ميسوره كان ماله في زكاه، و كان هو في صلاه من الملائكه حتى يؤديه) (١)، و خبر الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا يريد به وجه الله إلا- حسب له أجرها كحساب الصدقه حتى يرجع إليه)٢، و خبر القمط عن شيخ كان عندنا (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضا أحب إلي من أن أتصدق بمثله، و كان يقول: من أقرض قرضا و ضرب له أجلا فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر من ذلك الأجل بمثل صدقه دينار واحد في كل يوم)٣، و خبر هيثم الصيرفي عن أبي عبد الله عليه السلام (القرض الواحد بثمانيه عشر، و إن مات حسبتها من الزكاه) (٢)، و خبر أبي الفتوح في تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: (رأيت مكتوبا على باب الجنة: الصدقه بعشره و القرض بثمانيه عشر، فقلت: يا

ص:٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين و القرض حديث ٣ و ٢ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٤.

(بثمانية عشر درهما مع أن درهم الصدقة بعشره) قيل و السرفيه: أن الصدقة تقع في يد المحتاج وغيره، و القرض لا يقع إلا في يد المحتاج غالبا (١)، و أن درهم القرض يعود فيقرض ثانيا (٢)، و درهم الصدقة لا يعود.

و اعلم أن القرض لا- يتوقف على قصد القربة (٣)، و مطلق الثواب يتوقف عليها (٤)، فليس كل قرض يترتب عليه الثواب، بخلاف الصدقة (٥) فإن القربة معتبره فيها، فإطلاق كون درهم القرض بثمانية عشر إما مشروط بقصد القربة، أو تفضل من الله تعالى من غير اعتبار الثواب بواسطة الوجهين (٦)، و قد يقع جبرئيل و لم ذلك؟ و الذي يتصدق لا يريد الرجوع، و الذي يقرض يعطى لأن يرجعه؟ فقال: نعم، هو كذلك، و لكن ما كل من يأخذ الصدقة له بها حاجة، و الذي يستقرض لا يكون إلا عن حاجة، و الصدقة قد تصل إلى غير المستحق، و القرض لا يصل إلا إلى المستحق، و لذا صار القرض أفضل من الصدقة (١)، و خبر ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ألف درهم أقرضها مرتين أحبَّ إليَّ من أن أتصدق بها مره) (٢) ،

(١) كما في خبر أبي الفتوح المتقدم.

(٢) كما يؤمى إليه خبر ابن سنان.

(٣) بحسب ماهيته.

(٤) على القربة، قال في المسالك: (و اعلم أن تحقق أصل الثواب في القرض فضلا عن أفضليته بوجه إنما يكون مع قصد المقرض بفعله وجه الله تعالى، كما في نظائره من الطاعات التي يترتب عليها الثواب، فلو لم يتفق هذا القصد - سواء قصد غيره من الأغراض الدنيوية و الريائية أم لم يقصد - لم يستحق عليه ثوابا كما لا يخفى) انتهى.

(٥) للأخبار.

منها: خبر الفضلاء - ابن بكير و ابن أذينة و حماد - عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل) (٢) ، و صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا صدقة و لا عتق إلا ما أريد به وجه الله عز و جل) ٤.

(٦) فالثواب لا يعطى إلا استحقاقا و جزاء، و لا يعطى تفضلا، فيكون المعنى: من غير اعتبار

ص: ٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الدين حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الدين حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أحكام الوقوف و الصدقات حديث ٣ و ٢.

التفضل على كثير من فاعلى البر من غير اعتبار القربه كالكرم. و يفتقر القرض إلى إيجاب و قبول (١).

فى صيغه القرض

(و الصيغه (٢) أقرضتكم، أو انتفع به، أو تصرف فيه)، أو ملكتكم أو أسلفتكم، أو أخذ هذا، أو اصرفه (و عليك عوضه)، و ما أدى هذا المعنى، لأنه من العقود الجائزه، و هى (٣) لا- تنحصر فى لفظ، بل تتأدى بما أفاد معناها (٤)، و إنما يحتاج (٥) إلى ضميمه «و عليك عوضه» ما عدا الصيغه الأولى فإنها صريحه فى معناه لا تفتقر إلى انضمام أمر آخر (فيقول المقترض: قبلت و شبهه (٦) مما دل على الرضا بالإيجاب، و استقرب فى الدروس الاكتفاء بالقبض (٧)، لأن استحقاق الثواب و إنما هو تفضل إما لكون القرض فى يد المحتاج غالباً، و إما لكون درهم القرض يعود فيقرض ثانيا فيكشف به كربه المؤمن ثانيا بعد كشف كربه المؤمن أولاً.

(١)القرض عقد بلا خلاف فيه - كما فى الجواهر -، و هو متحقق بالإيجاب و القبول بلا شبهه كما فى المسالك.

هذا و قد تقدم فى كتاب البيع كفايه دلالة اللفظ على المعنى و لو بالقرينه فى إنشاء الإيجاب و القبول، سواء كان العقد لازماً أم جائزاً، فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح فى العقود اللازمه دون الجائزه ليس فى محله، لعدم الدليل عليه.

و لذا يكفى فى إيجاب القرض و قبوله كل لفظ يدل على معناه و لو بالقرينه.

(٢)بالنسبه للإيجاب، و هو متحقق بلفظ أقرضتكم أو ما يؤدى معناه وضعاً أو استعمالاً، كمثل: تصرف فيه أو انتفع به و عليك ردّ عوضه، و كذا أخذ هذا أو اصرفه أو تملكه أو ملكتكم أو أسلفتكم و عليك ردّ عوضه.

و الحاصل أن إيجاب القرض لا ينحصر فى لفظ مخصوص بل كل لفظ يدل عليه فهو، غير أن لفظ أقرضتكم صريح فى معناه فلا يحتاج إلى ضميمه (و عليك ردّ عوضه)، و غيره يحتاج إليها لعدم صراحتة.

(٣)أى العقود الجائزه.

(٤)أى معنى العقود الجائزه، و لو كانت الإفاده بالقرينه.

(٥)أى يحتاج القرض فى إيجابه.

(٦)بل كل لفظ يدل على القبول و الرضا بالإيجاب لما تقدم.

(٧)بل يصح الاكتفاء بالإقباض و القبض إذا كانا بداعى الإيجاب و القبول، لجريان المعاطاه فى البيع فهنا أولى.

مرجعه (١) إلى الإذن في التصرف. و هو حسن من حيث إباحه التصرف.

أما إفادته للملك المترتب على صحه القرض فلا دليل عليه (٢)، و ما استدلّ به (٣) لا يؤدي إليه.

في شروط القرض

(و لا يجوز اشتراط النفع (٤)، للنهي عن قرض يجز نفعاً (فلا يفيد الملك) لو (١) أي مرجع القبض إلى الاذن في التصرف، حيث إن القبض لا يتم إلا بعد الإقباض، و الإقباض من المالك هو إذن بالتصرف في ماله.

(٢) بل الدليل هو العرف الحاكم، و قد تقدم بيان ذلك في كتاب البيع فراجع.

(٣) أي ما استدل به المصنف في الدروس من الاذن في التصرف لا يؤدي إلى التمليك، لأن الاذن أعم من التمليك و غيره، و فيه: إنه إذن بالتصرف على نحو المعاطاه المفيده للملك على ما تقدم بيانه في كتاب البيع.

(٤) فلو اشترط النفع في القرض حرم الشرط، بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: خبر الدعائم فعن أبي جعفر عليه السّلام (كل قرض جرّ منفعه فهو ربا) (١)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن رجل أعطى رجلا مائه درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل أو أكثر، قال عليه السّلام: هذا الربا المحض) (٢)، و خبر خالد بن الحجاج (سألته عن رجل كان لى عليه مائه درهم عددا قضانيها مائه درهم وزنا، قال:

لا- بأس به ما لم يشترط، و قال: جاء الرباء من قبل الشرط و إنما تفسده الشروط) (٣)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أقرضت الدراهم ثم جاءك بخير منها فلا بأس، إذا لم يكن بينكما شرط) (٤) و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (من أقرض رجلا ورقا فلا يشترط إلا مثلها، فإن جوزى أجود منها فليقبل، و لا يأخذ أحد منكم ركوب دابه أو عاريه متاع يشترط من أجل قرض ورقه) (٥).

و مما تقدم تعرف جواز قبول الزيادة من غير شرط، و هو صريح خبر ابن غياث عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال: الربا ربا، إن أحدهما ربا حلال، و الآخر حرام، فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضا طمعا أن يزيد و يعوضه بأكثر مما أخذه بلا شرط بينهما، فإن

ص: ١٠

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حيث ١٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الدين حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ١١.

شرطه (١)، سواء في ذلك الربوى، وغيره، وزيادة العين، والمنفعة (حتى لو شرط الصحاح عوض المكسره (٢)، خلافا لأبي الصلاح) الحلبي رحمه الله وجماعه حيث أعطاه أكثر مما أخذه بلا- شرط بينهما فهو مباح له، وليس له عند الله ثواب فيما أقرضه، وهو قول الله عز وجل: فلا- يربو عند الله، وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يرد أكثر مما أخذه فهذا هو الحرام(١).

و إذا حرمت الزيادة بالشرط فلا فرق فيها بين كونها عيناً أو منفعة، ولا بين الربوى وغيره لإطلاق النصوص المتقدمة.

و المراد بالربوى ما لو كان المال المقترض من المكيل والموزون، والمراد بغيره كما لو كان معدوداً كالجوز والبيض.

(١) أى شرط النفع، والمعنى: يحرم على المستقرض قبض الدين والتصرف فيه، لأن الشرط فاسد مفسد، أما أنه فاسد فواضح للنصوص المتقدمة، وأما أنه مفسد لأن القرض لم يقع إلا- على هذا الوجه الفاسد فلا- يرضى صاحب المال أن يتصرف المستقرض إلا بشرطه، ولم يسلم لهما، فتصرفه بغير الشرط غير مأذون فيه فيكون العقد فاسداً، ومع فساد العقد يكون المال تحت يد المستقرض مضموناً عليه لقاعده (ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده)، ومنه تعرف ضعف قول ابن حمزه: إن المال أمانه عند فساد العقد.

(٢) قيل يصح، والقائل الشيخ وأبو الصلاح وأبنا البراج وحمزه لصحيح يعقوب بن شبيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يقرض الرجل الدراهم الغله، يأخذ منه الدراهم الطازجيه طيبه بها نفسه).

قال عليه السلام: لا بأس، وذكر ذلك عن علي عليه السلام(٢)، والطازج هو الخالص، والغله غيره.

ولا- يخفى بعده عن الدلالة على المدعى، إذ ليس فيه أنه شرط ذلك فيحمل على ما لو لم يشترط، بل لا بد من هذا الحمل جمعا بينه وبين ما تقدم من جواز النفع بغير شرط، ولخصوص صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال، أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم فقال: إذا لم يكن شرط فلا بأس، وذلك هو الفضل، كان أبي عليه السلام يستقرض الدراهم المغسولة فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول: يا بني ردها على الذى استقرضتها، فأقول:

إن دراهمه كانت مغسولة وهذه خير منها، فيقول: يا بني هذا هو الفضل فأعطه

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الربا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٥.

جوزوا هذا الفرد من النفع، استنادا إلى روايه لا تدل على مطلوبهم. و ظاهرها إعطاء الزائد الصحيح بدون الشرط، و لا خلاف فيه (١) بل لا يكره، و قد روى أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ اقترض بكرا فردًا بازلا رباعيا، و قال: إن خير الناس أحسنهم قضاء، (و إنما يصح إقراض الكامل (٢) على وجه يرتفع عنه الحجر في المال، و أراد كمال المتعاقدين معا (٣) بإضافه المصدر إلى الفاعل و القابل.

إياها(١)، و أراد عليه السَّلام بالفضل الإشاره إلى قوله تعالى: وَلَا تَسْأُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ (٢)، هذا من جهة و من جهة أخرى فالمغسوله هي الرديئه، و من جهة ثالثة على ما لو لم يشترط يحمل مرسل بشر بن مسلمه عن أبي جعفر عليه السَّلام (خير القرض ما جرَّ منفعه) (٣) و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام (أو ليس خير القرض ما جرَّ منفعه) ٤، و عليه يحمل فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ سَلَّمَ - كما في سنن البيهقي (لما اقترض بكرا فردًا بازلا رباعيا و قال: إن خير الناس أحسنهم قضاء) (٤).

و البكر - كما في مصباح المنير - بالفتح هو الفتى من الإبل، و البازل - كما في مصباح المنير أيضا - ما فطر نابه بدخوله في السنه التاسعه، و أما الرباعى فهو ما دخل في التاسعه و ألقى رباعيته فيكون القيد تفسيرا.

(١) أى فى إعطاء الزائد بلا شرط، بل لا يكره قبول الزيادة للأصل و إطلاق النصوص المتقدمه.

(٢) بما أن القرض من المقرض تصرف فى ماله، و من المستقرض تصرف فى المال فيشترط فى كليهما عدم الحجر حتى يجوز لهما التصرف، و هذا هو معنى الكامل.

بل باعتبار أن القرض من العقود فيشترط فى المقرض و المقرض ما يعتبر فى المتعاقدين فى سائر العقود من البلوغ و العقل و القصد و الاختيار، و هذا ما تقدم الدليل عليه فى باب البيع.

(٣) لأنه أضاف المصدر - و هو الإقراض - إلى الفاعل و هو المقرض، و إلى القابل و هو المستقرض، و هذا لا يكون إلا بإراداه الجنس من الكامل، و إذا أريد الجنس فينطبق على الفرد و على الفردين.

ص: ١٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الصرف حديث ٧.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٧.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الدين حديث ٦ و ٤.

٤- (٥) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٥١.

(و كل ما تتساوى أجزاؤه (١) فى القيمه، و المنفعه، و تتقارب صفاته كالحبوب و الأدهان (يثبت فى الذمه مثله، و ما لا يتساوى) أجزاءه كالحيوان (تثبت قيمته يوم القبض)، لأنه وقت الملك، (و به) أى بالقبض (يملك) المقترض القرض على المشهور (٢)، لا بالتصرف، قيل: لأنه (٣) فرع الملك فيمتنع كونه (٤) شرطا فيه (٥) و إلا- دار، و فيه (٦) منع تبعيته (٧) للملك مطلقا (٨)، إذ يكفى فيه (٩) إذن المالك (١) شروع فيما يصح إقراضه، و ضابطه أن كل ما يضبط و صفه و قدره الموجبين لاختلاف قيمته فيصح إقراضه، بلا خلاف فيه - كما فى الجواهر - لإطلاق النصوص المتقدمه.

غايته ما تتساوى أجزاؤه كالحنطه و الشعير و الذهب يثبت فى الذمه مثله لأنه مثلى، و ما ليس كذلك يثبت فى الذمه قيمته لأنه قيمى، و المعتبر قيمته وقت التسليم إلى المقترض الذى هو أول أوقات ملك المقترض على الأقوى كما سيأتى، لأن المقترض لا يملك بالعقد بل بالقبض.

و قيل: وقت القرض كما عن الفاضل فى القواعد، و فيه: أنه لا ملك قبل القبض كما سيأتى.

(٢) للإجماع المدعى عن البعض كما فى الجواهر و لو لا الإجماع لقليل بتحقيق الملك بمجرد العقد على حسب غيره من العقود.

و قيل: لا يملك إلا بالتصرف، و نسبه الشهيد فى حواشيه إلى الشيخ كما فى المسالك، و ردّ مضافا إلى الإجماع المتقدم بأن التصرف لو كان شرطا للملك كما هو المدعى للزم الدور لأن الملك هو الشرط فى التصرف كما هو الواضح.

و أشكل عليهم الشارح هنا و فى المسالك: بمنع تبعيه التصرف للملك و منع توقعه عليه، بل يكفى فى جواز التصرف إذن المالك فيه كما فى غيره من المأذونات، و لا شك بأن الإذن للمقترض حاصل من المالك بالإيجاب.

(٣) أى التصرف.

(٤) كون التصرف.

(٥) فى الملك.

(٦) أى فى الدور.

(٧) أى منع تبعيه التصرف للملك.

(٨) سواء كان الملك تاما و هو العارى عن الخيار، أو مترزلا و هو المقرون بالخيار.

(٩) أى فى التصرف.

و هو (١) هنا حاصل بالعقد (٢)، بل بالإيجاب (٣)، و حيث قلنا بملكه (٤)، بالقبض (٥) (فله رد مثله) مع وجود عينه (و إن كره المقرض)، لأن العين حينئذ تصير كغيرها من أمواله، و الحق يتعلق بذمته فيتخير في جهة القضاء، و لو قلنا بتوقف الملك على التصرف و جب دفع العين مع طلب مالكةا (٦)، و يمكن القول بذلك (٧) و إن ملكناه (٨)، بالقبض (٩)، بناء على كون القرض عقدا جائزا و من شأنه رجوع كل عوض إلى مالكة إذا فسخ كالهبة و البيع بخيار.

(١) أى الاذن.

(٢) أى المؤلف من الإيجاب و القبول.

(٣) أى بالإيجاب فقط، لأن الإيجاب المنفرد مشتمل على الاذن بالتصرف.

(٤) بملك المقرض.

(٥) فهل للمقرض ارتجاع العين، فعن الشيخ نعم أنه يجوز له ذلك و لو كره المقرض، فإذا طلبها يجب على المقرض إرجاع العين لا مثلها، و استدل بالإجماع على كون القرض من العقود الجائزة، التى من المعلوم كون المراد بجوازها فسخها و رجوع كل عوض إلى مالكة، و المثل و القيمة إنما وجبا بدلا عن العين لغلبة خروجها عن يد المقرض، و لأنه إذا استحق المطالبة بالمثل أو القيمة فبالعين بطريق أولى.

و عن المشهور العدم بحيث لو طلبها المقرض فلا- يجب على المقرض إرجاع العين بل يجوز له رد مثلها، لأن فائده الملك التسلط على المملوك و الأصل فيه عدم خروجه عنه إلا برضاه، مع أن الحق قد ثبت فى الذمه و هو مخير فى جهة القضاء.

و لأن القرض من العقود اللازمه بالنسبه لعدم جواز الرجوع إلى العين نعم هو من العقود الجائزة بالنسبه إلى أن للمقرض عدم الإنظار و مطالبه المقرض بالأداء، و لو قبل قضاء وطره، أو قبل مضى زمان يمكن فيه ذلك.

(٦) لعدم حصول الملك إلى الآن، لأن المفروض عدم التصرف و الملك متوقف على التصرف، هذا من جهة و من جهة أخرى المراد من التصرف هو التصرف المتلف للعين أو الناقل للملك على ما يظهر من المسالك، و عليه فما دامت العين عند المقرض لم يحصل التصرف الموجب للملك فيجوز للمقرض الرجوع.

(٧) أى يوجب دفع العين مع طلب مالكةا.

(٨) أى ملكنا المقرض.

(٩) و هو قول الشيخ و قد تقدم.

و لا- يلزم اشتراط الأجل فيه (١) لماله (٢)، و لا- لغيره (٣)، لأنه عقد جائز فلا يلزم ما يشترط فيه، إلحاقا لشرطه بجزئه، نعم لو شرط أجل القرض في عقد لازم لزم على ما سبق (٤).

(و يجب) على المديون (نيه القضاء) (٥) سواء قدر على أدائه أم لا- (٦) بمعنى (١) لو شرط التأجيل في القرض لم يلزم على المشهور، لأن عقد القرض جائز فمن باب أولى شرطه، و عن الكاشاني و جماعه من المتأخرين أنه يلزم لوجوب الوفاء بالشرط، و لأن القرض عقد لازم بالنسبة للمقرض بدليل عدم جواز رجوعه على العين، و لازمه أن يكون كل شرط على المقرض لازما. (٢) أي لمال القرض.

(٣) أي لغير مال القرض.

(٤) من لزوم الشرط إذا كان في عقد لازم.

(٥) الوجوب هنا ليس مختصا بقضاء دين الناس و ردّ حقوقهم، بل يجب نيه القضاء على كل من عليه حق سواء كان الحق آدميا أو لا، و سواء كان الآدمي حاضرا أو غائبا، لأن مقتضى الإيمان أن لا يكون متهاونا في قضاء ما عليه نعم خصّ الفقهاء وجوب نيه القضاء بمن كان عليه دين، و قد غاب صاحبه غيبه منقطعه تبعا لاقتصار النصوص على هذه الصورة.

منها: صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه و لا على ولي له، و لا يدرى بأى أرض هو، قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء) (١)، و مثله غيره.

و مما يدل على وجوب نيه القضاء مطلقا سواء كان صاحبه غائبا أو حاضرا مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السّلام (من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق) (٢) و خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السّلام (أيما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا، و في نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي) (٣) و خبر ابن رباط عن أبي عبد الله عليه السّلام (من كان عليه دين ينو قضاءه كان معه من الله حافظان يعينانه على الأداء عن أمانته، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونه بقدر ما قصر من نيته) (٤).

(٦) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

ص: ١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الدين حديث ٢ و ٥ و ٣.

العزم - و إن عجز - على الأداء إذ (١) قدر، و سواء كان صاحب الدين حاضرا أم غائبا، لأن ذلك من مقتضى الإيمان، كما يجب العزم على أداء كل واجب، و ترك كل محرم. و قد روى: أن كل من عزم على قضاء دينه أعين عليه: و أنه ينقص من مئوته بقدر قصور نيته.

(و عزله عند وفاته (٢)، و الإيضاء به لو كان صاحبه غائبا) لتمييز الحق، و يسلم من تصرف الوارث فيه، و يجب كون الوصاية إلى ثقه، لأنه تسليط على مال الغير و إن قلنا بجواز الوصاية إلى غيره في الجملة، (و لو جهله (٣) و يئس منه تصدق به عنه) في المشهور. و قيل: يتعين دفعه إلى الحاكم، لأن الصدقة تصرف في مال الغير بغير إذنه، و يضعف بأنه إحسان محض إليه، لأنه إن ظهر و لم يرض بها ضمن له عوضها و إلا فهي أنفع من بقاء العين المعزولة المعرضة لتلفها بغير تفريط المسقط لحقه. و الأقوى التخيير بين الصدقة، و الدفع إلى الحاكم، و ابقائه في يده.

(١) ظرف متعلق ب «الأداء».

(٢) يجب على المقترض عزل الدين عند وفاته إن كان صاحبه غائبا غيبه منقطعه الأثر، بلا خلاف فيه كما عن المختلف، لأنه أبعد عن تصرف الورثة فيه، و يشعر به خبر هشام بن سالم (سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السلام و أنا جالس فقال: إنه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالأجر ففقدها و بقي له من أجره شيء و لا نعرف له وارثا، قال: فاطلبه، قال: قد طلبناه و لم نجده، فقال: مساكين و حرّك يديه.

قال: فأعاد عليه، قال: اطلب و أجهد فإن قدرت عليه و إلا فكسبيل مالك حتى يجيء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوصى به إن جاء له طالب أن يدفع إليه(١).

و منه تعرف حكم الإيضاء به و المراد من الوصية هنا هو جعل المال تحت يد الوصي حتى يوصله إلى رب المال أو ورثته، و في النهاية: أنه يوصى به إلى من يثق به، لأن الوصية تسليط على مال الغير فيجب أن يكون الوصي ثقه لئلا يتصرف فيه تصرفا غير مأذون فيه، و إن قلنا بجواز كون الوصي غير ثقه في غير هذا المورد عند ما يوصى الإنسان بماله.

(٣) أي جهل المستقرض المقرض، بحيث اجتهد في طلبه بعد غيابه و لم يعثر عليه، قال

ص: ١٦

و لا تصح قسمه الدين (١) المشترك بين شريكين فصاعدا على المشهور، (بل الحاصل منه (٢) لهما، و التأوى (٣) بالمشاه و هو الهالك (منهما)، و قد يحتال (٤) الشيخ بالتصدق به عنه و تبعه عليه جماعه من الأصحاب، و توقف المحقق و العلامه فى الكثير من كتبه لعدم النص على الصدقه، و من ثم ذهب ابن إدريس إلى عدم جواز الصدقه، لأنها تصرف فى مال الغير و هو غير مأذون فيه شرعا فيتعين عليه التسليم إلى الحاكم.

هذا و استدلل للتصدق به عنه بأن الصدقه إحسان محض بالنسبه إلى المالك، لأنه إن ظهر ضمن له عوضها على تقدير عدم الرضا بالصدقه، و إلا فالصدقه أنفع له من بقاء العين و هى فى معرض التلف، و هو تلف بغير تفريط و هو مؤدى إلى سقوط حقه، و لذا قال الشارح فى المسالك: (فالعامل بهذا القول - أى التصديق - أجود خصوصا مع تعذر قبض الحاكم لها، أما معه فهو أحوط، و حيث يمكن مراجعته فهو أولى من الصدقه بغير إذنه و إن كان جائزا، لأنه أبصر بمواقعها، و مصرفها مصرف الصدقه المندوبه، و إن وجبت على المديون أو وارثه بالعارض) انتهى.

(١) بأن كان لاثنين مال فى ذمم الناس، ثم تقاسما مالهما بأن يتراضيا على أن ما فى ذمه زيد لأحدهما و ما فى ذمه عمرو للآخر، فهذه القسمه غير صحيحه عند المشهور، و حينئذ ما يحصل من أحد المديونين فهو لهما و ما يذهب فهو عليهما للأخبار.

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجلين كان لهما مال بأيديهما و منه متفرقا عنهما فاقتهما بالسويه ما كان بأيديهما و ما كان غائبا عنهما، فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا و استوفى الآخر، عليه أن يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله) (١)، و موثق ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجلين بينهما مال منه دين و منه عين، فاقتهما العين و الدين، فتوى الذى كان لأحدهما من الدين أو بعضه، و خرج الذى للآخر أ يردّ على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله) (٢).

و خالف ابن إدريس بأن القسمه صحيحه و الأخبار تدفعه.

(٢) من الدين.

(٣) يقال: توى المال بكسر الواو يتوى إذا هلك.

(٤) قد ذكر غير واحد للاحتيال فى قسمه الدين الحواله، بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه

ص: ١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الدين حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشركه حديث ٢.

للقسمه بأن يحيل كل منهما صاحبه بحصته التي يريد إعطاءها صاحبه و يقبل الآخر، بناء على صحة الحواله من البرىء، و كذا لو اصطلاحا على ما فى الذمم بعضا ببعض (١) وفاقا للمصنف فى الدروس.

فى بيع الدين

(و يصح بيعه بحال (٢) الذى فى ذمه أحد المديونين، و ذلك بأن يحيل أحد الدائنين صاحبه بما له فى ذمه زيد، و الدائن الآخر يحيل صاحبه بماله فى ذمه عمرو، فالمال المشترك لهما قد تميز حينئذ، و يكون ما فى ذمه زيد للدائن الثانى، و ما فى ذمه عمرو للدائن الأول.

و لكن هذه الحواله من برىء و هو الذى ليس فى ذمته دين، فكل من الدائنين غير مشغول الذمه لصاحبه الذى أحاله، و لذا لا بد من القول بصحة الحواله من البرىء أو كون أحد الدائنين مشغول الذمه لصاحبه الذى أحاله، و الثانى لا إشكال فى صحته، و الأول قال عنه فى الجواهر (لم أجد فيه خلافا سوى ما حكاه الشهيد فى الحواشى المنسوبه إليه من توقف الفاضل فى التذكرة فى ذلك، و لا ريب فى ضعفه).

(١) بأن يجعل أحدهما نصيبه فى ذمه أحد المديونين فى قبال نصيب شريكه فى ذمه الآخر صلحا، و قد احتمله فى جامع المقاصد، و استقرب صحته فى الدروس، و استحسنة الشارح فى المسالك بناء على كون الصلح أصلا برأسه، و النصوص المانعه المتقدمه لا تشمل الصلح و لا الحواله لأنها مقيده بالقسمه فيقتصر فيها على موردها.

(٢) يجوز بيع الدين بعد حلوله على الذى هو عليه بحال بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال لعموم أدله البيع، و على غير الغريم على المشهور شهره عظيمه، و لم يخالف إلا ابن إدريس حيث منع ذلك، و هو ضعيف لعدم المانع بعد وجود المقتضى من عموم أدله البيع.

بل مقتضى هذا العموم جواز بيع الدين قبل حلوله كما هو صريح العلامه فى التذكرة و ظاهر المختلف و صريح الروضه و ظاهر اللمعه، و أشكل عليه بأن الدين قبل الحلول غير مستحق للدائن فى ذمه المديون، و فيه: إنه حق مالى إلى آخر ما يعتبر فى المبيع، فيصح بيعه على حالته التى هو عليها، و إن لم تجز المطالبه به قبل الأجل.

و أشكل عليه أيضا بعدم إمكان قبضه الذى هو شرط فى صحته البيع، و فيه: منع اشتراط إمكان القبض حين العقد بل الشرط إمكانه مطلقا، مع أنه يمكن القبض بعد الحلول، و هو كما لو باعه عينا غائبه منقوله لا يمكن قبضها حال العقد و يمكن قبضها بعد مضى زمان يمكن وصولها فيه.

نعم قد تقدم فى باب السلف عدم جواز بيعه قبل قبضه و لكنه مختص ببابه فجّر حكمه إلى غيره قياس.

و إن لم يقبض (١) من المديون (٢) و غيره (٣)، حالا كان الدين، أم مؤجلا، و لا يمنع تعذر قبضه حال البيع من صحته (٤) لأن الشرط إمكانه (٥) فى الجملة لا حاله البيع، و لا فرق فى بيعه بالحال بين كونه مشخصا، و مضمونا على الأقوى (٦)، للأصل (٧)، و عدم صدق اسم الدين عليه (٨)، (لا بمؤجل) (٩) لأنه بيع دين بدين.

و على كل فإذا جاز بيع الدين فإن باعه بالحال الحاضر من الأعيان المتشخصه فيصح بلا خلاف و لا إشكال، و إذا باعه بالحال المضمون الذى هو عين موصوفه بكذا، فهو أمر كلى ثابت فى الذمه و صادق على أفراد متعدده، فإذا خرج المدفوع فردا له فهو و إلا بقى الثمن مضمونا فى الذمه، فيصح هذا البيع لعدم صدق بيع الدين بالدين المنهى عنه ضروره عدم إرادته التأخير من المضمون.

(١) أى الحال.

(٢) أى يصح بيع الدين من المديون و المعنى صحه بيع الدين على الغريم.

(٣) أى غير المديون.

(٤) أى صحه البيع.

(٥) أى إمكان القبض مطلقا لا حال العقد.

(٦) قال فى الجواهر: (كما هو ظاهر الروضه حيث جعل الجواز أقوى، و هو مشعر بل ظاهر فى وقوع الخلاف، و وجهه قوه احتمال صدق الدين عليه بناء على تضمينه الأجل و لو فى الزمان السابق على العقد فيلزم حينئذ بيع الدين بالدين) انتهى.

و فيه: إن البحث فى المضمون الكلى غير المؤجل فلا داعى لهذا الاحتمال أبدا.

(٧) أى أصاله الصحه فى العقود.

(٨) على المضمون الحال.

(٩) لا يصح بيع الدين بالمضمون المؤجل الذى شرط تأجيله فى متن العقد كأن يقول: بعتك هذا الدين الذى لى فى ذمه عمرو بمائه درهم بشرط أن تدفعها بعد شهر، على المشهور لأنه بيع دين بدين فيشملة النهى و هو خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: لا يباع الدين بالدين) (١).

و قيل: يكره كما عن المحقق و جماعه لعمومات أدله البيع التى يجب الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و المتيقن من بيع الدين بالدين المنهى عنه هو ما كان دينا قبل العقد و قبل أن تتعلق به باء العوض، و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده

و فيه نظر، لأن الدين الممنوع منه: ما كان عوضا حال كونه دينا بمقتضى تعلق الباء (١) به، و المضمون عند العقد ليس بدين و إنما يصير دينا بعده فلم يتحقق بيع الدين به (٣)، و لأنه يلزم مثله في بيعه بحال (٣) و الفرق غير واضح، و دعوى إطلاق اسم الدين عليه إن أرادوا به قبل العقد فممنوع (٤)، أو بعده فمشارك (٥)، و إطلاقهم له عليه (٦) عرفا إذا بيع به فيقولون: باع فلان ماله بالدين مجاز بقصد أن الثمن بقى في ذمته دينا بعد البيع، و لو اعتبر هذا الإطلاق جاء مثله في الحال إذا لم يقبضه، خصوصا إذا أمهله به من غير تأجيل (٧).

(و زياده) عن قدره، (و نقيصه (٨)، إلا- أن يكون ربويا) فتعتبر المساواه، (و لا- يلزم المديون أن يدفع إلى المشتري إلا ما دفع المشتري) إلى البائع (على روايه (٩) فلم يتحقق بيع الدين بالدين، و قد حكم بالكراهه خروجها من خلاف من منع منه.

(١) أى باء العوض.

(٢) أى بالدين.

(٣) أى إن كان ثبوت العوض في الذمه بسبب العقد يجعله دينا مانعا من صحه بيع الدين به فيلزم مثله في بيع الدين بالحال و الفرق تحكّم، و فيه: لا- كلام في ثبوت المؤجل و الحال في الذمه، و إنما التأجيل شرط في المؤجل دون الحال، و لهذا الفرق يظهر الحال في صدق الدين على الأول دون الثانى.

(٤) كما هو واضح لعدم ثبوته في الذمه إلى حين العقد.

(٥) أى و إطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل بعد العقد فهو مشترك بين المؤجل و الحال لكونهما معا يثبتان في الذمه بمجرد العقد.

(٦) أى و إطلاق اسم الدين على المضمون المؤجل عرفا إذا بيع الدين به.

(٧) و من هنا تعرف أنه مع عدم شرطيه التأجيل لا يصدق اسم الدين على الحال بخلاف المضمون المؤجل الذى شرط تأجيله.

(٨) لعموم أدله البيع، و قد تقدم جواز بيع الدين على غير المديون كما عرفت من دون خلاف إلا من ابن إدريس.

(٩) و هى روايه محمد بن الفضيل (قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى دينا على رجل ثم ذهب إلى صاحب الدين، فقال له: ادفع إلى ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، فقال:

يدفع إليه قيمه ما دفع إلى صاحب الدين، و برئ الذى عليه المال من جميع ما بقى

(محمد بن الفضل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام) و قريب منها روايه أبي حمزه عن الباقر عليه السلام، و إنما اقتصر على الأولى، لأنها أصرح (١)، و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه. و يظهر من المصنف (٢) الميل إليه، و فى الدروس لا معارض لها، لكن المستند ضعيف، و عموم الأدله تدفعه، و حمل (٣) على الضمان مجازاً، لشبهه بالبيع عليه (١)، و قريب منه خبر محمد بن الفضيل عن أبي حمزه (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له على رجل دين فجاءه رجل فاشتري منه بعرض، ثم انطلق إلى الذى عليه الدين فقال: أعطنى ما لفلان عليك فإننى قد اشتريته منه، كيف يكون القضاء فى ذلك؟ فقال أبو جعفر عليه السلام: يردّ الرجل الذى عليه الدين ماله الذى اشتري به من الرجل الذى له الدين) ٢.

و عمل بهما الشيخ و تبعه ابن البراج و الشهيد فى ظاهر الدروس، و الخبران ضعيفان بمحمد بن الفضيل فإنه يرمى بالغلو كما فى الخلاصه، و فى الفهرست أنه ضعيف، بالإضافة إلى مخالفتها لقواعد المذهب و أصوله لأن عقد القرض الذى يجب الوفاء به قد وقع على الجميع فلا وجه للاقتصار على البعض.

(١) لأنها صرحت ببراءه المديون مما بقى عليه، و لصراحتها ينسب الحكم إليها دون الثانية.

(٢) فى اللمعه.

(٣) بمعنى أن الشراء فى الروايه محمول على الضمان بمعنى أن المطالب ضمن عن المديون ما عليه، و دفع عرضا قيمته أقل من الدين، و ليس للضامن أن يأخذ من المضمون عنه زياده عما دفع، فيكون له حينئذ قيمه ما دفع و برئ المديون من جميع ما عليه، و هذا الحمل للعلامه فى المختلف حيث قال: (لا بد من محمل للروايتين و ليس بعيداً من الصواب أن يحملا على أمرين: الأول الضمان، و يكون إطلاق البيع و الشراء مجازاً عليه بنوع من المجاز، إذ الضامن إذا أدى عن المضمون عنه بإذنه عوضاً عن الدين كان له المطالبه بالقيمه، و هو نوع من المعاوضه تشبه البيع، بل هو فى الحقيقه، و إنما يفصل عنه بمجرد اللفظ لا غير.

و المحمل الثانى أن يكون البيع قد وقع فاسداً، فإنه يجب على المديون دفع ما يساوى مال المشتري إليه بالاذن الصادر من صاحب الدين، و يبرأ من جميع ما بقى عليه من المشتري، لا من البائع، و يجب عليه دفع الباقي إلى البائع لبراءته من المشتري، و هذان الحملان قريبان من صرف الروايتين إليهما) انتهى.

ص: ٢١

فى المعاوضه، أو على فساد البىع (١)، للربا (٢) و غيره فىكون الدفع (٣) مأذونا فىه من البائع فى مقابله ما دفع، و ببقى الباقى لمالكه (٤). و الأقوى مع صحه البىع لزوم دفع البىع، و بىجب مراعاة شروط الربا و الصرف (٥) و لو وقع صلحا اغتفر الثانى (٦)! خاصه (٧).

(و منع ابن إدريس من بىع الدين على غير المديون) استنادا إلى دليل قاصر (٨)، و تقسيم غير حاصر (٩)،...

و كلاء-الحملين ضعيفان حيث صرحت الروايه الأولى ببراءه ذمه المديون و لا بىجب عليه دفع الباقى و به يبطل الحمل الثانى، و صرحت الروايه أيضا بالشراء و الأصل حملة على المعنى الحقيقى له و به يبطل الحمل الأول.

(١) و هو الحمل الثانى و قد تقدم.

(٢) تعليل لفساد البىع.

(٣) أى دفع المديون إلى المشتري.

(٤) أى ما دفعه المشتري إلى الدائن.

(٥) أى للبائع فى ذمه المديون، هذا و يكون المراد ببراءه المديون فى الروايه الأولى البراءه من حق المشتري لا مطلقا كما فى الرياض، و قد عرفت ضعف هذا الحمل.

(٦) فتجب مراعاة شروط الربا إذا كانا من جنس الربوى، و هو مما يكال أو يوزن، و تجب مراعاة شروط الصرف إذا كانا من الذهب و الفضة.

(٧) أى شروط الصرف دون الربا لجريان الربا فى كل معاوضه صلحا أو بىعا أو غيرهما عملا بإطلاق أدلته، قال فى المسالك: (و لا بدّ من رعايه السلامه من الربا و رعايه شروط الصرف لو كان أثمانا، و لو وقع ذلك بصيغه الصلح صح أيضا و سلم من اعتبار الصرف لا من الربا على الأقوى فيهما، لدخول الربا فى كل معاوضه عملا بإطلاق الآيه - أى و حرّم الربا -، و اختصاص الصرف بالبىع) انتهى.

(٨) و هو الإجماع و قد خطّاه صاحب الجواهر كيف و المشهور قد ذهب إلى الصحه.

(٩) التقسيم هو: إن المبيع إما عين معينه أو فى الذمه، و الأول إما بىع عين مرثيه مشاهده فلا تحتاج إلى وصف و إما عين غير مشاهده فتحتاج إلى وصف و ذكر الجنس و هو بىع خيار الرؤيه.

و الثانى و هو بىع ما فى الذمه فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين و الوصف الخاص، فهذه ثلاثه أقسام للمبيع، و الدين ليس واحدا منها، لأنه ليس عينا مشاهده و لا معينه موصوفه إذ للمديون التخيير فى جهات القضاء من ردّ نفس العين أو مثلها، و ليس الدين

فى ما لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم ثم قضى منه دين المسلم

(و لو باع الذمى ما لا يملكه المسلم) كالخمر و الخنزير (ثم قضى منه دين المسلم (٢) صح قبضه و لو شاهده) المسلم، بسلف إجماعا، و لا قسم رابع فى الين فيتعين القول بطلان بيعه.

و ردُّ بأن الدين عين موصوفه، و التخيير للمديون لا يخرج الدين عن كونه كذلك فيصح بيعه لعموم أدله البيع هذا و قد علق الشارح فى الروضه هنا كما فى الطبعه الحجرية بقوله (حاصل...) يرجع إلى حصر حاصل استدلال ابن إدريس على المنع من بيعه على غير المديون يرجع إلى حصر ادعى صحته و هو: أن المبيع إما عين معينه أو فى الذمه، و الأول إما بيع عين مرثيه مشاهده فلا يحتاج إلى وصف، و إما بيع عين غير مشاهده فيحتاج إلى وصفها و ذكر جنسها و هو بيع خيار الرؤيه و أما الذى فى الذمه فهو السلف المفتقر إلى الأجل المعين و الوصف الخاص، قال: و الدين ليس عينا مشاهده و لا معينه موصوفه إذ للمديون التخيير فى جهات القضاء، و ليس بسلم إجماعا و لا قسم رابع هنا لنا.

ثم اعترض على نفسه بأنه خلاف الإجماع لانعقاده على صحه بيع الدين، ثم أجاب بأن العمومات قد تخصّ، و الأدله هنا عامه تخصّ بها بيعه على غير من هو عليه، ثم عقب ذلك بأنه تحقيق لا- يبلغه إلا- محقق أصول الفقه و ضابط فروع المذهب، عالم بأحكامه محكم لمداره و تقريراته و تقسيماته، ثم استدل أيضا بالإجماع على عدم صحه جعل الدين مضاربه إلا بعد قبضه، ثم أظن فى ذلك بما لا محصل له.

و أنت خبير بأن التقسيم الذى ادعى فيه الحصر لا دليل عليه، و أما ما ادعاه من الإجماع وارد عليه، و ما أعتذر عنه من التخصيص متوقف على قيام المخصص و هو مفقود، و المنع من المضاربه على الدين لا مدخل له فى المنع من بيعه أصلا، و إلا لمنع من بيعه على من هو عليه كما يمنع من مضاربه.

و إنما المانع عندهم من المضاربه أمر آخر أشرنا إليه فى بابه، و لا فرق بين البيع للدين و السلم فيه إلا بالأجل، و هو لا يصير المجهول معلوما.

(١) سواء كان البيع على المديون أم على غيره.

(٢) لو باع الذمى لمثله ما لا يحله المسلم كالخمر و الخنزير ثم قضى منه دين المسلم جاز للمسلم أخذه عوضا عن الحق الذى له فى ذمه الذمى بلا خلاف فيه، مع مراعاة شرائط الذمه كالتستر و نحوه لإقرار شريعتنا على ما عنده للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يكون لى عليه الدراهم فيبيع بها خمرا أو خنزيرا ثم يقضىنى منها، قال: لا بأس، أو قال: خذها) (١)، و من المعلوم إرادته

١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣.

لإقرار الشارع له على ذلك، لكن بشرط استتاره به كما هو مقتضى الشرع، فلو تظاهر به (١) لم يجوز و من ثم يقيد بالذمي، لأن الحربى لا يقتر على شىء من ذلك فلا يجوز تناوله منه.

فى تحلل الدين و عدمه

(و لا- تحلّ الديون المؤجله بحجر المفلس (٢)، عملا- بالأصل،(خلاف لابن الجنيّد رحمه الله) حيث زعم أنها تحل، قياسا على الميت، و هو باطل، مع وجود الفارق بتضرر الورثه إن منعوا من التصرف إلى أن يحل (٣)، و صاحب الدين (٤) إن لم يمنعوا، بخلاف المفلس لبقاء ذمته.

(و تحل) الديون المؤجله (إذا مات المديون) (٥)، سواء فى ذلك مال السلم، الذمي من الخير لإقرار شريعتنا له خاصة على ما عنده، و لمعلوماته البطالان بالنسبه إلى غيره، و للتصريح به فى خبر منصور بن حازم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: لى على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر و الخنزير و أنا حاضر فيحلّ لى أخذها؟ فقال: إنما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك) (١).

(١) فمع التظاهر يكون قد أخلّ بشرائط الذمه و يكون بحكم الحربى عند الأصحاب.

(٢) على المشهور لأصالة إبقاء ما كان كما كان، و خالف ابن الجنيّد عملا بالقياس على الميت، و هو قياس باطل مع وجود الفارق بتحقيق الضرر على الورثه إن منعوا من التصرف إلى حلول الدين، و بتضرر صاحب الدين إن لم يمنعوا، كل ذلك لعدم الذمه للميت بخلاف المفلس فإن له ذمه.

(٣) أى يحلّ الدين.

(٤) أى و بتضرر صاحب الدين.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا مات الرجل حلّ ماله و ما عليه من الدين) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليه السلام (إذا كان على الرجل دين إلى أجل و مات الرجل حلّ الدين) (٣).

و ظاهر الخبرين عدم الفرق بين مال السلم و غيره، و منه تعرف ضعف ما عن الفخر فى إيضاحه و الشهيد فى حواشيه من عدم حلول السلم بالموت، لأن الأجل يقتضى قسطا من الثمن.

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الدين حديث ١ و ٣.

و الجنايه المؤجله، و غيرهما، للعموم، و كون، أجل السلم يقتضى قسطا من الثمن، و أجل الجنايه بتعيين الشارع و ليتحقق الفرق بين الجنايات (١) لا- يدفع عموم النص (و لا- تحل بموت المالك (٢)، دون المديون للأصل، خرج منه موت المديون فيبقى الباقي.

و قيل: تحل، استنادا إلى روايه مرسله، و بالقياس على موت المديون. و هو باطل.

(و للمالك انتزاع السلعه) التى نقلها إلى المفلس قبل الحجر و لم يستوف عوضها مع وجودها مقدّما فيها على سائر الديان (٣) (فى الفلّس إذا لم تزد زياده) و لا فرق أيضا بين الجنايه المؤجله كديه الخطأ و غيره، و قيل: بأن مال الجنايه لا يحلّ، لأن التأجيل شرعى بلا مدخله لرضا الميت فيه و بدون الأجل لا تكون الديه شرعيه، و عموم النص المتقدم يدفعه.

(١) فديه القتل عمدا فى سنه، و شبه العمد فى سنتين، و ديه الخطأ فى ثلاث سنين، فلو كانت الجنايه خطأ ثم مات بعد سنه، و حلت الديه بتمامها بعد الموت لما بقى فرق بين ديه الخطأ و ديه العمد.

(٢) أى الدائن على المشهور لأصالة إبقاء ما كان كما كان، و إنما خرج المديون بالنص.

و عن الشيخ فى النهايه و أبى الصلاح و القاضى و الطبرسى إلى أنها تحلّ لخبر أبى بصير المتقدم (إذا مات الرجل حلّ ماله)، و هى مهجوره عند الأصحاب بشهاده صاحب الجواهر بالنسبه لصدرها، بالإضافة إلى إرسالها حيث رواها الكلينى عن أبى على الأشعري عن محمد بن عبد الجبار عن بعض أصحابه عن خلف بن حماد عن إسماعيل بن أبى قره عن أبى بصير.

(٣) المشهور على أنه من وجد عين ماله فله أخذه، و لو لم يكن سواه لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام (إذا أفلس الرجل و عنده متاع رجل بعينه فهو أحق به) (١)، و صحيح عمر بن يزيد عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه، قال: لا يحاصّه الغرماء) (٢).

و الشيخ فى التهذيب و الاستبصار و النهايه و المبسوط أن الغريم له أخذ عين ماله إذا كان

ص: ٢٥

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الحجر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

(متصله (١) كالسمن، و الطول، فإن زادت كذلك لم يكن له أخذها، لحصولها على ملك المفلس فيمتنع أخذ العين بدونها (٢) و معها (٣). (وقيل: يجوز) انتزاعها (و إن زادت) لأن هذه الزيادة صفه محضه و ليست من فعل المفلس فلا تعدّ مالا له، في البقيه وفاء للديون الثابته على المفلس لصحيح أبي ولّاد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه فمات المشتري قبل أن يحل ماله، و أصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال عليه السّلام: (إذا كان عليه دين و ترك نحو ما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو ما من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شيء، يأخذ بحصته و لا سبيل له على المتاع)(١).

و فيه: إن الخبر صريح في غريم الميت، لا- في غريم المفلس كما هو مفروض المسأله، هذا من جهه و من جهه أخرى يبقى السؤال كيف يمكن لمال المحجور عليه أن يفى بالديون مع أنه يجب أن يكون ماله أقل حتى يحجر عليه، و الجواب بأنه قد يكون ماله قاصرا في ابتداء الحجر و لكنه تجدد الوفاء فيما بعد بإرث أو اكتساب أو ارتفاع قيمه أمواله أو نمائها.

(١) أما مع عدم الزيادة فهو مورد النص المتقدم، و أما مع الزيادة المتصله كالسمن و الطول فتزيد لذلك قيمه العين، فعن الشيخ و جماعه منهم العلامه في القواعد أنه يرجع الغريم على العين و له أخذها، لأن هذا النماء يتبع الأصل، لأنه صفه محضه، و ليس من فعل المفلس فلا يعدّ مالا له، و لأنه يصدق على الغريم أنه وجد عين ماله فيرجع به.

و تردد المحقق في الشرائع، لأن النماء المتصل قد وقع في ملك المفلس و إن لم يكن بفعله فهو له لأنه نماء ملكه، و لأن الرجوع على العين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على ما لا يستلزم فوات شيء على المفلس.

و لذا ذهب العلامه في المختلف و ابن الجنيّد و المحقق الثاني إلى أن الزيادة للمفلس لكنها لا تمنع من رجوع الغريم لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان المفلس شريكا معه بالنسبه.

و عن العلامه في التذكرة المنع من الرجوع لعدم صدق وجدان العين، لأنها زادت، بل الرجوع على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن و هو ما لم تزد العين.

(٢) أي بدون الزيادة المتصله لاستحاله التفكيك.

(٣) لأنها مال المفلس.

ص: ٢٤

و لعموم من وجد عين ماله فهو أحق بها، و فى قول ثالث: يجوز أخذها، لكن يكون المفلس شريكا بمقدار الزيادة،(و لو كانت الزيادة منفصله) كالولد و إن لم ينفصل، و الثمره و إن لم تقطف (لم يمنع) من الانتزاع (١) و كانت الزيادة للمفلس، و لو كانت بفعله (٢) كما لو غرس (٣)، أو صبغ الثوب (٤)، أو خاطه، أو طحن (٥) الحنطه كان شريكا بنسبه الزيادة.

فى قصور التركه عن الغرماء

(و غرماء الميت سواء فى تركته مع القصور (٦) فيقسم على نسبه الديون، (١) بلا خلاف لصدق وجدان العين من دون زياده فيها، نعم النماء المنفصل للمفلس لأنه انفصل فى ملكه و هو نماء ملكه، بلا فرق فى الولد بين الحمل و المنفصل، و لا فى اللبن بين المحلوب و غيره لكون الجميع نماء ملك المشتري.

(٢) أى بفعال المفلس.

(٣) قال فى المسالك: (اعلم أن الزيادة اللاحقه للمبيع لا تخلو إما أن تكون من نفسه - أى نفس المبيع - أو من خارج، و الأول إما متصله محضا كالسمن، أو منفصله محضا كالولد، أو منفصله من وجه دون آخر كالحمل، و قد تقدم حكم الثلاثه.

و الزيادة الخارجيه إما أن تكون عينا محضا كالغرس - غرس بذر أو نبت -، أو صفه محضه كنسج الغزل و قصر الثوب، أو صفه من وجه و عينا من آخر كصبغ الثوب) انتهى.

فللغريم الرجوع على العين لأنها قائمه و هى متميزه عن بقيه مال المفلس، و للمفلس الزيادة الخارجيه لأنها بفعله، و هو فعل محترم غير متبرع به، و كلما كان كذلك فيجب أن لا يضيع على فاعله.

(٤) مثال للزيادة الخارجيه و كانت صفه من وجه و عينا من وجه آخر.

(٥) الخياطه و الطحن مثال للزيادة الخارجيه إذا كانت صفه محضه، و الفرس المتقدم مثال للزيادة الخارجيه إذا كانت عينا محضا.

(٦) أى مع قصور تركته لما عليه من الدين، فلا- يجوز للمالك الرجوع على عين ماله لو باعه لإنسان ثم مات هذا الإنسان المشتري، بل يكون المالك مع بقيه غرماء الميت سواء فى التركه، إذا لم يترك نحو مما عليه، و أما إذا ترك نحو مما عليه فيجوز حينئذ لصاحب العين أخذها، على المشهور و مستندهم صحيح أبى ولاد المتقدم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلى سنه فمات المشتري قبل أن يحل ماله، و أصاب البائع متاعه بعينه، له أن يأخذه إذا حقق له، فقال عليه السلام: إذا كان عليه دين و ترك نحو مما عليه فليأخذه إن حقق له، فإن ذلك حلال له، و لو لم يترك نحو من دينه فإن صاحب المتاع كواحد ممن له عليه شىء، يأخذ بحصته و لا سبيل له على

سواء في ذلك صاحب العين، وغيره، (و مع الوفاء لصاحب العين أخذها في المشهور)، سواء كانت التركة بقدر الدين أم أزيد و سواء مات محجورا عليه أم لا (١)، و مستند المشهور صحيحه أبي ولاد عن (الصادق) عليه السلام.

(و قال ابن الجنيد: يختص بها و إن لم يكن وفاء) كالمفلس، قياسا، و استنادا إلى روايه مطلقه (٢) في جواز الاختصاص، و الأول (٣) باطل و الثاني يجب تقييده بالوفاء جمعا. و ربما قيل: باختصاص الحكم (٤) بمن مات محجورا عليه، و إلا فلا اختصاص مطلقا (٥)، و صحيح النص يدفعه (و لو وجدت العين ناقصه بفعل) المتاع (١).

و خالف الإسكافي ابن الجنيد فقال: بجواز الرجوع إلى العين و إن لم تف التركة بما على الميت قياسا على المفلس، و لمرسل جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري المتاع و لم يقبض الثمن، ثم مات المشتري و المتاع قائم بعينه، فقال:

إذا كان المتاع قائما بعينه ردّ إلى صاحب المتاع، و قال: ليس للغرماء أن يحاصّوه) (٢)، و قال الشارح في المسالك عنه (و هو ضعيف)، و قال صاحب الجواهر: (كأنه اجتهاد في مقابله النص)، لأن دليله الأول قياس و هو باطل، و مرسل جميل مقيّد بما إذا كانت التركة وافية بالدين جمعا بينه و بين صحيح أبي ولاد المتقدم.

ثم على مبنى المشهور لا- فرق في الميت بين أن يموت و هو محجور أو لا، لأن غرماء غرماء الميت لا غرماء المفلس، و خالف المحقق الثاني في جامع المقاصد فذهب إلى أن للغريم الرجوع على العين إذا كانت قائمه و كان الميت محجورا عليه، و أما إذا لم يكن محجورا عليه فلا اختصاص لصاحب العين سواء وفّت التركة أم لا، و صحيح أبي ولاد المتقدم يدفعه.

(١) في قبال المحقق الثاني.

(٢) و هي مرسل جميل المتقدم.

(٣) أي القياس.

(٤) و هو اختصاص الغريم بعين ماله إذا وجدها مع كون التركة وافية بالدين.

(٥) سواء كانت التركة وافية بالدين أم لا.

ص: ٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

(المفلس (١) أخذها إن شاء (و ضرب بالنقص (٢) مع الغرماء مع نسبته) أى نسبة النقص (إلى الثمن) بأن تنسب (٣) قيمه الناقص إلى الصحيحه و يضرب من الثمن الذى باعه به بتلك النسبه كما هو مقتضى قاعده الأرش، و لثلا يجمع بين العوض و المعوض فى بعض الفروض (٤)، (١)النقصان فى العين إما مما يتوسط عليه الثمن لجواز إفراده بالبيع كعبد من عبيدين، و نحوه كنصف الثوب، أو لا يكون كذلك كيد العبد و رجله، و على التقديرين فالتالف إما أن يكون تلفه من قبل الله تعالى، أو بجانبه الأجنبى، أو من المشتري، أو من البائع، فالصور ثمان.

فإن كان التلف مما له قسط من الثمن و كان التلف من فعل المشتري كان البائع مخيراً بين أن يضرب بالثمن مع الغرماء و لا يرجع على العين الناقصه، أو أن يرجع على الباقي من العين و يضرب مع الغرماء بحصته التالف، و هذا مما لا خلاف فيه كما فى المسالك لصدق عين المال على الموجود فللغريم أخذه، و إنما خالف بعض العامه و زعم أنه ليس له الرجوع بالباقي لأنه لم يجد المبيع بعينه و هو ضعيف و لو كان التلف مما لا قسط له من الثمن و كان التلف من فعل المشتري فليس للبائع إلا الرضا به على تلك الحال أو الضرب بالثمن، لأن البائع هنا لا حق له بالعين إلا بالفسخ المتجدد بعد العيب، و حقه قبل الفسخ فى الثمن، و هذا يعنى أن العين غير مضمونه على المشتري قبل الفسخ، و لازمه أن البائع لو فسخ فله نفس العين على ما هى عليه وقت الفسخ، و ما مضى من النقصان لم يتعلق حقه به، و ذهب ابن الجنييد و قواه العلامه فى المختلف و المحقق الثانى إلى أن البائع لو فسخ يستحق أرش النقصان، لأن فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال لصاحبه، فإن كان باقياً رجوع به، و إن كان تالفاً، رجوع ببدله كائناً ما كان بلا فرق بين تلف الجميع أو البعض، و كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع معارض بماله قسط من الثمن.

و أما بقيه الصور فسيأتى الكلام فيها.

(٢)ظاهره سواء كان النقص مما له قسط من الثمن أم لا.

(٣)كما لو كان قيمه العبد مائتين و قد اشتراه بمائه فجنى عليه المشتري بأن قطع يده، و أرش الجنايه هنا مائه لقطع اليد التى فيها نصف قيمه، فلا- يرجع البائع بالمائه لثلا يجمع بين العبد و بينها عند الفسخ، بل الأرش هنا الذى يرجع به هو جزء من الثمن نسبته إليه كنسبه نقصان قيمه إليها، فيرجع بخمسين مع العبد الذى اشتراه بمائه، و هذه هى قاعده الأرش المقرره عندهم.

(٤)كمثال العبد المتقدم.

و فى استفاده ذلك (١) من نسه (١) النقص إلى الثمن خفاء، و لو كان النقص بفعل غيره (٣) فإن وجب أرشه ضرب به قطعاً، و لو كان من قبل الله تعالى فالأقوى أنه كذلك، سواء كان الفأث مما يتوسط عليه الثمن بالنسبه كعبد من عبيد أم لا كيد العبد، لأن مقتضى عقد المعاوضه عند فسخه رجوع كل عوض إلى صاحبه، أو بدله.

و علم أن تخصيص النقص بفعل المفلس (٤) لا يظهر له نكته (٥)، لأنه إما مساو لما يحدث من الله تعالى، أو الأجنبى على تقدير الفرق (٦)، أو حكم الجميع (١) أى نسه النقص إلى القيمه الواقعيه و الرجوع من الثمن بمقدار تلك النسبه. (٢) الذى هو مفاد كلام الماتن.

(٣) فإن كان التلف من قبل الله تعالى سواء كان النقص مما له قسط من الثمن أو لا فيجرى فيه نفس الكلام الوارد فى النقص الصادر من المشتري و كان مما لا قسط له، من ذهاب المشهور إلى أن البائع ليس له إلا الرضا بالعين على حالتها حين الفسخ أو الضرب بالثمن، لأن البائع ليس له حق بالعين إلا بعد الفسخ، و أما قبله فحقه فى الثمن، و من الواضح أن العين قبل الفسخ غير مضمونه على المشتري فما ورد من نقص عليها قبل الفسخ ليس على المشتري و لم يتعلق حق البائع به.

و قد ذهب غير المشهور إلى استحقاق أرش النقصان لو فسخ البائع، لأن فسخ المعاوضه يوجب رجوع كل مال إلى صاحبه فإن كان باقياً رجوع به، و إن كان تالفاً رجوع ببدله كائناً ما كان بلا فرق بين تلف الجميع و البعض، مع كون العين فى يد المشتري غير مضمونه للبائع قبل الفسخ معارضا بما له قسط من الثمن و كان التلف من المشتري.

و إن كان التلف من الأجنبى سواء كان التالف مما له قسط من الثمن أم لا تخير البائع بين أخذ العين و الضرب بجزء من الثمن على نسه نقصان القيمه و بين الضرب بجميع الثمن و ذلك لأن الأجنبى لما ثبت عليه أرش الجنايه و الأرش جزء من المبيع و قد أخذه المشتري فلا يضيع على البائع، و هذا بخلاف التعيب بالآفه السماويه على مبنى المشهور حيث لم يكن لها عوض، و إلا فعلى مبنى غير المشهور فى الآفه السماويه فالحكم متحد، و إن كان التلف من البائع فهو كالأجنبى، لأنه جنى على ما ليس بمملوك له و لا فى ضمانه.

(٤) بلا فرق بين كون البديل بدلاً عن الجميع التالف أو البعض التالف.

(٥) فى عبارته الماتن.

(٦) لأن النقص الحاصل عن المفلس إذا كان حكمه حكم ما يحدث من قبل الله تعالى بعدم الأرش فلم خص المصنف النقص بالمفلس.

سواء على القول القوي.

(و لا- يقبل إقراره في حال التفليس بعين (١)، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله قبله) فيكون إقراره بها في قوة الإقرار بمال الغير، و للحجر عن التصرف المالي المانع من نفوذ الإقرار، (و يصح) إقراره (بدين) (٢) لأنه عاقل مختار فيدخل في و إذا كان حكمه حكم ما يحدث من الأجنبي بالأرش فلم خص المصنف النقص بالمفلس، هذا كله على تقدير الفرق بين النقص من قبل الله و بين النقص من قبل الأجنبي كما هو مبني المشهور في الآفة السماويه، فعلى هذا التقدير لا بد من ذكر أحدهما مع المفلس فالتخصيص غير حسن.

و إن لم يكن مذهب المصنف التفريق بين الأجنبي و فعل الله كما هو مبني غير المشهور في الآفة السماويه و كما هو مختار الشارح في المسالك و الروضه هنا فوجه عدم حسن التخصيص بالمفلس أظهر.

(١) فلا يقبل، لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله، فيكون الإقرار بها إقرارا منافيا لحق الغير.

و عن المبسوط للشيخ و التحرير للعلامه قبول إقراره لعموم النبوى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و هو ضعيف لتعلق حق الغير بالعين فلا يقبل إقراره بها، لأنه إقرار بمال الغير.

(٢) لو أقر المفلس بدين سابق على الحجر فيصح بلا خلاف فيه كما في الجواهر و قد قال:

(نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عدم صحه إقراره مطلقا، و لم نعرفه مع وضوح فساد، لمنافاته لما دلّ على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم) انتهى، و استدل أيضا بأن الحجر الموجود على المفلس ليس بمانع من صحه إقراره المذكور، لأن الحجر مانع في خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان، لأن فيه أحداثا تملكك جديد، و الإقرار هنا إخبار بالدين فهو ليس إحداثا تملكك بل هو إخبار عن تملكك.

ثم هل المقر له يشارك الغرماء أو لا؟ ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و المحقق في الشرائع و العلامه في التذكرة و التحرير أنه يشارك لعموم (إقرار العقلاء) المتقدم فينفذ تصرفه، و المقر له أحد الغرماء فلا بدّ من تقسيم مال المفلس بين غرمائه بما فيهم المقر له لعموم خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهم السلام (أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسّم ماله بينهم بالحصص، فإن أبى باعه

ص: ٣١

عموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و المانع في العين منتف هنا، لأنه في العين مناف لحق الديان المتعلق بها (و) هنا (يتعلق بدمته، فلا يشارك الغرماء المقر له) جمعا بين الحقين. (وقوى الشيخ رحمه الله) و تبعه العلامة في بعض كتبه (المشاركة) للخبر (١)، و لعموم الإذن (٢) في قسمه ماله بين غرمائه، و للفرق بين الإقرار، و الإنشاء فإن الإقرار إخبار عن حق سابق، و الحجر إنما يبطل إحداث الملك، و لأنه (٣) كالبينه، و مع قيامها لا إشكال في المشاركة.

و يشكل بأن ردّ إقراره ليس لنفسه، بل لحق غيره فلا ينافيه الخبر (٤)، و نحن فقسّم بينهم، يعني ماله (١).

و لأن الإقرار كالبينه، و مع قيام البينه فلا إشكال في المشاركة فكذا في مساويها، و لانتفاء التهمة على الغرماء لأن ضرر الإقرار في حقه أكثر منه في حق الغرماء، و لأن الظاهر من حال الإنسان أنه لا يقتر بدين عليه مع عدمه.

و في الجميع نظر، أما عموم الإقرار فنقول به و لكن لا يشارك الغرماء لتعلق حقهم بأعيان مال المفلس فلا بدّ من إلزام المفلس بالمال بعد زوال الحجر، و إلا لو قبل إقراره في الأعيان التي تعلق بها حق الغير لكان إقرارا في حق غيره لا على نفسه.

و أما خبر غياث فإنما هو في الغرماء حين الحكم بالحجر لا فيما يستجدّ، و نمنع مساواه الإقرار للبينه في جميع الأحكام، و يظهر أثره فيمن لا يقبل إقراره إذا أقيم عليه البينه، و إذا لم تكن القاعده كليه فلا تصلح كبرى للشكل و لا تنتج المطلوب.

مع أن التهمة موجوده في حق الغرماء لأنه يريد إسقاط حقهم بإقراره، و تحقق الضرر عليه لا يمنع من إيجابه الضرر عليهم، و لإمكان المواطاه بينه و بين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر إلا عليهم، و الأخير استحسان محض فلذا ذهب العلامة في بعض كتبه إلى عدم المشاركة و تبعه الشهيدان و الكركي و غيرهم، بل يثبت بدمته و يلزم بالمال بعد زوال الحجر.

(١) أي عموم النبوي المتقدم.

(٢) المستفاد من خبر غياث المتقدم.

(٣) أي الإقرار.

(٤) و هو النبوي المتقدم.

ص: ٣٢

قد قبلناه، على نفسه بإلزامه بالمال بعد الحجر، و مشاركة المقر له للغرماء هو المانع من النفوذ الموجب لمساواة الإقرار للإنشاء (١) فى المعنى، و كونه كاليينه مطلقا ممنوع، فما اختاره المصنف أقوى. و موضع الخلاف ما لو أسنده إلى ما قبل الحجر، أما بعده (٢) فإنه لا- ينفذ معجلا- قطعا، نعم لو أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جنايه، شارك (٣) لوقوع السبب (٤) بغير اختيار المستحق (٥) فلا تقصير، بخلاف المعامل (٦).

فى منع المفلس من التصرف

(و يمنع المفلس من التصرف) المبتدأ (فى أعيان أمواله) (٧) المنافى لحق (١) أى إنشاء الملك بالهبة أو غيرها.

(٢) أى بعد الحجر بحيث أقر بالدين الناتج عن معاملته، و قد وقعت بعد الحجر برضا الطرفين من المفلس و الذى عامله، فلا يشارك الدائن هنا الغرماء، لأن الإقرار لم يتعلق بأعيان ماله التى تعلق بها حق الغرماء، فيكون الإقرار مؤجلا إلى ما بعد الحجر نعم لو أقر بدين بعد الحجر و أسنده إلى ما يلزم ذمته كإتلاف مال أو جنايه فيجرى فيه الوجهان السابقان، لاتحاد المدرك كما فى الجواهر و المسالك و غيرهما، نعم قوى الشارح المشاركة هنا بقوله فى المسالك (و الفرق أن الجنايه و الإتلاف وقعا بغير اختيار المالك و المجنى عليه فلا يستند إلى تقصيره بخلاف المعامله لصدورها عن الرضا و الاختيار من الطرفين) انتهى.

(٣) أى شارك المقر له للغرماء.

(٤) و هو سبب الشراكه عن الإتلاف و الجنايه.

(٥) أى مستحق الشركه و هو المقر له.

(٦) و هو الذى أوجد المعامله مع المفلس من قرض أو بيع أو نحوهما.

(٧) لا خلاف فى منع المفلس بعد الحجر من التصرف فى أعيان أمواله الموجوده حال الحجر احتياطا لحفظ المال للغرماء.

و هذا فى خصوص التصرف الابتدائى، لا فى مطلق التصرف فلا يمنع من الفسخ بالخيار، كما لو اشترى بخيار ثم فلس فالخيار باق بلا- خلاف فيه، لأنه أثر أمر ثابت قبل الحجر فلا يمنع منه للاستصحاب، و لكن هل يلاحظ فى الفسخ الغبطه أو لا، ذهب جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامة و الكركى إلى أن له الفسخ من غير اعتبار الغبطه، بل و إن كان فيه مفسده على الغرماء و للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إياه.

خلافًا للفاضل فى التذكرة فاعتبر الغبطه فى خيار العيب دون غيره، و علله بأن العقد فى

الغرماء، لا من مطلق التصرف، و احترزنا بالمبتدئ عن التصرف في ماله بمثل الفسخ بخيار، لأنه ليس بابتداء تصرف، بل هو أثر أمر سابق على الحجر، و كذا لو ظهر له عيب فيما اشتراه سابقا فله الفسخ به. و هل يعتبر في جواز الفسخ الغبطه، أم يجوز اقتراحا؟ الأقوى الثاني، نظرا إلى أصل الحكم، و إن تخلفت الحكمة (١). و قيل: تعتبر الغبطه في الثاني دون الأول.

و فرق المصنف رحمه الله بينهما بأن الخيار ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحه، فلا يتقيد بها، بخلاف العيب، و فيه نظر بين، لأن كلاً منهما ثابت بأصل العقد على غير وجه المصلحه، و إن كانت الحكمة المسوغه له هي المصلحه، و الإجماع على جواز الفسخ بالعيب و إن زاد قيمه (٢)، فضلا عن الغبطه فيه (٣).

و شمل التصرف (٤) في أعيان الأموال ما كان بعوض (٥)، أو غيره، و ما تعلق بنقل العين، و المنفعه، و خرج به (٦) التصرف في غيره (٧)، كالنكاح، زمن الخيار متزلزل لاثبات له فلا- يتعلق حق الغرماء بالمال دون العيب، فإن العقد غير متزلزل فيتعلق حق الغرماء بالمعيب، و عليه لا بد من مراعاة المصلحه في العيب دون غيره، و يضعف بأن التزلزل بينهما مشترك و الفرق تحكم.

و وجه الشهيد بأن الخيار في غير العيب ثابت بأصل العقد لا على طريق المصلحه فلا يتقيد بها خلاف العيب فإنه ثابت على طريق المصلحه فيتقيد بها، و التزم الشهيد بذلك.

و فيه: إن كلا الخيارين ثابت بأصل العقد، و إنما افترقا بأن أحدهما قد ثبت بالاشتراط، و الآخر بمقتضى العقد، و لم يقل أحد بتقيد فسخ العيب في غير المفلس بالمصلحه فاعتبار الغبطه فيه هنا مع كونه ليس من التصرفات المبتدئه ليس بجيد.

(١) و هي الغبطه.

(٢) فيكون في الفسخ ضرر.

(٣) أى في الفسخ، و المعنى إذا قام الإجماع على جواز الفسخ مع الضرر في غير المفلس فيجوز في المفلس لعدم الدليل على التفريق.

(٤) أى التصرف الممنوع منه.

(٥) سواء كان بعوض أو غيره، بل و لو محاباه، و سواء كان التصرف بنقل العين أو المنفعه، كل ذلك احتياطا لحق الغرماء.

(٦) أى بلفظ (في أعيان أمواله).

(٧) أى التصرف في غير عين ماله كالنكاح و الطلاق و القصاص و العفو عنه و الإقرار بالنسب

و الطلاق، و استيفاء القصاص، و العفو عنه و ما يفيد تحصيله (١) كالاختطاب، و الاتّهاب، و قبول الوصيه و إن منع منه (٢)، بعده (٣) و بالمنافى (٤) عن وصيته و تديره فإنهما يخرجان من الثلث بعد وفاء الدين فتصرفه فى ذلك و نحوه جائز، إذ لا ضرر على الغرماء فيه.

(و تباع) (٥) أعيان أمواله القابلة للبيع، و لو لم تقبل كالمنفعة أو جرت، أو و نحو ذلك، مما لا يصدق عليه أنه تصرف فى المال، و إن استلزم بعضها ذلك، كالمثونه فى الإقرار بالنسب.

كما لا يمنع من التصرف المحض للمال كالاختطاب و الاضطداد، و أولى منهما قبول الوصيه التملكيه و الاتّهاب و الشراء بثمن فى الذمه و القرض و نحوها، مما هو مصلحه للغرماء بناء على دخول الجميع فى الحجر فيتعلق فيه حق الغرماء، كما صرح به الفاضل و الكركى و ثانى الشهيدين، و استشكل العلامة فى الإرشاد بتعلق الحجر فى الأموال المستجده بعد الحجر، بل عن فخر المحققين أن عدم التعلق أولى.

هذا و صرح الفاضل و الكركى بعدم المنع أيضا عن الوصيه و التدبير، لأنه لا- ضرر فيها على الغرماء، لكونهما بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولا.

(١) أى و خرج التصرف المالى الممنوع منه ما يفيد تحصيل المال.

(٢) من المال الذى حصّله.

(٣) بعد التحصيل.

(٤) أى و خرج بالمنافى لحق الغرماء فتخرج وصيته و تديره على شرح قد تقدم.

(٥) شروع فى قسمه أمواله بين غرمائه بعد بيعه، و ظاهر القواعد و غيره أنه ينبغى للحاكم المبادره إلى بيعه لثلاث طول مده الحجر، و هو ظاهر فى الاستحباب، هذا و لكن الحجر على خلاف الأصل فيجب الاقتصار فيه على قدر الحاجه فتجب المبادره حينئذ خصوصا بعد مطالبه الديان، و لذا ذهب العلامة فى ظاهر التحرير إلى الوجوب، بل فى جامع المقاصد: (أن الوجوب أظهر)، هذا من جهه و من جهه أخرى فيما أن حق الغرماء قد تعلق فى أعيان أمواله فالوصول إلى حقهم منحصر ببيع هذه الأعيان إن أمكن، و إلا صولح عليها، و ما لا يملك بيعه يؤجر و يضاف الجميع إلى المال الذى عنده.

و عليه فإن و فى بالدين فهو و إلا يقسم على نسبه أموالهم قضاء لحق العدل بينهم، فلو كان لغريم مائه و للآخر مائتان، و بيعت أمواله بمائه فلا بد من تقسيم هذه المائه أثلاثا و هكذا.

و يشهد له خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل كانت عنده مضاربه

صولح عليها و أضيف العوض إلى أثمان ما يباع (و تقسم على الغرماء) إن و في، و إلا فعلى نسبه أموالهم،(و لا يدخر للمؤجله (١) التي لم تحل حاله القسمه شيء) و لو حل بعد قسمه البعض شارك في الباقي، و ضرب بجميع المال، و ضرب باقى الغرماء ببقية ديونهم (و يحضر كل متاع فى سوقه (٢) و جوبا مع رجاء زياده القيمه و إلا استحبابا، لأن بيعه فيه أكثر لطلابيه، و أضبط لقيمتيه.

فى حبس من ادعى الاعسار

(و يحبس لو ادعى الاعسار حتى يثبتته (٣) باعتراف الغريم، أو بالبينه المظلمه و وديعه و أموال أيتام و بضائع و عليه سلف لقوم، فهلك و ترك ألف درهم أو أكثر من ذلك، و الذى عليه للناس أكثر مما ترك، فقال: يقسم لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على قدر حصصهم أموالهم(١)، و خبر عبد الله بن الحكم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل أفلس و عليه دين لقوم، و عند بعضهم رهون و ليس عند بعضهم، فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، قال: يقسم ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص(٢).

(١) تقسم أمواله على ديونه حاله دون المؤجله بلا خلاف فيه و لا إشكال، لعدم استحقاق المؤجله قبل الأجل، نعم لو حلت قبل قسمه الكل ففى التذكرة و المسالك أن هذا الدين الجديد يشارك، و كذا لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقي و ضرب بجميع المال و ضرب ببقية الغرماء ببقية أموالهم، لأن تعلق حقوقهم بالمال لا يمنع من تعلق حق غيرهم بعد وجود مقتضى التعلق فيه.

(٢) ففى الشرائع و القواعد و التحرير و الإرشاد و محكى المبسوط أنه يستحب إحضار كل متاع إلى سوقه لتتوفر الرغبه، و مقتضاه جواز بيعه فى غير سوقه و لو رجا زياده فيه.

و فى جامع المقاصد إنه لا- يبعد الوجوب إلا- أن يقطع بانتفاء الزيادة فى سوقه، و فى المسالك: (فالأولى الوجوب لأن بيعه فيه أكثر لطلابيه و أضبط لقيمتيه).

(٣) لو ادعى الإعسار فإن وافقه الغريم فيثبت إعساره، لاعتراض من له الحق عليه، و كذا لو قامت البينه على إعساره على تفصيل سيأتى، و مع ثبوت إعساره لا يجوز حبسه سواء كان المعسر مفلسا و قد منعه الحاكم من التصرف فى أمواله أم كان غير مفلس، بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال للإنتظار المأمور به فى الكتاب بقوله تعالى وَ إِنْ كَانَ دُوْ عُسْرِهِ فَنُظْرَةٌ إِلَى

ص: ٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١.

مَيْسَرَه (١) و لخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السّلام (إن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسراً فأبى أن يحبسه و قال: إن مع العسر يسراً) (٢)، و خالف بعض العامه حيث جعل قيام البينه على إعساره غير مانع من حبسه مده يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لظهر و هو ضعيف.

ثم لو ادعى الإعسار فإنه يحبس حتى يثبت إعساره، لأصالة بقاء المال عنده فلا يؤخذ بدعواه، و الإنظار المأمور به فى الآيه المتقدمه مشروط بثبوت الإعسار و لم يثبت هنا، و لفعل أمير المؤمنين عليه السّلام أنه كان يحبس بمجرد الالتواء كما فى خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن علياً كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا) (٣). ثم لو تناكر المديون و غريمه فى الإعسار و عدمه، فإن كان للمديون مال ظاهر من غير المستثنى له كالدار و الجارية و الثياب أمره الحاكم بالوفاء، فإن امتنع تخير الحاكم بين حبسه حتى يوفى بنفسه لوجوبه عليه، و بين بيع أمواله و قسمتها بين غرمائه لأنه ولى الممتنع.

و إن لم يكن للمديون مال ظاهر و قد ادعى الإعسار و لم يوافق الغريم فإن وجد المديون البينه على شرط سيأتى بيانه قضى الحاكم بها، و إن عدمت البينه فإن كان للمديون أصل مال معهود و قد ادعى تلفه أو كانت أصل الدعوى مالا كالقرض و نحوه و قد أثبتها الغريم حبس المديون حتى يثبت إعساره، لأصالة بقاء المال، و فى التذكرة أنه لو لم تكن له بينه بذلك يحلف الغرماء على عدم التلف فإذا حلفوا حبس.

و على كل فلو قامت البينه لإثبات إعساره كما فى بعض الفروض المتقدمه فلا يخلو الأمر إما أن يكون مستند الشهاده علم البينه بتلف أمواله، أو باطلاعها على حاله، فإن كان الأول بأن شهد الشاهدان على تلف أمواله قبلت و إن لم تكن مطلعته على باطن أمره، لأن الشهاده بذلك بينه إثبات فيشمها جميع ما دلّ على قبول البينه، و بثبوت تلف ماله يحصل الفرض من فقره.

و إن كان الثانى بأن شهدت بإعساره مطلقاً من غير تعرض لتلف أمواله فلا بدّ فى ذلك من كون الشاهدين لهما صحبه مؤكده مع المشهود له و معاشره كثيره بحيث يطلعان بها

ص: ٣٧

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

على باطن أمره إن شهدت بالإعسار مطلقا (١)، أو بتلف المال حيث لا يكون منحصرًا في أعيان مخصوصه، وإلا- (٢) كفى اطلاعها على تلفها، ويعتبر في الأولى (٣) مع الاطلاع على باطن أمره بكثره مخالطته، و صبره على ما لا يصبر عليه ذوو اليسار عادة، أن تشهد بإثبات يتضمن النفي، لا بالنفي الصرف، بأن يقول:

إنه معسر لا يملك إلا قوت يومه، و ثياب بدنه، و نحو ذلك. و هل يتوقف ثبوته (٤) مع البيهه مطلقا (٥) على اليمين قولان (٦)؟. على باطن أمره غالبًا، فإن الأموال قد تخفى و لا يعرف تفصيلها إلا بأمثال ذلك.

و إنما اعتبرنا البيهه مع شرط الصحبه في القسم الثاني لأنها بينه نفي، لأن معنى إعساره أنه لا مال له، و من حق الشهاده على النفي أنها لا- تقبل، و إنما قبلت عندنا و عند أكثر العامه لأن الشرط المذكور يلحقها بالإثبات، لأن البيهه على الإعسار مع الصحبه المؤكده هي بينه على أنه لا- يملك إلا ما يستثنى له من مال كقوت يومه و ثيابه و داره و خادمه، فهي بينه إثبات تشتمل على النفي، و ليست هي بينه نفي صرف حتى لا تقبل.

(١) أي من دون بيان السبب.

(٢) فلو كان التلف منحصرًا في أعيان مخصوصه.

(٣) أي في البيهه التي شهدت بإعساره مطلقا.

(٤) أي ثبوت الإعسار.

(٥) سواء كان بينه إثبات بأن شهدت على تلف أمواله، أو بينه تتضمن النفي بأن شهدت على إعساره مع صحبتها المؤكده.

(٦) ذهب المحقق و تبعه العلامة في جملة من كتبه بل نسب إلى الأكثر إلى أن بينه الإثبات التي تشهد على تلف أمواله لا تحتاج إلى يمين، و إلى أن بينه الإعسار التي تتضمن النفي و هي التي تشهد بإعساره مطلقا مع صحبتها المؤكده تحتاج إلى يمين الاستظهار، لاحتمال أن يكون مستند الشهاده بالإعسار هو ظاهر حاله، فلا صراحة فيها بتلف الأموال فتجبر باليمين.

و عن العلامة في التذكرة عكس الحكم و أثبت عليه اليمين في بينه الإثبات التي هي بينه التلف دون بينه الإعسار بدعوى أن البيهه إذا شهدت بالتلف كان كمن له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه و ادعى مالا غيره فإنه يلزمه اليمين.

و قال العلامة في موضع آخر من التذكرة على ما هو المحكى منها: إنه لا يمين في الموضوعين، لأن فيه تكديبا للمشهور، و لأن عموم أن البيهه على المدعى و اليمين على من أنكر تفصيل، و التفصيل قاطع للشركه.

و إنما يحبس مع دعوى الإعسار قبل إثباته (١) لو كان أصل الدين مالا كالقرض، أو عوضا عن مال كثمن المبيع، فلو انتفى الأمران كالجنابه و الإلتلاف قبل قوله فى الاعسار بيمينه، لأصالة عدم المال و إنما أطلقه (٢) المصنف اتكالا على مقام الدين فى الكتاب (٣)،(فإذا ثبت) إعساره (خلى سبيله)، و لا يجب عليه التكب (٤) لقوله تعالى: **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ** .

(و عن على عليه الصلاة و السلام) بطريق السكونى أنه كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول: اصنعوا به ما شئتم (إن شئتم فأجروه، و إن شئتم استعملوه، و هو يدل) (١) أى قبل إثبات الإعسار و قد تقدم شرحه.

(٢) أى الحبس.

(٣) إذ الكتاب كتاب الدين و الجنابه و الإلتلاف لا تسمى دينا.

(٤) إذا ثبت إعساره فلا بد أن ينظر إلى ميسره لقوله تعالى: **وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنُظِرْهُ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ** (١)، و لخبر غياث عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين فإذا تبين له حاجه و إفلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا) (٢)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أن امرأه استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها و كان زوجها معسرا، فأبى أن يحبسه و قال: إن مع العسر يسرا) (٣). و قد أطلق جماعه من الأصحاب منهم الشيخ و ابن إدريس أنه لا يجب عليه التكب أيضا و لا قبول الهبه و لا الصدقه و نحوهما.

و عن أبى حمزه و الشهيدين و المحقق الكركى أنه يجب التكب و استجوده العلامه فى المختلف، و لكن التكب الواجب هو ما يليق بحاله، و لو بمؤاجره نفسه، لأن و جوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه ثابت و المكتسب قادر و لذا تحرم عليه الزكاه، و يشهد له خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا عليه السلام كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء، و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء فيقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم و أجروه، و إن شئتم استعملوه) (٣).

ص: ٣٩

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٨٠.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٣.

(على وجوب التكسب) فى وفاء الدين، (و اختاره ابن حمزه و العلامه) فى المختلف، (و منعه الشيخ و ابن إدريس) للآيه، و أصاله البراءه.

(و الأول أقرب) لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه و المتكسب قادر، و لهذا تحرم عليه الزكاه، و حينئذ فهو خارج من الآيه، و إنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عاده و لو بمؤاجره نفسه، و عليه (١) تحمل الروايه.

(و إنما يحجر على المديون (٢) إذا قصرت أمواله عن ديونه) فلو ساوته أو زادت لم يحجر عليه إجماعاً، و إن ظهرت عليه أمارات الفلاس، لكن لو طولب بالدين فامتنع تخير الحاكم بين حبسه إلى أن يقضى بنفسه، و بين أن يقضى عنه من ماله، و لو بيع ما خالف الحق (٣)، (و طلب الغرماء الحجر (٤))، لأن الحق لهم فلا (١) على التكسب اللائق بحاله تحمل روايه السكونى التى أوردها الماتن.

(٢) شروع فى شروط الحجر، و هى أربعه:

الأول: أن تكون الديون ثابتة عند الحاكم ضروره أصاله بقاء سلطنته مع عدم الثبوت كما فى الجواهر.

الثانى: أن تكون أمواله من عروض و منافع و ديون و أموال منقوله و غير منقوله غير المستثنيات قاصره عن ديونه، و إلا- فلو ساوت أمواله ديونه أو زادت لم يحجر عليه بلا- خلاف فيه، بل إذا طالبه أرباب الدين فإن قضى فهو و إلا رفعوا أمرهم إلى الحاكم فيحبسه إلى أن يقضى و يدل عليه النبوى المشهور (لى الواجد تحل عقوبته و عرضه) (١).

و عقوبته بالحبس، أو بيع عليه و يقضى عنه لأن الحاكم ولى الممتنع و مما يدل على الحكم بكلا فرعيه خبر الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (إلى أن قال - و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبى باعه فيقسم بينهم) (٢) و لا يمنع فى هذا الحال عن التصرف فى أمواله.

و لو تصرف بها بحيث أخرجها عن ملكه قبل بيعها عليه و تسديد الديون منها نفذ تصرفه و انتقل حكمه إلى ما لو كانت أمواله قاصره عن ديونه.

(٣) أى حق الغرماء، بحيث لو كانت ديونه من جنس أمواله فلا- داعى للبيع، و مع التغاير فإن رضى الغريم بها فهو و إلا- باع الحاكم أمواله و سدّد بها ديونه.

(٤) هذا هو الشرط الثالث للحجر، فلا بد من التماس الغرماء الحجر عليه، لأن الحق لهم

ص: ٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام الحجر حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أحكام الحجر حديث ١.

يتبرع الحاكم به عليهم. نعم لو كانت الديون لمن له (١) عليه ولايه كان له الحجر، أو بعضها (٢) مع التماس الباقيين، و لو كانت (٣) لغائب لم يكن للحاكم ولايته (٤) لأنه لا يستوفى له، بل يحفظ أعيان أمواله، و لو التمس بعض الغرماء فإن كان دينهم يفي بماله و يزيد جاز الحجر و عمّ (٥) و إلا (٦) فلا على الأقوى.

(بشرط حلول الدين (٧) فلو كان كله، أو بعضه مؤجلا لم يحجر، لعدم استحقاق المطالبة حينئذ، نعم لو كان بعضها حالا جاز مع قصور المال عنه (٨) و التماس أربابه.

فى مستنبيات الدين

(و لا تباع داره (٩))، فلا يحجر عليه تبرعا مع عدم التماسهم للأصل، نعم لو التمس بعضهم فقط فيعتبر في التحجير عليه أن يكون دينه على نحو أكثر من مال الغريم و إن عمّ الحجر حينئذ له و لغيره، و استقرب العلامه فى التذكرة جواز الحجر بالتماس بعضهم و إن لم يكن دين الملتمس زائدا عن ماله، و هو ضعيف، هذا من جهة و من جهة أخرى لو كانت الديون لمن للحاكم عليه ولايه كالطفل و اليتيم و المجنون و السفیه كان للحاكم الحجر باعتبار ولايته على الغرماء.

(١) أى لمن للحاكم.

(٢) أى لو كان بعض ديون الغرماء لمن للحاكم عليه ولايه، و قد التمس بقيه الغرماء الحجر كان للحاكم الحجر عليه.

(٣) أى الديون.

(٤) أى ليس للحاكم ولايه على الغائب حتى يستوفى ماله فى ذمم الآخرين.

(٥) أى و عمّ الحجر بالنسبه لغير الملتمس.

(٦) و إن لم يف دين الملتمس بمال المديون فلا حجر، و قد خالف العلامه فى التذكرة على ما تقدم.

(٧) هذا هو الشرط الرابع، فلو كانت ديونه مؤجله لم يحجر عليه و إن لم يف ماله بها، إذ ليس لهم المطالبة فى الحال و ربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة بعد حلول الأجل.

(٨) عن البعض الحالّ.

(٩) لا- يجبر المفلس على بيع داره التى يسكنها لصحيح الحلبي عن عبد الله عليه السلام (لا تباع الدار و لا الجارية فى الدين، ذلك أنه لا بدّ للرجل من ظلّ يسكنه و خادم يخدمه) (١)،

ص: ٤١

(و لا خادمه (١)، و لا ثياب تجمله (٢). و يعتبر في الأول و الأخير ما يليق بحاله كما و كيفا (٣)، و في الوسط ذلك (٤)، لشرف، أو عجز، و كذا دابه ركوبه (٥)، و لو احتاج إلى المتعدد استثنى كالمتردد و لو زادت (٦) عن ذلك في أحد الوصفين و جب الاستبدال، و الاقتصار على ما يليق بحاله، (و ظاهر ابن الجنيدي بيعها) في الدين و خبر ابن زياد (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن لي على رجل ديناً و قد أراد أن يبيع داره فيقضييني، فقال عليه السلام: أ عندك بالله أن تخرجه من ظل رأسه) (١)، و مثلها غيرها.

و من التعليل في صحيح الحلبي يعرف أن الدار التي لا تباع في الدين هي الدار التي يحتاجها لسكنها، فلو كانت عنده دار زائده بيعت حينئذ بلا خلاف فيه كما في الجواهر.

بل لو كانت عنده دار واسعة بحيث كان بعضها كامناً لسكنها فيجب بيع الباقي حينئذ، قال الصدوق في الفقيه (و كان شيخنا محمد بن الحسن يروى أنها إن كانت الدار واسعة يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج، و يقضى ببقيتها دينه، و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها و اشترى بثمنها داراً ليسكنها و يقضى بالثمن دينه) ٢.

و عن التذكرة المنع من بيع الدار و شراء الأدون للنهي عن بيع الدار كما في صحيح الحلبي، و فيه: إن النهي في صحيح الحلبي و غيره محمول على الدار التي تكون بقدر كفايته، و لذا اعتبر في الدار المستثناة كونها لائقه بحاله كما و كيفا، و المشهور على استثناء الدار و الخادم، و استثناء الخادم لنفس صحيح الحلبي المتقدم، و عن ابن الجنيدي الإلزام ببيع الدار و الخادم في الدين، و إن كان الأولى تركه للغريم، و فيه: إنه اجتهاد في قبال النص.

(١) المحتاج إلى خدمته كما يدل عليه صحيح الحلبي المتقدم.

(٢) لاحتياجه إليها كاحتياجه إلى الدار و الخادم المنصوص عليهما، بلا خلاف فيه، و لأن في بيع ثياب التجمل حرجاً و عسراً، و هما منفيان بالشريعة.

(٣) من غير اشتراط الشرف و العجز بخلاف الوسط الذي هو الخادم، لأنهما من ضروريات المعاش.

(٤) أي ما لا يليق بحاله كما و كيفا لشرف أو عجز.

(٥) كالوسط باشتراط الشرف أو العجز.

(٦) أي لو زادت الأشياء الثلاثة عما يليق بحاله في أحد الوصفين من الكم أو الكيف و جب الاستبدال.

ص: ٤٢

(و استحب للغريم تركه، و الروايات متضافره بالأول (١) و عليه العمل، و كذا تجرى عليه نفقته يوم القسمه (٢)، و نفقه واجبي النفقه، و لو مات قبلها (٣) قدم كفته، و يقتصر منه على الواجب وسطا مما يليق به عادة، و مثونه تجهيزه (٤).

و هذه الأحكام استطردها في كتاب الدين لمناسبته و إن جرت العاده باختصاص الفلس باب، و رعايه (٥) لإدراج الأحكام بسبيل الاختصار.

القسم الثاني – دين العبد

إشاره

(القسم الثاني – دين العبد)

في تصرف العبد

خصه (٦) بناء على الغالب من توليه (٧) ذلك، دون الأمه. و لو أبدله بالمملوك كما عبر غيره عمّ، (و لا يجوز له التصرف فيه) أى فى الدين بأن يستدين (٨)، لا (١) أى الاستثناء.

(٢) لا- خلاف فى أنه ينفق عليه نفقته و كسوته و نفقه و كسوه من تجب عليه نفقته إلى يوم قسمه ماله، و يعطى هو و عياله نفقه ذلك اليوم، لنفى الحرج و العسر.

(٣) قبل القسمه فيقدم كفته على حقوق الغرماء بلا خلاف فيه لخبر زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و عليه دين بقدر كفته، قال: يكفّن بما ترك، إلا أن يتجر إنسان فيكفنه و يقضى بما ترك دينه) (١)، و خبر إسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن أبيه عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: إن أول ما يبدأ به من المال الكفن ثم الدين ثم الوصيه ثم الميراث) ٢، و القدر المتيقن من الكفن هو الواجب منه و هو ثلاثه أثواب، و يعتبر فيها الوسط مما يليق بحاله عادة، و لا يجب الاقتصار على الأدون - كما فى المسالك - مع احتمال الاقتصار على الأدون و به قطع الشهيد فى البيان.

(٤) من السدر و الكافور و ماء الغسل و نحو ذلك.

(٥) عله ثانيه لذكر هذه الأمور فى باب الدين.

(٦) أى خصّ الدين بالعبد.

(٧) أى تولى العبد الدين.

(٨) لا يجوز للمملوك أن يتصرف فى نفسه بإجاره و لا استدانه، و لا غير ذلك من العقود، و لا بما فى يده ببيع و لا هبه إلا بإذن سيده، و عليه فلو أذن المولى للعبد فى الاستدانه للمولى كان الدين لازما على المولى بلا خلاف فيه ضروره كون العبد كالوكيل حينئذ.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب الدين حديث ١ و ٢.

فيما استدانه و إن كان حكمه كذلك، لدخوله في قوله: (و لا فيما بيده) من الأموال (إلا بإذن السيد) سواء قلنا بملكه أم أحلناه، (فلو استدان بإذنه)، أو إجازته (١) (فعلى المولى و إن أعتقه)، و قيل: يتبع به مع العتق، استنادا إلى روايه لا- تنهض حجه فيما خالف القواعد الشرعيه، فإن العبد بمنزله الوكيل و انفاقه على نفسه و تجارته بإذن المولى انفاق لمال المولى فيلزمه كما لو لم يعتق، و لو كانت الاستدانه للمولى فهو عليه قولا واحدا.

في الإذن على التجاره

(و يقتصر) المملوك (في التجاره على محل الإذن (٢) فإن عين له نوعا، أو و لو أذن المولى للعبد في الاستدانه لنفس العبد، فعلى المولى كما هو المشهور لصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت له: الرجل يأذن لمملوكه في التجاره فيصير عليه دين، قال: إن كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه، و إن لم يكن أذن له أن يستدين فلا شيء على المولى و يستسعى العبد في الدين) (١)، و عن الشيخ في النهايه و القاضى و العلامه في المختلف و جماعه أنه على المولى ما دام العبد غير معتق، و كذا لو باعه، و لكن لو أعتقه فهو على العبد بعد العتق لخبر طريق يّاع الأكلان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن غلام لى كنت أذنت له في الشراء و البيع فوقع عليه مال الناس، و قد أعطيت به مالا كثيرا، فقال: إن بعته لزمك ما عليه، و إن أعتقته فالمال على الغلام) ٢، و خبره الآخر قال: (كان أذن لغلام له في البيع و الشراء فأفلس و لزمه دين، فأخذ بذلك الدين الذى عليه، و ليس يساوى ثمنه ما عليه من الدين، فسأل أبا عبد الله عليه السّلام فقال: إن بعته لزمك الدين، و إن أعتقت لم يلزمك الدين، فأعتقه و لم يلزمه شيء) (٢) و مثلها غيرها.

و هذه الطائفة ضعيفه السند و مخالفه للقواعد الشرعيه لأن المشغول مع الاذن هو المولى لا العبد، و لو أنفقه على نفسه لأنه إنفاق لمال المولى على مال المولى.

(١) و ذلك فيما لو استدان أولا ثم أذن له فيما بعد، بخلاف الاذن فإنه قبل الاستدانه.

(٢) قال في الجواهر: (و إذا أذن له في التجاره اقتصر على موضع الاذن، فلو أذن له بقدر معين أو زمان أو مكان أو جنس كذلك لم يزد عليه كما في كل محجور عليه، و فى التذكرة نسبته إلى علمائنا) انتهى.

ص: ٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ١ و ٢.

٢- ((١)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الدين حديث ٣.

مكانا، أو زمانا تعين و إن أطلق تخير،(و ليس له الاستدانه بالإذن فى التجاره (١) لعدم دلالتها عليها (٢) إلا أن تكون لضرورتها (٣) كنقل المتاع و حفظه مع الاحتياج إليه (٤) (فتلزم ذمته (٥) لو تعدى المأذون نطقا (٦)، أو شرعا (٧) (لو تلف يتبع به بعد عتقه) و يساره (على الأقوى)، و إلا (٨) ضاع، و لو كانت عينه باقيه رجع إلى مالكة، لفساد العقد (٩)، (وقيل: يسعى فيه) العبد معجلا، استنادا إلى إطلاق روايه أبى بصير، و حملت على الاستدانه للتجاره (١٠) لأن الكسب للمولى فإذا لم يلزمه فعله لا (١) الإذن فى التجاره ليس إذنا فى الاستدانه للتغاير بينهما، فلو استدان حينئذ و تلف المال فى يد العبد كان الدين لازما لذمه العبد يتبع به بعد العتق على المشهور لوجود سبب الضمان بالنسبه إليه دون سيده، و عن الشيخ فى النهايه أنه يستسعى به معجلا لإطلاق صحيح أبى بصير المتقدم حيث قال: (و إن لم يكن إذن له أن يستدين فلا شىء على المولى و ليستسعى العبد فى الدين) (١)، و حملت الروايه على ما لو استدان لضروره التجاره. و لم يأذن المولى فى التجاره، فلا إذن فى الاستدانه حينئذ كما سيأتى.

(٢) أى لعدم دلالة التجاره على الاستدانه.

(٣) أى إلا أن تكون الاستدانه لضروره التجاره فتجوز لأن الإذن فى التجاره يدل على الإذن فى الاستدانه لضروره التجاره بالدلاله الالتزاميه عرفا.

(٤) أى إلى النقل أو الحفظ.

(٥) أى ذمه العبد و يتبع به بعد العتق على المشهور كما تقدم.

(٦) كما لو إذن له فى التجاره فى بلد معين، فخالف و تاجر فى بلد آخر.

(٧) كما لو حصلت الضروره المذكوره فاستدان أكثر من اللازم.

(٨) أى و إن لم يعتق يضع المال على الدائن.

(٩) و هو القرض، فالتصرف من العبد غير مأذون فيه كما هو المفروض فالقبول الواقع منه كالعدم، و به يبطل العقد و يبقى المال على ملكيه الدائن، فيرجع الدائن على عين ماله عند بقاءه.

(١٠) فى الأمور الضروريه لها غير أن المولى لم يأذن بأصل التجاره فلا إذن بالاستدانه حينئذ، غايته أن كسب العبد فى هذه التجاره لمولاه فلا بد أن يكون ما يقتضيه الكسب من الدين متعينا من مال المولى، و لكنه لا نلزم المولى بدفعه بل نلزم العبد بالسعى فيه معجلا للروايه، و سعى العبد المعجل مال للمولى.

ص: ٤٥

يدفع من ماله (١).

و الأقوى أن استدانته لضروره التجاره إنما يلزم مما فى يده (٢)، فإن قصر استسعى فى الباقي، و لا يلزم المولى من غير ما فى يده، و عليه (٣) تحمل الروايه.

فى ما لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك

(و لو أخذ المولى ما اقترضه المملوك (٤) بغير إذنه أو ما فى حكمه (٥) (تخير المقرض بين رجوعه على المولى)، لترتب يده على ماله مع فساد القرض، (و بين اتباع العبد) بعد العتق و اليسار، لأنه كالغاصب أيضا، ثم إن رجوع على المولى قبل أن يعتق المملوك لم يرجع المولى عليه لأنه لا يثبت له فى ذمه عبده مال، و إن كان (٦) بعده و كان (٧) عند أخذه للمال عالما بأنه قرض فلا رجوع له على المملوك (١) و لكنه يلزمه فعل العبد لأن الكسب له فيكون الوفاء عن ماله على بيان قد تقدم.

(٢) أى يد العبد.

(٣) أى على ما لو قَصِرَ ما فى يد العبد عن وفاء الدين تحمل الروايه باستسعاء العبد، و إنما هو استسعاء فى الباقي، و فيه: ما دام الدين لازما للمولى لأن كسب التجاره التى استدان لضرورتها إنما هو للمولى فلا بدّ من إلزام المولى من غير ما فى يد العبد، و قد يجاب بأن هذا مبنى على وجود الروايه و العمل بها و حملها على هذا الوجه أقرب من غيره من الوجوه التى ذهب إليها المشهور أو الشيخ فى النهايه.

(٤) لو اقترض المملوك بغير إذن سيده فأخذه المولى و قد تلف فى يده كان المقرض بالخيار بين مطالبه المولى و بين إتباع المملوك إذا أعتق و أيسر، لثبوت يد كل منهما على مال بغير حق، فإن رجوع على المولى قبل أن يعتق العبد لم يرجع المولى على العبد بشيء لعدم تعلق ضمان العبد لمولاه، و لعدم ثبوت المال للمولى على ماله، و لا دليل على تجدده بعد العتق.

و إن رجع على العبد فهو رجوع على المولى لأن العبد و ما يملك لمولاه، هذا كله إذا كان الرجوع قبل عتق العبد، و لو كان الرجوع بعده فإن رجوع على العبد فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف فى يده إذا لم يكن العبد قد غرّ مولاه.

و إن رجع على المولى فإن كان مغرورا بحيث لم يعلم أن المال الذى فى يد العبد هو دين للغير، بل ادعى العبد أن المال المذكور إنما هو من كسبه، يرجع المولى على العبد لمكان الغرور.

و إن لم يكن مغرورا، بل كان عالما بأنه دين للغير فلا يرجع المولى على العبد لتفريطه.

(٥) أى حكم الإذن، و هو الاستدان لضروره التجاره المأذون بها.

(٦) أى كان الرجوع على المولى بعد العتق.

(٧) أى المولى.

أيضاً لتفريطه، و إن كان قد غره بأن المال له اتجه رجوعه عليه لمكان الغرور، و إن رجع المقرض على العبد بعد عتقه و يساره فله الرجوع على المولى لاستقرار التلف في يده، إلا أن يكون قد غر المولى فلا رجوع له عليه.

ص: ٤٧

كتاب الرهن

اشاره

ص: ٤٩

فى تعريفه

((و هو وثيقه للدين) و الوثيقه فعيله بمعنى المفعول أى موثوق به لأجل الدين، و التاء فيها (٢) لنقل اللفظ من الوصفيه إلى الاسميه كتاء الحقيقه لا للتأنيث، (١)الرهن لغه هو الثبات و الدوام، فيقال: رهن الشيء إذا ثبت و دام، و منه نعمه راهنه، و يطلق على الحبس بأى سبب كان، قال تعالى: كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ (١) أى محبوسه.

و طفحت عباراتهم بأنه شرعا هو: وثيقه لدين المرتهن، و هو مأخوذ من الحبس.

و الوثيقه فعليه قد يكون بمعنى الفاعل و المفعول، و الأنسب هنا الثانى، لأن الرهن موثوق به، ثم إن اللام فى (لدين المرتهن) تعليليه، أى لأجله، و يمكن كونها للتعديده.

(٢)أشكل على تعريف الرهن المتقدم بأمور:

الأول: إن الوثيقه قد وقعت فى التعريف خيرا، و المبتدأ هو الضمير المنفصل، و هذا يقتضى عدم المطابقه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث، و هو خلل لفظى، و يمكن دفعه بأن لفظ الوثيقه مما يستوى فيه التذكير و التأنيث فى الاستعمال - كما صرح به فى الجواهر عن بعضهم -، فخرجت التاء عن التأنيث.

بل قيل: إن التاء فيها للنقل من الوصفيه إلى الاسميه لا- للتأنيث كما فى تاء الحقيقه و الأكيه و النطيه، و على كل فتحصل المطابقه..

الأمر الثانى: إن إدخال المرتهن فى التعريف يفضى إلى الدور، لأن المرتهن قابل الرهن،

ص: ٥١

فلا يرد عدم المطابقيه بين المبتدأ و الخبر فى التذكير و التأنيث، و أتى بالدين معرفا من غير نسبه له إلى المرتهن حذرا من الدور باعتبار أخذه (١) فى التعريف، و فى بعض النسخ لدين المرتهن.

و يمكن تخلّصه منه (٢) بكشفه (٣) بصاحب الدين، أو من له الوثيقه من غير أن يؤخذ الرهن فى تعريفه. و التخصيص (٤) بالدين إما مبنى على عدم جواز الرهن على غيره و إن كان مضمونا كالغصب، لكن فيه أن المصنف قائل بجواز الرهن عليه (٥)، و على ما يمكن تطرق ضمانه كالمبيع (٦) و ثمنه، لاحتمال فساد البيع باستحقاقهما، و نقصان قدرهما، أو (٧) على أن الرهن عليهما (٨) إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير ظهور الخلل بالاستحقاق (٩)، أو تعذر العين (١٠).

أو من له الرهن، فيتوقف تعريف كل منهما على الآخر، و يدفع بإمكان كشف المرتهن بوجه لا يدخل الرهن فى مفهومه بأن يقال: هو صاحب الدين، و لذا عرّف الشهيد الرهن فى الدروس بأنه وثيقه للمدين يستوفى منه المال، و عرّفه هنا بأنه وثيقه للدين، فسلم من هذا الإشكال.

(١) أى باعتبار أخذ الرهن فى تعريف المرتهن فلو دخل المرتهن فى تعريف الرهن للزم الدور.

(٢) أى و يمكن تخلص المصنف من الدور عند ما عرّف الرهن بأنه وثيقه لدين المرتهن على ما فى بعض النسخ.

(٣) أى بتفسير المرتهن.

(٤) الأمر الثالث الذى أورد على تعريف الرهن هو: أن تخصيص الرهن بالوثيقه للمدين ليس فى محله، إذ قد يكون الرهن على الأعيان المضمونه كالمغصوب و المستعار مع الضمان مع أنها ليست دينا.

و فيه: إن الرهن على المذكورات مما فيه خلاف بخلاف الرهن على الدين، و على تقدير الجواز فالرهن عليها إنما هو لاستيفاء الدين على تقدير تعذر العين.

(٥) أى على غير الدين فيما لو كان مضمونا.

(٦) كأن يأخذ المشتري من البائع وثيقه يستوفى منها المبيع إذا تبين أن المبيع مستحق للغير.

(٧) تعليل ثان لتخصيص الرهن بأنه وثيقه للدين.

(٨) على المبيع و ثمنه.

(٩) أى استحقاق المبيع أو ثمنه لغير البائع و المشتري.

(١٠) فى المغصوب.

و فيه تكلف (١)، مع أنه (٢) قد يبقى بحاله فلا يكون ديناً، و فيه (٣) على تقدير عدم الإضافه إلى المرتهن إمكان الوثيقه بدون الرهن، بل بالوديعة و العاربه و مطلق وضع اليد فيؤخذ مقاصه عند جحود المديون الدين، و هو توثيق فى الجملة، و يفتقر الرهن (٤) إلى إيجاب و قبول كغيره من العقود.

(١) أى فى التعليل الثانى تكلف ناشئ من عدم تسميه تعذر العين أو ظهور الاستحقاق ديناً.

(٢) أى مع أن المبيع أو ثمنه قد يبقين على حالهما عند ظهور استحقاقهما للغير فلا ينطبق اسم الدين إذا كان البيع قد تعلق بالعين الشخصيه لبطلان البيع، نعم لو تعلق بأمر كلى ثم ظهر أن ما قدمه كان مستحقاً للغير فتكون ذمته مشغوله بالمبيع الكلى فيصدق حينئذ اسم الدين.

(٣) أى و فى تعريف المصنف للرهن هنا من دون إضافه الدين للمرتهن إشكال بأنه غير مانع للأغيار، و ذلك فيما لو كان عند الدائن وديعه للمديون، فالوديعة و ثيقه لدينه مع أنها غير رهن، فلا بدّ من إضافه الدين حينئذ للمرتهن لتخرج الوديعة و العاربه و المال المغصوب من المديون لو كان تحت يد الدائن فيكون التعريف مانعاً حينئذ لهذه الأغيار و إن أفضى إلى الدور.

(٤) الرهن جائز غير محرم بلا خلاف فيه، ففى الخبر عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الرهن و الكفيل فى بيع النسائه، فقال: لا بأس به) (١)، و مثله غيره، نعم يكره أخذه من المؤمن لمرسل مروك بن عبيد عن أبى عبد الله عليه السلام (من كان الرهن عنده أوثق من أخيه المسلم فالله منه برىء) (٢)، و لكنه مخصوص فى زمن القائم عليه السلام و عجل الله تعالى فرجه على ما فى خبر على بن سالم عن أبيه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخبر الذى روى أن من كان الرهن أوثق منه بأخيه المؤمن فأنا منه برىء، قال: ذلك إذا ظهر الحق و قام قائمنا أهل البيت) (٣).

و الرهن عقد بالاتفاق لاحتياجه إلى طرفين، و عقده مفتقر إلى إيجاب و قبول، و قد تقدم فى البيع صحه الإنشاء بالمعاطاه، و قد تقدم كفايه دلالة اللفظ على المعنى و لو بالقرينه، سواء كان العقد لازماً أم جائزاً - فما عن المشهور من اشتراط اللفظ الصريح فى العقود اللازمه دون الجائزه ليس فى محله لعدم الدليل عليه.

ص: ٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الرهن حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الرهن حديث ١ و ٢.

(و الإيجاب رهنتك، أو وثقتك) بالتضعيف، أو أرهنتك (١) بالهمزة (أو هذا رهن عندك، أو على مالك)، أو وثيقه عندك، أو خذه على مالك، أو بمالك، أو أمسكه حتى أعطيك مالك بقصد الرهن (٢)، (و شبهه) مما أدى هذا المعنى، وإنما لم ينحصر هذا العقد في لفظ كالعقود اللازمة (٣)، و لا في الماضي (٤)، لأنه، جائر من طرف المرتهن الذي هو المقصود الذاتى منه (٥)، فغلب فيه جانب الجائر (٦) مطلقا (٧)، و جوزة المصنف في الدروس بغير العربية (٨)، وفاقا للتذكرة.

(و تكفى الإشارة (٩) في الأخرس (١٠) و إن كان (١١) عارضا، (أو الكتابه) و عليه فكل لفظ يدل على الارتهان كقوله: رهنتك أو هذه وثيقه عندك، و ما أدى هذا المعنى كوئقتك و هذا رهن عندك فهو كاف.

(١) فهو بمعنى رهنتك على لغة كما في المسالك و التنقيح، بل هي أوضح دلالة من كثير مما عدوه، بل عن الصحاح و المصباح و القاموس (رهن و أرهن بمعنى)، فما عن المهدب البارع من أنه لا يقال: أرهن مردود بما سمعت.

(٢) قال الشارح في المسالك: (و لو قال أمسكه حتى أعطيك مالك و أراد الرهن جاز، و لو أراد الوديعة أو اشتبه فليس برهن) انتهى.

(٣) بل قد عرفت عدم الاشتراط حتى في العقود اللازمة.

(٤) تخصيص بعد التعميم، و مثال غير الماضي كقوله: خذ هذا وثيقه على مالك.

(٥) من الرهن.

(٦) و هو ترجيح بلا مرجح كما في الجواهر.

(٧) في عدم الانحصار في لفظ مخصوص و لا في الماضي.

(٨) قال في الجواهر: (إلا أن الظاهر اعتبار العربية فيه على القولين - الجائر و اللازم - لانصراف الإطلاق إليه - أى انصراف العقد إلى العربي فقط -، بل في جامع المقاصد نمنع صدق العقد على ما كان باللفظ العجمي مع قدره على العربي) انتهى، و هو كما ترى لما تقدم في كتاب البيع من صحه كل ما يكون عقدا بنظر العرف، و المنعقد بغير العربي عقد بنظر أهله.

(٩) أى الإشارة المفهمه للمقصود.

(١٠) في الجواهر (بلا خلاف فيه لقيامها حينئذ مقام اللفظ كما يفهم ذلك مما ورد في تلبيه الأخرس و تشهده).

(١١) أى الأخرس.

(معها) أى مع الإشارة بما يدل على قصده، لا بمجرد الكتابه (١)، لإمكان العبث، أو إرادته أمر آخر (٢) (فيقول المرتهن: قبلت و شبهه) من الألفاظ الداله على الرضا بالإيجاب، و فى اعتبار المضى (٣) و المطابقه (٤) بين الإيجاب و القبول وجهان.

و أولى (٥) بالجواز هنا لوقوعه ممن هو ليس بلازم من طرفه

فى شرط الدوام

(و يشترط دوام الرهن (٦) بمعنى عدم توقيته بمره، و يجوز تعليق الإذن فى التصرف (٧) على انقضاء أجل و إطلاقه (٨)، فيتسلط عليه (٩) من حين القبول و القبض إن اعتبرناه (فإن ذكر أجلا) للتصرف (اشترط ضبطه) (١٠) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، أما لو شرطه للرهن (١١) بطل العقد.

(١) و فيه: كفايه الكتابه لصدق العقد عليها عرفا، و إمكان العبث فيها كإمكان الهزل و عدم الجد فى اللفظ، و نفى احتمال غير الجدّ فى اللفظ بالأصل العقلائى يجرى بعينه فى احتمال العبث فى الكتابه.

(٢) غير العبث.

(٣) أى اعتبار الماضويه فى القبول.

(٤) أى عدم الفصل بين الإيجاب و القبول بما يعتدّ به، و قال فى المسالك عن الماضويه و المطابقه: (إذ يمكن القول باعتبارهما نظرا إلى اللزوم بوجه، و عدمه التفاتا إلى الجواز من قبل القابل) انتهى.

(٥) أى و العدم أولى بالجواز هنا فى طرف القبول، و وجه الأولويه أنه إذا جاز عدم الماضويه من طرف الراهن مع أن العقد لازم من جهته فالعدم من طرف المرتهن مع أن العقد جائز من جهته يكون أولى.

(٦) لأن اشتراط التوقيت مناف لمعنى الرهن الذى هو الحبس، و مناف لفائده الرهن التى هى الاستيثاق، إذ قد لا يتيسر الوفاء فى الأمد المضروب فينتهى الرهن و يبقى الدين من غير وثيقه، و هو على خلاف القصد من الرهن، فيتعين بقاء الرهن إلى أداء الدين، و هذا ما يوجب دوامه بلا خلاف فى ذلك كله.

(٧) لو علّق تصرف المرتهن فى الرهن على أجل جاز لعدم المانع بعد عدم منافاته لمعنى الرهن.

(٨) أى و يجوز إطلاق الاذن فى التصرف.

(٩) تفرّيع على الإطلاق، و المعنى أن المرتهن يتسلط على الرهن.

(١٠) فلا بدّ من معرفه زمان جواز التصرف للمرتهن حتى لا يقع التنازع.

(١١) أى لو شرط الأجل للرهن و إن كان مضبوطا بطل العقد كما تقدم.

(و يجوز اشتراط الوكاله) فى حفظ الرهن (١)، و بيعه، و صرفه فى الدين (للمرتهن، و غيره، و الوصيه له، و لو ارثه) على تقدير موت الراهن قبله، (و إنما يتم) الرهن (بالقبض على الأقوى (٢) للآيه و الروايه. و معنى عدم تماميته (١) يجوز للمرتهن اشتراط الوكاله فى الرهن بأن يحفظ العين المرهونه و بأن يبيعها و يصرفها فى الدين عند عدم الوفاء، و يجوز للمرتهن اشتراط الوكاله بما ذكر لغيره سواء كان الغير وارثاً أم لا، بلا خلاف فيه كون الشرط سائغاً، غير معارض للكتاب و السنه، فيندرج فى عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و كذا يجوز للمرتهن اشتراط الوصيه على الراهن بأن يوصى لو مات الراهن قبله بأن يحفظ المرتهن المتاع أو يبيحه أو يكون ذلك لو ارث المرتهن، لأنه من الشروط السائغه.

(٢) ذهب جماعه منهم الشيخ و بنو حمزه و الجنيد و البراج و الطبرسى إلى أن القبض من المرتهن شرط فى لزوم الرهن لقوله تعالى: فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٢)، و حيث أمر بالرهن المقبوض فلا يتحقق المطلوب شرعاً بدونه، و لخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السلام أو أبى عبد الله عليه السلام على اختلاف الكتب (لا رهن إلا مقبوضاً) (٣).

و فيه: إن الآيه داله على اشتراط القبض من ناحيه المفهوم الوصفى، و هو ضعيف كما قرّر فى محله، و لو قلنا بحجيه المفهوم الوصفى فالوصف هنا غالبى و لا مفهوم له، لأنه مع السفر و عدم الكاتب فالغالب فى الرهن أن يكون مقبوضاً حتى يستوثق على دينه، قال تعالى: وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ (٤)، فالآيه حينئذ للإرشاد إلى ذلك.

و يؤيد هذا الحمل عدم الخلاف بين الفقهاء فى أن استدامه القبض ليست بشرط كما سيأتى، و كذا لو وكل المرتهن الراهن بالقبض لكفى به و هذا كاشف عن أن قبض المرتهن ليس بشرط.

و أما الخبر فهو غير حجه لكون محمد بن قيس مشتركاً بين الثقه و غيره، و لذا ذهب الشيخ فى أحد قولييه و ابن إدريس و الفاضل و ولده و المحقق الثانى و غيرهم بل نسب إلى الأكثر إلى عدم الاشتراط.

و الإنصاف يقتضى القول بأن محمد بن قيس هو البجلى الثقه لا الأسدى الضعيف بقريته

ص: ٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

٣- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الرهن حديث ١.

٤- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٨٣.

بدونه (١) كونه جزء السبب للزومه من قبل الراهن (٢) كالتبض في الهبه بالنسبه إلى المتهب (٣). وقيل: يتم بدونه للأصل (٤)، وضعف سند الحديث، و مفهوم الوصف في الآيه. و اشتراطه (٥) بالسفر فيها و عدم الكاتب يرشد إلى كونه للإرشاد، و يؤيده كون استدامته ليست بشرط، بل قبض المرتهن (٦)، لجواز توكيله الراهن فيه (٧). و هذا أقوى، و على اشتراطه (فلو جنّ) الراهن، (أو مات، أو أغمى عليه، أو رجع فيه قبل اقباضه بطل (٨) الرهن كما هو شأن العقود الجائزه عند عروض هذه الأشياء. و قيل: لا يبطل، للزومه من قبل الراهن فكان كاللازم مطلقا (٩)، فيقوم وليه (١٠) مقامه، لكن يراعى ولى المجنون روايه عاصم عنه، نعم يحتمل أن يكون المراد منه نفى الطمأنينه من دون القبض بعد إرادته العين المرهونه من المنفى، و مع الاحتمال ينتفى الاستدلال به على المدعى.

(١) أى عدم تماميه الرهن بدون القبض.

(٢) أى القبض شرط فى لزوم الرهن بالنسبه إلى الراهن.

(٣) أى أن القبض شرط فى لزوم الرهن بالنسبه للراهن كالتبض شرط فى ملك المتهب.

(٤) أى أصاله عدم اشتراط القبض.

(٥) أى و اشتراط القبض بالسفر فى الآيه.

(٦) أى أن قبض المرتهن ليس بشرط.

(٧) و فيه: إن قبض الوكيل قبض الموكل فلو شرطنا القبض فلا إشكال مع التوكيل.

(٨) أى لو نطق الراهن بالإيجاب و قبل المرتهن ثم جنّ الراهن أو أغمى عليه أو مات أو رجع فيه قبل القبض يبطل الرهن لعدم تحقق القبض الذى هو شرط فيه كما هو المفروض، قال الشارح فى المسالك: (و لا شبهه فى كون عروض هذه الأشياء للراهن لا- يقتضى انعقاد الرهن بناء على اشتراط القبض فيه، إنما الكلام فى أنه هل يبطل بذلك بناء على أنه قبل القبض عقد جائز، و من شأن الجائز بطلانه بعروض هذه الأشياء كالهبه قبل القبض، و به قطع فى القواعد و الدروس، أو لا يبطل بذلك لأنه ليس على حد العقود الجائزه مطلقا بل هو آئل إلى اللزوم كييع الخيار، فإنه لا يبطل بموت البائع زمنه، و به قطع فى التذكرة.

و على الثانى يقوم الولى مقام الراهن فى استحقاق الإقباض، لكن ولى المجنون يراعى مصلحته فإن كان الحظ فى الإقباض بأن يكون شرطاً فى بيع يتضرر بفسخه أو غير ذلك من المصالح أقبضه، و إن كان الحظ فى تركه لم يجز له إقباضه) انتهى.

(٩) من الطرفين.

(١٠) ولى الراهن فى استحقاق الإقباض.

مصلحته (١)، فإن كان الحظ في الزامه بأن يكون شرطا في بيع يتضرر بفسخه أقبضه و إلا أبطله.

و يضعف (٢) بأن لزومه على القول به مشروط بالقبض، فقبله جائز مطلقا، فيبطل كالهبة قبله، و لو عرض ذلك للمرتهن (٣) فأولى بعدم البطلان لو قيل به ثم (٤)، و لو قيل به في طرف الراهن فالأقوى عدمه هنا (٥). و الفرق تعلق حق الورثة و الغرماء بعد موت الراهن بماله، بخلاف موت المرتهن فإن الدين يبقى فتبقى وثيقته لعدم المنافى (٦)، و على هذا (٧) لا يجبر الراهن على الإقباض لعدم (١) مصلحة الراهن.

(٢) بأن هذه الفروع مبنية على كون القبض شرطا في لزوم العقد، فقبل القبض هو جائز مطلقا بالنسبة للطرفين كالهبة قبل القبض، و لذا إذا انتفى القبض بطل العقد، و لكن قد عرفت عدم كون القبض شرطا في لزوم العقد.

(٣) أى لو عرض الإغماء أو الجنون أو الموت أو الرجوع من المرتهن قبل تحقق القبض من طرفه و إن تحقق الإقباض من طرف الراهن، فلا يتحقق القبض حينئذ الذى هو شرط في لزوم العقد، و هل يبطل العقد بذلك أو لا، فإن قلنا بعدم البطلان سابقا كما فى التذكرة فنقول بعدمه هنا لنفس الدليل السابق، لأنه عقد آئل إلى اللزوم كبيع الخيار فلا يبطله موت المشتري زمن الخيار، بل هنا أولى، لعدم المنافى كما سيأتى بيانه.

و إن قلنا بالبطلان سابقا كما عن القواعد و الدروس فإنه لا يبطل هنا، قال الشارح فى المسالك: (و الفرق تعلق حق الورثة - و الديان بعد موت الراهن به - أى بالرهن فلا يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن فإن الدين باق فتبقى وثيقته) انتهى.

(٤) أى لو قيل بالبطلان فى موت الراهن.

(٥) أى لو قيل بالبطلان فى موت الراهن فالأقوى عدم البطلان فى موت المرتهن.

(٦) المنافى هو تعلق حق الغرماء و الورثة فى الرهن، و هو معدوم أن صاحبه و هو الراهن لم يمت بحسب الفرض لأن الموت للمرتهن.

(٧) أى على اشتراط القبض فى اللزوم كما فسره سلطان العلماء، و فسره بعض بأنه على تقدير عدم البطلان فى موت المرتهن، و هو الأولى لسياق الكلام هنا و كلام الشارح فى المسالك حيث قال: (و على تقدير بقاء الصحة لا يجبر الراهن على الإقباض - بعد موت المرتهن - لأنه لم يلزم بعد، إلا - أن يكون - أى الإقباض - مشروطا فى عقد لازم، فالأقوى وجوبه و إزامه به خلافا للشهيد و الفاضل) انتهى.

لزومه بعد إلا أن يكون مشروطاً في عقد لازم فينبى على القولين (١).

(و لا- يشترط دوام القبض (٢)، للأصل بعد تحقق الامتثال به (فلو أعاده إلى الراهن فلا بأس) و هو موضع وفاق،(و يقبل إقرار الراهن بالإقباض (٣)، لعموم إقرار العقلاء (إلا أن يعلم كذبه) كما لو قال: رهنته اليوم دارى التى بالحجاز و هما بالشام و أقبضته إياها فلا- يقبل، لأنه محال عاده، بناء على اعتبار وصول القابض، أو من يقوم مقامه إلى الرهن فى تحقيقه (٤)،(فلو ادعى) بعد الإقرار بالقبض (المواطأه) (٥) (١)القولان هما: إن الرهن المشروط فى عقد لازم هل يوجب استحقاق المرتهن القبض من الراهن أو لا، قال بالأول الشارح تمسكاً بالشرط فى العقد اللازم، و قال بالثانى الشهيد الأول و الفاضل بعدم جبر الراهن على الدفع غايته يثبت للمرتهن حق فسخ العقد اللازم الذى وقع فيه الاشتراط ليس إلا لعدم تحقق شرط.

(٢)استدماه القبض ليست شرطاً بلا خلاف فيه، قال فى الجواهر: (بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، و هو الحجج)، و قال فى المسالك:

(هذا عندنا موضع وفاق نقل الإجماع عليه فى التذكرة، نعم خالف جماعه من العامه - أبو حنيفه و أحمد و مالك - نظراً إلى الوصف المتقدم فى الآيه، و عدم دلالتها على الاستمرار واضح). انتهى.

(٣)لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد فلا يتحقق القبض بمجرد، انتهاء العقد، لأن التخليه و إن كانت كافيه فى صدق القبض فى غير المنقول، إلا أنه هنا لا بدّ من مضى زمان حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن و يقبضه بما يصدق معه التخليه بلا خلاف فيه.

و لذا لو أقر الراهن بالإقباض قضى عليه لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، إلا أن يعلم كذبه فلا عبره به، كأن يقول: رهنت اليوم دارى التى بالحجاز و هما بالشام، و أقبضته إياها، فلا يلتفت إليه، للمحال العادى بناء على اعتبار وصول المرتهن أو من يقوم مقامه عند الرهن مع قبضه.

(٤)أى تحقق الإقباض.

(٥)بأن توطأ الراهن و المرتهن بأن يقولوا بحصول القبض مع أن القبض غير حاصل، و هذه

ص: ٥٩

على الإقرار و الإشهاد عليه (١) إقامه لرسم الوثيقه حذرا من تعذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض سمعت دعواه لجريان العاده بذلك (فله إحلاف المرتهن) على عدمها (٢) و أنه (٣) وقع موقعه.

هذا إذا شهد الشاهدان على إقراره، أما لو شهدا على نفس الإقباض لم تسمع دعواه (٤) و لم يتوجه اليمين، و كذا لو شهدا على إقراره به (٥) فأنكر الإقرار لأنه تكذيب للشهود، و لو ادعى الغلط فى إقراره و أظهر تأويلا ممكنا (٦) فله إحلاف المرتهن أيضا، و إلا فلا على الأقوى (٧).

المواطاه من أجل كتابه القبض فى وثيقه أمام شاهدين حذرا من تعذر إقامه الوثيقه إذا تأخر ذلك إلى أن يتحقق القبض الفعلى. فأقر الراهن بالقبض للمواطاه، و بعد الإقرار ادعى المطواه فإن وافقه المرتهن فهو، و إلا فقول الراهن يوافقه الظاهر لأن المطواه مما تجرى العاده فيها لوقوع ذلك كثيرا، و قول المرتهن يوافقه الأصل، لأن الأصل عدم وقوع المطواه، و الأصل هنا مقدم على الظاهر، فالمرتهن هو المنكر لموافقه قوله الأصل، فيقدم قوله مع يمينه و يكون للراهن إحلافه.

(١) على الإقرار.

(٢) عدم المطواه.

(٣) أى الإقرار المذكور.

(٤) أى لم تسمع دعوى الراهن بالمواطاه، لأن سماعها تكذيب للشهود، و مع سقوط دعوى المطواه يؤخذ بإقراره بالقبض، و لا يمين على منكر المطواه الذى هو المرتهن.

(٥) أى إقراره بالقبض.

(٦) أى ما لو أقر بالقبض و شهد شاهدان بذلك ثم ادعى الغلط فى الإقرار و أظهر تأويلا ممكنا قال الشارح فى المسالك: (نعم لو ادعى الغلط فى إقراره و أظهر تأويلا- ممكنا، بأن قال: إنى أقبضته بالقول و ظننت الاكتفاء به، حيث يمكن فى حقه توهم ذلك، أو قال:

استندت فيه إلى كتاب كتبه إلى و كيلي فظهر مزورا، و نحو ذلك، سمعت دعواه، بمعنى توجه اليمين على المرتهن بأن القبض حقيقى، أو على نفى ما يدعيه الراهن، لأن الأصل صحه الإقرار و مطابقته للواقع.

و استقرب فى التذكرة توجه اليمين على المرتهن و إن لم يظهر تأويلا محتجا بأن الغالب فى الوثائق وقوع الشهاده قبل تحقيق ما فيها فلا حازه إلى تلفظه بها). انتهى.

(٧) أى و إن لم يظهر تأويلا- ممكنا فلا يمين على المرتهن، و إنما يؤخذ الراهن بإقراره و لا تسمع دعواه بالغلط فى قبال العلامه فى التذكرة بتوجه اليمين على المرتهن فى هذه الصوره.

(و لو كان) الرهن (بيد المرتهن فهو قبض (١) لصدق كونه رهنا مقبوضا، و لا دليل على اعتباره مبتدأ بعد العقد، و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق بين المقبوض بإذن و غيره (٢) كالمغصوب. و به (٣) صرح فى الدروس، و الوجه واحد (٤)، و إن كان منهيها عن القبض هنا (٥) لأنه (٦) فى غير العباده غير مفسد.

و قيل: لا يكفى ذلك، لأنه (٧) على تقدير اعتباره فى اللزوم (٨) ركن فلا يعتد (١) هذه الفروع مبنيه على اشتراط القبض فى لزوم العقد، و عليه فإذا كانت العين المرهونه فى يد المرتهن قبل الرهن و كانت يده يد أمانه، و مأذون فى ذلك شرعا كالعاريه و الوديعه و الإجاره، فاستدامه القبض على العين التى أصبحت مرهونه كافيته فى تحقق القبض المشترط فى الرهن، و الأدله التى توجب القبض فى الرهن لا تعينه بكونه قبضا مبتدأ بعد الرهانه، فاشتراط القبض الابتدائى حينئذ لا دليل عليه بل الأصل عدمه، و ما دل عليه الدليل هو مطلق القبض، و هو متحقق هنا باستمرار القبض لو كان مقبوضا سابقا بغير الرهانه.

(٢) أى لو كان قبض المرتهن للعين قبل الرهن غير مأذون فيه شرعا كالغصب فهل يكون استمراره قبضا للرهن أو لا؟ ذهب الأكثر إلى أن استمراره قبض كذلك، لصدق القبض عليه، و دعوى أنه منهي عنه شرعا فلا يكفى فى تحقق الشرط لأن النهى يقتضى الفساد مردوده بأن النهى يقتضى الفساد فى العبادات لا المعاملات، فالقبض و إن وقع منهيها عنه إلا أنه غير فاسد فيكتفى به.

و ذهب يحيى بن سعيد و قد نسب إلى العلامه فى القواعد إلى عدم الاكتفاء بهذا القبض، لأن القبض على تقدير اشتراطه فى الرهن هو ركن من أركان العقد من الجهه التى يعتبر لأجلها، و هو اللزوم، و إذا كان ركن فلا يقيد به شرعا لو وقع منهيها عنه، و النهى لا يقتضى الفساد فى المعاملات حيث تتم جميع أركان العقد.

و يؤيده أنه لو قبضه بغير إذن الراهن لم يصح بلا- خلاف فيه لكونه قبضا غير مأذون فيه شرعا، و القبض فى مسألتنا مثله، و ما ذلك فى المقامين إلا لكون القبض ركنا فالنهي عنه موجب لفساده.

(٣) أى و بعدم الفرق.

(٤) و الوجه هو صدق القبض واحد فى المقامين.

(٥) فى المغصوب.

(٦) لأن النهى.

(٧) لأن القبض.

(٨) فى لزوم الرهن.

بالمنهى عنه منه (١)، و إنما لا يقتضى (٢) الفساد حيث تكمل الأركان، و لهذا لا يعتد به (٣) لو ابتدأه بغير إذن الراهن، (و) على الاكتفاء به (٤) (لا- يفتقر إلى إذن) جديد (فى القبض، و لا- إلى مضى زمان) يمكن فيه تجديده (٥) لتحقق القبض قبله (٦)، فاعتبار أمر آخر (٧) تحصيل للحاصل، و للأصل.

و قيل: يشترطان فى مطلق القبض السابق (٨)، و قيل: فى غير الصحيح (٩)، لأن، المعتبر منه (١٠) (١) من الركن.

(٢) أى النهى.

(٣) بالقبض.

(٤) أى بالقبض السابق، فقد ذهب العلامة فى التذكرة إلى اشتراط الاذن و مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه لو كان القبض السابق غير مآذون فيه، و نقل الشهيد فى الدروس عن الشيخ اشتراط الاذن و مضى الزمان المذكور فى القبض السابق سواء كان مآذونا فيه أم لا.

و ذهب الأكثر على أنه لا يشترط الاذن و لا مضى زمان يمكن تجدد القبض، ما دام مقبوضا سابقا، سواء كان القبض مآذونا فيه أم لا، لأصالة البراءة من الاشتراط، و لأن اشتراط الاذن فى القبض مع مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه و قد تحقق القبض السابق طلب للحاصل و هو محال.

(٥) أى يمكن فى هذا الزمان تجديد القبض.

(٦) أى قبل كل واحد من الاذن الجديد و مضى زمان.

(٧) بعد القبض السابق.

(٨) مآذونا فيه أو غير مآذون كما نسب إلى الشيخ.

(٩) كما نسب إلى العلامة فى التذكرة.

(١٠) أى من القبض، و حاصل الدليل على اشتراطهما فى مطلق القبض السابق أن القبض المعتبر فى الرهن هو القبض الحاصل بعد الرهن و هذا لا يتم إلا بإذن الراهن، و من ضروريات تحصيله مضى زمان يمكن أن يحصل فيه، فالإذن فى القبض دال على القبض بالمطابقه و على مضى الزمان بالالتزام، و لكن الالتزام بالقبض الفعلى بعد الرهن تحصيل للحاصل لأنه مقبوض سابقا، أو يلزم اجتماع المثليين و هو محال، فلا- بد من حمل الاذن فى القبض على المعنى الالتزامى فقط لتعذر المطابقى، فيحمل الاذن بالقبض على مضى الزمان فقط، و باعتبار أن الاذن فى القبض شرط لأن الاذن من مستلزمات القبض الذى

ما وقع بعد الرهن و هو (١) لا يتم إلا بإذن كالمبتدأ، و الإذن فيه (٢) يستدعى تحصيله، و من ضروراته (٣) مضى زمان، فهو (٤) دال عليه (٥) بالمطابقه، و على الزمان بالالتزام، لكن مدلوله (٦) المطابقى منتف، لإفضائه إلى تحصيل الحاصل و اجتماع الأمثال، فيبقى الالتزامى. و يضعف بمنع اعتبار المقيد بالبعديه (٧)، بل الأعم و هو (٨) حاصل، و الزمان (٩) المدلول عليه التراما (١٠) من توابعه (١١) و مقدماته (١٢) هو شرط فى الرهن فلا بد من الاذن و من مضى زمان يمكن تجديد القبض فيه.

و يضعف.

أولاً: بأن القبض المشروط فى الرهن لا يجب أن يكون قبضاً بعد الرهن إذ لا دليل عليه، بل غاية الأدله تفيد مطلق القبض سواء قارن العقد أم سبقه أو لحقه.

و ثانياً: لو سلم أن الأدله تفيد اشتراط القبض المقيّد ببعديه الرهن، فهو بحاجه إلى اذن فى القبض لو لم يكن مقبوضاً، و مع تحقق القبض سابقاً فلا يحتاج إلى الاذن.

و ثالثاً: لو سلم أن الأدله تفيد اشتراط القبض المقيّد ببعديه الرهن و أن القبض بحاجه إلى إذن، فالإذن يدل على الزمان من باب الالتزام إذا لم يكن القبض متحققاً، لأن الزمان من مقدمات القبض، فمضى الزمان واجب من باب المقدمه لتحصيل ذيهها و هو القبض، فإذا كان القبض حاصلًا و هو ذو المقدمه فلا معنى لوجوب المقدمه حينئذ، لأن وجوبها مشروط لتحصيل ذى المقدمه، و مع تحصيل ذيهها يرتفع وجوبها.

(١) أى القبض بعد الرهن.

(٢) فى القبض بعد الرهن.

(٣) أى ضرورات التحصيل.

(٤) أى الاذن فى القبض بعد الرهن.

(٥) على القبض.

(٦) و هو القبض.

(٧) إشاره إلى الإشكال الأول المتقدم، و المعنى منع اعتبار القبض المقيّد ببعديه الرهن، بل الدليل قد دل على مطلق القبض سواء قارن العقد أو سبقه أو لحقه.

(٨) أى الأعم.

(٩) إشاره إلى الإشكال الثالث المتقدم.

(١٠) من الاذن.

(١١) أى توابع الاذن من حيث الاستدلال.

(١٢) أى مقدمات القبض من حيث الواقع.

ص: ٦٣

فيلزم من عدم اعتباره انتفاؤه (١) نعم لو كان قبضه (٢) بغير إذن توجه اعتبارهما (٣) لما تقدم، و على تقديره (٤) فالضمان باق إلى أن يتحقق ما يزيله من قبل المالك على الأقوى (٥).

في ما لو كان الرهن مشاعا

(و لو كان) الرهن (مشاعا فلا بد من إذن الشريك في القبض (٦)، أو رضاه) (١) أى يلزم من عدم اعتبار القبض الذى هو ذو المقدمه انتفاء الزمان الذى هو المقدمه، لأن وجوب المقدمه لتحصيل ذبيها، فإذا حصل ذوها انتفى وجوبها.

(٢) أى لو كان القبض السابق بغير إذن، و هو قول العلامة في التذكرة.

(٣) من الاذن الجديد و مضى زمان يمكن تجدد القبض فيه، قال في الجواهر: (فصل في المسالك و الروضه بين المغصوب و غيره فاعتبر الاذن و مضى الزمان فى الأول دون الثانى و لا ريب فى ضعفه) انتهى.

(٤) أى تقدير اعتبارهما.

(٥) لا شك أن المقبوض السابق بغير إذن المالك كالمغصوب مضمون على القابض لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١) ، فلو وقع الرهن على المغصوب و قد أذن له المالك فى القبض مع مضى زمان يمكن تجدد و القبض فيه فهل يرتفع الضمان عن المرتهن الذى كان غاصبا أو لا؟.

ذهب البعض إلى ارتفاع الضمان لارتفاع سببه و هو الغصبيه و لأن إذن المالك له بالقبض بمنزله قبض المالك إياه ثم دفعه إلى المرتهن، فلو قبضه المالك يرتفع الضمان قطعاً فكذا ما هو بمنزلته، و ذهب بعض إلى أن الاذن بالقبض بعد الرهن إنما يرفع الاثم و لا يرفع الضمان، لأن الضمان ثابت سابقاً و عند الشك بارتفاعه بسبب الاذن يستصحب، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان المسبب عن الغصبيه لم يسقط كما فى القواعد و جامع المقاصد و غايه المرام، لأن الإسقاط يجدى فيما هو حق ثابت فى الذمه و ليس المقام منه قطعاً، إذ لا شىء فى الذمه حينئذ لكون المراد من الضمان فى الغصب أنه لو تلفت العين يضمن مثلها، و لا معنى لإسقاطه قبل حصوله.

(٦) لا بد من إذن الشريك فى القبض سواء كان المرهون من المنقول و غيره كما عليه المحقق و الفاضل فى التحرير و القواعد و الشهيد فى الدروس و اللعه هنا، لاستلزام القبض تصرفاً فى مال الغير بغير إذنه، و هو ممنوع شرعاً.

ص: ٦٤

(بعده (١)، سواء كان مما ينقل أم لا، لاستلزامه التصرف في مال الشريك، و هو منهي عنه بدون إذنه، فلا يعتد به شرعا.

و يشكل فيما يكفى فيه مجرد التخليه، فإنها لا تستدعى تصرفا، بل رفع يد الراهن عنه (٢) و تمكينه (٣) منه (٤)، و على تقدير اعتباره (٥) فلو قبضه بدون إذن الشريك و فعل محرما فهل يتم القبض قولان، منشؤهما النهى المانع كما لو وقع بدون إذن الراهن، و هو اختيار المصنف، و أن النهى إنما هو لحق الشريك فقط، للإذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا، و هو أجد، و لو اتفقا على قبض الشريك جاز (٦) فيعتبر سماعه (٧) الإذن فيه.

الكلام فى الشروط

إشارة

(و الكلام: إما فى الشروط، أو اللواحق)

فى كونه عينا

(الأول: شرط الرهن أن يكون عينا (٨) و عن الشيخ فى المبسوط إلى أن القبض إذا كان يكفى فيه التخليه كقبض غير المنقول فليس القبض بحاجة إلى إذن الشريك، لأن القبض هنا رفع يد لا تصرف فى مال الغير حتى يستلزم إذنه.

(١) بعد القبض.

(٢) عن الذى يكفى فيه مجرد التخليه و هو غير المنقول.

(٣) أى و تمكين المرتهن من قبل الراهن.

(٤) من الرهن.

(٥) أى اعتبار إذن الشريك فى المنقول و غيره، فلو تم القبض بغير إذن الشريك فهل يعتبر هذا قبض أو لا، ذهب الشهيد إلى أنه ليس قبضا لوجود النهى فيقع فاسدا كما لو وقع القبض بغير إذن الراهن.

و ذهب العلامة و ولده و المحقق الثانى و غيرهم إلى وقوعه قبضا، و إن تعلق فيه النهى، لأن النهى إنما هو لحق الشريك فقط، فالنهي لشيء خارج عن ذاته فلا يفيد الفساد، و ما هو معتبر فيه هو إذن الراهن و هو متحقق.

(٦) لو وكل المرتهن شريك الراهن فى القبض، و قد أذن الراهن فى القبض جاز بمعنى صح للشريك القبض بلا خلاف كما فى الجواهر، و إن كان الراهن غير راض على جعل شريكه وكيلا عن المرتهن، بل و إن لم يجز الراهن للمرتهن بأن يجعل الشريك وكيلا.

(٧) أى يعتبر سماع الشريك إذن الراهن فى قبضه للرهن.

(٨) يجب أن يكون الرهن عيناً على المشهور فلا يصح رهن الدين ولا رهن المنفعة، وذهب

ص: ٦٥

(مملوكة (١) يمكن قبضها (٢) و يصح بيعها (٣) هذه الشرائط منها ما هو شرط الصحة و هو الأكثر، و منها ما هو شرط في لزوم كالمملوكية، باعتبار رهن ملك الغير و لا يضر ذلك (٤)، لأنها شروط في الجملة، و لأن المملوكية تشتمل على شرط الصحة في بعض محترزاتها (٥) فلا يصح رهن المنفعة (٦) كسكنى الدار و خدمة العبد، لعدم إمكان قبضها، إذ لا يمكن إلا بإتلافها، و لتعذر تحصيل المطلوب في الرهن منها (٧) و هو (٨) استيفاء الدين منه (٩)، و هي إنما تستوفى شيئاً فشيئاً، و كلما البعض إلى جواز رهن الدين و سيأتي بحثه.

(١) فلا يصح رهن ما لا يملكه الراهن و لو كان لغيره فهو متوقف على إذن ذلك الغير، و كذا لا يصح رهن ما لا يملك كالخمر و الحشرات.

(٢) فلا يصح رهن ما لا يمكن قبضه كالطير في الهواء غير المعتاد للعود، و السمك في الماء غير المحصور بحيث يتعذر قبضه.

(٣) لأن ما لا يصح بيعه لا يمكن استيفاء الدين منه فلا يصح رهن الوقف.

ثم هذه الأربعة شروط غير أن بعضها و هو المملوكية شرط لزوم فلو رهن مال غيره لتوقف اللزوم على إجازة المالك و الباقي شرط صحه.

(٤) أى إطلاق لفظ الشروط على الجميع و المتبادر منها شروط الصحة مع أن البعض شرط لزوم لا يضر، لأنها شروط في الجملة.

(٥) فشرط اللزوم الوحيد هو المملوكية، و هو شرط صحه في بعض موارد كرهن ما لا يملك كالحر و الحشرات أو رهن ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير، فالرهن على هذه الأعيان فاسد، و على كل فإذا كان شرط اللزوم شرط صحه في بعض موارد جاز إطلاق شرط الصحة عليه.

(٦) كسكنى الدار و خدمة العبد بلا خلاف فيه، لأن المطلوب بالرهن هو التوثق على الدين، و هذا لا يحصل بها، لأنها تستوفى شيئاً فشيئاً، و كل ما حصل منها شيء عدم ما قبله، مع أن المطلوب من الرهن أنه متى تعذر استيفاء الدين استوفى من الرهن، و هذا غير متحقق في المنفعة لعدم بقائها حال تعذر استيفاء الدين.

و لأن المنفعة لا يصح إقباضها إلا بإتلافها.

(٧) من المنفعة.

(٨) أى المطلوب في الرهن.

(٩) من الرهن.

حصل منها شيء عدم ما قبله. كذا قيل. وفيه نظر (١)، (ولا الدين) (٢) بناء على ما اختاره من اشتراط القبض لأن الدين أمر كلي لا- وجود له في الخارج يمكن قبضه، و ما يقبض بعد ذلك ليس نفسه (٣)، و إن وجد في ضمنه (٤). و يحتمل جوازه (٥) على هذا القول، و يكتفى بقبض ما يعينه المديون، لصدق قبض الدين عليه عرفا كهبه ما في الذمه (٦).

(١) قال الشارح في حاشيه له كما في الطبعه الحجريه: (وجه النظر أن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو من عوضه و لو يبيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع عليه الفساد قبله، و المنفعه يمكن فيها ذلك بأن يؤجر العين و يجعل الأجره رهنا، و قريب منه القول في القبض - أى لا يصح قبض المنفعه لأن إقباضها إتلافها - لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعه، و يكون عوضها رهنا، إلا أن يقال إن ذلك خروج عن المتنازع، لأن رهن الأجره جائز، و إنما الكلام في المنفعه نفسها، و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد إمكان رهنه، و المانع عارض بخلاف المنفعه) انتهى فالمقتضى للرهن غير موجود و إن عدم المانع.

(٢) على المشهور، لأن القبض معتبر في الرهن، و الدين لا- يمكن قبضه لأنه أمر كلي لا وجود له في الخارج حتى يقبضه، و ما يدفعه المديون ليس عين الدين بل هو أحد أفراده.

و ذهب جماعه منهم الشارح و صاحب الجواهر إلى صحه رهن الدين لوجود مقتضى الرهن من أنه مال مملوك إلى آخر ثبت اعتباره، و عدم المانع، إذ المانع المتوهم هو تعذر قبضه و هو لا يضر لعدم اشتراط القبض في الرهن، غايته إن الدين لا يمكن قبضه حال الرهن، و إنما يمكن قبضه بعد دفع المديون بتقديم أحد أفراده، و قد بان أن النزاع هنا مبني على النزاع في اشتراط القبض في الرهن.

(٣) بل هو فرد من أفراده.

(٤) أى و إن وجد الكلي في ضمن الفرد و المدفوع.

(٥) جواز رهن الدين على القول باشتراط القبض في الرهن.

(٦) بأن وهب الدائن ماله في ذمه المديون لنفس المديون، و الهبه مشروطه بالقبض بالاتفاق، فهو كالمقبوض عرفا، و عليه فكما جاء الاكتفاء بصدق القبض العرفي في الهبه فيكتفى بصدق القبض العرفي على ما عينه المديون.

هذا من جهه و من جهه أخرى هبه ما في الذمم منصرفه إلى الإبراء بالاتفاق باعتبار اشتراط القبض في الهبه و القبض متعذر لما في الذمه، و عليه فلا يصح التشبيه بها من الشارح هنا.

و على القول بعدم اشتراط القبض لا مانع من صحه رهنه (١)، و قد صرح العلامة فى التذكرة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض و عدمه فقال: لا يصح رهن الدين إن شرطنا فى الرهن القبض، لأنه لا يمكن قبضه، لكنه فى القواعد جمع بين الحكم بعدم اشتراط القبض، و عدم جواز رهن الدين، فتعجب منه المصنف فى الدروس. و تعجبه فى موضعه، و الاعتذار له (٢) عن ذلك بعدم المنافاه بين عدم اشتراطه (٣)، و اعتبار كونه (٤) مما يقبض مثله مع تصريحه (٥) بالبناء المذكور (غير مسموع).

فى رهن المدبّر

(و رهن المدبّر إبطال لتدبيره على الأقوى (٦)، (١) أى رهن الدين.

(٢) قال الشارح فى المسالك: (و اعتذر له المحقق الشيخ على - أى المحقق الثانى - بأن عدم اشتراط القبض لا ينافى اشتراط كون الرهن مما يقبض مثله، نظرا إلى أن مقصوده لا يحصل إلا بكونه مما يقبض، كما أرشدت إليه الآية الكريمة، فأحدهما غير الآخر.

و فيه: مع ما أشرنا إليه من تصريح العلامة ببناء الحكم على القبض، منه اعتبار كون الرهن مما يقبض مثله معجلا إذ لا دليل عليه، و الآية قد تقدم عدم دلالتها على اعتبار القبض، بل الإرشاد إليه، و المعتذر - ره - قد بالغ فى تحقيق دلالتها على ذلك، و منع دلالتها على اعتبار القبض فى محل البحث عنه، و لو سلم اعتبار صلاحية الرهن للقبض فالدين صالح لذلك بتعين المديون له فى فرد من أفراد ماله، فالمنع من رهنه على القول بعدم اشتراط القبض غير متوجه، و لو فرض كونه محتملا لما ذكر لا يدفع التعجب عند ضعف المأخذ) انتهى.

(٣) أى اشتراط القبض.

(٤) كون الرهن.

(٥) تصريح العلامة ببناء الحكم على القول باشتراط القبض و عدمه.

(٦) ذهب الأكثر إلى أن رهن العبد المدبّر إبطال لتدبيره، لأن التدبير من العقود الجائزه كالوصيه، و قصد شىء ينافى التدبير عقيب التدبير مبطل له، فلو رهنه أو باعه أو وهبه و نحو ذلك من العقود التى يكون الفرض منها ملك من انتقل العبد إليه أو استيفاء الدين من قيمته فوقوع شىء من هذه العقود عقيب التدبير مناف للتدبير و مبطل له.

و ذهب الشيخ إلى صحه الرهن مع صحه التدبير، لأن الرهن لا يستلزم نقل العبد عن ملك الراهن، و يجوز فكه بعد الرهن فلا تنافى بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، نعم

لأنه (١) من الصيغ الجائزه فإذا تعقبه ما ينافيه أبطله، لكونه رجوعاً (٢) إذ لا يتم المقصود من عقد الرهن إلا بالرجوع. وقيل: لا يبطل به، لأن الرهن لا يقتضى نقله عن ملك الراهن، و يجوز فكه فلا يتحقق التنافى بمجرد، بل بالتصرف. و حينئذ فيكون التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه فى الدين فيبطل، و استحسنة فى الدروس.

فى رهن الخمر و الخنزير و الحرز

(و لا- رهن الخمر و الخنزير إذا كان الراهن مسلماً (٣)، أو المرتهن (٤) و إن وضعهما على يد ذمى، لأن يد الودعى كيد المستودع، خلافاً للشيخ حيث أجازة كذلك (٥)، محتجاً بأن حق الوفاء إلى الذمى فيصح، كما لو باعها و أوفاه ثمنهما.

و الفرق واضح (٦)، (و لا- رهن الحر مطلقاً (٧) من مسلم و كافر، عند مسلم و كافر، يكون التدبير مراعى بفكه، فإن فكه استقر التدبير، و إلا فإذا أخذه المرتهن فى الدين بطل الرهن.

(١) أى التدبير.

(٢) أى كون الرهن رجوعاً عن التدبير.

(٣) لو رهن المسلم الخمر أو الخنزير أو نحوهما مما لا يملكه المسلم لا- يملكه المسلم لا- يصح، بلا خلاف فيه، و لو كان المرتهن ذمياً، لعدم ملكيه الراهن لها، و عدم سلطنته على بيعها و وفاء دينه منها كما هو واضح.

(٤) لو رهنها الذمى عند مسلم فلا يصح الرهن، و إن وضعها على يد ذمى على المشهور شهره عظيمه، و لم يخالف إلا الشيخ فى المبسوط و الخلاف بدعى أن الذمى يصح له رهن ما لا يملكه المسلم كما يصح له بيع ما لا يملكه المسلم، فكما يجوز للذمى بيعه و إعطاء ثمنه للمسلم فى وفاء الدين، فكذلك يجوز له رهنه.

نعم بما أن المرتهن سيضع يده على الرهن و المرتهن هنا مسلم و لا يجوز له وضع يده على هذه الأعيان فيوضع الرهن عند ذمى حينئذ.

و هذه الدعوى مردوده لأن يد الذمى الودعى كيد المسلم المستودع، و له تسلط على الرهن بالبيع و الاستيفاء على وجه و هو هنا ممتنع.

(٥) بوضع الرهن على يد ذمى، و كان الراهن ذمياً.

(٦) فى الرهن تسليط للمسلم على بيع الخمر أو الخنزير و نفس التسليط غير جائز، و وضعهما عند ذمى لا يجدى لأن يد الودعى كيد المستودع، بخلاف ما لو باع الذمى الخمر أو الخنزير و سلط المسلم على ثمنهما إيفاء لدينه فهو تسليط المسلم على مال و هو جائز، و بهذا بان الفرق.

(٧) مسلماً كان أو كافراً من مسلم أو كافر عند مرتهن مسلم أو كافر، لأن الحر لا يمكن

إذ لا شبهه في عدم ملكه، (و لو رهن ما لا يملك) الراهن و هو مملوك لغيره (١) (وقف على الإجازة) من مالكة (٢) فإن أجازة صح على أشهر الأقوال من كون عقد الفضولي موقوفاً مطلقاً (٣) و إن رده بطل.

في ما لو استعار للرهن

(و لو استعار للرهن صح (٤) ثم إن سوغ له المالك الرهن (٥) كيف شاء جاز مطلقاً (٦)، و إن أطلق ففي جوازه فيتخير كما لو عمم أو المنع للغرر قولان، اختار أولهما في الدروس، و على الثاني فلا بد من ذكر قدر الدين (٧)، و جنسه، و وصفه، و حلوله أو تأجيله، و قدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل فيجوز بطريق أولى، و يجوز الرجوع في العارية ما لم ترهن عملاً بالأصل (٨).

تملكه و لا شبهه في عدم تملكه بلا خلاف في ذلك.

(١) قيد احترازي عما لا يقبل الملك أبداً كالحجر.

(٢) رهن ما لا يملكه الراهن بدون إذن مالكة متوقف على إجازة المالك على أشهر الأقوال، لأن عقد الفضولي يجري في جميع العقود و منها الرهن، و قيل: إن العقد الفضولي يجري في النكاح فقط و في غيره باطل، و قيل: إن العقد الفضولي مطلقاً باطل سواء كان في النكاح أو البيع أم غيرهما.

(٣) أي في جميع العقود الفضولية.

(٤) قال في المسالك: (اجمع العلماء على جواز رهن مال الغير بإذنه على دينه في الجملة، و سمّوه استعاره للرهن) انتهى، و في الجواهر: (صح بلا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه عندنا، بل و غيرنا عدا ما حكى عن ابن شريح من القول على تقدير كونه عاريه لا يصح رهنه، لأنها غير لازمه) انتهى.

(٥) قال الشارح في المسالك: (ثم إن سوغ المالك للراهن الرهن كيف شاء، جاز رهنه ممن شاء على أي مقدار شاء، بأي أجل شاء، و إن قيد له بعضها تقييداً، و إن أطلقاً لاذن ففي جوازه قولان: أحدهما الجواز و يتخير كما لو عمم عملاً بالإطلاق، و به قطع في الدروس، و الثاني المنع، لما فيه من الضرر، و الضرر بكثرة تفاوت الدين و المرتهن و الأجل، و هو أولى، فيذكر قدر الدين و جنسه و وصفه و حلوله أو تأجيله، و قدر الأجل، فإن تخطى حينئذ كان فضولياً، إلا أن يرهن على الأقل فإنه يدخل بطريق أولى) انتهى

(٦) بأي نحو كان من المبلغ و المدة و من المرتهن.

(٧) لا بدّ من ذكر ذلك بين الراهن و المعير ليعلم المعير ما سيطراً على ماله، و مع العلم لا غرر و لا ضرر.

(٨) أي الاستصحاب.

و تلزم بعقد الرهن (١) فليس للمعير الرجوع فيها بحيث يفسخ الرهن و إن جاز له مطالبه الراهن بالفك عند الحلول. ثم إن فكه و رده تاما برئ،

فى ما تلف الرهن

(و يضمن الراهن لو تلف) و إن كان بغير تفريط (٢)، (أو بيع) (٣) بمثله إن كان مثليا، و قيمته يوم التلف إن كان قيميا.

هذا إذا كان التلف بعد الرهن، أما قبله فالأقوى أنه كغيره من الأعيان المعاره (٤)، و على تقدير بيعه (٥) فاللازم لمالكة ثمنه إن بيع بثمان المثل، و لو بيع بأزيد فله المطالبه بما بيع به.

فى رهن الأرض الخراجيه

(يصح رهن الأرض الخراجيه (٦) كالمفتوحه عنوه، و التى صالح الإمام عليه (١) بلا- خلاف فيه، لأن الرهن لازم من قبل الراهن فلا بد أن يطرأ اللزوم على المال المعار الذى هو العين المرهونه، و لازمه عدم جواز مطالبه المعير بماله، و هذا لا يعنى خروجه عن ملكه، لأنه يجوز له المطالبه بفك العين المرهونه عند حلول الأجل، بل معنى عدم جواز مطالبه المعير بماله أن المعير ليس له فسخ الرهن بل يطالب الراهن بالفك بعد حلول الأجل حينئذ.

(٢) لأن قبضه لإتلافه فى دينه فهو قبض ضمان، بخلاف قبض العاربه فهو قد قبضها ليردها إلى مالكةا فهو قبض غير مأمون لأن يده يد أمانه.

(٣) أى الرهن، ثم لما كانت العين مضمونه على الراهن كما سمعت فإن بيعت ليستوفى المرتهن دينه منها ضمن الراهن مثلها إن كانت مثليه، و قيمتها إن كانت قيميه، و المعبر فى قيمه قيمتها يوم التلف، لأنه يوم انتقال الضمان من العين إلى الذمه.

(٤) أى غير مضمون و استشكل العلامه فيه على ما نقل، و لعله باعتبار أن القبض قبض ضمان لأنه قبضه بداعى إتلافه فى الدين ثم أجاز المالك بالرهن.

(٥) إذا أراد المرتهن استيفاء دينه من الرهن المستعار فحكمه حكم غيره من جواز بيعه إن كان وكيلا، و إلا استأذن المالك و إلا الحاكم، فإن باعه المرتهن حيث يجوز ذلك له، فلا يخلو إما أن يبيعه بثمان مثله أو أزيد و لا يجوز الأقل لئلا يلزم ضرر على الراهن، فلو باعه بثمان مثله رجع المالك على المستعير الراهن بنفس قيمه، لأن العين مضمونه عليه كما تقدم، و لو باعه بالأزيد، كان للمالك المطالبه بما بيع به لأن الثمن ملكه.

(٦) أرض الخراج هى المفتوحه عنوه و كانت عامره حال الفتح، و كذلك التى صالح الإمام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين و ضرب عليهم الخراج، و على كل فأرض الخراج هى ملك للمسلمين و لما لم تتعين لواحد منهم فلا يصح رهنها منفرده، لأن الرهن مشروط بصحه بيعه و بكونه ملكا للراهن.

نعم يصح رهن ما بها من أبنيه و أشجار و آلات، لأنها مملوكه لصاحبها المسلم الذى

الصلاه و السلام أهلها على أن تكون ملكا للمسلمين، و ضرب عليهم (١) الخراج كما يصح بيعها (تبعاً للأبنيه و الشجر)، لا منفرده.

في ما لا يصح رهنه

(و لا- رهن الطير في الهواء (٢) لعدم إمكان قبضه، و لو لم يشترطه (٣) أمكن الجواز، لإمكان الاستيفاء منه و لو بالصلح عليه،) و إلا إذا اعتيد) عوده، كالحمام الأهلي فيصح لإمكان قبضه عادة، (و لا السمك في الماء إلا إذا كان محصوراً مشاهداً) بحيث لا يتعذر قبضه عادة، و يمكن العلم به، (و لا رهن المصحف عند الكافر (٤)، أو العبد المسلم) لاقتضائه الاستيلاء عليهما، و السبيل على بعض الوجوه بيع و نحوه، (إلا أن يوضع على يد مسلم)، لانقضاء السبيل بذلك، و إن لم وضعها في الأرض، هذا كله ما عليه المحقق و جماعه.

و عن الشهيد بكون أرض الخراج مملوكة تبعاً لملكه الآثار التي بها، و عليه فيصح بيعها و رهنها مع الآثار، و عن العلامة و جماعه جواز بيعها تبعاً للآثار مع منع رهنها كذلك، و هو ضعيف لأن كل ما جاز بيعه جاز رهنه حينئذ.

(١) على أهلها الكفار.

(٢) لا يصح رهن الطير في الهواء و لا السمك في الماء لتعذر تسليمه، إلا إذا اعتيد عود الطير كالحمام الأهلي، أو أمكن تسليم السمك كالسمك المشاهد و المحصور في ماء معين.

و هذا يتم على القول باشتراط القبض في الرهن كما هو واضح، و يتم على القول بعدم الاشتراط، لأنه على الثاني فعدم إمكان التسليم مناف لمقتضى العقد، إذ مقتضاه هو الاستيثاق من الدين و مع تعذر إمكان التسليم لا- استيثاق، و ذهب الشارح في المسالك و الروضه هنا إلى إمكان القول بالصحة عند تعذر إمكان التسليم على القول بعدم اشتراط القبض بإمكان الصلح عليه، و معه لا يتعذر استيفاء الدين منه و إن كان غير مقبوض.

(٣) أي لو لم يشترط القبض.

(٤) لا يصح رهن المصحف عند الكافر، و لا رهن العبد المسلم عنده أيضاً كما عن جماعه لنفي السبيل له عليهما لقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)، و عن الشيخ و المحقق و الفاضل و الشهيد جواز الرهن مع وضعهما على يد مسلم، و معه لا يتحقق بذلك سبيل للكافر عليهما، لأنهما إذا لم يكونا تحت يد الكافر لم يستحق الاستيفاء من قيمه إلا بالبيع، و البيع حاصل من المالك أو من يأمره الحاكم مع امتناع المالك، و مثل هذا لا يعدّ سبيلاً، كيف و يمكن للمسلم أن يبيع عبده و يوفّي الكافر دينه من الثمن فكذلك المقام.

ص: ٧٢

يشترط بيعه للمسلم (١)، لأنه حينئذ لا يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره أو الحاكم مع تعذره، و مثله لا يعد سيلا لتحققه و إن لم يكن هناك رهن.

(و لا رهن الوقف) (٢) لتعذر استيفاء الحق منه بالبيع، و على تقدير جواز بيعه بوجه يجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا فلا يتجه الاستيفاء منه مطلقا (٣).

نعم لو قيل بعدم وجوب إقامه بدله أمكن رهنه حيث يجوز بيعه، (و يصح الرهن فى زمن الخيار (٤) لثبوت الثمن فى الذمه و إن لم يكن (٥) مستقرا (و إن كان) الخيار (للبيع، لانتقال المبيع) إلى ملك المشتري (بالعقد على الأقوى)، لأن صحه البيع تقتضى ترتب أثره، و لأن سبب الملك هو العقد فلا يتخلف عنه المسبب، و على قول الشيخ بعدم انتقاله إلى ملك المشتري إذا كان الخيار للبايع، أولهما (٦) لا يصح الرهن على الثمن قبل انقضائه (٧).

(و يصح رهن العبد المرتد و لو عن فطره (٨)، (١) الذى وضع المصحف و العبد تحت يده.

(٢) لا يصح بيع الوقف كما قرر فى محله فلا بد أن لا يجوز رهنه، لأنه لا يمكن استيفاء الدين منه لعدم جواز بيعه، و على تقدير جواز بيع الوقف فى بعض الوجوه فيجب أن يشتري بثمنه ملكا يكون وقفا و معه لا يمكن الاستيفاء من الوقف و لو جاز بيعه، نعم لو قيل بعدم وجوب إقامه بدله بثمنه أمكن رهن الوقف حيث يجوز بيعه.

(٣) جاز بيعه أو لا.

(٤) يجوز للمشتري رهن المبيع فى زمن ثبوت الخيار للبايع، لأن المشتري مالك للمبيع من حين العقد و إن تزلزل ملكه بالخيار، و المالك يجوز له التصرف فى ملكه بأى تصرف كان على نحو النقل و غيره و معه لا بد أن يجوز له الرهن، و كذلك يجوز رهن الثمن للبايع فى زمن خيار المشتري و عن الشيخ عدم جواز الرهن لأن المبيع لا ينتقل إلى ملك المشتري إلا بعد انقضاء زمان الخيار، و هو مبنى ضعيف.

(٥) أى الملك.

(٦) أى للمشتري و البايع.

(٧) أى قبل انقضاء الخيار إذا كان الخيار للمشتري.

(٨) المرتد تاره عن مله و أخرى عن فطره، و عليه فالمرتد الملى يصح رهنه لأنه تقبل توبته و لا يجب قتله فماليته باقيه و كذلك المرتده سواء كانت عن فطره أم مله.

لأنه لم يخرج بها (١) عن الملك، وإن وجب قتله، لأنه حينئذ كرهن المريض الميئوس من برئه ولو كان امرأه، أو مملوكاً فالأمر أوضح، لعدم قتلها مطلقاً (٢)، وقبول توبته (٣)، (و الجاني (٤) مطلقاً) عمداً و خطأ، لبقاء المالكه و إن استحق العامد القتل، و لجواز العفو. ثم إن قتل بطل الرهن. و إن فداه مولاه أو عفى الولي بقى رهنا، و لو استرق بعضه بطل الرهن فيه خاصه، و فى كون رهن المولى له فى الخطأ التزاماً بالفداء و جهان كالباع (٥) (فإن عجز المولى عن فكه قدمت الجنايه) لسبقها، و أما المرتد الفطرى فاعتبار وجوب قتله على كل حال سواء تاب أو لا يشكل صحه الرهن عليه، قال الشارح فى المسالك: (لأنه لا تقبل توبته فيجب إتلافه شرعاً فتنتفى عليه الرهن و هى التوثق، و وجه الجواز جواز بيعه و بقاء ماليته حاله الرهن، و تعرضه للإتلاف لا يصلح للمنع كرهن المريض الموثق و هو أجود) انتهى هذا و قد مال العلامة إلى المنع.

(١) بالرده.

(٢) سواء كانت مليه أم فطريه، و هذا لقليل لجواز الرهن على المرتده.

(٣) لتعليل لجواز الرهن على المرتد الملى.

(٤) إذا كان الجاني عبداً، فالجاني تاره عمداً، و أخرى خطأ، و على الأول فوجهان بل قولان، و وجه عدم جواز الرهن لأنه بحكم الثالث لاستحقاقه القتل فهو كالمرتد الفطرى، و وجه الجواز بقاء المالكه حاله الرهن مع جواز العفو عنه فلا ذهاب لماليته.

و على الثانى فالمشهور على جواز رهنه، لوجود مقتضى الرهن من كونه مالا يصح قبضه مع صحه بيعه و هو مملوك للراهن و لا مانع يمنع من رهنه إلا تعلق حق الجنايه عليه، و هو ليس بمانع لأنه لا يقتل بجنايته قطعاً فهو باق على ماليته.

نعم يجوز لولى الدم استرقاق العبد الجانى أو بقدر الجنايه لو لم يفكه المولى و يدفع القصاص من مال آخر، و هذا لا يكون مانعاً للرهن لجواز العفو، و لذا قال فى الجواهر:

(و احتمال القصاص و الاسترقاق للكل أو البعض غير قادح، كما إذا جنى و هو رهن، إذ لا يعتبر فى الاستيثاق نفى سائر الاحتمالات)، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى عدم جواز الرهن لأنه بحكم التالف لجواز استرقاقه، ثم على تقدير جواز رهن العبد الجانى فيتعلق فيه حق الجنايه و حق الرهن، إلا أن حق الجنايه مقدم بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر، لسبق حق الجنايه، و لأن حق الجنايه متعلق بالرقبه بخلاف حق الدين، و لذا لو مات العبد فيفوت حق الجنايه بخلاف الدين فإنه ثابت فى ذمه الراهن.

(٥) أى كما لو باعه المولى، و وجه الالتزام أن الرهن تفويت على ولى الدم، و وجه عدم الالتزام أن الرهن ليس تفويتاً لاحتمال فكه من مال آخر.

و لتعلق حق المجنى عليه بالرقبه، و من ثم لو مات الجانى لم يلزم السيد بخلاف المرتهن فإن حقه لا- ينحصر فيها (١)، بل تشترکہا ذمه الراهن،(و لو رهن ما يتسارع إليه الفساد (٢) قبل الأجل) بحيث لا يمكن إصلاحه كتجفيف العنب (٣)، و الرطب (فليشترط بيعه، و رهن ثمنه) فيبيعه الراهن و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع منه رفع المرتهن أمره إلى الحاكم لبيعه، أو يأمر به (٤)، فإن تعذر جاز له (٥) البيع، دفعا للضرر، و الحرج.

(و لو أطلق) الرهن و لم يشترط بيعه، و لا عدمه (حمل عليه) (٦) جمعا بين الحقين، مع كونه حاله الرهن صالحا له. و قيل: يبطل، لعدم اقتضاء الإطلاق (١) فى الرقبه.

(٢) لو رهن شيئا يسرع إليه الفساد قبل حلول أجل الدين بحيث يكون تالفا وقت الاستيفاء، و لكن يمكن إصلاحه بتجفيف و نحوه كالعنب و الرطب صح رهنه بلا خلاف و لا إشكال، ضروره وجود المقتضى للرهن مع عدم المانع، و يجب على الراهن إصلاحه و تجفيفه عند رهنه.

و أما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل أجل الدين و لا يمكن إصلاحه فلو شرط بيعه مع جعل ثمنه رهنا صح بلا خلاف أيضا و لا- إشكال، و بعد الرهن إن باعه الراهن و دفع ثمنه رهنا فهو و إلا- أجبره الحاكم لأنه ولى الممتنع، و إن تعذر الحاكم باعه المرتهن و جعل ثمنه رهنا جمعا بين حقى الراهن و المرتهن أما لو كان مما يتسارع إليه الفساد قبل الأجل و لا يمكن إصلاحه و لم يشترط بيعه صح الرهن كما عن الفاضل و الشهيدين و المحقق الثانى، غايته عند خوف الفساد يبيعه المالك و يجعل ثمنه رهنا، و مع الامتناع عن البيع يجبره الحاكم جمعا بين الحقين كمثل ما لو شرط بيعه.

و عن الشيخ البطالان، لأن الإطلاق فى عقد الرهن لا يقتضى البيع، نعم لو شرط فالالتزام بالشرط، أما مع الإطلاق فحمله على الشرط بحاجه إلى دليل، و لأن نفس العين المرهونه يشترط فيها الدوام إلى ما بعد الأجل ليحصل الاستيثاق منها، و ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل فى قوه الهالك فلا يتحقق الاستيثاق منه.

(٣) مثال للمنفى لا للنفى.

(٤) أى يأمر الحاكم بالبيع و لو كان الأمر للمرتهن.

(٥) للمرتهن.

(٦) على بيعه و جعل الثمن رهنا.

البيع، و عدم صلاحيته (١)، لكونه (٢) رهنا على الدوام، فهو فى قوه الهالك و هو (٣) ضعيف، لكونه (٤) عند العقد مالا تاما، و حكم الشارع ببيعه على تقدير امتناعه منه (٥) صيانه للمال جائز (٦)، لفساده (٧)، و احتراز بقوله: قبل الأجل، عما لو كان لا يفسد إلا بعد حلوله (٨) بحيث يمكن بيعه قبله (٩) فإنه لا يمنع (١٠)، و كذا لو كان الدين حالا (١١)، لإمكان حصول المقصود منه، و يجب على المرتهن السعى على بيعه بأحد الوجوه (١٢)، فإن ترك مع إمكانه (١٣) ضمن (١٤)، إلا- أن ينهائى المالك فيتتفى الضمان، و لو أمكن إصلاحه (١٥) بدون البيع لم يجوز بيعه بدون إذنه، و مئونه إصلاحه (١٦) على الراهن كنفقه الحيوان.

(١) أى عدم صلاحيه ما يسرع إليه الفساد.

(٢) أى ما يكون رهنا فهو رهن على الدوام و ما يسرع إليه الفساد فهو فى قوه الهالك.

(٣) أى القول بالبطلان.

(٤) أى كون ما يسرع إليه الفساد.

(٥) أى امتناع الراهن من البيع.

(٦) خبر لقوله: و حكم الشارع.

(٧) تعليل لحكم الشارع ببيعه.

(٨) حلول الدين.

(٩) قبل الفساد و لكن بعد الحلول أيضا.

(١٠) لوجود المقتضى للرهن مع عدم المانع.

(١١) و قد رهن ما يسرع إليه الفساد قبل الأجل لو كان الدين مؤجلا، لكن هنا يجوز الرهن لبقائه على ماليتة.

(١٢) من مراجعه المالك أو الحاكم حيث يمكن.

(١٣) أى ترك السعى مع إمكان البيع بنفسه.

(١٤) قال فى المسالك: (و لو ترك المرتهن السعى فى بيع ما يفسد حيث صح رهنه بمراجعته المالك أو الحاكم حيث يمكن ضمن، و لو تعذر الحاكم فإن نهاه المالك من البيع لم يضمن، و إلا احتمل الضمان لجواز بيعه بنفسه حينئذ) انتهى.

(١٥) بتجفيف كالعنب و الرطب فيصح رهنه و لا- يجوز للمرتهن بيعه إلا- بإذن الراهن كبقية العيون المرهونه، بخلاف ما يتسارع إليه الفساد، لأنه مع خوف الفساد و امتناع المالك عن البيع و تعذر الحاكم فيجوز للمرتهن البيع على تفصيل قد تقدم.

(١٦) أي مثونه إصلاح ما يسرع إليه الفساد و ذلك بالتجفيف و نحوه إنما تكون على الراهن،

ص: ٧٦

و أما المتعاقدان: فىشترط فىهما الكمال) بالبلوغ، و العقل (١)، و الرشد (٢)، و الاختيار (٣)،(و جواز التصرف) (٤) برفع الحجر عنهما فى التصرف المالى،(و يصح رهن مال الطفل للمصلحة (٥) كما إذا افتقر إلى الاستدانه لنفقته، و إصلاح عقاره، و لم يكن بىع شىء من ماله أعود، أو قال الشارح فى المسالك: (وجب على الراهن تجفيفه و إصلاحه لأن ذلك من مؤنه حفظه كنفقه الحيوان المرهون) انتهى.

(١) يشترط البلوغ و العقل فى عقد الرهن كباقى العقود، لسلب عباره الصبى و المجنون كحديث رفع القلم(١).

(٢) أما فى الراهن فواضح، لأن الرشيد فى مقابل السفیه، و السفیه محجور عليه و هو ممنوع من التصرف فى ماله، و الرهن تصرف فى ماله، و أما فى المرتهن فلأن الرهن مستلزم للاستيلاء عليه ببيع و نحوه و هو محجور عليه ما دام سفیهًا، نعم استثنى صاحب الجواهر ما لو كان الرهن على دين قد وقع قبل الحجر فلا دليل على اشتراط رشد المرتهن، لأن الرهن مصلحه لماله.

(٣)المقابل للإكراه، فمع إكراههما أو أحدهما لا ینعقد عقد الرهن، نعم لو تعقبه الرضا فيما بعد صح، و هذا كاشف عن كون الإكراه غير مخرج لقصد المعنى، نعم لو كان مخرجا عن القصد المذكور فتعقب الرضا لا يفيد بعد عدم قصد المعنى من رأس.

(٤)فلو كان أحدهما محجورا عليه فهو ممنوع من التصرف كالمملوك و السفیه.

(٥)و ذلك فيما لو اضطر الولى للاستدانه من أجل الإنفاق على مصلحه الطفل، كأن ینهدم دار الطفل و الإعمار بحاجه إلى الدين، أو يكون للطفل أموال فىحتاج الولى إلى الدين للإنفاق عليها لحفظها من التلف أو النقص.

و على كل إذا كان الدين أولى بالمصلحة، و كان الدين متوقفا على رهن بعض أموال الطفل فعل الولى ذلك، و هذا فيما لو كان استبقاء مال الطفل أعود عليه، أما لو كانت المصلحة ببيع الدار الذى تهدم فلا يجوز للولى الاستدانه و لا الرهن عليه، بل يجب بىعه لقوله تعالى: **وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ (٢)**، بلا-خلاف فى ذلك كله كما فى الجواهر، و عن بعض الشافعية المنع من رهن مال الطفل مطلقا و لا ريب فى ضعفه.

ص: ٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) سورة الأنعام، الآية: ١٥٢.

لم يمكن (١) و توقفت (٢) على الرهن، و يجب كونه (٣) على يد ثقه يجوز إيداعه منه، (و) كذا يصح (أخذ الرهن له (٤)، كما إذا أسلف ماله (٥) مع ظهور الغبطه، أو خيف على ماله من غرق، أو نهب (٦). و المراد بالصحه هنا (٧) الجواز بالمعنى (١) أى كان البيع أعود و لكنه غير ممكن.

(٢) أى الاستدانه.

(٣) أى رهن مال الطفل، فيجب أن يوضع على يد ثقه، فإن كان المرتهن ثقه فهو، و إلا يجب وضع الرهن عند ثقه غير المرتهن للاستيثاق فى المحافظه على مال الطفل.

(٤) فيجوز لولى اليتيم أن يقرض مال الطفل و يأخذ الرهن له، أما جواز الإقراض فهو مقيد بالمصلحه للطفل، كأن يخاف الولي على مال الطفل من التلف أو النهب أو السرقة فيقرضه من الغنى الثقه مع الرهن، و اشتراط الثقه فى المستقرض ليؤمن جحوده، و اشتراط اليسر مع الرهن من أجل استيفاء حق الطفل، و هذا ما عليه جماعه.

و استشكل فى إيجاب الغنى مع الرهن، لأنه مع وجود الرهن يمكن استيفاء دين الطفل من العين المرهونه و لو كان المستقرض فقيرا.

هذا إذا كان الإقراض لغير الولي، و أما له فعن ابن إدريس عدم الجواز حيث قال فى السرائر: (لا يجوز له بحال لأنه أمين، و الأمين لا يجوز له أن يتصرف فى أمانته) انتهى، و رد بأنه على خلاف إطلاق الآيه المتقدمه، إذ قد يكون الإقراض لنفس الولي أنفع للطفل، و للأخبار.

منها: صحيح أبى الربيع عن أبى عبد الله عليه السلام عن رجل ولى يتيماً فاستقرض منه فقال عليه السلام: إن على بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره، فلا بأس بذلك (١)، و هذا الخبر كمثلته مطلق و لكن لا بد من تقييده بالمصلحه للآيه المتقدمه.

(٥) أى كما إذا دفع الولي مال الطفل سلماً، فالثمن حال و المثلث مؤجل.

(٦) فبقرضه.

(٧) عند قول الماتن: (و يصح رهن مال الطفل للمصلحه و أخذ الرهن له) أى و يصح أخذ الرهن له، و غيره عبّر (يجوز لولى اليتيم بأخذ الرهن له)، و قال الشارح فى المسالك:

(يمكن أن يراد بالجواز معناه الخاص فلا- يجب لأصالة العدم، خصوصاً إذا كان الدين فى ذمه ملى أو ثقه، - إلى أن قال - و الأولى أن يراد به معناه الأعم فيشمل الوجوب، و هو المراد هنا و به قطع فى التذكرة) انتهى.

١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب ما يكتسب به، ذيل حديث ١.

الأعم. و المقصود منه الوجوب، و يعتبر كون الرهن مساويا للحق، أو زائدا عليه (١) ليتمكن استيفاؤه منه، و كونه بيد الولى، أو يد عدل (٢) ليتم التوثق، و الإشهاد (٣) على الحق لمن يثبت به عند الحاجة إليه عادة. فلو أخل (٤) ببعض هذه ضمن مع الإمكان.

(و لو تعذر الرهن هنا) (٥) و هو فى موضع الخوف على ماله (أقرض من ثقه عدل غالبا) هكذا اتفقت النسخ، و الجمع بين العدل و الثقة تأكيد، أو حاول تفسير الثقة بالعدل لوروده كثيرا فى الأخبار (٦) و كلام الأصحاب محتملا (٧) لما هو أعم منه.

و إيجاب الرهن للتوثق من استيفاء دين الطفل، لأن المديون و إن كان ثقه لكن يجوز أن يكون ذا نظره لأنه لا مال عنده، فيلزم ضياع مال الطفل.

(١) ليتمكن الولى من استيفاء الدين من العين المرهونه، و يؤيده الأخبار.

منها: خبر أسباط بن سالم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كان لى أخ هلك، فوصى إلى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصيه و ترك ابنا صغيرا و له مال، أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتم و ضمن له ماله، فقال عليه السلام: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، و إن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم) (١).

(٢) أى يجب كون الرهن لمال اليتيم بيد الولى أو بيد عدل ليتم التوثق من استيفاء دين اليتيم إن لم يف به المديون.

(٣) أى يجب على الولى إشهاد شاهدين على المديون أنه قد استدان من مال الطفل بالإضافة إلى وثاقه المديون و يسره و الرهن، للاحتياط إذ قد يخون الثقة و قد يذهب ماله و تتلف العين المرهونه فلا يملك إثبات الدين إلا بالشهادة.

(٤) لو أخل الولى ببعض هذه الشروط ضمن مال اليتيم لو لم يعد المال، لتقصيره بالتصرف فى مال الطفل.

(٥) أى إذا جاز إقراض مال اليتيم للمصلحة و قد تعذر الرهن فيجب أن يكون الدين للثقه غالبا للتوثق فى مال اليتيم.

(٦) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب القضاء حديث ٤ و ٥.

(٧) أى محاوله المصنف لتفسير الثقة بالعدل لاحتمال أن يراد بالثقه ما هو أعم من العدل ففسرها بالعدل فقط دفعا للاحتمال.

ص: ٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

و وصف الغلبه (١) للتنبيه على أن العداله لا- تعتبر في نفس الأمر (٢)، و لا في الدوام (٣)، لأن عروض الذنب ليس بقادح على بعض الوجوه كما عرفته في باب الشهادات، و المعبر وجودها غالبا.

في رهن الحق

(و أما الحق (٤) فيشترط ثبوته في الذمه) (٥) أى استحقاؤه فيها و إن لم يكن مستقرا (كالقرض (٦) و ثمن المبيع (٧) و لو في زمن الخيار،(و الديه بعد استقرار الجنايه (٨) و هو انتهاؤها إلى الحد الذى لا- يتغير موجبها لا- قبله، لأن ما حصل بها (٩) في معرض الزوال بالانتقال إلى غيره. ثم (١)قال الشارح فى المسالك: (الثقه فى ظاهر الحال بمعنى الاكتفاء بظاهر أمره، و لا يشترط العلم بذلك لتعذره فعبر عن الظاهر بالغالب نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقه، لا أن المراد كونه فى أغلب أحواله ثقه دون القليل من أحواله، فإن ذلك غير كاف) انتهى.

(٢)بل تعتبر فى ظاهر الحال.

(٣)هذا ما نفاه فى المسالك كما تقدم و قد أخذ به هنا، و المراد لو كان فى غالب أحواله عادلا مع صدور الصغيره منه فى القليل من أحواله فلا يضر، لأن الذى يضر بالعداله هو الإصرار على الصغيره لا اللمم.

(٤)هو الحق الذى يجوز أخذ الرهن عليه، و هو كل دين ثابت فى الذمه مستحق فيها، و يحترز بالدين عن العين فلا يصح أخذ الرهن عليها سواء كانت العين أمانه فى يده كالوديعة و العاربه أم كانت غير مضمونه كالمغصوبه و المقبوضه بالسوم و المستعاره مع الضمان، و عدم صحه الرهن على العين لامتناع استيفاء العين الموجوده من شىء آخر.

(٥)فى ذمه الراهن، فلا يصح الرهن على ما لم يحصل سبب ثبوته فى الذمه، كالرهن على ما يستدين أو على ثمن ما يشتريه، بلا خلاف فيه، لأن الرهن وثيقه من الراهن على مال المرتهن، و لا يتصور الاستيثاق قبل حصول مال له عنده.

(٦)مثال لما ثبت فى الذمه و هو مستقر.

(٧)مثال لما ثبت فى الذمه و هو غير مستقر.

(٨)فقبل استقرار الجنايه لا يعلم بحصول سبب الديه، كما لو جنى عليه و لم تأت الجنايه على نفسه، فلا تثبت الديه حتى يستوثق منها بالرهن.

(٩)بالجنايه.

إن كانت حاله (١)، أو لازمه للجاني كشييه العمد جاز الرهن عليها مطلقاً، (و في الخطأ) المحض (٢) لا- يجوز الرهن عليها قبل الحلول، لأن المستحق عليه غير معلوم، إذ المعتبر من وجد منهم عند حلولها مستجمعا للشرائط بخلاف الدين المؤجل، لاستقرار الحق و المستحق عليه.

و يجوز الرهن (عند الحلول على قسطه) و هو الثلث بعد حلول كل حول من الثلاثه.

(و مال الكتابه (٣) و إن كانت مشروطه على الأقرب) لأنها لازمه للمكاتب مطلقاً (٤) على الأصح. و القول الآخر أن المشروطه جائزه من قبل المكاتب فيجوز له تعجيز نفسه، فلا يصح الرهن على مالها، لانتفاء فائدته إذ له (٥) إسقاطه (٦) متى شاء.

و هو على تقدير تسليمه (٧) غير مانع منه كالرهن على الثمن في مده الخيار.

(١) أي بعد أن تستقر الديه فإن كانت حاله أو لازمه للجاني كشييه العمد فهي و إن كانت مؤجله إلى سنتين لكنها كأجل الدين فيصح الرهن عليها سواء كان قبل السنتين أم بعدها.

(٢) فالديه على العاقله و هي مقسطه على ثلاث سنين، و لكن لا- يجوز الرهن على قسط كل حول إلا بعد حلوله، لعدم تعيين المستحق عليه من العاقله قبل الحلول، لأن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذى يعقل و إن كان فاقدا لها قبله.

(٣) يجوز الرهن على مال الكنايه المطلقه بلا- خلاف فيه كما في المسالك، لأن الكنايه المطلقه لازمه من الطرفين، و مع لزومها يستقر الحق و يتعين المستحق عليه.

و أما الكتابه المشروطه فعلى المشهور أنه يصح الرهن لأنها لازمه من الطرفين، و ذهب الشيخ و القاضى و الحللى إلى عدم جواز الرهن، لأنها غير لازمه من قبل العبد فيجوز له تعجيز نفسه، و مع جواز تعجيز نفسه و أن يرجع إلى الرق متى شاء تنتفى ماليه الكتابه فالاستيثاق بالرهن لا فائده فيه حينئذ، و ردّ بأن تعجيز العبد نفسه و إبطال مال الكنايه لا يضر بالرهن كما لا يضر الرهن على الثمن في زمن الخيار.

(٤) سواء كانت الكتابه مطلقه أم مشروطه.

(٥) للمكاتب.

(٦) أى إسقاط مال الكتابه.

(٧) بكون المشروطه جائزه من قبل العبد.

و فى قول ثالث: أن المشروطه جائزه من الطرفين، و المطلقه لازمه من طرف السيد (١) خاصه، و يتوجه عدم صحه الرهن أيضا كالسابق.

(و مال الجعالة بعد الرد (٢)، لثبوتها فى الذمه حينئذ (لا قبله) (٣) و إن شرع فيه (٤) لأنه لا يستحق شيئا منه (٥) إلا بتمامه (٦) و قيل: يجوز بعد الشروع، لأنه يؤول إلى اللزوم كالثمن فى مده الخيار، و هو ضعيف. و الفرق واضح، لأن البيع يكفى فى لزومه إبقاؤه على حاله فتتقضى المده، و الأصل عدم الفسخ عكس الجعالة.

(و لا بد من إمكان استيفاء الحق من الرهن (٧) لتحصل الفائده المطلوبه من (١) و هذا على خلاف ما قاله فى المسالك من أن المطلقه لازمه من الطرفين، إلا أن يكون القول المذكور لبعض العامه و لم أجد من نقله عن واحد من الأصحاب.

(٢) لو كان المالك قد جعل جعالة لمن ردّ ماله المفقود، و قام البعض برده فيستحق الأجره، و هى دين ثابت فى الذمه فيصح الرهن عليه.

أما قبل رد المفقود فهل يصح للمجعول له الرهن أولا، هذا إذا كان قد شرع فى العمل، و أما قبل الشروع فى العمل فلا يصح له أخذ الرهن لعدم استحقاق المعجول قبل العمل بلا خلاف فيه كما فى الجواهر.

و أما إذا كان بعد الشروع فلا يصح الرهن لأنه لم يستحق الأجره إلا بالرد، و الرد لم يتحقق و إن شرع فى العمل كما عليه الأكثر، و عن العلامة فى التذكرة جواز الرهن لا- لانتهاء الشروع فى العمل إلى اللزوم بتحقيق الرد، و معه يثبت الحق فى ذمه الجاعل كالثمن فى مده الخيار.

و ردّ بأن الشروع ما لم يتحقق الرد لا يوجب اشتغال ذمه الجاعل فعلى أى شىء يقع الرهن، و هذا بخلاف الرهن على الثمن فى مده الخيار، فإنه ثابت من حين العقد و إن لم يكن مستقرا، و قد أتى الشارح فى المسالك بفارق آخر حيث قال: (و الفرق بينها و بين البيع فى زمن الخيار واضح، لأن البيع متى أبقي على حاله انقضت مده الخيار و ثبت له اللزوم و الأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعالة فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شىء و الأصل عدم الإكمال) انتهى.

(٣) أى قبل الرد.

(٤) فى العمل.

(٥) من مال الجعالة.

(٦) بتمام العمل.

(٧) فالحق الذى أخذ الرهن لأجله لا بدّ فيه من إمكان استيفائه من الرهن، لأن فائده الرهن

التوثق به (فلا- يصح الرهن على منفعة المؤجر عينه مده معينه)، لأن تلك المنفعة الخاصة لا- يمكن استيفائها إلا- من العين المخصوصه حتى لو تعذر الاستيفاء منها بموت و نحوه بطلت الإجازة،(فلو آجره فى الذمه جاز) كما لو استأجره على تحصيل خياطه ثوب بنفسه أو بغيره (١)، لإمكان استيفاؤها حينئذ من الرهن، فإن الواجب تحصيل المنفعة على أى وجه اتفق،(و تصح زياده الدين على الرهن (٢) فإذا استوفى الرهن بقى الباقي منه متعلقا بذمته،(و زياده الرهن على الدين (٣) و فائدته سعه الوثيقه، و منع الراهن من التصرف فى المجموع فيكون باعثا على الوفاء، و لإمكان تلف بعضه فيبقى الباقي حافظا للدين.

الكلام فى اللواحق يقع فى مسائل

إشاره

(و أما اللواحق فمسائل):

الأولى إذا شرط الوكالة فى الرهن

الأولى - (إذا شرط الوكالة فى الرهن (٤) التوثق على دينه و حقه بحيث مع تعذر الوفاء يستوفى الحق من العين المرهونه.

و عليه فلو كان الحق الذى له لا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يصح هذا الرهن كما لو آجره نفسه شهرا معيناً أو داره كذلك، أو دابته المعينه لحمل معين، و نحو ذلك، فالمنفعة التى وقعت فى عقد الإجاره أصبحت ملكا للذى استأجرها و لا يمكن طلب الرهن عليها لأنه لا- يجوز استيفاء هذه المنفعة إلا- من هذه العين المخصوصه بحيث لو تعذر الاستيفاء لموت أو نحوه بطلت الإجاره و لا يمكن الاستيفاء من عين أخرى فلذا يبطل الرهن عليها.

(١) أى غير نفسه بحيث كان الواجب هو تحصيل المنفعة على أى وجه اتفق، و من أى عين كانت، فيصح الرهن عليها لإمكان استيفائها من الرهن، و لو بيعه و استئجار الغير بالثمن على تحصيل الفعل المستأجر عليه.

(٢) بحيث كان الرهن أقل من الدين، لإطلاق قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، فيشمل عقد هذا الرهن.

(٣) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لإطلاق قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ٢.

(٤) قد تقدم أن الرهن بحسب أصله لا- يقتضى كون المرتهن وكيلا- عن الراهن فى البيع، لأن العين المرهونه تبقى على ملك الراهن، نعم مع الرهن يحق للمرتهن مطالبه الراهن ببيعها، فإن أبى طلب من الحاكم ببيعها، فإن تعذر باعها المرتهن و استوفى دينه.

و قد تقدم أنه يجوز للمرتهن اشتراط الوكالة فى البيع بأن يكون وكيلا عن الراهن فى بيع

١- ((١ و ٢)) سورة المائدة، الآية: ١.

(لم يملك عزله (١) على ما ذكره جماعه (٢) منهم العلامه، لأن الرهن لازم من جهه العين المرهونه، و يجوز اشتراط الوكاله فى البيع لو ارث المرتهن أو لغيره بلا خلاف فى عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و لكن مع اشتراط الوكاله المذكوره فى البيع للمرتهن، هل يجوز للراهن فسخها بعد الرهن قولان، فعلى المشهور لزوم الشرط الواقع فى العقد اللازم فلا يملك الراهن فسخ الوكاله، بل فى الجواهر: (نسبه الخلاف فيه إلى أهل الخلاف، فإنى لم أجده إلا من الشهيد فى اللمعه، نعم عن المبسوط أنه حكى الخلاف فى ذلك بلفظ القيل، و يمكن أن يريد الشافعى) انتهى.

و دليل جواز الفسخ إما لأن الوكاله من العقود الجائزه، و من شأنها تسلط كل واحد منهما على الفسخ، و إما لأن الشروط لا يجب الوفاء بها و إن كانت فى عقد لازم بل غايته تسلط المشروط له على فسخ العقد المشروط فيه، و يضعف الأول بأن جواز الوكاله بحسب أصلها لا ينافى لزومها بسبب عارض كشرطها فى عقد لازم، و هو هنا كذلك، و يضعف الثانى بمنع عدم وجوب الوفاء بالشرط فى العقد اللازم، لأن عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) دال على لزوم الشروط، بل قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) يوجب الوفاء بالعقد المشروط، و لازمه الوفاء بالشرط.

هذا كله إذا شرط الوكاله فى عقد لازم، و أما لو شرط الوكاله فى نفس عقد الرهن، فقولان، فعلى المشهور وجوب الوفاء بالشرط فلا يجوز للراهن فسخ الوكاله، و قد ذهب الشهيد هنا إلى الجواز، لعدم لزوم الشرط فى العقد اللازم فى الشرط الوارد فى العقد الجائز من باب أولى، و لو سلم لزوم الشرط فى العقد اللازم فالرهن ليس لازماً.

وفيه: أما الأول لما عرفت من لزوم الشرط فى العقد اللازم، و أما الثانى فلأن الرهن لازم من طرف الراهن، فما يلتزمه الراهن يكون لازماً من قبله، نعم لما كان عقد الرهن جائز (من طرف المرتهن كان ما يلزمه جائزاً فيجوز له فسخ الوكاله كما هو واضح لأنها حقه و يجوز له ترك هذا الحق).

(١) أى لم يملك الراهن عزل المرتهن.

(٢) قد عرفت أنه المشهور و لم يخالف إلا الشهيد فى اللمعه و بعض أهل العامه.

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٣- (٣) سوره المائده، الآيه: ١.

الراهن و هو الذى شرطها على نفسه (١) فيلزم من جهته.

(و يضعف (٢) بأن المشروط فى اللازم (٣) يؤثر جواز الفسخ لو أخل بالشرط، لا وجوب الشرط) كما تقدم من أن المشروط فى العقد اللازم يقبله جائزا عند المصنف و جماعه، فحينئذ (٤) إنما يفيد إخلال الراهن بالوكاله تسلط المرتهن على فسخ العقد (٥)، و ذلك (٦) لا يتم فى عقد الرهن (٧)، لأنه دفع ضرر (٨) بضرر أقوى (٩)، و إنما تظهر الفائدة فيما لو كان الراهن قد شرطها (١٠) فى العقد اللازم كبيع (فحينئذ لو فسخ) الراهن (الوكاله فسخ المرتهن البيع المشروط بالرهن)، و الوكاله (إن كان) هناك بيع مشروط فيه ذلك (١١)، و إلا (١٢) فات الشرط على المرتهن بغير فائده.

و يشكل (١٣) بما تقدم من وجوب الوفاء بالشرط، عملا بمقتضى (١) و المعنى أن الراهن هو الذى شرط الوكاله على نفسه، و كذا فيما لو كان الشرط من طرف المرتهن و قبل الراهن.

(٢) هذا هو الدليل الثانى من أدله الجواز الوارده فيما لو شرط الوكاله فى عقد لازم.

(٣) أى العقد اللازم كالبيع.

(٤) أى حين انقلابه إلى الجائز.

(٥) الذى شرط فيه الوكاله، كما لو شرطت فى البيع.

(٦) أى تسلط المرتهن على فسخ العقد المشروط.

(٧) بحيث لو شرطت الوكاله فى نفس عقد الرهن و قد أخلّ الراهن بالشرط فتسلط المرتهن على فسخ عقد الرهن غير متوجه عند العقلاء لأنه يزيد ضررا، لأن الرهن من أجله ليتوثق على دينه فكيف يفسخه؟

(٨) و هو ضرر الإخلال بالشرط.

(٩) و هو ضرر فسخ عقد الرهن.

(١٠) أى شرط الوكاله.

(١١) و هو الرهن و الوكاله.

(١٢) أى و إن لم يكن هناك بيع مشروط فيه الرهن و الوكاله، بل كان هناك رهن قد شرط فيه الوكاله و لم يعمل الراهن بالشرط، فهو و إن أوجب للمرتهن التسلط على الفسخ لكنه لا يقدم عليه لأن دفع الفاسد بالأفسد فيكون قد فات الشرط على المرتهن و بقى الرهن فقط.

(١٣) أى قول الماتن من كون الشرط لا يجب الوفاء به، غايته يوجب التسلط على الفسخ

الأمر (١)، خصوصا في ما يكون العقد المشروط (٢) فيه كافيا في تحققه (٣) كالوكالة على ما حققه، المصنف من أنه يصير كجزء من الإيجاب و القبول يلزم حيث يلزمان.

و لما كان الرهن لازما من جهة الراهن فالشرط من قبله كذلك (٤) خصوصا هنا (٥)، فإن فسخ (٦) المشروط فيه و هو الرهن إذا لم يكن في بيع لا-مشكل بما تقدم في كتاب البيع عند خيار الاشتراط من وجوب الوفاء بالشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١) و لقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) على ما تقدم بيانه هنا أيضا.

(١) في قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ٣.

(٢) قد تقدم في كتاب البيع أن الشرط على قسمين: شرط فعل و شرط نتيجة، فالأول كأن يقول: بعثك الكتاب بشرط أن توكلني بكذا، و لازمه أن مجرد البيع لا- يجعل البائع وكيلا و إنما على المشتري أن يجرى الوكالة فيما بعد حتى يصير وكيلا، و الثاني كأن يقول:

بعثك الكتاب بشرط و كالتى عنك بكذا، و لازمه أن مجرد عقد البيع يوجب الوكالة من دون إجراء التوكيل.

و قد تقدم أن المصنف قد فصل بين شرط الفعل و شرط النتيجة، نفى شرط الفعل لا يجب العمل على طبقه غايته عند الإخلال يلزم تسلط المشروط له على الفسخ، و في شرط النتيجة يجب العمل على طبقه لأنه يصير جزءا من الإيجاب و القبول.

و على كل فالشرط هنا بالوكالة في بيع الرهن عن الراهن لو كان شرط نتيجة فيجب أن يلتزم الراهن به و لا يجوز له الفسخ بناء على قول المصنف المتقدم، مع أن المصنف هنا لم يفصل في عدم وجوب الوفاء بالشرط هنا في الرهن بين شرط الفعل و شرط النتيجة.

(٣) أى تحقق الشرط و هو شرط النتيجة.

(٤) أى لازم.

(٥) أى في شرط النتيجة.

(٦) و المعنى أنه لو شرط الوكالة في الرهن على نحو شرط النتيجة، فلا يعقل أن يقدم المرتهن على فسخ عقد الرهن، و هو العقد المشروط فيه الوكالة على نحو شرط النتيجة لأنه يزيد ضررا، و كذا الراهن لا يؤثر فسخه للوكالة لأنها و إن كانت جائزه بحسب أصلها إلا أنها

ص: ٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) سورة المائدة، الآية: ١.

يتوجه (١)، لأنه يزيد ضررا فلا يؤثر فسخه (٢) لها (٣) وإن كانت جائزه بحسب أصلها، لأنها قد صارت لازمه بشرطها (٤) فى اللازم (٥) على ذلك الوجه (٦).

الثانيه - يجوز للمرتهن ابتياعه من نفسه

(الثانيه (٧) - يجوز للمرتهن ابتياعه (٨) من نفسه إذا كان وكيلًا فى البيع، و يتولى طرفى العقد، لأن الغرض بيعه بثمان المثل و هو (٦) حاصل، و خصوصيه المشتري ملغاه حيث لم يتعرض لها. و ربما قيل بالمنع، لأن ظاهر الوكاله لا يتناوله، و كذا يجوز بيعه على ولده بطريق أولى (١٠). و قيل: لا (و هو (١١) مقدم به قد صارت لازمه عليه، لأن الوكاله قد شرطت على نحو شرط النتيجة فى عقد لازم بالنسبه إليه، لأن الرهن لازم بالنسبه للراهن.

(١) أى لا يتوجه الفسخ بمعنى لا يقدم عليه هذا إذا كان الفسخ من المرتهن.

(٢) من باب التفعيل و الفسخ هنا من الراهن.

(٣) للوكاله.

(٤) و هو شرط النتيجة.

(٥) و هو عقد الرهن بالنسبه للراهن.

(٦) أى شرط النتيجة.

(٧) لو كان المرتهن وكيلًا عن الراهن يبيع العين المرهونه، و قد باعها على الغير فالبيع صحيح، لوجود المقتضى لأنه وكيل فى البيع، مع عدم المانع بلا خلاف فيه. و لكن هل يصح للمرتهن بيع العين المرهونه على نفسه، و يتولى طرفى العقد، فعلى المشهور الجواز، لأن الوكاله مطلقه و لم يخصها الراهن بأنه وكيل عنه فى البيع لغير نفسه، و عن المحقق الثانى العدم، لأن الوكاله المذكوره ظاهره فى بيع الرهن على غيره من غير تعرض له، فلا يجوز البيع على نفسه إلا بالاذن أو وجود قرينه تدل عليه، و رد بأن هذا لا شاهد له، لأن الوكاله مطلقه.

(٨) أى ابتياع الرهن.

(٩) أى البيع بثمان المثل.

(١٠) كان النزاع فى المسأله السابقه من حيثيه أن الوكاله هل تشمل البيع لنفسه أو لا، و النزاع هنا أنه مع غض البصر عن الوكاله فهل يجوز للمرتهن أن يبيع الرهن على نفسه أو ولده من حيثيه بيع مال الغير ليستوفى دينه من الثمن، ذهب ابن الجنيدي إلى المنع لتطرق التهمه إلى البائع الوكيل، بأنه قد يتساهل فى حق الراهن إذا كان البيع للمرتهن أو ولده.

و المشهور على الجواز لإطلاق أدله الوكاله، و احتمال التهمه يوجب الكراهه فى الحكم لا المنع.

(١١) أى المرتهن أحق بالرهن من سائر غرماء الراهن، سواء كان الراهن حيا و قد حجّر عليه

ص: ٨٧

على الغرماء) حيا كان الراهن أم ميتا، مفلّسا كان أم لا، لسبق تعلق حقه،(و لو أعوز) الرهن و لم يف بالدين (ضرب بالباقي (١) مع الغرماء على نسبه.

الثالثه - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه بانتفاع

(الثالثه - لا يجوز لأحدهما التصرف فيه (٢) بانتفاع، ولا- نقل ملك، و لا للتفليس، أم كان ميتا و قد حلت عليه ديونه و كانت تركته أقصر من دينه، بلا- خلاف في الأول، و في الثاني كذلك إلا من الصدوق، و دليل المشهور هو سبق تعلق حق المرتهن بالعين، و لأن معنى الرهن هو ما تقدم، و دليل الصدوق خبران، الأول: خبر عبد الله بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل أفلس و عليه الدين لقوم، و عند بعضهم رهون، و ليس عند بعضهم، فمات و لا يحيط ماله بما عليه من الدين، فقال عليه السّلام: يقسم جميع ما خلف من الرهون و غيرها على أرباب الدين بالحصص)(١)، و الثاني: مكاتبه سليمان بن حفص إلى أبي الحسن عليه السّلام (في رجل مات و عليه الدين و لم يخلف شيئا إلا رهنا في يد بعضهم، فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن، أ يأخذه بماله أو هو و سائر الديان فيه شركاء، فكتب: جميع الديان في ذلك سواء، يتوزعونه بينهم بالحصص)٢، و الأول ضعيف بعبد الله بن الحكم، و الثاني مشتمل على سليمان بن حفص و هو لم يمدح و لم يذم، و هما مهجوران عند الأصحاب لمخالفتهما للقواعد على ما تقدم.

(١) لأن الباقي دين و ليس له رهن، فهو كبقية الغرماء و الديان بالنسبه إليه.

(٢) أى في الرهن، أما بالنسبه إلى الراهن، فلا- يجوز له التصرف بالرهن ببيع أو وقف أو نحوهما مما يوجب زوال الملك، و لا بإجاره و لا سكنى و لا غيرها مما يوجب نقصه، لفوات الرهن في الأول و دخول النقص في الثاني، بلا خلاف في ذلك كله.

و أما التصرف من الراهن بالعين بما لا- يوجب زواله الملك و لا دخول النقص فممنوع على الأشهر لإطلاق النبوى المشهور (الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف)(٢)، و عن علامه في التذكرة احتمال و تبعه بعض المتأخرين جواز التصرف للأصل، و عموم قاعده التسلط لأرباب الأموال على أموالهم المستفاده من النبوى (الناس مسلطون على أموالهم)(٣)، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن رجل رهن جاريه عند قوم، يحلّ له أن يطأها، قال عليه السّلام: إن الذين ارتهنوها يحيلون بينه و بينها، قلت: أ رأيت إن

ص: ٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الرهن حديث ١ و ٢.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الرهن حديث ٦.

٣- (٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

غيرهما إذا لم يكن المرتهن وكيلا، وإلا جاز له التصرف بالبيع والاستيفاء خاصة كما مر، (و لو كان له نفع (١) كالدابة، و الدار (أوجر) (٢) باتفاقهما، و إلا أجره الحاكم.

و فى كون الأجره رهنا كالأصل قولان كما فى النماء المتجدد مطلقا (٣).

(و لو احتاج إلى مئونه (٤) كما إذا كان حيوانا (فعلى الراهن) مئونه لأنه المالك، قدر عليها خاليا، قال عليه السّلام: نعم لا أرى هذا عليه حراما) (١) و مثله صحيح محمد بن مسلم ٢.

إلا أن المشهور قد أعرض عنهما و هما موافقان للعامه فيحملان على التقيه.

و أما بالنسبه للمرتهن فلا يجوز له التصرف مطلقا لحرمة التصرف فى مال الغير.

(١) كل ما يحصل من الرهن من فوائد متصله أو منفصله فهى للراهن بلا خلاف و لا إشكال، لأن النماء يتبع الأصل.

و لكن هل هذه النماءات تتبع العين فى الرهن أو لا، فإن كانت متصله لا- تقبل الانفصال بأى وجه كالسمن و الطول دخلت إجماعا كما فى المسالك و الجواهر، و إن كانت منفصله كالثمره و الولد أو يقبل الانفصال كالشعر و الثمره ففى دخولها قولان، فعن المشهور أنه رهن و عليه الإجماع كما عن الغنيه و هو الحججه بعد التبعية من كون الفرع تابعا للأصل، و عن الشيخ و المحقق و العلامه فى جملة من كتبه العدم، إذ التبعية فى الملكيه غير مستلزمه للتبعية فى الرهينه كما لا يخفى، و الإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى الخلاف.

(٢) لثلا يذهب نفعه هباء.

(٣) سواء كان منفصلا أم قابلا للانفصال، و لا يريد بالإطلاق شموله للمتصل على درجه لا يمكن فصله لأنه داخل فى الرهينه بلا خلاف.

(٤) لو احتاج الرهن إلى مئونه كالحيوان و العبد المرهونين فنفقته على الراهن، لأنه ماله و له نماؤه فعليه نفقته، و لذا لو تصرف المرتهن بالعين كالانتفاع بالركوب و اللبن فتلزمه الأجره فيما له أجره المثل كالركوب، أو القيمه إن كان يضمن بقيمته كاللبن.

فلو ثبت على المرتهن ما انتفع به و قد انفق على الرهن و النفقه على الراهن يتقاصا مع اجتماع الشرائط من التساوى فى النوع و الصفه بحيث يكون ما أنفق المرتهن على العين فى قبال ما استفاده و انتفع به منها، على المشهور كما فى المسالك.

و عن الشيخ فى النهايه و الحلبي و ابني حمزه و سعيد أن النفقه على الراهن و لكن لو أنفق

ص: ٨٩

فإن كان في يد المرتهن و بذلها الراهن أو أمره بها، أنفق و رجع بما غرم، و إلا استأذنه، فإن امتنع (١)، أو تعذر استئذانه لغيره أو نحوها، رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق (٢) هو بنيه الرجوع، و أشهد عليه ليثبت استحقاقه بغير يمين و رجع (٣)، فإن لم يشهد فالأقوى قبول قوله في قدر المعروف منه (٤) بيمينه، و رجوعه به.

عليها المرتهن فيجوز له ركوبها أو الانتفاع بلبنها استنادا إلى صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير رهنا بما له، أ له أن يركبه، فقال عليه السلام:

إن كان يعلفه فله أن يركبه و إن كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه) (١)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم:

الظهر يركب إذا كان مرهونا، و على الذي يركب نفقته، و الدرّ يشرب إذا كان مرهونا و على الذي يشرب نفقته) ٢.

و المشهور قد حملوا الروايتين على جواز الانتفاع في قبال النفقه على ما لو كان ذلك بإذن الراهن، و مع عدم الاذن فقد عرفت أن القاعده تقتضى كون النماء للراهن و عليه النفقه، لأن الرهن ملكه، فإذا اتفق عليه فهو، و إلا فإذا أمر الراهن المرتهن بالإفناق يرجع المرتهن بما أنفق على الراهن، و إلا استأذن المرتهن الراهن بالإفناق ثم يرجع عليه، لأن الإفناق لم يكن تبرعا، و إذا امتنع الراهن عن الإفناق أو الأمر به أو الاذن به أو كان غائبا، استأذن المرتهن الحاكم لأنه ولي الممتنع و الغائب في نحو ذلك، فإن تعذر الحاكم فقد ذهب بعضهم إلى وجوب الإشهاد من قبل المرتهن على ما أنفق ليثبت له بالشهادة استحقاقه للذي أنفق، و بعضهم ذهب إلى عدم وجوب الإشهاد لأن المرتهن أمين، و هو مصدق بما يقول و غير متهم، فما يقوله في النفقه فهو صادق، إلا أن يكون متهما فعليه اليمين فقط لأنه منكر لموافق قوله ظاهر الشريعة من حيث كونه أمينا.

هذا كله إذا أنفق بنيه الرجوع، و أما لو أنفق تبرعا فلا رجوع له كما هو واضح، و استحسن الشهيد في الدروس قولنا ثالثا بجواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استنابته أو استئذان الحاكم.

(١) أي الراهن.

(٢) لأنه يجب عليه الإفناق من باب وجوب حفظ العين عليه.

(٣) أي رجع المرتهن بما أنفق على الراهن بالشهادة.

(٤) من الإفناق.

ص: ٩٠

و لو انتفع المرتهن به (١) بإذنه (٢) على وجه العوض، أو بدونه (٣) مع الإِثم (لزمه الأجره)، أو عوض المأخوذ كاللبن، (و تقاضًا) و رجع ذو الفضل بفضله.

و قيل: تكون النفقه فى مقابله الركوب و اللبن مطلقا (٤)، استنادا إلى روايه حملت على الإِذن فى التصرف و الإنفاق مع تساوى الحقيين، و رجح فى الدروس جواز الانتفاع بما يخاف فوته على المالك عند تعذر استئذانه، و استئذان الحاكم. و هو حسن.

الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء

(الرابعه - يجوز للمرتهن الاستقلال بالاستيفاء (٥) إذا لم يكن وكيلا- (لو خاف جحود الوارث)، و لا بينه له على الحق (إذ القول قول الوارث مع يمينه فى عدم الدين، و عدم الرهن) لو ادعى المرتهن الدين و الرهن. و المرجع فى الخوف (٦) إلى (١) بالرهن.

(٢) بإذن الراهن.

(٣) بدون الاثم.

(٤) سواء ساوت النفقه الانتفاع المذكور أم لا.

(٥) قد تقدم أن الرهن لا يقتضى الوكاله للمرتهن فى البيع، و أما إذا كان وكيلا فيجوز له البيع بحسب وكالته و هذا واضح، أما لو كان المرتهن غير وكيل فى البيع إما لعدم وكالته ابتداء و إما لبطلانها بموت الراهن الموكل فيجوز للمرتهن أن يستوفى دينه مما فى يده إن علم أو ظن أو خاف جحود الوارث للدين أو الرهن، و لم تكن عند المرتهن بينه مقبوله على إثبات الدين أو الرهن بلا- خلاص فيه بينهم كما فى الجواهر و الرياض لأدله نفى الحرج و الضرر، و مكاتبه المروزي لأبى الحسن عليه السّلام (فى رجل مات و له ورثه، فجاء رجل فادعى عليه مالا و أن عنده رهنا، فكتب عليه السّلام: إن كان له على الميت مالا و لا بينه له فليأخذ ماله مما فى يده، و يردّ الباقي على ورثته، و متى أقرب بما عنده أخذ به - أى الإقرار - و طولب بالبينه على دعواه و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم يقم البينه و الورثه ينكرون فله عليهم يمين علم يحلفون بالله ما يعلمون أن له على ميتهم حقا) (١).

(٦) قال الشارح فى المسالك: (و المراد الخوف المستند إلى القرائن المثمره للظن الغالب) انتهى، و فى القواعد اشترط العلم بالجحود، و يردّ بإطلاق المكاتبه المتقدمه.

ص: ٩١

القرائن الموجبه للظن الغالب بجحوده، و كذا يجوز له ذلك (١) لو خاف جحود الراهن و لم يكن وكيلا و لو كان له بينه مقبوله عند الحاكم لم يجوز له (٢) الاستقلال (٣) بدون إذنه، و لا يلحق بخوف الجحود احتياجه إلى اليمين لو اعترف (٤)، لعدم التضرر باليمين الصادق و إن كان تركه تعظيما لله أولى.

الخامسه - لو باع أحدهما بدون الإذن

(الخامسه - لو باع أحدهما) بدون الإذن (توقف على إجازته الآخر (٥)، فإن كان البائع الراهن بإذن المرتهن، أو إجازته بطل الرهن من العين و الثمن (٦)، إلا (١) أى يجوز للمرتهن استيفاء دينه فى يده إن خاف جحود الراهن و لم يكن وكيلا بالبيع، لأنه مع وكالته يصح بدون مانع، و مع عدم الوكاله يصح لإسقاط خصوصيه جحود الوارث، لأن الحكم فى المكاتبه امتناع الاستيفاء بسبب الجحود.

(٢) أى للمرتهن.

(٣) لا- يجوز للمرتهن الاستيفاء مستقلا لحرمة التصرف فى مال الغير، بل عليه إعلامهم بالدين و الرهن، فإن أنكروا أثبت حقه بالبينه، و يستأذن الحاكم حينئذ بالبيع إن امتنع الراهن أو ورثته، و المكاتبه صريحه فى كون الاستيفاء مستقلا عند عدم وجود البينه، فمع وجودها فلا يجوز.

(٤) لو اعترف المرتهن بالرهن بعد اعتراف الراهن أو وارثه بالدين، و لكن اختلفا فى كونه رهنا أو وديعه فثبوت الرهن حينئذ متوقف على يمين المرتهن، و عليه فلو توقف إثبات الرهن على يمين المرتهن هل يجوز له الاستبداد بالبيع دفعا لليمين، و هذا احتمال لم ينسب إلى أحد، بل هو مدفوع للأصل بعدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه، و خرجنا عنه سابقا بمقدار دلالة المكاتبه، و هو جحود الوارث مع عدم البينه، و لذا يجب عليه اليمين لإثبات الرهن هنا و لا يجوز له الاستبداد لعدم الضرر عليه باليمين.

(٥) قد تقدم أنه لو باع الراهن فلا- يجوز له ذلك، لأنه ممنوع من التصرف بالعين المرهونه بما فيه زوال العين عن ملكه، لأنه إبطال للرهن، نعم لو أجاز له المرتهن بالبيع صح لوجود المقتضى لأنه ملكه، مع عدم المانع، لارتفاع حق الرهانه من العين بإذن المرتهن.

و أما المرتهن فلا يجوز له التصرف فى مال الغير، نعم مع إذن الغير فلو باع المرتهن صح البيع حينئذ.

(٦) إذا باع الراهن العين مع إذن المرتهن قبل حلول الأجل أو بعده بطل الرهن بلا خلاف و لا إشكال، و لا يجب جعل الثمن رهنا إذا لم يشترطه كذلك بلا خلاف فيه إلا من الشيخ.

أما بطلان الرهن بالعين فلأن حق المرتهن كان متعلقا بها فلما أذن بالبيع بطل حقه

أن يشترط كون الثمن رهنا، سواء كان الدين حالا أم مؤجلا فيلزم الشرط، وإن كان البائع المرتهن كذلك (١) بقى الثمن رهنا وليس له التصرف فيه إذا كان حقه مؤجلا إلى أن يحل.

ثم إن وافقه جنسا ووصفا صح، وإلا كان كالرهن.

(و كذا عتق الراهن) (٢) يتوقف على إجازة المرتهن فيبطل برده (٣) ويلزم بالرهن، و ثبوت الرهن في عوضه بحاجه إلى دليل و هو مفقود، نعم مع الشرط يجب الوفاء به.

و خالف الشيخ و ذهب إلى أن الاذن إن كان بعد حلول الأجل يكون الثمن رهنا، لأن عقد الرهن يقتضى البيع عند حلول الأجل و صرف الثمن فى الدين، فلو أذن بالبيع بعد الحلول فينصرف إلى ما يقتضيه العقد المذكور و هذا يقتضى كون الثمن رهنا.

(١) أى مع إذن الراهن أو إجازته، فإن باع المرتهن قبل حلول الأجل فيكون الثمن رهنا بلا خلاف فيه على ما قيل، و الفرق بينه و بين سابقه من جهة ظهور إذن المرتهن فى الصورة السابقة فى إسقاط حقه بخلافه هنا، فغايه ما قد صدر من المرتهن البيع، و هو لا يدل على إسقاط حقه من الرهن.

و إذا تقرر أن الثمن رهن لم يجز للمرتهن التصرف فيه إلا بعد حلول الأجل لعدم استحقاق المرتهن للرهن إلا بعد الأجل و إن كان قد صدر من الراهن الاذن بالبيع، لأن الاذن بالبيع لا يقتضى الاذن فى تعجيل الاستيفاء.

أما لو باع المرتهن بعد حلول الأجل، فالثمن لا يكون رهنا، و لكن المرتهن يجوز له التصرف بالثمن فى قضاء دينه، و هذا ما أطلقه جماعة، و لكن الشارح قيده فى المسالك بقوله: (و هو مبنى على كون الحق - أى الدين - موافقا للثمن جنسا و وصفا فلو تخالفا لم يجز التصرف فيه إلا- بإذن الراهن، كما لا- يجوز له التصرف فى نفس الرهن لافتقاره إلى معاوضه أخرى) انتهى، و المراد بالمعاوضه الأخرى هى جعل ما فى يد المرتهن فى قبال ماله من الدين بالصلح أو البيع أو نحو ذلك.

(٢) فعتق الراهن للرهن لو كان عبدا صحيح مع إجازة المرتهن، لعموم أدله العتق السليمه عن المعارض، و المانع هنا حق المرتهن و قد زال بإجازته.

و عن الشيخ فى المبسوط ابن حمزه فى الوسيله و ابن زهره فى الغنيه و الشهيد فى الدروس عدم الجواز إذا أعتق ثم أجاز، لأن العتق من الإيقاعات فلا يكون موقوفا على شىء متأخر حتى أجازة المرتهن، لاعتبار التنجيز فى الإيقاعات.

(٣) بناء على صحة العتق مع تعقب إجازة المرتهن، فإن لم يجز بطل العتق لوجود المانع و هو تعلق حق المرتهن بالعين.

بإجازته (١)، أو سكوته (٢) إلى أن فك الرهن بأحد أسبابه. وقيل: يقع العتق باطلا بدون الإذن السابق، نظرا إلى كونه (٣) لا يقع موقوفا، (لا) إذا اعتق (المرتهن) (٤) فإن العتق يقع باطلا قطعا متى لم يسبق الإذن، إذ لا عتق إلا في ملك، و لو سبق (٥) و كان العتق عن الراهن (٦)، أو مطلقا (٧) صح، و لو كان عن المرتهن (٨) صح أيضا، و ينتقل ملكه إلى المعتق قبل إيقاع الصيغه المقترنه بالإذن كغيره من المأذونين فيه.

(و لو وطأها الراهن) (٩) بإذن المرتهن، أو بدونه و إن فعل محرما (صارت مستولده مع الإحبال)، لأنها لم تخرج عن ملكه بالرهن و إن منع من التصرف فيها (و قد سبق) في شرائط المبيع (جواز بيعها حينئذ (١٠)، لسبق حق المرتهن على (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) فيما لو سكت إلى أن يفك الرهن بإعطاء الدين فيكشف عن عدم تعلق حق المرتهن بالعين واقعا فلا مانع حينئذ من العتق.
(٣) أى العتق.

(٤) فإذا لم يأذن الراهن قبل العتق، فالعتق باطل، لأنه لا عتق إلا في ملك، و مع عدم الاذن يقع العتق من المرتهن كالعتق من الفضولى لا تصححه الإجازة فيما بعد.

(٥) أى سبق الاذن العتق فيصح العتق لزوال المانع من كونه غير مالك.

(٦) فلا إشكال لأن المرتهن و كيل فى إجراء الصيغه.

(٧) بحيث كان العتق قربه لله من دون أن يعينه عن شخص فلا إشكال، لأن المرتهن و كيل أيضا فى إجراء الصيغه.

(٨) فيأتى إشكال و هو: أن المرتهن غير مالك و أذن الراهن له لا يصير ملكا مع أنه لا عتق إلا فى ملك فلا بد من الحكم بعدم صحه العتق لو كان من المرتهن و لو أذن الراهن.

و الجواب بأن المأذون و المأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه و ينتقل إلى ملك الأمر قبل إيقاع الصيغه انا ما كما سيأتى تفصيله فى باب العتق إن شاء الله تعالى.

(٩) لو وطئها بإذن المرتهن أو بدونه فأجلها صارت أم ولده شرعا، بلا خلاف فيه، بل فى التذكرة نسبه إلى مذهبا، و كذا لا خلاف فى أنه لا يبطل الرهن بالإحبال للاستصحاب، لاحتمال موت الولد فيجوز بيعها حينئذ فى وفاء الدين.

(١٠) أى حين وطئها من قبل الراهن مع عدم إذن المرتهن، هذا و الأقوال فى المسألة أربعة:

الأول: جواز بيعها و إن كان الولد حيا، فى استيفاء الدين لإطلاق الأوامر ببيع الرهن فى الدين، مع سبق حق المرتهن على الاستيلاء و كما عن الشيخ و الحلوى و الفاضل و المحقق الثانى و جماعه.

الاستيلاء المانع منه.

وقيل: يمنع مطلقاً (١)، للنهي عن بيع أمهات الأولاد المتناول بإطلاقه هذا الفرد، وفضيل ثالث بإعسار الراهن فتباع، و يساره فتلزمه القيمة تكون رهنا، جمعا بين الحقين. و للمصنف في بعض تحقیقاته تفصیل رابع و هو بیعها مع وطئه بغير إذن المرتهن، و منعه مع وقوعه بإذنه (٢).

و كيف كان (٣) فلا- تخرج عن الرهن بالوطء، و لا- بالحبل، بل يمتنع البيع ما دام الولد حيا، لأنه مانع طارئ، فإن مات بيعت للرهن لزوال المانع، (و لو وطأها المرتهن فهو زان)، لأنه وطأ أمه الغير بغير إذنه.

(فإن أكرهها (٤) فعليه العشر إن كانت بكرا، و إلا) تكن بكرا (فنصفه)، الثاني: المنع من بيعها، للنهي على بيع أم الولد، و تشبثها بالحرية مع بناء العتق على التغليب كما عن الفاضل في التذكرة، و حكى الشهيد حكايته عن الشيخ.

الثالث: التفصيل بإعسار الراهن فتباع، و يساره فيلزمه القيمة من غيرها و تدفع القيمة رهنا جمعا بين حق أم الولد في الحرية و بين حق المرتهن، كما عن الشيخ في الخلاف و ابن زهره و الفاضل في التذكرة.

رابعها: ما عن الشهيد في بعض حواشيه من جواز بيعها إن وطئها الراهن من دون إذن المرتهن، و لا يجوز البيع مع الوطى بالاذن.

(١) سواء كان الوطى بإذن المرتهن أم لا، مع الإعسار و اليسار.

(٢) أي و منع البيع مع وقوع الوطى بإذن المرتهن.

(٣) أي كيف كان القول من هذه الأقوال الأربعة فهي تبقى رهنا كما تقدم.

(٤) قد تقدم في باب بيع الحيوان أنه لو ظهرت الأمه مستحقه أغرم المشتري الواطئ العشر إن كانت بكرا، و نصفه إن كانت ثيبا، و قد تقدم أنه هو المشهور لصحيح الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأه فوجدها أمه قد دلست نفسها، فقال: إن كان الذي زوجه إياها من غير مواليتها فالنكاح فاسد، قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه، فقال عليه السلام: إن وجد مما أعطها شيئا فليأخذه، و إن لم يجد شيئا فلا شيء له عليها، و إن كان الذي زوجه إياها ولي لها ارتجع على وليها بما أخذت منه، و لمواليها عليه عشر قيمتها إن كانت بكرا، و إن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها، و تعتد منه عده الأمه)، و مثله غيره.

لرؤايه، و الشهره. (وقيل: مهر المثل)، لأنه عوض الوطء شرعا. و للمصنف فى بعض حواشيه قول بتخير المالك بين الأمرين (١)، و يجب مع ذلك (٢) أرش البكاره (٣)، و لا يدخل (٤) فى المهر (٥)، و لا العشر، لأنه حق جنايه، و عوض جزء فائت، و المهر على التقديرين (٦) عوض الوطء.

و لا يشكل بأن البكاره إذا أخذ أرشها صارت ثيبا فينبغى أن يجب مهر الثيب، لأنه قد صدق وطؤها بكرا و فوت منها جزء فيجب عوض كل منهما (٧)، لأن أحدهما عوض جزء، و الآخر، عوض منفعه.
(و إن طاعته فلا شىء (٨)، لأنها بغى و لا مهر لبغى).

و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس أنه يجب عليه مهر أمثالها، لأنه القاعده الكليه فى عوض البضع، مثل قيمه المثل فى غيره.

هذا فى وطئ المشتري للأمه ثم بانء أنها مستحقه للغير، و سألتنا هنا فى وطئ المرتهن من مصاديق المسأله المتقدمه، إذ لا خصوصيه للمرتهن، بل المرتهن قد وطئ أمه الغير و ظاهر الصحيح المتقدم أن العشر و نصف العشر لكل من وطئ أمه الغير.

(١) أى بين العشر و نصفه و بين مهر المثل.

(٢) أى مع العشر و نصفه، أو مهر المثل.

(٣) قد تقدم فى كتاب البيع فى مسأله وطئ المشتري للأمه المستحقه هذا النزاع، و أنه على قولين، أحدهما التداخل بمعنى لا يجب أرش البكاره، لأن الظاهر مما تقدم من الخبر أن العشر هو تمام ما يلزم الوطئ للجاريه البكر، و الثانى عدم التداخل، بمعنى يجب أرش البكاره مع مهر المثل أو العشر، لأن العشر أو مهر المثل عوض الوطئ، و أرش البكاره عوض جنايه، لأنه قد فوت جزءا من الأمه.

و لكن الثانى ضعيف، لأن نصف العشر هو عوض الوطئ كما هو الظاهر من الخبر، و ما زاد عن النصف إلى تمام العشر هو بإزاء البكاره فيكون تمام العشر هو ما يلزم على الواطئ للجاريه البكر.

(٤) أى أرش البكاره.

(٥) أى مهر المثل على القول الثانى و لا فى العشر على القول الأول.

(٦) أى البكاره و الثيبوه.

(٧) من الوطئ و من الجزء الفائت.

(٨) على المشهور أن الواطئ عليه العشر أو نصفه سواء طاعته أم لا، و عن الشهيد فى

و فيه أن الأمه لا تستحق المهر، و لا تملكه فلا ينافى (١) ثبوته لسيدها مع كون التصرف فى ملكه بغير إذنه و لا تَزِرُ وَاِزْرَهُ وِزْرَ أُخْرَى . و القول بثبوته عليه (٢) مطلقا (٣) أقوى، مضافا إلى أرش البكاره كما مر (٤)، و قد تقدم مثله (٥).

السادسه - الرهن لازم من جهه الراهن

(السادسه - الرهن لازم من جهه الراهن (٦) حتى يخرج عن الحق) بأدائه و لو الدروس و جماعه أنها مع المطاوعه لا شىء على الواطئ، لأنها مع المطاوعه بغى و لا مهر لبغى، و ردّ بأن المهر لسيدها و هو حق له، و تصرفها و إن كان فيه اثم لكن لا يمنع من حق سيدها لقوله تعالى: و لا تَزِرُ وَاِزْرَهُ وِزْرَ أُخْرَى (١).

و أما المهر المنفى فى (لا- مهر لبغى) هو مخصوص فى مهر الحره، لأن المهر يطلق شرعا على عوض بضع الحره حتى سميت بسببه مهيره، و لأن اللام فى قوله (البغى) ظاهر فى الاستحقاق، و الأمه لا تستحق مهرا بل هو لسيدها.

(١) أى ما ورد من (لا مهر لبغى) لا ينافى ثبوت المهر لسيدها.

(٢) على المرتهن الواطئ.

(٣) مع المطاوعه و عدمها.

(٤) هنا.

(٥) فى كتاب البيع فى باب بيع الحيوان.

(٦) قد تقدم لزوم الرهن من جهه الراهن و جوازه من جهه المرتهن و أنه لا- خلاف فى ذلك، و عليه فللزومه من جهه الراهن فليس له انتزاعه إلا بأداء الحق، و أداء الحق هو إقباض الدين سواء كان من الراهن أم من متبرع غيره، و فى حكمه لو ضمن الغير الدين عن الراهن و قبل المرتهن، و كذا الحواله فيما لو أحال الراهن المرتهن على غيره بالدين مع قبول المرتهن، و فى الجميع يسقط حق المرتهن فى العين لانتفاء الدين له على الراهن، بلا خلاف فى شىء من ذلك و لا إشكال.

و ليس للراهن انتزاع الرهن أيضا إلا بإبراء المرتهن الراهن من الدين أو إسقاط حقه من الرهانه، و الإبراء المذكور موجب براءه ذمه الراهن من الدين فلا موضوع للرهن حينئذ، و أما الإسقاط المذكور فهو بمعنى فسخه لعقد الرهن و هو جائز لأن الرهن جائز من قبل المرتهن.

ص: ٩٧

من متبرع غيره. و في حكمه (١) ضمان الغير له (٢) مع قبول المرتهن (٣)، و الحوالة (٤) به (٥)، و إبراء المرتهن (٦) له منه (٧).
و في حكمه (٨) الإقالة (٩) المسقطه للثمن المرهون به، أو للمثمن (١٠) المسلم فيه المرهون به.

و الضابط براءة ذمه الراهن من جميع الدين، و لو خرج من بعضه (١١) ففي (١) أى حكم الأداء.

(٢) للدين عن الراهن.

(٣) لاشتراط رضا المضمون له.

(٤) عطف على الضمان، و المعنى أن كلا من الضمان و الحوالة في حكم الخروج عن الحق و في حكم الأداء.

(٥) بالدين.

(٦) عطف على الأداء.

(٧) أى للراهن من الدين.

(٨) أى حكم الإبراء.

(٩) فالإقالة هنا هي فسخ البيع فلا يثبت للبائع ثمن في ذمه المشتري حتى يأخذ عليه رهنا، فالإقالة تسقط الثمن المرهون به الرهن.

(١٠) فالإقالة هنا فسخ البيع فلا يثبت للمشتري ثمن مسلم فيه و هو الذى دفع ثمنه حالا، فالإقالة تسقط المثل الذى الرهن به الرهن.

(١١) أى خرج الراهن من بعض الدين قال فى المسالك: (و بقى فى المسألة أمر آخر، و هو ما لو أقبضه البعض، أو أبرأه هو منه، فهل يكون حكمه حكم ما لو أقبض الجميع أو أبرأ منه، يحتمل ذلك لأن الرهن إنما وقع فى مقابلة مجموع الدين من حيث هو مجموع، و قد ارتفع بعضه فيرتفع المجموع ضروره ارتفاعه بارتفاع بعض أجزاءه، فعلى هذا يبطل الرهن لسقوط جزء ما من الدين و إن قلّ).

و يحتمل بقاءه أجمع ما بقى من الدين جزء، نظرا إلى أن الغالب من تعلق الأغراض باستيفاء الدين عن آخره من الرهن، و هذا هو الذى قواه فى الدروس، و ادعى فى المبسوط أنه إجماع، و الأول مختار القواعد، نعم لو شرط كونه رهنا على المجموع على كل جزء منه فلا إشكال فى الأول، كما أنه لو شرط كونه رهنا على كل جزء منه فلا إشكال فى بقاءه ما بقى جزء - إلى أن قال - و بقى فى المسألة عند الإطلاق احتمال ثالث، و هو مقابلة أجزاء الرهن بأجزاء الدين و تقسيطه عليها كما هو مقتضى كل معاوضه، فإذا برئ من بعض الدين ينفك من الرهن بحسابه، فمن النصف النصف و من الثلث الثلث

خروج الرهن أجمع، أو بقاءه كذلك، أو بالنسبه أوجه.

و يظهر من العبارة بقاءه أجمع، و به صرح فى الدروس، و لو شرط كونه رهنا على المجموع خاصة تعين الأول، كما أنه لو جعله رهنا على كل جزء منه فالثانى. و حيث يحكم بخروجه عن الرهانه (١) (فيبقى أمانه فى يد المرتهن) مالكيه لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه، لأنه مقبوض بإذنه (٢) و قد كان وثيقه و أمانه، فإذا انتفى الأول (٣) بقى الثانى (٤)، و لو كان الخروج من الحق (٥) بإبراء المرتهن (٦) و هكذا، و هذا الاحتمال متوجه، لأن إطلاق المقابله بين الأمرين فى المعامله يقتضى ذلك) انتهى.

(١) أى إذا فك الرهن على العين بشىء مما تقدم تبقى العين تحت يد المرتهن أمانه مالكيه لا شرعيه و من لوازمها عدم وجوب التسليم إلى المالك إلا مع المطالبه بخلاف لوازم الأمانه الشرعيه فيجب التسليم إلى المالك مطلقا، و الفرق بين الأمانتين هو أن العين تاره تكون تحت يد الغير بإذن المالك فهى المالكيه و أخرى تحت يد الغير بإذن الشارع فهى الشرعيه كما لو أطار الريح ثوبا إلى دار الغير، فالثوب تحت يد مالك الدار بإذن الشارع و يجب الرد إلى مالكيه مطلقا حيث إن المالك لم يرض بكونه فى يده و إنما لعارض قد وقع فى يده، بخلاف المالكيه كالوديعة فهى تحت يد الغير بإذن المالك و لا يجب التسليم إلا مع المطالبه لاستصحاب عدم الوجوب.

(٢) تعليل لكونه أمانه مالكيه فالمالك أقبض العين للمرتهن فكانت وثيقه من حيث الرهن و أمانه مالكيه من حيث الاذن، و إذا انتفت الوثيقه من حيث الرهن تبقى الأمانه من حيث الاذن.

(٣) الوثيقه.

(٤) الأمانه.

(٥) أى من الدين.

(٦) قد تقدم أنه بعد فك الرهن بأحد أسبابه يبقى الرهن أمانه تحت يد المرتهن، و خالف بعض العامه فقال الشارح فى المسالك: (حيث ذهب إلى أنه إذا أفضاه يكون مضمونا، و إذا أبرأه ثم تلف الرهن فى يده لا يضمه استحسانا، و هو تحكم، بل ينبغى العكس، فإنه مع القضاء يكون المالك عالما بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه، و أما الإبراء فقد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره) انتهى، و الأخير هو ما مال إليه العلامة فى التذكرة، و هو ما أورده الشارح هنا.

ص: ٩٩

من غير علم الراهن وجب عليه إعلامه به (١)، أو رد الرهن، بخلاف ما إذا علم (٢).

(و لو شرط كونه مبيعا عند الأجل بطلا (٣) الرهن و البيع، لأن الرهن لا- يؤقت، و البيع لا يعلّق،(و لو قبضه كذلك (٤)ضمنه بعد الأجل)، لأنه حينئذ بيع فاسد، و صحيحه مضمون، ففاسده كذلك،(لا قبله)، لأنه حينئذ رهن فاسد، و صحيحه غير مضمون ففاسده كذلك، قاعده مطرده. و لا فرق في ذلك (٥) بين علمهما (٦) بالفساد، و جهلهما، و التفريق.

(١)أى وجب على المرتهن إعلام الراهن بالإبراء أو رد الرهن.

(٢)أى علم الراهن بفك الرهن فلا يجب على المرتهن و الرهن حينئذ.

(٣)أى لو شرط المرتهن فى عقد الرهن على الراهن أنه إذا لم يؤد الحق عند حلول الأجل فيكون الرهن مبيعا للمرتهن على نحو شرط النتيجة بطل الرهن و البيع.

أما الرهن فلأنه لا يؤقت مع أن جعله مبيعا عند حلول الأجل توقيت له و تعليق، و لأن الرهن مشروط بالبيع و الشرط فاسد، و كل شرط فاسد يكون مفسدا للمشروط و أما البيع فللتعليق، لأن البيع قد جعل معلق على عدم تأديه الحق، و مع التعليق لا يقصد فيه النقل و الانتقال جزما، و مع عدم القصد لا يقع صحيحا، أو لأن البيع بحاجه إلى سبب من صيغه و نحوها و الشرط هنا أوجب وقوع البيع من دون سببه و هو على خلاف المشروع فى العقود فلا يكون الشرط سائغا.

(٤)أى بعد بطلان الرهن و البيع، فلو قبض المرتهن العين على هذا الوجه يضمنها بعد الأجل لا قبل حلوله، لأنه قبل الحلول هو رهن فاسد و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، و العين فى الرهن الصحيح غير مضمونه فكذا فى الرهن الفاسد.

نعم بعد الأجل قد قبضها بعنوان أنها بيع و هو بيع فاسد، و هى مضمونه حينئذ، لأن ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده و العين فى البيع الصحيح مضمونه فكذا فى البيع الفاسد.

(٥)أى فى ضمان العين بعد الأجل لا قبله.

(٦)أى علم الراهن و المرتهن، فلا- فرق بين كونهما عالمين بفساد الرهن و البيع أو جاهلين أو مختلفين، و قال فى المسالك: (إن الأصحاب و غيرهم اطلقوا القول فى هذه القاعده لم يخالف فيها أحد) انتهى.

السابعه - يدخل النماء المتجدد فى الرهن

(السابعه - يدخل النماء المتجدد) المنفصل كالولد و الثمره (فى الرهن على الأقرب (١)، بل قيل: إنه إجماع، و لأن من شأن النماء تبعيه الأصل، (إلا مع شرط عدم الدخول) فلا إشكال حينئذ (٢) فى عدم دخوله، عملا بالشرط، كما أنه لو شرط دخوله ارتفع الإشكال. و قيل: لا يدخل بدونه (٢) للأصل، و منع الإجماع. و التبعية فى الملك (٤)، لا- فى مطلق الحكم. و هو أظهر، و لو كان متصلا كالطول و السمن دخل إجماعا.

الثامنه - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث

(الثامنه - ينتقل حق الرهانه إلى الوارث بالموت (٥)، لأنه مقتضى لزوم العقد من طرف الراهن، و لأنه وثيقه على الدين فيبقى ما بقى ما لم يسقطه المرتهن، (لا الوكاله، و الوصيه (٦) لأنهما إذن فى التصرف يقتصر بهما على من أذن له، فإذا مات (٧) بطل (٨) كظائره من الأعمال المشروطه بمباشر معين، (إلا) و الإطلاق مشكل فيما لو كان الدافع جاهلا بالفساد و القابض عالما، فالقابض أخذ الحق بغير إذن و الدافع قد توهم لزوم العقد و عليه و صحته و إلا لما رضى بدفع ماله فينبغى أن يكون مضمونا على القابض و إن كان صحيحه لا يضمن لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي إلا أن يدعى الإجماع على الإطلاق السابق فلا إشكال حينئذ.

(١) قد تقدم الكلام فى هذه المسأله و أن النماء المتصل يدخل فى الرهن بلا خلاف، و أن النماء المنفصل أو ما يقبل الانفصال يدخل فى الرهن على المشهور للإجماع كما فى الغنيه، و لتبعيه النماء للأصل، و خالف الشيخ و المحقق و العلامه فى جملة من كتبه إلى عدم الدخول فى الرهن لأن التبعية فى الملكيه لا تستلزم التبعية فى الرهنه و الإجماع موهون لمصير هؤلاء إلى خلافه.

(٢) أى مع شرط عدم الدخول.

(٣) أى بدون الشرط.

(٤) فهذه التبعية فى الملك لا تستلزم التبعية فى الرهنه.

(٥) الرهن لا يبطل بموت أحدهما، لأنه ليس من العقود الجائزه بل هو لازم من جهه الراهن، و لأنه وثيقه على حق المرتهن فيبقى ما بقى الدين بلا خلاف فى ذلك.

(٦) إذا كان المرتهن وكيلا- عن الراهن فى بيع الرهن عند تعذر استيفاء الدين أو كان وصيا، فلا تنتقل الوكاله و الوصيه إلى وارث المرتهن، لأنهما إذن فى التصرف مقتصر على خصوص المرتهن فلا يشمل وارثه.

(٧) أى المأذون و هو المرتهن.

(٨) أى بطل الاذن الصادر من الموكل و الموصى و هو الراهن هنا.

(مع الشرط) (١) بأن يكون للوارث بعده، أو لغيره فيلزم عملاً بالشرط.

و للراهن الامتناع من استئمان الوارث (٢) و إن شرط له وكالة البيع و الاستيفاء، لأن الرضا بتسليم المورث لا يقتضيه (٣)، و لاختلاف الأشخاص فيه (٤) (و بالعكس) للوارث الامتناع من استئمان الراهن عليه (٥) (فليتفقا على أمين) يضعانه تحت يده و إن لم يكن عدلاً، لأن الحق لا يعدوهما فيتقيد برضاهما، (و إلا) يتفقا (فالحاكم) يعين له عدلاً يقبضه لهما، و كذا لو مات الراهن (٦) فلورثته الامتناع من إبقائه في يد المرتهن، لأنه في القبض بمنزلة الوكيل تبطل بموت الموكل و إن كانت مشروطه في عقد لازم، إلا أن يشترط استمرار الوضع بعد موته فيكون بمنزلة الوصي في الحفظ.

التاسعه - لا يضمن المرتهن الرهن إذا تلف

(التاسعه - لا يضمن المرتهن) الرهن إذا تلف في يده (٧)، (إلا بتعدّ أو) (١) فيلزم العمل بالشرط و يكون الوارث و كيلاً أو وصياً عن الراهن لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٢) قال الشارح في المسالك: (فإذا كان - أي الرهن - في يد المرتهن بالاشتراط أو بالاتفاق فمات لم يجب على الراهن إبقاؤه في يد وارثه، فإنه قد يستأمن من المورث و لا يستأمن من الوارث، و كذا للوارث الامتناع من تسليم الرهن له، و حينئذ فإن اتفقا على أحد ممن يجوز توكله و إن لم يكن عدلاً جاز، و إلا تسلمه الحاكم و سلمه إلى عدل ليقبضه لهما) انتهى.

(٣) أي لا يقتضى استئمان الوارث.

(٤) في الاستئمان.

(٥) على الرهن.

(٦) لو مات الراهن و كان الرهن تحت يد المرتهن فلورثته الراهن الامتناع من إبقائه تحت يد المرتهن، لأن المرتهن بالنسبه للقبض كالوكيل من الراهن، و تبطل الوكالة بموت الموكل فكذا قبضه، إلا أن يأذن ورثه الراهن، و إلا أن يكون المرتهن قد شرط بقاء العين في يده بعد موت الراهن فيلزم الشرط.

(٧) لأن الرهن أمانة في يد المرتهن فلا يضمنه إذا كان التلف بغير تفريط منه، بلا خلاف فيه، و للأخبار.

ص: ١٠٢

(تفريط (١) و لا يسقط بتلفه شيء من حق المرتهن (٢)، فإن تعدى فيه، أو فرط ضمنه (فتلزم قيمته يوم تلفه) إن كان قيميا (على الأصح) (٣)، لأنه وقت الانتقال إلى القيمة، منها: صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن قال عليه السلام: فهو من مال الراهن و يرتجع المرتهن عليه بماله) (١)، و صحيح إسحاق بن عمار الصيرفي قلت لأبي إبراهيم عليه السلام (الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء، على من يكون نقصان ذلك؟ قال عليه السلام: على مولاه، قلت: إن الناس يقولون: إن رهنت العبد فمرض أو انفقت عينه فأصابه نقصان من جسده ينقص عن مال الرجل بقدر ما ينقص من العبد، قال عليه السلام: أ رأيت لو أن العبد قتل قتيلا على من تكون جنايته؟ قال: جنايته في عنقه) (٢).

نعم وردت طائفة من الأخبار تدل على الضمان و هي محمولة على صورته التفريط كخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل إلى صاحب الرهن، و إن كان الرهن أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يسوى ما رهنه فليس عليه شيء) (٢).

(١) و الفرق بين التعدى و التفريط على ما في المسالك في كتاب الوديعه حيث قال: (و الفرق بينهما أن التفريط أمر عدمى و هو ترك ما يجب فعله من الحفظ و نحوه، و التعدى أمر وجودى و هو فعل ما لا يجوز فعله كلبس الثوب و نحوه) انتهى.

و مع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف فيه، لما تقدم من حمل الطائفة الثانية عليه و لأخبار خاصه.

منها: خبر إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمائه درهم و هو يساوى ثلاثمائة درهم فهلك، أعلى الرجل أن يردّ على صاحبه مائتى درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل و ضيعة، قلت: فهلك نصف الرهن؟ فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم) (٣).

(٢) عند عدم التعدى و عدم التفريط.

(٣) ذهب الأكثر إلى أنه يضمنه بقيمه يوم التلف، لأنه وقت الحكم بضمان القيمة، لأن الحق

ص: ١٠٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب كتاب الرهن حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب كتاب الرهن حديث ٤.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٢.

و الحق قبله كان منحصرًا في العين و إن كانت مضمونه.

و مقابل الأصح اعتبار قيمته يوم القبض، أو أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، أو من حين التلف إلى حين الحكم عليه بالقيمه كالغاصب (١).

و يضعف (٢) بأنه قبل التفريط غير مضمون (٣) فكيف تعتبر قيمته فيه (٤) و بأن المطالبه (٥) لا- دخل لها في ضمان القيمي (فالأقوى الأول مطلقاً) (٦).

هذا إذا كان الاختلاف بسبب السوق (٧)، أو نقص في العين غير مضمون، أما لو نقصت العين بعد التفريط بهزال و نحوه (٨)، ثم تلف اعتبر أعلى القيم قبله كان منحصرًا في العين، و ذهب المحقق في الشرائع إلى أنه يضمه بقيمه يوم القبض، و قال عنه في الجواهر: (و لم نعرفه لغيره - إلى أن قال - كما أنه لم نعرف له وجهًا يعتد به، ضروره عدم كون العين مضمونه قبل التفريط)، و قيل: إنه يضم أعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف، و قد نسبه في المسالك إلى الشيخ في المبسوط، و عن المهذب أنه مجهول القائل، و عن الصيمري أنه قول مشهور، و نقله فخر المحققين و اختاره، و عن الرياض أنه مشهور في المصنفات و هو الأحوط، لكونه كالغاصب فيؤخذ بأشق الأحوال، و لاقتضاء الشغل اليقيني للبراءه اليقينية، و لا تحصل البراءه إلا بذلك.

و قيل: إنه يضم أعلى القيم من حين التلف إلى حين الحكم كما عن ابن الجنيدي، و ضعف الأخير واضح لأن المطالبه و حكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمه.

(١) أي المرتهن كالغاصب فكما يؤخذ الثاني بأشق الأحوال فكذلك الأول.

(٢) مقابل الأصح.

(٣) لأن الحق منحصر في العين الموجوده و هي غير مضمونه على المرتهن، لأنها أمانه عنده.

(٤) أي ما قبل التفريط و هذا رد على الضمان من يوم القبض، و رد على الضمان بأعلى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف.

(٥) رد على القول الأخير لأن المطالبه و حكم الحاكم لا دخل لهما في ضمان القيمي.

(٦) سواء زادت القيمه من حين القبض إلى يوم التلف أم لا.

(٧) أي كان اختلاف قيمه العين يوم التلف عن قيمتها يوم القبض بسبب السوق، أو بسبب نقص في العين لم يكن هذا النقص مضمونا عليه.

(٨) بحيث فرط أولا- ثم نقصت العين بهزال و نحوه ثم هلكت، اعتبر أعلى القيم من حين التفريط إلى حين التلف، لأن ذمته قد شغلت بضمان قيمه العين من حين التفريط فلو هزلت العين و نقصت قيمتها السوقيه فلا يوجب نقصان الضمان لأن الذمه مشغوله بقيمه

المنسوبة إلى العين من حين التفريط إلى التلف، و لو كان مثليا ضمنه بمثله إن وجد، و إلا فقيمه المثل عند الأداء على الأقوى، لأن الواجب عنده إنما كان المثل و إن كان متعذرا، و انتقاله إلى قيمه بالمطالبة، بخلاف القيمي لاستقرارها في الذمه من حين التلف مطلقا (١)

(و لو اختلفا في قيمه حلف المرتهن (٢)، لأنه المنكر، و الأصل براءته من الزائد. و قيل: الراهن، نظرا إلى كون المرتهن صار خائنا بتفريطه فلا يقبل قوله.

و يضعف بأن قبول قوله من جهه إنكاره، لا من حيث كونه أمينا، أو خائنا.

العاشره - لو اختلفا في قدر الحق المرهون به

(العاشره - لو اختلفا في) قدر (الحق المرهون به (٣)، حلف الراهن على) العين حين التفريط.

بخلاف المثلي فإنه يضمن مثله عند التلف، و إذا تعذر المثلي عند الأداء فينتقل إلى قيمه المثلي، لأنه وقت الأمر بضمان قيمه، بخلاف القيمي فالأمر بالضمان متوجه من حين التلف سواء طالبه أم لا.

(١) مع المطالبة و عدمها.

(٢) إذا اختلف الراهن و المرتهن في قيمه، فقال الراهن: قيمته مائه و قال المرتهن: بل خمسون، يقدم قول الراهن كما عن الأكثر على ما في الدروس لأن المرتهن خائن بتفريطه فلا يقبل قوله.

و عن الحلبي و الفاضل و الكثير من المتأخرين يقدم قول المرتهن، لأنه منكر للزيادة، فيقدم قوله مع يمينه، و حينئذ فتقديم قوله لإنكاره الزيادة، و ليس من حيث أمانته التي ارتفعت بخيانتته عند ما فرط.

(٣) بحيث كان الدين عشره آلاف مع أن المديون قد قدم رهنا و اختلفا فقال المرتهن إنه رهن على تمام الدين، و قال الراهن: إنه رهن على ألف منه فقط بحيث يكون الباقي دينا بلا رهن.

فقيل: يقدم قول الراهن على المشهور، لأنه منكر للزيادة بعد اتفاقهما على أنه رهن على الألف فالمرتهن يدعى كونه رهنا على الزيادة أيضا و الراهن منكر، بل قول الراهن موافق لأصل آخر و هو براءة ذمه الراهن من كونها مشغولة برهن على الزائد، و لأخبار منها.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن عند صاحبه رهنا، لا بينه بينها فيه، فادعى الذي عنده الرهن بألف، فقال صاحب الرهن: إنه بمائه،

(الأقرب) لأصاله عدم الزيادة، و براءة ذمته منها، و لأنه منكر، و للرواية. و قيل:

قول المرتهن استنادا إلى روايه ضعيفه،(و لو اختلفا في الرهن و الوديعه (١) بأن قال قال عليه السلام: البيه على الذي عنده الرهن أنه بألف، و إن لم يكن عنده البيه فعلى الراهن اليمين)(١)، و موثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا اختلفا في الرهن، فقال أحدهما: رهنه بألف، و قال الآخر: بمائه درهم، فقال عليه السلام: يسأل صاحب الألف البيه، فإن لم يكن بينه حلف صاحب المائه)٢، و مثله موثق عبيد بن زراره عنه عليه السلام٣.

و قيل: يقدم قول المرتهن كما عن ابن الجنيد لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن، فقال الراهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر، قال أمير المؤمنين عليه السلام: يصدق المرتهن حتى يحيط بالثمن لأنه أمينه)(٢) و الخبر ضعيف السند بالسكوني و موافق للعامه فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) بحيث قال الممسك: هو رهن، و قال المالك: هو وديعه، فالمشهور تقديم قول المالك، لأنه منكر باعتبار موافقه قوله لأصاله عدم ارتهان العين، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل رهن عند صاحبه رهنا، فقال الذي عنده الرهن: أرهنته عندى بكذا و كذا، و قال الآخر: إنما هو عندك وديعه، فقال عليه السلام: البيه على الذي عنده الرهن أنه بكذا و كذا، فإن لم يكن له بينه فعلى الذي له الرهن اليمين)(٣).

و عن الصدوق و الشيخ تقديم قول الممسك لخبر عباد بن صهيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن متاع في يد رجلين في أحدهما يقول: استودعتك، و الآخر يقول:

رهن، فقال عليه السلام: القول قول الذي يقول إنه رهن عندى، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود)(٤)، و موثق ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (فقال أحدهما: هو رهن، و قال الآخر: هو وديعه، قال عليه السلام: على صاحب الوديعه البيه فإن لم يكن بينه حلف صاحب الرهن)(٥)، و صاحب الرهن هو الذي يدعى كونه رهنا و هو الممسك.

ص: ١٠٦

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١ و ٢ و ٣.
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٤.
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ١.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٣.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الرهن حديث ٢.

المالك: هو وديعه، و قال الممسك: هو رهن (حلف المالك) لأصله عدم الرهن، ولأنه منكر، و للروايه الصحيحه.

وقيل: يحلف الممسك استنادا إلى روايه ضعيفه. وقيل: الممسك إن اعترف له المالك بالدين، و المالك إن أنكره جمعا بين الأخبار، و للقرينه. و ضعف المقابل (١) يمنع من تخصيص الآخر (و لو اختلفا في عين الرهن (٢) فقال: رهنتك العبد فقال: بل الجاربه (حلف الراهن) خاصه (و بطلا)، لانتفاء ما يدعيه الراهن بإنكار المرتهن، لأنه جائز من قبله فيبطل بإنكاره، لو كان حقا، و انتفاء ما يدعيه المرتهن بحلف الراهن.

(و لو كان) الرهن (مشروطا في عقد لازم تحالفا (٣)، لأن إنكار المرتهن و فصل ابن حمزه بتقديم قول المرتهن إن اعترف الراهن له بالدين، و بتقديم قول الراهن مع إنكار الراهن للدين جمعا بين الأخبار، و لأنه مع اعتراف الراهن بالدين فهو قرينه على كون العين رهنا في يد الممسك لأنه هو ظاهر الحال.

و مستند المشهور صحيح ابن مسلم و مستند مخالفه خبر عباد بن صهيب و موثق ابن أبي يعفور، و لا يصلحان لمعارضه دليل المشهور هذا من جهه، و من جهه أخرى يبطل قول ابن حمزه لأن التفصيل مبني على الجمع بين الأخبار، و الجمع فرع الحجيه، و مع كون أحد الطائفتين و هى التى اعتمد عليها غير المشهور غير حجه فلا معنى للجمع حينئذ.

(١) أى و ضعف الدليل المقابل للمشهور يمنع من تخصيص دليل المشهور.

(٢) بأن قال المرتهن: رهنت الجاربه، فقال الراهن: بل العبد، و ليس هناك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن لكون الرهن جائزا من طرفه، هذا بالنسبه لما يدعيه الراهن.

و أما بالنسبه لما يدعيه المرتهن، فالمرتهن مدعى و الراهن منكر فيحلف الراهن، و يخرج العبد و الجاربه عن الرهن.

(٣) لو باع الدائن متاعا للمديون و شرط عليه رهنا على الدين السابق، فقال المشتري و هو الراهن: رهنت العبد، فقال البائع و هو المرتهن: بل الجاربه.

فعن العلامه فى القواعد أنه يحلف الراهن و يبطل الرهن فى العبد و الجاربه، كما لو اختلفا فى عين الرهن و لم يكن الرهن شرطا فى عقد لازم، لنفس الدليل السابق، فما يدعيه الراهن باطل لإنكار المرتهن، و إنكاره فسخ للعقد لو كان هو الواقع، و ما يدعيه المرتهن باطل بحلف الراهن.

و عن جماعه منهم الشهيدان و المحقق الثانى أنهما يتحالفان، و ضابط التحالف فيما لو كان

هنا (١) يتعلق بحق الراهن حيث إنه (٢) يدعى عدم الوفاء بالشرط الذى هو ركن من أركان ذلك العقد اللازم (٣) فيرجع الاختلاف إلى تعيين الثمن لأن شرط الرهن من مكملاته (٤)، فكل يدعى ثمنا غير ما يدعيه الآخر فإذا تحالفا بطل الرهن، وفسخ المرتهن العقد المشروط فيه إن شاء، و لم يمكن استدراكه (٥) كما لو مضى الوقت المحدود له. وقيل: يقدم قول الراهن كالأول.

الحادية عشر – لو أدى دينا و عين به رهنا

(الحادية عشر – لو أدى دينا و عين به رهنا (٦) بأن كان عليه ديون و على كل كل منهما مدعيا و منكرًا معا و لاحد بينهما متفق عليه و هنا كذلك، لأن الرهن هنا قد وقع شرطا فى عقد لازم، فيكون جزءا من ثمن المبيع، و الاختلاف فيه موجب للاختلاف فى تعيين الثمن، فالراهن يدعى أن هذا المال المعين مع شرطيه العبد رهنا هو الثمن، و المرتهن يدعى أن هذا المال المعين مع شرطيه الجارية رهنا هو الثمن، و كلّ منهما ينكر ما يدعيه الآخر و إذا تحقق ضابط التحالف يتحالفان و يبطل الرهن، و إذا بطل يفسخ المرتهن البيع الذى شرط فيه الرهن إن شاء.

(١) فيما لو كان الرهن مشروطا فى عقد لازم.

(٢) أى حيث إن المرتهن.

(٣) و هو البيع، فالرهن بدعوى الراهن هو العبد فإذا أنكر المرتهن رهنه كان المرتهن مدعيا على الراهن عدم الوفاء بشرط البيع، مع أن الشرط من أركان العقد المشروط.

(٤) أى مكملات الثمن.

(٥) أى و لم يمكن استدراك الرهن كما لو شرط الرهن فى يوم معين و قد مضى.

(٦) لو كان على شخص عده ديون لشخص آخر، و كان على كل دين رهن، ثم دفع الراهن الذى هو المديون دينا ليفك رهنا مخصوصا فيتعين كون المدفوع وفاء لخصوص الدين الذى قصد فك رهنه، و هذا مما لا إشكال فيه إذا عرفنا قصده إما لقيام البينة بأنها قد سمعته يسمى دينا خاصا، و إما لإقرار المرتهن الدائن بكونه قد سمى دينا خاصا.

و أما إذا لم يسم و لكن قصد واحدا من الديون ثم قال الراهن: دفعته لأفك به الرهن الأول، فقال المرتهن: بل دفعته لتفك الرهن الثانى، قدّم قول الدافع و هو الراهن بلا خلاف و لا إشكال، لأنه أبصر بنيته التى لا تعلم إلا من قبله، و لأن دعوى غريمه غير مقبولة إذ لا اطلاع له على نفس الدافع ليعرف أنه نوى غير ما يقوله، و عليه فيقدم قول الدافع بغير يمين، لأن دعوى خصمه غير مسموعة، و قيل يقدم قوله مع يمينه، و اليمين لاحتمال إمكان اطلاع المرتهن على نيته بإقرار الراهن أو بقرائن خارجيه، فتكون الدعوى مسموعة فلا تسقط إلا بيمين المنكر.

واحد رهن خاص فقصد بالمؤدى أحد الديون بخصوصه ليفك رهنا (فذاك) هو المتعين، لأن مرجع التعيين إلى قصد المؤدى، (و إن أطلق) و لم يسم أحدها لفظا لكن قصده (فتخالفا فى القصد) فادعى كل منهما قصد الدافع دينا غير الآخر (حلف الدافع) على ما ادعى قصده، لأن الاعتبار بقصده و هو أعلم به.

و إنما احتيج إلى اليمين مع أن مرجع النزاع إلى قصد الدافع، و دعوى الغريم العلم به غير معقول، لإمكان اطلاعه عليه بإقرار القاصد، و لو تخالفا فيما تلفظ بإرادته (١) فكذلك. و يمكن رده (٢) إلى ما ذكره (٣) من التخالف فى القصد (٤)، إذ العبرة به (٥)، و اللفظ كاشف عنه.

(و كذا لو كان عليه دين خال) عن الرهن، و آخر به رهن (فادعى الدفع عن المرهون به) ليفك الرهن، و ادعى الغريم الدفع عن الخالى ليقبى الرهن (٦) فالقول قول الدافع مع يمينه، لأن الاختلاف يرجع إلى قصده الذى لا يعلم إلا من قبله كالأول.

الثانيه عشر - لو اختلفا فيما يباع به الرهن

(الثانيه عشر - لو اختلفا فيما يباع به الرهن (٧) فأراد المرتهن بيعه بنقده، (١) بأن قال الراهن: تلفظت عند الدفع بكون المدفوع للرهن الأول، فقال المرتهن: بل للرهن الثانى، فيقدم قول الدافع بلا خلاف، و مع يمينه لأن دعوى خصمه مسموعه فلا تسقط إلا يمينه.

(٢) أى التخالف فيما تلفظ بإرادته.

(٣) أى المصنّف.

(٤) و فيه: إن دعوى خصمه فى التخالف فى القصد غير مسموعه، بخلاف دعوى خصمه فى التخالف فيما تلفظ بإرادته فإنها مسموعه، و معه كيف يمكن رد الثانى إلى الأول.

(٥) بالقصد.

(٦) لا- فرق بين هذا الفرع و بين الفرع المتقدم، لأن عدم الرهن عن الدين الثانى لا يوجب تغييرا فى موازين الدعوى الموجهه لتقديم قول الدافع، باعتبار أنه أبصر بنيته.

(٧) لو اختلفا فيما يباع به الرهن، فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب، و الآخر بغيره، بيع بالنقد الغالب فى البلد بإذن الحاكم من غير فرق فى طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن، لتعلق حق كل منهما فى العين، فإذا طلب الآخر بيعه بغير الغالب ففيه تضييع لحق الأول، و لأن إطلاق الرهن منصرف إلى الغالب.

و الراهن بغيره (١) (بيع بالنقد الغالب)، سواء وافق مراد أحدهما أم خالفهما، و البائع المرتهن إن كان وكيلا، و الغالب موافق لمراده (٢)، أو رجع إلى الحق (٣)، و إلا- فالحاكم، (فإن غلب نقدان بيع بمشابه الحق (٤) منهما إن اتفق، (فإن باينهما عين الحاكم) إن امتنعا من التعيين.

و إطلاق الحكم بالرجوع إلى تعيين الحاكم يشمل ما لو كان أحدهما أقرب إلى الصرف إلى الحق، و عدمه، و فى الدروس: لو كان أحدهما - و عنى به المتباينين - و يؤخذ إذن الحاكم ليجبر الممتنع عن بيعه بالنقد الغالب، أو يأذن بالبيع عن الممتنع، نعم لو كان المرتهن وكيلا لازما عن الراهن، و أراد المرتهن بيعه بالغالب لم يتوقف هنا على إذن الحاكم عن الراهن، و لا يلتفت إلى معارضة الراهن المخالفه للشرع لانصراف إطلاق الوكالة فى البيع إلى البيع بالغالب عرفا، و لأن أذنه متحقق بوكالته للمرتهن، أما لو طلب كل منهما نقدا غير الغالب و تعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب، لأن الغالب هو الذى يقتضيه إطلاق عقد الرهن، بلا خلاف فى ذلك كما فى الجواهر.

(١) مما تقدم تعرف أن الاختلاف على ثلاث صور: ما لو كان مراد المرتهن بالغالب، و ما لو كان مراد الراهن بالغالب، و ما لو كان الغالب غير مراد لهما، و قد أشار الشارح إلى الصورتين الأولتين بقوله: (سواء وافق مراد أحدهما)، و أشار إلى الثالثة بقوله (أم خالفهما).

(٢) فالبيع بالغالب غير متوقف على إذن الحاكم بخلاف بقيه الصور التى يباع الرهن فيها بالغالب.

(٣) بأن كان المرتهن مخالفا للغالب فيرجع إلى الغالب، و المعنى يحكم ببيع الرهن بالغالب و على المرتهن أن يقرّ به و يلتزم بالشرع سواء كان وكيلا فى البيع أم لا، و إن أبى فالحاكم هو الذى يبيع العين بالنقد الغالب.

(٤) لو كان للبلد نقدان غالبان متساويان فى التعامل، إذ لو كانا متفاوتين بيع بالأغلب، و مع التساوى فى الغلبة بيع الرهن بأشبههما بالحق، و المراد به ما ناسب الحق المرهون به، بأن يكون من جنسه إذا كان موافقا لأحدهما.

و لو كان الحق و الدين مباينا لكلا النقدين الغالبين عين الحاكم أحدهما إن امتنعا عن الاتفاق و التعيين، و تعيين الحاكم لأنه ولى الممتنع و كلاهما ممتنع، و عن الشهيد فى الدروس أنه مع المباينة للحق يقدم الأسهل صرفا إلى الحق ترجيحا لجانب المرتهن، و عن التحرير أنه بيع الرهن بأوفرهما حقا و انتفاعا ترجيحا لجانب المالك لأن عين الرهن ملكه.

أسهل صرفاً إلى الحق تعين، و هو حسن. و فى التحرير: لو بايناه بيع بأوفرهما حظاً. و هو أحسن، فإنه ربما كان عسر الصرف أصلح للمالك و حيث يباع بغير مراده ينبغى مراعاة الحظ له كغيره ممن يلى عليه الحاكم.

ص: ١١١

كتاب الحجر

اشاره

ص: ١١٣

فى أسبابه

(و أسبابه ستة) (٢) بحسب ما جرت العاده بذكره فى هذا الباب، و إلا فهى أزيد من ذلك مفرقه فى تضاعيف الكتاب، كالحجر على الراهن فى المرهون، و على المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن، و على البائع فى الثمن المعين قبل تسليم (١) قال فى مصباح المنير: (حجر عليه حجرا من باب قتل - إلى أن قال - و تثليث الحاء لغه)، و معناه المنع، و سمي العقل حجرا لأنه يمنع صاحبه عن ارتكاب القبيح و ما تضر عاقبته، قال الله تعالى: هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ (١)، و شرعا هو المنع من التصرف فى المال.

(٢) أى موجبات الحجر ستة، و حصر أسبابه فى الستة المذكوره جعلى لا استقرائى و لا ما سواه، و قد جرت عاده الفقهاء بالبحث عن هذه الستة و عقدوا هذا الباب لها، و مرجع الصور الست إلى قسمين: من يحجر عليه لحق نفسه و من يحجر عليه لحق غيره، فالأول الصبى و المجنون و السفية، و الثانى المفلس و المريض مرضا متصلا بالموت و العبد، ثم الحجر تاره فى جميع ماله و أخرى فى البعض، و الثانى هو المريض، و الأول هو الباقي، ثم الحجر إما عام فى سائل التصرفات أو خاص ببعضها، و الأول إما أن يكون ذا غايه يزول سببه فيها أو لا، و الأول الصغر و الثانى الجنون، و الخاص إما أن يكون الحجر فيه مقصورا على مصلحه المحجور أو لا، و الأول السفية، و الثانى إما أن يكون موقوفا على حكم الحاكم أو لا، و الأول المفلس و الثانى المرض.

ص: ١١٥

المبيع، و على المكاتب فى كسبه لغير الأداء و النفقه، و على المرتد الذى يمكن عوده إلى الإسلام. و الستة المذكوره هنا هى: (الصغر. و الجنون. و الرق. و الفلس.

و السفه. و المرض) المتصل بالموت.

فى حجر الصغير

(و يمتد حجر الصغير (١) حتى يبلغ) بأحد الأمور المذكوره فى كتاب الصوم، (و يرشد، بأن يصلح ماله (٢) بحيث يكون له ملكه نفسانيه تقتضى إصلاحه، (١) الصغير محجور عليه ما لم يحصل له البلوغ و الرشد، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى:

وَ ابْتُلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١)، و للأخبار:

منها: خبر منصور عن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشه و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله) (٢).

هذا و يعلم البلوغ على ما تقدم فى كتاب الصوم بإنبات الشعر الخشن على العانه سواء كان مسلما أو مشركا، أو بخروج المنى من الموضع المعتاد، و هاتان العلامتان للذكور و الإناث، و يعلم البلوغ الذكر خمس عشره سنه و الأنثى تسع سنين.

(٢) فالرشد فى المال مما يتوقف عليه رفع الحجر كما تقدم، و إنما الكلام فى معنى الرشد، قال الشارح فى المسالك: (ليس مطلق الإصلاح موجبا للرشد، بل الحق أن الرشد ملكه نفسانيه تقتضى إصلاح المال و تمنع من إفساده، و صرفه فى غير الوجوه اللائقه بأفعال العقلاء.

و احترزنا بالملكه عن مطلق الكيفيه فإنها ليست كافيه، بل لا بد منها من أن تصير ملكه يعسر زوالها، و باقتضائها إصلاح المال - أى احترزنا به - عما لو كان غير مفسد له لكن لا- رغبه له فى إصلاحه على الوجه المعبر عند العقلاء، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (و المرجع فيه - أى الرشد - العرف كما فى غيره من الألفاظ التى لا- حقيقه شرعيه لها و لا لغويه مخالفه للعرف - إلى أن قال - و على كل حال فهو أن يكون مصلحا لماله، فقد قيل إنه طفحت به عباراتهم، بل عن التنقيح أنه لا شك فيه عند العرف، و مجمع البرهان هو الظاهر المتبادر منه عرفا و أنه هو الذى ذكره الأصحاب - إلى أن قال-

ص: ١١٤

١- (١) سوره النساء، الآية: ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الحجر حديث ١.

و تمنع إفساده و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، لا مطلق الإصلاح، فإذا تحققت الملكة المذكورة مع البلوغ ارتفع عنه الحجر (و إن كان فاسقاً) (١) على المشهور، لإطلاق الأمر بدفع أموال اليتامى إليهم بإيناس الرشد من غير اعتبار أمر آخر معه. و المفهوم من الرشد عرفاً هو إصلاح المال على الوجه المذكور و إن كان فاسقاً.

وقيل: يعتبر مع ذلك العدالة فلو كان مصلحاً لماله غير عدل في دينه لم يرتفع عنه الحجر، للنهي عن إيتاء السفهاء المال، و ما روى أن شارب الخمر و في القواعد و عن غيرها أنه كيفية نفسانيه تمنع من إفساد المال و صرفه في غير الوجوه اللائقة بأفعال العقلاء، و كثير منهم ممن فسره بالإصلاح قد أخذ الملكة فيه في مقام آخر، و جميع ذلك عند التأمل فضول لوفاء العرف في مصداقه فليس من وظائف الفقيه البحث فيه فضلاً عن الإطناب). انتهى.

(١) هل يشترط في الرشد العدالة أو لا، فعن الشيخ و الراوندي و أبي. المكارم و فخر الإسلام الاشتراط، لقوله تعالى: **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ** (١)، مع ضميمه ما ورد (أن شارب الخمر سفیه) و هو ما رواه العياشي في تفسيره عن إبراهيم بن عبد الحميد قال (سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الآية قال: كل من شرب الخمر فهو سفیه) (٢)، فيثبت في غير شارب الخمر ممن يرتكب المعصية أنه سفیه إذ لا قائل بالفصل، و لما روى عن ابن عباس في قوله تعالى: **فَإِنْ آَنَسَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا** (٣) قال: (هو أن يبلغ ذا وقار و حلم و عقل) (٤).

و المشهور على عدم اعتبار العدالة، لأن مفهوم الرشد عرفي، و هو خال عن اشتراط العدالة، و لأن الكافر لا يحجر عليه بكفره فالفاسق أولى، و لأن الأمر بإيتاء المال عند إيناس الرشد في الآية المتقدمه (٥) غير مقيد بالعدالة فهو مطلق، و روايه العياشي مرسله، و ما روى عن ابن عباس غير ثابت، و على تقديره فهي مقطوعه غير صالحه للحجيه.

ص: ١١٧

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥.

٢- (٢) الوسائل - ٥٣ من كتاب الوصايا حديث ٢.

٣- (٣) سورة النساء، الآية: ٦.

٤- (٤) الدر المنثور ج ٢ ص ١٢١.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٦.

سفيه، ولا قائل بالفرق، و عن ابن عباس أن الرشد هو الوقار، و الحلم، و العقل.

و إنما يعتبر على القول بها في الابتداء (١)، لا في الاستداه، فلو عرض الفسق بعد العدالة قال الشيخ: الأحوط أن يحجر عليه. مع أنه شرطها ابتداء، و يتوجه على ذلك أنها لو كانت شرطاً في الابتداء لاعتبرت بعده (٢) لوجود المقتضى.

(و يختبر) من يراد معرفه رشده (بما يلائمه) (٣) من التصرفات و الأعمال، (١) فقد نقل عن الشيخ أنه (لو عرض الفسق بعد العدالة فالأحوط أن يحجر عليه)، و هو ظاهر في أن العدالة ليست بشرط استداه كما يفهم من قوله الأحوط.

(٢) بعد الابتداء، باعتبار أن البالغ لو صرف ماله على نحو السفاهه لحجر عليه لأنه غير رشيد، فالرشد شرط في ارتفاع الحجر عن الصغير، و شرط في عدم ثبوت الحجر على البالغ.

(٣) قال الشيخ في المبسوط: (الأيتام على قسمين ذكور و إناث، فالذكور على ضربين: ضرب يبذلون في الأسواق و يخالطون الناس بالبيع و الشراء، و ضرب يصانون عن الأسواق، فالذين يخالطون الناس فإنه يعرف اختبارهم بأن يأمره الولي أن يذهب إلى السوق و يساوم في السلع و يقاول فيها، و لا يعقد العقد فإن رآه يحسن ذلك و لا يغبن فيه علم أنه رشيد و إلا لم يفك عنه الحجر، و إن كان اليتيم ممن يصان عن الأسواق مثل أولاد الرؤساء، فإن اختبارهم أصعب فيدفع الولي إليهم نفقه شهر فيختبرهم، فينظر فإن وضعوا إلى أكرتهم و غلمانهم و عمالهم و معاملهم حقوقهم من غير تبذير، و أقسطوا في النفقه على أنفسهم في مطاعمهم و مكاسبهم سلم إليهم المال. و أما الإناث فإنه يصعب اختبارهن فيدفع إليهن شيئاً من المال و يجعل عليهن نساء ثقات يشرفن عليهن، فإن عزلن و استغزلن و نسجن و استنسجن، و لم يبدرن سلم المال إليهن، فإن كنّ بخلاف ذلك لم يسلم إليهن ذلك) انتهى، و زاد بعضهم أنه لا بد من تكرار ذلك مرارا يحصل به غلبه الظن ليحصل الاتصاف بالملكه.

هذا و في الجواهر: و أما ما يعلم به رشده فهو أيضا بطرق لا تنحصر عرفا، و منها معرفته باختباره بما يلائمه من التصرفات ليعلم قوته على المكايسه - في المبايعات و تحفظه من الانخداع، و كذا تختبر الصبيه، و حينئذ فيعرف رشدها بأن تحفظ من التبذير، و أن تعتنى بالاستغزال مثلا و بالاستنتاج إن كانت من أهل ذلك، أو بما يضاهيه من الحركات المناسبه لها).

و قال في موضع آخر تعليقا على من حصر الاختبار بما سمعت كما عن الشيخ في المبسوط (إذ من المعلوم عدم إرادته الخصوصيه، بل لعل غير الفقيه أعرف منه في طرق

ليظهر اتصافه بالملكه، و عدمه، فمن كان من أولاد التجار فَوْض إليه البيع و الشراء بمعنى مما كسبه فيهما على وجههما، و يراعى إلى أن يتم مساومته ثم يتولاه الولي إن شاء، فإذا تكرر منه ذلك (١)، و سلم من الغبن و التضييع في غير وجهه فهو رشيد.

و إن كان من أولاد من يسان عن ذلك أختبر بما يناسب حال أهله، إما بأن يسلم إليه نفقه مده لينفقها في مصالحه، أو مواضعها التي عينت له، أو بأن يستوفى الحساب على معاملتهم، أو نحو ذلك، فإن وفي بالأفعال الملائمه فهو رشيد، و من تضييعه: إنفاقه في المحرمات، و الأطمعه النفيسه التي لا تليق بحاله بحسب وقته، و بلده، و شرفه، و وضعته. و الأمتع و اللباس كذلك.

و أما صرفه في وجوه الخير (٢) من الصدقات، و بناء المساجد، و إقراء الضيف فالأقوى أنه غير قادح مطلقا (٣)، إذ لا سرف في الخير، كما لا خير في السرف (٤)، و إن كان أنثى اختبرت بما يناسبها من الأعمال كالغزل، و الخياطه، و شراء آلاتهما المعتاده لأمثالهما بغير غبن، و حفظ ما يحصل في يدها من ذلك، الاختبار المفيد ذلك، و من هنا لا ينبغي مناقشه في ذلك و لا في ذكر الغزل و الاستغزال للإناث، مع أن ذلك غير واجب في الرشد، و بنات الرؤساء ليس ذلك طريق اختبارهن، و بالجمله البحث في ذلك ليس من وظيفه الفقيه، و لذا خلت عنه النصوص، و بعض الأصحاب إنما ذكره على طريق التنبيه كما هو واضح) انتهى.

(١) ليعلم حصول الملكه.

(٢) اعلم أن صرف المال في وجوه الخير ليس تبذيرا كما عليه المشهور، و عن التذكرة أن ما زاد من هذا الصرف على ما يليق بحاله فهو تبذير، لأنه إتلاف في المال لقوله تعالى:

وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ (١).

و فيه: إن الحكم بكونه تبذيرا مناف لما استفاض من خروج بعض الأئمه عليهم السلام من أموالهم في الخير كالإمام الحسن عليه السلام إلا أن يقال: إن هذا الفعل من الإمام لائق بحاله و الكلام فيما هو غير لائق بحاله.

(٣) سواء كان لائقا بحاله أم لا.

(٤) نص غير واحد أنه لم يثبت كونه خيرا.

ص: ١١٩

و المحافظه على أجره مثلها إن عملت للغير، و حفظ ما تليه من أسباب البيت، و وضعه على وجهه، و صون أطعمته التي تحت يدها عن مثل الهره و الفار و نحو ذلك، فإذا تكرر ذلك على وجه الملكة ثبت الرشد، و إلا فلا. و لا يقدح فيها وقوع ما ينافيها نادرا من الغلط و الانخداع في بعض الأحيان، لوقوعه كثيرا من الكاملين، و وقت الاختبار قبل البلوغ (١)، عملا بظاهر الآيه.

(و يثبت الرشد) لمن لم يختبر (بشهادة النساء في النساء (٢) لا- غير (٣) لسهوله اطلاعهن عليهن غالبا، عكس الرجال (٤)، (و بشهادة الرجال مطلقا) ذكرا كان المشهود عليه، أم أنثى، لأن شهادة الرجال غير مقيدة (٥). و المعتبر في شهادة الرجال اثنان، و في النساء أربع، و يثبت رشد الأنثى بشهادة رجل و امرأتين أيضا، و بشهادة أربع خنثى (٦).

(١) بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ ابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١).

و وجه الدلاله من جهتين، من جهة جعل متعلق الابتلاء هو اليتامى، مع أن المراد باليتيم لغه و شرعا هو من لا أب له و هو دون البلوغ، البالغ ليس بيتيم بطريق الحقيقه، و إطلاق اللفظ محمول عليها، و من جهة جعل غايه اختبارهم البلوغ فقد دل على أن الاختبار قبله.

نعم خالف بعض العامه فجعل وقت الاختبار بعد البلوغ، و هو ضعيف بما سمعت.

(٢) يثبت الرشد في الرجال بشهادة الرجال إذا كانوا اثنين لإطلاق أدله اعتبار البيئه.

و يثبت الرشد في النساء بشهادة الرجال كذلك و بشهادة النساء إن كن أربعاء، و بشهادة رجل و امرأتين لإطلاق أدله اعتبار البيئه بجميع أقسامها.

و لم يذكر ثبوت الرشد في الرجال بشهادة النساء لعسر اطلاعهن على ذلك في الرجال.

(٣) و المعنى لا يثبت الرشد بشهادة النساء في الرجال لتعسر اطلاعهن على رشدهم.

(٤) فإنه يعسر على النساء الاطلاع على رشدهم.

(٥) و كذا شهادة النساء لو لا تعذر اطلاعهن.

(٦) لأن الخنثى كالأنثى لاحتمال عدم كونه ذكرا، فتعامل معاملة الأنثى من باب القدر المتيقن.

ص: ١٢٠

(و لا يصح اقرار السففه بمال (١) و يصح بغيره (٢) كالنسب (٣) و إن أوجب النفقه، و فى الانفاق عليه من ماله أو بيت المال قولان، أوجهما الثانى، و كالأقرار بالجنايه الموجهه للقصاص و إن كان نفساً (٤)، (و لا- تصرفه فى المال (٥) و إن ناسب (١) شروع فى حجر السففه بعد الانتهاء من حجر الصغير، و السففه مقابل الرشيد، و لم يتعرض لمعنى السففه لما تقدم من بيان معنى الرشيد الذى هو مقابله، و الحجر ثابت على السففه لقوله تعالى: **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا (١)**.

و الحجر عليه هو المنع من التصرفات المالىه فقط لا- فى مطلق التصرفات لظاهر الآيه حيث اقتضت على المنع من التصرف المالى، و إذا منع من التصرف المالى فلا يصح إقراره لأن الإقرار منه تصرف فى ماله لحق الغير.

(٢) أى بالنسب.

(٣) الإقرار بالنسب إن لم يوجب النفقه فقبوله واضح بلا إشكال، لأنه ليس تصرفاً مالياً و لا يستلزم التصرف المذكور.

و إن أوجبها فقبوله مشكل لأنه مستلزم للتصرف المالى، و فصل الشارح فى المسالك و جماعه بين قبول الإقرار بالنسب و هو ليس بمال و بين الإنفاق عليه فلا- يثبت لأنه تصرف مالى و ينفق على من استلحقه من بيت مال المسلمين لأنه معدّ لمصالح المسلمين.

و للشهيد قول بأنه كما يمنع من الإضرار بماله يمنع من الإضرار من بيت مال المسلمين، بل ينفق عليه من ماله لأن المال من توابع النسب.

وفيه: إن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين، و نفقه من استلحق من المصالح فكيف يقال إن ذلك يضرّ بهم.

(٤) الإقرار بما يوجب القصاص مقبول إذا لم يستلزم القصاص فوات النفس، لأنه ليس تصرفاً مالياً، و كذا إذا استلزم نفساً و قد طلب المقرّ له القصاص، و أما لو طلب المال ففى إجابته نظر من وجوب حفظ النفس التى هى أولى من حفظ المال، و من أنه مفوت للغرض من الحجر لامكان أن يتواطأ مع المقر له على ذلك ليفوت المال، و على كل فإقراره مقبول على كل حال و إن لم نوجب إجابته الطلب المالى للمقرّ له.

(٥) لما تقدم من أن السففه محجور عليه فى كل التصرفات المالىه، و إن كان فى بعضها قد ناسب أفعال العقلاء.

ص: ١٢١

أفعال العقلاء، و يصح تصرفه فيما لا يتضمن إخراج المال كالطلاق (١)، و الظهار، و الخلع (٢).

(و لا يسلم عوض الخلع إليه) لأنه تصرف مالى ممنوع منه.

(و يجوز أن يتوكل لغيره فى سائر العقود) أى فى جميعها (٣). و إن كان قد ضعّف إطلاقه عليه (٤) بعض أهل العربية، حتى عده فى «دره الغواص» من أوهام الخواص، و جعله مختصا بالباقي أخذنا له من السؤر و هو البقيه، و عليه جاء قول النبى صلّى الله عليه و سلم لابن غيلان لما أسلم على عشر نسوه: أمسك عليك أربعا، و فارق سائرهن (٥)، لكن قد أجازه بعضهم. و إنما جاز توكيل غيره له، لأن عبارته ليست مسلوبه مطلقا (٦)، بل مما يقتضى التصرف فى ماله (٧) (و يمتد حجر المجنون) (٨) فى التصرفات المالىة و غيرها (حتى يفيق) و يكمل عقله (و الولايه فى) (١) لأن العاده فى العصور المتقدمه على كون المهر بتمامه معجلا عند إجراء عقد النكاح، و لذا قال الشارح فى المسالك عن الطلاق و الظهار: (إذ ليس فيهما إلا فوات الاستمتاع) و هو ليس تصرفا ماليا.

(٢) ففيه كسب للمال فهو أولى بعدم المنع.

(٣) فسّير الشارح السائر بالجميع تبعا لبعض أهل اللغة، مع أن السائر هو البقيه كما فى مصباح المنير بل هو المشهور بينهم، قال فى المصباح: (و سئر الشىء سؤرا بالهمزة من باب شرب، بقى فهو سائر قاله الأزهري، و اتفق أهل اللغة أن سائر الشىء باقيه قليلا كان أو كثيرا، قال الصنعانى: سائر الناس باقيهم، و ليس معناه جميعهم كما زعم من قصر فى اللغة باعه، و جعله بمعنى الجميع من لحن العوام) انتهى.

هذا و لو و كل الأجنبى السفيه فى بيع أو هبه مثلا جاز، لأن السفه لم يسلبه حكم عبارته و لا أهليه مطلق التصرف، بل فى ماله خاصه، فيبقى غيره مندرجا فيما دل على الصحه كما هو واضح خلافا لبعض العامه كما فى الجواهر.

(٤) أى إطلاق السائر على الجميع.

(٥) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٥.

(٦) فى ماله أو مال غيره.

(٧) أما كسب المال لنفسه فلا حجر عليه.

(٨) شروع فى السبب الثالث للحجر و هو الجنون، و هو سبب فى الحجر للأخبار.

منها: خبر منصور بن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام و هو

(مالهما) أى الصغير و المجنون (للأب و الجد (١) له و إن علا (فيشتركان فى الولاية (٢) لو اجتماعا، فإن اتفقا (٣) على أمر نفذ، و إن تعارضا قدم عقد السابق فإن اتفقا ففى بطلانه، أو ترجيح الأب، أو الجد أوجه، (ثم الوصى) (٤) لأحدهما أشده، و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده، و كان سفيها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله (١) و المراد بالضعيف هو الضعيف فى عقله، و الجنون فنون و لا- حصر لمظاهره، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن المرأه المعتوهه الذاهبه العقل، أ يجوز بيعها و صدقتها؟ قال عليه السّلام: لا) ٢، فضلا عن حديث القلم (أ ما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبي حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ) (٢).

(١) لا خلاف فى كون الولاية عليهما للأب و الجد له و إن علا للأخبار الوارده فى النكاح (٣) و سيمر عليك بعضها فى بابه.

و إنما الكلام فىمن تجدد جنونه بعد بلوغه و رشده و هو مندرج تحت ولاية الحاكم الذى هو نائب المعصوم عليه السّلام، و قال فى المسالك لأنه لا خلاف فيه)، و علل بانقطاع ولاية الأب و الجد عنه بالبلوغ و الرشده.

(٢) بمعنى ثبوت ولاية الجد حين ثبوت ولاية الأب، و ينفذ تصرف السابق على كل حال لأنه مقتضى ثبوت الولاية لكل منهما، و كذا لو اتفقا على أمر نفذ لثبوت ولايتهما عليه و لم يختلفا فى التصرف بلا خلاف فى ذلك كله.

(٣) بحيث تصرف كل واحد منهما تصرفا مغايرا للآخر و معارضا له و كان تصرفهما فى زمن واحد، فقيل: بترجيح الجد لثبوت ولايته على الأب فى بعض الأحوال فيثبت، فى المقام بالأولويه.

و قيل: بتقديم ولاية الأب لشده اتصاله، و قيل: إن هذه استحسانات لا تصلح لإثبات الحكم الشرعى فالمقتضى التوقف و بطلان التصرف.

(٤) بحيث لو لم يوجد الأب و لا- الجد فالوصى، لما سيأتى فى باب الوصيه من أن الوصى ولى عنهما بالوصايه، و إن عدم فالحاكم بلا خلاف و لا إشكال، و قال الشارح فى المسالك:

(و المراد بالحاكم حيث يطلق فى أبواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى إجماعا) انتهى.

ص: ١٢٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الحجر حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أولياء العقد.

مع فقدهما،(ثم الحاكم) مع فقد الوصى.

(و الولاية فى مال السفهه (١) الذى لم يسبق رشده كذلك) للأب و الجد إلى آخر ما ذكر عملا بالاستصحاب (فإن سبق) رشده و ارتفع الحجر عنه بالبلوغ معه ثم لحقه السفهه (فللحاكم) الولاية دونهم لارتفاع الولاية عنه بالرشد فلا تعود إليهم إلا بدليل، و هو منتف، و الحاكم ولى عام لا- يحتاج إلى دليل و إن تخلف فى بعض الموارد. و قيل: الولاية فى ماله للحاكم مطلقا (٢)، لظهور توقف الحجر عليه (٣)، و رفعه (٤) على حكمه (٥) فى كون النظر إليه،(و العبد ممنوع) من التصرف (٦)(مطلقا) (١) تاره يتجدد سفهه بعد البلوغ، و أخرى يتصل السفهه بالبلوغ بحيث يبلغ سفهها.

و فى الأول ولايته للحاكم بلا- خلاف لانقطاع ولاية الأب و الجد بالبلوغ و الرشده السابقين، و عند تجدد السفهه يشكك بعود ولايتهما فيستصحب العدم، و تثبت ولاية الحاكم لأنه ولى من لا ولى له.

و فى الثانى فعن جماعه منهم المحقق أن الولاية للحاكم أيضا، بل قيل: هو أشهر القولين، لأن ولاية الحاكم عامه ليست بحاجة إلى دليل، لأنه ولى من لا ولى له، و لأن ثبوت الحجر و رفعه بيد الحاكم فى السفهه فيكون الأمر إليه فى التصرف فى مال السفهه، و قيل: إن بلغ سفهها فالولاية للأب أو الجد ثم الوصى ثم الحاكم كالصبي استصحابا لحكم ولايتهما الثابتة حال الصغر، و عليه خبر منصور بن هشام عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن احتلم و لم يؤنس منه رشده و كان سفهها أو ضعيفا فليمسك عنه وليه ماله)(١)، و لا ريب فى ظهور كون الولى هو الولى قبل البلوغ.

(٢) و إن لم يسبق رشده.

(٣) على السفهه.

(٤) رفع الحجر.

(٥) أى حكم الحاكم.

(٦) و منعه من التصرف لكونه محجورا عليه بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (٢)، و ظاهره سلب أهليته فى التصرف مطلقا فى المال و غيره، و للأخبار، و سيأتى التعرض لبعضها فى كتاب العتق.

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب كتاب الحجر حديث ١.

٢- (٢) سورة النحل الآية: ٧٥.

فى المال و غيره، سواء أحلنا ملكه أم قلنا به، عدا الطلاق (١) فإن له إيقاعه و إن كره المولى،

فى حجر المريض

(و المريض ممنوع مما زاد عن الثلث (٢) إذا تبرع به، أما لو عاوض عليه (١) على الأشهر للأخبار.

منها: خبر محمد بن الفضيل عن الإمام الكاظم عليه السّلام (طلاق العبد إذا تزوج امرأه حره أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليده مولاة كان هو - أى المولى - الذى يفرق بينهما إن شاء، و إن شاء نزعها منه بغير طلاق) (١)، و لعموم النبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٢)، و عن جماعه منهم ابن الجنيد و ابن أبى عقيل عدم ملكيه العبد الطلاق للأخبار أيضا.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (سئل و أنا عنده اسمع عن طلاق العبد قال عليه السّلام: ليس له طلاق و لا نكاح و قرأ الآية: ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ، ثم قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مواه) (٣) و للبحث تتمه فى كتاب الطلاق.

(٢) أما بالنسبة للوصيه فممنوع منها بما زاد عن الثلث، بمعنى أنها لا تقع على وجه النفوذ بدون إجازة الورثة، لا أنها تقع باطله فى نفسها، و الحاصل أن الوصيه بما زاد على الثلث موقوفه على إجازة الوارث، للأخبار:

منها: صحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يموت ما له من ماله، فقال: ثلث ماله) (٤)، و صحيح على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام: ما للرجل من مال عند موته، قال: الثلث و الثلث كثير) (٥)، و صحيح أحمد بن محمد (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبى الحسن عليه السّلام: إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاها فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أجبنا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بامضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء الله.

فكتب عليه السّلام بخطه: ليس يجب لها فى تركتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثة كان جائزا لكم إن شاء الله) (٥).

ص: ١٢٥

١- (١)

٢- (٢)

٣- (٣)

٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨ و ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

بثمن مثله نفذ،(و إن نجز) ما تبرع به في مرضه بأن وهبه، أو وقفه، أو تصدق به، أو حابى به في بيع، أو إجاره (على الأقوى) للأخبار الكثيرة الداله عليه منطوقا و مفهوما، و قيل: يمضى من الأصل للأصل، و عليه شواهد من الأخبار (و يثبت الحجر على السفیه بظهور سفهه، و إن لم يحكم الحاكم به (١) لأن المقتضى و عن الصدوق إجاره الوصیه بجميع ماله استنادا إلى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، و إن أوصى به كله فهو جائز)(١)، و هو ضعيف السند فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

و أما في غير الوصیه فما يصدر منه حال المرض المتصل بالموت لا- يخلو إما معاوضات كالبيع و إما تبرعات، فالمعاوضات صحيحه إذا وقعت بثمن المثل و ليس فيها تبرع، و لو اشتملت على محاباه فهى من جمله التبرعات كالهبة و العتق و تزويج المرأه نفسها دون مهر المثل و الإبراء، و هذه التبرعات هل تخرج من أصل المال بحيث لا يكون المريض ممنوعا من التصرف فيها، أو تخرج من الثلث بحيث لو زادت على الثلث لتوقفت على إجاره، ذهب الأكثر إلى الثانى للأخبار:

منها: خبر على بن عقبه عن أبى عبد الله عليه السّلام (في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال عليه السّلام: ما يعتق منه إلا ثلثه، و سائر ذلك الورثه أحق بذلك و لهم ما بقى)(٢)، و خبر أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرأه منه في مرضها، قال عليه السّلام: بل تهبه له فتجوز هبتها له و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركت شيئا)٣.

و عن المفيد و الشيخ في النهايه و ابن إدريس و ابن البراج أنها من الأصل فلا يمنع بما زاد عن الثلث و لا يتوقف على إجاره الوارث، للأخبار:

منها: خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (الإنسان أحق بماله ما دامت الروح في بدنه، فإذا قال بعدى فليس له إلا الثلث)(٣)، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) بالحجر، ثم هل يتوقف الحجر على السفیه على حكم الحاكم أو يكتفى بظهور سفهه قولان، و كذا اختلف في ارتفاع الحجر بزوال السفه أو توقفه على حكم الحاكم.

وجه توقف الحجر على حكم الحاكم أن الحجر حكم شرعى لا يثبت إلا بدليل شرعى

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٤ و ١١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨.

له (١) هو السفه، فيجب تحققه بتحقيقه (٢)، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَـفِيهًا (٣) حيث أثبت عليه الولايه بمجرد (٤).

(ولا- يزول) الحجر عنه (إلا- بحكمه) لأن زوال السفه يفتقر إلى الاجتهاد، و قيام الأمارات، لأنه أمر خفى فيناط بنظر الحاكم. و قيل: يتوقفان (٥) على حكمه لذلك (٦). و قيل: لا فيهما، و هو الأقوى، لأن المقتضى للحجر هو السفه فيجب و السفه أمر خفى و الأنظار فيه مختلفه فيناسب كونه منوطا بنظر الحاكم.

و وجه عدم التوقف أن الحجر سببه السفه فقط لقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَـفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمَلَّ هُوَ فَيُؤْمَلُ وَبِهِ بِالْعَدْلِ (١)، حيث أثبت الحجر عليه بمجرد السفه.

و أما بالنسبه لرفع الحجر فوجه توقف الرفع على حكم الحاكم هو أن السفه لما كان أمرا خفيا و الأنظار تختلف فيه فلا يعرف رفعه فناسب أن يكون منوطا بنظر الحاكم.

و وجه عدم توقف الرفع على حكم الحاكم قوله تعالى: فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (٢)، حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلو توقف معه على أمر آخر لبيته.

هذا و الأقوال أربعه، فعن المشهور الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعا و ثبوتا، و عن ثانى المحققين و الشهيدين عدم الاحتياج إلى حكم الحاكم رفعا و ثبوتا، و الشهيد هنا فى اللمعه ذهب إلى الاحتياج إلى حكم الحاكم فى رفع الحجر دون ثبوتة، و عن بعض عكسه و قال فى المسالك: (و قيل: إن به قائلًا و لا نعلمه بالحجر، نعم فى التحرير جزم بتوقف الثبوت على حكمه و توقف فى الزوال) انتهى.

(١) للحجر.

(٢) أى يجب تحقق الحجر بتحقيق السفه.

(٣) سورة البقره، الآيه: ٢٨٢.

(٤) بمجرد السفه.

(٥) ثبوت الحجر و رفعه.

(٦) للتعليل المذكور.

ص: ١٢٧

أن يثبت بثبوتها، و يزول بزواله، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ (١) حيث علق الأمر بالدفع على إيناس الرشد، فلا يتوقف على أمر آخر.

(و لو عامله العالم بحاله (٢) استعاد ماله) مع وجوده، لبطلان معامله (فإن تلف فلا ضمان) لأن المعامل قد ضيّع ماله بيده، حيث سلمه إلى من نهى الله تعالى عن إيتائه، و لو كان جاهلا بحاله (٣) فله الرجوع مطلقا (٤)، لعدم تقصيره.

و قيل: لا ضمان مع التلف مطلقا (٥)، لتقصير من عامله قبل اختباره. و فصل ثالث (٦): فحكم بذلك (٧) مع قبض السفه المال بإذن مالكة، و لو كان بغير إذنه (١) سورة النساء آية: ٦.

(٢) بطلت معامله لكونها صادرة من السفه، و هو ممنوع من ذلك شرعا بلا خلاف فيه، و مع بطلان معامله يرجع الطرف الآخر بعين ماله إن وجد، لأنه لم يتم سبب النقل و الانتقال فهو باق على ملكه.

و إن كان ماله تالفا تحت يد السفه فلا ضمان على السفه لأن المعامل بعلمه أنه سفه قد سلطه على إتلافه، و وجود السفه مانع من إثبات العوض عليه حال الإتلاف و إن ارتفع الحجر فيما بعد.

(٣) فلا ضمان على السفه لأن المعامل مقصر، لأنه لم يختبره قبل معامله، و المقصر كالعامل، و هذا عن المبسوط و الشرائع و القواعد و التحرير و التذكرة و جامع المقاصد، و قيل كما عن التذكرة في موضع آخر أن العين مضمونه على السفه بعد ارتفاع الحجر لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

(٤) سواء وجدت العين أم لا، و مع التلف يكون الضمان على السفه بعد الحجر كما عن التذكرة في موضع آخر.

(٥) في صورته العلم و الجهل، أما العلم فواضح و قد تقدم، و أما الجهل فلا ضمان على السفه لأن المعامل مقصر و هو القول الأول المتقدم.

(٦) و قد نسبه في المسالك إلى التذكرة.

(٧) أى بعدم الضمان على السفه سواء كان المعامل عالما أم لا، و لا ضمان لإذن المعامل للسفه بالقبض، و إذنه تسليط فلا يكون مشمولاً لقاعده الضمان (على اليد ما أخذت حتى تؤدي).

ضمنه مطلقا (١)، لأن المعامله الفاسده لا يترتب عليها حكم فيكون قابضا للمال بغير إذن، فيضمنه، كما لو أتلّف مالا، أو غصبه بغير إذن مالكه. و هو حسن.

(و فى إيداعه (٢)، أو إعارته، أو إجارته فيتلف العين نظر) من تفريطه بتسليمه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله: **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ** (٣)، فيكون بمنزله من ألقى ماله فى البحر، و من عدم تسليطه على الإلتلاف، لأن المال فى هذه المواضع أمانه يجب حفظه، و الإلتلاف حصل من السفية بغير إذن فيضمنه كالغصب، و الحال أنه بالغ عاقل، و هذا هو الأقوى.

(و لا يرتفع الحجر عنه ببلوغه خمسا و عشرين سنه (٤) إجماعا منا لوجود المقتضى للحجر، و عدم صلاحية هذا السن لرفعه. و نبه بذلك، على خلاف بعض العامه، حيث زعم أنه متى بلغ خمسا و عشرين سنه يفك حجره به و إن كان سفيا،(و لا يمنع من الحج الواجب (٥) مطلقا)، سواء زادت نفقته عن نفقه الحضر (١) أى ضمن السفية التلّف سواء كان المعامل عالما أم لا.

(٢) لو أودع رجل وديعه عند السفية مع علمه بالحجر فأتلّفها فهل يضمن السفية أو لا.

فعن الإرشاد للفاضل عدم الضمان لأصل البراءه، و لتفريط المعامل بالإيداع بعد نهى الله تعالى عن إيتاء السفية المال.

و عن التذكرة للعلامه و المحقق الثانى الضمان، لأن أصل البراءه مقطوع بأدله الضمان و منها عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)، و الإيداع ليس فيه إذن بالإلتلاف ليكون منافيا لأدله الضمان، فيكون الإلتلاف هنا كالغصب لأنه بغير إذن المالك.

و فى حكم الوديعه العاريه و الإجاره من ناحيه الضمان و عدمه عند التلّف.

(٣)سوره النساء، آيه: ٤.

(٤)لا يرتفع الحجر عن السفية ببلوغه هذا العمر المذكور بلا خلاف فيه بيننا لإطلاق الأدله.

و عن أبى حنيفه الحكم برفع الحجر عن السفية إذا بلغ العمر المذكور و إن كان سفيا، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

(٥)حكم السفية فى العبادات الواجبه الماليه و البدنيه حكم الرشيد، لإطلاق أدله الواجبات فتشمله، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

ثم مع وجوب الحج عليه فلا اعتراض للولى عليه سواء زادت نفقته سفرا عن نفقته حضرا أم لا، و لكن يتولى الولى النفقه إن حج معه، أو يوكل من يسافر معه من الرفقه

أم لا، و سواء وجب بالأصل أم بالعارض كالمندور قبل السفه، لتعينه عليه، و لكن لا يسلم النفقه، بل يتولاها الولي، أو وكيله،(و لا) من الحج (المندوب (1) إذا استوت نفقته) حضرا و سفرا، و في حكم استواء النفقه ما لو تمكن في السفر من كسب يجبر الزائد بحيث لا يمكن فعله في الحضر.

(و تعتقد يمينه) لو حلف (2)،(و يكفر بالصوم) لو حنث، لمنعه من التصرف المالي، و مثله العهد و النذر، و إنما ينعقد ذلك (3) حيث لا يكون متعلقه المال ليتمكن الحكم بالصحة، فلو حلف أو نذر أن يتصدق بمال لم ينعقد نذره، لأنه تصرف مالي.

هذا مع تعينه (4)، أما لو كان مطلقا لم يبعد أن يراعى في إنفاذه الرشد (و له) و يمنع السفه من التصرف في ماله لعموم قوله تعالى: **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ (1)**.

ثم لا فرق في الحج الواجب بين كونه وجوبه بالأصل أو بالعارض كما لو وجب بالنذر قبل الحجر.

(1) فإن استوت نفقته سفرا و حضرا لم يمنع بلا خلاف فيه كما في الجواهر لعدم الضرر بذلك، و عدم التصرف الزائد حتى يمنع منه.

و مع التفاوت بالنفقة، بأن زادت سفرا فيمنع للضرر بماله، بلا خلاف فيه إلا من الأردبيلي فلم يمنعه و إن زادت النفقه، و ردّ كما في الجواهر بأنه مناف لحكمه الحجر.

أما لو تفاوتت النفقه و أمكنه تكسب ما يحتاج إليه في السفر لم يمنع لعدم الضرر بماله أبدا، و أشكل عليه أنه باكتسابه قد حصل مالا جديدا و هو من جملة ماله، فيجب الحجر عليه فيه كالمال السابق عنده، و ردّ أن هذا الاكتساب لا يحصل بالحضر بل في السفر فكانت مئونه سفره في قبالة غنمه.

(2) بلا خلاف فيه لأنه بالغ عاقل مكلف فلو حلف لانهقدت يمينه، و إنما هو ممنوع من خصوص التصرف المالي، و هو غير مانع من انعقاد اليمين. نعم لو حنث فعن الفاضل و الشيخ يكفر بالصوم و يمنع أن يكفر بالإطعام أو العتق، لأنهما تصرف مالي، و عن المحقق الاستشكال فيه، لأن الكفاره بعد الحنث واجبه، و الفرض أنه مالك فتخرج الكفاره من حاله كبقية الواجبات الماليه كالحج و نحوه.

(3) من اليمين و العهد و النذر.

(4) أي تعين المال حيث قال الشارح في المسالك: (أما لو كان متعلق النذر نفس المال، بأن

ص: ١٣٠

(العفو عن القصاص) (١)، لأنه ليس بمالي، (لا الديه) (٢)، لأنه تصرف مالي، و له الصلح عن القصاص على مال، لكن لا يسلم إليه.

نذر أن يتصدق بمال مثلا فإن معينا بطل النذر، و إن كان في الذمه صح و روعى في إنفاذه الرشد) انتهى.

و صح النذر إذا كان المال في الذمه لوجود المقتضى لعدم سلب أهلية التصرف عنه، و عدم المانع إذ المانع هو التصرف في المال الذي تحت يده و أما في غيره فلا مانع.

(١) لا خلاف و لا إشكال أنه لو وجب له القصاص جاز له العفو على غير مال فضلا عنه.

بناء على أن الواجب في العمد هو القصاص خاصة لقوله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ (١)، و هو ليس بمال، و إنما يثبت المال بالصلح و التراضي.

هذا و عن بعض العامة أن الثابت في العمد أحد أمرين من القصاص و المال فلا يصح عفو، و هو ضعيف لما تقدم.

(٢) لو وجبت له ديه أو أرش لم يجز العفو له، بلا خلاف و لا إشكال لأنه من التصرف الممنوع منه شرعا.

ص: ١٣١

كتاب الضمان

اشاره

ص: ١٣٣

فى تعريفه

و المراد به الضمان بالمعنى الأخص قسيم الحوالة و الكفالة، لا- الأعم الشامل لهما (و هو التعهد بالمال) أى الالتزام به (من البرىء) (٢) من مال مماثل لما ضمنه (١)الضمان مشتق من الضمن، لأنه ينقل ما كان فى ذمه المضمون عنه من مال إلى ذمه الضامن، فتكون ذمه الضامن متضمنه أو تتضمن الحق، فالنون فيه أصليه، و هذا متفق عليه عندنا.

و عن أكثر العامه أن الضمان غير ناقل، و إنما يفيد اشتراك الذمتين، ذمه المضمون عنه و ذمه الضامن، لأن الضمان مشتق من الضم فالنون فيه زائده، و يتخير المضمون له فى المطالبه.

و يردده تصريح أهل اللغة بكون النون أصليه، قال فى مصباح المنير: (ضمنت المال و به ضمانا فأنا ضامن و ضمين، التزمته، و يتعدى بالتضعيف، فيقال: ضمّنته المال، ألزمته إياه، قال بعض الفقهاء: الضمان مأخوذ من الضم، و هو غلط من جهه الاشتقاق، لأن نون الضمان أصليه، و الضم ليس فيه نون، فهما مادتان مختلفتان) انتهى.

و الضمان تعهد بمال أو نفس، و الثانى الكفاله، و الأول إما أن يتعهد بمال و هو ليس عليه مال فهو الضمان المصطلح، و إما أن يتعهد بمال و هو عليه مال فهو الحوالة.

فالضمان بالمعنى الأعم أعنى مطلق التعهد منقسم إلى الكفاله و الضمان و الحوالة، و الضمان بالمعنى الأخص هو قسيم الحوالة و الكفاله.

(٢)عرّف الضمان بالمعنى الأخص بأنه تعهد للمال ممن ليس عليه مال للمضمون عنه، و التعهد هو الالتزام كما فى المصباح، و بقيد المال خرجت الكفاله لأنها تعهد بنفس، و ممن ليس عليه مال للمضمون عنه أى أنه برىء للمضمون عنه، و هو قيد لإخراج الحوالة، لأن المحال عليه مديون للمحيل فلا يكون بريئا.

للمضمون عنه. و بقيد المال خرجت الكفاله فإنها تعهد بالنفس، و بالبرىء الحواله بناء على اشتراطها بشغل ذمه المحال عليه للمحيل بما أحال به.

فى شرط الضامن

(و يشترط كماله (١) أى كمال الضامن المدلول عليه بالمصدر (٢)، أو اسم الفاعل (٣)، أو المقام (٤)، و حرّيته) (٥) فلا يصح ضمان العبد فى المشهور، لأنه لا (١) أى كمال الضامن بأن يكون بالغاً تحاملاً، لما تقدم سابقاً من أن الصبى و المجنون مسلوبا العبارة شرعاً.

(٢) و هو الضمان.

(٣) و هو البرىء.

(٤) لأن الكلام فى الضمان.

(٥) و البحث فيه من جهتين: الجبهه الأولى: هل يصح ضمان العبد بغير إذن سيده؟ قولان أحدهما عدم الصحه، لأن العبد لا يقدر على شىء، قال تعالى: عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ (١)، و ذمته مملوكه للمولى فلا يملك إثبات شىء فيها إلا بإذنه، و هو المنقول من جماعه منهم الشيخ، ثانيهما الصحه، لعمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢) السالمه عن المعارض، إذ لا- يتصور مانع إلا حق المولى، و هو غير مانع هنا، لأنه على تقدير الصحه يتبع به بعد العتق، و هو غير مناف لشىء من حقوق المولى، و هو المنقول عن العلامة فى التذكره.

الجبهه الثانيه من البحث أنه لو وقع ضمان العبد بإذن سيده فهل يتعلق بذمته أو بكسبه، فعلى الأول الضمان على العبد، و على الثانى الضمان من مال المولى، لأن كسب العبد مال للمولى.

ذهب جماعه منهم المحقق إلى أنه يتعلق بذمه العبد و يتبع به بعد العتق، لأن إطلاق الضمان المأذون أعم من كل منهما، أعنى من كون الضمان فى ذمته أو كسبه، و العام لا يدل على الخاص ليتعين كون الضمان من الكسب، و لم يقع من المولى ما يدل على التزامه فى ملكه الذى هو كسب العبد هنا.

و عن جماعه منهم المحقق الثانى أنه فى كسب العبد فىكون الضمان من مال المولى، لأن إطلاق الضمان محمول على المعهود، و المعهود هو الضمان الذى يستعقب الأداء، و الذى

ص: ١٣٦

١- (١) سورة النحل، الآية: ٧٥.

٢- (٢) سورة المائده، الآية: ١.

يقدر على شىء. وقيل: يصح ويتبع به بعد العتق (إلا- أن يأذن المولى فيثبت) المال (فى ذمه العبد)، لا فى مال المولى لأن إطلاق الضمان أعم من كل منهما فلا يدل على الخاص، وقيل: يتعلق بكسبه حملا على المعهود من الضمان الذى يستعقب الأداء وربما قيل بتعلقه بمال المولى مطلقا (١)، كما لو أمره بالاستدانه، وهو متجه، (إلا- أن يشترط كونه من مال المولى (٢) فيلزم بحسب ما شرط و يكون حينئذ كالوكيل، و لو شرطه من كسبه فهو كما لو شرطه من مال المولى، لأنه (٣) من جملته (٤)، ثم إن وقي الكسب بالحق المضمون (٥) و إضاع ما قصر، و لو أعتق يتعقبه الأداء هو كونه من مال المولى، لأن الأداء من غير مال السيد ممتنع، و من العبد لا يكون عقيب الضمان بل عقيب العتق.

إن قلت: لو كان الضمان من مال المولى فلم خص الضمان بكسب العبد دون بقيه الأموال.

قلت: لو كان الضمان فى جميع أموال المولى لكان المولى هو الضامن و هو الذى صدرت الصيغه و هو على خلاف الفرض فيلزم أن يكون فى خصوص كسب العبد، و قال الشارح فى المسالك: (و البحث فى ذلك - أى فى كون الضمان من كسب العبد - قريب مما لو أذن له فى الاستدانه، فينبغى ترتب قول ثالث، و هو أن الضمان يتعلق بمال المولى و لا يختص بكسب العبد و لعله أقوى) انتهى.

(١) سواء كان من كسب العبد أم لا.

(٢) فيكون الضمان على المولى للزوم الوفاء بالشرط، و يكون العبد كالوكيل فى إجراء الصيغه كما هو واضح.

(٣) أى لأن كسب العبد.

(٤) أى جملة مال المولى، لكن الضمان بفرد معين منه.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (فإن وقي كسبه بمال الضمان فقد تم للمضمون له حقه، و إضاع عليه ما قصر، فلو أعتق العبد قبل إمكان تجدد شىء من الكسب فهل يبقى التعلق به أم يبطل الضمان لفوات المحل المعين لأداء المال، لانصراف الإطلاق إلى الكسب الذى هو ملك المولى و قد فات، الظاهر من كلامهم الأول، فإن ذلك هو معنى الكسب، فإذا أعتق صار كسبه و ما فى يده سواء، و مع ذلك لا- يسمى فى اصطلاح الشرع كسبا و إن أطلق عليه لغه) انتهى. و حاصل كلامه أن الضمان يبطل لفوات المحل كما هو الوجه الثانى، و أن متعلق الضمان الكسب و هو لغه يطلق على كسب العبد بعد العتق و إن لم يطلق عليه شرعا كما هو الوجه الأول.

العبد قبل إمكان تجدد شيء من الكسب ففي بطلان الضمان، أو بقاء التعلق به وجهان.

(و لا- يشترط علمه بالمستحق (١) للمال المضمون، و هو المضمون، له بنسبه (١) على صيغه الفاعل، و المعنى لا- يشترط علم الضامن باسم المضمون له و نسبه، و لا المضمون عنه كذلك كما عليه الأكثر، لأن الضمان وفاء دين، و هو جائز عن كل مديون فلا- يشترط العلم بالمضمون عنه، و أما المضمون له فإن اعتبرنا قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم عند المشهور اقتضى ذلك تميزه، و لا يعتبر الأزيد من ذلك، و إن لم نشترط قبوله اللفظي لم يعتبر العلم به بوجه، لعمومات أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) السالمة عن المعارض، و لأخبار.

منها: خبر الفضيل عن أبي عبد الله عليه السّلام (لما حضر محمد بن أسامه الموت دخل عليه بنو هاشم، فقال لهم: قد عرفتم قرابتي و منزلتي منكم و عليّ دين، فأحب أن تقضوه عنى، فقال علي بن الحسين عليه السّلام: ثلث دينك عليّ، ثم سكت و سكتوا، فقال علي بن الحسين عليه السّلام: عليّ دينك كله، ثم قال علي عليه السّلام: أما إنه لم يمنعني أن أضمنه أولا إلا كراهه أن يقولوا سبقنا) (٢) و هو ظاهر في عدم معرفه المضمون له.

و ما رواه الشيخ في الخلاف عن أبي سعيد الخدرى (قال: كنا مع رسول الله صلّى الله عليه و سلم في جنازه فلما وضعت، قال: هل علي صاحبكم دين؟ قالوا: نعم درهمان، فقال: صلّوا علي صاحبكم، فقال علي عليه السّلام: هما عليّ يا رسول الله، و أنا لهما ضامن، فقام رسول الله صلّى الله عليه و سلم فصلى عليه، ثم أقبل عليّ فقال: جزاك الله عن الإسلام خيرا و فك رهانك كما فككت رهان أخيك) (٣)، و خبر جابر بن عبد الله (أن النبي صلّى الله عليه و سلم كان لا يصلى علي رجل عليه دين، فأتى بجنازه فقال: هل علي صاحبكم دين، فقالوا: نعم ديناران، فقال: صلّوا علي صاحبكم، فقال أبو قتاده: هما عليّ يا رسول الله، قال: فصلّى عليه فلما فتح الله علي رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم، فمن ترك مالا فلورثته، و من ترك ديننا فعليّ) (٤)، و هما ظهران في عدم اشتراط العلم بالمضمون له.

و عن الشيخ في المبسوط و المقداد في التنقيح اشتراط العلم بالمضمون له و المضمون عنه، أما اشتراط العلم بالأول ليعرف هل هو سهل المعامله أو لا، و اشتراط العلم بالثاني لينظر هل يستحق بذلك عليه أو لا.

ص: ١٣٨

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

أو وصفه، لأن الغرض إيفاء الدين، وهو (١) لا يتوقف على ذلك (٢)، وكذا لا يشترط معرفه قدر الحق (٣) المضمون، ولم يذكره المصنف، ويمكن إرادته من العبارة بجعل المستحق مبنيا للمجهول، فلو ضمن ما في ذمته صح على أصح القولين، للأصل (٤)، وإطلاق النص (٥) ولأن الضمان لا ينافيه الغرر، لأنه ليس معاوضه، لجوازه من المتبرع. هذا إذا أمكن العلم به بعد ذلك (٦) كالمثال (٧)، فلو وعن العلامه في المختلف اعتبار العلم بالمضمون عنه دون المضمون له، أما اشتراط العلم بالأول لأنه لا بد من تميّزه عند الضامن ليقع الضمان عنه، وعدم اشتراط العلم بالثاني للخبرين السابقين.

(١) أى إيفاء الدين.

(٢) على العلم بالمضمون له.

(٣) ذهب المشهور إلى عدم اشتراط العلم بالحق المضمون لخبر الفضيل المتقدم (١)، الظاهر فى أن الدين كان مجهولا، ولخبر عطا عن أبى جعفر عليه السّلام (قلت له: جعلت فداك: إن علىّ دينا، إذا ذكرته فسد علىّ ما أنا فيه، فقال عليه السّلام: سبحان الله، أو ما بلغك أن رسول الله صلّى الله عليه وسلم كان يقول فى خطبته: من ترك ضياعا (٢) فعلىّ ضياعه، و من ترك دينا فعلىّ دينه، و من ترك مالا- فهو لوارثه، و كفاله رسول الله صلّى الله عليه وسلم ميتا ككفاله حيا، و كفاله حيا ككفاله ميتا، فقال الرجل: نفّست عنى، جعلنى الله فداك) (٣)، و عموم النبوى (الزعيم غارم) (٤).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و القاضى فى المهذب و ابن إدريس فى السرائر عدم الجواز، و هو ضعيف بما سمعت.

(٤) أى أصاله الصحه أو أصاله عدم اشتراط التعيين، أو أصاله عدم منع الجهاله و عدم منع الغرر.

(٥) و هو النبوى المتقدم.

(٦) بعد الضمان.

(٧) و هو ما لو ضمن ما فى ذمته.

ص: ١٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ١.

٢- (٢) الضياع هو العيال.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الدين حديث ٥.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الضمان حديث ٢.

لم يمكن كضمنت لك شيئاً مما فى ذمته لم يصح قطعاً (١)، و على تقدير الصحه (٢) يلزمه ما تقوم به اليينه أنه كان لازماً للمضمون عنه وقت الضمان، لا ما يتجدد، أو يوجد فى دفتر، أو يقر به المضمون عنه، أو يحلف عليه المضمون له برد اليمين من المضمون عنه، لعدم دخول الأول (٣) فى الضمان، و عدم ثبوت الثانى (٤)، و عدم نفوذ الإقرار فى الثالث (٥) على الغير، و كون الخصومه حينئذ (٦) مع الضامن و المضمون عنه (٧) فلا يلزمه (٨) ما يثبت بمنازعه غيره (٩)، كما لا يثبت ما يقَرَّ (١) قال الشارح فى المسالك: (و موضع الخلاف فى صورته يمكن العلم فيها بعد ذلك، كما لو ضمن الدين الذى عليه، أو ثمن ما باع من فلان، أما لو لم يمكن الاستعلام لم يصح الضمان قولاً واحداً، كما لو قال: ضمنت شيئاً مما لك على فلان، لصدق الشيء على القليل و الكثير) انتهى، و عدم جواز الضمان للزوم الإبهام و الجهاله فى الواقع.

(٢) أى على تقدير عدم العلم بالحق المضمون وقت الضمان يلزم الضامن ما ثبت باليينه أنه كان لازماً للمضمون منه وقت الضمان، لا ما يتجدد لأنه لم يتعلق به الضمان، و لا ما يوجد فى كتاب أو دفتر، لأنه ليس طريقاً مثبتاً لما فى الذمه، و لا ما يقَرَّ به المضمون عنه لأن إقراره إنما ينفذ على نفسه لا- على غيره و لا- على ما يحلف عليه المضمون له عنده و اليمين عليه من قبل المضمون عنه، و ذلك عند اختلاف المديون الذى هو المضمون عنه مع الدائن الذى هو المضمون له فى مقدار الدين، فيقول الدائن: مائة، و يقول المديون: خمسون فالمديون هو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، فلو لم يحلف و ردَّ اليمين على المدعى و حلف يثبت أن الدين مائة، و لكن لا- يثبت أن الحق المضمون هو المائة، لأن حلف المدعى اليمين المردوده يثبت الحق للمضمون له الحالف فى قبال تنازعه مع المضمون عنه، فلا يلزم الضامن بما ثبت بمنازعه المضمون له عنه و بالجمله فكما لا يثبت على الضامن ما أقره المضمون عنه فكذلك لا يثبت على الضامن ما يوجبه اليمين المردود من المضمون عليه.

(٣) و هو المتجدد بعد وقت الضمان.

(٤) و هو الموجود فى دفتر، لأنه ليس من وسائل الإثبات فى الذمه و الضمان إنما هو للثابت فى الذمه.

(٥) و هو إقرار المضمون عنه، فإنه نافذ فى حقه لا فى حق غيره.

(٦) أى حين كونها بين المضمون له و بين المضمون عنه.

(٧) فهى بين المضمون له و بين المضمون عنه و الضامن.

(٨) للضامن.

(٩) أى بمنازعه غير الضامن الذى هو المضمون عنه مع المضمون له.

به (١)، فى الرابع.

نعم لو كان الحلف (٢) برد الضامن ثبت ما حلف (٣)، عليه (٤).

(و) كذا (لا) يشترط علمه (٥) (بالغريم) و هو المضمون عنه (٦)، لأنه وفاء دين عنه و هو جائز عن كل مديون.

و يمكن أن يريد به الأعم (٧) منه، و من المضمون له، و يريد بالعلم به (٨):

الإحاطة بمعرفة حاله من نسب أو وصف، لسهوله (٩) الاقتضاء، و ما شاكله، لأن الغرض (١٠) إيفاء الدين، و ذلك (١١) لا يتوقف على معرفته كذلك (١٢)، (بل تميزهما) (١٣) أى المستحق و الغريم ليتمكن توجه القصد إليهما، أما الحق فليمكن (١) أى ما يقر المضمون عنه به.

(٢) أى لو كانت الدعوى بين المضمون له و بين الضامن بحيث كان المضمون عنه ميتا أو غائبا أو لم تجر المنازعة و هو طرف فيها، فالمضمون له يدعى المائه و الضامن خمسون، فيقوم قول الضامن مع عينه لأنه منكر، فإن لم يحلف ورد اليمين على المدعى هنا و هو المضمون له، و قد حلف اليمين المردودة، فيلزم الضامن حينئذ بدفع المائه كما هو واضح لأن الدعوى عليه.

(٣) أى ما حلف به المضمون له.

(٤) على الضامن.

(٥) أى علم الضامن.

(٦) و قد تقدم الكلام فيه سابقا.

(٧) أى و يمكن أن يريد بالغريم الأعم من المضمون له و المضمون عنه بناء على كون المستحق مبنيا للمجهول.

(٨) عند قول الماتن (و لا- يشترط علمه بالمستحق و لا- بالغريم بل تميزها) بحيث يكون العلم المنفى هو العلم بمعرفة حاله من نسب أو اسم و وصف كما تقدم.

(٩) عله للمنفى، أى العلم المذكور لسهوله الاقتضاء.

(١٠) عله للمنفى، و هو عدم اشتراط العلم المذكور.

(١١) أى إيفاء الدين.

(١٢) أى على معرفته حاله من نسب أو اسم أو وصف.

(١٣) أى تميز المستحق و الغريم، و على التفسير الأول للمستحق بكونه مبنيا للمعلوم على وزن اسم الفاعل و هو المضمون له،

فيشترط تميز المضمون له و المضمون عنه، و على التفسير الثاني للمستحق بكونه منهيًا للمجهول على وزن اسم المفعول و هو الحق المضمون،

ص: ١٤١

أداؤه، و أما المضمون له فليمكن إيفاؤه، و أما المضمون عنه فليمكن القصد إليه.

و يشكل بأن المعبر القصد إلى الضمان و هو التزام المال الذى يذكره المضمون له، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين. فلو قال شخص: إني استحق في ذمه آخر مائه درهم مثلا فقال آخر: ضمنها لك كان قاصدا إلى عقد الضمان عنم كان عليه الدين مطلقا (١)، و لا دليل على اعتبار العلم بخصوصه.

فى الإيجاب و القبول

(و لا بد له من إيجاب و قبول مخصوصين (٢)، لأنه من العقود اللازمة الناقله للمال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن، و الإيجاب ضمنى، و شبهه)، فيشترط تميز الحق و المضمون عنه و المضمون له، لأن الغريم أعم منهما كما تقدم، و اعتبار تميز الحق و المضمون عنه و المضمون له ناشئ من أن الضمان عقد فلا بد من القصد فيه، و القصد المذكور متوقف على قصد الحق لأنه لا بد من قصد أدائه، و متوقف على قصد المضمون له لأنه لا بد أن يقصد إيفاؤه، و متوقف على قصد المضمون عنه ليتمكن من قصد عنم عليه الدين عند الإيفاء.

و فيه كما فى المسالك: إن المعبر هو القصد إلى الضمان، و القصد هو الالتزام بالمال الذى يذكره المضمون له مثلا فى الذمه، و ذلك غير متوقف على معرفه من عليه الدين الذى هو المضمون عنه فلو قال شخص: إني استحق فى ذمه شخص مائه درهم فقال له الآخر: ضمنها لك، كان قاصدا إلى الضمان مع عدم معرفه المضمون عنه.

(١) و إن لم يعرفه و لو إجمالا.

(٢) وقع الخلاف بينهم فى اشتراط رضا المضمون له فى الضمان، و المشهور على الاشتراط، لأن حقه سيتحول من ذمه غريمه إلى ذمه الضامن، و الناس تختلف فى حسن المعامله و سهوله الاقتضاء، فربما كان المضمون له لا يرضى بإبدال غريمه بالضامن، فلو لم يعتبر رضاه للزم الضرر عليه، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يموت و عليه دين، فيضمنه الضامن للغرماء، فقال عليه السلام: إذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمه الميت) (١).

و للشيخ قول بعدم الاشتراط لأن أمير المؤمنين عليه السلام و أبأ قتاده قد ضمنا الدين و لم يسأل النبى صلى الله عليه و سلم عن رضا المضمون له كما فى خبرى أبى سعيد الخدرى و جابر بن عبد الله المتقدمين (٢).

ص: ١٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

و يتميز عن مطلق الكفاله بجعل متعلقها المال (١) (و تقبلت و شبهه) من الألفاظ الداله عليه (٢) صريحا، (و لو قال ما لك عندى، أو على (٣)، أو ما عليه على فليس بصريح)، لجواز إرادته (٤) أن للغريم (٥) تحت يده مالا (٦)، و أنه قادر على تخليصه، و أوجب بأنهما قضيه فى واقعه لا عموم فيهما، أو أن غرماء الميت كانوا حاضرين و قد حصل منهم الرضا كما عن سيد الرياض.

ثم على القول باشتراط الرضا فهل المعتبر مجرد رضاه كيف اتفق و لو مع التراضى أو لا بدّ من القبول اللفظى قولان، ذهب إلى الأول فخر المحققين فى الإيضاح و الأردبيلى للخبرين المتقدمين المتضمنين لضمان أمير المؤمنين عليه السّلام و أبى قتاده، باعتبار اكتفاء النبى صلّى الله عليه و سلم بضمانهما من دون قبول لفظى من غرماء الميت، و لأصالة عدم الاشتراط، و لمخالفه الضمان لغيره من العقود المملّكه، لأن الضمان لا يثبت ملكا جديدا، و إنما يتوثق به الدين الذى كان مملوكا للمضمون له.

و ذهبت جماعه إلى القبول اللفظى لأن الضمان بعد اشتراط الرضا هو معامله بين شخصين فهو عقد، فلا بدّ فيه من القبول اللفظى لأنه من العقود اللازمه، و لأصالة عدم انتقال حق المضمون له إلا أن يتحقق المزيل و هو القبول.

بل إذا كان الضمان من العقود اللازمه فيشترط فيه جميع ما اشترط فى العقد اللازم من كون بلفظ الماضى و اللفظ العربى و عدم الفصل بين الإيجاب و القبول.

و فيه: لو قلنا بكونه من العقود اللازمه فقد تقدم أنه يكفى فى إيجابه و قبوله كل ما يدل على إنشائهما سواء كان اللفظ صريحا أم لا، و سواء كان بالعربى و بالماضى أم لا، بل يصح إنشاؤه بالفعل و الكتابه كما عليه العرف لصدق العقد على كل ذلك، هذا مع أن اشتراط رضا المضمون له كما هو الظاهر لا يستلزم كون الضمان عقدا، لأن الضمان تعهد بإيفاء الدين و غايه ما يستلزم الرضا و ليس القبول.

(١) فقيد المال مخرج للكفاله، لأنها ضمان نفس، و ضمير فى (متعلقها) راجع إلى الألفاظ التى ذكرها الماتن.

(٢) على الإيجاب.

(٣) أى ما لك على.

(٤) أى لجواز إرادته الضامن الذى صدرت منه الألفاظ السابقه.

(٥) و هو المضمون عنه.

(٦) لقوله الأول: لو قال: ما لك عندى، فيحتمل أن يكون الضامن أراد إخبار المضمون له بأنه للغريم مال تحت يده فلا يكون منشئا للضمان بالجملة المتقدمه.

أو أن عليه السعي، أو المساعدة، و نحوه.

و قيل إن «علّي» (١) ضمان، لاقتضاء علّي الالتزام، و مثله في ذمتي (٢) و هو متجه، أما ضمانه علّي (٣) فكاف، لاقتضاء الاحتمال، مع تصريحه بالمال (٤) (فيقبل المستحق) (٥) و هو المضمون له.

(و قيل: يكفي رضاه (٦) بالضمان و إن لم يصرح بالقبول، لأن حقه يتحول من ذمه إلى أخرى، و الناس يختلفون في حسن المعامله، و سهوله القضاء، فلا بد من رضاه به (٧) و لكن لا يعتبر القبول، للأصل، لأنه وفاء دين (٨).

و الأقوى الأول (٩)، لأنه عقد لازم فلا بد له من إيجاب و قبول لفظين صريحين متطابقين عربيين، فعلى ما اختاره من اشتراطه يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة.

و على القول الآخر (١٠) (فلا- يشترط فوريه القبول)، للأصل، و حصول الغرض. و قيل: لا يشترط رضاه مطلقا (١١)، لما روى من ضمان على عليه الصلاه أو أراد إخباره بأنه قادر على تخصيص ماله عند قوله: ما لك علّي، أو أراد إخباره بأنه عليه السعي في تحصيل ماله عند قوله: ما عليه علّي.

(١) فيما لو قال: ما لك علّي أو ما عليه علّي، فهو ضمان لكون ظاهره الالتزام لا الإخبار، و لم أجد من قال به.

(٢) أي لو قال: مالك في ذمتي، أو ما عليه في ذمتي فهو ظاهر في التزام الضمان أيضا لا الإخبار.

(٣) أي لو قال: ضمانه علّي، فهو نص في الضمان من دون احتمال الإخبار، بخلاف ما سبق فهو ظاهر في الالتزام.

(٤) أي لو قال: ضمان مالك علّي فهو مخرج للكفاله و نص في الضمان المصطلح.

(٥) كما هو القول الثاني المتقدم.

(٦) كما هو القول الأول المتقدم.

(٧) أي رضا المضمون له بالضمان، و هو دليل اشتراط الرضا كما عليه المشهور، و قد تقدم.

(٨) كما استظهرناه.

(٩) أي اشتراط القبول.

(١٠) من كفايه الرضا.

(١١) كما هو قول الشيخ و قد تقدم، و الإطلاق للفظ و القلب.

و السلام دين الميت الذي امتنع النبي (ص) من الصلاة عليه، لمكان دينه.

فى أنه لا عبره بالغريم

(و لا عبره بالغريم) (١) و هو المضمون عنه، لما ذكرناه من أنه وفاء عنه، و هو غير متوقف على إذنه. (نعم لا يرجع عليه مع عدم إذنه (٢) فى الضمان و إن أذن فى الأداء، لأنه متبرع، و الضمان هو الناقل للمال من الذمه، (و لو أذن) له فى الضمان (رجع) عليه (بأقل الأمرين مما أداه، و من الحق (٣) فإن أدى أزيد منه كان متبرعا بالزائد، و أن أدى أقل لم يرجع بغيره، سواء أسقط الزائد عنه بصلح أم إبراء، و لو وهبه بعد ما أدى الجميع البعض، أو الجميع (٤) جاز رجوعه به، و لو (١) لا عبره برضا المديون الذى هو المضمون عنه فى صحة الضمان بلا خلاف فيه، لأن الضمان كالقضاء فكما يجوز أداء الدين بغير إذنه فكذا الالتزام بأداء الدين بالضمان، و لصحة الضمان عن الميت فى الخبرين (١) اللذين تضمننا ضمان أمير المؤمنين عليه السلام و أبى قتاده.

(٢) يرجع الضامن على المضمون منه بما أداه إن كان الضمان بإذنه، بلا- خلاف فيه، لأن الضامن هنا غير متبرع فماله محترم فيجوز له الرجوع لمكان الاذن، و لو كان الضمان بغير إذن المضمون عنه لا- يرجع و إن كان الأداء بإذنه بلا خلاف فيه لأنه متبرع بالضمان لا يجوز له الرجوع، و الاذن بالأداء ليس إذنا بأصل الضمان.

(٣) أما لو كان الحق المضمون أقل من الذى دفعه، بحيث دفع الضامن أكثر منه وقت الأداء فلا يستحق الزائد على المضمون عنه لأنه متبرع، و لم يقع إذن من المضمون عنه بالزائد، و إنما الاذن فى أصل الضمان بمقدار الحق.

و أما لو كان الذى دفعه أقل من الحق المضمون عنه بحيث وقع الضامن أقل منه، فلا يرجع إلا بما دفع للأخبار:

منها: خبر عمرو بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ضمن عن رجل ضمانا ثم صالح عليه، قال عليه السلام: ليس له إلا الذى صالح عليه) (٢)، و قال الشارح فى المسالك: (و لا فرق عندنا فى رجوعه - أى الضامن - بالبعض الذى أداه بين كون الزائد سقط عنه بإبراء المضمون له و غيره، خلافا لبعض العامة حيث جَوَّز له الرجوع بالجميع لو أبرئ منه أو من بعضه، لأنه هبه و مسامحه من رب الدين للضامن خاصة) انتهى.

(٤) لو أدى الضامن جميع ما عليه ثم وهبه المضمون له جميع ما قدمه أو بعضه جاز للضامن

ص: ١٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الضمان حديث ١.

أدى عرضاً (١) رجع بأقل الأمرين من قيمته و من الحق، سواء رضى المضمون له به عن الحق من غير عقد، أو بصلح.

(و يشترط فيه) أى فى الضامن (الملاءه) (٢) بأن يكون مالكا لما يوفى به الحق المضمون، فاضلا عن المستثنيات فى وفاء الدين، (أو علم المستحق بإعساره) حين الضمان، فلو لم يعلم به حتى ضمن تخير المضمون له فى الفسخ. و إنما تعتبر الملاءه فى الابتداء، لا الاستدامه، فلو تجدد إعساره بعد الضمان لم يكن له أن يرجع بجميع ما دفع لصدق الأداء، و الهبه فيما بعد لا مدخله لها فى صدق الأوامر و عدمه.

(١) لو أدى الضامن عرضاً من متاع و غيره فى مقام الأداء أيضا يرجع بأقل الأمرين من قيمه العرض و من الدين، بلا فرق بين أن يكون قد رضى المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد، و بين أن يصلحه الضامن بالعرض عن دينه، فلو كان الثوب يساوى مائه، و قد صالحه به على الدين المساوى لمائتين لم يرجع إلا بقيمه الثوب.

(٢) يشترط فى الضامن الملاءه و هو شرط فى لزوم الضمان، لأن الضمان عقد لازم بين المضمون له و الضامن، أما الضامن فلا يجوز له الفسخ لعموم الوفاء بالعقود، و لأن فيه تضييع حق المضمون له، لأنه إذا فسخ لا يمكن للمضمون له الرجوع عليه للفسخ و لا على المضمون عنه لانتقال الحق من ذمته بالضمان إلى ذمه الضامن.

و أما المضمون له فلا يجوز له الفسخ كذلك لعموم الوفاء بالعقود، و لأن الحق قد انتقل من ذمه المضمون منه إلى ذمه الضامن فكيف يجوز للمضمون له الفسخ و الرجوع على المضمون عنه و قد برئت ذمته من الحق.

إذا تقرر ذلك فإن كان الضامن ملتياً وقت الضمان أو علم المضمون له بإعساره و رضى به لزم الضمان على المضمون له بلا خلاف فيه لما تقدم من الأدله على اللزوم، و أما لو كان الضامن معسراً وقت الضمان و لم يعلم بذلك المضمون له كان للمضمون له فسخ الضمان و العود على المضمون عنه لأن الضمان عقد مبنى على تسهيل الأمر و القصد منه استيفاء الدين من الضامن، و إنما يكون الاستيفاء إذا كان الضامن موسراً، و لما كانت طبيعه الضمان ما ذكرناه و أقدم المضمون له على الرضا به بما له من المعنى المذكور فيكون إيسار الضامن شرطاً ضمناً فى العقد، و عليه فإذا تبين فيما بعد أن الشرط المذكور لم يكن متحققاً ثبت له خيار الفسخ.

هذا و اشتراط اليسار ابتدائى و ليس استدامه، لأن الشرط الضمنى معتبر وقت الضمان فقط و قد تحقق بحسب الفرض.

الفسخ، لتحقق الشرط حالته (١)، و كما لا يقدر تجدد إعساره فكذا تعذر الاستيفاء منه بوجه آخر (٢).

فى أنه يجوز الضمان حالا، و مؤجلا

(و يجوز الضمان (٣) حالا، و مؤجلا، عن حال و مؤجل)، سواء تساوى المؤجلان فى الأجل أم تفاوتتا، للأصل.

ثم إن كان الدين حالا (٤) رجع مع الأداء مطلقا (٥)، و إن كان مؤجلا (٦) فلا (١) أى حاله الضمان.

(٢) أى و كذلك لو تعذر الاستيفاء من الضامن لوجه غير وجه الإعسار، و هو ما لو مات أو فرّ أو استعان بظالم، فعقد الضمان لازم لتحقق شرطه وقت الضمان فلا يجوز للمضمون له الفسخ حينئذ.

(٣) الضامن تاره يضمن ديننا مؤجلا و أخرى ديننا حالا، و على التقديرين إما أن يكون ضمانه حالا بأن يدفع الآن و إما أن يكون مؤجلا بأن يؤدى بعد مده فالصور أربعة، أن يكون الدين حالا و الضمان حال، و أن يكون الدين حالا و الضمان مؤجل، و أن يكون الدين مؤجلا و الضمان حال، و أن يكون الدين مؤجلا و الضمان مؤجل.

و الصورة الرابعة إما أن يكون الأجل فى الضمان مساويا للأجل فى الدين أو أزيد أو أنقص فالصور ستة، و على التقادير الستة إما أن يكون الضمان تبرعا أو بسؤال المضمون عنه.

و الصورة الرابعة بشقوقها الثلاثة جائزه بالاتفاق للعمومات السالمة عن المعارض، و الصور الثلاثة الأول أيضا جائزه لنفس هذه العمومات، نعم نسب الخلاف إلى المقنعه و النهايه بأن الضمان يشترط بأجل و أولت عبارتهما بما لا يخالف، و لذا قال فى المسالك: (و كلها - أى الصور - جائزه على الأقوى إلا أن موضع الخلاف فيها غير محرّر) انتهى.

(٤) إن كان الدين حالا- فالضامن لا- يرجع على المضمون عنه إلا- بعد الأداء سواء كان الأداء حالا لأن الضمان حال، أو كان مؤجلا- لأن الضمان مؤجل، بلا- خلاف فيه و لا إشكال، لأن رجوع الضامن على المضمون عنه لا يكون إلا بعد اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن بالمال، و لا تشتغل إلا بأداء الضامن للدين.

(٥) سواء كان الضمان حالا أم مؤجلا.

(٦) أى و إن كان الدين مؤجلا فلا رجوع للضامن حينئذ إلا إذا حل الأجل و قد أدى الدين، و الوجه أنه إذا كان الدين مؤجلا و ضمن مؤجلا فواضح، فلا تشتغل ذمه المضمون عنه إلا بعد الأداء، و الأداء بحسب الفرض إنما يكون بعد أحل الضمان.

و إذا كان الدين مؤجلا و الضمان حال فذمه المضمون عنه لا تشتغل بمجرد الأداء، لأن

رجوع عليه (١) إلا بعد حلوله (٢) و أدائه مطلقاً (٣) و المال المضمون: ما جاز أخذ الرهن عليه (٤) و هو المال الثابت في الذمه و إن كان مترلزلاً، و لو ضمن للمشتري عهده الثمن (٥) أى دركه على تقدير الاحتياج إلى رده (٦) (لزمه) ضمانه دينه مؤجل، و الحلول بالنسبه إلى الضامن إنما هو تبرع له من قبل المضمون له فلا يسرى إلى المضمون عنه.

(١) أى فلا رجوع للضامن على المضمون عنه.

(٢) أى حلول الدين.

(٣) سواء كان الضمان حالاً أم مؤجلاً.

(٤) عرّف المال المضمون عند الفقهاء بأنه كل مال ثابت في الذمه، و هذا التعريف متضمن للماليه و للثبوت في الذمه، أما الأول فلا- إشكال فيه و لا خلاف، و أما الثاني فيشمل ما لو كان ثبوته في الذمه ثبوتاً مستقراً أو غير مستقر كالثمن في مدته الخيار و المهر قبل الدخول، و هما ثابتان في ذمه المشتري و الزوج ثبوتاً مترلزلاً، و هذا الشرط الثاني في القدر المتيقن من أدله الضمان، و لأن انتقال الدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن بالضمان فرع ثبوته في ذمه المضمون عنه، و إلا- فلو لم يكن ثابتاً فكيف ينتقل.

و الشهيد هنا في اللمعه عرّفه بأنه ما جاز أخذ الرهن عليه، و لا تنافى بين التعريفين لأن ما يجوز أخذ الرهن عليه هو المال الثابت في الذمه كما تقدم في كتاب الرهن و على كل فلو ضمن ما لم يجب في الذمه كأن يقول: مهما أعطيت فلانا فهو علىّ، لم يصح لأنه ضمان لمال غير ثابت في الذمه.

(٥) و هو المعبر عنه بضمان العهده و ضمان الدرك و الدرك التبعه كما في الصحاح، و قيل:

سمى ضمان الدرك لالتزامه الغرامه عنه إدراك المستحق عين ماله، و في التذكرة: (سمى ضمان العهده لالتزام الضامن ما في عهده البائع رده)، و ذلك فيما لو وقع البيع على عين مخصوصه و قد دفع المشتري الثمن، فلو تبين أن المبيع مستحق للغير و لم يجز المالك العقد الفضولي فيبطل البيع من رأس و يردّ المبيع إلى مالكه، و يطالب المشتري البائع بالثمن المدفوع فيصح ضمان الثمن للمشتري من حين البيع حينئذ، لأنه مال للمشتري ثبت له في ذمه البائع من حين العقد، و كذا يجرى الكلام فيما لو وقع البيع على الثمن المخصوص فيصح الضمان للبائع عن عهده المثمن.

(٦) إلى رد الثمن إلى المشتري بعد قبض البائع له فيما لو كان البيع على عين شخصيه و قد ظهرت مستحقه للغير و لم يجز المالك العقد الفضولي.

(في كل موضع يبطل فيه البيع من رأس كالأستحقاق) للمبيع المعين و لم يجز المالك البيع، أو أجازة و لم يجز قبض البائع الثمن (١)، و مثله تبين خلل في البيع (٢) اقتضى فساده من رأس، كتخلف شرط، أو اقتران شرط فاسد، لا ما تجدد فيه البطلان كالفسخ بالتقاييل و المجلس، و الحيوان، و الشرط و تلف المبيع قبل القبض، لعدم اشتغال ذمه (٣) المضمون عنه حين الضمان على تقدير طروء الانفساخ بخلاف الباطل من أصله و لو في نفس الأمر (٤).

(و لو ضمن له) (٥) أى للمشتري ضامن عن البائع (درك ما يحدثه) المشتري (١) بحيث أجاز المالك العقد الفضولي الواقع على ماله المعين و لم يجز ما وقع من قبض البائع للثمن بل يريد قبضه بيده فكذلك هو لم يجز البيع الواقع بل المعين لأن قبض البائع للثمن من مستلزمات البيع المذكور فلو لم يجز لازمه فهو عدم إجازة للبيع بجميع لوازمه، فيبطل من رأس.

(٢) بحيث أوجب فسخ العقد من رأس، كتخلف بعض شرائط العوضين كتخلف وصف المعلوميه أو اقترن البيع بشرط فاسد، و الشرط الفاسد مفسد للبيع من أصله.

(٣) فلو كان الفسخ موجبا لفسخ العقد من حينه فلم يكن البيع حال الضمان فاسدا مع العلم أن الضمان قد وقع عند البيع، و مع عدم فساد عند الضمان فزمانه ضمان لما لم يجب فلا يصح.

(٤) و لكن لم يكن معلوم البطلان.

(٥) لو اشترى المشتري أرضا و أراد أن يضع فيها غرسا أو يبنى بناء فلو ظهرت الأرض مستحقة للغير فهل يجوز أن يضمن ضامن حال عقد البيع للمشتري على تقدير ظهور كونها مستحقة و أن المالك الأصلي أراد قلع ما غرسه المشتري أو بناه، فليضمن له التفاوت الحاصل في البناء و الغرس بين قيمته ثابتا و بين قيمته مقلوعا.

قيل: لا يصح الضمان كما عن جماعه منهم المحقق بل ظاهرهم أنه المشهور، لأنه ضمان ما لم يجب، لأن المشتري لم يجب له الأرش حال الضمان ضروره عدم استحقاق المشتري ذلك على البائع قبل البناء و الغرس و لا بعد البناء و الغرس، و إنما يستحقه على البائع بعد القلع، فلو كان الضمان من حين البيع فهو ضمان ما لم يجب، و ذهب بعض العامه - كما فى المسالك - و الشهيد فى اللمعه إلى أن الضمان يصح، لأن سبب ضمان الأرش هو استحقاق الأرض لغير البائع و هو موجود حال البيع، و الضمان مصاحب له زمنا.

فالأقوى عدم الصحه كما عليه المشهور، غايته أن غالبهم صرحوا بعدم الصحه سواء كان الضمان - من أجنبى أم من نفس البائع لوجود العله من أنه ضمان ما لم يجب، و خالفهم

فى الأرض (من بناء، أو غرس) على تقدير ظهورها (١) مستحقه لغير البائع، وقلعه (٢) لها (٣)، أو أخذه أجره الأرض (فالأقوى جوازه) لوجود سبب الضمان حاله العقد، و هو كون الأرض مستحقه للغير.

وقيل: لا يصح الضمان هنا، لأنه ضمان ما لم يجب، لعدم استحقاق المشتري الأرض على البائع حينئذ (٤)، وإنما استحققه بعد القلع.

وقيل: إنما يصح هذا الضمان من البائع، لأنه ثابت عليه بنفس العقد (٥) و إن لم يضمن، فيكون ضمانه تأكيداً.

و هو ضعيف (٦)، لأنه (٧) لا يلزم من ضمانه (٨) لكونه بائعاً مسلطاً على الانتفاع مجاناً، ضمانه (٩) بعقده (١٠) مع عدم اجتماع شرائطه التى من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان.

المحقق فى أن عدم صحه الضمان فيما لو كان من أجنبى، و أما لو كان من نفس البائع فيصح الضمان، لأن الأرض الذى يستحقه المشتري على البائع إنما يستحقه بنفس عقد البيع فالضمان منه يكون تأكيداً لما هو ثابت عليه.

(١) ظهور الأرض.

(٢) أى و قلع غير البائع الذى هو المالك الأصيل.

(٣) للمذكورات مما يحدثه المشتري.

(٤) أى حين البيع قبل البناء و الغرس.

(٥) أى عقد البيع.

(٦) و حاصله أن البائع ضامن للأرض بعقد البيع لأنه قد سلطه على المبيع للانتفاع به مجاناً بعد دفع الثمن، فلو كان الانتفاع فى المبيع موجبا لنقصان ماله أو بذل أجره فيضمن البائع.

و لكن ضمانه بسبب البيع لا يستلزم ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائط عقد الضمان، لأن من جملتها كونه ثابتاً حال الضمان و المفروض أن الأرض غير ثابت للمشتري على البائع من حين البيع و إنما يثبت بعد القلع فالأقوى عدم صحه الضمان.

(٧) أى البائع.

(٨) أى ضمان الأرض.

(٩) ضمان الأرض.

(١٠) بعقد الضمان.

و تظهر الفائده (١) فيما لو أسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع، فيبقى له الرجوع بسبب الضمان لو قلنا بصحته، كما لو كان له خياران فأسقط أحدهما، و نظير ضمان غير البائع درك الغرس ضمانه (٢) عهده المبيع لو ظهر معيبا فيطالب المشتري بالأرش، لأنه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان، و وجه العدم هنا أن الاستحقاق له (٣) إنما حصل بعد العلم بالعيب، و اختيار أخذ الأرش.

و الموجود من العيب حاله العقد ما كان يلزمه (٤) تعين الأرش (٥)، بل التخيير بينه و بين الرد فلم يتعين الأرش إلا بعد الضمان. و الحق أنه (٦) أحد الفردين الثابتين تخييرا حاله البيع، فيوصف بالثبوت قبل اختياره كأفراد الواجب المخير.

في ما لو أنكر المستحق القبض

(و لو أنكر المستحق القبض) من الضامن (٧) (فشهد عليه الغريم) و هو (١) أى الفائده بين الضمانين، و هى ما لو أسقط المشتري عن البائع الأرش الناشئ بسبب البيع فيبقى له الرجوع بالأرش بسبب الضمان لو قلنا بصحته.

(٢) أى ضمان غير البائع، فكما وقع الخلاف فى الضمان للمشتري لدرك الغرس كذلك وقع الخلاف فى ضمان عهده المبيع، و ذلك لو اشترى إنسان عينا ثم ظهر أنها معيوبه بعيب فيثبت للمشتري خيار العيب فلو لم يفسخ فله حق أرش العيب فهل يجوز ضمانه للمشتري أو لا، فعن العلامة فى القواعد أنه يصح الضمان، لأن الأرش جزء من الثمن و هو ثابت من حين عقد البيع فيكون ضمانه ضمانا لما ثبت، و عنه فى التحرير و عن جماعة العدم، لأن استحقاقه للأرش إنما حصل بعد العلم بالعيب، و العلم بالعيب قد حصل بعد عقد البيع، و لأن الأرش لم يكن ثابتا حال العقد لأن الثابت حالته هو العيب، و العيب يوجب التخيير بين الأرش و الرد، فلا يتعين الأرش إلا بالاختيار، و هو لا يكون إلا بعد العقد ف ضمانه حال البيع ضمان لما لم يجب.

(٣) للأرش.

(٤) أى لم يكن يلزمه.

(٥) لأن الثابت هو العيب، و هو موجب للتخيير بين الأرش و الرد.

(٦) أى إلى الأرش.

(٧) لو أنكر المضمون له القبض و قد ادعاه الضامن، فالقول قول المضمون له مع يمينه، لأنه

المضمون عنه (قبل)، لأنه إن كان آمرا بالضمان، فشهادته عليه شهادة على نفسه باستحقاق الرجوع عليه، و شهاده لغيره فتسمع، و إن كان الضامن متبرعا عنه فهو أجنبي فلا مانع من قبولها لبراءته من الدين أذى أم لم يؤد.

لكن إنما تقبل (مع عدم التهمة) (١) بأن تفيده (٢) الشهاده فائده زائده على ما يغرمه (٣) لو لم يثبت الأداء فترد.

منكر لموافقه قوله لأصالة عدم القبض، هذا إذا لم يأت الضامن المدعى للقبض بالبينه.

و لو أتى بالبينه و كان أحد الشاهدين نفس المضمون عنه تقبل، سواء كان الضمان بإذن المضمون عنه أم عدمه، أما مع عدم إذنه بالضمان فواضح، لأن المضمون عنه قد برئت ذمته من الدين و شهادته للضامن بالدفع ليس فيها نفع له، لأن الضامن سواء كان دافعا أم سيدفع فيما بعد لا يرجع على المضمون عنه لعدم الاذن بالضمان، و أما مع إذنه بالضمان فشهادته على أن الضامن قد وقع هي شهاده على نفسه باستحقاق الضامن للرجوع عليه، و هي شهاده على غيره بأنه قد أوصل الحق إلى المضمون له، و هي في كلا شقيها لا نفع له فيها فتقبل.

(١) عدم التهمة شرط في كل شهاده حتى تقبل، و لكن الكلام في المواطن التي يتهم فيها المضمون عنه لو شهد، و قد فرضوا التهمة في صور.

منها: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوع الضامن بما صالح و هو أقل من الحق، و عليه الشهاده المضمون عنه للضامن حينئذ تجر نفعاً لنفسه، لأن الصلح لو لم يثبت لبقى مجموع الدين في ذمه الضامن، و فيه: إنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك، و لا حاجة إلى الثبوت بالبينه، و الحاصل إن اعتراف الضامن بأنه أدى أقل من الحق إقرار منه على نفسه فلا يرجع على المضمون عنه إلا بما اعترف به حينئذ، و يسقط الزائد عن المضمون عنه من دون حاجة إلى البينه فتندفع التهمة و لا بدّ من قبول الشهاده حينئذ.

و منها: أن يكون الضامن معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإن له الفسخ حيث لا يثبت الأداء و يرجع على المضمون عنه، فيدفع المضمون عنه بشهادته عود الحق إلى ذمته.

و منها: أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، و للمضمون عنه عليه دين، فإنه يوفّر بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به.

(٢) بيان للشهاده التي فيها التهمة، و الضمير في (تفيده) راجع إلى المضمون عنه.

(٣) أي ما يغرمه الضامن لو لم يثبت الأداء.

و للتهمة صور: منها أن يكون الضامن معسرا و لم يعلم المضمون له بإعساره، فإنَّ له الفسخ حيث لا يثبت الأداء، و يرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود الحق إلى ذمته.

و منها أن يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس، و للمضمون عنه عليه دين فإنه يوفّر بشهادته مال المفلس فيزداد ما يضرب به.

و لا فرق في هاتين (١) بين كون الضامن متبرعا، و بسؤال، لأن فسخ الضمان (٢) يوجب العود على المديون على التقديرين (٣)، و مع الإفلاس (٤) ظاهر (٥)

و جعل بعضهم من صور التهمة: أن يكون الضامن قد صالح على أقل من الحق فيكون رجوعه (٦) على تقدير كونه بسؤال إنما هو بالمدفوع (٧)، فتجر شهادته المضمون عنه تهمة بتخفيف الدين عنه (٨).

و فيه نظر، لأنه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك (٩)، فلا يرجع به (١٠) و إن لم يثبتته (١١) فتندفع التهمة و تقبل الشهادة كما نبه (١) أي هاتين الصورتين.

(٢) في الصورة الأولى، و يجوز له الفسخ لعدم العلم بإعساره.

(٣) و هما الضمان بسؤال أو بتبرع، و مع العود على التقديرين تكون شهادته المضمون عنه للضامن بالأداء دفع لعود الدين عليه فتثبت التهمة.

(٤) في الصورة الثانية.

(٥) لأن المضمون له سيضرب مع الغرماء على تقدير عدم الأداء، و بشهادته المضمون عنه للضامن بالأداء فلا يجوز للمضمون له أن يضرب مع الغرماء و يزداد ما يضرب به المضمون عنه لأنه دائن بحسب الفرض فتثبت التهمة.

(٦) أي رجوع الضامن.

(٧) و هو مقدار ما صالح عليه.

(٨) لسقوط الزائد عنه حينئذ.

(٩) بالصلح على أقل من قدر الحق.

(١٠) أي فلا يرجع الضامن بالزائد.

(١١) أي و إن لم يثبت المضمون عنه أن الضامن قد دفع ما صولح عليه.

عليه المصنف بقوله: (و مع عدم قبول قوله (١) للتهمة، أو لعدم العدالة (لو غرم الضامن رجوع) على المضمون عنه (في موضع الرجوع) و هو (٢) ما لو كان ضامنا بإذنه (بما أداه (٣) أولا (٤) لتصادقهما (٥) على كونه (٦) هو المستحق في ذمه المضمون عنه، و اعترافه (٧) بأن المضمون له ظالم بالأخذ ثانيا، هذا (٨) مع مساواه الأول (٩) للحق، أو قصوره، و إلا (١٠) رجوع عليه بأقل الأمرين منه (١١) و من الحق (١٢)، لأنه لا يستحق الرجوع بالزائد عليه (١٣) (١) قول المضمون عنه.

(٢) أى موضع الرجوع.

(٣) أى بما دفعه الضامن من قدر الصلح.

(٤) توصيفه بالأول، لأنه لو لم يستطع الضامن إثبات دعواه بالدفع و إن كان الدفع واقعا فسيُدفع ثانيا لو حلف المضمون له على نفى مدعاه.

و الحكم للمضمون له بناء على رد الشهادة إما للتهمة فى المضمون عنه و إما لعدم العدالة، و مع الحكم للمضمون له فعلى الضامن أن يدفع ثانيا، و الأولى قد دفعها بحسب دعواه، و حينئذ فلو أراد أن يرجع على المضمون عنه حيث يجوز له الرجوع فيرجع بما دفعه أولا، لا بما دفعه ثانيا، لأن ما دفعه ثانيا - باعتراف الضامن و المضمون عنه - ظلم.

(٥) أى تصادق الضامن و المضمون عنه على كون ما أداه أولا هو أداء الدين، فهو الثابت فى الذمه.

(٦) أى كون ما دفعه أولا.

(٧) أى اعتراف الضامن بأن ما أخذه المضمون له ثانيا ظلم فكيف يرجع به على المضمون عنه.

(٨) أى بالرجوع بما أداه.

(٩) أى ما أداه أولا، فمع المساواه فيرجع بما أدى، و أما مع القصور فيكون قد دفع أقل من الحق فلا يرجع إلا بالأقل كما تقدم بيانه سابقا.

(١٠) أى و إن لم يكن مساويا أو أقل، بل كان ما أداه أولا أكثر من الحق فلا يرجع إلا بالحق لأن الزائد متبرع بدفعه فلا يرجع به كما تقدم أيضا.

(١١) مما أداه أولا.

(١٢) فيكون الرجوع بالحق حينئذ، و لو قال الشارح (و إلا رجوع عليه بالحق) لكان أولى و أخصر.

(١٣) أى بالزائد على الحق.

و مثله ما لو صدّقه (١) على الدفع و إن لم يشهد، و يمكن دخوله (٢) في عدم قبول قوله (٣).

(و لو لم يصدقه (٤) على الدفع) الذى ادعاه (رجع) عليه (بالأقل) مما ادعى أداءه أولا و ادائه أخيرا، لأن الأقل إن كان هو الأول فهو يعترف بأنه لا يستحق سواه، و أن المضمون له ظلمه فى الثانى و إن كان الثانى فلم يثبت ظاهرا سواه.

و على ما بيناه (٥) يرجع بالأقل منهما (٦)، و من الحق.

(١) أى الأحكام السابقة المقرره فى شهاده المضمون عنه هى عينها فى ما لو صدّق المضمون عنه الضامن بالدفع و إن لم يشهد.

(٢) أى دخول التصديق.

(٣) لأن عدم قبول قوله سالبه، و السالبه صادقه حتى مع انتفاء موضوعها، لأنه لو لم يشهد يصدق أنه لم يقبل قوله.

(٤) أى لو لم يصدق المضمون عنه الضامن على الدفع الذى ادعاه الضامن، فعن المحقق أن الضامن يرجع بما أداه أخيرا لكونه لم يثبت سواه بظاهر الشرع، و عن غيره أن الضامن يرجع بأقل الأمرين مما أداه أولا و مما أداه ثانيا كما علّله الشارح هنا.

(٥) أى على ما بينه سابقا من أنه يرجع بأقل الأمرين من المدفوع و من الحق.

(٦) مما دفعه أولا و مما دفعه ثانيا.

كتاب الحواله

اشاره

ص: ١٥٧

فى تعريف الحوالة

((الحوالة و هى التعهد بالمال من المشغول بمثله (٢) للمحيل (٣). هذا هو القدر (١) قال فى المصباح (و حوّلت الرداء نقلت كل طرف إلى موضع الآخر، و الحوالة بالفتح مأخوذة من هذا، فأحلتها بدينه نقلته إلى ذمه غير ذمتك)، و النصوص الآتية الداله على أحكامها تدل على مشروعيتها بالالتزام.

(٢) عرّف كما فى الشرائع بأنها (عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله) و تحويل المال يفيد أنها ناقله للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و منه سميت حوالة، و قيد (مشغوله بمثله) صفه للذمه المتحول إليها المال، و هى ذمه المحال عليه، و عليه فيشترط فى الحوالة أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل بمثل ما أحال، و عليه فتخرج الحوالة على البرىء. هذا مع أن الحوالة على البرىء عند البعض حوالة بل هو المشهور كما ستسمع و مع ذلك عرّفها بما سمعت فحاول دفع الإشكال بأحد طريقين:

الأول بأننا نعرّف الحوالة المتفق عليها لا المختلف فيها، الثانى أن الحوالة على البرىء أشبه بالضمان، فهذا المصداق كأنه من غير مصاديق الحوالة، فلا يأتى الإشكال بأن التعريف غير جامع، و ردّه فى المسالك: (و لا ينفعه حكمه بكونها بالضمان أشبه، فإن رجحان الشبه لا يخرجها عن كونها حوالة فى الجملة).

هذا و الماتن هنا عرّفها بما سمعت و المعنى أنها تعهد بمال من المحال عليه الذى ذمته مشغوله بمثل ما تعهد، و ذمته مشغوله للمحيل، و تخرج الحوالة على البرىء أيضا من هذا التعريف، و يأتى أحد الطريقين لإدخالها.

(٣) أى المديون الذى له فى ذمه المحال عليه دين.

المتفق عليه من الحوالة (١)، وإلا- فالأقوى جوازها على البريء (٢)، للأصل، لكنه (٣) يكون أشبه بالضمان، لاقتضائه (٤) نقل المال من ذمه مشغوله إلى ذمه بريئه، فكأن المحال عليه بقبوله لها (٥) ضامن لدين المحتال (٦) على المحيل (٧)، و لكنها (٨) لا تخرج بهذا الشبه عن أصل الحوالة (٩) فتلحقها أحكامها.

فى اشتراط رضى الثالثه

(و يشترط فيها رضى الثالثه (١٠) (١) هذا الطريق الأول لحل إشكال خروج الحوالة على البريء من التعريف.

(٢) على المشهور، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لأصالة عدم اشتراط كونه مديونا للمحيل، و للشيخ قول بالبطلان و تبعه القاضى و ابن حمزه لأصالة عدم ترتب الأثر على الحوالة على البريء، و عن جامع المقاصد و الشهيدين أن الخلاف هنا مبنى على الخلاف فى أن الحوالة هل هى استيفاء أو استيعاض، فعلى الأول تجوز، كما جاز الضمان من البريء لأنه وفاء دين، و على الثانى لا تجوز، لأن العوض متوقف على كون المحال عليه مشغول الذمه للمحيل حتى يجوز للمحال الذى هو الدائن أن يأخذ عوض دينه من المحال عليه.

و عن الفاضل الجواد فى مفتاح الكرامه أن هذا من تخريجات الشافعيه، و إنما هى أصل برأسه و عقد منفرد كما صرح بذلك جماعه.

(٣) أى المذكور من الحوالة على البريء، و هذا هو الطريق الثانى لحل الإشكال السابق.

(٤) أى الضمان.

(٥) للحواله.

(٦) أى المحال الذى هو الدائن.

(٧) متعلق بالدين.

(٨) أى الحوالة على البريء.

(٩) رد للطريق الثانى.

(١٠) و هم المحيل و هو المديون، و المحال و هو الدائن، و المحال عليه و هو الذى اشتغلت ذمته للمديون بمثل ما أحال عليه.

و اعتبار رضا المحيل و المحال موضع وفاق، لأن المحيل قبل الإحاله مديون و هو مخير فى جهات القضاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا فيتعين رضاه، و لأن المحال قبل الإحاله دائن، و حقه ثابت فى ذمه المحيل فلا يلزم بالنقل إلى ذمه أخرى إلا برضاه.

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

أما رضى المحيل و المحتال (١) فموضع وفاق، و لأن من عليه الحق (٢) مخير فى جهات القضاء من ماله، و دينه المحال به من جملتها (٣)، و المحتال حقه ثابت فى ذمه المحيل فلا يلزمه نقله إلى ذمه أخرى بغير رضاه، و أما المحال عليه فاشتراط رضاه هو المشهور، و لأنه (٤) أحد أركان الحوالة، و لاختلاف الناس فى الاقتضاء سهوله، و صعوبه.

و فيه نظر. لأن المحيل (٥) قد أقام المحتال مقام نفسه فى القبض بالحواله فلا وجه للافتقار إلى رضى من عليه الحق (٦)، كما لو و كله فى القبض منه.

و اختلاف (٧) الناس فى الاقتضاء لا- يمنع من مطالبه المستحق (٨)، و من نصبه (٩) و أما المحال عليه الذى اشتغلت ذمته للمديون فاشتراط رضاه هو المشهور للإجماع، و لأنه أحد أركان الحوالة فكان كأخويه فى الرضا، و لاختلاف الناس فى استيفاء ديونهم سهوله و صعوبه، و قد كان استيفاء دينه على يد المحيل فنقله على يد المحال متوقف حينئذ على رضاه، و فيه: أما الإجماع فموهون فقد خالف المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و مال إليه العلامه فى المختلف و هو خير جماعه آخرين و مع مخالفتهم كيف يتحقق الإجماع نعم هو مشهور، و المشهور الفتاوى لا حجه فيه.

و عن الثانى أن المحيل قد أقام المحال مقام نفسه فى القبض بالحواله فلا وجه للافتقار إلى رضا من عليه الحق و هو المحال عليه.

و عن الثالث فاختلاف الناس فى الاستيفاء لا يمنع من مطالبه المستحق للدين و هو المحيل بدينه و لو من خلال من ينصبه و هو المحال.

(١) و هو المحال.

(٢) و هو المحيل فهو المديون.

(٣) أى جملة جهات القضاء.

(٤) الإتيان بالواو يفيد أن ما قبله دليل مستقل، و التعبير عنه بالمشهور مع أن دليلهم الأول الإجماع من باب التنبيه على أن الإجماع المدعى هو من قبيل المشهور ليس إلا.

(٥) رد للدليل الثانى من أنه أحد أركان الحوالة.

(٦) و هو المحال عليه.

(٧) رد للدليل الثالث.

(٨) و هو المحيل.

(٩) و هو المحال.

خصوصا مع اتفاق الحقين جنسا، ووصفا، فعدم اعتباره (١) أقوى.

نعم لو كانا مختلفين، و كان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضى المحال عليه، لأن ذلك (٢) بمنزله المعاوضه الجديده فلا بد من رضى المتعاضين (٣)، و لو رضى المحتال بأخذ جنس ما على المحال عليه زال المحذور (٤) أيضا، و على تقدير اعتبار رضاه ليس هو على حد رضاهما (٥)، لأن الحواله عقد لازم لا يتم إلا بإيجاب و قبول، فالإيجاب من المحيل، و القبول من المحتال.

و يعتبر فيهما (٦) ما يعتبر في غيرهما (٧) من اللفظ العربى، و المطابقه، (١) أى عدم اعتبار رضا المحال عليه.

(٢) و هو استيفاء مثل حق المحال.

(٣) و هما المحال و المحال عليه.

(٤) و المحذور هو اعتبار رضا المتعاضين فى المعامله الجديده الشامل لرضا المحال عليه، و زواله لأن المحال قد رضى بأخذ ما على المحال عليه عوضا عن دينه، فلا بد من الدفع إليه من قبل المحال عليه، لأن المحال عليه مديون للمحيل و يجب عليه الدفع لو طالبه صاحب الدين أو من نصبه، و الحاصل أنه لا يشترط رضا المحال عليه.

(٥) لا يشترط فى رضا المحال عليه أن يقع عند عقد الحواله كما يشترط فى رضا المحيل و المحال، لأن الحواله عقد لا بدّ فيها من إيجاب و قبول، و الإيجاب من المحيل و القبول من المحال، فرضاهما مشروط بكونه عند العقد، بخلاف رضا المحال عليه على تقدير اعتباره، فلا دليل على كون رضاه معتبرا عند العقد بل يكفى مطلق الرضا سواء تقدم على العقد أم تأخر فضلا عن المقارنه، هذا و يأتى إشكال على ما قرره الشارح من أن الحواله لو كانت قائمه بين المحيل و المحال فقط فلا معنى لتعريفها بأنها تعهد بالمال، لأن التعهد عمل من المحال عليه، و قد ثبت بناء على ما تقدم أن الحواله معامله بين شخصين لم يكن هو أحدهما.

(٦) فى إيجاب الحواله و قبولها، هذا و الحواله معامله بين المحيل و المحال، لأن المحيل ينقل دين الثانى من ذمه إلى ذمه و لذا اعتبرنا رضاهما سابقا و إذا كانت معامله فهى عقد، و العقد مؤلف من الإيجاب و القبول.

(٧) من إيجاب و قبول العقود اللازمه، و قد تقدم أن المشهور اشترط فى العقد اللازم أن يكون باللفظ الصريح العربى و بالماضى مع عدم الفصل بين الإيجاب و القبول، و قد تقدم أكثر من مره أنه لا دليل عليه، و أنه يكفى صدق العقد على ذلك عرفا و عليه فيصح الإنشاء

وغيرهما، و أما رضى المحال عليه فيكفى كيف اتفق متقدما، و متأخرا، و مقارنا، و لو جُوزنا الحوالة على البرىء اعتبر رضاه (١) قطعا، و يستثنى من اعتبار رضى المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء (٢) فلا يعتبر رضى المحيل قطعا، لأنه وفاء دينه بغير إذنه.

و العبارة عنه (٣) حينئذ (٤) أن يقول المحال عليه للمحتال: أحلتك بالدين الذى لك على فلان على نفسى فيقبل (٥)، فيقومان (٦) بركن العقد. و حيث تتم الحوالة تلزم (٧)، (فيتحول فيها المال) من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه (كالضمان) عندنا، و يبرأ المحيل من حق المحال بمجردا (٨) و إن لم يبرئه المحتال، و القبول بكل ما يدل عليه من لفظ صريح أو مع قرينه، أو فعل أو كتابه، بالعربى و غيره.

(١) أى رضا المحال عليه، لأن إزماءه بدفع مال غير مطالب به متوقف على رضاه كما هو واضح.

(٢) فلو تبرع المحال عليه بالوفاء فلا- يعتبر رضا المحيل، لأن المحال عليه بتبرعه يوفى دين المحيل، و يجوز وفاء دين الآخرين بغير إذنه، و عليه فتكون الحوالة هنا قائمه بين المحال و المحال عليه كما ذهب إليه العلامة فى القواعد و الشارح.

و فيه: إن ما فرض ليس حوالة، بل هو ضمان و قد تقدم عدم اعتبار رضا المضمون عنه.

(٣) عن عقد الحوالة.

(٤) حين تبرع المحال عليه.

(٥) أى يقبل المحال.

(٦) أى يقوم كل واحد منهما.

(٧) الحوالة عقد لازم لعموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) هذا من جهة و من جهة ثانية فالحوالة تفيد نقل المال و تحويله من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، و هو موضع وفاق بيننا، و خالف زفر من العامه فجعلها بمعنى الضم كالضمان عندهم، و فيه: إن الحوالة مشتقة من التحول بخلاف الضمان فقد يشتق من الضم و إن كان الأصح أنه مشتق من الضمن كما تقدم.

(٨) أى بمجرد الحوالة سواء أبرأه المحال أم لا على المشهور للأخبار:

ص: ١٦٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

لدلاله التحول عليه (١) في المشهور.

(و لا يجب) على المحتال (قبولها على الملىء (٢)، لأن الواجب أداء الدين، و الحوالة ليست أداء و إنما هي نقل له من ذمه إلى أخرى فلا- يجب قبولها عندنا، و ما ورد من الأمر بقبولها على الملىء على تقدير صحته محمول على الاستحباب، (و لو ظهر إعساره) حال الحوالة (٣) بعدها (٤)(فسخ المحتال) إن شاء، سواء شرط منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يحيل على الرجل الدراهم، أ يرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبدا، إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك)(١)، و إذا كان الخبر دالا على براءة ذمه المحيل فلا يجوز للمحال أن يطالبه سواء أبرأه أم لا، و خبر عقبه عن أبي الحسن عليه السلام (سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي، أ يرجع على صاحبه إذا احتال و رضى؟ - أي يرجع المحتال -، قال عليه السلام: لا) ٢ و مثلها غيرها.

و عن الشيخ و أبي الصلاح و القاضي و ابن الجنيد اعتبار براءة المحال و إلا لا تبرأ ذمه المحيل لصحيح زراره عن أحدهما عليه السلام (في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر، فيقول الذي احتال: برئت من مالي عليك، فقال عليه السلام: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، و إن لم يبرأه فله أن يرجع على الذي أحاله)٣، و الخبر لا يصلح لمعارضه ما تقدم على أنه يمكن حمله على نحو يقتضى الجمع بين الأخبار.

(١) على الإبراء.

(٢) إذا أحال المحيل دائنه على الغنى الموسر فلا- يجب على المحال قبول الحوالة، بلا- خلاف فيه، لأن الواجب أداء الدين و الحوالة ليست أداء، بل هي نقل الدين من ذمه إلى أخرى، و لا يجب القبول على الدائن، و خالف داود الظاهري فقال بالوجوب للنبوي (إذا أحيل أحدكم على الملىء فليحتل)(٢) و هو غير وارد من طرفنا، و لا جابر له، و على تقدير صحته فهو محمول على الاستحباب أو الإرشاد.

(٣) متعلق بالإعسار.

(٤) متعلق بقوله (ظهر)، هذا و لو رضى المحال بالحوالة و كان المحال عليه فقيرا مع علم المحال بذلك لزمتم الحوالة، و كذا إذا كان موسرا ثم تجدد فقره بعد الحوالة، بلا خلاف و لا إشكال، لأن الحوالة من العقود اللازمة، و مع رضا المحال و بقيه الشرائط تنعقد

ص: ١٦٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الضمان حديث ٣ و ٤ و ٢.

٢- (٤) جواهر الكلام ج ٢٦ ص ١٦٦.

يساره أم لا، و سواء تجدد له اليسار قبل الفسخ أم لا و إن زال الضرر عملاً بالاستصحاب (١).

و لو انعكس بأن كان موسراً حالتها فتجدد إعساره فلا خيار، لوجود الشرط.

في ترامى الحوالة

(و يصح ترامى (٢) الحوالة) بأن يحيل المحال عليه المحتال، على آخر ثم يحيل الآخر محتاله على ثالث، و هكذا و يبرأ المحال عليه فى كل مرتبه (٣) كالأول (٤)، (و دورها) (٥) بأن يحيل المحال عليه فى بعض المراتب على المحيل الأول، و فى و تلزم، فلا يجوز فسخها فيما بعد، و لدلاله الأخبار على ذلك كخبر منصور بن حازم و خبر عقبه المتقدمين.

و أما لو كان المحال عليه معسراً حال الحوالة و لم يطلع المحال على ذلك ثم علم بعد ذلك كان له الفسخ و العود على المحيل بلا خلاف فيه لقاعده الضرر و لخبر منصور المتقدم بحسب ذيله.

ثم إذا ثبت الخيار و تجدد اليسار للمحال عليه فهل يرتفع خياره وجهان: من زوال الضرر فيجب أن يزول الخيار، و من أن الخيار قد ثبت فيستصحب عند الشك بارتفاعه.

(١) استصحاب الخيار الثابت.

(٢) إذا أحال المديون دائته على مديونه فهذه هى الحوالة الأولى، فيصح للمحال عليه أن يحيل المحال على رابع مشغول الذمه أو بريئها على الخلاف المتقدم، و يصح للرابع المحال عليه أن يحيله على خامس و هكذا و هو المراد بترامى الحوالة.

و الترامى لا خلاف فيه و لا إشكال، لأن الحوالة الأولى صحيحة فالثانية و ما بعدها يجب القول بصحتها لاجتماع شرائط الصحة مع عدم المانع و لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و فى الترامى يتعدد المحال عليه، مع أن المحال واحد فى الجميع، و فى الجميع أيضاً تبرئ ذمه المحيل و تشتغل ذمه المحال عليه، فإذا صار المحال عليه محيلاً فتبرأ ذمته و تشتغل ذمه غيره الذى أحال عليه الدين و هكذا.

(٣) لأنه محيل.

(٤) أى كالمحيل الأول.

(٥) كما يصح الترامى يصح دورها، و الدور أن يرجع المحيل الأول أو المحيل الثانى فى الرتبة

ص: ١٦٥

الصورتين (١) المحتال متحد، و إنما تعدد المحال عليه.

(و كذا الضمان) (٢) يصح ترامييه بأن يضمن الضامن آخر، ثم يضمن الآخر ثالث، و هكذا.

و دوره بأن يضمن المضمون عنه الضامن في بعض المراتب، و منعه، (٣) الشيخ الثانيه أن يرجع محالا عليه، فلو أحال المديون زيدا الدائن على عمرو، ثم أحال عمرو زيدا على بكر، ثم أحال بكر زيدا على خالد ثم أحال خالد زيدا على المديون الأول، أو على عمرو الذي هو المحيل في الرتبة الثانيه لدارت الحواله.

و الدور جائز بلا خلاف فيه بعد اجتماع شرائط الصحه مع عدم المانع فيندرج تحت عموم قوله: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(١) صورته ترامي الحواله و صورته دورها.

(٢) لا خلاف و لا إشكال في ترامي الضمان بحيث لو ضمن المال ضامن، فيصح أن يضمنه عنه آخر، و هكذا إلى عده ضمنا، لتحقق شرط الضمان و هو ثبوت المال في ذمه المضمون عنه، و يرجع كل واحد من الضمنا على المضمون عنه إذا كان الضمان ياذنه.

و كما يصح الترامي يصح دور الضمان، بأن يضمن الأصيل و هو المضمون عنه ضامنه، أو ضامن ضامنه و إن تعدد، لعدم المانع، و يسقط بذلك الضمان و يرجع الحق كما كان.

و عن الشيخ في المبسوط المنع من دور الضمان، لصيروره الفرع فيه أصلا و الأصل فيه فرعا، فالفرع هو الضامن و الأصل هو المضمون عنه، فلو صح الدور كان الضامن مضمونا عنه، مع أن الضامن فرع فكيف يكون أصلا، و لعدم الفائدة في الدور إذ يرجع الحق على ما كان.

و ردّ بأن جعل الفرع أصلا و الأصل فرعا ليس بمانع، فالضامن فرع في ضمان و هو أصل في ضمان آخر و لا إشكال فيه فالاختلاف في الأصليه و الفرعيه لا يصلح للمانعيه، و أما الفائدة فإنه لو وجد المضمون له الأصيل الذي صار ضامنا و جده معسرا و نحو ذلك فإن له الفسخ و الرجوع على الضامن السابق، و بأن يضمن المضمون عنه الدين الثابت في ذمه الضامن بحيث يكون الضمان حالا و الدين مؤجلا أو بالعكس و هذه فائده ثانيه.

(٣) أي منع الدور.

ص: ١٦٦

رحمه الله لاستلزامه جعل الفرع أصلاً، و لعدم الفائدة، و يضعف بأن الاختلاف فيهما (١) غير مانع، و قد تظهر الفائدة (٢) في ضمان الحال مؤجلاً (٣)، و بالعكس (٤)، و في الضمان بإذن (٥) و عدمه (٦). فكل ضامن يرجع مع الإذن على مضمونه. لا على الأصيل، و إنما يرجع عليه (٧) الضامن الأول إن ضمن بإذنه.

و أما الكفالة فيصح تراميها (٨)، دون دورها (٩) لأن حضور المكفول الأول يبطل ما تأخر منها.

(١) في الأصيله و الفرعيه.

(٢) فائده الدور.

(٣) بحيث كانت ذمه المضمون عنه مشغوله بدين حال فضمنه الضامن بضمان حال، ثم قام المضمون عنه و ضمنه بضمان مؤجل، فهو غير مطالب بالدفع إلا بعد الأجل، مع أن الدين قبل الضمان كان حالاً.

(٤) بحيث كانت ذمه المضمون عنه مشغوله بدين مؤجل فضمنه ضامن بضمان مؤجل، ثم قام المضمون عنه و ضمنه بضمان حال، فهو مطالب بالدفع الآن، مع أن الدين قبل الضمان كان مؤجلاً.

(٥) يجوز للضامن أن يرجع على المضمون عنه إن وقع الضمان بإذنه على ما تقدم، و عليه فلو ترمى الضمان، فالضامن الأول يرجع على المضمون عنه، و الضامن الثاني يرجع على الأول و هكذا، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فيجوز له أن يرجع على الضامن الثاني بما دفع، مع أنه لو قلنا باستحاله الدور فسيرجع عليه الضامن الأول و يغرم من دون أن يرجع على أحد و هذه فائده الدور مع الاذن.

(٦) قد تقدم عدم جواز رجوع الضامن على المضمون عنه إن كان الضمان بغير إذن، لأنه متبرع، و عليه فالضامن الأول لا يرجع على المضمون عنه، و لا الثاني على الأول، و لا الثالث على الثاني، فلو كان الضامن الثالث هو نفس المضمون عنه الأصيل فلا يجوز له أن يرجع على الضامن الثاني على الضامن الثاني، مع أنه قبل الدور لن يغرم المضمون عنه بشيء لأن الضامن الأول لا يجوز له الرجوع.

(٧) أى على الأصيل.

(٨) بلا خلاف و لا إشكال لوجود المقتضى مع عدم المانع، أما المقتضى فهو التعهد بإحضار نفس و يصح أن يتعهد الثاني عن الأول بإحضار الغريم كما صح للأول التعهد بإحضاره و هكذا، و لا يتصور هنا مانع.

(٩) الدور أن يتكفل المكفول الأول الكفيل الأخير، و المعنى أن يتعهد الأول بإحضار زيد، ثم

(و) كذا تصح (الحوالة بغير جنس الحق (١) الذي للمحتال على المحيل بأن يكون له عليه (٢) دراهم فيحيله على آخر بدنانير (٣)، سواء جعلنا الحوالة استيفاء أم اعتياضاً، لأن إيفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضى (٤). و كذا المعاوضة على الدراهم بالدنانير.

و لو انعكس (٥) تكفل الثاني عن الأول بإحضار زيد، ثم الثالث عن الثاني و هكذا، وهذا هو الترامي، فلو أتى نفس زيد المكفول إلى المكفول له و تعهد بإحضار نفسه عن الكفيل الأخير بطلت الكفالات السابقة، لأن نفس حضوره يوجب براءة من تكفل بإحضاره سابقاً.

(١) بحيث يكون على المحيل مائة درهم، و له عشره دنانير على المحال عليه فلو أحال المحال بالدنانير التي له في ذمه المحال عليه فلا إشكال من ناحيه المحال عليه، لأنه يجب عليه دفع الدنانير العشره، فدفعتها إلى المحال جائز لأنه دفع إلى وكيل الدائن كما هو واضح.

و إنما الكلام في أن المحال له في ذمه المحيل مائة درهم فكيف أحاله بعشره دنانير مع أن الحوالة قائمه على الإحاله بنفس الدين الثابت في ذمه المحيل، و هو مندفع لأن الحوالة إما استيفاء و إما اعتياض، و على الأول فيجوز للمحيل أن يفى دينه بغير جنسه مع التراضى مع المحال الدائن، و على الثاني فيجوز المعاوضة على الدين الذي هو دراهم بالدنانير.

(٢) أى للمحال على المحيل مائة درهم.

(٣) متعلق بقوله (فيحيله).

(٤) بين المحيل و المحال على ما تقدم بيانه.

(٥) بأن أحال المحال بالدراهم التي له على المحال عليه الذي اشتغلت ذمته بالدنانير، فهي إحاله الدراهم على الدنانير، فقد ذهب الشيخ في أول باب الحوالة من مبسوطه و ابنا زهره و حمزه و القاضى إلى أنه يشترط تساوى المالكين في صحه الحوالة، و التساوى هو وحده الجنس و النوع و الصفه، بل عن التذكرة أنه من مشاهير الفقهاء وجوب التساوى بين الدينين، و دليلهم التفصي من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا ما عليه، و جواز دفع شيء من جنس غير جنس الدين الثابت عليه معاوضه مستقلة لا تقتضيها نفس الحوالة.

و عن الشيخ في موضع آخر من باب الحوالة في المبسوط و العلامه في التذكرة و التحرير و الفاضل المقداد في التنقيح و ثاني المحققين و الشهيدين الجواز، لأن الحوالة إما أن يشترط فيها رضا المحال عليه أو لا، و على الأول فالمحال عليه قد رضى بدفع مثل ما عليه و إن لم يكن من جنس ما عليه فيتعين الجواز سواء قلنا بأن الحوالة استيفاء أم اعتياض.

فأحاله (١) بحقه (٢) على من عليه مخالف (٣) صح أيضا بناء على اشتراط رضى المحال عليه، سواء جعلناها استيفاء أم اعتياضا بتقريب التقرير (٤)، و لا- يعتبر التقابض فى المجلس حيث تكون (٥) صرفا، لأن المعاوضه على هذا الوجه (٦) ليست بيعا، و لو لم يعتبر رضى المحال عليه صح الأول (٧)، دون الثانى (٨)، إذ لا- يجب على المديون الأداء من غير جنس ما عليه، و خالف الشيخ رحمه الله و جماعه فيهما (٩) فاشترطوا تساوى المحال به و عليه (١٠) جنسا و وصفا، استنادا إلى أن الحواله تحويل ما فى ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه، فإذا كان على المحيل دراهم مثلا- و له على المحال دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه دراهم (١١) و لم يقع عقد يوجب ذلك، و على الثانى فمع عدم رضا المحال عليه فهو متوقف على صحه الحواله على البرىء، فإن قلنا بالجواز هناك نقول به هنا و إلا فلا إذ لا يجب على المحال عليه إلا دفع الدنانير فكيف يجب عليه دفع الدراهم.

(١) أى أحال المحيل المحال.

(٢) أى بالدراهم.

(٣) و هو الدنانير.

(٤) أى التقرير الوارد فى الصوره السابقه بحيث لو كانت الحواله استيفاء فوفاء الدين من غير الجنس مع التراضى جائز، إلا أن التراضى هنا بين المحال و المحال عليه، و لو كانت اعتياضا فالمعاوضه على الدنانير الثابته فى ذمه المحال عليه بدفع دراهم بدلا عنها جائز أيضا مع التراضى بين المحال و المحال عليه.

(٥) الحواله بناء على أنها معاوضه.

(٦) و هو الحواله.

(٧) أى الصوره السابقه، لأن المحال عليه سيدفع الدنانير الذى فى ذمته على كل حال، فدفعها إلى المحال من دون رضاه جائز، لأن المحال بمنزله و كيل الدائن فى القبض.

(٨) أى العكس، لأن المحال عليه لا- يجب عليه دفع إلا- ما اشتغلت به ذمته، و هو مطالب هنا بدفع الدراهم و ذمته مشغوله بالدنانير، فلا يجب دفع الدراهم مع عدم رضاه.

(٩) أى فى الصوره السابقه و عكسها، و قد عرفت أن النزاع مع الشيخ و جماعه فى خصوص العكس، و يشهد له نفس أدلته التى أوردها الشارح هنا.

(١٠) أى و المحال عليه من المال.

(١١) و هذا لا يتم إلا إذا كانت الحواله بالدراهم على الدنانير و هى عين العكس المتقدم.

لأننا (١) إن جعلناها استيفاء كان المحتال بمنزله من استوفى دينه و أقرضه المحال عليه و حقه (٢) الدراهم، لا الدنانير (٣)، و إن كانت معاوضه فليست (٤) على حقيقه المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل (٥) من جنس مال، أو زياده قدر، أو صفه، و إنما هي معاوضه ارفاق، و مسامحه للحاجه، فاعتبر فيها (٦) التجانس و التساوى (٧)، و جوابه يظهر مما ذكرناه (٨).

فى أنه تصح الحواله بدين

(و كذا) تصح (الحواله (٩) (١) من تتمه استدلال الشيخ، و حاصله أن الحواله لا تخلو من أحد الأمرين و كلاهما باطل.

(٢) أى حق المحال.

(٣) فكيف تتحول دراهم المحال إلى الدنانير، مع أن الثابت فى ذمه المحال عليه دنانير فقط.

(٤) أى الحواله.

(٥) المعاوضه بين جنسين مبنيه على أن كل طرف يريد تحصيل ما ليس بحاصل عنده، و لذا يبذل ما عنده بما عند الآخر، و تحصيل ما ليس عنده إنما يكون لتحصيل جنس المال أو زياده قدره أو صفه غير موجوده فى ماله.

(٦) فى الحواله.

(٧) فى القدر و الصفه.

(٨) بناء على اشتراط رضا المحال، فمع رضاه يجوز دفع مثل ما عليه، و مع عدم الرضا تصح بناء على صحه الحواله على البرىء.

(٩) تحرير المسأله متوقف على مقدمه، و هى أن الضمان عندنا ناقل للمحال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن كما تقدم، و ليس الضمان ضاماً ذمه الضامن إلى ذمه المضمون عنه كما عليه مخالفونا هذا من جهه و من جهه أخرى لو كان لشخص على اثنين دين بمقدار ألف درهم مثلاً، فعلى كل واحد خمسمائه، فإذا ضمن كل واحد منهما صاحبه فإما أن يقتربنا و إما أن يتلاحقا، و على الأول ينتقل ما فى ذمه كل واحد منها إلى الآخر و يبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائه فى ذمه كل واحد منهما، و على الثانى يجتمع الدين بتمامه فى ذمه الأخير، لأن نصفه ثابت فى ذمه الآخر بالدين و النصف الآخر قد ثبت بالضمان، و بعد ثبوت الجميع فى ذمه الآخر ينتقل الجميع إلى ذمه الضامن الثانى لتأخر ضمانه إذا تقرر ذلك فلو أحال صاحب الألف ثالثاً عليهما بالألف فى صوره ضمانهما مقترنين، فالمحال يأخذ من كل واحد منهما خمسمائه لعدم تأثير الضمان من هذه الحثيه كما تقدم.

و منع الشيخ فى المبسوط هذه الحواله، لأن فيها زياده ارتفاق، حيث إن المحال مخير

بدين عليه لواحد (١) على دين (٢) للمحيل على اثنين (٣) (متكافلين) أى (٤) قد ضمن كل منهما ما فى ذمه صاحبه دفعه واحده، أو متلاحقين مع إرادته الثانى ضمان ما فى ذمه الأول فى الأصل (٥)، لا مطلقا (٦)، لئلا يصير المالان فى ذمه الثانى (٧)، ووجه جواز الحواله عليهما ظاهر، لوجود المقتضى (٨) للصحه، وانتفاء المانع، إذ ليس (٩) إلا- كونهما متكافلين، و ذلك (١٠) لا يصلح مانعا (١١)، و تبه بذلك على الرجوع بالألف على كل واحد منهما، بعد ثبوت الألف فى ذمه كل واحد منهما، نصفه بالدين و نصفه بالضمان، و هذا التخيير فى الرجوع ارتفاق لم يكن من قبل الحواله، فلا تصح لأنه يشترط فى الحواله مساواه الدينين قدرا و جنسا و وصفا فمن ناحيه الوصف فالمحال كان دينه على واحد و قد أصبح دينه على اثنين مخيرا بينهما، و هذا زياده فى الصفه.

وفيه: إن الرجوع بالألف على كل واحد من الضامين مبنى على كون الضمان بمعنى الضم، و هو مذهب مخالفينا، و أما على كون الضمان ناقلا للمال من ذمه المضمون عنه إلى ذمه الضامن فلم يثبت فى ذمه كل واحد من الضامين إلا الخمسائه كما لو كان الأمر قبل الضمان، فلا ارتفاق.

و لو سلم ذلك فليس مطلق الارتفاق مانعا من الحواله و إلا لما جازت الحواله على من هو أملى منه و أحسن وفاء.

(١) متعلق بقوله (بدين عليه) و هذا الواحد هو المحال.

(٢) متعلق بقوله (تصح الحواله).

(٣) متعلق بقوله (على دين).

(٤) تفسير للتكافل.

(٥) دون ما تحول إليه بسبب الضمان.

(٦) أى الأعم من الأصل و ما بالضمان.

(٧) و يصير المالان فى ذمه الثانى إذا ضمن ما فى الأصل و ما بالضمان، و كان ضمانه متأخرا عن ضمان الأول.

(٨) من ثبوت المال المحال به فى ذمه المحال عليه.

(٩) أى إذ ليس المانع.

(١٠) أى و كونهما متكافلين.

(١١) لأن التكافل مقترنين يبقى الأمر على ما هو عليه من ثبوت خمسمائه فى ذمه كل واحد منهما.

خلاف الشيخ رحمه الله حيث منع منه (١)، محتجا باستلزامها (٢) زياده الارتفاق، و هو (٣) ممتنع في الحواله، لوجوب موافقه الحق المحال به للمحال عليه من غير زياده و لا نقصان قدرا و وصفا (٤).

و هذا التعليل إنما يتوجه على مذهب من يجعل الضمان ضم ذمه إلى ذمه، فيتخير حينئذ (٥) في مطالبه كل منهما بمجموع الحق، أما على مذهب أصحابنا من أنه ناقل للمال من ذمه المحيل إلى ذمه المحال عليه فلا ارتفاق، بل غايته انتقال ما على كل منهما إلى ذمه صاحبه فيبقى الأمر كما كان، و مع تسليمه (٦) لا يصلح للمانعيه، لأن مطلق الارتفاق بها (٧) غير مانع إجماعا، كما لو أحاله على أملى منه و أحسن وفاء.

في أنه لو أدى المحال عليه فطلب الرجوع

(١) لو أدى المحال عليه (٨) فطلب الرجوع بما أداه على المحيل (١) من جواز الحواله على المتكافلين.

(٢) أي باستلزام الحواله على المتكافلين.

(٣) أي زياده الارتفاق.

(٤) ففي الحواله عند الشيخ يكون المحال مخريرا بالرجوع بالألف على كل واحد من المتكافلين مع أنه قبل الحواله كان له الرجوع على واحد و هو المحيل صاحب الألف فاختلفت الصفه بين المالين.

(٥) أي حين القول يكون الضمان ضامًا.

(٦) أي تسليم كون الحواله مستلزمه لزياده الارتفاق بناء على أن الضمان بمعنى الضم كما عليه مخالفونا.

(٧) أي بالحواله.

(٨) قد تقدم صحه الحواله على البريء كما هو المشهور، و عليه فالحواله لا تدل على ثبوت دين للمحيل على المحال عليه، لأن الأعم لا يدل على الأخص، و عليه أيضا لو صدرت الحواله على زيد، فقام المحال عليه و أدى ما حوّل عليه ثم طالب المحيل بما دفع منكرا لثبوت دين للمحيل عليه، فأنكر المحيل ذلك و قال: إنما حوّلته عليك لثبوت دين لى عليك حينئذ.

فالقول قول المحال عليه مع يمينه، لأن المحيل يدعى الدين على المحال عليه، و المحال عليه ينكره، و الأصل براءة ذمه المحال عليه من دين المحيل.

و أما لو قلنا بانحصار الحواله على مشغول الذمه ثم اختلف المحال عليه و المحيل بما

(لإنكاره (١) الدين) و زعمه أن الحوالة على البريء بناء على جواز الحوالة عليه (٢) (و ادعاه (٣) المحيل، تعارض الأصل (٤) و هو براءة ذمه المحال عليه من دين المحيل (و الظاهر) (٥) و هو كونه (٦) مشغول الذمه، إذ الظاهر أنه لو لا اشتغال ذمته لما أحيل عليه (٧) (و الأول) و هو الأصل (أرجح) (٨) من الثاني حيث يتعارضان غالباً، و إنما يتخلف في مواضع نادره (٩) (فيحلف) المحال عليه على أنه برىء من دين المحيل، (و يرجع) عليه (١٠) بما غرم، (سواء كان) العقد الواقع بينهما (بلفظ الحوالة، أو الضمان (١١) لأن الحوالة على البريء أشبه بالضمان فتصح بلفظه.

سمعت، لم يقبل قول المحال عليه في نفي الدين لاقتضاء الحوالة هنا ثبوته، فالمحال عليه ينكر الدين و يوافق الأصل من براءة ذمته من دين المحيل إلا أنه يدعى فساد الحوالة التي صدرت، حيث يدعى أنها حوالة على البريء، و هي باطلة لاشتراط الحوالة على مشغول الذمه كما هو الفرض، و المحيل يدعى الدين و يوافق الظاهر من صحه الحوالة حيث يدعى أنها حوالة على مشغول الذمه، و مدعى الصحة مقدم.

(١) أى إنكار المحال عليه.

(٢) أى على البريء، و هذا هو الشق الأول المتقدم.

(٣) أى ادعى الدين.

(٤) الموافق لقول المحال عليه.

(٥) الموافق لقول المحيل.

(٦) أى كون المحال عليه.

(٧) وفيه: إنه لا- ظاهر هنا لأن الكلام مبني على جواز الحوالة على البريء، فالحوالة غير ظاهره في كون المحال عليه مشغول الذمه، فيجب تقديم الأصل من دون معارضه الظاهر له على ما تقدم شرحه.

(٨) بل هو متعين هنا لعدم وجود الظاهر كما عرفت.

(٩) بسبب الدليل الخاص.

(١٠) أى و يرجع المحال عليه على المحيل.

(١١) فلو كان العقد بلفظ الحوالة فواضح، لأن العقد عقد لها، و لو كان بلفظ الضمان فيصح إرادته الحوالة على البريء من لفظ الضمان، لأنها أشبه بالضمان على ما تقدم، بل غير المشهور قد جعلها من مصاريف الضمان.

و أيضا فهو (١) يطلق على ما يشملهما (٢) بالمعنى الأعم (٣) فيصح التعبير به عنها (٤).

و يحتمل الفرق (٥) بين الصيغتين فيقبل مع التعبير بالضمان، دون الحوالة عملا- بالظاهر، و لو اشترطنا فى الحوالة اشتغال ذمه المحال عليه بمثل الحق (٦) تعارض أصل الصحة (٧) و البراءة (٨) فيساقطان، و يبقى مع المحال عليه أداء دين المحيل بإذنه (٩) فيرجع عليه (١٠)، و لا يمنع وقوع الإذن فى ضمن الحوالة الباطله (١) أى الضمان.

(٢) أى يشمل الحوالة و الضمان.

(٣) و هو إرادته مطلق التعهد لمطلق المال.

(٤) أى فيصح التعبير بالضمان عن الحوالة على البرىء.

(٥) بحيث يقبل قول المحال عليه لو كان العقد بلفظ الضمان، لحمل الضمان على المعهود منه، لأن المحال عليه حينئذ ضامن و الضامن أعم من مشغول الذمه و بريئها.

بخلاف ما لو كان العقد بلفظ الحوالة بعد حمل الحوالة على المعهود منها، و ظاهرها حينئذ أنها على مشغول الذمه فلا يقبل قول المحال عليه، بل يقدم قول المحيل مع يمينه لموافقته لهذا الظاهر.

و فيه: إن الحوالة بناء على ما هو المفروض من صحتها على البرىء لا تدل بظاهاها على أنها محل مشغول الذمه.

(٦) و هذا هو الشق الثانى من المسألة.

(٧) الموافق لقول المحيل.

(٨) الموافق لقول المحال عليه، و قد عرفت أنه يقدم الظاهر حينئذ لتقديم مدعى الصحة، و هذا ما صرح به فى المسالك، نعم قال عقيب ذلك (و يمكن على هذا أن يقال تساقط الأصلان، و بقى مع المحال عليه أنه أدى دين المحيل بإذنه، فيرجع عليه على التقديرين، و هو حسن، فإن قيل: الإذن فى الأداء إنما وقع فى ضمن الحوالة فإذا لم يحكم بصحتها لا يبقى الإذن مجردا، لأنه تابع فيستحيل بقاءه بدون متبوعه، قلنا: الإذن و إن كان فى ضمن الحوالة إلا أنه أمر يتفقان على وقوعه، و إنما يختلفان فى أمر آخر، فإذا لم يثبت لا ينتفى ما قد وقع الاتفاق منهما عليه) انتهى.

(٩) أى بإذن المحيل.

(١٠) أى فيرجع المحال عليه على المحيل.

المقتضى بطلانها لبطلان تابعها (١)، لاتفاقهما على الإذن، و إنما اختلفا فى أمر آخر (٢)، فإذا لم يثبت (٣) يبقى ما اتفقا عليه من الإذن فى الوفاء (٤) المقتضى للرجوع، و يحتمل عدم الرجوع (٥) ترجيحاً للصحة المستلزمه لشغل الذمه.

(١) و هو الاذن.

(٢) و هو اشتغال ذمه المحال عليه بدين للمحيل.

(٣) أى لم يثبت ما اختلفا فيه.

(٤) أى وفاء المحال عليه لدين المحيل.

(٥) أى عدم رجوع المحال عليه على المحيل، و عدم رجوعه لعدم سماع قوله ترجيحاً لمدعى الصحة و هو قول المحيل، و هو الذى جزم به فى المسالك، و جعل الأول احتمالاً.

ص: ١٧٥

كتاب الكفاله

اشاره

ص: ١٧٧

فى تعريفها

(و هى التعهد بالنفس (٢) أى التزام احضار المكفول متى طلبه المكفول له، و شرطها رضى الكفيل و المكفول له، دون المكفول (٣)، لوجوب الحضور (١) كفلت كفلا و الاسم الكفاله بالفتح، و هى بحسب اللغه أعم من التعهد بالمال أو النفس، و المعروف فى تعريفها شرعا أنها عقد شرع للتعهد بالنفس، و قد ادعى فى التذكرة أنها مشروعه عند عامه أهل العلم، لكنها مكروهه، لمرسل الصدوق عن أبى عبد الله عليه السّلام (الكفاله خساره غرامه ندامه) (١)، و لخبر الرقى عنه عليه السّلام (مكتوب فى التوراه: كفاله ندامه غرامه) ٢، و لخبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال عليه السّلام له: ما منعك من الحج، قال: كفاله تكفلت بها، قال عليه السّلام: و ما لك و للكفالات، أ ما علمت أن الكفاله هى التى أهلكت القرون الأولى) ٣.

ثم إن الكفاله معامله بين الكفيل و المكفول له فهى عقد مؤلف من إيجاب و قبول، فيصح إنشاؤهما بكل ما يدل عليهما و لو بالفعل أو الكتابه، و عن المشهور اشتراط اللفظ الصريح و بالماضى مع عدم الفصل لأنه عقد لازم، و قد عرفت أنه لا دليل عليه.

(٢) التى يستحق عليها الحضور فى مجلس الحكم و لو من أجل دعوى المكفول له، نعم لا تصح الكفاله فى حد للنبوى (لا كفاله فى حد) (٢).

(٣) قوام الكفاله على ثلاثه: الكفيل و هو هنا بمعنى الفاعل، و المكفول له و هو صاحب الحق

ص: ١٧٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٥ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الضمان حديث ١ و ٢.

عليه (١) متى طلبه صاحب الحق و لو بالدعوى (٢)، بنفسه أو وكيله، و الكفيل بمنزله الوكيل حيث يأمره به (٣)، و يفتقر إلى إيجاب و قبول بين الأولين (٤) صادرين على الوجه المعتبر في العقد اللازم.

في أنه تصح الكفالة حاله و مؤجله

(و تصح حاله و مؤجله (٥) أما الثاني فموضع وفاق، و أما الأول فأصح أو الدعوى، و المكفول و هو من عليه الحق أو الدعوى، و لا بد من رضا الكفيل لأن الحق لا يلزمه إلا برضاه، و كذا رضا المكفول له، لأنه صاحب الحق فلا يجوز إلزامه بشيء بغير رضاه، و بهما يتم عقد الكفالة.

و أما المكفول فعلى المشهور لا- يعتبر رضاه لوجوب الحضور عليه متى طلبه صاحب الحق بنفسه أو وكيله، و الكفيل هنا بمنزله الوكيل حيث يطلب المكفول له إحضاره، و عن الشيخ و القاضي و الحلبي اعتبار رضاه، و قواه العلامه في التحرير و صاحب الجواهر لأنه إذا لم يرض المكفول بالكفاله لا يلزمه الحضور مع الكفيل، و عليه فلا يتمكن الكفيل من إحضاره، فلا تصح كفالته لأنها بغير المقدور، و لا- تقاس بالضمان لإمكان وفاء دينه من مال غيره بغير إذنه، و لا- يمكن أن ينوب الكفيل هنا عنه في الحضور.

و فيه: منع عدم وجوب الحضور مع الكفيل بدون رضاه، لأن صاحب الحق متى طلبه وجب عليه الحضور و لو لم يكن مكفولا، فمع الكفاله فيجب الحضور لأنه طلبه بواسطه وكيله، ثم لو قيل باعتبار رضاه، فهو ليس على حد رضا الكفيل و المكفول له، لأنه لا بد من اقتران رضاهما للعقد، بخلاف رضاه فيصح كيفما وقع، كرضا المحال عليه و رضا المضمون عنه.

(١) على المكفول.

(٢) أى و لو كان الحق هو الدعوى.

(٣) أى حيث يأمر المكفول له الكفيل بإحضاره.

(٤) أى بين الكفيل و المكفول له، و الإيجاب من الأول و القبول من الثاني.

(٥) أما المؤجله فلا خلاف فيها، و أما حاله فعلى المشهور لأصالة عدم اشتراط التأجيل فيها، و لأن الحضور حق شرعى فلا يمنعه الحلول، و عن جماعه منهم الشيخ و المفيد و سألار و ابن حمزه عدم جواز حاله فيشترط فى الكفاله الأجل، و ليس لهم دليل سوى الاقتصار على القدر المتيقن من صحه الحواله المؤجله، و لعدم الفائده فى حاله، و ردّ بأن لها دليل الأصل فلا داعى للاقتصار على المتيقن، و لأن فائدها مطالبه الكفيل بالإحضار وقت الفراغ من صيغه الكفاله إذ لم يكن المكفول حاضرا.

القولين، لأن الحضور حق شرعى لا ينافيه الحلول. وقيل: لا تصح إلا مؤجله (إلى أجل معلوم) (١) لا يحتمل الزيادة و النقصان كغيره من الآجال المشترطه،

فى أنه يبرأ الكفيل بالتسليم

(و يبرأ الكفيل بتسليمه) تسليما (تاما) (٢) بأن لا- يكون هناك مانع من تسلّمه كمتغلب، أو حبس ظالم، و كونه فى مكان لا يتمكن من وضع يده عليه، لقوه المكفول، و ضعف المكفول له، و فى المكان المعين إن بيناه فى العقد، و بلد العقد مع الاطلاق، (و عند الأجل) (٣) أى بعده إن كانت مؤجله، (أو فى الحلول) متى شاء إن كانت حاله، و نحو ذلك، فإذا سلّمه كذلك (٤) برئ، فإن امتنع (٥) سلّمه إلى الحاكم (٦) و برئ أيضا، فإن لم يمكن (٧) أشهد عدلين (٨) بإحضاره إلى المكفول له، و امتناعه من قبضه، و كذا يبرأ بتسليم المكفول نفسه تاما (٩)، و إن لم يكن من (١) لا بد أن يكون الأجل فى المؤجله معلوما، و هو موضع رفاق بيننا، لأن الأجل المجهول يوجب الغرر، إذ ليس له وقت يستحق المطالبه فيه كغيره من الآجال المشترطه، و خالف بعض العامه فاكتفى بالأجل المجهول قياسا على العاريه للجامع بينهما و هو التبرع فى كل منهما و هو فاسد.

(٢) المراد بالتسليم التام أن يكون فى الوقت و المكان المعينين فى العقد، أو فى بلد العقد عند الإطلاق، و أن لا يكون للمكفول له مانع من تسلّمه، و إذا سلّمه الكفيل كذلك فقد برئ من عهده حضوره.

(٣) أى إذا كانت الكفاله مؤجله و قد حلّ الأجل أو كانت الكفاله حاله و طلب المكفول له إحضاره، فأحضره و سلّمه تسليما تاما فقد برئ بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن غرض الكفاله حضور الغريم و قد أحضر.

(٤) أى تاما.

(٥) أى المكفول له عن التسلم.

(٦) لأنه ولى الممتنع، و عن بعض أنه لا يشترط تسليمه إلى الحاكم، لأن غايه ما يجب على الكفيل إحضار الغريم إلى المكفول له و قد تمّ، و لا يجب عليه التسليم بل التسلم و هو الأقوى.

(٧) أى لم يمكن التسليم إلى الحاكم.

(٨) الشهاده لأجل إثبات التسليم لو أنكر المكفول له، و إلا فلا يجب عليه الإشهاد كحكم مستقل.

(٩) بلا إشكال، لأن غرض الكفاله حضور الغريم، و قد حضر فيبرأ الكفيل، و خالف العلامه فى التذكره بأنه يبرأ لو سلم الغريم نفسه من جهه الكفيل و إلا فلا، و فيه: إنه

الكفيل على الأقوى، و بتسليم غيره له كذلك.

(و لو امتنع) الكفيل من تسليمه (١) ألزمه الحاكم به فإن أبى (فللمستحق) مع حصول الغرض لا بدّ من الحكم ببراءه الكفيل و الخروج عن عهده الحضور لحصول الغرض، و كذا يبرأ لو أحضره غير الكفيل لحصول غرض الكفاله أيضا.

(١) ما تقدم إنما كان عند امتناع المكفول له من التسلم مع بذل الكفيل، أما لو امتنع الكفيل من الإحضار عند طلب المكفول له الإحضار كان للحاكم إجباره و إن امتنع حبسه حتى يحضره أو يؤدي الكفيل ما على المكفول للمكفول له.

أما إجبار الحاكم بالإحضار، فلأن الإحضار حق للمكفول له، و هو حق ثابت على الكفيل، فللحاكم إجباره على إيصال الحق إلى صاحبه من باب تحقيق الحق و إقامه العدل و الأمر بالمعروف باليد.

و أما أن للحاكم حبسه فللأخبار، منها: خبر الأصبع بن نباته (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل تكفل بنفس رجل أن يجبس، و قال له: اطلب صاحبك) (١)، و خبر عامر بن مروان عن أبي عبد الله عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه أتى برجل قد كفل بنفس رجل فحبسه و قال: اطلب صاحبك) (٢).

و أما التخيير بين الحبس و بين أن يؤدي الكفيل فهو الذي ذهب إليه الشيخ في النهايه و ابن إدريس في السرائر و العلامه في التحرير و الإرشاد لما ورد في مرسله الصدوق المتقدمه (الكفاله خساره غرامه ندامه) (٢)، و لما في خبر الرقى المتقدم (مكتوب في التوراه كفاله ندامه غرامه) (٤)، و هي مشعره بإلزام الكفيل بدفع ما على الغريم و لذا عبّر عنها بالخساره و عن العلامه في التذكرة و غيره بأن نصوص الحبس داله على عدم إلزام الكفيل بالدفع، بل قد يكون غرض المكفول لا يتعلق بالأداء، أو كان متعلقا بالأداء من الغريم فقط، و لذا لا يجب على المكفول القبول لو دفع الحق الكفيل.

ثم على تقدير تماميه القول بوجود الدفع على الكفيل تخيرا فهو واجب فيمن يمكن أخذه من الكفيل كالمال، و لو لم يمكن كالقصاص و زوجيه المرأه و الدعوى بعقوبه توجب حدا أو تعزيرا فلا بد من إلزامه بالإحضار مع الإمكان، ثم لو كان الحق مما له بدل ما لى كالدنيه في القتل العمدي و مهر مثل الزوجه فيجب عليه البدل بناء على هذا التقدير.

ص: ١٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الضمان حديث ٢ و ٥.

طلب (حبسه) من الحاكم (حتى يحضره، أو يؤدي ما عليه) إن أمكن أداءه عنه كالدين، فلو لم يمكن كالقصاص، و الزوجيه، و الدعوى بعقوبه توجب حدا أو تعزيرا، ألزم باحضاره حتما مع الإمكان، و له عقوبته عليه (١) كما في كل ممتنع من أداء الحق مع قدرته عليه، فإن لم يمكنه الاحضار و كان له بدل كالديه في القتل و إن كان عمدا، و مهر مثل الزوجه و جب عليه البديل.

و قيل: يتعين الزامه باحضاره (٢) إذا طلبه المستحق مطلقا (٣)، لعدم انحصار الأغراض في أداء الحق. و هو قوى.

ثم على تقدير كون الحق مالا و أداء الكفيل فإن كان قد أدى بإذنه رجع عليه (٤)، و كذا إن أدى بغير إذنه مع كفاله بإذنه، و تعذر احضاره (٥)، و إلا فلا رجوع (٦).

و الفرق بين الكفاله و الضمان في رجوع من أدى بالإذن هنا و إن كفل بغير الإذن، بخلاف الضمان (٧): أن الكفاله لم تتعلق بالمال بالذات، و حكم الكفيل (١) أي إذا ألزم بالإحضار حتما لعدم إمكان أخذ الحق من الكفيل، و قد امتنع الكفيل من الإحضار فللمكفول له حق العقوبه عليه بالحبس كما في كل ممتنع عن أداء الحق مع قدرته عليه.

(٢) كما هو مقتضى القول الثاني المتقدم.

(٣) سواء كان الحق مما يمكن أن يؤديه الكفيل أم لا.

(٤) الرجوع عليه لوجود الاذن في الأداء.

(٥) لما تعذر عليه الإحضار و ألزم بالمال فيكون التغريم مسيبا عن إذن الغريم بالكفاله، لأن الاذن في الشيء إذن في لوازمه فيرجع عليه لوجود الاذن.

(٦) لأن الكفيل متبرع بكفاله و أدائه لعدم الاذن فلا يرجع لتبرعه.

(٧) قد تقدم في باب الضمان أن الضامن لا يرجع على المضمون عنه لو أدى بإذنه إذا كان الضمان بغير إذنه، مع أنه قد حكم هنا برجوع الكفيل على الغريم لو أدى بإذنه و إن كانت الكفاله بغير إذنه، و عليه فما هو الفرق بينهما.

و الفرق هو أن الكفاله لم تتعلق بالمال بالذات و إنما تعلقت بإحضار النفس فيكون الكفيل بالنسبه للمال أجنبيا، فإن أداءه بإذن الغريم فله حق الرجوع و إن كانت الكفاله بغير إذنه، بخلاف الضمان فإنه قد تعلق بالمال ابتداء و لذا كان الضمان ناقلا للمال من ذمه المضمون

بالنسبة إليه (١) حكم الأجنبي فإذا أدها بإذن المديون فله الرجوع، بخلاف الضامن، لانتقال المال إلى ذمته بالضمان، فلا ينفعه بعده (٢) الإذن في الأداء، لأنه كإذن البريء للمديون في أداء دينه.

و أما إذنه في الكفاله إذا تعذر احضاره، و استئذانه (٣) في الأداء فذلك من لوازم الكفاله، و الإذن فيها إذن في لوازمها.

في ما لو علق الكفاله بشرط

(و لو علق الكفاله) (٤) بشرط متوقع، أو صفه مترقبه (بطلت) الكفاله، (و كذا الضمان و الحواله) كغيرها من العقود اللازمه (نعم لو قال: إن لم أحضره (٥) عنه إلى ذمه الضامن فلو كان الضمان بغير إذنه لكان الضامن متبرعا، و حال تبرعه قد انتقل المال إلى ذمته فلا يجوز له الرجوع لعدم الاذن في الضمان، و لا ينفعه بعد ذلك الاذن في الأداء لأنه كإذن الأجنبي للمديون في أداء دينه من نفس مال المديون، و هذا لا يجعله غير متبرعا، و المضمون عنه بعد الضمان أجنبي عن المال المضمون.

(١) أي إلى المال.

(٢) بعد الضمان.

(٣) أي و تعذر استئذان الغريم.

(٤) علقها على شرط متوقع أو صفه كذلك بطلت، لأن كل عقد لازم إذا علق على شرط غير معلوم التحقق يبطل، لاشتراط القصد في العقد، و مع التعليق المذكور لا يتم القصد، و بدونه يبطل العقد بلا خلاف في ذلك.

(٥) إن ذكر الجزاء أولا لزمه المال الذي شرطه على نفسه عند عدم الإحضار، و إن ذكره أخيرا صحت الحواله و ألزم بالإحضار فقط دون المال، و الحكم فيها على المشهور لخبرين الأول خبر أبان بن عثمان عن أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: رجل كفّل لرجل بنفس رجل و قال: إن جئت به و إلا فعليّ خمسمائه درهم - كما في التهذيب و في الكافي: إن جئت به و إلا فعليّك خمسمائه درهم - قال عليه السّلام: عليه نفسه و لا شيء عليه من الدراهم، فإن قال عليّ خمسمائه درهم إن لم أدفعه إليه، قال عليه السّلام: تلزمه الدراهم إن لم يدفعه إليه) (١)، و خبر داود بن الحصين عن أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن رجل تكفل بنفس الرجل إلى أجل فإن لم يأت به فعليه كذا و كذا درهما، قال عليه السّلام: إن جاء به إلى الأجل فليس عليه مال، و هو كفيل بنفسه أبدا

ص: ١٨٤

(إلى كذا كان عليّ كذا صحت الكفاله أبدا و لا يلزمه المال المشروط، و لو قال: عليّ كذا إن لم أحضره لزمه ما شرطه من المال إن لم يحضره) على المشهور.

و مستند الحكمين روايه داود بن الحصين عن أبي العباس عن الصادق عليه السّلام.

و فى الفرق بين الصيغتين من حيث التركيب العربى نظر، و لكن المصنف و الجماعه عملوا بمضمون الروايه جامدين على النص مع ضعف سنده.

و ربما تكلف متكلف للفرق بما لا يسمن و لا يغنى من جوع، و إن أردت الوقوف على تحقيق الحال فراجع ما حررناه فى ذلك بشرح الشرائع و غيره.

فى أنه تحصل الكفاله بإطلاق الغريم

(و تحصل الكفاله) أى حكم الكفاله (بإطلاق الغريم (١) من المستحق قهرا) إلا أن يبدأ بالدراهم، فإن بدأ بالدراهم فهو لها ضامن من أنه إن لم يأت به إلى الأجل الذى أجله (١)، و أشكل على الحكم بأنه أى فرق بين الشقين حتى يختلف الحكم، لأن مجرد تقديم الجزاء أو تأخيره لا مدخل له فى اختلاف الحكم، لأن الشرط و إن تأخر فهو فى حكم المتقدم مع أن سند الروايتين غير سليم فى الأولى أحمد بن الحسن الميثمى و هو واقفى لم يوثق، و فى الثانيه داود بن الحصين و هو واقفى غير أنه ثقه كما عن النجاشى، و الإنصاف إن الإشكال فى السند فى غير محله لأن الثانيه إما صحيحه و إما موثقه كما اعترف بذلك فى الجواهر، و إنما الاستناد إلى هاتين الروايتين فى الحكم المذكور المخالف للقواعد العربيه المقرره فى غايه الإشكال، و لذا ذكروا وجوها خمس لرفع الإشكال يطول نقلها فراجعها فى المسالك و الجواهر.

(١) من أطلق غريما من يد صاحبه أو من يد و كيله قهرا ضمن إحضاره، أو أداء ما عليه بلا خلاف فيه، أما ضمان إحضاره فلقاعدته نفى الضرر و الضرر (٢)، و لأنه غاصب بإطلاق الغريم قهرا و الغاصب يضمن ما غصبه، و فى الثاني ضعف لعدم صدق الغاصب عليه عرفا و هو غير داخل تحت استيلائه.

و أما أداء الحق فلائه بالإطلاق قد فوّت مال الغير عليه فيضمن، و يدل على الحكم بكلا شقيه ما ورد فى تفويت القاتل و سيأتى.

ثم قال فى الجواهر: (ثم لا يخفى عليك أن الحكم المزبور لما كان ذلك لازم الكفاله،

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الخيار.

فيلزمه إحضاره، أو أداء ما عليه إن أمكن (١) و على ما اخترناه (٢) مع تعذر احضاره (٣) لكن هنا حيث يؤخذ منه المال لا رجوع له (٤) على الغريم إذا لم يأمره (٥) بدفعه، إذ لم يحصل من الإطلاق (٦) ما يقتضى الرجوع، (فلو كان) الغريم (قاتلا) (٧) عمدا كان أم شبهه (٨) (لزمه احضاره، أو الدية (٩)، و لا يقتص منه (١٠) فى العمد لأنه لا يجب على غير المباشر.

أطلق عليه اسمها، و إلا فهو ليس من الكفاله المصطلحه قطعا ضروره عدم العقد فيه) انتهى.

(١) أى أمكن الأداء فيما لو كان الحق قابلا لصدوره من المطلق.

(٢) أى ما اختاره فى الكفاله سابقا من كون الكفيل مخيرا بين إحضار الغريم و بين أداء ما عليه فى قبال قول من ألزمه بالإحضار فقط.

(٣) أى و هنا فى الإطلاق إذا تعذر الإحضار فعليه أدى ما عليه حتما.

(٤) أى لا رجوع للمخلص إذا أدى ما على الغريم لعدم صدور الأذن من الغريم، إذ غايه ما وقع هو التخليص و هو لا إذن فيه من الغريم بالرجوع بخلاف الكفاله المصطلحه فمع إذن الغريم يرجع الكفيل عليه عند الأداء.

(٥) أى لم يأمر الغريم المخلص.

(٦) أى التخليص.

(٧) لو كان المخلص قاتلا عمدا لزم المخلص إحضاره أو رفع الدية عند تعذر إحضاره، بلا خلاف فيه لصحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قتل رجلا- عمدا فرفع إلى الوالى، فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، فقال عليه السلام: أرى أن يجبس الذين خلصوا القاتل من أيدي الأولياء حتى يأتوا بالقاتل، قيل: فإن مات القاتل و هم فى السجن، قال عليه السلام: فإن مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا إلى أولياء المقتول) (١).

(٨) قال فى المسالك: (لا فرق فى ذلك بين كون القتل عمدا أو غيره إذ القصاص لا يجب إلا على المباشر فإذا تعذر استيفاؤه وجبت الدية) انتهى.

(٩) ظاهره التخيير مع أن الخبر صريح بالإحضار أولا، و مع التعذر فالديه و لعله يريد الشارح الترتيب لا التخيير.

(١٠) من المخلص.

ص: ١٨٦

ثم إن استمر القاتل هاربا (١) ذهب المال على المخلص و إن تمكن الولي منه (٢) في العمد وجب عليه رد الديه إلى الغارم، و إن لم يقتص من القاتل، لأنها (٣) وجبت لمكان الحيلولة و قد زالت (٤)، و عدم القتل الآن (٥) مستند إلى اختيار المستحق (٦)، و لو كان تخليص الغريم من يد كفيله (٧) و تعذر استيفاء الحق من قصاص، أو مال، و أخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلّصه، كتخليصه من يد المستحق.

في ما لو غاب المكفول

(و لو غاب المكفول) غيبه يعرف موضعه (انظر) الكفيل (٨) بعد مطالبه (١) قد تقدم أنه يجب على المخلص الإحضار، و مع التعذر فالديه، و التعذر يتم فيما لو مات القاتل كما هو صريح الخبر المتقدم أو ما لو استمر هربه، ثم لو تمكن الولي من القاتل بعد دفع المخلص للديه و جب على الولي، رد الديه على الغارم و إن لم يقتص الولي من القاتل بل لو عفا، لأن الديه قد وجبت لمكان الحيلولة باعتبار أن المخلص قد حال بين الولي و غريمه، و إذا زالت الحيلولة فلا شيء على المخلص، و بالجمله فعدم القتل بعد تمكن الولي منه مستند إلى اختيار الولي لا إلى تقصير المخلص، بخلاف وقت الهروب فعدم القتل مستند إلى تخليص المخلص فلذا ألزم بالديه.

(٢) من الغريم.

(٣) أي الديه.

(٤) أي الحيلولة.

(٥) حين تمكن الولي من الغريم.

(٦) و هو الولي.

(٧) و قد رجع على الكفيل بأخذ الحق فيجوز للكفيل أن يرجع على المخلص لأنه سبب تغريم الكفيل.

(٨) لو غاب الغريم غيبه و علم مكانه و لم ينقطع خبره و كانت الكفاله حاله و قد طلب المكفول له إحضاره، أنظر الكفيل بمقدار ما يمكنه الذهاب إليه و العود به، و كذا لو كانت الكفاله مؤجله و طلبه منه بعد حلولها بلا- خلاف في شيء من ذلك، لأن إحضاره متوقف على إمهاله مده الذهاب و العود، و إذا وجب الإحضار و هو ذو المقدمه فيجب إمهاله مده الذهاب و العود و هو المقدمه.

ثم لا- فرق في وجوب الإمهال بين أن تكون محله الغريم تتجاوز مسافه التقصير أو لا، خلافا لبعض العامه فلم يوجب الإمهال إذا كانت المحله أقل من مسافه القصر و هو ضعيف لما سمعت.

المكفول له بإحضاره، (و بعد الحلول) إن كانت مؤجله (بمقدار الذهاب) إليه (و الإياب) فإن مضت و لم يحضره حبس و ألزم ما تقدم، و لو لم يعرف موضعه (١) لم يكلف إحضاره، لعدم إمكانه و لا شيء عليه، لأنه لم يكفل المال، و لم يقصر فى الاحضار.

فى موضع التسليم

(و ينصرف الاطلاق إلى التسليم فى موضع العقد (٢)، لأنه المفهوم عند الاطلاق.

و يشكل لو كانا فى برّيه، أو بلد غربه قصدهما مفارقتة سريعا لكنهم لم يذكروا هنا خلافا كالمسلم (٣)، و الإشكال يندفع بالتعيين، (و لو عين غيره) أى غير موضع العقد (لزم) ما شرط (٤)، و حيث يعين (٥)، أو يطلق و يحضره فى غير ما عين شرعا لا يجب تسلمه و إن انتفى الضرر، و لو قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حاله الكفاله (٦) فلا يلزمنى إحضاره فالقول قول المكفول له، لرجوع (١) فإذا لم يعرف موضع الغريم و قد انقطع خبره فعن المسالك و التذكرة و مجمع البرهان أن لا يكلف بالإحضار لعدم إمكانه، و لا شيء عليه لأنه لم يكفل المال، و هو على إطلاقه مشكل إذ لا بد من تقييده فيما لا يمكن أدائه و لا بدل له كحق البضع و حقوق التعزير، أما فيما يمكن أدائه أوله البديل فلا- محاله يكون الكفيل مكلفا بالأداء، لأنه من مقتضى لوازم الكفاله على ما تقدم.

(٢) أطلق المحقق و جماعه انصراف إطلاق الكفاله إلى بلد العقد، لأنه المفهوم عند الإطلاق، و هو يتم لو كان محل العقد هو بلد المكفول له، أو بلد قد استوطنه كل من المكفول له و الكفيل، أما لو كان محل العقد هو البريه أو بلد غربه بالنسبه إليهما بحيث هما قاصدان، لمفارقتة سريعا، فالقرائن الحاليه تدل على عدم إرادته من العقد.

(٣) فقد ذكروا فيه خلافا.

(٤) للزوم الوفاء بالشرط.

(٥) أى إذا عيّن موطن التسليم بالتعيين، أو أطلق موضع التسليم و بالانصراف تعين بلد العقد، فلو سلم الكفيل الغريم فى غير الموطن الذى وجب شرعا تسليمه فيه فلا يجب على المكفول له تسلمه و إن انتفى الضرر، لأنه ليس تسليما تاما، و خالف الشيخ فحكم بوجوب التسلم عليه لو انتفى الضرر عليه.

(٦) بعد اتفاق الكفيل و المكفول له على وقوع الكفاله قال الكفيل: لا حق لك على المكفول حاله الكفاله، و قال المكفول له: لى حق عليه حين الكفاله، قدّم قول المكفول له بلا خلاف فيه، لأن اعتراف الكفيل بوقوع الكفاله يستدعى ثبوت حق للمكفول له على

الدعوى إلى صحة الكفاله، و فسادها فيقدم قول مدعى الصحة،(و حلف المستحق) و هو المكفول له و لزمه إحضاره، فإن تعذر لم يثبت الحق بحلفه السابق، لأنه (١) لإثبات حق يصحح الكفاله، و يكفى فيه (٢) توجه الدعوى، نعم لو أقام بينه بالحق و أثبتته (٣) عند الحاكم الزمه به (٤) كما مر (٥)، و لا يرجع به (٦) على المكفول، لاعترافه (٧) ببراءه ذمته، و زعمه بأنه مظلوم.

(و كذا لو قال) الكفيل للمكفول له:(أبرأته) (٨) من الحق، أو أوفاه، لأصالة بقائه (٩).

المكفول، و لأن دعواه فيما بعد بأنه لا-حق له مستلزم لفساد الحواله إذ لا معنى لكفاله الغريم و هو برىء بالنسبه للمكفول له بخلاف دعوى المكفول له فإنها دعوى بصحة الحواله، و لا ريب أن القول قول مدعى الصحة، و يقدم قول مع يمينه لأنه منكر.

و عليه فإذا حلف المكفول له و قد تعذر على الكفيل إحضار الغريم فهل يجب عليه أداء المال من غير بينه، قاله فى التذكرة و المسالك احتمالاً و الأقرب عدم الوجوب لأن الكفاله تستدعى إحضار الغريم للمكفول له، و هو أعم من ثبوت المال على الغريم.

نعم لو أقام المكفول له البينه على ثبوت المال، و أغرم الكفيل لم يرجع على الغريم، لاعتراف الكفيل ببراءته عند دعواه السابقه بأن المكفول له لا حق له على المكفول حاله الكفاله، و أن الكفيل مظلوم بالدفع.

(١) أى الحلف السابق.

(٢) أى فى الحق الذى ثبت بالحلف السابق، و قد يكون الحق هو توجه الدعوى و هذا كاف فى صحة الحواله و لكنه لا يثبت المال.

(٣) أى أثبت الحق.

(٤) أى ألزم المكفول له الكفيل بالحق.

(٥) فى كتاب القضاء.

(٦) أى لا يرجع الكفيل بالحق.

(٧) أى اعتراف الكفيل.

(٨) أى بعد اتفاق الكفيل و المكفول له قال الكفيل: أبرأت المكفول، أو دفع الحق إليك، و لازمه عدم إحضار المكفول، فأنكر المكفول له الإبراء أو الدفع، كان القول قول المكفول له مع يمينه، لأنه منكر لموافق قوله لأصالة بقاء اشتغال ذمه المكفول، و هذا عند عدم البينه للكفيل على الإبراء أو الدفع.

(٩) أى بقاء الحق فى ذمه المكفول.

ثم إن حلف المكفول له على بقاء الحق يرى (١) من دعوى الكفيل، و لزمه (٢) إحضاره (٣)، فإن جاء بالمكفول فادعى البراءه (٤) أيضا لم يكتف باليمين التي حلفها للكفيل، لأنها كانت لإثبات الكفاله، و هذه دعوى أخرى و إن لزمتم (٥) تلك بالعرض، فلو لم يحلف (٦) ورد اليمين عليه) أى على الكفيل فحلف (برئ من الكفاله و المال بحاله) لا- يبرأ المكفول منه، لاختلاف الدعويين كما مر، و لأنه لا يبرأ بيمين غيره.

نعم لو حلف المكفول اليمين المردوده على البراءه (٧) برئا معا (٨)، لسقوط

(١)أى المكفول له.

(٢)أى لزم الكفيل.

(٣)أى إحضار الغريم.

(٤)أى بعد دعوى الكفيل الإبراء و بعد تقديم قول المكفول له مع يمينه، و بعد حلف المكفول له فقام الكفيل و أحضر الغريم ثم ادعى براءه ذمه المكفول لأنه قد دفع أو أبرأه المكفول له فأنكر المكفول له ذلك، كان القول قول المكفول له مع يمينه لأنه منكر أيضا، و لا يكتفى باليمين السابقه، بل على المكفول له يمين أخرى لأن هذه الدعوى مستقله و مغايره للدعوى السابقه، لأن السابقه إنما كانت من الكفيل لبراءه نفسه من وجوب إحضار الغريم و لازمها دعوى براءه ذمه المكفول، و هذه دعوى لبراءه ذمه الغريم من دون التلازم المذكور.

(٥)أى لزمتم الدعوى الثانيه للأولى.

(٦)أى لم يحلف المكفول له فى الدعوى الأولى و ردّ اليمين على الكفيل، و قد حلف الكفيل اليمين المردوده برئ من الكفاله و من وجوب الإحضار، و لا يبرأ المكفول من المال، لما ذكرنا من أن براءته من المال مغاير لدعوى الأولى من إبراء الكفيل من وجوب إحضار الغريم، و لأن الإنسان لا يبرأ من الحق بيمين غيره.

(٧)فيما لو كانت الدعوى بين المكفول و المكفول له، بحيث ادعى المكفول الإبراء و أنكره المكفول له، كان القول قول المكفول له مع يمينه، فلو نكل عن اليمين، و قام المكفول و حلف اليمين المردوده عليه برئ المكفول من الحق، و مع حصول الإبراء تسقط الكفاله و يبرأ الكفيل، و كذا لو حلف المكفول فى هذه المسأله يمين النكول لا يمين الرد فكذلك نفس الحكم المتقدم.

(٨)أى الكفيل و المكفول.

الكفاله بسقوط الحق، كما لو أداها، و كذا لو نكل المكفول له عن يمين المكفول فحلف برثا معا.

فى ما لو تكفل اثنان بواحد و بالعكس

(و لو تكفل اثنان بواحد كفى تسليم أحدهما (١) إياه تاما، لحصول الغرض، كما لو سلم نفسه، أو سلمه أجنبى.

و هل يشترط تسليمه عنه و عن شريكه، أم يكفى الإطلاق؟ قولان (٢) أجودهما الثانى، و هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة. و كذا القول فى تسليم نفسه، و تسليم الأجنبى له (٣).

و قيل: لا يبرأ (٤) مطلقا (٥)، لتغاير الحقين (٦). و ضعفه ظاهر.

(١) إذا تكفل رجلان - دفعه أو مرتبا - برجل فسلمه أحدهما لم يبرأ الآخر كما عن الشيخ و ابن حمزه و القاضى للأصل و هو عدم براءة ذمه الثانى بعد الشغل، و لكون الكفيلين كالرهنين اللذين إذا فكَّ أحدهما لم يفك الآخر، و عليه فلو هرب الغريم بعد تسليم أحدهما جاز للمكفول له الرجوع على الثانى.

و عن غيرهم أنه لو سلمه أحدهما يبرأ الآخر، لأن المقصود من الكفاله تسلمه و قد حصل، بل لو سلم نفسه أو سلمه الأجنبى يبرأ الكفيل فلو سلمه الكفيل يبرأ شريكه بالكفاله من باب أولى، و معه لا يبقى مجال للأصل للقطع ببراءة ذمه الآخر، و كونهما كالرهنين قياس مع الفارق، و على القول الثانى فلو هرب الغريم بعد تسليم الكفيل الأول لا يجوز للمكفول له الرجوع على الكفيل الثانى لأنه برىء.

ثم على القول الثانى فهل يشترط فى الكفيل المسلم أن ينوى بالتسليم تسليمه عنه و عن شريكه أم يكفى الإطلاق فى التسليم، قال فى المسالك: (وجهان)، وجه الاشرط أن المكفول له لا يجب عليه قبول الحق ممن ليس عليه بذله إلا إذا نوى بالتسليم عنه و عن شريكه فيكون التسليم من جهتهما فيجب القبول، و وجه الإطلاق حصول الغرض و هو التسليم و لا يشترط أن يكون من جهة الكفيل الثانى.

(٢) و قد سمعت أنهما وجهان.

(٣) فيجرى فيهما الوجهان السابقان بحيث لو سلم المكفول نفسه فهل يجب عليه أن ينوى أنه عن الكفيل أو يكفى الإطلاق و كذا لو سلمه الأجنبى للمكفول له.

(٤) أى لا يبرأ الكفيل الآخر كما هو مقتضى القول الأول فى أصل المسألة.

(٥) سواء كان المسلم قد نوى التسليم عنه و عن شريكه أم أطلق.

(٦) لأن ما على الكفيل الثانى مغاير لما على الكفيل الأول كالرهنين، و ضعفه ظاهر إذ هو قياس مع الفارق لما تقدم من جواز تسليم الأجنبى فتسليم الشريك أولى.

و تظهر الفائدة (١) لو هرب بعد تسليم الأول (٢).

و لو تكفل بواحد لاثنين فلا بد من تسليمه إليهما (٣) معاً، لأن العقد الواحد هنا بمنزلة عقدين، كما لو تكفل لكل واحد على انفراده، أو ضمن دينين لشخصين فأدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، بخلاف السابق، فإن الغرض من كفالتهم للواحد إحضاره و قد حصل.

فى التعبير بالبدن و الرأس و الوجه

(و يصح التعبير) فى عقد الكفاله (بالبدن (٤)، و الرأس، و الوجه (٥) فيقول:

كفلت لك بدن فلان، أو رأسه، أو وجهه، لأنه يعبر بذلك عن الجملة (٦)، بل (١) بين القولين السابقين.

(٢) فعلى القول الأول المتقدم فى المتن لا يرجع المكفول له على الثانى، و على القول الثانى يرجع.

(٣) بأن قال شخص لرجلين: أتكفل بإحضار الغريم إليكما، و لم يعقد مع كل شخص كفاله مستقلة، و هنا لا بد من التسليم إليهما معاً، لأن العقد مع الاثنين بمنزلة عقدين، فهو كما لو تكفل لكل واحد منهما على انفراده، و كما لو ضمن دينين لشخصين، و قد أدى دين أحدهما فإنه لا يبرأ من دين الآخر، و هذا هو الفارق بين هذه المسألة و بين ما تقدم، حيث كان الفرض فى السابق هو كفالتهم له بإحضاره و قد حصل من أحدهما فيبرأ الآخر، و هنا كانت الكفاله منه لشخصين فلا بد من إحضاره لهما معاً.

(٤) الأصل فى الكفاله أن تتعلق بذات الغريم بأن يقول: كفلت لك فلانا، و أنا كفيل به أو بإحضاره، و فى حكم ذاته نفسه و بدنه، لأنهما بمعنى واحد فى العرف العام.

(٥) المراد منهما بحسب الوضع هو الجزء المخصوص من البدن، إلا أنهما قد يطلقان عرفاً على جملة البدن فيقال يبقى رأسه و وجهه، و يراد به ذاته و جملة بدنه، و لهذا الإطلاق العرفى صحح المشهور الكفاله لو تعلقت بالرأس أو الوجه، و استشكل ثانى المحققين و الشهيدين بأن الرأس و الوجه و إن أطلقا على الجملة عرفاً إلا أن إطلاقهما على أنفسهما خاصة شائع متعارف إن لم يكن أشهر، و حمل اللفظ المحتمل لمعنيين على الوجه المصحح للكفاله و هو الذات أو جملة البدن فى غير محله، نعم لو صرح بإرادته جملة البدن من لفظى الرأس و الوجه اتجهت الصحة.

و فيه: إن الأصحاب قد ذكروا الرأس و الوجه باعتبار قابلية اللفظ للدلالة على جملة البدن، فلذا حكموا بصحة الكفاله لو تعلقت بهما، مع التسليم بأن حملهما على جملة البدن بحاجه إلى قرينه و لو حاله.

(٦) أى جملة البدن.

عن الذات (١) عرفا، و ألحق به (٢) الكبد، و القلب، و غيرهما من الأجزاء التي لا تبقى الحياه بدونها، و الجزء الشائع فيه (٣) كئلته، و ربعه، استنادا إلى أنه لا يمكن إحضار المكفول إلا بإحضاره أجمع.

و فى غير البدن نظر. أما الوجه و الرأس فإنهما و إن أطلقا على الجملة لكن يطلقان على أنفسهما إطلاقا شائعا متعارفا، إن لم يكن أشهر (٤) من إطلاقهما على الجملة. و حمل اللفظ المحتمل للمعنيين (٥) على الوجه المصحح (٦) مع الشك فى حصوله (٧)، و أصالة البراءة (٨) من مقتضى العقد غير جيد.

(١) أى ذات الإنسان و هى النفس.

(٢) أى بالبدن، ألحق الفاضل فى التذكرة و التحرير القلب و الكبد و نحوهما من الأعضاء التي لا يمكن الحياه بدونها، و الجزء المشاع كالثلث و الربع و غيرهما، لأنه لا يمكن إحضار هذه الأجزاء إلا بإحضار المكفول كله.

و فيه: إن إحضار الجزء الذى لا يعيش بدونه و ما فى حكمه و إن كان غير ممكن إلا بإحضار الذات إلا أن ذلك لا يقتضى صحة العقد، لأن الإحضار فرع الكفاله، و الكفاله الصحيحه فيما لو تعلق بالمجموع أو ما يطلق عليه، و أما إذا تعلق ببعضه فلا دليل على صحته، و قال فى المسالك: (و لو جاز إطلاق هذه الأجزاء على الجملة مجازا لم يكن ذلك كافيا لكونه غير متعارف، مع أنه فى المتعارف - أى الرأس و الوجه - ما قد سمعت و حيثئذ فالقول بعدم الصحة أوضح) انتهى.

و فيه: إنه إذا كان الإطلاق على الجملة مجازا مع وجود قرينه فتصح الكفاله حيثئذ و إن كان غير متعارف، لأن الإطلاق المتعارف قد يغنى عن القرينه إن كان مشهورا، و مع فرض وجود القرينه لا داعى لتقييد الإطلاق بالمتعارف.

(٣) فى البدن.

(٤) فى الأشهر زياده شهره على المشهور، و هذه الزيادة هى القرينه على إرادته المعنى الأشهر و هو نفس العضو، و معه كيف نحمل اللفظ على جملة البدن الذى هو مشهور فقط، و فيه: ما تقدم أن النزاع فى قابليه إرادته الجملة من لفظ العضو، و ليس النزاع فى محل لفظ العضو على الجملة من دون قرينه.

(٥) من نفس العضو و من جملة البدن.

(٦) أى و حمل لفظ الرأس أو الوجه على جملة البدن الذى تصح الكفاله فيه حيثئذ مع أنه محتمل لإرادته نفس العضو من دون قرينه غير جيد.

(٧) أى مع الشك فى قصد المعنى المصحح للكفاله، و الأصل عدم قصده.

(٨) أى و مع الشك فى قصد المتكلم للمعنى المصحح للكفاله و هو جملة البدن فنشك فى

نعم لو صرح بإرادته الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كإرادته أحد معنيى المشترك، كما أنه لو قصد الجزء بعينه (١) فكقصد الجزء الذى لا يمكن الحياه بدوننه، و أما ما لا (٢) تبقى الحياه بدوننه مع عدم إطلاق اسم الجملة عليه (٣) حقيقه فغاياته أن إطلاقه عليها مجاز، و هو (٤)، غير كاف فى إثبات الأحكام الشرعيه (٥)، و يلزم مثله (٦) فى كل جزء من البدن (٧)، و المنع فى الجميع أوجه (٨)، أو إلحاق الرأس و الوجه (٩) مع قصد الجملة بهما.

(دون اليد و الرجل (١٠) حصول الكفاله، و مع الشك فى حصولها نشك فى وجوب الإحضار، و مع الشك فى الوجوب تجرى أصاله البراءه، و عليه فحاصل المعنى: أن حمل اللفظ على أحد معنييه بدون قرينه غير جيد مع الشك فى قصد المتكلم له و الأصل عدم قصده، و مع كون هذا المعنى مستلزما لوجوب الإحضار، و أصاله البراءه تنفيه.

(١) أى قصد نفس العضو عند إطلاق لفظ الرأس أو الوجه فيأتى فيه الكلام المتقدم من ذكر الأجزاء التى لا يعيش الإنسان بدونها كالقلب و الكبد، فعن المشهور عدم الصحة و عن العلامه الصحة.

(٢) شروع فى مناقشه قول العلامه و قد تقدمت منا فى الشرح.

(٣) ظاهره أن الكل لا يطلق على الجزء، و هذا ما لا ربط له فى المقام، إذ ما له الربط هو عدم إطلاق الجزء على الكل و لذا نقل عن الشيخ حسن ولد الشارح أنه علق على نسخه الأصل بقوله: (كان الظاهر أن يقال: إنه مع عدم إطلاق اسمه على الجملة) انتهى.

(٤) أى الإطلاق المجازى.

(٥) و فيه: إنه كاف مع وجود القرينه للقطع بإرادته الجملة حيثئذ، و مع إرادته الجملة تصح الكفاله سواء عبّر عنها بلفظها أم بلفظ آخر.

(٦) مثل الإطلاق المجازى.

(٧) و إن كان الجزء مما يمكن الحياه بدوننه، و فيه: إنه لا خير فيه مع صحه المجاز المحتف بالقرينه الداله على إرادته جملة البدن.

(٨) أى فى جميع ما ذكر إلا البدن، و هو قول للشارح تبعا للمحقق الثانى.

(٩) إلحاقهما بالبدن كما عليه المشهور، و المنع فى بقيه الأجزاء.

(١٠) من الأجزاء التى تبقى الحياه بدوننها، و لا يطلق على الجملة، و عليه فإذا قلنا بعدم صحه الكفاله فى الأجزاء التى لا تبقى الحياه بدونها كما عليه المشهور فالقول بعدم الصحة هنا أولى.

و إن قصدها (١) بهما (٢) مجازاً، لأن المطلوب شرعاً كفاله المجموع باللفظ الصريح الصحيح كغيره من العقود اللازمة (٣)، و التعليل بعدم إمكان إحضار الجزء المكفول (٤) بدون الجملة فكان في قوه كفاله الجملة ضعيف، لأن المطلوب لما كان كفاله المجموع لم يكن البعض (٥) كافياً في صحته (٦) و إن توقف إحضاره عليه (٧)، لأن الكلام ليس في مجرد الإحضار، بل على وجه الكفاله الصحيحه، و هو منتف.

في ما لو مات المكفول

(و لو مات المكفول) قبل إحضاره (بطلت) (٨)، (لفوات متعلقها) و هو و على مبنى العلامه قد يقال بالصحه هنا أيضاً، لأن إحضار الجزء المكفول هنا يستدعى إحضار الذات أيضاً، و لذا قال في المسالك: (و لا يبعد القول بالصحه فيه - أى فى الجزء الذى يمكن الحياه بدونه - لمن يقول بها فيما سبق) انتهى، هذا و قد عرفت أنه مع إرادته الجملة تصح الكفاله سواء عبّر بلفظها أم بلفظ آخر، فالمدار على صحه المجاز لو أطلق لفظ العضو و أريد به جملة الذات، و ليس المدار على إرادته الجملة من لفظ العضو بلا قرينه كما يفهم من بعض عبارات الشارح، و ليس المدار أيضاً على كون الجزء مما يتوقف إحضاره على إحضار الجملة أو لا كما يفهم من تعليل العلامه عند إلحاق القلب و الكبد بالبدن.

(١) أى جملة البدن.

(٢) باليد و الرجل.

(٣) كما هو مبنى المشهور و قد عرفت أكثر من مره أنه لا دليل عليه، و لو سلم فاشتراط اللفظ الصريح فى العقد اللازم إنما هو فى الألفاظ التى يتم بها إنشاء الإيجاب و القبول فقط، دون الألفاظ التى تدل على متعلقات العقد و متمماته.

(٤) و إن كانت الحياه تبقى بدونه.

(٥) أى ذكر لفظ البعض و إرادته نفس عضوه.

(٦) أى صحه المجموع.

(٧) أى و إن توقف إحضار البعض على المجموع.

(٨) أى الكفاله بلا خلاف فيه، لأن متعلق الكفاله الكفاله إحضار النفس و قد فانت بالموت، و لأن المنصرف من الكفاله إنما هو الإحضار فى حال حياه الغريم، و لأن المكفول له لو أراد من المكفول حقوقاً بدنيه كحق البضع و التقاص فقد فات الغرض بالموت، لأن هذه الحقوق لا يمكن إجراؤها على بدن الميت.

النفس، و فوات الغرض لو أريد البدن.

و يمكن الفرق بين التعبير بكفلة فلانا، و كفلة بدنه (١)، فيجب إحضاره مع طلبه في الثاني، دون الأول، بناء على ما اختاره المحققون من أن الإنسان ليس هو الهيكل المحسوس (٢).

و يضعف (٣) بأن مثل ذلك منزل على المتعارف، لا على المحقق عند الأقل فلا يجب على التقديرين (٤)، (إلا في الشهادة على عينه (٥) ليحكم عليه (بإتلافه، أو المعامله) له (٦) إذا كان قد شهد عليه من لا يعرف نسبه، بل شهد على صورته فيجب إحضاره ميتا حيث يمكن الشهادة عليه بأن لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف (٧). و لا فرق حينئذ (٨) بين كونه قد دفن و عدمه، لأن ذلك (٩) مستثنى من تحريم نبشه.

(١) و قال الشارح في المسالك: (و يمكن الفرق بين أن يكون قد قال في عقد الكفاله: كفلة لك حضور بدنه أو حضور نفسه، فيجب على الأول إحضاره ميتا إن طلبه منه، و إلا- فلا- و يبين الثاني على أن الإنسان ما هو؟، فإن كان الهيكل المحسوس فكذلك - أى يجب إحضاره -، و إلا فلا، إلا أن هذا يضعف بانتفاء الفائده في إحضار الميت) انتهى.

(٢) بل نفس الإنسان، هذا و الهيكل اسم أعجمى بمعنى الصورة.

(٣) أى التفريق باعتبار أنه لو قال كفلة بدنه فيحمل على ما هو المتعارف من الكفاله بإحضاره حيا و عليه فلا فرق بين التعبيرين في عدم وجوب الإحضار بعد الموت.

(٤) سواء قال: كفلة نفسه أم كفلة بدنه.

(٥) أى على شخصه، بحيث لو ادعى عليه المكفول له بأنه قد أتلّف له شيئا أو عامله بمعامله، و أراد إثبات الدعوى عليه بالبينه، و البينه لا تعرف المكفول بنسبه بل بصورته، فلا بد من إحضاره لتقع الشهادة على شخصه.

(٦) للمكفول له.

(٧) و مع عدم المعرفة المسببه عن تغيره لا تنفع الشهادة على شخصه فلا معنى لإحضاره حينئذ.

(٨) أى حين وجوب إحضاره.

(٩) أى إحضاره بعد الدفن.

كتاب الصلح

اشاره

ص: ١٩٧

في جواز الصلح و لزومه

((و هو جائز مع الإقرار (٢) و الإنكار (٣) (١) و هو مشروع بالاتفاق لقوله تعالى: وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ (١)، و للأخبار، منها: خبر حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الصلح جائز بين المسلمين) (٢)، و مرسل الصدوق (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرّم حلالا) ٣.

هذا و الصلح عقد لقطع المنازعه السابقه أو المتوقعه لإطلاق الأخبار المتقدمه، و عن بعض العامه تخصيصه بقطع المنازعه السابقه فقط و هو ضعيف.

(٢) بحيث أقر شخص بمال عليه لآخر ثم يصلحه عليه بمال آخر أو ببعض المدعى به أو بغير ذلك من منفعه و نحوها، و هو جائز لعموم الأخبار المتقدمه.

(٣) بحيث ادعى شخص على غيره ديناً أو مالا- فأنكر المدعى عليه فتقع المصالحه بينهما إما بمال آخر أو ببعض المدعى أو بمنفعه و نحوها، و هو صحيح عندنا أيضا لعموم الأخبار المتقدمه، و خالف في ذلك الشافعي حيث منعه مع الإنكار نظرا إلى أن المدعى قد عاوض على ما لم يثبت له فلا تصح المعاوضه كما لو باع مال غيره.

هذا و مراد الأصحاب من الصحه هنا هي الصحه الظاهريه، و أما بحسب الأمر فلا يستبيح كل منهما ما وصل إليه بالصلح إذا كان غير محقق واقعا، فإذا أنكر المدعى عليه المدعى به ظاهرا و هو يعلم أنه غير محقق واقعا و صولح على بعض ما عليه في الواقع أو بمال آخر فلا يجوز للمنكر أن يستبيح ما بقى من مال المدعى عينا أو ديناً، فلو صالح

ص: ١٩٩

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الصلح حديث ١ و ٢.

عندنا مع سبق نزاع و لا معه (١) ثم إن كان المدعى محققا استباح ما دفع إليه المنكر صلحا (٢) و إلا (٣) فهو حرام باطنا (٤)، عينا كان (٥) أم دينا، حتى لو صالح عن العين بمال فهي بأجمعها حرام، و لا يستثنى له (٦) منها (٧) مقدار ما دفع من العوض، لفساد المعاوضه فى نفس الأمر. نعم لو استندت الدعوى إلى قرينه كما لو وجد بخط مورثه أن له حقا على أحد فأنكر، و صالحه (٨) على إسقاطها بمال فالمتجه صحه الصلح.

و مثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمه، لأن اليمين حق يصح الصلح على إسقاطها.

(إلا ما أحلّ حراما، أو حرّم حلالا (٩) كذا ورد فى الحديث النبوى صلّى الله عليه و سلم على العين بمال آخر فهي بأجمعها فى يده مغصوبه و لا يستثنى له منها مقدار ما دفع لعدم صحه المعاوضه فى نفس الأمر.

(١) أى و لا مع سبق نزاع، بل لدفع نزاع متوقع.

(٢) لا- إشكال فى صحه الصلح فى صورته علم المصالح بأنه محق، فالمال له فكل ما وصل إليه من المنكر منه فهو حقه فيجوز حينئذ الصلح.

(٣) أى و إن لم يكن المدعى محققا بل كان يعلم بعدم أحقيته حرم عليه ما يأخذه من المنكر صلحا، و كذا العكس لو كان المنكر غير محق فى إنكاره حرم عليه ما يأخذه من المدعى.

(٤) لا ظاهرا، و لذا قلنا سابقا بكون المراد من الصحه هو الصحه الظاهريه، و قد صح الصلح ظاهرا لاشتباه المحق من المبطل.

(٥) أى المدعى به.

(٦) أى للمدعى غير المحق.

(٧) من العين.

(٨) أى صالح المنكر المدعى على إسقاط الدعوى، و المصالحه على إسقاط الدعوى مصالحه على إسقاط المدعى لليمين، لأن اليمين حق للمدعى على المنكر بعد فتح الدعوى عند الحاكم، و كذا ما لو توجهت الدعوى بالتهمه فيتوجه على المنكر اليمين، و لا يمكن رده فيمكن هنا للمنكر المصالحه على إسقاط اليمين المتوجه إليه.

(٩) بلا- خلاف فيه فى صورتى الاستثناء للأخبار، منها: مرسل الصدوق عن رسول الله صلّى الله عليه و سلم (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحلّ

و فسر تحليل الحرام بالصلح على استرقاق حر، أو استباحه بضع لا سبب لاستباحته غيره، أو ليشرب الخمر و نحوه (١).

و تحريم الحلال بأن لا يظأ أحدهما حليلته، أو لا ينتفع بماله و نحوه (٢)، و الصلح على مثل هذه باطل ظاهرا و باطنا.

و فسر (٣) بصلح المنكر على بعض المدعى، أو منفعتة (٤)، أو بدله مع كون أحدهما عالما ببطلان الدعوى، لكنه هنا (٤) صحيح ظاهرا (٦) و إن فسد باطنا، و هو (٧) صالح للأمرين معا (٨)، لأنه (٩) محلل للحرام بالنسبة إلى الكاذب (١٠)، و محرّم للحلال بالنسبة إلى المحق (١١).

و حيث كان عقدا جائزا (١٢) فى الجملة (١٣) (فيلزم (١٤) بالإيجاب و القبول) حراما أو حرّم حلالا (١).

(١) فيكون الصلح قد أحلّ هذه المحرمات.

(٢) فيكون الصلح قد حرّم هذه المحلّلات.

(٣) أى تحريم الحلال.

(٤) أى منفعه المدعى به.

(٥) فى التفسير الثانى لتحريم الحلال.

(٦) لاشتباه المحق من الباطل.

(٧) أى الصلح على التفسير الثانى لتحريم الحلال.

(٨) من تحليل الحرام و تحريم الحلال.

(٩) أى الصلح.

(١٠) لأن مال الغير المعلوم كذلك محرم عليه، و بالصلح يحلّ له ظاهرا.

(١١) لأن متعلق الصلح مال للمحق و هو حلال له، و بالصلح يحرم عليه ظاهرا.

(١٢) أى مشروعاً.

(١٣) أى لا فى جميع الموارد، فهو غير جائز عند تحليل الحرام و تحريم الحلال.

(١٤) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، هذا و اعلم أنه عقد مستقل و ادعى عليه الإجماع كما عن التذكرة و السرائر، و عن الشيخ فى المبسوط أنه فرع على عقود خمسة، و هو مذهب

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أحكام الصلح حديث ٢.

(الصادرین من الكامل) بالبلوغ و الرشد (١)(الجائز التصرف) برفع الحجر (٢)، و تصح وظيفه كل من الإيجاب و القبول من كل منهما (٣) بلفظ صالح و قبلت (٤)، و تفریع اللزوم على ما تقدم غير حسن (٥)، لأنه (٦) أعم منه (٧) و لو عطفه (٨) بالواو كان أوضح، و يمكن التفاته إلى أنه عقد (٩) و الأصل في العقود اللزوم، إلا ما أخرجه الشافعي، فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل الملك بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع على منفعه بعوض معلوم، و فرع الهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع العاريه إذا تضمن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين أو بعضه، و قال عنه في الجواهر: (لا وجه له ضروره فرض عدم القصد به - أى بالصلح - شيئاً منها - أى من الأمور الخمسه -، و إلا كان باطلا لعدم وقوع البيع و الهبه مثلا بلفظ الصلح) انتهى، و يردّ أيضا بأن إفاده عقد فائده عقد آخر لا يقتضى كونه من أفرادها، و من هذا البيان تعرف أنه لو قلنا بكونه عقدا مستقلا فهو عقد لازم لما تقدم من لزوم الوفاء بالعقود، و على قول الشيخ يكون جائزا في بعض الموارد كما إذا كان فرع العاريه أو الهبه على بعض الوجوه.

(١) كان عليه أن يقول: بالبلوغ و العقل و الرشد، و قد تقدم أن الصبي و المجنون مسلوبا العبارة، و السفیه محجور عليه.

(٢) إذا كان حجره للتفليس.

(٣) لعدم الدليل على تقييد الإيجاب من أحدهما.

(٤) فالإيجاب بلفظ (صالح)، و القبول بلفظ (قبلت).

(٥) قد قال الماتن في منته (كتاب الصلح و هو جائز مع الإقرار و الإنكار، إلا- ما أحلّ حراما أو حرّم حلالا فيلزم بالإيجاب و القبول) فقد تكلم عن مشروعيه الصلح أولا ثم رتب عليها اللزوم، و تفریع اللزوم على المشروعيه غير حسن، لأن المشروعيه أعم من اللزوم، إذ قد يكون مشروعيا و جائزا، و عليه فلو عطف اللزوم بالواو الاستثنافيه لكان أحسن، لأنه يشعر بصدد بيان حكم جديد.

(٦) أى ما تقدم من المشروعيه.

(٧) أى أعم من اللزوم.

(٨) أى عطف اللزوم.

(٩) توجيه لصحه الترتب، و حاصله أنه إذا ثبت أن الصلح مشروع و جائز فلا بد أن يكون لازما، لأن الصلح عقد، و كل عقد لازم للأمر بالوفاء بالعقود إلا ما قام الدليل على تخصيصه.

الدليل، للأمر بالوفاء بها (١) فى الآيه (٢) المقتضى (٣) له (٤).

و هو أصل فى نفسه (٥) على أصح القولين و أشهرهما، لأصالة عدم الفرعيه، لا فرع البيع، و الهبه، و الإجاره، و العاريه، و الإبراء كما ذهب إليه الشيخ فجعله فرع البيع إذا أفاد نقل العين بعوض معلوم، و فرع الإجاره إذا وقع على منفعه معلومه بعوض معلوم، و فرع العاريه إذا تضمن إباحه منفعه بغير عوض، و فرع الهبه إذا تضمن ملك العين بغير عوض، و فرع الإبراء إذا تضمن إسقاط دين استنادا (٦) إلى إفادته (٧) فائدتها (٨) حيث يقع على ذلك الوجه فيلحقه حكم ما ألحق به.

و فيه إن إفاده عقد فائده آخر لا تقتضى الاتحاد، كما لا تقتضى الهبه بعوض معين فائده البيع.

فى أنه لا يكون طلبه إقرارا

و لا- يكون طلبه إقرارا (٩) لصحته مع الإقرار و الإنكار، و تبه به على خلاف بعض العامه الذاهب إلى عدم صحته مع الإنكار حيث فزع عليه (١٠) أن طلبه إقرار، (١) بالعقود.

(٢) و هى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(٣) أى و الأمر بالوفاء.

(٤) للزوم.

(٥) قد تقدم الكلام فيه، و المخالف هو الشيخ فى المبسوط.

(٦) تعليل لكون الصلح فرعا للأمر الخمسه.

(٧) أى إفاده الصلح.

(٨) أى فائده الأمور الخمسه.

(٩) أى لا- يكون طلب الصلح إقرارا، لأن الصلح على ما تقدم يصح مع الإقرار و الإنكار، فهو أعم من الإقرار، و طلب الأعم لا يعنى الإقرار بالأخص، نعم على مذهب الشافعى خص الصلح بالإقرار فقط، فطلب الصلح حينئذ إقرار، لأن الإقرار هو مصداقه الوحيد.

(١٠) على عدم صحه الصلح مع الإنكار.

ص: ٢٠٣

لأن إطلاقه ينصرف إلى الصحيح و إنما يصح مع الإقرار فيكون مستلزما له.

في ما لو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر

(و لو اصطاح الشريكان على أخذ أحدهما رأس المال و الباقي للآخر (١) ربح، أو خسر صح عند انقضاء الشركه) و إرادته فسخطها لتكون الزيادة مع من هي معه بمنزله الهبه، و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء.

(و لو شرطا (٢) بقائهما على ذلك (٣) بحيث ما يتجدد من الربح و الخسران لأحدهما، دون الآخر (ففيه نظر) من مخالفته (٤) لوضع الشركه حيث إنها تقتضى (١) و كان الصلح عند انتهاء الشركه، بحيث اصطاحا على أن يكون لأحدهما رأس ماله و للآخر الربح و الخسران صح الصلح بلا خلاف فيه، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه، و كان من المال دين و عليهما دين، فقال أحدهما لصاحبه: أعطني رأس المال و لك الربح و عليك التوى، فقال عليه السلام: لا بأس إذا اشترطاه فإذا كان شرط يخالف كتاب الله عز و جل فهو رد على كتاب الله عز و جل) (١).

و لكن بما أن وضع الشركه شرعا يقتضى أن يكون الربح لهما و خساره عليهما، فهذا الصلح يكون مخالفا لمقتضى الشركه و لذا حمل على أن الربح و الزيادة مع من هي معه بمنزله الهبه من الآخر له، و الخسران على من هو عليه بمنزله الإبراء منه للآخر.

(٢) أى الشريكان.

(٣) أى على إبقاء رأس المال لأحدهما و الخسران و الربح للآخر، و كان الصلح فى أثناء الشركه أو فى ابتدائها، فقد ذهب الماتن فى الدروس إلى المنع، لعدم تسميته صلحا بل هو شرط و هو شرط على خلاف مقتضى عقد الشركه و الصحيح المتقدم ظاهر فى انتهاء الشركه فلا يشمل المقام حيث ورد فى الخبر (فربحا فيه) و هو ظاهر فى الانتهاء، فلو كان صلحا و هو فى الابتداء أو الأثناء فلا يكون مشمولا للخبر، و تبعه عليه المحقق الثانى و الشارح فى المسالك، و عن غيره الصحه تمسكا بإطلاق الخبر لعدم اختصاصه بصوره انتهاء الشركه، هذا إذا كان صلحا، و لو كان شرطا فهو نافذ لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(٤) أى مخالفه الشرط، و هو دليل منع هذا الشرط.

ص: ٢٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب كتاب الصلح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهر حديث ٤.

كونهما (١) على حسب رأس المال، و من إطلاق الروايه (٢) بجوازه (٣) بعد ظهور الربح من غير تقييد بإرادته القسمه صريحا فيجوز (٤) مع ظهوره (٥)، أو ظهور الخساره مطلقا (٦).

و يمكن أن يكون نظره (٧) في جواز الشرط مطلقا و إن كان في ابتداء الشركه، كما ذهب إليه الشيخ و جماعه زاعمين أن إطلاق الروايه يدل عليه (٨)، و لعموم «المسلمون عند شروطهم». و الأقوى المنع. و هو مختاره في الدروس.

في أنه يصح الصلح على كل من العين و المنفعه

و يصح الصلح على كل من العين، و المنفعه بمثله (٩)، و جنسه (١٠) و مخالفه (١١) لأنه بإفادته (١٢) فائده البيع صح على العين (١٣)، و بإفادته فائده الإجاره صح على المنفعه، و الحكم في المماثل، و المجانس، و المخالف فرع ذلك (١٤)، و الأصل (١٥) (١) أي كون الربح و الخسران.

(٢) دليل صحه الشرط.

(٣) بجواز الشرط.

(٤) أي الشرط.

(٥) أي مع ظهور الربح.

(٦) سواء أراد الفسخ أم لا.

(٧) أي تنظر المصنف فيكون شاملا لجواز الشرط في الابتداء و الأثناء، و هذا معنى الإطلاق.

(٨) أي على جواز الشرط.

(٩) أي بفرد من صنفه.

(١٠) أي بفرد من جنسه.

(١١) كما لو صالح على عين بالمنفعه أو بالعكس، و جواز الصلح في هذه الصور لعموم مشروعيه الصلح، بل لا يختص جوازه بما ذكر فلو صالح على مثل إسقاط خيار أو إسقاط حق الشفعه أو إسقاط أولويه في تحجير أو سوق أو مسجد صح أيضا للعموم.

(١٢) أي لأن الشأن بإفاده الصلح.

(١٣) أي لكون الصلح يفيد فائده البيع صح تعلقه بالعين، و لأنه يفيد فائده الإجاره صح تعلقه بالمنفعه.

(١٤) أي فرع تعلقه بالعين أو المنفعه.

(١٥) وهو أصله الصحه فى العقود.

ص: ٢٠٥

و العموم (١) يقتضيان صحه الجميع، بل ما هو أعم منها (٢) كالصلح على حق الشفعه (٣) و الخيار و أولويه التحجير، و السوق، و المسجد بعين و منفعه و حق آخر، للعموم (٤).

فى ما لو ظهر استحقاق العوض المعين

(و لو ظهر استحقاق العوض المعين) من أحد الجانبين (بطل الصلح) (٥) كالبيع، و لو كان مطلقا (٦) رجع ببده، و لو ظهر فى المعين عيب فله الفسخ (٧).

و فى تخيره بينه (٨) و بين الأرش وجه قوى، و لو ظهر غبن لا يتسامح بمثله (٩) ففى ثبوت الخيار كالبيع وجه قوى، دفعا للضرر المنفى الذى يثبت بمثله الخيار فى البيع.

(١) أى عموم مشروعيه الصلح.

(٢) من العين و المنفعه.

(٣) حيث إن حق الشفعه و ما يتلوها ليس عينا و لا منفعه.

(٤) عموم مشروعيه الصلح.

(٥) لو ظهر أن أحد العوضين المعينين فى عقد الصلح مستحق للغير أو أنه لا- يصح تملكه كالخمر و الخنزير بطل الصلح بلا خلاف فيه ضروره أن العوضين فى الصلح هما من أركانه، و إذا انتفى أحد الركنين بطل الصلح حينئذ، و لا يقاس ما هنا على المهر فى النكاح الذى لا- يوجب فساد العوض فسادا فى عقد النكاح، بل يرجع إلى مهر المثل، لحرمة القياس، و لعدم العوض المقرر شرعا هنا فى الصلح لو بطل العوض المعين بخلاف المهر فلو بطل لثبت مهر المثل.

ثم هذا كله إذا كان العوض معيناً، و لو كان العوض كلياً بالذمه و كان ما دفعه خارجاً مستحقاً للغير رجع ببده و لا فساد فى العقد.

(٦) أى غير معين و هذا لا يكون إلا فى الذمه.

(٧) لو ظهر العيب فى المعين لا- يبطل العقد لوجود العوض و لو بالجمله، هذا و وجود العيب فى العوض موجب لثبوت الخيار لقاعده نفى الضرر، و لكن هل يثبت له الأرش أيضا قياساً على ظهور العيب فى أحد العوضين فى البيع حيث يثبت له التخير بين الفسخ و الأرش، أو لا- يثبت له الأرش، لأن إثبات الفسخ له دافع للضرر المترتب عليه لو أُلزم بقبول العوض المعيب، فإثبات الأرش بعد دفع الضرر بحاجه إلى دليل و هو منتف، مع أن الأصل عدم ثبوت الأرش.

(٨) أى بين الفسخ.

(٩) مع جهاله المغبون، و يثبت له الخيار كما يثبت الخيار فى البيع للغبن، لقاعده نفى الضرر، و هى التى أثبتت الخيار فى البيع

عند ظهور الغين فيه.

ص: ٢٠٦

في أنه لا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس

(و لا يعتبر في الصلح على النقدين القبض في المجلس (١)، لاختصاص الصرف بالبيع، و أصالة الصلح (٢)، و يجيء على قول الشيخ اعتباره (٣).

و أما من حيث الربا كما لو كانا من جنس واحد فإن الأقوى ثبوته فيه (٤)، بل في كل معاوضه، لإطلاق التحريم في الآية (٥)، و الخبر (٦).

في ما لو أتلّف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر

(و لو أتلّف عليه ثوبا يساوي درهمين فصالح على أكثر، أو أقل فالمشهور الصّحّه (٧)، لأن مورد الصلح الثوب، لا الدرهمان.

(١) لما ثبت أن الصلح ليس فرعا للبيع، و إنما هو عقد مستقل، فلا يعتبر فيه ما اعتبر في بيع الصرف من التقابض في المجلس، لأن أدله التقابض مختصه بالبيع و الصلح غير البيع، نعم على مذهب للشيخ حيث جعله فرعا للبيع فيلحقه حكمه.

(٢) أي كون الصلح أصلا برأسه.

(٣) أي اعتبار القبض في المجلس.

(٤) أي ثبوت الربا في الصلح و إن جعل عقدا مستقلا، لإطلاق تحريم أدله الربا، و قد تقدم بحثه في كتاب البيع.

(٥) و هي قوله تعالى: وَ حَرَّمَ الرِّبَا (١).

(٦)

(٧) الثوب من القيمي، و عليه فإذا أتلّف قيميّاً فهل يثبت في ذمته مثله أو قيمته، فإن قلنا بالأول فالثابت ثوب مماثل له، و هذا الثوب و إن كان يساوي درهمين و لكن لو صالحه على الثوب بدرهمين أو أكثر أو أقل فالصلح جائز، و لا ربا فيه لتغاير جنس العوضين مع عدم كون الثوب مما يكال أو يوزن، و هذا ما ذهب إليه المشهور، و يدل عليه عموم النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٢)، لأنه ظاهر في ثبوت نفس الثوب عليه، و الانتقال إلى قيمته لعدم إمكان أداء نفسه لأنه تالف، و لعدم إمكان مثله لعدم معرفه مثل له.

و على الثاني فيثبت في ذمه التالف قيمته و هو درهمان، فلو صالحه على الأقل أو الأكثر فالصلح باطل لأنه ربا، و هذا ما ذهب إليه الشهيدان في الدروس و المسالك و المحقق

ص: ٢٠٧

و هذا إنما يتم على القول بضمان القيمي بمثله، ليكون الثابت في الذمه ثوباً فيكون هو متعلق الصلح، أما على القول الأصح من ضمانه بقيمته فاللازم لذمته إنما هو الدرهمان فلا يصح الصلح عليهما بزيادة عنهما ولا نقصان مع اتفاق الجنس، و لو قلنا باختصاص الربا بالبيع (١) توجه الجواز أيضاً، لكن المجوّز لا يقول به (٢).

و لو صالح منكر الدار على سكنى المدعى (٣) سنة فيها صلح) للأصل (٤)، و يكون هنا مفيداً فائده العاربه، و لو أقرّ بها ثم صالحه على سكنى المقر صلح (٥) الثاني في جامع المقاصد، بل و نسب الحكم إلى الشيخ في الخلاف و المبسوط، لأن الخبر المتقدم ظاهر في ردّ ما أخذ هذا إن وجد، و إن تلف فعليه ردّ قيمته.

(١) كما هو مذهب غير المشهور، و المتجه هنا الصحة حينئذ لأن الصلح هنا على الدرهمين بأقل منها أو أزيد ليس من الربا بعد اختصاصه بالبيع، إلا أنه مبني ضعيف كما تقدم في كتاب البيع هذا من جهه، و من جهه أخرى لو سلم أن قيمه الثوب هي الثابتة في الذمه و لكن لا تختص القيمة بالدرهم أو الدينارين، بل يجوز أن يكون ما في الذمه أمراً كلياً، بمعنى أنه يلزمه ضمان ما يساوى الدرهمين، سواء كان من جنس الدراهم أم الدينارين أم غيرهما، لا خصوص الدرهمين، و عليه فلو وقع صلحاً في قباليهما أقل من الدرهمين فلا يلزم الربا لعدم اتحاد جنس العوضين.

(٢) بالمبني من اختصاص الربا بالبيع.

(٣) لو ادعى زيد داراً فأنكر من هي في يده، ثم صالحه المنكر على إسقاط دعواه في قبال سكنى الدار سنة مثلاً، صلح الصلح بلا خلاف و لا إشكال، لعموم جواز و مشروعيه الصلح، و يكون هذا الصلح مفيداً فائده العاربه، لأنه انتفاع بالمنفعة لمدته معلومه بغير عوض.

(٤) أما أصاله الصحة في العقود، و إما لوجود مقتضى الصحة هنا لمشروعيه الصلح بعد عدم المانع.

(٥) لو ادعى زيد الدار فأقر من هي في يده، ثم قام المدعى و هو المقر له و صالح المقر على أن يسكن المقر الدار سنة صلح الصلح لعموم جواز الصلح، و لأن الصلح مع الإقرار جائز على ما تقدم، و في كلتا صورتين يكون الصلح لازماً لعموم أو فوا بالعقود (١) بعد كون الصلح عقداً مستقلاً و ليس فرعاً على غيره.

ص: ٢٠٨

أيضا،(و لا رجوع) في صورتين لما تقدم من أنه عقد لازم، و ليس فرعا على غيره.

(و على القول بفرعيه العاربه، له الرجوع (١) في صورتين لأن متعلقه (٢) المنفعه بغير عوض فيهما (٣). و العين الخارجه من يد المقر ليست عوضا عن المنفعه الراجعه إليه، لثبوتها للمقر له بالإقرار قبل أن يقع الصلح، فلا يكون (٤) في مقابله المنفعه عوض فيكون (٥) عاريه يلزمه حكمها من جواز الرجوع فيه (٦) عند القائل بها (٧).

مسائل

اشاره

(و لما كان الصلح مشروعا لقطع التجاذب و التنازع) بين المتخاصمين بحسب أصله، و إن صار بعد ذلك أصلا مستقلا بنفسه لا يتوقف على سبق خصومه (ذكر فيه أحكام من التنازع) بحسب ما اعتاده المصنفون،(و لنشر) في هذا المختصر (إلى بعضها في مسائل):

(١)على القول بفرعيه الصلح و ليس عقدا مستقلا، ففي صورته الإنكار فيكون المنكر قد صالح المدعى على سكنى الدار سنه بغير عوض، لأن الصلح قد وقع على سكنى الدار في قبال إسقاط الدعوى، و إسقاطها ليس عوضا يملكه المنكر، و العاربه بغير عوض مما يجوز للمعير فسخها فالصلح الذي يفيد ذلك مما يجوز للمنكر هنا فسخه حينئذ. و في صورته الإقرار و الصلح هنا من الذي قد أترف له و هو المدعى على سكنى المقر الدار سنه، فالصلح على منفعه بغير عوض و هو فرع العاربه، و العاربه من دون عوض مما يجوز للمعير فسخها فيجوز للمدعى هنا فسخ الصلح كذلك.

هذا و الشارح في المسالك جعل الصلح في صورته الإقرار مما يفيد المنفعه بعوض، لأنه قد وقع على سكنى الدار في قبال خروج العين عن يد المقر، و عليه فالعاربه بعوض لازمه فلا يجوز فسخ الصلح في صورته الإقرار.

(٢)أى متعلق الصلح.

(٣)في صورتين.

(٤)و اسمه متأخر.

(٥)أى الصلح.

(٦)في الصلح.

(٧)بالعاربه.

(الأولى - لو كان بيدهما درهمان (١) فادعاهما أحدهما، و ادعى الآخر أحدهما) خاصه (فللثاني نصف درهم) لا يعترفه باختصاص غريمه بأحدهما، و وقوع النزاع في الآخر مع تساويهما فيه يدا، فيقسم بينهما بعد حلف كل منهما لصاحبه على استحقاق النصف، و من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا، أو حلفا (٢) (١) و ادعاهما أحدهما، و قد ادعى الآخر أحد الدرهمين، كان لمدعيهما درهم و نصف، و للآخر نصف درهم، لأن مدعى أحد الدرهمين لا يدعى الدرهم الآخر، و هذا الدرهم الآخر يكون للآخر بلا منازع، لأنه تحت يده و يدعيه بدون معارض.

و أما الدرهم الأول فمدعى الدرهمين يدعيه، و كذا مدعى الدرهم، و الدرهم تحت أيديهما، فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان، و يعطى كل واحد منهما نصف درهم، فيكون لمدعى الدرهمين درهم و نصف، و لمدعى الدرهم نصف درهم، و يدل عليه فضلا عن مقتضى قاعده التحالف المتقدمه أخبار، منها: صحيح عبد الله بن المغيرة عن غير واحد من أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجلين كان معهما درهمان فقال أحدهما: الدرهمان لي، و قال الآخر: هما بيني و بينك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: أما الذي قال هما بيني و بينك فقد أقر بأن أحد الدرهمين ليس له و أنه لصاحبه، و يقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين) (١)، و مثله مرسل محمد بن أبي حمزه ٢.

هذا و قاعده التحالف تقتضى الحلف مع أن النصوص خاليه عنه، و قد ذكر العلامة في التذكرة لزوم الحلف جمعا بين النصوص و القاعده و عليه فإن حلفا قسم الدرهم بينهما، و من نكل منهما قضى به للآخر، و لو نكلا معا أو حلفا اليمين المردوده فيقسم بينهما أيضا، و استحسنته في المسالك سواء كان مدعى الدرهم يدعى درهما معينا أم مشاعا، و أما الشهيد في الدروس فقد ذهب إلى إذا مدعى الدرهم إذا ادعى الدرهم المشاع فالدرهمان بينهما مناصفه بعد حلف مدعى الدرهم للآخر على نفى دعواه عن الجميع، لأن النصف من الدرهمين بيد مدعى الدرهمين، و كذا النصف الآخر بيد مدعى الدرهم، فمدعى التمام خارج بالنسبة إلى النصف الذي تحت يد مدعى الدرهم، فيكون مدعى التمام مدعيا و مدعى الدرهم منكر بالنسبة لما تحت يده فيحلف المنكر و يأخذ ما في يده من النصف، و أما النصف الآخر فهو تحت يد مدعى التمام بدون معارضه فهو له، و عليه فلا يجري التحالف.

(٢) و كان الحلف لليمين المردوده.

ص: ٢١٠

قسّم بينهما نصفين، (و للأول الباقي) قال المصنف في الدروس: و يشكل إذا ادعى الثاني النصف مشاعا فإنه تقوى القسمة (١) نصفين، و يحلف الثاني للأول، و كذا في كل مشاع، و ذكر فيها (٢) أن الأصحاب لم يذكروا هنا يمينا، و ذكروا المسألة في باب الصلح فجاز (٣) أن يكون الصلح قهريا، و جاز أن يكون اختياريا، فإن امتنعا (٤) فاليمين. و ما حكيناه نحن من اليمين ذكره العلامة في التذكرة أيضا فلعل المصنف يريد أن الكثير لم يذكره.

(و كذا لو أودعه رجل درهمن، و آخر درهما (٥) و امتزجا (٦) لا بتفريط (٧)، (١) أى قسمة الدرهمين.
(٢) في الدروس.

(٣) أى أن الأصحاب قد ذكروا المسألة في باب الصلح مع أن المسألة ليست من هذا الباب فيجوز أن يكون ذكرهم للمسألة في باب الصلح أن الصلح فيها قهري أو اختياري.

(٤) بناء على كون الصلح اختياريا و قد امتنعا فلا بد من يمين الثاني للأول بناء على مبنى الشهيد في الدروس، لأن هذا الكلام من تتمه كلامه هناك.

(٥) لو وضع زيد درهمن عند ودعي، و وضع عمرو درهما عند نفس الودعي، و امتزجا لا بتفريط منه، ثم تلف أحد الدراهم كذلك، أى لا بتفريط من الودعي، فالمشهور بين الأصحاب أن لصاحب الدرهمين درهما و نصفا، و لصاحب الدرهم نصف درهم، و ذلك لأن أحد الدرهمين الباقيين هو لصاحب الدرهمين بلا إشكال فيه، و الدرهم الآخر كما يحتمل أن يكون لصاحب الدرهمين فيحتمل أن يكون لصاحب الدرهم، و لا مرجح لأحدهما على الآخر، فمقتضى العدل تنصيفه نصفين بينهما، و يدل عليه خبر السكوني عن الصادق عن أبيه عليه السلام (في رجل استودع رجلا دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها، قال: يعطى صاحب الدينارين ديناراً، و يقسّم الآخر بينهما نصفين) (١).

و هذا الخبر مطابق لمقتضى قاعده العدل المتقدمه، و كل من الخبر و القاعده لا يقتضى الحلف، نعم الشهيد في الدروس استشكل في ذلك و مال إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و هنا تعيين مالك الدرهم الثاني الباقي مشكل فمجراه القرعه.

(٦) يراد بالامتزاج هو الاشتباه لا عدم التمييز بين المالين.

(٧) من الودعي، و إلا لو كان بتفريط منه فيضمن درهما مكان التالف، و يكون لصاحب الدرهمين درهمن، و لصاحب الدرهم درهم.

ص: ٢١١

(و تلف أحدهما (١) فإنه يختص ذو الدرهمين بواحد، و يقسم الآخر بينهما).

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و رواه السكونى عن الصادق عليه السلام.

و يشكل هنا مع ضعف المستند (٢) بأن التالف لا يحتمل كونه لهما (٣)، بل من أحدهما خاصة، لامتناع الإشاعه هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما، مع أنه مختص بأحدهما قطعاً.

و الذى يقتضيه النظر، و تشهد له الأصول الشرعيه: القول بالقرعه فى أحد الدرهمين، و مال إليه المصنف فى الدروس، لكنه لم يجسر على مخالفه الأصحاب، و القول فى اليمين كما مر (٤) من عدم تعرض الأصحاب له.

و ربما امتنع (٥) هنا إذا لم يعلم الحالف عين حقه.

و احترز بالتلف لا عن تفريط عما لو كان بتفريط فإن الودعى يضمن التالف فيضم إليهما و يقتسمانها من غير كسر، و قد يقع مع ذلك (٦) التعاسر (٧) على العين (١) لا- بتفريط من الودعى أيضاً، و إلا يجرى فيه الحكم السابق، و كان الأحسن تأخير قيد (لا بتفريط) لما بعد التلف.

(٢) لأن السكونى عامى، و فيه: إنه ثقه و منجبر بعمل الأصحاب، و موافق لقاعده العدل و الإنصاف.

(٣) لأن الدرهم التالف من أحدهما قطعاً، و ليس من كليهما، فالتالف إما درهم من درهمى زيد و إما درهم عمرو، فكيف جعل المشهور التلف عليهما معاً مع أنه مختص بأحدهما.

(٤) فالأصحاب فى المسأله السابقه لم يحكموا باليمين تمسكاً بالنصوص و إن كانت القاعده تفرض الحلف، فهنا لم يذكروا اليمين مع إطلاق النص و قاعده العدل و الإنصاف لا تقتضيه.

(٥) أى الحلف، لأن كلا منهما لا يعلم أن الدرهم الباقي هو عين ماله، و معه لا جزم فكيف يحلف على أنه له.

(٦) أى مع ضم الودعى درهما ثالثاً.

(٧) إذ قد يدعى أحدهما أن ماله فى الدرهمين الباقيين، أو يدعى كل منهما أن ماله فى هذين الدرهمين فيبقى التعاسر على حاله و إن ضم الودعى درهما ثالث، فالمتجه القرعه حينئذ، لأنها لكل أمر مشكل، و تعيين مال كل منهما مشكل فالمرجع القرعه.

فيتجه القرعه، و لو كان بدل الدراهم مالا يمتزج أجزاءه بحيث لا يتميز (١) و هو متساويها كالحنطه و الشعير و كان لأحدهما قفيزان مثلاً و للآخر قفيز، و تلف قفيز بعد امتزاجهما بغير تفريط فالتالف على نسبه المالمين، و كذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز و ثلث، و للآخر ثلثا قفيز. و الفرق أن الذهاب هنا عليهما معا، بخلاف الدراهم، لأنه مختص بأحدهما قطعاً.

الثانيه - يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصلح

(الثانيه - يجوز جعل السقى بالماء عوضاً للصلح (٢) بأن يكون مورده (٣) أمراً آخر من عين، أو منقعه، (و) كذا يجوز كونه (٤) (مورداً له) (٥)، و عوضه أمراً آخر (١) كما لو أودع زيد عند رجل قفيزين من حنطه و أودع عمرو قفيزاً عنده، فامتزجا و اختلطا و لم تتميز الأجزاء، ثم تلف قفيز بغير تفريط من الودعي، فالباقي و هو القفيزان مما تحصل فيه الشركه قهرياً، لأنه بعد الامتزاج أصبحت الأقفزه الثلاثه مالا مشتركاً للاثنين، فإذا تلف قفيز فالتلف عليهما بنسبه المالمين، فعلى صاحب القفيزين تلف ثلثي قفيز، و على صاحب القفيز تلف ثلث قفيز.

و الفرق بين هذا الفرع و بين سابقه هو أن المال هنا كان شراكه بعد المزج فالتلف عليهما، و المال هناك لم يقع مورداً للشركه فالتلف من أحدهما خاصه.

(٢) أصل المسأله فيما لو ادعى شخص على آخر بشيء، فأنكر المدعى عليه أو أقر و لكنه صالح المدعى على أن يستقى شجر المدعى بماء المدعى عليه في قبال ما ادعى به، فقال الشيخ: لا يصح هذا الصلح، لأن العوض و هو الماء مجهول، بناء على كون هذا الصلح فرعاً للبيع، و كما لا يصح البيع بعوض مجهول فكذا الصلح المتفرع عليه.

و غيره قائل بالصحه إما لأن الصلح ليس فرعاً للبيع فالشرط في البيع من معلوميه العوض لا يجري في الصلح إلا بدليل، و هو منتف، و إما لو سلمنا كما هو الحق من لا بديه العلم بالعوض سواء قلنا بفرعيه الصلح أم كونه عقداً مستقلاً، فمجهوليه الماء هنا لا تضر بصحه معامله، لأنه يصح بيع ماء الشرب الموجود في العين أو النهر فيما لو قدر بمدته معينه مع المشاهده، و إذا جاز ذلك في البيع فيجوز في الصلح، و المشاهده مع العلم بالمدته تغني عن العلم بالمقدار فلا جهاله حينئذ.

(٣) أي مورد الصلح بحيث يصلحه على العين التي ادعاها في قبال ماء السقى، و يكون ماء السقى عوضاً عن مورد الصلح من العين أو المنفعه.

(٤) أي ماء السقى.

(٥) أي للصلح بحيث يقع الصلح على ماء السقى في قبال عين أو منفعه، فتكون العين أو المنفعه عوضاً عن مورد الصلح.

كذلك (١)، و كذا لو كان أحدهما (٢) عوضا، و الآخر موردا (٣) كل ذلك مع ضبطه (٤) بمدّه معلومه، و لو تعلق بسقى شيء مضبوط (٥) دائما (٦)، أو بالسقى بالماء أجمع (٧) دائما (٨) و إن جهل المسقى لم يعد الصحه (٩)، و خالف الشيخ رحمه الله في الجميع محتجا بجهاله الماء، مع أنه جوز بيع ماء العين و البئر (١٠)، و بيع جزء مشاع منه (١١)، و جعله عوضا للصالح (١٢)، و يمكن تخصيصه (١٣) المنع هنا بغير المضبوط كما اتفق مطلقا في عبارته كثير.

(و كذا) يصح الصلح (على إجراء الماء على سطحه (١٤)، أو ساحته) جاعلا (١) من عين أو منفعه.

(٢) أى أحد السقيين.

(٣) بحيث يصلحه على سقى زرع فى قبال سقى زرع له.

(٤) أى ضبط السقى.

(٥) بحيث تعلق الصلح بسقى هذا البستان، و هو شيء مضبوط لا ينقص و لا يزيد.

(٦) أى و كون السقى فى كل أسبوع مره مثلا.

(٧) بحيث تعلق الصلح بسقى هذا الماء المعلوم بالمشاهده، و إن جهل المسقى و هو البستان.

(٨) أى فى كل أسبوع مره مثلا.

(٩) فى الصورة الثانيه المشاهده قد وقعت على مجموع الماء و هى تغنى عن العلم بمقداره، و فى الصورة الأولى ما دام قد عرف المسقى فيعرف ما يحتاجه من ماء و هو يغنى عن العلم بمقداره، و جهاله المقدار و عدم العلم به فى كل الصور مغتفره لأن المشاهده تغنى عن العلم كما هو واضح.

(١٠) للشرب مع عدم معرفه كميّه الماء مع حصول المشاهده.

(١١) من ماء العين و البئر.

(١٢) أى جعل الشيخ الماء المشاهد للشرب عوضا للصالح، فعليه أن يقول بجواز جعل الماء المشاهد للسقى عوضا للصالح، لأن الفرق بينهما غير فارق ما دامت المشاهده فى كليهما تغنى عن العلم بالمقدار.

(١٣) أى تخصيص الشيخ للمنع هنا فى عوض الصلح على ماء السقى من ناحيه أن السقى غير معين بمدّه مضبوته كما اتفق عدم الضبط فى عبارات الكثير من الفقهاء.

و فيه: إن عبارات الكثير من الفقهاء و إن كانت مطلقه من ناحيه الضبط إلا- أن مرادهم منها المقيّد بمدّه معلومه حتى ترتفع الجهاله و تكون المشاهده مغنيه عن العلم بالمقدار.

(١٤) بحيث صالح المدعى المدعى عليه في قبال المدعى به على أن يجرى المدعى عليه ماء

ص: ٢١٤

له (١) عوضا و موردا (بعد العلم بالموضع الذى يجرى منه الماء) بأن يقدر مجراه طولاً- و عرضاً، لترتفع الجهاله على المحل المصالح عليه، و لا- يعتبر تعيين العمق، لأن من ملك شيئاً ملك قراره مطلقاً (٢)، لكن ينبغى مشاهدته الماء (٣)، أو وصفه (٤)، لاختلاف الحال (٥) بقلته، و كثرته، و لو كان ماء مطر (٦) اختلف أيضاً بكمية ما يقع عليه و صغره فمعرفة تحصل بمعرفة محله، و لو سقط (٧) السطح بعد الصلح أو احتاجت الساقية (٨) إلى إصلاح فعلى مالكهما (٩)، المدعى على سطح أرض المدعى عليه أو ساحته ليصل الماء إلى أرض المدعى، فيكون جريان الماء على السطح أو الساحة عوضاً عن العين، و الصلح فيه جائز بلا خلاف و لا إشكال لعموم أدله مشروعيه الصلح، نعم لا بد أن يعلم موضع الجريان من أرض المدعى عليه، بحيث يعلم طوله و عرضه لترتفع الجهاله، لأن جريان الماء بعرض متر هو أقل من جريانه بعرض مترين، و جريانه بطول عشرة أمتار فى أرض المدعى عليه هو أقل من جريانه بطوله عشرين، و هكذا، لا يعتبر تعيين العمق كما عليه الشهدان، لأن المدعى هنا قد ملك المجرى بالمصالحه، و من ملك شيئاً ملك قراره إلى تخوم الأرض، و استشكل عليهما فى الجواهر بأنه ملك استحقاق إجراء الماء لا أنه ملك المجرى و عليه لا بد من تعيين العمق.

(١) للجريان.

(٢) قليلاً كان أو كثيراً.

(٣) بالنسبة للمدعى عليه لأن الماء سيجرى فى أرضه، فلا بد من رؤيته و رؤيه جريانه لترتفع الجهاله، لأن الماء الكثير قويا فى جريانه بخلاف الماء القليل، و القوى موجب للضرر فى حال المجرى فتشترط رؤيته، و لذا قال فى المسالك: (و قد أطلق المصنف و غيره حكم الماء من غير أن يشترطوا مشاهدته لرفع الغرر، و لا- بأس باعتباره - أى اعتبار المشاهده - لاختلاف الأغراض بقلته و كثرته) انتهى.

(٤) كقوته.

(٥) أى حال المجرى فى الضرر بكثره الرطوبة و كثره الدفع.

(٦) بحيث وقع الصلح على جريان ماء المطر فى أرض المدعى عليه، فيشترط علم المدعى عليه بكمية ماء المطر، و تعرف الكمية بمعرفة الموطن الذى يسقط فيه.

(٧) سقوطاً مانعاً من جريان الماء عليه.

(٨) أى مجرى الماء.

(٩) على نحو الوجوب، لأن جريان الماء متوقف على الإصلاح، فيجب الإصلاح حينئذ من

لتوقف الحق (١) عليه، و ليس على المصالح مساعدته.

الثالثه - لو تنازع صاحب السفلى و العلو فى جدار البيت

(الثالثه - و لو تنازع صاحب السفلى (٢) و العلو فى جدار البيت (٣) حلف صاحب السفلى)، لأن جدران البيت كالجزم منه (٤) فيحكم بها لصاحب الجمله و قيل: تكون بينهما، لأن حاجتهما إليه واحده (٥) و الأشهر الأول، (و) لو تنازعا (فى جدران الغرفه يحلف صاحبها (٦) لما ذكرناه من الجزئيه، و لا إشكال هنا، لأن صاحب البيت لا تعلق له به (٧) إلا كونه موضوعا على ملكه، و ذلك لا- يقتضى الملكيه، مع معارضه اليد، (و كذا) يقدم قول صاحب الغرفه لو تنازعا (فى سقفها) (٨) الذى هو فوقها، باب وجوب المقدمه، و الإصلاح على المالك لأنهما ملكه فالغرم عليه كما كان الغرم له.

(١) أى حق المصالح من جريان الماء فهو متوقف على الإصلاح.

(٢) قال فى المصباح: (و السفلى خلاف العلو، بالضم، و الكسر لغه، و ابن قتيبه يمنع الضم) انتهى.

(٣) لو تنازع صاحب الأسفل مع صاحب الأعلى فى جدران البيت الحامله للأعلى، فالمشهور أن القول قول صاحب الأسفل مع يمينه، لأن جدران البيت المتنازع فى ملكيتها جزء من البيت الأسفل، و هو تحت يد صاحب الأسفل، فالأعلى مدع و الأسفل منكر، فيقدم قول الأسفل مع يمينه.

و قال ابن الجنيده: إن جدران البيت بينهما، لأن حاجتهما إليها واحده، فكل منهما مدع و منكر فيحلفان و تكون الجدران لهما، و كذا لو نكلا، و أما لو حلف أحدهما و نكل الآخر فالجدران للحالف.

(٤) أى من البيت الأسفل، هذا و قد جعل الشارح الجدران كالجزم، مع أنه فى المسالك قد صرح بأنها جزء حيث قال: (هذا هو المشهور و يعضده أن جدران البيت جزؤه) انتهى.

(٥) فصاحب العلو محتاج إلى الجدار لأن بناءه عليه، و صاحب الأسفل محتاج إليه لأن سقفه عليه، و لأنه يستره عن عيون الناس.

(٦) فلو كان هناك بيت هو ملك لإنسان، و فوق البيت غرفه و يسكن الغرفه شخص آخر و هو مالك لها، فتنازع صاحب الأسفل مع ساكن الغرفه فى جدران الغرفه الفوقيه فيقدم قول مالك الغرفه، لأن الجدران جزء منها، و يقدم قوله مع يمينه لأنه منكر، لأن خصمه لا يد له على الغرفه فهو مدع، بلا خلاف فى ذلك حتى من ابن الجنيده.

(٧) أى بجدار الغرفه.

(٨) أى سقف الغرفه، و لذا وصفه الشارح بأنه هو الذى فوق الغرفه، احترازا عن أرض الغرفه الذى هو جزء من سطح البيت الأسفل، و السقف جزء من الغرفه و ساكنها يده عليها فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه.

لاختصاص صاحبها بالانتفاع به كالجدار و أولى (١).

و لو تنازعا فى سقف البيت (٢) المتوسط بينهما الحامل للغرفة (أقرع بينهما) (٣)، لاستوائهما فى الحاجه إليه (٤)، و الانتفاع به، و القرعه لكل أمر مشتبه.

و يشكل (٥) بأن مورد القرعه المحل الذى لا- يحتمل اشتراكه بين المتنازعين بل (١) أى تقديم قول ساكن الغرفة فى السقف أولى من تقديم قوله فى الجدار، و وجه الأولويه أن الجدار أعنى جدار الغرفة قد يأتى فيه احتمال أن يكون صاحب الأسفل قد بنى جدارا على سطحه، أما فى سقف الغرفة فلا يأتى هذا الاحتمال لاستحاله أن يكون قد بنى سقفا فوق سقفه بدون جدار، و لو كان مع الجدار فلا معنى لحصر النزاع فى السقف مع التسليم بكون الجدار لصاحب الغرفة.

(٢) لو تنازع صاحب الأسفل و صاحب الغرفة العليا فى سقف البيت، الذى هو سقف للأسفل و أرض للغرفة، و هو التوسط بين البيت و الغرفة بحيث يكون سقفا للأسفل و حاملا للغرفة، فقد وقع الخلاف على أقوال:

الأول: أنهما يستويان فيه، لأنه سقف للأسفل و أرض للغرفة فهو جزء فى كل منهما، فإذا ادعاه كل منهما، فكل واحد منهما مدع و منكر فيتحالفان و هو لهما، و كذا لو نكلا، و أما لو نكل أحدهما و حلف الآخر فهو للحالف، و هو قول الشيخ فى المبسوط و قواه فى الدروس.

الثانى: إن السقف المذكور لصاحب الغرفة، لأن الغرفة العليا متقومه بأرضها الحامله لها، و البيت قد يكون بغير سقف، و لكنه لا يكون بغير أرض، و عليه فبما أنهما متفقان على أنه توجد غرفه عليا و ساكنها يده عليها، فهما متفقان على أن يد ساكن الغرفة على أرضها الحامله لها، فيكون صاحب الغرفة يده على السقف الحامل دون صاحب البيت الأسفل، فالأول منكر و الثانى مدع فيقدم قول صاحب الغرفة مع يمينه، و هو قول ابن الجنييد و ابن إدريس و اختاره المحقق الثانى فى جامع المقاصد، و رجحه الفاضل فى الكثير من كتبه، و مال إليه الشارح هنا و فى المسالك.

الثالث: أنه يقرع بينهما، لأنها لكل أمر مشكل، و تعيين السقف المذكور مشكل فمجراه القرعه، و هو قول منسوب إلى الشيخ، و استحسنة المحقق فى الشرائع و هو قول الماتن هنا.

(٣) كما هو القول الثالث.

(٤) فلا مزيه لأحدهما على الآخر ليكون أحدهما صاحب يد على السقف.

(٥) وجه الإشكال أن مورد القرعه عند ما يكون المال لأحدهما خاصة، و لكنه غير مميز بأنه

هو حق لأحدهما مشتبه، و هنا ليس كذلك، لأنه كما يجوز كونه لأحدهما يجوز كونه لهما معا، لاستوائهما فيه، لأنه سقف لصاحب البيت، و أرض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما. و فى الدروس قوى اشتراكهما فيه مع حلفهما، أو نكولهما، و إلا اختص بالحالف لما ذكر من الوجه (١).

و قيل: يقضى به لصاحب الغرفة (٢)، لأنها لا تتحقق بدونه، لكونه أرضها، و البيت يتحقق بدون السقف و هما متصادقان على أن هنا غرفة فلا بد من تحققها، و لأن تصرفه فيه (٣) أغلب من تصرف الآخر و ليس ببعيد.

و موضع الخلاف فى السقف الذى يمكن إحداثه بعد بناء البيت أما ما لا يمكن كالأزج (٤) الذى لا يعقل إحداثه بعد بناء الجدار الأسفل، لاحتياجه (٥) إلى الأول أو الثانى، فيعين بالقرعه، مع أن السقف هنا قد يكون مشتركا بينهما كما هو القول الأول، فتعيين المالك بالقرعه على هذا الاحتمال ليس فى محله.

ثم العجب من المصنف حيث ذهب فى الدروس إلى اشتراك السقف بينها كما هو القول الأول، مع أنه هنا فى اللمعه قد ذهب إلى القرعه.

(١) و هو احتياجهما إليه فأيديهما عليه، و عليه فوجه دليل الاشتراك هو بعينه و وجه دليل القرعه.

(٢) كما هو القول الثانى المتقدم.

(٣) أى تصرف صاحب الغرفة فى هذا السقف المذكور، لأنه أرض غرفته هو أكثر من تصرف صاحب الأسفل فيه، لأن الإنسان يتصرف بأرض بيته أكثر من تصرفه بسقفه.

(٤) أى ما لا يمكن إحداثه بعد بناء البيت الأسفل، بل يبنى مع بناء البيت الأسفل، كالأزج، و هو على ما فى المصباح (يبنى طولاً، و يقال: الأزج السقف، و الجمع أزاج مثل سبب و أسباب)، و بناء الأزج كما فى جامع المقاصد (هو بناء معروف بعقد فوق الجدران بالجص و الآجر غالباً، و لا ريب أن هذا النوع من البناء إنما يفعل قبل امتداد الجدار فى العلو، لأنه لا بدّ من إخراج بعض الأجزاء و نحوه عن سمت وجه الجدار عند قرب محل العقد، ليكون حاملاً للعقد، فيحصل الترصيف بين السقف و الجدران، و هو دخول آليات البناء من كل منهما فى الآخر، و ذلك دليل على أنه لصاحب الأسفل، فإنه باتصاله ببنائه اقتضى كون اليد له) انتهى. هذا و إذا عرفت بناء الأزج فصاحب الأسفل يده عليه فيكون صاحب الغرفة خارجاً، فالثانى مدع و الأول منكر لموافق قوله الظاهر فيقدم قوله مع يمينه.

(٥) أى احتياج الأزج و هو العقد.

إخراج بعض الأجزاء (١) عن سمت وجه الجدار قبل انتهائه ليكون حاملا للعقد (٢) فيحصل به (٣) الترصيف (٤) بين السقف و الجدران فهو لصاحب السفلى يمينه، لدلاله ذلك على جزئيه منه.

الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان و صاحب بيوته فى المسلك

(الرابعه - إذا تنازع صاحب غرف الخان، و صاحب بيوته فى المسلك (٥). و المراد به هنا مجموع الصحن بدليل قوله:(حلف صاحب الغرف فى قدر ما يسلكه،) (١) أى أجزاء الجدار.

(٢) أى هذا الجزء الخارج عن سمت الجدار هو الحامل للعقد.

(٣) أى بالجزء الخارج.

(٤) و هو دخول آلات البناء فى كل منهما فى الآخر.

(٥) صاحب بيوت الخان أى صاحب بيوت الخان السفلى، و صاحب الغرف هو صاحب بيوت الخان العليا، فلو تداعيا الصحن، و هو الذى وضعت المرقاه فى صدره، و الصدر هو نهايته فى السعه، و هو آخر خطته فى الجبهه المقابله للباب، فكل منهما يقول: إن الصحن له فيقضى من الصحن لصاحب الأعلى بما يسلك فيه إلى العلو، أو فقل يقضى من الصحن بممر له، و لكن هذا الممر فى الصحن يشاركه صاحب الأسفل فيه أيضا، و الزائد عن الممر يكون لصاحب الأسفل فقط، هذا على المشهور، و ذلك لأن يد صاحب الأسفل على نفس الممر لافتقاره إلى السلوك فى الصحن إلى بيوته السفلى، و يد صاحب العلو على الممر أيضا لسلوكه إلى غرفه العليا، و مع ثبوت أيديهما معا عليه فلو ادعاه كل واحد منهما فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان و هو لهما.

و أما الزائد عن الممر فلا يد لصاحب العلو عليه، لأنه لا يفتقر فى السلوك إلى الزائد، مع أن يد صاحب السفلى عليه بحسب الظاهر، فالثانى منكر و الأول مدع، فيقدم قول صاحب السفلى مع يمينه.

هذا و قد احتمل الشهيد فى الدروس الاشتراك بينهما فى تمام الصحن، الممر و الزائد عليه، لأن صاحب الأعلى لا يكلف بالمرور على خط مستو، و لا- يمنع من وضع شىء فى الصحن و لا- من الجلوس قليلا، و هذا أماره على أنه ذو يد على تمام الصحن كما أن صاحب الأسفل كذلك، فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان و يكون الصحن لهما.

و قد حكم الماتن فى اللعه هنا بكون الممر للأعلى فقط و الباقي من الصحن للأسفل فقط، لأن يد الأعلى على الممر كما هو واضح لأنه مسلكه إلى الأعلى فصاحب الأسفل يكون مدعيا فيقدم قول صاحب الأعلى فى الممر مع يمينه، و أما الزائد من الصحن فيد صاحب الأسفل عليه فهو المنكر فيقدم قوله مع يمينه، و سيأتى بيان ضعفه.

(و حلف الآخر على الزائد)، لأن النزاع لو وقع على مسلك في الجملة (١)، أو معين لا يزيد عن القدر (٢) لم يكن على الآخر (٣) حلف، لعدم منازعته له (٤) في الزائد.

و وجه الحكم للأعلى بقدر المسلك (٥) كونه من ضروره الانتفاع بالغرف و له عليه يد في جملة الصحن. و أما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به أقوى، لأنه دار لبيوته فيقدم قول كل منهما فيما يظهر اختصاصه به.

و في الدروس رجح كون المسلك بينهما، و اختصاص الأسفل بالباقي (٦).

و عليه جماعه، لأن صاحب السفلى يشاركه في التصرف فيه (٧)، و ينفرد (٨) بالباقي، فيكون قدر المسلك بينهما و احتمال (٩) الاشتراك في العرصه أجمع، لأن صاحب الأعلى لا يكلف المرور على خط مستو، و لا يمنع من وضع شئ فيها، و لا من الجلوس قليلا فله يد على الجميع في الجملة كالأسفل.

ثم إن كان المرقى في صدر الصحن (١٠) تشاركاً في الممر إليه (١١)، أو (١) جملة تعليقه لكون المراد من المسلك في كلام الماتن هو تمام الصحن، لأنه لو كان النزاع بينهما على خصوص المسلك لا على تمام الصحن، فالمسلك المتنازع عليه إما معين لا يزيد عن قدر المسلك، و إما مسلك في الجملة، و على كل منهما هو المسلك الوحيد للأعلى فيقدم قول الأعلى مع يمينه، و لا يجوز من الأعلى أن يطالب الأسفل باليمين على الزائد لعدم التنازع فيه، مع أن الماتن قد حكم بكون اليمين على الأسفل في الزائد و هذا كاشف عن أن النزاع في تمام الصحن، و لذا حملنا لفظ المسلك على التمام.

(٢) عن قدر سلوكه.

(٣) و هو الأسفل بالنسبه للزائد.

(٤) أى لعدم منازعه الأعلى للأسفل.

(٥) و هو قول المصنف و قد تقدم، و فيه: إن يد الأعلى على الممر و هو غير مشكوك فيه، و لكن هذا لا ينفي وجود يد صاحب الأسفل عليه كما عليه المشهور.

(٦) و هو قول المشهور.

(٧) في المسلك.

(٨) أى ينفرد الأسفل بالباقي من الصحن.

(٩) أى الشهيد في الدروس.

(١٠) كما هو الغالب، و قد بنى النزاع السابق على ذلك.

(١١) أى إلى المرقى، و المشاركة هو قول المشهور المتقدم، و أيضا يتشارك في الممر على احتمال

ص: ٢٢٠

اختص به الأعلى (١)، و إن كان المرقى فى دهليزه (٢) خارجا (٣)، لم يشارك الأسفل فى شىء من الصحن، إذ لا يد له على شىء منها (٤)، و لو كان المرقى فى ظهره (٥) اختص صاحب السفلى بالصحن و الدهليز أجمع.

(و) لو تنازعا (فى الدرجه (٦) يحلف العلوى)، لاختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك و إن كانت موضوعه فى أرض صاحب السفلى و كما يحكم بها للأعلى يحكم بمحلها (٧)، (و فى الخزانة تحتها (٨) يقرع) بينهما (٩)، لاستوائهما فيها بكونها المصنف فى الدروس، لأن اشتراكهما فى تمام الصحن مستلزم لاشتراكهما فى الممر.

(١) على قول المصنف فى اللمعه هنا.

(٢) قال فى المسالك: (و الدهليز بكسر الدال ما بين الباب و الدار، و هو فارسى معرب).

(٣) أى كان المرقى إلى الأعلى فى دهليز الخان عند باب الخان، لم يشارك الأعلى الأسفل فى صحن الخان، بل يكون تمام الصحن للأسفل لوجود يده عليه، مع عدم وجود يد للأعلى عليه كما هو واضح.

(٤) من عرصه الصحن.

(٥) أى ظهر الخان، فيختص صاحب الأسفل بالصحن بتمامه و بالدهليز أجمع، لأن يده عليهما بخلاف الأعلى فلا يد له عليهما.

(٦) فيقضى بها لصاحب الأعلى مع يمينه، لاختصاصه بالتصرف بها بالسلوك، فهو صاحب اليد عليها، و هى و إن كانت موضوعه فى أرض الصحن التى هى للأسفل، إلا أن مجرد الوضع لا يوجب كون الأسفل صاحب يد عليها.

(٧) للأعلى عند التنازع فى محل الدرجه، أما مع عدم المنازعه فيحكم لمن يدعيها.

إن قلت: إن الدرجه فى أرض الأسفل، لأنها فى الزائد عن الممر، و الزائد للأسفل.

قلت: ما قبل وضع الدرجه كان محلها للأسفل فيده عليها فيقدم قوله مع يمينه عند التنازع، و أما بعد البناء فبحسب الظاهر أن الأعلى هو صاحب اليد على المحل، إذ لعله قد اشترى المحل المذكور من الأسفل.

(٨) تحت الدرجه.

(٩) لأن لكل واحد منهما شاهدا على أنه صاحب يد عليها، فباعتبار أن الدرجه لصاحب العلو، و إذا ملك شيئا ملك قراره إلى تخوم الأرض كما يملك عنانه إلى السماء فيكون الأعلى صاحب يد عليها، و باعتبار أن الخزانة متصله بملك الأسفل فهو صاحب يد كذلك، و مع التنازع فكل منهما مدع و منكر فيتخالفان كما عليه المحقق و الفاضل و الشهيد فى الدروس.

متصله بملك الأسفل، بل من جمله بيوته، و كونها هواء لملك الأعلى و هو كالقرار فيقرع.

و يشكل بما مَرَّ في السقف (١)، و يقوى استواءهما فيها مع حلف كل لصاحبه، و هو اختياره في الدروس، و لا عبره بوضع الأسفل آلاته تحتها (٢).

و يشكل أيضا الحكم في الدرجة (٣) مع اختلافهما في الخزانة، لأنه إذا قضى بالخزانة لهما (٤)، أو حكم بها للأسفل بوجه (٥) تكون الدرجة كالسقف المتوسط بين الأعلى و الأسفل، لعين ما ذكر (٦)، خصوصا مع الحكم بها (٧) للأسفل وحده (٨) فينبغي حينئذ (٩) و ذهب الماتن هنا إلى القرع، لأن تعيين الخزانة مشكل و هو مجرى القرع، و فيه: إن القرع تجري إذا علمنا على نحو القطع أن الخزانة لأحدهما فقط لأن موردها فيما لو كان المتنازع لأحدهما واقعا إلا أنه مشتبه ظاهرا، أما مع احتمال الاشتراك فلا تأتي القرع.

(١) أي في سقف البيت في المسألة الثالثة المتقدمه، و قد تقدم الإشكال أيضا منا هنا، و تبين وجهه.

(٢) تحت الخزانة، فوضع الآلات من ليزان و نحوها لا تجعل صاحب الأسفل صاحب يد على نحو الانحصار.

(٣) و الحكم فيها للأعلى مع اختلافهما بالخزانة التي تحت الدرجة، فلو حكمنا بكون الخزانة لهما كما هو مذهب جماعه، أو بكون الخزانة للأسفل بحسب القرع كما هو قول الماتن هنا مع أن البناء الذي هو فوق الدرجة للأعلى فتكون الدرجة كالسقف المتوسط بين البيت السفلى و الغرفه الفوقيه، و عليه فكما جرى النزاع في السقف على أقوال يجب أن يجرى عنى النزاع في الدرجة، مع أن الحكم في الدرجة و أنهما للأعلى بغير خلاف.

و فيه: إن قياس الدرجة على السقف غير صحيح، لأن الدرجة مما يحتاج إليها العلوى فقط بخلاف السقف المذكور فإنهما بحاجة إليه معا.

(٤) كما هو مذهب جماعه.

(٥) و هو القرع على مبنى الماتن هنا.

(٦) أي الخلاف في السقف يجرى في الدرجة لأنهما من مورد واحد.

(٧) أي بالخزانة.

(٨) لو خرجت القرع باسمه و هو مبنى الماتن هنا.

(٩) أي حين الحكم بكون الخزانة للأسفل وحده.

أن يجرى فيها (١) الخلاف السابق (٢) و مرجحه (٣)، و لو قضينا بالسقف للأعلى (٤) زال الإشكال هنا (٥)، و إنما يأتي (٦) على مذهب المصنف هنا (٧)، و فى الدروس (٨)، فإنه (٩) لا يجمع اختصاص العلوى بها (١٠) مطلقا (١١).

الخامسه - لو تنازع راكب الدابه، و قابض لجامها

(الخامسه - لو تنازع راكب الدابه، و قابض لجامها) فيها (١٢) (حلف الراكب) (١٣) لقوه يده، و شده تصرفه بالنسبه إلى القابض.

وقيل: يستويان فى الدعوى، لاشتراكهما فى اليد، و قوتها لا مدخل له فى الترجيح، و لهذا لم تؤثر فى ثوب بيد أحدهما أكثره كما سيأتى، و ما مع الراكب (١) فى الدرجه.

(٢) المتقدم فى السقف.

(٣) و الشارح قد رجح الاشتراك فيه مع التحالف فراجع.

(٤) كما هو القول الثانى المتقدم فى شرحنا فى المسأله الثالثه.

(٥) حيث تكون الدرجه هنا للعلوى، و هذا ما حكم به الجميع هنا من دون مخالف.

(٦) أى يأتى الإشكال.

(٧) أى فى اللمعه حيث حكم فى السقف بالقرعه بينهما، فلو خرجت باسم الأسفل لكان مناقضا للحكم بكون الدرجه للعلوى، لأن الدرجه و السقف متحدان الحكم.

(٨) أى يأتى الإشكال حيث جعل السقف مشتركا فلا يكون العلوى مختصا به فكيف كان العلوى مختصا بالدرجه، مع أن حكمها حكم السقف.

(٩) أى حكم المصنف فى السقف فى اللمعه و الدروس.

(١٠) بالدرجه.

(١١) فى كل الأحوال.

(١٢) فى الدابه.

(١٣) ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أنه يقدم قول الراكب مع يمينه، لأن يد كل منهما على الدابه، إلا أن يد الراكب على الدابه أقوى من يد قابض اللجام، و تصرف الراكب أشد من تصرف الآخر، و زياده اليد و شده التصرف تجعل الراكب هو صاحب اليد دون قابض اللجام.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس فى السرائر و غيرهما إلى أنهما سواء فى الدعوى، لثبوت يد كل منهما عليها، و زياده التصرف للراكب لم تثبت أنها مرجح، كما أن قوه يد الراكب لا مدخل لها فى الترجيح بعد ثبوت يد الآخر، فيتحالفان، و هى لهما.

ص: ٢٢٣

من زياده نوع التصرف لم يثبت شرعا كونه مرجحا، و تعريف المدعى و المنكر منطبق عليهما (١)، و هو قوى فيحلف كل منهما لصاحبه إن لم يكن بينه، و أما اللجام فيقضى به لمن هو فى يده (٢)، و السرج لراكبه (٣).

(و لو تنازعا ثوبا فى يد أحدهما أكثره فهما سواء (٤)، لاشتراكهما) فى اليد و لا ترجيح لقوتها، و التصرف هنا و إن اختلف كثره و قلته لكنه من واد واحد (٥)، بخلاف الركوب و قبض اللجام. نعم لو كان أحدهما ممسكا له، و الآخر لابسا (٦) فكمسأله الراكب و القابض، لزياده تصرف اللابس على اليد المشتركه.

(و كذا) لو تنازعا (فى العبد و عليه ثياب لأحدهما (٧) و يدهما (عليه) فلا (١) فقد عرف المدعى بأنه إذا ترك ترك، و عرف بأن قوله مخالف للأصل، و عرّف بأن قوله مخالف للظاهر، و عرّف المنكر بأنه إذا ترك ترك، و بأن قوله موافق للأصل، و بأن قوله موافق للظاهر.

فالراكب لو ترك الدابه لتركه قابض اللجام و كذا العكس، و الراكب لو تركه قابض اللجام على الدابه لانتفت الدعوى، و كذا العكس.

و الراكب قوله مخالف للأصل، إذ الأصل عدم كون الدابه له، و كذا يجرى فى قابض اللجام، و الراكب قوله مخالف للظاهر، لأن الظاهر و هو العرف يرى أن الدابه لقابض لجامها عند انفراده، و كذا العكس لأن العرف يرى أن الدابه لراكبها عند انفراده.

(٢) لأن يد القابض عليه دون الراكب، فالأول منكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٣) لثبوت يده عليه دون قابض اللجام.

(٤) لاشتراكهما فى مسمى اليد، و لا ترجيح لزياده اليد، إذ لم يثبت أنها دليل شرعى، و عليه فكل منهما مدع و منكر فيتحالفان.

(٥) لأن العرف يرى أن كلا- منهما متصرف بالثوب بدون الترجيح بقلته أو كثرته، بخلاف مسأله الراكب و قابض اللجام حيث يرى العرف أن الراكب متصرف بالدابه أكثر من تصرف الآخر.

(٦) فيد كل منهما على الثوب، إلا أن اللابس يده أقوى و تصرفه أشد و أكثر فيجرى هنا ما يجرى فى مسأله الراكب و القابض فى الدابه، إلا أن يقال كما فى المسالك: (و ربما قيل هنا بتقديم اللابس، لأن الظاهر أنه لم يتمكن من لبسه إلا و هو غالب على الثوب مستقل اليد) انتهى.

(٧) مع فرض ثبوت أيديهما عليه، فهما فيه سواء، و ثياب أحدهما لا مدخلية لهما لزياده الملك، إذ قد يلبسها بغير إذن مالكتها أو بالعاريه، فهي ليست يدا عرفا.

يرجح صاحب الثياب كما يرجح الراكب بزياده ذلك على يده (١) إذ لا- دخل للبس فى الملك، بخلاف الركوب، فإنه قد يلبسها بغير إذن مالكةا، أو بقوله، أو بالعاريه، و لا يرد مثله فى الركوب، لأن الراكب ذو يد (٢) بخلاف العبد فإن اليد للمدعى، لا له (٣). و يتفرع عليه (٤) ما لو كان لأحدهما عليه (٥)، يد و للآخر ثياب خاصه فالعبره بصاحب اليد.

(و يرجح صاحب الحمل فى دعوى البهيمه الحامله (٦) و إن كان للآخر عليها يد أيضا بقبض زمام، و نحوه، لدلاله الحمل على كمال استيلاء مالكة عليها فيرجح. و فى الدروس سوى بين الراكب، و لابس الثوب، و ذى الحمل فى لحكم. و هو حسن، (و) كذا يرجح (صاحب البيت فى) دعوى (الغرفه) الكائنه (عليه و إن كان بابها مفتوحا) إلى المدعى الآخر (٧)، لأنها موضوعه فى ملكه و هو (١) أى كما يرجح الراكب بزياده وصف الركوب على يده المشتركه مع يد الآخر، و من هنا وقع الترجيح بالركوب دون الترجيح باللبس.

(٢) أى أن الراكب له يد على الدابه، و قد تقوّت بالركوب، و هنا صاحب الثياب و إن كان له يد على العبد لكن لم تتقو باللبس، لأن الثياب و إن كانت تحت يد العبد، إلا أن العبد لا يد له فالثياب ليست تحت يد العبد، بل تحت يد المدعى من رأس، فلم يسلم للمدعى إلا يده على العبد دون اللبس.

(٣) أى لا للعبد.

(٤) أى على كون اللبس ليس يدا.

(٥) على العبد.

(٦) لو اختلف اثنان فى ملكيه البهيمه الحامله. فهنا فرعان:

الأول: أن لا يكون لأحدهما يد على البهيمه إلا حمل أحدهما عليها فيقدم قوله مع يمينه، لأنه يستفاد من وجود الحمل عليها كونه مستقلا بها و صاحب يد عليها.

الفرع الثانى: أن يكون لأحدهما حمل عليها و للثانى يد ككونه ممسكا بزمامها، فهى كمسأله الراكب و قابض اللجام، إلا أن هناك قد وقع الخلاف بخلاف هنا حيث لا خلاف فى تقديم صاحب الحمل لكونه أشدّ تصرفا و أشدّ يدا، قال الشارح فى المسالك: (إلا- أن مسأله الحمل أقوى، و لهذا لم يذكر فيها خلافا، و وجهه أن الحمل أقوى دليلا على كمال الاستيلاء، فإن الركوب أسهل تعلقا من الحمل، و فى الدروس جعل الراكب و لابس الثوب و ذا الحمل سواء فى الحكم، و هو كذلك) انتهى.

(٧) لو تداعيا غرفه على بيت أحدهما غير أن بابها إلى غرفه الآخر، كان الرجحان لدعوى

هواء بيته، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد اليد.

هذا إذا لم يكن من إليه الباب متصرفا فيها بسكنى و غيرها، و إلا قدم، لأن يده عليها بالذات، لاقتضاء التصرف له، و يد مالك الهواء بالتبعيه، و الذاتيه أقوى، مع احتمال التساوى، لثبوت اليد من الجانبين فى الجملة، و عدم تأثير قوه اليد (١).

السادسه - لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما

(السادسه - لو تداعيا جدارا غير متصل ببناء أحدهما (٢)، أو متصلا بينهما) (٣) اتصال ترصيف، و هو تداخل الأحجار و نحوها على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط المتصل به (فإن حلفا، أو نكلا فهو لهما، و إلا) فإن حلف أحدهما، و نكل الآخر (فهو للحالف، و لو اتصل بأحدهما) خاصه (٤)(حلف) و قضى له به.

و مثله ما لو كان لأحدهما عليه قبه (٥)، أو غرفه، أو ستره لصيرورته بجميع ذلك ذا يد فعليه اليمين مع فقد البيئه.

صاحب البيت قطعا، لكونها فى ملكه الذى هو عنان بيته، و هذا العنان تابع للقرار، و مجرد فتح الباب إلى الغير لا يفيد يدا عرفا. نعم لو فرض كون الآخر - مع كون باب الغرفه مفتوحا إلى غرفته - متصرفا فيها بسكنى و غيره، فيقدم قول الساكن مع يمينه، لأنه صاحب يد بالتصرف، و الآخر و إن كان صاحب يد أيضا إلا أن الساكن يده أصليه فعليه لأنه متصرف بالغرفه، و الثانى يده تبعيه لأنه مالك للقرار فيكون مالكا لمحل الغرفه لأنه عنان لذلك القرار، و اليد الفعلية أولى و أقوى من التبعيه.

(١) لأنه لم تثبت كونها مرجحه لليد.

(٢) لكنه كان بين أرضيهما، فأيديهما عليه فيتحالفان و يكون الجدار بينهما على التنصيف.

(٣) اتصال ترصيف و هو تداخل الأحجار و اللبن على وجه يبعد كونه محدثا بعد البناء، و هذا الاتصال المذكور دال على أيديهما معا على الجدار، فيحلفان و يكون لهما بالتنصيف.

(٤) بحيث اتصل الجدار ببناء أحدهما اتصال ترصيف، فالاتصال المذكور يقتضى كون صاحب البناء المتصل ذا يد على الجدار فيقدم قوله مع يمينه لأنه منكر.

(٥) أى و مثل الترصيف الكاشف عن اليد ما لو كان لأحدهما قبه أو غرفه أو ستره - بالضم كل ما يستر الشىء - فصاحبها هو ذو يد على الجدار فيقدم قوله مع يمينه، لأنه منكر.

(و كذا لو كان) لأحدهما خاصه (عليه جذع) (١) فإنه يقضى له به يمينه (٢)، أولهما فلهما، و لو اتصل بأحدهما و كان للآخر عليه جذع تساويا على الأقوى (٣)، و كذا لو كان لأحدهما واحده من المرجحات، و مع الآخر الباقيه (٤)، إذ لا أثر لزياده اليد كما سلف (أما الخوارج) (٥) من أحد الجانبين أو منهما من نقش، أو وتد، أو رف و نحوهما (و الروازن) كالطاقات (فلا ترجيح بها)، لإمكان إحداثها من جهه واضعها من غير شعور الآخر (إلا معاقد القمط) (٦) بالكسر و هو الحبل (١) ذهب الشيخ إلى أنه لا يقضى لصاحب الجذع بأنه ذو يد، لجريان العاده بالتسامح للجار فى ذلك، و لدلاله كون الجدار بين ملكيهما على ثبوت اليد لهما، فوضع الجذع من أحدهما مزيد انتفاع فقط، و زياده التصرف لا تقتضى الترجيح لإحدى اليدين على الأخرى.

و فيه منع ظاهر، لأن وضعه بين الملكين دال على ثبوت اليدين لو كان مجردا، و أما مع وضع الجذع لأحدهما فيكون صاحب اليد هو الواضع دون الآخر، فيقدم قول صاحب الجذع مع يمينه لأنه منكر، و هذا ما عليه المشهور.

(٢) على القول المشهور، و كذا ما بعده.

(٣) فالإتصال الترصيفى يعطى أنه أحدهما صاحب يد، و وضع الجذع يفيد أن الآخر صاحب يد، و عليه فهو لهما مع التحالف خلافا للشيخ حيث حكم بكون وضع الجذع لا يفيد اليد للتسامح به فى العاده.

(٤) بحيث كان لأحدهما الإتصال و للآخر غرفه أو قبه أو ستره فيتساويان، إذ لا أثر لزياده اليد كما سلف.

(٥) قال فى المسالك: (المراد بالخوارج كلما خرج عن وجه الحائط من نقش أو وتد و رف و نحو ذلك، فإنه لا يفيد الترجيح لمالكه، لإمكان إحداثه له من جهته من غير شعور صاحب الجدار، و مثله الدواخل فيه، كالطاقات غير النافذه و الرزان النافذه) انتهى.

(٦) أصل المسألة أنه لو اختلفا فى خصّ، قضى لمن إليه معاقد القمط، و الخصّ على ما فى المسالك: (الخصّ بالضم البيت، يعمل من القصب)، و يؤيده ما فى المصباح المنير حيث قال: (الخص البيت من القصب)، و يؤيده ما فى المصباح المنير حيث القصب شبه الجدار حاجزا بين الملكين) انتهى.

و أما القمط، فإن كانت بالضم فهى جمع قماط، و هى شداد الخصّ من ليف أو خوص أو نحوهما، و إن كانت بالكسر فهى حبل يشدّ به الخصّ، و عليه فلو تنازعا فى شبه الجدار المبنى من القصب بين الملكين، أو فى البيت المبنى من القصب و هو بين الملكين،

الذى يشد به الخص و بالضم جمع قماط و هى شداد الخص من ليف و خوص و غيرها فإنه يقضى بها فيرجح من إليه معاقد القمط لو تنازعا (فى الخص) بالضم و هو البيت الذى يعمل من القصب، و نحوه على المشهور بين الأصحاب، و منهم من جعل حكم الخص كالجدار بين الملكين، و هو الموافق للأصل (١).

قضى لمن إليه الجبل الذى يشد به الخص، على المشهور لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن خص بين دارين، فذكر أن عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذى من قبله القمط) (١)، و لخبر عمر بن شمر عن جابر عن أبى جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (أنه قضى فى رجلين اختصما إليه فى خص فقال: إن الخص للذى إليه القماط) ٢، و عن أبى حنيفة عدم الترجيح بمعاقد القمط، و كذا عن المحقق فى النافع، مع همل الخبرين المتقدمين على أنهما قضيه فى واقعه فلا يتعدى الحكم فيها، و يكون حكم الخص حكم الجدار بين الملكين.

(١) لأن الخص كالجدار.

ص: ٢٢٨

كتاب الشركه

اشاره

ص: ٢٢٩

في معناها و سببها

الشركة بفتح الشين فكسر الراء (١)، و حكى فيها كسر الشين فسكون الراء (و سببها (٢) قد يكون إرثا) لعين، أو منفعه، أو حق بأن يرثا مالا أو منفعه دار (١) قال في المصباح المنير: (و شركة وزان كلم و كلمه، بفتح الأول و كسر الثاني - إلى أن قال - ثم خفف المصدر بكسر الأول و سكون الثاني، و استعمال المخفف أغلب فيقال: شرك و شركه، كما يقال: كلم و كلمه على التخفيف، نقله الحجه في التفسير و إسماعيل بن هبه الله الموصلى على ألفاظ المهذب، و نصّ عليه صاحب المحكم و ابن القطاع) انتهى.

(٢) اعلم أن الشركة تطلق على معنيين:

الأول: هو اجتماع حق مالكين فصاعدا في الشيء الواحد على سبيل الشيعاء، و هذا المعنى هو المتبادر من معنى الشركة لغه و عرفا، قال في المسالك: (إلا أنه لا مدخل له في الحكم الشرعى - من الصحة و البطلان - المترتب على الشركة من كونها من جمله العقود المفتقره إلى الإيجاب و القبول، و الحكم عليها بالصحة و البطلان، فإن هذا الاجتماع يحصل بعقد و غيره، بل بغيره أكثر، حتى لو تعدى أحدهما و مزج ماله بمال الآخر قهرا، بحيث لا يتميزان تحققت الشركة بهذا المعنى) انتهى.

المعنى الثانى: عقد ثمرته جواز تصرف الملاك بالشيء الواحد على سبيل الشيعاء فيه، و هذا المعنى للشركة هو الذى أوجب إدراجها فى جمله العقود، و بهذا المعنى يلحقها حكم الصحة و البطلان.

و الشركة بالمعنى الأول قد تكون بسبب إرث و قد تكون بسبب عقد و قد تكون بسبب حيازه و قد تكون بسبب المزج و على كل التقادير فالمشترك قد يكون عينا و قد يكون منفعه و قد يكون حقا، و مثال ما لو كان سبب الشركة إرثا هو: كأن يرث ثلاثة من الأخوه دارا لمورثهم أو يرثون منفعه دار قد استأجرها مورثهم أو يرثون حق الخيار الثابت

استأجرها مورثهم، أو حق شفعه، و خيار،(و عقدا) (١) بأن يشتريا دارا بعقد واحد، أو يشتري كل واحد منهما جزء مشاعا منها و لو على التعاقب، أو يستأجرها (٢)، أو يشتريا بخيار لهما (٣)،(و حيازه) (٤) لبعض المباحات (دفعه) بأن يشتركا فى نصب حباله، و رمى سهم مثبت فيشتركا فى ملك الصيد، و لو حاز كل واحد شيئا من المباح منفردا عن صاحبه اختص كل بما حازه (٥) إن لم يكن عمل كل واحد بنيه الوكاله عن صاحبه (٦) فى تملك نصف ما يحوزه، و إلا- اشتركا أيضا على الأقوى، فالحيازه قد توجب الاشتراك مع التعاقب (٧) و قد لا توجه فى الدفعه (٨)،(و مزجا) (٩) لأحد مالیهما بالآخر بحيث (لا يتميز) كل منهما عن لمورثهم، و على مثل هذا فقس بقیه الأمثله، و سيذكر الشارح البقیه الواقعه، و إلا فبعض الصور المتقدمه لا صغرى لها كما سیأتى التنبیه علیها.

(١) كأن يشتري ثلاثه من الملاك دارا، أو يستأجرون منفعه دار، أو يصلحون على حق تحجير، فيكون الحق لهم، فالعقد الموجب للشركه قد يوجبها فى عين أو منفعه أو حق.

(٢) مثال للمنفعه.

(٣) فيكون حق الخيار لهما.

(٤) عطف على العقد و الارث، و هو فى مقام بيان الباب الشركه، و الحيازه تتحقق فيما لو اشتركا فى نصب حباله الصيد المشتركه بينهما، أو يشتركان فى رمى السهم المشترك لهما، فيحوزان بالنصب أو الرمي طيرا فهو لهما شراكه، و قد تتحقق فيما لو اقتلعا شجره أو اغترفاه ماء، و لصدور العمل منهما فتكون الشجره أو الماء شراكه، هذا و الحيازه تكون سببا فى الشراكه فى الأعيان فقط كما هو واضح.

(٥) لما سیأتى من أن الحيازه سبب للملك، فإذا حاز أحدهما شجره فتكون ملكا له، و لا تكون موردا للشركه إلا إذا جوزنا شركه الأبدان على ما سیأتى من أنهما يشتركان بعقد على أن يكون عمل أحدهما ملكا لهما، و سیأتى أنها باطله إلا من الإسكافى.

(٦) سیأتى أنه هل تتحقق الوكاله فى الحيازه أو لا، فعلى القول بالجواز لو نوى بالحيازه عنه و عن موكله فيكون كل منهما قد جاز النصف فهى لهما، و على القول بعدم فالوكاله لا تقع و نيته لا معنى لها، فالحيازه للأول و الملك له فقط بدون اشتراك.

(٧) كما لو نوى كل منهما عن الآخر حال كون نيه أحدهما متقدمه.

(٨) كما لو حاز كل منهما عن نفسه لا عن وكيله.

(٩) عطف على الحيازه و العقد و الارث، و هو السبب الرابع للشركه، كأن يمتزج مال أحدهما

الآخر بأن يكونا متفقين جنسا ووصفا، فلو امتزجا بحيث يمكن التمييز وإن عسر كالحنطه بالشعير، أو الحمراء من الحنطه بغيرها، أو الكبيره الحب بالصغيره، و نحو ذلك فلا اشتراك. و لا فرق هنا بين وقوعه اختيارا، أو اتفاقا.

في كون الشركه في عين أو منفعه

(و الشركه قد تكون عينا) أى في عين كما لو اتفق الاشتراك بأحد الوجوه السابقه (١) في شىء من أعيان الأموال، (و منفعه) كالاشتراك في منفعه دار استأجرها، أو عبد، أوصى لهما بخدمته، (و حقا) كشفعه، و خيار، و رهن، و هذه الثلاثه (٢) تجرى في الأولين (٣) و أما الأخيران (٤) فلا يتحققان إلا في العين، و يمكن فرض الامتزاج في المنفعه بأن يستأجر كل منهما دراهم للترين بها، حيث نجوزه (٥) متميزه (٦) ثم امتزجت بحيث لا تتميز.

في أن المعتبر شركه العنان لا الأعمال و لا المفاوضه و لا الوجوه

(و المعتبر) من الشركه شرعا عندنا (شركه العنان) (٧) بكسر العين و هى شركه بمال الآخر بحيث لا يتميزان، سواء كان المزج بسبب فعل أحدهما أو بفعلهما أو بسبب ثالث، و المزج قد يتحقق في العين لمزج الزيت بالزيت، إلا أنه لا يجرى في المنفعه، نعم بعضهم فرض مثالا للمزج بالمنفعه كما لو استأجر شخص دراهم للترين بها بناء على جواز ذلك ثم مزجت الدراهم بغيرها حيث كان لكل درهم خصوصيه فيتحقق المزج بمنافع الدراهم المستأجره.

(١) من الارث و العقد و الحيازه و المزج.

(٢) من كون المشترك عينا أو منفعه أو حقا.

(٣) أى في الأولين من أسباب الشركه، و هما الارث و العقد.

(٤) و هما الحيازه و المزج.

(٥) لأنه يشكل على صحه استئجار الدراهم لمنفعه الترين مع أن الأصل عدمها.

(٦) صفه للدراهم.

(٧) و هى شركه الأموال، بمعنى أن يكون لكل منهما مال، فيمزج كل مع الآخر، و يشترطان العمل به بأبدانها، و يتساويان في الربح و الخسران مع تساوى المالين، و لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في المال المشترك إلا بإذن شريكه.

و هذه الشركه لا بد فيها مع اشتراك المالين من صيغه عقديه من إيجاب و قبول على أن يعملوا بالمال المشترك ليكون الربح لهما و الخساره عليهما، و هذا هو المعنى الثانى للشركه، و بهذا المعنى صح إدراجها في باب مستقل من أبواب الفقه، و هى بهذا المعنى يلحقها الحكم الشرعى من الصحه و البطلان، فإذن الشركه عقد على التكبسب بالمال المشترك، فإن

الأموال، نسبت إلى العنان و هو سير (١) اللجام الذى يمسك به الدابه، لاستواء الشريكين (٢) فى ولايه الفسخ، و التصرف، و استحقاق الربح على قدر رأس المال كان المال مشتركاً قبل المعامله فهو و إلا لا بد من مزجه ليصير مشتركاً، و هذه الشركه تصح عندنا بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع بقسميه كما فى الجواهر. و هذه الشركه تسمى بشركه العنان، و العنان بالكسر هو سير اللجام الذى يمسك به الدابه، و السير هو ما يقد من الجلد بل هو (قدّه من الجلد مستطيله)، و إذا تقرر ذلك فقد اختلفوا فيما أخذت منه كلمه شركه العنان.

فقيل من عنان الدابه، و لذا قال فى المصباح المنير: (و قال بعضهم: مأخوذه من عنان الفرس، لأنه يملك بها - أى بشركه العنان - التصرف فى مال الغير كما يملك التصرف فى الفرس بعنانه) انتهى.

أو يقال: إنها مأخوذه من عنان الدابه لاستواء الشريكين فى ولايه الفسخ و التصرف و استحقاق الربح على قدر رأس المال كاستواء طرفى العنان.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه لتساوى الفارسين إذا استويا على فرسيهما و تساويا فى السير، فيكونان سواء، لكون كل منهما قابضاً على دابته بالعنان يسيرها كيف شاء، فكذلك الشريكان يستويان فى التصرف فى المال المشترك.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه، لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف كما يشتهى و يريد كما يمنع العنان الدابه.

أو إنها مأخوذه من عنان الدابه، لأن الأخذ بعنان الدابه حبس لإحدى يديه على العنان مع أن يده الأخرى مطلقه يستعملها كيف شاء، و كذلك الشريك يمنع بالشركه نفسه عن التصرف فى المال المشترك كما يشتهى، و هو مطلق التصرف فى سائر أمواله.

أو إنها مأخوذه من (عنّ) إذا ظهر، إما لأنه ظهر لكل منهما مال لصاحبه، و إما لأنها أظهر أنواع الشركه و لذلك أجمع على صحتها.

أو أنها مأخوذه من (المعائنه) و هى المعارضه، فكل واحد منهما عارض بما أخرجه ما أخرجه الآخر، و هذا ما قاله الزمخشري، و قد جعله مردداً بين هذا المعنى و بين معنى ثان، و هو أن العنان مؤلف من طاقين مستويين، و بشركه الأموال يكون الشريكان مستويين فى التصرف.

(١) بفتح الأول و سكون الثانى.

(٢) أى إذا كانت شركه العنان مأخوذه من عنان الدابه، فالأخذ إما لاستواء الشريكين و إما لتساوى الفارسين، و إما لكون كل منهما يمنع الآخر كما يمنع العنان الدابه، و إما لأن الأخذ بالعنان حبس لإحدى يديه مع إطلاق الأخرى فالجهات أربعه.

كاستواء طرفى العنان، أو تساوى الفارسين فيه إذا تساويا فى السير، أو لأن كل واحد منهما يمنع الآخر من التصرف حيث يشاء كما يمنع العنان الدابه، أو لأن الأخذ بعنانها يحبس إحدى يديه عليه و يطلق الأخرى كالشريك يحبس يده عن التصرف فى المشترك مع انطلاق يده فى سائر ماله.

وقيل: من عنّ إذا ظهر، لظهور مال كل من الشريكين لصاحبه أو لأنها أظهر أنواع الشركه. وقيل: من المعانته و هى المعارضه، لمعارضه كل منهما بما أخرجه الآخر.

(لا شركه الأعمال) (١) بان يتعاقدا على أن يعمل كل منهما بنفسه، و يشتركا فى الحاصل، سواء اتفق عملهما قدرا و نوعا (٢) أم اختلف فيهما (٣) أم فى أحدهما، و سواء عملا فى مال مملوك (٤) أم فى تحصيل مباح (٥)، لأن كل واحد (١) و هى المسماه بشركه الأبدان، بأن يقع العقد بين اثنين على أن يكون أجره عمل كل منهما مشتركا بينهما، سواء اتفقا فى العمل كخياطين، أم اختلفا كالخياط مع النساج، و كذلك تحصل الشركه المذكوره فيما لو وقع العقد بينهما على أن ما يحصله أحدهما كالحيازه فهو لهما على نحو الاشتراك.

فهذه الشركه باطله و يختص كل منهما بأجرته و بما حازه، بلا خلاف فى ذلك إلا من ابن الجنيد، و دليلهم الإجماع بعد عدم الدليل الخاص على الجواز من الكتاب و السنه، هذا فضلا عن عدم تحقق موضوع الشركه هنا، إذ موضوعها المال المشترك و فى هذه الشركه لم يتحقق مزج ماليهما بل كل ما يحصله أحدهما متميزا عما يحصله الآخر فيكون لصاحبه، لا له و لشريكه.

نعم ما أورده العلامه فى التذكره (من شركه سعد بن أبى وقاص و عبد الله بن مسعود و عمار بن ياسر فيما يغنمونه، فأتى سعد بأسيرين و لم يأتيا بشيء، فأفرهم النبى صلى الله عليه و سلم و شركهم جميعا) غير ثابت من طرقنا و لا يوجد له جابر.

(٢) كأن يكون أجره كل منهما بقدر أجره الآخر مع كونهما خياطين

(٣) كأن يكون أحدهما خيطا و الآخر نساجا، و كان أجره أحدهما أكثر من الآخر، و هذا كله إشاره إلى خلاف بعض العامه، فمنهم من منع من صحتها مطلقا موافقا للإماميه، و منهم من أجازها مطلقا مع اتفاق الصيغتين لا مع اختلافها، و منهم من أجازها فى غير اكتساب المباح.

(٤) و كان مملوكا للغير كالخياط و النساج.

(٥) كالحيازه.

منهما متميز ببدنه و عمله فيختص بفوائده، كما لو اشتركا في مالين و هما (١) متميزان.

(و لا) شركة (المفاوضه) (٢) و هي أن يشترك شخصان فصاعدا بعقد لفظي على أن يكون بينهما ما يكتسبان، و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلتزم كل منهما للآخر مثل ما يلتزمه (٣) من أرش جنايه، و ضمان غصب، و قيمه متلف، و غرامه ضمان و كفاله، و يقاسمه فيما يحصل له من ميراث، أو يجده من ركاز (٤)، و لقطه، و يكتسبه في تجاره، و نحو ذلك.

و لا- يستثنيان من ذلك إلا قوت اليوم، و ثياب البدن، و جاريه يتسرى بها، فإن الآخر لا يشارك فيها. و كذا يستثنى في هذه الشركة من الغرم: الجنايه على الحر، و بذل الخلع (٥)، و الصداق إذا لزم أحدهما (٦).

(١) أي المالان.

(٢) قال الشارح في المسالك: (و هي أن يشترك شخصان فصاعدا على أن يكون بينهما ما يكتسبان و يربحان، و يلتزمان من غرم و يحصل لهما من غنم، فيلتزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من أرش جنايه و ضمان غصب و قيمه متلف و غرامه الضمان و الكفاله، و مقاسمه ما يحصل له من الميراث و يجده من ركاز و لقطه و يكتسبه في تجارته بماله المختص به، و لا يستثنى من ذلك إلا- قوت يومه و ثياب بدنه و جاريه يتسراها، فإنه لا يشاركه، و كذا يستثنى من الغرم الجنايه على الحر و بذل الخلع و الصداق إذا لزم أحدهما.

و قال صاحب إصلاح المنطق: شركة المفاوضه أن تكون مالهما من كل شيء يملكانه بينهما، و هو مخصوص بما ذكرناه، لاستثناء القائل بها بذلك، و هي باطله إلا عند أبي حنيفة و من شدّ انتهى.

و على كل فهي باطله بلا خلاف فيه بيننا لعدم الدليل على جوازها من كتاب أو سنه، و لأن هذه الشركة لا توجب المزج بين المالين، بل يكون كل مال متميزا عن الآخر، فكما أن الغنم له فالغرم عليه، و لا دليل على أن الغرم أو بعضه على الآخر.

(٣) أي ما يلتزمه الآخر.

(٤) قال في المصباح المنير إنه (المال المدفون في الجاهليه، و هو قول أهل الحجاز، و يقال هو:

المعدن) انتهى.

(٥) بالنسبه للمرأة إذا كانت أحد الشريكين.

(٦) أي أحد الشريكين.

(و) لا شركة (الوجه) (١) و هي أن يشترك اثنان وجيهان (٢) لا- مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمه على أن ما يتتبعه كل منهما يكون بينهما فيبيعان و يؤديان الأثمان، و ما فضل فهو بينهما، أو أن يتتبع وجيه في الذمه و يفوض بيعه إلى خامل على أن يكون الربح بينهما، أو أن يشترك وجيه لا- مال له، و خامل ذو مال ليكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه، و الربح بينهما، أو أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعضه (٣) له، و هذه الثلاثة (٤) بمعانيها (٥) عندنا باطله.

في أن المشترين يتساويان في الربح و الخسران

(و) المشترين كان شركة العنان (يتساويان في الربح و الخسران مع تساوى المالكين، و لو اختلفا) في مقدار المال (اختلف الربح) بحسبه (٦).

(١) قال الشارح في المسالك: (لشركة الوجوه تفسيرات، أشهرها أن يشترك اثنان وجيهان عند الناس لا مال لهما بعقد لفظي لبيتاعا في الذمه إلى أجل على أن ما يتتبعه كل واحد منهما يكون بينهما، فيبيعان و يؤديان الأثمان، و ما فضل بينهما. و قيل: أن يتتبع وجيه في الذمه و يفوض بيعه إلى خامل، و يشترط أن يكون الربح بينهما.

و قيل: أن يشترك وجيه لا- مال له و خامل ذو مال، و يكون العمل من الوجيه و المال من الخامل، و يكون المال في يده لا يسلمه إلى الوجيه و الربح بينهما.

و قيل: أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له، و الكل عندنا باطل خلافا لابن الجنيدي، فإنه جَوَّزها بالمعنى الأول، و لأبي حنيفة مطلقا انتهى.

و بطلانها للإجماع المدعى و لأنه لا دليل على جوازها، و لأنه لم يتحقق المزج بين المالكين فلا يتحقق موضوع الشركة. (٢) أي معتبران عند الناس.

(٣) أي بعض الربح.

(٤) من شركة الأعمال و شركة المفاوضات و شركة الوجوه.

(٥) أي بالتفسيرات كلها الواردة في شرح الثلاثة.

(٦) أي بحسب مقدار المال، و كذا عليه من خساره بحسب ماله و لم يذكر الماتن خساره و اقتصر على الربح، لتقدم الربح على خساره مع أنه إذا ذكر الربح فيكون حكم خساره معروفا حينئذ، بلا خلاف في ذلك، لأن الربح تابع للمال لأنه نماءه، فإذا كان مال أحدهما مساويا لمال الآخر كان الربح بينهما بالتصنيف، و خساره على المال لأن من له

و الضابط أن الربح بينهما على نسبة المال متساويا و متفاوتا، فلو عبر به (١) لكان أخصر و أدل على المقصود، إذ لا يلزم من اختلاف الربح مع اختلاف المالين كونه على النسبه، (و لو شرطا غيرهما) (٢) أى غير التساوى فى الربح على تقدير الغنم فعليه الغرم، فلو كان أحد المالين كالآخر كان الغرم عليهما بالتصنيف، و منه يعرف حكم الربح و الخساره، عند اختلاف مقدار المالين.

(١) أى بكون الربح على نسبة المال، لكان أخصر من عباره المصنف، لأن المصنف قد ذكر نسبة الربح عند التساوى و نسبته عند اختلاف المالين، و لكان أول لأن عباره الشارح تفيد أن الاختلاف فى الربح مسبب عن اختلاف المالين، أما عباره المصنف فلا تدل على أن سبب الاختلاف فى الربح هو الاختلاف فى المالين، و ذلك لو كان لأحدهما ثلثا المال و للآخر الثلث الباقي فيجب أن يكون الربح على مقدار نسبة المالين، و لكن لو شرط بجعل الربح بينهما على أن يكون لصاحب الثلثين ثلثه أرباع الربح و لصاحب الثلث ربع لصدق اختلاف الربح عند اختلاف المالين كما هو مقتضى عباره الماتن، مع أن المصنف لا يريد هذه الصوره من عبارته السابقه.

(٢) أى شرطا زياده الربح مع تساوى المالين، أو شرطا تساوى الربح و الخسران مع تفاوت المالين، و قد وقع الخلاف فيه على أقوال:

الأول: الصحه و إليه ذهب المرتضى مدعيا عليه الإجماع و تبعه عليه جماعه منهم العلامه و ولده لعموم أو فوا بالعقود (١) ، و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢) ، و لأصالة الصحه فى العقود، و بناء الشركه على الإرفاق لكل منهما، و من جملته موضع النزاع.

الثانى: البطلان للشرط مع بطلان عقد الشركه، و ذهب إليه الشيخ و ابن إدريس و المحقق و القاضى بل نسب إلى الأكثر، لانتفاء دليل الصحه، و لأنه أكل للمال بالبطل لأن زياده ليس فى مقابلها عوض لأن الفرض أنه ليس فى قبالة زياده عمل، و لم يقع اشتراط زياده فى عقد معاوضه كالبيع ليضم شرط زيادتها إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبه، مع أن الأسباب المثمره للملك معدوده و ليس هذا واحدا منها، فيكون اشتراط زياده اشتراطا لتملك شخص مال غيره بغير سبب ناقل للملك، و إذا بطل الشرط بطل العقد المشروط، إذ لم يقع التراضى بالشركه و لا الاذن فى التصرف إلا على ذلك التقدير، و قد تبين فساده فلا يندرج تحت عموم أو فوا بالعقود (٣) و لا تحت

ص: ٢٣٨

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٣- (٣) سورة المائده، الآية: ١.

تساوى المالىن بأن شرطاً فيه (١) تفاوتاً حيثئذ (٢)، أو غير اختلاف استحقاقهما فى الربح مع اختلاف المالىن كميّه (فالأظهر البطلان) أى بطلان الشرط، و يتبعه بطلان الشركه (٣) بمعنى الإذن فى التصرف، فإن عملاً كذلك (٤) فالربح تابع للمال و إن خالف الشرط، و يكون لكل منهما أجره عمله بعد وضع ما قابل عمله فى ماله (٥).

و وجه البطلان بهذا الشرط أن الزيادة الحاصله فى الربح لأحدهما ليس فى مقابلها عوض، و لا وقع اشتراطها فى عقد معاوضه لتضم إلى أحد العوضين، و لا اقتضى تملكها عقد هبه، و الأسباب المثمره للملك معدوده، و ليس هذا أحدها فيبطل الشرط و يتبعه العقد المتضمن للإذن فى التصرف، لعدم تراضيهما إلا على ذلك التقدير و لم يحصل. و ينبغى تقييده (٦) بعدم زياده عمل ممن شرطت له الزيادة، و إلا (٧) اتجه الجواز.

و قيل (٨): يجوز مطلقاً (٩) لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و المؤمنون عند بقيه العمومات الوارده فى دليل القول الأول، و الإجماع المدعى من قبل السيد المرتضى على القول الأول معارض بالإجماع المدعى على القول الثانى من ابن إدريس، و مع الغض عن المعارضه لإجماع السيد موهون لذهاب الأكثر إلى خلافه.

الثالث: صحه عقد الشركه دون الشرط، و هو قول أبى الصلاح الحلبي، و هو مبنى على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

(١) فى الربح.

(٢) أى حين تساوى المالىن.

(٣) و هو القول الثانى المتقدم، هذا و المراد من بطلان الشركه بطلان عقدها، أما نفس الشركه من مزج المالىن فلا يملك بطلانها لتحقق المزج فى الخارج، و لما كان المراد من الشركه هو عقدها لذا قال الشارح عقيب ذلك: (بمعنى الإذن فى التصرف).

(٤) أى مع بطلان الشركه و الشرط.

(٥) أى ما قابل عمله و استلزم من إنفاق يجعل فى ماله و له أجره عمله.

(٦) أى تقييد البطلان.

(٧) أى و إن شرطت الزيادة فى الربح لمن له زياده عمل فهو جائز بلا خلاف فيه و لا إشكال، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه.

(٨) و هو القول الأول المتقدم.

(٩) من عقد و شرط.

شروطهم، و أصله الإباحه، و بناء الشركه على الإفراق، و منه موضع النزاع.

فى أنه ليس لأحد الشركاء التصرف إلا بإذن الجميع

(و ليس لأحد الشركاء التصرف) فى المال المشترك (إلا بإذن الجميع) (١) لقبح التصرف فى مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا، (و يقتصر من التصرف على المأذون) (٢) على تقدير حصول الإذن (فإن تعدى) المأذون (ضمن) (٣).

و اعلم أن الشركه كما تطلق على اجتماع حقوق الملاك فى المال الواحد على أحد الوجوه السابقه (٤)، كذلك تطلق على العقد المثمر جواز تصرف الملاك فى المال المشترك، و بهذا المعنى (٥) اندرجت الشركه فى قسم العقود، و قبلت الحكم بالصحه و الفساد، لا- بالمعنى الأول. و المصنف رحمه الله أشار إلى المعنى الأول بما افتتح به من الأقسام، و إلى الثانى بالإذن المبحوث عنه هنا (٦)، (و لكل) من الشركاء (١) بما أن الشركه على معنيين، فالأول هو اجتماع حق الملاك فى الواحد على سبيل الشيعاء بسبب الارث أو العقد أو الحيازه أو المزج، و هذه الشركه لو تمت فلا يجوز لأحد الشريكين التصرف فى المال المشترك إلا مع إذن بقيه الشركاء، لحرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و مجرد اشتراك المال لا يدل على الاذن، سواء كان الاشتراك باختيار الشركاء أم لا، لأن الاذن بالتصرف أمر زائد على مفهوم الشركه بهذا المعنى.

و المعنى الثانى للشركه هو عقد ثمرته جواز التصرف فى المال المشترك لتحصيل الربح على أن يكون الربح لهما و الخسران عليهما بنسبه المال، و الشركه بهذا المعنى تدل على الاذن بالفحوى، لأن العقد هنا لا بد أن يدل على عملهما بالمال المشترك، و دلالتة على العمل دلالة على إذن كل منهما بالتصرف للآخر.

(٢) فإن أطلق الاذن تصرف كيف شاء من وجوه التجاره و الاسترباح، مرابحه و مساومه و توليه، و إن قيد الاذن تصرف على مقدار خصوص الاذن كما هو واضح.

(٣) لقاءه اليد (على اليد ما أخذت حتى تؤدى)، لأنه متصرف فى مال الغير بغير إذنه، و هو مما لا إشكال فيه.

(٤) من المزج و الحيازه و العقد و الارث.

(٥) أى الثانى.

(٦) و فيه: إن المصنف قد أشار إلى القسم الثانى عند تعرضه لشركه العنان، بل هو بيان لتمام القسم الثانى من الشركه حينئذ، و أما الاذن المبحوث عنه هنا فهو إشاره إلى المعنى الأول، لأن المعنى الثانى مما يجوز للشريك التصرف فى المشترك لتحقيق الاذن، فنفى التصرف للشريك إلا بعد إحراز الاذن كما هو عباره الماتن هنا إنما يجرى فى المعنى الأول كما هو واضح.

(المطالبه بالقسمه (١) عرضا (٢) بالسكون و هو ما عدا النقدين (كان المال، أو نقدا.

و الشريك أمين) (٣) على ما تحت يده من المال المشترك المأذون له فى وضع يده عليه (لا يضمن إلا بتعد) (٤) و هو فعل ما لا يجوز فعله فى المال، (أو تفريط) (٥) و هو التقصير فى حفظه، و ما يتم به صلاحه (و يقبل يمينه فى التلف) (٦) لو (١) الشركه بمعنيها غير لازمه، و عليه فيجوز لكل شريك أن يطالب بالقسمه، أما الشركه بالمعنى الأول فواضح إذ لا يجب على الإنسان مخالطه غيره فى ماله، مع أن الأصل أن يتصرف كل منهما فى ماله كيف شاء، و من جمله التصرف إفرازه و قسمته عن غيره.

و أما الشركه بالمعنى الثانى فهى عقد، و مرجعه إلى الاذن للغير فى التصرف مع مزج المالين، و الاذن فى معنى الوكاله، فيجوز له أن يرجع فى الاذن كما يرجع فى وكالته.

(٢) قال فى المصباح (العرض بفتحين متاع الدنيا، و العرض بالسكون المتاع، قالوا: و الدراهم و الدنانير عين و ما سواهما عرض، و الجمع عروض مثل فلس و فلوس، و قال أبو عبيد:

العروض الأمتعه التى لا- يدخلها كيل و لا- وزن و لا تكون حيوانا و لا عقارا) انتهى، و فى مجمع البحرين: (العرض بفتح العين جمعه عروض كفلس و فلوس، و كل شىء عرض سوى الدراهم و الدنانير) و عليه فإذا كان العرض هو كل متاع سوى النقدين فالمعنى أن أحد الشريكين لو طالب بالقسمه فله المطالبه بالعين الموجوده المشتركه بينهما، لأن حقه منحصر فيها سواء كانت العين نقدا أم عرضا، و ليس له المطالبه بأن يدفع الشريك قيمه ما للشريك الآخر من دراهم و دنانير لو كان المال المشترك عرضا، نعم له المطالبه بالنقد إذا كان المال المشترك نقدا.

(٣) لأنه مع الاذن - كما عرفت - يكون وكيلا، و الوكيل أمين من قبل المالك، و لا يضمن الأمين لو تلف المتاع تحت يده بغير تفريط بلا- خلاف و لا إشكال، و ستمّر عليك النصوص الكثيره فى الوديعه (١) و العاربه (٢) و الإجازة (٣) على أن الأمين لا يضمن.

(٤) و التعدى فعل و جودى بأن يفعل فى المال ما لا يجوز فعله.

(٥) و التفريط أمر عدمى، بأن يترك فعلا- يجب فعله لحفظ المتاع، و على كل فمع التعدى و التفريط يكون خائنا بسبب فعله فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى).

(٦) لو ادعى الشريك تلف المال المشترك، سواء ادعى التلف لسبب ظاهر كالفرق أو الحرق،

ص: ٢٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوديعه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاربه.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ و ٢٩ و ٣٠ - من أبواب الإجازة.

ادعاه (١) بتفريط و غيره (٢) (و إن كان (٣) السبب ظاهرا) كالحرق، و الغرق. و إنما خصّه (٤) لإمكان إقامه البينه عليه، فربما احتمل عدم قبول قوله فيه كما ذهب إليه بعض العامه، أما دعوى تلفه بأمر خفى كالسرق فمقبول إجماعا.

فى أنه يكره مشاركه الذمى

(و يكره مشاركه الذمى و إبطاعه) (٥)، و هو أن يدفع إليه مالا- يتجر فيه و الربح لصاحب المال خاصه (٦)، (و إيداعه) لقول الصادق (ع): «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى، و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا يضافيه الموده».

أو ادعاه لسبب خفى كالسرقة، يقبل قوله مع يمينه فى دعوى التلف لأنه أمين، و الأمين مصدق، و خالف بعض العامه و هو الشافعى فأوجب عليه البينه فى الأول و هو ضعيف.

و الشريك المدعى قد جعلناه منكرًا لأن شريكه لما لم يصدقه فى دعواه فكأنه ادعى عليه الخيانه بالتفريط أو التعدى و هو ينكر فلذا قدم قوله مع يمينه.

(١) أى ادعى التلف شريكه الآخر، بحيث أن الآخر قد ادعى عليه التلف بتفريط، و الأول يدعى التلف لسبب ظاهر أو خفى من دون تفريط فيقدم قول الأول مع يمينه لأن الشريك أمين، و هذا ما قد تقدم.

(٢) أى غير التفريط و هو التعدى.

(٣) لما عطف المصنف كلامه هنا، فهو ظاهر أنه يقدم قول الأمين مع يمينه، سواء كان السبب غير ظاهر أو ظاهرا.

(٤) أى السبب الظاهر، فهو قد خصّه لينبه على خلاف بعض العامه، و قد تقدم.

(٥) للأخبار.

منها: خبر ابن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمى و لا يبضعه بضاعه، و لا يودعه وديعه، و لا- يضافيه الموده) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام كره مشاركه اليهودى و النصرانى و المجوسى، إلا أن تكون تجاره حاضره لا يغيب عنها المسلم) ٢.

و الثانى مطلق يشمل الذمى و الحربى، و الأول مقيد بالذمى، غير أن ضاله الإطلاق و التقييد لا تجرى فى غير الأحكام الإلزاميه، فإطلاق الخبر الثانى غير مقيد و هو دال على مطلق الكافر، و هذا ما عليه فتوى القوم، و قد نفى عنه الخلاف فى الغنيه.

(٦) على أن يكون للعامل أجره عمله و الربح و الخساره لصاحب رأس المال.

ص: ٢٤٢

(و لو باع الشريكان سلعه صفقه (١)، و قبض أحدهما من ثمنها شيئاً شاركة الآخر) فيه (٢) على المشهور، و به (٣) أخبار كثيره، و لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فكل ما حصل منه (٤) بينهما كذلك (٥).

(١) إذا باع الشريكان سلعه بينهما صفقه، ثم استوفى أحدهما من المشتري شيئاً من الثمن بتيه أنه له، شاركة الآخر فيه، على المشهور، لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما، فما يحصل من الثمن فهو لهما، و للأخبار.

منها: المرسل عن أبى حمزه (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال، منه بأيديهما و منه غائب عنهما، فاقتهما الذى بأيديهما، و أحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب، فاقضى أحدهما و لم يقتض الآخر، قال عليه السلام: ما اقتضى أحدهما فهو بينهما، ما يذهب بماله) (١).

و وجه الاستدلال أن المال الغائب لما كان مالا مشتركا فما يحصل لأحدهما فهو بينهما، فكذلك الثمن فهو مال مشترك لهما فما يحصل لأحدهما فهو لكليهما و خالف ابن إدريس إلى أن لكل منهما ما يقبضه و لا يشاركه الآخر فيه بدليلين:

الأول: أن لكل واحد من الشريكين أن يبرئ الغريم - و هو المشتري - من حقه، و يهبه و يصالح على شىء منه دون الآخر، و متى أبرأه برئ الغريم من حق الشريك المبرئ و إن بقى حق الشريك الآخر، و كذا إذا صالح، و عليه فكما لا يشارك الآخر الشريك المصالح و البرىء فكذا لا يشاركه لو استوفى.

الدليل الثانى: أن متعلق الشركه بينهما هو العين، و قد ذهبت و لم يبق منها إلا عوضها، و هو دين فى ذمه المشتري، فإذا أخذ أحدهما نصيبه لم يكن قد أخذ عينا من أعيان الشركه فلا يشاركه الآخر فيما أخذ، لأن ما فى الذمه لا يتعين إلا بقبض المالك أو وكيله، و المفروض هنا أن الشريك القابض لم يقبض إلا لنفسه فكيف نحكم بكون الآخر له شىء فى المقبوض.

(٢) فى المقبوض.

(٣) أى و بالحكم بالمشاركه.

(٤) من الثمن.

(٥) أى مشترك بينهما.

ص: ٢٤٣

و قيل: لا يشارك (١)، لجواز أن يبرئ (٢) الغريم من حقه، و يصلحه عليه من غير أن يسرى إلى الآخر، فكذا الاستيفاء و لأن متعلق الشركه هو العين و قد ذهبت، و العوض أمر كلى لا- يتعين إلا- بقبض المالك، أو وكيله، و لم يتحقق (٣) هنا بالنسبه إلى الآخر، لأنه إنما قبضه لنفسه (٤).

و على المشهور لا يتعين على الشريك غير القابض مشاركته (٥)، بل يتخير (٦) بينها (٧)، و بين مطالبه الغريم بحقه (٨)، و يكون قدر حصه الشريك فى يد القابض كقبض الفضولى، إن أجازته (٩) ملكه (١٠) و يتبعه النماء، و إن رده ملكه القابض، و يكون (١١) مضمونا عليه (١٢) (١) أى لا يشارك الآخر.

(٢) أى لجواز أن يبرئ الشريك الغريم من حقه.

(٣) أى القبض.

(٤) كما هو المفروض.

(٥) أى مشاركة الشريك القابض.

(٦) أى الشريك غير القابض.

(٧) بين المشاركة.

(٨) و سبب التخيير أن المال الكلى فى الذمه و هو عوض العين قد طلب الشريك الأول منه شيئا فإذا قبضه تعين أن يكون له، لما مرّ من أنه يتعين بالقبض، و عليه فإذا أجاز الشريك الثانى هذا القبض فيكون القبض عنهما و هو لهما، و إن لم يجز فيبقى حقه فى ذمه الغريم يطالبه.

و فيه: إن هذا مخالف لما تقدم أن كل جزء من الثمن مشترك و لذا كان ما قبضه أحدهما فهو لهما معا.

و على كل فعلى التخيير فتكون حصه الشريك غير القابض عند الشريك القابض كالمتاع تحت يد الفضولى، فإن أجاز الشريك غير القابض هذا القبض فالمقبوض لهما، و النماء تابع للأصل فيكون النماء لهما أيضا.

(٩) أى أجاز الشريك غير القابض قبض الشريك الآخر.

(١٠) أى ملك المجيز قدر حصته الموجود تحت يد القابض.

(١١) أى المقبوض.

(١٢) على القابض.

على التقديرين (١)، و لو أراد (٢) الاختصاص بالمقبوض بغير إشكال (٣) فليبيع حقه للمديون (٤) على وجه يسلم من الربا بضمن معين فيختص به، و أولى منه (٥) الصلح عليه، أو يرثه من حقه و يستوهد عوضه (٦)، أو يحيل به على المديون (٧)، أو يضمنه له ضامن (٨).

و موضع الخلاف (٩) مع حلول الحقين فلو كان أحدهما مؤجلا لم يشارك فيما قبضه الآخر قبل حلول الأجل، و احترز بييعهما صفقه (١٠) عما لو باع كل واحد (١) أى تقدير الإجازة و تقدير الرد، هذا و المراد أن الضمان على القابض فيما قبضه قبل اختيار الشريك، سواء اختار فيما بعد الإجازة أو الرد، و ليس المراد الضمان بعد الإجازة أو الرد، لأنه مع الإجازة فلا ضمان لأنه أمين، و مع الرد فلا ضمان لاختصاص المال بالقابض.

(٢) أى القابض.

(٣) أى من دون أن يكون للشريك الآخر حق المشاركة.

(٤) بحيث يبيع الشريك حقه من الثمن للمشتري المديون بضمن معين على وجه يسلم من الربا، فيختص الشريك حينئذ بالثمن المعين المقبوض، و كذا لو صالح عن حقه بضمن معين على وجه يسلم من الربا.

(٥) وجه الأولويه أن الربا يجرى فى البيع بالاتفاق بخلاف الصلح فإن فيه خلافا.

(٦) كأن يقول الشريك للمشتري: أبرأتك من حقى من ثمن المتاع بشرط أن تهبنى عوضا معيناً.

(٧) أى أن يحيل الشريك بالحق الذى له ثالثا على المشتري المديون، و تكون الإحالة كالقبض.

(٨) أى يضمن للشريك حقه ضامن عن المشتري، و بالضمان ينتقل حق الشريك إلى ذمه الضامن.

(٩) أى الخلاف فى أصل المسألة فيما لو باع الشريكان سلعه و كان حقهما معا حالا، أما لو كان أحدهما قد باع حصته من السلعه حالا، و الآخر مؤجلا، أو كان كل منهما قد باع بمؤجل إلا أن أجل أحدهما أقل من أجل الآخر، و عند حلول الأجل القليل أو فى الحال مع كون الآخر مؤجلا قبض الشريك حصته فتتعين له، لأن حصه الآخر مؤجله بحسب القرض و لم يستحق شيئا حين قبض الأول.

(١٠) و هى العقد الواحد و هو احتراز عما لو باع كل واحد نصيبه بعقد، و إن كان العقدان لواحد، أى كان المشتري منهما واحدا، فإنهما لا يشتركان فيما يقبضه أحدهما، بلا خلاف فيه، لأن الثمن المعين المقبوض لأحدهما قد تعين بالعقد الصادر من القابض فلا حصه للآخر فيه.

نصيبه بعقد و إن كان (١) لواحد، كما لا فرق في الصفقة (٢) بين كون المشتري واحدا، و متعددا، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، و في حكم الصفقة ما اتحد سبب شركته كالميراث (٣)، و الإلتلاف (٤)، و الاقتراض (٥) من المشترك.

في أنه لو ادعى المشتري من المشترين شراء شيء لنفسه

(و لو ادعى المشتري من المشترين (٦) المأذونين (شراء شيء لنفسه، أولهما) (١) أى البيع.

(٢) لا- فرق بين أن يبيع الشريكان السلعة صفقه لمشتري واحد أو مشتريين، لأن الموجب للشركة هو العقد الواحد على المال المشترك، فيكون الثمن من الاثنين مالا مشتركا، و يجرى فيه النزاع السابق عند قبض أحدهما بعضه.

(٣) و ذلك فيما لو ورثا مالا واحدا من مورثهم، فهم شركاء قبل القسمة فلو قبض أحدهما بعضه فهما شريكان فيه على المشهور.

(٤) كما لو أتلف ثالث مال الشريكين، فقيمه المتلف مال مشترك، فلو قبض أحدهما بعضها فيجرى فيه النزاع المتقدم.

(٥) كأن يقترض ثالث مال الشريكين، فما يدفعه أداء فهو شركة فلو قبض أحدهما بعضه فيجرى فيه النزاع المتقدم.

(٦) فهنا فرعان:

الأول: ما لو اشترى أحد الشريكين شيئا فادعى الآخر أنه اشتراه لهما و أنكر المشترك المشتري و قال: إنى اشتريته لنفسى، فالقول قول المشتري مع يمينه، لأن المشتري و إن كان شريكا و هو و كيل عن شريكه إلا- أنه لا- يتعين عليه العمل بمقتضى الوكاله، لأنها ليست لازمه، فإذا نوى الشراء لنفسه صح و وقع له، غير أن الآخر يدعى أنه وقع الشراء لهما و المشتري ينكر ذلك فالمشتري منكر فلذا قدم قوله مع يمينه. يبقى أن المدعى يدعى على الآخر شيئا لا يملك له أن يطلع عليه، لأنه يدعى على الآخر أنه نوى عنهما، و النيه من الأمور الباطنيه لا يمكن أن يطلع عليها إلا صاحبها، و لازمه أن لا تكون الدعوى مسموعه فيقدم قول المشتري بغير يمين، إلا- أن المدعى و إن لم يمكن الاطلاع له عليها بنفسه إلا أنه يحتمل أن يطلع علتها لو أقر الآخر بها، فلذا على المدعى إذا أراد أن تكون دعواه مسموعه فعليه أن يجعلها دعوى بالإقرار بحيث يدعى أن الآخر أقر بالشراء لهما، و لذا قال الشارح في المسالك: (و إنما يتوجه دعوى الشريك عليه إذا جعلها على وجه مسموع، بأن يدعى إقراره بذلك و نحوه، أما لو ادعى الاطلاع على نيه ذلك لم يكن مسموعا، لأنه محال، فلا يمكن معرفته إلا من قبله) انتهى.

(حلف) وقبل يمينه، لأن مرجع ذلك (١) إلى قصده وهو أعلم به. والاشترائك لا يعين التصرف بدون القصد، وإنما لزمه الحلف مع أن القصد من الأمور الباطنه التي لا تعلم إلا من قبله لإمكان الاطلاع عليه بإقراره.

الفرع الثاني: أن يشتري أحد الشريكين شيئاً فيدعى المشتري أنه اشتراه لهما و ينكر الآخر، فيقدم قول المشتري مع يمينه بلا خلاف أيضاً، لأن المشتري وكيل أمين، فقوله مقبول في الفعل الموكل فيه فدعواه مسموعه من غير بينه، إلا أن الآخر بإنكاره يدعى عدم وقوع الشراء لهما و الأول ينكر ذلك بدعواه المتقدمه، فيقدم قول المنكر مع يمينه.

و أيضاً على الشريك الآخر هنا أن يجعل الدعوى اللازمه لإنكاره مسموعه، بأن تكون الدعوى على الإقرار بالشراء لهما، لا على الاطلاع على نيته، لأنه محال.

(١) من كون الشراء لهما أو لنفسه.

كتاب المضاربه

اشاره

ص: ٢٤٩

في معنى المضاربه

(و هي أن يدفع مالا إلى غيره ليعمل فيه بحصه معينه من ربحه) مأخوذه من الضرب (٢) في الأرض، لأن العامل يضرب فيها (٣) للسعى على التجاره و ابتغاء (١) المضاربه معامله بين شخصين على أن يدفع أحدهما مالا للآخر ليعمل به، على أن يكون للعامل حصه معينه من الربح كالنصف أو الثلث أو الربع، و يدل على مشروعيتها النصوص الكثيره.

منها: خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذي يعمل به مضاربه، له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال) (١).

(٢) فهي مأخوذه من الضرب، و الضرب إما الضرب في الأرض، لأن العامل يضرب فيها للسعى في التجاره و لا ابتغاء الربح بطلب صاحب المال، فكان الضرب مستببا عنهما، و إما الضرب في الربح لكل منهما بسهم، أو للضرب في المال لما في المضاربه من ضرب المال و تقليبه، هذا و يقال للعامل مضارب بكسر الراء، لأنه الذي يضرب في الأرض و هو الذي يقلب المال، و لم يشتق أهل اللغه لرب المال اسما من المضاربه، و أهل الحجاز يسمونها قراضا، إما من القرض و هو القسط، و منه المقراض لأنه يقرض به، فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعه و سلمها للعامل أو اقتطع له قطعه من الربح، و إما أن يكون القراض من المقارضه و هي المساواه و الموازنه يقال: تقارض الشاعران إذا وازن كل منهما الآخر بشعره، و وجهه أن المال هنا من المالك و العمل من العامل فقد تساويا في قوام العقد، لتساويهما في أصل استحقاق الربح و إن اختلفا في كميته، و يقال هنا للمالك معارض بالكسر، و للعامل معارض بالفتح.

(٣) في الارض.

ص: ٢٥١

الربح بطلب صاحب المال، فكأن الضرب مسبب عنهما، فتحققت المفاعلة لذلك، أو من ضرب كل منهما في الربح بسهم، أو لما فيه من الضرب بالمال و تقلبيه.

و أهل الحجاز يسمونها قراضا من القرض و هو القطع، كأن صاحب المال اقتطع منه قطعه و سلمها إلى العامل، أو اقتطع له قطعه من الربح في مقابله عمله، أو من المقارضة و هي المساواه، و منه: «قارض الناس ما قارضوك فإن تركتهم لم يتركوك» (١).

و وجه التساوى هنا (٢) أن المال من جهه، و العمل من أخرى، و الربح في مقابلهما فقد تساويا في قوام العقد، أو أصل استحقاق الربح و إن اختلفا في كميته (٣).

في أن المضاربه جائزه من الطرفين

(و هي جائزه من الطرفين) (٤) سواء نض المال (٥) أم كان به عروض، يجوز (١) قاله أبو الدرداء من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم على ما قيل، و معناه ساواهم ما داموا مساوين لك، فإن تركت مساواتهم لم يتركوا مساواتك، أو عارض الناس بالسوء ما داموا متعرضين لك بالسوء و لو كان معارضتك لهم من باب دفع سؤئهم عن نفسك، فإن تركتهم و لم تقابلهم بالسوء لم يتركوك، و الثانى أولى.

(٢) في المضاربه.

(٣) قال الشارح في المسالك تبعا للتذكرة: (و اعلم أن من دفع إلى غيره مالا ليتجر به فلا يخلو إما أن يشترط كون الربح بينهما أو لأحدهما أولا يشترط شيئا، فإن شرطها بينهما فهو قراض - مضاربه - و إن شرطها للعامل فهو قرض، و إن شرطها للمالك فهو بضاعه، و إن لم يشترط شيئا فكذاك - أى بضاعه - و يكون الربح للمالك تبعا للمال إلا أن للعامل أجره المثل) انتهى. و له فائده أخرى و هي: أن عقد المضاربه يقتضى أن يكون العامل ودعيا أمينا مع صحه العقد و عدم ظهور الربح، و هو شريك مع ظهور الربح، و مع التعدى غاصب، و فى تصرفه و كيل، و مع فساد العقد أجير له أجره المثل، و من الواضح أن ليس المراد إنشاء هذه العقود بإنشاء عقد المضاربه، بل المراد أنه يتبعها أحكام هذه العقود حينئذ.

(٤) بلا- خلاف فيه بل ادعى عليه الإجماع كما عن جماعه، و هو الحجة للخروج عن قاعده اللزوم فى العقود، و لأن المضاربه و كاله فى الابتداء ثم قد تصير شركه عند ظهور الربح، و الوكاله و الشركه جائزان فلا محاله تكون المضاربه جائزه.

(٥) قال الفيومى فى مصباح المنير: (و أهل الحجاز يسمون الدراهم و الدنانير نضًا و ناضًا، قال

لكل منهما فسخها، و من لوازم جوازها منهما وقوع العقد بكل لفظ يدل عليه (١).

و فى اشتراط وقوع قبوله لفظيا، أو جوازه (٢) بالفعل أيضا (٣) قولان (٤)، لا يخلو ثانيهما من قوه.

فى أنه لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فى المضاربه

(و لا يصح اشتراط اللزوم، أو الأجل فيها) (٥) بمعنى أنه لا يجب الوفاء أبو عبيد: إنما يسمونه ناضا إذا تحول عينا بعد أن كان متاعا) انتهى، و لذا قال الشارح فى المسالك: (و المراد بانضاض المال صيرورته دراهم أو دنانير كما كان).

و المعنى أن المضاربه يجوز فسخها سواء كان المال الذى دفعه صاحبه إلى العامل عروضاً - أى متاعاً - أو ناضاً، و المراد بالعروض هو المتاع و ذلك عند ما يشتري العامل المتاع بالمال المدفوع من صاحبه، و المرء بالنض رجوع الدراهم و الدنانير كما كانت بحيث قد دفع رب المال الدراهم أو الدنانير و قد اشترى بها العامل أمتعته ثم باعها فيقال حينئذ نضّ المال.

هذا و سكت عن صورته و هى: ما لو كان العامل لم يشتري شيئا بالمال المدفوع إليه، و على جميع الصور فيجوز فسخ المضاربه من الطرفين لما تقدم من الأدله.

(١) أى بدل على العقد، و صحه إنشاء العقد الجائز بكل لفظ دال عليه مبنى على مشهور القدماء حيث التزموا بذلك فى قبال العقد اللازم فاشترطوا فى إنشائه خصوص اللفظ الصريح، و قد عرفت فى كتاب البيع كفايه الإنشاء بكل لفظ سواء كان العقد جائزاً أم لازماً، بل جواز الإنشاء بالفعل الدال عليه كالكتابه و المعاطاه.

(٢) أى جواز وقوع القبول.

(٣) كجواز وقوعه باللفظ.

(٤) فعن العلامة فى التذكرة و المحقق الثانى فى جامع المقاصد الاكتفاء بالفعل، بل فى الرياض نسبتته إلى عدم الخلاف، و ظاهر الشارح هنا التفريق بين القبول و الإيجاب، بحيث يصح وقوع القبول باللفظ و الفعل بخلاف الإيجاب فينحصر وقوعه باللفظ دون الفعل، و هذا ما ذهب إليه العلامة فى جملة من كتبه، و أشكل صاحب الجواهر بأن التفرقة بين الإيجاب و القبول مع عدم الدليل عليها مشكل.

(٥) ليس ذكر الأجل فى المضاربه مفسدا لها، بل لو ذكر الأجل فى عقد المضاربه لا يصير العقد لازماً، بل يجوز فسخها قبله و لا يجب الوفاء بهذا الشرط بلا خلاف فيه، للأصل، لأن أصل المضاربه جائزه فلا يكون الشرط المثبت فيها على خلاف أصلها، و لذا قال سيد

بالشرط (١)، ولا تصير لازمه بذلك، ولا في الأجل بل يجوز فسخها فيه (١) عملاً بالأصل (٣)، (و لكن) اشتراط الأجل (يثمر المنع من التصرف بعد الأجل إلا بإذن جديد)، لأن التصرف تابع للإذن ولا إذن بعده (٤)، وكذا لو أجل بعض التصرفات كالبيع، أو الشراء خاصة، أو نوعاً خاصاً (٥).

و يفهم من تشريكه (٦) بين اشتراط اللزوم و الأجل، تساويهما في صحته، و عدم لزوم الشرط.

و المشهور أن اشتراط اللزوم مبطل (٧)، لأنه مناف لمقتضى العقد فإذا فسد الشرط تبعه العقد، بخلاف شرط الأجل، فإن مرجعه إلى تقييد التصرف بوقت خاص و هو غير مناف، و يمكن أن يريد المصنف ذلك (٨) و إنما شَرَك بينهما في الرياض: (لجواز أصله بلا خلاف كما مضى، فلأن يكون الشرط المثبت فيه جائزاً بطريق أولى) انتهى.

و إذا تقرر عدم وجوب الوفاء بشرط الأجل لو ذكر الأجل، فذكر الأجل في متن العقد يفيد أن الاذن بالتصرف من رب المال للعامل مقيد بمدته الأجل، فيمنع العامل من التصرف بعد هذه المده، لأن التصرف من العامل تابع للاذن و لا إذن بعد الأجل.

و أما اشتراط اللزوم في عقد المضاربه فهو شرط باطل، لأنه شرط على خلاف مقتضى العقد، و على المشهور أن الشرط الفاسد مفسد فيبطل عقد المضاربه حينئذ، و عليه فتكون عبارته الماتن في عدم صحه اشتراط اللزوم على ظاهرها.

(١) أى شرط اللزوم، و هو ظاهر في صحه العقد و إن بطل الشرط، و هو مبني على أن الشرط الفاسد غير مفسد.

(٢) في الأجل.

(٣) أى بالأصل المتحقق في المضاربه و هو الجواز.

(٤) بعد الأجل.

(٥) كالبيع بخيار، قال الشارح في المسالك: (لا خلاف عندنا في جواز هذه الشروط و لزومها، و إن ضاقت لسبب هذه - أى الشروط - التجاره) انتهى، لأن التصرف من العامل تابع للاذن، و الاذن مقيد.

(٦) أى تشريك المصنف.

(٧) أما إنه باطل فهو لا خلاف فيه.

(٨) أى البطلان في شرط اللزوم و عدم وجوب الوفاء في شرط الأجل.

عدم صحه (١) الشرط مطلقا (٢) و إن افترقا في أمر آخر (٣).

في أنه للعامل التصرف على ما أذن المالك له

و يقتصر العامل من التصرف على ما أذن المالك له) من نوع (٤) التجاره، و مكانها، و زمانها، و من يشتري منه، و يبيع عليه، و غير ذلك (٥) فإن خالف ما عين له ضمن المال (٦)، لكن لو ربح كان بينهما بمقتضى الشرط للأخبار الصحيحه، و لولاها (٧) لكان التصرف باطلا، أو موقوفا على الإجازة.

(و لو أطلق) له الإذن (٨) (تصرف بالاسترباح) في كل ما يظن فيه حصول (١) أى لا يجب الوفاء بهما.

(٢) سواء كان الشرط للزوم أو للأجل.

(٣) و هو البطلان و عدمه.

(٤) كتجاره الخشب أو الثوب، و يمكن أن يريد به من مرابحه و مساومه و نحو ذلك.

(٥) بلا خلاف فيه، لأن التصرف من العامل تبعاً لأذن المالك، و الإذن مقتيد فالتصرف لا محاله يكون مقتيدا.

(٦) للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام (عن الرجل يعطى المال، و ينهى أن يخرج به فخرج، قال عليه السّلام: يضمن المال، و الربح بينهما) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السّلام: فإن تجاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما) ٢ و مثلها غيرها.

(٧) أى و لو لا- الأخبار لكان التصرف بمقتضى القواعد باطلا، بمعنى أن الربح بتمامه لصاحب المال، و العامل لا أجره له و لا ربح، أما عدم الربح فلأنه ليس بمضاربه لعدم الإذن، و أما عدم الأجره فلأنه عمل تبرعى أو موقوفا على الإجازة.

(٨) قال المحقق في الشرائع: (و إذا أذن له في التصرف تولى بإطلاق الإذن ما يتولاه المالك)، و قال الشارح في المسالك عقيب ذلك: (المراد بالإذن في التصرف هنا إطلاق عقد المضاربه، إذ لا يفتقر العامل معها - أى مع المضاربه - في جواز التصرف إلى إذن آخر، و كان حقه أن يقول: و لو أطلق العقد تولى العامل بالإطلاق ما ذكر، و حاصل ذلك أن المضاربه لما كانت معاملته على المال للاسترباح، كان إطلاق العقد مقتضيا لفعل ما يتولاه

ص: ٢٥٥

الربح من غير أن يتقيد بنوع، أو زمان، أو مكان، و يتولى أيضا بالإطلاق ما يتولاه المالك في التجاره بنفسه من عرض القماش على المشتري، و نشره، و طيه، و إحرازه، و بيعه، و قبض ثمنه، و لا أجره (١) له على مثل ذلك، حملا للإطلاق على المتعارف، و له الاستئجار على ما جرت العاده به (٢) كالدلاله، و وزن الأمتعه الثقيله التي لم تجر عادته بمباشره مثلها.

(و ينفق في السفر كمال نفقته من أصل المال) (٣) و المراد بالنفقه ما يحتاج المالك في التجاره بنفسه من عرض القماش و نشره و طيه و إحرازه و بيعه و قبض ثمنه و إيداعه الصندوق و نحو ذلك.

و هذا النوع لو استأجر عليه فالأجره عليه - أى على العامل - خاصه حملا للإطلاق على المعتاد - أى أن المعتاد أن هذا من عمل التاجر فكذلك يكون من عمل المأذون العامل - أما ما جرت العاده بالاستئجار عليه كالدلاله و الحمل و وزن الأمتعه الثقيله التي لم تجر عادته التاجر بمباشرتها بحسب حال تلك التجاره من مثل ذلك التاجر فله - أى العامل - الاستئجار عليه حملا على المعتاد أيضا، و لو عمل هذا النوع بنفسه - أى العامل - لم يستحق أجره لأنه متبرع في ذلك) انتهى. و كلامه متين و به يتم شرح عباره الشهيدين هنا، نعم إطلاق العقد في المضاربه يحمل على كل تصرف بالمال من أجل ما يظن فيه الربح من غير أن يتقيد التصرف بمكان أو زمان أو تجاره، بل يحمل الإطلاق على كل تصرف يتولاه المالك فيجوز للمأذون العامل أن يفعله عملا بالعرف الذي هو الضابط في ذلك.

(١)أى للعامل.

(٢)بالاستئجار و كان من العاده عدم مباشره التاجر له بنفسه.

(٣)اختلف فيه على ثلاثه أقوال.

القول الأول: و هو المشهور أن جميع ما ينفقه العامل في السفر من مأكّل و مشرب و ملبس و مسكن و نحو ذلك مما هو داخل في نفقته حال السفر فيكون من أصل المال، للأخبار:

منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام (في المضارب ما أنفق في سفره فهو من جميع المال، فإذا قدم بلده فما أنفق فمن نصيبه) (١) و ما موصوله عامه تشمل كل نفقه في حال السفر.

القول الثاني: أن القدر الزائد عن نفقه الحضر من أصل المال، بدليل أن نفقه الحضر على

ص: ٢٥٦

فيه (١) إليه من مأكول، و ملبوس، و مشروب، و مركوب، و آلات ذلك، و أجره المسكن، و نحوها، و يراعى فيها ما يليق به عادة مقتصدا، فإن أسرف حسب عليه، و إن قتر لم يحسب له. و إذا عاد من السفر فما بقى من أعيانها و لو من الزاد العامل بالاتفاق، فما ساواه فى السفر يحتسب عليه أيضا، و الزائد يكون من مال المضاربه فيكون ما يحصل بسبب السفر هو الزيادة ليس إلا، و أما غيرها فسواء كان مسافرا أم حاضرا فلا بد منه فلا يكون السفر عله فيه.

القول الثالث: أن جميع نفقه السفر على العامل كنفقه الحضر، لأن المبيع مال المالك، و الأصل أن لا يتصرف العامل فيه إلا بما دلّ عليه الاذن، و لم يدل الاذن إلا- على حصه من الربح فلا يستحق العامل سواها و تكون النفقه عليه حضرا أو سفرا، و كلا القولين غير معروفى القائل، مع أن القول الثالث هو الموافق للقواعد، و لكن النصوص داله على الأول و هو المتبع، هذا و لا بدّ من التنبيه على أمور:

التنبيه الأول: المراد بالنفقه كل ما يحتاج إليه العامل فى السفر بما هو مضارب من مأكول و ملبوس و مركوب و نحو ذلك، و يراعى فيها ما يليق بحاله عادة على وجه الاقتصاد، فلو أسرف حسب عليه لعدم إذن الشارع بالإسراف، و عليه فما فيه إسراف فهو على العامل، و لو قتر على نفسه لم يحسب له، لعدم النفقه الفعلية مع أن المستثنى فى الخبر النفقه الفعلية لحمل كل لفظ على الفعلية لا على القوه و الشأنيه و التقدير كما هو الأصل فى ذلك عرفا.

ثم إذا عاد من السفر فما بقى من أعيان النفقه و لو من المأكول يجب رده إلى مال المضاربه، لأنه مع البقاء المذكور قد تبين عدم وقوع الباقي نفقه للعامل حال سفره، أو يتركه وديعه أن يسافر إذا كان العامل ممن يتكرر سفره لنفس ذلك المال.

التنبيه الثانى: المراد من السفر هو السفر العرفى لا الشرعى، و المراد بالثانى ما يجب فيه التقصير، و يحمل على العرفى حملا للفظ السفر الوارد فى صحيح على بن جعفر و غيره على المعنى العرفى، للقطع بعدم إرادته الشرعى هنا للانصراف، و عليه فلو كان السفر قصيرا دون المسافه أو كان طويلا و أتم الصلاه فيه للإقامه فنفقه العامل تلك المده على أصل مال المضاربه.

التنبيه الثالث: إن نفقه العامل فى السفر من مال المضاربه و إن لم يظهر ربح بعد للإطلاق فى الخبر المتقدم، و لذا عتبر الفقهاء بكون النفقه من أصل المال للإشعار بذلك.

(١) أى فى السفر.

يجب رده إلى التجاره، أو تركه (١) إلى أن يسافر إن كان (٢) ممن يعود إليه قبل فساد (٣).

و لو شرط عدمها (٤) لزوم، و لو أذن له بعده فهو تبرع محض (٥)، و لو شرطها فهو تأكيد (٦). و يشترط حينئذ (٧) تعيينها (٨) لئلا يتجهل الشرط، بخلاف ما ثبت بأصل الشرع، و لا يعتبر في ثبوتها حصول ربح، بل ينفق و لو من الأصل إن لم يربح، و إلا كانت منه (٩).

(١) أى ترك ما بقى من الأعيان بطريق الوديعه.

(٢) أى كان العامل ممن يعود إلى السفر.

(٣) أى فساد ما بقى من أعيان النفقه.

(٤) أى لو شرط المالك عدم النفقه بمعنى أن لا تكون من أصل مال المضاربه للزم الشرط، لأن الشرط جائز لأنه غير مناف لمقتضى عقد المضاربه، فيلزم لعموم (المؤمنون عند شروطهم).

(٥) أى لو أذن المالك للعامل بعد شرط عدم السابق بأن تكون النفقه من أصل المال، فهو تبرع من المالك، لأنه غير لازم عليه لا بمقتضى النص للخروج عنه بالشرط، و لا بالشرط لأن الشرط يقتضى عدم، و عليه فإذا كان تبرعا فيجوز للمالك الرجوع فيه متى شاء.

(٦) أى لو شرط المالك أن تكون النفقه من مال المضاربه، فهو تأكيد، لأن عقد المضاربه تقتضى ذلك للنص المتقدم، فشرطه تأكيد لمقتضى العقد، نعم هو شرط لازم لا تأكيدى على القولين الآخرين.

(٧) أى حال كون الشرط تأكيدا.

(٨) أى تعيين النفقه، قال فى المسالك: (و هل يشترط تعيينها حينئذ وجه قوى حذرا من الجهاله فى الشرط، الذى هو جزء العقد، بخلاف ما تناوله إطلاق العقد بإذن الشارع)، و قال فى الجواهر: (بل ربما قيل بعدم وجوب ضبطها حتى على الأول - أى على القول الأول بكون شرطها تأكيدا - لكونها ثابتة بأصل الشرع فلا يزيد الاشتراط على الثابت بالأصل) انتهى.

(٩) أى و لو كان ربح لكانت النفقه من الربح، هذا و فى التذكرة و المسالك أنها من الربح مقدمه على حق العامل ضروره كون ذلك كالخساره اللاحقه للمال التى يجب جبرها بما يتجدد من الربح، و فى الرياض إن إطلاق النص و الفتوى يقتضى كون النفقه من أصل المال حتى مع وجود الربح.

و مئونه المرض فى السفر على العامل (١)، و كذا سفر لم يؤذن فىه (٢) و إن استحق الحصه، و المراد بالسفر: العرفى، لا الشرعى و هو (٣) ما اشتمل على المسافه فىنفق (٤) و إن كان قصيرا أو أتم الصلاه (٥) إلا- أن يخرج عن اسم المسافر (٦)، أو يزيد (٧) عما تحتاج التجاره إليه فىنفق من ماله إلى أن يصدق الوصف.

و احترز بكمال النفقه عن القدر الزائد عن نفقه الحضر، فقد قيل (٨): إنه لا- ينفق فىه سواه (٩)، و نبه بأصل المال على أنه لا يشترط حصول ربح (١٠) كما مر (١١).

فى أن العامل يشتري نقدا بثمان المثل فما دون و بيع كذلك فما فوق

(و ليشتر نقدا بنقد البلد (١٢)، بثمان المثل فما دون) فلو اشترى نسيئته أو بغير (١) و كذا مئونه الموت على العامل خاصه، لأن مئونه المرض و الموت لم تتعلق بالتجاره.

(٢) أى لم يؤذن العامل فى هذا السفر فنفقته عليه حينئذ، لأن إطلاق النفقه فى الصحيح المتقدم منصرف إلى السفر المأذون من قبل المالك، و غير المأذون إما بتجاوز المأذون أو بالتوجه إلى غير جهه المأذون، فلا تكون النفقه حينئذ من مال المضاربه، نعم لو حصل الربح فله حصه منه للشرط فى ذلك.

(٣) أى الشرعى.

(٤) من مال المضاربه.

(٥) إما بالإقامه و إما لكونه كثير السفر ففى الموردين تكون النفقه من مال المضاربه مع صدق السفر العرفى.

(٦) كأن تكون المسافه قصيره جدا بحيث قصيره جدا بحيث لا يصدق معها أنه مسافر، فنفقته كونه حاضرا على نفسه.

(٧) أى يزيد بسفره عما تحتاج إليه التجاره، فالنفقه من مال العامل حتى يصدق عليه الوصف بأنه مسافر فى التجاره.

(٨) و هو القول الثانى.

(٩) أى لا ينفق فى السفر سوى الزائد، فىكون الزائد من مال المضاربه، و أما الباقى فعلى العامل.

(١٠) و ذلك كون الأصل معتبرا فى الإنفاق سواء ظهر الربح أم لا.

(١١) عند قول الشارح (بل ينفق و لو من الأصل إن لم يربح).

(١٢) عامل المضاربه إما أن يشتري بمال المضاربه متاعا و إما أن يبيع هذا المتاع، و هنا تعرض للأول، فإذا أراد شراء متاع بمال

المضاربه فعليه أن يشتريه حالا لا نسيئته، بمعنى أن لا

نقد البلد، أو بأزيد من ثمن المثل كان فضوليا، فإن أجازته المالك صح، وإلا بطل، لما فى النسيئه من احتمال الضرر بتلف رأس المال فيبقى عهده الثمن متعلقه بالمالك (١)، وقد لا يقدر عليه (٢)، أو لا- يكون له غرض فى غير ما دفع (٣)، و حملا- فى الأخيرين (٤) على المتعارف. و ما فيه الغبطه (٥) كالوكيل.

(و ليع كذلك) (٦) بنقد البلد نقدا (٧) بثمان المثل فما فوقه) لما فى النسيئه من يدفع العامل من مال المالك فيما بعد، فالنسيئه غير جائزه، لأن إطلاق عقد المضاربه يقتضى أن يشتري العامل بعين المال لأنه المتيقن من المضاربه، و لأن قد يتلف هذا المال تحت يد العامل فعلى المالك أن يدفع ثمن المتاع من غير مال المضاربه، و التصرف فى غير مال المضاربه غير مأذون فيه العامل.

ثم على العامل أن يشتري المتاع بنقد البلد، لأن إطلاق العقد يقتضيه، فلا يجوز له الشراء بنقد غير البلد، كالإطلاق فى الوكاله.

و على العامل أن يشتري المتاع بثمان المثل فما دون، و لا يجوز شراء المتاع بالأزيد عن ثمن المثل، للتضييع مع القدره على المحافظه على مال المالك، كالوكيل أيضا، و عليه فيشترط فى تصرفات العامل فى مال المالك الغبطه أى ما فيه المصلحه فلو خالف لكان شراؤه فضوليا، لأنه غير مأذون فيه.

(١) و عليه فربح هذا المتاع الذى تعلق ثمنه فى الذمه لا يسمى ربح مضاربه، لأن المضاربه عرفا تنصرف إلى المال الذى تحت يد العامل، لا ما فى ذمه المالك.

(٢) أى لا يقدر المالك على أداء ما فى ذمته، فلا يكون مأذونا فيه، لأن المالك لم يأذن إلا فيما هو القادر عليه.

(٣) أى نستكشف عدم الاذن من عدم الغرض، إذ قد يتعلق غرضه فيما دفعه فقط.

(٤) فى نقد البلد و ثمن المثل.

(٥) لأن المقصود من العقد الاسترباح.

(٦) أى ليع بغير نسيئه و ليع بنقد البلد، و ليع بثمان المثل فما فوقه، و هنا تعرض للمورد الثانى و هو بيعه للمتاع الذى اشتراه بمال المضاربه، ثم كون البيع بغير نسيئه لما فى بيع النسيئه من التغيرير بمال المالك، و كون البيع بنقد البلد لإطلاق عقد المضاربه كالإطلاق فى الوكاله، و كون البيع بثمان المثل فما فوق للتضييع لو باعه بأدون من ثمن المثل مع القدره على تحصيل الزائد.

(٧) أى ليس نسيئه.

التغريير بمال المالك، و حملا للإطلاق (١) على المتعارف و هو نقد البلد كالوكاله (٢).

و قيل: يجوز بغيره (٣)، و بالعرض مع كونه مظنه للربح، لأن الغرض الأقصى منها ذلك (٤)، بخلاف الوكاله. و فيه قوه.

و لو أذن المالك فى شىء من ذلك خصوصا، أو عموما كتصرف برأيك، أو كيف شئت جاز بالعرض قطعا، أما النقد (٥) و ثمن المثل فلا يخالفهما إلا مع التصريح (٦). نعم يستثنى من ثمن المثل نقصان يتسامح به عادة.

(و ليشتربعين المال)، لا بالذمه (٧) (إلا مع الإذن فى الذمه) و لو بالإجازه، فإن اشترى فيها بدونه (٨) و لم يذكر المالك لفظا و لانيه وقع له، و لو ذكره لفظا (١) دليل نقد البلد.

(٢) و لم يذكر الثالث لتقدم دليله فى الشراء.

(٣) أى بغير نقد البلد - أى بلد البيع، و كذا يجوز بيعه بالعرض، قال فى المسالك: (لأن الغرض الأقصى منها - أى المضاربه - تحصيل الربح، و هو قد يكون بغير نقد البلد كالعروض، و الأقوى جوازه بها مع الغبطه) انتهى.

(٤) أى الربح.

(٥) فى قبال النسيئه.

(٦) بحيث لا- يدل الاذن العام على هذا التصرف، لأن الاذن العامل يحمل على المتعارف، و المتعارف هو التصرف المفيد لتحصيل الربح مع أن البيع نسيئه و بدون المثل مخالف لتحصيل الربح، بخلاف العرض فإن التصرف فيه مع الغبطه مشمول للاذن العام، لأن ليس فيه نقصان ربح.

(٧) أى لا يشتري العامل المتاع نسيئه، و هذا قد تقدم، و إنما أعاده تمهيدا لما بعده.

(٨) أى اشترى فى الذمه بدون الاذن و لو الاذن اللاحق فتاره يذكر العامل المالك فى متن العقد، بمعنى أن الثمن فى ذمه المالك و لم يجز المالك فيقع العقد باطلا لبطان عقد الفضولى مع عدم إجازة المالك، و أخرى يذكر المالك نيه و لم يذكره فى لفظ العقد و لم يجز المالك، فالعقد لا يكون عقدا عن المالك لعدم إجازته، و يحكم بالعقد على العامل بمعنى عليه أن يتخلص بنفسه من البائع و هو حكم بكون العقد ظاهرا عن العامل، و إن كان واقعا باطلا لكونه عن المالك و لم يجز المالك، و لو لم يذكر المالك لا لفظا و لانيه فالعقد واقع عن العامل واقعا و ظاهرا و عليه دفع الثمن إلى البائع.

فهو فضولى، و نيه خاصه فهو للعامل ظاهرا، و موقوفا باطنا، فيجب التخلص من حق البائع.

فى ما لو تجاوز ما حد له المالك

(و لو تجاوز (١) ما حد له المالك) من الزمان و المكان و الصنف (ضمن (٢)، و الربح على الشرط) كما مر، أما لو تجاوز بالعين (٣)، و المثل (٤) و النقد (٥) وقف على الإجازة فإن لم يجز بطل.

فى ما تجوز المضاربه به

(و إنما تجوز) المضاربه (بالدراهم و الدينار) (٦) إجماعا، و ليس ثمة عله مقنعه غيره فلا تصح بالعروض (٧) و لا الفلوس (٨) و لا الدين، و غيرها (٩)، و لا فرق بين المعين و المشاع (١٠).

(١) أى العامل.

(٢) أى ضمن مال المضاربه و يكون الربح بينهما على ما شرط فى العقد، و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى عين المال بحيث اشترى أو باع بغير نقد البلد.

(٤) بحيث اشترى المتاع بأكثر من ثمن مثله، أو باعه بالأدون.

(٥) بحيث باعه نسيئه، فيقف البيع فى الجميع على الإجازة و إلا بطل، لأن البيع فى الثلاثه الأخيره فضولى، و الفرق بينها و بين ما لو تجاوز ما حد له المالك، أن مخالفه ما صرح به المالك قد ورد فيه النصوص بكون البيع صحيحا و الربح على ما شرط مع كون الضمان على العامل و قد تقدمت، بخلاف ما هنا فلا بد من إعمال القواعد، و هى قاضيه بما سمعت من كون البيع فضوليا لعدم الاذن فيه.

(٦) قال فى المسالك: (و اشتراط ذلك فى المال موضع وفاق، و نقله فى التذكرة، و هو العمده)، و قال فى الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه)، و علل أيضا بأن المضاربه معامله تشتمل على غرر، إذ العمل مجهول و الربح غير متيقن الحصول، و إنما سوغت هذه معامله مع ذلك للحاجه فتختص بما تسهل تجاره به و تروج فى كل حال، و هو النقدان فقط دون غيره.

(٧) جمع عرض، و هو المتاع و كل شىء ما عدا النقدين على ما تقدم بيانه، و الدليل عليه قيام الإجماع على غيره، و كذا بالنسبه لما بعده

(٨) جمع فلس، و هو المسكوك من النحاس لا من الذهب و لا من الفضة.

(٩) كالذهب و الفضة غير المسكوكين.

(١٠) أى لا فرق فى الدراهم و الدنانير التى يجوز فيها المضاربه بين المعينه أو المشاعه، مثل قوله: ضارب بحصتى فى هذا المال المشترك.

ص: ٢٦٢

(و تلزم الحصه (١) بالشرط) (٢)، دون الأجره، لأنها معامله صحيحه فيلزم مقتضاها، و هو ما شرط للعامل من الحصه. و في قول نادر أن اللازم أجره المثل، و أن معامله فاسده، لجهاله العوض، و النصوص الصحيحه على صحتها، بل إجماع المسلمين يدفعه.

في أن العامل أمين

(و العامل أمين (٣) لا يضمن إلا بتعد، أو تفريط) (٤) و معهما (٥) يبقى العقد، (١) أي الحصه من الربح للعامل.

(٢) أي الشرط المذكور في متن عقد المضاربه، هذا و محل النزاع أن المضاربه هل هي معامله صحيحه أو لا، فعلى الأول يجب الالتزام بالشرط الوارد في عقدها، و الصادر من رب المال و العامل على الربح بالنصف أو الثلث و نحوهما و عليه قول جميع العلماء على اختلاف مذاهبهم إلا قليلا من أصحابنا كما في المسالك، و قال في الجواهر: (الموافق لما هو المشهور، بل المجمع عليه من مشروعيتها)، بالإضافة إلى النصوص و قد تقدم بعضها.

و عن المفيد و الشيخ في النهايه أن الربح كله للمالك، و للعامل أجره المثل، لأن معامله باطله لجهاله العوض، و ردّ بمخالفته للنصوص الكثيره مع أن الجهاله بالعوض لا تضرّ في الكثير من العقود كالمزارعه و المساقاه.

(٣) بالاتفاق و عليه الأخبار:

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (المال الذي يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شيء إلا أن يخالف أمر صاحب المال) (١).

(٤) بالاتفاق للأخبار:

منها: خبر الحلبي المتقدم، و صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعطى المال فيقول له: ائت أرض كذا و كذا، و لا تجاوزها و اشتر منها، قال عليه السلام: فإن تجاوزها و هلك المال فهو ضامن، و إن اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه، و إن ربح فهو بينهما) (٢)، و هذا الخبر دال أيضا على أنه بالتجاوز لا يفسخ العقد و لذا كان الربح بينهما، بالإضافة إلى أن التعدي و التفريط ليسا من موجبات الفسخ.

(٥) أي مع التعدي أو التفريط.

ص: ٢٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام المضاربه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام المضاربه حديث ٢.

و يستحق (١) ما شرط له و إن ضمن المال.

فى ما لو فسخ المالك

(و لو فسخ المالك للعامل أجره مثله إلى ذلك الوقت) الذى فسخ فيه (إن لم يكن) ظهر (ربح) (٢)، و إلا فله حصته من الربح.

و ربما أشكل الحكم بالأجره (٣) على تقدير عدم الربح بأن مقتضى العقد استحقاق الحصة إن حصلت لا غيرها، و تسلط المالك على الفسخ من مقتضياتها (٤) فالعامل قادم على ذلك (٥)، فلا شىء له سوى ما عتین.

و لو كان المال عروضاً (٦) عند الفسخ فإن كان به ربح للعامل يبعه إن لم (١) أى العامل.

(٢) اعلم أن عقد المضاربه من العقود الجائزه فيصح فسخه من المالك أو العامل، و قد يفسخ بطرو ما يقتضى الانفساخ من موت أحد الطرفين أو جنونه، و على التقادير الثلاثة فإما أن يكون المال كله ناضاً أو يكون النضّ لقدر رأس المال دون الربح إذ الربح عروض، أو يكون المال بجميعه عروضاً أو ببعضه.

و على التقادير الاثنى عشر إما أن يكون قد ظهر ربح أو لا، فالصور أربع و عشرون صورته، و قد تعرض الشهيدان لبعضها، و عليه.

فلو فسخ المالك مع ظهور الربح للعامل حصته من الربح على الشرط المذكور فى العقد بلا خلاف، و لو فسخ المالك مع عدم ظهور الربح، فعن المحقق و جماعه أن للعامل أجره المثل إلى وقت الفسخ، لأن عمله محترم و قد صدر منه بإذن المالك، و لم يصدر منه على وجه التبرع فله أجرته.

و عن غيرهم أنه لا شىء للعامل، لأنه أقدم على الحصة من الربح على تقدير وجودها، و لم توجد و لا شىء له غيرها مع كون المالك مسلطاً على الفسخ متى شاء.

(٣) أى أجره المثل.

(٤) أى المضاربه.

(٥) أى على أنه مستحق للحصة من الربح على تقدير وجودها، و أنه لا شىء له غير ذلك مع علمه بتسلط المالك على الفسخ متى شاء.

(٦) أى كان مال المضاربه متاعاً بالشراء، فهو تاره قد ظهر الربح و أخرى لا، و مع ظهور الربح فى المتاع بأن زادت قيمته السوقيه بعد الشراء للعامل حصته فى هذه الزيادة، و عليه فإن رضى المالك ببيع المتاع على أن يأخذ العامل حصته من الربح فهو، و إن لم يرض المالك بالبيع للعامل أن يبيعه لو أراد من دون رضا المالك مع طلب من الحاكم

يدفع المالك إليه حقه منه (١)، وإلا (٢) لم يجز (٣) إلا بإذن المالك، وإن رجي (٤) الربح حيث لا يكون بالفعل (٥).

و لو طلب المالك انضاذه (٦) ففي إجبار العامل عليه قولان أوجهما العدم.

و لو انفسخ العقد من غير المالك إما بعارض (٧) يفسد العقد الجائز أو من ليجبره على البيع.

و مع عدم ظهور الربح في المتاع فهو للمالك، و لكن هل للعامل أن يبيعه من دون رضا المالك باحتمال أنه يربح فيه فيكون له حصة من الربح قولان:

القول الأول: عدم الجواز لكون المتاع ملكا للمالك فلا يجوز للعامل أن يتصرف فيه من دون رضا صاحبه.

القول الثاني: الجواز لتعلق حق العامل به حيث يحتمل وجود راغب في المتاع يزيد في الثمن فيحصل الربح، و ردّ بعدم تحقق الربح عند احتمال وجود الراغب في الشراء، إلا أن يكون الراغب موجودا بالفعل و يريد الشراء بأزيد من قيمته فهو في قوه ظهور الربح، و ردّ الاستثناء أيضا بعدم صدق الربح عرفا عليه، و بأنه لو سلم فيصير العامل شريكا، و مع ذلك لا يسقط إذن المالك إلا عند الامتناع.

(١) من الربح، و عند امتناع المالك عن بيعه.

(٢) أي و إن لم يكن به ربح.

(٣) أي لم يجز البيع من قبل العامل.

(٤) بحيث يحتمل العامل وجود راغب يزيد في الثمن.

(٥) و ظاهره أنه لو كان الربح فعليا فيجوز البيع، و يكون الربح فعليا عند وجود الراغب فعلا، و قد عرفت ما فيه.

(٦) لو كان مال المضاربه عروضاً و قد فسخ عقد المضاربه، فهل للمالك إلزام العامل ببيع المتاع - و هذا هو معنى الانضاذ - أولا.

فقد قيل بأنه يجب على العامل أن ينضّ المال فيجوز للمالك إلزامه بذلك، لأن العامل قد أخذ المال نقدا فيجب عليه أن يرده كذلك لإطلاق (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (١).

و ردّ بأن دليل الضمان لا يشمل المقام، لأن العامل هنا مأذون فلا يضمن، مع أن وجوب النضّ مما لا دليل عليه فمجراه البراءة عند الشك فيه.

(٧) كعروض ما يقتضى انفساخ العقد كموت أحدهما أو جنونه، و عليه فإن لم يظهر الربح

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، حديث رقم: ٥١٩٧.

قبل العامل فلا أجره له، بل الحصه إن ظهر ربح (١). وقيل: له الأجره أيضا (٢)

فى ما يكون القول قول العامل

(و القول قول العامل فى قدر رأس المال) (٣)، لأنه منكر للزائد و الأصل (٤) معه.

(و) فى (قدر الربح) (٥) لأنه أمين فيقبل قوله فيه.

فى معلوميه رأس المال عند العقد

(و ينبغي أن يكون رأس المال معلوما عند العقد) (٦) لترتفع الجهاله عنه، و لا يكتفى بمشاهدته. وقيل: تكفى المشاهده (٧). و هو ظاهر اختياره هنا (٨)، و هو فلا شىء للعامل من الربح لعدمه و لا من الأجره بالاتفاق لإقدامه على أن يكون له حصته من الربح و لم تظهر، و كذا لو فسخ العامل عند عدم ظهور الربح.

(١) فلو انفسخ العقد أو فسخه العامل فله حصته من الربح على تقدير ظهوره، و عن العلامة فى التذكرة أن له أجره المثل، و هو ضعيف.

(٢) كما له أجره عند فسخ المالك على قول المحقق و جماعه، و هو مختار الماتن هنا، و هذه هى الصور التى تعرض لها الشهيديان من أربع و عشرين صوره، و منها يعرف حكم البقيه.

(٣) لو قال رب المال: أن مال المضاربه مائه، فقال العامل: هو خمسون، فيكون العامل منكرًا للزيادة فيقدم قوله مع يمينه، لكونه منكرًا للزيادة و لموافق قوله ظاهر الشرع لكونه أمينًا شرعا فيقبل قوله.

(٤) و هو ظاهر الشرع بكونه أمينًا، أو براءة ذمه العامل من الزيادة.

(٥) فلو اختلفا فى قدر الربح فقال المالك: ربحت مائه، فقال العامل: بل ربحت خمسين، فالعامل منكر لموافق قوله لظاهر الشرع حيث حكم الشارع بكونه أمينًا، فيقدم قوله مع يمينه.

(٦) فيكون رأس المال معلوما بالقدر و الوصف للنهى عن الغرر، و عن الشيخ فى المبسوط و العلامة فى المختلف أنه تكفى المشاهده لزوال معظم الغرر بالمشاهده، و ردّ ببقاء الجهاله و لا ترتفع إلا مع العلم بالقدر و الوصف، و قال الشارح فى المسالك: (و حكى فى المختلف عن الشيخ القول بجواز المضاربه من غير تقييد بالمشاهده، و قواه فى المختلف محتجًا بالأصل، و قوله صلى الله عليه و سلم (١): المؤمنون عند شروطهم) انتهى.

(٧) القول الأول للشيخ و العلامة.

(٨) أى اختيار الماتن فى اللعمه، لأنه مع تعيين قدر المال لا يقع التنازع، و عليه فلا يقع إلا

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٢.

مذهب الشيخ و العلامة فى المختلف (١)، لزوال معظم الغرر بالمشاهده، و للأصل (٢)، و لقوله (ص): «المؤمنون عند شروطهم»، فإن قلنا به (٣) و اختلفا فى قدره (٤) فالقول قول العامل كما تقدم، للأصل (٥) و الأقوى المنع (٦).

فى أنه ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك

و ليس للعامل أن يشتري ما فيه ضرر على المالك (٧)، كمن ينعق عليه) أى على المالك، لأنه تخسير محض، و الغرض من هذه المعامله الاسترباح فإن اشتراه بدون إذنه (٨) مع المشاهده، و الماتن قد فرض التنازع فى قدر المال فيكون من القائلين بكفايه المشاهده، و فيه: إن جميع الفقهاء المشترطين للتعين قد فرضوا التنازع فراجع كتبهم.

(١) و لهما قول آخر و هو المجازفه من غير تعيين و لا مشاهده.

(٢) أى أصاله عدم التعيين.

(٣) بالاكتفاء بالمشاهده.

(٤) قدر المال.

(٥) أى أصاله عدم الزيادة فيكون العامل منكرا.

(٦) أى المنع من الاكتفاء بالمشاهده.

(٧) قال فى المسالك: (لما كان مبنى عقد القراض على طلب الربح فكل تصرف ينافيه يكون باطلا، و من جملة شراء من ينعق على المالك، لأنه تخسير محض، فضلا عن عدم اشتماله على الغرض المقصود من العقد) انتهى، و الغرض المقصود من العقد هو الربح.

(٨) شراء من ينعق على المالك تاره بغير إذن المالك و أخرى بإذنه، و على الأول فتاره يكون العامل عالما بنسب من يشتريه و عالما بكونه ينعق على المالك و أخرى يكون جاهلا بهما و ثالثه بأحدهما.

فلو اشتراه بغير الاذن مع العلم بالنسب و الانعتاق فيكون الشراء عن المالك شراء فضوليا، و يتوقف على إجازة المالك ككل عقد فضولى، فإن أجاز فيكون كمثل ما لو اشتراه بإذن المالك و سيأتى الكلام فيه عند التعرض للشق الثانى، و إن لم يجز بطل الشراء و كأنه لم يقع.

و لو اشتراه بغير الاذن مع جهله بهما أو بأحدهما فنظر، و قال الشارح فى المسالك:

(فيحتمل كونه كذلك - أى فضوليا - لأن الاذن فى هذا الباب إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه و تقليبه فى تجاره للاسترباح و لا يتناول غير ذلك، فلا يكون ما سواه مأذونا فيه، و التباس الأمر ظاهرا - على العامل - لا يقتضى الاذن، غاية أنه غير آثم لجهله.

كان فضوليا مع علمه بالنسب (١) و الحكم (٢) أما مع جهله بهما، أو بأحدهما ففي صحته و عتقه عن المالك، أو إلحاقه بالعالم وجهان، مأخذهما: انصراف (٣) الإذن إلى ما يمكن بيعه و الاسترباح به فلا يدخل هذا (٤) فيه (٥) مطلقا (٦)، و من كون (٧) الشرط (٨) بحسب الظاهر (٩)، لاستحاله توجه الخطاب إلى الغافل كما لو اشترى معييا لا يعلم بعيبه فتلف به (١٠)، (و) كذا (لا يشتري من رب المال شيئا) (١١)، لأن المال له، و لا يشتري مال الإنسان بماله.

(و لو أذن في شراء أبيه) (١٢) و غيره ممن ينعق عليه (صحح و انعتق) كما لو و يحتمل صححه البيع و يحكم بعته على المالك قهرا و لا- ضمان على العامل، لأن العقد المذكور إنما يقتضى شراء ما ذكر بحسب الظاهر، لا في نفس الأمر، لاستحاله توجه الخطاب إلى الغافل، لاستلزامه تكليف ما لا يطاق، و كما لو اشترى معييا لم يعلم بعيبه فتلف بذلك العيب) انتهى.

(١) بنسب من يشتريه و أنه أب المالك.

(٢) و هو الانعتاق.

(٣) دليل إلحاقه بالعالم و أن العقد فضولي.

(٤) أى شراء من ينعق على المالك مع جهل العامل بنسبه أو بالانعتاق.

(٥) أى فى الاذن المنصرف إلى ما يمكن بيعه و الاسترباح به.

(٦) سواء كان جاهلا بهما أو بأحدهما.

(٧) دليل صححه الشراء و صححه العتق عن المالك و لو قهرا.

(٨) أى الاذن المنصرف، و هو شرط ضمنى فى العقد.

(٩) شرط بحسب ظاهر العامل فلا يشمل الغافل.

(١٠) أى فتلف بالعيب.

(١١) لأن البيع فيه نقل و انتقال، و هو غير متحقق عند الشراء من رب المال، لأن مال المضاربه ماله و لا يشتري مال الإنسان بماله، و لأن الاذن فى المضاربه للاسترباح، و هو محمول عرفا على الاسترباح من غير المالك فلا يكون العامل مأذونا بالاسترباح من نفس المالك.

(١٢) هذا هو الشق الثانى من المسألة السابقه، و عليه فإذا أذن المالك بشراء أبيه من مال المضاربه صحح الشراء بلا إشكال، كما لو اشترى نفس المالك أباه، أو اشتراه و كيله؛ و ينعق على المالك لما سيأتى فى باب العتق من عدم تملك الإنسان أحد أبويه.

و مع الانعتاق فإن كان ثمنه تمام مال المضاربه بطلت المضاربه، لأن الاذن من المالك بالشراء المذكور يكون فسخا لها، و إن

كان الثمن بعضا من مال المضاربه فتبطل المضاربه

ص: ٢٤٨

اشتراه بنفسه أو وكيله، وبطلت المضاربه في ثمنه، لأنه بمنزله التالف، و صار الباقي رأس المال إن كان (و للعامل الأجره) (١) سواء ظهر فيه ربح أم لا، أما مع عدمه فظاهر إلا على الاحتمال (٢) السابق فيما لو فسخ المالك بنفسه، و أما مع ظهوره (٣) فلبطلان المضاربه بهذا الشراء (٤)، لعدم كونه (٥) من متعلق الإذن (٦)، لأن في البعض لأنه فسخ كما تقدم، و تبقى صحيحه في الباقي لوجود الاذن مع عدم صدور فسخ بالنسبه للباقي.

(١)العامل إذا اشترى من ينعق على المالك فتاره يبحث في صحه الشراء و الانعتاق مع إذن المالك بالشراء و عدمه، و هذا ما قد تقدم، و أخرى يبحث عما للعامل في المبيع على تقدير إذن المالك بالشراء، لأنه مع عدم الاذن فيكون عمله تبرعاً فلا أجره له، و لا شيء غيرها.

و عليه فلو أذن المالك للعامل بشراء من ينعق على المالك فتاره يظهر ربح حين الشراء بأن زادت قيمته السوقيه و أخرى لا يظهر فيه ربح و على الأول فالمحكى عن بعض أن رب المال يضمن للعامل حصته من الربح، لتحقق ملك العامل عند ظهور الربح و لا- يقدح العتق القهري بإذن المالك، الذى مرجعه استرداد طائفه من ماله بعد ظهور الربح و إتلافها، و كما يضمن فى الأخير يضمن فى المقام.

و فيه: أن العامل يملك حصته من الربح عند الظهور إن لم يكن عقد المضاربه قد بطل بهذا الشراء، مع أن عقد المضاربه قد بطل فلا حصه للعامل من الربح، لأن الاذن فى المضاربه هو إذن لما اقتضى التقلب و الاسترباح، و مع الاذن بشراء من ينعق على المالك كما هو المفروض فلا يكون إذناً بالمضاربه، بل يكون فسخاً لها و رجوعاً عنها، نعم و إن لم يثبت له شيء من الربح إلا أن له أجره المثل لأن عمله محترم غير متبرع به.

و على الثانى عند عدم ظهور الربح فلا شيء للعامل من الربح لعدم ظهوره، و لكن له أجره المثل لأنه غير متبرع به.

(٢)و الاحتمال السابق هو كون العامل عالماً بتسلط المالك على الفسخ متى شاء، و قد أقدم على العمل بأن له حصه من الربح على تقدير ظهوره فليس له إلا هذه الحصه إذا ظهر الربح، و المفروض عدم الظهور فلا شيء له من الربح و لا من أجره المثل.

(٣)أى ظهور الربح.

(٤)أى بسبب هذا.

(٥)أى لعدم كون هذا الشراء.

(٦)أى إذن المضاربه.

متعلقه (١) ما فيه ربح و لو بالمظنه (٢)، و هو (٣) منفي هنا (٤)، لكونه (٥) مستعقبا للعتق فإذا صرف الثمن فيه (٦) بطلت (٧).

و يحتمل ثبوت الحصه إن قلنا بملكها بالظهور (٨) لتحققه (٩) و لا يقدح عتقه (١٠) القهري، لصدوره (١١) بإذن المالك، كما لو استرد طائفه من المال بعد ظهوره (١٢) و حينئذ (١٣) فيسرى (١٤) على العامل مع يسار المالك إن قلنا بالسرايه فى العتق القهري، أو مع اختيار الشريك السبب.

(و لو اشترى) العامل (أبا نفسه)، و غيره ممن ينعق عليه (صح) (١٥) إذ لا ضرر على المالك (فإن ظهر فيه ربح) حال الشراء، أو بعده (انعتق نصيبه) أى (١) أى متعلق إذن المضاربه.

(٢) لأنه إذن يقتضى التقلب.

(٣) أى الاذن الذى يقتضى التقلب.

(٤) فى شراء من ينعق على المالك.

(٥) أى كون الشراء.

(٦) فى شراء من ينعق على المالك.

(٧) أى المضاربه.

(٨) أى عند ظهور الربح.

(٩) أى تحقق ظهور الربح، لأنه مفروض هذا الفرع.

(١٠) أى عتق من تحقق فيه ظهور الربح.

(١١) أى صدور الشراء.

(١٢) أى بعد ظهور الربح.

(١٣) أى و حين ظهور الربح.

(١٤) أى يسرى العتق القهري إلى حصه العامل، و السريان إما ليسار المالك و إما لأن المالك الذى هو شريك العامل قد اختار السبب و هو الشراء، و اختيار السبب اختيار للمسبب الذى هو العتق هنا.

(١٥) أى صح الشراء و كان من مال المضاربه، و لا يخلو إما أن يكون فيه ربح حين الشراء أو لا.

و على الأول مع كون العامل يملك حصته عند ظهور الربح فينتق نصيبه من الربح، و يسرى العتق فى الباقي، و لكن ليس على العامل بل يسعى المعتق فى باقى قيمته، سواء

ص: ٢٧٠

نصيب العامل، لاختياره السبب المفضى إليه (١) كما لو اشتراه بماله، (و يسعى المعتق) و هو الأب (فى الباقي) و إن كان الولد موسرا، لصحيحه محمد بن أبى عمير عن الصادق (ع) الحاكمه باستسعائه (٢) عن غير استفصال.

و قيل: يسرى على العامل مع يساره، لاختياره السبب (٣) و هو موجب لها (٤) كما سيأتى إن شاء الله تعالى، و حملت الروايه على إعساره جمعا بين الأدله.

و ربما فرق بين ظهور الربح حاله الشراء، و تجدده (٥)، فيسرى فى الأول (٦) دون الثانى (٧) و يمكن حمل الروايه عليه (٨) أيضا.

كان العامل موسرا أم معسرا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لصحيح ابن أبى عمير عن محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربه، فاشتري أباه و هو لا يعلم، قال عليه السلام: يقوم فإن زاد درهما واحدا أعتق و استسعى فى مال الرجل) (١)، و ترك الاستفصال فى جواب السؤال ينزل منزله العموم فى المقال، و عليه سواء كان العامل موسرا أم معسرا فيسعى المعتق فى الباقي.

و قيل - و كما فى الجواهر أنه احتمال - إنه مع سريان العتق فالباقي على العامل إذا كان موسرا مع حمل الروايه على ما لو كان معسرا جمعا بين الروايه و بين ما سيأتى فى باب العتق أن الذى يختار السبب يلزم بالمسبب، و العامل قد اختار سبب العتق و هو الشراء فالانعتاق بتمامه عليه.

(١) أى إلى العتق.

(٢) أى باستسعاء المعتق.

(٣) و هو الشراء.

(٤) أى للسرايه فيلزم العامل بتمامها.

(٥) أى تجدد الربح بعد الشراء.

(٦) و هو ظهور الربح حاله الشراء.

(٧) أى التجدد، بناء على أن الربح إذا تجدد بعد الشراء لا يكون الشراء مجموع السبب حتى يقال: إنه اختار السبب الموجب للسرايه، بل السبب هو الشراء مع ارتفاع قيمه السوق الذى لا-اختيار للعامل فيه، بل ارتفاع قيمه هو السبب القريب فلا يلزم العامل بالقيمه لعدم اختياره.

(٨) على الثانى.

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المضاربه حديث ١.

و فى وجه ثالث بطلان (١) البيع، لأنه (٢) مناف لمقصود القراض، إذ الغرض (٣) هو السعى للتجاره التى تقبل التقلب للاسترباح، و الشراء المتعقب للعتق ينافيه (٤)، و الوسط (٥) قوى لو لا معارضه إطلاق النص الصحيح.

(١) و هو احتمال و مفاده أن الشراء المذكور مناف لمقصود القراض، إذ الغرض منه هو السعى للتجاره التى تقتضى التقلب و الاسترباح، و هذا الشراء المتعقب بالعتق مناف لذلك فلا يكون مأذونا فيه، فيكون موقوف على الإجازة.

و هذا احتمال احتمله المحقق و الشهيد الثانين كما فى الجواهر و أنه اجتهاد فى مقابل النص الذى هو صحيح ابن أبى عمير المتقدم.

(٢) أى شراء من ينعقد على العامل.

(٣) من القراض.

(٤) أى ينافى غرض القراض.

(٥) و هو القول الثانى من أن العتق يسرى و يكون على العامل الموسر، و أنه على المعتق إذا كان العامل معسرا.

ص: ٢٧٢

كتاب الوديعه

اشاره

ص: ٢٧٣

فى تعريف الوديعه

(و هى استنابه فى الحفظ) أى استنابه فيه (٢) (١) لا خلاف فى مشروعيتها، قال تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (١) و قوله تعالى: فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ الَّذِينَ أُوتُوا أَمَانَةً وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ (٢)، و النبوى (ردّ الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (٣) و مثله غيره.

ثم إن الوديعه تطلق على دفع المال للغير قال فى المصباح: (و أودعت زيدا مالا دفعته إليه ليكون عنده وديعه، جمعها ودائع).

و لكن قد وقع النزاع بين الفقهاء أن ألفاظ العقود كالبيع و الإجاره و الوديعه و الصلح هل هى أسماء للعقود أو لما يترتب عليها، و عليه فمن عرّف الوديعه بأنها الاستنابه فى الحفظ فيكون قد ذهب إلى أن اسم الوديعه يطلق على نفس عقدها.

هذا و أشكل على هذا التعريف بإشكالات.

منها: أن العقد مفتقر إلى إيجاب و قبول، و التعريف المتقدم من الاستنابه متضمن لمعنى الإيجاب فقط، فلا بد من ضميمة القبول إليه فيقال: الوديعه هى الاستنابه و قبولها.

منها: أن التعريف شامل للوكاله فلا يكون مانعا للأغيار، لأن الوكاله تقتضى الاستنابه فى حفظ ما و كّل فى بيعه و غيره، و ردّ بأن حقيقه الوكاله ليست هى الاستنابه فى الحفظ، بل حقيقتها الاذن فيما و كّل فيه، و الحفظ تابع من توابع هذا الاذن، بخلاف الوديعه فحقيقتها الاستنابه، و التعريف إنما يكون لذات الشئ لا للوازمه و توابعه.

(٢) فى الحفظ.

ص: ٢٧٥

١- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٨٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب كتاب الوديعه حديث ١٢.

بالذات، فلا يرد (١) مثل الوكالة في بيع شيء، أو شرائه مع إثبات اليد عليه، فإنها (٢) تستلزم الاستنابه فيه (٣) إلا أنها بالعرض، و القصد بالذات (٤) الإذن فيما و كل فيه.

ثم الاستنابه (٥) إنما تكون من المودع (٦)، و الوديعة لا تتم إلا بالمتعاقدين فلا تكون الوديعة هي الاستنابه، بل هي و قبولها، و إن اكتفينا بالقبول الفعلى.

و كأنّ التعريف، لما كان لعقدها كما علم من مذهب المصنف (٧) و كان المعبر منه (٨) الإيجاب تسامح في إطلاقها عليه (٩)، أو لأن الاستنابه تستلزم قبولها فإنها لو تجردت عنه (١٠) لم تؤثر (١١).

في الإيجاب و القبول

(و تفتقر إلى إيجاب و قبول (١٢) كغيرها من العقود،(و لا حصر في الألفاظ) (١) تعرض للإشكال الثانى.

(٢) أى الوكالة.

(٣) فى الحفظ.

(٤) أى و القصد الذاتى من الوكالة.

(٥) تعرض للإشكال الأول.

(٦) و عليه فالاستنابه هي معنى الإيجاب فأين القبول؟

(٧) حيث ذهب إلى أن أسماء المعاملات هي أسماء للعقود لا لما يترتب عليها.

(٨) أى من العقد.

(٩) أى تسامح فى إطلاق الوديعة كعقد على خصوص الإيجاب، قال الشارح فى المسالك:

(إن القبول هنا بالقول ليس بشرط، بل يقوم الفعل مقامه، فكأن التوقف عليه العقد هو الإيجاب خاصة، و إن كانت الوديعة لا تتم إلا بهما) انتهى.

(١٠) عن القبول.

(١١) فلذا اقتصر فى تعريف الوديعة على الاستنابه، غايته يكون المراد منها هو الاستنابه التامه المستلزمه للقبول.

(١٢) لأن الوديعة معامله بين شخصين فلا بد من الإيجاب و القبول فيها، و يدل عليه خبر مروان بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (اعلم أن ضارب على عليه السلام بالسيف و قاتله لو ائتمنى على سيف أو استنصحنى و استشارنى، ثم قبلت ذلك منه

لأدبت إليه الأمانه(١).

ص: ٢٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعه حديث ٨.

(الداله عليها) كما هو شأن العقود الجائزه من الطرفين، فيكفي كل لفظ دل عليها، بل التلويح و الإشاره المفهمه لمعناها (١) اختيارا.

(و يكفي في القبول الفعل (٢)، لأن الغرض منه (٣) الرضا بها (٤)، و ربما كان الفعل و هو قبضها أقوى من القول، باعتبار دخولها (٥) في ضمانه، و التزامه بحفظها بواسطة القبض و إن لم يحصل الإيجاب فيه (٦) أولى (٧)، إلا- أن و هي من العقود الجائزه بالاتفاق، لأن الاستتابه في الحفظ توكيل فيه، و الوكاله جائزه، و مقتضى جواز عقدها من الطرفين عدم انحصار ألفاظ إيجابها و قبولها بلفظ خاص صريح، بل يصح إنشاءهما بكل لفظ دال على ذلك كما هو المشهور على ما تقدم، و قد عرفت جواز ذلك في العقود اللازمه، بل و كفايه الكتابه و الفعل الدالين على الإنشاء.

(١) أى لمعنى الوديعه، و ذلك للتوسع في العقد الجائز دون اللازم.

(٢) قال الشارح في المسالك: (أطلق المصنف و جماعه هنا أنه يكفي القبول بالفعل، مع اعترافهم بكونها عقدا، نظرا إلى أن الغايه منها إنما هو الرضا بالاستتابه، و ربما كان الفعل أقوى فيه - أى في الرضا بالاستتابه - عن القول باعتبار التزامه به و دخوله في ضمانه حينئذ لو قصر بخلاف القبول الفعلى، فإنه و إن لزمه ذلك شرعا إلا أنه ليس صريحا في الالتزام من حيث إنه عقد جائز، فإذا فسخه و لم يكن قبضه لم يظهر أثره، و اليد توجب الحفظ إلى أن ترده إلى مالكه لعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و هذا أحسن إلا أن فيه بعض الخروج عن حقيقه العقد.

و من ثم ذهب بعض العلماء إلى أنها إذن - أى الوديعه - لا- عقد، و فرّع عليه عدم اعتبار القبول القولى، و آخرون إلى أن الإيجاب إن كان بلفظ أودعتك و شبهه مما هو على صيغ العقود و جب القبول لفظا، و إن قال: احفظه و نحوه - مما هو على غير صيغ العقود - لم يفتقر إلى القبول اللفظى كالوكاله و هو كلام موجه انتهى.

و فى الرياض عن الأخير (و وجهه غير واضح).

(٣) أى من القبول.

(٤) بالاستتابه.

(٥) أى دخول الوديعه فى ضمانه عند وضع اليد عليها المحقق للقبول الفعلى.

(٦) فى هذا القبض.

(٧) أى هو ملتزم بحفظها عند قبضها و إن لم يحصل الإيجاب، فمع حصول الإيجاب أولى أو أن القبول الفعلى أولى من القبول اللفظى، لأن فى الفعلى تدخل الوديعه فى ضمانه و يجب عليه أن يلتزم بحفظها لعموم (على اليد) بخلاف القبول القولى عند عدم القبض، فلو

فيه (١) خروجاً عن باب العقود التي لا تتم بصيغته (٢) من الطرفين. و من ثم قيل: إنها (٣) إذن مجرد، لا عقد، و كيف كان لا تجب مقارنه القبول للإيجاب (٤) قولياً كان (٥)، أم فعلياً.

و لو طرحها عنده (٦) فسخ قبل تحقق القبض فلا يظهر أثر لهذا القبول، و هذا ما صرح به الشارح في المسالك، فيكون المعنى الثاني أولى.

(١) أى فى الاكتفاء بالقبول الفعلى.

(٢) أى صيغه واحده، بل لا بد من صيغتين.

(٣) أى الوديعه.

(٤) قال فى الرياض: (بلا خلاف يظهر، و به صرح فى المفاتيح، و أنه لا ريب فيه و لا شبهه، حيث يكون القبول فعلياً، و لو كان قولياً ففيه نوع مناقشه لو لا حكاية عدم الخلاف التى هى حجه عامه) انتهى.

(٥) أى القبول.

(٦) الإيجاب منحصر باللفظ أو بالإشارة و التلويح عند الشارح، و القبول قد يتحقق بالقول و قد يتحقق بالفعل و عليه فهنا صور:

الأولى: أن يضع المال عنده و لم يحصل من صاحب المال ما يدل على الاستتابة فى الحفظ من قول أو إشاره أو تلويح، فقبله قولاً فالودعى لا- يجب عليه الحفظ و لا ضمان عليه، أما أنه لا يجب عليه الحفظ لعدم تحقق عقد الوديعه لاشتراط القول أو الإشاره فى الإيجاب و لم يحصل كل منهما، و مع عدم الإيجاب فلا عقد، و أما أنه لا يجب عليه الضمان، لأن المال لم يدخل تحت يده، لأنه لم يقبض يحسب الفرض و إن قبل قولاً.

الثانية: أن يضع المال عنده من غير إيجاب قبله فعلاً، فلا يتحقق عقد الوديعه لعدم الإيجاب، إلا أن الودعى يضمن، لأن المال داخل تحت يده فيندرج تحت عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

الثالثة: أن يتلفظ المالك بالإيجاب مع الطرح فيقبل الآخر قبولاً قولياً، و به يتم عقد الوديعه، فيجب عليه الحفظ و لا يضمن إلا مع التقصير.

الرابعة: نفس الصوره الثالثه إلا أنه يقبل قبولاً فعلياً، فيتم عقد الوديعه إلى آخر ما ذكر فى الثالثه.

ص: ٢٧٨

و لم يحصل منه (١) ما يدل على الرضا، و لا قبضها (٢)، أو أكرهه على قبضها (٣) لم تصر وديعه، لانتفاء القبول الشرعى فيهما (٤).

و أما الإيجاب فقد يحصل بالطرح بأن يضم إليه قولاً، أو ما فى حكمه (٥) يفيد (٦)، و قد لا يحصل بأن يقتصر على مجرد الطرح، و فى الثانى (٧) لا تصير وديعه و إن قبل قولاً أو فعلاً لكن فى الثانى (٨) يجب عليه الحفظ لليد، لا للوديعة، و فى الأول (٩) تتم بالقبول بهما (١٠) فيجب عليه الحفظ.

الخامسة: أن يصدر الطرح من المالك سواء تقارن الطرح مع الإيجاب من قول أو إشاره أم لا، و الودعى لم يقبلها قولاً و لا فعلاً، فلم يتم عقد الوديعة فلا يجب عليه حفظها من باب الوديعة، و لا ضمان عليه لعدم تحقق القبض.

و فى المسالك أنه يأنم إذا تلفت بعد غياب المالك، لأنه يجب عليه الحفظ من باب المعاونه على البر و إعانه المحتاج، فلو تلفت فلا يضمن و إنما يأنم، و ردّ بأن المعاونه مستحبه و ليست بواجبه.

السادسة: ما لو أكره على قبض الوديعة فلا وديعه لعموم رفع (ما استكرهوا عليه) (١)، فلا قبول شرعاً و ليست يده بيد حينئذ، فلا يجب الحفظ و لا يضمن عند التلف.

(١) من الودعى.

(٢) فلم يصدر منه قبول، لا بالقول و لا بالفعل، و هذه هى الصورة الخامسة.

(٣) هذه هى الصورة السادسة.

(٤) فى هاتين الصورتين، غايته فى السادسة قد صدر القبول إلا أنه ليس بشرعى للإكراه.

(٥) كالإشاره.

(٦) أى يفيد معنى الإيجاب.

(٧) أى فى الطرح المجرّد فلا وديعه لعدم الإيجاب و إن قبل الودعى قولاً أو فعلاً و هذه هى الصورة الأولى و الثانى.

(٨) أى ما لو قبل الودعى فعلاً و هى الصورة الثانى فيضمن لعموم على اليد.

(٩) أى الطرح الذى انضم إليه القول أو الإشاره المفهمه لمعنى الإيجاب و عليه فسواء قبل الودعى قولاً أو فعلاً فيتم عقد الوديعة، و هذه هى الصورة الثالثه و الرابعه.

(١٠) أى بالقول أو بالفعل.

و حيث لا- يجب (١) لعدم القبول (٢) قد يجب لأمر آخر كما لو غاب المالك و تركها و خيف عليها الذهاب (٣) فيجب من باب المعاونه على البر كفايه لكن لا ضمان بتركه (٤).

و أما مع الإكراه (فلا- يجب حفظها مطلقا (٥)، بل يجوز تركها و إن قبضها به (٦) في حضور المالك و غيبته، إلا- أن يكون المكره، مضطرا إلى الإيداع فيجب إعائته عليه كالسابق.

فقوله: «فلا يجب حفظها» مطلق في الثاني (٧) من حيث الوديعه، و مع عدم القبول، أو القبض (٨) في الأول (٩) على ما فصل.

في وجوب الحفظ بعد القبول

(و لو قبل) الوديعه قولاً، أو فعلاً (وجب) عليه (الحفظ) (١٠) ما دام (١) لا يجب الحفظ.

(٢) أى عدم القبول من الودعى فلا عقد للوديعه و لكن يجب عليه الحفظ من باب المعاونه كما في الصوره الخامسه.

(٣) أى التلف.

(٤) أى بترك الحفظ، فلا ضمان لعدم اليد و لكنه آثم لمخالفته الواجب و قد عرفت عدم الوجوب.

(٥) سواء قبض أم لا.

(٦) بالإكراه، فلا يجب الحفظ لعدم تحقق القبول الشرعى.

(٧) أى فى الإكراه.

(٨) أى عدم القبض.

(٩) أى فى الطرح.

(١٠) فيجب على الودعى بلا- خلاف فيه، لأن الحفظ من مقتضيات الوديعه فلو لم يجب حفظها لم يجب أدائها، مع أن الودعى مما يجب عليه رد الوديعه للأخبار:

منها: النبوى (ردّ الوديعه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (١)، لو جاز له إهمالها و عدم حفظها فكيف يترتب عليه وجوب الأداء، و للأخبار الآتية و الداله على الضمان عند عدم الحفظ، فلو لم يكن الحفظ واجبا لم يكن وجه للضمان عند تركه.

ص: ٢٨٠

مستودعا، و كذا بعده (١) إلى أن يؤدي إلى المالك، أو من في حكمه (٢)، و بذلك (٣) يظهر عدم المنافاه بين وجوب الحفظ، و عدم وجوب البقاء على الوديعة من حيث إنها عقد جائز (٤).

و لا ضمان عليه (٥) لو تلفت، أو عابت (إلا بالتعدى فيها (٦) بأن ركب الدابة (٧)، أو لبس الثوب، أو فتح الكيس المختوم، أو المشدود (أو التفريط) بأن (١) بأن يفسخ عقدها، فيجب عليه الحفظ بعد الفسخ لاستلزام تركه إضاعه المال المنهى عنه فى الشرعيه، مع استلزام تركه للضرر على المالك، بالإضافة إلى إطلاق أدله رد الوديعة المتقدمه الشامل لمفروض مسألتنا، و لا يتم الرد إلا بالحفظ.

(٢) أى حكم المالك و هو الوكيل.

(٣) أى يكون الوديعة يجب حفظها و لو بعد الفسخ.

(٤) فلا- يأتى الإشكال بأن الوديعة عقد جائز و يجوز للودعى الفسخ متى شاء فكيف يجب عليه الحفظ مطلقا، و رده بأنه يجب عليه الحفظ مطلقا و لو بعد الفسخ إلى أن يردّها إلى المالك لما تقدم من الأدله و هذا لا ينافى جواز فسخها متى شاء الودعى.

(٥) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (صاحب الوديعة و البضاعة مؤتمنان) (١)، و خبر أبان عن أبي جعفر عليه السلام (-) إلى أن قال -: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أمينا) ٢.

(٦) مع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف للأخبار.

منها: مكاتبه محمد بن الحسن إلى أبي محمد عليه السلام (فى رجل دفع إلى رجل وديعه، و أمره أن يضعها فى منزله أو لم يأمره، فوضعها فى منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه، فوقع عليه السلام: هو ضامن لها إن شاء الله) (٢).

(٧) اعلم أن حفظ الوديعة إنما يكون بحسب العاده، فالثوب يحفظ فى الصندوق و الشاه فى المراح و الدابه فى الاصطبل، و كل شىء فى حرزه بحسب عاده العرف، و لذا قال الشارح فى المسالك: (لما لم يكن لحفظ الوديعة كيفية مخصوصه من قبل الشارع، كان المرجع فيه إلى العرف مما عدّ منه حفظا لمثل تلك الوديعة، و كان هو الواجب و لم يتعقبه ضمان لو فرض تلفها معه) انتهى.

ص: ٢٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أحكام الوديعة حديث ١ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أحكام الوديعة حديث ١.

قَصِير في الحفظ عاده (فلو أخذت منه قهرا فلا ضمان (١) إن لم يكن سببا في الأخذ القهري بأن سعى بها إلى الظالم، أو أظهرها فوصل إليه خيرها (٢) مع مظنته (٣)، و مثله ما لو أخبر بها اللصّ فسرقها.

و لا فرق بين أخذ القاهر لها بيده، و أمره له (٤) بدفعها إليه كرها، لانتفاء التفريط فيهما فينحصر الرجوع على الظالم فيهما على الأقوى.

و قيل: يجوز له الرجوع على المستودع في الثاني، و إن استقر الضمان على الظالم (٥).

و على هذا فالضابط في ترك الحفظ بالتعدى أو التفريط يرجع فيه إلى العرف، و إن حصر التقصير بعضهم في سته و هي: الانتفاع بها و الإيداع و التقصير في دفع المهلكات، و المخالفه في كيفية الحفظ، و التضييع بأن يلقبها في مضيعه، و الجحود.

(١) فلا ضمان على الودعي لعدم صدق التقصير عند الأخذ القهري، نعم هذا مشروط بعدم كون الودعي سببا في الأخذ القهري، كما لو كان هو الساعي بها إلى الظالم و لم يقدر بعد ذلك على دفعه، فإنه يضمن لأنه فَرَط في الحفظ، و مثله ما لو أخبر اللصّ فسرقها.

(٢) أى وصل إلى الظالم خبر الوديعة.

(٣) أى مظنته وصول الخبر و أخذ الظالم لها، فلو ظن الودعي ذلك و أظهرها فإنه ضامن لأنه فَرَط في الحفظ.

(٤) أى و أمر الظالم للودعي بدفع الوديعة إليه كرها، فلا فرق بين الصورتين في عدم ضمان الودعي لأنه غير مقصّر، على المشهور بين الأصحاب، و عن أبي الصلاح و أبي المكارم و العلامه في التذكرة جواز رجوع المالك مخيرا على الظالم و الودعي إذا سلم الودعي للظالم قهرا دون ما لو أخذها الظالم فالمالك يرجع عليه خاصة.

و وجه التخيير أن المالك مما يجوز له الرجوع على الظالم لعموم (على اليد)، و لهذا العموم يجوز له الرجوع على الودعي لأنه باشر التسليم فكانت الوديعة تحت يده، و فيه: إنه لا سبيل على المحسن لقوله تعالى: مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١)، و الودعي محسن و لم يفرط في الحفظ بحسب الفرض.

(٥) بمعنى لو رجع المالك على الودعي لجاز للودعي أن يرجع على الظالم، بخلاف ما لو رجع على الظالم فلا يجوز له أن يرجع على الودعي، فالضمان بالأخير على الظالم.

ص: ٢٨٢

(و لو تمكن) المستودع (من الدفع) عنها (١) بالوسائل الموجهه لسلامتها (وجب ما لم يؤدّ إلى تحمل الضرر الكثير (٢)، كالجرح، و أخذ المال (٣) فيجوز تسليمها حينئذ و إن قدر على تحمله (٤). و المرجع في الكثره (٥) و القله إلى حال المكره، فقد تعدّ الكلمه اليسيره من الأذى كثيرا في حقه، لكونه جليلا لا يليق بحاله ذلك.

و منهم من لا يعتد بمثله، و أما أخذ المال فإن كان مال المستودع (٦) لم يجب بذله مطلقا (٧)، و إن كان من الوديعة فإن لم يستوعبها و جب الدفع عنها ببعضها (٨) ما أمكن، فلو ترك مع قدره على سلامه البعض فأخذ (٩) الجميع ضمن (١٠) ما يمكن (١) عن الوديعة عند أخذ الظالم لها، و كان الدفع لائقا به و جب عليه، بلا خلاف فيه، لأنه مقدمه للحفظ المأمور به على نحو الإطلاق، فلو لم يفعل مع قدرته على الدفع حتى أخذها الظالم كان الودعي مقصرا فيضمن.

(٢) على الودعي.

(٣) أى مال الودعي فلا يجب عليه الدفع حينئذ، لأن تحمل الضرر و دفع المال ضرر، و هو منفي في الشريعة.

(٤) أى تحمل الضرر أو دفع المال، فلا يجب للإطلاق في أدله نفي الضرر.

(٥) أى كثره الضرر و قفته، قال في المسالك: (المرجع في كثره الضرر و قلته إلى حال المكره - أى الودعي - فمنهم من يعدّ الكلمه اليسيره من الأذى الكثير في حقه لكون شريفا لا- يليق بحاله ذلك، و منهم من لا يعتدّ بأمثال ذلك، و هكذا القول في الضرب و أخذ المال) انتهى.

(٦) أى الودعي فلا- يجب بذله، لأنه ضرر عليه و هو منفي و إن كان قادرا على تحمله، و قال سيد الرياض: (و فيه نظر لوجوب الحفظ و لا يتم إلا به، فيجب، و الضرر يندفع بالرجوع إلى المالك بعد نيته) انتهى، أى بعد نيه الرجوع حتى لا يكون متبرعا.

(٧) سواء استوعب المال المدفوع الوديعة أم لا.

(٨) من باب وجوب حفظ الباقي، لأن هذا الباقي مما يجب حفظه سواء بقى المدفوع تحت يد الودعي أم دفعه إلى الظالم، و بما أن وجوب حفظ الباقي متوقف على بذل المدفوع فيجب بذله حينئذ.

(٩) أى الظالم قد أخذ جميع الوديعة.

(١٠) أى ضمن الودعي ما يمكن سلامته، لأنه مع عدم الدفع المذكور و قد أثبتنا وجوبه فهو مقصّر فيضمن.

سلامته، و إن لم يمكن إلا بأخذها (١) أجمع فلا تقصير، و لو أمكن الدفع عنها بشيء من ماله (٢) لا يستوعب قيمتها (٣) جاز، و رجع مع نيته (٤)

[و فى وجوبه نظر]، و لو أمكن حفظها عنه بالاستتار منه و جب (٥) فيضمن بتركه (نعم يجب عليه اليمين لو قنع بها (٦) الظالم فيورى) بما يخرج عن الكذب بأن يحلف أنه ما استودع من فلان، و يخصه (٧) بوقت أو جنس، أو مكان، أو نحوها، (١) أى لا يمكن دفع الظالم إلا بدفعها أجمع فلا تقصير على الودعى و لا ضمان.

(٢) أى مال الودعى.

(٣) أى قيمه الوديعة.

(٤) أى و رجع على المالك مع نية الرجوع، و بدونها يكون الدفع تبرعاً.

(٥) أى و جب الاستتار، و وجوبه من باب المقدمه للحفظ الواجب.

(٦) أى باليمين، هذا و قد عرفت و جب الحفظ على الودعى، فإذا أراد الظالم أخذها فإن تمكن من الدفع من دون ضرر يجب، لأنه مقدمه للحفظ الواجب، و لو توقف على بذل المال ففيه التفصيل المتقدم، و لو توقف الدفع على الكذب لجاز، بل و جب، و لو توقف الدفع على اليمين فتجب من باب و جب المقدمه للحفظ الواجب بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال، و للأخبار.

منها: خبر إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف، قال عليه السلام: لا جناح عليه، و عن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه، قال عليه السلام: لا جناح عليه، و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله، قال عليه السلام: نعم) (١)، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (اليمين على وجهين - إلى أن قال - فأما الذى يؤجر عليها الرجل إذا حلف كاذباً، و لم تلزمه الكفاره فهو أن يحلف الرجل فى خلاص امرئ مسلم أو خلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره) (٢) و مقتضى هذه الأخبار جواز الحلف مطلقاً إلا أن الفقهاء قيدوها بما إذا لم يقدر على التوريه، و إلا فيجب عليه الحلف مورياً بما يخرج عن الكذب، لأن الضروره تقدر بقدرها، و عليه فإن أمكن الحلف بدون كذب و هذا لا يكون إلا مع التوريه فيجب، و إلا فيجوز الحلف كاذباً.

(٧) أى عدم الاستيداع المحلوف عليه.

ص: ٢٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الأيمان حديث ١.

٢- ((١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الأيمان حديث ٩.

مغاير لما استودع، وإنما تجب التوريه عليه مع علمه بها (١)، وإلا سقطت، لأنه (٢) كذب مستثنى للضروره (٣) ترجيحاً (٤) لأخف القبيحين (٥) حيث تعارضاً.

فى أنه تبطل الوديعه بموت كل منهما

(و تبطل) الوديعه (بموت كل منهما (٦): المودع و المستودع، كغيرها من العقود الجائزه، (و جنونه و إغمائه) و إن قصر وقتها (٧) (فتبقى) فى يد المستودع على تقدير عروض ذلك للمودع، أو يد وارثه (٨) أو وليه أو يده (٩) بعد صحته (١٠) (١) أى مع علم الودعى بالتوريه.

(٢) أى الحلف.

(٣) و هى حفظ مال المسلم.

(٤) تعليل للاستثناء.

(٥) و القبيحان هما قبح الكذب و قبح إذهاب حق الآدمى، فيقدم حق الآدمى و يجوز الكذب حينئذ.

(٦) قد تقدم أن الوديعه عقد جائز من الطرفين، و إذا كانت كذلك فتبطل بموت كل واحد منهما أو جنونه، للإجماع على بطلان العقود الجائزه بذلك.

فلو عرضت هذه الأمور للمالك فتبقى الوديعه فى الودعى أمانه شرعيه لا مالكيه، و الفرق بينهما أن المالكيه ما كانت بإذن المالك، و الشرعيه ما كانت بإذن الشارع دون المالك، و هنا لا إذن للمالك بعد جنونه أو إغمائه أو موته فتكون شرعيه.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالأمانه الشرعيه غير مضمونه لإذن الشارع له فى وضع يده عليها إلى أن يردّها، و من جهه ثالثه فمن حكم الأمانه الشرعيه وجوب المبادره إلى ردها على الفور إلى مالكيها أو من يقوم مقامه، فإن أخر عن ذلك مع قدرته يضمن، و لو تعذر الوصول إلى المالك أو من يقوم مقامه سلّمها إلى الحاكم لأنه ولى الغائب، و وجوب ردها فوراً لعدم إذن المالك، و ما إذن الشارع بوضع اليد عليها إلا لحفظها و إيصالها إلى مالكيها و هذا ما يقتضى الوجوب الفورى للرد، بخلاف الأمانه المالكيه فلا يجب ردها إلا مع طلب مالكيها، لأن وضع الودعى يده عليها إنما كان بإذن من المالك، و من جهه رابعه فلو عرضت هذه الأمور للودعى فتبقى الأمانه تحت يد وارثه أو وليه إلى آخر ما ذكر من أحكام الأمانه الشرعيه.

(٧) أى وقت الجنون و الإغماء.

(٨) أى وارث الودعى.

(٩) أى يد الودعى.

(١٠) أى بعد صحه الودعى من الجنون أو الإغماء.

على تقدير عروضه (١) له (٢) (أمانه شرعيه) أى مأذونا فى حفظها من قبل الشارع، لا المالك، لبطان إذنه (٣) بذلك (٤). و من حكم الأمانه الشرعيه وجوب المبادره (٥) إلى ردها و إن لم يطلبها المالك.

فى أنه لا يقبل قول الودعى فى ردها

(و لا يقبل قول الودعى) و غيره ممن هى فى يده (فى ردها إلا بينه (٦)، بخلاف الأمانه (٧) المستنده إلى المالك فإنه لا يجب ردها بدون الطلب (٨)، أو ما فى حكمه (٩) كانقضاء المده المأذون فيها، و قد يقبل قوله (١٠) فى ردها (١١) كالوديعة، و قد لا يقبل كما إذا قبضها لمصلحته كالعاريه (١٢)، و المضاربه.

و من الأمانه الشرعيه (١٣) ما بطل من الأمانه المالكيه كالشركه، و المضاربه (١) أى عروض السبب الموجب لإبطال الوديعة. (٢) للودعى.

(٣) أى إذن المالك.

(٤) أى بعروض هذه الأمور من الجنون أو الإغماء.

(٥) على نحو الفور.

(٦) لأنه مدع و أصاله عدم الرد على عكس قوله، بخلاف الأمانه المالكيه فإنه منكر لو ادعى الردّ و لم يصدقه المالك، لأنه أمين فيقبل قوله فيه مع اليمين.

(٧) سواء كان وديعه أو عاريه أو غيرهما، و قد عرفت أن الودعى منكر لو ادعى الردّ و لم يصدقه المالك.

(٨) أى الطلب من المالك.

(٩) أى حكم الطلب.

(١٠) أى قول المؤتمن.

(١١) أى رد الأمانه المستنده إلى إذن المالك.

(١٢) فلو ادعى المستعير رد العاريه لا يقبل قوله مع اليمين لأنه مدع، بل يطالب بالبينه و سيأتى بحثه فى بابها.

(١٣) قال الشارح فى المسالك: (و لها - أى للأمانه الشرعيه - صور كثيره:

أحدها: ما ذكر من الوديعة التى يعرض لها البطان، و كذا غيرها من الأمانات كالمضاربه و الشركه و العاريه.

و منها: ما لو أطارت الريح ثوبا و نحوه إلى داره.

و منها: ما لو انتزع المغصوب من الغاصب بطريق الحسبه.

ص: ٢٨٦

بموت، و نحوه، و ما تطيره الريح إلى دار الغير من الأمتعه، و ما ينزع من الغاصب بطريق الحسبه، و ما يؤخذ من الصبي و المجنون من مال الغير و إن كان كسبا من قمار كالجواز و البيض، و ما يؤخذ من مالهما وديعه عند خوف تلفه (١) بأيديهما، و ما يتسلمه منهما نسيانا، و ما يوجد فيما يشتري من الأمتعه كالصندوق من مال لا يدخل في المبيع و اللقطه في يد الملتقط مع ظهور المالك. و ضابطه: ما أذن في الاستيلاء عليه شرعا و لم يأذن فيه المالك.

في ما لو عين موضعا للحفظ

(و لو عين) المودع (موضعا للحفظ اقتصر) المستودع (عليه) (٢) فلا- يجوز نقلها و منها: ما لو أخذ الوديعة من صبي أو مجنون عند خوف تلفها.

و منها: ما يصير بأيدي الصبيان من الأموال التي يكتسبونها بالقمار كالجوز و البيض، و علم به المولى فإنه يجب عليه رده إلى مالكة أو وليه.

و منها: ما لو استعار صندوقا و نحوه، أو اشتراه، أو غيره من الأمتعه فوجد فيه شيئا به، فيكون أمانه شرعيه و إن كان المستعار مضمونا.

و منها: اللقطه في يد الملتقط مع ظهور المالك، و ضابطه: ما كان وضع اليد عليها بغير إذن المالك مع الاذن فيه شرعا) انتهى.

(١) لأنه مع عدم الخوف بالتلف، فإنه ليست بوديعة كما سيأتى بحثه.

(٢) اقتصر الودعي عليه وجوبا، بلا خلاف فيه، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، و عليه فلو نقلها عن الموضع المعين إلى ما هو أدون حرزا يضمن للتعدى، و إنما الخلاف في صورتين:

الأولى: ما لو نقلها إلى الأحرز، فقد ذهب جماعه إلى جواز نقلها حينئذ محتجين بالإجماع و بدلاله مفهوم الموافقه عليه، و ذهب الكثير منهم إلى عدم جواز النقل المذكور، و مع مخالفه هذا الكثير منهم الشيخ في النهايه و ابن زهره و العلامه و الحلبي فكيف ينعقد الإجماع، و أما مفهوم الموافقه فلا يجري لاختلاف الأغراض في مواضع الحفظ اختلافا كثيرا.

نعم إن فهم من تعيين الموضع أنه من باب المثال لمكان الحرز جاز النقل إلى الأحرز، لعدم خصوصيه المكان المعين حينئذ.

الصوره الثانيه: ما لو نقلها إلى المساوى، فقد نقل المحقق قولاً عن بعض الجواز، لتوافق المتساويين في الضرر و النفع، و ردّ بأن إلحاق مساويه به قياس محض و هو باطل، نعم على ما تقدم إن كان ذكر المكان من باب المثال فيجوز التعدى عنه إلى مساويه لعدم خصوصيه المكان المعين.

إلى غيره و إن كان أحفظ عملا بمقتضى التعيين، و لاختلاف الأغراض فى ذلك.

و قيل: يجوز إلى الأحفظ لدلالته عليه (١) بطريق أولى. و هو ممنوع (٢)، و جَوِّز آخرون التخطى إلى المساوى، و هو قياس باطل. و حينئذ (٣) فيضمن بنقلها عن المعين مطلقا (٤) إلا أن يخاف تلفها فيه (٥) فينقلها عنه (٦) إلى الأحفظ، أو المساوى مع الإمكان، فإن تعذر فالأدون، (و لا ضمان) حينئذ (٧) للإذن فيه شرعا، و إنما جاز المساوى هنا (٨) لسقوط حكم المعين بتعذره (٩) فينتقل إلى ما فى حكمه و هو (١٠) المساوى، أو ما فوقه، و يمكن شمول كلامه (١١) للأدون عند الخوف و إن وجد المساوى، كما يشمل المنع (١٢) (١) أى لدلاله المعين على الأحفظ.

(٢) لما تقدم من اختلاف الأغراض.

(٣) أى و حين عدم جواز النقل حتى إلى الأحرز.

(٤) سواء نقلها إلى الأحفظ أو المساوى أو الأدون.

(٥) فى المعين.

(٦) عن المعين، لسقوط وجوب الحفظ فى المكان المعين، لأن بقائها فى المعين الموجب لتلفها مناف لوجوب حفظ الوديعة، و عليه فينقلها إلى الأحرز أو المساوى مع الإمكان، و عند التعذر فينقلها إلى الأدون لعدم قدرته على الحفظ إلا بذلك فيتعين، ثم على تقدير جواز النقل لخوف التلف فلو نقلها عن المكان المعين فتلفت فلا- ضمان عليه بلا خلاف فيه لعدم تقصيره، و لأنه محسن.

(٧) حين النقل عن المكان المعين، أو حين وضعها فى غير المعين عند خوف تلفها فى المعين.

(٨) عند خوف التلف.

(٩) أى بسبب تعذر المعين.

(١٠) أى ما فى حكم المعين.

(١١) أى كلام الماتن حيث قال (إلا- أن يخاف تلفها فيه فينقلها عنه)، و هو شامل للنقل إلى الأدون، حتى مع قدره على المساوى، مع أنه مع قدرته على المساوى لا يجوز النقل إلى الأدون لأنه يعدّ الودعى حينئذ مقصرا فلو تلف يضمن.

(١٢) المراد بالمنع هو منع نقلها عن المعين، و هو مستفاد من كلامه (و لو عين المودع موضعا للحفظ اقتصر المستودع عليه)، و الحاصل أنه لا يجوز نقلها من المكان المعين إلى الأعلى عند عدم خوف التلف و إن ذهب البعض إلى الجواز.

من الأعلى (١) عند عدمه (٢)، ويشمل (٣) أيضا فيهما (٤) ما لو نهاه عن غير المعين و عدمه (٥)، و هو كذلك (٦).

فى أنه يحفظ الوديعه بما جرت العاده به

(و يحفظ) (٧) الوديعه (بما جرت العاده به (٨) فى مكان الوديعه و زمانها، لأن الشارع لم يحد لها حدا، فيرجع إلى العاده (كالثوب، و النقد فى الصندوق) المقفل، أو الموضوع (٩) فى بيت محرز عن الغير (١٠)، (و الدابه فى الاصطبل) المضبوط بالعلق، (و الشاه فى المراح) كذلك (١١)، أو المحفوظ بنظر المستودع.

و هذه الثلاثه (١٢) مما جرت العاده بكونها حرزا لما ذكر، و قد يفتقر إلى أمر (١) و المعنى إلى الأعلى، و إلا فلو أريد النقل من الأعلى إلى غيره لكان نقلا- إلى الأدون و هو غير جائز بالاتفاق و لا- معنى لإبرازه من كلام الماتن، بخلاف النقل إلى الأعلى فيحسن إبرازه من كلام الماتن لوجود الخلاف فيه.

(٢) أى عدم الخوف.

(٣) أى كلام المصنف.

(٤) أى فى الصورتين السابقتين.

(٥) أى و عدم النهى، أما مع عدم النهى فهو مورد الصورتين السابقتين على ما تقدم بيانها، و أما مع النهى فلو عين موضعا و نهاه عن النقل حتى إلى الأعلى و لا خوف على الوديعه من التلف فلا يجوز نقلها، لأنه لا يجوز مع عدم النهى فمع النهى أولى.

و كذا لو عين له موضعا و قد خاف عليها من التلف فلا بد من نقلها حتى إلى الأدون عند فقد المساوى و الأحرز حتى مع النهى، لأن بدون النقل المذكور يكون مقصرا و يضمن.

(٦) أى و الشمول المذكور فى محله، و فيه: إنه فى محله عند خوف التلف فيجوز نقلها إلى الأدون سواء نهاه عنه أم لا بشرط تعذر المساوى، لا مع وجدان المساوى و إلا لكان مقصرا.

(٧) أى الودعى.

(٨) بالحفظ، قد تقدم أن الحفظ واجب و ليس له كيفيه مخصوصه من قبل الشارع، فالمرجع فيه إلى العرف على وجه لا يعد الودعى مضيعا و مفرطا و خائنا و مهملا و متعديا.

(٩) صفه للصندوق.

(١٠) هذه أمثله عرفيه لحفظ الثوب و النقد، و يمكن حفظهما فى غير الصندوق.

(١١) أى المضبوط بالعلق.

(١٢) من الصندوق و الاصطبل و المراح.

ص: ٢٨٩

آخر (١)، أو يقوم غيرها مقامها عادة (٢).

فى ما لو استودع من طفل، أو مجنون

و لا فرق فى وجوب الحرز على المستودع (٣) بين من يملكه، و غيره، و لا- بين من يعلم أنه لا- حرز له و غيره (٤) (و لو استودع من طفل، أو مجنون ضمن (٥)، لأنهما ليسا أهلا للإذن فيكون وضع يده على مالهما بغير إذن شرعى (١) أى حرز هذه الأمور الثلاثة قد يفتقر إلى أمر آخر، كما لو كان الصندوق المقفل أو الموضوع فى بيت محرز عن الغير مما يخاف عليه من السرقة، فهو بحاجة حينئذ إلى حارس أو نقله إلى مكان أمين لا يخاف عليه عادة من السرقة.

(٢) أو يقوم غير هذه الإحراز الثلاثة المذكورة مقامها، كوضع النقد فى محفظه يضع فيها نقوده، مما يعدّ حرزا عرفا و هكذا.

(٣) أى يجب على الودعى حفظ الوديعة فى حرزها سواء كان مالكا للحرز أم لا، و لا يقال إنه مع عدم تملكه للحرز فلا يجب، لأنه يقال: إن الحفظ الواجب متوقف على إيجاد الحرز و على وضع الوديعة فيه، فيجب عليه إيجاد الحرز عند عدم تملكه مع وضع الوديعة فيه حينئذ.

(٤) أى يجب على الودعى حفظ الوديعة فى حرزها سواء علم المودع أن عنده حرزا أم لا، و لا يقال: إنه مع علم المودع أنه لا حرز عنده و قد قدم إليه الوديعة فيكون إذنا فى عدم حفظها فى حرزها، لأنه يقال: الحفظ واجب على الودعى و هو متوقف على إيجاد الحرز و وضعها فيه، و علم المودع بعدم وجود الحرز لا يقتضى الاذن للودعى بوضعها فى غير حرزها كما هو واضح.

(٥) فلو كان المودع طفلا- أو مجنونا فلا- تصح الوديعة، لاعتبار الكمال فى طرفى عقدها، كغيرها من العقود، بلا خلاف و لا إشكال كما فى الجواهر، و عليه فلو صدر من أحدهما الإيجاب فهو كالعدم، و كذا الاذن فى القبض لكونهما مسلوبى العبارة شرعا، فلو وضع الودعى يده على الوديعة و الحال هذه فيكون وضعها بغير حق لعدم الاذن بحسب الفرض، فيضمن لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١).

ثم بعد الوضع المذكور يجب على الودعى رد المال إلى وليّهما، و لا- يجوز رده إليهما للحجر عليهما، فلا يبرأ الودعى إلا برد المال إلى وليّهما الخاص أو العام عند تعذر الخاص.

ص: ٢٩٠

فيضمن، إلا أن يخاف تلفها في أيديهما فيقبضها بنيه الحسبه (١)، فالأقوى عدم الضمان، لكن يجب مراجعه الولي ما أمكن (٢).
ولا فرق بين كون المال لهما، أو لغيرهما (٣)، وإن ادعيا إذنه (٤) لهما في الإيداع.

(و) حيث يقبض الوديعه منهما مع جوازه (٥) أولا معه (٦) يبرأ بالرد إلى وليهما الخاص، أو العام مع تعذره (٧)، لا إليهما (٨) (و) يجب إعادته الوديعه على المودع) مع المطالبه (٩) (١) أي بنيه التقرب لله سبحانه وتعالى، من أجل حفظ أموالهما فيكون محسنا فلا يضمن لقوله تعالى: ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١)، إلا أن بعضهم كالمحقق حكموا بالضمان عليه و أن الإحسان إنما يرفع حرمه التصرف في مال الغير ليس إلا، و أما الضمان فباق لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (٢)، و هو كما ترى.

(٢) عند خوف التلف، لحرمة التصرف في مال المولى عليه إلا مع الضروره، و مع إمكان أخذ الاذن لا ضروره في اليبين.

(٣) أي غير الطفل و المجنون، فلو أنشأ الإيجاب لإيداع مالهما أو مال غيرهما فهو كالعدم لأنهما مسلوبا العبارة، و كذا إذنهما في القبض، و كذا لو ادعيا إذن المالك لهما في توكيلهما عنه في الإيداع، كل ذلك لسلب عبارتهما شرعا.

(٤) أي إذن الغير.

(٥) أي جواز القبض، و هو في صورته خوف التلف.

(٦) أي و مع عدم جواز القبض عند عدم خوف التلف.

(٧) أي تعذر الخاص، و قد تقدم الكلام فيه.

(٨) للحجر عليهما.

(٩) يجب رد الوديعه لو طلبها المودع، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لقوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٣)،
و للأخبار:

منها: النبوي (رد الأمانه إلى من ائتمنك و لا تخن من خانك) (٤).

ص: ٢٩١

١- (١) سورة التوبه، الآية: ٩٢.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠.

٣- (١) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٤- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوديعه حديث ١٢.

فى أول وقت الإمكان (١) بمعنى (٢) رفع يده عنها، و التخليه (٣) بين المالك و بينها، فلو كانت فى صندوق مقفل ففتح عليه، أو بيت محرز فكذلك، لا نقلها إلى المالك زياده على ذلك (٤).

و العذر الشرعى (٥) كإكمال الصلاه (٦) و إن كانت نفلا على الأقوى ما لم ثم إن هذا الوجوب عند المطالبه، لأنه مع عدمها لا يجب الرد بل يجوز لأن الوديعه عقد جائز من الطرفين.

(١) قال فى الرياض: (و لعل الوجه فيه مع عدم اقتضاء الأمر الفوريه هو وجوب الاقتصار فى وضع اليد على مال الغير على القدر المتحقق معه إذنه، و مطالبه الرد تقتضى انقطاعه فلا يجوز له التصرف زياده على ما يتحقق به الرد) انتهى.

(٢) تفسير للرد، فليس المراد منه مباشرته للرد و تحمل مئونه هذا الرد، بل المراد منه رفع يده عنها و التخليه بين المالك و بينها، فلو كانت موضوعه فى صندوق لكفى أن يفتح له، و إن كانت فى بيت محرز فكذلك، و هكذا، و الدليل عليه أن الودعى نائب فى الحفظ فقط فلا يجب عليه تحمل مئونه الرد و لا مباشرته.

(٣) عطف تفسيرى لرفع اليد.

(٤) أى على رفع اليد و التخليه

(٥) قد عرفت أنه يجب على الودعى رد الوديعه عند المطالبه فى أول أوقات الإمكان، و وجوب الرد هذا مشروط بالإمكان العقلى كسائر الأحكام التكليفيه لقبح تكليف العاجز، فلو طالبه المودع و كان فى حاجه ضروريه له فلا يجب عليه الرد إلا بعد انقضاء الحاجه و هذا موضع وفاق بينهم.

و لكن هل وجوب الرد مشروط بالإمكان الشرعى بحيث لو كان فى صلاه واجبه أو نافله فلا يجب الرد حتى تنقضى الصلاه، ذهب جماعه منهم الشارح هنا و فى المسالك إلى ذلك، لأن المانع الشرعى كالمانع العقلى، و خالف العلامه فى التذكرة إلى عدم كون النافله عذرا شرعيا لجواز قطعها، مع أنه فى باب الوكاله من كتابه المذكور ذهب إلى كونها عذرا.

ثم هل المانع العادى كالمانع العقلى بحيث لو طلبها المودع و كان بين الودعى و بينها حائل من مطر و نحوه فيؤخر الرد إلى حين انقضائه، و هو كذلك لأن تحمل المانع العادى حرج و عسر و هما منفيان فى الشريعة.

(٦) فإن كانت واجبه فهى موضع وفاق، و إن كانت نفلا فالمخالف هو العلامه فى التذكرة.

يتضرر المالك بالتأخير (١)، و العادى كانتظار انقطاع المطر، و نحوه كالعقلى، و فى إكمال الطعام و الحمام و جهان (٢). و المعتبر فى السعى القصد (٣) و إن قدر على الزيادة. و الحكم (٤) ثابت كذلك (٥) و إن (٦) كان المودع (كافرا) مباح المال كالحربى، للأمر بأداء الأمانة إلى أهلها (٧) من غير قيد. و روى الفضيل عن (١) فلو تضرر و كان تضرره أرجح من مخالفه المانع الشرعى، فيقدم حق المالك فى الرد و لا يكون الشرعى مانعا حينئذ.

(٢) منشؤهما اختلاف تشخيص الحرج و المشقه بتركهما.

(٣) المعتبر فى مشى الإنسان شرعا و عرفا هو القصد فى مشيه، لا العدو و لا الهرولة، قال الله تعالى: وَ اقْصِدْ فى مَشْيِكَ (١)، هذا بالنسبه لمطلق المشى، و أما لو كان رد الوديعه بالمعنى المتقدم من التخليه متوقفا على المشى، فلا يجب على الودعى إلا القصد فيه.

(٤) من القصد فى المشى.

(٥) أى فى ردّ الوديعه.

(٦) وصليه، و هو متعلق بوجوب رد الوديعه على المودع عند المطالبه، و عليه فيجب رد الوديعه و لو كان المودع كافرا، حربيا كان أو غيره، فلا خلاف فيه لإطلاق قوله تعالى:

إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٢)، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر عنبسه بن مصعب عن أبى عبد الله عليه السلام (ثلاثه لم يجعل الله لأحد من الناس فيهن رخصه: أداء الأمانة إلى البر و الفاجر، و الوفاء بالعهد للبر و الفاجر، و بر الوالدين برين كانا أو فاجرين) (٣)، و فى ثان (لا عذر لأحد فيها) ٤ إلى آخره، و فى ثالث (فاتقوا الله و أدوا الأمانة إلى الأسود و الأبيض و إن كان حروريا، و إن كان شاميا) ٥، و فى رابع (اد الأمانة إلى من ائتمنك و أراد منك النصيحه و لو إلى قاتل الحسين عليه السلام) ٦، و فى خامس (ادوا الأمانة و لو إلى قاتل ولد الأنبياء) ٧.

و عن أبى الصلاح أوجب رد الوديعه إن كانت للكافر، و كانت وديعه إلى سلطان الإسلام و كانت الوديعه فى غيبه الإمام عليه السلام، و فى الرياض أنه شاذ، و دليله بأنه فىء للمسلمين.

(٧) فى قوله تعالى: إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا (٤).

ص: ٢٩٣

١- (١) سورة لقمان، الآية: ١٩.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥٨.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوديعه حديث ١ و ملحقه و ٣ و ٤ و ٦.

٤- (٨) سورة النساء، الآية: ٥٨.

الرضا عليه السّلام قال: «سألته عن رجل استودع رجلا من مواليك مالا، له قيمه، و الرجل الذى عليه المال (١) رجل من العرب يقدر أن لا يعطيه شيئا، و المودع رجل خارجى شيطان، فلم أدع شيئا (٢) فقال عليه السّلام: قل له: يردّ عليه فإنه ائتمنه عليه بأمانه الله (٣)»، و عن الصادق عليه السّلام «أدوا الأمانات إلى أهلها و إن كانوا مجوسا (٤)»:

فى أنه يضمن لو أهمل الرد بعد المطالبه

(و يضمن لو أهمل) الرد (بعد المطالبه) (٥)، و إمكان الرد على الوجه السابق (٦)، لأنه (٧) من أسباب التقصير، و لو كان التأخير لعذر وجب فى أول أوقات إمكانه (٨)، (أو أودعها لغيره (٩)، و لو لزوجته، أو ثقته (من غير ضروره) (١) أى الودعى.

(٢) أى لم أترك شيئا فى حق الرجل إلا ذكرته مما يدل على أنه شيطان خارجى.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أحكام الوديعه حديث ٩.

(٤) الوسائل الباب - ٢ - من أحكام الوديعه حديث ٥.

(٥) لو أهمل الرد فى أول أوقات إمكان الرد ضمن بلا إشكال و لا خلاف، لانقطاع الاذن بالاستتابه فى الحفظ بسبب المطالبه، فتقلب يده من يد مؤتمن إلى يد متعد فيندرج تحت عموم (على اليد) (١).

(٦) أى أهمل الرد بعد المطالبه فى أول أوقات الرد عقلا و شرعا و عرفا.

(٧) أى الإهمال المذكور.

(٨) أى إمكان الرد.

(٩) أى إذا أودعها الودعى غيره من غير ضروره و لا إذن من المالك يضمن، و هو موضع وفاق بينهم، لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لمكاتبه محمد بن الحسن إلى أبى محمد عليه السّلام (رجل دفع إلى رجل وديعه فوضعها فى منزل جاره فضاقت، فهل يجب عليه إذا خالف أمره و أخرجها عن ملكه؟ فوقع عليه السّلام: هو ضامن لها إن شاء الله) (٢).

و لا- فرق فى هذا الغير بين زوجته و ولده و عبده و غيرهم، و لا- بين الثقه و غيره، و لا بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها أو شريكا فى الحفظ بحيث يغيب عن نظره، كل ذلك لإطلاق الوكيل.

ص: ٢٩٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أحكام الوديعه حديث ١.

إلى الإيداع، فلو اضطر إليه (١) بأن خاف عليها من حرق، أو سرق، أو نهب لو بقيت في يده و تعذر ردها إلى المالك، و الحاكم أودعها العدل. و في حكم إيداعها اختيارا (٢) إشراك الغير في اليد و لو زوجه و ولدا، و وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لا يلاحظها في سائر الأوقات، (أو سافر (٣) بها كذلك) أى من غير ضروره إلى استصحابها في السفر بأن أمكنه عند إرادته السفر إيصالها إلى المالك، أو وكيله عاما، أو خاصا (٤)، أو إيداعها العدل فترك و أخذها معه فيضمن.

أما مع الضروره بأن تعذر جميع ما تقدم، و خاف عليها في البلد (٥)، أو اضطر (٦) إلى السفر فلا ضمان، بل قد يجب، لأنه من ضروب الحفظ.

(١) أى إلى الإيداع، فلو حصل ضروره الإيداع بأن خاف عليها من حرق أو سرقة أو نهب أو أراد سفرا و تعذر ردها إلى المالك أو وكيله دفعها إلى الحاكم، و إن تعذر ذلك أودعها العدل حينئذ، و لا تسمى وديعه حينئذ عند الحاكم أو العدل لما قاله في الجواهر بما ملخصه: أن الودعي عليه أن يحافظ على شيئين: عليه المحافظه عليها من حيث إنها وديعه، و عليه الحفاظ عليها من حيث كونها مالا محترما، و مع الضروره يرتفع حفظ وجوب الوديعه و يبقى عليه المحافظه من حيثيه كونها مالا محترما، فيضعها عند الحاكم ليحفظها لأنها مال محترم و مع تعذره فعند العدل، و لا تسمى وديعه، إذ الوديعه هي الاستنابه في الحفظ و المالك لم يأذن للودعي في استنابه الحاكم أو العدل.

(٢) أى إيداعها للغير اختيارا و أنه يضمن ما لو أشرك الغير في حفظها، و كذلك لو وضعها في محل مشترك في التصرف فيكون مفترطا في الجميع فيضمن.

(٣) عطف على (لو أهمل أو أودعها عند الغير)، فإنه يضمن لو سافر بها من غير ضروره و مع عدم إذن المالك بذلك، بلا خلاف فيه، لأن إذن المالك مع الإطلاق يتناول الحفظ في الحضر فقط عملا بالعادة، و لأن السفر لا يخلو من خطر في الجملة، فالسفر بها تغريب بمال المالك و تعريض له للتلف، فيعدّ الودعي معه مفترطا في حفظها.

نعم لو ألجأته الضروره للسفر بها كما لو اضطر إلى السفر و خاف عليها من السرقة و لم يمكن له ردها إلى المالك أو وكيله أو الحاكم أو العدل فلا ضمان عليه لأنه محسن، و كذا لو أذن المالك له بالسفر بها فلا ضمان، لعدم التعدى من الودعي حينئذ.

(٤) بأن كان وكيله في حفظ ودائعه.

(٥) بأن خاف عليها السرقة مثلا.

(٦) بحيث لا وقت عنده لردها لأنه خائف عليها في البلد فيسقط وجوب الرد.

والمعتبر في تعذر التوصل إلى المالك و من بحكمه المشقه الكثيره عرفا (١)، و في السفر (٢) العرفى أيضا، فما قصر عنه (٣) كالتردد إلى حدود البلد و قرى لا يطلق على الذهاب إليها السفر يجوز فيه (٤) مصاحبها مع أمن الطريق (٥)، و لا يجوز إيداعها في مثله (٦) مع إمكان استصحابها، و استثنى منه (٧) ما لو أودعه مسافرا، أو كان المستودع منتجعا (٨)، فإنه يسافر بها من غير ضمان، لقدم المالك عليه (٩).

(أو طرحها (١٠) في موضع تتعفن فيه) و إن كان حرزا لمثلها، لما عرفت من (١) قال الشارح في المسالك: (المعتبر في تعذر الوصول إلى المالك أو وكيله و الحاكم المشقه الكثيره، و هو المعبر عنه بالتعذر عرفا لا لغه، لما في إلزامه بتحمل ما يزيد على ذلك من الحرج و الضرر المنفيين) انتهى.

(٢) و أما السفر المبحوث عنه في المقام هو العرفى لا الشرعى، لأن إذن المالك له بالحفظ مقتضرا على حال الحاضر في قبال السفر العرفى، لا في قبال السفر الشرعى، و عليه فيجوز له استصحابها في حدود البلد بحيث لا يصدق عليه أنه مسافر عرفا مع صدق أنه ما زال في الحاضر.

(٣) عن السفر العرفى.

(٤) في هذا التردد.

(٥) لأنه مع الخوف فهو مفترط في الحفظ لو استصحابها معه.

(٦) أى في مثل هذا الخروج الذى لا يسمى سفرا عرفيا، و عليه فلا يجوز له إيداعها عند الحاكم أو العدل، لأنه ليس مضطرا لرفع يده عن الوديعة.

(٧) أى و استثنى من السفر الموجب للضمان ما لو أودع المالك وديعته للودعى حال كون الودعى مسافرا، و مع علم المالك بحاله فهو إذن منه إليه باستصحابها في هذا السفر.

(٨) قال في مصباح المنير: (انتجع القوم إذا ذهبوا لطلب الكلاء في مواضعه)، فلو أودعها المالك من هو منتجع فيجوز للودعى السفر بها حينئذ من غير ضمان لقدم المالك على ذلك حيث أودعه المال و هو على تلك الحال، و ليس على الودعى حينئذ ترك السفر لأجلها، لوجود الاذن في السفر بها بدلاله القرينه الحاليه.

(٩) أى على الإيداع حال سفر الودعى، فهو إذن له بالسفر بها.

(١٠) عطف على (ما لو أهمل) فيضمن للتفريط، و الحاصل أنه لو طرحها في موضع عفن مده بحيث تتعفن في هذه المده كالأقمشه، أو وضعها في مكان ندى مده بحيث تفسد فيها كالكتب، فيضمن في الصورتين للتفريط، و قال في المسالك: و المرجع في ذلك كله إلى كون مثل ذلك المكان لا يصلح للوديعة عرفا بحسب المده التى يضعها فيها) انتهى.

أن الحرز مشروط بأمر آخر (١)، هذا منها. و في حكم العفن الموضع المفسد كالندى للكتب.

و ضابطه ما لا يصلح لتلك الوديعة عرفا بحسب مده إقامتها فيه،(أو ترك سقى الدابة، أو علفها (٢) ما لا تصبر عليه عادة)، و مثلها المملوك.

و المعبر السقى و العلف بحسب المعتاد لأمثالها، فالنقصان عنه تفریط، و هو المعبر عنه بعدم صبرها عليه، فيضمنها حينئذ (٣)، و إن ماتت بغيره (٤).

و لا فرق في ذلك (٥) بين أن يأمره (٦) بهما (٧)، و يطلق، و ينهيه (٨)، (١) كما تقدم أن الصندوق المقفل حرز للنقد و لكن مع خوف السرقة فيحتاج مع إقفاله إلى حراسته أو نقله، و كذلك هنا فالموضع المعين حرز للأقمشه أو الكتب إلا أن عفونته أو رطوبته تمنع من وضع الوديعة فيه مده بحيث يؤثر العفن أو الرطوبة.

(٢)عطف على ما (لو أهمل) فيضمن، هذا و اعلم أنه يجب على الودعي سقى الدابة و علفها بما يحفظ نفسها، بلا خلاف فيه، لأن علفها و سقيها من مقدمات حفظها الواجب عليه، و اعلم أن المراد بالدابة هنا مطلق الحيوان المحترم، و أولى منه ما لو كانت الوديعة آدميا كالعبد، و عليه فإذا وجب على الودعي العلف و السقى و أهمل، فإما أن تموت الدابة و إما أن تهزل فتتقص قيمتها، و على الأول فيضمن قيمتها لتحقق التفریط، و كذا على الثاني فيضمن نقصانها، بل لو ترك العلف أو السقى فماتت بغير ذلك فهو ضامن أيضا، لأنه بالترك المذكور يصير ضامنا لأن يده حينئذ يد عدوان فتندرج تحت عموم (على اليد) (١) و إن ماتت بغير هذا، و قال في المسالك: (هذا هو الذي تقتضيه قواعد الوديعة) انتهى.

(٣)أى حين التقصير المذكور.

(٤)أى بغير النقصان المذكور.

(٥)أى في الضمان.

(٦)أى يأمر المالك الودعي.

(٧)بالعلف و السقى.

(٨)اعلم أن وجوب السقى و العلف ثابت على الودعي لأنهما من مقدمات الحفظ، غايته لو أنفق الودعي رجع على المالك بما غُزِم، و الرجوع عليه عند وجود أمره واضح، ثم مع النهى يبقى وجوب العلف و السقى ثابتا على الودعي، لكون الوديعة ذا كبد حراء و لكونها

ص: ٢٩٧

لوجوب (١) حفظ المال عن التلف، هذا هو الذى يقتضيه إطلاق العبارة (٢) و هو أحد القولين فى المسأله.

و الأقوى أنه مع النهى لا- يضمن بالترك، لأن حفظ المال إنما يجب على مالكة (٣) نفسا محترمه فيكون حفظها حقا لله و إن أسقط المالك حقه منها بالنهى، بالإضافة إلى أن إتلاف المال منهى عنه فنهيه كالعدم و لذا قال فى المسالك: (و لا إشكال فى وجوبهما مع النهى) انتهى، و إنما الكلام فى شيئين:

الأول: فلو أنفق الودعى مع النهى هل يرجع على المالك أو لا، و مقتضى القواعد جواز الرجوع لأن الودعى محسن و لا سبيل على المحسنين فلا- يلزم بكون النفقه عليه، و لكن بما أن المالك له حق التصرف فى بقيه ماله فلا سبيل للودعى على ماله حتى يرجع عليه بغير إذنه فلذا إذا استطاع الودعى التوصل إلى إذن المالك بالنفقه أو إذن وكيله فهو، و إلا رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و يرجع مع نيه الرجوع، و لو تعذر الإشهاد اقتصر على نيه الرجوع، فاشتراط إذن المالك أو وكيله لعدم تسلط الودعى على بقيه مال المالك، و اشتراط إذن الحاكم لأنه ولى الممتنع، و اشتراط الإشهاد من باب الإرشاد بمعنى لو ادعى الودعى النفقه و أنكر المالك لأمكن للودعى إثبات حقه بالبينه، و اشتراط نيه الرجوع لئلا يكون عمله تبرعا، و لا رجوع مع التبرع.

الأمر الثانى: لو ترك الودعى العلف و السقى مع النهى فهل يضمن أو لا، ذهب المحقق و جماعه إلى عدم الضمان لأن الدابه للمالك و مع النهى المذكور فيكون المالك قد أسقط الضمان عنه كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر، غايته أن الودعى مأثوم لتركه حق الله تعالى.

و قيل: يضمن، و فيه ما قاله فى الجواهر: (خلافا لبعض فأجرى حكم الوديعه مع النهى إلا أنه كما ترى، للأصل - أى البراءه من الضمان - بعد انصراف دليل الضمان إلى غيره) انتهى.

و أما لو أطلق المالك بحيث لم يأمر بالعلف و السقى و لم ينهى، فوجوب السقى و العلف ثابت على الودعى لأنهما من مقدمات الحفظ الواجب، و عليه فلو أنفق و أراد الرجوع فله ذلك كما فصل سابقا عند نهى المالك.

(١)تعلييل للضمان فى الصور الثلاثه.

(٢)أى عبارته المصنف.

(٣)بالذات، و ما وجوب الحفظ على الودعى إلا بالعرض، فيثبت عند عدم النهى و يسقط مع النهى.

لا على غيره، نعم يجب (١) فى الحيوان مطلقا (٢) لأنه ذو روح لكن لا يضمن بتركه كغيره (٣).

و اعلم أن مستودع الحيوان إن أمره المالك (٤) بالإنفاق أنفق و رجع عليه بما غرم، و إن أطلق (٥) توصل إلى استئذانه، فإن تعذر رفع أمره إلى الحاكم فإن تعذر أنفق هو و أشهد عليه و رجع به، و لو تعذر الإشهاد اقتصر على نية الرجوع إن أراد (٦)، و قبل قوله (٧) فيها (٨)، و فى القدر بالمعروف (٩)، و كذا القول مع نهى المالك له عنه (١٠). و فى حكم النفقة ما تفتقر إليه من الدواء و غيره (١١)، و فى حكم الحيوان الشجر المفتقر إلى الحرث و السقى و غيرهما.

(أو ترك نشر الثوب (١٢) الذى يفسده طول مكثه كالصوف، و الإبريسم (للريح) حتى لو لم يندفع بنشره و جب لبسه بمقدار ما يندفع الضرر عنه، و كذا عرضه على البرد.

(١) أى الحفظ.

(٢) سواء نهاه أم لا.

(٣) أى لغير الحيوان مثل الشجره فترك سقيها مع النهى لا يوجب الضمان.

(٤) هذا هو القسم الأول.

(٥) هذا هو القسم الثالث.

(٦) أى أراد الودعى الرجوع.

(٧) قول الودعى.

(٨) أى فى النفقة فلو ادعى الودعى النفقة و أنكر المالك فيقبل قول الودعى مع يمينه لأنه مؤتمن فهو المنكر، و كذا يقبل قوله فى قدر النفقة.

(٩) أى المتعارف، بحيث ادعى الإنفاق المتعارف عند الناس.

(١٠) أى عن الإنفاق، و هذا هو القسم الثانى، بحيث لو أراد الرجوع فعليه أن يستأذن إلى آخر ما ذكر.

(١١) لأنه من مقدمات الحفظ و كذا ما بعده.

(١٢) عطف على (ما لو أهمل)، قال فى المسالك: (يجب فى كل وديعه ما يقتضى بقائها، و دفع ما يوجب فسادها كنشر الثوب و طيه و تعريضه للهواء فى كل وقت يفتقر إليه بحسب جنسه عادة، حتى لبسه لو لم يندفع ضرره، فلو أخلّ بذلك ضمن سواء أذن المالك فيه أم سكت، لأن الحفظ واجب عليه مطلقا فيجب كل ما يتوقف عليه إذا كان مقدورا) انتهى.

و مثله توقف نقل الدابه (١) إلى الحرز، أو العلف، أو السقى على الركوب، و الكتاب على تقليبه، و النظر فيه فيجب ذلك كله، و يحرم بدونه (٢)، (أو انتفع بها) (٣) لا لذلك (٤)، (أو مزجها) (٥) بماله. أو بمال غيره بحيث لا- يتميز، سواء مزجها بأجود أم بأدون، بل لو مزج إحدى الوديعتين بالأخرى ضمنهما معا و إن كانا لواحد، و مثله لو خلطها بمال لمالكها غير مودع عنده، للتعدى فى الجميع.

فى ردّ الوديعه

(و ليرد) الوديعه حيث يؤمر به (٦)، أو يريده هو (٧) (إلى المالك (٨) أو وكيله) (١) أى كما يجب نشر الثوب لحفظه فكذلك يجب ركوب الدابه لو توقف نقلها إلى الحرز أو نقلها إلى السقى و العلف على الركوب، و كذلك لو توقف حفظ الكتاب على تقليبه و غير ذلك، كل ذلك من باب وجوب مقدمه الواجب.

(٢) أى كما تجب هذه التصرفات من باب المقدميه فكذلك تحرم هذه التصرفات لو لم يتوقف الحفظ عليها و عليه فيأثم و يضمن.

(٣) عطف على (ما لو أهمل)، فلو انتفع بالوديعه فيضمن لأنه متعد.

(٤) أى و لم يكن الانتفاع من باب مقدمه الحفظ.

(٥) فإنه يضمن للتعدى، و الأمثله واضحه.

(٦) أى بالرد، و إيجاب رد الوديعه على الودعي عند مطالبه المالك مما قد تقدم.

(٧) أى يريد الودعي الرد بدون أمر من المالك، لأن الوديعه عقد جائز فيجوز للودعي الرد و الفسخ.

(٨) لما كانت الوديعه من العقود الجائزه فيجوز لكل من الطرفين الفسخ، و عليه فيجب على الودعي ردها إلى المالك و لا يبرأ بردها حينئذ إلى الحاكم، لأنه لا- ولا-يه له على الحاضر الرشيد، نعم يجوز ردها إلى وكيل المالك سواء كان وكيلا عاما أم لخصوص قبض ودائعه، لأن يد الوكيل يد الموكل.

و لو عجز عن ردها إلى المالك أو وكيله و كان مضطرا إلى ردها و لا يمكن حفظها عنده إما للعجز عن الحفظ و إما لعروض خوف يفتقر معه إلى التستر، حال كون هذا التستر منافيا لرعايتها، و إما للخوف عليها من السرقة أو الحرق أو النهب أو نحو ذلك من الضرورات فيجوز حينئذ دفعها إلى الحاكم لأنه ولى على الغائب فى حفظ أمواله.

و إن تعذر إيصالها إلى الحاكم أودعها الثقة و لا ضمان عليه فى الموردين الأخيرين لمكان الضروره، نعم إن لم يكن له عذر لم يجز دفعها إلى الحاكم أو الثقة، و إن كان له فسخ الوديعه، لأنه قد التزم الحفظ فلا يبرأ إلا بدفعها إلى المالك أو وكيله، لأن المالك لم

المتناول وكالته مثل ذلك (١)، مخيرا (٢) فيهما (٣)،(فإن تعذر) المالك، أو وكيله (فالحاكم) الشرعى (عند الضروره إلى ردها)، لا بدونه (٤)، لأن الحاكم لا ولايه له على من له وكيل، و الودعى بمنزلته (٥).

و إنما جاز الدفع إليه (٦) عند الضروره دفعا للحرج و الإضرار، و تنزيلا له (٧) حينئذ منزله من لا وكيل له، و تتحقق الضروره بالعجز عن الحفظ، و عروض خوف يفتقر معه إلى التستر المنافى لرعايتها، أو الخوف على أخذ المتغلب لها تبعا لماله، أو استقلالها، أو الخوف عليها من السرقة، أو الحرق، أو النهب، و نحو ذلك. فإن تعذر الحاكم حينئذ أودعها الثقة. و لو دفعها إلى الحاكم مع القدره على المالك ضمن (٨) كما يضمن لو دفعها إلى الثقة مع القدره على الحاكم، أو المالك.

فى ما لو أنكر الوديعه

(و لو أنكر الوديعه حلف (٩) لأصالة البراءه،(و لو أقام) المالك (بها بينه قبل حلفه ضمن (١٠)، لأنه متعد بجحوده لها (إلا أن يكون جوابه: لا- تستحق عندى) يرض بغير يد الودعى، و لا- ضروره إلى إخراجها من يده فليحفظها إلى أن يجد المالك أو يتجدد له عذر، بلا خلاف فى ذلك كله كما فى المسالك.

(١) أى قبض الوديعه.

(٢) أى الودعى فى مقام الرد.

(٣) فى المالك و وكيله.

(٤) أى لا بدون الاضطرار.

(٥) أى بمنزله الوكيل فى الحفظ، بل هو وكيل فى الحفظ حقيقه.

(٦) إلى الحاكم.

(٧) للمالك حين تعذر حفظها عند الودعى.

(٨) لأنه متعد، حيث تصرف من غير إذن المالك و لا ضروره تلجئه إلى ذلك، و كذا ما بعده.

(٩) لو ادعى رجل وديعه على آخر فأنكر الثانى فيقدم قول الثانى مع يمينه بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه منكر حيث لو ترك ترك، و لأصالة عدم اشتغال ذمته بالرد.

(١٠) فلو ادعى رجل وديعه على آخر فأنكر الثانى، و أقام الأول الذى هو المدعى اليه على ذلك، قدّم الأول مع بينه، لأن تقديم قول المنكر عند فقدان الأول للبينه، و عليه فيلزم الثانى بالوديعه و عليه ردها، و بعد إثبات الوديعه تحت يده ظاهرا بحسب البينه فهو ليس

(شيثا (١) و شبهه) كقوله: ليس لك عندي وديعه يلزمني ردها و لا عوضها، فلا يضمن بالإنكار، بل يكون كمدعى التلف يقبل قوله يمينه أيضا، لإمكان تلفها بغير تفريط فلا تكون مستحقة عنده، و لا يناقض قوله البيه، و لو أظهر لإنكاره الأول تأويلا (٢) كقوله: ليس لك عندي وديعه يلزمني ردها، أو ضمانها، و نحو بمؤتمن، لارتفاع أمانته بالوجود، بل هو خائن، فيده على العين يد غير مؤتمنه فتندرج تحت عموم (على اليد)، فلو تلفت قبل الرد يضمن.

(١) لو ادعى عليه الوديعة فقال: لا تستحق عندي وديعه، فلم ينكر الإيداع بل أنكر وجود وديعه مستحقة عنده، فهو منكر يقدم قوله مع يمينه عند فقد المدعى البيه.

و أما لو أتى المدعى بالبيه فيثبت على المنكر أنه ودعى و أن عنده وديعه، و يلزم بالرد، فلو ادعى التلف حينئذ أو الرد سمعت دعواه هذه، و لم يقع تناقض بين هذه الدعوى و بين إنكاره السابق، لأنه مع تلفها اللاحق أو الرد لا تكون عنده وديعه مستحقة، و تكون هذه الدعوى بالتلف أو الرد تفسيرا و تأويلا لإنكاره السابق.

و مما تقدم تعرف أنه لو ادعى التلف بعد إنكاره السابق أو ادعاه ابتداء من غير سبق الإنكار المذكور فلا يكون جاحدا للأمانه و ليس عليه ضمان لأنه أمين، فإن صدقه المالك بدعواه التلف فهو و إلا كان القول قول الوديعة في التلف مع يمينه، و يشهد له مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المودع إذا كان غير ثقه هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام:

نعم و لا يمين عليه)(١).

و لم يخالف إلا- الشيخ في المبسوط فلم يقبل قول الوديعة في التلف إلا بالبيه، لأنه مدع، فيندرج تحت عموم (البيه على من ادعى و اليمين على من أنكر)، و في الجواهر قال عنه:

(رماه بعضهم بالشذوذ).

ثم على القول بتقديم قول الوديعة في التلف فهل يقدم قوله مع يمينه كما هو مقتضى القواعد، أو أنه لا يمين عليه مطلقا تمسكا بظاهر الخبر المتقدم كما عن الصدوق و الشيخ في النهاية و ابن حمزه، أو أنه لا يمين عليه إلا مع التهمة كما عن ابن الجنيد و أبي الصلاح جمعا بين الخبر و القواعد، و الأقوى الأول و هو المنسوب للأكثر إعمالا لقواعد القضاء بعد كون الخبر مرسلا.

(٢) في المسألة السابقة لم ينكر الإيداع بل أنكر الوديعة المستحقة و قد عرفت ما فيها، و في المسألة الأسبق قد أنكر الإيداع و مطلق الوديعة و عليه فلو أتى المدعى للوديعة بالبيه و أتى

ص: ٣٠٢

ذلك فالأقوى القبول أيضا، واختاره المصنف رحمه الله في بعض تحقیقاته.

فی أن القول قول الودعی فی القیمه

(و القول قول الودعی فی القیمه لو فُزط (١) لأصاله عدم الزیاده عما یعترف به.

و قیل: قول المالك، لخروجه (٢) بالتفريط عن الأمانه.

و یضعف بأنه (٣) لیس مأخذ القبول.

فی ما إذا مات المودع

(و إذا مات المودع سلمها) المستودع (إلى وارثه) (٤) إن اتحد، (أو إلى من يقوم) المنكر بتأويل بأن ادعى التلف أو الرد حينئذ، و جعل أن قصده من إنكار الإيداع و الوديعه ادعاء التلف أو الرد، فهل تسمع دعواه الجديده بالتلف أو الرد أو لا.

قیل: لا- تسمع دعواه و لا- تقبل بينته لو أتت بينه و شهدت له بالتلف، لأنه بإنكاره السابق مكذب لدعواه اللاحقه، فلا تسمع لتناقض كلاميه، و مع عدم سماع دعواه الجديده لا تقبل البينه عليها.

و قیل: تسمع دعواه و تقبل بينته لعموم (البينه على من ادعى)، و هو مدع بالتلف هنا، و التناقض الحاصل بين كلاميه مدفوع لجواز صدور الجحود الأول عن نسيان فيعذر، و هو اختيار المحقق في الشرائع و العلامه في التذکره.

و قیل: بالتفصيل من أنه إذا أظهر لإنكاره السابق تأويلا كقوله: لیس لك عندی وديعه يلزمني ردها أو ضمانها فتقبل بينته بعد سماع دعواه، و إذا لم يظهر لإنكاره السابق تأويلا فلا تقبل البينه و لا تسمع الدعوى و قد اختاره الشهيد و استحسنة الشارح في المسالك، و فيه: إنه خروج عن مفروض المسأله - كما في الجواهر - لأن التأويل المذكور لا يصلح تفسيراً لإنكار الإيداع فلا يسمع منه هذا التأويل تمسكا بظاهر كلامه.

(١) لو فُزط الودعی أو تعدى فتلف المال، و اختلف في القیمه، فقال المالك: قيمتها مائه، فقال الودعی: خمسون، فقيل: بتقديم قول المالك مع يمينه، و هو للشيخ محتجا بأن الودعی بالتفريط أصبح خائنا فلا يكون قوله مسموعا.

و عن الأكثر تقديم قول الودعی مع يمينه، لأنه منكر للزیاده، و تقديم قوله من ناحیه إنكاره هذه الزیاده لا من ناحیه كونه أمينا.

(٢) أى لخروج الودعی.

(٣) أى بائتمان الودعی.

(٤) موت المودع فسخ لعقد الوديعه، لأنها من العقود الجائزه التي تبطل بموت أحد طرفيها، و تكون الوديعه حينئذ عند الودعی أمانه شرعيه، يجب ردها فورا إلى ورثته، لأنهم هم المالكون لماله بعد موته شرعا، و عليه فإن كان لكل الورثه وكيل أو ولى

سَلِّمَهَا إِلَيْهِ، لَأَنْ

ص: ٣٠٣

(مقامه) من وكيل، و ولى، فإن تعدد سلمها إلى الجميع إن اتفقوا فى الأهليه، و إلا (١) فإلى الأهل (٢)، و ولى الناقص، (و لو سلمها إلى البعض) من دون إذن الباقي (ضمن للباقي) بنسبه حصتهم، لتعديه فيها بتسليمها إلى غير المالك، و تجب المبادره إلى ردها إليهم حينئذ (٣) كما سلف (٤)، سواء علم الوارث بها أم لا (٥).

فى ما لو تعدى المستودع

(و لا يبرأ) (٦) المستودع (بإعادتها إلى الحرز لو تعدى) فأخرجها منه، (أو فزط) (٧) بتركه غير مقفل، ثم قفله، و نحوه، لأنه صار بمنزله الغاصب يد الوكيل أو الولى يد الموكل و المولى عليه، و مع تسليم الوديعه إلى بعض الورثه دون البعض من غير إذن البقيه فإنه يوجب ضمان حصص الباقي من الوديعه، بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال، و ضمانه فى الأخير لأنه متعد حيث تصرف فيها بغير إذن ملاكها.

(١) أى و إن لم يتفقوا فى الأهليه.

(٢) أى كان أهلا للتسليم و هو الكامل الجامع لشرائط البلوغ و العقل و عدم الحجر.

(٣) أى حين موت المودع.

(٤) فى الأمانه الشرعيه، و هى هنا كذلك.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و تجب المبادره إلى التسليم المذكور، لأنها بموت المودع صارت أمانه شرعيه، و لا فرق فى وجوب المبادره بين علم الورثه بالوديعه و عدمه عندنا، و قال بعض الشافعيه: إنه مع علمهم لا يجب الدفع إلا بعد الطلب، و نفى عنه فى التذكرة البأس) انتهى.

(٦) أى لا يبرأ من الضمان.

(٧) لو تعدى الودعى أو فرط، فإنه يضمن على تقدير التلف أو النقصان كما تقدم، فلو أعاد الثوب إلى الحرز بعد لبسه فهل يبرأ من الضمان السابق أو لا، مقتضى القواعد عدم الإبراء لثبوت الضمان عند التعدى و استصحابه عند انتهاء التعدى، و ظاهرهم الاتفاق عليه، و لا يسقط الضمان عنه إلا أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله، و هذا متحقق بأمر:

الأول: أن يرد الودعى الوديعه بعد التفريط ثم يجدد المالك لنفس الودعى عقدها من جديد، و فى هذا لا إشكال فى سقوط الضمان، لأنه وديعه مستأنفه لا تفريط فيها فيترتب عليها حكمها من كون الودعى أمانة.

الثانى: لو قال المالك بعد التفريط: أذنت لك فى حفظها، أو استأمنتك عليها مع عدم

فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضى زواله (١) برده عليه (٢)، ثم يجدد له الوديعة، أو يجدد (٣) له الاستئمان بغير رد (٤) كأن يقول له:

أودعتكما، أو استأمتك عليها، ونحوه (٥) على الأقوى.

وقيل: لا يعود بذلك (٦)، كما لا يزول الضمان عن الغاصب بإيداعه (٧)، أو يبرئه (٨) من الضمان على قول قوى.

(و يقبل قوله بيمينه فى الرد (٩) فسخ العقد الأول، فعن جماعة منهم المحقق و الشارح أنه يرتفع الضمان، لأن الضمان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بإحداثه ما يقتضى الأمانه، و عن جماعة عدم ارتفاع الضمان بما ورد من المالك، لاستصحاب الضمان بعد كون ما صدر من المالك ليس عقداً جديداً للوديعة قطعاً لعدم فسخ العقد السابق.

الثالث: ما لو أبرأ المالك الودعى من الضمان، و عن جماعة أن الضمان يسقط بالإبراء، لأن الضمان لحق المالك و قد رضى بسقوطه بالإبراء، و قيل: إن الإبراء لا موضوع له هنا، لأن مورده هو المال الثابت فى الذمه فيصح حينئذ إبراء الغريم منه، و أما مقامنا فلا- مال ثابت للمالك فى ذمه الودعى، غايته أن عليه الضمان بمعنى لو تلفت العين و جب عليه بدلها أو قيمتها، و الحال أنها لم تلف إلى الآن، فالإبراء المبحوث عنه هنا هو إسقاط لما سيثبت من المال و قد عرفت أن مورده هو المال الثابت.

(١) زوال الضمان.

(٢) هذا هو الأمر الأول، و معناه: برد المضمون على المالك ثم يجدد المالك للودعى عقد الوديعة من جديد.

(٣) الأمر الثانى المتقدم.

(٤) أى بغير فسخ للعقد.

(٥) كأن يقول: احفظها عندك.

(٦) أى لا يعود حكم الأمانه بالاستئمان و يبقى حكم الضمان.

(٧) أى بإيداع المغصوب عنده.

(٨) معطوف على قوله (أو يجدد له)، و هو الأمر الثالث المتقدم.

(٩) لو ادعى الودعى الرد فأنكر المالك، قدم قول الودعى مع يمينه لموافقته قوله لظاهر الشرع، لأنه أمين و محسن، و لأنه قابض لمصلحه المالك، و لأن الأصل براءة ذمته، هذا على المشهور، و عن العلامه فى القواعد و غيره التنظر فيه، لكونه مدعياً بحسب ظاهر

و إن كان مدعيا بكل وجه (١) على المشهور، لأنه محسن و قابض لمحض مصلحة المالك و الأصل براءه ذمته.

هذا إذا ادعى ردها على من أئتمنه (٢)، أما لو ادعاه على غيره (٣) كوارثه (٤)، فكغيره من الأمانة، لأصالة عدمه (٥)، و هو (٦) لم يَأتمنه فلا يكلف تصديقه (٧).

و دعوى ردها على الوكيل كدعواه على الموكل، لأن يده كيده.

كلامه لأنه يدعى الرد فيقدم قول المالك حينئذ لأنه منكر و الأصل عدم الرد.

ثم على القول بتقديم قول الودعي، فهل يقَدّم قوله مع اليمين أو بدونها، فيه نفس الخلاف المتقدم في دعواه التلف و قد تقدم.

(١) أى و إن كان الودعي مدعيا بحسب كل تعاريف المدعى، غير أن إطلاقه ليس فى محله، لأن من جملة التعاريف أن المدعى من ترك ترك، و هو غير منطبق على الودعي عند دعوى الرد، لأنه لو ترك لم يتركه المودع من طلب الوديعة، نعم هو مدع لأن قوله على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم الرد.

(٢) أى المالك.

(٣) أى لو ادعى الرد على غير المالك، و أنكر المالك الرد إلى غيره، فعلى الودعي السببه، لأن الودعي برده إلى غير المالك يكون مفزطاً و معه لا أمانه له، فلا يقدم قوله لظاهر الشرع بل يكون قوله على خلاف الأصل إذ الأصل عدم الرد فهو فدع، و هو مما لا خلاف فيه.

(٤) تمثيل للغير، و المعنى و لو كان ذلك الغير وارث المالك، و هذا الوارث كغيره من الأمانة، و عليه فلو ادعى ردها إلى واحد من الأمانة فيكون قد ردها إلى غير المالك و يأتى فيه الكلام المتقدم.

(٥) أى عدم الرد.

(٦) الواو حاله و الضمير راجع إلى المالك، و المعنى أن المالك لم يَأتمن هذا الغير.

(٧) أى فلا يكلف المالك بتصديق الودعي لو ادعى الرد إلى الغير.

كتاب العاريه

اشاره

ص: ٣٠٧

فى معنى العاربه و ألفاظها

بتشديد الياء، و تخفف (٢)، نسبة إلى العار (٣)، لأن طلبها عار، أو إلى العاره (٤) مصدر ثان لأعرته إعاره، كالجابه للإجابه، أو من عار (٥) إذا جاء و ذهب (١) قال فى مصباح المنير: (و تعاوروا الشىء و اعتوروه تداولوه، و العاربه من ذلك، و الأصل فعليه بفتح العين، قال الأزهرى: نسبة إلى العاره، و هى اسم من الإعاره، يقال: أعرته الشىء إعاره و عاره مثل أطعته إطاعه و طاعه، و أجبته إجابه و جابه.

و قال الليث: سميت عاربه لأنها عار على طالبها، و قال الجوهرى مثله. و بعضهم يقول:

مأخوذه من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها، و هما غلط، لأن العاربه من الواو، لأن العرب تقول: هم يتعاورون العوارى و يتعورونها، بالواو، إذا أعار بعضهم بعضا و الله أعلم، و العار و عار الفرس من الياء، فالصحيح ما قاله الأزهرى، و قد تخفف العاربه فى الشعر، و الجمع العوارى) انتهى.

(٢) قد سمعت أن تخفيفها ضروره فى الشعر فقط كما فى المصباح، و قال الشارح فى المسالك: (و قال الخطائى: إن اللغه الغالبه العاربه و قد تخفف) انتهى و ظاهره أنها تخفف فى غير الشعر أيضا.

(٣) كما عن الليث و الجوهرى على ما فى المصباح، و هو المنقول عن النهايه الأثيريه و تقدم تغليط المصباح لهذا القول.

(٤) اسم مصدر للإعاره، و هو المقصود من قوله: (مصدر ثان لأعرته إعاره)، و هذا القول كما عن الأزهرى، و هو الذى صححه المصباح.

(٥) أى من عار الفرس إذا خرج من يد صاحبه، و من هذا الفعل قيل للبطال عيار، لتردده فى بطالته.

لتحولها من يد إلى أخرى، أو من التعاور (١) و هو التداول. و هي من العقود الجائزه (٢) تثمر جواز التصرف فى العين بالانتفاع مع بقاء الأصل (٣) غالبا (٤)،(و لا حصر أيضا (٥) أى عودا إلى ما ذكر فى الوديعه (فى ألفاظها) إيجابا و قبولا، بل كل ما دل (٦) على الإذن من طرف المعير فهو إيجاب.

(١) كما يظهر من المصباح، و لكن ظاهره أيضا أنه راجع إلى الإعاره.

(٢) العاربه عقد شرع لإباحه الانتفاع بعين من الأعيان على وجه التبرع، و لا خلاف و لا إشكال فى مشروعيتها لبناء العقلاء عليها مع عدم نهى الشارع عنها، و لقاعده السلطنه المستفاده من النبوى (الناس مسلطون على أموالهم) (١)، و لقوله تعالى: وَ يَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ (٢)، و فى مجمع البحرين (الماعون اسم جامع لمنافع البيت كالقدر و الدلو و الملح و الماء و السراج و الخمره و نحو ذلك مما جرت العاده بعاريته)، و لحديث المناهى (نهى النبى صلى الله عليه و سلم أن يمنع أحد الماعون جاره، و قال: من منع الماعون جاره منعه الله خيره يوم القيامه، و وكله إلى نفسه، و من وكله إلى نفسه فما أسوأ حاله) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى الآيه الشريفه المتقدمه: (هو القرض يقرضه و المعروف يصنعه و متاع البيع يعيره) (٤) و نحوه خبر سماعه ٥. و مقتضى هذه الأخبار وجوب العاربه عليه عند الطلب و لكنها محموله على الاستحباب المؤكد للإجماع المدعى كما عن جماعه.

(٣) أى العين.

(٤) احترازا من المنحه كما سيأتى.

(٥) أى كما كان كل لفظ كافيا فى إنشاء الإيجاب و القبول فى الوديعه، فكذلك يكفى كل لفظ فى إيجاب و قبول العاربه، لأنها من العقود الجائزه، و هذا مبنى على ما تقدم من التوسع فى العقود الجائزه دون اللازمه، إذ يشترط فى الثانيه صراحه ألفاظ إيجابها و قبولها، و قد عرفت عدم الدليل عليه مع كفايه كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب و القبول سواء كان ذلك فى العقود اللازمه أم الجائزه.

(٦) من الألفاظ.

ص: ٣١٠

١- (١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- (٢) سوره الماعون، الآيه: ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ١٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ما تجب فيه الزكاه حديث ٣ و ٢.

و يكفى الفعل فى القبول (١)، بل لو استفيد رضاه من غير (٢) الألفاظ كالكتابه (٣)، و الإشاره و لو مع القدره على النطق (٤) كفى.

و مثله (٥) ما لو دفع إليه ثوبا حيث وجده عاريا (٦)، أو محتاجا إلى (١) كما عن الكثير من الأصحاب - كما فى المسالك - لما ذكره فى الوديعه و الوكاله و نحوهما من أن المقصود من القبول هو الرضا، و قد يتحقق الرضا بنفس الفعل، لجريان العاده بمثله، و عن بعضهم اشتراط اللفظ فى القبول كاشتراطه فى الإيجاب، و علل كما فى الرياض بأنه هو الموافق للأصل، إذ الأصل هو اللفظ فى العقود، و فيه: قد عرفت فى كتاب البيع أن المدار على صدق العقد عرفا، و من الواضح صدقه على كل ما يدل على إنشاء الإيجاب و القبول سواء كان باللفظ أو بالفعل أو بالكتابه، و لذا جوّزنا المعاطاه فى البيع و فى بقيه العقود اللازمه إلا ما خرج بالدليل كالزواج و الطلاق.

(٢) فإذا كان الفعل كافيا فى القبول لكشفه عن الرضا، فكل ما دل على الرضا من غير الألفاظ كالكتابه و الإشاره يكون كافيا أيضا، هذا بالنسبه لشرح عباره الشارح، و إلا فقد عرفت أن المدار على صدق العقد، و هو صادق فى الفعل و غيره مما يدل على إنشاء الإيجاب و القبول.

(٣) أما على المبنى المتقدم من عدم حصر الإنشاء باللفظ فواضح، و أما على مبنى الشارح من الاقتصار فى العقود اللازمه و الجائزه على الألفاظ فهو مشكل، لأن صدق العقد على غير اللفظ فى مقامنا موجب لصحه العقد و صدقه بغير الألفاظ فى بقيه العقود، و على تقدير المنع فى البقيه فيجب الالتزام بالمنع هنا فلا تغفل.

(٤) لأن الفعل كاف فى الرضا مع القدره على النطق فكذلك الكتابه و الإشاره.

(٥) أى و مثل الفعل فى القبول الفعل فى الإيجاب، بحيث يكون كافيا فى الإنشاء.

(٦) قال العلامة فى التذكره: (لا تفتقر العاربه إلى لفظ، بل يكفى قرينه الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الإعاره أو الاستعاره، لا من طرف المعير و لا من طرف المستعير، كما لو رآه عاريا فدفع إليه قميصا فلبسه تمت العاربه، و كذا لو فرش لضيفه فراشا أو بساطا أو مصلى أو حصيرا، أو ألقى إليه وساده فجلس عليها، أو مخده فاتكأ عليها، كان ذلك إعاره) انتهى. و ظاهره أن الإيجاب و القبول لا يحتاجان إلى اللفظ بل يتحققان بالفعل، و هذا ما أرسله الشارح هنا، إلا أن الشارح اكتفى بالفعل فى إنشاء الإيجاب و لم يتكلم عن قبوله و أنه باللفظ أو بالفعل، و إن كان السياق يقتضى أن يكون القبول بالفعل، و الشارح جعل هذا المورد مساويا لما سبق، مع أن السابق هو الاكتفاء بالفعل فى القبول و ما عطف عليه هنا هو الاكتفاء بالفعل فى الإيجاب و القبول، و إن كان مثله من ناحيه كفايه الفعل.

لبسه (١)، أو فرش لضيفه فراشا (٢)، أو ألقى إليه وساده، أو مخدّه (٣). و اكتفى في التذكرة بحسن الظن بالصديق في جواز الانتفاع بمتاعه (٤) ثم إن هذا لا يتم إلا إذا قلنا بجريان المعاطاه في العقود، وهذا مما لم يلتزم به القدماء فضلا عن العلامة و الشارح.

ثم إن هذا ليس من العاربه في شيء بل هو من جواز الانتفاع بالاذن، و هو أعم من العاربه التي هي من العقود بالاتفاق، نعم لو قصد بدفع الثوب و نحوه ضيفا مخصوصا و أراد بالدفع إنشاء الإيجاب فأخذه الآخر و قد قصد بالأخذ إنشاء القبول لكان من العاربه، و لكن المتعارف ليس كذلك، بل المتعارف هو الاذن بالانتفاع ليس إلا.

(١) مع ضميمة لبس الآخر له.

(٢) فجلس عليه.

(٣) فاتكأ عليها.

(٤) قال في التذكرة: (أنه لا يشترط فيها - أي لا يشترط اللفظ في العاربه -، و لا في الإيجاب و لا في القبول، بل يكفي ما يقوم مقامه من الأمور الداله على الظن بالرضا، لأنه عقد ضعيف، لأنه يثمر إباحه الانتفاع، و هي - أي إباحه الانتفاع - قد تحصل بغير عقد، كما لو حسن ظنه في صديقه كفى في الانتفاع) انتهى.

و ظاهره أن إباحه الانتفاع لا العاربه مما يكفي فيها حسن الظن بالصديق لآيه الاذن و هي قوله تعالى: لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَ لَا عَلَى الْمَأْرُوحِ حَرْجٌ وَ لَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَ لَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ، أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحُهُ، أَوْ صَدِيقِكُمْ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً (١) حيث إن ظاهر الآيه دال على كفايه حسن الظن بالصديق في إباحه الانتفاع بكل ما يملكه الصديق، و فيه: إن الآيه مقتصره على تناول الأكل و ليس على مطلق الانتفاع بكل ما يملك، نعم الاذن بتناول الأكل يدل على تناول الأضعف بمفهوم الموافقه، و التعدى إلى الأضعف متوقف على ملاحظه خصوصيتين في المأذون فيه هنا، و هما: كون الأكل المأذون فيه محدودا بمده يسيره عرفا، و كون الأكل المأذون فيه مما يقتضى إتلاف عين مخصوصه و هي الطعام، و ما خرج عن ذلك يدخل في عموم النهي عن تناول مال الغير.

ص: ٣١٢

١- (١) سورة النور، الآيه: ٦١.

و ينبغي تقييده (١) بكون منفعتة مما يتناوله الإذن الوارد فى الآيه، بجواز الأكل (٢) من بيته (٣) بمفهوم الموافقه (٤)، و تعديده (٥) إلى من تناولته (٦) من الأرحام، لا مطلق حسن (٧) الظن، لعدم الدليل، إذ المساوى قياس، و الأضعف ممتنع بطريق أولى (٨).

فى شرائط المعير و العين

و يشترط كون المعير كاملا- (٩) جائز التصرف (١٠)، و يجوز إعاره الصبى بإذن الولى (١١) لمال نفسه، و وليه (١٢)، ثم إن المرجع فى الصديق إلى العرف، و لا بدّ مع حسن الظن فى الصديق - كما فى المسالك - من عدم الكراهه منه، و إلا فقد تنفق الكراهه فى الكثير مما يملكه مع تحقق الصداقه.

(١) أى تقييد جواز الانتفاع بمتاعه بكون منفعتة أقل ضررا من المأذون من الأكل حتى تدل عليه الآيه بالأولويه.

(٢) متعلق بالاذن الوارد فى الآيه.

(٣) أى بيت الصديق، و الجار و المجرور متعلقان بالأكل.

(٤) متعلق لتناول الاذن لما كانت منفعتة أقل ضررا.

(٥) أى تعدى الحكم بجواز الانتفاع، و المعنى أن الاذن بالأكل للصديق كما يدل بالفحوى على الاذن بالأقل ضررا فكذلك الاذن للأرحام بالأكل يدل على الأقل بالفحوى أيضا.

(٦) أى الآيه.

(٧) و لو إلى مساوى المأذون أو الأشد منه.

(٨) أى لأن المساوى ممتنع لأنه قياس فالأشدّ ممتنع بطريق أولى، و سماه بالأضعف لضعفه بالنسبه إلى تناول الآيه له.

(٩) أى بالغا عاقلا، لأن المجنون و الصبى مسلوبا العبارة شرعا.

(١٠) فلا تصح العاريه من السفیه و المحجور عليه، لأن الإعارة تصرف منه فى ماله و المفروض أنه ممنوع من التصرف بالحجر.

(١١) يجوز للصبى أن يعير ماله بإذن الولى، مع أنه قد تقدم فى كتاب البيع أنه لا يجوز للصبى أن يبيع ماله و إن أذن الولى، و الفرق بينهما هو ما قاله فى المسالك و غيره أن العاريه لما كانت عقدا جائزا فيكتفى فيها بكل ما دل على رضا المعير و إن لم يكن لفظا، فصدور الاذن من الولى كان بمنزله الإيجاب، و الاذن حاصل منه للصبى فلذا صح هنا، بخلاف العقود اللازمه كالبيع فيشترط فى إيجابها اللفظ، و إذن الولى ليس لفظا فلا ينعقد إيجاب حينئذ.

(١٢) يصح إعاره الصبى من مال وليه بإذن الأخير، لأن المعير حقيقه هو الولى و أذنه إيجاب كما تقدم.

لأن المعترف إذن الولي، و هو كاف (١) في تحقق هذا العقد.

هذا إذا علم المستعير بإذن الولي، و إلا (٢) لم يقبل قول الصبي في حقه، إلا- أن تنضم إليه (٣) قرائن تفيد الظن المتأخم للعلم (٤) به (٥)، كما إذا طلبها (٦) من الولي فجاء بها الصبي و أخبر أنه أرسله بها، و نحو ذلك، كما يقبل قوله (٧) في الهدية (٨)، و الإذن (٩) في دخول الدار بالقرائن، و لا- بد مع إذن الولي له (١٠) في إعاره ماله من وجود المصلحه بها (١١) بأن تكون يد المستعير أحفظ من يد الولي في ذلك الوقت (١٢)، أو لانتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعه ماله (١٣)، أو تكون العين ينفعها الاستعمال و يضرها الإهمال، و نحو ذلك.

(و كون العين مما يصح الانتفاع بها مع بقائها (١٤) فلا يصح إعاره ما لا يتم (١) أي إذن الولي.

(٢) أي و إن لم يعلم المستعير بإذن الولي فلا يقبل قول الصبي في حق الولي بأنه قد أذن، لسلب عبارته شرعا.

(٣) إلى أخبار الصبي.

(٤) و هو المسمى بالاطمئنان.

(٥) بإذن الولي.

(٦) أي طلب المستعير العاريه.

(٧) أي قول الصبي.

(٨) لأنه محتف بقرائن تفيد الاطمئنان بصدقه، و القرائن هي إرسال الهدية معه.

(٩) أي و كما يقبل قول الصبي في إذن الولي في الهدية عند إرسالها معه، فكذلك يقبل قوله في إذن الولي في دخول الدار للقرائن المحتفه به.

(١٠) للصبي.

(١١) بالعاريه لأن تصرفات الولي منوطه بالغبطه كما تقدم في كتاب الحجر.

(١٢) أي وقت العاريه.

(١٣) أي مال الصبي، بحيث توقف انتفاع الصبي بالمستعير على كون مال الصبي عاريه عند المستعير، و كانت منفعه الصبي أقوى حتى تكون العاريه من ماله لمصلحته.

(١٤) شرط للعين المستعاره، و هو أن كل ما يصح الانتفاع به شرعا مع بقاء عينه فهو مما تصح عاريته، و هو من مقتضيات معنى العاريه عرفا، و لأن الإذن بالانتفاع فقط فلا بد من بقاء العين، فتصح العاريه في مثل الثوب و الدابه، و لا تصح عاريه الأظعمه

و الأشربه التي تذهب عينها بالانتفاع بها.

ص: ٣١٤

الانتفاع به إلا بذهاب عينه كالأطعمه. و يستثنى من ذلك المنحه (١) و هى الشاه المستعاره للحلب، للنص.

و فى تعديه إلى غيرها من الحيوان المتخذ للحلب وجهان (٢)، و الاقتصار فيما خالف الأصل على موضع اليقين أجود.

فى الرجوع فى العاربه

(و للمالك الرجوع فيها متى شاء (٣)، (١) المنحه بالكسر، و هى العطيه قال فى مصباح المنير: (المنحه - بالكسر - فى الأصل الشاه أو الناقه يعطيها صاحبها رجلا يشرب لبنها ثم يردها إذا انقطع اللبن، ثم كثر استعماله حين أطلق على كل عطاء) انتهى.

و المنحه بالمعنى المتقدم على ما فى المصباح مما تجوز إعارتها بلا خلاف فيه، بل عليه الإجماع كما عن جماعه و إن كانت على خلاف الأصل، لأن اللبن المقصود من الإعارة هو عين لا - منفعه فهو يستعير الشاه ليستفيد من عين بها، فلذا كانت على خلاف الأصل، و الدليل هو الإجماع إلا أن فى التذكرة استدلال على جوازها بالنبوى المروى عن العامه (العاربه مؤداه، و المنحه مردوده، و الدين يقضى، و الغريم غارم) (١) و النبوى الدال على ردها دال على مشروعيتها.

(٢) و ظاهرهم التعديه إلى غير الشاه من البقر و الماعز و الناقه و لذا قال فى المسالك: (و عدوا الحكم إلى غير الشاه مما يتخذ للحلب من الأنعام و غيرها) انتهى، و عدى العلامه فى التذكرة إلى جواز إعارة الغنم للانتفاع بصوفها و نحو ذلك، و تنظر الشارح فى المسالك بالتعديه، لأن الحكم فى المنحه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الوفاق و اليقين و هو إعارة الشاه للبنها فقط. هذا و قد قيل إن المنفعه أمر عرفى و قد تعد بعض الأعيان منفعه و إن كانت هى عين، كاللبن فى الشاه فإنه بنظر العرف منفعه و ليس عينا، و عليه فالمنحه عاربه لا تحتاج إلى دليل سوى دليل مشروعيه مطلق العاربه، لأن العين المستعاره هى الشاه و هى لا تتلف، و ما يتلف هو من قبيل المنفعه و ليس هو مورد العاربه، و عليه فيجوز التعدى إلى غير الشاه و يجوز التعدى إلى غير اللبن، لكون غير اللبن من الصوف و الوبر و الشعر من قبيل المنافع لا الأعيان.

(٣) عقد العاربه جائز من الطرفين بلا - خلاف فيه، لأن قوامه الاذن بالإباحه و من الواضح جواز الرجوع بالاذن و يلزمه جواز الرجوع عن الرضا به الذى هو قوام القبول، و عليه فيجوز لكل من المتعاقدين فسخ العاربه متى شاء، و يستثنى من ذلك موارد.

ص: ٣١٥

لاقتضاء جواز العقد ذلك (١)، (إلا- في الإعارة للدفن) أى دفن الميت المسلم و من بحكمه (٢) فلا- يجوز الرجوع فيه (٣) (بعد الطمّ)، لتحريم نبشه، و هتك حرمة، إلى أن تدرس عظامه.

و لو رجع قبله (٤) جاز و إن كان الميت قد وضع على الأقوى، للأصل (٥)، فمئونه الحفر لازمه لولى الميت (٦)، لقدومه (٧) على ذلك، إلا أن يتعذر عليه غيره (٨)، منها: إعاره الأرض لدفن ميت مسلم، فلا يصح الرجوع بعد الدفن لتحريم نبشه و هتك حرمة إلى أن تدرس عظامه، و هو موضع وفاق كما فى المسالك، و بلا خلاف فيه كما فى الرياض و غيره.

(١) أى جواز رجوع المالك عند مشيئته.

(٢) كالطفل و المجنون و لقيط دار الإسلام.

(٣) فى إعاره الأرض للدفن.

(٤) أى قبل الطمّ، و الرجوع قبل الطمّ إما بعد الحفر و قبل وضع الميت فى لحدّه و إما بعد الحفر و بعد الوضع، ففى الصورة الأولى يجوز له الرجوع لعدم محذور الهتك و النباش لعدم تحقق الوضع كما يجوز له الرجوع قبل الحفر، و لو رجع المالك حرم الدفن، لكونه تصرفاً فى مال الغير بغير إذنه و هو محرم، و هذا مما لا إشكال فيه و لا خلاف.

و فى الصورة الثانية فقد صرح أكثر من واحد من الأصحاب بجواز رجوع المالك قبل المواراه لعدم صدق النباش حينئذ، و قيل: بعدم الجواز لما فى إخراج الميت من لحدّه قبل الطمّ من هتك لحرمة، و لذا أفتى الفقهاء فى باب التكفين بقرض نجاسه كفن الميت إذا تعذر التغسيل فى القبر، و ما ذلك إلا لكون الإخراج بعد الوضع و قبل الطمّ مستلزماً للهتك.

(٥) إما استصحاب الجواز و إما أصاله البراءة.

(٦) قال الشارح فى المسالك: (قال فى التذكرة: و مئونه الحفر إذا رجع بعد الحفر و قبل الدفن لازمه لولى الميت، و يشكل فيما لو لم يمكنه الدفن إلا كذلك - بحيث وصّى الميت بالدفن فى الأرض العارية -، إذ لا تقصير فيه فينبغى كونه من مال الميت) انتهى.

(٧) أى قدوم ولى الميت على الحفر فى الأرض العارية للدفن مع علمه بأنه يجوز للمالك الفسخ متى شاء، فإذا رجع المالك و هو عالم بجواز ذلك له فيكون الولي قد قصّر، فالمئونه عليه للتقصير.

(٨) غير المكان المستعار، و مع التعذر فالإقدام على الحفر فى المستعار لا تقصير فيه و إن علم بجواز فسخ المالك، لكن هذا مشروط بكون مئونه الحفر فى المستعار أقل أو مساويه لمئونه

مما لا يزيد عوضه عنه (١) فيقوى كونه (٢) من مال الميت، لعدم التقصير، ولا يلزم وليه طمه، للإذن فيه (٣).

و يستثنى آخران أيضا: أحدهما إذا حصل بالرجوع ضرر على المستعير لا يستدرك كما لو أعاره لوحا رقّع به سفينته و ليجج (٤) في البحر فلا رجوع للمعير (٥) إلى أن يمكنه الخروج إلى الشاطئ، أو إصلاحها (٦) مع نزعها من غير ضرر، و لو رجع قبل دخول السفينه (٧)، أو بعد خروجها فلا إشكال في الجواز (٨)، مع احتمال الجواز مطلقا (٩) و إن وجب الصبر بقبضه إلى أن يزول الضرر، و الثاني الاستعارة للرهن بعد وقوعه (١٠) و قد تقدم.

الحفر في المكان المتعذر، أما لو كانت مئونه الحفر أزيد فهو مقصّر بالزائد، و على كل فمع عدم التقصير تكون مئونه الحفر من مال الميت خلافا للتذكرة حيث جعلها من مال الولي مطلقا.

(١) أي مما لا يزيد عوض المستعار عن عوض غيره المتعذر.

(٢) أي كون عوض المستعار.

(٣) أي في الحفر، و الاذن حاصل من المالك للولي قبل الرجوع.

(٤) أي دخل في اللجج.

(٥) لا رجوع له ما دامت السفينه في البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب مال أو تلف نفس.

(٦) أي أمكن إصلاح السفينه في داخل البحر مع نزع المعار من غير ضرر.

(٧) قبل دخولها في البحر.

(٨) أي جواز رجوع المالك إذ لا ضرر على المستعير حينئذ.

(٩) و لو كانت في البحر إلا أنه لا يجب التسليم إليه، أما جواز الرجوع للمالك لأنه الأصل في العاريه، و أما عدم وجوب تعجيل التسليم لما فيه من الضرر على المستعير في التسليم الفوري.

و فائده هذا الاحتمال أنه يجب على المستعير ردها فورا بعد زوال الضرر، لأنه بعد فسخ المالك تكون العاريه أمانه شرعيه لا مالكيه، و الأمانه الشرعيه يجب ردها فورا في أول أوقات الرد، و يجب الرد بعد زوال الضرر مباشره من غير مطالبه من المالك.

(١٠) أي بعد وقوع الرهن فلا يجوز للمالك الرجوع في العاريه بعد رهنها و قد تقدم بحثه في كتاب الرهن.

(و هى أمانه) فى يد المستعير (لا يضمن (١) إلا بالتعدى، أو التفريط) إلا ما استثنى (٢) (و إذا استعار أرضاً (٣) صالحه للزرع، و الغرس، و البناء عاده (غرس)، (١) لا خلاف و لا إشكال فى كون العاربه أمانه عند المستعير فلا يضمن للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلكت العاربه عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (صاحب الوديعه و البضاعه مؤتمنان، و ليس على المستعير عاربه ضمان) (٢).

و استثنى منه مواضع.

منها: ما لو تعدى أو فرط فلا خلاف فى ضمانه إذ النصوص قد حكمت بأمانته و مع التعدى أو التفريط لا أمانه فتقلب يده من يد ائتمان إلى يد عدوان فيضمن، هذا فضلا عن أن المالك لم يأذن له بالتعدى أو التفريط يضمن.

و منها: ما لو اشترط ضمانها عليه فيضمن لو تلفت بلا خلاف فيه و يدل عليه صحيح الحلبي الأول المتقدم، و مثله غيره.

و منها: عاربه الذهب و الفضة و إن لم يشترط ضمانها و سيأتى الكلام فيها مفصلا عند تعرض الماتن لها.

(٢) من اشتراط ضمانها و عاربه الذهب و الفضة.

(٣) أطلق الأصحاب جواز الانتفاع بالعاربه للمستعير، و المرجع فى تقدير نوع الانتفاع منها وصفته و قدره إلى العرف بحسب العاده الساريه فيه، فلو اعاره بساطا اقتضت العاده بالانتفاع به بالفرش و نحوه من الوجوه المتعارفه، و لو أعاره لحافا اقتضت العاده بالانتفاع به غطاء و لا يجوز افتراشه لعدم جريان العاده بذلك، و لو أعاره حيوانا للحمل اقتضت العاده بتحميله قدرا معينا فلا تجوز الزيادة و هكذا.

ثم لو تعددت منافع العين المعاره، فإن عين المعير نوعا منها تعين لدوران جواز الانتفاع مدار الاذن، و الاذن مقيّد بحسب الفرض، و إن عمّم جاز الانتفاع بجميع وجوه منافع العين كأن يعيره الأرض و هى صالحه للغرس و الزرع و البناء، و التعميم هو التنصيص على جواز الانتفاع بجميع المنافع فيجوز للمستعير - و الحال هذه - عموم الانتفاع لعموم الاذن.

و إن أطلق المعير إذنه فلم يقيد بنوع و لم ينص على التعميم فيجوز مطلق الانتفاع تمسكا بإطلاق الاذن، و هو بمنزله التعميم.

ص: ٣١٨

(أو زرع، أو بنى) مخيراً (١) فيها مع الإطلاق، أو التصريح بالتعميم، و له الجمع بينها (٢) بحسب الإمكان، لأن ذلك كله انتفاع بتلك العين يدخل (٣) فى الإطلاق، أو التعميم، و مثله (٤) ما لو استعار دابه صالحه للركوب و الحمل.

(و لو عين له جهه لم يتجاوزها (٥) و لو إلى المساوى و الأدون عملاً بمقتضى التعيين، و اقتصاراً على المأذون.

و قيل: يجوز التخطى إلى المساوى و الأقل ضرراً و هو ضعيف. و دخول الأدون بطريق أولى ممنوع، لاختلاف الغرض فى ذلك (٦)، نعم لو علم انتفاء الغرض بالمعين اتجه جواز التخطى إلى الأقل، أما المساوى فلا (٧) مطلقاً (٨)، كما (١) أى المستعير.

(٢) بين هذه المنافع.

(٣) أى هذا الانتفاع.

(٤) أى مثل إعاره الأرض.

(٥) كان الكلام فى المتقدم من ناحيه لزوم العمل بإذن المعير، و كلامنا هنا فى أنه لو أذن المعير للمستعير فى الانتفاع من جهه من جهات منافع العين، فهل يجوز للمستعير أن يتعدى إلى الأضعف بالأولويه أو لا؟ كمن أعاره أرضاً للغرس فهل يجوز أن يزرع، و الزرع أقل ضرراً من غرس الأشجار، ذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق و العلامة فى التبصره إلى عدم التعدى إلى المساوى فضلاً عن الأضعف اقتصاراً على القدر المأذون، لأصالة حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و لم يصدر من المعير إذن بالمساوى و لا بالأضعف.

و ذهب بعضهم كالشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و ابن زهره فى الغنيه إلى جواز التعدى إلى الأضعف للأولويه، و فيه: إنه من الجائز تعلق غرض المالك بالنوع الخاص من التصرف و مع هذا التعلق لا يتعدى فى الاذن لعدم ملاحظه غير المأذون من قبل المالك.

و عن العلامة فى التحرير و التذكرة جواز التخطى إلى المساوى أيضاً، و فيه: إنه قياس باطل إلا إذا علم أن التخصيص فى الاذن من باب المثال، و به يخرج عن موضع النزاع، إذ النزاع فى التخصيص لا فى التمثيل.

(٦) أى فى الاذن بالانتفاع.

(٧) أى فلا يجوز.

(٨) سواء علم بانتفاء غرض المعير بالمعنى أم لا، و فيه: أنه مع العلم بانتفاء الغرض فيكون ذكر المعين من باب المثال، و التمثيل لا يصلح لتقييد الاذن بخلاف التخصيص.

أنه مع النهى عن التخطى يحرم مطلقا (١).

و حيث يتعين المعين فتعدى إلى غيره (٢) ضمن الأرض (٣) و لزمه الأجره لمجموع ما فعل من غير أن يسقط منها (٤) ما قابل المأذون على الأقوى (٥)، لكونه تصرفا بغير إذن المالك فيوجب الأجره، و القدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لإسقاط قدره.

نعم لو كان المأذون فيه داخلا فى ضمن المنهى عنه، كما لو أذن له فى تحميل الدابه قدرا معيننا فتجاوزته، أو فى ركوبها بنفسه فأردف غيره تعين إسقاط قدر المأذون، لأنه (٦) بعض ما استوفى من المنفعة و إن ضمن الدابه أجمع (٧).

(١) أى يحرم التعدى إلى الأدون و المساوى و هو معنى الإطلاق، و دليله أنه مع النهى فالتصريح بعدم التعدى و أن الاذن مقتصر على المعين ثابت.

(٢) أى تعدى المستعير إلى غير المعين.

(٣) كما لو أعاره الأرض للغرس فزرع أو بنى، و الأول تعديه إلى الأدون، و الثانى تعديه إلى الأشد، أو أعاره الأرض لغرس معين من الشجر فزرع صنفا آخر مماثل له و هو تعديه إلى المساوى.

و على كل فمع التعدى هل يلزم المستعير الأجره لمجموع ما فعل، أو يسقط منها مقدار أجره المأذون فيه و يثبت الزائد خاصه، و قد يستدل للأول بأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه و هو مستلزم لثبوت الأجره كمالا، و يستدل للثانى من أن المعير قد أباحه المنفعه المخصوصه فلا يجب لها عوض، نعم مع تخطيه إلى غيرها كان مقدار منفعه المأذون مباحا له فيضمن الزائد ليس إلا، و قد قوى الشارح الأول فى الروضه هنا و فى المسالك.

و فصيّل العلامه بين النهى عن التخطى و بين الإطلاق، فأوجب الأجره كمالا مع النهى، و أسقط التفاوت مع الإطلاق، و أشكل عليه بعدم وضوح الفرق بينهما، لأن التخطى فى الحالين غير مأذون فيه، غايته أن فى النهى قد نص على المنع، و فى الإطلاق جاء المنع من إطلاق عدم الاذن، و هذا لا يوجب اختلافا فى الحكم المذكور، هذا كله مع كون العين المعاره تحت يده مضمونه بحيث لو تلفت فيطالب ببدلها أو قيمتها، لأن يده يد عدوان حينئذ.

(٤) من أجره المجموع.

(٥) فى قبال تفصيل العلامه و قد تقدم.

(٦) أى المأذون فهو بعض المنفعه التى استوفاه فلا أجره له بخلاف النوع المخالف بحيث أذن فى الزرع مع نهيه عن الغرس فغرس فيضمن الأجره كمالا.

(٧) لأن يده يد عدوان.

(و يجوز له بيع غروسه، و أبنيته و لو على غير المالك (١) على المشهور، لأنه (٢) مالك غير ممنوع من التصرف فيه (٣) فيبيعه ممن يشاء.

و قيل: لا يجوز بيعه على غير المعير، لعدم استقرار ملكه (٤) برجوع المعير (٥)، و هو (٦) غير مانع من البيع، كما يباع المشرف على التلف و مستحق القتل قصاصا.

ثم إن كان المشتري جاهلا بحاله (٧) فله الفسخ للعيب، لا إن كان (١) إذا أذن المعير للمستعير بغرس الأرض المعاره أو بالبناء فيها فغرس أو بنى فهل يجوز للمستعير أن يبيع غرسه و بناءه على غير المالك أو لا، بعد الاتفاق من دون إشكال على جواز البيع المذكور على المالك، لوجود المقتضى مع عدم المانع، فالأول لأن الغرس ملك للمستعير فيجوز بيعه لعموم أدله مشروعيه البيع، و الثانى من عدم المانع من البيع لكون الغرس فى أرض المشتري، فإذا اشتراها لا يمنعه أحد من الوصول إليه مع عدم توقف الوصول على التصرف فى ملك الغير.

و أما البيع على غير المالك فالمشهور على الجواز، و عن الشيخ فى المبسوط العدم، و دليله أن الغرس فى معرض القلع و البناء فى معرض الهدم لأن المعير له سبيل على ملكه فمع البيع من المستعير تبطل العاربه، لأن البيع منه فسخ، و لا يوجد إذن فى بقاء الغرس أو البناء بين المالك و المشتري فيجوز للمالك حينئذ مطالبه المشتري بقلع غرسه و بنائه من أرضه، و مع احتمال القلع فيكون الغرس أو البناء فى معرض التلف لعدم ماليتة.

و فيه: إن احتمال قلعه لا يخرج عن المالىة المسوّغه لبيعه، فكما جاز بيع الحيوان المشرف على التلف و العبد المستحق للقتل من باب القصاص مع أنه فى معرض التلف فكذلك مقامنا، و إذا جاز البيع لكونه مالا فهو مملوك للمستعير و المستعير غير ممنوع من التصرف فيه فيجوز له بيعه ممن شاء و هو دليل المشهور.

(٢) أى المستعير.

(٣) فى البناء و الغرس.

(٤) أى ملك المشتري.

(٥) و يطالبه بالقلع.

(٦) عدم استقرار ملك المشتري.

(٧) أى بكون البائع مستعيرا، فله الفسخ لأن المبيع فى غير أرض البائع مع جواز قلعه و هو عيب فيه، فله الفسخ بخيار العيب.

عالما (١) بل ينزل منزله المستعير.

و لو اتفقا على بيع ملكهما معا بثمن واحد صح (٢)، و وزّع الثمن عليهما (٣)، فيقسط على أرض مشغوله به (٤) على وجه الإعارة مستحقّ القلع بالأرّش (٥)، أو الإبقاء (٦) بالأجره، أو التملك (٧) بالقيمه مع التراضى و على ما فيها مستحقّ القلع (١) فلو كان عالما بالحال فلا خيار له، لإقدامه على ذلك، بل ينزل المشتري منزله المستعير، فكما أن المستعير عند ما زرع كان يعلم بجواز فسخ المالك للعقد مع مطالبته بالقلع و يكون الضرر على المستعير لإقدامه على ذلك، فالمشتري مثله.

(٢) لو اتفق المعير و المستعير على بيع الأرض و الغرس معا بعقد واحد، و أن يكون فى قباليهما ثمن واحد، صح البيع بلا إشكال لكون الأرض و الغرس ملكا لهما، و يجوز لهما التصرف فى ملكهما، و من التصرف الجائز البيع.

(٣) على ملكهما، و التوزيع مبنى على كون المالك هل يجوز له فسخ العاريه قبل أوان حصاد الزرع أو لا فعلى الأول تقوم الأرض خاليه و على الثانى مشغوله، ثم إن التوزيع مبنى على كون المستعير هل له الحق فى مطالبه المالك بالأرّش على تقدير القلع أو لا، فعلى الأول يقوم الزرع أنه مستحقّ القلع الآن بالأرّش للنقصان الحاصل فيه بسبب القلع، و على الثانى يقوم الزرع بأنه مستحقّ القلع بدون أرش و إن نقصت قيمته بسبب القلع.

ثم على القول بدفع الأرّش لا- يجب على المستعير قلع زرعه عند الطلب قبل دفع الأرّش من المالك، فلو لم يدفع الأرّش جاز للمستعير إبقاء زرعه إلى حين الدفع، غير أن هذا الإبقاء مشروط بكونه بأجره جمعا بين منفعه الأرض للمالك و بين أرش المستعير، و عليه فيقوم الزرع بكونه مستحقّ القلع الآن بالأرّش إلا أن عليه أجره الأرض.

(٤) أى بالزرع.

(٥) و هذا مبنى على جواز فسخ المالك عقد الوديعه قبل أوان الحصاد لما فيه من ضرر على المستعير، و مبنى على أن المستعير يستحقّ الأرّش لو نقص الزرع بسبب القلع.

(٦) معطوف على (بالأرّش)، و المعنى أن الثمن يقسط على أرض مشغوله بالزرع على وجه الإعارة مع كون الزرع مستحقّ القلع، باقيا بالأجره، و هذا القول مبنى على جواز الفسخ للمالك، و على أن المستعير عليه أجره الأرض لو أبقى الزرع عند عدم دفع المالك للأرّش.

(٧) عطف على قوله (الإعارة)، و المعنى أن الثمن مقسط على أرض مشغوله بالزرع على وجه التملك بالقيمه من قبل المالك إذا رضى المستعير بذلك، و على زرع مستحقّ القطع إما بالأرّش و إما بالأجره، و هو مبنى على جواز الفسخ من قبل المالك قبل أوان الحصاد.

على أحد الوجوه (١) فلكل (٢) قسط ما يملكه (٣).

فى ما لو نقصت العين المعاره بالاستعمال

(و لو نقصت) العين المعاره (بالاستعمال لم يضمن (٤) المستعير النقص، لاستناد التلف (٥) إلى فعل مأذون فيه و لو من جهه الإطلاق (٦)، و تقييده بالنقص (٧) قد يفهم أنها (٨) لو تلفت به (٩) ضمنها و هو أحد (١٠) القولين فى المسأله، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفا (١١) و إن دخل (١٢) فى الإطلاق، فيضمنها آخر (١) من الأرش أو الأرش مع الأجره.

(٢) من المعير و المستعير.

(٣) فما للأرض فهو للمعير، و ما للزرع فهو للمستعير، على أن التقويم المذكور تلحظ نسبتته من الثمن فلو قومت الأرض بأربعين و الزرع بعشره فيقسّم الثمن أخماسا و هكذا.

(٤) لو نقصت العين المعاره أو تلفت بالاستعمال من غير تعد أو تفريط فلا ضمان على المستعير، لأنه مأذون فى الاستعمال و إن ترتب عليه النقصان أو التلف، و لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا غرم على مستعير العاريه إذا هلكت إذا كان مأمونا) (١)، و مثله غيره.

و قد نقل الشارح فى المسالك قولاً لم يعرف قائله بضمان العين لو تلفت بالاستعمال، لأن الظاهر عدم تناول إذن المعير لهذا الاستعمال المتعقب بالتلف، على أن يكون ضمانها فى آخر حالات وجودها.

و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص فلا يقبل مع رد دعوى انصراف الاذن عن هذا الاستعمال بعد فرض عدم التعدى أو التفريط من المستعير.

(٥) أى تلف البعض الذى هو النقصان.

(٦) أى إطلاق الاذن.

(٧) أى تقييد الاستعمال بالنقص.

(٨) أى العين المعاره.

(٩) بالاستعمال.

(١٠) و هو القول الثانى الذى لم يعرف قائله.

(١١) للانصراف.

(١٢) أى الاستعمال المتلف داخل فى إطلاق الاذن.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العاربه حديث ٣.

حالات التقويم (١). و قيل: لا يضمن أيضا كالنقص، لما ذكر من الوجه (٢) و هو الوجه.

فى ضمان العاربه باشرط الضمان و بكونها ذهبا أو فضه

و يضمن العاربه باشرط الضمان (٣) عملا بالشرط المأمور بالكون معه (٤)، سواء شرط ضمان العين (٥) أم الأجزاء (٦) أم هما (٧)، فيتبع شرطه.

و بكونها ذهبا، أو فضه (٨) سواء كانا دنانير و دراهم أم لا على أصح (١) أى آخر حالات وجودها و هو حين التلف.
(٢) من كون فعله مأذونا فيه و لو من جهة إطلاق الاذن.

(٣) و قد تقدم أنه لا خلاف فيه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا هلك العاربه عند المستعير لم يضمنها إلا أن يكون قد اشترط عليه) (١)، و مثله غيره.

(٤) أى مع الشرط فى النبوى (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(٥) عند التلف.

(٦) عند النقصان.

(٧) أى عند التلف أو النقصان.

(٨) فإنها مضمونه و إن لم يشترط ضمانها، بلا خلاف فى الدراهم و الدنانير، و إنما الخلاف فى غيرهما من المصوغ و غيره، و ذهب إلى الاختصاص فخر المحققين و القطيفى و سيد الرياض و ابن حمزه فى الوسيله لجملة من الأخبار الصريحه فى الدرهم و الدينار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تضمن العاربه إلا أن يكون قد اشترط فيها ضمان، إلا الدنانير فإنها مضمونه و إن لم يشترط فيها ضمانا) (٣)، و خبر عبد الملك بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس على صاحب العاربه ضمان إلا أن يشترط صاحبها إلا الدراهم فإنها مضمونه، اشترط صاحبها أو لم يشترط) (٤).

و عن الشيخ و العلامه و الشهيدين ضمان مطلق الذهب و الفضه للأخبار.

منها: صحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: العاربه مضمونه؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى - أى هلك - فلا يلزمك تواه إلا الذهب و الفضه، فإنهما يلزمان، إلا أن تشترط عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه، و كذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك، و الذهب و الفضه لازم لك و إن لم يشترط عليك) (٥)، و موثق إسحاق بن عمار

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاربه حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العاربه حديث ١ و ٣ و ٢.

القولين، لأن فيه جمعا بين النصوص المختلفه (١).

وقيل: يختص بالنقدين استنادا إلى الجمع (٢) أيضا، وإلى الحكمه الباعثه على الحكم (٣)، و هي (٤) ضعف المنفعه المطلوبه منهما (٥) بدون الإنفاق، فكانت عاريتهما موجه بالذات لما يوجب التلف فيضمنان بهما (٦).

و يضعف بأن الشرط الانتفاع بهما مع بقائهما (٧)، و ضعف المنفعه حينئذ لا (٧)

عن أبي عبد الله أو أبي إبراهيم عليه السلام (العاريه ليس على مستعيرها ضمان، إلا ما كان من ذهب أو فضه، فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا) (١).

و صناعه الإطلاق و التقييد تقتضى حمل الذهب و الفضه على الدنانير و الدراهم، و أن الحكم بالضمنان مختص بهما، غير أنه قد ثبت في محله عدم حمل المطلق على المقيد إذا كانا مثبتين، و لذا توقف جماعه في الحكم في غير الدينار و الدرهم منهم العلامه في التذكرة.

(١) بعد عدم حمل المطلق على المقيد لأنهما مثبتان.

(٢) لتقييد المطلق بالمقيد.

(٣) و هو حكم الضمان و الحاصل أن منفعه الدينار و الدرهم منحصره بالإنفاق و إذهاب العين، و على فرض وجود منفعه أخرى كالترين مثلا فهي ضعيفه بخلاف منفعه مطلق الذهب و الفضه فهي غير منحصره بالإنفاق بل لها منافع كثيره و التزين منها، و عليه فلما كانت منفعه الدينار و الدرهم مختصه بإتلاف العين فيناسبها الحكم بالضمنان، بخلاف منفعه الذهب و الفضه فيناسبها عدم الضمان لأن منفعتهما كثيره في غير الإنفاق، إذ يستفيد المستعير بهما و يرجعهما إلى المالك.

و يضعف بأن هذا لا يصلح لتأسيس الحكم الشرعي لأنه مبني على الاستحسان، و لأن إعاره الدينار و الدرهم إنما تصح على تقدير بقاء عينهما، و بقاء العين هو شرط في صحه العاريه و عليه فما فرض من التعليل بإذهاب العين بالإتلاف مناف لمعنى العاريه، و لأن ضعف المنفعه و قوتها لا مدخل له في اختلاف الحكم، كما لا يختلف حكم استعاره البعير و قطعه من الحصير.

(٤) أي الحكمه.

(٥) من الدينار و الدرهم.

(٦) بعاريتهما.

(٧) هذا هو الرد الثاني المتقدم.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العاريه حديث ٤.

مدخل له في اختلاف الحكم (١)، و تقدير منفعه الانفاق (٢) حكم بغير الواقع (٣).

في اختلاف المستعير و المعير

(و لو ادعى) المستعير (التلف حلف (٤) لأنه أمين فيقبل قوله فيه (٥) كغيره (٦)، سواء ادعاه (٧) بأمر ظاهر (٨) أم خفى (٩)، و لإمكان صدقه (١٠)، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

(و لو ادعى الرد حلف المالك (١١)، (١) و هو الرد الثالث المتقدم.

(٢) في الدينار و الدرهم.

(٣) إذ يمكن إعارتهما مع عدم إنفاق عينهما.

(٤) لأنه المنكر لموافق قوله ظاهر الشرع من حيث كونه أميناً، و إن كان بحسب ظاهر كلامه مدعياً لأنه يدعى التلف.

(٥) في التلف.

(٦) أي كغيره من الأمانة كالودعي و من كانت يده على العين بإذن المالك.

(٧) أي ادعى التلف.

(٨) كالتلف المسبب عن الحرق.

(٩) كالسرق.

(١٠) تعليل ثان لقبول قوله، فبالإضافة إلى أمانته يمكن أن يكون صادقا في دعوى التلف فلو لم يقبل قوله مع يمينه لكان مدعياً و كان المعير هو المنكر، فلو قدم قول المعير مع يمينه لوجب على المستعير ردّ العاربه و إذا نكل عن أداء حق الناس حبس، و بما أن العين يتعذر عليه ردها لتلفها واقعا لأن المفروض صدقه فيقتضى ذلك تخليده في السجن.

(١١) فالمالك منكر إذ الأصل عدم الرد، و أمانه المستعير لا تقتضى تصديقه في الرد، لأن المستعير قد قبض لمصلحه نفسه بخلاف الودعي فإنه قد قبض لمصلحه المالك فالودعي محسن و لا سبيل على المحسن فكذا قبل قول الودعي في الرد دون المستعير، إذا المستعير حينئذ ليس محسنا.

و فيه: لو كان المناط في تقديم قول الودعي هو إحسانه لجرى في الوكيل لو ادعى الرد، لأن الوكيل محسن حيث قبضه لمصلحه الموكل مع أنه قد وقع الاتفاق على عدم قبول قول الوكيل بالرد، و إنما القبول لقول الموكل مع يمينه، و من هنا يستكشف أن الأمين مطلقا إذا ادعى الرد فهو مدع بحسب ظاهر كلامه فيقدم قول صاحبه المنكر، و أما الودعي فقد قبل قوله في الرد للنص، و هو مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (عن المودع إذا كان

لأصالة عدمه (١)، و قد قبضه (٢) لمصلحه نفسه فلا يقبل قوله فيه (٣)، بخلاف الودعي.

و معنى عدم قبول قوله فيه (٤). الحكم بضمانه (٥) للمثل، أو القيمه حيث يتعذر العين، لا الحكم بالعين مطلقا (٦)، لما تقدم فى دعوى التلف (٧).

و للمستعير الاستغلال بالشجر (٨) الذى غرسه فى الأرض المعاره للغرس غير ثقه هل يقبل قوله؟ قال عليه السلام: نعم و لا يمين عليه(١)

(١)عدم الرد.

(٢)أى قبض المعار.

(٣)فى الرد.

(٤)أى و معنى عدم قبول قول المستعير فى الرد أنه يلزم بالرد لو حلف المعير، فإن كانت العين موجوده عنده على تقدير كذب دعواه فهو، و إن كانت العين غير موجوده عنده على تقدير صدقه فالحكم عليه بالرد هو الحكم بضمانه أو قيمتها.

و بما أن واقع حاله غير معلوم لنا فيحكم عليه بدفع المثل أو القيمه من أجل عدم تخليده فى الحبس، لأنه مع الحكم عليه برد العين و كانت العين متعذره لعدم وجودها عنده فيحبس لنكوله عن أداء حق الناس حتى يرد، و مع تعذر الرد يخلد.

(٥)أى ضمان المستعير.

(٦)سواء تعذر الرد أم لا، و يتعذر على تقدير صدقه، و ينتفى التعذر على تقدير كذبه.

(٧)و هو الدليل الثانى على قبول قول المستعير فى دعوى التلف.

(٨)إذا استعار أرضا للغرس فغرسها فهل يجوز للمعير دخول الأرض و الاستغلال بالشجر أو لا، لا إشكال فى جواز الدخول إلى الأرض لأنها ملكه فله الدخول إليها فى أى وقت شاء، و يجوز له أن يستظل بشجرها و إن كان الشجر ملكا لغيره، لأنه حال الاستغلال جالس فى ملكه كما لو جلس فى أملاكه الأخرى غير المعاره و اتفق له التظليل بشجر غيره، أو جلس فى أرض مباحه و اتفق له التظليل بشجر غيره. ثم هل يجوز للمستعير دخول الأرض و الاستغلال أو لا، لا إشكال فى جواز دخول المستعير إلى الأرض، لأن الشجر ملكه فله الدخول لأجل الشجر بأن يسقيه و يحرسه و يهدبه و نحو ذلك و ليس له أن يدخل لغرض آخر غير ما يتعلق بمصلحه الشجر و الثمر كالتفريج، لأن الاستعاره وقعت لمنفعه معينه فلا يتعدها.

ص: ٣٢٧

و إن استلزم التصرف فى الأرض بغير الغرس، لقضاء العاده به (١). كما يجوز له الدخول إليها لسقيه، و حرثه، و حراسته، و غيرها، و ليس له الدخول لغير غرض يتعلق بالشجر كالترفج، (و كذا) يجوز (للمعير) الاستئطلال بالشجر المذكور و إن كان ملكا لغيره، لأنه جالس فى ملكه كما لو جلس فى غيره من أملا-كه فاتفق له التظلل بشجر غيره، أو فى المباح كذلك (٢)، و كذا يجوز له الانتفاع بكل ما لا يستلزم التصرف فى الشجر.

فى أنه لا يجوز للمستعير إعاره العين المستعاره

(و لا يجوز) للمستعير (إعاره العين المستعاره إلا بأذن المالك (٣)، لأن الإعاره إنما تناولت الإذن له خاصه. نعم يجوز له استيفاء المنفعه بنفسه، و وكيله، لكن لا يعد ذلك إعاره، لعود المنفعه إليه، لا إلى الوكيل.

و حيث يعير (٤) يضمن العين و المنفعه (٥)، و يرجع المالك على من شاء منهما، و أما الاستئطلال فإن جاز الدخول لمصلحه الشجر فيجوز له الاستئطلال حال كون الدخول جائزا، و إن كان الدخول ممنوعا كما لو كان للترفج فلا يجوز له الاستئطلال لأنه تصرف منهي عنه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (تنبيه: يعلم من قولهم إن المستعير ليس له الدخول للترفج أنه لا يجوز لأحد الدخول إلى أرض غيره للترفج بطريق أولى إلا بإذن المالك) انتهى.

(١) بالتصرف بغير الغرس.

(٢) و اتفق له التظليل بشجر غيره.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف ضروره اقتضاء عقد العاربه إباحه المنافع لخصوص المستعير، لا تمليكه إياها حتى يملكها ثم يعيرها إلى غيره، نعم يجوز للمستعير أن يستوفى المنفعه بنفسه أو وكيله، و لا يعد ذلك إعاره الوكيل، لأن المنفعه عائده إلى المستعير لا إلى الوكيل.

(٤) أى و حيث يعير المستعير بغير إذن المالك فقد تعدى فيضمن العين لو تلفت لعدوانه، و كذا يضمن المستعير الثانى العين لو تلفت تحت يده لعدم الاذن له من قبل المالك.

و يرجع المالك على أيهما شاء بأجره المثل عن مده الإعاره الثانيه، لضمان كل منهما منافع المعين المستوفاه و غير المستوفاه، لماليه المنفعه مطلقا و قد فوّتت على المالك فيضمنها الأول لعدوانه، و الثانى لعدم إذن المالك له.

(٥) مطلقا المستوفاه منها و غيرها.

فإن رجع (١) على المستعير الأول لم يرجع (٢) على الثانى الجاهل، إلا أن تكون العاربه مضمونه (٣) فيرجع عليه (٤) ببدل العين خاصه (٥)، و لو كان (٦) عالما استقر الضمان عليه (٧) كالغاصب (٨)، و إن رجع (٩) على الثانى رجع (١٠) على الأول بما لا يرجع عليه به (١١) لو رجع عليه (١٢)، (١) أى لو رجع المالك على المستعير الأول بأجره المثل و يبدل العين لو تلفت فلا يرجع الأول على الثانى، إن كان الثانى جاهلا بكونها عاربه إلا إذا كانت العاربه مضمونه عليه على كل حال كعاربه الذهب و الفضه فيرجع الأول عليه حينئذ، لأن الثانى ضامن لها على كل حال.

و إن كان الثانى عالما بكونها عاربه من غير إذن مالكةا فيرجع الأول عليه، لأن الضمان يستقر على من تلفت العين تحت يده، و المفروض أنها تلفت تحت يد الثانى، و تكون المسأله حينئذ كتعاقب الأيدى الغاصبه على العين مع استقرار الضمان على من تلفت العين عنده.

(٢) أى المستعير الأول.

(٣) كعاربه الذهب و الفضه.

(٤) فيرجع الأول على الثانى الجاهل.

(٥) و لا يرجع الأول على الثانى ببدل المنافع الذى هو أجره المثل لتسليط الأول للثانى عليها فكيف يرجع ببدلها.

(٦) أى المستعير الثانى.

(٧) على الثانى لتلف العين تحت يده فيرجع الأول عليه.

(٨) أى كمسأله تعاقب الأيدى الغاصبه على العين مع تلفها تحت يد أحدهم.

(٩) أى و لو رجع المالك على المستعير الثانى فإن كان عالما لا يرجع على المستعير الأول لاستقرار الضمان عليه، إذ لو رجع لكان قد ألتف العين بدون عوض، و إن كان جاهلا رجع على الأول، لأن الأول قد غرّه بأن العاربه له، و المغرور يرجع على من غرّه، إلا أن تكون العاربه مضمونه فلا يرجع الثانى على الأول و إن كان الثانى جاهلا لأنها مضمونه عليه على كل حال مع علمه بأنها عاربه و إن جهل بأنها لغير المستعير الأول.

(١٠) أى الثانى.

(١١) أى بما لا يرجع الأول على الثانى به.

(١٢) أى لو رجع المالك على الأول، و هذا لا يكون إلا فى صورته جهل الثانى حال كون العاربه غير مضمونه.

لغروره (١)، (و لو شرط سقوط الضمان فى الذهب و الفضة صح (٢) عملا بالشرط.

فى ما لو شرط سقوط الضمان

(و لو شرط سقوطه (٣) مع التعدى أو التفريط احتمال الجواز (٤) لأنه (٥) فى قوه الإذن له (٦) فى الإلتلاف فلا يستعقب الضمان كما لو أمره بإلقاء متاعه فى البحر).

و يحتمل عدم صحه الشرط، لأنهما (٧) من أسباب الضمان فلا يعقل إسقاطه (٨) قبل وقوعه (٩)، لأنه (١٠) كالبراءه مما لم يجب، و الأول أقوى (١١).

(١) تعليل لعدم رجوع الأول على الثانى.

(٢) أى صح شرط الإسقاط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص صحيح زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: العاربه مضمونه؟ فقال عليه السلام: جميع ما استعرت فتوى فلا يلزمك تواه، إلا الذهب و الفضة، فإنهما يلزمان إلا أن تشتري عليه أنه متى توى لم يلزمك تواه) ٢.

(٣) أى سقوط الضمان.

(٤) قيل: يصح الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، و لأن معنى شرط سقوط الضمان عند التعدى هو الاذن فى إلتافه، و إذا أذن فى التلف لا يضمن التالف كما لو أمره بإلقاء ماله فى البحر.

و قيل: لا يصح الشرط باعتبار إنه إسقاط للواجب قبل وجوبه، إذ الضمان مسبب عن التعدى أو التفريط لا قبلهما فكيف يسقط قبل حصول سببه، فإسقاط الضمان بمعنى الإبراء و لا يصح الإبراء مما لم يجب.

(٥) أى شرط سقوط الضمان.

(٦) للمستعير.

(٧) أى التعدى و التفريط.

(٨) أى إسقاط الضمان.

(٩) أى قبل وقوع سبب الضمان.

(١٠) أى إسقاط الضمان.

(١١) لأن الشرط بمعنى الاذن أولى من كونه بمعنى الإبراء.

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العاربه حديث ٢.

(و لو قال الراكب: أعرنتيها، و قال المالك: آجرتكها حلف الراكب (١)، لاتفاقهما على أن تلف المنافع وقع على ملك المستعير (٢)، و إنما يختلفان فى الأجره، و الأصل براءه ذمته منها (٣).

(و قيل): يحلف (المالك) (٤)، لأن المنافع أموال كالأعيان فهى بالأصالة لمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها بغير عوض على خلاف الأصل، و أصالة براءه ذمته (٥) إنما تصح من خصوص ما ادعاه المالك (٦)، لا- من مطلق الحق (٧) بعد استيفائه منفعه ملك غيره. (و هو أقوى) و لكن لا يقبل قوله (٨) فيما يدعيه من الأجره، لأنه فيها مدع، كما أن الراكب بالنسبه إلى العاربه مدع، بل يحلف (٩) (١) فالقول قول الراكب مع يمينه كما عن الشيخ و ابن زهره و أول الشهيدين و الأردبيلي، لأن المالك مدع للأجره و الراكب ينكرها، و الأصل عدم اشتغال ذمه الراكب بالأجره.

(٢) فالمالك يزعم أنه ملك المنافع بالإجاره، و المستعير يزعم أنه ملكها بالإعاره.

(٣) أى و الأصل براءه ذمه مدعى العاربه من الأجره.

(٤) على المشهور، لأن المنافع مال للمالك كالعين فالأصل ملكيه المالك للمنافع و الراكب يدعى ملكيتها بغير عوض، و هو على خلاف الأصل المتقدم، فهو المدعى و المالك منكر فيقدم قول المالك مع يمينه.

و قول الراكب الموافق لأصالة عدم اشتغال ذمته بالأجره لا يجعله منكرًا مطلقًا، بل يجعله منكرًا بالنسبه إلى القيمه التى يدعيها المالك فقط، و لا يجعله منكرًا مطلقًا لأنه معترف باستيفاء منافع الغير.

و عليه فإذا حلف المالك سقطت دعوى الراكب بالإعاره و تثبت دعوى المالك بأنها مستأجره، و لكن لا تثبت أجره المسمى من قبل المالك، لأن المالك بخصوصها مدع و الراكب ينفى بدعواه العاربه، و لا يمكن الأخذ بقول الراكب فتتنفى أجره المسمى و تثبت أجره المثل.

(٥) أى ذمه الراكب.

(٦) من أجره المسمى.

(٧) و أنه قد استوفى منافع الغير.

(٨) أى قول المالك فى أجره المسمى.

(٩) أى المالك، و المعنى فيمين المالك لا تثبت إلا نفى العاربه فقط، أما مقدار الأجره فهو شىء آخر لا يثبت بيمينه لأنه مدع به و الآخر منكر، غير أن هذا المنكر - و هو الراكب -

على نفى العاربه،(و يثبت له (١) أجره المثل)، لثبوت أن الراكب تصرف في ملك غيره بغير تبرع منه (٢)،(إلا أن تزيد) أجره المثل (على ما ادعاه) المالك (من المسمى) فيثبت المسمى، لاعترافه (٣) بعدم استحقاقه سواه (٤).

و يشكل (٥) بأن المالك يدعى الزائد من الأجره (٦) على تقدير زياده ما يدعيه عن أجره المثل، و الراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعى يقتضى نفيه (٧)، و حلفه (٨) على نفى الإعاره لم يدل على نفى الإجاره، كما لم يدل على إثباتها (٩)، و إثبات أقل لَمَّا لم يؤخذ بقوله فى دعوى العاربه لا يؤخذ بقوله بنفى مقدار الأجره مطلقا، فضلا عن اعترافه باستيفاء المنافع فى ملك الغير فتثبت أجره المثل دون أجره المسمى.

(١) أى للمالك.

(٢) من الغير.

(٣) أى اعتراف المالك.

(٤) سوى المسمى، و هو اختيار العلامه فى القواعد أيضا.

(٥) أى و يشكل نفى الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل، و وجه الإشكال أن أجره المثل ثابتة على الراكب لاعترافه باستيفاء منافع ملك الغير، فهى ثابتة عليه سواء حلف المالك أم لا، و أما نفى الزائد عنها من أجره المسمى فلا دليل عليه، لأن يمين المالك إنما هى على نفى العاربه و ليست على إثبات الأجره أو نفيها، فلا يصح نفى الزائد المذكور إلا بحلف الراكب، لأنه المنكر للأجره مطلقا، مع أن المشهور لم يلزموا الراكب بيمين على نفيه كما ألزموا المالك بيمين على نفى العاربه.

و بهذا يضعف قول المشهور، و أن الأقوى أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و منكر، فالمالك مدع للإجاره و منكر للإعاره و الراكب بالعكس، و هذا مورد التحالف، فيحلف المالك على نفى العاربه و يحلف الراكب على نفى الأجره المدعاه من قبل المالك، و تثبت أجره المثل لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، إلا أن تكون أجره المسمى أقل، فيثبت الأقل لاعتراف المالك بعدم استحقاقه سوى المسمى، و هذا ما عليه العلامه فى المختلف و الشهيد فى بعض تحقیقاته و تبعهما جماعه عليه.

(٦) أى أجره المسمى.

(٧) نفى الزائد.

(٨) أى حلف المالك.

(٩) أى إثبات الإجاره مع لوازم أجرتها المسماه.

الأمرين (١) باليمين (٢) مسلم (٣)، لكن يبقى النزاع في الزائد (٤) على تقديره لا يندفع (٥) إلا بحلف الراكب على نفى الإجاره، أو نكوله (٦) فيحلف المالك عليها (٧)، و يأخذ الزيادة.

فالأقوى حينئذ أنهما يتحالفان لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه فيحلف المالك على نفى الإجاره، و الراكب على نفى الإجاره و يثبت أقل الأمرين (٨)، لانتفاء الزائد من المسمى (٩) بيمين المستعير، و الزائد عن أجره المثل (١٠) باعتراف المالك (١١). و هذا هو الذى اختاره المصنف فى بعض تحقيقاته.

هذا إذا وقع الاختلاف بعد انقضاء مده لها أجره عادة، أو ما يدعى (١١) (١) من أجره المثل و أجره المسمى، على تقدير كون أجره المثل أقل.

(٢) أى باليمين من قبل المالك.

(٣) و فيه: إن الأقل و هو أجره المثل فى المثال المفروض قد ثبتت لاعتراف الراكب باستيفاء منافع ملك الغير، و لم تثبت ليمين المالك، لأن يمينه على نفى الإجاره.

(٤) و هو الزائد من أجره المسمى عن أجره المثل.

(٥) أى لا ينتفى.

(٦) أى نكول الراكب عن اليمين مع حلف المالك اليمين المردوده عليه فيثبت الزائد، غير أنه قد ثبت بيمينين من قبل المالك، يمين المنكر حال كونه نافيا للعاريه، و يمين المدعى المردوده، حال كونه قد ادعى الأجره، هذا مع أن المشهور قد اكتفى بيمين واحده من المالك و أنها يمين المنكر فى مقام نفى الزائد و لم يتعرضوا لمقام إثباته.

(٧) على الإجاره.

(٨) من أجره المثل و من أجره المسمى، فلو كانت أجره المثل هى الأقل فهى ثابتة لاعتراف الراكب بالاستيفاء كما تقدم، و لو كانت أجره المسمى هى الأقل فهى ثابتة لاعتراف المالك بعدم استحقاق سواها.

(٩) إذا كانت أجره المثل أقل.

(١٠) إذا كانت أجره المسمى أقل.

(١١) و هو اعترافه بعدم استحقاقه سوى المسمى.

(١٢) أى المالك، و المعنى ما تقدم يجرى فيما لو وقع الاختلاف بعد انقضاء مده يدعى المالك كونها مده الإجاره، أو وقع الاختلاف بعد مضى مده لها أجره عادة.

كونها مده الإجاره، أما قبله (١) فالقول قول الراكب فى نفى الإجاره، و تستردّ العين (٢).

(١) أى قبل الانقضاء بحيث وقع الاختلاف بعد العقد و لم يقع من الراكب استيفاء للمنافع أبدا، فلا إشكال و لا خلاف - كما فى الجواهر - فى تقديم قول الراكب مع يمينه فى عدم الإجاره، لأن المالك يدعى ثبوت الأجره عليه و الأصل عدم اشتغال ذمته بالأجره.

و لم يدع الراكب هنا استيفاء المنافع بغير عوض حتى يعارض بالأصل من أن المنافع للمالك، لأنه لا استيفاء أبدا، و هذا هو الفارق بين فرعنا و بين الفرع المتقدم.

(٢) لأن الإجاره باطله بيمين الراكب، و العاربه باطله لدعوى المالك للإجاره، لأن بدعواه المذكوره ينفى العاربه، و نفيه لها فسخ منه لها على تقدير ثبوتها واقعا لأنها من العقود الجائزه و هذا النفى كاف فى فسخها، فلا بدّ من رد العين إلى مالكها حينئذ لعدم إذن من المالك بوضعها تحت يد الراكب لا بالإجاره و لا بالعاربه.

كتاب المزارعه

اشاره

ص: ٣٣٥

في معنى المزارعه و ألفاظها

(و هي) لغه مفاعله من الزرع، و هي تقتضى وقوعه منهما (١) لا إشكال في مشروعيتها، لأنها معاملة عقلائييه لم يردع عنها الشارع، و لجملة من الأخبار المتعرضه لإحكامها و سيأتى التعرض لها، بل إنها مستحبه ففى خبر الواسطى (سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن الفلاحين قال: هم الزارعون كنوز الله فى أرضه، و ما فى الأعمال شىء أحب إلى الله من الزراعه، و ما بعث الله نبيا إلا زارعا إلا إدريس عليه السلام فإنه كان خياطا) (١)، و فى خبر ثان (إن الله جعل أرزاق أنبيائه فى الزرع و الضرع كيلا يكرهوا شيئا من قطر السماء) (٢)، و فى ثالث (الكيمياء الأكبر الزراعه) (٣)، و فى رابع (الزارعون كنز الأنام يزرعون طيبا، أخرج الله، و هم يوم القيامة أحسن الناس مقاما و أقربهم منزله، يدعون المباركين) (٤)، و فى خامس (سئل النبى صلى الله عليه و سلم أى الأعمال خير؟ قال: زرع يزرعه صاحبه و أصلحه و أدى حقه يوم حصاده، قال: فأى الأعمال بعد الزرع؟ قال: رجل فى غنم له قد تبع بها مواضع القطر، يقيم الصلاة و يؤتى الزكاه، قال: فأى المال بعد الغنم خير؟ قال: البقر يغدو بخير و يروح بخير، قال: فأى المال بعد البقر خير؟ قال: الراسيات فى الوحل المطعمات فى المحل، نعم المال النخل، من باعها فإنما ثمنه بمنزله رماد على رأس شاهق، اشتدت به الريح فى يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها، قيل: يا رسول الله: فأى المال بعد النخل خير فسكت، فقام إليه رجل

ص: ٣٣٧

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ٣.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ٢.
 - ٣- (٣) الكافى ج ٥ ص ٢٤١.
 - ٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ٧.

معا (١)، لكنها في الشرع صارت (معامله على الأرض بحصه من حاصلها (٢) إلى أجل معلوم)، و نسب الفعل (٣) إليهما (٤) بفعل (٥) أحدهما مع طلب الآخر (٦) فقال له: فأين الابل؟ قال: فيها الشقاء و الجفاء و العناء و بعد الدار، تغدو مدبره و تروح مدبره، لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشأم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجره(١)، و تسمى بالمخابره و لعله من الخبره بمعنى النصيب أو من الخباره بمعنى الأرض الرخوه.

(١)المزارعه مفاعله من الزرع، و المفاعله لغه تقتضى وقوع الزرع منهما، غير أن المزارعه في الاصطلاح بأنها معامله على الأرض بحصه من حاصلها، بحيث يوقع صاحب الأرض و العامل معامله على الأرض ليزرعها العامل و يكون للمالك حصه من الزرع، و هذا يفيد أن الزرع لم يقع إلا من العامل فقط. و قد يجاب تحقيقا للمعنى اللغوى القاضى بوقوع الزرع منهما أن صاحب الأرض بإيقاعه المعامله مع العامل قد أمر العامل بالزرع و يطلق على الأمر بالزرع لفظ الزارع نظرا إلى سببته الأمر فى وقوع الزرع كالمضاربه فالعامل فيها قد وقع منه الضرب إلا أن رب المال لما أمر فيقال له مضارب أيضا.

(٢)عزّف الأ-كثر بأنها معامله على الأرض بحصه من حاصلها، و المعامله جنس تشمل إجاره الأرض و بيعها و المساقاه و بقيد (على الأرض) تخرج المساقاه لأنها معامله على الأصول القائمه لسقيها بحصه من ثمرها، و بقيد (بحصه من حاصلها) تخرج الإجاره و البيع، لأنهما معامله على الأرض بعوض معين، بل لو كان هذا العوض من حصه الحاصل لبطلت الإجاره و البيع، لأن العوض المعين يجب أن يكون متحققا و الحصه من الحاصل قد لا تتحقق عند عدم نتاج الأرض شيئا من الزرع.

هذا و زاد المصنف و جماعه على التعريف (إلى أجل معلوم)، و هذا القيد من جمله شروط المزارعه، فذكره فى التعريف إما لبيان الواقع من أنها لا تصح إلا بهذا الشرط، و إما لإخراج المزارعه الفاسده لأن مجهوليه الأجل توجب فساد المزارعه، و إما للاستطراد فى ذكر هذا الشرط من باب الكشف عن ماهيه بذكر بعض شروطها، و هذا الكشف استطرادى هنا، لأن الكشف فى التعريف إنما يكون فى الأركان و هى الأجزاء من جنس و فصل، و لا يتم بذكر الشروط.

(٣) و هو الزرع.

(٤) إلى العامل و رب الأرض.

(٥) أى بسبب فعل أحدهما، و هو زرع العامل.

(٦) أى طلب الزرع من رب الأرض.

ص: ٣٣٨

فكانه (١) لذلك فاعل (٢) كالمضاربه، و خرج بالمعامله على الأرض المساقاه، فإنها (٣) بالذات على الأصول (٤)، و بالحصه (٥) إجاره الأرض للزراع، أو الأعم (٦)، إذ لا تصح (٧) بحصه من الحاصل. و قيد الأجل (٨) لبيان الواقع (٩)، أو تخصيص للصحيحه (١٠)، أو استطراد لبعض الشرائط التي يحصل بها (١١) الكشف عن ماهيه (١٢)، و إن لم يكن ذكرها (١٣) من وظائف التعريف (١٤).

(و عبارتها (١٥): زارعتك، أو عاملتك، أو سلمتها إليك، و شبهه) كقيلتك (١) أى فكأن رب الأرض لطلبه الزرع.

(٢) أى زراع.

(٣) أى المساقاه.

(٤) أى الشجر القائم.

(٥) أى و خرج بالحصه.

(٦) أى إجارتها للأعم من الزراعه و غيرها.

(٧) أى إجاره الأرض.

(٨) الذى ذكره المصنف.

(٩) من أنه شرط فيها.

(١٠) أى تخصيص للتعريف بالصحيحه مع إخراج المزارعه الفاسده.

(١١) بهذه الشرائط.

(١٢) أى ماهيه المزارعه.

(١٣) أى ذكر الشرائط.

(١٤) إذ وظيفته الاقتصار على الأجزاء فى مقام الكشف عن ماهيه.

(١٥) المزارعه معامله بين رب الأرض و العامل، فهى عقد مؤلف من الإيجاب و القبول، و هو عقد لازم بلا خلاف فى ذلك، و يقتضيه الأمر بالوفاء بالعقود إلا ما خرج بالدليل، و لا دليل على إخراج المزارعه. و على مبنى مشهور القدماء لما كانت المزارعه من العقود اللازمه فيشترط فى إيجابها و قبولها كل لفظ صريح، فلا ريب فى الاجتزاء حينئذ فى الإيجاب بلفظ (زارعتك، و سلمت إليك، و قبيلتك الأرض، و عاملتك على الأرض بحصه من حاصلها)، و نحوها من صيغ الماضى الداله على الإنشاء صريحا، و كذا القبول، و قد اختار العلامه فى القواعد الاكتفاء بالقبول الفعلى، و قال عنه فى الجواهر: (و ما اختاره العلامه فى

القواعد في غير محله).

ص: ٣٣٩

هذه الأرض، و نحوه من صيغ الماضي الداله على إنشاء العقد صريحا.

و المشهور جوازها بصيغه ازرع (١) هذه الأرض، استنادا إلى روايه قاصره الداله عن إخراج هذا العقد اللازم عن نظائره (٢)، فالمنع أوجه (فيقبل) الزارع (لفظا) على الأقوى (٣) كغيره (٤).

في أحكام المزارعه

(و عقدها لازم (٥)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود (٦)، إلا ما أخرجه الدليل.

هذا و قد عرفت أنه يكفى صدق العقد، و هو صادق عرفا على كل لفظ دال على إنشاء الإيجاب و القبول، و إن لم يكن صريحا، بل تكفى المعاطاه و الكتابه و نحو ذلك من الدوالي العرفيه على إنشاء الإيجاب و القبول.

نعم لا- يصح إنشاء الإيجاب بلفظ الأمر، لعدم تحقق الإنشاء به عرفا، إلا أن المشهور أجازوا ذلك استنادا إلى خبر أبي الربيع الشامى عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يزرع الأرض رجل آخر، فيشترط عليه ثلثا للبذر و ثلثا للبقر، فقال: لا ينبغي أن يسمّى بذرا و لا بقرا، و لكن يقول لصاحب الأرض: أزرع فى أرضك و لك منها كذا و كذا نصفا و ثلثا و ما كان من شرط، و لا يسمّى بذرا و لا بقرا) (١) و إلى خبر النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان (أنه قال: فى الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر و ثلث للبذر و ثلث للأرض، قال: لا يسمّى شيئا من الحب و البقر، و لكن يقول: ازرع فيها كذا و كذا، إن شئت نصفا و إن شئت ثلثا) ٢.

و الوارد فيهما صيغه المضارع كما فى الوسائل و الجواهر و غيرهما.

و ردّ المشهور بأن الروايه لا تدل على الأمر بل على المضارع، و بأن الروايه لا تدل على وقوع الإيجاب بهذه الصيغه من المضارع و إلا- لوجب ذكر القبول، مع أنه غير مذکور، و هذا كاشف عن أن هذا المذكور فى الروايه من جمله القول الذى يكون بين المتعاقدين قبل العقد ليتقرر الأمر بينهما.

(١) كفعل أمر.

(٢) لأن العقد اللازم لا يصح إنشاؤه إلا بلفظ الماضي عند المشهور.

(٣) فى قبال مخالفه علامه.

(٤) أى كغيره من العقود اللازمه.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) فى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب المزارعه و المساقاه حديث ١٠ و ٥.

٢- (٣) سورة المائده، الآية: ١.

و ليس هذا (١) منه (٢) إجماعا.

(و يصح التقايل فيه (٣)، لأنه معاوضه محضه فيقبلها (٤) كالبيع، (و لا تبطل بموت أحدهما (٥)، لأن ذلك من مقتضى اللزوم.

ثم إن كان الميت العامل (٦) قام وارثه مقامه في العمل، و إلا (٧) استأجر الحاكم عليه (٨) من ماله (٩)، أو على (١٠) ما يخرج من حصته، و إن كان (١١) المالك بقيت (١٢) بحالها، و على العامل القيام بتمام العمل، و استثنى من الأول (١٣) ما لو شرط عليه (١٤) العمل بنفسه فمات قبله (١٥).

(١) أى عقد المزارعه.

(٢) أى مما أخرج الدليل.

(٣) أى فى عقد المزارعه، و التقايل هو إبطال العقد المستند إلى اختيار المتعاقدين، و يصح التقايل فيه لإطلاق أدله الإقاله، كما ورد فى الخبر (من أقال مسلما أقال الله عشرته يوم القيامة).

(٤) أى يقبل الإقاله.

(٥) كغيره من العقود اللازمه، لأن مقتضى اللزوم عدم بطلانه، و للاستصحاب.

(٦) إذا كان الميت صاحب الأرض انتقل حكم العقد إلى وارثه، و إن كان العامل قام وارثه مقامه فى العمل، أو استأجر الحاكم من مال العامل أجيرا أو يستأجر من الحصه التى له من الحاصل، نعم لو شرط المالك على العامل مباشرته للعمل فيبطل عقد المزارعه بموت العامل، لعدم إمكان تحقق الشرط، سواء كان موته قبل خروج الزرع أو بعده، و استشكل الشارح فى البطلان بعد خروج الزرع، لأنه قد ملك الحصه و إن وجب عليه بقيه العمل، فخرج الحصه عن ملكه بعد ذلك بعيد، و ردّه فى الجواهر بأن الملك و إن حصل لكنه مترنزل إلى حصول تمام العمل من نفس العامل، و المفروض عدمه.

(٧) أى و إن لم يكن للعامل وارث.

(٨) أى على العمل.

(٩) أى من مال العامل.

(١٠) أى يستأجره على ما يخرج من حصه العامل.

(١١) أى الميت.

(١٢) أى المزارعه.

(١٣) فيما لو كان الميت هو العامل.

(١٤) أى على العامل.

(١٥) أى قبل إتمام العمل ليشمل ما لو باشر العمل و ما لم يباشر، و الحكم ببطان المزارعه

ص: ٣٤١

و يشكل لو مات بعده (١) خصوصا بعد ظهور الثمره و قبل تمام العمل لأنه قد ملك الحصه.

(و لا بد من كون النماء مشاعا (٢) بينهما (تساويا فيه (٣)، أو تفاضلا (٤) فلو شرط لأحدهما شيء معين (٥) و إن كان البذر، و للآخر الباقي، أولهما بطل سواء كان الغالب أن يخرج منها (٦) ما يزيد على المشروط، و عدمه، و لو شرط أحدهما على الآخر شيئا يضمنه (٧) مضافا إلى الحصه) من ذهب، أو فضه، أو غيرهما لفوات موضوع الشرط.

(١) أى بعد الشروع فى العمل.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تقبل الأرض بحنطه مسماه، و لكن بالنصف و الثلث و الربع و الخمس لا بأس به، و قال: لا بأس بالمزارعه بالثلث و الربع و الخمس) (١).

(٣) فى النماء كمناصفته بينهما.

(٤) لتصريح الصحيح المتقدم بالتفاضل.

(٥) كأن يشترط أن يكون للعامل حصه معينه من النماء فى قبال البذر على أن يكون الباقي بينهما إشاعه فلا يجوز على المشهور لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء، و لجواز أن لا تحصل هذه الحصه المعينه.

و ذهب الشيخ و ابن البراج و ابن ادريس و العلامه فى المختلف إلى جواز استثناء حصه معينه بمقدار البذر على أن يكون الباقي على نحو الإشاعه، لأن النصوص المتقدمه ظاهره فى صحه المزارعه بالحصه المشاعه كالثلث و الربع، و هى حاصله هنا، و عليه فلا تكون النصوص ظاهره فى إشاعه جميع الحاصل بينهما و الأقوى المنع لظهور النصوص فى إشاعه جميع الحاصل، و منه تعرف بطلان ما لو اشترط أحدهما حصه معينه من باب الرغبه فى الاختصاص و ليس من باب أنها للبذر، و تعرف بطلان ما لو شرط لأحدهما حصه معينه و الباقي للآخر.

(٦) من الأرض.

(٧) لو شرط أحدهما على الآخر بالإضافة إلى الحصه المشاعه من الحاصل أن يدفع مائه دينار أو مائه درهم أو شيئا آخر من غير النماء صح الشرط على المشهور، لأن شرط الإشاعه

ص: ٣٤٢

(صح) على المشهور و يكون قراره (١) مشروطا بالسلامه (٢)، كاستثناء (٣) أرتال معلومه من الثمره فى البيع، و لو تلف البعض سقط من الشرط (٤) بحسابه (٥)، لأنه (٦) كالشريك (٧)، و إن كانت حصته معينه، مع احتمال أن لا يسقط شىء فى مجموع الحاصل حاصل، و إنما الزيادة لأحدهما فى غير النماء فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و قيل: لا- يصح، و عن المسالك و غيره أنه لم يعرف القائل، بل و لا دليله لمخالفته لعموم نفوذ الشروط من غير مخصص أو مقيد.

و على المشهور فالمشروط له يملك حصه معينه من خارج النماء و حصه مشاعه من مجموع النماء، و عليه فلو خرج النماء سليما و لم يتعرض للتلف و لا للنقصان بحسب عادته فيثبت للمشروط له ما تقدم.

و لو تلف بعض النماء أو نقص بحسب عادته فقد ذهب الشارح إلى سقوط نسبه التالف من الحصه المعينه أيضا، فلو كانت الحصه المعينه مثلا- مائه دينار، و كان الحاصل بحسب العاده مائه من فنقص إلى الخمسين فتنقص الحصه المعينه إلى الخمسين أيضا، لأن الشرط جعل الحصه المعينه من الخارج كالشريك معهما، فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل النقص على الشريك الثالث.

و فيه: إنه على خلاف عموم أدله صحه الشرط أو إطلاقها، فلا يسقط من الشرط شىء و لو تلف جميع الحاصل فضلا عن تلف بعضه.

(١) أى قرار الشرط.

(٢) أى سلامه جميع النماء من التلف أو النقصان.

(٣) تشبيه لكون قرار الشرط مشروطا بالسلامه، فلو باع جميع الثمره ما عدا أرتال معلومه منها، فالاستثناء لازم بشرط سلامه المبيع من التلف أو النقصان.

(٤) المتعلق بالحصه المعينه.

(٥) أى بحساب التالف و نسبه.

(٦) أى الشرط بالحصه المعينه.

(٧) أى كالشريك معهما فإن دخل النقص على الشريكين فيدخل على الثالث، و إن كان الثالث حصه معينه.

ص: ٣٤٣

بذلك عملاً بإطلاق الشرط.

و لو مضت المده و الزرع باق (١) فعلى العامل الأجره (٢) لما بقى من المده، (و للمالك قلعه (٣) إذ لا حق للزارع بعدها، فيتخير المالك بين القلع، و الإبقاء بالأجره إن رضى العامل بها، و إلا (٤) قلع، و لا أجره للمالك على ما مضى من المده لو لم ينتفع بالمقلوع (٥)، لأن مقتضى العقد قصر الحق على الحصة، مع احتمال (٦) وجوبها على الزارع لو كان التأخير بتفريطه، لتضييعه منفعة الأرض (١) يشترط فى عقد المزارعه تعيين المده، بلا خلاف فيه، فإن شرطت مده معينه فهو، و لو لم تشترط المده بل وقع عقد المزارعه على زرع الحنطه مثلا فقط فهل يصح العقد لأن للزرع أمدا بحسب العاده فيبنى العقد عليه و يكتفى بذلك عن ذكر المده و هذا ما عليه جماعه، أو يحكم ببطلان العقد كما عليه المشهور، لأن أمد الزرع غير مضبوط فلا بد من التعيين دفعا للضرر.

و على كل فلو عينت مده معينه و قد مضت و الزرع باق فهل للمالك إزالته أو لا؟ ذهب المشهور إلى ذلك، لأن العامل يستحق التبقيه فى المده، و بعدها يكون المالك مسلطا على ملكه كيف شاء، و لأنه لاحق للعامل فى إبقائه بعد المده فلو أبقاه بدون رضا المالك يكون ظلما.

و عن بعضهم أنه ليس له الإزاله، لأن الزرع قد حصل فى الأرض بحق فلا يكون للمالك قلعه، و لأن للزرع أمدا معيناً غير دائم الثبات فإذا اتفق الخلل لا يسقط حق الزارع كما لو استأجر الأرض مده معينه للزرع و انقضت قبل إدراك الزرع.

و عن العلامه فى القواعد بأن للمالك القلع مع الأرش، هذا و قال الشارح فى المسالك:

(نعم لو اتفقا على إبقائه بعوض أو غيره صح، لأن الحق لا يعدوهما، و لكن لا يجبر أحدهما عليه) انتهى.

(٢) إن اتفق على إبقائه بعوض كما سيأتى.

(٣) هذا هو القول الأول و هو المشهور.

(٤) و إن لم يرض العامل بالأجره قلع المالك.

(٥) لأن مقتضى عقد المزارعه قصر حق المالك على الحصة إن سلمت، و قد رضى بذلك و عليه أقدم.

(٦) أى مع احتمال وجوب الأجره على الزارع إن كان التأخير بتفريطه لا بسبب طبيعى، و مع تفريطه يكون قد ضييع منفعة الأرض على المالك فى تلك المده فيضمن الأجره.

بتأخيره، و لا فرق فى كون المقلوع بينهما (١) بين كون البذر من مالك الأرض، أو الزارع.

و هل يستحق المالك قلعه بالأرض، أو مجانا قولان (٢)، و ظاهر العبارة ككثير عدمه، و على القول به (٣)، فطريق معرفته أن يقوم الزرع قائما بالأجره إلى أوان حصاده و مقلوعا.

(و لا بدّ من إمكان الانتفاع بالأرض (٤) فى الزراعه المقصوده منها (٥)، أو فى نوع منها مع الاطلاق (٦) بأن يكون لها (٧) ماء من نهر، أو بئر، أو مصنع (٨)، أو تسقيها الغيوث غالبا)، أو الزيادة (٩) كالنيل. و الضابط إمكان الانتفاع بزرعها (١) أى فإن جاز للمالك القلع، فالمقلوع بينهما على ما اشترطا من الحصه سواء كان البذر من المالك أم من الزارع، لأن تعيين الحصه قد تم بالعقد و لم يستثن البذر، بل لو استثنى البذر من الحاصل لكان مبطلا على القول المشهور و قد تقدم.

(٢) قول المشهور أن له القلع بدون الأرض، و قول العلامه أن له القلع مع الأرض جمعا بين الحقين، و قد تقدما.

(٣) أى بالأرض فطريق معرفه الأرض أن يقوم الزرع قائما فى الأرض بالأجره إلى أوان حصاده، و كونه بالأجره لأنه لا يستحق على المالك الإبقاء، و أن يقوم الزرع مقلوعا، و التفاوت بينهما هو الأرض.

(٤) يعتبر فى عقد المزارعه أن تكون الأرض مما يمكن الانتفاع بها عاده، بأن تكون من الأراضى الزراعيه و أن يكون لها ماء و لو تقديرا، إما من نهر أو بئر أو عين أو غير ذلك، حتى المطر بحيث يكون هذا الماء كافيا لسقى الزرع غالبا، بلا خلاف فى ذلك، لمنافاه عدم إمكان الانتفاع بها لمقتضى العقد، إذ العقد ينصرف إلى ما يمكن حصول المقصود من الزراعه، و هو لا يتحقق إلا فى الأرض التى يمكن الانتفاع بها على التفصيل المتقدم.

(٥) أى الزراعه المقصوده من المزارعه، و المراد من المزارعه هو عقدها.

(٦) أى مع إطلاق عقد المزارعه فيصح للعامل أن يزرع الحنطه مثلا التى هى نوع من الزراعه المقصوده، فيجب أن تكون الأرض قابله للانتفاع فى هذه الزراعه.

(٧) للأرض.

(٨) قال فى مصباح المنير: (و المصنع ما يصنع لجمع الماء نحو البركه و الصهريج).

(٩) عطف على الغيوث، و المعنى أن تسقيها الزيادة الحاصله من ماء نهر كالزيادة الحاصله من نهر النيل عند فيضانه.

المقصود عادة، فإن لم يمكن (١) بطلت (٢) المزارعه و إن رضى العامل (٣)،(و لو انقطع) الماء (فى جميع المده (٤) مع كونه معتادا لها قبل ذلك (انفسخت) المزارعه، (و فى الأثناء (٥) يتخير العامل) (٦) لطرو العيب (٧)، و لا- يبطل العقد (٨)، لسبق الحكم بصحته فيستصحب و الضرر يندفع بالخيار،(فإن فسخ (٩) فعليه) من الأجره (بنسبه ما سلف) من المده، لانتفاعه (١٠) بأرض الغير بعوض (١١) لم يسلم له (١٢)،(١) أى الانتفاع.

(٢) لعدم تحقق الشرط من الانتفاع.

(٣) لأن رضاه لا يجعل الأرض قابله للانتفاع مع أن العقد يقتضى أن تكون قابله لذلك.

(٤) ابتداء و استدامه فتنفسخ المزارعه لفوات الشرط، و إن كان نزوله معتادا قبل ذلك.

(٥) بحيث كان الماء موجودا عند العقد ثم انقطع فيما بعد، و بانقطاعه تخرج الأرض عن القابليه، قال الشارح فى المسالك: (قد عرفت أن إمكان الزرع شرط صحه المزارعه، فإذا وجد الشرط فى الابتداء ثم تجدد انقطاع الماء فمقتضى القاعده بطلان العقد لفوات الشرط لباقي المده، و لكن المصنف - أى المحقق - و العلامه أطلقا القول بعدم البطلان، بل حكما بتسلطه - أى العامل - على الفسخ، و كأنهما نظرا إلى صحه العقد ابتداء فيستصحب، و الضرر اللاحق للزارع بانقطاع الماء يجبر بتسليطه على الفسخ) انتهى.

(٦) بين الفسخ و الإمضاء.

(٧) و هو خروج الأرض عن الانتفاع بسبب انقطاع الماء.

(٨) كما عن المحقق و العلامه، و إلا فمقتضى القواعد البطلان.

(٩) أى العامل فعليه أجره الأرض للمده السابقه كما عن العلامه فى الإرشاد و الشهيد، لأن العامل قد انتفع بالأرض فى هذه المده فى قبال عوض للمالك على أن يكون العوض حصه من الحاصل، و لم يسلم هذا العوض للمالك لاختيار العامل الفسخ، فالعامل بالفسخ قد قوّت على المالك عوض الأرض المسمى فيثبت له الأجره حينئذ.

و فيه: إن فسخ العامل من أجل عدم الانتفاع بالأرض فالزامه بالعقد ضرر عليه و لذا جوزنا له الفسخ، فلم يكن الفسخ لإضرار الغير بل لرفع الضرر عنه هذا من جهه و من جهه أخرى فعمل العامل فى أرض الغير فى المده مشروط بالحصه لا بالأجره، و إذا فاتت الحصه لا بسبب اختيار العامل فلا شىء عليه حينئذ.

(١٠) أى العامل.

(١١) و هو الحصه من الحاصل.

(١٢) أى للغير الذى هو صاحب الأرض.

و زواله (١) باختياره (٢) الفسخ.

و يشكل بأن فسخه (٣) لعدم إمكان الإكمال (٤)، و عمله الماضي مشروط بالحصه، لا بالأجره، فإذا فاتت بالانقطاع ينبغي أن لا يلزمه شيء آخر. نعم لو كان قد استأجرها للزراعه توجه ذلك (٥).

(و إذا أطلق المزارعه (٦) زرع) العامل (ما شاء) إن كان البذر منه كما هو الغالب، أو بذل المالك ما شاء (٧) أن شرط عليه (٨)، و إنما تخير مع الإطلاق، (١) أى زوال العوض.

(٢) أى بسبب اختيار العامل.

(٣) أى فسخ العامل.

(٤) ففسخه لرفع الضرر عنه لا لإضرار الغير.

(٥) لأن عقد الإجاره قد وقع على عوض معين فى قبال استيفاء منافع الأرض فى مده معينه، فلو خرجت الأرض عن الانتفاع فى أثناء المده لبطل عقد الإجاره، و يثبت على العامل أجره الأرض لما سلف من المده، لأن المالك لم يقدم على إجارته بحصه من حاصلها، و إنما بعوض معين لمده معينه، فإن لم تسلم المده المعينه للعامل قسطت الأجره على ما مضى و أخذ المالك النسبه.

(٦) هل تعيين نوع الزرع شرط فى صحه عقد المزارعه، ذهب المشهور إلى العدم، و ذهب العلامه فى التذكره إلى وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات، فيلزم بتركه الضرر، و ردّ بأن المالك قد دخل على أضّر الأنواع إذا أطلق، و بإطلاقه يصح للعامل أن يزرع أى نوع و لو كان أضّرّها، و عليه فالإطلاق هنا كما لو عمم المالك لأن بالتعميم دخل كل فرد من أفراد الماهيه باللفظ، و الإطلاق قد دل على الماهيه من حيث هى، و كل فرد متضمن لهذه الماهيه فيكون الأمر بها أمرا بكل فرد من أفرادها حينئذ.

و عن المحقق الثانى التفريق بين التعميم و الإطلاق فمع التعميم يجوز زرع الفرد الأشدّ ضررا بخلاف الإطلاق فلا يجوز، لأن الإطلاق تجوز للقدر المشترك بين الأفراد، و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأشدّ ضررا، و ضعفه ظاهر لأن المطلق دال على الماهيه من حيث هى و هى محققه فى كل فرد حتى الفرد الأشدّ ضررا منه، أما لو كان البذر من المالك كما سيأتى فى بعض الصور فالتخير حينئذ للمالك و هذا واضح.

و على الإطلاق من قبل المالك يجوز للعامل أن يزرع ما شاء بشرط كون البذر.

(٧) أى ما شاء المالك.

(٨) أى شرط البذر على المالك.

لدلاله المطلق على الماهية من حيث هي، و كل فرد من أفراد الزرع يصلح أن يوجد المطلق في ضمنه (١)، و أولى منه لو عمم الإذن، لدلالته (٢) على كل فرد فرد.

و ربما فرق بين الإطلاق، و التعميم، بناء على أن الإطلاق إنما يقتضى تجويز القدر المشترك بين الأفراد، و لا يلزم من الرضا بالقدر المشترك الرضا بالأقوى (٣)، بخلاف التعميم. و مما ذكرناه يظهر ضعفه.

في ما لو عين شيئا من الزرع

(و لو عين) شيئا من الزرع (لم يتجاوز ما عين له (٤)، سواء كان المعين شخصا كهذا الحب أم صنفا كالحنطة الفلانية (٥)، أم نوعيا (٦) أم غيره (٧)، لاختلاف الأغراض باختلافه (٨) فيتعين ما تعلق به، (فلو) خالف و (زرع الأضر (٩) (١) أى ضمن كل فرد.

(٢) لدلاله العموم لفظا.

(٣) أى الأشد ضررا.

(٤) لو عين المالك شيئا من الزرع لم يتجاوز العامل ما عين له، بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٥) كالحنطة ذات الحب الكبير مثلا.

(٦) كمطلق الحنطة مثلا.

(٧) كمطلق الحبوب فى قبال عدم زرع غير الحبوب من الخضراوات.

(٨) أى باختلاف الزرع.

(٩) فلا تجوز المخالفة بلا خلاف فيه لعدم وجود مفهوم الموافقة، و لو خالف كان المالك بالخيار إن شاء فسخ و له أجره المثل، و إن شاء أمضى العقد و له الحصه المسماه مع الأرض لما تضررت به الأرض من زرع الأشد ضررا، كما ذهب إليه العلامة و المحقق، أما جواز الفسخ للمالك لعدم وفاء العامل بالشرط، و إن فسخ المالك كان المزروع بتمامه - و هو الأشد ضررا - غير مأذون فيه فيثبت على العامل أجره المثل أعنى أجره الأرض.

و إن أمضى المالك العقد فهو إمضاء لما أذن به سابقا فى المعين، غير أن هناك ضررا زائدا على المعين غير مأذون فيه العامل فيثبت عليه الأرض لهذا الزائد فقط، فالمالك له الحصه فى قبال المأذون، و له الأرض فى قبال الزائد.

و أشكل المحقق و الشهيد الثانيان و غيرهما كصاحب الرياض بأن الحصه المسماه قد وقعت

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(قيل: تخير المالك بين الفسخ فله أجره المثل) عما زرعه، (و بين الإبقاء، فله المسمى مع الأرض).

و وجه التخيير: أن مقدار المنفعة المعقود عليها قد استوفى بزياده فى ضمن زرع الأضر، فيتخير بين الفسخ لذلك (١) ف يأخذ الأجره لما زرع، لوقوعه أجمع بغير إذنه (٢)، لأنه (٣) غير المعقود عليه، و بين أخذ المسمى (٤) فى مقابله مقدار المنفعة المعينه مع أخذ الأرض فى مقابله الزائد الموجب للضرر.

و يشكل (٥) بأن الحصة المسماه إنما وقعت فى مقابله الزرع المعين و لم يحصل، و الذى زرع لم يتناوله العقد، و لا الإذن، فلا وجه لاستحقاق المالك فيه (٦) الحصة، و من ثمّ نسبه إلى القيل تنبيهها على تميزه.

و الأقوى وجوب أجره المثل خاصة.

(و لو كان) المزروع (أقل ضررا) من المعين (جاز) (٧) فى قبال المعين و لم يحصل، و الذى حصل هو زرع الأشد و هو غير مأذون فيه فلا استحقاق للمالك شيئا من الحصة فوجب أجره المثل للأرض فى كل المده عن الزرع الأشد هو الأقوى.

(١) أى لمخالفه المعين إلى الأشد.

(٢) فى صورته الفسخ.

(٣) أى المزروع.

(٤) فى صورته الإبقاء و عدم الفسخ.

(٥) الإشكال على ما لو أبقى المالك العقد.

(٦) فى الذى زرع.

(٧) لو عين المالك نوعا من الزرع فهل يجوز للعامل الانتقال إلى الأقل ضررا، فعن جماعه أنه يجوز التعدى لمفهوم الموافقه، و عن المحقق و الشهيد الثانين عدم الجواز، قال الشارح فى المسالك: (و غرض مالك الأرض ليس منحصرا فيما يتعلق بمصلحه الأرض، بل القصد الذاتى له إنما هو الانتفاع بالزرع، و مصلحه الأرض تابعه لا مقصوده بالذات، فلا شك أن الأغراض مختلفه فى أنواع المزروع، فربما كان غرضه فى الأشد ضررا من حيث نفعه و الحاجه إليه و إن حصل للأرض ضرر، و لا يتعلق غرضه بالأخف و إن انتفعت الأرض، ألا ترى أن الأرض لو انتفعت بترك الزرع رأسا لم يكن ذلك كافيا فى جواز ترك المزارع

فيستحق (١) ما سَمَاه من الحصة، و لا أرش (٢)، و لا خيار (٣)، لعدم الضرر.

و يشكل بأنه (٤) غير معقود عليه أيضا (٥) فكيف يستحق فيه (٦) شيئا، مع أنه (٧) نماء بذر العامل الذي لا دليل على انتقاله عن ملكه.

و الأقوى ثبوت أجره المثل أيضا كالسابق.

في صور المزارعه

(و يجوز أن يكون من أحدهما الأرض حسب، و من الآخر البذر و العمل و العوامل (٨) العمل نظرا إلى مصلحة الأرض، و حينئذ فالأقوى عدم التعدي لما عيّن مطلقا) انتهى.

هذا و إن جاز التعدي و قد تعدى العامل فلا يستحق المالك الفسخ لعدم تخلف الشرط، لأن الاذن بالمعين إذن بالأقل، و لا أرش للمالك لعدم زياده ضرر على الأرض بحسب الغرض، نعم يستحق المالك الحصة.

و إن لم يجز التعدي و قد تعدى العامل فقد حكم العلامة بكون المالك بالخيار بين الفسخ لتخلف الشرط و بين الإبقاء، و مع الفسخ فله أجره المثل عن الأرض في المده، و مع الإبقاء فله الحصة المسماه من دون أرش لأنه لا زياده ضرر على المالك بحسب الفرض.

و أشكل عليه بأن المالك لو أبقى العقد فالحصه للمعّين و لم يحصل، و ما حصل غير مأذون فيه لأنه حسب الفرض لا يجوز التعدي فالأقوى أجره المثل.

(١)أى المالك.

(٢)لعدم زياده ضرر.

(٣)لأن الاذن بالمعّين إذن بالأقل بناء على جواز التعدي.

(٤)أى بأن المزروع.

(٥)وفيه: إن الاذن بالمعّين إذن بالأقل المزروع فيشملة العقد، نعم إشكاله جار بناء على عدم جواز التعدي مع الحكم بثبوت الحصة للمالك عند الإبقاء كما هو مختار العلامة.

(٦)في المزروع.

(٧)أى أن المزروع.

(٨)الزرع بحاجه إلى أربعه أمور: الأرض و البذر و العمل و آلات العمل و هى العوامل، و الأصل فى المزارعه أن يقدم المالك

الأرض، و العامل البقيه مع الالتفات إلى أنه لا يمكن تقديم الأربعة من أحدهما و الآخر لا يقدم شيئاً، لأن الثاني لا يسمى مزارعا
و لا يتحقق موضوع العقد و المعامله حينئذ، ثم إما أن يقدم أحدهما شيئاً من الأربعة و الآخر

ص: ٣٥٠

و هذا هو الأصل فى المزارعه، و يجوز جعل اثنين (١) من أحدهما، و الباقي من الآخر، و كذا (٢) واحد و بعض الآخر، و يتشعب من الأركان الأربعة صور كثيره لا حصر لها (٣) بحسب شرط بعضها (٤) من أحدهما، و الباقي من الآخر.

(و كل واحده من الصور الممكنه جائزه) متى كان من أحدهما بعضها و لو جزء من الأربعة، و من الآخر الباقي، مع ضبط ما على كل واحد (٥)، (و لو اختلفا فى المده حلف (٦) منكر الزياده)، لأصالة عدمها، فإن بقى الزرع بعد ما ثبت منها (٧) فكما سبق (٨)، (و لو اختلفا فى الحصه) حلف (صاحب البذر) (٩)، لأن النماء تابع له (١٠)، فيقدم قول مالكة (١١) فى حصه الآخر، لأصالة عدم خروج ما الباقي، و إما أن يقدم شيئين من الأربعة و الباقي من الآخر، و لا ثالث، و الصور الناتجه يمكن حصرها، و كذا يمكن تقديم بعض الشئ من أحد الأمور الأربعة كنصف البذر و نصف العمل و نصف آلات العمل و الباقي من الآخر و على الثانى لا يمكن حصر الصور لعدم حصر الجزء.

و على كل فالصور كلها جائزه بلا خلاف فيه نظرا إلى إطلاق أخبار المزارعه أو عمومها.

(١) من الأربعة التى يحتاجها الزرع.

(٢) عطف على الاثنين و المعنى يجوز جعل واحد من الأربعة و بعض الآخر من أحدهما و الباقي من الآخر.

(٣) إن لوحظ جزء الواحد من الأركان الأربعة.

(٤) كأن يكون جزءا من الأربعة.

(٥) من المتعاقدين.

(٦) فالقول قول منكر الزياده لأصالة عدمها مع يمينه سواء كان العامل أو المالك، و إن كان الأصل أن يدعى العامل زياده المده و المالك ينكرها.

(٧) من المده بحسب قول المنكر.

(٨) من جواز قلعه للمالك مع الأرش أو بالمجان على الخلاف المتقدم.

(٩) لما كان الحاصل تابعا للبذر لأنه نماؤه، فإذا اختلفا فى قدر الحصه فيقدم قول صاحب البذر فى حصه الآخر مع يمينه، لأصالة عدم خروجها عن ملكه، نعم يثبت للآخر ما يعترف به صاحب البذر أنه له، و بالاعتراف يرفع اليد عن الأصل المذكور.

(١٠) للبذر.

(١١) مالك البذر مع يمينه.

زاد (١) عن ملكه، و عدم استحقاق الآخر له (٢)، و اتفاقهما (٣) على عقد تضمّن حصه إنّما نقل (٤) عنه (٥) فى أصل الحصه، لا فى الحصه المعينه فيبقى حكم إنكار الزائد بحاله لم يخرج عن الأصل.

فى اختلاف المالك و المزارع

(و لو أقاما بينه قدمت بينه الآخر (٦) فى المسألتين (٧)، و هو (٨) العامل فى الأولى (٩)، لأن مالك الأرض يدعى تقليل المده فيكون القول قوله، و السينه بينه (١) و الزائد هو الفارق بين قوليهما، فلو كان البذر من العامل و ادعى المالك أن حصّته النصف فادعى العامل أن حصته الربع، كان للمالك الربع مع يمين العامل لأصالة عدم خروج الربع الثانى عن ملكه، لأن الحاصل تابع للبذر، و هو ملك العامل.

(٢) أى للزائد.

(٣) دفع توهم، و حاصل الوهم أنهما متفقان على وقوع عقد متضمن لحصه المالك من النماء باعتبار كون البذر من العامل، و مع هذا الاتفاق فالحصه للمالك تخرج عن ملك العامل قطعاً، و مع الخروج القطعى فلا أصل بيد العامل حتى نقدم قوله مع يمينه.

و دفعه أن ما وقع عليه الاتفاق يفيد خروج أصل الحصه للمالك عن الأصل المتقدم، أما مقدار الحصه فلا يدل نفس العقد عليه، فتكون الزيادة باقيه تحت الأصل الدال على أن النماء تابع للبذر الذى هو ملك للعامل، فيقدم قول العامل مع يمينه فيه.

(٤) أى الاتفاق.

(٥) عن الأصل.

(٦) الأصل فى القضاء أن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و أنه لا تسمع بينه المنكر لأن وظيفته اليمين فقط و لذا لو قدّم كل منهما بينه فلا تسمع إلا بنيه المدعى فقط لأنها وظيفته، و قد تقدم تسميه المدعى بالخارج و المنكر بالداخل، أما أن المنكر داخل لكونه صاحب يد أو صاحب أصل أو صاحب ظاهر و منه تعرف وجه تسميه المدعى بالخارج و عليه ففى المسألتين السابقتين من النزاع فى قدر المده و قدر الحصه لو أتى المدعى بالبينه فلا تقبل يمين المنكر هذا من جهه و لا تقبل بنيه المنكر أيضا لأنه داخل، فلو أقام كل منهما بينه فتقدم بنيه الخارج، و هو العامل فى الصوره الأولى لأن المنكر لزياده المده هو المالك على ما تقدم.

و هو من ليس له البذر فى الصوره الثانیه، لأن المنكر هو صاحب البذر على ما تقدم.

(٧) عند التنازع فى المده و فى الحصه.

(٨) أى الآخر الذى قدمت بنيه.

(٩) أى الصوره الأولى عند التنازع فى قدر المده.

غريمه العامل، و من ليس له بذر فى الثانيه (١) من العامل، و مالك الأرض، لأنه (٢) الخارج (٣) بالنظر إلى البادر حيث قدم قوله (٤) مع عدم البيئه.

(و قيل: يقرع) (٥)، لأنها لكل أمر مشكل.

و يشكل بأنه لا إشكال هنا فإن من كان القول قوله فالبيئه بينه صاحبه فالقول بتقديم بينه المدعى فيهما (٦) أقوى،

فى أن للمزارع أن يزارع غيره

(و للمزارع أن يزارع غيره أو يشارك غيره) (٧)، (١) أى الصوره الثانيه عند التنازع فى قدر الحصه.

(٢) أى من ليس له البذر.

(٣) أى المدعى.

(٤) قول البادر لأنه منكر.

(٥) و لم يعرف قائله، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و فيه: إنه لا- إشكال مع العموم الوارد فى القضاء أن البيئه على من ادعى و اليمين على من أنكر، و التفصيل قاطع للشركه.

(٦) فى المسألتين.

(٧) أى يجوز للعامل أن يزارع ثالثاً أو يشاركه فى بعض حصته و لا يتوقف ذلك على إذن المالك بلا خلاف فيه، لأن المزارعه من العقود اللانزمه الموجهه لنقل منفعه الأرض إلى العامل فى قبال حصه من الحاصل للمالك، و إذا تملك العامل منفعه الأرض كان له نقلها إلى غيره فى المزارعه، و مشاركته غيره عليها لأن الناس مسلطون على أموالهم، و لا يتوقف ذلك على إذن مالكيها إذ لا- حق له فى المنفعه بحسب الفرض لخروجها عن ملكه فى قبال الحصه المخصوصه، و مما يدل على جواز المزارعه المذكوره موثق سماعه (قلت:

الرجل يبذر فى الأرض مائه جريب أو أقل أو أكثر طعاماً أو غيره فيأتيه رجل فيقول له: منى نصف هذا البذر الذى زرعت فى الأرض و نصف نفقتك على و أشركنى فيه، فقال: لا بأس) (١).

و مما تقدم تعرف أن مزارعه الغير من قبل العامل أن يعقد عقد مزارعه بينه و بين ثالث غير المالك ليكون من الثالث بعض ما على العامل فى قبال شىء من حصه العامل.

و تعرف أن مشاركه الغير من قبل العامل أن يبيع العامل بعض حصته من الزرع بعوض معلوم لغير المالك.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المزارعه حديث ١.

لأنه (١) يملك منفعة الأرض بالعقد اللازم فيجوز له نقلها (٢)، و مشاركه غيره عليها (٣)، لأن الناس مسلطون على أموالهم. نعم لا يجوز له (٤) تسليم الأرض (٥) إلا بإذن مالِكها (٦).

و ربما اشترط (٧) كون البذر منه (٨) ليكون تملك الحصة (٩) منوطاً، به (١٠) و به (١١) (١) أى المزارع.

(٢) أى نقل المنفعة و ظاهره جواز مزارعه العامل للغير على تمام ماله من الحصة فى قبال تمام منفعة الأرض و هو أيضا جائز لما تقدم.

(٣) على منفعة الأرض بأن يبيع شيئاً من الحصة المشاعه بعوض معلوم غير أنه يشترط فى المشاركة شرائط البيع من ظهور الزرع و نحو ذلك.

(٤) للمزارع.

(٥) للغير الذى زارعه أو شاركه.

(٦) لأن المالك قد أذن للمزارع الأول أن يضع يده على الأرض ليستوفى منفعتها، و إذن المالك له بالتسلم للعين لا يعنى إذنا له بالتسليم للغير.

(٧) أى اشترط فى صحه مزارعه العامل لغيره أو مشاركته، و لم يعرف القائل.

(٨) من المزارع، لأن البذر إذا كان من المالك فالحاصل له تبعاً للبذر إلا من أذن له، و لم يأذن إلا للعامل بتملك الحصة فلا يجوز للعامل حينئذ أن يشارك أو يزارع غيره على ملك المالك.

بخلاف ما لو كان البذر من العامل فالحاصل له تبعاً للبذر، و إذا كان الحاصل له فهو قد أذن بتملك المالك لحصه منه على أن يكون الباقي للعامل، فيجوز له أن يشارك أو يزارع الغير حينئذ.

و ردّ بأن هذا يجرى فى المزارعه لا المشاركة، لأن العامل - بعد ما ظهر النماء - يملك حصه منه إذا كان البذر من المالك، و مع ملكه لهذه الحصة فلا مانع بأن يتسلط على بيعها أو بيع بعضها كيف شاء بخلاف ما لو لم يظهر الحاصل فهو لا يملك شيئاً، و هو مأذون بالعمل فقط فلا يجوز له أن يأذن لغيره بالعمل فلذا لا تجوز المزارعه.

(٩) تملكها من العامل للغير مزارعه أو شاركه.

(١٠) أى بكون البذر منه.

(١١) أى بكون البذر من العامل يفرّق بين عامل المزارعه و عامل المساقاه، فعامل المزارعه يجوز له المزارعه أو المشاركة لأنه يملك الحاصل بتمامه لأن البذر منه، بخلاف عامل المساقاه فلا يجوز له أن يساقى غيره لأنه لا يملك الأشجار و لا الأصول القائمة.

يفرق بينه وبين عامل المساقاه حيث لم يجر له أن يساقى غيره. و هو (١) يتم في مزارعه غيره، لا- في مشاركته. و يمكن الفرق بينهما (٢) بأن عمل الأصول (٣) في المساقاه مقصود بالذات (٤) كالثمره (٥) فلا يتسلط عليه (٦) من لا يسلطه المالك، بخلاف الأرض في المزارعه، فإن الغرض فيها (٧) ليس إلا الحصة (٨) فللمالكها (٩) أن ينقلها (١٠) إلى من شاء.

(١٤) إلا أن يشترط عليه (١١) المالك الزرع بنفسه) فلا يجوز له (١٣) ادخال غيره مطلقا (١٣)، عملا بمقتضى الشرط (١٤).

بالإضافه إلى أن المقصود من عقد المساقاه هو سقى الشجر من نفس العامل و لذا لا- يجوز له أن يساقى غيره بخلاف عقد المزارعه فالغرض منها هو تمليك حصه للمالك في قبال تمليك العامل منفعه الأرض مع تمام الحاصل إذا كان البذر منه، و إذا تملك العامل تمام الحصة فيجوز له المشاركه، و إذا تملك تمام منفعه الأرض فيجوز له أن يزارع غيره.

(١) أى اشتراط بعضهم لكون البذر من العامل.

(٢) بين عقد المزارعه و عقد المساقاه، حيث يجوز للعامل في الأولى مزارعه غيره أو مشاركته بخلاف ذلك في الثانيه.

(٣) و عمل الأصول هو السقى.

(٤) أى مقصود ذاتى من العقد على أن يكون من نفس العامل.

(٥) فهى مقصود ذاتى من العقد على أن تكون للعامل فى قبال سقيه.

(٦) على عمل الأصول.

(٧) فى المزارعه، مع عدم شرط المالك على أن يكون العمل من نفس العامل.

(٨) للمالك.

(٩) أى مالك منافع الأرض و هو العامل.

(١٠) بالمزارعه أو المشاركه.

(١١) على العامل.

(١٢) للعامل.

(١٣) بالمزارعه أو المشاركه.

(١٤) لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

فى أن الخراج على المالك

(و الخراج على المالك) (١)، لأنه موضوع على الأرض ابتداء، لا على الزرع، (إلا مع الشرط) (٢) فيتبع شرطه فى جميعه (٣)، و بعضه (٤)، مع العلم بقدره، أو شرط قدر معين منه (٥)، و لو شرط الخراج على العامل فزاد السلطان فيه زياده فهى (٦) على صاحب (٧) الأرض، لأن الشرط لم يتناولها.

(و إذا بطلت المزارعه فالحاصل لصاحب البذر و عليه (٨) الأجره) للباقي (٩)، فإن كان البذر من صاحب الأرض فعليه أجره مثل العامل و العوامل (١٠)، و لو كان (١١) من الزارع فعليه (١٢) لصاحب الأرض أجره مثلها، و لما شرط عليه (١٣) من (١) الخراج هو ما يأخذه السلطان عن الأراضى المفتوحه عنوه، و هى التى تملك تبعاً لملك الآثار الموجوده فيها، و هذا الخراج على المالك لا على العامل، لأنه موضوع على الأرض، و لأصله براءه ذمه العامل منه.

(٢) فيكون على العامل عملاً بمقتضى الشرط.

(٣) أى جميع الخراج.

(٤) أى بعض الخراج مع العلم بقدره، كأن يشترط على العامل أن يدفع مائه دينار للخراج.

(٥) من الخراج، كأن يشترط عليه دفع نصف الخراج أو ربعه مثلاً، و كان الخراج معلوماً بتمامه بحسب العاده، و مع العلم بالقدر فلا جهاله.

(٦) أى الزيادة.

(٧) فلو كان الخراج بحسب العاده على هذه الأرض مائه، و قد شرط على العامل، فزاد السلطان خمسين فوق المائة، فالزيادة على صاحب الأرض، لأن الشرط لم يتناول الزيادة، و إنما تناول الخراج بحسب عادته.

(٨) لأن الحاصل نمائوه، فهو مملوك له تبعاً لمملوكيه البذر، و عليه فإن كان البذر من الزارع فالحاصل له و عليه أجره المثل عن الأرض لصاحبها، و إن كان البذر من المالك فالحاصل له، و عليه أجره المثل عن العمل للعامل، و ما قدمه العامل أيضاً إذا شرط عليه شىء من بقيه الأركان الأربعة.

(٩) إذا كان الآخر قد قدم الباقي من الأركان الأربعة.

(١٠) للعامل، لأنه مع فرض كون صاحب الأرض قد قدم البذر فلم يبق من الأركان الأربعة إلا العمل و العوامل من الآخر.

(١١) أى البذر.

(١٢) أى على الزارع.

(١٣) على صاحب الأرض.

ص: ٣٥٦

الآخرين (١)، و لو كان البذر منهما فالحاصل بينهما (٢)، و لكل منهما على الآخر أجره مثل ما يخصه من الأرض، و باقى الأعمال (٣).

(و يجوز لصاحب الأرض الخرص على الزارع) (٤) بأن يقدر ما يخصه من (١) بالثنيه، أى الآخرين من الأركان الأربعة، إذ ربما قد شرط على المالك العوامل، و على ثالث العمل.

(٢) و هو واضح.

(٣) فلو كان البذر مناصفه فصاحب الأرض قد زرع نصف أرضه ببذره و لا معنى لأن يدفع أجره المثل عن هذا النصف لنفسه و لا للعامل، لكن على العامل أن يدفع أجره نصف الأرض، فصاحب الأرض له على العامل أجره الأرض التى تخصه بحسب حصه العامل و كان على الشارح أنه يأتى بالقيد الأخير و هو: (بحسب حصه الآخر).

(٤) الخرص هو التخمين، و الحاصل أن المالك يجوز له أن يشتري حصه العامل بعد تخمينها فى قبال حب من نفس الجنس بل و من نفس حصه العامل، و وقت الخرص بعد بلوغ القله و انعقاد الحب قبل أوان الحصاد، و هذا الشراء بحاجه إلى رضا العامل، و هو مما لا شك فيه.

و لزوم العوض على المالك إنما يكون إذا خرج الحاصل من حصه العامل بالسلامه، فإن تلفت أو بعضها فسيأتى حكمه، و هذا الخرص جائز على المشهور، و هو جائز لكل من المالك و العامل للأخبار.

منها: صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن النبى صَلَّى الله عليه و سلم لما افتتح خيبر تركها فى أيديهم على النصف، فلما أدركت الثمره بعث عبد الله بن رواحه إليهم فخرص عليهم، فجاءوا إلى النبى صَلَّى الله عليه و سلم و قالوا: إنه قد زاد علينا، فأرسل إلى عبد الله بن رواحه فقال: ما يقول هؤلاء؟ قال: خرصت عليهم بشىء، فإن شاءوا يأخذون بما خرصت و إن شاءوا أخذنا) (١)، و مرسل محمد بن عيسى (قلت لأبى الحسن عليه السلام: إن لنا أكره فنزارعهم فيجيئون فيقولون: إنا قد حرزنا هذا الزرع بكذا و كذا، فاعطوناه و نحن نضمن لكم أن نعطيكم حصتكم على هذا الحرز، قال: و قد بلغ؟ قلت: نعم، قال عليه السلام: لا بأس بهذا، قلت: إنه يجىء بعد ذلك فيقول: إن الحرز لم يجىء كما حرزت قد نقص، قال عليه السلام: فإذا زاد يرد عليكم؟ قلت: لا، قال عليه السلام: فلكم أن تأخذوه بتمام الحرز، كما أنه إذا زاد كان له، كذلك إذا نقص كان عليه) (٢).

ص: ٣٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ٣.

٢- ((١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بيع الثمار حديث ٤.

الحصه تخميناً و يقبله به (١) بحب و لو منه (٢) بما خرصه به (مع الرضا) (٣). و هذه معامله خاصه مستثناه من المحاقله (٤) إن كانت بيعاً، أو صلحاً (فيستقر) ما اتفقا عليه (بالسلامه) (٥)، فلو تلف الزرع) أجمع من قبل الله تعالى (فلا شيء) على الزراع، و لو تلف البعض سقط منه بالنسبه، و لو أتلفه متلف ضامن لم تتغير معامله، و طالب المتقبل المتلف بالعوض، و لو زاد فالزائد للمتقبل، و لو نقص بسبب الخرص لم يسقط بسببه شيء. هذا إذا وقعت معامله بالتقيل (٦)، و لو و أشكل عليهم ابن إدريس بأن الخرص إن كان بيعاً فهو مماثله و مزابنه، و هي أن يشتري حمل النخل بتمر و الزرع بحنطه، و قد مضى حرمتها في كتاب البيع، و إن كان صلحاً فهو لازم و إن لم يخرج الحاصل بالسلامه، هذا إذا كان العوض من غير الحاصل، و لو كان من الحاصل فهو باطل لاتحاد العوض و المعوض و ردّ بأن هذا الخرص لو كان بيعاً فهو مستثنى من المماثله للأخبار المتقدمه، و لو كان صلحاً فلا يضره اتحاد العوض و المعوض مع ورود الأخبار به.

هذا مع أن هذه معامله هي المسماه عندهم بالقباله، و قد تقدم ذكر ما في كتاب البيع على أن يكون إيجابها (أقبل حصتك بكذا و كذا) فيقبل الآخر.

(١) أي بالخرص على أن تجرى صيغه القباله من المشتري و هو المالك.

(٢) أي من نفس الزرع المقدر.

(٣) من العامل.

(٤) بيع الزرع يحب منه.

(٥) أي بشرط سلامه الحاصل، و لا دليل على هذا الشرط و قد تقدم الكلام فيه في مسأله القباله في بيع الثمار، قال في المسالك: (و المشهور أن لزوم العوض فيه مشروط بالسلامه، فإن تلفت الغله أجمع بآفه من قبل الله تعالى فلا شيء على الزارع، و لو تلف البعض سقط بالنسبه، و لو أتلفها متلف ضامن فهي بحالها، و يطالب المتقبل المتلف بالعوض، و الحكم بذلك هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده غير واضح، و حكمه لا يخلو من إشكال إن لم يكن انعقد عليه الإجماع، و أنى لهم به، و إنما هو شيء ذكره الشيخ في بعض كتبه، و تبعه عليه الباكون معترفين بعدم النص ظاهراً على هذه اللوازم، و لو كان النقصان بسبب الخطأ لم يسقط من المال شيء عملاً بالأصل، و هو مروى عن الكاظم عليه السلام مرسلًا) انتهى.

(٦) و تكون عقداً مستقلاً في قبال البيع و الصلح.

وقعت بلفظ البيع اشترط فيه شرائطه (١)، مع احتمال كونه كذلك (٢)، و لو وقع بلفظ الصلح فالظاهر أنه (٣) كالبيع (٤) وقوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و قد تقدم الكلام على هذه القبالة فى البيع (٥).

(١) من تغاير العوض و المعوض، مع معلوميه كل منهما، و هذا يلزم منه أن يكون العوض من غير الحاصل.

(٢) أى مع احتمال كون البيع كالقبالة، فلا يشترط فيه شرائط البيع، لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٣) أى الصلح.

(٤) فيشترط فيه شرائطه.

(٥) فى المسأله الثالثه من بيع الثمار، و قد قال الشارح هناك: (و الحق أن أصلها ثابت، و لزومها مقتضى العقد، و باقى فروعها لا دليل عليه) انتهى.

ص: ٣٥٩

كتاب المساقه

اشاره

ص: ٣٦١

فى معنى المساقاه

(و هى لغه) مفاعله من السقى (٢)، و اشتق منه (٢)، دون باقى أعمالها (٤)، (١) لا خلاف فى مشروعيتها، لأنها معامله عقلائيّه لم يردع عنها الشارع المقدس، و لجملة من الأخبار.

منها: خبر يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل يعطى الرجل أرضه، و فيها رمان أو نخل أو فاكهه، و يقول: اسق هذا من الماء و أعمره و لك نصف ما أخرج، قال عليه السلام: لا بأس) (١)، و مثله غيره.

و أنكسر مشروعيتها أبو حنيفة و زفر من علماء العامه للجهاله و الضرر، و هو قول ضعيف فى قبال النصوص المتقدمه.

(٢) و المفاعله تقتضى وقوع السقى من العامل و صاحب الأرض، غير أن وقوع السقى من العامل حقيقه و من صاحب الأرض باعتبار طلبه السقى عند إيقاع المعامله، فلا إشكال كما فى المزارعه و المضاربه.

هذا و على العامل السقى و تهذيب الأشجار و تلقيحها و كل ما يصلحها فتسميه كل هذه الأعمال بالمساقاه ناشئه من أن السقى أظهر هذه الأعمال و أنفعها و أكثرها مؤونه و أشدها مشقه، فلذا أخص اشتقاق المعامله من السقى فقط دون البقيه.

(٣) أى و اشتق اسم المساقاه من السقى.

(٤) أى أعمال المساقاه.

ص: ٣٦٣

لأنه أنفعها، و أظهرها في أصل الشرعيه (١)، و هو (٢) نخل الحجاز الذي يسقى من الآبار مع كثره مئونه.

و شرعا (٣) (معامله على الأصول بحصه من ثمرها) (٤). فخرجت بالأصول المزارعه، و بالحصه الإجاره المتعلقه بها (٥) فإنها لا تقع بالحصه (٦)، و المراد بالثمره معناها المتعارف (٧) لتردده في المعامله على ما يقصد ورقه و وردده، و لو لوحظ (١) قال الشارح في المسالك: (المساقاه مفاعله من السقى، و خص الاشتقاق منه - أى السقى - دون باقى الأعمال التى تتوقف عليه المعامله، لأنه أظهرها و أنفعها في أصل الشرعيه، لوقوعه بالحجاز التى يسقى فيها النخل من الآبار، و لأنه أكثر مئونه و أشد مشقه من غيره من الأعمال، و عرفا ما ذكره المصنف) انتهى، و ما ذكره المحقق (فهى معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرتها).

و عليه فالمراد بأصل الشرعيه أن لفظ المساقاه قد وضع في زمن الشارع لهذا المعنى، و هو المفاعله من عمل العامل من سقى و تهذيب و إصلاح و من عمل المالك لأمره بذلك، و قد خصّ الاشتقاق من السقى لأن الوضع قد تم في الحجاز، و أهل الحجاز أكثر حاجه إلى سقى نخلهم من الآبار دون بقيه الأعمال، و قد نقل لفظ المساقاه بحسب الحقيقه المتشرعيه إلى أنها معامله على أصول ثابتة بحصه من ثمرتها، و هذا النقل إلى المتشرعيه هو المعبر عنه بالعرف في المسالك، و بالشرع في الروضه هنا.

(٢) أى الوضع في أصل الشرعيه.

(٣) أى بحسب الحقيقه المتشرعيه، و قد عبّر عنه في المسالك بالوضع العرفى.

(٤) فالمعامله جنس يتناول كل معاوضه، و بقاء (على الأصول) تخرج المزارعه لأنها العامله على الأرض، و بقاء (بحصه من ثمرتها) تخرج إجاره الأرض المشجره و إن صحت، و لكن لا تصح بحصه من ثمره الشجر نفسه، بل لا بد من كون العوض معيناً مضموناً في الذمه.

هذا و عرفها الكثير (بأنها معامله على الأصول الثابتة بحصه من ثمرها)، و بقاء (الثابتة) تخرج الخضراوات و المغارسه، و هى أن يقدم المالك الأرض للعامل على أن يغرسها ليكون الشجر بينهما بحسب الشرط القائم بينهما.

(٥) أى بالأصول الثابتة.

(٦) أى بالحصه من ثمر نفس الشجر بل بأجره معينه معلومه مضمونه.

(٧) و هو ما يؤكل، و لا يراد بالثمره كل نماء للشجر مقصود عند الغارس و إن لم يؤكل، كورق الحناء الذى يقصد عند غرس شجره مع أنه غير مأكول، فلا يراد بذلك لأن المصنف قد تردد في صحه المساقاه على ما يقصد ورقه و وردده.

إدخاله (١) أريد بالثمره نماء الشجر، ليدخل فيه (٢) الورق المقصود و الورد، و لم يقيد الأصول بكونها ثابتة كما فعل غيره لأن ذلك (٣) شرط لها (٤)، و ذكره (٥) فى التعريف غير لازم (٦)، أو معيب (٧)، و من قيد به (٨) جعله وصفا للشجر مخصصا لموضع البحث، لا شرطا.

فى لزومها و ألفاظها

(و هى لازمه (٩) من الطرفين) لا تنفسخ اختيارا، إلا بالتقابل (١٠).

(و إيجابها (١١) ساقيتك، أو عاملتك، أو سلمت إليك، أو ما أشبهه) من الألفاظ الداله على إنشاء هذا العقد صريحا، كقيلتك عمل كذا، أو عقدت معك عقد المساقاه و نحوه من الألفاظ الواقعه بلفظ الماضى، و زاد فى التذكرة تعهد نخلى، أو اعمل فيه (١٢). و إخراج هذا العقد عن نظائره من العقود اللازمه بوقوعه (١) أى إدخال ما يقصد ورقه و ورده فى المساقاه كان المراد من الثمره كل نماء للشجر مقصود عند الغارس و إن لم يؤكل.

(٢) فى نماء الشجر.

(٣) أى الثبات للأصول.

(٤) للمساقاه، و ليس من وظيفه التعريف ذكر الشروط.

(٥) أى الثبات.

(٦) إن ذكر الثبات بعنوان كونه شرطا.

(٧) إن ذكره بعنوان كونه جزءا.

(٨) أى و من قيد التعريف بالثبات فلم يذكره بعنوان الجزئيه ليكون معيبا، و لا بعنوان الشرطيه ليكون غير لازم، و إنما جعله وصفا للشجر ليخصص موضع البحث فى المساقاه.

(٩) بلا خلاف فيه لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

(١٠) و هو فسخ للعقد بالتراضى، لعموم أدله الإقاله و قد تقدمت فى آخر كتاب البيع.

(١١) لما كانت المساقاه من العقود اللازمه كان لا بدّ فى إيجابها و قبولها من اللفظ الماضى الصريح الدال على الإنشاء على المشهور، و قد تقدم أنه لا دليل عليه بل يكفى كل دال يدل على الإنشاء سواء كان لفظا أو فعلا أو كتابه.

(١٢) و هما ليسا من صيغ الماضى، و على مبناهم أنه لا يصح الإنشاء بغير الماضى.

بصيغه الأمر من غير نص مخصّص مشكل.

و قد نوقش في أمر المزارعه (١) مع النص عليه (٢)، فكيف هذا (٣).

(و القبول الرضا به) (٤) و ظاهره الاكتفاء بالقبول الفعلى، كما مر في المزارعه إذ الرضا يحصل بدون القول.

و الأجود الاقتصار على اللفظ الدال عليه (٥)، لأن الرضا أمر باطنى لا يعلم إلا بالقول الكاشف عنه. و هو السر في اعتبار الألفاظ الصريحه الداله على الرضا بالعقود، مع أن المعتبر هو الرضا، لكنه أمر باطنى لا يعلم إلا (٦) به، و يمكن أن يريد (٧) هنا ذلك (٨).

في زمانها و مدتها

(و تصح) المساقاه (إذا بقى للعامل عمل تزيد به الثمره) (٩)، سواء (ظهرت) (١) من جواز صحه إنشائها بلفظ الأمر.

(٢) و قد تقدم، و تقدم أن النص دال على الإنشاء بصيغه المضارع على فرض صحه السند فراجع.

(٣) أى عقد المساقاه مع عدم النص فيه.

(٤) أى الرضا بالإيجاب على أن يكون القبول بلفظ الماضى، لأنه من العقود اللازمه، و ظاهر كلام المصنف الاكتفاء بمطلق الرضا به و إن لم يكن الكاشف عنه لفظاً، و هو مشكل على مبناهم لعدم الدليل على خروج عقد المساقاه عن أحكام العقود اللازمه.

(٥) على الرضا.

(٦) أى بالقول، و فيه: إنه يكفى ما عليه العرف من الاكتفاء بكل دال عليه و لو كان غير لفظى.

(٧) أى المصنف.

(٨) أى يريد بالرضا نفس اللفظ الدال عليه.

(٩) لا إشكال و لا خلاف في صحه المساقاه قبل ظهور الثمره، لتحقق موضوع المساقاه حيث يوجد عمل للعامل في إيجاد الثمره.

كما أنه إذا ظهرت الثمره و اكتمل نضوجها بحيث لم تحتج إلى عمل تستريد به كما أو كيفاً فلا تصح المساقاه بلا خلاف فيه لعدم موضوع المساقاه حينئذ، و إن احتاجت بعد نضوجها إلى عمل كالنقل و الحفظ من السارق.

و قد وقع الخلاف في صحه المساقاه بعد ظهور الثمره و قبل نضوجها بحيث يبقى للعامل

قبل العقد (١) (أولا) (٢).

و المراد بما فيه مستزاد الثمره نحو الحرث (٣) و السقى، و رفع أغصان الكرم على الخشب (٤)، و تأبير ثمره النخل. و احترز به (٥) عن نحو الجذاذ (٦)، و الحفظ (٧)، و النقل، و قطع الحطب (٨) الذى يعمل به الدبس، من الأعمال التى لا يستزاد بها الثمره، فإن المساقاه لا تصح بها (٩) إجماعا (١٠). نعم تصح الإجاره حينئذ (١١) على بقيه الأعمال بجزء من الثمره، و الجعالة، و الصلح (١٢) (و لا بدّ) فى صحه المساقاه (من كون الشجر) الساقى عليه (نابتا) بالنون، أو بالثاء (١٣) المثلثه، و يخرج على الأول (١٤) عمل تستزاد به، كالسقى و الحرث و تأبير شجر النخل، فعلى المشهور على ما فى الحدائق الصحه، بدليلين:

الأول: أن الغرض من المساقاه تحصيل الثمره، و فى المقام بقاء شىء من عمل العامل تستزاد به فتصح المساقاه تحصيلها لهذه الفائده.

الثانى: إن العقد هنا أبعد عن الغرر للوثوق بالثمره فيكون العقد أولى عما لو كانت الثمره معدومه كما فى الفرض الأول.

(١) هذا هو الغرض الثالث.

(٢) أى لم تظهر قبل العقد و هو الفرض الأول.

(٣) تحت الشجر.

(٤) عن الأرض لتكتمل الثمره و تنضج.

(٥) بمستزاد الثمره.

(٦) و هو القطع.

(٧) حفظها عن السارق.

(٨) أى إن قطع الحطب و النقل اللذان هما مقدمه لعمل دبس العنب و الخرنوب لا تستزاد به الثمره.

(٩) بهذه الأعمال التى لا تستزاد بها الثمره.

(١٠) و هذا هو الفرض الثانى.

(١١) أى حين كون الأعمال مما لا تزيد الثمره، و تصح الإجاره لأن العوض هنا معلوم، و هو جزء معلوم من الثمره الحاصله.

(١٢) لعموم أدلتهم.

(١٣) أى ثابتا.

(١٤) وهو النايت.

ص: ٣٦٧

المساقاه على الودى (١) غير المغروس، أو المغروس الذى لم يعلق بالأرض (٢)، و المغارسه (٣)، و بالثانى (٤) ذلك (٥)، و ما لا يبقى غالبا (٦) كالخضراوات. و يمكن خروجها (٧) بالشجر فيتحده المعنيان (٨)، ينتفع بثمرته مع بقاء عينه (٩) بقاء يزيد عن سنه غالبا. و احترز به (١٠) عن نحو البطيخ (١١) و الباذنجان و القطن (١٢) و قصب السكر (١٣)، فإنها ليست كذلك، و إن (١٤) تعددت اللقطات مع بقاء عينه ذلك الوقت (١٥)، و بقى القطن أزيد من سنه، لأنه خلاف الغالب.

(١) الودى بكسر الدال المهمله بعد الواو المفتوحه و الياء المشدده أخيرا، بوزن الفنى، و هو فسيل النخل قبل أن يغرس، فهو ليس بنابت.

(٢) أى لم يستقل بعد بحيث لم تمض مده معتده على زرعه حتى تثبت أصوله و جذوره فلا يسمى نابتا.

(٣) و هى أن يدفع أحدهما أرضا للآخر ليغرسها الثانى على أن يكون الغرس بينهما، فالمغارسه خارجه لأنها معاملة لإنبات الأصول و ليست معاملة على الأصول النابتة.

(٤) أى بقيد الثابت.

(٥) من الودى و المغروس غير المستقل و المغارسه.

(٦) لأنه لا ساق له كالبطيخ و الباذنجان أوله ساق و لا يبقى غالبا كقصب السكر.

(٧) أى خروج الخضراوات التى لا ساق لها، و كذا ما لا ثبات لساقها، فهى خارجه بالشجر بلا فرق بين وصف الشجر بالنابت أو الثابت، هذا و القدر المتيقن من نصوص المساقاه هو المساقاه على الأشجار النابتة أو الثابتة، و فى غيره لا دليل فيقتصر على القدر المتيقن لأن المساقاه على خلاف الأصل للجهاله و الغرر.

(٨) أى أصله و ساقه، و هذا لازم الشرط المتقدم.

(٩) لأن السنه هى المقدار الغالب لنضوج الثمره.

(١٠) أى بالشرط الثانى.

(١١) و هو مما لا ساق له أيضا و كذا الباذنجان.

(١٢) فيخرج لاضمحلال أصله بحسب العاده.

(١٣) لأن الانتفاع بأصله و لا ثمره له بغير الأصل.

(١٤) وصلية.

(١٥) فلو قطف البطيخ و الباذنجان على دفعات ففى الدفعه الأولى و إن بقيت عينه ذلك الوقت، إلا أنه لا يبقى أكثر من سنه مع

أنه لا ساق له.

ص: ٣٦٨

(و فيما له ورق) لا- يقصد من عمله بالذات إلا- ورقه (كالحناء (١) نظر) من أنه (٢) فى معنى الثمره فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به، و من أن (٣) هذه المعامله على خلاف الأصل، لاشتمالها على جهاله العوض فيقتصر بها على موضع الوفاق، و مثله ما يقصد ورده، و أما التوت فمنه ما يقصد ورقه (٤) و حكمه كالحناء، و منه ما يقصد ثمره (٥)، و لا- شبهه فى إلحاقه بغيره من شجر الثمر، و القول بالجواز فى الجميع (٦) متجه.

(و يشترط تعيين المده) (٧) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا حد لها فى (١) و كذا ما يقصد زهره من غرسه كالورد.

(٢) دليل لصحه المساقاه عليه، ذهب العلامة و تبعه الشارح إلى الجواز، لأن الورق المقصود كالثمره من الشجره بحسب المعنى، فيكون مقصود المساقاه حاصلًا به، و على المشهور المنع لأن المساقاه على خلاف الأصل للجهاله و الغرر فيقتصر فيها على محل الوفاق، و هو ثمر الشجر ليس إلا.

(٣) دليل لعدم الصحه.

(٤) و هو شجر التوت الذكر.

(٥) و هو شجر التوت الأنثى، و هو ملحق ببقية الأشجار التى تقصد ثمرتها، بل هو منها.

(٦) ما قصد ورقه و ما قصد ورده و شجر التوت بقسميه.

(٧) اشتراط المده فى المساقاه بلا خلاف فيه، فلو ترك ذكر المده لبطل العقد، و يشترط فى المده شرطان.

الأول: تعيين المده بما لا تحتمل الزيادة و لا النقصان، و ما يحتمل الزيادة و النقصان كقدوم الحاج و إدراك الغله و إن كانت الغله هى المعامل عليها، هذا على المشهور و قوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين، و ذهب ابن الجنيد إلى جواز تقدير المده بإدراك الغله المساقى عليها نظرا إلى ثبوت الإدراك عاده، فهو كالمعلوم فيجوز بناء العقد عليه، و قال عنه فى المسالك (و الأجود الأول و إن كان كلامه لا يخلو من وجه).

الثانى: أن تكون المده مما تحصل فيها الثمره غالبا، و إن قلت هذه المده، إذا ساقاه فى آخر العمل بحيث يبقى منه وقت يسير، فيه مستزاد للثمره كالشهر، و هذا الشرط الثانى واضح إذ لو شرطت مده لا تحصل فيها الثمره غالبا لانتفى موضوع المساقاه و لما حصلت للعامل حصته من الثمره لعدم وجود ثمره فى البين. و مما تقدم تعرف لأبديه ضبط المده من دون حد لها من جانب الزيادة كما لا حد لها من جانب القله، نعم هى مشروطه

جانب الزيادة، و في جانب النقصان أن يغلب فيها حصول الثمره،(و يلزم العامل مع الإطلاق) أى إطلاق المساقاه بأن قال: ساقيتك على البستان الفلاني سنه بنصف حاصله فقبل (كل عمل (١) يتكرر كل سنه) مما فيه صلاح الثمره، أو زيادتها كالحرث (٢)، و الحفر حيث يحتاج إليه، و ما يتوقف عليه (٣) من الآلات، و العوامل، و تهذيب الجريد (٤) بقطع ما يحتاج إلى قطعه منه، و مثله أغصان الشجر المضمر بقاؤها بكون الثمره تحصل فيها غالباً، و خالف الشافعي من العامه و شرط في جانب الزيادة أن لا تزيد عن الثلاثين سنه، و هو تحكم - كما في المسالك - إذ لا دليل عليه.

(١) بما أن الأعمال التي تحتاجها الأرض كثيره و بعضها على المالك، و بعضها على العامل حاول الفقهاء تحديد ما على كل منهما، فكل عمل له الدخل في إيجاد الثمره و فعليتها و جودتها فهو على العامل، و كل عمل لا تستزاد به الثمره فهو على المالك، و عبر عن الأول بالعمل المتكرر كل سنه لأن الأعمال التي فيها صلاح الثمره متكرره كل سنه لتكرر الثمره.

و عليه فالمتكرر كل سنه هو السقى و حرث الأرض و حفرها المحتاج إليه السقى، و ما يتوقف عليه السقى من الآلات و العوامل، من البقر و خشبه الحرث و السكه، و ما يتوقف عليه السقى من الحفر و إصلاح الحفر التي يقف فيها الماء عند وصوله إلى أصول الشجر، و إزاله الحشيش المضمر بالأصول من ناحيه بقاء الثمره و نموها، و إزاله الجريد و هو قطع الجزء اليابس من الشجر الذي يضر بقاؤه بالثمره، و مقدمات السقى كالدلو و الرش و إصلاح طريق الماء و فتح رأس الساقيه و سدها عند الفراغ على ما تقتضيه الحاجه، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها من الشمس المضمره بها، و رفعها عن الأرض حيث يضر بها ذلك، و اللقاط و هو التقاط الثمره بحسب نوعها و وقتها، فما يؤخذ للزبيب يجب قطعه عند حلاوته في الوقت الصالح له، و ما يعمل دبسا فكذلك، و ما يؤخذ للأكل فعند انتهاء نضوجه و هكذا، و إصلاح موضع التشميس إذا افتقرت الثمره إلى تشميسها على الأرض فيجب إصلاح موضع تشميسها و نقلها إليه و تقليبها فيه، و هكذا من بقيه الأعمال إلى حين القسمه.

و أما ما على المالك فهو العمل الذي لا يتكرر كل سنه في الأرض كإصلاح الجدار و بنائه و وضع الشوك في حدود الأرض و هكذا.

(٢) الحرث و إن كان فيه إصلاح للأرض إلا أن فيه إصلاحاً للثمره.

(٣) أى كل من الحرث و الحفر.

(٤) و التهذيب هو قطع ما يحتاج إلى قطعه من الجريد، و هي أغصان النخل، كالجزم اليابس.

بالثمره، أو الأصل (١)، (و منه زياده الكرم) (٢)، و السقى، و مقدماته (٣) المتكرره كالدلو، و الرشا (٤) و إصلاح طريق الماء، و استقائه (٥)، و إداره الدولاب، و فتح رأس الساقيه، و سدها عند الفراغ، و تعديل الثمره بإزاله ما يضرها من الأغصان (٦) و الورق ليصل إليها الهواء، و ما يحتاج إليه من الشمس، و ليتيسر قطعها عند الإدراك، و وضع الحشيش و نحوه فوق العناقيد صونا لها عن الشمس المضره بها، و رفعها عن الأرض حيث تضرها، و لقاطها بمجرى العاده بحسب نوعها، فما يؤخذ للزبيب يقطع فى الوقت الصالح له و ما يعمل دبسا فكذلك، و هكذا، و إصلاح موضع التشميس، و نقل الثمره إليه، و تقلبيها، و وضعها على الوجه المعتبر، و غير ذلك من الأعمال (٧).

فى ما لو شرط بعض العمل على المالك

(و لو شرط بعضه (٨) على المالك صح) بعد أن يكون مضبوطا (لا جميعه)، لأن الحصره لا يستحقها العامل إلا بالعمل فلا بد أن يبقى عليه منه شىء فيه (١) لأنه إذا أضرّ بالأصل فيضر بالثمره أيضا.

(٢) أى و من العمل الذى يتكرر كل سنه زياده الكرم، و هو المسمى بتعريش الكرم، و هو قطع أغصانه المضره بالثمره.

(٣) أى مقدمات السقى.

(٤) و هو الحبل.

(٥) أى استقاء الماء، و فى أكثر النسخ (الاستقاء) و هو تنقيه الماء من الحمأ و نحوها، و الحمأ هو الطين كما فى المصباح.

(٦) إزالة الأغصان هنا بعد ظهور الثمره، و ما تقدم من تهذيب الجريد و قطع أغصان الأشجار إنما هو قبل الظهور فلا تكرر فى العبارة فافهم.

(٧) قال فى الجواهر: (و أما ما ذكره من الضابطين فلا- أثر له فى شىء من الأدله، فالمتجه حينئذ الرجوع فى مثل ذلك إلى المتعارف فى إطلاق عقد المساقاه مما يجب على العامل و المالك) انتهى.

(٨) أى بعض العمل الذى يتكرر كل سنه، فلو شرط على المالك صح الشرط، إن بقى للعامل شىء من العمل مما له زياده فى نمو الثمره و كمالها، و إلا- فلو كان الباقي المترتب على العامل لا- دخل له فى نمو الثمره أو شرط جميع العمل على المالك لبطلت المساقاه، لأن العامل لا يستحق شيئا من الحصره إلا بالعمل فيها فإذا رفعه عن نفسه بالشرط فلا شىء له حينئذ.

مستزاد الثمره و إن قل،(و تعيين الحصه بالجزء المشاع) (١) كالنصف، و الثلث،(لا المعين) (٢) كمائه رطل، و الباقي للآخر، أو بينهما (٣).

(و يجوز اختلاف الحصه فى الأنواع) (٤) كالنصف من العنب، و الثلث من الرطب، أو النوع الفلانى (إذا علماها) (٥) أى الأنواع، حذرا من وقوع أقل الجزئين لأكثر الجنسين مع الجهل بهما فيحصل الغرر.

(و يكره أن يشترط رب المال على العامل) مع الحصه (ذهبا، أو فضه) (٦)، (١) لا خلاف أنه لا بدّ من كون حصه العامل مشاعه، سواء تساوت الحصتان أم لا، لأن المساقاه على خلاف الأصل فيقتصر فيها على مورد اليقين، و هو الحصه الشاعه كالمزارعه.

(٢) كمائه رطل لأحدهما و الباقي من الحاصل للآخر، لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء.

(٣) أى كون الباقي بينهما، و كذلك تبطل لعدم تحقق الإشاعه فى مجموع النماء أيضا.

(٤) بحيث كان البستان مزروعا بالنخل و العنب، و وقع العقد على نصف الحاصل من النخل و ربع الحاصل من العنب، فيصح بلا خلاف فيه، لتحقيق الإشاعه فى مجموع النماء.

و لكن بشرط أن يعلم كل من المالك و العامل بمقدار كل نوع، كأن يعلم مقدار موضع النخل كعشرين ذراعا مثلا، و مقدار موضع العنب كثلاثين ذراعا، و هذا الاشتراط حتى لا يكون أقل الجزئين - و هو الربع بالنسبه إلى النصف - قد وقع لأكثر الجنسين من النخل و العنب مع جهل العامل، فإنه إذا كان جاهلا لزم الغرر، و لو كان عالما فيصح مع علمه لإقدامه على ما هو المعلوم لديه.

(٥) أى على مواطن و محالّ الجنسين كأن يعلم موطن النخل و مقدار الأرض المزروعه فيه، و كذا العنب.

(٦) صح الشرط بلا خلاف و لا إشكال، لعدم منافاه الشرط لمقتضى العقد و بعد تحقيق الإشاعه فى مجموع النماء، و مضى مثله فى المزارعه، فيلزم الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و خالف فيه بعض العامه فمنع من الشرط و أبطل العقد، هذا و إنما الكلام فى موردين:

الأول: هذا الشرط و إن كان صحيحا إلا- أنه مكروه للمالك بلا- خلاف فيه، و لا دليل على الكراهه كما اعترف بذلك غير واحد، و لعل مثل عدم الخلاف فيه كاف فى ثبوت

ص: ٣٧٢

و لا يكره غيرهما، للأصل.(فلو شرط) أحدهما (١)(وجب) ما شرطه (بشرط سلامه الثمره) فلو تلفت أجمع، أو لم تخرج لم يلزم (٢)، لأنه (٣) حينئذ (٤) أكل مال بالباطل، فإن العامل لم يحصل له عوض ما عمل، فكيف يخسر مع عمله الفأث شيئا آخر، و لو تلف البعض فالأقوى عدم سقوط شيء عملا بالشرط (٥)، كما لا يسقط من العمل شيء بتلف بعض الثمره (٦).

في ما لو فسد العقد

(و كلما فسد العقد فالثمره للمالك)، لأنها تابعه لأصلها (٧)،(و عليه أجره) الكراهه كما في الجواهر، و فيه: إن قاعده التسامح جاريه في السنن و المستحبات لا في المكروهات.

هذا و الكراهه مخصوصه بما إذا اشترط ذهباً أو فضه، أما لو شرط غيرهما بالإضافة إلى الحصه فلا كراهه لعدم الدليل.

المورد الثاني: يجب الوفاء بالشرط على العامل بشرط سلامه الثمره، و قد مضى مثله في المزارعه، على ما هو المشهور بين الأصحاب، و عليه فإن تلفت الثمره بآفه سماويه أو لم تخرج الثمره فيسقط الشرط عن العامل، لأنه لو لا السقوط لكان أكل المالك للمشروط أكلاً للمال بالباطل، لأن الشرط أصبح جزءاً من العوض بحيث تكون الحصه مع الشرط للمالك في قبال حصه العامل، و يمتنع أن يستحق أحد الشريكين عوضه أو بعضه دون أن يستحق الشريك الآخر شيئاً من عوضه، مع أن المفروض أن العامل لا شيء له من الحصه لتلف المجموع أو عدم خروج الثمره.

و لو تلف البعض فيحتمل أن يسقط من الشرط بنسبه التالف لأن الشرط أصبح شريكاً ثالثاً في البين على ما تقدم بيانه في المزارعه، و يحتمل عدم السقوط عملاً بمقتضى الشرط.

هذا و اعلم أنه كما يصح الشرط من رب المال على العامل كذلك يصح العكس، و لا كراهه في العكس لعدم الدليل عليها مع عدم دعوى الإجماع.

(١) من الذهب و الفضه.

(٢) أي الشرط.

(٣) أي لزوم الشرط.

(٤) حين تلف المجموع أو عدم الخروج.

(٥) مع أنه في المزارعه قد جعل عدم السقوط احتمالاً.

(٦) أي كما على العامل جميع العمل و لو تلف بعض الثمره، فكذلك عليه جميع ما التزمه بالشرط و لو تلف بعض الثمره.

(٧) لأنها نماء الأصل فهي ملك للمالك الأصل و لم يحصل ما يوجب نقلها عنه لفساد العقد،

(مثل العامل)، لأنه لم يتبرع بعمله، و لم يحصل له العوض المشروط فيرجع إلى الأجره.

هذا إذا لم يكن (١) عالما بالفساد (٢)، و لم يكن الفساد بشرط عدم الحصة للعامل (٣)، و إلا فلا شيء له، لدخوله (٤) على ذلك.

في ما لو شرط عقد مساقاه في عقد مساقاه

(و لو شرط عقد مساقاه في عقد مساقاه (٥) فالأقرب الصحة)، لوجود المقتضى (٦)، و انتفاء المانع، أما الأول فهو اشتراط عقد سائغ في عقد سائغ لازم فيدخل (٧) في عموم «المؤمنون عند شروطهم» و أما الثاني (٨) فلائن المانع لا يتخيل و على المالك أجره المثل للعامل، لأنه غير متبرع بعمله و لم يحصل له العوض المشروط من الحصة فيرجع إلى الأجره بلا خلاف في ذلك.

(١) أى العامل.

(٢) و إلا فلو كان عالما بالفساد و قد أقدم فهو متبرع بالعمل فلا يستحق شيئا.

(٣) بحيث يقع العقد مع شرط جميع الثمره للمالك، و مع الشرط المذكور فيكون العامل قد أقدم على التبرع بعمله فلا شيء له و إن كان جاهلا بفساد العقد.

(٤) أى العامل، و المعنى لإقدامه على كون الجميع للمالك فهو متبرع بالعمل.

(٥) بأن قال المالك: ساقيتك على هذا البستان بكذا على أن أساقيك على البستان الآخر بكذا، فعن الشيخ فى المبسوط المنع محتجا بأنه كالبيعين فى بيع و هو منهى عنه، و بأنه لا لزوم لهذا الشرط، و المراد بالشرط هو المساقاه الثانيه، لأنه بمنزله الوعد و لا يجب الوفاء به.

و فيه: أن التنظير ليس فى محله، لأن المقام نظير ما لو باع شيئا بكذا بشرط أن يبيعه شيئا آخر بكذا، و هذا ليس منهيا عنه فى البيع، و إنما المنهى عنه فى البيع هو بيع المتاع حالا بكذا و مؤجلا بكذا، و البيع على تقدير بئمن، و على تقدير آخر بئمن لا ربط له فى المقام كما هو واضح، و بأن هذا الشرط - أعنى المساقاه الثانيه - و إن كان وعدا إلا أنه شرط فيجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٦) أى المقتضى للصحه.

(٧) أى اشتراط عقد سائغ.

(٨) أى انتفاء المانع.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

إلا كونه (١) لم يرض أن يعطيه (٢) من هذه الحصة (٣) إلا بأن يرضى منه (٤) من الآخر بالحصة الأخرى. و مثل هذا (٥) لا يصلح للمنع كغيره من الشروط السائغة الواقعة في العقود، و القول بالمنع للشيخ رحمه الله استنادا إلى وجه ضعيف، يظهر ضعفه مما ذكر في وجه الصحة.

(و لو تنازعا في خيانه العامل حلف العامل) (٦)، لأنه أمين فيقبل قوله بيمينه في عدمها، و لأصالة عدمها (٧).

(و ليس للعامل أن يساقى غيره) (٨)، لأن في المساقاه تسليطا على أصول (٩) الغير و عملها (١٠)، و الناس يختلفون في ذلك اختلافا كثيرا، فليس لمن رضى المالك (١) أى كون المالك.

(٢) أى يعطى المالك العامل.

(٣) من البستان الأول في المساقاه الأولى.

(٤) أى بأن يرضى العامل من المالك من البستان الآخر بالحصة الأخرى في المساقاه الثانية.

(٥) أى المانع المتخيل.

(٦) بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن العامل أمين، حيث هو نائب عن المالك في حفظ مال المالك مع كون يده على المال بإذن المالك و الأمين مصدق، فضلا عن كون المالك يدعى الخيانه و العامل ينكرها و القول قول المنكر مع يمينه لأصالة عدم الخيانه.

(٧) عدم الخيانه.

(٨) على المشهور، لأن المساقاه عقد على الأصول المملوكة للمالك، و العامل لا يملك سوى الحصة من الثمره بعد الظهور، و المالك لم يأذن و لم يسلط إلا العامل فلا يجوز للعامل أن يسلط غيره بعقد ثان على أصول المالك حينئذ، و لأن عقد المساقاه هو سقى الأصول و نحوه مما هو مقصود بالذات، فلا يجوز للعامل الذى أريد مباشرته للسقى و نحوه بحسب مقتضى العقد أن يعامل غيره عليه بغير إذن المالك لاختلاف الناس في العمل و تفاوت الأغراض فيه، فرض المالك بعمل العامل في الأصول لا يدل على رضاه بتسليط العامل غيره على الأصول.

و عن ظاهر الإسكافي احتمالا- كما في الجواهر أنه يجوز و لو بدون إذن المالك كما في الإجاره و المزارعه، و قد قوّاه بعض المتأخرين.

(٩) هذا هو الدليل الأول.

(١٠) و هو السقى و نحوه و هو الدليل الثاني.

بعلمه (١) و أمانته (٢) أن يوَلَّى (٣) من لم يرضه المالك له (٤)، بخلاف المزارعه (٥)، فإن عمل الأرض غير مقصود، و حصه المالك محفوظه على التقديرين (٦).

و أما الفرق (٧) بأن النماء تابع للأصل و هو (٨) من مالك الأصول في المساقاه، و من الزارع في المزارعه فللمالك الأصل (٩) تسليط من شاء دون غيره (١٠) فإنما يتم (١١) مع كون البذر من العامل. و المسأله (١٢) مفروضه في كلامهم أعم منه (١٣)، و مع ذلك (١٤) فإن العقد اللازم يوجب الحصة المخصوصه لكل منهما، (١) و هو السقى و هو ناظر إلى الدليل الثانى.

(٢) عند التسليط على الأصول و هو ناظر إلى الدليل الأول.

(٣) و هو العامل.

(٤) للتسليط و العمل.

(٥) حيث تقدم جواز أن يزارع العامل غيره، لأن العامل قد تملك منافع الأرض و الثمره فى قبال حصه منها للمالك إذا كان البذر من العامل، فالمقصود من المزارعه أن تكون للمالك الحصة فى قبال منافع الأرض للعامل سواء عمل فيها بنفسه أم لا، و لذا جاز له مزارعه الغير.

(٦) من عمل العامل بنفسه أو لا.

(٧) بين المزارعه و المساقاه.

(٨) أى الأصل.

(٩) فى المزارعه و هو العامل.

(١٠) و هو العامل فى المساقاه.

(١١) هذا الفارق.

(١٢) أى مسأله جواز أن يزارع العامل غيره.

(١٣) من كون البذر من العامل، و لذا قيدنا فى الشرح المسأله بهذا القيد فراجع.

(١٤) أى و مع كون مفروض مسأله مزارعه العامل للغير أعم، فلا بد من إيجاد فارق آخر بين المزارعه و المساقاه يجوّز للعامل أن يزارع غيره و هو: أن العامل قد تملك الحصة بالعقد، و إذا تملكها فيجوز له أن ينقلها من شاء و إن لم يكن البذر منه، و لا ينافيه عدم وجود الحصة وقت المزارعه الثانى فتكون باطله، لأن المعامله حينئذ ليست على نفس الحصة ليعتبر وجودها، بل على العمل و العوامل و البذر فى قبال تملكه لشىء من الحصة المترقب ظهورها، فيجوز له أن ينقل هذا التسلط للغير فى قبال العمل و

العوامل و البذر من ذلك الغير.

و فيه: إن هذا جار في المساقاه أيضا فهو ليس بفارق.

ص: ٣٧٤

فله نقلها إلى من شاء، وإن لم يكن البذر.

و كونها غير موجوده حين المزارعه الثانيه غير مانع، لأن المعامله ليست على نفس الحصه، بل على الأرض، و العمل، و العوامل، و البذر بالحصه، فمن استحق بالعقد اللازم شيئا تسلط على نقله مع انتفاء المانع.

في الخراج و الزكاه

(و الخراج على المالك) (١)، لأنه (٢) موضوع على الأرض و الشجر (٣) فيكون على مالكهما، (إلا مع الشرط) (٤) بأن يكون على العامل، أو بعضه فيصح مع ضبط المشروط (٥)، (و تملك الفائده بظهور الثمره) (٦) عملا بالشرط، فإن العقد اقتضى أن يكون بينهما فمتى تحققت (٧) ملكت كذلك (٨).

(و تجب الزكاه على من بلغ نصيبه النصاب) (٩) من المالك و العامل، لوجود (١) الخراج ما يأخذه السلطان عن الأراضي المفتوحه عنوه، و هي تملك تبعاً لملك الآثار فيها، و الآثار كالشجر، فالخراج على مالك الشجر و ليس على العامل، لأنه يستحق الحصه بسبب عمله لا بسبب شجره.

(٢) أي الخراج.

(٣) فقد يوضع الخراج على الأرض و قد يوضع على الشجر المغروس فيها.

(٤) فيصح لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٥) فإن كان المشروط جميع الخراج فلا بد من العلم بمقداره بحسب العاده، و إن كان بعضه فلا بد من العلم بمقدار البعض كمائه من ألف، أو كنصف الخراج بعد العلم بمقداره عاده، و قد مضى مثله في المزارعه.

(٦) المراد بالفائده نماء الأصول الذي هو الثمره، و عليه فتملك بالظهور بين العامل و المالك على النسبه المشترطه بلا خلاف فيه منا، و خالف بعض الشافعيه و قالوا: إن العامل لا يملك حصته إلا بعد القسمة، و ردّ: بأن الشرط تمليك الحصه من الثمره، و الثمره صادقه حين ظهورها فيجب أن يتحقق الملك حينئذ.

(٧) أي الثمره.

(٨) أي بينهما.

(٩) لتحقق شرط وجوب الزكاه، فالزكاه تجب على الزرع و الثمره حين بدو صلاحهما، و كل من المالك و العامل قد ملك الثمره من حين صدق الاسم قبل بدو الصلاح فتجب الزكاه .

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

شرط الوجوب و هو تعلق الوجوب بها (١) على ملكه (و لو كانت المساقاه بعد تعلق (٢) الزكاه و جوزناها (٣) بأن بقى من العمل ما فيه مستراد الثمره حيث جوزناها مع ذلك (٤) فالزكاه على المالك)، لتعلق الوجوب بها على ملكه (٥).

(و أثبت السيد) أبو المكارم حمزه (بن زهره الزكاه على المالك فى المزارعه (٦) و المساقاه، دون العامل) مطلقا (٧)، محتجا بأن حصته (٨) كالأجره. و هو ضعيف، لأن الأجره إذا كانت ثمره (٩)، أو زرعا (١٠) قبل تعلق الوجوب (١١) وجبت الزكاه حينئذ على من بلغ نصيبه النصاب.

و خالف ابن زهره فى الغنيه فأوجب الزكاه على من كان البذر منه و هو المالك هنا محتجا بأن الحصه للآخر كالأجره، و قال الشارح فى المسالك: (و ضعفه ظاهر، لأن الحصه قد ملكت هنا بعقد المعاوضه فى وقت يصلح لتعلق الزكاه بها لا بطريق الأجره، ثم لو سلم كونها بالأجره فمطلق الأجره لا يمنع من وجوب الزكاه، بل إذا تعلق الملك بها بعد الوجوب - بحيث تعلق ملكها بالأجره بعد بدو صلاحها - إذ لو استأجره بزرع قبل بدو صلاحها، أو آجر المالك الزرع كذلك لوجبت الزكاه على مالك الأجره كما لو اشترى الزرع كذلك - أى قبل بدو صلاحها -، نعم لو كان يذهب إلى أن الحصه لا يملكها من لا بذر له بالظهور، بل بعد بدو صلاح الثمره و نحوه أمكن ترتب الحكم، لكنه خلاف إجماع الأصحاب، و مع ذلك لا يتم تعليقه بالأجره، بل بتأخر ملكه عن الوجوب) انتهى.

(١) أى لتعلق وجوب الزكاه بالثمره و هى على ملك مالكها فتجب عليه الزكاه.

(٢) أى بعد بدو الصلاح.

(٣) أى المساقاه، لأنه يبقى للعامل عمل تستراد به الثمره.

(٤) مع بقاء عمل للعامل يزيد فى الثمره.

(٥) حين بدو صلاحها كانت الثمره على ملك المالك.

(٦) إن كان البذر من صاحب الأرض.

(٧) سواء تملك العامل حصته قبل بدو الصلاح أو بعده.

(٨) أى العامل.

(٩) كما فى المساقاه.

(١٠) كما فى المزارعه.

(١١) و هو قبل بدو الصلاح، فتجب الزكاه على الأجير كما لو اشتراها.

على الأجير، كما لو ملكها كذلك (١) بأى وجه كان، وان أراد كالأجره بعد ذلك (٢) فليس محل النزاع، إلا أن يذهب إلى أن الحصة لا يملكها العامل بالظهور، بل بعد بدو الصلاح، و تعلق (٣) الزكاه لكنه (٤) خلاف الإجماع، و معه (٥) لا يتم التعليل (٦) بالأجره بل بتأخر ملكه (٧) عن الوجوب (٨).

فى أن المغارسه باطله

(١) و المغارسه باطله (٩) و هى أن يدفع أرضا إلى غيره ليغرسها على أن الغرس (١) قبل تعلق الوجوب.

(٢) أى بعد تعلق الوجوب، فليس هو محل النزاع، لأن محله فيما إذا تملكها حين الظهور و قبل بدو الصلاح.

(٣) عطف على (بدو الصلاح).

(٤) عدم تملك العامل حصته عند الظهور.

(٥) أى و مع تملك العامل حصته بعد بدو الصلاح و بعد تعلق الزكاه.

(٦) بنفى الزكاه عن العامل.

(٧) ملك العامل للثمره

(٨) أى وجوب الزكاه.

(٩) المغارسه معاملته خاصه على الأرض بأن يدفع مالها الأرض إلى رجل ليغرسها على أن يكون الغرس بينهما، و هى باطله - كما فى المسالك و غيره - عندنا و عند أكثر العامه، لأن عقود المعاوضات موقوفه على إذن الشارع، و هو منفى هنا.

و فيه: إن الشارع ممضى فى المعاملات فلذا ذهب جماعه من المتأخرين إلى الصحه بعد صدق عنوان العقد عليها فتندرج تحت عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١).

نعم على القول بالبطلان فلا- فرق بين كون الغرس من المالك أو العامل أو منهما، و على البطلان فالغرس لصاحبه فإن كان من صاحب الأرض، فعليه أجره مثل عمل العامل، لأن العامل لم يعمل متبرعا بل بالحصه و لم تسلم له، و إن كان الغرس من العامل فعليه أجره مثل الأرض عن مده شغله لها، و لصاحب الأرض قلعه، لأنه غير مستحق للبقاء فيها، و لو قلعه المالك حال كون الغرس للعامل فيضمن أرشه، لأنه غرس بإذن المالك و ليس هو عرق ظالم حتى لا يكون له حق، و قد تقدم أن الأرش هو التفاوت فى القيمه بين كونه قائما و مقلوعا.

ص: ٣٧٩

بينهما،(و لصاحب الأرض قلعه (١)، و له الأجره) عن الأرض،(لطول بقائه) (٢) فيها،(و لو نقص (٣) بالقلع ضمن (٤) أرشه) و هو تفاوت ما بين قيمته مقلوعا، و باقيا فى الأرض بالأجره، و لو كان الغرس من مالك الأرض، و قد شرط على العامل غرسه و عمله بالحصه فهو لمالكه (٥)، و عليه (٦) أجره الغارس، و ما عمل فيه (٧) من الأعمال.

(و) على تقدير كونه من العامل (لو طلب كل منهما ما لصاحبه) فطلب الغارس الأرض بالأجره على أن يبقى الغرس فيها، أو أن تكون ملكه (بعوض)، أو طلب صاحب الأرض الغرس بقيمته (لم يجب على الآخر إجابته)، لأن كلا منهما مسلط على ماله (٨).

و حيث يقلعه الغارس (٩) يجب عليه طم الحفر، و أرش الأرض لو نقصت به (١٠)، و قلع العروق المتخلفه عن المقلوع فى الأرض. و لم يفرق المصنف كالأكثر فى إطلاق كلامه بين العالم بالفساد و الجاهل (١١)، فى استحقاق و لو قلعه العامل حال كون الغرس له فإن أضرّ بالأرض فيجب عليه طم الحفر التى حدثت، و أرش الأرض لو نقصت أو تعيبت بالقلع، و قلع العروق المتبقية و هكذا.

(١) إذا كان الغرس للعامل.

(٢) بقاء الغرس.

(٣) أى الغرس.

(٤) أى المالك.

(٥) أعنى صاحب الأرض.

(٦) على المالك.

(٧) و ما عمل العامل فى الغرس.

(٨) فلا يجبر على بيعه و لا على نقله بلا خلاف فيه.

(٩) و كان الغرس منه.

(١٠) بالقلع.

(١١) قال فى المسالك: (و لم يفرق الأصحاب فى إطلاق كلامهم بين العالم بالبطلان و الجاهل، بل تعليلهم مؤذن بالتعميم، و لا يبعد الفرق بينهما، و أن لا- أرش لصاحب الأرض مع علمه، و لا أرش لصاحب الغرس مع علمه، أما الأول فللاذن فى التصرف فيها بالحصه مع علمه بعدم استحقاقه، و أما الثانى فلظلمه بالغرس مع علمه بعدم استحقاقه) انتهى.

الأرث (١)، و أثوت أآرتة (٢) لو كان الغرس لمالك الأرض، و لفس بفعاء الفرق، لتبرع العالم بالعمل (٣)، و وضعه الغرس بغير حق، و به (٤) فارق (٥) المستعفر (٦) للغرس: لأنه موضوع بحق و إذن صحفحه شرعا، بخلاف هذا الغرس (٧).

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلفا فى الحصه حلف المالك) (٨) لأن النماء تابع للأصل ففرع إلى مالكة فى مقدار ما أآرجه منه عن ملكه، مع أصاله بقاء غيره (٩) و عدم (١٠) انتقاله، و ملك (١١) الغير له (و فى المده (١٢) يحلف المنكر) لأصاله عدم ما فدعه الآخر من الزفاده.

تمّ الجزء الأول من الروضه البهفه فى شرح اللمه دمشقه و فتلوه فى الجزء الثانف كتاب الإآاره عن فء مصنفها العباء الفقفر إلى الله تعالى زفن الاءفن على بن أحماء الشامف العاملف عامله الله بلطفه، و عفى عنه و عنهم و عن جمفع المؤمنفن بمنه و كرمه أنه أكرم الأكرمفن.

(١) أى اسآحقاق المالك أرش نقصان الأرض لو قلع العامل، و اسآحقاق العامل أرش نقصان الغرس لو قلع المالك.

(٢) أى أثوت أآره العامل لو كان الغرس من مالك الأرض.

(٣) لعلمه بالبطلان، و لا أرش لنقصان غرسه لأنه وضعه بغير حق.

(٤) أى بهذا الفارق بفن الجاهل و العالم، فالثانف متبرع و لا أرش له، بخلاف الأول فله أآره العمل و أرش نقصان الغرس.

(٥) أى فارق المغارس، و هو العامل فى عقد المغارسه.

(٦) و هو مفعول به من اسآآار الأرض للغرس، فلو غرسها و قلع المالك الغرس فعلى المالك الأرض لأن الغرس قء وضع بحق و فإذن من قبل المالك.

(٧) و هو غرس العامل العالم ببطلان المغارسه.

(٨) رجوع إلى أحكام المساقاه، و لو اختلف المالك و العامل فى مقدار الحصه، فقال المالك:

حصآك ربع فقال العامل: نصف، فالقول قول المالك مع فمفنه لأن الثمره نماء الأصول فهف تابعه لها فى الملكفه أفضا فقول المالك موافق لهذا الأصل و العامل مءع للزفاده.

(٩) ففر ما أآرجه عن ملكه باآرافه و إقراره.

(١٠) أى و أصاله عدم انتقال هذا الففر.

(١١) أى و أصاله عدم ملك الففر له.

(١٢) يقدم منكر الزيادة مع يمينه لأنه منكر بحسب ظاهر قوله.

ص: ٣٨١

و اتفق الفراغ منه ظهر يوم الثلاثاء سادس شهر جمادى الأخرى سنة ست و خمسين و تسعمائه حامدا لله تعالى، مصليا على
رسوله و آله، مسلما، مستغفرا.

ص: ٣٨٢

كتاب الاجاره

اشاره

ص: ٣٨٣

فى تعريف الاجاره و ألفاظها و لزومها

(و هى العقد (١) على تملك المنفعه المعلومه بعوض معلوم) فالعقد بمنزله الجنس يشمل سائر العقود، و خرج بتعلقه بالمنفعه البيع و الصلح المتعلق (٣) بالأعيان، و بالعوض (٤) الوصيه بالمنفعه، و بالمعلوم (٥) إصداقها (٦) إذ ليس فى مقابلها (٧) عوض معلوم و إنما هو البضع.

(١) قال فى المسالك: (و هى فى اللغه اسم للأجره، و هى كرى الأجير، لا مصدر آجر يؤجر، فإن مصدره الإيجار، بخلاف باقى العقود فإنه يعبر عنه بمصدر الفعل أو باسم المصدر)، و زاد بعضهم مع احتمال أن تكون الإجاره مصدرا سماعيا لآجر، نحو كتب يكتب كتبا و كتابه، و حينئذ يتحد المقام مع باقى العقود بالتعبير عنه بالمصدر.

(٢) على المشهور أنها عقد على تملك المنفعه خاصه بعوض معلوم، و العقد اسم يشمل جميع العقود، و قيد (تمليك منفعه) يخرج البيع لأنه عقد على تملك عين، و قيد (خاصه) يخرج الصلح، لأنه عقد واقع على تملك عين و على تملك منفعه، و قيد (بعوض) تخرج الوصيه بالمنفعه، و قيد (معلوم) يخرج الصداق إذا كان تملك منفعه، لأن تملك المنفعه إذا كان مهرا لم يكن فى قبالة عوض معلوم، و إنما فى مقابله البضع.

(٣) صفه للصلح.

(٤) أى خرج بالعوض.

(٥) أى و خرج بالمعلوم الذى هو صفه للعوض.

(٦) أى مهر الزوجه.

(٧) مقابل منفعه الصداق.

و لكن ينتقض في طرده (١) بالصلح على المنفعة بعوض معلوم فانه (٢) ليس إجاره بناء على جعله أصلا (٣).

(و ايجابها آجرتك (٤)، و اكريتك، أو ملكتك (٥) منفعتها سنه) قيد التمليك بالمنفعة (٦)، ليحترز به (٧) عما لو عبّر (٨) بلفظ الايجار و الإ-كراء فانه (٩) لا- يصح تعلقه إلا- بالعين (١٠) فلو أوردتهما على المنفعة فقال: آجرتك منفعه هذه الدار مثلا لم (١) بكونه غير مانع.

(٢) أي الصلح.

(٣) كما عليه الأكثر في قبال الشيخ الذي جعله فرعا لما يفيد فائدته، و قد تقدم البحث فيه.

(٤) لما كانت الإجاره من العقود اللازمه كما سيأتي، فيجب في إنشاء إيجابها و قبولها كل لفظ صريح ماضوى على مبنى المشهور، و قد عرفت ما فيه، و على كل فالصريح في الإيجاب:

آجرتك و أكريتك، فيقال: آجرت الدار و أكريتها أي ملكت منفعتها للغير.

(٥) التمليك يفيد نقل ما تعلق به، فإذا ورد على الأعيان أفاد نقل ملكها فيقال: ملكتك الدار، إذا نقلت ملكيتها للغير، و هذا ليس مورد الإجاره، لأن العين تبقى على ملك المؤجر.

و عليه فيتعين إذا أردنا إنشاء لإيجاب بالتمليك في الإجاره أن نضيف التمليك إلى المنفعة، لأن الذي يتم نقله بالعوض في مورد الإجاره هو منافع الأعيان، و حتى يكون التمليك من الألفاظ الصريحه حينئذ فلا بد من الابتداء به فيقال: ملكتك منفعه الدار مداه كذا بكذا من العوض. هذا و فيه ما قاله البعض من أن إنشاء الإيجاب في الإجاره بلفظ التمليك مبنى على صحه التجوز في صيغ العقود، و هو ممنوع عندهم، و العجب منهم كيف جمعوا بين مبناهم و هذا البناء.

نعم على المبنى المنصور من صحه التجوز في صيغ العقود الإنشائية كصحه التجوز في الإخبارات فيصح الإنشاء بلفظ التمليك المذكور.

(٦) دون (آجرتك أو أكريتك).

(٧) بالتقييد.

(٨) عن الإيجاب.

(٩) فإن لفظ الإيجار و الإكراء.

(١٠) فيقال: آجرتك الدار أو أكريتها، و يفيد عرفا و لغه تمليك منفعتها، بحيث لو أورد اللفظ المذكور على المنفعة فقال: آجرتك منفعه هذه الدار لم يصح، لأنه يفيد تمليك منفعه متعلقه، و متعلقه منفعه، يفيد تمليك منفعه المنفعه، و هو باطل إذ لا منفعه للمنفعه.

يصح، بخلاف التملك، لأنه (١) يفيد نقل ما تعلق به، فإن ورد على الأعيان أفاد ملكها و ليس ذلك (٢) مورد الإجاره، لأن العين تبقى على ملك المؤجر فيتعين فيها (٣) إضافته (٤) إلى المنفعه، ليفيد نقلها (٥) إلى المستأجر حيث يعبر بالتملك.

(و لو) عبر بالبيع و (نوى بالبيع الإجاره (٦) فإن أوردته على العين) فقال: بعتك هذه الدار شهرا مثلا بكذا (بطل) (٧)، لإفادته (٨) نقل العين و هو مناف للإجاره (٩) (و إن قال: بعتك سكنها سنه مثلا (١٠) ففي الصحه وجهان) مأخذهما أن البيع (١١) موضوع لنقل الأعيان، و المنافع تابعه لها فلا يثمر (١٢) الملك لو تجوز به في نقل المنافع منفرده و إن نوى به (١٣) (١) أى التملك.

(٢) أى ملك الأعيان.

(٣) فى الإجاره.

(٤) أى إضافه التملك.

(٥) أى ليفيد التملك نقل المنفعه.

(٦) على نحو المجاز.

(٧) نسبه فى التذكره إلى علمائنا، لعدم صحه التجوز فى صيغ العقود، بل هو مجاز مستهجن كلفظ النكاح و إرادته البيع منه أو بالعكس.

(٨) أى البيع.

(٩) بحسب المعنى الحقيقى فىكون مجازا.

(١٠) بحيث أورد البيع على المنفعه فالمنع على المشهور، لأنه مجاز و يشترط فى العقد اللازم عدم المجاز، و تردد المحقق فى الشرائع، و عن العلامه فى التحرير احتمال الانعقاد به، لأن البيع بحسب معناه الحقيقى مما يفيد نقل المنفعه تبعا لنقل العين، و إذا أفاد نقل المنفعه فيصح إنشاء الإجاره به بشرط التصريح بالمنفعه، لأنه من دون التصريح فهو لا يستعمل إلا فى نقل الأعيان.

و فيه: إنه مجاز صريح بعد عدم كون البيع موضوعا لنقل المنفعه، و على مبناهم لا بد من الحكم بالبطلان من دون تردد.

(١١) دليل البطلان.

(١٢) أى البيع.

(١٣) بالبيع.

الإجاره، و أنه يفيد (١) نقل المنفعه أيضا (٢) فى الجملة و لو بالتبع فيقوم (٣) مقام الإجاره مع قصدها (٤)، و الأصح المنع.

(و هى لازمه من الطرفين) (٥) لا تبطل إلا بالتقابل (٦)، أو بأحد الأسباب المقتضيه للفسخ و سيأتى بعضها،(و لو تعقبها البيع لم تبطل) (٧) لعدم المنافاه (٨)، فإن الإجاره تتعلق بالمنافع، و البيع بالعين، و ان تبعتها (٩) المنافع حيث يمكن (١٠)(سواء) (١) أى البيع و هو دليل الصحه.

(٢)كنقل المنافع بحسب الأصل.

(٣)أى البيع.

(٤)أى قصد الإجاره.

(٥)بلا خلاف فيه، لأنها عقد فتندرج تحت عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لا مخصص بالاتفاق.

(٦)لعموم أدله التقايل الشامله لكل عقد.

(٧)لا تنفسخ الإجاره ببيع العين المستأجره قبل تمام مده الإجاره بلا خلاف فيه لاختلاف متعلقهما، فالإجاره قد تعلقت بالمنفعه، و البيع قد تعلق بالعين، نعم ليستحق المشتري العين من حين البيع مسلوبه المنفعه إلى انتهاء مده الإجاره، و بما أنها مسلوبه المنفعه فلو كان المشتري جاهلا بحقيقه المبيع و أنه مؤجر فيتخير بين الإمضاء الصبر إلى انتهاء المده، و بين الفسخ، لأن إطلاق عقد البيع يقتضى تعجيل التسليم للانتفاع كما هو الغالب، و هو غير متحقق هنا لكونها مسلوبه المنفعه، بخلاف العالم فلا خيار له لإقدامه على ذلك ثم لو فسخ المستأجر عقد الإجاره بأحد أسباب الفسخ فى أثناء المده رجعت المنافع فى مده الإجاره إلى البائع و هو المؤجر، دون المشتري، لأن المشتري قد استحق بالعقد العين مسلوبه المنفعه إلى انتهاء المده، و هذه المنافع هى لغيره قطعاً فإذا خرجت عن ملك المستأجر بالفسخ فيتعين أنها للبائع المؤجر.

(٨)بين البيع و الإجاره.

(٩)أى تبعت العين المنافع.

(١٠)دفع و هم، أمّا الوهم فقد تقدم أن البيع يفيد نقل المنافع بالتبع و إن أفاد نقل العين بالأصل و عليه فيتحد متعلق البيع و الإجاره و إن اختلفا استقلالاً و تبعاً.

ص: ٣٨٨

(كان المشتري هو المستأجر، أو غيره) (١) فإن كان هو المستأجر لم تبطل الإجاره على الأقوى، بل يجتمع عليه الأجره و الثمن، و إن كان غيره (٢) و هو عالم بها (٣) صبر إلى انقضاء المده، و لم يمنع ذلك (٤) من تعجيل الثمن (٥) و إن كان جاهلا بها (٦) تخير (٧) بين فسخ البيع، و امضائه مجانا مسلوب المنفعه إلى انقضاء المده، ثم لو تجدد فسخ الإجاره (٨) عادت المنفعه إلى البائع، لا إلى المشتري.

(و عذر المستأجر لا يبطلها) (٩) و إن بلغ حدا يتعذر عليه الانتفاع بها (كما لو) و أما الدفع: فالبيع يفيد نقل المنفعه بالتبع حيث يمكن ذلك، و هو كون العين غير مسلوبه المنفعه، أما هنا فالعين مسلوبه المنفعه و البيع لم يفد إلا نقل العين فقط و لا يفيد بالتبع نقل منافعها، إذ لا منفعه لها مملوكه للبائع بل هي للمستأجر. فلم يتحد متعلق البيع و الإجاره.

(١) ما تقدم كان في المشتري غير المستأجر، أما لو كان المشتري نفس المستأجر، فالمشهور على أن الإجاره لا تبطل بالبيع أيضا، لنفس ما تقدم من الدليل، و يجتمع على المشتري الأجره و الثمن، أما الأجره في قبالة المنافع و أما الثمن في قبالة العين التي كانت مسلوبه المنفعه.

و عن العلامه في الإرشاد و نسب إلى الشيخ فسخ الإجاره بالبيع، لأن ملك العين يستدعى ملك المنافع، فالمشتري يملك المنافع بتملكه للعين، و معه يبطل سبب تملك المنافع بالإجاره لعدم اجتماع سببين على مسبب واحد.

و رد بأن العين تستتبع المنافع في النقل و الانتقال إذا لم يسبق تملكها بسبب آخر، و عليه فلم يجتمع سببان على مسبب واحد.

(٢) أى و إن كان المشتري غير المستأجر.

(٣) بالإجاره.

(٤) من كون الدار مسلوبه المنفعه فلا يمكن للمشتري الانتفاع بالمبيع.

(٥) لأن العقد يقتضى تعجيل الثمن و المثلن، و عدم انتفاع المشتري بالعين لأنها مسلوبه المنفعه لا يمنع من تعجيل الثمن حتى ينتفع به البائع كما هو مقتضى العقد.

(٦) بالإجاره.

(٧) أى المشتري الجاهل.

(٨) من المستأجر أو المؤجر.

(٩) لو وقعت الإجاره على عين و حدث مانع للمستأجر من الانتفاع بمنافعها، فلا تبطل الإجاره، لأن المنفعه التي وقعت موردا للعقد ما زالت باقيه، و إنما المانع من جهته فيستصحب لزوم الإجاره بعد وقوع العقد.

(استأجر حانوتا فسرق متاعه) و لا يقدر على إيداله، لأن العين (١) تامه صالحه للانتفاع بها فيستصحب اللزوم،(و اما لو عم العذر (٢) كالثلج المانع من قطع الطريق) الذى استأجر الدابه لسوکه مثلا (فالأقرب جواز الفسخ لكل منهما) (٣)، لتعذر استيفاء المنفعه المقصوده (٤) حسا فلو لم يجبر بالخيار لزم الضرر المنفى، و مثله (٥) ما لو عرض مانع شرعى كخوف الطريق، لتحريم السفر حينئذ (٦)، أو استئجار امرأه لكنس المسجد فحاضت (٧) و الزمان (٨) معين ينقضى (٩) مدته العذر، و يحتمل (١٠) انفساخ العقد فى ذلك كله (١١)، تنزيلا لتعذر منزله تلف العين (١٢).

(و لا تبطل) الإجاره (بالموت) (١٣) كما يقتضيه لزوم العقد، سواء فى ذلك (١) تعلق لعدم بطلان الإجاره.

(٢)بمعنى لم يكن المانع من قبله و إنما كان بأسباب طبيعیه، فتعذر حينئذ استيفاء المنفعه المقصوده من الإجاره، كالثلج المانع من سلوكك الطريق مع أن إجاره الدابه إنما كان لسلوكك هذا الطريق، و كذا لو استأجر الدابه لسلوكك طريق معين فعرض مانع شرعى كالخوف من سلوكه لظالم أو متعد، و عليه فلزوم الإجاره على المستأجر ضرر و هو منفى، و رفعه بثبوت الخيار له بين الفسخ و الإمضاء.

(٣)أى المؤجر و المستأجر.

(٤)من عقد الإجاره و إن أمكن استيفاء غيرها من العين المؤجره.

(٥)أى مثل العذر العام.

(٦)حين الخوف.

(٧)فالحيض و تحريم السفر مانعان شرعيان.

(٨)زمن الاستئجار.

(٩)أى زمن الاستئجار ينقضى فى زمن عذرها.

(١٠)و من هنا قال سابقا (الأقرب).

(١١)ما عدا العذر الذى يكون من قبل المستأجر.

(١٢)و تلف العين موجب للانفساخ كما سيأتى.

(١٣)اختلف فيه على أقوال، أنها لا- تبطل بالموت مطلقا سواء كان بموت المؤجر أو المستأجر كما عن المحقق و العلامه و عليه المتأخرون أجمع كما فى المسالك و نسب إلى جملة من القدماء كالمرتضى و القديمين، لأن الإجاره من العقود اللازمه، و من شأن اللزوم عدم البطلان بالموت لعموم الأمر بالوفاء بالعقود، و للاستصحاب.

وقيل: إنها تبطل مطلقا و هو المحكى عن المفيد فى المقنعه و الشيخ فى الخلاف و النهايه

ص: ٣٩٠

و الديلمى و بنى حمزه و زهره و البراج، و فى الشرائع نسبته إلى المشهور، لموثق إبراهيم بن محمد الهمدانى (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: و سألته عن امرأه آجرت ضيعتها عشر سنين على أن تعطى الأجره فى كل سنه عند انقضائها، لا يقدم لها شىء من الأجره ما لم يمض الوقت، فماتت قبل ثلاث سنين أو يعدها، هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت، أم تكون الإجاره منقضيه بموت المرأه؟ فكتب عليه السّلام: إن كان لها وقت مسمى لم يبلغ فماتت فلورثتها تلك الإجاره، فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه أو نصفه أو شيئاً منه فتعطى ورثتها بقدر ما بلغت من ذلك الوقت إن شاء الله تعالى)(١).

بدعوى أن الجواب مشتمل على شرطيتين، فالأول (إن كان لها وقت مسمى) الخ...

و هى ظاهره فى أن المرأه إذا ماتت بعد إدراك الأنجم المضروب ل أخذ الأجره قبل أخذ الأجره فلورثتها تلك الأجره، و الثانيه (فإن لم تبلغ ذلك الوقت و بلغت ثلثه) الخ..

و هى ظاهره فى أن المرأه إذا ماتت فى أثناء الأجل المضروب قبل أخذ الأجره فتستحق الورثه الأجره عن الماضى دون المستقبل، و لازم ذلك هو الفساد، و أيدهم على هذا التفسير كل من المجلسى و سيد الرياض و صاحب مفتاح الكرامه و الشيخ الأعظم.

و ذهب الأردبيلى و بحر العلوم إلى أن الخبر من أدله عدم بطلان الإجاره بالموت، لأن المراد من الوقت فى الجواب هو مده الإجاره سيّما بعد ملاحظه السؤال حيث ورد فيه (هل يجب على ورثتها إنفاذ الإجاره إلى الوقت، أم تكون الإجاره منقضيه بموت المرأه) و هو ظاهر فى السؤال عن بطلان الإجاره لموت المؤجر فى مده الإجاره.

و بناء عليه فالجواب ظاهر فى أنها لو ماتت فلورثتها تلك الإجاره بحسب الشرطيه الأولى و هذا ظاهر فى عدم البطلان، و تدفع الأجره إلى الورثه بالنسبه إلى المنفعه الماضيه بحسب الشرطيه الثانيه، و هذا لا ينافى الصحه.

و الحق ما قال الأردبيلى من أنها صريحه فى الصحه.

هذا و عن الشيخ فى المبسوط أنها تبطل بموت المستأجر دون المؤجر، و تبعه ابن طاوس، و عن ابن البراج نسبته إلى أكثر أصحابنا، و مما تقدم تعرف ضعفه. ثم على القول بعدم بطلانها بالموت يستثنى منه مواضع منها: ما لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعه بنفسه فإنها تبطل بموته عملاً بالشرط.

ص: ٣٩١

موت المؤجر و المستأجر، (إلا- أن تكون العين موقوفه) على المؤجر و على من بعده من البطون فيؤجرها مده و يتفق موته قبل انقضائها فتبطل، لانتقال الحق إلى غيره، و ليس له التصرف فيها إلا زمن استحقاقه و لهذا لا يملك نقلها، و لا اتلافها.

نعم لو كان ناظرا و آجرها لمصلحه البطون لم تبطل بموته (١)، لكن الصحه حينئذ ليست من حيث أنه موقوف عليه، بل من حيث انه ناظر، و مثله (٢) الموصى له بمنفعتها مده حياته فيؤجرها كذلك (٣)، و لو شرط على المستأجر استيفاء المنفعه بنفسه بطلت بموته أيضا (٤).

في ما يصح إجارته

(و كلما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه (٥) تصح إعارته و إجارتته) و ينعكس في الإجاره كليا (٦)، دون الإعاره (٧)، لجواز إعاره المنحه، مع أن المقصود منها منها: أن يكون المؤجر موقوفا عليه و على من بعده من البطون عند موته، ثم يموت قبل انتهاء أمد الإجاره، فإنها تبطل بموته، لأن الحق المؤجر قد انتقل إلى غيره بموته، فيلزم رضا المالك الجديد.

و منها: الموصى له بالمنفعه مده حياته، فلو آجرها مده و مات في أثناءها فإنها تبطل أيضا، لانتهاء استحقاقه و رجوع المنفعه إلى ورثه الميت كما هو واضح.

(١) بموت الناظر، لأنه نائب منابهم جميعا، فلو عاش مع جميع البطون أو وجد مع البطن الثاني لكان النظر إليه.

(٢) أى مثل الموقوف عليه.

(٣) أى يؤجرها مده ثم يموت قبل انقضاء مده الإجاره.

(٤) عملا بالشرط.

(٥) كل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه هو مورد الإجاره، بلا خلاف فيه، لأن الإجاره ذلك لغه و عرفا، ثم إن هذا المورد هو مورد العاريه على ما تقدم في بابها و عليه فكل ما يصح الانتفاع به مع بقاء عينه تصح إجارتته و عاريته، و كل ما تصح إجارتته تصح إعارته، و كل ما تصح إعارته تصح إجارتته.

(٦) و العكس في الإجاره: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إجارتته، و في مثله لا مورد للإجاره.

(٧) و العكس في الإعاره: كل ما لا يصح الانتفاع به إلا بذهاب عينه لا تصح إعارته، و هو ليس بكلي لجواز إعاره المنحه، و هي إعاره الشاه أو الناقه اللبون، فيصح إعارتها مع أنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بذهاب عينها الذي هو العين.

و هو اللب لا- تبقى عينه، و لا- تصح إجارتها (١) لذلك (٢) (منفردا (٣) كان) ما يؤجر، (أو مشاعا) (٤) إذ لا- مانع من المشاع باعتبار عدم القسمة، لإمكان استيفاء المنفعة (٥) بموافقه الشريك، و لا فرق بين أن يؤجره (٦) من شريكه، و غيره عندنا.

(و لا يضمن (٧) المستأجر العين إلا بالتعدى) فيها، (أو التفريط) (٨)، (١) أى إجاره المنحه.

(٢) لأن استيفاء المنفعة يتم بذهاب العين فلا مورد للإجاره.

(٣) إجازه المنفرد كإجاره الدار، بلا خلاف فيه، لإمكان تسليمه من قبل المؤجر و إمكان استيفاء المنفعة من قبل المستأجر، فلا بد من الصحة لوجود المقتضى بعد كونه عقدا مع عدم المانع.

(٤) كإجاره الحصة المشاعه من الدار كالنصف، و لا خلاف فى صحه إجارتها عندنا لوجود المقتضى لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لا مانع منه إلا عدم إمكان التسليم من قبل المؤجر و عدم إمكان الاستيفاء من قبل المستأجر، و هو غير مانع إذ يمكن التسليم بموافقه الشريك، و معه يمكن للمستأجر استيفاء المنفعة، و عليه لا بدّ من إذن الشريك فى تسليم الحصة المشاعه المؤجره، و لو أبى رفع أمره إلى الحاكم لأنه ولى الممتنع.

ثم الإشاعه لا تنافى معلوميه المتاع، و لذا جاز وقوع البيع عليه فيصح وقوع الإجاره عليه أيضا.

و ثم لا فرق فى الحكم بين أن يؤجرها الشريك من شريكه أو غيره لعموم أدله صحه الإجاره، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد، و هو عندنا موضع وفاق، و خالف بعض العامه فمنع من الإجاره لغير الشريك و هو تحكم إذ لا دليل له.

(٥) من قبل المستأجر، و إمكان التسليم من قبل المؤجر.

(٦) ضمير المفعول راجع إلى المتاع.

(٧) عدم ضمان المستأجر للعين المؤجره لأنه أمين، بعد كون وضع اليد عليها بإذن المؤجر، و الأصل فى الأمين عدم الضمان إلا مع التعدى و التفريط، فلا يشمله عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (٢)، و للأخبار الآتية.

(٨) فمع التعدى أو التفريط يضمن بلا خلاف فيه لعموم (على اليد) بعد ارتفاع أمانته، و للأخبار.

ص: ٣٩٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٠ كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ حديث ٥١٩٧.

لأنها (١) مقبوضه بإذن المالك لحق القابض. ولا فرق في ذلك (٢) بين مده الإجاره (٣) و بعدها (٤)، قبل طلب المالك و بعده، إذا لم يؤخر (٥) مع طلبها اختياراً، (و لو شرط) في عقد الإجاره (ضمانها بدونهما (٦) فسد العقد)، لفساد الشرط من حيث مخالفته للمشروع، و مقتضى الإجاره، (و يجوز اشتراط الخيار) منها: صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاها غيره فنفتت، ما عليه؟ قال عليه السلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء) (١)، و مثله غيره.

(١) أى العين المستأجره، و هذا تعليل بالأمانه لعدم الضمان عند عدم التعدى أو التفريط.

(٢) فى عدم الضمان.

(٣) ما تقدم إنما كان بلحاظ مده الإجاره.

(٤) أى بعد مده الإجاره، فلو تلفت فى هذه المده لا يضمن على المشهور لبقاء الأمانه القاضيه بعدم الضمان، و عن الشيخ و ابن الجنيد الحكم بالضمان لأن العين المؤجره بعد انقضاء المده أمانه شرعيه لا مالكيه، فيجب عليه ردها و لو لم يطلب المالك و لو تلفت كان ضامناً لها، و هذه هى أحكام الأمانه الشرعيه.

و المشهور لم يوجبوا الرد عليه فوراً، بل لا يجب الرد حتى لو طلبها المالك و إنما عند الطلب يجب عليه التخليه فقط، و السبب فى ذلك لأنها مقبوضه بإذن المالك بخلاف الأمانه الشرعيه فلا إذن للمالك فيها.

(٥) أى لم يؤخر المستأجر بالتخليه لو طلبها المؤجر، فلو أّخر بالتخليه بعد الطلب و تلفت كان ضامناً لأنه مفطر حينئذ.

(٦) بدون التعدى أو التفريط، فقد ذهب المشهور إلى فساد الشرط، لمنافاته لمقتضى عقد الإجاره من عدم الضمان عند عدم التعدى أو التفريط، و لما دل فى السنه على عدم ضمان المستأجر، و قد تقدم فلا يكون سائغاً فلا يندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

و إذا فسد الشرط فسد العقد، لأن الشرط فاسد مفسد، إذ لا تراضى فى العقد بناء على صحه الشرط و لم يسلم، فلا رضا حينئذ بالعقد، و معه يفسد. و عن جماعه منهم سيد الرياض عدم بطلان الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ٣.

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الإجاره حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

(لهما أو لاحدهما) (١) مده مضبوطة، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولا فرق بين المعينه، و المطلقه عندنا.

(نعم ليس للوكيل و الوصى فعل ذلك) (٢) و هو اشتراط الخيار للمستأجر أو للأعم (٣) بحيث يفسخ (٤) إذا أراد (إلا مع الإذن (٥)، أو ظهور الغبطه (٦) فى الفسخ فيفسخ (٧) حيث يشترطها (٨) لنفسه، لا- بدون الإذن فى الوكيل، و لا الغبطه فى الوصى، لعدم اقتضاء إطلاق التوكيل فيها (٩) إضافه الخيار (١٠) (١) بل إشكال و لا- خلاف كما فى الجواهر لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، بل لا- فرق بين كون الخيار لهما أو لأحدهما أو للأجنبى، بشرط كون مده الخيار معلومه لئلا يلزم الضرر فى الشرط.

ثم لا فرق فى ثبوت الخيار فى الإجاره المعينه كأن يستأجر هذه العين، و فى المطلقه كإجاره دار موصوفه، أو كأن يستأجره لعمل مطلق غير مقيد، كل ذلك للعموم المتقدم، و خالف بعض العامه فجوّز خيار الشرط فى المطلقه دون المعينه، و هو تحكم إذ لا دليل له على التفريق.

(٢) الوصى هو ولى الصبى فليس لهما اشتراط الفسخ للمستأجر، أو اشتراط الفسخ للموكل أو الصبى أو لأنفسهما، أما بالنسبه للوكيل فلأن مقتضى و كاله إجراء عقد الإجاره اللازم، و هذا يقتضى عدم الخيار لأحد الطرفين إلا إذا أذن الموكل فيجوز للوكيل ذلك تبعا للإذن.

و أما بالنسبه للوصى فلا يجوز له ذلك إلا مع ظهور الغبطه و المصلحه فى ثبوت الخيار، و معها يجوز.

(٣) من المستأجر و المؤجر.

(٤) ضمير الفاعل راجع لمن أعطى له حق الخيار، و هو المستأجر أو الأعم منه و من المؤجر.

(٥) بالنسبه للوكيل.

(٦) بالنسبه للوصى.

(٧) كل من الوكيل و الوصى.

(٨) أى يشترط الخيره بمعنى الخيار.

(٩) فى الإجاره.

(١٠) أى إضافته للإجاره، لأن الدليل فى الإجاره و الأصل فيها اللزوم.

ص: ٣٩٥

المقتضى (١) للتسلط على إبطالها (٢)، و كذا الوصايه (٣)، فإن فعل الوصى منوط بالمصلحة.

فى المتعاقدين

و لا- بدّ من كمال المتعاقدين (٤)، و جواز تصرفهما) فلا- تصح إجاره الصبى و إن كان مميزا، أو أذن له الولى (٥)، و لا المجنون مطلقا (٦)، و لا- المحجور بدون إذن الولى (٧)، أو من فى حكمه (٨) (و من كون المنفعه) المقصوده من العين، (و الأجره معلومتين) (٩).

(١) صفة للخيار.

(٢) إبطال الإجاره.

(٣) فتقتضى أن تقع الإجاره لمال الصبى لازمه على حسب أصلها إلا مع ظهور الغبطه بالنسخ.

(٤) كمالهما بالبلوغ و العقل و الاختيار و أن يكونا جائزى التصرف لعدم الفلس و السفه و نحوهما من أسباب الحجر، فعقد الصبى و المجنون باطل لأنهما مسلوبا العبارة شرعا لحديث (رفع القلم عن الصبى حتى يحتلم و عن المجنون حتى يفيق) (١)، و عقد المكره باطل لأنه مسلوب العبارة لحديث (رفع عن أمتى تسعه أشياء: - إلى أن قال - و ما أكرهوا عليه و ما اضطروا إليه) (٢).

و عقد المحجور عليه باطل للحجر المانع عن التصرف المالى و الإجاره تصرف مالى، بلا خلاف فى ذلك كله.

(٥) فعبارته مسلوبه شرعا و أذن الولى و تمييزه لا تجعل العبارة ممضاه شرعا.

(٦) أدواريا أو مطبقا.

(٧) فالمحجور الذى له ولى هو المكلف الذى بلغ سفيها، و ولايه أبيه عليه مستمره كما مضى فى باب الحجر، و عليه فلو أذن الولى صح، لعدم سلب عبارته شرعا و إنما منع من التصرف لعارض و أذن الولى يرفعه.

(٨) أى فى حكم الولى و هو الغرماء بالنسبه للمفلس، لأن المفلس ممنوع من التصرف المالى حفظا لحق الغرماء، و إذا أذنوا له بالتصرف فقد سقط المانع و ارتفع.

(٩) أما العلم بالمنفعه التى كانت موردا للإجاره كعمل العامل إذا استؤجر، و منفعه الدار، فلا

ص: ٣٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١.

و يتحقق العلم بالمنفعة بمشاهدته العين (١) المستأجره التي هي متعلقه المنفعه أو وصفها بما يرفع الجهاله، و تعيين المنفعه إن كانت متعدده فى العين و لم يرد الجميع (٢)، و فى الأجره (٣) بكيلها، أو وزنها، أو عدها إن كانت (٤) مما يعتبر بها (٥) فى البيع، أو مشاهدتها إن لم تكن كذلك (٦).

فى أنه لا تكفى المشاهده فى الأجره و أنها تملك بالعقد

(و الأقرب أنه لا تكفى المشاهده فى الأجره عن اعتبارها) (٧) بأحد الأمور الثلاثه إن كانت مما يعتبر بها، لأن الإجاره معاوضه لازمه مبنيه على المغابنه (٨) فلا بد فيها من انتفاء الغرر عن العوضين، أما لو كانت الأجره مما يكفى فى بيعها خلاف فيه، للغرر إذا كانت مجهوله.

و العلم بالمنفعه متحقق إما بتقدير العمل كخياطه الثوب المعلوم طوله و عرضه و غلظته ورقته فى إجاره عمل العامل، و إما بتقدير المده كسكنى الدار مثلا سنه، أو العمل على الدابه كذلك، و بهذا ترتفع الجهاله عرفا التى هى المدار فى تحقق الغرر.

ثم لا يكفى فى رفع الجهاله تقدير المنفعه بالعمل أو بالزمن بل لا بدّ مع ذلك من مشاهده نفس الدابه و الدار أو وضعها، و لا بدّ من تعيين المنفعه من العين عند عدم إرادته جميع منافعتها من عقد الإجاره.

و أما العلم بالأجره التى هى العوض فلا خلاف فيه للغرر أيضا، و العلم بالأجره متحقق بالوزن أو الكيل أو العدّ إذا كانت الأجره من هذه الأمور الثلاثه، و قيل: تكفى المشاهده حتى فى هذه الثلاثه كما عن الشيخ و المرتضى لانتفاء معظم الغرر بالمشاهده.

و ردّ بأنه قد ثبت من الشارع اعتبار الكيل و الوزن و العدّ فى المكيل و أخويه فى البيع مع عدم كفايه المشاهده، و هذا كاشف عن عدم ارتفاع الغرر بالمشاهده.

نعم ما تكفى المشاهده فيه فى البيع لرفع الغرر تكفى فى الإجاره، و هذا لا يكون إلا فى غير هذه الأمور الثلاثه.

(١) أى مع العلم بتقدير العمل و تقدير المده على ما سمعته سابقا.

(٢) جميع المنافع من العين.

(٣) أى يتحقق العلم بالأجره.

(٤) هذه الأمور الثلاثه.

(٥) أى مما يعتبر العلم بها.

(٦) من المكيل أو الموزون أو المعدود.

(٧) أى اعتبار الأجره خلافا للشيخ و السيد.

(٨) بحسب واقعها.

ص: ٣٩٧

المشاهدة كالعقار كفت فيها هنا (١) قطعا، و هو (٢) خارج (٣) بقريته الاعتبار (٤).

(و تملك) الأجره (بالعقد) (٥)، لاقتضاء صحه المعاوضه انتقال كل من العوضين إلى الآخر، لكن لا يجب تسليمها قبل العمل (٦)، و إنما تظهر الفائده فى ثبوت أصل الملك (٧) فيتبعها (٨) النماء متصلا و منفصلا، (و يجب تسليمها (٩) بتسليم العين) المؤجره (و إن كانت على عمل فبعده)، لا قبل ذلك (١٠)، حتى لو كان المستأجر وصيا، أو وكيلا لم يجر له التسليم (١١) قبله (١٢)، إلا مع الإذن (١٣) (١) أى كفت المشاهده فى الإجاره.

(٢) أى ما يكتفى بمشاهدته فى الإجاره.

(٣) أى خارج عن اشتراط الكيل أو الوزن أو العد فى تحقق العلم بالأجره.

(٤) أى بقريته اعتبار المشاهده فى البيع.

(٥) لا- خلاف فى أن المعاوضه - كل معاوضه سواء كانت يباعا أو إجاره - إذا صحت اقتضت نقل الملك فى كل من العوضين إلى الآخر، لأن المعاوضه هى تبادل مال بمال، و لازمه انتقال فى العوضين بمجرد العقد.

(٦) لا- يجب تسليم الأجره إلا بتسليم العين المؤجره أو بالعمل، إذا كانت الإجاره على عمل العامل لما تقدم فى كتاب البيع من وجوب تقديم المثمن فيه، لأن الثمن عوض عنه، تابع له فيؤخر، و يشهد له ما فى الخبر (فى الحمال و الأجير لا يجف عرقه حتى تعطيه أجرته) (١).

(٧) بحيث يملك المؤجره الأجره بالعقد، فلو كانت الأجره معينه و ظهر لها نماء متصل أو منفصل فالنماء للمؤجر تبعا للأجره و إن لم يدفعها المستأجر بعد.

(٨) أى يتبع الأجره.

(٩) أى تسليم الأجره.

(١٠) قد تقدم بحثه.

(١١) أى تسليم الأجره.

(١٢) أى قبل العمل و قبل تسلّم العين المؤجره، لأن الوصايه و الوكاله اقتضت وقوع عقد الإجاره، و من لوازمه دفع الأجره بعد العمل و بعد تسلّم العين المؤجره، و عليهما أن يلتزما بذلك، فلو دفعا الأجره قبل ذلك لضمنا حينئذ.

(١٣) أى الاذن من الموكل و الموصى بدفع الأجره قبل التسلم و العمل.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أحكام الإجاره حديث ١.

صريحاً، أو بشاهد الحال، و لو فرض توقف الفعل على الأجره كالحج و امتنع المستأجر من التسليم (١) تسلط الأجير على الفسخ (٢).

في ما لو ظهر في الأجره عيب

(و لو ظهر فيها) أى فى الأجره (عيب (٣) فللأجير (٤) الفسخ، أو الأرش مع التعيين) للأجره فى متن العقد، لاقتضاء الإطلاق (٥) السليم (٦)، و تعيينه (٧) مانع من البديل كالبيع فيجبر العيب بالخيار (و مع عدمه) أى عدم التعيين (يطالب بالبديل) (٨)، لعدم تعيين المعيب أجره فإن أوجب إليه (٩)، و إلا جاز له الفسخ (١٠) و الرضا بالمعيب فيطالب بالأرش (١١)، لتعيين المدفوع عوضاً بتعذر غيره.

(١) أى تسليم الأجره، و كان الأجير غير قادر على العمل إلا بقبض الأجره كالذى آجر نفسه للحج.

(٢) لأن إلزامه بالعمل ضرر و هو منفي، و أشكل عليه فى الجواهر بقوله: (و لا يخلو من إشكال بعد فرض إقدامه على الإجاره التى مقتضاها ذلك) انتهى.

(٣) فإن كانت الأجره مطلقه فى الذمه بمعنى أن الإجاره قد وقعت على منفعه دار بعوض، معلوم وصفه و لم يعينه فى الخارج تخير المؤجر بين الفسخ للضرر المنفى و بين المطالبه ببديل المعيب، و عن الشهيدين و جماعه الإشكال فى الفسخ، لأن الأجره أمر كلى هنا، و هو غير منحصر فى المدفوع فيطالب المؤجر بالبديل، نعم لو تعذر العوض توجه الفسخ، و له حين تعذر العوض الرضا بالمعيب مع الأرش عن العوض الفائت فى المدفوع.

و إن كانت الأجره معينه بمعنى أن الإجاره قد وقعت على منفعه دار بهذا العوض المقدر و المعين فى الخارج، فلو ظهر فيه عيب كان للمؤجر الفسخ أو الإمضاء مع الأرش بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لعين الدليل فى المبيع المعين المعيوب، لأن الأدله مطلقه، و سيدكرها الشارح فى الروضه هنا.

(٤) ما مثلناه إنما هو فى الإجاره الواقعه على منفعه عين، و ما مثله الماتن إنما هو فى الإجاره الواقعه على عمل العامل، و لا تفاوت، فكل ما قيل فى المؤجر هناك يقال فى الأجير هنا.

(٥) أى إطلاق الأجره فى عقد الإجاره.

(٦) أى السليم من العيب فى الأجره.

(٧) أى تعيين ما ذكر من الأجره.

(٨) ببديل المدفوع المعيب.

(٩) أى إلى البديل فقد وصل إليه حقه و هو المطلوب.

(١٠) جاز له الفسخ عند تعذر البدل، و إزامه بالمعيب ضرر منقى.

(١١) عوضا عن الجزء الفائت فى المدفوع.

ص: ٣٩٩

(و قيل: له الفسخ) في المطلقة مطلقاً (١) (و هو قريب ان تعذر الإبدال) كما ذكرناه، لا مع بدله، لعدم انحصار حقه في المعيب.

في ما لو جعل أجرتين على تقديرين

(و لو جعل أجرتين على تقديرين (٢) كنقل المتاع في يوم بعينه بأجره و في) يوم (آخر) بأجره (أخرى، أو) جعل أجرتين (إحدهما في الخياطة الرومية) و هي التي بدرزين، (و الأخرى على) الخياطة (الفارسية و هي التي بواحد فالأقرب) (١) سواء تعذر البديل أم لا.

(٢) بأن قال المستأجر للأجير: إن خطته على الطريقه الفلانيه فلك درهم، و إن خطته على الطريقه الأخرى فلك درهمان، أو أن يقول: إن أتيت بهذا العمل في هذا اليوم فلك درهمان، و إن أتيت به غدا فلك درهم.

و عن جماعه منهم الشيخ في المبسوط و العلامه في التذكرة الصحه لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لإطلاق أدله الإجاره بعد صدق المعلومه على عوض الإجاره و منفعتها، فإنهما على كل تقدير معلومان و الواقع لا يخلو منهما، و لقوله تعالى: قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ، عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حَجَّجٍ، فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ، وَ مَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - قَالَ ذَلِكَ بَيْنِي وَ بَيْنَكَ أَيَّمَا الْأَجَلَيْنِ قَضَيْتُ فَلَا عُدْوَانَ عَلَيَّ، وَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ (٢)، و لصحيح أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يكتري الدابه فيقول: اكرتيتها منك إلى مكان كذا و كذا، فإن جاوزته فلك كذا و كذا زياده، و سمى ذلك، قال عليه السلام: لا بأس به كله) (٣) و مثله غيره.

و عن جماعه منهم ابن إدريس و العلامه في المختلف و ولده فخر المحققين و المحقق الثاني البطلان، لأن المعلومه غير صادقه على وجه يرفع الإبهام، لأن المستأجر عليه ليس المجموع، و لا- كل واحد، و إلا لوجب، فيكون واحدا غير معين، و ذلك غرر مبطل للإجاره، كالبيع بثمانين نقدا و نسيئه، أو إلى أجلين، و هو في البيع لا- يرفع الغرر بالاتفاق فيجب مثله في الإجاره، و معه يبطل التمسك بعموم الوفاء بالعقد.

و أما الآيه فهي ظاهره في كون الثاني إحسانا لا تقديرا ثانيا للإجاره، و أما الروايه فهي محموله على الشرط فليست الأجره فيها على تقديرين، بل الأجره على تقدير و الزيادة إن حصلت فلها أجره ثانيه على نحو الشرط في متن العقد.

ص: ٤٠٠

١- (١) سورة المائدة، الآيه: ١.

٢- (٢) سورة القصص، الآيتين: ٢٧ و ٢٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أحكام الإجاره حديث ١.

(الصحة)، لأن كلا الفعلين معلوم، و أجرته (١) معلومه و الواقع لا يخلو منهما، و لأصالة الجواز.

و يشكل بمنع معلوميته (٢) إذ ليس المستأجر عليه المجموع، و لا- كل واحد و إلا لوجبا فيكون واحدا غير معين، و ذلك غرر مبطل لها (٣) كالبيع بثمانين على تقديرين (٤)، و لو تحمل (٥) مثل هذا الغرر لزم مثله فى البيع بثمانين لاشتراكهما (٦) فى العقد اللازم المشتمل على المعاوضه (٧).

نعم لو وقع ذلك جعالة (٨) توجهت الصحة، لاحتمالها (٩) من الجهاله ما لا تحتمله الإجاره (و لو شرط عدم الأجره على التقدير الآخر (١٠) (١) أى أجره كل من الفعلين.

(٢) أى بمنع معلوميه العمل.

(٣) للإجاره.

(٤) نقدا و نسيئه، أو إلى أجلين.

(٥) أى عقد الإجاره.

(٦) أى البيع و الإجاره.

(٧) المشروط فيها عدم الغرر.

(٨) بأن قال المالك: إن فعلته على كذا فلئك كذا، و إن فعلته على تقدير آخر فلئك كذا جعالة، إما أن يصرح بها أو يقول: أجعل من يفعل كذا إلى آخر ما تقدم.

و هذا صحيح عندهم لأن الجعالة تحتمل الجهاله كما سيأتى فى بابها و لذا صحت الجعالة فيمن قال: من ردّ علىّ عبدى فله كذا مع أن موضع العبد غير معلوم بخلاف الإجاره.

و إطلاق أدله الجعالة يشمل موردنا خلافا للعلامه فى المختلف حيث منع من ذلك، لأن الجعالة مفتقره إلى تعيين الجعل و إن جهل العمل، و الجعل هنا غير معيّن.

و ردّ بأن الجعالة تحتمل جهاله الجعل كما تحتمل جهاله العمل و لذا تصح فيمن قال: من ردّ علىّ عبدى فله نصفه، مع أن قيمه الآبق غير معلومه كعدم معلوميه موضعه.

(٩) أى لتحتمل الجعالة.

(١٠) بمعنى لو قال: إن نقلت المتاع اليوم فلئك كذا، و إن نقلته غدا فلا شىء لك، فيبطل عقد الإجاره، و عليه فلو أتى الأجير بالعمل سواء كان على التقدير الأول أو الثانى فله أجره المثل كما هو المشهور، و مستندهم خبران.

الأول: صحيح ابن مسلم (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: إني كنت عند قاض من

ص: ٤٠١

(لم تصح (١) في مسأله النقل) في اليومين، و تثبت أجره المثل على المشهور.

و مستند الحكمين (٢) خبران احدهما صحيح و ليس بصريح فى المطلوب، قضاء المدينه فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني اكرتيت هذا يوافى بحسب السوق يوم كذا و كذا، و إنه لم يفعل، فقال القاضى: ليس له كرى، فقال عليه السّلام: فدعوته و قلت: يا عبد الله ليس لك أن تذهب بحقه، و قلت للآخر: ليس لك أن تأخذ كل الذى عليه، اصطالحا بينكما(١).

و فيه: إنه أجنبى عن المدعى إذ ليس فيه اشتراط عدم الأجره إن لم يوصله.

خبر الحلبي (كنت قاعدا عند قاض من القضاء و عنده أبو جعفر عليه السّلام جالس فأتاه رجلان، فقال أحدهما: إني تكاريت إبل هذا الرجل ليحمل لى متاعا إلى بعض المعادن، و اشترطت عليه أن يدخلى المعدن يوم كذا و كذا، لأنها سوق أتخوف أن تفوتنى، فإن احتبست عن ذلك حططت من الكرى لكل يوم احتبسته كذا و كذا، و إنه حبسنى عن ذلك الوقت كذا و كذا يوما، فقال القاضى: هذا شرط فاسد و فّه كراه، فلما قام الرجل أقبل علىّ أبو جعفر عليه السّلام: فقال: هذا شرط جائز ما لم يحط بجميع كراه)٢.

و وجه الاستدلال أن الشرط على النقصان جائز ما لم يحط بجميع الكرى، فإن أحاط و لا شىء للأجير فغير جائز.

غير أن سند الخبر مشتمل على منصور بن يونس و قد وثقه النجاشى و ضعفه العلامة و غيره لكونه واقفيا، و كان فى يده أموال كثيره فوقف على إمامه الكاظم عليه السّلام و لم يعتقد بإمامه الرضا عليه السّلام لأجل ذلك.

و بما أن النصوص ما هو دال غير حجه و ما هو حجه غير دال إن غضضنا البصر عن عمل المشهور به فلا بدّ من الرجوع إلى الأصول و القواعد الشرعيه المقرره، و هى توجب العلم بالأجره، و العلم بالأجره، هنا غير متحقق، لاختلاف الأجره على التقديرين فعلى الأول له شىء و على الثانى لا شىء له فلا يدرى أجرته حينئذ، و عليه لا بدّ من الحكم بالبطلان، و يكون للأجير أجره المثل لقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(١)أى الإجاره.

(٢)الأول: جعل الأجره على التقديرين، و الثانى سقوط الأجره على التقدير الثانى هكذا فسر، و هو ليس فى محله، لأن الخبرين المذكورين إنما هما مستند الحكم الثانى بتقديره، و عليه فالأولى تفسير الحكمين بتقديرى الحكم الثانى.

ص:٤٠٢

و الآخر ضعيف، أو موثق (١) فالرجوع فيهما (٢) إلى الأصول الشرعية أولى.

و للمصنف رحمه الله في الحكم الثاني (٣) بحث تبّه عليه بقوله: (و في ذلك نظر (٤)، لأن قضيته كل إجاره المنع من نقيضها) (٥) فيمكن أن يجعل مورد الإجاره هنا القسم الذي فرض فيه أجره (٦)، و التعرض للقسم الآخر الخالي عنها (٧) تعرضا في العقد لحكم يقتضيه (٨)، فإن قضيته الإجاره بالأجره المخصوصه في الزمن المعين حيث يطلق عدم (٩) استحقاق شيء لو لم ينقل (١٠)، أو نقل في غيره (١١) (فيكون) على تقدير اشتراط عدم الأجره لو نقله في غير المعين (قد شرط قضيته العقد فلم تبطل) الإجاره (في مسأله النقل، أو في غيرها) مما شاركها في هذا المعنى، و هو (١٢) اشتراط عدم الأجره على تقدير مخالفه مقتضى الإجاره الخاصه (غايه ما في الباب) (١) ضعيف على رأى العلامة و موثق على رأى النجاشي.

(٢) في الحكمين المذكورين.

(٣) و هو شرط سقوط الأجره على التقدير الثاني.

(٤) وجهه أن الإجاره هنا لم تكن على تقديرين، و إنما كانت على تقدير واحد، و هو التقدير الأول من جعل العوض في قبال عمله في الزمن المعين، و من المعلوم أن الإجاره على المنفعه بعوض معلوم في وقت معلوم تقتضى عدم العوض لو أتى بالمنفعه في غير هذا الوقت، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعه أبدا، و هذا اللازم من مقتضيات العقد.

و إذا تقرر ذلك فالإجاره هنا لما كانت على تقدير واحد، و كان لها هذا اللازم فقد جعل هذا اللازم شرطا في متن العقد، و هذا لا يوجب بطلانها، و لازمه ثبوت أجره المسمى لو أتى الأجير بالمنفعه في الوقت المعلوم لا أجره المثل كما ذهب إليه المشهور.

(٥) و نقيضها هو عدم العوض لو لم يأت بالمنفعه في الوقت المعلوم، كعدم العوض لو لم يأت بالمنفعه أبدا.

(٦) و هو التقدير الأول.

(٧) عن الأجره.

(٨) أى يقتضيه العقد الواقع في القسم الأول.

(٩) خبر لقوله (فإن قضيته الإجاره).

(١٠) أبدا.

(١١) غير الوقت المعين في متن العقد.

(١٢) أى هذا المعنى.

(أنه إذا أُخِلَّ بالمشروط) و هو (١) نقله في اليوم المعين (يكون البطلان منسوباً إلى الأجير) حيث فوت الزمان المعين، و لم يفعل فيه (٢) ما شرط عليه فلا يستحق شيئاً، لأنه لم يفعل ما استؤجر عليه.

(و لا يكون) البطلان (حاصلاً من جهة العقد) فلا وجه للحكم ببطلان الإجاره على هذا التقدير (٣)، و إثبات (٤) أجره المثل، بل اللازم عدم ثبوت شيء و إن نقل المتاع إلى المكان المعين في غير الزمان، لأنه فعل ما لم يؤمر به، و لا استؤجر عليه.

و هذا النظر مما لم يتعرض له أحد من الأصحاب، و لا ذكره المصنف في غير هذا الكتاب. و هو نظر موجه، إلا أنه لا يتم إلا إذا فرض كون مورد الإجاره هو الفعل (٥) في الزمن المعين، و ما خرج عنه (٦) خارج عنها (٧). و ظاهر الرواية (٨)، و كلام الأصحاب أن مورد الإجاره كلا القسمين (٩) و من ثم (١٠) حكموا بصحتها (١١) مع إثبات الأجره على التقديرين (١٢) نظراً إلى حصول المقتضى، و هو (١٣) الإجاره المعينه المشتمله على الأجره المعينه (١٤) و إن (١) أى المشروط.

(٢) في الزمان المعين.

(٣) و هو عدم الأجره على الشق الثاني.

(٤) أى و لا وجه للحكم بإثبات أجره المثل كما عليه المشهور.

(٥) و هو التقدير الأول.

(٦) أى عن هذا التقدير الأول.

(٧) عن الإجاره.

(٨) و هى خبر الحلبي.

(٩) من ثبوت الأجره على الفعل في الزمن المعين، و عدم الأجره في غيره.

(١٠) أى من كون كلا القسمين مورداً للإجاره.

(١١) بصحة الإجاره.

(١٢) و هى المسألة الأولى، و هى ثبوت أجره على تقدير و نقصانها على تقدير آخر، و الحاكم بالصحة هو الشيخ في المبسوط و العلامة في التذكرة و جماعه كما تقدم.

(١٣) أى المقتضى، و المراد به مقتضى الصحة.

(١٤) و المعنى فالمنفعة و العوض معلومان على كل من التقديرين، و مع العلم لا بدّ من الحكم بالصحة.

تعددت (١) و اختلفت (٢)، لانحصارها و تعيينها (٣) كما تقدم. و بطلانها (٤) على التقدير الآخر. و لو فرض (٥) كون مورد الإجاره هو القسم الأول خاصه (٦) و هو (٧) النقل فى الزمن المعين لكان الحكم بالبطلان (٨) على تقدير فرض أجره مع نقله فى غيره (٩) أولى (١٠)، لأنه (١١) خلاف قضيه الإجاره (١٢) و خلاف ما تعلق به، فكان أولى بثبوت أجره المثل (١٣).

و جعل القسمين (١٤) (١) أى الأجره و كذا المنفعه.

(٢) أى أجره، فهى على تقدير مغايره لها على التقدير الأخر زياده و نقصانا، و كذا المنفعه فهى على تقدير معجله و على الآخر مؤجله.

(٣) أى الأجره و كذا المنفعه.

(٤) أى الإجاره و هو عطف على قوله (و من ثم حكموا بصحتها مع إثبات الأجره على التقديرين)، و المعنى قد حكموا ببطلان الإجاره المشتمله على تقدير عدم الأجره إذا لم يأت بالمنفعه فى الزمن المعين.

(٥) كما هو مورد الإجاره فى تنظر الماتن.

(٦) و هو ثبوت الأجره على المنفعه فى الزمن المعين.

(٧) أى القسم الأول.

(٨) فى الإجاره فى المسأله الأولى المشتمله لثبوت الأجره على التقديرين.

(٩) أى غير الزمن المعين، و هو التقدير الثانى من المسأله الأولى.

(١٠) وجه الأولويه أن التقدير الثانى من المسأله الثانيه بناء على تعلقها بالتقدير الأول فقط، هو من لوازم عقد الإجاره و مع ذلك حكم بالبطلان، مع أن التقدير الثانى من المسأله الأولى بناء على تعلقها بالتقدير الأول هو مناقض لعقد الإجاره و ليس من لوازمه، إذ لازمه عدم الأجره على خلاف التقدير الأول و ليس لازمه ثبوت أجره و لو أقل. و عليه فإذا كان اشتراط لازم العقد فى المسأله الثانيه مبطلا، لكان اشتراط نقيض العقد فى المسأله الأولى أولى بالبطلان.

(١١) أى فرض الأجره على خلاف التقدير الأول.

(١٢) أى الإجاره المتعلقة بالتقدير الأول لأن لازمه عدم الأجره على تقدير غيره، ففرض أجره على هذا الغير يكون مناقضا

(١٣) لأنه بعد بطلان الإجاره يبطل المسمى و تثبت أجره المثل.

(١٤) أى لو التزم المصنف بكون المسأله الأولى شامله للتقديرين بخلاف المسأله الثانيه فإنها

متعلقها (١) على تقدير ذكر الأجره (٢)، و الأول (٣) خاصه (٤) على تقدير عدمه (٥) فى الثانى (٦) مع كونه (٧) خلاف الظاهر (٨) موجب لاختلاف الفرض بغير دليل.

و يمكن الفرق (٩) بكون تعيين الأجره على التقديرين قرينه جعلهما (١٠) مورد الإجاره (١١) حيث أتى بلازمها (١٢) و هو (١٣) الأجره فيهما (١٤)، و إسقاطها (١٥) فى التقدير الآخر (١٦) قرينه عدم جعله (١٧) موردا (١٨) من حيث نفي اللانزم (١٩) الدال على نفي الملزوم (٢٠)، مختصه بالتقدير الأول فقط فهو بالإضافة إلى أنه على خلاف ظاهر كلام الأصحاب موجب لاختلاف الفرض بين المسألتين بلا دليل.

(١) أى متعلق الإجاره.

(٢) فى كلا التقديرين و هى المسأله الأولى.

(٣) أى القسم الأول و هو التقدير الأول الذى ذكرت الأجره فيه.

(٤) فهو مورد الإجاره فقط.

(٥) أى عدم ذكر الأجره.

(٦) أى فى التقدير الثانى و هو المسأله الثانيه.

(٧) أى هذا الفرق.

(٨) أى ظاهر كلام الأصحاب.

(٩) أى بين المسألتين.

(١٠) أى جعل التقديرين.

(١١) فى المسأله الأولى.

(١٢) أى بلازم الإجاره.

(١٣) أى اللانزم.

(١٤) فى التقديرين.

(١٥) أى إسقاط الأجره.

(١٦) من المسأله الثانيه.

(١٧) أى عدم جعل التقدير الثانى.

(١٨) أى موردا للإجاره فى المسأله الثانيه.

(١٩) و هو نفى الأجره.

(٢٠) و هو الإجاره.

ص: ٤٠٤

و حينئذ (١) فتنزله على شرط قضيه العقد أولى من جعله (٢) أجنبيا (٣) مفسدا للعقد بتخلله بين الايجاب و القبول (٤).

فى أنه لا بد من كون المنفعه مملوكه فى إيجار المستأجر

(و لا بد) فى صحه الإجاره (٥) على وجه اللزوم (٦) (من كون المنفعه مملوكه له) أى للمؤجر، (أو لمولاه) و هو من يدخل تحت ولايته بنوه، أو وصايه، أو حكم (سواء كانت مملوكه له بالأصالة) كما لو استأجر العين فملك منفعتها بالأصالة لا بالتبعيه للعين، ثم أجرها، أو أوصى له بها (٧)، (أو بالتبعيه) لملكه للعين.

(و للمستأجر أن يؤجر) (٨) العين التى استأجرها، (إلا مع شرط) المؤجر (١) أى حال كون التقدير الثانى من المسأله الثانيه ليس موردا للإجاره فيجعل شرطا و لمقتضى الإجاره على ما مضى.

(٢) أى جعل التقدير الثانى فى المسأله الثانيه.

(٣) أى أجنبى عن الإجاره المتعلقه بالتقدير الأول.

(٤) فضلا عن إفساده للعقد من جهه ثانيه و هى تجهيل الأجره و قد تقدم الكلام فيه فضلا عن الخبر.

يبقى وجه الأولويه فى كلام الشارح ناشئه من كون الأصل فى العقود الصحه، فإذا حمل التقدير الثانى على كونه شرطا مع إبقاء صحه العقد فهو أولى من جعله مورد للإجاره و مبطلا لها و هو على خلاف أصاله الصحه فى العقود.

(٥) يشترط أن تكون المنفعه التى وقع عليها عقد الإجاره مملوكه للمؤجر، بلا خلاف فيه، و هذا من الواضحات ضروره عدم تحقق المعاوضه فى غير المملوك، فلا يصح لزيد مثلا أن يعاوض عن مال غيره، و إنما يصح أن يعاوض عن مال نفسه. و عليه فالمنفعه إما مملوكه للمؤجر كما سمعت أو مملوكه لشخص يكون المؤجر نائبا عنه بوكاله أو وصايه أو ولايه كالحاكم الشرعى، و بالنيابه عنه يصح أن يتصرف فى مال المنوب عنه.

ثم مملوكيه المنفعه للمؤجر إما أن تكون تبعا لملك العين أو منفرده، و الأول كمن يملك الدار، و هو يملك منافعتها تبعا، و الثانى كمن يملك منفعتها فقط كمن أوصى إليه بمنفعه الدار أو كانت موقوفه عليه، و على كل فمع الملكيه فهو حر التصرف فيها و له أن يعاوض عليها كيفما شاء، بلا خلاف فى ذلك كله.

(٦) احتراز عن عقد الفضولى، فإنه صحيح لا على وجه اللزوم، و لكنه موقوف على الإجاره.

(٧) بالمنفعه.

(٨) يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التى استأجرها، بلا خلاف فيه، لقاعده (الناس مسلطون على

الأول عليه (١) (استيفاء المنفعة بنفسه) فلا يصح له (٢) حينئذ (٣) أن يؤجر (٤)، إلا أن يشترط المستأجر الأول على الثاني (٥) استيفاءه (٦) المنفعة له بنفسه (٧) فيصح أن يؤجر أيضا، لعدم منافاتها (٨) لشرط المؤجر الأول، فان استيفاء (٩) المنفعة بنفسه أعم من استيفائها لنفسه (١٠)، و على تقدير جواز إيجاره (١١) لغيره هل يتوقف تسليم العين (١٢) على إذن مالكيها؟ قيل: نعم (١٣)، إذ لا يلزم من استحقاقه أموالهم (١٤)، فهو بعد تملكه المنفعة بعقد الإجاره مسلط عليها كيفما شاء، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا استأجر دارا بعشره دراهم فسكن ثلثها بعشره دراهم لم يكن به بأس، و لا- يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إلا أن يحدث فيها شيئا) (٢)، و هي و إن كانت وارده في عدم صحه الإجاره بالأكثر إلا أنها تدل على جواز أن يؤجر المستأجر ما ملكه بعقد الإجاره.

(١) على المستأجر الأول.

(٢) للمستأجر الأول.

(٣) أى حين الاشتراط المذكور عليه.

(٤) عملا بالشرط بلا إشكال و لا خلاف فى ذلك، لأنه بالإجاره الثانيه سيستوفى المنفعة غير المستأجر الأول و هو على خلاف الشرط.

(٥) على المستأجر الثاني.

(٦) أى استيفاء المستأجر الأول المنفعة للمستأجر الثاني.

(٧) بنفس المستأجر الأول.

(٨) أى منافاه الإجاره الثانيه.

(٩) أى المستأجر الأول.

(١٠) و لغيره.

(١١) أى إيجار المستأجر الأول.

(١٢) من المستأجر الأول للمستأجر الثاني.

(١٣) كما هو قول الشيخ فى النهايه و الحلّى فى السرائر و العلامه فى القواعد و المحقق الثاني فى جامعه، لأن استحقاقه استيفاء المنفعة و الاذن له فى التسليم من قبل المالك لا يدلان على جواز تسليمها لغيره، و لو فعل لضمن.

١- (١) بحار الأنوار ج ٢ ص ٢٧٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٣.

استيفاء المنفعة، و الاذن له فى التسليم جواز تسليمها لغيره فى ضمن لو سلمها بغير إذن.

و قيل (١): يجوز تسليمها من غير ضمان، لأن القبض من ضرورات الإجاره للعين و قد حكم بجوازها (٢)، و الاذن فى الشىء إذن فى لوازمه.

و هذا هو الذى رجحه المصنف فى بعض حواشيه، و فيه قوه و يؤيده صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام فى عدم ضمان الدابه المستأجره بالتسليم إلى الغير، و غيرها (٣) أولى.

(و لو آجر الفضولى فالأقرب الوقوف على الإجاره) كما يقف غيرها (٤) من (١) كما عن الشهيدين و سيد الرياض و جماعه، لأن القبض من ضروريات الإجاره فلا بد أن يأذن المالك بالقبض، و الاذن بالقبض إذن فى الاستيلاء على العين لاستيفاء منافعها، و الاستيفاء أعم من كونه بنفس المستأجر الأول أو بعقد إجاره ثانيه، فالمالك قد أذن له بالقبض المستلزم للاستيفاء الأعم من كونه بنفسه أو بغيره، و الاذن بالشىء إذن فى لوازمه، و إذا جاز للأول أن يسلم المستأجر الثانى من غير إذن المالك فهو ليس بضامن عند التلف أو النقصان، و يشهد له صحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن رجل استأجر دابه فأعطاه غيره فنفتت، فما عليه؟ قال عليه السّلام: إن شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شىء) (١).

و إذا دلت الروايه على جواز الاستيفاء من غير المستأجر الأول، فتدل على جوازه سواء كان بعقد إجاره أو بإذن من المستأجر الأول.

هذا و جعلها مؤيدا كما فى الروضه هنا ليس فى محله بعد صراحتها على المطلوب، و لذا قال فى المسالك: (و الأقوى عدم الضمان لصحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام).

(٢) أى جواز الإجاره الثانيه، و هى مما لا خلاف فيه، و هى من لوازم الإجاره الأولى، و الاذن فى الأولى إذن فى لوازمها و هى الإجاره الثانيه.

(٣) أى غير الدابه التى وقعت موردا للسؤال فى الروايه، و وجه الأولويه أن الدابه بحاجه إلى عناية أكثر من الدار و الثوب لو وقعت الإجاره على منفعتها أو خياطته.

(٤) أى غير الإجاره.

ص: ٤٠٩

العقود (١)، و خصها بالخلاف (٢)، لعدم النص فيها (٣) بخصوصه، بخلاف البيع، فإن قصه عروه البارقي مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ في شراء الشاه تدل على جواز بيع الفضولي و شرائه، فقد يقال باختصاص الجواز بمورد النص (٤)، و الأشهر توقفه على الإجازة مطلقا (٥).

(و لا- بد من كونها) أي المنفعة (معلومه (٦) إما بالزمان) فيما لا يمكن ضبطه (١) قال الشارح في المسالك: (و لو آجر غير المالك شيئا مما يصح للمالك إيجاره فضوليا - أي بدون إذن المالك - هل يقع باطلا أو يقف على الإجازة قولان، و لا خصوصيه لهما بالإجازه، بل الخلاف وارد في جميع عقود الفضولي) انتهى، و قد تقدم الخلاف مفصلا في كتاب البيع.

(٢) أي خص الإجاره هنا بالخلاف لاحتمال أن يقال أن الدليل الدال على وقوف عقد الفضولي على الإجازة هو قضيه عروه البارقي، حيث أمره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بشراء شاه بدینار، فاشترى شاتين به، ثم باع إحدهما بدینار، و ردّ الدینار مع الشاه الأخرى إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فأجازة بقوله: بارك الله في صفقه يمينك (١).

و أنه مختص بالبيع دون غيره، و في غيره البطلان، و فيه: لم يذهب أحد إلى أن عقد الفضولي متوقف على الإجازة في البيع، و بالحل في الإجاره، بل المشهور على التوقف مطلقا، و ابن إدريس و الفخر على البطلان مطلقا إلا في النكاح لورود الأخبار فيه.

(٣) في الإجاره.

(٤) و هو البيع فقط.

(٥) في البيع و غيره من بقيه العقود.

(٦) قد تقدم اشتراط العلم بالمنفعة و الأجره للغرر، و تقدم أن الأجره تعلم بالكيل أو الوزن أو العد إذا كانت من هذه الأمور الثلاثه و إلا- فالمشاهده، و تقدم أن المنفعة تعلم بتقدير العمل أو بتقدير الزمان، و الأول كمن استأجر أجيرا على خياطه هذا الثوب، أو استأجر الدابه لركوبها إلى الموضع المعين، و الثاني كاستئجار الأجير للخياطه شهرا أو استئجار الدابه لركوبها شهرا، و التقدير بكل منهما موجب لرفع الجهاله عرفا التي هي المدار في رفع الغرر.

ثم إن كل منفعة تعلم بالعمل و تعلم بالزمان فيكفي تقديرها بأيهما كان، هذا و بعض

ص: ٤١٠

إلا- به (كالسكنى) و الارضاع (و إما به (١) أو بالمسافه (٢) فيما يمكن ضبطه بهما (كالركوب) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كركوب شهر، و بالمسافه كالركوب إلى البلد المعين،(و إما به (٣) أو بالعمل) كاستئجار الأدمى لعمل (كالخياطه) فإنه يمكن ضبطه بالزمان كخياطه شهر، و بالعمل كخياطه هذا الثوب.

(و لو جمع بين المده و العمل) (٤) كخياطه الثوب فى هذا اليوم (فالأقرب) المنافع لا يمكن ضبطها إلا بأحدهما كالارضاع فلا بدّ من ضبطه بالزمان كاستئجارها للإرضاع شهرا، و الفحل للضراب لا بدّ من ضبطه بالعمل كالمهر و المرتين دون الزمان و هذا واضح.

(١)بالزمان.

(٢)هو تقدير بالعمل، فجعلها قسيما للعمل ليس فى محله.

(٣)بالزمان.

(٤)على منفعه يمكن ضبطها بأحدهما، كخياطه هذا الثوب فى هذا اليوم، فالخياطه يمكن تقديرها بالعمل كخياطه هذا الثوب، و يمكن تقديرها بالزمن كخياطه هذا اليوم.

و لو جمع بينهما فلا- تخلو المده إما ظرفا مطلقا و إما ظرفا للتطبيق، و على الأول بحيث أريد من الظرف الإطلاق بمعنى إرادته الخياطه و أن تقع فى هذا اليوم و إن بقى شىء من اليوم بعد انتهاء العمل، و عليه فإن علم اتساع المده لوقوع الفعل فلا ريب فى الصحه حينئذ، و إن علم بعدم الاتساع فلا- ريب فى الفساد للعجز. و على الثانى بحيث أريد من الظرف التطبيق بمعنى إرادته الخياطه و أن يشرع الأجير فيها فى ابتداء اليوم و ينتهى منها بانتهاء ذلك اليوم، و هو باطل حينئذ على المشهور، لاستلزامه الغرر، لإمكان انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل و بالعكس، و إذا انتهى الزمن قبل العمل فإما أن يؤمر بإكمال العمل و إما لا، و لا ثالث، و على الأول لزم العمل فى غير المده المشترطه، و على الثانى يكون تاركا للعمل الذى وقع عليه العقد.

و أما إذا انتهى العمل قبل الزمن فإما أن يؤمر بالعمل و إما لا، و لا ثالث، فإن أمر بالعمل بعد تماميه عمل الثوب لزم الزيادة فى العمل عما وقع عليه العقد، و إن لم يؤمر كان تاركا للعمل فى المده المشروطه، و جميع اللوازم الأربعة على خلاف عقد الإجاره، و غالبا ما يتفق عدم المطابقه بين انتهاء العمل و انتهاء المده فلا يعلم الأجير بإمكان التوافق ليسلم له العقد فيلزم الغرر، و عند عدم التوافق لا بدّ من لازم من الأربعة المتقدمه و هو لازم على خلاف العقد، و ذهب العلامة فى المختلف إلى الصحه، و قال عنه فى المسالك:

(و اختار فى المختلف الصحه محتجا بأن الغرض إنما يتعلق فى ذلك غالبا بفراغ العمل،

(البطلان إن قصد التطبيق) بين العمل، و الزمان بحيث يبدأ بابتدائه و ينتهى بانتهاؤه، لأن ذلك مما لا يتفق غالباً، بل يمكن انتهاء الزمان قبل انتهاء العمل و بالعكس، فإن أمر بالاكمال فى الأول (١) لزم العمل فى غير المده المشروطه، و إلا (٢) كان تاركاً للعمل الذى وقع عليه العقد، و إن أمر فى الثانى (٣) بالعمل إلى أن تنتهى المده لزم الزيادة على ما وقع عليه العقد، و إن لم يعمل كان تاركاً للعمل فى المده المشروطه.

و لو قصد مجرد وقوع الفعل (٤) فى ذلك الزمان صح مع إمكان وقوعه فيه، ثم إن وقع فيه (٥) ملك الأجره، لحصول الغرض، و إن خرجت المده قبله (٦)، فإن كان (٧)، قبل الشروع فيه (٨) بطلت (٩)، و إن خرجت (١٠) فى أثناءه استحق المسمى لما فعل.

و فى بطلانها (١١) فى الباقي (١٢)، أو تخيير المستأجر بين الفسخ فى الباقي، و لا ثمره مهمه فى تطبيقه على الزمان، و الفراغ أمر ممكن لا غرر فيه - إلى أن قال - و الحق أن ما ذكره إنما يتم لو لم يقصد المطابقه، و هو خلاف موضع النزاع) انتهى.

(١) فى انتهاء الزمن قبل انتهاء العمل.

(٢) أى و إن لم يؤمر بالإكمال.

(٣) فى انتهاء العمل قبل انتهاء الزمن.

(٤) بأن كان الزمن ظرفاً مطلقاً، و قد تقدم شرحه.

(٥) أى وقع العمل فى الزمن المعين.

(٦) قبل انتهاء العمل و المده ظرف مطلق.

(٧) أى خروج الوقت.

(٨) فى العمل.

(٩) لوقوعها على منفعه الأجير فى الزمن المعين، و قد ارتفعت أعنى الإجاره بمضى الزمن فلا موضوع للإجاره حينئذ فتبطل.

(١٠) أى المده بحيث خرجت فى أثناء العمل فما وقع من العمل فى أثناء المده يستحق الأجير نسبه من المسمى، بمعنى أن تقسط الأجره على الجميع فيأخذ من الأجره ما أنجزه، فلو أنجز نصف العمل و كانت الأجره مائه فيستحق خمسين و هكذا.

(١١) أى الإجاره.

(١٢) أى بقيه العمل الذى سيقع خارج الوقت فيحتمل البطلان لعدم وقوع تمام العمل فى

أو الإجازة فيكمل خارجة و يستحق المسمى (١) وجهان. وقيل: يستحق مع الفسخ أجره مثل ما عمل، لا المسمى (٢). و الأوسط (٣) أجود.

في أنه لا يعمل الأجير لغير المستأجر

(و لا يعمل الأجير الخاص) (٤) و هو الذى يستأجره للعمل بنفسه مده معينه المده، و يحتمل التخيير للمستأجر لا للأجير بين فسخ الإجاره و الإمضاء فى الإكمال، أما الفسخ لأن إزام الإجاره عليه خارج الوقت قد يكون على خلاف غرضه، إذ قد يتعلق غرضه بإتمام العمل فى الوقت المعين، و أما الإمضاء فلأن عقد الإجاره قد وقع على العمل فقط و الزمن ظرف و قيد فقط، و إذا فات القيد فيبقى مورد الإجاره باقيا، و مع بقاءه فلا موجب للحكم بالبطلان إلا إذا لم يرض المستأجر فبطل.

(١) لأن الذى وقع فى قبال العمل هو الأجره المسماه بمقتضى العقد لا أجره المثل.

(٢) لأنه مع الفسخ يبطل عقد الإجاره، و مع البطلان فلا مسمى فى قبال مجموع العمل حتى يقسط على ما أنجزه، فلا بد أن يكون للأجير أجره المثل عما عمل بعد عدم كونه متبرعا، لأنه أقدم على أن له الأجره و لم تسلم.

(٣) و هو أن للمستأجر الفسخ و الإجازة، و مع الإجازة يستحق المسمى.

(٤) المراد من الأجير الخاص هو الذى أجر نفسه على وجه تكون جميع منافعه للمستأجر فى مده معينه، و لذا عرّف بأنه الذى يستأجر للعمل بنفسه مده معينه.

و بما أن لا خصوصيه لهذا التعريف لعدم وروده فى الأخبار قال بعضهم: إن الأجير الخاص كما ينطبق حقيقه على ما تقدم ينطبق على من يؤجر نفسه لعمل قد اشترط عليه فى عقد الإجاره الابتداء به فى يوم معين و اشترط عليه عدم التوانى إذا باشر فيه، و هذه الإجاره الثانيه بشرطها تفيد أن منافع الأجير من حين الابتداء بالعمل فى ذلك اليوم إلى حين الانتهاء مملوكه للمستأجر.

و إذا تقرر معنى الأجير الخاص فلا يجوز له أن يؤجر نفسه لغير المستأجر فى هذه المده، بل لا يجوز له أن يعمل فى هذه المده لنفسه أو لغيره تبرعا، لأن منافعه فى هذه المده ملك للمستأجر، نعم إذا أذن المستأجر بذلك يصح للأجير حينئذ التصرف بمنافعه تبعا للأذن.

ثم هذا كله إذا كان عقد الإجاره قد نصّ على أن جميع منافع الأجير فى هذه المده موردا للإجاره، و أما لو كان عقد الإجاره، مطلقا كما إذا وقعت الإجاره على أن منافع الأجير فى هذا الأسبوع للمستأجر فهناك انصراف إلى منافعه النهاريه دون الليليه، و عليه يصح للأجير أن يؤجر نفسه فى الليل لغير المستأجر إذا لم يؤد عمله فى الليل بمقتضى الإجاره الثانيه إلى ضعف فى العمل المستأجر عليه بحسب الإجاره الأولى، و إن أدى إلى الضعف

حقيقه أو حكما كما إذا استؤجر لعمل معين، أول زمانه (١) اليوم المعين، بحيث لا يتوانى فيه بعده (٢) (لغير المستأجر) إلا بإذنه، لانحصار منفعتة فيه (٣) بالنسبة إلى الوقت الذي جرت عاداته (٤) بالعمل فيه كالنهار (٥)، أما غيره كالليل فيجوز العمل فيه لغيره (٦) إذا لم يؤد (٧) إلى ضعف في العمل المستأجر عليه (٨).

و في جواز عمله لغيره في المعين (٩) عملا- لا ينافى حقه (١٠)، كإيقاع عقد في حال اشتغاله بحقه (١١) وجهان، من التصرف (١٢) في حق الغير، و شهاده (١٣) الحال.

فلا تصح الثانيه لوجوب الوفاء بالأولى على النحو المطلوب، و المطلوب هو العمل في النهار من دون ضعف.

(١) أي زمان العمل المعين.

(٢) أي لا يتوانى في العمل بعد أول زمانه.

(٣) أي لانحصار منفعة الأجير في المستأجر.

(٤) أي عادته الأجير.

(٥) إذا كان هناك انصراف و كان عقد الإجاره مطلقا، و أما مع التنصيص على جميع الوقت فلا انصراف.

(٦) لغير المستأجر.

(٧) أي لم يؤد العمل في الليل لغير المستأجر.

(٨) و هو العمل في النهار.

(٩) أي هل يجوز للأجير أن يعمل لغير المستأجر في الزمن المعين عملا و لو تبرعا لا يتنافى مع عقد الإجاره كإيقاع عقد في حال اشتغاله بالخياطة المستأجر عليها، أو إيقاع عقد حاله تردده في الطريق إلى العمل.

(١٠) أي حق المستأجر.

(١١) أي بحق المستأجر.

(١٢) دليل العدم، و الحاصل أن ارتفاع العقد كما في المثال منفعه، و قد تملكها المستأجر بعقد الإجاره فلا يجوز للأجير أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه.

(١٣) دليل الجواز و الحاصل أن الحال يشهد بالاذن في مثل ذلك، لأن العمل الصادر غير مناف لحق المستأجر و هو يدل على عدم اشتراط إذن المستأجر فيه.

و مثله (١) عمل مملوك غيره (٢) كذلك (٣). و باعتبار هذا الانحصار (٤) سمي (٥) خاصا، إذ لا يمكنه (٦) أن يشرك غير من استأجره في العمل في الزمان المعهود، فإن عمل لغيره في الوقت المختص فلا- يخلو إما أن يكون بعقد إجاره، أو جعله، أو تبرعا، ففي الأول (٧) يتخير المستأجر بين فسخ عقد نفسه لفوات المنافع التي وقع عليها العقد، أو بعضها، و بين ابقائه (٨)، فإن اختار الفسخ و كان ذلك قبل أن يعمل الأجير شيئا (٩) فلا شيء عليه (١٠)، و إن كان (١١) بعده (١٢) (١) أي مثل الفرع السابق من صدور بحمل من الأجير غير مناف لحق المستأجر.

(٢) أي عمل العبد إذا كان ملكا للغير، فاستيفاء بعض منافعه التي لا تتنافى مع حق السيد بدون إذن مولاه مما يجرى فيه الخلاف المتقدم.

(٣) أي لا ينافى حق المولى.

(٤) أي انحصار جميع منافع الأجير في المدة المعينه للمستأجر كما تقدم.

(٥) أي الأجير.

(٦) أي الأجير.

(٧) أن يعمل للغير بعقد إجاره، فالإجاره الثانيه فضوليه، لأن الأجير أوقعها على منافعه حال كونها مملوكه للغير، و المستأجر الأول بالخيار بين الرضا به و بين فسخه هذا بالنسبه للعقد الثاني، و أما العقد الأول فيجوز للمستأجر كذلك فسخه و الرضا به، لفوات بعض المنافع لغيره إذ المفروض أن الأجير قد عمل للغير.

و على كل فإن فسخ المستأجر عقد نفسه فإن كان الأجير لم يعمل له شيئا فلا يستحق الأجير أجره المسمى لعدم إتيانه بالفعل، و إن كان الأجير عمل شيئا للمستأجر ثم عمل لغيره، فيستحق الأجير عند فسخ المستأجر مسمى ما فعل، لأن الأجره موزعه على جميع الحمل، و قد أقدم الأجير على بعض العمل في قبال العوض لا- تبرعا مع احتمال أن يثبت له أجره مثل ما عمل لا أجره مسمى ما فعل.

و أما لو أبقى المستأجر على عقد نفسه فمنافع الأجير ملك له إلا أن هناك عقدا فضوليا عليها سيأتي الكلام فيه.

(٨) أي إبقاء عقد نفسه.

(٩) للمستأجر.

(١٠) على المستأجر لعدم إتيان الأجير بأى فعل.

(١١) أي الفسخ.

(١٢) بعد عمل الأجير.

تبعضت الإجاره، و لزمه (١) من المسمى بالنسبه، و إن بقى على الإجاره (٢) تخير فى فسخ العقد الطارئ، و إجازته (٣) إذ المنفعه (٤) مملوكه له (٤) فالعاقد (٤) عليها فضولى، فإن فسخه (٧) رجع إلى أجره المثل (٨) عن المده الفائته، لأنها (٩) قيمه العمل المستحق له (١٠) بعقد الإجاره و قد اتلف (١١) عليه، و يتخير فى الرجوع بها (١٢) على الأجير، لأنه المباشر للاتلاف، أو المستأجر (١٣)، لأنه المستوفى، و إن اجازته (١٤) (١) أى لزم المستأجر من مسمى الأجره بنسبه ما فعل الأجير مع احتمال ثبوت أجره مثل ما عمل.

(٢) أى بقى المستأجر على عقد نفسه.

(٣) لأن العقد الطارئ عقد فضولى متوقف على رضا المستأجر، لأنه المالك لمنافع الأجير.

(٤) أى منفعه الأجير.

(٥) للمستأجر.

(٦) و هو الأجير.

(٧) أى فسخ المستأجر العقد الفضولى فلا بدّ أن يطالب بقيمه المنافع التى بذلها الأجير للثالث، لأن منافع الأجير هى للمستأجر و قد كانت تحت يد الأجير و استوفاهها ثالث، غير أن الأجير غير مأذون بالتصرف فيها فهو ضامن، و الثالث قد تصرف فيها حال كونها ملكا للغير فهو ضامن أيضا، و عليه فيجوز للمستأجر الرجوع على الأجير و على الثالث.

(٨) و هى قيمه المنافع المستوفاه من الأجير للثالث.

(٩) أى أجره المثل.

(١٠) للمستأجر.

(١١) أى العمل.

(١٢) بأجره المثل.

(١٣) أى المستأجر الثانى و هو الثالث.

(١٤) أى أجاز المستأجر العقد الفضولى فيملك حينئذ المسمى فى هذا العقد، لأنه عوض المنافع التى هى مملوكه للمستأجر المجيز، و هنا إما أن يكون الأجير قد قبض المسمى فى هذا العقد أو لا، و على الثانى فالمستأجر يطالب بالمسمى نفس الثالث و لا يطالب الأجير، لأن المالك يطالب بالعوض من انتقل إليه المعوض، و المعوض هو عند الثالث.

و على الأول فالمسمى إما أن يكون معينا أو كليا فى الذمه، و على الأول فيطالب المستأجر بالمسمى المعين من هو تحت يده، و

المفروض أنه مقبوض من الأجير فيطالب الأجير به، ولو نقله الأجير عن ملكه بعقد فيطالب المستأجر من اشتراه وهكذا على الثاني فيما أن

ص: ٤١٦

ثبت له (١) المسمى فيه (٢)، فإن كان (٣) قبل قبض الأجير له (٤) فالمطالب به المستأجر (٥)، لأن الأجير هنا بمنزله فضولى باع ملك غيره فأجاز المالك، فإن الفضولى لا يطالب بالثمن، وإن كان (٦) بعد القبض و كانت الأجره معينه فالمطالب بها من هى فى يده، و إن كانت (٧) مطلقه فإن أجاز (٨) القبض أيضا (٩) فالمطالب الأجير، و إلا (١٠) المستأجر، ثم المستأجر (١١) يرجع على الأجير بما قبض مع جهله (١٢)، أو عمله (١٣)، و بقاء العين، و إن كان عمله بجعله (١٤) تخير مع عدم يجيز المستأجر القبض أيضا كما أجاز العقد، لأن العوض أمر كلى غير متعين فى مصداق و مع إجازته للقبض فقد رضى بحقه الكلى المتعين فى مصداق و عليه فيطالب المستأجر الأجير حينئذ، لأن المقبوض تحت يد الأجير و إما أن لا يجيز القبض فيكون العوض ما زال فى ذمه الثالث الذى هو المستأجر الثانى، فيطالبه المستأجر المجيز، نعم يرجع المستأجر الثانى على الأجير بما دفعه إليه لظهور أن المدفوع إليه لم يكن عوضا.

(١) للمستأجر.

(٢) فى العقد الطارئ.

(٣) أى ما أجازته المستأجر.

(٤) لمسمى العقد الطارئ.

(٥) أى المستأجر الثانى.

(٦) أى ما أجازته المستأجر.

(٧) أى الأجره المسماه فى العقد الفضولى.

(٨) أى المستأجر.

(٩) كما أجاز العقد الطارئ.

(١٠) أى و إن لم يجز القبض فيطالب المستأجر الثانى.

(١١) أى الثانى يرجع على الأجير بما قبضه إذا كان الثانى جاهلا بأن الأجير فضولى سواء أ تلف الأجير ما قبضه أم لا، لأنه مغرور، و المغرور يرجع على من غره.

(١٢) مطلقا سواء أ تلف الأجير ما قبضه أم لا.

(١٣) أى علم المستأجر الثانى بأن الأجير فضولى فيرجع عليه بما قبضه بشرط بقاء العين، أما مع تلفها فلا رجوع، لأن المستأجر الثانى يعلم بكون الأجير فضوليا و قد سلطه على إتلاف العوض، نعم مع بقاء العين و لو سلطه على الإتلاف فيجوز له الرجوع ما دام ملكه موجودا.

(١٤) أى لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر بجعله فالمستأجر مخير بين فسخ عقد نفسه

ص: ٤١٧

فسخ إجارته بين إجازته (١) فيأخذ المسمى، و عدمه (٢) فيرجع بأجره المثل، و إن عمل تبرعا (٣) و كان العمل مما له أجره في العاده تخير مع عدم فسخ عقده بين مطالبه من شاء منهما (٤) بأجره المثل، و إلا (٥) فلا شيء، و فى معناه (٦) عمله لنفسه (٧)، و لو حاز (٨) شيئا من المباحات بنيه التملك ملكه، و كان حكم الزمان المصروف فى ذلك (٩) ما ذكرناه (١٠).

(و يجوز للمطلق) (١١) و هو الذى يستأجر لعمل مجرد عن المباشرة مع تعيين و إمضائه لعين الدليل السابق فى صوره الإجاره، و إن أمضى العقد الأول فهو مخير بين فسخ عقد الجعالة و إمضائه، لعين الدليل السابق أيضا فى صوره الإجاره، و إن أمضى عقد الجعالة استحق المسمى فيه، و لو فسخه و المفروض أن الأجير قد عمل للثالث فيستحق المستأجر أجره المثل عن هذا العمل كما فى صوره الإجاره.

(١) أى إجازته عقد الجعالة.

(٢) أى عدم ما ذكر من الإجازة و هو الفسخ.

(٣) أى لو عمل الأجير الخاص لغير المستأجر تبرعا، فالمستأجر الأول مخير بين فسخ عقد نفسه و إمضائه، لعين الدليل فى صوره الإجاره، و لو فسخ فىأتى الكلام المتقدم فى صوره الإجاره، و إن أمضى فيطالب هنا بأجره المثل عما وقع من منافع الأجير لغيره إن كان لها أجره مثل، و المطالب هو الأجير أو الثالث و على أيهما رجع جاز لما قلناه سابقا فى صوره الإجاره، و لو لم تكن لهذه المنافع أجره مثل فلا شيء له. و كذا نفس الكلام لو عمل الأجير المختص لنفسه.

(٤) من الأجير و الثالث.

(٥) أى و إن لم يكن للعمل أجره فى العاده.

(٦) أى معنى التبرع.

(٧) أى لنفس الأجير.

(٨) أى حاز الأجير الخاص شيئا من المباحات حال كون جميع منفعه ملكا للمستأجر، فلو حاز شيئا من المباحات الأصلية بنيه التملك لنفس الأجير تملك الأجير ذلك، لأن الحياز المباح مع نيه التملك سبب للملك المحيز.

(٩) فى الحيازه.

(١٠) هو ثبوت أجره المثل لإتلافه على المستأجر.

(١١) المراد من الأجير المطلق هو الذى يستأجر لعمل مجرد، إما مجرد عن المباشرة بنفسه، و إما مجرد عن الوقت المعين و إما مجرد عنهما، و الأجير المطلق إذا كان مستأجرا ليعمل واحدا

المده كتحصيل الخياطه يوما، أو عن (١) المده مع تعيين المباشره كأن يخطط له ثوبا بنفسه من غير تعرض إلى وقت، أو مجرد عنهما (٢) كخياطه ثوب مجرد عن تعيين الزمان، وسمى مطلقا (٣)، لعدم انحصار منفعتة (٤) في شخص معين، فمن ثم جاز له (٥) أن يعمل لنفسه وغيره. وسميته بذلك أولى من تسميته مشتركا كما صنع غيره، لأنه (٦) في مقابله المقيد و هو الخاص، و يباين هذا (٧) الخاص باعتباره الثلاثه (٨) إذ الأول (٩) مطلق بالنسبه إلى المباشره. و الثاني (١٠) بالنسبه إلى المده.

و الثالث (١١) فيهما معا.

من الأقسام الثلاثه فيجوز له أن يعمل لغير المستأجر و لو بعقد إجاره ثان، و لا يتخيل المانع عن صحه الإجاره الثانيه إلا المنافاه بين الإجارتين، و هي منتفيه هنا، لأن الإجاره الأولى قد تعلقت بعمل هو كالدين في الذمه، و هذا لا ينافيه عمل آخر كالدين في الذمه إذا تعلق به إجاره ثانيه.

(١) أي مجرد عن المده.

(٢) عن المده و المباشره.

(٣) عتبر الكثير عنه بالمشترك لعدم انحصار منفعتة لشخص معين، فصدق الاشتراك عليه حقيقه من حيثه أنه يحق له أن يعمل للمستأجر الأول و يحق له أن يعمل لغيره فيجوز له أن يشرك مع المستأجر الأول غيره على عمل بشرط تغاير متعلق الإجارتين.

هذا و باعتبار أن المطلق في قبال الخاص الذي تقدم تعريفه و هو الذي كانت جميع منافعه في مده معينه للمستأجر، فهو مقيد بقيد الزمن و المباشره، و بما أن الخاص هو المقيد فيناسب لمقابله أن يكون مطلقا لا مشتركا، و لذا كان المطلق تاره مجردا عن قيد الزمن و أخرى عن قيد المباشره و ثالثه عنهما معا.

و لهذا كله عدل الشهيد عن تعبيرهم و عتبر عنه بلفظ المطلق.

(٤) أي منفعه المطلق.

(٥) للمطلق.

(٦) أي المطلق.

(٧) أي المطلق، و هو فاعل لقوله (يباين)، و الخاص مفعول به.

(٨) من كونه مجردا عن المباشره، و مجردا عن الزمن و مجردا عنهما.

(٩) و هو مجرد عن المباشره.

(١٠) و هو مجرد عن الزمن.

(١١) وهو المجرد عن المباشرة و الزمن.

ص: ٤١٩

و للمصنف رحمه الله قول (١) بأن الإطلاق (٢) فى كل الإجازات يقتضى التعجيل، و أنه (٣) يجب المبادرة إلى ذلك الفعل، فإن كان مجردا عن المده خاصه فبنفسه (٤)، و إلا (٥) تخير بينه، و بين غيره، و حينئذ (٦) فيقع التنافى بينه (٧)، و بين عمل آخر فى صوره المباشره (٨)، و فرّع عليه (٩) عدم صحه الإجاره الثانيه فى صوره التجرد عن المده مع تعيين المباشره كما منع الأجير الخاص، و يرشد إليه (١٠) ما تقدم فى الحج من عدم صحه الإجاره الثانيه مع اتحاد زمان الايقاع (١١) (١) فى بعض تحقيقاته كما فى المسالك و حاصله أن كل إجاره مطلقه من ناحيه الزمن فيجب التعجيل على الأجير فى الفعل، فلو أوقع عقد الإجاره على خياطه هذا الثوب و لم يقيده بزمن خاص، فتجب المبادرة إلى فعل المستأجر عليه فوراً، لأن الإجاره عقد و قد أمرنا بالوفاء به بقوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و الأمر يدل على الفوريه.

مع وجوب المبادرة إلى فعل المستأجر عليه فإن أوقع عقد إجاره ثان قبل أن يتم العمل للمستأجر الأول فهى باطله للتنافى بين العقدين، كما تبطل الإجاره الثانيه فى الأجير الخاص. و فيه: أنه لا دليل يدل على الفوريه فى الأوامر.

(٢) أى تجريد الإجاره عن الزمن المعين.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) أى فهو غير مجرد عن قيد المباشره.

(٥) أى و إن كان مجردا عن المباشره و عليه فيجوز للأجير أن يؤجر نفسه بعقد إجاره ثان لغير المستأجر الأول و إن لم يتم العمل الأول، لأن العمل المستأجر عليه الأول لا يجب أن يباشره بنفسه فيجوز للأجير أن يستأجر عليه يؤجر نفسه لعمل ثان.

(٦) أى حين تجب المبادرة على الأجير إلى العمل الأول للإطلاق فى الإجاره الأولى، و هذا لا يتم إلا إذا كان العمل مقيداً بالمباشره و مطلقاً من ناحيه الوقت.

(٧) بين العمل الأول.

(٨) أى فى صوره اشتراط المباشره دون المده.

(٩) أى و فرّع المصنف على وقوع التنافى.

(١٠) إلى عدم صحه الإجاره الثانيه هنا.

(١١) أى إيقاع الحج.

ص: ٤٢٠

نصا (١)، أو حكما (٢)، كما لو اطلق فيهما (٣)، أو عين في إحداهما بالسنة الأولى، و اطلق في الأخرى، و ما ذكره أحوط، لكن لا دليل عليه إن لم نقل (باقتضاء) مطلق الأمر الفور.

في ما إذا تسلم المستأجر العين و مضت مده

(و إذا تسلم) المستأجر (العين (٤) و مضت مده يمكن فيها الانتفاع) بها (٥) فيما استأجرها له (٦) (استقرت الأجره) و إن لم يستعملها، و في حكم التسليم ما لو بذل المؤجر العين فلم يأخذها (٧) (١) كما لو صرح بالاتحاد و ذلك فيما لو استأجره على الحج عن أبيه في هذه السنة فلا يجوز له أن يؤجر نفسه عن شخص آخر في نفس هذه السنة، و لكن الإجازتين قد نصتا على إيقاع الحج في هذه السنة، و لا تصح الثانيه للتنافي.

(٢) أي كان اتحاد إيقاع الحج حكم الإجازتين، و ذلك عند الإطلاق، و الإطلاق إما أن يكون فيهما كما لو أوقع عقد الإجاره للحج عن شخص أوقع عقدا آخر للحج عن شخص آخر، و لم يقيد أيا منهما بكونه في هذه السنة، و هو محمول عليها للانصراف.

و إما أن يكون الإطلاق في أحد العقدين مع حمله على هذه السنه انصرافا مع التصريح بها في العقد الآخر، و في الجميع لا تصح الثانيه للتنافي بينها و بين الأولى.

(٣) في الإجازتين.

(٤) استقرت الأجره، بلا خلاف فيه، لأن الأجره تثبت بالعقد، و إن لم يجب تسليمها إلا بعد تسليم العين، و إذا ثبت بمجرد العقد فلا تستقر على المستأجر استقرارا ثابتا إلا بتسليمه العين و مضى مده يمكن استيفاء المنافع منها، و عليه فلو تسلم المستأجر العين و قد مضت المده المذكوره فتستقر الأجره و إن لم يستوف المنافع إذ لا تقصير من جهة المؤجر، بل هو الذي أقدم على إضرار نفسه بتركه الانتفاع.

يبقى أن اشتراط تسليم العين هنا لأنه لا- يجب دفع الأجره إلا بعد تسليم العين، و اشتراط مضى المده لعدم العلم بأن المنافع ستسلم له إلا إذا بقيت العين تحت يده صالحه للانتفاع مده العقد أو مضى مده يمكن الاستيفاء فيما لو قدّرت المنفعه بالعمل فقط.

(٥) بالعين.

(٦) لهذا الانتفاع.

(٧) فلم يقبضها المستأجر حتى مضت مده الانتفاع فلا تقصير من المؤجر، بل المستأجر أقدم على إضرار نفسه بتركه القبض.

المستأجر حتى انقضت المده (١) أو مضت مده (٢) يمكنه الاستيفاء فتستقر الأجره، (و لا بدّ من كونها) أى المنفعه (مباحه فلو استأجره لتعليم كفر، أو غناء)، و نحوه (٣) من المعلومات الباطله، (أو حمل مسكر بطل) العقد، و يستثنى من حمل المسكر الخمر بقصد الراقه (٤) أو التخلييل، فإن الإجاره لهما جائزه، (و أن يكون (٥) مقدورا على تسليمها (٦) (١) أى المده المعينه فى متن العقد.

(٢) كما لو قدرت المنفعه بالعمل لا بالزمان، كأن يستأجره على خياطه هذا الثوب، و قد بذل الأجير نفسه مده يمكن أن يستوفى فيها منه الخياطه المذكوره.

(٣) فلو آجره مسكنا ليحز به الخمر، أو دكانا لبيع آله محرمة فيه، أو أجيروا ليحمل له مسكرا، أو جاريه للغناء، أو كاتباً ليكتب له الكفر، أو معلماً ليعمله الكفر أو السحر لم تنعقد الإجاره، لأنه إعانه على الاثم و العدوان، و قال تعالى: **وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (١)**، و لخبر جابر عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر، قال عليه السلام: حرام أجره) (٢)، و خبر تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السلام (أما وجوه الحرام من وجوه الإجاره فنظير أن يؤجر الإنسان على حمل ما يحرم عليه أكله أو شربه أو يؤاجر نفسه فى صنعه ذلك الشىء أو حفظه أو لبسه أو يؤاجر نفسه فى هدم المساجد ضرارا، و قتل النفس بغير حل أو عمل التصاوير و الأصنام و المزامير و البرابط و الخمر و الخنزير و الميته و الدم أو شىء من وجوه الفساد الذى كان محرما عليه من غير جهه الإجاره فيه، و كل أمر ينهى عنه فى جهه من الجهات فيحرم على الإنسان إجاره نفسه فيه أوله، أو شىء منه أو له إلا لمنفعه من استأجرته كالذى يستأجر له الأجير يحمل له الميته ينحىها عن آذاه أو أذى غيره و ما أشبه ذلك) (٣).

(٤) نحو الكفر و الغناء.

(٥) إفاراقته واجبه فتجوز الإجاره فيه، و تخليله جائز فتجوز الإجاره فيه أيضا.

(٦) أى تسليم المنفعه بتسليم العين، فلو لم يمكن تسليم المنافع كمن آجر عبداً أبقا بطلت الإجاره بلا خلاف فيه، لأن بذل المال فى قبالة غير المقدور تسليمه سفه، لأن غير المقدور لا مال له بنظر العقلاء، و غرر من ناحيه إمكان تسليمه و عدمه.

ص: ٤٢٢

١- (١) سورة المائدة آيه: ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الإجاره حديث ١.

(فلا تصح إجاره الآبق)، لاشتمالها (١) فيه (٢) على الغرر (و إن ضم إليه) شيئاً متمولاً (٣) (أمكن الجواز)، كما يجوز في البيع، لا بالقياس، بل لدخولها (٤) في الحكم (٥) بطريق أولى (٦)، لاحتمالها (٧) من الغرر ما لا يحتمله (٨). و بهذا الإمكان (٩) أفتى المصنف في بعض فوائده.

و وجه المنع فقد النص المجوز هنا (١٠)، فيقتصر فيه على مورده و هو البيع، و منع (١١) الأولويه. و على الجواز هل يعتبر في الضميمة إمكان أفرادها (١٢) بالإجاره (١٣)، أم بالبيع (١٤)، أم يكفي كل واحد منهما (١٥) في كل واحد نعم لو ضم إلى غير المقدور شيئاً يمكن تسليمه و هو مما يعدّ عند العقلاء مالا، لأن ما لا يمكن تسليمه ليس مالا بنظر العقلاء ففيه تردد، فظاهر القواعد جوازه، و تردد في التذكرة و المحقق في الشرائع، و وجه التردد من عدم قدره على التسليم في المنفعة فيبطل العقد، و من جواز بيع غير المقدور تسليمه مع الضميمة المقدور تسليمها، و إذا جاز في البيع فيجوز في الإجاره.

(١) أي الإجاره.

(٢) في غير المقدور تسليمه.

(٣) أي مما له ماله بنظر العقلاء.

(٤) أي الإجاره.

(٥) و هو الجواز.

(٦) لأنه إذا جاز في البيع الذي شرط فيه التعيين من جميع الوجوه فيجوز في الإجاره التي ليس التعيين فيها شرطاً من جميع الوجوه بطريق أولى.

(٧) أي الإجاره.

(٨) أي البيع.

(٩) أي أمكن الجواز.

(١٠) أي في الإجاره بخلاف البيع فقد ورد فيه النص، و يقتصر فيه على مورده.

(١١) إذ يجوز الانتفاع بالعبد الآبق في البيع كعتقه و إن كان آبقاً، بخلاف الإجاره فلا بد من التسليم حتى ينتفع به، فالمناطق في بيعه غير محرز حتى نعرف ثبوته في الإجاره.

(١٢) أي أفراد ضميمه الإجاره.

(١٣) بأن تصلح لأن تقع مورداً للإجاره بنفسها.

(١٤) بأن تصلح ضميمه الإجاره لأن تقع موردا للبيع.

(١٥) أى من البيع و الإجاره.

ص: ٤٢٣

منهما (١) أوجه (٢): من حصول (٣) المعنى فى كل منهما، و من أن (٤) الظاهر ضميمه كل شىء إلى جنسه، و قوى المصنف الثانى (٥). و لو أجره (٦) ممن يقدر على تحصيله (٧) صح من غير ضميمه. و مثله (٨) المغصوب (٩) لو أجره الغاصب، أو من يتمكن من قبضه.

فى ما لو طرأ المنع

(و لو طرأ المنع) (١٠) من الانتفاع بالعين المؤجره فيما أوجرت له، (فإن كان) (١) من ضميمه البيع و ضميمه الإجاره فيكفى فى ضميمه البيع إيجارها، و فى ضميمه الإيجار بيعها.

(٢) هما وجهان فى المسالك حيث قال (و فى اعتبار أفرادها بجنس ما يضم إليه فى البيع يفرد بالبيع، و فى الإجاره بالإجاره، أو يكفى كل واحد منهما فى كل واحد منهما وجهان) هذا من جهه و من جهه أخرى تظهر الثمره فى العين الموقوفه و فى مسلوبه المنفعه، فى الموقوفه يصح إيجارها و لا يصح بيعها، و فى مسلوبه المنفعه يصح بيعها و لا يصح إيجارها، و عليه فالنزاع هل يكفى فى ضميمه الإجاره العين التى يمكن إيجارها أو مطلق الضميمه كمسلوبه المنفعه لأنها ضميمه فى البيع، و هل يكفى فى ضميمه البيع العين التى يمكن بيعها أو مطلق الضميمه كالموقوفه لأنها ضميمه فى الإجاره.

(٣) دليل الوجه الثانى، و المعنى هو تحقق أفرادها بالمعاوضه بيعاً أو إجاره.

(٤) دليل الوجه الأول.

(٥) أى ضميمه كل شىء إلى جنسه الذى هو دليل الوجه الأول.

(٦) أى أجر غير المقدور على تسليمه.

(٧) بحيث أجر العبد الأبق لشخص يمكن له أن يقبض عليه، صح بلا إشكال لارتفاع المانع و هو الغرر من عدم التسليم لتحقيق التسلم.

(٨) أى و مثل غير المقدور على تسليمه.

(٩) فلو أجر المالك العين المغصوبه لنفس الغاصب صح أيضا بلا إشكال لوجود المقتضى من كونه عقداً، و عدم المانع لأن الغاصب قابض.

(١٠) لو طرأ المانع الذى يمنع من الاستيفاء كما لو منعه ظالم، و كان الطرؤ بعد العقد فتاره يكون قبل القبض و أخرى بعده.

و على الأول كان المستأجر بالخيار بين الفسخ أو الرجوع على الظالم بأجره المثل للمنافع التى فاتته، و وجه التخيير أن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذر الاستيفاء، لأن إزماءه بالعقد مع تفويت منافع العين عليه ضرر منفى، و إذا فسخ يطالب المؤجر بأجره المسمى إن كان قد دفعها إليه.

(المنع قبل القبض فله الفسخ)، لأن العين قبل القبض مضمونه على المؤجر فللمستأجر الفسخ عند تعذرها (١)، و مطالبه المؤجر (٢) بالمسمى لفوات المنفعة، و له الرضا بها (٣) و انتظار زوال المانع، أو مطالبه (٤) المانع بأجره المثل لو كان غاصبا، بل يحتمل مطالبه المؤجر بها أيضا (٥)، لكون العين مضمونه عليه (٦) حتى يقبض، و لا يسقط (٧) التخيير بزوال المانع في أثناء المده، لأصالة بقاءه (٨)، (و إن كان) المنع (بعده) أى بعد القبض (٩)، (فإن كان (١٠) تلفا بطلت (١١) الإجاره، لتعذر تحصيل و له الالتزام بالعقد لتمايمه أركانه و مطالبه الظالم بأجره المثل لأنه باشر الإلتلاف عدوانا.

و على الثانى سيأتى بحثه.

(١) أى تعذر العين لطرو المانع من استيفاء المنفعة منها.

(٢) أى و مطالبه المستأجر المؤجر بالمسمى.

(٣) أى و للمستأجر الرضا بالعين.

(٤) أى مطالبه المستأجر المانع الذى هو الظالم.

(٥) أى و يحتمل مطالبه المستأجر المؤجر بأجره المثل لو لم يفسخ كما يطالب الظالم، لأن العين مضمونه على المؤجر حتى يتحقق القبض، و فوات المنفعة قبل القبض مما يتحمله المؤجر، نعم لو رجع المستأجر على المؤجر، رجع الثانى على الظالم لأنه المباشر للإلتلاف.

و فيه: إن الثابت فى ذمه المؤجر هو المسمى على تقدير قبضه لو فسخ المستأجر، لا أجره المثل عند عدم الفسخ لأنه لم يباشر العدوان.

(٦) على المؤجر.

(٧) أى لا يسقط تخيير المستأجر بين الفسخ و الرجوع بالمسمى و بين الالتزام بالعقد و الرجوع بأجره المثل حتى لو ارتفع المانع، للاستصحاب، و لفوات مجموع المنفعة بما هو مجموع.

(٨) أى بقاء التخيير المذكور.

(٩) لو كان المانع من الاستيفاء بعد القبض لم تبطل الإجاره قطعا، و ليس للمستأجر الفسخ لأصالة اللزوم فى العقود، و لعدم كون العين مضمونه على المؤجر لتحقق القبض، نعم يستحق المستأجر على الظالم أجره مثل المنفعة الفائته، بلا فرق فى الحكم بين كون الغاصب هو المؤجر أو لا و لا بين كون المانع قد وقع فى أول مدته الإجاره أو فى أثنائها، كل ذلك لاستصحاب اللزوم بعد استقرار العقد بالقبض.

(١٠) أى المنع.

(١١) لو تلفت العين بطلت الإجاره لتعذر تحصيل المنفعه، و لهذا الدليل تبطل الإجاره لو تلفت العين قبل القبض أيضا، و لا معنى لتقييد التلف بما بعد القبض هذا من جهه و من جهه أخرى فالتلف ليس مانعا بل معدما للعين فتسميته بالمانع ليس فى محله.

ص: ٤٢٥

المنفعة المستأجر عليها، (و إن كان غصبا لم تبطل)، لاستقرار العقد بالقبض. و براءة المؤجر و الحال أن العين موجوده يمكن تحصيل المنفعة منها، و إنما المانع عارض، (و يرجع المستأجر على الغاصب) بأجره مثل المنفعة الفائتة في يده، و لا فرق حينئذ بين وقوع الغصب في ابتداء المده و خلالها. و الظاهر عدم الفرق بين كون الغاصب المؤجر، و غيره.

في ما لو ظهر في المنفعة عيب

(و لو ظهر في المنفعة عيب (١) فله الفسخ)، لفوات بعض المالیه (٢) بسببه (٣) فيجبر (٤) بالخيار، و لأن الصبر على العيب ضرر منفي.

(و في الارش) لو اختار البقاء على الإجاره (نظر) من وقوع (٥) العقد على هذا المجموع (٦) و هو باق فاما أن يفسخ، أو يرضى بالجميع، و من كون (٧) الجزء الفائت، أو الوصف (٨) مقصودا للمستأجر و لم يحصل، و هو (٩) يستلزم نقص المنفعة (١) إذا وجد المستأجر بالعين عيبا سابقا على العقد كان بالخيار بين فسخ الإجاره أو الرضا بالعين من دون أرش، أما أن له الفسخ فلا خلاف فيه، لأن حقه هو المنفعة و أي عيب في العين موجب لنقصان المنفعة، فله الفسخ حينئذ للضرر المنفي.

و أما أن له الرضا بالعين من دون أرش فهذا ما صرح به جماعه، لأن العقد قد وقع على مجموع المنفعة في قبال مجموع الأجره، فإما أن يرضى بالعقد و إما أن يفسخ، و الضرر المتوجه عليه مرفوع عنه بثبوت الخيار، و قد ثبت الأرش عند الإمضاء في البيع للنص فيقتصر عليه في مورده.

و أشكل عليهم بأن الإطلاق في عقد الإجاره لما كان منزلا- على العين الصحيحه كان الجزء الفائت أو الوصف مقصودا للمستأجر، و لم يحصل و هو ما يستلزم نقص المنفعة التي هي أحد العوضين فلا بد من الأرش تحقيقا للتقابل بين العوضين.

(٢) في المنفعة.

(٣) أي بسبب العيب.

(٤) أي الفوات.

(٥) دليل عدم ثبوت الأرش.

(٦) من المنفعة.

(٧) دليل ثبوت الأرش.

(٨) أي الوصف الفائت، و هما فائتان من العين المستأجره.

(٩) أي فوات الجزء أو الوصف المقصودين للمستأجر.

التي هي أحد العوضين فيجبر بالارش و هو حسن.

و طريقه معرفته (١) أن ينظر إلى أجره مثل العين سليمه، و معييه و يرجع من المسمى بمثل نسبه المعيبه إلى الصحيحه، و ان اختار (٢) الفسخ و كان (٣) قبل مضى شيء من المده فلا شيء عليه (٤) و إلا (٥) فعليه من المسمى بنسبه ما مضى إلى المجموع.

(و لو طراً) العيب (بعد العقد فكذلك (٦) كانهدم المسكن) و إن كان بعد استيفاء شيء من المنفعه، و لا يمنع من ذلك كون التصرف مسقطاً للخيار، لأن المعبر منه (٧) ما وقع في العوض المعيب الذي تعلقت به المعاوضه، و هو (٨) هنا المنفعه، و هي تتجدد شيئاً فشيئاً، و ما لم يستوفه منها لا يتحقق فيه التصرف، و إنما يتخير مع انهدم المسكن (٩) (١) أى معرفه الأرش.

(٢) أى المستأجر.

(٣) أى الفسخ.

(٤) على المستأجر لعدم استيفائه شيئاً من المنفعه.

(٥) أى و إن لم يكن قبل مضى شيء من المده، بل قد مضى من المده شيء فعلى المستأجر من المسمى بمقدار ما مضى من المده.

(٦) أى للمستأجر خيار الفسخ لنقصان المنفعه، و للزوم الضرر على المستأجر.

طرو العيب بعد القصد إنما يكون بعد تصرف المستأجر في العين، و التصرف مسقط للخيار.

المنافع التي لم يستوفها لم يتصرف بها، و الفسخ و إنما هو بالنسبه لهذه المنافع، لا للمنافع التي استوفها.

(٧) من التصرف المسقط للخيار.

(٨) أى العوض المعيب.

(٩) أى إذا كان العيب هو الانهدام فيشترط أن لا يكون الهدم لجميع الدار، و إلا فلا يعتبر أنه عيب بل هو تلف، و إنما يكون الهدم عيباً لو طراً على جمله من الدار و بقيت منه جمله أخرى، ثم يثبت للمستأجر حينئذ الفسخ و لم يبادر المؤجر لإصلاح ما انهدم، فلو أصلحه بحيث لم يفت الانتفاع أصلاً فلا خيار للمستأجر، لعدم فوات شيء من المنافع عليه، و ذهبت جماعه إلى بقاء الفسخ له لثبوت الخيار بالانهدام و يستصحب عند الإصلاح.

إذا أمكن الانتفاع به (١) و إن قل (٢)، أو أمكن إزاله المانع (٣)، و إلا بطلت، و لو أعاده (٤) المؤجر بسرعه بحيث لا يفوت عليه (٥) شىء معتد به (٦) ففى زوال الخيار نظر، من زوال (٧) المانع، و ثبوت الخيار (٨) بالانهدام فيستصحب، و هو أقوى.

فى أنه يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره

(و يستحب أن يقاطع من يستعمله على الأجره أولا) (٩) للأمر به فى الأخبار.

(١) بالمسكن.

(٢) أى الانتفاع.

(٣) عند هدم الجميع، و إلا فلو لم يمكن إزاله المانع مع هدم جميعه تبطل الإجاره لعدم تحقق متعلقها.

(٤) أى أعاد المسكن.

(٥) على المستأجر.

(٦) من منافع المسكن.

(٧) دليل زوال الخيار.

(٨) دليل عدم الزوال.

(٩) أى قبل العقد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يستعملن أجيرا حتى يعلم ما أجره، و من استأجر أجيرا ثم حبسه عن الجمعه بيوء باثمه، و إن هو لم يحبسه اشتركا فى الأجر) (١)، و خبر سليمان بن جعفر (كنت مع الرضا عليه السلام فى بعض الحاجه فأردت أن أنصرف إلى منزلى فقال لى: انصرف معى فبت عندى الليله، فانطلقت معه فدخل إلى داره مع المغيب فنظر إلى غلمانه يعلمون فى الطين أوارى الدواب) (٢) و غير ذلك، و إذا معهم أسود ليس منهم، فقال عليه السلام: ما هذا الرجل معكم؟ فقالوا: يعاوننا و نعطيه شيئا، قال: قاطعتموه على أجرته؟ قالوا: لا، هو يرضى منا بما نعطيه، فأقبل عليهم يضربهم بالسوط و غضب لذلك غضبا شديدا.

فقلت: جعلت فداك لم تدخل على نفسك؟ فقال: إنى قد نهيتهم عن مثل هذا غير مره أن يعمل معهم أحد حتى يقاطعوه على أجرته، و اعلم أنه ما من أحد يعمل لك شيئا بغير مقاطعه ثم زدته لذلك الشىء ثلاثه أضعاف على أجرته إلا ظن أنك قد نقصته أجرته، و إذا قاطعته ثم أعطيته أجرته حمدك على الوفاء، فإن زدته حبه عرف ذلك لك،

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإجاره حديث ٢.

٢- (٢) الأربه: الأخيه و هي عروه تربط إلى وتد مدقوق و تشد فيها الدابه، و ربما قيل للمعلم كما عن المصباح المنير.

فَعَن الصَادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ «مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَسْتَعْمَلُنَّ أَجِيرًا حَتَّى يَعْلَمَهُ مَا أُجِرَ بِهِ» وَ عَنِ الرِّضَا عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ ضَرَبَ غُلْمَانَهُ حَيْثُ اسْتَعْمَلُوا رَجُلًا بَغَيْرِ مِقَاتِعِهِ وَقَالَ: إِنَّهُ مَا مِنْ أَحَدٍ يَعْمَلُ لَكَ شَيْئًا بَغَيْرِ مِقَاتِعِهِ ثُمَّ زَدْتَهُ لِذَلِكَ الشَّيْءِ ثَلَاثَةَ أَضْعَافٍ عَلَى أُجْرَتِهِ إِلَّا ظَنَّ أَنَّكَ قَدْ نَقَصْتَ أُجْرَتَهُ، وَإِذَا قَاطَعْتَهُ ثُمَّ أُعْطِيْتَهُ أُجْرَتَهُ حَمْدَكَ عَلَى الْوَفَاءِ، فَإِنْ زَدْتَهُ حَبِيحًا عَرَفَ ذَلِكَ لَكَ، وَرَأَى أَنَّكَ قَدْ زَدْتَهُ» (وَأَنْ تَوْفِيهِ) أُجْرَتَهُ (عَقِيبَ فِرَاقِهِ) مِنَ الْعَمَلِ (١) قَالَ الصَّادِقُ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْجَمَّالِ وَالْأَجِيرِ: «لَا يَجِفُّ عِرْقُهُ حَتَّى تَعْطِيَهُ أُجْرَتَهُ» وَ عَنِ حَنَّانِ بْنِ شَعِيبٍ قَالَ: تَكَارَيْنَا لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَوْمًا يَعْلَمُونَ فِي بَسْتَانَ لَهُ وَكَانَ أَجْلَهُمْ إِلَى الْعَصْرِ فَلَمَّا فَرَّغُوا قَالَ لِمَعْتَبٍ: اعْطِهِمْ أَجُورَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عِرْقُهُمْ.

(وَيَكْرَهُ أَنْ يَضْمَنَ) (٢) أَيْ يَعْزَمُ عَوْضَ مَا تَلَفَ بِيَدِهِ بِنَاءً عَلَى ضَمَانٍ وَرَأَى أَنَّكَ قَدْ زَدْتَهُ (١) وَ مِثْلُهَا غَيْرُهَا مِنَ الْأَخْبَارِ.

(١) لِصَحِيحِ هِشَامِ بْنِ الْحَكَمِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الْجَمَّالِ وَالْأَجِيرِ قَالَ: (لَا يَجِفُّ عِرْقُهُ حَتَّى تَعْطِيَهُ أُجْرَتَهُ) (٢)، وَ خَبَرَ شَعِيبٌ قَالَ (تَكَارَيْنَا لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَوْمًا يَعْمَلُونَ فِي بَسْتَانَ لَهُ وَكَانَ أَجْلَهُمْ إِلَى الْعَصْرِ، فَلَمَّا فَرَّغُوا قَالَ لِمَعْتَبٍ: اعْطِهِمْ أَجُورَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَجِفَّ عِرْقُهُمْ) ٣.

(٢) إِذَا أَفْسَدَ الْأَجِيرُ بِفَعْلِهِ الْمَتَاعَ الَّذِي بِيَدِهِ كَالصَّانِعِ وَالْبَيْطَارِ بِحَيْفٍ عَلَى الْحَافِرِ وَالْحَجَّامِ بِجَنِيحٍ فِي حِجَامَتِهِ وَالخَتَّانِ بِتَجَاوُزِ حَدِّ الخِتَانِ وَالْقِصَّارِ بِخُرْقِ الثَّوْبِ، فَإِنَّهُ يَضْمَنُ سِوَاءَ مَا كَانَ حَازِقًا أَمْ لَا، وَ سِوَاءَ مَا كَانَ بِحُضُورِ رَبِّ الْمَالِ أَمْ غَيْبَتِهِ وَ سِوَاءَ مَا كَانَ الْأَجِيرُ خَاصًّا أَمْ لَا، وَ سِوَاءَ مَا كَانَ فَعَلَهُ فِي مَلِكِهِ أَمْ فِي مَلِكِ الْمَسْتَأْجِرِ بِلَا- خِلَافٍ فِي ذَلِكَ بَلْ وَ سِوَاءَ مَا كَانَ مِنْهُ بِتَحَدٍّ أَمْ لَا كَمَا عَلَيْهِ الْمَشْهُورُ لِلْأَخْبَارِ.

مِنْهَا: صَحِيحِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (فِي الرَّجْلِ يَعْطَى الثَّوْبَ لِيَصْبِغَهُ فَيَفْسُدُهُ فَقَالَ: كُلُّ عَامِلٍ أُعْطِيْتَهُ أُجْرًا عَلَى أَنْ يَصْلِحَ فَأَفْسَدَ فَهُوَ ضَامِنٌ) (٣)، وَ صَحِيحِهِ الْآخَرَ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (كَانَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَضْمَنُ الْقِصَّارَ وَالصَّائِغَ احْتِيَاطًا لِلنَّاسِ، وَ كَانَ أَبِي يَتَطَوَّلُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مَأْمُونًا) ٥، وَ خَبَرَ إِسْمَاعِيلُ عَنْ أَبِي الصَّبَّاحِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (سَأَلْتَهُ عَنِ الثَّوْبِ أَدْفَعُهُ إِلَى الْقِصَّارِ فَيُخْرِقُهُ؟ قَالَ: أَغْرَمَهُ، فَإِنَّكَ إِنَّمَا دَفَعْتَهُ

ص: ٤٢٩

١- (١) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ٣ - مِنْ أَبْوَابِ الْإِجَارَةِ حَدِيثُ ١.

٢- ((٢ وَ ٣)) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ٤ - مِنْ أَبْوَابِ الْإِجَارَةِ حَدِيثُ ١ وَ ٢.

٣- ((٤ وَ ٥)) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ٢٩ - مِنْ أَبْوَابِ الْإِجَارَةِ حَدِيثُ ١٩ وَ ٤.

الصانع (١) ما يتلف بيده (٢)، أو مع قيام اليينه على تفريطه أو مع نكوله عن اليمين حيث يتوجه (٣) عليه لو قضينا بالنكول (إلا مع التهمه له) بتقصيره على وجه إليه ليصلحه و لم تدفع إليه ليفسده(١)، و خبر يونس (سألت الرضا عليه السّلام عن القصار و الصائغ أ يضمنون؟ قال: لا يصلح إلا أن يضمنوا)٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام رفع إليه رجل استأجر رجلا يصلح بابه فضرب المسمار فانصدع الباب فضمّنه أمير المؤمنين عليه السّلام)٣ و عن جماعه عدم الضمان عند عدم التفريط لأصالة البراءه، و لأن الأخبار المتقدمه الداله على ضمانهم ناظره إلى التفريط بقريته قوله عليه السّلام (فأفسد)، و خبر السكوني حجه عليهم لأنه ظاهر في عدم التفريط و يؤيده ما رواه السكوني أيضا عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من تطب أو تيطر فليأخذ البراءه من وليه و إلا فهو له ضامن)(٢)، و صحيح داود بن سرحان عنه عليه السّلام (في رجل حمل متاعا على رأسه فأصاب إنسانا فمات و انكسر منه، فقال عليه السّلام: هو ضامن)(٣).

هذا و لو تلف المتاع تحت يد الأجير من غير تفريط من الأجير و بغير فعله فلا ضمان لعدم مباشرته للإتلاف. و إذا تقرر ذلك من ضمان الأجير مطلقا إذا تلف بفعله. فقد ورد في كلمات القوم أنه يكره تضمين الأجير إلا مع التهمه، بحيث لو كان الأجير ضامنا فيكره تضمينه إذا كان مأمونا و يشهد له أخبار.

منها: صحيح الحلبي المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام يضمن القصار و الصائغ احتياطا للناس، و كان أبي يتطول عليه إذا كان مأمونا)(٤) و مرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان أبي عليه السّلام يضمن الصائغ و القصار ما أفسدا، و كان على بن الحسين عليه السّلام يتفضل عليهم)٧، و ظاهر التفضل و التناول ثبوت الضمان و لكن كان بناؤه عليه السّلام على عدم التضمنين إذا كان مأمونا، فلذا يكره التضمنين حينئذ.

(١) و هو العامل الأجير.

(٢) أي بفعله.

(٣) أي اليمين.

ص: ٤٣٠

- ١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجاره حديث ٨ و ٩ و ١٠ .
- ٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الضمان من كتاب الديات حديث ١ .
- ٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الضمان من كتاب الديات حديث ١ .
- ٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الإجاره حديث ٤ و ٢٠ .

(يوجب الضمان (١)).

(

مسائل:

إشارة

(مسائل:)

الأولى - من تقبل عملا فله تقييله غيره

(الأولى - من تقبل عملا- فله تقييله غيره بأقل) مما تقبله به (على الأقرب) (٢)، لأصالة الجواز، و ما ورد من الأخبار دالا على النهى عنه يحمل على الكراهيه جمعا بينها و بين ما يدل على الجواز هذا إذا لم يشترط عليه العمل بنفسه، و إلا فلا (١) فلا كراهه حينئذ بعد كون كراهه التضمين إذا كان مأمونا.

(٢) من تقبل عملا في ذمته من غير اشتراط المباشره لم يجوز أن يقبله غيره بنقيصه على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام (سئل عن الرجل يتقبل بالعمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيريح فيه، قال عليه السّلام: لا إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا) (١)، و صحيح أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السّلام (عن الرجل يتقبل العمل فلا يعمل فيه و يدفعه إلى آخر فيريح فيه، قال عليه السّلام: لا) (٢).

و عن العلامه و الشهيدين و المحقق الثانی الكراهه لنفس صحيح أبي حمزه المتقدم بعد روايته بأنه عليه السّلام قال: لا بأس، كما في التذكرة و السرائر، و يردّه أن المروى منه في كتب الحديث هو قوله عليه السّلام: لا.

نعم إذا عمل فيه عملا فيجوز تقييله بالأقل بالاتفاق للأخبار.

منها: قوله عليه السّلام في صحيح ابن مسلم المتقدم (إلا أن يكون قد عمل فيه شيئا)، و خبر أبي محمد الخياط (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أتقبل الثياب و أخطبها ثم أعطيها الغلمان بالثلثين؟ قال عليه السّلام: أليس تعمل فيها؟ فقلت: أقطعها و أشتري الخيوط، قال عليه السّلام: لا بأس) (٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (عن الرجل الخياط يتقبل العمل فيقطعه و يعطيه من يخطه و يستفضل، قال عليه السّلام: لا بأس قد عمل فيه) (٢)، و يكفي فيه صدق العمل و الحدث، هذا إذا لم تشترط عليه المباشره، و إلا- فمع الاشتراط فلا- يجوز للأجير أن يقبله غيره بنقيصه أو زياده لوجوب الوفاء بالشرط على الأجير لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣).

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجاره حديث ١ و ٤ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الإجاره حديث ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

إشكال في المنع، و إذا لم يحدث فيه حدثا و إن قلّ (١)،(و لو أحدث فيه حدثا فلا بحث) في الجواز، للاتفاق عليه حينئذ (٢). و على تقدير الجواز (٣) فالمشهور اشتراط إذن المالك في تسليم العين للمتقبل (٤)، لأنها حال الغير فلا يصح تسليمه (٥) لغيره (٦) بغير إذنه، و جواز إجارتها (٧) (١) فكذلك لا إشكال في المنع في صورته المباشرة.

(٢) حين الإحداث عند عدم اشتراط المباشرة.

(٣) أى جواز التقييل للغير مطلقا على غير المشهور، و عند إحداث الحدث لو كان بنقيضه على مبنى المشهور، و مطلقا عند عدم النقيضه.

(٤) أى لا- يجوز للأجير أن يدفع العين إلى المتقبل الثانى و هو الأجير الثانى بدون إذن المالك على المشهور، لأن العين مال للغير فلا- يصح تسليمه إلى غير من استأمنه المالك، و إجاره المالك للأول لا تدل على التسليم العين من الأول للثانى و كذا إجاره الأول للثانى لا تدل على إذن المالك فى التسليم و عليه فلو جاز للأول التقييل فلا بد من استئذان المالك، و إن امتنع رفع أمره إلى الحاكم لأنه ولى الممتنع، و لو تعذر الحاكم أو أذنه فيحتمل جواز التسليم بدون إذن المالك لتعارض حق المعامل الثانى و حق المالك، و يقدم العامل وفاء للعقد، و يحتمل تسلط الأول على الفسخ، لأن المالك مسلط على ماله و لم يرضى بتسلم الثانى و فى هذا ضرر على الأول.

و عن العلامة فى المختلف جواز التسليم إلى الثانى أذن المالك أولا، حيث يجوز التقييل لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن رجل استأجر دابة فأعطاهما غيره فنفقت ما عليه؟ قال عليه السلام: إن كان شرط أن لا يركبها غيره فهو ضامن لها، و إن لم يسم فليس عليه شيء) (١).

و وجه الاستدلال أنه إذا كان الضمان ساقطا عند تسليمها بغير إذن المالك لاستيفاء المنفعة المملوكة لغير المالك، فالضمان ساقط سواء كان هذا الغير متقبلا ثانيا أو لا.

و عن ابن الجنيّد جواز التسليم من غير ضمان إذا كان المتقبل الثانى مأمونا، و هو الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك.

(٥) أى تسليم مال الغير.

(٦) أى لغير مالكة.

(٧) أى إجاره المتقبل الثانى من الأول.

ص: ٤٣٢

لا ينافيه (١) فيستأذن المالك فيه (٢)، فإن امتنع رفع أمره إلى الحاكم، فإن تعذر ففى جوازه (٣) بغير إذنه، أو تسلطه (٤) على الفسخ وجهان، و جواز التسليم بغير إذنه مطلقا (٥) خصوصا إذا كان المتقبل ثقه قوى.

الثانيه - لو استأجر عينا فله إجارتها

(الثانيه - لو استأجر عينا فله إجارتها بأكثر مما استأجرها به) (٦)، (١) أى لا ينافى اشتراط إذن المالك.

(٢) فى التسليم.

(٣) أى جواز التسليم بغير إذن المالك.

(٤) أى تسلط الأول.

(٥) أذن المالك أو لا، و تعذر الحاكم أو لا.

(٦) الأكثر على العدم استنادا إلى أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يستأجر الدار ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها، قال عليه السلام: لا يصلح ذلك إلا أن يحدث فيها شيئا) (١) و مثله غيره.

و عن جماعة الكراهه لظهور قوله عليه السلام (لا يصلح ذلك) فى الصحيح المتقدم فى الكراهه، و للجمع بينها و بين أخبار قد دلت على الجواز كما فى المسالك، و رده فى الجواهر بقوله: (إنك قد عرفت عدم المعارض لنصوص الحرمه فى المذكورات أصلا فضلا عن الصريح فى الكراهه) انتهى.

و عن جماعة عدم الجواز إذا كانت العين دارا أو حانوتا أو رحى أو أجيرا، اقتصارا على موارد النصوص، و أما غيرها فتبقى على الأصل من الجواز، و قد ورد فى الدار صحيح الحلبي المتقدم، و قد ورد فى الحانوت و الأجير خبر أبي المغراء عن أبي عبد الله عليه السلام (فى الرجل يستأجر الأرض ثم يؤاجرها أكثر مما استأجرها، فقال عليه السلام: لا بأس إن هذا ليس كالحانوت و لا الأجير، إن فضل الأجير و الحانوت حرام) (٢) و مثله غيره. و قد ورد فى الرحى خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إنى لأكره أن أستأجر رحا وحدها ثم أواجرها بأكثر مما استأجرتها به، إلا أن أحدث فيها حدثا و أغرم فيها غرامه) (٣) و مثله غيره.

و كذا فى السفينه فقد ورد فى خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام (لا بأس

ص: ٤٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجاره حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٥.

للأصل (١)، و عموم الأمر بالوفاء بالعقود.

(و قيل: بالمنع إلا أن تكون) اجارتها (بغير جنس (٢) الأجره، أو يحدث فيها صفه كمال) استنادا إلى روايتين (٣) ظاهرتين فى الكراهه، و إلى استلزامه الربا.

و هو (٤) ضعيف. إذ لا معاوضه على الجنس الواحد (٥).

أن يستأجر الرجل الدار أو الأرض أو السفينه ثم يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به إذا أصلح فيها شيئا(١)، و مفهومه دال على ثبوت البأس فى هذه الثلاثه عند عدم الحدث و الإصلاح و هو ظاهر فى الحرمه، نعم ورد فى الأرض أخبار تدل على الجواز.

منها: حسنه أبى الربيع الشامى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتقبل الأرض من الدهاقين ثم يؤاجرها بأكثر مما تقبلها به، و يقوم فيها بخط السلطان، فقال عليه السّلام: لا بأس به، إن الأرض ليست مثل الأجير و لا مثل البيت دلائل البيت، إن فضل الأجير و البيت حرام(٢)، و مثله خبر إبراهيم بن ميمون(٣).

بعد اتفاق الجميع على أنه إذا أحدث فى العين المستأجره حدثا فيجوز له أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها لخبر أبى بصير و صحيح الحلبي المتقدمين.

ثم إن ابن الجنيد و تبعه عليه غيره قد استدل على عدم الجواز بأن المستأجر الأول لو استأجر العين بفضه أو ذهب ثم آجرها بالأكثر من ذهب أو فضه عند عدم حدوث حدث أو إصلاح للزم الربا فى البين، لأن الأجره فى الثانى لو كانت فضه مثلا مع كونها فضه فى الأول للزم التفاضل بينهما فى المعاوضه و هو عين الربا و ردّ بأن الربا فى العوضين إذا كانا من جنس واحد مع كونهما متعلقين لعقد واحد لا لعقدين كما فى مقامنا.

(١)أصالة الحصه فى العقود.

(٢)كما ذهب إليه ابن الجنيد.

(٣)و هما خبر أبى بصير و صحيح الحلبي، ففى الأول (إنى لأكره)، و فى الثانى (لا يصلح) و هما ظاهران فى الكراهه.

(٤)أى استلزامه للربا.

(٥)بل معاوضتان.

ص: ٤٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الإجاره حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الإجاره حديث ٣ و ٥.

(الثالثه - إذا فَرَطَ في العين) المستأجره (ضمن قيمتها يوم التفريط) (١)، لأنه يوم تعلقها بذمته كما أن الغاصب يضمن قيمه يوم الغصب. هذا قول الأكثر.

(و الأقرب) ضمان قيمتها (يوم التلف) لأنه يوم الانتقال إلى قيمه، لا قبله و إن حكم بالضمان (٢)، لأن المفروض بقاء العين فلا ينتقل إلى قيمه، و موضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف بتفاوت قيمه (٣)، أما لو كان (٤) بسبب نقص في العين فلا شبهه في ضمانه (٥)، (و لو اختلفا في قيمه (٦) حلف الغارم)، لأصالة عدم الزيادة (١) قد تقدم أن المستأجر أمين غير ضامن عند عدم تفريطه و عدم تعديده، و أنه يضمن مع التعدي أو التفريط بلا-خلاف في ذلك كله و إنما الكلام في أنه يضمن العين وقت التعدي أو وقت التلف أو أعلى القيم من يوم العدوان إلى يوم التلف، ذهب الأ-كثر إلى أنه يضمن قيمتها يوم العدوان لذيل صحيح أبي ولّاد (سألته عن الرجل المتعدى في البغل، قال عليه السّلام: نعم قيمه البغل يوم خالفته) (١)، و لأنه وقت التعدي قد خوطب بالضمان.

و قيل: يضمن أعلى القيم من حين العدوان إلى يوم التلف، لأن الاشتغال اليقيني يستدعى البراءة اليقينية و هو أحوط.

و عن المسالك و جماعه أنه يضمن قيمه يوم التلف، لأن ما قبل التلف كان ضامنا للعين، و لا ينتقل الأمر بالضمان إلى قيمه إلا حين تلفها، و قد تقدم ماله الدخل في كتاب البيع و سيأتي مفصلا في كتاب الغصب.

(٢) إلا أنه ضمان للعين و هي موجوده فلا ينتقل إلى ضمان قيمه.

(٣) أي قيمه السوقيه.

(٤) أي اختلاف قيمتها.

(٥) أي ضمان هذا النقص بعد كون يده يد عدوان و ضمان، لأنه متعد.

(٦) أي قيمه العين المستأجره التالفه، فقال المالک: مائه، و قال المستأجر: خمسون، قدم قول المستأجر الغارم لأنه منكر بحسب ظاهر كلامه و لأصالة عدم الزيادة.

و عن الشيخ أنه يقدم قول المستأجر الغارم إذا كان التالف غير دابه، و أما لو كان دابه فالقول قول المالک و إن ادعى الزيادة لصحيح أبي ولّاد الحناط (فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو غمز، قال عليه السّلام: عليك ما بين الصحه و العيب يوم ترده، فقلت: من يعرف ذلك؟ قال عليه السّلام: أنت و هو، إما أن يحلف هو على قيمه فيلزمك، فإن ردّ اليمين

ص: ٤٣٥

و لانه منكرو، و قيل: القول قول المالك إن كانت دابه، و هو ضعيف.

الرابعه - مؤونه العبد و الدابّه على المالك

(الرابعه - مؤونه العبد و الدابّه على المالك) (١) لا المستأجر، لأنها تابعه للملك، و أصله عدم وجوبها على غير المالك. و قيل: على المستأجر مطلقا (٢). و هو ضعيف، ثم إن كان المالك حاضرا عندها انفق، و إلا استأذنه المستأجر فى الانفاق و رجع عليه، (و لو انفق عليه المستأجر بنيه الرجوع) على المالك (صح مع تعذر إذن المالك، أو الحاكم) و إن لم يشهد (٣) على الانفاق على الأقوى، و لو أهمل (٤) مع عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك(١) و هو ظاهر فى أن المالك يحلف، و لا يحلف إلا المنكر.

وفيه: أنه لا مندوحه كما ذهب إليه الأصحاب من تقديم الغارم لا المالك لقوه الأصل خصوصا مع عملهم كما فى الرياض فيرجح على الروايه.

(١) كما عن العلامه و المحقق و الشهيد الثانين و جماعه، لأن المنفق عليه مال للمالك فالغرم عليه كما أن الغنم له، و لأصالة عدم وجوبها على غيره، إلا أن يشترط أنها على المستأجر فتلزم للشرط.

و عن جماعه منهم الشيخ و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى الإرشاد أنها على المستأجر، لأنه يجب عليه حفظ العين لكونها أمانه عنده، و من مقدمات حفظها النفقه عليها، و ردّ بأن حفظها على المالك لا على المستأجر، و لو انحصر الحفظ على المستأجر لغيبه المالك فينفق و يرجع على المالك إذ لا دليل على وجوب الإنفاق من ماله، و غايه ما يثبت عليه الحفظ أنه يحفظها بمال المالك لا بماله.

ثم على تقدير كون النفقه على المالك فيجب عليه تقديم النفقه إن كان حاضرا، و لو كان غائبا استأذنه المستأجر بالإنفاق و رجع عليه، و إن تعذر استأذن الحاكم، فإن تعذر أنفق بنيه العود و أشهد على الإنفاق من باب تيسر إقامه البيئه له لو ادعى الإنفاق، و إن لم يتمكن من الإشهاد انفق بنيه الرجوع و رجع كمثل نفقه العين المرهونه فإنها على الراهن لا المرتهن و قد تقدم دليل هذه الأحكام هناك.

(٢) سواء شرط المالك بكون النفقه على المستأجر أم لا.

(٣) لأن وجوب الإشهاد إرشادى حتى يتمكن المستأجر من إثبات دعواه بالنفقه، و هذا لا دخل له فى أصل الرجوع على المالك.

(٤) أى المستأجر و لم ينفق أصلا ضمن، لأنه يجب عليه الحفظ و إن لم يكن من ماله.

ص: ٤٣٦

غيبه المالك ضمن لتفريطه إلا أن ينهيه المالك (١)، (و لو استأجر أجيرا لينفذه في حوائجه فنفقته على المستأجر في المشهور) (٢) استنادا إلى روايه سليمان بن سالم عن الرضا عليه السلام. ولاستحقاق منافعه المانع من ثبوت النفقه عليه.

و الأقوى أنه (٣) كغيره (٤) لا تجب نفقته (٥) إلا مع الشرط، و تحمل الروايه مع سلامه سندها عليه (٤)، و استحقاق منافعه لا يمنع لا- يمنع من وجوب النفقه في ماله الذي من جملة الأجره. و حيث يشترط فيه (٧)، و في غيره من الحيوان على المستأجر (١) فمع نهى المالك لا ضمان عليه على الخلاف السابق في كتاب الرهن من جواز ترك النفقه عند النهي كما لو أمره بإلقاء ماله في البحر، أو أنه لا يجوز له الترك حتى مع النهي تقديمًا لحق الله فيما لو كانت العين ذات روح كالعبد و الدابه و عليه فيضمن لو ترك النفقه و أهملها.

(٢) لخبر سليمان بن سالم (سألت أبا الحسن عليه السلام - إلى أن قال - و عن رجل استأجر رجلا بنفقته مسماه و لم يفسر شيئا على أن يبعثه إلى أرض أخرى، فما كان من مثونه الأجير من غسل الثياب و الحمام فعلى من؟ قال عليه السلام: على المستأجر) (١)، و لأن غنم الأجير في هذه المده للمستأجر فعليه الغرم و ردّ بأن سليمان بن سالم لم يمدح و لم يذم فهو مجهول الحال، و لا- جابر له إذ العلامه في التذكرة نقل عن ابن المنذر عدم الخلاف في كون النفقه على الأجير، و عليه ابن إدريس و المحقق الثاني و جماعه، و مع أعراض هؤلاء لا يكون الخير مجبورا، و منه تعرف أن نفقه الأجير كبقية نفقات العين المستأجره، فكما أن نفقه العين المستأجره على المالك فكذلك نفقه الأجير على نفسه، إلا مع الشرط بكونها على المستأجر فتلزم للزوم العمل بالشرط.

و أما استحقاق المنافع للغير فلا- يمنع من ثبوت النفقه على الأجير، لأن منفعه للغير في قبالة الأجره فتكون النفقه عليه من الأجره حينئذ.

(٣) أي الأجير.

(٤) مما يستأجر.

(٥) على المستأجر.

(٦) على الشرط.

(٧) في هذا الأجير بأن تكون الأجره على المستأجر.

ص: ٤٣٧

يعتبر بيان قدرها (١) و وصفها، بخلاف ما لو قيل بوجوبها عليه (٢) ابتداء فإنه يكفي القيام بعاده أمثاله.

الخامسة - لا يجوز إسقاط المنفعة المعينه

(الخامسة - لا يجوز إسقاط المنفعة المعينه) (٣) أى الإبراء منها، سواء كان بلفظ الإسقاط أم الإبراء أم غيرهما من الألفاظ الداله عليه (٤)، لأنه (٥) عباره عن إسقاط ما فى الذمه فلا يتعلق بالأعيان، و لا بالمنافع المتعلقة بها (٦)، (و يجوز إسقاط) المنفعه (المطلقه) (٧) المتعلقة بالذمه و إن لم يستحق (٨) المطالبه بها، (و كذا الأجره) (٩) يصح إسقاطها إن تعلق بالذمه، لا إن كانت عيناً، (و إذا تسلم) أجيراً (١) قدر النفعه و وضعها لئلا يلزم الغرر فى الشرط.

(٢) على المستأجر بحكم الشارع كما عن البعض و قد تقدم فلا يعتبر قدرها و وضعها، بل تحال إلى العاده، فيلزم عليه نفعه أمثال العين المستأجره، و الغرر الموجود فى المقام مغتفر لحكم الشارع بكونها على المستأجر.

(٣) المنفعه التى وقع عليها عقد الإجاره تاره فى ذمه الأجير و أخرى فى العين الخارجيه، فالأول كمن يستأجره على عمل خياطه ثوب ما، و الثانى كمن يستأجر هذه الدار الخارجيه لمدته سنه.

و بما أن الإبراء هو إسقاط ما فى الذمه كما هو معناه لغه و عرفاً فيجوز للمستأجر أن يبرأ الأجير من المنفعه الثابته فى ذمته، و لا يجوز للمستأجر أن يبرأ المؤجر من المنفعه المتحققه فى العين الخارجيه، لأن الإبراء لا يصح تعلقه بالأعيان و لا بمنافعها بعد اختصاصه بإسقاط ما فى الذم، بلا فرق فى الحكم المذكور بين لفظ الإبراء أو الإسقاط أو ما شاكله من الألفاظ الداله على معنى الإبراء.

(٤) على الإبراء.

(٥) أى الإبراء.

(٦) بالأعيان.

(٧) أى غير المعينه.

(٨) أى المستأجر لا يستحق مطالبه الأجير بها لعدم حلول وقتها، إلا أنها قد استقرت فى ذمه الأجير بالعقد فيصح الإبراء منها، لأن الإبراء إسقاط ما فى الذم.

(٩) أى يصح الإبراء من الأجره المطلقه دون المعينه، أما الأولى كمن استأجر أجيراً بمائه درهم و لم يعين فذمه المستأجر مشغوله بها من حين العقد فيجوز للأجير إبرائه منها، و أما الثانى كمن يستأجر أجيراً على هذا العوض الخارجى و لا يجوز للأجير إبراء المستأجر منها، لعدم تعلق الإبراء بالأعيان الخارجيه و لا بمنافعها، و هذا الفرع بشقيه من إبراء الأجره و المنفعه المطلقه دون المعينه مما لا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر.

ليعمل له عملا (قتلف لم يضمن) (١) صغيرا كان، أم كبيرا، حرا كان، أم عبدا، لأنه قبضه (٢) لاستيفاء منفعه مستحقه لا يمكن تحصيلها إلا بإثبات اليد عليه فكان أمانه في يده (٣)، ولا فرق بين تلفه مدة الإجاره و بعدها (٤)، إلا أن يحبسه (٥) مع الطلب بعد انقضاء المده فيصير بمنزله المغصوب، و سيأتي إن شاء الله أن الحر البالغ لا يضمن مطلقا (٦). و ما عليه من الثياب تابع له (٧)، و لو كان (٨) صغيرا أو عبدا ضمنه.

السادسه - كل ما يتوقف عليه توفيه المنفعه فعلى الموجه

(السادسه - كلما يتوقف عليه توفيه المنفعه (٩) (١) إذا تسلم المستأجر أجيرا بعقد صحيح ليعمل له عملا أو صنعه فهلك الأجير لم يضمن المستأجر، كان الأجير كبيرا أو صغيرا، و حرا كان أو عبدا مع فرض عدم التفريط من المستأجر بلا خلاف و لا إشكال، و فى المسالك أنه موضع وفاق منا و من العامه، لأن المستأجر لا يمكن له استيفاء المنفعه التى يستحقها من الأجير إلا بإثبات يده عليه فكانت يده يد أمانه فلا يضمن إلا مع التفريط.

(٢) أى لأن المستأجر قبض الأجير.

(٣) أى فكان الأجير أمانه فى يد المستأجر.

(٤) أى بعد مده الإجاره، أما تلفه فى مده الإجاره لما سمعت أن يده على الأجير يد أمانه، و أما تلفه بعد مده الإجاره فلأن المستأجر لا- يجب عليه رد العين على مالك على تقدير كونها مملوكه، و إنما الواجب عليه التخليه بين العين و مالكةا، و هذا كله إذا كان الأجير مملوكا، و أما لو كان حرا فبعد انقضاء الإجاره لا يجب على المستأجر رده إلى مالكة لأنه حر فيخلّى سبيله فقط فلو تلف لا يضمن المستأجر.

نعم لو كان الأجير مملوكا و حبسه المستأجر بعد طلب المالك و لم يخل بينه و بين مالكة صار الأجير بمنزله المغصوب فيضمن المستأجر الأجير لو تلف لعدوانه، و لو كان الأجير حرا و قد حبسه المستأجر فلا يضمن إذا كان الحر بالغا و أما لو كان الحر صغيرا فيضمن كما سيأتى تفصيله فى كتاب الغصب.

(٥) إذا كان الأجير مملوكا.

(٦) مغصوبا أو لا.

(٧) أى و ما على الحر من الثياب تابع للحر فى عدم الصمان، لأن الثياب تحت يد صاحبها الحر، و الحر لا يدخل تحت اليد.

(٨) أى الأجير.

(٩) أى استيفاء المنفعه.

(فعلى المؤجر (١) كالتب (٢) و الزمام (٣)، و الحزام (٤)، و السرج، و البرذعه (٥)، و رفع المحمل (٦)، و الأحمال (٧)، و شدها، و حطها، و القائد (٨)، و السائق أن شرط مصاحبه (٩)،(و المداد فى النسخ) (١٠) لتوقف إيفاء المنفعه الواجبه عليه (١١) بالعقد اللازم، فيجب (١٢) من باب المقدمه.

(١) ما يتوقف عليه الانتفاع من العين المستأجره على أقسام، قسم يجب على المالك بغير خلاف كعماره الحيطان و السقوف و عمل الأبواب و مجرى الماء، و قسم يجب على المستأجر بغير إشكال كمن يستأجر بئرا ليتنفع بها بتجميع مياه الأمطار فيها و الاستفاده من هذه المياه فالاستقاء و الدلو و البكره على المستأجر بغير خلاف أيضا.

و قسم ثالث قد اختلف فيه كالخيوط فى الخياطه كمن يستأجر أجيرا ليخيط له هذا الثوب، فخيطان هذه الخياطه هل هى على الأجير أو على المستأجر، و كذا المدار للكتابه و الصبغ للصباعه و نحو ذلك فعن جماعه أنها على الأجير، لأن العمل واجب عليه فتجب عليه مقدماته، و هذه من المقدمات إلا أن تكون هناك عاده قاضيه بالوجوب على المستأجر. و عن العلامه و الشارح أنه مع عدم العاده أو اضطرابها فهذه الأمور على المستأجر، لأن المقصود من عقد الإجاره هو العمل، و أما الأعيان المتوقف عليها العمل غير داخله فى مفهوم الإجاره حتى تجب على الأجير.

و ردّ بأن وجوب هذه الأعيان على الأجير ليس من أجل دخولها فى مفهوم الإجاره، بل من باب المقدمه للفعل الواجب، فهى واجبه على من وجب عليه الفعل و هو الأجير.

(٢) مثل سبب، ما يوضع على ظهر البعير ليصير صالحا للركوب.

(٣) و هو الحبل الذى يقاد به البعير.

(٤) ما يشدّ به القتب و الرحل من تحت ظهر البعير لئلا ينقلب.

(٥) قال فى مصباح المنير: (البرذعه: حلس يجعل تحت الرحل، بالبدال و الذال، و الجمع البراذع، هذا هو الأصل، و فى عرف زماننا هى للحمار ما يركب عليه بمنزله السرج للفرس) انتهى.

(٦) و وضعه على ظهر البعير.

(٧) أى رفعها عن الأرض و جعلها على ظهر الدابه.

(٨) هو الذى يأخذ بقيادها من أمام، و السائق هو الذى يسوقها من خلف.

(٩) أى إن شرط المستأجر على المؤجر مصاحبه السائق أو القائد للدابه.

(١٠) أى نسخ الكتب.

(١١) على ما ذكر من الأمثله.

(١٢) أى يجب ما يتوقف إيفاء المنفعة عليه.

ص: ٤٤٠

و الأقوى الرجوع فيه (١) إلى العرف، فإن انتفى (٢) أو اضطرب فعلى المستأجر لأن الواجب على المؤجر إنما هو العمل، لأن ذلك (٣) هو المقصود من إجاره العين، أما الأعيان فلا تدخل في مفهوم الإجاره على وجه يجب اذهابها لأجلها (٤)، إلا في مواضع نادره تثبت على خلاف الأصل كالرضاع، و الاستحمام. و مثله (٥) الخيوط للخياطة (٦)، و الصبغ للصباغه، و الكش (٧) للتليح، (و كذا يجب) على المؤجر (المفتاح في الدار) (٨)، (١) فيما يتوقف استيفاء المنفعه عليه.

(٢) أى العرف و لا عاده فى البين.

(٣) أى العمل.

(٤) أى يجب إذهاب الأعيان لأجل الإجاره، لأنه قد قصد من عقد الإجاره خصوص العمل، و بما أن العمل متوقف على أعيان خارجيه، فالأصل أن تكون على المستأجر إلا فى مواضع فتكون على المؤجر، و هذه المواضع هى الإرضاع و الاستحمام.

أما الأول كمن يستأجر امرأه على إرضاع ولده، فالإجاره قد وقعت على نفس العمل أعنى المراضعه و الإرضاع، و هذا العمل متوقف على عين خارجيه و هى اللبن، و بما أن اللبن داخل فى مفهوم الإرضاع الذى هو مورد للإجاره فيجب اللبن على الأجير لدخوله فى مفهوم الإجاره دون المستأجر.

و أما الثانى كمن يوقع عقد إجاره بينه و بين صاحب الحمام لينتفع بالحمام بالاستحمام فيه، و الاستحمام متوقف على الماء، فالماء داخل هنا فى مفهوم الإجاره فيجب على صاحب الحمام المؤجر دون المستأجر.

(٥) أى مثل ما ذكر من الإرضاع و الاستحمام.

(٦) فهى على الأجير دون المستأجر.

(٧) بالضم و هو الغبار الذى يؤخذ من ذكور النخل ليوضع فى إنائها، ففى هذه الأمور الثلاثه فالخيوط و الصبغ و الكش على الأجير لدخولها فى مفهوم الإجاره بخلاف الباقي فالأعيان المتوقف عليها العمل هى على المستأجر، و إن كان فى الثلاثه الأخيره إشكال واضح لعدم دخول الخيوط و الصبغ و الكش فى مفهوم الإجاره بعد كون العقد قد قصد منه العمل فقط، و العرف غير قاض بكونها على الأجير، و لو جعل العرف هو الحاكم لكان متينا.

(٨) المراد به مفتاح الفلق، و الفلق هو القفل الثابت فى الباب، فكما يجب على المؤجر تسليم الدار، و من توابعها الفلق فيجب عليه تسليم الفلق، و من توابع الفلق مفتاحه فيجب

لأنه (١) تابع للغلق المثبت الذى يدخل فى الإجاره، بل هو (٢) كالجاء منه (٣) و إن كان (٤) منقولا، و من شأن المنقول أن لا يدخل فى إجاره العقار الثابت. و أما مفتاح القفل فلا يجب تسليمه كما لا يجب تسليم القفل، لانتفاء التبعية عرفا.

السابعه - فى اختلاف الموجر و المستأجر

(السابعه - لو اختلفا فى عقد الإجاره حلف المنكر) لها (٥)، سواء كان هو المالك أم غيره، لأصالة عدمها.

ثم إن كان النزاع قبل استيفاء شىء من المنافع رجع كل مال إلى صاحبه (٦)، و إن كان (٧) بعد استيفاء شىء منها (٨)، أو الجميع (٩) الذى يزعم من يدعى وقوع الإجاره أنه (١٠) متعلق العقد و كان المنكر (١١) عليه و هذا بخلاف مفتاح القفل و القفل هو القفل المنقول دون الثابت فلا يجب تسليمه و لا تسليم مفتاحه لانتفاء التبعية بينه و بين الدار لكونه منقولا.

(١) أى المفتاح.

(٢) أى المفتاح.

(٣) من الفلق.

(٤) أى المفتاح.

(٥) للإجاره، لو تنازعا فى أصل الإجاره فالقول قول منكرها مع يمينه، كما فى كل منكر، لأصالة عدم وقوعها، سواء كان المنكر هو المالك أم المستأجر، بلا خلاف و لا إشكال.

(٦) بحيث كانت العين تحت يد غير مالكةا، و كان لهذا الغير مال تحت يد المالك، فادعى المالك الإجاره و أن هذا المال عوض، و أنكر الآخر و أن تقديم الدار كان تبرعا فترجع الدار إلى مالكةا و يرجع المال إلى صاحبه.

(٧) أى النزاع المذكور.

(٨) من المنافع.

(٩) أى جميع المنافع بحيث من يدعى الإجاره يدعيها لسنه، و الدار هى تحت يد الطرف الآخر سنه فلو ثبتت الإجاره لكان المستأجر قد استوفى جميع منفعه منها.

(١٠) أى الجميع الذى استوفاه غير المالك.

(١١) و على هذا التقدير الأخير من كون النزاع بعد استيفاء المنافع أو بعضها فتاره يكون المالك مدعيا للإجاره و أخرى يكون المستأجر.

و على الثاني فالمالك منكر فيحلف و تنتفى الإجاره، ثم لو أنكر المالك الاذن في التصرف في العين أيضا كما أنكر الإجاره فيحلف على عدم الاذن و له أجره مثل المنافع المستوفاه

ص: ٤٤٢

المالك، فإن أنكر مع ذلك (١) الإذن فى التصرف و حلف (٢) استحق (٣) أجره المثل (٤)، و إن زادت عن المسمى بزعم الآخر (٥)، و لو كان المتصرف يزعم تعيينها (٦) من العين، و عليه فهذه الأجره أما مساويه للمسمى فى العقد الذى انتفى و إما أزيد و إما أقل.

فإن كانت مساويه فلا كلام، فله تمام أجره المثل، و إن كانت أزيد فإما أن يكون قد قبض المسمى أو لا، فإن قبض المسمى فله حق المطالبه بالزياده، و إن لم يقبض فله حق المطالبه بالمثل بما فيه الزيادة عن المسمى.

و إن كانت أجره المثل أنقص من المسمى فتارة يكون المسمى مقبوضا و أخرى لا يكون مقبوضا، فمع قبض المسمى يجب على المالك رد الزيادة لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد من المسمى عن المثل، لأنه منكر للإجاره، و إن كان لا يجوز لخصمه طلب هذه الزيادة منه، لأن الخصم معترف بكون المالك مستحقا لها، لأنه معترف بالمسمى و أنه للمالك عند دعواه الإجاره.

و مع عدم قبض المسمى فليس للمالك طلب الزيادة، لأنه غير مستحق لها، و إن وجب على الخصم إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعيه.

و أما على الأول من كون المالك مدعيا للإجاره و خصمه المنكر فسيأتى.

(١) مع إنكاره الإجاره.

(٢) أى حلف المالك، و ظاهره أنه عليه حلف واحد، مع أنه قد عرفت لا بدّ من حلفين، واحد لنفى الإجاره و آخر لنفى الاذن فى التصرف، لأنه إذا انتفت الإجاره و ثبت الاذن فى التصرف فلا يستحق أجره المثل، فإثبات أجره المثل متوقف على حلفين منه.

(٣) أى المالك.

(٤) و هذا فى صورته مساواه المثل للمسمى.

(٥) متعلق بقوله (المسمى) و هذه هى الصوره الثانيه، و كلامه يشمل الصوره الثالثه أيضا مع أنك قد عرفت أنه فى الثالثه لا يستحق من أجره المثل إلا بمقدار المسمى.

(٦) أى تعيين أجره المسمى، بحيث يدعى الإجاره و يدعى أن أجرتها معينه، و ما تقدم كان فى دعواه الأجره على نحو كلى فى الذمه.

و عليه فأجره المسمى إما أن تكون من النقد الغالب أو لا، و على الأول يجب على المالك أخذ المسمى المتعين فى النقد الغالب على التفصيل المتقدم، بحيث لو ساوى المسمى أجره المثل فهو، و إن نقص المسمى عن المثل فيجب أخذ المسمى و على المتصرف الزيادة حتى يساوى المثل، و إن زاد المسمى فيجب على المالك رد الزيادة و إن لم يجز للمتصرف طلبها هذا كله إذا كانت مقبوضه، و مع عدم القبض لا يجوز للمالك طلب الزيادة عن المثل من

فى مال مخصوص و كان (١) من جنس النقد الغالب لزم المالك قبضه عن أجره المثل فإن ساواها (٢) أخذه، و إن نقص (٣) و جب على المتصرف الإكمال، و إن زاد (٤) صار الباقي مجهول المالك (٥)، لزعم المتصرف استحقاق المالك و هو (٦) ينكر، و إن كان (٧) مغايرا له، و لم يرض المالك به (٨) و جب عليه (٩) الدفع من الغالب، و بقى ذلك (١٠) بأجمعه مجهولا، و يضمن العين (١١) بانكار الإذن (١٢)، و لو اعترف به (١٣) فلا ضمان.

و إن كان المنكر المتصرف (١٤) المسمى و لا بد للمتصرف من إيصالها إليه بطريق من الطرق الشرعية.

و على الثانى سياآتى بحثه.

(١) أى المال المخصوص.

(٢) أى ساوى المتعين لأجره المثل.

(٣) أى نقص المتعين عن أجره المثل.

(٤) أى زاد المتعين عن أجره المثل.

(٥) فما زاد من المتعين لا يجوز للمالك قبضه لا اعترافه بعدم استحقاقه لكونه منكرا للإجاره، و يجب على المتصرف دفعه لاعترافه بكونه للمالك لأن المتصرف يدعى الإجاره و أن المتعين أجرتها، فمن هنا صار الزائد مجهول المالك.

(٦) أى المالك ينكر استحقاقه للزائد بانكاره لأصل الإجاره.

(٧) أى كان المسمى المتعين فى مال مخصوص بحسب زعم المتصرف مغايرا للنقد الغالب و هو الشق الثانى المتقدم، فعلى المتصرف الدفع من الغالب بمقدار أجره المثل، و يبقى المسمى المتعين مجهولا لأن المتصرف معترف بكونه للمالك فيخرج عنه، و لا يجوز للمالك قبضه لأنه معترف بعدم استحقاقه له.

(٨) بالمعين بدلا عن أجره المثل.

(٩) أى على المتصرف أن يدفع من الغالب بمقدار أجره المثل.

(١٠) أى المتعين.

(١١) أى يضمن المتصرف العين لأن المالك منكر للإجاره و منكر للاذن، فيد المتصرف على العين يد عدوان و ضمان، نعم لو اعترف المالك بالاذن و إن أنكر الإجاره فلا ضمان.

(١٢) من قبل المالك.

(١٣) أى لو اعترف المالك بالاذن فلا ضمان على المتصرف.

(١٤) هذا هو الشق الأول من كون النزاع بين المالك و خصمه بعد استيفاء المنافع، و هو ما لو

ص: ٤٤٤

و حلف و جب عليه (١) أجره المثل، فإن كانت (٢) أزيد من المسمى بزعم المالك (٣) لم يكن له (٤) المطالبه به إن كان دفعه، لاعترافه باستحقاق المالك له و و جب عليه دفعه (٥) إن لم يكن دفعه، و ليس للمالك قبضه (٦) لاعترافه بأنه لا يستحق أزيد من المسمى، و إن زاد المسمى عن أجره المثل كان للمنكر المطالبه بالزائد إن كان دفعه (٧)، و سقط (٨) ان لم يكن، و العين ليست مضمونه عليه (٩) هنا (١٠)، لاعتراف المالك بكونها أمانه بالإجاره.

كان المالك مدعيا للإجاره و المتصرف منكرًا، فيحلف المتصرف و تنتفى الإجاره إلا أنه على المتصرف أجره المثل عن المنافع المستوفاه من العين، لأن المالك لم يقدمها بنيه التبرع، بل فى قبال أجره المسمى و لم تسلم له. ثم إن أجره المثل إما أن تكون مساويه للمسمى فى العقد و إما أزيد و إما أقل، و على الأول لا كلام فى أن تمام أجره المثل للمالك، و على الثانى بأن كانت أجره المثل أزيد فلا- يخلو الأمر إما أن يكون المسمى قد قبضه المالك أولاً، فمع قبضه يجب على المتصرف دفع الزائد من المثل عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك الأجره المثل بالغاً ما بلغت، لأنه منكر للإجاره، و مع عدم القبض فيجب على المتصرف دفع المثل بما فيه الزيادة عن المسمى، لاعترافه باستحقاق المالك لتمام المثل، إلا أن المالك لا يجوز له طلب الزيادة، لأنه معترف بعدم استحقاقه إلا بمقدار المسمى.

و على الثالث بأن كانت أجره المثل أنقص، فإن كانت أجره المسمى مقبوضه من المالك فيجب على المالك، الزيادة من المسمى، لثبوت بطلان الإجاره ظاهراً بسبب حلف المتصرف، و إن كان المسمى غير مقبوض من المالك فلا- يجب على المتصرف الدفع إلا بمقدار المثل لبطلان الإجاره ظاهراً فلا مسمى و لا يثبت على المتصرف إلا أجره مثل المنافع المستوفاه.

(١) على المتصرف.

(٢) أى أجره المثل.

(٣) متعلق بقوله (المسمى).

(٤) أى المتصرف فلا يجوز له المطالبه بالزائد إن كان قد دفع الزائد.

(٥) أى و و جب على المتصرف دفع الزائد إن لم يكن قد دفعه.

(٦) أى قبض الزائد، لأن المالك معترف بأنه لا يستحق أزيد من المسمى.

(٧) أى على تقدير قبض المالك للمسمى.

(٨) أى و سقط الزائد عن المتصرف فلا يدفع إلا بمقدار المسمى لاعتراف المالك بعدم استحقاقه للزائد عن المسمى لدعواه الإجاره.

(٩) أى على المتصرف لاعتراف المالك بكون العين أمانه بالإجاره.

(١٠) فيما لو ادعى المالك الإجاره وقد أنكرها المتصرف.

ص: ٤٤٥

(و لو اختلفا فى قدر الشىء المستأجر) (١) بفتح الجيم و هو العين المستأجره، بأن قال: آجرتك البيت (٢) بمائه، فقال: بل الدار أجمع بها (٣) (حلف النافى)، لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عما اتفقا عليه. وقيل: يتحالفان و تبطل الإجاره، لأن كلا منهما مدع و منكر، (و فى ردّ العين (٤) حلف المالك)، لأصالة عدمه، و المستأجر قبض لمصلحه نفسه فلا يقبل قوله فيه (٥) مع مخالفته للأصل.

(و فى هلا-ك (٦) المتاع المستأجر عليه حلف الأجير)، لأنه أمين، و لإمكان (١) فقال المستأجر: آجرتنى الدار بمائه، فقال المالك: بل آجرتك نصفه أو الجانب الفلانى منه أو الغرفه الفلانيه منه بمائه، فالقول قول منكر الزياده، و هو المالك غالباً، لأصالة عدم وقوع الإجاره على ما زاد عما اتفقا عليه.

و قال الشارح فى المسالك: و ربما قيل بالتحالف، و قال فى الجواهر: و احتمال التحالف لأن كلا منهما مدع و منكر ضعيف، لأن ضابط التحالف عدم اتفاقهما على شىء فى مورد العقد، كأن يقول المستأجر: الإجاره على البيت بمائه، فيقول المالك: بل الإجاره على البستان بمائه، و أما فى مسألتنا فقد اتفقا على شىء أنه مورد العقد و اختلفا فى الزائد فيقدم قول المنكر.

(٢) البيت هو غرف الدار، و الدار هو البيت مع الساحه.

(٣) بالمائه.

(٤) بأن قال المستأجر: رددت العين، فأنكر المالك، حلف المالك لأنه منكر بحسب ظاهر قوله، و لأصالة عدم الرد.

قد قبل قول الودعى فى رد الوديعة فليقبل قول المستأجر هنا فى الرد.

قبول قول الودعى هناك للنص بكونه أميناً، و لأنه قبض لمصلحه المودع، بخلاف المستأجر فقد قبض لمصلحه نفسه.

(٥) أى لا يقبل قول المستأجر فى الرد.

(٦) لو ادعى الصانع هلا-ك المتاع عنده من غير تفريط و لا تعدى، و أنكر المالك. فالمشهور أن الصانع يكلف بالبينه، و مع عدمها يحلف المالك و يضمّن الصانع، للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل جَمَّال استكرى منه إبلا، و بعث معه بزيت إلى أرض فزعم أن بعض زقاق الزيت انخرق فأهراق ما فيه؟ فقال: إن شاء أخذ الزيت - إلى أن قال - و لكن لا يصدق إلا بينه عادله) (١) و مثله غيره و قيل يقدم

ص: ٤٤٦

صدقه فيه (١)، فلو لم يقبل قوله فيه (٢) لزم تخليده في الحبس (٣)، و لا فرق بين دعواه تلفه بأمر ظاهر كالغرق، أو خفى كالسرق (٤).

(و فى كيفية الاذن) فى الفعل (كالقبا، و القميص) (٥) بأن قطعه الخياط قبا فقال المالك: أمرتك بقطعه قميصا (حلف المالك)، لأنه منكر لما يدعيه الخياط من التصرف فى ماله، و الأصل عدم ما يدعيه الخياط من الاذن، و لقبول قول المالك قول الصانع مع يمينه كما عليه جماعه منهم الشيخ و ابن إدريس و العلامة، بل فى السرائر أنه الأظهر فى المذهب و عليه العمل للأخبار.

منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الصباغ و القصار فقال: ليس يضمنان) (١)، و خبر بكر بن حبيب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أعطيت جبه إلى القصار فذهبت بزعمه، فقال: إن اتهمته فاستحلفه، و إن لم تتهمه فليس عليه شيء) ٢ و مثلها غيرها من الأخبار، و قد ادعى الشيخ إجماع الفرقه و أخبارهم على هذا القول.

(١) فى الهلاك فيصدق لأنه أمين.

(٢) فى الهلاك.

(٣) لأنه لو لم يقبل قوله فيه، و قبل قول خصمه للمكلف بالرد، و لو كان تالفا واقعا لاستحال عليه الرد، و لو استحال لكان غير مؤد لحقوق الناس فيجب حبسه، و بما أنه يستحيل الرد مطلقا فيلزم تخليده فى السجن.

(٤) خلافا للشافعى حيث فرّق بينهما، ففى الظاهر كلفه بالبينة، و فى الخفى اكتفى منه باليمين.

(٥) فلو قطع الخياط الثوب قبا مدعى الاذن من المالك، فقال المالك لم آمرك بذلك، و إنما أمرتك بقطعه قميصا.

فقيل: القول قول المالك مع يمينه على المشهور، لأن قول المالك مقدم فى أصل الاذن عند وقوع الخلاف فكذا يقدم فى صنعه الاذن عند الاختلاف، و لأن الخياط يدعى التصرف المسقط للضمان بالاذن على الوجه القبائى، و المالك ينكر ذلك.

و قيل: و هو للشيخ فى الخلاف و وكاله المبسوط يقدم قول الخياط، لأن المالك بدعواه يدعى على الخياط الأرش، و الخياط بنكر، و الأصل عدم الأرش.

ص: ٤٤٧

فى أصل الاذن، و كذا فى صفته، لأن مرجع هذا النزاع إلى الاذن على وجه مخصوص.

و قيل: يحلف الخياط لدعوى المالك عليه ما يوجب الارش، و الأصل عدمه (١).

و على المختار (٢) إذا حلف المالك يثبت على الخياط ارش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً و قباء و لا أجره له على عمله، و ليس له فتقه (٣) ليرفع ما أحدثه من العمل إن كانت الخيوط للمالك، إذ لا عين له (٤) ينزعها، و العمل ليس بعين و قد صدر عدواناً ظاهراً.

و لو كانت الخيوط للخياط فالأقوى أن له نزعها كالمغصوب.

(١) عدم الأرش.

(٢) من تقديم قول المالك مع يمينه، فإذا حلف المالك فلا أجره للخياط على عمله، لأنه عمل من غير إذن المالك، و على الخياط ارش الثوب ما بين كونه مقطوعاً قميصاً و بين كونه مقطوعاً قباء، لأنه مأذون بالقطع القميصي، و ما زاد عنه إلى القطع القبائي لا إذن فيه فيتحمل أرشه.

(٣) أى و ليس للأجير فتق الثوب القبائي لو أراد رفع ما أحدثه من العمل، و هو القبائي إذا كانت الخيوط من المالك، إذ ليس للخياط عين يمكن انتزاعها و لا يمكن انتزاع العمل لأنه ليس بعين، فهو كما لو نقل متاع الغير من مكان إلى آخر عدواناً فليس له رده إلى محله الأول إلا بطلب من المالك.

و لو كان الخيوط من الأجير ففيه وجهان:

الأول: جواز أخذها، لأنها عين ماله و هى باقية و الناس مسلطون على أموالهم، و عدوانه لا يسقط حرمة ماله.

الثانى: لا يجوز الأخذ، لأن الأخذ يستلزم التصرف فى مال الغير، و لأن الخياط يدعى أن الخيوط ملك للمالك تبعاً للعمل القبائي الذى يدعيه الخياط، و يدعى أن المالك قد ظلمه بالإنكار.

وفيه: إن نزع الخيوط و إن استلزم تصرفاً فى مال الغير، فإن أحدث نقصاً فى العين فيجبر بالأرش، و أما دعوى الخياط أن الخيوط للمالك تبعاً للعمل القبائي فهو يدعى ذلك بعقد و قد انفسخ ظاهراً بحلف المالك.

(٤) للأجير.

و وجه المنع (١) استلزامه التصرف في مال الغير، و لو طلب المالك أن يشد في طرف كل خيط منها (٢) خيطا لتصير خيوطه (٣) في موضع خيوط الخياط إذا سلها (٤) لم يجب اجابته، لأنه (٥) تصرف في مال الغير يتوقف على إذنه (٦)، كما لا يجب عليه (٧) القبول لو بذل له المالك قيمه الخيوط (٨).

(و في قدر الأجره حلف المستأجر) (٩)، لأصالة عدم الزائد، و قيل: يتحالفان كما لو اختلفا في قدر المستأجر، لأن كلا منهما مدع و منكر. و هو ضعيف، لاتفاقهما على وقوع العقد، و مقدار العين، و المده، و إنما تخالفا على القدر الزائد عما يتفقان عليه فيحلف منكره.

(١) أي منع نزع الخيوط.

(٢) من خيوط الخياط.

(٣) أي خيوط المالك.

(٤) أي سلها الخياط.

(٥) أي شد خيط المالك بخيط الخياط.

(٦) أي أذن الغير و هو الخياط هنا.

(٧) على الخياط.

(٨) لأن الناس مسلطون على أموالهم فلا يجبرون على البيع.

(٩) لو قال المستأجر: الأجره خمسون، فقال المالك: إنها مائه، قدم قول المستأجر مع يمينه، لأنه منكر للزيادة بعد أصالة عدم وقوع الزيادة.

و قيل: بالتحالف، و لم يعلم قائله، و وجهه أن كلا منهما مدع و منكر، و هو ضعيف، لأن مورد التحالف ما لو لم يتفقا على شيء من الأجره، و هنا قد اتفقا على قدر معين و اختلفا في الزائد فيقدم قول منكره و به تم بحث الإجاره، و لله الحمد أولا و آخرا.

كتاب الوكالة

اشاره

ص: ٤٥١

فى تعريف الوكالة و الفاظها

«الوكالة» (١) بفتح الواو و كسرهما (و هى استنابه فى التصرف) بالذات (٢)، لثلا- يرد الاستنابه فى نحو القراض، و المزارعه، و المساقاه، و خرج بقيد الاستنابه الوصيه بالتصرف، فإنها إحداث ولايه، لا استنابه، و بالتصرف الوديعه، فإنها استنابه فى الحفظ خاصه، و تفتقر إلى إيجاب و قبول (٣)، لأنها من جمله العقود و إن كانت جائزه.

(١) قال فى مصباح المنير: (وكلته توكيلا- فتوكل قبل الوكالة، و هى بفتح الواو، و الكسر لغه) انتهى، و هى لغه التفويض، و قد عرفت شرعا بأنها (الاستنابه فى التصرف)، فالاستنابه بمنزله الجنس يشمل الأمانات المالكيه كالوديعه و العاريه و القراض و نحوها مما فيها قبض بإذن المالك. نعم بقيد (الاستنابه) تخرج الوصيه، فالوصيه بالتصرف إحداث ولايه على العين لا استنابه عن المالك بالتصرف.

و بقيد (فى التصرف) تخرج الوديعه، فهى استنابه فى الحفظ خاصه، و مع هذا تبقى المزارعه و المساقاه و القراض مندرجه فى التعريف، و يمكن إخراجها بزياده قيد (بالذات على التعريف، لأن الاستنابه فى التصرف فى هذه المذكورات ضمنيه، لأن المقصود بالذات منها هو العمل زرعاً أو مسقياً سقياً أو ربحاً).

و يبقى إشكال و هو أن المتبادر من التعريف المتقدم خصوص الاستنابه فى التصرف الفعلى دون القولى، مع أن الوكالة تصح فى الأفعال و الأقوال، و لذا ذهب بعضهم إلى تعريفها بأنها (عقد يفيد نيابه الغير فى شىء).

(٢) قيد لإخراج القراض و المزارعه و المساقاه.

(٣) لما كانت الوكالة معامله بين شخصين فهى عقد مؤلف من إيجاب و قبول.

(و إيجابها (١) و كلتك، أو استنتك)، أو ما شاكله من الألفاظ الداله على الاستنابه فى التصرف، و إن لم تكن على نهج الألفاظ المعبره فى العقود (٢)، (أو الاستيجاب و الإيجاب (٣) كقوله: و كلنى فى كذا، فيقول: و كلتك، (أو الأمر) (١) لما كانت الوكاله من العقود الجائزه كما سيأتى فيصح إيقاع إيجابها و قبولها بكل لفظ دال عليهما، و لا تخصيص للألفاظ الصريحه كما هو مبنى القوم فى العقود الجائزه.

بل و لا- تشترط الماضويه فى الإيجاب لخبر عروه البارقى عند ما قال له النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم (اشتر لنا شاه بدينار فذهب و اشترى شاتين بدينار) (١) و هو دال على إنشاء الإيجاب بالأمر بالتصرف، و دال على تحقق القبول بالرضا الفعلى لا القولى، و لذا توسعوا فى عقد الوكاله بالخصوص ما لم يتوسعوا فى غيره من العقود الجائزه، فذهبوا إلى أن الإيجاب يتحقق بالماضى كقوله: و كلتك، و بالأمر (كن و كيلى أو اشتر لى كذا و كذا)، بل لو قال الموكل:

نعم عقيب الاستفهام التقريرى من الوكيل: كوكلتنى فى كذا فقال الموكل نعم: لكفى فى الإيجاب.

و ذهبوا إلى أن القبول يتحقق باللفظ الماضى (قبلت)، و بكل لفظ يدل على الرضا بالإيجاب و إن لم يكن ماضويا، و بالفعل الدال على الرضا بالإيجاب، و قال العلامة فى التذكرة: (و الأصل فى ذلك أن الذين و كلهم النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم لم ينقل عنهم سوى امثال أمره) انتهى، فضلا عن دلالة خبر عروه البارقى المتقدم عليه، و هذا كله مما لا- خلاف فيه كما فى الرياض.

و لكن قد عرفت أكثر من مره كفايه كل ما عليه العرف فى إنشاء الإيجاب و القبول و لو كان العقد لازما، و لذا يصح الإنشاء بالماضى و بالأمر و بالجمله الاسميه، و بالقول المجاز و بالفعل، و لا خصوصيه للوكاله فى هذا.

ثم لا- إشكال و لا كلام فى مشروعيه الوكاله، و لعلها من ضروريات الدين كما فى الجواهر، و يدل عليه فضلا عن النصوص الكثيره قوله تعالى: فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرُوا أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَ لِيَتَلَطَّفْ (٢).

(٢) أى و إن لم تكن بصيغ الماضى.

(٣) أى يكفى الاستيجاب من الوكيل و الإيجاب من الموكل، بمعنى تأخر الإيجاب و الاكتفاء عن القبول بالاستيجاب كقوله: و كلنى فى كذا فقال: و كلتك.

ص: ٤٥٤

١- (١) المغنى لابن قدامه ج ٥ ص ٤٥.

٢- (٢) سورة الكهف، الآية: ٢٠.

(بالبيع، و الشراء (١) كما دل عليه قول النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم لعروه البارقي: اشتر لنا شاه.

(و قبولها قولی) كقبلت، و رضيت، و ما أشبهه (٢)، (و فعلى) كفعله (٣) ما أمره بفعله، (و لا يشترط فيه) أى فى القبول (الفوريه) (٤) بل يجوز تراخيه عن الإيجاب و إن طالت المده (٥)، (فإن الغائب يوكل) و القبول (٦) متأخر، و كأن جواز توكيل الغائب موضع وفاق فلذا جعله شاهدا على الجواز، و إلا (٧) فهو فرع المدعى.

فى شرط التنجيز

(و يشترط فيها التنجيز (٨) فلو علقت على شرط متوقع (٩) كقدوم المسافر، أو صفه مترقبه (١٠) كطلوع الشمس لم يصح (١١).

و فى صحه (١٢) (١) أى يكفى فى الإيجاب الأمر بالفعل الذى يريد أن يوكله فيه.

(٢) من الألفاظ الداله على الرضا بالإيجاب و إن لم تكن بالماضى.

(٣) أى كفعل الوكيل ما أمره الموكل بفعله.

(٤) فلو صدر الإيجاب من الموكل و بعد سنه قبل الوكيل صح عقد الوكالة، و عن تذكره العلامه أنه إجماعى، و استدل بعضهم عليه بجواز توكيل الغائب، و لا بدّ أن يتأخر قبوله لأنه غائب عن بلد الموكل.

و ردّ بأنه مستلزم للدور، لأن جواز توكيل الغائب فرع تراخى القبول عن الإيجاب، فلو كان تراخى القبول متوقفا على جواز توكيل الغائب للزم الدور.

و أوجب بأننا نستدل على جواز التراخى فى مطلق القبول بالإجماع، و الدليل على صحه وقوع الإجماع إجماعهم على صحه توكيل الغائب إذ لا خصوصيه فى قبول الغائب.

(٥) إلى سنه.

(٦) الواو حالیه.

(٧) و إن لم يجعله شاهدا بل دليلا للزم منه الدور.

(٨) شرط الوكالة أن تقع منجزه بلا خلاف فيه، فلو علّقها على شرط لبطلت، لأن التعليق مناف للجزم فى إرادته المعنى من اللفظ عند الإنشاء، مع أنه يشترط فى العقود الجزم الفعلى للمعنى حتى يتحقق الإنشاء.

(٩) و هو ما يمكن وقوعه و عدمه.

(١٠) و هى ما كان وجودها فى المستقبل محققا.

(١١) أى التعليق فتبطل الوكالة.

(١٢) قد تقدم بطلان الوكالة لو علقت على شرط متوقع أو صفة مترقبه، فإذا تصرف الوكيل

ص: ٤٥٥

التصرف بعد حصول الشرط (١)، أو الصفه (٢) بالإذن الضمنى قولان منشأهما:

كون الفاسد (٣) بمثل ذلك (٤) إنما هو العقد، أما الإذن الذى هو مجرد إباحه تصرف فلا (٥)، كما لو شرط فى الوكالة عوضا مجهولا فقال: بع كذا على أن لك العشر من ثمنه ففسد الوكالة، دون الإذن ولأن الوكالة (٦) أخص من مطلق الإذن، و عدم الأخص (٧) أعم (٨) من عدم الأعم (٩)، و أن الوكالة (١٠) ليست أمرا بعد فساد العقد، فهل يصح تصرفه كما عن العلامه فى التذكرة، لأن فساد العقد لا يوجب فساد الاذن الضمنى للتصرف، إذ الاذن بالتصرف أعم من العقد، و بطلان الخاص لا يدل على بطلان العام، و لذا لو قال: بع كذا بعوض مجهول على أن لك العشر من ثمنه، تبطل الوكالة و لكن إذا باع صح الشرط لوجود الاذن فى البين. أو لا يصح تصرفه، لأن الاذن و إن كان أعم من الوكالة، إلا أن الاذن الضمنى بالتصرف ليس بأعم بل هو مساو، فانتهاء الوكالة انتفاء للاذن حينئذ.

و أما ما استدلل به من التنظير ليس فى محله، لأن الجعل المشروط بأن له العشر من ثمنه ليس جزءا من الوكالة، و إنما هو شرط زائد عليها، لصحة الوكالة بدون هذا الشرط.

و إذا تقرر ذلك فبطلان الوكالة فى العوض المجهول مستلزم لبطلان الاذن الضمنى فيها، و يبقى الجعل على حاله و من ضمنه الاذن الحاصل فيه، فلو باع بعد بطلان الوكالة كان له العشر من الثمن لوجود الاذن فى الجعل.

(١) أى الشرط المتوقع.

(٢) أى الصفه المتوقعه و معهما تبطل الوكالة فهل يصح التصرف من الوكيل بالاذن الضمنى حينئذ.

(٣) دليل الصحة.

(٤) أى بمثل الشرط و الصفه عند ما علقته الوكالة عليهما.

(٥) لكون الاذن أعم من العقد.

(٦) دليل ثان للصحة إلا أنه راجع للأول فلا تغفل.

(٧) تتمه للدليل الثانى، و المراد من عدم الأخص هو عدم الوكالة و بطلانها.

(٨) أى لا يلزم.

(٩) أى عدم الاذن، فلا يكون بطلان الوكالة الذى هو عدم الأخص مستلزما لعدم الاذن الذى هو عدم الأعم، لاحتمال بطلان الوكالة مع بقاء الاذن.

(١٠) دليل عدم الصحة.

زائدا على الإذن (١)، و ما يزيد عنه (٢) من مثل الجعل أمر زائد عليها (٣)، لصحتها بدونه (٤)، فلا يعقل فسادها مع صحته (٥).

فى تعليق التصرف

و يصح تعليق التصرف (٦) مع تنجيز الوكالة، بأن يقول: وكلتك فى كذا، و لا تتصرف إلا بعد شهر. لأنه (٧) بمعنى اشتراط أمر سائغ زائد على أصلها (٨) الجامع (٩) لشرائطها (١٠) التى من جملتها (١١) التنجيز و إن كان (١٢) فى معنى التعليق (١٣)، لأن العقود المتلقاه من الشارع منوطه بضوابط فلا تقع بدونها (١٤)، و إن أفاد فائدتها (١٥).

(١) أى الاذن الضمنى فيها، بل هما متساويان.

(٢) أى ما يزيد عن الاذن الضمنى، و فى هذا رد على التنظير المتقدم.

(٣) على الوكالة.

(٤) أى لصحة الوكالة بدون الجعل، و هذا تعليل لزياده الجعل على الوكالة.

(٥) أى لا يعقل فساد الوكالة مع صحة الاذن الضمنى فيها.

(٦) كأن يقول: وكلتك فى كذا، و لا تتصرف إلا بعد شهر مثلا، فالوكالة منجزه غير معلقه، و إن كان التصرف فيها معلقا، و مع تنجز الوكالة فلا بد من صحه عقدها، و التصرف الذى علق هو شرط زائد على أصل الوكالة المنجزه، و له حق الشرط حتى لو كان الشرط هو تعليق التصرف بعد صحه الوكالة، و هذا مما لا خلاف فيه.

(٧) أى تعليق التصرف.

(٨) أصل الوكالة.

(٩) صفه للأصل.

(١٠) أى شرائط الوكالة الصحيحه.

(١١) أى من جمله الشرائط.

(١٢) أى تعليق التصرف.

(١٣) أى تعليق الوكالة، و المعنى أن تنجز الوكالة و تعليق التصرف و إن كان فى معنى تعليق الوكالة إلا- أن العقود لما كانت متلقاه من الشارع نيطة بهذه الضوابط التى من جملتها عدم تعليق العقود، و تبطل إذا تجردت عنها، و إن أفاد العقد الفاقد للضوابط فائده العقد المشتمل عليها.

(١٤) أى فلا تقع العقود بدون هذه الضوابط.

(١٥) أى و إن أفاد المجرد عن الضوابط فائده العقود المنوطه بهذه الضوابط.

ص: ٤٥٧

(و هى جائزه من الطرفين (١) فلكل منهما إبطالها فى حضور الآخر و غيبته. لكن (٢) (١) بلا- خلاف فى للأخبار التى سياتى بعضها فى عزل الموكل و كيله.

(٢)الكلام فى موردين لو عزل الموكل الوكيل فلا خلاف و لا إشكال فى بطلان الوكالة إذا كان الوكيل حاضرا، و إنما الكلام فى الوكيل الغائب، فهل يحكم بطلان الوكالة مع علم الوكيل بالعزل خاصة فلو تصرف قبل الإعلام نفذ على الموكل كما هو المشهور، أو يحكم بالعزل بعد إعلامه إن أمكن و إلا فمع الإشهاد كما عن الشيخ فى النهاية و أبى الصلاح و ابنى البراج و حمزه و الحلّى، أم يحكم بالعزل مطلقا أعلمه أو لا و أشهد أو لا كما عن العلامه فى القواعد، أقوال ثلاثة.

استدل للأول بالأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل و كلّ آخر على و كاله فى أمر من الأمور، و أشهد بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لإمضاء الأمر، فقال: اشهدوا إنى قد عزلت فلانا عن الوكالة فقال عليه السّلام: إن كان الوكيل أمضى الأمر الذى وّكل فيه قبل العزل، فإن الأمر واقع ماض على ما أمضاه الوكيل، كره الموكل أم رضى.

قلت: فإن الوكيل أمضى الأمر قبل أن يعلم بالعزل أو يبلغه أنه قد عزل عن الوكالة فالأمر على ما أمضاه، قال عليه السّلام: نعم.

قلت له: فإن بلغه العزل قبل أن يمضى الأمر ثم ذهب حتى أمضاه لم يكن ذلك بشيء، قال عليه السّلام: نعم، إن الوكيل إذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبدا و الوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقه يبلغه، أو يشافهه بالعزل عن الوكالة(١).

و صحيح معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (من وّكل رجلا على إمضاء أمر من الأمور فالوكالة ثابتة أبدا حتى يعلمه بالخروج كما أعلمه بالدخول منها)(٢) و مثلها غيرها.

و القول الثانى قد استدل عليه ابن زهره بالإجماع فى الغنيه و لا دليل سواه، و النصوص المتقدمة حجه عليه، و هو اجتهاد فى قبال النص.

و القول الثالث كما عن العلامه فى القواعد، فقد قيل أن به روايه تدل على مدعاه، و فيه إنه لو سلم بذلك لكانت روايه مرسله لا تقاوم هذه النصوص المتقدمة، و استدل له بأن الوكالة عقد جائز و من حق الموكل أن يفسخ على جميع الأحوال، و فيه: إنه مع النص لا

ص: ٤٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الوكالة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوكالة حديث ١.

إن عزل الوكيل نفسه بطلت مطلقا (١)، (و لو عزله الموكل (٢) (اشترط علمه) بالعزل (٣) فلا ينعزل بدونه في أصح الأقوال.

و المراد بالعلم هنا بلوغه الخبر بقول من يقبل خبره، و إن كان عدلا واحدا (٤)، لصحيحه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام، و لا- عبره بخبر غيره (٥) و إن تعدد، ما لم يحصل به (٦) العلم (٧)، أو الظن المتأخم له (٨)، (و لا- يكفى) في انعزاله (الإشهاد) (٩) من الموكل على عزله على الأقوى، للخبر السابق، خلافا للشيخ و جماعه.

(و) حيث كانت جائزته (تبطل بالموت (١٠)، و الجنون، و الإغماء (١١) من كل واحد منهما، سواء طال زمان الإغماء أم قصر، و سواء أطبق الجنون أم كان أدوارا، و سواء علم الموكل بعروض المبطل أم لم يعلم، (و بالحجر على الموكل فيما) يمكن الالتزام فيه بل لا بدّ من تقييده بمضمون الأخبار.

لو عزل الوكيل نفسه في حضور الموكل أو غيبته ينعزل و تبطل الوكالة، لأن الوكالة لما ثبتت أنها جائزه من طرف الموكل كما هو مضمون الأخبار المتقدمة فهي جائزه من طرف الوكيل أيضا لعدم القائل بالفصل.

(١) مع حضور الموكل و غيابه.

(٢) ففي حضور الوكيل تبطل بلا خلاف.

(٣) على المشهور، و هذا في غياب الوكيل.

(٤) لصحيح هشام بن سالم المتقدم، فإنه قد صرح بكونه ثقة واحدا.

(٥) أي غير العدل.

(٦) بخبر الغير.

(٧) و حجيته ذاته.

(٨) للعلم، و هو الاطمئنان و هو العلم العادي، و حجيته عرفيه.

(٩) كما عن الشيخ و جماعه إذا لم يمكن إعلامه بالعزل.

(١٠) بموت كل منهما، بلا- خلاف فيه، أما في موت الوكيل، لأن الاذن من الموكل مختص بالوكيل فلا يعم وارثه حتى ينتقل إليه، و أما في موت الموكل، لأن العين الموكل بها قد انتقلت إلى الورثة، و معه يعتبر إذنه لا إذن مورثهم.

(١١) الجنون و الإغماء أدواريا أو مطبقا في كل من الوكيل و الموكل بلا خلاف فيه، و عليه الإجماع كما عن جماعه.

(وكل فيه (١) بالسفه، و الفللس، لأن منعه من مباشره الفعل يقتضى منعه من التوكيل فيه.

و فى حكم الحجر طرؤ الرق على الموكل (٢) بأن كان حربيا فاسترق، و لو كان وكيلا (٣) أصبح بمنزله توكيل عبد الغير.

(و لا تبطل بالنوم و لو تطاول (٤)، لبقاء أهليه التصرف (ما لم يؤد إلى الإغماء) فتبطل من حيث الإغماء، لا من حيث النوم. و مثله السكر (٥)، إلا أن يشترط عدالته كوكيل الوكيل و الولي (و تبطل بفعل الموكل ما تعلقت به الوكالة (٦) كما لو وكله فى بيع عبد ثم باعه. و فى حكمه (٧) فعله ما ينافيها كعتقه.

(و إطلاق الوكالة فى البيع يقتضى البيع بثمان المثل (٨)، إلا بنقصان (١) لأنه بالحجر يمنع من التصرف، و الوكالة تصرف بالعين بالنيابة، فكما يمنع من التصرف بالأصالة فمن باب أولى يمنع من التصرف بالاستتابة.

(٢) فإنه يصير عبدا، و كل فعل منه سواء كان بماله أو بغيره محتاج إلى اذن مولاه.

(٣) بأن طرأ عليه الرق فتبطل الوكالة، لأنه يصير عبدا للغير، فيحتاج إلى إذن سيده.

(٤) لأصالة الصحة فى العقود، و لمعلوميه عدم معامله الشارع للنوم معامله الجنون.

(٥) أى و مثل النوم السكر، لأصالة الصحة و لعدم معامله السكران معامله المجنون شرعا، إلا إذا اقتضى السكر فسقا، و ذلك عند السكر الاختيارى و قد اشترط فى الوكيل العدالة كوكيل الوكيل و وكيل ولى اليتيم.

(٦) كما لو وكله فى بيع عبد ثم باعه بنفسه، أو وكله فى بيع عبد ثم أعتقه فتبطل الوكالة لارتفاع موضوعها، و كذا تبطل بتلف موضوعها كما لو وكله فى بيع العبد ثم مات العبد، أو وكله بشراء عبد بهذا الدينار فتلف الدينار.

(٧) أى حكم فعل ما تعلقت به الوكالة فعل ما ينافيها.

(٨) لو وكله فى بيع متاع و لم يعين ثمنا، فيحمل الإطلاق على البيع بثمان المثل، لأن ثمن المثل هو المتعارف، و الإطلاق محمول على المتعارف.

و قد استثنى الشارح فى المسالك و هنا موضعين.

الأول: النقصان عن ثمن المثل بالشىء اليسير الذى يتسامح الناس بمثله و لا يناقشون به كدرهم و درهمين فى الألف، و وجهه أن هذا النقصان متعارف أيضا فيحمل الإطلاق عليه.

الثانى: حمل الإطلاق على المتعارف من ثمن المثل عند عدم وجود باذل للأزيد، و إلا لو

عنه (١) يتسامح بمثله (٢) عاده كدرهم فى مائه، و إلا مع وجود باذل لأزيد منه (٣)، فلا- يجوز الاقتصار عليه (٤) حتى لو باع بخيار لنفسه (٥) فوجد فى مده الخيار باذلا للزيادة و جب عليه الفسخ إن تناولت وكالته له (٦)، إلا أن يعين له قدرا (٧) فلا يجب (٨) تحصيل الزائد، و إن بذل (٩)(حالا) (١٠) فلا يجوز بالمؤجل مطلقا (١١)(بنقد البلد) (١٢)، فإن اتحد (١٣) تعين، و إن تعدد باع بالأغلب (١٤)، فإن تساوت النقود وجد باذل الأزيد فيجب على الوكيل أن يبيعه المتاع، لأن البيع له حينئذ مصلحه للموكل.

(١) عن ثمن المثل.

(٢) بمثل هذا النقصان.

(٣) من ثمن المثل.

(٤) على ثمن المثل.

(٥) أى لو باع الوكيل المتاع بثمان المثل مع خيار الفسخ له لمدته معينه ثم وجد فى زمن الخيار باذلا للأزيد فيجب عليه الفسخ مقدمه للبيع للباذل الواجب، لأن فيه مصلحه للموكل.

و قد احتمله فى الجواهر احتمالا- و لعله من باب أن البيع بثمان المثل قد وقع مراعىا لما فيه مصلحه الموكل حال البيع، و وجود البازل بعد العقد غير موجب للفسخ لعدم التفريط من الوكيل حين صدور البيع.

(٦) أى إن تناولت وكاله الوكيل لجعل الخيار لنفسه بالإضافه إلى البيع.

(٧) فلو عيّن الموكل قدرا معيناً من الثمن و وجد الوكيل باذلا- للأزيد فلا- يجب على الوكيل بيع البازل، و الفرق بين مقامنا و السابق هو أن الموكل هنا قد حدد الثمن بخلافه هناك فلا بد من حمل الإطلاق على ما فيه مصلحه للموكل، و مصلحته ببيع البازل للأزيد كما هو واضح.

(٨) أى على الوكيل.

(٩) أى و إن بذل الزائد من قبل باذله.

(١٠) و أيضا إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى على الوكيل بيع المتاع بثمان حال لا نسيئه، سواء كان المؤجل أزيد من ثمن المثل أم لا، لوجوب حمل الإطلاق على ما فيه مصلحه المالك، و مصلحته إنما هى فى الحال دون المؤجل.

(١١) سواء كان أزيد من ثمن المثل أم لا.

(١٢) أى و إطلاق الوكاله فى البيع يقتضى على الوكيل أن يبيع المتاع بنقد البلد، حملا للإطلاق على المتعارف.

(١٣) أى نقد البلد إذا اتحد تعين لتفرده.

(١٤) لأن المتعارف هو الأغلب عند التعدد، لتعارف الأغلب أكثر من الغالب.

ص: ٤٦١

باع بالأنتف (١) للموكل؁ فإن استوت نفعاً تخير (٢) (و كذا) التوكيل (فى الشراء) (٣) يقتضيه (٤) بثمان المثل حالاً بنقد البلد؁ (و لو خالف) ما اقتضاه الإطلاع؁ أو التنصيص (٥) (ففضولى) (٦) يتوقف ببعه و شراؤه على إجازة المالك.

فى ما تصح الوكالة فىه و ما لا تصح

(و إنما تصح الوكالة فىما لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه من مباشر بعينه (٧) كالعق) فإن غرضه فىه (٨) فك الرقبة؁ سواء أحدثه (٩) المالك أم غيره؁ (و الطلاق) (١) لأن الوكيل مأمور بمراعاة مصلحة الموكل.

(٢) بالتخير العقلى؁ لأن المتعدين متساويان من كل جهة مقصوده بحسب الفرض.

(٣) أى و إطلاع الوكالة فى شراء المتاع يقتضى شراءه بثمان المثل و بكونه حالاً و بنقد البلد.

(٤) أى يقتضى الشراء.

(٥) إذا و كله ببع متاع و قد عئن له الثمن.

(٦) لأنه غير مأذون فىه من قبل المالك؁ بعد كون الاذن على ما ذكره من التنصيص و على المتعارف بعد حمل الإطلاع عليه؁ فغيرهما غير مأذون فىه حينئذ.

(٧) يشترط فى متعلق الوكالة أمران.

الأول: أن يكون ممكناً بالإمكان العقلى و الشرعى؁ فلا تجوز الوكالة فى الأمور المستحيله عقلاً أو الممنوعه شرعاً كالغصب و السرقة و القتل؁ فلو غصب أو سرق أو قتل بوكالة الغير فالأعم على الفاعل و عليه الضمان دون الموكل.

الثانى: أن لا يتعلق غرض الشارع بإيقاعه مباشرة من نفس المكلف؁ و إلا لو تعلق به غرض الشارع بإيقاعه من نفس المكلف فلا تصح الوكالة فىه؁ إذا تقرر ذلك فتعرف أن كلما تصح فى النيابة تصح فىه الوكالة؁ و كذا العكس ضروره أن الوكالة هى نيابة فى التصرف عن الغير؁ نعم يبقى الكلام فى كيفية تعلق غرض الشارع بكل فعل؁ فبعضها كالصلاه و الصوم و الحج قد تعلق غرض الشارع بإيقاعها من نفس المكلف و قد اشترط فىها المباشرة؁ و بعضها كالبيع و توابعه من قبض الثمن و المثمن و الرهن و الصلح و الحوالة و الكفالة و الضمان و الشركه و الوكالة و العارية و الإبراء و الوديعه و الوصيه و غيرها مما لم يتعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف لها؁ فتصح النيابة فىها و الوكالة.

و لا- بدّ من النقل حتى نعرف تعلق غرض الشارع بمباشرة المكلف فىه و عدمه؁ إذ لا ضابطه كليه جاريه فى المقام تفصّل فى جميع الأفعال؁ و مع الشك فى فعل ما فالأصل هو صحه الوكالة و النيابة؁ و لذا استقر بناء الفقهاء على طلب الدليل على اعتبار المباشرة؁ و استدلل لهم بأصالة عدم اشتراط المباشرة.

(٨) أى غرض الشارع فى العتق.

(٩) أى أحدث الفك.

ص: ٤٦٢

فإن غرضه منه رفع الزوجيه كذلك (١).

و مثله النكاح (٢)،(و البيع) (٣)، و غيرهما من العقود، و الإيقاعات (لا فيما يتعلق) غرضه (٤) بإيقاعه (٥) من مباشر بعينه.

و مرجع معرفه غرضه فى ذلك (٦) و عدمه إلى النقل (٧)، و لا قاعده له (٨) لا تنخرم. فقد علم تعلق غرضه بجمله من العبادات (٩)، لأن الغرض منها (١٠) امتثال المكلف ما أمر به و انقياده و تذلله بفعل المأمور به، و لا- يحصل ذلك بدون المباشره (كالطهاره) فليس له الاستنابه فيها أجمع (١١)، و إن جاز فى غسل الأعضاء و مسحها حيث يعجز عن مباشرتها (١٢)، مع توليه النيه و مثل هذا لا يعد توكيلا حقيقيا (١٣)، و من ثم يقع ممن لا- يجوز توكيله كالمجنون، بل استعانه على إيصال المطهر إلى العضو كيف اتفق (١٤).

(١) أى رفعها من بيده الساق أو لا.

(٢) لأن غرض الشارع فيه إثبات العلقه الزوجيه، سواء أحدثها الزوجان أم غيرهما.

(٣) لأن غرض الشارع فيه النقل و الانتقال سواء أحدثه المالك أم غيره.

(٤) أى غرض الشارع.

(٥) أى بإيقاع الفعل.

(٦) أى فى المباشره.

(٧) أى النقل الشرعى.

(٨) لغرض الشارع فى المباشره و عدمها.

(٩) كالصلاه و الصوم و الحج و الوضوء و الغسل و التيمم بخلاف الزكاه و الخمس.

(١٠) من العبادات.

(١١) قيد للمنفى، فلا تجوز الاستنابه فى جميع الطهارات الثلاث، لأنه هو المتولى للنيه و إن وَّكل فى غسل الأعضاء و مسحها.

(١٢) أى مباشره الأعضاء غسلًا و مسحًا.

(١٣) لبقاء التكليف بالفعل و العمل، و لذا هو يستعين بالغير فى إيصال الماء إلى العضو، و هذا لا يسمى توكيلا و لذا يصح الاستعانه فى إيصال الماء ممن لا يصح توكيله كالمجنون و الصغير.

(١٤) أى إيصال المذكور.

(و الصلاة الواجبه فى) حال (الحياه) (١) فلا يستتاب فيها مطلقا (٢) إلا ركعتا الطواف، حيث يجوز استتابه الحى (٣) فى الحج الواجب، أو فيهما (٤) خاصه على بعض الوجوه.

و احترز بالواجبه (٥) عن المندوبه، فيصح الاستتابه فيها فى الجملة (٦) كصلاه الطواف المندوب، أو فى الحج المندوب (٧) و إن وجب (٨)، و صلاه الزياره (٩).

و فى جواز الاستتابه فى مطلق النوافل وجه (١٠). و بالجملة فضبط متعلق غرض الشارع فى العبادات و غيرها يحتاج إلى تفصيل، و مستند نقلى.

فى كمال المتعاقدين

(و لا بدّ من كمال المتعاقدين) بالبلوغ (١١)، (١) لأنه بعد الوفاه يصح القضاء عنه، و لكنه ليس بعنوان الوكاله، لأن الوكاله هى النيايه عن شخص حى.

(٢) فى حالتى القدره و العجز.

(٣) أى الاستتابه عن الحى، فهى من باب إضافه المصدر إلى مفعوله، و الاستتابه فى حال العجز فقط.

(٤) أى فى ركعتى الطواف خاصه عند النسيان، إن امتثل الأصيل بقيه أجزاء الحج الواجب خصوصا الركنيه منها.

(٥) أى الصلاه الواجبه.

(٦) أى بعض الموارد.

(٧) خاصه.

(٨) أى تصح الوكاله فى ركعتى الطواف المندوب عند استتابته فى الحج المندوب، و إن وجب على النائب إكماله عند الشروع فيه.

(٩) أى زياره أحد و المعصومين عليه السلام.

(١٠) قال فى المسالك: (ففى جواز التوكيل فيه نظر، و إطلاق جماعه من الأصحاب المنع من الاستتابه فى العبادات يشملها) انتهى.

و لم يبين وجه التنظير مع أن أدله الخطاب - و إن كان ندبا - موجهه إلى نفس المكلف مباشره، و معه لا يصح التوكيل به كما جزم بذلك غيره.

(١١) فيشترط البلوغ فى الموكل لسلب عباره الصبى لرفع القلم عنه، مميزا كان أو لا، أذن وليه أو لا.

و استثنى الشيخ و جماعه أنه إذا بلغ عشرة جاز له أن يوكل فيما له التصرف فيه كالوصيه

ص: ٤٦٤

و العقل (١). فلا- يوكل، و لا- يتوكل الصبي، و المجنون مطلقا (٢) و جواز تصرف الموكل (٣) فلا- يوكل المحجور عليه فيما ليس له مباشرته. و خص الموكل، لجواز كون المحجور في الجملة (٤) و كيلا لغيره فيما حجر عليه فيه من التصرف كالفقيه، و المفلس مطلقا (٥)، و العبد بإذن سيده (٦).

للأرحام و الصدقة و العتق و الطلاق بدعوى جواز مباشرته بنفسه لها فيجوز له التوكيل فيها، و في الشرائع نسبتة إلى الرواية، و في جامع المقاصد أن القول به و إن كان مشهورا إلا أن مستنده غير واضح.

و اشتراط البلوغ في الوكيل مما لا خلاف فيه و لا إشكال بعد سلب عبارته شرعا.

(١) اشتراط العقل في الموكل بلا- خلاف فيه و لا- إشكال بعد رفع القلم عنه واضح، بل لو عرض الجنون بعد التوكيل أبطل الوكالة، لإبطاله الأذن، و مع عدم الأذن لا وكاله.

و اشتراط العقل في الوكيل أيضا مما لا- خلاف فيه و لا إشكال لسلب عبارته شرعا، بلا خلاف فيهما بين الجنون الدائم أو الأدوارى.

(٢) ظاهر القيد أنه للمجنون فيشمّل الأدوارى و الدائم، و لو شمل الصبي أيضا فيكون إشاره إلى أنه بلغ عشا أو لا، و مميزا أو لا، إذن وليه أو لا.

(٣) يشترط في الموكل جواز التصرف في الفعل الذى وُكِّل فيه، بمعنى أن لا يكون محجورا عليه لسفه أو فلس، و وجهه واضح لأنه إذا كان ممنوعا من التصرف فيه بنفسه فمن باب أولى أن يمنع من التصرف فيه بالاستنابه.

نعم لو كان محجورا و كان له حق التصرف في غير ماله الداخلى فى المحجور عليه كالطلاق فتصح الاستنابه عنه فيه لصحة مباشرته للفعل.

(٤) فى غير تصرفاته المالىة إذا كان المال له و التصرف لنفسه.

(٥) و إن لم يأذن الغرماء فى المفلس و لا- الولى فى السفية، لأن الغرماء لهم حق فى ماله لا فى مال الغير، و كذا الولى له حق الإشراف عليه فى مال نفسه، و أما مال الغير لمنفعه الغير بإذن الغير فلا حق على المحجور عليه فيصح توكيله فى ذلك.

(٦) فيصح أن يتوكل بإذن سيده، و لا يصح أن يتوكل بغير إذنه لأنه تصرف فى مال الغير بغير إذنه، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

نعم لا- يصح أن يوكل إلا بإذن سيده أما على القول بعدم ملكه فواضح، و أما على القول بملكه فلا أنه محجور عليه للرق، نعم يجوز له أن يوكل فى طلاق زوجته إذا كانت حرة أو أمه لغير سيده على المشهور، لأنه مما يصح أن يباشره بنفسه من دون إذن سيده، و قد منع منه الجماعة و اشترطوا الأذن، لعدم جواز طلاقه إلا بأذن السيد و سيأتى تحرير النزاع

(و تجوز الوكالة في الطلاق للحاضر (١) في مجلسه (٢) كالغائب) (٣) على أصح القولين، لأن الطلاق قابل للنيابة، وإلا لما صح توكيل الغائب. و منع الشيخ من توكيل الحاضر فيه (٤) استنادا إلى روايه ضعيفه السند قاصره الدلاله.

في أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل إلا مع الإذن

(و لا يجوز للوكيل أن يوكل (٥) إلا مع الإذن صريحا) و لو بالتعميم كاصنع ما في باب الطلاق.

(١) الغائب عن زوجته لو وكل شخصا حاضرا في بلدها في طلاقها، فتصح الوكالة لوجود المقتضى من كون الطلاق مما تصح النيابة فيه، و عدم المانع إذ المانع المتخيل هو غياب الزوج، و غيابه ليس من مفسدات الوكالة، و إلا لما جاز توكيل الغائب في أى أمر، مع أنه جائز بالاتفاق.

ثم لو وكل الزوج الحاضر حاضرا في طلاق زوجته فكذلك تصح الوكالة لما تقدم من المقتضى و عدم المانع، و لعموم صحيح سعيد الأعرج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يجعل أمر امرأته إلى رجل يطلقها، أ يجوز ذلك؟ قال عليه السلام: نعم) (١) و ترك الاستفصال في مقام الجواب عن السؤال ينزل منزله العموم في المقال، و منع منه الشيخ و القاضي ابن البراج و جماعه للجمع بن الصحيح المتقدم و بين خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تجوز الوكالة في الطلاق) ٢، بحمل روايه زراره على الحاضر، و روايه الأعرج على الغائب.

و فيه: إن خبر زراره مشتمل على جعفر بن سماعه و هو واقفي، و في السند عدة مجاهيل، و هو معارض بالأخبار التي جوزت الوكالة و قد تقدم بعضها و هي مطلقة، على أن حملة على خصوص الحاضر مما لا دليل عليه فالجمع تبرعى، و لا بد من رده إلى أهله.

(٢) أى مجلس العقد، و إليه ذهب أبو الصلاح الحلبي في الكافي أيضا و تبعه عليه الشارح هنا و في المسالك، مع أن المحكى عن الشيخ في النهايه أن الاعتبار في غياب الموكل هو غيابه عن البلد، و هو الظاهر من صحيح سعيد الأعرج.

(٣) ظاهره أنه لا فرق بين حضور الوكيل و غيابه، و هو على خلاف مفروض المسألة و الظاهر من عبارات الفقهاء، لأن مفروضها أن الوكيل حاضر على كل حال فوكالته صحيحه بلا فرق بين غياب الموكل و حضوره، إلا أن يكون المراد من عبارته الماتن: و يجوز للحاضر كالغائب أن يوكل في الطلاق و معه لا إشكال.

(٤) في الطلاق.

(٥) وقع الخلاف بينهم في أنه لو قال الموكل للوكيل: اصنع ما شئت، فهل هو إذن في

ص: ٤٦٦

شئت،(أو فحوى، كاتساع متعلقها (١) بحيث تدل القرائن على الإذن له فيه (٢) كالزراعة في أماكن متباعدة لا تقوم (٣) إلا بمساعد.

و مثله (٤) عجزه عن مباشرته (٥)، و إن لم يكن متسعا مع علم الموكل به (٦)

في عزل الوكيل عما وكل فيه

(و ترفع الوكيل عما وكل فيه عادة) فإن توكيله حينئذ (٧) يدل بفحواه على الإذن له فيه (٨)، مع التوكيل بمعنى أن يوكل الوكيل شخصا آخر في العمل الذي تعلق به وكاله الأول، و المشهور على أنه إذن في التوكيل، لأن (ما) من صيغ العموم و إذا شاء الوكيل أن يوكل فقد دخل في عموم الاذن.

و عن العلامة في التذكرة المنع محتجا بأن (ما) تفيد العموم، إلا أنه تعميم لما يفعله الوكيل بنفسه من الأفعال فلا يتناول التوكيل.

و مع عدم هذه الصيغة المتقدمة فليس للوكيل أن يوكل عن الموكل، لأن الوكيل نائب من الموكل فيقتصر فعله على مقدار نيابته، و التوكيل غير داخل، و هذا مما لا خلاف فيه و لا إشكال.

نعم يجوز للوكيل التوكيل بإذن صريح من الموكل، و كذا لو دل اللفظ على التعميم كالصيغة المتقدمة، و كذا لو قامت القرينة الحالية على الاذن كما لو و كله فيما لا يباشره الوكيل بنفسه عادة لترفعه عنه أو عجزه عنه أو عن بعضه لاتساعه، كالزراعة في الأماكن البعيدة التي لا يقوم الوكيل بزراعتها إلا بمساعد.

و ترفعه و عجزه عن العمل قرينه على الاذن مع علم الموكل بذلك، و إلا فلو لم يعلم لم يجز التوكيل لانتفاء القرينه من جانب الموكل فينتفى الاذن بالتوكيل، خلافا لابن حنبل و ابن أبي ليلى حيث جوزا توكيل الوكيل للغير إذا مرض الوكيل أو غاب مع عدم وجود إذن من الموكل، و هو ضعيف لأن الغياب و المرض ليسا بالقرينه على الاذن من الموكل.

(١) أي متعلق وكاله الوكيل.

(٢) أي تدل القرائن على الاذن للوكيل في التوكيل.

(٣) أي الزراعة.

(٤) أي و مثل اتساع متعلقها.

(٥) أي عجز الوكيل عن مباشره الفعل الذي وكل فيه.

(٦) أي مع علم الموكل بالعجز.

(٧) أي حين ترفعه عن الفعل الذي وكل فيه.

(٨) أى على الاذن للوكيل فى التوكيل.

ص: ٤٦٧

علم الموكل بترفعه عن مثله، و إلا (١) لم يجز لأنه (٢) مستفاد من القرائن، و مع جهل الموكل بحاله (٣) ينتفى.

و حيث أذن له فى التوكيل (٤) فإن صرح له (٥) بكون وكيله وكيلا- عنه (٦)، أو عن الموكل لزمه (٧) حكم من وكله (٨) فينعزل (٩) فى الأول (١٠) بانعزاله (١١)، لأنه (١) أى و إن لم يعلم الموكل بترفعه.

(٢) أى الاذن فى التوكيل.

(٣) بحال الوكيل من الترفع و كذا العجز فينتفى الاذن المستفاد من علم الموكل حينئذ.

(٤) أى حيث أذن الموكل للوكيل فى التوكيل فلا- يخلو إما أن يأذن له فى التوكيل عن نفسه الوكيل، أو عن الموكل، أو أن يطلق.

و على الأول فلو وكل الوكيل شخصا عن نفسه فيكون الوكيل الثانى نائبا عن الأول، و تبطل وكاله الثانى بعزل الأول له و بعزل الموكل له، و تبطل أيضا بموت الثانى أو جنونه و بموت و جنون الوكيل الأول أو الموكل، و تبطل لو عزل الموكل الأول، لأن الثانى فرع الأول و ينتفى الفرع بانتفاء الأصل، خلافا للشافعى حيث حكم بعدم انعزال الثانى و إن عزل الأول، لأن توكيل الثانى إنما كان بإذن الموكل فيكون الحق للموكل دون الأول، و ردّ بأن وكاله الثانى بإذن الموكل مع توكيل الأول له، ففعل الأول ملحوظ فى الاذن، فلو أبطل الأول وكاله الثانى لانتفت وكالته.

و على الثانى يكون الوكيل الثانى وكيلا عن الموكل كالوكيل الأول، و يكونان وكيلين عن الموكل فى عرض واحد، بلا إشكال و لا خلاف، و ليس لأحدهما عزل الآخر، و لا تبطل وكاله أحدهما بموت الآخر أو جنونه أو عزله عن الوكاله لعدم الارتباط بين الوكالتين، و إنما تبطل وكاله كل واحد منهما بعزله من قبل الموكل أو بموته أو جنونه أو بموت أو جنون نفس الموكل.

و على الثالث فسيأتى البحث فيه عند تعرض الشارح له.

(٥) أى فإن صرح الموكل للوكيل الأول.

(٦) أى بكون الثانى وكيلا عن الأول.

(٧) أى لزم الثانى.

(٨) من الوكيل الأول و الموكل.

(٩) أى الثانى.

(١٠) فى صورته كونه وكيلا عن الأول.

(١١) أى بانعزال الأول.

فرعه (١)، و بعزل كل منهما (٢) له (٣)، و فى الثانى (٤) لا يعزل إلا بعزل الموكل، أو بما أبطل توكيله (٥).

و إن أطلق (٦) ففى كونه (٧) وكيلا- عنه (٨)، أو عن الموكل، أو تخير الوكيل فى توكيله عن أيهما شاء أوجه. و كذا مع استفادته (٩) من الفحوى (١٠)، إلا أن (١) لأن الثانى فرع الأول، و ينتفى الفرع بانتفاء الأصل.

(٢) من الموكل و الوكيل الأول.

(٣) للوكيل الثانى.

(٤) أى صورته كون الثانى وكيلا عن الموكل.

(٥) من جنون و موت الموكل أو جنون و موت الوكيل الثانى.

(٦) أى أطلق الموكل للوكيل الأول الاذن فى التوكيل، و هذا هو الشق الثالث المتقدم فأوجه.

الوجه الأول: أن الثانى وكيلا عن الأول، لأن التوكيل المأذون فيه الأول إنما هو للتسهيل عليه، فيكون توكيلا عنه، و إليه ذهب غير واحد من الأصحاب.

الوجه الثانى: أن الثانى وكيلا عن الموكل، كما عليه العلامة فى القواعد و التذكرة و الحلى فى السرائر و الكركى فى جامعه، لأن توكيل الأول بالتوكيل هو تصرف بإذن الموكل، فيقع عن الموكل لكون الاذن منه، و لأن ذلك هو المتبادر، و لأن الحق فى التصرف إنما هو للموكل و ليس للوكيل إلا النيابة، و النيابة الثانى فى التصرف تكون عن الأصيل لا عن النائب.

الوجه الثالث: أن الوكيل مخير بين أن يوكل عن نفسه أو عن موكله، و هو ظاهر الشرائع للمحقق، و وجه التخيير صلاحية الإطلاق لشموله لكلا المصدقين.

(٧) أى الثانى.

(٨) عن الأول.

(٩) أى استفادته الاذن فى التوكيل.

(١٠) أى من القرائن الحالية كاتساع متعلق الزراعه أو عجز الوكيل أو ترفعه عما و كل فيه مع علم الموكل، فالاذن المستفاد من هذه القرائن مطلق تأتى فيه الأوجه الثلاثة المتقدمه فى الإطلاق اللفظى، نعم فى الاذن المستفاد من القرائن محمول على أن الثانى وكيلا عن الأول لا عن الموكل باعتبار أن الاذن ناشئ من قرينه عجز الوكيل و ترفعه، فيكون الاذن فى التوكيل حينئذ من أجل التسهيل على الأول، و هذا يناسب كون الثانى وكيلا عن الأول.

و أشكل عليه بأن الاذن المستفاد من القرائن الحالية لا إطلاق فيه، إذ الإطلاق فى اللفظ

كونه (١) هنا (٢) وكيلا عن الوكيل أوجه.

في كون الوكيل تام البصيره

(و يستحب أن يكون الوكيل تام البصيره (٣) فيما وَّكَّل فيه ليكون مليا بتحقيق مراد الموكل،(عارفا باللغه التي يحاور بها) فيما وَّكَّل فيه، ليحصل الغرض من توكيله.

وقيل: إن ذلك واجب. و هو (٤) مناسب لمعنى الشرط بالنسبه إلى الأخير (٥)،

في التوكيل في المنازعات

(و يستحب لذوى المروءات (٦) و هم أهل الشرف و الرفعه، و المروءه (التوكيل في المنازعات)، و يكره أن يتولوها بأنفسهم لما يتضمن من الامتهان، و الوقوع فيما يكره، روى «أن عليا عليه السَّلام وَّكَّل عقيلًا في خصومه، و قال: إن للخصومه قحما، و أن الشيطان ليحضرها، و أنى لأكره أن أحضرها» - و القحم لا في الأحوال، و عليه فإن أفاد الاذن الناشئ من القرينه قسما من الأقسام فهو و إلا فيكون الاذن مجملا.

(١) أى كون الثانى.

(٢) فى الاذن المستفاد من الفحوى.

(٣) و عارفا باللغه على المشهور، و فى النهايه للشيخ: ينبغى أن يكون الوكيل الخ...، و قد صرح أكثر من واحد أنه ليس المراد بالاستحباب هنا الاستحباب التكليفى، إذ لا أمر بذلك حتى يترتب عليه الثواب فيكون تعبير الشيخ أوفق بالمقام هذا من جهة و من جهة أخرى ذهب ابن البراج و أبو الصلاح الحلبي إلى وجوبه و هو ضعيف لعدم الأمر به، و من جهة ثالثة فالمراد بتام البصيره أن يكون مليا بتحقيق مراد الموكل، و المراد بالعارف باللغه أى عارف باللغه التي يقع فيها المحاوره فى الفعل الذى وَّكَّل به ليحصل الغرض من توكيله.

(٤) أى الوجوب.

(٥) أى العارف باللغه، و المعنى أن الوجوب هو اشتراط صحه الوكاله بكونه عارفا باللغه ليحصل الغرض من التوكيل.

(٦) و هم أهل الشرف و المناصب الجليله الذين لا يليق بهم الامتهان فلذا يكره لهم تولى المنازعه بأنفسهم لما روى عن أمير المؤمنين عليه السَّلام (أنه وَّكَّل عقيلًا فى خصومه و قال: إن للخصومه قحما، و إن الشيطان ليحضرها، و إنى لأكره أن أحضرها)(١).

ص: ٤٧٠

بالضم المهلكه - و المراد هنا أنها تقحم بصاحبها إلى ما لا يريد.

فى ارتداد الوكيل

(و لا تبطل الوكالة بارتداد الوكيل (١) من حيث إنه ارتداد، و إن كانت قد تبطل من جهة أخرى فى بعض الموارد، ككونه (٢) وكيلا على مسلم، فإنه (٣) فى ذلك (٤) بحكم الكافر، و لا فرق بين الفطرى، و غيره و إن حكم ببطان تصرفاته (٥) لنفسه، و لا يتوكل المسلم للذمى على المسلم، على قول) الشيخ (٦)، (١) لا يشترط فى الوكيل إلا البلوغ و العقل، فيصح توكيل الفاسق و الكافر، لأن ضابط الوكالة أن يكون الفعل مما تصح فيه النيابة حتى لو كان النائب كافرا.

و إذا كان الكفر لا- يمنع من صحه الوكالة ابتداء فلا يمنع من صحتها فى الأثناء، و عليه فلا تبطل و كاله المرتد سواء كان عن فطره أو عن مله.

و عن الفخر فى شرح الإرشاد بطلان الوكالة فى الفطرى، لأنه بحكم الميت حيث يجب قتله بل يجب عليه قتل نفسه، فهو مشغول بما هو أهم من مصلحة الموكل، و لأن الفقهاء قد حكموا بطلان تصرفاته.

و فيه: أن المرتد ما لم يقتل أو يقتل نفسه فهو صالح للنيابة عن الغير، و حكم الفقهاء بطلان تصرفاته إنما هو عن نفسه لا عن الغير.

نعم قد تبطل وكالته لا من حيثيه الارتداد، بل من حيثيه أخرى كما لو كان وكيلا على مسلم لداعى شئونه، فإذا ارتد تبطل وكالته إذ لا- سبيل للكافر على المسلم كما سيأتى بيانه، و تبطل وكالة المرتد أيضا إذا اشترطنا العدالة فى الوكيل كوكيل الوكيل و وكيل ولى اليتيم.

(٢) أى المرتد.

(٣) أى المرتد.

(٤) أى فى وكالته على مسلم.

(٥) أى تصرفات المرتد.

(٦) بما أن الوكالة عقد بين الموكل و الوكيل، و هما تاره مسلمان و أخرى كافران، و ثالثه مختلفان، بحيث يكون الموكل مسلما و الوكيل كافرا أو العكس، فالصور أربع، و قد تتعلق الوكالة فى تحصيل حق الموكل من ثالث، و هو تاره مسلم و أخرى كافر فالصور ثمان و هى:

١ - الموكل مسلم و الوكيل مسلم على مسلم، ٢ - الموكل مسلم و الوكيل مسلم على كافر، ٣ - الموكل مسلم و الوكيل ذمى على مسلم، ٤ - الموكل مسلم و الوكيل ذمى على ذمى.

٥ - الموكل ذمی و الوکیل مسلم علی مسلم، ٦ - الموكل ذمی الوکیل مسلم علی كافر،

ص: ٤٧١

و الأقوى الجواز على كراهيه، للأصل (١)، (و لا الذمى على المسلم لمسلم، و لا لذمى قطعاً) فيهما (٢)، لاستلزامهما إثبات السبيل للكافر على المسلم المنفى بالآيه، (و باقى الصور جائزه و هى ثمان) بإضافه الصور الثلاث المتقدمه إلى باقىها.

و تفصيلها: أن كلا من الموكل و الوكيل و الموكل عليه إما مسلم، أو كافر، و منه تتشعب الثمان بضرب قسمي (٣) الوكيل فى قسمي الموكل، ثم المجتمع فى قسمي الموكل عليه، و لا فرق فى الكافر بين الذمى و غيره كما يقتضيه التعليل (٤).

فى تجاوز الوكيل ما حد له

(و لا يتجاوز الوكيل ما حد له (٥) فى طرف الزيادة و النقصان (إلا أن تشهد) ٧-الموكل ذمى و الوكيل ذمى على مسلم، ٨ - الموكل ذمى و الوكيل ذمى على ذمى. هذا و المدار فى الوكاله على الثالث ما كان فيها نوع من القهر و الغلبه كاستيفاء حقوق الآدميين كحق القذف و التنازع، و الصور صحيحه ما عدا ما لو كان الموكل مسلماً و الوكيل ذمياً على مسلم، و كذا لو كان الموكل ذمياً و الوكيل ذمياً على مسلم، فلا يجوز لاستلزامه السبيل للكافر على المسلم المنفى بالآيه (لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً) (١) و ناقشهم فى الجواهر بأن السبيل المنفى هو الحجه، و صاحب الحق له حججه على خصمه سواء كان صاحب الحق مسلماً أو ذمياً، و كذا يجوز لصاحب الحق أخذ حقه من خصمه بالمباشره فيصح الأخذ بالاستتابه حينئذ، إلا أن يكون هناك إجماع على المنع.

و أما باقى الصور فكلها صحيحه ما عدا ما لو كان الموكل ذمياً و الوكيل مسلماً على مسلم فقد حكم المشهور بالكراهه، و عن المحقق التردد، و عن الشيخ فى النهايه الحكم بالمنع و تبعه ابن زهره و أبو الصلاح لأن قبول المسلم للوكاله عن الذمى على المسلم إثبات سبيل للكافر على المسلم و هو منفى، و فيه: ما تقدم من ضعف الاستدلال بالآيه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن المصنف و الجماعه عبّروا عن الكافر بالذمى، و لا فرق من حيث الحكم، بل إذا ثبت المنع فى الذمى ثبت فى غيره بطريق أولى) انتهى.

(١)أصالة الصحه فى العقود.

(٢)فى صورتين الأخيرتين.

(٣)و هو إسلام الوكيل و كفره.

(٤)الموجود فى الآيه.

(٥)اقتصار الوكيل على ما أذن له فيه مما لا شبهه فيه، لوجوب التقيد بالأذن، من حيث

ص: ٤٧٢

(العاده بدخوله) - أى دخول ما تجاوز - فى الإيذن (كالزيادة فى ثمن ما وكل فى بيعه) بثمان معين (١)، إن لم يعلم منه (٢) الغرض فى التخصيص به (٣)،(و النقيصه فى ثمن ما وكل فى شرائه) بثمان معين، لشهاده الحال غالبا بالرضا بذلك (٤) فيهما (٥) لكن قد يتخلف بأن لا يريد الإشطاط فى البيع، أو غيره من الأغراض.

فى ما تثبت به الوكاله

(و تثبت الوكاله بعدلين (٦) كما يثبت بهما (٧) غيرها (٨) من الحقوق الماليه، و غيرها (٩)،(و لا تقبل فيها (١٠) الجنس و النوع و الشخص و الوصف و القدر و العين و النقد و النسيئه و نوع المعامله و الزمان و المكان و ما شاكل ذلك، و لو خالف توقف على الإجازة من الموكل نعم قد يأذن الموكل بشىء إلا أن العاده تشهد بجواز الزيادة و النقيصه، فيدخل فى الاذن لقرينه العاده، كما لو أذن له بالبيع نسيئه فباعه حالا، أو أذن له أن يبيع بثمان معين فباعه بالأزيد، فيصح البيع لأن الاذن بالأقل نفعا للموكل أذن بالأزيد من باب أولى.

و كذا لو أذن له بالشراء حالا فاشترى نسيئه، أو أذن له بالشراء بثمان معين فاشترى بالأقل، نعم يتعدى إلى الأزيد و الأنقص مع القرينه إلا- إذا علم أن الغرض على ما عيّن الموكل فلا يجوز التعدى، كما لو تعلق غرضه ببيع المتاع بثمان معين للإرفاق و عدم الشطط، أو تعلق غرضه بالبيع نسيئه لتسهيل المعامله مع المشتري، أو تعلق غرضه بالشراء حالا للخوف على الثمن.

(١)متعلق بقوله (فى بيعه).

(٢)من الموكل.

(٣)أى بالثمان المعين.

(٤)بالتجاوز.

(٥)فى الزيادة و النقيصه.

(٦)فلو ادعى الوكاله عن شخص لا تثبت دعواه إلا بينه و هى الحججه الشرعيه و هى وظيفه المدعى و الوكيل هنا مدّع أو بتصديق الموكل، لأن التصديق منه إقرار على نفسه، و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

(٧)بالعدلين.

(٨)غير الوكاله.

(٩)أى غير الحقوق الماليه كإثبات الوصيه و النسب و رؤيه الأهل، على ما تقدم بيانه فى كتاب القضاء و الشهادات.

(١٠)فى الوكاله.

(شهادة النساء منفردات (١)، لاختصاصها (٢) بما يعسر اطلاع الرجال عليه، و الوصيه (٣) كما سلف في بابه،(و لا منضمت) (٤) إلى الرجال، لاختصاصها (٥) حينئذ (٦) بالمال. و ما في حكمه (٧)، و الوكاله و لايه على التصرف و إن ترتب عليها (٨) المال لكنه (٩) غير مقصود.

(و لا- تثبت بشاهد و يمين)، لما ذكر (١٠)، إلا أن يشتمل على جهتين (١١)، كما (١) لأن شهادة النساء منفردات غير مقبوله إلا بما لا يجوز للرجال النظر إليه كالولاده و استهلال الولد حيا و عيوب النساء الباطنه، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (تجوز شهادة النساء و حدهن في كل ما لا يجوز للرجال النظر إليه) (١)، و خبر داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (أجيز شهادة النساء في الغلام صاح أو لم يصح، و في كل شيء لا ينظر إليه الرجال تجوز شهادة النساء فيه) (٢).

(٢) أي اختصاص شهادة النساء منفردات.

(٣) أي لاختصاصها بالوصيه، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر ربيعي عن أبي عبد الله عليه السلام (في شهادة امرأه حضرت رجلا يوصى ليس معها رجل؟ قال عليه السلام: يجاز ربع ما أوصى بحسب شهادتها) (١).

(٤) عطف على منفردات، هذا و قد تقدم في كتاب القضاء اختصاص شهادة النساء منضمت إلى الرجال بالمال و الدين، و ما يكون غرضه ماليا كدعوى الجنايه الموجهه للديه، فلا تقبل شهادتهن منضمت في إثبات الوكاله لأن الوكاله و لايه في التصرف، و ليس الغرض منها ماليا، و إن ترتب عليها في بعض مواردھا.

(٥) أي اختصاص شهادة النساء.

(٦) حين الانضمام إلى الرجال.

(٧) من كون الغرض منه ماليا.

(٨) على الوكاله.

(٩) أي المال غير مقصود من الوكاله أصاله.

(١٠) من كون الشاهد مع اليمين مختصا بالمال و الدين، و ما كان الغرض منه ماليا على ما تقدم بيانه في كتاب القضاء.

(١١) أي إلا أن يشتمل ما ادعاه الوكيل على جهتين، جهه الوكاله و جهه الماليه، كما لو ادعى

لو ادعى شخص على آخر وكاله بجعل و أقام شاهدا و امرأتين، أو شاهدا و حلف معه (١)، فالأقوى ثبوت المال، لا الوكالة و إن تبعضت الشهادة (٢)، كما لو أقام ذلك (٣) بالسرقة، يثبت المال لا القطع، نعم لو كان ذلك (٤) قبل العمل لم يثبت شيء، (و لا بتصديق الغريم (٥) لمُدعى الوكالة عليها (٦) في أخذ حق منه (٧) لغيره (٨)، لأنه (٩) تصديق في حق غيره (١٠).

هذا إذا كان الحق الذى يدعى الوكالة فيه عينا (١١)، أما لو كان ديناً ففى الوكيل على الموكل جعلاً على وكاله قد فعل مقتضاها، و أقام شاهداً مع امرأتين أو شاهداً مع يمين المدعى، فذهب جماعة إلى ثبوت المال دون الوكالة.

إن قلت: يلزم منه التبعض فى قبول الشهادة من جهه المالىه و الرد من جهه الوكاله مع أنها شهاده واحده.

قلت: هنا دعويان الجعل و الوكاله، و قبول الشهاده فى الأولى دون الثانيه يلزم منه تبعيض فى الدعوى لا فى الشهاده، كما لو ادعى شخص على آخر مالا و أنه قد سرقه و شهد بذلك شاهد مع امرأتين أو مع يمين المدعى فيثبت المال دون القطع.

(١) مع الشاهد.

(٢) بل التبعض بالدعوى.

(٣) من شهاده الواحد مع امرأتين، أو مع يمين المدعى.

(٤) أى إقامه الشاهد الواحد مع المرأتين أو مع يمين المدعى على ما ادعاه الوكيل من الوكاله بجعل و لم يفعل مقتضاها، فلا يثبت للوكيل شيء لعدم عمله، و لبطلان الوكاله على تقدير ثبوتها بإنكار الموكل.

(٥) لو ادعى على شخص الوكاله عنه فى قبض دينه من غريمه، فصَدَّقَ الغريم الوكيل فى دعواه، فلا تثبت الوكاله بموافقه الغريم، لأن إقراره نافذ فى حقه، لا فى حق الموكل خصوصاً مع إنكاره.

(٦) على الوكاله و المعنى أن الغريم صدَّقَ الوكيل فى دعواه الوكاله.

(٧) من الغريم.

(٨) أى لغير الوكيل.

(٩) أى تصديق الغريم، و هذا تعليل لعدم ثبوت الوكاله بتصديق الغريم.

(١٠) أى غير الغريم، و هو الموكل.

(١١) أصل المسأله ما لو ادعى الوكاله عن غائب فى قبض ماله من غريمه، فإن أقام المدعى البيئه على ذلك و جب على الغريم تسليمه حق الموكل، سواء كان الغريم مصدقاً أو

منكراً، و سواء كان الحق عيناً أو ديناً. و إن فقد المدعى البيه فلا يخلو إما أن ينكر الغريم الدعوى و إما أن يصدقه، و مع الإنكار فالقول قوله بلا يمين، لأنه ليس منكرًا حقيقياً، إذ المنكر الحقيقي هو الذى إذا أقرّ نفذ إقراره فيه، و هنا لو أقر الغريم ينفذ إقراره فى حق غيره. و مع التصديق من الغريم لمدعى الوكالة فإما أن يكون الحق الثابت عليه عيناً أو ديناً.

و على الأول لا يؤمر الغريم بالتسليم إلى المدعى، لأن تصديق الغريم إقرار منه، و إقراره غير نافذ فى حق المالك لأنه إقرار فى حق الغير، نعم يجوز للغريم عند التصديق أن يسلمها إلى المدعى إذ ليس هناك منازع على العين غيرهما، و يبقى المالك الغائب على حجته، فإذا حضر و صدّق المدعى فى دعواه أنه وكيل برئ الغريم من الدفع، و إن كذب المالك المدعى فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكالة و مدعيها مدع بحسب ظاهر قوله و لأصالة عدم الوكالة فيطالب بالبيه.

و عليه فإن حلف المالك فتبطل دعوى وكاله المدعى و إن كانت العين باقيه فى يد المدعى فللمالك الحق بالرجوع على أىّ شاء من مدعى الوكالة و الغريم، لتعاقب أيديهما على العين، و كلاهما ضامنان، أما المدعى فلأنه غاصب، و أما الغريم فلأنه متعد.

و عليه فإن طالب المالك مدعى الوكالة يارجاعها فليس للمدعى أن يرجع على الغريم بالإرجاع، لأن العين تحت يد المدعى، و إن طالب المالك الغريم يارجاعها، طالب الغريم المدعى بإحضارها حتى يرجعها الغريم على المالك.

و إن كانت العين تالفه تخير المالك بالرجوع على من شاء منهما لتعاقب أيديهما، فإن رجع على المدعى بالمثل أو قيمه لم يرجع المدعى على الغريم، سواء كان التلف تحت يد المدعى بتفريط أم لا، لاعتراض المدعى بأن الغريم برئ بدفعها إليه، و هو مدعى للوكالة و معترف بالقبض.

و إن رجع المالك على الغريم فإن كان التلف عند المدعى بلا- تفريط، لا يرجع الغريم على المدعى، لأن الغريم قد صدّق المدعى على الوكالة، و الوكيل الحقيقى أمين لا يضمن لو تلفت العين عنده بلا تفريط، و بتصديق الغريم له يكون عنده أمينا فكيف يرجع عليه.

و إن كان التلف عند المدعى بتفريط يرجع الغريم على المدعى و إن صدقه، لأن الوكيل ضامن عند التفريط.

هذا كله إذا كان الحق عيناً، و أما لو كان ديناً فإن أنكر الغريم دعوى مدعى الوكالة فالقول قوله بلا يمين، و إن صدقه فهل يجب على الغريم تسليم الدين للمدعى؟ ذهب ابن إدريس و المحقق الثانى و جماعه إلى الوجوب، لأن الغريم بتصديقه قد أقرّ،

وجوب دفعه (١) إليه (٢) بتصديقه (٣) قولان أجمعهما ذلك (٤)، لأنه (٥) إقرار في حق نفسه (٦) خاصة، إذ الحق لا يتعين إلا بقبض مالكة، أو وكيله (٧)، فإذا حضر (٨) و أنكر بقى دينه في ذمه الغريم فلا ضرر عليه (٩) في ذلك (١٠)، وإنما ألزم الغريم بالدفع (١١) لاعترافه (١٢) بلزومه (١٣) و الإقرار نافذ في حق نفسه فيؤخذ بإقراره، و يؤمر بالتسليم للمدعى، و إذا أتى المالك فإن صدق فهو و إن أنكر فهو على حجته.

و الفرق بين الدين و العين في قبول إقرار الغريم في الأول دون الثاني، أن الدين سيدفعه الغريم من خالص ماله، فإذا أقرّ بصحة دعوى المدعى فيؤمر بالدفع إليه من ماله، بخلاف العين فلو أمرنا بالتسليم فسيدفع مال الغير إلى الوكيل، فمن هنا كان إقرار الغريم في العين إقرارا في حق الغير، و في الدين إقرارا في مال نفسه. و ذهب الشيخ و يحيى بن سعيد و العلامة و ولده فخر المحققين و جماعه إلى عدم الوجوب، لمساواه الدين للعين، لأن تسليم الدين إنما هو للموكل، و اعتراف الغريم بكون المدعى و كيلا لا يثبت في حق الموكل.

(١) دفع الدين.

(٢) إلى مدعى الوكالة.

(٣) أى بتصديق الغريم.

(٤) أى وجوب التسليم و الدفع.

(٥) أى التصديق.

(٦) أى نفس الغريم، لأنه سيدفعه من خالص ماله.

(٧) و لذا أوجبنا عليه الدفع ليتحقق القبض حتى يتعين حق المالك.

(٨) المالك الغائب.

(٩) على المالك.

(١٠) في وجوب دفع الغريم للمدعى، لأن حق المالك محفوظ في ذمه الغريم.

(١١) دفع وهم، و حاصل الوهم أنه كيف يجب على الغريم الدفع للمدعى أولا، ثم يجب عليه الدفع للمالك ثانيا عند إنكاره، و الحق واحد.

و رده أن الدفع الأول للمدعى لاعترافه، و الدفع الثانى للمالك، لأنه صاحب الحق و لم يصله.

(١٢) أى اعتراف الغريم.

(١٣) أى لزوم الدفع.

ص: ٤٧٧

له (١)، و بهذا (٢) يظهر الفرق بينه (٣) و بين العين، لأنها (٤) حق محض لغيره (٥)، و فائتها لا يستدرك (٦).

نعم يجوز (٧) له تسليمها إليه (٨) مع تصديقه له (٩)، إذ لا منازع له (١٠) الآن (١١)، و يبقى المالك على حجته، فإذا حضر و صدّق الوكيل براء الدافع، و إن كذّبه فالقول قوله (١٢) مع يمينه، فإن كانت العين موجوده أخذها، و له (١٣) مطالبه من شاء منهما (١٤) بردها، لترتب أيديهما على ماله، و للدافع مطالبه الوكيل بإحضارها (١٥) لو طولب به (١٦)، دون العكس (١٧) فإن تعذر ردها، بتلف و غيره تخيّر (١٨) فى الرجوع على من شاء منهما (١٩)، فإن رجع على الوكيل لم يرجع (٢٠) (١) للمدعى، لأنه قد صدّقه.

(٢) من الدفع من خالص مال الغريم.

(٣) بين الدين.

(٤) أى العين.

(٥) لغير الغريم.

(٦) إذ مع دفعها إلى المدعى لا يمكن دفعها إلى المالك.

(٧) للغريم.

(٨) أى تسليم العين للمدعى.

(٩) أى مع تصديق الغريم للمدعى.

(١٠) للمدعى.

(١١) حال غياب المالك.

(١٢) أى قول المالك مع يمينه، لأنه منكر للوكاله.

(١٣) للمالك.

(١٤) من الغريم و المدعى.

(١٥) لأن العين عند المدعى، لأنه سلّمه إياها بحسب الفرض.

(١٦) أى طولب الغريم بالإحضار.

(١٧) لأن العين تحت يد المدعى فلا معنى لإحضار الغريم لها.

(١٨) أى المالك.

(١٩) من الغريم و المدعى.

(٢٠) أى الوكيل.

ص: ٤٧٨

على الغريم مطلقا (١)، لاعترافه (٢) ببراءته (٣) بدفعها إليه (٤)، وإن رجع (٥) على الغريم لم يرجع (٦) على الوكيل مع تلفها في يده (٧) بغير تفريط، لأنه (٨) بتصديقه له (٩) أمين (١٠) عنده، وإلا (١١) رجع عليه.

فى أن الوكيل أمين

(و الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط، أو التعدى) و هو موضع وفاق (١٢) (و يجب عليه (١٣) تسليم ما فى يده إلى الموكل إذا طوب به (١٤)، سواء فى (١) سواء كان التلف بتفريط من المدعى أم لا.

(٢) أى اعتراف الوكيل.

(٣) أى براءة الغريم.

(٤) أى بدفع العين إلى الوكيل المدعى.

(٥) أى المالك.

(٦) أى الغريم.

(٧) أى يد الوكيل.

(٨) أى لأن الوكيل.

(٩) أى بتصديق الغريم للوكيل.

(١٠) خبر لقوله (لأنه).

(١١) أى و إن لم يكن التلف بغير تفريط، بل كان بتفريط من المدعى رجع الغريم عليه، لأن الوكيل ضامن عند تفريطه.

(١٢) بل لا خلاف فيه بين المسلمين، و قد تقدم أكثر من مره أن الأمين الذى وضع يده على مال غيره بإذن المالك لا يضمن، و منه الوكيل، إلا بتعد أو تفريط.

(١٣) على الوكيل.

(١٤) بلا- خلاف و لا- إشكال، لأنه و كيل على المال من قبل مالكة، فإن طالبه المالك به يجب عليه تسليمه له، نعم مع عدم المطالبة لا يجب على الوكيل التسليم، لأنه قبضه بإذن المالك و بحسب الفرض لم يطلبه المالك.

ثم لو طالبه به و امتنع التسليم لعذر فلا يضمن بلا خلاف فيه، لأنه معذور غير متعد، و العذر كما نص عليه أكثر من واحد يشمل العقلى و الشرعى و العرفى، و الأول، فيما لو كان التسليم غير مقدور، و الثانى فيما لو كان مشغولا بإتمام الصلاة الواجبه أو

المستحبه، و الثالث فيما لو كان مشغولا بإتمام الحمام. نعم لو طالبه به و امتنع لا لعذر فالوكيل ضامن بلا خلاف، لأنه متعد، و كذلك يكون متعديا لو ارتفع العذر و آخر التسليم مع المطالبه.

ص: ٤٧٩

ذلك المال الذي وكل في بيعه و ثمنه (١)، و المبيع الذي اشتراه و ثمنه قبل الشراء، و غيرها (٢). و نبه بقوله: إذا طوّل على أنه لا- يجب عليه (٣) دفعه إليه (٤) قبل طلبه (٥)، بل معه (٦)، و مع إمكان الدفع شرعا (٧) و عرفا كالوديعة (٨) (فلو أّخر مع الإمكان) أى إمكان الدفع شرعا بأن لا يكون فى صلاه واجبه مطلقا (٩) و لا مريدا لها مع تضيق وقتها، و نحو ذلك من الواجبات المنافية، أو عرفا بأن لا يكون على حاحه يريد قضاءها، و لا فى حمام أو أكل طعام، و نحوها من الأعذار العرفيه (ضمن، و له أن يمتنع) من التسليم (حتى يشهد) (١٠) على الموكل (١) أى بعد بيعه.

(٢) غير هذه الأمور.

(٣) على الوكيل.

(٤) إلى الموكل.

(٥) أى طلب الموكل.

(٦) مع الطلب.

(٧) و لم يتكلم عن الإمكان العقلى لوضوح اشتراطه.

(٨) أى كما يجرى جميع ذلك فى الوديعة، و العجب من العلامه فى التذكرة حيث حكم برد الموكل فيه مع الإمكان العقلى و الشرعى و العرفى مع جعل العذر الشرعى شاملا للصلاه الواجبه و المندوبه، مع أنه فى الوديعة خصّ العذر الشرعى بالواجب دون النفل، مع أن الأمر فى الوديعة أسهل على الودعى، لأنها مبنية على الإحسان المحض الذى يناسبه التسهيل بخلاف الوكاله، إذ قد يدخلها أغراض للوكيل كالجعل و غيره، و لا أقل من المساوات.

(٩) تضيق وقتها أو لا.

(١٠) وقع الخلاف بينهم فى أن من بيده مال للغير أو فى ذمته مال للغير هل يجوز له الامتناع عن التسليم إلى صاحب الحق حتى يشهد عليه بالقبض، أو يجب التسليم و إن لم يتحقق الإشهاد.

ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أن من يقبل قوله فى الرد كالودعى لا يجوز له الامتناع، بل يجب عليه الدفع عند المطالبه و إن لم يتحقق الإشهاد، و بين من لا- يقبل قوله فى الرد كالمستعير فيجوز له الامتناع عن الدفع حتى يشهد، خوفا من جحود صاحب الحق، فيطالب المستعير بالبينه و هى مفقوده، فيلزم بالدفع ثانيا، و فى هذا ضرر عليه، بخلاف الأول فلو جحد صاحب المال القبض فالقول قول الودعى مع يمينه.

بقبض حقه (١) حذرا من إنكاره (٢) فيضمن له ثانيا (٣)، أو يلزمه (٤) اليمين.

(و كذا) حكم (٥) (كل من عليه حق و إن كان (٦) وديعه يقبل قوله) في ردها، لافتقاره إلى اليمين (٧)، فله دفعها (٨) بالإشهاد و إن كان صادقا.

و لا- فرق في ذلك (٩) بين من (١٠) يكون له على الحق بينه، و غيره، لما ذكرناه من الوجه (١١)، هذا هو أجدد الأقوال في المسألة. و فرق بعضهم (١٢) بين من يقبل و ذهب يحيى بن سعيد إلى أن من يقبل قوله في الرد كالودعي، لا يجوز له الامتناع كما تقدم، و بين من لا يقبل قوله في الرد كالمستعير فإن كان الأخذ بينه فله الامتناع حتى يشهد و إلا فلا، لأنه مع عدم الأخذ بينه يمكن له إنكار أصل الحق على وجه يصدق بأن يقول: لا يستحق عندي شيئا فيقبل قوله مع يمينه، لأنه منكر، بخلاف ما لو ثبت الحق عنده بينه فلا يمكنه إنكار أصل الحق بل يحتاج إلى إثبات الدفع، و هذا لا يتحقق إلا بالإشهاد فله الامتناع عن التسليم حتى يشهد حينئذ، و قد نسب هذا التفصيل إلى الشافعية.

و عن مشهور المتأخرين أنه يجوز لمن عنده مال للغير أو دين الامتناع من التسليم حتى يشهد سواء قبل قوله في الرد أم لا، لأن قبول قوله في الرد محتاج إلى اليمين، و تكلف اليمين ضرر عظيم و إن كان صادقا و قد أذن فيه الشارع، خصوصا في بعض الناس فإن ضرر الغرامة عليهم أسهل من اليمين.

(١) أى بقبض الموكل حقه.

(٢) إنكار الموكل.

(٣) أى فيضمن الوكيل للموكل ثانيا.

(٤) أى يلزم الوكيل اليمين، و فيه: أنه مما لا يقبل قوله في الرد فكيف يلزم باليمين، نعم يجرى هذا في الودعي.

(٥) من الامتناع حتى يشهد و هذا قول مشهور المتأخرين.

(٦) أى الحق.

(٧) عند قبول قوله في الرد.

(٨) دفع اليمين.

(٩) من أن له الامتناع حتى يشهد.

(١٠) أى صاحب الحق سواء كان له على الحق بينه أم لا.

(١١) و هو افتقار الغريم إلى اليمين فله دفعها بالإشهاد.

(١٢) وهو الشيخ في المبسوط.

ص: ٤٨١

قوله فى الرد (١)، و غيره (٢)، و آخرون (٣) بين من عليه بقبض الحق بينه (٤)، و غيره (٥)، و دفع ضرر اليمين يدفع ذلك كله خصوصا فى بعض الناس، فإن ضرر الغرامه عليهم أسهل من اليمين.

فى أنه لا يجب عليه الإشهاد

و الوكيل فى الوديعه (٦) لمال شخص عند آخر (لا يجب عليه الإشهاد) على المستودع، (بخلاف الوكيل فى قضاء الدين (٧)، و تسليم المبيع (٨) فليس له ذلك (٩) حتى يشهد).

(١) فليس له الامتناع.

(٢) فله الامتناع.

(٣) و هو يحيى بن سعيد.

(٤) فله الامتناع حتى يشهد إذا كان ممن لا يقبل قوله فى الرد.

(٥) ممن ليس على قبضه بنيه و كان ممن لا يقبل قوله فى الرد فليس له الامتناع عن الدفع.

(٦) الوكيل فى الإيداع - أى إيداع مال شخص عند الودعي - لا يجب عليه الإشهاد عند الدفع للودعي، بحيث لو أنكر الودعي فيما بعد لا يضمن الوكيل بسبب عدم الإشهاد، إذ عدم إقامه الإشهاد عند الإيداع لا يعد تفريطا منه، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الإيداع مبنى على الإخفاء فعدم الإشهاد عليه هو السيره، و الوكيل لم يخالفها عند عدم إشهاده فلا يكون مفترطا.

نعم استشكل العلامه فى التذكرة فى عدم وجوب الإشهاد، و يردده ما تقدم.

ثم لو أنكر المالك على الوكيل الدفع للودعي، فالقول قول الوكيل لأنه أمين، فلا يجب عليه الإشهاد من هذه الحثيه حتى يدفع إنكار المالك، إذ يمكن له دفعه باليمين.

(٧) لو وكل فى قضاء دين عن المديون، و قضى الدين و لم يشهد على الدائن بالقبض، فأنكر الدائن الدفع إليه فيما بعد فالوكيل ضامن هنا، لأنه مفترط، لأن قضاء الدين مبنى على الإجهار به فيناسبه الإشهاد عليه، و مع عدم إشهاد الوكيل يكون قد خالف السيره فى ذلك، فهو مفترط ضامن كما عن الشيخ و العلامه و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى.

و فى الشرائع و القواعد للعلامه التردد به، بل جزم الأردبيلى بعدم الضمان لعدم صدق التفريط عرفا، إذ السيره ليست قائمه على الإشهاد فى قضاء الدين، و لا أقل من الشك فى ذلك و الأصل عدم الضمان.

(٨) ما يجرى فى قضاء الدين يجرى فى التسليم المذكور.

(٩) من قضاء الدين و تسليم المبيع.

و الفرق أن الوديعه مبنيه على الإخفاء، بخلاف غيرها، ولأن الإشهاد (١) على الودعي لا يفيد ضمانه (٢) لقبول قوله في الرد، بخلاف غيره (٣) (فلو لم يشهد) (٤) على غير الوديعه (ضمن)، لتفريطه، إذا لم يكن الأداء (٥) بحضره الموكل، و إلا (٦) انتفى الضمان، لأن التفريط حينئذ مستند إليه (٧).

في أن للوكيل تولى طرفى العقد

(و يجوز للوكيل تولى طرفى العقد (٨) بإذن الموكل)، لانتفاء المانع حينئذ (٩).

و مغايره الموجب للقابل يكفى فيها الاعتبار (١٠). و لو أطلق له الإذن (١١) ففى (١) دليل ثان لعدم ضمان الوكيل لو لم يشهد فى الإيداع و حاصله أن الإشهاد على الإيداع لا يفيد، لأنه لو ادعى الودعي التلف فالبينه بالقبض لا توجب عليه الضمان، لأن البينه المذكوره توجب قبض المال، و بدعواه التلف لا يضمن، لأنه مصدق فى دعواه التلف و الرد كما تقدم فى بابه.

(٢) ضمان الودعي.

(٣) غير الودعي، من الدائن و المشتري فالإشهاد على الدفع إليهما يخرج المديون و البائع عن عهده الضمان لو لم يعترف الخصم بالقبض.

(٤) أى الوكيل.

(٥) أى الدفع.

(٦) أى و إن كان الأداء بحضره الموكل فلا يجب على الوكيل الإشهاد، لأنه و كيل بالدفع فقط، و عدم الإشهاد حينئذ مستند إلى الموكل لا إلى الوكيل.

(٧) إلى الموكل.

(٨) لو أذن الموكل لوكيله فى بيع ماله من نفسه، فيجوز للوكيل تولى طرفى الإيجاب و القبول، فالإيجاب من حيثه الوكاله و القبول من حيثه الأصاله، على الأكثر، لوجود المقتضى و انتفاء المانع، أما المقتضى لوجود إذن المالك فى البيع المذكور، و أما عدم المانع إذ ليس المانع إلا كونه و كيلا، و هذا لا يصلح للمانع لإطلاق أدله البيع.

و عن الشيخ و جماعه المنع للتهمه، و فيه منع التهمه مع وجود الاذن و مراعاة مصلحه الموكل المعتبره فى فعل كل و كيل.

(٩) حين إذن الموكل.

(١٠) بالأصاله فى القبول و الوكاله فى الإيجاب.

(١١) لو أطلق الموكل لوكيله الاذن فى بيع ماله، فيجوز للوكيل حينئذ أن يبيع على نفسه كما عن الشيخ فى النهايه و العلامه و

ولده و الشهيد فى بعض الحواشى و الحلبي، لوجود المقتضى و عدم المانع على ما تقدم.

ص: ٤٨٣

توليها (١) لنفسه قولان منشأهما: دخوله (٢) فى الإطلاق. و من ظاهر (٣) الروايات الداله على المنع. و هو أولى.

و اعلم أن توليه طرفى العقد أعم من كون البيع، أو الشراء (٤) لنفسه (٥) و موضع الخلاف مع عدم الإذن (٦) توليه لنفسه، أما لغيره (٧) بأن يكون وكيلًا و عن المشهور المنع للثمه، و لأن إطلاق الاذن منصرف إلى غير الوكيل، إذ المفهوم من الاستنباه فى البيع على غيره، و لخبر هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا قال لك الرجل اشتر لي فلا تعطه من عندك، و إن كان الذى عندك خيرا منه) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يبعث إلى الرجل فيقول له: ابتع لي ثوبا فيطلب له في السوق فيكون عنده مثل ما يجد له في السوق فيعطيه من عنده، قال عليه السلام: لا تقربن هذا، و لا يدنس نفسه، إن الله عز و جل يقول: إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ... الآية، و إن كان ما عنده خيرا مما يجد له فى السوق فلا يعطيه من عنده) ٢ و مثلها غيرها.

و هى محموله على الكراهه عند أصحاب القول الأول لظهور بعضها فى ذلك كقوله عليه السلام (و لا يدنس نفسه)، و للجمع بينها و بين خبر ميسر (قلت له: يجيئني الرجل فيقول: تشتري لي و يكون ما عندي خيرا من متاع السوق، قال: إن أمنت أن لا يتهمك فاعطه من عندك، و إن خفت أن يتهمك فاشتر له من السوق) ٣ هذا و اعلم أن النزاع هنا ليس من جهة واحده بل من حيثيه الأخبار و انصراف الاذن و من حيثيه التهمه و من أن المغايره الاعتباريه بين الأصل و الوكيل تحقق التغاير حتى يجوز للوكيل تولي طرفى العقد.

(١) أى طرفى العقد.

(٢) أى دخول الوكيل فى إطلاق الاذن و هو دليل الجواز.

(٣) دليل المنع.

(٤) لو و كله فى شراء شىء.

(٥) لنفس الوكيل.

(٦) أى عدم الاذن صريحا من الموكل.

(٧) أى لغير الوكيل بأن يبيع مال الموكل لشخص آخر، أو يشتري لشخص مال الموكل، و كان الغير موكلا له كذلك.

ص: ٤٨٤

لهما (١) فلا- إشكال إلا- على القول بمنع كونه موجبا قابلا، و ذلك (٢) لا- يفرق فيه بين إذن الموكل و عدمه (و لو اختلفا في أصل الوكالة حلف المنكر (٣) لأصالة عدمها، سواء كان منكرها الموكل أم الوكيل.

و تظهر فائده إنكار الوكيل فيما لو كانت الوكالة مشروطة في عقد لازم لأمر لا يتلافى حين النزاع (٤)، فيدعى الموكل حصولها ليتم له العقد و ينكرها الوكيل ليتزلزل و يتسلط على الفسخ.

في ما لو اختلفا

(و لو اختلفا في الرد حلف الموكل (٥)، لأصالة عدمه، سواء كانت الوكالة (١) للبايع و المشتري.

(٢) أى على القول بمنع تولى طرفى العقد.

(٣) فالقول قول المنكر مع يمينه، بلا- خلاف و لا- إشكال، و هو منكر بحسب ظاهر كلامه، و لأصالة عدمها، سواء كان المنكر الموكل أو الوكيل، أما إنكار الوكالة من الموكل فواضح إذ هو الغالب، و أما إنكار الوكالة من الوكيل و الموكل يدعيها فيما لو وقع بينهما عقد لازم و اشترط فيه إيقاع التوكيل في وقت معين.

فالموكل يدعيها ليخرج عن عهده الشرط و يبقى العقد لازما، و الوكيل ينكرها ليثبت تخلف الشرط فيتزلزل العقد و يصير له الفسخ بخيار تخلف الشرط.

(٤) أى الأمر الذى هو الشرط فى العقد اللازم، و هو الوكالة لا يتلافى حين النزاع، لأنه مقيد بوقت خاص، و إلا لو شرط أصل الوكالة من دون تحديد لها بوقت خاص، لكان الموكل حين النزاع يوكله و يحقق الشرط.

(٥) بأن ادعاه الوكيل و أنكره الموكل، فإن كانت وكالته بجعل كلف الوكيل البينه، لأنه مدع و الموكل منكر فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم الرد.

و إن كانت وكالته بغير جعل فقيل يقبل قول الوكيل مع يمينه على المشهور، لأنه محسن كالودعى، و لأنه أمين إذ قبض المال بإذن مالكة.

و عن ابن إدريس و عليه مشهور المتأخرين أنه يقبل قول الموكل المالك مع يمينه، لأصالة عدم الرد، و كون الوكيل أمينا لا يستلزم القبول، لأن الأمانة أعم من قبول قوله و عدمه فى الرد، نعم أمانته تفيده فى قبول قوله فى التلف كما سيأتى، و أما الإحسان فكذلك لا ينافى عدم قبول قوله.

إن قلت: المحسن لا سبيل عليه مع أن عدم قبول قوله مستلزم لثبوت الحق عليه بيمين الخصم، و يمين الخصم عليه سبيل.

بجعل أم لا (١).

(و قيل) (٢): يحلف (الوكيل، إلا- أن تكون بجعل) فالموكل. أما الأول (٣) فلأنه (٤) أمين، وقد قبض المال لمصلحة المالك فكان محسنا محضا كالودعي، و أما الثاني (٥) فلما مر (٦)، و لأنه (٧) قبض لمصلحة نفسه كعامل القراض، و المستأجر (٨).

و يضعف (٩) بأن الأمانة لا تستلزم القبول (١٠)، كما لا يستلزمه (١١) فى الثانى (١٢) مع اشتراكها (١٣) فى الأمانة، و كذلك الإحسان (١٤)، و السبيل المنفى (١٥) قلت: نفى السبيل على المحسن عام، و ما من عام إلا و قد خصّ، و إلا فلو يكن مخصّصا بما ذكر للزم تقديم قول الوكيل فى دعوى الرد، و لا يقبل قوله إلا مع اليمين، مع أن إثبات اليمين عليه سبيل و هو منفى بالآيه، و لو قدم قوله بدون يمين فهو على خلاف الاتفاق.

(١) و هو قول مشهور المتأخرين.

(٢) هو مشهور القدماء.

(٣) حلف الوكيل إذا كانت الوكالة بغير جعل.

(٤) أى الوكيل.

(٥) حلف الموكل إذا كانت الوكالة بجعل.

(٦) من أصاله عدم الرد الموافق لقول الموكل.

(٧) أى الوكيل.

(٨) و لا يقبل قولهما فى الرد مع اليمين، بل يقبل قول خصمهما مع اليمين.

(٩) أى تقديم قول الوكيل فى الرد فيما إذا كانت الوكالة بغير جعل.

(١٠) فيما لو كانت الوكالة بغير جعل.

(١١) أى الأمانة لا تستلزم القبول.

(١٢) فيما إذا كانت الوكالة بجعل.

(١٣) أى اشتراك الصور، الثانيه للأولى فى الأمانة، لأن الوكيل فيهما قد قبض مال المالك بإذنه.

(١٤) أى أنه أعم من الصورتين، غايته مع عدم الجعل يكون محسنا محضا.

(١٥) فى قوله تعالى: ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (١).

ص: ٤٨٦

١- (١) سورة النساء الآيه ١٤١.

مخصوص (١)، فإن اليمين (٢) سبيل.

(و) لو اختلفا (فى التلف) (٣) أى تلف المال الذى بيد الوكيل كالعين الموكّل فى بيعها و شرائها (٤)، أو الثمن (٥)، أو غيره (حلف الوكيل) لأنه أمين (٦)، وقد يتعذر إقامه البينه على التلف فاقتنع بقوله، و إن كان مخالفا للأصل و لا فرق، بين دعواه التلف بأمر ظاهر، و خفى (٧)،(و كذا) يحلف لو اختلفا (فى التفريط) (٨).

و المراد به ما يشمل التعدى، لأنه منكر،(و) كذا يحلف لو اختلفا (فى القيمه) (٩) على تقدير ثبوت الضمان، لأصالة عدم الزائد.

(١) أى له موارد معينه، ليس هذا منها لأنه لو قدمنا قوله تمسكا بالآيه لقدمناه مع اليمين، و إثبات اليمين عليه سبيل، و هو منفى بالآيه أيضا كما أن إثبات يمين الخصم عليه سبيل منفى، فلزم من التمسك بالآيه بنفى السبيل عنه تقديم قوله بلا يمين و هو ما لا يمكن الالتزام به، و من هنا تعرف عدم صحه التمسك بالآيه فى هذا المورد.

(٢) له أو عليه.

(٣) يقدم قول الوكيل مع يمينه بلا- خلاف و لا- إشكال للإجماع المدعى كما عن المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالك.

و تقديم قوله على خلاف الأصل إذ هو مدع للتلف، لأنه لو لم يقدم قوله لطولب بإقامه البينه و لو تعذرت أو تعسّرت لوجب عليه رد نفس العين، و لو كان صادقا فى دعواه لتعذر الرد و هذا ما يلزم منه التخليد فى الحبس و هو عسر و حرج منفيان.

(٤) إذا تلفت بعد الشراء.

(٥) و هو ما لو تلف بعد البيع فيما لو وكل فى البيع، أو تلف قبله إذا وكل فى الشراء.

(٦) لا يصح التعليل بالأمانه إذ هى أعم من قبول قوله و عدمه، نعم الدليل الإجماع لثلا يلزم تخليده فى السجن كما علمت.

(٧) و عن الشافعى التفريق ففى الأول يلزم بالبينه و فى الثانى يكتفى منه باليمين.

(٨) إذ يدعيه الموكل و ينكره الوكيل، فالقول قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله و ليس المراد من التفريط خصوص الأمر العدمى فى قبال التعدى الذى هو الأمر الوجودى، بل ما يعمهما إذ المراد منه ما هو غير مأذون فيه.

(٩) لو ثبت الضمان على الوكيل عند تلف العين إما لاقراره بالتفريط، و إما لإقامه البينه على ذلك، فادعى الموكل أن قيمه التالف مائه، و أنكر الوكيل و قال: خمسون، قدم قول الوكيل مع يمينه، لأنه منكر لأصالة عدم ثبوت الزائد فى ذمته.

(و لو زوجه امرأه بدعوى الوكالة) منه (فأنكر الزوج) الوكالة (١) (١) بحيث أنكر الموكل الوكالة كان القول قوله مع يمينه و يلزم الوكيل بمهر الزوجه المسمى فى العقد كما عن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله و الآبى فى كشفه و العلامه فى التحرير و الإرشاد و القواعد و جماعه، أما تقديم قول الموكل مع يمينه لأنه منكر لأصله عدم وقوع الوكالة بلا خلاف فى ذلك، و أما إلزام الوكيل بتمام المهر لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل زوّجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه) (١) بناء على تنزيله على دعوى الوكالة، و لأن المهر يجب بالعقد و قد حصل فلا بد أن يثبت تمامه، و تنصيفه بالطلاق قبل الدخول غير جار هنا إذ لا طلاق بحسب الفرض. و عن المشهور أن الوكيل يلزم بنصف المهر لخبر عمر بن حنظله عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لآخر: اخطب لى فلانه فما فعلت من شىء مما قاولت من صداق أو ضمنت من شىء أو شرطت فذلك لى رضا و هو لازم لى، و لم يشهد على ذلك).

فذهب و خطب له و بذل عنه الصداق و غير ذلك مما طلبوه و سألوه، فلما رجع إليه أنكر ذلك كله، قال عليه السلام: يغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك أنه هو الذى ضيّع حقها، فلما لم يشهد عليه بذلك الذى قال له حلّ لها أن تتزوج و لا يحلّ للأول فيما بينه و بين الله عز و جل إلا أن يطلقها، لأن الله تعالى يقول: **فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَشْرِيحُ بِإِحْسَانٍ**، فإن لم يفعل فإنه مأثوم فيما بينه و بين الله عز و جل، و كان الحكم الظاهر حكم الإسلام، و قد أباح الله عز و جل لها أن تتزوج (٢)، و صحيح أبى عبيده الحذاء عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه و لم يسم أرضا و لا قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال عليه السلام:

إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأة، و لا ميراث بينهما و لا عده عليها، و لها نصف الصداق إن فرض لها صداقا، و إن لم يكن سمى لها فلا شىء لها) (٣) بناء على أن المراد من الصداق أولا هو نصف الصداق بدليل ما ورد فيما بعد.

و عن المحقق فى الشرائع و مال إليه جماعه منهم العلامه و ولده و الشارح و المحقق الثانى أنه يحكم ببطان العقد ظاهرا لعدم ثبوت الوكالة بعد حلف الموكل على عدمها، و لا يغرم

ص: ٤٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الوكالة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

(حلف) (١)، لأصالة عدمها (٢) (و على الوكيل نصف المهر (٣) لروايه عمر بن حنظله عن الصادق عليه السلام، و لأنه (٤) فسخ قبل الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق، (و لها التزويج) بغيره لبطلان نكاحه بإنكاره الوكاله (و يجب على الزوج) فيما بينه، و بين الله تعالى (الطلاق إن كان و كَل) في التزويج، لأنها حينئذ زوجته فإنكارها (٥) و تعريضها (٦) للتزويج بغيره محرّم، (و يسوق نصف المهر إلى الوكيل (٧)، للزومه له (٨) بالطلاق، و غرم الوكيل له بسببه (٩).

(و قيل: يبطل) العقد (ظاهرا، و لا غرم على الوكيل (١٠)، لعدم ثبوت عقد حتى الوكيل و لا الموكل لعدم ثبوت العقد و المهر من لوازم العقد، نعم يجب على الموكل أن يطلقها فيما بينه و بين الله عز و جل إن كان الوكيل صادقا و هو عالم بذلك، و أن يسوق إليها نصف المهر إن لم يكن دفعه الوكيل بحسب الواقع، و إلا- فقد عرفت أنه ظاهرا لا- يثبت شيء من المهر لا- على الموكل و لا على الوكيل، و إلا فيدفعه للوكيل لأنه غرّم بسببه.

و أما المرأة فلا- إشكال و لا- خلاف في أن لها التزويج و إن لم يطلق الموكل، إذا لم تكن عالمه بالوكاله، لأنها خليه في ظاهر الشرع كما هو صريح خبر عمر بن حنظله، و أما لو كانت عالمه بالوكاله فلا يجوز لها التزويج قبل حصول الطلاق، لأنها معترفه بزوجيتها للموكل، فإن وقع الطلاق من الموكل فهو، و إن امتنع فهل يجبر على الطلاق دفعا للضرر أو لا يجبر لانتفاء النكاح ظاهرا.

و على الثاني من عدم إجباره على الطلاق فهل تتسلط على الفسخ دفعا للضرر أو يتسلط الحاكم لأن له ولاية على الممتنع أو تبقى العلقه الوصفيه حتى يطلق أو يموت أو وجه ثلاثه، و لكن مقتضى الأخبار جواز التزويج مطلقا.

(١) أى الزوج.

(٢) عدم الوكاله.

(٣) قول المشهور و هو القول الثاني المتقدم فى الشرح.

(٤) أى إنكار الزوج.

(٥) أى إنكار الوكاله، أو إنكار زوجيته منها.

(٦) أى تعريض الزوجه.

(٧) سرا إن أبى عن الجهار كما فى الرياض.

(٨) أى لزوم نصف المهر للزوج بسبب الطلاق.

(٩) أى تغريم الوكيل للنصف بسبب الزوج لأنه أنكر.

(١٠) لا تمام المهر و لا نصفه، و هو قول المحقق و من تبعه، و هو القول الثالث المتقدم فى الشرح.

يحكم بالمهر، أو نصفه، و لأنه (١) على تقدير ثبوته إنما يلزم الزوج، لأنه (٢) عوض البضع. و الوكيل ليس بزوجه، و الحديث (٣) ضعيف السند، و إلا لما كان عنه عدول مع عمل الأكثر بمضمونه (٤)، و التعليل بالفسخ فاسد (٥) فالقول الأخير (٦) أقوى.

نعم لو ضمن الوكيل (٧) المهر كله، أو نصفه لزمه حسب ما ضمن، و إنما يجوز للمرأة التزويج إذا لم تصدق الوكيل عليها (٨)، و إلا لم يجز لها التزويج قبل الطلاق، لأنها (٩) يزعمها زوجها، بخلاف ما إذا لم تكن عالمة بالحال، و لو امتنع من الطلاق، حينئذ (١٠) لم يجبر عليه (١١)، لانتفاء النكاح ظاهراً، و حينئذ (١٢) ففي تسلطها على الفسخ دفعا للضرر، أو تسلط الحاكم عليه (١٣) أو على الطلاق، أو بقاؤها كذلك (١٤) حتى يطلق أو يموت (١٥)، أو وجه، و لو أوقع الطلاق معلقا على (١) أى المهر.

(٢) أى المهر.

(٣) أى خبر عمر بن حفص، و ضعفه لاشتمال سنده على داود بن الحصين و هو واقفي، و على دينار بن الحكم و هو مجهول.

(٤) و فيه: إن عمل الأصحاب جابر لو هن السند فلا يصح رده من حيثيه ضعف سنده حينئذ، فضلا عن وجود صحيح أبي عبيد المتقدم.

(٥) من أثبت المهر أو نصفه على الوكيل قد علله بأن العقد قد انفسخ بحلف الزوج على نفى الوكالة، و التعليل عليل لأن مثل هذا ليس بفسخ حقيقى و إلا لو كان كذلك لما وجب على الزوج واقعا أن يطلق على تقدير وكالته.

(٦) من عدم المهر و لا نصفه لا على الوكيل و لا على الموكل كما هو قول المحقق و من تبعه.

(٧) للزوجه تمام المهر أو نصفه عن الزوج فيجب على الوكيل حينئذ للضمان لا للخبر المتقدم الذى قد عرفت ضعف سنده.

(٨) على الوكاله.

(٩) أى المرأه.

(١٠) أى حين تصديقها للوكيل بالوكاله.

(١١) لم يجبر الزوج على الطلاق.

(١٢) أى حين عدم إجباره على الطلاق.

(١٣) على الفسخ.

(١٤) أى زوجه.

(١٥) و فى نسخه (أو تموت)، و هو ليس بصحيح لأن فسخ الزوجيه عنها إنما يحصل بطلاقها أو بموت زوجها، أما مع موتها فلا معنى للحكم سواء كانت زوجه أم لا.

الشرط (١) كإِنْ كانت زوجتي فهي طالق صح، و لم يكن إقراراً، و لا- تعليقا مانعا، لأنه (٢) أمر يعلم حاله، و كذا في نظائره كقول من يعلم أن اليوم الجمعة: إن كان اليوم الجمعة فقد بعثك كذا، أو غير من العقود.

(و لو اختلفا في تصرف الوكيل (٣) بأن قال: بعث، أو قبضت، أو اشترت (حلف) الوكيل، لأنه أمين و قادر على الإنشاء (٤)، و التصرف إليه و مرجع الاختلاف إلى فعله و هو أعلم به.

(١) أى شرط زوجيتها، و الألف و اللام عهديه، صح الطلاق، لأن هذا ليس تعليقا على شرط متوقع أو صفة مترقبه، و إنما الشرط دائر مدار علمه، فإن كان قد صدر منه التوكيل فهي زوجته و يصح جعل الزوجيه حينئذ شرطا، بل هو جعل لشيء حاصل فلا تعليق واقعا، لأن التعليق هو جعل لشيء سيحصل أو يتوقع حصوله.

(٢) أى الشرط المذكور.

(٣) بحيث ادعى الوكيل وقوع التصرف الموكّل به و أنكره الموكل، كأن يدعى الوكيل بيع المتاع الذى و كّل بيعه و قد تلف الثمن، فأنكر الموكل البيع، أو ادعى الوكيل شراء المتاع الذى و كّل بشرائه و أنه سرق فأنكر الموكل الشراء. قيل: يقدم قول الوكيل، لأنه أمين، و لأنه أقرب بما له أن يفعله فيندرج تحت القاعده (من ملك شيئا ملك الإقرار به)، و هو مالك للتصرف فيملك الإقرار به، و لأن الاختلاف راجع إلى فعله و هو أعلم به، و إلى هذا القول ذهب غير واحد.

و قيل: يقدم قول الموكل، لأصالة عدم الفعل، و إليه ذهب المحقق الثانى، و اختلف كلام العلامة هنا ففى القواعد جزم بتقديم قول الوكيل من غير نقل خلاف، و فى التذكرة جزم بتقديم قول الموكل إن كان النزاع بعد عزل الوكيل، و استقرب كون الحكم كذلك قبل العزل، و توقف فى التحرير.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه لا يحتاج إلى تقييد التصرف فى فرض المسألة، بكون الثمن قد تلف فى يد الوكيل، بأن يقول: بعث و قبضت الثمن و تلف فى يدي، كما ذكره بعضهم تبعا لتقييده بذلك فى التحرير، لأن الكلام فى دعوى الوكيل التلف قد ذكر سابقا مطلقا، و هو أمر خارج عن هذه المسألة، و إنما حاصل هذه دعوى الموكل عدم التصرف بالبيع و نحوه ليرتجع العين، و الوكيل يدعى الفعل سواء ترتب عليه مع ذلك دعوى التلف أم لا) انتهى.

(٤) أى الإقرار به، لأنه مالك للتصرف فيملك الإقرار به.

(و قيل): يحلف (الموكل)، لأصالة عدم التصرف، و بقاء الملك على مالكه و الأقوى الأول.

و لا فرق بين قوله فى دعوى التصرف: بعت و قبضت الثمن و تلف فى يدي، و غيره (١)، لاشتراك الجميع فى المعنى و دعوى التلف أمر آخر،(و كذا الخلاف لو تنازعا فى قدر الثمن الذى اشترت به السلعة) كأن قال الوكيل:

اشتريته بمائه و الحال أنه يساوى مائه (٢)، ليمكن صحه البيع فقال الموكل: بل بثمانين، يقدم قول الوكيل (٣)، لأنه أمين، و الاختلاف فى فعله و دلالة الظاهر على كون الشيء إنما يباع بقيمته و هو الأقوى.

و قيل: قول الموكل، لأصالة براءته (٤) من الزائد، و لأن فى ذلك (٥) إثبات حق للبائع عليه (٦) فلا يسمع.

(١) من دون دعوى التلف.

(٢) كما ذكره العلامة فى التحرير، و إلا لم يكن الشراء صحيحا لما تقدم من حمل الإطلاق فى الأذن على ثمن المثل، إذا تعلق الغرض به فلا يجوز بالأدنى كما لا يجوز بالأعلى.

(٣) كما عن الشيخ فى المبسوط و جماعه، لأنه أمين و الفعل فعله و هو أعلم به، و لأن الظاهر أن الشيء يشتري بثمن مثله، و هو يدعى ذلك فىكون قوله موافقا لهذا الظاهر.

و عن العلامة فى الإرشاد و جماعه تقديم قول الموكل، لأصالة براءة الموكل من الزائد، لأنه غارم، و لأن تقديم قول الوكيل تقديمًا لحق البائع على الموكل مع إنكاره فلا يسمع، لأن إقرار الغير نافذ فى حقه لا فى حق غيره.

و رد بأن قول الوكيل نافذ فى حقه بعد ما كان أمينًا، و عليه لا معنى لجريان أصل البراءة مع أمانه الوكيل.

(٤) أى براءة الموكل.

(٥) أى تقديم قول الوكيل.

(٦) على الموكل.

كتاب الشفه

اشاره

ص: ٤٩٣

فى تعريف الشفعه

(و هى) فعله من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به أى زوجا كأنّ (1) لا خلاف و لا إشكال فى مشروعيتها للأخبار الكثيره.

منها: خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما) (1)، و المرسل عن أحدهما عليه السلام (الشفعه لكل شريك لم يقاسم) (1).

و خالف جابر بن زيد و الاصم فأنكرا الشفعه، و هما محجوجان بهذه النصوص. هذا و الشفعه وزان غرفه، قال الشارح فى المسالك: (مأخوذه من قولك: شفعت كذا بكذا، إذا جعلته شفعا به، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب صاحبه، و يقال: أصل الكلمه التقويه و الإعانه، و منه الشفاعه و الشفيع، لأن كل واحد من الوترين يتقوى بالآخر، و منه شاه شافع للتى معها ولدها لتقويها به) انتهى.

هذا و اختلف فى أنها مأخوذه من الشفع بمعنى الضم، أو من الشفع بمعنى الزيادة، أو من الشفع بمعنى التقويه، أو من الشفاعه أقوال أربعه، و عن أكثر من واحد من أصحابنا أنها مأخوذه من الزيادة، لأن سهم الشريك يزيد مما يضم إليه، و لذا قال فى مجمع البحرين: (الشفعه كغرفه قد تكرر ذكرها فى الحديث، و هى فى الأصل التقويه و الإعانه، و فى الشرع استحقاق الشريك الحصه المبيعه فى شركه، و اشتقاقها على ما قيل من الزيادة، لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به، كأن كان واحدا و ترا فصار زوجا شفعا، و الشافع: الجاعل الوتر شفعا، و يقال: الشفعه اسم للملك المشفوع مثل اللقمه، اسم للشىء الملقوم، و تستعمل بمعنى التملك لذلك الملك) انتهى.

ص: ٤٩٥

الشفيع يجعل نصيبه شفعا بنصيب شريكه، وأصلها التقويه والإعانه، ومنه (١) الشفاعة و الشفع. و شرعا (٢) (استحقاق الشريك الحصة المبيعه في شركته)، و لا يحتاج إلى قيد الاتحاد (٣)، و غيره (٤) مما يعتبر في الاستحقاق (٥)، لاستلزام الاستحقاق (٦) له (٧).

(١) أى و من هذا المعنى و هو التقويه الإعانه، حيث إن في الشفاعة تقويه و إعانه للمشفوع له على ذنبه، و من هذا المعنى الشفع بمعنى الزوج، لأنه يتقوى بالآخر.

(٢) فعن أبي الصلاح و ابنى زهره و إدريس أنها (استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أو قيمته)، و عن القواعد للعلامه هي (استحقاق الشريك انتزاع حصه شريكه المنتقله عنه بالبيع)، و فى الشرائع (استحقاق أحد الشريكين حصه شريكه بسبب انتقالها بالبيع)، و فى النافع (استحقاق حصه الشريك لانتقالها بالبيع) إلى غير ذلك من التعريفات التى يقصد منها التمييز فى الجملة، فلا يضرها عدم مساواتها للمعزف، قال فى الجواهر: (ضروره معلوميه كون المراد منها التمييز فى الجملة، لترتب الأحكام عليها، و إلا فتمامه - أى تمام المعنى - يعلم بالإحاطه التامه بالأدله التى ستعرفها إن شاء الله، و ليس المراد منها التحديد الحقيقى)، و قال فى الرياض (و التحقيق أن هذه التعريفات اللفظيه لا يقدر فيها ما يورد، أو يرد عليها من النقض و المناقشه، فإنما المقصود منها التمييز فى الجملة) انتهى.

(٣) أى لا يحتاج التعريف المذكور إلى قيد اتحاد الشريك الذى يثبت له حق الشفعه، و المعنى أن التعريف لا يحتاج إلى تقييد الشريك بالواحد و لا- يحتاج إلى تقييد استحقاق الشريك الحصة من شريكه بسبب بيعها على ثالث، و لا يحتاج إلى تقييد الحصة المبيعه من غير المنقول، و يكون الشركه قابله للقسمه، لأن هذه الأمور الأربعة تذكر فى الأحكام لا فى تعريف الشفعه.

(٤) أى غير الاتحاد من بقيه القيود.

(٥) الاستحقاق جنس أو بمنزله الجنس يدخل فيه استحقاق مال بالإرث و الحيازه و الأحياء و غيرها، و حتى يتخصص الاستحقاق بالشفعه لا بدّ من القيود التى ذكرها الماتن و لا بدّ من ذكر القيود الأربعة المتقدمه، و لكن ذكر الأمور المتقدمه لا تدخل فى التعريف لأنها تذكر فى الأحكام.

(٦) أى الاستحقاق المذكور فى التعريف.

(٧) لقيود الاتحاد و لغيره من بقيه القيود الأربعة.

و إنما يفتقر إلى ذكرها (١) في الأحكام، و لا- يرد النقص في طرده (٢) بشراء (٣) الشريك حصه شريكه، فإنه (٤) بعد البيع يصدق (٥) استحقاق الشريك الحصه المبيعه في شركته، إذ ليس في التعريف أنها (٦) مبيعه لغيره أو له (٧)، و كما يصدق الاستحقاق بالأخذ (٨) يصدق بنفس الملك.

و وجه دفعه (٩): أن الاستحقاق المذكور هنا (١٠) للشريك المقتضى لكونه شريكا (١١) حال شركته، و الأمر في البيع ليس كذلك (١٢)، لأنه حال الشركه غير مستحق (١٣)، و بعد الاستحقاق (١٤) ليس بشريك، إذ المراد بالشريك هنا الشريك بالفعل، لأنه (١٥) المعتبر شرعا (١٦)، لا ما كان فيه شريكا مع ارتفاع الشركه (١٧)، (١) أي ذكر القيود الأربعة المتقدمه.

(٢) أي أنه غير مانع.

(٣) و حاصل الإشكال أنه لو باع أحد الشريكين حصته للآخر فإنه يصدق عليه التعريف المذكور، لأن المشتري قد استحق حصه شريكه الآخر بسبب انتقالها بالبيع، فالشريك كما يستحق الحصه المبيعه لغيره، كذلك يستحق الحصه المبيعه لنفسه مع أن الثاني ليس بشفعه و هو مما يصدق عليه التعريف، فلا يكون مانعا للأغيار.

(٤) أي الشأن و الواقع.

(٥) أي يصدق التعريف على ما لو اشترى الشريك حصه شريكه مع أنه ليس بشفعه واقعا.

(٦) أي الحصه.

(٧) أي لغير الشريك أو له.

(٨) أي تعريف الشفعه بالاستحقاق كما يصدق على الأخذ بالشفعه يصدق على هذا البيع.

(٩) أي دفع الإشكال أن الشريك بعد بيع الحصه ليس بشريك بسبب زوال تلبس مبدأ الاشتراك عنه بعد البيع، فهو بعد البيع ليس بشريك، نعم قد كان شريكا.

(١٠) في تعريف الشفعه.

(١١) أي فعلا و لذا قال: حال شركته.

(١٢) ففي البيع لم يستحق الشريك حال شركته.

(١٣) لأنه لم يتحقق البيع

(١٤) و بعد البيع.

(١٥) أي الشريك الفعلي.

(١٦) و لذا يجب حمل الألفاظ الواردة في الكتاب و السنه على الفعلية.

(١٧) فمع الارتفاع لا يكون شريكا إلا على القول بكون المشتق موضوعا للأعم.

ص: ٤٩٧

نظرا (١) إلى عدم اشتراط بقاء المعنى المشتق منه (٢) فى المشتق.

نعم يمكن ورود ذلك (٣) مع تعدد الشركاء إذا اشترى أحدهم نصيب بعضهم مع بقاء الشركة فى غير الحصة المبيعه، و لو قيد (٤) المبيع بكونه لغير المستحق، أو علق الاستحقاق بتملك الحصة فقال: استحقاق الشريك تملك الحصة المبيعه إلى آخره (٥) سلم من ذلك (٦)، لأن استحقاق التملك (٧) غير استحقاق الملك.

فى من تثبت له الشفعه

(و لا تثبت لغير) الشريك (الواحد) (٨) على أشهر القولين. و صحيح الأخبار (١) تعليل للمنفى.

(٢) أى المبدأ.

(٣) أى النقص على التعريف بكونه غير مانع، و هو الإشكال الثانى و حاصله ما لو تعدد الشركاء فإذا كانوا ثلاثة و باع أحدهم أحد الشريكين الباقين فقد انتقلت حصه أحد الشريكين للآخر بسبب البيع، مع أن هذا البيع ليس بشفعه، و التعريف صادق عليه فلا يكون مانعا.

(٤) أى المصنف لو قال فى تعريف الشفعه: استحقاق الشريك الحصة المبيعه لغيره فى شركته لارتفع الإشكالان المتقدمان.

(٥) أى آخر ما ذكر فى التعريف.

(٦) من الإشكاليين السابقين.

(٧) بالشفعه غير استحقاق ملك الحصة بالبيع.

(٨) ذهب المشهور إلى عدم ثبوت الشفعه مع الزيادة على الشريكين، للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تكون الشفعه إلا لشريكين ما لم يتقاسما فإذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه) (١) و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا كان الشىء بين شريكين لا- غيرهما فباع أحدهما نصيبه، فشريكه أحق به من غيره، فإن زاد على اثنين فلا شفعه لأحد منهم) (١)، و ذهب ابن الجنيدي إلى ثبوت الشفعه مطلقا، و إن زاد الشركاء على اثنين، لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الدار بين قوم اقتسموها، و أخذ كل واحد منها قطعه فبناها، و تركوا بينهم ساحه، فيها ممرهم، فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم، أ له ذلك؟ قال عليه السلام:

نعم، و لكن يسد بابها، و يفتح بابا إلى الطريق أو ينزل من فوق السطح، فإن أراد

ص: ٤٩٨

يدل عليه. و ذهب بعض الأصحاب (١) إلى ثبوتها مع الكثرة، استنادا إلى روايات (٢) معارضة بأقوى منها

في موضوعها

(و موضوعها) (٣) و هو المال الذي ثبت فيه على تقدير بيعه:

صاحب الطريق يبيعه فإنهم أحق به و إلا فهو طريقه حتى يجلس على ذلك الباب (١)، و حسنه منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، و طريقهم واحد في عرصه، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا في الشفعة؟ فقال عليه السلام: إن باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة) (١)، و خبر السكوني عن جعفر بن محمد عليه السلام (الشفعة على عدد الرجال) (٢) و خبر طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (الشفعة على الرجال) ٤ و خبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (قضى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالشفعة بين الشركاء) (٣) و هو جمع و أقله ثلاثة.

و ذهب الصدوق إلى أن الشفعة تثبت للكثرة في الأرض، و لا تثبت لغير الواحد من الشركاء في الحيوان، لخبر عبد الله بن سنان (سألته عن مملوك بين شركاء، و أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه، قلت: فإنهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم إلى البيع قال لشريكه: أعطني، قال: أحق به ثم قال: لا شفعة في حيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحدا) (٤)، فهو مخصص بالبعد و الحيوان، و أما الأخبار المتقدمة الدالة على ثبوت الشفعة للأكثر من شريكين فهي وارده في الأراضي بعد حمل مطلقها على مقيدها.

هذا و الأخبار المعارضة لقول المشهور محمولة على التقيّه لموافقته العامه.

(١) و هو ابن الجنيد و الصدوق، و يكون إشاره إلى القولين الأخيرين.

(٢) بعضها صحيح.

(٣) أي موضوع الشفعة، هذا و اختلف الأصحاب في محل الشفعة من الأموال المنقولة بعد اتفاقهم على ثبوتها في العقار القابل للقسمه كالأرض و البساتين.

فأكثر المتقدمين و جماعه من المتأخرين على ثبوتها في كل منقول، لمرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الشفعة لمن هي؟ و في أي شيء هي؟ و لمن تصلح؟ و هل يكون في الحيوان شفعة؟ و كيف هي؟).

ص: ٤٩٩

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الشفعة حديث ١ و ٢ .

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعة حديث ٥ و ذيله .

٣- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الشفعة حديث ١ .

(ما لا ينقل كالأرض و الشجر) (١) إذا بيع منضمًا إلى مغرسه (٢)، لا منفردًا. و مثله فقال عليه السّلام: الشفّعه جائزه في كل شىء من حيوان أو أرض أو متاع، إذا كان الشىء بين شريكين لا غيرهما، فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره، و إن زاد على اثنين فلا شفّعه لأحد منهم(١)، و يعضده ما فى خبر ابن سنان المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا شفّعه فى الحيوان إلا أن يكون الشريك فيه واحداً)(٢)، و حسنه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الشفّعه فى الدور أشىء واجب للشريك؟ و يعرض على الجار و هو أحق بها من غيره؟ فقال عليه السّلام: الشفّعه فى البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن)(٣)، و الأخير مطلق يشمل بيع المنقول و غيره.

و ذهب مشهور المتأخرين إلى عدم ثبوت الشفّعه إلا- فى غير المنقول مما يقبل القسمة عادة، بل فى التذكرة أنه المشهور استضعافاً لمرسل يونس، و لخبر جابر عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (الشفّعه فى كل مشترك فى أرض أو ربع أو حائط لا يصلح له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإخذ أو يدع)(٤)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا- شفّعه فى سفينه و لا فى نهر و لا فى طريق و لا فى رحى و لا فى حمام)(٥)، و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس فى الحيوان شفّعه)(٦)، و مرسل الكافى (إن الشفّعه لا تكون إلا فى الأرضين و الدور فقط)(٧) و مثلها غيرها.

(١) الشجر و الأبنيه إن بيعت مع الأرض التى هى فيها فلا إشكال فى ثبوت الشفّعه فيها تبعاً للأرض لدخولها فى عموم النص المتقدم الوارد بثبوت الشفّعه فى الربع و الأرض، و إن بيعت منفردة أو منضمه إلى أرض أخرى غير ما هى فيها فينبى ثبوت الشفّعه فيها و عدمه على القولين السابقين، فمن عمّم أثبتها فيها، و من خصص موردها بالعقار لم يوجبها هنا، لأنها لا تدخل منفردة، و ضم الشجر و البناء إلى غير أرضها لا ينفع لعدم التبعية للأرض المباعه.

(٢) أى الأرض التى غرس فيها.

ص: ٥٠٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفّعه حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفّعه حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفّعه حديث ١.
- ٤- (٤) كنز العمال ج ٤ ص ٢ رقم الحديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفّعه حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفّعه حديث ٦.
- ٧- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفّعه حديث ٣.

البناء (١)، فلو اشتركت غرفه بين اثنين دون قرارها (٢) فلا شفعه فيها، و إن انضمت (٣) إلى أرض غيره كالشجر إذا انضم إلى غير مغرسه.

(و فى اشتراط إمكان قسمته قولان) (٤) أجودهما اشتراطه (٥)، لأصالة عدم ثبوتها (٦) فى محل النزاع (٧)، و عليه (٨) شواهد من الأخبار، لكن فى طريقها ضعف. و من لم يشترط نظر إلى عموم. أدله ثبوتها، مع ضعف المخصص، و على (١) إذا بيع منضمًا إلى أرضه.

(٢) كالغرفه العليا بحيث يكون أرضها سقفا لغرفه أحدهما، فيأتى فيها الخلاف المتقدم، فمن عمم يثبت الشفعه فيها، و من خصص بالعقار لم يوجبها هنا.

(٣) أى الغرفه.

(٤) هل يشترط فى محل ثبوت القسمة إمكان قسمته أو لا؟ ذهب المشهور خصوصا بين المتأخرين إلى اشتراط كون المحل قابلا للقسمة الإجباريه، أى التنصيف، و احتجوا عليه بروايه طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: لا شفعه إلا لشريك غير مقاسم) (١)، و لازمه قبول الشركه للقسمة عند إرادته الشريك، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلم: لا- شفعه فى سفينه و لا- فى نهر و لا- فى طريق و لا- فى رحى، و لا- فى حمام) (٢). و عدم ثبوت الشفعه لعدم إمكان قسمتها.

و ذهب المفيد و المرتضى و ابنا زهره و إدريس و الطبرسى و ابن البراج إلى عدم اشتراط القسمة، لعموم الأدله الداله على ثبوت الشفعه من غير تخصيص لاستضعاف الروايتين السابقتين، إذ السكونى عامى و مثله طلحه بن زيد، و لأن المقتضى لثبوت الشفعه هو إزالة الضرر عن الشريك، و هو قائم فى غير القابل للقسمة، بل هو أقوى من القابل لها، لأن القابل لها يمكنه التخلص من ضرر الشريك بالقسمة بخلاف غيره فيكون ثبوت الشفعه فى غير القابل بطريق أولى.

(٥) أى اشتراط إمكان قسمته.

(٦) أى عدم ثبوت الشفعه.

(٧) و محل النزاع هنا ما لا يمكن قسمته، فإذا شككنا فى ثبوت الشفعه فيه فالأصل العدم.

(٨) على الاشتراط.

ص: ٥٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الشفعه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الشفعه حديث ١.

الأول (١) فلا- شفعه فى الحَمَام الصغىر، و العَضَائِد الضىقَه (٢)، و النهْر، و الطرىق الضىقَىن، و الرحى حىث لا- ىمكن قسمة أحجارها، و بىتها (٣).

و فى حكم الضىق قله النصىب (٤) بحىث ىتضرر صأحب القلىل بالقسمة (و لا تثبت) الشفعه (فى المقسوم) (٥) بل غىر المشترک مطلقاً (٦)، إلا مع الشركه (٧) (١) من اشتراط إمكان القسمة.

(٢) عضد الشىء ما ىشاد أو ىبنى حوله لىشتد به، و المراد به هنا عضائد الباب من الخشب على ىمىن الداخل و ىساره.

(٣) أى بىت الرحى.

(٤) على القول بأشترط إمكان القسمة فى محل ثبوت الشفعه فىشرط أن ىكون المحل قابلاً للقسمة بدون ضرر على الشرىك، و أما إذا استلزم الضرر فلا- ىكون المحل قابلاً للقسمة، و المراد بالضرر هو المبطل لمنفعه المال أصلاً على تقدیر القسمة، بأن ىخرج عن حد الانتفاع لضىقه أو لقله النصىب، أو لأن أجزاءه بعد القسمة لا ىنتفع بها و إلا فلو بقى للسهم بعد القسمة نفع ما تثبت الشفعه.

و فسر الضرر بأن تنقص قىمه المقسوم نقصاناً فأحشا بالقسمة عما قبلها، و فسره ثالث أن تبطل المنفعه المقصوده قبل القسمة، و إن بقىت فىه منافع غىرها بعد القسمة، كالحمام و الرحى فإنهما ىخرجان بالقسمة عن الانتفاع بهما فى الغسل و الطحن، و كلام الشارح هنا ناظر إلى الأول.

(٥) ذهب الأصحاب إلا العمانى ابن أبى عقىل إلى اشتراط الشفعه فى الشركه بالفعل، فلا تثبت بالجوار و لا فىما قسم، لما تقدم من الأخبار كالمرسىل عن أحدهما علیهما السّلام (الشفعه لكل شرىك لم ىقاسم) (١)، و خبر طلحه بن زىد عن أبى عبد الله علیه السّلام (أن علیاً علیه السّلام قال: لا شفعه إلا لشرىك غىر مقاسم) ٢، و جوّز ابن عقىل الشفعه فى المقسوم و لم ىذكر له دلیل، و النصوص المستفیضه المرویه من طرىقى الخاصه و العامه الظاهره فى غىر المقسوم حجه علیه.

(٦) سواء لم ىشترک فىه أصلاً، أو كان و قد قسّم حىث إنه بعد القسمة هو غىر مشترک.

(٧) استثنى المشهور من حکمهم صوره واحده و هى: ما إذا اشترک فى الطرىق أو الشرب، و كل واحد من الشرىکین له حصه من الأرض أو البستان على ذلك الطرىق، و هما غىر

ص: ٥٠٢

(في المجاز) (١) و هو الطريق،(و الشرب (٢) إذا ضمهما في البيع إلى المقسوم.

و هل يشترط قبولهما القسمه كالأصل (٣)؟ إطلاق العبارة (٤) يقتضى عدمه (٥)، و فى الدروس اشترطه (٦)، و الأقوى الاكتفاء بقبول المقسوم القسمه (٧) نعم لو بيعا منفردين اعتبر قبولهما كالأصل.

مشركون فى الأرض و البستان، فلو باع أحدهما نصيبه من الأرض و نحوها مع ماله من الحصه فى الطريق أو الشرب، فالشفعه تثبت فى مجموع المبيع و إن كان بعضه غير مشترك، فلو أفرد الأرض فى البيع فلا شفعه حيث لا شركه، و لو باع حصته من الطريق أو الشرب فقط تثبت الشفعه فيه إن كان واسعاً و إلا فالخلاف المتقدم من إمكان قسمته أو لا، و الذى يدل على هذا الاستثناء حسنه منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن دار فيها دور، و طريقهم واحد فى عرصه، فباع بعضهم منزله من رجل، هل لشركائه فى الطريق أن يأخذوا فى الشفعه؟ فقال عليه السلام: إن باع الدار و حوّل بابها إلى طريق غير ذلك فلا شفعه لهم، و إن باع الطريق مع الدار فلهم الشفعه) (١).

(١) على وزن مفعّل أى مكان الاجتياز.

(٢) قال فى الصحاح (بالكسر هو الحظ من الماء).

(٣) الأصل هنا هو الدار لأنه المبيع حقيقه، و عليه فهل يشترط قبول الطريق و الشرب للقسمه مع أن الروايه المتقدمه لم تتعرض لكون الطريق قابلاً للقسمه، ذهب المحقق إلى اشتراط كون الطريق قابلاً للقسمه لو بيعت منفرده كما فى كل بيع تثبت فيه الشفعه، أما لو بيعت منضمه إلى الدار فيكفى قبول أصل الدار للقسمه، لأن الدار هى المبيع حقيقه، و الطريق تابع لها فلا يعتبر فى الطريق حينئذ القبول للقسمه.

و الشهيد فى الدروس اشترط كون الطريق قابلاً للقسمه سواء بيع منفرداً أو منضمّاً إلى الدار، لاشتراط ذلك فى كل مشفوع.

(٤) أى عبارته الماتن للمجاز و الشرب.

(٥) عدم اشتراط قبول القسمه.

(٦) أى اشترط قبول القسمه سواء بيعاً منفردين أم لا.

(٧) كما هو قول المحقق.

ص: ٥٠٣

في أنه يشترط قدره الشفيع على الثمن

(و يشترط قدره الشفيع على الثمن) (١)، و بذله للمشتري (٢)، فلا شفيعه للعاجز (٣)، و لا للممتنع مع قدرته (٤)، و المماطل (٥)، و يرجع في العجز إلى اعترافه (٦)، لا إلى حاله، لإمكان استدانته، و لا يجب على المشتري قبول الرهن، و الضامن، و العوض (٧)، و إسلامه (٨) إذا كان المشتري مسلماً) فلا شفيعه لكافر (١) لا خلاف أنه تبطل شفيعه العاجز عن دفع الثمن مع عدم رضا المشتري بالصبر، و لا يكفي الضامن و لا أن يبذل الرهن أو عوض الثمن، و يدل عليه خبر علي بن مهزيار (سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام عن رجل طلب شفيعه أرض فذهب على أن يحضر المال فلم ينض، فكيف يصنع صاحب الأرض إذا أراد بيعها، أ يبيعها أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفيعه؟ قال عليه السلام: إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثة أيام، فإن أتاه بالمال و إلا فليبيع و بطلت شفيعته في الأرض، و إن طلب الأجل إلى أن يحمل المال من بلد آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل إلى تلك البلده و ينصرف، و زياده ثلاثة أيام، فإن وافاه - و فاه نسخه أخرى - و إلا فلا شفيعه له (١).

و الخبر و إن كان بصدد شريكه البائع إلا أن الأصحاب جروا الحكم إلى المشتري لعدم خصوصيه فيه، إذ خصوصيه الحكم في عجز الشفيع و قدرته.

(٢) أي و بذل الثمن للمشتري، لأنه لا يكفي القدره على الدفع مع عدم البذل، و لخبر ابن مهزيار المتقدم حيث قال: (فإن و فاه)، و هو ظاهر في البذل لا في القدره.

(٣) تفرغ على القدره.

(٤) تفرغ على البذل.

(٥) و هو الممتنع مع قدرته، فالعطف توضيحي تفسيري.

(٦) قال في المسالك: (يتحقق العجز باعترافه، و هل يتحقق بإعساره وجهان، أجودهما العدم لإمكان تحصيله بقرض و نحوه) انتهى.

(٧) عوض الثمن.

(٨) اشتراط إسلام الشفيع إذا كان المشتري مسلماً، لأن الشفيع سيأخذ المبيع من المشتري على وجه القهر عند عدم رضا الثاني، و الأخذ قهراً سبيل على المسلم فلا يثبت إلا للشريك المسلم، و لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس لليهودي و النصراني شفيعه) (٢)، و مثله خبر طلحه بن زيد، المحمولان على ما لو كان المشتري مسلماً.

ص: ٥٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الشفيعه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الشفيعه حديث ٢ و ١.

مطلقا (١) على مسلم، (و لو ادعى غيبه الثمن أجيل ثلاثة أيام) (٢) و لو ملفقه (٣)، و فى دخول الليالى وجهان (٤). نعم لو كان الأخذ عشيه دخلت الليله تبعا، و لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين كالاكتكاف، و لو ادعى أنه (٥) فى بلد آخر أجيل زمانا يسع ذهابه، و إيباه (٦)، و ثلاثه (ما لم يتضرر المشتري) لبعده البلد عاده كالعراق من الشام.

و فى العبارة أن تضرر المشتري يسقط الإمهال ثلاثة مطلقا (٧) و الموجود فى كلامه فى المدروس، و كلام غيره اعتباره (٨) فى البلد النائي خاصه.

و مما تقرر يظهر فيما لو كان الشفيح مسلما فله الشفعه على المشتري مسلما كان أو كافرا، و سواء كان الشراء من مسلم أو كافر، و لو كان الشفيح كافرا فلا شفعه له على المشتري المسلم سواء اشترى من مسلم أو كافر، نعم لو كان الشفيح كافرا فله الشفعه على المشتري الكافر سواء اشترى من مسلم أو كافر.

(١) سواء كان ذميا أم لا لعموم الدليل النافى.

(٢) لإحضاره، بلا خلاف فيه، لخبر على بن مهزيار المتقدم، هذا إذا كان الثمن فى البلد، و لو كان فى غير بلد حضورهما أجل مقدار ذهابه إليه و أخذه و عوده مع ثلاثه أيام كما يقتضيه الخبر المتقدم، و أيضا هو مما لا خلاف فيه، نعم قيد الحكم الثانى فى الغنيه بما إذا لم يؤد الصبر عليه إلى ضرر، و إلا بطلت شفعته لنفى الضرر و قد ادعى عليه ابن زهره الإجماع.

(٣) بحيث يحسب له من الرابع ما فاته من الأول.

(٤) فعلى القول بأن اليوم شامل لليل فتعتبر الليالى الثلاث و إلا فلا، و على القول بالعدم فالليالى الوسطى و هى ليله اليوم الثانى و الثالث داخله تبعا لدخول يوم الثالث فى وقت الانتظار من دون أن تدخل ليله اليوم الأول، إلا إذا كان الأخذ فيها فتدخل حينئذ.

(٥) أى الثمن.

(٦) و كذلك يسع أخذ الثمن فيه.

(٧) سواء كان فى البلد النائي و غيره.

(٨) أى اعتبار سقوط الإمهال بتضرر المشتري فيما لو كان الثمن فى البلد النائي فقط، هذا و خبر على بن مهزيار لم ينص على سقوط الثلاثه بتضرر المشتري، و دليل نفي الضرر مطلقا يشمل النائي و غيره فلا بد من التعميم، إلا أن الإجماع المدعى فى الغنيه مقتصر على خصوص النائي فيقتصر فيه على القدر المتيقن منه و هو النائي.

(و تثبت) الشفعه (للغائب) (١) و إن طالت غيبته (فإذا قدم) من سفره (أخذ) إن لم يتمكن من الأخذ فى الغيبه بنفسه، أو وكيله، و لا عبره بتمكنه من الإشهاد (٢) و فى حكمه (٣) المريض (٤)، و المحبوس ظلماً، أو بحق يعجز عنه (٥)، و لو قدر عليه (٦) و لم يطالب بعد مضى زمان يتمكن من التخلص و المطالبه بطلت.

(و) كذا تثبت (للصبي و المجنون و السفیه (٧)، و يتولى الأخذ) لهم (الولى مع) (١) بلا خلاف و لا إشكال، لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: وصى اليتيم بمنزله أبیه يأخذ له الشفعه إذا كان له رغبه، و قال: للغائب شفعه) (١).

بلا- فرق بين طول غيبته و قصرها لإطلاق الخبر، و لو بعد السنين المتطاولة، نعم لو تمكن الغائب من المطالبه بالشفعه بنفسه أو وكيله الحاضر فكال حاضر تبطل شفעתه إن أخر مع إمكان المطالبه، و كذا لا تسقط شفعه الغائب لو ترك الإشهاد على المطالبه و إن تمكن من الإشهاد لإطلاق الخبر المتقدم.

(٢) أى الإشهاد على المطالبه.

(٣) أى حكم الغائب.

(٤) الذى لا يمكنه المطالبه فهو كالغائب، و كذا المحبوس ظلماً أو بحق إذا عجز عن المطالبه، أما لو كان المحبوس بحق لا يعجز عن أداء الحق المترتب عليه فهو كالمطلق، لأنه قادر على الخروج من الحبس، و الأخذ بالشفعه، فلو لم يخرج بطلت شفעתه.

(٥) عن الحق المترتب عليه.

(٦) على الحق.

(٧) و كذا المفلس بلا خلاف و لا إشكال، لإطلاق أدله ثبوت الشفعه، و لخصوص خبر السكونى الوارد فى الصبى و قد تقدم فى شفعه الغائب، و عليه فيجوز لولى الصبى و المجنون و السفیه أن يتولى الأخذ بالشفعه من المشتري مع الغبطه، و قال فى الجواهر:

(نعم قيده المصنف - أى المحقق - و من تأخر عنه بكون ذلك مع الغبطه، إلا أنه لم نجده فى كلام من تقدم عليه حتى معقد إجماع الخلاف و غيره، و لعله لحظ الرغبه المراد بها المصلحه فى الخبر المزبور) انتهى، نعم عن بعضهم عدم اشتراط ظهور الغبطه بل يكفى عدم المفسده إذا كان الولى هو الأب أو الجد، و هو مبنى على كون تصرفاتهما مشروطه بظهور المصلحه أو يكفى عدم المفسده، و قد تقدم بحثه أكثر من مره.

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الشفاعة حديث ٢.

(الغبطة) فى الأخذ كسائر التصرفات و لا فرق بين كون الشريك البائع هو الولى (١)، و غيره، و كما يأخذ لهم (٢) يأخذ منهم لو باع عنهم ما هو بشركته، و كذا يأخذ (٣) لأحد الموليين نصيب الآخر لو باعه بشركته (فإن ترك) (٤) فى موضع الثبوت (فلهم عند الكمال الأخذ)، إلا إن ترك (٥) لعدم المصلحة، و لو جهل الحال ففى استحقاقهم الأخذ (٦) نظرا إلى وجود السبب (٧) فيستصحب، أم لا (٨)، التفاتا (١) بحيث يكون ولى الطفل شريكه، فلو باع الولى عن نفسه حصته لثالث فيجوز للولى بحسب الولاية الأخذ بالشفعة للطفل الحصة المبيعه.

(٢) أى و كما يأخذ الولى لهم بالشفعة فيما لو باع شريكهم عن نفسه يأخذ الولى منهم حصتهم المبيعه للغير، فيما لو باعها وليهم لثالث، و عليه فيجوز لوليهم إذا كان شريكا أن يأخذ منهم ما باع عنهم ما هو بشركته.

(٣) أى الولى فيما لو كان وليا لطفلين شريكين فى عقار، و رأى من مصلحة أحدهما بيع حصته فلو باعها فيجوز لنفس الولى أن يأخذ بالشفعة عن المولى عليه الآخر إذا كان فى الأخذ مصلحة.

(٤) أى الولى بحيث لو ترك الولى المطالبه بالشفعة مع وجود المصلحة فى الشفعة فيجوز للصبي بعد بلوغه و للمجنون بعد إفاقته الأخذ بالشفعة بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن التأخير هنا لعذر و هو الصبا و الجنون مع أن تقصير الولى لا يسقط حقهما الثابت لهما حين قصورهما، و لا يتوهم أن الحق لهما قد تجدد بالكمال حتى نطالب بالدليل على حدوثه، بل الحق لهما مستمر من حين البيع و إنما المتجدد أهليتهم حينئذ.

(٥) أى الولى، فلو ترك لعدم مصلحة فى الأخذ فالترك مشروع و نافذ فى حقهم، و مع الترك يسقط حق المطالبه بالشفعة، فلا يجوز لهما المطالبه بالشفعة بعد الكمال، و هذا ما ذهب إليه العلامة و المحقق الثانى و الشارح و جماعه، حتى أن صاحب الرياض ادعى عدم الخلاف فى ذلك، و قد ذهب الشيخ فى الخلاف إلى إثبات حق الشفعة لهما بعد الكمال و إن كان ترك الولى مشروعا، لأن الشفعة حقهما و ليس على إسقاطها بترك الولى دليل، و فيه: إن فعل الولى نافذ عليهما كما هو نافذ لهما.

(٦) أى حال ترك الولى للشفعة، فلا يعلم أن تركه لعدم المصلحة فى الأخذ أو لتقصير منه.

(٧) أى الأخذ بالشفعة بعد كمالهم نظرا إلى ثبوت مقتضى الشفعة و هو البيع فى الشركه، و مع الشك بالسقوط عند ترك الولى فيستصحب السبب لهم بعد الكمال.

(٨) فليس لهم الأخذ بالشفعة بعد كمالهم، لأن فعل الولى مقيد بالمصلحة، و مع عدم العلم بكون الترك للمصلحة فقاعده حمل فعل المسلم على الصحة تقتضى أن يكون الترك نافذا فى حقهم فتسقط الشفعة بتركة، و ليس لهم حق المطالبه بعد الكمال.

إلى أنه (١) مقيد بالمصلحة و لم تعلم، وجهان أوجههما الثانى.

أما المفلس فتثبت له أيضا (٢)، لكن لا يجب على الغرماء تمكينه من الثمن، فإن بذلوه، أو رضى المشتري بذمته فأخذ، تعلق بالشقص حق الغرماء، و لا يجب عليه (٣) الأخذ و لو طلبوه منه (٤) مطلقا (٥) (و يستحق) الأخذ بالشفعة (بنفس العقد (٦) و إن كان) (١) أى فعل الولى.

(٢) أى تثبت الشفعة له كما تثبت للصبى و المجنون و السفیه المفلس و قد تقدم دليله، و لكن بما أن الغرماء قد تعلق حقهم بماله فلا يجوز له أن يتصرف فى ماله و يدفع ثمن المشفوع إلا برضا الغرماء، أو بأن يرضى المشتري ببقاء الثمن فى ذمه المفلس، أو إبرائه، أو بأن يدفع الغرماء المال بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال.

و عليه فلو أخذ بالشفعة و تملك الشقص فيتعلق به حق الغرماء، لأنه ماله كما فى كل مال متجدد له، نعم ليس للغرماء إجباره على الأخذ بالشفعة و إن بذلوا الثمن، و لا يجوز لهم منعه عن الأخذ بالشفعة إن كان المشتري يرضى بإبرائه أو ببقاء الثمن فى الذمه، لأنه ليس لهم حق إجباره على التكسب كما ليس لهم حق منعه من التكسب.

(٣) على المفلس.

(٤) أى طلب الغرماء الأخذ بالشفعة من المفلس.

(٥) بذلوا الثمن أو لا، رضى المشتري ببقاء الثمن فى ذمته أو لا.

(٦) إذا اشتمل بيع المشفوع على خيار، فلا يخلو إما أن يكون الخيار للمشتري أو لا.

فلا إشكال و لا خلاف فى أن الشفيع يستحق الأخذ بالشفعة بعد انقضاء الخيار سواء كان لهما أو لأحدهما أو للأجنبى، لأن العقد بعد انقضاء الخيار لازم، و قد استقر ملك المشتري مع أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

و لو كان الخيار للمشتري فللشفيع الأخذ بالشفعة بنفس العقد بلا خلاف كما فى المسالك، لتحقق انتقال الملك عن البائع و دخوله فى ملك المشتري، و ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

لكن عن الشيخ فى خلافه فى باب الخيار أنه ينتقل عن البائع بنفس العقد، و لا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضى الخيار، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الأول، و لازم كلامه عدم ثبوت الشفعة هنا لعدم انتقال الملك إلى المشتري ليؤخذ منه بالشفعة.

و لو كان الخيار للبائع أولهما أو للبائع و الأجنبى فعلى المشهور حصول الشفعة بنفس العقد، لتحقق نقل المبيع إلى المشتري بنفس العقد، و قد عرفت أن ثبوت الشفعة متوقف على ملك المشتري للمال المشترك.

(فيه خيار) بناء على انتقال المبيع إلى ملك المشتري به (١)، فلو أوقفناه (٢) على انقضاء الخيار كالشيخ توقف (٣) على انقضائه (٤).

(و) على المشهور (٥) (لا يمنع) الأخذ (٦) (من التخير) (٧)، لأصالة بقاء الخيار (فإن اختار المشتري (٨)، أو البائع (٩) الفسخ بطلت) الشفعه و إلا استقر الأخذ.

و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و ابن البراج في مهذب و ابن زهره في الغنيه عدم ثبوت الشفعه بنفس العقد، لأن الملك لم ينتقل عن البائع.

(١) بالعقد.

(٢) أى أوقفنا انتقال المبيع إلى ملك المشتري.

(٣) أى توقف استحقاق الأخذ بالشفعه.

(٤) أى انقضاء الخيار.

(٥) من نقل المبيع إلى ملك المشتري بالعقد سواء كان الخيار للمشتري أو البائع، و لازمه ثبوت الشفعه من حين العقد.

(٦) أى الأخذ بالشفعه.

(٧) أى من ثبوت الخيار لأحد الطرفين.

(٨) لو كان الخيار للمشتري فالأخذ من شريك البائع الذى هو الشفيع يسقطه، لعدم الفائده من إثبات الخيار له حينئذ، إذ غرض المشتري من إثبات الخيار له هو رجوع الثمن عليه على تقدير الفسخ، و هذا حاصل من الشفيع، و لذا قال فى المسالك: (فظاهرهم سقوط خياره لانتفاء الفائده فى فسخه) انتهى كلامه.

و عليه فمع سقوط خياره بأخذ الشفيع فلا يكون للمشتري الفسخ بعد الشفعه حتى يكون اختياره موجبا لبطانها كما صرح بذلك الماتن و الشارح هنا، و لذا قال فى الجواهر:

(و أما خيار المشتري فى المسالك: إن ظاهرهم سقوط خياره، و إن كنا لم نتحققه، بل ظاهر كلامه فى الروضه خلافه) انتهى.

(٩) لو كان الخيار للبائع فأخذ الشفيع المبيع بالشفعه لا يسقطه كما صرح بذلك العلامة فى جملة من كتبه و فخر المحققين و ثانى الشهيدين و غيرهم، بل تكون صحه الشفعه مراعى فيها عدم الفسخ بالخيار، و إلا لو فسخ البائع بطلت الشفعه، قال فى الجواهر: (و لعل وجه ما ذكره من المراعاة أن الشفيع بشفعته صار بمنزله المشتري، فى الحقيقه ملكه بالعقد الأول الذى فيه الخيار، بل فى بعض النصوص (١): ليس للشفيع إلا الشراء و البيع

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الشفعه حديث ١.

و جعل بعض الأصحاب (١) الأخذ (٢) بعد انقضاء الخيار (٣) مع حكمه بملكه (٤) بالعقد، نظرا إلى عدم الفائدة به (٥) قبله (٦) إذ ليس له (٧) انتزاع العين قبل مضي مدة الخيار (٨)، لعدم استقرار ملكه، و الظاهر أن ذلك (٩) جائز (١٠)، لا لازم، بل يجوز قبله (١١) و إن منع (١٢) من العين (١٣). و الفائدة (١٤) تظهر في النماء (١٥) و غيره (١٦).

الأول) انتهى، نعم في التحرير قوى العلامه سقوط خيار البائع بأخذ الشفعه، و إن توقف فيما بعد، و قد نسب هذا القول من سقوط الخيار لابن إدريس.

(١) و هو الشيخ في الخلاف، و قد تقدم كلامه.

(٢) أى الأخذ بالشفعه.

(٣) لأن ملك المشتري لا يتحقق إلا بالانقضاء.

(٤) أى بملك المشتري.

(٥) أى بسبب العقد و لكن لا يتم الملك إلا بعد الانقضاء.

(٦) بالأخذ بالشفعه.

(٧) قبل الانقضاء لعدم انتقال المبيع إلى ملك المشتري.

(٨) للشفيع.

(٩) لأن الشفعه متوقفه على ملك المشتري للمال المشترك، و ملكه بعد انقضاء الخيار.

(١٠) من الأخذ بالشفعه و انتزاع العين بعد انقضاء الخيار.

(١١) لأنه يجوز الأخذ قبل الانقضاء أيضا، لأن ملك المشتري قد تحقق بالعقد حتى على مبنى الشيخ كما صرح بذلك فى كلامه المتقدم.

(١٢) قبل الانقضاء.

(١٣) أى الشفيع لعدم استقرار ملك المشتري للمبيع حتى يؤخذ منه، بل يجوز للمشتري حينئذ إعمال خياره، و به تبطل الشفعه.

(١٤) أى فائده الأخذ بالشفعه فى زمن الخيار، و إن لم ينتقل المبيع إلى المشتري كما هو مبنى الشيخ فى الخلاف.

(١٥) فلو أخذ الشفيع بالشفعه فى زمن الخيار فالنماء له لخروج المبيع عن ملك البائع و عدم دخوله فى ملك المشتري فيتعين أنه للشفيع و يكون النماء له، و إن أخذ بعد زمن الخيار فالنماء للمشتري، لأن النماء تابع لأصله فى الملك، و أصله للمشتري قبل

الشفعة، مع كون الشفعة توجب رجوع أصل المبيع دون نمائه.

(١٦) كتلفه، و مئونه المبيع كمئونه الحيوان، فإنها على الشفيع فى زمن الخيار لو أخذ بالشفعة، و على المشتري لو أخذ بالشفعة بعد زمن الخيار.

ص: ٥١٠

و احتمال المصنف فى الدروس بطلان خيار المشتري بالأخذ (١)، لانتفاء فائدته (٢)، إذ الغرض (٣) الثمن، و قد حصل (٤) من الشفيع، كما لو أراد (٥) الرد بالعيب فأخذ الشفيع.

و يضعف بأن الفائده (٦) ليست منحصره فى الثمن فجاز أن يريد (٧) دفع الدرک عنه.

فى أنه ليس للشفيع أخذ البعض

(و ليس للشفيع أخذ البعض، بل يأخذ الجميع، أو يدع) (٨) لئلا يتضرر المشتري بتبعيض الصفقه، و لأن حقه فى المجموع من حيث هو المجموع كالخيار (٩)، (١) قد تقدم أنه قول الجميع بشهاده المالك، فراجع.

(٢) فائده الخيار للمشتري.

(٣) أى غرض المشتري من الخيار هو الثمن لو فسخ.

(٤) أى الثمن.

(٥) أى أراد المشتري ردّ الحصة المبيعه بالعيب فأخذ الشفيع الحصة بالشفعه، و أخذها بالثمن الذى دفعه المشتري، فلا يثبت حينئذ للمشتري خيار الرد لانتفاء الموضوع و هو المبيع المعيب.

(٦) أى فائده خيار المشتري.

(٧) أى يريد المشتري بالخيار دفع ضمان المبيع عن نفسه و دركه لو أصيب بالتلف، و إن كان مستحقاً للغير بالشفعه.

(٨) بلا خلاف فيه، لأن حق الشفيع فى مجموع المبيع كما هو الظاهر من النصوص، ففى حسنه الغنوى المتقدمه (الشفعه فى البيوع إذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن) (١)، و مرسل يونس المتقدم (فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره) (٢)، و باعتبار أن الشفعه على خلاف الأصل، إذ الأصل لزوم البيع، فيقتصر فيها على الظاهر من الأخبار، و هو أخذ المجموع، فلو أخذ البعض خاصه فلا يتحقق أخذ المجموع فيمنع، و لأن فى أخذ البعض تبعيض الصفقه على المشتري، و هو ضرر عليه.

(٩) فلا يجوز التبعيض بالخيار، فإما أن يفسخ العقد و إما أن يبقيه كما هو.

ص: ٥١١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعه حديث ٢.

حتى لو قال (١): أخذت نصفه (٢) مثلا بطلت (٣) الشفعة، لمنافاته الفوريه، حيث تعتبر (٤).

فى أنه يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد

(و يأخذ بالثمن الذى وقع عليه العقد) (٥) أى بمثله (٦)، لعدم إمكان الأخذ بعينه (٧)، إلا- أن يملكه (٨)، و ليس بلازم، (و لا يلزمه غيره (٩) من دلاله، أو وكاله)، أو أجره نقد، و وزن، و غيرها، لأنها ليست من الثمن و إن كانت من توابعه (١٠)، ثم إن كان الثمن (مثليا فعليه مثله، و إن كان قيميا فقيمته) (١١).

(١) أى الشفيح.

(٢) نصف المبيع.

(٣) للتبويض و لمنافاته الفوريه، إذ أخذ النصف فقط مناف لفوريه أخذ المجموع بالشفعة و عن أبى يوسف تلميذ أبى حنيفه الصحه لاستلزام أخذ النصف أخذ الجميع، لعدم صحه أخذ النصف وحده، و هو واضح الضعف.

(٤) أى الفوريه و سيأتى بحثها.

(٥) بلا خلاف فيه بين العامه و الخاصه، للأخبار:

منها: حسنه الغنوى المتقدمه (الشفقة فى البيوع إذا كان شريكا فهو أحق بها من غيره بالثمن) (١)، و ظاهره الثمن الذى وقع عليه العقد سواء كان مساويا لثمن المثل أم لا، و أما ما غرمه المشتري من دلاله أو وكاله و غير ذلك من المؤن على العين، أو على تحقق البيع فلا يلزم الشفيح بدفعها، لعدم كونها من الثمن، بل هى من توابع البيع.

(٦) قال فى الجواهر: (لا خلاف و لا إشكال فى أنه يدفع الشفيح مثل الثمن إن كان مثليا كالذهب و الفضة و غيرهما، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر، مضافا إلى أن المتيقن من المروى من نصوص الطرفين من أنه يأخذ بالثمن بعد القطع بعدم إرادته نفس الثمن الذى ملكه البائع، و لا تسلط للشفيح عليه) انتهى.

(٧) أى بعين ثمن العقد، لأنه ملك البائع إلا- أن يملكه الشفيح من البائع بوجه من وجوه النقل، و لكن تملك الشفيح له ليس بلازم من حيثه الشفعة، إذ يكفى مثل الثمن مقدارا.

(٨) أن يملك الشفيح الثمن الذى عند البائع.

(٩) أى و لا يلزم الشفيح غير ثمن العقد.

(١٠) أى توابع الثمن أو البيع.

(١١) كما لو كان الثمن حيوانا أو جوهره، فعن الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و مال

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.

وقيل: لا شفعه هنا (١)، لتعذر الأخذ بالثمن، وعملا بروايه لا تخلو عن ضعف، وقصور عن الدلاله.

و على الأول (٢) يعتبر قيمته (٣) (يوم العقد)، لأنه (٤) وقت استحقاق الثمن، إليه في التحرير و المحقق الثاني في جامعه أنه تسقط الشفعه حينئذ، لخبر على بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشترى دارا برقيق و متاع وبر و جواهر، فقال عليه السلام:

ليس لأحد فيها شفعه) (١)، و قد وصفها العلامه في التحرير بالصحه، و لأن أخبار الشفعه مثل حسنه الغنوى المتقدمه (فهو أحق بها من غيره بالثمن) (٢)، ناظره إلى المثلى فقط، لأن الاستعمال الحقيقي للفظ الثمن في الروايه متعذر، فيحمل على أقرب المجازات و هو المثل.

و عن الأ-كثر منهم الشيخ في غير الخلاف و العلامه في غير المختلف ثبوت الشفعه في القيمي، لعموم أدله ثبوت الشفعه، و لضعف خبر ابن رثاب إذ في طريقه الحسن بن سماعه و هو واقفي هذا من ناحيه السند، و أما من ناحيه المتن فالمنع لم يعلم من حيثيه قيمته الثمن، بل يحتمل المنع لكون الشركاء متعددين و نحو ذلك، و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، و أما تعذر الاستعمال الحقيقي في حسنه الغنوى فمتعين إلا- أنه يحمل على أقرب المجازات و هو المثلى في القيمي و غيره. ثم على القول بثبوت الشفعه في القيمي فلو أراد الشفيع أخذ البيع فهل يأخذه بقيمه وقت العقد كما عليه الأكثر، لأنه وقت استحقاق الأخذ بالشفعه، و عين الثمن متعذره فينتقل إلى قيمته في ذلك الوقت.

وقيل: يأخذ الشفيع الحصه بقيمه وقت الأخذ، لأنه وقت الدفع، إذ مع الأخذ بالشفعه يجب على الشفيع الدفع، و بما أن العين متعذره فينتقل إلى قيمه، و قال عنه في الجواهر:

(لم نعرف القائل به).

وقيل: يأخذ الشفيع الحصه بأعلى القيم من وقت العقد إلى وقت الأخذ كالغاصب، و هو المحكى عن فخر المحققين، و هو ضعيف، لعدم القول بالقياس، على أنه قياس مع الفارق.

(١) إذا كان الثمن قيميا.

(٢) من ثبوت الشفعه في المثلى و القيمي.

(٣) قيمه الثمن.

(٤) أى يوم العقد.

ص: ٥١٣

٢-٢ (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

فحيث لا يمكن الأخذ به (١) تعتبر قيمته حينئذ (٢).

وقيل: أعلى القيم من حينه (٣) إلى حين دفعها (٤) كالغاصب. وهو ضعيف

في كونها على الفور

(و هي (٥) على الفور) (٦) في أشهر القولين، اقتصارا فيما خالف الأصل على محل (١) بالثمن لكونه قيميا.

(٢) حين وقت العقد.

(٣) من حين العقد.

(٤) دفع قيمه الثمن.

(٥) أى الشفعة.

(٦) على المشهور، بل في الجواهر أنه لا خلاف فيه بين المتأخرين، للنبوي (الشفعة لمن واثبها) (١)، وهو ظاهر في الفوريه و إلا فلا معنى لجعلها للوائب فقط، و النبوي الآخر (الشفعة كحلّ العقال) (٢)، وهو ظاهر في أنه عند حلّ العقال لا بدّ من أخذ البعير و إمساكه فكذلك الشفعة عند العلم بها لا بدّ من الأخذ بها و إلا تفوت، و لخبر على بن مهزيار المتقدم (إن كان معه في المصر فلينتظر به إلى ثلاثه أيام، فإن أتاه بالمال و إلا فليبع و بطلت شفيعته في الأرض) (٣)، إذ لو كانت الشفعة على نحو التراضى لم تبطل و إن تأخر عن الثلاثه.

و للخبر المتقدم (و للغائب شفيعه) (٤)، الظاهر أن الغيبه عذر له في التأخير، و لو كانت على نحو التراضى فهي ثابتة للغائب و الحاضر و إن لم يأخذ بالشفعة.

و لأن التراضى مستلزم لإضرار المشتري و هو منفي، لأن المشتري لو غرس أو بنى و جوزنا للشفيع الأخذ بالشفعة و لو في الزمان المتداول سيتضرر المشتري برفع الغرس و البناء.

و لأن الشفعة على خلاف الأصل إذا الأصل كون البيع لازما و كون الناس مسلطين على أموالهم فالمشتري متسلط على المبيع لأنه ماله، و الشفعة تبطل للزوم و تبطل التسلط فيقتصر فيها على مورد الوفاق، و هو الفور.

و عن ابن الجنيّد و المرتضى و أبو المكارم و الحلبي و ابن إدريس أن الشفعة على التراخي استضعافا للنبوين السابقين، و لأن البيع سبب في استحقاق الشفعة و الأصل ثبوت الشيء

ص: ٥١٤

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٠٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الشفعه حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الشفعه حديث ١.

الوفاق، و لما روى أنها كحلّ العقال، ولأنها شرعت لدفع الضرر، وربما جاء من التراخي على المشتري ضرر أقوى، لأنه إن تصرف كان معرضا للنقص، و إن أهمل انتفت فائدة الملك.

وقيل: على التراخي، استصحابا لما ثبت، و أصاله (١) عدم الفوريه فهو مخرج عن الأصل، و الروايه عاميه. نعم روى على بن مهزيار عن الجواد عليه السلام إنظاره بالثمن ثلاثه أيام. و هو يؤذن بعدم التراخي مطلقا (٢) و لا قائل بالفرق و هذا (٣) حسن.

و عليه (٤) (فإذا علم و أهمل) عالما مختارا (بطلت) و يعذر (٥) جاهل الفوريه كجاهل الشفعه و ناسيهما.

استصحابا على ما كان إلى أن يثبت المزيل، و لأصاله عدم الفوريه عند الشك بتقييد حق الشفعه بها، و أما الضرر فيزول بضممان الشفيع الأرض على تقدير القلع، و أما كون الشفعه على خلاف الأصل فلا يضر أنها على نحو التراخي لقيام الدليل على ذلك.

هذا و باعتبار أن الشيخ قائل بالأول و السيد بالثاني، و كل منهما قد ادعى الإجماع على قوله، و هما متعاصران قال الشارح في مسالكه: (و دعوى الإجماع من الجانبين تحكم ظاهر، و هذا مما يرشد بفساد هذه الدعوى، و عدم الوثوق بها في مواضع الاشتباه لكثرة المجازفه الواقعه فيها) انتهى.

(١) عند الشك في قيد الفوريه فأصاله العدم جاريه، و هذه الأصاله هي المخرج عن الأصل المتقدم في دليل القول الأول.

(٢) بلا فرق بين حضور الثمن أو غيابه و لا قائل بالفرق بينهما.

(٣) أى القول بعدم التراخي.

(٤) و على القول بالفوريه.

(٥) لما ثبتت الشفعه على نحو الفوريه فللشفيع المطالبه بالحال بلا خلاف و لا إشكال، كما أنه لا خلاف و لا إشكال إذا أخر عن المطالبه لعذر لا تبطل شفيعته و يشعر بذلك نصوص الغائب، إذ الغيبه لا تبطل الشفعه باعتبار أنها عذر، و نصوص التأجيل لغيبه الثمن.

و يتبين أن التأخر إذا كان لغرض صحيح أو عذر معتبر لا يخلّ بالفوريه، و إنما التأخر و عدم الأخذ رغبه عنها هو الموجب لسقوط الشفعه.

و عليه فمع جهله بثبوت الشفعه له أو النسيان فهما عذر له و ليس إعراضا، فكذلك جهله بالفوريه أو نسيانها عذران، و كذا غيرهما من الأعذار فيما لو كان محبوسا بحق و هو عاجز عن أدائه و عاجز عن التوكيل.

و تقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عادة، و كذا يعذر مؤخر الطلب إلى الصبح لو بلغه ليلا (١)، و إلى الطهارة و الصلاة و لو بالأذان و الإقامة و السنن المعهودة، و انتظار الجماعه لها، و الأكل، و الشرب، و الخروج من الحمام بعد قضاء وطره منه، و تشييع المسافر، و شهود الجنائزه، و قضاء حاجه طالبها (٢)، و عياده المريض، و نحو ذلك، لشهاده العرف به (٣)، إلا أن يكون المشتري حاضرا عنده (٤) بحيث لا يمنعه (٥) من شغله.

و لا بدّ من ثبوت البيع عنده (٦) بشهاده عدلين (٧)، أو الشياح فلا عبره بخبر (١) إذا وجبت المبادره إلى المطالبه بالشفعه عند العلم بالبيع لأنها على الفور، فتجب المبادره على ما جرت العاده بذلك، و لا تجب المبادره بكل وجه ممكن عقلا فقط، بل بكل وجه ممكن عقلا و عادة، فلو كان ماشيا و علم فلا تجب الهروله و السعى الزائد عن المتعارف، و لو علم ليلا، تجب المبادره بل يجوز له انتظار الصباح، و لو علم و هو متشاغل بالصلاه واجبه أو مندوبه لا يجب عليه قطعها و جاز الصبر حتى يتمها و إن كان القطع سائغا له.

و لو دخل عليه وقت الصلاه صبر حتى يتطهر و يصلّى، و لو علم بذلك في الحمام جاز له قضاء وطره منه، و نحو ذلك من الأعدار العرفيه.

(٢) أى طالب الحاجه.

(٣) بمعدوريته.

(٤) عند الشفيح.

(٥) أى لا يمنع الأخذ بالشفعه الشفيح من شغله.

(٦) عند الشفيح.

(٧) لما كان ثبوت الشفعه متوقفا على بيع حصه الشريك، فيعتبر علم الشفيح بالبيع، لأن الشفعه ثابتة للعلم به، لا للبيع الواقعي بدليل ثبوت الشفعه للغائب عند حضوره لا عند البيع.

و مع اعتبار علم الشفيح بالبيع فيثبت العلم بالمعانيه و المشاهده للبيع، و باعتراف المتبايعين أمامه، و بإخبار عدلين لأنهما الحججه الشرعيه، و بإخبار عدد متواتر مما يمتنع تواطؤهم على الكذب، و لو لم يطالب مع حصول العلم بالشفعه بواحد مما ذكر بطلت شفعتة بناء على الفوريه.

و أما لو أخبره عدد لا يبلغ حد التواتر، و لكن مما تحصل به الاستفاضه، و يفيد إخبارهم الظن الغالب المتأخم للعلم و المسمى بالاطمئنان ففيه خلاف منشؤه أن حق

الفاسق، و المجهول، و الصبي، و المرأه مطلقا (١) و فى شهاده العدل الواحد وجه، و اكتفى به المصنف فى الدروس مع القرينه (٢)، نعم لو صدق (٣) المخبر كان كثوته (٤) فى حقه. و كذا لو علم صدقه (٥) بأمر خارج.

فى أنه لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع

(و لا تسقط الشفعه بالفسخ المتعقب للبيع بتقابل (٤)، أو فسخ بعيب) (٧) أما الشفعه يثبت بالظن الغالب أو لا، و الظاهر أن الاطمئنان حجه عرفيه كحجيه العلم الذاتيه.

و لو كان المخبر واحدا عدلا فإن صدقه و لم يطالب بطلت شفعتة، لأنه مع التصديق يكون عالما و قد يحصل العلم بخبر الواحد إذا احتفّ بالقرائن، و إن لم يصدقه أو سكت لا- تبطل الشفعه مع عدم الأخذ لعدم ثبوت البيع بخبره، لأنه ليس بحجه شرعا لاعتبار التعدد، لأنه مندرج فى الشهاده المشترط فيها التعدد، و عليه فلو أخبره واحد غير عدل أو امرأه عادله أو غير عادله فلا يثبت علمه بالشفعه، لأنه ليس واحد منها بحجه شرعا، و كذا لو أخبره صبي أو صبيان.

(١) عادله أو لا.

(٢) المفيده للعلم.

(٣) أى صدق الشفيح المخبر.

(٤) أى ثبوت البيع فى حقه.

(٥) أى علم صدق المخبر بقرائن خارجيه.

(٦) التقايل من الإقاله، و قد مضى فى أواخر كتاب البيع أن الإقاله فسخ للعقد و إرجاع كل عوض لمن انتقل منه، و تقدم أن دليلها عام يشمل كل العقود، و عليه فلو تقايل المتبايعان و هما البائع الشريك و المشتري بعد ثبوت الشفعه، فلا يسقط حق الشفعه، لسبق حق الشفيح على حق الإقاله، لأن حق الشفيح يثبت بالبيع، و الإقاله تثبت برضا المتبايعين بذلك بعد البيع، و هذا مما لا خلاف فيه.

و عليه فلو أخذ الشفيح بالشفعه بعد الإقاله، فالأخذ يرفع الإقاله من حينه، لأن الأخذ المذكور فسخ لها، و الفسخ موجب لرفع المفسوخ من حين الفسخ و لا- يبطله من أصله كما هى قاعده الفسوخ، و تظهر الثمره فى أن النماء للمبيع المتخلل بين الإقاله و فسخها بالشفعه للبائع، و نماء الثمن للمشتري.

(٧) لو باع الشريك حصته من العقار بقيمى كالعبد مثلا، و كان هناك عيب فى الثمن أو المثلث فىثبت خيار العيب لأحد المتبايعين كما يثبت حق الشفعه للشفيح، فهل يجوز لأحد المتبايعين فسخ العقد بخيار العيب و إبطال الشفعه أو لا، فعلى المشهور تقديم حق الشفيح

مع التقايل فظاهر، لأنه (١) لاحق للعقد. و الشفعة تثبت به (٢) فتقدم، و أما مع العيب فلأن استحقاق الفسخ به (٣) فرع دخول المعيب فى ملكه (٤)، إذ لا يعقل رد ما كان ملكا للغير، و دخوله فى ملكه إنما يتحقق بوقوع العقد صحيحا، و فى هذا الوقت (٥) تثبت الشفعة فيقتربان (٦)، و يقدم حق الشفعة، لعموم أدله الشفعة للشريك، و استصحاب الحال (٧)، و لأن فيه (٨) جمعا بين الحقين، لأن العيب إن كان فى الثمن المعين فالبايع يرجع إلى قيمه الشقص (٩)، و إن كان فى الشقص فالمشترى يطلب الثمن، و هو (١٠) حاصل له (١١) من الشفعة، بخلاف ما إذا قدمنا البائع فى الأول (١٢) فإنه (١٣) يقتضى سقوط حق الشفعة من الشقص عينا و قيمه، و كذا لو قدمنا المشتري (١٤).

إما لأن الشفعة حق يثبت بالعقد، و حق الفسخ يثبت عند العلم بالعيب و هو بعد العقد، فيقدم حق الشفعة لأنه أسبق، و إما لأن حق الفسخ و إن ثبت بالعقد كحق الشفعة و كانا مقترنين إلا أن عموم أدله الشفعة تقدم حق الشفعة على حق الفسخ، لأن فى التقديم المذكور جمعا بين الحقين، أما حق الشفعة فظاهر، و أما حق صاحب الخيار فيرجع إلى قيمه بخلاف ما لو قدمنا حق صاحب الخيار فيقتضى سقوط حق الشفعة، و بقيه الأقوال سيأتى التعرض لها عند تعرض الشارح لها.

(١) أى التقايل.

(٢) بالعقد.

(٣) بالعيب.

(٤) ملك أحد المتبايعين، و هو صاحب خيار العيب.

(٥) وقت وقوع العقد صحيحا.

(٦) الشفعة و الفسخ بخيار العيب.

(٧) أى حال ثبوت الشفعة.

(٨) فى تقديم حق الشفعة.

(٩) لأن الشقص فى حكم التالف، لأن الشفعة سيأخذ به حق الشفعة.

(١٠) أى الثمن.

(١١) للمشتري.

(١٢) فى كون الثمن معيبا فلو فسخ البائع بخيار العيب لبطل حق الشفعة فى عين المبيع و قيمته.

(١٣) أى تقديم حق البائع.

(١٤) فى كون المثلن معييا و مع فسخ المشتري بخيار العيب فيبطل حق الشفيع فى عين المبيع و قيمته.

ص: ٥١٨

و ربما فرّق (١) بين أخذ الشفيع قبل الفسخ (٢)، و بعده، لتساويهما (٣) في الثبوت فيقدم السابق في الأخذ، و يضعف بما ذكرناه (٤).

و قيل (٥): بتقديم حق المتبايعين، لاستناد الفسخ إلى العيب المقارن للعقد، و الشفعه تثبت بعده (٦)، فيكون العيب أسبق.

و فيه نظر، لأن مجرد وجود العيب (٧) غير كاف في السببيه (٨)، بل هو مع العقد، كما أن الشركه غير كافيه في سببيه الشفعه، بل هي (٩) مع العقد، فهما (١٠) متساويان من هذا الوجه (١١)، و إن كان جانب العيب لا يخلو من قوه (١٢) إلا أنها (١٣) لا توجب التقديم فالعمل على ما اختاره المصنف أولى (١٤).

(١) لم يعرف قائله، و لذا قال في الجواهر: (كما عساه يظهر من المسالك أنه أحد الأقوال في المسأله).

(٢) فيقدم حق الشفيع قبل الفسخ دون بعده.

(٣) أى تساوى حق الشفيع و حق صاحب الخيار، لأن كلا منهما قد ثبت بالعقد فهما متساويان ثبوتاً.

(٤) من ترجيح و تقديم حق الشفيع.

(٥) و هو للعلامه فى التحرير بتقديم حق صاحب الخيار، لأن العيب موجود حال البيع، و الشفعه تثبت بعد تماميه البيع، فالعيب مقدم و ردّ بأن نفس وجود العيب حال العقد لا يوجب الخيار، بل العيب مع العقد الناقل للمعيب هو الموجب، و هذا لا يتم إلا بعد تماميه البيع كالشفعه.

(٦) بعد العقد.

(٧) حال العقد.

(٨) أى سببيه الخيار، بل العيب مع العقد هما سبب.

(٩) أى الشركه.

(١٠) أى العيب و الشفعه.

(١١) أى حال العقد أو بعد تماميته.

(١٢) لكون العيب جزء سبب فى ثبوت الخيار، بخلاف الشركه فإنها خارجه عن العقد.

(١٣) أى هذه القوه، لا توجب التقديم فى قبال مرجحات الشفعه.

(١٤) يبقى ما الفرق بين خيار العيب و بقيه الخيارات، مع أنه قد حكم سابقاً بسقوط خيار المشتري مع الشفعه، و أن خيار البائع لا

يسقط بل مع الخيار المذكور لا شفعه، وعلل

ص: ٥١٩

و لو اختار (١) البائع أخذ أرش الثمن المعيب من المشتري رجع المشتري به (٢) على الشفيح إن كان (٣) أخذ بقيمه المعيب، أو بمعيب مثله، وإلا فلا (٤)، و لو ترك البائع الرد و الأرش (٥) مع أخذ الشفيح له (٦) بقيمه المعيب، أو مثله فلا رجوع له بشيء (٧)، لأنه (٨) كإسقاط بعض الثمن

و كذا لو اختار المشتري أخذ أرش الشقص (٩) قبل أخذ الشفيح أخذه (١٠) الشفيح بما بعد الأرش، لأنه (١١) كجزء من الثمن، و لو أخذه (١٢) بعد أخذ الفرق بأن صاحب الخيار هنا مظلوم بخلاف غيره، و التعليل عليل لأن غير صاحب خيار العيب قد حكم بتقديم حقه على حق الشفيح فيما لو كان الخيار للبائع فالمظلوم يجب أن يقوم حقه من باب أولى

(١) بناء على تقديم حق الشفيح، و قد اختار البائع إمضاء البيع و إن كان الثمن معيبا، لكنه طالب بالأرش.

(٢) بأرش الثمن.

(٣) أى الشفيح، لأن الشفيح قد أخذ المبيع من المشتري بقيمه الثمن المعيب، و لما دفع المشتري الأرش تبين أن الثمن الذى وقع فى العقد على المبيع هو الثمن المسمى مع الأرش لاقتضاء عقد البيع السلامه فى العوضين، فيكون وجوب الأرش من مقتضى العقد فيرجع المشتري به على الشفيح كما رجع عليه بقيمه الثمن المعيب.

(٤) أى فلو أخذ الشفيح المبيع بقيمه الثمن الصحيح أو بصحيح مثل الثمن المعيب، فما يدفعه المشتري من الأرش لا يرجع به على الشفيح.

(٥) عند إمضائه البيع مع إسقاط حقه بالأرش.

(٦) للمبيع من المشتري.

(٧) فلا رجوع للمشتري على الشفيح بشيء من الأرش.

(٨) أى ترك البائع الأرش.

(٩) إذا كان المبيع معيبا بخلاف السابق فإن العيب فى الثمن، و قد اختار المشتري هنا إمضاء البيع و إن كان المثلث معيبا لكنه طالب بالأرش.

(١٠) أى أخذ المبيع الشفيح بقيمه التى دفعت من الثمن بعد إسقاط الأرش، لأن الأرش من مقتضيات العقد، و قد رجع المشتري على البائع بالأرش فلم يدفع من الثمن إلا ما قد دفعه سابقا بعد استثناء الأرش.

(١١) أى الأرش و قد سقط بدفع البائع له للمشتري.

(١٢) أى أخذ المشتري أرش المبيع بعد أخذ الشفيح المبيع بالثمن المسمى الذى دفعه المشتري.

الشفيع رجع الشفيع به (١).

و يفهم من تقييد الفسخ بالعيب أنه لو كان (٢) بغيره (٣) بطلت (٤)، و قد تقدم ذلك في الفسخ بالخيار، و بقى تجدد الفسخ بذاته (٥) كما لو تلف الثمن المعين قبل القبض، و في بطلانها به (٦) قول، من حيث إنه (٧) يوجب بطلان العقد، و آخر (٨) بعدمه (٩)، لأن البطلان من حين التلف لا من أصله، فلا يزيل (١٠) ما سبق من استحقاقها (١١)، و ثالث (١٢) بالفرق بين أخذ الشفيع قبل التلف فتثبت، و بعده فتبطل، و الأوسط (١٣) أوسط (١٤).

(١) بالأرش، و يرجع على المشتري و دليله قد ظهر مما تقدم.

(٢) أى الفسخ.

(٣) بغير العيب.

(٤) أى بطلت الشفيعه على تفصيل قد تقدم.

(٥) كما لو تلف الثمن المعين فى العقد قبل قبضه، فإنه يحكم ببطلان البيع و هل يتبعه بطلان الشفيعه أو لا؟ فعن الشيخ و الفاضل فى المبسوط و التذكرة البطلان، لأن الشفيعه تثبت بالبيع، و إذا بطل البيع تبطل الشفيعه.

و عن الفاضل فى المختلف و ولده و الماتن عدم البطلان، لأن الشفيعه تثبت بالبيع، و إذا بطل البيع تبطل الشفيعه.

و عن الفاضل فى المختلف و ولده و الماتن عدم البطلان، لأن البيع و إن كان باطلا لكن يحكم ببطلانه من حين حصول تلف الثمن لا من أصل العقد، و الشفيعه تثبت بنفس العقد قبل الحكم بالبطلان، فيكون حقها أسبق.

و فضلّ العلامة فى القواعد فيما لو كان تلف الثمن قبل أخذ الشفيع فتبطل الشفيعه، لأنه إذا بطل البيع بطلت، و إن كان التلف بعد أخذ الشفيع لم تبطل لسبق حق الشفيع، و تردد المحقق فى الشرائع و كذا غيره.

(٦) أى و فى بطلان الشفيعه يتجدد الفسخ.

(٧) أى تجدد الفسخ.

(٨) أى و قول آخر.

(٩) بعدم بطلان الشفيعه.

(١٠) أى بطلان البيع.

(١١) أى استحقاق الشفيعه.

(١٢) أى قول ثالث.

(١٣) و هو القول بعدم البطلان.

(١٤) أى أعدل.

ص: ٥٢١

(و) كذا (لا) تسقط الشفعة (بالعقود اللاحقه) (١) للبيع (كما لو باع) المشتري الشقص (أو وهب، أو وقف) لسبق حق الشفيع على ما تأخر من العقود، (بل للشفيع إبطال ذلك كله) و الأخذ بالبيع الأول، (و له (٢) أن يجيز) البيع (و يأخذ بالبيع الثاني)، لأن كلا من البيعين سبب تام في ثبوت الشفعة، و الثاني (٣) صحيح و إن توقف على إجازه الشفيع، فالتعيين إلى اختياره (٤).

(١) يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع قبل أخذ الشفيع، لأن المبيع داخل في ملكه بالعقد و الناس مسلطون على أموالهم، و عليه فيجوز للمشتري أن يتصرف فيه بما يوجب الشفعة أيضا كالبيع، و بما لا يوجبها كالوقف فلو وقف المشتري المبيع أو جعله مسجدا فللشفيع إزاله ذلك كله و أن يأخذ بالشفعه، بلا خلاف فيه منا لسبق حق الشفيع، و عن بعض العامه المنع لعدم جواز نقض الوقف و هو واضح الضعف.

و لو باع المشتري المبيع، فالبيع الصادر من المشتري موجب للشفعه أيضا، لأن بيع الشريك حصته موجب للشفعه و هذا بيع من الشريك الذي هو المشتري لخصته، و للشفيع حينئذ شفعتان، شفعه بالعقد الأول على المشتري الأول و شفعه بالعقد الثاني على المشتري الثاني، و كما يجوز للشفيع أخذ المبيع من المشتري الأول بالثمن المسمى في العقد الأول فيجوز له الأخذ من المشتري الثاني بالثمن المسمى في العقد الثاني، و كذا لو زادت العقود على اثنين فنفس الحكم.

ثم إن أخذ الشفيع من المشتري الأول بعد دفع ثمن العقد الأول بطل البيع المتأخر، و إن أخذ الشفيع من المشتري الأخير بضمن عقده صح السابق، لأن الرضا بالأخير مستلزم للرضا بما سبق، و إن أخذ من المشتري المتوسط بضمن عقده صح ما تقدم عليه لأنه متوقف عليه و بطل ما تأخر عنه و مما تقدم يظهر أن المبيع لو اشتراه المشتري الأول بعشره، و اشتراه الثاني بعشرين، و اشتراه الثالث بثلاثين بعقود متعاقبه، فإن رجع الشفيع على الأول أخذ المبيع بعد دفع العشره و بطل ما تأخر من بيوع غايته يرجع المشتري الثالث بثلاثين على الثاني، و يرجع الثاني بعشرين على الأول، لأن المبيع سيؤخذ من الثالث و قد انفسخ عقده كما انفسخ عقد الثاني، و إن رجع الشفيع على الثالث الأخير أخذ البيع بعد دفع الثلاثين و صح ما تقدم من البيوع، و إن رجع الشفيع على الثاني بعشرين صح الأول و بطل الثالث، و يرجع الثالث على الثاني بثلاثين لأن المبيع سيؤخذ منه و قد انفسخ عقده.

(٢) للشفيع.

(٣) أى البيع الثاني.

(٤) أى فتعيين الأخذ بالشفعه راجع إلى اختيار الشفيع.

ص: ٥٢٢

و كذا لو تعددت العقود، فإن أخذ من الأخير صحت العقود السابقة، و إن أخذ من الأول بطلت اللاحقه، و إن أخذ من المتوسط صح ما قبله و بطل ما بعده.

و لا فرق فى بطلان الهبه لو اختاره (١) الشفيع بين اللازمه، و غيرها و لا بين المعوض عنها، و غيرها فأخذ الواهب الثمن و يرجع العوض إلى باذله (و الشفيع يأخذ من المشتري) (٢)، لا- من البائع، لأنه (٣) المالك الآن (و دركه) أى درك الشقص لو ظهر مستحقا (٤)(٥) عليه (٥) فيرجع عليه (٦) بالثمن و بما اغترمه (٧) لو (١) أى اختار البطلان و المعنى أنه لا فرق بين جميع تصرفات المشتري التى للشفيع فسخها و الأخذ من المشتري بثمان عقده فيتملك الشفيع المبيع حينئذ بالشفعه دون الموهوب الذى قد انفسخت هبته، و عليه فإن كانت هبته بلا عوض فلا إشكال و لا كلام، و إن كانت بعوض فيصير الدرک على الواهب الذى هو المشتري، لأن الأخذ بالشفعه يفسخ كل ما يترتب على البيع، و عليه فأخذ المشتري الثمن من الشفيع و يدفع عوض الهبه إلى باذله لبطلان الهبه بالشفعه، و مما تقدم يظهر ضعف ما عن الفخر فى الإيضاح من أن الثمن للموهوب له إذا كانت الهبه لازمه و هو المنقول عن الشهيد فى بعض حواشيه.

(٢) لا- إشكال و لا خلاف فى أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري، لأنه المتيقن من أدله ثبوت الشفعه، فلو بان المبيع معيوباً بفعل المشتري كان ضمانه عليه، و لا يأخذ الشفيع من البائع الذى كان شريكاً له لفرض انقطاع سلطانه عن العين بالبيع فكيف يأخذ منه.

لكن لو طالب الشفيع بالشقص و كان الشقص فى يد البائع و لم يتسلمه المشتري فلا يجب على المشتري القبض من البائع ثم دفعه إلى الشفيع حتى لو التمس الشفيع ذلك، بل يقال للشفيع: خذه من البائع أو دعه بلا- خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الغرض من الشفعه قبض الشفيع للشقص و هو يحصل من البائع مباشرة، و لأن قبض الشفيع بعد المطالبه كقبض المشتري، لانتقال الحق إلى الشفيع، فلا- وجه لتكليف المشتري بالقبض من البائع، و عن بعض العامه وجوب القبض على المشتري ثم دفعه إلى الشفيع، لأن الشفيع بمنزله مشتري من المشتري، و هو ممنوع، لأن أخذ الشفيع أخذ قهرى و إن لم يرض المشتري.

(٣) أى المشتري.

(٤) أى تبين بطلان البيع لأنه مستحق لغير المشتري ف ضمانه عليه لأنه تحت يده.

(٥) على المشتري.

(٦) أى فيرجع الشفيع على المشتري بالثمن الذى دفعه.

(٧) أى اغترم المشتري من الأرش الذى يأخذه مالك الثمن المعيب.

أخذه المالك، و لا فرق في ذلك (١) بين كونه في يد المشتري، و يد البائع بأن لم يكن قبضه (٢)، لكن هنا (٣) لا يكلف المشتري قبضه منه (٤)، بل يكلف الشفيع الأخذ منه، أو الترك (٥) لأن الشقص هو حق الشفيع، فحيث ما وجدته أخذه، و يكون قبضه (٦) كقبض المشتري، و الدرر كعليه (٧) على التقديرين (٨).

في أن الشفيع تورث

(و الشفيع تورث) (٩) عن الشفيع كما يورث الخيار، و حد القذف، و القصاص، في أصح القولين، لعموم أدله الإرث. و قيل: لا تورث استنادا إلى روايه ضعيفه السند. و على المختار (١٠) فهي (كالمال) فتقسم (بين الورثه) على نسبه (١) في كون أخذ الشفيع من المشتري.

(٢) أي لم يكن البائع أقبض الشقص للمشتري.

(٣) فيما لو كان تحت يد البائع.

(٤) من البائع.

(٥) أي ترك الأخذ بالشفيعه.

(٦) قبض الشفيع.

(٧) على المشتري.

(٨) تقدير كون الشقص تحت يد المشتري، و تقدير كونه تحت يد البائع.

(٩) اختلف الأصحاب في ذلك، فعن الأ-كثر أنها تورث، للمرسل عن النبي صلى الله عليه و سلم (ما ترك الميت من حق فهو لوارثه) (١)، و كما يندرج فيه حق الخيار و حق القذف بلا خلاف فيندرج فيه حق الشفيعه.

و عن الشيخ في النهايه و ابن البراج و ابن حمزه في الوسيله و الطبرسي أنها لا تورث، و نسبه في المبسوط إلى الأكثر، تعويلا على خبر محمد بن يحيى عن طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه قال (لا شفيعه إلا لشريك غير مقاسم و قال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: لا يشفع في الحدود، و قال: لا تورث الشفيعه) (٢)، و لكن في السند ضعف، إذ طلحه بن زيد تبرى، و محمد بن يحيى غير معروف.

(١٠) من تورثها فهي على حد ما يورث المال، لأنها حق مالي، فيرث الذكر ضعف الأنثى،

ص: ٥٢٤

أما الموجود في الكتب (من مات و ترك مالا- فلورثته) كما في الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه
حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الشفعه حديث ١.

سهامهم، لا على رءوسهم. فللزوجه مع الولد الثمن، و لو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط (١)، لأن الحق للجميع، فلا يسقط حق واحد بترك غيره (فلو عفوا إلا واحدا أخذ الجميع، أو ترك) حذرا من تبعض الصفقه على المشتري، و لا يقدر هنا (٢) تكثر المستحق و إن كانوا شركاء (٣)، لأن أصل الشريك متحد، و الاعتبار بالوحده عند البيع، لا الأخذ.

فى أنه يجب تسليم الثمن أولا

(و يجب تسليم الثمن أولا (٤) جبرا) لقهر المشتري (ثم الأخذ) (٥) أى تسلّم بلا خلاف فيه، و عن بعض الشافعيه أنها تورث على الرءوس و عدد الوراث لا على فروضهم، و هو ضعيف لعدم المخصص لكيفيه إرث الشفعه عن بقية الموروث، بل الشفعه مثله.

و على المختار أيضا فلو عفى أحد الوراث عن نصيبه لم تسقط الشفعه، و إن قلنا بكونها على الفوريه و قلنا بسقوطها إذا عفا المورث، لأن الحق لا يسقط بعفو البعض بعد كون الحق للجميع، و عليه فمن لم يعف إما أن يأخذ الجميع أو يترك لثلاث تبعض الصفقه على المشتري.

(١) أى الشفعه.

(٢) أى عند توريث الشفعه، و هذا دفع و هم، أما الوهم فإنه يشترط فى الشفعه أن يكون واحدا فلو تعدد الشركاء فلا شفعه كما تقدم فكيف تثبت الشفعه هنا لأكثر من واحد من الوراث.

و أما الدفع فالمعتبر هنا حال البيع لا حال الأخذ، لأن المعتبر هو وقت ثبوت الحق و هو حال البيع، و فى هذه الحاله كان الشريك واحدا، لأن المورث واحد و لذا ثبتت الشفعه، و إن كان بعد ثبوتها قد انتقلت إلى المتعدد بالإرث.

(٣) أى شركاء فى حق الشفعه.

(٤) أى فى الشفعه، فيجب على الشفعه أولا دفع الثمن حتى يدفع المشتري بعد ذلك فى المبيع، و قال الشارح فى المسالك: (و إنما اعتبر هنا دفع الثمن أولا، و لم يعتبر ذلك فى غيره من المعاوضات كالبيع، بل اعتبر التسليم معا، لأن هذه معاوضه قهريه أخذ المعوض فيها بغير رضا المشتري فيجبر - أى قهره - بتسليم الثمن إليه أولا، بخلاف البيع فإن مبناه على الاختيار، فلم يكن أحد المتبايعين أولى بالبدهاء من الآخر، و هذه فى الحقيقه عله مناسبه، لكن لا - دلالة فى النصوص عليها، و إثباتها بمجرد ذلك لا يخلو من إشكال، نعم اعتبرها العامه فى كتبهم، و هى مناسبه على قواعدهم) انتهى، و قواعدهم هى الاستحسان الذى هو أصل لهم و هم أصله.

(٥) أى أخذ الشفعه المبيع بالشفعه.

المبيع، لا الأخذ بالشفعة القولى، فإنه (١) متقدم على تسليم الثمن مراعاة للفوريه (إلا أن يرضى الشفيع بكونه) أى الثمن (فى ذمته) (٢) فله (٣) أن يتسلم المبيع أولاً لأن الحق فى ذلك (٤) للمشتري، فإذا أسقطه برضاه بتأخير الثمن فى ذمه الشفيع فله ذلك.

و المراد بالشفيع هنا المشتري لما ذكرناه (٥)، إما تجوزا لكونه سببا فى إثبات الشفيع، أو وقع سهواً.

(و لا يصح (٦) الأخذ إلا بعد العلم بقدره (٧)، (١) أى الأخذ بالشفعة القولى.

(٢) أى ذمه الشفيع، و حق العبارة أن تكون إلا أن يرضى المشتري بكون الثمن فى ذمه الشفيع بطريق الدين، و من هنا فسر كلام الماتن بعده تفسيرات:

الأول: ما عن الشارح هنا فى روضته أن المراد من لفظ الشفيع هو المشتري تجوزاً، لأن المشتري سبب فى إثبات الشفيع خارجاً، و قد أطلق المسبب على السبب.

الثانى: ما عن الشارح هنا فى روضته أيضاً أن هذا التعبير عن المشتري بلفظ الشفيع من باب سهو القلم.

الثالث: ما عن الشارح أيضاً فى حاشيته على اللعنه كما فى الطبعه الحجرية حيث قال:

(بتقدير اللام، أى للشفيع بكون الثمن فى ذمه الشفيع بطريق الدين).

الرابع: أن يجعل لفظ الشفيع فى عبارته الماتن منصوباً، و يكون المعنى: إلا أن يرضى المشتري عن الشفيع، و قد حذف لفظ المشتري و نصب الشفيع للدلاله على أنه فى محل نصب.

الخامس: أن يجعل لفظ (يرضى) من باب الإفعال أى (يرضى)، فىكون المعنى: إلا أن يرضى الشفيع المشتري بكون الثمن فى ذمته، أى فى ذمه الشفيع.

(٣) أى للشفيع حينئذ أن يتسلم المبيع أولاً إن رضى المشتري بإبقاء الثمن دينا.

(٤) فى تسليم الثمن أولاً.

(٥) من أن الحق فى ذلك للمشتري.

(٦) للشفيع.

(٧) أى بقدر الثمن و كذا الضمائر الآتية، هذا و أعلم أنه إذا بلغ الشفيع البيع فقال: أخذت بالشفعة، فإن كان عالماً بالثمن صح الأخذ و ترتب الأثر عليه، و إن كان جاهلاً لا يصح، لأن الأخذ بالشفعة فى معنى المعاوضه، حيث يؤخذ الشقص بالثمن الذى بيع

(و جنسه)، و وصفه، لأنه (١) معاوضه تفتقر إلى العلم بالعوضين (فلو أخذه (٢) قبله (٣) لغى (٤) و لو قال (٥): أخذته (٦) بمهما كان) (٧)، للغرر، و لا تبطل بذلك (٨) شفيعته، و يغتفر بعد اجتماعه (٩) بالمشتري السؤال (١٠) عن كميته الثمن و الشقص بعد السلام و الكلام المعتاد.

فى ما لو انتقل الشقص

(و لو انتقل الشقص بهبه (١١)، أو صلح، أو صداق فلا شفيعه) لما تقدم فى به، فيشترط علم الشفيع بالثمن حين الأخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل، فالثمن ينقص و يزيد و الأغراض تختلف فيه قله و كثره.

و عليه فلا يكفى الأخذ بالشفيعه مع عدم العلم بالثمن جنسا أو قدرا أو وضعاء، و إن رضى بالثمن مهما كان، لأن دخوله على تحمل الغرر لا يدفع حكمه المترتب عليه شرعا من بطلان المعاوضه مع النهى عن الغرر، و يكون مثله مثل ما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول و رضى به.

هذا و مع الجهل بالثمن يبطل الأخذ خاصه دون الشفيعه، فيجدد الأخذ حين العلم بالثمن.

(١) أى الأخذ بالشفيعه.

(٢) أى أخذ الشفيع الشقص.

(٣) قبل العلم بالثمن.

(٤) أى الأخذ.

(٥) أى الشفيع.

(٦) أى أخذت الشقص.

(٧) أى الثمن فأیضا يبطل، و تكون (لو) و صليه.

(٨) أى يبطلان الأخذ.

(٩) أى اجتماع الشفيع.

(١٠) فالعلم بالثمن و العلم بكميته الشقص المباع مع السؤال عن صحه المشتري و السلام عليه من الأعدار الشرعيه كالعلم بالثمن، أو العرفيه كالسلام.

(١١) يشترط فى ثبوت الشفيعه للشريك انتقال حصه شريكه لثالث بالبيع، فلو انتقلت حصه شريكه لثالث بصدقه أو هبه أو صداقا أو صلحا فلا شفيعه على المشهور، لظهور النصوص فى تخصيص الشفيعه بالبيع، ففى حسنه الغنوى عن أبى عبد الله عليه السلام

(الشفعة في البيوع) (١)، و في مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الشيء بين

ص: ٥٢٧

١- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

تعريفها (١) من اختصاصها بالبيع، و ما ذكر (٢) ليس يباع حتى الصلح بناء على أصالته (٣)،(و لو اشتراه (٤) بثمن كثير ثم عوّضه عنه بيسير (٥)، أو أبرأه (٦) من) شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره(١)، و هي تدل على حصرها بالبيع، إما لمفهوم الوصف كما في الخبر الأول، و إما لمفهوم الشرط كما في الخبر الثاني، فقول الشارح في المسالك: (و ليس عليه دليل صريح و إنما تضمنت الروايات ذكر البيع، و هو لا ينافي ثبوتها بغيره، و من ثم خالف ابن الجنيّد فأثبتها بمطلق النقل حتى الهبة بعوض و غيره، لما أشرنا إليه من عدم دليل يقتضى التخصيص) انتهى كلامه، فهذا القول ليس فى محله لأن لفظ البيع لم يذكر لأنه المسئول عنه فقط، بل علقته الشفعة عليه و صفا أو شرطاً، و هو يدل على الحصر عرفاً.

هذا و اعلم أنه يجوز للشريك البائع أن يحتال بإسقاط شفعه شريكه، و ذلك لو نقل حصته لثالث بغير البيع، لأن الشفعة مختصة بالبيع كما عرفت.

(١) أى تعريف الشفعة.

(٢) من الهبة و الصلح و الصداق.

(٣) أى أنه أصل مستقل كما عليه المشهور، و أما على قول الشيخ فى المبسوط من أنه إذا أفاد فائده البيع فهو بيع فتثبت فيه الشفعة حينئذ.

(٤) أى اشترى الثالث الشقص.

(٥) أى عوّض المشتري البائع عن الثمن الكثير بقدر يسير.

(٦) أى أبرأ البائع المشتري من الأكثر، أى أكثر الثمن، هذا و أعلم أنه لو باع الشريك حصته لثالث بثمن أكثر من ثمن المثل، و قبض من المشتري أقل من ثمن العقد و قد أبرأه و من الباقي، إما اتفاقاً أو تواطئاً على ذلك قبل البيع لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفعة، صح ذلك و وجب على الشفيع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يدفع ثمن العقد، لا الثمن الذى دفعه المشتري فعلاً، بلا خلاف فى ذلك، لظهور الأخبار من أن الشفيع عليه ثمن العقد، ففى حسنه الغنوى المتقدمه (فهو أحق بها من غيره بالثمن)(٢)، أى ثمن العقد.

و كذا يجوز للشريك بيع حصته بثمن ثم يتواطأ مع المشتري على أن يدفع عوض الثمن شيئاً يسيراً لأجل صرف الشفيع عن الأخذ بالشفعة.

ثم لو خالف البائع مقتضى المواطاه و طالب المشتري بدفع ثمن العقد فيجب على المشتري

ص: ٥٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الشفعة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الشفعة حديث ١.

(الأكثر) و لو (١) حيله على تركها (أخذ الشفيع بالجميع) (٢) إن شاء، لأنه (٣) الثمن و الباقي (٤) معاوضه جديده، أو إسقاط (٥) لما ثبت. و مقتضى ذلك (٦) أن الثمن الذى وقع عليه العقد لازم للمشتري (٧)، و جائز للبائع أخذه (٨)، و إن كان بينهما (٩) مواطاه على ذلك (١٠)، إذ لا (١١) يستحق المشتري أن يأخذ من الشفيع إلا ما ثبت فى ذمته (١٢)، و لا يثبت فى ذمته (١٣) إلا ما يستحق البائع المطالبه به.

و قال فى التحرير: لو خالف أحدهما ما تواطيا عليه (١٤) فطالب (١٥) صاحبه بما أظهر له (١٦) دفعه لأن التواطؤ وعد من البائع و مخالفه الوعد لا تبطل العقد و إن أثم البائع بالمخالفه المذكوره إلا أن يكون التواطى شرطاً فى العقد فيجب الوفاء به للزوم الوفاء بالشرط، و لم يخالف فى ذلك كله إلا العلامة فى التحرير و سيأتى نص كلامه فى الروضه.

(١) أى و لو كان التعويض أو الإبراء حيله منهما على ترك الشفعه من قبل الشفيع.

(٢) أى جميع ثمن العقد.

(٣) أى الجميع.

(٤) من التعويض باليسير فهو معاوضه جديده بين البائع و المشتري.

(٥) من إبراء الأكثر فهو إسقاط من البائع لما ثبت له فى ذمه المشتري.

(٦) أى و المقتضى لذلك.

(٧) بأن يدفعه إلى البائع.

(٨) لأن الناس مسلطون على أموالهم، فلا يلزم البائع بقبضه بل يجوز له إخراجه عن ملكه بإسقاطه بالمعاوضه عليه باليسير.

(٩) بين البائع و المشتري.

(١٠) من التعويض أو الإبراء.

(١١) تعليل لوجوب أخذ الشفيع بجميع الثمن.

(١٢) بسبب عقد البيع.

(١٣) أى ذمه المشتري.

(١٤) يمكن تصوير مخالفه البائع للمواطاه، لأنه سيطالب بالأكثر لو خالف، و أما تصوير مخالفه المشتري للمواطاه حتى يدفع الأكثر لو خالف فهو غير ممكن عقلا، بحيث لا يقدم عليه العاقل الرشيد المحافظ على ماله.

(١٥) أى المخالف للمواطاه.

(١٦) المحكى عن التحرير: بما ظهر، و هو الأفق، لأن المراد به هو الثمن الذى ظهر فى العقد.

ص: ٥٢٩

لزمه (١) فى ظاهر الحكم و يحرم عليه (٢) فى الباطن، لأن صاحبه (٣) إنما رضى بالعقد المتواطى، (أو ترك (٤) الشفيع) الأخذ لما يلزمه من الغرم (٥).

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلف الشفيع و المشتري فى) مقدار (الثنى حلف المشتري) (٦) على المشهور، لأنه (٧) أعرف بالعقد، و لأنه (٨) المالك فلا يزال ملكه إلا بما يدعيه.

و يشكل بمنع كون حكم المالك كذلك (٩) مطلقا (١٠) و قد تقدم قبول قول (١) أى لزم المشتري دفع الثمن الذى ظهر فى العقد.

(٢) أى و يحرم على البائع أخذه واقعا.

(٣) أى صاحب المخالف، فلو كان المخالف هو البائع فصاحبه و هو المشتري قد رضى بالعقد الذى ذكر فيه الثمن على أساس المواطاه، لا مطلقا، و قد عرفت ضعفه مما تقدم فلا نعيد.

(٤) عطف على قول الماتن (أخذ الشفيع بالجميع).

(٥) و هو تمام الثمن فى العقد.

(٦) فلو اختلفا فى مقدار الثمن بعد اتفاقهما على وقوع الشراء، فقال المشتري: ألف مثلا، فقال الشفيع: خمسمائة، و لا- بينه لأحدهما، فالقول قول المشتري مع يمينه على المشهور و لم يخالف إلا ابن الجنيدي و الشارح، و قد استدلل للمشهور بأدله:

الأول: إن المشتري هو أعرف بالعقد و ما وقع عليه من الشفيع.

الثانى: إن المشتري هو المالك فلا ينتزع الشئ من تحت يده إلا بما يدعيه.

الثالث: لأنه ذو اليد فيقدم قوله مع يمينه.

الرابع: إن المشتري منكر، لأن المشتري لا دعوى له على الشفيع، إذ لا يدعى شيئا فى ذمته و لا تحت يده، و إنما يدعى الشفيع استحقاق ملكه بالشفعه بالقدر الذى يعترف به الشفيع، و المشتري ينكره، و لا يلزم من قول المشتري: إنى اشتريته بالألف، و إن كان أكثر، أن يكون مدعىا على الشفيع، و إن كان مدعىا الأكثر مدعىا بحسب الأصل، إلا أن المشتري هنا ليس كذلك، لأنه لا يدعى تغريم الشفيع بالألف لأنه لم يطلب الأخذ بالشفعه.

و قد ناقشهم الشارح فى هذه، و ستأتى المناقشه.

(٧) أى المشتري، و هو الدليل الأول للمشهور.

(٨) أى المشتري و هو الدليل الثانى للمشهور.

(٩) أى هو المقدم مع يمينه، لأنه منكر.

(١٠) أى فى كل الموارد.

ص: ٥٣٠

المنكر (١) فى كثير (٢) خصوصا مع تلف العين، و عموم «اليمين على من أنكر» وارد هنا (٣)، و من ثم ذهب ابن الجنيدي إلى تقديم قول الشفيح، لأنه منكر. و الاعتذار للأول (٤) بأن المشتري لا دعوى له على الشفيح، إذ لا يدعى شيئا فى ذمته، و لا تحت يده، إنما الشفيح يدعى استحقاق ملكه (٥) بالشفعة بالقدر الذى يدعيه، و المشتري ينكره و لا يلزم من قوله (٦): اشتريته بالأكثر، أن يكون (٧) مدعيا عليه (٨) و إن كان (٩) خلاف الأصل (١٠)، لأنه (١١) لا يدعى استحقاقه إياه (١٢) عليه، و لا (١) أى منكر الزيادة و إن لم يكن مالكا.

(٢) أى كثير من الموارد، كما لو اختلف المؤجر و المستأجر فى قدر الأجره، فيقدم قول منكر الزيادة و إن كان مستأجرا مع أنه ليس بمالك، و كذا لو اختلف المتبايعان فى مقدار الأجل بعد الاتفاق على التأجيل، فيقدم قول المنكر و لو كان مشتريا مع أنه ليس بمالك، و كذا إذا اختلف المتبايعان فى قدر الثمن، فيقدم قول المشتري مع يمينه خصوصا فى صورته تلف العين، و قد وردت الروايه بذلك كما حرر ذلك فى أبوابه فراجع، و فى هذا رد على دليلهم الثانى.

(٣) و هو رد لدليلهم الأول و حاصل الرد أن الشفيح لا ينازع فى أصل البيع و لا فى ثبوت الشفعة، و إنما النزاع فى القدر الواجب دفعه عند الأخذ بالشفعة فالمشتري يدعى الزيادة و الشفيح منكر فيندرج تحت عموم (اليمين على من ادعى و اليمين على من أنكر) (١).

(٤) و هو تقديم قول المشتري مع يمينه، و الاعتذار له بمعنى الاستدلال له، و هذا عرض لدليلهم الرابع، و لا نعيد.

(٥) أى ملك الشقص من باب إضافة المصدر إلى المفعول.

(٦) أى قول المشتري.

(٧) أى المشتري.

(٨) على الشفيح.

(٩) أى جعل مدعى الأكثر ليس مدعيا.

(١٠) إذ الأصل أن مدعى الأكثر مدع.

(١١) أى لأن المشتري، و هو تعليل لعدم لزوم كون المشتري مدعيا.

(١٢) أى استحقاق المشتري للأكثر على الشفيح، و لا يطلب المشتري تغريم الشفيح بالأكثر، لأنه لا يطلب منه الأخذ بالشفعة.

ص: ٥٣١

يطلب تغريمه إياه إنما يتم (١) قبل الأخذ بالشفعة، أما بعده (٢) فالمشتري يدعى الثمن في ذمه الشفيع. و يأتي فيه (٣) جميع ما سبق (٤).

لا يقال: إنه لا يأخذ (٥) حتى يستقر أمر الثمن، لما تقدم من اشتراط العلم بقدره (٦)، فما داما متنازعين لا يأخذ (٧) و يتجه الاعتذار (٨). لأننا نقول: المعتبر في أخذه (٩) علمه بالقدر بحسب ما عنده (١٠)، لا على وجه يرفع الاختلاف، فإذا زعم العلم بقدره جاز له الأخذ و وقع النزاع فيه (١١) بعد تملكه للشقص، فيكون المشتري هو المدعى.

و يمكن أيضا (١٢) أن يملك (١٣) الشقص برضاء المشتري قبل دفع الثمن ثم يقع التنازع بعده (١٤) فيصير المشتري مدعيا. و تظهر الفائده (١٥) لو أقاما بينه فالحكم (١) شروع في رد هذا الدليل الرابع، و الجملة واقعه في محل رفع خبر للاعتذار.

(٢) أى بعد الأخذ بالشفعة، فالمشتري يدعى ثبوت الأكثر في ذمه الشفيع، و الشفيع منكر فيقدم قوله مع يمينه.

(٣) فى كون النزاع بعد الأخذ بالشفعة.

(٤) من كون الشفيع منكرا فيقدم قوله مع يمينه و إن لم يكن مالكا، لعموم اليمين على من أنكر.

(٥) أى لا يصح الأخذ من الشفيع.

(٦) أى بقدر الثمن.

(٧) أى لا يصح الأخذ لعدم العلم بقدر الثمن.

(٨) لأن النزاع دائما يكون قبل الأخذ بالشفعة.

(٩) أى أخذ الشفيع.

(١٠) أى ما عند الشفيع.

(١١) فى الثمن بعد تملك الشفيع الشقص، فيكون منكرا كما توضح بيانه فيما سبق.

(١٢) جواب ثان عن الإشكال الذى أورده بلفظ: (لا يقال).

(١٣) أى الشفيع فيتملك الشقص برضا المشتري على أن يكون الثمن في ذمه الشفيع، ثم بعد التملك الواقع قبل دفع الثمن قد وقع النزاع فى قدره.

(١٤) بعد التملك.

(١٥) بين القولين، فعلى المشهور فالمشتري منكر فلو قدم بينه مع بينه الشفيع قدمت بينه الشفيع، لأنه مع تعارض البيئات تقدم بينه

المدعى، لأنها من وظيفته، و المنكر وظيفته

ص: ٥٣٢

لبينه الشفيع على المشهور، و بينه المشتري على الثانى.

(و لو ادعى أن شريكه اشترى بعده) (١) و أنه (٢) يستحق عليه (٣) الشفيعه فأنكر الشريك التأخر (٤)(حلف الشريك) لأنه منكر، و الأصل عدم الاستحقاق، (و يكفيه (٥) الحلف على نفى الشفيعه) (٦) و إن أجاب بنفى التأخر (٧) لأن الغرض (٨) هو الاستحقاق فيكفى اليمين لنفيه (٩). و ربما كان (١٠) صادقا فى نفى اليمين فقط و لا تسمع منه البيه و المدعى هنا الشفيع، لذا قدمت بينته، بخلاف قول ابن الجنيذ فمع تعارض البيات منهما تقدم بينه المشتري، لأنه المدعى حينئذ.

(١) إذا ادعى أحد الشريكين أن شريكه اشترى بعده على وجه يستحق عليه الشفيعه فأنكر الآخر، و مثاله ما لو باع شخص نصف ملكه مشاعا، فيصير المشتري شريكا فى النصف، ثم باع المالك النصف الآخر لآخر، فيصير المشتريان شريكين، و قد ادعى أحدهما أن شريكه اشترى بعده ليأخذ منه النصف بالشفيعه فأنكر، و يقدم قول المنكر مع يمينه، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لأصالة عدم تحقق شرط الشفيعه، و هو بيع حصه شريكه حال الشراكه.

و عليه فلو حلف المنكر أنه لا- يستحق على شفعه جاز، و لا- يكلف المنكر باليمين على أنه لم يشتر بعد المدعى، و إن كان المنكر قد أجاب بذلك، بلا خلاف فيه منا، و عن بعض الشافعيه التفصيل من أن المنكر إن أجاب بنفى الشفيعه فيكفيه اليمين على نفيها، و إن أجاب بنفى الشراء بعد شراء المدعى، فلا يكتفى منه بالحلف على نفى الشفيعه، بل لا بدّ من الحلف على نفى الشراء.

و ردّ بأن الغرض من الحلف على نفى الشفيعه حاصل و إن أجاب بعدم تأخر الشراء، لأن غايه هذا الجواب هو نفى الشفيعه عنه.

(٢) أى المدعى.

(٣) أى على المشتري الآخر الذى اشترى بعد شراء المدعى.

(٤) أى التأخر فى الشراء.

(٥) أى للمنكر.

(٦) و هو الأخص.

(٧) أى بنفى تأخر الشراء، و هو الأعم، و نفى التأخر أعم لأن الشراء قد يقع متأخرا و تسقط الشفيعه بإحدى مسقطاتها.

(٨) من إنكار تأخر الشراء.

(٩) أى لنفى استحقاق الشفيعه عليه.

(١٠) أى المنكر.

الاستحقاق (١) و إن كان الشراء متأخرا لسبب من الأسباب المسقطه للشفعه فلا يكلف الحلف على نفيه (٢).

و يحتمل لزوم حلفه على نفي التأخر على تقدير الجواب به (٣)، لأنه (٤) ما أجاب به (٥) إلا- و يمكنه الحلف عليه (٦)، و قد تقدم مثله فى القضاء،(و لو تداعيا السبق (٧) تحالفا)، لأن كل واحد منهما مدّع، و مدّعى عليه فإذا تحالفا استقر ملكهما لاندفاع دعوى كل منهما يمين الآخر (و لا شفعه)، لانتفاء السبق.

(١) أى فى نفي استحقاق الشفعه.

(٢) أى على نفي الاستحقاق.

(٣) بنفى تأخر الشراء كما عن بعض الشافعيه.

(٤) أى الشأن و الواقع.

(٥) بنفى التأخر.

(٦) و أيضا قد وقع منه نفي التأخر فيجب أن تكون اليمين على ما قد وقع.

(٧) السبق فى الشراء، فكل منهما يدعى السبق فى الشراء و ينكرها الغير، فكل منهما مدع و منكر فيتحالفا، و يثبت ملكهما و لا شفعه لأحدهما على الآخر.

ص: ٥٣٤

فى معنى السبق و الرمايه

(السبق و الرمايه) و هو عقد شرع لفائده التمرن على مباشره النضال (١)السبق بسكون الباء مصدر (سبق) كضرب مصدر (ضرب)، و فى الصحاح جعله مصدر (سابق)، و كلاهما صحيح، إلا أن الثانى أوفق، لأن الواقع فى معامله السبق كون العمل بين اثنين فصاعدا، فباب المفاعله به أولى.

و أما السبق بتحريك الباء فهو العوض المبدول لمن سبق أولا، و يقال له الخطر، بالتحريك، و الندب بالتحريك أيضا، و يقال له: الرهن و السبق عرفا و كذا المسابقه إجراء الخيل و ما شابهها فى حله السباق، ليعلم الأـجود منها، و الأفرس من الرجال المتسابقين.

(٢)و الرمى و الرمايه هى المناضله بالسهم ليعلم حذق الرامى و معرفته بمواقع الرمى.

أما مشروعيها فمن الكتاب قوله تعالى: **وَ اعْتَدُوا لَهُمْ مَا اسِيَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَ مِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُزْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَ عَدُوَّكُمْ (١)** و قال تعالى حكاية عن إخوه يوسف يا أبانا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَ تَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا (٢) و هو ظاهر فى مشروعيه السبق فى الجملة، و من السنه أخبار.

منها: مرفوع عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى قول الله و أعدوا: إنه الرمى) (٣) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس شىء تحضره الملائكة إلا الرهان، و ملاعبه الرجل أهله) (٤) ، و خبر عبد الله بن المغيرة (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: كل لهو المؤمن باطل إلا

ص: ٥٣٧

١- (١) سورة الأنفال، الآية: ٦٠.

٢- (٢) سورة يوسف، الآية: ١٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ٤.

و الاستعداد لممارسه القتال. و الأصل فيه قوله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر (١)» و قوله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم (٢). «إن الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر، و الخف، و الريش، و النصل».

في من ينعقد منه السبق و الرمايه و ما ينعقد عليه

(و إنما ينعقد السبق) (٣) بسكون الباء (من الكاملين) بالبلوغ، و العقل (٤) (الخالين من الحجر) (٥)، لأنه يقتضى تصرفاً في المال (على الخيل و البغال، و الحمير) (٦) في ثلاث: في تأديبه الفرس، و رميه عن قوسه، و ملاعبته امرأته، فانهن حق (١)، و خبر حفص البخترى عن أبي عبد الله عليه السَّلام (أنه كان يحضر الرمي و الرهان) (٢)، و مثلها غيرها و فائده السبق و الرمايه بعث النفس من الاستعداد للقتال، و الهدايه لممارسه النضال، و هى من أعظم الفوائد الدينيه لما يحصل بها من غلبه العدو في الجهاد لأعداء الله تعالى شأنه، الذى هو أعظم أركان الإسلام، و بهذه الفائده يخرج عن اللهو و اللعب المنهى عن المعامله عليهما.

(١) و هو خبر الحسين بن علوان عن أبي عبد الله عليه السَّلام عن أبيه عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم: لا سبق إلا في حافر أو نصل أو خف) (٣)، أو خبر حفص عن أبي عبد الله عليه السَّلام (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل، يعنى النضال) (٤).

(٢) ففي مرفوعه الصدوق قال الصادق عليه السَّلام (إن الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه، ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل، و قد سابق رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلم أسامه بن زيد، و أجرى الخيل) (٤).

(٣) أى عقد المسابقه المتضمن للجعل و الرهن.

(٤) لرفع القلم عن الصبى و المجنون.

(٥) فلا ينعقد سبق المحجور عليه، للمنع من التصرف المالى، و الجعل و الرهن تصرف مالى.

(٦) لأنه يجوز السبق على الحافر كما تقدم فى الأخبار، و الحافر للدابه كالقدم للإنسان، و هذا يندرج تحته الخيل البغال و الحمير لكونها من ذوات حافر، بلا خلاف فى ذلك عندنا كما فى المسالك، و خالف بعض العامه فى جواز المسابقه على البغال و الحمير، و أنهما لا

ص: ٥٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٤ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٦.

و هي داخله في الحافر المثبت في الخبر، (و الإبل و الفيله) (١) و هما داخلان في الخف، (و على السيف (٢)، و السهم، و الحراب (٣) و هي داخله في النصل، و يدخل السهم في الريش على الروايه الثانيه (٤) إذا اشتمل عليه (٥)، تسميه للشئء باسم جزئه، و أطلق يصلحان للكزّ و الفرّ، و لا- يقاتل عليهما غالباً، و فيه: أن كزّ كل حيوان و فرّه بحسب حاله، و بالإضافة إلى شمول النص المتقدم لهما فقد قاتل أمير المؤمنين العدو على بغله رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم(١).

(١) لا خلاف في جواز المسابقه على الخف لما تقدم من الأخبار، و الخف يشمل الإبل و الفيله بلا خلاف فيه عندنا، و لأن الإبل تشارك الخيل في المعنى المطلوب منها حاله الحرب من الانعطاف و سرعه الإقدام، و لذا كانت العرب تقاتل عليها، و كذا الفيله و لذا كانت قبائل الهند و الحبشه تقاتل عليها، و منع بعض العامه من شمول المسابقه للفيله، لأنه لا يحصل بها الكرّ و الفرّ، و ردّ بأنه اجتهاد في قبال النص بعد كون الخف شاملاً لها، مع أن فرّ و كر كل حيوان بحسبه.

(٢) لا خلاف في جواز المسابقه على النصل لما تقدم من الأخبار، و يدخل تحت النصل السهم و النشاب و الحراب و السكين و السيف و الرمح، قال في الصحاح: النصل نصل السهم و السيف و السكين و الرمح، و قال في الصحاح أيضاً: النشاب السهام.

و مما تقدم يظهر أن المحدّد كالدبوس، و العصا لا يدخلان، إلا إذا جعل في رأس العصا حديده لتندرج تحت النصل.

(٣) جمع حربته، و هي الآله من الحديد دون الرمح.

(٤) و هي مرفوعه الصدوق، إذ يراد من الريش السهم ذو الريش، لا الطير، لأنه يمنع من المسابقه في الطير كما سيأتي.

هذا و عطف النصل على السهم ذى الريش في المرفوعه من باب عطف العام على الخاص، على أنه في خبر العلاء بن سيابه إسقاط النصل، و إبداله بالريش، و هذا يؤيد ما قلناه من كون المراد من الريش هو السهم الرائش، ففي خبر العلاء بن سيابه عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سلم قد أجرى الخيل و سابق، و كان يقول: إن الملائكه تحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش، و ما سوى ذلك فهو قمار حرام)(٢).

(٥) أى إذا اشتمل السهم على الريش.

ص: ٥٣٩

١- (١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٣.

السبق على ما يعم الرمي تبعا للنص (١)، و تغليبا للاسم (٢)، لا بالمصارعه، و السفن، و الطيور، و العدو (٣)، و رفع الأحجار، و رميها، و نحو ذلك، لدلاله الحديث السابق (١) حيث ورد (لا سبق إلا في خف أو حافر أو نصل) كما في خير حفص المتقدم (١) ، و المسابقه في الخف و الحافر، و النصل إذا أريد منه السهم فهو رمى و رمايه.

(٢) أي لاسم السبق على الرمي.

(٣) لا تجوز المسابقه المشتمله على عوض و جعل بالطيور، و لا بالقدم، و لا بالسفن و لا بالمصارعه و لا بغير ذلك مما هو غير الخف و الحافر و النصل، بلا خلاف فيه، و يدل عليه الأخبار المتقدمه الحاصره لجواز المسابقه في الأمور الثلاثه، و الداله على لعن الملائكه الرهان في غير الأمور الثلاثه، و أنه قمار حرام كما في خبر العلاء بن سيبه المتقدم.

نعم عن بعض العامه جواز المسابقه بالجميع مع الرهن و العوض، لأن الطيور مما يمكن الاحتياج إليها في الحرب بحمل الكتب و استعلام حال العدو، و كذا المسابقه بالأقدام، لأن الحرب على القدم متعارف كالحرب بالسفن، فتصح المسابقه فيهما لما فيهما من الاستعداد للقتال، و للنسبى المروى من طرق العامه (أنه صَلَّى الله عليه و آله و سلم سابق عائشه بالقدم مرتين، سبق في إحداهما و سبق في الآخر، و أنه صارع ثلاث مرات، كل مره على شاه، فصرع خصمه في الثلاث و أخذ منه ثلاث شياه) (٢).

و الخبر لم يثبت عندنا، بل الظاهر ثبوت خلافه، و هو الخبر المتقدم المفيد للحصر. ثم لو خلت هذه الأمور من العوض فهل يجوز السبق فيها أو لا على قولين، فالمشهور على المنع، لحرمة اللعب و اللهو الشاملين لهذه الأمور، و تمسكا بالأخبار السابقه الحاصره لجواز السبق في الأمور الثلاثه، و وجه الاستدلال بها أن لفظ السبق الوارد فيها إنما هو على قراءه السكون، و هو نفى المسابقه، و مع حصر المسابقه في الأمور الثلاثه فلازمه المنع من المسابقه في غيرها مع عوض أو بدونه.

و عن جماعه منهم الشارح الجواز، لأن المشهور في قراءه السبق فتح الباء، و السبق بفتح الباء هو بذل العوض، فالأخبار الحاصره في الأمور الثلاثه تنفى مشروعيه بذل العوض في غير الأمور الثلاثه، و أما المسابقه في غير الأمور الثلاثه من دون عوض على ما هي عليه من أصاله جواز عملها مضافا لما يترتب عليها من فوائد، تفيد الاستعداد للقتال، و بهذه الفوائد تخرج عن اللهو اللعب، على أن مطلق اللعب و اللهو ليس بحرام.

ص: ٥٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ١.

٢- (٢) المغنى لابن قدامه ج ١١ ص ١٢٧-١٢٩.

على نفى مشروعيه ما خرج عن الثلاثه.

هذا إذا تضمن السبق بذلك (١) العوض، أما لو تجرد عنه (٢) ففي تحريمه (٣) نظر، من دلالة النص (٤) على عدم مشروعيته، إن روى السبق بسكون الباء ليفيد نفى المصدر، وإن روى بفتحها كما قيل (٥): إنه (٦) الصحيح روايه، كان المنفى (٧) مشروعيه العوض عليها (٨)، فيبقى الفعل (٩) على أصل الإباحه، إذ لم يرد شرعا ما يدل على تحريم هذه الأشياء، خصوصا مع تعلق غرض صحيح بها (١٠). و لو قيل بعدم ثبوت روايه الفتح فاحتمال الأمرين يسقط دلالاته (١١) على المنع (١٢).

في الإيجاب والقبول

(و لا بدّ فيها (١٣) من إيجاب و قبول على الأقرب) (١٤)، لعموم قوله تعالى:

(١) أى بالمصارعه و نظائرها.

(٢) أى تجرد السبق عن العوض.

(٣) أى تحريم السبق بهذه الأمور المذكوره من المصارعه و السفن و الطيور و العدو بغير عوض.

(٤) شروع فى دليل المنع، و المراد بالنص هو الأخبار الحاصره للسبق فى الأمور الثلاثه و لازمه عدم مشروعيه السبق فى غيرها، بناء على قراءه السبق بسكون الباء، ليفيد أن المنفى هو مطلق المسابقيه.

(٥) بل هو فى المسالك قال: (إن المشهور فى الروايه فتح الباء).

(٦) أى فتح الباء.

(٧) لأن السبق بالفتح هو العوض.

(٨) أى على هذه الأمور من المصارعه و السفن و كل ما عدا الثلاثه المتقدمه.

(٩) أى فعل المصارعه و نظائرها بدون عوض على الإباحه.

(١٠) يخرجها عن اللعب و اللهو.

(١١) أى دلالة النص.

(١٢) أى منع فعل المصارعه و نظائرها بدون عوض، لأنه إذا لم يثبت فتح الباء فى الروايه فلا يثبت سكون الباء، بل يبقى كل منهما محتمل، و مع احتمال فتح الباء لا يصح التمسك بالخبر على المنع المتوقع على سكون الباء، لأنه إذا جاء الاحتمال سقط الاستدلال.

(١٣) في المسابقة.

(١٤) لا- بدّ في المسابقة من إيجاب و قبول، كغيرها من العقود على المشهور، فتكون لازمه لأصالة اللزوم في كل عقد و عن الشيخ و العلامة في المختلف إلى أنها جعله، فلا تفتقر إلى قبول، و يكفي فيها البذل، كما يكفي في الجعالة أن يقول: من ردّ عليّ عبدى فله

ص: ٥٤١

كذا، و تكون حينئذ جائزه.

ثم إن البعض بنى الخلاف في اللزوم و الجواز على أن المسابقه عقد أو إيقاع، فعلى الأول تكون لازمه، و على الثاني جائزه، و بعضهم عكس فبنى كونهما عقدا أو إيقاعا على لزومها و جوازها بعد اتفاق الكثير منهم أنها لو كانت عقدا فهي إجاره و لو كانت إيقاعا فهي جعاله، و ذهب بعض المتأخرين إلى أنها عقد أو إيقاع مستقل.

و منشأ الخلاف في الجميع أن المسابقه تتضمن عوضا على عمل، و هذا معنى مشترك بين الإجاره و الجعاله، و المسابقه تشتمل على اشتراط العمل في استحقاق العوض، و تشتمل على اشتراط كون العوض معلوما، و هذا من خواص الإجاره.

و السابقه مما يجوز فيها إبهام العامل في السبق، إذ يصح فيها جعل العوض لمن سبق مع عدم معرفته، و تشتمل على جهاله ما يحصل من العامل، إذ لا يعلم حصول السبق، و لا يعلم إتمامه، و يصح فيها بذل الأجنبي، و هذه من خواص الجعاله.

و لذا وقع الخلاف في أنها إجاره فتفتقر مع الإيجاب إلى القبول، و تكون عقدا و لازمه، أو أنها جعاله يكفي فيها الإيجاب و تكون إيقاعا و جائزه.

و لكن فيها أحكام تختلف عن أحكام الإجاره و الجعاله، فالعوض لا يشترط اعتباره في المسابقه بخلاف الإجاره و الجعاله، و العمل راجع إلى العامل في المسابقه بخلاف الإجاره و الجعاله فإنه راجع إلى الغير، و لذا ذهب البعض إلى أن المسابقه.

عقد مستقل برأسه، و يؤيده جعل المسابقه كتابا مستقلا في الفقه على غرار غيرها من العقود.

ثم بعد كل هذا فالظاهر أنها عقد، إذ النزاع ليس في عقديتها و عدمه، و إنما النزاع في لزومها و جوازها بعد المفروغيه من أنها عقد، كما يظهر من العلامه في المختلف و جماعه، و لم يبحث في عقديتها إلا المحقق في الشرائع.

و على تقدير عقديتها فإن كان بعد حصول السبق فلا بد من القول بلزوم بذل العوض، عملا بما وقع عليه العقد، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، و إن كان قبل حصول السبق، سواء تلبس العامل و المسابق بالعمل أم لا فالأشبه الجواز، لأنه التزام ببذل العوض عند حصول السبق، و قبل الحصول يجوز له

ص: ٥٤٢

١- (١) سورة المائده، الآية: ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و المؤمنون عند شروطهم و كل من جعله (٢) لازماً حكم بافتقاره إلى إيجاب و قبول (٣).

و قيل: هو جعله (٤) لوجود بعض خواصها (٥) فيه (٦)، و هي (٧): أن بذل العوض فيه (٨) على ما لا يوثق بحصوله (٩) و عدم تعيين العامل (١٠)، فإن قوله: من سبق فله كذا غير متعين عند العقد، و لأصالة عدم (١١) اللزوم و عدم (١٢) اشتراط القبول، و الأمر بالوفاء بالعقد مشروط بتحقيقه (١٣)، و هو (١٤) موضع النزاع.

سلمنا (١٥) لكن الوفاء به هو العمل بمقتضاه لزوماً و جوازاً، و إلا- لوجب الوفاء الرجوع عن شرطه، إذ لا- دليل على وجوب الالتزام بما وعد، بل حالها حال الجعالة حينئذ من أن لكل منهما فسخها ابتداءً و فى الأثناء.

(١) المائدة، آية: ٢.

(٢) جعل السبق.

(٣) لأنه إجاره.

(٤) فلا تحتاج إلى القبول، بل يكفى البذل.

(٥) أى خواص الجعالة.

(٦) فى السبق، و هذا الدليل الأول على كونه جعالة.

(٧) أى الخاصية.

(٨) فى السبق.

(٩) و هو السبق، إذ قد لا يحصل لتقارن المتسابقين.

(١٠) لأن السابق غير معلوم.

(١١) أى استصحاب عدمه، و هذا الدليل الثانى على كونه جعالة.

(١٢) فإذا شككنا فى اشتراط القبول فالأصل عدم الاشتراط، و هذا الدليل الثالث على كونه جعالة.

(١٣) أى بتحقيق العقد.

(١٤) أى التحقق موضع النزاع، فيكون التمسك بعموم الوفاء بالعقد تمسكاً بالعام فى الشبهه المصدقيه، و هو الدليل الرابع على كونه جعالة.

(١٥) أى سلمنا كون السبق عقدا، و لكن عموم الوفاء بالعقد لا يدل على لزوم كل عقد، و إنما يدل على وجوب الوفاء بالعقد كما هو طبعه، فإن كان لازما فعلى نحو اللزوم، و إن كان جائزا فعلى نحو الجواز، و إلا لو كان عموم الوفاء بالعقد دالا على لزوم كل

ص: ٥٤٣

بالعقود الجائزه، و فيه (١) نظر، لأن وجود (٢) بعض الخواص لا يقتضى الاتحاد (٣) فى الحكم مطلقا (٤). و أصله عدم اللزوم (٥) ارتفعت بما دل عليه، و الأصل فى الوفاء (٦) العمل بمقتضاه (٧) دائما و خروج العقد الجائز تخصيص للعام فيبقى (٨) حجه فى الباقي. نعم الشك بقى فى كونه (٩) عقدا (١٠).

فى العوض

(و تعيين العوض) (١١) عقد لوجب أن تكون العقود الجائزه لازمه، و هذا باطل بالاتفاق، و هو استدلال للعلامه فى المختلف، و محل النظر فيه النظر واضح، لأن عموم الوفاء بالعقد دال على اللزوم فى كل عقد كما هو ظاهر العموم، و العقود الجائزه لو لا الدليل على جوازها لكانت لازمه بحسب العموم و لا ضير فى ذلك.

(١) أى فى القول إن السبق جعاله.

(٢) رد للدليل الأول.

(٣) بحيث يكون السبق متحدا مع الجعاله فى الحكم مطلقا لزوما و جوازا.

(٤) حتى فى اللزوم و الجواز.

(٥) رد للدليل الثانى، و المعنى أن أصله عدم مرفوعه بما دل على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقد.

(٦) رد للدليل الرابع بحسب شقه الثانى و المعنى أن الأمر بالوفاء بالعقد هو العمل بمقتضى العقد مطلقا، و هذا هو اللزوم، و أما العقود الجائزه فقد خرجت بالدليل إذ لولاه لقلنا بلزومها، و خروجها عن العام لا يرفع حجه العام فى الباقي.

(٧) أى بمقتضى العقد.

(٨) أى العام.

(٩) أى كون السبق.

(١٠) و هذا تسليم من الشارح للشق الأول من الدليل الرابع.

(١١) أى تقدير المال الذى يبذل للسابق، فيشترط تعيينه جنسا و قدرا، لأنه عوض عن فعل محلل فيشترط فيه العلم، فلو شرط مال و لم يعين أو تسابقا على ما سيتفقان عليه فيما بعد، أو على ما يحكم به زيد بطل العقد للضرر، و لافضائه إلى التنازع المخالف لحكمه الشارع.

نعم على القول بكون السبق جعاله فتجوز الجهاله فى العوض على بعض الوجوه، حيث لا- يفضى إلى التنازع، و لا- يمنع من التسليم كجعل عبده الفلانى أو جزء منه.

هذا مع أن المال ليس بشرط في عقد المسابقه لخير طلحه بن زيد (أغار المشركون على

ص: ٥٤٤

و هو المال الذى يبذل للسابق منهما (١) قدرا، و جنسا، و وصفا.

و ظاهر العبارة (٢) ككثير: أنه (٣) شرط فى صحة العقد، و فى التذكرة أنه ليس بشرط، و إنما المعتبر تعيينه لو شرط. و هو حسن.

(و يجوز كونه (٤) سرح المدينة فنادى فيها مناد: يا سوء صباحاه، فسمعها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فركب فرسه فى طلب العدو، و كان أول أصحابه، و لحقه أبو قتاده على فرس له، و كان تحت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سرج، و فتاه من ليف، ليس فيه أشر و بطر، فطلب العدو فلم يلقوا أحدا، و تتابعت الخيل، قال أبو قتاده: يا رسول الله، إن العدو قد انصرف، فإن رأيت أن نستبق فقال: نعم، فاستبقوا فخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سابقا، ثم أقبل عليهم فقال: أنا ابن العواتك من قريش، إنه لهو الجوار البحر(١)، و هو ظاهر فى جواز المسابقة من دون مال، و لكن يعتبر ضبطه على تقدير اشتراطه للضرر على ما تقدم.

(١) من المتسابقين.

(٢) أى عبارة الماتن.

(٣) أن المال.

(٤) أى المال، هذا و اعلم أن السبق إذا تضمن مالا فإنه يصح ففى خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن على بن الحسين عليهم السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجرى الخيل و جعلها سبقها أواقى من فضه)(٢). و مثله غيره.

و عليه فإما أن يكون المال من المتسابقين أو من أحدهما أو من ثالث، و الثالث إما الإمام أو غيره، فالصور أربع.

أن يخرج المال الإمام، و هو جائز باتفاق المسلمين كما فى المسالك، سواء كان من ماله أو من بيت المال، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم سابق بين الخيل و جعل بينها سبقا منه كما فى خبر غياث المتقدم، و خير طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أجرى الخيل التى أضمرت من الحصى - الحفى خ ل - إلى مسجد بنى زريق، و جعل سبقها ثلاث نخلات، فأعطى السابق عذقا، أى نخله، و أعطى المصلى عذقا، و أعطى الثالث عذقا)(٣) و مثلها

ص: ٥٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب السبق و الرمايه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المسابقة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المسابقة حديث ١.

(منهما معا) (١)، و من أحدهما (٢)، و فائدته (٣) حينئذ (٤) أن البائع أن كان هو السابق غيرها، و لأن ذلك يتضمن حثا، على تعلم الجهاد و الفروسيه و إعداد أسباب القتال، و فيه مصلحة بين المسلمين و طاعه و قربه.

الثانيه: أن يخرج المال غير الإمام، و لم يكن من المتسابقين، و هو جائز عندنا و عند أكثر العامه كما في المسالك، لأنه بذل مال في طاعه و قربه، بل يثاب عليه مع نيه التقرب.

و عن بعض العامه أنه لا يجوز يخرج المال غير المتسابقين إلا الإمام، لاختصاص النظر في الجهاد به، و ضعفه ظاهر، لأن تهيئه أسباب الجهاد غير مختصه به، بالإضافة إلى عموم الأخبار المسوّغه للسبق.

الثالثه: أن يخرج المال أحد المتسابقين بأن يقول لصاحبه: إن سبقت فلك عليّ عشره، و إن سبقت أنا فلا شيء عليك، و هو جائز عندنا للأصل، و هو جواز المسابقه تمسكا بعموم الأخبار مع انتفاء المانع، و عن بعض العامه لا يصح لأنه قمار، و هو ضعيف، لأنه اجتهاد في قبال النص.

الرابعه: أن يخرج المال كلا المتسابقين معا، بأن يخرج كل واحد منهما عشره دراهم مثلا، على أن يحوز العشرين السابق منهما، و هو جائز عندنا على المشهور تمسكا بعموم الأخبار.

و عن ابن الجنيد منا أنه لا يجوز إلا بوجود المحلل، و هو ثالث في السباق، إن سبق آخذ السبقين، و إن سبق لم يغرم عملا بروايه عاميه و هي: روايه أبي هريره عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلم (أنه قال: من أدخل فرسا بين فرسين و قد أمن أن يسبق فهو قمار، و من أدخل فرسا بين فرسين و هو لا يؤمن أن يسبق فليس بقمار) (١).

و فيها مع ضعف سندها عدم دلالتها، إذ هي أجنبيه عن المدعى، حيث لا تدل على وجوب وجود المحلل في المسابقه لو كان المال من المتسابقين، و عن الشافعي اشتراط وجود المحلل مطلقا عند وجود المال حتى تصح المسابقه عملا بهذه الروايه، و قد عرفت عدم دلالتها على لزوم وجوده.

و سمى الثالث محللا، لأنه على مذهب الشافعي أن عقد المسابقه حرام إلا بوجوده.

(١) هذه هي الصورة الرابعه.

(٢) هذه هي الصورة الثالثه.

(٣) دفع توهم، و حاصل الوهم أنه لا فائده في هذه الصوره، و هي بذل المال من أحدهما بحيث إذا سبق فهو له، و دفعه أن المال إذا سبق البازل رجع إليه، و إن سبق الغير، أخذ الغير مال البازل.

(٤) حين البذل من أحدهما.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب السبق و الرمايه حديث ١.

أحرز ماله، و إن كان غيره (١) أحرزه (و من بيت المال) (٢) لأنه (٣) معد للمصالح و هذا منها، لما فيه من البعث على التمرن على العمل المترتب عليه إقامة نظام الجهاد،(و من أجنبي) (٤) سواء كان الإمام (٥) أم غيره، و على كل تقدير فيجوز كونه عينا (٦)، و دينا حالا، و مؤجلا.

فى عدم ما لا يشترط فيه و ما يشترط

(و لا يشترط المحلل) (٧) و هو الذى يدخل بين المتراهنين بالشرط (٨) فى عقده (٩)، فيتسابق معهما من غير عوض يبذله، ليعتبر (١٠) السابق منهما (١١)، ثم إن سبق (١٢) أخذ العوض، و إن لم يسبق لم يغرم، و هو بينهما كالأمين و إنما لم يشترط للأصل (١٣)، و تناول ما دل على الجواز (١٤) للعقد الخالى منه (١٥)، و عند بعض (١٦) (١) أى و إن كان السابق غير البازل أحرز مال البازل.

(٢) هذه هى الصورة الأولى.

(٣) أى بيت المال.

(٤) هذه هى الصورة الثانية.

(٥) و البذل من ماله لا من بيت مال المسلمين.

(٦) أى كون العوض، هذا و قد عرفت أن المسابقة لا يشترط فيها ذكر العوض، و لكن لو ذكر لكان مثله مثل بقيه الأ-عواض الواقعة فى المعاملات، لأنه عوض عن عمل السابق، فيصح كونه دينا و عينا، و حالا و مؤجلا، أو بعضه حالا و الآخر مؤجلا، كما يصح فى بقيه الأ-عواض.

(٧) خلافا للشافعى فى جميع صور المسابقة عند اشتغالها على المال، و خلافا لابن الجنييد فيما لو كان المال من المتسابقين.

(٨) متعلق بقوله: (يدخل).

(٩) عقد السبق، و هو متعلق بقوله (بالشرط).

(١٠) أى ليعلم.

(١١) من المتراهنين.

(١٢) أى المحلل.

(١٣) أصاله عدم الاشتراط.

(١٤) أى جواز سبق من عموم الأخبار.

(١٥) من المحللّ.

(١٦) و هو الشافعيّ.

ص: ٥٤٧

العامه، و بعض (١) أصحابنا هو شرط، و به (٢) سمي محللا، لتحريم العقد بدونه عندهم، و حيث شرط لزم، فيجری دابته بينهما، أو إلى أحد الجانبين مع الإطلاق، و إلى ما شرط مع التعيين لأنهما (٣) بإخراج السبق (٤) متنافران، فيدخل بينهما، لقطع تنافرهما.

(و يشترط في السبق تقدير المسافه) (٥) التي يستبان فيها (ابتداء، و غايه) لئلا يؤدي إلى التنازع، و لاختلاف الأغراض في ذلك اختلافًا ظاهرًا، لأن من الخيل ما يكون سريعًا في أول عدوه، دون آخره، فصاحبه يطلب قصر المسافه، و منها ما هو بالعكس، فينعكس الحكم (و تقدير الخطر) (٦) و هو العوض إن شرطاه (٧)، أو مطلقًا (٨).

(و تعيين ما يسابق عليه (٩) (١) ابن الجنيد.

(٢) أي باشرط المحلل في عقد السبق.

(٣) أي المتراهنين.

(٤) بالتحريك، أي لما أخرج المتراهنان العوض فهما متنافران، و هذا تعليل لجريان دابته بينهما، و لذا قال الشارح (فيدخل بينهما لقطع تنافرهما).

(٥) لما كان عقد المسابقه من عقود المعاوضات فلا بد من الضبط الراجع للضرر، المحصل للغايه المطلوبه منه، و لا يتم ذلك إلا بأمر، أنهاها العلامه في التذكرة إلى اثني عشر أمرا، و قد ذكر الماتن بعضا منها:

الأول: تقدير المسافه ابتداء و انتهاء، لأنه لو لم يكن هناك غايه معينه، فقد يديمان السير حرصا و يتعبان و تهلك الدابه، و لأن من الخيل ما يقوى سيره في الابتداء ثم يأخذ في الضعف، و هو كتاف الخيل، و صاحبه يبغى قصر المسافه، و منها ما يضعف في الابتداء ثم يقوى و يشتد في الانتهاء و هو هجانه، و صاحبه يبغى طول المسافه، و مع اختلاف الأغراض لا بد من الإعلام و التنصيص على ما يقطع النزاع.

(٦) أي العوض، و قد تقدم دليله.

(٧) أي المتسابقان.

(٨) بناء على القول باشرطه في صحه أصل العقد، و لم يعرف قائل به.

(٩) ما يسابق عليه من فرس أو بعير، فيشترط تعيينه بالمشاهده، لأن المقصود من المسابقه هو امتحان الفرس، ليعرف شده سيره، و هذا ما يقتضى التعيين و في الاكتفاء بالوصف

بالمشاهدة و لا يكفى الإطلاق (١)، و لا- التعيين بالوصف (٢)، لاختلاف الأغراض بذلك كثيرا (و احتمال (٣) السبق بالمعنيين (٤) بمعنى احتمال كون كل واحد يسبق صاحبه (فلو علم قصور أحدهما (٥) بطل)، لانتفاء الفائده حينئذ، لأن الغرض منه (٦) استعمال السابق، و لا يقدح رجحان سبق أحدهما (٧) إذا أمكن سبق الآخر، لحصول الغرض معه (٨).

(و أن يجعل السبق) بفتح الباء و هو العوض (لأحدهما) و هو السابق منهما، لا مطلقا (٩)،(أو للمحلل (١٠) إن سبق، لا لأجنبي)، و لا للمسبق منهما و من المحلل، و لا جعل القسط الأوفر للمتأخر، أو للمصلى (١١)، و الأقل (١٢) للسابق، وجه، لكنه ضعيف لعدم إفادته الغرض، إذ لا يتم إلا بالتشخص، و عليه فحيث يعين المتسابقان الفرسين بالعقد فلا يجوز الإبدال حينئذ.

(١) بأن يطلقان المسابقه على فرس ما.

(٢) كأن يعين الفرس صاحب السن الفلاني أو الوصف الفلاني.

(٣) هذا من جمله الشروط، و معناه احتمال كون كل واحد من المتسابقين يسبق الآخر، لأن الغرض من المسابقه هو استعمال السابق منهما، و الاستعلام يتحقق مع احتمال سبق كل منهما، بحيث لو علم سبق أحدهما قطعا على الآخر لم يكن للاستعلام فائده.

(٤) من الفرسين.

(٥) و أن الآخر سابق قطعا.

(٦) من عقد السبق.

(٧) مع إمكان سبق الآخر، لأنه مع هذا الإمكان تبقى فائده للاستعلام.

(٨) مع إمكان سبق الآخر.

(٩) فلا يجوز العوض لأحدهما و لو كان مسبوqa، بل لأحدهما بشرط أن يكون سابقا.

(١٠) فجعل السبق لأحدهما أو للمحلل، لأنه لو جعل لغيرهما لم يجز، لأنه مفوت للغرض من عقد المسابقه، إذ الغرض التحريض فى طلب العوض، فلا بد أن يجعل للسابق منهما و من المحلل.

و عليه فلو جعل للمسبق فلا- يصح، لأن كلا منهما يحرض على كونه مسبوqa لتحصيل العوض، فيفوت العرض، و هو الحرض على ممارسه القتال و المسابقه بأفضل وجه.

و كذا لا يجوز جعل القسط الأوفر للمسبق، أما لو جعل الشىء اليسير للمسبق فيصح، لحصول الغرض بالنسبه للباقي الكثير.

(١١) و هو الذى يأتى بعد السابق، و سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

(١٢) من العوض.

ص: ٥٤٩

لمنافاه ذلك كله للغرض الأقصى من شرعيته، و هو الحث على السبق، و التمرن عليه، (و لا- يشترط التساوى فى الموقف (١) للأصل (٢)، و حصول الغرض مع تعيين المبدأ و الغايه.

و قيل: يشترط، لانتفاء معرفه جوده عدو الفرس، و فروسيه الفارس مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إليه (٣)، فيخل بمقصوده (٤)، و مثله (٥) إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى (٦) (١) هل يشترط التساوى فى الموقف بين الفرسين، قيل: نعم، و لم يعرف قائله، لانتفاء معرفه جوده الفرس و الفارس مع عدم التساوى، لأن عدم السبق قد يكون مستندا إلى التفاوت بين الموقفين، فيخل بمقصود المسابقه.

و الأشهر عدم الاشتراط، لأن عقد المسابقه مبنى على التراضى، فيصح مع احتمال السبق لكل منهما، على أنه قد يحصل الغرض من معرفه جوده الفرس و الفارس إذا عيّن المبدأ و الغايه لكل منهما و إن اختلف موقفهما.

(٢) من أن عقد المسابقه مبنى على التراضى، و التراضى هنا حاصل فيشمله عموم الأدله.

(٣) إلى عدم التساوى.

(٤) أى فيخل عدم التساوى بمقصود العقد.

(٥) أى و مثل عدم التساوى فى الموقف.

(٦) يشترط إرسال الدابتين دفعه، فلو أرسل أحدهما دابته قبل الآخر ليعلم هل يدركه الآخر أو لا؟ لم يجز، لأنه مناف للغرض من عقد السبق، لأن السبق ربما يكون مستندا إلى إرسال إحداهما أولاً.

و لم يخالف أحد فى الإرسال مع وجود الخلاف فى اشتراط التساوى فى الموقف، و الفرق بين المسألتين أن التفاوت بين الموقفين مضبوط فيمكن معه رفع الجهاله بالتفاوت بين الغائتين، بخلاف إرسال إحدى الدابتين قبل الأخرى فالجهاله متحكمه مع وحده المسافه غايه و ابتداء.

نعم يمكن ضبط الغائتين بين الفرسين بحسب الزمن، بحيث يكون السباق على من يقطع هذه المسافه بأقصر وقت، و عليه فلا يضر إرسال أحدهما دابته قبل الآخر، إلا أنه غير ملحوظ عند الأصحاب.

و مما تقدم يظهر أن قول الشارح (و مثله إرسال إحدى الدابتين) أى و مثل مسأله التفاوت فى الموقف فى الحكم بالبطلان على القول به القول بإرسال إحدى الدابتين.

(و السابق هو الذى يتقدم على الآخر بالعنق (١) ظاهره اعتبار التقدم بجميعه و قيل: يكفى بعضه (٢) و هو حسن (٣). ثم إن اتفقا فى طول العنق، و قصره (٤) أو سبق الأقصر عنقا ببعضه (٥) فواضح، و إلا اعتبر سبق الطويل بأكثر من القدر الزائد (٦)، و لو سبق بأقل من قدر الزائد فالقصير هو السابق (٧).

و فى عباره كثير أن السابق يحصل بالعنق و الكتد معا، و هو بفتح الفوقانيه أشهر من كسرهما: مجمع الكتفين بين أصل العنق و الظهر، و عليه يسقط اعتبار (١) جرت عاده الفقهاء بذكر أسماء العشره من الخيل التى جرت فى الحلبه من الأول إلى العاشر، فالسابق هو الذى أحرز سبق، و كان الأول، إلا أنه وقع الخلاف بينهم فى المقدار الذى يسبق به الثانى.

فالمشهور أن السابق هو المتقدم بالعنق و الكتد، أما العنق فواضح معناه، و أما الكتد بفتح التاء و كسرهما، هو العالى بين أصل العنق و الظهر، و يعبر عنه بالكاهل.

و عن ابن الجنيده الاكتفاء بالأذن لتحقق سبق، لقول النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم (بعثت و الساعه كفرسى رهان، كاد أحدهما أن يسبق الآخر بإذنه) (١)، و أوجب بالحمل على المبالغه نحو قوله صَلَّى الله عليه و آله و سلم:

(من بنى مسجدا كمفحص قطاه بنى الله له بيتا فى الجنة) (٢)، مع امتناع بناء مسجدا كذلك، و كذا قد يكون أحد الفرسين هو السابق فيرفع رأسه فيتقدم الآخر عليه بأذنه.

و فى كلا القولين إشكال من حيثيه عدم ثبوت معنى خاص للسبق عند الشارع، فلا يجب على الفقيه تشخيصه، و إنما هو راجع إلى العرف أو إلى تعيين المتراهنين.

(٢) أى بعض العنق، و لم يعرف قائله.

(٣) إن ساعد عليه العرف و العاده كما قيده صاحب الرياض.

(٤) و سبق أحدهما الآخر ببعض العنق فيتحقق سبق.

(٥) أى سبق الأقصر ببعض عنقه فأیضا يتحقق سبق، و أما الأطول عنقا فلا بد أن يسبق الأقصر بما يوازى التفاوت بين العنقين و زياده، حتى يتحقق أنه سبقه ببعض عنقه.

(٦) القدر الزائد بينهما، و الأكثر هو الزيادة.

(٧) أى لو سبق الطويل القصير ببعض ما يوازى التفاوت بين العنقين، فالقصير هو السابق، لأنه لو كانا متساويين فى غايه المسافه لوجب أن يكون الطويل أسبق من القصير بما يوازى التفاوت بين العنقين، فلو كان دون التفاوت فالقصير أسبق.

-
- ١- (١) الجواهر ج ٢٨ ص ٢١٣، و التذكرة ج ٢ ص ٣٦٠.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أحكام المساجد حديث ٢.

بعض العنق، وقد يتفق السبق بالكتد وحده كما لو قصر عنق السابق به (١)، أو رفع أحد الفرسين عنقه بحيث لم يمكن اعتباره به (٢)، و بالقوائم (٣) فالمتقدم بيديه عند الغايه سابق، لأن السبق يحصل بهما (٤) و الجرى عليهما.

و الأولى حينئذ (٥) تعيين السبق بأحد الأربعة (٦) و مع الإطلاق (٧) يتجه الاكتفاء بأحدها، لدلاله العرف عليه، و يطلق على السابق المجلى (٨).

(و المصلى (٩) هو الذى يحاذى رأسه صلوى السابق و هما (١٠): العظمان النابتان عن يمين الذنب و شماله)، و التالى (١١) هو الثالث، و البارع (١٢) الرابع، و المرتاح (١٣) الخامس، و الحظى (١٤) السادس، و العاطف (١٥) السابع، و المؤمل (١٦) مبنيا للفاعل (١) بالكتد، لضخامه الكتد و نحافه العنق مع قصره.

(٢) أى لم يمكن اعتبار السبق بالعنق.

(٣) المقصود منها خصوص اليدين.

(٤) بيديه.

(٥) أى حين القول بحصول السبق بغير العنق من الأمور الثلاثة.

(٦) و هى العنق، و الكتد، و العنق و الكتد معا، و القوائم.

(٧) أى مع عدم التعيين، و قد عرفت أن المدار على مقصود المتراهنين، و مع عدمه فالعرف، و العرف مختلف من زمان إلى آخر، و من مكان إلى آخر أيضا، و منه تعرف ضعف ما فى كلام الشارح.

(٨) قد عرفت أن دينهم على ذكر أسماء الخيل العشره التى تأتى بحسب الترتيب، فيطلق على الأول السابق و المجلى.

(٩) و هو اسم الثانى الذى يحاذى رأسه صلوى السابق، و الصلوى قد شرحها الشارح فى روضته.

(١٠) أى الصلوان.

(١١) لأنه تالى الثانى، من تلى الشىء يتلوه، أى يأتى بعده.

(١٢) من برع إذا فاق أصحابه.

(١٣) من الارتياح و النشاط، فكأنه نشط فلحق بالسوابق التى قبله.

(١٤) لأنه حظى عند صاحبه فصار ذا حظوه عنده، لأنه لحق بالسوابق.

(١٥) من العطف بمعنى الميل، أى مال إلى السوابق، أو من العطف بمعنى الكر، أى كثر عليها فلحقها.

(١٦) لأنه يأمل اللحوق.

ص: ٥٥٢

الثامن، و اللطيم (١) بفتح أوله و كسر ثانيه التاسع، و السكيت (٢) بضم السين ففتح الكاف العاشر، و الفسكل (٣) بكسر الفاء فسكون السين فكسر الكاف، أو بضمهما كقنفذ الأخير.

و تظهر الفائدة فيما لو شرط للمجلى مالا، و للمصلى أقل منه، و هكذا إلى العاشر.

في ما يشترط في الرمي و ما لا يشترط

(و يشترط في الرمي معرفه الرشق (٤) بكسر الراء و هو عدد الرمي الذي يتفقان عليه (كعشرين، و عدد الإصابه (٥) (١) ككريم، لأنه يلطم على وجهه بباطن الراحه ليلحق بأصحابه، أو لأنه يلتطم بالسوابق إذا أراد الدخول معها.

(٢) مصغرا مخففا ككميت، و يجوز تشديد الكاف، سمي به لسكون صاحبه إذا قيل لمن هذا؟ لأنه يجيء في أواخر الخيل.

(٣) يقال للعاشر و ما يأتي بعده، و قال الشارح في المسالك: (و قيل إن السكيت هو الفسكل، و هو آخر فرس يجيء في الرهان) انتهى.

(٤) قد تقدم جواز المسابقه على النصل، و هو يشمل السهم، و السهم يستعمل للرمي، فتصح المسابقه في الرمي و الرمايه، و الرمي مشروط بالعلم بسته أمور: الأول: الرشق، و الثاني:

عدد الإصابه، و الثالث: صفه الإصابه، و الرابع: قدر المسافه، و الخامس: الغرض، و السادس: السبق، بالإضافة إلى تماثل جنس الآله التي يتحقق بها الرمي.

أما الأول: و هو الرشق بالكسر، و هو عدد الرمي، أي عدد ما يرمى به من السهام، فيقال: رمى رشقا، أي رمى بسهامه التي يريد رميها كلها، و مثاله: ما لو حصل الاتفاق على خمسه خمسه، فكل خمسه يقال لها رشق، و عن بعض أهل اللغه تخصيصه بما بين العشرين و الثلاثين.

و أما الرشق بالفتح فهو مصدر فيقال: رشقه رشقا، إذا رماه بالسهم، و اعتبار العلم بالرشق، لأنه العمل المقصود و المقصود عليه، إذ لو لم يعين الرشق لطلب المسبوق تعدد الرمي حتى تحصل الإصابه، و قد يمتنع الآخر فيفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارح خلافه.

(٥) هذا هو الشرط الثاني، و المراد منه كخمس إصابات من عشرين رميه، لأن استحقاق السبق بالإصابه لا بالرمي، و بالإصابات يتبين حذق الرامي و جوده رميه فيعتبر العلم بها، و عليه فلو عقدا على أن يكون المناضل هو الأكثر إصابه من غير بيان العدد من الإصابات

كعشره منها (١) (وصفتها (٢) من المارق (٣) و هو الذى يخرج من الغرض نافذا و يقع من ورائه، (و الخاسق) (٤) بالمعجمه و المهمله (٥)، و هو الذى يثقب الغرض و يقف فيه، (و الخازق) (٦) بالمعجمه و الزاى. و هو ما خدشه و لم يثقبه.

و قيل: ثقبه و لم يثبت فيه، (و الخاصل) (٧) بالخاء المعجمه الصاد و المهمله، و هو يطلق على القارع، و هو ما أصاب الغرض و لم يؤثر فيه، و على الخارق (٨)، لم يصح للغرر المفضى إلى التنازع المعلوم من حكمه الشارع خلافه، كالمسابقه على خيل إلى غير غايه.

(١) العشره مثال لعدد الإصابه، و منها أى من العشرين، فيجعل عدد الإصابه عشره من عشرين رميه.

(٢) هذا هو الشرط الثالث، و المعنى صفه الإصابه، و صفات الإصابه على أقسام، ذكر العلامه فى التحرير ست عشره صفه، و فى كتاب فقه اللغة تسعه عشر اسما، و يقتصر فى الفقه عاده على ستة أسماء منها و هى: المارق و الخاسق و الخازق و الحابى و الخاصر و الخارم، و سيأتى التعرض لمعناها.

و على كل فاشترط العلم بصفه الإصابه، لاختلاف الأغراض فيها، و اختلافها شده و ضعفا، فقد يقدر بعضهم على بعضها أزيد من الآخر، فيكون ترك التعيين غررا، و مفضيا للتنازع.

و قيل: لا- يشترط، لأن عقد الرمي عند عدم ذكر صفه الإصابه محمول على الإطلاق أى مطلق الإصابه، و لأن الإصابه كيفما وقعت هى المقصوده، و لأصاله البراءه من التعيين مع حصول أصل الإصابه، و معه لا يكون غررا.

(٣) هو الذى يخرج من الغرض نافذا، فيكون قد مرق فيه، و منه المارقين فى الدين صفه للخوارج.

(٤) ما ثقب الغرض و ثبت فيه.

(٥) المعجمه للخاء و المهمله للسين.

(٦) ما خدشه و لم يثبت فيه و هو للمحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير و القواعد، و عن أهل اللغة ثقبه و لم يثبت فيه.

(٧) هو القارع، المصيب للغرض كيف كان فى المسالك.

(٨) أى و يطلق الخاصل على الخارق، و الخارق هو ما شقّ الغرض سواء سقط منه أم لا، و سواء ثبت فيه أم لا، و عن المحقق فى الشرائع أن الخارق هو الخاسق، و قد تقدم معناه.

و على الخاسق و قد عرفتهما (١)، و على المصيب (٢) له (٣) كيف كان،(و غيرها) من الأوصاف كالخاصر (٤) و هو ما أصاب أحد جانبيه (٥)، و الخارم (٦) و هو الذى يخرم حاشيته، و الحابى (٧) و هو الواقع دونه (٨) ثم يحبو إليه مأخوذ من حبو الصبى، و يقال (٩): على ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب إليه فأصابه و هو المزدلف، و القارع و هو الذى يصيبه بلا خدش.

و مقتضى اشتراطه (١٠) تعيين الصفه بطلان العقد بدونه (١١)، و هو أحد القولين، لاختلاف النوع الموجب للغرر.

و قيل: يحمل على أخير ما ذكره (١٢) بمعناه الأخير. و هو الأقوى، لأنه (١٣) القدر المشترك بين الجميع فيحمل الإطلاق عليه، و لأصالة البراءة من وجوب (١) لم يتقدم معنى الخارق، إلا أن يكون مراده الخارق بالزاء.

(٢) أى و يطلق الخاصل على المصيب للغرض كيفما كان.

(٣) للغرض.

(٤) مأخوذ من الخاصره، و هى فى أحد جانبي الإنسان، سمى به لإصابته أحد جانبي الغرض.

(٥) أى جانبي الغرض.

(٦) ما يخرم حاشيه الغرض.

(٧) هو ما زلج و زلق على الأرض ثم أصاب الغرض، بمعنى أنه يقع دون الهدف ثم يحبو إلى الغرض فيصيبه، مأخوذ من حبو الصبى.

(٨) دون الغرض.

(٩) أى و يطلق الحابى على المزدلف، و المزدلف هو الذى يضرب الأرض ثم يثب إلى الغرض، و الترادف ظاهر القواعد، و غيره فرّق بينهما، لأن الحابى يثب إلى الغرض بضعف بخلاف المزدلف فإنه بقوه.

(١٠) أى اشتراط المصنف.

(١١) أى بدون التعيين.

(١٢) أى على الاسم الأخير الذى ذكره المصنف، و هو الخاصل بمعناه الأخير، و هو المصيب للغرض كيف كان.

(١٣) أى المصيب للغرض كيف كان.

التعيين، و لأن اسم الإصابه واقع على الجميع فيكفى اشتراطه (١)، و لا غرر حيث يعلم من الإطلاق الدلاله على المشترك.

(٢) و قدر المسافه إما بالمشاهده، أو بالتقدير كمائه ذراع، لاختلاف الإصابه بالقرب و البعد،(و) قدر (الغرض) (٣) و هو ما يقصد إصابته من قرطاس (٤)، أو جلد، أو غيرهما، لاختلافه بالسعه و الضيق.

و يشترط العلم بوضعه (٥) من الهدف، و هو ما يجعل فيه الغرض من تراب (٦)، و غيره، لاختلافه (٧) فى الرفعه، و الانحطاط الموجب لاختلاف الإصابه،(و السبق) (٨) و هو العوض،(و تماثل (٩) جنس الآله) أى نوعها الخاص (١) أى اشتراط اسم الإصابه.

(٢) هذا هو الشرط الرابع، و قدر المسافه التى يرميان فيها، و هى ما بين موقف الرامى و الهدف، لأن الإصابه تكثر مع قرب المسافه و تقل مع بعدها، و الأغراض تختلف باختلافها، و التعيين يرفع الغرر و يكشف الحال.

و التعيين يتم بأمرين إما بالمشاهده و إما بذكر المسافه، و عليه فلو عينا مسافه لا يحتمل إصابتهما منها بطل، لعدم الفائده حينئذ.

(٣) هذا هو الشرط الخامس، فالغرض هو المقصود بالإصابه، و يحصل العلم به بأمرين:

الأول: بموضعه من الهدف، بارتفاعه و انخفاضه من الهدف.

الثانى: قدره فى ضيقه وسعته من الهدف، لأن الإصابه فى الواسع أكثر منها فى الضيق.

(٤) من نشويه، و المعنى أن الغرض هو القرطاس أو الجلد.

(٥) بوضع الغرض من الهدف، و الهدف هو ما يجعل فيه الغرض.

(٦) من نشويه، متعلق بالهدف، أى و الهدف من تراب و نحوه الذى يجعل فيه الغرض من قرطاس و نحوه.

(٧) أى لاختلاف الغرض، و هذا تعليل لاشتراط العلم بوضع الغرض من الهدف.

(٨) بالتحريك و هو العوض، و هذا هو الشرط السادس، و يشترط العلم بقدر السبق و العوض المبدول حذرا من الغرر فى المعامله، كغيره من الأعواض.

(٩) أى و يشترط التماثل فى النوع، و المراد من الجنس هنا النوع، بل الصنف، و لذا قال فى المسالك: (فالمراد بتماثل جنس الآله تماثل ما يتراميان به من القوس فى الصنف، كالعربى الخالص) انتهى.

كالقوس العربي، أو المنسوب إلى وضع خاص، لاختلاف الرمي باختلافها (لا شخصها (١)، لعدم الفائدة بعد تعيين النوع، و لأدائه إلى التضييق بعروض مانع من المعين يحوج إلى إبداله.

بل قيل: إنه لو عينه لم يتعين، و جاز الإبدال، و فسد الشرط، و شمل إطلاق الآله القوس، و السهم، و غيرهما (٢). و قد ذكر جماعه (٣) أنه لا يشترط تعيين السهم، لعدم الاختلاف الفاحش الموجب لاختلاف الرمي، بخلاف القوس (٤).

و أنه لو لم يعين جنس الآله (٥) انصرف إلى الأغلب عادة، لأنه جار مجرى التقييد لفظاً، فإن اضطربت (٦) فسد العقد، للغرر.

و الدليل على اشتراط التماثل أن الرمي مختلف باختلاف أصناف الآله، فيجب ضبطه حذراً من الجهالة، لأن اختلافها بمنزله اختلاف الحيوان في السيف كالخيل و البقال.

و قيل: و لم يعرف قائله، لا- يشترط التعيين و لا- يضّر اختلاف الصنف، فيجوز إطلاق العقد، فإن كان هناك عرف فيحمل الإطلاق عليه، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، و مع اضطراب العرف و تعدده يفسد العقد.

(١) أى شخص الآله: أى لا- يشترط تعيين شخص الآله، بل عن المحقق الثانى كما فى الرياض الإطباق عليه، لعدم الفائدة فى تعيين الشخص بعد تعيين الصنف، و لأنه قد يعرض للشخص من المعين أحوال خفيه يحوجه إلى الإبدال، و قيل: و لم يعرف القائل أيضاً، أنه لو عينه لم يتعين، كما لو عين المكيل فى السلم فلا يتعين، و المشهور على أنه مع الشرط يتعين و على قول غير المشهور فهل يفسد العقد بتعيينه و جهان.

الأول: الفساد كما عن العلامة فى التذكرة، لأنه شرط فاسد، و شأن كل شرط فاسد أن يفسد العقد.

الثانى: عدم الفساد، لأنه مع فساد الشرط يكون كالعدم، بل يكون ذكره لغواً، فهو كضمّ الحجر إلى جنب الإنسان، و هو اختيار العلامة فى القواعد و جماعه.

(٢) كالنشاب و الرمح.

(٣) لم ينقل فى كتب الخاصه هذا الخلاف، كالجواهر و المسالك و الرياض و المختلف.

(٤) لأن أشخاصها مختلفه، فيجب تعيين الصنف حينئذ.

(٥) مال إليه فى المسالك.

(٦) أى العاده، هذا و تماثل جنس الآله لم يندرج فى الشروط، لأن التماثل مما يفتقر إليه العقد، لا مما يجب أن يعلم بخلاف الستة السابقه فإنها مما يجب أن يعلم.

(و لا يشترط) (١) (١)المبادره و المحاطه قسمان من الرمى، أما المبادره فهى أن يتفقا على رمى عدد معين كعشرين مثلا، و من بدر إلى إصابه عدد معين من العشرين كخمسه فقد ناضل و سابق صاحبه الذى لم يصب الخمسه، و بعباره أخرى أن يتفقا على إصابه خمسه من عشرين رمية، فمن أصاب الخمسه قبل الآخر فهو الذى أحرز النضال و إن لم يكمل العشرين.

و أما المحاطه، بالتشديد، أن يتفقا على عدد الرميات، و هى عشرون، و تطرح عدد الإصابات من كلا الجانبين، و من زاد فهو الذى ناضل و أحرز السبق على الآخر، و عليه فيجب إكمال العشرين.

إذا تقرر ذلك فتاره يشترط فى العقد المبادره و أخرى المحاطه و ثالثه الإطلاق.

فإذا اشترطت المبادره فى العقد، و الرشق عشرون و الإصابه خمسه، ثم رمى كل واحد منهما عشره فأصاب كل منهما خمسه من العشره، فقد تساويا فى الإصابه و الرمى، و لم يتحقق السبق، و لا يجب الإكمال، لأنه لو وجب رجاء السبق فى الباقي لخرج عن وضع المبادره إلى المحاطه، و هو خلاف المفروض.

و لو أصاب أحدهما خمسه فى العشره الأول، و الثانى أصاب أربعة، فقد سبق صاحب الخمسه صاحبه، و لو سئل إكمال العدد لم يجب، و إلا لو وجب لخرج عن وضع المبادره إلى المحاطه.

و لو شرطت المحاطه فى العقد، فرمى كل واحد منهما عشره و أصاب كل واحد منهما خمسه، تحاطا خمسه بخمسه و أكتملا الرشق إلى تمام العشرين، لأنه يرجى لكل منهما السبق فى الباقي.

نعم لو رمى أحدهما عددا كخمسه عشر فأصابها بتمامها، و الآخر أصاب منها خمسه، فلا يجب الإكمال، لأن الباقي خمسه فلو أصابها صاحب الأقل و أخطأها صاحب الأ-كثر لبقى صاحب الأكثر سابقا، و عليه فلو طالب صاحب الأقل الإكمال حينئذ فلا يجب الإكمال على صاحب الأكثر.

و منه يتبين أنه لو كان فى الباقي فائده للمسبوق بأن يحقق السبق على صاحبه، أو التساوى معه ليمنعه من التفرد، فيجب على السابق الإجابة عند طلب الإكمال.

أما لو كان العقد مطلقا، فهل يحمل على المبادره أو المحاطه، فيه خلاف بين الأصحاب من ناحيتين:

الأولى: هى يجب تعيين أحدهما فى العقد أو لا، ذهب العلامة فى التذكرة إلى اشتراط تعيين أحدهما فى العقد، لأن حكم كل واحده منهما مخالف للأخرى، فإن أهمل العقد من الاشتراط بطل للغرر، لأن الأغراض متفاوتة، فمن الرماه من يكثر إصابته فى الابتداء و يقل فى الانتهاء فيفنده المبادره، و منهم من يقل إصابته فى الابتداء و يكثر فى

تعيين (المبادره) (١) و هي (٢) اشتراط استحقاق العوض لمن بدر إلى إصابه عدد معين من مقدار رشق معين مع تساويهما (٣) في الرشق، كخمسه من عشرين، (و لا المحاطه) (٤) و هي (٥) اشتراط استحقاقه (٦) لمن خلص له من الإصابه عدد معلوم بعد مقابله إصابات أحدهما بإصابات الآخر و طرح ما اشتركا فيه.

(و يحمل المطلق على المحاطه)، لأن اشتراط السبق إنما يكون لإصابه معينه (٧) من أصل العدد (٨) المشترط في العقد (٩)، و ذلك يقتضى إكمال العدد كله لتكون الإصابه المعينه منه (١٠)، و بالمبادره قد لا يفتقر إلى الإكمال (١١) فإنهما إذا اشترطا رشق عشرين و إصابه خمسه فرمى كل واحد عشره فأصاب أحدهما خمسه، و الآخر أربعة مثلاً فقد نضله (١٢) صاحب الخمسه (١٣)، و لا يجب عليه الإكمال (١٤) الانتهاء فيفيده المحاطه، و استجوده الشارح في المسالك.

و ذهب غيرهما إلى عدم الاشتراط، لأصالة العدم مع انتفاء الدليل على الاشتراط.

الثانيه: إذا صح الإطلاق فهل يحمل على المحاطه أو المبادره على قولين، أشهرهما أنه يحمل على المحاطه، لأن اشتراط السبق في العقد إنما يكون في الإصابات المعينه من أصل العدد و الرشق، و هذا يقتضى وجوب إكمال العدد، و هو معنى المحاطه.

و قيل: يحمل الإطلاق على المبادره، لأنها الغالب في المناضله.

(١) لأصالة عدم الاشتراط.

(٢) أى المبادره.

(٣) أى تساوى المترايين.

(٤) أى و لا يشترط تعيين المحاطه في العقد، لأصالة عدم الاشتراط.

(٥) أى المحاطه.

(٦) أى استحقاق العوض.

(٧) أى لإصابه عدد معين.

(٨) أصل الرشق.

(٩) عقد المسابقه.

(١٠) من أصل العدد.

(١١) أى إكمال العدد.

(١٢) أى سبقه.

(١٣) على نحو المبادره.

(١٤) أى لا يجب على السابق الإكمال، و إلا لخرج عن كونه مبادره إلى المحاطه.

ص: ٥٥٩

بخلاف ما لو شرطاً المحاطه، فإنهما يتحاطان أربعه بأربعه و يبقى لصاحب الخمسه واحد. و يجب الإكمال، لاحتمال اختصاص كل واحد (١) بإصابه خمسه فيما يبقى.

وقيل: يحمل على المبادره (٢)، لأنه (٣) المتبادر من إطلاق السبق لمن أصاب عددا معينا، و عدم وجوب الإكمال مشترك بينهما (٤)، فإنه (٥) قد لا- يجب الإكمال فى المحاطه على بعض الوجوه، كما إذا انتفت فائدته (٦)، للعلم باختصاص المصيب بالمشروط على كل تقدير (٧)، بأن رمى أحدهما فى المثال خمسه عشر فأصابها، و رماها (٨) الآخر فأصاب خمسه فإذا تحاطا خمسه بخمسه بقى للآخر عشره، و غايه ما يتفق مع الإكمال أن يخطئ صاحب العشره الخمسه و يصيبها الآخر فيبقى له (٩) فضل خمسه و هى الشرط (١٠).

و ما اختاره (١١) المصنف أقوى، لأنه (١٢) المتبادر، و ما ادعى منه (١٣) فى المبادره غير متبادر، و وجوب الإكمال فيها (١٤) أغلب، فتكثر الفائده (١٥) التى (١) أى كل واحد من المتراميين.

(٢) لأنها الغالب فى الرمى.

(٣) أى البدار.

(٤) بين المبادره و المحاطه، أما عدم وجوب الإكمال فى المبادره فواضح، و أما عدم وجوب الإكمال فى المحاطه فهو فى ما لم يكن للمسبوق احتمال السبق فى الباقى.

(٥) أى الشأن و الواقع.

(٦) فائده الإكمال.

(٧) أكمل العدد أو لا.

(٨) أى خمسه عشر.

(٩) لصاحب العشره.

(١٠) أى الخمسه هى الشرط، هذا إذا شرط فى المحاطه أن يسبق أحدهما الآخر بخمسه بعد المحاطه، لأنه لا يجب ذكر عدد، بل يكفى أن يسبق أحدهما الآخر و لو بواحد بعد المحاطه.

(١١) من حمل الإطلاق على المحاطه.

(١٢) أى ما اختاره المصنف من حمل الإطلاق على المحاطه.

(١٣) من عقد السبق عند إطلاقه.

(١٤) في المحاطة.

(١٥) وهي كثرة الرمي الموجبه للتمرن.

ص: ٥٦٠

بسببها شرعت المعامله، و لو عيّنا أحدهما كان أولى.

فى العوض

(فإذا تمّ النضال) و هو المرماه. و تمامه بتحقق (١) الإصابه المشروطه لإحدهما (٢)، سواء أتمّ العدد أجمع (٣) أم لا (٤) (ملك الناضل) و هو الذى غلب الآخر (العوض) (٥)، سواء جعلناه (٦) لازما كالإجاره أم جعله (٧).

أما الأول (٨) فلأنّ العوض فى الإجاره و إن كان (٩) يملك بالعقد (١٠) إلا أنه (١١) (١) الباء للسبب.

(٢) أى بتحقق الإصابه المشروطه فى ضمن الرشق على نحو المبادره أو المحاطه لأحد المتراميين.

(٣) كما فى المحاطه.

(٤) كما فى المبادره.

(٥) إذا تمّ النضال يملك صاحب الأكثر العوض بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه مقتضى العقد المحكوم بصحته شرعا.

(٦) أى عقد المسابقه.

(٧) إشاره إلى إشكال، و هو: إن الشروع فى الرمى ما لم تتحقق الإصابه المشروطه لا يوجب تملك العوض، و هذا على خلاف الإجاره من أن العوض يملك بالعقد فكيف ذهب بعضهم إلى أن عقد المسابقه إجاره، و أن تحقق الإصابه المشروطه موجب لتملك العوض و إن لم يكمل العدد من الرشق و هذا على خلاف الجعاله من أن العوض يملك بتمام العمل، فكيف ذهب بعضهم إلى جعل عقد المسابقه جعاله.

و التزاما بالإشكال و بغيره ذهب بعضهم و منهم الشارح فى المسالك إلى أن عقد المسابقه عقد مستقل برأسه و إن شابه الإجاره و الجعاله ببعض أحكامهما.

(٨) أى إذا كان لازما، هذا و اعلم أن الإشكال له شقان، شق على جعل العقد إجاره و شق على جعله جعاله، و أراد الشارح دفع الإشكال بشقه الأول، و حاصل الدفع أن العوض فى المسابقه للغالب، و لا- يعرف الغالب إلا بتحقيق الإصابه، فلذا لم يملك العوض بمجرد العقد، و الدفع عليل لأنّ العقد لو كان إجاره لوجب القول أن الغالب منهما يملك العوض بمجرد العقد، و ينكشف الغالب عند تحقق الإصابه.

(٩) أى العوض.

(١٠) أى عقد الإجاره.

(١١) أى العوض.

هنا (١) لئما كان (٢) للغالب (٣)، و هو (٤) غير معلوم، بل يمكن عدمه (٥) أصلا (٦) توقف الملك (٧) على ظهوره (٨)، و جاز (٩) كونه (١٠) لازما برأسه (١١) يخالف الإجاره فى هذا المعنى (١٢)، و أما على الجعالة (١٣) فلأن المال إنما يملك فيها (١٤) بتمام العمل (١٥).

و جواز الرهن عليه (١٦) قبل ذلك (١٧) و ضمانه (١٨)، (١) فى المسابقة.

(٢) أى العوض.

(٣) من المترامين.

(٤) أى الغالب.

(٥) عدم الغالب عند تساويهما.

(٦) أى واقعا، و فى هذه الصورة لو كان العقد إجاره و العوض يملك بالعقد كما هو مبنى الإشكال لكان عند التساوى ينكشف أن العوض لم يملك لواحد منهما.

(٧) أى ملك العوض.

(٨) أى ظهور الغالب، و ظهوره عند تحقق الإصابه، فلذا كان تحقق الإصابه موجبا للملك، و قد عرفت ضعف هذا الرد.

(٩) جواب ثان عن الإشكال بشقه الأول، و هو الالتزام بكون المسابقه عقدا برأسه و إن شابه الإجاره ببعض أحكامها.

(١٠) أى كون السبق.

(١١) أى عقدا مستقلا.

(١٢) من تملك العوض عند ظهور الغالب.

(١٣) دفع للإشكال بشقه الثانى المبنى على كون السبق جعالة، و حاصل الدفع أن العوض فى الجعالة متوقف على تمام العمل، و تمام العمل فى السبق ليس الرشق بل تحقق الإصابه المعينه من الرشق، و قد تحققت بحسب الفرض، فلا خلاف بين عقد السبق و الجعالة.

(١٤) فى الجعالة.

(١٥) و هو الإصابه المعينه لا الرشق فى عقد المسابقه.

(١٦) على العوض.

(١٧) قبل تمام العمل.

(١٨) عطف على الرهن، هذا إشكال على كون العقد جعالة، و حاصله أن العقد لو كان الجعالة فالعوض لا يثبت إلا بعد تمام العمل مع أنه يجوز الرهن و الضمان على العوض قبل تمام

ص: ٥٦٢

نظرا (١) إلى وجود السبب المملّك و هو العقد.

و هذا (٢) يتم فى الرهن، أما فى الضمان فىشكل (٣) بأن مجرد السبب غير كاف (٤)، كيف و يمكن تخلفه (٥) بعدم الإصابه، فليس بتام (٦).

و هذا (٧) مما يرجح كونه (٨) جعاله.

(و إذا نضل أحدهما صاحبه) بشىء (فصالحه (٩) على ترك النضل لم يصح)، العمل فى عقد المسابقه، و قد تقدم أن الرهن و الضمان إنما هما على المال الثابت له فى الذمه، و لما جاز الرهن و الضمان على العوض قبل تمام العمل فى عقد المسابقه كشف عن كون العوض ثابتا للمناضل بسبب العقد.

(١)عله للجواز.

(٢)جواب عن الإشكال المذكور و حاصله أن الإشكال المذكور و حاصله إن الإشكال يتم فى الرهن، و أما فى الضمان فلا.

و فيه أن هذا تفكيك بين الضمان و الرهن، و هذا مخالف لما صرّح به الشارح فى كتاب الضمان من عدم الفرق بينهما من ناحيه المتعلق، لأن الماتن قال هناك: و المال المضمون ما جاز أخذ الرهن عليه، و قال الشارح: و هو المال الثابت فى الذمه.

و إذا ثبت أن متعلق الرهن لا بدّ أن يكون ثابتا فى الذمه فكيف حكم الشارح هنا بجواز الرهن على عوض المسابقه بمجرد العقد مع أنه لا يملكه المناضل و لا يثبت فى ذمه الباذل إلا بعد تماميه العمل.

(٣)أى جواز الضمان على العوض بمجرد العقد.

(٤)أى غير كاف فى ثبوت العوض حتى يصح ضمانه.

(٥)أى تخلف سبب تملك العوض عند عدم الغلبه، و ذلك عند تساويهما، و هو يأتى فى الرهن عليه أيضا.

(٦)أى الإشكال السابق من جواز ضمان العوض قبل تمام العمل ليس بتام، و قد عرفت أن جواز الرهن عليه كذلك ليس بتام.

(٧)أى حكم المصنف من تملك المناضل للعوض عند تماميه العمل.

(٨)أى كون عقد السبق.

(٩)بحيث قال المسبوق للسابق: اطرح الفضل بكذا من المال حتى يتساويا، فعن المشهور عدم الجواز، لمنافاته لغرض العقد، و هو التسابق، و لمخالفته للحكمه المسوّغه للعقد، و هى الحضّ على التمرن و لا يكون إلا بأصل الفوز.

لأنه (١) مفوّت للغرض (٢) من المناضله، أو مخالف لوضعها (٣) (و لو ظهر استحقاق العوض (٤) و توقف المحقق فى الشرائع، لأن المال هنا فى الصلح على عمل محلّل فيندرج تحت عموم أوّفوا (١)، و المنع لانحصار المقصود بالنضال بالحث على التمرن، إذ يجوز النضال لكسب المال، و لكونه شرطاً سائغاً فيندرج تحت عموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢).

(١) أى الصلح على ترك النضل.

(٢) و هو التسابق و إبانة حذق الرامى و جوده رميه.

(٣) أى وضع المناضله، لأنها شرعت لإظهار الغالب.

(٤) لو فسد العقد قبل العمل بأن كان العوض خمراً أو مجهولاً فعن الشيخ و المحقق و الشهيد أنه لا شىء للسابق، فلا مسمى لفساد العقد، و لا- أجره المثل لأن السابق لم يعمل للبازل و لم يعد نفع عمله على البازل، بل عمل لنفسه، بخلاف العامل فى الإجاره و الجعالة الفاسدين، فالعامل يرجع إلى أجره المثل، لرجوع العمل للمستأجر و الجاعل.

و عن العلامة و المحقق الثانى و جماعه أن السابق يرجع إلى أجره المثل لأنه عقد استحق المسمى فى صحيحه، و ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و لا نسلم أن وجوب أجره المثل فى العقود الفاسده لرجوع العمل إلى المستأجر و الجاعل، لأن العمل فى المضاربه قد لا ينتفع بها المالك عند عدم الربح، و مع ذلك يكون العمل مضموناً عليه لو تبين فساد العقد.

و فى دليل كل منهما نظر، لأن الفرق بين العقود الفاسده كالإجاره و الجعالة التى حكم فيها بأجره المثل و بين عقد المسابقه أن فى الإجاره و الجعالة قد أمر العامل بالعمل فى قبالة عوض، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد ينتقل إلى أجره المثل، لاحترام عمله بعد الأمر به،

و أما فى المسابقه فلا أمر على السابق بالعمل، لأن قول البازل: سابقتك على أن من سبق منّا فله كذا، ليس بأمر، فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد فعمله و إن كان محترماً لكن لم يؤمر به حتى يضمنه الأمر بأجره المثل، و منه تعرف ضعف كلا الدليلين، و إن اقتضى ما ذكرناه عدم ثبوت أجره المثل عند فساد عقد المسابقه.

و لو فسد العقد بعد إتمام العمل كما لو ظهر العوض المعين مستحقاً للغير، بحيث وقع العقد متزلزلاً و هو غير باطل، لأنه صحيح موقوف على إجاره مالك العوض، فلو لم يجز

ص: ٥٦٤

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

المعين (١) في العقد (٢) (وجب على الباذل مثله (٣) أو قيمته)، لأنهما أقرب إلى ما وقع التراضي عليه (٤) من العوض الفاسد كالصداق إذا ظهر فساده (٥)

و يشكل بأن استحقاق العوض (٦) المعين يقتضى فساد المعاملة كمنظائره (٧)، و ذلك (٨) يوجب الرجوع إلى أجره المثل، لا العوض الآخر (٩) المالك، و كان ذلك منه بعد تمام العمل فقد فسد العقد، فعن جماعه منهم المحقق فى الشرائع بل قيل هو المشهور أنه يجب على الباذل مثل العوض أو قيمته، لأن العقد لم يكن فاسدا من رأس، و عليه فقد تشخص العوض عند انعقاد العقد، فإذا طرأ الفساد على العقد لعدم إجازة مالك العوض و جب الرجوع إلى أقرب شىء إلى العوض، لأنه قد تشخص، و أقرب شىء إليه مثله إن كان مثليا و قيمته إن كان قيميا، كالصداق فى المهر إذا ظهر استحقاقه للغير.

و قيل: يجب أجره المثل هنا، لأن العوض المسمى إذا فات و جب قيمه العمل المبذول، و هذا يستدعى أجره المثل، و بالإضافة إلى أن المالك لو لم يجرز انفسخ العقد و بطل من رأس، لا من حين عدم الإجازة، فيصير العوض المعين كالمعدوم ابتداء و تكون مسألتنا كالمسألة السابقة و قد حكم فيها بأجره المثل.

(١) لأنه لو كان كليا فلا يبطل العقد، لأنه يجب على الباذل دفع مصداق الكلى من جيبه إن لم يجرز الغير فى المصداق المدفوع.

(٢) هذا إذا طرأ الفساد على العقد بعد تمام العمل، و ذلك فيما لو ظهر العوض المعين مستحقا للغير و لم يجرز المالك، و كان ذلك بعد إتمام العمل.

(٣) مثل العوض.

(٤) لأن العقد كان صحيحا قبل طريان الفساد، و هو موجب لتشخص العوض.

(٥) و أنه مستحق للغير.

(٦) من باب إضافة المصدر لمفعوله، أى استحقاق الغير للعوض.

(٧) أى نظائر عوض المسابقة، و هذه الأعواض لو ظهرت مستحقة للغير و لم يجرز المالك فتفسد المعاملة من رأس، لا من حين الفسخ و عليه فيرجع إلى أجره المثل لو كان هناك أمر بالعمل، و أما فى مفروض مسألتنا فلا أمر بالعمل، فيجب أن لا يثبت له شىء من أجره المثل كما لو كان العقد فاسدا قبل تمام العمل، و عليه فحكم الشارح هنا بوجوب الرجوع إلى أجره المثل ليس فى محله.

(٨) أى الفساد.

(٩) و هو مثل العوض أو قيمته، و هو الآخر لأنه يثبت عند تعذر العوض المسمى.

نعم لو زادت أجره المثل عن مثل المعين، أو قيمته اتجه سقوط الزائد، لدخوله (١) على عدمه و هذا هو الأقوى. و المراد بأجره المثل هنا (٢) ما يبذل لذلك العمل الواقع من المستحق له (٣) عاده، فإن لم تستقر العاده على شيء رجع إلى الصلح (٤).

و ربما قيل (٥): بأنه أجره مثل الزمان الذى وقع العمل فيه، نظرا إلى أن ذلك أجره مثل الحر لو غصب تلك المده. و الأجود الأول (٦).

(١) أى دخول السابق على عدم الزائد، إذ أقدم على أن يسلم له العوض لا الزائد عليه.

(٢) فى عقد المسابقه و الرمايه ما يبذل بحسب العاده للسابق و الناضل فيما سبق به أو ناضل بملاحظه مجموع عمله، لا بخصوص ما زاد به على الآخر فقط.

(٣) متعلق بقوله: (ما يبذل) و المعنى: ما يبذل الذى يستحق العمل للعامل فى قبال عمله.

(٤) لعدم العاده مع خييره الصلح.

(٥) لم يعرف قائله.

(٦) و هو أجره مثل العمل، لأن الحر لا يضمن لا عينا و لا قيمه.

كتاب الجماله

اشاره

ص: ٥٦٧

في معناها و صيغتها

و هي لغة مال يجعل على فعل، و شرعا (٢) صيغه ثمرتها (٣) تحصيل المنفعة (٤) (١) بتثليث الجيم كما في المسالك و الكسر أشهرها، و اقتصر جماعه على الكسر فقط، كما اقتصر آخرون على الكسر و الفتح.

و هي على ما صرح به غير واحد كما في الجواهر اسم لما يجعل للإنسان على شيء يفعل، و المصدر الجعل بالفتح.

(٢) لا حقيقه لها في الشرع غير ما في اللغة، نعم لا تتحقق الجعالة إلا بإنشاء الالتزام بعوض على عمل محلل مقصور.

و على كل فلا- خلافا في مشروعيتها للإجماع على ذلك بين المسلمين مضافا إلى الكتاب و السنه، أما الكتاب فقوله تعالى حكاية عن يوسف: **وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ (١)** ، و أما السنه فأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان قال: (سمعت أبي سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا أسمع فقال: ربما أمرنا الرجل فيشترى لنا الأرض و الغلام و الدار و الجارية فنجعل له جعلا، قال عليه السلام: لا بأس) (٢).

(٣) أي ثمره العينه.

(٤) للجاعل.

ص: ٥٦٩

١- (١) سورة يوسف، الآية: ٢٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الجعالة حديث ١.

(بعوض مع عدم اشتراط العلم فيهما (١) أى فى العمل و العوض، كمن رد عبدى فله نصفه مع الجهاله به (٢) و بمكانه (٣)، و بهذا (٤) تتميز (٥) عن الإجاره على تحصيل (١) أى فى العمل و فى العوض، أما فى العمل فلا يشترط العلم به بلا خلاف فيه إلا من ابن حمزه فى الوسيله، لأن الغرض من مشروعيه الجعاله تحصيل الأعمال المجهوله غالباً، كردّ الآبق و لم يعلم مكانه، و كذا ردّ الدابه، فاغتفر الجهل فى العمل لمسيس الحاجه إلى ذلك.

و عن ابن حمزه اشتراط اليقين، و فيه: إنه مع الاشتراط المذكور لا يبقى مورد للجعاله إلا نادراً، و هذا مخالف لحكمه تشريعها، و مخالف للنصوص.

منها: خبر وهب بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن جعل الآبق و الضاله فقال: لا بأس) (١) مع أن العمل فى ردهما مجهول إذا لا يعلم مكانهما.

ثم إذا صحت الجعاله على المجهول فتصح على المعلوم بطريق أولى، و ما ذهب إليه بعض الشافعيه من اشتراط الجهل بالعمل، لأنه الثابت من شرعيتها ليس فى محله، و على ما تقدم فتصح الجعاله على المجهول كما لو قال: من ردّ عبدى فله كذا، و تصح على المعلوم كما لو قال: من خاط ثوبى هذا فله كذا.

و أما العوض فعلى المشهور اشتراط العلم به، لأنه يشترط العلم فى عوض الإجاره فكذا فى عوض الجعاله، و لأنه لا حاجه إلى احتمال الجهاله فى العوض بخلاف العمل، و لأنه لا يكاد يرغب أحد فى العمل إذا لم يعلم بالجعل فلا يحصل مقصود العقد، و على اشتراط العلم فلا بدّ أن يكون العوض معلوماً بالكيل أو بالوزن أو بالعدّ بحسب ما جرت به العاده فى معرفته، و عن بعضهم أنه يكفى فى العلم المشاهده.

و عن جماعه منهم العلامه فى التذكرة و المحقق الثانى عدم اشتراط العلم فى العوض، لأن الجعاله لما بنيت على الجهاله فى أحد العوضين الذى هو العمل فصار أمرها مبنيًا على احتمال الغرر فلا يضرها جهاله العوض، و لأنه كما تمسّ الحاجه إلى جهاله العمل قد تمسّ الحاجه إلى جهاله العوض، بأن لا يريد الجاعل أن يبذل غير المجعول عليه فيقول:

من يرّد عبدى فله نصفه.

(٢) أى بالعبد فيلزم جهاله العوض.

(٣) حال كونه آبقاً فيلزم جهاله العمل، و هو مثال لجهاله العمل و العوض معا.

(٤) من عدم اشتراط العلم فى العمل و العوض.

(٥) أى الجعاله.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الجعالة حديث ١. (فيه: عن علي بن جعفر عن أخيه أبي الحسن عليه السلام).

منفعه معينه (١)، لأن التعيين (٢) شرط فى الإجاره، و كذا عوضها (٣). أما عدم اشتراط العلم بالعمل هنا فموضع وفاق (٤)، و أما العوض ففيه خلاف يأتى تحقيقه.

فى ما يجوز عليه

(و يجوز (٥) على كل عمل محلل (٦) مقصود (٧) للعقلاء (غير واجب على العامل (٨) فلا يصح على الأعمال المحرمه كالزنا، و لا- على ما لا- غايه له معتدا بها عقلا كتنزف ماء البئر (٩)، و الذهاب ليلا- إلى بعض المواضع الخطيره و نحوهما مما يقصده العابثون. نعم لو كان الغرض به (١٠) التمرن على الشجاعه و إضعاف الوهم و نحوه من الأغراض المقصوده للعقلاء صح، و كذا لا يصح على الواجب عليه (١١) كالصلاه.

(و لا يفتقر إلى قبول (١٢) (١) و عليه أن يزيد: بعوض معين.

(٢) أى تعيين المنفعه.

(٣) أى عوض الإجاره فيشترط تعيينه.

(٤) و قد عرفت خلاف ابن حمزه فيه.

(٥) تذكير الضمير باعتبار الجعل بالفتح، لا باعتبار تأنيث الجعالة.

(٦) أى مباح بالمعنى الأعم فيشمل المستحب و المكروه، فلا يصح الجعل على المحرم كالزنا و شرب الخمر، لأنه محرم مع عدم العوض فمع العوض كذلك، و لأن بذل العوض إزاء المحرم سنه و هو منهى عنه.

(٧) أى مقصود فى نظر العقلاء على وجه يخرج عن كونه سفها، كما لو نقل و لو أمن ماء الفرات إلى دجله

(٨) لأنه لو كان واجبا فلا يجوز أخذ العوض عليه، لأنه واجب عليه على كل حال شرعا، و لحرمة أخذ الأجره عن الواجبات.

(٩) أى نزع مائه حيث لا غرض فى النزع.

(١٠) بالذهاب.

(١١) على العامل.

(١٢) اختلف الأصحاب فى كون الجعالة من العقود أو الإيقاعات، فعن العلامة فى التذكرة مدعى الإجماع و المحقق الثانى مدعى الاتفاق على أنها من العقود الجائزه، و عليه فتحتاج إلى القبول من العامل، لكن لا يشترط فيه أن يكون قبولا لفظيا، بل يكفى القبول الفعلى، و هو الشروع فى العمل مع الرضا الباطنى بالإيجاب، كما هو مقتضى القاعده فى العقود

لفظي (١)، بل يكفي فعل مقتضى الاستدعاء به (٢) (و لا إلى مخاطبه شخص معين (٣) فلو قال: من رد عبدى، أو خاط ثوبى) بصيغه العموم (فله كذا صح، أو فله مال، أو شىء) (٤)، و نحوهما من العوض المجهول (صح، إذ العلم بالعوض غير شرط فى تحقق الجعالة و إنما هو (٥) شرط فى تشخصه، و تعيينه (٦) فإن أراد) ذلك (التعيين فليذكر جنسه و قدره (٧)، و إلا) يذكره (٨)، أو ذكره و لم يعينه (ثبت بالرد (٩) أجره المثل).

و يشكل (١٠) بأن ثبوت أجره المثل لا- تقتضى صحه العقد، بل الجائزه، إذ لا- يشترط فيها ألفاظ مخصوصه فى الإيجاب و القبول.

و عن جماعه أنها من الإيقاعات، و هو المطابق لتعريفهم لها، حيث جعلوها التزاما بعوض على عمل، و هذا يكفي فيه الإيجاب، و لأنه لا يشترط تعيين العامل فى الإيجاب فلو قال: من ردّ علىّ عبدى فله كذا صح، و إذا لم يكن العامل معيّنًا فلا يتصور قبول.

(١) ظاهر المتن أنها من الإيقاعات فلا تحتاج إلى قبول لفظى و لا فعلى، و ظاهر الشرح عند ما قيّد القبول المنفى باللفظى أنها من العقود، و تحتاج إلى القبول و لو فعلا.

(٢) أى بالعوض و المعنى أن مقتضى الاستدعاء بالعوض هو العمل، و هذا يكفي فى قبول الجعالة.

(٣) لا- يشترط فى الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص معين، لأن الإيجاب فى الجعالة هو كل ما يدل على الاذن بالعمل و استدعائه بالعوض، فلا خلاف فيه، و لا فرق حينئذ بين قول الجاعل: من ردّ، و هو لم يخاطب معينا، و بين قوله: إن رددت علىّ، و قد خوطب به معين.

(٤) مما يقتضى الجهل فى العوض، لما تقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض كما هو مذهب غير المشهور.

(٥) أى العلم بالعوض.

(٦) أى تعيين العوض، لأنه مع عدم العلم لا يتعين العوض بجنسه و قدره.

(٧) بحسب الكيل و الوزن و العدّ، و قد تقدم الكلام فيه.

(٨) أى و إن لم يذكر العوض.

(٩) أى برد العبد يثبت أجره المثل، و ثبوت أجره المثل بالرد عند عدم تعيين العوض بالجهالة موطن اتفاق بينهم، لأن عمله محترم و لم يتبرع به فيثبت له أجره المثل.

(١٠) إشكال من الشارح على الماتن، حيث حكم الماتن بصحة الجعالة مع كون العلم بالعوض ليس بشرط، و حكم عند عدم ذكر العوض تثبت أجره المثل، و هما حكمان متناقضان.

هي (١) ظاهره في فساد (٢)، و إنما أوجبها (٣) الأمر بعمل له أجره عادة كما لو استدعاه و لم يعين عوضاً، إلا أن يقال: إن مثل ذلك (٤) يعد جعله أيضاً فإنها (٥) لا تنحصر في لفظ، و يرشد إليه (٦) اتفاقهم على الحكم (٧) من غير تعرض للبطلان.

و فيه (٨): أن الجعالة مستلزمه لجعل شيء، فإذا لم يذكره (٩) لا يتحقق مفهومها و إن ترتب عليها العوض (١٠)

و قيل (١١): إن كانت الجهالة (١٢) لا تمنع من التسليم لزم بالعمل العوض لأن الحكم بأجره المثل إنما يكون عند فساد العقد المتضمن للأمر بعمل ما، فأقدم العامل بسبب الأمر فإن لم يسلم له العوض لفساد العقد، و إن كان فساده لعدم ذكر العوض، فيرجع إلى أجره المثل لاحترام عمله.

و مع الحكم بأجره المثل الكاشفه عن فساد العقد عند عدم العوض كيف يحكم بصحته عند عدم ذكر العوض، مع أن عدم ذكر العوض موجب لفساد العقد الموجب لثبوت أجره المثل.

(١) أي أجره المثل.

(٢) فساد العقد.

(٣) أو جب أجره المثل.

(٤) أي مثل الأمر بعمل له أجره عادة، شروع في دفع الإشكال و حاصله أن الجعالة تتحقق بكل لفظ دال على الاذن بالفعل، و هنا الأمر بالعمل الذي له أجره عادة هو جعله، و إن ثبت فيها أجره المثل، و عليه فاجره المثل هنا لا تدل على فساد العقد حتى يأتي الإشكال.

(٥) أي الجعالة.

(٦) إلى كون الأمر بالعمل الذي له أجره هو جعله.

(٧) و هو لزوم ثبوت أجره المثل مع عدم التعرض منهم لبطلان الجعالة.

(٨) أي في دفع الإشكال، و حاصله أن الجعالة قضاء لحق مفهومها تستلزم جعل شيء، و هو العوض، فإذا لم يذكر بطل مفهومها، و عليه فمع عدم ذكر العوض لا جعله، و ثبوت أجره المثل من باب فساد العقد و عليه يرجع الإشكال جذعا.

(٩) للشيء المجعول.

(١٠) أي و إن ترتب عليها عند الفساد أجره المثل.

(١١) و هو قول غير المشهور المتقدم من عدم اشتراط العلم بالعوض.

(١٢) أي الجهالة في العوض بحيث لا تمنع من تسليم المجعول عليه، كما لو قال: من ردّ

المعين، لا أجره المثل كمن ردّ عبدي فله نصفه، فرده من لا يعرفه (١) و لا بأس به (٢). و على هذا (٣) فيصح جعله (٤) صبره مشاهده مجهوله المقدار، و حصه من نماء شجر على عمله (٥)، و زرع كذلك (٦)، و نحوها.

و الفرق بينه (٧)، و بين الشيء و المال: مقولتيهما (٨) على القليل، و الكثير المفضى إلى التنازع و التجاذب فلم يصح على هذا الوجه، بخلاف ما لا يمنع من التسليم فإنه (٩) أمر واحد لا يقبل الاختلاف، و مسماه لتشخصه لا يقبل التعدد، و قبوله (١٠) للاختلاف قيمه بالزياده و النقصان قد قدم عليه العامل كيف كان. و يمكن التبرع به، فإذا قدم على العوض الخاص (١١) انتفى الغرر (١٢)، لأنه معين في حد ذاته.

عبدى فله نصفه، و نصف العبد غير معروف إلا للشخص الذى يعرف العبد، فلو رده من لا يعرفه فالجهاله فى العوض هنا لا تمنع من تسليم المجمعول عليه.

(١) أى من لا يعرف العبد.

(٢) للفارق بينه و بين جعل العوض مالا أو شيئاً و لم يعين، لأن نصف العبد متحقق فى الخارج لا يفضى إلى التنازع، و غير قابل للزياده و النقصان، بخلاف المال و الشيء، فإنهما قابلان للزياده و النقصان، و مفضيان للتنازع.

(٣) من القول بأن الجهاله بالعوض لا تمنع من التسليم فهو جائز.

(٤) أى جعل العوض.

(٥) متعلق بقوله (فيصح جعله)، و المعنى فيصح جعل العوض بهذه المثابه على عمل العامل فى الجعالة.

(٦) أى مجهوله المقدار.

(٧) بين العوض المجهول الذى لا يمنع من التسليم.

(٨) أى مقوله الشيء و المال، و المقوله هى الصدق و الانطباق.

(٩) أى العوض المجهول الذى لا يمنع من التسليم.

(١٠) دفع دخل، أما الدخل فهو أنه غير قابل للاختلاف و الزيادة و النقصان بحسب الأجزاء و التشخص و المسمى، إلا أنه قابل للاختلاف زياده و نقيصه بحسب قيمه.

و أما الدفع فهو أن وحدته فى نفسه موجب لرفع الغرر فى الجملة، فيصح جعله عوضاً، و الاختلاف فى قيمه لا يضر مع عدم الغرر فيها، على أنه قد يقدم العامل على العمل مع التبرع بهذا التفاوت فى قيمه.

(١١) و هو نصف العبد مثلاً.

(١٢) فى الجملة لا من كل وجه.

ص: ٥٧٤

فى ما يشترط فى الجاعل

(و يشترط فى الجاعل (١) الكمال) بالبلوغ، و العقل، (و عدم الحجر) لأنه باذل المال فيعتبر رفع الحجر عنه، بخلاف العامل (٢) فإنه يستحق الجعل و إن كان صبيا مميزا بغير إذن وليه، و فى غير المميز، و المجنون و جهان (٣). من وقوع العمل المبذول عليه، و من عدم القصد.

فى ما لو عين الجعالة لواحد

(و لو عين الجعالة لواحد و ردّ غيره (٤) فهو متبرع) بالعمل (لا- شىء له)، للمتبرع، و لا للمعين (٥)، لعدم الفعل، (و لو شارك المعين (٦) فإن قصد التبرع عليه (٧) فالجميع للمعين) و لوقوع الفعل بأجمعه له، (و إلا) (٨) يقصد التبرع عليه بأن أطلق، أو قصد العمل لنفسه، أو التبرع على المالك (فالنصف) للمعين (٩) خاصة، لحصوله (١٠) بفعلين: أحدهما مجعول له، و الآخر متبرع فيستحق النصف بناء على قسمه العوض على الرءوس (١١).

(١) يشترط فى الجاعل أهليه الاستحجار، بلا خلاف فيه، فيشترط فيه البلوغ و العقل لرفع القلم عن الصبى و المجنون، و يشترط فيه عدم الحجر، لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف المالى.

(٢) فلا يشترط فيه إلا إمكان تحصيل العمل، فلو فعله الصبى أو المحجور عليه لاستحق العوض حينئذ.

(٣) من وقوع العمل و قد حصل الغرض من الجعالة فيستحق العوض، و من كون فعله بلا قصد، و عليه فهو متبرع، و المتبرع لا شىء له.

(٤) فلا شىء له، بلا خلاف فيه، لكونه متبرعا حينئذ، لأن الجاعل لم يبذل له أجره بخصوصه، و لا لمن يشمله.

(٥) فى العقد لعدم فعله.

(٦) أى شارك المتبرع المعين فى الرد.

(٧) أى فإن قصد المشارك بعمله التبرع على المعين كان جميع العوض للمعين لوقوع الفعل بأجمعه منه، فنصفه منه و النصف الآخر بالتبرع عليه.

(٨) أى و إن لم يقصد المشارك التبرع على العامل، و هذا شامل ما لو أتى بالفعل مطلقا مع الغفلة عن قصد التبرع و ما لو أتى بالفعل لنفسه، أو متبرعا على المالك.

(٩) أى للعامل الذى عين فى الجعالة.

(١٠) أى حصول الرد المجعول عليه، كرد الأبق مثلا.

(١١) إذا كان العمل لا يقبل التفاوت بين العاملين.

و الأقوى بسطه (١) على عملهما، فيستحق المعين بنسبه عمله، قصر عن النصف أم زاد. و هو خيره المصنف فى الدروس (٢)، و مثله (٣) ما لو عمل معه المالك.

(و لا شىء للمتبرع، و تجوز الجعالة من الأجنبى (٤) فيلزمه المال، دون المالك إن لم يأمره به (٥)، و لو جعله من مال المالك بغير إذنه فهو فضولى (٦)، (و يجب عليه) أى على الجاعل مطلقا (٧) (الجعل مع العمل المشروط (٨) حيث يتعين (٩)، و إلا (١٠) فما ذكر بدله (١١) (و هى جائزه (١٢) من طرف العامل مطلقا) قبل التلبس (١) بسط العوض.

(٢) لم يصرح فى كتب الفقه بخلافه، حيث حكموا أن الجعل بين المتعاملين موزع على قدر العمل على تقدير تفاوته، و إلا فعلى الرءوس.

(٣) أى و مثل مشاركته المتبرع للمعين ما لو عمل مع المعين المالك، فالمعين له من العوض على نسبه عمله.

(٤) لو تبرع أجنبى بالجعل و جب عليه الجعل عند الرد، و إن لم يعد إليه نفع العمل، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه كما يقدم العقلاء على بذل أموالهم لعمل يعود إليهم نفعه كذلك يقدمون على بذل مال على عمل يعود نفعه إلى غيرهم، فيندرج تحت عموم أدله الجعالة.

و لا يلزم المالك لشىء حينئذ، لا للمتبرع لفرض تبرعه، و لا للعامل لفرض أنه أقدم على العمل من غير إذن المالك.

(٥) أى لم يأمر المالك الأجنبى بالجعل.

(٦) متوقف على إجازته المالك، فإن أجاز و إلا فيلزم الأجنبى بالدفع.

(٧) سواء كان مالكا أم أجنبيا، فيجب عليه الجعل حين تمام العمل، إن كان العوض معينا.

(٨) أى حين تمام العمل.

(٩) أى الجعل.

(١٠) و إن لم يتعين العوض.

(١١) قال الشارح فى تعليقه له كما فى الطبعة الحجرية: (أى بدل المعين من أجره المثل، و المعين شرعا كأجره رد الآبق، و ما ألحق به على ما يأتى تفصيله إن شاء الله تعالى).

(١٢) الجعالة جائزه من الطرفين الجاعل و العامل، سواء قلنا بكونها عقدا أم إيقاعا بلا خلاف فيه، و معنى الجواز تسلط الجانبين على فسخها قبل التلبس و بعده، لأنها بمنزله أمر للغير بعمل له أجره عادة، و عليه فلا يجب المضى فيه من الجانبين.

بالعمل و بعده، فله الرجوع متى شاء، و لا يستحق شيئاً لما حصل منه من العمل قبل تمامه مطلقاً (١).

(و أما الجاعل فجائزه) من طرفه (قبل التلبس) بالعمل، (و أما بعده فجائزه بالنسبه إلى ما بقى من العمل) فإذا فسخ فيه (٢) انتفى عنه (٣) بنسبته (٤)، من العوض (أما الماضى (٥) فعليه أجرته (٦) و هذا فى الحقيقه لا يخرج عن كونها (٧) فإن كان الفسخ قبل التلبس بالعمل فلا شىء للعامل، لعدم العمل بحسب الفرض فلا يقابل بشىء من العوض، سواء كان الفسخ من الجاعل أم من العامل.

و إن كان الفسخ بعد التلبس، فإن كان من العامل فلا شىء له، لأن المالك لم يجعل له العوض إلا فى مقابله مجموع العمل من حيث المجموع، فلا يستحق العامل على بعض العمل شيئاً، لأنه بفسخه أسقط حقه.

و إن كان الفسخ من الجاعل فعليه للعامل عوض ما عمل، لأن العامل إنما عمل بعوض لم يسلم له، و لا تقصير من قبله، و عمله محترم قد صدر بأمر من المالك فلا بد أن يقابل بعوض.

ثم هل للعامل أجره مثل ما عمل، أو له من العوض المسمى فى العقد بنسبه ما فعل، قال فى المسالك: وجهان أظهرهما الثانى، لأن المسمى هو العوض الذى اتفقا عليه، فيثبت له من المسمى بنسبه ما فعل، و وجه الأول أن العقد قد بطل بالفسخ، و لما كان عمله محترماً فثبت أجره المثل.

هذا خلاصه الكلام فى المسأله، لكن بعضهم عتبر بما يوحى الزوم من طرف الجاعل بعد التلبس بالعمل، كظاهر الشرائع و المبسوط و غيرهما من أنه ليس للجاعل الفسخ بدون أجره، و أن الجعالة لازمه من طرف الجاعل دون العامل.

وفيه: إن لزومها من طرف الجاعل لم يدل عليه دليل خصوصاً بعد استصحاب جوازها الثابت قبل التلبس إلى ما بعده، نعم لو فسخ الجاعل فعليه الأجره بخلاف العامل فلو فسخ فلا شىء له.

(١) سواء عتین الجعل أم لا.

(٢) أى بعد التلبس.

(٣) عن الجاعل.

(٤) أى بنسبه ما بقى من العمل.

(٥) من العمل.

(٦) أى فعلى الجاعل أجرته.

(٧) كون الجعالة.

جائزه من قبله (١) مطلقا (٢) فإن المراد بالعقد الجائز، أو الإيقاع ما يصح فسخه لمن جاز من طرفه، و ثبوت العوض لا ينافى جوازه كما أنها بعد تمام العمل يلزمها (٣) جميع العوض، مع أنها من العقود الجائزه، و كذا الوكاله (٤) يجعل بعد تمام العمل.

و استحقاق الجعل لا يخرجها (٥) عن كونها عقدا جائزا، فينبغى أن يقال:

إنها (٦) جائزه مطلقا (٧) لكن إذا كان الفسخ من المالك ثبت للعامل بنسبه ما سبق من العمل إلى المسمى على الأقوى.

وقيل (٨): أجره مثله.

و ربما أشكل (٩) ذلك (١٠) فيما لو كانت (١١) على رد ضاله مثلا ثم فسخ و قد صارت بيده (١٢)، فإنه لا يكاد يتحقق للفسخ معنى حينئذ، إذ لا يجوز له تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، أو من يقوم مقامه فلا يتحقق (١٣) فائده للفسخ حينئذ.

(١) من قبل الجاعل.

(٢) قبل العمل و بعده.

(٣) يلزم الجعالة.

(٤) فيلزم جميع الجعل بعد تمام العمل، و استحقاق العوض فيها لا يخرجها عن كونها عقدا جائزا.

(٥) أي لا يخرج الوكاله.

(٦) إن الجعالة.

(٧) من قبل الطرفين، قبل التلبس و بعده.

(٨) قد أورده في المسالك وجهها.

(٩) و حاصله أنه على القول بجواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل فلو وصلت الضاله أو الأبق إلى يد العامل و قيل إيصاله إلى المالك، فلو أراد المالك الفسخ لما كان له معنى، إذ لا يجوز للعامل تركها، بل يجب تسليمها إلى المالك، و مع التسليم يتم العمل و لا يتحقق الفسخ قبل تمام العمل.

(١٠) أي جواز الفسخ للجاعل بعد التلبس بالعمل.

(١١) أي الجعالة.

(١٢) أي صارت الضاله بيد العامل.

(١٣) لأنه قد تم العمل.

ص: ٥٧٨

و يمكن دفعه (١) بأن فائده البطلان عدم سلامه جميع العوض له (٢) على هذا التقدير، بل يستحق لما سبق (٣) بنسبته، و يبقى له فيما بعد ذلك أجره المثل على ما يعمله إلى أن يتسلمه المالك، و هو (٤) حفظه (٥) عنده، و نحوه، إذ لا يجب عليه حينئذ رده على المالك، بل تمكينه (٦) منه أن كان قد علم بوصوله إلى يده، و إن لم يعلم و جب إعلامه.

فى ما لو رجع المالك فيها

(و لو رجع) (٧) المالك فيها (٨) قبل العمل، أو فى أثناءه (و لم يعلم العامل رجوعه (٩) حتى أكمل (١٠) العمل فله كمال الأجره (١١)، و لو علم فى الأثناء فله (١٢) (١) و حاصل الدفع أن فائده الفسخ حينئذ عدم وجوب السعى فى إيصالها للمالك، إذا الواجب على العامل إعلامه بها إن لم يكن عالما، و أما بالنسبه للجاعل فلا يثبت عليه جميع الجعل، بل عليه من الجعل بمقدار ما يعمل العامل إلى حين الفسخ، و ما بعد الفسخ لو عمل العامل من حفظ الدابه و علفها فله أجره المثل.

(٢) للعامل.

(٣) من العمل.

(٤) أى ما يعمله العامل بعد الفسخ إلى حين التسلم من قبل المالك.

(٥) أى حفظ الضال.

(٦) أى يجب تمكينه.

(٧) أى لو رجع المالك قبل إتمام العمل، و لم يعمل العامل بذلك حتى أكمل العمل، فيلزم على المالك تمام العوض كالوكيل إذا لم يعلم بالعزل، فكما أن تصرف الوكيل نافذ فكذا العامل.

و أشكل على الحكم بعدم وجوب العوض على المالك بعد الفسخ، و قياسه على الوكيل ليس فى محله، لأن مقتضى القواعد أن يحكم بأجره المثل للعامل فى قبال مجموع عمله، لأنه أقدم على العوض و لم يسلم له، و إما أن يحكم بأجره العوض بنسبه عمله ما قبل الفسخ و بأجره المثل لعمله فيما بعد الفسخ.

(٨) فى الجعاله.

(٩) رجوع المالك.

(١٠) أى العامل.

(١١) الأجره المسماه.

(١٢) من الأجره المسماه.

بنسبه ما سلف قبل العلم، و ينبغي أن يراد بالعلم ما يثبت به (١) ذلك (٢) شرعا (٣) ليشمل السماع من المالك، و الشياح المفيد للعلم، و خير العدلين، لا الواحد و إن حكم به (٤) فى عزل الوكاله بنص خاص (٥).

فى ما لو أوقع المالك صيغتين

(و لو أوقع المالك صيغتين) للجعله مختلفتين (٦) فى مقدار العوض أو فى بعض أوصافها (٧) (عمل بالأخيره إذا سمعهما) العامل، لأن الجعاله جائزه، و الثانيه رجوع عن الأولى، سواء زادت (٨) أم نقصت (و إلا) يسمعهما (٩) (فالمعتبر) (١) بالعلم.

(٢) من رجوع المالك.

(٣) و يثبت لرجوع المالك شرعا بالسماع من المالك، و بالشياح المفيد للعلم، أو الاطمئنان الذى هو علم عادى، و بخير العدلين، لأنهما بينه، و لا يثبت بخبر الواحد، لأنه ليس بينه بعد حصر الحججه فى الموضوعات فى البيئه.

(٤) أى بخبر الواحد.

(٥) و هو صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام، و قد تقدم فى باب الوكاله.

(٦) بأن قال: من رد عبدي فله مائه درهم، ثم قال: من رد عبدي فله خمسون، فالجعله جائزه و يصح فسخها قبل العمل و فى أثناءه و قد فسخ الأول بالثانيه و عليه فإن كان فسخ الأولى قبل الشروع بالعمل كان عمل العامل على مقتضى الثانيه، و إن كان فسخ الأولى بعد الشروع فله من الأولى بنسبه ما عمل قبل فسخها بالثانيه، و من الثانيه بقيه العوض، كل ذلك بالنسبه.

هذا كله إذا سمع العامل الجعالتين، و إلا فلو سمع إحداهما خاصه فالعبره بما سمعه.

و يشكل بأن السماع إذا كان للثانيه فلا إشكال، و إن كان للأولى فعلى مبنى الماتن و جماعه كذلك، و لكن قد تقدم الإشكال فى ذلك، و عليه فإن كان السماع للأول و قد فسخت قبل الشروع بالعمل و لم يعلم العامل حتى أكمل فله أجره المثل، و إن كان الفسخ فى الأثناء فله من الأولى مقدار ما عمل من العوض بالنسبه، لقدومه على المسمى و لم يسلم له، و له من الثانيه أجره المثل لعدم قدومه على المسمى فيثبت له أجره المثل.

(٧) أى أوصاف الجعاله، كما لو قال: من بنى لى بيتا طوله و عرضه عشره أمتار فله كذا، ثم قال: من بنى لى بيتا طوله و عرضه عشرون مترا فله نفس العوض السابق.

(٨) أى سواء زادت الثانيه عن الأولى أم نقصت.

(٩) العامل، و المراد عدم سماع إحداهما، لا عدم سماعهما معا، بقرينه قوله (فالمعتبر ما سمع).

(ما سمع) من الأولى والأخيره، و لو سماع الثانيه بعد الشروع فى العمل فله من الأولى بنسبه ما عمل (١) إلى الجميع و من الثانيه بنسبه الباقي (٢).

فى استحقاق الجعل على الرد

(و إنما يستحق الجعل على الرد بتسليم المردود (٣) إلى مالكة مع الإطلاق (٤) أو التصريح بالجعل على إيصاله إلى يده (٥)، فلو جاء به إلى باب منزل المالك فهرب فلا شيء للعامل)، لعدم إتمامه العمل الذى هو شرط الاستحقاق.

(١) أى ما عمل من العمل إلى جميع العمل من العوض المسمى.

(٢) أى ما بقى من العمل إلى جميع العمل من عوض الثانيه، هذا و علق الشارح على هذا الموضع كما فى الطبعه الحجرية بقوله:

(هكذا ذكره جماعه من الأصحاب، منهم المصنف فى الدروس فى مطلق فسخ المالك فى الأثناء، و كذلك العلامه فى أكثر كتبه، مع حكمه بأن فسخ المالك فى الأثناء يوجب الرجوع إلى أجره المثل، و هذا لا يخلو من تناقض، نعم حكم فى التذكرة بالرجوع إلى أجره المثل فى الموضعين، لأن الجعالة الثانيه بمنزله فسخ الأولى، و هو متجه.

و إن كان القول باستحقاقه بالنسبه إلى المسمى أوجه، لقدومها على ذلك، خصوصا لو كانت أجره المثل أزيد من المسمى، نعم لو قيل بثبوت أقل الأمرين من أجره المثل و نسبه المسمى كان وجهها) انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

(٣) أى بتسليم المردود إلى يد المالك، لأن إطلاق الرد فى الجعالة عند ما قال الجاعل: (من ردّ على عبدى فله كذا) منصرف إلى القبض و التسليم باليد، و عليه فلو جاء به إلى البلد أو المنزل و لم يقبضه المالك ففرّ لم يستحق الجعل، بلا خلاف فيه و لا إشكال كما فى الجواهر، لعدم قبضه، لأنه لم يرده إليه، و كذا لو جعلت الجعالة على خياطه ثوب فخاطه و تلف قبل التسليم فلا يستحق أجره.

و لا فرق فى عدم التسليم بين فرار العبد و موته، لاشتراكهما فى المقتضى، و هو صدق عدم الرد إلى المالك.

و عن فخر المحققين أنه بالموت يستحق الأجره، لأن الرد الممكن عادة قد حصل، و رفع الموت عن العبد ليس داخلا تحت قدره البشر بخلاف الفرار، و مال إليه المحقق الثانى فى جامعه و الشارح هنا فى روضته.

و لكنه ضعيف إذ لا يصدق عليه الرد، و الجعل قد جعل على الرد المخصوص، و لذا ضعّفه فى المسالك.

(٤) مع إطلاق الرد فى الجعالة حيث هو منصرف إلى التسليم باليد و القبض.

(٥) أى إيصال الآبق إلى يد الجاعل.

و مثله (١) ما لو مات قبل وصوله إلى يده و إن كان بداره، مع احتمال الاستحقاق هنا، لأن المانع من قبل الله تعالى، لا من قبل العامل، و لو كان الجعل على إيصاله إلى البلد، أو إلى منزل المالك استحق الجميع بالامتثال (٢)، (و لا يستحق (٣) الأجره إلا ببذل الجاعل (٤) أى استدعائه الرد، سواء كان مع بذل (١) أى و مثل الهرب.

(٢) و لو لم يصل إلى المالك.

(٣) المالك إما أن يعين الجعل و يصفه بما يرفع الجهاله كقوله: من رد عبدى فله دينار، أو يطلق العوض مع التعرض لذكره كقوله: من ردّ عبدى فله مال، أو يستدعى الرد و يطلبه من غير تعرض للأجره كقوله: من يرّد علىّ عبدى منكم، أو لا يستدعى الرد و لا- يطلبه و يعمل العامل له مطلوبه بأن يرّد عليه ضالته أو يخيط له ثوبه و على الأول يلزم المالك ما عيّن عند تمام العمل، إذ لم يفعل العامل بنيه التبرع، و هذا مما لا خلاف فيه و لا إشكال.

و على الثانى تلزم أجره المثل على المالك، إما لكون العقد فاسدا لا- اشتراط العلم بالعوض و لم يتحقق، و إما لكون العقد صحيحا و مع ذلك وقع اتفاقهم أنه يثبت بالرد أجره المثل إلا فى موضع واحد، و هو رد العبد الآبق فهل تثبت أجره المثل أم يثبت دينار إذا كان الرد من مصره، على خلاف سيأتى إن شاء الله تعالى.

و على الثالث - لو استدعى الرد و لم يعين أجره أبدا - فعن العلامة فى القواعد و الإرشاد و التحرير و المحقق فى الشرائع، و هو ظاهر اللمع أنه لا- شىء للرادّ، للأصل من براه ذمه المالك من الأجره عند الشك، و طلبه للرد أعم من كونه بأجره أو لا، فلا يجب عليه شىء، فالعامل هنا متبرع حيث أقدم على العمل من غير بذل.

و أشكل عليه بمنع كون العامل متبرعا، إلا إذا قصد التبرع منضم، و يثبت له أجره المثل، لأن عمله صدر بأمر من المالك و لعمله أجر بحسب العاده، فيثبت له أجره المثل، لقاعده احترام عمل المسلم.

و على الرابع لا شىء للعامل، لأن المالك لم يأمر و لم يطلب الرد، فيتعين التبرع على العامل لو عمل.

و مثله ما لو استدعى العمل مجانا كقوله: من ردّ علىّ عبدى و أجره على الله.

(٤) ظاهر المتن أنه لا أجره للعامل إلا مع البذل، فلو استدعى المالك مع عدم البذل كما فى الصورة الثالثه فلا شىء للعامل.

إلا أن الشارح فسر البذل بالاستدعاء، و هو تفسير على خلاف ظاهر البذل ليصح مبنى المصنف.

عوض أم لا (١) (فلو رد بغيره (٢) كان متبرعا) لا عوض له مطلقا (٣)، وكذا لو رد من لم يسمع الجعالة على قصد التبرع (٤)، أو بقصد يغير ما بذله المالك (٥) جنسا، أو وصفا، و لو رد بنيه العوض مطلقا (٦) و كان ممن يدخل فى عموم الصيغه، أو إطلاقها (٧) ففى استحقاقه قولان (٨)، (١) ليشمل الصورة الأولى والثانية والثالثة.

(٢) أى بغير الاستدعاء كما فى الصورة الرابعة، هذا على تفسير الشارح، أو رد بغير البذل كما فى الصورة الثالثة والرابعة كما هو ظاهر اللمعه.

(٣) أى لا عوض للعامل مطلقا، أى قصد التبرع أو لا.

(٤) أى مع قصد التبرع فلا شىء له، لأنه متبرع.

(٥) أى رد مع قصد عوض مغاير لما بذله المالك، والمغايره إما جنسيه بأن قصد الدرهم و المالك بذل الدينار، وإما وصفيه، فلا شىء للعامل، لأن ما قصده العامل لم يلتزمه المالك حتى يثبت عليه، و الأصل براءة ذمته منه.

(٦) أى ردّ العامل بنيه العوض من غير تعيين شىء خاص ليشمل ما بذله المالك.

(٧) حتى تخرج الصيغه التى تخاطب شخصا معينا، لأنه لو خاطب المالك شخصا معينا بقوله: (إن رددت عبدى فلك كذا) فردّه غيره مع نيه العوض فلا شىء له، لأنه متبرع، و لم يأمره المالك.

و الفرق بين العموم والإطلاق هو: أن المالك لو قال: (من ردّ عبدى) فهو عموم، و لو قال: (الردّ علىّ عبدى فله كذا) فهو إطلاق.

(٨) ذهبت جماعه إلى أن غير السامع للجعالة لو فعل الرد بدون قصد التبرع فله الأجره، منهم العلامه فى القواعد و ولده فى الإيضاح، و فى الدروس أنه الأقرب، لوجود المقتضى و عدم المانع.

أما المقتضى فهو عمل العامل بدون قصد التبرع، بل بإذن الجاعل، و هذا يقتضى ثبوت أجره لعمله.

و أما عدم المانع إذ لا يتوهم أنه مانع إلا عدم سماعه، و هو ليس بمانع، لأننا مع الشك فى مانعيته فالأصل عدمه.

و لدليل ثان، و هو صدور عمل من العامل مطابقا لجعل الجاعل فيستحق عوضها.

و ذهبت جماعه إلى عدم ثبوت أجره للعامل غير السامع، و إن لم يقصد التبرع، لأنه مع عدم علمه بالجعالة فكأنه أقدم على العمل من دون ثبوت جعل من المالك الجعل فلا شىء له و إن لم يقصد التبرع.

منشأهما: فعله (١) متعلق بالجعل مطابقا لصدوره (٢) من المالك على وجه يشمل (٣)، و أنه (٤) عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع بإذن الجاعل فقد وجد المقتضى (٥)، و المانع ليس إلا عدم علمه (٦) بصدور الجعل، و مثله (٧) يشك في مانعيته، لعدم الدليل عليه (٨) فيعمل المقتضى عمله، و من أنه (٩) بالنسبة إلى اعتقاده متبرع، إذ لا عبره بقصده من دون جعل المالك، و عدم سماعه (١٠) في قوه عدمه عنده (١١).

و فصل (١٢) ثالث ففرق بين من رد كذلك (١٣) عالما بأن العمل بدون الجعل و فصل المحقق الثاني في جامعه بين العامل الذى يجهل أن العمل بدون جعل تبرع و غيره.

أما الأول فلجهله يكون عمله غير متبرع به فيستحق على المالك الأجره لا احترام عمله، و أما الثانى فهو عالم بأن العمل بدون جعل تبرع، فهو متبرع به، لأنه أقدم على العمل مع علمه بعدم الجعل، فهو متبرع لا شيء له و إن قصد العوض.

(١) أى فعل العامل، و هو دليل استحقاق العوض.

(٢) أى صدور الجعل.

(٣) يشمل فعل العامل.

(٤) أى عمل العامل، و هو دليل ثان على استحقاق العوض.

(٥) للاستحقاق، و يشكل على هذا الدليل أنه لم يثبت أنه المقتضى، لأن الثابت أن عمله مع سماع الصيغه هو المقتضى، و أما بدون السماع فالأصل براءة ذمه المالك من العوض.

(٦) أى عدم علم العامل.

(٧) أى و مثل عدم العلم يشك في مانعيته بناء على كون الجعالة إيقاعا، أما لو كانت عقدا فهو مانع قطعاً.

(٨) على المانع.

(٩) دليل عدم استحقاق العوض، و المعنى من أن العامل.

(١٠) أى و عدم سماع العامل فى قوه عدم الجعل من المالك، فكأنه أقدم على عمل لا جعالة فيه، فلا شيء للعامل حينئذ.

(١١) عند من ذهب إلى عدم الاستحقاق.

(١٢) و هو المحقق الثانى فى جامعه.

(١٣) مع عدم سماع الجعالة و بنيه العوض مطلقاً.

تبرع (١) و إن قصد العامل العوض، و بين غيره (٢)، لأن الأول متبرع محضاً، بخلاف الثاني. و استقرب المصنف (٣) الأول (٤). و التفصيل متجه.

مسائل

إشارة

(مسائل)

في ما لم يعين جعل

(كلما لم يعين جعل (٥) إما لتركه أصلاً بأن استدعى الرد و أطلق (٦)، أو لذكره مبهماً (٧) كما سلف (٨) فأجره المثل) لمن عمل مقتضاه (٩)، سامعاً للصيغة غير متبرع بالعمل، إلا أن يصرح بالاستدعاء مجاناً (١٠) فلا شيء.

و قيل: لا أجره مع إطلاق الاستدعاء (١١)، و الأول أجود. نعم لو كان العمل مما لا أجره له عادة لقلته فلا شيء للعامل (١٢)، كمن أمر غيره بعمل (١٣) من غير أن يذكر له أجره (إلا في رد الآبق من المصبر) الذي فيه (١٤) مالكة إليه (١٥) فلا شيء له. (٢) بحيث يجهل أن العمل بدون الجعل تبرع فيستحق الأجره.

(٣) في الدروس.

(٤) و هو استحقاق العامل للعوض مطلقاً.

(٥) من قبل المالك.

(٦) هذه هي الصورة الثالثة المتقدمة في شرحنا، و معنى الإطلاق أنه لم يعين الأجره لا جملة.

و لا تفصيلاً.

(٧) هذه هي الصورة الثانية المتقدمة في شرحنا، و المعنى لذكر المالك العوض مبهماً و مجملًا.

(٨) عند قول المصنف (كمن ردّ عبدي فله مال أو شيء).

(٩) أي مقتضى الاستدعاء.

(١٠) كما في الصورة الرابعة المتقدمة في شرحنا.

(١١) إشارة إلى الخلاف في الصورة الثانية، و هو قول المحقق و العلامة و المصنف في اللمعة كما سبق.

(١٢) لأن الإطلاق محمول على العرف، ولا أجره لمثله عند العرف.

(١٣) في غير الجعالة.

(١٤) في المصر.

(١٥) أي رده مالك الآبق.

ص: ٥٨٥

(فدينار (١)، و في رده من غيره)، سواء كان من مصر آخر أم لا (أربعة دنانير) في المشهور و مستنده ضعيف.

و لو قيل بثبوت أجره المثل فيه كغيره كان حسنا. و المراد بالدينار على القول به: الشرعى و هو المثقال الذى كانت قيمته عشره دراهم.

(و البعير (٢) كذا) أى كالأبق فى الحكم المذكور، و لا نص عليه بخصوصه، و إنما ذكره الشيخان (٣) و تبعهما عليه جماعه.

(١) مقتضى القاعده أجره المثل، إلا أن المشهور حكم بثبوت دينار إن رده من مصره، و إلا فأربعة دنانير اعتمادا على خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم جعل فى الأبق دينارا إن أخذ فى مصره، و إن أخذ فى غير مصره فأربعة دنانير)(١).

و فى الروايه ضعف ففى سندها محمد بن الحسن بن شمون، و هو غال و ضاع، و كذلك عبد الله بن عبد الرحمن الأصم و حاله كذلك، و لذا حملها الشيخ فى المبسوط على الأفضل، و تبعه الآبى و المقداد و الشارح، و إلا فالواجب أجره المثل.

و ذهب الكركى و فخر المحققين إلى أن الواجب أقل الأمرين من أجره المثل و المقدّر شرعا جمعا بين الدليلين.

و على المقدّر شرعا لا فرق فى الأبق بين الصغير و الكبير و المسلم و الكافر و الصحيح و المعيب لإطلاق النص، و كذا لا فرق فى الأبق بين من كانت قيمته تساوى المقدّر شرعا أو لا، و كذا لا فرق فى غير مصره بين مصر آخر أو لا.

(٢) ألحق المشهور تبعا للشيخ المفيد فى المقنعه البعير بالعبد، حيث قال المفيد فى مقنعه: (إذا وجد الإنسان عبدا أبقا أو بعيرا شاردا فرده على صاحبه كان له على ذلك جعل، و إن كان وجده فى المصر فدينار قيمته عشره دراهم جياد، و إن كان وجده فى غير المصر فأربعة دنانير، قيمتها أربعون درهما جياد، و بذلك ثبتت السنه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم) انتهى.

و هو يشعر بورود النص فيه، و لم يقف عليه المحقق و لا العلامه كما هو ظاهر عباراتهم فى الشرائع و القواعد، و هذا ما يوجب الشك فى الخروج عن قاعده أجره المثل، لاحتمال أن يكون الإلحاق من باب القياس، خصوصا حيث إنه حكم بالجعل مع عدم بذل عوض من قبل المالك، و هو مشكل لما تقدم من عدم ثبوت شىء للعامل حينئذ.

(٣) المفيد و الطوسى.

ص: ٥٨٦

و يظهر من المفيد أن به روايه، لأنه قال: بذلك ثبتت السنه، و فى إلحاقه على تقدير ثبوت الحكم فى الآبق إشكال (١). و يقوى الإشكال لو قصرت قيمتهما عن الدينار و الأربعة. و ينبغى حينئذ (٢) أن يثبت على المالك أقل الأمرين من قيمته، و المقدر شرعا، و مبنى الروايه على الغالب من زياده قيمته (٣) عن ذلك كثيرا.

فى ما لو بذل جعلاً فرده جماعه

(و لو بذل جعلاً) لمن رده واحداً كان (٤) أم أكثر (فرده جماعه) (٥) استحقوه بينهم بالسويه (٦) و لو كان العمل غير الرد من الأعمال التى يمكن وقوعها أجمع من كل واحد منهم كدخول داره مع الغرض الصحيح (٧) فلكل ما عين.

(١) لأنه قياس من العبد إلى البعير.

(٢) حين قصور قيمتهما عن الدينار و الأربعة فينبغى إثبات أقل الأمرين من قيمه العبد و البعير و المقدر شرعا لئلا يلزم المالك بزياده عن ماله من أجل تحصيله.

(٣) أى قيمه العبد الآبق.

(٤) أى الراد.

(٥) إذا بذل المالك جعلاً على فعل فلا يخلو إما أن يكون الفعل قابلاً للتعدد أولاً.

و على الثانى فلو قال: من ردّ عبرى فله كذا، و الرد غير قابل للتعدد، فمن رده فله الجعل، سواء كان القائل واحداً أو جماعه، و على فرض أنهم جماعه فلا يستحقون إلا العوض الواحد.

و على الأول كما لو قال: من دخل دارى فله دينار، و الدخول قابل للتعدد، فلو دخله جماعه استحق كل واحد منهم ذلك العوض، لصديق الاسم و هو الدخول على كل واحد منهم، بخلاف السابق إذ لا يصدق على كل واحد أنه رد الآبق، بل الرد مستند إلى فعل الجماعه بما هم جماعه.

و عن العلامه فى المختلف أنه لو قال: من دخل دارى فله دينار، و قد دخله جماعه استحق الجميع ديناراً واحداً بالتساوى، لأن الدينار الواحد هو المبدول، و هو مردود، لأن الجعل هو الدينار - قد بذل على الدخول، و كل واحد منهم قد حقق الدخول.

نعم لو بذل جعلاً متشخصاً على مطلق الدخول كما لو قال: من دخل دارى فله هذا الدينار، فدخله جماعه استحق الجميع الدينار المتشخص بالسويه.

(٦) لأن الفعل غير قابل للتعدد، و التسويه مبنيه على قسمه العوض على الرؤوس، و أما التقسيم على أساس العمل فيجب أن يكون الجعل بينهم كل بحسب عمله.

(٧) أى الغرض الصحيح للدخول، و إلا فمع عدم الغرض فيكون الجعل مبدولاً على نحو السفه، و هذا ما يوجب التحجير على

الجاعل و هو ما يوجب بطلان الجعالة.

ص: ٥٨٧

(و لو جعل لكل من الثلاثة جعلاً مغايراً) للآخرين (١) كأن جعل لأحدهما ديناراً، و للآخر دينارين، و للثالث ثلاثة (فردوه فلكل ثلث ما جعل له (٢)، و لو رده أحدهم فله ما عين له أجمع، و لو رده اثنان منهم فلكل منهما نصف ما عين له، (و لو لم يسم لبعضهم) جعلاً مخصوصاً (فله ثلث أجره المثل) و لكل واحد من الآخرين ثلث ما عين له، و لو رده من لم يسم له و أحدهما فله (٣) نصف أجره مثله، و للآخر نصف ما سمي له، و هكذا، (و لو كانوا أزيد) من ثلاثة (فبالنسبه) (٤) أى لو (١) إذا جعل لكل واحد جعله منفرد على عمل واحد، فإما أن يساوى بينهم فى الجعل، و إما أن يخالف فيما بينهم، و إما أن يعين للبعض و يطلق للبعض الآخر.

و على التقادير الثلاثة إما أن يكون الفعل المجعول عليه قابلاً للاختلاف كخياطه الثوب، و إما أن لا يقبل الاختلاف كردد العبد.

إذا تقرر ذلك فإذا جاء أحدهم بالعمل فله جعله مع التعيين و إلا فأجره المثل، و إن اشتركوا فى العمل و كان مما لا يختلف كرد العبد فلكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين، فمثلاً لو قال الأول: (إن رددت عبدى فلكك عشرة دنانير)، و قال للثانى: (إن رددت عبدى فلكك خمسة عشر ديناراً) و قال للثالث: (إن رددت عبدى فلكك عشرون)، فردّ الثلاثة العبد فيستحق الأول ثلث جعله، و كذا الثانى و الثالث.

و إن كان العمل مما يختلف فيكون لكل واحد بنسبه عمله من مجموع العمل، فلو خاط الأول مثلاً نصف الثوب و الأخيران أكمل العمل، استحق الأول نصف جعله و الثانى ربعاً و كذا الثالث.

هذا كله إن اختلف الجعل، و أما إذا اتفق فنفس الحكم السابق من أنه لكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين إن لم يختلف العمل، و إن اختلف فله بنسبه عمله من مجموع العمل.

و أما الفاعل الذى لم يعين له عوض خاص كأن يقول المالك: (إن رددت عبدى، أو قال: إن خطت الثوب فعلى العوض) كان له تمام أجره المثل لو فعل العمل بمفرده، و مع المشاركه فعلى أساس ما تقدم من أجره المثل.

(٢) لأن العمل غير قابل للاختلاف فى الفعل، و قد اشتركوا فيه من الابتداء إلى الانتهاء، فيكون لكل واحد بنسبه ما جعل له من مجموع العاملين.

(٣) أى لمن لم يسم له.

(٤) إلى مجموع العاملين.

ردوه أجمع فلكل واحد بنسبه عمله (١) إلى المجموع من أجره المثل، أو المسمى.

في ما لو اختلفا

(و لو اختلفا في أصل الجعالة (٢) بأن ادعى العامل الجعل و أنكره المالك و ادعى التبرع (حلف المالك)، لأصالة عدم الجعل، (و كذا) يحلف المالك لو اختلفا (في تعيين الآبق) (٣) مع اتفاقهما على الجعالة، بأن قال المالك. إن المردود ليس هو المجعول و ادعاه العامل، لأصالة براءة ذمته (٤) من المال الذي يدعى العامل استحقاقه.

(و لو اختلفا في السعي (٥) بأن قال المالك: حصل في يدك قبل الجعل) بفتح (١) فلو كانوا أربعة و قد اشتركوا في الرد من الابتداء إلى الانتهاء كان لكل واحد ربع ما جعل له، و إلا ربع أجره المثل.

(٢) بأن قال العامل: شارطتني و أمرتني بالعمل و جعلت لي جعلاً معيناً، فقال المالك: لم أشارطك و لم آمرك، كان القول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، إذ الأصل عدم الأمر و عدم الشرط، و الأصل عدم اشتغال ذمته بلا خلاف في ذلك و لا إشكال.

(٣) بحيث جاء العامل بأحد الآبقين، فقال المالك: لم أقصد هذا عند الجعالة و إنما قصدت الآخر، فقال العامل: بل قصدت هذا كان القول قول المالك مع يمينه، لأن العامل يدعى العوض على المالك بالنسبة لهذا الآبق، و المالك ينكره، و الأصل عدم ثبوت العوض بلا خلاف فيه و لا إشكال أيضاً.

و في هذا الفرع قد اتفقا على أصل الجعالة مع اختلافهما في المجعول عليه، و بهذا خالف الفرع السابق.

(٤) أى ذمه المالك.

(٥) بأن قال المالك: حصل العبد في يدك قبل حصول الجعالة فلا شيء لك، بناء على أنه إذا حصل الآبق بيد الفاعل قبل الجعالة فلا شيء له، و يجب عليه حينئذ إعلام المالك به، لأن حصول الآبق بيد العامل لم يكن بدافع العوض بل يكون العامل متبرعاً فلا شيء له، فقال العامل: بل حصل في يدي بعد حصول الجعالة فاستحق شيئاً عليك. فالقول قول المالك مع يمينه، لأنه منكر، لأن العامل يدعى ثبوت العوض على المالك و المالك ينكره مع أصالة عدم اشتغال ذمته.

إن قلت: إذا شككنا في حصول الآبق قبل الجعالة أو بعدها فالأصل عدم حصوله قبل الجعالة و هذا ما يجعل العامل منكراً.

الجيم، و قال الزاد: بل بعده (حلف) المالك (أيضا، للأصل) و هو براءة ذمته من حق الجعالة، أو عدم تقدم الجعل على حصوله (١) في يده (٢)، و إن كان الأصل أيضا عدم تقدم وصوله إلى يده على الجعل، إلا أنه بتعارض الأصلين لا يثبت في ذمه المالك شيء (٣)، و مثله (٤) ما لو قال المالك: حصل في يدك قبل علمك بالجعل، أو من غير سعي (٥) و إن كان (٦) بعد صدوره.

(و في قدر الجعل كذلك (٧) يحلف المالك، لأصالة براءته من الزائد، و لأن قلت: هو معارض بعدم تحقق الجعالة قبل حصوله بيد العامل، و هذا ما يجعل المالك منكرا، فيتعارض الأصلان و يتساقطان.

(١) أي حصول الآبق.

(٢) أي يد العامل.

(٣) لعدم اشتغال ذمته، و منه تعرف أن لا معنى لعطف (أو عدم تقدم الجعل على حصوله في يده) لأنه ساقط بالتعارض.

(٤) أي و مثل الاختلاف في السعي الاختلاف في سماع العامل للجعالة قبل الحصول أو بعد الحصول، و هذا مبني على أن العامل إذا ردّ و لم يسمع الجعالة فهو متبرع و لا شيء له.

(٥) من العامل فلا يستحق شيئا لعدم صدور عمل منه، و الجعل قد رتب على الرد المسبوق بالسعي.

(٦) أي كان الحصول في يد العامل بعد صدور الجعل.

(٧) لو اختلفا في قدر الجعل و العوض فيقدم قول المالك مع يمينه، و قد وقع الخلاف في هذه المسألة، و تحريرها ما لو قال المالك: بذلت خمسين، فقال العامل: بل مائة، مع اتفاقهما على الجنس و الصفه.

و الخلاف على خمسة أقوال:

القول الأول: للشيخ و جماعه أنه يحلف المالك، و يثبت للعامل أجره المثل، أما تقديم قول المالك، فلأن الاختلاف في فعله فيقدم قوله فيه مع اليمين، و لأنه ينكر ما يدعيه العامل من الزائد.

و أما ثبوت أجره المثل للعامل، فلأن المالك يمينه ينفي ما يدعيه العامل، و لا يثبت بيمينه نفس دعواه، لأن اليمين للإنكار، و هو منكر لما يدعيه العامل، و عليه فإذا انتفى ما يدعيه العامل و لم يثبت ما يدعيه المالك فثبت أجره المثل، للاتفاق على وقوع عمل بعوض.

القول الثاني: إنه يحلف المالك و يثبت أقل الأمرين من أجره المثل و مما يدعيه العامل، أما حلفه فلما تقدم.

العامل مدّع للزيادة، و المالك منكر (فيثبت للعامل) يمين المالك (أقل الأمرين من أجره المثل، و مما ادعاه (١)، لأن الأقل إن كان الأجره فقد انتفى ما يدعيه العامل يمين المالك (٢)، و إن كان ما يدعيه العامل (٣)، فلاعترافه بعدم استحقاقه للزائد، و براهه ذمه المالك منه (٤)، و الحال أنهما معترفان بأن عمله يجعل في الجملة، و أنه عمل محترم فثبت له الأجره (٥) إن لم ينتف بعضها (٦) بإنكاره (٧)، إلا- أن يزيد ما ادعاه المالك (٨) عن أجره المثل فثبت الزيادة، لا-عترافه باستحقاق العامل إياها، و العامل لا ينكرها.

(و قال) الشيخ نجيب الدين (ابن نما (٩) رحمه الله: إذا حلف المالك على نفي) و أما ثبوت أقل الأمرين، فلأن أجره المثل إن كانت أقل مما يدعيه، فقد انتفى ما يدعيه العامل يمين المالك، و إن كان ما يدعيه العامل أقل من أجره المثل فلاعتراف العامل بعدم استحقاقه عما يزيد من أجره المثل، لأنه يدعى الأقل فكيف يثبت له الزائد.

و هذا ما اختاره العلامة في جملة من كتبه و المحقق في الشرائع، و أما بقيه الأقوال فسيأتى التعرض لها.

(١) أى العامل.

(٢) و ثبت أجره المثل و هى الأقل.

(٣) هو الأقل، فينتفى الزائد من أجره المثل، لاعترافه بعدم استحقاقه الزائد.

(٤) من الزائد.

(٥) أى تثبت للعامل أجره المثل.

(٦) بعض أجره المثل.

(٧) أى بإنكار العامل هذا البعض، و ذلك فيما لو كان يجعل أقل من أجره المثل، فهو بدعواه يجعل ينكر الزائد من أجره المثل.

(٨) و هذا هو القول الثالث، أما حلف المالك و ثبوت أقل الأمرين مما يدعيه العامل و أجره المثل فقد تقدم، و أما لو كان ما يدعيه المالك أزيد من أجره المثل فالمالك عند ما ادعى بأزيد من أجره المثل فهو معترف بثبوت الزائد في ذمته، فيؤخذ الزائد منه بإقراره، و العامل لا ينكر هذه الزيادة.

(٩) و هو شيخ المحقق، إنه يقدم قول المالك مع يمينه و يثبت ما يدعيه المالك لا- أجره المثل و لا الأقل منها و مما يدعيه العامل، و هو القول الرابع، و دليله أنهما متفقان على وقوع العقد و متفقان على تشخيصه بأحد العوضين، إما بحسب دعوى المالك و إما بحسب

(ما ادعاه) العامل (ثبت ما ادعاه) هو، لأصالة (١) عدم الزائد، و اتفاقهما (٢) على العقد المشخص بالعوض المعين، و انحصاره (٣) فى دعواهما، فإذا حلف المالك على نفي ما ادعاه العامل ثبت مدعاه، لقضيه الحصر (و هو قوى كمال الإجاره) إذا اختلفا فى قدره (٤).

و قيل (٥): يتحالفان، لأن كلا منهما مدع و مدعى عليه فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر و يثبت الأقل كما مر.

و التحقيق أن اختلافهما فى القدر إن كان مجردا عن التسميه (٦) بأن قال دعوى العامل، و العقد منحصر بينهما.

و إذا حلف المالك على ما يدعيه العامل فتنفى دعوى العامل و يثبت أن العوض فى العقد على حسب ما يدعيه المالك قضاء لحق الحصر، و إليه ذهب الشهيد فى الدروس أيضا.

و بهذا البيان يرتفع عنه إشكال المحقق و هو كيف يثبت ما يدعيه المالك باليمين الصادر منه، مع أن يمين المالك لنفى ما يدعيه العامل لا لإثبات ما يدعيه الجاعل.

و فيه أنه بالحلف ينتفى ما يدعيه العامل، و بالحصر - لأن العقد مردد بين قول العامل و قول المالك - يثبت ما يدعيه المالك.

(١) تعليل لحلف المالك.

(٢) تعليل لثبوت ما يدعيه المالك.

(٣) أى العقد.

(٤) أى قدر مال الإجاره و قد تقدم فى بابها.

(٥) و هو القول الخامس و قد اختاره العلامة فى القواعد، و وجهه أن كلا منهما مدع و منكر، فلا ترجيح لأحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر، و لأن العقد الذى يدعيه المالك متشخص بعوض ما، و هو غير العقد المتشخص بعوض آخر بحسب دعوى العامل.

و أشكل عليه بأن العقد متفق عليه، و إنما الخلاف فى زياده العوض و نقصانه بعد اتفاقهما على قدر منه، فالعامل يدعى الزيادة عن الاتفاق و المالك ينكرها، و أما قاعده التحالف فهى عند عدم اجتماعهما على شىء، بل يكون كل منهما منكر لما يدعيه الآخر.

هذا من جهه و من جهه أخرى ذهب العلامة إلى أنه بعد التحالف يثبت أقل الأمرين من أجره المثل و مما يدعيه العامل، إلا أن يدعى المالك زياده عن أجره المثل فتثبت الزيادة على ما سبق بيانه.

(٦) أى تسميه العوض بقدر خاص.

العامل: إنى أستحق مائه من جهة الجعل الفلانى (١) فأنكر المالك و ادعى أنه خمسون، فالقول قول المالك، لأنه منكر محض و الأصل براءته من الزائد، كما يقدم قوله لو أنكر أصل الجعل. و لا يتوجه اليمين هنا من طرف العامل أصلا.

و إن قال: جعلت لى مائه (٢) فقال المالك: بل خمسين ففيه الوجهان الماضيان فى الإجاره (٣).

و الأقوى تقديم قول المالك أيضا (٤)، لاتفاقهما على صدور الفعل بعوض، و اختلافهما فى مقداره خاصه، فليس كل منهما مدعى لما ينفيه الآخر.

و إن كان اختلافهما فى جنس المجعول (٥) مع اختلافه بالقيمه (٦) فادعى المالك جعل شىء معين يساوى خمسين، و ادعى العامل جعل غيره مما يساوى مائتين فالتحالف هنا متعين، لأن كلا منهما يدعى ما ينكره الآخر، إلا أن ذلك (٧) (١) و من دون تحديد للجعل بأنه مائه.

(٢) بأن اختلف فى القدر مع تسميه العوض بقدر خاص.

(٣) و هما تقديم قول المالك أو التحالف.

(٤) كما فى الفرع السابق الذى جرد عن تسميه العوض بقدر خاص، و تقديم قول المالك فى قبال التحالف، و بتقديم قول المالك يثبت ما يدعيه لحصر العقد بين دعواهما على ما تقدم بيانه، و هو الذى قواه فى المسالك.

(٥) بأن اختلفا فى جنس الجعل فقال المالك: جعلت درهما، فقال العامل: بل ديناراً، و فيه قولان:

القول الأول: و هو مختار الشيخ و المحقق و جماعه من تقديم قول المالك، لأن القول قوله فى أصل الجعل، و كذا فى قدره فيكون قوله مقدما فى جنسه، و لأن الاختلاف فى فعله فيرجع إليه فيه.

القول الثانى: التحالف و الرجوع إلى أجره المثل، لأن كلا- منهما مدع و منكر، و هى ضابطه التحالف، و مع حلفهما يرتفع الدرهم و الدينار و تثبت أجره المثل، لاحترام عمل العامل بعد صدوره بإذن المالك.

(٦) كأن ادعى المالك: إنى جعلت العوض ثوبا، فقال العامل: بل كتابا، و القيمه مختلفه بين الثوب و الكتاب.

(٧) من كون كل منهما يدعى ما ينكره الآخر.

نشأ من اختلاف الجعل جنسا (١)، أو وصفا (٢)، لا من اختلافه (٣) قدرا، وإذا فرض اختلاف الجنس فالقول بالتحالف أولى و إن تساويا قيمه (٤). وإنما ذكرنا اختلاف الجنس في هذا القسم (٥)، لأن جماعه كالمحقق والعلامة شرّكوا بينه (٦) و بين الاختلاف قدرا في الحكم (٧)، و ليس بواضح (٨).

و يبقى في القول بالتحالف مطلقا (٩) إشكال آخر و هو (١٠) فيما إذا تساوت الأجره و ما يدعيه المالك، أو زاد ما يدعيه (١١) عنها (١٢)، فإنه لا- وجه لتحليف العامل بعد حلف المالك على نفى الزائد (١٣) الذى يدعيه العامل (١٤)، لثبوت (١٥) (١) كدعوى الدرهم من أحدهما و الدينار من الآخر، أو الثوب من أحدهما و الكتاب من الآخر.

(٢) كدعوى الثوب الفلانى من أحدهما، و الثوب الفلانى الآخر المختلف وصفا عن الآخر.

(٣) أى اختلاف الجعل.

(٤) بأن كانت قيمه الثوب تساوى قيمه الكتاب.

(٥) و هو اختلافهما في قدر الجعل.

(٦) بين الاختلاف في الجنس.

(٧) متعلق بقوله (شرّكوا).

(٨) لأن الاختلاف في الجنس ضابطه التحالف، و الاختلاف في القدر ضابطه اليمين على المنكر.

(٩) سواء قيل بالتحالف في المختلفين جنسا فقط، أو فيهما و في الاختلاف قدرا.

(١٠) أى الإشكال، و حاصله أنه على القول بالتحالف تثبت أجره المثل، فلو ساوت أجره المثل ما يدعيه المالك فلا- وجه لتحليف العامل على نفى ما يدعيه المالك، و كذا لو زاد ما يدعيه المالك عن أجره المثل فلا- وجه لتحليف العامل أيضا، فالمالك معترف بما يدعيه و إن كان أزيد من أجره المثل فلا- معنى لحلف العامل عليه، نعم لو كانت أجره المثل أزيد مما يدعيه المالك فالزيادة من أجره المثل تنتفى بحلف العامل على نفيها.

(١١) ما يدعيه المالك.

(١٢) عن أجره المثل.

(١٣) متعلق بقوله (بعد حلف المالك).

(١٤) لأن العامل يدعى أزيد من أجره المثل عند تساويها مع دعوى المالك، و لأن العامل يدعى أزيد مما يدعيه المالك عند زياده دعوى المالك عن أجره المثل.

(١٥) تعليل لعدم الوجه لتحليف العامل.

ص: ٥٩٤

ما حكم به من مدعى المالك (١) زائدا عن الأجره، أو مساويا باعترافه (٢) فتكليف العامل باليمين حينئذ (٣) لا- وجه له، لا- اعتراف المالك به (٤)، وإنما يتوجه (٥) لو زادت أجره المثل عما يدعيه (٦) المالك فيتوقف إثبات الزائد من الأجره عما يدعيه على يمين المدعى و هو العامل (٧).

(١) و مدعاه إما مساو لأجره المثل و إما زائدا عنها، فما ادعاه ثابت باعترافه.

(٢) أى باعتراف المالك.

(٣) أى حين التحالف لثبوت أجره المثل.

(٤) بمدعاه سواء زاد عن أجره المثل أو ساواها.

(٥) أى اليمين على العامل.

(٦) أى عما يدعيه المالك.

(٧) لأنه يدعى الأزيد من أجره المثل و أزيد مما يدعيه المالك، و يمينه باعتبار أنه منكر لما يدعيه المالك فإذا حلف انتفى ما يدعيه المالك، و ما ادعاه هو فمنتف بيمين المالك فتثبت أجره المثل و إن كانت أزيد مما يدعيه المالك.

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸-۹۶۴ ؛ ج. ۲ ۸۲۲۰-۳۳-۶-۹۶۴ ؛ ج. ۳ ۸۲۲۰-۳۴-۴-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۸۲۲۰-۳۵-۲-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۸۲۲۰-۳۶-۰-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۳۷-۹-۹۶۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵-۹۶۴ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۸۲۲۰-۴۰-۹-۹۶۴

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه دمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/٣/ش ٩٠٢١٢ ٨٠٣٨٥

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ١٠٣٣٥٦٠

ص: ١

اشاره

(كتاب الوصايا) وفيه فصول:

الفصل الأول في الوصيه

في معنى الوصيه

(الأول الوصيه) مأخوذه (١) من وصى يصى، (١) الوصيه مأخوذه من الثلاثى وصى يصى وصيا، كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه فى التذكره و المحقق فى جامع المقاصد، و الوصى هو الوصل، و الوصيه مأخوذه من الوصل لما فيها من وصل القربات الواقعه فى حال الحياه بالقربات الواقعه بعد الممات، أو لما فيها من وصل التصرف فى حال الحياه بالتصرف الواقع بعد الممات، و عليه فالوصيه اسم مصدر.

و الظاهر أن الوصيه مأخوذه من الرباعى المضاعف وصى يوصى إيضاء، أو من الرباعى المهموز أوصى يوصى توصيه، و هى اسم مصدر حيثئذ بمعنى العهد، ففى لسان العرب (أوصى الرجل و وصّاه: عهد إليه)، و يشهد له تتبع استعمالها فى القرآن الكريم، قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١)، و قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ٢، و قال تعالى: وَ وَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا (٢).

و منه يظهر ضعف القول الأول، و يظهر ضعف التردد من الشارح و غيره بأن الوصيه قد تكون من الثلاثى و قد تكون من الرباعى، بل قد عرفت تعيين اشتقاق الوصيه من الرباعى و أنها بمعنى العهد.

هذا و لا ريب فى مشروعيتها، قال تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَ الْأَقْرَبِينَ (٣)، و قال تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا -

ص:٥

١- ((١ و ٢)) سورة النساء، الآيتين: ١١ و ١٢.

٢- (٣) سورة العنكبوت، الآية: ٨.

٣- (٤) سورة البقره، الآية: ١٨٠.

أو أوصى يوصى، أو وصّى يوصّى، وأصلها الوصل، و سمي هذا التصرف وصيه لما فيه من وصله التصرف في حال الحياه به بعد الوفاه، أو وصله القربه في تلك الحال بها في الحاله الأخرى. و شرعا (١): (تمليك عين، أو منفعه، أو تسليط على) - أو دَيْن (١)، و للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (الوصيه حق و قد أوصى رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم فينبغي للمسلم أن يوصى) (٢)، و مرسل المفيد في المقنعه (قال عليه السّلام: ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه) (٣)، و مرسله الآخر (قال عليه السّلام:

من مات بغير وصيه مات ميتة جاهليه) (٤)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (من لم يحسن عند الموت وصيته كان نقصا في مروته و عقله) (٥)، و في خبر آخر (من لم يحسن وصيته عند موته كان نقصا في مروته و لم يملك الشفاعة) (٦).

(١) عرفها المحقق في الشرائع بأنها تمليك عين أو منفعه بعد الوفاه، و نسب ذلك إلى أكثر الأصحاب، و أشكل عليه بأنه غير جامع لعدم شموله الولايه إلى الغير بإنفاذ الوصيه، و الولايه على الأطفال و المجانين الذين تجوز له الوصيه عليهم، مع أنها من الوصيه، و لذا زاد المحقق في النافع و الشهيد على التعريف (أو تسليط على تصرف بعد الوفاه).

و قد قيل: إن الوصيه غير الوصايه فلا يحتاج إلى الاحتراز عنها، و لذا عنون الشهيد في الدروس كل واحد منها تحت عنوان و أشكل على هذا التعريف بأنه غير جامع أيضا بالوصيه بالعتق، فإنه فك ملك لا تمليك العبد نفسه، و كذلك التدبير على القول بأنه وصيه كما ذهب إليه الأكثر، و الوصيه بإبراء المديون و بوقف المسجد، فإنه فك ملك، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه، فإنهما و إن أفادا ملك العامل للحصه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، بل قد لا يحصل ربح و لا ثمره فينتفى التمليك، و هذا الإشكال أورده الشارح هنا و في المسالك.

و قد رده صاحب الجواهر بقوله: (اللهم إلا أن يريدوا من ذلك أحد أفراد الوصيه، و لعل الظاهر ذلك، و حينئذ فلا وجه لنقض التعريف المذكور بالوصايه و بالوصيه بإبراء المديون) إلى آخر كلامه، و مراده أنهم يريدون من الوصيه خصوص الوصيه التملكيه لا الأعم منها و من العهديه.

ص: ٦

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٧ و ٨.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

(تصرف بعد الوفاة) فالتملك بمنزله الجنس يشمل سائر التصرفات المملوكة من البيع، و الوقف، و الهبة. و فى ذكر العين و المنفعة تنبيه على متعلقى (١) الوصية، و يندرج فى العين: الموجود منها بالفعل كالشجرة، و القوه كالثمره المتجدده، و فى المنفعة (٢) المؤبده (٣)، و المؤقته (٤) و المطلقه (٥)، و يدخل فى التسليط على التصرف الوصايه إلى الغير بانفاذ الوصيه، و الولايه على من (٦) للموصى عليه ولايه، و يخرج ببعديه الموت الهبه، و غيرها من التصرفات المنجزه فى الحياه المتعلقه بإحداهما (٧)، و الوكاله (٨) لأنها تسليط على التصرف فى الحياه.

و ينتقض فى عكسه (٩) بالوصيه بالعتق، فإنه فك ملك، و التدبيريه به عند الأكثر، و الوصيه المديون، و بوقف المسجد، فإنه فك ملك أيضا، و بالوصيه بالمضاربه و المساقاه فإنهما و إن أفادا ملك العامل الحصه من الربح و الثمره على تقدير ظهورهما، إلا أن حقيقتهما ليست كذلك، و قد لا يحصل ربح، و لا ثمره فينتفى التملك.

فى الإيجاب و القبول

(و إيجابها (١٠): أوصيت) لفلان بكذا، (أو افعلوا كذا بعد وفاتى) هذا (١) أى أن الوصيه تاره تتعلق بالعين و أخرى بالمنفعه.

(٢) أى و يندرج فى المنفعه.

(٣) ما لو أوصى بسكنى الدار أبدا.

(٤) ما لو أوصى بسكنى الدار سنه.

(٥) ما لو أوصى بسكنى الدار من غير تقييد.

(٦) كالطفل و المجنون.

(٧) أى بالعين أو المنفعه.

(٨) أى و تخرج ببعديه الموت الوكاله.

(٩) فلا يكون جامعا و قد تقدم.

(١٠) اعلم أن الوصيه على قسمين: تمليكيه و عهديه، فالأولى الوصيه بتمليك شىء من ماله بعد وفاته لشخص، و الثانيه الوصيه بالتصرف بشىء يتعلق ببدنه أو ماله بعد الوفاة لشخص.

و المشهور على أن الوصيه التملكيه من العقود فتحتاج إلى قبول، لأن القول بثبوت الملك للموصى له من غير قبوله موجب لإلحاق ضرر المنه عليه، و لأن الموصى به قد يكون شيئا يتضرر به الموصى له كالعبد الأعمى و الزمن و المقعد، فلو لزمه الملك من غير قبوله -

القيد (١) يحتاج إليه في الصيغه الثانيه خاصه، لأنها أعم مما بعد الوفاء، أما الأولى فمقتضاها كون ذلك بعد الوفاء، (أو لفلان بعد وفاتي كذا)، و نحو ذلك من الألفاظ الداله على المعنى المطلوب.

-لحقه الضرر من غير التزام منه، و لأن الموصى به لو دخل فى ملك الموصى له من غير قبول لكان الموصى صاحب سلطنه على الموصى له بإدخال ما يشاء فى ملكه، و هو مناف لسلطنته على نفسه.

و ذهب البعض إلى أنها من الإيقاعات فلا- تحتاج إلى القبول، لأنها لو كانت عقدا لوجب التوالى بين الإيجاب و القبول مع أنه غير واجب إذ يجوز إيقاع القبول بعد الوفاء، و لأن القبول على فرض اشتراطه فى الوصيه إنما يكون بعد وفاه الموصى على مبنى المشهور و هذا يتم بعد بطلان الإيجاب بموت الموصى، فاشتراط القبول بعد بطلان الإيجاب كضم الحجر إلى جنب الإنسان.

و على فرض اشتراط القبول فهو شرط إذا كانت الوصيه التمليكيه لمعين كزيد، و أما إذا كانت لغير معين كالفقراء فلا يشترط القبول، لأن اعتباره من الجميع متعذر و من البعض ترجيح بلا مرجح فيسقط اعتباره كما عن العلامه فى التذكره و جماعه، و عن سيد الرياض اشتراط القبول مطلقا و لو كانت لغير معين و يتولاه الحاكم.

و على كل فالوصيه التمليكيه إن كانت من العقود فهى عقد جائز بلا خلاف لجواز رجوع الموصى فيما أوصى به ما دام حيا.

و أما الوصيه العهديه فلا تحتاج إلى القبول على المشهور، بل ظاهرهم الاتفاق عليه كما فى الحدائق، و فى الجواهر: (أنها بهذا المعنى ليست من العقود قطعا بل ضروره).

ثم إن إيجابها منعقد بكل لفظ دال عليها، سواء كان لفظا مخصوصا و هو: أوصيت، أو مشتركا مع قيام القرينه الداله على خصوص الوصيه كأن يقول: اعطوا فلانا بعد وفاتي كذا و كذا مع أنه يستعمل فى الأمر كاستعماله فى الوصيه، قال الشارح فى المسالك:

(و اعلم أن التقييد بقوله بعد وفاتي فى الإيجاب إنما يفتقر إليه فى اللفظ المشترك بينه و بين غيرها، كقوله اعطوا فلانا، المشترك بين الوصيه و الأمر، و قوله: لفلان كذا، المشترك بينها و بين الإقرار له، فلا بدّ من مائز يخرج ما يحتمله اللفظ من غيرها، و هو يحصل بقوله: بعد وفاتي).

و أما قوله: أوصيت له بكذا فلا يفتقر إلى القيد، لأنه صريح فى العطيّه و نحوها بعد الموت) انتهى.

(١) أى بعد وفاتي.

(و القبول الرضا) بما دل عليه الإيجاب، سواء وقع باللفظ (١) أم بالفعل (٢) الدال عليه (٣) كالأخذ، و التصرف، و إنما يفتقر إليه (٤) في من يمكن في حقه كالمحصور لا غيره كالفقراء، و الفقهاء، و بنى هاشم، و المسجد، و القنطرة كما سيأتي.

و استفيد من افتقارها (٥) إلى الإيجاب و القبول أنها من جمله العقود، و من جواز رجوع الموصى ما دام حيا، و الموصى له كذلك (٦) ما لم يقبل بعد الوفاء كما سيأتي أنها من العقود الجائزه، و قد تلحق باللازمه على بعض الوجوه كما يعلم ذلك من القيود (٧).

و لما كان الغالب عليها حكم الجواز لم يشترط فيها القبول اللفظي (٨)، و لا مقارنته (٩) للإيجاب، بل يجوز مطلقا سواء (تأخر) عن الإيجاب، (أو قارن).

(١) أى باللفظ الدال على الرضا بالإيجاب.

(٢) كذلك الدال على الرضا بالإيجاب، و قد تقدم جريان المعاطاه بالبيع فهنا أولى.

(٣) على الرضا بالإيجاب.

(٤) إلى القبول.

(٥) أى افتقار الوصيه التمليكيه.

(٦) أى ما دام حيا.

(٧) بحيث لو مات الموصى و قد قبل الموصى له بعد الوفاء فتصير الوصيه لازمه.

(٨) بل لا يشترط القبول اللفظي فى العقود اللازمه على ما تقدم بيانه فى البيع.

(٩) لا يشترط مقارنه القبول للإيجاب لجواز وقوع القبول بعد الوفاء مع كون الإيجاب فى زمن الحياه بلا خلاف من أحد بناء على اشتراط الوصيه بالقبول.

و إنما وقع الخلاف بينهم فى اشتراط وقوع القبول بعد الوفاء، أو جواز وقوعه فى زمن حياه الموصى، ذهب الأكثر إلى الثانى، لأن القبول فى زمن الحياه قبول ما نقل إليه من الملك على الوجه الذى نقل إليه و إن لم يكن فى وقته، بل كما صح وقوع الإيجاب قبل وقت الانتقال فالقبول كذلك.

و ذهب البعض منهم العلامه و المحقق الثانى إلى الأول، لأن القبول فى حياه الموصى غير مطابق للإيجاب، لأن الإيجاب تمليك بعد الوفاء فالقبول فى زمن الحياه حينئذ كالقبول قبل الوصيه.

و يمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الحياه، و مقارنته للوفاه (١)، و الأول أوفق بمذهب المصنف، لأنه يرى جواز تقديم القبول على الوفاه (٢)، و الثاني للمشهور (٣).

و مبنى القولين على أن (٤) الإيجاب فى الوصيه إنما يتعلق بما بعد الوفاه لأنها (٥) تمليك، أو ما فى حكمه (٦) بعد الموت، فلو قبل قبله (٧) لم يطابق القبول الإيجاب، و أن المتعلق (٨) بالوفاه تمام الملك على تقدير القبول و القبض (٩) لا إحداث سببه (١٠)، فإن (١) لو قال الشارح: و يمكن أن يريد بتأخره تأخره عن الوفاه و مقارنته لها كان أحضر و أظهر، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتفسير الأول مبنى على جواز وقوع القبول قبل الوفاه، و الثانى مبنى على عدم جواز وقوع القبول قبل الوفاه فلا تغفل.

(٢) كما يظهر من كلامه فى الدروس، و لكن يحتمل تبدل رأيه فى اللغه لذا قال الشارح بأن الأول أوفق.

(٣) بل قد عرفت أن الثانى لغير المشهور، و قد نسب الشارح الأول إلى المشهور فى المسالك فراجع.

(٤) شروع فى دليل القول الثانى الذى هو لغير المشهور، القائل بحصر القبول بعد الوفاه.

(٥) أى الوصيه.

(٦) أى حكم التمليك من التسليط.

(٧) قبل الموت.

(٨) شروع فى دليل القول الأول الذى هو للمشهور القائل بجواز القبول قبل الوفاه.

(٩) اعلم أن النقل و الانتقال فى الوصيه يتمان على تقدير تحقق الإيجاب و القبول و على تقدير تحقق وفاه الموصى، هذا على المشهور، أما الأول فلأن الملك بحاجه إلى سبب ناقل، و سببه هو العقد المؤلف من الإيجاب و القبول، و أما الثانى فلان الوفاه قد جعلت قيدا فى الإيجاب فهى قيد فى القبول أيضا فلا يتحقق الملك قبلها.

و ذهب الشيخ فى مبسوطه و ابن سعيد فى جامعه إلى أن القبض شرط فى تحقق الملك أيضا قياسا على القبض فى الهبه، و هو ضعيف لعدم القول بالقياس، على أن القبض فى الهبه إنما تم لدليل خارجى و هو مفقود فى الوصيه.

و على كل فيتحقق الملك بعد الإيجاب و القبول، و إن كان لا يتحقق تمامه إلا بعد الوفاه و القبض أو الوفاه فقط على اختلاف القولين و لازمه جواز القبول قبل الوفاه.

(١٠) أى لا أن الوفاه إحداث سبب الملك.

الإيجاب جزء السبب فجاز أن يكون القبول كذلك (١) و بالموت يتم (٢)، أو يجعل الموت شرطا لحصول الملك بالعقد (٣) كالبيع على بعض الوجوه (٤).

و هذا أقوى، و تعلق الإيجاب بالتمليك بعد الموت لا ينافي قبوله قبله (٥) لأنه قبوله (٦) بعده أيضا، و إنما يصح القبول على التقديرين (ما لم يردّ) الوصيه قبله (٧) (فإن ردّ) حينئذ (٨) لم يؤثر القبول لبطلان الإيجاب برده (٩). نعم لو رده (في حياه) (١) أى جزء السبب قبل الوفاء.

(٢) أى يتم الملك بتحقق سببه الآخر و هو الوفاء.

(٣) أى بسبب العقد المؤلف من الإيجاب و القبول الواقعين قبل الوفاء، و يكون الموت شرطا متأخرا، و هذا لم يذهب إليه أحد.

(٤) و هو رأى الشيخ كما فى جامع المقاصد، بحيث أن عقد البيع يفيد الملك، و انقضاء الخيار شرطا متأخرا فى تحققه.

(٥) قبل الموت، و قد تقدم دليله.

(٦) أى قبول التمليك المذكور.

(٧) أى قبل القبول.

(٨) أى حين قبل القبول.

(٩) رد الموصى له للوصيه مبطل لها إذا كان قبل حصول الملكيه، و إذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها كما هو واضح مع ضميمه أن الملكيه متوقفه على الإيجاب و القبول و وفاه الموصى عند المشهور، و على هذا مع ضميمه القبض على مبنى الشيخ و ابن سعيد على ما تقدم.

فإذا تقرر ذلك فلو ردّ بعد موت الموصى و بعد القبول فلا- أثر لهذا الرد لتحقق الملكيه حينئذ فلا- تزول بالرد، لأن الرد هنا إعراض عن الملك، و الإعراض لا- يوجب زوال الملك، لأن زواله بعد ثبوته محتاج إلى سبب ناقل و هو غير متحقق، نعم الإعراض يفيد إباحه التصرف للغير.

و لو ردّ بعد الموت و قبل القبول فتبطل الوصيه لعدم تحقق الملكيه، و لكون الرد حينئذ موجبا لبطلان الإيجاب.

و لو رد قبل الموت سواء كان قبل القبول أم بعده، فلا- أثر لهذا الرد، و له أن يجدد القبول بعد ذلك، لأن الرد قد وقع قبل حصول الملكيه فيقع لاغيا.

إن قلت ما الفرق بينه و بين الرد بعد الوفاء و قبل القبول، مع أنهما رد قبل حصول-

(الموصى جاز القبول بعد وفاته) إذ لا- اعتبار برده السابق، حيث إن الملك لا يمكن تحققة حال الحياة، و المتأخر (١) لم يقع بعد.

و هذا بمذهب من يعتبر تأخر القبول عن الحياة أوفق. أما على تقدير جواز تقديمه (٢) فى حال الحياة فينبغى تأثير الرد حالتها (٣) أيضا، لفوات أحد (٤) ركنى العقد حال اعتباره (٥)، بل يمكن القول بعدم جواز القبول بعد الرد مطلقا (٦)، لإبطاله (٧) الإيجاب السابق، و لم يحصل بعد ذلك (٨) ما يقتضيها (٩) كما لو رد المتهب الهبه.

و لو فرق (١٠) بأن المانع هنا (١١) انتفاء المقارنه بين القبول و الإيجاب قلنا: مثله -الملكيه فيجب أن يؤثر الرد فى إبطال الوصيه فى كليهما، فلم حكم بالإبطال فى ما بعد الوفاه دونه قبل الوفاه.

قلت إن الرد بعد الموت رد للإيجاب بعد كونه مقتضيا للتمليك، و الرد لما هو قابل للتمليك إبطال له، بخلاف الرد قبل الموت فالإيجاب غير مقتضى للتمليك لأنه لا يكون مقتضيا إلا بعد الوفاه، و عليه فالرد لغير المقتضى للتمليك لا يبطله بل يجوز له القبول بعد الرد قبل الوفاه.

(١) أى و الرد المتأخر بعد الموت لم يقع بعد، نعم لو وقع فقد عرفت أنه مبطل للوصيه.

(٢) تقديم القبول.

(٣) حال الحياة، لأن الرد فى زمن الحياة رد للإيجاب بعد كونه مقتضيا للتمليك، بناء على جواز تقديم القبول قبل الموت.

(٤) و هو الإيجاب.

(٥) أى حال اقتضائه للتمليك، و إن كان تحقق التملك بعد الوفاه لأن الوفاه جزء فى تحقق الملك كما تقدم.

(٦) سواء كان الرد فى حال الحياة أم لا.

(٧) أى لإبطال الرد.

(٨) بعد الإبطال.

(٩) أى ما يقتضى الوصيه من إيجاب جديد.

(١٠) أى فرق بين الوصيه و الهبه، فالهبه مشروطه بمقارنه القبول للإيجاب و مع الرد لم تتحقق المقارنه، و هذا غير جار فى الوصيه فالمقارنه غير شرط فالرد غير مانع.

(١١) فى الهبه.

فى رد الوكيل الوكاله فإنه لى له التصرف بعد ذلك (١) بالإذن السابق و إن جاز تراخى القبول، و فى الدروس نسب الحكم بجواز القبول حينئذ (٢) بعد الوفاء إلى المشهور مؤذنا بتمريضه، و لعل المشهور مبنى على الحكم المشهور السابق (٣) (و إن رد بعد الوفاء قبل القبول بطلت (٤) و إن قبض) اتفاقا، إذ لا أثر للقبض من دون القبول (إن رد بعد القبول لم تبطل و إن لم يقبض) على أجود القولين، لحصول الملك بالقبول فلا يبطله الرد، كردّ غيره من العقود المملكه بعد تحققه، فإن زوال الملك بعد ثبوته يتوقف على وجود السبب الناقل و لم يتحقق، و الأصل عدمه (٥).

و قيل يصح الرد (٦) على أن القبض شرط فى صحه الملك (٧) كالهبة فتبطل بالرد قبله (٨).

و يضعف ببطلان القياس (٩) و ثبوت حكمها (١٠) بأمر خارج لا يقتضى المشاركة بمجردة و أصله عدم الزوال بذلك (١١)، و استصحابك ثابت (١٢).

(و ينتقل حق القبول إلى الوارث) (١٣) (١) بعد الرد، بمعنى أن الوكاله كالوصيه فى عدم اشتراط المقارنه، مع أن الرد مبطل للإيجاب فى الوكاله فكذلك فى الوصيه.

(٢) أى حين الرد.

(٣) و هو عدم جواز تقديم القبول على الوفاء، و قد عرفت أن توصيف هذا الحكم بالمشهورى لى فى محله، بل هو قول غير المشهور.

(٤) أى الوصيه.

(٥) أى و الأصل عدم زوال الملك لو شككنا به بعد ثبوته.

(٦) بعد القبول و قبل القبض.

(٧) و هو قول الشيخ و ابن سعيد و قد تقدم.

(٨) أى قبل القبض.

(٩) و هو قياس الوصيه على الهبه.

(١٠) أى حكم الهبه.

(١١) أى و أصله عدم زوال الملك لو شككنا بزواله بسبب الرد بعد القبول و قبل القبض.

(١٢) و الفرق بين هذا و بين سابقه كالفرق بين استصحاب الموجود و استصحاب المعدوم.

(١٣) لو مات الموصى له قبل القبول قام وارثه مقامه فى قبول الوصيه وردها، سواء كان ذلك -

لو مات الموصى له قبله (١)، سواء مات في حياة الموصى أم بعدها على المشهور، و مستنده روايه تدل بإطلاقها عليه.

في حياة الموصى أم بعد وفاته على المشهور لخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لآخر، و الموصى له غائب فتوفى الموصى له قبل الموصى، قال: الوصيه لوارث الذي أوصى له، و من أوصى لأحد شاهدا كان أو غائبا فتوفى الموصى له قبل الوصى فالوصيه لوارث الذي أوصى له، إلا أن يرجع في وصيته قبل موته) (١)، و أشكل بأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، فلا يصلح الخبر مستندا للحكم كما في المسالك.

و فيه: إن ابن قيس هنا هو البجلي الثقة لا الأسدي الضعيف، بقرينه روايه عاصم بن حميد عنه، على أن الخبر مؤيد بخبر الساباطي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أوصى إليّ و أمرني أن أعطى عما له في كل سنة شيئا، فمات العم فكتب: أعط ورثته) ٢، و خبر عباس بن عامر عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أوصى له بوصيه فمات قبل أن يقبضها و لم يترك عقبا، قال: اطلب له وارثا أو مولى فادفعها إليه) ٣، و ذهب جماعه منهم ابن الجنيد و العلامه في المختلف إلى البطلان بموت الموصى له قبل القبول، سواء كان موته في حياة الموصى أم لا، بناء على أن عقد الوصيه مفتقر إلى إيجاب و قبول، و موت الموصى له قبل القبول يوجب عدم تحقق العقد، و لصحيح أبي بصير و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء) (٢)، و موثق منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أوصى لرجل بوصيته إن حدث به حدث، فمات الموصى له قبل الموصى، قال: ليس بشيء) ٥.

و فصل ثالث و هو المحقق كما في الدروس بين موته في حياة الموصى فتبطل، و بين موته بعد موت الموصى فتصح للجمع بين الأخبار بحمل الطائفة الثانيه على ما لو مات في حياة الموصى كما هو صريحها، و بحمل الأول على ما لو مات بعد الموصى.

و فصل رابع بين ما لو علم أن غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، و بين غيره فلورثته، و قال الشهيد في الدروس: إن التفصيل المذكور حق و به يجمع بين النصوص.

(١) قبل القبول.

ص: ١٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٣ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٥.

و قيل تبطل الوصيه بموته، لظاهر صحيحه أبي بصير، و محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام.

و فضل ثالث فأبطلها بموته في حياته، لا بعدها.

و الأقوى البطلان مع تعلق غرضه بالموثوث، و إلا فلا. و هو مختار المصنف في الدروس، و يمكن الجمع به (١) بين الأخبار لو وجب (٢).

ثم إن كان موته (٣) قبل موت الموصى لم تدخل العين في ملكه (٤)، و إن كان بعده ففي دخولها (٥) وجهان مبنيان على أن القبول هل هو كاشف (٦) عن سبق الملك من حين الموت، أم ناقل له من حينه (٧)، أم الملك يحصل للموصى له (١) بالتفصيل الأخير.

(٢) أى وجب الجمع بين الأخبار المتعارضه إذا كانت متكافئه من ناحيه السند، غير أن خبر ابن قيس الدال على انتقال القبول إلى الوارث ضعيف لاشتراك ابن قيس بين الثقة و غيره كما أشكل بذلك الشارح في المسالك، و فيه: إن ابن قيس هنا هو الثقة لا الضعيف فالتعارض وارد غير أن الترجيح لخبر ابن قيس لأن الطائفة الثانيه موافقه للعامه حيث إن المنقول عنهم هو بطلان الوصيه، و في مخالفتهم الرشد.

(٣) أى موت الموصى له، و هذا شروع من الشارح في تأييد التفصيل القائل ببطلان الوصيه لو مات الموصى له في حياه الموصى، و بين انتقال حق القبول إلى الوارث لو مات الموصى له بعد موت الموصى.

(٤) أى في ملك الموصى له، و ذلك لأن انتقال الملك عن الموصى مشروط بموت الموصى و المفروض عدمه، و هذا هو الشق الأول من التفصيل المذكور.

(٥) أى دخول العين في ملك الموصى له.

(٦) فيكون قبول الوارث كاشفا عن ملك موثوثه من حين موت الموصى، و هو المفروض فالموصى له يكون حيا حينئذ، و هذا القول بالكشف يؤيد الشق الثاني من التفصيل المتقدم لأنه يدل على كون الموصى له قبل وفاته و بعد وفاه الموصى هو قابل للملك، و هذا دال على عدم بطلان الوصيه على هذا الشق.

(٧) أى من حين قبول الوارث، قال الشارح في المسالك: (نعم لو قيل بأن الوارث مع قبوله ينتقل الملك إليه، و لا يدخل في ملك الميت كما اختاره العلامة أشكل هذا القول - أى الشق الثاني من التفصيل المتقدم -، من حيث أن الموصى له لم يكن مالكا و لا صالحا -

بالبفاه (١) متزلزلا و يستقر بالقبول (٢) أوجه تأتي.

و تظهر الفائده فيما لو كان الموصى به ينعق على الموصى له الميت لو ملكه (٣).

فى الوصيه المطلقه و المقيده

(و تصح) الوصيه (مطلقه) غير مقيده بزمان، أو وصف (مثل ما تقدم) من قوله: أوصيت، أو افعلوا كذا بعد وفاتى، أو لفلان بعد وفاتى، (و مقيده مثل) افعلوا (بعد وفاتى فى سنه كذا، أو فى سفر كذا فتخصص) (٤) بما خصصه من السنه و السفر، و نحوهما فلو مات فى غيرهما (٥)، أو غيره (٦) بطلت الوصيه (٧)، لاختصاصها بمحل القيد فلا وصيه بدونه.

(و تكفى الإشاره) الداله على المراد (٨) قطعا (٩) فى إيجاب الوصيه (مع تعذر اللفظ) (١٠) لخرس، أو اعتقال لسان بمرض، و نحوه، (و كذا) تكفى (الكتابه) - للملك بسبب موته قبل القبول، و الوارث قبل موت مورثه ليس بقابل أيضا لملك الموصى به، لأنه ليس بموصى له) انتهى.

(١) أى بوفاه الموصى.

(٢) أى بقبول الوارث، و لكن قد عرفت أن القول بالكشف هو الذى يفيد ترجيح الشق الثانى من التفصيل المتقدم.

(٣) كما إذا كان الموصى به أبا للموصى له بحيث ينعق على المورث لو ملكه، و لا ينعق على الوارث لأنها زوجه الموصى له، فعلى الأول و الأخير ينعق لدخوله فى ملك المورث ابتداء من حين موت الموصى.

و على القول بالنقل فيدخل فى ملك الوارث ابتداء فلا ينعق.

(٤) أى الوصيه.

(٥) غير السنه.

(٦) غير السفر.

(٧) إن كان القيد المذكور قيدا فى التملك.

(٨) و هو إنشاء التملك بعد الوفاه.

(٩) لا ظنا.

(١٠) تكفى الإشاره الداله على المراد من العاجز عن النطق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (ذكر أن أباه حدثه عن أبيه أن أمامه بنت -

كذلك (١) (مع القرينه) الداله قطعاً (٢) على قصد الوصيه بها (٣)، لا مطلقاً (٤)، لأنها أعم، و لا- تكفيان مع الاختيار (٥) و إن شوهد كاتباً، أو علم خطه، أو علم الورثه -أبى العاص بن الربيع، و أمها زينب بنت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كانت تحت على عليه السّلام بعد فاطمه - إلى أن قال - و تزوجها بعد على عليه السّلام المغيره بن نوفل، ذكر أنها توجّعت وجعا شديدا حتى اعتقل لسانها، فجاءها الحسن و الحسين أبناء على عليهم السّلام، لا تستطيع الكلام فجعلوا يقولان لها - و المغيره كاره لما يقولان -: أعتقت فلانا و أهله فتشير برأسها نعم، و كذا و كذا فجعلت تشير برأسها نعم، فلا تفصح بالكلام فأجاز ذلك لها(١)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السلام (سألته عن رجل اعتقل لسانه عند الموت أو امرأه، فجعل أهاليه يسأله أعتقت فلانا و فلانا فيومئ برأسه أو تومئ برأسها، في بعض نعم و في بعض لا- و في الصدقه مثل ذلك، أ يجوز ذلك؟ قال: نعم هو جائز)٢.

(١) مع العجز عن النطق.

(٢) أى الداله على المراد على نحو القطع لا الظن.

(٣) بالكتابه.

(٤) أى لا مطلق الكتابه، لأن مطلق الكتابه أعم من الوصيه لاحتمال أن يكون قد كتب ذلك ليوصى به فيما بعد.

(٥) أى لا تكفى الإشاره و لا الكتابه مع قدره على النطق كما عن ابن إدريس و الفاضل و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى و القطيفى، و فيه: إنه قد تقدم جريان المعاطاه فى تحقق العقد للعرف، و مثله نقول هنا فى الكتابه و لا إشكال فى صدق العقد على المكتوب الذى فيه إنشاء تمليك، فالأقوى كفايه الكتابه الداله على نحو القطع و إن كان قادرا على النطق، و يدل عليه خبر إبراهيم بن محمد الهمداني (كتبت إلى ابن الحسن عليه السّلام رجل كتب كتاباً، فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما فى الكتاب بخطه، و لم يأمرهم بذلك فكتب عليه السّلام إليه: إن كان له ولد، ينفذون كل شىء يجدونه فى كتاب أبيهم فى وجوه البر و غيره) (٢)، و جمله من النصوص الناهيه أن يبيت الإنسان إلا و وصيته تحت رأسه كقوله عليه السّلام (ما ينبغي لامرئ مسلم أن يبيت ليله إلا و وصيته تحت رأسه) (٣) و هذه داله على كفايه الكتابه حال الاختيار.

ص: ١٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٧.

ببعضها (١)، خلافاً للشيخ في الأخير، أو قال (٢): إنه بخطى و أنا عالم به، أو هذه وصيتى فاشهدوا علىّ بها، و نحو ذلك، بل لا بد من تلفظه به (٣)، أو قراءته عليه و اعترافه بعد ذلك، لأن الشهاده مشروطه بالعلم و هو (٤) منفي هنا، خلافاً لابن الجنيّد حيث اكتفى به (٥) مع حفظ الشاهد له عنده (٦).

و الأقوى الاكتفاء بقراءه الشاهد له (٧) مع نفسه (٨) مع اعتراف الموصى بمعرفه بما فيه و أنه يوصى به. و كذا القول في المقر (٩).

في الوصيه للجبه

(و الوصيه للجبه العامه مثل الفقراء)، و الفقهاء، و بنى هاشم، (و المساجد، و المدارس لا تحتاج إلى القبول) (١٠)، لتعذره إن أريد من الجميع، و استلزامه الترجيح من غير مرجح إن أريد من البعض، و لا- يفتقر إلى قبول الحاكم، أو منصوبه و إن أمكن كالوقف (١١).

(١) ببعض الوصيه لأمر دلّتهم على صحه هذا البعض فلا- يلزمهم العمل بالجميع على مبنى المشهور، و عن الشيخ في النهايه ألزمهم بالعمل بالجميع لمكاتبه الهمداني المتقدمه، و قد ردت بقصورها سندا و دلاله، و قد تقدم كفايه الكتابه من القادر لصدق العقد عرفاً فيلزمهم العمل بالجميع مع العلم بكونها من المورث.

(٢) لو كتب وصيه و قال: إنها بخطى أو أنا عالم بما فيها، أو هذه وصيتى فاشهدوا علىّ بها، ففي القواعد لم تجز الشهاده حتى يسمعوا ما فيها أو تقرأ عليهم من قبله، أو تقرأ عليه فيقرّ به، لأن الشهاده مشروطه بالعلم فلا تصح الشهاده على ما فيها، نعم تصح الشهاده على أصل الوصيه.

(٣) بما كتب.

(٤) أي العلم بما في الوصيه.

(٥) بالخط.

(٦) أي مع حفظ الخط عند الشاهد فيؤمن من التروير.

(٧) للخط.

(٨) من دون قراءته على الموصى.

(٩) أي الحكم في المقر بكتاب الوصيه كالحكم بالمقر بكتاب الإقرار، فمع قراءه الشاهد لكتاب الإقرار مع اعتراف المقر بمعرفه ما فيه و أنه مقرّ به فتجوز الشهاده على الإقرار.

(١٠) قد تقدم الكلام فيه.

(١١)الذى هو غير محتاج إلى القبول.

ص:١٨

و ربما قيل فيه بذلك (١)، و لكن لا- قائل به هنا (٢). و لعل مجال الوصيه أوسع، و من ثم (٣) لم يشترط فيها التنجيز (٤)، و لا فوريه القبول (٥)، و لا صراحه الإيجاب (٦)، و لا وقوعه بالعريه مع القدره (٧).

فى أن القبول كاشف عن سبق الملك

(و الظاهر أن القبول كاشف عن سبق الملك) للموصى له (بالموت) (٨) لا- ناقل له من حينه، إذ لولاه (٩) لزم بقاء الملك بعد الموت بغير مالك إذ الميت لا- يملك، لخروجه به عن أهليته كالجماادات، و انتقال ماله عنه (١٠)، و لا- الوارث لظاهر قوله (١) أى ربما قيل فى الوقف بافتقاره إلى القبول.

(٢) فى الوصيه.

(٣) أى و لأن مجال الوصيه أوسع.

(٤) لأنه قد علّق إنشاء التملك فى الإيجاب على وفاه الموصى.

(٥) حيث جاز بالاتفاق وقوع القبول بعد وفاه الموصى.

(٦) لجواز إيقاعه بكل لفظ دال عليه و لو بمعونه القرينه.

(٧) أى مع القدره على العريه.

(٨) أى موت الموصى، و قد وقع الخلاف بينهم فى أن قبول الموصى له بعد وفاه الموصى هل هو كاشف عن سبق الملك للموصى له من حين موت الموصى كما هو المشهور، أو أن القبول المذكور جزء السبب الناقل فيتعين تحقق الملك للموصى له بعد وفاه الموصى من حين القبول كما ذهب إليه العلامة فى المختلف.

حجه الثانى: أن القبول معتبر فى عقد الوصيه فوجب أن لا يتحقق الملك قبله مطلقا و حجه الأول أن الله قد جعل ملك الوارث بعد الوصيه و الدين لقوله تعالى: **مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوَصِّى بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١)**، و الوصيه هنا موجوده فلا- يجوز انتقال متعلقها إلى الوارث لظاهر الآيه، و لا يبقى على ملك الميت لانتفاء أهليته، و لا ينتقل إلى غير الوارث و غير الموصى له بالاتفاق، فلم يبق إلا الانتقال إلى ملك الموصى له انتقالا- متوقفا على قبوله على نحو يكون القبول كاشفا عن سبق ملكه من حين الموت فرارا من المحذور المتقدم، و لو ردّ الموصى له لكشف الرد عن ملك الوارث من حين الموت.

(٩) أى لو لا الكشف.

(١٠) أى عن الميت إلى الوارث و غيره.

تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١) فلو لم ينتقل إلى الموصى له لزم خلوه عن المالك، إذ لا يصلح لغير من ذكر.

و وجه الثانى (٢): أن القبول معتبر فى حصول الملك، فهو إما جزء السبب، أو شرط كقبول البيع فيمتنع تقدم الملك عليه (٣)، و كونها (٤) من جملة العقود يرشد إلى أن القبول جزء السبب الناقل للملك، و الآخر الإيجاب كما يستفاد من تعريفهم العقود بأنها الألفاظ الداله على نقل الملك على الوجه المناسب له (٥)، و هو (٦) العين فى البيع، و المنفعه فى الإجاره، و نحو ذلك، فيكون الموت شرطاً فى انتقال الملك (٧)، كما أن الملك للعين، و العلم بالعوضين شرط فيه (٨)،

فإن اجتمعت الشرائط قبل تمام العقد بأن كان مالكا للمبيع تحققت ثمرته به (٩)، و إن تخلف بعضها (١٠) فقد يحصل منه بطلانه (١١) كالعلم بالعوض، و قد تبقى موقوفه على ذلك الشرط (١٢)، فإذا حصل تحقق تأثير السبب الناقل و هو (١)النساء الآيه: ١١.

(٢)أى النقل.

(٣)أى على القبول و دعوى انتفاء الملك عن الميت ممنوع كما لو قتل و قد وجبت السديه فإنها تدخل فى ملكه و تؤدى منها ديونه، و كما لو نصب شبكه فوقه فيها صيد بعد موته، فالصيد له ثم ينتقل إلى وارثه، و الآيه المباركه يراد منها من بعد وصيه مقبوله بدليل أنه مع عدم القبول يكون المال للوارث لا محاله من حين الموت و هذا دال على عدم تحقق الملك للموصى له من حين وفاه الموصى.

(٤)أى الوصيه.

(٥)أى للملك.

(٦)أى الملك.

(٧)أى فيكون الموت شرطاً فى انتقال الملك فى الوصيه، لأن إيجابها قد جعل التمليك متوقفا على الموت.

(٨)فى نقل الملك بالبيع.

(٩)أى تحققت ثمره عقد البيع بالقبول، و ثمرته النقل و الانتقال.

(١٠)بعض الشرائط.

(١١)بطلان عقد البيع.

(١٢)أى الشرط المتخلف.

العقد، كإجازة المالك في عقد الفضولي، و الموت في الوصية، فالانتقال حصل بالعقد، لكنه موقوف على الشرط المذكور، فإذا تأخر قبول الوصية كان الملك موقوفا عليه، و الشرط و هو الموت حاصل قبله (١) فلا يتحقق الملك قبل القبول.

و يشكل بأن هذا لو تم (٢) يقتضى أن قبول الوصية لو تقدم على الموت حصل الملك به (٣) حصولا متوقفا على الشرط و هو الموت، فيكون الموت كاشفا عن حصوله (٤) بعد القبول كإجازة المالك بعد العقد، و القائل بالنقل لا يقول بحصول الملك قبل الموت مطلقا (٥). فتبين أن الموت شرط في انتقال الملك، بل حقيقه الوصية التملك بعده (٦) كما علم من تعريفها (٧)، فإن تقدم القبول توقف الملك على الموت، و إن تأخر عنه فمقتضى حكم العقد عدم تحققه (٨) بدون القبول، فيكون تمام الملك موقوفا على الإيجاب و القبول و الموت، و بالجمله فالقول بالكشف متوجه لو لا مخالفه ما علم من حكم العقد (٩).

في ما يشترط في الموصى

(١) ويشترط في الموصى الكمال) بالبلوغ (١٠)، (١) أى قبل القبول.

(٢) و هو القول بكون القبول ناقلا لا كاشفا.

(٣) بالقبول.

(٤) أى حصول الملك.

(٥) أى أبدا.

(٦) بعد الموت.

(٧) و هو إنشاء تملك عين أو منفعه بعد الوفاء.

(٨) أى عدم تحقق الملك.

(٩) حيث إن العقد يرشد إلى كون القبول جزءا ناقلا و لكن يتعين تركه و الذهاب إلى الكشف لثلا- يلزم تحقق الملك بعد القبول في حياه الموصى مع أن الإيجاب قد قيد التملك بعد الوفاء.

هذا و قد تقدم أن الوجوه ثلاثه، و ثالثها القول بكون القبول شرطا في لزوم الملك بحيث أن الملك يحصل بالوفاء مترزلا و يستقر بالقبول، و هو قول لم يذهب إليه أحد و هذا لازمه أن القبول ليس له الدخل في أصل الملك و هذا مناف لكون الوصية من جمله العقود و لعله لضعفه الظاهر و لعدم القائل به لم يذكره الشارح.

(١٠) لا تصح وصيه غير البالغ في الجملة بلا خلاف فيه، لحديث رفع القلم (أما علمت أن -

و العقل (١)، و رفع الحجر (٢)، (و فى وصيه من بلغ عشرين قول مشهور) بين الأصحاب (٣)، مستندا إلى روايات متظافره، بعضها صحيح إلا أنها مخالفه لأصول المذهب، و سبيل الاحتياط.

-القلم يرفع عن ثلاثه: عن الصبى حتى يحتلم، و عن المجنون حتى يفيق، و عن النائم حتى يستيقظ(١).

(١) فلا تصح وصيه المجنون بلا خلاف فيه لحديث رفع القلم أيضا ٢، نعم تصح وصيه الأديارى منه إذا كانت فى دور إفاقته، لأنه حينئذ عاقل، و أما لو طرأ الجنون على الموصى بعد الوصيه فلا تبطل لعدم الموجب لذلك حتى لو قلنا ببطلان العقود الجائزه بالجنون، و ذلك لأن العقد الجائز الذى يبطل بالجنون هو العقد الذى يبطل بالموت، و الوصيه ليست كذلك، فكما لا تبطل بالموت لا تبطل بالجنون.

(٢) لأن المحجور ممنوع من التصرف كما هو واضح.

(٣) المشهور على صحه وصيه من بلغ عشرين للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له فى ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى على حد معروف و حق، فهو جائز)(٢)، و صحيح أبى بصير المرادى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا بلغ الغلام عشر سنين و أوصى بثلث ماله فى حق جازت وصيته)٤، و موثق أبى أيوب و أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الغلام ابن عشر سنين يوصى قال عليه السلام: إذا أصاب موضع الوصيه جازت)(٣).

و عن ابن إدريس عدم النفوذ قال فى السرائر: (الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن وصيه غير المكلف البالغ غير صحيحه، سواء كانت فى وجوه البر أو غير وجوه البر - إلى أن قال - و إنما هذه أخبار آحاد أو ردها فى النهايه إيرادا) انتهى.

و تبعه جماعه منهم العلامة فى المختلف حيث قال: (و هذه الروايات و إن كانت متظافره و الأقوال مشهوره، لكن الأحوط عدم إنفاذ وصيته مطلقا حتى يبلغ، لعدم مناط التصرف فى المال عنه)، و منهم المحقق الثانى فى جامعته حيث قال: (و المناسب لأصول المذهب و طريقه الاحتياط القول بعدم الجواز)، و منهم الشارح حيث قال فى المسالك:

(و هذه الروايات التى دلت على الحكم و إن كان بعضها صحيحا إلا أنها مختلفه، بحيث لا-

ص: ٢٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٢.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ٦.

أما المجنون (١) و السكران (٢) و من جرح نفسه بالمهلك (٣) فالوصيه من كل -يمكن الجمع بينها، و إثبات الحكم المخالف للأصل بها مشكل) انتهى.

و أشار باختلافها إلى ما ورد في خبر الحسن بن راشد عن العسكرى عليه السّلام (إذا بلغ الغلام ثمانى سنين فجازت أمره فى ماله، و قد وجب عليه الفرائض و الحدود، و إذا تم للجاريه سبع سنين فكذلك) (١)، و قد عمل به ابن الجنيد، و إلى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء) (٢).

و فيه: إن الخبرين الأخيرين لا يصلحان لمعارضه الباقي من هذه الطائفة الدال على نفوذ وصيه من بلغ عشرة سواء كانت لأرحامه أم لا، و هذا الباقي صالح لتخصيص ما دل على اشتراط البلوغ، و معه لا سبيل للاحتياط للأقوى ما عليه المشهور (١) فقد تقدم.

(٢) لا تصح وصيه السكران حال سكره بلا إشكال لسلب قصده الموجب لرفع القلم منه.

(٣) قاتل نفسه لا تصح وصيته، بمعنى أنه أحدث فى نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب سم أو نحو ذلك ثم أوصى فلا تصح وصيته على المشهور لصحيح أبى ولاد حفص بن سالم (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمدا فهو فى نار جهنم خالدًا فيها، قلت: أ رأيت إن كان أوصى بوصيه ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته؟ فقال عليه السلام: إن كان أوصى قبل أن يحدث حدثًا فى نفسه من جراحه أو قتل أجزت وصيته فى ثلثه، و إن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث فى نفسه من جراحه أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته) (٣)، و علله العلامة فى المختلف بدلاله فعلة على سفهه و بعدم استقرار حياته فيكون فى حكم الميت، و بأن القاتل يمنع عن الميراث لغيره فيمنع من نفسه، لأن إنفاذ وصيته نوع إرث لنفسه، و لكنها أمور استحسانيه العمده على الصحيح المتقدم.

و خالف ابن إدريس فجوز إنفاذ وصيته، و ردّ الخبر بأنه خبر آحاد قال فى السرائر:

(الذى يقتضيه أصولنا و تشهد بصحته أدلتنا أن وصيته ماضيه صحيحه إذا كان عقله ثابتا عليه) إلى آخر كلامه و تبعه بعضهم كالعلامة فى المختلف و القواعد.

ص: ٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب الوصايا حديث ١.

منهم (باطله) أما الأولان فظاهر، لانتفاء العقل، و رفع القلم، و أما الأخير فمستنده صحيحه أبي ولّاد عن الصادق عليه السلام: «فإن كان أوصى بوصيه بعد ما أحدث في نفسه من جراحه، أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته» و لدلاله هذا الفعل على سفهه، و لأنه (١) في حكم الميت فلا تجرى عليه الأحكام الجارية على الحي، و من ثم لا تقع عليه الذكاه لو كان قابلاً لها (٢).

و قيل تصح وصيته مع ثبات عقله كغيره. و هو حسن، لو لا معارضة النص المشهور، و أما دلالة الفعل على سفهه فغير واضح، و أضعف منه كونه في حكم الميت، فإنه غير مانع من التصرف مع تيقن رشده.

و موضع الخلاف ما إذا تعمد الجرح، فلو وقع منه سهواً، أو خطأ لم تمتنع وصيته إجماعاً.

في ما يشترط الموصى له

(و) يشترط (في الموصى له الوجود) (٣) حاله الوصيه، (و صحه التملك (٤))، -هذا و الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك في نفسه عمداً كما هو صدر الصحيح المتقدم، و أما إذا كان سهواً أو خطأ فتنفذ وصيته لعموم أدله نفوذها بعد عدم المانع، إذا المانع هو الصحيح و هو مختص بحال العمد.

(١) أي و لأن الجرح نفسه بمهلك.

(٢) أي أن الجرح نفسه بمهلك مثله كمثل الحيوان الذي جرح بمهلك فلا تقع عليه التذكية لأنه بحكم الميت فكذا الإنسان الجرح نفسه بما ذكر.

(٣) يشترط وجود الموصى له حال الوصيه، فلو أوصى لميت أو لمن ظن وجوده فبان ميتاً عند الوصيه لم تصح، و كذا لو أوصى لما تحمله المرأة في الزمان المستقبل، أو لمن يوجد من أولاد فلان، بلا خلاف في ذلك، لأن الوصيه تملك عين أو منفعه كما تقدم من تعريفها و المعدوم غير قابل للتملك.

(٤) تصح الوصيه للحمل الموجود حين الوصيه و إن لم تلجج الروح على فرض ولادته حياً بلا خلاف بينهم أمّا صحه الوصيه له لأنه غير مقدوم و أمّا اشتراط تولاه حياً لأنه على تقدير عدم ولادته حياً فهو غير قابل للتملك.

غايته يعلم وجوده حين الوصيه لو ولدته أمه لأقل من ستة أشهر - و هو أقل الحمل - من حين الوصيه فيعلم أنه كان موجوداً حين الوصيه، نعم لو ولدته لأكثر من عشرة أشهر - و هو أقصى الحمل - علم أنه لم يكن موجوداً حال الوصيه.

(فلو أوصى للحمل اعتبر) وجوده حال الوصيه (بوضعه لدون سته أشهر منذ حين الوصيه) فيعلم بذلك (١) كونه موجودا حالتها، (أو بأقصى) مده (الحمل) فما دون (إذا لم يكن هناك زوج، و لا مولى)، فإن كان أحدهما (٢) لم تصح، لعدم العلم بوجوده عندها، و أصاله عدمه (٣)، لإمكان تجددده بعدها، و قيام الاحتمال (٤) مع عدمهما بإمكان الزنا، و الشبهه مندفع بأن الأصل عدم إقدام المسلم على الزنا كغيره من المحرمات، و ندور الشبهه.

و يشكل الأول لو كانت كافرہ (٥)، حيث تصح الوصيه لحملها.

و ربما قيل على تقدير وجود الفراش (٦) باستحقاقه (٧) بين الغائتين (٨) عملا- بالعادة الغالبه من الوضع لأقصاهما (٩)، أو ما يقاربها (١٠). و على كل تقدير فيشترط انفصاله حيا، فلو وضعته ميتا بطلت، و لو مات بعد انفصاله حيا كانت (١١) لوارثه.

-نعم لو ولدته بين أقصى مده الحمل و أقله أمكن وجوده حال الوصيه و عدمه، فينظر إن كانت أمه فراشا لزوج أو مولى بحيث يمكن تجددده بعد الوصيه لم يحكم بصحتها، لأصاله عدم تقدمه عليها، و إن كانت خاليه من الفراش بأن فارقها الواطئ - الذى يباح له وطؤها - من حين الوصيه حكم بوجوده عملا بالظاهر و أصاله عدم وطئ غيره لها.

إن قلت: إن الخاليه يمكن وطؤها بالشبهه بل و بالزنا.

قلت: الشبهه نادره و الزنا منتف لأن الظاهر أن المسلم لا يقدم على فعل المحرم.

(١) بوضعه لأقل من سته أشهر.

(٢) أى الزوج أو المولى و قد وضعته بين أقصى الحمل و أقله.

(٣) أى و لأصاله عدم الحمل عند الوصيه لإمكان وجود الحمل بعد الوصيه.

(٤) و هم و قد تقدم ذكره بلفظ إن قلت، و هو مبنى على كونها خاليه من الزوج أو المولى.

(٥) فلا محذور فيها لعدم صيانتها فلا يجرى فيها أصل عدم إقدام المسلم على فعل الحرام.

(٦) من وجود الزوج أو المولى.

(٧) باستحقاق الحمل.

(٨) غايه أقصى الحمل و غايه أقله.

(٩) و هو عشره أشهر.

(١٠) و هو تسعه أشهر و هو الغالب، قال فى المسالك: (إن الظاهر الغالب إنما هو الولاده لتسعه أشهر تقريبا فما يولد قبلها يظهر كونه موجودا و إن كان لها فراش) انتهى.

(١١) أى الوصيه.

ص: ٢٥

و في اعتبار قبوله (١) هنا وجه قوى، لإمكانه منه، بخلاف الحمل.

و قيل (٢): يعتبر قبول وليه. ثم إن اتحد (٣) فهي له، و إن تعدد قسيم الموصى به على العدد بالسويه (٤)، و إن اختلفوا بالذكوريه، و الأنوثيه.

في ما لو أوصى للعبد

(و لو أوصى للعبد لم يصح) (٥)، سواء كان قنا أم مدبرا أم أم ولد. أجاز مولاه (١) أى قبول الوارث فيما لو مات الحمل بعد انفصاله حيا وجه قوى لإمكانه فى حقه، نعم لا نعتبر القبول من الحمل لتعذره فيسقط كما سقط القبول عند تعذره فيما لو أوصى لغير معين.

(٢) و هو الحلّى كما نقل.

(٣) أى الحمل فالوصيه له.

(٤) قضاء لحق العدل.

(٥) لا- تصح الوصيه للمملوك الأجنبي، لانتهاء أهليه الملك عن العبد، لأنه لا يملك و لو أذن له سيده، بلا فرق بين القن و المدبر و أم الولد لاشتراكهم فى تمحض الرقيه، نعم لو قلنا بملك العبد فتصح الوصيه و تحتاج إلى قبوله، و يؤيد الأول بل يدل عليه خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليهما السلام (لا وصيه لمملوك) (١).

نعم إذا كان عبد الغير الموصى له مكاتبا، فإن كان مطلقا لم يؤد شيئا أو مشروطا فكذلك لا- تصح الوصيه له ببقائه على المملوكيه، و لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (فى مكاتب كانت تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه، فقال أهل الميراث لا تجوز وصيتها، إنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى فى مكاتب أوصى له بوصيه و قد قضى نصف ما عليه فأجاز نصف الوصيه، و قضى فى مكاتب قضى ربع ما عليه فأجاز له ربع الوصيه) (٢)، و المناقشه بالسند باشتراك محمد بن قيس بين الثقة و غيره، و باشماله على إبراهيم بن هاشم و هو لم يمدح و لم يذم ليست فى محلّها، لأن ابن قيس هو البجلي الثقة بقريته روايه عاصم بن حميد، و لأن إبراهيم بن هاشم من مشايخ الإجازة و هذا ما يغنى عن توثيقه و عن المحقق الثانى و الشارح فى المسالك صحه الوصيه للمكاتب لانقطاع سلطنه المولى عنه، و لهذا يصح ما يقع من المكاتب من بيع و اكتساب من دون توقف على-

ص: ٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨٠ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

أم لا، لأن العبد لا يملك بتمليك سيده، فتمليك غيره أولى و لروايه عبد الرحمن بن الحجاج عن أحدهما عليه السلام قال: «لا وصيه لمملوك». و لو كان مكاتبا مشروطا، أو مطلقا لم يؤد شيئا ففى جواز الوصيه له قولان. من أنه (١) فى حكم المملوك حيث لم يتحرر منه شىء، و لروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام و من انقطاع (٢) سلطنه المولى عنه. و من ثم جاز اكتسابه، و قبول الوصيه نوع منها (٣).

و الصحه مطلقا أقوى. و الروايه لا حجه فيها (٤)، (إلا أن يكون) العبد الموصى له (عبده) أى عبد الموصى (فتنصرف) الوصيه (إلى عتقه) (٥) فإن -إذن المولى، و الوصيه نوع من الاكتساب، بعد رمى الروايه بالضعف لاشتراك ابن قيس بين الثقه و غيره كما فى المسالك، و بعد كونها قضيه فى واقعه لا عموم فيها كما عن جامع المقاصد.

و فيه: أما المناقشه فى السند فمردوده على ما تقدم، و أما لا عموم فيها فهى دعوى واضحه الفساد كما فى الجواهر لظهور دلالتها فى المطلوب، و أما انقطاع السلطنه فلا دليل عليه إذا المكاتبه لا تقتضى قابليته للملك، نعم جاز له البيع و الاكتساب و نحو ذلك بعد المكاتبه ليوفى للمولى ما طلبه، فهو تصرف بإذن المولى و ليس تصرفا غير متوقف على الاذن.

ثم ممّا تقدم تعرف أنه لو تحرر من العبد المكاتب شىء لصحت الوصيه له بالنسبه.

(١) دليل عدم الصحه.

(٢) دليل الصحه.

(٣) من المكاسب.

(٤) قد تقدم ما فيه.

(٥) لا خلاف فى صحه الوصيه لعبد الموصى، سواء كان قنّا أم مدبرا أم مكاتبا فى الجملة.

و صحه الوصيه لعبد الموصى أنه ننظر فى الموصى به بعد خروجه من الثلث، فإن كان بقدر قيمته اعتق العبد و كان الموصى به للورثه، و إن كانت قيمته أقل أعطى الفاضل، و إن كانت قيمته أكثر من الموصى به سعى للورثه فيما بقى هذا ما لم تبلغ قيمته ضعف ما أوصى له به، و هذا مما لا خلاف فيه، و أما لو كانت قيمته ضعف ما أوصى له به بأن كانت قيمته مائتين و الموصى به إليه مائه بطلت الوصيه كما عن المفيد و الشيخ فى النهايه و القاضى، و قال المفيد فى المقنع: (بهذا جاء الأثر عن آل محمد عليهم السلام). و استدلل لهذا القول بمؤيد و هو: أن القيمه لما كانت ضعف الموصى به كان نصف العبد على الرقيه و النصف الآخر على الحريه، و لا ترجيح فيبقى على أصاله عدم صحه الوصيه للعبد. -

ساواه (١) أعتق أجمع، و إن نقص (٢) عتق بحسابه (و إن زاد المال عن ثمنه فله الزائد).

و لا فرق فى ذلك بين القن، و غيره، و لا بين المال المشاع، و المعين على الأقوى (٣).

و عن الصدوق و الشيخ فى الخلاف و الحلبى و الحلى تصح الوصيه و يسعى فى الباقي، و فى الفرض المذكور يسعى فى المائة، و يشهد له إطلاق الفقه الرضوى (فإن أوصى لمملوكه بثلث ماله قوّم المملوك قيمه عادله، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث استسعى فى الفضيله) (١)، و خبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله فقال: يقوّم المملوك بقيمه عادله، ثم ينظر ما ثلث الميت، فإن كان الثلث أكثر أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه استسعى العبد فى ربع قيمه، و إن كان الثلث أكثر من قيمه العبد أعتق العبد و دفع إليه ما فضل من الثلث بعد قيمه) (٢) بناء على أن المراد من قوله بقدر ربع قيمه مثال لجميع أفراد الأقل و لا خصوصيه فيه

نعم عن المحقق و الشهيد الثانى جعل هذا الخبر هو الدليل على القول الأول بدلاله المفهوم، لأن منطوقه على أن الثلث لو كان أقل من قيمه العبد بقدر ربع قيمه عليه السعى و مفهومه على أن الثلث لو لم يكن أقل من قيمه العبد بقدر الربع فلا يستسعى بل تبطل الوصيه.

و فيه: ما قاله الشارح فى المسالك. إن هذا المفهوم شامل لما لو كانت قيمه قدر الضعف أو أقل من ذلك إلى أن يبلغ النقصان قدر الربع فمن أين خصّوا البطلان بما لو كانت قيمته قدر الضعف ما هذا إلا عجيب من مثل هذين الشيخين الجليلين - المفيد و الطوسى - هذا مع تسليم الروايه فإنها ضعيفه السند بالحسن المذكور فإن حاله فى الزيديه مشهور) انتهى.

(١) أى ساوى الموصى به العبد.

(٢) أى نقص الموصى به عن قيمه العبد عتق، و سعى بالباقي.

(٣) المشهور على ما سمعت سواء كان الموصى به مشاعا كالثلث و الربع و الخمس و نحو ذلك أم كان معينا كالدار و البستان، و عن العلامه فى المختلف موافقه المشهور فى الجزء المشاع، لأن العبد حينئذ من جمله الموصى به فكأنه قد أوصى بعتق جزء منه فيعتق و يسرى فى الباقي، بخلاف ما لو كانت الوصيه بجزء معين فتبطل الوصيه لعموم (لا-

ص: ٢٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الوصايا حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

و يحتمل اختصاصه (١) بالأول (٢)، لشيوعه في جميع المال و هو (٣) من جملته، فيكون كعتق جزء منه، بخلاف المعين، و لا بين أن تبلغ قيمته ضعف الوصيه، و عدمه.

و قيل: تبطل في الأول (٤) استنادا إلى روايه ضعيفه.

(و تصح الوصيه للمشققص) و هو الذى عتق منه شقص بكسر الشين و هو الجزء (بالنسبه) أى بنسبه ما فيه من الحريه (٥). و المراد به (٦) مملوك غير السيد، أما هو (٧) فتصح فى الجميع (٨) بطريق أولى (٩)، (و لأم الولد) (١٠) أى أم ولد الموصى، -وصيه لمملوك(١١)، على ما تقدم فى خبر ابن الحجاج، و لأن تنفيذ الوصيه بتمليك العبد الموصى به محال لامتناع ملك العبد، و التخطى إلى رقبته يقتضى تبديل الوصيه، و يدفعه إطلاق خبر الحسن بن صالح المتقدم حيث هو شامل للمشاع و المعين، و دعوى كونه ضعيف السند مردوده بجبره بعمل الأصحاب.

(١) أى اختصاص الحكم.

(٢) بالمشاع.

(٣) أى العبد الموصى له.

(٤) ما لو كانت قيمته ضعف الموصى به.

(٥) قد تقدم الكلام فيه.

(٦) بالمشققص.

(٧) أى مملوك الموصى.

(٨) أى جميع ما أوصى به.

(٩) لأنه إذا جازت الوصيه من المولى لعبده إذا كان قنا كما تقدم فتجوز الوصيه لعبده المشققص الذى تحرر بعضه من باب أولى.

(١٠) لو أوصى الإنسان لأم ولده صحت الوصيه من الثلث بلا خلاف، كما لا خلاف فى أنه إذا مات سيدها و لم يوصى لها بشىء تعتق من نصيب ولدها، و إنما الكلام فى أنها هل تعتق من الوصيه إذا وفت بقيمتها، أو من نصيب ولدها، إذا أوصى لها بشىء، و هما قولان مشهوران كما فى الرياض و متكافئان كما فى المسالك.

و استدلل للأول بأنه لا ميراث إلا بعد الوصيه، فلا يحكم لابنها بشىء حتى يحكم لها بالوصيه فتعتق منها إن وفت بقيمتها، و مع القصور يكمل الباقي من نصيب ولدها.

و استدلل للثانى بأن التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث لثلا يلزم خلو المال عن -

١- (١) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.

لأنها فى حياته من جملة مماليكه، و إنما خصها ليرتب عليها قوله: (فتعتق من نصيبه) أى نصيب ولدها، (و تأخذ الوصيه) لصحيحه أبى عبيده عن الصادق عليه السّلام، و لأنّ التركة تنتقل من حين الموت إلى الوارث فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه و تستحق الوصيه، و الوصيه للمملوك (١) و إن لم تتوقف على القبول فينتقل إلى ملك الموصى له بالموت، إلا أن تنفيذها يتوقف على معرفه قيمه، و وصول التركة إلى الوارث، بخلاف ملك الوارث.

و قيل: تعتق من الوصيه، فإن ضاقت فالباقى من نصيب ولدها، لتأخر الإرث عن الوصيه و الدين، بمقتضى الآيه (٢)، و لظاهر الروايه (٣).

فى الوصيه لجماعه

(و الوصيه لجماعه تقتضى التسويه) (٤) بينهم فيها، ذكورا كانوا أم إناثا أم -المالك، لكنه لا يستقر ملك الوارث إلا بإخراج الوصيه و الدين، و عليه فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتعتق عليه و تستحق الوصيه، و يدل عليه أيضا صحيح أبى عبيده المروى فى الكافى و التهذيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل كانت له أم ولد، و له منها غلام فلما حضرته الوفاه أوصى لها بألفى درهم أو أكثر، للورثه أن يسترقوها؟ فقال: لا بل تعتق من ثلث الميت و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به، و فى كتاب أبى العباس: تعتق من نصيب ابنها و تعطى من ثلثه ما أوصى لها به) (١)، و ما فى كتاب أبى العباس نص فى المطلوب، و هناك أقوال نادره فى المسأله.

(١) و هم و حاصله: أن الوصيه لا تحتاج إلى القبول فينتقل الموصى به إلى المملوك الموصى له من حين وفاه الموصى، فالقول بانتقال التركة بأجمعها إلى الوارث من حين موت الموصى ليس فى محله.

و دفعه: أن الوصيه للمملوك و إن كانت غير محتاجه إلى القبول إلا- أن تنفيذها متوقف على معرفه قيمه المملوك و وصول التركة إلى الوارث بخلاف ملك الوارث فإنه غير متوقف على شىء.

(٢) و هى قوله تعالى: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (٢).

(٣) أى صحيح أبى عبيده المتقدم بحسب صدره.

(٤) إطلاق الوصيه لجماعه محصوره يقتضى التسويه ما بينهم من غير فرق بين القريب و البعيد-

ص: ٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ١١.

مختلفين، و سواء كانت الوصيه لأعمامه و أخواله أم لغيرهم على الأقوى (إلا- مع التفضيل) فيتبع شرطه، سواء جعل المفضل الذكر أم الأنتى.

(و لو قال: على كتاب الله فللذكر ضعف الأنتى)، لأن ذلك حكم الكتاب فى الإرث، و المتبادر منه هنا ذلك (و القرابه (١): من عرف بنسبه) عاده، لأن -و الذكر و الأنتى و الوارث و غيره بلا خلاف للتساوى فى سبب الملك.

و منه تعرف أنه إذا أوصى لأولاده و هم ذكور و إناث، فهم فيه سواء، و كذا لأخواله و خالاته، أو لأعمامه و عماته، و عن الشيخ و جماعه أنه لو أوصى لأخواله و أعمامه، فالأعمام لهم الثلثان و الأخوال لهم الثلث لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل أوصى بثلاث ماله فى أعمامه و أخواله فقال: لأعمامه الثلثان، و لأخواله الثلث)^(١)، و قد حملت على ما لو أوصى على كتاب الله.

(١) لا إشكال فى صحه الوصيه للقرابه، و لما فيها من الصدقه و صله الرحم، و قد اختلف الأصحاب فى القرابه، فعن الأكثر لا بد من الرجوع إلى العرف فى تحقيق معناها، لأن العرف هو الحجه المتبع فى الألفاظ بعد عدم ورود تحديد من قبل الشارع.

و عن الشيخ بانصراف القرابه إلى كل من يتقرب إليه إلى آخر أب و أم له فى الإسلام و يحكم للجميع بالقرابه، و لا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بقرابه عرفا، فقد اعتبر الإسلام للنبوى (قطع الإسلام أرحام الجاهليه)^(٢)، كما أورده صاحب الجواهر و غيره فى كتب الفقه و إلا فلم يعثر عليه فى كتب الحديث عند العامه و الخاصه، و لقوله تعالى لنوح عن ابنه إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ^(٣).

وفيه: إن المدار فى مسألتنا على صدق اللفظ و لا ريب أن المرجع فيه هو اللغه و العرف، على أن النبوى ضعيف السند لما تقدم على أن نفى الإسلام لأرحام الجاهليه قد يكون بمعنى تحريم العصبيه الجاهليه فى الإسلام، و لو سلم أن الإسلام قد قطع أرحام الجاهليه فهو لا يدل على نفى القرابه.

و أما الآيه فنفى الأهليه لا يدل على نفى القرابه، على أنها تحمل على نفى الأهليه من نوح من حيث هو نبى معصوم و مطيع لله جل و علا و ليس على نفى الأهليه من حيث كونه أباً.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) جواهر الكلام ج ٢٨ ص ٣٨٤.

٣- (٣) سورة هود، الآيه: ٤٦.

المرجع فى الأحكام إلى العرف حيث لا- نص، و هو (١) دال على ذلك. و لا- يكفى مطلق العلم بالنسب كما يتفق ذلك فى الهاشميين، و نحوهم ممن يعرف نسبه مع بعده الآن مع انتفاء القرابه عرفا.

و لا فرق بين الوارث، و غيره، و لا بين الغنى، و الفقير، و لا بين الصغير، و الكبير، و لا بين الذكر، و الأنثى. و قيل: ينصرف إلى أنسابه الراجعين إلى آخر أب و أم له فى الإسلام، لا مطلق الأنساب استنادا إلى قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «قطع الإسلام أرحام الجاهليه» فلا يرتقى إلى آباء الشرك و إن عرفوا بالنسب، و كذا لا يعطى الكافر و إن انتسب إلى مسلم، لقوله تعالى عن ابن نوح: إِنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِكَ (٢)، و دلالتهما على ذلك ممنوعه مع تسليم سند الأول.

فى الوصيه للجيران

(و الجيران (٣) لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا) من كل جانب على المشهور -و عن ابن الجنيدي أن القرابه و الأرحام من لا يتجاوز ولد الأب الرابع، لأن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ لم يتجاوز في تفرقه سهم ذوى القربى من الخمس، و فيه: إن فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بالخمس لدليل لا يدل على نفى القرابه عما عداه.

و قيل: إن القرابه مختصه بالوارث، و قيل: إنها مختصه بالمحرم من ذوى الأرحام، و هما مع ضعفهما لعدم الدليل عليهما مع مخالفتهما للمعنى العرفى للقرابه فهما مجهولا القائل.

(١) أى العرف.

(٢) النساء آيه: ١١.

(٣) الوصيه للجيران إنما تكون لمن صدق عليه لفظ الجار عرفا، و عن المشهور لمن يلى داره إلى أربعين ذراعا من كل جانب، و لا مستند له كما فى المسالك، و لم نقف له على شاهد كما فى الجواهر.

و عن البعض على أنه لمن يلى داره إلى أربعين دارا استنادا إلى أخبار.

منها: صحيح جميل بن دارج عن أبى عبد الله عليه السلام (حد الجوار أربعون دارا من كل جانب من بين يديه و من خلفه و عن يمينه و عن شماله) (١)، و خبر عمرو بن مكرم عنه عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: كل أربعين دارا جيران من بين يديه و من خلقه و عن يمينه و عن شماله) ٢.

ص: ٣٢

والمستند ضعيف، وقيل إلى أربعين داراً، استناداً إلى روايه عاميه (١).

و الأقوى الرجوع فيهم (٢) إلى العرف، و يستوى «فيه» مالك الدار، و مستأجرها، و مستعيرها، و غاصبها على الظاهر (٣)، و لو انتقل منها إلى غيرها اعتبرت الثانيه، و لو غاب لم يخرج عن الحكم ما لم تطل الغيبه بحيث يخرج عرفاً، و لو تعددت دور الموصى و تساوت فى الاسم عرفاً استحق جيران كل واحده، و لو غلب أحدها اختص، و لو تعددت دور الجار و اختلفت فى الحكم (٤) اعتبر اطلاق اسم الجار عليه عرفاً كالمتمحد.

و يحتمل اعتبار الأغلب سكنى فيها، و على اعتبار الأذرع ففى استحقاق ما كان على رأس الغايه وجهان أجودهما الدخول (٥)، و على اعتبار الدور قيل (٦):

يقسم على عددها، لا على عدد سكانها. ثم تقسم حصه كل دار على عدد سكانها (٧). و يحتمل القسمة على عدد السكان مطلقاً (٨)، و على المختار (٩) فالقسمة على الرؤوس مطلقاً.

(١) العجب منه كيف جعل المستند روايه عاميه مع أنه فى المسالك قال: (و قد حققنا فى الوقف أن به من طرفنا روايات كثيره منها حسنه جميل بن دراج عن أبى جعفر عليه السلام) انتهى.

(٢) فى الجيران.

(٣) لأن المعبر هو السكنى فلا- يعتبر فى الجار العرفى الملكيه فيدخل المستأجر و المستعير بل و الغاصب، و عن العلامه فى التحرير عدم استحقاق الغاصب، و حكى عنه التوقف فى المستأجر و المستعير.

(٤) بحيث خرجت بعد الدور عن جواره.

(٥) بحيث انتهى عدد الأذرع إلى باب الدار فعن ابن البراج الدخول و قواه فى الدروس و غيره فى غيره، لدخول الغايه فى المغيا، و لو انتهى عدد الأذرع إلى وسط الدار فلا إشكال فى الدخول.

(٦) و لم يعرف القائل.

(٧) و فيه: إن المدار على عدد السكان لأنهم هم المراد بالجيران، نعم كانت الدور لتحديد سعه الجيره.

(٨) سواء تساوى سكان الدور أم اختلفوا فى العدد.

(٩) أى على الجار العرفى.

(و للموالى) (١) أى موالى الموصى، و اللام عوض عن المضاف إليه (تحمل على العتيق) بمعنى المفعول (و المعتق) بالبناء للفاعل على تقدير وجودهما، لتناول الاسم لهما كالأخوه (٢)، و لأن المضاف يفيد العموم فيما يصلح له، (إلا مع القرينه) الداله على إرادته أحدهما خاصه فيختص به بغير إشكال، كما أنه لو دلت على ارادتهما معا تناولتهما بغير إشكال، و كذا لو لم يكن له موالى إلا من إحدى الجهتين (٣).

(و قيل: تبطل) مع عدم قرينه تدل على ارادتهما، أو أحدهما، لأنه (٤) لفظ مشترك (٥)، و حملة على معنيه مجاز (٦)، لأنه موضوع لكل منهما على سبيل البدل، (١) إذا كان له موال من أعلى و هم المعتقون له أو من انتهى إليه ولاء المعتق، و له موال من أسفل و هم الذين أعتقهم أو من انتهى إليه ولاء العتق ثم أوصى لمواليه، فإن علم أنه أراد أحدهما بقرينه حال أو مقال انصرفت الوصيه إليه، بلا خلاف و لا إشكال. و كذا لو علم دخول الجميع.

و إن لم يعلم، فعن المشهور انصراف الوصيه إليهما بناء على أن الجمع و هو الموالى يحمل على جميع معانيه مع التجرد عن القرائن و لا يشترط فى الجمع اتفاق المعنى كما ذهب إليه ابن مالك فى التسهيل، و كذا لو أوصى للمولى فيحمل على المولى الأعلى و المولى الأدنى بناء على جواز استعمال اللفظ فى أكثر من معنى.

و عن العلامه فى التحرير و القواعد و ولده فى الإيضاح و المحقق الثانى و الشارح فى المسالك البطلان، لأن الوصيه لو كانت للفظ الجمع أعنى الموالى فيتعذر إرادته جميع معانيه المختلفه كما صرح به أكثر أهل اللغه على ما فى الارتشاف، و لو كانت الوصيه بلفظ المفرد أعنى المولى فيتعذر استعمال اللفظ فى أكثر من معنى، و لا قرينه على تعيين أحدهما فتكون الوصيه مبهمه فتبطل.

(٢) فإنه متناول للأخوه من الأب و الأخوه من الأم.

(٣) فتختص الوصيه به، لأن وحده وجوده هى القرينه المعينه.

(٤) أى المولى بما هو لفظ مفرد.

(٥) أى مشترك لفظى كما عليه الأكثر و حكى التصريح به كما عن بعض أهل اللغه، كما فى الرياض، و فى التنقيح للمقداد أنه مشترك معنوى.

(٦) لأن استعمال اللفظ المشترك فى أكثر من معنى محال، و حملة على عموم الاشتراك مجاز كما هو واضح.

و الجمع (١) تكرير الواحد فلا يتناول غير صنف واحد، و المعنى المجازى لا يصار إليه عند الاطلاق (٢)، و بذلك (٣) يحصل الفرق بينه (٤)، و بين الأخوه، لأنه (٥) لفظ متواطئ، لا مشترك، لأنه موضوع لمعنى يقع على المتقرب بالأب، و بالأم، و بهما و هذا أقوى.

فى الوصيه للفقراء

(و) الوصيه للفقراء (٦) تنصرف إلى فقراء مله الموصى)، لا- مطلق الفقراء و إن كان جمعا معرفا مفيدا للعموم. و المخصص شاهد الحال الدال على عدم إرادته فقراء غير ملته، و نحلته، (و يدخل فيهم المساكين (٧) إن جعلناهم (٨) مساوين) لهم (٩) فى الحال بأن جعلنا اللفظين بمعنى واحد، كما ذهب إليه بعضهم، (أو أسوأ) حالا (١٠) كما هو الأقوى (١١)، (١) أى الموالى بما هو لفظ جمع، و الحاصل أن الجمع تكرير للمفرد، و كما أن مفردة لا- يصح استعماله إلا- فى معنى واحد من المعانى المشتركة، فكذلك جمعه.

(٢) فلا يحمل اللفظ على عموم المشترك.

(٣) أى مما تقدم من عدم جواز إرادته أكثر من معنى من اللفظ المفرد و الجمع، مع عدم إرادته الجميع على نحو المجاز لأنه بحاجة إلى قرينه و هى مفقوده.

(٤) بين الموالى.

(٥) أى الأخوه، فهو لفظ متواطئ و هو الموضوع لمعنى يشترك فيه الكثير و هو موضوع لكل من يتقرب إليك بأحد الأبوين.

(٦) لو وصى المسلم للفقراء لانصرفت الوصيه إلى فقراء المسلمين، لأن لفظ الفقراء و إن كان عاما لأنه جمع محلى باللام إلا أن شاهد الحال قرينه على الاختصاص، و لذا فتصرف الوصيه إلى خصوص فقراء ملته، و كذا وصيه الكافر تنصرف إلى فقراء نحلته.

نعم لو لم يكن فى البلد إلا فقراء غير مذهبه سواء كان الموصى مسلما أم كافرا و كان عالما بذلك اتجه حينئذ الصرف إليهم للقرينه الخارجيه، و مما تقدم تعرف أن اللفظ يحمل على المعنى اللغوى فى مقام تحديد مراد المتكلم إن لم تقم قرينه حاله أو مقالیه تشهد بإرادته المعنى الخاص.

(٧) أى و يدخل المساكين فى الفقراء.

(٨) أى المساكين.

(٩) للفقراء.

(١٠) فيدخلون بطريق أولى.

(١١) وقد تقدم الكلام فيه في كتاب الزكاه.

ص: ٣٥

و إلا (١) فلا) يدخلون، لاختلاف المعنى، و عدم دلاله دخول الأضعف (٢) على دخول الأعلى، بخلاف العكس.

و ذكر جماعه من الأصحاب أن الخلاف فى الأسوأ، و التساوى إنما هو مع اجتماعهما (٣) كآيه الزكاه، أما مع انفراد أحدهما خاصة فيشمل الآخر إجماعاً. و كأن المصنف لم تثبت عنده هذه الدعوى (٤). (و كذا) القول (فى العكس) بأن أوصى للمساكين فإنه يتناول الفقراء على القول بالتساوى، أو كون الفقراء أسوأ حالاً (٥)، و إلا (٦) فلا. و على ما نقلناه عنهم (٧) يدخل كل منهما فى الآخر هنا (٨) مطلقاً (٩).

الفصل الثانى فى متعلق الوصيه

اشاره

(الفصل الثانى فى متعلق الوصيه)

فى أن الوصيه بما يقبل النقل

(و هو (١٠).....

(١) بأن كان المسكين أحسن حالاً من الفقير.

(٢) و هو الفقير.

(٣) و قد تقدم فى كتاب الزكاه أن الفقير و المسكين إذا افترقا اجتماعاً و إذا اجتماعاً افترقا، بمعنى لو ذكر أحدهما فهو يشمل الآخر، و إذا ذكرا معا فلكل له معنى.

و عليه فلو اجتماعاً كاجتماعهما فى آيه الزكاه و هى قوله تعالى: **إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ الْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَ الْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَ فِي الرِّقَابِ وَ الْغَارِمِينَ وَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ، وَ اللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ (١)**، فقد وقع الخلاف بينهم فى معنى الفقير و المساكين من أنهما متساويان أو أن أحدهما أسوأ من الآخر و قد تقدم الكلام فيه.

(٤) و هى إذا افترقا اجتماعاً، و ذلك لأن الوصيه هنا للفقراء، و على أساس الدعوى يجب أن يشمل اللفظ المساكين سواء كانوا أسوأ حالاً أم لا.

(٥) بطريق الأولويه.

(٦) بأن كان الفقير أحسن حالاً من المسكين.

(٧) من أنه إذا افترقا اجتماعاً.

(٨) للانفراد.

(٩) سواء كان الآخر أحسن حالا أم لا عند الانفراد.

(١٠) الموصى به إما أن يكون عينا و إما منفعه و إما حقا قابلا للنقل، فإن كان الموصى به عينا-

ص: ٣٦

١- (١) سورة التوبه، الآية: ٦٠.

كل مقصود (١) للتملك عادة (يقبل النقل) عن الملك من مالكة إلى غيره، فلا تصح الوصية بما ليس بمقصود كذلك، إما لحقارته كفضله الإنسان، أو لقلته كحبه الحنطة، و قشر الجوز، أو لكون جنسه لا- يقبل الملك كالخمر، و الخنزير، و لا بما لا يقبل النقل كالوقف، و أم الولد، (و لا يشترط كونه معلوما) (٢) للموصى، و لا للموصى له، و لا مطلقا (٣)، (و لا موجودا) بالفعل (حال الوصية) (٤) بل يكفي صلاحيته للوجود عادة فى المستقبل.

فى الوصية بغير المعلوم

(فتصح الوصية بالقسط، و النصيب، و شبهه) كالحظ، و القليل، و الكثير، و الجزيل، (و يتخير الوارث فى تعيين ما شاء) إذا لم يعلم من الموصى إرادته قدر معين، أو أزيد مما عينه الوارث.

(أما الجزء (٥) فالعشر) لحسنه أبان بن تغلب عن الباقر عليه السلام متمثلا بالجبال -أو منفعه فيشترط كونه ملكا للموصى، على معنى قابليته للملك فلا تصح الوصية بما لا يملك كالخمر، و لا بما يملكه الغير لعدم جواز التصرف بمال الغير، و لا بما يملك و لكنه مما لا يتمم كحبه الحنطة و قشر الجوز، هذا و أما الحق فهو على أقسام:

الأول: ما لا يقبل المعارضه بالمال و لا يقبل النقل و لا الإسقاط كحق الحضانه و الولاية.

الثانى: ما يقبل الإسقاط و لا يقبل النقل كحق الشفعه و الخيار.

الثالث: ما يكون قابلا للنقل و الانتقال و الإسقاط كحق التحجير، و الوصية لا تصلح إلا بالقسم الثالث القابل للنقل و الانتقال.

(١) بمعنى صلاحية الملك للموصى و الموصى له.

(٢) بل تصح الوصية بالمجهول قدرا أو جنسا بعد تعيينه بالجمله، لأن الغرر المنهى مختص بالعقود العوضيه.

(٣) أى و لا معلوما لأحد و لو غيرهما.

(٤) بلا خلاف فيه، لأن المالك كما يملك العين ملكيه مرسله غير محدد بزمان كذلك يملك منافعها، و عليه فما يتجدد من منافعها هو مملوك له فتجوز الوصية به إذا كان مما يتوقع وجوده فى الزمن المستقبل.

(٥) من أوصى بجزء ماله و لم تكن هناك قرينه تعينه من عرف أو عادة ففيه قولان: الأول أنه السبع كما عن المفيد و الإسكافى و الديلمى و القاضى و ابن زهره و العلامه بل هو المنسوب إلى الأكثر لأخبار.

منها: صحيح البنزطى عن أبى الحسن عليه السلام (عن رجل أوصى بجزء من ماله، -

العشره التي جعل على كل واحد منها جزء من الطيور الأربعة.

(وقيل . السبع)، لصحيحه البنظي عن أبي الحسن عليه السلام متمثلا بقوله تعالى: لَهَا سَبْعَةُ أَبْوَابٍ لِكُلِّ بَابٍ مِنْهُمْ جُزْءٌ مَقْسُومٌ و رَجِحَ الْأَوَّلُ بِمُوافقته للأصل (١). و لو أضافه إلى جزء آخر كالثالث فعشره (٢) لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام و تمثل أيضا بالجبال و هو مرجح آخر (و السهم الثمن) (٣) لحسنه -فقال عليه السلام: واحد من سبعة، إن الله تعالى يقول: لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم(١)، و صحيح إسماعيل بن حمام الكندي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (في رجل أوصى بجزء من ماله فقال: الجزء من سبعة، إن الله يقول: لها سبعة أبواب) إلى آخره ٢.

و عن الصدوقين و الشيخ في كتابي الأخبار و العلامه في المختلف و ولده و الشهيد في الدروس و اللمعه هنا و المحقق الثاني أنه العشر لأخبار ادعى تواترها.

منها: صحيح عبد الله بن سنان (أن امرأه أوصت إليّ و قالت: ثلثي يقضى به ديني، و جزء منه لفلان، فسألت عن ذلك ابن أبي ليلى، فقال: ما أدري ما الجزء، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: كذب ابن أبي ليلى، لها عشر الثلث، إن الله عز و جل أمر إبراهيم عليه السلام فقال: اجعل على كل جبل منهن جزءا، و كانت الجبال يومئذ عشره، فالجزء هو العشر من الشيء) ٣، و مثله حسنه أبان بن تغلب(٢).

(١) لأن الأصل عدم إخراج الزائد المشكوك، و الزائد هو في السبع.

(٢) و هذا كاشف عن أن السابق هو عشر التركة بتمامها.

(٣) لو أوصى بالسهم من التركة كان الموصى به هو الثمن على المشهور للأخبار.

منها: صحيح البنظي (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بسهم من ماله، فقال: السهم واحد من ثمانية، ثم قرأ: إنما الصدقات) ٤، و مثله حسنه صفوان عن الرضا عليه السلام ٥، و موثق السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام ٦. و عن الصدوق و الشيخ و ابن زهره أنه السدس لما روى عن ابن مسعود (أن رجلا أوصى لرجل بسهم من المال فأعطاه النبي صلى الله عليه و آله و سلم السدس) (٣)، و ما قيل عن أياس بن معاوية: (إن السهم في لغة العرب السدس) (٤)، و الجميع لا- يصلح لمعارضه ما تقدم-.

ص: ٣٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١٤ و ١٣ و ٢ و ١.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١ و ٢ و ٣.

٣- (٧) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٤٦.

٤- (٨) التذكرة ج ٢ ص ٤٩٦.

صفوان عن الرضا عليه السّلام، و مثله روى السكونى عن الصادق عليه السّلام معللا بآيه أصناف الزكاه الثمانيه، و أن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قسمها على ثمانيه أسهم.

و لا يخفى أن هذه التعليقات لا تصلح للعليه، و إنما ذكروها عليه السّلام على وجه التقريب، و التمثيل.

و قيل: السهم العشر استنادا إلى روايه ضعيفه.

و قيل: السدس لما روى عن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه أعطاه لرجل أوصى له بسهم.

و قيل: إن فى كلام العرب أن السهم سدس، و لم يثبت.

(و الشىء السدس) (١) و لا نعلم فيه خلافا.

و قيل: إنه إجماع، و به نصوص غير معلله.

(و) حيث لم يشترط فى الموصى به كونه موجودا بالفعل (٢) (تصح الوصيه بما ستحملة الأمه، أو الشجره) إما دائما، أو فى وقت مخصوص كالسنه المستقبله، (و بالمنفعه) كسكنى الدار مده معينه، أو دائما. و منفعه العبد كذلك (٣)، و شبهه (٤) و إن استوعبت قيمه العين.

- نعم ورد خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (من أوصى بسهم من ماله فهو سهم من عشره) (١)، و لا- قائل به، و نسبة الشيخ إلى توهم الراوى و أنه سمعه من أوصى بجزء من ماله فظنه بالسهم أو أنه ظن أن السهم و الجزء بمعنى واحد.

(١) لو أوصى بالشىء من ماله كان هو السدس بلا خلاف، فيه لخبر أبان عن على بن الحسين عليه السّلام (عن رجل أوصى بشىء من ماله، فقال عليه السّلام: الشىء فى كتاب على عليه السّلام واحد من ستة) (٢)، و مثله غيره.

(٢) قد تقدم الكلام.

(٣) أى مده معينه أو دائما.

(٤) أى شبه العبد كالدابه.

ص: ٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

فى أنه لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل

و لا تصح الوصيه بما لا يقبل النقل (١)، كحق القصاص، و حدّ القذف، و الشفعه) فإن الغرض من الأول (٢) تشفى الوارث باستيفائه فلا يتم الغرض بنقله إلى غيره، و مثله حد القذف، و التعزير للشتم، و أما الشفعه فالغرض منها دفع الضرر عن الشريك بالشركه، و لا حظ للموصى له فى ذلك (٣). نعم لو أوصى له بالشفص (٤) و الخيار (٥) معاً، لم تبعد الصحه، لأن الوصيه بالمال و الخيار تابع، و نفعه ظاهر مقصود، و كذا غيرها (٦) من الخيار.

فى الوصيه بالكلاب الأربه

(و تصح) الوصيه (بأحد الكلاب الأربه) (٧)، و الجرو القابل للتعليم، لكونها مالا مقصوداً، (لا بالخنزير، و كلب الهراش)، لانتفاء المالىه فيهما. و مثله طبل اللهو (٨) الذى لا يقبل التغيير عن الصفه المحرمه مع بقاء المالىه.

فى أنه يشترط فى الزائد عن الثلث إجازة الوارث

(و يشترط فى الزائد عن الثلث إجازة الوارث) (٩)،....

(١) و هو القسمان الأولان من أقسام الحقوق و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٢) أى حق القصاص.

(٣) لأنه ليس شريكاً.

(٤) أى الجزء المشاع.

(٥) أى خيار الشفعه.

(٦) أى غير الشفعه فينقل إلى الموصى له تبعا للموصى به.

(٧) و هى كلب الصيد و الماشيه و الحائط و الزرع، لما تقدم فى كتاب البيع من جواز بيعها لمالها من مالىه، و كذا الجرو القابل للتعليم.

نعم لا يجوز الوصيه بالكلب الذى لا يجوز اقتناؤه و الذى لا مالىه له و هو كلب الهراش و هو غير الأربه المتقدمه.

(٨) فإنه من الأمور التى يحرم بيعها و شراؤها لحرمة ما يترتب عليه كما تقدم فى كتاب البيع، غايته إن أمكن تغييره عن الصفه المحرمه مع بقاء مالىته فتصح الوصيه به و لكن يجب تغييره حينئذ.

(٩) الوصيه نافذه فى الثلث على كل حال، بلا خلاف فيه، و لو زادت على الثلث و أجاز الوارث فكذلك بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في رجل أوصى بأكثر من الثلث و أعتق ممالكيه في مرضه فقال عليه السلام: إن كان أكثر من الثلث ردّ إلى الثلث و جاز -

ص: ٤٠

و إلا- بطل (١)، (و تكفى) الإجازة (حال حياه الموصى) (٢) و إن لم يكن الوارث مالكا -العق(١)، و خبر حمران عنه عليه السلام (فى رجل أوصى عند موته و قال: اعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقهم، قال عليه السلام: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعقهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء ذكر، ثم الثانى و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان فى الذين سمى أخيرا، لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك)(٢).

و عن على بن بابويه نفوذ الوصيه من دون توقف على إجازة الوارث و إن زادت على الثلث لموثق عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (الرجل أحق بما له ما دام فيه الروح، إن أوصى به كله فهو جائز)(٣) و خبر محمد بن عبدوس (أوصى رجل بتركته، متاع و غير ذلك، لأبى محمد عليه السلام، فكتب إليه: رجل أوصى إليّ بجميع ما خلف لك، و خلف ابنتى أخت له، فأرىك فى ذلك؟ فكتب عليه السلام إليّ: بع ما خلف و ابعث به إليّ، و بعث به إليه فكتب عليه السلام إليّ: قد وصل)(٤)، و لكنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم لأنه أكثر عددا و أصح سندا فلا بد من الإعراض عنه أو حمله على ما لا ينافى مضمون الطائفة الأولى.

(١) أى الزائد.

(٢) لا إشكال فى صحه الوصيه بما زاد لو أجاز الوارث بعد وفاه الموصى، و يشهد به صحيح أحمد بن محمد (كتب أحمد بن إسحاق إلى أبى الحسن عليه السلام: إن دره بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعه أشقاها فى مواضع، و أوصت لسيدنا فى أشقاها بما يبلغ أكثر من الثلث، و نحن أوصياؤها و أحيينا إنهاء ذلك إلى سيدنا، فإن أمرنا بإمضاء الوصيه على وجهها أمضيها، و إن أمرنا بغير ذلك انتهينا إلى أمره فى جميع ما يأمر به إن شاء الله، فكتب عليه السلام بخطه: ليس يجب لها فى تركتها إلا الثلث، و إن تفضلتم و كنتم الورثه كان جائزا لكم إن شاء الله)(٥).

ثم لو أجاز الوارث فليس له الرجوع، لأن الوصيه قد نفذت بالإجازة، فبطلانها بالرجوع محتاج إلى دليل و هو مفقود.

و أما إذا أجاز الوارث فى حياه الموصى ففى نفوذها قولان، فعن المشهور النفوذ للأخبار:-

ص: ٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٧ - من كتاب الوصايا حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٦ - من كتاب الوصايا حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١٦.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١٩.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الوصايا حديث ١.

الآن، لتعلق حقه (١) بالمال، وإلا لم يمنع (٢) من التصرف فيه (٣)، و لصحيحه منصور بن حازم، و حسنه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام.

و قيل: لا تعتبر إلا بعد وفاته، لعدم استحقاق الوارث المال حينئذ (٤) و قد عرفت جوابه.

و لا- فرق بين وصيه الصحيح و المريض في ذلك (٥)، لاشتراكهما (٦) في الحجر بالنسبه إلى (٧) ما بعد الوفاه، و لو كان التصرف منجزا (٨) افترقا (٩).

-منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أوصى بوصيه، و ورثته شهود فأجازوا ذلك، فلما مات الرجل نقضوا الوصيه، هل لهم أن يردوا ما أقرؤا به؟ فقال عليه السلام: ليس لهم ذلك و الوصيه جائزه عليهم إذا أقرؤا بها في حياته) (١)، و مثله صحيح منصور بن حازم ٢ و عن المفيد و ابن إدريس أنه لا عبره بالإجازة حال الحياه لعدم استحقاق الوارث المال قبل الوفاه فيلغو إذنه كرده، و فيه: إن الوارث قد تعلق حقه بالمال حال حياه الموصى بدليل منع الموصى من التصرف في المال إذا كان مريضا و كان مرضه متصلا بالموت.

و لذا ذهب بعضهم و لم يعرف أن الإجازة من الوارث حال مرض الموصى نافذه، و أما في حال صحته فلا تصح، و الأخير هو الموافق للقواعد لو لا النصوص المتقدمه التي لا بد من العمل بها.

(١) حق الوارث.

(٢) أى الموصى إذا كان مريضا.

(٣) فى المال.

(٤) حين الحياه.

(٥) أى فى اشتراط إجازة الوارث فيما زاد على الثلث.

(٦) أى اشتراك الصحيح و المريض.

(٧) أى إلى التصرف فيما زاد عن الثلث، و كان التصرف بعد الوفاه.

(٨) أى فى حال الحياه.

(٩) أى افتراق الصحيح عن المريض، فالصحيح له مطلق التصرف فى ماله، و المريض ليس له التصرف إلا فى ثلث ماله فقط.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الوصايا حديث ١ و ٢.

و يعتبر في المميز جواز التصرف فلا- عبره بإجازته الصبى، و المجنون (١)، و السفية (٢)، أما المفلس فإن كانت إجازته حال الحياه نفذت إذ لا ملك له حينئذ (٣)، و إنما إجازته تنفيذ لتصرف الموصى، و لو كان بعد الموت ففي صحتها وجهان، مباحهما على أن التركة هل تنتقل إلى الوارث بالموت و بالإجازة تنتقل عنه (٤) إلى الموصى له، أم تكون الإجازة كاشفه عن سبق ملكه (٥) من حين الموت، فعلى الأول لا تنفذ (٦)، لتعلق حق الغرماء بالتركة قبل الإجازة، و على الثاني يحتمل الأمرين (٧). و إن كان النفوذ أوجه.

في المعتبر بالتركة

(و المعتبر بالتركة) بالنظر إلى مقدارها ليعتبر ثلثها (حين الوفاة) (٨) لا حين (١) لسلب عبارته الصبى و المجنون شرعا لحديث رفع القلم (١).

(٢) لأنه محجور عليه كما تقدم في كتاب الحجر.

(٣) أى حين حياه الموصى، إذ لا يملك الوارث شيئا من الارث في حياه المورث و هذا لا ينافى ما تقدم من تعلق حق الوارث بالمال، لأن التعلق لا ينافى عدم الملك.

(٤) عن الوارث.

(٥) أى ملك الموصى له من حين موت الموصى.

(٦) أى لا تنفذ إجازته الوارث المحجور عليه بالتفليس.

(٧) من النفوذ و عدمه، أما النفوذ فلأن الإجازة كاشفه عن سبق ملك الموصى له من حين الموت فلم تكن الإجازة تصرفا فيما يتعلق بنفسه و هو محجور، و أما عدم النفوذ فلأن الإجازة تدل على ملكيته ظاهرا فلا تنفذ إجازته لتعلق حق الغرماء قبل الإجازة.

(٨) يعتبر الثلث وقت الوفاة لا وقت الوصيه، فلو أوصى بشيء و كان موسرا في حال الوصيه ثم افتقر عند الوفاة أو العكس فالمدار على ما عرفت بلا خلاف فيه، و اعتبار الثلث عند الوفاة لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال و عن ثانی المحققين و الشهيدين أنه يتم بغير إشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار أو بشيء معين، أما لو كانت الوصيه بجزء مشاع و كانت التركة حال الوفاة أزيد منها حال الوصيه لأشكل الأمر لعدم العلم بإرادته الموصى للزيادة المتجدده، و لشهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون متوقعا غالبا خصوصا في الزائد الفاحش، و لأصالة عدم التعلق و هو مدفوع بأن المفهوم عرفا من الوصيه بالثلث هو الثلث حين الموت الذى هو زمن الانتقال-

ص: ٤٣

الوصيه، ولا- ما بينهما، لأنه وقت تعلق الوصيه بالمال (فلو قتل فأخذت ديته حسبت) الديه (من تركته) و اعتبر ثلثها، لثبوتها بالوفاه، وإن لم تكن عند الوصيه.

وهذا إنما يتم بغير إشكال لو كانت الوصيه بمقدار معين كمائه دينار مثلاً، أو كانت بجزء من التركة مشاع كالثلث و كانت التركة (١) حين الوصيه أزيد منها حين الوفاه، أما لو انعكس (٢) أشكل اعتبارها عند الوفاه مع عدم العلم بإرادته الموصى للزيادة المتجدده، لأصالة عدم التعلق، و شهادته الحال بأن الموصى لا يريد ثلث المتجدد حيث لا يكون تجدده متوقفاً غالباً، خصوصاً مع زيادته كثيراً.

و ينبغي على ما ذكر (٣) اعتبارها (٤) بعد الموت أيضاً، إذ قد يتجدد للميت مال بعد الموت كالديه إذا ثبتت صلحا (٥)، و قد يتجدد تلف بعض التركة قبل قبض الوارث فلا يكون محسوباً عليه (٦).

-إلى الموصى له، و يشهد له بأن الموصى لو قتل أو جرح على نحو الخطأ كانت الوصيه من ثلث التركة و الديه و الأرش، مع أن الديه و الأرش من المال المتجدد بعد الوفاه كما في صحيح محمد بن قيس عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل أوصى لرجل بوصيه من ماله ثلث أو ربع فقتل الرجل خطأ - يعنى الموصى - فقال عليه السلام: يجاز لهذه الوصيه من ماله و ديته) (١)، و خبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أوصى بثلثه ثم قتل خطأ، فإن ثلث ديته داخل فى وصيته) (٢)، و مثله غيره.

(١) قيد للأخير فقط.

(٢) بأن كانت التركة حال الوصيه أقل منها حين الوفاه و كان الموصى به جزءاً مشاعاً كالثلث.

(٣) من اعتبار التركة حين الوفاه لأصالة الوصيه.

(٤) اعتبار التركة.

(٥) و هو الديه على دم العمد.

(٦) أى على الوارث فالثلث يخرج من التركة بعد تلف بعضها بحيث لا يكون التلف من الوارث بل يكون على الجميع.

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الوصايا حديث ٢.

و الأقوى (١) اعتبار أقل الأمرين من حين الوفاة إلى حين القبض (٢).

في ما لو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم و المحلّل

(و لو أوصى بما يقع اسمه على المحرّم و المحلّل، صرف إلى المحلّل) (٣) حملا لتصرف المسلم على الصحيح (كالعود) و له عود لهو، و عيدان قسى (٤)، و عيدان عصي، و عيدان السقف، و البنيان، (و الطبل) و له طبل لهو، و طبل حرب، ثم إن اتحد المحلّل حمل عليه، و إن تعدد تخير الوارث في تعيين ما شاء، و إن لم يكن له إلا المحرم (٥) بطلت الوصية إن لم يمكن إزاله الوصف المحرّم مع بقاء ماليته، و إلا صحت و حوّل إلى المحلّل.

(و يتخير الوارث في المتواطى) (٦) و هو المقول على معنى يشترك فيه كثير (كالعبد، و فى المشترك) (٧).....

(١) بناء على ما استشكله الشارح.

(٢) أى قبض الوارث، فما زاد على التركة كالديه غير معلوم أن الموصى قد أراده بل شاهد الحال قاض بعدم دخوله و لأصالة عدم التعلق، و أما ما نقص من التركة كالتلف فهو تلف من أصل المال و فيه: إنه على خلاف النصوص المتقدمه فهو اجتهاد فى قبالتها و هو غير مسموع.

(٣) لو أوصى بما يقع اسمه على المحلّل و المحرم كالعود، للاشتراك اللفظى أو المعنوى، انصرف إلى المحلّل حملا لفعل المسلم على الصحة.

(٤) جمع قوس، هذا و قد أفرد عود اللهو و جمع ما بعده لأن الغالب وحده عود اللهو عند المالك و تعدد عيدان غيره.

(٥) و هو عود اللهو فقيل: تبطل الوصية لأنها بغير المشروع، و قيل: تصح و يزال عنه الصفه المحرمه لإطلاق أدله الوصيه، و كونه على صفه محرمه لا يخرج عن الملكيه ما دام قابلا لتزاع هذه الصفه عنه، نعم لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن اسم العود اتجه البطلان كما فى الجواهر لعدم إمكان إنفاذ الوصيه على وجهها، و عن غيره لو توقف زوالها على كسره المخرج له عن المالىه اتجه البطلان.

(٦) و هو الصادق على أفراد كثيره متساويه كالعبد يتخير الوارث فى أى شاء، لأن الوصيه به وصيه بالماهيه الكليه و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلا تبعا، فيتخير الوارث فى أى فرد لوجود متعلق الوصيه فى جميع الأفراد.

(٧) و هو الموضوع بوضعين أو أكثر لأكثر من معنى، و قد صرح أكثر من واحد بإلحاقه بالمتواطى لإرادته معنى واحد منه و هو منطبق على معانيه المتعدده فيتخير الوارث، و هذا-

و هو المقول على معنيين فصاعداً بالوضع الأول (١) من حيث هو كذلك (كالقوس) (٢)، لأن الوصية بالمتواطئ وصيه بالماهيه الصادقه بكل فرد من الأفراد كالعبد، لأن مدلول اللفظ فيه هو الماهيه الكليه. و خصوصيات الأفراد غير مقصوده إلا تبعاً، فيتخير الوارث في تعيين أى فرد شاء، لوجود متعلق الوصيه في جميع الأفراد.

و كذا المشترك، لأن متعلق الوصيه فيه هو الاسم، و هو صادق (٣) على ما تحته من المعانى حقيقه فتحصل البراءه بكل واحد منها.

و ربما احتمال هنا (٤) القرعه، لأنه (٥) أمر مشكل (٦)، إذ الموصى به ليس كل واحد، لأن اللفظ لا يصلح له (٧)، و إنما المراد واحد غير معين فيتوصل إليه بالقرعه.

-يتم بناء على كون استعماله على نحو عموم الاشتراك، أما لو أريد به معنى معين من معانيه فلا بد من القرعه لأنها لكل أمر مشكل كما سيأتى فى محله و لذا ذهب بعضهم إلى القرعه بناء على ذلك، نعم ذهب الشارح و غيره أنه يتخير الوارث من دون قرعه بناء على أن معنى المشترك منطبق على أى واحد من معانيه حقيقه على نحو البدليه، و فيه: إن معنى المشترك المراد من الموصى لا ينطبق إلا على واحد منها و هو غير معين فلا بد من القرعه.

(١) احتراز عن المجاز، لأن المجاز عند المتقدمين موضوع بوضع ثانوى على ما حرر فى علم الأصول.

(٢) قال فى المسالك: (اسم القوس يطلق على العرييه و هى التى يرمى بها النبل، و هى السهام العرييه، و على الفارسيه و هى التى يرمى بها سهام النشاب، و على القسى التى لها مجرى ينفذ فيها السهام الصغار و تسمى الحسبان، و على الجلاهق و هى ما يرمى به البندق، و على قوس الندف) انتهى.

(٣) على نحو البدليه.

(٤) فى المشترك اللفظى.

(٥) أى المشترك.

(٦) و القرعه لكل أمر مشكل، بحيث يكون معيناً واقعاً و مشكلاً ظاهراً.

(٧) أى لكل واحد.

و يضعف بأنها لبيان ما هو معين في نفس الأمر مشكل ظاهرا، و ليس هنا كذلك فإن الإبهام حاصل عند الموصى (١)، و عندنا، و في نفس الأمر (٢) فيتخير الوارث، و سيأتي في هذا الاشكال بحث.

في أن الجمع يحمل على الثلاثة

(و الجمع (٣) يحمل على الثلاثة) جمع (قله كان كاعبد، أو كثره كالعبيد) لتطابق اللغه، و العرف العام على اشتراط مطلق الجمع في اطلاقه على الثلاثة فصاعدا.

و الفرق بحمل جمع الكثره على ما فوق العشره اصطلاح خاص لا يستعمله أهل المحاورات العرفيه، و الاستعمالات العاميه فلا يحمل اطلاقهم عليه (٤).

و لا- فرق في ذلك (٥) بين تعيين الموصى قدرا من المال يصلح لعق العبيد بما يوافق جمع الكثره لو اقتصر على الخسيس من ذلك الجنس، و عدمه (٦) فيتخير بين شراء النفيس المطابق لأقل الجمع فصاعدا، و شراء الخسيس الزائد (٧) المطابق لجمع الكثره حيث يعتبر بها.

في ما لو أوصى بمنافع العبد دائما، أو بثمره البستان

(و لو أوصى بمنافع العبد دائما (٨)، أو بثمره البستان دائما قومت المنفعه على) (١) لا إبهام عند الموصى، لأنه قد أراد واحدا منها.

(٢) لا إبهام في نفس الأمر ما دام قد أراد الموصى واحدا منها.

(٣) لو أوصى بجمع فإنه يحمل على ثلاثه كما هو العرف، بلا فرق بين جموع القله و جموع الكثره، و الفارق اللغوى بينها بحمل الأول على ما دون العشره و الثانى على العشره ما فوقها لا يضّر هنا ما دام الموصى من أهل العرف و قد أراد مخاطبتهم بالوصيه فلا بدّ من حمل كلامه على العرفى دون اللغوى.

(٤) على الاصطلاح الخاص.

(٥) بحمل الجمع على الثلاثة.

(٦) عدم تعيين الموصى قدرا من المال يصلح لما ذكر.

(٧) أى الزائد عن أقل الجمع.

(٨) قد تقدم جواز الوصيه بمنافع العين دائما أو في مدته معينه، و قد يشكل بأن هذه المنافع ليست من تركه الميت و لا من أملاكه، بل هي نماء التركة التى تملكها الوارث بالموت، فتكون له فكيف جاز للمورث أن يوصى بها بعد وفاته، و هو مردود

بأن هذه المنافع تكون للوارث لو لم يوصى بها الميت و إلا فمع الوصيه فهي ليست للوارث و بيانه أن-

ص: ٤٧

(الموصى له، و الرقبه على الوارث إن فرض لها (١) قيمه (٢) كما يتفق في العبد لصحه عتق الوارث له و لو عن الكفاره، و في البستان بانكسار جذع و نحوه، -المورث في زمن حياته له التسلط على أمواله و يجوز له أن يصنع بها ما شاء، و من جملته إجاره أعيان أمواله مده من الزمن تزيد على عمره، و بهذا الاعتبار جاز له أن يوصى بمنافع أمواله بعد وفاته لمن شاء بشرط الخروج من الثلث.

ثم إن الغرض من التعرض للمسألة ثانيا هو معرفه كيفيه احتساب المنفعه المؤبده أو المنقطعه من الثلث، فإن كانت المنفعه الموصى بها منقطعه فأمرها سهل إذ تقوّم العين مسلوبه المنفعه تلك المده، و تقوّم العين بجميع منافعها مطلقا، و ينظر إلى التفاوت و يخرج من الثلث، فلو أوصى بمنفعه العبد عشر سنين، قوّم العبد بجميع منفعه ثم يقوّم مسلوب المنفعه تلك المده، فلو كانت قيمته مائه على الأول، و خمسين على الثانى، فالتفاوت خمسون، و هو الذى يخرج من الثلث، بمعنى أنه يعتبر أن يكون بيد الوارث مائه منها رقبه العبد مع أن الرقبه قيمتها خمسون كما فى المثال.

و إن كانت المنفعه الموصى بها مؤبده فللأصحاب طرق ثلاثه فى ذلك:

الأول: تقويم العين بمنافعها، و خروج مجموع القيمه من الثلث، لعدم قيمه للعين حال كونها مسلوبه المنفعه و فيه: إنه مبنى على عدم القيمه للعين حينئذ، مع أنها تبقى لها منفعه تعود للوارث كالعتق فى العبد و أكل اللحم فى الشاه لو أشرفت على الموت فذبحت و نحو ذلك.

الثانى: تقويم العين مسلوبه المنافع الموصى بها و إن قلت قيمتها، و تقويمها غير مسلوبه و ينظر إلى التفاوت، و يخرج من الثلث، لكون العين للوارث له بعض المنافع فيها من حيث الملك، و بذلك تكون ذا قيمه فلا- معنى لاحتسابها من الثلث، ثم ما دامت الرقبه للوارث فيقدر على الانتفاع بها كالعتق، و هو غرض كثير متقوم بالمال، و يمكن الانتفاع بها كما لو أوصى بثمره البستان فانكسرت أشجاره و يبست فيجوز للوارث استعمالها حطبا أو خشبا لخروجها عن الثمره و هكذا.

الثالث: أن تحسب قيمه المنفعه من الثلث و لا تحتسب قيمه الرقبه على أحد من الوارث و لا الموصى له، أما الموصى له فلأنها ليست له، و أما الوارث فللحيلولة بينه و بينها، و فيه: إن الحيلولة مانعه عن الانتفاع بالمنافع و ليست مانعه عن الانتفاع بالرقبه من حيث الملك.

(١) للرقبه.

(٢) بأن يفرض للعين منافع غير منافع الموصى بها.

فيستحقه الوارث حطبا، أو خشبا، لأنه ليس بثمره، و لو لم يكن للرقبه نفع البته (١) قومت العين أجمع على الموصى له.

و طريق خروجها (٢)، من الثلث حيث يعتبر منه (٣) يستفاد من ذلك (٤) فتقوم العين بمنافعها مطلقا (٥) ثم تقوم مسلوبه المنافع الموصى بها فالتفاوت هو الموصى به (٦)، فإن لم يكن تفاوت فالمخرج من الثلث جميع قيمه (٧). و منه (٨) يعلم حكم ما لو كانت المنفعة مخصوصه بوقت.

في ما لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين

(و لو أوصى بعق مملوكه و عليه دين قدم الدين) (٩) من أصل المال الذي من (١) و لا يمكن تصوره في العبد، بل لا بد من فرضه في غير العبد.

(٢) أي خروج المنفعة الدائم أو المنقطعه.

(٣) من الثلث.

(٤) أي من الوجهين السابقين بحيث إن كانت العين مسلوبه المنفعة ذات قيمه كانت المنفعة للموصى له و الرقبه للوارث، و إن لم تكن العين مسلوبه المنفعة ذات قيمه كانت العين مع منافعها للموصى له و تخرج من الثلث، و لم يذكر الوجه الأخير لضعفه.

(٥) أي سواء كانت المنافع هي الموصى بها أم غير موصى بها، و الثاني على فرض كون الوصيه ببعض المنافع فقط.

(٦) و هو الذي يخرج من الثلث.

(٧) أي قيمه العين مع منافعها.

(٨) أي و مما تقدم في المنفعة المؤبده.

(٩) لو أوصى بعق مملوكه و لم يكن له سواه و كان عليه دين يحيط بقيمته بطلت الوصيه، و بيع المملوك في الدين، و إن لم يكن محيطا بالقيمه بل كانت قيمه المملوك التي هي التركة أكثر من الدين، فعن المحقق و جماعه أنه يبدأ بالدين، ثم يعتق من العبد بمقدار ثلث الباقي، و إن قلّ هذا الباقي، ثم يسرى العتق في الجميع، و يسعى العبد للورثه و الديان في باقى قيمته، لأن العتق قد تعلقت به الوصيه فيخرج من الثلث، و المعتبر هو الثلث مما يبقى من التركة بعد الدين على تقدير وجوده، و هذا ما تقتضيه القواعد.

و عن الشيخين و ابن البراج أنه إذا كانت قيمه العبد بقدر الدين مرتين أعتق المملوك و يسعى في خمسه أسداس قيمته، و إن كانت القيمه أقل من الدين بمقدار مرتين بطلت الوصيه بعققه لما تسمعه من النصوص الوارده في التنجيز، و هو المسأله الآتية.

جملته المملوك، (و عتق من الفاضل) (١) عن الدين من جميع التركة (ثلثه) (٢) إن لم يزد على المملوك (٣)، فلو لم يملك سواه (٤) بطل منه (٥) فيما قابل الدين و عتق ثلث الفاضل إن لم يجز الوارث.

و لا فرق بين كون قيمه العبد ضعف الدين و أقل على أصح القولين.

و قيل: تبطل الوصيه مع نقصان قيمته عن ضعف الدين.

(و لو نجّز عتقه) في مرضه (٦) (فإن كانت قيمته ضعف الدين صح العتق) (١) أى فاضل التركة.

(٢) أى ثلث المملوك.

(٣) أى لم يزد الفاضل على المملوك، و إلا فلو زاد الفاضل بحيث يفى ثلثه بكل مملوك عتق كله حينئذ.

(٤) أى سوى العبد.

(٥) من العبد.

(٦) التنجيز هنا هو التبرع بعمل في مرض الموت و عليه فلو أعتق المولى عبده و هو في مرض الموت، و لم يكن له سواه و كان عليه دين كان فيه الخلاف المتقدم فيما لو أوصى بعتقه و لم يكن له سواه و عليه دين، و اتحاد المسألتين ناشئ من كون تصرف المريض حال الموت كتصرف الموصى غير نافذ إلا في الثلث ما لم يجز الوارث، غايته قد تقدم دليل القول الأول، و مستند الثاني صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (قال: سألتني أبو عبد الله عليه السلام: هل يختلف ابن أبي ليلى و ابن شبرمه؟ فقلت: بلغني أنه مات مولى لعيسى بن موسى و ترك عليه ديناً كثيراً و ترك ممالك يحيط دينه بأثمانهم فأعتقهم عند الموت، فسألتهما عيسى بن موسى عن ذلك، فقال ابن شبرمه: أرى أن تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها إلى الغرماء، فإنه قد أعتقهم عند موته، و قال ابن أبي ليلى: أرى أن أبيعهم و أدفع أثمانهم إلى الغرماء، فإنه ليس له أن يعتقهم عند موته و عليه دين يحيط بهم، و هذا أهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده و عليه دين كثير فلا يجيزون عتقه إذا كان عليه دين كثير، فرفع ابن شبرمه يده إلى السماء فقال: سبحان الله يا ابن أبي ليلى متى قلت هذا القول؟ و الله ما قلت إلا طلب خلافي.

فقال أبو عبد الله عليه السلام: و عن رأى أيهما صدر؟ قلت: بلغني أنه أخذ برأى ابن أبي ليلى، و كان له في ذلك هوى فباعهم و قضى دينه.

قال عليه السلام: فمع أيهما من قبلكم؟ قلت له: مع ابن شبرمه، و قد رجع ابن أبي ليلى إلى -

فيه أجمع (و سعى في قيمه نصفه للديان (١))، -رأى ابن شبرمه بعد ذلك، فقال عليه السّلام: أما والله إن الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلى، وإن كان قد رجع عنه، فقلت له: هذا منكسر عندهم في القياس، فقال عليه السّلام: هات قايسني، فقلت: أنا أقايسك؟ فقال عليه السّلام: لتقولنّ بأشد ما يدخل فيه من القياس، فقلت له: رجل ترك عبداً ولم يترك مالا غيره، وقيمه العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة درهم فأعتقه عند الموت كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يباع العبد فيأخذ الغرماء خمسمائة درهم و يأخذ الورثة مائة درهم، فقلت: أليس قد بقي من قيمه العبد مائة درهم من دينه، فقال عليه السّلام: بلى، قلت: أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء؟ قال عليه السّلام: بلى، قلت: أليس قد أوصى للعبد بالثلث من المائة حين أعتقه؟ فقال عليه السّلام: إن العبد لا وصيه له إنما أمواله لمواليه، فقلت له: فإن كان قيمه العبد ستمائة درهم ودينه أربعمائه؟ فقال عليه السّلام: كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائه درهم و يأخذ الورثة مائتين، ولا يكون للعبد شيء، قلت له: كان قيمه العبد ستمائة درهم ودينه ثلاثمائه درهم فضحك وقال: من هاهنا أتى أصحابك، جعلوا الأشياء شيئاً واحداً، ولم يعلموا السنه، إذا استوى مال الغرماء و مال الورثة، أو كان مال الورثة أكثر من مال الغرماء و لم يتهم الرجل على وصيته و أجزت وصيته على وجهها، فالآن يوقف هذا فيكون نصفه للغرماء، و يكون ثلثه للورثة و يكون له السدس(١).

و صحيح زراره عن أحدهما عليه السّلام (في رجل أعتق مملوكه عند موته و عليه دين فقال:

إن كان قيمته مثل الذي عليه و مثله جاز عتقه، و إلا لم يجز) ٢ و في صحيح آخر (إذا ملك المملوك سدسه استسعى) ٣، إلى غير ذلك من النصوص الجامعه لشرائط الحجية من حيث السند فلا بدّ من تخصيص تلك القواعد بها، و دعوى إعراض الأصحاب عنها عهدتها على مدعيها.

بل هي على ما تقتضيه القواعد، لأن الموصى إن لم يترك إلا عبداً و كان عليه دين، و كانت قيمته بمقدار ضعف الدين، كان نصف العبد للغرماء، و النصف الآخر تركه، و الموصى يملك ثلث التركة بعد الدين و هو السدس هنا، فلو كانت قيمه العبد بمقدار الضعف فتنفذ وصيه الموصى في السدس عند عدم إجازة الوارث، و هذا ما صرحت به الأخبار المتقدمه.

(١) و المعنى ينعق سدسه الذي هو ثلث الباقي هو إخراج الدين من قيمه العبد الذي هو تمام-

ص: ٥١

و في ثلثه (١) الذى هو ثلثا النصف الباقي عن الدين (للوارث)، لأن النصف الباقي (٢) هو مجموع التركة بعد الدين، فيعتق ثلثه (٣) و يكون ثلثاه (٤) للورثة، و هو ثلث مجموعته (٥). و هذا مما لا خلاف فيه، و إنما الخلاف فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين، فقد ذهب الشيخ و جماعه إلى بطلان العتق حينئذ (٦) استنادا إلى صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام. و يفهم من المصنف هنا الميل إليه، حيث شرط فى صحة العتق كون قيمته ضعف الدين، إلا أنه لم يصرح بالشق الآخر (٧).

و الأقوى أنه (٨) كالأول (٩)، فيعتق منه بمقدار ثلث ما يبقى من قيمته فاضلا عن الدين، و يسعى للديان بمقدار دينه، و للورثة بضعف (١٠) ما عتق منه مطلقا (١١) فإذا أداه (١٢) عتق أجمع. و الرواية المذكوره مع مخالفتها للأصول معارضه بما يدل على المطلوب و هو حسنه الحلبي (١٣) عنه عليه السلام.

-التركة، ثم يسرى العتق فى الجميع و يسعى العبد للديان و الورثة، فيسعى بثلاثه أسداسه للديان، و سدسين للورثة.

(١) أى ثلث العبد الذى هو سدسا العبد.

(٢) و هو ثلاثه أسداس.

(٣) أى ثلث النصف الباقي الذى هو السدس، لأن المريض ينفذ تصرفه فى ثلث تركته عند عدم إجازة الوارث و كذلك الموصى.

(٤) أى ثلثا النصف الباقي و هو السدسان.

(٥) أى مجموع قيمه العبد.

(٦) حين النقصان.

(٧) و هو فيما لو نقصت قيمته عن ضعف الدين و أن العتق باطل.

(٨) أى الشق الآخر.

(٩) أى كما لو كانت قيمته ضعف الدين و أنه لا يبطل العتق.

(١٠) لأن ما بقى من التركة بعد الدين ثلثاه للورثة و ثلثه للمورث تنفذ فيه وصاياه و منجزاته عند عدم إجازة الوارث، و ما كان للمورث يصح فيه العتق لو أوصى به أو نجزه.

(١١) سواء كانت قيمته ضعف الدين أم لا.

(١٢) أى أدى العبد ما للديان و ما للورثة.

(١٣) بل هي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (رجل قال: إن متّ فعبدى حرّ و على -

ص: ٥٢

فى ما لو أوصى بعق ثلث عبده

و لو أوصى بعق ثلث عبده، أو عدد منهم مبهم) (١) كثلثه (استخرج) الثلث و العدد (بالقرعه) (٢) لصلاحيه الحكم لكل واحد فالقرعه طريق التعيين، لأنها لكل أمر مشكل، ولأن العتق حق للمعتق، و لا- ترجيح لبعضهم، لانتفاء التعيين فوجب استخراجها بالقرعه.

و قيل: يتخير الوارث فى الثانى، لأن متعلق الوصيه متواطئ فيتخير فى تعيينه الوارث كما سبق، ولأن المتبادر من اللفظ هو الاكتفاء بعق أى عدد كان من الجميع فيحمل عليه. و هو قوى، و فى الفرق بينه، و بين الثلث نظر (٣).

فى ما لو أوصى بأمر متعدده فيها واجب

و لو أوصى بأمر) متعدده (٤) (فإن كان فيها واجب قدم) على غيره و إن-الرجل دين، فقال عليه السّلام: إن توفى و عليه دين قد أحاط بثمان الغلام بيع العبد، و إن لم يكن قد أحاط بثمان العبد استسعى فى قضاء دين مولاه، و هو حر إذا أوفى) (١)، و هو مطلق يشمل ما لو كانت قيمه العبد أقل من ضعف الدين.

و فيه: إنه لا بد من تقييده بما تقدم من النصوص جمعاً بين الأخبار، على أن هذا الصحيح لم يتعرض لحق الورثه مع أن لهم حق فى ثلثى ما بقى من فاضل قيمته بعد الدين.

(١) أى مبهم من ناحيه المصداق إلا أنه عدد معيّن كثلثه.

(٢) فالعتق حق للمعتق و لا- ترجيح فيه لبعضهم على بعض فوجب التوصل إليه بالقرعه لأنها لكل أمر مشكل، و عن المحقق و جماعه أن الوارث مخير فى التعيين بالنسبه للعدد لأن الموصى به من المتواطئ و الخيار فى تعيينه للوارث لا للقرعه.

(٣) وجهه أن الثلث متواطئ أيضاً فيتخير فيه الوارث.

(٤) لو أوصى بأمر متعدده، و من بينها واجب مالى و غيره أخرج الواجب المالى من الأصل، لأنه كالدين و يشهد به النصوص الكثيره:

منها: صحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل توفى و أوصى أن يحج عنه، قال عليه السّلام: إن كان ضروره فمن جميع المال، إنه بمنزله الدين الواجب، و إن كان قد حج فمن ثلثه) (٢).

و التعليل عموم لكل ما هو بمنزله الدين فيشمل كل واجب مالى، و المراد به ما كان مالياً-

ص: ٥٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الحج حديث ٦.

تأخرت الوصيه به، سواء كان الواجب ماليا أم غيره، و بدئى بعده بالأول فالأول. ثم إن كان الواجب ماليا كالدين و الحج أخرج من أصل المال، و الباقي من الثلث، و إن كان بدنيا كالصلاه، و الصوم قَدَم من الثلث و أكمل (١) من الباقي مرتبا للأول فالأول.

(و إلا) يكن فيها واجب (بدئى بالأول) منها (فالأول حتى يستوفى الثلث) -محضا كالزكاه و الخمس و نذر المال و الكفارات أم مشويا بالبدن إلا أن جانب المالیه غلب كالحج.

أما لو كان الواجب بدنيا محضا كالصلاه و الصوم فلا يخرج من الأصل و إنما من الثلث إذا أوصى به فتشمله أدله الوصيه التى تخرج من الثلث و الفرق بين الواجب البدنى و المالى واضح، لأن الثانى لما كان متعلقا بالمال حال الحياه و جب إخراجه من المال بعد الوفاة بالإضافة إلى النصوص و قد تقدم بعضها، و الأول لما كان متعلقا بالبدن حال الحياه فيبقى الخطاب به بعد الوفاة متعلقا بالبدن.

ثم بعد إخراج الواجب المالى يخرج الباقي من الثلث و يقدم الواجب البدنى و لو ذكر مؤخرا فى الوصيه، ثم يشرع فى الباقي و يبدأ بالأول فالأول على حسب الذكر فى الوصيه حتى يستوفى الثلث و يبطل فيما زاد عليه مع عدم إجازة الوارث بلا خلاف فيه لخبر حمران عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل أوصى عند موته و قال: اعتق فلانا و فلانا حتى ذكر خمسه، فنظر فى ثلثه فلم يبلغ ثلثه أثمان قيمه المماليك الخمسه الذين أمر بعقبتهم، فقال عليه السّلام: ينظر إلى الذين سماهم و بدأ بعقبتهم فيقومون و ينظر إلى ثلثه فيعتق منه أول شىء ذكرتم الثانى و الثالث ثم الرابع ثم الخامس، فإن عجز الثلث كان فى الذين سمى أخيرا، لأنه اعتق بعد مبلغ الثلث ما لا يملك، فلا يجوز له ذلك)(١).

و لا- فرق فى الترتيب الذكرى بين ما لو رتب بأداه كتمّ و الفاء و بين الذكر فقط من دون أداه الترتيب، و لا فرق بين العطف بالواو و عدمه نعم لو جمع بأن ذكر أشياء ثم أوصى لمجموعها بأن قال: اعطوا فلانا و فلانا مائه، أو قال بعد الترتيب: لا تقدموا بعضها على بعض، و قد نقص الثلث عن الجميع فيدخل النقص على الجميع بالنسبه فيقسم عليهم قضاء لحق العدل.

(١) أى أكمل الثلث من الباقي منه فى بقيه الوصيه.

ص: ٥٤

و يبطل الباقي إن لم يجز الوارث، و المراد بالأول: الذى قدمه الموصى فى الذكر و لم يعقبه بما ينافيه، سواء عطف عليه التالى بـثم أم بالفاء أو بالواو أم قطعه عنه بأن قال: أعطوا فلانا مائه، أعطوا فلانا خمسين، و لو رتب ثم قال: ابدءوا بالأخير، أو بغيره أتبع لفظه الأخير،(و لو لم يرتب) بأن ذكر الجميع دفعه فقال: أعطوا فلانا، و فلانا، و فلانا مائه، أو رتب باللفظ، ثم نص على عدم التقديم (بسط الثلث على الجميع) و بطل من كل وصيه بحسابها، و لو علم الترتيب و اشتبه الأول أقرع (١)، و لو اشتبه الترتيب و عدمه فظاهرهم اطلاق التقديم بالقرعه كالأول (٢).

و يشكل باحتمال كون الواقع عدمه (٣)، و هى (٤) لإخراج المشكل و لم يحصل (٥) فينبغى الإخراج (٦) على الترتيب و عدمه، لاحتمال أن يكون غير مرتب فتقديم كل واحد ظلم.

و لو جامع الوصايا منجز (٧) يخرج من الثلث قدم عليها مطلقا (٨) و أكمل (١) لتتحقق مناط القرعه، و هو التعيين واقعا و الاشتباه ظاهرا، و هو متحقق هنا.

(٢) أى فيما لو علم الترتيب و اشتبه الأول هذا و قد علق الشارح هنا كما فى الطبعه الحجرية بقوله: (ينبغى تأمل ذلك، لأن أحدا لم ينبه عليه).

(٣) أى عدم الترتيب.

(٤) أى القرعه و الواو حاله.

(٥) أى لم يحصل المشكل هنا.

(٦) أى فينبغى إجراء القرعه على الترتيب و عدمه، لا على إخراج الأول فالأول، لأن الثانى متوقف على إحراز الترتيب واقعا و هو مشكوك.

(٧) أى فعل تبرعى قد صدر من المريض بمرض الموت، و قد تقدم أنه من الثلث عند عدم إجازته الوارث.

(٨) سواء تقدم بالذكر أم تأخر، و سواء كان فى الوصايا واجب أم لا، و تقديم المنجز على الوصيه مما لا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل حضره الموت فأعتق غلامه و أوصى بوصيته، و كان أكثر من الثلث، قال: يمضى عتق الغلام، و يكون النقصان فيما بقى) (١).

ص: ٥٥

الثالث منها (١) كما ذكر (٢).

في ما لو أجاز الورثة ما زاد على الثلث

(و لو أجاز الورثة) ما زاد على الثلث (فادعوا) بعد الإجازة (ظن القله) أى قله الموصى به و أنه ظهر أزيد مما ظنوه، (فإن كان الإيضاء بعين لم يقبل منهم) (٣) لأن الإجازة وقعت على معلوم لهم فلا- تسمع دعواهم أنهم ظنوا زيادته عن الثلث بيسير مثلا فظهر أزيد، أو ظن أن المال (٤) كثير لأصالة عدم الزيادة في المال فلا (١) من الوصايا.

(٢) من تقديم الواجب على غيره، مع مراعاة الترتيب في غير الواجب.

(٣) أى هذا الادعاء، فلو أوصى بعبد أو دار و نحوهما من الأعيان مما زاد على الثلث فأجاز الوارث الوصيه ثم ادعى الظن بأن العين الموصى بها بمقدار ثلث التركة أو أزيد بيسير فظهرت أزيد بكثير، فلا يلتفت إلى دعواه لأن الإجازة هنا تضمنت معلوما و هو العين المخصوصه.

نعم لو أوصى بمقدار من المال مشاع في التركة كنصف ماله مثلا فأجاز الوارث ثم ادعى أنه ظن أنه قليل بالنسبه إلى مجموع التركة فبان أنه كثير فتقبل دعواه و يقضى له بما ظن، و عليه الحلف على الزائد، كذا ذكره جماعه من الأصحاب، و علل بأن الإجازة هناك قد تعلقت بالمعلوم و هو العين المخصوصه مهما كانت التركة فكانت الإجازة ماضيه على الوارث بخلافها هنا فإنها قد تعلقت بالجزء المشاع، و العلم بمقداره متوقف على العلم بمجموع التركة، و الأصل عدم العلم بالمجموع فتقبل فيه دعوى الوارث بالجهالة لموافقته قوله للأصل.

و مال في الدروس إلى التسويه بين المسألتين و القبول في الحاليتين، و جعله العلامه في التحرير وجهها و في القواعد احتمالا و استوجهه الشارح في المسالك، و وجهه القبول أن الإجازة قد وقعت على معلوم إلا- أن كونه بمقدار الثلث أو أزيد إنما هو متوقف على العلم بمقدار التركة و الأصل عدم العلم بمقدارها، فلا فرق بين ظن الوارث في قله النصف في نفسه بالنسبه لمجموع التركة و بين قله المعين بالإضافة إلى مجموع التركة و إن كان المعين معروفا في نفسه من ناحيه الماليه، و الأصل بعدم العلم بمجموع التركة جار في المسألتين فلا معنى للتفريق بينها في الحكم.

هذا و ذهب صاحب الجواهر و تبعه جمع من المتأخرين إلى التسويه بينهما في عدم القبول لما ادعاه الوارث بعد الإجازة، لأن الإجازة نافذه عليه و دعوى ظن القله غير مانعه لعدم توقف الإجازة على تصور الواقع بما هو واقع.

(٤) أى مال التركة كثير بحيث يكون المعين بمقدار الثلث أو أزيد بيسير، فتبين أن مال التركة -

تعتبر دعواهم ظن خلافه (١).

فى ما كان الإيضاء بجزء شائع

(و إن كان) الإيضاء (بجزء شائع) فى التركة (كالنصف قبل) قولهم (مع اليمين)، لجواز بنائهم على أصله عدم زياده المال فظهر خلافه (٢) عكس الأول (٣).

وقيل: يقبل قولهم فى الموضوعين، لأن الإجازة فى الأول و إن وقعت على معلوم إلا أن كونه بمقدار جزء مخصوص من المال كالنصف لا يعلم إلا بعد العلم بمقدار التركة، ولأنه كما احتل ظنهم قله النصف فى نفسه يحتمل ظنهم قله المعين بالإضافة إلى مجموع التركة ظنا منهم زيادتها (٤). و أصله عدمها (٥) لا- دخل لها فى قبول قولهم (٦)، و عدمه لإمكان صدق دعواهم، و تعذر إقامه البينه عليها (٧)، و لأن الأصل عدم العلم بمقدار التركة على التقديرين (٨). و هو (٩) يقتضى جهاله قدر المعين من التركة كالمشاع، و لإمكان ظنهم أنه لا دين على الميت فظهر (١٠)، مع أن الأصل عدمه (١١).

و هذا القول متجه، و حيث يحلفون على مدعاهم يعطى الموصى له من الوصيه ثلث المجموع و ما ادعوا ظنه من الزائد (١٢).

أقل مما تصوره و لازمه كون المعين الموصى به أزيد من الثلث بكثير.

(١) أى خلاف الأصل.

(٢) أى خلاف الأصل بعدم زياده المال.

(٣) فهنا ظن عدم زياده المال، و الظن موافق للأصل بخلاف هناك فقد ظن زياده المال و هو ظن مخالف للأصل، لذا قبل دعوى الوارث هنا و لم تقبل دعواه هناك.

(٤) أى زياده التركة.

(٥) أى عدم زياده التركة.

(٦) فيما لو كان قولهم موافقا لهذا الأصل كما فى المشاع دون المعين.

(٧) على الدعوى.

(٨) من الوصيه بالعين أو الجزء المشاع.

(٩) أى الأصل بعدم العلم بمجموع التركة الجارى على التقديرين.

(١٠) أى ظهر الدين.

(١١) أى عدم الدين.

(١٢) أى الزائد عن الثلث، و لا يعطى الموصى له تمام ما أجاز الوارث.

ص: ٥٧

(و ىءءل فى الوصيه بالسيف جفنه) (١) بفتح أوله و هو غمده بكسره و كذا ءءءل ءلته، لشمول اسمه لها (٢) عرفا و إن اءءص (٣) لغه بالنصل، و روايه أبى جميله بءءولها شاهد مع العرف، (و بالصندوق أءوابه) (٤) الموضوعه فىه، و كذا (١) لو أوصى بسيف معين، و هو فى جفن ءءل الجفن و ءلته فى الوصيه على المشهور لءبر أبى جميله المفضل بن صالح (كءبء إلى أبى ءءن ءلته) (١)، و خبره الآخر (سأءء الرضا عليه السّلام عن رءل بسيف فءال الورءه: إنما لك ءءءء و لىس لك ءلته، فكءب إلى: فءال الورءه: إنما لك النصل و لىس لك المال، فءال: لا بل السيف بما فىه له) ٢، بالإءافه إلى العرف الشاهد بءلك، فلو قىل: ءء سيفك و سافر، فلا يفهم منه إلا المجموع ءءى لو ءرءه عن غمده و سافر لعدء عند العقاء سفىها.

ءذا و الجفن هو الغمء بالكسر، و ءلته ما ىزىن به من مصوغ المعءنءاء و الأءار الكرىمه.

و عن العلامه فى المءءلف و ولءه عءم ءءول شىء منهما فى الوصيه و هو واضء الضعف.

(٢) للءلته.

(٣) أى السيف.

(٤) لو أوصى رءل لءل بصندوق و فىه ءىاب، أو سفینه و فىها مءاع، أو ءراب و فىه قماش، فإن الوءاء و ما فىه ءءل فى الوصيه على المشهور لءبر أبى جميله عن أبى ءءن عليه السّلام (فقلء: رءل أوصى بصندوق و كان فىه مال، فءال الورءه: إنما لك الصندوق و لىس لك ما فىه، فءال عليه السّلام: الصندوق بما فىه له) (٢)، و ضر عقبه (سأءء أبا عن رءل أوصى رءل بصندوق و كان فى الصندوق مال، فءال الورءه و لىس لك ما فىه فءال عليه السّلام: الصندوق بما فىه (٣) لك)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (سأءءه عن رءل قال: هذه السفینه لفلان و لم ىسم ما فىها، و فىها طعام، أ يعطىها الرءل و ما فىها؟ قال:

هى للءى أوصى له بها، إلا أن ىكون صاءبها مءهما و لىس للورءه شىء) (٤).

ص: ٥٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب أءكام الوصاءا ءءء ٢ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب أءكام الوصاءا ءءء ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أءكام الوصاءا ءءء ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أءكام الوصاءا ءءء ١.

الأموال المظروفه،(و بالسفينه متاعها) الموضوع فيها عند الأكثر. و مستنده روايه أبى جميله عن الرضا عليه السلام، و غيرها مما لم يصح سنده، و العرف قد يقضى بخلافه فى كثير من الموارد، و حقيقه الموصى به (١) مخالفه للمظروف، فعدم الدخول أقوى، إلا- أن تدل قرينه حالیه، أو مقالیه على دخول الجميع، أو بعضه فيثبت ما دلت عليه خاصه. و المصنف اختار الدخول (إلا مع القرينه) (٢) فلم يعمل بمدلول الروايه مطلقا (٣).

فكان تقييد الدخول بالقرينه أولى (٤)، و يمكن حمل الروايه عليه (٥).

فى ما لو عقب الوصيه بمضادها

(و لو عقب الوصيه بمضادها) (٦) بأن أوصى بعين مخصوصه لزيد، ثم أوصى بها لعمرو (عمل بالأخيره)، لأنها ناقضه للأولى، و الوصيه جائزه من قبله فتبطل الأولى.

(و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه) (٧) و جب تحصيل الوصف بحسب الإمكان -هذا و قال الشارح فى المسالك: (لا يدل العرف على تناول الظرف للمظروف غالبا، و الروايه قاصره عن إثبات المطلوب، فالقول بعدم الدخول أجود، نعم لو دل العرف أو القرينه على شىء فى بعض الأفراد أتبع، كما أنه لو دل على عدم دخول الجفن أو الحليه فى بعض الموارد لم يدخل، و جملة الأمر ترجع إلى عدم الدخول إلا مع العرف أو القرينه) انتهى.

(١) و هو الظرف.

(٢) أى القرينه على عدم الدخول.

(٣) أى على الإطلاق حتى مع القرينه على عدم الدخول، فقد عمل بالروايه عند عدم القرينه على عدم الدخول، أما مع القرينه على عدم الدخول فلم يعمل بالروايه.

(٤) لما ذكره الشارح من أن الأصل عدم دلالة الظرف على المظروف إلا مع القرينه.

(٥) أى على الدخول بواسطه القرينه.

(٦) إذا أوصى بوصيه ثم أوصى بوصيه مضاده للأولى كما إذا أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو، أو أوصى بربع ماله لشخص ثم أوصى به لآخر، عمل بالأخيره بلا خلاف فيه لكون الثانيه ناسخه للأولى، و الثانيه رجوع عن الأولى عرفا.

(٧) لو أوصى بعق رقبه و أطلق أجزاء الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى للإطلاق و لخبر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إن علقمه بن محمد وصّاني أن أعتق عنه رقبه، فأعتقت عنه امرأه فيجزيه، أم أعتق عنه من مالى؟ قال: تجزيه، ثم قال لى: إن -

(فإن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب) على المشهور، و مستنده روايه على بن أبي حمزه عن أبي الحسن عليه السلام. و المستند ضعيف. و الأقوى عدم الإجزاء، بل يتوقع المكنه وفاقا لابن إدريس، (و لو ظنها مؤمنه) على وجه يجوز التعويل عليه بإخبارها، أو بإخبار من يعتد به فأعتقها (كفى و إن ظهر خلافه) (١) لإتيانه بالمأمور به على الوجه المأمور به فيخرج عن العهد، إذ لا يعتبر في ذلك اليقين، بل ما ذكر من وجوه الظن.

-فاطمه أم ابني أوصت أن أعتق عنها رقبه فأعتقت عنها امرأه(١).

و لو أوصى بعق رقبه مؤمنه و جب التقييد بما أوصى به بلا خلاف و لا إشكال، و المراد بالإيمان هو الاعتقاد بإمامه الأئمه الاثنى عشر عليهم السلام، و إن لم يجد أعتق من لا يعرف بنصب لخبر على بن حمزه (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بثلاثين دينارا يعتق بها رجل من أصحابنا فلم يوجد بذلك، قال: يشتري من الناس فيعتق)(٢)، و هو و إن كان خاليا من التقييد بعدم النصب إلا- أنه من المعلوم خروج الناصب لكفره، و خبره الآخر (سألت عبدا صالحا عن رجل هلك فأوصى بعق نسمة مسلمة بثلاثين دينارا فلم يوجد الذي سمى، قال: ما أرى لهم أن يزيدوا على الذي سمى قلت: فإن لم يجدوا، قال: فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا)(٣).

و عن ابن إدريس عدم الاجتزاء بغير الناصب عند عدم وجود المؤمن، و عن ابن البراج الاحتياط به، بل اختاره جماعه منهم ثانی المحققين و الشهيدين للنهي عن تبديل الوصيه فيتوقع المكنه حينئذ، و مع اليأس يكون حكمه حكم ما لو تعذر صرف الموصى به فيما أوصى به، و هو واضح الضعف بل هو من الاجتهاد و في مقابله النص كما في الجواهر.

(١) فلو ظنها مؤمنه لإخبارها أو لإخبار من يعتد به أو لغير ذلك فأعتقها ثم بانت بخلاف ذلك أجزأت عن الموصى، بلا خلاف فيه لقاعده الإجزاء حيث طابق الماتى به المأمور به بحسب ظنه، و هو من الموارد التي يتعبد بها المرء بظنه، لخبر مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أوصى بنسمة مؤمنه عارمه فلما أعتقها بان أنها بغير رشده، فقال: قد أجزأت عنه، إنما مثل ذلك مثل رجل اشترى أضحية على أنها سمينه فوجدها مهزوله)(٤).

ص: ٦٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٤ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٩٥ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٣.

(و لو أوصى بعق رقبة بثمان معين وجب) (١) تحصيلها به مع الإمكان (و لو تعذر إلا بأقل اشترى و عتق و دفع إليه ما بقى) من المال المعين على المشهور بين الأصحاب.

و ربما قيل: إنه إجماع. و مستنده روايه سماعه عن الصادق عليه السلام: و لو لم ير جد إلا بأزيد توقع الممكنه، فإن يئس من أحد الأمرين (٢) ففى وجوب شراء بعض رقبته (٣)، فإن تعذر صرف فى وجوه البر (٤)، أو بطلان الوصيه ابتداء (٥)، أو مع تعذر بعض الرقبه أوجه أوجهها الأول. و يقوى (٦) لو كان التعذر طارئاً على زمن الوصيه، أو على الموت لخروج القدر عن ملك الورثه فلا يعود إليهم (٧).

الفصل الثالث فى الأحكام

إشاره

(الفصل الثالث فى الأحكام)

فى أنه الوصيه للذمى

(تصح الوصيه للذمى (٨). (١) لو أوصى بعق رقبة بثمان معين فلم يجد به، لم يجب الشراء بالزائد، حتى لو بذل له الوارث للنهى عن تبديل الوصيه. و لو وجد الرقبه بالأقل اشتراها و أعتقها و دفع إليها ما بقى، و لا يجوز صرف الباقي فى وجوه البر، لأنه أقرب إلى الموصى، و لموثق سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى أن يعتق عنه نسمة من ثلثه بخمسائة درهم، فاشترى الوصى بأقل من خمسائة درهم و فضلت فضله فما ترى فى الفضله؟ قال: تدفع إلى النسمة من قبل أن تعتق ثم تعتق من الميت) (١).

(٢) و هو الشراء بالثمان المعين أو الأقل.

(٣) لأنه أقرب إلى مراد الموصى.

(٤) لأن متعلق الوصيه قد خرج عن ملك المورث بالموت فلا يعود إليه و لا يدخل فى ملك الوارث للوصيه و وجوه البر مصرف لكل مال لا مالك له.

(٥) لتعذر الموصى به و لا دليل على وجوب غيره و نفى عنه فى التذكرة الباس.

(٦) أى الوجه الأول.

(٧) فلا بد من صرفه إما بشراء بعض رقبته أو فى وجوه البر، و الأول أقرب لمراد الموصى فيتعين.

(٨) تصح الوصيه للذمى الملتزم بشرائط الذمه لإطلاق أدله الوصيه، و لقوله تعالى:

١- (١) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

(و إن كان أجنبيا)، للأصل (١)، والآيه و الروايه،(بخلاف الحربى (٢) و إن كان رحما)، -لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَ تُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ بِالْمُودَةِ(١)، و الوصيه بَرِّ و الذمى الملتزم بشرائط الذمه غير مقاتل للمسلمين، و للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السَّلام (عن رجل أوصى بماله فى سبيل الله، فقال عليه السَّلام: أعطه لمن أوصى له و إن كان يهوديا أو نصرانيا، إن الله تعالى يقول:

فمن بدله بعد ما سمعه فإنما إثمه على الذين يبدلونه)(٢)، و مثله صحيحه الآخر عن أحدهما عليه السَّلام(٣)، و صحيح الريان بن شبيب عن أبى الحسن الرضا عليه السَّلام (قلت له:

إن أختى أوصت بوصيه لقوم نصارى و أردت أن أصرف ذلك إلى قوم من أصحابنا مسلمين، فقال عليه السَّلام: أمض الوصيه على ما أوصت به، قال الله تعالى: فمن بدله بعد ما سمعه)(٤) و عن القاضى عدم الجواز لقوله تعالى: لا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَ الْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ لَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ (٥)، و الوصيه تستلزم الموده و هى محرمة بالنسبه إلى الكافر سواء كان من الأرحام أم لا.

و يضعف بمعارضته بقوله تعالى: لا- يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ... (٦)، و بما تقدم من الأخبار، و الاستدلال منقوض بجواز هبته و إطعامه مع أنها موده، على أننا نمنع كون مطلق الوصيه له موده، لأن الظاهر أن المراد منها هى موده المحاد لله من حيث هو محاد لله بقرينه جواز صلته لآيه البر و الموده و عن ثالث التفصيل بصحة الوصيه للذمى إن كان رحما للموصى و بطلانها إن كان أجنبيا، لما ورد من الحث على صلته الرحم(٧)، و هو متناول للذمى، و فيه: إنه غير مناف لما دل على صلته غيره فالقول بالجواز هو الأقوى.

(١) أى إطلاق أدله الوصيه.

(٢) فلا تجوز الوصيه له لقوله تعالى: لا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ - إلى -

ص: ٦٢

١- (١) سورة الممتحنه، الآيه: ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الوصايا حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الوصايا حديث ١.

٤- (٤) الوسائل - من أبواب الوصايا.

٥- (٥) سورة المجادل، الآيه: ٢٢.

٦- (٦) سورة الممتحنه، الآيه: ٨.

٧- (٧) أصول الكافى ج ٢ ص ١٥٠ طبعه طهران.

لا لاستلزامها (١) المواده المنهى عنها لهم، لمنع الاستلزام (٢)، بل (٣) لأن صحه الوصيه تقتضى ترتيب أثرها، الذى من جملته وجوب الوفاء بها، و ترتب العقاب على تبديلها و منعها، و صحتها تقتضى كونها مالا للحربى، و ماله فىء للمسلم فى الحقيقه و لا يجب دفعه إليه، و هو (٤) ينافى صحتها بذلك المعنى (٥)، بخلاف الذمى.

و هذا المعنى (٦) من الطرفين (٧) يشترك فيه الرحم و غيره (٨). و يمكن أن تمنع قوله تعالى - إِنَّْمَا يَنْهَاكُمْ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ (١) ، و الحربى من أبرز مصاديق الآيه، و أشكل الشارح على هذا الاستدلال فى المسالك بقوله: (و فيه نظر لأن الحربى قد لا يكون مقاتلا بالفعل بل ممتنعا من التزام شرائط الذمه فلا يدخل فى الآيه) انتهى، بل ما تقدم من الأخبار بإعطاء من أوصى له و إن كان يهوديا أو نصرانيا شامل للحربى بإطلاقه، و لذا ذهب بعضهم إلى جواز الوصيه للحربى أيضا.

(١) أى الوصيه.

(٢) لأن المراد من المواده هى المواده للمحاذ لله من حيث هو محاذ لله، و ليس النزاع فى ذلك بل النزاع فى جواز الوصيه للحربى بما هو ذو روح و عبد من عباد الله جلّ و علا.

(٣) الدليل الثانى على عدم صحه الوصيه للحربى، فلو صحت الوصيه لوجب ترتيب آثارها، و من جملتها وجوب الوفاء بها و دفع الموصى به إلى الموصى له، و لو وجب الدفع إلى الحربى لوقع التنافى بينه و بين ما وقع عليه اتفاهم من أن مال الحربى غير معصوم و يجوز أخذه لأن ماله فىء للمسلمين، و لازمه عدم وجوب الدفع إليه و هو معنى بطلان الوصيه، و فيه ما قاله الشارح فى المسالك: (لأن معنى صحتها ثبوت الملك له إذا قبله، فتصير حيثئذ ملكا من أملاكه، و يلزمه حكمه، و من حكمه جواز أخذ المسلم له) انتهى.

(٤) أى عدم وجوب الدفع إليه.

(٥) من ترتيب آثار الوصيه على تقدير الصحه، و من جمله الآثار وجوب الدفع إليه.

(٦) من ترتيب الآثار على الوصيه على تقدير الصحه، و من جمله الآثار وجوب الدفع إلى الموصى له، مع أنه لا يجب الدفع إلى الحربى لأن ماله فىء للمسلمين، و من إطلاق الآيه و الروايه الواردتين فى الذمى.

(٧) من الذمى و الحربى إثباتا و نفيا.

(٨) فالتفصيل بين الرحم و غيره كما تقدم ليس فى محله.

ص: ٦٣

المنافاه (١)، فإن منع الحربى منها (٢) من حيث إنها ماله (٣) غير مناف للوفاء بالوصيه من حيث إنها وصيه، بل منعه من تلك الحيشه (٤) مترتب على صحه الوصيه و عدم تبديلها (٥)، و فى المسأله أقوال آخر.

(و كذا المرتد) عطف على الحربى، فلا تصلح الوصيه له، لأنه بحكم الكافر المنهى عن موادته.

و يشكل بما مر (٦). نعم يتم ذلك فى الفطرى، بناء على أنه لا يملك الكسب المتجدد (٧)، و أما الملى، و المرأه مطلقا (٨) فلا مانع من صحه الوصيه له (٩)، و هو خير المصنف فى الدروس.

فى ما لو أوصى فى سبيل الله

(و لو أوصى فى سبيل الله فلكل قربه) (١٠)، لأن السبيل هو الطريق، و المراد (١) بين القول بصحه الوصيه القاضيه بوجوب الدفع إلى الحربى، و بين كون مال الحربى فيئا للمسلمين.

(٢) من الوصيه.

(٣) بعد القبول.

(٤) أى من حيث إنها ماله.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و تظهر الفائده فى جواز استيلاء الوصى على العين الموصى بها للحربى فيختص بها دون الورثه، و كذا لو استولى عليها بعض الورثه دون بعض، حيث لم يكن فى أيديهم ابتداء، و لو حكمنا بالبطلان لم يتأت هذا، بل يكون الموصى به من جمله التركه لا يختص بأحد من الورثات) انتهى.

(٦) من أن المواد المنهى عنها لا تستلزم بطلان الوصيه له من حيث أنه ذو روح و عبد من عباد الله جل و علا.

(٧) لوجوب قتله و سيأتى البحث فيه فى محله.

(٨) سواء كان ارتدادها عن فطره أو مله.

(٩) لعدم المانع من كسبه المتجدد لعدم وجوب قتله.

(١٠) لو أوصى فى سبيل الله صرف إلى ما فيه أجر، لأن السبيل هو الطريق و المراد بسبيل الله الطريق إلى رضوانه أو ثوابه لاستحاله التحيز عليه، و هذا شامل لكل ما يتقرب به إلى الله فيحمل اللفظ عليه.

و عن الشيخ اختصاصه بالغزاه، و عند تعذر الجهاد يصرف فى أبواب البر من معونه الفقراء و المساكين و ابن السبيل و صله آل الرسول عليهم السلام، و فيه منع واضح إذ لا دليل عليه.

هنا ما كان طريقا إلى ثوابه فيتناول كل قربه جريا له على عمومه.

وقيل: يختص الغزاه، (و لو قال: أعطوا فلانا كذا، و لم يبين ما يصنع به، دفع إليه يصنع به ما شاء) (١) لأن الوصيه بمنزله التملك فتقتضى تسلط الموصى له تسلط المالك، و لو عين له المصرف تعين.

فى أنه تستحب الوصيه لذوى القرباه

(و تستحب الوصيه لذوى القرباه، وارثا كان أم غيره) (٢) لقوله تعالى:

(١) لأن الوصيه تملك للموصى له، و التملك يقتضى تسليط الموصى له على المال كتسلط غيره من الملاك على أموالهم، نعم لو عين مصرفا بحيث قال: اعطوه ليصرفه فى الجهه الفلانيه تعين عليه صرفه فيها للنهي عن تبديل الوصيه، قال تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (١)، و لو صرفه فى غير الجهه المعينه ضمن و لزمه إقامه بدله و صرفه فى الوجه المعين.

(٢) تجوز الوصيه للوارث كما تجوز للأجنبي لإطلاق أدله الوصيه، و لقوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ (٢)، و لا- بد أن يكون الوالدان وارثين، إلا- أن يكونا ممنوعين من الإرث للكفر و نحوه لكن اللفظ أعم فيشمل موضع النزاع، و الأقربين أيضا يشمل الوارث على بعض الوجوه، و للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (الوصيه للوارث لا بأس بها) (٣)، و موثقه الآخر عنه عليه السلام (عن الوصيه للوارث، فقال عليه السلام: تجوز ثم تلا هذه الآية إن ترك خيرا...٤)، و صحيح أبي ولاد الحنات عن أبي عليه السلام (عن الميت يوصى للوارث بشىء؟ قال عليه السلام: نعم، أو قال: جائز له) ٥، و مثلها غيرها.

و ذهب أكثر الجمهور إلى عدم جوازها للوارث و هو واضح الفساد بعد ما سمعت من الأدله، و لذا ما ورد من طرقنا و هو دال على أن الوصيه لا تجوز للوارث محمول على التقيه.

هذا بل الآية تدل على استحباب الوصيه لذوى القرباه وارثا كان أم غيره، لأن معنى (كتب) الوارد و فى الآية هو الفرض و هو بمعنى الحث و الترغيب و هو يدل على الاستحباب فضلا عن الجواز.

ص: ٤٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٨١.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ١٨٠.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ٢ و ١.

كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ (١)، ولأن فيه صلة الرحم، وأقل مراتبه (٢) الاستحباب، (ولو أوصى للأقرب) أى أقرب الناس إليه نسبا (نزل على مراتب الإرث) (٣) لأن كل مرتبه أقرب إليه من التي بعدها، لكن يتساوى المستحق هنا، لاستواء نسبتهم إلى سبب الاستحقاق وهو الوصيه، والأصل عدم التفاضل فللذكر مثل حظ الأنثى، وللمتقرب بالأب مثل المتقرب بالأم، ولا يتقدم ابن العم من الأبوين على العم للأب وإن قدم في الميراث (٤)، ويتساوى الأخ من الأم والأخ من الأبوين، وفي تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب وجه قوى، لأن تقدمه عليه في الميراث يقتضى كونه أقرب شرعا، والرجوع إلى مراتب الإرث يرشد إليه (٥) ولا يرد مثله في ابن العم للأبوين، لاعتراهم بأن العم أقرب منه (٦)، ولهذا جعلوه مستثنى بالإجماع، ويحتمل تقديمه (٧) هنا لكونه أولى بالميراث.

في ما لو أوصى بمثل نصيب ابنه

(و لو أوصى بمثل نصيب ابنه فالنصف إن كان له ابن واحد (٨)، و الثلث إن (١)سوره البقره، الآية: ١٨٠.

(٢) إما أقل مراتب صلة الرحم، أو أقل مراتب الأمر الواقع فى الآيه المستفاد من قوله تعالى: كُتِبَ عَلَيْكُمْ .

(٣) إذا أوصى للأقرب نزل على مراتب الارث بالنسب بمعنى تقديم المرتبه الأولى على الثانيه، و الثانيه على الثالثه لأن كل مرتبه أقرب إليه من التي بعدها، فلا يعطى الأبعد مع وجود الأقرب، و التنزيل على مراتب الارث من حيث المرتبه لا- فى كيفيه الاستحقاق، لأن الوصيه يتساوى فيها الذكر و الأنثى، و المتقرب بالأب و المتقرب بالأم و إن كان إخوه.

(٤) فتقديم ابن العم لدليل خاص فى الارث و سيأتى بحثه فى بابه.

(٥) إلى تقديم الأخ من الأبوين، و وجهه أن التنزيل المذكور يقتضى مراعاة مراتب الارث فالطبقه الأولى مقدمه على الثانيه و هكذا، إلا أن الأقربيه التي أوجبت التنزيل المذكور يقتضى تقديم الأخ من الأبوين لأنه أقرب من الأخ من الأب.

و فيه: لو سلم ذلك لاقتضى تقديم الأخ من الأبوين على الأخ من الأم، مع أنه قد سلم بتساويهما عرفا.

(٦) أى أقرب من ابن العم من الأبوين عرفا.

(٧) أى تقديم ابن العم من الأبوين على العم للأب فى الوصيه.

(٨) إذا أوصى لأجنبى بمثل نصيب ابنه، و ليس له إلا واحد، فتكون الوصيه بالنصف، لأنه-

(كان له ابنان، و على هذا).

و الضابط أنه يجعل كأحد الوراث و يزداد فى عددهم، و لا فرق بين أن يوصى له بمثل نصيب معين، و غيره، ثم إن زاد نصيبه على الثلث توقف الزائد عليه (١) على الإجازة، فلو كان له ابن و بنت و أوصى لأجنبى بمثل نصيب البنت فللموصى له ربع التركة (٢)، و إن أوصى له بمثل نصيب الابن فقد أوصى له -أضاف إلى الوارث الواحد آخرا بالوصيه، و للموصى له كما عرفت النصف، و هو أزيد من الثلث فإن أجاز الوارث فهو، و إلا كان له الثلث و الباقي للولد، و لو أوصى للأجنبى بمثل نصيب ابنه و له ولدان كانت الوصيه بالثلث، لأنه قد أضاف إليهما ثالثا بالوصيه، و لو كان له ثلاثة كانت الوصيه بالربع و هكذا، و الضابط أن الموصى له يضاف إلى الوارث، و يجعل كأحدهم إن كانوا متساويين، و إن كانوا مختلفين بالسهم جعل الموصى له مثل أضعفهم سهما لصدق الموصى به عليه، و لأصالة البراءة عن الزائد إلا أن يصرح الموصى بأن نصيبه مثل أعظمهم سهما فيعمل بمقتضى الوصيه حينئذ إن لم تزد على الثلث، و إلا توقفت على إجازة الوارث بلا خلاف فيه بيننا.

نعم عن بعض العامه أن الموصى له يخرج من أصل التركة ثم يقسم الباقي على الورثة فلو أوصى له بمثل نصيب أحدهم و ليس له إلا ولد واحد فالوصيه بجميع المال، لأن جميع المال هو نصيب ولده فى هذا الفرض، و لو أوصى له و عنده ابنان فالوصيه بالنصف و النصف الآخر بين الولدين الوارثين، و كان للأجنبى النصف لأنه هو نصيب ولده فى هذا الفرض، و لو أوصى له و كان له ثلاثة فالوصيه بالثلث، و الباقي بين الورثة الثلاثة بالسويه و هكذا، و مال إليه العلامة فى التحرير و جعله قريبا من الصواب.

و أجيب عن هذا القول بأن التماثل يقتضى شيئين، و الوارث لا يستحق شيئا إلا بعد الوصيه النافذه، و عليه فالموصى له يكون نصيبه كنصيب الوارث بعد الوصيه، لا كنصيبه قبل الوصيه، مع أن الوصيه فى الأول بالجميع و الوارث لا نصيب له، و فى الثانى بالنصف و لكل وارث ربع، و فى الثالث بالثلث و لكل وارث تسعان و هو أقل من الثلث بتسع، و فى الجميع لم يكن نصيب الموصى له كنصيب الوارث و هو على خلاف مدلول الوصيه مع أن النهى قد تعلق بتغييرها و تبديلها.

(١) على الثلث.

(٢) و ثلاثة أرباعها بين الذكر و الأنثى على قاعده أن له ضعف ما للأنثى، فالذكر له ربعان و الأنثى لها ربع، و أما الموصى له فله الربع لأنه بمنزلة البنت بحسب الفرض فكأن الميت له ذكر و ابنتان، و المسألة من أربعه.

ص: ٤٧

بخمسة التركة (١) فيتوقف الزائد عن الثلث و هو ثلث خمس (٢) على اجازتهما (٣)، فإن أجازا فالمسألة من خمسة لأن الموصى له بمنزله ابن آخر، و سهام الابنين مع البنت خمسة و إن ردّا فمن تسعه (٤)، لأن للموصى له ثلث التركة، و ما يبقى لهما (٥) أثلاثا (٦) فتضرب ثلاثه في ثلاثه، و إن أجاز أحدهما و ردّ الآخر ضربت مسأله الإجازة في مسأله الرد (٧)، فمن أجاز ضربت نصيبه من مسأله الإجازة في مسأله الرد (٨) و من رد ضربت نصيبه من مسأله الرد في مسأله الإجازة (٩)، فلها مع اجازتها تسعه من خمسة و أربعين، و له (١٠) عشرون، و للموصى له ستة عشر (١١)، هي ثلث الفريضة و ثلث الباقي من النصيب على تقدير الإجازة (١٢)، (١) لأن الموصى له كالذكر، فتحسب التركة على أساس وجود ذكركين و بنت، و المسألة من خمسة، فالموصى له خمسان، و الذكر خمسان أيضا، و الخمس الباقي للبنت.

(٢) المسألة من خمسة، و الخمسة لا تنقسم بغير كسر على الثلث، فنضرب أحدهما بالآخر، و الحاصل خمسة عشر و ثلثها خمسة، و خمسها ستة و الفرق بين الخمسين و الثلث حينئذ واحد، و هو ثلث خمس التركة.

(٣) أى إجازة الابن و البنت لانحصار الورثة بهما.

(٤) أى فالمسألة من تسعه.

(٥) للابن و البنت.

(٦) لقاءه للأنثى نصف الذكر، أو للذكر ضعف ما للأنثى.

(٧) فمسألة الإجازة من خمسة، و مسأله الرد من تسعه، و الحاصل خمسة و أربعون، و عليه فالمسألة عند الاختلاف في الإجازة من خمسة و أربعين.

(٨) فلو أجاز الابن فتضرب اثنين بتسعه فالحاصل ثمانية عشر و يعطى للابن، فالاثان هما نصيبه من مسأله الإجازة و التسعه هي مسأله الرد.

و لو أجازت البنت لضربت الواحد بتسعه فالحاصل تسعه و تعطى للبنت فالواحد هو نصيبها من مسأله الإجازة و التسعه هي مسأله الرد.

(٩) فلو ردّ الابن فتضرب أربعة بخمسة فالحاصل عشرون فتعطى للابن، و الأربعة هي نصيبه من مسأله الرد، و الخمسة هي مسأله الإجازة و لو ردت البنت فتضرب اثنين بخمسة فالحاصل عشرة فتعطى للبنت، و الاثنان هما نصيب البنت في مسأله الرد و الخمسة هي مسأله الإجازة.

(١٠) أى للابن على تقدير الرد لأنهما مختلفان.

(١١) و هي الباقي من الخمسة و الأربعين التي هي مسأله الاختلاف.

(١٢) أى و الستة عشر هى ثلث الفريضة الذى هو خمسة عشر، و ثلث الباقي أى ثلث المقدار -

ص: ٦٨

و له مع اجازته (١) ثمانية عشر و لها عشرة و للموصى له سبعة عشر، و على هذا القياس.

في ما لو قال: أعطوه مثل سهم أحد ورثتي

(و لو قال: أعطوه مثل سهم أحد ورثتي أعطى مثل سهم الأقل) (٢) لصدق الاسم به، و لأصالة البراءة من الزائد، فلو ترك ابنا و بنتا فله (٣) الربع، و لو ترك ابنا و أربع زوجات فله سهم من ثلاثة و ثلاثين (٤)، (و لو أوصى بضعف نصيب ولده فمثلاه) (٥) على المشهور بين الفقهاء، و أهل اللغة.

-الذى لو كان الابن و البنت قد أجاز الأخذه، و لكن لما لم يجز الابن فيأخذ الموصى له ثلث الباقي، و لذا ستعرف عند إجازة الابن فقط فـللموصى له ثلث الفريضة و ثلثا هذا الباقي و المجموع هو سبعة عشر.

(١) أى للابن.

(٢) قد تقدم الكلام فيه.

(٣) أى الموصى له، لأنه بمنزلة البنت.

(٤) لأن ثمن التركة لزوجاته مهما بلغ عددهن، و هذا الثمن فنقسم على أربعة على تقدير عدم الوصية، فلا بد من عدد ينقسم أثمانا و ثمنه ينقسم على أربعة و ما هو إلا اثنان و ثلاثون، و نصيب الزوجة واحد من اثنين و ثلاثين فلا بد من جعل الموصى له كالزوجة له واحد أيضا فتكون المسألة من ثلاثة و ثلاثين و الموصى له واحد و كل زوجة من زوجاته الأربعة لها واحد و الباقي و هو ثمانية و عشرون للابن و عن الشيخ أنه جعل المسألة من اثنين و ثلاثين لكل زوجة واحد، و جعل نصيب الموصى له واحدا كنصيب الزوجة و جعله من نصيب الولد، فيأخذ الولد سبعة و عشرون.

و فيه: لا معنى لإدخال النقص الحاصل من نصيب الموصى له على حصه الولد فقط بل لا بد من إدخاله على حصص جميع الورثة.

(٥) إذا أوصى للأجنبي بضعف نصيب ولده، كان له مثلاه، لأن ضعف الشيء مثلاه كما هو الأشهر بين الفقهاء، بل عن الخلاف حكايته عن عامه الفقهاء و العلماء، نعم عن الصحاح و الجمهرة و أبي عبيد القاسم بن سلام أن الضعف هو المثل، و عن الأزهرى الضعف هو المثل فما فوقه و ليس بمقصود على مثليه فأقله واحد و أكثره غير محصور، و العرف شاهد على أن الضعف هو المثل مضاعفا فيكون له مثلين، و يشهد له قوله تعالى:

إِذَا لَأَذَقْنَاكَ ضِعْفَ الْحَيَاةِ وَ ضِعْفَ الْمَمَاتِ (١)، أى عذاب الدنيا و الآخرة مضاعفا.

ص: ٦٩

وقيل: مثله. و هو قول بعض أهل اللغة. و الأصح الأول (و بضعفيه (١) ثلاثه أمثاله)، لأن ضعف الشيء ضم مثله إليه، فإذا قال: ضعفه فكأنه ضم مثليه إليه.

وقيل: أربعه أمثاله، لأن الضعف مثلان كما سبق فإذا تثنى كان أربعه.

و مثله القول في ضعف الضعف (٢).

في ما لو أوصى بثلثه للفقراء

(١) لو أوصى بثلثه للفقراء (٣) جاز صرف كل ثلث إلى فقراء بلد المال) الذي (١) لو أوصى للأجنبي بضعفى نصيب ولده كان له ثلاثه أمثاله، لأن ضعفى الشيء هو و مثلاه، و قد حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة لأن الضعف هو ضم مثل الشيء إليه، و الضعفان هو تضعيف هذا الضم مره أخرى، و عن الشيخ فى المبسوط يكون له أربعه أمثاله، لأن كل ضعف مثلان.

(٢) لو أوصى للأجنبي بضعف ضعف نصيب ولده فيجرى فيه الكلام المتقدم، فعن الشيخ يكون له أربعه أمثاله لأن الضعف مثلان، و عن غيره يكون له ثلاثه أمثاله لأن الضعف هو ضم مثل الشيء إليه، و ضعف الضعف أى يضعف هذا الضم مره أخرى فيكون المجموع ثلاثه.

(٣) لو أوصى بثلثه للفقراء و له أمواله متفرقه فى بلاد شتى جاز صرف كل ما فى بلد إلى فقرائه، لحصول الغرض من الوصيه مع عدم وجود مانع منه.

و يجوز صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى كذلك لحصول الغرض من الوصيه، نعم قيده الشارح فى المسالك بما إذا لم يستلزم تغريرا بالمال بسبب نقله، و لا تأخيرا لإخراج الوصيه مع إمكان التعجيل، و إلا أشكل الجواز لذلك.

و فيه: أنه لا إشكال و إن ائتم أو ضمن لأن الكلام فى أصل جواز الصرف فيهم، على أنه يمكن فرض غرض صحيح لجواز النقل كأولويه المستحق و وجود الحاكم و غير ذلك مما تقدم فى جواز نقل الزكاه من بلد إلى آخر.

نعم لو فرض عدم المستحق فى بلد المال و عدم الخطر فى النقل جاز بلا إشكال حينئذ، كما أنه لا إشكال فى جواز إخراج قدر ثلث التركة من المال الذى فى بلد الموصى إلى فقرائه مع ترك الأموال المتفرقه للورثه مع رضاهم بذلك، لأن المعتبر إخراج ثلث المال بالقيمه، لا الإخراج من كل شىء ثلثه، و إن كان إطلاق الثلث فى الوصيه يقتضى الإشاعه إلا- أن يتعلق غرض الموصى بشىء من الأعيان أو الجميع فيجب إتباع مراده حينئذ.

هو فيه، و هو الأفضل ليسلم من خطر النقل، و فى حكمه (١)، احتسابه على غائب مع قبض و كيله فى البلد،(و لو صرف الجميع فى فقراء بلد الموصى)، أو غيره (جاز)، لحصول الغرض من الوصيه و هو صرفه إلى الفقراء.

و استشكل المصنف جواز ذلك (٢) فى بعض الصور (٣) بأنه إن نقل المال (٤) من البلاد المتفرقه إلى بلد الإخراج كان فيه تغير فى المال، و تأخير للإخراج، و إن أخرج قدر الثلث (٥) من بعض الأموال ففيه خروج عن الوصيه، إذ مقتضاها الإشاعه (٦). و الأوسط منها (٧) متوجه، فإن تأخير (٨) إخراج الوصيه مع قدره عليه (٩) غير جائز، إلا أن يفرض عدم وجوبه، إما لعدم المستحق فى ذلك الوقت الذى نقل فيه، أو تعيين الموصى الإخراج فى وقت مترقب بحيث يمكن نقله إلى غير البلد قبل حضوره (١٠)، و نحو ذلك.

و ينبغى جوازه (١١) أيضا لغرض صحيح ككثره الصلحاء، و شدة الفقر، و وجود من يرجع إليه (١٢) فى أحكام ذلك (١٣)، كما يجوز نقل الزكاه للغرض، (١) أى و فى حكم الصرف فى بلد المال الاحتساب على غائب.

(٢) أى صرف الجميع فى بلد واحد و المال فى بلاد شتى.

(٣) و هى ما لو كان فى النقل تغير فى المال أو تأخير فى إخراج الوصيه و إلا فلا إشكال.

(٤) و هو الثلث.

(٥) أى ثلث مجموع التركه.

(٦) و لازمها إخراج ثلث كل مال فى بلده.

(٧) من هذه الإشكالات، و الأوسط هو تأخير الإخراج، و الإشكالات هى التغير و تأخير الإخراج و إخراج ثلث المجموع من بعض مال التركه.

(٨) تعليل لتوجه الأوسط.

(٩) على الإخراج.

(١٠) أى حضور الوقت الذى عينه الموصى.

(١١) أى جواز نقل الثلث إلى بلد الموصى.

(١٢) و هو الحاكم.

(١٣) أى أحكام صرف الوصيه.

و أما التغيرير (١) فغير لازم في جميع أفراد النقل (٢)، و أما إخراج الثلث (٣) من بعض الأموال فالظاهر أنه لا مانع منه، إذ ليس الغرض الإخراج من جميع أعيان التركة، بل المراد إخراج ثلثها بالقيمه، إلا أن يتعلق غرض الموصى بذلك (٤)، أو تفاوت فيه مصلحه الفقراء.

و المعبر صرفه إلى الموجودين في البلد، و لا يجب تتبع الغائب (٥)، و يجب الدفع إلى ثلاثه فصاعدا (٦)، لا في كل بلد، بل المجموع.

في ما لو أوصى له بأبيه

(و لو أوصى له بأبيه (٧) فقبل و هو (٨) مريض ثم مات) الموصى له (عتق) أبوه (١) و هو الأول من اللوازم الثلاثه.

(٢) فلا بد من الاقتصار على موارد الخطر في مقام عدم جواز النقل، على أنه قد يكون في إبقائه في بلد المال تغيرير فيه إذا كان هناك خطر في البقاء فيجب النقل.

(٣) أي إخراج ثلث المجموع و هو الثالث من اللوازم الثلاثه.

(٤) أي بالإخراج من جميع أعيان التركة.

(٥) و كيف كان مما تقدم من جواز النقل و عدمه فلا بد من دفع الثلث إلى الموجودين في البلد و لا يجب تتبع من غاب، لأن الفقراء غير منحصرين فلا يجب الاستيعاب و لا تتبع من ليس بالبلد لعدم انحصارهم.

(٦) فيجب أن يعطى ثلاثه فصاعدا عملاء بمقتضى اللفظ، لأن الفقراء جمع و أقله ثلاثه، نعم من يقول إن أقله اثنان اكتفى بهما، هذا و المدار على الثلاثه في ثلث مجموع التركة، و ليس في كل بلد، عملا بظاهر لفظ الوصيه أيضا.

(٧) لو أوصى لرجل بأب الموصى له، و قبل الوصيه و هو مريض مرض الموت، عتق عليه من أصل المال بلا خلاف فيه، و إن كان منجزات المريض من الثلث، لأن المعبر من الثلث ما يخرج المريض عن ملكه بنفسه اختيارا كما لو باشر عتقه فيكون فيه ضرر بالوارث فيخرج من الثلث حينئذ.

و مقامنا ليس كذلك، لأن الموصى له لم يخرج عن ملكه حتى يكون من التنجيز، بل بالقبول ملكه و لكن الله هو الذي أخرجه عن ملكه حين ملكه بالقبول، فقد اعتق عليه تبعا لملكه بغير اختياره.

نعم عن بعض العامه أن الخروج من الثلث كما لو أعتقه اختيارا، و عن العلامه في التحرير أنه قواه لأن اختيار السبب و هو القبول اختيار للمسبب و هو الاعتاق عليه حين ملكه.

(٨) أي الموصى له.

(من صلب ماله)، لأنه لم يتلف على الورثة (١) شيئاً مما هو محسوب مالا له وإنما يعتبر (٢) من الثلث ما يخرج عن ملكه كذلك (٣)، وإنما ملكه هنا بالقبول (٤) و انعتق عليه قهراً تبعاً لملكه.

و مثله (٥) ما لو ملكه بالإرث، أو بالانتهاب (٦) على الأقوى (٧)، أما لو ملكه بالشراء فإنه ينعتق من الثلث على الأقوى (٨)، لاستناد العتق إلى حصول الملك الناشئ عن الشراء. و هو (٩) ملكه في مقابله عوض، فهو بشرائه ما لا يبقى في ملكه مضيق للثمن على الوارث، كما لو اشترى ما يقطع بتلفه. و يحتمل اعتباره (١٠) من الأصل، لأنه مال متقوم بثمن مثله، إذ الفرض ذلك، و العتق أمر قهري طرأ بسبب القرابة. و ضعفه واضح، لأن بذل الثمن في مقابله ما قطع بزوال ماليتها محض التضييع على الوارث.

(١) أى ورثه نفس الموصى له.

(٢) أى و يعتبر منجز المريض من الثلث ما لو أتلّف على الورثة شيئاً باختياره.

(٣) أى باختياره.

(٤) علق الشارح كما في الطبعه الحجرية بقوله: (و هنا لم يخرج المريض كذلك، وإنما أخرجه الله تعالى عن ملكه بالقبول، و انعتق عليه تبعاً لملكه بغير اختياره فلم يكن مفوّتاً بغير اختياره، و إنما جاء الفوات من قبل الله تعالى).

(٥) أى أنه يخرج من الأصل لا من الثلث.

(٦) و كان ملكه في المرض هذا من جهة و من جهة أخرى يشترط في الهبة أن لا تكون معوّضه و إلا فهو ينعتق عليه من الثلث كما لو ملكه بالشراء.

(٧) و في قبالة احتمال و ليس قولاً لأحد، و هو أنه ينعتق عليه من الثلث لتحقق الملك في المرض فيكون من جملة أمواله و انعتاقه يفوّت عليهم المال، و فيه: إنه لم يتلف على الورثة لأن العتق قهري، و لم يبذل في إزائه شيئاً من أمواله حتى يقال أنه فوّت على الورثة شيئاً مالياً.

(٨) لأن تملكه له بالشراء تملك له باختياره.

(٩) أى الشراء.

(١٠) كما هو المحكى عن العلامة في القواعد، لأنه يحجر عليه في التبرعات و لا تنفذ من الأصل بل من الثلث، و الشراء هنا ليس تبرعاً فلا يكون محجوراً عليه، مع أن العتق قد حصل بغير اختياره فلا يعتبر إخراجه من الثلث.

فى ما لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء

(و لو قال: أعطوا زيدا و الفقراء فلزيد النصف) (١) لأن الوصيه لفريقين فلا- ينظر إلى آحادهما كما لو أوصى لشخصين، أو قبيلتين.

(و قيل: الربع)، لأن أقل الفقراء ثلاثه من حيث الجمع و إن كان جمع كثره، لما تقدم من دلالة العرف و اللغه على اتحاد الجمعين (٢)، فإذا شَرَك بين زيد، و بينهم بالعطف كان كأحدهم.

و يضعف بأن التشريك بين زيد و الفقراء، لا بينه و بين آحادهم فيكون زيد فريقا، و الفقراء فريقا آخر.

و فى المسأله وجه ثالث و هو أن يكون زيد كواحد منهم، لأنهم و إن كانوا جمعا يصدق بالثلاثه، لكنه يقع على ما زاد (٣) و لا يتعين (٤) الدفع إلى ثلاثه، بل (١) إذا قال: أعطوا زيدا و الفقراء كذا، كان لزيد النصف من الوصيه كما لو أوصى لفريقين مختلفى العدد فلا- ينظر إلى آحادهما، و قيل له الربع لأن أقل الفقراء ثلاثه و قد شَرَك بينهم و بين زيد بالعطف فيكون كأحدهم، و فيه: إن التشريك بينه و بين الفقراء و ليس التشريك بينه و بين آحادهم، فهو حينئذ فريق و الجمع فريق آخر، ثم لو سلم أن التشريك بينه و بين آحادهم فليس له الربع ضروره عدم انحصار الجمع فى ثلاثه إذ قد يكونوا أكثر من ذلك، و كون الثلاثه أقل الجمع لا يوجب المصير إليها مع وجود اللفظ الشامل لها و غيرها.

هذا و يحكى عن بعض العامه قول ثالث و هو أن يكون زيد كأحد الفقراء، فإن كان أفراد الفقراء أربعة زيد عليهم زيد و قسمت الوصيه على خمس و هكذا.

و عن بعض منهم قول رابع أنه يعطى أقل ما يتمم به و لا- يجوز حرمانه و إن كان غنيا، و عن خامس أنه إن كان فقيرا فهو كأحدهم و تخصيصه للاهتمام به، و إن كان غنيا فله النصف، و عن سادس إن كان غنيا فله الربع و إلا فالثالث لدخوله فيهم، و عن سابع أن الوصيه فى حق زيد باطله لجهاله من أضيف إليه، و هذه الأوجه كلها ضعيفه ما عدا الأولين و قد تقدم تضعيف الثانى و تقويه الأول.

ثم هذا كله إذا أطلق لفظ زيد، و كذا لو وصفه بوصف الجماعه فقال: لزيد الفقير و الفقراء كذا و كذا، أو وصفه بغير صفه الجماعه كما لو قال: لزيد الكاتب و الفقراء.

و على كل حال فلا بد من الصرف إلى ثلاثه من الفقراء مراعاة لصيغه الجمع.

(٢) جمع الكثره و جمع القله.

(٣) من أربعة أو خمس و هكذا.

(٤) أى يتعين الزائد عن الثلاثه.

يجوز إلى ما زاد، أو يتعين حيث يوجد في البلد و مقتضى التشريك أن يكون كواحد منهم. و هو أمتن من السابق، و إن كان الأصح الأول

في ما لو جمع بين منجز و مؤخره

(و لو جمع بين عطيه (منجزه) في المرض (١) كهبه، و وقف، و إبراء، (و مؤخره) (٢) إلى بعد الموت (قدمت المنجزه) (٣) من الثلث و إن تأخرت في اللفظ، فإن بقي من الثلث شيء بدء بالأول فالأول من المؤخره كما مرّ، و لا فرق في المؤخره (٤) بين أن يكون فيها واجب (٥) يخرج من الثلث، و غيره (٦). نعم لو كان مما يخرج من الأصل (٧) قدم مطلقا (٨).

و اعلم أن المنجزه تشارك الوصيه في الخروج من الثلث في أجود القولين (٩)،

(١) أي مرض الموت.

(٢) و هي الوصيه.

(٣) قد تقدم الكلام فيها عند البحث فيما لو أوصى بأمر متعدده.

(٤) من حيث تقديم المنجزه عليها.

(٥) و هو الواجب البدني.

(٦) و هو ما ليس فيه واجب بدني.

(٧) كالواجب المالي كالحج.

(٨) سواء تأخر في الذكر أم تقدم.

(٩) ذهب الأكثر على أن تصرفات المريض المنجزه المتبرع بها في مرض الموت من الثلث للأخبار.

منها: صحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام: ما للرجل من ماله عند موته، قال: الثلث و الثلث كثير) (١)، و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يموت ماله من ماله، فقال: ثلث ماله) ٢ و خبر علي بن عقبه عنه عليه السلام (في رجل حضره الموت فأعتق مملوكا ليس له غيره فأبى الورثه أن يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه، قال عليه السلام: ما يعتق منه إلا ثلثه، و ساير ذلك الورثه أحق بذلك، و لهم ما بقي) (٢)، و ما روته العامه (أن رجلا من الأنصار أعتق سته أعبد له في مرضه، لا مال له غيرهم، فاستدعاهم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و جزأهم ثلاثه أجزاء، و أقرع بينهم، فأعتق اثنين -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٨ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٤.

و أن خروجها من الثلث يعتبر حال الموت (١)، و أنه يقدم الأسبق (٢) منها فالأسبق لو قصر الثلث عنها (٣)، و تفارقها (٤) في تقديمها عليها (٥)، و لزومها (٦) من قبل المعطى، و قبولها (٧) كغيرها من العقود (٨)، و شروطها شروطه (٩)، و أنه لو برئ من مرضه -و أرق أربعه(١٠) و خبر أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يكون لامرأته عليه دين فتبرأه منه في مرضها، قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له و يحسب ذلك من ثلثها إن كانت تركته شيئا)(١١)، و عن المفيد و الشيخ في النهاية و ابن البراج و ابن إدريس أنها تخرج من الأصل لعموم النبوى (الناس مسلطون على أموالهم)(١٢)، و خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل أحق بماله ما دام فيه الروح، و إن أوصى به كله فهو جائز)(١٣)، و مثله غيره و الترجيح للأول لأنه أكثر عددا و أصح سندا.

(١) أى يعتبر ثلث التركة في زمن الوفاة و لا يعتبر الثلث حين صدور المنجز كما هو ظاهر النصوص المتقدمة.

(٢) لما تقدم من تقديم الأسبق فى الوصايا بحيث لو استوعب الأسبق الثلث، لكان المريض فيما بعد قد تصرف فى مال قد تعلق به حق الغير فيبطل إلا مع إجازة الوارث.

(٣) عن المنجزه.

(٤) أى تفارق المنجزه الوصيه.

(٥) و قد تقدم.

(٦) أى لزوم المنجزه كلزومها لو صدرت من الصحيح، و هذا بخلاف الوصيه فإنه يجوز للموصى العدول عنها كما سيأتى.

(٧) أى قبول المنجزه.

(٨) بل هى كل فعل تبرعى كالهبة و الوقف و الإبراء فيجربى فى المنجزه ما يجربى فى هذه المذكورات.

(٩) أى و شروط المنجزه شروط العقد، و قد علق الشارح كما فى الطبعه الحجرية بقوله:

(المنجزه شروطها الشروط المعتبره فيها - أى العقود - كما لو صدرت حال الصحه مع العلم بالعوض فى المحاباه، و التنجيز فى البيع و غيره من العقود، بخلاف الوصيه، فإنها متعلقه بالموت، و عدم الضرر ليست شرطا فى ضمنها).

ص: ٧٦

١- (١) سنن النسائى ج ٤ ص ٥٢ باب الجنائز.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١١.

٣- (٣) ؟؟؟

٤- (٤) ؟؟؟

لزمت (١) من الأصل، بخلاف الوصيه (٢).

فى أنه يصح الرجوع فى الوصيه

(و يصح) للموصى (الرجوع فى الوصيه) (٣) ما دام حيا (قولا، مثل رجعت، أو نقضت، أو أبطلت)، أو فسخت، أو هذا لوارثى أو ميراثى، أو حرام على الموصى له، (أو لا تفعلوا كذا)، و نحو ذلك من الألفاظ الداله عليه، (أو فعلا، مثل بيع العين الموصى بها) و إن لم يقبضها، (أو رهنها) مع الإقباض قطعا، و بدونه على الأقوى (٤).

(١) و لا تتوقف على إذن الورثه و إن زادت على الثلث، بل و إن مات بعد ذلك بمرض آخر أو بغير مرض بلا خلاف فيه لعموم قاعده تسلط الناس على أموالهم و لم يخرج عنه إلا بمقدار دلالة الدليل، و هو فيما لو تبرع بشىء و قد مات فى نفس المرض.

(٢) فإنها من الثلث مطلقا.

(٣) يجوز رجوع الموصى فى الوصيه متى شاء فى صحه أو مرض بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق بريد العجلي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لصاحب الوصيه أن يرجع فيها و يحدث فى وصيته ما دام حيا) (١)، و صحيح ابن مسكان عنه عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام أن المدبر من الثلث، و أن للرجل أن ينقض وصيته فيزيد فيها و ينقص منها ما لم يمت) ٢ و صحيح محمد بن مسلم عنه عليه السّلام (للرجل أن يرجع فى ثلثه إن كان أوصى فى صحه أو مرض) (٢).

هذا و يتحقق الرجوع من الموصى بالتصريح به لفظا بلا خلاف فيه نحو: رجعت أو نقضت أو فسخت أو لا تعطوه ما أوصيت به له، و كذا مما يدل على الرجوع ظاهرا كأن يقول: هذا - و يشير إلى الموصى به - لوارثى، أو هذا حرام على الموصى له.

و يتحقق الرجوع بفعل ينافى الوصيه، كما لو باع ما أوصى به أو أعتقه أو أوصى ببيعه أو هبته أو رهنه، و هذا الفعل ينافى الوصيه لإيجابه انتفاء محلها، و ترتفع الوصيه عند فوات موضوعها.

(٤) لما دل على أن الرهن يقتضى تسليط المرتهن على بيع الرهن عند تعذر استيفاء الدين و هو مناف لتملك الرهن بالوصيه لغير المرتهن، و عمم حكم الرهن مع القبض و بدونه فى قبيل من جعل الرهن لازما على الراهن عند الإقباض فقط، و الأصح كما حرر فى محله لزوم عقد الرهن على الراهن و لو مع عدم الإقباض.

ص: ٧٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الوصايا حديث ٤ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الوصايا حديث ١.

و مثله (١) ما لو وهبها (٢)، أو أوصى بها لغير من أوصى بها له أولاً (٣)،

و الأقوى أن مجرد العرض (٤) على البيع و التوكيل فيه (٥) و إيجابه و إيجاب العقود الجائزه المذكوره (٦) كاف فى الفسخ، لدلالته عليه (٧)، لا تزويج العبد و الأمه، و إجارتهما، و ختانهما، و تعليمهما، و وطء الأمه بدون الإحبال (٨)، (أو) فعل (٩) ما يبطل الاسم و يدل على الرجوع مثل (طحن الطعام، أو عجن الدقيق) أو غزل القطن أو نسج مغزوله (أو خلطه بالأجود) (١٠) بحيث لا يتميز، و إنما قيد (١) أى مثل الرهن.

(٢) لأن الهبه داله على تمليك العين لغير الموصى له و هذا إبطال للوصيه، و إن قلنا إن لزوم عقد الرهن على الراهن و لو مع عدم الإقباض.

(٣) كانت الوصيه الثانيه ناسخه و رجوعاً عن الأولى كما تقدم.

(٤) قال الشارح فى المسالك عن الفعل الدال على الرجوع عن الوصيه: (و هو فعل ما يدل على إرادته الرجوع و إن لم يكن صريحاً، و يتحقق بفعل مقدمات الأمور التى لو تحققت لناقضت الوصيه كالعرض على البيع مریداً له، فإنه قرينه داله على إرادته الرجوع عن الوصيه، و مثله العرض على الهبه فضلاً عن الشروع فيها قبل إكمال ما يوجب لزومها، و فى معناه العرض على العقد الموجب لنقل الملك، أو المنع من التصرف كالقرض و الصلح و الرهن، و لو دلت القرينه فى هذه المواضع على عدم إرادته الرجوع بذلك بل كان الفرص أمراً آخر عوّل عليها) انتهى.

(٥) فى البيع.

(٦) من الهبه و الوصيه.

(٧) أى لدلاله الإيجاب على الفسخ.

(٨) فهذه المذكورات لا تدل على الرجوع عن الوصيه، نعم مع الإحبال الموجب لصدق أم الولد بحيث لا يجوز بيعها و لا نقلها عن ملكه لتشبهها بالحرية من نصيب ولدها، فيكون دالاً على الرجوع و إن لم ينو الرجوع بالإحبال.

(٩) أى و يتحقق الرجوع بالتصرف المبطل للاسم و هو التصرف فى الموصى به على نحو أخرجه عن مسماه كما لو أوصى بحنطه فطحنها، أو دقيق معجنه و خبره أو بدار فهدمها و هكذا، فعن غير واحد أنه يتحقق الرجوع نظراً إلى أن الموصى به هو المسمى باسم خاص، و مع التغيير ينعدم موضوع الوصيه فلا بد أن ترتفع.

(١٠) قد تقدم أن التصرف الموجب لبطلان الاسم رجوع عن الوصيه، و لكن هل الخلط كخلط الزيت بمثله موجب لهذا التصرف المبطل أو لا، قال الشارح فى المسالك: (و لو خلط -

بالأجود لإفادته الزيادة في الموصى به، بخلاف المساوى والأردى، وفي الدروس لم يفرق بين خلطه بالأجود وغيره في كونه رجوعاً، وفي التحرير لم يفرق كذلك في عدمه (١). والأنسب عدم الفرق (٢)، وتوقف كونه رجوعاً على القرائن الخارجة فإن لم يحكم بكونه رجوعاً يكون (٣) مع خلطه بالأجود شريكاً بنسبه القيمتين (٤).

الفصل الرابع في الوصايه

إشاره

(الفصل الرابع في الوصايه) (٥)

في الوصيه على الأطفال

بكسر الواو وفتحها و هي استنابه الموصى غيره بعد موته في التصرف فيما -الزيت بمماثله جنسا فإن كان الغير أجود فظاهرهم القطع بكونه رجوعاً لاشتمال حصته على زياده و لم يحصل منه الرضا ببذلها مع عدم إمكان فصلها، و إن خلطه بمساو أو أردأ فمفهوم كلام المصنف - أى المحقق في الشرائع - أنه لا يكون رجوعاً لبقاء المال و عدم اشتماله على وصف مانع، و هو ظاهر مع المساواه، و مع الأردى يكون القدر الناقص من الوصف بمنزله إتلاف الموصى له فيبقى الباقي على الأصل، و أطلق جماعه كون الخلط موجبا للرجوع و هو حسن مع انضمام قرينه تدل عليه) انتهى.

(١) أى عدم كونه رجوعاً.

(٢) أى فى الجميع فالخلط إما رجوع و إما عدمه فى الجميع.

(٣) أى الموصى.

(٤) فقيمه الموصى به قبل الخلط أقل من قيمته بعد الخلط، فله من الموصى به النسبه بين القيمتين.

(٥) بكسر الواو وفتحها و هي الولاية على طفل أو مجنون أو قضاء الديون و استيفائها ورد الودائع و استرجاعها و تفريق الحقوق الواجبه عليه و المتبرع بها، و الولاية على الطفل و المجنون هو ولاية على أموالهم للنظر فيها و التصرف فيها بما فيه مصلحتهم.

و لا- فرق بين الوصيه و الوصايه إلا أن الوصيه مما يعتبر فيها القبول و أما الوصايه فلا يعتبر فيها القبول بل يبطلها الرد على وجه يبلغ الموصى كما سيأتى التعرض له، و عليه فالوصايه ليست من العقود، و منه تعرف ضعف ما عن العلامه فى القواعد و ثانى المحققين و الشهيدين أنها من العقود، بل فى الحدائق الظاهر اتفاقهم عليه، و وجه الضعف أن العقد متقوم بالإيجاب و القبول مع أن المشهور قد ذهب إلى أن المعتبر فى لزوم الوصايه عدم الرد الذى يبلغ الموصى، و هو أعم من القبول، بل يتحقق بالرد مع عدم القبول و هو مناف لدعوى كونها عقداً. -

كان له التصرف فيه، من إخراج حق، أو استيفائه، أو ولاية على طفل، أو مجنون يملك (١) الولاية عليه بالأصل (٢)، أو بالعرض (٣) (وإنما تصح الوصية على الأطفال بالولاية من الأب و الجد له) و إن علا (أو الوصى) لأحدهما (المأذون له (٤) من أحدهما) فى الإيضاء لغيره، فلو نهاه عنه (٥) لم تصح إجماعاً، و لو أطلق (٦) - ثم إنه لا تصح الوصية بالولاية على الأطفال إلا من الأب أو الجد للأب خاصة أو من الوصى الذى قد نص فى وصايته على جواز الوصية لغيره المعنى أو المطلق، و أما الحاكم فلا تصح الوصاية منه على الأطفال بعد موته، لأن له الولاية على الأطفال و المجانين بما هو حاكم و قاض، و هذا يقتضى ولاية نفسه حال الحياة، و لا دليل على أن له الولاية بعد الوفاة عليهم حتى تجوز وصايته، و لذا قال الشارح فى المسالك: (لما كانت الولاية على الغير من الأحكام المخالفة للأصل، إذ الأصل عدم جواز تصرف الإنسان فى مال غيره بغير إذنه أو ما فى معناه، و جب الاقتصار فى نصب الولي على الأطفال على محل النص أو الوفاق، و هو نصب الأب و الجد له، فلا يجوز للحاكم و إن كان ولياً عليهم أن ينصب بعده عليهم ولياً، لأن ولايته مقصوره عليه حياً و إذا مات ارتفع حكمه، و إن جاز أن يوكل حياً عليهم لأن له الولاية حينئذ) انتهى.

و لا ولاية للأب عليهم فلا تصح وصايتها عليهم لشخص بلا خلاف فيه إلا من الإسكافى. و دليل المشهور الأصل الذى ذكره الشارح بعد عدم الدليل، و قد صرح أكثر من واحد بعدم العثور على ما يصلح دليلاً لابن الجنيد.

(١) أى يملك الموصى.

(٢) كالأب و الجد.

(٣) و هو الموصى الذى أذن له بالوصاية.

(٤) أى للأب.

(٥) أى فلو نهى أحدهما الوصى عن الإيضاء بعد موته.

(٦) إذا أذن الموصى للموصى أن يوصى على ما أوصاه به من أطفال أو حقوق جاز بلا خلاف فيه لوجود الاذن، و لا خلاف فى عدم الجواز مع النهي، و إنما الخلاف فيما إذا أطلق و لم يأذن له و لكن لم يمنع، فعن الأكثر المنع للأصل، و لأن المتبادر من استنابه الوصى هو التصرف مباشرة بنفسه، و أما تفويض التصرف إلى غيره بعد الموت فلا دليل عليه.

و عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج جواز الإيضاء له، لمكاتبه الصّفار فى الصحيح إلى أبى محمد الحسن بن على عليه السّلام (رجل كان وصى رجل فمات و أوصى إلى رجل، هل يلزم الوصى وصيه الرجل الذى كان هذا وصيه، فكتب: يلزمه بحقه إن كان له قبله -

قيل: جاز لظاهر مكاتبه الصفار، ولأن الموصى أقامه مقام نفسه فيثبت له من الولايه ما ثبت له، ولأن الاستنايه من جمله التصرفات المملوكه له بالنص.

و فيه منع دلالة الروايه، وإقامته مقام نفسه، في فعله مباشره كما هو الظاهر، و يمنع كون الاستنايه من جمله التصرفات، فإن رضاه بنظره مباشره لا يقتضى رضاه بفعل غيره، لاختلاف الأنظار والأغراض فى ذلك، والأقوى المنع.

فى ما يعتبر فى الوصى

(و يعتبر فى الوصى الكمال) بالبلوغ (١)، و العقل (٢)، فلا- يصح إلى الصبى بحيث يتصرف حال صباه مطلقا (٣)، و لا- إلى مجنون كذلك (٤) (و الإسلام) (٥) فلا -حق إن شاء الله (١)، و لأن الموصى أقام الوصى مقام نفسه، فيثبت للوصى من الولايه ما يثبت للموصى، و الموصى له حق الوصايه فكذا الوصى، و لأن الوصايه من جمله التصرفات التى يملكها الوصى حال حياته، لأن له الولايه عليهم.

و فيه: أما المكاتبه فمحموله على كون ذلك بالاذن الصادر من الموصى، و إقامه الموصى للوصى مقام نفسه لىباشر الأمر بنفسه و نظره فهو لا يدل على إقامته لىوصى أيضا فإنه عين المتنازع، و يمنع كون الوصايه من جمله التصرفات التى يملكها الوصى و هل هذا إلا عين المتنازع فيه.

(١) فلا- تصح الوصيه إلى الصبى منفردا بلا- خلاف فيه لسلب عبارته و أفعاله فيكون ممنوعا من الولايه على الآخرين، و أما الوصايه إليه منضمما إلى البالغ فسيأتى الكلام فيها.

(٢) فلا- تصح الوصيه إلى المجنون سواء كان أدواريا أو مطبقا بلا خلاف فيه لعدم صلاحيته للولايه بعد سلب عبارته و أفعاله بالجنون بل لو طرأ الجنون بطلت وصايته لخبر الدعائم عن على عليه السلام (لا يزيل الوصى إلا ذهاب عقل أو ارتداد أو تبذير أو خيانه أو ترك سنه، و السلطان وصى من لا وصى له، و الناظر لمن لا ناظر له) (٢).

(٣) و لو قلنا بجواز الوصايه إليه منضمما إلى البالغ و لكن لا يجوز له التصرف حينئذ.

(٤) أى مطلقا و لو قلنا بجواز الوصايه إليه منضمما إلى العاقل.

(٥) لا خلاف فى اشتراط الإسلام فى الوصى إذا كان الموصى مسلما، فلا تصح وصايه المسلم إلى الكافر و لو كان رحما، لقوله تعالى: وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ -

ص: ٨١

١- (١) لوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الدعائم ج ٢ ص ٣٦٣، و قد ذكر صورته فى مستدرک الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب الوصايا حديث ٣، و ذيله فى الباب - ٦٤ - منها حديث ١.

تصح الوصيه إلى كافر وإن كان رحماً، لأنه ليس من أهل الولايه على المسلمين، ولا من أهل الأمانه، وللنهي عن الركون إليه (١)، (إلا أن يوصى الكافر إلى مثله) إن لم نشترط العداله في الوصى لعدم المانع حينئذ، ولو اشترطناها فهل تكفى عدالته في دينه (٢)، أم تبطل مطلقاً (٣) وجهان: من أن (٤) الكفر أعظم من فسق المسلم، ومن أن الغرض (٥) صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، وهو يحصل بالعدل منهم.

و الأقوى المنع بالنظر إلى مذهبنا (٦). و لو أريد صحتها (٧) عندهم و عدمه (٨) فلا- غرض لنا في ذلك، و لو ترفعوا إلينا فإن رددناهم إلى مذهبهم و إلا فاللزام الحكم ببطانها (٩) بناء على اشتراط العداله، إذ لا وثوق بعدالته في دينه، و لا ركون إلى أفعاله، لمخالفتها لكثير من أحكام الإسلام.

سَبِيلًا (١١)، و قوله تعالى: لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ (٢).

و أما وصايه الكافر لمثله فلا إشكال في جوازها إن لم نعتبر العداله في الوصى.

(١) إلى الكافر لقوله تعالى: وَلَا تَزَكُّوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ (٣).

(٢) كما مال إليه في الجواهر لأن الغرض صيانته مال الطفل و أداء الأمانه، و إذا كان الكافر في دينه مجانباً للمحرمات قائماً بالأمانات حصل الغرض المطلوب منه بخلاف فاسق المسلمين.

(٣) و إن كان عدلاً في دينه.

(٤) دليل لبطلان الوصايه.

(٥) دليل الصحه.

(٦) لأنه يشترط العداله في الوصى بحسب ما لها من معنى في ديننا.

(٧) أى صحه الوصايه.

(٨) أى و عدم ما ذكرناه من الصحه.

(٩) أى بطلان الوصايه المذكوره.

ص: ٨٢

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

٢- (٢) سورة آل عمران، الآية: ٢٨.

٣- (٣) سورة هود، الآية: ١١٤.

(و العدا له فى قول قوى) (١)، لأن الوصيه استئمان، و الفاسق ليس أهلا له، لوجوب التثبت عند خبره، و لتضمنها (٢) الركون إليه، و الفاسق ظالم منهى عن الركون إليه، و لأنها (٣) استنابه إلى الغير فيشترط فى النائب العدا له كوكيل الوكيل، بل أولى، لأن تقصير و كيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل و تفحصهما على مصلحتهما، بخلاف نائب الميت (٤)، و رضاه به (٥) غير عدل لا يقدح فى ذلك (٦)، (١) ذهب المشهور إلى اشتراط العدا له فى الوصى لأدله.

الأول: لأن الوصيه استئمان على مال الأطفال و الفاسق لا أمانه له لوجوب التثبت عند خبره لقوله تعالى: **إِنْ جَاءَكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا (١)**.

(٢) الدليل الثانى و حاصله أن الوصيه تتضمن الركون باعتبار فعل ما أوصى إليه به من تفرقه المال و إنفاقه و صرفه على الأطفال، و الفاسق ظالم لا يجوز الركون إليه لقوله تعالى: **وَلَا تَزْكُنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ (٢)**، و فيه: إن الوصايه ليست ركونا، و لو سلم فالممنوع الركون إلى خصوص الظالم من الفاسق، لا مطلق الفاسق و إن كان ظالما فى نفسه، لأن الظاهر من الآية هو الظالم لغيره لا لنفسه.

(٣) الدليل الثالث و حاصله أن الوصيه استنابه على مال الغير الذى هو الطفل و ليس على مال الموصى، لانتقاله عنه بموته، فيشترط فى النائب العدا له كوكيل الوكيل، بل العدا له هنا أولى، لأن تقصير و كيل الوكيل مجبور بنظر الوكيل و الموكل بخلاف الوصى فإنه لا يشاركه فيها أحد و لا يتبع أفعاله.

(٤) الذى هو الوصى.

(٥) أى و رضا الموصى بالوصى جواب عن سؤال مقدر، أما السؤال: كيف لا تصح الوصايه عند قول الموصى: هذا وصيى و لو كان فاسقا، فقد رضى به و إن كان غير عادل، و مع الرضا فلا بد من الحكم بالصحه.

و أما الجواب: فالرضا بكونه فاسقا لا يقدح فى اشتراط العدا له فى الوصى، لأن مقتضى الوصايه إثبات الولاية بعد الموت، و حينئذ لا أهليه للميت حتى يأذن و يرضى بولاية شخص على الغير، بخلاف الوكالة فى مال الحياه فرضاه بفسق الوكيل مؤثر فى الصحه لأهليته للاذن حينئذ.

(٦) فى اشتراط العدا له فى الوصى.

ص: ٨٣

١- (١) سورة الحجرات، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة هود، الآية: ١١٤.

لأن مقتضاها (١) إثبات الولاية بعد الموت (٢) و حينئذ (٣) فترتفع أهليته (٤) عن الإذن و الولاية، و يصير التصرف متعلقا بحق غير المستنيب (٥) من طفل، و مجنون، و فقير، و غيرهم فيكون أولى باعتبار العدالة من وكيل الوكيل (٦)، و وكيل الحاكم، على مثل هذه المصالح. و بذلك (٧) يظهر ضعف ما احتج به نافي اشتراطها (٨) من أنها (٩) فى معنى الوكالة، و وكالة الفاسق جائزه اجماعا و كذا استيداعه، لما عرفت (١٠) من الفرق بينها (١١)، و بين الوكالة، و الاستيداع، فإنهما متعلقان بحق الموكل و المودع، و هو مسلط على إتلاف ماله فضلا عن تسليط غير العدل عليه، و الموصى إنما سلطه على حق الغير، لخروجه (١٢) عن ملكه بالموت مطلقا (١٣)، مع أننا نمنع أن مطلق الوكيل و المستودع لا يشترط فيهما العدالة (١٤).

(١) أى مقتضى الوصاية.

(٢) أى موت الموصى.

(٣) أى و حين موت الموصى.

(٤) أى أهليه الموصى.

(٥) و هو نفس الموصى.

(٦) لأن الوكالة متقومه بإذنه حال الحياه، و هو فى هذه الحال أهل للاذن.

(٧) أى بما ذكر من الوجوه.

(٨) ذهب ابن إدريس و المحقق فى النافع و العلامه فى بعض كتبه إلى عدم اعتبار العدالة، للأصل و إطلاق أدله الوصايه، و إلى أنها تابعه لاختيار الموصى كالوكالة، مع أنه يجوز توكيل الفاسق فكذا يجوز توكيل الوصى و فيه: إن الأصل منقطع بما تقدم من الوجوه، و بها يقتيد إطلاق الأدله، و للفرق بين الوصايه و الوكالة بأن الوكالة تسليط على ماله بخلاف الوصايه فإنها تسليط على مال الغير، و بأن الوكالة أذن بالتصرف فى حال حياته و هو تحت نظره يراعيه فى تتبع المصلحه، بخلاف الوصايه فهى إذن بالتصرف بعد مماته و هو غير أهل للاذن و ليس هناك أحد يراعيه و يتتبع أفعاله.

(٩) أى الوصايه.

(١٠) تعليل لبيان ضعف القول بعدم الاشتراط.

(١١) أى بين الوصايه.

(١٢) و هو حق الغير من مال الأطفال.

(١٣) حتى الثلث.

(١٤) لأن إيداع مال الطفل و نحوه و الوكاله فيه مما يشترط فيها عداله الوكيل و المستودع، فالتشبيه بمطلق الوكيل و المستودع غير تام.

ص: ٨٤

و أعلم أن هذا الشرط (١) إنما اعتبر ليحصل الوثوق بفعل الوصى، و يقبل خبره به (٢)، كما يستفاد ذلك من دليله (٣)، لا في صحه الفعل في نفسه، فلو أوصى لمن ظاهره العدالة و هو فاسق في نفسه ففعل مقتضى الوصيه فالظاهر نفوذ فعله (٤)، و خروجه عن العهده.

و يمكن كون ظاهر الفسق كذلك (٥) لو أوصى إليه فيما بينه، و بينه (٦) و فعل مقتضاه (٧)، بل لو فعله (٨) ظاهرا كذلك (٩) لم يبعد الصحه، و إن حكم ظاهرا بعدم وقوعه (١٠)، و ضمانه (١١) ما ادعى فعله.

و تظهر الفائده (١٢) لو فعل مقتضى الوصيه باطلاع عدلين (١٣)، أو باطلاع الحاكم (١٤)، إلا أن ظاهر اشتراط العدالة ينافى ذلك كله. و مثله (١٥) يأتي في نيابه (١) و هو اشتراط عداله الوصى.

(٢) أى بما فعل الوصى.

(٣) أى من دليل الشرط المذكور.

(٤) للقطع بموافقته فعله لمقتضى الوصيه.

(٥) أى فعله صحيح و نافذ لو وافق مقتضى الوصيه.

(٦) أى بين الموصى و بين ظاهر الفسق و لم يطلع أحد.

(٧) أى مقتضى ما أوصى به.

(٨) أى فعل الموصى الإيصاء ظاهرا بحيث كان بينه و بين الوصى غيرهما.

(٩) أى و فعل الوصى بمقتضى الوصايه.

(١٠) أى بعدم وقوع ما فعله الوصى الذى هو ظاهر الفسق.

(١١) أى و حكم ظاهرا بضمان الوصى، هذا و ما قاله الشارح هنا فقد تابع به العلامه فى التذكرة و المحقق الثانى فى جامعه، و تبعهم سيد الرياض، و فيه: إنه رفع لليد عن اشتراط العدالة فى الوصى.

(١٢) فى الضمان و عدمه.

(١٣) فلا ضمان لحججه البينه التى شهدت بكون فعله على مقتضى الوصيه.

(١٤) فلا ضمان لحججه العلم الذاتيه، و الحاكم هو الذى سيحكم بالضمان و هو عالم بكون فعله على مقتضى الوصيه، و هذا كله بخلاف ما لو فعل مقتضى الوصيه واقعا و لا دليل على الإثبات ظاهرا فإنه يحكم بالضمان عليه.

(١٥) أى و مثل ما تقدم فى الوصى المشترط فيه العدالة و قد أوصى إلى من ظاهره العدالة و هو فاسق فى نفسه إلى آخر ما تقدم.

ص: ٨٥

الفاسق عن غيره في الحج ونحوه (١).

وقد ذكر المصنف وغيره أن عداله النائب شرط في صحه الاستنابه (٢) لا في صحه النيايه (٣).

(و كذا) يشترط في الوصى (الحرية) (٤) فلا تصح وصايه المملوك لاستلزامها التصرف في مال الغير بغير إذنه (٥)، كما لا تصح وكالته (إلا أن يأذن المولى) فتصح لزوال المانع، و حينئذ فليس للمولى الرجوع في الإذن بعد موت الموصى، و يصح قبله، كما إذا قبل الحر.

(١) كالصلاه و الصيام، فتشترط العداله في النائب لا لصحه الفعل بل للوثوق في تحقق الفعل، فلو استناب ظاهر العداله و كان فاسقا في نفسه و قد عمل بمقتضى النيايه فلا بد من الحكم بصحه الفعل، و كذا مع اشتراط العداله و قد استناب ظاهر الفسق بينه و بينه و قد عمل بمقتضى النيايه، و كذا مع اشتراط العداله و قد استناب ظاهر الفسق و كانت النيايه أمام الغير و قد عمل بمقتضى النيايه بشهاده عدلين أو بعلم الحاكم.

أما لو استناب ظاهر الفسق أمام الغير و قد عمل بمقتضى النيايه واقعا و لكن لا دليل على الإثبات ظاهرا فلا بد من الحكم بعدم صحه الفعل و بعدم خروجه عن العهد.

(٢) أى جعل الغير نائبا.

(٣) أى قيام الغير بالفعل عنه، و ما ذلك إلا لكون العداله في النائب حينئذ لا لصحه الفعل في نفسه بل ليحصل الوثوق بإخباره.

(٤) فلا تصح الوصايه إلى المملوك بلا خلاف فيه، لأن منافعه مملوكه لمولاه و الوصايه إليه تستدعى صرف شيء من منافعه في السعى على تنفيذها و هو مستلزم للتصرف في ملك الغير بغير إذن مولاه فلا يجوز.

نعم لو أذن المولى جاز، لأن المنع لحقه، خلافا لبعض العامه حيث منع من الوصايه إليه مطلقا و هو ضعيف.

ثم إذا تقرر ذلك فلو أذن المولى له في الوصايه لم يكن له الرجوع في الاذن حيث يلزم الوصى بالمضى فيها أن مات الموصى، نعم قبل موت الموصى لا يلزم الوصى بالمضى لجواز الرد الذى يبلغ الموصى فيجوز حينئذ للمولى الرجوع لكن بشرط إعلام الموصى كالحر، و بالجملة فيقوم المولى مقام الوصى و إن كان فعل متعلق الوصايه منوطا بالمملوك.

(٥) أى إذن المولى المستفاد من السياق.

(و تصح الوصيه إلى الصبي منضمًا إلى كامل) (١) لكن لا- يتصرف الصبي حتى يكمل، فينفرد الكامل قبله ثم يشتركان فيها مجتمعين. نعم لو شرط عدم تصرف الكامل إلى أن يبلغ الصبي اتبع شرطه، و حيث يجوز تصرف الكامل قبل بلوغه لا يختص بالضرورة، بل له كمال التصرف، و إنما يقع الاشتراك في المتخلف (٢)، و لا- اعترض للصبي بعد بلوغه في نقض ما وقع من فعل الكامل موافقا للمشروع (٣) (و إلى المرأة (٤) و الخنثى (٥) عندنا مع اجتماع الشرائط (٦)، لانتفاء (١) قد تقدم عدم جواز الوصايه إلى الصبي منفردا لسلب عبارته و أفعاله شرعا، و لكن تصح الوصايه إليه منضمًا إلى البالغ الكامل و لكن لا يتصرف الصبي إلا بعد بلوغه، و فائده نصبه جواز تصرفه بعد البلوغ على وجه يكون شريكا للبالغ الكامل، بلا خلاف فيه لخبر على بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى إلى امرأه و شرك في الوصيه معها صبيًا، فقال عليه السلام: يجوز ذلك و تمضى المرأة الوصيه و لا تنتظر بلوغ الصبي، فإذا بلغ الصبي فليس له أن لا يرضى إلا ما كان من تبديل أو تغيير، فإن له أن يرده إلى ما أوصى به الميت) (١)، و صحيح الصفار قال: (كتبت إلى أبي محمد عليه السلام: رجل أوصى إلى ولده و فيهم كبار قد أدركوا و فيهم صغار، أيجوز للكبار أن ينفذوا وصيته و يقضوا دينه لمن صح على الميت بشهود عدول قبل أن يدرك الأوصياء الصغار؟ فوقع عليه السلام:

نعم على الأكابر من الولد أن يقضوا دين أبيهم و لا يحبسوه بذلك) (٢).

(٢) إلى ما بعد البلوغ.

(٣) من الوصيه، و إلا فله الاعتراض كما دل عليه ذيل خبر ابن يقطين المتقدم.

(٤) تجوز الوصيه إلى المرأة عندنا بلا خلاف لإطلاق أدله الوصايه، و لخصوص خبر على بن يقطين المتقدم حيث صرح بكون الوصايه إلى المرأة و الطفل، و كذا تجوز الوصايه للأعمى لإطلاق الأدله أيضا، فما عن بعض العامه من منع الوصايه إليها ضعيف لعدم الدليل عليه سوى قياس الوصايه على القضاء، و القياس باطل نعم روى السكوني في المرسل عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين عليه السلام (المرأة لا يوصى إليها، لأن الله تعالى يقول: وَ لَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (٣)، و هو محمول على التقية لموافقته للعامه.

(٥) لعدم خروجه عن الذكر أو الأنثى مع صحه الوصايه إليهما.

(٦) من البلوغ و العقل و الإسلام و العدالة و الحريه.

ص: ٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

فى أنه يصح تعدد الوصى

(و يصح تعدد الوصى (١) فيجتمعان) لو كانا اثنين فى التصرف، بمعنى (٢) صدوره عن رأيهما و نظرهما و إن باشره أحدهما (إلا أن يشترط (٣) لهما الانفراد) فيجوز حينئذ لكل واحد منهما التصرف بمقتضى نظره، (فإن تعاسرا (٤) فأراد (١) لو أوصى إلى اثنين فصاعداً جاز بلا- خلاف فيه للأخبار الآتية، و عليه فإما أن يشترط اجتماعهما - و إما أن يشترط انفرادهما و إما أن يطلق، فإن شرط اجتماعهما و المراد بالاجتماع صدور الفعل عن رأيهما و نظرهما و إن باشره أحدهما لم يجز لأحدهما أن ينفرد عن صاحبه بشيء من التصرف اتباعاً لشرط الموصى.

و كذا لو شرط عليهما الانفراد فلا يجوز لهما الاجتماع أيضاً، و لو أطلق فهل يجب الاجتماع أو يجوز الانفراد، فالمشهور على الأول لأن ثبوت الولاية لهما على نحو الاجتماع معلوم و ثبوتها لكل واحد منفرداً مشكوك و الأصل يقتضى العدم، و لصحيح الصقار (كتبت إلى أبى محمد عليه السلام: رجل كان أوصى إلى رجلين أيجوز لأحدهما أن ينفرد بنصف التركة و الآخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما أن يخالفا الميت و أن يعملا على حسب ما أمرهما إن شاء الله تعالى) (١)،

و عن الشيخ فى أحد قوليهِ و القاضي ابن البراج جواز الانفراد عند الإطلاق لموثق بريد بن معاوية (إن رجلا مات و أوصى إلى و إلى آخر أو إلى رجلين، فقال أحدهما: خذ نصف ما ترك و أعطنى النصف مما ترك، فأبى عليه الآخر، فسألوا أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال: ذلك إليه) (٢)، بناء على أن ذلك إليه ظاهره فى كون القسمة للطالب و هى من حقه، مع أنه يحتمل أن يكون المراد أن إباء القسمة حق للآخر و هو الأقرب لكونه الأخير، و الضمير يرجع إلى الأخير عند تعدد مرجعه المحتمل، و مع الاحتمال يبطل الاستدلال، على أنه لا يصلح لمعارضه صحيح الصقار المتقدم، لكونه صحيحاً و قد عمل به المشهور.

(٢) تفسير للاجتماع المشروط.

(٣) بمعنى يجوز و يرخّص.

(٤) بناء على اشتراط الاجتماع أو فى صورهِ الإطلاق على مبنى المشهور، و التعاسر هو التشاح، بحيث أبى كل منهما على صاحبه أن يوافقهُ على وجه لا ينافى عدالتهما لتخيل كل منهما الصلاح فى ضدّ ما يقوله الآخر، فما ينفرد به كل واحد منهما عن صاحبه لا-

١- (١) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ٣.

أحدهما نوعاً من التصرف و منعه الآخر (صح) تصرفهما (فيما لا بدّ منه كمثونه اليتيم)، و الدابه، و اصلاح العقار، و وقف غيره (١) على اتفاقهما، (و للحاكم) الشرعى (إجبارهما على الاجتماع) (٢) من غير أن يستبدل بهما مع الإمكان، إذ لا ولاية له فيما فيه وصى، (فإن تعذر) عليه جمعهما (استبدل بهما) (٣) تنزيلاً لهما بالتعذر منزله المعدوم، لاشتراكهما (٤) فى الغايه (٥). كذا أطلق الأصحاب، و هو يتم مع عدم اشتراط عداله الوصى، أما معه فلا، لأنهما بتعاسرهما يفسقان، لوجوب المبادره إلى إخراج الوصيه مع الإمكان فيخرجان بالفسق عن الوصايه، و يستبدل بهما الحاكم فلا يتصور إجبارهما على هذا التقدير (٦)، و كذا لو لم نشترطها (٧) و كانا عدلين، لبطانها (٨) بالفسق (٩) حينئذ على المشهور (١٠).

-ينفذ لأن الموصى لم يرض برأيه منفرداً فتصرفه كذلك، نعم ما لا بدّ منه ككسوه اليتيم و مأكوله و نفقه الرقيق و الدواب و كفن الميت و زاد بعضهم قضاء ديونه و إنفاذ وصيته المعينه و قبول الهبه عن الصغير مع خوف فوات النفع و الخصومه عن الميت و رد الوديعة و العين المغصوبه فلو تصرف أحدهما حينئذ ينفذ للضروره.

(١) أى غير الذى لا بدّ منه.

(٢) للحاكم الشرعى إجبارهما على الاجتماع مع الإمكان من غير استبدال لهما لعدم ولايه له فيما فيه للميت وصى، و عن الحلبي أنه يردهما الحاكم إلى أعلمهما و أقوامهما و يجعل الثانى تبعاً له، و فيه: إنه ترجيح لأحدهما و قد منعه الموصى عند ما شرط اجتماعهما.

(٣) فإن تعذر على الحاكم جمعهما جاز له الاستبدال بهما حذراً من الترجيح بلا مرجح، و صونا لوصايا الميت من التعطيل، و حفظاً للمال عن التلف.

(٤) أى التعذر و العدم.

(٥) من تعطيل وصايا الميت و تلف المال.

(٦) أى على تقدير اشتراط عداله الوصى، و فيه: إن عدم متابعه كل منهما للآخر إذا كان عن التشهى و العناد فنع، و إذا كان عن مصلحه بحيث يرى كل واحد منهما المصلحه فى ضد ما يقوله الآخر فالتشاح لا يوجب الفسق، بل الإجابه لطلب الآخر هى الموجهه للفسق حينئذ.

(٧) أى العداله.

(٨) أى الوصايه.

(٩) المسبب عن التشاح، و قد عرفت ما فيه.

(١٠) لو أوصى إلى عدل ففسق بعد موت الموصى تبطل الوصيه على المشهور و إن لم تشترط -

نعم لو لم نشترطها (١) ولا كانا عدلين أمكن إجبارهما مع التشاّخ، (و ليس لهما قسمه المال) (٢)، لأنه خلاف مقتضى الوصيه من الاجتماع فى التصرف.

(و لو شرط لهما الانفراد (٣) ففى جواز الاجتماع نظر)، من أنه خلاف الشرط فلا يصح، و من أن الاتفاق على الاجتماع يقتضى صدوره عن رأى كل واحد منهما (٤)، و شرط الانفراد اقتضى الرضا برأى كل واحد، و هو (٥) حاصل إن لم يكن هنا آكد.

و الظاهر أن شرط الانفراد رخصه لهما، لا تضييق. نعم لو حصل لهما فى حال الاجتماع نظر مخالف له (٦) حال الانفراد توجه المنع، لجواز كون المصيب هو -عداله الموصى، و عن الحلّى الجزم بعدم البطلان، و عن المحقق فى الشرائع التردد فى الإبطال، و مستند المشهور أن الوصايه إليه من حيث هو عادل و لا ريب فى انتفاء الموضوع عند انتفاء وضعه، نعم لو أوصى إلى العدل لا من حيث عدالته بل من حيث ذاته ففسق فلا بد من الحكم ببقاء الوصايه بناء على صحه الوصايه للفاسق كما هو المفروض.

(١) أى العداله فى الموصى.

(٢) لو أرادا قسمه المال بينهما بحيث يكون لكل منهما تصرف فى مجال و قد وجب عليهما الاجتماع كما هو الفرض لم تجز بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأنه على خلاف مقتضى الوصايه من الاجتماع.

(٣) لو شرط لهما الانفراد ففى جواز الاجتماع نظر، من أنه على خلاف الشرط فلا يصح، و من اقتضاء الاتفاق على الاجتماع صدور الفعل عن رأى كل واحد منهما مع أن شرط الانفراد اقتضاء الرضا برأى كل واحد، و هو حاصل عند الاجتماع إن لم يكن آكد فيكون شرط الانفراد رخصه لا تضييق.

و الإنصاف القول أنه إذا فهم من شرط الانفراد بواسطه القرائن الرخصه فلا إشكال فى جواز الاجتماع، و إن فهم التضييق فلا إشكال فى عدم الجواز، و إن لم يظهر شىء فالظاهر عدم الجواز لأن ثبوت الولاية لهما منفردين معلوم و ثبوتها لهما مجتمعين مشكوك، و الأصل العدم.

(٤) أى صدور الفعل برأى كل واحد حاصل عند الاجتماع.

(٥) لضم رأى الغير إلى رأيه فيكون أقرب إلى الواقع.

(٦) للنظر.

حاله الانفراد و لم يرض الموصى إلا به (١)،(و لو نهاهما عن الاجتماع (٢) اتبع) قطعاً عملاً بمقتضى الشرط الدال صريحاً على النهى عن الاجتماع فيتبع.

(و لو جَوَّزَ لهما الأمرين) (٣) الاجتماع و الانفراد (أمضى) ما جَوَّزه و تصرف كل منهما كيف شاء من الاجتماع، و الانفراد (فلو اقتسما المال) فى هذه الحالة (جاز) بالتنصيف، و التفاوت حيث لا يحصل بالقسمه ضرر، لأن مرجع القسمه حينئذ (٤) إلى تصرف كل منهما فى البعض (٥) و هو (٦) جائز بدونها، ثم بعد القسمه لكل منهما التصرف فى قسمه الآخر و إن كانت فى يد صاحبه، لأنه وصى فى المجموع فلا- تزيل القسمه ولايته فيه (٧)(و لو ظهر من الوصى) المتحد، أو المتعدد على وجه يفيد الاجتماع (٨)(عجز (٩) ضم الحاكم إليه معينا)، لأنه بعجزه خرج (١) أى إلا بالانفراد لكونه هو القدر المتيقن عند شرط الانفراد.

(٢) أى شرط الانفراد و نهاهما عن الاجتماع اتبع شرطه عملاً بالنهى عن تبديل الوصيه قال تعالى: **فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (١)**، و لعموم الوفاء بالشرط.

(٣) فلو جَوَّزَ لهما الاجتماع و الانفراد بمعنى أنه قد أذن لكل وصى فى كل من الاجتماع و الانفراد كان تصرف كل واحد منهما ماضياً و لو انفرد، و يجوز أن يقتسما المال و يتصرف كل واحد منهما فيما يصيبه و فيما فى يد صاحبه كما يجوز الانفراد قبل القسمه، بلا خلاف و لا إشكال لكون الفرض شمول الاذن لكل ذلك.

و لا فرق فى جواز القسمه بين جعلها متساويه و متفاوته حيث لا يحصل بها ضرر على الورثه.

(٤) حين الجواز.

(٥) و هو البعض الحاصل لكل منهما بالقسمه.

(٦) أى و التصرف جائز لكل منهما فى هذا البعض بدون القسمه.

(٧) أى فى القسم الآخر الذى تحت يد صاحبه.

(٨) بحيث شرط عليهما الاجتماع أو أطلق و قلنا إن الإطلاق محمول على الاجتماع كما هو مبنى المشهور و قد تقدم.

(٩) فلو عجز أحدهما عن القيام بتمام ما يجب عليه من العمل بالوصيه لمرض و نحوه ضم إليه-

ص: ٩١

عن الاستقلال المانع (١) من ولايه الحاكم، وبقدرته على المباشره فى الجملة لم يخرج عن الوصايه بحيث يستقل الحاكم فيجمع بينهما (٢) بالضم.

و مثله (٣) ما لو مات (٤) أحد الوصيين على الاجتماع (٥)، أما المأذون لهما فى الانفراد فليس للحاكم الضم إلى أحدهما بعجز الآخر، لبقاء وصى كامل (٦).

و بقى قسم آخر (٧) و هو ما لو شرط لأحدهما الاجتماع و سوغ للآخر -الحاكم من يعينه، فيكون التصرف لثلاثه و إن كان الرأى لاثنين، بلا خلاف فيه إلا من الشهيد فى الدروس فإنه ذهب إلى أن الحاكم يضم إلى الآخر لا إلى العاجز فيكون التصرف كالنظر إلى اثنين.

وفيه: إن مرضه و عجزه لا يخرج عن الوصايه لجواز الوصايه إلى المريض و العاجز ابتداء فكذا استداده، و كذا لو كان الوصى منفردا فعجز أو مرض على نحو منعه ذلك عن القيام بتمام ما عليه من الوصايه ضمّ إليه الحاكم من يعينه و لا ترتفع وصايته بالكلية.

نعم لو عجز أحدهما عن القيام بالوصايه أصلا لموت أو جنون أو فسق أو غيبه بعيده فعن الأكثر أنه يستقل الآخر بالتصرف من غير أن يضم إليه الحاكم بدلا، و عن المحقق فى النافع و العلامه فى جملة من كتبه و الفخر و الشهيدين و جماعه أنه يضم إلى الآخر أمين من قبله.

و وجه الأول أنه لا ولايه للحاكم مع وجود الوصى، و هو موجود هنا، لأن نصب الآخر الذى بطلت وصايته لم يخرج الأول عن كونه وصيا و لهذا يقال: نصب وصيين.

و وجه الثانى أن الموصى لم يرض برأى أحدهما منفردا فتصرفه لوحده مناف لمقصود الموصى، و هو الأقوى.

(١)صفه للاستقلال.

(٢)بين خروجه عن الاستقلال و عدم خروجه بالكلية.

(٣)أى و مثل العجز فى الجملة.

(٤)و كذا لو جن أو فسق بناء على اشتراط العدالة فى الوصى و الضابط هو: عجزه عن القيام بأصل الوصايه.

(٥)بالحيث شرط اجتماعهما، و قد عرفت أن الأكثر على عدم الضم بل يستقل الآخر بالتصرف.

(٦)و لا ولايه للحاكم مع وجود وصى كامل للميت كما هو موجود هنا.

(٧)هذا القسم و ما بعده راجعان إلى أصل المسأله و هى ما لو أوصى إلى متعدد، فتاره يطلق -

الانفراد فيجب اتباع شرطه فيتصرف المستقل بالاستقلال (١)، و الآخر مع الاجتماع خاصه.

و قريب منه ما لو شرط لهما الاجتماع موجودين، و انفراد الباقي بعد موت الآخر، أو عجزه فيتبع شرطه، و كذا يصح شرط مشرف (٢) على أحدهما بحيث لا يكون للمشرف شيء من التصرفات و إنما تصدر عن رأيه (٣) فليس للوصي التصرف بدون إذنه (٤) مع الإمكان، فإن تعذر و لو بامتناعه ضم الحاكم إلى الوصي معينا (٥) كالمشروط له (٦) الاجتماع على الأقوى (٧)، لأنه في معناه (٨) حيث لم يرض برأيه منفردا، و كذا يجوز اشتراط تصرف أحدهما في نوع خاص، و الآخر في الجميع منفردين، و مجتمعين على ما اشتركا فيه.

في ما لو خان الوصي

(و لو خان) (٩)....

و أخرى بشرط الاجتماع و ثالثة بشرط الانفراد، و رابعة بتسوية الأمرين و هذا ما تقدم، و خامسه يشترط على أحدهما الاجتماع و يسوّغ للآخر الانفراد فيجب اتباع الشرط فيستقل المنفرد و لا يتصرف الآخر إلا مع الاجتماع كما هو واضح، و سادسه اشتراط الاجتماع حال حياتهما أو حال قدرتهما على القيام بأصل الوصاية بحيث لو مات أحدهما أو عجز انفراد الباقي فكذلك يجب اتباع شرطه، و يمكن فرض صور أخرى.

(١) و أيضا مع الاجتماع.

(٢) أي اشتراط ناظر على أحدهما أو كليهما.

(٣) رأى المشرف.

(٤) إذن المشرف.

(٥) يكون بديلا عن المشرف و له نفس أفعاله.

(٦) أي تعيين الحاكم بديلا عن المشرف كتعيين الحاكم بديلا عن أحد الوصيين إذا شرط اجتماعهما و قد عجز أحدهما عن القيام بأصل الوصاية.

(٧) لم أعثر على مخالف في هذا الفرع.

(٨) أي لأن المشرف في معنى الوصي الآخر حيث لم يرض الوصي برأى الوصي منفردا.

(٩) إن ظهر من الوصي خيانه عزله الحاكم و أقام أمينا غيره بلا خلاف فيه، لأن الحاكم له حق العزل مراعاة لحق الأطفال و أموال الصدقات و نحوها.

و عن المسالك أنه متوقف على عزل الحاكم إن لم نشترط العدالة في الوصى، و إلا فلو اشترطناها فالأجود انعزاله بنفس الفسق
و لو لم يعزله الحاكم لفقدان الشرط المعتبر في -

ص: ٩٣

الوصى المتحد، أو أحد المجتمعين (١)، أو فسق بغير الخيانه (٢) (عزله الحاكم)، بل الأجود انعزاله بذلك من غير توقف على عزل الحاكم، لخروجه عن شرط الوصايه (و أقام) الحاكم (مكانه) وصيا مستقلا إن كان المعزول واحدا، أو منضمًا إلى الباقي إن كان أكثر (٣) (و يجوز للوصى استيفاء دينه مما فى يده) (٤) من غير توقف على -الوصى و يشهد له خبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السلام (لا يزيل الوصى إلا ذهاب عقل أو ارتداد أو تذيير أو خيانه أو ترك سنه) (١).

(١) أى خان أحد الوصيين اللذين شرط عليهما الاجتماع، و هو احتراز ما لو فسق أحد المنفردين و ذلك عند الوصايه لاثنين و جَوَزَ أو شرط عليهما الانفراد، و الوصى الآخر يغنى عن إقامه بديل للخائن.

(٢) بناء على اشتراط العدالة فى الوصى.

(٣) و قد شرط الاجتماع، ثم ما تقدم مبنى على كون الخائن أحدهما أما لو كانت الخيانه منهما فينزلان و يقيم الحاكم مكانهما و هكذا.

(٤) لو كان للوصى دين على الميت جاز أن يستوفى دينه مما فى يده من غير إذن الحاكم إذا لم يكن له بتيه على إثبات حقه كما عن الشيخ فى النهايه، لأنه مقاصه و لا يجوز التقاص مع وجود البيئه، و لموثق بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إن رجلا- أوصى إلى فسألته أن يشرك معى ذا قرابه له ففعل، و ذكر الذى أوصى إلى أن له قبل الذى أشركه فى الوصيه خمسين و مائه درهم عنده، و رهن بها جاما من فضه، فلما هلك الرجل أنشأ الوصى يدعى أن له قبله أكرار حنطه، قال عليه السلام: إن أقام البيئه و إلا فلا شىء له، قلت له: أ يحلّ له أن يأخذ مما فى يديه شيئا؟ قال عليه السلام لا يحلّ له، قلت:

أ رأيت لو أن رجلا عدا عليه فأخذ ماله فقدر على أن يأخذ من ماله ما أخذ، أ كان ذلك له؟ قال عليه السلام: إن هذا ليس مثل هذا) (٢) و عن ابن إدريس و الشهيدين و جماعه أنه يجوز له الاستيفاء سواء كان له حجه أو لا، لأن الفرض كونه وصيا فى إثبات الديون و وفائها فيجوز له إيفاء الديون التى على الميت سواء كانت له أو لغيره، و لأنه بقضاء دين الميت محسن له و قال تعالى: ما على الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ (٣).

و لا يلتفت هنا إلى البيئه و عدمها لأن الغرض منها هو الإثبات عند الحاكم لجواز كذب المدعى، و علمه بدينه أقوى فى الإثبات من البيئه التى يجوز عليها الخطأ، و أما الروايه فهى -

ص: ٩٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب الوصايا حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٣ - من أبواب كتاب الوصايا حديث ١.

٣- (٣) سوره التوبه، الآيه: ٩١.

حكم الحاكم بثبوت (١)، و لا على حلفه على بقاءه (٢)، لأن ذلك (٣) للاستظهار ببقائه، لجواز إبراء صاحب الدين، أو استيفائه، والمعلوم هنا خلافه (٤)، والمكلف بالاستظهار هو الوصى (٥)، (و) كذا يجوز له (قضاء ديون الميت التي يعلم بقاءها) إلى حين القضاء (٦)، و يتحقق العلم بسماعه إقرار الموصى بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء، و يكون المستحق ممن لا يمكن فى حقه الإسقاط كالطفل و المجنون. و أما ما (٧) كان أربابها مكلفين يمكنهم إسقاطها فلا بد من إحلافهم على بقاءها و إن علم بها سابقا (٨)، و لا يكفي إحلافه إياهم إلا إذا كان مستجمعا لشرائط الحكم (٩)، و ليس للحاكم أن يأذن له (١٠) فى التحليف استنادا إلى علمه (١١) بالدين، بل لا بدّ من ثبوته عنده (١٢)، لأنه (١٣) تحكيم لا يجوز لغير أهله.

-محموله على استيفاء أحد الوصيين دينه مع أنه قد شرط عليهما الاجتماع و لم يثبت الدين عند الآخر و هو أجنبي عن مقامنا، لأن الكلام فيه فى صورته ثبوت الدين عند الوصى.

(١) أى بثبوت الدين.

(٢) أى و لا على حلف الوصى على بقاء الدين.

(٣) أى الحلف.

(٤) حيث إن المفروض هو بقاء دين الوصى على الميت بعد الموت.

(٥) لو ادعى على الميت بدين من أجنبي فالوصى هو الذى يطلب الحلف للاستظهار على بقاء الدين إلى ما بعد الموت، و هنا كيف يطلب الحلف من نفسه و هو قاطع بالبقاء.

(٦) أما قضاء ديون الميت فواضح لأنه من جملة أعمال الوصى، و أما إلى حين القضاء لأنه لو لم يعلم بثبوتها إلى ذلك الوقت فلا يجوز قضائها لاحتمال براءه ذمه الميت منها بالوفاء أو الإبراء من الدائن و نحو ذلك.

(٧) أى من الديون.

(٨) لاحتمال إسقاطها من قبل أربابها.

(٩) بحيث ادعى رب الدين بقاءه إلى ما بعد الموت و له بينه على إثبات أصل الدين فحينئذ يحلفه الوصى على البقاء، و قد تقدمت المسألة فى باب القضاء.

(١٠) للوصى.

(١١) أى عمّ الوصى.

(١٢) أى لا بد من ثبوت الدين عند الحاكم.

(١٣) أى ثبوت الدين.

ص: ٩٥

نعم (١) له بعد ثبوته عنده بالبينة توكيله فى الإحلاف، و له (٢) ردّ ما يعلم كونه وديعه، أو عاريه، أو غصبا، أو نحو ذلك من الأعيان التى لا يحتمل انتقالها عن ملك مالكها إلى الموصى، أو وارثه فى ذلك الوقت.

(و لا- يوصى) الوصى إلى غيره عمن أوصى إليه،(إلا بإذن منه) له (٣) فى الإيصاء على أصح القولين و قد تقدم (٤)، و إنما أعادها لفائده التعميم، إذ السابقه مختصه بالوصى على الطفل و من بحكمه (٥) من أبيه (٦) وجده و هنا شامله لسائر الأوصياء (٧)، و حيث يأذن له فيه (٨) يقتصر على مدلول الإذن فإن خصه بشخص، أو وصف اختص (٩)، و إن عمم أوصى إلى مستجمع الشرائط (١٠)، و يتعدى الحكم (١١) إلى وصى الوصى أبدا مع الإذن فيه (١٢)، لا بدونه.

فى الإذن فى الإيصاء

(و) حيث لا يصرح له بالإذن فى الإيصاء (١٣)(يكون النظر بعده) (١٤) فى وصيه الأول (١٥)(إلى الحاكم)(١٦)، لأنه وصى من لا وصى له،(و كذا) حكم كل (١) أى للحاكم.

(٢)أى للوصى.

(٣)أى إلا بإذن من الموصى للوصى فى الإيصاء إلى الغير.

(٤)فى أوائل بحث الوصايه.

(٥)كالمجنون.

(٦)واحدما هو الموصى.

(٧)حال كون الوصى وصيا على الطفل و على رد الودائع و وفاء الدين و استيفائه و نحو ذلك.

(٨)فى الإيصاء.

(٩)للنهي عن تبديل الوصيه، و قد تقدم مرارا.

(١٠)من كونه مسلما بالغا عاقلا حرا عادلا بناء على اشتراط الأخير.

(١١)و هو الإيصاء للغير.

(١٢)فى الإيصاء.

(١٣)سواء نهى عنه أو لم يأذن و لم يمنع.

(١٤)بعد الوصى.

(١٥) أى الموصى.

(١٦) و هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى بلا خلاف فيه، لأن ذلك من شئون القضاة و قد-

ص: ٩٦

(من مات ولا وصى له، و مع تعذر الحاكم) لفقده، أو بعده بحيث يشق الوصول إليه عادة (يتولى) انفاذ الوصيه (بعض عدول المؤمنين) (١) من باب الحسبه (٢)، و المعاونه على البر و التقوى المأمور بها (٣).

و اشتراط العدالة يدفع محذور إتلاف مال الطفل و شبهه، و التصرف فيه (٤) - جعله الشارع قاضيا و حاكما كما فى مقبوله ابن حنظله (١) و مرفوعه أبى خديجه (٢).

(١) هل يجوز النظر فى تركه الميت و أطفاله و ديونه و الحقوق التى له و عليه لعدول المؤمنين ممن يوثق بهم عند فقد الجميع أو لا، ذهب ابن إدريس إلى العدم لأن ذلك أمر موقوف على الاذن الشرعى و هو منتف.

و عن الأ-كثر الجواز لما فيه من المعاونه على البر و التقوى المأمور بها بقوله تعالى: وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى (٣) ، و لقوله تعالى: الْمُؤْمِنُونَ وَ الْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (٤) و قد خرج منه ما أجمع على عدم ولايتهم فيه فيبقى الباقي على عمومه، و لأن ذلك من المعروف و المصالح الحسيه التى يستفاد الاذن فيها من عموم أدله الأمر بالمعروف، و مثل هذا كاف فى الاذن الشرعى، و لخصوص خبر محمد بن إسماعيل (مات رجل من أصحابنا و لم يوص فرفع أمره إلى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثه صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن إذا لم يكن الميت صير إليه وصيته، و كان قيامه فيها بأمر القاضى لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى إلى أحد و يخلف جوارى فيقيم القاضى رجلا منا فيبيعهن، أو قال: يقوم بذلك رجل فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك؟ فقال: إذا كان القيم به مثلك أو مثل عبد الحميد فلا بأس) (٥).

(٢) أى إن القيام به من باب احتساب أجره عند الله تعالى.

(٣) بالمعاونه.

(٤) فيه: أى و يدفع محذور التصرف فى مال الطفل بدون إذن شرعى.

ص: ٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث

٣- (٣) سورة المائده، الآيه: ٣.

٤- (٤) سورة التوبه، الآيه: ٧١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب عقد البيع و شروطه حديث.

بدون إذن شرعى، فإن ما ذكرناه هو الإذن، و ينبغى الاقتصار على القدر الضرورى الذى يضطر إلى تقديمه قبل مراجعته الحاكم، و تأخير غيره (١) إلى حين التمكن من إذنه (٢)، و لو لم يمكن لفقده لم يختص (٣)، و حيث يجوز ذلك (٤) يجب (٥)، لأنه من فروض الكفاية.

و ربما منع ذلك كله بعض الأصحاب، لعدم النص. و ما ذكر من العمومات كاف فى ذلك. و فى بعض الأخبار ما يرشد إليه.

فى أن الصفات المعتبره فى الوصى يشترط حصولها حال الإيلاء

(و الصفات المعتبره فى الوصى) من البلوغ و العقل و الإسلام على وجه (٦) و الحرية، و العدالة (يشترط حصولها حال الإيلاء) (٧)، لأنه وقت إنشاء العقد، (١) غير المضطر.

(٢) إذن الحاكم.

(٣) أى لم يختص التصرف بالضرورى.

(٤) أى تولى عدول المؤمنين.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و يستثنى من موضع الخلاف ما يضطر إليه الأطفال و الدواب من المئونه و صائنه المال المشرف على التلف، فإن ذلك و نحوه واجب على الكفاية على جميع المسلمين فضلا عن العدول منهم، حتى لو فرض عدم ترك مورثهم مالا- فمئونه الأطفال و نحوهم من العاجزين عن التكسب واجب على المسلمين من أموالهم كفاية، كإعانه كل محتاج و إطعام كل جائع يضطر إليه، فمن مال المحتاج أولى، و حيث يجوز لأحد فعل ذلك فالمراد به - أى الجواز - معناه الأعم، و المراد منه الوجوب لما ذكرناه من أنه من فروض الكفايات) انتهى.

(٦) إذا كان الموصى مسلما.

(٧) اختلف الأصحاب فى وقت اعتبار هذه الشروط هل هو عند الوصيه أو عند الموت، أو من حين الوصيه إلى أن يموت الموصى، أو من حينها إلى وقت التنفيذ بعد الموت أقوال أربعة.

الأول للأكثر، قضاء لحق الشرط، فالمشروط عدم عند عدم شرطه، فلا تصح الوصيه إلى شخص إلا إذا كان مستجمعا للشرائط المذكوره و هذا ما يستدعى تحققها حال الوصيه، و لأن الموصى فى وقت الوصيه منهى عن التفويض إلى من ليس بالصفات المذكوره، و النهى فى المعاملات إذا توجه إلى ركنها أوجب الفساد كما فى المسالك و غيره.

و الثانى بحيث لو أوصى إلى صبي مثلا فبلغ ثم مات الموصى صحت الوصيه و كذا الكلام-

فإذا لم تكن مجتمعه لم يقع صحيحاً (١) كغيره من العقود، ولأنه (٢) وقت الوصية ممنوع من التفويض إلى من ليس بالصفات (٣).

وقيل: يكفي حصولها (حال الوفاة) حتى لو أوصى إلى من ليس بأهل فاتفق حصول صفات الأهلية له قبل الموت صح، لأن المقصود بالتصرف هو ما بعد الموت وهو محل الولاية ولا حاجة إليها قبله.

ويضعف بما مر (٤) (وقيل: يعتبر (من حين الإيصاء إلى حين الوفاة) جمعا بين الدليلين.

والأقوى اعتبارها من حين الإيصاء واستمراره (٥) ما دام وصياً (٦).

في أجره الوصى

و للوصى أجره المثل عن نظره في مال الموصى عليهم مع الحاجة (٧) وهي في الحريه والعقل وباقي الشروط، لأن المقصود من الوصية التصرف بعد الموت فيعتبر اجتماع الشروط حينئذ، ولأن حين الموت هو محل ولاية الوصى فلا حاجة إلى وجود الشروط المذكوره قبل ذلك لانتفاء الفائده، وفيه: أن الوصايه ثابتة من حين الوصيه وإنما المتأخر هو التصرف، فلا بد من ثبوت الشروط من حين تحقق الوصيه.

و الثالث هو مختار الشهيد في الدروس، أما ثبوت الشروط من حين الوصيه فلما مرّ في توجيه القول الأول، وأما استمرارها إلى حين الوفاة لأن الوصايه من العقود الجائزه فمتى عرض اختلال أحد الشروط بطلت كظواهرها.

و الرابع لأن المعتبر من الشرط هو تحققه في زمن المشروط، والمشروط هو الوصايه من حين إنشائها إلى حين التنفيذ، وهذا ما قواه الشارح في المسالك والروضه هنا.

(١) لفوات الشرط الموجب لفوات المشروط.

(٢) أى الموصى.

(٣) أى بالشروط المعتبره، والنهي في المعاملات موجب للفساد إن تعلق بركنها.

(٤) من كون الإيصاء وقت إنشاء العقد فلو لم تكن مجتمعه لبطل العقد بسبب فوات الشرط.

(٥) أى استمرار الاعتبار.

(٦) إلى حين التنفيذ.

(٧) للوصى أخذ الأجره مع الحاجة بلا خلاف فيه سواء كان الوصى وصياً على الأيتام أو وصياً على صرف مال الوصيه في مواضعها المقرره، ولكن اختلفوا في مقدار ما يؤخذ.

فعن الشيخ في أحد أقواله و الإسكافي و العلامه و المحقق أنه يأخذ أجره المثل، و عن الشيخ -

ص: ٩٩

الفقر، كما نبه عليه تعالى بقوله: **وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ (١)** ولا يجوز حتى النهاية و ابن إدريس يأخذ قدر الحاجة، و عن الشيخ في خلافه و تبيانه يأخذ أقل الأمرين، فإن كانت كفايته أقل من أجره المثل فله قدر الكفاية و إلا فلو كان العكس فله أجره المثل.

و الأقوى الأول، لأن أجره المثل عوض عمله، و عمله محترم ما دام غير متبرع به، فلا يضيع عليه.

و استدلل للثاني بقوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ (١)**، و المعروف هو ما لا إسراف فيه و لا تقتير، و فيه: إن أخذ أجره المثل من غير زياده معروف، نعم الزيادة على ذلك غير معروف.

و استدلل للثالث بأنه إذا كانت كفايته أقل من أجره فمع حصولها يكون غنيا، و الغنى يجب عليه الاستعفاف لقوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ (٢)**، فيجب عليه الاستعفاف عن الباقي، و إذا كانت أجره المثل أقل من كفايته فهو يستحق عوض عمله و لا يحل له أخذ الزائد، و يرده إطلاق صحيح هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن من تولى مال اليتيم، ماله أن يأكل منه؟ فقال لله عليه السلام: ينظر إلى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك) (٣) و هو شامل للأجر المساوي لكفايته و المغاير لها زياده و نقصانا.

ثم إن الحلّي و الشارح في المسالك و سيد الرياض و جماعه اشترطوا الحاجة في الأخذ لظاهر قوله تعالى: **وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ (٤)** و الأمر ظاهر في الوجوب، و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (من كان يلي شيئا لليتامى و هو يحتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى أموالهم و يقوم في ضيعتهم، فليأكل بقدر و لا يسرف، و إن كان ضيعتهم لا تشغله عما يعالج نفسه فلا يرزأ من أموالهم شيئا) (٥).

و عن الشيخ و الإسكافي و العلامة في بعض كتبه جواز الأخذ للغنى على كراهه و هو ضعيف لظهور الأمر في الآية بالوجوب.

(١) النساء آية: ٦.

ص: ١٠٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٤- (٤) سورة النساء، الآية: ٦.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٤.

مع الغنى لقوله تعالى: وَ مَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ (١).

وقيل: يجوز أخذ أجره مطلقا (٢)، لأنها عوض عمل محترم.

وقيل: يأخذ قدر الكفاية لظاهر قوله تعالى: فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنَّ الْمَعْرُوفَ مَا لَا إِسْرَافَ فِيهِ، ولا تقتير من القوت.

وقيل: أقل الأمرين، لأن الأقل إن كان أجره المثل فلا- عوض لعمله شرعا سواها، وإن كان الأقل الكفاية فلأنها هي القدر المأذون فيه بظاهر الآية.

و الأقوى جواز أخذ أقلهما مع فقره خاصة، لما ذكر، و لأن حصول قدر الكفاية يوجب الغنى فيجب الاستعفاف عن الزائد و إن كان (٣) من جملة أجره المثل.

فى الرد للوصية

(و يصح) للوصى (الرد) للوصية (ما دام) الموصى (حيا) مع بلوغه الرد (٤) (فلو رد و لما يبلغ) الموصى (الرد بطل الرد، و لو لم يعلم بالوصية إلا بعد وفاه) (١) النساء آية: ٦.

(٢) بقدر الكفاية أو أزيد، و غنيا كان أو فقيرا.

(٣) أى الزائد.

(٤) الوصية من العقود الجائزة فى حياه الموصى، فيجوز للموصى الرجوع فى وصيته كما يجوز للموصى له و الوصى الرجوع و إن كان بعد القبول، و لكن يختص حكم الوصاية بكون بطلانها مشروطا ببلوغ الموصى الرد، فلو لم يبلغه لزمتم كما لو رد بعد الوفاء، و قد تقدم أن الرد بعد القبول و الوفاء لا أثر له.

و ظاهرهم الاتفاق عليه، و فى الأخبار إيماء إليه فى خبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أوصى الرجل إلى أخيه و هو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته، لأنه لو كان شاهدا فأبى أن يقبلها طلب غيره) (١) و مثله غيره.

أما لو رد فى حياته و بلغه الرد فالوصاية باطله اقتصارا على القدر المتيقن فيما خالف الأصل، إذ الأصل عدم ثبوت حق على الموصى له و الوصى بوجه قهرى، و خرجنا عنه فيما لو ردّ و لم يبلغه الرد للنصوص فيبقى الباقي.

ص: ١٠١

(الموصى لزمه القيام بها) و إن لم يكن قد سبق قبول (١) (إلا- مع العجز) عن القيام بها فيسقط وجوب القيام عن المعجوز عنه قطعاً، للخرج.

و ظاهر العبارة أنه يسقط غيره (٢) أيضاً، و ليس بجيد. بل يجب القيام بما أمكن منها (٣)، لعموم الأدله (٤)، و مستند هذا الحكم (٥) المخالف للأصل من (١) الحكم السابق من عدم أثر الرد لو لم يبلغ الموصى، و من أثره عند البلوغ مبنى على كون الرد بعد القبول، و أما لو لم يقبل الوصى لعدم علمه بالوصيه إلا بعد الوفاء فالمشهور بين الأصحاب أن الحكم كذلك بأن الرد يقع باطلا للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: إن أوصى رجل إلى رجل و هو غائب فليس له أن يرد وصيته، و إن أوصى إليه و هو بالبلد فهو بالخيار إن شاء قبل و إن شاء لم يقبل) (١)، و صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل يوصى إليه قال عليه السلام: إذا بعث بها إليه من بلد فليس له ردها، و إن كان في مصر يوجد فيه غيره فذاك إليه) ٢.

و عن العلامة في التحرير جواز الرد و الرجوع ما لم يقبل عملاً بالأصل المتقدم و هو عدم إثبات حق على الوصى بوجه قهري إلا برضاه، و لدفع الضرر المنفي بقوله تعالى: ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٢) و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ: (لا ضرر و لا ضرار في الإسلام) (٣)، مع حمل الأخبار المتقدمه على حصول القبول، مع أن الأخبار غير صريحه في مدعى المشهور لتضمنها أن الحاضر لا يلزمه القبول مطلقاً و الغائب يلزمه مطلقاً و هو غير محل النزاع.

فإثبات الحكم مشكل بناء على ما عليه المشهور بهذه الأخبار غير الصريحه في مدعاهم، و الحكم مخالف للأصل، و متضمن لتسلط الموصى على إثبات وصيته على من شاء بحيث يوصى و يطلب من الشهود كتمان الوصيه إلى حين موته و هو حرج و ضرر على الوصى، ثم على مبنى المشهور لو حصل للوصى ضرر دينوى أو دينى أو مشقه لا- يتحمل مثلها عادة، أو لزم من تحملها ما لا يليق بحاله جاز الرجوع عن الوصيه حينئذ.

(٢) أى غير المعجوز عنه، بحيث لو عجز عن البعض سقط وجوب القيام عن الكل.

(٣) من الوصايه.

(٤) أى عموم أدله القيام بالوصيه.

(٥) من لزوم القيام بالوصيه لو لم يعلم بها إلا بعد الوفاء.

ص: ١٠٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الوصايا حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الحج، الآية: ٧٨.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب التجار حديث ٣ و ٤ و ٥.

إثبات (١) حق على الموصى إليه على وجه قهري، و تسليط الموصى على إثبات وصيته على من شاء: أخبار كثيرة تدل بظاهاها عليه (٢).

و ذهب جماعه منهم العلامه فى المختلف و التحرير إلى أنه له الرد ما لم يقبل، لما ذكر (٣)، و لاستلزامه الحرج العظيم، و الضرر فى أكثر مواردھا، و هما منفيان بالآيه و الخبر (٤)، و الأخبار ليست صريحه الدلاله على المطلوب، و يمكن حملها على شده الاستحباب، و أما حملها على سبق قبول الوصيه فهو مناف لظاهاها (٥).

و المشهور بين الأصحاب هو الوجوب مطلقا (٦).

و ينبغى أن يستثنى من ذلك (٧) ما يستلزم الضرر و الحرج، دون غيره، و أما استثناء المعجوز عنه فواضح.

(١) بيان للأصل.

(٢) و فيه: إنه مناف لما قاله فى المسالك من أنها لا تدل على محل النزاع إلا إيماء و فى بعضها فقط، و سيأتى التصريح منه بذلك.

(٣) من الأصل.

(٤) و هو عموم النبوى المتقدم (لا ضرر و لا ضرار).

(٥) لأن ظاهاها دال على أن الحاضر تلزمه الوصيه مطلقا و الغائب لا تلزمه مطلقا.

(٦) سواء سبق من الوصى قبول أم لا.

(٧) من حكم المشهور.

ص: ١٠٣

كتاب النكاح

اشاره

ص: ١٠٥

(في المقدمات: النكاح مستحب (٢) مؤكد) لمن يمكنه فعله، و لا يخاف بتركه (١) النكاح في اللغة هو الوطى كما عليه المشهور بين أهل اللغة، و قد يستعمل في العقد، قال الجوهري: (النكاح الوطى و قد يقال للعقد).

و في الشرع بالعكس فهو بمعنى العقد، بل قيل لم يرد في القرآن بمعنى الوطى إلا في قوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١)، لاشتراط الوطى في المحلل، و قيل: إنه بمعنى العقد أيضا هنا، و قد استفيد الوطى من السنه.

و عن الزجاج من أهل اللغة أنه حقيقه فيهما نظرا إلى استعماله فيهما و الأصل في الاستعمال الحقيقه، و هو الظاهر من غيره أيضا كما في الرياض، و عن المصباح المنير أنه مجاز فيهما لأن أصله هو الضم أو الغلبه قال: (إنه مأخوذ من نكحه الدواء إذا خامره و غلبه، أو من تناكحت الأشجار إذا انضم بعضها إلى بعض، أو من نكح المطر الأرض إذا اختلط بثراها) انتهى.

هذا و الإنصاف أن النكاح اليوم يطلق على الوطى بحسب العرف، و يطلق على العقد في لسان الفقهاء فيقال كتاب النكاح و كتاب البيع و هكذا.

(٢) النكاح في حد نفسه مع قطع النظر عن الطوارئ مستحب بالكتاب و السنه، قال الله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (٢)، و الأيامي جمع أيم، و الأيم هو من لا زوج له ذكرا-

- كان أو أنثى، ووجه الاستدلال بها أن الآيه أمرت الأولياء وغيرهم بإنكاح العزّاب من الأحرار سواء كان ذكورا أو إناثا و أمرت بإنكاح الصالحين من العبيد والإماء، و من المعلوم أن الترغيب فيه ليس إلا لفضيله النكاح و رجحانه في نفسه، و كون الإنكاح سببا لوجوده و مؤديا إلى حصوله.

و الأخبار كثيره جدا.

منها: النبوى (النكاح سنتى فمن رغب عن سنتى فليس منى) (١)، و خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: من أحب أن يكون على فطرتى فليستن بسنتى و إن من سنتى النكاح) (٢)، و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم (فمن أحب فطرتى فليستن بسنتى و من سنتى النكاح) (٣)، و النبوى (من سنتى التزويج، فمن رغب عن سنتى فليس منى) (٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: تزوجوا فإن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم قال: من أحب أن يتبع سنتى فإن من سنتى التزويج) (٤)، و عن أمير المؤمنين عليه السلام فى حديث الأربعمائه (تزوجوا فإن التزويج سنه رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم) (٥) و نحوها غيرها، و سنه النبى صلى الله عليه وآله و سلم إما واجبه أو مندوبه، و لا تطلق على المباح و المكروه، على أن (من رغب عن سنتى فليس منى) زجر عن الرغبه عن النكاح، و حث على الرغبه فيه و ليس إلا لرجحانه و فضله.

و نكتفى بهذا المقدار من الأخبار هنا لإيراد الشارح لجملة منها فى متن الروضه، و هذه الأخبار تفيد استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه و لغيره كما عليه المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و جماعه أن الاستحباب لمن تآقت نفسه إليه فقط، بل حكم الشيخ باستحباب تركه لمن لم تتق نفسه، لأن الله وصف يحيى بقوله: وَ سَيِّدًا وَ حَصُورًا (٥)، و الوصف من قبل الله به يفيد رجحانه، فيحمل على ما إذا لم تتق نفسه النكاح، بل قوله تعالى:

زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ وَ الْبَنِينَ وَ الْقَنَاطِيرِ الْمُقَنْطَرَةِ مِنَ الذَّهَبِ وَ الْفِضَّةِ وَ الْخَيْلِ الْمُسَوَّمَةِ وَ الْأَنْعَامِ وَ الْحَرْثِ، ذَلِكَ مَتَاعُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا، وَ اللَّهُ عِنْدَهُ حُسْنُ الْمَآبِ (٦) -،

ص: ١٠٨

١- (١) البحار ج ١٠٣ ص ٢٢٠.

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٥.

٤- (٥ و ٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٤-٦.

٥- (٧) سورة آل عمران، الآيه: ٣٩.

٦- (٨) سورة آل عمران، الآيه: ١٤.

و هو وارد مورد الذم خرج منه ما أجمع على رجحانه فيبقى غيره تحت العموم، و لأن في النكاح تعريضا لتحمل حقوق الزوجه و الاشتغال عن كثير من المقاصد الدينيه فالأولى تركه إلا مع خشيه العنت فيستحب لمكان الحاجه.

و فيه: بأن المدح ليحيى مختص بشرعه فلا يلزنا مثله، و هو ضعيف لأن المدح في كتابنا و هو مشعر برجحانه و لم يثبت نسخه، لأن شريعتنا ناسخه للشرائع السابقه من حيث المجموع لا من حيث الجميع للقطع ببقاء الكثير من الأحكام كأكل الطيبات و نكاح الحلال و غيرها، فوروده في شرعنا و كتابنا من دون الإشاره إلى نسخه دليل على بقاءه فيه و إلا لم يحسن مدحه عندنا.

و أوجب أيضا بأنه كان مكلفا بإرشاد أهل زمانه في بلادهم المقتضى للسياحه و مفارقه الزوجه المنافى لرجحان التزويج، فلذلك مدحه على تركه، لا لأن ترك التزويج من حيث هو كذلك مطلوب حتى يدل على مرجوحيته.

و أوجب بأن المحصور كما عن الكثير من المفسرين أنه المبالغ في حبس النفس عن الشهوات و الملاهي، و هو من الحصر بمعنى الحبس، فمدحه باعتبار تنكبه عن الشهوات و إعراضه عن الملاهي و الملهذات كما هو المعهود من حاله، ففي الخبر عن الإمام العسكري عليه السلام (ما من عبد لله إلا و قد أخطأ أو همّ بخطيئه ما خلا يحيى بن ذكريا عليه السلام فلم يذنب و لم يهّم بذنب) (١) و هو عكس المعهود من غيره من غير المعصومين الذين زين لهم حب الشهوات كما هو مقتضى الآيه المتقدمه.

و الأولى في الجواب هو أن مدحه عليه السلام ليس على ترك التزويج حتى يدل على مرجوحيته، بل على انكسار الشهوه الطبيعيه في النفس لغلبه الخوف و استيلاء الخشيئه عليه، و لا ريب في حسن ذلك و مدحه و إن أدى إلى ترك التزويج المطلوب، و تأديه الشيء إلى ترك أمر مطلوب لا ينافي حسنه، لتمانع أكثر الطاعات مع اتصاف جميعها بالحسن.

و أما آيه زين للناس حب الشهوات فهي تفيد الذم لمن اتبع ما تهواه نفسه من حب الشهوات المذكوره، و ليست الآيه شامله لمن تزوج على الوجه الشرعي لإيراده النسل و الذريه و رفع الوحشه من الوحده و الإعانه على كثير من الطاعات و العبادات، و الجواب على دليلهم الثالث أن تحمل الحقوق الحاصله بالتزويج يزيد في الأجر المترتب عليه أو في -

ص: ١٠٩

-مطلق الأجر، فضلا عن كون تحمل الحقوق المذكوره من الأمور الدينيه ففي الخبر (الكادّ على عياله كالمجاهد في سبيل الله) (١).

و مما تقدم يظهر ضعف ما عن ابن حمزه أن استحباب النكاح لمن تاقت نفسه ذلك و كان قادرا عليه، و من لم تتق نفسه و لم يكن قادرا عليه يكره له ذلك، و من كان قادرا و لم تتق نفسه، أو كان تائقا و لم يقدر لم يكره له النكاح و لم يستحب بل كان النكاح مباحا مستدلا بأن مدح يحيى بأنه حضور و بأن قوله تعالى: **وَلَيْسَ تَغْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا (٢)** يقتضى أن استحباب النكاح مشروط بتوق نفسه و بالقدره، و لازمه أن فاقد الوصفين يكون النكاح له مكروها، و أن الواجد لأحدهما دون الآخر يكون قد جمع بين جهه حسن النكاح وجهه حسن تركه فيتعارضان و يثبت له حكم الأصل السالم عن المعارض أعنى الإباحه.

و فيه: ما قد سمعت من إطلاق الآيه و الأخبار على حسن النكاح مطلقا. ثم هل النكاح أفضل أم التخلي للعباده قولان، أقواهما الأول لما فى ترك النكاح و الاشتغال بالعباده من الرهبانيه، و هى منفيه فى هذه الشريعه، ففي خبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه عثمان بن مظعون إلى النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم، فقالت: يا رسول الله إن عثمان يصوم النهار و يقوم الليل، فخرج رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم مغضبا يحمل نعليه حتى جاء إلى عثمان، فوجده يصلى، فانصرف عثمان حينما رأى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: يا عثمان لم يرسلنى الله بالرهبانيه، و لكن بعثنى بالحنيفيه السهله السمحاء، أصوم و أصلى و أمس أهلى، فمن أحب فطرتى فليستن بسنتين، و من سنتى النكاح) (٣)، و لخبر عبد الله بن الحكم عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: ما بنى بناء فى الإسلام أحبّ إلى الله عز و جل من التزويج) (٤)، و خبر صفوان بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم (و ما من شىء أحبّ إلى الله عز و جل من بيت يعمر فى الإسلام بالنكاح) (٥)، و عموم خبر القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام عن آبائه عليهم السّلام (قال النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: ما استفاد امرئ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه -

ص: ١١٠

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات التجاره حديث ٥.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤ و ١٠.

-مسلمه تسره إذا نظر إليها و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله(١).

و خبر ابن القداح الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (جاء رجل إلى أبي عليه السلام: فقال له:

هل لك من زوجة؟ قال: لا، قال أبي: ما أحب أن لى الدنيا و ما فيها و أنى بت ليله و ليست لى زوجة، ثم قال: الركعتان يصليهما رجل متزوج أفضل من رجل أعزب يقوم ليله و يصوم نهاره(٢)، و خبر ابن القداح الثالث عن أبي عبد الله عليه السلام (ركعتان يصليهما المتزوج أفضل من سبعين ركعه يصليهما أعزب)٣، و عموم النبوى (أرذال موتاكم العزاب)(٣)، و فى آخر (ردال موتاكم العزاب)٥، و فى ثالث (شرار أمتى عزابها)(٤)، و فى رابع (تزوج و إلا فأنت من رهبان النصارى)٧، و فى خامس (تزوج و إلا فأنت من المذنبين)٨، و فى سادس (تزوج و إلا فأنت من إخوان الشياطين)٩، و فى سابع (لو خرج العزاب من موتاكم إلى الدنيا لتزوجوا)١٠، و فى ثامن (خيار أمتى المتأهلون و شرار أمتى العزاب)(٥)، و احتج من ذهب إلى أفضلية التخلّى للعبادة بأن التزويج من القواطع و الشواغل و متضمن لتحمل الحقوق، و فيه: أنه قد عرفت أنه ذلك يوجب زياده الأجر فلا يقدر فى أفضليته.

ثم اعلم أن النكاح مستحب بنفسه مع قطع النظر عن العوارض اللاحقه له و إلا فهو بواسطتها منقسم إلى الأحكام الخمسه، فيجب عند خوف الوقوع فى الزنا، و يحرم إذا أفضى إلى الإخلال بواجب كالحج، و عند الزيادة على الأربع، و يكره عند عدم التوقان و الطول على قول قد تقدم، و على الزيادة عن الواحد كما عن الشيخ، و قد يكره بالنظر إلى بعض الزوجات كنكاح القابله المريبه، و من ولد من الزنا، غير أن هذا الحكم من جهه المنكوحه لا من جهه النكاح، و يتّصف بالإباحه فيما إذا تضمن ترك النكاح مصلحة تساوى مصلحه الفعل كما إذا خاف من تلف مال معتدّ به بواسطه التزويج، أو تضييع عيال له فى محل آخر، و مع خلوه عن العوارض فهو مستحب.

ثم ينقسم إلى الأحكام الخمسه باعتبار المنكوحه فالواجب التزويج بمن يترتب على تركه-

ص: ١١١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤ و ١.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ذيله.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤ و ذيله.
- ٥- ((١١ و ١٢)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠ و ٧.

الوقوع فى المحرم، و إلا- وجب. قال الله تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١). وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ -تزويجه ضرر كما لو علم وقوع الزنا من أجنبيه و علم أنه لو تزوجها منعها من الضرر فيجب كفايه، و يتعين عند عدم قيام غيره به، و المحرم نكاح المحرمات عينا و جمعا، و المستحب نكاح المستجمعه للصفات المحموده فى النساء، و المكروه نكاح المستجمعه للأوصاف المذمومه فى النساء و نكاح القابله المريبه و المتولده من الزنا، و المباح ما عدا ذلك.

ثم إن التزويج مستحب للفقير و الغنى، بل يكره تركه مخافه العيله لقوله تعالى:

وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (١)، و فى خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فشكا إليه الحاجه فقال له: تزوج فتزوج فوسّع عليه) (٢)، و فى خبر معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عز و جل: وَ لَيْسَ تَغْفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ، قال عليه السّلام: يتزوجوا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ) (٣)، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الحديث الذى يروونه الناس حق، أن رجلا أتى النّبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فشكى إليه الحاجه فأمره بالتزويج ففعل، ثم أتاه فشكى إليه الحاجه فأمره بالتزويج حتى أمره ثلاث مرات، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: هو حق، ثم قال: الرزق مع النساء و العيال) (٤)، و مثلها غيرها.

ثم إن الزيادة على الواحده مستحب مع الحاجه، بل و بدونها للتأسى، و إطلاق النصوص الداله على الترغيب فى الزواج، و لما فى الزيادة من تكثير النسل، و لخصوص قوله تعالى:

فَإِنْ كُنْتُمْ مِنْكُمْ أُولُو عِلْمٍ فَلْيُنكِحُوا الْبُرْجَانَ وَ الْأَيَامَى وَ الْفُقَرَاءَ مِنَ النِّسَاءِ (٢) و أقل مراتب الأمر الاستحباب، و فى الخبر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى كل شىء إسراف إلا النساء، قال تعالى: فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ) (٤) إلى آخره.

فما عن الشيخ من كراهه الزيادة على الواحده واضح الضعف.

(١) سورة النساء آيه: ٣.

ص: ١١٢

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٤.

٣- (٥) سورة النساء، الآية: ٣.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٢.

يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (١). و أقل مراتب الأمر الاستحباب، و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «من رغب عن سنتي فليس مني، و إن من سنتي النكاح» (٢).

(و فضله مشهور) بين المسلمين (محقق) في شرعهم (حتى أن المتزوج يحرز نصف دينه) رواه في الكافي بإسناده إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ قال: «من تزوج أحرز نصف دينه، فليقت الله في النصف الآخر»، أو «الباقي» (٣)، (و روى (٤) ثلثا دينه، و هو من أعظم الفوائد بعد الإسلام) فقد روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ بطريق أهل البيت عليه السلام أنه قال: «ما استفاد امرئ مسلم فائده بعد الإسلام أفضل من زوجه مسلمه تسره إذا نظر إليها، و تطيعه إذا أمرها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله» (٥)، و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «قال الله عزّ و جلّ: إذا أردت أن أجمع للمسلم خير الدنيا، و خير الآخرة جعلت له قلبا خاشعا، و لسانا ذاكرا، و جسدا على البلاء صابرا، و زوجه مؤمنة تسره إذا نظر إليها، و تحفظه إذا غاب عنها في نفسها و ماله» (٦).

في اختيار البكر

(و ليتخير البكر) (٧) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: تزوجوا الأباكار فإنهن أطيب شيء (١) سورة النور آية: ٣٢. (٢) المغنى لابن قدامة ج ٦ ص ٤٨٠.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١١-١٢.

(٤) مستدرک الوسائل باب - ١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢. و هو ما من «شاب تزوج في حدائه سنه إلا عج (١) شيطانه يا ويله عصم مني ثلثي دينه، فليقت الله العبد في الثلث الباقي».

(٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٠.

(٦) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٨.

(٧) يستحب لمن أراد العقد أمور كثيرة و يكره له أمور، و لكن الشائع هو الاقتصار على سبع مستحبات و على مكروه واحد.

فيستحب أن يتخير من النساء من تجمع صفات أربعاً: كرم الأصل و كونها بكراً ولودا عفيفه.

و المراد بكرم الأصل أن لا تكون من زنا أو حيض أو شبهه، و لا في أوليائها و أمهاتها من هو كذلك، و قيل المراد بكرم الأصل من لم يكن مسّ آبائها رق، و قيل: بأن يكون أبواها صالحين.

و يدل على كرم الأصل أخبار-

١- (٣) عَجّ: رفع صوتہ و صاح.

-منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال النبي صلّى الله عليه وآله وسلم: أنكحوا الأكفاء، وأنكحوا فيهم و اختاروا لنطفكم)(١)، و بنفس الإسناد السابق (قام النبي صلّى الله عليه وآله وسلم خطيباً فقال: أيها الناس إياكم و خضراء الدمن، قيل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم و ما خضراء الدمن؟ قال: المرأه الحسناء في منبت السوء)٢.

و كونها بكرًا لكونها أحرى بالموافقه و الائتلاف، و للأخبار:

منها: خبر عبد الأعلى بن أعين مولى آل سام عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم: تزوجوا الأبكار فانهن أطيب شيء أفواهاها، و قال: و في حديث آخر: و انشفه أرحاما و أدّر شيء أخلافا - أحلاما - و أفتح شيء أرحاما)(٢)، و ما روته العامه عن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم (أنه قال لجابر و قد تزوج ثيبا: هلا تزوّجت بكرًا تلاعبها و تلاعبك)(٣).

و أما كونها ولودا ففي الخبر (أما علمتم أني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط يظل محببًا على باب الجنة فيقول الله عز و جل: ادخل فيقول: لا أدخل حتى يدخل أبواي قبلي، فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكة: آتني بابويه فيأمر بهما إلى الجنة فيقول: هذا بفضل رحمتي لك)٥، و خبر خالد بن نجيع عن أبي عبد الله عليه السّلام قال:

(تذاكروا الشؤم عند أبي عليه السّلام فقال: الشوم في ثلاث، في المرأه و الدابه و الدار، فأما شؤم المرأه فكثره مهرها و عقم رحمها)(٤) الحديث، و مرسل الصدوق عنه عليه السّلام (اعلموا أن السوداء إذا كانت ولودا أحبّ إلى من الحسناء العاقر)٧، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم فقال: يا نبي الله إن لي ابنه عمّ لي قد رضيت جمالها و حسنها و دينها و لكنها عاقر، فقال: لا تزوجها إن يوسف بن يعقوب لقي أخاه فقال: يا أخي كيف استطعت أن تزوج النساء بعدى؟ فقال: إن أبي أمرني، فقال:

إن استطعت أن تكون لك ذريه تثقل الأرض بالتسييح فافعل قال: و جاء رجل من الغد إلى النبي صلّى الله عليه وآله وسلم فقال له مثل ذلك فقال له: تزوج سوداء ولودا، فإنني مكاثرت بكم الأمم يوم القيامة، فقلت لأبي عبد الله عليه السّلام: ما السوداء؟ قال: القبيحه)(٥)، و في العوالي عن -

ص: ١١٤

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ .
- ٢- ((٣ و ٥) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ .
- ٣- (٤) كنز العمال ج ٨ ص ٢٤٢ رقم الحديث ٣٨٦٦ و ٣٩١٧ .
- ٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٣ .
- ٥- (٨) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ .

-النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم (حصير ملفوف في زاوية البيت خير من امرأة عقيم)^(١)، وفي آخر (و الحصير في ناحية البيت خير من امرأة لا- تلد) ٢ ومعرفة كون البكر ولودا بالرجوع إلى نساؤها من الأخوات والعمات، هذا والجمع بين صفة البكاره والولود بأن لا تكون صغيره ولا يائسه ولا في مزاجها ما يدل عادة على عقمها كانتفاء الحيض.

و أما كونها عفيفه فلاخبار:

منها: خبر جابر بن عبد الله (كنا عند النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم فقال: إن خير نساءكم الولود الودود العفيفه العزيزه في أهلها، الذليله مع بعلمها، المتبرجه مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله و تطيع أمره، و إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، و لم تبذل كتبذل الرجل، ثم قال ألا أخبركم بشرار نساءكم الذليله في أهلها العزيزه مع بعلمها، العقيم الحقود التي لا تورع عن قبيح، المتبرجه إذا غاب عنها بعلمها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله و لا تطيع أمره، و إذا خلا بها بعلمها تمنعت منه كما تتمتع الصعبه عن ركوبها، لا تقبل منه عذرا و لا تغفر له ذنبا)^(٢).

هذا و هناك صفات أخرى ككونها سمراء عيناء عجزاء مربوعه طيبه اللت درمه الكعب، عظيمه الكعشب، جميله فالمرأه الجميله تقطع البلغم، ذات شعر فالشعر أحد الجمالين، صالحه تعين زوجها على الدنيا والآخرة، تحفظه في نفسها و ماله إذا غاب عنها، قرشيه فإن نساء قريش أطفهن بأزواجهن و أرحمهن بأولادهن.

ففي الخبر عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: تزوجوا سمراء عيناء عجزاء مربوعه، فإن كرهتها فعلى مهرها)^(٣)، و خبر عبد الله بن المغيرة عن أبي الحسن عليه السّلام (عليكم بذوات الأوراك فإنهن أنجب) ٥، و مرسل أحمد بن أبي عبد الله (كان النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم إذا أراد تزويج امرأه بعث إليها من ينظر إليها و قال للمبعوثه: شَمِي ليتها، فإن طاب ليتها طاب عرفها، و انظري إلى كعبها فإن درم كعبها عظم كعبها)^(٤)، و الليت العنق، و العرف الريح الطيبه، و درم كعبها أي كثر لحم كعبها، و الكعشب الفرج-

ص: ١١٥

١- ((١ و ٢)) مستدرک الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل صدره في الباب - ٦ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ٢، و ذيله في الباب - ٧ - منها حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ١ و ٢.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات النکاح حديث ١.

أفواها، و أنشفه أرحاما، و أدر شيء أخلافا، و أفتح شيء أرحاما (العفيفه) عن الزنا (الولود) أى ما من شأنها ذلك، بأن لا تكون يائسه، و لا صغيره، و لا عقيما، قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلّم: «تزوجوا بكرا ولودا، و لا تزوجوا حسناء جميله عاقرا، فإنى أباهى بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط»، يظل محببنا على باب الجنه فيقول الله عزّ و جلّ: ادخل الجنه. فيقول: لا حتى يدخل أبواى قبلى: فيقول الله تبارك و تعالى لملك من الملائكه: ائتنى بأبويه فيأمر بهما إلى الجنه. فيقول هذا بفضل رحمتى لك (الكريمه الأصل) بأن يكون أبواها صالحين مؤمنين. قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلّم: انكحوا الأكفاء و انكحوا فيهم و اختاروا لنطفكم.

فى عدم الاقتمار على الجمال و الثروه

(و لا يقتصر على الجمال، و الثروه) (١) من دون مراعاة الأصل، و العفه.

قال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلّم: «إياكم و خضراء الدمن» قيل: يا رسول الله: و ما خضراء الدمن؟ قال:

«المرأه الحسناء فى منبت السوء» و عن أبى عبد الله عليه السّلام: «إذا تزوج الرجل المرأه -و فى الخبر (المرأه الجميله تقطع البلغم، و المرأه السوداء تهيج المره السوداء) (١)، و فى آخر (إذا أراد أحدكم أن يتزوج فليسأل عن شعرها كما يسأل عن وجهها، فإن الشعر أحد الجمالين) ٢، و فى خبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلّم:

خير نساء ركب الرجال نساء قريش، أحناهن على ولد و خيرهنّ لزوج) (٢) و فى آخر (ما ركب الابل مثل نساء قريش، أحنى على ولد و لا أرى على زوج فى ذات يديه) ٤ و فى ثالث (خير نسائك نساء قريش، أطفهن بأزواجهن و أرحمهن بأولادهن، المجون لزوجها الحصان على غيره، قلت: و ما المجون؟ قال: التى لا تمنع) ٥.

(١) فلا يقتصر فى اختيار المرأه على الجمال و لا على الثروه و إنما عليه بذات الدين ففى خبر هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تزوج الرجل المرأه لجمالها أو لمالها و كل إلى ذلك، و إذا تزوجها لدينها رزقه الله المال و الجمال) (٣)، و فى خبر يريد عن أبى جعفر عليه السّلام (حدثنى جابر بن عبد الله أن النبى صَلَّى اللهُ عليه و آله و سلّم قال: من تزوج امرأه لمالها و كلّه الله إليه، و من تزوجها لجمالها رأى فيها ما يكره، و من تزوجها لدينها جمع الله له ذلك) ٧ و مثلها غيرها.

ص: ١١٤

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٣.
- ٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٣.
- ٣- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.

لجمالها، أو لمالها وكل إلى ذلك، و إذا تزوجها لدينها رزقه الله المال و الجمال».

فى ما يستحب لمن أراد التزويج

(و يستحب) لمن أراد التزويج قبل تعيين المرأه (صلاه - ركعتين (١) و الاستخاره) و هو أن يطلب من الله تعالى الخيره له فى ذلك،(و الدعاء بعدهما بالخيره) بقوله: «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهن فرجا، و أحفظهن لي فى نفسها و مالى، و أوسعهن رزقا، و أعظمن بركه، و قدر لي ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا فى حياتي، و بعد موتي»، أو غيره من الدعاء (٢)، (و ركعتي الحاجه) لأنه (٣) من مهام الحوائج،(و الدعاء) بعدهما بالمأثور، أو بما سنح، (و الإشهاد) على العقد (٤)، (١)لخبر أبى بصير قال أبو عبد الله عليه السلام: (إذا تزوج أحدكم كيف يصنع قلت له: ما أدري جعلت فداك، قال: إذا هم بذلك فليصل ركعتين و يحمد الله و يقول: اللهم إني أريد أن أتزوج، فقدر لي من النساء أعفهن فرجا و أحفظهن لي فى نفسها و فى مالى، و أوسعهن رزقا و أعظمن بركه، و قدر لي منها ولدا طيبا تجعله خلفا صالحا فى حياتي و بعد موتي)(١).

(٢)و لكن الأولى المحافظه على خصوص ما ورد عنهم عليهم السلام.

(٣)أى التزويج.

(٤)المشهور بين الأصحاب هو استحباب الإشهاد فى النكاح الدائم، و لكنه ليس بشرط فى صحه العقد، و هو مذهب لجماعه من العامه أيضا كما فى المسالك، لأصالة عدم الاشتراط و عدم الوجوب و للأخبار.

منها: صحيح زراره بن أعين (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه بغير شهود، فقال: لا بأس بتزويج البتة فيما بينه و بين الله، إنما جعل الشهود فى تزويج البتة من أجل الولد، لو لا ذلك لم يكن به بأس)(٢)، و صحيح حفص البخترى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج بغير بينه، قال: لا بأس)٣، و خبر محمد بن الفضيل قال أبو الحسن موسى عليه السلام لأبى يوسف القاضى: (إن الله أمر فى كتابه بالطلاق و أكد فيه بشاهدين و لم يرض بهما إلا عدلين، و أمر فى كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود، فأثبتتم شاهدين فيما أهمل، و أبطلتم الشاهدين فيما أكد)(٣).

ص: ١١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥.

(و الإعلان) (١) إذا كان دائما،(و الخطبه) بضم الخاء (أمام العقد) (٢) للتأسي، و أقلها -و عن ابن أبي عقيل منا و جماعه من العامه و جوب الإشهاد و أنه شرط في صحته للأخبار.

منها: مكاتبه المهلب الدلال لأبي الحسن عليه السّلام - إلى أن قال عليه السّلام -: (التزويج الدائم لا- يكون إلا- بولي و شاهدين)(١)، و هو محمول على الاستحباب جمعا بين الأخبار.

(١) و هو أبلغ من الإشهاد للأمر به في النبوي (أعلنوا هذا النكاح)(٢)، و لما روته العامه عن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم (كان يكره نكاح السّر حتى يضرب بدف و يقال:

أتيناكم أعناكم فحيونا نحييكم)(٣)

و في النبوي (لا نكاح في السّر حتى يرى و خان أو يسمع حسن دف)(٤).

(٢) و الخطبه هي حمد الله تعالى، و أكملها - كما في المسالك - إضافه الشهادتين و الصلاه على النبي و آله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم، و الوصيه بتقوى الله، و الدعاء للزوجين، و إنما استحبت كذلك للتأسي بالنبي صَلَّى الله عليه و آله و سلّم و الأئمه عليهم السّلام، و خطبهم في ذلك منقوله و مشهوره، ففي خبر عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن علي بن الحسين كان يتزوج و هو يتعرق عرقا(٥) يأكل، فما يزيد علي أن يقول: الحمد لله و صلى الله على محمد و آله و نستغفر الله، و قد زوّجناك على شرط الله، ثم قال علي بن الحسين عليه السّلام إذا حمد الله فقد خطب)(٦) و في خبر علي بن رثاب عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث (أن جماعه قالوا لأمير المؤمنين عليه السّلام: إنا نريد أن نزوج فلانا فلانه و نحن نريد أن نخطب فقال: و ذكر خطبه تشتمل على حمد الله و الثناء عليه و الوصيه بتقوى الله، و قال في آخرها: ثم إن فلان بن فلان ذكر فلانه بنت فلان و هو في الحسب من قد عرفتموه، و في النسب من لا تجهلوناه، و قد بذل لها من الصداق ما قد عرفتموه فردّوا خيرا تحمدوا عليه و تنسبوا إليه و صلى الله على محمد و آله و سلّم)(٧)، و في خبر الدعائم عن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم (كل نكاح لا خطبه فيه فهو كاليد الجذماء)(٨) و علي كل فالخطبه مستحبه و ليست بواجبه بلا خلاف منا-

ص: ١١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ١١.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٠.

٣- (٣) مجمع الزوائد ج ٤ ص ٢٨٨.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب النكاح حديث ٢.

٥- (٥) عرقت العظم أعرقه بالضم عرقا إذا أكلت ما عليه من اللحم.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٧- (٧) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٨- (٨) مستدرک الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

الحمد لله، (و إيقاعه ليلاً) (١) قال الرضا عليه السلام: «من السنه التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكناً، والنساء إنما هنّ سكن».

(و ليجنب إيقاعه و القمر في) برج (العقرب (٢) لقول الصادق عليه السلام: «من -إلا من داود الظاهري من العامه، و يرده خبر عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن التزويج بغير خطبه فقال: أ و ليس عامه ما تزوج فتياتنا و نحن نتصدق إليه الطعام على الخوان نقول: يا فلان زوج فلانا فلانه فيقول: قد فعلت) (١).

بل في المسالك أنه يستحب لولي المرأة الخطبه بكسر الخاء قبل الخطبه بالضم الصادر، من الزوج ثم خطبه الزوج ثم الجواب، و قال عنه في الجواهر: (و لا- بأس به)، و يدل عليه خبر جابر (٢) الوارد في تزويج على عليه السلام: بالزهراء عليها أفضل صلوات ربي فقد خطب النبي صلى الله عليه و آله و سلم أولاً ثم أمر علياً بأن يخطب.

(١) أي إيقاع العقد، لأنه أقرب إلى المقصود و أقل للانتظار حيث يكون الدخول ليلاً، و لخبر الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سمعتة يقول في التزويج: من السنه التزويج بالليل، لأن الله جعل الليل سكناً و النساء إنما هن سكن) (٣)، فيناسب عقدهن بالليل كزفافهن.

(٢) للأخبار:

منها: خبر ابن حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (من تزوج امرأه و القمر في العقرب لم ير الحسنى) (٤)، و خبر عبد العظيم الحسنى عن علي بن محمد العسكري عن آبائه عليهم السلام (من تزوج و القمر في العقرب لم ير الحسنى) ٥ و البروج اثنا عشر فتسير الشمس في كل برج شهراً، و يسير القمر بالشهر في جميع البروج، فيكون في كل برج يومين و ثلث كما في مجمع البحرين، و البروج هي: الحمل و الثور و الجوزاء و هي بروج تسير الشمس فيها في الربيع، و السرطان و الأسد و السنبله و يسمى بالعدراء و هي التي تسير الشمس فيها في الصيف، و الميزان و العقرب و القوس و هي التي تسير الشمس فيها في الخريف، و الجدى و الدلو و الحوت و هو المسمى بالسملكه هي البروج التي تسير فيها الشمس في الشتاء.-

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

تزوج و القمر فى العقرب لم ير الحسنى»، و التزويج حقيقه فى العقد، (فإذا أراد الدخول) (١) بالزوجه (صلى ركعتين) قبله (٢) (و دعا) بعدهما بعد أن يمجّد الله سبحانه، و يصلّى على النبى صلى الله عليه و آله و سلّم بقوله: «اللهم ارزقنى إلفها و ودها و رضاها، و أرضنى بها، و اجمع بيننا بأحسن اجتماع، و أنس و ائتلاف، فإنك تحب الحلال، - و إذا أردت معرفه أن القمر فى أى برج من الأبراج الاثنى عشر فانظر كم مضى من شهرك من يومك الذى أنت فيه، ثم ضمّ إليه مثله و خمسته، ثم أسقط لكل من تلك الأبراج خمسته من هذا العدد بادئا بالبرج الذى حلت الشمس فيه، فأى موضع ينتهى إليه الإسقاط فالقمر فيه، فلو وقعت الخمسه الأخيره على العقرب مثلا- فالقمر فى أول درجاته، و إذا كسرت فالقمر فى موضع ذلك الكسر كما فى مجمع البحرين فى كتاب اللام عند تفسير نزل، هذا و يكره إيقاع العقد فى محاق الشهر، و هو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر لمرسل الصدوق (و روى أنه يكره التزويج فى محاق الشهر) (١) و لخبر عبد العظيم الحسنى عن على بن محمد العسكرى عليه السلام عن آبائه عليهم السلام (من تزوج فى محاق الشهر فليسلم لسقط الولد) ٢، و يكره إيقاع العقد فى ساعه حاره لخبر ضريس بن عبد الملك (بلغ أبا جعفر عليه السلام أن رجلا تزوج فى ساعه حاره عند نصف النهار، فقال عليه السلام: ما أراهما يتفقان فافتراقا) (٢).

(١) شروع فى مستحبات الخلوه بالمرأه.

(٢) قبل الدخول لخبر أبى بصير (سمعت رجلا و هو يقول لأبى جعفر عليه السلام: إنى رجل قد أسننت و قد تزوجت امرأه بكرا صغيره و لم أدخل بها، و أنا أخاف إن دخلت على فرأتنى أن تكرهنى لخضابى و كبرى، فقال عليه السلام: إذا دخلت فمرهم قبل أن تصل إليك أن تكون متوضئه، ثم أنت لا تصل إليها حتى توضحاً و صلى ركعتين، ثم مجّد الله و صل على محمد و آل محمد، ثم ادع الله و مر من معها أن يؤمنوا على دعائك و قل: اللهم ارزقنى إلفها و ودها و رضاها، و أرضنى بها و اجمع بيننا بأحسن اجتماع و أنس و ائتلاف، فإنك تحب الحلال و تكره الحرام) (٣) و الخبر دال على استحباب الوضوء للزوجين قبل الدخول أيضا، و لكن الخبر ليس فيه دلالة على صلاه المرأه ركعتين، و لا على الدعاء لها، و إنما تضمن الخبر الأمر بالتأمين لمن معها.

ص: ١٢٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

و تكره الحرام»، أو غيره من الدعاء (و تفعل المرأه كذلك) فتصلي ركعتين بعد الطهاره و تدعو الله تعالى بمعنى ما دعا.

(و ليكن) الدخول (ليلا) (١) كالعقد، قال الصادق عليه السلام: زفوا نساءكم ليلا، و أطمعوا ضحى (و يضع يده على ناصيتها) (٢) و هى ما بين نزعتيها من مقدم رأسها عند دخولها عليه، و ليقول: «اللهم على كتابك تزوجتها، و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت فى رحمها شيئا فأجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك شيطان» (و يسمى) الله تعالى (عند الجماع (٣) دائما (٤) عند (١) لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (زفوا عرائسكم ليلا و أطمعوا ضحى) (١)، و لأنه أوفق بالستر و الحياء، بل قيل: إنه يستحب إضافة الستر المكانى.

(٢) عند دخولها عليه لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (فإذا دخلت عليه فليضع يده على ناصيتها و يقول: اللهم على كتابك تزوجتها، و فى أمانتك أخذتها، و بكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت فى رحمها شيئا فأجعله مسلما سويا، و لا تجعله شرك شيطان، قلت: و كيف يكون شرك شيطان؟ فقال: إن الرجل إذا دنا من المرأه و جلس مجلسه حضره الشيطان، فإن هو ذكر اسم الله تنحى الشيطان عنه، و إن فعل و لم يسم أدخل الشيطان) (٢) ذكره، فكان العمل منهما جميعا و النطفه واحده، قلت: فبأى شىء يعرف هذا جعلت فداك؟ قال: بحبنا و بغضنا) ٢.

(٣) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٤) فى مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (إذا أتى أحدكم أهله فلم يذكر الله عند الجماع و كان منه ولد كان شرك الشيطان، و يعرف ذلك بحبنا و بغضنا) (٣)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل إذا أتى أهله و خشى أن يشاركه الشيطان يقول: بسم الله و يتعوذ بالله من الشيطان) ٤ و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل: بسم الله و بالله، اللهم جنبنى الشيطان و جنب الشيطان ما رزقتنى قال: فإن قضى الله بينهما ولدا لا يضره الشيطان بشىء أبدا) (٤).

ص: ١٢١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٦ و ١.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

الدخول بها، وبعده، ليتباعد عنه الشيطان و يسلم من شركه.

(و يسأل الله الولد الذكر السوي الصالح) قال عبد الرحمن بن كثير: «كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، فقلت جعلت فداك فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السموات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفه فلا تجعل للشيطان فيه شركا ولا نصيبا ولا حظا، واجعله مؤمنا مخلصا صفتيا من الشيطان و رجزه جل ثناؤك» (١)(و ليولم) (٢) عند الزفاف (يوما، أو) (١)الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤.

(٢) يستحب الوليمه عند الزفاف للأخبار.

منها: خبر هشام عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم حين تزوج ميمونه بنت الحارث أو لم عليها، و أطعم الناس الحيس) (١) و الحيس بفتح الحاء تمر ينزع نواه و يدقّ مع أقط و يعجنان بالسمن ثم يدلك باليد حتى يبقى كالشريد، و ربما جعل معه سويق كما في مجمع البحرين، و خبر الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (إن النجاشي لما خطب لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم آمنه بنت أبي سفيان فوجه دعا بطعام و قال: إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج) ٢، و في الخبر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (لا وليمه إلا في خمس: في عرس أو ضرس، أو عذار أو و كار أو ركاز) ٣ و هي التزويج و النفاس بالولد و الختان و شراء الدار و القدوم من مكه.

و عن الشافعي القول بوجوبها لما روته العامه عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال لعبد الرحمن بن عوف (أولم و لو بشاه) (٢)، و هو محمول على الاستحباب بقرينه تركه صلى الله عليه وآله وسلم ذلك في جملة من أزواجه، هذا و الظاهر أن المدار في الوليمه على مسماها كما و كيفا فقد تقدم في الخبر أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أطعم الناس الحيس، و قد روت العامه أنه صلى الله عليه وآله وسلم (أولم على صفيه بسويق و تمر) (٣)، و قد روت العامه عن أنس (أنه ما أولم رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على امرأه من نسائه ما أولم على زينب، جعل يبعثني فأدعو الناس، فأطعمهم خبزا و لحما حتى شبعوا) ٤، و أما وقتها ففي المسالك و الروضه عند الزفاف، و في جامع المقاصد أنه هل هو بعد الدخول-

ص: ١٢٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١ و ٥.

٢- (٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٥٨.

٣- ((٥ و ٦)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٠.

(يومين) (١) تأسيا بالنبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم فقد أولم على جملة من نسائه، وقال صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم: «إن من سنن المرسلين الإطعام عند التزويج» وقال صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم: «الوليمة أول يوم حق، والثاني معروف، وما زاد رياء وسمعه».

(و يدعو المؤمنين) إليها (٢)، و أفضلهم الفقراء (٣)، و يكره أن يكونوا كلهم أغنياء و لا بأس بالشركة، (و يستحب) لهم (الإجابة) استحبابا مؤكدا (٤)، و من كان صائما ندبا فالأفضل له الإفطار (٥)، خصوصا إذا شق بصاحب الدعوه -أو قبله، لم أجد به تصريحاً، مع أن خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (زفوا عرائسكم ليلا و أطعموا ضحى) (١) ظاهر في كون الوليمة بعد الدخول، كما أن خبر الوشاء المتقدم ظاهر في أن الوليمة بعد العقد، و لعل الجمع بين الأخبار يقتضى تجويز كلا الأمرين من كون الوليمة قبل الدخول و بعده بشرط أن تكون بعد العقد.

(١) للنبوي (الوليمة في أول يوم حق، و الثاني معروف، و الثالث رياء و سمعه) (٢)، و في الخبر عن أبي جعفر عليه السلام (الوليمة يوم، و يومان مكرمه، و ثلاثه أيام رياء و سمعه) (٣).

(٢) لأن المؤمنين أفضل من غيرهم، و أولى بالموده و أقرب إلى إجابته الدعوه كما في الجواهر، نعم لو لم يمكن تخصيصهم فليجمعهم مع غيرهم، و لا يشترط فيهم عدد مخصوص.

(٣) للنبوي (شر الوائم ما يدعى لها الأغنياء و يترك الفقراء) (٤).

(٤) للنبوي (من دعى إلى وليمه و لم يجب فقد عصى الله و رسوله) (٥)، و في نبوي آخر (من دعى إلى وليمه فليأتها) ٦، و لكن لعدم شرائط حجيتها و جب حملها على الندب بل على تأكده، فما عن بعض العامه من أنه تجب الاستجابة لهذه الأخبار ضعيف.

نعم يكره الترك إذا كان الداعي مؤمنا ففي الخبر (و من حقه على أخيه إجابته دعوته) (٦).

(٥) لخبر الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام (لإفطارك في منزل أخيك من صيامك سبعين ضعفا) (٧) و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (من دخل على أخيه فأفطر عنده و لم-

ص: ١٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٤- (٤) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٢.

٥- ((٥ و ٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٦٢ و ص ٢٦١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ١٢٢ - من أبواب أحكام العشرة حديث ١٥.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب آداب الصائم حديث ٦ و ٣.

(و يجوز أكل نثار العرس و أخذه بشاهد الحال) (٢) أى مع شهاده الحال بالأذن فى أخذه، لأن الحال يشهد بأخذه دائما.

و على تقدير أخذه به (٣) فهل يملك بالأخذ (٤)، أو هو مجرد إباحه، قولان أجودهما الثانى.

و تظهر الفائده فى جواز الرجوع (٥) فيه ما دامت عينه باقيه.

فى الزمن و المكان و الحال الذى يكره الجماع فيها

(و يكره الجماع) (٦) مطلقا (عند الزوال) إلا يوم الخميس، فقد روى أن -يعلمه بصومه فيمنّ عليه كتب الله له صوم سنه(١).

(١) لما روته العامه (أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم حضر دار بعضهم فلما تقدم الطعام أمسك بعض القوم، و قال: إني صائم، فقال النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: يتكلف لك أخوك المسلم و تقول: إني صائم، أفطر ثم اقض يوما مكانه(٢).

(٢) لا- خلاف فى جواز نثر المال فى الأعراس مأكولا- كان أو غيره و ليس من السفه و السرف لكونه من متممات السرور المطلوب فى هذه المواضع، نعم لم يثبت استحبابه لعدم الدليل عليه.

و على كل فيجوز أكل ما ينثر فى الأعراس بلا خلاف و لا إشكال عملا بشاهد الحال الذى عليه السيره، و كذا يجوز أخذه لشاهد الحال، أما لو وضع على الخوان فقط فشاهد الحال أنه إذن بأكله دون نقله.

(٣) بالنتار.

(٤) كما عن المبسوط و المهذب و الإرشاد و التذكرة للسيره القطعيه على معاملته معامله المملوك بالبيع و نحوه، بل السيره قائمه على ذلك فى كل مال أعرض عنه صاحبه، و هنا قد أعرض عنه بنتاره.

و عن الشارح فى المسالك أنه ما زال باقيا على ملك مالكة للأصل حتى يحصل مسبب يقتضى النقل، و ما وقع لا يفيد أكثر من الإباحه.

(٥) على القول بالإباحه دون القول بالتملك.

(٦) من آداب الخلوه كراهه الجماع فى ثمانيه أوقات: الأول عند الزوال حذرا من الحول ففى الخبر (إن قضى بينكما ولد فى ذلك الوقت يكون أحول، و الشيطان يفرح بالحول فى -

الشيطان لا يقرب الولد الذي يتولد حينئذ حتى يشيب (و بعد الغروب (١) حتى يذهب الشفق) الأحمر و مثله ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، لوروده معه في الخبر، (و عاريا) (٢) للنهي عنه، رواه الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام، (و عقيب الاحتلام قبل الغسل (٣)، أو الوضوء) (٤) قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «يكره أن يغشى -الإنسان- (١) إلا زوال يوم الخميس فيستحب كما في الخبر المتقدم (لأن الشيطان لا يقرب من يقضى بينهما حتى يشيب و يكون فهما و يرزق السلامه في الدين و الدنيا) ٢.

(١) لصحيح سالم عن أبي جعفر عليه السلام (قلت: هل يكره الجماع في وقت من الأوقات و إن كان حلالا؟ قال: نعم ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، و من مغيب الشمس إلى مغيب الشفق، و في اليوم الذي تنكسف فيه الشمس، و في الليلة التي ينكسف فيها القمر، و في الليلة و اليوم الذين يكون فيهما الرياح السوداء و الرياح الحمراء و الرياح الصفراء، و اليوم و الليلة الذين يكون فيهما الزلزله، و قد بات رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عند بعض أزواجه في ليله انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما كان يكون منه في غيرها حتى أصبح، فقالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ألبغض كان هذا منك في هذه الليلة؟ قال: لا، و لكن هذه الآية ظهرت في هذه الليلة فكرهت أن أتلذذ و أهو فيها، و قد عبّر الله أقواما فقال جل و عزّ في كتابه: و إن يروا كسفا من السماء ساقطا يقولوا سحاب مرحوم فذرهم حتى يلاقوا يومهم الذي فيه يصعقون، ثم قال أبو جعفر عليه السلام: و أيم الله لا- يجامع أحد في هذه الأوقات التي نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عنها، و قد انتهى إليه الخبر فيرزق ولدا فيرى في ولده ذلك ما يجب) (٢).

(٢) ففي خبر محمد بن العيص عن أبي عبد الله عليه السلام (أجامع و أنا عريان، فقال عليه السلام:

لا، و لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها) (٣)، و قد ورد (٤) أنه من فعل الحمار و أن الملائكة تخرج من بينهما.

(٣) للنبوي (يكره أن يغشى الرجل امرأته و قد احتلم، حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل فخرج الولد مجنونا فلا يلومنّ إلا نفسه) (٥).

(٤) كما في النهايه و المهذب و الوسيطه و القواعد و غيرها، و قال في الجواهر (و لم نعرف له-

ص: ١٢٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١، و الباب - ١٥١ منها حديث ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى، فإن فعل ذلك و خرج الولد مجنوناً فلا يلومن إلا نفسه»، و لا تكره معاودة الجماع بغير غسل للأصل (١).

(و الجماع عند ناظر إليه) (٢) بحيث لا يرى العوره، قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «و الذي نفسى بيده لو أن رجلاً غشى امرأته و فى البيت مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسها ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً، و إن كانت جارية كانت زانية»، و عن الصادق عليه السَّلام قال: «لا يجامع الرجل امرأته، و لا جاريته و فى البيت -سندا كما اعترف به فى كشف اللثام) نعم أورد بعضهم أنه يحتمل أن يكون المستند بعد التعدى من الاحتلام إلى الجماع مرسل عثمان بن عيسى عن أبى عبد الله عليه السَّلام (إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتى الأخرى توضأ) (١).

(١) أصله عدم استحباب الوضوء أو الغسل عند المعاودة، و يردّه إطلاق ما عن الرسالة الذهبية المنسوبة إلى الإمام الرضا عليه السَّلام (الجماع بعد الجماع من غير فصل بينهما بغسل يورث الولد الجنون) (٢)، و هو مطلق يشمل ما لو عاود الجماع على نفس المرأة أو على امرأة أخرى.

(٢) يكره أن يجامع و عنده من ينظر إليه من ذوى التمييز على وجه يراها و يسمع نفسها ففى خبر زيد عن أبى عبد الله عليه السَّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: و الذي نفسى بيده لو أن رجلاً يغشى امرأته و فى البيت صبى مستيقظ يراها و يسمع كلامهما و نفسها ما أفلح أبداً، إن كان غلاماً كان زانياً أو جارية كانت زانية، و كان على بن الحسين عليهما السَّلام إذا أراد أن يغشى أهله أغلق الباب و أرخى الستور و أخرج الخدم) (٣) و خبر راشد عن أبى عبد الله عليه السَّلام (لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و فى البيت صبى، فإن ذلك مما يورث الزنا) ٤، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السَّلام (إياك و الجماع حيث يراك صبى يحسن أن يصف حالك، قلت: يا ابن رسول الله كراهه الشنعه؟ قال: لا، فإنك إن رزقت ولداً كان شهره علماً فى الفسق و الفجور) ٥، ثم صرح غير واحد بعدم الفرق بين المميّز و غيره كما هو إطلاق خبر راشد، و لكن حملة على المميّز بقريته باقى الأخبار أولى.

ص: ١٢٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١١٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٩.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ١ و ٨.

صبي، فإن ذلك مما يورث الزنا».

و هل يعتبر كونه مميزا وجهه، يشعر به الخبر الأول، و أما الثاني فمطلق.

(و النظر إلى الفرج حال الجماع) (١) و غيره، و حال الجماع أشد كراهه، و إلى باطن الفرج أقوى شده، و حرمه بعض الأصحاب، و قد روى أنه يورث العمى فى الولد.

(و الجماع مستقبل القبلة و مستدبرها) (٢) للنهى عنه (و الكلام) من كل منهما (عند التقاء الختانين إلا بذكر الله تعالى) قال الصادق عليه السلام (٣): «اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فإنه يورث الخرس» و من الرجل أكد «ففى وصيه النبى صلى الله عليه و آله و سلم يا على لا تتكلم عند الجماع كثيرا، فإنه إن قضى بينكما ولد لا يؤمن أن يكون أخرس» (٤) (و ليله الخسوف، و يوم الكسوف، و عند هبوب الريح الصفراء، أو) (١) للأخبار:

منها: موثق سماعه (سألته عن الرجل ينظر فى فرج المرأة و هو يجامعها، قال: لا بأس به إلا أنه يورث العمى) (١)، و فى آخر (لا ينظر الرجل إلى فرج امرأته، و ليغض بصره عند الجماع، فإن النظر إلى الفرج يورث العمى فى الولد) ٢.

و عن ابن حمزه الحرمة و هو ضعيف لما سمعته من موثق سماعه، و لخبر أبى حمزه عن أبى عبد الله عليه السلام (أ ينظر الرجل إلى فرج امرأته و هو يجامعها؟ فقال: لا بأس) ٣، نعم المستفاد كراهه النظر إلى الفرج مطلقا للنبوى (و كره النظر إلى فروج النساء، و قال: إنه يورث العمى) ٤.

(٢) لخبر محمد بن العيص المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (أجامع و أنا عريان، قال عليه السلام:

لا، و لا تستقبل القبلة و لا تستدبرها) (٢) و مثله غيره.

(٣) كما فى خبر عبد الله بن سنان (٣)، و أما استثناء ذكر الله تعالى لأنه حسن على كل حال بل و ما دل على استحباب البسمله و قد تقدم بالإضافة إلى انصراف الكلام المنهى عنه إلى كلام الأدميين.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

ص: ١٢٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ٥ و ٢ و ٦.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

(السوداء، أو الزلزله) (١) فعن الباقر عليه السّلام أنه قال: «و الذي بعث محمدا صلّى الله عليه وآله و سلّم بالنبوه، و اختصه بالرساله، و اصطفاه بالكرامه، لا يجامع أحد منكم فى وقت من هذه الأوقات فيرزق ذريه فيرى فيها قره عين» (٢) (و أول ليله من كل شهر (٣) إلا شهر رمضان، و نصفه) عطف على أول (٤)، لا على المستثنى، ففى الوصيه «يا على لا تجامع امرأتك فى أول الشهر، و وسطه، و آخره، فإن الجنون و الجذام و الخبل يسرع إليها، و إلى ولدها». و عن الصادق عليه السّلام: «يكره للرجل أن يجامع فى أول ليله من الشهر و فى وسطه و فى آخره (٥)، فإنه من فعل ذلك خرج الولد مجنونا، ألا ترى أن المجنون أكثر ما يصرع فى أول الشهر، و وسطه، و آخره، و روى الصدوق عن على عليه السّلام أنه قال: يستحب للرجل أن يأتى أهله أول ليله من شهر رمضان لقوله عزّ و جلّ: أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصَّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ (٦).

(و فى السفر مع عدم الماء) للنهى (٧) عنه عن الكاظم عليه السّلام مستثنيا منه خوفه على نفسه.

(١) كل ذلك لصحيح سالم عن أبى جعفر عليه السّلام (١) و قد تقدم.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

(٣) كما فى وصيه النبی صلّى الله عليه وآله و سلّم لعلى عليه السّلام (لا تجامع امرأتك فى أول الشهر و وسطه و آخره، و فيها أيضا: يا على لا تجامع أهلک فى أول ليله من الهلال و لا فى ليله النصف، و لا فى آخر ليله) (٢) و مثلها غيرها.

(٤) أى فىكون النصف كالأول مکروها.

(٥) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

(٦) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٤.

(٧) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١، و الخبر هو خبر إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يكون معه أهله فى سفر لا يجد الماء يأتى أهله؟ قال: ما أحب أن يفعل إلا أن يخاف على نفسه، قلت: فيطلب بذلك اللذه أو يكون شبعا إلى النساء؟ فقال: إن الشبق يخاف على نفسه).

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

(و يجوز النظر إلى وجه امرأه يريد نكاحها) (١).....

(١) يجوز النظر إلى من يريد التزويج بها بلا خلاف فيه، و لكن اختلفوا فى مقدار ما ينظر إليه من جسدها فعن المشهور أنه مختص بالوجه و الكفين لصحيح الفضلاء هشام بن سالم و حماد بن عثمان و حفص بن البختري عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن ينظر إلى وجهها و معاصمها إذا أراد أن يتزوجها) (١)، و المعاصم جمع معصم و هو موضع السوار من الساعد، و المراد منها الكفان، و صحيح الحسن بن السرى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام (الرجل يريد أن يتزوج المرأه يتأملها و ينظر إلى خلفها و إلى وجهها، قال عليه السّلام: نعم لا بأس بأن ينظر الرجل إلى المرأه إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها و إلى وجهها) (٢) مثلها غيرها، و عن المشايخ الثلاثة و جماعه من الأصحاب إضافه الشعر لصحيح عبد الله بن سنان (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأه أن يشترىها بأعلى الثمن) (٣)، و مرسل عبد الله بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: أ ينظر الرجل إلى المرأه يريد تزويجها فينظر إلى شعرها و محاسنها؟ قال عليه السّلام: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذا) (٤).

و قد قيل إن هذين الخبرين معارضان لما سبق باعتبار أن ما سبق و ارد فى مقام بيان التحديد لموضوع النظر و قد خصه بالوجه و الكفين فقط فلا محاله يكون معارضا لما دل على جواز النظر إلى غيرهما من الشعر، و الترجيح للطائفة الأولى، و هو مردود لأن صحيح السرى المتقدم اقتصر على الوجه دون الكفين فكيف يقال إنه و ارد فى مقام بيان تحديد الموضوع.

و الحاصل أنه لا مانع من العمل بالجميع فيجوز النظر إلى الوجه و الكفين و الشعر خصوصا مع كون الدال على الشعر هو صحيح ابن سنان المتقدم، نعم مال البعض و منهم صاحب الجواهر إلى جواز النظر إلى جميع بدنها ما عدا العوره لإطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الرجل يريد أن يتزوج المرأه أ ينظر إليها؟ قال عليه السّلام: نعم إنما يشترىها بأعلى الثمن) (٣) و موثق يونس (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يريد أن يزوج المرأه يجوز له أن ينظر إليها؟ قال عليه السّلام: نعم و ترقق له الثياب، لأنه يريد أن يشترىها بأعلى الثمن) (٤) بناء على أن ترقيق الثياب من أجل النظر إلى ما تحتها من سائر البدن.

و فيه: أما الأول فلا إطلاق فيه لأن السؤال عن أصل جواز النظر و الجواب تجويز ذلك و هو ليس بصدد بيان ما ينظر إليه حتى يتمسك بإطلاقه، بالإضافة إلى أنه محمول على -

ص: ١٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ٧ و ٥.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ١١.

و إن لم يستأذنها (١)، بل يستحب له النظر ليرتفع عنه الغرر، فإنه مستام (٢) يأخذ بأعلى ثمن كما ورد في الخبر (٣)، (و يختص الجواز بالوجه و الكفين): ظاهرهما و باطنهما إلى الزندين، (و ينظرها قائمه و ماشيه)، و كذا يجوز للمرأة نظره كذلك (٤) - المعهود من كون غير الوجه و اليدين مستورا بالثياب فلا ينعقد له ظهور في الإطلاق.

و أما الثاني فغير معروف أن الترقيق لكشف ما تحته من البدن، بل الترقيق لكشف حجم المفاتن من الثديين و الوركين و نحوهما.

و اعلم أنه سيأتي جواز النظر إلى وجه المرأة الأجنبية و كفيها في الجملة، و إذا وجب الاقتصار هنا على هذا المقدار فينشأ سؤال ما هو الفرق بين من يريد تزويجها و بين الأجنبية، و الجواب أنه من وجوه.

الأول: الجواز هنا موضع وفاق و هناك محل اختلاف.

الثاني: في الأجنبية مشروط بعدم خوف الفتنة و هنا غير مشروط بذلك.

الثالث: في الأجنبية مقصور على أول نظره فلا يجوز التكرار و هنا يجوز.

الرابع: النظر في الأجنبية مكروه و هنا لا كراهيه إن لم يكن مستحبا.

(١) بلا- خلافاً فيه من إطلاق النصوص المتقدمه، و منه تعرف ضعف ما عن مالك من العامه من أن جواز النظر متوقف على إذنها.

(٢) أي مشتري، ففي خبر الباهلي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بأن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها فإنما هو مستام، فإن يقضى أمر يكن) (١) و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (عن رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال: لا بأس إنما هو مستام فإن يقضى أمر يكون) ٢.

(٣) كما في صحيح محمد بن مسلم و صحيح ابن سنان المتقدمين.

(٤) أي إلى الوجه و الكفين منه و إلى كونه قائما و ماشيا كما عن القواعد و غيره، للتعليل في النصوص السابقه لأنه إذا جاز للرجل النظر لثلا يضيع ماله فجوازه للمرأة لثلا يضيع بضعها أولى، و لما ورد في المرسل عن المجازات النبويه (أنه صلى الله عليه و آله و سلم قال لرجل من أصحابه و قد خطب امرأة: لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما) (٢) و مقتضى عموم العله جواز نظرها إليه، و الخبر ضعيف السند، و لذا ذهب صاحب الجواهر إلى المنع و جماعه منهم الفاضل الهندي في كشف اللثام.

ص: ١٣٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١٢ و ٨.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب النكاح حديث ١٣.

(و روى) عبد الله بن الفضل مرسلًا عن الصادق عليه السلام: (جواز النظر إلى شعرها، و محاسنها) و هي مواضع الزينه إذا لم يكن متلذذاً، و هي مردوده بالارسال، و غيره (١).

و يشترط العلم بصلاحيتهما للتزويج بخلوها من البعل، و العده، و التحريم (٢) و تجوز اجابتهما، و مباشره المريد بنفسه (٣) فلا يجوز الاستنابه فيه (٤) و إن كان (٥) أعمى، و أن لا يكون (٦) بريبه، و لا تلذذ (٧)، و شرط بعضهم أن يستفيد بالنظر فائده (٨)، فلو كان عالما بحالها قبله لم يصح. و هو حسن، لكن النص مطلق، و أن يكون الباعث على النظر إرادته التزويج (٩)، دون العكس (١٠). و ليس بجيد، لأن المعبر قصد التزويج (١١) قبل النظر كيف كان الباعث.

(١) و هو معارضتها للنصوص الداله على حصر مواضع النظر على الوجه و الكفين و الترجيح للطائفة الثانيه لا لها، و قد عرفت أن صحيح ابن سنان دال على جواز النظر إلى الشعر، و عرفت عدم التعارض بين الطائفتين.

(٢) لأن الظاهر من النصوص المتقدمه جواز النظر إلى من يجوز له نكاحها حال النظر، و كذا الظاهر منها جواز النظر إلى من كانت إجابتها ممكنه عادة لا المعلوم عدم إجابتها، فالنصوص منصرفه عن الأخير.

(٣) كما هو ظاهر النصوص السابقه.

(٤) فى النظر.

(٥) أى المريد.

(٦) أى النظر.

(٧) كما صرح به غير واحد لاختصاص النصوص المتقدمه بالنظر للاطلاع، فيرجع فى غيره إلى عموم المنع، بل و قد تقدم ما فى مرسل عبد الله بن الفضل (لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً) (١).

(٨) بحيث لا يكون مسبقاً بحالها فيكون النظر مفيداً له، لانصراف النصوص إلى النظر للاطلاع، فيرجع فى غيره إلى عموم المنع.

(٩) كما هو صريح الأخبار المتقدمه، و المراد منه إرادته التزويج منها بالخصوص.

(١٠) أى كون النظر باعثاً إلى التزويج منها.

(١١) أى قصد مطلق التزويج و كان تعيين الزوجه مترتباً على النظر.

ص: ١٣١

(و يجوز النظر إلى وجه الأمه) (١) أى أمه الغير،(و يديها)، و كذا (الذميه) (٢)، (١)يجوز النظر إلى وجه أمه الغير إذا أراد شراءها، و كذا النظر إلى كفيها و محاسنها و شعرها بلا خلاف فيه كما فى المسالك و إن لم يكن بإذن المولى، لأن عرضها للبيع قرينه الاذن فى ذلك، و لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الرجل يعترض الأمه ليشتريها، قال عليه السلام: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها، و يمسّها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه)(١)، و خبر حبيب بن المعلّى الخثعمى عن أبى عبد الله عليه السلام (إنى اعترضت جوارى المدينه فأفديت، فقال عليه السلام: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس، و أمّا من لا يريد أن يشتري فإنى أكرهه)٢ و مثلها غيرها.

و هل يجوز الزيادة على ذلك من باقى جسدها ما عدا العوره، فعن التذكرة الجواز لدعاء الحاجه للتطلع إليها لثلا يكون بها عيب، و قيده فى الدروس بتحليل المولى، و معه يجوز النظر إلى العوره أيضا، و عن السرائر و غيره الحرمة.

ثم هل يجوز المسّ مع النظر أو لا، صريح خبر أبى بصير الجواز، و فى المسالك استحسانه مع توقف الغرض عليه و إلا فتركه أحسن إلا مع التحليل، ثم الجواز مقيد بعدم التلذذ و الريبه لأنه القدر المتيقن من النصوص، فيبقى غيره تحت عموم حرمة النظر و اللمس.

(٢)المشهور على جواز النظر إلى شعور نساء أهل الذمه و أيديهن لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا حرمة لنساء أهل الذمه أن ينظر إلى شعورهن و أيديهن)(٢) و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على بن أبى طالب عليهم السلام (لا بأس بالنظر إلى رءوس النساء من أهل الذمه)٢، و استدلل للحكم المذكور بأن نساء أهل الذمه بمنزله الإمام للمسلمين لأن الكفار فىء للمسلمين و إنما يحرمهم الذمه فتكون نساء أهل الذمه بمنزله الأمه المزوجه بالعبد، و فيه: إن الملك إنما يكون بالاسترقاق.

و استدلل للحكم بأنهن ملك الإمام عليه السلام كما فى صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (إن أهل الكتاب مماليك الإمام)(٣)، و خبر زراره عنه عليه السلام (إن أهل الكتاب مماليك للإمام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدى العبيد الضريبه إلى مواليتهم)(٤)، و صحيح أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السلام (و هم مماليك للإمام فمن أسلم-

ص: ١٣٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب بيع الحيوان حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر و نحوه حديث ١.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ١.

و غيرها من الكفار بطريق أولى، (لا لشهوه) (١) قيد فيهما (٢) (و) يجوز (أن ينظر الرجل إلى مثله) ما عدا العورتين (٣) (و) إن كان المنظور (شابا حسن الصورة، لا لريبه) و هو خوف الفتنة، (و لا تلذذ).

-منهم فهو حر(١)، و إذا ثبت أنهن مماليك للإمام فيجوز النظر إلى أمه الغير، و فيه: إن جواز النظر إلى أمه الغير مختص بالمشترى و ليس مطلقا كما هو المدعى هنا.

فالعمده على الحكم ما ذكرناه، نعم عن ابن إدريس المنع من النظر إليهن عملا- بعموم الآيه المحرّمه للنظر حيث قال تعالى: قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ، ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ (٢)، و تبعه على ذلك العلامة فى المختلف، و الفاضل الهندى فى كشف اللثام، و فيه: إن خبر السكونى الدال على الجواز منجبر بعمل الأصحاب، و معه يجوز تخصيص الآيه بخبر الواحد، و المنع من العمل بالخبر الواحد ليس فى محله كما حرر فى علم الأصول.

و إذا جاز النظر إلى نساء أهل الذمه فيجوز إلى غيرهن من مطلق الكفار بطريق أولى.

(١) جواز النظر إلى نساء أهل الذمه مقيد بعدم التلذذ و بعدم الريبه لأن النصوص المجوّزه ظاهره فى ذلك، فيرجع فى غيره إلى عموم حرمة النظر، و المراد بالتلذذ هو التلذذ بالنظر، و المراد بالريبه هو خوف الوقوع فى الحرام، و هو المعبر عنه بخوف الفتنة.

(٢) فى الأمه و الذميه. هذا و يجوز النظر أيضا إلى نساء أهل البوادي و القرى من الأعراب بما جرت عادتهن على كشفه لخبر عباد بن صهيب عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بالنظر إلى رءوس نساء أهل تهامة و الإعراب و أهل السواد و العلوج، لأنهم إذا نهوا لا ينتهون) (٣) كما فى روايه الكافى، و فى روايه الصدوق (لا بأس بالنظر إلى شعور أهل تهامة و الأعراب و أهل البوادي من أهل الذمه و العلوج لأنهن إذا نهين لا ينتهين) ٤، و لكن الجواز مقيد بعدم التلذذ و الريبه لأنه القدر المتيقن من الخبر.

(٣) يجوز لكل من الرجل و المرأة النظر إلى مماثلة ما عدا العورتين بلا خلاف فيه، و يشهد له النصوص الواردة فى الحمام (٤)، و الواردة فى تغسيل الأموات المتضمنه للأمر بأن يلقى على عورته خرقة (٥).

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العاقله حديث ١.

٢- (٢) سورة النور: آيه ٣٠.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ملحقه.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ و ٣١ - من أبواب آداب الحمام من كتاب الطهاره.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب غسل الميت.

و كذا تنظر المرأة إلى مثلها كذلك (١)، (و النظر إلى جسد الزوجه باطنا و ظاهرا) (٢)، و كذا أمته غير المزوجه و المعتده (٣)، و بالعكس (٤)، و يكره إلى العوره -بلا- فرق بين حسن الصورة و قبيحها، و لا- بين الأمرد و غيره ما لم يكن برييه أو تلذذ، نعم يكره في الغلام حسن الوجه لما روته العامه (من أن وفدا قدموا على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و فيهم غلام حسن الوجه فأجلسه من ورائه، و كان ذلك بمرأى من الحاضرين) (١) و إجلاسه ورائه تنزهها منه صلى الله عليه و آله و سلم و تعففا و تعليما للناس.

و نعم يكره كشف المسلمه بين يدي اليهوديه و النصرانيه لما في صحيح حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهوديه و النصرانيه، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن) (٢)، و هو ظاهر في الكراهه فما عن جماعه من المنع ليس في محله، ثم مقتضى التعليل التعدى إلى غير اليهوديه و النصرانيه إذا كانت تصف لزوجها ما تراه من النساء المسلمات.

(١) بلا ريبه و لا تلذذ و إلى ما عدا العورتين.

(٢) يجوز لكل من الزوج و الزوجه النظر إلى جسد الآخر، أما الظاهر منه فهو الوجه و الكفان، و أما الباطن فهو باقى الجسد حتى العوره، نعم بالنسبه للعوره فالنظر مكروه لأنه يورث العمى، و قد تقدم النهى عنه، و قد تقدم عن ابن حمزه حرمه النظر إلى فرج المرأة حال الجماع، و تقدم ما فيه.

(٣) الأمه المملوكه كالزوجه بالنسبه إلى السيد بلا خلاف فيه، نعم إذا حرم عليه نكاحها ذاتا لأنها متزوجه بغيره فلا يجوز النظر إليها بخلاف ما إذا حرم نكاحها عرضا كالحيض و نحوه فلا يحرم النظر إليها، و يدل على أصل الحكم صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفا أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك و قال: قد منعت أن أزوج بعض خدمى غلامى لذلك) (٣) و مثله غيره.

إذا تقرر ذلك فلا يجوز النظر إلى جسد الأمه إذا كانت مزوجه أو معتده لأن المعتده بحكم الزوجه أو مشتركه أو وثنيه أو مرتده لحرمة نكاحها ذاتا حينئذ.

(٤) أى و الأمه غير المتزوجه و غير المعتده يجوز لها النظر إلى جسد مولاها ظاهرا و باطنا حتى العوره، و كذا الزوجه يجوز لها النظر إلى جسد زوجها ظاهرا و باطنا حتى العوره.

ص: ١٣٤

١- (١) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ٤٦٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب نكاح العبيد حديث ١.

فيهما (١)، (وإلى المحارم) (٢) و هو من يحرم نكاحهن مؤيدا بنسب، أو رضاع، أو مصاهره (خلا- العوره) و هي هنا القبل و الدبر.

وقيل: تختص الإباحه بالمحاسن (٣) جمعا بين قوله تعالى: قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ (٤)، وقوله تعالى: وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ (٥) إلى آخره.

في النظر إلى الأجنبية

(و لا- ينظر الرجل إلى) المرأة (الأجنبية) و هي غير محرم، و الزوجه، و الأمه (إلا مره) واحده (من غير معاوده) في الوقت الواحد عرفا (٦)، (١) أي في الزوج و الزوجه و في المولى و أمته من كلا الطرفين.

(٢) يجوز النظر إلى المحارم بلا خلاف فيه في الجملة، و على المشهور جواز النظر إلى الجسد ما عدا العوره و يشهد له ما ورد من تغسيل المحارم مجردات و يلقي على عورتها خرقه (١)، و الحكم مقيد بعدم التلذذ و الريه، لأنه هو الظاهر من النصوص، و منه يعرف حكم نظرهن إليه للمساواه بين الرجل و المرأة، و عن القواعد في آخر باب حد المحارب: ليس للمحرم التطلع على العوره و الجسد عاريا، و عن التنقيح ليس له النظر إلى الشدى حال الرضاع و استدلل له بخبر أبي الجارود و المروى في تفسير على بن إبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا، فقال عليه السلام: فهي الثياب و الكحل و الخاتم و خضاب الكف و السوار، و الزينه ثلاثه: زينه للناس و زينه للمحرم و زينه للزوج، فأما زينه الناس فقد ذكرنا، و أما زينه المحرم فموضع القلاده فما فوقها و الدمليج فما دونه، و الخلخال و ما سفل منه، و أما زينه الزوج فالجسد كله) (٢)، و هو ضعيف السند لم يعمل به الأصحاب فلا جابر له.

ثم إن المراد بالمحارم ما يحرم عليه نكاحهن نسبا أو رضاعا أو مصاهره.

(٣) على ما في خبر أبي الجارود المتقدم.

(٤) النور آيه: ٣٠.

(٥) النور آيه: ٣١.

(٦) يحرم نظر الرجل إلى الأجنبية فيما عدا الوجه و الكفين بالاتفاق، بلا فرق بين التلذذ و عدمه و لا بين خوف الفتنة و عدمه.-

ص: ١٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب غسل الميت.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

و- أما في الوجه و الكفين فاختلفوا على أقوال: الأول الجواز و هو عن الشيخ و جماعه و اختاره في الحدائق و المستند و شيخنا الأعظم في رساله النكاح لصحيح الفضيل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة، هما من الزينه التي قال الله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ** ؟ قال عليه السلام: نعم، و ما دون الخمار من الزينه، و ما دون السوارين)^(١)، و ظاهره أن الخمار يستر الشعر و الرقبه و أما الوجه فهو خارج عنه، و أن الكف فوق السوار لا- دونه، فيكونان خارجين من الزينه، و لموثق زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل:

إِلَّا- مَا ظَهَرَ مِنْهَا ، قال عليه السلام: الزينه الظاهره الكحل و الخاتم)^٢، و هو ظاهر في كون الوجه و الكفين من الزينه الظاهره المستثناه، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** ، قال عليه السلام: الخاتم و المسكه و هي القلب)^٣ و القلب بالضم هو السوار، و خبر مسعده بن صدقه (سمعت جعفرًا عليه السلام و سئل عما تظهر المرأة من زينتها، قال: الوجه و الكفين)^٤، و قد تقدم خبر أبي الجارود^(٢) الدال على كون زينه الناس هي الكحل و الخاتم و خضاب الكف و السوار، و هو ظاهر في جواز النظر إلى الوجه و الكفين.

بالإضافه إلى قوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا** ^(٣) فهو ظاهر على أن من الزينه ما هو ظاهر بنفسه، و لا يكون إلا بظهور موضعها فيدل على أن بعض جسد المرأة مما يجوز إظهاره و لا يحرم كشفه، و إذا جاز كشفه جاز النظر إليه.

و نوقش بأن الأخبار ضعيفه السند، و أنها ظاهره في جواز الكشف لا في جواز النظر و فيه: إنها منجبره بعضها ببعض على أنها مؤيده بظاهر القرآن، و الملازمه بين الكشف و النظر قائمه للسيره، و لأن قوله تعالى: **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ** ٧ غير دال على حرمة النظر بل دال على عموم الغض، و الغض هو غير ترك البصر.

القول الثاني: عدم الجواز كما عن العلامة في التذكرة و الإرشاد و كاشف اللثام و صاحب الجواهر لعموم ما دل على وجوب غض البصر كقوله تعالى: **قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ** ^(٤) و فيه: يظهر ضعفه مما تقدم، و لقوله تعالى: **وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ** ٩ و فيه:-

ص: ١٣٦

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٠٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٣ و ٤ و ٥.

٢- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٨٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٣- ((٦ و ٧)) سورة النور، الآية: ٣١.

٤- ((٨ و ٩)) سورة النور، الآية: ٣٠.

-إنه مقيد بما دل على جواز إبداء ما ظهر منها المفسّر بالوجه والكفين، و لما فى كثر العرفان من إطباق الفقهاء على أن بدن المرأة عوره إلا- على الزوج والمحارم، وفيه: مع هذا الخلاف القائم كيف يعتمد على هذا الإجماع، واستدل بالسيره بين المتدينين على الستر، وفيه: إنه أعم من الوجوب، واستدل بالنصوص المتضمنه للذم على النظر و من أنها سهم من سهام إبليس(1)، و أن زنا العين النظر(2)، وفيه: إنه مختص بما يترتب على النظر من حرام فيختص بالنظر بشهوه.

و استدل بمكاتبه الصّفار إلى أبى محمد عليه السّلام (فى رجل أراد أن يشهد على امرأه ليس لها بمحرم، هل يجوز له أن يشهد عليها و هى من وراء الستر، يسمع كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنها فلان بنت فلان التى تشهدك، و هذا كلامها، أو لا يجوز له الشهاده حتى تبرز و يثبتها بعينها؟ فوقع عليه السّلام: تنتقب و تظهر للشهود(2)، و فيه: إن الأمر بالتنقب محمول على الاستحباب بقرينه ما تقدم من الأخبار بجواز كشف الوجه و الكفين، مع أن المكاتبه داله على كشف بعض الوجه و جواز النظر إلى هذا البعض.

و استدل بما ورد (من أن المرأة الخنعميه أتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم بمنى فى حجه الوداع تستفتيه، و كان الفضل بن العباس رديف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم، فأخذ ينظر إليها و تنظر إليه، فصرف رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم وجه الفضل عنها، و قال: رجل شاب و امرأه شابه، أخاف أن يدخل الشيطان بينهما(3)، نعم فى الفقه الرضوى قد نقل الخبر فقال: (فاستقبل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم أعرابى و عنده أخت له أجمل ما يكون من النساء فجعل الأعرابى يسأل النبى صلى الله عليه و آله و سلّم و جعل الفضل ينظر إلى أخت الأعرابى، و جعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم يده على وجه الفضل يستره من النظر، فإذا هو ستره من الجانب نظر من الجانب الآخر، حتى إذا فرغ رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم من حاجه الأعرابى التفت إليه و أخذ بمنكبه ثم قال: أ ما علمت أنها الأيام المعدودات و المعلومات لا يكف رجل فيهن بصره و لا يكف لسانه و يده، إلا كتب الله له مثل حج قابل(4).

و فيه: إن الخبر دال على جواز الكشف و إلا لنهى المرأة عن الكشف، و النهى محمول على النظر بشهوه كما يشهد به ذيل الخبر بطريقه.

ص: ١٣٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- (٣) من لا يحضره الفقيه باب - ٢٩ - من أبواب القضاء حديث ٢.

٣- (٤) تذكره الفقهاء ج ٢ ص ٥٧٣.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧.

(إلا لضروره (١) كالمعامله)، -القول الثالث: جواز النظر إلى الوجه و الكفين مره و لا- يجوز تكرار النظر كما عن جماعه منهم المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد، و وجه تحريم الزائد من المره هو أن المعاوده و دوام النظر مظنه الفتنة و للخبر (أول نظره لكك و الثانيه عليك و لا لك، و الثالثه فيها الهلاك) (١)، و في آخر (النظره بعد النظره تزرع في القلب الشهوه و كفى بها لصاحبها فتنه) ٢ و النبوى (لا- تتبع النظره النظره، فليس لكك يا على إلا أول نظره) ٣ و مثلها غيرها، و هى محموله على كون النظره الثانيه بشهوه و ريبه كما هو الغالب ثم هذا كله إذا كان النظر لا بتلذذ و ريبه، و إلا فلا إشكال في الحرمة لحمل بعض النصوص المتقدمه على ذلك و ظهور البعض الآخر.

(١) يستثنى من عدم جواز النظر إلى الأجنبية مواضع.

الأول: النظر إلى من يريد تزويجها و قد تقدم.

الثاني: مقام المعامله إذا احتاج إلى النظر إليها لنفى الحرج.

الثالث: مقام الشهاده عليها تحملا و أداء إذا كان مضطرا إلى ذلك.

الرابع: المعالجه و ما يتوقف عليها من معرفه النبض و الكسر و الجرح و الفصد و الحجامه لصحيح أبي حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن المرأه المسلمه يصيبها البلاء فى جسدها، إما كسر و إما جرح فى مكان لا يصلح النظر إليه، يكون الرجل أرقق بعلاجه من النساء، أ يصلح له النظر إليها؟ قال عليه السّلام: إذا اضطرت فليعالجها إن شاءت) (٢)، و من الجواب تعرف أنه مع وجود المماثل المعالج فلا ضروره، و أنه إذا توقفت المعالجه على اللمس جاز للضروره أيضا.

الخامس: مقام الضروره كما إذا توقف الاستنقاذ من الغرق أو الحرق أو نحوهما على النظر بل و على المس و اللمس فيجوز لقاعده نفى الضرر.

السادس: القواعد من النساء و من اللواتى لا يرجون نكاحا فقد قعدن عن المحيض و الولد و لا يطمعن فى النكاح من جواز النظر إلى بعض الشعر و الذراع و نحو ذلك مما يعتاد عدم ستره بالنسبه إليهن، لا مثل الثدي و البطن مما يعتاد ستره لهن، و يدل على أصل الحكم قوله تعالى: وَ الْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ (٣)، و قد فسرت الثياب بالثياب الظاهره كما-

ص: ١٣٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٨ و ٦ و ١١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٣٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٥) سورة النور، الآية: ٦١.

(و الشهاده) عليها إذا دعى إليها (١) أو لتحقيق الوطء في الزنا وإن لم يدع (٢)، (و العلاج) من الطيب، و شبهه (٣)، (و كذا يحرم على المرأة أن تنظر إلى الأجنبي (٤))، -في صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن؟ قال: الجلباب) (١)، و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (أنه قرأ أن يضعن ثيابهن، قال عليه السلام: الخمار و الجلباب، قلت: بين يدي من كان؟ فقال: بين يدي من كان غير متبرجه بزينه) ٢ و مثلها غيرها.

و هذه النصوص ظاهره في جواز كشف ما يستره الجلباب و الخمار، و منه يستفاد جواز النظر إلى هذه المواضع و هي الشعر و الرقبه و بعض الذراع، و مما يدل عليه صحيح البزنطي عن مولانا الرضا عليه السلام (عن الرجل يحل له أن ينظر إلى شعر أخت امرأته، فقال عليه السلام: لا، إلا أن تكون من القواعد، قلت له: أخت امرأته و الغريبه سواء؟ قال عليه السلام: نعم، قلت: فما لي من النظر إليه منها؟ فقال عليه السلام: شعرها و ذراعها) (٢).

(١) لوجوب الأداء حينئذ لقوله تعالى: **وَلَا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا** (٣).

(٢) ذكر ذلك العلامة في القواعد، و علله في المسالك بأنه وسيله إلى إقامه حدود الله تعالى، و لما في المنع من عموم الفساد و اجترأ النفوس على هذا المحرم و انسداد باب ركن من أركان الشرع.

(٣) كالحجام.

(٤) لقوله تعالى: **وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ** (٤)، و يستثنى الوجه و الكفان للسيره القطعيه و لما دل على الاستثناء في نظر الرجل للمرأة، بل لو قيل بجواز النظر إلى الرجال بما تعارف كشفه منهم للسيره القطعيه لما كان بعيدا و ظاهر الشهيدين هنا كما عليه جماعه عدم جواز النظر مطلقا إلا النظره الأولى لإطلاق نصوص النظره المتقدمه، و قد عرفت ما فيها ثم من قال بعدم جواز نظر الرجل إلى الأجنبية مطلقا قال بمثله في نظر المرأة للرجل لعين ما تقدم، و قد عرفت ما فيه، ثم إن الأعمى كالبصير في حرمه نظر النساء إليه بالخلاف المتقدم، ففي مرفوع أحمد بن أبي عبد الله (استأذن ابن أم مكتوم-

ص: ١٣٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب مقدمات النكاح حديث.

٣- ((٤)) سورة البقره، الآية: ٢٨٣.

٤- ((٥)) سورة النور، الآية: ٣١.

(أو تسمع صوته (١) إلا- لضروره) كالمعامله، و الطب (و إن كان) الرجل (أعمى)، لتناول النهى له (٢)، و لقول النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ لأم سلمه و ميمونه لما أمرهما بالاحتجاب من ابن أم مكتوم، و قولهما إنه أعمى: «أعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه».

(و فى جواز نظر المرأه إلى الخصى المملوك لها، أو بالعكس (٣) خلاف) (٤) -على النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و عنده عائشه و حفصه فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنه أعمى، فقال صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ: إن لم يركما فإنكما تريانه(١)، و المرسل عن أم سلمه قالت (كنت عند رسول الله صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و عنده ميمونه فأقبل ابن أم مكتوم و ذلك بعد أن أمر بالاحتجاب فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول الله، أ ليس أعمى لا يبصرنا؟ قال: أ فعمياوان أنتما أ لستما تبصرانه)٣.

(١) أما سماع المرأه صوت الأجنبي فلم يعرف فى جوازه كلام أو إشكال، و لذا قال فى المستند: (و من الغريب فتوى اللمعه بحرمته مع أنها تقرب مما يخالف الضروره، فإن تكلم النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ و الأئمه و أصحابهم مع النساء مما يبلغ حدا لا يكاد يشك فيه) انتهى.

و أما سماع الرجل صوت الأجنبية فقد ذهب المشهور إلى الحرمة و لو كان بغير تلذذ و لا ريبه لما ورد من أن صوتها عوره، و لموثق مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا تبدءوا النساء بالسّلام و لا تدعوهن إلى الطعام، فإن النبي صَلَّى اللهُ عليه و آله و سَلَّمَ قال: النساء عى و عوره، فاستروا عيهن بالسكوت و استروا عورتهن بالبيوت)٢، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تسلم على المرأه)٢.

و الأول غير ثابت و لذا قال فى كشف اللثام (لا يحضرنى الخبر بكون صوتها عوره مسندا، و إنما رواه المصنف فى المدنيات مرسلا، و نفقات المبسوط تعطى العدم). و الآخرا قاصرا الدلاله بالإضافه إلى السيره القطعيه من كلام النساء فى محضر المعصوم عليه السّلام، و لذا ذهب إلى الجواز العلامه فى التذكرة و الكركى و جماعه.

(٢) للأعمى فى قوله تعالى: وَ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ (٣).

(٣) أى نظر الخصى المملوك إلى مالكته.

(٤) ذهب المشهور إلى العدم، و ذهب العلامه فى المختلف إلى الجواز لقوله تعالى: أَوْ مَا -

ص: ١٤٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٣- (٥) سورة النور، الآية: ٣١.

-مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (١) الشامل بعمومه للمملوك الفحل و الخصى، و مع فرض خروج الفحل لشبهه دعوى الإجماع فيبقى الخصى تحته و العام حجه في الباقي، و لقوله تعالى: أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ (٢)، و الخصى إذا كان ممسوح الذكر مع الاثنين لا يبقى له إربه في النساء، لأن الإربه هي الحاجه.

و فيه: أما الآية الأولى فقد ورد(٣) أن المراد بقوله تعالى. أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ هو الإمام دون العبيد الذكران، و أما الآية الثانية فقد ورد في صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن قول الله عز و جل: أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ، قال عليه السّلام: الأحمق الذي لا يأتي النساء)(٤)، و نحوه غيره، و الأحمق لا ينطبق على الخصى فلا يصح الاستدلال بها، بل لا يصح الأخذ بالآيه في غير ما فسرت به في النصوص التي تقدم بعضها، نعم عن الشافعي تفسير أولى الإربه بالخصي و المجبوب، و لم يعرف ذلك لغيره، و كأنه حمل للآيه على معنى من لم يكن له في النساء حاجه، و على هذا لا يختص بما ذكر بل يشمل العنين و العاجز المسنّ و غيرهما، و هو كما ترى، و مع عدم الدليل على استثناء الخصى المملوك فيرجع فيه إلى عمومات المنع من النظر، و منه تعرف ضعف القول بجواز النظر مطلقا و لو إلى غير مملوكته سواء كان الخصى مملوكا أم حرا كما عن ابن الجنيد و جماعه من المتأخرين مع أنه قد ورد المنع في بعض الأخبار من نظره إلى غير مملوكته، ففي خبر عبد الملك بن عتبة النخعي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن أم الولد، هل يصلح أن ينظر إليها خصي مولاهما و هي تغتسل؟ قال عليه السّلام: لا يحلّ ذلك)(٥) ، و خبر محمد بن إسحاق عن أبي الحسن عليه السّلام (قلت: يكون للرجل خصي يدخل على نسائه فيناولهن الوضوء فيرى شعورهن، قال عليه السّلام: لا)(٦).

هذا كله في الخصى، و أما المملوك غير الخصى فالمشهور على عدم الجواز أيضا مع أنه تردد فيه الشيخ في المبسوط و مال الشارح في المسالك إلى الجواز.

ص: ١٤١

١- (١) سورة النور، الآية: ٣١.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٣١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ١٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

منشأه ظاهر قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ المتناول بعمومه لموضع النزاع (١).

و ما قيل (٢) من اختصاصه (٣) بالإماء جمعا بينه (٤)، و بين الأمر (٥) بغض - و قد استدلل للجواز بقوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (١) و للأخبار.

منها: صحيح معاوية بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يرى شعر مولاته و ساقها، قال عليه السلام: لا بأس) (٢)، و الصحيح عن يونس بن عمار و يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يحل للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها غير متعمد لذلك) (٣)، و قال في الكافي (و في روايه أخرى: لا بأس بأن ينظر إلى شعرها إذا كان مأمونا) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

أ ينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال عليه السلام: نعم و إلى ساقها) (٥)، و خبر القاسم الصيقل (كتبت إليه أم علي تسأل عن كشف الرأس بين يدي الخادم، و قالت له: إن شيعتك اختلفوا علي فقال بعضهم: لا بأس، و قال بعضهم: لا يحل، فكتب عليه السلام:

سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم، لا تكشفى رأسك بين يديه، فإن ذلك مكروه) (٦).

و مقتضى العمل بها هو القول بالجواز إلا أن المشهور قد أعرضوا عنها فلا بد من حملها على التقيه أو الضروره، و أما الآيه فقد تقدم ما في مرسله الشيخ في الخلاف (روى أصحابنا في قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ، أن المراد به الإماء دون العبيد الذكران) (٣).

(١) و هو الخصى المملوك لها، و إذا جاز نظرها إليه، فيجوز العكس للتلازم.

(٢) دليل عدم الجواز.

(٣) أى اختصاص قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ (٤).

(٤) بين قوله تعالى المتقدم.

(٥) فى قوله تعالى: وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ (٥).

ص: ١٤٢

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣ و ١ و ٢ و ٦ و ٧.

٣- (٧) الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩.

٤- (٨) سورة النور، الآيه: ٣١.

البصر (١)، و حفظ الفرج مطلقا (٢)، و لا- يرد دخولهن في نسائهن (٣)، لاختصاصهن بالمسلمات، و عموم (٤) ملك اليمين للكافرات.

و لا يخفى أن هذا (٥) كله خلاف ظاهر الآيه (٦) من غير وجه للتخصيص ظاهرا،

في ما يجوز استمتاع الزوج به

(و يجوز استمتاع الزوج بما شاء من الزوجه (٧)، إلا- القبل في الحيض، و النفاس) (٨) و هو موضع وفاق إلا- من شاذ من الأصحاب حيث حرّم النظر إلى الفرج (٩) و الأخبار (١٠) ناطقه بالجواز (١١)، و كذا القول في الأمه.

(و الوطء في دبرها مكروه كراهه مغلظه) من غير تحريم على أشهر القولين (١٢) و الروايتين، و ظاهر آيه الحرث (و في روايه) سدير عن الصادق عليه السلام (١) عن الرجال.

(٢) عن الرجال و النساء، لكن لا- يتم الاستدلال به إلا- مع ضميمه ما ورد في مرسله الشيخ المتقدمه أن المراد بملك اليمين خصوص الإمام دون العبيد الذكرا.

(٣) و هم و حاصله: إن الإمام داخلات في نسائهن الوارده في نفس الآيه فلا داعى لإعاده ذكرهن، و ليس حكم الإمام من الأمور المهمه في هذا الباب حتى يعاد ذكرهن للتأكيد بل أمرهن أضعف من ذلك، و هذا ما أورده الشارح في المسالك على من استدل بكون ملك اليمين مختصا بالإمام، و لكنه هنا في الروضه أجاب عنه بأن لفظ النساء الوارد في الآيه مختص بالمسلمات مع أن ملك اليمين يشمل الكافرات فلذا جازت الإعاده لوجود الفائده.

(٤) الواو حاله أى و الحال أن ملك اليمين عام يشمل الكافرات.

(٥) أى المذكور من الدليل على عدم الجواز.

(٦) لكونها عامه تشمل الذكور و الإمام.

(٧) و هو من القطعيات.

(٨) على ما تقدم بيانه في محرمات الحائض و النفساء.

(٩) كما عن ابن حمزه و قد تقدم.

(١٠) و قد تقدمت.

(١١) بجواز النظر إلى الفرج.

(١٢) و يشهد له جملة من النصوص.

منها: صحيح صفوان (قلت للرضا عليه السلام: إن رجلا من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة فهابك، واستحي منك أن يسألك عنها، قال: ما هي؟ قلت: الرجل يأتي امرأته -

ص: ١٤٣

فى دبرها؟ قال عليه السّلام: نعم ذلك له، قلت: و أنت تفعل؟ قال عليه السّلام: إنا لا نفعل ذلك(١)، و موثق ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها، قال عليه السّلام: لا بأس)(٢)، و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يأتى المرأة فى دبرها، قال عليه السّلام: لا بأس إذا رضيت، قلت: فأين قول الله عز و جل: فَأَتَوْهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمْرِكُمْ اللَّهُ، قال: هذا فى طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله عز و جل يقول: نِسْأُكُمْ حَزْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَزْتُكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ)٣، و الأ-خير قيّد الجواز برضاها، و هو صالح للتقييد بعد صحه سنده و إطلاق سائر النصوص المجوّزه بالإضافه إلى كونه موافق للاعتبار نظرا إلى عموم كونه من حقوق الزوجيه فيتوقف جوازه على رضاها.

و عن القميين و ابن حمزه و أبى الفتوح الرازى و الراوندى فى اللباب و السيد أبى المكارم صاحب بلابل القلاقل الحرمه للأخبار.

منها: صحيح معمر بن خلاد (قال لى أبو الحسن عليه السّلام: أى شىء يقولون فى إتيان النساء فى أعجازهن؟ قلت: إنه بلغنى أن أهل المدينة لا يرون به بأسا، فقال عليه السّلام:

إن اليهود كانت تقول إذا أتى الرجل المرأة من خلفها خرج ولده أحول، فأنزل الله عز و جل: نِسْأُكُمْ حَزْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَزْتُكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ، من خلف أو قدام، خلافا لقول اليهود، و لم يعن فى أدبارهن(٤) و خبر سدير عن أبى جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: محاش النساء على أمتى حرام)(٤) و مرسل الصدوق فى الفقيه (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: محاش نساء أمتى على رجال أمتى حرام)٦ و مثلها غيرها، و الجميع قاصر السند أو الدلاله، بل الجمع العرفى يقتضى الحمل على الكراهه الشديده. هذا كله فى الأخبار و أما الآيات فقد استدلت المجوّز بقوله تعالى: فَأَتُوا حَزْتُكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ (٥) بتقريب أن لفظ (أنى) إما لخصوص المكان كما عن أئمه اللغه أو للأعم منه و من الكيف و على التقديرين يثبت المطلوب، و كونها حرثا لا يستلزم تقييد الإتيان بموضع الحرث، بل المرأة نفسها شبّهت بالحرث و رخص فى إتيانها، و لذا جاز التفخيز و نحوه، و استدلت المانع بقوله-

ص: ١٤٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٧٢ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢ و ٥.
- ٥- (٧) سورة البقره، الآيه: ٢٢٣.

(يحرّم)، لأنه روى عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ: «مَحَاشِ النِّسَاءِ عَلَى أُمَّتِي حَرَامٌ» وَهُوَ مَعَ سَلَامِهِ سَنَدُهُ مَحْمُولٌ عَلَى شِدَّةِ الْكِرَاهَةِ، جَمْعًا بَيْنَهُ، وَبَيْنَ صَحِيحِهِ ابْنِ أَبِي يَعْفُورٍ الدَّالِّهِ عَلَى الْجَوَازِ صَرِيحًا.

والمحاش جمع محشه وهو الدبر ويقال أيضا بالسين المهملة كئى بالمحاش عن الأدبار، كما كئى بالحشوش عن مواضع الغائط، فإن أصلها الحش بفتح الحاء المهملة وهو الكنيف، وأصله البستان، لأنهم كانوا كثيرا ما يتغوطون فى البساتين، كذا فى نهايه ابن الأثير.

فى العزل و ترك الوطء

(و لا يجوز العزل عن الحره (١) بغير شرط) ذلك حال العقد، لمنافاته لحكمه -تعالى: فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ (١)، و فيه: إن المراد أمر الله لنا هو الوجهه التى أباحها الله، و هى القبل و الدبر.

ثم على القول بجواز الوطى دبرا فلا- فرق فى ذلك بين حال الحيض و غيره، لما تقدم فى كتاب الحيض من أن النصوص واردة فى تحليل ما عدا القبل أو موضع الدم أو ذلك الموضع، و هى ظاهره فى تحليل الوطى فى الدبر حال الحيض، و لذا خص الماتن هنا حرمة الوطى فى حال الحيض و النفاس بالقبل فقط.

(١)العزل هو إخراج الآله عند الإنزال و إفراغ المنى خارج الفرج، فالمشهور على الجواز للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء) (٢) و موثق عبد الرحمن بن أبى عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل) (٣)، و الصحيح عن عبد الرحمن الحذاء عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان على بن الحسين عليهما السّلام لا يرى بالعزل بأسا، يقرأ هذه الآية: وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ، فكل شىء أخذ الله منه الميثاق فهو خارج، و إن كان على صخره صماء) (٤)، و موثق محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لا بأس بالعزل عن المرأة الحره إن أحب صاحبها و إن كرهت، و ليس لها من الأمر شىء) (٥)، و مثلها غيرها.

و عن المفيد و الشيخ فى المبسوط و الخلاف الحرمة، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (أنه سئل عن العزل فقال: أما الأمه

ص: ١٤٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

النكاح و هي الاستيلاء فيكون منافيا لغرض الشارع.

و الأشهر الكراهه، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام أنه سأله عن العزل فقال: «أما الأمه فلا بأس، و أما الحره فإنى أكره ذلك، إلا- أن يشترط عليها حين يتزوجها». و الكراهه ظاهره فى المرجوح الذى لا يمنع من النقيض، بل حقيقه فيه (١)، فلا تصلح (٢) حجه للمنع من حيث اطلاقها (٣) على التحريم فى

فلا- بأس، فأما الحره فإنى أكره ذلك، إلا أن يشترط عليها حين يتزوجها(١)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام مثل ذلك و قال فى حديثه (إلا أن ترضى أو يشترط ذلك عليها حين يتزوجها)٢، و لما روى (أن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى أن يعزل عن الحره إلا- بإذنها)(٢)، و لما روى عنه صلّى الله عليه و آله و سلّم أنه قال (أنه الوأد الخفى)٤، و خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليهما السّلام (الوأد الخفى أن يجامع الرجل المرأه، فإذا أحسّ الماء نزعها منها فأنزله فيما سواها، فلا تفعلوا ذلك، فقد نهى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أن يعزل من الحره إلا بإذنها)(٣)، بالإضافة إلى أن فيه تفويتا للغرض من النكاح و هو الاستيلاء، و أنه مناف لحق الزوجه بل ربما كان فيه إيذاء لها، و إلى أنه يجب فيه الديه، و ثبوتها يقتضى الديه.

و فيه: أما الصحيحان فهما متضمنان للفظ (فإنى أكره) و هو ظاهر فى الكراهه مع أن نصوص الجواز صريحه فى الجواز فيحمل الصحيحان على الكراهه حينئذ، و أما النبويان فهما عاميان و يحملان على الكراهه جمعا بين الأخبار، و كذا خبر الدعائم، و أما تفويت الغرض فهو ليس بواجب التحصيل، و أما منافاته لحق الزوجه فلا دليل على أنه من حقها، و أما ثبوت الديه فهو أعم من الحره، مع أنه ستعرف عدم ثبوتها. هذا و قد وقع الاتفاق على أنه لو كان العزل برضاها أو إذا اشترط ذلك عليها فى العقد فجائز كما هو مقتضى بعض النصوص المتقدمه، و كذلك لو كان العزل فى الأمه فلا- إشكال لصحيحى محمد بن مسلم المتقدمين، بل لو كان العزل فى المتمتع بها فلا إشكال للإجماع المدعى من جامع المقاصد و غيره و إلا فالنصوص لم تتعرض لها بالخصوص.

(١) فى المرجوح.

(٢) أى الكراهه.

(٣) إطلاق الكراهه.

ص: ١٤٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) تذكره الفقهاء ج ٢ ص ٥٧٦.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

بعض مواردھا (١)، فإن ذلك (٢) على وجه المجاز، و على تقدير الحقيقه فاشتراكھا (٣) يمنع من دلالة التحريم فيرجع إلى أصل الإباحه.

و حيث يحكم بالتحريم (فيجب ديه النطفه لها) أى للمرأة خاصه (عشره دنانير) (٤)، و لو كرهناه فهى (٥) على الاستحباب (٦)، و احترز بالحره عن الأمه فلا يحرم العزل عنها اجماعا و إن كانت زوجته.

و يشترط فى الحره الدوام فلا تحريم فى المتعه، و عدم الإذن (٧) فلو أذنت (١) كما وقع فى غير مورد هذه الصحيحه.

(٢) أى إطلاق الكراهه على الحره.

(٣) أى اشتراك الكراهه حقيقه بين الحره و الكراهه.

(٤) ذهب جماعه منهم الشيخ و القاضى و أبى الصلاح و ابنى حمزه و زهره و الكيدرى و العلامه فى القواعد و الإرشاد، و كاشف اللثام إلى ثبوت ديه النطفه عليه، و هى عشره دنانير يدفعها للزوجه للصحيح عن يونس عن أبى الحسن عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قضى فى الرجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائه، عشره دنانير) (١) و رواه الكافى عن كتاب طريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام قال:

(و أفتى عليه السّلام فى منى رجل يفزع عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك: نصف خمس المائه، عشره دنانير) ٢ بدعوى ظهور كون نصف خمس المائه هى ديه النطفه مهما كان السبب، و عن المعظم خلافه لأن نصوص جواز العزل ظاهره فى عدم الديه، و مصرّحه بأن المنى ماؤه يضعه حيث شاء، و الصحيح المتقدم ناظر إلى الأجنبى الذى أوجب الإفراغ خارج الفرج بسبب الإنزاع و قياس الوالد عليه قياس مع الفارق لا نقول به.

و عن القواعد و الشرائع ثبوت الديه حتى على القول بالجواز، و هو ضعيف، إذ الديه لو قلنا بثبوتها فلا تثبت إلا على القول بحرمة العزل لأنه أنسب كما فى المسالك.

(٥) أى الديه.

(٦) و قد عرفت أن الديه منحصره، على القول بالحرمة فقط.

(٧) أى و يشترط فى الحره عدم الاذن.

ص: ١٤٧

انتفى أيضا، و كذا يكره لها العزل بدون أذنه (١)، و هل يحرم (٢) لو قلنا به فيه (٣) مقتضى الدليل الأول (٤) ذلك (٥)، و الأخبار خاليه عنه (٦).

و مثله (٧) القول فى ديه النطفه له (٨).

(و لا يجوز ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة أشهر) (٩)، و المعتبر فى الوجوب (١) معنى عزل المرأة هو: منعها من الإنزال فى فرجها، و قد استظهر صاحب الجواهر و جماعه حرمة لأنه مناف للتمكين الواجب عليها.

(٢) أى يحرم عزل المرأة بدون إذنه.

(٣) أى لو قلنا بحرمة العزل فى الرجل.

(٤) و هو منافاه العزل لحكمه النكاح، و هى الاستيلاد.

(٥) أى حرمة العزل.

(٦) عن عزل المرأة بغير إذنه، و قد عرفت حرمة حتى على القول بجواز عزل الرجل، لأنه مناف للتمكين الواجب عليها.

(٧) أى و مثل عزل المرأة بغير إذنه.

(٨) للرجل، و استظهر فى الجواهر وجوب الدية عليها ضروره كونها حينئذ كالمفزع أو أعظم فى التفويت إذا كانت قد نحت نفسها عنه عند إنزاله، و فيه: إن الجنايه فى خبر الدية المتقدم من الأجنبى و حمل الأم عليه قياس لا نقول به.

(٩) بلا خلاف فيه لخبر صفوان بن يحيى عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سأله عن الرجل تكون عنده المرأة الشابه فيمسك عنها الأشهر و السنه لا يقربها، ليس يريد الإضرار بها، يكون لهم مصيبه، يكون فى ذلك آثما؟ قال عليه السلام: إذا تركها أربعة أشهر كان آثما بعد ذلك) (١)، و قد رده الشيخ بطريق آخر و فيه (إلا أن يكون باذنها) ٢.

و اختصاص السؤال فى الخبر بالشابه لا ينافى تعميم الحكم الثابت لأنه قد ثبت بما هى زوجته، فيشمل الحكم لكل زوجه حينئذ، و لا فرق بين الدائم و المتمتع بها لإطلاق النص كما عليه جماعه، و كذا لا فرق بين الحره و الأمه للإطلاق، كما أن مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين كون الزوج حاضرا أو مسافرا فى غير سفر الواجب، و قد استشكل فى هذا التعميم جماعه منهم كشف اللثام فخصه بالزوج الحاضر المتملك من الوطى كما هو صريح الخبر من أن عنده المرأة الشابه. هذا و المعتبر من الواطئ حينئذ مسماه و هو ما أوجب الغسل و لا يشترط الإنزال، و لا يكفى الدخول فى الدبر لانصراف الخبر المتقدم إلى خصوص المعهود من الوطء و هو الوطء فى الفرج.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

مسماه، و هو الموجب للغسل، و لا يشترط الإنزال، و لا يكفى الدبر،(و) كذا (لا يجوز) الدخول (قبل) إكمالها (تسع) سنين (١).

(١) يحرم الدخول بالمرأه قبل بلوغها تسع سنين للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا تزوج الرجل الجاربه و هى صغيره فلا يدخل بها حتى يأتى لها تسع سنين) (١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (لا يدخل بالجاربه حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين) (٢) و نحوه خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (٣)، و التخيير فيهما يوجب حمل الأكثر على الاستحباب و مقتضى إطلاق النصوص عدم الفرق بين الدائم و المتمتع بها، ثم إن صريح الأخبار حرمة الوطى بمعنى الدخول فى الفرج، و أما غير ذلك من باقى الاستمتاع من النظر و اللمس و الضم و التفخيذ فجائز للأصل السالم عن المعارض، و منه تعرف ما ذهب إليه الشارح هنا فى الروضه من استجواد تحريم الاستمتاع بغير الوطى ليس فى محله، نعم الظاهر أن الدخول فى الدبر كالدخول فى القبل محرم لإطلاق النصوص المتقدمه.

ثم إذا تزوج بالصغيره المذكوره و دخل بها فهو آثم بلا إشكال، و لكن هل تحرم عليه حينئذ كما عن الشيخين فى المقنعه و النهايه و ابن إدريس لمرسل يعقوب بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا خطب الرجل المرأه فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فزق بينهما و لم تحل له أبدا) (٢).

و على المشهور أنها لا تحرم إلا مع الإفضاء لصحيح حمران عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل تزوج جاربه بكر لم تدرك فلما دخل بها اقتضها فأفضاها، فقال عليه السلام: إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين اقتضها، فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج، فعلى الإمام أن يغرمه ديتها، و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شىء عليه) (٢)، و خبر بريد بن معاويه عن أبي جعفر عليه السلام (فى رجل اقتض جاربه - يعنى امرأته - فأفضاها، قال: عليه الديه إن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، قال: و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شىء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق) (٣).

و مقتضى الجمع بين الأخبار أن الدخول قبل التسع مع الإفضاء يوجب التحريم، فما عن -

ص: ١٤٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢ و ١.

٣- ((١)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣.

هلاله (١) (فتحرم عليه مؤبدا لو أفضاها) بالوطء بأن صير مسلک البول و الحيض واحدا، أو مسلک الحيض و الغائط. و هل تخرج بذلك من حبالته (٢)؟ قولان أظهرهما العدم. و على القولين يجب الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما (٣)، و على ما - كشف اللثام من عدم الظفر بخبر يدل على التحريم بالإفضاء ليس في محله.

ثم المراد من الإفضاء هو صيروره مسلک البول و الحيض واحدا كما عليه المشهور، أو صيروره مسلک الحيض و الغائط واحدا كما عن ابن سعيد و هو المشهور بين العامة، و عن العلامة في جملة من كتبه على ما يستظهر منها أنه أعم من كليهما، و فيه: إن المعنى الثانى للإفضاء بعيد لأن ما بينهما حاجز عريض قوى، بالإضافة إلى تفرع الفقهاء على الإفضاء بأن البول تاره مستمسك و أخرى غير مستمسك و هو دال على كون الإفضاء صيروره مسلک البول و الحيض واحدا.

هذا و عن مجمع البحرين و كشف الرموز أن الإفضاء هو جعل مسلک البول و الغائط واحدا و هو قول ثالث و ليس عليه دليل من لغة أو عرف أو شرع.

(١) لانصراف النصوص.

(٢) إذا حرمت عليه مؤبدا بالإفضاء فهل تخرج من حبالته بفسخ عقد النكاح كما قيل، لأن التحريم المؤبد ينافى مقتضى النكاح، إذ ثمرته جل الاستمتاع، و لما تقدم في مرسل يعقوب بن يزيد من قوله عليه السّلام: (فرّق بينهما و لم تحل له أبدا) (١)، و عن المشهور أنّها لا- تخرج عن حبالته إلا بالطلاق لصحيح حمران و خبر بريد المتقدمين حيث صرحا بذلك، ففي الأول (و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه) و فى الثانى (و إن أمسكها و لم يطلقها فلا شيء عليه، إن شاء أمسك و إن شاء طلق)، و هو الأقوى، بعد ضعف المرسل المتقدم فلا يصلح لمعارضه هذين الخبرين، و لا غرابه فى حرمتها عليه مع بقائها فى حبالته.

(٣) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل تزوج جاريه فوقع عليها فأفضاها، قال عليه السّلام: عليه الإجراء عليها ما دامت حيه) (٢)، و مقتضى الإطلاق عدم الفرق بين ما لو طلقها و تزوجت غيره و عدمه، و عن الإسكافي فى سقوط النفقة بالطلاق، و وجهه غير ظاهر فى مقابل الإطلاق، و يستفاد من الخير المتقدم أن عله النفقه هى الإفضاء لا الزوجيه فلذا حكم جماعه ببقاء النفقه و لو تزوجت بعد طلاقها منه لوجود عله النفقه و هى الإفضاء.

ص: ١٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

اخترناه (١) يحرم عليه أختها (٢) و الخامسة (٣)، و هل يحرم عليه وطؤها (٤) فى الدبر و الاستمتاع بغير الوطء و جهان أجودهما ذلك (٥)، و يجوز له طلاقها (٦)، و لا تسقط به (٧) النفقه (٨) و إن كان (٩) بائنا. و لو تزوجت بغيره ففى سقوطها (١٠) و جهان، فإن طلقها الثانى بائنا عادت (١١)، و كذا لو تعذر انفاقه (١٢) عليها لغيبه، أو فقر مع احتمال وجوبها على المفضى مطلقا (١٣) لإطلاق النص، و لا فرق فى الحكم بين الدائم و المتمتع بها (١٤).

و هل يثبت الحكم فى الأجنبيه قولان أقربهما ذلك (١٥) فى التحريم المؤبد، (١) من عدم خروج المرأه عن حبالته و إن حرمت عليه.

(٢) مع عدم الطلاق.

(٣) أى المرأه الخامسة.

(٤) أى وطء التى أفضاها.

(٥) أى الحرمة، و قد تقدم ما فيه بالنسبه للاستمتاع بغير الوطء فى الدبر.

(٦) كما هو صريح خبر بريد المتقدم.

(٧) أى بالطلاق.

(٨) و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) أى الطلاق.

(١٠) أى سقوط النفقه، و قد تقدم أنها لا تسقط لوجود عله الإنفاق و هى الإفضاء، و وجه السقوط أن الإنفاق ما لو لم تتزوج هو الفرد المتيقن من الحكم فيقتصر عليه فيما خالف الأصل.

(١١) أى عادت النفقه بناء على سقوطها بالترويج من غيره.

(١٢) أى إنفاق الزوج الثانى.

(١٣) سواء تزوجت بغير الزوج الأول أم لا، و سواء تعذر إنفاق الزوج الثانى أم لا.

(١٤) و قد تقدم الكلام فيه.

(١٥) أى الثبوت ذهب العلامة و ولده إلى تحريم الأجنبيه لو أفضاها بالزنا أو بشبهه، و ذهب غيرهما إلى تحريم الأجنبيه و الأمه، و عن جماعه منهم صاحب الجواهر اختصاص الحرمة بالزوجه الصغيره المفضاه كما هو مورد النصوص فيتعين الرجوع فى غيرها إلى القواعد المقتضيه للعدم.

و من ذهب إلى تعميم الحكم للأجنبيه اعتمد على الأولويه فيها لوجود الا-ثم، و من ذهب إلى تعميم الحكم للأجنبيه و الأمه اعتمد على أن مناط الحرمة فى الأخبار المتقدمه هو-

ص: ١٥١

دون النفقه (١).

و فى الأمه الوجهان (٢)، و أولى (٣) بالتحريم. و يقوى الإشكال فى الإنفاق لو أعتقها (٤).

و لو أفضى الزوجه بعد التسع ففى تحريمها وجهان أجودهما العدم (٥)، و أولى بالعدم إفضاء الأجنبى كذلك (٦).

و فى تعدى الحكم إلى الإفضاء بغير الوطاء (٧) وجهان أجودهما العدم (٨) و قوفا فيما خالف الأصل على مورد النص، و إن وجبت الديه فى الجميع (٩).

الصغر و الإفضاء و هذا موجود فى الأجنبيه و الأمه، و فى كليهما ضعف، لأن الحكم بالتحريم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على القدر المتيقن من النصوص و هو الزوجه.

(١) و فيه: إن دليل وجوب النفقه على المفضاه هو صحيح الحلبي المتقدم (١) و هو صريح فى اختصاص الحكم بالزوجه فقط فيقتصر عليها، و فى غيرها يرجع إلى القواعد المقتضيه للعدم.

(٢) من الثبوت و عدمه الواردان فى الزوجه، و قد عرفت أن الأقوى عدم الثبوت.

(٣) أى و الأمه أولى بالتحريم من الأجنبيه، لكونها أقرب إلى الزوجه.

(٤) فعتقها بحكم طلاق الحره، و ينبغى ثبوت النفقه عليه حينئذ، و لكن قد عرفت عدم شمول الحكم للأمه.

(٥) لا اختصاص صحيح حمران و خبر يزيد المتقدمين بالزوجه الصغيره.

(٦) أى بعد التسع، و وجه الأولويه أن الحكم فى النصوص السابقه مختص بالزوج فيما لو أفضى الزوجه الصغيره، فلا يشمل الأجنبى فيما لو أفضى الصغيره، و من باب أولى لا يشمل الأجنبى فيما لو أفضى الكبيره.

(٧) كالأصبع.

(٨) لخروجه عن مورد النص.

(٩) أى فى الزوجه المفضاه سواء كانت صغيره أو كبيره، و فى الأجنبيه كذلك و فى الأمه كذلك، و سواء كان الإفضاء بالمعهود أو بالإصبع لصحيح سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كسر بعصوه فلم يملك استه، ما فيه من الديه؟-

ص: ١٥٢

(و يكره للمسافر أن يطرق أهله) أى يدخل إليهم من سفره (ليلا) (١) و قيده بعضهم بعدم إعلامهم بالحال، و إلا لم يكره، و النص مطلق: روى عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام أنه قال: «يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح».

و فى تعلق الحكم بمجموع الليل، أو اختصاصه بما بعد المبيت و غلق -قال عليه السّلام: ديه كامله، و سألته عن رجل وقع بجاريه فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزله لم تلد، فقال عليه السّلام: الديه كامله(١) و لما رواه فى الفقيه بإسناده إلى قضايا أمير المؤمنين عليه السّلام (أنه عليه السّلام قضى فى امرأه أفضيت بالديه)(٢)، و لكن ذهب جماعه إلى عدم ثبوت الديه فى الزوجه الكبيره لصحيح حمران المتقدم حيث قال عليه السّلام (إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين افتضاها، فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديتها)(٣)، و بناء عليه يجب أن لا تثبت الديه فى الكبيره سواء كانت زوجه أم أجنبيه أم أمه.

(١) لخبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (يكره للرجل إذا قدم من سفره أن يطرق أهله ليلا حتى يصبح)(٤)، و هو ظاهر فى كراهه الدخول إليهم لا فى الجماع، و عليه فينبغى النوم خارج الدار ثم يدخل نهارا.

هذا و لا- فرق فى الكراهه بين أن يعلمهم بذلك قبل الليل و عدمه للعموم كما فى المسالك، و عن غيره أن مناسبه الحكم و الموضوع تقتضى كون الكراهه فى حال عدم الاعلام المستلزم لعدم الاستعداد.

ثم لا- فرق فى الأهل الموجودين فى الدار بين الزوجه و غيرها للإطلاق كما فى المسالك، و عن غيره أن النساق هو إرادته الزوجه من الأهل، و هو المناسب لذكره فى النكاح، نعم إطلاق الخبر يشمل جميع الليل، و مع ذلك احتمال اختصاص الكراهه بما بعد المبيت، لأن لفظ (يطرق) هو الدق، و الآتى لا يحتاج إلى دق الباب إلا بعد إغلاقه، و هذا لا يكون إلا بعد المبيت.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

الأبواب نظر، منشأه، دلالة كلام أهل اللغة على الأمرين. ففي «الصحاح»: أتانا فلان طروقاً إذا جاء بليل. وهو شامل لجميعه. وفي نهايه ابن الأثير «قيل: أصل الطروق من الطرق وهو الدق وسمى الآتى بالليل طارفاً لاحتياجه إلى دق الباب» وهو مشعر بالثاني و لعله أجود.

و الظاهر عدم الفرق بين كون الأهل زوجته، و غيرها عملاً بإطلاق اللفظ، و إن كان الحكم فيها أكد، و هو بباب النكاح أنسب (١).

(١) جرت عادة الفقهاء على ذكر خصائص النبي صلى الله عليه و آله و سلم في كتاب النكاح، لأن خصائصه في النكاح أكثر و أشهر، و ذكر الباقي للمناسبة، و أشهر خصائصه صلى الله عليه و آله و سلم الأول الزيادة على أربع نسوة بالعقد الدائم، و قال في المسالك: (أنه صلى الله عليه و آله و سلم مات عن تسعة نسوة: عائشه و حفصه و أم سلمه المخزومية، و أم حبيب بنت أبي سفيان، و ميمونه بنت الحارث الهلاليه، و جويزيه بنت الحارث الخزاعيه، و سوده بنت زمعه، و صفيه بنت حنن بن أخطب الخيريه، و زينب بنت جحش، و جميع من تزوج بهن خمس عشره، و جمع بين إحدى عشره و دخل بثلاث عشره، و فارق امرأتين في حياته: إحداهما الكلبيه التي رأى بكشحها بياضاً فقال: الحقى بأهلك، و الأخرى التي تعوذت منه بخديعه الأوليين حسداً لها.

الثاني: العقد بلفظ الهبه لقوله تعالى: وَ أَمْرًا مِّنْهُ إِنَّ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ (١)، و لا يلزمه بها مهر ابتداء و لا انتهاء كما هو قضيه الهبه، و يجوز إيقاع العقد بلفظ الهبه.

الثالث: تحريم زوجاته على غيره بعد موته صلى الله عليه و آله و سلم لقوله تعالى: وَ لَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبْدًا (٢).

الرابع و الخامس و السادس: وجوب السواك و الوتر و الأضحيه للنبوي (ثلاث كتبت على و لم تكتب عليكم: السواك و الوتر و الأضحيه) (٣) و في آخر (كتب على الوتر و لم يكتب عليكم، و كتب على السواك و لم يكتب عليكم، و كتب على الأضحيه و لم يكتب عليكم) ٢.

السابع: قيام الليل و التهجد به لقوله تعالى: وَ مِنَ اللَّيْلِ فَتَهَجَّدْ بِهِ نَافِلَةً لَّكَ (٤)، و قوله تعالى:-

ص: ١٥٤

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٥٠.

٢- (٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥٣.

٣- ((٣ و ٤) الجواهر ج ٢٩ ص ١٢٦.

٤- (٥) سورة الإسراء، الآية: ٧٩.

(الفصل الثاني في العقد)

في الإيجاب و القبول

و يعتبر اشتماله على الإيجاب و القبول اللفظيين كغيره من العقود اللازمه (١) -يا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمْ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نَضِيفَهُ أَوْ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا أَوْ زِدْ عَلَيْهِ وَ رَتِّلِ الْقُرْآنَ تَرْتِيلًا (١).

الثامن: تحريم الصدقه الواجبه أعنى الزكاه للنبوى (إنا أهل بيت لا تحل لنا الصدقه) (٢)، و فى تحريم المندوبه خلاف.

التاسع: تحريم خائنه الأعين، و هى الغمز بها، بمعنى الإيماء بها إلى مباح على خلاف ما يظهر و يشعر به الحال للنبوى (ما كان لنبي أن تكون له خائنه الأعين) (٣)، و علل بأنها تشبه الخيانه من حيث الإخفاء.

العاشر: أبيع له الوصال فى الصوم، و الوصال إما الجمع بين الليل و النهار بالإمساك، و إما تأخير عشائه إلى وقت سحوره.

الحادى عشر: أنه ينام قلبه و لا تنام عينه، و أنه يبصر ورائه كما يبصر أمامه، و قد ذكر من خصائصه غير ذلك حتى أن علامه فى التذكره قد ذكر ما يزيد على السبعين فراجع.

(١) يشترط فى النكاح الإيجاب و القبول اللفظيين بلا خلاف فيه بل عليه إجماع علماء المسلمين، قال فى الحدائق: (أجمع العلماء من الخاصه و العامه على توقف النكاح على الإيجاب و القبول اللفظيين)، و إلى ما فى النكاح من شوب العباده التى لا تتلقى إلا من الشارع كما فى الجواهر و كشف اللثام و المسالك و غيرها المقتضى لحصر النكاح باللفظ الوارد من الشارع، و إلى جملة من النصوص الداله على انحصار العقد باللفظ.

منها: صحيح بريد العجلي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل: و أخذن منكم ميثاقا غليظا، فقال: الميثاق هو الكلمه التى عقدت بها النكاح، و أما قوله: غليظا، فهو ماء الرجل يفضيه إليها) (٤)، و هو ظاهر فى انحصار العقد باللفظ، و خبر هشام بن سالم (قلت كيف يتزوج المتعه؟ قال: يقول أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا أو كذا درهما) (٥) و مثلها غيرها من النصوص الواردة فى اعتبار اللفظ فى المتعه.

ص: ١٥٥

١- (١) سورة المزمل، الآيات: ١-٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٦.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٠.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النكاح و أولياء العقد حديث ٤.

٥-٥ (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٣.

(فالإيجاب زوجتك و أنكحتك و متعتك لا غير) أما الأولان فموضع وفاق، و قد ورد بهما القرآن في قوله تعالى: زَوَّجْنَاكُهَا (١). وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢).

و أما الأخير فاكتفى به المصنف و جماعه لأنه من ألفاظ النكاح، لكونه حقيقه في المنقطع و إن توقف معه (٣) على الأجل، كما لو عبّر بأحدهما فيه (٤) و ميزه به، - و لعدم تعقل المعاطاه في النكاح، لأن المعاطاه فعل، و فعل الوطء المحقق للعقد بحاجة إلى سبب محلل و إلا لكان سفاحا، و لعدم كفايه الرضا الباطنى و إلا لما بقى فرق بين النكاح و السفاح، لذلك كله اشترط اللفظ في عقد النكاح هذا من جهه و من جهه أخرى وقع الاتفاق على وقوع الإيجاب بلفظ النكاح أو الترويج فتقول الزوجه: زَوَّجْتِكْ أَوْ أَنْكَحْتِكْ نَفْسِي، لكونهما مشتقين من الألفاظ الصريحه الداله على النكاح و قد ورد القرآن بهما، قال الله تعالى: فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطْرًا زَوَّجْنَاكُهَا (١)، و قال تعالى: وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (٢).

و قد وقع الخلاف في إيقاع الإيجاب بلفظ (متعتك نفسى)، فعن الأكثر العدم لأصالة عدم ترتب الأثر عليه عند الشك في جوازه، و الشك ناشئ من كونه حقيقه في المنقطع مجاز في الدائم، و العقود اللازمه لا تقع بالمجاز.

و عن المحقق في الشرائع و النافع و العلامه في جمله من كتبه الجواز لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٣) بعد منع المجازيه لأنه هو للقدر المشترك كلفظ (زوجتك)، و لما ورد من انقلاب المنقطع دائما عند عدم ذكر الأجل نسيانا و هو ظاهر في صحه إنشاء العقد الدائم بلفظ المتعه ففى خبر عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن سمى الأجل فهو متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات) (٤).

(١) الأحزاب آيه ٣٧.

(٢) النساء آيه ٢٢.

(٣) أى مع لفظ المتعه.

(٤) أى عبر عن المنقطع بأحد لفظى (زوجتك أو أنكحتك)، و ميزه عن الدائم بالأجل.

ص: ١٥٦

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٣٧.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٢.

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ١.

فأصل اللفظ (١) صالح للنوعين (٢)، فيكون حقيقه في القدر المشترك بينهما (٣)، و يتميزان بذكر الأجل، و عدمه (٤)، و لحكم الأصحاب تبعا للروايه بأنه لو تزوج متعه و نسي ذكر الأجل انقلب دائما، و ذلك (٥) فرع صلاحيه الصيغه له (٦)، و ذهب الأكثر إلى المنع منه (٧)، لأنه حقيقه في المنقطع شرعا فيكون مجازا في الدائم، حذرا من الاشتراك (٨)، و لا يكفي ما يدل بالمجاز حذرا من عدم الانحصار (٩)، و القول المحكى ممنوع، و الروايه مردوده بما سيأتي و هذا (١٠) أولى.

(و القبول (١١). قبلت التزويج و النكاح، أو تزوجت، أو قبلت، مقتصرًا) (١) أعنى المتعه.

(٢) الدائم و المنقطع.

(٣) على نحو الاشتراك المعنوي.

(٤) فيتميز المنقطع بذكر الأجل، و الدائم بعدمه.

(٥) أى حكم الأصحاب المذكور.

(٦) أى صيغه المتعه للدائم.

(٧) من لفظ المتعه في الدائم.

(٨) أى أن لفظ المتعه قد استعمل في الدائم و المتعه بناء على ما تقدم، و يدور أمره بين كونه مشتركا بينهما، و بين كونه حقيقه في أحدهما و مجازا في الآخر، و يرجح الثاني لأنه مستلزم لوحده الوضع دون الأول لاستلزامه تعدد الوضع كما حرر ذلك في محله.

(٩) أى لو اكتفى في الصيغه بالألفاظ المجازيه لزم عدم انحصار الصيغه في ألفاظ مخصوصه محصوره، مع أنه قد وقع اتفاقهم على أن صيغه النكاح محصوره، لأنه مبنى على الاحتياط و فيه شوب من العبادات المتلقاه من الشارع، و لأصالة تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحل شرعا.

(١٠) أى المنع.

(١١)المعتبر من لفظ القبول ما دل صريحا على الرضا بالإيجاب سواء وافقه في لفظه أم خالفه مع اتفاق المعنى، فلا خلاف و لا إشكال في صحه (قبلت التزويج) عقيب قولها (زوجتك)، و كذا في صحه (قبلت النكاح) عقيب قولها (أنكحتك)، و كذا قوله (قبلت النكاح) عقيب قولها (زوجتك)، و كذا العكس مع التخالف في الإيجاب ضروره قيام الألفاظ المترادفه بعضها مقام بعض، كما أنه لا إشكال عندنا في جواز الاقتصار على (قبلت) كغيره من العقود خلافا لبعض الشافعيه من المنع لأنه كناية لا تصريح فيه لاحتمال إرادته غير التزويج المطلوب، و رد بمنع عدم صراحته إذ هو صريح في الدلاله-

(عليه) من غير أن يذكر المفعول (كلاهما) أى الإيجاب و القبول (بلفظ المضى) (١) فلا -على كون القبول المجرد قبولا لذلك الإيجاب المتقدم، و كذا لا إشكال فى صحه (رضيت) و نحوه مما هو صريح فى القبول، كما أنه يصح القبول بكل لفظ صريح فى قبول النكاح و التزويج كقوله (تزوجت) و نحوه.

(١) أى بلفظ الماضى، على ما هو المشهور بين علمائنا خصوص المتأخرين منهم، لأن الماضى صريح فى الإنشاء بخلاف المضارع و الأمر، فالأول أشبه بالوعد و الثانى استدعاء لا إيجاب، و اقتصارا على المتيقن فى الخروج عن أصله عدم ترتب الأثر، خصوصا فى الفروج المطلوب فيها شدة الاحتياط، و لأن تجويز غير الماضى يؤدى إلى انتشار الصيغه و عدم وقوفها على قاعده فيصير النكاح مشبها للإباحه مع أن عقد النكاح فيه شوب العباده الموجب للاقتصار على ما هو متلقى من الشارع أو ما هو متيقن من دون خلاف.

و عن جماعه الجواز فى المستقبل كما هو المنسوب إلى ابن أبى عقيل و المحقق و جماعه من المعاصرين، و ما استدل به على الانحصار موهون، أما الأول فلأن الماضى تاره يكون خبرا و أخرى إنشاء كالمضارع، فلا فرق بين الفعلين إلا فى الحكايه عن زمان التلبس و احتمال الوعد فى المضارع كاحتمال الإخبار فى الماضى لا- أثر له مع وجود القرينه على الإنشاء، و أما الثانى فالاقتصار على المتيقن غير لازم مع وجود الدليل فى المشكوك و كفى بإطلاق قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) دليلا و أما الثالث من منع الانتشار فلا ضير فيه فيما هو صريح فى الإنشاء دون غيره، و كفى به قاعده تمنع من إيصال النكاح إلى حد الإباحه، مضافا إلى ورود النصوص فى عقد المتعه المتضمنه لجواز إنشائه بالمضارع.

منها: خبر هشام بن سالم (قلت: كيف يتزوج المتعه؟ قال: يقول أتزوجك كذا و كذا يوما بكذا و كذا درهما)(٢) و مثله غيره، و إن كان فى الأخير كلام حيث ذهب ابنا حمزه و سعيد بأنه لا بد بعد ذلك من تلفظه بالقبول للاستصحاب و للاقتصار على المتيقن، و لأن صدور الايجاب من الزوج على خلاف القواعد إذ الايجاب هنا من الزوجه، فلو اكتفى بما صدر من الزوج و كان جواب الزوجه بلفظ (نعم) و حكمنا بصحه العقد للزم القول بصحته بدون إيجاب لأن لفظ (نعم) لا يكون ايجابا، إلا أن هذه المناقشه غير مسموعه أما الأول من لاديه التلفظ بالقبول فيما بعد فهو منفى لخبر أبان بن تغلب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه على كتاب-)

ص: ١٥٨

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٣.

يكفى قوله: أتزوجك بلفظ المستقبل منشأ (١) على الأقوى، وقوفا على موضع اليقين. و ما روى من جواز مثله (٢) فى المتعه ليس صريحا فيه (٣)، مع مخالفته (٤) للقواعد.

-الله و سنه نبيه لا وارثه و لا موروثه كذا و كذا يوما، و إن شئت كذا و كذا سنه، بكذا و كذا درهما، و تسمى من الأجر ما تراضيما عليه قليلا كان أو كثيرا، فإذا قالت: نعم فقد رضيت، و هى امرأتك و أنت أولى الناس بها(١).

و أما الثانى فلعل النكاح كالصلح يصح وقوع إيجابه من كل من الطرفين، و يكون لفظ (نعم) الصادر من الزوجه قائم مقام القبول، و هذا هو صريح خبر أبان بن تغلب المتقدم.

(١) أى بداعى الإنشاء لا الإخبار.

(٢) مثل لفظ المستقبل.

(٣) فى جواز كفايه الايجاب بلفظ المستقبل، لاحتمال لابدئيه التللفظ بالقبول بعد ايجابها النكاح كما عن ابني حمزه و سعيد.

(٤) أى مخالفه ما روى، و قد تقدم عرضه و تقدم ما فيه، هذا و عن الشيخ و ابني حمزه و زهره و استحسنة المحقق فى الشرائع جواز الاكتفاء بالأمر من قبل الزوج بأن يقول: زوجيني نفسك، فتقول الزوجه: زوجتك، لخبر سهل الساعدي (أن امرأه أتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله و هبت نفسى لك، و قامت قياما طويلا، فقام رجل و قال: يا رسول الله، زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجه، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هل عندك من شىء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزارى هذا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، اجلس التمس و لو خاتما من حديد فلم يجد شيئا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هل معك من القرآن شىء؟ قال: نعم، سوره كذا و سوره كذا، السور سمّاها، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: زوجتك بما معك من القرآن(٢) بناء على أن الزوج لم يأت بالقبول، و قد وصف الخبر فى المسالك بأنه المشهور بين العامه و الخاصه، مع أنه لم يرو هذه الروايه من أصحابنا إلا ابن أبى جمهور الأحسائى فى غوالى اللئالى، نعم فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقالت:

زوجنى، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، زوجنيها،-

ص: ١٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

(و لا يشترط تقديم الإيجاب) على القبول (١)، لأن العقد هو الإيجاب - فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء؟ قال صلى الله عليه و آله و سلم: لا، فأعاد، فأعاد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى المره الثالثه:

أ تحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه(١) و كذلك لا يوجد فى الخبر أن الرجل أعاد القبول فيكون أمره قبولاً مقديماً على الإيجاب حينئذ، و عن الشهيد فى شرح الإرشاد تنزيل الروايه على أن الواقع من النبى صلى الله عليه و آله و سلم قام مقام الإيجاب و القبول، لثبوت ولايته على كل مؤمن، و يكون هذا من خواصه، و فيه: إن المعبر من الولى عن الطرفين وقوع الإيجاب و القبول منه بلفظين لا بلفظ واحد، مع عدم ذكر هذا من خصائص النبى صلى الله عليه و آله و سلم، هذا مع عدم خلو دلالة الخبر من إشكال لعدم إنشاء القبول من الأمر بالتزويج، بالإضافة إلى تخلل الكلام الكثير بين الإيجاب و القبول، و هو كلام ليس من متعلقات الإيجاب، و لذا ذهب جماعه منهم ابن إدريس و العلامه إلى عدم الاجتزاء، و للبحث تتمه ستأتى.

(١) نسب إلى الأكثر عدم اشتراط التقديم فيما لو كان القبول بلفظ: تزوجت، فقالت الزوجه أو وليها: زوجتك، لما هو الظاهر من خبر الساعدي و صحيح محمد بن مسلم المتقدمين، مؤيدا بمراعاة الشارع للحياء فى البكر و لذا اكتفى فى رضاها بالسكوت كما فى الخبر (فى المرأه البكر إذنها صماتها، و الثيب أمرها إليها)(٢) و فى آخر (فى رجل يريد أن يزوج أخته قال: يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها و إن أبت لم يزوجها)٣، و لا-ريب فى المشقه عليها من جهه ابتدائها بالإيجاب بخلاف ما لو ابتدأ الزوج فيهن عليها حينئذ قول:

زوجتك، بل إن القبول الذى هو بمعنى الإيجاب هو إيجاب فى الواقع، و تسميته قبولاً اصطلاحاً فيكون الصادر هو الإيجاب من الزوج و القبول من الزوجه و لازمه صحه القبول منها بلفظ (نعم) كما هو الظاهر من النصوص الوارده فى المتعه و قد تقدم بعض منها كخبر أبان بن تغلب(٣).

و منه تعرف أن النكاح كالصلح يصح إيجابه من كل من المتعاقدين، نعم لو كان القبول من الزوج بلفظ (قبلت) فيتعين تأخره، لأنه حينئذ رضا بالإيجاب و متى لم يوجد إيجاب بحسب الفرض لم يكن هذا قبولاً، لأنه حينئذ كالانفعال الذى يحصل تبعاً لحصول الفعل شبيه الانكسار بعد الكسر، فيستحيل تقدمه عليه.

ص: ١٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهر حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ١.

و القبول. و الترتيب (١) كيف اتفق غير مخلّ بالمقصود (٢).

و يزيد النكاح على غيره من العقود. أن الإيجاب من المرأه و هى تستحى غالبا من الابتداء به (٣) فاغتفر (٤) هنا، و إن خولف فى غيره (٥)، و من ثم ادعى بعضهم الإجماع على جواز تقديم القبول هنا، مع احتمال عدم الصحه كغيره (٦)، لأن القبول إنما يكون للإيجاب فمتى وجد قبله (٧) لم يكن قبولا (٨). و حيث يتقدم يعتبر كونه بغير لفظ قبلت، كتزوجت و نكحت و هو حينئذ فى معنى الإيجاب.

(و) كذا (لا) يشترط (القبول بلفظه) أى بلفظ الإيجاب (٩)، بأن يقول:

زوجتك. فيقول: قبلت التزويج، أو أنكحتك. فيقول: قبلت النكاح، (فلو قال:

زوجتك فقال: قبلت النكاح صح)، لصراحه اللفظ، و اشتراك الجميع فى الدلاله على المعنى.

(و لا يجوز) العقد إيجابا و قبولا (بغير العربية (١٠) مع قدره) عليها، لأن (١) بين الايجاب و القبول.

(٢) إن كان القبول المتقدم بمعنى الايجاب.

(٣) بالايجاب.

(٤) أى اغتفر ابتداء المرأه بالايجاب فى النكاح لمقام حياتها.

(٥) أى فى غير النكاح، بل لا بد من الابتداء بالايجاب و لو كان من المرأه، إلا الصلح على ما تقدم بيانه.

(٦) أى كغيره من العقود.

(٧) قبل الايجاب.

(٨) و فيه: إنه مما تقدم تعرف أنه ليس قبولا بل هو من باب صدور الايجاب ممن وظيفته القبول، و ليس من باب تقديم القبول على الايجاب.

(٩) لأنه لا يشترط فى لفظ القبول مطابقته لعباره الايجاب، بل يصح الايجاب بلفظ و القبول بلفظ آخر، فلو قال الولي: زوجتك، فقال الزوج: قبلت النكاح أو نكحت، أو قال الولي: أنكحتك، فقال الزوج: قبلت التزويج أو تزوجت، صح بلا- خلافا و لا إشكال لإطلاق الأدله، و قد تقدم بحثه.

(١٠) بل تعتبر العربية فى عقد النكاح على المشهور للإجماع المدعى عن المبسوط و التذكرة، و للتأسى بالمعصوم عليه السلام حيث تزوج بالعربية، و لأصالة الفساد فى العقود عند الشك -

ذلك (١) هو المعهود (٢) من صاحب الشرع كغيره من العقود اللازمه، بل أولى (٣).

وقيل: إن ذلك مستحب لا- واجب، لأن غير العربيه من اللغات من قبيل المترادف يصح أن يقوم مقامه، ولأن الغرض ايصال المعاني المقصوده إلى فهم المتعاقدين فيتأدى بأى لفظ اتفق، و هما (٤) ممنوعان (٥).

و اعتبر ثالث كونه بالعربيه الصحيحه فلا ينعقد بالملحون، و المحرّف (٦) مع -فى اعتبار شىء و هو المسمى بأصالة عدم ترتب الأثر و قد خرج عن ذلك العقد بالعربيه فغيره باق لعدم الدليل على الخروج، و لأصالة الاحتياط فى الفروج، و لعدم صدق العقد على غير العربى، و لأن اعتبار الماضويه فى العقد مستلزم لاعتبار العربيه من باب أولى.

و فيه: أما الاجماع فلم يثبت كونه تعديدياً، و أما التأسى فغير لازم فى كل ما كانوا عليه، فقد كانوا فى الحجاز أو كانوا يتكلمون بالعربيه فى محاوراتهم العرفيه و لا- يتوهم أحد محبوبه ذلك، و أصالة الفساد مع أصالة الاحتياط لا مجال لهما مع إطلاق العقد عرفاً على ما لو تم بغير العربيه فيندرج تحت قوله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و منه تعرف ضعف عدم صدق العقد على غير العربى، و أما اعتبار الماضويه فهى غير معتبره كما تقدم، و لو سلم فهى ليست من خصوصيات اللغه العربيه حتى يقال بأن اعتبارها مستلزم لاعتبار العربيه، و لذا ذهب ابن حمزه و جماعه من المتأخرين إلى جوازه بغير العربيه، و جعل ابن حمزه كونه بالعربيه مستحبا و لعله للتأسى و قد عرفت ما فيه.

(١)أى العربيه.

(٢)دليل التأسى.

(٣)أى بل النكاح أولى بالعربيه من بقيه العقود اللازمه التى صدرت من الشارع، للاحتياط فى مسأله الفروج.

(٤)أى الدليلان المذكوران سابقا.

(٥)لأن فى النكاح شوباً من العباده، المقتضى للتوقيفيه، و فيه ما قد عرفت من أنه لا مجال له بعد إطلاق أدله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

(٦)اللحن هو الغلط فى الاعراب، و التحريف هو الغلط فى الحروف أو فى مخارجها، قال فى المسالك: (و بالجمله فمن جَوَز التعبير بغير العربيه جَوَز اللحن فى اللفظ العربى إذا لم-

ص: ١٦٢

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) سورة المائده، الآية: ١.

القدره على الصحيح، نظرا إلى الواقع من صاحب الشرع (١) ولا ريب أنه أولى، و يسقط مع العجز عنه (٢).

و المراد به (٣) ما يشمل المشقه الكثيره فى التعلم، أو فوات (٤) بعض الأغراض المقصوده، و لو عجز أحدهما (٥) اختص بالرخصه، و نطق القادر بالعربيه بشرط أن يفهم كل منهما كلام الآخر و لو بترجمين عدلين (٦).

و فى الاكتفاء بالواحد (٧) وجه (٨)، و لا يجب على العاجز التوكيل و إن قدر عليه (٩)، للأصل (١٠).

(و الأخرس) يعقد ايجابا و قبولا (بالإشاره) المفهمه للمراد (١١)،

فى ما يشترط فى العاقد و ما يشترط فى العقد

(و يعتبر فى) يغير المعنى، و من شرط العربى ظاهره عدم اشتراط الإعراب أيضا، لأن تركه لا يخل بأصل اللفظ العربى، و اشترط بعضهم الاعراب مع القدره لما مرّ فى اشتراط أصل العربى هذا كله مع القدره) انتهى، و الأولى أن اللحن و الغلط إن كان مغيرا للمعنى فلا يجزى، لعدم تحقق إنشاء الإيجاب و القبول به، و إن لم يكن مغيرا فلا بأس به.

(١) حيث لم يصدر منه غلط لا باللحن و لا بالتحريف.

(٢) عن الصحيح، هذا و العجز عنه لا يصحح كون غير الصحيح عقدا إن كان النكاح توقيفيا، و منه تعرف عدم توقيفيه النكاح إلا فى اشتراط الايجاب و القبول اللفظيين، و فى انحصار الايجاب بلفظى (زوجتك و أنكحتك).

(٣) أى العجز.

(٤) أى و التعلم موجب لفوات.

(٥) أحد الزوجين.

(٦) لأنهما بينه.

(٧) أى المترجم الواحد.

(٨) قد قواه سيد الرياض لكفايه قول الثقة إذا لم يفد القطع و إلا فلا ريب فى كفايته.

(٩) على التوكيل.

(١٠) و هو أصاله عدم وجوب التوكيل عليه، و يظهر من التذكرة على ما قيل اتفاهم على جواز النطق بغير العربيه عند العجز عن تعلمها و لا يجب عليه التوكيل. لفحوى اجتزاء الأخرس بالإشاره فى الطلاق على ما ورد فى الخبر.

(١١) سواء كان خرسه أصليا أو طارئا بلا خلاف فيه، و لفحوى ما ورد من أن طلاق الأخرس بالإشاره على ما سيأتى بيانه فى باب

الطلاق.

ص: ١٦٣

(العقد الكمال (١)، فالسكران باطل عقده و لو أجاز بعده) (٢) و اختصه بالذكر تنبيها (١) الكمال يتحقق بالبلوغ و العقل، فلا عبره بعبارة الصبي إيجابا و قبولا، لنفسه و لغيره سواء كان مميزا أم لا، و كذا المجنون حال جنونه سواء كان إطباقيا أم أدواريا، لحديث رفع القلم (١)، و بالجملة فالمعتبر هو قصد المكلف إلى العقد، و قصد غيره منزل منزله العدم و لذا قيل إن الشارع قد جعل الصبي و المجنون مسلوبى العبارة.

(٢) أى لو أجاز العقد بعد السكر، هذا و قد عرفت أن شرط صحة العقد القصد إليه، و السكران الذى بلغ به السكر حدا أزال عقله و ارتفع قصده فنكاحه باطل كغيره من عقود، سواء فى ذلك الذكر و الأنثى، على ما تقتضيه القواعد المتقدمة، و متى كان عقده باطلا لعدم القصد من رأس فلا تنفعه الإجازة بعد الإقامه، لأن الإجازة لا تصحح ما وقع باطلا من أصله، نعم لو وقع العقد صحيحا غير أنه غير مستجمع لتمام شرائط الصحة كعقد الفضولى كانت الإجازة نافعه و محققه للشرط المتخلف، و مع تحققه يؤثر العقد أثره حينئذ.

إذا تقرر ذلك فاعلم أنه قد ورد فى صحيح إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت فزوجت نفسها رجلا- فى سكرها، ثم أفادت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أ حلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر، و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السّلام:

إذا أقامت بعد ما أفادت فهو رضا منها، قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال عليه السّلام: نعم) (٢)، و ظاهره صحة عقد السكران إن تعقبته الإجازة حال الإفاقه، و قد عمل بها الشيخ فى النهايه و تبعه ابن البراج، و حكى عن الصدوق فى الفقيه و المقنع، هذا و المشهور أعرضوا عنه لمخالفته لما تقدم من القواعد، و قد حملها العلامة فى المختلف على السكر الذى لم يبلغ حد إزاله القصد، و أورد عليه فى المسالك بأنه حينئذ يكون العقد صحيحا بلا حاجه إلى تقريرها و رضاها فيما بعد، و حملها الفاضل الهندى فى كشف اللثام على ما لو كان الزوج جاهلا- بسكرها فلا يسمع فى حقه قول المرأة و تجرى عليهما أحكام الزوجيه ظاهرا و هو حمل بعيد لا شاهد له من الخبر، و حملها صاحب الجواهر على توكيلها فى التزويج حال السكر فيكون العقد فضوليا تنفعه الإجازة بعد الإفاقه، و فى الأخير ضعف ظاهر حيث ورد فى الخبر (فزوجت نفسها) و هو ظاهر فى المباشرة لا التوكيل.

ص: ١٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمات العبادات حديث. ١١

على ردّ ما روى من «أن السيكرى لو زوجت نفسها ثم أفقت فرضيت، أو دخل بها فأفقت و أقرته كان ماضيا» (١) و الروايه صحيحه، إلا أنها مخالفه للأصول الشرعيه فأطرحها الأصحاب، إلا الشيخ فى النهايه (و يجوز تولى المرأه العقد عنها، و عن غيرها إيجابا و قبولا) (٢) بغير خلاف عندنا، و إنما يتبّه على خلاف بعض العامه المانع منه (٣).

(و لا يشترط الشاهدان) فى النكاح الدائم مطلقا (٤) (و لا الولي (٥) فى نكاح) (١) قد نقل الشارح الروايه بالمعنى.

(٢) لأن عباره المرأه معتبره فى العقد، بمعنى غير مسلوبه العبارة، إذا كانت بليغه رشيدته سواء قلنا بثبوت ولايه الأب عليها أم لا، فيجوز لها حينئذ إجراء عقد النكاح إيجابا و قبولا عن نفسها و عن الغير، لإطلاق الأدله من غير مقيد.

و عن الشافعى سلب عبارتها مطلقا فى النكاح فليس لها أن تتولاه لنفسها و لا لغيرها و إن أذن لها الولي أو وكت فيه و هو معلوم البطلان، لأن ولايه الأب عليها لا يسلبها عبارتها و يجعلها كالصبي.

(٣) من تولى العقد.

(٤) سواء كانت المرأه رشيدته أم لا، بل و لا تشترط الشهاده فى المنقطع و التحليل لأصالة عدم الاشتراط بعد عدم الدليل عليه إلا ما ورد فى خبر المهلب الدلال (أنه كتب إلى أبى الحسن عليه السّلام أن امرأه كانت معى فى الدار، ثم إنها زوجتني نفسها، و أشهدت الله و ملائكته على ذلك، ثم إن أباها زوجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب عليه السّلام:

التزويج الدائم لا يكون إلا بولى و شاهدين، و لا يكون تزويج متعه ب بكر، استر على نفسك و اكنم رحمك الله) (١).

و هو ضعيف السند و موافق للعامه و قد أعرض الأصحاب عنه، إلا ابن أبى عقيل حيث اعتمد عليه و حكم باشتراط الشهاده فى الدائم و هو ضعيف لما سمعت.

(٥) سيأتى تحقيقه مفصلا إن شاء الله، و إنما ذكره المصنف هنا إجمالا باعتبار أن المخالف للمشهور و الذى ذهب إلى اشتراط الشاهدين و الولي قد اعتمد على الخبر المتقدم، فأراد أن يتبّه على عدم اشتراط الشهاده لضعف الخبر و ذكر حكم الولي معه إجمالا مع إحاله التفصيل على ما يأتى.

ص: ١٦٥

(الرشيدة و إن كانا (١) أفضل) على الأشهر، خلافا لابن أبي عقيل حيث اشترطهما (٢) فيه (٣) استنادا إلى روايه ضعيفه تصلح سندا للاستحباب، لا للشرطيه.

(و يشترط تعيين الزوجه و الزوج) (٤) بالإشاره، أو بالاسم، أو الوصف (١) أى الشاهدان و الولي.

(٢) أى الشاهدين و الولي.

(٣) فى النكاح الدائم.

(٤) يشترط فى النكاح بأقسامه تعيين الزوجه عن غيرها من النساء، كما أنه يشترط تعيين الزوج عن غيره من الرجال بلا خلاف فيه، لأن الاستمتاع يستدعى فاعلا- و منفعلا- معينين، و التعيين يحصل بأمر ثلاثه: الإشاره كما لو كانت الزوجه حاضره فقال الولي:

زوجتك هذه أو هذه المرأه، و التسميه سواء كانت الزوجه حاضره أو غائبه بأن يقول الولي: زوجتك فاطمه، و الصفه الخاصه بأن يقول: زوجتك ابنتي الكبيره أو الصغيره أو الوسطى أو البيضاء أو السمراء، نعم لو اختلف الاسم و الوصف، أو أحدهما مع الإشاره أخذ بما هو المقصود و ألقى ما وقع غلطا، فمثلا لو قال: زوجتك الكبرى من بناتى فاطمه، و تبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التى هى الكبرى، و لو قال: زوجتك فاطمه و هى الكبرى، فتبين أنها الصغرى صح العقد على فاطمه لأنها المقصود، و يكون توصيفها بالكبرى لغوا، و كذا لو قال: زوجتك هذه و هى فاطمه أو و هى الكبرى فتبين أن اسمها خديجه أو أنها الصغرى فيصح العقد على المشار إليها و تسميتها بفاطمه أو توصيفها بالكبرى يقع لاغيا لأنه وقع غلطا.

إذا تقرر ذلك فلو زوجه إحدى بناته و كان عنده أكثر من واحده و لم يسمّها واقعا بحيث لم يقصد واحده بعينها بطل العقد لعدم تحقق التعيين، و هو شرط كما تقدم، و لو قصد واحده معينه و اتفق القصد عليها من الولي و الزوج صح العقد لتحقيق شرط التعيين و إن لم تسمى فى العقد، و عليه فلو اختلفا فى المعقود عليها بعد ذلك فالقول قول الأب مع يمينه فى التعيين مع رؤيه الزوج للجميع، و إلا- كان العقد باطلا كما عليه الأكثر لصحيح أبى عبيده (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوج إحداهن رجلا و لم يسمّ التى زوج للزوج و لا للشهود، و قد كان الزوج قد فرض لها صداقها، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ الزوج أنها الكبرى من الثلاثه فقال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغيره من بناتك، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كان الزوج رآهنّ كلهنّ و لم يسمّ له واحده منهن، فالقول فى ذلك قول الأب، و على الأب فيما بينه و بين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التى نوى أن يزوّجها إياه عند عقده النكاح، و إن كان الزوج لم

الرافعين للاشتراك،(فلو كان له بنات و زوجته واحده و لم يسمها فإن أبهم و لم يعين (١) شيئاً في نفسه بطل) العقد، لامتناع استحقاق الاستمتاع بغير معين،(و إن عين) في نفسه من غير أن يسميها لفظاً (فاختلفاً) (٢) في المعقود عليها حلف الأب إذا كان الزوج رآهن، و إلا بطل العقد) و مستند الحكم روايه أبي عبيده الحذاء عن الباقر عليه السلام، و فيها (٣) على تقدير قبول قول الأب أن عليه فيما بينه و بين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوجه إياه عند عقد النكاح.

و يشكل بأنه إذا لم يسم للزوج واحده منهن فالعقد باطل (٤) سواء رآهن أم -يرهن كلهن و لم يسم له واحده منهن عند عقده النكاح فالنكاح باطل(١).

و الروايه منافيه لما تقرر من القاعده المتقدمه التي اشترطت التعيين حال العقد حيث دلت الروايه على صحه العقد عند رؤيه الجميع و إن اختلف القصد، و إلى بطلان العقد عند عدم الرؤيه، مع أنه مع اختلاف القصد يجب الحكم بالبطلان لما تقدم، و من الواضح أن الرؤيه لا مدخلية لها في الصحه و لا عدمها له مدخلية في البطلان لأن المعبر هو التعيين فقط.

و قد ردها ابن إدريس و استجوده الشارح في المسالك لأن العقد لم يقع على معينه مخصوصه و التعيين شرط الصحه، و قد نزلها الفاضلان المحقق و العلامه في الشرائع و المختلف على أنه عند رؤيه الزوج للجميع فيكون قد أوكل التعيين للأب بحسب الظاهر و عليه أن يسم الزوج من نواها و لذا يقدم قول الأب مع يمينه لأن الاختلاف حينئذ في فعله و تعيينه فيرجع إليه فيه لأنه أعلم به، و مع عدم الرؤيه فلا- توكيل بحسب الظاهر و لا قصد مشترك منهما إلى معين فيبطل العقد، و فيه: إن رؤيه الجميع لا تدل على التوكيل و لا- عن الرضا بما عينه الأب لأن الرؤيه أعم فلا يمكن حمل الروايه على ذلك فاللازم إما العمل بمدلول الروايه كما فعل الشيخ و أتباعه و إما ردها كما فعل ابن إدريس.

(١)أى الولي.

(٢)بعد قصد الزوج و تعيينه أيضاً.

(٣)أى كما أن الحكم السابق مذكور فيها، فقد ذكر فيها أيضاً.

(٤)لعدم تعيينها عند الزوج.

ص:١٦٧

لا، لما تقدم (١)، و أن رؤيه (٢) الزوجه غير شرط فى صحه النكاح، فلا مدخل لها (٣) فى الصحه و البطلان. و نزلها الفاضلان على أن الزوج إذا كان قد رآهن فقد رضى بما يعقد عليه الأب منهنّ، و وكل الأمر إليه (٤) فكان كوكيله و قد نوى الأب واحده معينه فصرف العقد إليها، و إن لم يكن رآهن بطل، لعدم رضاء الزوج بما يسميه الأب.

و يشكل بأن رؤيته لهن أعمّ من تفويض التعيين إلى الأب، و عدمها (٥) أعم من عدمه (٦)، و الروايه مطلقه، و الرؤيه غير شرط فى الصحه (٧) فتخصيصها (٨) بما ذكر (٩) و الحكم به (١٠) لا دليل عليه (١١)، فالعمل بإطلاق الروايه (١٢) كما صنع جماعه، أو ردها مطلقا (١٣)، نظرا إلى مخالفتها لأصول المذهب كما صنع ابن إدريس و هو الأولى، أولى.

و لو فرض تفويضه إليه (١٤) التعيين ينبغى الحكم بالصحه، و قبول قول الأب مطلقا (١٥)، نظرا إلى أن الاختلاف فى فعله (١٦)، و أن نظر الزوجه ليس بشرط فى (١) من اشتراط تعيين الزوجه.

(٢) إشكال ثان.

(٣) أى لرؤيه الزوجه.

(٤) فى تعيين ما شاء منهنّ.

(٥) أى عدم الرؤيه.

(٦) عد التفويض المذكور.

(٧) إذ شرط الصحه هو التعيين.

(٨) أى الروايه.

(٩) من صورته التفويض.

(١٠) أى بما ذكر من التفويض فيصح العقد، و مع عدمه فيبطل العقد.

(١١) من الروايه.

(١٢) تبعا للرؤيه لا للتفويض.

(١٣) سواء رآهن أم لا كما فعل ابن إدريس لعدم التعيين.

(١٤) أى تفويض الزوج للأب.

(١٥) مع الرؤيه و عدمها.

(١٦) أى فى فعل الأب الوكيل.

ص: ١٦٨

صححه النكاح، و إن لم يفوض إليه التعيين بطل مطلقا (١).

في من له الولاية في النكاح

(و لا ولاية في النكاح لغير الأب (٢) و الجد له) و إن علا، (و المولى و الحاكم) (١) مع الرؤيه و عدمها.

(٢) الولاية منحصره بالأب و الجد و الوصى و الحاكم و المولى، و لا ولاية لغير هؤلاء على المشهور، و ذهب ابن أبى عقيل إلى ولاية الأم و تنزيلها و آباؤها منزله الأب و آباؤه لما ورد عند العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر نعيم بن النخاع أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، و قال: و أتمروهن فى بناتهن) (١) و هو ضعيف، هذا و مما يدل على ولاية الأب بالجمله أخبار كثيره.

منها: صحيح ابن بزيع عن أبى الحسن عليه السلام (عن الصبيه يزوجه أبوها يموت و هى صغيره، فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها، يجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال عليه السلام: يجوز عليها تزويج أبيها) (٢)، و صحيح عبد الله بن الصلت عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الجارية الصغيره يزوجه أبوها، لها أمر إذا بلغت؟ قال عليه السلام: لا، ليس لها مع أبيها أمر) (٣) و صحيح الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السلام: لا) (٣).

و مما يدل على ولاية الجد أخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (إذا زوج الرجل ابنه ابنه فهو جائز على ابنه) (٤) و صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا زوج الأب و الجد كان التزويج للأول، فإن كانا جميعا فى حال واحده فالجد أولى) (٥)، و منه يظهر ضعف ابن أبى عقيل من نفى ولاية الجد، و هذه النصوص الأخيره ظاهره فى كون الجد هو أب الأب، فلا يشمل أب الأم هذا من جهه و من جهه أخرى فالمشهور على أن ولاية الجد غير مشروطه بحياه الأب، لأن ولاية الجد ثابتة حال حياه الأب فتستصح عند موته، و لأن ولايته أقوى فلا يؤثر فيها موت الأب، و وجه الأقوائيه أنه لو صدر زواجها من الجد و الأب معا فتزويج الجد هو المقدم كما فى صحيح هشام بن سالم و محمد-

ص: ١٦٩

١- (١) مسند أحمد ج ٢ ص ٩٧، و سنن البيهقى ج ٧ ص: ١١٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب المهور حديث ٢.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.

(و الوصى) لأحد الأولين (١) (فولايه القرابه) للأولين ثابتة (على الصغيره، و المجنونه، و البالغه السفيهه، و كذا الذكر) المتصف بأحد الأوصاف الثلاثة (٢) (لا على) البكر البالغه (الرشيده فى الأصح) (٣).

-بن حكيم المتقدم، و لموثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الجاربه يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال عليه السّلام: (الجد أولى بذلك ما لم يكن مضارا إن لم يكن الأب زوجه قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجد) (١)، و عن الشيخ و الصدوق و بنى الجنيد و زهره و البراج، و أبى الصلاح و سلالر أنه يشترط حياه الأب لخبر الفضل بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن الجد إذا زوج ابنه ابنه و كان أبوها حيا، و كان الجد مرضيا جاز) (٢)، و فيه مع ضعف السند منع الدلاله فإنها بالمفهوم الوصفى - على ما فى المسالك - و هو غير معتبر عند المحققين، و لعل ذكر حياه الأب من باب الرد على العامه القائلين باشتراط ولايه الجد عند موت الأب، و من جهه ثالثه فولايه الأب و الجد ثابتة على الصغيرين من ذكر أو أنثى لما تقدم من الأخبار، و ولايتهما ثابتة على المجنونين من ذكر أو أنثى إذا كان الجنون متصلا بالبلوغ بلا خلاف فيه و يقتضيه الاستصحاب، و أما لو كان الجنون منفصلا ففيه خلاف و عن التحرير و التذكره أنها تعود و استقره الفاضل الهندى فى كشف اللثام لأن ولايتهما ذاتيه منوطه بإشفاقهما و تضررها بما يتضرر به الولد) و فيه: إنه استحسان لا- يصلح لإثبات الحكم الشرعى، و ربما قيل بولايه الحاكم حيثئذ لأنه ولى من لا ولى له، و من جهه رابعه فالبالغ السفيه و كذا البالغه كذلك يحتاج إلى إذن الولى فى النكاح كما يحتاج إلى إذنه فى المالىات، فلهما الولايه على السفيه لإطلاق خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا بلغ و نبت عليه الشعر جاز أمره إلا أن يكون سفيا) (٣).

(١) من الأب أو الجد.

(٢) من الصغر و الجنون و السفه.

(٣) قد تقدم أن الأنثى إذا كانت صغيره أو مجنونه أو سفيهه فلا إشكال فى ثبوت الولايه عليها، و أعلم أنه لا خلاف أيضا فى سقوط الولايه عن الثيب الرشيده بلا خلاف فيه إلا من ابن أبى عقيل من بقاء الولايه عليها و هو قول شاذ للأخبار الكثيره.-

ص: ١٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الحجر حديث ٥.

-منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأه الثيب تخطب إلى نفسها، قال عليه السلام: هي أملك بنفسها تولى أمرها من شاءت إذا كان كفوا بعد أن كانت قد نكحت رجلا قبله)(١)، و مثله خبر عبد الخالق ٢ و صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله ٣، و مثلها غيرها من النصوص، و كذا لا خلاف في عدم الولاية على البالغ البكر الرشيد لخبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: إنني أريد أن أتزوج امرأه و إن أبواي أرادا أن يزوجاني غيرها، فقال عليه السلام: تزوج التي هويت ودع التي يهوى أبواك)(٢)، و خير أبان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا زوّج الرجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، و إذا زوّج ابنته جاز ذلك) ٥ و أما ثبوت الولاية على البكر البالغة الرشيدة ففيه خلاف على أقوال:

الأول: ثبوت ولايتهما عليها على نحو الاستقلال، و هو المنسوب إلى الشيخ في أكثر كتبه و الصدوق و العمانى و كاشف اللثام و صاحب الحقائق، بل هو المنسوب إلى مشهور القدامى و استدلل له بجملة من النصوص.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أ لها مع أبيها أمر؟ فقال عليه السلام: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيب)(٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبيها، و ليس لها مع الأب أمر، و قال عليه السلام: يستأمرها كل أحد ما عدا الأب)(٤)، و خبر على بن جعفر (سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير إذنها، قال عليه السلام: نعم، ليس للولد مع الوالد أمر، إلا أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر)(٥) و مثلها غيرها، و قد استقصى شيخنا الأعظم هذه الأخبار في رسالته و قال (فهذه ثلاث و عشرون روايه تدل على استمرار ولاية الأب على البالغة البكره) انتهى.

الثانى: عدم الولاية عليها مطلقا بل لها تمام الاستقلال و هو المنسوب إلى المشهور بين -

ص: ١٧١

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٢ و ١٢.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ٣.
- ٣- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١١.
- ٤- (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.
- ٥- (٨) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٨.

-القدماء و المتأخرين للإجماع على زوال الولايه فى المال فكذا فى النكاح، و للأخبار:

منها: صحيح الفضلاء - الفضيل بن يسار و محمد بن مسلم و زراره و بريد بن معاويه كلهم - عن أبى جعفر عليه السلام (المراه التى قد ملكت نفسها غير السفيهه و لا المولى عليها تزويجها بغير ولى جائز) (١)، و صحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (تستأمر البكر و غيرها، و لا تنكح إلا بأمرها) ٢، و خبر سعدان بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن وليها) (٢)، و لما روته العامه عن ابن عباس (أن جاريه بكرا جاءت إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: إن أبى زوجنى من ابن أخ له ليرفع خسيسته و أنا له كارهه، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: أجزى ما صنع أبوك، فقالت: لا- رغبه لى فيما صنع أبى، قال: فاذهبى فانكحى من شئت، فقالت: لا رغبه لى عن ما صنع أبى، و لكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء فى أمور بناتهم شىء) (٣)، و خبره الآخر عنه صلى الله عليه و آله و سلم (الأيّم أحق بنفسها من وليها، و البكر تستأذن فى نفسها، و إذنها صماتها) (٤) بالإضافة إلى الأصل من عدم اشتراط ولاية الولى و لا إذنه فى صحه العقد بعد انتفاء ولايته عنها فى غير النكاح.

الثالث: التفصيل بين الدوام و الانقطاع، باستقلالها فى الأول دون الثانى، و قد حكاه فى الشرائع و التذكرة قولاً، و لم يعرف قائله، لصحيح البيهقى عن الرضا عليه السلام (البكر لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها) (٥) و صحيح أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام (العدراء التى لها أب لا تتزوج متعه إلا بإذن أبيها) ٧، و به يجمع بين الطائفتين الأولى و الثانیه.

و تخصيص المنقطع بالولاية لأن استقلالها بالمتعه إضرار بالأولياء لما يشتمل المنقطع على الغضاضه و العار بسبب الإباء الطبيعى.

الرابع: عكس الثالث باستقلالها فى المنقطع دون الدائم كما عن الشيخ فى كتابى الأخبار للجمع بين الأخبار، و لخبر أبى سعيد (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن التمتع من الأبكار اللواتى بين الأبوين، فقال: لا بأس، و لا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب) (٦) ، و خبر-

ص: ١٧٢

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب عقد النكاح حديث ١ و ١٠.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.
- ٣- (٤) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٥٧٨.
- ٤- (٥) سنن البيهقى ج ٧ ص ١١٨.
- ٥- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٥ و ١٢.
- ٦- (٨) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٦.

-الحلبى (سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا- إذن أبويها قال: لا- بأس ما لم يفتض ما هناك)(١). و تخصيص الدائم بالولاية لكثرة أحكام الدائم و كثره حقوق الزوج فيه مع أن المرأة قاصره النظر فى تحصيل المناسب فوكل أمرها إلى الولى فى الدائم لتعذر استدراك فائته بخلاف المنقطع.

و فى القولين ضعف ظاهر، لأن الجمع بين أخبار الطائفتين الأولى و الثانية بما تقدم جمع تبرعى لا شاهد عليه من نفسها أو من غيرها، و أخبار تمتع البكر بدون إذن وليها معارضه بأخبار لابدئيه إذن وليها على ما تقدم عرض بعضها.

الخامس: التشريك بمعنى اعتبار إذنهما معا كما عن المفيد و الحلبيين و ظاهر الوسائل للأخبار:

منها: صحيح العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تتزوج ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن آباءهن)(٢)، و خبر أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السّلام (الجارية البكر التى لها أب لا تتزوج إلا بإذن أبيها)(٣)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (لا- ينقض النكاح إلا الأب)٤، و موثق صفوان (استشار عبد الرحمن موسى بن جعفر عليه السّلام فى تزويج ابنته لابن أخيه، فقال عليه السّلام: افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها فى نفسها نصيبا، قال: و استشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السّلام فى تزويج ابنته على بن جعفر، فقال عليه السّلام: افعل و يكون ذلك برضاها، فإن لها فى نفسها حظا)٥ و مثلها غيرها من الأخبار، و به يتم الجمع بين الأخبار المتقدمه الواردة فى استقلال الولى و استقلالها، نعم عن المفيد اختصاص التشريك بين المرأة و أبيها دون غيره من الأولياء لظاهر هذه الأخبار، و قد حملت على الغالب من كون الولى هو الأب، و إلا فقد تقدم أن ما يثبت للأب يثبت للجد ثم على القول بثبوت الولاية على البكر فلو ذهبت بكارتها بغير الوطاء من وثبه و نحوها فقد صرح جماعه منهم الشارح و صاحب الجواهر ببقاء الولاية للاستصحاب، و بصدق الباكره عليها لأنها لم تمس، و بعدم صدق الثيب عليها، لأن الثيب من تزوجت، و لخبر على بن جعفر المتقدم حيث قال عليه السّلام (نعم ليس للولد مع الوالد أمر، إلا- أن تكون امرأه قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن-

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ١ و ٥.

الآية (١) و الأخبار و الأصل.

و ما ورد من الأخبار الداله على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي محموله على كراهه الاستبداد جمعا، إذ لو عمل بها (٢) لزم اطراح ما دل على انتفاء الولاية (٣)، و منهم من جمع بينهما بالتشريك بينهما في الولاية، و منهم من جمع بحمل إحداهما (٤) على المتعه، و الأخرى على الدوام، و هو تحكم.

(و لو عضلها) الولي، و هو أن لا يزوجه بالكفو مع وجوده و رغبتها (فلا) -تستأمر(١)، و هو صريح فى كون الثيب مختصه بمن نكحت رجلا، و الباقي و منه موردنا يبقى تحت أدله عموم الولاية للولي.

و أما لو ذهبت بكارتها بالزنا و الشبهه فيه خلاف، ففي المستند إلحاقها بالبكر، و فى الجواهر إلحاقها بالثيب لأن الثوبه هى زوال البكاره بالوطء و هو متحقق فى المقام، و فيه:

إن نصوص الثيب مقيده بمن تزوجت و قد ذهبت بكارتها بذلك فيبقى مقامنا تحت أدله عموم الولاية للولي، فهى فى هذا المورد ملحقه بالبكر، و منه تعرف ما لو تزوجت و مات عنها زوجها أو طلقها قبل أن يدخل بها فهى باكره لعدم تحقق زوال البكاره فيها.

(١) بل استدل فى المسالك بالآيات الداله على إضافه النكاح إلى النساء من غير تفصيل كقوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (٢) ، و قوله تعالى: وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُمُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحَنَّ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ (٣) ، و فيه أما الأخيره فهى وارده فى المعتده عده الوفاه، و هى غالبا ما تكون ثيبا، و أما السابقتان فهما واردتان فى المطلقه و هى غالبا ما تكون ثيبا و معه لا يمكن الاستدلال بها على البكر لخروجها تخصصا.

(٢) بما دل على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي.

(٣) و كذا لو عمل بما دل على انتفاء الولاية للزم اطراح ما دل على أنها لا تتزوج إلا بإذن الولي، فالإشكال مشترك الورود.

(٤) إحدى الطائفتين كما هو مقتضى القولين الثالث و الرابع المتقدمين.

ص: ١٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب عقد النكاح حديث ٨.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٠.

٣- (٣) سورة البقره، الآية: ٢٣٢. (٤) سورة البقره، الآية: ٢٣٤.

(بحث في سقوط ولايته)، و جواز استقلالها به (١)، و لا فرق حينئذ (٢) بين كون النكاح بمهر المثل، وغيره، و لو منع من غير الكفو لم يكن عضلا، (و للمولى تزويج رقيقه (٣) ذكرا) كان أم (أنثى) رشيدا كان أم غير رشيد، و لا خيار له (١) بالنكاح، اعلم أن العضل هو المنع من التزويج بكفئتها إذا طلبت ذلك أو مع ميلها لذلك، و مع العضل يسقط اعتبار إذن الولي بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)**، و لعموم أدله نفى الحرج و الضرر.

و إذا سقط اعتبار إذنه فتستقل هي بنفسها، و عن بعض العامة أنه حينئذ يزوجه الحاكم و لا تستقل هي لكونها مسلوبه العبارة و هو ضعيف ثم إذا استقلت بالنكاح فلا فرق بين نكاحها نفسها للكفء بمهر المثل و بدونه، لأن المهر حقها فلا اعتراض عليها فيه و لذا لو أسقطته بعد وجوبه فلها الحق فكذا لو أسقطت بعضه حال العقد بأن قبلت بمهر دون مهر المثل.

ثم لو منعها من التزويج بغير الكفو فلا يكون عضلا، و غير الكفو من ورد في حقه النهي عن التزويج بهم كشارب الخمر و تارك الصلاة و المتجاهر بالفسق سيئ الخلق، و ليس المراد به من يفقد الكفاءة المعتبره شرعا في صحة النكاح كالإسلام إذا كانت المرأة مسلمة، إذ لا بد من هذه الكفاءة في صحة العقد، و بدونها يحكم بالبطان.

و في حكم العضل الغيبه المنقطعه التي يحصل معها المشقه الشديده من اعتبار استئذان الولي.

(٢) أي حين استقلالها بالنكاح.

(٣) يجوز للمولى تزويج أمته بلا خلاف فيه، لأن بضعها من جملة ماله فله نقله إلى من شاء لقاعده السلطنه و لعموم قوله تعالى: **وَمَنْ لَمْ يَسِدْ يَطْعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَانِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٢)**، و كذا الكلام في عبده الصغير و الكبير لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته و إن شاء و فزق بينهما) (٣) و مثله غيره، بل مما تقدم تعرف أن المولى له إجبار رقيقه على الزواج و لو كان كبيرا، و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامة من أن-

ص: ١٧٥

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

معه (١)، و له إجباره عليه (٢) مطلقا (٣)، و لو تحرر بعضه لم يملك إجباره حينئذ (٤)، كما لا يصح نكاحه إلا بإذنه.

(و الحاكم (٥) و الوصى (٦) يزوجان من بلغ فاسد العقل)، أو سفيفا (مع كون) -المولى ليس له إجبار المملوك الكبير على الزواج بدعوى أنه مالك للطلاق و فيه: إن كونه مالكا للطلاق لا ينافى جواز إجباره على النكاح.

(١) أى لا خيار للرقيق مع مولاه.

(٢) أى للمولى إجبار رقيقه على التزويج.

(٣) ذكرا كان أو أنثى، صغيرا كان أو كبيرا.

(٤) من تحرر بعضه صار شريكا للمولى فى الحق المتعلق برقبته، فليس لأحد منهما التصرف إلا بإذن الآخر، و منه النكاح، و ليس للمولى إجباره عليه مراعاة لجانب الحرية لأن الحر لا- يجبر عليه و النكاح لا يختص ببعضه، كما أنه لا يجوز للعبد الاستقلال بالنكاح مراعاة لجانب الرقيه، بل يعتبر صدوره عن رأيهما.

(٥) للحاكم الشرعى له ولاية على من ولى له فى النكاح و المال للنبوى (السلطان ولى من لا ولى له) (١)، و لكونه قد جعل قاضيا و حاكما كما فى الخبر (٢)، و تزويج من لا ولى له مع حاجته من مناصب القضاء و وظائفهم، و من لا ولى له هو من كان فاقدا للأب و الجد، و لا وصى عليه من قبلهما، هذا مع أن المشهور على أنه ليس للحاكم ولاية النكاح على الصبى و علل بأنه لا حاجة له فى النكاح و الأصل عدم ثبوت ولايته فيه، و فيه: أما الأول فهو ممنوع بنحو الكليه فقد تكون الحاجة إليه لأن الحاجة لا تختص بالوطء، و أما الثانى فالأصل غير مسموع بعد عموم أدله ولاية الحاكم.

نعم له الولاية على من بلغ غير رشيد بجنون أو سفه و لم يكن له ولى من حيث القرابه، و كذا له الولاية على من تجدد فساد عقله إذا كان النكاح صلاحا له بلا خلاف فيه، لعموم أنه ولى من لا ولى له.

(٦) فالوصى له الولاية على من بلغ غير رشيد بجنون بلا خلاف فيه للضرورة و عجز المحتاج عن المباشرة، و أشكل عليه بأنه لو ثبت ولاية الوصى على المجنون البالغ لثبتت ولايته على الصغير مع أن فيها الخلاف الآتى، و الاستدلال عليها بالضرورة و عجز المحتاج يقتضى إما ثبوت الولاية للحاكم و إما أن يعلم جميع المكلفين على نحو الوجوب الكفائى و لا يختص بالوصى.-

ص: ١٧٦

١- (١) كتر العمال ج ٨ ص ٤٠٠٣، و السنن الكبرى ج ٧ ص ١٢٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦.

(النكاح صلاحاً له، و خلوه من الأب و الجد له)، و لا- ولاية لهما على الصغير (١) مطلقاً (٢) فى المشهور، و لا- على من بلغ رشيداً، و يزيد الحاكم الولاية على من بلغ و رشد ثم تجدد له الجنون.

و فى ثبوت ولاية الوصى على الصغيرين مع المصلحة مطلقاً (٣)، أو مع -نعم لو قلنا بولاية الوصى على الصغير أمكن استصحاب الولاية إلى ما بعد البلوغ إذا بلغ فاسد العقل، و مثله ما لو بلغ سفيهاً.

و أما ولاية الوصى على غير البالغ ففيه أقوال: نفى الولاية مطلقاً كما عليه المشهور لأصاله عدمها و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى الصبى يتزوج الصبيه يتوارثان؟ فقال عليه السلام: إذا كان أبواهما اللذان زواجهما فنعم) (١) و مفهوم نفى التوارث إذا كان المتولى للتزويج غير الأب و إن كان هو الوصى.

الثانى: ثبوتها مطلقاً و هو اختيار الشيخ فى المبسوط و العلامة فى المختلف و الشهيد فى شرح الإرشاد و الشارح هنا فى الروضه لصحيح أبى بصير و محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه) (٢) و مثله غيره، و اشتمال الخبر على الأخ الذى لا ولاية له قطعاً لا يسقط النص عن الحجية كما ذكر صاحب الجواهر و غيره.

الثالث: ثبوت الولاية للوصى إذا نص الموصى على النكاح، و عدمه عند عدم التنصيص كما عن الشيخ فى الخلاف و ابن سعيد فى جامعه و المحقق الثانى و جماعه، أما عدم الولاية عند عدم التنصيص فلما تقدم فى القول الأول، و أما ثبوتها مع التنصيص فلقوله تعالى فَمَنْ يَدَّلْهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (٣) و حرمة تبديل الوصيه تقتضى ثبوت ولاية الوصى بتوليه الموصى، و لقوله تعالى: وَ يَسْتَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (٤)، و التزويج مع المصلحة إصلاح فيجوز للوصى حينئذ، و فيه: إنه غير مختص بالوصى بل هو شامل لجميع المكلفين.

(١) ذكرها كان أو أنثى.

(٢) مع المصلحة و عدمها، و سواء صرح الموصى أم لا.

(٣) سواء صرح الموصى أم لا كما هو مقتضى القول الثانى.

ص: ١٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد النكاح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٥.

٣- (٣) سورة البقره، الآية: ١٨٢.

٤- (٤) سورة البقره، الآية: ٢٢١.

تصريحه له في الوصيه بالنكاح أقوال (١)، اختار المصنف هنا انتفاءها مطلقا (٢)، وفي شرح الإرشاد اختار الجواز مع التنصيص (٣)، أو مطلقا (٤)، وقبله العلامة في المختلف (٥) و هو حسن، لأن تصرفات الوصى منوطه بالغبطه و قد تتحقق في نكاح الصغير (٦)، و لعموم فمن بدّ له (٧) و لروايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام قال: «الذي بيده عقده النكاح هو الأب، و الأخ، و الرجل يوصى إليه» و ذكر الأبخ غير مناف، لإمكان حمله على كونه وصيا أيضا (٨)، و لأن الحاجه قد تدعو إلى ذلك (٩)، لتعذر تحصيل الكفو حيث يراد (١٠)، خصوصا مع التصريح بالولاية فيه (١١).

مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى: يصح اشتراط الخيار في الصداق

(الأولى: يصح اشتراط الخيار في الصداق) (١٢)،.

(١) بعد ضم قول المشهور المتقدم من نفي الولاية مطلقا.

(٢) مع المصلحه و عدمها، و مع تصريح الموصى أم لا كما هو مقتضى القول الأول.

(٣) كما هو مقتضى القول الثالث.

(٤) كما هو مقتضى القول الثاني.

(٥) اختيار الجواز مع التنصيص أو مطلقا.

(٦) فتندرج تحت قوله تعالى: يَسْئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (١).

(٧) و هو قوله تعالى: فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ (٢).

(٨) فيكون من باب عطف العام على الخاص.

(٩) أى إلى إنكاح الوصى.

(١٠) قال في المسالك: (و قد تتحقق الغبطه في نكاح الصغير من ذكر أو أنثى بوجود كفاء لا- يتفق في كل وقت و يخاف بتأخيره فوته) انتهى.

(١١) أى فى الإنكاح، و التصريح بالولاية من الموصى.

(١٢) لا يجوز اشتراط الخيار فى عقد النكاح بلا خلاف فيه، لأن النكاح ليس معاوضه محضه-

ص: ١٧٨

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢١.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ١٨٢.

لأن ذكره (١) في العقد غير شرط في صحته، فيجوز إخلاؤه عنه (٢)، و اشتراط عدمه (٣)، فاشتراط الخيار فيه (٤) غير مناف لمقتضى العقد، فيندرج في عموم «المؤمنون عند شروطهم»، فإن فسخه ذو الخيار ثبت مهر المثل مع الدخول، و لو اتفقا على غيره (٥) قبله (٦) صح، (و لا يجوز) اشتراطه (في العقد) لأنه (٧) ملحق -بل فيه شائبه العباده و العبادات لا يدخلها الخيار، و لأن اشتراط الخيار يفضى إلى فسخ العقد بعد ابتدال المرأة و هو ضرر عليها، و لهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبرا لها، و لأن شرط الخيار مناف للدوام المعتبر فى النكاح فهو شرط مخالف لمقتضى العقد، فلو شرط الخيار فالشرط باطل قطعا، و فى بطلان العقد به قولان، فالمشهور على البطلان، لأن التراضى بالعقد لم يقع إلا على هذا الوجه، و بدونه فلا تراضى و لا عقد، و عن ابن إدريس صحه العقد و إن بطل الشرط، لأن العقد مشتمل على أمرين أحدهما صحيح و الآخر فاسد، و لا ربط لأحدهما بالآخر، و مما تقدم تعرف ضعفه.

ثم إنه لا خلاف بينهم فى جواز اشتراط الخيار فى المهر بحيث يوقع العقد على مهر بقدر، و ثبوت الخيار له فيه إلى مده معينه، بحيث لو فسخ قبل انقضاء المده يكون العقد بلا ذكر المهر فيرجع فيه إلى مهر المثل، بلا فرق بين كونه للزوج أو الزوجه، لأن ذكر المهر غير شرط فى صحه العقد فلذا جاز اشتراط الخيار فيه مده مضبوطة، لأن غايته فسخه و إبقاء العقد بغير مهر و هو جائز، و إذا كان الشرط فى المهر غير مناف لمقتضى العقد فيندرج تحت العموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(١) أى ذكر المهر.

(٢) أى خلو عقد النكاح عن المهر.

(٣) أى اشتراط عدم المهر فى عقد النكاح، و لكن اشتراط عدمه فى الحال أما لو شرط عدم المهر فى الحال و فى المآل بحيث يشمل بعد الدخول فسد العقد، لأن اشتراط عدمه حينئذ مناف لما دل على ثبوت مهر المثل لها.

(٤) أى الخيار فى الصداق.

(٥) على غير مهر المثل، و كان الاتفاق المذكور بعد الفسخ.

(٦) أى قبل الدخول.

(٧) أى النكاح.

ص: ١٧٩

بضروب العبادات، لا المعاوضات (فيبطل) العقد باشتراك الخيار فيه، لأن التراضي إنما وقع بالشرط الفاسد و لم يحصل.

وقيل: يبطل الشرط خاصه، لأن الواقع شيان فإذا بطل أحدهما بقى الآخر.

و يضعف بأن الواقع شيء واحد و هو العقد على وجه الاشتراط فلا يتبعض.

و يمكن إرادته القول الثاني (١) من العبارة (٢).

(و يصح توكيل كل من الزوجين فى النكاح) (٣)، لأنه مما يقبل النيابة و لا يختص غرض الشارع بإيقاعه من مباشر معين (فليقل الولي) و لى (٤) المرأه لو كىل الزوج: (زوجت من موكلك فلان (٥)، و لا يقل: منك) (٦) بخلاف البيع (٧) و نحوه من العقود.

و الفرق (٨) أن الزوجين (٩) فى النكاح ركان بمثابة الثمن و المثلن فى البيع و لا بدّ من تسميتهما (١٠) فى البيع، فكذا الزوجان فى النكاح (١١)، و لأن البيع (١٢) (١) أى بطلان الشرط خاصه.

(٢) أى عبارة المصنف حيث قال (و لا يجوز فى العقد فيبطل) بإرجاع ضمير الفاعل فى (فيبطل) إلى الشرط فقط.

(٣) أى فى عقد النكاح بلا خلاف فيه، لما تقدم فى باب الوكالة من أن الوكالة تصح فى كل فعل لم يتعلق غرض الشارع بصدوره من مباشر معين.

(٤) و هو المباشر للعمل أى الوكيل أو الولي كأبيها وجدها.

(٥) أو بدون لفظ (من).

(٦) لأن الترويج ليس للوكيل بل لموكله.

(٧) فيصح مخاطبه الوكيل بقوله: بعتك كذا بكذا، و يكون البيع للموكل.

(٨) أى الفرق بين التوكيل فى النكاح و التوكيل فى البيع بما ذكر من الخصوصيات، و الفرق من وجوه أربعة قد ذكرها الشارح هنا تبعا للمحقق الثانى فى جامع المقاصد.

(٩) الفارق الأول.

(١٠) أى تسميه الثمن و المثلن.

(١١) و فيه: إنه قياس مع كون المتعاقدين فى النكاح كالتعاقدين فى البيع، و الذى يقابل الثمن و المثلن هو البضع و المهر.

(١٢) الفارق الثانى.

يرد على المال و هو يقبل النقل من شخص إلى آخر فلا يمتنع أن يخاطب به الوكيل و إن لم يذكر الموكل، و النكاح يرد على البضع و هو لا يقبل النقل أصلا (١)، فلا- يخاطب به الوكيل، إلا مع ذكر المنقول إليه (٢) ابتداء، و من ثم لو قبل النكاح وكاله عن غيره فأنكر الموكل الوكاله بطل (٣) و لم يقع للوكيل (٤) بخلاف البيع فإنه يقع مع الإنكار (٥) للوكيل (٦)، و لأن الغرض (٧) فى الأموال (٨) متعلق بحصول الأَعواض المَالِيه و لا- نظر غالبا إلى خصوص الأشخاص، بخلاف النكاح فإنه متعلق بالأشخاص فيعتبر التصريح بالزوج، و لأن البيع (٩) يتعلق بالمخاطب، دون من له العقد، و النكاح بالعكس (١٠)، و من ثم لو قال: زوجته من زيد فقبل له و كيله صح، و لو حلف أن لا ينكح (١١) فقبل له و كيله حث، و لو حلف أن لا يشتري فاشترى له و كيله لم يحث، و فى بعض (١٢) هذه الوجوه نظر.

(و ليقبل) الوكيل:(قبلت لفلان) كما ذكر فى الإيجاب، و لو اقتصر على «قبلت» ناويا موكله فالأقوى الصحة، لأن القبول عبارته عن الرضا بالإيجاب السابق فإذا وقع بعد إيجاب النكاح للموكل صريحا كان القبول الواقع بعده رضى به (١٣)، فيكون للموكل.

(١) و فيه: إن البضع قابل للنقل فى الجملة، و لو بمعنى تسلط الزوج على منفعته، و لذا وجب عليها تمكينه عند إرادته فى كل أحوالها.

(٢) و هو الموكل.

(٣) أى بطل النكاح، لأنه نكاح للموكل و قد أنكر التوكيل فيبطل.

(٤) لأنه لم يخاطب به.

(٥) أى إنكار التوكيل.

(٦) أى يقع البيع للوكيل و فيه: إن العقود تابعه للقصد، فالوكيل قد قصد الموكل فلو وقع عن الوكيل لما كان مقصودا فكيف يصح؟

(٧) الفارق الثالث.

(٨) عند نقلها بالبيع.

(٩) الفارق الرابع.

(١٠) بحيث يتعلق بمن له العقد فلا بد من ذكره، و فيه أنه أول الكلام.

(١١) أى أن لا يعقد.

(١٢) أى ما عدا الثالث.

(١٣) أى يـأـيـجـاب النـكـاح للموكل.

ص: ١٨١

و وجه عدم الاكتفاء به أن النكاح نسبه (١) فلا يتحقق إلا بتخصيصه بمعين (٢) كالإيجاب (٣).

و ضعفه يعلم مما سبق فإنه لما كان رضا بالإيجاب السابق اقتضى التخصيص بمن وقع له، (و لا يزوجه الوكيل من نفسه (٤) إلا إذا أذنت فيه (٥) عموماً) كزوجني ممن شئت، أو و لو من نفسك، (أو خصوصاً) فيصح حينئذ (٦) على الأقوى.

(١) أي أمر غير مستقل فلا يتقوم إلا بشيء آخر.

(٢) فلا بد من التصريح به.

(٣) الذي اشترطنا فيه تخصيصه بمعين فكذلك القبول.

(٤) إذا وكتت المرأة المالكة لأمرها أحداً في تزويجها، فلا يجوز للوكيل أن يزوجه من نفسه، لأن إطلاق الاذن في التزويج منصرف إلى غيره باعتبار أن الوكيل غير الزوجين فلا يشمل الاذن هذا كله في صورته إطلاق الاذن.

أما لو عممت الاذن فقالت: زوجني بمن شئت، فهل يكون التعميم كالإطلاق لأن المغايرة بين الوكيل و الزوج تقتضى إخراجها عن عموم الاذن، أو أن التعميم أقوى دلالة على جزئياته من الإطلاق فيشمل الاذن نفس الوكيل قولان، و يظهر أن القول الثاني إجماعى كما فى المسالك.

و أما لو نصت على نفس الوكيل فقالت: زوجني من نفسك فقد ذهب المشهور إلى الجواز للتصريح، و قيل بالمنع لئلا يكون موجبا قابلاً و لخبر عمار الساباطى (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن امرأه تكون فى أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أ يحلّ لها أن توكل رجلاً يريد أن يتزوجها، تقول له: قد وكتتك فاشهد على تزويجى، قال عليه السّلام:

لا، قلت: جعلت فداك، و إن كانت أئماً؟ قال عليه السّلام: و إن كانت أئماً، قلت: فإن وكتت غيره بتزويجها منه؟ قال عليه السّلام: نعم (١).

و قد طعن فى سندها فضلاً عن قصور دلالتها لجواز كون المنفى من الإمام عليه السّلام هو قولها: وكتتك فاشهد، فإن مجرد الإشهاد غير كاف فى تحقق الزواج.

و أما كونه قابلاً موجبا فغير ضائر، لأن تولى الواحد لطرفى العقد أصاله و وكاله غير قادح للأصل، مع كون المغايرة الاعتبارية كافية.

(٥) فى التزويج.

(٦) أى حين التخصيص أو التعميم.

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤.

أما الأول (١) فلأن المفهوم من اطلاق الإذن تزويجها من غيره، لأن المتبادر أن الوكيل غير الزوجين.

و أما الثاني (٢) فلأن العام ناصّ على جزئياته، بخلاف المطلق.

و فيه نظر (٣).

و أما الثالث (٤) فلانتفاء المانع مع النص (٥). و منع بعض الأصحاب استنادا إلى روايه عمار الداله على المنع، و أنه يصير موجبا قابلا- مردود بضعف الروايه، و جواز تولى الطرفين اكتفاء بالمغايره الاعتباريه، و له تزويجها مع الاطلاق من والده و ولده و إن كان مولّى عليه (٦).

الثانيه: لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته

(الثانيه: لو ادعى زوجيه امرأه فصدقته حكم بالعقد ظاهرا) (٧) لانحصار (١) و هو الإطلاق.

(٢) أى العموم.

(٣) لأن المغايره بين الوكيل و الزوج قرينه على عدم إرادته من العموم.

(٤) أى التخصيص.

(٥) أى التنصيص عليه.

(٦) أى و إن كان وليا عليه.

(٧) إذا ادعى رجل زوجيه امرأه فصدقته أو ادعت المرأه زوجيه الرجل فصدقها، حكم لهما بذلك فى ظاهر الشرع، و يترتب جميع آثار الزوجيه بينهما بلا- خلاف فيه لأن الحق لا- يعدوهما و قد أقرأ به فيدخلان فى عموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، بلا- فرق بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين خلافا لبعض العامه حيث منع من قبول الإقرار فى البلديين بناء على اعتبار الإشهاد فى النكاح و سهوله إقامه البيئه فى البلديين، و ضعف المبنى و البناء ظاهر، ضروره عدم اعتبار الإشهاد عندنا، و لو سلم فهو فى مقام الثبوت لا الإثبات، و لو سلم فلا فرق بين البلديين و الغريبين، لإمكان إشهاد البلديين غريبين فيصعب الإشهاد، و كذا العكس فيسهل الإشهاد، مضافا إلى أن قبول الإقرار لا يختص بالبلد.

ص: ١٨٣

الحق فيهما، و عموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (و توارثا) بالزوجه، لأن ذلك من لوازم ثبوتها، و لا فرق بين كونهما غريبين، أو بلديين، (و لو اعترف أحدهما) خاصة (قضى عليه به (١) دون صاحبه) سواء حلف المنكر أم لا، فيمنع من التزويج إن كان امرأه و من أختها و أمها و بنت أخويها بدون إذنها، و يثبت عليه ما أقرّ به من المهر، و ليس لها مطالبته به (٢)، و يجب عليه التوصل إلى تخليص ذمته إن كان صادقا، و لا نفقه عليه، لعدم التمكين، و لو أقام المدعى بينه، أو حلف اليمين المرذوده مع نكول الآخر تثبت الزوجيه ظاهرا و عليهما فيما بينهما و بين الله تعالى العمل بمقتضى الواقع، و لو انتفت اليينه ثبت على المنكر اليمين.

و هل له (٣) التزويج الممتنع (٤) على تقدير (٥) الاعتراف قبل الحلف (٦) نظر:

(١) بالاعتراف، أى يؤخذ بإقراره فإن كان هو الرجل حرم عليه تزويج الخامسة و أم التي ادعى زوجيتها، و بنتها مع الدخول بها، و بنت أختها و أخيها إلا برضاها، و يجب عليه إيصال المهر، نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار، و إن كان المقر هو المرأه فلا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها، و لا يجوز لها السفر من دون إذنه، هذا بالنسبه للمقر و هو المدعى، و أما أصل الدعوى فإن كان للمدعى بينه فهو و إلا فيحلف المنكر و لا زوجيه بينهما ظاهرا أو يرد اليمين فيحلف المدعى و يحكم له بالزوجيه، هذا كله بحسب الظاهر و لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع فيما بينه و بين الله جل و علا لأن الحكم بعد إجراء موازين القضاء لا يبذل الواقع، ففي صحيح هشام بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إنما أفضى بينكم بالبينات و الأيمان، و بعضكم الحن بحجته من بعض، فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئا فإنما قطعت له قطعه من النار) (١).

(٢) بالمهر لأنها منكره.

(٣) أى للمنكر.

(٤) التزويج الممتنع على تقدير الاعتراف بالنسبه للزوجه هو التزوج بغير الزوج، و التزويج الممتنع بالنسبه للزوج هو التزوج بأمرها و أختها و ابنتها.

(٥) جار و مجرور متعلق بقوله (التزويج الممتنع).

(٦) متعلق بقوله (التزويج)، و الحاصل فهل للمنكر قبل الحلف أن يتزوج بمن يحرم عليه-

ص: ١٨٤

من تعلق (١) حق الزوجية في الجملة (٢). و كون تزويجها (٣) يمنع من نفوذ اقرارها به (٤) على تقدير رجوعها (٥)، لأنه (٦) اقرار في حق الزوج الثاني. و من عدم (٧) ثبوته (٨)،

و هو الأقوى، فيتوجه اليمين (٩) متى طلبه المدعى، كما يصح (١٠) تصرف المنكر في كل ما يدعيه عليه غيره قبل ثبوته (١١)، استصحابا للحكم السابق المحكوم به ظاهرا، و لاستلزام المنع منه (١٢) الحرج في بعض الموارد كما إذا غاب المدعى، أو آخر الإحلاف.

-نكاحه على فرض اعترافه وجهان: من تعلق حق الزوجية في الجملة بالدعوى و توجه اليمين، و أيضا فإن تزويجها يمنع من نفوذ إقرارها بذلك، لأن إقرارها حينئذ يصير إقرارا في حق الزوج الثاني فلا تتزوج قبل الحلف.

و من عدم ثبوت ذلك فلها التزويج استصحابا للحكم الثابت في حق المنكر قبل الدعوى و يؤيده صحة تصرف المنكر في كل ما يدعيه عليه غيره إلى أن يثبت الحكم عليه أوله.

(١) دليل عدم الجواز.

(٢) و لو بالادعاء من حيثيه توجه اليمين عليه.

(٣) و هذا يتم على تقدير كون المنكر هو المرأة، و حاصله أنه لو جاز لها التزويج بالثاني ثم أرادت أن ترجع عن إنكارها و تعترف بالزوجية للأول، فهذا الاعتراف ضرر على الزوج الثاني فلا يسمع، و لذا تمنع من التزويج الثاني حتى لا يكون مانعا عن إقرارها بالزواج الأول.

(٤) بما أنكرته أولا من الزوجية للأول.

(٥) أى تقدير رجوعها من إنكارها.

(٦) أى إقرارها بالزوجية للأول بعد التزويج من الثاني.

(٧) دليل الجواز و قد تقدم شرحه.

(٨) أى ثبوت حق الزوجية بالادعاء و من حيثيه اليمين استصحابا للحكم الثابت قبل الدعوى.

(٩) أى يتوجه اليمين على المنكر و لو تزوج التزويج الممتنع عليه على تقدير الاعتراف.

(١٠) تعليل لأقوائيه الثاني.

(١١) أى قبل ثبوت ما يدعيه المدعى.

(١٢) أى منع المنكر من التصرف فيما يدعيه المدعى، و هو مستلزم للحرج.

ثم إن استمرت الزوجه (١) على الإنكار فواضح، و إن رجعت إلى الاعتراف بعد تزويجها بغيره (٢) لم يسمع (٣) بالنسبه إلى حقوق الزوجيه الثابته عليها (٤)، و فى سماعه بالنسبه إلى حقوقها (٥) قوه إذ لا- مانع منه، فيدخل فى عموم جواز اقرار العقلاء على أنفسهم، و على هذا (٦) فإن ادعت أنها كانت عالمه بالعقد (٧) حال دخول الثانى بها فلا مهر لها عليه (٨) ظاهرا، لأنها بزعمها بغى (٩)، و إن ادعت الذكر (١٠) بعده (١١) فلها مهر المثل (١٢) للشبهه، و يرثها الزوج (١٣)، و لا ترثه هى (١٤).

و فى إرث الأول (١٥) مما يبقى من تركتها بعد نصيب الثانى نظر: من (١) بعد التزويج الثانى.

(٢) بغير الزوج الأول الذى اعترفت الآن بزواجها منه.

(٣) أى لم يسمع هذا الاعتراف، لأنه بالنسبه إليها إقرار فى حق الزوج الثانى، و هو إقرار فى حق الغير، فلا يسمع، لأن المسموع هو الإقرار فى حق نفسه.

(٤) بالنسبه للزوج الثانى من الوطاء و غيره كإرثه منها بعد وفاتها.

(٥) كالنفقه على الثانى و الكسوه و الميراث منه بعد الوفاه فهى منفيه عن الزوج الثانى بعد ما اعترفت بالزوجيه للأول، فيسمع منها الإقرار، لأنه إقرار فى حقها.

(٦) من سماع إقرارها فى حقها لا فى حق غيرها.

(٧) أى بعقد الأول عليها.

(٨) على الثانى.

(٩) و لا مهر لبغى.

(١٠) ذكرها للعقد الأول.

(١١) بعد خول الثانى.

(١٢) على الثانى.

(١٣) أى الزوج الثانى لعدم سماع إقرارها فى حقه.

(١٤) لسماع إقرارها فى نفسها.

(١٥) أى لو ماتت هذه الزوجه فالثانى يرثها و قد تقدم، و هل يرث الأول نصيب الزوجيه مما يبقى من التركة وجهان، من نفوذ إقرارها بالزوجيه للأول فى حق نفسها، و إرث الأول لا- ينافى إرث الثانى، و من عدم ثبوت الزوجيه للأول ظاهرا لأنها زوجه للثانى بحسب الفرض، و من كون هذا الإقرار الموجب لتوريث الزوج الأول موجبا للضرر على بقيه الورثه من حيثيه نقصان

نصيبيهم فلا يسمع لأنه إقرار في حق الغير.

ص: ١٨٦

نفوذ (١) الاقرار على نفسها و هو (٢) غير مناف. و من عدم (٣) ثبوتها (٤) ظاهرا، مع أنه (٥) إقرار في حق الوارث (٦).

الثالثه: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه

(الثالثه: لو ادعى زوجيه امرأه و ادعت أختها عليه الزوجيه حلف) (٧) على نفى زوجيه المدعيه، لأنه منكر، و دعواه زوجيه الأخت (٨) متعلق بها (٩) و هو أمر آخر.

و يشكل تقديم قوله (١٠) مع دخوله بالمدعيه (١١) للنص (١٢)، على أن الدخول (١) دليل الجواز.

(٢) أي إرث الأول غير مناف لإرث الثاني.

(٣) دليل عدم الجواز.

(٤) أي الزوجيه.

(٥) أي مع الاعتراف بالزوجيه للأول و هو دليل ثان على عدم الجواز.

(٦) فلا يسمع.

(٧) لو ادعى الرجل زوجيه امرأه فأنكرت، و ادعت أختها عليه الزوجيه فأنكر، فهنا دعويان، إحداهما من الرجل على المرأه، و الثانيه من أختها على ذلك الرجل، و حينئذ إما أن لا يكون هناك بينه لواحد من المدعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو يكون لكليهما فالصور ثلاث، و على الأول يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فتحلف المرأه على نفى دعواه و يحلف هو على نفى دعوى أختها، هذا إذا لم يكن قد دخل بالمدعيه.

أما لو دخل بها ففي الاكتفاء بيمينه نظرا إلى أنه منكر بحسب الأصل، إذ الأصل عدم الزوجيه بين المدعيه و بينه، أو يرجع إلى يمينها لموافقته قولها الظاهر، لأن الظاهر هو الزوجيه عند الدخول بحسب الفرض بعد حمل الفعل بالدخول على كونه عن عقد صيانه لفعل المسلم عن الفساد، مع الالتفات إلى أن فعله بالدخول مكذب لنفيه الزوجيه، و جهان يرجعان إلى تعارض الأصل الظاهر، و الأول أقوى لترجيح الأصل بعد كون الدخول أعم من الزوجيه و أصاله الصحه لا تشخص وجه الفعل بل تلزم بعدم تحميل آثار الزنا عليه لاحتمال أن يكون الدخول عن شبهه، و أما بقيه الصور فسيأتي الكلام فيها.

(٨) أي أخت المدعيه.

(٩) أي بالأخت، فيرجع فيها إلى القواعد المقرره في القضاء.

(١٠) من باب أنه منكر.

(١١) لأنه مع الدخول يكون فعله مكذبا لقوله ظاهرا.

(١٢) الآتي عند وجود البيتين.

ص: ١٨٧

بها مرجح لها فيما سيأتي (١).

و يمكن أن يقال هنا: تعارض الأصل و الظاهر (٢) فيرجح الأصل (٣)، و خلافه (٤) خرج بالنص.

و هو (٥) منفي هنا. هذا إذا لم تقم بينه (فإن أقامت بينه (٦) فالعقد لها، و إن أقام بينه) و لم تقم هي (فالعقد) على الأخت (له).

و يشكل أيضا (٧) مع معارضه دخوله بالمدعيه لما سيأتي من أنه (٨) مرجح على البيئه (٩)، و مع ذلك فهو مكذب بفعله (١٠) لبيئته، إلا- أن يقال كما سبق: إن ذلك (١١) على خلاف الأصل (١٢)، و يمنع كونه (١٣) تكديبا بل هو (١٤) أعم (١) عند تعارض البيئتين.

(٢) فالأصل مع الرجل من أنه منكر، و الظاهر مع المدعيه من أنها منكره.

(٣) كما هو القاعده في ذلك.

(٤) أى خلاف تقديم الأصل على الظاهر لا يكون إلا بالنص، و النص قد ورد عند وجود البيئتين، ففي مقامنا هو فقدان البيئه من كلا الطرفين فلا نص.

(٥) أى النص.

(٦) الصورة الثانيه، و هي ما لو أقام أحدهما بينه، فيقضى له بها، سواء كان ذلك من الرجل على دعواه زوجيته من المرأه، أو كان ذلك من أختها المدعيه على الرجل الزوجيه، و هذا هو مقتضى تقديم قول المدعي مع بيئته إلا إذا كانت البيئه من الرجل و قد دخل بالمدعيه فالوجهان السابقان، لكون فعله بالدخول مكذبا لبيئته.

و لكن يمكن دفعه بأعميه المدخول، و أصاله الصحه لا تشخص وجهه بل تلزم بعدم تحميل آثار الزنا عليه إذ يحتمل أن يكون الدخول للشبهه.

(٧) أى الحكم بكون العقد له على أخت المدعيه عند إقامته البيئه على ذلك و قد دخل بالمدعيه.

(٨) أى الدخول.

(٩) كما يستفاد من الخبر الآتى عند وجود البيئتين.

(١٠) من الدخول بالمدعيه.

(١١) أى الترجيح بالدخول.

(١٢) و الأصل مقدم.

(١٣) أى كون الدخول.

(١٤) أى الدخول.

ص: ١٨٨

منه (١) فيقتصر في ترجيح الظاهر على الأصل على مورد النص (٢)، فالأقرب توجه اليمين (٣) على الآخر (٤) و هو ذو البيئه (في الموضوعين) و هما: إقامته البيئه فيحلف معها (٥). و إقامتها (٦) فتحلف معها (٧).

و لا يخفى منافره لفظ الآخر لذلك (٨).

و في بعض النسخ «الآخذ» بالذال المعجمه. و المراد به آخذ الحق المدعى به و هو من حكم له بيئته، و هو قريب من الآخر في الغرابه (٩).

(١) أى أعم من التكذيب للبيئه، لجواز كون الدخول للشبهه.

(٢) و هو وجود البيئتين.

(٣) بعد ما ثبت مدعى من له البيئه فهل تسقط دعوى الآخر، كما ذهب إليه البعض و يستدل له من أن البيئه حجه شرعيه بمعنى أنها كافيه فى إثبات مداليلها المطابقه و الالتزاميه، و عليه فإذا ثبت بها زوجيه إحدى المرأتين فلا بدّ من الحكم بعدم زوجيه الأخرى لعدم إمكان الجمع بين المرأتين لأنهما أختان و فيه: إن البيئه قد تشهد على وقوع العقد و هذا لا ينفى سبق عقده على أخت المدعيه إذا كانت البيئه من المدعيه، و لا ينفى سبق عقده على المدعيه إذا كانت البيئه منه و لذا لا بدّ مع البيئه من اليمين من صاحبها على نفى السبق المذكور، فلو كانت البيئه من الرجل على عقده على أخت المدعيه فلا بدّ من حلفه بنفى سبق عقده على المدعيه.

و لو كانت البيئه من المدعيه فلا بدّ من حلفها بنفى علمها بسبق عقده على أختها، و اكتفينا بالحلف على نفى العلم فى الأخير و لم نشترط الحلف على عدم السبق واقعا، لأنه حلف على نفى فعل الغير، و فى مثله لا يمكن القطع به فيكتفى بنفى العلم بوقوعه.

(٤) ظاهره أن اليمين على الذى أقيمت عليه البيئه، و هذا مناف لما تقدم من أن اليمين من صاحب البيئه و مقيمها، فلذا فسّر الشارح لفظ الآخر بصاحب البيئه.

و يمكن أن يكون المراد من لفظ الآخر هو العقد الآخر و يكون الجار و المجرور أعنى (على الآخر) متعلقان باليمين ليدلا على موردّه، و ليسا متعلقين بالتوجه، بل فاعل اليمين يكون محذوفا من الجملة حينئذ و عليه فلا إشكال.

(٥) أى مع البيئه، فالبيئه لإثبات دعواه، و الحلف لنفى سبق عقده على المدعيه.

(٦) أى إقامه المرأه للبيئه.

(٧) فالبيئه منها لإثبات دعواها، و الحلف لنفى سبق عقده على أختها.

(٨) أى لتوجه اليمين على صاحب البيئه.

(٩) لا غرابه حينئذ بحسب الظاهر.

و إنما حكم باليمين مع البيئه،(لجواز صدق البيئه) الشاهده لها بالعقد (مع تقدم عقده على من ادعاها) و البيئه لم تطلع عليه (١) فلا بد من تحليفها لينتفى الاحتمال، و ليس حلفها على اثبات عقدها تأكيدا للبيئه (٢)، لأن ذلك (٣) لا يدفع الاحتمال، و إنما حلفها على نفى (٤) عقد أختها. و هل تحلف على البت (٥)، أو على نفى العلم به؟ مقتضى التعليل (٦) الأول، لأنه بدون (٧) لا يزول الاحتمال.

و يشكل (٨) بجواز وقوعه (٩) مع عدم اطلاعها فلا يمكنها القطع بعدمه، و بأن اليمين هنا ترجع إلى نفى فعل الغير فيكفى (١٠) فيه حلفها على نفى علمها بوقوع عقد أختها سابقا على عقدها، عملا بالقاعده (١١).

(و) وجه حلفه مع بينته على نفى عقده على المدعيه:(جواز صدق بينته) بالعقد على الأخت (مع تقدم عقده على من ادعته) و البيئه لا تعلم بالحال فيحلف على نفية لرفع الاحتمال.

و الحلف هنا على القطع، لأنه حلف على نفى فعله، و اليمين في هذين الموضوعين لم ينه عليها أحد من الأصحاب، و النص (١٢) خال عنها، فيحتمل عدم (١) على تقدم عقده على من ادعاها.

(٢) لأن المدعى لا يطالب بأكثر من البيئه.

(٣) أى لأن الحلف على إثبات عقدها ليس بأكثر من البيئه دلالة فلا يدفع الاحتمال السابق من جواز تقدم عقده على من ادعاها.

(٤) أى على نفى سبق عقد أختها.

(٥) بمعنى القطع.

(٦) الوارد فى كلام الماتن.

(٧) أى بدون القطع.

(٨) أى يشكل الحكم عليها بالحلف على القطع بنفى سبق عقد أختها.

(٩) أى وقوع عقد أختها قبل عقدها مع عدم اطلاعها.

(١٠) فى نفى فعل الغير.

(١١) فى نفى فعل الغير.

(١٢) و هو الآتى فى مورد البيئتين.

ثبوتها (١) لذلك (٢)، و لثلا (٣) يلزم تأخير البيان عن وقت الخطاب، أو الحاجه.

(و لو أقاما بينه) (٤) فإما أن تكونا مطلقتين، أو مؤرختين أو إحداهما مطلقه، (١) أى عدم ثبوت اليمين.

(٢) أى لعدم تعرض الأصحاب له.

(٣) أى و مع عدم تعرض النص مع أنه فى مقام البيان، فلو كانت اليمين لازمه و قد سكت النص عن البيان فيلزم تأخره عن وقت الخطاب أو الحاجه و هو قبيح على الحكيم كما قرر فى محله.

(٤) فتاره تكون البينتان مطلقتين، و أخرى مؤرختين، و ثالثه تكون إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه، و المؤرختان تاره يتفق تاريخهما و أخرى يختلف، و مع الاختلاف فتاره يتقدم تاريخ بينته و أخرى يتقدم تاريخ بينتها، فالصور ست، لأن المؤرختين ثلاث صور، الاتفاق أو تقديم تاريخ بينه الرجل، أو تقديم تاريخ بينه المرأه، و المطلقتين صوره واحده فالمجموع أربع صور، ثم لو كانت إحداهما مطلقه و الأخرى مؤرخه فهى صورتان لأن المؤرخه تاره تكون بينه الرجل و أخرى بينه المرأه، فالمجموع ست صور.

و على الجميع فتاره يكون مع الدخول بالمدعيه و أخرى مع عدمه فالمجموع اثنتا عشره صوره، و البحث فيها تاره بحسب القواعد و أخرى بحسب النص الخاص، و لكن المشهور قد عمل به فيقتصر عليه.

و النص هو خبر الزهرى عن على بن الحسين عليه السلام (فى رجل ادعى على امرأه أنه تزوجها بولى و شهود و أنكرت المرأه ذلك، فأقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوجها بولى و شهود، و لم يوقتا وقتا، فكتب عليه السلام: إن البينه بينه الرجل و لا- تقبل بينه المرأه، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه، و تريد أختها فساد النكاح فلا تصدق و لا تقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها) (١).

و الخبر صريح فى تقديم بينه المرأه فى سبعة موارد، سته و هى جميع الصور المدخول بها، و السابع عند عدم الدخول ما لو تقدم تاريخ بينتها على تاريخ بينته.

و هو صريح فى تقديم بينه الرجل فى خمسة موارد، و هى جميع موارد عدم الدخول ما عدا تقدم تاريخ بينتها، و قد عمل به الأصحاب، و عن جامع المقاصد: كأن هذا الحكم مجمع عليه بين الأصحاب، و عن المسالك: لا يظهر فيه خلاف بينهم، و معه لا داعى للمناقشه فى سنده و إن كان ضعيفا.

ص: ١٩١

و الأخرى مؤرخه، و على تقدير كونهما مؤرختين إما أن يتفق التاريخان، أو يتقدم تاريخ بيته، أو تاريخ بيتهما، و على التقادير الستة إما أن يكون قد دخل بالمدعيه، أو لا، فالصور اثنتا عشره مضافه إلى ستة سابقه (١)، و فى جميع هذه الصور الاثنتى عشره (فالحكم لبينه، إلا- أن يكون معها) أى مع الأخت المدعيه (مرجح) لبينه (من دخول) بها، (أو تقدم تاريخ بيته على تاريخ بيته) حيث تكونان مؤرختين فيقدم قولها فى سبع صور من الاثنتى عشره، و هى الستة المجامعه للدخول، مطلقا (٢)، و واحده من الستة الخاليه عنه (٣)، و هى ما لو تقدم تاريخها، و قوله (٤) فى الخمسه الباقيه.

و هل يفتقر (٥) من قدمت بيته بغير سبق التاريخ إلى اليمين وجهان: منشأهما -هذا من جهه و من جهه أخرى أورد عليه بأنه مخالف للقواعد من جهتين: الأولى: أن الرجل منكر بالنسبه لدعوى المدعيه فكيف تقدم بيته عند تساوى البينتين تاريخا أو إطلاقهما، و المنكر يقبل قوله مع عدم البيه من المدعى لا مع وجودها، و فيه: إن الرجل و إن كان منكرا بالنسبه لدعوى المدعيه إلا أنه مدع بالنسبه لدعواه على أختها فيصح منه البيه، و مع قيامها فترجح على بيته المدعيه لعدم إمكان الجمع بين البينتين لأنه لا يمكن الجمع بين المرأتين.

الجهه الثانيه: أن تقديم إحدى البينتين على الأخرى بلا مرجح، و فيه: إن تقديم بيته إما للدخول و إما لسبق التاريخ، و مع الدخول فتسقط بيته عن الاعتبار لتكذيبه إياها بفعله، و لو بحسب الظاهر بعد حمل الفعل على أنه دخول عن عقد صيانته له عن الفساد، و مع الأسبقيه فقد ثبت سبق نكاحها فى وقت لا تعارضها الأخرى فيه، و أمّا تقديم بيته فقد ذكر الترجيح فى الخبر.

(١) و هى عدم البيه من الرجل و المرأه مع الدخول و عدمه، و قيام البيه من الرجل فقط مع الدخول و عدمه، و قيام البيه من المرأه فقط مع الدخول و عدمه.

(٢) سواء كانت بيته المرأه مؤرخه أم لا، و سواء كانت متقدمه تاريخا أم لا.

(٣) عن الدخول.

(٤) أى و يقدم قول الرجل بحسب بيته.

(٥) ظاهر النص المتقدم عدم الاحتياج إلى اليمين لمن قدمت بيته، و عن القواعد و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أن الأقرب الافتقار إلى اليمين ممن قبلت بيته، أما الرجل فلأن بيته إنما هى لإثبات ما ادعاه على المرأه الأولى، و بيته و بين أختها دعوى أخرى هو فيها -

الحكم (١) بتساقط البينتين حيث تكونان متفتتين (٢) فيحتاج من قَدَم قوله إلى اليمين خصوصا المرأة، لأنها مدعيه محضه (٣)، و خصوصا إذا كان المرجح لها الدخول، فإنه بمجرد (٤) لا يدل على الزوجيه، بل الاحتمال (٥) باق معه، و من اطلاق (٦) النص بتقديم بينته مع عدم الأمرين (٧)، فلو توقف (٨) على اليمين لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة.

و الأقوى الأول، و إطلاق النص غير مناف، لثبوت اليمين بدليل آخر (٩) خصوصا مع جريان الحكم على خلاف الأصل فى موضعين. أحدهما تقديم بينته (١٠) مع أنه مدع (١١)، و الثانى ترجيحها (١٢) بالدخول و هو غير مرجح (١٣)، -منكر فلا بد من اليمين لقطع دعواها، و أما المرأة المدعيه التى قبلت بينتها فيمينها على نفي العلم لاحتمال علمها بسبق العقد على أختها.

نعم لا يمين مع سبق تاريخ إحدى البينتين، لأن السابقيه تكون مثبته للنكاح فى وقت لا يعارضها فيه أحد فيتعين الحكم بها من دون حاجة إلى ضم اليمين.

وفيه: إنه لا- وجه لليمين بعد خلوّ النص عنها وإلا- لو كانت اليمين لازمه للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و هو قبيح على الحكيم.

(١) دليل الافتقار إلى اليمين.

(٢) إما بتساوى تاريخهما و إما بإطلاقهما.

(٣) وفيه: إن المدعى لا يطالب بأكثر من البيئه فلا داعى لليمين.

(٤) أى بمجرد الدخول.

(٥) أى احتمال عدم الزوجيه باق مع الدخول.

(٦) دليل عدم الاحتياج إلى اليمين.

(٧) من الدخول و تقدم تاريخ بينتها.

(٨) أى توقف تقديم بينته.

(٩) و هو ترجيح إحدى البيئات على الأخرى و هذا لا يتم إلا باليمين.

(١٠) عند عدم الدخول أو عدم سبق تاريخ بينتها على ما تقدم.

(١١) و هذا لا- إشكال فيه، لأن الأخذ بينه المدعى على الأصل، فلو قال (مع أنه منكر) لكان الحكم على خلاف الأصل لأن المنكر لا تسمع بينته.

(١٢) أى ترجيح البيئه، و هى بينه المرأة.

(١٣) لأن الدخول أعم من الزوجية.

ص: ١٩٣

و مورد النص الأختان كما ذكر،

و فى تعديہ (١) إلى مثل الأم و البنت و جهان: من عدم (٢) النص و كونه (٣) خلاف الأصل فيقتصر فيه (٤) على مورده. و من اشتراك (٥) المقتضى.

و الأول (٦) أقوى، فتقدم بينها مع انفرادها، أو اطلاقهما، أو سبق تاريخها، و مع عدمها يحلف هو، لأنه منكر.

الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيدہ

(الرابعه: لو اشترى العبد زوجته لسيدہ فالتكاح باق) (٧) فإن شراها لسيدہ (١) أى تعدى الحكم كما عن صاحب الجواهر ضروره عدم مدخليه الأخواه فى الحكم و إنما المناط هو عدم جواز الجمع بين المرأه التى ادعى زوجيتها و بين المرأه التى تدعى زوجيته، و هذا شامل للأم و البنت.

و عن المحقق الثانى الجزم بالعدم لأن الحكم المذكور فى النص على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده.

(٢) الدليل على عدم التعدى.

(٣) أى كون الحكم المذكور فى الأختين.

(٤) أى فى الحكم المنصوص على الأختين.

(٥) دليل التعدى، و هو أن المناط فى الأختين حرمة الجمع و هو موجود فى الأم و البنت.

(٦) و هو عدم التعدى أقوى و عليه لا بدّ من إجراء القواعد فى هذه المسأله، فلو ادعت الأم عليه الزوجيه فأنكر، و ادعى الزوجيه على البنت، فلو انفردت الأم بالبينه فتقدم بينها لأنها مدعيه، و لو قدم كل واحد منهما بينه فتقدم بينها عند إطلاقهما لأنها مدعيه، و البينه على المدعى، و كذا تقدم بينها عند سبق تاريخها لبطان البينه المقابله حينئذ.

و مع عدم البينه من جانب الأم فالرجل منكر و مطالب باليمين فإن حلف سقطت دعوى الأم و تبقى دعوى الرجل على البنت فإن قدم بينه فهو و إلا فتحلف البنت و تسقط دعواه.

(٧) إذا تزوج العبد بمملوكه لغير سيدہ، ثم اشترى العبد بإذن مولاه، فإن اشترى للمولى فالعقد باق على حاله، بلا خلاف فيه و لا إشكال، و يظهر منهم أنه من المسلمات، إذ ليس ما يحتمل لإبطال العقد إلا- الانتقال من مالك إلى آخر، و هو ليس بمبطل بالاتفاق.

و إن اشترى العبد لنفسه أو ملكه إياها مولاه بعد ابتياعها، فإن قلنا إن العبد لا يملك فالعقد باق على حاله لعدم حصول ما يقتضى رفعه، بعد عدم تحقق ملكيته لزوجته المملوكه، و إن قلنا إن العبد يملك مطلقاً أو فى نحو هذا الفرض بطل العقد و

حلّت له بالملك، بلا- خلاف ظاهر، و عليه الإجماع كما فى الجواهر فى مبحث بيع الحيوان من بطلان النكاح إذا اشترى أحد الزوجين صاحبه، و يؤيده النصوص الداله على بطلان نكاح الأمه -

ص: ١٩٤

ليس مانعا منه (و إن اشتراها) العبد (لنفسه بإذنه، أو ملكه إياها) بعد شرائها له (فإن قلنا بعدم ملكه فكالأول)، لبطلان الشراء و التمليك، فبقيت كما كانت أولا على ملك البائع، أو السيد (و إن حكمننا بملكه بطل العقد) كما لو اشترى الحر زوجته الأمه و استباح بضعها بالملك.

(أما المبعوض (١) فإنه) بشرائه لنفسه، أو بتملكه (٢) (يبطل العقد قطعا) (٣) لأنه بجزئه الحر قابل للتملك و متى ملك و لو بعضها (٤) بطل العقد.

الخامسة: لا يزوج الولي بدون مهر المثل و لا بالمجنون

(الخامسة: لا يزوج الولي (٥)،.) من العبد إذا ملكت زوجها كخبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره تكون تحت المملوك فتشتره هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم لأنه عبد مملوك لا يقدر على شيء) (١) مع ضميمه عدم القول بالعضل، و يستدل للحكم هنا بقوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) بناء على ظهوره في منع الجمع بينهما لأن التفصيل قاطع للشركه، فالحليه إما بالعقد و إما بالملك، و كل واحد منهما سبب تام في الإباحه، و في حال الاجتماع إما أن يرتفع تأثيرهما و هو معلوم الفساد و إما أن يجتمعا في التأثير و هو على خلاف ظاهر الآيه فيتعين أن يكون المؤثر واحدا و ما هو إلا الطارئ لأنه إذا ثبت الثاني لا بد أن يرتفع الأول لاستحاله الجمع بينهما، و به ثبت بطلان العقد و أن التحليل بالملك.

(١) و هو من تحرر بعضه فلو اشترى زوجته الأمه من سيدها بطل النكاح بينهما سواء اشتراها بمال منفرد به، أو مشتركا بينه و بين مولاها، لأنه صار مالكا لها - على تقدير كون المال له - أو مالكا لبعضها - على تقدير كون المال مشتركا - و على كل فيبطل عقد النكاح و تحل له بالملك.

(٢) من المولى.

(٣) سواء قلنا بجواز تملكه أم لا.

(٤) فيما لو اشتراها بمال مشترك بينه و بين غيره.

(٥) إذا زوج الولي الصغيره لمصلحه بمهر المثل فأزيد من الكفو الحر السالم من العيب لم يكن لها اعتراض بعد الكمال في العقد، و لا في المهر بلا خلاف فيه و لا إشكال، للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن الصلت (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية الصغيره يزوجهـ

ص: ١٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٢- (٢) سورة المؤمنون، الآيه: ٦.

-أبوها، أُلها أمر إذا بلغت؟ قال عليه السّلام: لا(١)، و خير ابن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن الصبيّه يزوجه أبوها ثم يموت ثم تكبر قبل أن يدخل بها زوجها، أ يجوز عليها التزويج أم الأمر إليها؟ قال عليه السّلام: يجوز عليها تزويج أبيها)٢.

و لو زوجها الولي بغير مهر المثل للمصلحه، فليس لها أمر بعد البلوغ لعموم دليل الولايه و إطلاق النصوص المتقدمه، و فى جامع المقاصد أنه المعتمد فى الفتوى، و لو زوجها الولي بأدون من مهر المثل لا للمصلحه و لم تكن هناك مفسده فقد وقع بينهم الخلاف فى ذلك على أقوال:

الأول: بطلان العقد، لأنه قد جرى على خلاف المصلحه فيبطل للزوم رعايتها، و فيه:

إنه لا يجب مراعاة المصلحه فى عقد الأب و الجد، و إنما يكفى عدم المفسده، نعم تجب مراعاة المصلحه فى عقد غيرهما من الأولياء.

الثانى: صحه العقد مع ثبوت خيار الفسخ لها بعد الكمال، لأن المهر الذى جرى عليه العقد فاسد، لعدم رضاها به فلها فسخ العقد، و فيه: إن فساد المهر لا يوجب فسخ العقد بل يوجب الانتقال إلى مهر المثل، على أن إطلاق النصوص المتقدمه يقتضى نفوذ العقد عليها و إن كان المهر دون المثل.

الثالث: صحه العقد و بطلان المهر، و قد نقله فى المبسوط قولاً، و يعرف وجهه مما تقدم فى القول الثانى، و يعرف ضعفه أيضاً.

الرابع: صحه العقد و المهر، مع ثبوت الخيار لها بعد الكمال فى المهر لا فى العقد، و هو المنسوب إلى المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد، لأن المهر عوض لها عن بضعها، فالنقص فيه ضرر منفى فى الشرع، فيجب جبره بثبوت الخيار لها بحيث لا تفسخ المسمى و ترجع إلى مهر المثل، و فيه: إن الأب و الجد لهما حق العفو عن المهر لقوله تعالى: أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ (٢)، و إذا ساغ لهما العفو فالنقصان ابتداء أولى.

الخامس: صحه العقد و المهر و لزومها، لإطلاق دليل الولايه و إطلاق النصوص المتقدمه و قد نقل عن الشيخ و هو الأقوى، و مثل هذا النزاع يجرى فيما لو زوج الولي الصغير بأزيد من مهر المثل و على كل فقد أطنب فى هذه المسأله خصوصاً الشارح فى المسالك، و قال فى الجواهر: (بل يظهر لك ما فى جامع المقاصد و المسالك و غيرهما من التشويش -

ص: ١٩٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣ و ١ .

٢- (٣) سورة البقره، الآيه: ٢٣٨ .

(و لا الوكيل (١) بدون مهر المثل، و لا بالمجنون (٢)، و لا بالخصى)، و لا بغيره ممن به أحد العيوب المجوزة للفسخ،(و) كذا (لا- يزوج الولي الطفل (٣) بذات العيب فيتخير) كل منهما (٤)،(بعد الكمال) لو زوج بمن لا يقتضيه الإذن الشرعي، لكن في الأول (٥) إن وقع العقد بدون مهر المثل على خلاف المصلحة (٦) تخيرت في المهر على أصح القولين (٧)، و في تخيرها في أصل العقد قولان: أحدهما التخيير (٨)، لأن العقد الذي جرى عليه التراضي هو المشتمل على المسمى (٩)، فمتى لم يكن ماضيا (١٠) كان لها فسخه (١١) من أصله.

-للمسألة، خصوصا الثاني، فإنه مع إطنابه في المسألة لم يأت بشيء محرّر فيها، لا في الموضوع و لا في الحكم) انتهى.

(١) كل ما جرى في الولي يجرى في الوكيل الذي وكلته البالغة الرشيدة المالكة أمرها.

(٢) إذا زوجها الولي بالمجنون أو الخصى أو غيرهما ممن فيه أحد العيوب الموجبة للفسخ، صح العقد للأصل و قيام الولي مقام المولى عليه الذي يجوز له فعل ذلك لو كان كاملا إذ العيوب المذكورة لا تنافي الكفاءة، نعم لو كان غير كفاء فلا يجوز للولي تزويجها و لو وقع لكان لها الخيار دفعا للضرر و على كل فإذا صح العقد ممن فيه أحد العيوب الموجبة للفسخ كان لها الخيار بعد كمالها للضرر في الإلزام، و هو منفي، و لإطلاق ما دل على الفسخ بأحد العيوب الشامل لما نحن فيه بعد أن كان الصغر في المولى عليه بمنزلة الجهل لو كان مباشرا فيتخير حينئذ، و عن الشيخ في الخلاف القول بصحة العقد من دون خيار، و عن الشافعية قول بعدم صحة العقد و كذا الكلام لو زوج الولي الصغير بمن بها أحد العيوب الموجبة للفسخ.

(٣) و كذا الوكيل بالنسبة إلى الكبير البالغ الكامل.

(٤) أى كل من الزوج و الزوجه.

(٥) و هو تزويج الولي الصبي بأدون من مهر المثل.

(٦) أى بدون مصلحة في ذلك، و ليس المراد منه وجود مفسده و إلا لبطل العقد.

(٧) و القول الآخر أنها لا تتخير في المهر و أنه صحيح و لازم كما هو مقتضى القول الخامس، و أما القول الأول فهو القول الرابع المتقدم.

(٨) كما هو مقتضى القول الثاني المتقدم.

(٩) و هو دون مهر المثل.

(١٠) أى فاسدا بمعنى لا تلزم بالقبول به للضرر عليها.

(١١) أى فسخ العقد من أهله، و لا يقتصر على فسخ المهر.

و الثاني عدمه (١)، لعدم مدخلية المهر في صحة العقد و فساده.

وقيل: ليس لها الخيار مطلقا (٢)، لأن ما دون مهر المثل أولى من العفو (٣)، و هو (٤) جائز للذى بيده عقده النكاح. و إذا لم يكن لها خيار في المهر ففي العقد أولى.

و على القول بتخيرها في المهر يثبت لها مهر المثل (٥)، و في توقف ثبوته (٦) على الدخول، أم يثبت بمجرد العقد قولان (٧).

و في تخير الزوج لو فسخت المسمى وجهان: من التزامه (٨) بحكم العقد و هذا (٩) من جملة أحكامه. و من دخوله (١٠) على المهر القليل فلا يلزم منه الرضا بالزائد جبرا.

و لو كان العقد عليها بدون مهر المثل على وجه المصلحة بأن كان هذا الزوج بهذا القدر أصلح و أكمل من غيره بأضعافه (١١)، أو لاضطرارها إلى الزوج و لم يوجد إلا هذا بهذا القدر، أو غير ذلك (١٢) ففي تخيرها قولان (١٣)، و المتجه (١) عدم التخيير في العقد كما هو مقتضى القول الرابع و الخامس.

(٢) لا في العقد و لا في المهر، و هو القول الخامس بتمامه.

(٣) أى العفو على المهر.

(٤) أى العفو.

(٥) إن فسخت في المهر المسمى.

(٦) أى ثبوت مهر المثل.

(٧) لم أعثر على هذا الخلاف في كتب القوم.

(٨) دليل عدم جواز الخيار للزوج لو فسخت المسمى، و حاصل المعنى أنه قد التزم الزوج بهذا العقد الواقع على دون مهر المثل، و لا بد أن يلتزم بآثاره و من جملة آثاره الخيار لها في المسمى.

(٩) أى فسختها للمسمى.

(١٠) دليل جواز الخيار.

(١١) أى أضعاف مهر المثل.

(١٢) من المصالح لدفع الضرر أو جلب النفع.

(١٣) و قد عرفت أن عدم الخيار هو المعتمد في الفتوى كما عن جامع المقاصد، و قد تقدم نقله.

هنا (١) عدم الخيار، كما أن المتجه هناك (٢) ثبوته (٣).

و أما تزويجها بغير الكفو، أو المعيب فلا شبهه في ثبوت خيارها في أصل العقد (٤)، و كذا القول (٥) في جانب الطفل (٦)، و لو اشتمل على الأمرين (٧) ثبت التخيير فيهما (٨). و عبارته الكتاب في اثبات أصل التخيير فيهما (٩) مجمله تجرى على جميع الأقوال (١٠).

السادسه: عقد النكاح لو وقع فضولا

(السادسه: عقد النكاح لو وقع فضولا) من أحد الجانبين، أو منهما (يقف على الإجازة من المعقود عليه) إن كان كاملا، (أو وليه) الذي له مباشره العقد إن لم يكن (١١)، (و لا يبطل) من أصله (على الأقرب) (١٢).

(١) فيما لو زوجها بدون مهر المثل على وجه المصلحه.

(٢) فيما لو زوجها بدون مهر المثل من غير مصلحه في ذلك.

(٣) أى ثبوت الخيار.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) في جميع التفاصيل المتقدمه.

(٦) فيما لو زوجها بأزيد من مهر المثل أو بالمعيبه أو بغير الكفو له.

(٧) من عدم الكفاءه و وجود العيب.

(٨) أى له خياران حينئذ من جهتين، و فائدته أنه لو أسقط أحدهما فيبقى الآخر حينئذ.

(٩) في المهر و العقد.

(١٠) لأن قول الماتن (فيتخير بعد الكمال) مجمل، و كل الأقوال المتقدمه قد ثبت فيها التخيير إلا القول المنسوب للشيخ بلزوم العقد و المهر، و عليه فيمكن حمل كلام الماتن على هذه الأقوال كلها.

(١١) أى المعقود عليه كاملا.

(١٢) اختلف الأصحاب في عقد النكاح إذا وقع فضولا- هل يكون صحيحا، بمعنى وقوفه على الإجازة أم باطلا- من أصله فلا تصححه الإجازة، ذهب الأ- أكثر و منهم الشيخ في أحد قولييه و هو قوله في النهايه و التهذيب و الاستبصار إلى الأول، و ذهب الشيخ في الخلاف و المبسوط و وافقه فخر المحققين إلى الثاني.

هذا و استدلل للأول بأنه عقد صدر من أهله فوق في محله فلا بد أن يكون صحيحا، و نغنى بأهله الكامل، و بمحلّه العين القابله للعقد، و لا مانع من نفوذه إلا تعلقه بحق -

ص: ١٩٩

-الغير فإذا أجازته تمّ و دخل في عموم قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١)، و للأخبار فمنها ما قد ورد في الحر كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل زوجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل و إن شاء ترك) (٢) و صحيح الحذاء عن أبي جعفر عليه السلام (سأله عن غلام و جاريه زوّجهما وليّان لهما و هما غير مدركين، فقال: النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار) (٣) بناء على إرادة الولي العرفي كالحاكم و الوصي و الأخ و العم من الولي الوارد في الخبر، لا الشرعي كالأب و الجد و إلا- لم يكن لهما الخيار لعموم أدله و لايه الشرعي، و لإطلاق النصوص (٤) التي تقدم بعضها من أن الصبيّه إذا زوجها أبوها ليس لها معه أمر بعد البلوغ، و منها ما قد ورد في العبد كصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال:

ذاك إلى سيده، إن شاء أجازته و إن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله أن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد و لا تحلّ إجازته السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز) (٥).

و استدلل للثاني بجمله من النصوص المتضمنه لفساد النكاح بغير إذن الولي أو المولى كخبر أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمه بغير علم أهلها، قال: هو زنا، إن الله تعالى يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٦) و مثله غيره.

و لكن هي ظاهره في السؤال عن صحه العقد بدون الاذن و لا الإجازة فلا تشمل مقامنا، و هو وقوع الإجازة، و لو سلم عمومها فيتعين حملها على ذلك جمعا بين الأخبار.

و استدلل الشيخ على البطالان أيضا بأن العقود الشرعيه تحتاج إلى أدله و هي منتفيه في محل النزاع، و فيه: إنه مصادره بعد ما عرفت صحه العقد الفضولي مع الإجازة من الأخبار المتقدمه.

و استدلل فخر المحققين بأن العقد سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عليه أو-

ص: ٢٠٠

١- (١) سورة المائده، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ٣.

٥- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

٦- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

لما روى (١) من أن جاريه بكرا أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فذكرت أن أباهما زوجها و هي كارهه فخيرها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و روى محمد بن مسلم أنه سأل الباقر عليه السلام عن رجل زوّجته أمه و هو غائب قال: «النكاح جائز، إن شاء الزوج قبل، و إن شاء ترك». و حمل القبول على تجديد العقد خلاف الظاهر: و روى أبو عبيده الحذاء في الصحيح أنه سأل الباقر عليه السلام عن غلام و جاريه زوّجهما وليان لهما و هما غير مدركين.

فقال: «النكاح جائز، و أيهما أدرك كان له الخيار» و حمل الولي هنا على غير الأب و الجد بقريته التخيير (٢)، و غيرها (٣) من الأخبار، و هي داله على صحه النكاح موقوفا (٤)، و إن لم نقل به (٥) في غيره من العقود (٦)، و يدل على جواز البيع أيضا حديث عروه البارقي في شراء الشاه، و لا قائل باختصاص الحكم بهما (٧)، -وليه، و استدلل بأن رضا المعقود عليه أو وليه شرط، و الشرط متقدم، مع أن الرضا في الفضولي متأخر لأنه إجازة لا اذن، و فيه: أما الأول فمصادره بعد ما عرفت من النصوص الداله على جواز عقد الفضولي المتعقب بالإجازة و أنه سبب للإباحه، و أما الثاني فالرضا من المعقود عليه شرط للزوم، و اللزوم متأخر عن الرضا فهو شرط متقدم، و ليس الرضا شرطا للعقد كما توهم.

(١) و هو من مرويات العامه راجع نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٠ حديث: ٨.

(٢) لأن الأب و الجد لو زوجا الصغير أو الصغيره فالزواج لازم عليهما بعد الكمال.

(٣) عطف على ما تقدم من الأخبار الداله على صحه عقد الفضولي، و من الممكن أن يكون عطفنا على قريته التخيير، و هي النصوص الداله على أنه ليس مع الأب أمر لو زوج الصغيره و قد تقدم ذكرها.

(٤) أي موقوفا على الإجازة.

(٥) أي بصحه عقد الفضولي.

(٦) و قد تقدم في كتاب البيع قوه جريان العقد الفضولي في جميع العقود، و مما يدل على جريانه في البيع خبر عروه البارقي المذكور في الروضه هنا و هو عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (أنه أمر عروه البارقي بشراء شاه بدينار، فاشترى به شاتين ثم باع أحدهما بدينار فأتى به و بالشاه، فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: بارك الله لك في صفقه يمينك) (١).

(٧) بالزواج و البيع.

ص: ٢٠١

فإذا ثبت فيهما ثبت في سائر العقود.

نعم قيل: باختصاصه (١) بالنكاح (٢). وله وجه لو نوقش في حديث عروه.

وقيل: بطلان عقد الفضولي مطلقا (٣) استنادا إلى أن العقد سبب للإباحة فلا يصح صدوره من غير معقود عنه، أو وليه، لثلا يلزم في صحته (٤) عدم سببته بنفسه، وأن رضا المعقود عنه، أو وليه شرط. والشرط متقدم، وما روى من بطلان النكاح بدون إذن الولي (٥)، وأن، العقود الشرعية تحتاج إلى الأدلة، وهي منفية، والأول (٦) عين المتنازع فيه. والثاني (٧) ممنوع (٨). والرواية عامية (٩). والدليل موجود (١٠).

السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكةا

(السابعه: لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن مالكةا (١١) وإن كان المالك (امراه) (١) أى اختصاص العقد الفضولى.

(٢) وقد تقدم فى البيع فراجع.

(٣) فى النكاح وغيره سواء أجاز المالك أو المعقود عليه أم لا.

(٤) أى صحه العقد الفضولى، لأنه على تقدير الصحه فهو محتاج إلى الإجازة كما مرّ، وعليه فلا يكون العقد بنفسه سببا مستقلا.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و احتج الشيخ على البطلان بما روى عن عائشه أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال: أيما امرأه نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، و بروايه أبى موسى الأشعري أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال: لا نكاح إلا بولى، و روايه ابن عمران أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال:

أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فنكاحه باطل، ثم ذكر الشارح أيضا روايه الفضل البقباق المتقدمه إلى أن قال - والجواب عن حجه الشيخ أن رواياته كلها عاميه وقد أتينا بخير منها و مثلها فتكون رواياتنا أرجح) انتهى.

(٦) أن العقد سبب الإباحه.

(٧) أن رضا المعقود عنه.

(٨) لأن الرضا شرط للزوم لا للعقد، و هو شرط متقدم.

(٩) رد على الثالث.

(١٠) و هو الأخبار التى تقدم بعضها، و هذا رد على دليلهم الرابع.

(١١) لا- يجوز نكاح الأمه إلا- بإذن مالكةا الذكر بلا خلاف فيه، و كذا لو كان المالك أنثى، بلا فرق فى المرأه المالكه بين

كونها مؤلى عليها بالنسبه للنكاح كالبكر البالغ و عدمه، إذ لا تلازم بين الأمرين، بل إذنها فى نكاح أمتها من التصرف المالى و هو غير ممنوعه منه،-

ص: ٢٠٢

(في الدائم و المتعه)، لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و لقوله تعالى:

فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (١) (و روايه سيف) بن عميره عن علي بن المغيره قال:

سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع بأمه المرأه من غير إذنها فقال: لا بأس (منافيه للأصل) و هو (٢) تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه عقلا و شرعا، فلا يعمل بها و إن كانت صحيحه، فلذلك أطرحتها الأصحاب غير الشيخ في النهايه جريا على قاعدته (٣)، و إذا أذن المولى لعبده في التزويج (٤) فإن عين له مهرا تعين -بخلاف تزويجها نفسها فقد ثبت إذن أوليائها.

و أكثر العامه على إلغاء عباره المرأه في النكاح مطلقا حتى في نكاح أمتها فيتولى نكاح الأمه أولياء المرأه على قول أو الحاكم على قول آخر لهم.

ثم على القول باشتراط إذن المالك. في نكاح الأمه، و لو كان المالك أنثى، فلا فرق بين الدائم و المنقطع، و عن الشيخ في النهايه و التهذيب أنه يجوز للأمه أن تتزوج متعه إذا كان مالكةا امرأه بغير إذنها، لخبر سيف بن عميره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- بأس بأن يتمتع بأمه المرأه بغير إذنها، فأما أمه الرجل فلا يتمتع بها إلا بأمره) (١)، و هذا الخبر قد روى عن الصادق عليه السلام بلا واسطه كما سمعت، و أخرى قد روى عن سيف بن عميره عن علي بن المغيره عن الصادق عليه السلام ٢ و ثلثه عن سيف عن داود بن فرقد عن الصادق عليه السلام ٣، و هو اضطراب في السند على ما في المسالك بالإضافة إلى مخالفته لأصول المذهب و قواعده، لأنه مخالف لقاعده قبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، و مخالف لقوله تعالى: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٢)، و مخالف للنصوص.

منها: صحيح البنزطي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (سألته يتمتع بالأمه بإذن أهلها؟ قال: نعم إن الله عز و جل يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ (٣))، و لذا لا بد من طرحه و الأعراض عنه و هذا ما عليه المشهور.

(١) النساء آيه: ٢٥.

(٢) أي الأصل.

(٣) و هي العمل بالخبر الصحيح و إن لم يعمل به الأصحاب و كان مخالفا للأصول.

(٤) إذا أذن المولى لعبده في التزويج فإما أن يعين المهر أم لا، و على التقديرين فإما أن يعين -

ص: ٢٠٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) سورة النساء، الآية: ٢٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب المتعه حديث ٣.

و ليس له تخطيه، و إن أطلق انصرف إلى مهر المثل.

(و لو زاد العبد المأذون) في المعين في الأول (١)،(و على مهر المثل) في -الزوجه أم لا، فالأقسام أربعة.

الأول: أن يعين المرأه و المهر فيتعينان، و لا- يجوز التخطي إلى امرأه أخرى، فإن تخطى العبد كان العقد موقوفا على إجازة المولى بناء على صحه عقد الفضولي، و على الآخر يبطل، و لا فرق بين التجاوز إلى أشرف منها و أخسّ و مساو.

الثاني: أن يطلق له في المرأه و المهر، فللعبد أن يتزوج بمن شاء بمهر المثل أو دونه، من حره أو أمه، و من بلده و خارجه، و سواء كان المتزوج بها شريفه أو وضيعه، كل ذلك تمسكا بالإطلاق، هذا و قد حمل الإطلاق في المهر على مهر المثل كما حمل الإطلاق في البيع و الشراء على ثمن المثل.

الثالث: أن يعين المرأه و يطلق المهر، فلا يجوز للعبد التخطي إلى غير المعين من المرأه و إلا كان العقد فضوليا، و الإطلاق في المهر منصرف إلى مهر المثل أو الأقل دون الزائد.

الرابع: إن يعين المهر و يطلق في المرأه، فيتخير العبد في تزويج من شاء من النساء بالمهر المعين، و إن تخطاه إلى الزائد صح العقد و لا يكون فضوليا، بخلاف الاذن بالبيع بثمن معين فلو تخطاه كان البيع فضوليا، و الفرق أن النكاح لا يتوقف على المهر و لا تلازم بينهما فالاذن في النكاح متحقق على كل حال فلا وجه لإبطاله بخلاف البيع فإن الثمن شرط في صحته.

إذا تقرر ذلك، فلو زاد العبد في المهر المعين أو في مهر المثل عند الإطلاق كان الزائد في ذمته يتبع به بعد عتقه، كما هو مقتضى القواعد لعدم إذن من المولى في الزائد حتى يرجع فيه إلى نفس المولى، و أما نفس المهر المعين أو مهر المثل عند الإطلاق فهل هو في ذمه المولى كما عليه المشهور لأن الاذن في النكاح مستلزم للاذن في لوازمه و توابعه، أو أنه في كسب العبد كما عن الشيخ و ابنى سعيد و البراج، لأن المهر في قبالة عوض، و المستوفى له العبد و ليس المولى، و الأظهر الأول لعدم ذمه للعبد صالحه للاشتغال، مع ضميمه أن الكسب من جملة أموال المولى فإذا نه في النكاح الموجب لالتزامه بالمهر لا يقتضى أن يتقيد المهر بنوع خاص من ماله كما لو أذن المولى للعبد في الاستدانه، فالدين يكون في ذمه المولى و ليس في خصوص نوع من أمواله و هو كسب العبد، و كذا وقع نفس النزاع في نفقه الزوجه التي أذن المولى لعبد في التزويج منها.

(١) عند تعيين المولى للمهر.

الثانى (١)(صح) (٢)، للإذن فى أصل النكاح، و هو (٣) يقتضى مهر المثل على المولى، أو ما عينه (و كان الزائد فى ذمته يتبع به بعد عتقه، و مهر المثل)، أو المعين (على المولى)، و كذا النفقه، و قبل: يجب ذلك (٤) فى كسبه.

و الأقوى الأول، لأن الإذن فى النكاح يقتضى الإذن فى توابعه، و المهر و النفقه من جملتها، و العبد لا يملك شيئاً فلا يجب عليه شىء، لامتناع التكليف بما لا يطاق فيكون على المولى كسائر ديونه (٥).

و أما الزوجه فإن أطلقها تخير (٦) ما يليق به، و إن عين تعينت، فلو تخطاها كان فضولياً يقف على إجازة المولى، (و من تحرر بعضه (٧) ليس للمولى إجباره على النكاح) مراعاة لجانب الحرية، (و لا- للمبعض الاستقلال) مراعاة لجانب الرقيه، بل يتوقف نكاحه على رضاه، و إذن المولى جمعاً بين الحقيين.

الثامنه: لو زوّج الفضولى الصغيرين

(الثامنه: لو زوّج الفضولى الصغيرين (٨) فبلغ أحدهما و أجاز العقد لزم) من (١) عند إطلاق المولى للمهر.

(٢) أى صح عقد النكاح، و لا يكون فضولياً و إن تخطى العبد فى المهر المأذون فيه، لأن النكاح لا يتوقف على المهر، فالإذن فى النكاح متحقق على كل حال.

(٣) أى الإذن فى النكاح من المولى.

(٤) من مهر المثل أو المعين و كذا النفقه.

(٥) التى استدانها و لو بواسطة العبد و لا تنقيد بنوع خاص من أمواله.

(٦) أى العبد.

(٧) من تحرر بعضه فليس للمولى إجباره على النكاح، لأنه صار شريكاً للمولى فى الحق المتعلق برقبته، فليس لأحدهما التصرف إلا- بإذن الآخر، و من جملة التصرفات النكاح، فليس للمولى إجباره عليه مراعاة لجانب الحرية، لأن الحر لا يجبر على النكاح، و ليس للعبد الاستقلال بالنكاح مراعاة لجانب الرقيه، بل يعتبر فى النكاح حينئذ صدوره عن إذنها معاً، و يكون المهر و النفقه حينئذ بالنسبه، و أما زياده هنا عن المهر المعين أو مهر المثل فتتعلق بجزئه الحر.

(٨) قد تقدم لو زوج الأبوان الصغيرين، فالزواج لازم عليهما بعد البلوغ و الرشد، بلا خلاف فى الصبيبه و على المشهور فى الصبى، و عن الشيخ و بنى البراج و حمزه و ادريس أن للصبى خيار الفسخ و الإمضاء بعد البلوغ لخبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام (إن -

-الغلام إذا زوجه أبوه و لم يدرك كان بالخيار إذا أدرك(١).

و هو مخالف للنصوص الكثيره المتضمنه على عدم الخيار كصحيح الحلبي (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أ يجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ فقال عليه السلام: أما التزويج فصحيح، و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك)(٢).

و إذا كان العقد لازما عليهما فلا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه، و على هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر.

و أما لو زوجهما الفضوليان، فإن قلنا بأن العقد الفضولي باطل فلا- كلام، و على القول الآخر فصحيح إلا أنه موقوف على الإجازة، فلو أجازاه بعد البلوغ ثم مات أحدهما ثبت التوارث بينهما، و كذا لو أجاز العقد وليهما قبل البلوغ فثبت الزوجيه بينهما فلو مات أحدهما قبل البلوغ فيثبت التوارث بينهما، و كذا لو ماتا أو أحدهما بالنسبه للصغيرين قبل البلوغ مع عدم وجود وليهما فيبطل العقد لتعذر الإجازة و لا ميراث.

و أما لو بلغ أحدهما مع كون الآخر حيا، فأجاز البالغ العقد لزم العقد من جهته، و المراد باللزوم عدم جواز فسخه له، و يبقى العقد من جهه الآخر موقوفا على إجازته فإن بلغ و أجاز لزم العقد من كلا الطرفين فلو مات أحدهما حينئذ فيثبت التوارث بينهما.

أما لو بلغ أحد الطرفين و أجاز العقد، ثم فرض موت المجيز قبل أن يبلغ الآخر أو بعد بلوغه و قبل إجازته، ثم أجاز بعد موت الطرف الأول أحلف أنه لم يجز طمعا في الميراث، بل لو كان الآخر حيا لرضى بتزويجه، و حينئذ يرث حصته منه، و أكثر هذه الأحكام - على ما في المسالك - موافقه للأصول الشرعيه، و لا تتوقف على نص خاص، و إنما يقع الالتباس في إرث المجيز الثاني مع يمينه مع ظهور التهمه في الإجازة، إلا أنه لا مخالف في هذه الأحكام لصحيح أبي عبيده الحذاء (سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جاريه زوجهما وليان لهما و هما غير مدركين، فقال عليه السلام: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال عليه السلام: يجوز ذلك عليه إن هو رضى، قلت:-

ص: ٢٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب عقد النكاح حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٤.

جهته، وبقى لزومه من جهة الآخر موقوفا على بلوغه و إجازته (فلو أجاز) الأول (ثم مات) قبل بلوغ الآخر (عزل للصغير قسطه من ميراثه) على تقدير إجازته، (و إذا بلغ الآخر) بعد ذلك و فسخ فلا مهر و لا ميراث، لبطلان العقد بالرد، (و) إن (أجاز حلف على عدم سببيه الإرث فى الإجازة) بمعنى أن الباعث على الإجازة ليس هو الإرث، بل لو كان حيا لرضى بتزويجه، (و ورث) حين يحلف كذلك.

و مستند هذا التفصيل صحيحه أبى عبيده الحذاء عن الباقر عليه السلام و موردها الصغيران كما ذكر (١).

و لو زوج أحد الصغيرين الولي، أو كان أحدهما (٢) بالغاً رشيداً و زوج الآخر الفضولي فمات الأول (٣) عزل للثانى نصيبه (٤)،.

فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أ ترثه؟ قال عليه السلام: يعزل ميراثها منه حتى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر (١)، و قد تقدم أن المراد من الولي هنا هو غير الأب و الجد بقريته التخيير.

(١) بأن زوجهما الفضولي.

(٢) أى أحد المتعاقدين.

(٣) و هو من لزم العقد من جانبه.

(٤) و قد وقع الخلاف بينهم فى أن الحكم المتقدم بمورد النص و هو تزويج الصغيرين هل يختص به أم يتعدى به إلى غيره، فالمشهور على عدم التعدى، و عن جماعه منهم النراقى و سيد العروه إلى التعدى فى جميع الصور، و عن العلامة فى القواعد و الشارح هنا و فى المسالك إلى التعدى فى خصوص صورته واحده، و هى ما لو كان أحد الطرفين صغيراً و قد عقد له وليه، أو كان بالغاً رشيداً و كان العقد عن الثانى فضولياً.

وجه عدم التعدى أن الحكم من إثبات الإرث بالإجازة مع اليمين على خلاف القواعد، لأن مقتضى القواعد كفايه الإجازة الموجبه لتأثير العقد الفضولى، و مع تحقق التأثير يحكم بالزوجيه، و لازمها التوارث عند الموت مع عدم الحلف، فإثبات اليمين مع الإجازة، على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده المنصوص هذا إن لم نشترط بقاء المتعاقدين على -

ص: ٢٠٧

و أحلف بعد بلوغه كذلك (١)، و إن مات (٢) قبل ذلك بطل العقد. و هذا الحكم (٣) و إن لم يكن مورد النص، ألا- أنه (٤) ثابت فيه (٥) بطريق أولى، للزوم العقد هنا من الطرف الآخر، فهو أقرب إلى الثبوت مما هو جائز من الطرفين.

نعم لو كانا كبيرين و زوجهما الفضولى ففي تعدى الحكم إليهما (٦) نظر: من مساواته (٧) للمنصوص فى كونه فضوليا من الجانبين، و لا مدخل للصغر و الكبر فى ذلك (٨)، و من ثبوت الحكم (٩) فى الصغيرين على خلاف الأصل (١٠) من حيث توقف -صفه القابليه إلى حين صدور الإجازة من كلا الطرفين، و أما إذا اشترطنا ذلك فالأصل يكون قاضيا بالبطلان لموت أحد المتعاقدين بعد إجازته و قبل إجازة الآخر، و وجه التعدى أن اليمين لرفع التهمه فى كون الارث هو السبب فى الإجازة و ليس الرضا بالتزويج، و التهمه موجوده فى جميع الصور.

و وجه التعدى إلى صورته واحده كما هو مقتضى القول الثالث، أن اليمين قد ثبتت فى مورد النص، و هو ما لو كان العقد جائزا من الطرفين، فلو كان العقد جائزا من أحد الطرفين كما فى هذه الصورة فاليمين أولى، لأن الحكم باليمين قد ثبت فى الأضعف و هو الجائز من الطرفين فثبوته فى الأقوى و هو الجائز من طرف واحد بطريق أولى كما استدل فى المسالك و الروضه هنا.

و فيه: إن الحكم باليمين فى مورد النص لم يكن من جهة كون العقد جائزا من الطرفين، بل من جهة دفع احتمال التهمه، و الاحتمال جار سواء كان العقد جائزا من الطرفين أو من طرف واحد.

(١) أى على عدم سببيه الارث فى الإجازة.

(٢) أى الثانى بعد موت الأول و قبل إجازة الثانى.

(٣) من عزل نصيب الثانى بعد موت الأول الذى كان العقد لازما من جانبه، و يعزل النصيب حتى يبلغ الثانى و يجيز و يحلف.

(٤) أى إن هذا الحكم من العزل و الحلف.

(٥) فى هذا المورد الذى كان العقد لازما من أحد الجانبين.

(٦) إلى الكبيرين.

(٧) دليل التعدى.

(٨) فى الحكم بالحلف، لأن الحلف لنفى احتمال التهمه، و هى موجوده فى الموردين.

(٩) دليل عدم التعدى.

(١٠) إذا الأصل يقتضى البطلان عند اشتراط بقاء المتعاقدين على صفه القابليه إلى حين صدور-

الإرث على اليمين، و ظهور التهمة فى الإجازة فىحكم فيما خرج عن المنصوص ببطلان العقد (١) متى مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته، و قبل إجازة الآخر.

و يمكن إثبات الأولوية فى البالغين بوجه آخر و هو أن عقد الفضولى متى كان له مجيز (٢) فى الحال (٣) فلا إشكال عند القائل بصحته فى صحته (٤)، بخلاف ما إذا لم يكن له مجيز كذلك (٥) فإن فيه (٦) خلافا عند من يجوز عقد الفضولى فإذا ثبت الحكم فى العقد الضعيف (٧) الذى لا مجيز له فى الحال و هو عقد الصغيرين فتعديه إلى الأقوى (٨) أولى.

و لو عرض للمجيز الثانى مانع عن اليمين كالجنون، و السفر الضرورى عزل نصيبه إلى أن يحلف (٩)، و لو نكل عن اليمين فالأقوى أنه لا يرث، لأن ثبوته (١٠) بالنص و الفتوى موقوف على الإجازة و اليمين معا، فينتفى بدون أحدهما.

-الإجازة من كليهما و هذا هو الظاهر من كلام الشارح هنا، و عند عدم الاشتراط فالأصل يقتضى صحة الزوجية و تحقق الإرث عند موت أحد الزوجين بمجرد صدور الإجازة من دون حاجة إلى اليمين.

(١)المبنى على اشتراط بقاء المتعاقدين على صفه القابليه إلى حين صدور الإجازة من كليهما.

(٢)جامع لشرائط الإجازة.

(٣)حال وقوع العقد.

(٤)أى صحه العقد الفضولى إذا أجزى حالا.

(٥)أى فى حال وقوع العقد، و مقامنا من الثانى.

(٦)فى الثانى.

(٧)و هو الثانى الذى لا مجيز له فى الحال، و ضعفه لوقوع الخلاف فى صحته عند القائل بصحه العقد الفضولى.

(٨)و هو الأول الذى له مجيز فى الحال، و هو أقوى لعدم وقوع الخلاف فى صحته عند القائل بصحه العقد الفضولى و فيه: أولا قد يكون العقد على الصغيرين من العقد القوى الذى له مجيز فى الحال، و ذلك فيما لو وقع العقد الفضولى عليها و كان وليهما حاضرا.

و ثانيا: أن الحكم باليمين مع الإجازة لم يكن من جهه كون العقد الفضولى قد وقع فيه الخلاف حتى نعدى الحكم بالأولوية إلى العقد الفضولى السالم عن الخلاف كما فعل الشارح.

(٩)فيعزل نصيبه بشرط كون العذر مما يترقب زواله، و إلا لو كان عكس ذلك فالأمر بالعزل حينئذ موجب للضرر على الوارث.

(١٠)و هو ثبوت الارث.

و هل يثبت عليه المهر (١) لو كان (٢) هو الزوج بمجرد الإجازة من دون اليمين وجهان: من أنه (٣) مترتب على ثبوت النكاح و لم يثبت بدونهما، و من أن (٤) إجازته كالإقرار فى حق نفسه بالنسبة إلى ما يتعلق به كالمهر، و إنما يتوقف الإرث (٥) على اليمين، لقيام التهمة، و عود النفع إليه محضاً فيثبت (٦) ما يعود عليه (٧)، دون ماله (٨)، و لا بعد فى تبعض الحكم و إن تنافى الأصلان (٩).

و له (١٠) نظائر كثيرة. و قد تقدم مثله ما لو اختلفا فى حصول النكاح فإن مدعيه يحكم عليه بلوازم الزوجية (١١) دون المنكر (١٢) و لا يثبت النكاح ظاهراً.

(١) مهر المسمى فى العقد.

(٢) أى المجيز الثانى.

(٣) دليل عدم ثبوت المهر، و المعنى أن المهر مترتب على النكاح، و النكاح متوقف على الإجازة و اليمين معاً، و المفروض عدم تحقق اليمين و هو موجب لعدم النكاح، الموجب لعدم المهر.

(٤) دليل الثبوت، و المعنى أنه بإجازته معترف بثبوت المهر فى ذمته، و إقرار العقلاء على أنفسهم جائز.

(٥) دفع دخل، أما الدخل: فلو كان المهر ثابتاً لثبت النكاح، و لو ثبت النكاح لثبت ميراث الزوج من الزوجه المتوفاه حينئذ، و أما الدفع فإن ثبوت المهر و إن أوجب ثبوت النكاح، إلا أنه ثابت بحسب إقراره، و إقراره نافذ عليه بما هو فى حقه لا بما هو فى حق غيره، فلذا أخذنا بإقراره من ناحيه المهر لأنه إقرار بما هو فى حقه، و لم نأخذ بإقراره من ناحيه الميراث لأنه إقرار بما هو فى حق الغير، مع قيام التهمة فى كون الإجازة مسببه عن الطمع فى الميراث لا عن الرضا بالتزويج.

(٦) أى يثبت بإقراره.

(٧) و هو المهر فى المقام.

(٨) و هو الارث فى المقام.

(٩) الموجبان لهذين الحكمين، لأن الذى أوجب المهر هو الزوجية، و الذى أوجب عدم الارث هو عدم الزوجية.

(١٠) أى التبعض فى الحكم الظاهرى.

(١١) من حرمة الخامسة و حرمة أم الزوجه و بنتها، مع المهر إذا كان المدعى هو الرجل، و لو كان امرأه فيحرم عليها التزويج بغيره.

(١٢) و هنا وقع التبعض فى الحكم الظاهرى، لأن الزوجية إن ثبتت حكم على المدعى و المنكر -

و اطلاق النص بتوقف الإرث على حلفه لا ينافي ثبوت المهر عليه بدليل آخر (١) و هذا متجه.

و اعلم أن التهمه بطمعه فى الميراث لا- تأتى فى جميع الموارد، إذ لو كان المتأخر هو الزوج و المهر بقدر الميراث أو أزيد (٢) انتفت التهمه، و ينبغى هنا (٣) عدم اليمين (٤) إن لم يتعلق غرض بإثبات أعيان التركه (٥) بحيث يترجح (٦) على ما يثبت عليه من الدين (٧)، أو يخاف (٨) امتناعه من أدائه، أو هربه، و نحو ذلك مما يوجب التهمه (٩)، و مع ذلك فالموجود فى الروايه موت الزوج و إجازة الزوجه و أنها تحلف بالله: ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج، فهى غير منافية لما ذكرناه (١٠)، و لكن فتوى الأصحاب مطلقه (١١) فى إثبات اليمين.

التاسعه: لو زوجها الأبوان برجلين

(التاسعه: لو زوجها الأبوان) الأب و الجد (برجلين (١٢) و اقترنا) فى العقد -معا بلوازم الزوجيه، و إن لم تثبت لا يحكم باللوازم على المدعى و المنكر معا، فالحكم على أحدهما دون الآخر تبعض فى الحكم، مع أننا حكمنا بعدم ثبوت النكاح ظاهرا فكيف حكم بلوازم الزوجيه على المدعى.

(١) و هو الإقرار النافذ عليه.

(٢) أى كان المهر أزيد من الميراث.

(٣) عند انتفاء التهمه فى الميراث.

(٤) لانتهاء التهمه، و يحتمل اليمين لإطلاق النص مع عدم لزوم كون التهمه عله تامه فى اعتبار اليمين، بل من الممكن أن تكون التهمه حكمه باعته على الحكم و لا يلزم اطرادها فى جميع موارد إطلاق النص.

(٥) أى تركه الزوجه.

(٦) أى يزيد ماله من أعيان التركه على ما يثبت عليه من المهر.

(٧) الذى هو المهر.

(٨) أو بمعنى (إلا)، و الفعل منصوب بأن المقدره، و المعنى ينبغى عدم اليمين إلا أن يخاف امتناع الزوج من أداء المهر الذى هو أقل من الميراث.

(٩) فلا بد من اليمين حينئذ.

(١٠) من عدم اليمين للزوج فى الصورة السابقه عند انتفاء التهمه.

(١١) غير مقيدة بوجود التهمه.

(١٢) لو زوجها الأب من شخص، و الجد من آخر فمن سبق عقده صح و بطل المتأخر، لاستقلال كل منهما بالولاية، و مع سبق أحدهما لم يبق محل للآخر، و للنصوص. -

ص: ٢١١

بأن اتحد زمان القبول (قدّم عقد الجدة). لا نعلم فيه خلافاً، و تدل عليه من الأخبار روايه عبيد بن زرارہ قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدها أن يزوجه من رجل. فقال: «الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً إن لم يكن الأب يزوجه قبله»، و علل مع ذلك (١) بأن ولايه الجدة أقوى، لثبوت ولايته على الأب على تقدير نقصه بجنون و نحوه، بخلاف العكس.

و هذه العلة لو تمت لزم تعدى الحكم إلى غير النكاح (٢)، و لا يقولون به (٣)، و الأجود قصره (٤) على محل الوفاق (٥)، لأنه (٦) على خلاف الأصل حيث أنهما مشتركان في الولاية (٧). و مثل هذه القوه (٨) لا تصلح مرجحاً (٩).

-منها: صحيح هشام بن سالم و محمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا زوج الأب و الجدة كان التزويج للأول، فإن كانا جميعاً في حال واحده فالجد أولى) (١١)، و موثق عبيد بن زرارہ (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجه من رجل، و يريد جدها أن يزوجه من رجل آخر، فقال عليه السلام: الجد أولى بذلك ما لم يكن مضاراً، إن لم يكن الأب يزوجه قبله، و يجوز عليها تزويج الأب و الجدة) ٢.

و من هذه النصوص تعرف أنه لو وقع عقدهما في زمن واحد قدم عقد الجدة بلا خلاف في ذلك بيننا، و خالفت العامه في ذلك فجعلوا الأب أولى من الجدة، لأن الجدة عندهم لا ولاية له مع وجود الأب، و هو مردود بما سمعت من الأخبار.

(١) مع النصوص.

(٢) من البيع و الشراء و نحوهما.

(٣) بالتعدى.

(٤) قصر الحكم بتقديم عقد الجدة عند التقارن.

(٥) و هو النكاح.

(٦) أى تقديم عقد الجدة عند التقارن.

(٧) فتقديم عقد الجدة حينئذ ترجيح بلا مرجح.

(٨) أى القوه لولاية الجدة، لأن الجدة له ولاية على الأب.

(٩) لو لا النص المتقدم.

ص: ٢١٢

و فى تعدى الحكم (١) إلى الجد (٢) مع جد الأب (٣)، و هكذا صاعدا وجه، نظرا إلى العله (٤). و الأقوى العدم، لخروجه (٥) عن موضع النص (٦)، و استوائهما (٧) فى اطلاق الجد حقيقه (٨)، و الأب (٩) كذلك (١٠) أو مجازا،(و إن سبق عقد أحدهما صح عقده) (١١) لما ذكر من الخبر و غيره، و لأنهما مشتركان فى (١) من تقديم عقد الجد على عقد الأب عند التقارن، هذا و قال فى المسالك: (فهل يتعدى هذا الحكم إلى أب الجد و جد الجد و إن علا مع الأب، أو مع من هو أدنى منه، حتى يكون أبو الجد أولى من الجد، و جد الجد أولى من أب الجد، وجهان من زياده البعد و وجود العله.

و يقوى تقديم الجد و إن علا على الأب، فيقدم عقده عليه مع الاقتران لشمول النص له، فإن الجد و إن علا يشمله اسم الجد، لأنه مقول على الأدنى و الأعلى بالتواطؤ، و أما إقامه الجد مع أبيه مقام الأب مع الجد فعدمه أقوى لفقد النص الموجب له مع اشتراكهما فى الولاية، فإن الجد لا يصدق عليه اسم الأب إلا مجازا كما أسلفناه، فلا يتناوله النص، و من جعله أبا حقيقه كما ذهب إليه جمع من الأصحاب يلزمه تعدى الحكم إليه، فعلى الأول يبطل العقد لاستحاله الترجيح بغير مرجح، أو اجتماع الضدين كما لو زوجها الوكيلان، و على الثانى يقدم عقد الأعلى) انتهى.

(٢) أى جد الزوجه.

(٣) من دون التعرض فيما لو اجتمع أب الزوجه مع أب الجد الذى هو جد الأب، أو مع جد الجد و هكذا، و قد استقرب الشارح تعديه الحكم، لصدق اسم الجد حقيقه على أحد الطرفين مع صدق لفظ الأب على الآخر، و هو مورد النص حينئذ.

(٤) و هى اقوائيه و لايه الجد على و لايه الأب، فكذا و لايه الأعلى أقوى من و لايه الأدنى، لثبوت و لايه الأعلى على الأدنى.

(٥) و هو جد الأب مع جد الزوجه فصاعدا.

(٦) إذ النص قد ورد فى أب الزوجه و جدّها.

(٧) أى استواء جدّ الزوجه و جد الأب، و هو عطف على قوله (لخروجه) و هو دليل ثان على العدم.

(٨) فلا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا بالعله المتقدمه و قد عرفت أنها غير صالحه للترجيح.

(٩) أى و إطلاق لفظ الأب عليهما.

(١٠) أى حقيقه.

(١١) أى عقد السابق، و قد تقدم الكلام فيه.

الولاية فإذا سبق أحدهما وقع صحيحا فامتنع الآخر (١).

(و لو زوجها الأخوان برجلين فالعقد للسابق) (٢) منهما (إن كانا) أى الأخوان (وكيلين) لما ذكر فى عقد الأبوين (٣) (و إلا) يكونا وكيلين (فلتخير) المرأه (١) لفوات محله.

(٢) بعد حصر الولي بالأب و الجد و المولى و الحاكم و الوصى فيكون الأخ كالأجنبي بالنظر إلى تزويج الأخت، و لكن يستحب للمرأه أن توكل أخاها كما فى الشرائع و القواعد و غيرها لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الذى بيده عقده النكاح، قال: هو الأب و الأخ و الرجل يوصى إليه) (١) و هو محمول على التوكيل بالنسبه للأخ جمعا بينه و بين ما تقدم من حصر الولي بما سمعت، و لمرسل الحسن بن على عن الرضا عليه السّلام (الأخ الأكبر بمنزله الأب) ٢ و هو محمول على التوكيل جمعا.

إذا تقرر ذلك فلو زوجها الأخوان، فإن لم تكن و كلتھما فهما فضوليان ففتخير فى إجازة عقد من شاءت منهما، و إن استحب لها ترجيح عقد الأكبر لما سمعته من النصوص، و إن كانت قد و كلت أحدهما خاصه صح عقده و بطل عقد الآخر، و إن و كلتھما معا صح عقد السابق و بطل اللاحق لفوات محله، و إن اقترنا دفعه واحده بطلا لاستحاله الترجيح بلا مرجح كما هو المشهور، و عن الشيخ فى كتابى الأخبار و النهايه و القاضى و العلامه فى المختلف و ابنى سعيد و حمزه تقديم عقد الأكبر إلا مع دخول الآخر الذى زوجته الأخ الآخر فيقدم الثانى حينئذ، لخبر وليد بياح الاسفاط (سئل أبو عبد الله عليه السّلام و أنا عنده عن جاريه كان لها أخوان، زوجها الأكبر بالكوفه و زوجها الأصغر بأرض أخرى، قال عليه السّلام: الأول بها أولى إلا أن يكون الآخر قد دخل بها فهى امرأته و نكاحه جائز) (٢).

و فيه: إن تقديم عقد الأكبر عند التقارن تحكم لعدم المرجح، و الخبر غير صالح لذلك لعدم حجيه سنده مع عدم الجابر له، على أنه من المحتمل أن يكون مورد الخبر هو كون العقد منهما فضوليا، بل هو الظاهر لخلوه من أمارات التوكيل، و عليه فيكون الخبر على مقتضى القواعد لاستحباب تقديم عقد الأخ الأكبر لأنه بمنزله الأب إلا أن يكون الزوج الآخر قد دخل بها، و مع الدخول قد أجازت العقد الآخر، و مع إجازتها الفعلية للثانى يبطل عقد الأول.

(٣) من وقوع السابق صحيحا فيمتنع الآخر لفوات محله.

ص: ٢١٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ و ٦ .

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٤ .

(ما شاءت) منهما (١)، كما لو عقد غيرهما فضولا.

(و يستحب) لها (إجازه عقد) الأخ (الأكبر) مع تساوى مختارهما فى الكمال، أو رجحان مختار الأكبر. و لو انعكس (٢) فالأولى ترجيح الأكمل (فإن اقترنا) فى العقد قبولا (بطلا)، لاستحاله الترجيح و الجمع (٣) (إن كان كل منهما وكيلا).

و القول بتقديم عقد الأكبر (٤) هنا (٥) ضعيف، لضعف مستنده (و إلا) يكونا و كيلين (صح عقد الوكيل منهما)، لبطان عقد الفضولى بمعارضه العقد الصحيح، (و لو كانا فضوليين و) الحال أن عقديهما (اقترنا تخيرت) فى إجازه ما شاءت منهما، و إبطال الآخر، أو إبطالهما.

العاشره: لا ولاية للأم

(العاشره: لا ولاية للأم) على الولد مطلقا (٦) (فلو زوّجته، أو زوّجتها اعتبر) (١) أو الفسخ و الرد عليهما.

(٢) بحيث كان مختار الأصغر أرجح.

(٣) أى الجمع بين الزوجين.

(٤) عند عدم دخول من عقد له الأصغر.

(٥) عند التوكيل لهما.

(٦) صغيرا كان أو كبيرا، ذكرا كان أو أنثى، هذا و بعد حصر الولى فى الأب و الجد و الوصى و الحاكم و المولى فتكون الأم كالأب-جنبى فى تزويج الولد بلا-خلاف فيه إلا من ابن أبى عقيل حيث ذهب إلى ولاية الأم و تنزيلها و آباؤها منزله الأب و آباؤه لما ورد عند العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر نعيم بن النخاع أن يستأمر أم ابنته فى أمرها، و قال: و أتمروهن فى بناتهن) (١) و هو ضعيف السند و لا جابر له عند الأصحاب.

و على المشهور فلو زوجته بغير إذنه توقف العقد على إجازته سواء كان قبل البلوغ أم بعده، فإن أجاز لزمه العقد و المهر، و إن ردّ بطل العقد و تبعه المهر كغيره من عقود الفضولى.

و ذهب الشيخ فى النهايه و أتباعه إلى أنه إذا ردّ الولد لزمها المهر بتمامه للمعقود عليها لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سأله عن رجل زوّجته أمه و هو غائب، قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه) (٢)، و الخبر ضعيف بإسماعيل بن سهل و قد أعرض عنه الأصحاب بعد-

ص: ٢١٥

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

(رضاهما) بعد الكمال كالفضولي (فلو ادعت الوكالة عن الابن) الكامل (و أنكر) -مخالفته للقواعد القاضيه بعدم لزوم المهر على الأم كمثل كل فضولي و لا- على الولد عند الرد، و حملها المحقق و العلامة على ما لو ادعت الوكالة عن ابنها و لم تثبت الوكالة، فإنها تضمن المهر، لأنها قد قوّت البضع على الزوجه، و عزّتها بدعوى الوكالة فتضمن عوضه و هو المهر.

و فيه: كما عن المحقق الثاني في جامعه و تابعه الشارح هنا و في المسالك أن ضمان البضع بالتفويت مطلقا ممنوع، و إنما المعلوم ضمانه بالاستيفاء، و الاستيفاء يتم بصوره العقد أو بصوره وطء الشهبه و كلاهما منفيان هنا، أما الثاني فواضح إذا لا وطء بحسب الفرض، و أما الأول فالعقد منفي بالرد من الود. هذا فضلا عن أن الحمل المزبور مناف لما ورد من أن مدعى الوكالة يثبت في ذمته نصف المهر للزوجه إن لم تثبت الوكالة عن الزوج كما هو المشهور لصحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أمر رجلا- أن يزوجه امرأه من أهل البصره من بنى تميم، فزوجه امرأه من أهل الكوفه من بنى تميم، قال عليه السلام: خالف أمره، و على المأمور نصف الصداق لأهل المرأة و لا عده عليها و لا ميراث بينهما، فقال بعض من حضر: فإن أمره أن يزوجه امرأه لم يسم أرضا و لا قبيله ثم جحد الأمر أن يكون أمره بذلك بعد ما زوجه، فقال عليه السلام: إن كان للمأمور بينه أنه كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الأمر، و إن لم يكن له بينه كان الصداق على المأمور لأهل المرأة و لا ميراث بينهما و لا عده عليها و لها نصف الصداق إن كان فرض لها صداقا)^(١) فالصحيح نص في تحميل الوكيل نصف المهر فكيف يمكن حمل خبر محمد بن مسلم الدال على تضمين الوكيل تمام المهر عليه.

نعم يمكن حمل خبر محمد بن مسلم الدال على تضمين تمام المهر على الوكيل على قول الشيخ في النهايه و القاضى و ابن إدريس من أن مدعى الوكالة عند عدم ثبوتها يضمن تمام المهر، لأن المهر بتمامه يجب بالعقد و لا ينتصف إلا بالطلاق و هو مفقود في المقام.

و فيه: إن المهر بتمامه يجب بالعقد على الزوج لا- على الوكيل، بالإضافة إلى أن الخبر الصحيح دال على التنصيف فكيف جاز ترك الحمل به؟ و عن جماعه منهم الشارح عدم ثبوت المهر لا كملا و لا نصفاً على مدعى الوكالة إذا لم تثبت الوكالة، لأن المهر من لوازم العقد و هو غير ثابت، و لم يتحقق استيفاء للبضع حتى يضمن الوكيل، و فيه: إنه و إن كان هو مقتضى القاعده في المقام لكن لا يصار إليه مع النص الصحيح المحمول به.

ص: ٢١٦

(بطل) العقد (و غرمت) للزوجه (نصف المهر) (١) لتفويتها عليها (٢) البضع، و غرورها (٣) بدعوى الوكاله، مع أن الفرقة قبل الدخول.

و قيل (٤): يلزمها جميع المهر لما ذكر (٥)، و إنما ينتصف (٦) بالطلاق و لم يقع، و لروايه (٧) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام.

و يشكل بأن البضع إنما يضمن بالاستيفاء على بعض الوجوه (٨)، لا مطلقا (٩)، و العقد لم يثبت فلم يثبت موجبه (١٠) و الأقوى (١١) أنه لا شىء على الوكيل مطلقا (١٢)، إلا مع الضمان (١٣) فيلزمه ما ضمن. و يمكن حمل الروايه (١٤) - لو سلم سندها - عليه (١٥). و على هذا (١٦) يتعدى الحكم إلى غير الأم، و بالغ (١) لصحيح أبي عبيده المتقدم و هو قول المشهور.

(٢) أى لتفويت الأم على الزوجه البضع.

(٣) أى لغرور الزوجه بسبب دعوى الوكاله من الأم.

(٤) و هو قول الشيخ و القاضى و ابن إدريس المتقدم فى مدعى الوكاله.

(٥) من التفويت و التغيرير، بعد كون تمام المهر ثابتا بالعقد.

(٦) أى الطلاق.

(٧) بحسب حمل المحقق و العلامه لها.

(٨) و هو العقد عليها أو وطء الشبهه.

(٩) فى جميع صور التفويت.

(١٠) أى ما يسببه العقد، و هو المهر.

(١١) و هو القول الثالث فى مدعى الوكاله.

(١٢) سواء كان الشىء المنفى نصف المهر أو تمامه، و سواء كان الوكيل أما أم لا.

(١٣) إذا تحقق استيفاء البضع بالوطء أو بالعقد.

(١٤) أى روايه محمد بن مسلم المتقدمه.

(١٥) أى على ضمان الوكيل إذا تحقق استيفاء البضع، و فيه: إن صحيح أبي عبيده قد ضمن مدعى الوكيل نصف المهر و إن لم يتحقق استيفاء البضع، و العمل عليه متعين فلا بد من طرح خبر محمد بن مسلم بعد عدم إمكان حمله على الوكاله للتنافى بينه و

بين صحيح أبي عبيده.

(١٦) من عدم ثبوت شيء على الوكيل إلا مع الضمان عند استيفاء البضع.

ص: ٢١٧

القائل (١) بلزوم المهر فحكم به (٢) على الأم و إن لم تدع الوكالة استنادا إلى ظاهر الرواية (٣) و هو بعيد، و قريب منه (٤) حملها (٥) على دعواها الوكالة، فإن مجرد ذلك (٦) لا يصلح لثبوت المهر في ذمه الوكيل (٧).

الفصل الثالث – فى المحرمات و توابعها

إشاره

(الفصل الثالث – فى المحرمات)

فى ما يحرم بالنسب

بالنسب و الرضاع و غيرهما من الأسباب (٨) (و توابعها. يحرم) على الذكر (بالنسب) تسعه أصناف من الإناث (٩): (الأم و إن علت) و هى كل امرأه ولدته، (١) و هو قول الشيخ فى مسأله ما لو زوجت الأم ابنها فضولا و قد رد الولد العقد.

(٢) بتمام المهر.

(٣) أى روايه ابن مسلم المتقدمه.

(٤) أى من هذا القول، و هو قريب منه فى البعد.

(٥) أى حمل الروايه على دعوى الأم الوكالة كما عن المحقق و علامه.

(٦) أى دعوى الوكالة.

(٧) كما هو مقتضى القاعده، و لكن عرفت ورود الخبر الصحيح فى تنصيف المهر عليه.

(٨) كالمصاهره و الزنا بذات البعل أو فى العده الرجعيه، و المعقود عليها كذلك مع العلم أو الدخول.

(٩) الغالب فى التعبير عما يحرم من النسب هو أن المحرم من النسب سبعة أصناف من النساء، و هى المذكوره فى قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بَنَاتُكُمْ وَ أَخَوَاتُكُمْ وَ عَمَّاتُكُمْ وَ خَالَاتُكُمْ وَ بَنَاتُ الْأَخِ وَ بَنَاتُ الْأُخْتِ (١)، و الآيه كافيه فى مقام بيان التحريم، و الماتن قد جعل البنت ثلاثه أقسام، البنت و بنت البنت و بنت الابن، فلذا كانت الأقسام تسعه، و هو ليس فى محله لصدق البنت على الجميع هذا و المراد من الأم هى الأم و إن علت لأب كانت أو لأم، و هى كل امرأه ولدتك أو انتهى نسبك إليها من العلو بالولاده لأب كانت أو لأم. و المراد من البنت هى البنت و إن سفلت، و هى كل أنثى ينتهى نسبها إليك بالتولد بواسطه أو غيرها.

و المراد بالأخت هى الأنثى التى ولدك و إياها شخص واحد من غير واسطه، و لا يدخل فى اسمها غيرها، و لذا لم يكن فيها علو و لا سفل.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

أو انتهى نسبه إليها من العلو بالولادة لأب كانت، أم لأم، (و البنت و بنتها) و إن نزلت (و بنت الابن فنازلا).

و المراد بالعمه هي العمه و إن ارتفعت، و هي كل أنثى هي أخت ذكر ولدت له بواسطة أو لا، من جهة الأب أو الأم، أو فقل هي كل أنثى ولدها و أحد آبائك شخص من غير واسطه، و المراد بالمرتفع هي عمه الأب و عمه الجد و عمه الجده و هكذا، لا عمه العمه فإنها قد لا تكون محرمة.

و المراد بالخاله و إن علت هي كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أو لا، أو فقل هي كل أنثى ولدها و إحدى أمهاتك شخص من غير واسطه، و المراد بالمرتفع هي أخت الجده و إن علت لا خاله الخاله فإنها قد لا تحرم و المراد ببنات الأخ بناته و إن نزلن، سواء كان الأخ لأب أو لأم أولهما، و سواء كانت بنته لصلبه أو بنت بنته أو بنت ابنه و بناتهن و إن سفلن، و ضابطها كل امرأه ولدها الأخ بواسطة أو لا.

و المراد ببنات الأخت بناتها و إن نزلن، و الضابط كل امرأه ولدتها الأخت بواسطة أو لا.

هذا و كما يحرم على الذكر هذه الأصناف السبعة من النساء فيحرم على الأنثى مثلهن من الرجال، فيحرم الأب و إن علا على البنت و الولد و إن سفل على الأم، و الأخ و ابنه و ابن الأخت على الأخت و العمه و الخاله، و يحرم العم و إن علا و كذلك الخال على بنت الأخ و بنت الأخت، و هذا مستفاد من الآيه المتقدمه لأن التحريم من أحد الطرفين هنا مستلزم للتحريم من الطرف الآخر، و لهذه النكته أقتصر في الآيه على المحرمات على الرجال و لم يذكر العكس.

هذا و قد ذكر العلامة ضابطه تحصر جميع المحرمات من النسب و هي: أنه يحرم على الإنسان أصوله و فصوله، و فصول أول أصوله، و أول فصل من كل أصل بعد أول الأصول.

فالأصول الآباء و الأمهات، و الفصول البنات و البنون، و فصول أول الأصول هم الأخوات بالنسبه للرجل و الأخوه بالنسبه للأنثى، و أولاد الأخ و أولاد الأخت و إن نزلوا.

و أول فصل من كل أصل بعد أول الأصول هو الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات هذا و أخصر من عبارته العلامة قولهم أنه يحرم على الإنسان كل قريب له ما عدا أولاد العمومه و الخثوله، فيحرم على الرجل نساء القرابه مطلقا إلا من دخل في اسم ولد العم أو ولد الخال، و يحرم على الأنثى ذكور القرابه مطلقا إلا من دخل في اسم ولد العمومه أو الخثوله.

و ضابطها (١): من ينتهي إليه نسبه (٢) بالتولد و لو بوسائط،(و الأخت و بنتها فنازلا) و هي كل (٣) امرأه و لدها أبواه، أو أحدهما (٤)، أو انتهى (٥) نسبها إليهما، أو إلى أحدهما بالتولد،(و بنت الأخ) و إن نزلت (كذلك) لأب كان (٦)، أم لأم، أم لهما،(و العمه) و هي كل أنثى هي أخت ذكر و لده (٧) بواسطة، أو غيرها من جهه الأب، أو الأم، أو منهما،(و الخاله فصاعدا) فيهما (٨)، و هي كل أنثى هي أخت أنثى و لده (٩) بواسطة، أو بغير واسطه. و قد تكون (١٠) من جهه الأب كأخت أم الأب.

و المراد بالصاعد فيهما (١١): عمه الأب، و الأم (١٢)، و خالتهما (١٣)، و عمه الجد و الجده، و خالتهما، و هكذا، لا عمه العمه، و خاله الخاله فإنهما قد لا تكونان محرمتين (١٤) و يحرم على المرأة ما يحرم على الرجل بالقياس.

و ضابط المحرمات الجامع لها (١٥) أنه يحرم على الإنسان كل قريب عدا أولاد (١) أى ضابط بنت الابن.

(٢) أى نسب الابن.

(٣) تفسير للأخت.

(٤) أى أحد الأبوين.

(٥) تفسير لبنت الأخت.

(٦) أى الأخ.

(٧) أى ولد هذا الرجل الذى نحصى محارمه.

(٨) فى العمه و الخاله.

(٩) أى ولدت هذا الرجل الذى نحصى محارمه.

(١٠) أى الخاله.

(١١) فى العمه و الخاله.

(١٢) أى و عمه الأم.

(١٣) أى خاله الأب و خاله الأم.

(١٤) كما إذا كان لزيد عمه هي أخت أبيه من أمه، و لها عمه هي أخت أبيها، فالأخير لا تحرم على زيد و إن كانت عمه لعمته، و كذا لو كانت خاله هي أخت أمه لأبيها، و لها خاله و هي أخت أمها، فالأخير أيضا لا تحرم على زيد و إن كانت خاله لخالته، لأنه لا نسب لها معه.

(١٥) للمحررات.

ص: ٢٢٠

فى ما يحرم بالرضاع و ما يحصل به الرضاع

(و يحرم بالرضاع ما يحرم بالنسب) (١) فأمكن من الرضاعه هى كل امراه أرضعتك، أو رجع نسب من أرضعتك أو صاحب اللبن إليها، أو أرضعت من يرجع نسبك إليه من ذكر أو أنثى و إن علا كمرضعه أحد أبويك، أو أجدادك، أو جداتك، و أختها خالتك من الرضاعه، و أخوها خالك، و أبوها جدك، كما أن ابن مرضعتك أخ، و بنتها أخت إلى آخر أحكام النسب.

و البنت (٢) من الرضاع: كل أنثى رضعت من لبنك، أو لبن من ولدته أو (١)الرضاع سبب فى التحريم بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعِ (١)**، و للأخبار.

منها: صحيح العجلى عن أبى جعفر عليه السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابه) ٣.

و يستفاد من هذه النصوص أن ما يحرم من النسب و هو القرابات السبع الإناثيه فهى محرمه بسبب الرضاع، و القرابات السبع هى: الأمهات و البنات و الأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت و العمات و الخالات، و عليه فإذا تحقق الرضاع المحرّم فتصير المرضعه أما و صاحب اللبن أبا، و آباؤهما أجدادا و جداتا، و أولاد المرضعه إخوه و أخوات، و أولاد الأجداد أخوالا و أعماما. و إذا تقرر ذلك فالأم المحرمه بالرضاع و إن علت فهى كل أم ولدت مرضعتك، أو ولدت من ولدها أو أرضعتها، أو أرضعت من ولدها بواسطة أو بوسائط فهى بمنزله أمك بالإضافة إلى التى أرضعتك، و كذا كل امراه ولدت أباك من الرضاعه أو أرضعت من ولده و لو بواسطة أو بوسائط فهى بمنزله أمك، و أما بقيه القرابات السبع فسيأتى بحثها عند تعرض الشارح لها.

(٢)البنت و إن سفلت و هى من الرضاعه كل بنت ارتضعت بلبنك باعتبار أن الزوج هو صاحب لبن الزوجه أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امراه ولدتها، و كذلك بناتها من النسب و الرضاع فكلهن بمنزله البنت.

ص: ٢٢١

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٢.

أرضعتها امرأه ولدتها، وكذا بناتها من النسب و الرضاع، و العمات (١)، و الخالات (٢) أخوات الفحل، و المرضعه، و أخوات من ولدهما من النسب و الرضاع، و كذا كل امرأه أرضعتها واحده من جداتك، أو رضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب و الرضاع، و بنات الأخ، و بنات الأخت (٣) بنات أولاد المرضعه، و الفحل من الرضاع و النسب، و كذا كل أنثى أرضعتها أختك، و بنت أختك، و بنات كل ذكر أرضعته أمك أو ارتضع بلبن أبيك.

و إنما يحرم الرضاع (بشرط كونه عن نكاح) (٤) دواما و متعه و ملك يمين (١) العمه من الرضاعه هي أخت صاحب اللبن، و أخت أبيه أو جده و إن علا سواء كان أبوه أو جده من النسب أو الرضاع، و كذا العمه ينطبق على كل امرأه أرضعتها واحده من جداتك، أو أرضعت بلبن واحد من أجدادك من النسب و الرضاع.

(٢) و الخاله من الرضاعه هي أخت المرضعه و أخت أمها أو جدتها إلى آخر ما قلناه في العمه.

(٣) و بنات الأخ و بنات الأخت و هن من الرضاعه بنات أولاد المرضعه و الفحل من الرضاع و النسب، و كذا كل أنثى أرضعتها أختك أو بناتها أو بنات أولادها من الرضاع أو النسب فهي بنت الأخت، و كذا كل ذكر أرضعته أمك أو أرضع بلبن أخيك فبناته و بنات أولاده من الرضاع و النسب هن بنات الأخ.

(٤) و المراد بالنكاح هنا هو الوطء بعقد صحيح أو ملك يمين، فلو درّ اللبن من المرأه من دون نكاح فضلا عما لو در من الذكر أو البهيمة فلا ينشر الحرمة بلا خلاف فيه لموثق يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن امرأه درّ لبنها من غير ولاده، فأرضعت جاريه و غلاما من ذلك اللبن، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال عليه السلام: لا) (١)، و خبر يعقوب بن شعيب (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأه درّ لبنها من غير ولاده فأرضعت ذكرانا و إناثا، أ يحرم من ذلك ما يحرم من الرضاع؟ فقال لي: لا) (٢)، و هذه الأخبار مطلقه تشمل ما لو كان درّ اللبن غير المحرم من صغيره أو كبيره، و من بكر أو ثيب، و من الخليه أو ذات بعل و لو كان اللبن عن وطء محرم و هو الزنا فلا ينشر الحرمة بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عليه السلام (لبن الحرام لا- يحرم الحلال، و مثل ذلك امرأه أرضعت بلبن زوجها ثم أرضعت بلبن فجور، قال: و من أرضع من فجور بلبن-

ص: ٢٢٢

و شبهه على أصح القولين (١) مع ثبوتها (٢) من الطرفين، وإلا- ثبت الحكم (٣) في حق من ثبت له النسب (٤)، ولا فرق في اللبن الخالي عن النكاح بين كونه من صغيره، و كبيره، بكر و ثيب، ذات بعل و خليه.

و يعتبر مع صحه النكاح صدور اللبن عن ذات حمل أو ولد (٥)، بالنكاح-صبيه لم يحرم من نكاحها، لأن اللبن الحرام لا يحرم الحلال(١).

و من هذه النصوص تعرف اشتراط كون اللبن عن وطء شرعى إما بالعقد و إما بملك اليمين، و لكن لو كان اللبن عن وطء الشبهه فالمشهور على أنه كاللبن عن وطء شرعى، لأنه كالصحيح فى النسب و اللبن تابع له، و لعموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٢) خرج منه الزنا و ما درته من دون وطء فيبقى الباقي، و عن ابن إدريس التردد.

(١) فى الشبهه فقط.

(٢) أى ثبوت الشبهه.

(٣) من نشر الحرمة.

(٤) لأن الرضاع متوقف على النسب، و لا يثبت الحكم فى حق الطرف الآخر لأنه زان حينئذ.

(٥) اعلم أنه لا بد من كون اللبن الصادر عن النكاح بمعنى الوطء الشرعى أن يحصل من النكاح و لى، فلا يكفى مجرد الوطء الصحيح فى اعتبار اللبن فلو فرض درور اللبن من غير ولد فلا- ينشر الحرمة و قد تقدم الكلام فيه، و ظاهر موثق يونس و خبر يعقوب المتقدمين اعتبار الولاده، و كذا صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (عن لبن الفحل، قال: هو ما أرضعت امرأتك من لبنك و لبن ولدك ولد امرأه أخرى فهو حرام)(٣) و لا يطلق اسم الولد إلا مع الوضع.

و عليه فلو درت اللبن عن حمل قبل الوضع فقد اختلف كلام العلامة فى ذلك ففى القواعد اكتفى بالحمل و قطع بعدم اشتراط الولاده، و فى التحرير اعتبر الولاده - كما هو المشهور - نظرا لصحيح ابن سنان و ما تقدم من الأخبار، و منها تعرف ضعف الاكتفاء بالحمل و إن استجوده الشارح فى المسالك و جزم به فى الروضه هنا و هو المنسوب للمحقق و للشيخ فى موضع من المبسوط.

ص: ٢٢٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤.

المذكور (١) فلا- عبره بلبن الخاليه منهما (٢) و إن كانت منكوحه نكاحا صحيحا حتى لو طلق الزوج (٣) و هى حامل منه أو مرضع (٤)، فأرضعت ولدا نشر (٥) الحرمة كما لو كانت فى حباله و إن تزوجت بغيره.

و الأقوى اعتبار حياه المرضعه فلو ماتت فى أثناء الرضاع فأكمل النصاب ميتة لم ينشر (٦) و إن تناوله اطلاق العبارة (٧)، و صدق عليه اسم الرضاع حملا (٨) على المعهود المتعارف و هو رضاع الحيه، و دلالة الأدله اللفظيه على الإرضاع (١) من كون الوطاء عن عقد أو ملك.

(٢) من الحمل أو الولد.

(٣) أو مات عنها.

(٤) أى كانت مرضعا عند طلاقها أو موت زوجها، فلا- يعتبر بقاء المرأة على حباله صاحب اللبن فلو طلقها أو مات عنها و هى حامل منه أو مرضع فأرضعت من لبنه ولدا فهو مما ينشر الحرمة، سواء كان الرضاع فى العده أم بعدها، طال الزمان أم قصر، تزوجت بغيره أو لا، كل ذلك لإطلاق النصوص.

بل حتى لو تزوجت و دخل بها الثانى و حملت منه مع كون اللبن بحاله لم ينقطع و لم يحدث فيه زياده فهو للأول مما ينشر الحرمة بلا- خلاف فيه، فلو وضعت الحمل من الثانى كان ما قبل الوضع من لبن للأول، و ما بعد الوضع للثانى، و أما لو حملت من الثانى فانقطع اللبن من الأول ثم عاد فى وقت يمكن أن يكون من الثانى، و ربما حدّد بمضى أربعين يوما من انقطاعه إلى عوده كان اللبن من الثانى دون الأول بلا خلاف فى ذلك كله.

(٥) أى الرضاع.

(٦) على المشهور بل عن الشيخ الأعظم فى رسالته الرضاعيه أنه لم أعثر على حكاية خلاف صريح، لانصراف أدله تحريم الرضاع إلى الأفراد المعهوده المتعارفه، و هى إرضاع الحيه دون الميتة، و لأن موضع الحكم فى الأخبار هو الإرضاع، كما هو فى القرآن قال تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ** (١)، و الإرضاع ظاهر فى القصد و الاختيار المتوقفين على الحياه، و لاستصحاب بقاء الحل.

(٧) أى عبارة الماتن (بشرط كونه عن نكاح).

(٨) تعليل لاقوائيه عدم نشره.

ص: ٢٢٤

بالاختيار كقوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ** و استصحابا لبقاء الحل (و أن ينبت اللحم، أو يشتد العظم) (١) و المرجع فيهما إلى قول أهل الخبره.

و يشترط (٢) العدد و العدالة ليثبت به حكم التحريم، بخلاف خبرهم في مثل (١) الشرط الثاني في الرضاع المحرم بلوغ الرضاع حدا خاصا، فعلى المشهور بيننا أنه لا يكفي مسمى الرضاع في نشر الحرمة للأخبار الكثيره الوارده في مقام التحديد و سيأتي ذكر بعضها.

و عن بعض العامه الاكتفاء بالمسمى و وافقه من أصحابنا ابن الجنيد، مع ورود بعض الأخبار بذلك كصحيح على بن مهزيار عن أبي الحسن عليه السّلام (أنه كتب إليه يسأله: عما يحرم من الرضاع؟ فكتب عليه السّلام: قليله و كثيره حرام) (١)، و هو محمول على التقية فضلا عن عدم صلاحه لمعارضه الأخبار الكثيره الوارده في مقام التحديد.

ثم إن أصحابنا اعتبروا في تحديد الرضاع ثلاثه أشياء: الأثر و العدد و الزمان، و الأثر هو ما أنبت اللحم و شدّ العظم و هو مما لا خلاف فيه و عليه الأخبار الكثيره.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم و شدّ العظم) (٢)، و مثله صحيح حماد بن عثمان ٣، و صحيح ابن سنان الآخر عن أبي الحسن عليه السّلام (قلت له: يحرم من الرضاع الرضعه و الرضعتان و الثلاثه؟ قال: لا إلا ما اشتدّ عليه العظم و نبت اللحم) (٣)، و صحيح ابن رثاب عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت له: ما يحرم من الرضاع؟ قال: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، قلت:

فيحرم عشر رضعات؟ قال عليه السّلام: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات) ٥ و مثلها غيرها.

و مقتضى الأخبار اعتبار الأمرين معا كما عن الأكثر، فلا يكفي أحدهما، فما عن الماتن هنا في اللمعه من كفايه أحدهما و هو المحكى عن جماعه بدعوى أنهما متلازمان ليس في محله، ثم لو ظهر أثرهما بيننا فهو و إلا فالمرجع في الحصول حينئذ هو قول أهل الخبره كما نص عليه جماعه، و في الجواهر و غيره اشترط شروط الشهاده من الإيمان و العدالة و العدد، فلا حكم للواحد، باعتبار عدم حججه غير البينه في الموضوعات.

(٢) في أهل الخبره.

ص: ٢٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢٣ و ٢.

المرض المبيح للفطر، و التيمم، فإن المرجع في ذلك إلى الظن و هو (١) يحصل بالواحد (٢). و الموجود في النصوص و الفتاوى اعتبار الوصفين معا، و هنا اكتفى بأحدهما، و لعله للتلازم عادة. و الأقوى اعتبار تحققهما معا.

(أو يتم يوما و ليلة) (٣).

(١) أى الظن.

(٢) أى بالخبر الواحد.

(٣) هذا هو التقدير الثانى و هو التقدير الزمانى، و عن جماعه أنه لا خلاف فيه و يدل عليه موثق زياد بن سوقه (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليلة أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينهما رضعه امرأه غيرها) (١) الحديث.

نعم ورد ما يعارضه كالفقه الرضوى (و الحد الذى يحرم به الرضاع مما عليه عمل العصابه دون كل ما روى، فإنه مختلف ما أنبت اللحم و قوى العظم، و هو رضاع ثلاثه أيام متواليات) (٢) و فيه: أنه لم يعرف و لا- حكى عن أحد من عصابه الحق العمل بذلك و لا- توجد به روايه و لو شاذه توافقه مع كثره أخبار الباب، و هذا المورد يشهد بأن الفقه الرضوى ليس صادرا من المعصوم كما توهم.

و ورد مرسل الصدوق فى الهدايه: (قال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، و لا يحرم من الرضاع إلا رضاع خمسه عشر يوما و لياليهن، و ليس بينهن رضاع) (٣)، و مرسل الصدوق فى المقنع (و روى لا يحرم من الرضاع إلا- رضاع خمسه عشر يوما و لياليهن، ليس بينهن رضاع، و به كان يفتى شيخنا محمد بن الحسن) (٤) و ورد صحيح العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرضاع، فقال عليه السّلام: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد سنه) (٣) و مرسل المقنع (و روى لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدى واحد سنه) (٤).

و ورد ما دل على اعتبار الحولين كخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من-

ص: ٢٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢.

٣- (٣) المستدرک الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٤- (٤) (٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٥ و ١٣ و ١٧.

بحيث ترضع كلما تقاضاه، أو احتاج (١) إليه عادة و إن لم يتم العدد (٢) و لم يحصل الوصف السابق (٣)، و لا فرق بين اليوم الطويل و غيره، لانجباره بالليله أبدا.

و هل يكفى الملقق منهما لو ابتداء في أثناء أحدهما نظر، من الشك (٤) في صدق الشرط (٥)، و تحقق (٦) المعنى (٧).

-الرضاع إلا ما كان حولين كاملين(١)، و مثله خبر زراره ٢.

و هذه الأخبار لا تصلح لمعارضه الموثق لعدم العمل بها، فهي ساقطه عن الحجية بالإعراض، هذا و المشهور على أن التقدير الزمانى بنشر الحرمة مطلقا و إن لم يصل إلى العدد المعبر من عشر رضعات أو خمس عشره رضعه على الخلاف الآتى، لإطلاق الموثق المتقدم، و هل يعتبر ابتداء الرضاع فى ابتداء اليوم و انتهائه فى آخر الليله أو العكس، أم يكفى الملقق لو ابتداء فى أثناء أحدهما قولان، فالشارح فى الروضه تنظر فى اعتبار وقوع أول الرضاع فى أول اليوم، و استظهره سيد الرياض حيث ذهب إلى عدم الاكتفاء بالملقق و قواه فى المستند و احتمله فى الجواهر، و الثانى أقوى لأن الظاهر من التحديد باليوم و الليله إرادته مقدارهما، ألا ترى من سار مقدار اليوم و الليله بحسب الزمان أنه يقال فى حقه: سار يوما و ليله، و إرادته المقدار من اليوم و الليله هنا كإرادته المقدار من الأزمنة المأخوذه موضوعا للحكم الشرعى كإقامه عشره أيام و أكثر أيام الحيض و أقلها و ما شاكل، و لذا ذهب الشيخ الأعظم فى رسالته الرضاعيه إلى ذلك لصدق رضاع يوم و ليله عرفا على رضاع الملقق.

(١) و إن لم يتقاضاه، لأن المعبر فى اليوم و الليله أن يكون غذاء الولد هو هذا اللبن فى تمام الوقت المذكور.

(٢) أى العدد الآتى.

(٣) من اشتداد العظم و إنبات اللحم.

(٤) دليل عدم كفايه الملقق.

(٥) لأن المتيقن فى صدقه أن يبتداء الرضاع فى أول اليوم لا فى أثناءه.

(٦) دليل كفايه الملقق.

(٧) فيكفى الرضاع أربع و عشرين ساعه و لو كان مقدارا لليوم و الليله، للصدق العرفى.

ص: ٢٢٧

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠ و ٨ .

(أو خمس عشرة رضعه) (١).

(١) هذا هو التقدير الثالث و هو التقدير العددي، و قد اختلفوا فى عدد الرضعات، و الاختلاف بينهم بسبب اختلاف الروايات، فذهب ابن الجنيد إلى الاكتفاء برضعه واحده تملأ جوف الولد، إما بالمص و إما بالوجور، لقوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)** و هو يصدق على الرضعه الواحده، و لصحيح على بن مهزيار عن أبى الحسن عليه السّلام (أنه كتب إليه يسأله عما يحرم من الرضاع، فكتب عليه السّلام: قليله و كثيره حرام) (٢)، و هى روايه شاذه قد استفاضت النصوص بخلافها فلا بدّ من طرحها، و أما الآيه فهى مخصّصه بالعدد الآتى.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و كتابى الأخبار و الحلّى و المحقق و العلامه فى غير المختلف و المحقق الثانى و الشارح، و لعله المشهور بين المتأخرين اعتبار خمس عشره رضعه لموثق زياد بن سوجه (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد، لم يفصل بينها برضعه امرأه غيرها، فلو أن امرأه أرضعت غلاماً أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد، و أرضعتها امرأه أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما) (٣)، و هى نص على المطلوب و نافية للقول الآخر من كفايه عشر رضعات، و يشارك فى النفى المذكور صحيح على بن رئاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: ما يحرم من الرضاع؟ قال عليه السّلام: ما أنبت اللحم و شدّ العظم، قلت: فيحرم عشر رضعات؟ قال: لا، لأنه لا تنبت اللحم و لا تشدّ العظم عشر رضعات) (٤)، و موثق عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: عشر رضعات لا يحرم من شيئاً) (٥)، و خبر ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعتة يقول: عشر رضعات لا تحرم) (٦).

و عن العماني و المفيد و السيد و الحلبي و القاضي و الديلمى و ابني حمزه و زهره و العلامه فى المختلف و ولده فى الإيضاح و ابن فهد و الماتن فى اللمعه بل هو الأشهر كما صرح به الشارح هنا كفايه عشر رضعات فى التحريم لعموم قوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (٤)** و عموم صحيح العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث (أن رسول-

ص: ٢٢٨

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠ و ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ٣ و ٤.

٤- (٧) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

-الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ قَالَ: يَحْرَمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرَمُ مِنَ النَّسَبِ(١)، وَ وَجْهُ الاسْتِدْلَالِ أَنَّهُ خَرَجَ مِنْ تَحْتِ الْعَمُومِ مَا دُونَ الْعَشْرِ بِالْإِجْمَاعِ نَظْرًا إِلَى عَدَمِ الْاِعْتِدَادِ بِمُخَالَفَةِ ابْنِ الْجَنِيدِ حَيْثُ ذَهَبَ إِلَى كِفَايَةِ الرَّضْعَةِ الْوَاحِدَةِ، وَ عَدَمِ الْاِعْتِدَادِ بِهِ فِي الْإِجْمَاعِ لِمَعْلُومِيَةِ نَسَبِهِ فِيبَقِي الْبَاقِي وَ فِيهِ: إِنْ الْعَمُومُ وَ إِنْ خَصَّصَ بِمَا دُونَ الْعَشْرِ وَ لَكِنْ لَا يَعْنِي أَنَّهُ غَيْرُ مَخْصُصٍ بِالْعَشْرِ أَيْضًا، فَضْلًا عَنِ عَدَمِ حُجِّيهِ الْإِجْمَاعِ مَعَ وِرُودِ الْأَخْبَارِ الْكَثِيرَةِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَلَا مَعْنَى لِهَذَا الْإِجْمَاعِ، وَ اسْتَدْلِلَ لِهَذَا الْقَوْلِ بِالْأَخْبَارِ.

منها: خبر الفضيل بن يسار عن أبي جعفر عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا المخبوره أو خادم أو ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبى و ينام)(٢)، وفيه: إن سنده مشتمل على محمد بن سنان، و قد ضعّفه الشيخ و النجاشي و أورد فيه الكشي قدحا عظيما و عن الفضل بن شاذان (أنه من الكذابين المشهورين)، فمدح العلامة و المفيد له لا يفيد مع قدح هؤلاء الأكابر بالإضافه إلى أن الخبر المتقدم قد رواه الشيخ في التهذيب، مع أن الصدوق قد رواه مع حذف (ثم ترضع عشر رضعات) و الصدوق أسبق من الشيخ زمنا و أضبط منه خبرا من حيثيه الكتابه، و روايه الصدوق هي (لا- يحرم من الرضاع إلا ما كان مخبورا، قلت: و ما المخبور؟ قال: أم مربيه أو أم تربي أو ظئر تستأجر، أو خادم تشتري، أو ما كان مثل ذلك موقوفا عليه)٢.

و استدلل لهذا القول بصحيح عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرضاع ما أدنى ما يحرم منه؟ قال: ما ينبت اللحم و الدم، ثم قال: أ ترى واحده تنبته؟ فقلت:

اثنتان أصلحك الله؟ فقال عليه السّلام: لا، فلم أزل أعدّ عليه حتى بلغت عشر رضعات)٣، و موثق عمر بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الغلام يرضع الرضعه و الثنتين، فقال: لا يحرم، فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات، فقال: إذا كانت متفرقه فلا)٤، و هو يدل بالمفهوم على التحريم عند عدم التفريق، و مثله خبر مسعده عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا- ما شدّ العظم و أنبت اللحم، فأما الرضعه و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرا إذا كنّ متفرقات فلا بأس)(٣) و هذه الأخبار الثلاثة الداله على كفايه العشر رضعات مع ضعف سند بعضها، و كون دلاله بعضها على-

ص: ٢٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١١ و ٧ و ٢١ و ٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٩.

تامه (١) متواليه (٢)، لروايه زياد بن سوجه قال: قلت لأبي جعفر عليه السّلام هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال: «لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله، أو خمس عشره متواليات من امرأه واحده من لبن فحل واحد لم يفصل بينها برضعه امرأه غيرها»، و في معناها (٣) أخبار آخر (٤).

-المطلوب بالمفهوم و هو محل خلاف معارضه بما تقدم من صحيح على بن رثاب و موثق عبيد بن زراره و خبر ابن بكير و موثق زياد بن سوجه الداله على عدم نشر الحرمة بعشر رضعات، بالإضافة إلى كون أخبار العشره محموله على التقية بشهاده صحيح عبيد بن زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إنا أهل بيت كبير، فربما كان الفرح و الحزن الذي يجتمع فيه الرجال و النساء، فربما استخفت المرأه أن تكشف رأسها عند الرجل الذي بينها و بينه رضاع، و ربما استخف الرجل أن ينظر إلى ذلك، فما الذي يحرم من الرضاع؟ فقال عليه السّلام: ما أنبت اللحم و الدم، فقلت: و ما الذي ينبت اللحم و الدم؟ فقال: كان يقال عشر رضعات، فقلت: فهل تحرم عشر رضعات؟ فقال عليه السّلام: دع ذا و قال: ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع) (١)، فنسبه العشره إلى القيل مع الأمر من المعصوم بتركه دليل على أن صدوره إنما هو للتقيه فالأظهر العمل بالقول الأول من اعتبار خمس عشره رضعه كما دلت عليه روايه زياد بن سوجه و لا يعارضها إلا خبر عمر بن يزيد (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: خمس عشر رضعه لا تحرم) (٢)، و هو محمول على التفريق و عدم التوالى بين الرضعات.

(١) لا خلاف أن المعبر في الرضعه أن تكون كامله، لما تقدم في خبر الفضيل ٣ (يروى الصبى و ينام) و الغالب أن الكامله هي التي تروى الصبى و تنومه، و لخبر ابن أبي يعفور (سألته عما يحرم من الرضاع قال: إذا رضع حتى يمتلى بطنه) (٣)، و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام (الرضاع الذي ينبت اللحم و الدم هو الذي يرضع حتى يتضلع و يتملى و ينتهى نفسه) (٥)، و هما ظاهران في الرضعه الكامله التامه، فلا عبره بالناقصه.

(٢) بحيث لا يفصل بينها رضاع امرأه أخرى و سيأتى الكلام فيه.

(٣) و في معناها من حيثيه نفيها لكفايه العشر رضعات.

(٤) قد تقدم ذكرها.

ص: ٢٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٨.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٦ و ١١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٢.

(و الأقرب النشر بالعشر) و عليه المعظم، لعموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)، و نظائره (٢) من العمومات المخصّصة بما دون العشر قطعا (٣) فيبقى الباقي، و لصحيحه الفضيل بن يسار عن الباقر عليه السلام قال: «لا يحرم من الرضاع إلا المجبور (٤)، قال: و قلت و ما المجبور، قال: أم تربي، أو ظئر تستأجر، أو أمه تشتري (٥) ثم ترضع (٦) عشر رضعات يروى الصبي و ينام» و لأن العشر تنبت اللحم لصحيحه عبيد بن زراره عن الصادق عليه السلام إلى أن قال:

«قلت و ما الذى ينبت اللحم و الدم؟ فقال: كان يقال (٧): عشر رضعات»، و الأخبار المصرحة بالخمس عشرة (٨) ضعيفه السند (٩)، أو قريبه منه (١٠).

(١) النساء آيه: ٢٣.

(٢) كالنبوي المتقدم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب).

(٣) أى بخروج ما دون العشر، و لم يلتفت إلى مخالفه ابن الجنيد لمعالمه نسبه.

(٤) قال فى مجمع البحرين: (قد اضطربت النسخ فى ذلك ففى بعضها بالحاء المهمله، و فى بعضها بالجيم، و فى بعضها بالخاء المعجمه، و لعله الصواب، و يكون المخبور بمعنى المعلوم) انتهى، و قال الشارح فى المسالك: (وجدتها مضبوطة بخط الصدوق بالجيم و الباء فى كتابه المقنع، فإنه عندى بخطه) انتهى.

(٥) و فى الوسائل نقلا عن الفقيه (أو خادم تشتري).

(٦) اعلم أن هذه فقره ليست فى خبر الفضيل بروايه الصدوق التى هى صحيحه السند، بل هى فى خبر الفضيل بروايه الشيخ فى التهذيب، و خبر الفضيل فى التهذيب ليس صحيح السند لاشتماله على محمد بن سنان و ليس هكذا متنه بل متنه على ما تقدم: (لا يحرم من الرضاع إلا المخبوره أو خادم أو ظئر ثم يرضع عشر رضعات يروى الصبي و ينام).

(٧) و هو ظاهر فى كون العشر رضعات حكما ظاهريا قد صدر من باب التقية، لأن المعصوم لا ينسب الحكم إلى غيره إلا إذا كان من باب التقية، فالاستدلال به ليس فى محله.

(٨) لا يوجد إلا خبر زياد بن سوجه و لذا قال الشارح فى المسالك: و أما حجه القول الآخر ففيها ضعف روايه زياد بن سوجه التى ليس فى الباب غيرها دالا على اعتبار الخمس عشره، لأن فى طريقها عمار بن موسى و حاله فى الفطحيه معلوم) انتهى، نعم هى أخبار و ليس خبرا من ناحيه عدم اعتبار العشر رضعات و قد تقدم الكلام فيها.

(٩) بالنسبه لخبر زياد بن سوجه.

(١٠) أى قريبه من الضعف، و هذا بالنسبه للأخبار التى توافق خبر ابن سوجه فى نفى العشر رضعات، و هى قريبه من الضعف لأن فيها الموثق.

و فيه نظر (١)، لمنع صحه الخبر (٢) الدال على العشره فإنّ في طريقه محمد بن سنان (٣) و هو ضعيف على أصح القولين و أشهرهما، و أما صححه عيب فنسب (٤) العشر إلى غيره (٥) مشعرا بعدم اختياره، و في آخره ما يدل على ذلك، فإنّ السائل لما فهم منه عدم ارادته قال له: فهل تحرّم عشر رضعات: فقال: «دع ذا، و قال:

ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع». فلو كان حكم العشر حقا لما نسبه عليه السّلام إلى غيره، بل كان يحكم به من غير نسبه، و إعراضه عليه السّلام ثانيا عن الجواب إلى غيره (٦) مشعرا بالتقيه، و عدم التحريم بالعشر فسقط الاحتجاج من الجانبين (٧)، و بقى صححه عبد الله (٨) بن رثاب عن الصادق عليه السّلام قال: قلت له ما يحرم من الرضاع؟ قال: «ما أنبت اللحم، و شد العظم» قلت: فتحرّم عشر رضعات؟ قال: «لا، لأنها لا تنبت اللحم، و لا تشد العظم عشر رضعات» فانتفت العشر بهذا الخبر فلم يبق إلا القول بالخمس عشره رضعه و إن لم يذكر (٩)، (١٠) أى فى الاستدلال على العشر.

(٢) أى صحيح الفضيل.

(٣) قد عرفت ما دل على العشر هو خبر الفضيل بروايه الشيخ و هو الذى فى سننه ابن سنان المذكور، و أما خبر الفضيل بروايه الصدوق فهو صحيح السند و ليس مشتتملا على الفقره الداله على إرضاع عشر رضعات، و منه تعرف أن الشارح سابقا قد خلط بين الخبرين متنا.

(٤) أى الإمام عليه السّلام.

(٥) أى غير الإمام عليه السّلام.

(٦) أى غير الجواب حيث تكلم عما يحرم بالرضاع من الإناث على الرجال، و من الرجال على الإناث و أنه تابع للنسب فى ذلك مع أن المطلوب بيان العدد الناشر للحرمة فى الرضاع.

(٧) أما من جانب العشر فلما تقدم من الشارح، و أما من جانب الخمس عشره رضعه فلضعف السند، و فيه: إنه مجبور بغيره مما دل على عدم اعتبار العشر، و هو صحيح السند.

(٨) و لعله من سهو القلم إذ هو على بن رثاب و لذا قال فى المسالك: (و يشاركها فى نفيه - أى لروايه زياد بن سوجه فى نفي القول بالعشر - أيضا صححه على بن رثاب عن الصادق عليه السّلام) إلى آخر كلامه فراجع.

(٩) أى القول بالخمس عشره لم يذكر فى صحيح على بن رثاب.

إذ لا واسطه بينهما (١) و بهذا (٢) يخص عموم الأدله أيضا.

و يضعف قول ابن الجنيد بالاكْتفاء بما وقع عليه اسم الرضعه، نظرا (٣) إلى العموم حيث (٤) أطرح الأخبار من الجانبين.

و ما أوردناه من الخبر الصحيح حجه عليه، و تبقى الأخبار المثبتة للخمس عشره، و النافيه للعشر من غيره (٥) شاهده و عاضده له (٦) و هي كثيره.

(و أن يكون المرتضع في الحولين) (٧) فلا- عبره برضاعه بعد هما و إن كان جائزا (١) بين القول بالعشر و بين القول بالخمس عشره.

(٢) أى بصحيح على بن رثاب الدال على الخمس عشره بما تقدم تخصص عموم الأدله الداله على حرمة الرضاع مطلقا كقوله تعالى: **وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ (١)**، و فى هذا رد على ابن الجنيد حيث تمسك بالعموم و اكتفى بالرضعه الواحده.

(٣) تعليل للاكتفاء بالرضعه.

(٤) تعليل لضعف قول ابن الجنيد.

(٥) أى من غير هذا الصحيح.

(٦) أى للصحيح الدال على الخمس عشره بما تقدم.

(٧) أى قبل استكمالهما فلا عبره برضاعه بعدهما لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا رضاع بعد فطام) (٢) و مثله غيره و المراد به أنه لو شرب الولد بعد استحقاقه الفطام و هذا لا يكون إلا بعد الحولين فلو شرب من لبن امرأه فلا يحرم هذا الرضاع، و يؤيد هذا التفسير خبر حماد بن عثمان (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا- رضاع بعد فطام، قلت: و ما فطام؟ قال: الحولين الذين قال الله عز و جل) (٣)، و كلامه الأخير إشاره إلى قوله تعالى: **وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ (٢)** و الآيه ظاهره فى كون الحولين وقت رضاعه و أن ما بعدهما وقت استحقاقه الفطام.

و عن ابن الجنيد أنه لو رضع بعد الحولين قبل أن يفطم فعلا ثبت التحريم، و يشهد له-

ص: ٢٣٣

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١ و ٥.

٣- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

كالشهر و الشهرين معهما و الحولان معتبران في المرتضع، دون ولد المرضعه (١)، فلو كمل حولا (٢) ولدها، ثم أرضعت بلبنه غيره نشر في أصح القولين.

-خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السّلام (الرضاع بعد الحولين قبل أن يفطم محرّم - يحرم-) (١)، و قد رماه الشيخ بالشذوذ، و حمله في الاستبصار على التقيه و عن ابن أبي عقيل البناء على عدم التحريم إذا ارتضع قبل الحولين بعد الفطام الفعلى، و في صحه النسبه تأمل، إذ لم يفت إلا- بمضمون النبوى حيث قال: الرضاع الذى يحرم قبل الفطام، هذا و استدل له العلامة في المختلف بصحيح البقباق عن أبي عبد الله عليه السّلام (الرضاع قبل الحولين قبل أن يفطم) (٢) و أوجب أنه قبل أن يستحق الفطم و استحسنة الشيخ الأعظم في رسالته.

(١) هل يراعى الحولان في ولد المرضعه أيضا، و هو الذى حصل اللبن من ولادته، بحيث يشترط كونه أيضا في الحولين حين ارتضاع الولد الآخر، ذهب جماعه إلى الاشتراط، منهم الحلبي و ابنا زهره و حمزه لإطلاق (لا رضاع بعد فطام) المتقدم، و هو نكره في سياق النفي فيشمل ولد المرضعه، و لخصوص خبر على بن أسباط (سأل ابن فضال ابن بكير في المسجد فقال: ما تقولون في امرأه أرضعت فلانا سنتين ثم أرضعت صبيه لها أقل من سنتين حتى تمت السنتان، أ يفسد ذلك بينهما؟ قال: لا يفسد ذلك بينهما لأنه رضاع بعد فطام، و إنما قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا رضاع بعد فطام، أى أنه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج عن حدّ اللبن، و لا يفسد بينه و بين من شرب لبنه، قال: و أصحابنا يقولون إنه لا يفسد إلا أن يكون الصبي و الصبيه يشربان شربه شربه) ٣.

هذا و عن الأكثر عدم اعتبار الحولين في ولد المرضعه لعموم أدله تحريم الرضاع، بعد حمل إطلاق (لا رضاع بعد فطام) على خصوص المرتضع لا- على الأعم منه و من ولد المرضعه، و لأصالة عدم الاشتراط عند وقوع الشك في اعتبار الحولين في ولد المرضعه، و لأن خبر على بن أسباط متضمن لقول ابن بكير فقط و هو ليس بحجه علينا.

و على الثانى فلو مضى لولد المرضعه أكثر من حولين ثم أرضعت غيره فينشر الحرمة، و لو رضع المرتضع العدد إلا رضعه فتم الحولان للمرتضع فأكمل المرتضع رضعته بعد حويله فلا حرمة لتحقق الفطام فيه حينئذ.

(٢) بالتثنيه.

ص: ٢٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٤ و ٦.

و لا فرق بين أن يفطم (١) المرتضع قبل الرضاع في الحولين، و عدمه (٢)، و المعتبر في الحولين الهالليه، فلو انكسر الشهر الأول أكمل (٣) بعد الأخير (٤) ثلاثين، كغيره (٥) من الآجال.

(و أن لا يفصل بين) الرضعات في الأحوال الثلاثة (برضاع أخرى) (٦) و إن (١) الفطام هنا بالمعنى اللغوى.

(٢) و فى هذا رد على ابن أبى عقيل.

(٣) أى أكمل الشهر الأول المنكسر.

(٤) و الأخير هو الشهر الرابع و العشرون.

(٥) أى كغير الرضاع من الآجال التى تعدّ بالأشهر الهالليه.

(٦) من شروط الرضاع المحرّم عدم الفصل بين رضعاته برضاع من امرأه أخرى، بلا خلاف فيه فى التقدير العدى لموثق زياد بن سوجه المتقدم (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: هل للرضاع حد يؤخذ به؟ فقال عليه السّلام: لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليات، من امرأه واحده من فحل واحد لم يفصل بينها رضعه امرأه غيرها، فلو أن امرأه أرضعت غلاما أو جاريه عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتها امرأه أخرى من فحل آخر عشر رضعات لم يحرم نكاحهما) (١)، و يؤيده ما دلّ على عدم النشر فى عشر رضعات إذا كن متفرقات كخبر مسعده عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يحرم من الرضاع إلا ما شدّ العظم و أنبت اللحم، فأما الرضعه و الثنتان و الثلاث حتى بلغ العشر إذا كن متفرقات فلا بأس) ٢ و مثله غيره، و عليه فلو رضع من واحده بعض العدد ثم رضع من أخرى بطل حكم الأولى و إن أكملته بعد ذلك، و كذا لو تناوب عليه عدة نساء لم ينشر الحرمة و إن كنّ لرجل واحد ما لم يكمل من واحده خمس عشره رضعه ولاء.

ثم هل القادح فى التوالى هو مسمى رضاع امرأه أخرى كما هو صريح العلامة فى القواعد و هو الظاهر من المحقق فى الشرائع بل عن كشف اللثام نسبته إلى إطلاق الأصحاب، و عن المسالك أنه ينبغى أن يكون العمل عليه، أو لا بد من الرضعه الكامله فلا يقدر فى الفصل كون الرضعه ناقصه كما هو صريح التذكرة و الجواهر و الرياض، و قوّاه الشيخ الأعظم قولان، فيدل على الثانى ظهور لفظ (الرضعه) الوارد فى خبر زياد المتقدم، فالخبر هو الأصل فى هذا الحكم، و لفظ الرضعه فيه ظاهر فى الكامله منها،-

ص: ٢٣٥

لم يكن رضعه كامله.

-لإرادته الكامله من الخمس عشره رضعه المتواليه بعد اتحاد المراد منها فى الموردين.

و يستدل للأول بعدم صدق التوالى بين الرضعات المقيده به عند تحقق الناقصه، حيث قال عليه السّلام (أو خمس عشره رضعه متواليات)، و من الواضح عدم صدق التوالى لو تخللت الناقصه بينها، و كذا يصدق التفرق عند تحقق الناقصه، و التفرق مانع و قادح فى خبر مسعده المتقدم و غيرهه. ثم إن تخلل غير الرضاع من مأكول و مشروب هل هو قادح أو لا، فعن السرائر و الحدائق دعوى الإجماع على عدم مانعيته، و عن الشيخ الأعظم ينبغى القطع بعدم قطع تخلل غير الرضاع فى التوالى، لأن التوالى المعتبر قد فسر فى موثق زياد المتقدم بعدم الفصل بين الرضعات برضاع امرأه أخرى فقط، فلا دليل حينئذ على مانعيه غيرهه.

و أما التقدير الزمانى فهل يشترط عدم الفصل بين رضعاته أو لا، و كذا التقدير الأثرى، قال الشارح فى المسالك: (و كما يقدر هذا - أى الإرضاع من امرأه أخرى - فى توالى العدد المعتبر فكذا يقدر فيما يعتبر من الرضاع فى اليوم و الليله، بل يقدر هنا تناول المأكول أيضا بخلاف العدد، و أما التقدير بإنباته اللحم و شدّ العظم فالمعتبر استنادهما إلى الرضاع و إن تخلله غيرهه إذا لم يحكم أهل الخبره بانتسابهما إليه) انتهى، و قال فى الجواهر:

(و أما التقديران الآخران فليس فى النصوص اعتبار التوالى بهذا المعنى فيهما، فينبغى المدار على حصول مساهما و عدمه، من غير فرق بين الفصل بالأكل و نحوه) انتهى.

و ملاحظه الفتاوى تعطى عدم الاتفاق فى اعتبار التوالى أو عدمه فى التقدير الزمانى فمن اعتبر التوانى و عدم الفصل و لو بالأكل فى التقدير الزمانى فقد اعتبره بناء على اشتراط كون غذاء الطفل فى اليوم و الليله منحصرًا بلبن المرضعه، و هذا يضره مطلق التناول سواء كان يرضع امرأه أخرى أم كان تناولًا لمأكول أو مشروب، و من لم يعتبر التوالى فى التقدير الزمانى فهو ناظر إلى أن النصوص الداله على التقدير الزمانى خاليه عن اعتبار قيد التوالى.

و أما اعتبار التوالى فى التقدير الأثرى فكأنه متفق على عدمه بعد كون إسناد الإنبات و الاشتداد إلى الإرضاع، و هذا لا يضره التخلل بغيره من إرضاع امرأه أخرى أو تناول طعام أو شراب، مع خلو النصوص الداله على التقدير الأثرى عن اعتبار قيد التوالى، نعم إذا حكم أهل الخبره بإسناد الإنبات و الاشتداد إلى مجموع ما تناوله المرتضع لم تكن الرضعات الحاصله من امرأه واحده بلبن فحل واحد محرّمه حينئذ لعدم تحقق الإسناد المذكور إلى هذا الإرضاع، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الشارح هنا حيث اشترط التوالى و عدم الفصل بين الرضعات فى الأحوال الثلاثه بحيث كانت الرضعات فى يوم و ليله أو كانت بالعدد المعتبر، أو كانت على نحو أوجبت إنبات اللحم و اشتداد العظم.

ولا عبره بتخلل غير الرضاع (١) من المأكول، والمشروب، وشرب اللبن من غير الثدي، ونحوه (٢)، وإنما يقطع اتصال الرضعات ارضاع غيرها من الثدي، وصرح العلامة في القواعد بالاكْتفاء في الفصل بأقل من رضعه كامله من غير تردد، وفي التذكرة بأن الفصل لا يتحقق إلا برضعه كامله وأن الناقصه بحكم المأكول، وغيره، والروايه (٣) مطلقه (٤) في اعتبار كونها (٥) من امرأه واحده، قال الباقر عليه السّلام: «لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله، أو خمس عشره رضعه متواليه من امرأه واحده من لبن فحل واحد». و لعل دلالتها على الاكْتفاء بفصل مسمى الرضاع أكثر (٦).

و أن يكون اللبن لفحل واحد (٧) فلو أرضعت المرأه جماعه ذكورا و إناثا (١) بالنسبه للتقدير العددي و التقدير الأثرى، و أما التقدير الزماني فيضره حتى الأكل و الشرب كما هو مبني الشارح في المسالك.

(٢) كإدخال اللبن من أنفه.

(٣) و هي موثق زياد بن سوجه المتقدم.

(٤) غير مقيد به يكون الناقصه غير منافيه.

(٥) أي كون الرضعات.

(٦) لأن الروايه داله على اعتبار كون الرضعات من امرأه واحده و كونها متواليه، فإذا حصل مسمى الرضاع من غيرها فلا تكن هذه الرضعات متواليه من امرأه واحده.

(٧) و من شروط الرضاع المحرّم أن يكون اللبن لفحل واحد، فلو أرضعت امرأه صبيين أو بنتين أو صبيا و بنتا بلبن فحل واحد، لنشر هذا الإرضاع الحرمه بينهما، و لو أرضعتهما بلبن فحلين فلا حرمه، فالعبره بالأخوه الرضاعيه من جهه الأب و هو الفحل، و لا تكفي الأخوه من الأم خاصه على ما هو المشهور لموثق الساباطي (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن غلام رضع من امرأه أ يحلّ له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع؟ فقال عليه السّلام: لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأه واحده، قال عمار: فيتزوج أختها لأمها من الرضاعه فقال عليه السّلام: لا بأس بذلك، إن أختها التي لم ترضعه كان فحلها غير فحل التي أرضعت الغلام، فاختلف الفحلان فلا بأس) (١). و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يرضع من امرأه و هو غلام أ يحلّ له أن يتزوج أختها لأمها من الرضاعه؟ فقال: إن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحل واحد فلا يحلّ، -

ص: ٢٣٧

(بلبن فحلين) فصاعدا بحيث لم يجتمع ذكر و أنثى منهم على رضاع لبن فحل واحد - وإن كانت المرأتان رضعتا من امرأه واحده من لبن فحلين فلا بأس بذلك(1).

و عن أبي على الطبرسى صاحب التفسير فى تفسيره المعلوم عدم اشتراط الفحل، بل يكفى اتحاد المرضعه، لأنه يكون بينهم إخوه الأم و إن تعدد الفحل فيدخل فى عموم قوله تعالى: وَ أَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرِّضَاعِ (2)، و لأبن الأَخوه من الأم يحرم التناكح بينهم بالنسب، فمن الرضاع كذلك، و يشهد له خبر محمد بن عبيده الهمداني (قال الرضا عليه السلام: ما يقول أصحابك فى الرضاع؟ قلت: كانوا يقولون: اللبن للفحل حتى جاءتهم الروايه عنك أنك تحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فرجعوا إلى قولك، فقال عليه السلام: و ذلك أن أمير المؤمنين سألنى عنها البارحه، فقال لى: اشرح لى اللبن للفحل، و أنا أكره الكلام، فقال لى: كما أنت حتى أسألك، ما قلت فى رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحده منهن بلبنها غلاما غريبا، أليس كل شىء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى محرما على ذلك الغلام؟ قلت: بلى.

فقال: فقال لى أبو الحسن عليه السلام: فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل و لا يحرم من قبل الأمهات، و إنما الرضاع من قبل الأمهات و إن كان لبن الفحل يحرم(3) و هذه الروايه مهجوره عند الأصحاب بشهاده غير واحد، فقول الطبرسى متين لو لا دلاله النصوص على اعتبار وحده الفحل.

و مما يتفرع على اتحاد الفحل أن المرأه لو أرضعت الصبى بعض الرضعات بلبن فحل ثم فارقتها زوجها فتزوجت بغيره و أكملت العدد بلبن الثانى لم ينشر هذا الإرضاع الحرمه لا بين المرضعه و الولد، و لا بين الولد و بين صاحبه اللبن، و يعقل تصور هذا الفرض بكون الولد قد اعتاض فى المده المتخلله بين الرضاعين بالمأكول، و لم يفصل بين الرضاعين رضاع أجنبيه، فعدد الرضاعات مكتمل و إن طال الزمن بينها مع تحقق التوالى المعبر و هو مما لا خلاف فيه بيننا، و المخالف هو جمهور المخالف و يردّه أخبارنا.

منها: موثق زياد بن سوجه المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام (لا يحرم الرضاع أقل من يوم و ليله أو خمس عشره رضعه متواليه من امرأه واحده من لبن فحل واحد)(4).

و هذا التفريع الثانى لم يذكره الشهيدان هنا.

ص: ٢٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

بأن أرضعت جماعه ذكورا بلبين واحد (١)، ثم جماعه إناثا بلبين فحل آخر، أو أرضعت صيبا بلبين فحل، ثم أنثى بلبين فحل آخر، ثم ذكرا بلبين ثالث، ثم أنثى بلبين رابع و هكذا (لم يحرم بعضهم على بعض) و لو اتحد فحل اثنين منهم تحقق التحريم فيهما، دون الباقيين كما لو أرضعت ذكرا و أنثى بلبين فحل، ثم ذكرا آخر و أنثى بلبين فحل آخر، و هكذا فإنه يحرم كل أنثى رضعت مع ذكرها من لبن فحل واحد عليه (٢)، و لا يحرم على الذكر الآخر، و العبارة (٣) لا تفي بذلك (٤)، و لكن المراد منها حاصل (٥).

و لا فرق مع اتحاد الفحل بين أن تتحد المرضعه كما ذكر، أو تتعدد بحيث يرتضع أحدهما من إحداهما كمال النصاب، و الآخر من الأخرى كذلك (٦)، و إن تعدد فبلغن مائه كالمكوحات بالمتعه، أو بملك اليمين (٧).

و على اعتبار اتحاد الفحل معظم الأصحاب و جملة من الأخبار. و قد تقدم بعضها (٨).

(و قال) أبو علي (الطبرسى صاحب التفسير رحمه الله) فيه (٩): (لا يشترط اتحاد الفحل)، بل يكفي اتحاد المرضعه، (لأنه يكون بينهم) مع اتحادها (١٠) (إخوه) (١) أى فحل واحد.

(٢) على ذكرها التي رضع معها من لبن فحل واحد، و عليه متعلق بقوله (فإنه يحرم).

(٣) أى عبارة الماتن.

(٤) لأن عبارة الماتن صادقه على المثال الأخير بحيث أرضعت أنثى و ذكر بلبين فحل و أنثى و ذكر بلبين فحل آخر، و لازمه عدم حرمة بعضهم على بعض، مع أن أنثى الأول محرمة على ذكرها، و كذا أنثى الثانى.

(٥) و لو بقرينه الخارج.

(٦) أى كمال النصاب، فهما إخوه من جهه الأبوه فيحرم كل على الآخر، و عليه فلا يشترط الأخوه من جهه الأمومه.

(٧) و كل منكوحه قد أرضعت ولدا، فالجميع إخوه من جهه الأبوه.

(٨) و هو موثق زياد بن سوجه.

(٩) فى التفسير.

(١٠) أى اتحاد المرضعه.

(الأم) و إن تعدد الفحل (و هي (١) تحرم التناكح) بالنسب، و الرضاع يحرم منه ما يحرم بالنسب. و هو (٢) متجه لولا- ورود النصوص عن أهل البيت عليه السلام بخلافه، و هي (٣) مخصصه لما دلّ بعمومه على اتحاد الرضاع و النسب في حكم التحريم.

(و يستحب) في الاسترضاع (اختيار) المرضعه (العاقلة) (٤) المسلمه العفيفه الوضيئه) (٥) الحسنه (للرضاع)، لأن الرضاع مؤثر (٦) في الطباع، و الأخلاق، (١) أي إخوه الأم.

(٢) أي قول الطبرسي.

(٣) أي هذه النصوص.

(٤) للأخبار.

منها: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (لا تسترضعوا الحمقاء، فإن اللبن يعدى، و أن الغلام ينزع إلى اللبن، يعنى إلى الضئر في الرعونه و الحمق) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع، قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يشب عليه) ٢، و خبر الصدوق في عيون الأخبار عن الرضا عن آبائه عليهم السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تسترضعوا الحمقاء و لا العمشاء، فإن اللبن يعدى) (٢)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا كان يقول: تخيروا للرضاع كما تخيرون للنكاح، فإن الرضاع يغير الطباع) ٤، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشب عليه) ٥، و هذه الأخبار داله على استحباب كون المرضعه مسلمه و عفيفه.

(٥) أي حسنه الصورة ففي خبر زواره عن أبي جعفر عليه السلام (عليكم بالوضاء من الظؤره فإن اللبن يعدى) (٣)، و في خبر محمد بن مروان (قال لي أبو جعفر عليه السلام: استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح فإن اللبن يعدى) ٧.

(٦) كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمه، و التجربه شاهده على ذلك.

ص: ٢٤٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٦ و ١.

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ١.

و الصورة، قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «أنا أفصح العرب بيد (١) أنى من قريش، و نشأت فى بنى سعد و ارتضعت من بنى زهره» (٢) و كانت هذه القبائل أفصح العرب، فافتخر صلى الله عليه وآله وسلم بالرضاع كما افتخر بالنسب، و قال أمير المؤمنين عليه السّلام: «انظروا من يرضع أولادكم فإن الولد يشبّ (٣) عليه»، و قال الباقر عليه السّلام: «عليكم بالوضاء (٤) من الظّوره (٥) فإن اللبن يعدى»، و قال عليه السّلام لمحمد بن مروان:

«استرضع لولدك بلبن الحسان، و إياك و القباح فإن اللبن قد يعدى».

(و يجوز استرضاع الذميه عند الضروره) (٦) من غير كراهه، و يكره بدونها (٧)، و يظهر من العبارة كعبارة كثير التحريم من دونها (٨)، و الأخبار داله على الأول.

(١) بفتح الدال، و هو بمعنى غير فيقال: هو كثير المال بيد أنه بخيل، و لا يجيء إلا فى المنقطع خاصه مضافا إلى أن وصلتھا.

(٢) قد أورد بعضه فى مجمع البحرين فى كتاب الدال، باب ما أوله الباء.

(٣) من الشباب أى يقوى عليه، و هو مبنى للمجهول، و المعنى أنه ينشأ و يكبر الولد عليه بحيث ينشأ على ما عليه صاحبه اللبن من الصفات الخلقية و الخلقية.

(٤) بالضم و المد.

(٥) جمع ظئر، كصهر و صهوره، و الظئر هو المرضعه، و الأصل فى الظئر العطف، فيقال ناقه مظئوره إذا عطفت على ولدها، و سميت المرضعه ظئرا لأنها تعطف على الرضيع.

(٦) يكره استرضاع الكافره لما سمعت من الأخبار، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لبن اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه أحبّ إلى من ولد الزنا) (١)، و هو دال على مرجوحه اختيار اليهوديه و أختيها.

نعم لو اضطرّ إلى غير المسلمه استرضعت الذميه و انتفت حينئذ الكراهه للضروره، و يشهد له خبر عبد الله بن هلال عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن مظائره، المجوسى، قال: لا و لكن أهل الكتاب) ٢، و نحوه غيره.

(٧) أى بدون الضروره.

(٨) أى من دون الضروره، و وجهه أن مفهوم عبارة الماتن عدم جواز استرضاع الذميه عند عدم الضروره، و هو ظاهر فى التحريم، مع أن الأخبار داله على الكراهه عند عدم الضروره.

ص: ٢٤١

(و يمنعها) (١) زمن الرضاعة (من أكل الخنزير، و شرب الخمر) (٢) على وجه الاستحقاق إن كانت أمته، أو مستأجرته و شرط عليها ذلك، و إلا توصل إليه بالرفق،(و يكره تسليم الولد إليها لتحمله إلى منزلها)، لأنها ليست مأمونه عليه (و المجوسيه أشد كراهه) أن تسترضع، للنهي عنها في بعض الأخبار (٣) المحمول (١) أى الذميه.

(٢) لو استرضع الذميه فيمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير للأخبار.

منها: خبر سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تسترضع الصبى المجوسيه، و تسترضع اليهوديه و النصرانيه، و لا يشربن الخمر يمنعن من ذلك) (١)، و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهوديه و النصرانيه و المشركه؟ قال: لا بأس، و قال: امنعوهم شرب الخمر) (٢)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام (سألت عن الرجل المسلم هل يصلح له أن يسترضع اليهوديه و النصرانيه و هنّ يشربن الخمر؟ قال: امنعوهنّ من شرب الخمر ما أَرْضَعْنَ لَكُمْ) ٣، و صحيح الحلبي قال (سألت عن رجل دفع ولده إلى ظئر يهوديه أو نصرانيه أو مجوسيه ترضعه في بيتها أو ترضعه في بيته؟ قال: ترضعه لك اليهوديه و النصرانيه في بيتك، و تمنعها من شرب الخمر و ما لا يحلّ، مثل لحم الخنزير، و لا- يذهبن بولدك إلى بيوتهن، و الزانيه لا- ترضع ولدك فإنه لا يحلّ لك، و المجوسيه لا ترضع لك ولدك إلا أن تضطر إليها) ٤.

و الأخير ظاهر في اشتداد كراهه استرضاع المجوسيه و الزانيه أكثر من كراهه استرضاع مطلق الذميه، و هو ظاهر في كراهه تمكين المرضعه الذميه من حمل الولد إلى منزلها.

و أما بالنسبه للمنع عن شرب الخمر و تناول ما لا- يحلّ زمن الرضاعة فقد قال الشارح في المسالك: (و هذا المنع على وجه الاستحقاق إن كانت المرضعه أمه، أو مستأجره شرط عليها ذلك في العقد، و إلا توصل إليه بالرفق استحبابا، لأنه يؤثر في الطباع تأثيرا خبيثا فيتعدى إلى اللبن، و يمكن أن يكون وجه كراهه تسليمه إليها لتحمله إلى منزلها حذرا من أن تسقيه شيئا من ذلك، مضافا إلى النهي عن الركون إلى الذين ظلموا، و هي منهم و أنها ليست مأمونه عليه) انتهى.

(٣) و هو خبر سعيد بن يسار و خبر عبد الله بن هلال المتقدمين.

ص: ٢٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥ و ٧ و ٦.

على الكراهه جمعا (١)، قال عبد الله بن هلال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مظائره المجوس فقال: «لا، ولكن أهل الكتاب».

(و يكره أن تسترضع من ولادتها) التي يصدر عنها (٢) اللبن (عن زنا) (٣) قال الباقر عليه السّلام (٤): «لبن اليهوديه و النصرانيه [و المجوسيه] أحبّ إلّى من ولد الزنا».

و المراد به (٥) ما ذكرناه (٦)، لأنّه قال (٧) بعد ذلك: «و كان لا يرى بأسا بولد الزنا إذا جعل مولى الجاريه الذى (٨) فجر بالمرأه (٩) فى حلّ» (١٠)، و كذا يكره استرضاع (١) أى جمعا بين ما تقدم و بين خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله هل يصلح للرجل أن ترضع له اليهوديه و النصرانيه و المشركه، قال عليه السّلام: لا بأس، و قال: امنعوهم شرب الخمر) (١١)، و هو شامل لجميع أصناف الكفار.

هذا و يكره استرضاع الناصبيه ففى خبر الفضيل بن يسار (قال لى جعفر بن محمد عليهما السّلام: رضاع اليهوديه و النصرانيه خير من رضاع الناصبيه) (٢).

(٢) أى عن الولاده، و عليه فالمراد من الموصوله (من ولادتها) هى الزانيه.

(٣) أى يكره استرضاع الزانيه باللبن الحاصل من ولادتها لولدها التى زنت به.

(٤) فى صحيح مسلم و قد تقدم.

(٥) أى بولد الزنا الوارد فى الخبر.

(٦) أى المرضعه التى أولدت ابنها من الزنا فيكره استرضاعها من هذا اللبن الموجود عندها، و ليس المراد أن المرضعه هى ولد الزنا، و إن كان حكمها كذلك لخبر على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن امرأه ولدت من الزنا، هل يصلح أن يسترضع بلبنها؟ قال عليه السّلام: لا يصلح و لا لبن ابنتها التى ولدت من الزنا) (٣)، و خير الحلبي (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: امرأه ولدت من الزنا أتخذها ظئرا؟ قال: لا تسترضعها و لا ابنتها) ٤.

(٧) أى الباقر عليه السّلام.

(٨) مفعول به لقوله (جعل) و الفاعل هو مولى الجاريه.

(٩) أى بالجاريه.

(١٠) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢، هذا الذيل ظاهر فى كون -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٧٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٤.

ذات البدعه فى دينها (١) و التشويه فى خلقها (٢) و الحمقاء. قال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يشب عليه» (٣)، و قال أمير المؤمنين عليه الصلاة و السلام: «لا تسترضعوا الحمقاء فإن اللبن يغلب الطباع» (٤).

-المنهى عن اتخاذها ظئرا هى نفس الزانية لا ابنتها المولوده من الزنا، و هذا الذيل ظاهر فى أن الزانية أمه فلو أحلّ مولاها فرجها للذى زنا بها لارتفع الزنا، و هو مناف للقواعد لأن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه و لا يدفع حكمه فكيف يطيب لبنها، و لذا نسبها المحقق فى الشرائع إلى الشذوذ من حيث أعراض الأصحاب عن العمل بمضمونها.

هذا و هو فى الحقيقه استبعاد محض مع ورود النصوص الكثيره بذلك لا خصوص هذا الصحيح المتقدم.

منها: صحيح هشام بن سالم و جميل بن دراج و سعد بن أبى خلف جميعا عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه يكون لها الخادم قد فجرت، يحتاج إلى لبنها؟ قال عليه السّلام: فمرها فلتحللها يطيب اللبن) (١)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السّلام (عن غلام لى وثب على جاريه لى فأحبها فولدت فاحتجنا إلى لبنها، فإن أحللت لهما ما صنعا أ يطيب لبنها؟ قال: نعم) (٢)، و مرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كانت له مملوكه فولدت من فجور، فكره مولاها أن ترضع له مخافه أن لا يكون ذلك جائزا له، فقال أبو عبد الله عليه السّلام: فحلّل خادمك من ذلك حتى يطيب اللبن) (٣).

و لا معارض لها فلا بد من العمل بها أو حملها على ما لو تزوجت الأمه بدون إذن مولاها و بعد الولاده أجاز عقدها فيطيب اللبن و يرتفع حكم الزنا، و هو حمل بعيد فالأول أولى.

(١) لا نص عليه بالخصوص إلا أن الرضاع مؤثر فى الطباع و الأخلاق، لأنه يعدى، و الأمر بالتخير للرضاع كما يتخير للنكاح.

(٢) قد عرفت استحباب كون المرضعه وضيئه.

(٣) كما فى خبر مسعده بن صدقه (٤)، و قد تقدم.

(٤) كما فى نفس خبر مسعده بن صدقه المتقدم.

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

(و إذا كملت الشرائط) المعتبره فى التحريم (١) (صارت المرضعه أما) للرضيع (١) فالرضاع المحرم له أربعة شروط بأن يكون اللبن عن نكاح و من فحل واحد، و أن يكون فى حولى المرتضع و أن يكون بقدر خاص، إما زمنا و إما أثرا و إما عددا، و قد تقدم الكلام فى جميع هذه الشروط، و تقدم الكلام أنه إذا تم الرضاع المحرم فتصير المرضعه أما للمرتضع و صاحب اللبن أبا، و آباؤهما من الذكور و الإناث أجدادا و جدات، و أولاد كل من المرضعه و الفحل إخوه و أخوات، و إخوه و أخوات المرضعه و الفحل أخوالا- و أعماما و عمات و خالات، بلا- خلاف فى ذلك كله، و لم يخالف إلا بعض العامه حيث قصر الحرمة على الأمهات و الأخوات خاصة جمودا على ما فى الآيه من قوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَ أَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعِهِ (١)**، و هو معلوم البطلان خصوصا بعد تواتر قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢)، و هو ظاهر فى كون كل ما يحرم من النسب يحرم نظيره من الرضاع، و قد عرفت أن العناوين النسيبه سبعة و هى:

الأمهات و البنات و الأخوات و بنات الأخ و بنات الأخت و العمات و الخالات، و عليه فالتحريم فى الرضاع منحصر بين المرتضع و المرضعه و الفحل، فيحرم على المرتضع المرضعه التى هى أمه و من تعلق بها من العناوين السبعة، و يحرم على المرتضع الفحل إذا كان المرتضع أنثى لأنها بنته بالرضاعه، و يحرم على المرتضع من انتسب إلى الفحل من العناوين السبعة أيضا.

و يحرم على الفحل و المرضعه المرتضع و المرتضعه و أولادهما، و هذه هى الضابطه الكليه فى الرضاع المحرم لا يستثنى منها شىء إلا مسأله واحده و هى أن أبا المرتضع لا ينكح فى أولاد صاحب اللبن ولاده لأنهم صاروا بمنزله ولده، على المشهور مع أن أولاد الفحل لم يزيدوا على أن صاروا إخوه لولد أبى المرتضع، و من المعلوم أن إخوه الولد ليست من العناوين المحرمه فى النسب على نحو الاستقلال، و لذا حكى عن الشيخ فى المبسوط و القاضى و ابن فهد البناء على الحل و عدم الحرمة، و المشهور هو المنصور لصحيح على بن مهزيار (سأل عيسى بن جعفر بن عيسى أبا جعفر الثانى عليه السلام: أن امرأه أرضعت لى صبيبا، فهل يحل لى أن أتزوج ابنه زوجها؟ فقال عليه السلام لى: ما أجود ما سألت، من هاهنا يؤتى أن يقول الناس حرمت عليه امرأته (٣) من قبل لبن الفحل، هذا هو لبن -

ص: ٢٤٥

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع.

٣- (٣) أى امرأه المرتضع على تقدير كونها من بنات الفحل.

-الفحل لا غيره، فقلت له: الجارية(١) ليست ابنه المرأه التي أرضعت لي، هي ابنه غيرها، فقال: لو كنّ عشرا متفرقات ما حلّ لك شيء منهن، و كن في موضع بناتك(٢)، و صحيح الحميري إلى أبي محمد العسكري عليه السلام (امرأه أرضعت ولد الرجل، هل يحلّ لذلك الرجل أن يتزوج ابنه هذه المرضعه أم لا؟ فوَّع عليه السلام: لا تحلّ له)(٣)، و صحيح أيوب بن نوح (كتب على بن شعيب إلى أبي الحسن عليه السلام: امرأه أرضعت بعض ولدي، هل يجوز لي أن أتزوج بعض ولدها؟ فكتب عليه السلام: لا يجوز ذلك لك، لأن ولدها صارت بمنزله ولدك)(٤).

و هذه الروايات الصحيحه هي المخرجه للمسأله عن القاعده الكليه المتقدمه، و قد عبرنا بأن أولاد صاحب اللبن هم بمنزله ولد أبي المرتضع تبعا للروايه، هذا و قد وقع الخلاف بينهم في أن أولاد الفحل المحرّمين على أبي المرتضع هل هم أولاده بالولاده فقط، أم يعمّ أولاده بالرضاعه، فالمشهور التعميم و عن التذكره الإجماع عليه، و عن الكفايه نوع تردد و كذا عن ظاهر المستند، و وجه التردد عدم صدق الولد حقيقه إلاّ- على الولد النسبي لا الرضاعي، و لذا قال الشيخ الأعظم في رسالته الرضاعيه (و ظاهر الروايه كما ترى مختص بفروع الفحل نسبا)، و فيه: إنه على خلاف الظاهر و مما يتفرع على هذا الخلاف هو جواز نكاح أبي المرتضع في أولاد المرضعه، فالمشهور على عدم الجواز، لأن أولاد المرضعه بمنزله ولد أبي المرتضع كما في صحيح أيوب، و صحيح الحميري المتقدمين، و عن الشيخ في المبسوط و القاضى و ابن فهد البناء على عدم التحريم، لأن أولاد المرضعه هم إخوه المرتضع، منهم إخوه ولد أبي المرتضع، و إخوه الولد ليست من العناوين المحرّمه في النسب على نحو الاستقلال، بل إخوه الولد لأمه تحرم على الأب إما لكونها أولادا له أو لكونها ربائب قد دخل بأمهّن و كلاهما منتف في المقام، و يردده صراحه النصوص المتقدمه على التحريم، و لا اجتهاد في قبال النص و إن كان على خلاف القاعده هذا و المشهور أن هذا الحكم من حرمة أولاد المرضعه على أبي المرتضع مختص بأولادها بالولاده فلا يحرم أولادها بالرضاعه عليه، لأن أولاد المرضعه مع تعدد الفحل لا يحرم بعضهم على بعض فلا يحرم هؤلاء الأولاد على أب المرتضع لأنهم ليسوا بأخوه المرتضع بالرضاعه، و إلا لو كانوا أخوته لكانوا أخوته لأبيه أيضا بالرضاعه و قد تقدم أن أخوته-

ص: ٢٤٤

١- (١) أى امرأه أب المرتضع.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١٠.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ٢ و ١.

(و الفحل) صاحب اللبن (أبا و إختهمأ أعماما و أخوالا، و أولادهما إخوه، و آباؤهما أجدادا، فلا ينكح أبو المرتضع فى أولاد صاحب اللبن ولأده و رضاعا)، لأنهم صاروا إخوه ولده، و إخوه الولد محرمون على الأب، و لذلك عطف المصنف التحريم بالفاء ليكون تفریعا على ما ذكره (١).

و الأخبار الصحیحه مصرحه بالتحريم هنا، و أنهم بمنزله ولده.

و قيل: لا- یحرمن علیه مطلقا (٢)، لأن أخت (٣) الابن من النسب إذا لم تكن بنتا إنما حرمت لأنها بنت الزوج المدخول بها فتحریمها بسبب الدخول بأمرها.

و هو (٤) منتف هنا (٥)، و لأن النص إنما ورد بأنه یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب، لا ما یحرم من المصاهرة (٦)، و أخت الولد إذا لم تكن ولدا إنما تحرم -بالرضاعه من ناحیه الفحل محرمون على أب المرتضع.

نعم على قول الطبرسى من أن أولاد المرضعه بالرضاعه محرمون على المرتضع و إن تعدد الفحل، فهم أخوته فیحرمون على أبيه حیثئذ، ثم إن هذا الحكم مختص بأولاد الفحل فلا- یتعدى إلى أم الفحل و لا- إلى أخواته فلا- تحرم واحده منهن على أبى المرتضع، و لا- یتعدى إلى أم المرتضع بحيث تحرم على أولاد صاحب اللبن، كل ذلك اقتصارا على مورد النص المخالف للقاعده الكلیه.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه مما یتفرع على الخلاف فى المسأله ما لو أرضعت جده ولد الإنسان، أو إحدى نساء جده الرضاع المعتمر، فإن أم الرضيع تحرم على زوجها أب المرتضع، لأنها من جمله أولاد صاحب اللبن، إن قلنا إن أب المرتضع لا یجوز له أن ینكح فى أولاد صاحب اللبن، و سیأتى أن الرضاع كما یحرم سابقا یحرم لاحقا، و یوجب انفساخ عقد من یحکم بتحريمها، فینبغى التفطن لهذا، فإنه مما یغفل عنه) انتهى.

(١) أما لو أتى بالواو لكانت المسأله مستقلة برأسها.

(٢) أى لا نسبا و لا رضاعا.

(٣) تعلیل لعدم التحريم.

(٤) أى الدخول.

(٥) أى فى أولاد صاحب اللبن، لأن أب المرتضع لم یدخل فى زوجه صاحب اللبن.

(٦) و هو بمعنى النكاح، و لذا قال فى الجواهر: (و قد عرفت أن الرضاع إنما یحرم ما یحرم بالنسب خاصه، لا الأعم منه و من المصاهرة المتوقع تحريمها فى النسب على سبب آخر و هو النكاح) انتهى.

بالمصاهره (١). و هو حسن لو لا معارضه النصوص الصحيحه، فالقول بالتحريم أحسن (٢).

(و كذا لا ينكح) أبو المرتضع (في أولاد المرضعه ولاده) لصحيحه عبد الله بن جعفر، قال: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أن امرأه أرضعت ولدا لرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنه هذه المرضعه أم لا؟ فوقع: «لا تحل له». و مثلها صحيحه أيوب بن نوح، و فيها «الأذن ولدها صارت بمنزله ولدك»، و يترتب على ذلك (٣) تحريم زوجه أبي المرتضع عليه (٤) لو أرضعته جدته لأمه، سواء كان (٥) بلبن جده أم غيره، لأن الزوجه حينئذ (٦) من جملة أولاد صاحب اللبن (٧) إن كان (٨) جدا، و من جملة (٩) أولاد المرضعه نسا إن لم يكن (١٠)، فلا يجوز لأبي المرتضع نكاحها لاحقا كما لا يجوز سابقا بمعنى أنه يمنعه سابقا و يبطله لاحقا (١١).

(١) أي بنكاح أمها.

(٢) لأن الاجتهاد في مقابل النصوص مردود.

(٣) أي على المسألتين من عدم نكاح أبي المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولاده و رضاعا، و عدم نكاح أبي المرتضع في أولاد المرضعه ولاده، فما يترتب على هاتين المسألتين ما لو أرضعت جدته أم أمه الرضاع المعبر، فتحرم أم المرتضع على زوجها الذي هو أبو المرتضع، لأن صاحب اللبن إن كان هو جده لأمه فأم المرتضع من جملة أولاد صاحب اللبن ولاده و يحرم على أبي المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن ولاده، و إن كان صاحب اللبن غير جد المرتضع فأم المرتضع بنت المرضعه نسا و يحرم على أبي المرتضع أن ينكح في أولاد المرضعه ولاده.

(٤) أي على أب المرتضع.

(٥) أي كان الرضاع.

(٦) أي حين إرضاع جده المرتضع له.

(٧) ولاده.

(٨) أي صاحب اللبن بحيث كان جدا للمرتضع.

(٩) أي و الزوجه.

(١٠) أي لم يكن صاحب اللبن جدا.

(١١) و سيأتي الكلام فيه مفصلا.

و كذا (١) لو أرضعت الولد بعض نساء (٢) جده لأمه بلبنه (٣)، و إن لم تكن (٤) جده للرضيع، لأن زوجه أب الرضيع حينئذ (٥) من جملة أولاد صاحب اللبن (٦)، (و) كذا (لا- يجوز له (٧) نكاح أولادها (٨) (رضاعا على قول الطبرسي)، لأنهم بمنزله إخوه أولاده (٩) من الأم، و قد تقدم ضعفه (١٠)، لما عرفت من أن التحريم مشروط باتحاد الفحل. و هو (١١) منفي هنا (١٢).

(و ينكح إخوه المرتضع نسبا في إخوانه رضاعا) (١٣) إذ لا أخوه بينهم، و إنما (١) أي يحرم على أب المرتضع.

(٢) و هي ليست بجده للمرتضع.

(٣) أي بلبن الجد للأم.

(٤) أي هذا البعض من النساء و هي المرضعه.

(٥) أي حين أرضعت الولد بعض نساء جده.

(٦) بالولادة.

(٧) أي لأب المرتضع.

(٨) أي أولاد المرضعه.

(٩) لأنهم إخوه ابنه المرتضع.

(١٠) أي ضعف قول الطبرسي.

(١١) أي اتحاد الفحل.

(١٢) لأن صاحب اللبن لو كان جدا للمرتضع لكان أولاد المرضعه حينئذ إخوه للمرتضع من أبيه أيضا و المفروض عدمه.

(١٣) على الأ- كثر فأخوه المرتضع بالرضاع بالنسبة لأخوته بالنسب هم إخوه أخيه، و إخوه الأ-خ ليست من العناوين الموجهة للتحريم إذ قد يتزوج أخو الرجل لأبيه أخته لأمه، و يشهد له موثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج أخت أخيه من الرضاعه، فقال: ما أحب أن أتزوج أخت أخى من الرضاعه) و هو ظاهر في الحليه على كراهه في البين، و المراد من الأ-خت هي الأخت الرضاعيه لأخيه النسبي، و هو محل النزاع هنا، و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و النهايه و ابن حمزه و قواه في الكفايه التحريم، لأن النصوص المتقدمه في نكاح أب المرتضع في أولاد صاحب اللبن قد جعلت أولاد صاحب اللبن بمنزله ولد أب المرتضع، و أولاد صاحب اللبن هو إخوه المرتضع بالرضاع فإذا كانوا بمنزله ولد أب المرتضع فقد حرموا على أولاده النسبيين، و استدلوا بأن أخت الأخ من النسب محرمه فكذا من الرضاع لأن ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع.

و فيه: أما الثاني فأخت الأخ من النسب محرمه إذا كانت أختا للثالث و إلا فقد عرفت -

هم إخوه أخيه، و إخوه الأخ إذا لم يكونوا إخوه (١) لا يحرمون على إخوته، كالأخ من الأب إذا كان له أخت من الأم فإنها لا تحرم على أخيه (٢)، لانتفاء القرابه بينهما.

(وقيل) و القائل الشيخ (بالمنع)، لدلاله تعليل التحريم (٣) على أب المرتضع فى المسأله السابقه بأنهن (٤) بمنزله ولده عليه (٥)، و لأن أخت الأخ من النسب محرّمه فكذا من الرضاع.

و يضعف بمنع وجود العله هنا (٦)، لأن كونهن (٧) بمنزله أولاد أب المرتضع غير موجود هنا (٨) و إن وجد ما يجرى مجراها (٩)، و قد عرفت فساد الأخير (١٠).

جواز تزويج أخته لأمه من أخيه لأبيه، و أما الأول فقد عرفت أنّ النصوص السابقه منحصره فى حرمة أولاد صاحب اللبن اللذين هم إخوه المرتضع بالرضاع على أبيه فقط، لكون الحكم على خلاف القواعد فيقتصر على مورده، و لا يتعدى إلى المقام و هو حرمتهم أيضا على أولاد أب المرتضع اللذين هم إخوه المرتضع بالنسب.

(١) أى لم يكونوا أخوه لأولئك الذين هم إخوه المرتضع بالولاده.

(٢) أى على أخيه من الأب.

(٣) و التعليل وارد فى صحيح أيوب بن نوح حيث قال عليه السلام (لأن ولدها صارت بمنزله ولدك) (١).

(٤) أى بنات صاحب اللبن اللواتى هن إخوه المرتضع بالرضاعه.

(٥) أى على أب المرتضع، و إذا كن كذلك فقد حرم على أولاده حينئذ.

(٦) و هو أبو المرتضع حتى يحرم عليه أولاد صاحب اللبن اللذين هم إخوه المرتضع بالرضاعه، بل الموجود أولاد أب المرتضع، و لا يتعدى بالحكم لأنه على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده.

(٧) أى كون بنات أصحاب اللبن.

(٨) بل الموجود: هن أخوات بالرضاعه لأخيهم النسبى.

(٩) أى مجرى العله، و مقامنا يجرى مجرى مورد العله، لأن ابن أب المرتضع يحرم عليه ما حرم على أبيه بحسب النسب، و لكن فى موردنا فقد عرفت عدم التعديه لأن الحكم على خلاف القواعد فيقتصر فيه على مورده المنصوص.

(١٠) الأخير هو كون أخت الأخ من النسب محرّمه فكذا من الرضاع، و عرفت فساده عند قوله-

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

و لو لحق الرضاع العقد حرم كالسابق (١) فلو أرضعت أمه (٢)، أو من يحرم النكاح بإرضاعه (٣) كأخته (٤)، و زوجه أبيه (٥)، و ابنه (٦)، و أخيه (٧) بلبنهم زوجته فسد النكاح (٨)، و لو أرضعت كبيره الزوجتين صغيرتهما (٩) حرمتا أبدا مع - إن إخوه الأ-خ إذا لم يكونوا إخوه لا- يحرمون على أخوته، و هنا كذلك فأخوه المرتضع بالرضاعه ليسوا بأخوه لأخوته بالولاده فلا يحرمون عليهم.

(١) لا- إشكال و لا خلاف فى أن الرضاع يحرم النكاح على تقدير سبقه عليه كما لو أرضعت أمه بنتا فتصير أخته من الرضاعه فيحرم عليه نكاحها ابتداء، و كذلك فالرضاع يبطل النكاح على تقدير تأخره عنه، كما لو تزوج صغيره فأرضعتها أمه فتصير أخته من الرضاعه فيبطل عقد النكاح، بلا خلاف فيه أيضا للقطع بعدم الفرق بين الابتداء و الاستداه فى تحريم الرضاع للنكاح كما فى الجواهر، و يشهد له النصوص الكثيره الوارده فى تحريم الزوجتين بحيث ارتضعت إحداهما من الأخرى بلبنه، فأحدهما بنته من الرضاعه و الأخرى أم زوجته كصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لو أن رجلا تزوج جاريه رضيعه فأرضعتها امرأته فسد النكاح) (١) و مثله غيره، و سيأتى الكلام مفصلا فى هذه المسأله.

(٢) أى أرضعت أمه زوجته الصغيره لحرمت عليه زوجته، لأنها بالرضاع المذكور تصير أخته من الرضاعه.

(٣) الضمير عائد إلى الموصول (من يحرم)، و المعنى من يحرم النكاح بسبب إرضاعه.

(٤) أى أرضعت أخته زوجته الصغيره لحرمت عليه زوجته، لأنها بالرضاع تصير بنت أخته من الرضاعه.

(٥) فلو أرضعت زوجه أبيه زوجته الصغيره لبطل النكاح، لأن زوجته تصير أخته بالرضاع.

(٦) أى أرضعت زوجه ابنه زوجته الصغيره فيبطل النكاح، لأن زوجته تصير بنت ابنه بالرضاع.

(٧) أى أرضعت زوجه أخيه زوجته الصغيره فيبطل النكاح، لأن زوجته تصير بنت أخيه بالرضاع.

(٨) و كلها أمثله للرضاع اللاحق للعقد، و هو مبطل له.

(٩) لو كان لشخص زوجتان كبيره و صغيره، و الصغيره فى الحولين، فأرضعت الكبيره الصغيره الرضاع المحرم انفسخ نكاحهما، لامتناع الجمع فى النكاح بين الأم و البنت، -

ص: ٢٥١

الدخول بالكبيره (١)، و إلا (٢) الكبيره (٣). و يفسخ نكاح الجميع مطلقا (٤).

(و لا تقبل الشهاده به (٥) إلا مفصله) (٦) فلا تكفى الشهاده بحصول الرضاع المحرّم مطلقا (٧) للاختلاف فى شرائطه كيفيه و كميّه، فجاز أن يكون مذهب الشاهد مخالفا لمذهب الحاكم فيشهد بتحريم ما لا يحرمه. و لو علم موافقه رأى الشاهد لرأى الحاكم فى جميع الشرائط فالمتجه الاكتفاء بالإطلاق (٨)، إلا أنّ - و قد صارت الصغيره بنتا و الكبيره أما دفعه واحده فانفسخ نكاحهما، ثم إن كان الرضاع بلبن الزوج حرمتا مؤبدا سواء دخل بالكبيره أم لا، لصيروره الصغيره بنتا له و الكبيره أما لزوجته، و كلاهما من العناوين المحرمه بالنسب، و إن كان اللبن لغيره فإن كان دخل بالكبيره حرمتا أيضا أبدا، لأن الكبيره تصير أم للوجه بالرضاع فتحرم، و الصغيره بنت المدخول بها فتحرم، و إن لم يكن دخل بالكبيره فتحرم الكبيره لأنها بالرضاع تصير أم للوجه فتحرم، و أما الصغيره فلا تحرم مؤبدا لأنها ربيبه لم يدخل بأمرها و مع فسخ نكاحها على ما تقدم فيجوز له تجددّه فيما بعد إن شاء.

(١) إذا لم يكن الرضاع بلبنه، و إلا فلو كان الرضاع بلبنه فتحرم كل منهما مؤبدا و إن لم يدخل بالكبيره.

(٢) أى و إن لم يدخل بالكبيره.

(٣) أى فتحرم الكبيره مؤبدا، و الصغيره يبطل نكاحها و لأنها ربيبه غير المدخول بها، و يجوز له العقد فيما بعد.

(٤) سواء دخل بالكبيره أم لا، و سواء كان الرضاع بلبنه أم لا.

(٥) بالرضاع.

(٦) قد عرفت أن الخلاف واقع فى القدر المعتبر من الرضاع فى التحريم كميّه، و كيفيه، فمنهم من يجعله محرّما قليلا - كان أو كثيرا، و منهم من يعتبر منه عشر رضعات، و منهم خمس عشره رضعه، و منهم من يعتبره عن ولاده و منهم من يكتفى بكونه عن حمل.

و إذا كان كذلك لم تكف شهاده الشاهدين أن بين فلان و فلانه رضاعا محرّما، أو أن فلانا قد رضع من فلانه رضاعا محرّما، لجواز أن يستند الشاهد منهما إلى ما يعتقد أنه محرم و هو عند الحاكم غير محرم، فلا بد من التفصيل بكل ماله الدخول من شرائط الرضاع المحرم المعتبره عند الحاكم.

(٧) أى بلا تفصيل.

(٨) من دون تفصيل، إلا أن التفصيل أحوط خروجاً من خلاف الأصحاب حيث أطلقوا -

الأصحاب أطلقوا القول بعدم صحتها إلا مفضّله فيشهد الشاهدان بأن فلانا ارتضع من فلانه من الثدي من لبن الولاده خمس عشره رضعه تامات فى الحولين من غير أن يفصل بينها برضاع امرأه أخرى.

و بالجمله فلا بد من التعرض لجميع الشرائط، و لا يشترط التعرض لوصول اللبن إلى الجوف على الأقوى (١).

و يشترط فى صحه شهادته به (٢) أن يعرف المرأه فى تلك الحال ذات لبن، و أن يشاهد الولد قد التقم الثدي، و أن يكون (٣) مكشوفاً لئلا يلتقم غير الحلمه، و أن يشاهد امتصاصه له، و تحريك شفثيه، و التجرع، و حركه الحلق على وجه يحصل له القطع به (٤)، و لا يكفى حكايه القرائن (٥) و إن كانت هى السبب فى علمه (٦)، كأن يقول: رأيتَه قد التقم الثدي و حلقه يتحرك إلى آخره، لأن حكايه ذلك لا تعدّ شهاده (٧) و إن كان علمه مترتباً عليها (٨)، بل لا بدّ من التلفظ بما -الحكم بعدم صحتها إلا مع التفصيل كما فى المسالك، إلا أنه فى الجواهر قال (و لعل إطلاق الأصحاب منزّل على غير هذه الصوره خصوصاً بعد ملاحظه التعليل) انتهى.

(١) قال فى المسالك: (و هل يشترط أن يضيف إلى ما ذكر وصول اللبن إلى جوفه قولان، أجودهما عدم، لأن الشهاده بالرضاع تقتضى ذلك، و لا -خلاف بين العلماء فى كيفية الوصول إلى الجوف بعد أن يكون الرضاع من الثدي فيكفى فيه إطلاق الشهاده، نعم لا يكفى حكايه القرائن بأن يقول: رأيتَه قد التقم الثدي و حلقه يتحرك، لأن حكايه ذلك لا تعدّ شهاده، بل إذا علم الشاهد العلم العادى بوصول اللبن إلى جوفه بالقرائن المفيده له، يشهد بحصوله على الوجه المفصّل) انتهى.

و عليه فالقرائن المفيده للعلم بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف بأن يشهد مشاهدته الصبى ملتقماً حلمه ثدى المرأه ذات اللبن ماصّاً له على العاده حتى يصدر.

(٢) بالرضاع، تعرض للقرائن التى ذكرت سابقاً ضع فتحتين على سابقاً.

(٣) أى الثدي.

(٤) بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف.

(٥) و هى القرائن المفيده للرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف و قد تقدم ذكرها.

(٦) أى علمه بالرضاع الموجب لوصول اللبن إلى الجوف.

(٧) أى شهاده بالرضاع.

(٨) أى و إن كان علمه بالرضاع المذكور مترتباً على القرائن.

يقتضيه (١) عند الحاكم، و لو كانت الشهاده على الإقرار به (٢) قبلت مطلقه (٣)، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، و إن أمكن استناد المقر إلى ما لا يحصل به التحريم عند الحاكم (٤)، بخلاف الشهاده على عينه (٥).

في من تحرم بالمصاهره

(و تحرم بالمصاهره) (٦) و هى علاقه تحدث بين الزوجين، و أقرباء كل منهما بسبب النكاح (٧) توجب الحرمة (٨)، و يلحق (٩) بالنكاح (١٠) الوطء (١١)، و النظر (١) أى يقتضى الرضاع بالصراحه على نحو المطابقه.

(٢) أى بالرضاع بأن يشهد بأن فلانه قد أقرت بأنها أرضعت فلانا رضاعاً محرّماً.

(٣) من دون اشتراط التفصيل فى الشهاده، حينئذ، لأنها شهاده على الإقرار و ليست شهاده على الرضاع.

(٤) بحيث كان المقر يرى كفايه عشر رضعات، و الحاكم لا يرى إلا خمس عشره رضعه.

(٥) أى عين الرضاع بالشرائط المذكوره.

(٦) و هى علاقه قرابه تحدث بالزواج، و قد جعلها الله تعالى كما جعل النسب قال تعالى:

هُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا (١)، و عن الأ-كثر تعريفها بأنها علاقه تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر بسبب نكاح الزوجين، و توجب حرمة النكاح، و هو المعروف من معناها لغه و عرفاً.

و بعضهم الحق بهذه العلاقه الناشئه من النكاح الوطء و النظر و اللمس على وجه مخصوص، و استشكل المحقق فى الشرائع حدوثها بالزنا و وطء الشبهه و النظر و اللمس المخصوصين.

و الأمر سهل لعدم كون عنوان المصاهره بنفسه موضوعاً للحكم فلا- داعى لإطاله الكلام فى بيان مفهومه، و إنما البحث فى الموارد التى دلت الأدله من الكتاب و السنه على ثبوت الحرمة فيها.

(٧) أى نكاح الزوجين.

(٨) أى الحرمة بين أحد الزوجين و أقرباء الآخر.

(٩) أى فى الحرمة.

(١٠) أى النكاح الموجب للمصاهره.

(١١) أى الأعم من وطء الشبهه و الزنا و وطء الأمه لغير المالك.

و اللمس على وجه مخصوص (١).

و هذا هو المعروف من معناها (٢) لغه و عرفاء، فلا- يحتاج إلى اضافته و ط ء الأمه، و الشبهه، و الزنا، و نحوه (٣) إليها (٤) و إن أوجب (٥) حرمه على بعض الوجوه (٦)، إذ ذاك (٧) ليس من حيث المصاهره، بل من جهه ذلك الوط ء، و إن جرت العاده بإلحاقه (٨) (٩) بها فى بابها (زوجه كل من الأب فصاعدا) كالجد و إن علا من الطرفين،(و الابن فنازلا) و إن كان (١٠) للبنت و أطلق عليه (١١) الابن مجازا (على الآخر) (١٢) و إن لم يدخل بها الزوج، لعموم وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ (١) قيد للثلاثه، فهو قيد للوط ء بحيث يكون الوط ء سابقا على العقد حتى يوجب الحرمة، و هو قيد للنظر و اللمس بحيث يكون النظر و اللمس لغير المالك فإنه يوجب الحرمة بين الفاعل و الأمه.

(٢) أى معنى المصاهره.

(٣) من النظر و اللمس المخصوصين.

(٤) إلى المصاهره.

(٥) أى كل واحد من هذه المذكورات.

(٦) كالوط ء السابق على العقد فإنه يوجب التحريم.

(٧) أى حرمه الوط ء على بعض الوجوه.

(٨) أى إلحاق الوط ء و كذا بقيه المذكورات.

(٩) أى بالمصاهره.

(١٠) أى الابن.

(١١) أى على ابن البنت.

(١٢) تحرم المعقود عليها على أب العاقد و إن علا، و أولاده و إن نزلوا، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ لَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ (١) ، و النكاح حقيقه فى العقد، فتشمل الآيه المدخول بها و غيرها، و هذه الآيه داله على حرمه معقوده الأب على الابن.

و لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَ بنَاتُكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْنَابِكُمْ (٢) ، و هى شامله للمدخول بها و لغيرها فتدل على حرمه معقوده الابن على الأب.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٢.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

أَبَاؤُكُمْ (١) وقوله تعالى: وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ (٢)، و النكاح حقيقه فى العقد على الأقوى، و الحليله حقيقه فى المعقود عليها للابن قطعاً،(و أم الموطوءه) (٣) حلالاً، أو حراماً (٤)،(و أم المعقود عليها) (٥) و إن لم يدخل بها (فصاعداً) و هى جدتها من الطرفين و إن علت.

(١)النساء آيه: ٢٢.

(٢)النساء آيه: ٢٣.

(٣)من وطأ امرأه بالعقد أو بالملك حرمت عليه أمها و إن علت لأب أم لأم، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله - وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (١).

(٤)أى من زنا بامرأه حرم عليه أمها و إن علت، و سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى.

(٥)ذهب الأ-كث إلى أن أم الزوجه و إن علت تحرم على الزوج بمجرد العقد و إن لم يتحقق الدخول، لأن تحريم أمهات النساء غير مشروط بالدخول بالنساء لقوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٢) ، و هو شامل للمدخول بهن و غيره، و لمرسل العياشى عن أبى حمزه (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و طلقها قبل أن يدخل بها، أ تحل له ابنتها؟ فقال:

قد قضى فى هذا أمير المؤمنين عليه السلام لا بأس به، إن الله يقول: وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ، و لو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها، قلت له: أ ليس هما سواء؟ فقال: لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله يقول: و أمهات نساكنكم، لم يستثن فى هذه كما اشترط فى تلك، هذه هاهنا مبهمه ليس فيها شرط، و تلك فيها شرط(٣) ، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (و الأمهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل بهن، فحرّموا و أبهموا ما أبهم الله)٤، و المعنى و الأمهات فى الآيه مطلقات غير مقيدات، فأطلقوا ما أطلق الله جل و علا.

و خالف ابن أبى عقيل منا و بعض العامه و أنه لا تحرم الأمهات إلا بعد الدخول ببناتهن كالبنات حيث لا تحرم بنت الزوجه إلا بشرط الدخول بأمها، لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله - وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَ رَبَائِبِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ -

ص: ٢٥٤

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ٢٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٧ و ٢.

-اللّٰتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ، فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (١) حيث اعتبروا أن الدخول المقيد في الآية متعلق بالربائب و أمهات النساء، و لصحيح جميل بن دراج و حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (الأم و البنت سواء، إذا لم يدخل بها، يعني: إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فإنه إن شاء تزوج بأمها و إن شاء ابنتها) (٢)، و مضمرة محمد بن إسحاق بن عمار (قلت له: فرجل تزوج امرأه فهلكت قبل أن يدخل بها، تحلّ له أمها؟ قال: و ما الذي يحرم عليه منها و لم يدخل بها) ٣.

و فيه: أما الآية فلا تدل على مطلوبهم إما من جهة أن القيد من وصف أو استثناء أو شرط إذا تعقب جملاً فإنه يعود إلى الأخير كما حقق في الأصول إلا مع القرينة الدالة على رجوعه إلى الجميع، و هي هنا متنفية و إما من جهة أن القيد و هو (من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) لا- يمكن إرجاعه إلى المعطوف و المعطوف عليه، لأن (من نسائكم) إذا كانت راجعة إلى قوله (و أمهات نسائكم) لكانت لبيان الجنس و تمييز المدخول بهن من غير المدخول بهن، و التقدير (و أمهات نسائكم و هن نساؤكم اللاتي دخلتم بهن) فتكون من حيثئذ بيانيه.

و إذا كان (من نسائكم) راجعه إلى قوله (و ربائبكم اللاتي في حجوركم) كانت من لابتداء الغاية كما تقول: بنات رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من خديجه كذا و كذا، و هي المسماه بالنشويه و الابتدائية.

و لو كانت (من نسائكم) راجعه إليهما لكانت بيانية و نشويه، و هذا ما يلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى و هو محال.

و أما الأخبار فهي محمولة على التقيّه لمعارضتها ظاهر القرآن و الأخبار الأخرى، على أن خبر جميل بن دراج و حماد بن عثمان مضطرب الإسناد - كما في المسالك - لأنهما تارة يرويانه عن الصادق عليه السلام بلا واسطه و أخرى يرويانه عن الحلبي عنه عليه السلام، و ثالثه يرويه جميل مرسلًا عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام، و اضطراب السند يلحق الحديث الصحيح بالضعيف، هذا فضلاً عن احتمال أن يكون التفسير المشتتمل عليه - و هو قوله (يعني: إذا تزوج المرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فإنه إن شاء تزوج أمها و إن شاء ابنتها) - من غير المعصوم عليه السلام بل للراوى، و لذا قال الحر العاملي في وسائله -

ص: ٢٥٧

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٥.

(و ابنه الموطوءه (١) مطلقا (٢) فنازلا) أى ابنه ابنتها (٣)، و ابنتها و إن لم يطلق -عند إيراد هذا الإشكال (و يفهم هذا من نوادر أحمد بن محمد بن عيسى حيث أورد الحديث بين أحاديث هذه المسأله و ترك تفسيره).

(١) من وطأ امرأه بالعقد حرمت عليه ابنتها و إن نزلت تحريما مؤبدا سواء تقدمت ولادتهن أو تأخرت، و سواء كنّ فى حجره أم لا، و سواء كانت البنت صليبيه أم لا، و سواء كانت بنت ابن أم بنت بنت بلا خلاف فى ذلك كله لقوله تعالى: وَ رَبَائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ (١)، و تقييد الربائب بالحجور غير معتبر، لأنه جار مجرى الغالب من كون بنات الزوجه فى حجر الزوج، بالإضافة إلى أن مفهوم الوصف ضعيف كما حرر فى الأصول، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر غياث بن كلاب عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام يقول: الربائب عليكم حرام من الأمهات اللاتى قد دخل بهن، هنّ فى الحجور و غير الحجور سواء و الأمهات مبهمات) (٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنه، و إذا تزوج بالابنه فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم، و قال: الربائب عليكم حرام كنّ فى الحجر أو لم يكن) (٣)، و خبر أبى بصير (سألته عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فقال: تحل له ابنتها و لا تحلّ له أمها) (٣).

نعم ورد فى مكاتبه الحميرى لصاحب الزمان عليه السلام (أنه كتب إليه: هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته؟ فأجاب عليه السلام: إن كانت ربييت فى حجره فلا يجوز، و إن لم تكن ربييت فى حجره و كانت أمها فى غير حباله فقد روى أنه جائز) (٥)، إلا أنه لضعف سنده و معارضته لما تقدم مع إعراض الأصحاب عنه لا بد من رده إلى أهله.

ثم و مما تقدم تعرف أن من عقد عليها و لم يدخل بها ثم طلقها يجوز له أن يتزوج ابنتها بلا خلاف فى ذلك.

(٢) تقدمت ولادتها على الوطاء أو لا، و كانت فى حجره أولا.

(٣) أى و ابنه بنت الموطوءه.

ص: ٢٥٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٤.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥ و ٧.

عليها (١) ابنه حقيقه (٢)، (لا- ابنه المعقود عليها) من غير دخول، فلو فارقها (٣) قبل الدخول حلّ له تزويج ابنتها، و هو موضع وفاق، و الآيه الكريمه صريحه فى اشتراط الدخول فى التحريم (٤)، و أما تحريم الأم و إن لم يدخل بالبنت فعليه المعظم، بل كاد يكون اجماعا. و اطلاق قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٥) يدل عليه (٦)، و الوصف بعده بقوله تعالى: مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ (٧) لا- حجه فيه (٨)، إما لوجوب عوده (٩) إلى الجملة الأخيره (١٠) كالاستثناء (١١)، أو لتعذر حمله (١٢) عليهما (١٣) من جهه أن «من» (١٤) تكون مع الأولى (١٥) بيانيه، و مع الثانيه (١٦) ابتدائيه، و المشترك لا يستعمل فى معنيه معا. و به (١٧) - مع ذلك - (١) أى على بنت الابن و بنت البنت.

(٢) صرح النراقى فى المستند بأن حكم بنت البنت و بنت الابن فنازلا حكم البنت بالإجماع و إن لم يستنبط من الأخبار.

(٣) أى فارق المعقود عليها.

(٤) أى تحريم البنت لو تزوج الأم.

(٥) النساء آيه: ٢٣.

(٦) على عدم اشتراط الدخول فى البنت فى تحريم الأم.

(٧) النساء آيه: ٢٣.

(٨) و عدم الحجيه لأحد أمرين قد تقدما فى الشرح و سيذكرهما الشارح هنا.

(٩) أى عود الوصف.

(١٠) و هى الربائب.

(١١) أى كما أن الاستثناء المتعقب للجمال المتعدده بعود إلى الأخيره فكذا الوصف و الشرط و كل قيد.

(١٢) أى حمل الوصف المذكور.

(١٣) على أمهات النساء و على الربائب.

(١٤) الموجوده فى الوصف (من نساءكم اللاتى دخلتم بهن) (١).

(١٥) أى الجملة الأولى الداله على أمهات نساءكم.

(١٦) أى الجملة الثانيه الداله على الربائب.

(١٧) أى بالتحريم مطلقا فى أم الزوجه و إن لم يدخل فى البنت.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

نصوص، إلا- أنها معارضة بمثلها، و من ثم ذهب ابن أبي عقيل إلى اشتراط الدخول بالبنت في تحريمها (١) كالعكس (٢). و المذهب هو الأول (٣).

(أما الأخت) للزوجه (فتحرم جمعا) بينها وبينها (٤)، فمتى فارق الأولى (٥) (١) أى تحريم الأم.

(٢) و هو تحريم البنت إذا دخل بالأم.

(٣) و هو عدم اشتراط الدخول بالبنت في تحريم الأم.

(٤) أى بين الزوجه و أختها، بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ - إلى قوله وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ (١)، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر مروان بن دينار (قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام لأى عله لا- يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين؟ قال عليه السّلام: لتحصين الإسلام، و فى سائر الأديان يرى ذلك) (٢) و لا فرق بين كون الجمع بنكاح دائم أو منقطع، و يشهد له صحيح البنزطى عن الرضا عليه السّلام (سألته عن رجل تكون عنده امرأه، يحلّ أن يتزوج أختها متعه؟ قال عليه السّلام: لا) ٣.

و لا فرق بين كونه قد دخل بالأولى أو لا، للإطلاق، و لا بين كون الأخت أختا للزوجه من أبويها أو من أحدهما، و كذا لا فرق بين كونها أختا لها من النسب أو من الرضاع، و يشهد له صحيح الحذاء عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تنكح المرأة على عمتها و لا خالتها، و لا على أختها من الرضاة) ٤.

(٥) إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها، فإن كان الطلاق رجعيا فلا يجوز له نكاح أختها حتى تخرج عن العده، و إن كان الطلاق بائنا فيجوز له التزويج بمجرد الطلاق، بلا خلاف فى ذلك لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طلق امرأه أو اختلت أو بانت، أله أن يتزوج بأختها، قال عليه السّلام: إذا برأت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها) (٣)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اختلت منه امرأته، أ يحل له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه و ليس له عليها رجعه) ٦ و مثلها غيرها، و مفهومها أنه لا يجوز له الزواج بأختها إن كان له عليها رجعه.

و يلحق بالطلاق البائن موت الزوجه فلو ماتت فيجوز له التزويج بأختها من حين الموت-

ص: ٢٦٠

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣ و ٤ و ٢.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ٢ و ١.

بموت، أو فسخ، أو طلاق بائن، أو انقضت عدتها (١) حلت الأخرى، (لا عينا (٢)، و العمه و الخاله) و إن علنا (يجمع بينها، و بين ابنه أخيها، أو أختها) و إن نزلتا (٣) (برضاء العمه و الخاله، لا بدونه) (٤) بإجماع أصحابنا، و أخبارنا متظافره به (٥).

و يشهد له خبر علي بن أبي حمزه عن أبي إبراهيم عليه السّلام (و سألته عن رجل كانت له امرأه فهلكت، أ يتزوج أختها؟ قال عليه السّلام: من ساعته إن أحبّ) (١).

و يلحق بالموت ما إذا فسخ نكاح الأخت لعيب يوجبه أو ظهر فساد نكاحها، لعدم صدق الجمع حينئذ.

(١) في الرجعية.

(٢) كعمه أم الزوجه و خالتها و كذا عمه أب الزوجه و خالته.

(٣) أى ابنه الأخت و ابنه الأخ.

(٤) أى بدون الرضا فلا- يجوز الجمع بين الزوجه و بين بنت أخيها أو بنت أختها إلا- برضاها، على المشهور فى ذلك شهره عظيمه، و عن القديمين العماني و الإسكافي الجواز مطلقا مع الاذن و عدمه، و عن الصدوق المنع مطلقا، هذا و النصوص الواردة فى المقام على طوائف:

الطائفة الأولى: ما دل على المنع مطلقا، كصحيح الحذاء (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها و لا على أختها من الرضا) (٢)، و خبر مالك بن عطية عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا تتزوج المرأة على خالتها، و تزوج الخاله على ابنه أختها) ٣، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يحلّ للرجل أن يجمع بين المرأة و عمتها، و لا بين المرأة و خالتها) ٤ و مثلها غيرها، و هذه هى مستند قول الصدوق.

الطائفة الثانية: ما دل على الجواز مطلقا كخبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن امرأة تزوج على عمتها و خالتها، قال: لا بأس) ٥، و هى مستند قول القديمين.

الطائفة الثالثة: ما دل على المنع بدون الاذن و على الجواز معه، كموثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (لا تزوج ابنه الأخ و لا- ابنه الأخت على العمه و لا على الخاله إلا بإذنها، و تزوج العمه و الخاله على ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنها) ٦، و خبر الحذاء (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: لا- تنكح المرأة على عمتها و لا على خالتها إلا بإذن العمه و الخاله) ٧ و مثلها غيرها، و هذه الطائفة تقتضى الجمع بين الأولتين بالاذن و عدمه، و هى مستند قول المشهور.

(٥) أى بالجواز مع الرضا، و عدم الجواز عند عدمه.

ص: ٢٦١

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨ و ٩ و ٧ و ٣ و ١ و ٢.

ثم إن تقدم عقد العمه و الخاله توقف العقد الثانى (١) على إذنهما (٢)، فإن بادر (٣) بدونه (٤).

(١) أى العقد على ابنه أخت الزوجه أو بنت أخيها.

(٢) أى اذن العمه أو الخاله.

(٣) أى الزوج إلى العقد الثانى المذكور.

(٤) أى بدون إذنهما ففيه أقوال:

الأول: بطلان العقد الثانى من غير أن يتأثر عقد الأولى، و هو مذهب المحقق فى الشرائع و النافع، أما بقاء عقد الأولى فهو على حاله فى لزوم لانعقاده فيستصحب إذ لم يقع بعده ما يوجب تأثره و إنما المنهى عنه هو الثانى فيكون البحث عنه، و أما بطلان عقد الثانى للنهى عنه فى الأخبار السابقه، و النهى يقتضى الفساد، و للتصريح ببطلانه فى خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (و لا تزوج بنت الأخ و الأخت على العمه و الخاله إلا برضاء منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل) (١).

و فيه: ضعف سند الخبر مع كون النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

القول الثانى: تنزل العقد الثانى خاصه بحيث يقع موقوفا على رضا العمه أو الخاله مع كون عقدهما الأول لازما، و اختاره العلامة فى جملة من كتبه و كثير من المتأخرين و هو الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك، أما لزوم العقد الأول فقد تقدم دليله، و أما تنزل العقد الثانى من غير أن يكون باطلا، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، لأن المتنازع فيه إذا تعقبه رضا من يعتبر رضاه اندرج فى هذا العموم، و وجب الحكم بصحته، فقبل الرضا لا يكون فاسدا و إلا لم ينقلب صحيحا، و لا نعى بالموقوف إلا ذلك، و لأنه عقد صدر من أهله بدون رضا من يعتبر رضاه فكان كالفضولى، و الفضولى لا يقع فاسدا بل موقوفا.

القول الثالث: تنزل العقدين السابق و الطارئ، و هو مذهب المفيد و الشيخ و أتباعهما، لوقوع العقدين صحيحين، أما الأول فظاهر، و أما الثانى فالأنه صدر من أهله و وقع فى محله جامعا لشرائطه، و لا يؤثر تجدد البطلان بفسخ العمه أو الخاله فى صحه الأهلية، كغيره من العقود الموقوفة على رضا الغير.

ثم إذا وقع العقدان صحيحين، و نسبتهما إلى العمه أو الخاله على السواء، و لما كان الجمع بين العقدين موقوفا على رضاهما تخيرا فى رفع الجمع من فسخ عقدهما أو فسخ عقد الداخلة.

ص: ٢٤٢

ففى بطلانه (١)، أو وقوفه (٢) على رضاها فإن فسختاه بطل، أو تخييرهما (٣) فيه (٤) و فى عقدهما (٥) أوجه (٦)، أو سطرها (٧) الأوسط، و إن تقدم عقد (٨) بنت الأخ - و فيه: إن فسخ العقد السابق بعد لزومه قد منع منه شرعى و هو اللزوم فينحصر رفع الجمع بفسخ الثانى أو إمضائه.

القول الرابع: بطلان العقد الثانى من رأس، و تزلزل العقد الأول، و للعمه أو الخاله أن تفسخ عقد نفسها، و هو اختيار ابن إدريس، و احتج على بطلان العقد الثانى بالنهاى الدال على الفساد، و أما تزلزل العقد الأول فلم يتعرض لدليله كما فى المسالك، و فيه إن النهى فى المعاملات غير دال على الفساد.

(١) أى بطلان العقد الثانى كما هو مقتضى القول الأول المتقدم.

(٢) أى وقوف العقد الثانى على رضا العمه أو الخاله مع لزوم العقد الأول كما هو مقتضى القول الثانى المتقدم.

(٣) أى تخيير العمه أو الخاله بالفسخ.

(٤) فى العقد الثانى.

(٥) و هو العقد الأول كما هو مقتضى القول الثالث.

(٦) بل أقوال و قد ترك التعرض للقول الرابع.

(٧) أى الأعدل.

(٨) المشهور أنه يجوز العقد على عمه الزوجه و خالتها و لو كرهت الزوجه، للأخبار التى تقدم بعضها.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا تنكح ابنه الأخت على خالتها، و تنكح الخاله على ابنه أختها، و لا تنكح ابنه الأخ على عمتها و تنكح العمه على ابنه أخيها) (١)، و عن الصدوق المنع مع الرضا و عدمه كالعكس فيما لو تزوج بنت الأخ أو الأخت بعد زواج العمه أو الخاله حيث ذهب إلى المنع مطلقا أيضا، و يستدل له بخبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأه و عمتها و لا بين المرأه و خالتها) (٢)، و فيه: إنه مطلق يقيد بإطلاقه بالنصوص المتقدمه.

هذا و المشهور بين الأصحاب عدم الفرق بين علم العمه و الخاله بالحال أو جهلهما به، و عن الشارح هنا و فى المسالك اشتراط علم الداخلة - و هى العمه و الخاله هنا - بكون-

ص: ٢٦٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧.

و الأخت و علمت العمه و الخاله بالحال فرضاهما بعقدتهما رضا بالجمع، و إلا (١) ففى تخييرهما (٢) فى فسخ عقد أنفسهما، أو فيه (٣) و فى عقد السابقه، أو بطلان عقدهما أوجه، أوجهها الأول.

و هل يلحق الجمع بينهما (٤).

-المدخول عليها - و هى بنت الأخ أو بنت الأخت - بكونها زوجته له و إلا لم يصح، و عن القواعد الأقرب أن للعمه و الخاله فسخ عقدهما لو جهلتا، و نسبه فى المستند إلى المشهور، و استدل لاشتراط العلم بخبر ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا تزوج الخاله و العمه على ابنه الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما) (١)، و فيه: إن الخبر مروى فى الوسائل بدون النهى هكذا: (تزوج الخاله و العمه على بنت الأخ و ابنه الأخت بغير إذنهما)، و لذا قال فى الجواهر: (و فيه إن الذى عثرنا عليه فى الأصول من خبر ابن مسلم: تزوج الخاله إلى آخره من دون نهى، نعم رواه فى المسالك كذلك، و الظاهر أنه و هم منه) انتهى، و على تقدير النهى فالخبر يدل على اشتراط إذن بنت الأخت و بنت الأخ فى زواج العمه أو الخاله و أين هذا من المدعى من اشتراط علم العمه أو الخاله بكون المدخول بها زوجته.

(١) أى و إن لم تعلم العمه أو الخاله بالحال، قال فى المسالك: (ثم على تقدير جهلها بالحال هل يقع العقد باطلا أم يتوقف عقد الداخلة على رضاها، أم عقدها و عقد المدخول عليها أوجه، أوجهها الوسط، لأن جواز عقد الداخلة مشروط برضاها، فلا وجه لإبطاله بدونه، و عقد السابقه قد حكم بصحته و لزومه قبل العقد الثانى فيستصحب) انتهى.

و هذه الاحتمالات مبنيه على اشتراط علم العمه أو الخاله بكون المدخول بها زوجته، و قد عرفت ضعف المبني فلا داعى للتكلم فى هذا البناء بعد دلالة الأخبار على صحة العقدين و لزومهما و إن كرهت الزوجه.

(٢) أى العمه أو الخاله.

(٣) أى فى عقد أنفسهما.

(٤) أى بين الزوجه و بنت أخيها أو أختها، بحيث يدخل الثانى على الأولى، فلو وطأ الأمه بملك اليمين فهل يجوز له أن يطأ ابنه أخيها بملك اليمين أم يتوقف على رضا العمه أو الخاله إلحاقا لملك اليمين بالعقد، فظاهر النصوص و الفتاوى - كما فى الجواهر - أن الحكم بعدم الجمع إلا مع رضا العمه أو الخاله مختص بالعقد فلا يحرم الجمع بينهما -

ص: ٢٤٤

بالوطء في ملك اليمين بذلك (١) وجهان. وكذا لو ملك إحداهما وعقد على الأخرى، ويمكن شمول العبارة (٢) لاتحاد الحكم في الجميع (٣).

(و حكم) وطء (الشبهه، و الزنا (٤) السابق على العقد حكم الصحيح في) -بالوطء بالملك للتعبير بالتزويج و النكاح في أكثر النصوص و قد تقدم بعضها، و هو حقيقه في العقد، و لأن المملوكه ليست أهلا للإذن، و لا للسلطنه على النكاح.

و منه تعرف ما لو كانت العمه و الخاله أمتين و أدخل عليهما بنت الأخ أو الأخت حرتين، بل هنا أولى بالجواز، و كذا لو انعكس الفرض.

(١) أي بالعقد.

(٢) أي عبارة المصنف حيث لم يخصها بالتزويج و النكاح الظاهرين في العقد، فتكون العبارة شامله للجميع، و لكن قد عرفت أن اختصاص الحكم بالعقد مما لا خلاف فيه كما يظهر من الجواهر و غيره.

(٣) لأن عدم دخول بنت الأخ و الأخت على العمه و الخاله من باب التعظيم كما في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن تزويج المرأة على عمتها و خالتها إجلالا للعمه و الخاله، فإذا أذنت في ذلك فلا بأس) (١)، و التعظيم موجود سواء كان الوطء بالعقد أم بملك اليمين، و فيه: إن نفس الخبر مشتمل على التزويج و هو ظاهر في العقد فيقتصر عليه.

(٤) أما الزنا فإن كان طارئا على الوطء الصحيح بعقد أو ملك لم ينشر الحرمة سواء في ذلك الزنا بالعمه أو الخاله أو غيرهما للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (في رجل زنا بأمرأته أو بنتها أو بأختها، فقال عليه السلام: لا يحرم ذلك عليه امرأته، ثم قال: ما حرم حرام حلالا قط) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج جاريه فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمرأته، أ تحرم عليه امرأته، فقال: لا إنه لا يحرم الحلال الحرام) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن الرجل يفجر بأمرأته أو يتزوج بابنتها؟ قال: لا، و لكن إن كانت عنده امرأه ثم فجر بأمرأته أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال) (٤)، و عن الإسكافي إذا كان الزنا بعد العقد و قبل الدخول فينشر الحرمة، و نسب ذلك إلى ظاهر الاستبصار و مال إليه صاحب الحدائق لخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد-

ص: ٢٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ٢ و ١.

-الله عليه السّلام (إذا فجر الرجل بالمرأه لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمرها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمرها نكاح ابنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله: لا يفسد الحرام الحلال، إذا كان هكذا) (١)، وموثق عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد، أو الرجل يزني بالمرأه هل يجوز لأبيه أن يتزوجها؟ قال: لا إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنا بها ابنه لم يضرّه، لأن الحرام لا يفسد الحلال، وكذلك الجارية) (٢) وقد عرض الأصحاب عنهما فلا مجال للعمل بهما وإن كانا من الموثق.

هذا وقد اختلفوا في ما إذا تقدم الزنا على العقد فهل ينشر الحرمة كما هو المحكى عن الشيخ في النهايه والخلاف والقاضى وبنى البراج وحمزه وزهره وسعيد والعلامه فى التذكره والمختلف وولده فى الإيضاح والشهيد هنا فى اللمعه والشارح هنا فى المسالك وغيرهم، بل نسب إلى الأكثر للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أحدهما عليهما السّلام (سئل عن الرجل يفجر بامرأه أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا) (٣) و صحیحه الآخر عن أحدهما عليه السّلام (عن الرجل يفجر بالمرأه أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن إن كان عنده امرأه ثم فجر بابنتها أو أختها لم تحرم عليه التى عنده) (٤) و صحیح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل باشر امرأه، وقبل غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها، فقال: إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها) (٤)، و صحیح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان بينه وبين امرأه فجور هل يتزوج ابنتها؟ فقال عليه السّلام: إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هى إن شاء) (٥) و فى خبره الآخر مثله إلا أنه قال (فليتزوج ابنتها إن شاء، وإن كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها) (٧).

أولاً ينشر كما عن المفيد والمرضى والعلامه فى الإرشاد وابن إدريس والآبى فى كشفه، وفى الرياض: ظاهر التذكره كون القول به مشهوراً بين الأصحاب، للأخبار.

ص: ٢٦٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٨.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣.
- ٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٧.
- ٤- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢ و ٣ و ٤.

-منها: صحيح سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل فجر بامرأه، يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: نعم - يا سعيد - إن الحرام لا- يفسد الحلال)(١)، و صحيح هشام بن المثنى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يأتي المرأة حراماً يتزوجها؟ قال: نعم و أمها و بنتها)٢، و موثق حنان بن سدير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام إذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأه سفاحاً، هل تحل له ابنتها؟ قال: نعم إن الحرام لا يحرم الحلال)٣ و مثلها غيرها من النصوص، و لكن أخبار التحريم أوضح و أصرح فلا بد من تقييد أخبار الجواز بما إذا فجر بها بما دون الزنا.

ثم من حكم بعدم التحريم بالزنا المتقدم على العقد استثنى من الزنا بالعمه و الخاله فإنه تحرم ابنتهما على تقدير سبق الزنا على العقد لصحيح محمد بن مسلم (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام - و أنا جالس - عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قلت: إنه لم يكن أفضى إليها، إنما كان شيء دون شيء، فقال عليه السلام: لا يصدق و لا كرامه)(٢)، و لموثق أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله محمد بن مسلم - و أنا جالس - عن رجل نال من خالته و هو شاب ثم ارتدع أ يتزوج ابنتها؟ قال: لا، قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال: كذب)٥.

و هاتان الروايتان واردتان في الخاله و لكنهم ألحقوا العمه بها، و قال في المسالك: (و ما وقفت على وجهه)، ثم إن الظاهر أن الخبرين حاكيين عن واقعه واحده غير أن السائل لم يصرح بوقوع الوطء أولاً ثم صرح بعدمه ثانياً و قد كذبه الإمام عليه السلام في ذلك، و هذا غير لائق بمقامه و هو قرينه الفساد، فلذا توقف الحلّي و العلامة في المختلف في الحكم، و فيه: إنه يمكن أن يكون التكذيب الصادر من المعصوم عليه عليه السلام عن علم منه بالواقع و لا زالوا يخبرون بمثل ذلك، و أما إلحاق العمه بالخاله فقد قال في الجواهر:

(لعدم القول بالفصل، بل عن السرائر روى أن من فجر بعمته أو خالته لم يحلّ ابنتهما أبداً، فيمكن أن يكون روايه لم تصل إلينا) انتهى.

ثم على القول بالتحريم فتحرم أم الموطوءه بالزنا عليه و كذا ابنتها كما يحرم عليه ذلك فيما لو وطأ بالعقد الصحيح، و هذا دال على أن الزنا السابق على العقد ملحق بالمصاهرة من -

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٧ و ١١.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

(المصاهرة) فتحرم الموطوءه بهما على أبيه و ابنه، و عليه أمها و بنتها إلى غير ذلك من أحكام المصاهرة، و لو تأخر الوطء فيهما عن العقد، أو الملك لم تحرم المعقود عليها، أو المملوكه. هذا هو الأصح فيهما (١)، و به (٢) يجمع بين الأخبار الداله على المنع مطلقا (٣) و على عدمه (٤) كذلك (٥).

في من تكره نكاحه

(و تكره مملوسه (٦)). -ناحيه نشر الحرمة و عليه فتحرم الموطوءه بالزنا على أبيه و ابنه و هكذا.

بقى الكلام في و طء الشبهه، فهل هو ملحق بالنكاح و المصاهرة فينشر الحرمة مطلقا كما اختاره جماعه على ما في القواعد، أو أنه ملحق بالزنا على تقدير سبقه على العقد مع القول بعدم نشره الحرمة كما هو أحد القولين في المسألة فلا ينشر الحرمة مطلقا و لو كان سابقا على العقد كما ذهب إليه الحلبي و المحقق في الشرائع و النافع و العلامه في الإرشاد و الشيخ الأعظم، أو أنه ينشر الحرمة إن كان سابقا على التزويج و إن كان طارئا فلا كما نسب إلى الأكثر.

و قد استدل للنشر مطلقا أو في صورته السابق بكونه أولى من الزنا المحرم، لأنه و طء محترم شرعا فيكون إلحاقه بالوطء الصحيح في ثبوت الحرمة أولى من الزنا، و لأن معظم أحكام الوطء الصحيح لاحقه بوطء الشبهه كالنسب و المهر و ما شاكل، و في الثاني ضعف لأنه استقراء مبني على الظن و هو غير حجه فلم يبق إلا الأول و هو لا يدل على أكثر من التفصيل الذي هو القول الثالث.

(١) في صورته تقدم الزنا و الشبهه على العقد و تأخرهما.

(٢) و بهذا التفصيل بين السابق على العقد و الطارئ.

(٣) سواء تقدم الزنا على العقد أم تأخر.

(٤) أي عدم المنع.

(٥) أي مطلقا.

(٦) إذا ملك الرجل أمه و لمسها أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره النظر إليه كالنظر إلى غير الوجه و الكفين، فهل تحرم بذلك على أبيه و ابنه فيه خلاف على أقوال:

القول الأول: عدم التحريم مطلقا لكنه يكره، و هو اختيار المحقق في الشرائع و تلميذه العلامه في غير المختلف و ابن إدريس، لأصالة الحل المستفاده من قوله تعالى: **وَ أَجَلٌ لَّكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَمُ (١)**، و لموثق على بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام (عن الرجل -

(الابن و منظورته) على وجه (١) لا تحلّ (٢) لغير مالك الوطء بعقد، أو ملك (٣) (على) - يقبل الجارية، يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أ تحل لابنه أو لأبيه؟ قال عليه السلام:

لا بأس (١).

القول الثانى: التحريم مطلقا، و هو المشهور بين الأصحاب للأخبار.

منها: صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحلّ لولده؟ فقال: بشهوه؟ قلت: نعم، قال: ما ترك شيئا إذا قبلها بشهوه، ثم قال ابتداء منه: إن جردها و نظر إليها بشهوه حرمت على أبيه و ابنه) (٢)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل تكون عند الجارية يجزدها و ينظر إلى جسدها نظر شهوه هل تحلّ لأبيه؟ و إن فعل أبوه هل تحلّ لابنه؟ قال عليه السلام: إذا نظر إليها بشهوه و نظر منها إلى ما يحرم على غيره لم تحلّ لابنه، و إن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب) (٣) و مثلها غيرها.

القول الثالث: إن النظر و اللمس يحزّمان منظوره الأب و ملموسته على ابنه، دون العكس، و هو قول المفيد و تبعه الشهيد هنا فى اللعمه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جرّد الرجل الجارية و دفع يده عليها فلا- تحلّ لابنه) ٢، و المشهور هو المنصور لكون أخبار التحريم أكثر عددا و أصح مسندا، على أن صحيح محمد بن مسلم الذى هو مستند القول الثالث لا يدل على اختصاص التحريم بالابن بالنسبة لملموسه أبيه و منظورته، فهو دال على هذا التحريم من دون حصر، و هذا لا ينافى استفاده التحريم للأب من أخبار أخرى و عليه فيسقط القول الثالث، و أخبار الحل لا تقاوم أخبار التحريم، لأن الثانية أكثر و أصح مسندا، هذا و قال فى المسالك: (و مما يؤيد تحريمها عليهما بفعل ذلك بشهوه أن القصد المجرّد يحزّم الزوجه على الأب و الابن، حيث كان المقصود الأغلب من التزويج إرادته الوطء، و لما كان شراء الأمه أعم من قصد الوطء و الخدمه، لم تحرم بمجرد الشراء، فإذا فعل معها مقدمات الجماع كان ذلك أقوى فى تحريمها عليهما من العقد المجرّد)، انتهى.

(١) قيد للمس و النظر.

(٢) أى الأمه.

(٣) قد عرفت أن النزاع فى مالك الرقبه، لا فى مالك البضع، لأن الروايات المتقدمه قد-

ص: ٢٦٩

١- (٢) الوسائل الباب - ٧٧ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٣- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٦ و ٤.

(الأب، و بالعكس) و هو منظوره الأب و ملموسته (تحرم) على ابنه. أما الأول فلأن فيه جمعا بين الأخبار التي دل بعضها على التحريم، كصحيحه محمد بن بزيع و غيرها، و بعضها على الإباحه كموثقه على بن يقطين عن الكاظم عليه السلام بنفى البأس عن ذلك، بحمل النهى على الكراهه.

و أما الثانى و هو تحريم منظوره الأب و ملموسته على الابن فلصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «إذا جرد الرجل الجاربه و وضع يده عليها فلا تحل لابنه»، و مفهومها (١) الحل لأبيه، فإن عمل بالمفهوم، و إلا (٢) فبدلاله الأصل (٣)، و لما سبق (٤).

و فيه (٥) نظر، لأن صحيحه ابن بزيع دلت على التحريم فيهما (٦)، و روايه على بن يقطين دلت على نفيه (٧) فيهما (٨)، فإن وجب الجمع بينهما بالكراهه فالحكم فى صحيحه (٩) محمد بن مسلم كذلك (١٠). و هذا (١١) هو الذى اختاره المصنف فى - وردت فى الأمه إذا حصل لها ذلك من مالكها، غايته أنه ينظر إليها أو يلمسها على نحو لا يجوز إلا لمالك يضعها.

هذا و البحث فى اللمس مطلقا و النظر بشهوه لغير الوجه و الكفين، أما النظر للوجه و الكفين بغير شهوه فلا إشكال و لا خلاف فى عدم نشر الحرمه به، بل قد يقال - كما فى الجواهر - بعدم النشر بالنظر إليهما بشهوه لظهور النصوص فيما لا يشمله كما اعترف به فى المسالك، بل و لا يشمل النظر إلى ما يبدو عادة من الجاربه و إن تلذذ بذلك.

(١) و هو مفهوم اللقب.

(٢) أى و إن لم يعمل بالمفهوم لضعفه، و على فرض ثبوته فهو غير صالح لمعارضه أخبار التحريم.

(٣) أى أصاله الحل لقوله تعالى: وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ .

(٤) من موثق على بن يقطين الدال على الإباحه.

(٥) أى فى هذا التفصيل من الماتن.

(٦) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٧) أى نفى التحريم.

(٨) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٩) الداله على تحريم ملموسه الأب فقط.

(١٠) أى تحمل على الكراهه جمعا بينها و بين موثق على بن يقطين.

(١١) أى القول بعدم التحريم فى الملموستين، و إن كان على كراهه.

شرح الارشاد و جماعه، أو يعمل بالأولى (١) ترجيحاً للصحيح على الموثق حيث يتعارضان (٢)، أو مطلقاً (٣) و تكون صحيحه محمد بن مسلم مؤيده (٤) لأحد الطرفين (٥). و هو الأظهر، فتحرم فيهما (٦)، فالتفصيل غير متوجه.

و قيدنا النظر و اللمس بكونهما لا يحلان لغيره، للاحتراز عن نظر مثل الوجه و الكفين بغير شهوه (٧) فإنه لا يحرم اتفاقاً، و أما اللمس فظاهر الأصحاب و صرح به جماعه منهم تحريمه فيهما (٨) مطلقاً فيتعلق به (٩) الحكم (١٠) مطلقاً (١١).

نعم يشترط كونهما (١٢) بشهوه كما ورد في الأخبار (١٣) و صرح به (١) و هي صحيحه محمد بن بزيع الداله على التحريم فيهما.

(٢) كما في المقام حيث الصحيح دال على التحريم و الموثق على الإباحه.

(٣) أى و إن لم يتعارضوا و لكن كان موضوع أحدهما خاصاً، كما في المقام بالنسبه لصحيح محمد بن بزيع الدال على التحريم فيهما و لصحيح محمد بن مسلم الدال على التحريم فى ملموسه الأب و منظورته.

(٤) أى مؤيده لصحيح محمد بن بزيع الدال على التحريم فيهما، غايته أنها مؤيده لأحد طرفى الحكم و هو حرمه ملموسه الأب على ابنه.

(٥) من الحكم.

(٦) فى ملموسه الأب و ملموسه الابن.

(٧) بل قد عرفت أنه لا تحريم مع الشهوه أيضاً.

(٨) فى الملموستين.

(٩) أى باللمس.

(١٠) من التحريم.

(١١) أى فى الوجه و الكفين أو غيرهما، لأن اللمس محرم على غير المالك مطلقاً بخلاف النظر إلى الوجه و الكفين، فإنه محرم على غير المالك إذا كان بشهوه.

(١٢) أى النظر و اللمس الموجبين للحرمه.

(١٣) الأخبار قيدت النظر بالشهوه، و أما تقييد اللمس بالشهوه ففيه إن صحيح محمد بن مسلم المتقدم مطلق حيث قال (إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحل لابنه) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

الأصحاب (١)، فلا- عبره بالنظر المتفق، و لمس الطيب، و نحوهما و إن كانت العبارة (٢) مطلقه (٣). هذا حكم المنظوره و الملموسه بالنسبه إليهما.

و هل يتعدى التحريم إلى أمهما و ابنتهما في حق الفاعل قولان (٤): مأخذهما أصله الحل (٥)، و اشتراط (٦) تحريم البنت بالدخول بالأم في الآية (٧)، و لا- قائل (١) قال في الجواهر: (نعم لا يبعد القول بالنشر - أى نشر الحرمة - بالتجريد و اللمس لباطن الجسد، و وضع البطن على البطن و إن لم يكن ذلك عن شهوه و تلمذ) انتهى.

(٢) أى عبارة المصنف.

(٣) حيث لم يقيد اللمس و النظر بالشهوه.

(٤) فعلى تقدير القول بتحريم الملموستين على الأب و الابن بما ذكر فهل تحرم أم الملموسه و إن علت و بناتها و إن نزلن على المولى قولان، أحدهما التحريم، و إليه ذهب ابن الجنييد و الشيخ في الخلاف، للنبوى (من كشف قناع امرأه حرم عليه أمها و ابنتها) (١) و النبوى الآخر (لا- ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأه و ابنتها) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن رجل تزوج بامرأه فنظر إلى رأسها أو إلى بعض جسدها، أ يتزوج ابنتها؟ قال عليه السلام: لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها) (٣).

القول الثانى: الجواز على كراهه ما لم يطأ البنت، فإن وطئ البنت فتحرم أمها و بنتها و لو لم تكن أمه، لصحيح العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل باشر امرأه و قبيل غير أنه لم يفض إليها، ثم تزوج ابنتها، قال عليه السلام: إن لم يكن أفضى إليها فلا بأس، و إن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها) (٤)، و هو أولى بعد حمل الأخبار السابقه على الكراهه.

(٥) المستفاده من قوله تعالى: وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٥).

(٦) دليل ثان لعدم التحريم.

(٧) و هى قوله تعالى: وَ رَبَائِكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ (٦).

ص: ٢٧٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٦- (٦) سورة النساء، الآية: ٢٣.

بالفرق (١) و صحيحه (٢) محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام الداله على التحريم.

و يمكن الجمع بحمل النهى على الكراهه. و هو أولى.

و اعلم أن الحكم مختص بنظر المملوكه على ذلك الوجه (٣). و ما ذكرناه من الروايات دال عليها (٤).

و أما الحره فإن كانت زوجه حرمت على الأب و الابن بمجرد العقد (٥)، و إن كانت أجنبيه ففى تحريمها قولان (٦)، و يظهر من العبارة الجزم به (٧)، لأنه (٨) فرضها (٩) مطلقه (١٠)، و الأدله لا تساعد عليه (١١).

مسائل عشرون

اشاره

(مسائل عشرون)

الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها فى عقد واحد

(الأولى: لو تزوج الأم و ابنتها فى عقد واحد بطلا) (١٢) للنهى عن العقد (١) أى بين الزوجه الحره و الأمه حتى يقال إن الدخول شرط لتحريم بنت الزوجه دون بنت الأمه، بل الدخول شرط لتحريم بنتهما، و مع عدم الدخول لا تحرم البنت و إن لامس أو نظر إلى الأم، و إذا ثبت عدم حرمة بنت الملموسه فكذا أمها لعدم القول بالفصل، هذا و كان الأولى له الاستدلال بصحيح العيص و يستغنى عن هذين الدليلين.

(٢) دليل التحريم.

(٣) من كونه لا يحل لغير المالك.

(٤) على المملوكه.

(٥) كما تقدم، و لا حاجه إلى النظر و اللمس.

(٦) قال فى المسالك: (من أن النظر المحرم إلى الأجنبيه و اللمس به هل ينشر الحرمة فتحرم به الأم و إن علت و البنت و إن نزلت أم لا، هكذا نقله فخر الدين فى شرحه، و لم نقف على القائل بالتحريم، و على القول به لا تحرم المنظوره و الملموسه على الفاعل، و إنما نقل الخلاف فى أمها و بنتها، و كيف كان فهو قول ضعيف جدا لا دليل عليه) انتهى.

(٧) أى بالتحريم.

(٨) أى المصنف.

(٩) أى جعلها، و ضمير المفعول راجع للعبارة.

(١٠) حيث لم يخصها بالأمة.

(١١) على التحريم.

(١٢) بلا خلاف فيه ففي خبر مسعده بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تجمع بين الأم -

ص: ٢٧٣

الجامع بينهما (١)، و استحاله الترجيح، لاتحاد نسبته إليهما، (و لو جمع بين الأختين فكذاك) (٢)، لاشتراكهما في ذلك (٣).

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه منهم العلامه فى المختلف: (يتخير) واحده منهما، لمرسله جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام فى رجل تزوج أختين فى عقد واحد، قال: «هو بالخيار أن يمسك أيتهما شاء، و يخلى سبيل الأخرى». و هى مع ارسالها غير صريحه فى ذلك (٤)، لإمكان إمساك إحداهما بعقد جديد.

و مثله (٥) ما لو جمع بين خمس فى عقد (٦)، أو بين اثنتين و عنده ثلاث (٧)، أو بالعكس (٨)، و نحوه (٩)، -و الابنه، و لا بين الأختين) (١).

(١) بين الأم و ابنتها، بل العقد على كل واحده منهما محرّم للعقد على الأخرى، و نسبه العقد إلى كل منهما بالسويه و لا يمكن الحكم بصحة فيهما لمحذور الجمع، و لا فى احداهما المعينه لأنه ترجيح بلا مرجح فيلزم الحكم بالبطلان فيهما.

(٢) أى البطلان لما تقدم من الدليل، و مع ذلك فقد روى أنه يتخير فى أيهما شاء، ففى مرسله جميل بن دراج عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (أنه قال فى رجل تزوج أختين فى عقده واحده، قال: هو بالخيار يمسك أيتهما شاء و يخلى سبيل الأخرى) (٢).

و قد عمل بها الشيخ و أتباعه، و قد رواها فى الكافى و التهذيب بسند مشتمل على على بن السندي و هو مجهول مع كونها مرسله، و إن أوردها الصدوق فى الفقيه بسند صحيح إلا أن دلالتها على المدعى غير ظاهره لإمكان حملها على إمساك أيتهما شاء بعقد جديد و يخلى الأخرى للبطلان.

(٣) و هو ما تقدم من الدليل عند جمع الأم و بنتها فى عقد واحد.

(٤) أى التخير المعتمد على العقد الواقع عليهما.

(٥) أى مثل الجمع بين الأختين بعقد واحد.

(٦) فمقتضى الدليل هو الحكم ببطلان العقد فى الخمس، و كذا ما بعده

(٧) و مقتضى الدليل هو بطلان العقد فى الاثنتين.

(٨) بأن كان عنده اثنتان و جمع بين ثلاث فى عقد واحد.

(٩) كما لو جمع بين أربع و عنده واحده.

ص: ٢٧٤

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

و يجوز الجمع بين الأختين فى الملك (١)، و كذا بين الأم و ابنتها فيه (٢). و إنما يحرم الجمع بينهما فى النكاح و توابعه (٣) من الاستمتاع.

(و لو وطء إحدى الأختين المملوكتين حرمت الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه) (٤) ببيع، أو هبه، أو غيرهما (٥).

و هل يكفى (٦) مطلق العقد الناقل للملك أم يشترط لزومه فلا- يكفى البيع بخيار، و الهبه التى يجوز الرجوع فيها وجهان: من اطلاق (٧) النص اشتراط خروج الأولى عن ملكه، و هو (٨) حاصل بمطلقه (٩)، و من أنها (١٠) مع تسلطه (١١) على (١)المجرد عن الوطء لإطلاق قوله تعالى: وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (١) بعد كون النهى عن الجمع بين الأختين فى قوله تعالى: وَ أَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ (٢) مختصا بالعقد لسياق الآيه.

(٢) فى الملك.

(٣) من النظر و اللمس المحرّمين للأمه على المولى، و المحرّمين لأمها و بنتها عليه أيضا.

(٤) إذا ملك أختين دفعه أو على التعاقب صح التملك بلا خلاف فيه، و له نكاح أيتهما شاء، فإذا وطئ إحداهما حرم عليه وطئ الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر عبد الله بن سنان (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا كانت عنده الرجل الأختان المملوكتان فنكح إحداهما، ثم بدا له فى الثانية فنكحها فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه، يهبها أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه) (٣).

(٥) من نواقل الملك.

(٦) فى نقل الأولى عن ملكه حتى تحل له الثانية.

(٧) دليل لكفايه مطلق العقد الناقل، حيث ورد فى الخبر المتقدم (فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه) و هو ظاهر فى اشتراط مطلق الخروج و هو متحقق بمطلق الناقل.

(٨) أى الخروج.

(٩) أى بمطلق الناقل.

(١٠) دليل لاشتراط اللزوم فى العقد الناقل، و الضمير فى (أنها) راجع إلى الأولى.

(١١) أى تسلط المولى الواطئ.

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

فسخه (١) بحكم المملوكه.

و يضعف (٢) بأن غايه التحريم (٣) إذا علقت على مطلق الخروج لم يشترط معها (٤) أمر آخر، لثلا- يلزم جعل ما جعله الشارع غايه ليس بغايه (٥)، و قدرته (٦) على ردها (٧) إلى ملكه لا تصلح للمنع (٨)، لأنه (٩) بعد الإخراج اللازم متمكن منه (١٠) دائما على بعض الوجوه بالشراء، و الاتهاب، و غيرهما من العقود، فالإكتفاء بمطلق الناقل (١١) أجود.

و فى الإكتفاء بفعل ما يقتضى تحريمها عليه (١٢) كالتزويج (١٣) و الرهن و الكتابه و جهان: منشؤهما حصول الغرض (١٤) و هو (١٥) تحريم الوطء. و انتفاء (١) أى فسخ الناقل.

(٢) أى الوجه الثانى، و ضعفه أنه معارض بإطلاق النص.

(٣) أى غايه تحريم الثانيه كما ورد فى الخبر هى خروج الأولى الموطوءه.

(٤) مع هذه الغايه.

(٥) و لو عبّر بأنه معارض بإطلاق النص لكان أخصر و أوضح.

(٦) أى قدره المولى الواطئ.

(٧) أى رد الأولى بعد إخراجها.

(٨) لأنه مع اللزوم فى الناقل هو قادر على التمكن من ردها إلى ملكه و لو بالشراء و نحوه، فاشترط اللزوم فى الناقل لا يحقق عدم التمكن من ردها، فالإكتفاء بمطلق الناقل تبعا لإطلاق الخبر هو الأولى.

(٩) أى المولى الواطئ.

(١٠) أى من ردها إلى ملكه.

(١١) و إن لم يكن لازما.

(١٢) أى تحريم الأولى على الفاعل الواطئ و إن لم تخرج عن ملكه.

(١٣) أى تزويجها من الغير بعقد.

(١٤) دليل الإكتفاء.

(١٥) أى الغرض من إخراج الأولى حتى تحل الثانيه هو تحريم و طء الأولى عليه، و هذا التحريم كما يتحقق بالإخراج عن الملك على ما فى الخبر يتحقق فى هذه الأمور، و فيه: إنه استحسان محض بعد كون النص قد ورد بالإخراج.

النقل (١) الذى هو مورد النص، و هو (٢) الأقوى.

و لا فرق فى تحريم الثانيه بين وطى الأولى فى القبل و الدبر (٣).

و فى مقدماته (٤) من اللمس و القبلة و النظر بشهوه نظر (٥) من قيامها مقام الوطء (٦) كما سلف، و عدم صدق الوطء بها (٧) (فلو و طء الثانيه (٨) فعل حراما) مع علمه بالتحريم، (و لم تحرم الأولى)، لأن الحرام لا يحرم الحلال، و التحريم إنما تعلق بوطء الثانيه فيستصحب (٩)، و لأصالة الإباحه (١٠).

و على هذا فمتى أخرج إحداهما عن ملكه حلت الأخرى، سواء أخرجها للعود إليها أم لا، و إن لم يخرج إحداهما فالثانيه محرمه دون الأولى.

و قيل (١١):

(١) دليل عدم الاكتفاء.

(٢) أى الثانى.

(٣) لإطلاق لفظ نكاح الأولى الوارد فى الأخبار المتقدمه.

(٤) أى مقدمات الوطء، و هو خبر مقدم.

(٥) مبتدأ مؤخر.

(٦) فى التحريم فتلحق به.

(٧) أى بالمقدمات فلا تلحق بالوطء بعد كون النص قد حرم الثانيه إذا وطئ الأولى.

(٨) أى لو وطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى، و لا تحل له الثانيه حتى يخرج الأولى عن ملكه، فلو و طء الثانيه قبل إخراج الأولى فقد فعل حراما، و لكن إذا وطأ الثانيه و الحال هذه و الحال هذه ففى تحريم الأولى أو الثانيه أو تحريمها معا أقوال:

الأول: للشيخ فى المبسوط و المحقق و ابن إدريس و أكثر المتأخرين، أن الأولى تبقى على الحل لأصالة بقاء الحل فيها و لأن الحرام لا يفسد الحلال، و الثانيه تبقى على الحرمة لأصالة بقاء الحرمة فيها، نعم متى ما أخرج الأولى عن ملكه حلت له الثانيه حينئذ لانتفاء المانع من الجمع بين الأختين.

و بقيه الأقوال سيأتى التعرض لها عند تعرض الشارح.

(٩) أى التحريم فى الثانيه.

(١٠) فى الأولى.

(١١) و هو الشىخ فى النهايه و ابنا البراج و سعيد و العلامه فى المختلف و ولده و الشهيد فى شرح -

ص: ٢٧٧

متى وطء الثانيه عالما بالتحريم حرمت عليه الأولى أيضا (١) إلى أن تموت الثانيه، أو يخرجها عن ملكه، لا لغرض العود إلى الأولى فإن اتفق إخراجها لا لذلك (٢) حلت له الأولى، و إن أخرجها ليرجع إلى الأولى فالتحريم باق، و إن وطء الثانيه جاهلا بالتحريم لم تحرم عليه الأولى.

و مستند هذا التفصيل روايات بعضها صريح فيه (٣) و خاليه عن المعارض، فالقول به متعين، و به (٤) ينتفى ما علوه في الأول (٥).

-الإرشاد و المحقق الثاني في جامعهم، و تفصيله: إن كان وطء الثانيه للجهاله بالموضوع أو الحكم لم تحرم الأولى عليه، و إن كان الوطء المذكور مع العلم حرمت الأولى حتى تخرج الثانيه عن ملكه، لا للعود إلى الأولى، بل لو أخرج الثانيه للعود إلى الأولى فلا تحل الأول حينئذ، و مستند هذا التفصيل أخبار ففي صحيح أبي الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى فقال:

إذا وطئ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى، قلت: أ رأيت إن باعها؟ فقال: إن كان إنما يبيعها لحاجه و لا يخطر على باله من الأخرى شىء فلا أرى بذلك بأسا، و إن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا(١)، و خبر على بن أبى حمزه عن أبى إبراهيم عليه السلام (سألته عن رجل ملك أختين أ يطؤهما جميعا؟ فقال: يطاء إحداهما فإذا وطء الثانيه حرمت عليه الأولى التى وطأ حتى تموت الثانيه أو يفارقها، و ليس له أن يبيع الثانيه من أجل الأولى ليرجع إليها، إلا أن يبيع لحاجه أو يتصدق بها أو تموت)٢ و مثلها غيرها.

و هذه الأخبار محموله على صوره العلم جمعا بينها و بين خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطاء إحداهما ثم يطاء الأخرى بجهاله قال:

إذا وطأ الأخرى بجهاله لم تحرم عليه الأولى، و إن وطأ الأخرى و هو يعلم أنهما عليه حرام حرمتا عليه جميعا)٣. و لكن مع الأعراض عن ذيلها لمعارضته لما تقدم.

(١) كما حرمت الثانيه بسبب وطء الأولى.

(٢) أى لا للعود.

(٣) فى التفصيل.

(٤) أى بالتفصيل.

(٥) أى القول الأول من أن الحرام لا يحرم الحلال و لأصالة الإباحه، لأنه مع وجود الروايات-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٩ و ١٠ و ٥.

و لو ملك أما و بنتها و وطء إحداهما حرمت الأخرى مؤبدا (١)، فإن وطء المحرّمه عالما حدّ (٢)، و لم تحرم الأولى (٣) و إن كان جاهلا، قيل (٤): حرمت الأولى أيضا مؤبدا.

و يشكل (٥) بأنه (٦) حينئذ لا يخرج عن وطء الشبهه، أو الزنا و كلاهما لا يحرم لاحقا كما مرّ (٧)، و خروج الأخت عن الحكم (٨) للنص، و إلا كان اللازم -لا يتم التعليل المذكور و لا يجرى الاستصحاب، هذا و هناك قول ثالث و هو أن الدخول بالثانيه يحرم الأولى مطلقا سواء كان عالما أم جاهلا حتى تخرج الثانيه عن ملكه بخلاف الثانيه فإنها غير محرّمه عليه و هذا القول عكس القول الأول، و قد اعترف الشارح فى المسالك بعدم معرفه قائله و يحتج له بخبر معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل كانت عنده جاريتان أختان فوطأ إحداهما ثم بدا له فى الأخرى، قال عليه السلام:

يعتزل هذه و يطأ الأخرى، قلت: فإنه تنبعت نفسه للأولى، قال: لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه) (١)، و فيه: إنه معارض بما سمعت، هذا و قال فى المسالك و لقد أجاد:

(و اعلم أن هذه الأخبار على كثرتها قد اشتركت فى الحكم بتحريم الأولى مع علم الواطئ بالتحريم فالقول ببقائها على الحل - كما هو مقتضى القول الأول - و أطراح جملة هذه الأخبار و إن ضعف طريقها مشكل، و اشتركت أيضا فى أن إخراج الثانيه لا يبيح العود إلى الأولى يحلّها و هذا أيضا لا يشبهه فيه، و بقى ما لو أخرج الأول عن ملكه مطلقا فإنه يحلّل الثانيه قطعاً لزوال المقتضى للتحريم و هو الجمع، و بقى الإشكال فى حل أيتهما كان مع بقاءهما على ملكه و ينبغى التوقف فيه إلى أن يظهر المرجح و طريق الاحتياط لا يخفى) انتهى.

(١) لما تقدم من حرّمه أم الموطوءه و بنتها سواء كان الوطء بعقد أم ملك.

(٢) لأنه زان.

(٣) لأن الحرام لا يحرم الحلال.

(٤) لم أعثر على قائله.

(٥) أى القول الثاني من تحريم الأولى.

(٦) أى وطء الثانيه

(٧) من أن الحرام لا يفسد الحلال.

(٨) و أن وطء الثانيه عالما يحرم الأولى كما يحرم الثانيه على ما هو مقتضى القول الثاني المتقدم-

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

منه (١) عدم تحريم الأولى مطلقا (٢) كما اختاره هنا.

الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها

(الثانية: لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها) (٣) و هو موضع وفاق، (فلو فعل) بدون إذنها (٤).

فى الفرع السابق.

(١) أى من وطء الثانية.

(٢) سواء كان عالما أم جاهلا.

(٣) كما هو المعروف بين الأصحاب، نعم عن الشيخ أنه حكى عن قوم من أصحابنا عدم الجواز وإن أذنت، و هو غير معروف القائل، و واضح الضعف لصحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام: هل للرجل أن يتمتع من المملوكه بإذن أهلها و له امرأه حره؟ قال عليه السلام: نعم إذا رضيت الحره، قلت: فإن أذنت الحره يتمتع منها؟ قال عليه السلام: نعم) (١)، و مورد المتعه إلا أنه لا قائل بالفرق بينها و بين الدوام كما فى الرياض.

(٤) أى إذن الحره، ففى بطلان العقد على الأمه أو وقوعه موقوفا على رضا الحره كعقد الفضولى، أو تخيير الحره فى فسخ عقدها أيضا أقوال:

الأول: البطلان و هو اختيار المحقق و ابن إدريس و هو ظاهر المبسوط و التبيان للشيخ للأخبار الناهيه عن ذلك.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (تزوج الحره على الأمه و لا تزوج الأمه على الحره، و من تزوج أمه على حره فنكاحه باطل) (٢)، و خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمه، فقال: تتزوج الحره على الأمه، و لا تتزوج الأمه على الحره، و نكاح الأمه على الحره باطل) (٣)، و خبر حذيفه بن منصور (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج أمه على حره لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال:

نعم اثنا عشر سوطا و نصف، ثمن حد الزانى، و هو صاغر) (٤)، و هذه الأخبار شامله لرضا الحره بعد العقد و عدمه.

القول الثانى: وقوعه موقوفا على رضا الحره كالعقد الفضولى، فلو أجازت بعد العقد صح، من غير أن يقع باطلا من رأس، و هو اختيار الماتن و جماعه لإطلاق صحيح ابن بزيع المتقدم،-

ص: ٢٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٣- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٢.

(وقف العقد على اجازتها) (١) و لا- يقع باطلا (٢)، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد (٣)، و ليس المانع هنا إلا عدم رضاها. و هو (٤) مجبور بإيقافه على اجازتها، كعقد الفضولي، و لروايه سماعه (٥) عن الصادق عليه السلام.

و قيل (٦): يبطل (٧)، لحسنه (٨) الحلبي: من تزوج أمه على حره فنكاحه -فالجَمع بينه و بين أخبار البطلان المتقدمه يقتضى البطلان ما لم تأذن سابقا و لا لاحقا.

القول الثالث: تخيير الحره بين فسخ عقد الأمه و إمضاءه و بين فسخ عقد نفسها و إمضاءه و قد حكاه فى المسالك عن جماعه، و هو المحكى عن الشيخين و ابن البراج و سلار و ابن حمزه، لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل تزوج أمه على ضره، فقال: إن شاءت الحره أن تقيم مع الأمه أقامت، و إن شاءت ذهبت إلى أهلها، قلت: فإن لم ترض بذلك و ذهبت إلى أهلها أله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟ قال: لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم، قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟ قال: نعم إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثم تتزوج إن شاءت) (١).

و قد طعن الشارح فى المسالك كذا المحقق فى النافع فى سند خبر سماعه، و هو ليس فى محله، لأنه موثق و قد ثبت حجتيه فى محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالجمع بين النصوص يقتضى القول الثالث فيثبت بطلان عقد الأمه مع عدم إذن الحره بمفهوم الصحيح و بمنطوق نصوص البطلان، و يثبت صحته مع إذن الحره بمنطوق الصحيح لإطلاقه، و يثبت الخيار للحره فى عقد نفسها بمنطوق موثق سماعه.

(١) أى إجازة الحره.

(٢) و هو القول الثانى المتقدم.

(٣) كما فى قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٢).

(٤) أى عدم رضا الحره.

(٥) و قد تقدمت، و هى و إن دلت على تخيير الحره فى عقد نفسها لكنها أقرت بعدم وقوع عقد الأمه باطلا من رأس.

(٦) و هو القول الأول المتقدم.

(٧) و إن أذنت الحره بعد ذلك.

(٨) ليس فى السند من يتوقف فيه إلا إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم فلذا جعلها-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ١.

باطل، و نحوه روى حذيفه بن منصور عنه عليه السّلام و زاد فيها (١) «أنه يعزّر (٢) اثني عشر سوطا و نصفاً، ثمن حد الزانى، و هو صاغر»، و تأويل البطلان (٣) بأنه (٤) آئل إليه (٥) على تقدير اعتراض الحره خلاف ظاهره (٦)، و روايه سماعه (٧) قاصره عن معارضته (٨). و على البطلان (٩) ينزل عقد الأمه منزله المعدوم.

و على ايقافه (١٠) قيل (١١): للحره فسخ عقدها (١٢) أيضا (١٣) كالعمه و الخاله (١٤)، و هو (١٥) ضعف فى ضعف (١٦). و جواز تزويج الأمه بإذن الحره - حسنه، و قد وصفناها بالصحيحه لأنه من شيوخ الإجازه، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(١) فى روايه حذيفه.

(٢) و التعزير - كما فى المسالك - مشروط هنا بالدخول و علمه بالتحريم.

(٣) أى و حمل البطلان الوارد فى صحيح الحلبي على ما لو لم تأذن فيما بعد.

(٤) أى عقد الأمه.

(٥) إلى البطلان.

(٦) لأن البطلان ظاهر فى الفعلى، و لكن لا بد منه - كما عرفت - جمعا بينه و بين صحيح ابن بزيع.

(٧) الداله على عدم بطلانه فعلا بالالتزام.

(٨) أى معارضه خبر الحلبي، و فيه مع إمكان الجمع على ما تقدم فهو أولى من الطرح.

(٩) أى على القول ببطلان عقد الأمه لو وقع بغير إذن الحره.

(١٠) أى على وقوع عقد الأمه موقوفا على رضا الحره.

(١١) و هو القول الثالث المتقدم.

(١٢) أى عقد الحره.

(١٣) كما يجوز لها فسخ عقد الأمه.

(١٤) قد تقدم أن للعمه و الخاله فسخ عقدها و عقد بنت أخيها أو أختها عند تقدم عقد العمه و الخاله، و هو قول فى المسأله فراجع.

(١٥) أى القول الثالث فى مقامنا.

(١٦) لأنه مبني على القول بكون عقد الأمه موقوفا على رضا الحره و هو ضعيف، ما بني عليه من القول من جواز فسخ الحره عقد نفسها يكون ضعفا في ضعف. هذا و أما لو انعكس الفرض بأن تزوج الحره على الأمه فهو جائز و لازم إذا كانت الحره عالمه بالحال بلا -

ص: ٢٨٢

المستفاد من الاستثناء (١) مختص بالعبد (٢)، أو بمن يعجز (٣) عن وطء الحرة دون الأمه و يخشى العنت (٤)، أو مبني على القول بجواز تزويج الأمه بدون الشرطين (٥) و إن كان الأقوى خلافه (٦) كما نبه عليه بقوله:

(و) كذا (لا يجوز للحر أن يتزوج الأمه مع قدرته على تزويج الحرة) (٧) بأن -خلاف فيه و لا إشكال، و لما تقدم من الأخبار كصحيح الحلبي عنى أبي عبد الله عليه السلام (تزوج الحرة على الأمه و لا تزوج الأمه على الحرة) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن نكاح الأمه فقال: تتزوج الحرة على الأمه، و لا تتزوج الأمه على الحرة) ٢ و خبره الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للمسلم أن يتزوج الأمه على الحرة، و لا بأس أن يتزوج الحرة على الأمه) ٣ و مثلها غيرها. و لو كانت الحرة جاهله فلها الخيار فى بقائها مع الأمه و فسخ عقدها و رجوعها إلى أهلها كما هو المعروف بين الأصحاب لصحيح يحيى الأزرق (سألت أبا عبد الله عليه السلام (عن رجل كانت له امرأه وليده فتزوج حره و لم يعلمها بأن له امرأه وليده، فقال عليه السلام: إن شاءت الحرة أقامت، و إن شاءت لم تقم، قلت: قد أخذت المهر فتذهب به؟ قال عليه السلام: نعم بما استحلت من فرجها) (٢).

و ظاهرهم أنه ليس لها فسخ عقد الأمه لسبق لزومه و لا سبيل لها على إبطاله، نعم عن الشيخ فى التبيان التخيير بين فسخ عقد نفسها و فسخ عقد الأمه، و دليله غير ظاهر فى مقابل عمومات اللزوم، نعم عن المبسوط: أنه روايه، و لكنها لم تثبت.

(١) فى عبارته الماتن حيث قال (لا يجوز أن يتزوج أمه على حره إلا بإذنها).

(٢) لأنه لا يجوز تزويج الحر بالأمه فى الجملة على ما سيأتى.

(٣) من الأحرار.

(٤) لأنه سيأتى عدم جواز تزويج الحر بالأمه إلا بشرطين: عدم الطول و خوف العنت، و عليه فمع تحقق الشرطين فيجوز نكاح الحر بالأمه، و يتحقق موضوع مسألتنا من نكاح الأمه على الحرة و كذا العكس.

(٥) و هما عدم الطول و خوف العنت، و هو الأشهر، و عليه يتحقق موضوع مسألتنا من نكاح الأمه على الحرة و كذا العكس.

(٦) أى خلاف القول الأشهر.

(٧) المنسوب إلى أكثر المتقدمين منهم الشيخ فى المبسوط و الخلاف و المفيد و ابن البراج و ابن -

ص: ٢٨٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

-الجنيد و ابن أبي عقيل عدم جواز تزويج الحر للأمه مع إلا بشرطين و هما عدم الطول و خوف العنت لقوله تعالى: وَ مَنْ لَمْ يَشِطَّعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فِتْيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ، وَ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ، فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرِ مُسَافِحَاتٍ وَ لَا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ، فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنَّ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ، ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنْكُمْ، وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١).

و صدر الآيه ظاهر فى اشتراط جواز نكاح الأمه بأن لا يستطيع طولاً، و ذيلها ظاهر فى اشتراطه بخوف العنت، فلا يجوز إلا مع وجود الشرطين، و يدل عليه صحيح زراره بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يتزوج الأمه، قال عليه السلام: لا إلا أن يضطر إلى ذلك) (٢)، و موقوف محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (عن الرجل يتزوج المملوكه، قال عليه السلام: إذا اضطر إليها فلا بأس) ٣، و موقوف أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (و فى الحر يتزوج الأمه، قال عليه السلام: لا بأس إذا اضطر إليها) (٣)، و مفهوم هذه الأخبار عدم جواز نكاح الأمه عند عدم الاضطرار، و حملت الضروره على الشرطين للآيه المتقدمه.

و قيل بالجواز و لو مع عدم الشرطين، و عن الشرائع أنه الأشهر لعمومات الحل كقوله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٤)، و قوله تعالى:

وَ لَمَّا مَهْ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ (٥) و قوله تعالى: وَ أَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٦)، و قوله تعالى: إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٧)، و هى ظاهره فى عدم الاشتراط، و لخبر يونس عنهم عليهم السلام (لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمه إلا أن لا يجد حره) (٨)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي للحر أن يتزوج الأمه و هو-

ص: ٢٨٤

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٢٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.

٤- (٥) سورة النور، الآيه: ٣٢.

٥- (٦) سورة البقره، الآيه: ٢٢١.

٦- (٧) سورة النساء، الآيه: ٢٤.

٧- (٨) سورة المؤمنون، الآيه: ٦.

٨- (٩) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢.

يجد (١) الحره و يقدر على مهرها، و نفقتها و يمكنه وطؤها، و هو المعبر عنه بالطول، -يقدر على الحره(١) و مرسل ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (لا ينبغي أن يتزوج الرجل الحر المملوكه اليوم، إنما كان ذلك حيث قال عز و جل: وَ مَنْ لَمْ يَسْتِطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا، و الطول المهر، و مهر الحره اليوم مثل مهر الأمه أو أقل)٢، و هي ظاهره في الكراهه بقريته (لا ينبغي) مع ضميمه أن العمده في الدليل هو الآيه، و هي داله على الاشتراط من ناحيه مفهوم صدرها، و هو مفهوم الشرط، و نوقش بأنه تاره ليس بحجه و أخرى بأنه وارد مورد الإرشاد لما فيه مصلحه المكلف و ثالثه بأنه لم يثبت أن كلمه (من) الوارده في صدر الآيه منزله منزله (إن) في إفاده المفهوم، و رابعه أن الآيه لو كان لها مفهوم لعمّ العبد مع أنه على خلاف الإجماع من جواز النكاح له للامه بدون هذين الشرطين.

و فيه: إن ظهور (لا ينبغي) في الجواز ممنوع، و لو سلم فلا يقوى على صرف الظواهر المتقدمه في الكتاب و السنه على المنع، و هذه الظواهر المانع هي المقيده لعمومات الحل و أما المناقشه لمفهوم الآيه، فمفهوم الشرط و إن لم يكن حجه كما حرر في الأصول، إلا أنه حجه هنا لوجود القرائن و هي الأخبار، و دعوى أنه للإرشاد مدفوعه لسياق الآيه في كونها وارده مورد التحليل و التحريم و هذا ما يقتضى أنها للتعليق المقيد للعموم.

و دعوى أن (من) ليس كلفظ (إن) في الشرطيه فمدفوعه أن كليهما تفيدان التعليق و المدار في الشرط عليه.

و أما عموم المفهوم للعبد فلا يضر لأنه لا مانع من تخصيص المفهوم بغير العبد لقيام الدليل الخارجى عليه.

ثم مع تحقق الشرطين فلا إشكال في الجواز و إن كان الصبر أفضل لقوله تعالى: وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ (٢) ، كما لا إشكال في جواز وطء الأمه بالملك و لو مع عدم الشرطين باتفاق المسلمين، و في الجواهر أنه لا ريب فيه، و على القول بالمنع فلا فرق بين الدائم و المنقطع لشمول لفظ النكاح المشروط بهما، و الوارد في الآيه و الأخبار لهذين القسمين، و أما التحليل فإن جعلناه عقدا امتنع أيضا، و إن جعلناه إباحه فلا كما لا يمنع وطؤها بملك اليمين كما في المسالك.

(١) تفسير لقدرته على تزويج الحره، و هو تفسير للطول الوارد في الآيه، و الطول لغه الزياده-

ص: ٢٨٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٣ و ٥.

٢- (٣) سورة النساء، الآيه: ٢٥.

(أ) أو مع عجزه (١) إذا لم يخش العنت) (٢) و هو (٣) لغه: المشقه الشديده، و شرعا (٤):

الضرر الشديد بتركه (٥) بحيث يخاف الوقوع فى الزنا، لغلبه الشهوه، و ضعف التقوى.

و ينبغى أن يكون الضرر الشديد وحده كافيا (٦) و إن قويت التقوى، للخرج، أو الضرر المنفيين، و أصله عدم النقل (٧).

و على اعتبار الشرطين (٨) ظاهر الآيه (٩)، و بمعناها روايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام. و دلالتهما (١٠) بمفهوم الشرط. و هو (١١) حجه عند المحققين.

و الفضل، و المراد به هنا الزيادة فى المال و سعته بحيث يتمكن من نكاح الحره بأن يقوم بما يتوقف عليه من مهرها و نفقتها، ثم لا يكفى وجود المال مع عدم وجود الحره أو عدم إمكان وطئها قبلا لصغر و غيره من مرض لصدق عدم الطول على نكاح الحره، و ظاهرهم الاتفاق عليه.

(١) أى بحجزه عن تزويج الحره.

(٢) لأنه مع الخشيه بمعنى الخوف لا يتحقق الشرط الثانى، و هو خوف العنت، و العنت لغه المشقه الشديده، و أصله انكسار العظم بعد جبره ثم استعير لكل مشقه و ضرر، و المراد به الوقوع فى الزنا الذى تؤدى إليه غلبه الشهوه، و لا ضرر أعظم من موقعه ما يؤدى إلى غضب الله فى الدنيا و استحقاق العذاب فى الآخره، و هذا ما نسب إلى أكثر المفسرين، و لكن الذى يقتضيه العمل بالظاهر حمل العنت على المشقه الشديده كما هو المعنى اللغوى و العرفى، و دعوى نقل العنت شرعا إلى خصوص الزنا مما لا دليل عليها، فاللازم هو القول بأن خوف الوقوع فى المشقه الشديده سواء كان كالزنا أم لا هو المراد من خشيه العنت.

(٣) أى العنت.

(٤) قد عرفت عدم الدليل على هذا النقل.

(٥) بترك زواج الأمه.

(٦) فى زواج الأمه.

(٧) أى نقل لفظ العنت من معناه اللغوى إلى المعنى الشرعى.

(٨) من عدم الطول و خوف العنت.

(٩) سوره النساء آيه: ٢٥.

(١٠) أى الآيه و الروايه.

(١١) أى مفهوم الشرط.

(و قيل يجوز) العقد على الأمة مع القدره على الحره (على كراهه) للأصل (١)، و عمومات الكتاب مثل إِيَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢). وَ لَأَمَّهُ مُؤَمَّنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكِهِ (٣). وَ أُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ (٤)، وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ (٥) و لروايه ابن بكير المرسله عن الصادق عليه السلام «لا ينبغي» و هو (٦) ظاهر فى الكراهه.

و يَضَعْفُ بِأَنَّ الْاِشْتِرَاطَ الْمَذْكُورَ (٧) مَخْصِيصٌ لِمَا ذَكَرَ مِنَ الْعُمُومَاتِ، وَ الرَّوَايَةُ مَعَ اِرْسَالِهَا ضَعِيفَةٌ (٨)، وَ ضَعْفٌ مُطْلَقٌ (٩) الْمَفْهُومِ مَمْنُوعِ (١٠). وَ تَنْزِيلِ (١١) الشَّرْطِ عَلَى الْأَغْلَبِ (١٢) خِلَافَ الظَّاهِرِ.

(و هو) أى القول بالجواز (مشهور) بين الأصحاب، إلا أن دليله غير ناهض عليه فلذا نسبه إلى الشهره (فعلى) القول (الأول) (١٣) لا يباح) نكاح الأمة (إلا بعدم الطول)، و هو (١٤) لغه الزيادة و الفضل. و المراد به هنا الزيادة فى المال وسعته بحيث يتمكن معها من نكاح الحره فيقوم بما لا بد منه من مهرها، و نفقتها.

(١) أى أصل الجواز المستفاد من أدله البراءه.

(٢) سورة المؤمنون آيه: ٦.

(٣) سورة البقره آيه: ٢٢١.

(٤) سورة النساء آيه: ٢٥.

(٥) سورة النور آيه: ٣٢.

(٦) أى لفظ (لا ينبغي).

(٧) أى اشتراط نكاح الأمة بالشرطين السابقين.

(٨) لأن سندها مشتمل على ابن فضال و هو واقفى.

(٩) حتى مفهوم الشرط.

(١٠) و لو سلم بضعف مفهوم الشرط، لكن هو حجه مع القرينه، و هى موجوده هنا و هى الأخبار المتقدمه.

(١١) فى الآيه.

(١٢) و هو أن غير المستطيع يتزوج الأمة إذا خشى العنت.

(١٣) من عدم جواز نكاح الأمة إلا بالشرطين.

(١٤) أى الطول.

و يكفى للنفقه وجوده (١) بالقوه كغله الملك، و كسب ذى الحرفه (و خوف العنت) بالفتح. و أصله انكسار العظم بعد الجبر، فاستعير لكل مشقه و ضرر، و لا ضرر أعظم من مواقعه المأثم (٢). و الصبر عنها (٣) مع الشرطين أفضل، لقوله تعالى: وَ أَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ (٤) (و تكفى الأمه الواحده) لاندفاع العنت بها، و هو (٥) أحد الشرطين فى الجواز.

(و على الثانى) و هو الجواز مطلقا (٦) (يباح اثنتان) لا أزيد كما سيأتى.

الثالثه: من تزوج امرأه فى عدتها

(الثالثه: من تزوج (٧) امرأه فى عدتها بائنه كانت، أو رجعيه)، أو عدّه وفاه، أو عدّه شبهه، و لعله غلب عليهما (٨) اسم البائنه (٩) عالما بالعدّه و التحريم بطل العقد و حرمت) عليه (أبدا) (١٠)، و لا فرق بين العقد الدائم و المنقطع (١) أى وجود المال.

(٢) و هو الزنا.

(٣) عن الأمه.

(٤) سوره النساء آيه: ٢٥.

(٥) أى اندفاع العنت.

(٦) مع الشرطين و عدمهما، و المعنى مع الطول و عدمه و مع خوف العنت و عدمه.

(٧) بالعقد الدائم أو المنقطع.

(٨) على عدّه الوفاه و عدّه الشبهه.

(٩) لعدم الرجوع فيهما.

(١٠) التفصيل بين العلم و الجهل و بين الدخول و عدمه فى تزويج ذات العده مستند إلى أخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما و لا تحلّ له أبدا) (١)، و صحيح إسحاق بن عمار (قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة فى عدتها لم تحلّ له أبدا، فقال: هذا إذا كان عالما، فإذا كان جاهلا فارقها و تعتد منه ثم يتزوجها نكاحا جديدا) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها و دخل بها لم تحلّ له أبدا عالما كان أو جاهلا، و إن لم يدخل حلت للجاهل و لم تحلّ للآخر) ٣، و مثلها غيرها من الأخبار، و عليه فإما أن يكونا عالمين أو جاهلين أو تكون-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٢٢ و ١٠ و ٣.

المرأه عالمه و الرجل جاهل أو بالعكس فالصور أربعه، و على تقدير الجهل فإما أن يكون الجهل بالتحريم أو بالعهده أو بهما فصور الجهل ثلاثه مضروبه بهذه التقادير فالحاصل تسعه، و هى مضافه إلى صوره العلم فالمجموع عشره، و على التقادير العشره إما أن يكون قد دخل أو لا فهذه عشرون، و جملة أحكامها أنه إذا دخل بها فى العده حرمت مطلقا، و إن لم يدخل بها فإن كانا عالمين حرمت كذلك، و إن كانا جاهلين بالعهده أو التحريم أو بهما معا لم تحرم، و إن جهل أحدهما و علم الآخر اختص كل واحد بحكمه، و هذا التفصيل مستفاد من الأخبار و قد تقدم بعضها.

ثم لا فرق فى العده بين الرجعيه و البائنه و عده الوفاه و عده الشبهه لإطلاق الأخبار، و يؤيده صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام الوارد فى عده المتوفى عنها زوجها قال (المرأه الجبلى يتوفى عنها زوجها فتضع و تزوّج قبل أن تعتدّ أربعه أشهر و عشرا، فقال عليه السّلام: إن كان الذى تزوجها دخل بها فزّق بينهما و لم تحلّ له أبدا و اعتدّت بما بقى عليها من عده الأول، و استقبلت عده أخرى من الآخر ثلاثه قروء، و إن لم يكن دخل بها فزّق بينهما و أتمت ما بقى من عدتها، و هو خاطب من الخطاب)(١).

ثم لا فرق فى المعتده بين الحره و الأمه لإطلاق الأخبار المتقدمه و يؤيده صحيح إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الأمه يموت سيدها قال: تعتد عده المتوفى عنها زوجها، قلت: فإن رجلا تزوجها قبل أن تنقضى عدتها، قال: يفارقها ثم يتزوجها نكاحا جديدا بعد انقضاء عدتها، قلت: فأين ما بلغنا عن أبيك فى الرجل إذا تزوج المرأه فى عدتها لم تحلّ له أبدا؟ قال: هذا جاهل)(٢).

ثم لا فرق فى الزواج بين كونه بالعقد الدائم أو المنقطع لإطلاق الأخبار، و ثم لا فرق فى الدخول بين القبل و الدبر للإطلاق، و لا- فرق فى الجهل بين كونه جاهلا- بالتحريم أو بالعهده أو بهما و يؤيده صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى إبراهيم عليه السّلام (سألته عن الرجل يتزوج المرأه فى عدتها بجهاله، أ هى ممن لا تحلّ له أبدا؟ فقال عليه السّلام: لا أمّا إذا كان بجهاله فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها، و قد يعذر الناس فى الجهاله بما هو أعظم من ذلك، قلت: بأى الجهالتين يعذر، بجهالته إن لم يعلم أن ذلك محرّم عليه أم بجهالته أنها فى عده؟ فقال عليه السّلام: إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهاله بأن الله حرّم-

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٥.

فيهما (١) لإطلاق النصوص الشامل لجميع ما ذكر (٢) (وإن جهل أحدهما): العده، أو التحريم (أو جهلهما حرمت (٣) إن دخل) بها قبلا، أو دبرا، (وإلا فلا) (٤)، و لو اختص العلم بأحدهما، دون الآخر اختص به (٥) حكمه (٦)، و إن حرم على الآخر التزويج (٧) به من حيث المساعدة على الإثم، و العدوان (٨).

و يمكن سلامته (٩) من ذلك (١٠) بجهله التحريم (١١)، أو بأن يخفى عليه عين الشخص المحرم مع علم الآخر، و نحو ذلك (١٢).

-ذلك عليه، و ذلك بأنه لا يقدر على الاحتياط معها، فقلت: فهو في الأخرى معذور؟ قال عليه السّلام: نعم إذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها، فقلت: فإن كان أحدهما متعمدا و الآخر يجهل؟ فقال عليه السّلام: الذي تعمد لا يحلّ له أن يرجع إلى صاحبه أبدا (١).

(١) أى فى البطلان و التحريم مؤبدا.

(٢) من كونها ذات عده رجعيه أو بائنه أو عده وفاه أو عده شبهه، و كون العقد دائما أو متعه.

(٣) مؤبدا.

(٤) أى فلا تحرم و لكن يبطل العقد و عليه تجديده بعد انقضاء عدتها.

(٥) أى بالعالم.

(٦) و هو التحريم المؤبد مع بطلان العقد.

(٧) و لكن بعد العده.

(٨) و قد قال تعالى: وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ (٢).

(٩) أى سلامه الجاهل.

(١٠) أى من تحريم التزويج بالآخر من حيث المساعدة على الاثم.

(١١) أى التحريم المؤبد بالنسبه إلى العالم، و المعنى أن الجاهل لا يحرم عليه الآخر، و لكن يحرم عليه التزويج به بعد العده من حيث المساعدة على الاثم، إلا أن يكون الجاهل جاهلا بكون التحريم المؤبد ثابتا فى حق العالم أو جاهلا بشخص هذا العالم فيجوز له التزويج به بعد العده.

(١٢) كجهله بأن الطرف الآخر عالم فى حال العقد.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤.
- ٢- (٢) سورة المائدة الآية (٢).

و فى الحكم بصحه العقد على هذا التقدير (١) نظر، و يتعدى التحريم على تقدير الدخول إلى أبيه و ابنه (٢) كالموطوءه بشبهه مع الجهل و المزنى بها مع العلم.

و فى إلحاق مده الاستبراء بالعهده فتحرم بوطنها فيها (٣) وجهان، أوجودهما العدم، للأصل (٤)، و كذا الوجهان (٥) فى العقد عليها (٦) مع الوفاه (٧) المجهوله ظاهرا (٨) قبل العده (٩) مع وقوعه (١٠) بعد الوفاه (١١) فى نفس الأمر (١٢)، أو (١) و هو صوره ما لو علم أحدهما و جهل الآخر مع حرمه التزويج على الجاهل بعد العده من باب المساعدة على الاثم، فالتزويج و إن كان حراما و لكن فى صحته إشكال، وجه الصحه أن التحريم من حيث المساعدة على الاثم لا تقتضى الفساد، و وجه البطلان أن الحكم بصحه العقد من طرف الجاهل لا يناسب الحكم بفساده من طرف العالم، و لا يمكن الحكم بصحه العقد من جهه دون أخرى بحسب نفس الأمر و الحكم هنا بهذا اللحاظ، و إن أمكن فى ظاهر الحال كالمختلفين فى صحته و فساده.

(٢) فمع الدخول تحرم على أبيه و ابنه لأنه زان أو واطئ بشبهه، و كلاهما ينشران التحريم على أصح القولين كما تقدم، إذا كانا أسبق من العقد، ثم إن هذا الدخول إن كان مع العلم بأنها فى عده الغير و أنه لا يجوز له العقد عليها فالدخول زنا و إلا فالدخول شبهه.

(٣) أى فتحرم الأمه بوطنها فى مده الاستبراء.

(٤) و هو استصحاب الحل، ففى القواعد: (هل وطء الأمه فى الاستبراء كالوطء فى العده إشكال)، و فى المسالك: (و فى إلحاق مده الاستبراء بالعهده وجهان، و عدمها أقوى و قوفا على موضع النص و استصحابا للحل فى غيره) و جزم بالعدم فى الجواهر للاستصحاب، و قواه فى كشف اللثام لأن المتبادر من العده فى الأخبار لا يشمل مده الاستبراء، لانصرافه إلى غيرها.

(٥) من الإلحاق و عدمه.

(٦) على المرأة و لكن بدون دخول.

(٧) أى وفاه زوجها.

(٨) بالنسبه للمرأة.

(٩) متعلق بقوله (فى العقد عليها)، أى و كان العقد قبل العده لأن عده المتوفى عنها زوجها تبدأ من حين علمها بالوفاه.

(١٠) أى وقوع العقد.

(١١) بعد وفاه الزوج.

(١٢) و بشرط علم العاقد إذ مع جهله بالحال و مع عدم الدخول لا وجه للتحريم، و صوره الدخول ستذكر فيما بعد، و علم الزوجه هنا غير متصور و إلا تصير معتده.

الدخول مع الجهل (١).

و الأقوى عدم التحريم، لانتفاء المقتضى له (٢)، و هو كونها معتده، أو مزوجه سواء كانت المده (٣) المتخلله بين الوفاه و العده بقدرها (٤)، أم أزيد أم أنقص، و سواء (٥) وقع العقد أو الدخول فى المده الزائده عنها (٦) أم لا، لأن العده إنما تكون بعد العلم (٧) بالوفاه، أو ما فى معناه (٨) و إن طال الزمان.

و فى إلحاق ذات البعل بالمعتده وجهان: من أن (٩) علاقه الزوجيه فيها (١٠) أقوى (١١)، و انتفاء (١٢) النص.

(١) أى جهل العاقد.

(٢) للتحريم، و المقتضى للتحريم هو كون الزوجه معتده أو مزوجه، و هذا المقتضى منتف لأن المرأه فى هذه الصوره ليست معتده لأنها غير عالمه بالوفاه، و لا مزوجه لفوات زوجها بالموت واقعا.

(٣) التى وقع فيها العقد أو الدخول.

(٤) أى بقدر العده.

(٥) و هذا مبنى على كون المده المتخلله أزيد من العده.

(٦) عن العده.

(٧) أى علم المرأه.

(٨) كشهاده العدلين و حكم الحاكم بها بعد الفحص فى أربع سنين.

(٩) دليل لإلحاق ذات البعل بالمعتده.

(١٠) فى ذات البعل.

(١١) و فيه: إن التحريم الأبدى لعله حكم تعبدى من آثار العده فقط و لا ربط للزوجيه فيه.

(١٢) دليل لعدم الإلحاق، أى و انتفاء النص فى ذات البعل، لأن النص مختص بذات العده.

هذا و الشارح اتبع العلامه فى تحرير هذه المسأله حيث قال العلامه فى القواعد: (لو تزوج بذات البعل ففى إلحاقه بالمعتده إشكال، ينشأ من عدم التنصيص، و من أولويه التحريم) انتهى، و قد عرفت الإشكال فى أولويه التحريم إذ يحتمل أن يكون التحريم من مختصات العده فلا يشمل ذات البعل، و أما عدم التنصيص فهو عجيب من العلامه و قد تابعه على نفى النص كل من ولده فى الإيضاح و الشارح كما سمعت.

مع أن النصوص وارده في العقد على ذات البعل و هي على طوائف

فمنها: ما يدل على الحرمة مطلقا كموثق أديم بن الحر عن أبي عبد الله عليه السلام (التي -

ص: ٢٩٢

و الأقوى أنه مع الجهل، و عدم الدخول لا تحرم (١)، كما أنه لو دخل بها عالما حرمت، لأنه زان بذات البعل، و الإشكال فيهما (٢) واه، و إنما يقع الاشتباه -تزوج و لها زوج يفترق بينهما ثم لا يتعاودان أبدا(١).

و منها: ما يدل على الحرمة مع الدخول كموثق زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (إذا نعى الرجل إلى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدّت ثم تزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها الأول أم لم يدخل بها، و ليس للآخر أن يتزوجها أبدا، و لها المهر بما استحل من فرجها)٢، و موثقه الآخر عنه عليه السّلام (فى امرأه فقد زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال عليه السّلام:

تعتدّ منهما جميعا ثلاثة أشهر عده واحده، و ليس للآخر أن يتزوجها أبدا)٣، و هما ظاهران فى صورته الدخول بقريته استحقاق المهر فى الأول و بقريته الاعتداد فى الثانى، نعم الثانى ظاهر فى الاكتفاء بعده واحده و هم لا يقولون بذلك فلذا أعرضوا عن ذيله.

و منها: ما يدل على الحرمة فى صورته العلم دون الجهل كمرفوع أحمد بن محمد (أن الرجل إذا تزوج امرأه و علم أن لها زوجها فرّق بينهما و لم تحلّ له أبدا)٤.

و منها: ما يدل على عدم الحرمة فى صورته الجهل و إن دخل كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تزوج امرأه ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجا غائبا فتركها، ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها، أ يتزوجها بعد هذا الذى كان تزوجها و لم يعلم أن لها زوجا؟ قال عليه السّلام: ما أحبّ له أن يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره)٥.

و مقتضى الجمع بين الأخبار هو عدم الحرمة فى صورته الجهل مع عدم الدخول، و الحرمة فيما عداها، و لا يعارض هذا الجمع إلا صحيح عبد الرحمن المتقدم فإنه دال على عدم الحرمة مع الدخول و لعل المراد بالدخول فيه هو الخلوه بها كما فى الوسائل و لم يستبعده جماعه جمعا بين النصوص و عليه فلا إشكال، و يكون التفصيل الوارد فى المعتده جاريا فى ذات البعل.

(١) و لكن لا إشكال فى بطلان العقد.

(٢) فى عدم الحرمة فى الصورة الأولى و فى الحرمة فى الصورة الثانية، هذا و فى المسالك أنه لا إشكال فى هاتين الصورتين حيث قال: (و لا إشكال مع العلم بالتحريم لاقتضاء الزنا-

ص: ٢٩٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١ و ٦ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١٠ و ٤.

مع الجهل و الدخول (١)، أو العلم مع عدمه (٢) و وجه الإشكال من عدم (٣) النص عليه (٤) بخصوصه، و كون (٥) الحكم بالتحريم هنا (٦) أولى للعلاقه (٧). و لعله أقوى.

و حيث لا يحكم بالتحريم (٨) يجدد العقد بعد العده إن شاء، و يلحق الولد مع الدخول و الجهل بالجاهل منهما (٩) إن ولد فى وقت امكانه منه (١٠)، و لها مهر التحريم، و لا فى عدمه مع الجهل و عدم الدخول) و فى الرياض دعوى الإجماع على الصورة الأولى و دعوى عدم الخلاف فى الصورة الثانية، و مثله غيره، و عليه فلا- معنى لقول الشارح من أن الإشكال فيهما واه، لعدم وجوده بعد عدم المخالف.

(١) و فيه: إن موثقى زراره المتقدمين قد دلا على التحريم فى هذه الصورة فراجع.

(٢) أى عدم الدخول، و فيه: إن مرفوع أحمد بن محمد بإطلاقه قد دل على التحريم فى هذه الصورة فراجع.

(٣) وجه عدم الإسحاق بالمعتده فلا تحريم.

(٤) أى على الحكم فى هاتين الصورتين، و قد عرفت وجود النص.

(٥) وجه الإلحاق بالمعتده فالتحريم المؤبد ثابت.

(٦) فى الصورتين الأخيرتين.

(٧) أى علاقه الزوجيه.

(٨) أى التحريم المؤبد كما فى صورته الجهل مع عدم الدخول.

(٩) لكون الوطء حينئذ وطأ بشبهه.

(١٠) أى من الجاهل فإن جاء الولد بعد مضى و طء الثانى سته أشهر أو أزيد، و كان قد مضى من و طء الأولى أقصى مده الحمل و هى عشره أشهر فالولد للثانى بلا- إشكال فيه كما فى الرياض و قطعا كما فى الجواهر، و يشهد له مرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (فى المرأه تزوج فى عدتها، قال عليه السلام: يفرق بينهما و تعتدّ عده واحده منهما جميعا، و إذا جاءت لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، و إن جاءت بولد لأقل من سته أشهر فهو للأول) (١)، و منه تعرف ما لو جاء الولد لأقل من سته أشهر من و طء الثانى و لم يمض على و طء الأول أقصى مده الحمل فالولد للأول، و أما لو جاء الولد بعد مضى أقصى المده من و طء الأول، و قبل سته أشهر من و طء الثانى فلا يلحق بواحد منهما للعلم باتفائه عنهما.

ص: ٢٩٤

المثل مع جهلها بالتحريم (١)، و تعتد منه (٢) بعد اكمال الأولى (٣).

الرابعة: لا تحرم المزنى بها على الزانى

(الرابعة: لا- تحرم المزنى بها على الزانى (٤). (١) كما فى موثق زراره المتقدم حيث قال عليه السّلام (و لها المهر بما استحلّ من فرجها) (١) و المراد من المهر هو مهر المسمى كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه لظاهر الخبر المتقدم، و لغيره من الأخبار المصرحه بلفظ المهر كموثق سليمان بن خالد (سألته عن رجل تزوج امرأه فى عدتها فقال عليه السّلام: يفرّق بينهما و إن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها و يفرّق بينهما فلا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن دخل بها فلا شىء لها من مهرها) (٢) و عن بعضهم منهم الشارح هنا أنه مهر المثل لفساد المسمى بفساد العقد فينتقل إلى المثل، و فيه إنه على خلاف ظاهر الأخبار المتقدمه، هذا و اعلم أنه مع عدم الدخول لا شىء لها لفساد العقد و لم يستحل شيئا من فرجها، لأن الغرض عدم الدخول و يدل عليه ذيل الموثق المتقدم، نعم لو وطء شبهه فلها مهر المثل لأنه العوض عن استباحه البضع.

(٢) من الثانى و لو كان عالما بشرط أن تكون جاهله، و إلا فمع علمها أيضا فيكون زنا، و لا عده للزانى.

(٣) أى العده الأولى من الأول، كما دلت عليه الأخبار الوارده فى ذات العده كخبر محمد بن مسلم المتقدم، و سيأتى بحته مفصلا فى كتاب الطلاق، و ما ورد من أنها تعتد عده واحده لكليهما كما تقدم فى بعض الأخبار غير مأخوذ به لمعارضته بما هو أقوى.

(٤) كما هو المشهور، لعموم (الحرام لا يحرم الحلال) (٣)، كما ورد فى الأخبار، و قد تقدم بعضها فى بحث الزنا المتأخر عن العقد، و لخصوص أخبار:

منها: صحيح عبيد الله بن على الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها حلالا، قال عليه السّلام: أوله سفاح و آخره نكاح، و مثله مثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها بعد فكانت له حلالا) (٤)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها، فقال عليه السّلام:

حلال، أوله سفاح و آخره نكاح، أوله حرام و آخره حلال) (٥) و مثلها غيرها.

ص: ٢٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٤ و ٥، و باب - ٦ - حديث ٦ و ٩ و ١١ و ١٢.

٤- (٤) (٥ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٣ و ١.

(إلا أن تكون (١)). -و عن الشيخين و جماعه المنع إلا مع التوبه للأخبار:

منها: موثق عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يحلّ له أن يتزوج امرأه كان يفجر بها؟ قال عليه السلام: إن آنس منها رشدًا فنعم، وإلا فليراودها على الحرام فإن تابعته فهي عليه حرام، وإن أبت فليتزوجها)^(١)، و خبر إسحاق بن حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: الرجل يفجر بالمرأه ثم يبدو له في تزويجها هل يحلّ له ذلك؟ قال عليه السلام: نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها)^(٢)، و خبر أبي المغراء عن أبي بصير (سألته عن رجل فجر بامرأه ثم أراد أن يتزوجها، فقال: إذا تاب حلّ له نكاحها، قلت: كيف يعرف توبتها؟ قال: يدعوها إلى ما كانا عليه من الحرام، فإن امتنعت فاستغفرت ربها عرف توبتها)^(٣).

و هي مع ضعف سند بعضها، و كون الشهره على خلافها، و لتضمنها إلى الدعاء إلى الحرام و هو إغراء بالقبيح و هو غير مناسب من المعصوم عليه السلام، محموله على التقية لموافقته لبعض العامة كأحمد بن حنبل و قتاده.

(١) أي الزانية، فالزنا بذات البعل موجب للتحريم المؤبد، و في كشف اللثام قطع به الأصحاب إلا-المحقق في الشرائع، ففي الشرائع نسبه إلى المشهور و ظاهره التوقف فيه.

و استدلل للمشهور بالإجماع كما عن جماعه منهم السيد و ابن زهره و الحلبي و الفخر، و بالرضوى (و من زنا بذات بعل محضاً كان أو غير محض، ثم طلقها زوجها أو مات عنها و أراد الذي زنا بها أن يتزوج بها لم تحلّ له أبداً)^(٣).

و الفرق بين مقامنا و بين ما تقدم من العقد على ذات البعل، أن المقام هنا مجرد عن العقد بخلافه هناك، ثم لا فرق في مقامنا على المشهور بين علم الزاني بكونها ذات بعل و عدمه و لا- بين دخول البعل بها و عدمه، و لا بين المتمتع بها و الدائم عملاً بالعموم الوارد هنا (و من زنا بذات بعل).

و تلحق المعتده بذات البعل، لأنها بحكم الزوجه، و لا يلحق بزنا ذات البعل الزنا بذات العده البائنه و عده الوفاء، و لا الزنا بالأمه الموطوءه بالملك عملاً بأصالة عدم التحريم المؤبد، بعد حمل الإجماع و النص المتقدم على مورد الوفاق و هو الزنا بذات البعل فقط.

ص: ٢٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٤ و ٧.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٨.

(ذات بعل) دواما (١) و متعه، و المعتده رجعيه بحكمها (٢)، دون البائن (٣)، و الحكم فيه (٤) موضع وفاق.

و فى إلحاق الموطوءه بالملك بذات البعل وجهان مأخذهما: مساواتها (٥) لها فى كثير من الأحكام خصوصا المصاهرة (٦). و اشتراكهما (٧) فى المعنى المقتضى للتحريم، و هو (٨) صيانه الأنساب عن الاختلاط (٩)، و أن ذلك (١٠) كله (١١) لا يوجب للحاق (١٢) مطلقا (١٣)، و هو الأقوى.

(و لا تحرم الزانيه) على الزانى، و لا على غيره (١٤)، (١)الدوام و المتعه قيد لذات البعل.

(٢)أى بحكم ذات البعل من ناحيه أنها بحكم الزوجه.

(٣)و كذا المتوفى عنها زوجها.

(٤)فى تحريم ذات البعل على الزانى مؤبدا.

(٥)دليل الإلحاق، و المراد منه مساواه الأمه للزوجه.

(٦)حيث تحرم أمها و بنتها على المالك الواطئ و تحرم الموطوءه على أب الواطئ و ابنه و هكذا.

(٧)دليل ثان للإلحاق، و المعنى اشتراك الأمه و الزوجه.

(٨)و هو مقتضى التحريم.

(٩)و هو استحسان محض.

(١٠)دليل لعدم الإلحاق.

(١١)من الوجهين السابقين.

(١٢)أى لحاق الأمه بالزوجه.

(١٣)فى جميع الموارد و الأحكام.

(١٤)أى غير الزانى، على المشهور للأخبار الكثيره

منها: صحيح على بن رثاب المروى فى قرب الإسناد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المرأه الفاجره يتزوجها الرجل المسلم؟ قال عليه السّلام: نعم و ما يمنعه، و لكن إذا فعل فليحصن بابه مخافه الولد) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (سئل عن رجل أعجبتة امرأه فسأل عنها فإذا الثناء عليها فى شىء من الفجور، فقال عليه السّلام: لا بأس بأن يتزوجها و يحضها) ٢-.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٢.

(و لكن يكره تزويجها) (١) مطلقا (٢) (على الأصح) خلافا لجماعه حيث حرّمه (٣) على الزانى ما لم تظهر منها التوبه.

و وجه الجواز الأصل (٤)، و صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال:

«أيما رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها حلالا قال: أوله سفاح، و آخره -و عن الحلبي و الصدوق في ظاهر المقنع الحرمة لقوله تعالى: الزّانى لا ینکح إلاّ زانیة أو مشرکة، و الزّانیة لا ینکحها إلاّ زانٍ أو مشرکٌ و حرّم ذلك علی المؤمنین (١)، بدعوى ظهورها فى حرمة تزویج الزانیة لغير الزانى و المشرک، و فيه: عدم ظهورها فى مقام التشريع بل من الجائز أنها فى مقام الإخبار، و يكون المراد من النکاح هو الوطء، إذ لو حملت الآیه على التشريع لجاز تزویج المسلمه الزانیة من المشرک و لم يقل به أحد فلا بدّ من حملها على الإخبار دون التشريع.

(١) أى تزویج الزانیة.

(٢) للزانى و غيره، و الكراهه ناشئه من الجمع بين أخبار الجواز و أخبار النهی إلا مع التوبه، و قد تقدم أن أخبار النهی محموله على التقیه نعم ورد النهی عن تزویج الزانیة المشهوره بالزنا، و هذا النهی قد ورد فى جملة من الأخبار المفسره للآیه الشریفه المتقدمه، ففى صحيح زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز و جل: الزّانى لا ینکح إلاّ زانیة أو مشرکة، و الزّانیة لا ینکحها إلاّ زانٍ أو مشرکٌ، قال عليه السلام: هنّ نساء مشهورات بالزنا، و رجال مشهورون بالزنا، قد شهروا بالزنا و عرفوا به، و الناس اليوم بذلك المنزل، فمن أقيم علیه حد الزنا أو شهر منهم الزنا لم ینبغ لأحد أن یناکحه حتى یعرف منه توبته) (٢)، و فى خبر حکم بن حکیم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قوله الله عز و جل: و الزّانیة لا ینکحها إلاّ - زانٍ أو مشرکٌ، قال علیه السلام: إنما ذلك فى الجهر، ثم قال: لو إن إنسانا زنا ثم تاب تزوج حيث شاء) ٣ و مثلها غيرها.

و عن المفید و سلّار الحرمة لما ذکر، و لكن قد عرفت أن الآیه لا یراد منها التشريع، و الأخبار محموله على التبکیت و الذم لنساء و رجال مشهورین بالزنا مواظبین علیه، فهى لا تفید أكثر من الكراهه.

(٣) أى حرّموا تزویج الزانیة.

(٤) أى أصاله عدم التحريم المؤبد.

ص: ٢٩٨

١- (١) سورة النور، الآیه: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ما یحرم بالمصاهره حدیث ٢ و ٤.

نكاح، فمثله كمثل النخلة أصاب الرجل من ثمرها حراما ثم اشتراها فكانت له حلالا» و لكن تكره للنهي (١) عن تزويجها مطلقا (٢) في عدّه أخبار الماحمول (٣) على الكراهه جمعا.

و احتج المانع (٤) بروايه أبى بصير قال سألته عن رجل فجر بامرأه ثم أراد بعد أن يتزوجها: فقال: «إذا تابت حل له نكاحها» قلت: كيف يعرف توبتها.

قال: «يدعوها إلى ما كانت عليه من الحرام فإن امتنعت و استغفرت ربّها عرف توبتها». و قريب منه ما روى عمار عن الصادق عليه السلام: و السند فيهما ضعيف (٥). و فى الأولى (٦) قطع (٧). و لو صحتا لوجب حملهما على الكراهه جمعا.

(و لو زنت امرأته لم تحرم عليه (٨) على الأصح، و إن أصرت) على الزنا، (١) و هى أخبار النهى المقيدة بالتوبه و قد تقدمت. (٢) للزانى و غيره.

(٣) صفه للنهى.

(٤) و هو من حرم التزويج بالزانية إلا إذا عرف منها التوبه.

(٥) فالأول مشتمل على أبى بصير و هو مشترك بين الثقة و غيره، و الثانى مشتمل على عمار بن موسى و هو واقفى.

(٦) أى رويه أبى بصير.

(٧) لأنها مضمرة فلم يعرف المسئول.

(٨) أى على بعلها، فلا- تحرم الزوجه على زوجها بزناها و إن كانت مصره على ذلك، على المشهور، للأصل، و لما ورد (أن الحرام لا- يحرم الحلال) (١)، و لخبر عباد بن صهيب عن جعفر بن محمد عليهما السلام (لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزنى، و إن لم يقم عليها الحد، فليس عليه من اثمها شيء) (٢).

و عن المفيد و سلار الحرمة مع الإصرار لفوات أعظم الفوائد المطلوبه من النكاح و هو التناسل، لاختلاط النسب، مع كون الفرض من شرعيه الحدود للزنا حفظ الأنساب من الاختلاط، و الاختلاط قائم مع الإصرار و أجيب بأن النسب لاحق للفراس و الزانى لا نسب له و لا حرمة لمائه، و استدلل لهما بجمله من النصوص:-

ص: ٢٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٦ و ٩ و ١١ و ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

للأصل (١) والنص، خلافا للمفيد، و سَلَّار حيث ذهب إلى تحريمها مع الإصرار، استنادا إلى فوات أعظم فوائد النكاح، و هو (٢) التناسل معه (٣)، لاختلاط النسب حينئذ، والغرض من شرعيه الحدّ و الرجم للزاني حفظه (٤) عن ذلك.

و يضعّف بأن الزاني لا نسب له، و لا حرمة (٥).

الخامسة: من أوقب غلاما أو رجلا

(الخامسة: من أوقب غلاما (٦)، أو رجلا) بأن أدخل به بعض الحشفه و إن لم -منها: خبر الفضل بن يونس (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام: عن رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فزنت، قال عليه السّلام: يفرّق بينهما و تحدّ الحد و لا صداق لها) (١).

و هي أخص من المدعى إذ المدعى هو الحرمة مع الإصرار و هي داله على الحرمة بمطلق الزنا، و قد أعرض عنها الأصحاب فلا مجال للعمل بها.

(١) أى أصاله عدم التحريم المؤبد.

(٢) أى أعظم الفوائد.

(٣) مع الإصرار.

(٤) أى حفظ النسب عن الاختلاط.

(٥) أى لا حرمة لمائه مع كون النسب للفراش.

(٦) من لا يط بغلام فأوقب حرمت على الفاعل أم المفعول أبدا و إن علت بلا خلاف فيه لموثق إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى رجل لعب بغلام هل تحل له أمه؟ قال عليه السّلام: إن كان ثقب فلا) (٢)، و تحرم عليه أخت المفعول أيضا و بنته بلا خلاف فيه لمرسل بن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى رجل يعبث بالغلام، قال عليه السّلام: إذا أوقب حرمت عليه بنته و أخته) (٣)، و خبر حماد بن عثمان (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام:

رجل أتى غلاما أ تحل له أخته، فقال عليه السّلام: إن كان ثقب فلا) (٤) هذا و يتحقق الإيقاب بدخول بعض الحشفه و إن لم يوجب الغسل لصدق الثقب عليه، و يتعدى فى الحكم من الأم إلى الجده لصدق الأم حقيقه عليها، و يتعدى من البنت إلى بنتها لصدق البنت حقيقه عليها أيضا، و لا يتعدى من الأخت إلى بنتها لعدم صدق الأخت على بنتها، ثم لا فرق فى الفاعل و المفعول بين الصغير و الكبير و إن كان المذكور فى النصوص هو الرجل و الغلام مع كون الأول فاعلا و الثانى مفعولا به، لأن المذكور لا خصوصيه فيه، و إنما-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٧ و ١ و ٤.

يجب الغسل (حرمت على الموقب أم الموطوء) و إن علت (و أخته)، دون بناتها (١)، (و بنته) و إن نزلت من ذكر و أنثى من النسب اتفاقاً، و من الرضاع على الأقوى (٢).

و لا فرق فى المفعول بين الحى و الميت على الأقوى، عملاً بالإطلاق (٣).

و إنما تحرم المذكورات (٤) مع سبقه (٥) على العقد عليهن (٦)، (و لو سبق العقد) على الفعل (لم يحرم) (٧) للأصل (٨)، و لقولهم عليه السلام: لا يحرم الحرام الحلال.

و الظاهر عدم الفرق (٩) بين مفارقه من سبق عقدها بعد الفعل (١٠)، -الذى له الخصوصيه فى الحكم هو الثقب و عن العلامه فى القواعد الاستشكال فى التحريم إذا كان الفاعل صغيراً لا اختصاص النصوص بالرجل فلا تشمل الصغير، و قد عرفت ما فيه. (١) أى بنات الأخت.

(٢) كما عن التحرير و قواه الشارح هنا و سيد الرياض، و استقر به كاشف اللثام و استظهره فى الجواهر لعموم ما يحرم من الرضاع يحرم من النسب و عن العلامه فى القواعد الإشكال فى الرضاع، لأن الظاهر من نصوص الباب الاختصاص بالنسب فقط فيرجع فى غيره إلى الأصل الموجب لعدم الحرمة الأبدية.

(٣) أى إطلاق الأخبار المتقدمه، نعم عن سيد الرياض و جماعه اختصاص الحكم المذكور بحياه المفعول لأنه هو المتبادر من النصوص، فالميت الموطوء مندرج تحت الأصل القاضى بعدم التحريم المؤبد.

(٤) من الأم و الأخت و البنت.

(٥) أى سبق الإيقاب.

(٦) أى على هذه المذكورات.

(٧) أى لم يحرم شىء من هذه المذكورات لاستصحاب الحل، و لما ورد (من أن الحرام لا يحرم الحلال و لا يفسده) (١).

(٨) و هو استصحاب الحل.

(٩) أى عدم الفرق فى عدم التحريم.

(١٠) متعلق بقوله (بين مفارقه).

ص: ٣٠١

و عدمه (١)، فيجوز له تجديد نكاحها بعده (٢) مع احتمال عدمه (٣)، لصدق سبق الفعل بالنسبة إلى العقد الجديد.

و لا فرق فيهما (٤) بين الصغير و الكبير على الأقوى (٥)، للعموم. فيتعلق التحريم قبل البلوغ بالولي (٦)، و بعده (٧) به (٨)، و لا يحرم على المفعول بسببه (٩) شيء عندنا للأصل (١٠).

و ربما نقل عن بعض الأصحاب تعلق التحريم به (١١) كالفاعل، و فى كثير من الأخبار اطلاق التحريم بحيث يمكن تعلقه (١٢) بكل منهما (١٣)، و لكن المذهب الأول.

السادسه: لو عقد المحرم

(السادسه: لو عقد المحرم) (١٤).

(١) أى عدم المفارقة، و المعنى أن أم الموطوء و أخته و ابنته لو عقد عليها الواطئ قبل الإيقاب لم تحرم سواء طلقها بعد الإيقاب أم لم يطلق.

(٢) بعد الفعل من الإيقاب.

(٣) أى عدم جواز تجديد العقد.

(٤) فى الفاعل و المفعول.

(٥) فى قبال استشكال العلامه فى الصغير الفاعل و قد تقدم.

(٦) أى فيحرم على الولي أن يزوج أم الموطوء و أخته و ابنته من الواطئ الصغير.

(٧) أى بعد البلوغ.

(٨) أى بالواطئ البالغ.

(٩) أى بسبب الإيقاب.

(١٠) و هو أصاله عدم التحريم المؤبد أو استصحاب الحل، هذا و قد نقل عن الشيخ أنه حكى عن بعض الأصحاب التحريم على الموطوء أيضا، و مأخذه غير ظاهر إلا- احتمال رجوع الضمير فى الأخبار لكل من الفاعل و المفعول، و فيه: أن المسئول عن حكمه فى الأخبار هو الواطئ فالحكم بالتحريم يكون راجعا عليه، و الضمير إليه، نعم تبه الشارح بقوله (عندنا) على خلاف أحمد حيث حرم على الموطوء أم الفاعل و بنته.

(١١) بالمفعول.

(١٢) تعلق التحريم.

(١٣) من الفاعل و المفعول.

(١٤) لو عقد المحرم لنفسه على امرأه عالما بالتحريم حرمت عليه أبدا، و لو كان جاهلا لم تحرم-

ص: ٣٠٢

بفرض، أو نفل (١)، بحج، أو عمره بعد إفساده (٢) و قبله (٣) على أنثى (٤) (عالمًا بالتحريم حرمت أبدأ بالعقد) و إن لم يدخل (و إن جهل) التحريم (لم تحرم و إن دخل بها)، لكن يقع عقده فاسدًا (٥)، فله العود إليه (٦) بعد الإحلال.

هذا هو المشهور، و مستنده روايه زراره عن أبي عبد الله عليه السلام الداله بمنطوقها على حكم العلم، و بمفهومها على غيره (٧)، و هو (٨) معتضد -عليه و إن دخل و لكن يفسد عقده للإحرام على المشهور، و مستنده ما رواه زراره بن أعين و داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: (و المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لم تحل له أبداً) (١).

فمنطوقها دال على التحريم في صورة العلم و إن لم يدخل، و مفهومها دال على عدم التحريم في صورة الجهل و إن دخل.

هذا و قال الشارح في المسالك: (و منهم من اقتصر على صورة العلم كالمفيد و قوفا مع الروايه، و منهم من أطلق التحريم من غير فرق بين العالم و غيره كسائر و الصدوق، و جماعه أطلقوا التحريم مع العلم و مع الدخول في حاله الجهل منهم ابن إدريس، و قوّه فخر الدين في شرحه إلى غير ذلك من الاختلافات، و ليس في الباب من النصوص سوى ما ذكرناه) انتهى، و ما ذكره هو خبر زراره و داود المتقدم.

(١) قال الشارح في المسالك: (و اعلم أنه لا فرق بين إحرام الحج و العمره في ذلك، و لا بين الفرض و النفل، و لا بين كونه عن نفسه و غيره، و لا -بين كون المعقود عليه محرماً و عدمه، و لو انعكس الفرض بأن كانت الزوجه محرمة و الزوج محلاً فالأصل يقتضى عدم التحريم، إذ لا -نص هنا، و في بعض عبارات الأصحاب ما يدل على التسويه بين الأمرين، و على كل تقدير يقع العقد فاسدًا) انتهى.

(٢) أى إفساد العمل.

(٣) أى قبل الإفساد.

(٤) متعلق بقوله (لو عقد المحرم).

(٥) بسبب إحرامه.

(٦) إلى العقد.

(٧) أى غير العلم.

(٨) أى المفهوم الدال على عدم التحريم في صورة الجهل.

ص: ٣٠٣

بالأصل (١) فلا يضر ضعف دلالته (٢). ولا تحرم الزوجه (٣) بوطنها (٤) فى الإحرام مطلقا (٥).

السابعه: لا يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر

(السابعه: لا- يجوز للحر أن يجمع زياده على أربع حرائر (٦)، أو حرتين و أمتين (٧)، (١) إذ الأصل عدم التحريم المؤبد و استصحاب الحل.

(٢) أى دلالة المفهوم، و هو مفهوم اللقب، و حاول بعضهم إثبات أنه مفهوم الشرط و هو ضعيف إذ الشرط داخل على التزوج و ليس على العلم.

(٣) أى زوجه المحرم.

(٤) كفعل.

(٥) سواء كان الإحرام لفرض أم نفل، بحج أو عمره، عالما كان أو جاهلا، للأصل بعد كون النص الوارد فى التحريم المؤبد ظاهرا فى العقد.

(٦) بلا خلاف فيه بين علماء الإسلام، و فى الجواهر دعوى الضروره من الدين عليه، و ما عن طائفه من الزيديه من جواز نكاح تسع لم يثبت، بل المحكى عن مشايخهم البراءه من ذلك، و يدل عليه قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ (١)** بدعوى أن الأمر فيه للإباحه، و مقتضى إباحه الأعداد المخصوصه تحريم ما زاد عليها، إذ لو كان مباحا لما خصّ الجواز بها لمنافاته للامتنان، و لجملة من الأخبار

منها: صحيح زراره بن أعين و محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا جمع الرجل أربعا و طلق إحداهنّ فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدّه المرأه التى طلق، و قال: لا يجمع مائه فى خمس) (٢) و لما روته العامه عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال لفيلان بن سلمه لما أسلم و تحته عشر نسوه: (أمسك أربعا و فارق سائرهن) (٣).

(٧) لا- يجوز للحر أن يجمع بين أزيد من أمتين من النسوه الأربع بلا- خلاف فيه لصحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل له امرأه نصرانيه، له أن يتزوج عليها يهوديه؟ فقال:

إن أهل الكتاب مماليك للإمام، و ذلك موسّع منّا عليكم خاصه، فلا بأس أن يتزوج، قلت:

فإنه يتزوج عليهما أمه، قال عليه السلام: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء) (٤) -.

ص: ٣٠٤

- ٢-٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١.
- ٣-٣) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨١.
- ٤-٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢.

(أو ثلاث حرائر و أمه) (١) بناء على جواز نكاح الأمه بالعقد بدون الشرطين (٢)، و إلا لم تجز الزيادة على الواحده (٣)، لانتفاء العنت معها، و قد تقدم من المصنف اختيار المنع. و يبعد فرض بقاء الحاجه إلى الزائد على الواحده.

و لا فرق فى الأمه بين القنه، و المدبره، و المكاتبه (٤) بقسميها (٥)، حيث لم تؤد شيئا (٦)، و أم الولد، (و لا للعبد أن يجمع أكثر من أربع إماء أو حرتين (٧)، أو حره و أمتين، و لا يباح له ثلاث إماء و حره).

و الحكم فى الجميع اجماعى، و المعتقد بعضه كالحرة (٨) فى حق الإماء و كالعبد - ثم إن هذا مبنى على جواز نكاح الأمه اختيارا من دون الشرطين، و إلا عند من يعتبرهما فلا يجوز نكاح الثانيه لانتفاء خوف العنت بزواج الأولى، بل لا يجوز نكاح مطلق الأمه عند زواجه من الحره لانتفاء خوف العنت.

(١) بلا خلاف فيه و يعرف وجهه مما قد تقدم.

(٢) من عدم الطول و خوف العنت.

(٣) أى الواحده من الإماء.

(٤) كل ذلك لإطلاق الأدله المتقدمه.

(٥) المشروطه و المطلقه.

(٦) فالمطلقه إذا أدت شيئا فهى مبعضه، و سيأتى حكم المبعض.

(٧) بلا خلاف فيه للأخبار

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن العبد يتزوج أربع حرائر؟ قال عليه السلام: لا، و لكن يتزوج حرتين و إن شاء أربع إماء) (١)، و خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن المملوك ما يحلّ له من النساء؟ فقال: حرتان أو أربع إماء) ٢، و منه تعرف جواز الجمع بين حره و أمتين، لأن الحره بمنزله الأمتين بالنسبه للعبد كما يفهم من هذه النصوص، و يؤيده مرسل الفقيه (يتزوج العبد حرتين أو أربع إماء أو أمتين و حره) (٢).

و مما تقدم تعرف عدم جواز الجمع بين ثلاث إماء و حره، لأن الحره بمنزله الأمتين له، و لا يجوز له نكاح خمس إماء.

(٨) فهو كالحرف فى حق الإماء فلا يجوز له أزيد من أمتين، و هو كالعبد فى حق الحرائر فلا-

ص: ٣٠٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب نكاح العبيد حديث ١٠.

فى حق الحرائر، و المعتق بعضها كالحرة فى حق العبد، و كالأمه فى حق الحر (كل ذلك بالدوام، أما المتعه فلا حصر له على الأصح) (١).

-يجوز له أزيد من حرتين، للاحتياط، و كذا الأمه المبعّضه فهى كالحرة فى حق العبد، و هى كالأمه فى حق الحر، هذا هو مقتضى الاحتياط و قد يقال كما فى العروه بأن المرجع الاستصحاب و مقتضاه إجراء حكم العبد و الأمه عليهما، فالحر له أن يتزوج اثنتين من المبعضات، و للعبد أن يتزوج أربعاً منهن.

(١) فتجوز المتعه و لو على ألف على المشهور للأخبار

منها: موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (ذكرت له المتعه أ هى من الأربع؟ فقال عليه السّلام: تزوج منهن ألفاً فإنهن مستأجرات) (١)، و صحيحه الآخر (قلت: ما يحلّ من المتعه؟ قال: كم شئت) ٢، و خبر أبى بصير (سئل أبو عبد الله عليه السّلام: عن المتعه أ هى من الأربع؟ قال: لا و لا من السبعين) ٣، و خبر إسماعيل ابن الفضل الهاشمى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المتعه، فقال: القى عبد الملك بن جريح فسله عنها، فإن عنده منها علماً، فلقيته فأملى علىّ شيئاً كثيراً فى استحلالها، و كان فيما روى لى فيها ابن جريح أنه ليس فيها وقت و لا عدد، إنما هى بمنزله الإمام يتزوج منهن كم شاء، و صاحب الأربع نسوه يتزوج منهن ما شاء بغير ولى و لا شهود) ٤، و صحيح ابن أذينة عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: كم يحلّ من المتعه؟ فقال: هن بمنزله الإمام) ٥.

و صريح الأخيرين عدم العدد فى ملك اليمين، و هو موضع وفاق بين المسلمين.

نعم فى موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المتعه، فقال: هى أحد الأربع) ٦، و فى صحيح أحمد بن محمد بن أبى نصر عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن الرجل تكون له المرأه هل يتزوج بأختها متعه؟ قال: لا، قلت: حكى زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: إنما هى مثل الإمام يتزوج ما شاء، قال: لا هى من الأربع) (٢).

و عن ابن البراج العمل بها مؤيداً بعموم الآيه فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع (٣) و هو شامل للمنقطع،

و فيه: أما الآيه فظاهره فى نكاح الدوام، و لا أقل من حملها على ذلك للأخبار المتقدمه التى لم تحصر المتعه بعدد، و أما الخبران فهما محمولان على الاستحباب أو التقيه كما يظهر من -

ص: ٣٠٦

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٢ و ٣ و ٧ و ٨ و ٦ و ١٠.

٢- (٧) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ١١.

٣- (٨) سورة النساء، الآيه: ٣.

للأصل (١)، و صحیحہ زرارہ قال: قلت: ما یحل من المتعہ. قال: «کم شئت»، و عن أبی بصیر قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المتعہ أهي من الأربع فقال: «لا و لا من السبعين»، و عن زرارہ عن الصادق عليه السلام قال: ذكرت المتعہ أهي من الأربع قال: «تزوج منهن ألفا فإنهن مستأجرات».

و فيه نظر: لأن الأصل قد عدل عنه بالدليل الآتي، و الأخبار المذكوره، و غيرها في هذا الباب ضعيفه، أو مجهوله السند أو مقطوعه (٢)، فإثبات مثل هذا الحكم المخالف للآيه الشريفه (٣)، و إجماع باقي (٤) علماء الإسلام مشكل. لكنه (٥) - صحيح البزنطي عن أبی الحسن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: اجعلوها من الأربع، فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط، فقال عليه السلام: نعم) (١)، و صحیحہ الآخر المروى في قرب الإسناد عن الرضا عليه السلام (سألته عن المتعہ - إلى أن قال - و سألته من الأربع هي؟ فقال: اجعلوها من الأربع على الاحتياط، قال: و قلت له: إن زرارہ حكى عن أبی جعفر عليه السلام: إنما هي مثل الإماء يتزوج منهنّ ما شاء، فقال: هي من الأربع) ٢.

و من المعلوم جعلها من الأربع احتياطاً من باب الحذر من اطلاع المخالفين، و إلا لا يتصور الأمر بالاحتياط من المعصوم عليه السلام إذا كان احتياطاً في الحكم.

هذا و الشارح هنا و في المسالك قد ناقش في أسانيد أخبار الجواز، و حكى عن المختلف أنه اقتصر في الحكم على مجرد الشهرة و لم يصرح بمختاره، و فيه: أما النصوص الداله على الجواز فهي مستفيضه و يعتضد بعضها ببعض فلا بأس بالعمل بها للوثوق بصدور بعضها على أن بعضها صحيح السند كصحيح زرارہ و موثقه المتقدمين، و قد عمل بها المشهور و هذا جابر لو هنها.

(١) الأصل عدم الحصر في عدد معين.

(٢) و قطعها لا- يضر لأن زرارہ لا يضمّر عن غير المعصوم عليه السلام، و هي موصوفه بالصحة بالنظر إلى باقي السند مع عدا القطع.

(٣) حيث قد دلت الآيه بعمومها على حصر النكاح الشامل للمتعه بعدد معين.

(٤) من الشيعه و العامه على أنه لا- يجوز للرجل أن يجمع بالنكاح زياده على أربع نسوه في الجملة، و إن لم تقل العامه بأصل جواز المتعہ.

(٥) أي الحكم بعدم حصر المتعہ.

ص: ٣٠٧

مشهور، حتى أنّ كثيرا من الأصحاب لم ينقل فيه خلافا، فإن ثبت الإجماع كما ادعاه ابن إدريس، وإلا فالأمر كما ترى.

و نبه بالأصح على خلاف ابن البراج حيث منع في كتابيه من الزيادة فيها (١) على الأربع، محتجا بعموم الآيه، و بصحيحه أحمد بن أبي نصر عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام قال: سألته عن الرجل تكون عنده المرأه أ يحل له أن يتزوج بأختها متعه قال: «لا» قلت: حكى زراره عن أبي جعفر عليه السّلام إنما هي مثل الإماء يتزوج ما شاء قال: «لا، هن من الأربع» و قد روى عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام في المتعه قال: «هي إحدى الأربع».

و أجيب (٢) بأنه محمول على الأفضل و الأحوط (٣) جمعا بينهما و بين ما سبق، و لصحيحه أحمد بن أبي نصر عن الرضا عليه السّلام قال: قال أبو جعفر عليه السّلام:

«اجعلوهن من الأربع» فقال له صفوان بن يحيى: على الاحتياط قال: «نعم».

و اعلم أن هذا الحمل يحسن لو صح شيء من أخبار الجواز لا مع عدمه (٤)، و الخبر الأخير (٥) ليس بصريح في جواز مخالفه الاحتياط (٦).

و في المختلف اقتصر من نقل الحكم على مجرد الشهره و لم يصرح بالفتوى.

و لعله لما ذكرناه (٧)، (و كذا) لا حصر للعدد (بملك اليمين إجماعا) (٨) و الأصل فيه قوله تعالى: **إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ** أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٩).

(١) في المتعه.

(٢) أي ابن البراج.

(٣) قد عرفت أنه محمول على التقيه من باب الاحتياط حذرا من اطلاع المخالفين.

(٤) أي مع عدم صحه شيء من أخبار الجواز.

(٥) و هو صحيح أحمد بن أبي نصر الدال على جعل المتعه من الأربع احتياطا.

(٦) و قد عرفت أنه لا يعقل صدور الاحتياط من المعصوم عليه السّلام بالنسبه إلى الحكم.

(٧) من عدم صحه شيء من أخبار الجواز فلذا توقف.

(٨) قد تقدم البحث فيه في ضمن بحث عدم حصر المتعه السابق.

(٩) المؤمنون الآيه: ٦، و الآيه عامه تشمل كل عدد.

هذا فى ملك العين، أما ملك المنفعه كالتحليل (١) فى الحاقه (٢) به (٣) نظر.

(١) يجوز للمولى تحليل أمته لغيره للأخبار

منها: خبر الفضيل بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهى له حلال، فقال: نعم) (١)، و خبر حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يحل فرج جاريته لأخيه فقال: لا بأس بذلك) (٢) و مثلها غيرها.

نعم فى الخلاف و السرائر إرسال القول عن بعض أصحابنا بالمنع منه، بل فى كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار و يؤيده مضمرة على بن يقطين (سألته عن الرجل يحل فرج جاريته، قال: لا أحب ذلك) (٣) و مثله غيره، و هو غير صالح لمعارضته ما تقدم فضلا عن عدم ظهوره فى المنع.

و قد وقع بينهم الخلاف من أن التحليل المذكور هل هو عقد نكاح كما عن المرتضى أو تمليك منفعه كما عن المشهور أو تمليك انتفاع كما يظهر من جامع المقاصد، أو أنه إباحه و إذن فى الانتفاع كما هو رأى بعض المتأخرين و هو الذى يستفاد من النصوص المتقدمه.

و قد توهم أن عصمه الفرج عن الاستمتاع لكل أحد ثابتة، و لا يجوز الاستمتاع به إلا بالعقد أو الملك لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ، فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (٢)، و من المعلوم انتفاء الطلاق و المهر و المده و غير ذلك من لوازم عقد النكاح عن هذا التحليل فيتعين أنه تمليك منفعه و هو مستند الشهور.

و قد يتوهم أنه لا ملكيه للرقبه فى هذا التحليل و لا ملكيه للمنفعه أيضا فيتنفى ملك اليمين فيتعين أنه عقد نكاح و لعل هذا هو دليل المرتضى و قد عرفت أن الدليل قد دل على أن التحليل هو إذن و إباحه فى الانتفاع، و يكون هو المخصص للآيه الداله على جواز الاستمتاع بالفرج بالعقد أو الملك، إلا أن يكون المراد من ملك اليمين فى الآيه ما يشمل التحليل المذكور ثم لا خلاف فى عدم الحصر فى التحليل فيجوز و لو إلى ألف سواء قلت بأن التحليل تمليك أم عقد أم إباحه و إذن لأن ما دل على النهى عن الزيادة على الأربع ظاهر فى النكاح الدائم فقط.

(٢) أى إلحاق ملك المنفعه.

(٣) بملك العين.

ص: ٣٠٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١ و ٢ و ٧.

٢- (٤) سورة المؤمنون، الآيه: ٥ و ٦ و ٧.

من الشك (١) فى اطلاق اسم ملك اليمين عليه (٢). و الشك (٣) فى كونه عقدا (٤) أو إباحه (٥).

و الأقوى إلحاقه به (٦)، و به (٧) جزم فى التحرير.

الثامنه: إذا طلق ذو النصاب

(الثامنه: إذا طلق ذو النصاب) الذى لا يجوز تجاوزه، واحده (٨)، أو أكثر طلاقا (رجعيا لم يجز له التزويج دائما (٩) حتى تخرج المطلقة (من العده) (١٠)، لأن (١) دليل عدم الإلحاق.

(٢) على ملك المنفعه.

(٣) دليل ثان لعدم الإلحاق.

(٤) فلا تجوز الزيادة فيه لعموم الآيه بناء على مختار الشارح.

(٥) فتجوز الزيادة، لأن حرمه الزيادة مختصه بالعقد.

(٦) أى إلحاق ملك المنفعه بملك العين.

(٧) أى بالإلحاق.

(٨) من نسائه.

(٩) لأنه لا حصر فى المتعه.

(١٠) إذا كان عنده أربع فطلق واحده منهن و أراد نكاح الخامسة فإن كان الطلاق رجعيا لا يجوز له ذلك إلا بعد خروج المطلقة من العده، بلا خلاف فيه، لأن الرجعيه بحكم الزوجه و من ثمّ لزمّت نفقتها و جازت رجعتها بمجرد الفعل كالاستمتاع، و قد استفاضت النصوص بأنها بحكم الزوجه كخبر محمد بن مسلم (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل طلق امرأته واحده ثم راجعها قبل أن تنقضى عدتها و لم يشهد على رجعتها، قال: هى امرأته ما لم تنقض العده) (١)، و للأخبار الخاصه

منها: موثق على بن أبى حمزه (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يكون له أربع نسوه فيطلق إحداهن أيتزوج مكانها أخرى؟ قال: لا حتى تنقضى عدتها) (٢)، و قد حملت على الرجعيه جمعا بينها و بين ما سياتى.

و إن كان الطلاق بائنا فيجوز له ذلك بمجرد الطلاق و قبل الخروج عن العده لانقطاع العصمه بينهما و يشهد لذلك ما ورد من أخبار فى زواج الأخت بعد تطليق أختها.-

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٢.

المطلقة رجعيا بمنزله الزوجه، فالنكاح الدائم زمن العده بمنزله الجمع زائدا على النصاب، (و كذا) لا يجوز له تزويج (الأخت) أى أخت المطلقة رجعيا (دائما و متعه) و إن كانت المطلقة واحده (١)، لأنه يكون جامعا بين الأختين (٢).

(و لو كان) الطلاق (بائنا جاز) تزويج الزائده (٣) على النصاب و الأخت، لانقطاع العصمه (٤) بالبائن، و صيرورتها (٥) كالأجنبيه، لكن على (كراهيه شديده)، لتحرمها بحرمة الزوجيه، و للنهي عن تزويجها مطلقا (٦) فى صحيحه زراره عن الصادق عليه السّلام قال: إذا جمع الرجل أربعا فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عده المرأه التى طَلقت، و قال: لا يجمع ماءه فى خمس (٧). و حمل النهى على الكراهه جمعا (٨).

-منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أ يحلّ له أن يخطب أختها من قبل أن تنقضى عده المختلعه؟ قال: نعم قد برئت عصمتها منه، و ليس له عليها رجعه) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طلق امرأه أو اختلعت أو بانت أ له أن يتزوج بأختها؟ فقال عليه السّلام: إذا برئت عصمتها و لم يكن له عليها رجعه فله أن يخطب أختها) (٢)، و موردها الجمع بين الأختين و لكن يتعدى منه إلى مقامنا لعدم الخصوصيه بعد حرمة زواج الخامسة كما تحرم زواج أخت الزوجه.

(١) بحيث لا تكون له زوجة إلا واحده.

(٢) قد تقدم البحث فيه سابقا.

(٣) قبل خروج المطلقة عن عدتها.

(٤) أى عصمه الزوجيه، و انقطاعها بالطلاق.

(٥) أى المطلقة البائنه.

(٦) سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، و الضمير فى (تزوجها) راجع إلى الزائده عن النصاب.

(٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ١، و مثله غيره من الأخبار كموثق على بن أبى حمزه المتقدم.

(٨) و قد عرفت أنه محمول على العده الرجعيه جمعا و لا داعى للكراهه أبدا خصوصا مع التصريح بكون النهى للرجعيه فى أخبار زواج أخت الزوجه المتقدمه.

ص: ٣١١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب العدد حديث ٢.

(التاسعة: لا تحل الحره على المطلق ثلاثا) (١).

(١) لو طلقت الحره ثلاثا لم ينكحها بينهما زوج آخر حرمت على المطلق حتى تنكح دواما زوجا غيره بلا خلاف في ذلك لقوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (١)**، و للأخبار:

منها: صحيح أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المرأه التي لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره، قال: هي التي تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه، فهي التي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره و يذوق عسيلتها) (٢)، و صحيح ابن بزيع عن الرضا عليه السلام (البكر إذا طلقت ثلاث مرات و تزوجت من غير نكاح فقد بانت منه و لا تحل لزوجها حتى تنكح زوجا غيره) (٣)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأه طلقها زوجها ثلاثا قبل أن يدخل بها، قال: لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره) (٤)، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبي إبراهيم عليه السلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالثه، قال عليه السلام: تبين منه و لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره) (٥)، و مقتضى هذه الأدله حرمة المطلقه ثلاثا على المطلق دواما و متعه، و مقتضاها عدم الفرق بين كون الطلاق طلاقا عديا أو سنيا، خلافا لابن بكير حيث خصها بكون الطلاق عديا و إلا- حلت لزوجها من دون محلل و لو ألف مره و سيأتي تفصيله في كتاب الطلاق ثم لا تحل له حتى ينكحها زوج آخر بالدوام و لا تكفى المتعه في الحلبي بلا خلاف فيه للأخبار

منها: خبر الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فتزوجها رجل متعه أ تحل للأول؟ قال عليه السلام: لا، لأن الله تعالى يقول: **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فإن طلقها، و المتعه ليس فيها طلاق**) (٤).

و سيأتي التعرض لهذه الأحكام و غيرها من أحكام هذه المسأله في كتاب الطلاق، ثم إن الحكم المذكور بتحريم المطلقه ثلاثا ثابت للحره سواء كانت تحت حر أم عبد، بلا خلاف-

ص: ٣١٢

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩-٢٣٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٣ و ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

يتخللها رجعتان (١)، أى أنواع الطلاق كان (٢) (إلا بالمحلل (٣)، و إن (٤) كان المطلق عبداً)، لأن الاعتبار فى عدد الطلقات (٥) عندنا بالزوجه (٦) (و لا تحل الأمه المطلقه اثنتين) كذلك (٧) (إلا بالمحلل، و لو (٨) كان المطلق حراً) لآيه (٩).

فيه بيننا، لأن الأخبار المتقدمه قد جعلت العبره بعدد الطلقات للنساء لا للرجل، و حينئذ فإذا استكملت الأمه طلقتين لم يتخلل بينهما نكاح رجل آخر حرمت على المطلق حتى تنكح زوجا غيره و لو كانت تحت حر بلا خلاف فيه أيضا و للأخبار

منها: صحيح العيص قال: (إن ابن شبرمه قال: الطلاق للرجل، فقال أبو عبد الله عليه السلام: الطلاق للنساء، و تبيان ذلك أن العبد يكون تحته الحره فيكون تطليقها ثلاثا، و يكون الحر تحته الأمه فيكون طلاقها تطليقتين) (١)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن حر تحته أمه، أو عبد تحته حره، كم طلاقها و كم عدتها؟ فقال: السنه فى النساء فى الطلاق، فإن كانت حره فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثه أقرء، و إن كان حر تحته أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن طلاق الأمه، قال: تطليقتان) (٣) و مثلها غيرها.

كل ذلك خلافا للعامه حيث جعلوا الاعتبار بالزوج فإن كان حرا اعتبر الطلاق ثلاثا و إن كانت تحته أمه، و إن كان عبدا اعتبر الطلاق مرتين و إن كانت حر تحته حره.

(١) و لو كانت الرجعه بعقد جديد أو فى أثناء العده.

(٢) عديا أو سنيا.

(٣) أى زوج آخر بعقد دائم مع ذوق عسيلتها إلى آخر الشرائط المذكوره فى باب الطلاق.

(٤) وصلية.

(٥) أى عدد الطلقات المحرّمه.

(٦) لا بالزوج كما عند العامه.

(٧) أى يتخللها رجعه و لو كانت الرجعه بعقد جديد، و مهما كان نوع الطلاق عديا أو سنيا، خلافا لابن بكير فاعتبر كون الطلاق عديا و إلا حلت لزوجه من دون محلل و لو ألف مره، و سيأتى تفصيله فى كتاب الطلاق.

(٨) وصلية.

(٩) و هى قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ - إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى -**

ص: ٣١٣

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٤.

و الروايه (١) (إما المطلقه تسعا للعهده) (٢).

-تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١).

(١) قد تقدم بعضها

و منها: أيضا: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (طلاق المرأه إذا كانت عند مملوك ثلاث تطليقات، و إذا كانت مملوكه تحت حر فتطليقتان) (٣)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان) (٤).

هذا و قد علّق الشارح هنا بقوله: (فيه لف و نشر مرتب، أى دليل اعتبار الثلاث فى الحره إطلاق الآيه المتناول للزوج الحر و العبد، و لكن طلاق المطلقه مقيد بالحره لروايه أبي بصير عن الصادق عليه السلام، و دليل اعتبار الطلقتين فى الأمه مع مطلق الزوج روايتنا محمد بن مسلم و الحلبي عن الباقر و الصادق عليهما السلام، قال: طلاق الحره إذا كانت تحت العبد ثلاث تطليقات، و طلاق الأمه إذا كانت تحت الحر تطليقتان.

و العامه جعلوا الاعتبار بالزوج فإن كان حرا اعتبر الطلاق ثلاثا و إن كانت الزوجه أمه، و إن كان عبدا ثبت التحريم بعد طلقتين و إن كانت الزوجه حره) انتهى كلامه.

هذا و قد تقدم عرض روايات محمد بن مسلم و الحلبي و أبي بصير، و من جهه أخرى ما أورده فى هذه الحاشيه هو متن خبر الحلبي المتقدم.

(٢) المطلقه تسعا للعهده، بعد أن ينكحها رجلا، و احد بعد الثالثه و آخر بعد السادسه فإنها تحرم على المطلق أبدا بلا خلاف فيه للأخبار

منها: خبر زراره و داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (الملاعنه إذا لاعنها زوجها لم تحلّ له أبدا، و الذى يتزوج المرأه فى عدتها و هو يعلم لا تحلّ له أبدا، و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره ثلاث مرات لا تحلّ له أبدا، و المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لا تحلّ له أبدا) (٣)، و خبر إبراهيم بن عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عن أبيه جعفر بن محمد عليهم السلام (سئل أبي عليه السلام عما حرّم الله عز و جل من الفروج فى القرآن، و عما حرّم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى سنته، قال: - إلى أن قال -

ص: ٣١٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩-٢٣٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤ و ٣ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

و المراد به (١) أن يطلقها على الشرائط (٢) ثم يراجع في العده و يطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العده و يطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها (٣) بعد أن يطأها فيتزوجها الأول (٤) بعد العده و يفعل كما فعل -و تزويج الرجل امرأه قد طلقها للعهده تسع تطليقات(١)، و خبر المعلّى بن خنيس عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يراجع، ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض، قال عليه السّلام: له أن يتزوجها أبدا ما لم يراجع و يمس)(٢)، و الأخير صريح في عدم الحرمة الأبدية إذا كان الطلاق بغير طلاق العده و لو تجاوز التسع.

هذا و المراد من طلاق العده أن يطلقها بالشرائط ثم يراجع في العده فيطأ، ثم يطلق في طهر آخر، ثم يراجع في العده فيطأ، ثم يطلق الثالثه فينكحها بعد عدتها زوج آخر، ثم يفارقها بعد أن يطأها، فيتزوجها الأول بعد العده من الثاني، و يفعل كما فعل أولا، إلى أن يكمل لها تسعا كذلك يتخلل بينها نكاح رجلين فتحرم في التاسعه مؤبدا، و هي المسماة بالمطلقه تسعا بالطلاق العدى، و في قبالة الطلاق السننى، و هو أن يطلقها بعد وطئها فيتركها حتى تخرج من العده ثم يعقد عليها و يطأ، ثم يطلقها فتخرج من العده، ثم يعقد عليها فيطأ، ثم يطلقها ثلثه فتحرم عليه حتى تنكح زوجها غيره، فإن نكحت فتحلّ للأول، و لا تحرم عليه مؤبدا في التاسع لما تقدم من خبر المعلّى.

و من هنا تعرف أن العدى و السننى هما من أقسام الطلاق و كلاهما سننى بالمعنى الأعم، و السننى في قبالة العدى هو بالمعنى الأخص، و تعرف أن العدى لا بد فيه من كون الطلاق رجعيا و يرجع في العده و يواقع، و السننى أن يطلق و يترك حتى تخرج من العده سواء كان الطلاق بائنا أم رجعيا ثم يرجع بعقد جديد.

(١) بالطلاق العدى.

(٢) أى شرائط الطلاق.

(٣) أى الزوج الآخر.

(٤) أى الزوج الأول.

ص: ٣١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٣.

أولاً (١) إلى أن يكمل لها تسعا كذلك (٢)، (ينكحها رجلاً) بعد الثالثة و السادسة (فإنها تحرم أبداً) (٣)، و إطلاق التسع للعدة مجاز (٤)، لأن الثالثة من كل ثلاث ليست للعدة (٥)، فإطلاقه عليها (٦) إما إطلاقاً لا سماً الأ-كثر على الأقل (٧) أو باعتبار المجاوره.

و حيث كانت النصوص و الفتاوى مطلقه (٨) في اعتبار التسع للعدة في (١) بأن يطلقها ثلاثاً بالطلاق العدى.

(٢) أى بالطلاق العدى.

(٣) و غيرها لا تحرم مؤبداً، بل تحرم في الثالثة حتى ينكحها زوج غيره.

(٤) لأن الطلاق الثالث من كل ثلاثه ليس للعدة بل للسنة، فإطلاق العدى على التسع مجاز، إما من باب تسميه الكل باسم الجزء الغالب، لأن الطلاق العدى منها ستة، و إما من باب المجاوره لأن الثالث و هو طلاق سنّى مجاور لطلاقين عديين و هما الأول و الثانى، و كذا السادس بالنسبه للرابع و الخامس، و التاسع بالنسبه للسابع و الثامن.

(٥) بل يقع بائناً لا يجوز فيه الرجوع حتى تنكح زوجا غيره، مع أنه يشترط فى الطلاق العدى أن يكون رجعياً.

(٦) أى إطلاق العدى على التسع.

(٧) من باب تسميه الكل باسم الجزء الغالب.

(٨) طرح الشارح هنا و فى المسالك فرعا بناء على الحرمة الأبدية للمطلقه تسعا بالطلاق العدى، و تحريره هل يشترط التوالى فى التسع للعدة فى التحريم المؤبد مع اغتفار الثالثه التى قد عرفت أنها طلاق بائن، أو لا يشترط التوالى فلو طلق الأولى للعدة و الثانية للسنة ثم وقع الطلاق الثالث المحرم، فنكحت زوجا غيره و هكذا فلا تكتمل التسع للعدة إلا فى الطلاق الخامس و العشرين، بناء على كون التحريم المؤبد بتسع تطليقات للعدة، و أما بناء على كفايه الست تطليقات للعدة كما فى صورته التوالى، فيكفى فى صورته التفرق الطلاق السادس عشر، إذا كان الأول عدياً و الثانى سنياً من كل دور.

و قد ذهب الشارح إلى اختصاص الحرمة الأبدية فيما لو وقع فى كل دور اثنان للعدة مع اغتفار الثالث من باب الاقتصار على ما خالف الأصل على مورد اليقين، إذا الأصل عدم الحرمة الأبدية، و النصوص الواردة فى الحرمة الأبدية محموله على القدر المتيقن و قد عرفت أنه ما تقدم من صورته التوالى.

و أما صورته التفرق سواء قلنا بلا بديهه إكمال التسع للعدة أم بكفايه الست للعدة فتبقى على الأصل من عدم الحرمة الأبدية، نعم يوجب الحرمة المرفوعه بالمحل فى كل ثلاث. -

التحريم المؤبد كان (١) أعمّ من كونها (٢) متواليه (٣) و متفرقه (٤)، فلو اتفق (٥) فى كل ثلاث (٦) واحده للعهده اعتبر فيه (٧) اكمال التسع كذلك (٨).

لكن هل يغتفر منها الثالثه مع كل ثلاث (٩)، لاغتفارها (١٠) لو جامع (١١) الاثنتين (١٢) للعهده فيكفى وقوع الست للعهده، أو يعتبر اكمال التسع للعهده حقيقه (١٣)، يحتمل الأول (١٤)، لأنه (١٥) المعتبر عند التوالى (١٦)، ولأن الثالثه لم -هذا و يمكن دعوى أن النصوص ظاهره فى اعتبار التوالى المذكور، لا أنها محموله على ذلك من باب القدر المتيقن فيما خالف الأصل.

(١) أى الإطلاق.

(٢) أى كون التسع.

(٣) بأن يقع اثنان للعهده و الثالث بائن و لا بد من محلّ و هكذا إلى التاسع، و إطلاق العدى على الجميع مجاز، و لذا صح اعتبار التوالى فى هذه الصوره.

(٤) فيما لو وقع العدى فى أول كل دور من الثلاثه.

(٥) بيان لصوره التفرق.

(٦) من التطبيقات.

(٧) أى اعتبر فى التحريم.

(٨) أى بالشرائط المذكوره فى الطلاق العدى.

(٩) فيكفى ست تطبيقات للعهده و لو تفرقت، و عليه فيكفى الطلاق السادس عشر فيما لو كان العدى هو أول الثلاث من كل دور، و يكفى السابع عشر فيما لو كان العدى هو ثانى الثلاث من كل دور.

(١٠) أى اغتفار الثالثه.

(١١) ضمير الفاعل فيها راجع إلى الثالثه.

(١٢) أى التطبيقاتتان للعهده و هما الأولى و الثانيه من كل دور.

(١٣) فى صوره التفرق و لا تتم التسع للعهده فى هذه الصوره إلا بالطلاق الخامس و العشرين، إذا كان العدى أول الدور من كل ثلاث، أو السادس و العشرين إذا كان العدى ثانى الدور من كل ثلاث.

(١٤) و هو اغتفار الثالثه من كل دور فيكفى وقوع الست للعهده فى صوره التفرق.

(١٥) أى وقوع الست.

(١٦) ففى صوره التفرق أولى.

ص: ٣١٧

يتحقق اعتبار كونها للعدده (١) و إنما استفيد من النص (٢) التحريم بالست الواقعه لها (٣)، فيستصحب الحكم (٤) مع عدم التوالى.

و الثانى (٥)، لأن اغتفار الثالثه ثبت مع التوالى على خلاف الأصل (٦)، فإذا لم يحصل (٧) اعتبرت الحقيقه (٨)، خصوصاً مع كون طلقه العده هى الأولى خاصه (٩)، فإن علاقته (١٠) المجاز منتفيتان عن الثالثه (١١)، إذ لا- مجاوره لها (١٢) للعديه، و لا أكثرية لها (١٣).

بخلاف ما لو كانت العديه هى الثانيه فإن علاقته المجاوره موجوده (١٤).

و الثانى (١٥) أقوى، فإن كانت العديه هى الأولى (١٦) تعلق التحريم بالخامسه (١) فى صورته التوالى.

(٢) و هى الأخبار المتقدمه.

(٣) أى للعدده.

(٤) من الحرمة الأبديه.

(٥) أى و يحتمل الثانى و هو عدم اغتفار الثالثه من كل دور فى صورته التفرقة فلا بدّ من إكمال التسع حقيقه.

(٦) إذ الأصل عدم الاغتفار.

(٧) أى التوالى.

(٨) أى من دون اغتفار من باب الاقتصار فيما خالف الأصل الدال على عدم التحريم المؤيد على مورد اليقين، و مورده هو التوالى، ففى غيره لا اغتفار.

(٩) دون الثانيه من كل دور.

(١٠) و هما الأكثرية و المجاوره، و هذا تعليل لعدم اغتفار الثالثه فى صورته التفرقة إذا كان العدى أول الدور من كل ثلاث.

(١١) أما الأكثرية فواضح، و أما المجاوره فالثالثه لا تجاور الأولى بل تجاور الثانيه.

(١٢) للثالثه.

(١٣) للعديه.

(١٤) دون علاقته الأكثرية.

(١٥) و هو إكمال التسع للعدة حقيقه من دون اغتفار للثالثه.

(١٦) من كل دور.

ص: ٣١٨

و العشرين (١)، و إن كانت (٢) الثانيه فبالسادسه و العشرين. و يبقى فيه (٣) إشكال آخر، و هو أن طلاق العده حينئذ (٤) لا يتحقق إلا بالرجعه بعده و الوطء (٥)، فإذا توقف التحريم (٦) على تحقق التسع كذلك (٧) لزم تحريمها (٨) بعد الدخول (٩) فى الأخيره (١٠) بغير طلاق. و هو بعيد. و لو توقف (١١) على طلاق آخر بعده (١٢) و لم يكن (١٣) ثالثا لزم جعل ما ليس بمحرّم محرّما (١٤). و الحكم (١٥) بالتحريم بدون (١) بناء على إكمال التسع للعده حقيقه.

(٢) أى العديه.

(٣) أى فى التحريم المؤبد بالخامسه و العشرين.

(٤) أى حين كونها التاسع و هو المتحقق فى الخامس و العشرين.

(٥) أى الوطى بعد الرجوع ليكون طلاقا عديا، إذ قد عرفت سابقا انحصار العدى فى الطلاق الرجعى، مع أن هذا الخامس و العشرين يوجب الحرمة المؤبده القاضيه بعدم جواز رجوعه إليها و عدم جواز وطئها، و هذا خلف، لأن المفروض أن الخامس و العشرين هو طلاق عدىّ يجوز له الرجوع بل لا بد من الرجوع فيه و الوطى، و لو رجع و وطئ ليحقق كون الخامس و العشرين عديا لما كان هذا موجبا للتحريم المؤبد و لاستلزم التحريم حينئذ طلاقا آخر و هو على خلاف كون الخامس و العشرين الذى هو التاسع العدى هو الموجب للتحريم.

(٦) أى التحريم المؤبد.

(٧) أى للعده بكونها يرجع ثم يطأ.

(٨) أى تحريم المطلقه.

(٩) أى بعد الوطى و بعد الرجوع.

(١٠) أى فى الخامس و العشرين أو السادس و العشرين.

(١١) أى التحريم المؤبد.

(١٢) أى بعد الدخول و بعد الرجوع.

(١٣) أى و لم يكن الطلاق الآخر ثالثا من الدور الأخير، لأن الثالث هو ما قبله.

(١٤) لأن هذا الطلاق الأخير هو أول فى دوره، و ليس ثالثا فى الدور السابق فلا يوجب التحريم المؤبد و لا التحريم حتى تنكح زوجها غيره.

(١٥) أى و لزم الحكم بالتحريم المؤبد.

طلاق موقوف على التحليل (١)، و كلاهما (٢) بعيد. و ليس فى المسأله شىء يعتمد عليه، فالتوقف فيما خالف (٣) النص مجال (٤).

هذا كله حكم الحره، أما الأمه (٥).

(١) أى التحليل من نكاحها لزواج آخر، و المعنى للزم كون الطلاق الأخير و هو الأول فى دوره موجبا للتحريم المؤبد مع أنه لا يوجب التحريم الذى لا بد معه أن تنكح زوجها غيره، مع أن الموجب للتحريم المؤبد لا بد أن يكون ثالثا فى دوره و هو الذى يوجب التحليل بزواج آخر.

(٢) من جعل ما ليس بمحرّم محرما و من الحكم بالتحريم بدون طلاق موقوف على التحليل.

(٣) و المخالف هو صورته التفرقة.

(٤) و يرجع فيه إلى أصاله عدم الحرمة الأبدية نعم فى كل ثالث لا بد من محلل.

(٥) يستفاد من النصوص المتقدمه فى الحره أنها تحرم مؤبدا بشرطين: الأول: وقوع تسع للعدّه، الثانى: نكاح رجلين بينهما، و يستفاد من نصوص أخرى و قد تقدمت أن الأمه تحرم على المطلق حتى تنكح زوجها غيره بطلقتين، و عليه فهل التحريم المؤبد يتسع مختص بالحره فيتمسك فى الأمه بأصاله عدم التحريم المؤبد، بالإضافة إلى أن شرط التحريم المؤبد وقوع تسع للعدّه ينكحها بينها رجلان، و هو منتف فى الأمه، و هذا ما ذهب إليه صاحب الجواهر و جماعه أو أن التحريم المؤبد يشمل الأمه لعدم خصوصيه الحره فى الحكم، بل الحكم يدور مدار وقوع ثلاث تطليقات محرّمه حتى تنكح زوجها غيره، و عليه فهل يشترط وقوع تسع للعدّه حقيقه فى الأمه حتى تحرم مؤبدا، و هذا لا يتم إلا فى الطلاق الثامن عشر، لأن الأول للعدّه و الثانى بائن للسنة، لأن الأمه بالثانى تحرم على المطلق حتى تنكح زوجها غيره، و هكذا فلا يتم التاسع للعدّه إلا فى الثامن عشر، و دليل اشتراط التسع للعدّه هو الاستصحاب للحل و عدم التحريم المؤبد.

إن قلت: إنه يشترط فى التحريم المؤبد أيضا نكاح رجلين، و هنا يتحقق نكاح أكثر من رجلين، بل الواقع نكاح ثمانية رجال.

قلت: نكاح الزائد لا يضر بعد صدق نكاح الرجلين الذى هو الشرط الثانى ثم هل يشترط وقوع تسع للعدّه فى الأمه أو يكفى ست للعدّه، لأن الست للعدّه فى الأمه بمنزله التسع للعدّه فى الحره، بدليل أن كل طلقتين فى الأمه توجب التحريم الموجب للتحليل فى قبال ثلاث تطليقات فى الحره و يكون السادس للعدّه هو الحادى عشر و لا يقع التحريم المؤبد إلا فى الثانى عشر، أو أنه يكفى ست تطليقات فى الأمه مع كون الأولى من كل دور عديّه و الثانى سنیه، فتغتفر الثانیه و الرابعه و السادسه فى الأمه كما اغتفرت الثالثه و السادسه و التاسعه فى الحره. -

فقد عرفت أنها تحرم (١) بعد كل طلقين فلا يجتمع لها طلاق تسع للعدة مع نكاح رجلين (٢). و هما (٣) معتبران فى التحريم (٤) نسا و فتوى، فيحتمل تحريمها (٥) بست (٦)، لأنها قائمه مقام التسع للحره (٧) و ينكحها بينها (٨) رجلان.

و يحتمل اعتبار التسع (٩) كالحره استصحابا للحل إلى أن يثبت المحرّم، و لا يقدر نكاح أزيد من رجلين، لصدقهما (١٠) مع الزائد. و على التقديرين (١١) فيحتمل اعتبار العدد كله للعدة (١٢) اقتصارا فى المجاز (١٣) على المتحقق (١٤)، و الاكتفاء (١٥) فى كل اثنتين بواحدة للعدة (١٦)، و هى (١٧) الأولى (١٨) لقيامها مقام -احتمالات ثلاث لا يساعد النص على واحد منها، و مقتضى القواعد بعد عدم شمول النص للأمه عدم التحريم المؤبد.

(١) تحريما يوجب التحليل.

(٢) بل التسع للعدة لا تتم إلا فى سبعة عشر طلاق، و هذا يستدعى نكاح ثمانية رجال لها.

(٣) أى التسع للعدة مع نكاح رجلين.

(٤) أى التحريم المؤبد فى الحره.

(٥) أى تحريم الأمه تحريما مؤبدا.

(٦) أعم من كون جميعها للعدة أو لا.

(٧) لأن الست للأمه مشتمله على ثلاث تطبيقات موجهه للتحريم الموجب للتحليل، كالتسع فى الحره.

(٨) بين الست.

(٩) أى التسع للعدة.

(١٠) أى الرجلين.

(١١) من الست و التسع.

(١٢) أى يحتمل اعتبار كون العدد من الست و التسع للعدة فى صورته التفرقة.

(١٣) أى فى الجائر المغتفر.

(١٤) و هو توالى طلاقين عديين فى الحره مع اغتفار الثالث.

(١٥) أى و يحتمل الاكتفاء.

(١٦) على أن تكون الثانيه للسنة و هى التى توجب التحريم الموجب للتحليل فتغتفر الثانيه و الرابعه و السادسه فى الأمه، كما اغتفرت الثالثه و السادسه و التاسعه فى الحره.

(١٧) أى الواحده للعدده.

(١٨) لأن الثانيه سنیه موجبه للتحريم الموجب للتحليل.

ص: ٣٢١

الاثنين (١)، و لصدق المجاز (٢) فى اطلاق العديه على الجميع (٣) بعلاقه المجاوره.

فعلى الأول (٤) يعتبر اثنتا عشره تطليقه إذا وقعت الأولى من كل اثنتين للعهده (٥)، و على التسع ثمانى عشره (٦).

و يبقى الكلام فى الثانيه عشره و الثامنه عشره كما مر (٧).

و على الثانى (٨) يكتفى بالست (٩)، أو التسع (١٠).

و يحتمل فى الأمه عدم تحريمها مؤبدا مطلقا (١١)، لأن ظاهر النص أن مورده (١٢) الحره بقريته نكاح الرجلين مع التسع، فيتمسك فى الأمه بأصالة بقاء الحل، و لعدم اجتماع الشرطين فيها (١٣)، و للتوقف مجال.

(١) أى مقام تطليقتين للعهده فى الحره.

(٢) عطف على قوله (لقيامها)، و المراد بالمجاز هنا فى قبال الحقيقه.

(٣) أى جميع العدد.

(٤) من اعتبار العدد حقيقه.

(٥) بناء على كفايه الست، و تكون الأولى عديه و الثانيه سنيه، هذا بل يجب كفايه الحاديه عشره، لأن الحاديه عشره هى السادسة للعهده من دون لزوم طلاق سنى بعده حتى يوجب التحريم المؤبد.

(٦) بل على كفايه التسع فيتحقق فى السابعه عشر لا فى الثامنه عشر.

(٧) من أنهما لا يكونان للعهده إلا إذا رجع و وطأ، و مع الرجوع و الوطى فكيف يقع التحريم المؤبد من دون طلاق، و لو احتيج إلى طلاق بعده للزم جعل ما ليس بمحرّم محرّما، هذا و أما المحذور الآخر من الحكم بالتحريم المؤبد على الطلاق الآخر و هو لا- يوجب التحريم الموجب للتحليل، فمنفى لأن الطلاق الآخر هنا و هو الثانى عشر و الثامن عشر يوجب التحريم الموجب للتحليل.

(٨) من الاكتفاء فى كل طلقتين بواحد عديه.

(٩) مع اغتفار الثانيه و الرابعه و السادسه.

(١٠) هذا لا معنى له، بل احتمال التسع مبنى على كونه للعهده فى الجميع.

(١١) لا بالتسع و لا بالست فى صورته التفرق و اعتبار العدد حقيقه أو لا.

(١٢) مورد التحريم المؤبد.

(١٣) فى الأمه لأن اعتبار التسع مناف لكفايه نكاح الرجلين، لأن اعتبار التسع متوقف على نكاح أربعة رجال.

ص: ٣٢٢

(العاشرة: تحريم الملاعنه أبدا) و سيأتي الكلام (١) في تحقيق حكمها و شرائطها، (و كذا تحرم (٢) الصماء و الخرساء إذا قذفها زوجها بما يوجب اللعان) لو لا الآفه (٣). بأن يرميها بالزنا مع دعوى المشاهده، و عدم البينه، فلو لم يدع (١) في كتاب الطلاق.

(٢) بلا لعان.

(٣) أى لو لا- الصمم أو الخرس لكان القذف يوجب اللعان، هذا و لو قذف الزوج زوجته الصماء أو الخرساء بأن يرميها بالزنا فيثبت التحريم المؤبد بلا خلاف فيه للأخبار

منها: صحيح أبي بصير (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هى خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال عليه السلام: إن كان لها بينه فشهدت عند الإمام جلد الحد و فرق بينها و بينه ثم لا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهى حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه) (١)، و صحيح الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل قذف امرأته و هى خرساء، قال: يفرّق بينهما) ٢، و خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (فى المرأه الخرساء كيف يلاعنها زوجها، قال: يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا) ٣، و قد رواه الشيخ (فى المرأه الخرساء يقذفها زوجها) ٤ الخ... فالقذف هو رميها بالزنا مع دعوى المشاهده و عدم البينه، فلو رماها بالزنا مع دعوى المشاهده و وجود البينه لا تحرم حينئذ بل تحدّ للبينه، و كذا لو رماها بالزنا من دون دعوى المشاهده مع وجود البينه.

و أما لو رماها بالزنا مع عدم المشاهده و عدم البينه فلا حرمه، لأن المستفاد من أن المراد من القذف هو القذف الذى يوجب اللعان لو لا الآفه، و الذى يوجب اللعان هو القذف مع دعوى المشاهده لا بدونها قال تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (٢)، و عليه فمع عدم المشاهده يرجع إلى أصله عدم التحريم المؤبد إلى استصحاب الحلّ، نعم مع عدم المشاهده فالقذف موجب للحد عليه لقوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٣)، و منه تعرف ما لو قذفها بما يوجب اللعان لو لا- الآفه و كانت خرساء أو صماء فيثبت الحد عليه مع الحكم بتحريمها عليه، أما الحد فلاطلاق الآيه المتقدمه، و أما تحريمها عليه فللنصوص المتقدمه، و قد دلّ على الحد و التحريم صحيح أبي بصير المتقدم.

ص: ٣٢٣

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٢ و ١ و ٤ و ملحقه.

٢- (٥) سورة النور، الآيه: ٤.

٣- (٤) سورة النور، الآيه: ٤.

حدّ (١) و لم تحرم، و لو أقام بينه بما قذفها به سقط الحدّ عنه و التحريم (٢) كما يسقط اللعان (٣)، لأن ذلك (٤) هو مقتضى حكم القذف في ايجاب اللعان، و عدمه (٥)، و لا يسقط الحدّ (٦) بتحريمها عليه، بل يجمع بينهما (٧) إن ثبت القذف عند الحاكم، و إلاّ (٨) حرمت فيما بينه و بين الله تعالى و بقى الحدّ في ذمته على ما دلت عليه روايه (٩) أبى بصير التي هي الأصل (١٠) في الحكم، و إن كان المستند الآن الإجماع عليه (١١) كما ادعاه الشيخ (١٢) رحمه الله، و دلت الروايه أيضا على اعتبار الصمم و الخرس معا (١٣).

(١) أى فلو رماها بالقذف و لم يدع المشاهده حدّ حد القذف ثمانين جلده للآيه المتقدمه و لم تحرم عليه لعدم تحقق القذف الموجب للعان.

(٢) و يثبت عليها حد الزنا.

(٣) أى كما يسقط اللعان في غير الخرساء و الصماء.

(٤) أى سقوط الحد و التحريم و اللعان مع البينه هو مقتضى حكم القذف في غير الصماء و الخرساء، و فى الصماء و الخرساء لا لعان فمقتضى حكم القذف هو الحد و التحريم و يسقطان مع البينه.

(٥) أى عدم إيجاب اللعان.

(٦) أى حد القذف عن الزوج إذا قذف زوجته الخرساء و الصماء.

(٧) بين حد القذف عليه و بين تحريمها.

(٨) و إن لم يثبت القذف عند الحاكم.

(٩) و قد تقدمت.

(١٠) لأنها أكثر تفصيلا من صحيح الحلبي و محمد بن مسلم.

(١١) على التحريم فى الصماء و الخرساء لو قذفها زوجها.

(١٢) و ادعاه غيره أيضا، و فيه: إنه إجماع مدركى لا يلتفت إليه فالعمده على الأخبار.

(١٣) روايه أبى بصير المتقدمه قد تضمنت (و هي خرساء صماء)، و هي داله على اعتبار الأمرين معا لعدم العطف فيها و بهذا عبّر جماعه، إلا أن هذا تبعا للكافي، و فى التهذيب على ما قاله الشارح فى المسالك: (و هي خرساء أو صماء) و هي داله على اعتبار أحد الأمرين، و هو مذهب الأكثر، بل ادعى الإجماع فى الغنيه و السرائر على الاكتفاء بأحدهما، و يؤيد الاكتفاء بأحدهما تعلق الحكم بالخرساء فقط فى صحيح الحلبي و محمد بن مسلم و خبر محمد بن مروان المتقدمين.

فلو اتصفت (١) بأحدهما خاصة فمقتضى الروايه، و دليل الأصل (٢) عدم التحريم. و لكن أكثر الأصحاب عطفوا أحد الوصفين على الآخر بأو (٣) المقتضى للاكتفاء بأحدهما، و المصنف عطف بالواو، و هو (٤) يدل عليه (٥) أيضا، و لكن ورد الخرس وحده فى روايتين فالإكتفاء به وحده حسن. أما الصمم وحده فلا نصّ عليه بخصوصه يعتدّ به.

و فى التحرير استشكل حكم الصماء خاصه (٦) بعد أن استقرب التحريم، و لو نفى ولدها (٧) على وجه (٨) يثبت اللعان به (٩) لو كانت غير مئوفه، ففى ثبوت اللعان (١٠)، أو تحريمها به (١١) كالقذف وجهان: من مساواته (١٢) للقذف فى التحريم المؤبد (١٣) باللعان (١٤) فيساويه (١٥) بالمعلول الآخر (١٦).

(١) أى الزوجه المقدوفه.

(٢) و هو استصحاب الحل، أو أصاله عدم التحريم المؤبد.

(٣) كما هو مقتضى الروايه فى التهذيب.

(٤) أى العطف بالواو.

(٥) أى على الإكتفاء بأحدهما، لأن ظاهر العطف دال على المغايره.

(٦) و هو مبنى على اعتبار الأمرين.

(٧) أى ولد الخرساء أو الصماء.

(٨) و ذلك بادعاء كونه من الزنا.

(٩) بالنفى.

(١٠) و يكون نفى الولد فى الصماء و الخرساء كنفيه فى غيرهما موجبا للعان، غايته اللعان فى الصماء يكون بالإشاره.

(١١) أى تحريم الصماء بنفى الولد من دون إيجاب للعان كالقذف.

(١٢) دليل لعدم اللعان مع ثبوت التحريم المؤبد، و المعنى من مساواه نفى الولد للقذف فى غير الصماء و الخرساء، فى كونه موجبا للتحريم المؤبد، بسبب اللعان، فيساويه فى المعلول الآخر أى كونه غير موجب للعان فى الصماء و الخرساء فكما أن القذف فى الصماء و الخرساء لا يوجب اللعان فكذا نفى الولد.

(١٣) فى غير الصماء و الخرساء.

(١٤) أى بسبب اللعان.

(١٥) ضمير الفاعل لنفى الولد، و ضمير المفعول للقذف.

(١٦) و هو كونه محرما بدون اللعان فى غير الصماء و الخرساء.

ص: ٣٢٥

و دعوى (١) الشيخ فى الخلاف الاجماع على أنه لا لعان للصماء و الخرساء (٢).

و من عموم (٣) الآيه المتناول لكل زوجة، خرج منه (٤) قذفهما (٥) بالنص، أو الاجماع (٦) فيبقى الباقي (٧) داخلا فى عموم الحكم باللعان، و توقف (٨) التحريم عليه.

و لا يلزم من مساواه النفى القذف فى حكم (٩) مساواته (١٠) فى غيره (١١)، لأن الأسباب متوقفه على النص (١٢)، و الإجماع (١٣) إنما نقل على عدم لعانهما مع القذف (١٤) (١) دليل ثان لعدم اللعان مع ثبوت التحريم المؤبد.

(٢) و هو عام يشمل ما لو نفى ولدها.

(٣) دليل لثبوت اللعان، و الآيه هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحْسَبُهُمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (١)، و هى عامه تشمل كل زوجة قد رميت بالزنا قذفا أو بنفى ولدها، و خرج من العموم ما لو قذف الصماء و الخرساء فلا لعان فيبقى ما لو نفى عنها ولدها تحت هذا العموم الموجب للعان مع التحريم الثابت على اللعان.

(٤) من عموم الآيه بالحكم باللعان.

(٥) أى قذف الصماء و الخرساء.

(٦) لأن المستند على خروج المقذوفه من الصماء و الخرساء هو الإجماع عند الشارح على ما تقدم بيانه.

(٧) و منه ما لو نفى ولد الصماء أو الخرساء.

(٨) دليل ثان لثبوت اللعان، و المعنى أن التحريم المؤبد متوقف على اللعان، فلا بد منه حتى يثبت التحريم.

(٩) و هو التحريم المؤبد بسبب اللعان فى غير الصماء و الخرساء.

(١٠) أى مساواه النفى للقذف.

(١١) أى فى حكم آخر و هو التحريم المؤبد بغير لعان، بحيث كان قذف الصماء و الخرساء موجبا لذلك، فلا يكون النفى يوجب ذلك إلا بالنص و هو منتف.

(١٢) و هو منتف.

(١٣) المدعى من الشيخ فى الخلاف بعدم لعان الصماء و الخرساء.

(١٤) لا مطلقا حتى يشمل صورته نفى الولد.

كما صرح به (١) الشيخ فلا يلحق به (٢) غيره (٣).

و الظاهر أنه لا فرق هنا (٤) مع القذف بين دخوله بهما (٥)، و عدمه (٦) عملاً بالإطلاق (٧). أما نفى الولد فاشترطه (٨) حسن، و متى حرمت قبل الدخول (٩) فالأجل جود ثبوت جميع المهر لثبوته (١٠) بالعقد فيستصحب، و تنصيفه (١١) في بعض الموارد لا يوجب التعدى (١٢)، و ألحق الصدوق في الفقيه بذلك (١٣) قذف المرأة زوجها الأصم (١٤) فحكم بتحريمها عليه مؤبداً، حملاً (١٥) على قذفه لها، و هو مع غرابته (١٦) قياس لا نقول به (١٧).

(١) بالاختصاص بالقذف.

(٢) بالقذف.

(٣) من نفى الولد.

(٤) في المسألة من التحريم المؤبد بدون لعان.

(٥) بالصماء و الخرساء.

(٦) أى عدم الدخول.

(٧) أى إطلاق النصوص المتقدمه.

(٨) أى اشتراط الدخول.

(٩) عند القذف.

(١٠) أى ثبوت جميع المهر.

(١١) أى تنصيف المهر في الطلاق قبل الدخول.

(١٢) لأن تنصيفه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

(١٣) أى بقذف الزوج زوجته الخرساء أو الصماء.

(١٤) أى الأخرس كما في الجواهر.

(١٥) أى حملاً لقذفها له على قذفه لها.

(١٦) أى مع ندره القائل به.

(١٧) هذا مع أن دليل الصدوق ليس القياس بل روايه مرسله و هذا ما صرح به الشارح فى المسالك، و هى مرسله الحسن بن محبوب عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام (فى امرأه قذفت زوجها و هو أصم، قال: يفرق بينها و بينه، و لا تحلّ له أبدا) (١) غير أنها ضعيفه السند و لا جابر لها.

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

(الحادي عشر: تحريم الكافره غير الكتابيه) (١) و هي (٢) اليهوديه، و النصرانيه، و المجوسيه (٣) (على المسلم إجماعاً، و تحريم الكتابيه عليه (٤) دواما لا متعه و ملك يمين) على أشهر الأقوال (٥)، و القول الآخر الجواز مطلقاً (٦). و الثالث المنع مطلقاً (٧). و إنما (١) لا- يجوز للمسلم نكاح غير الكتابيه بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ (١)، و لقوله تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ (٢)، و للأخبار

منها: خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (في قوله تعالى: وَلَا تُمَسِّكُوا بَعْضَ الْكُوفِرِ، قال عليه السلام: من كانت عنده امرأه كافره، يعين على غير مله الإسلام و هو على مله الإسلام فليعرض عليها الإسلام فإن قبلت فهي امرأته، و إلا فهي بريه منه، فهي الله أن يستمسك بعصمتها) (٣) و مقتضى الأدله عدم جواز نكاحها دواما و متعه و ابتداء و استدامه.

(٢) أى الكتابيه.

(٣) و فيها بحث سيأتى.

(٤) على المسلم.

(٥) و هو المشهور بين المتأخرين و اختاره أبو الصلاح و هو ظاهر الشيخ فى المبسوط.

(٦) فى الدوام و المتعه و الملك و هو المنسوب إلى الصدوقين و ابن أبى عقيل، و قواه صاحب الجواهر.

(٧) فى الدوام و المتعه و الملك و هو مذهب المرتضى، و الشيخ فى أحد قوليهِ و المفيد كذلك، و الحلبي، و هناك أقوال أخرى منها: جواز نكاحها متعه اختياراً، و دائماً اضطراراً، و هو للشيخ فى النهايه و ابن حمزه و ابن البراج.

و منها: عدم جواز العقد متعه و دواما، و جواز ملك اليمين و هو للشيخ فى أحد قوليهِ، و نسب إلى المفيد. و منشأ الاختلاف ظاهر الآيات و الروايات.

فأدله المنع قوله تعالى: وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ (٤)، و الكتابيه مشرکه بدليل قوله تعالى: وَقَالَتِ الْيَهُودُ عَزِيزُ ابْنُ اللَّهِ، وَقَالَتِ النَّصَارَى الْمَسِيحُ ابْنُ اللَّهِ، ذَلِكَ قَوْلُهُمْ بِأَفْوَاهِهِمْ يُضَاهُونَ قَوْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ قَبْلُ، قَاتَلَهُمُ اللَّهُ أَنَّى يُؤْفَكُونَ، اتَّخَذُوا أخبارهم -

ص: ٣٢٨

١- (١) سورة الممتحنه الآيه: ١٠.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٧.

وَرُهبَانَهُمْ أَرْبَابًا مِنْ دُونِ اللَّهِ وَ الْمَسِيحَ ابْنَ مَرْيَمَ، وَ مَا أَمْرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا إِلَهًا وَاحِدًا، لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ سُبْحَانَهُ عَمَّا يُشْرِكُونَ (١).

و استدلل بقوله تعالى: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ (٢)، و هى شامله للكتابه.

و يعارضهما قوله تعالى: الْيَوْمَ أَحْلَلَّ لَكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ (٣)، و هى نص فى جواز نكاح الكتابه.

و قد قيل: إن لفظ الأجر ظاهر فى العوض للمؤجل، لأن العوض فى الدائم يسمى صداقا و نحله و فرضا فتختص الآية بجواز نكاح الكتابه بالمنقطع، و لكنه قول ضعيف إذا أطلق الأجر على العوض فى مطلق النكاح فى قوله تعالى: لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٤)، و فى قوله تعالى: فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَ آتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (٥).

هذا و هناك جملة من الأخبار قد دلت على أن آية المائدة الداله على جواز نكاح الكتابه منسوخه بإحدى آيتى النهى المتقدمتين:

منها: موثق على بن الجهم (قال لى أبو الحسن الرضا عليه السلام: يا أبا محمد: ما تقول فى رجل تزوج نصرانية على مسلمه؟ قلت: جعلت فداك و ما قولى بين يديك؟ قال: لتقولن فإن ذلك يعلم به قولى، قلت: لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمه و لا غير مسلمه، قال عليه السلام: و لم؟ قلت: لقوله الله عز و جل: و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمن،

قال عليه السلام: فما تقول فى هذه الآية: و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم؟ قلت: فقوله: و لا تنكحوا المشركات نسخت هذه الآية، فتبسم ثم سكت) (٦)، و صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل: و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فقال عليه السلام: هى منسوخه بقوله: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ (٧).

ص: ٣٢٩

١- (١) سورة التوبه، الآيتين: ٣٠ و ٣١.

٢- (٢) سورة الممتحنه، الآية: ١٠.

٣- (٣) سورة المائدة، الآية: ٥.

٤- (٤) سورة الممتحنه، الآية: ١١.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٦- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

٧- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

- ومنها: مرسل الطبرسى فى مجمع البيان عن أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السّلام فى قوله تعالى: وَ الْمُحْصِنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ (١) قال عليه السّلام: إنه منسوخ بقوله تعالى:

وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ ، و بقوله: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ (٢).

و منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قوله تعالى وَ الْمُحْصِنَاتُ...

قال عليه السّلام هى منسوخه نسختها قوله تعالى: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ .

و منها: خبر الدعائم عن على عليه السّلام (إنما أحلّ الله نساء أهل الكتاب للمسلمين إذا كان فى نساء المسلمين قله، فلما كثرت المسلمات قال الله عز و جل: وَ لَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَنَّ، و قال: وَ لَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ (٣) و هذه الأخبار و إن كان أكثرها ضعيف السند إلا أن بعضها صحيح كصحيح زراره المتقدم، نعم يعارضها ما دل على أن سورة المائدة محكمه لم ينسخ شىء منها، كصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (سمعتة يقول:

جمع عمر بن الخطاب أصحاب رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و فيهم على عليه السّلام فقال: ما تقولون فى المسح على الخفين، فقام المغيرة بن شعبه فقال: رأيت رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم يمسح على الخفين، فقال على عليه السّلام: قبل المائدة أو بعدها، فقال: لا- أدرى، فقال على عليه السّلام: سبق الكتاب الخفين، إنما نزلت المائدة قبل أن يقبض بشهرين أو ثلاثه (٤)، و النبوى (إن سورة المائدة: آخر القرآن نزولاً فأحلوا حلالها و حرّموا حرامها) (٥)، و المروى عن الطبرسى عن العياشى بإسناده و عيسى بن عبد الله عن أبيه عن جده عن أمير المؤمنين عليه السّلام (كان القرآن ينسخ بعضه بعضاً، و إنما يؤخذ من رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بآخره، و كان من آخر ما نزل عليه سورة المائدة، نسخت ما قبلها و لم ينسخها شىء، لقد نزلت عليه و هو على بغله شهباء) (٦).

و آيه حل المحصنات من المائدة فلا بدّ من العمل بالطائفة الأخيره و أن سورة المائدة ناسخه لا منسوخه هذا من جهه و من جهه أخرى فعند الشك فى نسخها أو منسوخيتها فالنسبه-

ص: ٣٣٠

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الوضوء حديث ٦.

٥- (٦) الدر المنثور ج ٢ ص ٢٥٢.

٦- (٧) البحار ج ٩٢ ص ٢٧٤.

-بين آيتى النهى عن نكاح المشركات و بين آيه حل المحصنات من أهل الكتاب نسبة العموم و الخصوص، و إذا دار الأمر بين النسخ و التخصيص فالثانى مقدم، و هو يقتضى جواز نكاح الكتاييه مطلقا، هذا كله نظرا إلى الكتاب.

و أما الأخبار فقد استدل المانع مطلقا بأخبار.

منها: موثق على بن الجهم المتقدم و فيه قول ابن الجهم (لا- يجوز تزويج النصرانيه على مسلمه و على غير مسلمه)(١) و كان بحضور المعصوم و قد سكت، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج اليهوديه و لا النصرانيه مخافه أن يتهود ولده أو يتنصر)(٢)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (لا- ينبغى نكاح أهل الكتاب، قلت: جعلت فداك و أين تحريمه؟ قال: قوله: وَ لَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ)(٣)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نصارى العرب أ تؤكل ذبايحهم؟ فقال: كان على عليه السلام ينهى عن ذبايحهم و عن صيدهم و عن مناكحتهم)(٤)، و خبر أبى بصير (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن تزويج اليهوديه و النصرانيه، قال: لا)(٣).

و يعارضها أخبار قد دلت على الجواز مطلقا.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس به، أما علمت أنه كان تحت طلحه بن عبيد الله يهوديه على عهد النبى صلى الله عليه و آله و سلم)(٤)، و صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل له امرأه نصرانيه له أن يتزوج عليها يهوديه، فقال: إن أهل الكتاب مما ليك للإمام، و ذلك موسع منا عليكم خاصة فلا بأس أن يتزوج)(٥)، و صحيح معاويه بن وهب و غيره جميعا عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل المؤمن يتزوج اليهوديه و النصرانيه، فقال: إذا أصاب المسلمه فما يصنع باليهوديه و النصرانيه؟ قلت له: يكون له فيها الهوى، قال عليه السلام: إن فعل فليمنعها من شرب الخمر و أكل لحم الخنزير، و أعلم أنه عليه فى دينه غضاضه)(٤)، و خبر الحلبي -

ص: ٣٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

٢- (٢) (٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥ و ٤ و ٢.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

٦- (٨) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

-عن أبي عبد الله عليه السلام (عن ذبيحه أهل الكتاب و نساءهم، فقال: لا بأس به) (١).

و قد ورد جواز نكاح الكتابيه متعه

منها: موثق الأشعري (سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه، قال: لا- أرى بذلك بأسا، قلت: فالمجوسيه؟ قال: أما المجوسيه فلا) (٢)، و مرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- بأس أن يتمتع الرجل باليهوديه و النصرانيه و عنده حره) (٣)، و خبر زراره (سمعتة يقول: لا- بأس أن يتزوج اليهوديه و النصرانيه متعه و عنده امرأه) (٤) و مثلها غيرها و قد ورد جواز نكاح الكتابيه في حال الضروره

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهوديه و لا نصرانيه و هو يجد مسلمه حره أو أمه) (٣)، و خبر يونس عنهم عليهم السلام (لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوج الأمه إلا أن لا يجد حره، و كذلك لا ينبغي له أن يتزوج امرأه من أهل الكتاب إلا في حال ضروره حيث لا يجد مسلمه حره و لا أمه) (٤)، و خبر حفص بن غياث (كتب بعض إخواني أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن مسائل، فسألته عن الأسير هل يتزوج في دار الحرب؟ فقال: أكره ذلك، فإن فعل في بلاد الروم فليس هو بحرام هو نكاح، و أما في الترك و الديلم و الخزر فلا يحل له ذلك) (٤).

و قد ورد ما يدل على جواز نكاح الكتابيه إذا كانت من البله كصحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا يصلح للمسلم أن ينكح يهوديه و لا نصرانيه، و إنما يحلّ منهن نكاح البله) (٥)، و صحيحه الآخر (قلت لأبي جعفر عليه السلام: إنى أخشى أن لا- يحل لي أن أتزوج ممن لم يكن على أمرى، فقال: و ما يمنعك من البله؟ قلت: و ما البله؟ قال: هنّ المستضعفات من اللاتي لا ينصبن و لا يعرفن ما أنتم عليه) (٩)، و خبر حمران بن أعين قال: (كان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأه مسلمه موافقه فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال: أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئا) (١٠).

ص: ٣٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٣٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٢ و ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢ و ٣.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤.

٥- ((٨ و ٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢ و ٣.

فمن ذهب للمنع تمسك بآيتي النهي عن الإمساك و الإنكاح حتى يؤمن مع كون آيه المائده منسوخه و تمسك بأخبار النهي المطلقه، و من ذهب للجواز مطلقا تمسك بكون آيه المائده ناسخه لا- منسوخه مع التمسك بأخبار الجواز المطلقه نعم و قد حمل آيتي النهي فى الأخبار على الكراهه مخافه أن يتنصر الولد أو يتهود، و من ذهب للتفصيل فقد حمل آيتي النهي و أخبار النهي على الدوام، و حمل آيه المائده مع أخبار الجواز على المتعه و ملك اليمين و يؤيده ورود الأخبار الداله على جواز التمتع بالكتابه فضلا عن اشتمال آيه المائده على الأجر، و هو تعبير عن الصداق فى المتعه.

و بعضهم فضّل فى الدائم بالمنع فى حال الاختيار و الجواز عند الاضطرار لما تقدم من أخبار الجواز فى حال الضروره، و هذه وجوه الجمع عند القوم، و الأقوى الجواز مطلقا بعد حمل النهي على الكراهه لآيه المائده التى لا يعقل منسوخيتها، و هى عامه تشمل الدائم و المنقطع مع أن أخبار النهي غير صريحه فى التحريم بل بعضها ظاهر فى الكراهه فراجع، و لذا قال صاحب الجواهر بعد اختيار الجواز مطلقا: (فلم يبق بحمد الله سبحانه فى المسأله بعد اليوم من إشكال و الحمد لله المتعال، و الله هو العالم بحقيقه الحال) انتهى.

ثم على فرض المنع فأدله المنع من الكتاب و السنه مختصه بالعقد فلا تشمل ملك اليمين، و على فرض الشمول فتخصص بقوله تعالى: **إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (١)**، و للأخبار الكثيره الداله على جواز وطئ الكتابيه بملك اليمين

منها: خبر الدينورى (قلت لأبى الحسن عليه السلام: جعلت فداك ما تقول فى النصرانيه اشتريها و أبيعها من النصارى، فقال: اشتر و بع، قلت: فانكح؟ قال: فسكت عن ذلك قليلا ثم نظر إليّ و قال شبه الإخفاء: هى لك حلال) (٢).

ثم لا فرق فى الكتابيه بين الذميه و هى القائمه بشرائط الذمه و بين الحريه لعموم الأدله المتقدمه أو إطلاقتها، و عن الشيخ الأعظم تخصيص ذلك بالذميه فقط لأن الموضوع فى الروايات هو النصرانيه و اليهوديه، و هما منصرفتان إلى الذميه باعتبار الغلبه وقت صدور النص.

و فيه: إن الانصراف الناشئ من الغلبه ليس بحجه، و قد استدلل للشيخ على التخصيص بخبر أبى البختري عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أنه كره مناكحه أهل الحرب) (٣)، و فيه:-

ص: ٣٣٣

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٦.

جعلنا المجوسيه من أقسام الكتابيه مع أنها (١) مغايره لها (٢) و إن ألحقت بها فى الحكم (٣) لدعواه (٤) الاجماع على تحريم نكاح من عداها (٥)، مع وقوع الخلاف فى المجوسيه، فلو لا تغليبه (٦) الاسم (٧) عليها لدخلت فى المجمع على تحريمه (٨).

-إنه أدلّ على الجواز من دلّالته على الحرمة كما لا يخفى.

و لكن تتأكد الكراهه فى الحرّيه لما قاله الشارح فى المسالك حذرا من أن تسترق و هى حامل منه مع عدم قبول قولها فى أن حملها من مسلم.

(١) أى المجوسيه.

(٢) للكتايه.

(٣) من حرمة نكاحها دواما و الجواز متعه و ملك يمين.

(٤) أى دعوى المصنف.

(٥) أى عدا الكتايه.

(٦) أى تغليب المصنف.

(٧) أى اسم الكتايه على المجوسيه.

(٨) و هو تحريم غير الكتايه، و فيه: إن المصنف لم يصرح بكون المجوسيه كتايه، و إنما ادعى الإجماع على تحريم غير الكتايه فلو كانت المجوسيه منهم لوقع الإجماع عليها، و لو كانت من غيرهم للحقها حكم الغير من الجواز متعه لا دواما كما هو مبنى الماتن.

و على كل قد وقع الخلاف فى المجوسيه من أن حكمها حكم الكتايه أو لا، فعن الشيخ فى النهايه و المحقق فى الشرائع من ذلك لمرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن المجوس أ كان لهم نبى؟ فقال: نعم، أ ما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى أهل مكه أن أسلموا و إلا فأذنوا بحرب، فكتبوا إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم: خذ منا الجزيه و دعنا على عباده الأوثان، فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إني لست آخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، فكتبوا إليه يريدون تكذيبه: زعمت أنك لا تأخذ الجزيه إلا من أهل الكتاب، ثم أخذت الجزيه من مجوس هجر؟ فكتب إليهم النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إن المجوس كان لهم نبى فقتلوه و كتاب أحرقوه، أ تاهم نيّهم بكتابتهم فى اثنى عشر ألف جلد ثور(١)، و نحوه خبر الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام، و النبوى (سنوا بهم سنه أهل الكتاب)(٢).

و يؤيده ما دل على جواز التمتع بهن و وطئهن بملك اليمين كخبر محمد بن سنان عن -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ١ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٩.

و وجه اطلاقه عليها (١) أن لها شبهه كتاب صح بسببه التجوز، و المشهور بين المتأخرين أن حكمها (٢) حكمها فناسب الإطلاق. و إنما يمنع من نكاح الكتابيه ابتداء، لا استدامه لما سيأتى من أنه لو أسلم زوج الكتابيه فالنكاح بحاله (٣).

(و لو ارتد أحد الزوجين) عن الإسلام (قبل الدخول بطل النكاح) (٤) سواء -الرضا عليه السّلام (سألته عن نكاح اليهوديه و النصرانيه، فقال: لا بأس، فقلت: فمجوسيه؟ قال: لا بأس به، يعنى متعه) (١)، و خبر منصور الصيقل عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيه) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن الرجل المسلم يتزوج المجوسيه؟ فقال: لا و لكن إذا كانت له أمه مجوسيه فلا- بأس أن يطأها و يعزل عنها و لا يطلب ولدها) (٢)، فلو لم تكن المجوسيه كتابيه لما جاز وطؤها متعه.

و عن المشهور العدم لأن خبر الواسطى ضعيف السند للإرسال نعم قد ورد أن المجوس بحكم أهل الكتاب فى الديه و الجزيه فقط ففى مرسل المقنعه للمفيد عن أمير المؤمنين عليه السّلام أنه قال: (المجوس إنما ألحقوا باليهود و النصرارى فى الجزيه و الديات، لأنه قد كان لهم فيما مضى كتاب) (٣).

و ما ورد من جواز التمتع بهن فضعيف السند على أنه معارض بنفس صحيح محمد بن مسلم المتقدم الدال على منع التزوج بهن، و بموثق الأشعري (سألته عن الرجل يتمتع من اليهوديه و النصرانيه، قال عليه السّلام: لا أرى بذلك بأساً، قلت: فالمجوسيه؟ قال عليه السّلام:

أما المجوسيه فلا) (٤).

و أما ما دل على جواز وطئهن بملك اليمين فلا يدل على أنها كتابيه كما هو واضح.

(١) أى وجه إطلاق اسم الكتابيه على المجوسيه.

(٢) أى حكم المجوسيه، هذا و فى الجواهر و غيره أن المشهور على العكس فراجع.

(٣) و هذا من جمله أدله جواز نكاح الكتابيه مطلقاً فلا تغفل.

(٤) إذا ارتد أحد الزوجين عن الإسلام قبل الدخول انفسخ العقد فى الحال، سواء كان الارتداد عن فطره أم مله، بلا خلاف فيه، لأن الارتداد من ضروب الكفر الذى لا يباح -

ص: ٣٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب جهاد العدو حديث ٨.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المتعه حديث ١.

كان الارتداد فطريا أم مليا، (و يجب) على الزوج (نصف المهر إن كان الارتداد من الزوج) (١)، لأن الفسخ جاء من جهته فأشبهه الطلاق ثم إن كانت التسميه صحيحه (٢) فنصف المسمى، وإلا فنصف مهر المثل.

وقيل: يجب جميع المهر لوجوبه (٣) بالعقد و لم يثبت تشطيره (٤) إلا بالطلاق، و هو أقوى، (و لو كان) الارتداد (منها فلا مهر) لها (٥)، لأن الفسخ جاء من قبلها -التناكح معه، و لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: المرتد عن الإسلام تعزل عنه امرأته و لا تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثه أيام، فإن تاب و إلا قتل يوم الرابع) (١)، و هو مختص بارتداد الرجل و لكن ارتداد المرأة ملحق به لعدم القول بالفصل كما عن سيد الرياض، و هو مختص بالارتداد الملى لكنه يشمل الارتداد الفطرى بطريق أولى.

(١) كما عن الشرائع و غيره بل نسب إلى المشهور، تنزيلا للفسخ بارتداده منزله طلاقه قبل الدخول الموجب لتنصيف المهر، و فيه: إن الأصل ثبوت جميع المهر بالعقد، و تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول لدليل خاص لا يقتضى التعدى إلا على نحو القياس المحزّم عندنا، و لذا ذهب أكثر من واحد لثبوت جميع المهر عليه، خصوصا فى المرتد الفطرى المنزل للمرتد منزله الميت مع أن بالموت قبل الدخول يثبت جميع المهر.

(٢) بأن لا يكون المهر من الخمر و الخنزير و ما لا يصح تملكه للمسلم.

(٣) أى و جوب جميع المهر.

(٤) أى تنصيفه.

(٥) فيسقط مهرها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الفسخ جاء من قبلها، و فيه: إن الفسخ من حين الحدث فهو انفساخ و ليس من حين صدور العقد، و عليه فالعقد قبل الفسخ أوجب المهر و لا دليل على سقوطه بعد الفسخ فاللازم القول بثبوت المهر.

و لعل الأصحاب اعتمدوا فى مقام الحكم بسقوط المهر لارتدادها بخبر إسماعيل بن زياد عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السلام (فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال عليه السلام: يفرق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها) (٢).

و هو غير معمول به فى مورده إلا أن ذيله مشتمل على التعليل، و العله عامه.

ص: ٣٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد المرتد حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

قبل الدخول، (و لو كان) الارتداد (بعده) أى بعد الدخول (١) (وقف) انفساخ النكاح (على انقضاء العده) (٢) إن كان الارتداد من الزوجه مطلقا (٣)، أو من الزوج عن غير فطره، فإن رجع المرتد قبل انقضائها (٤) ثبت النكاح، وإلا انفسخ.

(و لا يسقط شيء من المهر) لاستقراره بالدخول، (و لو كان) ارتداده (٥) (عن فطره بانث) الزوجه (فى الحال) إذ لا تقبل توبته (٦)، بل يقتل، و تخرج عنه أمواله بنفس الارتداد و تبين منه زوجته و تعتدّ عده الوفاه.

(و لو أسلم زوج الكتابيه) دونها (فالنكاح بحاله) (٧) قبل الدخول و بعده، (١) فيتوقف الفسخ على انقضاء العده، من غير فرق بين ارتداد الزوج أو الزوجه، فإن رجع المرتد - زوجه كان أو زوجا - قبل انقضاء العده فهى زوجته و إلا انكشف أنها بانث منه من أول الارتداد، بلا خلاف فيه.

إلا إذا كان المرتد هو الزوج و كان ارتداده عن فطره فينفسخ النكاح فى الحال بلا خلاف فيه لموثق عمار الساباطى (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمدا نبوته و كذبه، فإن دمه مباح لمن سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عده المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبه) (١)، و السبب فى كون عدتها عده وفاه أن المرتد الفطرى بحكم الميت لوجوب قتله على كل حال، و منه تعرف أن العده فى المرتد الملى أو إذا كان الارتداد من الزوجه عده طلاق لعدم وجوب قتل الملى عند ارتداده، و لعدم وجوب قتل المرتده سواء كانت مليه أم فطريه.

و على كل فإذا توقف الفسخ على انقضاء العده فليس له التزويج بأختها و لا بالخامسه فى زمن العده لأنها كالرجعيه حيث يرجى عودها فى كل وقت، و على كل أيضا لا يسقط شيء من المهر فى كل الصور المتقدمه لاستقراره بالدخول.

(٢) و هى عده طلاق.

(٣) عن فطره أو مله.

(٤) أى العده.

(٥) أى الزوج.

(٦) ظاهرا لأنه يجب قتله على كل حال، و إن قبلت واقعا.

(٧) ما تقدم كان فى الكفر بعد الإسلام، و هنا فى الإسلام بعد الكفر، و على كل فلو أسلم -

ص: ٣٣٧

دائماً و منقطعاً، كتابيا كان الزوج أم وثنيا، جَوَزنا نكاحها للمسلم ابتداءً أم لا، (و لو أسلمت دونه) (١) بعد الدخول (وقف) الفسخ (على) انقضاء (العدة) و هي -زوج الكتابيه ثبت عقده سواء كان قبل الدخول أم بعده، و سواء كان التزويج دائماً أم منقطعاً، و سواء كان الزوج كتابيا أم وثنيا بلا خلاف فيه، و هو واضح بناءً على المختار من جواز نكاح المسلم للكتابيه مطلقاً و ابتداءً و استدامه، و أما على القول الآخر من المنع فلا إطلاق صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل هاجر و ترك امرأته مع المشركين ثم لحقت به بعد ذلك، أ يمسكها بالنكاح الأول أو تنقطع عصمتها؟ قال عليه السّلام: بل يمسكها و هي امرأته) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين منهما على نكاحهما) ٢.

(١) لو أسلمت زوجه الكتابي دونه قبل الدخول انفسخ العقد في الحال بلا خلاف فيه لعدم جواز نكاح الكافر للمسلمه للأخبار

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أسلمت امرأه و زوجها على غير الإسلام فزق بينهما) (٢)، نعم لا مهر لها لأن الفسخ جاء من قبلها، و لا عده لها لأنه قبل الدخول، و يدل على ذلك كله صحيح عبد الرحمن عن أبي الحسن عليه السّلام (في نصراني تزوج نصرانيه فأسلمت قبل أن يدخل بها، قال: قد انقطعت عصمتها منه، و لا مهر لها و لا عده عليها منه) ٤.

و لو أسلمت دونه بعد الدخول فيقف الفسخ على انقضاء العده، فإن أسلم فيها كان أملاك بها و هي امرأته، و إلا بانت منه بإسلامها كما عليه المشهور لصحيح البيهقي (سألته الرضا عليه السّلام عن الرجل تكون له الزوجه النصرانيه فتسلم هل يحل أن تقيم معه؟ قال عليه السّلام: إذا أسلمت لم تحل له، قلت: فإن الزوج أسلم بعد ذلك، أ يكونان على النكاح؟ قال عليه السّلام: لا، يتزوج بتزويج جديد) (٣)، و هو مقيّد بانقضاء العده لخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (أن امرأه مجوسيه أسلمت قبل زوجها، فقال علي عليه السّلام: لا يفرق بينهما، ثم قال: إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك، و إن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب) (٤) -،

ص: ٣٣٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤ و ٦.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

عده الطلاق من حين إسلامها، فإن انقضت (١) و لم يسلم تبين أنها بانت منه حين إسلامها، و إن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح.

هذا هو المشهور بين الأصحاب و عليه الفتوى.

و للشيخ رحمه الله قول بأن النكاح لا يفسخ بانقضاء العده إذا كان الزوج ذميا (٢)، لكن لا يمكن من الدخول عليها ليلا، و لا من الخلوه بها (٣)، و لا من إخراجها إلى دار الحرب ما دام قائما بشرائط الذمه، استنادا إلى روايه ضعيفه مرسله، أو معارضه بما هو أقوى منها.

(و إن كان) الإسلام (قبل الدخول و أسلمت الزوجه بطل) العقد، و لا مهر -و عن الشيخ فى النهايه و التهذيب و الاستبصار عدم انفساخ النكاح بانقضاء العده إن كان الزوج قائما بشرائط الذمه، بل نكاحه باق غير أنه لا يمكن من الدخول عليها ليلا، و لا من الخلوه بها نهارا، و لا- من إخراجها إلى دار الحرب لمرسل جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام (أنه قال فى اليهودى و النصرانى و المجوسى إذا أسلمت امرأته و لم يسلم قال: هما على نكاحهما و لا يفترق بينهما و لا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى الهجره) (١)، و مرسل إبراهيم بن هاشم عن بعض أصحابه عن محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إن أهل الكتاب و جميع من له ذمه إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما، و ليس له أن يخرجها من دار الإسلام إلى غيرها، و لا يبيت معها و لكنه يأتيها بالنهار) ٢، و خبر يونس (الذى تكون عنده المرأه الذميه فتسلم امرأته قال: هى امرأته يكون عندها بالنهار و لا يكون عندها بالليل) ٣، و لكن هذه الأخبار ضعيفه السند لا تصلح لمقاومه ما تقدم، هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أنه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح فى الذمى لا فرق بين كون إسلامها قبل الدخول و بعده لتناول الأدله للحالتين، و ربما فهم من عباره بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الإسلام بعد الدخول و ليس كذلك) انتهى.

(١) أى العده.

(٢) قائما بشرائط الذمه.

(٣) نهارا.

ص: ٣٣٩

لها، لأنَّ الفرقه جاءت من قبلها، و إن أسلم الزوج (١) بقى النكاح كما مرّ، و لو أسلما معا ثبت النكاح، لانتفاء المقتضى (٢) للفسخ.

الثانيه عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين

(الثانيه عشر: لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين) (٣) المنسوين إلى عباده الوثن، و هو (٤) الصنم، و كذا من بحكمهما من الكفار غير الفرق الثلاثه (٥)، و كان الإسلام (قبل الدخول بطل) النكاح مطلقا (٦)، لأنَّ المسلم إن كان هو الزوج استحال بقاؤه على نكاح الكافره غير الكتابيه، لتحريمه (٧) ابتداء و استدامه، و إن كان (٨) هي الزوجه فأظهر (٩)، (و يجب النصف) أى نصف المهر (بإسلام) (١) دونها.

(٢) و هو كون أحد الزوجين ذميا.

(٣) لو كان الزوجان وثنيين أى عابدى وثن، و هو الصنم، أو كان بحكمها من الكفار غير الكتابيين، فاسلم أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح فى الحال، لأنَّ المسلم لو كان هو الزوج فلا يجوز نكاح الكافره غير الكتابيه للمسلم إجماعا و قد تقدم و عليه تمام المهر لثبوته بالعقد، و قياس إسلامه على طلاقه فيجب النصف باطل، لأنه قياس محرم، و لو كان المسلم هو الزوجه فلا يجوز نكاح الكافر للمسلمه و لو كان كتابيا و قد تقدم، و يسقط المهر، لأنَّ الحدث جاء من قبلها.

و لو أسلم أحدهما بعد الدخول وقف انفساح العقد على انقضاء العده، فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و إن أسلم فيها استمر النكاح، بلا خلاف فيه لخبر منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مجوسى أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحته امرأه فأسلم أو أسلمت، قال: ينتظر بذلك انقضاء عدتها، فإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضى عدتها فهما على نكاحهما الأول، و إن هى لم تسلم حتى تنقضى العده فقد بانت منه) (١).

(٤) أى الوثن.

(٥) و هم اليهود و النصارى و المجوس.

(٦) سواء كان المسلم زوجا أم زوجته.

(٧) أى النكاح.

(٨) أى المسلم.

(٩) لأنَّ تحريم نكاح المسلمه على الكافر بلا استثناء بخلاف نكاح المسلم للكافر، فيستثنى منه نكاح الكتابيه.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٣.

(الزوج) (١)، و على ما تقدم (٢) فالجميع (٣)، و يسقط (٤) بإسلامها لما ذكر (٥)، (و بعده) أى بعد الدخول (يقف) الفسخ (على) انقضاء (العهده) فإن انقضت و لم يسلم الآخر تبين انفساخه من حين الإسلام، و إن أسلم (٦) فيها (٧) استمر النكاح، و على الزوج نفقه العده مع الدخول (٨) إن كانت هى المسلمه، و كذا فى السابق (٩)، و لو كان المسلم هو فلا نفقه لها عن زمن الكفر مطلقا (١٠)، لأن المانع منها (١١) مع قدرتها على زواله (١٢).

(و لو أسلما معا فالنكاح بحاله)، لعدم المقتضى للفسخ (١٣). و المعتبر فى ترتب (١٤) الإسلام و معيته (١٥) بآخر (١٦) كلمه الإسلام (١٧)، لا بأولها، و لو كانا صغيرين قد أنكحهما الولي فالمعتبر إسلام أحد الأبوين فى إسلام ولده (١٨)، و لا (١) قياس لإسلامه قبل الدخول على طلاقه.

(٢) من تخصيص تنصيف المهر بالطلاق فقط.

(٣) أى جميع المهر.

(٤) أى تمام المهر.

(٥) لأن الحدث جاء من قبلها.

(٦) أى الآخر.

(٧) فى العده.

(٨) لأنها بحكم الرجعيه.

(٩) و هو إسلام الكتابيه.

(١٠) سواء أسلمت فى العده أم لا.

(١١) من الزوجه.

(١٢) أى مع قدره الزوجه على إزاله المانع الذى هو الكفر بإسلامها.

(١٣) و المقتضى هو كفر أحد الزوجين بلا خلاف فيه.

(١٤) أى سبق إسلام أحدهما.

(١٥) أى اتحاد إسلام الزوجين.

(١٦) فإذا حصل الآخر منهما معا حصلت المعيه و إلا فلا.

(١٧) وهى التشهدان، لله بالألوهيه و للنبي صلى الله عليه و آله و سلم بالرساله.

(١٨) بالتبعيه.

ص: ٣٤١

اعتبار بمجلس الإسلام (١) عندنا، (و لو أسلم الوثني) و من فى حكمه (٢) (أو الكتابى على أكثر من أربع) نسوه بالعقد الدائم (فأسلمن (٣)، أو كن كتابيات) و إن لم يسلمن (تخير أربعاً) منهن و فارق سائرهن (٤)، إن كان حراً و هن حرائر، و إلا (٥) اختار ما عين له سابقاً من حرتين و أمتين، أو ثلاث حرائر و أمه، و العبد يختار حرتين، أو أربع إماء، أو حره و أمتين، ثم تتخير الحره فى فسخ عقد الأمه و إجازته كما مر (٦).

و لو شرطنا فى نكاح الأمه الشرطين (٧) توجه انفساخ نكاحها (٨) هنا إذا جمعت (٩) حره (١٠)، لقدرته عليها (١١) المنافيه لنكاح الأمه، و لو تعددت الحرائر اعتبر رضاهن جمع (١٢)، ما لم يزدن على أربع (١٣) فيعتبر رضاهن من يختارهن من النصاب.

(١) فلا عبره فى اتحاد المجلس لتحقيق المعيه بل العبره على اللفظ.

(٢) و هو الكافر غير الكتابى.

(٣) أى الجميع، و إلا لو لم يسلمن معه و لا فى العده انفسخ نكاح الجميع لعدم جواز نكاح الكافره غير الكتابيه، و كذا لو أسلم أربعاً منهن فقط فعقدهن ثابت و ينفسخ عقد الباقي.

(٤) بلا خلاف فيه لما روته العامه (أن غيلان بن سلمه الثقفى أسلم و له عشره نسوه فى الجاهليه فأسلمن معه، فقال له النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اختر أربعاً و فارق سائرهن) (١) و فى روايه (أمسك أربعاً).

(٥) أى لم تكن النسوه كلهن حرائر.

(٦) كما تقدم فى المسأله الثانيه، لأنه لا يجوز نكاح الأمه إلا بإذن زوجته الحره.

(٧) من عدم الطول و خوف العنت.

(٨) أى الأمه.

(٩) أى الأمه.

(١٠) لتحقق الطول الذى هو نكاح الحره فيرتفع الشرط الأول لجواز نكاح الأمه.

(١١) أى لقدره الزوج على الحره.

(١٢) إذا كانت الأمه من جمله الأربع اللواتى اختارهن.

(١٣) بل على ثلاث، لأن الحر لا يجوز له أزيد من ثلاث حرائر و أمه.

و لا- فرق فى التخيير بين من ترتب عقدهن (١) و اقترن (٢)، و لا- بين اختيار الأوائل و الأواخر (٣)، و لا- بين من دخل بهن و غيرهن (٤). و لو أسلم معه أربع و بقى أربع كتابيات فالأقوى بقاء التخيير (٥).

الثالثه عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإباقه

(الثالثه عشر: لا يحكم بفسخ نكاح العبد بإباقه و إن لم يعد فى العده على الأقوى) (٦)، لأصالة بقاء الزوجيه، (و روايه عمار) الساباطى عن الصادق عليه السلام (١) بحيث كان عقد الواحده منهن أسبق من عقد الثانيه و هكذا.

(٢) بحيث كان عقد الواحده منهن مقترنا مع عقد الثانيه و هكذا.

(٣) فى الإسلام، بحيث أسلمت الواحده منهن قبل الأخرى، و تحقق إسلام الجميع قبل انقضاء عدتهن.

(٤) كل ذلك لإطلاق قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ المتقدم (اختر أربعاً و فارق سائرهن).

(٥) بين المسلمات و الكتابيات، لجواز نكاح الكتابيه استدامه بلا خلاف فيه، قال فى المسالك:

(و لا- فرق على تقدير كونهن كتابيات بين إسلام بعضهن معه و عدمه، حتى لو أسلم معه أربع جاز له اختيار الكتابيات، لأن الإسلام لا- يمنع استمرار نكاح الكتابيات و لا- يوجب نكاح المسلمه، و إن كان الأفضل له اختيار المسلمات لشرفهن على الكافرات) انتهى.

(٦) ورد فى موثق عمار الساباطى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبدته فى تزويج امرأه فتزوجها، ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد، فقال عليه السلام: ليس لها على مولاه نفقه و قد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، هو بمنزله المرتد عن الإسلام).

قلت: فإن رجع إلى مواليه ترجع إليه امرأته؟ قال عليه السلام: إن كان قد انقضت عدتها منه ثم تزوجت غيره فلا سبيل له عليها، و إن لم تتزوج و لم تنقض العده فهى امرأته على النكاح الأول (١).

و قد أفتى بمضمونها الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله، و علّم الحكم فى الروايه بأن الارتداد خروج العبد عن طاعه السيد، و هذا المعنى حاصل فى الإباق.

و لم يعمل بها المشهور لا لضعف السند و إن ادعاه البعض، لأن الساباطى ثقه و إن كان واقفياً فالخبر من الموثق الذى تناله أدله اعتبار الخبر، و لكن عدم العمل به لمعارضته لأصالة بقاء الزوجيه مع أن الإباق ليس كالارتداد و إلا فيجب قتل الآبق كما يجب قتل المرتد و لم يلتزم به أحد.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

قال: سألته عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأه فتزوجها، ثم إن العبد أبق (١) فقال: «ليس لها على مولاه نفقه، وقد بانت عصمتها منه، فإن إباق العبد طلاق امرأته، وهو (٢) بمنزلة المرتد عن الإسلام» قلت: فإن رجع إلى مولاه (٣) ترجع امرأته إليه؟ قال: «إن كانت قد انقضت عدتها (٤) ثم تزوجت غيره فلا- سبيل له عليها، وإن لم تتزوج ولم تنقض العدة فهي امرأته على النكاح الأول» (ضعيفه) السند فإن عمارا وإن كان ثقة إلا أنه فطحي لا يعتمد على ما ينفرد به، وتبّه بالأقوى على خلاف الشيخ في النهاية حيث عمل بمضمونها وتبعه ابن حمزه، إلا أنه (٥) خص الحكم بكون العبد زوجا لأمه غير سيده (٦)، وقد تزوجها بإذن السيدين (٧).

و الحق المنع (٨) مطلقا (٩)، و وجوب (١٠) النفقه على السيد، و لا تبين المرأه إلا بالطلاق (١١).

الرابعه عشر: الكفاءه)

(الرابعه عشر: الكفاءه) (١٢) بالفتح و المد، و هى تساوى الزوجين فى الإسلام (١) و فى الخبر (أبق من موالیه).

(٢) و فى الخبر على ما فى الوسائل و الجواهر (هو).

(٣) و فى الخبر (موالیه ترجع إليه امرأته).

(٤) و فى الخبر (عدتها منه).

(٥) أى ابن حمزه.

(٦) و هو ظاهر الخبر حيث ورد فيه (فجاءت امرأه العبد تطلب نفقتها من موالى العبد)، فلو كانت أمه لسيد العبد لجاءت تطلب النفقه من سيدها.

(٧) سيد العبد و سيد الأمه.

(٨) أى المنع من الفسخ.

(٩) سواء كان العبد زوجا لأمه سيده أم لغيره.

(١٠) عطف على (المنع مطلقا).

(١١) بعد كون الإباق ليس طلاقا و ليس ارتدادا.

(١٢) الكفاءه بالمد و الفتح مصدر بمعنى المماثله، و لا خلاف فى اشتراطها فى النكاح بين الزوجين، و لكن اختلفوا فى تفسيرها فعن المفيد و ابن سعيد و المحقق أن الكفاءه هو الاكتفاء بالإسلام، للإجماع على اعتباره و لذا لا يجوز للمسلمه نكاح غير

المسلم، و لا للمسلم نكاح غير المسلمه إلا الكتابيه لقيام الدليل الخاص. -

ص: ٣٤٤

-و ذهب المشهور إلى اعتبار الإيمان الخاص مع الإسلام، و المراد بالإيمان الخاص هو الاعتقاد بإمامه الأئمة الاثنى عشر عليهم أفضل الصلوات و أزكى التحيات، إلا- أن اعتبار الإيمان الخاص فى جانب الزوج، و أما فى جانب الزوجه فيكفى الإسلام نعم حكى عن سلاى عدم الاكتفاء بإسلام الزوجه فقط بل لا بد من الإيمان الخاص أيضا، و على كل، استدلووا بالأخبار.

منها: ما رواه الكلينى (أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم صعد المنبر ذات يوم فحمد الله و أثنى عليه ثم قال:

أيها الناس إن جبرئيل أتانى عن اللطيف الخبير فقال: إن الأبكار بمنزله الثمر على الشجر، إذا أدرك ثمارها فلم تجتن أفسدته الشمس و نثرته الرياح، و كذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعوله، و إلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر، فقام إليه رجل فقال: يا رسول لله فمن زوج؟ فقال: الأكفاء، فقال: و من الأكفاء؟ فقال: المؤمنون بعضهم أكفاء بعض، المؤمنون بعضهم أكفاء بعض(١)، و قد دل الخبر على أن غير المؤمن ليس كفوا للمؤمنه، و فيه: فمن حيث السند فمرسل لأن الخبر قد رواه الكلينى، و قال: سقط عنى إسناده، و أما من ناحيه المتن فالمؤمن فى زمن الرسول صلى الله عليه و آله و سلم كان مرادفا للفظ المسلم، و الإيمان بالمعنى الخاص اصطلاح حدث بعد عصره.

و استدلووا بخبر الواسطى (كتبت إلى أبى جعفر عليه السلام أسأله عن النكاح، فكتب إليّ: من خطب إليكم فرضيتم دينه و أمانته فزوجوه، إلا- تفعلوه تكنن فتنة فى الأرض و فساد كبير) (٢)، بدعوى أن غير المؤمن لا يرضى دينه، و فيه مع ضعف سنده أنه لا يدل على اعتبار الإيمان بالمعنى الخاص بل يدل على اعتبار دينه و الدين هو الإسلام قال تعالى:

إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ (٣)، و لو سلم أن الدين بمعنى الإيمان الخاص فالخبر دال على تزويج المؤمن و هو لا يدل على عدم تزويج غيره.

و استدلووا بصحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (تزوجوا فى الشكاك و لا تزوجوهم، فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه) (٤)، و مقتضى عموم التعليل عدم-

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٣.

٣- (٣) سورة آل عمران، الآية: ٢٠.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢.

و الإيمان، إلا- أن يكون المؤمن هو الزوج، و الزوجه مسلمه من غير الفرق -جواز تزويج المؤمنه للمخالف و إن جاز العكس، فضلا عن أن حرمة تزويج الشكاك مستلزم لحرمة تزويج غيرهم من المعتقدين للخلاف بطريق أولى، و فيه: إن ما فى الخبر من التعليل قرينه على عدم كون النهى مولويا، بل هو إرشاد لأمر خارج عن عنوان التزويج، و هو لا يدل على ألف و فضلا عن الحرمة.

و استدلوا بخبر الفضيل بن يسار (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن لامرأتى أختا عارفة على رأينا و ليس على رأينا بالبصره إلا قليل، فأزوجها ممن لا- يرى رأيها؟ قال: لا و لا نعمه، إن الله عز و جل يقول: فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حلّ لهم و لا هم يحلونّ لهم)(١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (إن العارفة لا توضع إلا عند عارف)(٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا يتزوج المستضعف مؤمنه)(٣).

و فيه: لا بد من حمل غير العارف على الناصبى حيث لا يجوز نكاح الناصب و لا الناصبيه كما سيأتى إنشاء الله، و إن أبيت عن هذا الحمل فيحمل النهى على الكراهه جمعا بينها و بين أخبار تدل على كفايه الإسلام فى جانب الزوج

منها: خبر الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (الإيمان يشارك الإسلام و لا يشاركه الإسلام، إن الإيمان ما وقرّ فى القلوب و الإسلام ما عليه المناكح و المواريث و حقن الدماء، و الإيمان يشارك الإسلام و الإسلام لا يشارك الإيمان)(٢)، و صحيح عبد الله بن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام: بم يكون الرجل مسلما تحلّ مناكحته و موارثته و بم يحرم دمه؟ قال عليه السلام: يحرم دمه بالإسلام إذا ظهر و تحلّ مناكحته و موارثته)(٣)، و خبر سماعة (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أخبرنى عن الإسلام و الإيمان أهما مختلفان؟ فقال عليه السلام: إن الإيمان يشارك الإسلام، و الإسلام لا يشارك الإيمان، فقلت:

تصفهما لى؟ فقال عليه السلام: الإسلام شهاده أن لا إله إلا الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و به حقنت الدماء و عليه جرت المناكح و على ظاهره جماعه الناس، و الإيمان الهدى و ما يثبت فى القلوب معه صفه الإسلام و ما ظهر من العمل به، و الإيمان أرفع من الإسلام بدرجه)(٤).

ص: ٣٤٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٤ و ٥ و ٣.

٢- (٤) أصول الكافى ج ٢ ص ٢٦.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١٧.

٤- (٦) الكافى ج ٢ ص ٢٥.

المحكوم بكفرها (١) مطلقا (٢)، أو كتابيه في غير الدائم (٣).

وقيل: يعتبر مع ذلك (٤) يسار الزوج بالنفقة (٥) قوه، أو فعلا.

(١) كالنواصب و الخوارج، أما النواصب فلا يجوز نكاح الناصب و لا الناصبيه بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره

منها: صحيح الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يتزوج المؤمن الناصبه المعروفه بذلك) (١)، و صحيحه الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (أزوج الناصب؟ قال: لا و لا كرامه) (٢)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يتزوج المؤمن الناصبه و لا يتزوج الناصب المؤمنه) (٣) و مثلها غيرها.

و مناط الحكم هو كفر الناصبي و منه تعرف عدم جواز نكاح المخالف الذي حكم بكفره كالخارجي و المجسم و كذا المغالي و من خرج عن الإسلام بقول أو بفعل و إن أطلق عليه لفظ المسلم عرفا.

و أما تحقيق معنى النصب فقد تقدم في كتاب الطهاره فراجع.

(٢) دواما و متعه.

(٣) لأنه في الدائم لا يجوز على مبني الماتن و كذا الشارح.

(٤) مع الإيمان و الإسلام.

(٥) ذهب الشيخان في المقنعه و المبسوط و الخلاص و ابن زهره و العلامه في التذكره إلى ذلك لقوله تعالى: وَ مَنْ لَمْ يَشِطَّعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ (٢)، و فيه: عدم دلالة الآية على كون اليسار في النفقه شرطا في الكفاءه، بل الآية داله على أن عدم اليسار في المهر شرط في نكاح الأمه.

و استدل بقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (لفاطمه بنت قيس حين أخبرته أن معاويه قد طلبها: أما معاويه صعلوك لا مال له) (٣)، و فيه: إنه ظاهر في الإرشاد و النصيحة و لا يدل على عدم التزويج.

و استدل بالأخبار الداله على أن الكفو من كان عفيفا و عنده يسار كخبر محمد بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام (الكفو أن يكون عفيفا و عنده يساره) (٤)، و مثله غيره، و فيه: أن-

ص: ٣٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) سورة النساء، الآية: ٢٦.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٣٤ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج حديث ٥.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥.

-المراد من الكفو منه هو العرفى لا الشرعى بقريته ذكر العفه، مع أنه لم يدل دليل على اعتبار العفه فى صحه النكاح و لذا ذهب الأكثر إلى عدم اعتبار يسار النفقه فى الكفاهه لعدم الدليل فضلا عن قوله تعالى: **إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ (١)** ، و للأخبار الآمره لذوى الحاجه بالمناكحه كصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى النّبي صلّى الله عليه وآله و سلّم فشكا إليه الحاجه، فقال له: تزوج، فزوج و وسع عليه)(٢) ، و خبر الثمالى (كنت عند أبى جعفر عليه السّلام: فقال له رجل: إني خطبت إلى مولاك فلان بن أبى رافع ابنته فلانه فردنى و رغب عنى و ازدرانى لدمامتى و حاجتى و غربتى، فقال أبو جعفر عليه السّلام: اذهب فأنت رسولى إليه، فقل له: يقول لك محمد بن على بن الحسين بن على بن أبى طالب: زوّج منجج مولاى بنتك فلانه و لا ترده - إلى أن قال - قال أبو جعفر عليه السّلام: إن رجلا كان من أهل اليمامة يقال له: جويبر أتى رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم منتجعا للإسلام فأسلم و حسن إسلامه و كان رجلا قصيرا دميما محتاجا عاريا و كان من قباح السودان - إلى أن قال - و إن رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم نظر إلى جويبر ذات يوم برحمه له ورقه عليه، فقال له: يا جويبر لو تزوجت امرأه فعففت بها فرجك و أعانتك على دنياك و آخرتك، فقال له جويبر: يا رسول الله بأبى أنت و أمى، من يرغب فى، فو الله ما من حسب و لا- نسب و لا- مال و لا جمال، فأيه امرأه ترغب فى، فقال له رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: يا جويبر إن الله قد وضع بالإسلام من كان فى الجاهليه شريفا، و شرف بالإسلام من كان فى الجاهليه وضيعا، و أعزّ بالإسلام من كان فى الجاهليه ذليلا، و أذهب بالإسلام ما كان من نخوه الجاهليه و تفاخرها بعشائرها و باسق أنسابها، فالناس اليوم كلهم أبيضهم و أسودهم و قرشيهم و عريبيهم و عجميهم من آدم، و إن آدم خلقه الله من طين، و إن أحب الناس إلى الله أطوعهم له و أتقاهم، و ما أعلم يا جويبر لأحد من المسلمين عليك اليوم فضلا، إلا لمن كان أتقى لله منك و أطوع.

ثم قال له: انطلق يا جويبر إلى زياد بن ليلى فإنه من أشرف بنى بياضه حسباً فيهم: فقل له: إني رسول رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم إليك، و هو يقول لك زوّج جويبرا بنتك الذلفاء، و فى الخبر أن رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم زيادا راجع النّبي صلّى الله عليه وآله و سلّم فقال له: يا زياد، جويبر مؤمن و المؤمن كفو المؤمنه، و المسلم كفو المسلمه، فزوجه يا زياد و لا ترغب عنه)(٣).

ص: ٣٤٨

١- (١) سورة النساء، الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

وقيل: يكتفى بالإسلام. و الأشهر الأول (١)، و كيف فسرت فهي (٢)(معتبره في النكاح، فلا يجوز للمسلمه) مطلقا (٣)(التزويج بالكافر) و هو موضع وفاق.

(و لا- يجوز للناصب التزويج بالمؤمنه)، لأن الناصبي أشر من اليهودى و النصرانى على ما روى فى أخبار (٤) أهل البيت عليه السلام، و كذا العكس (٥) سواء الدائم، أو المتعه،(و يجوز للمسلم التزويج متعه و استدامه) للنكاح على تقدير إسلامه (٦)(كما مر بالكافره) الكتابيه و منها المجوسيه، و كان عليه (٧) أن يقيدها، و لعله اكتفى بالتشبيه بما مرّ.

(و هل يجوز للمؤمنه التزويج بالمخالف) (٨) من أى فرق الإسلام كان، و لو -هذا و قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن هذا الشرط على تقدير اعتباره ليس على نهج ما قبله لجواز تزويج الفقير المؤمن اتفاقا، و إنما تظهر فائده اشتراطه فى الوكيل المطلق و فى الولى، فإنه ليس لهما أن يزوجاها إلا من كفو، فإن اعتبرنا اليسار لم يصح تزويج الفقير لها، و لو زوجها به فلها الفسخ كما تفسخ لو زوجها بذى العيوب - إلى أن قال - و المعبر من التمكن من النفقه كونه مالكا لها بالفعل أو بالقوه القريبه منه، بأن يكون قادرا على تحصيلها تجاره أو حرفه و نحوهما، و لا يشترط اليسار بالمهر عندنا، و إنما الخلاف فى النفقه خاصه) انتهى.

(١) أى اعتبار الإيمان الخاص.

(٢) الكفاءه.

(٣) بالدوام أو المنقطع، مؤمنه كانت أو غيرها.

(٤) كخبر عبد الله بن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (إياك أن تغتسل من غسله الحمام، و فيها تجتمع غسله اليهودى و النصرانى و المجوسى و الناصب لنا أهل البيت فهو شرهم، فإن الله تعالى لم يخلق خلقا أنجس من الكلب، و أن الناصب لنا أهل البيت لأنجس منه) (١).

(٥) و هو تزويج المؤمن بالناصبه.

(٦) أى إذا كان كافرا ثم أسلم، و قد تقدم جواز نكاح الكتابيه ابتداء فضلا عن الاستدامه.

(٧) أى على المصنف تقييد الكفاره بالكتابيه.

(٨) أما تزويج المؤمن بالمخالفه فلا إشكال و لم يخالف إلا سلا و قد تقدم البحث فراجع.

ص: ٣٤٩

من الشيعة غير الإماميه (قولان):

أحدهما - و عليه المعظم - المنع، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون بعضهم أكفاء بعض» دلّ بمفهومه على أن غير المؤمن لا يكون كفواً للمؤمنه، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» و المؤمن لا يرض دين غيره، وقول الصادق عليه الصلاة والسلام: «إن العارفة لا توضع إلا عند عارف»، و في معناها أخبار كثيرة واضحة الدلالة على المنع لو صح سندها، و في بعضها تعليل ذلك (١) بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه (٢).

و الثاني الجواز على كراهية، اختاره المفيد و المحقق ابن سعيد، إما لأن الإيمان (٣) هو الإسلام، أو لضعف الدليل الدال على اشتراط الإيمان، فإن الأخبار بين مرسل، و ضعيف، و مجهول. و لا شك أن الاحتياط المطلوب في النكاح - المترتب عليه مهام الدين (٤) مع تظافر الأخبار بالنهي و ذهاب المعظم إليه حتى ادعى بعضهم الاجماع عليه - يرجح القول الأول. و اقتصر المصنف على حكاية القولين، مشعر بما نهينا عليه (٥).

(أما العكس (٦) فجائز قطعاً، لأن المرأة تأخذ من دين بعلمها) فيقودها إلى الإيمان، و الإذن فيه من الأخبار كثير (٧).

(١) أى تعليل منع تزويج المؤمنه بالمخالف.

(٢) كما فى صحيح زراره المتقدم.

(٣) فى الخبر المتقدم (المؤمنون بعضهم أكفاء بعض).

(٤) أى من الأحكام الدينيه من حل الوطى و لحوق النسب و الإرث و سقوط الحد.

(٥) من الاحتياط فى النكاح المرجح للقول الأول.

(٦) و هو تزويج المؤمن بالمخالفه.

(٧) كصحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (تزوجوا فى الشكاك و لا تزوجوهم، فإن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه) (١)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السلام -

ص: ٣٥٠

(الخامسة عشر: ليس التمكن من النفقة) قوه، أو فعلا- (شرطاً في صحة العقد) (١) لقوله تعالى: وَ أَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَ الصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَ إِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَ اللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ (٢)، و الخبرين السابقين (٣).

ثم إن كانت عالمه بفقره (٤) لزم العقد (٥)، و إلا (٦) ففي تسلطها على الفسخ إذا علمت (٧) قولان مأخذهما: لزوم التضرر (٨) ببقائها معه (٩)، كذلك (١٠) المنفى - (عليك بالبله من النساء اللاتي لا تنصب و المستضعفات) (١).

(١) ابتداء على الأكثر في قبال الشيخ في المبسوط و المفيد في المقنعه و ابن زهره و العلامه في التذكرة و قد تقدم البحث فراجع.

(٢) النور آية: ٣٣.

(٣) و هما خبر الكليني عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ (المؤمنون بعضهم أكفاء بعض) (٢)، و خبر الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (إن العارفة لا توضع إلا عند عارف) (٣).

(٤) حاله العقد.

(٥) لأن شرط التمكن من النفقة ليس كشرط إسلام الزوج و إيمانه، لجواز تزويج الفقير المؤمن بلا خلاف فيه و إنما تظهر فائده الاشتراط المذكور في الوكيل و الولي، و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) أي إن لم تكن عالمه بفقره حاله العقد.

(٧) مبنى على عدم اشتراط اليسار في الكفاءة، قال الشارح في المسالك: (و في المختلف لم يعتبر اليسار و اكتفى بالإيمان و مع ذلك حكم بأنها لو تزوجت بالفقير جاهله بحاله كان لها الخيار إذا علمت، و في القواعد لم يجعله شرطاً و لا أثبت لها الخيار) انتهى.

(٨) دليل التسلط على الفسخ كما هو قول العلامه في المختلف.

(٩) مع الزوج و الفقير.

(١٠) أي و يلزم من بقاءها معه الحرج المنفى بقوله تعالى: وَ مَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (٤).

ص: ٣٥١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٥.

بِالْآيَةِ وَالرَّوَايَةِ (١). وَأَنَّ النِّكَاحَ (٢) عَقْدٌ لَازِمٌ وَالْأَصْلُ (٣) الْبَقَاءُ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى:

وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ (٤) وَهُوَ عَامٌ. وَهُوَ (٥) الْأَجُودُ.

وَالْوَجْهَانِ (٦) آتِيَانِ فِيمَا إِذَا تَجَدَّدَ عَجْزُهُ (٧).

(١) وَهِيَ النَّبِيُّ (لَا ضَرَرَ وَلَا ضَرَارَ فِي الْإِسْلَامِ) (١).

(٢) دَلِيلٌ عَلَى عَدَمِ التَّسَلُّطِ كَمَا هُوَ قَوْلُ الْعَلَامَةِ فِي الْقَوَاعِدِ.

(٣) وَهُوَ الْأَسْتِصْحَابُ.

(٤) الْبَقْرَةَ آيَةٌ: ٢٨٠.

(٥) أَيُّ قَوْلِهِ تَعَالَى يَشْمَلُ كُلَّ ذِي عُسْرٍ.

(٦) مِنْ تَسَلُّطِهَا عَلَى الْفَسْخِ وَعَدَمِهِ.

(٧) إِذَا تَجَدَّدَ وَعَجَزَ الزَّوْجُ عَنِ النِّفْقَةِ فَقَدْ ذَهَبَ ابْنُ الْجَنِيدِ إِلَى أَنَّ لَهَا خِيَارَ الْفَسْخِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ (٢) وَالْإِمْسَاكَ بَدُونَ النِّفْقَةِ خِلَافَ الْمَعْرُوفِ فَيَتَعَيَّنُ الْآخِرُ الَّذِي هُوَ التَّسْرِيحُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ صَدُورُهُ مِنَ الزَّوْجِ فَسْخَ الْحَاكِمِ لِأَنَّهُ وَلِيُّ الْمَمْتَنِعِ.

وَلصَّحِيحِ أَبِي بَصِيرٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (مَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ امْرَأَةٌ فَلَمْ يَكْسُهَا مَا يُوَارِي عَوْرَتَهَا وَيُطْعِمُهَا مَا يَقِيمُ صَلْبَهَا كَانَ حَقًّا عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا) (٣)، وَصَّحِيحِ رَبِيعِ وَالْفَضِيلِ بْنِ يَسَارٍ عَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ (إِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مَا يَقِيمُ صَلْبَهَا مَعَ كَسْوَةٍ وَإِلَّا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا) ٤ وَمِثْلَهَا غَيْرُهَا.

وَذَهَبَ الْمَشْهُورُ إِلَى عَدَمِ تَسَلُّطِهَا عَلَى الْفَسْخِ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ لَازِمٌ فَيَسْتِصْحَبُ، وَظَاهِرُ قَوْلِهِ تَعَالَى: وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرِهِ (٤)، وَبِالْخَبْرِ الْمَرْوِيِّ فِي الْجَعْفَرِيَّاتِ عَنِ امِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ (أَنَّ امْرَأَةً اسْتَعَدَّتْ عَلَى زَوْجِهَا أَنَّهُ لَا يَنْفِقُ عَلَيْهَا وَكَانَ زَوْجُهَا مَعْسِرًا فَأَبَى امِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنْ يَحْسِبَهُ وَقَالَ: إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يَسْرًا) (٥) وَ لَوْ كَانَ لَهَا الْفَسْخُ لَعَرَفَهَا بِهِ لِيُدْفَعَ عَنْهَا الضَّرْرُ الَّذِي اسْتَعَدَّتْ لِأَجْلِهِ، وَأَمَّا مَا تَقَدَّمَ مِنْ أَدْلِهِ عَلَى الْجَوَازِ فَهِيَ تَدُلُّ عَلَى جَوَازِ الْفَسْخِ لِلْحَاكِمِ وَ لَيْسَ لِلزَّوْجِ.

ص: ٣٥٢

١- (١) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ١٧ - مِنْ أَبْوَابِ الْخِيَارِ حَدِيثٌ

٢- (٢) سُورَةُ الْبَقْرَةِ، الْآيَةُ: ٢٣٠.

٣- ((٣ وَ ٤)) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ١٠ - مِنْ أَبْوَابِ النِّفْقَاتِ حَدِيثٌ ١ وَ ٢.

٤- (٥) سورة البقره، الآيه: ٢٨٠.

٥- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقه حديث ٥.

وقيل: هو (١) شرط في صحة النكاح (٢) كالإسلام، و أن الكفاءة مركبه منهما (٣)، أو منهما (٤) و من الإيمان.

و الأقوى عدم شرطيته (٥) مطلقا (٦).

نعم هو (٧) شرط في وجوب الإجابة) منها، أو من وليها (٨)، لأن الصبر (١) أى اليسار.

(٢) أى شرط ابتداء و استدامه و هو قول الشيخين و ابن زهره و العلامه فى التذكرة و قد تقدم.

(٣) من الإسلام و اليسار.

(٤) من الإسلام و اليسار.

(٥) أى عدم شرطيه اليسار.

(٦) لا ابتداء و لا استدامه.

(٧) أى اليسار.

(٨) بمعنى تجب الإجابة لو خطب المؤمن القادر على النفقة و إن كان أخفض نسبا للأمر فى تزويج من ترضون خلقه و دينه، كخبر الهمداني (كتب إلى أبى جعفر عليه السّلام فى التزويج فأثنى كتابه بخطه، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلاّ تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير) (١)، و خبر على بن مهزيار (كتب على بن أسباط إلى أبى جعفر عليه السّلام فى أمر بناته و أنه لا يجد أحدا مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السّلام:

فهمت ما ذكرت من أمر بناتك و أنك لا تجد أحدا مثلك، فلا تنظر فى ذلك - رحمك الله - فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه إلاّ تفعلوه تكن فتنه فى الأرض و فساد كبير) (٢)، و قيد الشارح فى المسالك أصل الحكم بقوله: (إنما تجب الإجابة مع عدم قصد العدول إلى الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوه، و إنما يكون عاصيا مع الامتناع إذا لم يكن هناك طالب آخر مكافئ و إن كان أدون منه، و إلاّ- جاز العدول إليه، و كان وجوب الإجابة تخييريا، فلا- يكون الولي عاصيا بذلك، و إنما تعلق الحكم بالولي على القول بأن له الولاية على البكر البالغ، و إلاّ فالتكليف تعلق بها لأب لولي) انتهى.

و قيد بعضهم أصل الحكم بكونه ممن لم تكره مناكحته كشارب الخمر و الفاسق، و على كل فاليسار شرط فى وجوب الإجابة عليها أو على الولي، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب.

ص: ٣٥٣

على الفقر ضرر عظيم فى الجملة فينبغى جبره (١) بعدم وجوب اجابته (٢) و إن جازت (٣) أو رجحت (٤) مع تمام خلقه، و كمال دينه كما أمر به النبى صلى الله عليه و آله و سلم فى إنكاح جويبر (٥)، و غيره.

و ملاحظه المال مع تمام الدين (٦) ليس محطّ نظر ذوى الهمم العوالى.

السادسه عشر: يكره تزويج الفاسق

(السادسه عشر: يكره تزويج الفاسق (٧) خصوصا شارب الخمر) قال (١) أى جبر الضرر.

(٢) أى إجابته المؤمن الفقير لو خطبها.

(٣) أى الإجابته.

(٤) بل وجبت.

(٥) و قد تقدم الخير الدال عليه.

(٦) أى دين الزوج.

(٧) يكره تزويج الفاسق كما فى الشرائع و النافع و الرياض و غيرها، و فى المسالك: لا شبهه فى كراهه تزويجه، لقوله تعالى: أَمْ مَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ (١)، و لمفهوم قوله عليه السلام: (إذا جاءكم من ترضون خلقه و دينه فزوجوه) (٢) و هو دال على أن من لا يرضى دينه لا يزوج، و الفاسق كذلك، و فى كشف اللثام تعليله بأن الفاسق حرى بالأعراض و الإهانه و التزويج إكرام و موده، و لأنه لا يؤمن من الإضرار بها و قهرها على الفسق و المرأه على دين زوجها تأخذه منه و يقهرها عليه، و يدل على الحكم ما ورد من النهى عن تزويج سيئ الخلق كما فى خبر الحسين بن بشار الواسطى (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام: أن لى قرابه قد خطب إلى، و فى خلقه سوء، قال: لا تزوجه إن كان سيئ الخلق) (٣)، و عن الشافعى من العامه المنع من تزويج الفاسق، و ما تقدم لا يصلح دليلا للحرمة لعدم اشتراط العدالة فى الكفاءه فتحمل الأدله المتقدمه على الكراهه.

و تتأكد الكراهه فى شارب الخمر لصحيح ابن أبى عمير عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: شارب الخمر لا يزوج إذا خطب) (٤)، و مرفوع أحمد بن -

ص: ٣٥٤

١- (١) سورة السجده، الآية: ١٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.

الصادق عليه السّلام: «من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها». و ذهب بعض العامه إلى عدم جواز تزويج الفاسق مطلقا (١) إلا لمثله (٢)، لقوله تعالى:

أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ (٣).

السابعه عشر: لا يجوز التعريض بالعقد لذات البعل

(السابعه عشر: لا- يجوز التعريض بالعقد لذات البعل اتفاقا) (٤)، و لما فيه من الفساد،(و لا- للمعتده رجعيه) لأنها في حكم المزوجه.

و المراد بالتعريض الإتيان بلفظ يحتمل الرغبه فى النكاح و غيرها (٥) مع ظهور -محمد عن أبى عبد الله عليه السّلام (من زوج كريمته من شارب خمر فقد قطع رحمها)(١)، و خبر حماد بن بشير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: من شرب الخمر بعد ما حرّمها الله على لسانى فليس بأهل أن يزوج إذا خطب)٢، و يتعدى الحكم من شرب الخمر إلى الزنا و غيرها من أنواع الفسق التى فيها من الغضاظه و عدم الائتمان ما لا يخفى خصوصا إلى بعض النساء.

(١)سواء كان شاربا للخمر أم لا.

(٢)و هى الفاسقه.

(٣)السجده آيه: ١٨.

(٤)لا يجوز التعريض فضلا عن التصريح بالعقد لذات البعل للإجماع المدعى من غير واحد إن لم يكن محصلا و هو الحجه - كما فى الجواهر فضلا عن منافاته لاحترام العرض المحترم كالمال و الدم، و لما فيه من إفساد المرأه على زوجها الذى ربما أدى إلى سعيها بالتخلص منه و لو بقتله بالسم و نحوه، كما وقع لجعده بنت الأشعث زوجه الإمام الحسن سيد شباب أهل الجنه عليه السّلام لما واعدتها معاويه عليه اللعنه بأن يزوجه من جرود يزيد عليه لعائن الله(٢)، هذا و التصريح مأخوذ من الصراحه و هو الخلوص، و منه الصريح و هو اللبن الخالص، و المراد منه هنا الخطاب بما لا- يحتمل إلا النكاح مثل: أريد أن أتزوجك بعد العده، و أما التعريض فهو الإشاره بلفظ يحتمل الرغبه فى النكاح و غيرها، و إن كان فى النكاح أغلب مثل: رب راغب فيك أو حريص عليك.

(٥)أى و يحتمل الرغبه فى غير النكاح.

ص: ٣٥٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٥.

٢- (٣) البحار ج ٤٤ ص ١٤٨ و ١٤١ و ١٥٤ و ١٥٥.

إرادتها (١). مثل ربّ راغب فيك، و حريص عليك، أو إني راغب فيك، أو أنت على كريمه، أو عزيزه، أو إن الله لسائق إليك خيرا و رزقا و نحو ذلك. و إذا حرم التعريض لهما (٢) فالتصريح أولى.

(و يجوز في المعتده بائنا) كالمختلعه (التعريض من الزوج) و إن لم تحل له في الحال (٣)، (و غيره (٤)، و التصريح منه) (٥) و هو (٦) الإتيان بلفظ (٧) لا يحتمل غير (١) أي إرادته الرغبة في النكاح.

(٢) لذات البعل و المعتده رجعيه.

(٣) حال العده لتوقفها على المحلل.

(٤) أي غير الزوج، المعتده البائنه سواء كانت عن خلع أم فسخ يجوز التعريض بالعقد لها من الزوج و غيره، و يجوز التصريح من الزوج في العده دون غيره للإجماع كما حكاه في الجواهر، و تردد الشيخ في جواز التعريض لها من غير الزوج في العده، و استدلل للحكم بقوله تعالى: **وَ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ، عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ، وَ لَكِنَّ لَا تُوعِدُوهُنَّ سِرًّا، إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا، وَ لَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ (١).**

و الآيه و إن كانت في عده الوفاة إلا أنها لا تختص بها فهي تدل على عدم جواز التصريح بالعقد، لأنها قد جوّزت التعريض فقط، و فيه: إنه استدلال بمفهوم الوصف و هو ضعيف.

ثم على تقدير الدلالة فهي داله على جواز التعريض ممن يجوز له التزويج بعد العده، و لا فرق بين الزوج و غيره في كونه ممن يجوز له التزويج بعد العده البائنه، و أما جواز التصريح من الزوج في العده دون غيره، لأن العده مضروبه من قبيل الاحترام له، و إذا جاز نكاحها فيها إذا كانت العده رجعيه فيجوز له حينئذ التصريح فيها دون غيره الذي لا يجوز له التصريح فضلا عن النكاح، نعم إذا كانت مطلقة ثلاثا و قد توقف تحليلها على المحلل فلا يجوز للزوج التصريح في العده كما لا يجوز لغيره بدعوى دلاله الآيه على ذلك و هو كما ترى.

(٥) من الزوج.

(٦) أي التصريح.

(٧) كأن يقول: أريد أن أتزوجك بعد العده.

ص: ٣٥٦

إرادته النكاح (إن حلت له في الحال) بأن تكون على طلقه، أو طلقتين و إن توقف الحلّ على رجوعها في البذل، (و يحرم) التصريح منه (١) (إن توقف) حلّها له (على المحلل، و كذا يحرم التصريح في العده من غيره (٢) مطلقاً)، سواء توقف حلها للزوج على محلل أم لا، و كذا منه (٣) بعد العده.

(و يحرم التعريض للمطلقه تسعا للعهده (٤) من الزوج)، لامتناع نكاحه لها، و مثله (٥) الملاءعنه و نحوها من المحرمات على التأييد، (و يجوز) التعريض (٦) لها (من غيره) كغيرها من المطلقات بائناً.

و اعلم أن الإجابة تابعه للخطبه (٧) في الجواز و التحريم. و لو فعل الممنوع تصريحاً، أو تعريضاً لم تحرم بذلك (٨) فيجوز له بعد انقضاء العده تزويجها، كما لو نظر إليها في وقت تحريمه (٩) ثم أراد نكاحها.

الثامن عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير

(الثامن عشر: تحرم الخطبه بعد إجابته الغير) (١٠) منها، أو من وكيلها أو (١) من الزوج.

(٢) أي غير الزوج.

(٣) من الزوج، أي يحرم التصريح من الزوج بعد العده في الطلقه الثالثه، كما يحرم منه التصريح في عده الطلاق الثالث.

(٤) المطلقه تسعا للعهده تحرم على زوجها المطلق أبداً، و لذا يحرم عليه التصريح فضلاً عن التعريض بالعقد في العده و بعدها، و أما في العده فلا- يجوز للغير التصريح نعم يجوز له التعريض بلا- خلاف فيه للآيه المتقدمه التي دلت على جواز التعريض دون التصريح للغير في عده الوفاء.

(٥) أي و مثل الطلاق تسعا للعهده.

(٦) دون التصريح.

(٧) الخطبه بالكسر و هي طلب الزوجه من نفسها أو وليها، هذا و في كل مورد جاز للرجل التعريض فيجوز لها الإجابة، و متى حرم منه حرم منها.

(٨) أي بالتصريح أو التعريض الممنوعين بحيث لو صرّح أو عرّض في موضع المنع ثم انقضت العده فلا- تحرم عليه، و يجوز له نكاحها بلا خلاف فيه، للأصل، و لأن عصيان ذلك لا يوجب حرمة النكاح كما لا يخفى.

(٩) أي تحريم النظر، و قد قيل: إن هذا ليس قياساً بل هو تشبيه بما هو أظهر.

(١٠) إذا خطب فأجابت و لو بالسكوت الدال على ذلك، أو كانت الإجابة من وليها فيحرم -

وليها لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا يخطب أحدكم على خطبه أخيه» فَإِنَّ النِّهْيَ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ، وَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِيْذَاءِ الْمُؤْمِنِ، وَ إِثَارَةِ الشَّحْنَاءِ الْمَحْرَمِ فِيحْرَمَ مَا كَانَ وَسِيلَهُ إِلَيْهِ (١)، وَ لَوْ رُدَّ لَمْ تَحْرَمَ (٢) إِجْمَاعًا. وَ لَوْ انْتَفَى الْأَمْرَانِ (٣) فَظَاهِرَ الْحَدِيثِ التَّحْرِيمِ أَيْضًا، لَكِنْ لَمْ نَقِفْ عَلَى قَائِلٍ بِهِ، (وَ لَوْ خَالَفَ) (٤) وَ خَطَبَ (٥)، (وَ عَقَدَ صَح) (٦) وَ إِنْ فَعَلَ مَحْرَمًا (٧)، إِذْ لَا مَنَافَاهُ بَيْنَ تَحْرِيمِ الْخُطْبَةِ، وَ صَحِّهِ الْعَقْدِ.

(وَ قِيلَ: تَكَرَّرَ الْخُطْبَةُ) بَعْدَ إِجَابَةِ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَحْرِيمٍ، لِأَصَالِهِ الْإِبَاحَةَ، -عَلَى غَيْرِهِ خُطْبَتُهَا كَمَا عَنِ الشَّيْخِ فِي بَعْضِ كُتُبِهِ، لِلنَّبِيِّ (لَا يَخْطُبُ أَحَدُكُمْ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ) (١)، وَ النِّهْيَ ظَاهِرٌ فِي التَّحْرِيمِ، وَ لَمَّا فِيهِ مِنْ إِيْذَاءِ الْمُؤْمِنِ وَ إِثَارَةِ الشَّحْنَاءِ وَ الْبَغْضَاءِ بَيْنَهُمَا. وَ الْحَدِيثُ ضَعِيفٌ السَّنَدُ لِأَنَّهُ عَالِيٌّ، وَ أَصَالُهُ الْجَوَازُ جَارِيَةٌ فَلِذَا ذَهَبَ أَكْثَرُ مِنْ وَاحِدٍ إِلَى الْكِرَاهَةِ.

هَذَا وَ الْحُكْمُ مَخْتَصٌّ بِخُطْبَةِ الْمُسْلِمِ كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ الْخَبْرُ الْمَتَّقِمُ (عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ)، فَلَوْ كَانَ الْخَاطِبُ ذِمِّيًّا لَدَمِيهِ لَمْ يَمْنَعْ مِنْ خُطْبَةِ الْمُسْلِمِ لَهَا لِلْأَصْلِ، وَ عَلَى تَقْدِيرِ الْحَرَمِ فَلَوْ أَقْدَمَ الْغَيْرُ عَلَى الْخُطْبَةِ فِي مَوْضِعِ النِّهْيِ وَ عَقَدَ صَحَّ النِّكَاحِ، إِذْ لَا مَنَافَاهُ بَيْنَ تَحْرِيمِ الْخُطْبَةِ وَ صَحِّهِ الْعَقْدِ فَالنِّهْيُ قَدْ تَعَلَّقَ بِأَمْرٍ خَارِجٍ عَنِ حَقِيقَةِ الْعَقْدِ، كَمَا لَوْ عَقَدَ فِي وَقْتِ تَضْيِيقِ فِيهِ الصَّلَاةِ خِلَافًا لِبَعْضِ الْعَامَةِ حَيْثُ ذَهَبَ إِلَى فُسَادِ الْعَقْدِ تَمَسُّكًا بِالنِّهْيِ الدَّالِّ عَلَى الْفُسَادِ، وَ هُوَ مَمْنُوعٌ إِذَا النِّهْيُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِالْعَقْدِ وَ إِنَّمَا بِالْخُطْبَةِ.

(١) مِنْ الْإِيْذَاءِ وَ الْإِثَارَةِ.

(٢) أَيْ لَوْ رُدَّ الْأَوَّلُ لَمْ تَحْرَمْ خُطْبَةَ الثَّانِي وَ لَا تَكَرَّرَ بِلَا خِلَافٍ فِيهِ، لِعَدَمِ صَدْقِ دُخُولِ خُطْبَتِهِ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ حَيْثُئِذٍ.

(٣) مِنْ الرَّدِّ وَ الْإِجَابَةِ بِحَيْثُ لَمْ تَرُدَّ وَ لَمْ تَجِبْ وَ سَكَتَتْ، وَ لَمْ يَكُنْ سَكُوتُهَا دَالًّا عَلَى الرِّضَا فِي الْقَبُولِ فَظَاهِرٌ قَوْلُهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي الْخَبْرِ الْمَتَّقِمِ (لَا يَخْطُبُ) شَامِلٌ لَهُ، فَيَتَعَلَّقُ النِّهْيُ بِالْخُطْبَةِ بَعْدَ الْخُطْبَةِ.

(٤) أَيْ الثَّانِي.

(٥) بَعْدَ خُطْبَةِ أَخِيهِ.

(٦) أَيْ الْعَقْدِ.

(٧) فِي الْخُطْبَةِ.

ص: ٣٥٨

و عدم صيرورتها بالإجابه زوجته، و لعدم ثبوت الحديث كحديث النهى عن الدخول فى سومه (١)، و هذا (٢) أقوى و إن كان الاجتناب طريق الاحتياط.

هذا كله فى الخاطب المسلم، أما الذمى إذا خطب الذميه لم تحرم خطبه المسلم لها قطعاً، للأصل، و عدم دخوله فى النهى، لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على خطبه أخيه».

التاسعه عشر: يكره العقد على القابله المريبه

(التاسعه عشر: يكره العقد على القابله المريبه) (٣) للنهى عنه فى عدّه أخبار المحموله على الكراهه جمعاً بينها، و بين ما دل صريحاً على الحلّ.

و قيل: تحرم عملاً بظاهر النهى، و لو قبلت و لم تربّ، أو بالعكس (٤) لم تحرم قطعاً.

(١) أى سوم أخيه،

(٢) أى القول بالكراهه.

(٣) للنهى عنه فى عدّه أخبار.

منها: خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام (عن القابله تقبّل الرجل أ له أن تزوجها؟ فقال: إذا كانت قبلته المره و المرتين و الثلاثه فلا بأس، و إن كانت قبلته و ربه و كفلته، فإنى أنهى نفسى عنها و ولدى) (١) و فى خبر آخر (و صديقى) (٢) ، و لهذا الخبر يحمل على القابله المريبه خبر جابر بن يزيد عن أبى جعفر عليه السلام (عن القابله أ يحلّ للمولود أن ينكحها؟ فقال: لا و لا ابنتها و هى بعض أمهاته) ٣، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يتزوج المرأه التى قبلته و لا ابنتها) ٤ و مثلها غيرها.

و ظاهر النهى التحريم، إلا أنه محمول على الكراهه جمعاً بينها و بين صحيح البزنطى عن الرضا عليه السلام (يتزوج الرجل المرأه التى قبلته؟ فقال عليه السلام: سبحان الله ما حرّم الله عليه من ذلك) ٥.

نعم المحكى عن الصدوق فى المقنع التعبير بعدم الحليه، و هو ضعيف أو يراد منه الكراهه.

(٤) ربت و لم تكن قابله.

ص: ٣٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١ و ٨ و ٦.

والمعتبر في الترييه مسماها (١) عملا بالإطلاق.

و كذا يكره العقد على بنتها (٢)، لأنها بمنزله أخته، كما أن القابله بمنزله أمه (٣) لورودها معها (٤) في بعض الأخبار. و كان عليه أن يذكرها، إلا أنه لا قائل هنا بالمنع، (و) كذا يكره (أن يزوج ابنه بنت زوجته المولوده بعد مفارقتها) لأمها (٥)، و كذا ابنه أمته كذلك (٦)، للنهي عنه عن الباقر عليه السلام معللا بأن أباه (٧) (١) عرفا.

(٢) بنت القابله.

(٣) كما في خبر جابر بن يزيد المتقدم.

(٤) أي لورود البنت مع أمها القابله، و لكن لا- قائل بالتحريم في البنت بخلاف الأم، فيكون وجه ذكر المصنف للأم فقط لأجل الخلاف فيها دون البنت.

(٥) لخبر إسماعيل بن همام عن أبي الحسن عليه السلام (قال: قال محمد بن علي عليه السلام: في الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنتها ابنه، فيفارقها و يتزوجها آخر بعد ما تلد منه بنتا فكره أن يتزوجها أحد من ولده، لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزله الأب و كان قبل ذلك أبا لها) (١)، و مفهوم خبر زيد بن الجهم الهلالي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة و يزوج ابنه ابنتها فقال عليه السلام: إن كانت الابنه لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس) ٢، و رواه الصدوق بإسناده عن صفوان بن يحيى و زاد (و إن كانت من زوج بعد ما تزوج فلا) ٣.

و النهي محمول على الكراهه لصحيح العيص بن القاسم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعد فولدت للآخر، هل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، قال: و سألته عن رجل أعتق سريه له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم) ٤.

و مقتضى الأخبار عدم الفرق بين الموطوءه بالعقد أو الملك، و عدم الفرق بين ولدها الذكر و الأنثى و كذا عدم الفرق في ولد الزوج بين الذكر و الأنثى، فتخصيص الكلام في الزوجه المشعر بخروج الموطوءه بالملك، و تخصيصه بولد الزوج و بنت زوجته السابقه ليس في محله إلا أن يكون من باب التمثيل.

(٦) أي المولوده بعد مفارقه المولى لها.

(٧) أي أب الولد الذي هو الزوج.

ص: ٣٦٠

لها (١) بمنزله الأب.

و كذا يكره تزويج ابنته لابنها كذلك (٢)، و الروايه شامله لهما (٣) لأنه فرضها (٤) فى تزويج ولده لولدها، فلو فرضها المصنف كذلك (٥) كان أشمل، (أما) لو ولدتها (قبل تزويجه فلا كراهه)، لعدم النهى، و انتفاء العله (٦) (و أن يتزوج بضره الأم مع غير الأب لو فارقتها الزوج) (٧)، لروايه زراره عن الباقر عليه السّلام قال: «ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لأمه مع غير أبيه» و هو شامل لما إذا كان تزوج ذلك الغير (٨) قبل أبيه و بعده.

العشرون: نكاح الشغار باطل

(العشرون: نكاح الشغار) (٩) بالكسر. و قيل: بالفتح أيضا، (باطل) إجماعا (١) لبنت الزوجه المولوده بعد المفارقه.

(٢) أى المولود بعد مفارقتة لأمه.

(٣) لابن و بنت الزوجه.

(٤) أى لأن الخبر فرض المسأله.

(٥) أى فى تزويج ولده من ولدها.

(٦) من كونه بمنزله الأب، و لنفى البأس عنه كما فى بعض الأخبار المتقدمه.

(٧) لخبر زراره (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضره كانت لأمه مع غير أبيه) (١).

(٨) تزوج أمه و ضررتها قبل أبيه أو بعده، و خصّ المحقق الحكم بما إذا كانت ضره لأمه قبل أبيه، و الخبر مطلق.

(٩) بكسر الشين و فتحها فهو باطل عندنا، و عن أبي حنيفه و جماعه من العامه الصحه، و هو مردود للأخبار:

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: لا جلب و لا جنب و لا شغار فى الإسلام، و الشغار أن يزوج الرجل الرجل ابنته أو أخته و يتزوج هو ابنه المتزوج أو أخته، و لا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا هذا، و هذا هذا) (٢)، و مرسل ابن بكير عن أبي عبد الله و عن أبي جعفر عليهما السّلام (نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحد منهما صداق إلا بضع صاحبتهما، قال: و لا يحل أن تنكح واحده منهما إلا بصداق أو -

ص: ٣٦١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢.

(و هو أن يزوج كل من الوليين الآخر على أن يكون بضع كل واحده مهرا للأخرى) و هو نكاح كان في الجاهلية. مأخوذ من الشغار و هو رفع إحدى الرجلين، إما لأن النكاح يفضى إلى ذلك. و منه قولهم: «أشغرا و فخرا» (١)، أو لأنه (٢) يتضمن رفع المهر، أو من قبيل شغار البلد: إذا خلا من القاضى و السلطان، لخلوه (٣) من المهر. و الأصل في تحريمه ما روى من النهى عنه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم.

و لو خلا المهر من أحد الجانبين بطل خاصه (٤)، و لو شرط كل منهما تزويج الأخرى بمهر معلوم (٥) -نكاح المسلمين(١)، و ذيله ظاهر فى كون الشغار من أنكحه الجاهلية، و مرفوع ابن أبى جمهور عن أبى عبد الله عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن نكاح الشغار، و هى الممانحة، و هو أن يقول الرجل للرجل: زوّجنى ابنتك حتى أزوّجك ابنتى على أن لا مهر بينهما)٢.

و ظاهر الأخبار أن الشغار هو جعل نكاح امرأه مهرا لنكاح الأخرى و كذا العكس، ثم لا يختص الحكم بالبنت و الأخت بل لكل من له الولايه عليه و لو عرفا، و ما فى النصوص من قبيل التمثيل ليس إلا.

(١) و هو مثل يضرب لمن أتى بالفعل المستهجن و مع ذلك يفتخر.

(٢) أى نكاح الشغار.

(٣) أى نكاح الشغار.

(٤) بحيث خلا- أحدهما عن المهر و كان بضع الأخرى هو المهر كما لو قال أحدهما: زوجتك ابنتى على أن تزوجنى ابنتك، فقال الثانى: زوجتك ابنتى بمهر كذا، صح الثانى لعدم الشغار فيه، و بطل الأول لعدم تحقق المهر بعد تحقق الشغار.

(٥) لو زوج كل منهما الآخر و شرط أن يزوجه الأخرى بمهر معلوم بحيث قال: زوجتك ابنتى بمهر و بشرط أن تزوجنى ابنتك، فيصح العقدان للعمومات، و يبطل المهر المسمى، لأنه شرط مع المهر تزويجا، و هذا التزويج غير لازم خصوصا لأنه شرط على غير الزوجه، و عدم لزومه يوجب عدم لزوم المشروط مع أن النكاح لا يدخله الخيار فلا يجوز أن يجعل شرطا له و إلا لزم الخيار فيه عند عدم تحقق الشرط فلا بدّ أن يكون شرطا-

ص: ٣٦٢

صح العقدان و بطل المسمى، لأنه (١) شرط معه تزويج و هو (٢) غير لازم (٣)، و النكاح لا يقبل الخيار (٤) فيثبت مهر المثل، و كذا لو زوجه بمهر و شرط أن يزوجه و لم يذكر مهرا (٥).

الفصل الرابع - في نكاح المتعه

اشاره

(الفصل الرابع - في نكاح المتعه)

في شرعيته

و هو النكاح المنقطع (٦)، (و لا خلاف) بين الإماميه (في شرعيته) مستمرا إلى - للمهر المسمى، و بما أن الشرط من جمله العوض و هو مجهول أضيف إلى معلوم فيصير الجميع مجهولا فيبطل المهر المسمى للجهاله، و يجب مهر المثل كما هو الضابط في كل مهر فاسد، و هو قول الشيخ في المبسوط بل نسب إلى المشهور كما في المسالك و تردد فيه المحقق في الشرائع، لأنه شرط فاسد قد اشتمل عليه العقد فيجب أن يفسد و لا يجدى الضم إلى المهر فإنه لا يخرج عن الاشتراط في العقد، أو يمنع من صحه العقد في كل من الطرفين لتحقق الشغاريه فيه باشتراط التزويج الذي هو جزء من المهر.

(١) أي لأن المسمى.

(٢) أي التزويج.

(٣) غير لازم على الزوجه.

(٤) بحيث لو كان شرطا للعقد فلا يصح لأن النكاح لا يقبل الخيار فيتعين أنه شرط للمهر و هو مجهول يقتضى تجهيل المهر فيبطل المسمى و يثبت المثل.

(٥) بخلاف السابق فقد اشترط أن يزوجه بمهر معلوم.

(٦) لا خلاف بين المسلمين في شرعيه المتعه في صدر الإسلام، و قد فعلها جماعه من الصحابه في زمن النبي صلى الله عليه و آله و سلم و زمن الأول و برهه من زمن الثاني، ثم نهى عنها الثاني بعد ما اعترف بشرعيته، و قد روى الفريقان عنه أنه صعد المنبر و قال: (أيها الناس متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و أنا أنهى عنهما و احترمهن و أعاقب عليهن، متعه الحج و متعه النساء) (١).

و مما يدل على مشروعيتها قوله تعالى: **فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً (٢)**، و في صحيح عبد الرحمن (سمعت أبا حنيفة يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه، فقال: أي المتعتين تسأل؟ قال: سألتك عن متعه الحج فأبئني عن متعه النساء -

١- (١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٤.

-أحق هي؟ قال: سبحان الله أ ما تقرأ كتاب الله: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ، فقال أبو حنيفة: و الله لكأنها آيه لم أقرأها قط(1)، و في خبر أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام (المتع به القرآن و جرت بها السنه من رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) ٢، و في صحيح زراره (جاء عبد الله بن عمر الليثي إلى أبي جعفر عليه السلام فقال: ما تقول في متعه النساء؟ فقال: أحلها الله في كتابه و على سنه نبيه، فهي حلال إلى يوم القيامة، فقال: يا أبا جعفر مثلك يقول هذا و قد حرّمها عمر و نهى عنها، فقال:

و إن كان فعل، فقال الليثي: فإني أعيذك بالله من ذلك أن تحل شيئا حرّمه عمر، فقال له: فأنت على قول صاحبك و أنا على قول رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فهل ألعنك أن الحق ما قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و أنّ الباطل ما قال صاحبك(2).

و قد اختلفت العامه في الجواب عنه فمنهم من ادعى أنه مجتهد و يجوز له مخالفه النبي صلى الله عليه و آله و سلم لأنه مجتهد، و هو من السخافه بمكان لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لا يتكلم عن رأيه بل كما قال تعالى: وَ مَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى (3)، فلا يجوز لأحد مخالفته و لا اجتهاد في قبال قوله صلى الله عليه و آله و سلم.

و أكثرهم قد ادعى أن مشروعيه المتعه منسوخه فنهى عمر لم يكن من قبل نفسه، و اختلفوا في الناسخ فبعضهم قال: إنه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (4)، و بعضهم ادعى أنه قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ (5) باعتبار أن المتمتع بها لا ترث و لا تورث، و ثالث ذهب إلى أنه الأخبار، فقد رووا أنها أبيحت عام الفتح و أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لم يخرج من مكه حتى حرّمها(6)، و رووا أنها أبيحت عام أوطاس ثلاثه أيام ٨، و رووا أنها أبيحت في حجه الوداع ثم نهى النبي صلى الله عليه و آله و سلم(7)، و رووا أنها أبيحت في أول الإسلام و أنها نسخت يوم خيبر أو يوم تبوك ١٠-.

ص: ٣٦٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المتعه حديث ٦ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المتعه حديث ٤.

٣- ((٤)) سوره النجم، الآيتان: ٣ و ٤.

٤- ((٥)) سوره المؤمنون، الآيتان: ٥ و ٦.

٥- ((٦)) سوره النساء، الآيه: ١٢.

٦- ((٧ و ٨)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٢-٢٠٤.

٧- ((٩ و ١٠)) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٠٣-٢٠٧.

الآن، أو لا خلاف بين المسلمين قاطبه في أصل شرعيته، وإن اختلفوا بعد ذلك (١) في نسخه.

(و القرآن) الكريم (مصرح به) في قوله تعالى: **فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ** (٢) اتفق جمهور المفسرين على أن المراد به نكاح المتعه، و أجمع أهل البيت عليه السّلام على ذلك، و روى عن جماعه من الصحابه منهم أبى بن كعب، و ابن عباس، و ابن مسعود أنهم قرءوا **«فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ إِلَى أَجَلٍ مَّسْمُومٍ»** (٣).

(و دعوى نسخه) أى نسخ جوازه من الجمهور (لم تثبت)، لتناقض رواياتهم -فلو أبيحت في أول الإسلام ثم نسخت في خيبر، ثم أذن فيها في عام أو طاس ثم أبيحت في عام الوداع ثم نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عنها للزم تشريعها مرارا و نسخها كذلك، و هذا غير معهود في الشريعة على أنها لو كانت منسوخة لما خفى ذلك على الصحابه في زمن خلافه الأول و برهه من خلافه الثاني.

بل نفس قول عمر (متعان كانت على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنا أحرمهما و أعاقب عليهما) (١) يدل على عدم نسخها، فنسب النهى إلى نفسه لا إلى الله و لا إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ بعد اعترافه بأنها كانت على زمن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ، و قد حكى الراغب في محاضراته (أن يحيى بن أكثم قال لشيخ بالبصرة كان يتمتع: عن أخذت المتعه؟ فقال: عن عمر، فقال له: كيف و هو أشد الناس نهيا عنها؟ فقال: إن الخبر الصحيح جاء عنه أنه صعد المنبر و قال: إن الله و رسوله أحلّ لكم متعتين و أنا أحرمهما و أعاقب عليهما، فقبلنا شهادته و لم نقبل تحريمه) (٢)، و روى مسلم في صحيحه عن أبى نضرة (كنت عند جابر بن عبد الله فأتاه آت فقال: ابن عباس و ابن الزبير اختلفا في المتعتين، فقال جابر: فعلناهما مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ثم نهانا عنهما عمر فلم نعد لهما) (٣) و في هذه كفايه للمعتبر.

(١) أى بعد شرعيته.

(٢) النساء آية: ٢٣.

(٣) راجع النووي بشرح مسلم ج ٩ ص ١٧٩.

ص: ٣٦٥

١- (١) البيان و التبيان للجاحظ ج ٢ ص ٢٢٣، كنز العمال ج ٨ ص ٢٩٣.

٢- (٢) محاضرات الراغب ج ٢ ص ٩٤.

٣- (٣) صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٥.

بنسخه، فإنهم رووا عن علي عليه السلام أن رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم نهى عن متعه النساء يوم خيبر (١)، ورووا عن ربيع بن سبرة عن أبيه أنه قال: شكونا العزبه في حجه الوداع فقال: «استمتعوا من هذه النساء» فتزوجت امرأه ثم غدوت على رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم وهو قائم بين الركن والباب وهو يقول: «إني كنت قد أذنت لكم في الاستمتاع ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة» (٢).

و من المعلوم ضروره من مذهب علي و أولاده عليهم الصلاه و السلام حلها و انكار تحريمها بالغايه (٣)، فالروايه عن علي عليه السلام بخلافه (٤) باطله. ثم اللازم من الروايتين (٥) أن تكون قد نسخت مرتين، لأن إباحتها في حجه الوداع أولا- ناسخه لتحريمها يوم خيبر ولا- قائل به (٦)، و مع ذلك يتوجه إلى خبر سبرة الطعن في سنده (٧)، و اختلاف ألفاظه (٨) و معارضته لغيره (٩). و رووا عن جماعه من الصحابه منهم جابر بن عبد الله و عبد الله بن عباس و ابن مسعود و سلمه بن الأكوع و عمران بن حصين و أنس بن مالك أنها لم تنسخ. و في صحيح مسلم بإسناده إلى عطاء قال: «قدم جابر بن عبد الله معتمرا فجننا في منزله فسأله القوم عن أشياء ثم ذكروا المتعه فقال: نعم استمتعنا على عهد رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم و أبي بكر و عمر» (١٠) و هو صريح في بقاء شرعيتها بعد موت النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم من غير نسخ.

(و تحريم بعض الصحابه) و هو عمر (إياه (١١) تشريع) من عنده (مردود) (١) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٤-١٣٥.

(٢) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٢-١٣٣.

(٣) أي في غايه الشده من الإنكار.

(٤) أي بخلاف الحل، و هي من مفتريات العامه.

(٥) أنها منعت يوم خيبر، و أن النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم أمر بها في حجه الوداع ثم حرّمها.

(٦) بالنسخ مرتين.

(٧) فالخبر مروى عن الربيع بن سبرة، و هو مجهول.

(٨) راجع صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٢-١٣٤.

(٩) من الأخبار الداله على حليه المتعه في صحيح مسلم و غيره من كتب العامه.

(١٠) صحيح مسلم ج ٤ ص ١٣٤.

(١١) للنكاح المنقطع.

(عليه)، لأنه إن كان بطريق الاجتهاد فهو باطل في مقابله النص إجماعاً، وإن كان بطريق الرواية فكيف خفى ذلك على الصحابه أجمع في بقيه زمن النبي و جميع خلافه أبي بكر و بعض خلافه المحرم، ثم يدل على أن تحريمه (١) من عنده لا بطريق الروايه، قوله في الروايه المشهوره عنه بين الفريقين: «متعنان كانتا في عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم حلالا أنا أنهى عنهما و أعاقب عليهما» و لو كان النبي صلى الله عليه و آله و سلم قد نهى عنهما في وقت من الأوقات لكان إسناده (٢) إليه صلى الله عليه و آله و سلم أولى و أدخل في الزجر، و روى شعبه عن الحكم بن عتيبه - و هو من أكابرهم - قال: سألته عن هذه الآيه:

فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ أَمْنَسُوهُنَّ؟ قال: «لا» ثم قال الحكم: قال علي بن أبي طالب عليه السلام: «لو لا أن عمر نهى عن المتعه ما زنى إلا شقى» (٣)، و في صحيح الترمذى أن رجلا من أهل الشام سأل ابن عمر عن متعه النساء فقال:

هي حلال فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: أ رأيت إن كان أبي قد نهى عنها و قد سنّها [صنعها] رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أ تترك السنه و تتبع قول أبي (٤).

و أما الأخبار بشرعيتها من طريق أهل البيت عليه السلام فبالغه، أو كادت أن تبلغ حدّ التواتر لكثرتها، حتى أنه مع كثره اختلاف أخبارنا الذى أكثره بسبب التقيه، و كثره مخالفينا فيه (٥) لم يوجد خبر واحد منها (٦) يدل على منعه (٧) و ذلك عجيب.

فى إيجابه و قبوله

(و إيجابه كالدائم) بأحد الألفاظ الثلاثه (٨). و لا إشكال هنا فى متعتك، (١) تحريم النكاح المنقطع.

(٢) إسناد النهى

(٣) التفسير الكبير للطبرى ج ٥ ص ١٣.

(٤) راجع الغدير للأمينى ج ٦ ص ٢٠١ و ٢٠٢.

(٥) فى النكاح المنقطع.

(٦) من أخبارنا.

(٧) منع نكاح المتعه.

(٨) و هى: أنكحت و زوجت و متعت بلا- خلاف فيه فى المنقطع، و إن اختلفوا فى بعضها فى الدائم، و الاكتفاء بالثلاثه محل اتفاق، و لا- يجوز التعدى إلى غيرها على المشهور و قوفا فيما خالف الأصل على المتيقن خصوصا أن النكاح فيه شائبه العباده على ما تقدم، و منه تعرف-

(و قبوله كذلك (١) و يزيد) هنا (ذكر الأجل) (٢) المضبوط المحروس عن الزيادة و النقصان، (و ذكر المهر) (٣).

-ضعف ما عن المرتضى أن التمتع في الأمة ينعقد بلفظ الإباحه، و عنه أيضا أن التمتع مطلقا ينعقد بلفظ الإجاره.

(١) أى كالدائم.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تكون متعه إلا بأمرين: أجل مسمى و أجر مسمى) (١)، و صحيح الهاشمي عنه عليه السلام (عن المتعه فقال عليه السلام: مهر معلوم إلى أجل معلوم) ٢.

و يعتبر في الأجل التعيين و أن يكون محروسا من الزيادة و النقصان، فلا يجوز أن يكون كليا كشهرا من الشهور أو أن يكون قابلا للزيادة و النقصان كقدوم الحج بلا خلاف فيه، و يشهد له ما تقدم من توصيف الأجل بالمسمى و المعلوم، ثم لا تقدير في الأجل من جانب القله أو الكثره على المشهور، بل في المسالك جواز تقدير الأجل في الكثره بوقت طويل يعلم بعدم بقائهما إليه لإطلاق الأدله، و جواز تقدير الأجل في القله باللحظه التي لا يمكن فيها الجماع، لأن الجماع غير معتبر في صحه العقد مع ما يترتب على العقد من إباحه النظر و تحريم المصاهره و نحو ذلك من الأحكام، و منه يعلم جواز عقد المتعه على الصغيره التي لا يجوز وطؤها، و للصغير الذي لا قابليه له للوطء و عن ابن حمزه في الوسيله تقدير الأقل بما بين طلوع الشمس إلى الزوال، و لا دليل له كما اعترف غير واحد إلا أن يحمل كلامه على المثال فلا خلاف حينئذ.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار التي تقدم بعضها، و قال الشارح في المسالك: (الأصل في اشتراط المهر في عقد المتعه دون الدائم مع النصوص الداله عليه أن الغرض الأصلي منه الاستمتاع و إعفاف النفس فاشتد شبهه بعقود المعاوضات التي يشترط فيها ذكر العوض من الجانبين بخلاف الدائم، فإن الغرض الأصلي منه بقاء النسل و غيره من الأغراض المترتبة عليه التي لا يقصد من المتعه، فلذا لم يشترط فيه ذكر المهر، و قد نبه عليه الباقر عليه السلام في خبر محمد بن مسلم: إنما هي مستأجره، و قول الصادق عليه السلام:

فإنهن مستأجرات، و روى زراره في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تكون متعه إلا بأمرين بأجل مسمى و أجر مسمى) انتهى. هذا و لا بد أن يكون المهر معلوما لما-

ص: ٣٦٨

المضبوط كذلك (١) بالكيل، أو الوزن أو العدد مع المشاهده، أو الوصف الرافع للجها له (٢) و لو أخل به (٣) بطل العقد، بخلاف الدائم (٤).

فى أن حكمه كالدائم إلا فى بعض

(و حكمه كالدائم فى جميع ما سلف) من الأحكام (٥) شرطاً و ولايه، و تحريماً بنوعيه (٦) (إلا ما استثنى) من أن المتعه لا تنحصر (فى عدد (٧) و نصاب)، و من أنها -تقدم فى صحيح الهاشمى (مهر معلوم إلى أجل معلوم) و معلوميته تتم بالكيل إذا كان مكيلاً، و بالوزن إذا كان موزوناً، و بالعد إذا كان معدوداً، بل ذهبوا إلى كفايه المشاهده و إن كان واحداً من هذه الأمور الثلاثه، و يشهد له خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن أدنى مهر المتعه ما هو؟ قال: كف من طعام دقيق، أو سويق، أو تمر) (١)، و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام (أدنى ما تحل به المتعه كف طعام) ٢ و مثلها غيرها، و منها يعلم عدم اعتبار المعلوميه بالدقه كما اعتبرت فى البيع.

ثم لا تقدير للمهر فى جانب الكثره و لا القله للأخبار المتقدمه و لخصوص خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام: كم المهر يعنى فى المتعه؟ قال: ما تراضيتما عليه إلى ما شاء من الأجل (٢).

و عن الصدوق تحديد القله بدرهم لخبر أبى بصير (سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعه النساء؟ فقال: حلال و أنه يجزى فيه الدرهم فما فوقه) ٤، و خبر على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المتعه فأخبرنى أنها حلال، و أنه يجزى فيها الدرهم فما فوقه) ٥، و فيه: عدم دلالتهما على عدم أجزاء ما دون الدرهم إلا بالمفهوم اللقبى و هو ضعيف جداً.

(١) أى المحروس من الزيادة و النقصان.

(٢) إذا كان المهر غائباً.

(٣) بالمهر بطل العقد بلا خلاف فيه، لأن ذكره شرط فى صحه عقد المتعه للأخبار المتقدمه.

(٤) و لكن يثبت المثل.

(٥) لإطلاق أدلتها مع عدم استثناء المتعه منها.

(٦) أى التحريم العينى و التحريم الجمعى، فالأول كنيكاح الأم و الثانى كنيكاح الأختين.

(٧) و قد تقدم الكلام فيه.

ص: ٣٦٩

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المتعه حديث ٣ و ١ و ١٠.

تصح بالكتابه ابتداء (١).

(و لا تقدير فى المهر قله و كثره)، بل ما تراضيا عليه مما يتموّل، و لو بكفّ من برّ، و قدّره الصدوق بدرهم، (و كذا) لا تقدير (فى الأجل) قله و كثره، و شدّ قول بعض الأصحاب بتقديره (٢) قله بما بين طلوع الشمس و الزوال، (و لو وهبها (٣) المده قبل الدخول فعليه نصف المسمى) (٤) كما لو طلق فى الدوام (١) و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) أى الأجل.

(٣) المراد من الهبه هنا الابراء لأنه إسقاط ما يستحقه عليها، فهو إسقاط لما فى الذمه فلا يحتاج إلى القبول كالهبه، و على كل فلو وهبها المده فتاره يكون قبل الدخول و أخرى بعده، و على كل منهما فتاره يكون الموهوب تمام المده الباقيه و أخرى بعضها.

فلو وهبها تمام المده قبل الدخول ثبت نصف المسمى لها كما هو المشهور، و فى كشف اللثام أنه مقطوع به فى كلام الأصحاب و يشهد له مقطوعه زرعه عن سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته فى حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأه على الرجل نصف الصداق) (١).

و شكك البعض فى الحكم باعتبار ضعف الخبر لأنه مقطوع، و هو ضعيف لأن مثل سماعه لا يروى إلا عن المعصوم.

و لو وهبها بعض المده الباقيه قبل الدخول كما لو بقى من مدتها شهران فوهبها شهرا منهما و لم يدخل بها إلى حين حصول الفرقه فهل يثبت نصف المهر كما هو إطلاق الخبر المتقدم الدال على أن هبه المده قبل الدخول موجه لتنصيف المهر، و هذا ما صرح به غير واحد، أو يثبت تمام المهر كما استوجهه كاشف اللثام لخروجه عن النص بعد حمله على هبه تمام المده.

و لو وهبها المده أو بعضها بعد الدخول استقر المهر بتمامه بشرط تمكينها من نفسها فى المده غير الموهوبه، لأن المهر يثبت بالعقد كالدائم.

(٤) فتأخذ الزوجه منه النصف عند عدم أداء المهر من رأس، و عليها أن ترجع نصفه لو دفع الزوج إليها المهر من حين العقد.

ص: ٣٧٠

قبله (١)، و في إلحاق هبه بعض المده (٢) قبله (٣) بالجميع نظر، و الأصل (٤) يقتضى عدم السقوط، و لو كانت الهبه بعد الدخول للجميع (٥)، أو البعض لم يسقط منه (٦) شىء قطعاً، لاستقراره بالدخول.

و الظاهر أن هذه الهبه إسقاط (٧)، بمنزله الإبراء فلا يفتقر إلى القبول.

(و لو أخلت بشىء من المده) اختياراً قبل الدخول، أو بعده (قاصّها) (٨) من (١) قبل الدخول، و هو ليس قياساً بل تنظير و تشبيه و إلا فقد عرفت أن العمده على خبر سماعه المتقدم.

(٢) و قد انقضى بعضها من دون دخول.

(٣) قبل الدخول.

(٤) و هو ثبوت المهر بمجرد العقد.

(٥) أى جميع المده.

(٦) من المسمى.

(٧) إسقاط من الزوج لما له عليها فى الذمه من التمكين و الاستمتاع.

(٨) فلو أخلت ببعض المده سقط من المهر بنسبه إخلالها، إن نصفاً فنصف و إن ثلثاً فثلث و هكذا، بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر عمر بن حنظله (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أتزوج المرأة شهراً فتريد منى المهر كملاً، و أتخوف أن تخلفنى، قال: يجوز أن تحبس ما قدرت عليه فإن هى أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك) (١)، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبى الحسن عليه السّلام:

الرجل يتزوج المرأة متعه بشرط أن تأتية كل يوم حتى توفيه شرطه، أو يشترط أياماً معلومه تأتية، فتغدر به فلا تأتية على ما شرطه عليها، فهل يصلح له أن يحاسبها على ما لم تأتية من الأيام فيحبس عنها بحساب ذلك؟ قال: نعم ينظر إلى ما قطعت من الشرط فيحبس عنها من مهرها مقدار ما لم تلف له ما خلا أيام الطمث، فإنها لها، و لا يكون عليها إلا ما أحلّ له فرجها) (٢).

و ظاهر الأخير استثناء الحيض، و هل يلحق به غيره كالمرض و الحبس و جهان: من المشاركه فى المعنى، و من كون ذلك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

ص: ٣٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب المتعه حديث ٣.

المهر بنسبه ما أخلت به من المده، بأن يبسط المهر على جميع المده و يسقط منه بحسابه (١) حتى لو أخلت بها (٢) أجمع سقط عنه المهر.

و لو كان المنع لعذر كالحيض، و المرض، و الخوف من ظالم لم يسقط (٣) باعتباره شيء (٤).

و يحتمل ضعيفا السقوط بالنسبه (٥) كالاختياري (٦)، نظرا إلى أنه (٧) في مقابله الاستمتاع بقريته المنع (٨) الاختياري. و هو (٩) مشترك بين الاختياري و الاضطراري (١٠).

و ضعفه ظاهر (١١)، و في روايه عمر بن حنظله عن الصادق عليه السّلام ما يدل على الحكمين (١٢) و إطلاق المقاصه على ذلك الوجه (١٣) مجاز، لأنّ مجرد اخلالها بالمده يوجب سقوط مقابلها (١٤) من العوض الآخر (١٥). و مثل هذا لا يعد (١) بحساب الإخلال.

(٢) بالمده.

(٣) من المهر.

(٤) في الحيض قطعا و في غيره على وجه.

(٥) أي السقوط من المهر بسبب الإخلال بالاستمتاع، و الإخلال ناشئ من عذر اضراري غير الحيض.

(٦) كالاخلال لا لعذر.

(٧) أي إلى أن المهر.

(٨) أي بقريته سقوط شيء من المهر بالنسبه عند الإخلال لا لعذر.

(٩) أي كون المهر في قبالة الاستمتاع.

(١٠) و لكن عدم السقوط للمنع بسبب الحيض منصوص.

(١١) باعتبار عدم القطع به، و لا بد من استثناء الحيض من الاضطراري.

(١٢) من السقوط في المنع الاختياري، و من عدم السقوط في الاضطراري.

(١٣) من سقوط شيء من المهر بمقدار إخلالها.

(١٤) أي مقابل المده.

(١٥) وهو المهر.

ص: ٣٧٢

مقاصه (١). و لو ماتت فى أثناء المده، أو قبل (٢) الدخول فأولى (٣) بعدم سقوط شىء كالدائم (٤).

(و لو أخلّ بالأجل) فى متن العقد (٥).

(١) المقاصه بالمعنى الاصطلاحى لا تتحقق هنا إلا إذا أخذت المرأه حقها من المهر قبل الدخول ثم أخلّت بالمده و قد تلف المهر و لم يتمكن الرجل من أخذه حينئذ جاز له مقاصتها من مال لها عنده غير المهر.

(٢) أى ماتت قبل الدخول.

(٣) أى فالموت أولى من العذر الشرعى كالحيض فى عدم سقوط شىء من المهر، و وجه الأولويه أن الاضطراب فى الموت أشد من الاضطراب فى الحيض، إذ فى الحيض يمكن لها تمكينه من الاستمتاع بغير الفرج و لو استدلت بأن الأصل هو ثبوت المهر بمجرد العقد خرج منه الإخلال لا لعذر لأنه منصوص فىبقى الباقي تحت الأصل، و لذا لا يسقط بالموت شىء من المهر لكان أحسن و أقوى.

(٤) أى عدم سقوط شىء من المهر بسبب الموت فى المنقطع كعدم السقوط من المهر لسبب الموت فى الدائم.

(٥) لو لم يذكر الأجل فى متن العقد فقد وقع فيه الخلاف فالمشهور على أنه ينقلب إلى الدائم لأن لفظ الايجاب الواقع فى العقد صالح لكل منهما و إنما يتمحض للمتعهد بذكر الأجل و للدوام بعدمه، فإذا انتفى الأول ثبت الثانى، و لأن الأصل فى العقود الصحه و الفساد على خلاف الأصل فالحكم بالدوام أولى من الحكم بالبطلان، و لموثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السلام (إن سُمى الأجل فهو متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح بات) (١)، كما فى الوسائل، و فى الجواهر (فهو نكاح ثابت) (٢)، و كذا فى المسالك (٣)، و قد أورده فى الروضه هنا (فهو نكاح باق)، و لخبر أبان بن تغلب (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعه - إلى أن قال - قلت: فإنى استحي أن أذكر شرط الأيام، قال: هو آخر عليك، قلت: و كيف؟ قال: لأنك إن لم تشترط كان تزويج مقام، و لزمك النفقه فى العده و كانت وارثا، و لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق -

ص: ٣٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) جواهر الكلام ج ٣٠ ص ١٧٢.

٣- (٣) المسالك ج ١ ص ٥٠٣.

انقلب دائما (١)، أو بطل (٢) على خلاف) في ذلك منشؤه (٣): من صلاحيه (٤) - السنه(١). و عن جماعه البطالان، منهم العلامه و ولده و الشارح و سيد الرياض لأن المتعه شرطها الأجل و فوات الشرط مستلزم لفوات المشروط، و صلاحيه الايجاب لهما غير كافيه في حمله على الدوام، لأنه غير مقصود من اللفظ، و المعتبر في الصحه اتفاق اللفظ و القصد على معنى واحد و هو غير حاصل هنا، لأن المقصود هو المتعه و المطابق للفظ هو الدائم و هذا يقتضى البطلان و به يرفع اليد عن أصاله الصحه في العقود.

و لأن خبر ابن بكير ليس بصريح في مدعى المشهور لأنه دال على أن الدائم لا يذكر فيه الأجل و هو كذلك و لم يدل على أن من قصد المتعه و لم يذكر الأجل يكون دائما، و خبر أبان ضعيف السند بإبراهيم بن المفضل.

و ذهب ابن إدريس إلى أن الايجاب إن كان بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائما، و إن كان بلفظ التمتع بطل العقد، لأن اللفظين الأولين صالحان للدوام بخلاف الثالث فإنه يختص بالمتعه، و إذا فات شرطها بطلت، و فيه: إن بطلان عقد المتعه كما حصل لفوات شرطه من ذكر الأجل فكذلك الدوام بطل لفوات شرطه و هو القصد إليه فإنه الركن الأعظم في صحه العقود كما في المسالك و فصل رابع و لم يعرف بأن الإخلال بالأجل إن كان جهلا أو نسيانا فيبطل العقد، و إن وقع الإخلال عمدا انقلب العقد دائما، لأن تعمد الترك للأجل ظاهر في إرادته الدوام بخلاف ترك الأجل نسيانا أو جهلا فلم يرد الدوام و لم يتحقق شرط المتعه من ذكر الأجل فلا بد من الحكم بالبطلان، و فيه: إن النزاع في قصد المتعه و عدم ذكر الأجل، و ليس النزاع في إرادته الدوام مع عدم ذكر الأجل، فلو قصد المتعه و لم يذكر الأجل لا ينعقد دائما، لأن العقود تابعه للقصود، و الدوام غير مقصود فكيف ينعقد؟

و الانصاف يقتضى عدم انقلابه إلى الدوام لتبعيه العقود للقصود، و يقتضى بطلان العقد عند عدم ذكر الأجل، لأن الأجل في صحه المنقطع لو لا خبر أبان الصريح في الانقلاب، و لا يضره ضعف السند بعد عمل المشهور به.

(١) على المشهور المنصور.

(٢) كما هو قول جماعه منهم الشارح.

(٣) أى الخلاف.

(٤) دليل الانقلاب.

ص: ٣٧٤

أصل العقد (١) لكل منهما (٢)، و إنما يتمحض للمتعه بذكر الأجل، و للدوام بعدمه فإذا انتفى الأول (٣) ثبت الثاني (٤)، لأن الأصل (٥) في العقد الصحة، و موثقه (٦) ابن بكير عن الصادق عليه السلام قال: «إن سَمِيَ الأجل فهو (٧) متعه، و إن لم يسم الأجل فهو نكاح باق» و على هذا عمل الشيخ و الأكثر و منهم المصنف فى شرح الارشاد، و من أن (٨) المتعه شرطها الأجل اجماعا و المشروط عدم عند عدم شرطه، و لصحيحه زواره عنه عليه السلام: «لا تكون متعه إلا بأمرين: بأجل مسمى، و أجر مسمى» (٩)، و أن الدوام (١٠) لم يقصد، و العقود تابعه للقصود (١١)، و صلاحية (١٢) الايجاب لهما لا يوجب حمل المشترك على أحد معنييه (١٣) مع إرادته المعنى الآخر (١٤) المباين له.

و هذا هو (١٥) الأقوى، و الروايه ليس فيها تصريح بأنهما أرادا المتعه و أخلا (١) أى الايجاب.

(٢) للدوام و المنقطع.

(٣) و هو المنقطع لانتفاء شرطه.

(٤) أى الدائم.

(٥) تعليل لثبوت الثاني عند انتفاء الأول، لأن الأصل الصحة فلا يذهب إلى الفساد و البطلان مهما أمكن.

(٦) دليل ثان للانقلاب.

(٦) دليل ثان للانقلاب.

(٧) أى العقد.

(٨) دليل البطلان.

(٩) قد تقدمت، و لا داعى لها، إذ تدل على شرطيه الأجل فى صحة العقد و لازمه انتفاء المشروط عند انتفاء شرطه و هو راجع إلى الأول.

(١٠) دليل ثالث للبطلان.

(١١) و هنا ما قصد من المتعه لم يقع لعدم شرطه، و ما حكم به المشهور من الوقوع و هو الدوام لم يقصد فلا بد من الحكم بالبطلان.

(١٢) تتمه الدليل الثالث.

(١٣) و هو الدوام.

(١٤) و هو المنقطع.

(١٥) أى البطلان.

ص: ٣٧٥

بالأجل، بل مضمونها أن النكاح مع الأجل متعه، و بدونه دائم و لا نزاع فيه.

و أما القول (١) بأن العقد إن وقع بلفظ التزويج و النكاح انقلب دائما، أو بلفظ التمتع بطل، أو بأن (٢) ترك الأجل إن كان جهلا منهما (٣)، أو من أحدهما، أو نسيانا كذلك (٤) بطل، و إن كان عمدا انقلب دائما فقد ظهر ضعفه مما ذكرناه (٥) فالقول بالبطان مطلقا (٦) مع قصد التمتع الذى هو موضع النزاع أوجه.

فى ما لو تبين فساد العقد

(و لو تبين فساد العقد) (٧) إما بظهور زوج، أو عده، أو كونها محرمة عليه (١) و هو قول ابن إدريس.

(٢) عرض للقول الرابع.

(٣) من المتعاقدين.

(٤) منهما أو من أحدهما.

(٥) لأن العقود تابعه للقصد فالدوام غير مقصود فكيف يقع و إن كان إيجابه بلفظ التزويج أو النكاح هذا بالنسبة لضعف قول ابن إدريس، و الدوام إذا قصد عند تعمد ترك الأجل فيقع دائما إلا أنه خروج عن محل النزاع إذ النزاع فى قصد التمتع مع عدم ذكر الأجل و بهذا يظهر ضعف القول الرابع.

(٦) سواء كان بلفظ التزويج أو النكاح أو التمتع، و سواء كان عدم ذكر الأجل نسيانا أو جهلا أو عمدا.

(٧) يفسد العقد إذا ظهر لها زوج أو كانت ذات عده أو كانت محرمة عليه عينا كأخته أو جمعا كأخت الزوجه، و نحو ذلك من موجبات فساد العقد، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها بالاتفاق و إن استمتع بها بغير الفرج كالتقبيل و نحوه، فلا مسمى لبطان العقد و لا مثل لعدم تحقق الدخول كما هو المفروض.

و لو تبين الفساد بعد الدخول فعلى أقوال، فعن المفيد فى المقنعه و الشيخ فى النهايه و التهذيب و ابن البراج فى المهذب أن لها ما أخذت و لا يلزمه تسليم ما بقى من غير فرق بين العالمه و الجاهله لحسنه حفص عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا بقى عليه شىء من المهر و علم أن لها زوجا فما أخذته فلها بما استحل من فرجها، و يحبس عليها ما بقى عنده) (١) و هى ظاهره فى كون الزوجه عالمه إذ من البعيد جهلها بعدم زوج لها، و إثبات-

ص: ٣٧٦

جمعا، أو عينا، أو غير ذلك من المفسدات (فمهر المثل مع الدخول) و جهلها حاله الوطء، لأنه و طء محترم، فلا بد له (١) من عوض و قد بطل (٢) المسمى، فيثبت مهر مثلها في المتعه (٣) المخصوصه.

وقيل: تأخذ ما قبضته و لا يسلم الباقي استنادا إلى روايه، حملها على كون -المهر لها بمقدار ما استمتع منافع لما ورد أنه (لا مهر لبغى) (١).

ولذا ذهب المحقق في الشرائع و جماعه إلى أنه لا مهر لها إذا كانت عالمه بالفساد، لأنه لا مهر لبغى و يشهد له خصوص مكاتبه ابن الريان إلى أبي الحسن عليه السلام (الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم، و أعطها بعض مهرها و آخرته بالباقي، ثم دخل بها و علم بعد دخوله بها قبل أن يوفّيها باقي مهرها أنها زوجته نفسها، و لها زوج مقيم معها، أ يجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز؟ فكتب عليه السلام: لا يعطيها شيئا لأنها عصت الله عز و جل) (٢)، فالسؤال و إن كان عن دفع الباقي إلا أن الجواب ظاهر في عدم استحقاقها شيئا من المهر لمقتضى التعليل بعصيانها لله جلّ و علا، و إذا كانت جاهله فلها المسمى بعد حمل الروايه على ذلك، و أنه يحبس عنها ما بقى على تقدير أن الباقي من المهر بقدر الباقي من الأيام و قد عرفت أن المهر في المنقطع موزع على قدر المده، و فيه:

إن العقد في نفس الأمر فاسد فكيف يترتب عليه حكم الصحيح من ثبوت المسمى لها.

ولذا ذهب المحقق في النافع و الشارح في الروضه هنا و المسالك و صاحب الجواهر و غيرهم أن لا شيء لها مع العلم لأنها بغى، و لها مهر المثل مع الجهل لأنه و طء شبهه و بالدخول يثبت مهر المثل لأنه عوض البضع عند فساد المسمى.

هذا و قال الشارح في المسالك: (و ربما قيل بأن الواجب هنا أقل الأمرين من المسمى و مهر المثل، لأن مهر المثل إن كان أقل فهو عوض البضع حيث تبين بطلان العقد، و إن كان المسمى هو الأقل فقد قدمت على أن لا تستحق غيره) انتهى، و فيه: لا داعي للمسمى بعد بطلان العقد فلو أقدمت على المسمى فهي راضيه به لزعم الصحه و قد بان عدمها، و إن كانت عالمه بالبطلان فلا شيء لها لأنها بغى.

(١) للوطى المحترم.

(٢) لفساد العقد.

(٣) لا مهر مثلها في العقد الدائم.

ص: ٣٧٧

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من ابواب المتعه حديث ٢.

المقبوض بقدر مهر المثل (١) أولى من اطلاقها (٢) المخالف للأصل، وقبل الدخول لا شيء لها، لبطلان العقد المقتضى لبطلان المسمى (٣)، فإن كانت قد قبضته (٤) استعاده، وإن تلف في يدها ضمنته مطلقاً (٥)، وكذا (٦) لو دخل وهي عالمة بالفساد (٧)، لأنها بغى، ولا مهر لبغى.

و يجوز العزل عنها (٨) (١) وأن الزوجه جاهله بالفساد، وإن كان حملاً بعيداً، لأنه من البعيد جهل الزوجه بعدم وجود زوج لها. (٢) أى إطلاق الروايه الشامل للعالمه، والأصل يقتضى فى العالمه عدم المهر لأنها بغى.

(٣) ولا مثل لعدم الدخول.

(٤) كلاً أو بعضاً.

(٥) بالتفريط و بدونه، لأنها غير مأذونه.

(٦) أى لا مهر لها ولا قبضته تضمن.

(٧) ولكن بشرط عدم كون الرجل عالماً، وإلا لو كان عالماً بفساد العقد وقد سلطها على المهر المدفوع و تلف فلا ضمان عليها لإقدامه بعلمه.

(٨) بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث شاء) (١)، وخبر ابن أبي عمير وغيره قال (الماء ماء الرجل يضعه حيث شاء، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره، و شدد في إنكار الولد) (٢).

و يستحب اشتراط ذلك عليها لخبر الأحول (سألت أبا عبد الله عليه السلام قلت: ما أدنى ما يتزوج الرجل به متعه؟ قال: كف من برّ يقول لها: زوجيني نفسك متعه على كتاب الله و سنه نبيه نكاحاً غير سفاح، على أن لا أرثك و لا ترثيني، و لا أطلب ولدك إلى أجل مسمى، فإن بدا لى زدتك و زدتنى) (٣)، و مثله غيره.

و لكن يلحق به الولد لو حملت و لو عزل بلا خلاف فيه، و هذا الحكم لا يختص بالمتعه، بل بكل وطء صحيح، لاحتمال سبق المنى من غير تنبه، و الولد يلحق بالفراش للنبوى (الولد للفراش و للعاهر الحجر): (٤)، و لإطلاق صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد-

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المتعه حديث ٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب نكاح العيب و الإمامة حديث ٣.

(و إن لم يشترط ذلك) (١) فى متن العقد، و هو (٢) هنا (٣) موضع وفاق، و هو منصوص بخصوصه، و لأن الغرض الأصلى منه الاستمتاع دون النسل، بخلاف الدوام (و) لكن (يلحق به الولد) على تقدير ولادتها بعد وطئه بحيث يمكن كونه منه (و إن عزل)، لأنها فراش، و الولد للفراش، و هو مروى أيضا، لكن لو نفاه انتفى ظاهرا بغير لعان، بخلاف ولد الدوام.

فى أنه يجوز اشتراط السائغ فى العقد

(و يجوز اشتراط السائغ (٤) فى العقد كاشتراط الإتيان ليلا، أو نهارا) (٥) لأنه -الله عليه السّلام فى حديث فى المتعه (قلت: أ رأيت إن حبلت؟ فقال: هو ولده) (١).

و لكن لو نفى الولد عن نفسه و إن لم يعزل فضلا عما إذا عزل انتفى عنه الولد ظاهرا بلا لعان، بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (يلاعن الرجل المرأة التى يتمتع بها) (٢)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٣).

و هذا الحكم مبنى على الظاهر و إلا فيما بينه و بين الله تعالى لا يجوز له نفيه بمجرد العزل أو التهمه، بل مع العلم بانتفائه عنه و حينئذ فيجب النفى عليه فيما بينه و بين الله تعالى كما هو واضح.

(١) أى العزل.

(٢) أى جواز العزل.

(٣) فى المتعه.

(٤) و هو غير المنافى للكتاب و السنه.

(٥) سواء كان الشرط عليه أو عليها، أو أن يشترط المره و المرات فى الزمن المعين فيصح و يجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٣)، و تقييد الاستمتاع بوقت دون وقت لا ينافى مقتضى العقد، نعم هو مناف لمقتضى إطلاقه كما فى كل شرط سائغ و هو لا يضرّ، فى خبر محمد ابن مروان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: رجل جاء إلى امرأه فسألها أن تزوجه نفسها، فقال: أزوّجك نفسى على أن تلتمس منى ما شئت من نظر -

ص: ٣٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب المتعه حديث ١ و ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب اللعان حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

شرط لا ينافى مقتضى العقد، لجواز تعلق الغرض بالاستمتاع في وقت دون آخر، إما طلباً للاستبداد (١)، أو توفيراً لما سواه (٢) على غيره (٣) من المطالب، (أو شرط إتيانها مره، أو مرارا) مضبوطة (في الزمان المعين) لما ذكر (٤). و لو لم يعين الوقت (٥) بل أطلق المره و المرات بطل (٦)، للجهاله.

و التماس، و تنال منى ما ينال الرجل من أهله إلا أن لا تدخل فرجك في فرجى، و تتلذذ بما شئت فإنى أخاف الفضيحه، قال عليه السّلام: ليس له إلا ما اشترط (١)، و فى خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل تزوج بجاريه عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس) (٢).

(١) استبدد برأيه: انفراد.

(٢) أى لما سوى الوقت المعين.

(٣) أى غير الاستمتاع، و المعنى أنه لو شرط الجماع فى وقت معين ليتوسع فى غير الوقت المعين لمطالبه الأخرى غير الاستمتاع.

(٤) من أنه شرط سائغ غير مناف لمقتضى العقد فيلزم، و العقد قد ذكر فيه الأجل و هو شرط صحته، و قد اشترط فيه المره و المرات فى داخل الأجل و هو لا يضر فى ذكر الأجل.

(٥) على تقدير اشتراط المره و المرات.

(٦) كما عن الأكثر لعدم ذكر الأجل الذى هو شرط فى صحه التمتع، و المره و المرات كما تقع فى الزمن القصير تقع فى الزمن الطويل، و عن الشيخ فى النهايه و التهذيب و المحقق فى الشرائع الحكم بالصحه و انقلابه إلى الدائم لخبر هشام بن سالم (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أتزوج المرأه متعه مره مبهمه، فقال عليه السّلام: ذاك أشد عليك ترثها و ترثك، و لا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر و شاهدين) (٣).

و فى طريقه موسى بن سعدان و عبد الله بن القاسم و هما ضعيفان، و هو معارض لما دل على أن الأجل شرط فى صحه التمتع مع كون المره لا تقتضى وقتا معينا بل وقتا مجهولا فلا بدّ من ردّه، نعم هو معارض بما دل على الصحه و وقوعه متعه و هو خبر زراره (قلت له: هل يجوز له أن يتمتع الرجل من المرأه ساعه أو ساعتين؟ فقال: الساعه و الساعتان لا يوقف على حدهما، و لكن العرد و العردين، و اليوم و اليومين و الليله و أشباه-

ص: ٣٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب المتعه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب المتعه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المتعه حديث ٣.

و لا يقع بها (١) طلاق (٢)، بل تبين بانقضاء المده، أو بهبته إياها. و فى روايه محمد بن إسماعيل عن الرضا عليه السلام قلت: و تبين بغير طلاق قال: «نعم»، (و لا إيلاء) (٣) على أصح القولين لقوله تعالى فى قصه الإيلاء: وَ إِنْ عَزَمُوا - ذلك (١)، و خبر القاسم بن محمد عن رجل سمّاه قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأه على عرد واحد، فقال: لا بأس، و لكن إذا فرغ فليحوّل وجهه و لا ينظر) ٢، و خبر خلف بن حماد (أرسلت إلى أبى الحسن عليه السلام كم أدنى أجل المتعه؟ هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مره واحده؟ فقال: نعم) ٣.

و العرد كما عن القاموس الصلب الشديد المنتصب، و الذكر المنتشر المنتصب، و هو كناية عن المره، و هذه الأخبار أيضا مع ضعف سندها لم يعمل بها أحد إلا الشيخ فى التهذيبين و قد جعل الأحوط الأولى إضافه المره إلى أجل معين، فلا بدّ من ردها و العمده على ما دل على كون الأجل شرطا فى صحه العقد المنقطع.

(١) بالمتعه.

(٢) بلا خلاف فيه، بل تبين المتمتع بها بانقضاء المده للأخبار:

منها: خبر زراره (عده المتعه خمس و أربعون يوما كأنى انظر إلى أبى جعفر عليه السلام يعقد بيده خمس و أربعين، فإذا جاز الأجل كانت فرقه بغير طلاق) (٢)، و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث (فإذا جاء الأجل يعنى فى المتعه كانت فرقه بغير طلاق) (٣)، و صحيح محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (قلت له: الرجل يتزوج المرأه متعه سنه أو أقل أو أكثر، قال: إذا كان شيئا معلوما إلى أجل معلوم، قلت: و تبين بغير طلاق؟ قال: نعم) (٤)، هذا و فى حكم انقضاء المده هبته إياها، فيقوم ذلك مقام الطلاق إذا أراد تعجيل البينونه.

(٣) الإيلاء لغه الحلف و شرعا هو الحلف على ترك الوطء للزوجه أكثر من أربعه أشهر، لا يقع بها إيلاء على المشهور، لقوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَاءُ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَ إِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٥)، و العزم على -

ص: ٣٨١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعه حديث ٢ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعه حديث ٤.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب المتعه حديث ١.

٥- (٧) سوره البقره، الآيتين: ٢٢٦-٢٢٧.

الطَّلَاقَ (١) و ليس فى المتعه طلاق، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فى المتعه، و بانتفاء اللازم ينتفى الملزوم، و للمرتضى رحمه الله، قول بوقوعه بها (٢)، لعموم لفظ النساء (٣)، و دفع بقوله تعالى: **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٤)** فإن عود الضمير إلى بعض العام يخصصه.

(و لا- لعان (٥) إلا- فى القذف بالزنا) على قول المرتضى و المفيد استنادا إلى أنها-الطلاق دليل على أن المولى منها قابله للطلاق، و هذا مختص بالدائمه، و المتمتع بها ليست كذلك، و لأن من لوازم الإيلاء المطالبه بالوطء و هو منتف فى المتعه، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم.

و عن المرتضى وقوع الإيلاء بها لعموم قوله تعالى: **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)** و هو جمع مضاف فهو من صيغ العموم، و فيه: إنه مخصوص بقوله تعالى: **وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ (٢)**، لأن عود الضمير إلى بعض أفراد العام يخصصه.

(١)البقره آيه: ٢٢٧.

(٢)أى بوقوع الايلاء بالمتعه.

(٣)فى قوله تعالى: **لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٣)**.

(٤)البقره آيه: ٢٢٧.

(٥)لا لعان فى المتعه لنفى الولد على المشهور، و عن الجامع لابن سعيد وقوعه بها، و هو ضعيف لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (٤)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) ٥، و مثلها غيرها، و كذا لا لعان مع القذف لنفس الأخبار المتقدمه، و عن الشيخ و السيد وقوعه بها مع القذف لعموم الآيه و هى قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٥)** و فيه: قد ثبت فى محله جواز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد، و ما تقدم من الأخبار يصلح لتخصيص عموم الآيه.

ص: ٣٨٢

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢٧.

٣- (٣) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٤- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

٥- (٦) سورة النور، الآيه: ٦.

زوجه فيقع بها اللعان، لعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ فَإِنِ الْجَمْعُ الْمُضَافُ يَعَمُّ، و أجيب بأنه مخصوص بالسنة، لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السلام «لا يلاعن الحر الأمه، و لا الذميه، و لا التي يتمتع بها». و مثله روايه (١) على بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام. و لا قائل بالفرق بين الحر و العبد، فالقول بعدم وقوعه مطلقا (٢) قوى.

و أما لعانها لنفى الولد فمنفى إجماعا، و لا تنفائه (٣) بدونه.

فى أنه لا توارث بينهما إلا مع شرطه

(و لا توارث) بينهما (إلا مع شرطه) (٤).

(١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١١.

(٢) سواء كان الزوج حرا أم عبدا.

(٣) أى انتفاء الولد بمجرد النفى فى المتعه بدون لعان و قد تقدم بحثه.

(٤) اختلف الأصحاب فى ثبوت التوارث فى المتعه على أقوال:

الأول: ثبوت التوارث فى المنقطع كالدائم، بل و لو شرط سقوطه بطل الشرط كما لو شرط عدمه فى الدائم لعموم قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ - إلى قوله تعالى - وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ (١).

الثانى: عكسه و هو عدم التوارث فى المنقطع حتى لو شرط، و هو مختار الحلّى و أبى الصلاح و العلامه فى أحد قوليه و فخر المحققين و المحقق الثانى، و فى الحدائق إنه مذهب أكثر المتأخرين، لصحيح سعيد بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يتزوج المرأه متعه و لم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث، اشترط أو لم يشترط) (٢)، و مرسل الكلينى (و روى أنه ليس بينهما ميراث اشترط أو لم يشترط) (٣).

الثالث: إن أصل العقد لا يقتضى التوارث، و لكن باشرطه يثبت، ذهب إليه الشيخ و أتباعه إلا القاضى أبو الصلاح، و به قطع المحقق و الشارح، بل كاد أن يكون مشهورا لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام: كم المهر؟ يعنى فى المتعه، فقال:

ما تراضيتما عليه - إلى أن قال - و إن اشترط الميراث فهما على شرطهما) (٤)، و صحيح البنزطى عن الرضا عليه السلام (تزويج المتعه نكاح بميراث، و نكاح بغير ميراث، إن اشترطت كان و إن لم تشرط لم يكن) (٥).

ص: ٣٨٣

٢- (٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب المتعه حديث ٧ و ٤ و ٥ و ١.

فى العقد (١)، فىبثب (٢) على حسب ما يشترطانه (٣)، أما انتفاؤه (٤) بدون الشرط فلأصل (٥)، ولأن الإرث حكم شرعى فيتوقف ثبوته على توظيف الشارع و لم يثبت هنا، بل الثابت خلافه كقول الصادق عليه السّلام فى صحيحه (٦) محمد بن مسلم: «من حدودها - يعنى المتعه -: أن لا ترثك، و لا ترثها»، و أما ثبوته معه (٧) فلعوم «المؤمنون عند شروطهم» (٨) و قول الصادق عليه السّلام فى صحيحه محمد بن مسلم «إن اشترط الميراث فهما على شرطهما»، و قول الرضا عليه الصلاه و السلام فى حسنه (٩) البزنطى «إن اشترط الميراث كان، و إن لم يشترط لم يكن».

-الرابع: عكسه و هو أن أصل العقد فى المنقطع يقتضى التوارث ما لم يشترط سقوطه و إليه ذهب المرتضى و ابن أبى عقيل لموثق محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يتزوج المرأه متعه قال: إنهما يتوارثان إذا لم يشترط، و إنما الشرط بعد النكاح)(١).

و الأظهر هو الثالث بعد اعراض المشهور عن أخبار بقيه الأقوال.

(١) أى عقد المتعه.

(٢) أى الإرث.

(٣) من الطرفين أو من طرف واحد.

(٤) أى الارث.

(٥) و هو أن مطلق الزوجيه لا يقتضى استحقاق الإرث، فإن من الزوجات من ترث، و منهن من لا ترث كالذميه.

(٦) لم أعثر على هذه الروايه، بل الموجود فى الوسائل خبر عبد الله بن عمرو (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المتعه فقال: حلال لك من الله و رسوله، قلت: فما حدّها؟ قال: من حدودها أن لا ترثها و لا ترثك)(٢).

(٧) أى ثبوت التوارث مع الشرط.

(٨) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث - ٤ -.

(٩) وصفها بالحسنه لاشتمال السند على إبراهيم بن هاشم، و قال الشارح فى المسالك عن الخبر (من أجود طرق الحسن، لأن فيه من غير الثقات إبراهيم بن هاشم القمى، و هو جليل القدر كثير العلم و الروايه، و لكن لم ينصوا على توثيقه مع المدح الحسن فيه) انتهى، و قد عرفت أنه من شيوخ الإجازة و هذا ما يغنى عن الوثاقه، فلذا وصفنا الخبر بالصحيح.

ص: ٣٨٤

و فى المسأله أقوال آخر مأخذها أخبار (١)، أو اطلاقا (٢) لا تقاوم هذه (٣).

أحدها: التوارث مطلقا (٤).

و ثانيها: عدمه مطلقا (٥).

و ثالثها: ثبوته (٦) مع عدم شرط عدمه (٧).

و الأظهر مختار المصنف (٨). ثم إن شرطاه لهما فعلى ما شرطاه (٩)، أو لأحدهما خاصة احتمال كونه كذلك (١٠) عملا بالشرط، و بطلانه (١١) لمخالفته مقتضاه (١٢)، لأنّ الزوجيه إن اقتضت الإرث و انتفت موانعه ثبت من الجانبين، و إلا انتفى منهما.

فى أنه يقع بها الظهار

(و يقع بها الظهار) على أصح القولين (١٣)، لعموم الآيه فإنّ المستمع بها (١) كالأخبار التى هى مستند القول الثانى و الرابع.

(٢) كإطلاق الآيه الذى هو مستند القول الأول.

(٣) أى هذه الصحيحه التى هى مستند القول الثالث.

(٤) اشترط الثبوت أو العدم أو لا كما هو القول الأول المتقدم فى شرحنا.

(٥) اشترط الإرث أو عدمه أو لا، كما هو القول الثانى المتقدم.

(٦) أى ثبوت الارث.

(٧) كما هو القول الرابع المتقدم.

(٨) كما هو القول الثالث المتقدم فى شرحنا.

(٩) من ثبوت الارث على حسب قاعده الشرع للجانبين.

(١٠) أى على ما شرط لأحدهما.

(١١) أى و يحتمل بطلانه.

(١٢) أى لمخالفه الشرط لمقتضى العقد المشروط.

(١٣) بل على المشهور لإطلاق قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١)،

و لا ريب فى شمول النساء للمتمتع بها مع عدم المخصص، و عن الصدوق و الحلّى و العلامه عدم الوقوع لأصالة بقاء الحليه و الاباحه، و لأن الظهار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و هو الدائم، و لأن الظهار

ص: ٣٨٥

١- (١) سورة المجادل، الآية: ٣.

زوجه و لم تخصص، بخلاف ما سبق (١)، و ذهب جماعه إلى عدم وقوعه بها (٢)، لقول الصادق عليه الصلاه و السلام: «الظهار مثل الطلاق»، و المتبادر من المماثلة أن يكون في جميع (٣) الأحكام، و لأنّ المظاهر يلزم بالفئه (٤)، أو الطلاق. و هو (٥) هنا متعذر، و الإلزام بالفئه وحدها بعيد (٦)، و بهبه المده بدل الطلاق أبعد (٧).

و يضعف بضعف الروايه و إرسالها، و المماثلة لا تقتضى العموم (٨) و الإلزام بأحد الأمرين (٩) جاز (١٠) أن يختص بالدائم و يكون أثر الظهار هنا (١١) و جوب اعتزالها كالمملوكه.

-مختص بالدائم لأن من أحكامه إلزام المظاهر بالرجوع إما بالوطء أو الطلاق، و ليس للمتمتع بها حق في الوطء و لا يقع بها طلاق، و لمرسل ابن فضال عمن أخبره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) (١).

و نوقش الثانى بأنه لا معنى لأصالة البقاء و لا للاقتصار على المتيقن مع إطلاق الآيه المتقدمه، و الخبر مرسل و ابن فضال فطحى واقفى، على أنه يمكن حمله من اعتبار وقوع الظهار على طهر بغير جماع بشهاده شاهدين كمثل الطلاق، و هذا أجنبى عن محل النزاع.

و أما دعوى كون الظهار مختصا بالدائم فمردوده لأن أدله تشريعه مطلقه و إن كانت أحكامه بالرجوع من طلاق أو و طء مختصه بالدائم، و يبقى أثر الظهار فى المتمتع بها باقيا كوجوب اعتزال الأمه.

(١) من اللعان و الايلاء و الارث، فأدلتها مخصصه لوجود الأخبار المنتفيه فى المقام.

(٢) أى إلى عدم وقوع الظهار بالمتعه.

(٣) و كما لا يقع الطلاق فى المنقطع فكذا الظهار.

(٤) أى بالرجوع و الجماع بعد الكفاره.

(٥) أى الطلاق.

(٦) على أن الوطء هنا غير واجب.

(٧) لأن إقامه هبه المده فى المنقطع مقام الطلاق قياس لا نقول به.

(٨) إذ يمكن أن يكون الظهار كالطلاق فى الشرائط.

(٩) من الفئه أو الطلاق.

(١٠) فى محل رفع خبر لمبتدأ و هو (الإلزام).

(١١) فى المتعه.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

(و عدتها) مع الدخول إذا انقضت مدتها، أو وهبها (حيضتان) (١) إن كانت (١) إذا دخل الزوج بالمتمتع بها ثم انقضت مدتها أو وهبها إياها، و كانت غير يائسه و هي ممن يحيض فيجب عليها الاعتداد، و قد اختلف في تقديرها بسبب اختلاف الروايات على أقوال:

الأول: إن عدتها حيضتان و إليه ذهب الشيخ في الهداية و ابن البراج و سلار، و المحقق في الشرائع و جماعه لصحيح إسماعيل بن الفضل عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعه فقال: الق عبد الملك بن جريح فسله عنها، فإن عنده منها علما، فلقيته فأملى عليّ شيئا كثيرا في استحلالها، و كان فيما روى لي فيها - إلى أن قال - و عدتها حيضتان، و إن كانت لا تحيض فخمسه و أربعون يوما، قال: فأتيت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فقال: صدق و أقرّ به) (١)، و خبر أبي بصير - المروى في تفسير العياشي عن أبي جعفر عليه السلام (نزلت هذه الآية: فَمَا اسْتَمْتَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً - إلى أن قال - و عدتها حيضتان) (٢). و قد استدلل الشارح على هذا القول على ما في المسالك و الروضه بخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام (طلاق الأمه تطليقتان و عدتها حيضتان) (٣)، مع ضميمة صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (و كذلك المتعه عليها مثل ما على الأمه) (٤) لما في الوسائل، و في المسالك (إن على المتعه ما على الأمه)، و في الجواهر و غيرها (إن على المتتمعه ما على الأمه)، و على كل فالجمع بين الروايتين يفيد أن عدته المتعه حيضتان كعده الأمه.

الثاني: إن عدتها طهران و إليه ذهب المفيد و ابن إدريس و العلامه في المختلف و غيرهم، لصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام في حديث (و إن كان حر تحته أمه فطلاقه تطليقتان و عدتها قرءان) (٥)، مع ضميمة ما تقدم من أن عدته المتمتع بها هي عده الأمه، فضلا عن كون المراد بالقرء في العدد هو الطهر كما سيجيء بيانه في كتابه الطلاق.

الثالث: إنها حيضه و إليه ذهب ابن أبي عقيل لصحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (عده المتتمعه إن كانت تحيض فحيضه، و إن كانت لا تحيض فشهرو نصف) (٦)، و خبر -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٨.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب المتعه حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المتعه حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المتعه حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المتعه حديث ١.
- ٦- (٦) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ١.

ممن تحيض، لروايه محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الماضى (١) عليه السلام قال:

«طلاق الأمه تطليقتان و عدتها حيضتان» و روى زراره فى الصحيح عن الباقر عليه السلام: «أن على المتمتع ما على الأمه» (٢).

و قيل: عدتها قرءان، و هما (٣) طهران، لحسنه زراره (٤) عن الباقر عليه السلام:

«و إن كان حرّ تحتة أمه فطلاقها تطليقتان و عدتها قرءان» مضافه إلى صحيحه زراره (٥).

و الأول أحوط (٦). و عليه (٧) لو انقضت أيامها، أو وهبها فى أثناء الحيض لم يحسب ما بقى منه (٨) لأنّ الحيضه لا تصدق على بعضها، و إن احتسب ما بقى من -البنظى عن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: عدته المتعّه حيضه) (٩).

الرابع: إنها حيضه و نصف و إليه ذهب الصدوق فى المقنع لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها هل عليها العده؟ فقال عليه السلام: تعتدّ أربعة أشهر و عشرًا، و إذا انقضت أيامها و هو حيّ فحيضه و نصف مثل ما يجب على الأمه) ٢.

و الأشهر هو الأول مؤيدا بما دل على أن المتمتع بها كالأمه كصحيح عبد الرحمن المتقدم و غيره.

(١) و هو الإمام موسى الكاظم عليه السلام.

(٢) فخير ابن الفضيل كالصغرى، و هذا الخبر كالكبرى.

(٣) احتراز عن كون القرء بمعنى الحيض.

(٤) وصفها بالحسنه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم الذى لم يمدح و لم يذم، و قد عرفت أكثر من مره أنه من شيوخ الاجازة و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٥) المتقدمه و هى (أن على المتمتع ما على الأمه)، فتكون هذه كالكبرى و ما قبلها كالصغرى.

(٦) أى القول بكون العده حيضتين، و ذلك لأن العده بالحيضتين أطول من العده بالطهرين، فعلى الأول لا بد من حيضتين بعد انقضاء الأجل و هذا يستدعى حيضتين بينهما طهر غير الطهر الذى وقع فيه انقضاء الأجل، بخلاف الثانى فيكفى الطهر الذى انقضى فيه الأجل و هذا يستدعى طهران بينهما صيغه و أحد الطهرين هو الذى انقضى فيه الأجل.

(٧) أى على القول الأول.

(٨) من الحيض، فلا يحسب حيضه، لتبادر الجميع منها.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعه حديث ٥ و ٦.

(و لو استرابت) بأن لم تحض و هى فى سن من تحيض (فخمسه و أربعون يوما) و هو موضع وفاق (٢). و لا فرق فيهما (٣) بين الحره و الأمه (و تعتد (٤) من الوفاه بشهرين و خمسه أيام إن كانت أمه (٥)، (١) إذا انقضت أيامها أو وهبها إياها فى أثناء الطهر، و هذا على القول الثانى.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر البزنطى عن الرضا عليه السّلام (قال أبو جعفر عليه السّلام: عدّه المتعّه خمسّه و أربعون يوما، و الاحتياط خمسّه و أربعون ليلة) (١) و المعنى أن عدتها خمسّه و أربعون يوما بلياليها، و خبره الآخر المروى فى قرب الاسناد عن الرضا عليه السّلام (قال أبو جعفر عليه السّلام: عدّه المتعّه حيضه، و قال: خمسّه و أربعون يوما لبعض أصحابه) ٢، و خبر عبد الله بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث فى المتعّه (قلت: فكم عدتها؟ فقال: خمسّه و أربعون يوما أو حيضه مستقيمه) ٣، هذا و لا فرق بين الحره و الأمه فى هذه العده للإطلاق، بعد كون عدّه المتمتع بها هى عدّه الأمه.

(٣) فى عدّه من تحيض و عدّه المسترابه.

(٤) أى المتمتع بها.

(٥) إذا مات زوج المتمتع بها، و كانت أمه و كانت حائلا فعدتها شهران و خمسّه أيام على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عدّه الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسّه أيام) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسّه أيام) (٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (سمعتّه يقول: طلاق العبد للأمه تطليقتان، و أجلها حيضتان إن كانت تحيض، و إن كانت لا تحيض فأجلها شهر و نصف، و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحره شهران و خمسّه أيام) ٤ و مثلها غيرها و هى تشمل الدائم و المتمتع بها.

و عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف و جماعه أنها كالحره لصحيح زراره (سألت أبا-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المتعّه حديث ٢ و ٤ و ٤.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٩ و ١٠.

(و بضعفها (١) إن كانت حرة).

و مستند ذلك (٢) الأخبار الكثيرة الداله على أن عده الأمه من وفاه زوجها شهران و خمسه أيام و الحره ضعفها من غير فرق بين الدوام و المتعه، و تزيد (٣) الأمه هنا (٤) بخصوصها مرسله على بن أبي شعبه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في -جعفر عليه السلام: ما عده المتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشر، ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملكك يمين فالعده أربعة أشهر و عشر(١)، و يؤيده صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليتهما إذا مات عنها زوجها سواء فى العده، إلا أن الحره تحدّ و الأمه لا تحدّ)(٢)، و خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشر)(٣)، و حملها الشيخ على كون الأمه ذات ولد فتعده عده الحره، و فيه: إن الأخبار غير ظاهره فى هذا الحمل، و العمده فيها على صحيح زراره و لكنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم لكثرته.

(١) و هو أربعة أشهر و عشره أيام، و هى عده الحائل الحره المتمتع بها إذا مات عنها زوجها على المشهور لصحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها، هل عليها العده؟ فقال: تعتدّ أربعة أشهر و عشر)(٣)، و لصحيح زراره المتقدم.

و عن العماني و المفيد و المرتضى و سأل أن عدتها شهران و خمسه أيام لخبر ابن أبي شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسه و ستون يوما)٥.

و هو مرسل و فى طريقه على بن الحسين الطاطرى و هو ضعيف واقفى شديد التعصب على من خالفه من الإماميه و معارض بما تقدم من الصحيح فيتعين طرحه، و إلا فيحمل على الأمه على قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح و إن لم يكن ظاهرا فى ذلك.

(٢) أى الحكم المذكور من عده الوفاة فى الأمه و الحره.

(٣) أى تزيد فى مقام الاستدلال على الدليل السابق.

(٤) أى فى حكم المتعه فى عده الوفاة.

ص: ٣٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢ و ٥.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٤.

رجل تزوج امرأه متعه ثم مات عنها ما عدتها؟ قال: «خمسه و ستون يوما» بحملها على الأمه جمعا.

وقيل: إن عدتها أربعة أشهر و عشرة مطلقا (١)، لصحيحه زراره عن الباقر عليه الصلاه و السلام قال: سألته ما عدته المتمتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها قال:

«أربعة أشهر و عشرة»، ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأه حره كانت، أو أمه و على أى وجه كان النكاح منه متعه، أو تزويجا، أو ملك يمين فالعدده أربعة أشهر و عشرة»، و صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن المرأه يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها هل عليها العده فقال: «تعتد أربعة أشهر و عشرة».

و يشكل بأن هذه (٢) مطلقه فيمكن حملها على الحره جمعا (٣)، و صحيحه زراره تضمنت أن عدده الأمه (٤) فى الدوام كالحره و لا قائل به (٥)، و مع ذلك (٦) معارضه بمطلق الأخبار الكثيره الداله على أن عدده الأمه فى الوفاه على نصف الحره (٧)، و بأن كونها (٨) على النصف (٩) فى الدوام (١٠) يقتضى أولويته (١١) فى المتعه، لأن عدتها (١٢) (١) سواء كانت حره أم أمه، ففى الحره هو المشهور، و فى الأمه هو قول غير المشهور.

(٢) و هى صحيحه عبد الرحمن.

(٣) بينها و بين ما دل على أن عدده الأمه المتوفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام و هو قول المشهور.

(٤) أى عدده الوفاه للأمه و كان العقد دائما كعدده الحره فى الدوام و أنها أربعة أشهر و عشرة.

(٥) و فيه: إن القائل به الصدوق و ابن إدريس على ما صرح به الشارح فى المسالك فى بحث العدد فراجع.

(٦) أى مع عدم القائل بهذا القول الذى تدل عليه صحيح زراره.

(٧) كصحيح محمد بن قيس و صحيح محمد بن مسلم و جميل و خبر أبى بصير المتقدمه.

(٨) أى كون الأمه.

(٩) أى نصف الحره.

(١٠) كما سيأتى فى بحث العدد.

(١١) أولويه التنصيف.

(١٢) أى عدده المتعه.

أضعف في كثير من أفرادها (١) و نكاحها (٢) أضعف (٣) فلا يناسبها (٤) أن تكون أقوى (٥). و هذه (٦) مخالفه أخرى في صحيحه زراره للأصول (٧)، و إن كان العمل بها (٨) أحوط (٩).

و لو كانت (١٠) حاملا فبأبعد الأجلين) من أربعة أشهر و عشره (١١) أو شهرين و خمسه (١٢)، و من وضع الحمل (١٣) (فيهما) أى فى الحره و الأمه. أما إذا (١) أى من أفراد العده.

(٢) أى نكاح المتعه.

(٣) أى أضعف من الدائم و لذا لا تجب النفقه و لا القسمة و ينتفى ولدها بغير لعان، و لا حصر لها فى عدد و هكذا.

(٤) أى المتعه.

(٥) بحيث تكون عدتها كعده الدوام فى الوفاة.

(٦) أى اقوائيه المتعه بحيث تساوى عدتها عده الدوام فى الوفاة.

(٧) فهى تخالف الاقوائيه و أولويه التنصيف.

(٨) بصحيحه زراره.

(٩) لأن المشهور على كون عده الأمه فى المتعه شهران و خمسه أيام، و هى تدل على أن عدتها ضعف ذلك.

(١٠) أى المتمتع بها و البحث فى عده وفاه زوجها.

(١١) إذا كانت حره.

(١٢) إذا كانت أمه، و هذا هو الأجل الأول.

(١٣) و هذا هو الأجل الثانى، بلا خلاف فى ذلك كله لإطلاق الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه قال فى الحامل المتوفى عنها زوجها:

تنقضى عدتها آخر الأجلين) (١)، و موثق سماعه (المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين، إن كانت حبلية فتتمت لها أربعة أشهر و عشرا و لم تضع فإن عدتها إلى أن تضع، و إن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر و عشرا تعتد بعد ما تضع تمام أربعة أشهر و عشر، و ذلك أبعد الأجلين) ٢ و مثلها غيرها. و هى مطلقه تشمل المتوفى عنها زوجها و هى حامل سواء كان عقدها متعه أو دائما.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

كانت الأشهر أبعد فظاهر (١)، للتحديد بها (٢) فى الآية (٣)، و الروايه (٤). و أما إذا كان الوضع أبعد فلامتناع الخروج من العده مع بقاء الحمل (٥).

الفصل الخامس - فى نكاح الإمام

إشاره

(الفصل الخامس - فى نكاح الإمام) (٦)

فى أنه لا يجوز للعبد، أن يعقد لنفسه إلا بإذن المولى

بكسر الهمزه مع المدّ، جمع أمه بفتحها (لا يجوز للعبد، و لا للأمه أن يعقدا لأنفسهما نكاحا إلا بإذن المولى (٧). (١) فى أن العده لا تنقضى إلا بمضى الأشهر.

(٢) أى لتحديد عده الوفاه بالأشهر.

(٣) و هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (١).

(٤) و هى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج المتقدم، و كذا صحيح زراره.

(٥) لأن الحمل أثر ماء الميت، و لا يقصد بالعده إلا مراعاته فلا تنقضى مع وجوده، و لقوله تعالى: وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢).

(٦) و كذا العبيد.

(٧) قد تقدم عند الكلام فى صيغه النكاح الخلاف فى أن عقد النكاح إذا وقع فضولا هل يقع باطلا أو موقوفا على الاجازه، و من قال ببطلانه ثمة قال ببطلانه هنا، و من قال بوقوعه موقوفا اختلف فيه هنا.

فالأكثر على أن عقد نكاح العبد أو الأمه يقع موقوفا على إجازة السيد، فإن أجاز «صح و إلا بطل و يدل عليه صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته، و إن شاء فرّق بينهما، قلت: أصلحك الله أن الحكم بن عيينه و إبراهيم النخعى و أصحابهما يقولون: إن أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله، و إنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز) (٣)، و خبره الآخر عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن رجل تزوج عبده امرأه بغير إذنه فدخل بها ثم أطلع على ذلك مولاه، قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق -

ص: ٣٩٣

٢- (٢) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

-بينهما، و إن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون قد اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا، و إن أجاز نكاحه فهما على النكاح الأول، فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئا حلالا- و ليس بعاص لله، إنما عصى سيده و لم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّه و أشباهه(١).

هذا و لو أجاز السيد انكشف صحه العقد من حين وقوعه، و إلا انكشف بطلانه. و عن الشيخ في النهايه و تبعه ابن البراج في المهذب أن إجازة المالك كالعقد المستأنف حيث قال الشيخ في النهايه على ما حكى عنه (إن من عقد على أمه الغير بغير إذنه فنكاحه باطل، فإن رضى المولى كان رضاه كالعقد المستأنف) و لو أريد من البطلان التزلزل كما عن النكت للمحقق و المختلف للعلامة أو أريد من البطلان بطلانه عند عدم رضا المولى لكان موافقا للمشهور و إلا كان واضح الفساد بعد عدم بطلان عقد الفضولي من رأس، هذا من جهة و من جهة ثانية جعل الرضا كالعقد المستأنف ظاهر في كون الاجازة ناقله لا كاشفه، و قد تقدم البحث في البيع أنها كاشفه.

و عن ابن إدريس القول ببطلان الفضولي هنا في العبد و الأمه لو وقع بغير إذن السيد إما لبطلان عقد الفضولي في النكاح و غيره، و إما لبطلان عقد الفضولي في النكاح فقط، و إما لبطلان عقد الفضولي في نكاح العبد و الأمه فقط و إن جوزنا العقد الفضولي في غيرهما، و قد تقدم دليله في المسألة السادسة من مسائل كتاب النكاح.

و عن ابن حمزه الفرق بين نكاح العبد و الأمه بغير إذن المولى، فيقف الأول على الإذن دون الثاني فإنه باطل و لو أذن المولى، أما دليله على الصحه في عقد العبد فلصحيح زراره المتقدم الدال على توقف تزويج المملوك على إجازة سيده، و هو ظاهر في الذكر، و أما دليله على البطلان في عقد الأمه للنهي عن ذلك في الأخبار.

منها: خبر أبي العباس البقباق (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يتزوج الرجل بالأمه بغير علم أهلها؟ قال: هو زنا، إن الله يقول: فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ) ١٠، و خبر الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمه تزوّج بغير إذن موليها، فقال: يحرم ذلك عليها و هو زنا)(٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن نكاح الأمه فقال عليه السلام: لا يصلح نكاح الأمه إلا بإذن مولاها) ٤ فالتنصيص على أنه زنا مع النهي -

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١ و ٣ و ٤.

لأنهما ملك له) فلا يتصرفان (١) في ملكه بغير إذنه لقبحه (٢)، (أو اجازته) (٣) لعقدهما لو وقع بغير إذنه على أشهر القولين، لحسنه (٤) زراره عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده قال: «ذاك إلى السيد إن شاء أجاز، وإن شاء فرّق بينهما».

و على هذا (٥) فتكون الإجازة كاشفه عن صحته (٦) من حين ايقاعه، كغيره من العقود الفضوليه.

و قيل: بل يكون العقد كالمستأنف.

و قيل يقع باطلا- إما بناء على بطلان العقد الفضولي مطلقا (٧)، أو بطلان نكاح الفضولي مطلقا (٨)، أو بطلان هذا (٩) بخصوصه، نظرا (١٠) إلى أنه منهي عنه، لقبح التصرف في ملك الغير فيكون فاسدا، و لما روى (١١) عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: «أيما مملوك تزوج بغير إذن مولاه فنكاحه باطل». و كليه الكبرى (١٢) و السند ممنوعان (١٣).

-عنه الدال على الفساد مما يفيد بطلان العقد من رأس و لا تنفعه الإجازة فيما بعد.

و فيه: إن لفظ المملوك شامل للذكر و الأنثى فصحيح زراره الدال على صحة العقد الموقوف على الاجازة دال على الحكمين، و أما هذه الأخبار الواردة في الأمه فهي ظاهره أو محموله جمعا على ما لو صدر العقد و لم يتعقبه الإذن.

(١) أي العبد و الأمه.

(٢) أي لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه.

(٣) الإذن هو الإجازة السابقه على العقد، و الاجازة هي الإذن اللاحق و عليه فلا يقع العقد باطلا إلا إذا نهى أو ردّ.

(٤) بل هي صحيحه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم الذي عرفته حاله.

(٥) من وقوع العقد الفضولي من العبد و الأمه موقوفا على الاجازة.

(٦) أي صحه العقد من حين وقوعه.

(٧) في البيع و النكاح و غيرهما.

(٨) في العبد و الحر.

(٩) أي في العبد فقط.

(١٠) تعليل لبطلان خصوص العقد الفضولي في العبد.

(١١) و هو من مرويات العامه، و سنده مجهول على ما قيل.

(١٢) وهى أن كل نهى يقتضى الفساد.

(١٣) أما السند فقد عرفت ما فيه، و أما الكبرى كل نهى يقتضى الفساد إلا فى العبادات.

ص: ٣٩٥

وقيل: تختص الإجازة بعقد العبد، دون الأمه عملاً بظاهر النص السابق (١)، ورجوعاً في غيره (٢) إلى النهى المفيد للبطلان، وكلاهما ممنوعان، فإن المملوك يصلح لهما (٣)، والنهى لا يقتضيه (٤) هنا.

وحيث يأذن المولى، أو يجيز عقد العبد فالمهر ونفقة الزوجه عليه (٥)، سواء في ذلك كسب العبد، وغيره (٦) من سائر أمواله (٧)، على أصح القولين، وله مهر أمته (٨).

في أنه إذا كان الأبوان رقاً فالولد رق

(وإذا كانا) أى الأبوان (رقاً فالولد رق) (٩)، (١) وهو صحيح زواره المتقدم الظاهر فى العبد، لأن المتبادر من المملوك ذلك.

(٢) أى غير العبد.

(٣) للعبد و الأمه.

(٤) أى لا يقتضى الفساد فى المعاملات.

(٥) على المولى، وقد تقدم البحث فى ذلك مفصلاً فى المسأله السابعه من مسائل النكاح.

(٦) غير كسب العبد.

(٧) أى أموال المولى.

(٨) إذا أذن أو أجاز، لأن الأمه و منافعها له.

(٩) إذا كان الأبوان رقاً كان الولد كذلك، بلا خلاف فيه ولا إشكال، إذ لا وجه لحرية، وإنما هو تابع لهما، وعليه فإن كان الأبوان لمالك واحد فولدهما له، لأنه نماء المال، وهو تابع لأصله فى الملكيه، وإن كان كل واحد من الأبوين لمالك فالولد بينهما نصفان، لأنه نماء ملكهما، ولا مزيه لأحدهما على الآخر، بخلاف باقى الحيوانات فالولد لمالك الأم، والفرق بينهما أن النسب مقصود فى الآدميين، والولد تابع لأبويه فى النسب بخلاف باقى الحيوانات فالنسب غير معتبر، والنمو والتبعيه لاحقان بالأم خاصه.

ومما يدل على كون الولد فى مقامنا للمالكين أن العقد يقتضى إلحاق الأولاد بأبويهما المملوكين لاثنتين ويشهد له نصوص تزويج العبد بالحره وبالعكس،

ومنها: خبر جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد، قال عليه السّلام: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد تزوج حره، قال عليه السّلام: يلحق الولد بأمه) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى العبد يكون تحته الحره، قال عليه السّلام: ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بأبيه) ٢ ومثلها غيرها.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢ و ٣.

لأنه (١) فرعهما (٢) و تابع لهما و يملكه المولى إن اتحد (٣)، و إن كان كل منهما (٤) لمالك (يملكه المولى إن أذنا لهما) (٥) فى النكاح (أو لم يأذن أحدهما) أى كل (٧) واحد منهما، لأنه (٨) نماء ملكهما فلا مزيه لأحدهما على الآخر، و النسب لاحق بهما (٩)، بخلاف باقى الحيوانات فإن النسب غير معتبر، و النمو و التبعية فيه (١٠) لاحق بالأم خاصة (١١)، و النص (١٢) دال عليه (١٣) أيضا (١٤)، و الفرق به (١٥) أوضح (١٦).

و وجه الاستدلال بها أنها ظاهره فى حقوق الولد بالحر من الأبوين باعتبار أشرفيته، و منها يعلم لحقوق الولد بالأبوين عند عدم المزيه، إذا لم يكن أحدهما حرا.

هذا كله على المشهور و ذهب أبو الصلاح أن الولد لمولى الأمه كغيره من الحيوانات، و مما تقدم تعرف ضعفه.

ثم هذا كله إذا أذن كل من الموليين بالعقد، أو لم يأذن كل منهما بالعقد، و أما لو أذن أحدهما خاصة فسيأتى البحث فيه.

(١) أى الولد.

(٢) أى فرع أبويه.

(٣) أى المولى المالك لكل من الأبوين.

(٤) من الأبوين.

(٥) مولى العبد الذى هو الزوج و مولى الأمه التى هى الزوجه.

(٦) للأبوين.

(٧) تفسير على خلاف ظاهر عبارته الماتن المتقدمه، و لكن لا بد منه لأنه سيتكلم الماتن على إذن أحدهما خاصة دون الآخر.

(٨) أى الولد.

(٩) بالأبوين المملوكين.

(١٠) فى باقى الحيوانات.

(١١) فولد الحيوان يملكه مالك الأم.

(١٢) و قد عرفت أنه الأخبار الداله على حقوق الولد بأشرف أبويه لأنه حر.

(١٣) على الفرق المتقدم.

(١٤) كما دل الاعتبار المتقدم على الفرق المذكور.

(١٥) بالنص.

(١٦) أى أوضح مما ذكر من أن النسب غير معتبر فى الحيوانات بخلاف المملوك من الإنسان فإنه معتبر فيه.

ص: ٣٩٧

(و لو أذن أحدهما) خاصة (فالولد لمن لم يأذن) (١)، سواء كان (٢) مولى الأب أم مولى الأم، و علّل (٣) مع النص (٤) بأن الآذن قد أقدم على فوات الولد منه، فإنه (٥) قد يتزوج بمن ليس برقّ فينعتد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة.

و يشكل الفرق (٦) فيما لو انحصر إذن الآذن في وطء المملوكه (٧)، فإنه لم يضيع الولد حينئذ.

و يشكل الحكم (٨) فيما لو اشترك أحدهما (٩) بين اثنين (١٠) فأذن مولى (١) قال سيد الرياض: (و لو أذن أحدهما كان للآخر الذى لم يأذن فى ظاهر الأصحاب، بل فى المسالك ظاهرهم الاتفاق عليه و هو الحجه فيه لو تم، دون النص المدعى لعدم الوقوف عليه) انتهى، و قال الشارح فى المسالك: (و ظاهرهم الاتفاق عليه و يظهر من بعضهم أنه منصوص و لم نقف عليه - إلى أن قال - فقد علّوه بأن الإذن لمملوكه فى التزويج مطلقاً مقدماً على فوات الولد منه، لأنه قد يتزوج من ليس برقّ فينعتد الولد حراً، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصة) انتهى.

و فيه: أما دعوى ظهور الوفاق من الشارح غير مسلمه لعدم تعرض الجميع لهذا الفرع، بل هو عدم ظهور الخلاف، و منه تعرف ضعف كون الوفاق هنا إجماعاً، و أما الإذن و أنه قد أسقط حقه فى الولد بسببه لاحتمال تزوج المأذون حراً ففيه أنه يمكن فرض تزوج المأذون بالمملوكه فقط، و أنه لو تزوج المأذونان فلازم ما تقدم أن لا يكون الولد لهما مع أنه لهما بالاتفاق.

(٢) أى غير الآذن.

(٣) أى علّل الحكم بكون الولد لغير الآذن خاصة.

(٤) قد عرفت عدم وجوده بشهادة الشارح فى المسالك.

(٥) أى العبد المأذون.

(٦) بين الآذن و غيره.

(٧) لا فى مطلق النكاح.

(٨) بكون الولد لغير الآذن.

(٩) أى أحد المملوكين من الزوجين، و كان الآخر لمالك واحد.

(١٠) بين مالكين.

المختص (١)، و أحد المشتركين، دون الآخر (٢)، أو تعدد مولى كل منهما (٣) فإنه (٤) خارج عن موضع النص (٥) و الفتوى فيحتمل كونه (٦) كذلك (٧) فيختص الولد بمن لم يأذن اتحاد أم تعدد، و اشتراكه (٨) بين الجميع على الأصل (٩) حيث لا نصّ.

(و لو شرط أحد الموليين انفراده بالولد، أو بأكثره (١٠) صح) الشرط (١١)، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، و لأنه شرط لا ينافى النكاح، (و لو كان أحد الزوجين حرًا فالولد حرّ) (١٢).

(١) و هو مالك العبد غير المشترك.

(٢) دون الشريك الآخر، و على مقتضى تعليلهم يجب كون الولد للشريك الآخر غير الآذن، مع أنه فى القواعد استشكل فيه لخروجه عن مورد الفتوى فيرجع إلى الأصل القاضى بكون الجميع مشتركاً فيه، لأنه نماء ملكهم.

(٣) أى من المملوكين، و آذن من اشترك فى ملكيه أحد الزوجين دون من اشترك فى ملكيه الآخر، و على مقتضى تعليلهم يجب كون الولد لمن لم يأذن و هو المتعدد فى ملكيه الآخر، مع أنه يصح الإشكال فيه لكونه خارجاً عن مورد الفتوى الذى ادعى الاتفاق عليه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل القاضى بكون الولد للجميع، لأنه نماء ملكهم.

(٤) أى الولد فى هاتين الصورتين الأخيرتين.

(٥) و هو النص المدعى الذى اعترف الشارح بعدم الوقوف عليه.

(٦) أى الولد فى هاتين الصورتين.

(٧) أى بكونه لمن لم يأذن.

(٨) أى و يحتمل اشتراكه.

(٩) و الأصل هو كون الولد نماء لملكهم فيكون لهم بتمامهم.

(١٠) أى بأكثر الولد بحيث اشترط زياده عن نصيبه.

(١١) بلا خلاف فيه لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(١٢) لو كان أحد الزوجين حراً لحق الولد به سواء كان الحر هو الأب أم الأم، على المشهور، لأصالة الحرية و غلبتها عند اجتماعهما مع الرقيه، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى العبد يكون تحته الحره،-

للأخبار الكثيره الداله عليه، سواء فى ذلك (١) الأب و الأم، و لأنه (٢) نماء الحرّ فى الجملة و حق الحرّيه مقدّم، لأنها أقوى، و لهذا بنى العتق على التغليب و السرايه (٣).

و قول ابن الجنيد: بأنه لسيد المملوك منهما (٤) إلا مع اشتراط حرّيته تغليبا قال عليه السّلام: ولده أحرار فإن أعتق المملوك لحق بأبيه(١)، و صحيح جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج بأمه فجاءت بولد، قال: يلحق الولد بأبيه، قلت: فعبد تزوج حره، قال: يلحق الولد بأمه)٢ و صحيح ابن أبى عمير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الرجل الحر يتزوج بأمه قوم، الولد ممالكك أو أحرار؟ قال عليه السّلام: إذا كان أحد أبويه حرا فالولد، أحرار(٢) و مثلها غيرها.

و خالف ابن الجنيد فجعل الولد رقا تبعا للمملوك من أبويه إلا مع اشتراط حرّيته، لأنه نماء مملوكه فيتبعه فى الملكيه، و لأن حق الآدمى يغلب إذا اجتمع مع حق الله تعالى، و للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لو أن رجلا- دبّر جاريه ثم زوجها من رجل فوطأها كانت جاريته و ولدها مدبرين، كما لو أن رجلا أتى قوما فتزوج إليهم مملوكتهم كان ما ولد لهم ممالكك)٤ و خبر الحسن بن زياد (قلت له: أمه كان مولاهما يقع عليها ثم بدا له فزوجها، ما منزله ولدها؟ قال: بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها)٥، و ردّ بضعف الخبرين مع قطع الثانى منهما و مع ذلك لا يصلحان لمعارضه ما تقدم لكثرتهم، و هما محمولان على التقيه كما عن بعضهم على ما فى الجواهر، لأنهما موافقان لما عليه العامه الذين أمرنا بمخالفتهم فقد جعل الله الرشد فى خلافهم.

و أما تغليب حق الآدمى ففيه المنع هنا لأن جانب الحرّيه أقوى، و من ثمّ غلب جانب الحرّيه و يسرى العتق فى الكثير من موارد اجتماعهما، و لأن الأصل فى الإنسان الحرّيه خرج منه ما أخرجه الدليل فىبقى الباقي و هذا منه، و منه تعرف ضعف دليله الأول.

(١) فى حرّيه أحد الزوجين.

(٢) أى الولد.

(٣) و ذلك عند عتق بعض العبد فيسرى العتق إلى الجميع و ينعتق قهرا.

(٤) من الزوجين.

ص: ٤٠٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٥ و ١٠ و ١٢.

لحق الآدمي على حق الله تعالى ضعيف (١).

في أنه لو شرط مولى الرقّ رقيته جاز

(و لو شرط (٢) مولى الرقّ) منهما (٣) (رقيته جاز) و صار رقّا (على قول مشهور) بين الأصحاب (ضعيف المأخذ)، لأنه (٤) روايه مقطوعه دلت على أن ولد الحرّ من مملوكه مملوك، و حملوها (٥) على ما إذا شرط المولى الرقيه، و مثل هذه الروايه لا تصلح مؤسسسه لهذا الحكم (٦) المخالف للأصل (٧)، فإنّ الولد (٨) إذا كان (١) خبر لقوله: (و قول ابن الجنيّد).

(٢) لو اشترطت الحرّيه من الحر من الزوجين فلا إشكال في تحقّقها، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لو اشترطت الرقيه من مولى الرق من الزوجين فالمشهور بين الأصحاب صحه الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) ٢، و لخبر أبي بصير المتقدم، و هو غير ظاهر في ذلك، إلا أن الشيخ قد حمّله على ما لو اشترطت الرقيه، و هو مندرج تحت قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، و الخبر و إن كان مخصوصا بالأمه إلا أنه لا قائل بالفرق.

و أشكال الشارح و جماعه بأن خبر أبي بصير قد رواه الشيخ في الاستبصار عن أبي عبد الله عليه السّلام، و في التهذيب قد جعله مقطوعا، و سنده مشتمل على أبي سعيد المكارى و هو مجهول، فضلا عن كون أبي بصير مشتركا بين الثقه و الضعيف، و حمل الشيخ لها على هذا الشرط على خلاف ظاهرها حمل تبرعى لا شاهد له، و كان السبب من الشيخ في الحمل عدم تنافيا للأخبار المتقدمه الداله على كون الولد تابعا للحر من أبويه، و هذه الأخبار عامه أو مطلقه تشمل محل النزاع فلا بد من الحكم بكون الولد حرا لهذه الأخبار و هو الأصل، بعد عدم صلاحيه خبر أبي بصير لتأسيس حكم مخالف لهذا الأصل.

و دعوى الشرط مردوده لأن الشرط يصح و يلزم العمل به إذا كان مشروعاً، و لذا لا يصح اشتراط رقيه الولد من الحرّين، و منه يتبين أن الولد ليس ملكا للحر من أبويه حتى يصلح اشتراط رقيته، و إنما الحق فيه لله تعالى.

(٣) من الزوجين.

(٤) أى المأخذ.

(٥) و الحامل لها هو الشيخ.

(٦) من رقيه الولد بعد كون أحد أبويه حرا.

(٧) و هو أن الولد يتبع أشرف أبويه فى الحرّيه و الإسلام، أو أن الأصل فى الإنسان الحرّيه خرج منه ما خرج بالدليل فيبقى الباقي و هذا منه.

(٨) إذا كان أحد أبويه حرا كما هو مفروض المسأله.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

مع الإطلاق (١) ينعقد حرًا فلا تأثير في رقيته للشرط (٢)، لأنه (٣) ليس ملكًا لأبيه (٤) حتى يؤثر (٥) شرطه، كما لا يصح اشتراط رقيه من ولد حرًا (٦)، سيما مع ورود الأخبار الكثيره (٧) بحريه من أحد أبويه حرًا، و في بعضها لا يملك ولد حر (٨).

ثم على تقدير اشتراط رقيته في العقد، أو التحليل (٩) وقلنا بعدم صحه الشرط، هل يحكم بفساد العقد، لعدم وقوع التراضى (١٠) بدون الشرط الفاسد كما في غيره (١١) من العقود المشتمله على شرط فاسد (١٢) أم يصح (١٣) و يبطل الشرط خاصه.

يحتمل الأول (١٤)، لأنّ العقد يتبع القصد و لم يحصل (١٥) إلا بالشرط و الشرط لم يحصل.

(١) أى بدون الشرط في متن العقد.

(٢) فإنه غير مشروع حينئذ.

(٣) أى الولد.

(٤) الحر.

(٥) أى حتى يؤثر في الولد شرط أبيه.

(٦) و هو من كان من أبوين حرين.

(٧) و قد تقدم بعضها.

(٨) و هو خبر جميل بن دراج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحر يتزوج بالأمه، أو عبد يتزوج حره، فقال لى: ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرا، إنه يلحق بالحر منهما، أيهما كان أبا كان أو أما) (١) من دون استفصال عن وقوع اشتراط الرقيه مع ورودها في مقام الجواب، و ترك الاستفصال في مقام الجواب عن السؤال ينزل منزله العموم في المقال.

(٩) أى على تقدير اشتراط رقيته في التحليل.

(١٠) أى التراضى في العقد.

(١١) أى غير هذا العقد.

(١٢) فيكون الشرط فاسدا مفسدا.

(١٣) أى العقد.

(١٤) و هو إفساد العقد بسبب فساد الشرط.

(١٥) أى القصد.

ص: ٤٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٨.

و الثاني (١) لأنّ عقد النكاح كثيرا ما يصح بدون الشرط الفاسد (٢) و إن لم يصح غيره من العقود (٣)، و فى الأول قوه (٤)، و صحته (٥) فى بعض الموارد لدليل خارج (٦) لا يقتضى عمومته (٧) فى جميع مواردّه، و أولى بعدم الصحه لو كان (٨) تحليلا، لأنّه (٩) متردد بين العقد و الإذن كما سيأتى (١٠). و لا يلزم من ثبوت الحكم (١١) فى العقد ثبوته (١٢) فى الإذن المجرد (١٣)، بل يبقى (١٤) على الأصل (١٥).

(١) أى و يحتمل الثاني و هو صحه العقد دون الشرط.

(٢) خصوصا إذا اشترط فى المهر ما يفسده كمجهوليته أو جعله ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير.

(٣) و لذا كان المشهور على أن الشرط الفاسد مفسد.

(٤) ناشئه من كونه على مقتضى الأصل الدال على إفساد العقد عند فساد شرطه، لعدم القصد حينئذ.

(٥) أى صحه عقد النكاح.

(٦) كما دل الدليل على أن المهر ليس من أركان العقد الدائم، ففساد الشرط فيه لا يدل على إفساد العقد.

(٧) أى عموم تصحيح عقد النكاح و إن فسد الشرط، و فى نسخه - كما فى الحجريه - (لا يقتضى عمومها) و المعنى عموم الصحه فى عقد النكاح و هو أولى.

(٨) أى مورد الشرط و هو المشروط.

(٩) أى التحليل.

(١٠) فلو كان إذنا فيضره فساد الشرط قطعا، لأنه إذن متوقف على هذا الشرط بزعم صحته، و إذا انتفى الشرط ينتفى المشروط.

هذا و لو كان عقدا فقد عرفت تقويه عدم الصحه و من هنا كان عدم الصحه فى التحليل أولى من عدمها فى العقد.

(١١) و هو صحه عقد النكاح مع فساد الشرط كما فى الموارد الكثيره.

(١٢) أى الحكم من صحه التحليل مع فساد الشرط.

(١٣) و هو التحليل، و سمي مجردا لأنه خال عن القبول.

(١٤) أى الإذن.

(١٥) من فساد المشروط عند فساد شرطه.

- و على هذا (١) لو دخل مع فساد الشرط و حكمنا بفساد العقد كان زانيا (٢) مع علمه بالفساد و انعقد الولد رقًا (٣) كظائره (٤).
- نعم لو جهل الفساد كان حرًا (٥)، للشبهه، و إن قلنا بصحته (٦) لزم بالشرط (٧) و لم يسقط (٨) بالإسقاط (٩) بعد العقد، لأن ذلك (١٠) مقتضى الوفاء به (١١)، مع احتمال (١٢)، تغليباً للحريه (١٣)، كما (١٤) لو أسقط حق التحجير، و نحوه (١٥).
- (١) من الحكم بفساد العقد عند فساد الشرط.
- (٢) لعدم صحه ما يوجب تحليل الوطى،
- (٣) لأنه تابع لأمه المملوكه، بعد كون الشارح قد فرض الحريه فى جانب الأب على ما تقدم فراجع.
- (٤) كما لو زنى بأمه الغير.
- (٥) أى الولد، و هو تابع لأبيه بعد كون الشبهه كالعقد الصحيح فى إلحاق النسب و إسقاط الحد و ثبوت المهر و لو أجره المثل.
- (٦) أى بصحه اشتراط الرقيه فيلزم الشرط، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و بما أنه شرط فى عقد لازم فلا يصح إسقاطه فيما بعد لوجوب الوفاء بالعقد القاضى بالالتزام بالشرط مطلقاً.
- (٧) أى لزم العقد بالشرط، و الأصح القول لزم الشرط بالعقد فلا يصح إسقاطه.
- (٨) أى الشرط.
- (٩) من قبل المشروط له و هو مولى الرق من الزوجين.
- (١٠) أى عدم سقوط الشرط بالإسقاط.
- (١١) بالعقد.
- (١٢) أى احتمال السقوط بالاسقاط.
- (١٣) و فيه: لا يصح تغليب الحريه هنا بعد وجود العموم اللفظى الدال على وجوب الوفاء بالعقد، و القاضى بلزوم الشرط، نعم غلبت الحريه فى مواردنا إذا تشبث الرق بها، و هنا لم يتشبث حيث ولد رقاً بناء على صحه الشرط.
- (١٤) تشبيه لأصل الاسقاط، و ليس تنظيراً لعموم العله.
- (١٥) كحق الأولويه فى المسجد.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

فى أنه يستحب إذا زوج عبده من أمة أن يعطيها شيئاً

(و يستحب إذا زوج عبده من أمة أن يعطيها شيئاً من ماله) (١) ليكون بصورة المهر جبراً لقلبها، و رفعاً لمنزله العبد عندها، و لصحيحه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمة قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها (٢) شيئاً من قبله، أو من قبل مولاه و لو بمدّ من طعام، أو درهم أو نحو ذلك».

و قيل: بوجوب الاعطاء عملاً بظاهر الأمر، و لثلاث يلزم خلو النكاح عن المهر فى العقد و الدخول (٣) معاً.

و يضعف بأنّ المهر يستحقه المولى إذ هو عوض البضع المملوك له، و لا يعقل استحقاقه شيئاً على نفسه، و إن كان الدفع من العبد كما تضمنته الرواية، لأن ما (١) أى مال المولى، و عن الشيخين و بنى حمزه و البراج و أبى الصلاح أنه يجب لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمة؟ قال: يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، و يعطيها ما شاء من قبله، أو من مولاه، و لا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك) (١)، و صحيح الحلبي (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل كيف ينكح عبده أمة؟ قال عليه السلام يقول: قد أنكحتك فلانة و يعطيها ما شاء من قبله، أو من قبل مولاه، و لو مدّ من طعام أو درهما أو نحو ذلك) ٢.

و الأمر ظاهر فى الوجوب، و لثلاث يلزم خلو النكاح عن المهر فى العقد و الدخول معاً، و المشهور على الاستحباب ضروره كون مهر المملوكه لمولاهها و لا يعقل وجوب صرف شىء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه، و هذا معنى عدم استحقاقه شيئاً على نفسه، و لو كان المدفوع من مال العبد على ما تضمنته الرواية، لأن ما بيد العبد هو ملك لسيدة أيضاً، فضلاً عن كون الخبرين لم يحددا مقدار المدفوع، و هذا شاهد على عدم كون المدفوع مهراً لأنه يشترط تحديده، و لهذا كله حمل الخبرين على الاستحباب، و يكون المدفوع بصورة المهر و لما فيه من جبر لقلبها.

(٢) أى العبد.

(٣) بخلاف خلو العقد عن الدخول فإنه جائز، كما إذا عقد على امرأه من دون مهر ثم فارقها قبل الدخول فلا شىء لها.

ص: ٤٠٥

بيده ملك للمولى، أما الاستحباب فلا حرج فيه، لما ذكر (١) وإن لم يخرج (٢) عن ملكه.

و يكفى فيه (٣) كونه (٤) إباحه بعض ماله للأمه تنتفع به بإذنه (٥).

و الفرق بين النفقه اللازمه للمولى، و المهر (٦): أنه (٧) فى مقابله شىء (٨) هو ملك المولى، بخلافها (٩) فإنها مجرد نفع، و دفع ضرر، لا معاوضه.

و اعلم أنه يكفى فى إنكاح عبده لأمه مجرد اللفظ (١٠) الدال على الإذن (١) من كونه بصورة المهر و جبرا لقلبها و رفعا لمنزله العبد عندها.

(٢) أى المهر لم يخرج عن ملك المولى.

(٣) أى فى الاستحباب.

(٤) أى كون المدفوع للأمه من مال المولى.

(٥) بخلاف القول بالوجوب فقد قيل إنه مهر كما عن النهايه و غيرها، و قد عرفت ضعف الوجوب، و لزوم التحديد لو كان مهرا.

(٦) قد عرفت عدم ثبوت المهر على المولى لو زوج عبده لأمه بخلاف نفقه العبد لو تزوج أمته فإنها لازمه على المولى و الفرق بينهما أن المهر فى قبال عوض البضع، و البضع ملك للمولى فلا معنى لاستحقاق المولى على نفسه شيئا فى مقابله ملك آخر له بخلاف النفقه فلم تجب فى مقابله شىء و إنما هى من توابع زواج العبد، و العبد مال للمولى لا يتم بقاؤه إلا بزواجه فلذا تجب عليه النفقه دون المهر.

(٧) أى المهر.

(٨) و هو بضع الأمه.

(٩) خلاف المنفعه.

(١٠) هل إنكاح المولى عبده لأمه عقد أو إباحه، الظاهر من الأصحاب كما فى الجواهر أنه عقد محتاج إلى القبول، لأن الأصل عدم تحليل الفرج إلا بالعقد، أو ملك اليمين، و الثانى منتف فیتعين الأول، و لتسميه هذا نكاحا فى الخبرين المتقدمين، و النكاح هو العقد المتوقع على القبول، و للأمر باعطاء شىء فى الخبرين أيضا هو ينافى الإباحه، و يوافق كونه عقدا له مهر و لو صورى، و إذا احتاج إلى القبول فالقبول من العبد لأنه الزوج كما عن بعض، أو من المولى لأن العبد لا يملك حق القبول إذا زوجه مولاه، لأنه ملك له كما عن بعض آخر، أو منهما بحيث إن وقع من أحدهما يكفى كما فى الجواهر.

و عن ابن إدريس و العلامه فى المختلف أنه إباحه ليس بحاجه إلى القبول كما هو المستفاد من صحيح محمد بن مسلم المتقدم حيث قال عليه السلام: (يجزیه أن يقول قد أنكحتك فلانه -

فيه (١) كما يظهر من الروايه (٢)، ولا يشترط قبول العبد، ولا المولى لفظاً، ولا يقدر تسميته (٣) فيها (٤) نكاحاً - وهو (٥) متوقف على العقد - وإيجابه (٦) إعطاء شيء - أو يعطيها ما شاء (١) وهو ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب، وأصرح منه موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمه، فيريد أن يجمع بينهما أ ينكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانه و يعطى من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال: نعم و لو مدا، و قد رأيت يعطى الدراهم) ٢، وهو صريح في كون الانكاح إباحه و ليس عقداً.

و تسميته نكاحاً في الأخبار المتقدمه من باب المجاز، لأن النكاح الحقيقي المتوقف على العقد المشتمل على القبول يقتضى الطلاق ممن أخذ بالساق، و النكاح هنا ليس كذلك بل يكفي في رفعه أمر المولى بذلك.

و دعوى كون الأمر بالاعطاء منافياً للإباحه مردوده لأن الاعطاء محمول على الاستحباب و هذا لا ينافى الإباحه.

بل لو احتيج الانكاح إلى القبول هنا لكونه عقداً لكان القبول من العبد أو المولى، و لو كان من الأول ففيه أن العبد ليس له أهليه الملك للبضع و لا يملك حق القبول إذا زوجه مولاه لأنه ملك له يتصرف فيه كيف شاء.

و لو كان القبول من المولى ففيه أنه لا داعى له لتسلط المولى على ملكه الشامل للعبد و الأمه فيجوز له أن ينكح أمته من عبده من دون قبول منه بعد صدور الايجاب و الاباحه.

ثم على الثانى من كون الانكاح المذكور إباحه فهل يشترط الاقتصار على لفظ (أنكحتك) كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه و إليه ذهب العلامة فى المختلف، أو يكفي كل ما يدل على الاباحه بعد عدم كونه عقداً حتى يشترط فيه اللفظ الصريح المعهود من قبل الشارع كما عن ابن إدريس و تبعه الشارح عليه هنا.

(١) فى الانكاح، و هو مبنى على كونه إباحه.

(٢) لعدم ذكر القبول فيها.

(٣) تسميه الانكاح.

(٤) فى الروايه.

(٥) أى النكاح.

(٦) عطف على (تسميته) و المعنى لا يقدر ايجاب الانكاح لإعطاء شيء كما فى الروايه.

ص: ٤٠٧

- و هو (١) ينافى الإباحه - لأنّ قوله عليه السّلام (٢): «يجزيه» ظاهر في الاكتفاء بالإيجاب (٣). و الإعطاء (٤) على وجه الاستحباب و لأنّ رفعه (٥) بيد المولى (٦) و النكاح الحقيقي ليس كذلك (٧)، و لأنّ العبد ليس له أهليه الملك (٨) فلا وجه لقبوله، و المولى بيده الإيجاب و الجهتان (٩) ملكه.

فلا- ثمره لتعليقه ملكا بملك (١٠)، نعم يعتبر رضاه (١١) بالفعل (١٢) و هو (١٣) يحصل بالإباحه الحاصله بالإيجاب المدلول عليه بالروايه (١٤).

و قيل: يعتبر القبول من العبد إما لأنه (١٥) عقد، أو لأن الإباحه (١٦) منحصره في العقد، أو التملك. و كلاهما يتوقف على القبول.

و ربما قيل: يعتبر قبول المولى، لأنه الولي كما يعتبر منه الإيجاب.

في أنه يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبي

(و يجوز تزويج الأمه بين الشريكين لأجنبي باتفاقهما (١٧)، لانحصار (١) أى الاعطاء مناف للإباحه إذ لا مهر فيها، وإنما المهر في العقد فقط.

(٢)رد على كونه عقدا.

(٣)و لو كان عقدا لما صح الاكتفاء به، بل لا بد من القبول أيضا.

(٤)رد على كون الاعطاء منافيا للإباحه.

(٥)رفع النكاح، و هذا رد ثان على كونه نكاحا.

(٦)كما سيأتى بيانه.

(٧)بل لا بدّ من الطلاق ممن أخذ بالساق فيكون النكاح مجازيا.

(٨)و كذا ليس له حق القبول في قبال تزويجه من قبل مولاه.

(٩)أى البضع و المهر من حيث الايجاب و القبول.

(١٠)لأنه له حق التسلط على ماله يتصرف فيه كيفما شاء.

(١١)رضا المولى.

(١٢)من نكاح العبد للأمه.

(١٣) أى الرضا.

(١٤) حيث اقتصر على الايجاب فقط.

(١٥) أى الانكاح المذكور.

(١٦) إباحه البضع.

(١٧) أى باتفاق الشريكين كما يجوز للمولى المختص تزويج أمتة للأجنبي بلا خلاف فيه.

ص: ٤٠٨

الحق (١) فيهما (٢)، و اتحاد سبب الحل (٣) و لو عقد أحدهما (٤) و حللها الآخر لم يصح، لتبعض البضع (٥) مع احتمال الجواز لو جعلنا التحليل عقدا (٦).

ثم إن اتحد العقد منهما (٧) فلا إشكال في الصحة (٨)، و إن أوقع كل منهما عقدا على المجموع صح أيضا (٩)، و إن أوقعه (١٠) على ملكه لم يصح (١١)، و لا- يجوز تزويجها لأحدهما (١٢)، لاستلزامه (١٣) تبعض البضع من حيث استباحته (١٤) (١) الحق في الأمه.

(٢) في الشريكين.

(٣) أى حل الأمه للأجنبي و هو العقد هنا، و هذا احتراز عما لو كان الحل من أحدهما بالعقد و من الآخر بالتحليل فإنه لا يصح لاستلزامه تبعض سبب إباحه البضع، بمعنى حصوله بأمرين، مع أن الله تعالى قد حصر سبب الاباحه فى أحد أمرين: العقد أو الملك فى قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١)، و التفصيل قاطع للشركه فلا يكون الملقق منهما سببا.

(٤) أحد الشريكين و قد عقد للأجنبي.

(٥) أى تبعض سبب إباحه البضع، حيث كان بعضه بالعقد و البعض الآخر بالتحليل.

(٦) فيتحد سبب إباحه البضع.

(٧) من الشريكين بحيث صدر عقد واحد منهما فيما لو و كلا ثالثا لعقد زواج أمتها على الأجنبي.

(٨) كما لو وقع عقد زواج الأمه على الأجنبي من مولاها المختص.

(٩) لعموم أو إطلاق الأدله الداله على جواز تزويج المولى لأتمته من الأجنبي.

(١٠) كل منهما.

(١١) لأن العقد لا يفيد إباحه بعض البضع، بل يفيد إباحه الجميع.

(١٢) لأحد الشريكين لعدم التبعض فى سبب إباحه البضع، و الزوج هنا قد استباح بعض البضع بالملك و البعض الآخر بالملك، و هذا مناف لحصر الاباحه فى أحد الأمرين كما فى الآيه على ما تقدم بيانه.

(١٣) أى استلزام تزويج الشريك.

(١٤) أى استباحه البضع من قبل الشريك الزوج.

بالملك و العقد، و البضع لا يتبعض (١)، و لأن الحل (٢) منحصر في الأزواج و ملك الأيمان (٣)، و المستباح (٤) بهما (٥) خارج عن القسمه، لأن التفصيل (٦) يقطع الاشتراك (٧).

و دوران الحكم (٨) بين منع الخلو، و منع الجمع يوجب الشك في الإباحه (٩) فيرجع إلى أصل المنع (١٠).

و لو حلل أحدهما (١١) لصاحبه حصته (فالوجه الجواز) (١٢) لأن (١) بل يستباح إما بالعقد و إما بالملك، فلا يستباح بهما معا. (٢) أى إباحه البضع.

(٣) كما في قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١).

(٤) و هو البضع.

(٥) بالسبيين معا.

(٦) في الآيه.

(٧) فلا يصح الملقق منهما.

(٨) أى الحكم في الآيه حيث كما يحتمل أن تكون لمنع الخلو بحيث لا تخلو الحليه من أحد السبيين، يحتمل أن تكون لمنع الجمع بحيث تنحصر الحليه بأحد السبيين و لا يصح الملقق منهما، و الاستدلال من الشارح سابقا مبنى على منع الجمع، مع أنه يحتمل منع الخلو و معه لا يمتنع الجمع بين السبيين.

(٩) أى إباحه البضع بالسبب الملقق.

(١٠) و هو تحريم الفروج بغير سبب محلل قال في المسالك: (و المعلوم من الآيه منع الخلو و الجمع معا، لأن المنفصله و إن احتملت الأمرين إلا أن هذا المعنى - أى منع الجمع - متيقن، و منع الخلو خاصه غير متيقن، و الأصل تحريم الفروج بغير سبب محلل، و إذا احتمل الأمران و جب الاقتصار على المتحقق منهما) انتهى.

(١١) أحد الشريكين.

(١٢) كما عن ابن إدريس و جماعه منهم سيد الرياض و كاشف اللثام و الشهيد الماتن هنا في اللمعه لصحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام كما في الكافي و التهذيب، و قد رواه في الفقيه عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في جاريه بين رجلين دبراها-

الإباحه (١) بمنزله الملك، لأنها (٢) تملك المنفعة فيكون حل جميعها (٣) بالملك، و لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام فى جاريه بين رجلين دبراها جميعا ثم أحلّ أحدهما فرجها لصاحبه. قال: «هى له حلال».

و قيل (٤): بالمنع أيضا بناء على تبعض السبب، حيث إنّ بعضها (٥) مستباح -جميعا ثم أحلّ إحداها فرجها لشريكه، قال عليه السلام: هو له حلال(١) و عن المشهور أنه لا يجوز لتبعض سبب إباحه البضع و قد عرفت امتناعه.

هذا و قد رميت الروايه بالضعف كما فى النافع و المسالك و غيرهما، و قال فى الجواهر:

(و لعلمهم لحظوا روايه الشيخ له فى أول كتاب النكاح عن محمد بن مسلم بطريق فيه على بن الحسن بن الفضال، و هو - مع أنه ليس ضعيفا لكونه من الموثق الذى قد ثبتت حجيته فى الأصول - قد عرفت روايته صحيحا) انتهى.

هذا من جهه و من جهه أخرى قد استدلل ابن إدريس على الجواز بأن التحليل شعبه من الملك، لأنه تملك منفعه، فقد ملك الشريك فى مفروض المسأله بعض البضع بملك العين بالنسبه لحصته، و البعض الآخر بملك المنفعه بسبب التحليل بالنسبه لحصه شريكه، فيكون حل الجميع بالملك و ليس بالسبب الملق حتى يكون منها.

و قد ردّ بقاء التبويض لأن ملك الرقبه مغاير لملك المنفعه، لأن التحليل إما إباحه أو عقد و كلاهما مغاير لملك الرقبه.

و ضعف الرد بأن التبويض الممنوع هو الملق من القسمين المذكورين فى الآيه من العقد و الملك، و ليس مطلق التبويض ممنوعا، فالغرض رجوع سبب الحل إلى ما ذكر فى الآيه من القسمين، على أن يكون كل واحد منهما سببا تاما، و لما جعل التحليل راجعا إلى ملك اليمين فلم يخرج سبب الحل هنا عن أحد القسمين المذكورين فى الآيه.

و من هنا تعرف اقوائيه الجواز، و لا بديه العمل بالخبر، و إعراض المشهور عنه لا يضّر، لأن اعراضهم لتوهم اشتماله على تبعض سبب إباحه البضع و قد عرفت عدمه.

(١) و هى التحليل المفروض فى المسأله.

(٢) أى الإباحه.

(٣) أى جميع منفعه البضع.

(٤) و هو المشهور.

(٥) بعض منفعه البضع.

ص: ٤١١

بالمملك، و البعض بالتحليل، و هو (١) مغاير لمملك الرقبه فى الجملة (٢)، أو لأنه (٣) عقد، أو إباحه. و الكل (٤) مغاير لمملكه (٥)، كمغايره الإباحه بالعقد لها (٦) بالمملك، مع اشتراكهما (٧) فى أصل الإباحه، و الروايه ضعيفه السند (٨).

و أما تعليل الجواز (٩) بأنها (١٠) قبل التحليل محرمه (١١)، و إنما حلت به (١٢)، فالسبب واحد ففيه أنه (١٣)، حينئذ (١٤) يكون تمام السبب، لا السبب التام فى الإباحه، ضروره أن التحليل مختص بحصه الشريك، لا بالجميع، و تحقق (١) أى التحليل.

(٢) فملك الرقبه ملك لها و لمنافعها الشامله للبضع و غيره بخلاف ملك منفعه البضع فقط.

(٣) أى التحليل.

(٤) من العقد أو الاباحه.

(٥) أى ملك الشريك للرقبه.

(٦) للإباحه بالمملك فاستباحه الفرج بالعقد مغايره لاستباحه الفرج بالمملك مع أنهما مشتركان فى أصل الاباحه.

(٧) أى العقد و الملك.

(٨) و فيه ما تقدم عن صاحب الجواهر.

(٩) قال الشارح فى المسالك: (و أما ما قيل فى وجه الاباحه بذلك، و الخروج عن التبعض من أن الأمه قبل التحليل من الشريك محرمه بأجمعها، و بالتحليل حلت، فليس السبب المحلل إلا التحليل، و هو واحد.

ففيه أن تحريمها قبل التحليل إنما كان لعدم تمام السبب، حيث إن بعضها مملوك له و بعضها لغيره، و تحليل الشريك أوجب تمام السبب، لا أنه سبب تام فى الحل، فإن الشريك لم يحلل إلا نصيبه، و لهذا لو كانت لشريكين فأحلهما أحدهما - بمعنى أحلهما للأجنبى - لم تحل، فظهر أن حلها حيث كان من أحد الشريكين لصاحبه، إنما هو لتمام السبب به، لا لأنه سبب تام، و فرق بين الأمرين و المدعى لا يتم إلا بالأمر الثانى دون الأول) انتهى.

(١٠) أى الجاربه.

(١١) على كل من الشريكين.

(١٢) بالتحليل.

(١٣) أن التحليل.

(١٤) أى حين كونه من أحد الشريكين لصاحبه.

المسبب (١) عند تمام السبب لا يوجب كون الجزء الأخير (٢) منه (٣) سببا تاما.

في أنه لو أعتقت المملوكة فلها الفسخ على الفور بخلاف العبد

(و لو أعتقت المملوكة) التي قد زوجها مولاهما قبل العتق (فلها الفسخ) (٤)، لخبر بريره وغيره، و لما فيه (٥) من حدوث الكمال و زوال الإيجاب.

(١) و هو الاباحه.

(٢) و هو التحليل.

(٣) من السبب.

(٤) إذا تجدد عتق الأمه بعد تزويجها بعبد كان لها الخيار بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمه كانت تحت عبد فاعتقت الأمه، قال عليه السلام: أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، و إن شاءت نزعته نفسها منه) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثم يعتقها، تخير فيه أم لا؟ قال: نعم تخير فيه إذا اعتقت) (٢)، و خبر سماعة (قال: ذكر أن بريره مولاه عائشه كان لها زوج عبد فلما اعتقت قال لها رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: اختارى إن شئت أقت مع زوجك و إن شئت لا) (٣)، و مرسل الكافي و التهذيب (أن بريره كانت عند زوج لها و هي مملوكة فاشتريتها عائشه و أعتقتها، فخبرها رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و قال: إن شاءت أن تقر عند زوجها، و إن شاءت فارقته، و كان مواليتها الذين باعوها اشترطوا على عائشه أن لهم ولائها فقال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: الولاء لمن أعتق، و تصدق على بريره بلحم فأهدته إلى رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و سلم فعلقته عائشه و قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم لا يأكل لحم الصدقه، فجاء رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم و اللحم معلق، فقال: ما شأن هذا اللحم لم يطبخ؟ فقالت: يا رسول الله، صدق على بريره و أنت لا تأكل الصدقه، فقال: هو لها صدقه و لنا هديه، ثم أمر بطبخه فجاء فيها ثلاث من السنن) (٢)، و مرسل أبان عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: في بريره ثلاث من السنن: في التخيير و في الصدقه و في الولاء) (٥).

و هذا الحكم من التخيير لها بالفسخ عند حريرتها موافق للحكمه لحدوث الكمال لها و بقاء نقص زوجها بالعبوديه المقتضى لتضررها من حيث إن سيده يمنعها بحقوقه و لا ترث منه إلى غير ذلك من موجبات الضرر.

(٥) في عتقها.

ص: ٤١٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٢ و ١ و ٦.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام ملحق حديث ٢ و ٥.

و لا فرق بين حدوث العتق قبل الدخول و بعده (١).

و الفسخ (على الفور) (٢) اقتصارا فى فسخ العقد اللازم على موضع اليقين، و الضروره تندفع به (٣)، و تعذر مع جهلها بالعتق (٤)، و فوريه الخيار، (١) لإطلاق الأخبار المتقدمه، ثم إن كان ثبوت الخيار لها بعد العتق و قبل الدخول سقط المهر إذ الفسخ جاء من قبلها، و إن كان ثبوت الخيار بعد العتق و بعد الدخول فالمهر بحاله لاستقراره بالدخول.

(٢) بلا خلاف فيه من باب الاقتصار فى فسخ العقد اللازم على موضع اليقين و الضروره، و لظاهر النبوى لبريره (ملكك بضعك فاخترى) (١)، و الفاء للتعقيب من غير مهله، مع احتمال كون الخيار للتراخى لثبوت الخيار فى الجملة و يستصحب إلى أن يثبت المزيل، و الفاء تقتضى ثبوت الخيار من حين العتق بلا فصل و نحن نقول به، و لكن لا ينافى فى امتداده، و يؤيده ما روى (من دوران معتب خلف بريره فى سكك المدينه باكيا يترضاها لتختاره حتى جعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم شفيعا فى ذلك، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فى ذلك و قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أ تأمرنى؟ فقال لها: لا- بل إنما أنا شافع، فقالت: لا حاجه لى فيه) (٢)، و لو كان الخيار لها على الفور لبطل بالتأخير و استغنى معتب عن الشفاعة.

و فى الأخير نظر لأن الحديث ظاهر فى كون الشفاعة إنما هى بعد الفسخ و لذا فى خبر آخر لم يأمرها بترك الفسخ بل أمرها بالرجوع ففى غوالى اللثالى (روى ابن عباس أن زوج بريره كان عبدا أسود يقال له: مغيث، كأنى انظر إليه يطوف خلفها يبكى و دموعه تجرى على لحيته، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريره، و من بغض بريره مغيثا، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله و سلم: لو راجعته، فإنه أبو ولدك، فقالت: يا رسول الله: أ تأمرنى؟ قال: لا إنما أنا شافع، فقالت: لا حاجه لى فيه) (٣).

(٣) بالفور.

(٤) لو أخرجت الفسخ جهلا بالعتق أو جهلا بثبوت الخيار لها، أو جهلا بفوريه الخيار الثابت لها فلا يسقط الخيار، لأن الجهل عذر شرعى، و للاستصحاب و قد نسب الحكم فى ذلك إلى الأصحاب.

نعم لو جهلت فوريه الخيار فقد ناقش البعض كما فى الجواهر، و قال الشارح فى -

ص: ٤١٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢١.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٢٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

و أصله (١) على الأقوى، (و إن كانت) الأمه (تحت حرّ) (٢)، لعموم صحيحه الكنانى عن الصادق عليه السّلام: «أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها إن شاءت أقامت و إن شاءت فارقت» و غيرها.

و قيل: يختصص الخيار بزوجه العبد، لما روى من أن بريره كانت تحت عبد و هو مغيث، و لا دلالة فيه (٣) على التخصيص (٤) لو تمّ (٥) (بخلاف العبد (٦) فإنه لا) -المسالك: (و ربما فُرق بين الجهل بأصل الخيار و الجهل بفوريته و حكم بعذرها فى الأول دون الثانى، من حيث اندفاع الضرر مع العلم بالخيار، و لا شعاره بالرضا حيث أخرت حينئذ، و جوابه أن التأخير جاز أن يكون لفائده التروى و نحوه، فحيث لا تعلم باشتراط الفوريه لم يكن التأخير دليلا على الرضا، و غايته كونه أعم فلا يدل على الخاص) انتهى.

(١) أى أصل الخيار.

(٢) ذهب الأكثر إلى أن لها الخيار أيضا لو أعتقت لإطلاق صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأه أعتقت فأمرها بيدها، إن شاءت أقامت معه، و إن شاءت فارقت) (١)، و تنصيص خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر، إن كانت تحت عبد أو حر) (٢)، و مثلها خبر محمد بن آدم عن الرضا عليه السّلام (إذا أعتقت الأمه و لها زوج خيّر إن كانت تحت عبد أو حر) (٣).

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و المحقق فى الشرائع عدم الخيار، لأصالة لزوم العقد فحدوث الخيار بحاجة إلى دليل، و لأن الأصل فى الحكم بريره عتيقه عائشه و قد كان زوجها عبدا، و فيه: إن الأخبار المتقدمه مطلقه أو صريحه فى ثبوت الخيار لها و لو كانت تحت حر، و ضعف سندها منجبر بعمل الأصحاب.

(٣) فى هذا المروى أن بريره كانت تحت عبد.

(٤) لأن إثبات حكم فى مورد لا يعنى نفيه عما عداه.

(٥) لو تم أن الخبر صحيح، لأنه من مرويات العامه، أو لو تم أن زوجها عبد إذ قد ورد فى مرويات العامه أنه حر فيسقط الاستدلال حينئذ، و لذا قال فى المسالك: (و أما زوج بريره فقد اختلفت الروايات فيه، ففى بعضها أنه كان عبدا، و فى آخر أنه كان حرا) انتهى.

(٦) بحيث لو اعتق العبد بعد زواجه لم يكن له خيار، و إن كان قد زوجه مولاه كرها، سواء كان تحت أمه أم حره، لأصالة اللزوم فى العقد بعد كون الدليل الدال على ثبوت الخيار-

ص: ٤١٥

(خيار له بالعتق)، للأصل (١)، ولانجبار كماله (٢) بكون الطلاق بيده، وكذا لا خيار لسيدة (٣)، ولا لزوجه حره كانت أم أمه للأصل (٤).

في انه يجوز جعل عتق أمته صداقها

(و يجوز جعل عتق أمته صداقها) (٥) فيقول: تزوجتك و أعتقتك (٦) و جعلت -مختصا بالأمه، و عن الاسكافي ثبوت الخيار له مطلقا قياسا على الأمه و هو ضعيف لحرمة القياس، و عن ابن حمزه ثبوت الخيار له إذا كان مولاه قد زوجه كرها، و هو خيره العلامه في المختلف، و هو ضعيف أيضا لعدم الدليل عليه.

(١) و هو أصاله اللزوم في العقود.

(٢) كمال العبد و ذلك بحريته.

(٣) أي كما لا خيار له فلا خيار لسيدة لانتفاء المقتضى في حقه بعد خروج العبد عن ملكه و قد أصبح حرا.

(٤) و هي أصاله اللزوم، و لأن زوجته قد رضيت به عبدا فأحق و أولى أن ترضى به حرا كما في خبر علي بن حنظله عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل زوّج أم ولد له من عبد فاعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟ قال: لا قد تزوجه عبدا و رضيت به فهو حين صار حرا أحق أن ترضى به) (١).

(٥) من الأصول المسلمه و القواعد المعلومه المقرره عدم تزويج الإنسان بأمته بمهر مطلقا، لأن بضعها ملك له فكيف يدفع في قبالة مهرا، و قد استثنى منه صورته واحده و هي: أن يجعل مهرها عتقها بلا خلاف فيه، و الأصل فيه ما روى (أن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم اصطفى صفيه بنت حنّ بن أخطب من ولد هارون عليه السّلام في فتح خيبر، ثم أعتقها و تزوجها، و جعل عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضه) (٢).

و زعم مخالفونا أن ذلك من خواصه صلّى الله عليه و آله و سلّم، و يردهم أخبارنا الكثيره الداله على تعدى الجواز إلى غيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سئل عن الرجل يعتق الأمه و يقول:

مهرك عتقك، فقال: حسن) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (أيما رجل شاء أن يعتق جاريه و يتزوجها و يجعل عتقها صداقها فعل) (٤).

(٦) اختلف الأصحاب في اشتراط تقديم التزويج على العتق أو العكس، أو جواز كل منهما-

ص: ٤١٦

٢- (٢) البحار ج ٢٢ ص ٢٠٤.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ٣ و ٥.

مهرک عتقک، (و یقدم) فی اللفظ (ما شاء من العتق و التزویج) لأن الصیغه أجمع -على أقوال: و ذهب المشهور إلى تقديم لفظ التزویج على العتق، لأنه لو سبق العتق لكان لها الخيار فی القبول و الامتناع كما فی خبر علی بن جعفر عن أخیه موسی علیه السّلام (سألته عن رجل قال لأمته: أعتقک و جعلت عتقک مهرک، فقال علیه السّلام: عتقت و هی بالخيار إن شاءت تزوجه و إن شاءت فلا، فإن تزوجه فلیعطيها شیئا، و إن قال: قد تزوجتک و جعلت مهرک عتقک فإن النکاح واقع و لا یعطيها شیئا) (١)، و خبر محمد بن آدم عن الرضا علیه السّلام (فی الرجل یقول لجاریته: قد أعتقتک و جعلت صدقک عتقک، قال: جاز العتق، و الأمر إليها إن شاءت زوجه نفسها، و إن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب أن یعطيها شیئا) (٢).

و أشکل بأن الخبرین ضعیفا السند، و لم یدکر فیهما سوى العتق و المهر مع عدم التصریح بالتزویج، مع أن النزاع فی ذکر العتق و الزواج معا و إن قدّم الأول مضافا إلى مخالفتها لإطلاق صحیح الحلبي عن أبی عبد الله علیه السلام (سئل عن الرجل یعتق الأمة و یقول:

مهرک عتقک، فقال: حسن) (٣)، و صحیح ابن مسلم عن أبی جعفر علیه السّلام (أیما رجل شاء أن یعتق جاریته و یجعل صدقها عتقها فعل) ٤، و لخصوص خبر عیید بن زرارہ عن أبی عبد الله علیه السّلام (قلت له: رجل قال لجاریته: أعتقتک و جعلت عتقک مهرک، فقال:

جائز) ٥.

هذا فضلا عن أن تقديم العتق لفظا على الزواج لا یقتضى ترتب أثره کی یلزم من تقدمه على الزواج ثبوت الخيار لها لأن العتق هو جزء من جملة واحده، و لا- یترتب أثر هذا الجزء ما لم تتم الجملة كما هو المقرّر المتبادر من المحاورات، و لذا ذهب الشهيديان و جماعه، بل قيل: هو المشهور بین من تأخر عنهما أنه لا یشرط فی الصحه تقديم صیغه العتق، و لا تقديم صیغه الزواج بل یجوز کلّ منهما، لأن الکلام المتصل كالجمله الواحد.

و منه تعرف ضعف ما عن الشيخین و ابن أبی الصلاح و اختاره العلامه فی المختلف و الارشاد و ولده من اشتراط تقديم العتق، لأن بضع الأمه مباح لمالكها فلا یستباح بالعقد مع تحقق الملك، فلا بد من العتق أولا حتى یصح الزواج ثانيا، و لخبر عیید بن زرارہ المتقدم المتضمن لتقديم العتق.

ص: ٤١٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٣ و ٥ و ٦.

جملة واحده لا يتم إلا بآخرها، و لا فرق بين المتقدم منها و المتأخر.

و قيل: يتعين تقديم العتق، لأن تزويج المولى أمته باطل.

و يضعف بما مرّ (١)، و بآئه (٢) يستلزم عدم جواز جعل العتق مهرا (٣)، لأنه (٤) لو حكم بوقوعه (٥) بأول الصيغه امتنع اعتباره (٦) فى التزويج المتعقب (٧).

و قيل (٨): بل يقدم التزويج لثلاث تعتق فلا تصلح (٩) لجعل عتقها مهرا، و لأنها (١٠) تملك أمرها (١١) فلا يصح تزويجها بدون رضاها، و لروايه على بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لأمته: أعتقتك و جعلت مهرك عتقك. فقال: «عتقت و هى بالخيار إن شاءت تزوجته، و إن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئا». و نحوه روى عن الرضا عليه السلام.

و فيه (١٢) نظر، لما ذكر (١٣)، و لأنّ المانع فى الخبر (١٤) عدم التصريح بلفظ التزويج، لا تقديم العتق، و هو غير المتنازع.

(١) من كون الصيغه أجمع جملة واحده لا يتم أثر أجزائها إلا بآخرها.

(٢) أى بأن تقديم العتق.

(٣) فى النكاح المتأخر.

(٤) أى الشأن و الواقع.

(٥) بوقوع العتق.

(٦) اعتبار العتق.

(٧) أى المتأخر.

(٨) و هو المشهور.

(٩) أى الأمه بعد عتقها.

(١٠) أى الأمه بعد عتقها.

(١١) لو قدم العتق على التزويج.

(١٢) أى فى تقديم التزويج على العتق.

(١٣) من كون الصيغه بأجمعها جمله واحده لا تتم إلا بآخرها.

(١٤) أى المانع عن صحه الترويح إنما هو عدم التصريح بلفظ الترويح و ليس المانع هو تقديم العتق.

ص: ٤١٨

و الحقّ أنهما (١) صيغته واحده لا يترتب شيء من مقتضاها (٢) إلا بتمامها فيقع مدلولها (٣) و هو (٤) العتق و كونه (٥) مهرا و كونها زوجته.

(و يجب قبولها على قول) (٦)، لاشتمال الصيغته على عقد النكاح و هو مركب شرعا على الإيجاب و القبول، و لا يمنع منه (٧) كونها حال الصيغته رقيقه (٨)، لأنها بمنزله الحره حيث تصير حره بتمامه (٩)، فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك (١٠) امتنع تزويجها. (١١)

(١) أى العتق و التزويج.

(٢) أى مقتضى الصيغته الواحده.

(٣) على تقدير تمامها سواء قدم العتق أو التزويج.

(٤) أى المدلول.

(٥) أى كون العتق،

(٦) فلو صدرت الصيغته المشتمله على التزويج و العتق من المولى فهل يجب على الأمه القبول أو لا، الظاهر من النصوص المتقدمه و فتاوى الأصحاب العدم، و الأخبار مع كثرتها لم تصرح بالقبول فلو كان معتبرا لوقع، و لو وقع لنقل إلينا لأنه مما يعم به البلوى، و لأن القبول إنما يعتبر من الزوج لا من المرأه، و إنما وظيفتها الايجاب و لم يقع منها، و لأن الأمه حال الصيغته لا عبره برضاها لأنها رق، فلو اعتبر لزم بطلان ما وقع من المولى، لأن الذى وقع منه ايجاب و هو من شأن المرأه لا الرجل.

وقيل: يشترط قبولها بعد تمام الصيغته الصادره من المولى، لأن الصيغته مشتمله على النكاح و هو عقد مركب من ايجاب و قبول، و لا يمنع قبولها كونها لا يعتبر رضاها، لأنها بمنزله الحره حيث تصير حره بتمام قبولها، فرقيتها غير مستقره، و لو لا ذلك لامتنع تزويجها، و الواقع منها بمنزله الايجاب و إن كان بلفظ القبول، و جاز التبدل لأن المعبر هو الرضا بالزواج و قد تحقق منها سواء سميناه قبولاً أو ايجاباً.

(٧) من قبولها.

(٨) أى رق.

(٩) أى بتمام القبول.

(١٠) أى إمكان القبول منها.

(١١) و انحصر وطئها بالملك مع أنه على خلاف المتفق عليه من صحه تزويجها لمولاها و جعل عتقها مهرا.

و وجه عدم الوجوب (١) أنّ مستند شرعيه هذه الصيغه (٢) هو النقل المستفيض عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَالأئمة عليهم صلوات الله، و ليس فى شىء منه (٣) ما يدلّ على اعتبار القبول، و لو وقع لنقل، لأنه مما تعمّ به البلوى، و أنّ حلّ (٤) الوطء (٥) مملوك له فهو (٦) بمنزله التزويج (٧)، فإذا أعتقها على هذا الوجه (٨) كان (٩) فى معنى استثناء بقاء الحلّ من مقتضيات (١٠) العتق، و لأنّ القبول إنما يعتبر من الزوج، لا- من المرأة و إنما وظيفتها الإيجاب و لم يقع منها، و بذلك (١١) يظهر أنّ عدم اعتبار قبولها أقوى، و إن كان القول به (١٢) أحوط (١٣).

و يظهر أيضا جواب ما قيل (١٤):

(١) عدم وجوب القبول.

(٢) و هى صيغه زواج المولى من أمته و جعل العتق مهرا.

(٣) من هذا النقل.

(٤) دليل ثان لعدم وجوب القبول.

(٥) و طئ السيد لأمته.

(٦) أى حل الوطئ بالملك.

(٧) من ناحيه حل الوطئ.

(٨) و هو الزواج منها و جعل عتقها مهرها، كان الزواج منها مفيدا لحل الوطئ، و قد كان حل الوطئ قبل العتق ثابتا، فالعتق الحادث المقرون مع الزواج لا- يفيد نفس لوازم العتق من حرمة وطئها و نحو ذلك، بل يكون هذا العتق المقرون مستثنى من لوازم مطلق العتق.

(٩) أى العتق المقرون بالزواج.

(١٠) و مقتضياته هو حرمة الوطء.

(١١) من عدم ذكر القبول فى الأخبار و عدم كون القبول منها بل من الزوج.

(١٢) بالقبول.

(١٣) مراعاة لما يقتضيه العقد، و لأصالة عدم ترتب أحكام الزوجية على هذه الصيغه عند الاكتفاء بها من دون قبول.

(١٤) اعلم أنّ تزويج المولى أمته مع جعل عتقها مهرها مخالف للقواعد من جهات:

الأولى: كيف جاز للمولى التروييح و هو مالك للبضع بالملك.

الثانية: كيف جاز القبول منها و هي مملوكة له، فيجوز له إنكاحها و إن لم تقبل لأن الناس مسلطون على أموالهم.

ص: ٤٢٠

إنه كيف يتزوج جاريته (١)، و كيف يتحقق الإيجاب و القبول (٢) و هي مملوكة.

-الثالثة: المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد و مع تقدم التزويج على العتق كما عليه المشهور لا يكون متحققا فكيف يقع العقد؟

الرابعة: لزوم الدور، لأن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد.

و أجيب عن الأول بمنع وقوع العقد على مملوكته مع بقاء الرقيه، لأن العتق و العقد متقارنان فلم يقع العقد على المملوكه و الرقيه فيها مستقره، لأنه كما جاز أن يعقد لغيره عليها لعدم تملك ذلك الغير جاز أن يعقد عليها لنفسه لعدم استقرار ملكه لأنها تصير حره بذلك العقد.

و إذا جاز وقوع العقد منه عليها جاز صدور القبول منها و به يجاب عن الثانى.

و أجيب عن الثالث بمنع وجوب تحقق المهر قبل العقد، و لم لا يجوز أن يكتفى بمقارنته للعقد و هو هنا كذلك، فإن المهر هو العتق، و هو يقارن العقد سواء تقدم التزويج أم تأخر.

و أجيب عن الرابع بمنع الدور، لأننا نمنع توقف العقد على المهر، نعم العقد مستلزم للمهر فى صورته التسميه أو الدخول فقط، و هو ليس من شرائط صحه العقد، لأن العقد صحيح فى نفسه و إن تجرد عن المهر، و لو سلمنا بتوقف العقد على المهر فهى صالحه لأن تكون مهرا لغيرها فلم لا يجوز جعلها أو جعل فكها مهرا لها.

ثم لو سلمنا منافاه المسأله للقواعد من هذه الجهات فقد ورد النقل المستفيض عن أهل البيت عليهم السلام - و قد تقدم بعضه - على وجه لا يمكن رده فوجب المصير إليها و تصير المسأله أصلا بنفسها كما صار ضرب الديه على العاقله أصلا بنفسه.

هذا و الشارح هنا أجاب عن الثالث و الرابع بما تقدم، و أجاب عن الأول و الثانى بأن التزويج هنا غير محتاج إلى القبول، فهذا التزويج ليس عقدا فى الواقع بل هو إبقاء حليه الوطى السابق من الملك إلى ما بعد العتق، فلا ينافى هذا التزويج ملك البضع بل هو استمرار له فلا يأتى الاشكال الأول، و لسنا بحاجة إلى قبول فيه حتى يأتى الاشكال الثانى.

و لو سلم أنه عقد و محتاج إلى القبول فالنقل المستفيض قد دل على صحته، و هذا ما يجعله أصلا برأسه فلا يصح ملاحظته مع بقيه الأصول و القواعد المقرره.

(١) و هى ملك يمينه، و هذا هو الاشكال الأول.

(٢) أى القبول منها و هذا هو الاشكال الثانى.

و ما قيل (١): من أنّ المهر يجب أن يكون متحققا قبل العقد، و مع تقديم التزويج (٢) لا- يكون متحققا، و أنه يلوح منه (٣) الدور (٤)، فإنّ العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذى هو العتق، و العتق لا يتحقق إلا بعد العقد - مندفع (٥) بمنع اعتبار تقدمه (٦)، بل يكفى مقارنته للعقد و هو (٧) هنا كذلك (٨)، و بمنع (٩) توقف العقد على المهر و إن استلزمه (١٠)، و إذا جاز (١١) العقد على الأمه - و هى صالحه لأن تكون مهرا لغيرها - جاز جعلها (١٢)، أو جعل فكّ ملكها مهرا لنفسها، مع أنّ ذلك كله (١٣) فى مقابله النصّ الصحيح المستفيض فلا يسمع (١٤).

فى ما لو بيع أحد الزوجين

(و لو بيع أحد الزوجين (١٥)).

(١) ذكر الشارح فى المسالك و المحقق الثانى فى جامعهم أن هذه الاشكالات للمحقق فى نكت النهايه، و أجوبتها له أيضا.

(٢) على العتق فى الصيغه كما عليه المشهور، و هذا هو الإشكال الثالث.

(٣) من تقديم التزويج.

(٤) و هذا هو الاشكال الرابع.

(٥) خبر لقوله (و ما قيل).

(٦) أى تقدم المهر على العقد، و هذا جواب عن الثالث.

(٧) أى المهر.

(٨) أى مقارن للعقد.

(٩) جواب الدور الذى هو الاشكال الرابع.

(١٠) أى و إن استلزم العقد المهر، و ذلك فى صورته التسميه أو الدخول.

(١١) جواب ثان عن الدور، مبنى على التسليم بكون العقد متوقفا على المهر.

(١٢) أى جعل الأمه.

(١٣) أى الاشكالات المتقدمه.

(١٤) لأن هذه المسأله أصل برأسه فى قبال بقيه الأصول و القواعد المقرره.

(١٥) إذا باع المالك أمتة المزوجه من عبد مملوك للبائع أو لغيره، أو كانت مزوجه بحر كان المشتري بالخيار بين إمضاء العقد وفسخه، سواء كان المشتري واحدا أم متعددا، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها، و قال فى الرجل يزوّج أمتة رجلا حرا ثم يبيعه: هو فراق ما بينهما إلا أن يشاء المشتري -

ص: ٤٢٢

-أن يدعها(1)، و صحيح برید بن معاویه و بكیر بن أعین عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام (من اشترى مملوكه لها زوج فإن بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرق بينهما، و إن شاء تركهما على نكاحهما) ٢ و مثلهما غيرهما، و من ملاحظه ذیل الأخبار تعرف أن المراد من طلاقها بيعها هو تخيير المشتري بين الفسخ و الامضاء.

و مقتضى إطلاق الأخبار عدم الفرق بين الدخول و عدمه، و عدم الفرق بين كون الزوج حرا أو عبدا، و عدم الفرق بين كون المالك واحدا أو متعددا، و كذا عدم الفرق فى المشتري بين كونه واحدا أو أكثر.

ثم إن هذا الخيار للمشتري على الفور بلا خلاف فيه كما فى الرياض اقتصارا فى الحكم المخالف للأصل على القدر المتيقن، إلا أن يكون جاهلا بالخيار فله ذلك بعد العلم على الفور بلا خلاف، لمعدوريته، و فى إلحاق الجهل بالفوريه بالجهل بأصل الخيار وجهان بل قولان كما فى الرياض، و مقتضى معدوريه الجهل الأول، و لزوم الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل هو الثانى.

هذا كله فى الأمه المزوجه لو بيعت، و أما العبد المزوج لو بيع و كان تحته أمه فكذلك من ثبوت الخيار بين الفسخ و الامضاء للمشتري بلا خلاف فيه، لصحيح محمد بن مسلم المتقدم (طلاق الأمه بيعها أو بيع زوجها) (٢)، و لصحيح أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا بيعت الأمه و لها زوج فالذى اشتراها بالخيار إن شاء فرق بينهما، و إن شاء تركها معه، فإن تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضى، قال: و إن بيع العبد فإن شاء مولاه الذى اشتراه أن يصنع مثل الذى صنع صاحب الجاريه فذلك له، و إن هو سلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم) (٣).

و أما لو كانت تحته حره فالمشهور أن المشتري أيضا بالخيار لإطلاق الخبرين المتقدمين، و عن ابن إدريس و جماعه العدم، للأصل بعد اختصاص الأخبار المتقدمه بما إذا كانت تحته أمه، و هو ضعيف.

ثم إن الحكم بالخيار للمشتري فى العبد و الأمه يقتضى حصره فيه لأنه حكم قد ثبت على خلاف الأصل فيقتصر على القدر المتيقن لأن الأخبار قد دلت على ثبوت الخيار لمن انتقل -

ص: ٤٢٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٤ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ .

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ .

فلمشتري (١) و البائع (٢) الخيار) فى فسخ النكاح (٣) و إمضائه، سواء دخل أم لا، و سواء كان الآخر حرًا (٤) أم لا، و سواء كانا لمالك أم كل واحد لمالك.

و هذا الخيار على الفور كخيار العتق (٥)، و يعذر جاهله (٦)، و جاهل الفوريه -إليه الملك فيبقى غيره على أصل اللزوم، و لو كان الطرف الآخر من الزوجين رقا، و هو أشهر القولين، و عن الشيخ فى النهايه و القاضى ابن البراج فى المهذب و العلامه فى المختلف أن للمولى الآخر الاعتراض مع إجازة المشتري، لأن الذى لم يبع قد رضى بالعقد مع المالك الأول و الأغراض تختلف باختلاف المالك، و لأن البائع قد أوجد سبب الفسخ للمشتري، و هو مالك و الآخر مالك مثله، و فيه: إنه قياس لا نقول به و الأول استحسان محض بعد اقتصار الفسخ فى الأخبار على المشتري فقط.

(١) فى كل الصور.

(٢) فى صورته واحده و هى ما لو كان الزوجان رقين، و كانا لمالك واحد ثم باع أحدهما خاصه، فالخيار للمشتري كما سلف، و أما الخيار للبائع فقد ذهب إليه المحقق فى الشرائع و النافع و جماعه منهم الشهيدان، لإطلاق ما دل على أن البيع طلاق كصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (طلاق الأمه يبيعها أو يبيع زوجها) (١)، و مقتضاه ثبوت التسلط على العقد بالفسخ أو الامضاء لكل من المشتري و البائع، و لا تشاركهما فى مقتضى الفسخ الثابت للمشتري، فالمشتري قد يتضرر بتزويج مملوكته بغير مملوكه فلذا ثبت له الخيار و كذلك البائع، و للاستصحاب، لأن المالك قبل البيع كان له فسخ عقدهما فكذلك له الفسخ بعد بيع أحدهما للاستصحاب. و فيه: أما النص فهو محمول على ثبوت الخيار للمشتري بقرينه ذيله و بقرينه باقى الأخبار، و أما اشتراكهما فى مقتضى الفسخ فهو قياس لا نقول به، على أن الجزم بكون مقتضى الفسخ للمشتري هو تضرره بتزويج مملوكته بغير مملوكه ليس فى محله لأنه غير منصوص فهو استحسان محض، على أنه لا- يجرى إلا- فى الزوجين المملوكين مع أن المشتري له حق الخيار و إن كان الطرف الآخر من الزوجين حرا. و أما الاستصحاب فممنوع بعد تبدل الموضوع، إذ ما قبل البيع كانا ملكا له فله فسخ نكاحهما، و أما بعد بيع أحدهما فهما ليسا ملكا له.

(٣) السابق على البيع.

(٤) و فى هذه الصوره لا خيار للبائع، و منه تعرف ضعف التعميم فى كلام الشهيدين.

(٥) كما لو زوج أمته ثم اعتقها فلها الخيار على الفور و قد تقدم.

(٦) جاهل الخيار.

ص: ٢٢٤

على الظاهر (١)،(و كذا يتخير كل من انتقل إليه الملك بأى سبب كان) (٢) من هبه، أو صلح، أو صداق وغيره (٣)، و لو اختلف المولى (٤) فى الفسخ و الالتزام قدّم الفاسخ كغيره (٥) من الخيار المشترك (و لو بيع الزوجان معا على واحد تخير) لقيام المقتضى (٦)،(و لو بيع كل منهما على واحد تخيرا) لما ذكر (٧)، و كذا لو باعها المالك من اثنين على جهة الاشتراك (٨).

فى أنه ليس للعبد طلاق أمه سيده

(و ليس للعبد طلاق أمه سيده) (٩).

(١) إشاره إلى ما قيل من عدم معذوريه جاهل الفوريه.

(٢) الحكم المتقدم من الخيار لا فرق فيه بين البيع وغيره من الناقل الاختيارى، بل و القهرى كالإرث ضروره كون الحكم منوطا بتجدد الملك، و للتعليل فى خبر الحسن بن زياد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جاريه يطأها فبلغه أن لها زوجا، قال:

يطأها فإن بيعها طلاقها، و ذلك أنهما لا يقدران على شىء من أمرهما إذا بيعا) (١).

(٣) كالإرث.

(٤) لو كان العبد و الأمه المزوجين لملك واحد، و باعها لاثنين، سواء باع أحدهما لواحد و الآخر لآخر، أم باعها معا لاثنين على نحو الاشتراك، كان الخيار فى فسخ عقدهما و امضائه للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد، لوجود المقتضى فى الجميع بعد إطلاق النصوص، و لا أثر فى ذلك لتعدد المشتري و اتحاده، و كذا لو كان العبد و الأمه المزوجين لملك، و قد باع أحدهما و قلنا بثبوت الخيار للبائع، و عليه فإن اتفق المولى على ابقاء العقد لزم، و إن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه انعقد و إن طلب الآخر امضائه، لأن رضا أحدهما يوجب تقرير العقد من جانبه فقط و يبقى العقد من الجانب الآخر مترلزلا، فإذا فسخه انفسخ.

(٥) أى كغير هذا الخيار.

(٦) و هو الانتقال إلى ملكه.

(٧) من قيام المقتضى، و هو الانتقال إلى ملكه.

(٨) بحيث يكون العبد و الأمه المزوجين ملكا للمشتريين على نحو الاشتراك بينهما.

(٩) إذا تزوج العبد بإذن سيده فلا يخلو إما أن تكون زوجته أمه لسيده أو لا و على الثانى فإما أن تكون أمه لغيره أو حره فالأقسام ثلاثه، و فى القسم الأول ما لو تزوج أمه سيده-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

لو كان متزوجاً بها بعقد يلزمه (١) جواز الطلاق (إلا برضاه) (٢) كما أنّ تزويجه بيده (٣). و هو موضع نصّ وإجماع.

(و يجوز) للعبد (طلاق غيرها) أى غير أمه سيده و إن كان قد زوجه بها مولاه (أمه كانت) الزوجه، (أو حره (٤)، أذن المولى) فى طلاقها (أو لا على) -بإذنه فأمر الطلاق بيد المولى، فله أن يطلق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز و جل:

و المحصنات من النساء إلا- ما ملكت أيمانكم، قال: هو أن يأمر الرجل عبده و تحته أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك و لا تقربها، ثم يجسها عنه حتى تحيض ثم يمسيها، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردّها عليه بغير نكاح) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: إذا زوّج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها قال له: اعتزلها فإذا طمشت وطأها، ثم يردها عليه إن شاء) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أنكح الرجل عبده أمته فرّق بينهما إذا شاء) ٣.

و صريح هذه الأخبار عدم اشتراط لفظ الطلاق فى إحداث الفراق بين العبد و زوجته، بل يكفى كل ما دل عليه من الأمر بالاعتزال و الافتراق، و لا خلاف فيه و القسمان الآخران سيأتى البحث فيهما.

(١) أى يلزم العقد جواز الطلاق، و هو منحصر بالعقد الدائم، إذ المتعه لا يلزمها طلاق.

(٢) أى رضا المولى.

(٣) أى كما أن تزويج العبد بيد سيده.

(٤) لو كانت زوجه العبد حره أو أمه لغير سيده فالطلاق بيد العبد على المشهور، و ليس للسيد إجباره عليه و لا نهيه عنه للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٢)، و للأخبار الخاصه.

منها: خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحره أو أمه قوم، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد، فقال: الطلاق إلى العبد) (٣)، و خبر ليث المرادى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه؟ فقال: إن كانت أمتك فلا، إن الله عز و جل يقول: عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ ءِ، و إن كانت أمه قوم آخرين -

ص: ٤٢٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ٣.

-أو حره جاز طلاقه(١)، و خير عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل يزوج غلامه جاريه حره، فقال: الطلاق بيد الغلام)٢، و خير محمد بن الفضيل عن أبي الحسن الكاظم عليه السلام (طلاق العبد إذا تزوج امرأه حره أو تزوج وليده قوم آخرين إلى العبد، و إن تزوج وليده مولاة كان هو الذى يفرق بينهما إن شاء، و إن شاء، و إن شاء انتزعها منه بغير طلاق)(٢).

و عن جماعه منهم القديمان العماني و ابن أبي الجنيد أن الطلاق مطلقا إلى السيد لصحيح بريد بن معاوية و بكير بن أعين عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (أنهما قالا فى العبد المملوك: ليس له طلاق إلا بإذن مولاه)(٣)، و صحيح زراره عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيده، قلت: فإن السيد كان زوجه بيد من الطلاق؟ قال: بيد السيد، ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء، الشىء الطلاق)(٤)، و صحيح شعيب بن يعقوب العرقوفى عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل و أنا عنده أسمع عن طلاق العبد، قال: ليس له طلاق و لا نكاح، أما تسمع الله تعالى يقول: عبدا مملوكا لا يقدر على شىء، قال: لا يقدر على طلاق و لا نكاح إلا بإذن مولاه)(٥).

و أوجب بحملها على ما لو تزوج أمه سيده جمعا بينها و بين ما تقدم، فهذه عامه و تلك خاصه و لا بد من حمل العام على الخاص.

و منه تعرف ما عن الحلبي من موافقه المشهور إلا- أن للسيد إجباره على الطلاق محتجا بما دل على وجوب طاعه العبد لأوامر سيده، و لخصوص خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام عن أبيه عن آباءه عن على عليهم السلام (أنه أتاه بعبد فقل: إن عبدى تزوج بغير إذنى فقال على عليه السلام لسيده: فرّق بينهما، فقال السيد لعبد: يا عدو الله طلق، فقال له على عليه السلام: كيف قلت له؟ قال: قلت له: طلق، فقال على عليه السلام للعبد:

أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك، فقال السيد: يا أمير المؤمنين، أمر كان-

ص: ٤٢٧

- ١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ٢ و ٥.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٥، و قد أخرج ذيله، و قد أخرجه بتمامه فى الفقيه ج ٣ ص ٣٥ رقم الحديث ١٦٧٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٧.
- ٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه حديث ١.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ٦٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٢.

(المشهور)، لعموم قوله عليه السّلام: «الطلاق بيد من أخذ بالساق»، و روى ليث المرادى عن الصادق عليه السّلام و قد سأله عن جواز طلاق العبد فقال: «إن كانت أمتك فلا، إن الله تعالى يقول: عَيْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ و إن كانت أمه قوم آخرين جاز طلاقه».

وقيل: ليس له (١) الاستبداد به كالأول (٢)، استنادا إلى أخبار مطلقة حملها على كون الزوجه أمه المولى طريق الجمع. و فى ثالث (٣) يجوز للسيد إجباره على الطلاق كما له إجباره على النكاح و الروايه مطلقة يتعين حملها على أمته كما مرّ.

فى أنه للسيد أن يفرق بين رقيقه متى شاء

(و للسيد أن يفرق بين رقيقه متى شاء بلفظ الطلاق، و بغيره) (٤) من الفسخ و الأمر بالاعتزال، و نحوهما.

هذا إذا زوجهما بعقد النكاح، أما إذا جعله (٥) إباحه فلا طلاق، إلا أن يجعل (٦) دالا- على التفريق من غير أن يلحقه أحكامه (٧)، و لو أوقع لفظ الطلاق مع كون السابق عقدا فظاهر الأصحاب لحقوق أحكامه (٨)، و اشتراطه -بيدى فجعلته بيد غيرى، قال: ذلك لأنك حين قلت له: طلق اقررت له بالنكاح (١)، و فيه: إنه من أدله عدم لزوم الطلاق على العبد و لو أمره به السيد، ألا ترى قول الأمير عليه السّلام للعبد: (أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك)، و لو سلم دلالته على ايجاب الطلاق فهو محمول على أمه السيد لا مطلقا.

(١) أى ليس للعبد الاستبداد بالطلاق، بل الطلاق للمولى.

(٢) كما لو تزوج أمه سيده.

(٣) و هو قول الحلبي.

(٤) غير لفظ الطلاق و قد تقدم بحثه.

(٥) أى جعل التزويج بحيث اطلق التزويج و أراد الاباحه و التحليل.

(٦) أى الطلاق الواقع عقيب الاباحه.

(٧) أى أحكام الطلاق من كونه محرّما فى الثالث حتى تنكح زوجا غيره.

(٨) أى أحكام الطلاق من كونه محرّما فى الثالثه.

ص: ٤٢٨

بشرائطه (١)، عملا بالعموم (٢)، مع احتمال العدم (٣) بناء على أنه (٤) إباحه (٥) وإن وقع بعقد.

في أنه تباح الأمه لغير مالكتها بالتحليل

(و تباح الأمه) لغير مالكتها (بالتحليل) (٦) من المالك لمن يجوز له التزويج بها (٧) وقد تقدمت شرائطه التي من جملتها كونه مؤمنا في المؤمنه، و مسلما في المسلمه، و كونها كتابيه لو كانت كافره، و غير ذلك من أحكام النسب و المصاهره، و غيرها، و حلّ الأمه بذلك (٨) هو المشهور بين الأصحاب، بل كاد يكون اجماعا، (١) بحيث يسمعه شاهدان و أن تكون في طهر لم توقع فيه و نحو ذلك.

(٢) أي عموم أدله الطلاق.

(٣) أي عدم لحوق أحكام الطلاق و شرائطه لطلاق المولى أمته من عبده.

(٤) أي أن زواج العبد من أمه سيده.

(٥) كما عن سيد الرياض و جماعه، و هو ضعيف لمخالفته ظاهر النصوص المتقدمه الظاهره في كون التزويج المذكور عقدا يلحقه الطلاق و غيره من الأحكام.

(٦) و هو أن يحلل المالك أمته وطئا أو تقبيلا أو لمسا لغيره من غير عقد، و هو ملك منفعه، و هو أحد نوعي الملك لأن الثاني هو ملك الرقبه كما أن العقد نوعان دائم و متعه، و هو جائز بالاتفاق إلا ما يحكى عن البعض من المنع كما في محكى الخلاف و السرائر، و في كشف اللثام أنه معطى كلام الانتصار، و هو مردود للأخبار الكثيره على جوازه.

منها: خبر الفضيل بن يسار (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت: إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال، فقال: نعم) (١)، و خبر حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يحلّ فرج جاريته لأخيه فقال: لا بأس بذلك) ٢، و خبر محمد بن مضارب (قال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا محمد خذ هذه الجاريه تخدمك و تصيب منها، فإذا خرجت فاردها إلينا) ٣، و صحيح ابن بزيع (سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأه أحلت لي جاريته، فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ فقال: و كيف لك بما في قلبها، فإن علمت أنها تمزح فلا) (٢) و مثلها غيرها.

(٧) لا للمحارم كابن الأمه و أخيها و أبيها و هكذا.

(٨) أي بالتحليل.

ص: ٤٢٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١ و ٢ و ٦.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٣.

و أخبارهم الصحيحه به مستفيضه.

و لا بد له (١) من صيغه داله عليه (مثل أحللت لك وطأها، أو جعلتك في) (١) أى للتحليل، اعلم أنه لا إشكال فى اعتبار صيغه خاصه لهذا النوع من النكاح كما تعتبر فى غيره، لأن مجرد التراضى لا يكفى فى حل الفروج، و لا أى لفظ اتفق، و قد اتفقوا على الاجتزاء بلفظ التحليل، و هو الوارد فى الأخبار التى تقدم بعضها، مع اختلافهم فى اعتبار الماضويه فقط، لأن عقد النكاح يكتفى فيه باللفظ الماضى الصريح الدال على الانشاء كما عليه مشهور القدماء فيقتصر فى التحليل على قوله: أحللت لك وطئها أو جعلتك فى حل من وطئها، و لا يكفى المضارع كقوله: أحلل لك وطئها و لا الجملة الاسميه كقوله: أنت فى حل من وطئها.

و عن صاحب الجواهر و غيره عدم اعتبار الماضويه بل يكفى ما يدل على إنشاء التحليل على حسب القانون العربى من غير فرق بين المجاز و غيره، بل لعل المقام أوسع من ذلك باعتبار كون التحليل من الاباحات و من العقود الجائزه، و يؤيده ما فى خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبى الحسن عليه السلام (عن امرأه قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال، فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته) (١) و مثلها غيرها، و قد صرحت بجواز التحليل بالجملة الاسميه التى هى غير الماضويه. نعم اختلفوا فى الاستباحه بلفظ الاباحه، فالأكثر و منهم الشيخ فى النهايه و المرتضى و العلامه فى أحد قولييه على العدم و قوفا مع ظاهر النصوص التى صرحت بالتحليل فقط فيخصص بها الأصول، و لا مخصص لها فيما عداه مضافا إلى خبر أبى العباس البقباق (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و نحن عنده عن عاربه الفرج قال: حرام، ثم مكث قليلا ثم قال: لكن لا بأس بأن يحل الرجل الجاربه لأخيه) (٢).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و المحقق و العلامه فى القول الآخر الاكتفاء بلفظ الاباحه، لمشاركه لفظ الاباحه للتحليل فى المعنى، فهما مترادفان، و يصح إقامه كل من المترادفين مقام الآخر، و ردّ بمنع الاكتفاء بالمترادف فى إنشاء العقود، خصوصا فى النكاح الذى فيه شائبه العباده، و كثير من أحكامه توقيفيه، و الاحتياط فيه مهم لأن الفروج مبنيه عليه.

نعم على القول بجواز التحليل بلفظ الاباحه فيكتفى بما لو قال: و هبتك وطأها أو-

ص: ٤٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(حلّ من وطئها). و هاتان الصيغتان كافيتان فيه (١) اتفاقا (٢).

(و فى صحته (٣) بلفظ الإباحه قولان): أحدهما إلحاقها به (٤)، لمشاركتها له فى المعنى فىكون كالمرادف الذى يجوز اقامته مقام رديفه. و الأكثر على منعه (٥) وقوفا فيما خالف الأصل (٦) على موضع اليقين، و تمسكا بالأصل (٧)، و مراعاة للاحتياط فى الفروج المبنيه عليه (٨). و هو الأقوى، و نمنع المرادفه (٩) أولاء ثم الاكتفاء (١٠) بالمرادف مطلقا (١١) فإن كثيرا من أحكام النكاح توقيفيه، و فيه شائبه العباده، و الاحتياط فيه مهمّ فإن جوزناه بلفظ الإباحه كفى أذنت و سوّغت و ملكت و وهبت و نحوه.

(و الأشبه أنّه ملك يمين لا عقد نكاح) (١٢)، لانحصار العقد فى الدائم -سوّغت لك ذلك، أو ملكتك وطئها و هكذا. ثم المشهور على منع التحليل بلفظ العاريه لخبر البقباق المتقدم، و عن ابن إدريس الجواز لخبر العطار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عاريه الفرج، قال: لا بأس به) (١)، و اعتضاد الأول بالأصل مع موافقه المشهور و عمله به يوجب ان طرح الثانى.

(١) فى التحليل.

(٢) و كلتاهما بالماضى.

(٣) صحه التحليل.

(٤) أى إلحاق الاباحه بالتحليل.

(٥) منع اللاحق.

(٦) عدم حليه الفرج إلا بالعقد أو الملك.

(٧) و هو حرمة الفرج إلا ما دل عليه الدليل.

(٨) على الاحتياط.

(٩) أى الترادف بين التحليل و الاباحه.

(١٠) أى نمنع الاكتفاء.

(١١) أى حتى فى النكاح.

(١٢) وقع الخلاف فى أن التحليل المذكور هل هو إباحه محضه و تمليك منفعه كما عليه المشهور، و عن السيد المرتضى أنه عقد، لأن حل الفروج منحصر فى العقد أو الملك

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

و المتعه، و كلاهما منتفیان عنه، لتوقف رفع الأول (١) على الطلاق في غير الفسخ بأمور (٢) محصوره ليس هذا منها، و لزوم المهر فيه (٣) بالدخول، و غير ذلك من لوازمه (٤)، و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، و لتوقف الثاني (٥) على المهر و الأجل، و هما منتفیان هنا (٦) أيضا (٧) فينتفى (٨)، و لأنّ عقد النكاح لازم، و لا شيء من التحليل بلازم (٩)، و إذا انتفى كونه (١٠) عقدا ثبت الملك، لانحصار حلّ -لقوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (١) ، و بما أن التحليل ليس ملك يمين فيتعين أنه عقد، و ردّ بأن العقد منقسم إلى الدائم و المنقطع، و كلاهما منفي عن التحليل، لأن الدائم مما يتوقف رفعه على الطلاق في غير الفسخ، و لزومه للمهر بالدخول و نحو ذلك من خواصه و هي منفيه هنا و انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم، و لأن المتعه متوقفه على ذكر الأجل و المهر، و لا مهر في التحليل، ثم إن عقد النكاح لازم و لا شيء من التحليل كذلك، و إذا انتفى كون التحليل عقدا ثبت الملك لانحصار حل النكاح فيهما، و منه يتبين أن قوله تعالى: أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) يشمل ملك المنفعه و إن كان الظاهر منها هو خصوص ملك الرقبه.

ثم على القولين من كون التحليل عقدا أو إباحه فلا بدّ من القبول، أما على العقد فظاهر لأنه مشتمل على ايجاب و قبول، و أما على الاباحه فلا لأنها في معنى الهبه - أعنى هبه المنفعه - فيكون من قبيل العقود المحتاجه إلى القبول.

(١) أي الدائم.

(٢) متعلق بالفسخ.

(٣) في الدائم.

(٤) أي لوازم الدائم.

(٥) أي المتعه.

(٦) في التحليل.

(٧) كانتفاء لوازم الدائم.

(٨) أي الثاني الذي هو المتعه.

(٩) لجواز الفسخ من المالك متى شاء

(١٠) كون التحليل.

ص: ٤٣٢

النكاح فيهما (١) بمقتضى الآيه.

و على القولين (٢) لا بد من القبول، لتوقف (٣) الملك عليه (٤) أيضا (٥).

وقيل: إنَّ الفائده (٦) تظهر فيما لو أباح أمته لعبده فإن قلنا: أنه (٧) عقد، أو تمليك و أن العبد يملك حلت، و إلا (٨) فلا.

و فيه نظر، لأنَّ الملك فيه (٩) ليس على حدِّ الملك المحض بحيث لا يكون العبد أهلا له (١٠)، بل المراد به (١١) الاستحقاق كما يقال: يملك زيد احضار مجلس الحكم، و نحوه، و مثل هذا (١٢) يستوى فيه الحرّ و العبد، فصحة التحليل في حقّه (١٣) على القول بعدم الملك (١٤) متجهه (١٥).

(و يجب الاقتصار على ما تناوله اللفظ (١٦) و ما يشهد الحال بدخوله) (١) في العقد و الملك.

(٢) من كون التحليل عقدا أو إباحه.

(٣) تعليل لاحتياج الاباحه إلى القبول.

(٤) على القبول.

(٥) كاحتياج التحليل إلى القبول لو كان عقدا.

(٦) بين القولين في كون التحليل عقدا أو إباحه، و هذه الفائده محكيه عن ابن إدريس.

(٧) أى التحليل.

(٨) أى و إن لم نقل بملكه العبد و قلنا بكون التحليل إباحه و تمليك منفعه فلا تحلّ.

(٩) في التحليل.

(١٠) للملك المحض.

(١١) بالملك الموجود في التحليل.

(١٢) أى الاستحقاق.

(١٣) أى حق العبد.

(١٤) أى القول بعدم ملك العبد.

(١٥) و إن قلنا بكون التحليل إباحه و تمليك منفعه.

(١٦) أى تناوله بإحدى الدلالات الثلاث، اعلم أنه لما كان هذا النوع من الاستمتاع تابعا للفظ الدال عليه وجب مراعاة اللفظ، أو فقل لما كان الانتفاع بأمه الغير بدون إذنه محرّما قطعا وجب الاقتصار فيه على ما تناوله اللفظ فلا يستبيح ما لم يتناوله اللفظ أو لم تشهد قرينه

ص: ٤٣٣

(فيه) (١) فإن أحله بعض مقدمات الوطء كالتقبيل والنظر لم يحل له الآخر ولا الوطء، وكذا لو أحله بعضها في عضو مخصوص اختص به (٢)، (وإن أحله الوطء حلت المقدمات) بشهادة الحال، ولأنه (٣) لا ينفك عنها (٤) غالباً، ولا موقع له بدونها (٥)، ولأن تحليل الأقوى يدل على الأضعف بطريق أولى، بخلاف المساوى، والعكس (٦).

وهل يدخل اللمس بشهوه في تحليل القبلة نظر، من الاستلزام (٧) المذكور (٨) -الحال بدخوله فلو أحل له بعض مقدمات الوطء لم يحل له الوطء ولا بقيه المقدمات، فلو أحل له النظر لم يتناول غيره من ضروب الاستمتاع لعدم دلاله النظر على غيره من المقدمات لأنه أضعفها، ولكن لو أحل له الوطء حل له ما دونه من المقدمات لشهادته الحال، ولعدم انفكاك الوطء من بقيه مقدماته، ولأن الوطء يدل على اللمس بالتضمن وعلى باقى المقدمات من القبلة والنظر بالالتزام بالإضافة إلى الأخبار.

منها: خبر الحسن بن عطية عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أحل الرجل للرجل من جاريته قبله لم يحل له غيرها، وإن أحل له دون الفرج لم يحل له غيره، وإن أحل له الفرج حل له جميعها) (١).

والضابط أنه لو أحل له بعض المقدمات دخل فيه ما يستلزمه دون غيره، فإذا أحل الوطء دخل الجميع، ولو أحل التقبيل دخل اللمس، ولو أحل النظر لم يدخل غيره لأنه أضعف ضروب الاستمتاع وهكذا.

(١) فى اللفظ أو الإذن.

(٢) أى اختص التحليل بالعضو المخصوص.

(٣) أى الوطء.

(٤) أى عن مقدمات الوطء.

(٥) أى لا- وقع ولا كمال للوطء بدون مقدماته حتى كأنه ليس وطئاً، مع أن الوطء المأذون فيه منصرف عرفاً إلى ما هو الوطء عندهم، وهو الوطء مع مقدماته.

(٦) وهو تحليل الأضعف لا يدل على الأقوى.

(٧) دليل الدخول، والمراد أن هناك تلازماً غالباً بين التقبيل واللمس بشهوه.

(٨) قد ذكر التلازم الغالبى بين الوطء ومقدماته.

ص: ٤٣٤

فى الجملة فىدخل (١)، و من أن (٢) اللآزم دخول لمس ما استلزمته القبلة، لا مطلقا فلا ىدخل (٣) إلا ما توقفت عليه (٤) خاصة. و هو الأقوى.

(و الولد) الحاصل من الأمة المحلله (حرّ) (٥) مع اشتراط حرّيته، أو الاطلاق، و لو شرط رقيته ففیه ما مرّ، و ىظهر من العبارة (٦) عدم صحه الشرط (٧)، حیث أطلق الحرّیه و هو الوجه (٨)، و لا ىخفى أنّ ذلك (٩) مبنى على (١) أى ىدخل اللمس بشهوه فى تحلیل القبلة.

(٢) دلیل عدم الدخول.

(٣) أى لا ىدخل اللمس بشهوه.

(٤) أى إلا ما توقفت القبلة علیه من اللمس.

(٥) ولد المحلله للحر حر سواء اشترط حرّيته أو أطلق لتبعیه الولد لأشرف الأبوين، و لخصوص صحیح زراره عن أبى جعفر علیه السّلام (الرجل ىحلّ لأخیه جارّيته قال: لا بأس به، قلت: فإنها جاءت بولد، قال علیه السّلام: ىضمّ إلیه ولده و یردّ الجاریه إلی صاحبها) (١)، و مثله صحیح حرّیز، و خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله علیه السّلام: الرجل ىحلّ جارّيته لأخیه، أو حره حلّت جارّيتها لأخیه، قال: ىحلّ له من ذلك ما أحلّ له، قلت: فجاءت بولد، قال: ىلحق بالحر من أبویه) (٣)، و خبر عبد الله بن محمد عن أبى عبد الله علیه السّلام (عن الرجل ىقول لأخیه: جارّیتى لك حلال، قال: قد حلّت له، قلت: فإنها ولدت، قال: الولد له و الأم للمولى، و إنى لأحبّ الرجل إذا فعل هذا بأخیه أن یمنّ علیه ففیهها له) (٢).

و أما لو شرط رقيته فإن قلنا بصحته فهو و إلا- فىكون كالاطلاق، و قد تقدم صحه اشتراط الرقيه فىما لو زوجت من حر على المشهور، فراجع ص ٢٣٤ عند قول الماتن (و لو شرط مولى الرق رقيته جاز على قول مشهور ضعيف المأخذ) ثم إن ولد المحلله للرق رق بالاتفاق إن جوزنا التحليل للعبد.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) أى اشتراط الرقيه حیث حکم بحرّیه ولد المحلله من دون تقييد.

(٨) لما تقدم بطلان من الشرط لو اشترطت الرقيه و قد زوجت من حر.

(٩) أى إطلاق حرّیه ولد المحلله.

ص: ٤٣٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٤ و ٣ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب نکاح العیید و الإمامه حدیث ٦.

الغالب من حرّيه الأب، أو على القول باختصاصه (١) بالحر (٢)، فلو كان (٣) مملوكا و سوغناه (٤) كما سلف فهو (٥) رقّ، (و) حيث يحكم بحرّيته (٦) (لا قيمه على الأب) مع اشتراط حرّيته اجماعا، و مع الإطلاق على أصح القولين (٧)، و به أخبار كثيره، و لأنّ الحرّيه مبنيه على التغليب و لهذا يسرى العتق بأقل جزء يتصور، و لا شبهه في كون الولد متكوّنا من نطفه الرجل و المرأه فيغلب جانب الحرّيه، و الحر لا قيمه له.

و في قول آخر إنّه يكون رقّا لمولى الجارّيه و يفكه أبوه إن كان له مال، و إلا (١) أى اختصاص التحليل.

(٢) بناء على أن التحليل تمليكك و أن العبد لا يملكك.

(٣) أى الأب.

(٤) أى التحليل للرق.

(٥) أى ولد المحلّله.

(٦) أى بحرّيه الولد.

(٧) لو أطلق التحليل و لم يشترط حرّيه الولد و لا رقيته و كان الأب حرا فلا أصحاب قولان، أحدهما أن الولد حر و لا قيمه على أبيه و هو مذهب الشيخ فى الخلاف و المتأخرين، لبناء الحرّيه على التغليب و السرايه، و الولد متكون من النطقتين فيغلب جانب الحرّيه، و لعموم الأخبار الداله على أن ولد الحر حر كخبر إسحاق بن عمار المتقدم، و لخصوص صحيح زراره و حرّيز المتقدمين.

و عن الشيخ فى غير الخلاف و نسب إلى الصدوق أنه يجب على أبيه فكه بالقيمه لصحيح ضريس بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السّلام الوارد فى التحليل (قلت: أ رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به؟ قال: هو لمولى الجارّيه إلا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلّها له أنها إن جاءت بولد فهو حر، فإن كان فعل فهو حر، قلت: فيملك ولده؟ قال: إن كان له مال اشتراه بالقيمه) (١)، و صحيح العطار عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت: فإن كان منه ولد، فقال: لصاحب الجارّيه إلا أن يشترط عليه) ٢، و خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السّلام (فى امرأه قالت لرجل: فرج جاريتى لك حلال فوطأها فولدت ولدا، قال: يقوم الولد عليه بقيمته) ٣، و المشهور هو الأول.

ص: ٤٣٦

في أنه لا بأس بوطء الأمه و في البيت آخر مميز و يكره في الحره

(و لا- بأس بوطء الأمه و في البيت آخر مميز (١) أما غيره (٢) فلا يكره مطلقا (٣) و أن ينام بين أمتين (٤) و يكره ذلك (٥) المذكور في الموضوعين (في الحره، و كذا يكره و طء الأمه الفاجره (٦) كالحره الفاجره)، لما فيه من العار، و خوف اختلاط المائين، (و و طء من ولدت من الزنا (٧) بالعقد)، و لا بأس به بالملك، و لكن لا يتخذها أم ولد، بل يعزل عنها حذرا من الحمل روى ذلك محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام.

(١) لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل ينكح الجارية من جواريه و معه في البيت من يرى ذلك و يسمعه، قال: لا بأس) (١)، و عن كشف اللثام أنه لا يبعد القول بالكراهه لعموم النهي عن الوطى و في البيت صبى يراهما و يسمع نفسيهما، ففي خبر ابن راشد عن أبيه (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يجامع الرجل امرأته و لا جاريته و في البيت صبى، فإن ذلك مما يورث الزنا) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إياك أن تجامع أهلك و صبى ينظر إليك، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان يكره ذلك أشد كراهيه) (٣).

(٢) غير المميز.

(٣) سواء كانت الزوجه حره أو أمه.

(٤) فلا- كراهه لمرسل ابن أبي نجران عن أبي الحسن عليه السلام (أنه كان ينام بين جارتين) (٣)، نعم يكره ذلك بين الحرتين احتراماً لهنّ بالتجنب عن ائذائهنّ و لكن في الخبر عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين و الحرتين، إنما نساؤكم بمنزله اللب) (٥)، و عن البعض أنه لا كراهه في الحرتين أيضا لهذا الخبر.

(٥) من الوطى و في البيت آخر مميز، و من النوم بين أمتين.

(٦) أى الزانيه كما يكره و طئ الحره الفاجره، لما فيه من العار و خوف اختلاط المائين، و لخبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الخبيثه يتزوجها الرجل، قال: لا و إن كان له أمه و طئها و لا يتخذها أم ولده) (٤)، كناية عن العزل حذرا من الحمل.

(٧) و إن كانت هي عفيفه للعب، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل تكون-

ص: ٤٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦٧ - صمن أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٩.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨٤ - من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣ و ١.

٤-٦) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

إشارة

((الفصل السادس - في المهر) (١))

في أن المهر كل ما يصلح أن يملك

(المهر كل ما يصلح أن يملك) (٢) و إن قل بعد أن يكون متمولا (٣) (عينا كان، أو منفعه) و إن كانت منفعه حرّ، و لو أنّه (٤) الزوج، كتعليم صنعه، أو سوره (٥)، أو -له الخادم ولد زنا، هل عليه جناح أن يطأها؟ قال: لا و إن تنزه عن ذلك فهو أحبّ إلّى (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (في الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشده، و يتخذها لنفسه، قال: إن لم يخف العيب على ولده - نفسه خ ل - فلا بأس) ٢، و الثاني و إن خصّ الحكم بالتزويج إلا أن الأول ظاهر في ملك اليمين، فتخصيص الكراهه كما عن الشهيدين بالوطء عقدا ليس في محله.

(١) و يسمى بالصدّاق بفتح الصاد و كسرهما، و بالنحله و الأجر و الفريضة، و العقر بالضم، و الصدقه بفتح الصاد مع ضم الدال، و الحباء و العليقه و الطول.

(٢) احتراز عما لا يقبل الملك كالخزير، ثم كل ما يصح تملكه للمسلم عينا كان أو منفعه، و سواء كانت المنفعة منفعه عقار أو حيوان أو إنسان عبدا كان أو حرا و لو الزوج نفسه فيصح جعله مهرا ففي صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن المهر ما هو؟ قال: ما تراضى عليه الناس) (٢)، و صحيح الفضيل بن يسار عن أبى جعفر عليه السّلام (الصدّاق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير) ٤ و مثلها غيرها.

(٣) أى بأن يكون مالا.

(٤) أى الحر.

(٥) غير واجبه لأن الواجب مما لا يجوز جعله عوضا، لعدم جواز أخذ الأجر، عن الواجبات خصوصا العباديه، و مما يشهد على جواز تعليم السوره مهرا بالإضافة إلى عموم الأخبار المتقدمه خصوصا صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم فقالت: زوّجنى، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من لهذه؟ فقال رجل فقال: أنا يا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم زوّجنيها، فقال: ما تعطيها؟ فقال: ما لى شىء، قال النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم: لا، فأعادت فأعاد رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم في المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه) (٣).

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهرة حديث ٥ و ٤.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.
- ٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهور حديث ١.

علم غير واجب، أو شيء من الحكم والآداب، أو شعر، أو غيرها من الأعمال المحللة المقصوده (يصح امهاره)، و لا خلاف فى ذلك كله سوى العقد على منفعه الزوج (١) فقد منع منه الشيخ فى أحد قوله استنادا إلى روايه لا تنهض دليلا متنا و سندا.

(و لو عقد الذميان على ما لا يملك فى شرعنا) كالخمر و الخنزير (صح) (٢) (١) أى على منفعته مده معينه، و على المشهور الجواز لعموم الأخبار المتقدمه، و عن الشيخ فى النهايه و جماعه المنع استنادا إلى روايه البزنطى عن الرضا عليه السلام فى حديث (قلت):

فالرجل يتزوج المرأه و يشترط لأبيها إجازة شهرين و نحو ذلك؟ فقال: إن موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أن سيبقى حتى يفى، و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يتزوج المرأه على السوره من القرآن و على الدرهم و على القبضه من الحنطه(١)، و فيه: إن الخبر قد روى بسندين، و الأول مشتمل على سهل بن زياد و هو ضعيف، و الآخر مشتمل على إبراهيم بن هاشم و لم يوثق كما اشكله فى المسالك، و إن كان قد عرفت أكثر من مره وثاقه إبراهيم بن هاشم من ناحيه شيخوخته للإجازة، و أن الخبر قاصر فى الدلاله عن إفاده المنع إذ يحتمل الكراهه، و يحتمل أن يكون المانع هو عدم علمه بالبقاء إلى أن يفى بحيث لو فرض علمه بذلك صح فضلا عن معارضته الأخبار المتقدمه، و هو لا يصلح لمعارضتها.

(٢) صح العقد و صح المهر، لأنه فى دينهما مما يصح تملكه لهما، و حينئذ فلو أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فلا إشكال لأن الزوج قد برئ بما دفعه قبل الإسلام بحسب ما عندهما من الحكم خلافا لبعض العامه حيث ذهب إلى أن لها مهر المثل لفساد ذلك القبض، و إن كان ذلك قبل القبض دفع الزوج قيمه عند مستحليه، لأنها أقرب شيء إليه، لأن المعين يراد منه تشخصه و ماليته، و إذا تعذر أحدهما يصار إلى الآخر، و يشهد له خبر عبيد بن زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: النصراني يتزوج النصرانيه على ثلاثين دنا خمرًا، و ثلاثين خنزيرا ثم أسلما بعد ذلك و لم يكن دخل بها، قال: ينظر كم قيمه الخنازير و كم قيمه الخمر و يرسل به إليها، ثم يدخل عليها و هما على نكاحهما الأول)(٢).

و قيل: تثبت أجره المثل، لأنها لم ترض إلا بالمهر و الفرض امتناعه عليه بعد الإسلام فيرجع إلى مهر المثل، و يشهد له خبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن -

ص: ٤٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المهور حديث ٢.

لأنهما يملكانه (فإن أسلما)، أو أسلم أحدهما قبل التقابض (انتقل إلى قيمه) عند مستحليه، لخروجه (١) عن ملك المسلم، سواء كان عينا، أو مضمونا (٢) لأنّ (٣) المسمى لم يفسد، و لهذا لو كان قد أقبضها إياه قبل الإسلام برأ، و إنما تعذر الحكم (٤) به (٥) فوجب المصير إلى قيمته، لأنها أقرب شيء إليه، كما لو جرى العقد على عين و تعذر تسليمها.

و مثله (٦) ما لو جعلاه (٧) ثمنا لمبيع، أو عوضا لصلح، أو غيرهما (٨).

و قيل: يجب مهر المثل (٩)، تنزيلا لتعذر تسليم العين منزله الفساد (١٠)، و لأنّ وجوب قيمه فرع وجوب دفع العين مع الإمكان، و هو (١١) هنا ممكن (١٢) و إنما عرض عدم صلاحيته (١٣) للتملك لهما.

رجلين من أهل الذمه أو من أهل الحرب تزوج كل واحد منهما امرأه و أمهرها خمرا و خنازير، ثم أسلما قال: ذلك النكاح جائز حلال لا- يحرم من قبل الخمر و الخنازير، و قال: إذا أسلما حرم عليهما أن يدفعا إليهما شيئا من ذلك، يعطياهما صداقهما(١).

(١) أى خروج ما لا يملك فى شرعنا.

(٢) أى كليا فى الذمه و فى هذا إشاره إلى خلاف بعض العامه حيث فرق بينهما و حكم فى المعين أنها لا تستحق غيره.

(٣) تعليل للانتقال إلى قيمه.

(٤) بقبض ما لا يملكه المسلم بعد إسلامهما.

(٥) بالإسلام.

(٦) أى و مثل المهر فى الانتقال إلى قيمه بعد الإسلام.

(٧) أى جعل ما لا يصح تملكه للمسلم كالخمر و الخنزير.

(٨) غير البيع و الصلح.

(٩) إذا أسلما أو أسلم أحدهما.

(١٠) أى فساد العين و تلفها.

(١١) أى دفع العين.

(١٢) و مع ذلك لا يجب دفعها.

(١٣) أى صلاحيه مسمى العقد الواقع بينهما.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب المهور حديث ١.

و يضعف بمنع الفساد كما تقدم (١)، و التعذر الشرعي (٢) منزل منزله الحسي (٣)، أو أقوى، و مهر المثل قد يكون أزيد من المسمى، فهي (٤) تعترف بعدم استحقاق الزائد (٥)، أو أنقص (٦) فيعترف هو باستحقاق الزائد (٧) حيث لم يقع المسمى فاسدا فكيف يرجع إلى غيره (٨) بعد استقراره (٩)، و لو كان الإسلام (١٠) بعد قبض بعضه سقط (١١) بقدر المقبوض و وجب قيمه الباقي، و على الآخر (١٢) يجب بنسبته (١٣) من مهر المثل.

في مقدار المهر

(١) و لا تقدير في المهر قله (١٤) ما لم يقصر عن التقويم كحبه حنطه، (و لا كثره) (١) حيث قال الشارح: (لأن المسمى لم يفسد).

(٢) و هو عدم تملك الخمر و الخنزير، و هو تعذر لدفع العين الواقعه مهرا.

(٣) و عليه فإذا تعذر دفع العين فينتقل إلى وجوب قيمه كما اعترف بذلك الخصم و به يتم المدعى.

(٤) أي الزوجه.

(٥) فكيف يجب دفعه.

(٦) أي يكون مهر المثل أنقص من المسمى.

(٧) أي باستحقاق الزائد من المسمى على مهر المثل، و أنه للزوجه، و مع اعترافه كيف لا يجب عليه دفعه؟

(٨) أي غير المسمى.

(٩) بعد استقراره: أي المسمى و قد استقر بالدخول قبل الإسلام.

(١٠) أي إسلام الزوجين أو أحدهما.

(١١) من المهر.

(١٢) أي القول الآخر.

(١٣) أي بنسبه الباقي.

(١٤) لا تقدير في المهر من جانب القله، بل ما تراضى عليه الزوجان و إن قل ما لم يقصر عن التقويم كحبه من حنطه بلا خلاف في ذلك كله، و كذلك لا حد له في جانب الكثره على المشهور لقوله تعالى: وَ آتَيْتُمُ إِخِيْدَاهُنَّ قِنْطَارًا (١)، و فسر بالمال العظيم كما في مجمع البيان، و بأنه وزن أربعين أوقيه من ذهب أو فضه أو ألف و مائتا أوقيه أو سبعون ألف

على المشهور لقوله تعالى: وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا (١) و هو المال العظيم، و فى القاموس: القنطار بالكسر وزن أربعين أوقيه من ذهب، أو فضه، أو ألف دينار، أو ألف و مائتا أوقيه من ذهب، أو فضه، أو سبعون ألف دينار، أو ثمانون ألف درهم، أو مائه رطل من ذهب، أو فضه، أو ملء مسك (٢) ثور ذهباً، أو فضه، و فى صحيحه الوشاء عن الرضا عليه السّلام: لو أنّ رجلاً تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفاً، و لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، و الذى جعله لأبيها فاسداً.

-دينار، أو ثمانون ألف دينار، أو مائه رطل من ذهب أو فضه، أو ملء مسك ثور ذهباً أو فضه كما فى أخبار العامه (١)، و للأخبار الكثيره عندنا.

منها: صحيح الوشاء عن الرضا عليه السّلام (لو أن رجلاً تزوج امرأه و جعل مهرها عشرين ألفاً و جعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً، و الذى سمّاه لأبيها فاسداً) (٢)، و صحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبداً له آبقاً و برداً حبره بألف درهم التى أصدقها، قال: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس، إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد) (٣)، و مرسل الشيخ فى المبسوط (تزوج الحسن عليه السّلام امرأه فأصدقها مائه جاريه مع كل جاريه ألف درهم) (٤) فضلاً عن الأخبار المتقدمه بأن المهر ما تراضى عليه الزوجان قلّ أو كثر و عن المرتضى و نسب إلى الاسكافى و الصدوق المنع من الزيادة عن مهر السنه الذى هو خمسمائه درهم، بحيث لو زاد المهر لردّ إليها، لخبر المفضل بن عمر (دخلت على أبى عبد الله عليه السّلام فقلت له:

أخبرنى عن مهر المرأه الذى لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه، فقال: السنه المحمديه خمسمائه درهم، فمن زاد على ذلك ردّ إلى السنه، و لا- شىء عليه أكثر من الخمسمائه درهم، فإن أعطاها من الخمسمائه درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شىء عليه) (٥)، و هو مع ضعف سنده لا يصلح لمعارضه ما تقدم الذى فيه صحيح السند.

(١) النساء آيه: ٢٠.

(٢) بالفتح و هو الجلد.

ص: ٤٤٢

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٢٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ١٤.

(و يكره أن يتجاوز مهر السنه) (١) و هو ما أصدقته النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم لأزواجه جمع (و هو خمسمائه درهم) قيمتها خمسون ديناراً، و منع المرتضى من الزيادة عليها (٢)، و حكم بردّ من زاد عنها إليها، محتجاً بالإجماع (٣)، و به خبر ضعيف لا يصلح حجه، و الإجماع ممنوع، و جميع التفسيرات السابقه للقنطار ترد عليه، و الخبر الصحيح حجه بينه، نعم يستحب الاقتصار عليه (٤) لذلك (٥).

(و يكفى فيه (٦) المشاهده (٧) عن اعتباره) بالكيل، أو الوزن، أو العدد كقطعه (١) يستحب أن يكون المهر مهر السنه و هو خمسمائه درهم بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره.

منها: صحيح حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سمعتة يقول: قال أبي: ما زوج رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم شيئاً من بناته، و لا تزوج شيئاً من نسائه على أكثر من اثنتي عشره أوقيه و نش، و الأوقيه أربعون و النش عشرون درهما) (١)، و خبر عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (مهر رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم نساءه اثنتي عشره أوقيه و نش، و الأوقيه أربعون درهما و النش نصف الأوقيه و هو عشرون درهما) ٢، و لخبر الحسين بن خالد (سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنه كيف صار خمسمائه؟ فقال: إن الله تبارك و تعالى أوجب على نفسه أن لا يكبره مؤمن مائه تكبيره و يسبحه مائه تسبيحه و يحمده مائه تحميده و يهلله مائه تهليله، و يصلّى على محمد و آله مائه مره ثم يقول: اللهم زوجني من الحور العين، إلا زوجة الله حوراء عيناء و جعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله إلى نبيه صَلَّى الله عليه و آله و سلم أن سنّ مهور المؤمنات خمسمائه درهم، ففعل ذلك رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم، و أيّما مؤمن خطب إلى أخيه حرمة فبذل له خمسمائه درهم فلم يزوجه فقد عقّه و استحق من الله عز و جل أن لا يزوجه حوراء) ٣.

(٢) على الخمسمائه درهم.

(٣) و هو عجيب مع ذهاب الأكثر إلى خلافه.

(٤) على مهر السنه.

(٥) للخبر الذي استدل به المرتضى، و كذا لغيره، و لأن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم أمهر نساءه أجمع به.

(٦) في المهر.

(٧) لما كان النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقيه، لأن الركن الأعظم فيه الزوجان فيكون المهر دخيلاً فيه، و لذا لم يعتبر في العلم به ما يعتبر في غيره من أعواض العقود كالبيع، -

ص: ٤٤٣

من ذهب مشاهده لا- يعلم وزنها، وقبه من طعام لا يعلم كيلها، لارتفاع معظم الغرر بالمشاهده، و اغتفار الباقي (١) فى النكاح، لأنه (٢) ليس معاوضه محضه بحيث ينافيه ما زاد منه (٣).

و يشكل الحال لو تلف (٤) قبل التسليم، أو بعده و قد طلقها قبل الدخول (٥). و لو لم يشاهد (٦) اعتبر التعيين قدرا (٧)، و وصفا إن كان مما يعتبر به (٨)، أو وصفا خاصه (٩) إن اكتفى به (١٠) كالعبد (و لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم فهو خمسمائه درهم) (١١)، للنص، و الإجماع، و بهما يندفع الإشكال - و تكفى المشاهده عن اعتباره بالكيل أو الوزن أو العد و لو كان واحدا منها بلا خلاف فيه لخبر البنظى عن الرضا عليه السلام فى حديث (و قد كان الرجل على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يتزوج المرأه على السوره من القرآن و على الدرهم و على القبضه من الحنطه) (١)، و مثلها غيرها.

(١) أى الباقي من الغرر.

(٢) أى النكاح.

(٣) من المهر المشاهد.

(٤) أى المهر.

(٥) فيجب عليها ردّ النصف لو كان الطلاق بعد التسليم، و يجب عليه دفع النصف لو كان الطلاق قبل التسليم، و الاشكال مدفوع بأن الوجه هو الرجوع إلى الصلح إذ لا طريق غيره.

(٦) أى المهر فيجب التعيين فيه لعدم تحقق المشاهده الكافيه فى رفع الغرر.

(٧) أى لا بد من تقديره بالكيل أو الوزن أو العد إذا كان واحدا منها.

(٨) أى إن كان المهر مما يعتبر تعيينه بالقدر.

(٩) إذا كان القدر غير معتبر فى التعيين كما لو كان المهر عينا خارجيه غائبه فيكفى و صفها.

(١٠) بالوصف.

(١١) لو تزوجها على كتاب الله و سنه نبيه صلى الله عليه و آله و سلم و لم يسمّ مهرا، كان مهرها خمسمائه درهم بلا خلاف فيه لخبر أسامه بن حفص و كان قيما لأبى الحسن موسى عليه السلام (قلت له: رجل -

ص: ٤٤٤

مع جهل الزوجين، أو أحدهما بما جرت به السنه منه (١)، و بقبوله (٢) الغرر كما تقرر.

(و يجوز جعل تعليم القرآن مهرا) (٣)، لروايه سهل الساعدي المشهوره فيعتبر -يتزوج امرأه و لم يسم لها مهرا و كان في الكلام، أتزوجك على كتاب الله و سنه نبيه، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها فما لها من المهر؟ قال: مهر السنه، قلت: يقولون:

مهر نساءها، فقال: مهر السنه، و كلما قلت له شيئا قال: مهر السنه(١) و كون المهر على كتاب الله مع أنه لم يدل عليه بخصوصه و إنما من ناحيه قوله تعالى: وَ مَا آتَاكُمْ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ، و قد تقدم في الأخبار أن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم أمهر نساءه و بناته ذلك.

ثم لو علم كل من الزوجين مقدار مهر السنه و قد قصدها في متن العقد فهو، و أما مع جهلها أو علمها به مع عدم القصد فيشكل تحديد المهر بالخمسمائه مع عدم قصدهما لو لا إطلاق النص المتقدم.

(١) من المهر.

(٢) أى قبول النكاح.

(٣) قد عرفت اعتبار العلم بالمهر و لو كان بالمشاهده، و عليه فلو أصدقها تعليم سورته و جب تعيينها لرفع الجهالة الموجه لرفع الغرر، و السور تختلف أفرادها اختلافا شديدا، و عليه فلو أبهم فسد المهر و كان لها مع الدخول مهر المثل، و يظهر من سيد الرياض أن جهالة السوره مغتفره هنا، لخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم فقالت: زوجني فقال رسول الله: من لهذه؟ فقام رجل، فقال: أنا يا رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم زوجنيها، فقال: ما تعطيها، فقال: ما لى شيء، قال: لا.

فأعادت فأعاد رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم الكلام فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم فى المره الثالثه: أ تحسن من القرآن شيئا؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه(٢)، و فى غوالى اللثالى (روى سهل الساعدي أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سلم جاءت إليه امرأه فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسى لك، فقال صَلَّى الله عليه و آله و سلم: لا إربه لى فى النساء، فقالت: زوجنى بمن شئت من أصحابك، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها، فقال: هل معك شيء تصدقها؟ فقال: و الله ما معى إلا ردائى هذا، فقال:-

ص: ٤٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المهور حديث ١.

تقديره (١) بسوره معينه، أو آيات خاصه، و يجب حينئذ (٢) أن يعلّمها القراءه الجائزه شرعا، و لا يجب تعيين قراءه شخص بعينه (٣) و إن تفاوتت فى السهوله و الصعوبه، و لو تشاحا فى التعيين قَدَم مختاره، لأنّ الواجب فى ذمته منها (٤) أمر كلى فتعيينه إليه (٥) كالدين (٦).

و حدّ التعليم أن تستقل بالتلاوه (٧)، و لا يكفى تتبعها نطقه، و المرجع فى قدر المستقلّ به (٨) إلى العرف فلا يكفى الاستقلال بنحو الكلمه و الكلمتين، و متى -إن أعطيتها إياه تبقى و لا رداء لك، هل معك شىء من القرآن؟ فقال: نعم سوره كذا و كذا، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: زوجتكها على ما معك من القرآن(١).

و الثانى ظاهر فى تعيين السور التى وقعت مهرا، و تعيينه هو الموافق للقواعد فلا بد من المصير إليه، و على كل فعن الأكثر لا يجب تعيين قراءه من القراءات السبع، لعدم تعيينها من قبل النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم على الرجل فى روايه سهل الساعدى و غيره، و عن البعض أنه يجب التعيين لاختلاف القراءات اختلافا شديدا، و فيه: إن القراءات السبع غير متواتره عن النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم كما حرر فى محله و ذكرنا شيئا منه فى بحث القراءه من كتاب الصلاه، على أن القراءات غير منحصره فى السبع، فضلا عن تواتر نصوصنا(٢) بأن القرآن واحد قد نزل من عند الواحد و إن أمرنا بقراءه القرآن كما يقرؤه الناس إلى حين ظهور الحجه عليه السّلام و عجل الله تعالى فرجه.

(١) أى تقدير المهرا.

(٢) أى حين كون تعليم القرآن مهرا.

(٣) من القراءات السبع أو العشره أو غيرهم.

(٤) من القراءه.

(٥) أى فتعيين الأمر الكلى إلى الزوج.

(٦) أى كما أن الدين أمر كلى يقدم مختاره عند التشاح كذلك هنا.

(٧) حدّ التعليم أن تستقل بالتلاوه، لأنه المفهوم عرفا، و لا يكفى تتبع نطقه، و لو استقلت بالتلاوه ثم نسيت الآية الأولى بعد تلقين الثانى لم يجب إعادته التعليم، لأنّ تعليم السوره لا يمكن إلا بتعليم آيه آيه و المفروض استقلالها بتلاوه الآية الأولى و قد تم قبل النسيان.

(٨) بحيث تستقل بتلاوه قدر من السوره يصدق عرفا أنها قد تعلمت و لا يكفى استقلالها-

ص: ٤٤٤

صدق التعليم عرفا لا يقدح فيه (١) نسيانها ما علمته و إن لم تكن قد أكملت جميع ما شرط، لتحقق البراءة (٢)، و لو تعذر تعلمها لبلادتها، أو موتها، أو موت الزوج حيث يشترط التعليم منه، أو تعلمت من غيره فعليه أجره المثل (٣)، لأنها عوضه (٤) حيث يتعذر، و لو افتقرت (٥) إلى مشقه عظيمه (٦) زائده على عادة أمثالها لم يبعد الحاقه (٧) بالتعذر، و كذا القول فى تعليم الصنعه (٨).

(و يصح العقد الدائم من غير ذكر المهر) (٩).

-الكلمه و الكلمتين، و عن بعض العامه كفايه تلاوه ثلاث آيات، لأنها مقدار أقصر سوره و هى سوره الكوثر، و فى الجميع نظر لأن المطلوب تعليم السوره، و تعليمها متوقف على استقلالها بتلاوتها بتمامها فلا معنى حينئذ للقدر العرفى أو غيره.

(١) فى التعليم.

(٢) أى براءه ذمه الزوج لصدق التعليم قبل النسيان.

(٣) أى على الزوج أجره مثل هذا التعليم، لأن أجره المثل هى قيمه المهر المتعذر، و لأنه يجب على الزوج ايصاله إلى الزوجه و إذا تعذر عينه ثبتت قيمته.

(٤) أى لأن أجره المثل عوض التعليم.

(٥) أى الزوجه.

(٦) فى التعلم.

(٧) أى إلحاق تعليمها، لأنه حرج و هو منفى.

(٨) بأن أمهرها تعليم صناعه الحياكه، و قد تعلمتها من غيره فعليه أجره المثل، و لو احتاجت إلى شقه زائده فى تعلمها ألحقت بالتعذر.

(٩) لا خلاف فى صحه العقد عند عدم ذكر المهر، لأن المهر ليس شرطا فى صحته و يشهد له قوله تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَوِّعِ قَدْرَهُ وَ عَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعاً بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سألته عن الرجل تزوج امرأه فدخل بها و لم يفرض لها مهرا ثم طلقها فقال عليه السّلام: لها مهر مثل مهور نسائها و يمتعها) (٢)، و موثق منصور بن حازم (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: فى رجل تزوج امرأه و لم يفرض لها صداقا، قال عليه السّلام:-

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المهور حديث ١.

و هو (١) المعبر عنه بتفويض البضع، بأن تقول: زوجتك نفسى فيقول: قبلت، سواء أهمل ذكره أم نفيها صريحا (٢)، و حينئذ (٣) فلا يجب المهر بمجرد العقد، (فإن دخل بها فمهر المثل) (٤). و المراد به (٥) ما يرغب به فى مثلها نسباً، و سناً، و عقلاً و يساراً، و بكاره، و أصدادها، و غيرها (٦) مما تختلف به الأغراض، (و إن طلق قبل) - لا شىء لها من الصداق، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها (١)، و خبر عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقها ثم دخل بها قال عليه السلام: لها صداق نسائها) ٢، ثم لا خلاف و لا إشكال فى صحة العقد لو أهمل ذكر المهر، أو شرط عدم المسمى فى العقد، و إنما الكلام فيما لو شرط عدم المهر مطلقاً و لو بعد الدخول فالمعروف بينهم بطلان العقد، لأن الشرط فاسد لأنه غير مشروع، إذ قد دلت النصوص المتقدمة على ثبوت مهر المثل عند عدم المهر لو دخل، و دلت النصوص على أن لها المتعة لو طلقها قبل الدخول و سيأتى التعرض له، و دلت النصوص على أنه لو تراضيا بعد العقد على مهر للزم، فاشترط عدم المهر و لو بعد الدخول و عند الطلاق قبله و عند التراضى يكون على خلاف هذه النصوص فلا يكون مشروعاً، فيفسد الشرط و به يفسد العقد هذا و اعلم أن عدم ذكر المهر بالمهر فى العقد يسمى بتفويض البضع، و التفويض على قسمين تفويض البضع و قد عرفت معناه، و تفويض المهر، و هو تفويض تقدير المهر إلى أحد الزوجين أو ثالث.

(١) أى عدم ذكر المهر فى العقد الدائم.

(٢) و كان النفى للمسمى فقط، لا له و لما يثبت بعده و لو بعد الدخول.

(٣) أى حين عدم ذكر المهر.

(٤) لا خلاف فى أنه يجب مهر المثل لو دخل لما تقدم من الأخبار كصحيح الحلبي و موثق منصور بن حازم و غيرهما.

و الأخبار مشتملة على (مهور نسائها و مهر نسائها و صداق نسائها) و هى ظاهره فى مهر المثل، و المراد من المثل حال المرأة فى الشرف و الجمال و العقل و الأدب و البكاره و صراحه النسب و حسن التدبير و المعاشرة و ما شاكل من الأمور التى تختلف فيها الرغبة اختلافاً بيناً.

(٥) بالمثل.

(٦) من الشرف و الكمال و الجمال و حسن التدبير و المعاشرة.

ص: ٤٤٨

(الدخول) (١) و قبل اتفاقهما على فرض مهر (٢) (فلها المتعه) المدلول عليها بقوله (١) فلو طلق قبل الدخول مع عدم ذكر المهر فى العقد فلها المتعه و الا- مهر لها بلا- خلاف فيه و يشهد به قوله تعالى: لا- جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَّيْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً، وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (١) و الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته، قال: يمتعها قبل أن يطلق، قال الله تعالى: وَ مَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَ عَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ (٢) ، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء) (٣) ، و صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها، و إن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره و على المقتدر قدره، و ليس لها عده، تزوج إن شاءت من ساعتها) (٤) ، و مرسل البنزطى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن متعه المطلقة فريضة) (٥).

و الأخير و ظاهر الأمر فى غيره دال على وجوب المتعه للمطلقة قبل الدخول عند عدم ذكر المهر بلا خلاف فيه منا، و عن مالك و جماعه من العامه استحباب المتعه نظراً إلى قوله تعالى فى آخر آيه المتعه حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ (٤) ، و الاحسان ظاهر فى عدم وجوب المتعه عليه، و فيه: إنه على خلاف ظاهر الأمر بالمتعه، و الأمر دال على الوجوب، و على خلاف ظاهر قوله فى نفس الآيه (حقاً)، و من هنا قيل: إن المراد بالمحسنين هم من يحسنون فعل الطاعة و اجتناب المعصيه، و خصهم بالحكم تشريفاً لهم، أو أن المراد من أراد أن يحسن فهذا طريقه و هذا حقه بأن يعطى المطلقات قبل الدخول عند عدم ذكر المهر ما فرض الله لهن من المتعه.

(٢) لو كان العقد خالياً من المهر جاز للزوجين أن يتراضيا بعد العقد على فرض مهر سواء كان بقدر مهر المثل أو أقل أو أكثر، لأن فرض المهر إليهما ابتداءً فجاز انتهاءه، و الأصل -

ص: ٤٤٩

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب ٤٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧ و ٨ و ٢.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٣٦.

تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ (١) (حره كانت) الزوجه المفوضه (أم أمه).

والمعتبر فى المتعه (٢) بحال الزوج فى السعه و الاقتار (فالغنى) (٣) يمتّع فيه قوله تعالى: أَوْ تَفَرِّضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً (١)، و مع فرض المهر فلا متعه لها لو طلقها قبل الدخول لتحقق المهر بعد كون المتعه للمطلقه قبل الدخول و لا مهر لها.

(١)البقره آيه: ٢٣٦.

(٢)لا- إشكال و لا خلاف فى أن المعتبر فى المتعه حال الزوج بالنسبه إلى السعه و الاقتار و يشهد له قوله تعالى: عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ ٢ هذا على المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و جماعه اعتبار حالها أيضا للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتع به مثلها من النساء) (٢) و مثلها غيرها هذا و المفهوم من الآية الكريمة و جملة من النصوص انقسام الزوج بحسب حاله إلى قسمين: الموسر و المعسر، مع أن المشهور قد قسموه إلى ثلاثة أقسام بإضافه المتوسط إليهما، و يشهد للمشهور ما فى الفقه الرضوى (و إن لم يكن سمى لها صداقا، يمتعها بشيء قلّ أو كثر على قدر يساره، فالموسع يمتع بخادم أو دابه، و الوسط بثوب، و الفقير بدرهم أو خاتم كما قال الله تعالى: وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمُسَاعِدَةِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ (٣)، و مرسل الصدوق فى الفقيه (روى أن الغنى يمتّع بدار و خادم، و الوسط يمتّع بثوب، و الفقير بدرهم و خاتم) (٤).

هذا و أرجع الشارح فى المسالك تقسيم المشهور الثلاثى إلى القسمين المذكورين، لأن التقسيم الثلاثى و إن كان هو المطابق لما عليه العرف إلا- أن الوسط ملحق بأخويه، فبعض أفراده ملحق بالأعلى و البعض الآخر ملحق بالأسفل، فهو لا يخرج عنهما، و لذا فى الفقه الرضوى بعد ذكر الأقسام الثلاثة استدلل عليه بالآيه التى ظاهرها أن التقسيم ثنائى، و هذا كاشف عن رجوع الثلاثى فى التقسيم إلى الثنائى منه.

(٣)فالغنى يمتع بالدابه كما فى الفقه الرضوى (فإن لم يكن سمى لها صداقا يمتعها بشيء

ص: ٤٥٠

١- ((١ و ٢)) سورة البقره، الآية: ٢٣٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهور حديث ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

(بالدابه) و هي الفرس، لأنه الشائع في معناها عرفا.

والمعتبر منها (١) ما يقع عليها اسمها صغيره كانت أم كبيره، برذونا كانت أو عتيقا (٢)، -قل أو كثر على قدر يساره، فالموسع يمتّع بخادم أو دابه، والوسط بثوب، والفقير بدرهم أو خاتم كما قال الله تبارك وتعالى: وَمَتَّعُوهُمْ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرَهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرَهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ (١)، والدابه هي الفرس والمعتبر منها ما يقع اسمها صغيره أو كبيره، برذونا أو عتيقا، قاربت قيمه الثوب المرتفع والعشره دنانير أو لا.

و يمتّع الغنى بالثوب المرتفع عادة ناسبت قيمته قسيمييه أو لا، و يمتّع بعشره دنانير فأزيد، والدينار هو المثقال الشرعى، وليس على هذين مستند كما اعترف بذلك غير واحد.

نعم ورد في الأخبار أنه يمتّع بالعبد والأمه ففي صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا كان الرجل موسعا عليه متّع امرأته بالعبد والأمه، والمقتير يمتّع بالحنظه والزيب والثوب والدرهم، وأن الحسن بن علي عليهما السلام متّع امرأه له بأمه، و لم يطلق امرأه إلا متعها) (٢)، و ورد أنه يمتّع بالدار والخادم كما في مرسل الفقيه (روى أن الغنى يمتّع بدار أو خادم، والوسط يمتّع بثوب، والفقير بدرهم وخاتم) (٣).

و أما الفقير فيمتّع بالدرهم والخاتم كما في مرسل الصدوق والفقه الرضوى المتقدمين، و يمتّع بالحنظه والزيب والثوب والدرهم كما في صحيح الحلبي المتقدم، و أيضا ورد الخمار وشبهه في خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسرا؟ قال عليه السلام: خمار أو شبهه) (٤) و أما الوسط فيمتّع ما بينهما كخمسه دنانير والثوب المتوسط و ما أشبهه، و قد ورد في مرسل الصدوق المتقدم أنه يمتّع بالثوب، و حيث إن من المعلوم أن ذلك من باب المثال بعد ما في النصوص من الاختلاف و ليس ذلك من باب الحصر، فكل ما ذكره الأصحاب مع ما لم يذكره حسن، لأن المرجع في الأحوال الثلاثة إلى العرف بحسب زمان الزوج ومكانه وشأنه.

(١) من الفرس.

(٢) البرذون ما كان أبواه غير عربيين، والهجين ما كانت أمه غير عربيه، والعتيق ما كان أبواه عربيين أو أمه وحدها عربيه.

ص: ٤٥١

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهر حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب المهور حديث ٣، ٢.

قاربت قيمته (١) الثوب و العشرة الدنانير (٢) أم لا- (أو الثوب المرتفع) قيمته عادة، ناسبت قيمته قسيمه (٣) أم لا، (أو عشره دنانير) و هي المثاقيل الشرعيه.

(و المتوسط) فى الفقر و الغناء يمتّع (بخمسه دنانير، و الفقير بدينار أو خاتم) ذهب، أو فضه (٤) معتدّ به عادة (و شبهه) من الأموال المناسبه لما ذكر (٥) فى كل مرتبه، و المرجع فى الأحوال الثلاثه إلى العرف بحسب زمانه (٦) و مكانه و شأنه.

(و لا متعه لغير هذه) (٧) الزوجه: و هى المفوضه لبضعها (٨) المطلقه قبل (١) أى ما وقع عليه اسم الفرس و الدابه.

(٢) و هما قسيما الدابه.

(٣) و هما الدابه و العشره دنانير.

(٤) لإطلاق اسم الخاتم الوارد فى الأخبار.

(٥) من الدابه و الثوب و العشره للغنى، و كذا لغيره.

(٦) أى زمان الزوج.

(٧) لا- تستحق المتعه إلا المطلقه التى لم يفرض لها مهر و لم يدخل بها كما عليه المعظم لقوله تعالى: لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنِ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَ مَتَّعُوهُنَّ (١)، و هى ظاهره فى كون المتعه للمطلقه قبل الدخول مع عدم فرض مهر لها، و هو المستفاد من الأخبار فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يطلق امرأته قبل أن يدخل بها، قال: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً، و إن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على نحو ما يمتّع به مثلها من النساء) (٢).

و لا تجب المتعه لغير المذكوره فلو حصلت البيئونه بين الزوجين بفسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك، من قبله أو قبلها فلا مهر و لا- متعه للأصل بعد كون الأدله ظاهره فى المطلقه، و هو المشهور و عن العلامه فى المختلف أن المتعه تجب فى الجميع، و عن الشيخ فى المبسوط أنها تجب فيما إذا كانت البيئونه من قبله دون ما لو كان من قبلها خاصه، و لا دليل لهما إلا المشابهه و هى قياس لا نقول به.

نعم يستحب المتعه لكل مطلقه و إن لم تكن مفوضه كما عن بعضهم للتسامح فى أدله السنن.

(٨) و قد عرفت أن تفويض البضع هو عدم ذكر المهر فى العقد.

ص: ٤٥٢

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

الدخول و الفرض (١)، لكن يستحب لو فارقتها بغير الطلاق من لعان و فسخ، بل قيل بوجوبه حينئذ (٢)، لأنه في معنى الطلاق.

و الأول أقوى، لأنه (٣) مدلول الآيه، و أصالة البراءة في غيره (٤) تقتضى العدم. و ألحق بهذه (٥) من فرض لها مهر فاسد (٦)، فإنه (٧) في قوه التفويض، و من فسخت في المهر قبل الدخول بوجه مجوز (٨).

و لو تراضيا بعد العقد بفرض المهر جاز و صار لازما (٩)، لأن الحق فيه (١) أى و قبل فرض المهر.

(٢) لو فارقتها بغير طلاق.

(٣) أى الطلاق.

(٤) أى غير الطلاق.

(٥) أى المفوضه.

(٦) أى فرض لها مهر بعد تفويض البضع، و قد تبين فساد المهر كما لو فرض لها مهر لا يملكه المسلم، و أشكل عليه في الجواهر بأنها داخله في المفوضه موضوعا بعد فساد فرض المهر و لا داعى لإثبات حكمها لها.

(٧) أى فساد المهر المفروض.

(٨) الوجه المجوز للفسخ هو الخيار، فلو كان لها خيار في المهر ففسخت به قبل الدخول فهي في قوه المفوضه فيلحقها حكمها.

(٩) قد ذكر غير واحد أن المفوضه لها المطالبه بفرض المهر بعد خلو العقد عن المهر و هو الظاهر من قوله تعالى: أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً (١)، و لأن فرض المهر إليهما ابتداء فجاز انتهاء، سواء كان المهر المفروض بقدر مهر المثل أو أقل أو أزيد، و سواء كانا عالمين أو جاهلين أو كان أحدهما عالما و الآخر جاهلا، ثم إن اتفقت هي و الزوج على قدر معين صح و لم يكن لها غيره، كما لو عيناه في العقد مع أنه ليس لأحدهما بعد التعيين الرجوع فكذلك هنا بعد الاتفاق.

و إن اختلفا بأن فرض لها الزوج أقل من مهر المثل و لم ترض به، فإن كان مفروضه بقدر مهر السنه فصاعدا ففي لزومه من طرفها وجهان كما في المسالك من أنه لو فوض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه، و من أن البضع يقتضى مهر المثل -.

ص: ٤٥٣

لهما، زاد عن مهر المثل أم ساواه أم قصر. فإن اختلفا (١) قيل: للحاكم فرضه بمهر المثل، كما أن له تعيين النفقه للزوجه على الغائب، و من جرى مجراه (٢).

و يحتمل ابقاء الحال (٣) إلى أن يحصل أحد الأمور الموجبه للقدر (٤)، أو المسقطه للحق، لأن ذلك لازم التفويض الذى قد قدما عليه.

(و لو فوضا) فى العقد (تقدير المهر إلى أحدهما صح) (٥) و هو المعبر عنه -و إن فرض بها الزوج أقل من مهر السنه لم يقع بغير رضاها اتفاقا و حينئذ إن ترافعا للحاكم فرض لها مهر المثل من غير زياده و لا نقصان، و قيل: لا يصح فرض الحاكم لها لأن الفرض منه إثبات المهر فى ذمه الزوج، و ذلك منوط بتراضى الزوجين و لا-مدخل لغيرهما فيه، و يضعف بأن سبب المهر حاصل من العقد، و العقد صادر برضا الزوجين و إنما الحاكم يقطع الخصومه بتقديره و يرفع المنازعه كما يقدر النفقه الواجبه للزوجه على الغائب.

(١) و كان مفروضه أقل من مهر السنه.

(٢) كالمجنون.

(٣) من المنازعه بين الزوجين و هو مبنى على أن الحاكم ليس له فرض المهر.

(٤) أى لقدر المهر كالدخول الموجب لمهر المثل أو الطلاق الموجب للمتع، أو الموت المقتضى لسقوط الحق و نحوه من الفسخ و اللعان.

(٥) قد عرفت أن التفويض على قسمين:

الأول: تفويض البضع و هو عدم ذكر المهر فى العقد.

و الثانى: تفويض المهر و هو أن يذكر المهر فى العقد اجمالا و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين بعينه كما اقتصر عليه المحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير، أو يفوض التقدير إليهما كما يظهر من الخلاف و المبسوط و السرائر و المسالك، و قال الشارح فى الأخير: (و لا إشكال فى جوازه أيضا)، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

أو يكون التقدير للأجنبى كما فى القواعد على إشكال، و وجه الاشكال أن المهر حق متعلق بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعى، و المنصوص هو أحد الزوجين ففى خبر زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا يجاوز حكمها مهور آل محمد اثنتى عشره أوقيه و نشأ، و هو وزن خمس مائه درهم من -

ص: ٤٥٤

بتفويض المهر، بأن تقول: زوجتك نفسى على أن تفرض من المهر ما شئت أو ما شئت.

فى جواز تفويضه إلى غيرهما، أو إليهما

و فى جواز تفويضه (١) إلى غيرهما (٢)، أو إليهما معا وجهان: من عدم (٣) النص، و من أنه (٤) كالثائب عنهما و الوقوف مع النص (٥) طريق اليقين (و لزم ما حكم به الزوج مما يتمول) (٦) و إن قلّ (و ما حكمت به الزوجه إذا لم يتجاوز مهر) - الفضة(١) و فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت)٢ و فى صحيح الأحول (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل تزوج امرأه بحكمها ثم مات قبل أن تحكم...٣) و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته)٤ و هذه النصوص صريحة فى كون التفويض إلى أحدهما، و لم تصرح بكون التفويض إليهما، فلو كان التفويض للأجنبى ممنوعا لأنه غير منصوص لوجب منع التفويض إليها أيضا لأنه غير منصوص، مع أنه مظنه النزاع و الاختلاف أيضا.

(١) أى المهر.

(٢) أى غير الزوجين و هو الأجنبى.

(٣) دليل عدم التفويض.

(٤) أى و من أن غيرهما، و هو دليل التفويض.

(٥) ترجيح للأول، هذا و لم يذكر الوجهين الواردين فى التفويض إليهما، نعم عدم النص يجرى فى التفويض إليهما كدليل لعدم الجواز، و قد حكم بالوقوف مع النص القاضى بعدم التفويض إليهما مع أنه فى المسالك قد حكم بالتفويض إليهما و أنه لا إشكال فى جوازه.

(٦) إذا فرض تقدير المهر إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير، بحيث لا تقدير له فى طرف القله و لا الكثيره، و إذا فرض التقدير لها لم يتقدر من طرف القله و يتقدر فى طرف الكثيره بمهر السنه للأخبار.

منها: خبر زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل تزوج امرأه على حكمها، قال: لا يجوز حكمها مهور آل محمد اثنتى عشره أوقيه و نشا، و هو وزن خمس مائه درهم من الفضة.-

ص: ٤٥٥

(السنه) و هو خمسمائه درهم، و كذا الأجنبي لو قيل به (١)، لروايه زراره عن الباقر عليه السّلام، و علّله (٢) بأنه «إذا حكّمها لم يكن لها أن تتجاوز ما سنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم و تزوج عليه نساء، و إذا حكّمته فعليها أن تقبل حكمه قليلا كان، أو كثيرا».

قلت: أ رأيت إن تزوجها على حكمه و رضيت بذلك فقال: ما حكم من شيء فهو جائز عليها قليلا كان أو كثيرا، فقلت له: فكيف لم تجز حكمها عليه و أجزت حكمه عليها؟ فقال: لأنه حكّمها فلم يكن لها أن تجوز ما سنّ رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم و تزوج عليه نساء فرددتها إلى السنه، لأنها هي حكّمته و جعلت الأمر إليه في المهر و رضيت بحكمه في ذلك، فعليها أن تقبل حكمه قليلا أو كثيرا(١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في رجل تزوج امرأه على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها، قلت: فإن طلقها و قد تزوجها على حكمها، قال: إذا طلقها و قد تزوجها على حكمها لم تجاوز حكمها عليه أكثر من وزن خمسمائه درهم فضه، مهوور نساء رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم)٢.

و هذا الحكم متفق عليه و يؤيده أنه على تقدير كون الحكم إليه فلا تحديد في الكثرة لأن حكمه بها على نفسه و هو جائز، و لا تحديد في القله بعد رضاها به بشرط كونه مما يتمول، و أما على تقدير كون الحكم إليها فلا تحديد في القله لأنه حقها و قد حكمت به على نفسها و هو جائز، و أن الكثرة لا تجاوز مهر السنه لأنها لما كانت هي الحاكمه فلو لم يقدر لها حد فربما حكمت بما فيه إجحاف عليه و لما كان خير الحدود ما حدّه رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم جعل ذلك حدا، نعم لا يعارض ذلك إلا خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يفوّض إليه صداق امرأته فنقص عن صداق نساؤها، قال: تلحق بمهر نساؤها)٣، و هو مخالف لما تقدم من أنه لا تحديد في جانب القله لو كان هو الحاكم، و لكنه محمول على الاستحباب كما عن المحدث الكاشاني، أو على كون الزوج قد فوّض إليه بأن يجعل المهر مهرا للمثل و قد أخطأ في تقديره، و الثاني بعيد.

(١) لو قيل بتحكيمة، و ظاهره أنه لا يجاوز حكمه مهر السنه، لأن الحاكم لما كان غير الزوج أشبه المرأه فناسب أن لا يزيد على مهر السنه كحكمها.

(٢) أي الإمام المعصوم عليه السّلام.

ص: ٤٥٦

(و لو طلق قبل الدخول (١) فنصف ما يحكم به الحاكم) (٢)، لأن ذلك هو الفرض الذى ينتصف بالطلاق، سواء وقع الحكم قبل الطلاق أم بعده، وكذا لو طلقها بعد الدخول لزم الحاكم الفرض (٣) واستقر (٤) فى ذمه الزوج.

(و لو مات الحاكم قبل الدخول، و الحكم (٥) فالمروى) فى صحيحه محمد بن (١) لو طلقها قبل الدخول و قبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم مقدمه لإيصال الحق إلى أهله، و لو طلقها قبل الدخول و بعد الحكم لم يكن الطلاق مسقطا للحكم للأصل و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

و على كل كان لها النصف من ذلك، لأن المهر ينصف بالطلاق قبل الدخول.

(٢) و هو من إليه الحكم من الزوجين أو الأجنبي.

(٣) أى فرض المهر.

(٤) أى الفرض بتمامه من دون تنصيف لاستقراره بالدخول.

(٥) لو مات الحاكم قبل الحكم و بعد الدخول فلا خلاف بينهم فى أن لها مهر المثل، و كذا لا خلاف فى أنه لو مات بعد الحكم و بعد الدخول فلها ما حكم به، أما لو مات قبل الدخول، و كان موته قبل حكمه فعن الشيخ فى النهاية و القاضى و ابن حمزه و الصدوق فى المقنع و العلامه فى المختلف و ولده فى الشرح و الشهيد فى شرح الارشاد بل عن الأكثر كما فى المسالك أن لها المتعه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها، قال: لها المتعه و الميراث و لا مهر لها) (٢).

و عن العلامه فى القواعد أن لها مهر المثل، لأن المذكور فى العقد أصل المهر و لم يتعين، و إذا تعذر تعيينه بموت الحاكم و جب الرجوع إلى مهر المثل، لأنه عوض البضع، و فيه:

إن مهر المثل إنما يكون عوضا للبضع مع الدخول، أما بدونه فلا، و مجرد العقد لا يقتضى مهر المثل بالإضافة إلى أنه اجتهاد فى قبال النص الصحيح السابق فلا يسمع.

و ذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شىء لا متعه و لا غيرها، و هو المنسوب للشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد بدعوى أن مهر المثل لا يجب إلا بالدخول و هو منتف هنا، و المتعه لا تجب إلا بالطلاق و هو منتف أيضا، و الأصل براءة الذمه من شىء آخر، و إلحاق موت الحاكم بالطلاق قياس لا نقول به، و جوابه أنه اجتهاد فى قبال النص الصحيح المتقدم فهو غير مسموع.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المهور حديث ٢.

مسلم عن الباقر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها، أو حكمه فمات، أو ماتت قبل الدخول: (أن لها المتعة)، و الميراث، و لا مهر لها، و يؤيده أن مهر المثل لا يجب إلا مع الدخول و لم يحصل (١)، و لا مسمى (٢) و لا يجوز اخلاء النكاح عن مهر فتجب المتعة، إذ لا رابع.

و قيل: يثبت لها مهر المثل، لأنه (٣) قيمه المعوض (٤) حيث لم يتعين غيره، و لأنّ المهر المذكور (٥) غايته أنه مجهول، فإذا تعذرت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل.

و هو غير مسموع في مقابل النص الصحيح.

و لا فرق مع موت الحاكم بين موت المحكوم عليه معه (٦)، و عدمه (٧) عملاً بإطلاق النص (٨).

(و لو مات المحكوم عليه) وحده (فللحاكم الحكم) (٩)، إذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عنده، و التفويض إليه قد لزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه، (١) أي الدخول.

(٢) أي و لا مسمى في متن العقد حتى يلتزم به.

(٣) أي مهر المثل.

(٤) أي البضع.

(٥) بمعنى أن أصل المهر المذكور في متن العقد.

(٦) مع موت الحاكم.

(٧) أي و عدم موت المحكوم عليه.

(٨) و قال سيد الرياض: (مع عدم القائل بالفرق).

(٩) بلا- خلافاً فيه كما في الرياض لإطلاق الأدلة، و لأن التفويض إلى الحاكم قد ألزم بالعقد فلا يبطل بموت المحكوم عليه البته، و لأصالة بقاءه، و صحيح محمد بن مسلم المتقدم لا يعارضه لأنه ظاهر في موت الحاكم، لا في موت المحكوم، نعم في صحيح الأحول (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة بحكمها ثم مات قبل أن تحكم، قال:

ليس لها صداق و هي ترث) (١)، و هو شاذ لا يمكن التعويل عليه بعد الاعراض عنه.

ص: ٤٥٨

و لأصالة بقاءه، و النص لا يعارضه.

و ربما قيل بأنه مع موت الحاكم لا شيء (١).

و هو ضعيف (و لو مات أحد الزوجين مع تفويض البضع (٢) قبل الدخول فلا شيء) لرضاهما بغير مهر، و لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول: «إن كان فرض لها مهرا فلها، و إن لم يكن فرض مهرا لها فلا مهر لها». و هذا مما لا خلاف فيه ظاهرا.

مسائل عشر

إشارة

و هنا (مسائل عشر)

الأولى - الصداق يملك بأجمعه بالعقد

(الأولى - الصداق يملك بأجمعه) للزوجه (بالعقد) (٣) ملكا متزلزلا، و يستقر (١) أى لا شيء للمحكوم لو مات و قد مات معه الحاكم، و هذا لا يتم إلا- على مبنى ابن إدريس من أنه لو مات الحاكم فلا متعه و لا مهر سواء مات معه المحكوم أو لا، و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى مع عدم ذكر المهر أصلا فى العقد، و أيضا مع عدم فرض المهر فلا شيء لها، لأن المهر ثابت عند الفرض أو الدخول و كلاهما منتفیان بحسب الفرض، و لا متعه لها لأنها مختصة بالطلاق، و يشهد للحكم صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرا الذى فرض لها و لها الميراث و عدتها أربعة أشهر و عشرة كعده التى دخل بها، و إن لم يكن فرض لها مهرا فلا مهر لها و عليها العده و لها الميراث) (١).

(٣) تملك المرأة بالعقد جميع المهر و إن لم يستقر الملك إلا- بعد الدخول على المشهور لإطلاق قوله تعالى: وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ (٢) الشامل لما قبل الدخول و بعده، و للأخبار الكثيره.

منها: موثق عبيد بن زراره (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأه على مائه شاه ثم ساق إليها الغنم ثم طلقها قبل أن يدخل بها و قد ولدت الغنم، قال عليه السلام: إن كان الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف أولادها، و إن لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها-

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢٢.

٢- (٢) سورة النساء، آية: ٤.

بأحد أمور أربعة: الدخول إجماعاً (١)، ورده الزوج عن فطره (٢)، و موته و موتها في الأشهر (٣)، -و لم يرجع من الأولاد بشيء (١) و في روايه أخرى (ساق إليها غنما و رقيقاً فولدت الغنم و الرقيق) فلو لم يكن المهر بتمامه لها لما كان النماء بتمامه لها، و لأن الصداق عوض البضع فإن ملك الزوج البضع بالعقد و جب أن تملك المرأة عوضه - و هو المهر - به، لأن ذلك مقتضى المعاوضه.

و عن ابن الجنييد أنها تملك نصف المهر بالعقد و النصف الآخر بالدخول لخبر يونس بن يعقوب عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج) (٢)، و خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال: إذا دخل بها) (٣).

و الترجيح للطائفة الأولى لموافقته الآيه، و لإمكان الجمع بين الأخبار بحمل الوجوب في الروايتين على الوجوب المستقر الثابت غير المتزلزل.

(١) لا خلاف و لا إشكال في أنه لو دخل بها استقر المهر للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أدخله و جب الغسل و المهر و العده) (٣)، و صحيح الحلبي عنه عليه السلام (إذا التقى الختانان و جب المهر و العده و الغسل) (٥) و مثلها غيرها، و الدخول هو الوطء قبلاً أو دبراً.

(٢) قد تقدم في المسأله الحاديه عشره من محرمات النكاح ما لو ارتدت الزوجه قبل الدخول فلا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها، و لو ارتد الزوج فلها نصف المهر قياساً لارتداده على طلاقه و أن الأقوى هو ثبوت المهر بتمامه، و لو كان الارتداد بعد الدخول فلا يسقط شيء من المهر لاستقراره بالدخول.

(٣) فالأشهر أنه يثبت المهر بتمامه بموت أحد الزوجين لخبر منصور بن حازم (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأة و سمى لها صداقاً ثم مات عنها و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: لها المهر كاملاً و لها الميراث، قلت: إنهم رووا عنك أن لها نصف المهر، قال عليه السلام: لا- يحفظون عني إنما ذلك للمطلقه) (٤) و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في المتوفى عنها زوجها: (إذا لم يدخل بها إن كان فرض لها مهرها فلها مهرها الذي فرض لها و لها الميراث) (٧)، و خبر سليمان بن خالد (سألته عن المتوفى عنها زوجها-

ص: ٤٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ٦ و ٧.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢٤ و ٢٢.

(و لها التصرف فيه قبل القبض) (١) إذ لا مدخله للقبض هنا في الملك، سواء طلقها قبل الدخول (٢) أم لا و إن رجع إليه نصفه بالطلاق (٣) (فلو نما) بعد العقد - لم يدخل بها؟ قال: إن كان فرض لها مهرا فلها مهرها و عليها العده و لها الميراث(١) و مثلها غيرها.

و المشهور بين قدماء الطائفة و جماعه من المتأخرين أنه لا يستقر بموت أحدهما، بل حكم موت أحدهما حكم الطلاق من تنصيف المهر للأخبار.

منها: موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأه و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: إن هلكت أو هلك أو طلقها و لم يدخل بها فلها النصف و عليها العده كملا و لها الميراث(٢) ، و صحيح زراره (سألته عن امرأه تموت قبل أن يدخل بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها؟ قال: أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها، و إن لم يكن فرض لها فلا مهر لها(٣) و الترجيح للطائفة الثانية، لأن الأولى محموله على التقيه كما قيل، بل لا يوجد من صرح بكون المهر لها عند موت أحد الزوجين إلا خبر منصور بن حازم المتقدم، و أما البقيه فهي مخصوصه بما إذا مات الزوج فقط، و يبقى حكم ما لو ماتت الزوجه فأولياؤها نصف المهر جمعا بين الأخبار، و هذا ما ذهب إليه الشيخ و جماعه من المتأخرين.

(١) و هذا مبني على كون المرأة تملك تمام المهر بالعقد، و عليه فيجوز لها التصرف في المهر قبل القبض و بعده على المشهور لعموم (الناس مسلطون على أموالهم)(٤).

و عن الشيخ في الخلاف المنع من التصرف قبل القبض للنهي عن بيع ما لم يقبض(٥) ، و فيه: إن النهي عن البيع قبل القبض لا يدل على منع مطلق التصرف الذي ادعاه، على أن النهي مختص بالبيع بعد الشراء و هو خارج محل النزاع هنا، فضلا عن كون النهي محمولا على الكراهه كما قد تقدم في كتاب البيع.

(٢) رد على الاسكافي حيث ذهب إلى أنها تملك النصف بالعقد و النصف الآخر بالدخول و قد تقدم.

(٣) أي الطلاق قبل الدخول كما سيأتي.

ص: ٤٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٢ و ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٤- (٤) البحار ج ٢ ص ٢٧٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود حديث ١ و ١١ و ١٢ و ١٥.

(كان) النماء (لها) خاصة، لروايه عبيده بن زراره عن الصادق عليه السّلام في زوج [رجل] ساق إلى زوجته غنما و رقيقا فولدت له عندها و طلقها قبل أن يدخل فقال: «إِنْ كُنَّ حَمْلًا عِنْدَهُ فَلَهُ نِصْفُهَا وَ نِصْفُ وَلَدِهَا، وَ إِنْ كُنَّ حَمْلًا عِنْدَهَا فَلَا شَيْءَ لَهُ مِنَ الْأَوْلَادِ» (فإن تعقبه طلاق قبل الدخول ملك الزوج النصف حينئذ) (١) و لا شيء له في النماء (٢)، ثم إن وجده باقيا على ملكها أجمع أخذ نصفه (٣)، و إن (١) لا - خلاف و لا إشكال في أنه يسقط نصف المهر بالطلاق قبل الدخول، فإن كان قد دفع لها المهر استعاد نصفه و إلا - أعطاهما النصف خاصة لقوله تعالى: «وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)»، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها؟ قال عليه السّلام: عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئا) (٢)، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها) (٣) و مثلها غيرها.

(٢) أى نماء المهر الحاصل قبل الطلاق بناء على أنه لها بتمامه بالعقد.

(٣) اعلم أن المهر إما أن يكون دينا أو عينا، و على الأول فإذا طلقها قبل الدخول برئ من نصفه و وجب عليه دفع النصف و هو واضح.

و على الثانى فلو كان عينا فلا يخلو إما أن يكون قد سلمها إياه أو لا، فمع عدم التسليم إلى الزوجه فإن كانت عين المهر باقيه إلى الطلاق من غير زياده و لا نقصان استحق نصف العين بالطلاق، و صار كل من المطلق و المطلقة شريكين فيها.

و لو كانت عين المهر و قد زادت و كانت الزيادة من الله تعالى فهي للزوجه لما عرفت من أنها تملك المهر بتمامه بالعقد، و إن كانت الزيادة بفعله فإن أذنت له بالتصرف كانت الزيادة لها و عليها أجره مثل عمله، و إن لم تأذن أو أذنت مجانا فالزيادة لها و لا شيء عليها.

و لو كانت عين المهر قد نقصت كان الزوج ضامنا، فعليه ضمان النقص، و لو تلفت رجعت عليه بقيمه النصف إن كان المهر قيميا، أو بنصف المثل إن كان المهر مثليا.

و على الأول - أعنى تسليم المهر إلى الزوجه - فلو طلقها قبل الدخول يرجع عليه النصف فإن وجدته تالفا رجع بنصف مثله إن كان مثليا و بنصف قيمته إن كان قيميا -.

ص: ٤٦٢

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب المهور حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب المهور حديث ٨.

وجده تالفا، أو منتقلا عن ملكها فنصف مثله، أو قيمته (١).

ثم إن اتفقت القيمة (٢)، وإلا (٣) فله الأقل من حين العقد إلى حين التسليم، لأنّ الزيادة حدثت في ملكها (٤)، وإن وجده معييا (٥) رجع في نصف العين مع - ثم على فرض التلف و كان المهر قيميا و قد اختلفت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فهل يرجع بأقل القيم، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين القبض فما نقص قبل القبض كان مضمونا عليه فلا يضمّنها ما هو في ضمانه، و إن كانت قيمته يوم القبض أكثر فما زاد بعد العقد فهو للزوجه فلا يضمّنها ما هو ملكها.

و فيه: إن القيمة السوقية غير مضمونه عليها لأن الضمان تابع لقيمة يوم التلف فقط، لأنه اليوم الذي يؤمر بضمان القيمة، و ما قبل التلف فالضمان متعلق بالعين.

هذا و في حكم التلف ما لو انتقل المهر عن ملكها انتقالا لازما كالتق و البيع و الهبة اللازمه.

(١) فنصف مثله إن كان مثليا و نصف قيمته إن كان قيمياً.

(٢) فلا كلام.

(٣) و إن لم تتفق القيمة بل اختلفت من حين العقد إلى حين القبض و التسليم.

(٤) فلا يضمّنها ما هو في ملكها بناء على أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم العقد، و لم يذكر ما لو كانت القيمة يوم العقد أكثر فلا تضمّن، لأن ما نقص ما قبل القبض كان مضمونا عليه فلا يضمّنها ما هو في ضمانه.

(٥) أي وجد الزوج المهر معييا عند الزوجه مثل عور الدابه أو نسيان الصنعه في العبد و الأمه إذا كان أحدهما مهرا و فيه أقوال: فعن الشيخ في المبسوط أن الزوج مخير بين الرجوع بنصف القيمة سليما، و بين أخذ نصف العين من غير أرش، أما أخذ نصف العين لقوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١) و أما عدم الأرش فلحدوث النقص في يدها و العين ملكها فلا تكون مضمونه عليها بخلاف ما لو تعيبت العين في يده، فهي مضمونه عليه لأنها ملك للزوجه فلها أن ترجع عليه بالأرش.

و أما الرجوع بالقيمة للعين السليمه، لتزويل العين بالتغير منزله التالفه، لأن العين على هذه الحاله من العيب غير ما فرض في متن العقد فلا تشملها الآية المتقدمه فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢).

ص: ٤٦٣

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

الأرش (١)، و لو نقصت قيمه للسوق (٢) فله نصف العين خاصه، و كذا لو زادت (٣) و هي (٤) باقيه، و لو زاد زياده متصله (٥) كالسمن تخيرت بين دفع نصف - و فيه: إن العين قائمه فاللازم أخذها من غير انتقال إلى قيمه، و لو كان تغيرها موجبا لعدم صدق ما فرض في متن العقد فلا وجه للرجوع على العين حينئذ.

هذا و عن العلامه في القواعد و الشارح في المسالك أن العين مضمونه على الزوجه على تقدير تلفها فتكون أجزاءها و صفاتها كذلك، و بما أن ضمان العين على تقدير التلف إنما يكون بالقيمه فضمن الأجزاء و الصفات على تقدير تلفها إنما يكون بالأرش، و الحق أن العين لا تخرج عن حقيقتها بالعيب فيرجع بنصفها و بنصف الأرش و ثالث الأقوال لابن البراج من أن النقص إن كان من فعلها أو بفعل الله سبحانه و تعالى تخير الزوج بين أخذ نصف المهر ناقصا من غير أرش و بين نصف قيمه مثل المهر السليم كما ذهب إليه الشيخ، و لو كان النقص من قبل أجنبي و لم يكن للأجنبي سبيل على المهر فيرجع الزوج بنصف قيمه يوم القبض، و شقه الأول يظهر ضعفه مما تقدم، و يظهر ضعف الشق الثاني أن الضمان ليوم التلف لا ليوم القبض كما سمعت. و قد تردد المحقق في الشرائع في هذه المسأله و هذا هو القول الرابع.

(١) أي أرش النصف، و هو القول الثاني المتقدم.

(٢) قال في المسالك: (و إن وجده ناقصا نقصان قيمه مع بقاء العين على حالها رجع بنصف العين من غير شيء آخر قطعا لأنها عين ما فرض بغير إشكال) انتهى، هذا و الفرق بينه و بين ما تقدم من اختلاف قيمه هو أن اختلاف قيمه هنا مع بقاء العين و هناك كان الاختلاف مع تلف العين أو انتقالها عن ملكها انتقالا لازما فلا تغفل.

(٣) أي زادت عين المهر بناء على تسليمه للمهر للزوجه فإن كانت الزيادة لمجرد قيمه السوق أخذ نصف العين كما لو نقصت كذلك، لأنه مع بقاء العين على حالها يتحقق نصف ما فرضتم، و إن كانت الزيادة منفصله كالولد و العين و ثمر الشجر، فهذه الزيادة للمرأة لما تقدم من ملكها للمهر بتمامه بالعقد و هذه الزيادة نماء ملكها، و يختص الرجوع للزوج بنصف الأصل و إن كانت الزيادة متصله فسيأتي بحثه، و من هنا تعرف أن مراده من الزيادة الأعم من السوقيه و المنفصله.

(٤) أي عين المهر باقيه فله نصف العين خاصه.

(٥) سواء كانت الزيادة عينا كالسمن أو صنعه كتعليم الصنعه و السوره أم عينا من وجه و صنعه من آخر كصبغ الثوب لم يستقل الزوج بالرجوع إلى نصف عين الصداق الموجود، لأن الزيادة ملكها و لا يمكن فصلها و لا تجبر على بذلها مجانا و لا بالعوض، لكنها تتخير بين دفع نصف العين المشتمله على الزيادة و بين بذل نصف قيمه مجردة عنها، فإن -

العين الزائده، و نصف القيمه من دونها (١)، و كذا لو تغيرت (٢) في يدها بما أوجب زياده القيمه كصياغه الفضة و خياطه الثوب.

و يجبر على العين لو بذلتها في الأول (٣)، دون الثاني (٤)، لقبول الفضة لما يريده منها (٥)، دون الثوب، إلا- أن يكون (٦) مفصلا على ذلك الوجه (٧) قبل دفعه إليها.

(و يستحب لها العفو عن الجميع) (٨) لقوله تعالى: **وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ** -سمحت ببذل العين أجبر على القبول لأن النفع عائد إليه و أصل حقه في العين، و يحتمل عدم وجوب قبوله العين لما فيه من المنه لها عليه في إعطائها نصف الزيادة التي هي لها، و على كل فالحكم في أصل المسألة أن له نصف قيمه العين من دون الزيادة و لا- تجبر المرأة على دفع العين مجانا و لا بعوض على المشهور، و خالف الشيخ في المبسوط أن له الرجوع بنصف العين مع الزيادة لقوله تعالى: **فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)**، و فيه: إن الزيادة ليست مما فرض في متن العقد فلا تدخل في مدلول الآية فكيف يرجع على نصفها.

(١) أي دون الزيادة.

(٢) أي عين المهر، فالمرأه مخيره بين دفع نصف العين الزائده و بين نصف القيمه من دون الزيادة.

(٣) و هو صياغه الفضة، لقبول الفضة لما يريده الزوج من التصرف بالفضه بما شاء.

(٤) أي خياطه الثوب، لأن خياطته قد تنافى مقصود الزوج فلا يجبر على القبول.

(٥) أي لما يريده الزوج من الفضة.

(٦) أي الثوب.

(٧) أي الوجه الذي فصله الزوج قبل دفع الثوب إليها، فهو تغير في الثوب يوافق مقصوده فيجبر على القبول.

(٨) قد عرفت أن الزوج يملك نصف المهر لو طلقها قبل الدخول، و هذا يتم إذا لم تعف الزوجه عن النصف الباقي لها، و إلا فلو عفت كان جميع المهر للزوج، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَ إِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَغْفُونَ أَوْ يَغْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ، وَ أَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى (٢)**، و للأخبار-

ص: ٤٤٥

١- (١) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

و المراد بالعفو إسقاط المهر بالهبة إن كان (٢) عينا، و الإبراء (٣) و ما فى معناه (٤) من العفو و الإسقاط إن كان دينا.

و ربما قيل بصحته (٥) بلفظ العفو مطلقا (٦) عملا بظاهر الآيه.

-منها: خبر إسحاق بن عمار قال: (سألت جعفر بن محمد عليه السّلام عن قول الله: إلا أن يعفون، قال عليه السّلام: المرأه تعفو عن نصف الصداق) (١).

هذا فإذا كان الصداق دينا أو عينا و قد تلفت فى يد الزوج فيصح عفوها بلفظ العفو و الاسقاط و الابرء، لأن الابرء إسقاط ما فى الذمم، و المهر بعد تلفه هو ثابت فى ذمه الزوج.

و هل يصح العفو عنه بلفظ الهبة كما عن القواعد و كشف اللثام و بلفظ التمليك كما عن المسالك فيه إشكال ناشئ من أن الهبة مشروطه بالقبض و لا- يمكن للزوج قبض المهر بعد ثبوته دينا فى ذمته، و من أن التمليك مخصوص بالموجود، و الدين الثابت فى الذمه أمر معدوم غير قابل للتمليك خصوصا على نفس المديون، لأن الإنسان لا يملك ما فى ذمه نفسه نعم لو كان الصداق عينا صح تنازل الزوجه عن نصفها بلفظ الهبة و التمليك، و هل يصح بلفظ العفو كما عن المبسوط و التحرير لإطلاق الآيه المتقدمه إلا أن يَعْفُونَ (٢) نظرا إلى أن العفو يجىء بمعنى العطاء فيتناول الأعيان، و قيل إن المراد بالعفو هو الابرء و هذا لا مجال فيه للأعيان بل هو مختص بالدين، و أجابوا عن الآيه بأن المراد من العفو معناه لا لفظه، بمعنى إرادته حصول الملك للمعفو عنه بعبارة تفيده، و قد سمي نقل الملك بالعفو تنبيها على حصول فضيله العفو و المدح و إن توقف النقل على صيغه شرعيه.

(١) البقره آيه: ٢٣٧.

(٢) أى المهر.

(٣) عطف على قوله (بالهبة) و المعنى المراد بالعفو إسقاط المهر بالابرء و ما فى معناه من العفو و الاسقاط إذا كان المهر دينا.

(٤) أى فى معنى الابرء.

(٥) أى بصحة إسقاط المهر.

(٦) سواء كان المهر عينا أم دينا.

ص: ٤٤٤

ورده (١) إلى القوانين الشرعية أولى، والآية لا تدل على مزيد منه.

(و لوليها الإجماري) (٢) الذي بيده عقده النكاح أصله، وهو الأب و الجد (١) أي ردّ العفو الوارد في الآية إلى القوانين الشرعية من كفايه لفظ العفو إذا كان الصداق ديناً، و لا بد من لفظ الهبة و التمليك إذا كان الصداق عينا أولى، و العفو في الآية حينئذ يدل على حصول نقل الملك بعبارة تفيده، فالآية لا تدل على مزيد من العفو بعد رده إلى القوانين الشرعية.

(٢) لا- خلافاً أن من بيده عقده النكاح يجوز له العفو عن النصف الباقي فيصير تمام المهر للزوج لو طلق قبل الدخول، لقوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ (١).

هذا و قد اختلف في تعيين من بيده عقده النكاح، فالمشهور بين الأصحاب هو الأب و الجد للأخبار.

منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (الذي بيده عقده النكاح هو ولي أمرها) (٢)، و صحيح رفاعه عنه عليه السلام (عن الذي بيده عقده النكاح قال عليه السلام: الولي الذي يأخذ بعضاً و يترك بعضاً و ليس له أن يدع كله) (٣)، و المراد بالولي هو الولي الاجباري للمرأة و هو الأب و الجد على ما تقدم بيانه سابقاً في بحث أولياء الزوج.

و عن النهايه زياده الأخ للأخبار.

منها: خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السلام (في قول الله عز و جل: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَ قَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ، قال عليه السلام: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى إليه، و الذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها فتجيز - و يتجر - فإذا عفا فقد جاز) (٣).

و قد حمل الأخ على ما لو كان وصياً أو و كيلاً لمرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (في قوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدُهُ النِّكَاحِ، قال عليه السلام: يعني الأب و الذي توكله المرأة و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرها) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار (سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله: إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ، -

ص: ٤٦٧

١- (١) سورة البقرة، آية: ٢٣٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوكالة حديث ١.

له (١) بالنسبة إلى الصغيره (العفو عن البعض) أى بعض النصف (٢) الذى تستحقه -قال: المرأه تعفو عن نصف الصداق، قلت: أو يعفوا الذى بيده عقده النكاح، قال:

أبوها إذا عفا جاز له، و أخوها إذا كان يقيم بها، و هو القائم عليها، فهو بمنزله الأب يجوز له، و إذا كان الأخ لا يهتمّ بها و لا يقوم عليها لم يجز عليها أمره(١) فالأول ظاهر فى توكيله و الثانى فى وصايته عليها و عن ابن البراج فى المهذب تبعاً للشيخ فى المبسوط بزياده من توليه المرأه عقدها لمرسل ابن أبى عمير المتقدم (و الذى توكله المرأه و توليه أمرها من أخ أو قرابه أو غيرها)، و فيه: إن توليه أمرها بالعقد لا يدل على جواز العفو عنها، نعم لو وكلته فى العفو جاز قطعاً.

(١) للأب.

(٢) فعلى المشهور أنه لا يجوز له العفو عن تمام النصف و إن كانت الآيه و هى (أو يعفو الذى بيده عقده النكاح)(٢) مطلقه، و ذلك للأخبار.

منها: صحيح رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الذى بيده عقده النكاح فقال عليه السلام:

الولى الذى يأخذ بعضاً و يترك بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٣)، و مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (و متى طلقها قبل الدخول كان لأبيها أن يعفو عن بعض الصداق و يأخذ بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٤)، و مرسل الصدوق فى الفقيه (و فى خبر آخر يأخذ بعضاً و يدع بعضاً و ليس له أن يدع كله)(٥).

فهذه الأخبار هى المقيدة لما أطلق فى الآيه، و لا يعارضها إلا خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى قوله: إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقده النكاح، قال: الذى يعفو عن الصداق أو يحطّ بعضه أو كله)(٦)، و هو ضعيف لإعراض المشهور عنه، و منه تعرف ضعف ما عن العلامة فى المختلف و ابن سعيد فى الجامع أن المصلحه إذا اقتضت العفو عن الكل جاز، و فى كشف اللثام هو الموافق للأصول.

هذا و مقتضى الأدله المتقدمه جواز العفو مع وجود مصلحه للزوجه أو لا، و منه تعرف-

ص: ٤٦٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٥.

٢- (٢) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب عقد النكاح حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الوكاله حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٢.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب المهور حديث ٤ و ٦.

بالطلاق قبل الدخول، لأن عفو الولي مشروط بكون الطلاق قبل الدخول، (لا الجمع)، واحترز بالإجبارى عن وكيل الرشيد
فليس له العفو مع الاطلاق (١)، فى أصح القولين.

نعم لو وكلته فى العفو جاز قطعاً، وكذا وكيل الزوج (٢) فى النصف الذى يستحقه بالطلاق.

الثانيه - لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه

(الثانيه - لو دخل قبل دفع المهر كان دينا عليه و إن طالت المده) (٣) - ضعف ما عن الحلبي و العلامه فى المختلف و المحقق
من اشتراط المصلحه لعدم الدليل عليه، ثم يشترط فى العفو كونه بعد الطلاق الواقع قبل الدخول وقوفا فيما خالف الأصل على
موضع الدلاله فقط.

(١) أى إطلاق الوكاله، وهذا رد على ابن البراج و الشيخ.

(٢) فلو كان وكيلاً عن الزوج فى العقد لما جاز العفو، و إن كان وكيلاً عنه فى العفو لجاز قطعاً.

(٣) إذا دخل الزوج قبل تسليم المهر كان دينا عليه و لم يسقط بالدخول طالت المده أو قصرت، طالبت به أو لم تطالب على
المشهور للأخبار.

منها: صحيح البنزطى (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم فيدخل بها قبل أن يعطيها؟ فقال
عليه السّلام: يقدم إليها ما قلّ أو كثر، إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث اذى عنه فلا بأس) (١)، و موثق عبد
الحميد بن عوّاض عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها، قال عليه السّلام:
لا بأس إنما هو دين لها عليه) ٢، و خبر عبد الحميد الطائى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: أتزوج المرأة و أدخل بها و لا أعطيها
شيئاً، قال: نعم يكون دينا عليك) ٣.

هذا و عن الشيخ فى التهذيبين حكاية القول بالسقوط بالدخول عن بعض الأصحاب، و عن الصدوق و الحلبي أنه إذا أخذت
الزوجه من المهر شيئاً قبل الدخول سقط الباقي من المهر لو دخل الزوج، و قد وردت أخبار تدل على ذلك و هى على طوائف،
فمنها ما يدل على سقوط المهر بالدخول مطلقاً كصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل و
المرأة يهلكان جميعاً فيأتى ورثه المرأة فيدعون على ورثه الرجل -

ص: ٤٦٩

للأصل (١)، والأخبار، و ما روى من أنّ الدخول يهدم العاجل، أو أن طول المده -الصدّاق، فقال عليه السّلام: وقد هلك و قسّم الميراث؟ فقلت: نعم، فقال: ليس لهم شيء.

قلت: فإن كان المرأه حيّه فجاءت بعد موت زوجها تدعى صداقها، فقال عليه السّلام: لا شيء لها و قد أقامت معه مقرّه حتى هلك زوجها، فقلت: فإن ماتت و هو حيّ فجاء ورثتها يطالبونه بصداقها، قال عليه السّلام: و قد أقامت حتى ماتت لا تطلبه؟ فقلت: نعم، قال عليه السّلام: لا شيء لهم.

قلت: فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها، قال عليه السّلام: و قد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لا شيء لها، قلت: فمتى حدّ ذلك الذى إذا طلبته لم يكن لها؟ قال عليه السّلام: إذا أهديت إليه و دخلت بيته و طلبت بعد ذلك فلا شيء لها(١).

و منها: ما يدل على سقوط العاجل كموثق عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (دخول الرجل على المرأه يهدم العاجل)(٢)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يتزوج المرأه و يدخل بها ثم تدعى عليه مهرها؟ قال عليه السّلام: إذا دخل عليها فقد هدم العاجل)٢ و مثلها غيرها.

و منها: ما يدل على سقوط المهر إذا أخذت منه شيئاً قبل الدخول كصحيح الفضيل عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه فدخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها - إلى أن قال - و أما الصداق فإن الذى أخذت من الزوج قبل أن يدخل عليها فهو الذى حلّ للزوج به فرجها، قليلاً - كان أو كثيراً، إذا قبضته منه و قبلته، و دخلت عليه فلا شيء لها بعد ذلك)٣، و خبر المفضل بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (فلما إن دخل بها قبل أن تستوفى صداقها هدم الصداق فلا شيء لها، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها، فإذا طلبت بعد ذلك فى حياه منه أو بعد موته فلا شيء لها)٤.

و هذه الطوائف لما كانت معارضة لما تقدم من ثبوت المهر فى ذمه الزوج و أنه لا يسقط بالدخول، و قد أعرض عنها المشهور، و هى مخالفه لقواعد المذهب فلا بدّ من ردها إلى أهلها.

(١)أصالة عدم السقوط.

ص: ٤٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٨.

٢- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٥ و ٦ و ١٣ و ١٤.

يسقطه (١) شاذ لا يلتفت إليه، أو مأوّل (٢) بقبول قول الزوج فى براءته من المهر لو تنازعا (٣).

(و الدخول) الموجب للمهر تاما (هو الوط ء) (٤) المتحقق بغيوبه الحشفه، أو قدرها من مقطوعها.

(١) أى يسقط المهر، و لم اعثر على خبر بهذا المضمون.

(٢) عطف على (شاذ).

(٣) بحيث تنازع كل من الزوج و الزوجه فى المهر بعد الدخول، فهى ادعت المهر بغير بينه و هو ادعى البراءه منه، فالقول قوله لأن المعهود فى ذلك الزمان دفع المهر قبل الدخول، فيكون قوله موافقا لهذا الظاهر، و لكن لا بد من ضم اليمين إلى قبول قوله، و يؤيد هذا الحمل خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال: قد اعطيتك، فعليها بينه و عليه اليمين) (١)، و هذا الحمل للشيخ.

(٤) اتفق الأصحاب على أن الوط ء الموجب للغسل هو الذى يوجب استقرار جميع المهر للمرأة، لما تقدم من النصوص من كون الدخول موجبا للمهر و الغسل فى صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أدخله و جب الغسل و المهر و العده) (٢) و فى صحيح الحلبي عنه عليه السّلام (إذا التقى الختانان و جب المهر و العده) ٣، و هذا دال على أن الدخول الموجب للمهر هو الذى يوجب الغسل، و الذى يوجب الغسل هو الوط ء قبلا- أو دبرا المتحقق بغيوبه الحشفه أو بغيوبه قدرها من مقطوعها كما تقدم فى كتاب الغسل، و اختلفوا فى أنه هل يقوم غير الوط ء من مقدماته كالخلوه مقام الوط ء فى ذلك، فالمشهور على العدم و على أن الخلوه و باقى المقدمات لا تكفى فى ايجاب المهر للأخبار.

منها: موثق يونس بن يعقوب عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه فأغلق بابا و أرخى سترا و لمس و قبل ثم طلقها، أ يوجب ذلك الصداق؟ قال: لا يوجب الصداق إلا الوقاع) (٣)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (عن رجل تزوج جاريه لم تدرك لا يجامع مثلها، أو تزوج رتقاء فأدخلت عليه فطلقها ساعه أدخلت عليه، قال عليه السّلام:-

ص: ٤٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب المهور حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ١.

و ضابطه ما أوجب الغسل (قبلاً أو دبراً، لا مجرد الخلوه) بالمرأه و ارخاء الستر على وجه ينتفى معه (١) المانع من الوطء على أصح القولين، و الأخبار في ذلك مختلفه، ففي بعضها أنّ وجوبه (٢) أجمع متوقف على الدخول، و في أخرى (٣) بالخلوه، و الآيه (٤) ظاهره في الأول، و معه (٥) مع ذلك (٦) الشهره بين الأصحاب، و كثره الأخبار.

-هاتان ينظر إليهن من يوثق به من النساء، فإن كنّ كما دخلن عليه فإن لها نصف الصداق الذي فرض لها و لا عده عليهن(١).

و عن خلاف الشيخ حكاية عن بعض المتقدمين و قد نسب إلى الصدوق أن الخلوه توجب المهر للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا تزوج الرجل ثم خلا- بها فأغلق عليها باباً أو أرخى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق، و خلاؤه بها دخول)(٢)، و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام أنه كان يقول (من أجاف من الرجال على أهله باباً أو أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق)٣ و مثلها غيرها.

و هذه الطائفة محموله على كون المراد بالخلوه هو الدخول من باب الكنايه، أو تحمل على أن الحاكم إنما يحكم بالظاهر فإذا أغلق الباب و أرخى الستر وجب المهر لو ادعت المرأه الدخول و أنكره الزوج، و إن كان المرأه لا يحلّ لها فيما بينها و بين الله أن تأخذ إلا- نصف المهر، و هذا الجمع منسوب إلى ابن أبي عمير، أو تحمل على التقيه لموافقته لأبي حنيفه و كثير من العامه كما في الجواهر.

(١) مع إرخاء الستر.

(٢) أى وجوب المهر.

(٣) أى نصوص أخرى.

(٤) و هى قوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ (٣)، و المراد بالمسّ هو الدخول بعد عدم إرادته مطلق المس بالاتفاق.

(٥) أى مع القول الأول المدلول عليه بطائفه من الأخبار.

(٦) أى مع ظهور الآيه فيه.

ص: ٤٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب المهور حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ٣ و ٤.

٣- (٤) سورة البقره، آيه: ٢٣٧.

(الثالثه - لو أبرأته من الصداق ثم طلقها قبل الدخول رجوع) عليها (بنصفه (١)، (١) لو أبرأته من الصداق المسمى لها بتمامه ثم طلقها قبل الدخول رجوع بنصفه عليها، على المشهور لمضمر سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه، وإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق) (١)، و هو الموافق للقواعد لأن إبرائها تصرف منها في الصداق تصرفا ناقلا له عن ملكها بوجه لازم، فيلزمها عوض النصف لو طلق قبل الدخول، كما يلزمها عوض النصف لو نقلته إلى ملك غير الزوج أو أتلفته أو وهبته صداقها كما في صحيح شهاب بن عبد ربه (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها فردتها عليه و وهبتها له، و قالت: أنا فيك أرغب منى في هذه الألف، هي لك، فتقبلها منها، ثم طلقها قبل أن يدخل بها، قال عليه السلام: لا شيء لها، و تردّ عليه خمسمائة درهم) (٢) عن الشيخ في المبسوط و العلامة في القواعد عدم رجوعه عليها بشيء، و هو قول لبعض العامة بدعوى أنها لم تأخذ منه مالا، و لا نقلت إليه الصداق، و لا أتلفته عليه فلا تضمن.

أما الأول فواضح، و أما الثاني فلاستحاله أن يستحق الإنسان شيئا في ذمه نفسه فلا يتحقق نقله إليه، و أما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا- إزالة استحقاقها في ذمته، و هو ليس بإتلاف عليه، و من هنا لو رجع الشاهدان بدين في ذمه زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه، و قبل الاستيفاء، و كان قد أبرأ المحكوم له بالدين ذمه المحكوم عليه، لم يرجع المحكوم عليه على الشاهدين، لعدم تغريمهما له بشيء، مع أنه لو كان الإبراء إتلافا على من في ذمته لغرما له. و فيه: إنه اجتهاد في قبال النص فلا يسمع، و أنه على خلاف القواعد لأن إبرائها تصرف في الصداق تصرفا موجبا لتلف العين، فله عوض النصف لو طلق قبل الدخول، فضلا عن أننا نلتزم بالشق الثاني من دليل الخصم و أن إبرائها له من الصداق هو نقل للصداق عن ملكها إليه، لكن لما كان متعلق الصداق هو ذمه الزوج و ليس فردا خاصا من المال، لم يتحقق استحقاق الزوج لشيء في ذمته، بل يكون الإبراء اسقاطا لما للزوج في ذمه الزوج و الفرق بين مسألتنا و مسألة الشاهدين واضح، لأن المهر هنا حال الإبراء ثابت في ذمه الزوج ظاهرا و باطنا، فإسقاط الحق بعد ثبوته متحقق، و الزوج له النصف إذا طلق قبل الدخول فيرجع عليها بعوض النصف،-

لأنها حين الإبراء كانت مالكة لجميع المهر ملكا تاما، و ما يرجع (١) إليه بالطلاق ملك جديد، و لهذا كان نماؤه لها (٢)، فإذا طلقها (٣) رجع عليها بنصفه (٤)، كما لو صادفها (٥) قد أتلفتها، فإنّ تصرفها فيه (٦) بالإبراء بمنزله الإلتلاف فيرجع بنصفه، و كذا لو كان (٧) عينا و وهبته إياها (٨)، ثم طلقها فإنه يرجع عليها بنصف قيمه (٩).

و يحتمل ضعيفا عدم الرجوع في صورة الإبراء، لأنها لم تأخذ منه مالا و لا- نقلت إليه الصداق لأنّ الإبراء (١٠) إسقاط، لا تمليك، و لا أتلفتها عليه (١١) كما لو رجع الشاهدان (١٢) بدين في ذمه زيد لعمر و بعد حكم الحاكم عليه، و قبل الاستيفاء و كان قد أبرأ (١٣) المشهود عليه، فإنه (١٤) لا يرجع على الشاهدين بشيء، بخلاف مسأله الشاهدين فحق المحكوم له غير ثابت في ذمه المحكوم عليه إلا ظاهرا و لما تراجع الشاهدان عن الشهاده لم يكن هذا الحق ثابتا لا واقعا و لا ظاهرا، و مع عدم ثبوته فالإبراء منه غير متحقق لانتفاء موضوع الحق الثابت في الذمه.

(١) أى و ما يرجع إلى الزوج بالطلاق قبل الدخول ملك جديد.

(٢) أى و لهذا من كونها مالكة لجميع المهر قبل الطلاق المذكور كان نماء المهر للمرأة.

(٣) أى طلقها قبل الدخول.

(٤) أى رجع الزوج على الزوجه بنصف المهر.

(٥) أى وجد الزوج زوجته قد اتلفت المهر.

(٦) أى فإن تصرف الزوج في المهر بالإبراء بمنزله اتلافه فيرجع الزوج عليها بنصف المهر.

(٧) أى المهر.

(٨) أى وهبت الزوجه زوجها عين المهر.

(٩) أى بنصف قيمه عين المهر.

(١٠) تعليل لعدم النقل حيث إن الإبراء إسقاط ما في الذمم، و لا يتعلق بالأعيان ليكون تمليكا لها.

(١١) فعدم الأخذ و عدم النقل و عدم الإلتلاف هي العناوين الثلاثة الواردة في دليل الخصم على ما تقدم، و مع ضميمه أن إبرائها إزالة استحقاقها في ذمته و هو ليس باتلاف عليه فكيف يرجع عليها بنصف الصداق و بهذا يتم دليل الخصم.

(١٢) رجعا عن شهادتهما بعد حكم الحاكم و قبل الاستيفاء.

(١٣) ضمير الفاعل راجع للمحكوم له.

(١٤) أى المشهود عليه.

و لو كان (١) الإبراء اتلافا على من (٢) في ذمته لغرما له (٣).

و الفرق واضح فإن حق المهر ثابت حال الإبراء في ذمه الزوج ظاهرا و باطنا فإسقاط الحق (٤) بعد ثبوته متحقق، بخلاف مسأله الشاهد فإن الحق لم يكن ثابتا كذلك (٥) فلم تصادف البراءه حقا يسقط بالإبراء.

(و كذا) يرجع عليها بنصفه (٦) (لو خلعها به (٧) أجمع قبل الدخول) (٨)، لاستحقاقه له (٩) ببذلها عوضا مع الطلاق، فكان انتقاله عنها سابقا (١٠) على (١) تعليل لعدم الرجوع.

(٢) و هو المشهود عليه.

(٣) لأنه قد ثبت في ذمته الدين و يجب عليه دفعه و في هذا تغريم له، و إن كان قد أبرئ منه فيما بعد.

(٤) بأبرائها له من المهر.

(٥) أى ظاهرا و باطنا، بل كان ثابتا ظاهرا فقط لشهاده الشاهدين، و مع رجوع الشاهدين عن الشهاده فلم يثبت ظاهرا، و مع انتفاء الحق من ذمه المحكوم عليه فلم يصادف الإبراء حقا حتى يسقطه.

(٦) أى و كذا يرجع الزوج على الزوجه بنصف المهر.

(٧) بالمهر.

(٨) لو خلعها بمجموع المهر قبل الدخول سواء كان المهر عينا أم دينا، فهل يرجع عليها بنصفه كما في الشرائع و القواعد و غيرهما نظرا إلى أن الخلع كالإبراء و الهبه، لأن الزوج بالخلع قد ملك المهر بتمامه و عند ما طلق فيما بعد يستحق نصف المهر مثلا أو قيمه، لخروج المهر عن ملكها بالخلع.

و فيه إشكال واضح: إذ المهر لم ينتقل إلى الزوج بمجرد البذل من المرأه بل به و بالخلع من الزوج، لأنها قد جعلت المهر عوضا عن البينونه، فلا يملك الزوج المهر حينئذ إلا بتمام سبب الخلع، و هذا لا يتم إلا بالطلاق، و الطلاق قبل الدخول يوجب نصف المهر له، فيتحد سببان على تملكه المهر في حاله واحده، غايته الخلع سبب لتمليكه تمام المهر، و الطلاق سبب لتمليك نصفه.

(٩) أى استحقاق الزوج للمهر بسبب بذلها عوضا عن الطلاق، و قد عرفت وجه الإشكال فيه و أن الاستحقاق هو بذلها عوضا عن البينونه المتحققه بإطلاق.

(١٠) أى فكان انتقال المهر أجمع عن الزوجه سابقا على طلاق الزوج الموجب لاستحقاقه النصف.

استحقاقه (١) النصف بالطلاق فينزل (٢) منزله المنتقل عنها حين استحقاقه النصف (٣)، فيرجع عليها بنصفه ديناً، أو عينا.

الرابعة - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع في عقد النكاح

(الرابعة - يجوز اشتراط ما يوافق به الشرع في عقد النكاح) (٤)، سواء كان (١) أى استحقاق الزوج نصف المهر بسبب الطلاق.

(٢) أى المهر المنتقل عنها عند البذل، بل لا داعى للتنزيل بناء على أن الانتقال بسبب البذل.

(٣) أى حين استحقاق الزوج للنصف و ذلك بطلاقه.

(٤) لو شرط فى العقد ما يخالف المشروع مثل اشتراط أن لا- يتزوج عليها أو لا- يتسرى أو لا يقسم لضررتها أو لا يمنعها من الخروج من المنزل متى شاءت بطل الشرط بالاتفاق للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له، و لا يجوز على الذى اشترط عليه، و المسلمون عند شروطهم بما وافق كتاب الله عز و جل) (١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن كان شرطاً يخالف كتاب الله عز و جل فهو ردّ إلى كتاب الله عز و جل) ٣، و لخصوص خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه و شرط لها إن هو تزوج عليها امرأه أو هجرها أو اتخذ عليها سريره فهى طالق، فقضى فى ذلك أن شرط الله قبل شرطكم، فإن شاء وفى لها بما اشترط، و إن شاء أمسكها و اتخذ عليها و نكح عليها) (٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل قال لامرأته: إن نكحت عليك أو تسريت فهى طالق، قال: ليس ذلك بشىء، إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز له و لا عليه) (٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قضى فى رجل تزوج امرأه و أصدقته هى، و اشترطت عليه أن يبدها الجماع و الطلاق، قال: خالفت السنه و وليت حقاً ليست بأهله، فقضى أن عليه الصداق و يبدها الجماع و الطلاق، و ذلك السنه) (٤). هذا و قد تقدم أن المشهور على أن الشرط الفاسد مفسد للعقد المشروط، لأن الطرفين لم يقصدا العقد إلا مقيداً بالشرط المذكور،-

ص: ٤٧٦

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الخيار حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب المهور حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب المهور حديث ١.

من مقتضى عقد النكاح كأن تشترط عليه العدل فى القسم و النفقه، أو يشترط عليها أن يتزوج عليها متى شاء، أو يتسرى، أو خارجا عنه (١) كشرط تأجيل المهر، أو بعضه إلى أجل معين (فلو شرط ما يخالفه (٢) لغى الشرط و صح) العقد و المهر (٣) (كاشترط أن لا يتزوج عليها، و أن لا يتسرى)، أو لا يظاً، أو يطلق (٤) كما فى نكاح المحلل.

أما فساد الشرط حينئذ (٥) فواضح، لمخالفته المشروع، و أما صحه العقد فالظاهر اطباق الأصحاب عليه، و إلا كان للنظر فيه مجال (٦) كما علم من غيره من العقود المشتمله على الشرط الفاسد.

و لم يسلم الشرط فلا يسلم القصد و به يبطل العقد، إلا أنهم حكموا فى النكاح بصحة العقد و إن فسد الشرط، لعدم كون النكاح معاوضه بحتة و لذا لا يبطل ببطلان المهر أو فساده فضلا عن فساد الشرط المذكور فيه، بالإضافة إلى صحيح محمد بن قيس المتقدم و غيره الدال على صحه العقد و إن فسد الشرط.

(١) أى كان الشرط خارجا عن مقتضى عقد النكاح، هذا و التقسيم ناشئ من كون أحكام النكاح فى الكتاب و السنه القسمه و النفقه و أن يتزوج على الواحده أو يتسرى فلهذا كانت هذه الأمور من مقتضيات عقد النكاح شرعا بخلاف تأجيل المهر و نحوه، فهو ليس من أحكام النكاح اللازمه لكل عقد لذلك كان خارجا عن مقتضيات عقد النكاح.

(٢) أى ما يخالف الشرع.

(٣) قد تقدم أن فساد الشرط لا- يوجب فساد العقد فى النكاح، و كذا فساده لا يوجب فساد المهر لعدم التلازم بينهما ففساد أحدهما لا- يعنى فساد الآخر و قال فى المسالك: (و فى المسأله وجه أو قول بصحة العقد دون المهر، لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأة، أو كجزء من العوض و الصداق مبذول فى مقابله الجميع، و بفساد الشرط يفوت بعض العوض، و المعوض و قيمته مجهوله، فلا يعلم قدر الصداق فى الأول - إذا كان الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق - و لا- نصيب الباقي فى الثانى - إذا كان الشرط جزءا من الصداق - فيثبت مهر المثل و هو متجه) انتهى كلامه، و قد نسبه فى الجواهر إلى قواعد العلامه أيضا، و فيه: إنه يتم فى الشروط المتموله و أما غيرها فلا.

(٤) بأن يشترط الطلاق بعد تحقق الوطء كما فى نكاح المحلل، فاشترط الطلاق عليه مخالف للمشروع حيث إنه بيد الزوج فيكون الشرط باطلا.

(٥) أى حين مخالفته للشرع.

(٦) لأن القصد إلى العقد المقيّد بالشرط، و لم يسلم الشرط فلم يتحقق القصد، فينتفى العقد حينئذ.

و ربما قيل: بفساد المهر خاصة (١)، لأنَّ الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق فهو (٢) في حكم المال، و الرجوع إلى قيمته (٣) متعذر، للجهالة فيجهل الصداق فيرجع إلى مهر المثل.

(و لو شرط إبقائها في بلدها لزم) (٤)، لأنه شرط لا يخالف المشروع، فإنَّ خصوصيات الوطن أمر مطلوب للعقلاء بواسطة النشوء و الأهل، و الإئسن، و غيرها فجاز شرطه (٥) توصلا إلى الغرض المباح، و لصحيحه أبي العباس عن الصادق عليه السَّلام في الرجل يتزوج امرأه و يشترط لها أن لا يخرجها من بلدها. قال عليه السَّلام: «يفى لها بذلك أو قال: يلزمه ذلك»، و لعموم «المؤمنون عند شروطهم».

(١) دون العقد.

(٢) أى الشرط.

(٣) أى قيمه الشرط عند فساده.

(٤) لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها لزم الشرط، لكونه غير مخالف للشرع فيندرج تحت (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص صحيح أبي العباس البقباق عن أبي عبد الله عليه السَّلام (في الرجل يتزوج المرأة و يشترط أن لا يخرجها من بلدها، قال عليه السَّلام: يفي لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك) (٢)، و مرسل ابن أبي عمير (قلت لجميل بن دراج:

رجل تزوج امرأه و شرط لها المقام في بلدها أو بلد معلوم، قال: قد روى أصحابنا عنهم عليهم السَّلام أن ذلك لها و أنه لا يخرجها إذا شرط لها) ٢.

و عن ابن إدريس و جماعه بطلان الشرط من حيث كونه مخالفا للشرع لوجوب إطاعه الزوج و كون مسكنه مسكنها و لأن الاستمتاع بالزوجه في جميع الأزمنه و الأمكنه حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه و جب أن يكون باطلا، و حملت الروايه عندهم على الاستحباب، و فيه: إن المشروط ليس هو عدم إطاعه الزوج ليكون غير مشروع، بل المشروط هو عدم خروج الزوج بها من بلدها و هو فعل الزوج و هو مباح، و كون الاستمتاع حق للزوج في جميع الأمكنه هو عين المتنازع فيه، و لأنه آت في كل شرط فإنه يمنع مباح الأصل، و مع هذا و ذاك فهو اجتهاد في قبال النص فلا يسمع. و قد توقف كل من المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد في أصل الحكم.

(٥) أى شرط الوطن.

ص: ٤٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب المهور حديث ١ و ٣.

(و كذا) لو شرط ابقاءها (في منزلها) (١) و إن لم يكن منصوبا لاتحاد الطريق (٢).

و قيل: يبطل الشرط فيهما (٣)، لأن الاستمتاع بالزوجه في الأزمنة و الأمكنه حق الزوج بأصل الشرع، و كذا السلطنة عليها، فإذا شرط ما يخالفه كان باطلا، و حملوا الروايه على الاستحباب.

و يشكل بأن ذلك وارد في سائر الشروط السائغه التي ليست بمقتضى العقد كتأجيل المهر، فإن استحقاقها المطالبه به في كل زمان و مكان ثابت بأصل الشرع أيضا، فالتزام عدم ذلك (٤) في مده الأجل يكون مخالفا، و كذا القول في كل تأجيل، و نحوه من الشروط السائغه.

و الحق أن مثل ذلك (٥) لا يمنع، خصوصا مع ورود النص الصحيح بجوازه (٦). و أما حمل الأمر المستفاد (٧) من الخبر الذي بمعناه (٨) على الاستحباب (١) فعلى صحه الشرط المتقدم من عدم إخراجها من بلدها فهل يتعدى إلى شرطها أن لا يخرجها من منزلها أو محلتها أو لا، ذهب البعض إلى عدم التعدى، لأن المسأله السابقه مخالفه للقواعد فيقتصر في النص فيها على مورده، و ذهب الشهيد و غيره إلى التعدى إلى كون المسأله السابقه على مقتضى القواعد فلا فرق في لزوم الشرط بين عدم إخراجها من بلدها أو منزلها أو محلتها.

(٢) أى طريق المسألتين بعد كون الشرط فيهما غير مخالف للمشروع.

(٣) فى عدم إخراجها من بلدها، و عدم إخراجها من منزلها.

(٤) أى عدم استحقاقها للمطالبه بالمهر فى كل زمان و مكان.

(٥) مما ذكر فى بطلان الشرط.

(٦) أى جواز اشتراط عدم إخراجها من بلدها.

(٧) فالخبر هو قوله عليه السّلام فى صحيح أبى العباس المتقدم: (يفى لها بذلك، أو قال: يلزمه ذلك) (١)، فالأول (يفى) اخبار يراد به الأمر، و هو دال على الوجوب، بل هو أشد فى الوجوب من الأمر، و لأنه اخبار يراد منه الأمر قال الشارح أن الأمر قد استفيد من الخبر.

(٨) أى بمعنى الأمر، لأن الخبر مشتمل على الإخبار.

ص: ٤٧٩

فلا ريب على أنه (١) خلاف الحقيقة، فلا يصار إليه (٢) مع إمكان الحمل عليها (٣)، و هو (٤) ممكن، فالقول بالجواز أوجه في مسأله النص.

و أما المنزل فيمكن القول بالمنع (٥) فيه، وقوفا فيما خالف الأصل (٦) على موضع النص (٧).

و في التعدى إليه (٨) قوه، لعموم الأدله (٩)، و اتحاد طريق المسألتين (١٠).

و حكم المحله و الموضع المخصوص حكم المنزل.

و متى حكمنا بصحته (١١) لم يصح إسقاطه (١٢) بوجه (١٣)، لأنه (١٤) حق (١) أى أن حمل الأمر على الاستحباب.

(٢) إلى خلاف الحقيقة.

(٣) على الحقيقة.

(٤) أى الحمل على الحقيقة.

(٥) أى بمنع اشتراط عدم إخراجها من المنزل.

(٦) إذ الأصل هو جواز الاستمتاع بالزوجه فى كل زمان و مكان.

(٧) و مورده البلد.

(٨) إلى المنزل.

(٩) أى عموم أدله نفوذ الشرط، كالمؤمنون عند شروطهم.

(١٠) من البلد و المنزل بعد إسقاط خصوصيه البلد فى مورد النص للقطع بعدم مدخلتها فى الحكم حتى يقتصر عليها، فيتعدى منها إلى غيرها، و هذا مبنى على كون مسأله الاشتراط فى البلد على خلاف القواعد و قد عرفت العدم.

(١١) أى بصحة اشتراط عدم إخراجها من بلدها أو منزلها.

(١٢) قال سيد الرياض: (و متى حكمنا بصحته صح إسقاطه إجماعا، حكاه فخر المحققين، و قيل: بالمنع، لأنه حق يتجدد فى كل آن، فلا يعقل إسقاط ما لم يوجد حكمه و إن وجد سببه، و هو مع أنه استبعاد محض، و منقوض بوجود النظر كهبه المده المتمتع بها، غير مسموع فى مقابله الاجماع المحكى) انتهى.

(١٣) لا تبرعا و لا بالعوض.

(١٤) أى الشرط المذكور.

ص: ٤٨٠

يتجدد في كل آن (١) فلا يعقل اسقاط ما لم يوجد حكمه (٢)، و إن وجد سببه (٣).

الخامسه – لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول

(الخامسه – لو أصدقها تعليم صناعه ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف أجره التعليم) (٤)، لعدم إمكان تعليمها نصف الصنعه، وهو (٥) الواجب لها بالطلاق خاصه، (و لو كان قد علمها) الصنعه (رجع بنصف الأجره) (٦)، لعدم إمكان ارتجاع نفس الواجب (٧) فيرجع إلى عوضه (و لو كان) الصداق (تعليم سوره) (٨) و نحوها (فكذلك)، لأنه و إن أمكن تعليم نصفها عقلا إلا أنه ممتنع شرعا، لأنها صارت أجنبيه.

(١) من الآتات الآتيه.

(٢) لعدم وجود آن الاستحقاق الآتى.

(٣) و هو اشتراطه فى متن العقد.

(٤) لتعذر المهر حينئذ فى يده إذ ليس للصنعه نصف لعدم وقوفه على حد فتكون كالتالف فى يده، يرجع فيه إلى القيمه التى هى هنا الأجره، و بما أنه قد طلقها قبل الدخول فلها النصف.

(٥) أى النصف.

(٦) لتعذر رجوعه بعين ما فرض، إذ لا يمكن تخليص نصف الصنعه منها، فيكون المهر بمنزله التالف فى يدها، فيرجع بنصف الأجره، و الحكم فى الموضوعين بلا إشكال.

(٧) أى الذى يجب ارتجاعه و هو النصف.

(٨) إذا كان الصداق تعليم سوره و طلقها قبل الدخول، فإن كان قد علمها رجع عليها بنصف الأجره كالصنعه، و إن لم يكن علمها فليس الحكم فى السوره كالصنعه، لأن تعليم نصف السوره أمر ممكن فى نفسه، لإمكان معرفه النصف عند تقسيم السوره بالحروف لا- بالآيات، و لكن الزوج صار أجنبيا منها، فإن حرّمتنا على الأجنبى سماع صوت المرأه أو جوزناه و لكن خيف الفتته أو لم يمكن ذلك إلا- بالخلوه المحرّمه رجعت عليه بنصف الأجره كالصنعه لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض، و التعذر هنا بمانع شرعى و هو كالمانع العقلى.

و عن الشيخ فى خلافه و مبسوطه أنه يعلمها نصف السوره، لكون معرفه النصف أمرا ممكنا، و لكن لما صار الزوج أجنبيا فيعلمها من وراء حجاب، إما لأن مطلق سماع صوتها ليس بمحرم، أو لأنه تعليم واجب، أو لأنه موضع ضروره كمعامله الأجنبيه مع أن حرمة سماع صوتها مشروطه بحاله الاختيار لا الاضطرار.

(و قيل: يَعْلَمُهَا النِّصْفُ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ) كَمَا يَعْلَمُهَا الْوَاجِبُ. (و هو قريب) لِأَنَّ تَحْرِيمَ سَمَاعِ صَوْتِهَا مَشْرُوطٌ بِحَالِهِ الْاِخْتِيَارِ، وَ السَّمَاعُ هُنَا مِنْ بَابِ الضَّرُورَةِ.

السادسه – لو استبدلت مهرها بدونه، أو أزيد منه

(السادسه – لو اعتاضت (١) عن المهر بدونه، أو أزيد منه) أو بمغايره جنسا، أو وصفا (٢) (ثم طلقها رجع بنصف المسمى) لأنه (٣) الواجب بالطلاق، (لا) بنصف (العوض)، لأنه (٤) معاوضه جديده لا تعلق له بها (٥).

السابعه – لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول

(السابعه – لو وهبته نصف مهرها مشاعا قبل الدخول فله الباقي) (٦)، (١) أى استبدلت مهرها المسمى بعوض، و المسأله لو أعطاهما بدل المهر المسمى عوضا، سواء كان العوض أزيد من المسمى أو أنقص أو مساويا و رضيت بالبدليه ثم طلقها قبل الدخول، كان له نصف المسمى لا العوض، بلا خلاف و لا إشكال، أما أنه له نصف المسمى، لأن العائد بالطلاق إليه نصف ما جعله مهرًا لقوله تعالى: فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (١)، و لا يرجع بنصف العوض، لأنه معاوضه جديده لا ربط للمهر بها.

ثم المراد برجوع الزوج بنصف المسمى هو رجوعه بنصف مثله أو قيمته، لأن المهر بالمعاوضه قد خرج عن ملكها إلى ملكه خروجًا لازمًا كما لو خرج إلى غيره فيرجع إلى نصف المثل أو قيمه حينئذ، و يشهد لذلك كله خبر الفضيل بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج امرأه بألف درهم فأعطاها عبدا له آبقا و بردا حبره بألف درهم التى أصدقها، قال عليه السّلام: إذا رضيت بالعبد و كانت قد عرفته فلا بأس إذا هى قبضت الثوب و رضيت بالعبد، قلت: فإن طلقها قبل أن يدخل بها؟ قال عليه السّلام: لا مهر لها و تردّ عليه خمسمائه درهم و يكون العبد لها) (٢).

(٢) لا فرق فى الحكم بين كون العوض أنقص من المسمى أو أزيد، و لا بين أنواع الأعواض لاشتراك الجميع فى المقتضى.

(٣) أى نصف المسمى.

(٤) أى العوض.

(٥) أى لا تعلق للمهر بهذه المعاوضه.

(٦) اعلم أن المهر إما دينًا فى ذمه الزوج و إما عينا خارجيه، و على الأول فلو وهبته نصف-

ص: ٤٨٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب المهور حديث ١.

-المهر إذا جوزنا وقوع الایراء بلفظ الهبه أو أبرأته من نصفه ثم طلق قبل الدخول فقد برئ من تمام المهر حينئذ، لأنه يملك نصف المهر بالطلاق و النصف الآخر بالایراء فلا شيء عليه بلا إشكال و لا خلاف بينهم.

و على الثانى بأن كان المهر عينا خارجيه و قد وهبته نصفها المعین كما لو كان المهر عبيدين و قد وهبته أحدهما المعين، فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الباقي من المهر و بنصف قيمه الموهوب، لأن حقه بالطلاق نصف ما فرض من المهر، فما وجده من المهر باقيا فله نصفه، و ما ذهب من المهر بالانتقال عن ملكها و لو إليه ينتقل إلى بدله من المثل أو القيمه و له نصفه أيضا. بلا إشكال و لا خلاف منا و لو كان المهر عينا خارجيه و قد وهبته نصفها المشاع فالمشهور على أن له تمام الباقي و لا يرجع عليها بشيء لو طلقها قبل الدخول، و وجه استحقاق الباقي أنه استحق نصف المهر المسمى بالطلاق و قد وجده فيأخذه، و تنحصر هبتها في نصيبها، و بعبارة أخرى فالزوج له النصف المشاع من المهر بالطلاق مع أن النصف المشاع من المهر بحاله لم يخرج عن ملكها فيرجع عليها به، و يتبين أن ما وهبته له من المهر إنما هو من نصيبها الذى هو النصف الباقي.

و عن القواعد و المسالك احتمال الرجوع بنصف الباقي بعينه، و بقيمه النصف من الموهوب، و نصف الموهوب ربع لأين الموهوب نصف المهر، و نصف الباقي ربع أيضا، لأن الباقي نصف المهر فيرجع الزوج بربع المهر و بقيمه الربع منه. لأن الهبه قد وردت على مطلق نصف المهر فتشيع في تمام المهر، و ينزل هذا النصف منزله التالف، لانتقاله عنها بالنقل اللازم، فلم يبق من المهر المسمى إلا نصفه، فيأخذ نصف الباقي كما هو مقتضى الشركه بين الزوجين فيه، و يرجع عليها بقيمه نصف الفاتت كما لو فات الجميع أو تلف أو انتقل عن ملكها.

و أشكل عليه كما في المسالك بأن الانتقال إلى البدل مشروط بتعذر العين، و هو منتف إذ التعذر لبعضها و ليس لتمامها مع أن تبعيض حقه ضرر عليه فيجبر بتخيره بين هذا القول الثانى و بين الرجوع إلى النصف من الباقي فقط و وجهه أن القول الثانى موافق للقواعد و لذا يرجع عليها بنصف الباقي و بنصف قيمه الموهوب لو كانت الهبه معينه لا مشاعه بلا خلاف على ما تقدم، و لكن الالتزام بهذا القول موجب لتبعيض حقه فيجبر بالخيار المذكور.

و عن الشيخ في المبسوط احتمال الرجوع إلى النصف من الباقي فقط، لأن الهبه لما تعلقت بالنصف المشاع فقد تعلقت بنصفي نصيب الزوجين، فقد ملك الزوج من نصيبها النصف - و هو الربع - بالهبه و استعجل نصف نصيب نفسه بالهبه و قد بقى له من نصيبه النصف الآخر و هو الربع، و الربع نصف الباقي، فلذا كان له نصف الباقي فقط. -

لأنه (١) بقدر حقه (٢)، فينحصر فيه (٣)، و لأنه (٤) لا ينتقل مستحق العين إلى بدلها إلا بالتراضى، أو تعذر الرجوع لمانع (٥)، أو تلف، و الكل منتف (٦).

و يحتمل الرجوع (٧) إلى نصف النصف الموجود (٨)، و بدل نصف الموهوب، لأنّ الهبه وردت على مطلق النصف (٩) فيشيع (١٠)، فيكون حقه (١١) فى الباقي و التالف (١٢)، فيرجع بنصفه (١٣) و ببدل (١٤) الذاهب، و يكون هذا (١٥) هو المانع (١٦)، و هو أحد الثلاثة (١٧) المسوغه للانتقال إلى البدل.

و القول الأخير ضعيف جدا، لأنه لم يستعجل ملك نصف نصيبه بالهبه، إذ نصيبه إنما يكون بعد الطلاق لا قبله، و من ضعف الأخير تعرف ضعف التخيير، و أما ضعف ما عن القواعد و المسالك فواضح إذ الهبه ليست لجزء معين من المهر حتى يرجع عليها بنصف الباقي و بنصف قيمه الموهوب فيتعين القول الأول المشهور.

(١) أى الباقي.

(٢) أى حق الزوج إذ له النصف لأن الطلاق قبل الدخول.

(٣) أى فينحصر حق الزوج فى الباقي.

(٤) أى الشأن و الواقع و هو دليل ثان على القول المشهور.

(٥) كالانتقال.

(٦) لأن الهبه و إن كانت انتقالا للموهوب، إلا أن الموهوب نصف المهر، و الباقي بقدر حق الزوج فينحصر فيه.

(٧) كما عن القواعد و المسالك.

(٨) الموجود صفه لقوله (النصف)، و المراد من (النصف) هو نصف المهر أى الباقي فللزوج نصف الباقي.

(٩) أى نصف العين مشاعا.

(١٠) أى الوارد.

(١١) أى حق الزوج.

(١٢) على النصف فيهما.

(١٣) أى بنصف الباقي.

(١٤) أى و بنصف بدل الذاهب.

(١٥) أى التالف.

(١٦) الذى يمنع من الرجوع على العين.

(١٧) وهى التلف أو الانتقال أو التراضى.

ص: ٤٨٤

و ردُّ بأنه يؤدي إلى الضرر بتبعيض حقه فيلزم ثبوت احتمال آخر و هو تخييره (١) بين أخذ النصف الموجود (٢) و بين التشطير المذكور (٣) (و لو كان) الموهوب (معينا فله نصف الباقي و نصف ما وهبته مثلا، أو قيمه)، لأنَّ حقه مشاع في جميع العين و قد ذهب نصفها (٤) معينا فيرجع إلى بدله (٥)، بخلاف الموهوب على الإشاعه (٦). و نبه بقوله: «و هبته» على أنَّ المهر عين (٧)، فلو كان دينا و أبرأته من نصفه برئ من الكل (٨) وجها واحدا، (و كذا لو تزوجها بعبدین (٩) فمات أحدهما، أو باعته (١٠) فللزوجة نصف الباقي و نصف قيمه التالف)، لأنه (١١) تلف على ملكها، و استحقاقه (١٢) لنصفه (١٣) تجدد بالطلاق من غير اعتبار الموجود و غيره.

و التقريب ما تقدم (١٤).

(١) أى تخيير الزوج.

(٢) أى أخذ نصف الباقي فقط، و هذا ما احتمله الشيخ في قول.

(٣) من الرجوع بنصف الباقي و نصف قيمه الموهوب.

(٤) نصف العين.

(٥) أى بدل الذاهب، فله نصف قيمه الذاهب و نصف الباقي.

(٦) فما ذهب من العين يكون من نصيبها، و ما كان من نصيبه ينحصر في الباقي.

(٧) لأنَّ الهبة تنحصر في الأعيان، فلو كان المهر دينا فلا يصح إلا الأبراء.

(٨) أى من تمام المهر و قد تقدم.

(٩) أى كان مهرها عبدين فمات أحدهما و قد طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف الموجود و نصف قيمه الميت، لأنَّ الانتقال عن ملكها أو التلف حكمهما واحد، و لما كان حقه بالطلاق نصف المسمى، فما وجدته من عين المهر باقيا فله نصفه، و ما ذهب ينتقل إلى بدله و له النصف من قيمته حينئذ.

(١٠) أى باع أحدهما المعين.

(١١) أى لأنَّ أحد العبدین الذى مات أو وقع عليه البيع.

(١٢) أى استحقاق الزوج.

(١٣) أى لنصف المهر.

(١٤) من كون حق الزوج مشاعا في جميع المهر، و لما طلق فله نصف الباقي و نصف قيمه التالف.

الثامنة - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها

(الثامنة - للزوجه الامتناع قبل الدخول حتى تقبض مهرها إن كان المهر حالا) موسرا (١) كان الزوج أم معسرا عينا كان المهر أم منفعه، متعينا كان أم فى الذمه، لأن النكاح فى معنى المعاوضه و إن لم تكن محضه (٢). و من حكمها (٣) أن (١) اعلم أن الزوجين إما أن يكونا صغيرين لم يبلغا حد الاستمتاع أو كبيرين، أو بالتفريق بأن تكون الزوجه خاصه صغيره و الزوج كبيرا أو بالعكس، و على التقادير الأربعه، إما أن يكون الزوج معسرا بالمهر أو موسرا و على التقادير الثمانيه إما أن يكون قد دخل بها أو لا، و على التقادير الستة عشر إما أن يكون المهر حالا أو مؤجلا أو بعضه حالا و بعضه مؤجلا، و على تقدير تأجيله أو بعضه إما أن يحلّ قبل الدخول أو بعده، فصور المسأله حينئذ ثمانون صوره، و خلاصتها فى مسائل:

الأولى: أن يكون الزوج موسرا و المهر حالا و الزوجه غير مدخول بها فيجوز لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر، لأن النكاح معاوضه أو شبيه بها فلكل واحد من المتعاقدين الامتناع من التسليم حتى يقبض العوض، و لخبر زرعه عن سماعه (سألته عن رجل تزوج جاريه أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها فى حل، أ يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئا؟ قال: نعم إذا جعلته فى حل فقد قبضته منه) (١)، و مفهومه عدم جواز الدخول قبل العطاء و هو دال على جواز امتناعها قبل القبض.

و على ما تقرر من جواز امتناع كل من المتعاقدين من التسليم حتى يقبض العوض فلو امتنع كل منهما من التسليم حتى يقبض، ففى المسالك و الروضه هنا و كشف اللثام أنه يؤمر الزوج بإيداع الصداق عند من يوثق به و تؤمر الزوجه بالتمكين لأنه طريق الجمع بين الحقين، و يحتمل إجبار الزوج على التسليم، فإذا سلّم سلّمت نفسها، و الفرق بينهما أن فائت المال يستدرك و فائت البضع لا يستدرك، و يحتمل عدم جبر واحد منهما، و لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم أجب الآخر على التسليم حينئذ.

و ضعف الأخير ظاهر إذ قد يؤدى إلى بقاء النزاع بعدم البدء من أحدهما و لا بد من نصب طريق شرعى يحسم ماده النزاع، و مع إمكان طريق الجمع بين الحقين لا دليل على إجبار الزوج بالتسليم أولا.

ثم لا فرق فى الحكم بين كون المهر عينا أو منفعه أو فى الذمه كما هو واضح.

(٢) لأن فيها شائبه العباده.

(٣) أى حكم المعاوضه.

ص: ٤٨٦

لكل من المتعاضدين الامتناع من التسليم إلى أن يسلم إليه الآخر فيجبرهما الحاكم على التقابض معا، لعدم الأولويه، بوضع (١) الصداق عند عدل إن لم يدفعه إليها (٢)، و يأمرها بالتمكين.

و هذا الحكم لا يختلف على تلك التقديرات (٣).

و ربما قيل: إنه إذا كان معسرا ليس لها الامتناع، لمنع مطالبته.

و يضعف بأن منع المطالبة لا يقتضى وجوب التسليم (٤) قبل قبض العوض (٥)، و احترز بالحال (٦) عما لو كان (٧) مؤجلا فإن تمكينها لا يتوقف على (١) تفسير للتقابض.

(٢) أى إن لم يدفع الزوج المهر إلى الزوجه.

(٣) موسرا كان الزوج أو معسرا، أما مع يساره فقد تقدم الكلام فيه، و أما مع إعساره و هى المسأله الثانيه فالمشهور على أن للزوج حق الامتناع حتى تقبض لعين ما تقدم، و لأن عجز أحد المتعاضدين لا يسقط حق الآخر مما يثبت له، غايته الفرق بين المسألتين فى الإثم و عدمه، إذ مع اليسار و مطالبتها المهر يجب عليه التسليم لو مكنته من نفسها، فلو امتنع أثم، بخلاف ما لو كان معسرا فلا يجب لعدم قدره و لا اثم عليه عند التأخير.

و عن ابن إدريس أنه ليس لها الامتناع مع الاعسار لمنع مطالبته، و هو ضعيف، لأن منع المطالبة لا تقتضى وجوب التسليم عليها قبل قبض العوض.

(٤) عليها و هو تمكينها لنفسها.

(٥) و هو المهر.

(٦) أى احترز المصنف بكون المهر حالا.

(٧) أى المهر، فلو كان المهر بتمامه مؤجلا و هذه هى المسأله الثالثه. فلا خلاف و لا إشكال أنه ليس لها الامتناع من تسليم نفسها سواء كان الزوج موسرا أو معسرا، إذ لا يجب لها شىء الآن فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض، فضلا عن كون العقد قد وقع على عدم إيقاف تسليم نفسها على تسليم المهر إذ رضيت بتأخير المهر فيجب عليها التمكين عند طلبه حينئذ.

نعم وقع الخلاف بينهم فى أنها لو عصت و لم تمكنه من نفسها حتى صار المهر حالا، أو أنه مضت المده و لم يدخل بها لمانع من جهته أو جهتها فهل يجوز لها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض المهر كما عن الشيخ فى النهايه، أم أنه لا يجوز لها الامتناع كما عن

قبضه، إذ لا يجب لها حينئذ (١) شيء فيبقى وجوب حقه (٢) عليها بغير معارض، و لو أقدمت على فعل المحزّم (٣) و امتنعت (٤) إلى أن حلّ الأجل ففي جواز امتناعها حينئذ (٥) إلى أن تقبضه تنزيلاً له (٦) منزله الحالّ ابتداءً، و عدمه (٧) بناء على وجوب تمكينها قبل حلوله فيستصحب (٨)، و لأنها لمّا رضيت بالتأجيل بنت أمرها (٩) على أن لا- حق لها في الامتناع فلا يثبت بعد ذلك (١٠)، لانتهاء المقتضى (١١) و جهان أجودهما الثاني (١٢). و لو كان بعضه (١٣) حالاً و بعضه مؤجلاً كان لكل منهما حكم مماثله (١٤).

-الشيخ أيضا في المبسوط و تبعه الأكثر، و استدلل للأول بأن النكاح كان على سقوط حق امتناعها إلى الأجل لا مطلقا، فإذا حلّ الأجل أثر المقتضى - و هو المعاوضه - أثره من جواز الامتناع من التسليم قبل تسلم العوض.

و فيه: عدم جواز الامتناع قبل حلول الأجل ليس لوجود المانع من الأجل حتى يؤثر المقتضى أثره بعد عدمه، بل لعدم المقتضى، إذ العقد قد وقع على إسقاط حق المرأة من الامتناع قبل تسلمها المهر فلا يكون العقد مقتضيا لجواز الامتناع بعد حلول الأجل فضلا عن استصحاب عدم جواز الامتناع الثابت قبل الحلول إلى ما بعده.

(١) أي حين كون المهر مؤجلاً.

(٢) أي حق الزوج عليها من التمكين.

(٣) بأن عصت و لم تمكّنه من نفسها.

(٤) بل حتى مع العذر الشرعي كالمرض و الحيض، أو كان المانع من الوطء من جهته.

(٥) أي حين حلول الأجل.

(٦) للمهر المؤجل بعد حلول الأجل.

(٧) أي و عدم جواز امتناعها.

(٨) أي يستصحب وجوب التمكين و لازمه عدم جواز الامتناع.

(٩) بحيث كان بناء العقد على ذلك.

(١٠) بعد بناء أمرها عند حلول الأجل.

(١١) الموجب لجواز الامتناع قبل تسلم المهر.

(١٢) و هو عدم جواز الامتناع بعد حلول الأجل.

(١٣) أي بعض المهر.

(١٤) فلها أن تمتنع حتى تقبض الحالّ دون المؤجل فليس لها حق الامتناع بالنسبه إليه و إن حلّ كما تقرر سابقا، و هذه هي المسأله الرابعه.

ص: ٤٨٨

و إنما يجب تسليمه (١) إذا كانت مهياً للاستمتاع، فلو كانت ممنوعه بعذر (٢) و إن كان شرعياً كالإحرام لم يلزم (٣)، لأن الواجب التسليم من الجانبين فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الآخر.

نعم لو كانت صغيره يحرم وطؤها فالأقوى (٤) وجوب تسليم مهرها إذا طلبه الولي، لأنه (٥) حق ثابت حال، طلبه من له (٦) حق الطلب، فيجب دفعه كغيره من الحقوق، و عدم قبض العوض الآخر (٧) جاء من قبل الزوج حيث عقد عليها كذلك (٨) موجبا على نفسه عوضا حالا (٩)، و رضى بتأخير قبض المعوض (١٠) إلى محله (١١).

(١) أى تسليم المهر.

(٢) من مرض أو حبس فلا- يجب على الزوج تسليم المهر، لأن تسليم المهر واجب عليه عند التقابض من الطرفين، و إذا تعذر التقابض من أحدهما فلا يجب على الآخر، و هذه هى المسألة الخامسة.

(٣) أى لم يلزم على الزوج تسليم المهر.

(٤) فلو كانت صغيره لا تصلح للجماع و طلب الولي المهر فهل يجب على الزوج التسليم قبل إكمالها البلوغ، قولان، فعن الشيخ فى المبسوط أنه لا يجب لتعذر التقابض من الجانبين لعدم إمكان الاستمتاع بها فكيف يحصل التمكين؟

و عن الشارح فى المسالك و هنا تبعاً للعلامه فى القواعد أنه يجب على الزوج التسليم إذا طلبه الولي، لأن الصداق حق ثابت و قد طلبه المستحق فوجب دفعه إليه، و عدم قبض مقابله من العوض لا يضر، لأن الزوج قد أقدم على العقد و هى صغيره، فقد أوجب على نفسه المهر و إن لم يستمتع بها، كما أوجبت الزوجه على نفسها التمكين و إن لم تقبض المهر إذا كان مؤجلاً، و هذه هى المسألة السادسة.

(٥) أى المهر.

(٦) و هو الولي.

(٧) و هو التمكين.

(٨) أى صغيره يحرم وطؤها.

(٩) و هو المهر.

(١٠) و هو التمكين من نفسها.

(١١) و محله عند كمالها بالبلوغ.

و هذا (١) بخلاف النفقه، لأنَّ سبب وجوبها (٢) التمكين التام (٣)، دون العقد، و وجه عدم الوجوب (٤) قد علم مما سلف (٥) مع جوابه (٦).

(و ليس لها بعد الدخول الامتناع فى أصح القولين) (٧)، لاستقرار المهر بالوطء (٨) و قد حصل تسليمها نفسها برضاها فانحصر حقها فى المطالبه، دون الامتناع، و لأنَّ النكاح معاوضه و متى سلّم أحد المتعاضين العوض الذى من قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك (٩) حبسه ليتسلم العوض الآخر، و لأنَّ منعها قبل (١) أى المهر.

(٢) أى النفقه.

(٣) من الوطء و سائر مقدماته.

(٤) أى عدم وجوب تسليم المهر على الزوج و هو قول الشيخ فى المبسوط.

(٥) لأن الواجب التسليم من الجانبين، فإذا تعذر من أحدهما لم يجب من الآخر.

(٦) من أن تسليم المعوض و هو التمكين ليس بواجب على الصغيره، فالمعوض من جانبها كالمهر المؤجل لا يمنع من وجوب تسليم العوض من الجانب الآخر، لأن الزوج قد أقدم على العقد عليها و هو عالم بأنها صغيره، فقد بنى العقد على كون المهر حالا و مقابله مؤجلا إلى حين البلوغ.

(٧) بحيث كان المهر حالا و لكن الزوجه قد مكنت من الدخول بها قبل أن تقبض المهر فدخل بها، فهل لها الامتناع بعد ذلك ما لم تقبض المهر، فالمشهور على العدم، و قد صرح به جماعة من القدماء، لأن المهر قد استقر بالوطء، و قد حصل تسليمها نفسها برضاها، و متى سلّم أحد المتعاضين العوض من جانبه باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه.

و عن الشيخ فى النهايه و المبسوط و المفيد و القاضى أنه يجوز لها الامتناع، لعدم التقابض، لأن منفعه البضع تتجدد فالواقع فى مقابله المهر ليس هو الوطء مره واحده بل مجموع حق البضع، و بالوطء مره لم يحصل الإقباض لتمام منفعه البضع فجاز الامتناع.

و فرق ابن حمزه بين تسليمها نفسها اختيارا أو إكراها، فحكم بسقوط حقها من الامتناع فى الأول كما عليه المشهور، دون الثانى، و هذه هى المسأله السابعه من مسائل الامتناع قبل الدخول أو بعده قبل قبض المهر.

(٨) أى و طء الأول.

(٩) أى لم يكن لأحد المتعاضين بعد التسليم.

الدخول ثابت بالإجماع و لا دليل عليه (١) بعده (٢) فينتفى (٣) بالأصل (٤)، فإنّ التسليم (٥) حقّ عليها، و المهر حقّ عليه و الأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر فيتمسك به (٦) إلى أن يثبت الناقل (٧).

و قيل: لها الامتناع كقبل الدخول، لأن المقصود بعقد النكاح منافع البضع (٨) فيكون المهر في مقابلها، و يكون تعلق الوطء الأول به (٩) كتعلق غيره (١٠).

و الأقوى الأول. هذا كلّه إذا سلمت نفسها اختياراً، فلو دخل بها كرها فحق الامتناع بحاله (١١)، لأنه (١٢) قبض فاسد فلا يترتب عليه أثر الصحيح (١٣)، و لأصالة البقاء (١٤) إلى أن يثبت المزيل. مع احتمال عدمه (١٥) لصدق القبض (١٦).

(١) على منعها.

(٢) بعد الدخول.

(٣) أى المنع.

(٤) و هو أصاله عدم المنع، و يمكن منعه بأن استصحاب المنع الثابت قبل الدخول وارد عليه.

(٥) أى تمكين نفسها.

(٦) أى بأصل عدم تعلق أحدهما بالآخر.

(٧) الموجب للتعلق، و فيه إن النكاح معاوضه تقتضى تعلق أحدهما بالآخر فلا معنى للتمسك بأصاله عدم تعلق أحدهما بالآخر.

(٨) بتمامها و ليس الوطء الأول.

(٩) بالمهر.

(١٠) أى غير الوطء الأول من الوطء الثانى و الثالث و هكذا، مع ضميمه أن الذى تم هو الوطء الأول فلم يتحقق إقباض لتمام منافع البضع حتى يكون أحد المتعاضين قد سلّم العوض بتمامه من جانبه و يمنع من حبسه بعد ذلك، بل قد سلم بعضه و معه فيجوز له الامتناع كما لو لم يسلم شيئاً.

(١١) كما ذهب إليه ابن حمزه.

(١٢) أى الدخول كرها.

(١٣) فالقبض الصحيح لمنافع البضع هو الدخول باختيار الزوجه، و هو الذى يمنع من حبس نفسها فيما بعد، و هذا القبض الصحيح غير متحقق هنا، لأنه قد تم الدخول كرها.

(١٤) أى بقاء حق الامتناع لها إذا دخل بها كرها.

(١٥) أى عدم حق الامتناع لو دخل كرها.

(١٦) قال فى المسالك: (هل يشترط فى القبض وقوعه طوعا، أم يكتفى به مطلقا وجهان، من -

ص: ٤٩١

التاسعة – إذا زوج الأب ولده الصغير

(التاسعة – إذا زوج الأب ولده الصغير) (١) الذى لم يبلغ و يرشد (٢) (و للولد مال يفى) بالمهر (فى ماله المهر، و إلا) يكن له مال أصلا (فى مال الأب)، و لو ملك (٣) مقدار بعضه فهو (٤) فى ماله، و الباقي على الأب، هذا هو المشهور بين الأصحاب، و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و هو يشعر بالاتفاق عليه، ثم اختار (٥) أن ذلك (٦) مع عدم شرطه (٧) كونه (٨) على الولد مطلقا (٩)، أو حصول الغرض و انتفاء الضمان به كيف اتفق، و من تحريم القبض بدون الإذن فلا يترتب عليه أثر الصحيح) انتهى.

(١) إذا زوج الأب ولده الصغير فإن كان له مال فالمهر على الولد، و إن كان فقيرا بحيث لا مال عنده فالمهر على الوالد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الفضل بن عبد الملك (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السّلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السّلام: لا، قلت:

على من الصداق؟ قال عليه السّلام: على الأب إن كان ضمنه لهم، و إن لم يكن ضمنه فهو على الغلام، إلا أن لا يكون للغلام مال فهو ضامن له و إن لم يكن ضمن (١)، و موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير، قال عليه السّلام: إن كان لابنه مال فعليه المهر، و إن لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر، ضمن أو لم يضمن) ٢ و مثلها غيرها.

(٢) أى و لم يرشد.

(٣) أى ملك الابن بعض المهر، فيلزمه بنسبه ما يملك و يلزم الأب الباقي على المشهور، و فى الجواهر أن تمام المهر على الولد اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، فالأصل كون المهر على الزوج، و المخالف له هو كون المهر على الأب إذا كان الولد لا مال عنده، و أما لو كان عنده البعض فيرجع إلى الأصل و هو جيد. بل قيل: إنه لا مدرك لقول المشهور.

(٤) أى بعض المهر فى مال الولد.

(٥) أى العلامه فى التذكرة.

(٦) أى من كون المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال.

(٧) أى عدم شرط الأب.

(٨) أى كون المهر.

(٩) سواء كان له مال أم لا، و المعنى أن المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال ما لم يصرح الأب بنفى ضمان المهر عنه، و مع التصريح بالنفى فالمهر على الولد سواء كان له مال أم لا.

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب المهور حديث ٢ و ١.

كونه (١) عليه (٢) مطلقا (٣)، و إلا (٤) كان (٥) على الولد فى الأول (٦)، و عليه (٧) فى الثانى (٨) مطلقا (٩).

(و لو بلغ) الصبى (فطلق قبل الدخول كان النصف المستعاد للولد) لا للأب (١٠)، لأنّ دفع الأب له (١١) كالهبة للابن، و ملك الابن له (١٢) بالطلاق ملك جديد، لا إبطال لملك المرأة السابق ليرجع إلى مالكة (١٣)، و كذا (١٤) لو طلق قبل أن يدفع الأب عنه (١٥)، لأنّ المرأة ملكته (١٦) بالعقد و إن لم تقبضه، و قطع فى (١) أى كون المهر، و المعنى أن المهر على الوالد إذا لم يكن للولد مال ما لم يشترط الأب بأن المهر عليه نفسه سواء كان للولد مال أم لا.

(٢) على الأب.

(٣) سواء كان للولد مال أم لا.

(٤) أى و إن كان قد شرط.

(٥) أى المهر.

(٦) إذا شرط الأب بنفى المهر عنه و بكونه على الولد.

(٧) أى على الأب.

(٨) أى فيما لو شرط الأب بكون المهر عليه.

(٩) أى سواء كان للولد مال أم لا، و هو قيد لكلا الشرطين.

(١٠) أى لو دفع الأب المهر الذى فى ذمته بسبب إفسار الصبى ثم بلغ الصبى و طلق قبل الدخول، استعاد الولد النصف من المهر دون الوالد، لأنّ الزوجه قد ملكت المهر بتمامه و إن كان الدافع هو الأب، و الطلاق قبل الدخول سبب لتمليك الزوج النصف منه، و ليس الطلاق مبطلا لملكها السابق حتى يقال إنه يعود إلى مالكة السابق و هو الأب، و قد تردد المحقق فى الشرائع فى هذا الحكم، و تردده بلا وجه.

(١١) للمهر.

(١٢) لنصف المهر.

(١٣) أى مالكة السابق و هو الأب.

(١٤) من كون نصف المهر للولد لا للأب.

(١٥) عن الولد، و يطالب الولد أباه بنصف المهر كما تطالب الزوجه بالنصف الآخر بعد الطلاق، و الولد يطالب أباه بنصف المهر، لأنّ المهر ليس هبه من الوالد لابنه حتى يحتاج إلى القبض، بل هو ثابت فى ذمه الأب بحكم الشارع.

(١٦) أى تمام المهر.

ص: ٤٩٣

القواعد هنا (١) بسقوط النصف عن الأب (٢)، و أن الابن لا يستحق مطالبته (٣) بشيء.

و الفرق (٤) غير واضح (٥).

و لو دفع الأب عن الولد الكبير المهر تبرعا، أو عن أجنبي ثم طلق (٦) قبل الدخول ففي عود النصف إلى الدافع، أو الزوج قولان (٧) من ملك (٨) المرأة له (٩) كالأول (١٠) فيرجع (١١) إلى الزوج، و من أن (١٢) الكبير لا يملك بغير اختياره (١٣)، وإنما سقط عنه (١٤) الحق فإذا سقط نصفه (١٥) رجع النصف إلى الدافع، و اختلف (١) فيما لو طلق الولد قبل أن يدفع الأب تمام المهر للزوجه.

(٢) تنزيلا للمهر هنا بمنزله هبة الوالد إلى الولد، غايته يدفعها إلى الزوجه، و مع عدم القبض لم تتحقق الهبة للزوجه حتى يرجع الولد عليها بالنصف عند الطلاق.

(٣) أى مطالبه الوالد.

(٤) بين كون الوالد قد دفع المهر و بين كونه لم يدفع.

(٥) بعد كون المهر على الأب بحكم الشارع، و ليس من باب الهبة منه لولده.

(٦) أى الولد الكبير أو الأجنبي.

(٧) أنه يرجع إلى الدافع كما فى التحرير و قبله الشيخ فى المبسوط، لأن دفع الوالد إنما هو للوفاء عما فى ذمه الزوج سواء كان ولدا كبيرا أم أجنبيا، و مع الطلاق الذى هو فسخ عقد النكاح يعود النصف إلى من دفعه وفاء، نحو الفسخ بالعيب فى البيع الذى دفع فيه الثمن عن ذمه المشتري تبرعا، فيرجع الثمن إلى الدافع. و عن غيرهم أنه يعود إلى الزوج، لأن الزوج قد ملك المهر بالعقد و دفع المهر من قبل الأب تبرعا كالهبة للزوج غايته قد دفعت للزوجه، و مع الطلاق يرجع النصف إلى الزوج، لأن الطلاق سبب مملك للنصف و ليس فاسخا للملك حتى يرجع المهر إلى مالكة الأول.

(٨) دليل رجوع النصف إلى الزوج.

(٩) للمهر.

(١٠) كما لو دفع الأب عن الولد الصغير.

(١١) أى النصف.

(١٢) دليل رجوع النصف إلى الدافع.

(١٣) بخلاف الصغير فاختيار الأب اختياره.

(١٤) عن الزوج الحق من المهر.

(١٥) أى نصف المهر، و يسقط النصف من الحق عنه لأنه طلقها قبل الدخول.

ص: ٤٩٤

كلام العلامة هنا (١) ففي التذكرة قطع برجوعه (٢) إلى الزوج (٣) كالصغير، و في التحرير قوى عدمه (٤)، و استشكل في القواعد بعد حكمه بإلحاقه (٥) بالصغير.

و الأقوى الأول (٦).

العاشره - لو اختلفا فى المهر

(العاشره - لو اختلفا فى التسميه) (٧) فادعاها أحدهما و ادعى الآخر التفويض (٨) (حلف المنكر لها) (٩) لأصالة عدمها، فيثبت مقتضى عدمها (١٠) من المتعه (١١)، أو مهر المثل (١٢)، أو غيرهما (١٣) (و لو اختلفا فى القدر قدّم قول الزوج) (١٤)، لأصالة البراءة من الزائد على ما يعترف به.

(١) فيما لو تبرع الوالد عن الولد الكبير أو الأجنبى.

(٢) أى رجوع نصف المهر.

(٣) و هو الولد الكبير أو الأجنبى كما يرجع النصف فيما لو كان الزوج صغيرا.

(٤) عدم رجوع النصف إلى الزوج، بل يرجع إلى الدافع.

(٥) بإلحاق الولد الكبير أو الأجنبى.

(٦) و هو رجوع النصف إلى الزوج سواء كان الولد الكبير أم الأجنبى، كما يرجع النصف إلى الصغير.

(٧) لو اختلف الزوجان فى أصل المهر، بأن ادعته المرأة و أنكره الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه بلا خلاف و لا إشكال، لأنه منكر لما تدعيه، و لأصالة عدم التسميه و العقد بمجرد لا يقتضى اشتغال ذمه الزوج بالمهر، لاحتمال تجرد العقد عن ذكر المهر.

هذا كله إذا كان الاختلاف قبل الدخول و عليه فلو طلقها حينئذ فعليه المتعه بحسب حاله، و أما إذا كان الاختلاف بعد الدخول فالمشهور على أن القول قوله مع يمينه، لأنه منكر لما تدعيه، و لأصالة عدم التسميه، لكن يثبت للمرأة مهر المثل بسبب الدخول و ليس لها الزيادة على مهر المثل.

(٨) أى تفويض البضع ليكون منكرا للتسميه من رأس.

(٩) للتسميه.

(١٠) عدم التسميه.

(١١) إذا كان الطلاق قبل الدخول فيجب عليه المتعه بحسب حاله.

(١٢) إذا كان الاختلاف بعد الدخول.

(١٣) وهو أنه لا شيء لها و ذلك فيما إذا فارقها بفسخ أو لعان، أو بموت.

(١٤) لو اختلفا فادعت أنها تستحق من المهر مائة دينار، فقال الزوج: بل خمسين، قدم قول -

ص: ٤٩٥

و احتمال العلامه فى القواعد تقديم قول من يدعى مهر المثل عملا بالظاهر من عدم العقد على ما دونه (١)، و أنه (٢) الأصل فى عوض الوطء المجرى عنه (٣) كالشبهه.

-الزوج مع يمينه، لأنه منكر لما تدعيه من الزيادة، و لصحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائة دينار، و ذكر الزوج أن صداقها خمسون ديناراً، و ليس لها بينه على ذلك، قال عليه السلام: القول قول الزوج مع يمينه) (١). بلا فرق بين الدخول و عدمه، و لا بين كون ما تدعيه الزوجه أنه المهر أو أنها تستحق ذلك فى ذمته من باب أنه مهر المثل عند الدخول، على المشهور فى ذلك كله.

و عن العلامه فى القواعد أنه ليس من البعيد تقديم قول من يدعى مهر المثل عملاً بالأصل من عدم التسميه و ثبوت مهر المثل بسبب الدخول، و عملاً بالظاهر من عدم العقد على ما دون مهر المثل أو ما فوقه و حتى يتضح الحق فنقول: تارة يختلفان فى قدر المهر بعد الاتفاق على التسميه فى العقد، و أخرى يختلفان فى قدر المهر بعد الاتفاق على عدم التسميه فى العقد، و ثالثه يختلفان فى قدر المهر لاختلافهما فى التسميه و عدمها.

فإن اتفقا على التسميه و اختلفا فى القدر فالقول قول منكر الزيادة، و هو الزوج، و عليه تحمل الروايه و هو مما لا إشكال فيه.

و إن اتفقا على عدم التسميه و اختلفا فى القدر، فإن كان بعد الدخول فالواجب مهر المثل فإن ادعت ما يوافق و أنكروه الزوج فالقول قولها مع اليمين، لموافق قولها هذا الظاهر، و لو كان قبل الدخول فالقول قوله فى إنكار الزيادة لو اختلفا فى فرض المهر و إن اختلفا فى القدر لاختلافهما فى التسميه و عدمها، فهى تدعى المائة و أنها مهر المثل و هو يدعى الخمسين و أنها المسمى، فالقول قولها مع اليمين لأصالة عدم التسميه.

و مما تقدم تعرف ضعف إطلاق كلام الأصحاب حيث إنه متين فى الاختلاف فى القدر بعد الاتفاق على التسميه، و غير متين فى غيره، و تعرف ضعف إطلاق كلام العلامه حيث إنه متين فى الاختلاف فى القدر بعد الاتفاق على عدم التسميه و بعد الدخول، و غير متين فى غيره.

(١) أى دون مهر المثل، و كذا عدم العقد على ما فوقه.

(٢) أى مهر المثل.

(٣) عن العقد كوطء الشبهه و وطء الزوج لزوجته مع تفويض بضعها.

ص: ٤٩٦

وفيه (١): أنّ الأصل (٢) مقدم على الظاهر عند التعارض (٣) إلا فيما ندر، و إنما يكون (٤) عوضاً عن وطء مجرد عن العقد، أو في مواضع خاصه (٥)، و لو كان النزاع قبل الدخول فلا اشتباه في تقديم قوله (٦).

و لو قيل بقبول قولها في مهر المثل فما دون مع الدخول (٧)، لتطابق الأصل (٨) و الظاهر (٩) عليه (١٠)، إذ الأصل عدم التسميه، و هو (١١) موجب له (١٢) حينئذ (١٣)، و الظاهر تسميته (١٤)، و عدم (١٥) قبوله قبله (١٦) لأصله البراءه (١٧)، (١) في احتمال العلامه.

(٢) و هو براءه ذمه الزوج من الزائد على ما يعترف به.

(٣) فكيف قدّم العلامه الظاهر على الأصل.

(٤) أى مهر المثل.

(٥) كما في تفويض البضع، و ليس مهر المثل هو الأصل حتى مع التسميه كما هو الظاهر من كلام العلامه.

(٦) أى قول الزوج، فلا- دخول يوجب مهر المثل، و الأصل معه من براءه ذمته مما تدعيه من زياده، فلا- يثبت في ذمته إلا- ما يعترف به.

(٧) عند اختلافهما في التسميه و عدمها. و عند اختلافهما في القدر بعد اتفاقهما على عدم التسميه.

(٨) و هو عدم التسميه فيما لو اختلفا في التسميه و عدمها.

(٩) لأن الظاهر هو عدم العقد على ما دونه و على ما فوقه فيما لو اتفقا على عدم التسميه و اختلفا في القدر.

(١٠) على مهر المثل.

(١١) أى عدم التسميه.

(١٢) لمهر المثل.

(١٣) أى حين الدخول.

(١٤) أى تسميه مهر المثل، و ذلك فيما لو اختلفا في القدر بعد الاتفاق على عدم التسميه.

(١٥) عطف على قوله السابق (بقبول قولها)، و المعنى و لو قيل: بعدم قبول قولها.

(١٦) قبل الدخول، بل يقبل قول الزوج فيه في ما يدعيه من المهر و أنه أقل من مهر المثل.

(١٧) أى براءه ذمه الزوج مما تدعيه من الزائد، و ذلك فيما لو اتفقا على عدم التسميه و اختلفا فى القدر.

ص: ٤٩٧

و عدم (١) التسميه كان حسنا.

نعم لو كان اختلافهما فى القدر بعد اتفاقهما على التسميه، قدّم قول الزوج مطلقا (٢).

و مثله (٣) ما لو اختلفا فى أصل المهر (٤)، أو ادعت الزوجه مهرا و لم يمكن الجواب من قبل الزوج (٥)، أو وارثه، لصغر (٦)، أو غيبه، و نحوهما (٧).

(و كذا) لو اختلفا (فى الصفه) (٨) كالجيد، و الردىء، و الصحيح، و المكسّر (١) أى و لأصالة عدم التسميه فيما لو اختلفا فى التسميه و عدمها.

(٢) قبل الدخول أو بعده.

(٣) أى و مثل اختلافهما فى القدر بعد اتفاقهما على التسميه.

(٤) بأن ادعت الزوجه أصل المهر، فقال الزوج: لا- مهر لك عندى من غير تعرض إلى القدر أو التسميه، فعن جماعه من الأصحاب تقديم قول الزوج قبل الدخول أو بعده، أما قبل الدخول فواضح لاحتمال التفويض، و أما بعد الدخول فتقديم قوله مشكل، لأن الدخول سبب لمهر المثل، إلا أن يوجّه كلامهم بأن العقد و الدخول لا يوجب ثبوت المهر فى ذمه الزوج لاحتمال كونه صغيرا معسرا فالمهر فى ذمه الأب، أو لاحتمال كونه عبدا فالمهر فى ذمه المولى، و مع هذا الاحتمال يقدم قوله مع اليمين لموافقته قوله براءة ذمته من أصل المهر، إلا أن لا يكون الزوج محتملا للأمرين المذكورين فالإشكال باق بحاله.

(٥) فلا تسمع دعواها، و هو فى معنى تقديم قول الزوج.

(٦) فى الزوج أو وارثه و كذا السبب الثانى من الغيبه.

(٧) كالموت.

(٨) لو اختلف فى صفه المهر كالصحيح و المكسّر، و الجيد و الردىء فالقول قول الزوج مع يمينه، سواء ما يدعيه بقدر مهر المثل أم أقل، و سواء كان مع الدخول أو قبله، لأصالة براءة ذمته مما تدعيه المرأه من الوصف الزائد.

هذا و قال فى المسالك: (و لو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف فى الصفه، لأن كلا منهما ينكر ما يدعيه الآخر، خصوصا مع تصريح كل منهما بكون ما يدعيه هو الذى وقع عليه العقد كان وجهها، فيثبت مهر المثل إلا أن يزيد عما تدعيه المرأه، أو ينقص عما يدعيه الزوج) انتهى.

وفيه: أنهما متفقان على ما يعترف به الزوج، و مختلفان على الصفه الزائده فتجرى قاعده اليمين على من أنكر.

فإنَّ القول قول الزوج مع اليمين، سواء كان النزاع قبل الدخول أم بعده، و سواء وافق أحدهما مهر المثل أم لا، لأنه (١) الغارم فيقبل قوله فيه (٢) كما يقبل في القدر (و في التسليم (٣) يقدم قولها) لأصالة عدمه (٤)، و استصحاب اشتغال ذمته هذا هو المشهور. و في قول الشيخ أنه بعد تسليم نفسها يقدم قوله استنادا إلى روايه، و هو (٥) شاذ.

(و في المواقع لو أنكرها) (٦) ليندفع عنه نصف المهر بالطلاق (يقدم قوله)، (١) اي الزوج.

(٢) في الاختلاف في الصفه.

(٣) لو اعترف الزوج بالمهر ثم ادعى تسليمه و أنكرت الزوجه، و لا- بينه للزوج فالقول قول الزوجه مع يمينها، لأصالة عدم التسليم، على المشهور.

و عن الشيخ في نفقات الخلاف، و هو المنسوب إلى ابن الجنيّد تقديم قولها قبل الدخول لأصالة عدم التسليم، و أما بعد الدخول فالقول قوله مع يمينه لخبر الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر و قال: قد أعطيتك، فعليها بينه و عليه اليمين) (١)، و هي مردوده أو محموله على ما لو كانت العاده بتقديم المهر قبل الدخول، بحيث يكون الظاهر حينئذ أقوى من الأصل، فقوله بالتسليم موافق للظاهر المقدم على الأصل الموافق لقولها، و هذا خروج من محل النزاع، إذ النزاع في التسليم و عدمه مع وجود هذا الظاهر.

(٤) عدم التسليم.

(٥) أي قول الشيخ.

(٦) أي الزوج، لو خلا- الزوج بزوجه خلوه خاليه عن موانع الوقاع فادعت المواقع و الدخول، و أنكر الزوج ذلك ليندفع عنه نصف المهر لو طلق، فعلى المشهور أن القول قوله مع يمينه لأصالة عدم المواقع، و عن الشيخ في النهايه و التهذيبيين القول قول المرأه مع يمينها عملا بشاهد الحال من الخلوه بها فيكون قولها موافقا للظاهر.

و الأقوى تقديم الأصل على الظاهر، لأن وجود القدره عند الزوجين على الدخول مع توفر الداعي عندهما، و انتفاء الصارف و المانع لا يجعل الدخول معلوما بل هو مظنون و الأصل عدمه.

ص: ٤٩٩

لأصالة عدمها (١).

(و قيل: قولها مع الخلوه التامه) التي لا مانع معها (٢) عن الوطاء شرعا، و لا عقلا، و لا عرفا. (و هو قريب) عملا بالظاهر من حال الصحيح (٣) إذا خلا بالحليلة، و للأخبار (٤) الداله على وجوب المهر بالخلوه التامه بحملها على كونه دخل بشهاده الظاهر (٥).

و الأشهر الأول ترجيحا للأصل.

و حكم اختلاف ورثتهما، أو أحدهما (٦) مع الآخر (٧) حكمه (٨).

الفصل السابع – فى العيوب و التدليس

اشاره

(الفصل السابع – فى العيوب و التدليس (٩)

العيوب المجوزه لفسخ النكاح خمس

(و هى) أى العيوب المجوزه لفسخ النكاح على الوجه الذى يأتى (فى الرجل)، بل الزوج مطلقا (١٠) (خمس: الجنون (١١)). (١) عدم المواقعه.

(٢) مع الخلوه التامه.

(٣) أى الزوج الصحيح القادر.

(٤) و قد تقدمت فى بحث استقرار المهر بالدخول لا بالخلوه (١).

(٥) و هى محموله على التقية لموافقتها قول أبى حنيفه و كثير من العامه كما فى الجواهر.

(٦) أى ورثه أحدهما.

(٧) مع الطرف الآخر من الزوجين.

(٨) أى حكم اختلاف نفس الزوجين.

(٩) التدليس تفعيل من الدلس، و هو الظلمه، و أصله من المخادعه، كأن المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع و قد كتم عليه عيبه أتاه فى الظلمه و خدعه.

و الفرق بينه و بين العيب أن التدليس إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، و أما العيب فهو نقصان صفه فى

العين.

(١٠) وإن كان صغيراً.

(١١) بلا خلاف فيه للأخبار.

ص: ٥٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب المهور حديث ٢ و ٣ و ٤.

(و الخصاء) (١) بكسر الخاء مع المدّ، و هو سلّ الانثيين و إن أمكن الوطء (و الجب) (٢) -منها: خبر على بن أبي حمزه (سئل أبو إبراهيم عليه السّلام عن امرأه يكون لها زوج قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون، قال: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إنما يرذّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) ٢.

(١) بالكسر و المد و هو سلّ الأنثيين أى إخراجهما فالمشهور على أنه عيب تتسلط به المرأة على فسخ العقد للأخبار.

منها: صحيح ابن مسكان (بعثت بمسأله مع ابن أعين قلت: سله عن خصى دلّس نفسه لامرأه فدخل بها فوجدته خصيا؟ قال: يفرق بينهما و يوجع ظهره، و يكون لها المهر لدخوله عليها) (٢)، و موثق ابن بكير عن أحدهما عليهما السّلام (فى خصى دلّس نفسه لامرأه مسلمه فتزوجها، فقال: يفرّق بينهما إن شاءت المرأة، و يوجع رأسه و إن رضيت به و أقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه) (٣) و مثلها غيرها و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط عدم كون الخصاء عيبا، لأن الخصى يولج بل ربما كان أبلغ من الفحل لعدم فتوره، إلا- أنه لا- ينزل و هو ليس بعيب، بعد حمل الأخبار المتقدمه على تدليس الرجل بأنه فحل مع أنه خصى.

(٢) المشهور على أن الجب من العيوب الموجبه للفسخ، و قد تردد المحقق فى الشرائع، و منشأ تردده عدم ورود النص الخاص فيه و مقتضى القاعده لزوم العقد، و مع ذلك فيستدل للمشهور بإطلاق صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال عليه السّلام: نعم إن شاءت) (٤)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السّلام:

نعم إن شاءت) ٦ فهما شاملان للمجبوب كما يشملان العنين لعدم القدره على الجماع فيهما، أو فقل أن عدم القدره على الجماع قد يكون لعدم انتشار العضو كما فى العنين كذلك قد يكون لانتفاء العضو كما فى المجبوب.

هذا و يشترط فى المجبوب أن لا يبقى له ما يمكن من الوطء و لو مقدار الحشفه، لأن-

ص: ٥٠١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٦ و ١.

و هو قطع مجموع الذكر، أو ما لا يبقى معه قدر الحشفه،(و العنن) (١) و هو مرض يعجز معه عن الايلاج، لضعف الذكر عن الانتشار،(و الجذام) (٢) بضم الجيم، -الوطء يحصل بمقدار ذلك فلا يكون غير قادر على الجماع فيخرج عن الأخبار المتقدمه، و من ثم ترتب عليه أحكامه من وجوب الغسل و المهر و الحد و غير ذلك من الأحكام.

(١)بالفتح و هو الضعف المخصوص بالعضو، بمعنى عدم انتشار العضو، و الاسم العنه بالضم، و يقال للرجل إذا كان كذلك عَنِين كسكين، و هو من جمله العيوب التي تتسلط المرأه به على فسخ العقد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت) (١) و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبدا أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت) (٢) و مثلها غيرها.

(٢)المشهور أنه لا يردّ الرجل بغير الأربعة المتقدمه من الجنون و الخصاء و الجب و العنن، و عن ابن الجنيد و القاضى و العلامه فى المختلف و الشارح و جماعه من المتأخرين أنه يردّ بالجذام و البرص، لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) (٢) و هو متناول بإطلاقه الرجل و المرأه، و لأن ثبوتها عيب فى المرأه بالاتفاق ففى الرجل بطريق أولى، لأن للرجل وسيله للتخلص منهما بالطلاق فلو ثبتا فى الرجل لما كان لها طريق للتخلص إلا الخيار، و لحصول الضرر منهما بالعدوى باتفاق الأطباء و أهل المعرفه و لذا ورد فى الجذام (فرّ من المجذوم فرارك من الأسد) (٣) و المشهور على العدم لأصالة لزوم العقد فلا يثبت الخيار إلا بدليل يقتضيه، و لا دليل فى غير الأربعة المتقدمه، و لخبر غياث الضبى عن أبي عبد الله عليه السلام (فى العنين إذا علم أنه عنين لا يأتى النساء فزق بينهما، و إذا وقع عليها وقع واحد لم يفرق بينهما، و الرجل لا يردّ من عيب) (٤)، و ذيله العام حجه لا يرفع اليد عنه إلا بمقدار ما دل الدليل على فسخ المرأه لعيوب الرجل، و لم يدل الدليل إلا على الأربعة المتقدمه.

و فيه: إن التمسك بلزوم العقد مدفوع بعموم صحيح الحلبي، و أما خبر غياث فقد قال -

ص: ٥٠٢

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١ و ٦.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

٣- (٤) سفينه البحار ج ١ ص ١٤٧.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٢.

و هو مرض يظهر معه يبس الأعضاء و تناثر اللحم (على قول) القاضى و ابن الجنيد، و استحسنة فى المختلف و قواه المحقق الشيخ على، لعموم قول الصادق عليه السّلام فى صحيحه الحلبي: «إنما يرّد النكاح من البرص، و الجذام، و الجنون و العفل» فإنّه عام فى الرجل و المرأة، إلا ما أخرجه الدليل، و لأدائه (١) إلى الضرر المنفى فإنّه من الأمراض المعدية باتفاق الأطباء و قد روى أنه صلّى الله عليه و آله و سلّم قال:

«فرّ من المجذوم فرارك من الأسد» فلا بد من طريق إلى التخلص و لا طريق للمرأة إلا الخيار، و النص و الفتوى الدالان على كونه (٢) عيبا فى المرأة - مع وجود وسيله الرجل إلى الفرقة بالطلاق - قد يقتضيه (٣) فى الرجل بطريق أولى.

و ذهب الأكثر إلى عدم ثبوت الخيار لها به (٤) تمسكا بالأصل (٥)، و لروايه غياث الضبى عن أبى عبد الله عليه السّلام «الرجل لا يرّد من عيب» فإنّه يتناول محل النزاع.

و لا يخفى قوه القول الأول (٦)، و رجحان روايته (٧)، لصحتها، و شهرتها مع ما ضم إليها (٨) و هى (٩) ناقله عن حكم الأصل.

-الشارح فى المسالك: (و أما الاستناد إلى خبر غياث الضبى فى مثل هذه المطالب كما اتفق لجماعه من المحققين فمن أعجب العجائب، لقصوره فى المتن و السند، أما السند فلأن غياثا هذا لا يعرف فى كتب الرجال بحال، فكيف يجعل حديثه ممسكا فى هذه الأحكام، بل معارضا بغيره من الأخبار خصوصا الصحيح منها، و أما المتن فلاقتضائه نفى رد الرجل من عيب أصلا و هو خلاف إجماع المسلمين) انتهى.

(١) أى الجذام.

(٢) أى كون الجذام.

(٣) أى يقتضى كون الجذام عيبا.

(٤) أى عدم ثبوت الخيار للزوجه بجذام الرجل.

(٥) و هو أصاله للزوم فى العقود.

(٦) و هو أن الجذام عيب.

(٧) أى روايه القول الأول و هى صحيح الحلبي المتقدم.

(٨) و هو نفى الضرر بعد كون الجذام فى الرجل ضررا عليها لسريانه.

(٩) أى روايه القول الأول، و هى صحيح الحلبي.

و اعلم أن القائل بكونه (١) عيباً في الرجل الحق به البرص، لوجوده معه (٢) في النص الصحيح (٣)، و مشاركته له (٤) في الضرر و الإضرار و العدوى فكان ينبغي ذكره معه (٥).

(١) بكون الجذام.

(٢) أى لوجود البرص مع الجذام.

(٣) و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٤) أى و مشاركته البرص للجذام.

(٥) أى فكان ينبغي على المصنف ذكر البرص مع الجذام، هذا و أعلم أن البرص مرض معروف، و بسببه يحدث في البدن تغير لونه إلى السواد أو البياض، لأن سببه قد يكون غلبه السوداء فيحدث الأسود، و قد يكون غلبه البلغم فيحدث الأبيض، و المعتبر منه ما يتحقق به اسمه كالجذام، ثم قد يشبهه البرص بالبهق، لأنه يشبهه في القسمين و السبيين، و الفرق بينهما أن البرص يكون غائصاً الجلد و اللحم، و البهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غور، و قيل بأنه إذا غرز فيه الإبره فإن خرج منه دم فهو بهق، و إن خرجت منه رطوبه بيضاء فهو برص، و مع الاشتباه لا بد من الرجوع إلى الأطباء و أهل المعرفة في ذلك.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالمنسوب إلى القاضى و الاسكافى أن العمى في الرجل من العيوب الموجه لتسلط المرأة على الفسخ، لأن العمى من العيوب في المرأة الموجه لتسلط الفسخ للرجل ففي الرجل أولى، لأن للرجل التخلص بالطلاق، و فيه: أنه محض أولويه عقلية مندرجه في القياس المحرّم.

و من جهه ثالثة فالمنسوب إلى الاسكافى إضافة العرج و الزنا على عيوب الرجل، أما العرج في الرجل فلأن العرج في المرأة من العيوب، و يردده أنه قياس محض، و أما الزنا فلخبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن رجل تزوج بامرأة فلم يدخل بها فزنا، ما عليه؟ قال عليه السلام: يجلد الحد و يحلق رأسه، و يفرق بينه و بين أهله و ينفى سنه) (١)، و خبر طلحة بن زيد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام (قرأت في كتاب على عليه السلام أن الرجل إذا تزوج المرأة فزنا قبل أن يدخل بها لم تحل له، لأنه زان و يفرّق بينهما و يعطيها نصف المهر) ٢.

و يردده أنها معارضه بأخبار أخرى.

ص: ٥٠٤

(و لا- فرق بين الجنون المطبق) (١) المستوعب لجميع أوقاته (٢)،(و غيره) و هو الذى ينوب (٣) أدوارا (٤)،(و لا بين) الحاصل (قبل العقد و بعده) (٥) سواء (وطء أو) -منها: صحيح رفاعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزنى قبل أن يدخل بأهله أ يرجم؟ قال: لا، قلت: أ يفرق بينهما إذا زنا قبل أن يدخل بها؟ قال: لا)(١).

(١) من أطبق الجنون إذا دام.

(٢) أى أوقات المجنون.

(٣) أى يأتى.

(٤) قد تقدم الدليل على كون الجنون عيبا فى الرجل، و هو مطلق يشمل الأدوارى و الاطباقي، لصدق الجنون عليهما و لا فرق فى الأدوارى بين كونه قد يعقل أوقات الصلاة أو لا، هذا و اعلم أن الجنون مرض فى العقل يقتضى فساد و تعطيله عن أفعاله و أحكامه و لو فى بعض الأوقات، من الجنان أو الجن بالكسر أو الجن بالفتح، فالمجنون من أصيب جنانه أى قلبه، أو أصابته الجن، أو حيل بينه و بين عقله فستر عقله، و لا عبره بالسهو الكثير السريع الزوال، و لا الاغماء لعدم صدق الجنون عرفا عليهما.

(٥) قد تقدم الدليل على كون الجنون عيبا فى الرجل، و اعلم أنه لا خلاف فى كونه عيبا و إن كان ادوارا سواء كان سابقا على العقد أو تجدد بعده، قبل الوطء أو بعده إذا كان لا يعقل أوقات الصلاة، و أما إذا كان يعقل فإن كان قبل العقد أو مقارنا له فالمعروف ما عدا ابن حمزه الفسخ أيضا، و إن تجدد بعد العقد فعن أكثر المتقدمين عدم الفسخ، لمرسل الفقيه (و روى أنه إن بلغ به الجنون مبلغا لا- يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما فإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد بليت)(٢) ، و الفقه الرضوى (إذا تزوج الرجل فأصابه بعد ذلك جنون، فبلغ به مبلغا حتى لا يعرف أوقات الصلاة فرّق بينهما، و إن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت)(٣) ، و هما ظاهران فى أن الجنون المتجدد لا- يوجب الفسخ إلا مع عدم معرفه أوقات الصلاة.

و عن أكثر المتأخرين أن المتجدد يوجب الفسخ و إن عرف معه أوقات الصلاة لإطلاق صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل)(٤) و مثله غيره، بعد عدم حجيه الرضوى و ضعف مرسل الفقيه.

ص: ٥٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

(لا) (١)، لإطلاق النص (٢) بكونه عيبا صادقا لجميع ما ذكر، لأنَّ الجنون فنون، و الجامع لها (٣) فساد العقل على أى وجه كان.

و فى بعض الأخبار تصريح بجواز فسخها (٤) بالحادث منه (٥) بعد العقد (٦).

و قيل: يشترط فيه (٧) كونه بحيث لا يعقل أوقات الصلاة.

و ليس عليه دليل واضح (٨).

(و فى معنى الخصاء الوجاء) بكسر أوله و المدّ، و هو رضّ الخصيتين بحيث تبطل قوتهما (٩)، بل قيل (١٠): إنّه من أفراد الخصاء فيتناوله نصه (١١)، أو يشاركه (١٢) فى العله (١٣) المقتضيه للحكم، (و شرط الجب أن لا يبقى قدر) (١) لإطلاق أدله كون الجنون عيبا فى الرجل.

(٢) و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٣) لفنون الجنون.

(٤) فسخ المرأة.

(٥) من الجنون.

(٦) و هو خبر على بن أبى حمزه المتقدم (سئل أبو إبراهيم عليه السّلام عن امرأه يكون لها زوج و قد أصيب فى عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون؟ قال عليه السّلام: لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت) (١)، و التصريح بكون الجنون بعد العقد قد ورد فى كلام السائل لا فى كلام المعصوم، فلا يعارض ما دل على أن الجنون مطلقا عيب.

(٧) فى الجنون المتجدد بعد العقد كما عليه أكثر المتقدمين، أو فى مطلق الجنون المتجدد بعد العقد و السابق كما عليه ابن حمزه.

(٨) بل عليه دليل إلا أنه ضعيف السند لا يصلح لمعارضه غيره.

(٩) فهما فى منزله العدم، فلذا كان الوجاء فى معنى الخصاء.

(١٠) و حكاه سيد الرياض عن بعض أهل اللغة.

(١١) أى يتناول الوجاء نص الخصاء بناء على أنه من أفراد.

(١٢) أى يشارك الوجاء الخصاء بناء على أنه فى معناه.

(١٣) وهى عدم قوه الخصيتين.

ص: ٥٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(الحشفه) (١) فلو بقي قدرها فلا خيار، لإمكان الوطء حينئذ (٢).

(و شرط العتّه) بالضم (أن يعجز عن الوطء في القبل و الدبر منها (٣) و من) (١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) حين بقاء قدر الحشفه، و يترتب على الوطء حينئذ أحكامه.

(٣) من الزوجه، قد تقدم الدليل على كون العنن من عيوب الرجل، و يثبت الفسخ به مع تقدمه على العقد بالاتفاق، و كذا لو تجدد قبل الوطء على المشهور لتناول النص له كصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنن يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت) (١).

و عن المحقق الثاني أنه يلوح من عبارته المبسوط عدم ثبوت الخيار به، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

ثم لو تجدد بعد الوطء فلا فسخ، للأصل من لزوم العقد، و لخبر غياث الضبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في العنن إذا علم أنه عنين لا- يأتي النساء فزق بينهما و إذا وقع عليها دفعه واحده لم يفزق بينهما) ٢، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه - امرأته - مره واحده ثم أخذ عنها فلا- خيار لها) (٢)، هذا على الأ-كثر، و عن المفيد و جماعه أن لها الفسخ، للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس عن الوطء.

و العنن هو من يعجز عن الوطء مطلقا بلا فرق بين زوجته و غيرها، فلو كان قادرا على وطء غير الزوجه دونها فليس بعنن على المشهور، لخبر غياث المتقدم (إذا علم أنه عنين لا- يأتي النساء فزق بينهما) ٤ و موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها، فقال عليه السلام: إذا كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك، و إن كان يقدر على غيرها فلا بأس بإمسكها) ٥.

و عن ابن زهره و هو الظاهر من المفيد على ما قيل، المعتبر في صدق العنن عدم إتيانه زوجته و لا عبره بغيرها لصحيح علي بن رئاب عن أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فزق بينهما) (٣) حيث جعل المدار على الوصول إلى زوجته، و فيه: أنه وارد في مقام ادعاء-

ص: ٥٠٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤ و ٢ و ٣.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(غيرها) فلو وطأها في ذلك النكاح و لو مره، أو وطء غيرها فليس بعين.

و كذا لو عجز عن الوطء قبلا- و قدر عليه دبرا عند من يجوزه (١) لتحقق القدره المنافيه للعنه، و مع تحقق العجز عن ذلك أجمع فإنما تفسخ (بعد رفع أمرها إلى الحاكم و أنظاره سنه) (٢) من حين المرافعه، فإذا مضت أجمع، و هو عاجز عن الوطء في الفصول الأربعة جاز لها الفسخ حيثئذ (٣)، و لو لم ترفع أمرها إليه (٤) و إن كان (٥) حياء فلا خيار لها.

-الزوجه أنه لم يقربها مع إنكار الزوج ذلك، و هو لا يدل على صدق العنن بعدم مقاربتها و إن أمكن له إتيان غيرها من النساء.

ثم لما كانت العنه هي المرض المقتضى للعجز عن الايلاج فلو عجز عن وطئها قبلا فقط حيث يجوز غيره فلا عجز و لا عنه و إن حصل الضعف في الجملة.

(١) أي الوطء في الدبر.

(٢) إذا ثبت خيار الفسخ للزوجه بسبب عنن زوجها، فإن صبرت فلا- كلام، بلا خلاف فيه، لأنه حق قابل للإسقاط، و لمرسل الفقيه (متى أقامت المرأة مع زوجها بعد ما علمت أنه عنين و رضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا) (١).

و إن رفعت أمرها إلى الحاكم أجله سنه من حين المرافعه بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت) ٢، و خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنه من يوم ترافعه امرأته، فإن خلص إليها و إلا فزق بينهما، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار، و لا خيار لها) ٣، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (كان يقضى في العنين أنه يؤجل سنه من يوم ترافعه المرأة) (٢).

و علل أيضا بأن تعذر الجماع قد يكون لعارض حراره فيزول في الشتاء، أو بروده فيزول في الصيف، أو يبوسه فيزول في الربيع، أو رطوبه فيزول في الخريف.

(٣) حين مضى السنه مع عجزه عن الوطء.

(٤) أي إلى الحاكم.

(٥) أي عدم رفع أمرها إلى الحاكم.

ص: ٥٠٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ٥ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٢.

وإنما احتيج إلى مضي السنه هنا (١)، دون غيره من العيوب، لجواز كون تعذر الجماع لعارض حراره فيزول في الشتاء، أو بروده فيزول في الصيف، أو رطوبه فيزول في الخريف، أو يبوسه فيزول في الربيع.

(و شرط الجذام تحققه) (٢) بظهوره على البدن، أو بشهاده عدلين، أو تصادقهما (٣) عليه، لا- مجرد ظهور أماراته من تعجر (٤) الوجه، و احمراره، أو اسوداده، و استداره العين، و كمودتها (٥) إلى حمرة، و ضيق النفس، و بحه (٦) الصوت، و نتن العرق، و تساقط الشعر فإنّ ذلك قد يعرض من غيره.

نعم مجموع هذه العلامات قد يفيد أهل الخبره به حصوله و العمده على تحققه كيف كان.

في ما لو تجددت هذه العيوب

(و لو تجددت) هذه العيوب (٧) غير الجنون (٨) (بعد العقد (٩) فلا فسخ) تمسكا (١) في العنن.

(٢) الجذام مرض يخفى أمره قبل استحكامه، و لما كان الخيار فيه على خلاف أصاله اللزوم في العقود فيشترط في ثبوت الخيار صدق اسم الجذام حينئذ، فإذا تحقق وجود هذا المرض بتناثر اللحم و سقوط بعض الأطراف كالأنف فلا إشكال فيه، و إلا فمجرد ظهور علاماته من ضيق النفس و بحه الصوت و كموده العينين إلى حمرة و نحو ذلك مما يرجع فيه إلى الأطباء و أهل الخبره، و يشترط فيهم العدالة و الذكوره و التعدد كغيرها من الشهادات، أو حصول الشيع المفيد للعلم أو الاطمئنان إن لم يكن المخبر بذلك الوصف.

(٣) أي الزوجان.

(٤) التعجر الغلظه و السمنه و الضخامه.

(٥) الكموده التغيير.

(٦) و هي غلظه في الصوت.

(٧) أي عيوب الرجل.

(٨) تقدم البحث في الجنون المتجدد بعد العقد، و أنه لا- يوجب الفسخ عند أكثر المتقدمين، و أنه يوجب الفسخ عند أكثر المتأخرين، هذا إذا كان يعقل أوقات الصلاه، و أما إذا لم يعقل أوقات الصلاه فالمعروف هو الفسخ به إلا عن ابن حمزه.

(٩) أما في العنه فلو تجددت بعد العقد و الوطء فلا فسخ كما عليه الأكثر، لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: من أتى امرأه - امرأته - مره واحده، ثم -

-أخذ عنها فلا خيار لها(١) و مثله غيره، و خالف المفيد و جماعه بأن لها الفسخ للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس عن الوطء، و قد تقدم بحثه و تقدم أن العن الحادث بعد العقد قبل الوطء كالسابق على العقد في عيب يوجب الفسخ على المشهور لتناول صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت، و إن شاءت أقامت)(٢)، و عن المحقق الثاني أنه يلوح من عبارته المبسوط عدم ثبوت الخيار به، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

و أما الجذام فالخلاف مبني، فمن قال بأنه عيب فقد جعله عيبا سواء كان سابقا على العقد أو متجددا بعده، قبل الدخول أو بعده لعموم صحيح الحلبي (إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل)(٣) و مع هذا العموم لا يصح التمسك بأصالة لزوم العقد و الاستصحاب. و من قال بأنه ليس بعيب فهو لا يوجب الفسخ سواء سبق على العقد أو تجدد بعده، بلا فرق في المتجدد ما لو كان قبل الدخول أو بعده.

و لا يبقى إلا- الخصاء و الجب، أما الخصاء فظاهر الأخبار المتقدمه كونه عيبا إذا كان موجودا قبل العقد، لاشتمالها على أن الرجل قد دلس نفسه فتبين أنه خصي، و أما المتجدد بعد العقد فإن كان بعد الدخول فلا يثبت به فسخ استصحابا للزوم العقد و عدم تناول النصوص له، و كذا لو كان قبل الدخول، و قال سيد الرياض (و يقتصر فيه بمورده، و هو سبق العيب العقد لظاهر لفظ التدليس فيه، و هو أصح الأقوال، و ربما قيل بإطلاق ثبوت الخيار و لو تجدد بعد الدخول، و ربما فصل فأثبت في المتجدد قبله و نفى في المتجدد بعده، و لا يساعدهما النصوص مع معارضتهما بالأصل السالم - أي أصالة لزوم العقود - عن المعارض) انتهى.

و أما الجب فقد عرفت عدم النص فيه بخصوصه إلا التمسك بعموم الأخبار الوارده في العنين حيث أثبتت الفسخ لعدم قدرته على الجماع، و هذا ما يشمل المجبوب، و على القول بكونه عيبا فالقدر المتيقن منه ما لو كان سابقا على العقد، و لو حدث الجب بعد العقد قبل الوطء أو بعده فلا- فسخ كما عن جماعه منهم ابن إدريس و الفاضل في الارشاد و موضع من التحرير و الشيخ في الخلاف و موضع من المبسوط، لأصالة اللزوم.-

ص: ٥١٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤.

بأصالة لزوم العقد، واستصحابا لحكمه (١) مع عدم دليل صالح على ثبوت الفسخ.

وقيل: يفسخ بها مطلقا (٢)، نظرا إلى إطلاق الأخبار (٣) بكونها عيوباً الشامل لموضع النزاع.

وما ورد منها (٤) مما يدل على عدم الفسخ بعد العقد غير مقاوم لها (٥) سندا، و دلالة (٦)، و لمشاركه (٧) ما بعد العقد لما قبله في الضرر المنفى.

و فضل آخرون فحكموا بالفسخ قبل الدخول، لا بعده استنادا إلى خبرين (٨) لا ينهضان حجه، و توقف في المختلف. و له وجه.

(و قيل) و القائل الشيخ: (لو بان) الزوج (خثنى فلها (٩) الفسخ)، و كذا -و عن القاضى و الفاضل فى التلخيص و موضع من التحرير أنه عيب يوجب الفسخ لو حدث بعد الوطء كما لو حدث قبله، بل عن المبسوط نفى الخلاف فيه بيننا و بين غيرنا، لقاعده الضرر و شمول صحيحى أبى بصير و الكنانى المتقدمين لما بعد العقد، ففى صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن امرأه ابتلى زوجها فلا- يقدر على جماع أ تفارقه؟ قال عليه السلام: نعم إن شاءت) (١٠) و مثله الصحيح الآخر ٢، و أشكل عليه بأن الجب متحد مع العن دليلا، مع أن العن لا يوجب الفسخ بعد الوطء، و لذا ذهب بعضهم إلى أن الجب عيب بعد العقد و قبل الدخول، و إلا فلا.

(١) من اللزوم.

(٢) سواء تقدم العيب على العقد أو لا، و سواء كان قبل الوطء أم بعده، على البيان المتقدم فى الخصاء و الجب و أما البقية فلم ترد فيها هذه التفصيلات التى أوردتها الشارح هنا.

(٣) و هى الأخبار التى استدلت بها على كون الجب عيبا.

(٤) من الأخبار، و هى الأخبار الواردة فى العن حيث رفعت الفسخ بعد الوطء.

(٥) للأخبار الداله على الفسخ بإطلاقها.

(٦) لأن اتحاد الجب مع العن دليلا، لا يلزم منه المشاركة حكما.

(٧) دليل ثان على مطلق الفسخ بهذه العيوب.

(٨) لم أعتز عليهما، بل البحث كما تقدم أن الخلاف فيه وارد فى كل عيب على حده، و ليس البحث و الخلاف واردا فى الجميع على نسق واحد كما فعله الشارح هنا.

(٩) للزوجه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٦ و ١.

العكس (١).

(و يضعف بأنه إن كان مشكلا فالنكاح باطل) لا يحتاج رفعه إلى الفسخ، (و إن كان محكوما (٢) بذكوريته) بإحدى العلامات الموجبه لها (٣) (فلا وجه للفسخ، لأنه (٤) كزياده عضو (٥) فى الرجل)، و كذا لو كان (٦) هو الزوجه و حكم بأنوثيتها (٧)، لأنه (٨) حينئذ كالزياده فى المرأه، و هى (٩) غير مجوزه للفسخ على التقديرين (١٠).

و ربما قيل (١١): إن موضع الخلاف ما لو كان محكوما عليه بأحد القسمين (١٢).

(١) بأن بانث الزوجه خنثى فللزواج الفسخ، فعن أكثر من واحد أنه لا عيب و ليس للطرف الآخر الفسخ لأصالة اللزوم فى العقود بعد حصر عيوب الرجل فيما تقدم، و يكون الزائد فى الرجل الخنثى كالثقبه الزائده، و الزائد فى المرأه الخنثى كالإصبع الزائده.

و عن الشيخ فى موضع من المبسوط أنه عيب يوجب التسلط على الفسخ للنفره، و هو تحكم واضح مع عدم الدليل عليه و إمكان الوطء الذى هو المقصود من النكاح، و لذا صرح الشيخ فى موضع آخر من المبسوط بعدم كونه عيبا.

و موضع الخلاف ما إذا كان محكوما له بالذكوريه و الأنوثيه و قد صرح الشيخ فى المبسوط كما فى المسالك بكون الخلاف فى الخنثى الواضح، أما لو كان مشكلا فالنكاح باطل من أصله لعدم العلم بحصول شرطه من تحقق الرجوليه أو الأنوثيه فى طرف الخنثى المشكل، فالأصل بقاء البضع بحاله من الحرمة على ما كان عليه قبل العقد.

(٢) أى الزوج.

(٣) للذكوريه.

(٤) أى الزائد فى الرجل الخنثى.

(٥) و هو زياده ثقبه، فهى كزياده إصبع مثلا.

(٦) أى الخنثى.

(٧) بإحدى العلامات الموجبه لها.

(٨) أى الزائد فيها.

(٩) أى الزياده فى الرجل و المرأه.

(١٠) أى فى الرجل و المرأه.

(١١) و القائل هو نفس الشيخ فى المبسوط على ما فى المسالك كما تقدم.

(١٢) من الذكوريه أو الأنوثيه، أو فقل: إن موضع الخلاف في الخنثى الواضح.

ص: ٥١٢

و وجه الخيار (١) حينئذ (٢) أنّ العلامة الداله عليه (٣) ظنيه لا- تدفع النفره و العار عن الآخر. و هما ضرران منفيان، و فيه: أنّ مجرد ذلك غير كاف في رفع ما حكم بصحته (٤) و استصحابه (٥) من غير (٦) نص.

و ربما منع من الأمرين (٧) معاً، لأن الزائد هنا بمنزله السلعه (٨) و الثقبه (٩) و هما لا يوجبان الخيار.

و الظاهر أنّ الشيخ فرضه (١٠) على تقدير الاشتباه (١١)، لا الوضوح، لأنه (١٢) حكم في الميراث بأنّ الخنثى المشكل لو كان زوجاً، أو زوجه أعطى نصف النصيين (١٣)، لكنه (١٤) ضعيف جداً فالمبنيّ عليه (١٥) أولى بالضعف.

(١)الذى ذهب إليه الشيخ.

(٢)حين كون الخنثى واضحاً في أى القسمين.

(٣)على الخنثى الواضح.

(٤)من العقد.

(٥)أى استصحاب العقد الصحيح.

(٦)متعلق بقوله: (أن مجرد ذلك).

(٧)و هما النفره و العار.

(٨)بالكسر، زياده في البدن كالغده، و هذا الزائد في المرأه الخنثى.

(٩)و هذا زائد في الرجل الخنثى.

(١٠)أى فرض الحكم بالخيار.

(١١)أى في الخنثى المشكل لا- في الخنثى الواضح، و هذا على خلاف تصريحه في المسالك حيث قال: (و الشيخ صرح في المبسوط بكون الخلاف في الخنثى الواضح، لأنه قال في الموضوعين: لو بان الخنثى و حكم بأنه ذكر فهل لها الخيار أم لا، لكنه ذكر في ميراث الخنثى أنه لو كان زوجاً أو زوجه أعطى نصف النصيين، فبنى بعضهم حكمه هنا عليه، إلا- أنه ضعيف جداً فالمبنيّ عليه كذلك، و فرضه في الواضح أوضح انتهى).

(١٢)أى الشيخ.

(١٣)و هذا كاشف عن صحه الزوجيه، و في هذا يمكن البحث عن ثبوت الخيار و عدمه.

(١٤)الحكم بصحه الزوجيه ضعيف جداً، لما تقدم من بطلان النكاح من رأس.

(١٥) من الحكم بأخذ نصف النصيين، أو الحكم بالخيار هنا، وهو أولى بالضعف، لأنه مبني على الضعيف.

ص: ٥١٣

(و عيوب المرأة تسعه (١): الجنون (٢)، و الجذام، و البرص (٣)، و العمى (٤)، و الاقعاد (٥)، (١) على خلاف في بعضها كما سيأتي.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل) (١)، و خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (ترد المرأة من العفل و البرص و الجذام و الجنون، و أما ما سوى ذلك فلا) (٢)، و صحيح عبد الرحمن عن أبي عبد الله عليه السلام (المرأة تردّ من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا) (٣) و مثلها غيرها، و قد تقدم معنى الجنون.

(٣) بلا خلاف فيهما في المرأة لما تقدم من الأخبار الواردة في عيب جنون المرأة.

(٤) على المشهور لصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال عليه السلام: تردّ على وليها) (٤)، و موثق ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (تردّ البرصاء و العمياء و العرجاء) (٥)، و عن الشيخ في المبسوط عدم كونه عيبا، و هو ضعيف.

(٥) لم يختلف في الاقعاد و إنما اختلف في العرج الموجب له، هذا و اعلم أنه قد وقع الخلاف بينهم في العرج على أقوال:

الأول: ذهب الأَكْثَر إلى أن مطلق العرج عيب لصحيح داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يتزوج المرأة فيؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: تردّ على وليها) (٦)، و موثق ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (تردّ البرصاء و العمياء و العرجاء) (٧).

الثاني: أنه عيب بشرط كونه بينا كما عن ابن إدريس و العلامة في المختلف و التحرير، لأن العرج اليسير لا يعدّ عيبا عادة، و إطلاق الخبرين المتقدمين يدفعه.

الثالث: أنه عيب بشرط بلوغه حد الاقعاد، كما عن المحقق و العلامة في القواعد، و معناه أنه يبلغ حدا يعجز معه عن المشي، و الحامل لهم على هذا التقييد أمران:

أحدهما: استبعاد كون مطلق العرج عيبا موجب للخيار.

ص: ٥١٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ٢ و ١ و ٩ و ١٢.

٢- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٩ و ١٢.

-الثانى: ورود كون الزمانه عيبا كما فى صحيحه داود بن سرحان المتقدمه عن أبى عبد الله عليه السّلام (و إن كان بها زمانه لا يراها الرجال أجزيت شهاده النساء عليها)(١) و ظاهرها أن الرد منوط بالزمانه، و كذا صحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها؟ فقال عليه السّلام: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفصاه، و من كان بها زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها بغير طلاق)(٢).

و فيه: أن مفهوم الزمانه مغاير لمفهوم العرج، و مقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيبا برأسه، بل الظاهر أن الزمانه أمر خفى لا يطلع عليه الرجال و العرج ليس كذلك، و لذا جعل الصدوق كلا منهما عيبا و إن أثبت الخيار بالزمانه دون العرج.

فى أصل المسأله: عدم كون العرج عيبا كما عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و القاضى فى المهذب و الصدوق فى المقنع للحصر المستفاد من صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام و الجنون و العفل)(٣)، و صحيح عبد الرحمن البصرى (و ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون، فأما ما سوى ذلك فلا)٤، و خبر رفاعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (ترد المرأه من العفل و البرص و الجذام و الجنون، فأما ما سوى ذلك فلا)٥.

و فيه: أن الحصر إضافى للجمع بين الأخبار.

(١) بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السّلام (إنما ترد المرأه من أربعة أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا)(٤)، و خبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل تزوج امرأه فوجد بها قرنا، قال عليه السّلام: لا تحبل و ينقبض زوجها عن مجامعتها ترد على أهلها)(٥)، و صحيح عبد الرحمن البصرى (فى الرجل إذا تزوج المرأه فوجد بها قرنا و هو العفل، أو بياضا أو جذاما أنه يردها ما لم يدخل بها)(٦) و مثلها غيرها من الأخبار.

ص: ٥١٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١٠ و ١٣ و ٢.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٥- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.
- ٦- (٨) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٧.

بسكون الراء وفتحها (عظما) كما هو أحد تفسيريه (١) كالسن يكون في الفرج يمنع الوطء، فلو كان لحما فهو العفل.

و قد يطلق عليه (٢) القرن أيضا، و سيأتى حكمه (٣)، (و الإفضاء) (٤) و قد تقدم تفسيره، (و العفل) بالتحريك و هو شيء يخرج من قبل النساء شبيه الأدره (٥) للرجل، (و الرتق) (٦) بالتحريك و هو أن يكون الفرج ملتحما ليس فيه مدخل

و قد اختلف في معنى القرن، فهو لحم ينبت في فم الرحم يمنع من الوطء و هو المسمى بالعفلى، بل في كشف اللثام هو المعروف عند أهل اللغة، و في محكى المبسوط أن أهل الخيره قالوا: العظم لا يكون في الفرج، لكن يلحقها عند الولاده حال ينبت اللحم في فرجها و هو الذى يسمى العفل.

و عن النهايه و الصحاح و الجمهره أنه عظم كالسن ينبت في الرحم يمنع من الوطء، أما اتحاد القرن و العفل فهو المستفاد من الأخبار و من تصريح بعض أهل اللغة، و من الممكن كون القرن هو العظم كالسن ينبت في الرحم و العفل أعم منه حيث يطلق على العظم أو اللحم النابت في الفرج الذى يمنع من الوطء، و على كل فالخلاف في معانها قليل الجدوى بعد تصريح الأخبار بكون القرن عيبا كالعفلى، فالحكم ثابت على تقديرى الاتحاد و التعدد، نعم على التعدد تكون العيوب قد زادت واحدا، و هذا ليس بثمره معتد بها.

(١) أى تفسير القرن، و الآخر أنه لحم ينبت في الفرج.

(٢) على اللحم النابت في الفرج، أو يطلق على العفل.

(٣) حكم العفل.

(٤) بلا خلاف فيه لصحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام (في رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، فقال: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق) (١).

و قد تقدم معنى الافضاء من اتحاد مسلكى الغائط و الحيض، أو الحيض و البول في أواخر الفصل الأول من كتاب النكاح.

(٥) أى الفتق.

(٦) على المشهور و تردد فيه المحقق لعدم النص فيه بالخصوص، نعم إن منع الوطء أمكن القول بالخيار فيه، و هو التحام الفرج على وجه ليس فيه مدخل للذكر، و يخرج البول معه-

ص: ٥١٦

للدكر (على خلاف فيهما) أى فى العفل و الرتق.

و منشأ الخلاف من عدم (١) النص، و مساواتهما للقرن المنصوص فى المعنى المقتضى لثبوت الخيار و هو المنع من الوطء .

و فيه قوه،

و فى بعض كلام أهل اللغة أنّ العفل هو القرن فىكون منصوصا، و فى كلام آخرين أنّ الألفاظ الثلاثة (٢) مترادفه فى كونها لحما يثبت فى الفرج يمنع الوطء .

(و لا خيار) للزوج (لو تجددت) هذه العيوب (٣)(بعد العقد) و إن كان قبل -من ثقبه ضيقه سواء كان بالخلقه أو بالخياطه، هذا و ذكر بعضهم كما فى المسالك: أن الرتق مرادف للقرن و العفل و أن الثلاثة بمعنى واحد، هذا و المشهور على المرأه أن لا ترد بغير السبعه من الجنون و البرص و الجذام و العمى و العرج على تفصيل فيه و القرن الشامل للعفل و الرتق، و عن الصدوق زياده الزمانه لورودها فى بعض الأخبار المتقدمه، و عن أكثر القدماء زياده الحد بالزنا، لأنه أقوى من العمر و العرج و لزوم الضرر و الحرج عليه، و يردهما الأخبار الحاصره لعيوب المرأه و قد تقدم بعضها، و ليس هذان منها، و لخصوص خبر رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام (عن المحدود و المحدوده هل ترد من النكاح؟ قال عليه السلام: لا) (١).

(١) و هو عجيب منه فى العفل، بل قد ذكر سابقا صحيح الحلبي و هو متضمن للعفل.

(٢) من العفل و القرن و الرتق.

(٣) أى عيوب المرأه، فلو كانت قبل العقد فهى موجه لخيار الفسخ بالاتفاق لدلاله النصوص السابقه عليه، و لو تجددت بعد العقد و بعد الوطء فلا خيار على المشهور لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيوب، و لسبق لزوم العقد فيستصحب، و لصحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام (المرأه تردّ من أربعه أشياء: من البرص و الجذام و الجنون و القرن، و هو العفل، ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا) (٢)، و لا يضرها قصرها على الأربعة لعدم القائل بالفرق.

و عن الشيخ فى المبسوط التصريح بكونه موجبا لثبوت الفسخ، و هو ضعيف لعدم الدليل -

ص: ٥١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

الوطء في المشهور تمسكا بأصالة اللزوم، واستصحابا لحكم العقد، واستضعافا للدليل الخيار.

وقيل: يفسخ بالمتجدد مطلقا (١) عملا بإطلاق بعض النصوص، وقيد ثالث (٢) بكونه (٣) قبل الدخول.

و الأشهر الأول (٤)، (أو كان يمكن وطء الرتقاء أو القرناء) (٥)، أو العفلاء، -عليه. و عن ابن الجنييد ثبوت الخيار بالجنون و لو كان بعد الوطء لعموم ما دل على الفسخ في جنون الرجل و لو تجددت بعد العقد و قبل الدخول ففيه قولان، أن له الفسخ كما عن الشيخ في الخلاف و المبسوط و قواه الشارح في المسالك لعموم أخبار عيوب المرأة، و ليس له الفسخ كما عليه المشهور لاختصاص أكثر أخبار عيوب المرأة فيما لو كان العيب سابقا على العقد ففي خبر الحذاء المتقدم (تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا) (١)، و في خبري الكنانى و الحسن (تزوج امرأه فوجد بها قرنا) (٢)(٣)، و هكذا غيرها من الأخبار.

(١) قبل الدخول أو بعده كما عن الشيخ في المبسوط.

(٢) و هو الشيخ في المبسوط و الخلاف.

(٣) أى المتجدد.

(٤) و هو عدم الخيار مطلقا في المتجدد.

(٥) قد تقدم أن القرن عيب يفسخ به الزوج، هذا إذا كان يمنع من الوطء بالاتفاق، و أما إذا لم يمنع الوطء بحيث يمكن حصوله بعسر فهل يبيح الفسخ قولان، العدم، كما عن الأكثر لعدم المقتضى له، فالخيار قد ثبت من حيث المنع من الوطء الذى هو أهم مطالب النكاح، و الثانى ثبوت الفسخ به و قد مال إليه المحقق و جماعه تمسكا بظاهر النقل حيث علق الخيار على وجود اسم القرن، و هذا شامل لما يمكن معه الوطء و عدمه، و فى صحيح أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد فيها عيبا بعد ما دخل بها، فقال: إذا دلست العفلاء نفسها و البرصاء و المجنونه و المفضاه و ما كان بها من زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها من غير طلاق) (٤)، و صحيح أبى الصباح عن أبى -

ص: ٥١٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

لانتفاء الضرر مع إمكانه (١)، (أو) كان الوطء غير ممكن، لكن كان يمكن (علاجه) بفتح الموضع، أو قطع المانع، (إلا أن تمتنع المرأة) من علاجه، ولا يجب عليها الإجابة (٢)، لما فيها (٣) من تحمل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت (٤) لم يكن له (٥) المنع، لأنه (٦) تداو ولا تعلق له (٧) به.

في أن خيار العيب على الفور

(و خيار العيب على الفور) (٨) عندنا اقتصارا فيما خالف الأصل على موضع -عبد الله عليه السلام (عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا - إلى أن قال - قلت: فإن كان دخل بها، فقال: إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها - يعنى المجامعه - ثم جامعها فقد رضى بها، وإن لم يعلم إلا بعد ما جامعها، فإن شاء بعد أمسك، وإن شاء طلق) (٩).

وهما ظاهران في كون القرن عيبا وأن أمكن معه الوطء، وما يجرى في القرن يجرى في العفل لاتحادهما معنى كما هو الظاهر من الأخبار المتقدمة، وأما الرتق فإن قلنا بأنه بمعنى القرن كما عن بعضهم فيجرى فيه ما يجرى في القرن، وإن قلنا إنه التحام الفرج فقد عرفت عدم الدليل على ثبوت الفسخ به، وعرفت أنه مع منعه للوطء يمكن إثبات الخيار به.

هذا ويثبت الخيار إذا لم يمكن إزاله المانع من القرن والعفل أو لم يمكن فتح الموضع في الرتق، ولو أمكن و امتنعت منه فكذلك لعدم تحقق الوطء و لصدق اسم العيب الموجب للخيار.

ثم ليس للزوج إجبارها على فتح الموضع أو إزاله المانع، لأن ذلك ليس حقا له، و ضرره مجبور بخيار الفسخ له، ولما في الاقدام على الجراحه من تحمل الضرر والمشقة، كما أنها لو أرادت ذلك لم يكن للزوج منعها، لأنه تداو ولا تعلق للزوج به.

(١) أى إمكان الوطء، وفيه أنه لا- يجرى في القرن والعفل، لثبوت الخيار عند صدق الاسم وإن أمكن الوطء، نعم كلامه يجرى في الرتق.

(٢) لو طلب الزوج العلاج.

(٣) فى الاجابه.

(٤) أى أرادت العلاج.

(٥) للزوج.

(٦) أى العلاج.

(٧) للزوج.

(٨) بلا خلاف فيه، لأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، و التسلط يحصل -

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

الضرورة، فلو أخر من إليه الفسخ مختاراً مع علمه بها (١) بطل خياره، سواء الرجل والمرأة، ولو جهل الخيار، أو الفوريه فالأقوى أنه (٢) عذر، فيختار بعد العلم على الفور، وكذا لو نسيهما (٣)، ولو منع منه (٤) بالقبض على فيه (٥) أو التهديد على وجه يعدّ إكراها فالخيار بحاله إلى أن يزول المانع (٦)، ثم تعتبر الفوريه حينئذ (٧).

(و لا يشترط فيه (٨) الحاكم)، لأنه حق ثبت فلا يتوقف عليه (٩) كسائر الحقوق، خلافا لابن الجنيّد رحمه الله.

في أنّ الفسخ ليس بطلاق و لا مهر فيه

(و ليس) الفسخ (بطلاق) (١٠) فلا يعتبر فيه ما يعتبر في الطلاق و لا يعدّ في -بالفوريه فيقتصر عليها لأن الأصل في العقود اللزوم، و ليس على الفوريه نص بخصوصه.

ثم إن كان العيب ظاهراً لا- نزاع فيه بينهما فالفوريه معتبره في الفسخ، و إن توقف ثبوت العيب على المرافعه إلى الحاكم، فالفوريه في المرافعه إلى الحاكم و إذا ثبت صار الفسخ فورياً.

(١) بالعيوب.

(٢) أي الجهل عذر و قد تقدم نظيره سابقاً.

(٣) أي نسي الخيار أو الفوريه، لأن النسيان عذر أيضاً.

(٤) أي من الفسخ.

(٥) أي على فمه فهو مكره.

(٦) لأن الاكراه عذر أيضاً.

(٧) أي حين زوال المانع.

(٨) في الفسخ.

(٩) على الحاكم، لأن النصوص ظاهره في كون الفسخ حقاً ثابتاً لكل واحد من الزوجين، من غير توقف على حضور الحاكم أو إذنه، كغيره من الحقوق، هذا على المشهور، و عن ابن الجنيّد أن المرأة إذا أرادت الفرقة - لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والى المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلاد هدنه أو سلطان متغلب، و قال عنه في الجواهر: (و كأنه مذاق العامه كما حكاه في جامع المقاصد عن بعض العامه و ابن الجنيّد منا).

(١٠) الفسخ بالعيب ليس بطلاق قطعاً، لعدم اعتبار لفظ الطلاق فيه، و عليه فلا يطرد معه -

الثلاث، و لا- يطرد معه تنصيف المهر، و إن ثبت (١) فى بعض مواردہ (٢) (و يشترط الحاكم فى ضرب أجل العنه) (٣) لا فى فسخها بعده (٤)، بل تستقل به (٥) حينئذ (٦) (و يقدم قول منكر العيب مع عدم البيئه) (٧)، لأصاله عدمه (٨) فيكون مدعيه هو المدعى فعليه البيئه و على منكره اليمين، و لا- يخفى أن ذلك (٩) فيما لا يمكن الوقوف عليه (١٠) كالجب و الخضاء، و إلا (١١) توصل الحاكم إلى معرفته (١٢)، و مع -تنصيف المهر و لا- يعدّ فى الثلاث، و لا- غير ذلك من أحكام الطلاق، كما لا يشترط فيه شرائط الطلاق بلا خلاف و لا إشكال، ففى صحيح الحذاء عن أبى جعفر عليه السّلام التصريح حيث قال عليه السّلام: (إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها تردّ على أهلها بغير طلاق) (١).

(١) أى نصف المهر.

(٢) و هو الفسخ للعنن، و ثبوت نصف المهر لدليل خاص كما سيأتى.

(٣) كما تقدم، و الأجل هو سنه.

(٤) أى فى فسخ الزوجه بعد الأجل.

(٥) بالفسخ من دون مراجعه الحاكم لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (العنين يتربص به سنه، ثم إن شاءت امرأته تزوجت و إن شاءت أقامت) (٢).

(٦) حين انتهاء الأجل.

(٧) إذا اختلفا فى العيب، فإن كان العيب جلياً كالعمنى و العرج و الجنون المطبق فلا- يفتقر إلى البيئه و لا- إلى اليمين، بل ينظر الحاكم فيه، و يعمل بمقتضى ما يظهر له، و إن كان العيب خفياً كالعنه و القرن و الجنون الادوارى و الجذام و البرص الخفيين، فإذا ادعاه أحدهما على الآخر، و أنكر الثانى، فالقاعدته قاضيه بتقديم قول المنكر مع يمينه، لأنه منكر بحسب ظاهر قوله، و لأصاله عدم العيب و هى المعبر عنها بأصاله الصحه.

(٨) عدم العيب.

(٩) من تقديم قول المنكر مع عدم البيئه للمدعى.

(١٠) على العيب، لأنه خفى.

(١١) فلو أمكن الوقوف عليه كالعيب الجلى.

(١٢) بنفسه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥.

قيام البينه به (١) إن كان ظاهرا (٢) كالعيين (٣) المذكورين كفى في الشاهدين العداله، و إن كان خفيا يتوقف العلم به على الخبره كالجذام و البرص اشترط فيهما (٤) مع ذلك (٥) الخبره بحيث يقطعان بوجوده، و إن كان (٦) لا يعلمه غالبا غير صاحبه، و لا- يطلع عليه إلا من قبله كالعنه (٧) فطريق ثبوته (٨) اقراره (٩)، أو البينه على اقراره، أو اليمين المردوده من المنكر (١٠)، أو من الحاكم (١١) مع نكول المنكر عن اليمين، بناء على عدم القضاء بمجرد (١٢).

و أما اختبارها (١٣) بجلوسه في الماء البارد، فإن استرخى ذكره فهو عنين، و إن تشنج (١٤) فليس به كما ذهب إليه بعض (١٥)، فليس بمعتبر في الأصح.

(١) بالعيب.

(٢) أى من عيوب ظاهر البدن.

(٣) و هما الجب و الخضاء.

(٤) فى الشاهدين.

(٥) مع العداله.

(٦) أى العيب.

(٧) فالعنه - لما ذكر من عدم العلم بها إلا صاحبها - لا تثبت إلا بإقرار الزوج أو البينه بإقراره أو اليمين المردوده على الزوجه أو نكوله عن اليمين، و أشكل الشارح فى المسالك على يمين المدعى المردوده من أنها كالبينه و المفروض عدم سماع البينه منها لعدم إمكان الاطلاع على العيب إلا من قبل الزوج فكيف تسمع ما يقوم مقامها.

و فيه: إن اليمين المردوده بحكم البينه المسموعه فى إثبات الحق، لا أنها بحكمها فى السماع و عدمه.

(٨) أى العيب.

(٩) أى اقرار الزوج.

(١٠) أى منكر العنه و هو الزوج، و اليمين المردوده يحلفها المدعى الذى هو الزوجه.

(١١) أى هى مردوده من الحاكم.

(١٢) بمجرد نكول المنكر عن اليمين كما تقدم بيانه فى باب القضاء.

(١٣) أى اختيار العنه.

(١٤)التشنج تقبض الجلد.

(١٥)و هو المنسوب إلى الصدوقين و ابن حمزه، و يشهد له مرسل الصدوق عن أبي عبد الله عليه السلام -

ص:٥٢٢

و فى العيوب الباطنه للنساء باقرارها (١)، و شهاده أربع منهن (٢)، فلا تسمع فى عيوب الرجال (٣)، و إن (٤) أمكن اطلاعهن كأربع زوجات طلقهن بعنه.

(و حيث يثبت) العيب و يحصل الفسخ (٥) (لا-مهر) للزوجه (إن كان) - (إذا ادعت المرأه على زوجها أنه عتيّن و أنكّر الرجل أن يكون ذلك فالحكم فيه أن يقعد الرجل فى ماء بارد، فإن استرخى ذكره فهو عتيّن، و إن تشنج فليس بعتيّن) (١).

و فيه: إنه مرسل غير منجبر لمخالفه الأ-كثر له، مع عدم انضباطه، نعم هو قول الأطباء كما فى المسالك و الجواهر، و أيضا قد روى الصدوق (و فى خبر آخر أنه يطعم السمك الطرى ثلاثه أيام ثم يقال له: بل على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعتيّن، و إن لم يثقب بوله الرماد فهو عتيّن) ٢، و هو أيضا مرسل لا يمكن العمل به.

(١) أى اقرار النساء.

(٢) لقبول شهادتهن فيما لا يمكن للرجال النظر إليه كما تقدم فى كتاب القضاء.

(٣) لأن قبول شهاده النساء منفردات منحصر فى ما لا يمكن للرجال الاطلاع عليه، و هذا ليس منه.

(٤) وصلية.

(٥) إذا فسخ أحد الزوجين بالعيب فلا يخلو إما أن يكون قبل الدخول أو بعده حيث يجوز للجهل بالحال، و على التقديرين إما أن يكون الفاسخ هو الزوج أو الزوجه، و على التقادير الأربعة إما أن يكون هناك مدلس أو لا فالصور ثمان، فلو فسخ الزوج قبل الدخول فلا مهر لها بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح الحذاء عن أبى جعفر عليه السلام (فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيبا بعد ما دخل بها، فقال عليه السلام: إذا دلست العفلاء و البرصاء و المجنونه و المفضاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها بغير طلاق - إلى أن قال - و تعتد منه عده المطلقه إن كان دخل بها، و إن لم يكن دخل بها فلا عده عليها و لا مهر لها) (٢)، و مثلها غيرها و لو فسخ الزوج بعد الدخول، فلها المسمى بما استحل من فرجها بلا خلاف و لا إشكال اما وجوب المهر فللدخول الموجب له، و إما كونه المسمى فلأن النكاح صحيح و إن فسخ بالخيار، لأن ثبوت الخيار فرع على صحه العقد فى نفسه و للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إنما يردّ النكاح من البرص و الجذام -

ص: ٥٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٤ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

(الفسخ (١) قبل الدخول) فى جميع العيوب، (إلا فى العته فنصفه) (٢) على أصح - و الجنون و العفل، قلت: أ رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها؟ قال عليه السلام:

المهر لها بما استحل من فرجها، و يعزّم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها(١).

ثم إن كان هناك مدلس بأن زوجته إياها و لم يبين عيبها مع علم المدلس بالعيوب رجوع الزوج بالمهر على المدلس متحدا كان أو متعددا، وليا شرعيا أو غيره للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (فى كتاب على عليه السلام من زوج امرأه فيها عيب دلّسه و لم يبين ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، و يكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوجها و لم يبين) ٢، و صحيح الحذاء المتقدم (إذا دلست العفلاء و الرصاء و المجنونه و المفصاه و من كان بها زمانه ظاهره فإنها تردّ على أهلها بغير طلاق، و يأخذ الزوج المهر من وليها الذى كان قد دلّسها، فإن لم يكن وليها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه و ترد إلى أهلها) (٢).

هذا كله إذا كان الفاسخ هو الزوج، و لو كانت الزوجه فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، لأن الفسخ جاء من قبلها و لم يتحقق الدخول و قد تقدم أكثر من مره أن الفسخ من قبلها قبل الدخول يوجب سقوط المهر لعموم العله فى خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (قال عليه السلام: المرأه إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها، قال: يفرّق بينهما و لا صداق لها، لأن الحدث كان من قبلها) (٣)، إلا فى العته فيثبت نصف المهر بلا خلاف معتد فيه، لصحيح أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام (إذا تزوج الرجل المرأه الثيب التى تزوجت زوجها غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها - إلى أن قال - فإن ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنه، فإن وصل إليها و إلا فرّق بينهما و أعطيت نصف الصداق و لا عده عليها) (٤).

و خالف ابن الجنيد فأوجب المهر كاملا لتمكينها إياه من نفسها، و قد جعله فى المختلف أن حكمه مبنى على أصله من أن المهر يجب كاملا بالخلوه كما يجب الدخول و لو كان الفسخ من الزوجه بعد الدخول فلها المسمى لاستقراره بالدخول على ما تقدم فى فسخ الزوج.

(١) من الزوج أو الزوجه.

(٢) نصف المهر.

ص: ٥٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٥ و ٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العيوب و التدليس حديث ١.

القولين، و إنما خرجت العنة بالنص، الموافق للحكمه من إشرافه عليها، و على محارمها، فناسب أن لا- يخلو من عوض، و لم يجب الجميع (١) لانتفاء الدخول.

و قيل (٢): يجب جميع المهر و إن لم يولج.

(و إن كان) الفسخ (٣) (بعد الدخول فالمسمى)، لاستقراره به (٤)، (و يرجع) الزوج به (٥) (على المدلس) إن كان، و إلا فلا رجوع، و لو كانت هي المدلّسه رجوع عليها (٦) إلا بأقل ما يمكن أن يكون مهرا، و هو (٧) أقل متمول على المشهور.

و فى الفرق بين تدليسها، و تدليس غيرها فى ذلك (٨) نظر.

(١) جميع المهر.

(٢) و القائل ابن الجنيد.

(٣) من الزوج أو الزوجه.

(٤) لاستقرار المسمى بالدخول.

(٥) بالمسمى.

(٦) على الزوجه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل دلّته امرأه أمرها أو ذات قرابه أو جار لها لا يعلم دخيله أمرها، فوجدها قد دلست عينا هو بها، قال عليه السلام:

يؤخذ المهر منها و لا يكون على الذى زوجها شىء) (١)، و خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام - إلى أن قال - و لو أن رجلا تزوج امرأه و زوجته إياها رجلا - لا يعرف دخيله أمرها لم يكن عليه شىء، و كان المهر يأخذه منها) ٢، ثم على المشهور بين الأصحاب أنه لو كان الرجوع على غير الزوجه فلا ريب أنه يرجع بجميع ما غرم، و إن كان الرجوع عليها فلا- يرجع بالجميع، بل يجب أن يستثنى منه أقل ما يكون مهرا، و استدلوا بأن الوطاء المحترم لا يخلو من مهر، و فيه: إنه اجتهاد فى قبالة النصوص المصرحة بالرجوع عليها بتمام المسمى، و هو اجتهاد غير صحيح إذ الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر عقوبه لتدليسها كما فى الرجوع على غيرها.

(٧) أى أقل المهر.

(٨) فلو كان المدلس غير الزوجه فيرجع الزوج بتمام المهر، و لو كان المدلس هو الزوجه فيرجع بما عدا أقل المهر.

ص: ٥٢٥

و لو تولى ذلك (١) جماعه و زرع عليهم بالسويه ذكورا كانوا أم إناثا، أم بالتفريق (٢).

و المراد بالتدليس السكوت عن العيب (٣) الخارج عن الخلقه مع العلم به أو دعوى صفة كمال مع عدمها.

فى ما لو تزوج امرأه على أنها حره فظهرت أمه

(و لو تزوج امرأه على أنها حره) (٤) أى شرط ذلك فى متن العقد (فظهرت أمه)، أو مبعضه (فله الفسخ) و إن دخل، لأن ذلك (٥) فائده الشرط. هذا كله إذا كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه (٦) و وقع (٧) بإذن مولاها، أو مباشرته (٨)، و إلا (٩) بطل فى الأول (١٠)، و وقع موقوفا على اجازته (١١) فى الثانى (١٢) على (١)التدليس.

(٢) بين الذكوريه و الأنوثيه.

(٣) و كذا نفى العيب.

(٤) بعد ما تقدم معنى التدليس فلو تزوج امرأه على أنها حره و شرط ذلك فى متن العقد فبانت كلا أو بعضا أمه صح العقد على المشهور، و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف بطلان العقد لبطلان نكاح الأمه بغير إذن المولى، و هو يقتضى حصر النزاع بصوره عدم إذن المولى، مع أن مفروض المسأله أعم منه، و مع ذلك فالبطلان ليس باعتبار التدليس بل باعتبار عدم إذن المولى و ليس هو محل النزاع هنا.

نعم على الأول من صحه العقد فللزواج الفسخ و إن دخل بها عملا بمقتضى الشرط و التصرف بالدخول لا يسقط الخيار، و له الامضاء بناء على صحه العقد، لكن لو أمضى فلا إشكال فى الصحه لو كان الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه و قد وقع بإذن مولاها، و إلا- فلو كان الزوج ممن لا- يجوز له نكاح الأمه فيبطل النكاح، و لو كان النكاح المذكور من دون إذن المولى وقع موقوفا على إذنه كما هو واضح.

(٥) أى جواز الفسخ.

(٦) بأن لا يكون ممن تزوج الأمه و لم تأذن زوجته الحره، و لا يكون ممن له قدره على تزويج الحره كما تقدم.

(٧) أى نكاح الأمه.

(٨) بأن عقد نفس المولى عقدها عليه.

(٩) أى لم يكن الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه، أو كان النكاح بغير إذن المولى.

(١٠) إذا لم يكن الزوج ممن يجوز له نكاح الأمه.

(١١) أى إجازته المولى.

(١٢) وهو ما لو كان النكاح بغير إذن المولى.

ص: ٥٢٦

أصح (١) القولين.

و لو لم يشترط الحريه فى نفس العقد بل تزوجها على أنها حره، أو أخبرته بها (٢) قبله (٣)، أو أخبره مخبر (٤) ففى إلحاقه (٥) بما لو شرط نظر من ظهور (٦) التدليس، و عدم الاعتبار (٧) بما تقدم من الشروط (٨) على العقد.

و عبارته المصنف و الأكثر محتمله للأمرين (٩).

(و كذا) تفسخ (هى لو تزوجته على أنه حرّ فظهر عبدا) بتقريب ما سبق (١٠) (و لا- مهر) فى الصورتين (١١) (بالفسخ قبل الدخول) (١٢)، لأنّ الفاسخ إن كان هى (١٣) فقد جاء من قبلها. و هو (١٤) ضابط عدم وجوبه (١٥) لها قبل الدخول، (١) من جواز نكاح الفضولى موقوفا.

(٢) بالحريه.

(٣) قبل العقد.

(٤) كوليها أو وكيلها.

(٥) أى إلحاق ما فرض من الصور الثلاث.

(٦) دليل الإلحاق، و التدليس موجب للخيار.

(٧) دليل عدم الإلحاق.

(٨) مع أنه ليس بشرط، فضلا عن أصالة الزوم فى العقود، و عدم الإلحاق هو قول الشيخ فى المبسوط و الشارح فى المسالك و قواه سيد الرياض، و الإلحاق هو قول الأكثر كما فى الرياض.

(٩) من الإلحاق و عدمه.

(١٠) من أن للزوجه الفسخ و إن دخل بها عملا بمقتضى الشرط، هذا كله إذا ذكر الشرط فى متن العقد، و بدون ذكره فى متن العقد فالوجهان السابقان.

(١١) صورته تزوج الرجل المرأه على أنها حره فبانت أمه و عكسها.

(١٢) فلو فسخ قبل الدخول فلا مهر لها لما تقدم من عدم استقرار المهر إلا بالدخول، و هو منتف هنا بحسب الفرض، و لو فسخت هى قبل الدخول فلا مهر لها، لأنّ الفسخ قد أتى من قبلها، بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال.

(١٣) كما فى المسأله الثانيه.

(١٤) كونه من قبلها.

(١٥) أى وجوب المهر.

ص: ٥٢٧

و إن كان (١) هو فيسببها (٢)، (و يجب) جميع المهر (بعده) (٣)، لاستقراره به (٤).

(و لو شرط كونها بنت مهيره) (٥) بفتح الميم و كسرهما فعيله بمعنى مفعوله.

أى بنت حره تنكح (٦) بمهر و إن كانت (٧) معتقه فى أظهر الوجهين (٨)، خلاف (٩) الأمه فإنها قد توطأ بالملك (فظهرت بنت أمه فله الفسخ) قضيه للشرط، (فإن كان (١٠) قبل الدخول فلا مهر) لما تقدم (١١)، (و إن كان بعده (١٢) وجب المهر)، (١) أى كان الفاسخ هو كما فى المسأله الأولى.

(٢) حيث دلست نفسها عليه أو دلس وليها أو وكيلها.

(٣) بعد الدخول.

(٤) أى لاستقرار المهر المسمى بالدخول، سواء جاء الفسخ من قبلها أو قبله، و يرجع الزوج لو فسخ بالمهر على المدلس بلا خلاف فيه، أبا كان أو غيره، بل يرجع على الزوجه لو كانت هى المدلسه، غايته يرجع عليها بعد عتقها و يسارها لأنها أمه كما هو الواضح.

(٥) المراد بالمهيره الحره، سميت بذلك لأنها لا تنكح إلا بمهر بخلاف الأمه فإنها تنكح بالملك، و عليه فإذا تزوج الرجل امرأه على أنها بنت مهيره فظهرت بنت أمه، فعن أكثر المتقدمين أن له الفسخ للتدليس الموجب للخيار، و عن المحقق و المتأخرين ثبوت الخيار مع اشتراط أنها بنت مهيره فى متن العقد لا مع إطلاق العقد و إن أخبرته بأنها بنت مهيره قبل العقد أو أخبره مخبر، لأصالة اللزوم بخلاف ما لو ذكر الشرط فى متن العقد فله الخيار عملاً بالشرط.

(٦) وصف للحره.

(٧) أى الحره.

(٨) لأن المعتقه ينحصر وطؤها بالمهر فهى من مصاديق الحره، هذا و قال الشارح فى المسالك:

(و اعلم أنه لا- فرق فى بنت المهيره بين كون أمها حره فى الأصل أو معتقه لما عرفت من أن المراد منها لغه الحره، و هى شامله لهما، و يحتمل ضعيفا الفرق بناء على أن المعتقه يصدق عليها أنها كانت أمه، إذ لا يشترط فى صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، و لا يخفى ضعفه، إذ لا اشتقاق هنا، بل الاسم للرقيقه و هو منتف بعد العتق، و تعريف أهل اللغه ينافيه) انتهى.

(٩) أى الحره التى تسمى مهيره.

(١٠) أى الفسخ.

(١١) لعدم استقرار المهر بالدخول، على المشهور، و عن الشيخ فى النهايه إثبات المهر عليه و علله غير واحد بالروايه، و قد صرح أكثر من واحد بعدم العثور عليها.

(١٢) أى و إن كان الفسخ بعد الدخول فلها المهر المسمى لاستقراره بالدخول، لكن يرجع-

ص: ٥٢٨

(و يرجع به (١) على المدلس)، لغروره (٢)، و لو لم يشترط ذلك (٣) بل ذكره قبل العقد فلا حكم له (٤)، مع احتمالاه (٥) كما سلف (٦) (فإن كانت هي) المدلسه (رجع عليها) (٧) بالمسمى (إلا- بأقل مهر) و هو (٨) ما يتمول، لأن (٩) الوطء المحترم لا يخلو عن مهر، و حيث ورد النص (١٠) برجوعه (١١) على المدلس فيقتصر فيما خالف الأصل (١٢) على موضع اليقين، و هو (١٣) ما ذكر (١٤) و في المسأله وجهان آخران، أو قولان:

أحدهما: أن المستثنى (١٥) أقل مهر أمثالها، لأنه (١٦) قد استوفى منفعه البضع فوجب عوض مثله.

-الزوج به على المدلس لقاعده المغرور يرجع على من غره، أبا كان المدلس و غيره، بل حتى لو كان المدلس هو نفس الزوجه فيرجع عليها بما دفعه من المهر، و يترك لها أقل المهر مما يتمول على المشهور لأنه عوض الوطء المحترم، و عن ابن الجنيدي يترك لها مهر المثل لأنه عوض البضع، و قد عرفت أن النصوص المتقدمه في نظائر هذه المسأله ظاهره في الرجوع عليها بتمام ما دفعه الزوج من دون استثناء و هو الأقوى.

(١) و يرجع الزوج بالمهر.

(٢) أى غرور المدلس.

(٣) أى لو لم يشترط الزوج فى متن العقد أنها بنت مهيره.

(٤) أى للزوج و المعنى لا خيار له.

(٥) أى احتمال الخيار.

(٦) فى مسأله ما لو تزوجها على أنها حره فبان أمه، و وجه الخيار ظهور التدليس الموجب للخيار.

(٧) على تقدير دفع المهر.

(٨) أى أقل المهر.

(٩) تعليل لاستثناء أقل المهر لها، لأنه لو رجع عليها من غير استثناء لخلا البضع عن العوض.

(١٠) و قد تقدم فى نظائر هذه المسأله سابقا.

(١١) أى رجوع الزوج.

(١٢) إذ الأصل أن المهر على الزوج فى قبالة عوض البضع.

(١٣) أى موضع اليقين.

(١٤) من الرجوع على الزوج بالمسمى إلا بأقل المهر.

(١٥) أى المستثنى للزوجه فى قبال الوطاء، و هو قول ابن الجنيد.

(١٦) أى الزوج.

ص: ٥٢٩

الثانى: عدم استثناء شىء عملا بظاهر النصوص.

و المشهور الأول.

و كذا يرجع بالمهر على المدلس لو ظهرت أمه (١).

و يمكن شمول هذه العبارة (٢) له (٣) بتكلف. و تختص الأمه (٤) بأنها لو كانت هى المدلسه فإنما يرجع عليها على تقدير عتقها (٥). و لو كان المدلس مولاها (٦) اعتبر عدم تلفظه (٧) بما يقتضى العتق، و إلا (٨) حكم بحريتها ظاهرا و صح العقد (٩).

فى أنه لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا

(و لو شرطها بكرا فظهرت ثيبا فله الفسخ) (١٠) بمقتضى الشرط (إذا ثبت) (١) فى المسأله السابقه حيث تزوجها على أنها حره فبانت أمه، و لم يذكر الماتن حكم رجوع الزوج على المدلس، مع أنه قد ذكر الحكم فى هذه المسأله.

(٢) و هى عبارة المصنف برجوع الزوج على المدلس فى مسأله بنت المهيره.

(٣) لرجوع الزوج على المدلس فى مسأله الحره و قد بانت أمه.

(٤) أى المسأله السابقه فيما لو تزوجها على أنها حره فبانت أمه، فيرجع الزوج على الأمه إذا كانت قد دلست بعد عتقها و يسارها، بخلاف الرجوع فى مسألتنا فإنه يرجع عليها حين الفسخ لأنها حره.

(٥) و يسارها أيضا.

(٦) فى مسأله ما لو تزوجها على أنها حره فبانت أمه.

(٧) أى تلفظ المولى.

(٨) أى و إن تلفظ بما يقتضى عتقها.

(٩) أى من دون خيار للزوج حينئذ.

(١٠) إذا تزوج امرأه على أنها بكرا فخرجت ثيبا، فلا يخلو إما أن يكون قد شرط ذلك فى العقد أو لا، و على تقدير عدم شرطه إما أن يكون قد أخبر بكونها بكرا فدلست عليه أو أقدم على البكاره كما هو الغالب، و على التقادير الثلاثه إما أن يظهر كونها ثيبا قبل العقد أو بعده أو يشتهه الحال فالصور تسع.

فلو بانت ثيبا من دون شرط فى متن العقد و لا تدليس من قبلها و إنما أقدم على أنها بكر كما هو الغالب فلا خيار له، و لا يرجع بشىء مطلقا من المهر، لأن الثيبوبه فى نفسها ليست عيبا، و قد أقدم على احتمال الأمرين بالمهر المعين فيلزمه ذلك، و إن كان

قد شرطها بكرا أو أخبرته بذلك فإن تجددت الشيوبه بعد العقد فلا خيار له ولا رجوع لعدم-

ص: ٥٣٠

(سبقه) أى سبق الثيوبه (على العقد)، و إلا (١) فقد يمكن تجددده (٢) بين العقد و الدخول بنحو الخطوه. و الحرقوص (٣).

ثم إن فسخ (٤) قبل الدخول فلا مهر، و بعده (٥) فيجب لها المسمى، و يرجع به على المدلس، و هو (٦) العاقد كذلك (٧) العالم بحالها، و إلا (٨) فعليها (٩) مع -المقتضى، و ما تجدد قد حصل بعد العقد، نعم لو شرطها بكرًا فى متن العقد فوجدتها ثيبًا قبل العقد، و ثبت ذلك باقرارها أو بالبينه على اقرارها أو بالقرائن المفيده للعلم بذلك فعن أكثر المتأخرين أن له الفسخ عملاً بالشرط، و المحكى عن الأكثر عدم الفسخ للأصل، و لصحيح محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (عن الرجل يتزوج المرأة على أنها بكر فيجدها ثيبًا، أ يجوز له أن يقيم عليها؟ قال عليه السلام: قد تفتق البكر من المركب و من النزوه) (١)، و هو غير ظاهر فى عدم الفسخ ما لو شرط البكاره فى متن العقد كما هو مفروض المسأله، فيحمل على ما لو تزوجها على أنها بكر بزعمه كما هو الغالب، أو على أنها بكر بإخبارها، أو على ما لو شرط أنها بكر فى متن العقد و قد حدثت الثيوبه بعد العقد، أو على ما لو اشتبه الحال و لم تعلم الثيوبه أنها متقدمه على العقد أو متأخره سواء اشترط البكاره، أو أخبرته بها أو أقدم على ذلك بحسب زعمه و مما تقدم تعرف حكم بقيه الصور.

(١) أى و إن لم يثبت سبق الثيوبه على العقد فلا فسخ لأنه يمكن تجددده إلى آخر ما ذكره الشارح.

(٢) أى تجدد الثيب.

(٣) بضم الحاء دوبيه كالبرغوث، صحتها كحمة الزنبور أو القراد يدخل فى خروج الجوارى.

(٤) حيث يجوز له الفسخ فإن كان قبل الدخول فلا مهر لعدم استقراره، و إن كان بعد الدخول فلها المهر لاستقراره بالدخول، و يرجع به على المدلس و إن كان المدلس هى من دون استثناء أقل المهر لها أو مهر المثل لها إذا رجع عليها كما تقدم فى المسائل السابقه.

(٥) بعد الدخول.

(٦) أى المدلس.

(٧) أى بشرط البكاره.

(٨) أى و إن لم يكن العاقد عالماً بحالها.

(٩) أى يرجع الزوج على الزوجه بشرط أن تكون قد دلست.

ص: ٥٣١

استثناء أقل ما يكون مهرا كما سبق.

(وقيل) و القائل ابن إدريس (١): لا فسخ، و لكن (٢) (ينقص من مهرها بنسبه ما بين مهر البكر و الثيب) فإذا كان المهر المسمى مائه، و مهر مثلها بكرا مائه، و ثيبا خمسون نقص منه (٣) النصف، و لو كان مهرها بكرا مأتين، و ثيبا مائه نقص من (١) بل هو عن الأكثر كما في الرياض لا فسخ عند اشتراط البكاره في متن العقد.

(٢) أى إذا اختار البقاء على تقدير ثبوت الفسخ له، أو لم يكن له الفسخ فهل ينقص من مهرها شىء قولان:

الأول: العدم و هو قول أبى الصلاح و ابن البراج لوجوب جميع المهر بالعقد و الأصل بقاؤه،

و الثانى: أنه ينقص و هو المشهور لصحيح محمد بن جزك (كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام:

سألته عن رجل تزوج جاريه بكرا فوجدها ثيبا، هل يجب لها الصداق و ايا أو ينتقص؟ قال عليه السلام: ينتقص (١)، و لكن اختلفوا في قدر النقصان على أقوال:

الأول: أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر و الثيب عادة، بحيث تؤخذ النسبه بين المهرين المذكورين و ينقص من المسمى بمقدار هذه النسبه، فلو فرض مهر المثل للبكر عادة مائه، و للثيب خمسين، نقص من المسمى نصفه، و هو قول ابن إدريس و رجحه المحقق و العلامة في التحرير، و وجهه أن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره و لم تحصل، فيلزم التفاوت كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا.

أنه ينقص شىء في الجملة، إذ لم يرد من الشارع تقدير له، و هو اختيار الشيخ في النهايه.

الثالث: أنه ينقص السدس من المسمى، و هو للقطب الراوندى في شرح النهايه، لأن الشىء في عرف الشارع سدس، كما ورد في الوصيه، و فيه: أن الشىء لم يذكر في الروايه و إنما المذكور فيها نقصان المسمى فقط، فضلا عن كون الشىء لو كان سدسا في الوصيه فلا يقتضى كونه كذلك في غيرها لانتفاء الدليل عليه، عل أن الشىء لم يحمل على السدس في الوصيه و إن ورد به النص فراجع.

الرابع: إحاله تقدير النقصان إلى الحاكم، لانتفاء تقدير النقص شرعا، مع الحكم بأصله في الصحيح المتقدم فيرجع فيه إلى رأى الحاكم كما هو الشأن في كل ما لا تقدير له شرعا و هو للمحقق في النكت، و هو المنسوب إلى جماعه من المتأخرين.

(٣) من مهرها المسمى.

ص: ٥٣٢

المسمى خمسون (١)، لأنها (٢) نسبة ما بينهما، لا مجموع تفاوت ما بينهما (٣)، لئلا يسقط جميع المسمى كما قرر في الأرش (٤).

و وجه هذا القول (٥) أنّ الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكاره، و لم تحصل إلا خاليه عن الوصف، فيلزم التفاوت، كأرش ما بين كون المبيع صحيحا و معيبا.

و اعلم أن الموجود في الروايه أنّ صداقها ينقص، فحكم الشيخ بنقص شيء (٦) من غير تعيين لإطلاق الروايه، فأغرب (٧) القطب الراوندى في أن الناقص هو السدس، بناء على أنّ الشيء سدس، كما ورد في الوصيه به (٨)، و هو قياس (٩) على ما لا يطرد (١٠)، مع أنّ الشيء (١١) من كلام (١٢) الشيخ قصدا للإيهام تبعا للروايه المتضمنه للنقص مطلقا (١٣).

و ربما قيل (١٤): يرجع إلى نظر الحاكم، لعدم تفسيره (١٥) لغه، و لا شرعا، و لا عرفا.

(١) و هي نصف المسمى.

(٢) أى الخمسين.

(٣) ما بين مهر مثلها بكرا و مهر مثلها ثيبا، لأن مجموع التفاوت على الصوره الثانيه مائه، فلو نقص من المسمى هذا المجموع لما كان لها مسمى حينئذ.

(٤) من الرجوع بنسبه التفاوت بين الصحيح و المعيب، و ليس الرجوع لمجموع التفاوت.

(٥) أن الرجوع بنسبه التفاوت.

(٦) و هو القول الثانى.

(٧) أى أتى بالشيء الغريب، و هو القول الثالث.

(٨) بالشيء، و قد تقدم النص فى بابه.

(٩) لأن إلحاق النكاح بالوصيه قياس.

(١٠) إذ لا اطراد لهذا التفسير فى غير الوصيه.

(١١) إشكال ثان على الراوندى.

(١٢) خبر لقوله (مع أن الشيء)، و عليه فلفظ الشيء لم يرد فى الروايه حتى يفسر بالسدس بل قد ورد فى كلام الشيخ.

(١٣) من غير تعيين.

(١٤) و هو القول الرابع.

(١٥) أى تفسير النقصان.

ص: ٥٣٣

(الفصل الثامن - فى القسم) (١) و هو بفتح القاف مصدر قسمت الشىء، أما بالكسر فهو الحظ و النصيب، (و النشوز) و هو ارتفاع أحد الزوجين عن طاعه الآخر، (و الشقاق) و هو خروج كل منهما عن طاعته (٢). أما القسم فهو حق لكل منهما (٣)، لاشتراك (١) بفتح القاف و سكون السين مصدر قسمت الشىء أقسمه، و بالكسر الخط و النصيب، و عرفا هو قسمه الليالى بين الزوجات، و يمكن اعتباره من كل منهما.

(٢) أى طاعه الآخر.

(٣) لا- إشكال فى أن كل واحد من الزوجين له حق على الآخر، يجب على صاحبه القيام به، و إن كان حق الزوج على الزوجه أعظم، بل لا حق عليها مثل ما لزوجها عليها من حق، ففى خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: لها أن تطيعه و لا تعصيه و لا تصدق من بيته إلا بإذنه، و لا تصوم تطوعا إلا بإذنه، و لا تمنعه نفسها و إن كانت على ظهر قتب، و لا تخرج من بيتها إلا بإذنه، و إن خرجت بغير إذنه لعنتها ملائكة السماء و ملائكة الأرض و ملائكة الغضب و ملائكة الرحمه حتى ترجع إلى بيتها.

قالت: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، من أعظم الناس حقا على الرجل؟ قال: والده، قالت: فمن أعظم الناس حقا على المرأة؟ قال: زوجها، قالت: فما لى عليه من الحق مثل ما له على؟ قال: لا و لا من كل مائه واحده (١)، و قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (لا يصلح لبشر أن يسجد لبشر، و لو صلح لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها من عظم حقه عليها، و الذى نفسى بيده لو كان من مفرق رأسه إلى قدمه قرحه ترشح بالقريح و الصيديد ثم استقبلته تلمسه ما أدت حقه) (٢).

و من حقه عليها أن تطيعه و لا تعصيه و لا تصدق من بيته إلا بإذنه و لا تصوم تطوعا إلا بإذنه و لا تمنعه نفسها فى أى حال و لا تخرج من بيتها إلا بإذنه كما تقدم فى الخبر و لو إلى أهلها لعياده مريضهم و حضور مיתهم ففى خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رجلا من الانصار على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خرج فى بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهدا أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم، قال: و إن أباه قد مرض فبعثت-

ص: ٥٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

٢- (٢) كتر العمال ج ٨ ص ٢٥١ رقم الحديث ٤٠٩١.

-المراه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تستأذنه أن تعود، فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فثقل فأرسلت إليه ثانياً بذلك، فقال: اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه أن أبى قد مات فتأمرنى أن أصلى عليه، فقال: لا، اجلسى فى بيتك واطيعى زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أن الله قد غفر لك ولأبيك بطاعتك لزوجك(١).

و من حقه عليها على ما فى خبر العزرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فقالت: يا رسول الله، ما حق الزوج على المرأة؟ فقال: أكثر من ذلك، قالت: فخبّرنى عن شىء منه، قال: ليس لها أن تصوم إلا بإذنه يعنى تطوعاً، ولا تخرج من بيتها بغير إذنه، وعليها أن تتطيب بأطيب طيبها وتلبس أحسن ثيابها، وتزين بأحسن زينتها، وتعرض نفسها عليه غدوه وعشيه، وأكثر من ذلك حقوقه عليها(٢)، وفى خبر جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأة قالت لزوجها: ما رأيت قط من وجهك خيراً فقط حبط عملها(٣)، وفى خبر الجلاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (أيما امرأة باتت وزوجها عليها ساخط فى حق لم يتقبل منها صلاه حتى يرض منها)٤.

هذا و من حقها عليه ما فى خبر إسحاق بن عمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: ما حق المرأة على زوجها الذى إذا فعله كان محسناً؟ قال: يشبعها ويكسوها وإن جهلت غفر لها(٤)، وفى خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: أوصانى جبرئيل بالمرأه حتى ظننت أنه لا ينبغى طلاقها إلا من فاحشه مبيته)٦، وفى الخبر عن الصادق عليه السّلام (رحم الله عبداً أحسن فيما بينه وبين زوجته، فإن الله عز وجل قد ملكه ناصيته وجعله القيم عليها(٥)، و مرسله الآخر عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم (خيركم خيركم لنسائه، وأنا خيركم لنسائى)٨ و مرسل الفقيه عنه صلى الله عليه وآله وسلم (ألا خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلى)٩، إلى غير ذلك من الحقوق والآداب الداخلة تحت قوله تعالى:

وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٤)، و عظم حق الزوج على الزوجه لا ينافيه قوله تعالى:-

ص: ٥٣٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩١ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٩ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٢.
- ٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨٠ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٧ و ١.
- ٤- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١ و ٤.
- ٥- ((٧ و ٨ و ٩) الوسائل الباب - ٨٨ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥ و ١١ و ٨.
- ٦- (١٠) سورة النساء، آيه: ١٩.

ثمرته (١)، و هو (٢) العشره بالمعروف المأمور بها (٣).

فى أنه يجب للزوجه الواحده ليله من أربع

(و يجب للزوجه الواحده ليله من أربع) (٤) و له ثلاث ليال يبيتها حيث شاء، -و لَهْنٌ مِثْلُ الَّذِي عَلَيَهِنَّ (١)، لأن المراد التشبيه بأصل الحقوق لا فى كيفيتها، لاختلافها كما هو الواضح.

إذا تقرر ذلك فالواجب على الزوج النفقه من الكسوه و المأكل و المشرب و الإسكان كما سيأتى، و يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع و أن تتجنب عما ينفر الزوج من الاستمتاع، لأن ذلك من مقدمات الواجب، فيجب عليها إزاله الأوساخ و القاذورات عن بدنها و ثيابها و كل ما له الدخلى فى نفره الزوج، بل على كل واحد منهما القيام بالحقوق المترتبه عليه من غير أن يحوج صاحبه إلى طلبها، و لا يظهر الكراهه فى تأديتها، و أن يكف عما يكرهه صاحبه من قول أو فعل بغير حق.

هذا و القسمة واجبه على الزوج و له، أما أنها واجبه عليه فلاخبار الآتيه، و هى واجبه له لأن حق الاستمتاع على الزوجه توجب القسمة بين الزوجات أيضا.

(١) أى اشتراك ثمره القسم بينهما.

(٢) اشتراك الثمره.

(٣) فى قوله تعالى: وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢).

(٤) لا- خلاف فى وجوب القسمة بين الزوجات فى الجملة، و إنما الخلاف فى أنها هل تجب على الزوج ابتداء بمجرد العقد و التمكين كالنفقه كما هو المشهور، أو لا- تجب عليه حتى يبتدىء بها كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه فى بعض كتبه و المحقق فى الشرائع و المحقق الثانى و الشارح و جماعه.

فعلى الأول للزوجه الواحده دائما ليله من أربع ليال يبيت عندها، و الباقي يضعها حيث يشاء، و للزوجتين ليلتان من أربع و الباقي يضعها حيث يشاء، و للثلاث ثلاث منها، و لو كن أربع نساء فلكل واحد ليله و لا يبقى له شىء من كل أربع، و كلما فرغ الدور استأنفه على الترتيب المذكور.

و على القول الثانى فلو كانت له زوجة واحد لا يجب عليه القسمة مطلقا و لو مع المبيت عندها ليله لعدم موضوع القسمة، إذ موضوعها مع التعدد، و لو كان له زوجات متعددات لا تجب القسمة عليه إلا إذا بات عند إحداهن ليله فتجب القسمة حينئذ حتى يتم الدور،-

ص: ٥٣٦

-ثم لا- يجب عليه شيء حتى يبيت عند بعضهن و هكذا، و مما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا قسم لهن كالإماء فعلى الأول ليس له أن يبيت عندهن إلا فى الفاضل له من دور القسمه، فلو كان عنده أربع منكوحات بالعقد الدائم لم يكن له أن يبيت ابتداء عند الأمه مطلقا إلا بإذن صاحبه الليله، و على القول الآخر يجوز له أن يبيت ابتداء عند من لا تجب لها القسمه و يستمر على ذلك مع واحده منهن أو أزيد إلى أن يبيت عند مستحقه القسمه ليله فيجب المبيت حينئذ عند الباقيات من ذوات القسمه.

و يستدل للقول الأول بقوله تعالى: **وَ عَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)**، و بقوله تعالى: **وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ (٢)**، بدعوى دلالة الآيه على جواز الهجره فى المضاجع عند النشوز فتدل بالمفهوم على المضاجعه عند خوف النشوز، و المضاجعه هو المبيت عندها ليله، و هو معنى القسمه بين الزوجات، و للأخبار.

منها: موثق محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (و إذا كانت الأمه عنده قبل نكاح الحره على الأمه، قسم للحره الثلثين من ماله و نفسه يعنى نفقته، و الأمه الثلث من ماله و نفسه) **(٣)** حيث دل على وجوب القسمه ابتداء، لا إذا بات عند إحداهن، و مثله موثق عبد الرحمن عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- يتزوج الأمه على الحره، و يتزوج الحره على الأمه، و للحره ليلتان و للأمه ليله) **(٤)**، و خبر زراره (سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهاريه - المهاريه خ ل - يشترط عليها عند عقده النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر و كل جمعه يوما، و من النفقه كذا و كذا، قال: ليس ذلك الشرط بشيء، و من تزوج امرأه فلها ما للمرأه من النفقه و القسمه) **(٥)**، و هو ظاهر فى كون القسمه واجبه عليه ابتداء لإطلاق الخبر الشامل لتعدد زوجاته و اتحادهن، و خبر الدعائم عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام (أن عليا صلوات الله عليه قال: للرجل أن يتزوج أربعاً، فإن لم يتزوج غير واحده فعليه أن يبيت عندها ليله من أربع ليال، و له أن يفعل فى الثلاث ما أحب مما أحله الله تعالى) **(٦)**.

و استدلل للثانى بأصالة عدم وجوب القسمه ابتداء، نعم إذا بات عند واحده فيجب القسمه-

ص: ٥٣٧

١- (١) سورة النساء، آيه: ١٩.

٢- (٢) سورة النساء: آيه: ٣٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز و الشقاق حديث ٣.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب المهور حديث ٣.

٦- (٦) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

و للزوجتين ليلتان من الأربع، و له ليلتان. (و على هذا فإذا تمت الأربع (١) فلا فاضل له)، لاستغراقهن النصاب، و مقتضى العبارة أن القسمة تجب ابتداء و إن لم يتبدأ بها، و هو أشهر القولين، لورود الأمر بها (٢) مطلقا (٣)، و للشيخ قول أنها (٤) لا تجب إلا إذا ابتداء بها، و اختاره المحقق فى الشرائع، و العلامة فى التحرير. و هو متجه، و الأوامر المدعاة لا تنافيه (٥).

ثم إن كانت واحده فلا قسمه (٦)، و كذا لو كنَّ أكثر و أعرض عنهن، و إن بات عند واحده منهن ليله لزمه للباقيات مثلها.

و على المشهور يجب مطلقا (٧)، و حينئذ (٨) فإن تعددن (٩) ابتداء بالقرعة، ثم إن -لوجوب العدل عليه بين زوجاته، و لما دل من الأخبار على حصر حقها الواجب فى كسوتها و إطعامها و غفران ذنبها، و قد تقدم بعضها، و فيه: إن الأصل يخرج عنه بما تقدم من الأخبار، و أما أخبار الكسوة فهى مقيدة بما دل على وجوب القسمة من الأخبار المتقدمة.

(١) من الزوجات.

(٢) بالقسمة.

(٣) سواء ابتداء بالمبيت عند إحداهن أم لا، و سواء كانت الزوجه واحده أم متعددة.

(٤) أى القسمة.

(٥) أى لا تنافى الوجوب بعد الابتداء.

(٦) على قول غير المشهور، و هو القول الذى قواه الشارح هنا و فى المسالك.

(٧) و إن لم يبت عند واحده منهن.

(٨) أى حين وجوب القسمة ابتداء.

(٩) فعلى المشهور أنه يبدأ بمن شاء منهن حتى يأتى عليهن ثم يجب اجراء الدور الثانى كالدور الأول و هكذا، و قيل: يجب الرجوع إلى القرعة فى البدء بالقسمة، لأنه لو اختار واحده منهن و بات عندها فيلزم منه الترجيح بلا مرجح، و هذا ما يقتضى الميل إليها فيدخل فى الوعيد الوارد فى النبوى (من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما فى القسم من نفسه و ماله جاء يوم القيامة مغلولاً مائلاً شقه حتى يدخل النار) (١).

و عليه فإن كانتا اثنتين اكتفى بالقرعة مره واحده، لأن الثانية تعينت ثانياً، و إن كن ثلاثاً -

ص: ٥٣٨

كانتا اثنتين، و إلا افتقر إلى قرعه أخرى للثانية و هكذا لثلا يرجح بغير مرجح.

وقيل: يتخير. و على قول (١) الشيخ يتخير (٢) من غير قرعه، و لا- تجوز الزيادة في القسمة على ليله بدون رضاهن (٣)، و هو أحد القولين، لأنه -أقرع بين الباقيتين في الليلة الثانية، و إن كن أربعاً أقرع بين الثلاث ثانيا ثم بين الاثنتين ثالثا تحرزا عن التفضيل و الترجيح، لأن تقديم إحدى الباقيات ترجيح أيضا، فالتقديم بالقرعه في كل مراحل الدور الواحد عدل.

(١) من عدم وجوب القسمة ابتداء إلا إذا بات عند إحداهن

(٢) أى يتخير ابتداء من غير قرعه، و أما الباقيات فيجب القسم بينهما و مع تعددهن لا بد من القرعه لثلا يلزم الترجيح و التفضيل المنهى عنهما.

(٣) لا- خلاف في عدم جواز جعل القسمة - سواء قلنا بوجوبها ابتداء أو لا- - انقص من ليله، لأنه على خلاف ما دل على استحقاقها ليله عند القسمة ففي خبر إبراهيم الكرخي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن فيمسيهن، فإذا بات عند الرابعة في ليلتها لم يمسيها، فهل عليه في هذا إثم؟ قال: إنما عليه أن يبيت عندها في ليلتها و يظل عندها في صبيحتها، و ليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك) (١)، و هو ظاهر في استحقاقها ليله عند القسمة، و مثلها غيرها من الأخبار.

كما لا خلاف في جواز القسمة بين الزوجات ليله ليله، و يدل عليه الخبر المتقدم و غيره، و لكن هل يجوز أن يجعل القسمة أزيد من ليله لكل واحد، فعن الشيخ في المبسوط و جماعه نعم، للأصل و إطلاق الأمر بالقسمة مع عدم العول و الجور فيها، بل ربما كان ذلك أصلح لهنّ و أتم لمطلوبهن، بل و للزوج خصوصا مع تباعد أمكنتهن على وجه يشق عليه أن يدور على زوجاته ليله ليله. و عن المحقق في الشرائع و جماعه لا تجوز الزيادة على ليله تأسيا بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم حتى (أنه كان يطاف به في مرضه محمولا- فبييت عند كل امرأه ليله حتى حللته أن يبيت عند عائشه، و كان يقول: اللهم هذا قسمي فيما أملك و أنت اعلم بما لا أملك) (٢) يعنى من جهة الميل القلبي.

و لخبر سماعه بن مهران (سألت عن رجل كانت له امرأه فتزوج عليها، هل يحلّ له أن يفصل واحد على الأخرى، فقال: يفصل المحدثه حدثان عرسها ثلاثه أيام إن كانت بكرا، ثم يسوى بينهما بطيبه نفس إحداهما للأخرى) (٣) بدعوى أنه لو جعل لكل واحد-

ص: ٥٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القسم و الشوز حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٢٩٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و الشوز حديث ٨.

الأصل (١)، و للتأسي بالنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَ سَلَّمَ فقد كان يقسم كذلك (٢)، و لثلاث- يلحق بعضهم ضرر مع الزيادة بعروض ما يقطعه (٣) عن القسم للمتأخره، و الآخر (٤) جوازها (٥) مطلقا (٦)، للأصل (٧).

و لو قيل بتقييده (٨) بالضرر كما لو كنَّ في أماكن متباعده يشقُّ عليه الكون كل ليله مع واحده كان حسنا، و حينئذ (٩) فيتقيد بما يندفع به الضرر، و يتوقف (١٠) ما زاد (١١) على رضاهن، و كذا لا يجوز أقل من ليله، للضرر (١٢).

(و لا فرق) في وجوب القسم (بين الحرّ، و العبد (١٣)، و الخصى، و العنين)، -ثلاث ليال أو أزيد و لم تطب نفس إحداهما إلا بليله ليله فلا- يجوز، و هذا دال على عدم جواز الزيادة على الليله إلا- برضا البقيه. ثم على القول بجواز الزيادة من دون رضاهن فهل يتقدر بقدر، و عن الشيخ في المبسوط و جماعه أن حدّه ثلاث ليال و اعتبر في الزائد رضاهن، و عن الإسكافي جواز جعلها سبعا، و في القواعد أطلق عدم التقدير، و في الأخير ضعف ظاهر إذ المده الطويله كالسنه عند إحداهن أولا يوجب الضرر بالباقيات و على خلاف المعاشره بالمعروف المأمور بها و هكذا، مع عدم ورود نص خاص في هذا التفريع، نعم استدل للأول بأن الثلاث أقصى المأثور إذا كانت شيئا في التي تزوجها جديدا، و استدل للثاني بأن الزائد على السبع يعدّ هجرا و عشره بغير المعروف.

(١) أي لأن عدم الزيادة على الليله في القسمه هو الأصل المحقق من النصوص.

(٢) ليله ليله.

(٣) أي يقطع الزوج عن المبيت عند البقيه من نسوته من مرض أو سفر.

(٤) أي القول الآخر.

(٥) أي جواز الزيادة في القسمه على ليله.

(٦) مع رضاهن أو لا.

(٧) أي أصاله الجواز.

(٨) أي بتقييد جواز الزيادة من دون رضاهن.

(٩) أي حين تقييد الجواز بالضرر فيتقيد الجواز بما يدفع الضرر عن الزوج.

(١٠) أي جواز الزيادة من غير رضاهن.

(١١) و هو ما لا ضرر فيه.

(١٢) أي للضرر على الزوجه، لأنه ينغص العيش و يبطل الاستئناس، و قد عرفت أن الأخبار داله على عدم جواز القسمه بما ينقص

عن الليله.

(١٣) بعد ما ثبت وجوب القسمة بين الزوجات بالأدلة المتقدمة، فلا فرق بين كون الزوج حراً-

ص: ٥٤٠

(وغيرهم) لإطلاق الأمر، وكون الغرض منه (١) الإيناس بالمضاجعة لا المواقعة.

فى أن القسمه تسقط بالنشوز

(و تسقط القسمه بالنشوز) (٢) إلى أن ترجع إلى الطاعة،(و السفر) (٣) أى سفره مطلقا (٤) مع استصحابه لإحداهن (٥)، أو على القول بوجوبه (٦) مطلقا (٧)، فإنه لا -أو عبدا، عينا أو خصيا، لإطلاق الأدله، ولأن الغرض من القسمه الإيناس و العدل بين الزوجات و التحرز عن الإيذاء، و التحرز عن الإيحاش بترجيح بعضهن على بعض، و ليس الواجب فى القسمه الوقاع حتى يقال بأنه غير ممكن من العنين و نحوه.

(١) من القسم.

(٢) تسقط القسمه بالنشوز بلا خلاف فيه، لأن القسمه من جمله حقوق الزوجه كالفقهه، و كما تسقط الثانيه عن الصغيره و الناشزه و المجنونه جنونا مطبقا و المسافره بغير إذنه كذلك تسقط القسمه.

(٣) أى سفر الزوج، بمعنى أن له السفر وحده من دون استصحاب إحداهن، و ليس عليه قضاء ما فاتهن فى السفر بلا خلاف فيه، لأصاله عدم وجوبه مع عدم نقل القضاء عن المعصومين عليهم السلام على كثره سفرهم.

نعم لو أحب استصحاب بعض أزواجه دون بعض جاز، فقد كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يفعل ذلك، فإذا صحب بعضهن فلا قضاء للمتخلفات، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لم ينقل أنه كان يقضى للمتخلفات، هذا و قال الشارح فى المسالك: (و يؤيده أن المسافره و إن حظت بصحبه الزوج فقد تعبت بالسفر و مشاقه و لم يحصل لها دعه الحضر، فلو قضى لهن كان حقهن أوفر، و هو خلاف العدل و الميل كل الميل، و شرط بعضهم فى عدم القضاء أن يصحب الخارجه بالقرعه، فلو أخرجها بمجرد التخيير و الميل قضى، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم ما كان يخرج معه واحده إلا بالقرعه، و من ثم لم يقضى بخلاف ما لو أخرجها بالتشهى، لأنه ميل و ظلم بالتفضيل) انتهى.

هذا و إذا كان للرجل نساء و أراد أن يصحب بعضهن فى السفر فيستحب له أن يقرع بينهن فأيتهن خرج اسمها خرج بها، للتأسى بالنبى صلى الله عليه و آله و سلم (١)، و لأنه أطيب لقلوبهن و أقرب إلى العدل، و لا تجب القرعه للأصل.

(٤) سواء قلنا بوجوب القسمه ابتداء كما عليه المشهور أم قلنا بوجوب القسمه إذا ابتداء بإحداهن.

(٥) فمع أخذه لإحداهن تجب القسمه على القولين لو لا السفر.

(٦) أى بوجوب القسم.

(٧) و إن لم يبتداء، فتجب القسمه و لو لم يستصحب إحداهن لو لا السفر.

يقضى للمتخلفات و إن لم يقرع للخارجة (١).

وقيل (٢) مع القرعة (٣)، و إلا- (٤) قضى، أما سفرها (٥) فإن كان لواجب (٦) أو جائز بإذنه (٧) وجب القضاء، و لو كان لغرضها (٨) ففي القضاء قولان للعلامه فى القواعد و التحرير. و المتجه وجوبه (٩)، و إن كان فى غير واجب بغير إذنه و لا ضروره إليه فهى ناشزه.

فى أن الوجوب يختص بالليل

(و يختص الوجوب بالليل، و أما النهار فلمعاشه) (١٠) إن كان له معاش، (إلا) (١) معه فى السفر.

(٢) و لم يعرف القائل.

(٣) أى لا يقضى للمتخلفات إذا كان خروج إحداهن معه بالقرعة.

(٤) فلو كانت الخارجة من باب الميل و التفضيل.

(٥) قد تقدم أن سفرها بغير إذنه يسقط القسم لأنها ناشزه، و لكن لا بد من التفصيل من أن سفرها بغير إذنه إن كان فى واجب مضيق أو بإذنه فى غرضه لم يسقط حقها و وجب القضاء لها بعد الرجوع، و ظاهر البعض عدم الخلاف فيه كما فى الجواهر، و إن كان بإذنه فى غرضها ففيه قولان، من الإذن فى تفويت حقه فىبقى حقها، و لازمه وجوب القضاء كما هو خيره للعلامه فى التحرير، و من فوات التمكن و الاستمتاع المستحق عليها و لازمه عدم وجوب القضاء لها كما هو خيره للعلامه فى القواعد.

(٦) أى واجب مضيق، و أما لو كان موسعا فيأتى فيه الخلاف المتقدم فى سفرها بإذنه لغرضها.

(٧) و كان لغرضه.

(٨) مع إذنه.

(٩) وجوب القضاء.

(١٠) الواجب فى القسم المضاجعه لا المواقعه، و المراد بالمضاجعه هو المبيت عندها بمعنى أن ينام معها على الفراش قريبا منها عادة، معطيا لها وجهه دائما أو أكثريا بحيث لا يعدّ هاجرا، و إن لم يتلاصق الجسمان و قال فى الجواهر و قد أجاد: (و أما المضاجعه على الوجه المزبور فإنها و إن لم نجد بها نصا بخصوصها كما اعترف به فى كشف اللثام، بل قال:

المروى الكون عندها، لكن قد يدعى أنها المتعارفه من المبيت عندها، بل هو و شبهه السبب فى تعيين ليله لها و إضافتها إليها، بل هى المراد من المعاشره بالمعروف، بل يمكن استفادتها من آية: و اهجروهن فى المضاجع، إلى آخرها الظاهره فى اشتراط ذلك -

-بالنشوز، و أنه مع الطاعة ليس للزوج عليها هذا السبيل، بل ربما كان في قوله:

أ يضرب أحدكم المرأة ثم يظل معانقها) انتهى كلامه و لا تجب المواقع إلا في كل أربعة أشهر مره، و هي ليست مقدوره في كل وقت و يدل عليه أخبار.

منها: خبر إبراهيم الكرخي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن فيمسهن، فإذا بات عند الرابعة في ليلتها لم يمسها فهل عليه في هذا إثم؟ قال عليه السلام: إنما عليه أن يبيت عندها في ليلتها، و يظل عندها في صبيحتها، و ليس عليه أين يجامعها إذا لم يرد ذلك(1).

هذا و عماد القسمة الليل الذي خلقه الله سكنا من حركات التعب و نهضات النصب، و جعله سكنا ليلبسوا من راحته و منامه فيكون لهن جماحا و قوه، و لينالوا به لذه و شهوه في المضاجعه و المواقع، دون النهار الذي خلقه الله لهم مبصرا ليتغوا من فضله و ليتسبوا إلى رزقه و يسرحوا في أرضه طلبا لما فيه نيل العاجل من ديناهم و درك الأجل من آخرهم على المشهور للأصل و السيره.

و عن ابن الجنيد أنه يجب أن يظل عندها صبيحه تلك الليله لخبر إبراهيم الكرخي المتقدم، و الصبيحه تطلق لغه على أول النهار، و قد حمل عند المشهور على الاستحباب لمجهوليه حال الكرخي فلا تصلح الروايه لإثبات الوجوب، و الحكم في الاستحباب سهل. و عن الشيخ في المبسوط وجوب الكون معها نهارا و وافقه عليه العلامة في التحرير لما ورد من النصوص أنه للحره يومان و للأمه يوم(2)، و للنصوص الداله على تخصيص البكر و الثيب بالأيام(3)، بناء على أن المراد باليوم اسما لمجموع الليل و النهار. ثم هذا كله فيمن كان كسبه نهارا، فلو انعكس و كان كسبه ليلا كالوقاد و الآتونى و الحارس فعماد قسمته النهار خاصه بلا- خلاف فيه جمعا بين الحقين و دفعا للضرر، و التفاتا إلى قوله تعالى: جَعَلَ اللَّيْلَ وَ النَّهَارَ خِلْفَةً(4)، و يكون حكم الليل عندهم كنهار غيرهم، و لو اختلف عمله فكان يعمل بالليل تاره و يستريح بالنهار، و يعمل أخرى بالنهار و يستريح بالليل و جب مراعاة التسويه بين زوجاته بحسب الإمكان كما في المسالك، فإن شق ذلك عليه لزم-

ص: ٥٤٣

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب القسم و النشوز.

٣- (٣) ت ٢ - من أبواب القسم و النشوز.

٤- (٤) سورة الفرقان، الآية: ٦٢.

(فى نحو الحارس) و من لا يتم عمله إلا بالليل (فتنعكس) قسمته فتجب نهارا دون الليل.

و قيل: تجب الإقامة صبيحه كل ليله مع صاحبته، لروايه إبراهيم الكرخى عن الصادق عليه السلام و هى محموله مع تسليم سندها على الاستحباب.

و الظاهر أنّ المراد بالصبيحه أول النهار بحيث يسمّى صبيحه عرفا، لا مجموع اليوم.

هذا كله فى المقيم، و أما المسافر الذى معه زوجاته فعماد القسمة فى حقه وقت النزول ليلا كان أم نهارا، كثيرا كان أم قليلا.

فى أنّ للأمه و الكتابيه نصف القسم

(و للأمه) المعقود عليها دواما حيث يسوغ (١)(نصف القسم) (٢) لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: «إذا كان تحته أمه مملوكه فتزوج عليها -لكل واحده ما يتفق فى نوبتها من ليل أو نهار.

ثم لو كان مسافرا و معه جميع زوجاته فعماد قسمته فى حقه وقت النزول، قليلا- كان أو كثيرا، ليلا- أو نهارا، هذا و قال فى الجواهر: (قلت: قد ذكر هذا الحكم بعض العامه و الخاصه، و هو إن تم اجماعا كان هو الحجه، و إلا أمكنت المناقشه باحتمال سقوط القسم فى حقه باعتبار تعذر محله) انتهى.

(١) أى حيث يسوغ نكاح الأمه بأن كان غير قادر على نكاح الحره و قد خاف العنت، أو تزوج الأمه بإذن الحره.

(٢) فإذا كانت الأمه وحيده فلا إشكال فى أن لها ليله من ثمان ليال، و لو كانت مع حره أو حرائر فللحره ليلتان و للأمه ليله بلا خلاف إلا من المفيد حيث ذهب إلى أن الأمه لا قسمه لها مطلقا و الأصح المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألت عن الرجل يتزوج المملوكه على الحره، قال عليه السلام: لا، فإذا كانت تحته امرأه مملوكه فتزوج عليها حره قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه)(١).

و لما لم يجز جعل القسمة أقل من ليله فالمتجه كون الدور حيثنذ من ثمان ليال جمعا بين حقهما و حق الزوج، فيكون له منها خمس ليال و لهما ثلاث، ليلتان للحره و ليله للأمه.

ص: ٥٤٤

حره قسم للحره مثلى ما يقسم للمملوكه»، و حيث لا- تكون القسمة فى أقل من ليله فلأمه ليله من ثمان، و للحره ليلتان، و له خمس.

و يجب تفريق ليلتى الحره لتقع من كل أربع (١) واحده إن لم ترض بغيره (٢)، و إنما تستحق الأمه القسمة إذا استحققت النفقه بأن كانت مسلمة للزوج ليلا و نهارا (٣) كالحره. (و كذا الكتايبه الحره) (٤) حيث يجوز نكاحها دواما على المشهور، (١) أى من كل أربع ليال ليله واحده.

(٢) أى بغير التفريق و فيه: أن إطلاق النص قاض بجواز الجميع بين ليلتى الحره و التفريق، و هذا ما ذهب إليه فى المسالك حيث قال: (فالليلتان للحره منها بمنزله الليله من الأربع فيتخير الزوج بين إيفائها إياهما مجتمعين و متفرقين، و يحتمل وجوب جعلهما فى كل أربع ليله كما كان لها ذلك قبل دخول الأمه إلا مع رضاهما بالجمع) انتهى.

و ظاهره أن وجوب التفريق للاستصحاب الثابت قبل دخول الأمه و هو لا ينعف مع إطلاق النص بجواز الجمع و التفريق.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف كما فى الجواهر لاشتراط التمكين التام من قبل الزوجه حتى تستحق النفقه و القسمة، و التمكين التام من الأمه يتحقق إذا مكّنه السيد منها ليلا و نهارا، فلو مكّنه منها ليلا فقط فليس بالتمكين التام، و كذا لو مكّنته من نفسها من دون إذن مولاها فليس بتمكين لاشتراط إذن المولى لأنها و منافعها ملك للمولى فلا عبره إلا بتمكين المولى.

(٤) فالكتايبه الحره كالأمه لها نصف القسم بحيث لو اجتمعت مع حره، كان للحره ليلتان و للكتايبه ليله، و يكون الدور من ثمان ليال، بلا خلاف فيه و يدل عليه خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام هل للرجل أن يتزوج النصرانيه على المسلمه، و الأمه على الحره؟ فقال عليه السّلام: لا تزوج واحده منهما على المسلمه، و تزوج المسلمه على الأمه و النصرانيه، و للمسلمه الثلثان و الأمه و النصرانيه الثلث) (١) و منه تعرف ضعف ما عن المسالك حيث قال (مساواه الحره الكتايبه للأمه فى القسمة لا نص عليه، لكنه مشهور بين الأصحاب، و ذكر ابن إدريس أنه مروى، و ربما استدلل له باقتضاء الإسلام أن يعلو على غيره و لا- يعلو عليه، فلو ساوت المسلمه لزم عدم العلو، و فيه نظر، لأن مثل ذلك لا- يقاوم الأدله العامه المتناوله لها، و علو الإسلام يتحقق فى غير أداء الحقوق الشرعيه، فإن المسلم و الكافر فيه سواء) انتهى و ضعفه ظاهر مع وجود الخبر المتقدم-

ص: ٥٤٥

و علل بنقصها بسبب الكفر فلا تساوى المسلمه الحره،(و للكتايه الأمه ربع القسم) لثلا تساوى الأمه المسلمه (فتصير القسمه من ست عشره ليله) للأمه الكتايه منها ليله، و للحره المسلمه أربع كما سلف (١)، و للأمه المسلمه ليلتان لو اتفقت (٢) و كذا الكتايه (٣).

و من هنا (٤) يتفرع باقى صور اجتماع الزوجات المتفرقات (٥) فى القسمه و هى أربعون صوره (٦).

-الصريح بقول المشهور و مما تقدم يظهر أنه لو كان عنده أمه مسلمه و حره كتايه كانتا سواء فى القسمه، و لهما ليلتان من ثمان، و لو كان عنده أمه كتايه كان لها ربع القسمه فتستحق ليله من ست عشره ليله، لأن الكتايه لو كانت حره لكان لها نصف القسمه فلو كانت أمه لكان لها نصف المذكور الذى هو الربع.

(١) من أنها تستحق ليله من كل أربع.

(٢) بأن اتفق له أمه مسلمه بالعقد الدائم حيث يسوغ.

(٣) أى الكتايه الحره فلها ليلتان.

(٤) أى مما تقدم من كون الحره المسلمه لها ليله من أربع، و الأمه المسلمه لها ليله من ثمان، و الكتايه الحره كذلك، و الأمه الكتايه لها ليله من ست عشره ليله.

(٥) أى المتفرقات فى حكم القسمه كاجتماع حره مسلمه مع أمه مسلمه أو حره مسلمه مع كتايه حره، أو حره مسلمه مع أمه كافره.

(٦) ست منها ثنائيه، و أربع عشر ثلاثيه، و عشرون رباعيه، أما الثنائيه فهى: ١ - حره مسلمه مع أمه مسلمه، ٢ - حره مسلمه و حره كتايه، ٣ - حره مسلمه و أمه كتايه، ٤ - أمه مسلمه و أمه كتايه، ٥ - حره كتايه و أمه مسلمه، ٦ - حره كتايه و أمه كتايه.

و أما الثلاثيه فهى: ١ - حره مسلمه و أمه مسلمه و حره كتايه، ٢ - حره مسلمه و أمه مسلمه و أمه كتايه، ٣ - حره مسلمه و حره كتايه و أمه كتايه، ٤ - حره مسلمه و أمتان مسلمتان، ٥ - حره مسلمه و كتاييتان حرتان، ٦ - حره مسلمه و أمتان كتاييتان، ٧ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه، ٨ - حرتان مسلمتان و حره كتايه، ٩ - حرتان مسلمتان و أمه كتايه، ١٠ - حرتان كتاييتان و أمه مسلمه، ١١ - حرتان كتاييتان و أمه كتايه، ١٢ - حره كتايه و أمه مسلمه و أمه مسلمه و أمه كتايه، ١٣ - حره كتايه و أمتان مسلمتان، ١٤ - حره كتايه و أمتان كتاييتان.

و أما الرباعيه فهى: ١ - حرتان مسلمتان و أمتان مسلمتان، ٢ - حرتان مسلمتان و حرتان كتاييتان، ٣ - حرتان مسلمتان و أمتان كتاييتان، ٤ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه و حره كتايه، ٥ - حرتان مسلمتان و أمه مسلمه و أمه كتايه، ٦ - حرتان مسلمتان و حره كتايه -

تبلغ مع الصور المتفقه (١) اثنتين و خمسين تعرف (٢) مع أحكامها بالتأمل.

و تستحق القسم مريضه، و رتقاء، و قرناء، و حائض، و نفساء (٣)، لأن المقصود منه (٤) الأنس، لا الوطء.

فى أنه لا قسمه للصغيره

(و لا قسمه للصغيره) (٥) التى لم تبلغ التسع، (و لا- للمجنونه المطبقه إذا خاف) -و أمه كتابيه، ٧- أمتان مسلمتان و حرتان كتابيتان، ٨- حرتان كتابيتان و أمتان كذلك، ٩- حرتان كتابيتان و أمه مسلمه و أمه كتابيه، ١٠- حره مسلمه و حره كتابيه و أمتان مسلمتان، ١١- حره مسلمه و حرتان كتابيتان و أمه مسلمه، ١٢- حره مسلمه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٣- حره مسلمه و حرتان كتابيتان و أمه كتابيه، ١٤- أمه مسلمه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٥- أمه كتابيه و ثلاث حرائر كتابيات، ١٦- ثلاث حرائر و أمه مسلمات، ١٧- ثلاث حرائر مسلمات و حره كتابيه، ١٨- ثلاث حرائر مسلمات و أمه كتابيه، ١٩- حره مسلمه و حره كتابيه و أمه مسلمه و أمه كتابيه، ٢٠- حره مسلمه و حره كتابيه و أمتان كتابيتان، هذا و اعلم أن هذه الفروض مبنيه على كون الزوج حرا و على جواز التزويج بأمتين على الحرتين، أما لو كان الزوج عبدا أو لم نقل بنكاح الأمتين مع الحرتين فتختلف الكثير من هذه الفروض.

(١) أى المتفقه فى حكم القسمه سواء كانت الزوجات متعدده أم لا و هى اثنتا عشره صوره و هى: من واحده إلى أربع حرائر مسلمات، و من واحده إلى أربع كتابيات حرائر، و من واحده أو اثنتين من الاماء المسلمات و مثلها من الاماء الكتابيات فالمجموع ما ذكر أو نقل بعبارة أخرى إن الصور هى: ١- حره مسلمه، ٢- حرتان مسلمتان، ٣- ثلاث حرائر مسلمات، ٤- أربع حرائر مسلمات، ٥- حره كتابيه، ٦- حرتان كتابيتان، ٧- ثلاث حرائر كتابيات، ٨- أربع حرائر كتابيات، ٩- أمه مسلمه، ١٠- أمتان مسلمتان، ١١- أمه كتابيه، ١٢- أمتان كتابيتان.

(٢) أى هذه الصور المتقدمه.

(٣) بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدله القسمه.

(٤) من القسم.

(٥) لا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن القسمه بمنزله النفقه فكما تسقط الثانيه تسقط الأولى، نعم قال فى الجواهر: (و أما الصغيره القابله للاستمتاع الملتذه به فلا دليل عليه، لاندراجها فى اسم الزوجه التى قد سمعت ما يدل على استحقاتها الليله من الأربع، و سقوط النفقه المشروطه بالدخول لو قلنا به لا يقتضى سقوط حقها من القسم، اللهم إلا أن يشك فى شمول أدلته لمثلها و الأصل البراءه و لعله كذلك) انتهى.

أذاها (١) مع مضاجعتها، لأنَّ القسمه مشروطه بالتمكين. و هو (٢) منتف فيهما (٣)، و لو لم يخف من المجنونه وجب، و كذا غير المطبقه.

في أن الولي يقسم بالمجنون

(و يقسم الولي بالمجنون) (٤) بأن يطوف به على أزواجه بالعدل، أو يستدعيهن إليه، أو بالتفريق (٥)، و لو خصّ (٦) به (٧) بعضهن فقد جار، و عليه (٨) القضاء، فإن (١) فإذا كان جنونها مطبقا فلا قسمه لها و إن استحقت النفقه، إذ لا عقل لها يدعوها إلى الانس بالزوج و التمتع به، و قال الشارح في المسالك: (و الأولى تقييد المطبقه بما إذا خاف أذاها أو لم يكن لها شعور بالانس به و إلا لم يسقط حقها منها) انتهى.

و تقييد الجنون بالاطباق لإخراج الجنون الادوارى فهي كالعاقله فى وجوب القسمه كما أطلقه جماعه منهم المحقق، نعم هي كذلك حال إفاقتها، و أما فى حال ادوار جنونها فالفرق بينها و بين المطبقه مشكل.

(٢) أى التمكين.

(٣) فى الصغيره و المطبقه.

(٤) يجب على الزوج القسم بين زوجاته لإطلاق أدلته و لو كان الزوج مجنونا، و يتصور هذا فيمن بلغ رشيدا فتزوج أكثر من واحد ثم عرض له الجنون، أو زوجته و ليه و هو صغير أكثر من واحد ثم بلغ مجنونا، و لا يجوز فى غير ذلك كما فى المسالك، لأن المجنون البالغ لا يجوز لوليّه أن يزوجه أكثر من واحد، لانتفاء الحاجه بها.

ثم لا يخلو إما أن يكون جنونه مطبقا أو ادوارا، و الثانى فى وقت إفاقتة كغيره من المكلفين، و فى غير ذلك كالمطبق.

و المطبق إن لم يؤمن منه فلا قسم فى حقه، و إن أمن منه فإن كان قد قسم لبعض نسائه ثم جنّ فعلى الوالى أن يطوف به على الباقيات قضاء لحقوقهن كما يقضى ما عليه من الدين.

و كذلك إذا طلبن القسمه أو روى منه الميل إلى النساء أو قال أهل الخبره إن غشيان النساء ينفعه، و ليس منحصره الواجب بأن يطوف به الولي، فيجوز للولي أن يطوف به عليهن أو يدعوهن إلى منزله أو يطوف على بعضهن و يدعو بعضهن، و لكن لا يجوز تفضيل بعضهن بأن يبيت عندها أكثر من الأخرى فلو فعل الولي بالمجنون ذلك ثم أفاق المجنون فالمشهور أن عليه القضاء لمن نقص من حقها، و قال فى المسالك: (و لو قيل بعدم وجوب القضاء على المجنون و بقاء الحق فى ذمه الولي كان وجهها، لأن المجنون غير مكلف، و القضاء تابع للتكليف بالفعل، أو ثابت بأمر جديد، و هو منتف هنا) انتهى.

(٥) بأن يطوف به على بعضهن و يدعو البعض الآخر.

(٦) أى الولي.

(٧) بالمجنون.

(٨) أى على الولي.

ص: ٥٤٨

أفاق المجنون قضى ما جار فيه الولي، و في وجوبه عليه (١) نظر، لعدم جوره.

في أن البكر تختص عند الدخول بسبع و الثيب بثلاث

(و تختص البكر عند الدخول بسبع) (٢).

(١) على المجنون بعد الإفاقة.

(٢) من أسباب تفضيل بعض الزوجات على بعض تجدد النكاح، فإنه يقتضى تخصيص الجديده بزياده مبيت عند الزفاف، و هى سبع ليال إن كانت بكرًا و ثلاث إن كانت ثيبًا، و المقصود منه أن ترفع الحشمه و تحصل الألفه و الأنس، و خصت البكر بزياده لأن حياها أكثر، على المشهور فى ذلك كله للنبوى (للبكر سبع و للثيب ثلاث) (١)، و خبر محمد بن مسلم (قلت له: الرجل تكون عنده المرأه يتزوج أخرى، أله أن يفضّلها؟ قال: نعم إن كانت بكرًا فسبعه أيام، و إن كانت ثيبًا فثلاثه أيام) (٢)، و خبره الآخر (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: رجل تزوج امرأه و عنده امرأه، فقال عليه السّلام: إن كانت بكرًا فليبت عندها سبعا، و إن كانت ثيبًا فثلاثًا) (٣)، و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يتزوج البكر، قال عليه السّلام: يقيم عندها سبعة أيام) (٤)، و عليه ينزل خبر البصرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يكون عنده المرأه فيتزوج أخرى، كم يجعل للثيب دخل بها؟ قال عليه السّلام: ثلاثه أيام ثم يقسم) (٥) بعد حملها على الثيب.

و عن الشيخ فى النهايه و كتابى الحديث إلى أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب، و أما الواجب لها فثلاث كالثيب، جمعا بين ما تقدم و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا تزوج الرجل بكرًا و عنده ثيب فله أن يفضّل البكر بثلاثه أيام) (٦)، و خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل تكون عنده المرأه فيتزوج جاريه بكرًا، قال: فليفضّلها حين يدخل بها ثلاث ليال) (٧)، و مثلها مقطوعه سماعه (٨).

إذا تقرر ذلك فيجب التوالى فى الثلاث و السبع كما هو الظاهر من النصوص المتقدمه بل خبر البصرى المتقدم (ثلاثه أيام ثم يقسم) صريح فى التوالى، و لأن الغرض هو الإيناس و رفع الوحشه و لا يتم ذلك إلا بالتوالى.

و لا فرق فى الزوجه الجديده هنا بين الحره و الأمه و المسلمه و الكتابيه لإطلاق الأخبار المتقدمه، و لأن المقصود من ذلك أمر يتعلق بالضعف و هو لا يختلف بالرقيه و الحره و لا بالإسلام و الكفر، كما يشترك الجميع فى مده العته و الإيلاء، و عن بعضهم أنه يتشطر -

ص: ٥٤٩

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٠١ و كنز العمال ج ٨ ص ٢٥٣ حديث ٤١٣٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و الشوز حديث ١ و ٥ و ٣.

٣- ((٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب القسم و الشوز حديث ٤ و ٦ و ٧ و ٨.

ليال ولاء (١)، و لو فرقه (٢) لم يحتسب، و استأنف، و قضى المفترق (٣) للأخريات (٤).

و يحتمل الاحتساب (٥) مع الإثم، (و الثيب بثلاث) و لاء.

و الظاهر أنّ ذلك (٦) على وجه الوجوب (٧).

و لا- فرق بين كون الزوجه حره و أمه مسلمه و كتابيه إن جوّزنا تزويجها (٨) دواما عملا (٩) بالإطلاق، و استقرب في التحرير تخصيص الأمه بنصف ما تختص به (١٠) لو كانت حره، و في القواعد المساواه (١١)، و على التنصيف (١٢) يجب -للأمه على حسب القسم فلها نصف ما للحره، و قرّبه في التحرير و إنما الكلام في كيفية التشطير على وجهين:

الأول: أنه يجب تكميل المنكسر فيثبت للبكر الأمه أربع ليال و للثيب الأمه ليلتان.

الثاني: أن للبكر ثلاث ليال و نصفا، و للثيب ليله و نصفا، لأن المده قابله للتنصيف و يخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرد أو مسجد، كما عن المسالك و الحدائق، و الأظهر الأول لأن الاختصاص المذكور من جمله القسم الذي لا يجوز فيه التشقيص فلا بد من تكميل المكسر حينئذ.

(١) من غير تفريق.

(٢) أي فرق الزوج زمن الاختصاص المذكور.

(٣) أي مقدار المفروق.

(٤) لعدم كون المفروق من جمله ما تختص به الجديده.

(٥) أي احتساب المفروق و أنه من جمله ما تختص به الجديده و إن عصى الزوج بعدم التوالى، قال في المسالك: (و لو فرّق الليالى رأسا ففي الاحتساب به وجهان، من امتثال الأمر بالعدد فكان ذلك بمنزله القضاء، و من اشتغال التوالى على غايه لا تحصل بدونه كالانس و ارتفاع الحشم و الحياء) انتهى.

(٦) أي اختصاص البكر بسبع و الثيب بثلاث.

(٧) إشاره إلى خلاف الشيخ حيث جعل الثلاث للبكر و الثيب، و أن ما زاد إلى السبع للبكر مستحب.

(٨) أي الكتاييه.

(٩) تعليل لعدم الفرق، و المعنى تمسكا بإطلاق النصوص المتقدمه.

(١٠) من بكر أو ثيب.

(١١) بين الأمه و الحره فى الاختصاص المذكور.

(١٢) من أن للأمه نصف ما للحره من الاختصاص.

ص: ٥٥٠

عليه (١) الخروج من عندها بعد انتصاف الليل (٢) إلى مكان خارج عن الأزواج (٣)، كما يجب ذلك (٤) لو بات عند واحده نصف ليله ثم منع من الإكمال، فإنه يبيت عند الباقيات مثلها (٥)، مع المساواه (٦)، أو بحسابه (٧).

في أنه ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره

(و ليس للزوجه أن تهب ليلتها للضره إلا برضاء الزوج) (٨)، لأن القسم حق (١) على الزوج.

(٢) في الليله الرابعه إن كانت بكرًا، لأن حقها ثلاث ليال و نصف، و في الليله الثانيه إن كانت ثيبًا، لأن حقها ليله و نصف، و هذا كله مبنى على تشطير الاختصاص من دون تكميل المنكسر كما تقدم.

(٣) إما إلى بيت منفرد له أو إلى مسجد و نحو ذلك.

(٤) أى المبيت في مكان خارج عن الأزواج.

(٥) أى مثل الليله التى منع من إكمالها.

(٦) أى المساواه بين الزوجات في الإسلام و الحريه.

(٧) و هو مع عدم المساواه، فلو كان عنده أمه و حره و قد منع من نصف ليله الأمه فيسقط ليله من ليلتى الحره، و لو منع من نصف ليله من ليلتى الحره فيسقط ربع ليله من ليله الأمه و هكذا.

هذا مع أنه في المسالك قد حكم بأن يقضى لها في الليله التاليه بقدر ما فات من ليلتها و يخرج باقى الليل إلى مكان خارج عن الأزواج، ثم يعود إلى باقى النساء بقسمهن، و أما ما ذكره هنا فمشكل لأنه لا يفى بحق الزوجه التى منع من الإكمال عندها مع أن حقها الليله الكامله و لذا لا يجوز جعل القسمه أقل من ليله كما تقدم.

(٨) إذا سامحت واحده من زوجاته بحقها في القسمه لم يجب على الزوج القبول، لأن القسم حق مشترك بين الزوجين فالاستمتاع بها حق للزوج فله أن يبيت عندها في نوبتها.

و لو وهبت إحدى نساءه ليلتها للضره توقف ذلك عن رضا الزوج، لأن القسم حق مشترك بين الزوجين فيعتبر رضا الزوج في ذلك كما يعتبر رضاها، و لو رضى بات عند الموهوبه ليلتين، ليله لها و ليله الواهبه، و الأصل فيه المرسل عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (أن سوده بنت زمعه لمّا كبرت وهبت نوبتها لعائشه فكان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يقسم لها يوم سوده و يومها) (١).

ثم إن كانت ليله الواهبه متصله بليله الموهوبه بات عند الموهوبه ليلتين على الولاء، و إن كانت منفصله عنها فيجب مراعاة النوبه فيهما، لأن ما بين الليلتين حق سابق لإحدى -

مشترك بينهما (١)، أو مختص به (٢) على القول بعدم وجوبه (٣) ابتداء، فإن رضى بالهبة و وهبت (٤) لمعينه منهن بات عندها (٥) ليلتهما (٦)، كل ليله فى وقتها متصلتين كانتا أم منفصلتين.

وقيل (٧): يجوز وصلهما (٨)، تسهلا عليه (٩)، و المقدار لا يختلف (١٠).

و يضعف بأن فيه تأخير حق من بين ليلتين، و بأن الواهبه قد ترجع بينهما، و الموالاه قد تفوت حق الرجوع، و إن وهبتها لهن سوى (١١) بينهن فيجعل الواهبه كالمعدومه، و لو وهبتها له فله تخصيص نوبتها بمن شاء، و يأتى فى الاتصال و الانفصال ما سبق.

(و لها الرجوع قبل تمام المبيت) (١٢)، لأن ذلك بمنزله البذل، لا هبه حقيقه، -زوجاته الباقية فيجب مراعاته.

و هذا كله إذا وهبت ليلتها لضره معينه أما لو وهبتها لبقية نسائه أو أسقطت حقها من القسمة و جب القسمة بين الباقيات، لأن الموهوب حق للباقي من نسائه، و لو وهبتها للزوج فله وضعها حيث شاء.

(١) بين الزوجين.

(٢) بالزوج.

(٣) أى بعدم وجوب القسم، و هو مختص به قبل الابتداء، أما لو ابتداء فمن الواضح أن القسم حينئذ حق مشترك بين الزوجين.

(٤) أى الزوجه.

(٥) عند المعينه الموهوبه.

(٦) ليله الواهبه و ليله الموهوبه.

(٧) لم يعرف القائل.

(٨) فى صورته الانفصال.

(٩) على الزوج.

(١٠) أى مقدار المبيت المقرر لا يختلف سواء كان منفصلا أم متصلا.

(١١) أى الزوج، و التسويه إما بمعنى المبيت عند كل واحده منهن بعض الليله أو على معنى المبيت عند واحده منهن فى كل دور ليله الواهبه.

(١٢) إذا وهبت و رضى الزوج لأن حق الاستمتاع مشترك بينهما، فلها الرجوع، لعدم كونها هبه حقيقه و لذا لم يشترط رضا

الموهوبه فالفهه هنا بمعنى البذل، فلذا لا يصح لها-

ص: ٥٥٢

و من ثم لا- يشترط رضا الموهوبه (لا- بعده (١) لذهاب حقها من الليله فلا- يمكن الرجوع فيها، و لا- يجب قضاؤها لها،(و لو رجعت في أثناء الليله تحوّل إليها)، لبطلان الهبه لما بقى من الزمان،(و لو رجعت و لمّا يعلم فلا شيء عليه)، لاستحاله تكليف الغافل، و لها أن ترجع في المستقبل، دون الماضي، و يثبت حقها من حين علمه به (٢) و لو في بعض الليل.

في أنه لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء

(و لا يصح الاعتياض عن القسم بشيء) من المال (٣)، لأنّ المعوض كون الرجل عندها، و هو (٤) لا يقابل بالعوض، لأنّه ليس بعين، و لا منفعه، كذا ذكره الشيخ و تبعه عليه الجماعة، و في التحرير نسب القول إليه (٥) ساكتا عليه مشعرا -الرجوع فيما مضى بمعنى لا يقضى لكونه بمنزله التلف المانع عن الرجوع به، و يصح فيما يستقبل، فلها الرجوع فيه بحيث لو رجعت في اثنا الليل و علم الزوج بذلك خرج من عند الموهوبه و تحوّل إليها، و لو رجعت و لم يعلم أثناء الزوج لم يقض ما مضى قبل علمه للأصل بعد عدم التقصير منه.

(١) أي بعد تمام المييت.

(٢) بالرجوع.

(٣) لو التمسست عوضا عن ليلتها فبذله الزوج هل يلزم، قيل: لا يلزم كما عن الشيخ في المبسوط و تبعه عليه جماعه، لأنّ العوض في مقابله عين أو منفعه، و هذا الحق من القسم ليس بعين و لا منفعه، و إنما هو مأوى و مسكنا فلا تصح المعاوضه عليه بالمال.

و غيرهم على جواز المعاوضه عليه لمنع انحصار المعاوضه على العين و المنفعه إذ تجوز المعاوضه على الحقوق من باب الصلح، كما تجوز على حق الشفعه و التحجير و غيرهما من الحقوق مضافا إلى خبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام (سألته عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما: ليلتي و يومى لك يوما أو شهرا أو ما كان، أ يجوز ذلك؟ قال عليه السّلام: إذا طابت نفسها و اشترى ذلك منها فلا بأس)(١).

و إطلاق الشراء على مثل هذه المعاوضه القائمه بالصلح مجاز، لأن متعلق الشراء الأعيان الماليه لا غيرها، و صح الإطلاق لأنه كناية عن المعاوضه على الحق في الجملة.

(٤) أي كون الرجل عندها.

(٥) إلى الشيخ.

ص: ٥٥٣

بتوقفه فيه، أو تمريره.

و له (١) وجه، لأنّ المعاوضه غير منحصره فيما ذكر (٢)، و لقد كان ينبغي جواز الصلح عليه (٣) كما يجوز الصلح على حق الشفعه، و التحجير و نحوهما من الحقوق.

و حيث لا تجوز المعاوضه (فيجب عليها ردّ العوض) إن كانت قبضته، و يجب عليه القضاء لها إن كانت ليلتها قد فاتت، لأنه (٤) لم يسلم لها العوض.

هذا مع جهلها بالفساد، أو علمها، و بقاء العين، و إلا (٥) أشكل الرجوع (٦)، لتسليطه (٧) على اتلافه (٨) بغير عوض، حيث يعلم (٩) أنه (١٠) لا يسلم له.

و قد تقدم البحث فيه (١١) في البيع الفاسد، و أنّ المصنف مال إلى الرجوع مطلقا (١٢) كما هنا، خلافا للأكثر (و لا يزور الزوج الضره في ليله ضربتها) (١٣)، لما (١) للتمرير.

(٢) من العين و المنفعه.

(٣) على كون الرجل عندها، فإنه من جمله حقوقها.

(٤) أى لأن الشآن و الواقع، و هو تعليل لوجوب القضاء لها.

(٥) أى و مع علمها بالفساد و قد تلفت عين العوض.

(٦) أى رجوع الزوج بالعوض و رجوع الزوجه بالليله.

(٧) أى تسليط كل واحد من المتعاقدين الآخر.

(٨) أى إتلاف ما سلط عليه.

(٩) تعليل لكون الاتلاف بغير عوض، و ضمير الفاعل راجع إلى كل واحد من المتعاقدين.

(١٠) أن العوض.

(١١) فى المعاوضه الفاسده مع علم المتعاقدين.

(١٢) سواء تلف العوض أم لا.

(١٣) لما كان زمن القسمه هو الليل فلا يجوز صرف شىء منه إلى غير صاحبه الليله إلا بما جرت العاده به أو دلت قرائن الأحوال على إذنها فيه، كالدخول على بعض أصدقائه من غير إطاله، و لم تقم العاده و لم تشهد قرينه الحال بالدخول على الضره فى ليله

صاحبها فلا يجوز ذلك إلا بإذن صاحبه الليله، لما في ذلك من منافاه العدل و الايذاء غالباً، -

ص: ٥٥٤

فيه من تفويت حقها زمن الزيارة، و كذا لا يدخل إليها فيها (١) لغير الزيارة، إلا لضروره، فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه (٢) ما لم يقصر جدا، بحيث لا يعد إقامة عرفا فيأثم خاصة (٣).

وقيل: لا يجب القضاء إلا مع استيعاب الليله، و القولان للفاضل فى القواعد و التحرير (٤).

(و يجوز عيادتها فى مرضها، لكن يقضى لو استوعب الليله عند المزوره)، لعدم ايصالها حقها.

وقيل: لا كما لو زار أجنبيا.

و هل تحسب الليله على المزوره؟ الظاهر لا، لأنها ليست حقها، و لو لم يستوعب الليله فلا قضاء هنا (٥).

-و لأنها مستحقه لجميع أجزاء الليله فلا يجوز صرف شىء منها إلى غيرها.

نعم لو كانت الضره مريضه جاز له عيادتها، لقضاء العاده بذلك كما تجوز عياده الأجنبى، و لعدم التهمه فى زيارتها لمكان المرض، و قيده فى المبسوط بكون المرض ثقيلًا و إلا لم يصح.

ثم لو خرج من عندها فى الحال لم يجب قضاؤه لكونه قدرا يسيرا لا يقدر فى المقصود و لو فرض أنه عاص بالدخول.

و لو استوعب الليله عندها أو طال مكثه لغير العياده فلا شبهه فى القضاء و إن اختلفت كلمات العلامه فى كتبه بالقضاء و عدمه، و لو كان للعياده و قد اقتضى المرض ذلك على نحو استيعاب الليله فهل يقضيها لعدم وصول حق صاحبه الليله إليها كما فى المسالك، أو لا- يقضى كما لو زار أجنبيا فاستوعب الليله عنده أو طال مكثه كما اختاره المحقق ثم على القولين من القضاء لصاحبه الليله و عدمه فلا يحتسب على المزوره المريضه تلك الليله، لأنها ليست حقها.

(١) أى لا يدخل الزوج إلى الضره فى ليله ضررتها.

(٢) أى زمان المكث.

(٣) إذا كان الدخول للزيارة من غير ضروره.

(٤) على نحو اللف و النشر المرتبين.

(٥) بخلاف غير العياده كما مر.

فى أن الواجب فى المبيت المضاجعه

(و الواجب) فى المبيت (المضاجعه) و هى (١) أن ينام معها قريبا منها عاده، معطيا لها وجهه دائما، أو أكثريا بحيث لا يعدّ هاجرا و إن لم يتلاصق الجسمان، (لا المواقعه) فإنها لا تجب، إلا فى كل أربعة أشهر مره كما سلف،

فى أنه لو جار فى القسمه قضى

(و لو جار فى القسمه قضى) (٢) واجبا لمن أخلّ بليتها، فلو قسم (٣) لكل واحده من الأربع (٤) عشرا (٥) فوفى من الزوجات ثلاثا، ثم عاد عليهن (٦)، دون الرابعه، بعشر (٧) قضى لها (٨) ثلاث عشره ليله و ثلاثا، و لو باتها (٩) منفردا قضى لها (١٠) عشرا خاصه.

و لو طلقها (١١) قبل القضاء، أو بعد حضور ليلتها قبل إيفائها بقى حقها فى ذمتها، فإن تزوجها (١٢)، أو راجعها (١٣) وجب عليه التخلص منها (١٤) (١) قد تقدم معناها مع الدليل عليه فراجع.

(٢) لا- خلاف فى وجوب القضاء لمن جار عليها فى القسمه فأخلّ بليتها، و لكن القضاء مشروط ببقاء المظلومه فى حباله، و بأن يفضل له من الدور فضل يقضى به، فلو كان عنده أربع فظلم إحداهن فى ليلتها، فإن كان ظلمها بترك المبيت عندها و قد قضى هذه الليله عند غير البقيه من زوجاته فلا يمكنه القضاء حينئذ إلى أن يطلق واحده من البواقي أو تنشز أو تموت ليرجع إليه من الزمان ما يمكنه فيه القضاء.

و لو قضى هذه الليله عند واحده من البواقي فيقضيهما من دورها كما فى المسالك و غيره.

(٣) هذا التفرع مبنى على ما لو أسقط المظلومه من رأس، و قد ساوى بين البقيه من زوجاته فيقضى لها من الزمان ما فاتها، و فى المسالك أنه يقضيه متواليا إلى أن يتم لها حقها ثم يرجع إلى العدل بين الجميع.

(٤) من النسوه الأربع.

(٥) أى عشر ليال برضاهن.

(٦) على الثلاث من نسوته بعشر ليال، بحيث بات عند كل واحده فى الدور الثانى ثلاث ليالى و ثلاثا.

(٧) متعلق بقوله (ثم عاد عليهن).

(٨) للرابعه و هى المظلومه التى أسقط حقها من رأس.

(٩) أى العشر بحيث باتها منفردا عن أزواجه.

(١٠) للمظلومه.

(١١) أى المظلومه.

(١٢) بعقد ثان.

(١٣) بالعقد الأول.

(١٤) من المظلومه بحيث يتخلص من حقها.

ص: ٥٥٦

و إلا (١) استقرت المظلمه فى ذمته (٢).

و كذا لو فارق المظلوم بها و جدد غيرها (٣)، لأنّ قضاء الظلم يستلزم الظلم للجديده، و لو كان الظلم بعض ليله (٤) و جب عليه ايفاؤها قدر حقها و اكمال باقى الليله خارجا عن الزوجات، و لو شك فى القدر بنى على المتيقن (٥).

فى النشوز

(و النشوز) (٦) و اصله الارتفاع (و هو) هنا (الخروج عن الطاعه): أى خروج (١) أى و إن لم يتزوجها و لم يراجعها.

(٢) و يتعين عليه التخلص من حقها بالصلح لجواز الصلح على مثل هذا الحق.

(٣) و المعنى لو ظلم إحدى زوجاته بأن بات ليلتها عند ضربتها، و قد عرفت أنه يقضى حقها من ليله الأخرى، هذا كله على تقدير كون نساءه أربعا، فلو طلق المظلوم بها و هى التى قضى عندها ليله ضربتها، و تزوج غيرها، فالجديده لها حق الاختصاص فلو أراد القضاء للمظلومه بدل ليلتها لظلم الجديده بحق اختصاصها فيتعذر عليه التخلص من قضاء المظلومه و يتعين عليه الصلح كما تقدم فى نظائر هذه المسأله.

(٤) بحيث خرج من عند صاحبه الليله، إما إلى إحدى نساءه أو إلى مكان منفرد فعليه القضاء للمظلومه بمقدار ما فات من حقها فى تلك الليله، فيجب القضاء من ليله أخرى فإذا وفاها حقها خرج من عندها إلى مكان منفرد عن الأزواج تحقيقا للعدل بين نساءه.

(٥) لاصاله عدم الزائد.

(٦) هو خروج أحد الزوجين عن الطاعه الواجبه على كل واحد منهما للآخر، و أصله لغه الارتفاع، يقال: نشز الرجل ينشز، إذا كان قاعدا فنهض قائما، و منه قوله تعالى: وَ إِذَا قِيلَ انشُرُوا فَانشُرُوا (١) أى انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى، و قد سُمى خروج أحدهما عن طاعه صاحبه نشوزا، لأنه بمعصيته قد ارتفع عما أوجب الله تعالى عليه من الطاعه للآخر، و لذلك خصّ النشوز بما إذا كان الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر فلم يبق بحقه، و لو كان الخروج منهما معا خصّ باسم الشقاق كما سيأتى، لاستوائهما معا فى الارتفاع، فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر.

و على كل فالنشوز قد يتحقق من الزوجه و إليه أشار قوله تعالى: وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ، فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا (٢)، -

ص: ٥٥٧

١- (١) سوره المجادله، الآيه: ١١٦.

٢- (٢) سوره النساء، الآيه: ٣٤.

أحد الزوجين عما يجب عليه من حق الآخر و طاعته، لأنه بالخروج يتعالى عما أوجب الله تعالى عليه من الطاعة (فإذا ظهرت أمارته للزوج (١) بتقطيبها (٢) في وجهه، و التبرم): أى الضجر و السأم (بحوائجه) التى يجب عليها فعلها من مقدمات الاستمتاع بأن تمتنع، أو تتناقل إذا دعاها إليه، لا مطلق حوائجه، إذ لا يجب عليها قضاء حاجته التى لا تتعلق بالاستمتاع، (أو تغير عاداتها فى أدبها معه قولاً) كأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، (أو فعلاً) كأن يجد إعراضاً، و عبوساً بعد لطف و طلاقه، و نحو ذلك (وعظها (٣) أولاً) -و قد يتحقق من الزوج و إليه أشار قوله تعالى: وَ إِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا (١).

و عليه فما عن الشيخ فى النهايه من تخصيص النشوز بخروج الزوج عن الحق فليس بجيد.

(١) أى أماره النشوز، و هذا بالنسبه لنشوز الزوجه، و أعلم أنه يجب على الزوجه التمكين من الاستمتاع فلو بذلت نفسها فى زمن دون آخر، و مكان دون آخر لم يحصل التمكين، و يجب عليها مقدمات الاستمتاع كالتنظيف المعتاد لبدنها و إزاله المنفر، فلو امتنعت عن التمكين فهو النشوز و لو تبرمت بقضاء حوائجه من التمكين أو تبرمت من فعل مقدمات الاستمتاع فهو أمارات النشوز، و كذا من أمارات النشوز تغير عاداتها معه فى القول و الفعل بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان بلين، أو هى غير مقبله بوجهها بعد أن كانت تقبل، أو تظهر عبوساً و إعراضاً و تناقلاً و دمدمه بعد أن كانت تتلطف له و تبادر و تقبل عليه و نحو ذلك من تغير العاده فى الآداب، و عليه فأماره النشوز التبرم بقضاء حوائج الاستمتاع و مقدماته و تغيير عاداتها معه فى الآداب قولاً أو فعلاً.

(٢) التقطيب هو العبوس، و هو جمع الجلوده ما بين العينين.

(٣) لا إشكال و لا خلاف فى جواز ضرب الناشزه بعد وعظها و هجرها، و لكن الخلاف فى موردين:

الأول: هل هذه الأمور الثلاثه على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل كمراتب النهى عن المنكر.

المورد الثانى: على التقادير الثلاثه فهل هذه الأمور عند تحقق النشوز أو عند ظهور أمارته قبل وقوعه، أو معهما بمعنى أن الوعظ و الهجر عند ظهور الأماره، و الضرب عند تحقق النشوز.

ص: ٥٥٨

بلا هجر، و لا ضرب (١) فلعلها تبدى عذرا و تتوب عما جرى منها من غير عذر.

و الوعظ (٢) كأن يقول: اتقى الله فى الحق الواجب لى عليك، و احذرى العقوبه، و بين لها ما يترتب على ذلك (٣) من عذاب الله تعالى فى الآخره، - و منشأ الخلاف فى الموردين هو دلالة ظاهر الآيه عند ذكر الثلاثه حيث قال تعالى وَ اللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِى الْمَضَاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا (١).

فالآيه مشتمله على ذكر الأمور الثلاثه مع العطف بالواو المفيد للتخيير أو الجمع، مع أن الآيه قد علقّت الأمور الثلاثه على خوف النشوز و لم تعلقها على نفس النشوز، فالمحقق فى النافع جعل الأمور الثلاثه عند ظهور أماره النشوز إجراء للخوف على ظاهره الذى لا يتحقق إلا بتحقيق أماره النشوز، و جعل الثلاثه على الترتيب فتقدم الموعظه فإن لم تنجع فالهجر، فإن لم يفد فالضرب، و لم يذكر حكم النشوز بالفعل، و ابن الجنيد جعل الأمور الثلاثه مترتبه على النشوز بالفعل و لم يذكر الحكم عند ظهور أماراته، و جَوَزَ الجمع بين الثلاثه ابتداء من غير تفصيل، و جعل الخوف بمعنى العلم كقوله تعالى: فَمَنْ خَافَ مِنْ مَوْصٍ جَنَفًا (٢) ، و المحقق فى الشرائع و الشيخ فى المبسوط و العلامه فى القواعد جعلوا الوعظ و الهجر معلقين على ظهور أمارات النشوز، و الضرب مشروطا بحصول النشوز بالفعل، مع أن ظاهر الآيه جواز الضرب مع الخوف، إلا أن الضرب عقوبه و تعزير و الأصل فيها أن تكون منوطه بالحاكم، و المحرّم على الزوجه هو النشوز و ظهور أماراته لا يفيد اليقين به فلا ينبغى العقوبه على الذنب قبل وقوعه فلا بد من تحقق النشوز حتى يجوز الضرب، فمرجع هذا القول إلى الأخذ بظاهر الآيه مع مراعاة الاحتياط، و عن العلامه فى التحرير أن الوعظ مع ظهور أمارات النشوز، و مع تحقق النشوز فالهجر، فإذا أصرت عليه فالضرب، و يكون المعنى فى الآيه و اللاتى تخافون نشوزهن فعظوهن، فإن نشزن فاهجروهن فى المضاجع، فإن أصررن فاضربوهن، و هذا ما مال إليه الشارح هنا.

(١) ظاهره الترتيب بين الأمور الثلاثه، لا التخيير و لا الجمع و هو الأوفق لمراتب النهى عن المنكر.

(٢) فالمراد به تخويفها بالله سبحانه و تعالى و ذكر ما ورد من حق الزوج على الزوجه مع بيان أن النشوز يسقط النفقه و حق القسم، و قد تتأدب فى ذلك.

(٣) أى على النشوز.

ص: ٥٥٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ٣٤.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ١٨٢.

و سقوط النفقه، و القسم (١) فى الدنيا.

(ثم حوّل ظهره إليها فى المضجع (٢) بكسر الجيم إن لم ينجع الوعظ، ثم اعتزلها) (٣) ناحيه فى غير فراشها، (و لا يجوز ضربها) إن رجا رجوعها بدونه (٤) (فإذا امتنعت من طاعته فيما يجب له) و لم ينجع ذلك كله (ضربها (٥) مقتصرًا على) (١) أى قسمه اللبالي بين زوجاته.

(٢) و هو الهجر، هذا و قد اختلفت فيه كلماتهم فعن على بن إبراهيم أنه السبّ و لا- دليل عليه كما فى الرياض، و عن بعض أنه كناية عن ترك الجماعة، و عن الصدوقين و ابن البراج و المحقق فى الشرائع أن يجعل إليها ظهره، و عن الشيخ فى المبسوط و الحلّى أن يترك فراشها، و عن المفيد و جماعه التخيير بين اعتزال فراشها أو تحويل ظهره إليها فى المضجع، هذا و الأقوى فى تفسير الهجر أن يعطيها ظهره لما نسبه فى المبسوط إلى روايه أصحابنا(١)، و نسبه الطبرسى فى مجمع البيان إلى الإمام الباقر عليه السلام(٢)، و صرح به فى الفقه الرضوى (و الهجران هو أن يحوّل إليها ظهره فى المضجع)(٣).

(٣) ظاهره أن الهجر له قسمان:

الأول: تحويل الظهر إليها فى الفراش.

الثانى: اعتزالها فى غير فراشها، و أن الأول أول الهجر و الثانى آخره، و هذا قول فى قبال قول المفيد و جماعه بالتخيير على ما تقدم نقله.

(٤) بدون الضرب.

(٥) و قد اختلف فيه، فقد نقل الشيخ فى المبسوط عن قوم أن يكون الضرب بمنديل ملفوف أو دره و لا يكون بسياط أو خشب، و عن بعض أن يكون الضرب بالسواك، و قد رواه فى مجمع البيان عن الإمام الباقر عليه السلام(٤)، و به صرح فى الفقه الرضوى حيث قال (و الضرب بالسواك و نحوه ضربًا رقيقًا)(٥)، و عن المشهور كما فى الرياض أنه يقتصر بالضرب على ما يؤمل معه رجوعها ما لم يكن داميا للحم و لا مهشما للعظم و هو المفسر-

ص: ٥٦٠

١- (١) المبسوط ج ٤ ص ٣٣٨.

٢- (٢) مجمع البيان ج ٢ ص ٤٤.

٣- (٣) الفقه الرضوى ص ٢٤٥.

٤- (٤) مجمع البيان ج ٢ ص ٤٤.

٥- (٥) الفقه الرضوى ص ٢٤٥.

(ما يؤمّل به رجوعها) فلا- تجوز الزيادة عليه مع حصول الغرض به، وإلا- تدرّج إلى الأقوى فالأقوى (ما لم يكن مدميا، ولا مبرّحا) أى شديدا كثيرا (١) قال الله تعالى:

وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ (٢).

و المراد فعظوهن إذا وجدتم أمارات النشوز، و اهجروهن إن نشزن، و اضربوهن إن أصررن عليه (٣). و أفهم قوله تعالى: فى المضاجع، أنه لا يهجرها فى الكلام (٤)، و هذا (٥) فيما زاد عن ثلاثه أيام لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يحلّ لمسلم أن يهجر أخاه فى الكلام فوق ثلاث» (٦)، و يجوز (٧) فى الثلاثه إن رجا به رجوعها (٨)، و لو حصل بالضرب تلف، أو ادماء ضمن.

فى نشوز الزوج

(و لو نشز) الزوج (٩) (بمنع حقوقها) الواجبه لها عليه من قسم، و نفقه (فلها) - بما لا يكون مدميا و لا برحا، و يشهد له النبوى المروى فى تحف العقول (و تهجروهن فى المضاجع و تضربوهن ضربا غير مبرح) (١).

(١) فالشديد من ناحيه الكيف و الكثير من ناحيه الكم هذا و اعلم أنه يجب فى الضرب اتقاء المواضع المخوفه كالوجه و الخصره و مرق البطن و نحو ذلك، و أن لا- يوالى الضرب على موضع واحد، بل يفرقه على المواضع الصلبيه مراعيها فيه الاصلاح، لا- التشفى و الانتقام، مع تحريم الضرب بقصد التشفى و الانتقام مطلقا، و من هنا تعرف موارد جواز ضرب الولى للصبى تأديبا و إصلاحا لا تشفيا و انتقاما، ثم لو حصل بالضرب تلف أو ادماء ضمن لاطلاق أدلته من جهه و من جهه أخرى أنه مع التلف و الادماء لا يكون ضربا مأذونا فيه حتى يقال إنه مع الرخصه بالضرب كيف يضمن.

(٢) النساء آيه: ٣٤.

(٣) على النشوز، و هو قول العلامه فى التحرير و قد تقدم.

(٤) لتخصيص الهجر فى المضاجع بمقتضى الآيه.

(٥) أى الهجر فى الكلام.

(٦) مستدرک الوسائل الباب - ١٢٤ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج حديث ١.

(٧) أى الهجر فى الكلام.

(٨) و يكون الهجر فى الكلام حينئذ من باب النهى عن المنكر و لذا يكون جائزا فى الثلاثه.

(٩) هذا هو القسم الثانى من النشوز، و هو أن يتعدى الزوج و يمنعها بعض حقوقها الواجبه من -

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢.

(المطالبه) بها (١)، (و للحاكم إلزامه بها) (٢)، فإن أساء خلقه و أذاها بضرب و غيره بلا سبب صحيح نهاه (٣) عن ذلك (٤)، فإن عاد إليه (٥) عزّره (٦) بما يراه (٧)، و إن قال -نفقه أو قسمه أو يسىء خلقه معها و يؤذيها و يضربها بغير سبب مباح له ذلك، فإن نجح فيه و عظها فهو و يكون من باب النهى عن المنكر، و إلا رفعت أمرها إلى الحاكم و كان للحاكم إلزامه بالطاعة، و ليس لها أن تهجره و لا أن تضربه و إن رجعت عوده إلى الحق بهما، بلا خلاف في ذلك، لأن الهجران في المضجع و الضرب متوقف على الأذن الشرعى و هو منتف هنا، بل في الآيه المتقدمه التنبيه على تفويض الهجر و الضرب إليه لا إليها، ثم لو كان الزوج لم يمنعها شيئاً من حقوقها و لا يؤذيها بضرب أو سب و لكن يكره مصاحبته لمرض أو كبر فلا يدعوها إلى فراشه، أو يهّم بطلاقها فلا شىء عليه، نعم يحسن أن تسترضيه بترك بعض حقها من القسم و النفقه، و يحل له قبوله بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن قول الله عز و جل: **وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا**، فقال عليه السلام: هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها: **إني أريد أن أطلقك**، فتقول له: **لا تفعل**، **إني أكره أن تشمت بي**، و لكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت، و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك، و دعنى على حالتى، فهو قوله تعالى: **فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا**، و هذا هو الصلح (١) و مثله غيره.

و ظاهره جواز قبول ما تبدله المرأة فى قبال ما يريد فعله من الطلاق، و الطلاق ليس بمحرم عليه، نعم لو أراد النشوز المحرم عليه فبذلت له فى قبال ذلك حلّ له و إن كان آثماً لنشوزه، ما لم يكن النشوز سبباً مكرهاً لها على البذل فيحرم القبول حينئذ لعدم اختيارها فى البذل، مع أنه لا يحل القبول إلا برضاها.

(١) بحقوقها التى تركها الزوج.

(٢) بحقوقها التى تركها الزوج.

(٣) أى نهى الحاكم الزوج.

(٤) عن إساءه الخلق و الأذى بالضرب و غيره.

(٥) إلى ما ذكره من الإساءه و الأذى.

(٦) أى الحاكم، و التعزير جائز على كل معصيه.

(٧) أى بما يراه الحاكم.

ص: ٥٦٢

كل منهما: إن صاحبه متعدّ (١) تعرّف الحاكم الحال بثقه في جوارهما يختبرهما و منع الظالم منهما.

(و لو تركت) الزوجه (بعض حقوقها) الواجه لها عليه من قسمه و نفقه (استماله له حلّ) له (قبوله)، و ليس له منع بعض حقوقها لتبذل له مالا ليخلعها، فإن فعل فبذلت إثم و صح قبوله و لم يكن (٢) إكراها.

نعم لو قهرها عليه (٣) بخصوصه لم يحلّ.

في الشقاق

(و الشقاق (٤) - هو أن يكون النشوز منهما) كأن كان كل واحد منهما قد صار في شق غير الآخر (٥) (و تخشى الفرقه) (٦)، أو الاستمرار على ذلك (٧) (فبيعت الحاكم (٨). (١) و هنا يشتهب الناشز منهما، فالحاكم إن عرف الحال باطلاع أو اقرار من أحد الزوجين، أو بشهود مطلعين على حالهما فهو، و إلا نصب عليها ثقه في جوارهما يختبرهما، و يحكم بما يتبين له، فإن ثبت تعدى الزوج نهاه عن فعل ما يحرم و أمره بفعل ما يجب، فإن عاد عزّره بما يراه، و لو امتنع من الانفاق مع قدرته جاز للحاكم أن ينفق عليها من مال الزوج و لو بيع شيء من عقاره إذ توقف الانفاق على ذلك.

(٢) أي البذل.

(٣) على البذل.

(٤) لما كان ارتفاع أحدهما على الآخر دون صاحبه مختصا باسم النشوز، ناسب أن يخصّ التعدى من كل منهما على الآخر باسم الشقاق، لأنهما تشاركا في التعدى و التباعد، فكأن كلا منهما صار في شق - و هو الجانب - غير شق الآخر.

و الشقاق مصدر على وزن فعال من الشق بالكسر أي الناحيه، فلذا كان كل منهما في ناحيه غير ناحيه الآخر، باعتبار حصول الكراهه و الاختلاف في الرأى و نحو ذلك.

(٥) أي غير شق الآخر.

(٦) و هي الطلاق بسبب الشقاق.

(٧) أي على الشقاق، و الاستمرار معطوف على الفرقه.

(٨) إذا حصل الشقاق بين الزوجين فحكمه أن يبعث حكام على تفصيل سيأتى، و الأصل فيه قوله تعالى: **وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا، إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا (١).**

ص: ٥٦٣

(الحكمين من أهل الزوجين) (١): أى أحدهما من أهله، و الآخر من أهلها كما تضمنت الآية الشريفه لينظرا فى أمرهما (٢) بعد اختلاء (٣) حكمه به (٤)، و حكمها بها، و معرفه ما عندهما فى ذلك.

و قد اختلفت كلمات القوم فى أن الباعث للحكمين هل هو الحاكم كما عليه الأ-كثر، لأن ظاهر الآية كون المخاطب ببعث الحكمين هو غير الزوجين، فضمير الزوجين فى الآية قد وقع للمثنى الغائب، و المأمور بالبعث فى الآية هو الخائف من شقاقهما، فلو كان الباعث للحكمين هو الزوجان لتساوت الضمائر من حيث الحضور و الغيبه و من حيث التشنيه و الجمع.

و عن الصدوقين أن الباعث هو الزوجان، و عن المحقق فى النافع أن الباعث هو أهل الزوجين، و عن ابن الجنيّد أن الحاكم بأمر الزوجين أن يبعثا حكمين، و ليس على هذه الأقوال دليل بعد عدم مساعده الآية عليها.

(١) هل يشترط كون الحكمين من أهل الزوجين، بمعنى كون المبعوث من قبلها من أهلها، و المبعوث من قبله من أهله كما عن العلامة فى المختلف و ابن إدريس، و عليه ظاهر الآية المتقدمه و يؤيده أن الأهل اعرف بالمصلحه من الأجانب.

أو يجوز أن يكون الحكمان أجنبيين كما عن المحقق فى الشرائع و النافع و الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه فى الوسيله و العلامة فى بعض كتبه بل عليه الأكثر كما فى المسالك لعدم اعتبار القرابه فى الحكم و لا فى التوكيل، و الغرض يحصل بالأجنى كما يحصل بالقرب، و الآية مسوقه للارشاد إلى ما هو الأصلح فلا يدل الأمر فيها على الوجوب، نعم لو تعذر الأهل فلا كلام فى جواز الأجنى.

(٢) أمر الزوجين.

(٣) أى بعد انفراد.

(٤) أى بعد انفراد حكم الزوج بالزوج، و حكم الزوجه بالزوجه، هذا و ينبغى أن يخلو حكم الرجل بالرجل و حكم المرأه بالمرأه خلوه غير محرمة ليتعرف ما عند الزوجين و ما فيه رغبتهما ليمكن الحكمان من الرأى الصواب، و ينبغى للحكمين إخلاص النيه فى السعى و قصد الاصلاح فمن حسنت نيته فيما تحراه أصلح الله مسعاه، و كان ذلك سببا لحصول مبتغاه، كما نبه عليه قوله تعالى فى الآية المتقدمه إن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا (١)، و مفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين أو أحدهما.

ص: ٥٦٤

و هل بعثهما واجب، أو مستحب وجهان (١): أوجههما الوجوب عملا بظاهر الأمر من الآيه (أو من غيرهما (٢) لحصول الغرض (٣) به (٤)، ولأنّ القرابه غير معتبره فى الحكم، و لا فى التوكيل، و كونهما (٥) من الأهل فى الآيه للإرشاد إلى ما هو الأصلح.

وقيل: يتعين كونهما من أهلها عملا- بظاهر الآيه، ولأنّ الأهل أعرف بالمصلحه من الأجانب، و لو تعذر الأهل فلا كلام فى جواز الأجانب.

و بعثهما يكون (تحكيما) (٦)، لا توكيلا، لأنّ الله خاطب بالبعث الحكام، (١) هل بعث الحكمين واجب أو مندوب، قولان، ذهب جماعه إلى الأول، لدلاله ظاهر الأمر بالبعث فى الآيه على الوجوب، و لكون الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما فى المحرّم فيجب تخليصهما منه من باب الحسبه.

و عن العلامه فى التحرير الاستحباب للأصل و ظهور الأمر بالبعث فى الآيه فى الارشاد فلا- يدل على الوجوب، و لإمكان الاصلاح بدون البعث فلا يكون واجبا و إن كان راجحا نظرا إلى ظاهر الأمر فى الآيه.

(٢) أى من غير أهل الزوجين.

(٣) من التحكيم.

(٤) أى بالأجنبى.

(٥) أى الحكمين.

(٦) المشهور على أن بعث الحكمين إنما هو على سبيل التحكيم بحيث إذا رأى الحكمان الاصلاح فعلاه من غير استئذان الزوجين، و ما اتفقا عليه فهو لازم على الزوجين، و يدل عليه ظاهر الكتاب حيث سماهما الله فى الآيه المتقدمه بالحكمين، و قد خاطب ببعثهما الحكام، مع أن الوكيل مأذون ليس بحكم، و لأنه لو كان توكيلا لخاطب بالبعث الزوجين.

و عن القاضى ابن البراج أنه توكيل، لأنّ البضع حق للزوج و المال حق للزوجه و هما رشيدان بالغان فلا- يكون لأحد ولايه عليهما، فلا يكون الحكمان إلا و كيلين، و لأنه يعتبر فى الحكمين الاجتهاد فلو كانا غير و كيلين و على سبيل التحكيم كان اللازم اعتبار الاجتهاد فى الحكمين مع أنه غير معتبر بالاتفاق، و يردّ الأول أنه لا مانع من الحكم على البالغ الرشيد إذا امتنع عن الحق، و يرد الثانى أن الباعث للحكمين هو الحاكم الشرعى و الاجتهاد معتبر فيه، نعم الحكمان و كيلان عن الحاكم الشرعى.

و جعلهما (١) حكيمين، و لو كان (٢) توكيلا لخاطب به الزوجين، و لأنهما (٣) إن رأيا الاصلاح فعلاه من غير استئذان (٤)، و إن رأيا التفريق (٥) توقف على الإذن (٦)، و لو كان (٧) توكيلا لكان تابعا لما دلّ عليه لفظهما (٨).

و بذلك يضعف قول القاضى بكونه (٩) توكيلا استنادا إلى أن البضع حقّ للزوج، و المال (١٠) حقّ للمرأة، و ليس لأحد التصرف فيهما إلا بإذنها (١١)، لعدم الحجر عليهما (١٢)، لأنّ (١٣) إذن الشارع قد يجرى على غير المحجور كالمماطل (١٤).

و حيث كان (١٥) تحكيما (فإن اتفقا (١٦) على الاصلاح) بينهما (١٧) (فعلاه) من غير مراجعه (١٨)، (و إن اتفقا على التفريق لم يصح إلا بإذن الزوج فى الطلاق)، (١) أى سماهما الله فى الآيه المتقدمه بالحكمين.

(٢) أى البعث.

(٣) أى الحكمين.

(٤) من قبل الزوجين.

(٥) أى الطلاق.

(٦) من قبل الزوج كما سيأتى بيانه، و فى هذا دلالة على أن البعث تحكيم لا توكيل لما ذكره الشارح.

(٧) أى البعث.

(٨) أى لفظ الزوجين فى الاصلاح و الطلاق.

(٩) أى بكون البعث.

(١٠) عند بذل المرأة له ليخلعها الزوج.

(١١) أى بإذن الزوجين.

(١٢) على الزوجين، لأنهما بالغان رشيدان.

(١٣) جواب من الشارح عن دليل القاضى.

(١٤) و هو الممتنع عن الحق.

(١٥) أى البعث.

(١٦) أى الحكمان.

(١٧) بين الزوجين.

(١٨) أى من غير مراجعه الزوجين، هذا و اعلم أن الحكمين يتبع نظرهما فى الصلح من دون مراجعه الزوجين، لأنه مقتضى تحكيمهما بلا خلاف فيه، و لو رأيا الفرقة بطلاق أو خلع فالمشهور على مراجعه الزوجين، فيراجع الزوج فى الطلاق و المرأه فى البذل، أما مراجعه-

ص: ٥٦٦

(و إذن الزوجه فى البذل) إن كان خلعا، لأن ذلك (١) هو مقتضى التحكيم.

(و كلما شرطاه) أى الحكمان على الزوجين (يلزم إذا كان (٢) سائغا) شرعا و إن لم يرض به الزوجان، و لو لم يكن سائغا كاشتراط ترك بعض النفقه، أو القسمة، أو أن لا يسافر بها لم يلزم الوفاء به.

و يشترط فى الحكمين: البلوغ، و العقل (٣)، و الحرية، و العدالة (٤)، و الاهتداء -الزوج للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (١) ، و أما مراجعه المرأة، فلأن المال مالها و الناس مسلطون على أموالهم، و يشهد له صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن قول الله عز و جل: فابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، قال عليه السلام:

ليس للحكمن أن يفترقا حتى يستأمر) (٢).

و عن ابن الجنييد جواز طلاق الحكمين من دون إذن الزوج على تشكيك فى النسبه، و استدلل له بخبر ابن سيرين عن عبيده المروى فى تفسير العياشى (أتى على بن أبى طالب رجل و امرأه، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فقال على عليه السلام: ابعثوا حكما من أهله و حكما من أهلها، ثم قال للحكمن: هل تدريان ما عليكما، إن رأيتما أن تجمعا جمعتما، و إن شئتما أن تفرقا فترقتما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله على ولى، فقال الرجل: أما فى الفرقة فلا، فقال على عليه السلام: لا تبرح حتى تقر بما أقرت به) (٣) ، و على كل فلو اختلف الحكمان لم يمض على الزوجين حكم لهما، بلا إشكال، للأصل، و اختصاص الأدله باتفاقهما، مع استحاله الترجيح من غير مرجح.

(١) من عدم الوقوف على إذن الزوجين فى الحكم الأول.

(٢) أى الشرط، هذا و اعلم أنه إذا اشترط الحكمان عليهما شرطا أو على أحدهما فيجب الوفاء به لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٤) ، بعد جعل الحكم إلى الحكمين لا إلى الزوجين، نعم لو كان الشرط غير مشروع و هو غير السائغ فلا يجب الوفاء به، لعدم شمول العموم المتقدم له.

(٣) أما البلوغ و العقل فلسلب عباره الصبى و المجنون شرعا.

(٤) قال فى المسالك: (و أما العدالة و الحرية فإن جعلناهما حكمن اعتبارا قطعاً، و إن جعلناهما-

ص: ٥٦٧

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٦٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القسم و النشوز حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب ١٣ - من أبواب القسم و النشوز حديث ٦.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

إلى ما هو المقصود من بعثهما (١)، دون الاجتهاد (٢).

هنا بحثان

الأول - فى الأولاد

إشاره

(و يلحق بذلك نظران: الأول - فى الأولاد (٣) -)

فى أن الولد يلحق بالزوج الدائم بشرائط

(و يلحق الولد بالزوج الدائم) (٤) نكاحه (بالدخول) بالزوجه، (و مضى ستة أشهر) هلاله (من حين) - و كيلين ففى اعتبارهما وجهان، أجودهما عدم، لأنهما ليسا شرطا فى التوكيل) انتهى كلامه.

(١) و إلا فالعاجز عن الاهتداء لا معنى لبعثه حكما.

(٢) لإطلاق الآيه، نعم الاجتهاد معتبر فى الحاكم الشرعى الذى يبعثهما و هذا أمر آخر.

(٣) أولاد الزوجات دواما و انقطاعا، و أولاد الموطوءه بالشبهه.

(٤) أما أولاد الزوجه الموطوءه بالعقد الدائم فهم يلحقون بالزوج بشروط ثلاثه: الأول:

الدخول، بلا خلاف فيه و الأخبار الآتية شاهده به، و إنما الكلام فى موردين:

الأول: إذا دخل بها قبلا- و لم ينزل، أو دخل بها دبرا و انزل، و المشهور على إلحاق الولد بالزوج، و عن الحلّى فى السرائر و العلامه فى التحرير و سيد الرياض و جماعه عدم الإلحاق، لأنه مع عدم المنى فى فرجها أو مع كون المنى فى دبرها و قد علم عدم وصول المنى إلى فرجها فلا يكون الولد منه فكيف يلحق به، و مما يشهد له خبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن على عليهم السّلام (جاء رجل إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: (الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد) (١)، و لو كان مجرد الدخول كافيا للإلحاق لما حسن التعليل بانفلات الوكاء.

و استدلل للمشهور بخبر أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا أتاها فقد طلب ولدها) (٢)، و هو مطلق يشمل محل النزاع، و الإتيان يشمل مطلق الدخول قبلا و دبرا، أنزل أو لا، و سواء تحقق الدخول بتمام العضو أو بغيوبه الحشفه، لأن المدار على الدخول الموجب للغسل و العده.

المورد الثانى: ما لو أنزل على الفرج و لم يدخل فالمعروف إلحاق الولد به لخبر أبى البخترى عن جعفر بن محمد عن أبيه

عليهما السّلام (أن رجلا أتى عليّ بن أبي طالب عليه السّلام فقال: إن امرأتى هذه حامل و هي جاريه حدثه و هي عذراء، و هي حامل في تسعه أشهر، و لا أعلم إلا خيرا و أنا شيخ كبير ما افترعتها و إنها لعلی حالها، فقال له علي عليه السّلام:

نشدتك الله هل كنت تهريق علي فرجها، قال: نعم - إلى أن قال - قال علي عليه السّلام:-

ص: ٥٦٨

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠٣ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ١.

(الوطء) (١). و المراد به (٢) - على ما يظهر من اطلاقهم، و صرح به المصنف فى قواعدہ - غيبوبه الحشفه قبلا، أو دبرا و إن لم ينزل و لا- يخلو ذلك (٣) من إشكال إن لم يكن مجمعا عليه، للقطع بانتفاء التولد عنه (٤) عاده فى كثير من مواردہ (٥)، و لم أقف على شىء ينافى ما نقلناه (٦) يعتمد عليه.

(و عدم تجاوز (٧) أقصى الحمل) و قد اختلف الأصحاب فى تحديده فقيلا:

-الحقت بك ولدها(١).

و عليه فالمدار على إمكان نشوء الولد من منيه فيلحق به.

(١) هذا هو الشرط الثانى للإلحاق، و لا عبره بالأقل فى الولد الكامل، و سته أشهر هى أقل الحمل بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٢) مع قوله تعالى:

وَ فِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ (٣) فيتعين أن يكون أقل الحمل سته أشهر، و للأخبار الآتية.

نعم فى غير الكامل مما تسقطه المرأة فإن علم عاده أو احتمال أنه منه لحق بالزوج و ترتب عليه أحكام التكفين و مئونه التجهيز و نحو ذلك من الأحكام، و إن علم انتفاؤه عنه لغيبه عن أم الولد مده تزيد عن تخلقه انتفى عنه قطعا.

ثم المراد بالأشهر الأعم من الهلاليه أو العدديه، و الثانى عند التلفيق.

(٢) بالوطء.

(٣) أى إطلاق الوطى على جميع ما ذكر.

(٤) عن الزوج.

(٥) أى موارد هذا الاطلاق، و ذلك فيما لو دخل فرجا و لم ينزل، أو دخل دبرا و انزل و علم بعدم سبق المنى إلى الفرج.

(٦) من إطلاق الوطى على الجميع.

(٧) هذا هو الشرط الثالث للإلحاق، بلا خلاف، و إنما الخلاف فى تحديده بعد إطباقهم على أنه لا يزيد أقصى الحمل عن سنه، و المشهور بينهم أنه تسعه أشهر للأخبار.

منها: خبر وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: يعيش الولد لسته أشهر و لسبعه أشهر و لتسعه أشهر، و لا يعيش لثمانيه أشهر) (٤)، و مرسل عبد الرحمن بن -

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) سورة الأحقاف، الآية: ١٥.
- ٣- (٣) سورة لقمان، الآية: ١٤.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

تسعة أشهر. وقيل: عشرة،(و غايه ما قيل فيه عندنا سنه). و مستند الكل مفهوم الروايات (١)، و عدل المصنف عن ترجيح قول، لعدم دليل قوى على الترجيح.

-سيّابه عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن غايه الحمل بالولد فى بطن أمه كم هو؟ فإن الناس يقولون: ربما بقى فى بطنها سنتين - سنين خ - فقال عليه السّلام: كذبوا، أقصى مده الحمل تسعة أشهر، و لا يزيد لحظه، و لو زاد لحظه لقتل أمه قبل أن يخرج)(١)، و خبر محمد بن حكيم عن أبي الحسن عليه السّلام فى حديث (قلت: فإنها ادعت الحمل بعد تسعة أشهر، قال عليه السّلام: إنما الحمل تسعة أشهر)٢، و خبر أبان عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: (إن مريم حملت بعيسى تسع ساعات، كل ساعه شهرا)٣، و هذه الطائفة ضعيفه السند إلا- أنها منجبره بعمل الأصحاب بها. و عن الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و العلامه فى أكثر كتبه أن أقصى الحمل عشره أشهر، و قد اعترف سيد الرياض و صاحب الجواهر و غيرهم بعدم النص عليه فقال فى الجواهر: (إلا- أنا لم نقف على ما يدل عليه بالخصوص فيما وصل إلينا من النصوص، و إن حكى عن جماعه أن به روايه) انتهى.

و عن جماعه منهم السيد فى الانتصار و العلامه فى المختلف و أبو الصلاح الحلبي و الشارح فى المسالك أن أقصى الحمل هو سنه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سمعت أبا إبراهيم عليه السّلام يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادّعت حبلا انتظر بها تسعة أشهر فإن ولدت، و إلا اعتدت بثلاثه أشهر ثم قد بانت منه)(٢)، و خبر أبان عن أبي حكيم عن أبي إبراهيم عليه السّلام فى حديث (يطلقها زوجها فتقول أنا حبلى فتمكث سنه، فقال: إن جاءت به لأ-كتر من سنه لم تصدّق و لو ساعه واحده فى دعواها)(٣) و مثلها غيرها، هذا و قد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: (و هذا القول أقرب إلى الصواب و إن وصفه المصنف بالترك، إذ لم يرد دليل معتبر على كون أقصاه أقل من السنه، فاستصحب حكمه و حكم القرائن أنسب، و إن كان خلاف الغالب، و قد وقع فى زماننا ما يدل عليه، مع أنه يمكن تنزيل تلك الأخبار على الغالب، كما يشعر به قوله عليه السّلام: إنما الحمل تسعة أشهر، ثم أمر بالاحتياط ثلاثه، نظرا إلى النادر، و لكن مراعاة النادر. أولى من الحكم بنفى النسب من أهله، بل يترتب ما هو أعظم من ذلك على المرأه مع قيام الاحتمال) انتهى.

(١)قد عرفت عدم الدليل على العشره و هذا مناف لظاهر كلام الشارح هنا، بل كلامه هنا-

ص: ٥٧٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ٥ و ٧.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ٣.

و يمكن حمل الروايات على اختلاف عادات النساء فإنَّ بعضهن تلد لتسعه، و بعضهن لعشره، و قد يتفق نادرا بلوغ سنه، و اتفق الأصحاب على أنه لا يزيد عن السنه مع أنهم رووا أنَّ النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ حملت به أمه أيام التشريق (١)، و اتفقوا على أنه ولد في شهر ربيع الأول (٢)، فأقل ما يكون لبثه في بطن أمه سنه و ثلاثه أشهر (٣)، -مناف أيضا لكلامه في المسالك حيث قال: (و القول بأن أقصاه عشره للشيخ في موضع من المبسوط و استحسنة المصنف هنا، و العلامه في أكثر كتبه، و ذكر جماعه أن به روايه، و لكن لم أقف عليها، و كيف كان فهو أقرب من القول بالتسعه). انتهى.

(١) من ذى الحجه، و هي ثلاثه أيام بعد الأضحى.

(٢) إما في ثاني عشر أو في سابع عشر منه، و الأول للعامه و الكليني منا، و الثاني للمشهور عند الخاصه.

(٣) لأنه لو أريد من شهر ربيع الأول هو رابع شهر بعد ذى الحجه من نفس السنه للزم كون الحمل ثلاثه أشهر، و لو أريد منه شهر ربيع من السنه التي بعدها فيلزم كون الحمل سنه و ثلاثه أشهر، و كل منهما مشكل لأن أقل الحمل ستة أشهر و هذا ما ينفي الأول، و أقصاه سنه و هذا ما ينفي الثاني، مع ضميمة أنه لم ينقل عن أحد من العلماء أن ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ،

هذا هو الاشكال المشهور الذي أورده الشارح و جماعه، و قد قيل في حله أقوال:

منها: أن ولادته ليوم الاثنين لاثنتي عشره مضت من شهر رمضان، و حمله في أيام التشريق، فيكون مداه الحمل تسعه أشهر على العاده الغالبه، و هذا قول الزبير بن بكار.

و منها: أن الحمل ليله الجمعه لاثنتي عشره ليله ذهبت من جمادى الآخره كما ذكره الشيخ محمد بن بابويه في الجزء الرابع من كتاب النبوه (١) و ولادته في ربيع الأول فيكون مداه الحمل تسعه أشهر أيضا على العاده الغالبه.

و منها: و هو الجواب المشهور، أن تحديد الحمل بأيام التشريق مبني على النسء الذي كانوا يفعلونه في الجاهليه، و قد نهى الله تعالى عنه بقوله تعالى: **إِنَّمَا النَّسِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحَلِّونَهُ عَامًا وَ يُحَرِّمُونَهُ عَامًا (٢).**

و المراد بالنسء إما الحج في كل شهر عامين، ثم الحج عامين في الشهر الذي بعده-

ص: ٥٧١

١- (١) نقلا عن البحار ج ١٥ ص ٢٥١.

٢- (٢) سورة التوبه، الآية: ٣٧.

و ما (١) نقل أحد من العلماء أنّ ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم.

(هذا في) الولد التام (الذى ولجته الروح، و فى غيره) (٢) مما تسقطه المرأة (يرجع) فى إلحاقه بالزوج حيث يحتاج إلى الإلحاق ليجب عليه (٣) تكفينه و مؤونه تجهيزه، و نحو ذلك من الأحكام التى لا تترتب على حياته (إلى المعتاد) (٤) لمثله (من الأيام و الأشهر، و إن نقصت (٥) عن الستة الأشهر) فإن أمكن عادة كونه منه (٦) لحقه الحكم، و إن علم عادة انتفاؤه عنه لغيبته عنها (٧) مده تزيد عن تخلقه عادة منه انتفى عنه.

و هكذا و هذا هو المنقول عن مجاهد، و إما تأخير حرمة شهر إلى شهر كتأخير حرمة المحرم إلى صفر لوجود داع عندهم إلى القتال فى المحرم فيحرمون بدله صفر و يستحلون القتال فيه، ثم فى العام القابل يحرمون محرماً إذا لم يطرأ عليهم داع للتغيير، و هذا هو المشهور من معنى النساء و إليه تشير الآية المتقدمة، و حملة صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم فى أيام التشريق قد وقع بهذا الاصطلاح، فلا إشكال.

و منها: أنهم كانوا يحجون فى كل عام مرتين، مره فى ذى الحجة و مره فى رجب، و حملة فى أيام التشريق واقع فى رجب، على ما ذهب إليه البعض، و هو مع فقدانه لدليل على تكرار الحج عند العرب فحملة يكون ثمانية أشهر، و قد تقدم فى الخبر أن ابن الثمانية أشهر لا يعيش.

و منها: ما نقله الطريحي فى مجمع البحرين فى مادة شرق أن حملة سنه و ثلاثه أشهر و نلتزم بمضمون الاشكال، لأن ذلك من خصائصه صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم، و لم يعرف القائل و لم يرد بهذا أثر حتى يكون من الخصائص.

(١) نافية لا موصولة.

(٢) من ناقص الخلقه أو غير الحى.

(٣) على الزوج.

(٤) متعلق بقول الماتن (يرجع).

(٥) أى الأشهر، هذا و قد تقدم أنه إذا علم أو احتمل أنه منه ألحق بالزوج و ترتب عليه أحكام الإلحاق، و إن علم انتفاؤه عنه لغيبه الزوج عن أم الولد مده تزيد عن تخلقه انتفى عنه قطعاً، و لا يجوز للزوج إلحاقه به، لأنه ادخال فى النسب من ليس منه و هو محرّم.

(٦) أى كون السقط من الزوج.

(٧) أى لغيبه الزوج عن أم الولد.

(و لو فجر بها) أى بالزوجه الدائمه فاجر (فالولد للزوج) (١)، و للعاهر الحجر، (و لا يجوز له (٢) نفيه لذلك (٣) للحكم بلحوقه (٤) بالفراش شرعا و إن أشبه الزانى خلقه (و لو نفاه لم ينتف عنه (٥) إلا باللعان) لأمه (٦)، فإن لم يلاعن حدّ به (٧).

فى اختلافهما

(و لو اختلفا فى الدخول) (٨) فادعته و أنكره هو، (أو فى ولادته) (٩) بأن أنكر كونها ولدته (حلف الزوج)، لأصالة عدمهما (١٠)، و لأنّ النزاع فى الأول (١١) فى فعله، و يمكنها إقامه البينه على الولاده فى الثانى فلا يقبل قولها فيها (١٢) بغير بينه.

(١) بالاتفاق للنبوى (الولد للفراش و للعاهر الحجر) (١)، و العاهر هو الزانى، و له الحجر كناية عن عدم حقه فى النسب، كقولهم: له التراب، أى لا- شىء له، و بعضهم حملة على ظاهره و هو الرجم بالحجاره، و الولد للفراش أنه لصاحب الفراش مع وطئه لها على وجه يمكن إلحاق الولد به، و لا- فرق فى الحكم بين كون الولد شبيها للزانى فى الخلق و الخلق و عدمه عملا- بإطلاق النبوى.

(٢) للزوج.

(٣) لفجور أم الولد.

(٤) بلحوق الولد.

(٥) عن الزوج للحكم شرعا بإلحاق الولد به.

(٦) على ما سيأتى بيانه فى كتاب اللعان إن شاء الله.

(٧) أى حدّ الزوج بسبب نفى الولد عنه، لأنه مستلزم لقذف أم الولد بالزنا.

(٨) فادعته المرأه ليلحق به الولد، و أنكره الزوج لينتفى عنه الولد، فالقول قول الزوج مع يمينه، لأصالة عدم الدخول.

(٩) بأن اتفقا على الدخول و ادعت ولادتها للولد، و أنكر الزوج الولاده و ادعى أنها أتت به من خارج، فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم ولادتها للولد، و لأن المرأه يمكن لها إقامه البينه على ولادتها فلا يقبل قولها بغير بينه.

(١٠) عدم الدخول و عدم الولاده.

(١١) فى الدخول.

(١٢) فى الولاده، و اعلم أن النزاع فى الولاده نزاع فى فعلها عكس النزاع فى الدخول الذى هو-

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

(و لو) اتفقا عليهما (١) (و اختلفا فى المده) فادعى ولادته لدون سته أشهر، أو لأزيد من أقصى الحمل (٢) (حلفت) هى تغليبا للفراش، ولأصالة عدم زياده المده فى الثانى (٣). أما الأول (٤) فالأصل معه فيحتمل قبول قوله فيه (٥) عملا بالأصل (٦)، ولأن مآله (٧) إلى النزاع فى الدخول، فإنه إذا قال: لم تنقض سته أشهر من حين الوطء. فمعناه أنه لم يوطأ منذ مده سته أشهر، وإنما وقع الوطء فيما دونها (٨).

و ربما فسّر بعضهم النزاع فى المده (٩) بالمعنى الثانى خاصه (١٠)، ففعله، و قد قبل قول الزوج فى الدخول لتعسر إقامه البيئه على ذلك، لعسر اطلاع الغير عليه، بخلاف الولاده فإنه يمكن لها إقامه البيئه على هذا الفعل لاطلاع الغير عليه غالبا.

(١) على الدخول و الولاده.

(٢) فلو ادعى ولادته لأزيد من أقصى الحمل، و أنكرت المرأه مضى هذه المده، فالقول قولها مع يمينها، لأصالة عدم زياده المده، و لقاعده الولد للفراش، و حكى عن بعضهم كما فى الرياض عدم الحلف، لأن تقديم قولها ليس من باب الإنكار حتى يتوجه عليها اليمين، بل لقاعده الولد للفراش و هى خاليه عن اليمين. و لو ادعى ولادته لأقل من سته أشهر من حين الوطء، و ادعت الزوجه مضى أقل المده فمقتضى أصالة عدم انقضاء أقل الحمل هو تقديم قول الزوج، و مآل هذه الدعوى من الزوج إلى دعوى الدخول، لأنه إذا قال: لم تمض سته أشهر من حين الوطء فمعناه أنه لم يوطأ قبل هذه المده و هى تدعى أنه و طئ قبل هذه المده، و لو اختلفا فى الدخول فالقول قول الزوج مع يمينه، و لذا استشكل الشارح و جماعه فى تقديم قولها مع اليمين كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب، و قدّم قولها عندهم لقاعده الفرّاش.

(٣) فيما لو ادعى أنه لأزيد من أقصى الحمل، و أنكرت المرأه الزيادة.

(٤) أى ما لو ادعى أنه لأقل من سته أشهر، و ادعت هى أنه لسته أشهر و زياده.

(٥) فى الأول.

(٦) من أصالة عدم مضى أقل الحمل.

(٧) أى مآل النزاع فى الأول.

(٨) و هى تدعى أنه و طئ منذ سته أشهر و هو منكر فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم الدخول.

(٩) أى فى المده المتنازع فيها بين الزوجين.

(١٠) بحيث ادعى الزوج أنه أكثر من أقصى الحمل، و هى أنكرت ذلك، فالقول قولها مع اليمين بلا خلاف فى ذلك.

ليوافق (١) الأصل.

و ليس ببعيد إن تحقق في ذلك (٢) خلاف، إلا أن كلام الأصحاب مطلق (٣).

في أن ولد المملوكه يلحق به

(و ولد المملوكه إذا حصلت الشروط الثلاثة) و هي الدخول و ولادته لسته أشهر فصاعدا و لم يتجاوز الأقصى (يلحق به (٤)، و كذلك ولد المتعه) و لا يجوز له نفيه (٥) لمكان الشبهه فيهما (٦) (لكن لو نفاه انتفى) ظاهرا (بغير لعان فيهما (٧) و إن فعل حراما) حيث نفي ما حكم الشارع ظاهرا بلحوقه به، أما ولد الأمه فموضع (١) أي يوافق تقديم قولها للأصل من عدم مضي الزيادة عن أقصى الحمل.

(٢) أي في النزاع في الأول بحيث ادعى أنه أقل من ستة أشهر و أنكرت ذلك.

(٣) في تقديم قولها في المسألتين، و بهذا الاطلاق يضعف التخصيص السابق للنزاع، و إن كان التخصيص أوفق بالأصل، و لذا أشكل عليهم الشارح و جماعه كما عرفت.

(٤) أي بالواطئ، لإطلاق أدله الشروط الثلاثة بلا فرق بين الدائمه و المتمتع بها و المملوكه.

(٥) أي لا- يجوز للواطئ نفي الولد، لا- لقاعده الفراش، لأن الأمه ليست فراشا لسيدها بل لورود النص بوجود إلحاقه به حيث يمكن تولده منه، و لا يجوز له نفيه إلا مع العلم بانتفائه عنه ففي خبر سعيد بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجيء و قد عزل عنها، و لم يكن منها إليها، ما تقول في الولد؟ قال عليه السلام:

أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ يتهمها؟ فقلت:

أما تهمه ظاهره فلا، قال: فيتهمها أهلك؟ فقلت: أما شيء ظاهر فلا، فقال: فكيف تستطيع أن لا يلزمك الولد (١)، و في صحيحه الآخر عن أبي الحسن عليه السلام (عن الجاريه تكون للرجل يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: أ يتهمها الرجل أو يتهمها أهله، قلت: أما ظاهره فلا، قال: إذا لزمه الولد) ٢.

(٦) في ولد المملوكه و ولد المتعه.

(٧) ففي ولد الأمه بلا- خلاف فيه لاختصاص اللعان بالزوجه، لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٢) -.

ص: ٥٧٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإمام حديث ٥ و ٢.

٢- (٣) سورة النور، الآية: ٦.

وفاق، و لتعليق اللعان على رمى الزوجه فى الآيه (١)، و أما ولد المتعه فانتفاؤه بذلك (٢) هو المشهور، و مستنده (٣) غلبه إطلاق الزوجه على الدائمه، و من ثم حملت عليها (٤) فى آيه الإرث (٥)، و غيره (٦).

و ذهب المرتضى و جماعه إلى إلحاقها بالدائمه هنا (٧)، لأنها زوجه حقيقه، و إلا - و فى ولد المتعه على المشهور، و لم يخالف إلا السيد المرتضى و المفيد بدعوى أن المتمتع بها زوجه حقيقه و إلا لو تكن زوجه لحرمت بقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (١) بعد جواز الوطى بالعقد أو بالملك فى قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) ، و رد بتخصيص الآيه بالأخبار منها صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٣) ، و صحيح ابن أبى يعفور عنه عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (٤).

(١) و الأمه ليست بزوجه.

(٢) أى بنفى الزوج من دون لعان.

(٣) و مستند المشهور.

(٤) أى حملت الزوجه على الدائمه.

(٥) و هى قوله تعالى: وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ، فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ (٥).

(٦) أى غير الإرث، و لكن لا- توجد آيه فى الكتاب غير آيه الإرث مشتمله على الزوجه و قد حملت على الدائمه فقط، بل فى القرآن آيه العده و هى عامه تشمل المتمتع بها كشمولها للدائمه، قال تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (٦) ، نعم فى آيه اللعان لفظ الزوجه مختص بالدائمه و لكنه محل النزاع.

(٧) فى اللعان.

ص: ٥٧٦

١- (١) سورة المعارج، الآيه: ٣١.

٢- (٢) سورة المعارج، الآيه: ٣٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان حديث ١.

٥- (٥) سورة النساء، الآيه: ١٢.

٦- (٦) سورة البقره، الآيه: ٢٣٤.

لحرمته بقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (١) (فلو عاد و اعترف به صح (٢) و لحق به) بخلاف ما لو اعترف به أولا ثم نفاه فإنه لا ينتفى عنه و ألحق به (٣).

في أنه لا يجوز نفى الولد لمكان العزل

(و لا يجوز نفى الولد) مطلقا (٤) (لمكان العزل) عن أمه (٥)، لإطلاق النص و الفتوى (٦) بلحوق الولد لفراش الواطئ (٧)، و هو (٨) صادق مع العزل، و يمكن سبق الماء قبله (٩).

(١) المعارج آية: ٣١.

(٢) أى صح اعترافه، و يندرج تحت (اقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١).

(٣) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (أيما رجل أقرّ بولد ثم انتفى منه فليس له ذلك، و لا كرامه، يلحق به ولده إذا كان من امرأته أو وليدته) (٢)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (إذا أقرّ الرجل بولده ثم نفاه لزمه) (٣)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (إذا أقرّ الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٤).

(٤) في الدائمه و غيرها، باللعان و غيره.

(٥) بلا خلاف فيه في الجملة للأخبار.

منها: خبر أبي البختری عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: كنت أعزل عن جاريه لى فجاءت بولد، فقال عليه السلام: إن الوكاء قد ينفلت فألحق به الولد) (٣) و مثله غيره، و قد تقدم هذا الفرع في شرحنا فراجع.

و خالف بعض العامه كما في المسالك فاشتراط في لحوق الولد نزول الماء في الفرج، و هو محجوج بالأخبار.

(٦) أى و إطلاق فتوى الأصحاب.

(٧) و المراد بالنص هو (الولد للفراش و للعاهر الحجر) (٤).

(٨) أى فراش الواطئ.

(٩) قبل العزل، و يمكن جذب الفرج لشيء من الماء لو أفرغ الماء على بابه.

ص: ٥٧٧

٢- ((٢ و ٣ و ٤) ت ٤ - من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث ١ و ٢ و ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب اللعان حديث ٣.

و على ما ذكرناه سابقا (١) لا اعتبار بالإنزال فى الحاق الولد مطلقا (٢)، فمع العزل بالماء أولى (٣).

و قيد العلامة هنا (٤) الوطء مع العزل بكونه قبلا، و المصنف صرح فى القواعد باستواء القبل و الدبر فى ذلك (٥)، و فى باب العدد صرحوا بعدم الفرق بينهما (٦) فى اعتبار العده.

فى أن ولد الشبهه يلحق بالواطئ

(و ولد الشبهه يلحق بالواطئ بالشروط) الثلاثة (٧)، (و عدم الزوج الحاضر) الداخلى بها (٨) بحيث يمكن الحاقه به (٩)، و المولى فى ذلك (١٠) بحكم الزوج، لكن لو انتفى (١١) عن المولى و لحق بالواطئ أغرم (١٢) قيمه الولد يوم سقط حيا لمولاه (١٣).

(١) من تعريف الوطئ بأنه غيبوبه الحشفه قبلا أو دبرا و لو لم ينزل.

(٢) سواء كان الوطئ فى القبل أو الدبر.

(٣) لأنه مع عدم الانزال يلحق به الولد، فلو أنزل خارج الفرج و احتمل جذب الفرج لبعض الماء فالإلحاق أولى.

(٤) فى مسأله العزل.

(٥) فى العزل، و هو الأظهر، لأن إمكان جذب الفرج لشيء من الماء فيكون الولد منه، لا فرق فيه بين كون العزل على باب الفرج أو باب الدبر.

(٦) بين القبل و الدبر.

(٧) من الدخول و الإتيان به لأكثر من ستة أشهر، و عدم تجاوز أقصى الحمل.

(٨) بالموطوءه شبهه.

(٩) أى إلحاق الولد بالزوج الواطئ، فيلحق به و إن وطئت زوجته شبهه لعموم (الولد للفراش) (١).

(١٠) فى ولد الشبهه لو وطئت أمته.

(١١) ولد الشبهه.

(١٢) أى الواطئ.

(١٣) أى مولى الموطوءه شبهه، لما تقدم أكثر من مره أن ولد الحر لا يكون رقا، و مع إلحاق الولد بالواطئ فيفوت على المولى نماء مملوكته، و للجمع بين الحقيين يؤمر الواطئ بإعطاء-

فى أنه يجب انفراد النساء بالمرأه عند الولاده

(و يجب) كفايه (١)(استبداد النساء) أى (٢) انفرادهن (بالمرأه عند الولاده، أو الزوج (٣)، فإن تعذر (٤) فالرجال) المحارم، فإن تعذروا فغيرهم، و قدّم فى القواعد الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب، و هنا أطلق الرجال (٥).

هذا جمله ما ذكروه فيه (٦)، و لا يخلو عن نظر، بل ذلك (٧) مقيد بما يستلزم (٨) اطلاعه (٩) على العوره، أما ما لا يستلزمه من مساعدتها (١٠) فتحريمه على الرجال (١١) غير واضح، و ينبغى فيما يستلزم الاطلاع على العوره تقديم الزوج -المولى قيمه الولد يوم ولد، و ينعد الولد حرا تبعا لأبيه، و لا ينافيه لزوم قيمته، لأن ذلك تقويم منفعه الأمه التى فاتت المولى بسبب تصرف الغير فيها، و قد تقدم البحث فيه فى فصل المحرمات بالسبب و المصاهره.

(١)شروع فى أحكام الولاده، فالواجب منها استبداد النساء بالمرأه عند الولاده دون الرجال، فيجب على النساء كفايا الحضور عند الولاده لحفظ النفس المحترمه عند تحقق ما يخشى منه تلفها مع عدم الحضور، و يختص هذا الوجوب بالنساء دون الرجال، لأن الحضور عند ولادتها موجب لسماع صوتها غالبا و الاطلاع على ما يحرم عليهم من النظر إليه كالنظر إلى العوره نعم مع عدم النساء يجوز للرجال المحارم، و مع فقدهم فيجوز للأجانب، لأن الضروره تبيح من نظر المرأه و سماع صوتها مثل ذلك كنظر الطبيب و لمسها فى وقت الحاجه و لو إلى العوره.

و أما الزوج فيجوز له الحضور عند وجود النساء، و يتعين حضوره لو فقدن و تحقق المساعدة بحضوره و إلا- تعين الرجال المحارم، فإن تعذروا فغيرهم.

و عن الماتن فى القواعد تقديم الرجال الأقارب غير المحارم على الأجانب و مستنده غير واضح.

(٢)تفسير للاستبداد، و الانفراد بها لإعانتها عند المخاض.

(٣)سواء وجدت النساء أم لا.

(٤)وجود النساء أو الزوج.

(٥)من دون تقديم المحارم على غيرهم.

(٦)فى الاستبداد بالمرأه عند ولادتها.

(٧)أى الاستبداد على الترتيب المذكور.

(٨)أى يستلزم الاستبداد.

(٩)أى اطلاع المستبد بالمرأه.

(١٠) أى مساعده المرأه عند مخاضها من دون اطلاق على العوره.

(١١) المحارم و غيرهم.

ص: ٥٧٩

مع امكانه، و مع عدمه يجوز غيره (١) للضرورة كنظر الطبيب، و أما الفرق بين أقارب الرجال من غير المحارم، و الأجانب فلا أصل له في قواعد الشرع.

في ما يستحب بعد الولاده

(و يستحب غسل المولود) حين يولد (٢)، (و الأذان في أذنه اليمنى، و الإقامة في اليسرى) (٣)، و ليكن ذلك قبل قطع سرتة (٤)، فلا يصيبه لمم و لا تابعه، و لا (١) - فرق بين المحارم و غيرهم، لحرمة اطلاع جميعهم على العوره، فلا داعى لتقديم المحارم حينئذ.

(٢) شروع في الأحكام المستحبه للولاده، فيستحب غسل المولود لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام عن آباءه عن على عليهم السلام (اغسلوا صبيانكم من الغمر، فإن الشيطان يشم الغمر فيفزع الصبي في رقاده و يتأذى به الكاتبان) (١)، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن غسل الجمعة - إلى أن قال - و غسل المولود واجب) (٢)، و إطلاق الأخير كإطلاق الفتوى أنه غسل متوقف على النيه و الترتيب و غيرهما من أحكام الغسل، و يحتمل أنه بالفتح فيكون تنظيفا محضاً عن النجاسات العارضة له، و إطلاق النص و الفتوى أن وقته عند الولاده، و على المشهور أنه مستحب و قيل بالوجوب تمسكا بظاهر خبر سماعه المتقدم.

(٣) لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاه، و ليقيم في أذنه اليسرى، فإنها عصمه من الشيطان الرجيم) (٣)، و خبر أبى يحيى الرازى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال: إذا ولد لكم المولود أى شىء تصنعون به؟ قلت: لا أدرى ما يصنع به، قال: خذ عدسه جاوشير فديفه بماء، ثم قطر في أنفه بالمنخر الأيمن قطرتين، و فى الأيسر قطره، و أذن في أذنه اليمنى و أقم في اليسرى، يفعل ذلك به قبل أن تقطع سرتة، فإنه لا يفزع أبدا و لا تصيبه أم الصبيان) (٤)، و صحيح حفص الكناسى عن أبى عبد الله عليه السلام (مروا القابله أو بعض من يليه أن يقيم الصلاه في أذنه اليمنى فلا يصيبه لمم و لا تابعه أبدا) (٥)، و اللمم بفتحيتين جنون خفيف، و التابعه و التابعه الجنيه و الجنى يتبعان الإنسان حيث ذهب كما فى القاموس.

(٤) كما فى خبر الرازى المتقدم، و لذا خصّ بعضهم الاستحباب قبل قطع السره، و لكنه -

ص: ٥٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأغسال المسنونه حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢ و ٣.

يفزع، و لا تصيبه أم الصبيان (١) روى ذلك (٢) عن أبي عبد الله عليه السّلام عن النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم «من ولد له مولود فليؤذن في أذنه اليمنى بأذان الصلاة، و ليقيم في إذنه اليسرى فإنها عصمه من الشيطان الرجيم»، (و تحنيكه بتربه الحسين عليه الصلاة و السلام و ماء الفرات) (٣) و هو النهر المعروف، (أو ماء فرات) أى عذب (و لو بخلطه بالتمر، أو بالعسل) ليعذب إن لم يكن عذبا.

-مناف لإطلاق الفتوى و بقيه الأخبار، بل في بعضها أنه بعد قطع السره ففي خبر علي بن ميثم عن أبيه قال (سمعت أُمى تقول: سمعت نجمة أم الرضا عليه السّلام تقول في حديث: لما وضعت ابني عليا دخل إليّ أبوه موسى بن جعفر عليهم السّلام فناولته إياه في خرقة بيضاء فأذن في أذنه اليمنى و أقام في اليسرى، و دعا بماء الفرات فتحّكه به ثم رده إليّ و قال: خذيه فإنه بقيه الله في أرضه) (١)، و في خبر علي بن علي أخى دعبل عن الرضا عن آباءه عليهم السّلام عن أسماء بنت عميس (لما ولدت فاطمه الحسن جاء النبي صلّى الله عليه وآله و سلّم فقال: يا أسماء هاتى ابني، فدفعته إليه في خرقة صفراء فرمى بها و قال: ألم أعهد إليكم أن لا تلتفوا المولود في خرقة صفراء، و دعا بخرقه بيضاء فلفّه فيها، ثم أذن في أذنه اليمنى و أقام في اليسرى، ثم ذكرت في الحسين مثل ذلك) (٢) الخبر، و مثلها غيرها، و هى ظاهره في كون ذلك بعد قطع السره.

و لعل الأمر بالأذان و الإقامة قبل قطع السره لأجل عدم الفزع أبدا و عدم إصابته بأَم الصبيان كما في خبر الرازى المتقدم، و هذا لا ينافى في استحباب الأذان و الإقامة بعد القطع لبقية الأخبار.

(١) ربح تعرض للأطفال.

(٢) كما في خبر السكونى المتقدم.

(٣) ففي مرسل يونس عن أبي جعفر عليه السّلام (يحنك المولود بماء الفرات و يقيم في أذنه) (٢)، و قال الكليني في روايه أخرى (حنكوا أولادكم بماء الفرات و بتربه قبر الحسين عليه السّلام، فإن لم يكن فبماء السماء) (٤) و مثلها غيرها، و الخبر الثانى صريح في كون المراد من الفرات هو النهر المعروف بدليل عطف ماء السماء عليه.

ثم مع فقد ماء الفرات فيحنك بماء السماء للخبر، و ما ذكروه من التحنيك بمطلق الماء-

ص: ٥٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ١٥.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٣.

و ظاهر العبارة التخيير بين الثلاثه (١)، و الأجود الترتيب بينها فيقدم ماء الفرات مع إمكانه، ثم الماء الفرات بالأصالة، ثم بإصلاح ماله بالحلوه.

و فى بعض الأخبار: حنكوا أولادكم بماء الفرات، و تربه الحسين عليه السّلام فإن لم يكن فبماء السماء، و المراد بالحنك إدخال ذلك إلى حنكه و هو أعلى داخل الفم.

و كذا يستحب تحنيكه بالتمر (٢)، بأن يمضغ التمره و يجعلها فى فيه (٣) و يوصلها إلى حنكه بسبابته حتى يتحلل (٤) فى حلقة، قال أمير المؤمنين عليه السّلام:

«حنكوا أولادكم بالتمر فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ بالحسن و الحسين عليه السّلام» قال الهروى يقال: حنكه و حنكه بتخفيف النون و تشديدها.

فى تسميه الولد

(و تسميته محمدا) إن كان ذكرا (إلى اليوم السابع (٥)، فإن غيّر) بعد ذلك -الفرات أى العذاب بعد تعذر ماء الفرات ليس له نص خاص كما فى الرياض و الجواهر، نعم لا بأس بمتابعتهم للتسامح فى أدله السنن. و مع فقد ماء الفرات أى العذب فيحنك بماء مالح قد خلط بالعسل أو التمر لورود الأخبار بالحنك بكل منهما، ففى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: حنكوا أولادكم بالتمر، فكذا فعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ بالحسن و الحسين عليهما السّلام) (١).

و فى الفقه الرضوى (و حنكه بماء الفرات إن قدرت عليه، أو بالعسل ساعه يولد) (٢).

ثم المراد بالحنك إدخال ذلك إلى حنكه، و هو أعلى داخل الفم، و قيل: يكفى الدلك بكل من الحنكين الأعلى و الأسفل، و إن كان المتبادر ذلك الأعلى بالخصوص، و لذا اقتصر عليه جماعه من العامه و الخاصه.

(١) أى الماء الفرات أو ماء فرات أو تخليطه بعسل أو تمر.

(٢) لخبر أبى بصير المتقدم.

(٣) أى فى فم المولود.

(٤) أى الممضوغ.

(٥) فى المرسل عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدا، فإذا مضى سبعة -

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(جاز) قال الصادق عليه السلام: «لا يولد لنا ولد إلا سميناه محمدا فإذا مضى سبعة أيام فإن شئنا غيرنا، وإلا تركنا».

(و أصدق الأسماء ما عبد لله) (١) أى اشتمل على عبوديته تعالى كعبد الله، -أيام فإن شئنا غيرنا وإلا تركنا(١).

(١) يستحب تسميه الولد باسم حسن و أنه من جملة حقوقه على والده ففي الخبر عن موسى بن بكر عن أبي الحسن عليه السلام (أول ما يبرّ الرجل ولده أن يسميه باسم حسن، فليحسن أحدكم اسم ولده) (٢)، و فى مرسل آخر (قال رجل: يا رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلم، ما حق ابنيّ هذا؟ قال: تحسن اسمه و أدبه و تضعه موضعا حسنا) (٣)، و فى خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (أن رسول الله عليه السلام كان يغيّر الأسماء القبيحة فى الرجال و البلدان) ٤.

و أصدق الأسماء ما يتضمن العبودية لله سبحانه و تعالى كعبد الله و عبد الرحمن، و أفضلها أسماء الأنبياء كما فى خبر أبي إسحاق ثعلبه عن رجل سمّاه عن أبي جعفر عليه السلام (أصدق الأسماء ما سمى بالعبودية، و أفضلها أسماء الأنبياء) (٤)، و فى خبر سليمان الجعفرى (سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد أو أحمد أو على أو الحسن أو الحسين أو جعفر أو طالب أو عبد الله أو فاطمه من النساء) (٥).

فأفضليه أسماء الأنبياء للتبرك و لخبر ثعلبه المتقدم و لخبر الأصبغ عن على عليه السلام (أن رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلم قال: ما من أهل بيت فيهم اسم نبيّ إلا بعث الله عز و جل إليهم ملكا يقدّسهم بالغداة و العشي) (٦)، و أسماء الأئمة عليهم السلام أيضا لخبر الجعفرى، و أفضل أسماء الأنبياء اسم النبي الأعظم صلّى الله عليه وآله و سلم للأخبار.

منها: خبر عاصم الكوزى عن أبي عبد الله عليه السلام (أن النبي صلّى الله عليه وآله و سلم قال: من ولد له أربعة أولاد لم يسم أحدهم باسمى فقد جفانى) (٧) و مرسل ابن فهد (قال الرضا عليه السلام: البيت -

ص: ٥٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٧ و ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

و عبد الرحمن، و الرحيم، و غيره من أسمائه تعالى، (و أفضلها) أى الأسماء مطلقا (١) -الذى فيه محمد يصيح أهله بخير و يمسون بخير(١)، و مرسل الطبرسى عن الرضا عن آبائه عليهم السّلام عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (إذا سمّيتم الولد محمدا فأكرموه، و أوسعوا له فى المجلس، و لا تقبحوا له وجهها)٢، و فى خبر آخر عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (ما من قوم كانت لهم مشوره فحضر من اسمه محمد أو أحمد فأدخلوه فى مشورتهم إلا كان خيرا لهم)٣، و فى خبر آخر أيضا عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (ما من مائده وضعت فقعد عليها من اسمه محمد أو أحمد إلا قدّس ذلك المنزل فى كل يوم مرتين)٤، و فى خبر العطافى عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام عن ابن عباس قال: (إذا كان يوم القيامة نادى مناد: ألا ليقيم كل من اسمه محمد فليدخل الجنة بكرامه سمّيه محمد صلّى الله عليه و آله و سلّم)٥، و فى خبر أبى هارون مولى آل جعده (كنت جليسا لأبى عبد الله عليه السّلام بالمدينه ففقدنى أياما، ثم إنى جئت إليه فقال: لم أرك منذ أيام يا أبا هارون، فقلت: ولد لى غلام، فقال: بارك الله لك، فما سمّيته؟ قلت:

سمّيته محمدا، فأقبل بخدّه نحو الأرض و هو يقول: محمد محمد محمد، حتى كاد يلصق خدّه بالأرض، ثم قال: بنفسى و بولدى و بأهلى و بأبوىّ و بأهل الأرض كلهم جميعا الفداء لرسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم، لا تسبّه و لا تضربه و لا تسيء إليه، و اعلم أنه ليس فى الأرض دار فيها اسم محمد إلا و هى تقدّس كل يوم(٢).

و أفضلها بعد اسم النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم اسم على عليه السّلام ففى خبر جابر عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث أنه قال لابن صغير: (ما اسمك؟ قال: محمد، قال: بم تكنى؟ قال: بعلى، فقال أبو جعفر عليه السّلام: لقد احتظرت من الشيطان احتظارا شديدا، إن الشيطان إذا سمع مناديا ينادى يا محمد أو يا على ذاب كما يذوب الرصاص، حتى إذا سمع مناديا ينادى باسم عدوّ من أعدائنا اهتزّ و اختال)٧، و خبر العرزمى قال (استعمل معاويه مروان بن الحكم على المدينه و أمره أن يفرض لشباب قريش، ففرض لهم، فقال على بن الحسين عليهما السّلام: فأتيته، فقال: ما اسمك؟ فقلت: على بن الحسين، فقال: ما اسم أخيك؟ فقلت: على، فقال: على و على، ما يريد أبوك أن يدع أحدا من ولده إلا سمّاه عليا، ثم فرض لى، فرجعت إلى أبى فأخبرته، فقال: و يلى على ابن الزرقاء، دبّاغه الادم، لو ولد لى مائه لأحببت أن لا اسمى أحدا منهم إلا عليا(٣).

(١)تضمن العبوديه أو لا.

ص: ٥٨٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠.

٢- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٣.

٣- (٨) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(اسم محمد و علي، و أسماء الأنبياء، و الأئمة عليه السّلام) قال الباقر عليه السّلام: «أصدق الأسماء ما سمّي بالعبودية و أفضلها أسماء الأنبياء» و عن الصادق عليه السّلام أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: «من ولد له أربعة أولاد و لم يسمّ أحدهم باسمي فقد جفاني»، و عنه عليه السّلام: «ليس في الأرض دار فيها اسم محمد إلا و هي تقدس كل يوم» و عن الحسين عليه الصّلاه و السّلام في حديث طويل: «لو ولد لي مائة ولد لأحببت أن لا أسمّي أحدا منهم إلا عليا» و قال الرضا عليه السّلام: «لا يدخل الفقر بيتا فيه اسم محمد، أو أحمد، أو علي، أو الحسن، أو الحسين، أو جعفر، أو طالب، أو عبد الله، أو فاطمه من النساء» (و تكنيته (١) بأبي فلان إن كان ذكرا أو أم فلان إن كان أنثى. قال الباقر عليه السّلام: «إنا لنكنّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم».

(و يجوز اللقب) و هو ما أشعر من الأعلام بمدح، أو ذم و المراد هنا الأول (٢) خاصه، (و يكره الجمع بين كنيته) بضم الكاف (بأبي القاسم و تسميته محمدا) (٣) قال الصادق عليه السّلام: «أنّ النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن أربع كنى. عن أبي عيسى، و عن أبي الحكم، و عن أبي مالك، و عن أبي القاسم إذا كان الاسم محمدا» (و أن يسمّي حكما، أو حكيمًا، أو خالدا، أو حارثا، أو ضرارا، أو مالكا) (٤) قال (١) و المراد بالكنية ما صدر باب أو أم، و تستحب مخافة النبز ففي خبر ابن خيثم عن أبي جعفر عليه السّلام (إنا نكنّي أولادنا في صغرهم مخافة النبز أن يلحق بهم) (١).

و النبز ما يكره من اللقب كما في المسالك.

(٢) أي المدح.

(٣) ففي خبر النوفلي عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (أن النبي صلّى الله عليه و آله و سلّم نهى عن أربع كنى:

عن أبي عيسى، و عن أبي الحكم، و عن أبي مالك، و عن أبي القاسم إذا كان الاسم محمدا) (٢).

(٤) ففي خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (أن أبغض الأسماء إلى الله حارث و مالك و خالد) (٣)، و في خبر حماد بن عثمان و هو صحيح السند عن أبي عبد الله عليه السّلام -

ص: ٥٨٥

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

الباقر عليه السّلام: «أبغض الأسماء إلى الله تعالى حارث، و مالك و خالد»، و عن الصادق عليه السّلام: «أنّ رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم دعى بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى بها فقبض و لم يسمّها. منها الحكم، و حكيم، و خالد، و مالك. و ذكر أنها سته، أو سبعة مما لا يجوز أن يتسمى بها».

أحكام الأولاد أمور

(و أحكام الأولاد أمور) (١)

فى سنن اليوم السابع

(منها العقيقه، و الحلق، و الختان، و ثقب الأذن اليمنى) (٢) فى شحمتها، قال: (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم دعا بصحيفه حين حضره الموت يريد أن ينهى عن أسماء يتسمى بها فقبض و لم يسمّها، منها الحكم و حكيم و خالد و مالك، و ذكر أنها سته أو سبعة مما لا يجوز أن يتسمى بها) (١)، هذا و قال الشارح فى المسالك: (و ليس فى الأخبار تصريح بالنهاى عن ضرار بخصوصه، لكنه من الأسماء المنكره، و قيل: إنها من أسماء إبليس) انتهى.

(١) شروع فى سنن يوم السابع من ولاده المولود، و سنن هذا اليوم أربع مضافا إلى التسميه التى تقدم الكلام فيها، و هى: الحلق و الختان و ثقب الأذن و العقيقه للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى المولود قال: (يسمّى فى اليوم السابع و يعقّ عنه، و يحلق رأسه، و يتصدق بوزن شعره فضه، و يبعث إلى القابله بالرجل مع الورك، و يطعم منه و يتصدق) (٢) و خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الصبى المولود متى يذبح عنه و يحلق رأسه و يتصدق بوزن شعره و يسمّى؟ فقال: كل ذلك فى اليوم السابع) (٣) و مثلها غيرها من الأخبار.

(٢) لا خلاف فى استحباب ثقب الأذن للأخبار.

منها: خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن ثقب أذن الغلام من السنه، و ختانه لسبعه أيام من السنه) (٣)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثقب أذن الغلام من السنه، و ختان الغلام من السنه) (٥)، و ظاهر الخبرين الاكتفاء بثقب أذن واحده، و لكن فى خبر السكونى (قال النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم: يا فاطمه ائقبى أذنى الحسن -

ص: ٥٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٣.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٣.

و اليسرى فى أعلاها كل ذلك (فى اليوم السابع) (١) من يوم ولد، و لوفى آخر (٢) جزء من النهار. قال الصادق عليه السّلام (٣): «العقيقه واجبه و كل مولود مرتهن بعقيقته»، و عنه عليه السّلام (٤): «عقّ عنه، و احلق رأسه يوم السابع» و عنه عليه السّلام (٥): «اختنوا أولادكم لسبعه أيام فإنّه أطهر و أسرع لنبات اللحم، و أنّ الأرض لتكره بول الأغلف»، و عنه عليه السّلام (٦): «إنّ ثقب أذن الغلام من السنه، و ختانه لسبعه أيام من السنه» و فى خبر آخر عن النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم (٧): «تتنجس الأرض -و الحسين عليهما السّلام خلافا لليهود(١)»، و خبر الحسين بن خالد (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن التهنئه بالولد متى هى؟ قال: إنه لما ولد الحسن بن على عليهما السّلام هبط جبرئيل على رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بالتهنئه فى اليوم السابع، و أمره أن يسمّيه و يكتّبه و يحلق رأسه و يعقّ عنه و يثقب أذنه، و كذلك حين ولد الحسين عليه السّلام أتاه فى اليوم السابع فأمره بمثل ذلك، و كان لهما ذؤابتان فى القرن الأيسر، و كان الثقب فى الأذن اليمنى فى شحمه الأذن، و فى اليسرى فى أعلى الأذن، فالقرط فى اليمنى و الشنف فى اليسرى)٢.

فما عن بعض العامه من تحريم الثقب باعتبار الإيلام و الايذاء اجتهاد فى قبال هذه النصوص فلا يسمع، على أن الألم هنا يسير مغتفر لما يترتب عليه من زينه الصبى و نفعه.

(١) كما صرحت بذلك الأخبار، و تقدم بعضها.

(٢) لإطلاق النص.

(٣) ففى خبر على بن رثاب عن أبى عبد الله عليه السّلام (العقيقه واجبه) (٢)، و فى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل مولود مرتهن بعقيقته)٤.

(٤) كما فى خبر عبد الله بن سنان(٣).

(٥) كما فى خبر مسعده بن صدقه(٤).

(٦) كما فى خبر مسعده بن صدقه(٥)، و قد تقدم فى شرحنا.

(٧) كما فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام(٤).

ص: ٥٨٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ٧.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٥- (٧) ت ٥١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤-٦ (٨) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

من بول الأغلغف أربعين صباحا»، و فى آخر (١): «إنّ الأرض تضج إلى الله تعالى من بول الأغلغف».

(و ليكن الحلق) لرأسه (قبل) ذبح (٢) (العقيقه، و يتصدق بوزن شعره ذهباً، أو فضه) (٣) قال إسحاق بن عمار للصادق عليه السلام: بأى ذلك نبدأ فقال عليه السلام:

(١) كما فى مكاتبه عبد الله بن جعفر إلى أبى محمد عليه السلام (١).

(٢) أما الحلق فقد تقدم ما يدل على استحبابه، و أنه مستحب فى اليوم السابع فلو مضى السابع فلا حلق كما فى صحيح على بن جعفر عن أخيه أبى الحسن عليه السلام (سألته عن مولود يحلق رأسه يوم السابع، فقال: إذا مضى سبعة أيام فليس عليه حلق) (٢)، نعم قد يقال باستحبابه بعد السابع لعموم العله كما فى مرسل صفوان بن يحيى عن حدثه عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل ما العله فى حلق شعر رأس المولود؟ قال: تطهيره من شعر الرحم) (٣) و ينبغى تقديم الحلق على العقيقه لصحيح جميل بن دراج (سألته أباً عبد الله عليه السلام عن العقيقه و الحلق و التسميه بأيهما يبدأ؟ قال: يضع ذلك كله فى ساعه واحده، يحلق و يذبح و يسمّى) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت: بأى ذلك نبدأ؟ فقال: يحلق رأسه و يعقّ عنه و يتصدق بوزن شعره فضه، يكون ذلك فى مكان واحد) ٥.

(٣) أما التصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه كما فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا ولد لك غلام أو جاريه فعقّ عنه يوم السابع شاه أو جزورا، و كل منهما و أطعم، و سمّه و احلق رأسه يوم السابع، و تصديق بوزن شعره ذهباً أو فضه) ٦، و خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن العقيقه واجبه هى؟ قال: نعم يعقّ عنه و يحلق رأسه و هو ابن سبعة، و يوزن شعره فضه أو ذهب يتصدق به، و يطعم قابله ربع الشاه، و العقيقه شاه أو بدنه) ٧ و مثلها غيرها.

لكن قد يحتمل رجحان الفضه للاقتصار عليها فى جملة من النصوص.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (و يتصدق بوزن شعره فضه) ٨، و صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث (ثم قال: يوزن الشعر -

ص: ٥٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٩ و ٧ و ١٠ و ١.

«يخلق رأسه، ويعق عنه، ويتصدق بوزن شعره فضه يكون ذلك في مكان واحد»، وفي خبر آخر، أو ذهباً.

(و يكره القنازع (١) وهو أن يخلق من الرأس موضعاً، ويترك موضعاً في أى جانب كان. روى ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام، وفي خبر آخر عن الصادق عليه السلام أنه كره القنزعة في رءوس الصبيان، وذكر أنّ القنزعة أن يخلق الرأس إلا قليلاً وسط الرأس تسمى القنزعة، وعنه عليه السلام قال: أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بصبي يدعو له وله قنازع فأبى أن يدعو له، وأمر أن يخلق رأسه.

(و يجب على الصبي الختان عند البلوغ) (٢) أى بعده بلا فصل لو ترك وليه ختانه.

و يتصدق بوزن فضه (١)، وخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (و تصدق بوزن شعره فضه) ٢، وخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (و يتصدق بوزن شعره فضه) ٣.

(١) للأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا تحلقوا للصبيان القنزعة، والقنزعة أن يخلق موضعاً ويترك موضعاً) (٢)، وخبره الآخر عنه عليه السلام (أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بصبي يدعو له، وله تنازع فأبى أن يدعو له، وأمر أن يخلق رأسه) ٥، وخبر ابن القداح عن أبي عبد الله عليه السلام (أنه كره القنزعة في رءوس الصبيان، وذكر أن القنزعة أن يخلق الرأس إلا قليلاً، ويترك وسط الرأس، تسمى القنزعة) ٦.

هذا والخبر الأول صريح في كون القنزعة حلق موضع من الرأس مع ترك آخر سواء كان في وسطه أو في غيره، وسواء تعدد أم اتحد وهو الموافق للمعنى اللغوي، ففي نهايه ابن الأثير (في الحديث: نهى عن القنازع، وهو أن يأخذ بعض الشعر ويترك منه مواضع متفرقة كالقنزعة) ونحوه عن القاموس، ولكن خبر ابن القداح المتقدم صريح في كون القنزعة هو ترك الوسط فقط.

(٢) قد تقدم ما يدل على استحباب الختان يوم السابع كما في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: طهروا أولادكم يوم السابع، فإنه أطيب وأطهر وأسرع -

ص: ٥٨٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢ و ٨ و ٩.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢ و ٣.

و هل يجب على الولي ذلك قبله (١) وجهان: من عدم (٢) التكليف حينئذ (٣)، و استلزام (٤) تأخيره (٥) إلى البلوغ تأخير (٦) الواجب المضيّق (٧) عن أول -لنبات اللحم، و أن الأرض تنجس من بول الأغلف أربعين صباحاً(١)، و خير مسعده بن صدقه عن أبي عبد الله عليه السّلام (اختنوا أولادكم لسبعة أيام)٢.

و إن أخر جاز بلا- خلاف لصحيح علي بن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن ختان الصبي لسبعة أيام من السنه هو، أو يؤخر فأيهما أفضل. قال: لسبعة أيام من السنه، و إن أخر فلا بأس)(٢).

و لو بلغ و لم يختن و جب أن يختن نفسه بلا خلاف فيه، لأن الختان واجب في نفسه للأخبار.

منها: خبر السكوني عن أمير المؤمنين عليه السّلام (إذا أسلم الرجل اختتن و لو بلغ ثمانين سنه)(٣)، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام أنه كتب إلى المأمون (و الختان سنه واجبه على الرجال و مكرمه للنساء)(٤)، ثم هل يجب على الولي ختانه قبل بلوغ الصبي بحيث يكون ختانه في اليوم السابع إلى حين البلوغ من الواجب الموسع، و أفضل أفراد الواجب الختان يوم السابع كما عن العلامة في التحرير، و لا دليل عليه، أم لا يجب على الولي و إنما هو مستحب نعم يجب على الصبي بعد البلوغ بلا- فصل كما عليه المشهور، و للجمع بين الأخبار الداله على استحباب الختان يوم السابع و أنه من السنه مع أن التكليف هنا موجه إلى الولي و بين الأخبار الداله على وجوبه مع أن التكليف هنا موجه إلى نفس البالغ.

(١) أي هل يجب على الولي ختانه قبل البلوغ.

(٢) دليل عدم وجوب الختان قبل البلوغ.

(٣) حين عدم البلوغ.

(٤) دليل وجوب الختان.

(٥) تأخير الختان.

(٦) مفعول به لقوله (و استلزام تأخيره).

(٧) و هو الختان عند البلوغ.

ص: ٥٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٩.

وقته (١)، و في التحرير لا يجوز تأخيره إلى البلوغ و هو دالّ على الثاني (٢). و دليله غير واضح.

(و يستحب خفض النساء و إن بلغن) (٣) قال الصادق عليه السّلام: «خفض النساء مكرمه و أى شىء أفضل من المكرمه».

(١) و أول وقته وقت البلوغ، فلو لم يختنه الولي للزم تأخير الختان عن البلوغ و هو تأخير للواجب المضيق عن وقته و اللازم باطل فالمزوم مثله في البطلان، و في هذا دلالة على تعلق الختان بالولي قبل البلوغ.

(٢) أى الثاني بحسب الأدله، و هو وجوب الختان على الولي قبل البلوغ.

(٣) يعتبر عن الختان في الإناث بخفض الجوارى، و هو مستحب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام أنه كتب إلى المأمون (و الختان سنه واجبه للرجال و مكرمه للنساء) (١)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (خفض النساء مكرمه، و ليس من السنه و لا شيئاً واجباً، و أى شىء أفضل من المكرمه) (٢)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (الختان سنه فى الرجال و مكرمه فى النساء) (٣).

و من هذه النصوص يستفاد عدم الوجوب قبل البلوغ أو بعده، نعم وقته فيهن لسبع سنين لخبر وهب عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (لا تخفض الجارية حتى تبلغ سبع سنين) (٤).

و ينبغي عدم الاستئصال فيه لصحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لما هاجرت النساء إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم هاجرت فيهن امرأه يقال لها أم حبيب، و كانت خافضه تخفض الجوارى، فلما رآها رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال لها: يا أم حبيب، العمل الذى كان فى يدك هو فى يدك اليوم؟ قالت: نعم يا رسول الله، إلا أن يكون حراماً تنهانى عنه، فقال: لا- بل حلال، فادنى حتى أعلمك، قال: فدنت منه فقال: يا أم حبيب إذا أنت فعلت فلا- تنهكى، أى لا تستأصلي، و أشمى فإنه أشرق للوجه و أحظى للزوج) (٥).

ص: ٥٩١

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٩.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

(و العقیقه شاه) (١)، (١) و العقیقه هى الذیحه التى تذبح للمولود، و قد تقدم فى الأخبار ما یدل علیها فى الیوم السابع، و ىستحب أن یعق عن الذکر ذکرا و عن الأنثى أنثى بلا خلاف فیه لخبیر محمد بن مارد عن أبى عبد الله علیه السّلام (سألته عن العقیقه، فقال: شاه أو بقره أو بدنه، ثم ىسمّ و یحلق رأس المولود فى یوم السابع، و یتصدق بوزن شعره ذهباً أو فضه، فإن کان ذکرا عَقَّ عنه ذکرا، و عن الأنثى أنثى) (١) و مرسل یونس عن أبى جعفر علیه السّلام (إذا کان یوم السابع و قد ولد لأحدکم غلاماً أو جاریه فلیعقّ عنه كبشاً عن الذکر ذکرا، و عن الأنثى مثل ذلک) (٢).

و فى الکثیر من النصوص التسیویه کصحیح منصور بن حازم عن أبى عبد الله علیه السّلام (العقیقه فى الغلام و الجاریه سواء) (٣) ، و خبر أبى بصیر عن أبى عبد الله علیه السّلام (عقیقه الغلام و الجاریه كبش) ٥ و مثلها غیرها، و هى محموله على الأجزاء.

و ذهب ابن الجنید و المرتضى إلى وجوب العقیقه للأمر بها فى جملة من النصوص و قد تقدم بها، بل فى خبر على بن رثاب عن أبى عبد الله علیه السّلام (العقیقه واجبه) (٤) ، و خبر أبى بصیر عن أبى عبد الله علیه السّلام (سألته عن العقیقه أ واجبه هى؟ قال: نعم واجبه) ٧، و خبر على بن أبى حمزه عن العبد الصالح علیه السّلام (العقیقه واجبه إذا ولد للرجل ولد، فإن أحب أن ىسمّیه من یومه فعل) ٨ مضافاً إلى ما ورد لأن کل مولود مرتهن بالعقیقه) ٩ كما فى خبر أبى خدیجه عن أبى عبد الله علیه السّلام أو (بعقیقته) ١٠ كما فى خبر عمار عن أبى عبد الله علیه السّلام.

و المشهور على الاستحباب بعد حمل هذه الأخبار على تأکده كما یومئ إلیه صحیح عمر بن یزید عن أبى عبد الله علیه السّلام (کل امرئ مرتهن یوم القیامه بعقیقته، و العقیقه أوجب من الأضحیه) ١١.

و ىستحب أن تجتمع فیه شروط الأضحیه من كونها سلیمه من العیوب لموثق عمار عن أبى عبد الله علیه السّلام فى حدیث (و ىذبح عنه كبش و إن لم یوجد كبش أجزأ عنه ما ىجزى فى الأضحیه، و إلا فحمل أعظم ما ىكون من حملان السنه، و ىعطى القابله ربعها) (٥) ، -

ص: ٥٩٢

- ١- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ١٣، و ذیله فى الباب - ٤٢ - حدیث ٧.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ١١.
- ٣- ((٤) و ٥) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ١ و ٣.
- ٤- ((٦) و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ و ٩ و ١٠ و ١١.
- ٥- (١٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حدیث ٤.

أو جزور (١) (تجتمع فيها شرائط الأضحيه) و هي السلامه من العيوب، و السمن، و السن (٢) على الأفضل، و يجرى فيها مطلق الشاه. قال الصادق عليه السلام: «إنما هي شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجرى منها كل شيء و خيرها أسمنها».

(و يستحب مساواتها للولد في الذكور و الأنوثة)، و لو خالفته (٣) أجزأت.

(و الدعاء عند ذبحها بالمأثور) و هو (٤) «بسم الله و بالله اللهم هذه عقيقه عن فلان لحمها بلحمه، و دمها بدمه، و عظمها بعظمه، اللهم اجعله وقاء لآل محمد صلى الله عليه و آله و سلم»، رواه الكرخي (٥) عن أبي عبد الله عليه السلام، و عن الباقر عليه السلام (٦) قال: «إذا ذبحت فقل: بسم الله و بالله و الحمد لله و الله أكبر إيماناً بالله، و ثناء على رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و العظمه لأمره، و الشكر لرزقه، و المعرفه بفضله علينا أهل البيت فإن كان ذكراً فقل: اللهم إنك وهبت لنا ذكراً و أنت أعلم بما وهبت، و منك ما أعطيت، و كل ما صنعنا فتقبله منا على سنتك و سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم و أخساً عنا الشيطان الرجيم اللهم لك سفكت الدماء لا شريك لك و الحمد لله رب العالمين»، و عن الصادق عليه السلام مثله (٧) و زاد فيه: «اللهم لحمها بلحمه، و دمها - مع فقد صفات الأضحيه يجرى الفاقد لخبر منهال القمط عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما هي شاه لحم ليست بمنزله الأضحيه يجرى منها كل شيء) (١)، و خبر مرزم عن أبي عبد الله عليه السلام (العقيقه ليست بمنزله الهدى، خيرها اسمنها) ٢، و لهذه النصوص و غيرها فيجزى الشاه أو البقره أو البدنه كيفما اتفقت.

(١) من الإبل يقع على الذكر و الأنثى.

(٢) على تفصيل تقدم في الحج من كونه في السنه السادسة من الإبل، و في السنه الثانيه من البقر، و في الشهر الثامن من الغنم.

(٣) أى خالفت العقيقه الولد في الذكور و الأنوثة.

(٤) أى المأثور من الدعاء.

(٥) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(٦) كما في مرسل يونس عن بعض أصحابه (٢).

(٧) كما في مرسل سهل بن زياد عن بعض أصحابه ٤.

ص: ٥٩٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ٥.

بدمه، و عظمها بعظمه، و شعرها بشعره، و جلدها بجلده، اللهم اجعلها وقاء لفلان بن فلان» و عنه عليه السلام (١) إذا أردت أن تذبح العقيقه قلت: «يا قوم إني بريء مما تُشركون، إني وجهي للذي فطر السموات والأرض خنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين. إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين اللهم منك ولك بسم الله و الله أكبر (٢)، و تسمى المولود باسمه ثم تذبح»، و عنه عليه السلام (٣) يقال عند العقيقه: «اللهم منك ولك ما وهبت و أنت أعطيت اللهم فتقبله منا على سنه نبيك صلى الله عليه و آله و سلم و نستعيد بالله من الشيطان الرجيم، و تسمى و تذبح و تقول: لك سفكت الدماء لا شريك لك و الحمد لله رب العالمين اللهم أخساً عنا الشيطان الرجيم» فهذه جمله ما وقفت عليه من الدعاء المأثور.

(و سؤال الله تعالى أن يجعلها (٤) فديه (٥)، لحماً بلحم، و عظماً بعظم، و جلداً بجلد) هذا داخل في المأثور فكان يستغنى عن تخصيصه. و لعله لمزيد الاهتمام به، أو التنبه عليه حيث لا يتفق الدعاء بالمأثور، (و لا تكفى الصدقه بثمانها (٦) و إن (١) كما في خبر عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (١).

(٢) و تتمه الخبر (اللهم صلى على محمد و آل محمد و تقبل من فلان بن فلان، و تسمى المولود باسمه ثم تذبح).

(٣) كما في خبر محمد بن مارد عن أبي عبد الله عليه السلام (٢).

(٤) أى العقيقه.

(٥) أى فديه عن المولود.

(٦) بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم قال: (ولد لأبى جعفر عليه السلام غلامان جميعاً، فأمر زيد بن علي أن يشتري له جزورين للعقيقه، و كان زمن غلامه فاشترى له واحده و عسرت عليه الأخرى، فقال لأبى جعفر عليه السلام: قد عسرت علي الأخرى، فأتصدق بثمانها؟ قال: لا، اطلبها، فإن الله عز و جل يجب إهراق الدماء و إطعام الطعام) (٣)، و خبر عبد الله بن بكير (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام فجاءه رسول عمه عبد الله بن علي فقال له:-

ص: ٥٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

تعذرت، بل ينتظر الوجدان بخلاف الأضحيه.

قيل للصادق عليه السّلام: إنا طلبنا العقيقه فلم نجدها فما ترى نتصدق بثمانها فقال عليه السّلام: «لا، إنّ الله تعالى يجب إطعام الطعام، وإراقه الدماء (و لتخصّ القابله بالرجل و الورك (١)، و فى بعض الأخبار أنّ لها ربع العقيقه (٢)، و فى بعضها ثلثها (٣)، (و لو لم تكن قابله تصدقت به الأم) (٤) بمعنى أنّ حصه القابله تكون لها، و إن كان الذابح (٥) الأب، ثم هى تتصدق بها (٦)، لأنه يكره لها (٧) -يقول لك عمك: إنا طلبنا العقيقه فلم نجدها، فما ترى نتصدق بثمانها؟ قال: لا، إن الله يجب إطعام الطعام و إراقه الدماء(١).

و حينئذ فلو عجز عنها أخرها حتى يتمكن منها.

(١) لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يبعث إلى القابله الرجل مع الورك و يطعم منه و يتصدق)(٢)، و خبر الكاهلى عن أبى عبد الله عليه السّلام (العقيقه يوم السابع، و تعطى القابله الرجل مع الورك، و لا يكسر العظم)٣ و مثله خبر سماعه٤.

(٢) كما فى خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و تعطى القابله ربعها)(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يطعم قابله ربع الشاه)٦، و خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه يعطى القابله ربعها)٧.

(٣) لخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: (لا- يأكل هو و لا- أحد من عياله من العقيقه، و قال: و للقابله ثلث العقيقه)(٤).

(٤) لخبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (و يعطى القابله ربعها، و إن لم تكن قابله فلائمه تعطىها من شاءت)(٥) و لو إلى الغنى للعموم.

(٥) أى الذى عقّ عن الولد.

(٦) بحصه القابله.

(٧) للام.

ص: ٥٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١ و ٥ و ٦.

٣- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ١٠ و ١٥.

٤- (٨) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٥- (٩) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

الأكل كما سيأتى. و لا تختص الصدقه بالفقراء، بل تعطى من شاءت كما ورد فى الخبر.

(و لو بلغ الولد و لمّا يعقّ عنه أستحب له العقيقه عن نفسه (١)، و إن شكك) الولد هل عق عنه أم لا (فليعق) هو (إذ الأصل عدم عقيقه أبيه)، و لروايه عبد الله بن سنان عن عمر بن يزيد قال: قلت لأبى عبد الله عليه السّلام إني و الله ما أدري كان أبى عقّ عنى أم لا؟ قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السّلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ كبير» و قال عمر (٢): سمعت أبا عبد الله يقول: «كلّ امرئ مرتهن بعقيقته، و العقيقه أوجب من الأضحيه».

(و لو مات الصبى يوم السابع بعد الزوال لم يسقط، و قبله يسقط) (٣) روى ذلك إدريس بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام.

(و يكره للوالدين أن يأكلا منها شيئا، و كذا من فى عيالهما) و إن كانت القابله منهم (٤)، لقول الصادق عليه السّلام: «لا يأكل هو و لا أحد من عياله من (١) لخبر عمر بن يزيد (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إني و الله ما أدري كان أبى عقّ عنى أم لا، قال: فأمرنى أبو عبد الله عليه السّلام فعققت عن نفسى و أنا شيخ كبير) (١).

(٢) فى خبر آخر (٢).

(٣) أى الاستحباب، لخبر إدريس بن عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن مولود يولد فيموت يوم السابع هل يعقّ عنه؟ فقال: إن كان مات قبل الظهر لم يعقّ عنه، و إن مات بعد الظهر عقّ عنه) (٣).

(٤) لخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يأكل هو و لا أحد من عياله من العقيقه، و قال: و للقابله ثلث العقيقه، و إن كانت القابله أمّ الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء، و تجعل أعضاء ثم يطبخها و يقسمها و لا يعطيها إلا أهل الولايه، و قال: يأكل من العقيقه كل أحد إلا الأم) (٤).

ص: ٥٩٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨.

العقيقه، و قال: للقابله ثلث العقيقه. فإن كانت القابله أم الرجل أو فى عياله فليس لها منها شىء»، و تتأكد الكراهه فى الأم، لقوله عليه السّلام فى هذا الحديث:

«يأكل العقيقه كل أحد إلا الأم» (و أن تكسر عظامها (١)، بل تفصل أعضاء) لقوله عليه السّلام فى هذا الخبر: «و يجعل أعضاء ثم يطبخها».

(و يستحب أن يدعى لها المؤمنون (٢)، و أقلهم عشره) قال الصادق عليه السّلام (٣): «يطعم منه عشره من المسلمين، فإن زاد فهو أفضل» و فى الخبر السابق (٤) «لا يعطيها إلا لأهل الولاية» (و أن يطبخ طبخا) دون أن تفرق لحما، أو تشوى على النار، لما تقدّم من الأمر بطبخها (٥).

و المعتبر مسماه (٦)، و أقله أن يطبخ (بالماء و الملح) و لو أضيف إليهما غيرهما فلا بأس، لإطلاق الأمر (٧) الصادق به (٨)، بل ربما كان (٩) أكمل، و ما ذكره المصنف للتنبيه على أقل ما يتأدى به الطبخ، لا الحصر إذا لم يرد نصّ بكون الطبخ (١) ففى خبر أبى خديجه (١) المتقدم قال عليه السّلام (و تجعل أعضاء ثم يطبخها)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (و أقطع العقيقه جذاوى و اطبخها و ادع عليها رهطا من المسلمين) (٢)، و منهما استفاد الأصحاب كراهه كسر عظامها بل تفصل أعضاء، بالإضافة إلى خبر الكاهلى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و تعطى القابله الرجل مع الورك و لا يكسر العظم) (٢).

(٢) كما فى خبر أبى خديجه المتقدم (و لا يعطيها إلا أهل الولاية) ٤.

(٣) كما فى خبر عمار ٥.

(٤) أى خبر أبى خديجه و قد تقدم.

(٥) كما فى خبر أبى خديجه المتقدم (و تجعل أعضاء ثم يطبخها).

(٦) أى مسمى الطبخ.

(٧) أى الأمر بالطبخ.

(٨) أى بالطبخ بالماء و الملح مع إضافه غيرهما.

(٩) أى إضافه غير الماء و الملح إليهما.

ص: ٥٩٧

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٨ و ٤ و ٥.

بالماء و الملح خاصه، بل به (١) مطلقا (٢).

فى الرضاع

(و منها (٣): الرضاع (٤) فىجب على الأم ارضاع الباء (٥) بكسر اللام، و هو أول اللبن فى النتاج، (١) بالطبخ.

(٢) من غير تقييد بالماء و الملح.

(٣) من أحكام الأولاد.

(٤) بكسر الراء و فتحها، مصدر رضع كسمع و ضرب، و هو كالرضاعه بالكسر و الفتح، و هو امتصاص الثدي.

(٥) و هو أول ما يحلب مطلقا أو إلى ثلاثه أيام، هذا و اعلم أنه لا يجب على الأم إرضاع ولدها بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، للأصل، و لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَّوَهُنَّ أُولَئِكَ، و اختصاصه بالمطلق لا يضرب بما هو مورد الاستدلال، و بقوله تعالى: وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَسْتَزُجِعْ لَهُ أُخْرَى (٢)، و لجملة من الأخبار.

منها: خبر سليمان بن داود (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرضاع، فقال: لا تجبر الحره على إرضاع الولد و تجبر أم الولد) (٣)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل مات و ترك امرأه و معها منه ولد، فألقته على خادم لها فأرضعته، ثم جاءت تطلب رضاع الغلام من الوصى، فقال: لها أجر مثلها، و ليس للوصى أن يخرجها من حجرها حتى يدرك و يدفع إليه ماله) (٤) و مثلها غيرها.

نعم يستثنى من الحكم بعدم وجوب إرضاع ولدها ما إذا لم يكن للولد مرضعه أخرى سواها فىجب عليها الارضاع، لتعينها بلا خلاف فيه، و يستثنى ما إذا وجدت مرضعه أخرى و لكن كان الأب معسرا و لا مال للولد يمكن به إرضاعه من غيرها فىجب على الأم إرضاعه بلا خلاف فيه، لوجوب نفقته عليها فى هذه الصورة كما لو فقد الأب أو كان معسرا و لا مال للولد فكما يجب عليها نفقته فىجب عليها إرضاعه.

ص: ٥٩٨

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

قاله الجوهري، و فى نهايه ابن الأثير: هو أول ما يحلب عند الولاده، و لم أقف على تحديد مقدار ما يجب منه (١)، و ربما قيده بعض بثلاثه أيام، و ظاهر ما نقلناه عن أهل اللغه أنه (٢) حلبه واحده.

و إنما وجب عليها ذلك (٣)، لأنّ الولد لا يعيش بدونه، و مع ذلك (٤) لا يجب عليها التبرع به، بل (بأجره على الأب (٥) إن لم يكن للولد مال)، و إلا ففى -نعم و قد استثنى جماعه منهم العلامه فى القواعد و الماتن هنا ارضاعها اللباء، فيجب عليها ارضاعه ذلك، لأنّ الولد لا يعيش بدونه.

و عن الأكثر عدم الاستثناء، لعدم الدليل على الاستثناء بل ظاهر الأدله المتقدمه الداله على عدم وجوب ارضاعه يشمل اللباء، و دعوى توقف الحياه عليه يكذبها الوجدان، و لعلهم أرادوا الغالب و أنه لا يقوى الصبى و لا تشتدّ بئته إلا به، و لكنه لا يصلح دليلاً للوجوب حتى يستثنى اللباء.

(١) من اللباء.

(٢) أن اللباء.

(٣) إرضاع اللباء.

(٤) أى مع وجوب ارضاع اللباء على الأم.

(٥) قد عرفت أن أصل الحكم عدم وجوب الرضاع على الأم، و قد استثنى منه موردان أو ثلاثه، و على تقدير وجوب الإرضاع على الأم فهل تستحق أجره عليه، قيل: لا، كما عن الفاضل المقداد فى التنقيح، لأنه فعل واجب و لا يجوز أخذ الأجره على الواجب.

و عن الأكثر الجواز لظاهر قوله تعالى: فَإِنْ أَرْضَعْنَا عَنْكُمْ فَأَتَوْهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١)، بعد منع كليه عدم جواز أخذ الأجره على الواجبات كما حرر فى محله، على أنه لو سلم العموم فالواجب عليها الارضاع و الأجره على اللبن المبدول و لا تعارض بينهما كمن كان عنده طعام و قد اضطر إليه ذو نفس محترمه، فيجب البذل للمضطر و لكن بالعوض، لأنّ العوض فى قبالة الطعام لا فى قبالة البذل الواجب.

و إذا استحققت الأم الأجره، فهى على الأب، لأنّ الرضاع من جمله النفقه الواجبه للولد على الأب و لظاهر قوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ (٢)، و هو كناية عن أجره-

ص: ٥٩٩

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

ماله (١)، جمعا (٢) بين الحقين (٣)، و لا منافاه بين وجوب الفعل، و استحقاق عوضه كبذل المال فى المخصصه (٤) للمحتاج. و بذلك (٥) يظهر ضعف ما قيل (٦) بعدم استحقاقها الأجره عليه (٧)، لوجوبه عليها، لما (٨) علم من عدم جواز أخذ الأجره على العمل الواجب.

و الفرق (٩) أن الممنوع من أخذ أجرته هو نفس العمل (١٠)، لا عين المال الذى يجب بذله، و اللباء من قبيل الثانى، لا الأول. نعم يجيء على هذا (١١): أنها لا تستحق أجره على ايصاله (١٢) إلى فمه، لأنه (١٣) عمل واجب.

و ربما منع (١٤) من كونه (١٥) لا يعيش بدونه (١٦). فينقدح حينئذ (١٧) عدم -الرضاع، و أطلق على الأب المولود له للتنبيه على أن الولد حقيقه للأب، و لهذا انتسب إليه دون أمه، و وجب عليه نفقته ابتداء.

نعم لو كان للولد مال لم يجب على الأب بذل الأجره، لأن الولد غنى فلا يجب الانفاق على والده.

(١) أى مال الولد.

(٢) تعليل لوجوب ارضاع اللباء بالأجره لا تبرعا.

(٣) حق الأم بالأجره و حق الولد على الأم فى صورته إرضاع اللباء.

(٤) أى المجاعه، فيجب بذل الطعام للمحتاج مع العوض.

(٥) من عدم منافاه وجوب الفعل و استحقاق عوضه.

(٦) كما عن المقداد فى التنقيح.

(٧) على إرضاع اللباء.

(٨) تعليل لعدم استحقاقها الأجره على إرضاع اللباء.

(٩) رد من الشارح على دليل المقداد.

(١٠) أى العمل الواجب.

(١١) أى على حرمة أخذ الأجره على الواجبات.

(١٢) أى ايصال اللباء.

(١٣) لأن الايصال و هو الارضاع.

(١٤) شروع فى مناقشه الماتن بوجوب إرضاع اللباء.

(١٥) كون الولد.

(١٦) بدون اللباء، لأنه مخالف للوجدان.

(١٧) حين إمكان العيش بدون اللباء.

ص: ٦٠٠

الوجوب (١) و العلامه قطع فى القواعد بكونه لا يعيش بدونه، و قيده بعضهم بالغالب و هو أولى (٢).

فى مده الرضاع

(و يستحب للأم أن ترضعه (٣) طول المده المعتبره فى الرضاع) و هى (٤):

(١) عدم وجوب إرضاع اللباء.

(٢) لموافقته الوجدان، و عليه فلا يجب إرضاع اللباء إلا مع ثبوت الضرر على الولد بعدمه، فيتقدر بقدره.

(٣) بمعنى أن الأم أفضل المراضع بالنسبه إليه لخبر طلحه بن زيد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: ما من لبن يرضع به الصبى أعظم عليه بركه من لبن أمه) (١).

(٤) أى المده المعتبره حولان، و هى حد الرضاع لقوله تعالى: وَ الْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ (٢).

و ظاهر الآيه كون تمام الرضاع حولين، و هو لا ينافى جواز النقص منهما، و قد جوز الأصحاب الاقتصار على أحد و عشرين شهرا لظاهر قوله تعالى: وَ حَمْلُهُ وَ فِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا (٣) فإذا حملت به أمه تسعه أشهر كما هو الغالب بقى فصاله و هو مده رضاعه أحد و عشرين شهرا لموثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (الرضاع واحد و عشرون شهرا، فما نقص فهو جور على الصبى) (٤)، و مثله غيره.

و أما الزيادة على الحولين فمقتضى الآيه أنه ليس من الرضاع لتمامها بالحولين، و لكن ليس فى الآيه دلالة على المنع، و فى صحيح سعد بن سعد الأشعري عن الرضا عليه السلام (سألته عن الصبى هل يرضع أكثر من سنتين؟ فقال عليه السلام: عامين، قلت: فإن زاد على سنتين هل على أبويه من ذلك شىء؟ قال عليه السلام: لا) (٥)، و عن جماعه منهم المحقق قيدوا الزيادة بشهر و شهرين و ذكروا أنه مروى كما فى المسالك.

و على المشهور عدم الزيادة لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس للمرأة أن تأخذ فى رضاع ولدها أكثر من حولين كاملين) (٦) و مثله خبر أبى بصير عنه عليه السلام (٧) و على -

ص: ٦٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٦٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

٣- (٣) سورة الأحقاف، الآيه: ١٥.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٥- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤ و ١ و ٧.

«حولان كاملان لمن أراد أن يتم الرضاعة (١) فإن أراد (٢) الاقتصار على أقل المجزى فأحد و عشرون شهرا، و لا يجوز نقصانه عنها (٣)، و يجوز الزيادة على الحولين شهرا و شهرين خاصة (٤)، لكن لا تستحق المرضعه على الزائد أجره.

و إنما كان إرضاع الأم مستحبا، لأنّ لبنها أوفق بمزاجه، لتغذيته به في الرحم دما (٥).

(و الأجره كما قلناه) من كونها في مال الولد إن كان له مال، و إلا (٦) فعلى الأب و إن علا كما سيأتى مع يساره، و إلا فلا أجره لها، بل يجب عليها كما يجب عليها الانفاق عليه لو كان الأب معسرا.

(و لها ارضاعه) حيث يستأجرها الأب (بنفسها و غيرها) (٧) إذا لم يشترط - كل فمع الزيادة لا تستحق الأم على أبيه أجره الزائد، لعدم ضروره الولد للزائد بعد كون نهايه الرضاع حولين.

(١) و هذا اقتباس من الآيه الشريفه المتقدمه.

(٢) تذكير الضمير باعتبار لفظ (من أراد) الوارد فى الآيه.

(٣) أى نقصان الرضاع عن أحد و عشرين شهرا، لأنه جور على الصبي كما فى الخبر المتقدم.

(٤) كما عليه جماعه و أنه مروى على ما تقدم.

(٥) بل هو فى الأصل دم اكتسى صوره اللبن بعد الولاده كما فى المسالك.

(٦) فمع عدم يسار الأب و فقدان المال عند الولد فيجب على الأم النفقه حينئذ، و من جملتها الرضاع، فترضعه بدون أجره حينئذ.

(٧) إذا استأجر الأب الأم للرضاع، فإن كانت مطلقه بائنا فلا إشكال و لا خلاف، و لو كانت زوجه فالمشهور الجواز، و عن الشيخ فى المبسوط المنع من استئجارها للارضاع لعدم القدره على التسليم باعتبار ملك الزوج للاستمتاع بها، و ضعفه ظاهر، لأن استئجار الزوج لزوجه اسقاط لحقه من الاستمتاع فى وقت إرضاعها.

و إذا جازت الإجاره فإن صرّح باشتراط إرضاعه بنفسها تعين، لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لا- يجوز لها إرضاعه غيرها، و إن فعلت فلا أجره لها.

و إن صرح بالعموم بين إرضاعه بنفسها أو غيرها، فلا شبهه فى جواز الأمرين،-

ص: ٦٠٢

عليها ارضاعه بنفسها، كما في كل أجير مطلق (و هي أولى) بارضاعه و لو بالأجره (إذا قنعت بما يقنع به الغير) (١) أو أنقص، أو تبرعت بطريق أولى فيهما (و لو) -و تستحق الزوجه الأجره المسماه على كل حال.

و إن أطلق بأن استأجرها لإرضاعه فالمشهور جواز إرضاعها له بنفسها و غيرها، لأنها حينئذ أجير مطلق، و من شأنه جواز تحصيل المنفعه بنفسه و غيره.

و قيل: لا يجوز، لاختلاف المراضع في الحكم و الخواص، بعد دلالة العرف على مباشرتها، حتى قيل: إنه يجب تعيين المرضعه في العقد لذلك، و الأصح الرجوع إلى العرف فإن كان فهو، و إلا فيجوز لها أن ترضعه بنفسها أو غيرها تمسكا بالإطلاق و لها الأجره المسماه حينئذ.

(١) الأم أحق بإرضاع ولدها إذا رضيت بما يطلبه غيرها من أجره أو تبرع بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها، و هي أحق بولدها حتى ترضعه بما تقبله امرأه أخرى، إن الله يقول: لا تضارّ والده بولدها، و لا مولود له بولده) (١)، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأة و هي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، و إذا وضعت أعطاهما أجرها و لا يضارها، إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تفتطمه) (٢)، و خبر فضل أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (فإن قالت المرأة لزوجها الذي طلقها: أنا أرضع ابني بمثل ما تجد من يرضعه فهي أحق به) (٣)، و هذه الأخبار صرحت بأنها الأولى لو أخذت بما تأخذه الغير، و من باب أولى فهي الأولى لو أخذت الأنقص أو تبرعت، و لازم هذا الحكم أنه لو تبرعت الغير و طلبت الأم الأجره فلا أولويه و كذا لو طلبت الغير أجره و طلبت الأم الزيادة، فلأب انتزاعه من الأم و تسليمه إلى الغير لخبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (و إن وجد الأب من يرضعه بأربعه دراهم، و قالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسه دراهم، فإن له أن ينزعه منها، إلا أن ذلك خير له و أرفق به أن يترك مع أمه) (٤) و نقل الشيخ في الخلاف عن بعضهم أن الأم أحق بالولد متى طلبت أجره المثل، و إن وجد الأب من يأخذ أقل أو يتبرع، لعموم قوله تعالى: فَإِنْ -

ص: ٦٠٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٣ و ١.

(طلبت زياده) عن غيرها (جاز للأب انتزاعه منها و تسليمه إلى الغير) الذي يأخذ أنقص، أو يتبرع. و يفهم من قوله: انتزاعه و تسليمه: سقوط حضانتها (١) أيضا، و هو أحد القولين. و وجهه (٢) لزوم الحرج بالجمع بين كونه في يدها (٣)، و تولى غيرها ارضاعه، و لظاهر روايه داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام: «إن وجد الأب من يرضعه بأربعة دراهم و قالت الأم: لا أرضعه إلا بخمسه دراهم فإن له أن ينزعه منها».

و الأقوى بقاء الحضانه لها (٤)، لعدم تلازمهما (٥)، و حينئذ (٦) فتأتى المرضعه و ترضعه عندها مع الإمكان، فإن تعذر (٧) حمل الصبي إلى المرضعه وقت الارضاع -أَرْضَعَنَّ لَكُمْ فَأَتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ (١)-، و قواه ابن إدريس، و هو المنقول عن بعض العامه، و هو محجوج بالأخبار المتقدمه.

(١) إذا طلبت الأم للرضاعه أجره زائده عن غيرها، فللزوم نزع الولد منها و تسليمه إلى الأجنبيه كما في خبر داود بن الحصين المتقدم، و لكن هل تسقط حضانه الأم حينئذ، تردد المحقق في الشرائع، وجه السقوط لظاهر الخبر، و للزوم الحرج بتردد المرضعه إليها في كل وقت يحتاج الولد إلى الارضاع.

و وجه عدم السقوط أن الخبر ظاهر في نزعه من جهه الرضاع لا- مطلقا، و عليه فتأتى المرضعه إليه إن أمكن و إلا حمل إليها وقت الحاجه، نعم إن تعذر ذلك سقط حقها من الحضانه حينئذ إلا إذا تبرعت بالارضاع فهي الأولى، و الثاني لم يخالف فيه أحد و إن تردد المحقق في الشرائع.

(٢) وجه سقوط حضانتها.

(٣) يد الأم.

(٤) للام و إن أرضعته غيرها.

(٥) أي الحضانه و الارضاع، بحيث إذا انتفى أحدهما ينتفى الآخر، بل يمكن التفكيك بينهما.

(٦) و حين التفكيك بين الحضانه و الارضاع.

(٧) أي الإتيان.

ص: ٦٠٤

خاصه، فإن تعذر جميع ذلك (١) اتجه سقوط حقها من الحضانه، للحرج (٢)، و الضرر.

(و للمولى إجبار أمته على الارضاع لولدها و غيره (٣) لأنّ منافعتها مملوكه له فله التصرف فيها كيف شاء، بخلاف الزوجه حرّه كانت أم مملوكه لغيره، معتاده لإرضاع أولادها أم غير معتاده، لأنه لا يستحق بالزوجيه منافعتها و إنما استحق الاستمتاع.

في الحضانه

(و منها (٤) الحضانه) (٥) بالفتح و هي: ولايه على الطفل و المجنون لفائده تربيته و ما يتعلق بها (٦) من مصلحته من حفظه، و جعله في سريره، و رفعه، و كحله، و دهنه، و تنظيفه، و غسل خرقة، و ثيابه، و نحوه، و هي بالأئني أليق منها بالرجل (٧) (فالأم أحق بالولد مده الرضاع (٨). (١) من الإتيان و الحمل.

(٢) إما على الطفل أو من يحمله إليها أو على الأب.

(٣) غير الولد، للمولى إجبار أمته على الرضاع لولده منها، أو من غيرها، أو لغير ولده، بلا خلاف و لا إشكال، لأن جميع منافعتها مملوكه له، سواء في ذلك منافع الاستمتاع و غيرها.

بخلاف الزوجه سواء كانت حره أو مملوكه لغيره، فلا يستحق بالزوجيه إلا حق الاستمتاع منها، و أما الرضاع فلا و لذا لا يجب عليها ارضاع ولدها منه إلا ما استثنى على ما تقدم بيانه.

(٤) أي و من أحكام الأولاد.

(٥) بالفتح و الكسر، و هي ولايه و سلطنه على تربيته الطفل و ما يتعلق بها من مصلحه حفظه و جعله في سريره و كحله و تنظيفه و غسل خرقة و ثيابه، و نحو ذلك.

(٦) بالتريه.

(٧) لمزيد شفقتها في حفظ الولد، و مناسبه هذه الأمور لطبع النساء دون الرجال.

(٨) الأم أحق بالولد ذكرًا كان أو أنثى مده الرضاع، و هي حولان كاملان، إذا أرضعته بلا خلاف فيه، أو أرضعته غيرها بلا خلاف معتد به و قد تقدم تردد المحقق في الشرائع، -

(وإن كان) الولد (ذكرا إذا كانت) الأم (حرة (١) مسلمة (٢) عاقلة (٣) (أو كانا) أي - وإنما الخلاف فيما بعد الحولين فالمشهور على أن الأم لها حضانه الذكر مدة الرضاع، ولها حضانه الأنثى إلى سبع سنين جمعا بين خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى أنفق عليها حتى تضع حملها، وإذا وضعت أعطاها أجرها ولا يضاؤها إلا أن يجد من هو أرخص أجرا منها، فإن هي رضيت بذلك الأجر فهي أحق بابنها حتى تطفمه) (١) و بين صحيح أيوب بن نوح قال: (كتب إليه بعض أصحابه كانت لى امرأه ولى منها ولد و خليت سيبلها فكتب عليه السلام: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه) (٢)، و صحيحه الآخر (كتبت إليه مع بشر بن بشار: جعلت فداك رجل تزوج امرأه فولدت له ثم فارقها متى يجب له أن يأخذ ولده؟ فكتب عليه السلام: إذا صار له سبع سنين فإن أخذه فله و إن تركه فله) (٣) بحمل الأول على الذكر و الأخيرين على الأنثى المؤيد بالاعتبار إذ الولد أنسب بتربيته الذكر و تأديبه كما أن الوالده أنسب بتربيته الأنثى و تأديبها.

و عن الصدوق أن لها حضانه الولد ما لم تتزوج لمرسل المنقري عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يطلق امرأته و بينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال عليه السلام: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج) (٤).

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد أن لها حضانه الأنثى ما لم تتزوج، و لها حضانه الذكر إلى سبع سنين جمعا بين الأخبار المتقدمه، و عن المفيد و سائر أن لها حضانه الأنثى إلى تسع سنين، و قال عنه فى الجواهر: (إلا أنا لم نقف على مستنده اللهم إلا أن يقال:

إنها لما كانت مستوره و لا بدّ للأب من التبرج كثيرا لم يكن بدّ من ولى يرببها إلى البلوغ وحده تسع سنين) انتهى.

(١) فلا حضانه للأمه، لأن منفعتها للسيد، و هى مشغوله به غير متفرغه للحضانه بلا خلاف فيه.

(٢) فلا حضانه للكافره إذا كان الولد مسلما بسبب إسلام أبيه، بلا خلاف فيه لقوله تعالى:

وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (٣).

(٣) فلا حضانه للمجنونه بلا خلاف فيه، لأن المجنون لا يتأتى منه الحفظ و التعهد، بل هو فى نفسه محتاج إلى من يحضنه.

ص: ٦٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٧ و ٤.

٣- (٥) سورة النساء، الآية: ١٤١.

الأبوان معا (رقيقين أو كافرين) فإنه يسقط اعتبار الحريه فى الأول (١) و الإسلام فى الثانى (٢) لعدم الترجيح (٣)، و لو كانت الأم خاصه حره مسلمه فهى أحق بالولد مطلقا (٤) من الأب الرقّ أو الكافر (٥) إلى أن يبلغ و إن تزوجت (٦).

(فإن فصل) عن الرضاع (فالأم أحق بالأنثى إلى سبع سنين) (٧). و قيل: إلى تسع (٨). و قيل: ما لم تتزوج الأم (٩). و قيل إلى سبع فيهما (١٠)، و الأول مع شهرته جامع بين الأخبار المطلقه (١١) (و الأب أحق بالذكر) بعد فضاله (إلى البلوغ (١٢) و) أحقّ (بالأنثى بعد السبع) و الأقوى أنّ الخنثى المشكل هنا (١٣) كالأنثى استصحابا لولايه الأم الثابته عليه (١٤) ابتداء إلى أن يثبت المزيل، و لا ثبوت له (١٥) قبل السبع لعدم العلم بالذكوريه التى هى مناط زوال ولايتها عنه (١٦) بعد الحولين. و أصله (١) فيما لو كان الأبوان رقيقين.

(٢) فيما لو كان الأبوان كافرين.

(٣) أى عدم ترجيح أحد الأبوين على الآخر فيرجع إلى الحكم الثابت بحضانه الأم مداه الرضاع.

(٤) ذكرا كان أو أنثى.

(٥) أما الرقيه فهى مانع من حضانه الأب، لأن منفعتة للسيد، و هو مشغول به غير متفرغ للحضانه، و أما الكفر فهو مانع من حضانه الأب أيضا، لأن الحضانه ولايه و لا ولايه للكافر على المسلم.

(٦) أى الأم.

(٧) كما عليه المشهور.

(٨) كما عن المفيد و سائر.

(٩) كما عن الصدوق.

(١٠) فى الذكر و الأنثى كما عن الشيخ فى الخلاف و ابن الجنيد بشرط عدم تزويجها.

(١١) فى إثبات السبع أو مطلق الحضانه ما لم تتزوج أو إثبات مداه الرضاع.

(١٢) تتمه كلام المشهور.

(١٣) فى الحضانه.

(١٤) على الخنثى.

(١٥) للمزيل.

(١٦) عن الذكر.

ص: ٦٠٧

عدم استحقاقه (١) الولايه قبلها (٢). هذا كله إذا كان الأبوان موجودين فإن مات أحدهما كان الآخر أحق بالولد مطلقا (٣) من جميع الأقارب إلى أن يبلغ (٤) (و) كذلك (الأم أحق من الوصى) أى وصى الأب (بالابن) (٥) و كذا بالبنت بعد السبع كما هي (٦) أحق من الأقارب (٧) و إن تزوجت.

(فإن فقد الأبوان (٨). (١) أى عدم استحقاق الأب.

(٢) قبل السبع.

(٣) من ذكر أو أنثى.

(٤) أى الولد، بلا خلاف فيه، فلو مات الأب فالأم أحق بالحضانه من الوصى و باقى الأقارب لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (و ليس للوصى أن يخرج من حجرها حتى يدرك، و يدفع إليه ماله) (١)، و خبر داود بن الحصين عن أبى عبد الله عليه السلام (فإذا مات الأب فالأم أحق به من العصبه) (٢)، بلا- فرق بين ما لو تزوجت أو لا، لإطلاق النصوص و منه يعرف الحكم لو ماتت هي فى زمن حضانتها فالأب أحق بالولد من وصيها و من باقى أقاربها.

(٥) بعد الحولين.

(٦) أى الأم.

(٧) أى أقارب الأب حتى أبيه و أمه.

(٨) اعلم أنه لا نص فى مستحق الحضانه بعد الأبوين، و لذا اختلف الأصحاب اختلافا كثيرا.

فعن الأكثر أن الحكم إلى باقى الأقارب و الأرحام على ترتيب الارث لعموم قوله تعالى:

وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ، و الأولويه تشمل الإرث و الحضانه و غيرهما، و عليه فينظر إلى الموجود من الأقارب و يقدر فلو كان وارثا فيحكم له بحق الحضانه، ثم إن كان واحدا اختص، و إن تعدد اقرع بينهم لما فى اشتراكهم فى الحضانه من الإضرار بالولد.

و عن الشيخ فى موضع من المبسوط و العلامه فى القواعد و قبله المحقق فى الشرائع و ابن-

ص: ٦٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ٧١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

(فالحضانه لأب الأب) لأنه (١) أب في الجملة، فيكون أولى من غيره من الأقارب، ولأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانه، و بهذا (٢) جزم في القواعد، فقدّم الجد للأب على غيره من الأقارب، ويشكل بأن ذلك (٣) لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه (٤)، لأنها (٥) بمنزله الأم، و هي (٦) مقدمه على الأب على ما فصل (٧)، و ولايه المال لا مدخل لها في الحضانه، و إلا (٨) لكان الأب أولى من الأم، و كذا الجد له (٩) و ليس كذلك إجماعا، و النصوص خاليه من غير الأبوين من الأقارب، و إنما أستفيد حكمهم (١٠) من آيه أولى الأرحام، و هي لا تدل على تقديمه (١١) على غيره من درجته، و بهذا (١٢) جزم في المختلف و هو أجود.

-إدريس و كذا عن جماعه أن الحضانه مع فقد الأبوين لأب الأب مقدا على غيره من الأخوه و الأجداد و الجدات و إن شاركوه في الإرث، لأن الجد للأب أب في الجملة فيكون أولى من غيره من الأقارب، و لأنه أولى بالمال فيكون أولى بالحضانه.

و فيه أن ذلك لو كان موجبا لتقديمه لاقتضى تقديم أم الأم عليه، فإنها بمنزله الأم، و هي مقدمه على الأب على ما فصل في مده الرضاع، و أما ولايه المال فلا مدخل لها في الحضانه، و إلا لكان الأب أولى من الأم، و كذا الأب للأب فهو أولى من الأم، هذا بالإضافة إلى أن النصوص خاليه من غير الأبوين كما عرفت و قد استفيد حكم الأقارب في الحضانه من آيه أولى الأرحام، و هي لا تدل على تقديم أب الأب على غيره ممن شاركه في درجته.

و أما بقيه الأقوال فسيأتى التعرض لها فيما بعد.

(١)أى أب الأب.

(٢)من ثبوت الحضانه لأب الأب عند فقد الأبوين.

(٣)من كونه أبا في الجملة.

(٤)على أب الأب.

(٥)أى أم الأم.

(٦)أى الأم.

(٧)في الذكر إلى الحولين، و في الانثى إلى سبع.

(٨)بأن كان لولايه المال مدخل في الحضانه.

(٩)للأب.

(١٠)حكم الأقارب.

(١١) أى تقديم أب الأب.

(١٢) من عدم تقديم أب الأب على غيره فى درجته.

ص: ٦٠٩

(فإن فقد أبو الأب) (١) أو لم نرجحه (٢) (فالأقرب: الأقرب (٣) منهم) إلى الولد (فالأقرب) على المشهور لآيه أولى الأرحام، فالجده لأم كانت أم لأب، وإن علت أولى (٤) من العمه و الخاله، كما أنهما (٥) أولى من بنات العمومه و الخئوله (٦) و كذا الجده الدنيا و العمه (٧) و الخاله أولى من العليا منهن، و كذا ذكور كل مرتبه (٨)، ثم إن اتحد الأقرب فالحضانه مختصه به (٩)، و إن تعدد أقرع بينهم لما فى اشتراكها (١٠) من الإضرار بالولد.

و لو اجتمع ذكر و أنثى (١١) ففى تقديم الأنثى قول (١٢)، مأخذه: تقديم الأم (١٣) على الأب، و كون الأنثى (١٤) أوفق لتربيته الولد، و أقوم بمصالحه لا سيما الصغير و الأنثى، و اطلاق الدليل (١٥) المستفاد من الآيه يقتضى التسويه بينهما (١٦)، (١) بناء على القول المتقدم.

(٢) كما عليه الأكثر على ما عرفت.

(٣) على حسب مراتب الإرث.

(٤) لأنها من الطبقة الثانيه فهى أولى من العمه و الخاله اللتين فى الطبقة الثالثه.

(٥) أى العمه و الخاله.

(٦) فالعمه أقرب من بنات العم و العمه، و الخاله أقرب من بنات الخال و الخاله، و إن كان الجميع من طبقه واحده.

(٧) أى الدنيا و كذا الخاله الدنيا.

(٨) فالأدنى منهم أولى من الأعلى و إن اتحدت مرتبتهم.

(٩) بالمتحد لتعيينه.

(١٠) أى اشتراك الحضانه.

(١١) من نفس الدرجه على القول بتقديم الأقرب فالأقرب على حسب مراتب الإرث.

(١٢) هو للعلامه فى التحرير و قد اعترف بعدم النص فيه، و لكن التقديم للاعتبار، و قد ذكره الشارح.

(١٣) الدليل الأول، و هو تقديم الأم على الأب مع اتفاقهما فى الطبقة، فيجربى الحكم فى بقيه الطبقات. و هو قياس محض.

(١٤) دليل ثان، و هو استحسان بحت.

(١٥) رد على هذا القول.

(١٦) بين الذكر و الأنثى عند اجتماعهما فيما لو كانا من طبقه واحده.

كما يقتضى (١) التسويه بين كثير النصيب و قليله (٢)، و من يمت (٣) بالأبوين و بالأم خاصه، لاشتراك الجميع فى الإرث (٤).

و قيل (٥): إن الأخت من الأبوين أولى (٦) من الأخت من الأم، و كذا أم الأب أولى (٧) من أم الأم، و الجده أولى (٨) من الأخوات، و العمه أولى من الخاله (٩) نظرا إلى زياده القرب، أو كثره النصيب.

و فيه (١٠) نظر بين، لأنّ المستند - و هو الآيه - مشترك (١١)، و مجرد ما ذكر (١٢) لا يصلح دليلا.

(١) أى الدليل المستفاد من الآيه.

(٢) فيما لو اجتمعت أخت لأبوين مع أخت لأم، فالثانيه لها السدس و الباقي للأولى، و لكن الدليل يقتضى التسويه، و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط تقديم الأخت من الأبوين لكثره نصيبها، و هذه الكثره داله على زياده القرب، و كذا تقديم أم الأب على أم الأم، لأن الثانيه لها الثلث و الباقي للأولى.

و فيه: أن الدليل المستفاد من آيه أولى الأرحام هو التسويه بينهما لاشتراكهما فى أصل استحقاق الإرث.

(٣) أى ينتسب إلى الوليد بأبويه فهو ليس بأولى ممن يمتّ إلى الوليد بأمه فقط، لاشتراكهما فى أصل استحقاق الإرث بعد اتحاد طبقتهم.

(٤) أى أصل الإرث.

(٥) هو للشيخ كما نسبه إليه العلامه فى التحرير و قد اختاره فى القواعد.

(٦) من ناحيه زياده القرب و من ناحيه كثره النصيب.

(٧) من ناحيه كثره النصيب فقط.

(٨) هو قول للشيخ فى الخلاف محتجا بأنها أم فيشمّلها نصوص الأم المتقدمه بخلاف الأخت، و فيه: أنه يصح سلب الأم عنها حقيقه بل يقال: هى أم الأم، و لذا ذهب فى المبسوط إلى تساوى الجده مع الأخت، و على كل فقوله فى الخلاف مبنى على زياده القرب.

(٩) لأنّ للخاله الثلث و للعمه الثلثان، و هو ترجيح على كثره النصيب، و هو قول للشيخ، و لكنه ضعيف لما تقدم.

(١٠) فى القول المتقدم عن الشيخ و الذى وافقه عليه العلامه فى القواعد.

(١١) أى مشترك بين الجميع إذا كانوا من طبقه واحده.

(١٢) من زياده القرب أو كثره النصيب.

وقيل (١): لا حضانه لغير الأبوين اقتصارا على موضع النص.

و عموم الآيه يدفعه.

(و لو تزوجت الأم) بغير الأب مع وجوده (٢) كاملا (٣) (سقطت حضانتها) (٤) (١) شروع فى عرض بقيه الأقوال التى قيلت فى الحضانه عند فقد الأبوين،

و منها: ما عن العلامه فى القواعد أنه مع فقد الأبوين فالحضانه إلى الأجداد، و هم مقدمون على الأخوه، و مع فقد الأجداد فينتقل إلى بقيه مراتب الإرث،

و منها: أنه لا حضانه لغير الأبوين لعدم النص، و ذهب إليه ابن إدريس و مال إليه المحقق فى الشرائع، و هناك أقوال آخر أيضا.

(٢) أى وجود الأب و إلا فلو تزوجت مع موته فقد عرفت أن لها الحضانه إلى أن يبلغ الولد، لأنها أولى من العصبه حينئذ.

(٣) حال من الضمير فى قوله (مع وجوده) أى كان الأب موجودا كاملا من حيث الإسلام و الحريه و العقل، و إلا فلو كان غير كامل فالحضانه لها لما تقدم و لو تزوجت.

(٤) لو تزوجت الأم بعد ما طلقها الأب كان الأب أحق بالولد منها، بلا خلاف فيه لمرسل المنقرى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يطلق امرأته، و بينهما ولد، أيهما أحق بالولد؟ قال: المرأه أحق بالولد ما لم تتزوج) (١)، و خبر داود الرقى قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه حره نكحت عبدا فأولدها أولادا، ثم إنه طلقها فلم تقم مع ولدها و تزوجت، فلما بلغ العبد أنها تزوجت أراد أن يأخذ ولده منها و قال: أنا أحق بهم منك إن تزوجت، فقال عليه السلام: ليس للعبد أن يأخذ منها ولدها و إن تزوجت حتى يعتق، هى أحق بولدها منه ما دام مملوكا، فإذا أعتق فهو أحق بهم منها) (٢) و للنبوى العامى (الأم أحق بحضانه ابنها ما لم تتزوج) (٣) و النبوى الآخر (أن امرأه قالت: يا رسول الله، إن ابني هذا كان بطنى له و عاء، و ثديى له سقاء، و حجرى له حواء، و إن أباه طلقنى و أراد أن ينتزعه منى، فقال لها النبى صلى الله عليه و آله و سلم: أنت أحق به ما لم تنكحى) (٤)، مؤيدا بالاعتبار من أنها بالتزويج تشتغل بحقوق الزوج عن الحضانه.

ص: ٦١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧٣ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٥.

٤- (٤) سنن البيهقى ج ٨ ص ٤.

للنص و الإجماع (فإن طلقت (١) عادت) الحضانه على المشهور لزوال المانع منها (٢)، و هو تزويجها و اشتغالها بحقوق الزوج التي هي (٣) أقوى من حق الحضانه.

وقيل: لا- تعود لخروجها (٤) عن الاستحقاق (٥) بالنكاح فيستصحب (٦)، و يحتاج عوده (٧) إليها إلى دليل آخر. و هو (٨) مفقود، و له (٩) وجه وجيه لكن الأشهر الأول، و إنما تعود (١٠) بمجرد الطلاق إذا كان بائنا، و إلا (١١) فبعد العده إن بقي لها شيء من المده (١٢)، و لو لم يكن الأب موجودا (١٣) لم تسقط حضانتها بالتزويج مطلقا (١٤)، كما مر.

في أن الولد إذا بلغ رشيدا سقطت الحضانه عنه

(و إذا بلغ الولد رشيدا سقطت الحضانه عنه) (١٥)، لأنها ولاية، و البالغ -و ظاهر الأخبار المتقدمه سقوط حق حضانتها بمجرد عقد النكاح و إن لم يحصل دخول يقتضى التشاغل في حق الزوج.

(١) أي طلقت من الزوج الثاني، فإن كان الطلاق رجعيا فالحكم بالسقوط باق، لأنها بحكم الزوجه، و إن كان بائنا فالأكثر على أن الحضانه ترجع على الأكثر، لوجود المقتضى و فرض ارتفاع المانع، إذ المانع زوجيتها المشغله لها عن الحضانه، و قد ارتفع بالطلاق.

و عن ابن إدريس عدم الرجوع لاستصحاب السقوط بعد عدم الدليل على العود.

(٢) من الأم.

(٣) أي حقوق الزوج.

(٤) أي الأم.

(٥) أي استحقاق الحضانه.

(٦) أي عدم استحقاقها.

(٧) أي عود الاستحقاق إلى الأم.

(٨) أي الدليل الآخر.

(٩) لهذا القول.

(١٠) أي الحضانه على المشهور.

(١١) بأن كان رجعيا.

(١٢) أى مدة الحضانه.

(١٣) وكذا لو كان موجودا و كان كافرا أو رقا أو غير عاقل.

(١٤) دواما و متعه، و سواء كان الولد ذكرا أم أنثى، و سواء طلقت أم لا، و سواء فى مدة الحضانه أم لا حتى يبلغ الولد.

(١٥) إذا بلغ الولد رشيدا سقطت ولايه الأبوين عنه، بلا خلاف فيه، بلا فرق بين الذكر -

ص: ٦١٣

الرشيد لا ولايه عليه لأحد، سواء في ذلك الذكر والأنثى، البكر والثيب لكن يستحب له (١) أن لا يفارق أمه خصوصا الأنثى (٢) إلى أن تتزوج.

و اعلم أنه لا شبهه في كون الحضانه حقا لمن ذكر (٣)، و لكن هل تجب عليه (٤) مع ذلك (٥) أم له إسقاط حقه منها؟ الأصل (٦) يقتضى ذلك (٧)، و هو الذى صرح به المصنف فى قواعدة فقال: لو امتنعت الأم من الحضانه صار الأب أولى به، قال: و لو امتنعا معا فالظاهر إيجاب الأب، و نقل عن بعض الأصحاب وجوبها و هو حسن، حيث يستلزم تركها تضييع الولد إلا أنّ حضانتها حينئذ (٨) تجب كفايه (٩) كغيره (١٠) من المضطرين، و فى اختصاص الوجوب (١١) بذى الحق نظر. و ليس فى الأخبار ما يدل على غير ثبوت أصل الاستحقاق (١٢).

و الأنثى، و كان الخيار إليه فى الانضمام إلى من شاء، نعم كرهوا للبت مفارقه أمها إلى أن تتزوج.

و عن بعض العامه جعل الخيار فى الانضمام بعد التمييز من الولد لا بعد البلوغ و الرشد، و بعضهم خص الخيار بالذكر، و بعضهم منع من التخيير كأبى حنيفه و مالك.

(١) للولد.

(٢) ظاهرها بل صريحها أن الحكم الاستجابى شامل للذكر كشموله للأنثى، مع أنه فى المسالك خصه بالأنثى فقط.

(٣) من الأم و الأب، و سائر الأقارب عند فقدهما.

(٤) أى هل تجب الحضانه على من ذكر.

(٥) أى مع كونها حقا له فهى واجبه عليه و لا يجوز له إسقاط حقه منها.

(٦) أصله البراءه عن الوجوب.

(٧) أى جواز إسقاط حقه منها.

(٨) حين استلزام الترك تضييع الولد.

(٩) بين جميع الناس من غير اختصاص بذى الحق، فلا يكون الاستلزام المذكور للترك باعنا للوجوب العينى على ذى الحق.

(١٠) أى غير الولد.

(١١) العينى بحيث لا يجوز له إسقاط حقه منها.

(١٢) و هو لا يستلزم الوجوب فيجوز الإسقاط، و يؤيده بل يدل عليه تعليق الحضانه للأم على مشيئتها كما فى صحيح أيوب بن نوح (كتب إليه بعض أصحابه: كانت لى امرأه ولى -

(النظر الثانى فى النفقات) (و أسبابها ثلاثه (١): الزوجيه. و القرابه) البعضيه (٢)(و الملك).

الأول فى نفقه الزوجه

(فالأول (٣): تجب نفقه الزوجه بالعقد الدائم) (٤) دون المنقطع سواء فى -منها ولد و خليت سبيلها، فكتب عليه السّلام: المرأه أحق بالولد إلى أن يبلغ سبع سنين إلا أن تشاء المرأه(١)، و التعبير بحضانتها بأنها أحق به كما فى خبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإن هى رضيت بذلك الأجر فهى أحق بابنها حتى تطفمه) ٢ و مثله غيره، و هذان التعبيران ظاهران فى أن الحضانه حق للأم، و مقتضى الحق جواز إسقاطه، و هو دليل على عدم وجوب الحضانه على ذى الحق.

(١) لا تجب النفقه من حيث هى نفقه إلا بأحد أسباب ثلاثه: الزوجيه و القرابه و الملك بالاتفاق.

(٢) بأن يكون القريب بعضا أى جزءا من قريبه كما بين الآباء و الأولاد، فالولد بعض الأب.

(٣) أى السبب الأول الذى هو الزوجيه.

(٤) تجب النفقه للزوجه بالاتفاق و يدل عليه قوله تعالى: الرَّجَالُ قَوَامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ، وَ بِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ (٢)، و قوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٣)، و الأخبار.

منها: صحيح الفضيل و روى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قوله تعالى: و من قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله، قال عليه السلام: إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوه و إلا فزق بينهما(٤)، و موثق إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (عن حق المرأه على زوجها، قال عليه السلام: يشع بطنها و يكسو جثتها و إن جهلت غفر لها) ٦، و خبر العرزمى عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاءت امرأه إلى النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فسألته عن حق الزوج على المرأه فخبرها، ثم قالت: فما حقها عليه؟ قال: يكسوها من العرى و يطعمها من الجوع،-

ص: ٦١٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨١ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ٦ و ٢.

٢- (٣) سورة النساء، الآية: ٣٤.

٣- (٤) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ١ و ٣.

ذلك (١) الحرّهُ و الأمه المسلمه و الكافره (بشرط التمكين الكامل) و هو أن تخلى بينه و بين نفسها قولاً و فعلاً (فى كل زمان و مكان يسوغ فيه الاستمتاع) فلو بذلت فى زمان دون زمان، أو مكان كذلك (٢) يصلحان (٣) للاستمتاع، فلا نفقه لها، و حيث كان (٤) مشروطاً بالتمكين. (فلا نفقه للصغيره) (٥) التى لم تبلغ سناً يجوز الاستمتاع -و إذا أذنبت غفر لها، قالت: ليس لها عليه شىء غير هذا، قال: لا (١) و مثلها غيرها، و هذه النفقه مشروطه بشرطين، العقد الدائم و التمكين التام، أما العقد الدائم فلا نفقه لذات العقد المنقطع بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث المتعه (و لا نفقه و لا عده عليك) (٢)، و أما التمكين التام فقد تقدم تفسيره فى مبحث النشوز و أنه التخليه بينه و بين نفسها فى كل زمان و مكان مما يسوغ فيه الاستمتاع، و على كل فاعباره متفق عليه، و يدل عليه خبر تحف العقول عن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فى خطبه الوداع (إن لنسائكم عليكم حقاً و لكن عليهن حقاً، حقكم عليهن أن لا يوطين فراشكم و لا يدخلن بيوتكم أحداً تكرهونه إلا بإذنكم، و أن لا يأتين بفاحشه، فإن فعلن فإن الله قد أذن لكم أن تعضلوهنّ و تهجروهنّ فى المضاجع و تضربوهنّ ضرباً غير مبرح، فإذا انتهين و أطعنكم فعليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف) (٣)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أيما امرأه خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتى ترجع) (٤).

(١) من وجوب النفقه للزوجه بالعقد الدائم.

(٢) أى دون مكان.

(٣) أى الزمان و المكان اللذان لم يبذل فيهما الاستمتاع.

(٤) أى وجوب النفقه.

(٥) اعلم أن النفقه ثابتة بعد العقد و التمكين و تسقط بالنشوز و عليه فقد وقع البحث بينهم هل النفقه واجبه بالعقد بشرط التمكين التام، أم تجب بالعقد و يسقطها النشوز، و المشهور هو الأول بل فى الرياض: (كاد أن يكون إجماعاً مع أنا لم نقف على مخالف فيه صريح) -

ص: ٦١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب المتعه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢ و ١.

-و استدلل له بالسيره بين المتشرعه على عدم النفقه قبل الزفاف الكاشفه عن كون التمكين شرطاً، و بما ورد أن النبي صَلَّى الله عليه و آله و سَلَّمَ تزوج و دخل بعد سنين، و لم ينفق إلا بعد دخوله(١)، و للنبوى (اتقوا الله فى النساء فإنهن عوارى عندكم، اتخذتموهن بأمانه الله، و استحللتم فروجهن بكلمه الله، و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف)(٢)، فإنه صَلَّى الله عليه و آله و سَلَّمَ أوجب لهن من الرزق و الكسوه إذا كنَّ عندهم، بالإضافة إلى أن العقد يوجب المهر عوضاً فلا يوجب عوضاً آخر، و أيضاً النفقه مجهوله و العقد لا- يوجب مالا- مجهولاً- و أيضاً أن الأصل براءة الذمه من وجوب النفقه خرج منه حاله التمكين، فيبقى الباقي على الأصل من عدم وجوب النفقه، و منه ما قبل التمكين، و بهذا كله يظهر أن الموجب للنفقه هو التمكين، و لذا جعل شرطاً فى النفقه، و قد نوقشت هذه الأدله أو بعضها بأن الأدله الداله على وجوب الانفاق على الزوجه غير مقیده بالتمكين التام، و لا ضير فى كون العقد يوجب شيئين مختلفين كما فى شراء الدابه و المملوك فالعقد يوجب الثمن و يوجب الانفاق، و مع كل هذا فقد سمعت عدم وجود المخالف.

ثم على القول بكون التمكين شرطاً فهل المعتبر إظهاره باللفظ بأى لفظ كان، كأن تقول:

سلمت نفسى إليك كما عن المشهور، أو المعتبر إظهاره التمكين بالأعم من القول و الفعل، فإما أن تقول: سلمت نفسى أو أن تعرض نفسها عليه كما هو مذهب جماعه على ما قيل، نعم هو مذهب كاشف اللثام.

او المعتبر التخليه بينه و بين نفسها من دون ممانعه منها و هذا ما اختاره الشارح هنا، و الظاهر الأخير لصدق أنها ممكنه له، بعد عدم تعرض النصوص لمعنى التمكين، فلا بد من حمله على المعنى العرفى ثم إن الأصحاب فرّعوا على النزاع فى شرطيه التمكين و مانعيه النشوز أموراً.

منها: ما لو تنازع الزوجان فى التمكين و النشوز، بأن ادعى الزوج النشوز و الزوجه التمكين، فعلى القول بشرطيه التمكين فقول الزوج مقدم، إذ الأصل عدم التمكين، و على القول بمانعيه النشوز فقول الزوجه مقدم، لأصاله عدم تحقق النشوز الموجبه لسقوط النفقه الواجبه بالعقد،

و منها: ما لو كانت الزوجه صغيره فعلى القول بشرطيه التمكين لا نفقه لها لعدم تحقق التمكين من جانبها، و لو مكنت منه لعدم صلاحيتها لذلك، لأن التمكين التام فى الشرع-

ص: ٦١٧

١- (١) سنن النسائى ج ٦ ص ١٣١.

٢- (٢) سنن النسائى ج ٧ ص ٣٠٤.

بها بالجماع - على أشهر القولين - لفقد الشرط و هو التمكين من الاستمتاع. و قال ابن إدريس: تجب النفقه على الصغيره لعموم وجوبها على الزوجه، فتخصيصه (١) بالكبيره الممكنه يحتاج إلى دليل، و سيأتي الكلام على هذا الشرط (٢) و لو انعكس (٣) بأن كانت كبيره ممكنه و الزوج صغيرا وجبت النفقه (٤) لوجود المقتضى (٥) و انتفاء المانع (٦)، لأنّ الصغر (٧) لا يصلح للمنع، كما فى نفقه الأقارب فإنها تجب على الصغير و الكبير، خلافا للشيخ محتجا بأصالة البراءه، و هى (٨) مندفعه بما دل على وجوب نفقه الزوجه الممكنه أو مطلقا (٩)، و لو قيل (١٠) إنّ الوجوب من باب خطاب الشرع (١١) المختص بالمكلفين أمكن جوابه (١٢) بكون التكليف (١٣) هنا - هو التمكين بعد البلوغ، و قالوا إنها على القول بمانعيه النشوز لها النفقه لعدم نشوزها و إن لم يتحقق التمكين.

و عن ابن إدريس وجوب النفقه للصغيره حتى على القول باشتراط التمكين، لأنّ التمكين شرط فى وجوب النفقه على فرض إمكان حصوله، و ليست الصوره المفروضه هنا مما يمكن فيها حصول التمكين شرعا.

(١) أى تخصيص وجوب النفقه.

(٢) من كون التمكين شرطا فى النفقه.

(٣) أى الفرض.

(٤) على المشهور لتحقق التمكين من قبلها الذى هو شرط أو عدم النشوز، و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن البراج فى مهذبته عدم النفقه، لأنه بعدم أصليته للتمتع فلا أثر للتمكين فى حقه، لأنّ التمكين شرط التمكين، و التمكين منتف فكذا التمكين.

(٥) للنفقه و هو الزوجيه.

(٦) إذ لا يتصور مانع إلا صغر الزوج، و هو ليس بمانع بعد تحقق التمكين من قبلها، فعدم التمكين غير مستند إلى الزوجه بل إلى الزوج.

(٧) أى صغر الزوج.

(٨) أى أصالة البراءه.

(٩) أى و إن لم تمكنه بناء على أن النشوز مانع.

(١٠) من جانب الشيخ.

(١١) و خطابه مختص بالمكلفين، فلذا لا نفقه على الزوج الصغير.

(١٢) أى وجوب القيل.

(١٣) بوجوب الانفاق.

ص: ٦١٨

متعلقا بالولي: أن يؤدي من مال الطفل، كما يكلف (١) بأداء أعراض متلفاته التي لا خلاف في ضمانه (٢)، أو قضاء ديونه و غراماته.

(و لا للناشزه) (٣) الخارجه عن طاعه الزوج و لو بالخروج من بيته بلا إذن (٤)، و منع (٥) لمس بلا عذر.

(و لا للساكنه بعد العقد ما) أى مده (لم تعرض التمكين عليه) بأن تقول (٦):

سلمت نفسى إليك فى أى مكان شئت، و نحوه و تعمل بمقتضى قولها حيث يطلب، و مقتضى ذلك (٧) أن التمكين الفعلى خاصه (٨) غير كاف (٩)، و أنه (١٠) لا- فرق فى ذلك (١١) بين الجاهله بالحال و العالمه، و لا بين من طلب منها التمكين و طالبتة بالتسليم (١٢) و غيره.

و هذا (١٣) هو المشهور بين الأصحاب، و استدلوا عليه بأن الأصل براءة الذمه (١) أى الولي.

(٢) أى ضمان الصغير.

(٣) بلا خلاف فيه إما لعدم تحقق شرط النفقه و هو التمكين، و إما لكون النشوز مانعا من النفقه.

(٤) كما فى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أيما امرأه خرجت من بيتها بغير إذن زوجها فلا نفقه لها حتى ترجع) (١).

(٥) عطف على الخروج أى و لو كان النشوز بمنع لمس بلا عذر.

(٦) بناء على اشتراط إظهار التمكين بالقول، و إلا فهى غير ممكنه و قد تقدم ضعفه و أنه يكفى التخليه بينه و بين نفسها.

(٧) من حصر التمكين بالإظهار القولى.

(٨) دون القولى.

(٩) فى وجوب النفقه، لحصر التمكين بالقولى.

(١٠) أى الشأن و الواقع، و المعنى أن مقتضى حصر التمكين بالقولى.

(١١) فى عدم النفقه حال السكوت.

(١٢) أى تسليم النفقه.

(١٣) من أن النفقه مشروطه بالتمكين و ليس النشوز مانعا و قد وجبت بالعقد على ما تقدم بيانه.

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ١.

من وجوب النفقه خرج منه (١) حال التمكين بالإجماع فيبقى الباقي على الأصل.

و فيه نظر، لأن النصوص (٢) عامه أو مطلقه فهي قاطعه للأصل (٣) إلى أن يوجد المخيصة والمقيد (٤)، إلا أن الخلاف (٥) غير متحقق، فالقول بما عليه الأصحاب متعين.

و تظهر الفائده (٦) فيما ذكر (٧) و فيما إذا اختلفا في التمكين (٨)، و في وجوب قضاء النفقه الماضيه (٩)، فعلى المشهور (١٠) القول قوله في عدمهما (١١) عملاً بالأصل فيهما (١٢).

و على الاحتمال (١٣) قولها (١٤) لأن الأصل بقاء ما وجب (١٥)، كما يقدم (١) من الأصل.

(٢) هذا هو الكلام الذى وعد به الشارح سابقاً عند قوله: (و سيأتى الكلام على هذا الشرط).

(٣) التى أوجبت نفقه الزوجه على الزوج.

(٤) من براه ذمه الزوج من النفقه إلا عند التمكين.

(٥) فى شرطيه التمكين للنفقه.

(٦) بين كون التمكين شرطاً فى النفقه و بين كون النشوز مانعاً عنها بعد ثبوتها بالعقد.

(٧) من عدم النفقه للصغيره، و من عدم النفقه للساكنه بعد العقد ما لم تعرض التمكين القولى، أما الفائده فى الصغيره فقد تقدمت، و أما فى الساكنه فعلى القول باشتراط التمكين و أنه لا يتحقق إلا بالقول فمع عدم تلفظها لا نفقه لها لعدم الشرط، و أما على القول بكون النشوز مانعاً فالنفقه ثابتة لها لعدم تحقق النشوز منها و إن لم يتحقق التمكين.

(٨) بحيث ادعى الزوج النشوز و ادعت التمكين و قد تقدم شرحه.

(٩) بحيث يدعى الزوج عدم وجوب النفقه الماضيه لأنها ناشزه، و تدعى هى وجوب النفقه الماضيه لأنها ممكنه، فعلى القول باشتراط التمكين فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم التمكين، و على القول بكون النشوز مانعاً فالقول قولها مع يمينها لأصالة عدم تحقق النشوز.

(١٠) من اشتراط النفقه بالتمكين.

(١١) أى عدم التمكين و عدم وجوب قضاء النفقه الماضيه.

(١٢) أى فى صورتين.

(١٣) من كون النشوز مانعاً.

(١٤) أى فالقول قول الزوجه، لأن النفقه ثابتة بالعقد، و الأصل استمرار ما وجب بالعقد، و هو يدعى السقوط لدعواه النشوز فعليه بينه النشوز المسقط للنفقه.

(١٥) من النفقه بسبب العقد.

ص: ٦٢٠

قولها لو اختلفا في دفعها مع اتفاقهما على الوجوب (١).

(١) أي وجوب النفقة فلو ادعى الزوج دفع النفقة و أنكرت الزوجه فالقول قولها مع يمينها لأصالة عدم الدفع.

ثم إن هناك فروعا مهمه قد تركها الشهيدان هنا،

و منها: أن النفقة تثبت للزوجه الدائمه الممكنه و إن كانت ذميه أو أمه، بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله.

و منها: أن النفقة ثابتة للمطلقه الرجعيه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبي خلف (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن شيء من الطلاق، فقال عليه السّلام: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها و تعتدّ حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أليس الله يقول: لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن، قال: إنما عنى بذلك التي تطلق تطليقه بعد تطليقه، فتلك التي لا تخرج و لا- تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها، و المرأه التي يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضا تقعد في منزل زوجها و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها(١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (المطلقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتي لزوجها عليها رجعه)٢ و مثلها غيرها.

و منها تعرف عدم النفقه للمطلقه باننا إذا كانت غير حامل، بلا خلاف فيه، و أما لو كانت حاملا فتجب النفقه حتى تضع لقوله تعالى: وَ إِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمَلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢)، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع حملها(٤)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى المطلقه ينفق عليها حتى تضع حملها)٥-٦.

ص: ٦٢١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النفقات حديث ١ و ٢.

٢- (٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٤.

(و الواجب) على الزوج (١) (القيام بما تحتاج إليه المرأة) التي تجب - و اختلفوا في أن النفقة هل هي للحمل كما عليه الأكثر، أو هي للأم كما عليه ابن حمزة، و توقف جماعه منهم الشهيد الثاني.

و استدل للأول بأن النفقة هنا تدور مدار الحمل لأنها لو كانت حائلا فلا نفقة لها، فلما وجبت النفقة بوجود الحمل و سقطت بعدمه دل على أن النفقة له.

و استدل للثاني بأن النفقة لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها مع أن الأخبار قد صرحت بنفقتها، و لو كانت النفقة للحمل لكانت نفقه للأقارب و هي غير مقدره بحال الزوج بخلاف نفقه الزوجه، و لو كانت النفقة للحمل لوجبت على الجد كما لو كان الحمل منفصلا، و لسقطت إذا كان الحمل موسرا يارث أو وصيه قد قبلها وليه.

و من جملة الفروع التي تركها الشهيدان هنا المتوفى عنها زوجها إذا لم تكن حاملا فلا نفقة لها بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال عليه السلام: لا) (١)، و لا يعارضها إلا صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله) (٢)، و هو مطروح أو مؤول على ما سيأتي.

و أما إذا كانت حاملا- فعلى أقوال، فعن ابن عقيل و المفيد و المحقق و ابن إدريس و العلامة و سائر المتأخرين أنه لا نفقة لها لإطلاق خبر زراره المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الحلبي المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقة لها) (٣)، و لخبر الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا) (٤) و مثلها غيرها و عن مشهور المتقدمين وجوب الانفاق عليها من مال الحمل لصحيح أبي الصباح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام (المرأة الحلبي المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها) (٥).

و فيه أنه لا- ينافى عدم النفقة على المتوفى، فالطائفة الأولى تصرح بعدم النفقة لها من مال الميت و إن كان لها النفقة من مال ولدها كما صرح به صحيح الكنانى و عليه فلا تعارض، و بهذا جمع الشيخ.

(١) شروع فى بيان قدر النفقة، هذا و اعلم أن الوارد من النفقة ثلاثه أمور، و هي الإطعام-

ص: ٦٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٤ و ١ و ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النفقات حديث ١.

نفقتها (١) (من طعام وإدام (٢) و كسوه و إسكان و إخدام و آله الدهن و التنظيف) (٣) من المشط و الدهن و الصابون، دون الكحل (٤) و الطيب و الحمام إلا مع الحاجه إليه (٥) لبرد (٦) و نحوه (تبعاً لعاده أمثالها من بلدها) المقيم به (٧)، لأنَّ الله (٨) تعالى قال:

عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٩) و من العشره به (١٠): الإنفاق عليها بما يليق بها عاده - و الكسوه و السكن، قال تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (١)، و فى خبر العرزمى عن أبى عبد الله عليه السلام (جاءت امرأه إلى النبى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فسألته عن حق الزوج على المرأه فخبَّرها، ثم قالت: فما حقها عليه؟ قال: يكسوها من العرى و يطعمها من الجوع، و إذا أذنبت غفر لها، قالت: ليس لها عليه شىء غير هذا؟ قال: لا) (٢)، و فى صحيح سعد بن أبى خلف عن أبى الحسن موسى عليه السلام فى المطلقة الرجعيه (و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها) (٣).

و مع ذلك لم يقتصر الأصحاب فى النفقه على هذه الأمور الثلاثة، لعدم كون النصوص السابقه فى مقام الحصر، و لذا اقتصر فى خبر العرزمى على الاطعام و الكسوه، و فى صحيح سعد على النفقه و السكن، بل المدار فى النفقه عندهم على كل ما تحتاجه المرأه من طعام و كسوه و إسكان و إخدام و آلات التنظيف و التجميل و الدواء و الفراش و آلات الطبخ و الشرب كما هو المتعارف، لأن العرف هو المحكم فى ذلك بعد عدم تحديد من قبل الشارع.

(١) و هى الدائمه الممكنه.

(٢) ما يجعل مع الخبز من مرق و نحوه.

(٣) أى و آله التنظيف.

(٤) هذا الاستثناء من النفقه الواجبه ليس فى محله، بعد تحكيم العرف الذى يرى أن آلات التجميل من جمله النفقه التى تحتاجها المرأه.

(٥) إلى الحمام.

(٦) بحيث يتعذر عليها تنظيف جسدها فى البيت.

(٧) أى بلد المرأه التى تجب نفقتها، و هى مقيمه فى هذه البلد.

(٨) تعليل لكون النفقه الواجبه هى كل ما تحتاجه المرأه عرفاً.

(٩) النساء آيه: ١٨.

(١٠) بالمعروف.

-
- ١- (١) سورة البقره، الوسائل الباب - ٢٣٣.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٧.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب النفقات حديث ١.

(و) لا يتقدر الإطعام بمد ولا بمدين ولا غيرهما (١)، بل (المرجع في الإطعام إلى سدّ الخلة) بفتح الخاء و هي الحاجة.

(١) قد وقع الخلاف بينهم في تقدير الإطعام، فعن الشيخ في الخلاف تقديره بمدّ للرفيعه و الوضيعه من الموسر و المعسر، و عن جماعه منهم الشيخ في المبسوط أنه مدّ من المعسر، و مدان من الموسر، و مدّ و نصف من المتوسط، و إليه ذهب الشافعي، و لا دليل لهذين القولين كما في الجواهر نعم ورد تحديد القوت بالمدّ كما في خبر شهاب الآتي، و لكنه محمول على الفضل أو العرف في زمن صدوره، فلذا ذهب المشهور إلى اعتبار سدّ الخلة لإطلاق الأدله، و أما جنس الطعام فقد قيل: إن المعترف فيه غالب قوت البلد، كالبرّ في العراق و خراسان و الأرز في طبرستان، و التمر في الحجاز و الذره في اليمن، لأن شأن كل مطلق حملة على المعتاد، و لأنه من المعاشره بالمعروف، و إن اختلف الغالب باختلاف الناس فالمعترف حالها حينئذ، و في المسالك أن المعترف هو عاده أمثالها من أهل البلد، و الثاني أوفق بحمل إطلاق النفقه.

و أما الإدام فالبحث فيه جنسا و قدرا كالإطعام لاتحاد المدرك في الجميع، لكن عن المبسوط أن عليه في الأسبوع اللحم مره، لأنه هو العرف، و يكون يوم الجمعة لأنه عرف عام، و عن ابن الجنيد أن على المتوسط أن يطعمها اللحم في كل ثلاثه أيام مره لما في خبر شهاب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (ما حق المرأه على زوجها؟ قال:

يسدّ جوعتها و يستر عورتها و لا يقبّح لها وجهها فإذا فعل ذلك فقد و الله أدى إليها حقها، قلت: فالدهن، قال: غبا يوم و يوم لا، قلت: فاللحم، قال: في كل ثلاثه، فيكون في الشهر عشره مرات، لا أكثر من ذلك و الصبغ في كل سته أشهر، و يكسوها في كل سنه أربعه أثواب، ثوبين للشتاء و ثوبين للصيف، و لا ينبغي أن يفقر بيته من ثلاثه أشياء: دهن الرأس و الخلّ و الزيت، و يقوتهنّ بالمدّ، فإنني أقوت به نفسي و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه، و إن شاء تصدق به، و لا تكون فاكهه عامه إلا أطعم عياله منها(١).

و لكنه محمول على الفضل أو أنه العاده في زمن صدور الخبر، فلذا المرجع إلى العرف المختلف زمانا و مكانا.

و منه تعرف تحديد قدر اللحم و أنه تبعاً للعرف و إن حكى عن بعضهم أنه مقدّر بالرطل و عن آخر الزيادة عليه بيسير، و إذا كان المدار على عرف أمثالها فلو كانت عاده أمثالها دوام اللحم لوجب، لأنه هو المعاشره بالمعروف في رزقهن.

ص: ٦٢٤

(و يجب الخادم (١) إذا كانت من أهله (٢) في بيت أبيها، دون أن ترتفع بالانتقال إلى بيت زوجها (أو كانت مريضه) أو زمنه (٣) تحتاج إلى الخادم، و يتخير (٤) بين إخدامها بحرّه أو أمه و لو بأجره، و لو كان معها (٥) خادم تخير بين إبقائها (٦) و ينفق عليها، و بين إبدالها، و إن كانت مألوفه لها (٧)، لأنّ حق التعيين له (٨) لا لها، حتى لو أراد أن يخدمها بنفسه أجزاً، و لو خدمت نفسها لم يكن لها المطالبه بنفقه الخادم (٩).

(و جنس المأدوم (١٠) (١) يجب الخادم للمرأة إذا كانت عاده أمثالها ذلك، لأنه من المعاشره بالمعروف المأمور بها، بلا فرق بين كون الزوج موسراً أو معسراً، و الاعتبار بحال المرأه في بيت أبيها دون أن ترتفع بسبب الانتقال إلى بيت زوجها.

و حكموا بكفايه الخادم الواحد لحصول الكفايه به، مع أن المدار على تحكيم العرف تبعاً لعاده أمثالها في بيت آبائهن، فقد يجب الأ-كثر من الواحد، نعم لا- يجب تمليكها الخادم، بل الواجب إخدامها بحرّه أو أمه مستأجره أو بنصب مملوكه للزوج تخدمها، أو بالانفاق على من معها ممن تقوم بخدمتها، ثم إذا كانت المرأه ليست من أهل الخدمه بحسب شرفها، و لكن قد تجب خدمتها بحسب حالها كالمريضه المحتاجه إلى ذلك فيجب الخادم لها حينئذ، و لا ينحصر بالواحد بل بحسب الحاجه، بلا فرق في المرأه المخدمه بين الحره و الأمه، إذا كانت الأمه ذات جمال تخدم بحسب العاده. ثم المدار على خدمتها بحسب حالها أو شرفها و عليه فلو أخدمها الزوج فلا يجب عليه إقامه خادم لها، لأن الخدمه عليه فله أن يوفيهها حقها من الخدمه بنفسه أو بغيره.

(٢) أي أهل الخدم، هذا بحسب شرفها.

(٣) هذا بحسب حالها.

(٤) أي الزوج.

(٥) مع الزوجه التي تجب نفقتها.

(٦) أي إبقاء الخادم، و التأنيث باعتبار أن خادم المرأه لا يكون إلا امرأه.

(٧) أي و إن كانت الخادم مألوفه للزوجه.

(٨) للزوج، لأن الخدمه واجبه عليه.

(٩) لأن الواجب عليه إخدامها، و قد تحققت الخدمه و لو من نفسها فلا يجب عليه العوض حينئذ.

(١٠) قد عرفت معنى المأدوم و عرفت إيجاب اللحم مره في الأسبوع عن الشيخ، و ثلاث مرات-

(و الملبوس (١) و المسكن (٢) يتبع عادة أمثالها) فى بلد السكنى لا فى بيت أهلها، و لو تعدد القوت فى البلد اعتبر الغالب (٣)، فإن اختلف الغالب فيها (٤) أو قوتها من غير غالب و جب اللائق به (٥).

(و لها المنع من مشاركته غير الزوج) فى المسكن بأن تنفرد ببيت صالح لها -عن ابن الجنيّد، مع أن المأدوم مختلف باختلاف الفصول و قد تغلب الفواكه فى أوقاتها فتجب، و المدار فى جنسه و قدره على المتعارف لأمثالها، و منه يظهر وجوب الشاى و التباك و القهوة إذا كانت عادة أمثالها على ذلك، و أيضا وجوب أكل الشىء العزيز كالحلويات و المربيات و نحوها.

(١) المرجع فى الملبوس جنسا و قدرا إلى عادة أمثالها، و لكن عن بعضهم أنه يجب من الملبوس أربع قطع: قميص و سروال و مقنعه و نعل أو شمشك، و يزيد فى الشتاء جبهه، و زاد بعضهم أنه لا بدّ من زياده فى الكسوه شتاء للتدثر كالمحشوه بالقطن لليقظه و اللحاف للنوم، و لقد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: (لما كان المرجع فى الكسوه إلى المتعارف و ما يليق بحالها، اختلف ذلك باختلاف البلاد فى الحر و البرد، و باختلاف الفصل، فيعتبر فى الشتاء زياده المحشو و الفرو إن اعتيد لمثلها، و نحو ذلك، و يرجع فى جنسه من القطن و الحرير و الكتان و غيرها إلى عادة أمثالها، و كذا يجب للصيف الثياب اللائقة بحالها من الكتان و الحرير و نحوه مما يعتاد، و كذا يعتبر مع ذلك ثياب التجمل زياده على ثياب البذله، و هى التى تلبس فى أكثر الأوقات، إذا كانت من أهل التجمل، و لو لم تستغن بالثياب فى البلاد الباردة عن الوقود و جب من الحطب و الفحم بقدر الحاجة، و يجب أيضا مراعاة ما يفرش على الأرض من الحصر و البساط و الملحفه و النطع و اللبد و المخده و اللحاف بما يليق بحالها عادة بحسب الفصول، و قد عدّد الفقهاء فى هذا الباب أشياء كثيرة بحسب ما اتفق اعتياده عندهم، و لما كان المعتمد منه المعتاد لأمثالها فى بلدها فى كل وقت يعتبر فيه استغنى عن تعداد ما يجب لدخوله فيما ذكر من الضابط) انتهى، و أجود منه ما فى الجواهر: (و لعل عدم التعرض لضبط ذلك أولى، ضروره شده الاختلاف فى الكم و الكيف و الجنس بالنسبه إلى ذلك، و خصوصا فى البلدان) انتهى.

(٢) عليه أن يسكنها دارا يليق بها، و اللائق بها أيضا أن لا يسكن معها غيرها إلا برضاها، و لا يشترط أن يكون المسكن ملكا له، بل يجوز إسكانها فى المستعار و المستأجر.

(٣) من الأقوات.

(٤) فى البلد.

(٥) و بحال الزوج، و قد عرفت أن المدار على العرف فلا داعى لهذا التحديد.

و لو (١) فى دار، لا بدار (٢) لما فى (٣) مشاركه غيره (٤) من الضرر (٥).

(و يزيد كسوتها فى الشتاء المحشوّه) بالقطن (لليقطه، و اللحاف للنوم) إن اعتيد ذلك فى البلد (و لو كان فى بلد يعتاد فيه الفرو للنساء و جب) على الزوج بذله (و يرجع فى جنسه) (٦) من حرير أو كتان أو قطن أو فى جنس الفرو من غنم و سنجاب و غيرهما (إلى عاده أمثالها) فى البلد، و يعتبر فى مراتب الجنس المعتاد حاله (٧) فى يساره (٨) و غيره، و قيل لا تجب الزيادة على القطن لأدّن غيره رعونه (٩)، و هو ضعيف لاقتضاء المعاشره بالمعروف ذلك (١٠) (و كذا لو احتيج إلى تعدد اللحاف) لشده البرد أو لاختلاف الفصول فيه (١١)، و لكن هنا (١٢) لا- يجب إبقاء المستغنى عنه فى الوقت الآخر (١٣) عندها (١٤) (و تزداد المتجمله ثياب التجمل بحسب العاده) لأمثالها فى تلك البلد.

(و لو دخل بها، و استمرت تأكل معه على العاده، فليس لها مطالبته (١٥) بمدّه) (١) أى و لو كان البيت فى دار، بشرط أن تكون مرافق البيت متميزه.

(٢) أى و ليس لها الانفراد بدار فيه عده بيوت، و لكل بيت مرافقه.

(٣) تعليل لانفرادها بالبيت.

(٤) أى غير الزوج.

(٥) و المشقه على الزوجه.

(٦) أى جنس المكسو.

(٧) أى حال الجنس.

(٨) أى يسار الزوج، لا يسار المرأه و حالها.

(٩) الرعونه هى الحمق.

(١٠) من غير القطن إذا اعتيد لأمثالها.

(١١) فى البعد.

(١٢) أى فيما احتيج إليه فى وقت دون آخر.

(١٣) و هو وقت الاستغناء عنه.

(١٤) عند الزوجه.

(١٥) أى مطالبه الزوج بالنفقه مده مؤاكلته، لصدق الإنفاق عليها، و لحصول المقصود من الانفاق إذا السيره قائمه بين الناس فى سائر الأعصار على مؤاكلة الزوجه مع زوجها بحيث لو طلبت النفقه للزمان الماضى و الحال هذه لاستنكر، و للشافعيه وجه بعدم سقوط نفقتها بذلك، لأنه لم يؤد الواجب الموظف عليه شرعا و قد تطوع بما ليس بواجب.

ص: ٦٢٧

(مؤاكلته) لحصول الغرض (١) و اطباق الناس عليه (٢) فى سائر الأعصار، و يحتمل جواز مطالبتها بالنفقة، لأنه لم يؤد عين الواجب، و تطوع بغيره.

و اعلم أن المعتبر من المسكن الإمتاع (٣) اتفاقاً، و من المئونه التملك فى صبيحه كل يوم (٤)، لا أزيد (٥)، بشرط بقائها ممكنه إلى آخره، فلو نشرت فى (١) من النفقه.

(٢) أى على الانفاق كذلك على نحو المؤاكلة.

(٣) و هو الانتفاع لا التملك، هذا و اعلم أن الواجب من النفقه ما تحتاجه المرأه من الإطعام و الكسوه و المسكن و التوابع، و هى على أقسام:

الأول: الإطعام، و تملكه المرأه بلا خلاف فيه، لأن الانتفاع به متوقف على إتلافه و يشهد له خبر شهاب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام (و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه و إن شاء تصدق به) (١).

الثانى: المسكن و الخادم، و لا- تملكه المرأه بلا- خلاف فيه، لأن الانتفاع به لا- يتوقف على إتلافه فتستحقه المرأه على جهه الانتفاع و الإمتاع.

الثالث: الكسوه و ما يلحق بها من فراش النوم و اليقظه و ظروف الطعام و الشراب و آله التنظيف، فقد وقع الخلاف فيه أنه على جهه التملك كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامة فى القواعد لقوله تعالى: وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ كِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ (٢)، و الحكم فى الرزق هو التملك فوجب أن يكون مثله فى الكسوه لاقتضاء العطف التسويه فى الحكم، و مثله النبوى (فعليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف) (٣).

و فيه نظر لمنع اقتضاء العطف التسويه فى الحكم من جميع الوجوه، بل يكفى الاشتراك فى أصل الحكم من كون الرزق و الكسوه واجبا عليه، و أما كيفية الاستحقاق فأمر خارج عن أصل الحكم، و لذا ذهب العلامة فى الارشاد و كاشف اللثام و جماعه أنه على نحو الإمتاع.

(٤) بلا خلاف و لا إشكال فى أن المدار على نفقه اليوم فى المئونه، و أن الزوجه تملكها فى صبيحه اليوم إذا كانت ممكنه لخبر شهاب المتقدم (و يقوتهن بالمدّ فإنى أقوت به نفسى، و ليقدر كل إنسان منهم قوته، فإن شاء أكله و إن شاء وهبه، و إن شاء تصدق به) (٤).

(٥) أى لا أزيد من اليوم الحاضر.

ص: ٦٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النفقات حديث ١.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب النفقات حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب النفقات حديث ١.

أثنائه (١) استحققت بالنسبه (٢)، و فى الكسوه قولان، أجودهما أنها إمتاع فليس لها بيعها و لا التصرف فيها بغير اللبس من أنواع التصرفات، و لا- لبسها زياده على المعتاد كيفيه و كميه، فإن فعلت (٣) فأبلتها (٤) قبل المده التى تبلى فيها عاده لم يجب عليه إبدالها، و كذا (٥) لو أبقتها زياده عن المده، و له إبدالها بغيرها (٦) مطلقا (٧) و تحصيلها (٨) بالإعارة و الاستئجار و غيرهما، و لو طلقها أو ماتت أو ماتت أو نشزت استحق (٩) ما يجده منها (١٠) مطلقا (١١) و ما تحتاج إليه من الفرش و الآلات فى حكم الكسوه.

الثانى - القرابه

(الثانى - القرابه) البعضيه دون مطلق النسبه (١٢) (و تجب النفقه على الأبوين (١٣) فصاعدا) و هم: آباء الأب و أمهاته و إن علوا، و آباء الأم و أمهاتها و إن (١) أى أثناء اليوم.

(٢) أى بنسبه تمكينها.

(٣) أى فعلت الزياده على المعتاد.

(٤) أى أخلقت الكسوه.

(٥) أى لا يجب إبدالها.

(٦) أى و للزوج إبدال الكسوه بغيرها.

(٧) سواء كانت الكسوه مستعمله أم لا، و مبله أم لا.

(٨) أى تحصيل الكسوه و المعنى أن للزوج تحصيل الكسوه لزوجه.

(٩) هو أو وارثه.

(١٠) من الكسوه.

(١١) سواء كانت مستعمله أم لا، و سواء كانت مبله أم لا، و سواء كانت ملكا أم إعاره أم استئجارا.

(١٢) أى دون مطلق القريب.

(١٣) تجب النفقه على الأبوين و الأولاد، بحيث تجب نفقه كل واحد منهما على الآخر بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: من الذى أجبر فى نفقته؟ قال عليه السلام: الوالدان و الولد و الزوجه و الوارث الصغير) (١)، و صحيح جميل بن دراج -

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٩.

-قال: (لا يجبر الرجل إلا على نفقه الأبوين و الولد، قال ابن أبي عمير: قلت لجميل:

المراه، قال: روى عنبسه عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: إذا كساها ما يوارى عورتها و يطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه و إلا طلقها، قلت: فهل يجبر على نفقه الأخت؟ فقال: لو أجبر على نفقه الأخت كان ذلك خلاف الروايه(١)، و صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: من الذى أجبر على نفقته و تلزمنى نفقته؟ قال: الوالدان و الولد و الزوجه(٢))، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: من يلزم الرجل من قرابته ممن ينفق عليه؟ قال عليه السّلام: الوالدان و الولد و الزوجه(٣)).

و إنما الكلام فى وجوب الانفاق على آباء الأبوين و أمهاتهم، و على من نزل من الأولاد، و المشهور ذلك لصدق الوالدين على من علا، و صدق الولد على من نزل و يشهد له الخبر فى الزكاه (يعطى منها الأخ و الأخت و العم و العمه و الخال و الخاله، و لا يعطى الجد و الجده(٣))، مع ضميمة ما ورد فى الصحيح (خمسه لا يعطون من الزكاه شيئاً: الأب و الأم و الولد و المملوك و الزوجه، و ذلك أنهم عياله لازمون له(٥))، و بالجمع بين الخبرين يستفاد أن الجد و الجده لا يعطون من الزكاه إلا لأنهم عياله و لازمون له، لصدق اسم الأب و الأم عليهما.

و قد تردد المحقق فى الشرائع و النافع فى آباء الأب و أمهاتهم، و هو فى غير محله بعد ورود النصوص المتقدمه.

ثم إن مقتضى النصوص المتقدمه حصر النفقه الواجبه بالعمودين فلا تجب نفقه عدا من ذكرنا من الأقارب كالأخوه و الأعمام و الأخوال و ممن كان على حاشيه النسب على المشهور.

و عن العلامه فى القواعد قول بوجوب النفقه على الوارث، و أسنده ولده فى الايضاح إلى الشيخ لصحيح الحلبي المتقدم (قلت: من الذى أجبر فى نفقته؟ قال عليه السّلام: الوالدان و الولد و الزوجه و الوارث الصغير(٤))، و لخبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام بيتيم، فقال: خذوا بنفقته أقرب الناس منه من العشيره كما-

ص: ٦٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٥.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاه حديث ٣ و ١.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب النفقات حديث ٩.

علوا (و الأولاد فنازلا) ذكورا كانوا أم إناثا لابن المنفق أم لبنته (و يستحب) النفقه (على باقى الأقارب) من الإخوه و الأخوات و أولادهم و الأعمام و الأخوال ذكورا و إناثا و أولادهم (و يتأكد) الاستحباب (فى الوارث منهم) فى أصح القولين.

و قيل: تجب النفقه على الوارث لقوله تعالى: **وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** بعد قوله تعالى: **وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ رِزْقُهُنَّ** بِالْمَعْرُوفِ و إذا وجب (١) على الوارث - و العله هى الإرث - ثبت من الطرفين (٢) لتساويهما فيه (٣)، و لا فرق فى المنفق (٤) بين الذكر و الأنثى و لا بين الصغير و الكبير عملا بالعموم.

(و إنما يجب الإنفاق على الفقير (٥) العاجز عن التكسب) فلو كان مالكا مئونه - يأكل ميراثه(١) و قد حملت على الاستحباب.

نعم القول بوجوب النفقه للوارث هو لابن أبى ليلى من العامه و قد استدل له بعموم قوله تعالى: **وَ عَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ** (٢) بعد قوله تعالى: **وَ عَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَ رِزْقُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** ٣، و إذا وجبت النفقه على الوارث مع أن العله فى النفقه هى الإرث لثبتت النفقه على الطرفين من الوارث و المورث لتساويهما فى هذه العله.

و هو أيضا مردود للنبوى (لا صدقه و ذو رحم محتاج)(٣)، بالإضافة إلى حصر النفقه بالعمودين كما فى الأخبار المتقدمه فلا بد من حمل الآيه على الاستحباب.

(١) أى الإنفاق.

(٢) الوارث و المورث.

(٣) فى الإرث.

(٤) أى الذى وجبت النفقه عليه سواء كانت نفقه العمودين، أو نفقه الوارث.

(٥) أى على الفقير النسبى، و لا- يشترط الفقر فى الزوجه، و على كل فيشترط فى وجوب النفقه للقرىب الفقر فى المنفق عليه، بلا خلاف فيه، و المراد به هو عدم وجدانه تمام ما يقوته، و لكن هل يشترط مع ذلك العجز عن الاكتساب، فالمشهور بل لا خلاف فيه كما فى الجواهر على ذلك، لأن النفقه معونه على سدّ الخله، و المكتسب قادر على سدّ الخله فهو كالغنى، و لذا منع من الزكاه و الكفاره المشروطه بالفقر، و بهذا يخص إطلاق الأخبار-

ص: ٦٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) سورة البقره، الآيه: ٢٣٣.

٣- (٤) سنن أبى ماجه ج ١ ص ٥٦٤ حديث ١٨٥١.

سنه أو قادرا على تحصيلها بالكسب تدريجا لم يجب الإنفاق عليه، ولا يشترط عدالته (١) ولا إسلامه بل يجب (٢) (وإن كان فاسقا أو كافرا) للعموم ويجب تقييد الكافر بكونه محقون الدم، فلو كان حربيا لم يجب (٣) لجواز إتلافه، فترك الإنفاق لا يزيد عنه (٤)، أما الحرية (٥) فهي شرط لأن المملوك نفقته على مولاه، نعم لو امتنع -المتقدمه في وجوب نفقه القريب، نعم يعتبر في الكسب كونه لائقا بحاله عادة، فلا يكلف الرفيع والعالم بالكنس والدباغه ونحوهما.

ثم إذا تحقق العجز عن الكسب والفقر فتجب نفقه القريب وإن كان كاملا- في نفسه تام الخلقه، وعن الشيخ في المبسوط اشتراط اجتماع الوصفين من الإعسار ونقصان الخلقه كالفقير الأعمى، أو اشتراط ناقص الحكم كالصبي والمجنون، أو اشتراط ناقص الحكم والخلقه كالمجنون الأعمى، وقد تبع بذلك بعض العامه، وهو مما لا دليل عليه، بل إطلاق الأخبار المتقدمه يدفعه.

(١) أي عداله المنفق عليه، فيجب الإنفاق على القريب وإن كان فاسقا أو كافرا، على المشهور، لإطلاق الأخبار المتقدمه، بل قد أمرنا بمصاحبه الوالدين الكافرين بالمعروف بقوله تعالى: وَ صَاحِبَيْهِمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا (١)، ومن المعروف الإنفاق عليهما مع حاجتهما وأولى منه لو كانا فاسقين.

و عن فخر المحققين أن الكفر مانع من وجوب الإنفاق كما كان مانعا من الإرث، ونقل عنه أن ذلك اجماعى، وفيه أن الأصحاب قد صرحوا بخلافه على أنه قياس لا نقول به.

هذا وقال في المسالك: (وَيُتَيَّدُ بَعْضُهُمُ الْكَافِرَ بِكَوْنِهِ مَعْصُومَ الدَّمِ، فَلَوْ كَانَ حَرْبِيًّا لَمْ يَجِبِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ لِجَوَازِ إِتْلَافِهِ، فَتَرَكَ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لِلْعَمُومِ، - أي عموم وجوب النفقه ولو كان كافرا - أيضا وجه، لما فيه من المصاحبه بالمعروف المأمور بها للأبوين على العموم، إلا أن يفرق بينهما وبين الأولاد) انتهى.

(٢) أي الإنفاق على القريب.

(٣) أي الإنفاق.

(٤) عن الإتلاف.

(٥) أي الحرية في المنفق عليه فهي شرط في وجوب الإنفاق عليه، لأنه لو كان مملوكا فيجب الإنفاق على مولاه، بلا خلاف فيه.

ص: ٦٣٢

منها (١) أو كان معسرا أمكن وجوبه على القريب عملا بالعموم (٢). وقيل: لا يجب مطلقا (٣) بل يلزم بيعه، أو الإنفاق (٤) عليه كما سيأتي (٥) و هو حسن.

(و يشترط في المنفق أن يفضل ماله عن قوته و قوت زوجته) (٦) ليومه الحاضر و ليلته ليصرف إلى من ذكر (٧)، فإن لم يفضل شيء فلا شيء عليه (٨)، لأنها (٩) مواساه و هو (١٠) ليس من أهلها (١١) (و الواجب) منها (١٢) (قدر الكفايه) للمنفق عليه (من الإطعام و الكسوه و المسكن) بحسب زمانه (١٣) و مكانه.

(١) أى لو امتنع المولى من النفقه.

(٢) أى عموم أدله وجوب نفقه القريب.

(٣) أى لا يجب الإنفاق على المولى سواء كان موسرا أم معسرا، و سواء كان ممتنعا أم لا.

(٤) على نحو التخيير.

(٥) فى نفقه المملوك.

(٦) لا خلاف و لا إشكال فى اشتراط وجوب نفقه الأقارب بقدره المنفق، بحيث يبقى من ماله فضل بعد نفقته و نفقه زوجته، فإن بقى فضل فللأبوين و الأولاد.

(٧) من الأقارب و هم الأبوان و الأولاد.

(٨) على المنفق العاجز.

(٩) أى نفقه الأقارب.

(١٠) أى القريب.

(١١) أى أهل المواساه حينئذ، لأنه مع عجز المنفق لا شيء عنده حتى يواسى به، هذا و اعلم أنه إذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون يلزمه الإنفاق عليهم، فإن وفى ماله و كسبه بنفقتهم فعليه نفقه الجميع و إلا فيقدم نفقه نفسه لأهميه النفس عند الشارع، ثم نفقه الزوجه ثم الأقارب، لأن نفقه الزوجه ثبتت على وجه المعاوضه على الاستمتاع بخلاف نفقه القريب فإنها نفقه مواساه، و العوض أولى بالرعايه من المواساه، و لهذا تقضى نفقه الزوجه بخلاف نفقه القريب.

(١٢) من نفقه القريب، هذا و لا- إشكال و لا خلاف فى أنه لا تقدير فى نفقه القريب، لأن المعترف منها المواساه له و دفع حاجته فلا- تتقدر بقدر، بل يعتبر فيها الكنايه بحسب حال المنفق عليه، كما سمعته فى نفقه الزوجه، و إن فرّق بينهما أن القريب لو استغنى عن النفقه بضيافه و نحوها لم تجب بخلاف نفقه الزوجه، و أن النفقه هنا إمتاع بلا خلاف فيه بخلاف نفقه الزوجه التى قد عرفت أنها على أقسام.

(١٣) أى زمان المنفق عليه.

ص: ٦٣٣

(و لا- يجب إعفاف واجب النفقه) (١) أى تزويجه ليصير ذا عفه و إن كان (٢) أبا (٣)، و لا- النفقه على زوجته للأصل. نعم يستحب تزويج الأب. و عليه (٤) يحمل ما ورد من الأمر به (٥)، و كذا لا يجب إعدامه (٦)، و لا النفقه على خادمه إلا مع الزمانه (٧) المحوجه إليه (٨).

(و تقضى نفقه الزوجه (٩) لأنها حقّ مالى و جب فى مقابله الاستمتاع فكانت (١) المراد بالإعفاف أن يصيرّه ذا عفه، بأن يهبى له من يطأها زوجته أو أمه أو يعطيه مهرا يتزوج به أو يعطيه ثمن جاريه و المشهور على أنه لا يجب إعفاف واجب النفقه، للأصل، و قد قال بعض الأصحاب - كما فى المسالك - بوجوب إعفاف الأب و إن علا، لأن ذلك من أهم المصاحبه بالمعروف المأمور بها، و لأنه من وجوه حاجاته المهمه، فيجب على الابن القيام به كالنفقه و الكسوه و الانصاف يقتضى القول إن الأب لو كان محتاجا للزواج بحيث يشق الصبر عليه فإعفاه داخل فى إعاشته و من أهم مصاحبه بالمعروف المأمور بها، و إن لم يكن محتاجا إلى النكاح بالنحو المذكور فلا- يجب إعفاه حينئذ، و على كل، فنفته الزوجه حينئذ تابعه للإعفاف كما فى المسالك، فإن و جب و جبت و إلا استجبت، و كذا القول فى نفقه زوجه الأب التى تزوجها بغير واسطه الابن، و عن الشيخ فى المبسوط و جوب نفقه زوجه الأب و إن لم يجب إعفاهه، لأنها من جمله مئونه و ضرورته كنفقه خادمه حيث يحتاج إليه، و عن العلامه فى المختلف عدم و جوب نفقه الزوجه و إن و جب إعفاهه ضروره اختصاص الأدله فى و جوب نفقه القريب لا أداء ما عليه من كفاره أو قضاء دين أو أرش جنايه أو حق زوجه و نحوه.

(٢) أى واجب النفقه.

(٣) إشاره إلى خلاف البعض حيث ذهب إلى و جوب إعفاهه.

(٤) على الاستحباب.

(٥) بتزويج الأب.

(٦) أى اتخاذ خادم له إلا- عند الحاجه إليه، فيجب إعدامه و تكون نفقه الخادم على المنفق، لأن ذلك من جمله مئونه المنفق عليه و ضروراته.

(٧) أى زمانه واجب النفقه.

(٨) إلى الخادم.

(٩) تقضى نفقه الزوجه بلا خلاف فيه لأنها نفقه قد و جبت عوض الاستمتاع، فكانت كالمعاوضه المالىه، فإذا لم يؤدها استقرت فى ذمته و يجب عليه قضاؤها، بخلاف نفقه القريب فهى من باب المواساه و سدّ الخله فوجوبها لدفع الحاجه لا لعوض، فإذا أخلّ بها -

كالعوض اللازم في المعاوضه (لا نفقه الأقارب) لأنها وجبت على طريق المواساه و سدّ الخله لا التملك، فلا تستقر في الذمه، و إنما يَأْتُم بتركها (و لو (١) قَدَرها الحاكم) لأنّ التقدير لا يفيد الاستقرار (٢) (نعم لو أذن) الحاكم للقريب (في الاستدانه) لغيبته (٣)، أو مدافعتة بها (٤) (أو أمره (٥) الحاكم) بالإنفاق (٦) (قضى) لأنها تصير دينا في الذمه بذلك (٧).

(و الأب مقدم) (٨) على الأم و غيرها (في الإنفاق) على الولد مع -أثم و لم تستقر في الذمه فلا يجب قضاؤها، كما لو أخلّ بقضاء حاجه المحتاج الذي يجب عليه إعانتة، بلا فرق في عدم القضاء بين تقدير الحاكم لها و عدمه، لأن تقديره لها لا يخرجها عن حالها الأصلي من كونها مواساه و دفع ضروره، خلافا لبعض الشافعيه حيث ذهب إلى أنها مع فرض الحاكم لها تصير دينا في الذمه و يجب قضاؤها.

نعم لو أمر الحاكم المنفق عليه بالاستدانه على المنفق لغيبته أو لممانعته و نحو ذلك، فاستدان المنفق عليه فيجب القضاء على المنفق، تنزيلا لأمر الحاكم منزله أمر المنفق، لأن الحاكم ولي الغائب و الممتنع.

(١) وصلية.

(٢) أي استقرارها في ذمه المنفق.

(٣) أي غيبه المنفق.

(٤) أي موافقه المنفق بالنفقه على وجه المماطله.

(٥) أي أمر المنفق عليه، هذا و كتب الشارح في تعليقه له هنا كما في الطبعه الحجريه (مسأله أمر الحاكم لم يذكرها الأصحاب و إنما اقتصروا على أمره بالاستدانه).

(٦) بأن قال الحاكم للمنفق عليه لما راجعه: انفق على نفسك، و لم يأمره بالاستدانه، مع أن الأمر بالانفاق هنا متوقف على الإذن بالاستدانه كما هو واضح.

(٧) أي بالاستدانه.

(٨) شروع في ترتيب المنفقين، فلو وجد للمحتاج قريبان من أصوله بحيث لو انفرد أحدهما لوجب النفقه عليه فينظر فإن اجتمع أبوه و أمه فالنفقه على الأب دونها لقوله تعالى:

فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ (١) حيث أوجب أجره الرضاع على الأب فكذا غيرها من النفقات. و إن فقد الأب أو كان معسرا فأب الأب مقدّم على الأم لمشاركته له-

وجوده (١) و يساره (و مع عدمه أو فقره فعلى أب الأب فصاعدا) يقدم الأقرب منهم فالأقرب (و إن عدمت الآباء) أو كانوا معسرين (فعلى الأم) (٢) مع وجودها و يسارها (ثم على أباؤها بالسوية) (٣) لا- على جهة الإرث (٤)، و أم الأب (٥) بحكم أم الأم و أبيها (٦)، و كذا أم الجد للأب مع أبوى الجد و الجده للأم. و هكذا.

(و الأقرب) إلى المنفق عليه (فى كل مرتبه) من المراتب (مقدم (٧) على الأبعد) و إنما ينتقل إلى الأبعد مع عدمه (٨) أو فقره، فالولد مقدم فى الإنفاق على أبيه (٩) و أمه و إن علوا على ابنه (١٠) و هكذا، و متى تعدد من يجب عليه الإنفاق تساوا - فى المعنى و صدق اسم الأب عليه، و كذا الحكم فيه و إن علا- خلافا لبعض العامه فعلى الأم الثلث و على الجد الثلثان و إن فقد الجميع من الأب و آباءه فالنفقة على الأم الموسره، فإن فقدت أو كانت معسره فعلى أبيها و أمها بالسويه و إن علوا الأقرب فالأقرب، و أما آباء و أمهات أم أب المحتاج فتحكمهم حكم آباء الأم من الطرفين فيشاركونهم مع التساوى فى الدرجه بالسويه، و يختص الأقرب من الجانبين إلى المحتاج بوجوب الإنفاق، و كذا حكم أمهات أب المحتاج.

(١) أى وجود الأب.

(٢) أى أم المحتاج.

(٣) لمقتضى العدل.

(٤) و لذا لا- تجب النفقه على الأخوه مع أنهم مشاركون للأجداد فى المرتبه هذا من جهة و من جهة أخرى و إن كان التساوى بين أبوى الأم بالسويه فى الإرث أيضا إلا أنه لنص خاص لا لقاعده العدل القاضيه للتسويه كما هنا.

(٥) و هى جده المحتاج لأبيه.

(٦) أى أب أم الأم.

(٧) لقوله تعالى: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (١)، و هو مطلق يشمل الإرث و الإنفاق و غيرهما.

(٨) أى فى الإنفاق الواجب على أبيه و أمه.

(٩) متعلق بقوله (فالولد مقدم)، و الضمير فيه راجع إلى الولد، و المعنى الولد مقدم على ابنه فى الإنفاق الواجب على أبيه و أمه.

(١٠) فى الإنفاق لقاعده العدل القاضيه بالتسويه، و يحتمل الوجوب كفايه، أو كون التخيير بيد-

ص: ٦٣٦

فيه (١) و إن اختلفوا فى الذكوريه و الأنوثيه و كذا يتساوى الغنى فعلا و قوه على الأقوى فيهما (٢).

(و أما ترتيب المنفق عليهم (٣): فالأبوان و الأولاد سواء) لأنّ نسبتهم إلى المنفق واحده بحسب الدرجه، و إنما اختلفت (٤) بكونها فى أحدهما عليا (٥) و فى الآخر -المنفق عليه أو الرجوع إلى القرعه، و لكنها احتمالات لا- دليل عليها، نعم عن بعض العامه اختصاص وجوب الإنفاق بالذكر لأن الخطاب فى الأمر بالنفقة بصيغه المذكر قال تعالى: لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ، وَ مَنْ قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ (١)، و ذو للمذكر فقط. و عن بعضهم أيضا أن الإنفاق على حسب الميراث و هما ضعيفان.

(١) فلو كان له ابن موسر و آخر مكتسب فهما سواء بالنفقة للإطلاق، و عن القواعد على إشكال، و هو فى غير محله مع فرض كون الكسب كاليسار فعلا.

(٢) فى الموردين من الذكوره و الأنوثه و المخالف فيه بعض العامه، و من الغنى فعلا و قوه المستشكل فيه العلامه فى القواعد.

(٣) شروع فى ترتيب المنفق عليهم، هذا و قد تقدم أن نفقه النفس مقدمه ثم نفقه الزوجه، فإن بقى من ماله شيء فنفقه الأقارب، فإن كفت الجميع فهو بحيث لو وجد آباء و أجداد و أولاد و قد وسع ماله أو كسبه لنفقه الجميع فهو، و إلا اقتصر على الأقرب فالأقرب، فالأب أولى من الجد، فإن فضل عنه فضل صرف إلى الجد، و الجد القريب أولى من البعيد و هكذا، و الأولاد فى منزله الأبوين، و أولاد الأولاد فى منزله الأجداد، و لا فرق فى كل مرتبه بين الذكر و الأنثى و لا بين المتقرب بالأب من الأب و الأم، و بين المتقرب بالأم كذلك، و لا فرق بين ابن البنت و بنت الابن و هكذا.

ثم هذا كله مع اشتراك المتعددين فى المرتبه الواحده مع كفايه سهم كل واحد لصاحبه أو إفادته نفعا معتدا به، فلو لم ينتفع به أحدهم لقله السهم و كثره المنفق عليهم غير المنتفع بسهمه فيتعين الرجوع إلى القرعه، لأنه إذا لم تنسدّ خله الجميع لزمه الإنفاق على من تنسدّ خلته واحدا كان أو أكثر، و لا يمكن الترجيح فالمتعين هو القرعه، لأنها المرجع عند تراحم الحقوق، و هى لكل أمر مشكل، و عن الشيخ فى المبسوط و الحلّى فى سرائره احتمال القسمه، و إن قلّ السهم، للاشتراك فى الاستحقاق.

(٤) أى الدرجه.

(٥) و هم الأبوان.

ص: ٦٣٧

دنيا (١)، فلو كان له أب وابن. أو أبوان و أولاد معهما (٢)، أو مع أحدهما (٣)، وجب قسمه الميسور (٤) على الجميع بالسويه (٥) ذكورا كانوا أم إناثا أم ذكورا و إناثا.

ثم إن كفاهم أو نفع كل واحد نصيبه نفعا معتدا به اقتسموه، وإن لم ينتفع به أحدهم لقلته (٦) و كثرتهم (٧)، فالأجود القرعه، لاستحاله الترجيح بغير مرجح، و التشريك ينافى الغرض (٨) و لو كان نصيب بعضهم يكفيه لصغره و نحوه (٩) و نصيب الباقين لا ينفعهم منقسما، اعتبرت القرعه في من عدا المنتفع.

(و هم) يعنى الآباء و الأولاد (أولى من آبائهم (١٠) و أولادهم) (١١) لزياده القرب (و) هكذا (كل طبقه أولى من التى بعدها) و يتساوى الأعلى و الأدنى مع تساوى الدرجه كالأجداد و أولاد الأولاد و هكذا، كل ذلك (مع القصور (١٢) أما مع سعه ماله للإنفاق على الجميع فيجب التعميم (و لو كان للعاجز أب و ابن قادران فعليهما) نفقته (بالسويه) (١٣) لتساويهما في المرتبه بالنسبه إليه (١٤)، و البنت كالابن (١٥)، أما الأم (١٦) ففي مساواتها للأب في مشاركه الولد، أو تقديمه (١) و هم الأولاد.

(٢) مع الأبوين.

(٣) أحد الأبوين.

(٤) أى ما فضل من مال المنفق بعد نفقه نفسه و نفقه زوجته.

(٥) قضاء لحق العدل.

(٦) أى لقله النصيب.

(٧) أى كثره المنفق عليهم غير المنتفع بسهمه، و إلا فلو لم ينتفع بنصيبه مع أنه الوحيد من الأقارب، فلا شىء على المنفق، لأنه هو الميسور من ماله بعد نفقته و نفقه زوجته.

(٨) من المعاونه و سدّ الخله.

(٩) كمرض كما فى المسالك.

(١٠) أى آباء الآباء.

(١١) أى أولاد الأولاد.

(١٢) أى قصور مال المنفق للنفقه على الجميع.

(١٣) قد تقدم الكلام فيه.

(١٤) إلى العاجز.

(١٥) فيما لو اجتمعت بنت العاجز مع أبيه.

(١٦) فيما لو اجتمع أم العاجز مع ولده.

ص: ٦٣٨

عليها (١) وجهان، مأخذهما: اتحاد الرتبة (٢) و كون الولد (٣) مقدّما على الجدّ المقدّم (٤) عليها، فيكون (٥) أولى بالتقديم.

فإن اجتمعوا (٦) فعلى الأب و الولدين خاصه (٧) بالسويه، لما تقدم من أن الأب مقدّم على الأم و أما الأولاد فعلى أصل الوجوب من غير ترجيح (٨)، مع احتمال تقديم الذكور نظرا إلى الخطاب في الأمر بها (٩) بصيغه المذكر (١٠).

(و يجبر الحاكم الممتنع عن الانفاق) (١١) مع وجوبه عليه (١٢) (و إن كان له) (١) أو تقديم الولد على الأم، فعلى الأول فالأم كالأب تشارك الولد لاتحاد رتبة الأم و الأب فتشاركه و به قطع العلامه فى التحرير، و تردد به فى القواعد، و على الثانى من كون ولد العاجز مقدما على الجد، و الجد مقدم على الأم فيكون الولد أولى بالتقديم لأن المقدم على المقدم مقدم، فلا تشاركه الأم فى تحمّل النفقه.

(٢) دليل مشاركته للأم للولد.

(٣) دليل عدم مشاركته للأم للولد، بل يقدم الولد عليها.

(٤) أى الجد.

(٥) أى الولد.

(٦) أى أبو العاجز، و أولاده من ذكر و بنت.

(٧) دون الأم.

(٨) أى ترجيح الذكر على الأنثى.

(٩) بالنفقة.

(١٠) و هو لبعض العامه، و قد تقدم.

(١١) من ماطل بالنفقة الواجبه بلا فرق بين نفقه القريب و نفقه الزوجه بعد اشتراكهما فى أصل الوجوب أجبره الحاكم على دفع الواجب من باب الحسبه فإن لم يكن فعدول المؤمنين و إلا ففساقهم، فإن امتنع من الدفع مع أمر الحاكم، تخير الحاكم بين حسبه و تأديبه لينفق بنفسه و بين أن يدفع الحاكم من ماله مقدار النفقه إن كان له مال ظاهر، و لو توقف الدفع المذكور على بيع شىء من ماله جاز، لأن حق النفقه واجب فكانت فى ذلك كالدين.

و لو كان المنفق غائبا تولى الحاكم الإنفاق من ماله الحاضر و لو توقف على البيع المذكور، لأن الحاكم ولى الغائب كما أنه ولى الممتنع.

و يجوز للحاكم فى الصورتين أن يأذن للمنفق عليه فى الاستدانه و الانفاق ثم يرجع على الممتنع أو الغائب.

(١٢) أى مع وجوب الإنفاق على الممتنع.

ص: ٦٣٩

(مال) يجب صرفه في الدين (١) (باعه الحاكم) إن شاء (٢) (وأنفق منه) (٣). وفي كيفية بيعه وجهان: أحدهما أن يبيع كل يوم جزء بقدر الحاجة. والثاني: أن لا يفعل ذلك (٤)، لأنه يشق، ولكن يقتضيه عليه (٥) إلى أن يجتمع ما يسهل بيع العقار له (٦) والأقوى: جواز الأمرين. ولو تعذرا (٧) فلم يوجد راغب في شراء الجزء اليسير ولا مقرض ولا بيت مال يقتضيه منه جاز يبيع أقل ما يمكن بيعه (٨)، وإن زاد عن قدر نفقه اليوم، لتوقف الواجب عليه (٩).

الثالث في نفقه الملك

(الثالث الملك: وتجب النفقه (١٠) على الرقيق ذكرا وأنثى وإن كان أعمى وزمنا (١) بحيث لا يكون من المستثنيات المشهورة في وجوب قضاء الدين كالثياب والخادم.

(٢) وإن شاء حبسه لينفق بنفسه من ماله.

(٣) من ثمن المبيع.

(٤) من البيع كل يوم بقدر الحاجة.

(٥) أي يقتضيه المنفق عليه على المنفق.

(٦) للمنفق.

(٧) من بيع الجزء اليسير ومن الإقراض.

(٨) بتمامه.

(٩) على بيع تمام الأقل.

(١٠) لا خلاف في أنه تجب النفقه على ما يملكه الإنسان من رقيق وبهيمه، وإن كان لكل منهما أحكام تخصه، أما العبد والأمة فنفتقتهما على مولاها بالاتفاق، للأخبار.

منها: صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (خمسة لا يعطون من الزكاة شيئا: الأب والأم والولد والمرأة والمملوك، ذلك لأنهم عياله لازمون له) (١)، وخبر أبي الصلت عنه عليه السلام (خمسة لا يعطون من الزكاة: الولد والوالدان والمرأة والمملوك، لأنه يجبر على النفقه عليهم) (٢) والنبوي (للملوك طعامه وكسوته بالمعروف) (٣) ومقتضى إطلاق هذه الأخبار عدم الفرق في المملوك بين الصغير والكبير والصحيح والأعمى، والقن والمدبر وأم الولد والمكاتب، والمنتفع به وغيره، والمرهون والمستأجر والكسوب وغيرهم، نعم في الكسوب مولاة بالخيار في الإنفاق عليه من خاصه ماله أو من كسب نفس المملوك الذي هو أحد أموال المولى، نعم لو قصر كسب العبد وجب التمام على السيد، ولو زاد أخذه-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب المستحقين للزكاة حديث ١ و ٤.

٢- (٣) سنن البيهقي، ج ٨ ص ٦.

(و البهيمة) بالعلف و السقى، حيث تفتقر (١) إليهما، و المكان من مراح (٢) و اصطبل (٣) يليق بحالها (٤)، و إن كانت (٥) غير منتفع بها أو مشرفه على التلف، و منها (٦) دود القز، فيأثم بالتقصير فى إيصاله (٧) قدر كفايته، و وضعه (٨) فى مكان يقصر عن -المولى له، و مقتضى هذه الأدله عدم التقدير لنفقة المملوك فى الشرع، بل الواجب قدر كفايته و سدّ خلته من أطعم و أدم و كسوه. و أما البهيمة فنفتقتها على مالكها ففى خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (للدابه على صاحبها سته حقوق، لا يحملها فوق طاقتها، و لا- يتخذ ظهرها مجلسا يتحدث عليها، و يبدأ بعلفها إذا نزل، و لا يشتمها و لا يضربها فى وجهها فإنها تسبح، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به) (١)، و خبره الآخر بإسناده عن رسول الله عليه السّلام (للدابه على صاحبها خصال، يبدأ بعلفها إذا نزل، و يعرض عليها الماء إذا مرّ به، و لا يضرب فى وجهها، فإنها تسبح بحمد ربها، و لا يقف على ظهرها إلا فى سبيل الله، و لا يحملها فوق طاقتها، و لا يكلفها من الشىء إلا ما تطيق) ٢، و النبوى (اطلعت ليله أسرى بى على النار فرأيت امرأه تعذب فسألت عنها فقيل: إنها ربطت هره و لم تطعمها و لم تسقها و لم تدعها تأكل من حشاش الأرض حتى ماتت فعذبها بذلك) (٢) و النبوى الآخر (و أطلعت على الجنه فرأيت امرأه مومسه - يعنى زانيه - فسألت عنها فقيل: إنها مرّت بكلب يلهث من العطش فأرسلت إزارها فى بئر فعصرته فى حلقة حتى روى فغفر الله لها) (٣).

و مقتضى هذه الأخبار عدم التقدير للنفقة، بل الواجب القيام بكل ما تحتاجه الدابه من أكل و سقى و مكان و جلّ و نحو ذلك مما يختلف باختلاف المكان و الزمان، نعم يكفى فى إطعامها تخليتها ترعى من خصب الأرض فإن اجتزأت بالرعى و إلا علفها.

(١) أى البهيمة.

(٢) بالضم المأوى الذى يبيت فيه الإبل و الغنم و البقر.

(٣) مأوى الدابه من الفرس و البغال و الحمير.

(٤) بحال البهيمة.

(٥) أى البهيمة.

(٦) من البهيمة - التى يجب الإنفاق عليها.

(٧) أى الايصال إلى دود القز، فهو من باب إضافه المصدر إلى مفعوله.

(٨) أى و يأثم بوضعه.

ص: ٦٤١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أحكام الدواب حديث ٦ و ١ من كتاب الحج.

٢- (٣) كنز العمال ج ٨ ص ١٧٣ رقم الحديث ٣٠٠١.

٣- (٤) كنز العمال ج ٣ ص ٢٧٧ رقم الحديث ٤٥٤٨.

صلاحيته له بحسب الزمان، و مثله (١) ما تحتاج إليه البهيمة مطلقا (٢) من الآلات حيث يستعملها (٣)، أو الجل لدفع البرد و غيره حيث يحتاج إليه (٤).

و لو كان للرقيق كسب جاز للمولى أن يكله إليه (٥)، فإن كفاه) الكسب بجميع ما يحتاج إليه من النفقه (اقتصر عليه، و إلا يكفه أتم له) (٦) قدر كفايته وجوبا (و يرجع في جنس ذلك (٧) إلى عاده مما ليك أمثال السيد من أهل بلده) بحسب شرفه وضعته، و اعتباره، و يساره (٨)، و لا- يكفى سائر العوره في اللباس ببلادنا و إن اكتفى به (٩) في بلاد الرقيق، و لا فرق (١٠) بين كون نفقه السيد على نفسه دون (١١) الغالب في نفقه (١٢) الرقيق عاده تقريبا (١٣) أو بخلا- أو رياضه، و فوقه (١٤)، فليس له (١٥) الاقتصار به (١٦) على نفسه في الأول (١٧)، و لا عبره في (١) أى و مثل العلف و السقى و المكان.

(٢) من أى حيوان كان.

(٣) أى يستعمل للبهيمه، فلو كان استعمالها متوقفا على آله، و قد استعمالها بدون هذه الآله بحيث أوجب الاضرار بالبهيمه فيحرم.

(٤) إلى الجلّ.

(٥) أى أن يكل الرقيق إلى كسبه.

(٦) أى أتم المولى للعبد نفقته.

(٧) أى في جنس كفايه العبد.

(٨) لما هو المعروف من كفايه العبد بحسب حال مولاه.

(٩) بسائر العوره.

(١٠) أى إذا كان السيد يأكل و يلبس دون المعتاد بخلا أو رياضه لزمه رعايه الغالب للرقيق، فليس له الاقتصار على ما اقتصر هو عليه.

(١١) أى كان نفقه السيد دون الغالب.

(١٢) جار و مجرور متعلقان بقوله (و لا فرق).

(١٣) متعلق بكون نفقه السيد دون الغالب.

(١٤) أى فوق الغالب.

(١٥) للسيد.

(١٤) بالعبد.

(١٧) أى فيما لو كانت نفقه السيد على نفسه دون الغالب، و كذلك لا يجب الانفاق على العبد بالمقدار الذى ينفقه على نفسه، بل المدار فى نفقه العبد على الغالب لامثاله.

ص: ٦٤٢

الكفيه بالغالب بل تجب الكفاه لو كان الغالب أقل منها (١)، كما لا يجب الزائد لو كان فوقها (٢) وإنما تعتبر فيه (٣) الكفيه.

(و يجبر السيد على الإنفاق أو البيع) مع إمكانهما (٤)، وإلا- أجبر على الممكن منهما خاصة، و في حكم البيع: الإجاره (٥) مع شرط النفقه على المستأجر.

و العتق (٦)، فإن لم يفعل (٧) باعه الحاكم أو آجره، و هل يبيعه شيئاً فشيئاً أو يستدين عليه (٨) إلى أن يجتمع شيء فيبيع ما يفي به؟ الوجهان (٩).

(١) من الكفيه.

(٢) أى لو كان الغالب فوق الكفيه.

(٣) فى الغالب، هذا و يستحب أن يطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس للنبوى (اخوانكم حولكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل و يلبسه مما يلبس) (١) و النبوى الآخر (إذا جاء أحدكم خادمه بطعامه و قد كفاه حرّه و عمله فليقلعه فليأكل معه، و إلا فليأكله أكله من طعام) (٢)، و النبوى الثالث (إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حرّه و دخانه فليدعه فليجلسه معه، فإن أبى فليروغ له اللقمه و اللقمتين) (٣).

(٤) أى إمكان الانفاق و البيع، هذا و اعلم أنه إذا امتنع المولى من الانفاق على المملوك مع قدرته عليه و لو بالكسب أجبره الحاكم على الانفاق أو البيع، و مع تعذر أحدهما يتعين الثانى كما هو الشأن فى كل واجب مخير، بلا فرق فى ذلك بين القن و المدبر لاشتراك الجميع فى المملوكيه، نعم أم الولد يجبر على الانفاق عليها خاصة و مع تعذره لفقره و تعذر الانفاق عليها من بيت المال و نحوه لم يجب تعجيل عتقها كما لا- يجب عتق غيرها من الرقيق، و لكن هل يجوز بيعها أو لا، و جهان فلا يجوز لعموم النهى عن بيع أم الولد، و يجوز لأن عدم بيعها موجب لهلاك نفسها.

و المكاتب نفقته تسقط عن مولاه و تثبت فى كسبه، بلا فرق بين المطلق و المشروط.

(٥) أن يؤجر العبد.

(٦) أى و فى حكم البيع العتق.

(٧) أى المولى شيئاً من الانفاق و لا البيع و لا الإجاره و لا العتق.

(٨) على العبد.

(٩) أى الوجهان السابقان فى نفقه الأقرار.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من کتاب العتق حدیث ٨.

٢- (٢) کنز العمال ج ٥ ص ١٧ رقم الحدیث ٣٧٤.

٣- (٣) سنن البیهقی ج ٨ ص ٨.

(و لا- فرق) (١) فى الرقيق (بين القرن)، و أصله الذى ملك هو و أبواه، و المراد هنا: المملوك الخالص غير المتشبه بالحرية بتدبير، و لا- كتابه، و لا- استيلاء (و المدبر، و أم الولد) لاشتراك الجميع فى المملوكيه و إن تشبه الأخيران بالحرية، و أما المكاتب فنفته فى كسبه و إن كان مشروطاً أو لم يؤد شيئاً.

(و كذا يجبر على الإنفاق على البهيمه المملوكه إلا أن تجتزى بالرعى) (٢) و ترد الماء بنفسها فيجتزى به (٣) فيسقطان عنه (٤) ما دام ذلك (٥) ممكناً (فإن امتنع (٦) أجبر على الإنفاق) عليها (أو البيع أو الذبح إن كانت) البهيمه (مقصوده بالذبح) و إلا (٧) أجبر على البيع أو الإنفاق صوتاً لها عن التلف، فإن لم يفعل نائب الحاكم عنه فى ذلك (٨) على ما يراه و تقتضيه الحال، و إنما يتخير (٩) مع إمكان الأفراد (١٠) و إلا تعين الممكن منها (و إن كان لها ولد (١١) وقر عليه من لبنها ما يكفيه) و جوبا و حلب ما يفضل منه خاصة (إلا أن يقوم بكفايته) من غير اللبن حيث يكتفى به (١٢).

(١) أى و لا فرق فى الحكم المذكور من إجبار السيد على الانفاق أو البيع.

(٢) قد تقدم.

(٣) بالرعى.

(٤) أى فيسقط العلف و السقى عن المالك.

(٥) أى الرعى و الورود.

(٦) أى امتنع المالك من الانفاق على البهيمه و لو بالتخليه للرعى الكافى لها أجبره الحاكم على البيع أو الذبح، إن كان مذكاه بحيث يقصد بالذبح لحمها أو جلدها، و إن لم تكن كذلك أجبره الحاكم على الانفاق عليها أو البيع حفظاً للنفس من الهلاك.

(٧) و إن لم تكن البهيمه مقصوده بالذبح.

(٨) من البيع أو الذبح أو الانفاق، لأنه ولى الممتنع.

(٩) المالك أو الحاكم.

(١٠) المذكوره من الانفاق و البيع و الذبح.

(١١) لو كان للبهيمه ولد وقر عليه من لبنها قدر كفايته، لكون نفقته عليه، و له الفاضل بعد ذلك، إلا أن يجتزى الولد بغير ذلك من الرعى أو العلف كلا أو بعضاً فيجوز حينئذ أخذ اللبن كلا أو بعضاً.

(١٢) بغير اللبن.

و بقى من المملوك: ما لا- روح فيه كالزراع و الشجر مما يتلف بترك العمل (١)، و قد اختلف فى وجوب عمله. ففى التحرير: قَرَّب الوجوب من حيث إنه تضييع للمال فلا يقَرَّ عليه (٢). و فى القواعد: قطع بعدمه (٣) لأنه (٤) تنميه للمال فلا تجب (٥) كما لا يجب تملكه (٦)، و يشكل بأنَّ ترك التملك لا يقتضى الإضاعة بخلاف التنميه التى يوجب تركها فواته (٧) رأساً، أما عماره العقار فلا تجب (٨)، لكن يكره تركه إذا أدى إلى الخراب.

(١) أكثر السقى.

(٢) على ترك العمل من السقى، بل يجبر عليه صونا للمال من الضياع.

(٣) بعدم وجوب العمل.

(٤) أى العمل من السقى و نحوه.

(٥) أى التنميه.

(٦) تملك الزرع و الشجر.

(٧) فوات المال، هذا و الأشهر كما فى المسالك عدم وجوب العمل، للأصل و السيره مع عموم (تسلط الناس على أموالهم) (١)، و لكن بشرط أن لا يدخل بذلك فى السفهاء فيجب.

(٨) أى لا- تجب عمارتها بلا- خلاف فيه، و عمارتها بزراع أو غرس و نحوهما، نعم فى القواعد: لو ملك أرضاً لم يكره له ترك زراعتها، و فى المسالك و الروضه: الجزم بالكراهه إذا أدى إلى الخراب، و فيه: منع كراهه هذا التضييع.

ص: ٦٤٥

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه. شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره X-۳۱-۸۲۲۰-۹۶۴ : ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۲-۸ : ج. ۲، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۳-۶ : ج. ۳، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۴-۴ : ج. ۴، چاپ سوم ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۵-۲ : ج. ۵، چاپ سوم ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۶-۰ : ج. ۶، چاپ سوم ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ج. ۶، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۷-۹ : ج. ۷، چاپ سوم ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ج. ۷، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۸-۷ : ج. ۸، چاپ سوم ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ سوم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۸۲۲۰-۳۹-۵ : ج. ۹، چاپ سوم ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ سوم) ؛ ج. ۹، چاپ سوم ۸۲۲۰-۴۰-۹ : ج. ۹، چاپ سوم ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم)

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه الدمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/٣/ش٩ل١٠٢١٢ ١٣٨٥

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ١٠٣٣٥٦٠

ص: ١

اشاره

(كتاب الطلاق (١) و هو إزاله قيد النكاح بغير عوض (٢) بصيغه «طالق» (٣) (و فيه فصول).

الفصل الأول فى أركانه

((الفصل الأول) (فى أركانه و هى) أربعه (الصيغه، و المطلق، و المطلقه، و الاشهاد) على الصيغه،

فى اللفظ الصريح

(و اللفظ الصريح) من الصيغه (٤) (أنت، أو هذه، أو فلانه) و يذكر (١) هو لغه حلّ القيد، و يطلق على الإرسال و الترك فيقال: ناقه طالق أى مرسله ترعى حيث تشاء، و طلّقت القوم إذا تركتهم، و شرعا إزاله قيد النكاح بصيغه طالق و شبهها.

(٢) ليخرج الخلع و المباره، فإنهما بعوض.

(٣) ليخرج الفسخ بالعيب و التديس.

(٤) لا إشكال و لا خلاف فى أن النكاح بعد وقوعه عصمه مستفاده من الشرع و لا تزول إلا بما جعلها الشارع رافعا لها، فيجب التوقف على موضع الرفع و الاذن، و لا ريب أن الطلاق قد شرّع للرفع فيلزم فى الطلاق الاقتصار فيه على المأذون الشرعى فقط، هذا و البحث فى ثلاث جهات.

(الأولى): المشهور على تعيين الزوجه المطلقه لفظا أو نيه، و إلا فمع عدم التعيين لا طلاق لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن رجل قال لامرأته: أنت علىّ حرام أو بائه أو بته أو بريه أو أو خليّه، قال عليه السّلام: هذا كله ليس بطلاق، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى، يريد بذلك الطلاق، و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (١)، و هو ظاهر فى اعتبار اليقين، و خبر محمد بن أحمد بن مطهر (كتبت إلى أبى الحسن صاحب العسكر عليه السّلام: إنى تزوجت أربعه نسوه و لم أسأل عن أسمائهن ثم إنى أردت طلاق إحداهن و تزويج امرأه أخرى؟ فكتب عليه السّلام: أنظر إلى علامه إن كانت بواحد منهن فتقول: اشهدوا أن فلانه التى بها علامه كذا و كذا هى طالق، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العده) (٢)، و هو نص فى التعيين.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٣.

اسمها، أو ما يفيد التعيين، (أو زوجتي (١) مثلاً طالق). و ينحصر عندنا في هذه اللفظه (٢) (فلا- يكفى أنت طلاق) و إن صح إطلاق المصدر على اسم الفاعل و منهما تعرف ضعف ما عن الشيخ في المبسوط و ابن البراج و المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد و الشهيد في شرح القواعد عدم الاعتبار، فلو كان له زوجتان و قال: إحدى زوجتي طالق، و لم ينو طلاق واحده معينه صح و تستخرج بالقرعه كما عليه المحقق في الشرائع، لأن القرعه لكل أمر مشكل، أو يرجع إلى تعيينه كما عليه العلامه في القواعد.

و التعيين إما باسمها لفظا المميز لها عن غيرها، أو بالإشاره الرافعه للاشتراك، أو بذكر زوجتي حيث لا غيرها، و سيأتى البحث في الجهتين الباقيتين.

(١) حيث لا يكون غيرها.

(٢) الجبهه الثانيه من البحث أن صيغه الطلاق منحصره في ماده الطلاق على المشهور، فلو قال الزوج: أنت خليه من الزوج أو بريئه منه أو حبلك على غاربك أو ألقى بأهلك أو بائه أو حرام أو بته، أى مقطوعه الزوجيه، أو بتله أى متروكه النكاح، أو اغربى عنى أو اذهبى أو اخرجى و ما شابه من هذه الألفاظ غير ماده الطلاق لم يقع الطلاق سواء نوى الطلاق أم لا، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل قال لامرأته: أنت على حرام أو بائه أو بته أو بريه أو خليه، قال عليه السلام: هذا كله ليس بشىء، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى يريد بذلك الطلاق و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قال لامرأته: أنت منى خليه أو بريه أو بته أو بائن أو حرام؟ قال عليه السلام: ليس بشىء) (٢) و مثلها غيرها.

و عن ابن الجنيد و الشارح فى المسالك وقوعه بلفظ (اعتدى) لصحيح محمد بن مسلم المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (الطلاق أن يقول لها: اعتدى أو يقول لها: أنت طالق) (٣)، و الأول قد رواه العلامه فى المختلف كما عن جامع البنزطى بدون لفظ (اعتدى)، و هما موافقان للعامه و معارضان بما دل على الحصر بماده الطلاق كخبر ابن

ص: ٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

و قصده (١) فصار (٢) بمعنى طالق وقوفا (٣) على موضع النص، و الاجماع، و استصحابا للزوجيه، و لأن المصادر إنما تستعمل في غير (٤) موضوعها مجازا و إن كان في اسم الفاعل شهيرا. و هو (٥) غير كاف في استعمالها (٦) في مثل سماعه قال: (ليس الطلاق إلا- كما روى بكير بن أعين أن يقول لها و هي طاهر من غير جماع: أنت طالق، و يشهد شاهدي عدل، و كل ما سوى ذلك فهو ملغى)(١).

و منه تعرف ضعف ما عن الشهيد من توسعه صيغه الطلاق لتشمل الكتابات الظاهره في إرادته معنى الطلاق، و من توسعه ليشمل الألفاظ الصريحه في الطلاق كالتسريح و الفراق و ما شاكل تمسكا بعموم الأدله الداله على الطلاق من غير تقييد.

و الجبهه الثالثه من البحث أن تكون الصيغه بالجملة الاسميه على نحو (أنت طالق) أو زوجتي أو هذه بما يفيد التعيين، فلا يكفي: أنت طلاق أو مطلقه و ما شاكل ذلك، و خالف الشيخ في موردين:

الأول: إنه يقع الطلاق بقوله: أنت مطلقه كما عن المبسوط.

الثاني: إنه يقع الطلاق ما لو سئل الزوج هل طلقت امرأتك فيقول: نعم، و وافقه في الثاني بعض أتباعه و العلامه و المحقق و صاحب الحدائق.

و يشهد للمشهور النصوص الحاصره لصيغه الطلاق بصيغه (طالق) مع إضافه ما يعين المطلقه، و لم يستدل الشيخ على ما ذهب إليه من وقوعه بلفظ (أنت مطلقه، مع أنه أشبه بالإخبار منه إلى الإنشاء.

نعم استدل الشيخ و تابعوه في المورد الثاني بخبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (في الرجل يقال له: أطلقت امرأتك؟ فيقول: نعم، قال عليه السلام: قد طلقها حيثئذ)(٢)، و هو مع ضعف سنده غير صالح لمعارضه ما تقدم من النصوص الداله على الحصر.

(١) أي قصد اسم الفاعل من المصدر

(٢) أي المصدر.

(٣) تعليل لعدم كفايه المصدر.

(٤) و هو الأعيان هنا.

(٥) أي المجاز المشهور.

(٦) استعمال المصادر.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٦.

الطلاق (١).

و لا- من المطلقات،(و لا مطلقه (٢)، و لا طَلَّقت (٣) فلانه على قول مشهور) لأنه (٤) ليس بصريح فيه (٥)، و لأنه إخبار، و نقله (٦) إلى الإنشاء على خلاف الأصل فيقتصر فيه (٧) على موضع الوفاق، و هو صيغ العقود فاطراده (٨) فى الطلاق قياس، و النص دلّ فيه (٩) على طالق، و لم يدل على غيره فيقتصر عليه (١٠)، و منه يظهر جواب ما احتج به القائل بالوقوع و هو الشيخ فى أحد قوليه استنادا إلى كون صيغه الماضى فى غيره (١١) منقوله إلى الإنشاء، و نسبه المصنف البطلان إلى القول مشعر بميله إلى الصحة.

(و لا عبره) عندنا (بالسراح و الفراق) و إن عبّر عن الطلاق بهما فى القرآن الكريم بقوله: أَوْ تَشْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (١٢)، أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ (١٣)، لأنهما عند الإطلاق لا يطلقان عليه (١٤) فكانا كناية عنه، لا صراحه فيهما. و التعبير بهما (١٥) لا يدل على جواز ايقاعه بهما.

(١) لأنه أمر توقيفى.

(٢) ردّ على الشيخ.

(٣) لم أجد من خالف فيه إلا- ما نسبه الشارح هنا إلى الشيخ فى أحد قوليه، مع أنه فى المسالك قد جزم بأن الشيخ لا يقول بالصحة فيه.

(٤) أى القول الأخير (طلّقت فلانه).

(٥) فى الطلاق.

(٦) أى نقل الأخبار فى صيغه الماضى.

(٧) فى النقل.

(٨) أى اطراد النقل.

(٩) فى الطلاق.

(١٠) على الطلاق.

(١١) غير الطلاق.

(١٢) سورة البقره آيه: ٢٢٩.

(١٣) سورة الطلاق آيه: ٣٠.

(١٤) على الطلاق.

(١٥) عن الطلاق كما ورد في القرآن.

ص: ١٠

(و) كذا (الخليه و البريه) و غيرهما من الكنايات كالبته، و البتله، و حرام، و بائن، و اعتدى (و إن قصد الطلاق) لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعا ما يزيله.

في طلاق الأخرس

(و طلاق الأخرس بالإشارة) المفهمه له (١)، (و القاء القناع) على رأسها (١) للطلاق، اعلم أن المشهور على اشتراط العريهه في صيغه الطلاق، لأن الأصل عصمه الفروج و استصحاب حكم العقد إلى أن يثبت المزيل، و المتيقن من المزيل هو الطلاق بالعريهه كما هو الوارد في النصوص الحاصره المتقدمه.

و عن الشيخ في النهايه و جماعه الاجتراء بغير العريهه مما هو مرادف لصيغه (أنت طالق) لخبر وهب بن وهب المعروف بالكذب عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السّلام (كل طلاق بكل لسان فهو طلاق) (١)، و هو مع ضعف السند لا- جابر له، ثم لا يقع الطلاق بالإشارة بلا خلاف فيه، للأصل و ظاهر النصوص السابقه الداله على حصر الطلاق بالصيغه، إلا مع العجز عن النطق، فيقع حينئذ بالإشاره المفهمه لإرادته إنشاء الطلاق، و لذا يصح طلاق الأخرس و عقده و إيقاعه بالإشاره الداله على ذلك بلا إشكال و لا خلاف، للأخبار.

منها: صحيح البنظي عن أبي الحسن الرضا عليه السّلام (عن الرجل تكون عنده المرأه يصمت و لا يتكلم، قال: أخرس هو؟ قلت: نعم، و يعلم منه بغض لامرأته و كراهه لها، أ يجوز أن يطلق عنه و لئيه؟ قال: لا) و لكنه يكتب على ذلك، قلت: فإنه لا يكتب و لا- يسمع كيف يطلقها؟ قال: بالذى يعرف به من أفعاله، مثل ما ذكرت من كراهته و بغضه لها) (٢)، و خبر السكوني (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها و يعتزلها) (٣)، و خبر أبان بن عثمان (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن طلاق الأخرس؟ قال: يلفّ قناعها على رأسها و يجذبه) (٤)، و خبر يونس (فى رجل أخرس كتب فى الأرض بطلاق امرأته، قال: إذا فعل فيها قبل الطهر بشهور و فهم عنه كما يفهم عن مثله، و يريد الطلاق، جاز طلاقه على السّنة) (٥)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها و يضعها على رأسها ثم يعتزلها) (٦).

نعم فى صحيح البنظي تقديم الكتابه على الإشاره، و لأنها أضبط و أدل على المراد و لذا

ص: ١١

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣ و ٢ و ٤ و ٥.

ليكون (١) قرينه على وجوب سترها منه (٢)، و الموجود في كلام الأصحاب الإشاره خاصه (٣)، و في الروايه (٤) القاء القناع فجمع المصنف بينهما (٥)، و هو (٦) أقوى دلاله.

و الظاهر أن القاء القناع من جمله الإشارات، و يكفي منها (٧) ما دلّ على قصده (٨) الطلاق كما يقع غيره من العقود، و الايقاعات، و الدعاوى، و الأقارير.

في أنه لا يقع الطلاق بالكتب

(و لا يقع) الطلاق (بالكتب) (٩)

قدمها ابن إدريس على الإشاره، و عن الصدوقين اعتبار إلقاء القناع على رأس المرأه حتى يرى أنها قد حرمت عليه تبعا للوارد في خبر السكوني و خبر أبان و خبر أبي بصير، و منهم من خيّر بين الإشاره و بين إلقاء القناع، و منهم من جمع بينهما، و الحق الاكتفاء بالإشاره المفهمه لصحيح البنظي الدال على كفايه كل فعل يعرف به، مع حمل إلقاء القناع على أنه من جمله أفراد الإشاره.

(١) الإلقاء.

(٢) أي وجوب ستر المرأه من الأخرس.

(٣) من دون ذكر إلقاء القناع، و لكن قد عرفت كلام الصدوقين من الحصر بالإلقاء.

(٤) قد تقدم ذكرها، و قد عرفت صحيح البنظي الدال على كفايه مطلق الإشاره.

(٥) بين الإشاره و إلقاء القناع.

(٦) أي الجمع.

(٧) من الإشاره.

(٨) بلا حاجه إلى الجمع بين الإشاره و الإلقاء.

(٩) لا- خلاف في عدم وقوع الطلاق بالكتابه من الحاضر القادر على النطق، كما أنه لا- خلاف من وقوع الطلاق بالكتابه من الحاضر العاجز عن النطق على ما تقدم دليله في طلاق الأخرس، و إنما الخلاف في صحه الطلاق بالكتابه من الغائب عن زوجته إذا كان قادرا على النطق، و المشهور على العدم و هو مذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف مدعيا عليه الإجماع، و يشهد لهم صحيح زراره (قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل كتب بطلاق امرأته أو عتق غلامه ثم بدا له فمحاها، قال عليه السلام: ليس ذلك بطلاق و لا عتاق حتى يتكلم به) (١)، و صحيحه الآخر المضمّر (سألته عن رجل كتب إلى امرأته بطلاقها أو كتب بعق مملوكه و لم ينطق به لسانه، قال: ليس بشيء حتى ينطق به) ٢.

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ١.

بفتح الكاف مصدر كتب كالكتابه (١) من دون تلفظ ممن يحسنه (٢)(حاضرا) كان الكاتب،(أو غائبا) على أشهر القولين (٣)، لأصالة بقاء النكاح، و لحسنه (٤) محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «إنما الطلاق أن يقول: أنت طالق» الخبر، و حسنه (٥) زراره عنه عليه السلام في رجل كتب بطلاق امرأته قال: «ليس ذلك بطلاق».

و للشيخ قول بوقوعه به (٦) للغائب، دون الحاضر، لصحيحه أبي حمزه الثمالي عن الصادق عليه السلام «في الغائب لا يكون طلاق حتى ينطق به لسانه، أو يخطه بيده، و هو يريد به الطلاق». و حمل (٧)

و عن الشيخ في النهايه وقوعه، و تبعه عليه ابنا حمزه و البراج و الشارح في المسالك لصحيح أبي حمزه الثمالي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قال لرجل: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، أو اكتب إلى عبدى بعته، يكون ذلك طلاقا أو عتقا؟

قال عليه السلام: لا يكون طلاقا و لا عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده و هو يريد الطلاق أو العتق، و يكون ذلك منه بالأهله و الشهور، و يكون غائبا عن أهله(١).

هذا و قال في المسالك: (و أجيب بحمله على حاله الاضطرار و يكون لفظه (أو) للتفصيل لا- للتخيير، و فيه نظر، لأن الروايه صريحه في أن المطلق يقدر على التلفظ، لأنه قال: اكتب يا فلان إلى امرأتي بطلاقها، فلا وجه لحمله على حاله الاضطرار، لأن من قدر على هذا اللفظ قدر على قول: هي طالق) انتهى، هذا و قد حمل صحيح الثمالي على التقيه لموافقته العامه الذين أوقعوا الطلاق بالكتابه كالكنايه، لأنها أحد الخطابين و أحد اللسانين المعربين عما في الضمير، و منه تعرف ضعف ترجيح الشارح لهذا الخبر كما في المسالك.

(١)فهي أيضا مصدر.

(٢)أى يحسن التلفظ.

(٣)في الغائب.

(٤)قد جعلها حسنه لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم و هو ممن لم يمدح و لم يذم، و قد تقدم ذكرها عند البحث في ماده الصيغه و جعلناها صحيحه، لأنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٥)كذلك حسنه عنده لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم، و نحن قد جعلناها صحيحه لما تقدم.

(٦)أى بوقوع الطلاق بالكتب.

(٧)أى الصحيح المذكور.

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

على حاله الاضطرار جمعا (١).

ثم على تقدير وقوعه (٢) للضرورة (٣)، أو مطلقا (٤) على وجه (٥) الشاهدين لكتابتها (٦)، لأن ذلك (٧) بمنزله النطق بالطلاق فلا يتم إلا بالشاهدين، وكذا يعتبر رؤيتهما (٨) إشاره العاجز، (و لا بالتخيير (٩) للزوجه بين الطلاق (١) أى جمعا بين الأخبار، وقد عرفت ما فى هذا الجمع.

(٢) أى وقوع الطلاق بالكتابة.

(٣) كما هو مقتضى الجمع.

(٤) من غير التقييد بالضرورة كما هو مذهب الشيخ.

(٥) وهو حال غياب الزوج عن زوجته، هذا واعلم أنه على القول بالاكْتفاء بالكتابة فلا بد أن يكتب الطلاق بخطه حتى يقع كما صرح بذلك فى الصحيح المتقدم حيث قال عليه السّلام (لا يكون طلاقاً أو عتقا حتى ينطق به لسانه أو يخطه بيده)، و عليه فلا يكفى كتابه غيره و إن أمره بذلك، ثم على القول فلا بد من قصد الطلاق بالكتابة مع حضور شاهدين يشاهدان الكتابة، و لكن هل يشترط رؤيتهما حال الكتابة أم تكفى روايتهما للكتابة و لو بعد الانتهاء منها وجهان، و استجود الشارح الأول، لأن الطلاق بالكتابة كالطلاق باللفظ، و كما تعتبر الشهادة حين النطق فتعتبر كذلك حين الكتابة لا بعدها.

(٦) أى حاله الكتابة.

(٧) أى الطلاق بالكتابة.

(٨) أى رؤيه الشاهدين لإشاره العاجز حال صدورهما.

(٩) إذا خير الزوج زوجته بين الطلاق و البقاء، فإنه يقع الطلاق لو اختارت نفسها و الفراق كما عند العامه، و قد اختلفت فيه كلمات أصحابنا، و الأصل فيه قوله تعالى: يا أَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِّأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَ أُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً، وَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ الدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْراً عَظِيماً (١).

و المشهور على أن اختيار نفسها بقصد الطلاق بعد تخييره لها لا حكم له، لأن النكاح عصمه مستفاده من الشارح و لا ترفع إلا بما ثبت أنه رافع، و لا دليل هنا على كون التخيير المذكور رافعا، و للأخبار.

منها: موثق العيص بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل خير امرأته فاخترت

ص: ١٤

و البقاء، بقصد الطلاق (و إن اختارت نفسها فى الحال) على أصح القولين، لما نفسها بانته منه؟ قال عليه السّلام: لا إنما هذا شىء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خاصه، أمر بذلك ففعل، و لو اخترن أنفسهن لطلّقهن، و هو قول الله عزّ و جلّ: (قُلْ لَأَزْوَاجِكُمْ إِن كُنْتُمْ تُرْذَنّ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَ زِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمْتَعُكُنَّ وَ أَسِيرَحُكُنَّ سِيرَاحًا جَمِيلًا) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الخيار فقال: و ما هو و ما ذاك، إنما ذاك شىء كان لرسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) (٢)، و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل إذا خيّر امرأته قال: إنما الخيره لنا ليس لأحد، و إنما خيّر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لمكان عائشه، فاخترن الله و رسوله و لم يكن لهنّ أن يخرن غير رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم) (٣)، و خبره الثالث (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إنى سمعت أباك يقول: إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خيّر نساءه، فاخترن الله و رسوله فلم يمسكهنّ على طلاق، و لو اخترن أنفسهنّ لبنّ، فقال: إن هذا حديث كان يرويه أبى عن عائشه، و ما للناس و الخيار، إنما هذا شىء خصّ الله به رسوله) (٤) و مثلها غيرها.

و عن ابن الجنيد و ابن أبى عقيل و المرتضى و ظاهر الصدوق وقوع الفرقه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا خيّرهما و جعل أمرها بيدها فى قبل عدتها من غير أن يشهد شاهدين فليس بشىء، و إن خيّرهما و جعل أمرها بيدها بشهادة شاهدين فى قبل عدتها فهى بالخيار ما لم يتفرقا، فإن اختارت نفسها فهى واحده و هو أحق برجعتهما، و إن اختارت زوجها فليس بطلاق) (٥)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يخيّر امرأته أو أباهما أو أخاها أو وليها فقال: كلهم بمنزله واحده إذا رضيت) (٦)، و صحيح الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل قال لامرأته: قد جعلت الخيار إليك فاخترت نفسها قبل أن تقوم؟ قال عليه السّلام: يجوز ذلك عليه) (٧)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (قلت له: رجل خيّر امرأته، فقال: إنما الخيار ما دام فى مجلسهما فإذا تفرقا فلا خيار لها) (٨)، و صحيح حمران (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يقول: المخيره تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأن العصمه - بينهما خ ل - قد بانت منها ساعه كان ذلك منها و من الزوج) (٩) و مثلها غيرها من النصوص أيضا.

و قد رجّح الشارح فى المسالك الطائفة الثانية لأنها أكثر عددا و أصح سندا و أظهر دلالة،

ص: ١٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢ و ٣ و ١٤.

٣- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٦ و ١٧ و ١٢ و ١١.

مر (١)، و قول الصادق عليه السلام (٢) «ما للناس و الخيار إنما هذا شىء خصّ الله به رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم» و ذهب ابن الجنيد إلى وقوعه به (٣) لصحيحه حمران عن الباقر عليه السلام «المخيره تبين من ساعتها من غير طلاق» و حملت على تخييرها (٤) بسبب و فيه أن الترجيح للأولى لأن الترجيح بصفات الراوى إنما هو بعد الترجيح بالشهره، و بعد فقدان المرجح الدلائلى، و هنا تحمل الطائفه الثانيه على التقيه لموافقتها للعامه فلذا اعرض عنها المشهور، و قد حمل العلامه فى المختلف أخبار الوقوع على ما إذا طلقت بعد التخيير كما يشعر به قوله عليه السّلام فى موثق العيص المتقدم (و لو اخترن أنفسهن لطلقهن)، إلا أنه حمل غير سديد، لأن ذلك لا يقتضى كون التخيير على النور و أنه يقع فى المجلس كما فى خبر زراره المتقدم و غيره.

ثم على القول بوقوع الطلاق بهذا التخيير، فهل يقع رجعيًا كما فى صحيح محمد بن مسلم المتقدم و إليه ذهب ابن أبى عقيل، أو يقع بائنًا لخبر زراره عن أحدهما عليهما السلام قال:

(إذا اختارت نفسها فهى تطليقه بائنه، و هو خاطب من الخطاب، و إن اختارت زوجها فلا شىء) (١)، و خبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السّلام (لا ترث المخيره من زوجها شيئًا فى عدتها، لأن العصمه قد انقطعت فيما بينها و بين زوجها من ساعتها، فلا رجعه له عليها و لا ميراث بينهما) ٢، و قد نسب إلى بعضهم، و قد جمع ابن الجنيد بين الأخبار أنه إذا وقع التخيير بعوض كان بائنًا، و إلا كان رجعيًا.

و على القول بالوقوع فيقع الطلاق عند قولها: اخترت نفسى أو الفراق أو الطلاق كما هو ظاهر النصوص المتقدمه، و يشترط فيه ما يشترط فى الطلاق من عدم كونها فى الحيض و وقوعه فى طهر غير المواقعه و حضور شاهدين للتصريح به فى بعض الأخبار المتقدمه.

و على القول بالوقوع يشترط وقوع اختيار المرأة فى نفس مجلس الخيار و به أفتى ابن أبى عقيل، و يشهد له خبر زراره المتقدم، ثم هذا كله إذا لم يكن تخييره إياها على نحو التوكيل فى الطلاق إن شاءت، و إلا فيكون جائزًا عند من جوّز وكالة المرأة فيه.

(١) من أصاله بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل شرعا.

(٢) كما فى الخبر الثالث لمحمد بن مسلم المتقدم.

(٣) أى وقوع الطلاق بتخيير الزوجه.

(٤) أى تخيير الزوجه.

ص: ١٦

غير الطلاق كتدليس، و عيب جمعا (١).

فى أنه لا يقع الطلاق معلقا على شرط

(و لا معلقا (٢) على شرط) و هو (٣) ما أمكن وقوعه، و عدمه (٤) كقدوم المسافر، و دخولها الدار، (أو صفه) و هو (٥) ما قطع بحصوله عادة كطلوع الشمس و زوالها. و هو (٦) موضع وفاق منا، إلا أن يكون الشرط (٧) معلوم الوقوع له (٨) حال الصيغه (٩) كما لو قال: أنت طالق إن كان الطلاق يقع بك، و هو يعلم وقوعه على الأقوى (١٠)، لأنه (١١)

(١) لم أعر على من ذهب إلى هذا الحمل، على أن صريح أخبار الوقوع تنافيه.

(٢) أى و لا- يقع الطلاق معلقا على شرط، يشترط فى الطلاق تجرد صيغته عن الشرط، و هو ما أمكن وقوعه و عدمه كقدوم المسافر، و تجرده عن الصيغه، و هى ما قطع بحصولها عادة لطلوع الشمس، بلا خلاف فيه، و قد ادعى عليه الإجماع كما فى الانتصار و الإيضاح و التنقيح و السرائر، و ليس عليه نص خاص كما اعترف بذلك الشارح فى المسالك و غيره فى غيره، نعم استدل عليه فى الجواهر بظهور النصوص الحاصره عليه، و قد تقدم بعضها، و استدل عليه بأن التعليق مناف للجزم المعتبر فى الإنشاء فلذا اشترط التنجيز فى العقود و الإيقاعات مطلقا، و لأن النكاح أمر ثابت متحقق فلا يزول إلا بسبب متحقق، و هو وقوع الطلاق من غير تعليق، لأنه مع التعليق يكون سببا مشكوكا و الأصل عدمه.

(٣) أى الشرط.

(٤) أى و عدم الوقوع.

(٥) أى الصفه، و قد ذكر الضمير باعتبار المذكور.

(٦) عدم وقوع الطلاق معلقا.

(٧) و كذا الصفه، إلا أن يكون المراد بالشرط هنا الأعم.

(٨) للزوج.

(٩) بخلاف ما تقدم فالصفه غير واقعه حال الصيغه.

(١٠) ذهب الشيخ إلى البطلان نظرا إلى صورته الشرط و ردّ بأن التعليق على الشرط يبطل الصيغه من حيث عدم التنجيز، فلو علّقه على أمر حاصل حين الطلاق و هو عالم بالحصول فلا ينافى التنجيز حينئذ، بل الشرط المذكور لا يرد منه التعليق المنافى للتنجيز، بل مثله يساق لبيان إرادته الوقوع البتة كما فى قول القائل: أما بعد فإنى فاعل، و المعنى مهما يكن من شىء فإنى فاعل، و أى شىء يكن فى الدنيا.

(١١) أى الطلاق.

حينئذ (١) غير معلق، و من الشرط تعليقه (٢) على مشيئه الله تعالى (٣).

في تفسير الطلقة

(و لو فسر الطلقة بأزيد من الواحده (٤) كقوله: أنت طالق ثلاثا (لغا) (١) أي حين كون الشرط معلوم الوقوع للزوج حال الصيغه.

(٢) أي تعليق الطلاق.

(٣) نعم لا بأس بذلك إن كان للتبرك لا للتعليق.

(٤) لو فسر الطلقة باثنين أو ثلاثه كأن يقول: أنت طالق اثنين أو ثلاثه، فقد اتفقوا على عدم وقوع أكثر من طلقه واحده، و لكن هل يقع طلقه واحده كما عن الشيخ في النهايه و المرتضى في أحد قولييه و الحلبي و المحقق و العلامه و هو المشهور سيما عند المتأخرين، أو يقع الطلاق باطلا من أصله كما عن المرتضى في الانتصار و ابن أبي عقيل و ابني حمزه و سلار و يحيى بن سعيد، و استدلل للأول بجمله من الأخبار:

منها: صحيح أبي بصير الأسدي و محمد بن علي الحلبي و عمر بن حنظله جميعا عن أبي عبد الله عليه السّلام (الطلاق ثلاثا في غير عده إن كانت على طهر فواحد، و إن لم تكن على طهر فليس بشيء) (١)، و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السّلام (سألته عن الذي يطلق في حال طهر في مجلس ثلاثا؟ قال: هي واحده) (٢)، و خير عمرو بن البراء (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: إن أصحابنا يقولون: إن الرجل إذا طلق امرأته مره أو مائه مره فإنما هي واحده، و قد كان يبلغنا عنك و عن آبائك أنهم كانوا يقولون: إذا طلق مره أو مائه مره فإنما هي واحده، فقال عليه السّلام: هو كما بلغكم) (٣) و مثلها غيرها، و يؤيده الاعتبار لوجود المقتضى من وقوع الطلاق الواحد إذ قال: أنت طالق، مع عدم صلاحية التفسير للمانع، بل قوله (ثلاثا) تأكيد للطلاق، و لكن هذا الزائد ملغى لأن الثلاث تقع مع تخلل الرجعه و هي مفقوده في المقام. و استدلل للثاني أيضا بجمله من النصوص.

منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (من طلق ثلاثا في مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله عزّ و جلّ ردّ إلى كتاب الله عزّ و جلّ) (٤)، و مكاتبه عبد الله بن محمد إلى أبي الحسن عليه السّلام (روى أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السّلام في الرجل يطلق امرأته ثلاثا بكلمه واحده على طهر بغير جماع بشاهدين: أنه يلزمه تطليقه واحده، فوقع بخطه:

أخطأ على أبي عبد الله عليه السّلام، إنه لا يلزم الطلاق، و يردّ إلى الكتاب و السنه إن شاء الله) (٥) و مثلها غيرها.

ص: ١٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣ و ٧.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٨ و ١٩.

(التفسير) و وقع واحده، لوجود المقتضى و هو (١) أنت طالق، و انتفاء المانع، إذ ليس إلا الضميمة (٢) و هي (٣) تؤكده و لا تنافيه، و لصحيحه جميل (٤)، و غيرها فى الذى يطلق فى مجلس ثلاثا. قال: هي واحده.

و قيل: يبطل الجميع، لأنه (٥) بدعه لقول الصادق عليه السلام (٦): «من طلق ثلاثا فى مجلس فليس بشيء، من خالف كتاب الله ردّ إلى كتاب الله، و حمل (٧) على إرادته عدم وقوع الثلاث التى أرادها (٨).

و هي محموله على التقية كالأخبار الداله على وقوع الثلاث كخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا طلق الرجل المرأة قبل أن يدخل بها ثلاثا فى كلمه واحده فقد بانت منه و لا ميراث بينهما و لا رجعه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره (١).

و يؤيد هذا الجمع خبر أبى أيوب الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام (قال: كنت عنده فجاء رجل فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا، قال: بانت منه، قال: فذهب ثم جاء رجل آخر من أصحابنا فقال: رجل طلق امرأته ثلاثا فقال: تطليقه، و جاء آخر فقال: رجل طلق امرأته ثلاثا فقال: ليس بشيء، ثم نظر إلّى فقال: هو ما ترى، قلت: كيف هذا؟ قال: هذا يرى أن من طلق امرأته ثلاثا حرمت عليه، و أنا أرى أن من طلق امرأته ثلاثا على السنه فقد بانت منه، و رجل طلق امرأته ثلاثا و هي على طهر فإنما هي واحده، و رجل طلق امرأته ثلاثا على غير طهر فليس بشيء (٢).

(١) أى المقتضى.

(٢) و هي قوله (ثلاثا).

(٣) أى الضميمة تؤكده الطلاق.

(٤) عن زراره عن أحدهما عليهما السلام، و قد تقدمت.

(٥) أى تفسير الطلاق بأزيد من واحده.

(٦) كما فى صحيح أبى بصير المتقدم.

(٧) أى قول عليه السلام (فليس بشيء).

(٨) أى المطلّق، و لا يحمل على بطلان الجميع، ألا ترى إلى قوله عليه السلام فيما بعد حيث

ص: ١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١٦.

أوجب الرد إلى كتاب الله عزّ وجلّ، وهو دال على إمضاء الواحد، ففي خبر الكلبي النسابة عن الصادق عليه السلام في حديث (قلت له: رجل قال لامرأته: أنت طالق عدد نجوم السماء، فقال: ويحك أ ما تقرأ سورة الطلاق؟ قلت: بلى، قال: فقرأ، فقرأت:

(فطلقوهنّ لعدتهنّ وأحصوا العده)، فقال: أ ترى هاهنا نجوم السماء، قلت: لا، فقلت:

فرجل قال لامرأته: أنت طالق ثلاثا، فقال: تردّ إلى كتاب الله و سنه نبيه، ثم قال: لا طلاق إلا على طهر من غير جماع بشاهدين مقبولين(١) و صحيح شهاب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (قلت: فطلقها ثلاثا في مقعد، قال: تردّ إلى السنه فإذا مضت ثلاثه أشهر أو ثلاثه قروء فقد بانت منه بواحد)٢ و مثله خبر الوابشى٣.

نعم إذا كان المطلّق مخالفا يعتقد الثلاث لزمته بلا خلاف فيه ظاهرا للأخبار.

منها: خبر علي بن أبي حمزه (سأل أبا الحسن عليه السلام عن المطلقة على غير السنه أ يتزوجها الرجل؟ قال عليه السلام: الزموم من ذلك ما أزموه أنفسهم، و تزوجوهنّ فلا بأس بذلك)٢، و خبر جعفر بن سماعه (سئل من امرأه طلقت على غير السنه، أ لى أن أتزوجها؟ فقال: نعم، فقلت له: الست تعلم أنه على بن حنظله روى: إياكم و المطلقات ثلاثا على غير السنه، فإنهن ذوات أزواج؟ فقال: يا بني، روايه علي بن أبي حمزه أوسع على الناس، روى عن أبي الحسن عليه السلام أنه قال: أزموم من ذلك ما أزموه أنفسهم، و تزوجهنّ فلا بأس بذلك)٥، و خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا، قال: إن كان مستخفا بالطلاق أزمته ذلك)٦، و خبر العلوى عن أبيه (سألته أبا الحسن الرضا عليه السلام عن تزويج المطلقات ثلاثا، فقال لى: أن طلاقكم ثلاثا لا- يحلّ لغيركم، و طلاقهم يحلّ لكم، لأنكم لا- ترون الثلاث شيئا، و هم يوجبونها)٣، و مرسل الفقيه (و قال عليه السلام: من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم)٨، و خبر ابن طاوس (قلت لأبى الحسن الرضا عليه السلام: إن لى ابن أخ زوجته ابنتى، و هو يشرب الشراب و يكثر ذكر الطلاق فقال: إن كان من إخوانك فلا شىء عليه، و إن كان من هؤلاء فأبئنا منه، فإنه عنى الفراق، قلت: أ ليس قد روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إياكم و المطلقات ثلاثا فى مجلس فإنهن ذوات الأزواج فقال:

ص: ٢٠

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٤ و ١٣.
- ٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٦ و ٧.
- ٣- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٩ و ١٠.

(و يعتبر فى المطلق البلوغ (١)

ذلك من إخوانكم لا من هؤلاء، إنه من دان بدين قوم لزمته أحكامهم(١).

و من هذه الأخبار الداله على الإلزام فكل شىء صحيح عندهم فاسد عندنا كالطلاق المعلق و الحلف به و الطلاق فى طهر المواقع و الحيض و بغير شاهدين، يرتب عليه أحكام الصحيح عليهم من باب الإلزام، بل يجوز لنا تناول كل ما هو دين عندهم فى خبر عبد الله بن محرز (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ترك ابنته و أخته لأبيه و أمه، فقال:

المال كله لابنته، و ليس للأخت من الأب و الأم شىء، فقلت: فإننا قد احتجنا إلى هذا و الميت رجل من هؤلاء الناس و أخته مؤمنه عارفه، قال: فخذ لها النصف، خذوا منهم كما يأخذون منكم فى سنتهم و قضائهم و قضايهم، خذهم بحقك فى أحكامهم و سنتهم، كما يأخذون منكم فيه، قال ابن أذينة: فذكرت ذلك لزراره، فقال: إن على ما جاء به ابن محرز لنورا(٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الأحكام قال: تجوز على أهل كل ذى دين ما يستحلون)٣.

(١) شروع فى شروط المطلق، و هى أربعة.

الأول: البلوغ بلا خلاف فيه فى الجملة للأخبار.

منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (كل طلاق حائز الإطلاق المعتوه أو الصبى أو مبرسم أو مجنون أو مكره(٣)، و خبر أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس طلاق الصبى بشىء)٥، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يجوز طلاق الصبى و لا السكران)٦، فلا عبره بطلاق الصبى قبل التمييز، بل و بعده قبل بلوغه عشرا، و إنما الكلام فى طلاق الصبى المميز و البالغ عشر سنين فعن الشيخين المفيد و الطوسى و أتباعهما بل قيل هو المشهور بين المتقدمين صحه طلاق الصبى البالغ عشرا لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (يجوز طلاق الصبى إذا بلغ عشر سنين)٧، مؤيدا بما دل على جواز طلاق الصبى قبل أن يحتلم كموثق سماعه (سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته، قال: إذا طلق للسنه و وضع الصدقه فى موضعها فلا بأس و هو جائز)٨، و موثق جميل عن أحدهما عليهما السلام (يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم(٤).

ص: ٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأخوه و الأجداد حديث ٢ و ٥.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ١ و ٤ و ٢ و ٧.

٤- (٩) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

فلا يصح طلاق الصبي و إن أذن له الولي (١)، أو بلغ عشا على أصح (٢) القولين (و العقل (٣) فلا يصح طلاق المجنون المطبق مطلقا (٤)، و لا غيره (٥) حال جنونه (و يطلق الولي) و هو الأب و الجد له (٦) مع اتصال جنونه بصغره (٧)، و الحاكم عند و عن ابن إدريس و مشهور المتأخرين عدم صحه طلاق الصبي مطلقا ما لم يحتلم تمسكا بالأخبار المتقدمه المؤيده بحديث رفع القلم (١)، و بحديث الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السّلام (لا- يجوز طلاق الغلام حتى يحتلم) (٢).

(١) لسلب عباره الصبي شرعا، و هذا القيد لدفع توهم صحه طلاق الصبي عند اذن الولي.

(٢) متعلق بقوله (أو بلغ عشا).

(٣) الشرط الثاني المعتبر في المطلق العقل، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر السكوني المتقدم عن أبي عبد الله عليه السّلام (كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مبرسم أو مجنون أو مكره) (٣)، و خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن طلاق المعتوه الذاهب العقل، أ يجوز طلاقه؟ قال: لا، و عن المرأه كذلك أ يجوز بيعها و عتقها، قال: لا) (٤)، و خبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السّلام (عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج بعد، فقال: لا يجوز) ٥ و مثلها غيرها.

(٤) أي أبدا.

(٥) أي غير المطبق.

(٦) للأب.

(٧) قد، عرفت عدم جواز طلاق الصبي و المجنون، و عليه فلا يجوز للولي أن يطلق عن الصبي بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (في الصبي يتزوج الصبيه يتوارثان؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجاها فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السّلام:

لا) (٥)، و مثله موثق عبيد بن زراره (٦)، و خبر الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٤- (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ٧.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

اللّٰه عليه السّلام (عن الرجل يزوج ابنه و هو صغير؟ قال عليه السّلام: لا بأس، قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال عليه السّلام: لا) (١).

نعم للولى أن يطلق عن المجنون فى الجملة كما هو المشهور بين الأصحاب لصحيح أبى خالد القمات (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل الأحق الذاهب العقل أ يجوز طلاق وليه؟ قال عليه السّلام: و لم لا يطلق، قلت: لا يؤمن إن طلق هو أن يقول غدا: لم أطلق، أو لا يحسن أن يطلق؟ قال عليه السّلام: ما أرى وليه إلا بمنزله السلطان) (٢). و خبره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى طلاق المعتوه قال عليه السّلام: يطلق عن وليه فإنى أراه بمنزله الإمام عليه) (٣) و خبر شهاب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السّلام (المعتوه الذى لا يحسن أن يطلق يطلق عنه وليه على السنه) (٣).

و هذه الأخبار و إن كانت وارده فى المعتوه الذى هو ناقص العقل إلا أنها تشمل المجنون بطريق أولى.

و عن الشيخ فى الخلاف و الحلى المنع للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٤)، و الزوج هو الذى له ذلك دون غيره، و فيه أن النبوى مع تسليم سنده لا ينافى ذلك، لأن طلاق الولى كطلاقه كما يجوز طلاق الوكيل.

هذا و على المشهور يشترط فى طلاق الولى المصلحه و الغبطه للمولى عليه، ثم الفرق بين جواز طلاق الولى عن المجنون دون الصبى هو أنه لو لم يجعل للولى الطلاق عن المجنون للزم تضرر المجنون و هو منفى فى الشريعة، بخلاف الطفل فنكاحه منوط بالمصلحه و عذره متوقع الزوال، فلو كان عدم الطلاق ضروريا فيرجى إلى حين البلوغ ليطلق بخلاف المجنون فلا يرجى زوال عذره حتى يطلق بنفسه ثم على المشهور من جواز طلاق الولى عن المجنون الفرق بين من بلغ و هو فاسد العقل و بين من جنّ بعد بلوغه، غاية أن من بلغ و هو فاسد العقل فوليه أبوه و جده، و أما من جن بعد بلوغه فوليه الحاكم الشرعى على ما حرر فى كتاب الحجر، ثم هذا كله فى الجنون المطبق فلو كان الجنون يعتريه أديارا لم يجز الطلاق منه حاله الدور، لأن ترقب عقله أقرب من ترقب بلوغ الصبى، و مع ذلك أطلق المحقق و جماعه من جواز طلاق الولى عن المجنون من دون

ص: ٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

عدمهما (١)، أو مع عدمه (٢) (عن المجنون) المطبق مع المصلحة (لا عن الصبي)، لأن له (٣) أمدًا يرتقب و يزول نقصه فيه (٤)، و كذا المجنون ذو الأدوار (٥).

و لو بلغ الصبي فاسد العقل طلق عنه الولي حينئذ (٦)، و اطلق جماعه من الأصحاب جواز طلاق الولي عن المجنون من غير فرق بين المطبق، و غيره، و فى بعض الأخبار دلالة عليه (٧). و التفصيل (٨) متوجه، و به قطع فى القواعد (٩).

و اعلم أن الأخبار غير صريحة فى جوازه (١٠) من وليه (١١)، و لكن فخر تفصيل بين المطبق و الأدوارى.

(١) عدم الأب و الجد.

(٢) أى عدم اتصال جنونه بصغره.

(٣) للصبي.

(٤) فى ذلك الأمر، فحجر الصبي له أمد يتوقع زواله بالبلوغ بخلاف المجنون فلا أمد له.

(٥) فله أمر يتوقع زواله غالباً فى زمن صحوته.

(٦) حين بلوغه فاسد العقل.

(٧) على عدم الفرق بين المطبق و غيره، و هى الأخبار المتقدمة، و لكن قد عرفت أن محموله على المطبق فقط عند المشهور.

(٨) بين المطبق و غيره، بجواز طلاق الولي عن الأول دون الثانى.

(٩) بل عليه المشهور كما عرفت.

(١٠) أى جواز طلاق المجنون.

(١١) حاكما كان أم أباً أو جدًا، هذا و قال الشارح فى المسالك عن قصور دلالة الأخبار على ذلك: (لأن السائل وصف الزوج بكونه ذاهب العقل ثم يقول له الإمام: ما له لا يطلق، مع الإجماع على أن المجنون ليس له مباشرة الطلاق و لا أهليه التصرف، ثم تعلل السائل عدم طلاقه بكونه منكر الطلاق أو لا يعرف حدوده ثم يجيبه بكون الولي بمنزله السلطان) انتهى. فأشكال الشارح مبنى على كون الروايات ناظرة إلى المجنون، و مثله لا يصح له إيقاع الطلاق و لا السؤال عن السبب فى عدم طلاقه كما وقع من المعصوم عليه السلام، و فاته أن الروايات ناظرة إلى المعتوه الذى هو ناقص العقل، و مثله تصح مباشرته للطلاق و لذا صح السؤال من المعصوم عن السبب فى عدم طلاقه، نعم إذا كان نقصان عقله إلى حد عدم العقل فهو من مراتب المجنون و قد حكم فى الروايات بجواز طلاق وليه و هو محل الشاهد فيها، فلذا أوردناه على المطلب.

المحققين ادعى الاجماع على جوازه (١) فكان (٢) أقوى في حججه منها (٣). و العجب أن الشيخ في الخلاف ادعى الإجماع على عدمه (٤).

(و) كذا (لا) يطلق الولي (عن السكران (٥)، و كذا المغمى عليه، و شارب المرقد كالنائم، لأن عذرهم متوقع الزوال (و الاختيار (٦) فلا يقع طلاق المكره) كما (١) أي جواز طلاق المجنون من وليه.

(٢) أي الإجماع المذكور.

(٣) من الأخبار، و العجب أن المشهور ذهب إلى الحكم استنادا إلى هذه الأخبار، و إجماع الفخر إجماع مدركي لا حجيه فيه، فكيف يكون أقوى في الحجيه منها.

(٤) أي عدم جواز طلاق المجنون من وليه، هذا و قال الشارح في المسالك: (و العجب هنا أن الشيخ فخر الدين ادعى في شرحه الإجماع على جواز طلاق الولي عن المجنون المطبق، مع دعوى الشيخ الإجماع على عدمه و موافقه ابن إدريس له، و الحق أن الإجماعين ممنوعان) انتهى.

(٥) قد عرفت اشتراط العقل في المطلق، فلا يصح طلاق المجنون، و كذا السكران و من غلب على عقله ياغماء أو شرب و ما شاكل ذلك، لعدم القصد في الجميع مع أنه شرط في صحه الطلاق، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن طلاق السكران؟ فقال عليه السلام: لا يجوز و لا عتقه) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سألته عن طلاق السكران فقال: لا يجوز و لا كرامه) ٢، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (ليس طلاق السكران بشيء) ٣، و خبر زكريا بن آدم عن الرضا عليه السلام (عن طلاق السكران و الصبي و المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوج؟ فقال عليه السلام: لا يجوز) (٢).

و لا يطلق الولي عن السكران كما لا يصح عن النائم و المغمى عليه، لاشتراك الجميع في أن لهم أمدا يرتقب بخلاف المجنون المطبق، بعد عموم النبوي (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٣).

(٦) الشرط الثالث المعبر في المطلق الاختيار، بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس

ص: ٢٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ١ و ٢.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٧.

٣- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

لا يقع شيء من تصرفاته (١) عدا ما استثنى (٢) و يتحقق الإكراه (٣)

طلاقه بطلاق و لا عتقه بعق (١)، و خبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا- مسلما مرّ بقوم ليسوا بسطان فقهره حتى يتخوف على نفسه أن يعتق أو يطلق ففعل لم يكن عليه شيء) ٢، و خبر يحيى بن عبد الله بن الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام (لا- يجوز طلاق في استكراه - إلى أن قال - وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا إضرار) ٣ بالإضافة إلى حديث رفع عن أمّتي الخطأ و النسيان و ما استكروهوا عليه. (٢)، و عليه فلا يصح طلاق المكره، و الاختيار المقابل للإكراه هو صدور الفعل عن طيب نفس و رضا، و ليس المراد بالاختيار هو القصد الذي هو الشرط الرابع من شروط المطلق، فما عن بعضهم من الاستدلال على اعتبار الاختيار بعدم القصد إلى الطلاق ليس في محله.

(١) أي تصرفات المكره، كبيعه و شرائه و إجارته و هبته و بقيه عقوده و إيقاعاته.

(٢) كإكراهه على بيع ماله من قبل الحاكم لأداء دينه، أو للإتفاق على زوجته و أقاربه و نحو ذلك.

(٣) جرت عادة الفقهاء على ذكر الإكراه و شرح موضوعه في هذا المقام، فلذا قال الشارح في المسالك: (و قد جرت عادة الفقهاء بذكر حدّ الإكراه في هذا المحل مع الاحتياج إليه فيما قبله من العقود و غيرها)، و قال في الجواهر: (و لكن جرت عادة المصنفين من العامه و الخاصه التعرض لموضوعه في المقام) انتهى.

هذا و المرجع في معنى الإكراه هو العرف و العفه بعد عدم وضع شرعى له، و المعنى العرفى له هو حمل الغير ما يكرهه بتخويف مما يحذره، و لكن هذا المعنى العرفى لا يتحقق إلا بأمور ثلاثة.

الأول: كون المكره قادرا على فعل ما توعد به.

الثاني: غلبه الظن أن يفعل ذلك مع امتناع المكره.

الثالث: أن يكون ما توعد به مضرا بالمكره في خاصه نفسه أو من يجرى مجرى نفسه من أبيه و ولده و غيرهما، من قتل أو جرح أو ضرب شديد أو حبس أو شتم أو إهانته أو استخفاف.

و الضرب و الشتم و الاستخفاف و الإهانته تختلف باختلاف الناس و أحوالهم، فربّ وجيه تنقّص فيه الكلمه الواحده فضلا عن الضربه بخلاف المتبذل، و ليس كذلك الجرح و القتل

ص: ٢٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٢ و ١٦ - من أبواب جهاد النفس.

بتوعده (١) بما يكون مضرا (٢) به في نفسه، أو من يجرى مجراه (٣) بحسب حاله (٤) مع قدره المتوعد (٥) على فعل ما توعد به، و العلم (٦)، أو الظن أنه (٧) يفعله به (٨) لو لم يفعل (٩).

و لا فرق بين كون المتوعد به قتلا، و جرحا، و أخذ مال (١٠) و إن قَلَّ، و شتما، و ضربا، و حبسا (١١) و يستوى في الثلاثة الأول (١٢) جميع الناس.

أما الثلاثة الأخيره (١٣) فتختلف باختلاف الناس فقد يؤثر قليلها في الوجيه الذي ينقصه (١٤) ذلك (١٥)، اللذان يستوى فيهما جميع الناس من جهه الألم.

و كذلك يتحقق الإكراه بالتوعد بأخذ المال لكنه مختلف باختلاف حال الناس في اليسار و ضده فمنهم من لا يضر بحاله أخذ عشره دراهم، و منهم يضره أخذ درهم واحد، و عن البعض منا تبعا لبعض العامه أن التوعد بأخذ المال ليس إكراها، و هو كما ترى.

(١) أي توعد المكره هذا هو الأمر الثالث المتقدم.

(٢) أعم من الضرر النفسى و العرض و المالى.

(٣) من الأقارب.

(٤) جار و مجرور متعلق بقوله (مضرا به).

(٥) هذا هو الأمر الأول المتقدم.

(٦) مبتدأ خبره أن يفعله، و هذا هو الأمر الثانى المتقدم.

(٧) أي أن المكره بالكسر.

(٨) أي يفعل المتوعد به بالمكره.

(٩) أي لو لم يفعل المكره الطلاق.

(١٠) رد على من لم يجعل الإكراه متحققا بأخذ المال.

(١١) و كذا الاستخفاف و الإهانه.

(١٢) و هى القتل و الجرح و أخذ المال، و لكن فى المسالك حصر الاستواء فى القتل و الجرح، و أما أخذ المال فيختلف باختلاف الناس.

(١٣) من الشتم و الضرب و الحبس.

(١٤) من التنقيص بمعنى التعيب و القدح.

(١٥) و هو القليل من الأمور الثلاثة الأخيره.

ص: ٢٧

و قد يحتمل بعض الناس شيئا منها (١) لا يؤثر في قدره، و المرجع في ذلك (٢) إلى العرف، و لو خيّر المكره بين الطلاق، و دفع مال غير مستحق (٣) فهو إكراه، بخلاف ما لو خيّر بينه (٤)، و بين فعل يستحقه الأمر من مال، و غيره (٥)، و إن حتم أحدهما (٦) عليه. كما لا إكراه (٧) لو ألزمه بالطلاق ففعله (٨) قاصدا إليه، أو على طلاق معينه فطلق غيرها (٩)، أو على طلقه فطلق أزيد (١٠).

و لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معينه (١١) فالأقوى أنه إكراه.

(١) من الثلاثة الأخيره و إن كثر.

(٢) من التنقيص في الأمور الثلاثة الأخيره.

(٣) أى غير واجب الدفع عليه، و كذا لو خيره بين الطلاق و بين كل فعل غير واجب عليه و لا- اختصاصا لخصوص المال فهو إكراه كما هو المعنى العرفى للفظ الإكراه.

(٤) بين الطلاق.

(٥) و غير المال مما يستحقه المكره بالكسر كما لو قال: طلق زوجتك و إلا- قتلتك قصاصا، و كان القصاص مستحقا عليه للمكره، أو خيّر بين الطلاق و بين حق واجب عليه كما لو خيّر الحربى بين الطلاق و الإسلام، أو خيّر المرتد كذلك فلا معنى للإكراه حينئذ.

(٦) أى أحدهما غير المعين عليه، و إلا مع حتم أحدهما عليه فهو المكره به خاصة.

(٧) لا- خلاف و لا إشكال فى أنه لو حصل ما يرفع به ظهور الكراهه، أو حصل ما يظهر به الاختيار صح الطلاق، و لكن هناك موارد قد التبس فيها الأمر من حصول الاختيار و ارتفاع الكراهه.

فمنها: ما لو أكره عن الطلاق فطلق ناويا، فعن التحرير و المسالك و الروضه هنا وقوع الطلاق و عدم الإكراه، أما وقوع الطلاق فلحصول اللفظ و القصد، و أما عدم الإكراه إذ هو غير مكره على النيه و إن أكره على التلفظ، و قيل: إنه يقع باطلا- لتحقق الإكراه، إذ لو لا الإكراه لما فعله، و لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النيه لا أثر لها.

(٨) أى فعل الطلاق قاصدا إليه و ناويا.

(٩) و من جملة الموارد التى يتضح فيها ظهور الاختيار ما لو أكرهه على طلاق واحده معينه فطلق غيرها، فلا شبهه هنا فى وقوع الطلاق و عدم تحقق الإكراه، لأن الواقع منه مبين لما أكرهه عليه من كل وجه.

(١٠) فلو أكرهه على طلقه واحده فطلق ثلاثا فإنه يشعر برغبته و أشاع صدره للطلاق، فلا إكراه حينئذ و يقع الجميع واحده.

(١١) فلو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلق واحده بعينها فقبل: يقع

إذ لا يتحقق فعل مقتضى أمره (١) بدون إحداهما (٢)، وكذا القول في غيره (٣) من العقود و الإيقاع (٤)، ولا يشترط التوريه (٥) بأن ينوى غيرها (٦) و إن أمكنت (٧). (و القصد (٨)، الطلاق، لأنه مختار في تعيينها، ولأنه لما عدل عن الإيهام إلى التعيين فقد زاد ما أكره عليه، لأن المكره عليه هو طلاق إحداهما و هو أمر كلي و ليس الأمر بالأمر الكلي أمرا بالجزئي المعين بل هو أمر بالقدر المشترك بين الجزئيات.

و قد احتمل قويا في المسالك عدم وقوع الطلاق و أن الإكراه متحقق، لأن متعلق الإكراه و إن كان كليا لكنه يتأدى بفردته، و طلاق الواحد من زوجاته أحد أفرادها، نعم لو كان الإكراه على الإيهام بأن أكرهه على قول: إحدى زوجاتي طالق مثلا، فعدل إلى التعيين فهو ليس بإكراه و يصح الطلاق.

(١) أي أمر المكره عليه.

(٢) أي إحدى الزوجتين.

(٣) غير الطلاق.

(٤) فما يقع عن إكراه لا أثر له كالطلاق الواقع عن إكراه.

(٥) لا يعتبر في الحكم ببطان طلاق المكره التوريه، و إن كان يحسنها، لأن المقتضى لعدم وقوع الطلاق هو الإكراه و هو متحقق بلا- فرق بين إمكان التوريه و عدمها كما ذهب إليه الشارح في المسالك و جماعه، و الحق لا يصدق عنوان الإكراه مع قدرته على التوريه تحقيقا لمعنى الإكراه، لأنه مع قدرته على التوريه و لم يفعل لا يصدق عنوان الإكراه.

(٦) بأن يتلفظ باسم زوجته لو أكره على طلاقها و يريد غيرها المسماه باسمها.

(٧) أي التوريه.

(٨) الشرط الرابع من شروط المطلق القصد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق) (١)، و خبر اليسع عن أبي جعفر عليه السلام (لو أن رجلا طلق على سنه و على طهر من غير جماع و أشهد و لم ينو الطلاق لم يكن طلاقه طلاقا) ٢.

هذا و المطلق بحسب قصده للفظ و المعنى على أحوال أربعه، أن يكون اللفظ صادرا من غير قصد، كاللفظ الصادر من النائم أو الغالط، و أن يكون اللفظ مقصودا منه دون معناه كما لو قال: أنت طالق على وزن أنت قائم، و أن يكون اللفظ مقصودا و كذا المعنى

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤ و ١.

فلا عبره بعبارة الساهى، و النائم، و الغالط (١).

و الفرق بين الأول و الأخير: أن الأول لا قصد له مطلقا (٢) و الثانى (٣) له قصد إلى غير من طلقها فغلط و تلفظ بها (٤).

و مثله (٥) ما لو ظن زوجته أجنبيه بأن كانت فى ظلمه، أو أنكحها له وليه، أو وكيله و لم يعلم (٦)، و يصدّق فى ظنه ظاهرا (٧) و فى عدم القصد لو ادعاه (٨) العده الرجعيه، و لا يقبل فى غيرها (٩)، إلا مع اتصال الدعوى بالصيغه (١٠)، بالإراداه الاستعماليه دون الجديده كالهازل، و أن يكون اللفظ مقصودا و كذا المعنى بالإراداه الاستعماليه و الجديده، لا إشكال فى صحه الطلاق فى الرابع لأنه مقصود، كما لا إشكال فى عدم صحه الطلاق فى غيره لأن الطلاق كبقية الإيقاع و العقود من الأمور القصدية، و مع عدم القصد للفظ أو المعنى لا يتحقق عنوان الإيقاع أو العقد.

(١) و كذا الهازل.

(٢) لا للفظ و لا للمعنى، و كذا النائم.

(٣) أى الأخير.

(٤) فهو غير قاصد للفظ.

(٥) و مثل الغالط.

(٦) أى و لم يعلم الزوج إنكاحها له.

(٧) أى يصدق المطلق لو ادعى أن ظنه قائم على أن زوجته أجنبيه فلذا طلقها، أو أن ظنه قائم على عدم إنكاح وليه لها.

(٨) أى ادعى عدم القصد بحيث أوقع الطلاق ثم قال: لم أقصد الطلاق قبل منه ظاهرا و دين بنيته باطنا، و إن تأخر تفسيره ما لم تخرج من العده، لأنه إخبار عن نيته و لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبله، فكان قوله مقبولا كظائره من الأمور التى لا تعلم إلا من المختبر على المشهور بلا فرق بين كون الزوجه فى العده الرجعيه و غيرها و عن الشارح و جماعه أن الحكم كذلك ما دامت المرأه فى العده الرجعيه لأن للزوج الرجعه، و دعواه عدم القصد يقوم مقام الرجعه حينئذ كما لو أنكر الطلاق، بخلاف ما لو كانت المرأه فى العده البائنه فليس للزوج الرجوع و إن كان عدم القصد يقوم مقام الرجعه.

(٩) غير العده الرجعيه من العده البائنه.

(١٠) أى مع اتصال دعواه عدم القصد بصيغه الطلاق، فتكون الدعوى قرينه متصله لا توجب انعقاد الطلاق، فلذا لا يصح سواء كانت المرأه فى الرجعيه أو البائنه.

و اطلق جماعه من الأصحاب قبول قوله فى العده من غير تفصيل (١).

فى توكيل الزوجه فى طلاق نفسها

(و يجوز توكيل الزوجه فى طلاق نفسها (٢)، و غيرها) كما يجوز (١) بين الرجعيه و البائنه، و لا بين اتصال الدعوى بالصيغه و عدم الاتصال كما هو المشهور.

(٢) المشهور على عدم اعتبار المباشره و أن الوكاله جائزه فى الطلاق لصحيح سعيد الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يجعل أمر امرأته إلى رجل فقال: اشهدوا إنى قد جعلت أمر فلان فيطلقها أ يجوز ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: فى رجل جعل طلاق امرأته بيد رجلين فطلق أحدهما و أبى الآخر، فأبى أمير المؤمنين عليه السلام أن يجيز ذلك حتى يجتمعا جميعا على طلاق) (٢) و مثلها غيرها.

و عن الشيخ و ابنى البراج و حمزه جواز الوكاله عن الغائب دون الحاضر جمعا بين ما تقدم و بين خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تجوز الوكاله فى الطلاق) ٣ بحمل هذه على الحاضر دون تلك فهى محموله على الغائب، و فيه أنه جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار مع إعراض المشهور عنه بعد ضعف سنده.

و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الحسن بن سماعه من اعتبار المباشره مطلقا لنفس خبر زراره المتقدم، و توقف فيه الكلىنى.

و على المشهور فهل يجوز أن يوكلها فى طلاق نفسها كما هو المشهور أيضا، لأنه فعل يقبل النيابة و المحل قابل فجاز كما لو و كل غيرها من النساء أو توكلت هى فى طلاق غيرها، و عن الشيخ فى المبسوط عدم الجواز، لأن القابل لا يكون فاعلا، و لظاهر قوله عليه السلام (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (٣) بدعوى أنه يقتضى عدم جواز التوكيل مطلقا و خرج من غير المرأه بدليل من خارج فتبقى هى على أصل المنع.

و لا يخفى ضعف دليله، أما الأول فالمغايره بين القابل و الفاعل فى توكيل المرأه طلاق نفسها حاصل، إذ يكفى فى التغير الاعتبار، و هما مختلفان بالحيثيه فالمرأه فاعل بالوكاله و قابل بالأصله، و الخبر مع ضعف سنده لا يفيد الحصر، و على تقدير التسليم بالحصر فما أخرج غيرها من الوكلاء عنه يخرجها لتناولها لها، و منه تعرف ضعف توقف المحقق السبزوارى و المحدث الكاشانى و البحرانى فى ذلك.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

توليها (١) غيره (٢) من العقود (٣)، لأنها (٤) كامله فلا وجه لسلب عبارتها فيه (٥)، و لا يقدح كونها بمنزله موجه و قابله على تقدير طلاق نفسها، لأن المغايره الاعتباريه كافيه. و هو (٦) مما يقبل النيايه (٧) فلا خصوصيه للنائب، و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله و سَلَّمَ: «الطلاق بيد من أخذ بالساق» لا ينافيه (٨)، لأن يدها مستفاده من يده (٩)، مع أن دلالتة (١٠) على الحصر (١١). ضعيفه (١٢).

في ما يعتبر في المطلقة

(و يعتبر في المطلقة الزوجيه (١٣)

(١) تولى الزوجه.

(٢) أى غير الطلاق.

(٣) الإيقاعات أيضا.

(٤) أى الزوجه.

(٥) فى الطلاق بخلاف الصبى و المجنون فإنهما مسلوبا العبارة فلا تصح وكالتهما لافيه و لا فى غيره من العقود و الإيقاعات.

(٦) أى الطلاق.

(٧) لأن صحته غير متوقفه على مباشره الزوج له.

(٨) أى لا ينافى فى قبول الطلاق للنيايه.

(٩) أى يد الزوج.

(١٠) أى دلالة النبوى.

(١١) أى حصر الطلاق بيد الزوج.

(١٢) لأن الجملة الاسميه و الابتداء لا يفيدان الحصر و ليسا من أدواته، بخلاف تقديم ما حقه التأخير أو أدوات الحصر كإنما و الاستثناء بعد النفى و نحوهما.

(١٣) شروع فى شروط المطلقة و هى خمس، الأول الزوجيه، و هو مما لا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث: (أنه سئل عن الرجل قال:

كل امرأه أتزوجها ما عاشت أمى فهى طالق، فقال عليه السّلام: لا طلاق إلا بعد نكاح ولا عتق إلا بعد ملك (1)، و صحیح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن رجل قال: إن تزوجت فلانه فهى طالق، و إن اشتریت فلانا فهو حر، و إن اشتریت هذا الثوب فهو فى المساكين، فقال: ليس بشىء، لا يطلق إلا ما يملك، و لا يعتق إلا ما

ص: ٣٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

فلا- يقع بالأجنبيه و إن علقه (١) على النكاح، و لا- بالأمه (٢)،(و الدوام (٣) فلا- يقع بالمتمتع بها،(و الطهر (٤) من الحيض، و النفاس إذا كانت المطلقة مدخولا بها)

يملك، و لا يصدّق إلا ما يملك(١)، و خبر النضر عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق قبل نكاح، و لا عتق قبل ملك، و لا يتم بعد إدراك)٢ و مثلها غيرها و منهما تعرف عدم الصحة لو علق الطلاق على التزويج بأن قال: إن تزوجت فلانه فهي طالق، بلا فرق بين تعيين الزوجه كما في المثال و عدم التعيين كما لو قال: إن تزوجت فزوجتي طالق بلا خلاف في ذلك ردا على من خالف من العامه في تعليق الطلاق على التزويج.

(١)أى الطلاق.

(٢)فلو أوقع الطلاق على الموطوءه بالملك فلا حكم له، و بقيت محلله بأصل الملك بلا خلاف فيه بعد حصر سبب الحل بالعقد أو الملك في قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢) ، و حصر الطلاق بعد النكاح فيحصر رفع سبب الحل الناشئ من الملك برفعه، إما بالبيع أو العتق أو الهبه و نحو ذلك من وجوه النقل.

(٣)الشرط الثانى من شروط المطلقة دوام العقد، فلا يقع الطلاق بالمتمتع بها، بلا خلاف فيه، بل تبين المتمتع بها بانقضاء المده أو بهبتها المده للأخبار.

منها: صحيح عمر بن أذينة عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث فى المتعه (فإذا انقضى الأجل بانت منه بغير طلاق)(٣) ، و خبر الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (و المتعه ليس فيها طلاق)(٤) ، و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (فى المتعه ليست من الأربع، لأنها لا تطلق و لا ترث و إنما هى مستأجره)(٥) ، و منه تعرف ضعف ما فى الجواهر من قوله: (و إن لم يحضرنى من النصوص ما يدل على عدم وقوع الطلاق بالمستمتع بها) انتهى.

(٤)الشرط الثالث من شروط المطلقة خلوها من الحيض و النفاس إذا كان الزوج حاضرا و قد دخل بها، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته و هى حائض فقال:

ص: ٣٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ٤ .

٢- (٣) سورة المعارج، الآية: ٣١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب المتعه حديث ٢ .

٤- (٥) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤ .

٥- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المتعه حديث ٤ .

الطلاق لغير السنه باطل(١)، و صحيح عمر بن أذينه عن زراره و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى كلهم عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (إذا طلق الرجل في دم النفاس أو طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق)٢، و صحيح عمر بن أذينه عن بكير بن أعين و غيره عن أبي جعفر عليه السلام (كل طلاق لغير العده فليس بطلاق، أن يطلقها و هي حائض أو في دم نفاسها أو بعد ما يغشاها قبل أن تحيض فليس طلاقه بطلاق)٣.

و اشتراط الخلو من الحيض و النفاس غير معتبر في موارد و هي: الحامل و غير المدخول بها و ما كان زوجها غائبا، أما الحامل و غير المدخول بها فلا يشترط الخلو من الحيض و النفاس بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بطلاق خمس على كل حال:

الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي لم يدخل بها زوجها، و الحلبي، و التي قد يئست من المحيض)٢، و صحيح محمد بن مسلم و زراره و غيرهما عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (خمس يطلقهن أزواجهن متى شاءوا: الحامل المستتين حملها، و الجارية التي لم تحض، و المرأة التي قد قعدت من المحيض، و الغائب عنها زوجها، و التي لم يدخل بها)٥، و صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام (خمس يطلقن على كل حال:

الحامل و التي قد يئست من المحيض و التي لم يدخل بها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تبلغ المحيض)٣.

و أما الصغيره و اليائسه فاشتراط الخلو لا- معنى له، لأنهما من قبيل السالبة بانتفاء الموضوع، حيث لا حيض و لا نفاس عندهما حتى يشترط خلوهما و أما ما لو كان زوجها غائبا فلا يشترط خلوها من الحيض و النفاس بلا خلاف فيه للأخبار التي قد تقدم بعضها.

نعم وقع الخلاف بينهم في قدر الغيبه الموجب لجواز الطلاق في الحيض، فعن جماعه كالمفيد و والد الصدوق و العماني و الديلمي و الحلبي أنه يجوز مطلقا من دون تقدير للمده تمسكا بالأخبار المتقدمه المطلقه، و بصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن

ص: ٣٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٢ و ٥ و ٩.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٤.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥.

(حائلا (١) حاضرا زوجها معها) فلو اختلفت أحد الشروط الثلاثة (٢) بأن كانت غير مدخول بها، أو حاملا إن قلنا بجواز حيضها (٣)، أو زوجها غائب عنها، صح طلاقها و إن كانت حائضا، أو نفساء، لكن ليس مطلق الغيبه كافيا في صحه طلاقها، بل الغيبه على وجه مخصوص.

و قد اختلف في حد الغيبه المجوّزه له (٤) على أقوال أجودها (٥) مضى مده الرجل يطلق امرأته و هو غائب؟ قال عليه السلام: يجوز طلاقه على كل حال و تعتد امرأته من يوم طلقها(١).

و عن الشيخ في النهايه و ابن حمزه في الوسيله تقديرها بشهر لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (الغائب إذا أراد أن يطلقها تركها شهرا)٢، و خبر ابن سماعه (سألت محمد بن أبي حمزه متى يطلق الغائب؟ فقال: حدثني إسحاق بن عمار أو روى إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام أو أبي الحسن عليه السلام قال: إذا مضى له شهر(٢).

و عن الإسكافي و العلامه في المختلف تقديرها بثلاثة أشهر لصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل إذا خرج من منزله إلى السفر فليس له أن يطلق حتى تمضي ثلاثه أشهر)٤، و موثق إسحاق بن عمار (قلت لأبي إبراهيم: الغائب الذي يطلق أهله كم غيبته؟ قال: خمسه أشهر سته أشهر، قلت: حد دون ذا، قال: ثلاثه أشهر)٥.

و عن الشيخ في الاستبصار و الحلبي و العلامه في أكثر كتبه و المحقق و هو المشهور بين المتأخرين أنه يقدر انتقالها من طهر و طهرها فيه إلى طهر آخر، و عليه يحمل اختلاف الأخبار، لأن عادات النساء في الحيض مختلفه بالنسبه إلى الشهر و الثلاثه و الأربعة و الأزيد، فالميزان على العلم بانتقالها من طهر إلى آخر، و به يتم الجمع بين الأخبار.

(١) أي غير حامل.

(٢) من الدخول و بعد كونها حائلا و من حضور زوجها معها.

(٣) أي حيض الحامل على ما حرر في كتاب الحيض.

(٤) للطلاق و إن تبنى أنها في الحيض.

(٥) و هو المشهور.

ص: ٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٧ و ٨.

يعلم أو يظن انتقالها من الطهر الذى واقعها فيه إلى غيره (١). و يختلف ذلك (٢) باختلاف عاداتها، فمن ثم اختلف الأخبار فى تقديرها (٣)، و اختلف بسببها (٤) الأقوال، فإذا حصل الظن (٥) بذلك (٦) جاز طلاقها و إن اتفق كونها حائضا حال الطلاق، إذا لم يعلم بحيضها حينئذ (٧) و لو بخبر من يعتمد على خبره (٨) شرعا، و إلا (٩) بطل و فى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر المواقعه (١٠) على الأقوى.

(١) أى إلى طهر آخر.

(٢) أى انتقالها من طهر إلى آخر.

(٣) أى تقدير الغيبه.

(٤) أى بسبب الأخبار المختلفه.

(٥) و كذا العلم بطريق أولى.

(٦) أى بانتقالها من طهر وطئها فيه إلى طهر آخر.

(٧) حين الطلاق، هذا و على القول بوجوب التربص للغائب مده حتى يطلق زوجته، فلو تربص المده ثم طلق و تبين دافعا أنها فى طهر غير طهر المواقعه فلا إشكال فى صحه الطلاق لاجتماع شرائطه المعتبره فى صحته واقعا و ظاهرا، و لو طلق ثم تبين كونها حائضا حال الطلاق فلا خلاف و لا إشكال فى صحه الطلاق لاجتماع شرائطه المعتبره فى صحته ظاهرا إذ قد أمر بالتربص و فعل، و يشهد له خبر أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يطلق امرأته و هو غائب، فيعلم أنه يوم طلقها كانت طامثا، قال عليه السلام: يجوز) (١).

(٨) كالعدين.

(٩) بأن كان عالما بحيضها حين الطلاق فيبطل الطلاق، لأن الأخبار الداله على جواز طلاق الغائب من دون اشتراط خلوها من الحيض و النفاس ظاهره فى جهله بحال الزوجه، و أما مع علمه فهو كالحاضر فيشترط طلاقه بخلوها حينئذ.

(١٠) قال فى المسالك: (لو طلقها بعد انقضاء المده المعتبره و لكن اتفق له مخبر يجوز الاعتماد عليه شرعا بأنها حائض بسبب تغير عاداتها، ففى صحه الطلاق حينئذ وجهان: أجودهما عدم، و كذا لو أخبره ببقائها فى طهر المواقعه، أو بكونها حائضا أيضا آخر بعد الطهر المعتبر فى صحه الطلاق، لاشتراك الجميع فى المقتضى للبطلان، و صحه طلاقه غائبا

ص: ٣٦

و فى المسأله (١) بحث عرىض قد حققناه فى رساله مفرده من أراء تحقيق الحال فلىقف عليها.

و فى حكم الغائب من لا يمكنه معرفه حالها (٢) لحبس و نحوه مع حضوره (٣)، كما أن الغائب (٤) الذى يمكنه معرفه حالها، أو قبل انقضاء المده المعتبره (٥)، فى حكم الحاضر.

و يتحقق ظن انقضاء نفاسها (٦)

مشروطه بعدم الظن بحصول المانع) انتهى و المانع هو وجودها فى حيض أو فى طهر المواقعه.

(١) و هى طلاق الغائب.

(٢) حال الزوجه و أنها حائض أو فى طهر.

(٣) أى مع حضور الزوج، هذا و اعلم أنه لو كان حاضرا و لكن لا- يمكنه الوصول إلى الزوجه و استعمال حالها لحبس و نحوه فالمشهور بين الأصحاب على أنه بمنزله الغائب فيما مر من الحكم و الأقوال، و يشهد له صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأه سرا من أصلها، و هى فى منزل أهلها و قد أراد أن يطلقها و ليس إليها فيعلم طمئتها إذا طمئت، و لا يعلم بطهرها إذا طهرت، فقال عليه السلام: هذا مثل الغائب عن أهله، يطلق بالأهله و الشهور)(١).

و أنكر ابن إدريس إلحاق غير الغائب به محتجا بأصالة بقاء الزوجيه، و بأن حملة عليه قياس، و هو ضعيف مع النص الصحيح الصريح على الإلحاق الرافع للأصل، و غير المحوج إلى القياس.

(٤) أى لو كان غائبا عنها و لكن يمكنه استعمال حالها فإنه يكون بحكم الحاضر بلا خلاف فيه، لظهور أخبار الغائب فى ما لا يمكن استعمال حالها، و غيره كالحاضر الذى لا يصح طلاقه إلا بالشروط المعتبره فى الصحه.

(٥) التى جعلت حدا للغيبه المجوّزه للطلاق.

(٦) قد تقدم جواز طلاق الحامل، و تقدم جواز طلاق الغائب و إن كانت زوجته حائضا، و النفاس كالحيض فلو فارقتها و لم يحتمل وضعها و نفاسها فيجوز الطلاق على كل حال لأنها حامل، و لو احتمل وضعها و نفاسها فلا بد من مضى مده يقع فيها الوضع و أكثر

ص: ٣٧

بمضى زمان تلد فيه (١) عاده و أكثر (٢) النفاس بعدها (٣)، أو عاداتها (٤) فيه (٥). و لو لم يعلم ذلك كله و لم يظنه تربص
ثلاثة أشهر كالمستراه (٦).

النفاس حتى تطهر ليصح طلاقها حينئذ.

(١) في الزمان الماضي.

(٢) عطف على الزمان، و المعنى: يمضى زمان و أكثر النفاس.

(٣) أى بعد الولادة بناء على عدم استمرار الدم فوق العشرة.

(٤) عطف على أكثر النفاس، و المعنى يمضى زمان و عاداتها فى النفاس إذا استمر الدم فوق العشرة بحسب حالها.

(٥) فى النفاس.

(٦) هى من سنّ من تحيض و لا تحيض لخلقها أو عارض فيشترط فى صحه طلاقها مضى ثلاثة أشهر من حين المواقعه بلا خلاف
فيه لصحيح إسماعيل بن سعد الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (عن المستراه من الحيض كيف تطلق؟ قال: تطلق
بالشهور) (١)، و مرسل العطار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المرأة يستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لا تحمل و لا تحيض، و
قد واقعها زوجها كيف يطلقها إذا أراد طلاقها؟ قال عليه السّلام:

ليمسك عنها زوجها ثلاثة أشهر ثم يطلقها) (٢).

و فى المسالك و تبعه بعض من تأخر عنه أنه لا يلحق باستراه من تعاد الحيض فى كل مده تزيد عن ثلاثة أشهر، فإن تلك لا
استراه فيها، بل هى من أقسام ذوات الحيض يجب استبراؤها بحيضه و إن توقف على ستة أشهر أو أزيد.

و على كل قال الشارح فى المسالك (و أطلق عليها اسم الاستراه تبعاً للنص و إلا فقد يحصل مع انقطاع حيضها فى هذا السن
استراه بالحمل و قد لا يحصل) انتهى، و لما عمم المستراه لمستراه الحيض و الحمل فلذا جعل من لم يعلم انقضاء نفاسها و
وضعها و لم يظنه كالمستراه فى الحيض من ناحيه الحكم.

ثم لم يذكر الشهيدان الشرط الرابع من شروط المطلقة و هو أن تكون مستبرئه، بمعنى أن يقع طلاقها فى طهر لم يطأها فيه بلا
خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بكير و بريد و فضيل و إسماعيل الأزرق و معمر بن يحيى عن أبى جعفر و أبى
عبد الله عليهما السّلام (إذا طلق الرجل فى دم النفاس أو

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ١٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

(و التعيين (١) أى تعيين المطلقة لفظاً، أو نيه، فلو طلق إحدى زوجتيه لا طلقها بعد ما يمسه فليس طلاقه إياها بطلاق) (١)، و صحيح البنزطى عن الرضا عليه السّلام (عن رجل طلق امرأته بعد ما غشيها بشهاده عدلين، فقال: يطلقها إذا طهرت من حيضها قبل أن يغشيها بشهاده عدلين) (٢) و مثلها غيرها. نعم تستثنى اليأس و الصغيره و الحامل و غير المدخول بها من هذا الشرط للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بطلاق خمس على كل حال:

الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي لم يدخل بها، و الحبلية، و التي قد يئست من المحيض) (٣) و صحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السّلام (خمس يطلقن على كل حال: الحامل، و التي قد يئست من المحيض و التي لم يدخل بها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تبلغ المحيض) ٤ و مثلها غيرها.

(١) الشرط الخامس من شروط المطلقة، على المشهور، لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (عن رجل قال لامرأته: أنت علىّ حرام أو بائه أو بته أو بريه أو خليه، قال عليه السّلام: هذا كله ليس بطلاق، إنما الطلاق أن يقول لها فى قبل العده بعد ما تطهر من محيضها قبل أن يجامعها: أنت طالق أو اعتدى، يريد بذلك الطلاق، و يشهد على ذلك رجلين عدلين) (٤) و هو ظاهر فى اعتبار التعيين، و خبر محمد بن أحمد بن مطهر (كتبت إلى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السّلام: إني تزوجت أربعه نسوه و لم أسأل عن أسمائهن، ثم إني أردت طلاق إحداهن و تزويج امرأه أخرى؟ فكتب عليه السّلام: انظر إلى علامه إن كانت بواحدة منهن فتقول: اشهدوا أن فلانه التي بها علامه كذا و كذا هي طالق، ثم تزوج الأخرى إذا انقضت العده) (٥) و هو نص فى التعيين.

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد و الشهيد فى شرحه عدم اعتبار التعيين، فلو كان له زوجتان فقال: إحدى زوجتى طالق و لم ينو طلاق واحده معينه صح، و تستخرج بالقرعه كما عليه المحقق فى الشرائع، لأنها لكل أمر مشكل، أو يرجع فى التعيين إليه كما عليه العلامه فى القواعد.

ص: ٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد حديث ٣.

بعينها بطل (على الأقوى) لأصالة بقاء النكاح فلا يزول إلا بسبب محقق السببه (١)، ولأن الطلاق أمر معين فلا بد له من محل معين، وحيث لا محلّ فلا طلاق، ولأن الأحكام من قبيل الأعراض فلا بد لها من محل تقوم به، ولأن توابع الطلاق من العده و غيرها لا بد لها من محل معين.

وقيل: لا يشترط (٢) و تستخرج المطلقة بالقرعه أو يعين (٣) من شاء، لعموم مشروعيه الطلاق، و محلّ المبهم (٤) جاز أن يكون مبهما، ولأن إحداهما زوجه و كل زوجه يصح طلاقها، وقواه المصنف فى الشرح، و يتفرع على ذلك (٥) العده. فقيل: ابتداءها من حين الايقاع (٦).

وقيل: من حين التعيين (٧)، و يتفرع عليه (٨) أيضا فروع كثيره (٩) ليس هذا (١٠) موضع ذكرها.

و القول بعدم التعيين محجوج بالأخبار المتقدمه، و استدل على الأول أيضا بأن الطلاق أمر معين فلا بد له من محل معين، و حيث لا محل فلا طلاق، و بأن الأحكام من قبيل الأعراض فلا بد لها من محل تقوم به، و أن الطلاق لدفع قيد النكاح، و النكاح لم يقع فى الخارج إلا- على شخص بعينها، فلا بد أن يكون الطلاق كذلك، و بأن الطلاق له توابع من العده و نحوها، و لا بد للتوابع من محل معين فكذا المتبوع و هو الطلاق، و هذه أمور استحسانيه أو عقليه ظنيه لا داعى لها بعد وجود الأخبار.

(١) و هو الطلاق مع التعيين.

(٢) أى التعيين.

(٣) أى المطلق.

(٤) المبهم هو الطلاق و محله الزوجه و هو أشبه بالمصدره.

(٥) أى جواز الطلاق من غير تعيين.

(٦) أى إيقاع صيغه الطلاق، و هو قول للشيخ، لأن الطلاق يقع من وقت اللفظ لأنه جزم بالطلاق فلا يجوز تأخيره، نعم محله غير معين فيؤمر بالتعيين.

(٧) كما رجحه علامه فى القواعد و التحرير، لأن الطلاق لا يؤثر إلا فى المحل المعين.

(٨) أى جواز الطلاق من غير تعيين.

(٩) منها حرمه زوجاته جمع إلى أن يعين واحده منها.

(١٠) لأن الكتاب مبنى على الاختصار، و من أراد الاطلاع عليها فليراجع المسالك، و لكن

ضعف المبنى يكفيننا مؤونه الاشتغال بها.

هذا و لم يتعرض الشهيدان للإشهاد بالتفصيل مع أنه من جملة الأركان الأربعة للطلاق، و الإشهاد شرط في صحة الطلاق بالاتفاق لقوله تعالى: **أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ، وَ أَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ (١)**، و للأخبار:

منها: صحيح الفضلاء عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السلام (و إن طلقها في استقبال عدتها طاهرا من غير جماع و لم يشهد على ذلك رجلين عدلين فليس طلاقه إياها بطلاق) (٢)، و خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام (من طلق بغير شهود فليس بشيء) (٣) و خبر ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قام رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: إني طلقت امرأتى للعدة بغير شهود، فقال: ليس طلاقك بطلاق فارجع إلى أهلِكَ) (٤)، و في خبره الآخر (قدم رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام بالكوفة فقال: إني طلقت امرأتى بعد ما طهرت من محيضها قبل أن أجامعها، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: أشهدت رجلين ذوى عدل كما أمرك الله؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء) (٥).

هذا و لا بد من اجتماع الشاهدين فلا يجزى لو كانا متفرقين، لظاهر الأدلة المتقدمة و خصوص صحيح البنزطى عن أبي الحسن عليه السلام (عن رجل طلق امرأته عن طهر من غير جماع و أشهد اليوم رجلا- ثم مكث خمسه أيام ثم أشهد آخر؟ فقال عليه السلام: إنما أمر أن يشهدا جميعا) (٣).

و تشترط الذكوره فى الشاهدين فلا تقبل شهاده النساء فى الطلاق للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن شهاده النساء فى النكاح؟ قال: تجوز إذا كان معهن رجل، و كان على عليه السلام يقول: لا- أجزها فى الطلاق) (٤)، و خبر داود بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام فى حديث (و كان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهاده المرأتين فى النكاح عند الإنكار، و لا يجيز فى الطلاق إلا شاهدين عدلين) (٨)، و خبر البنزطى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (فإن طلق على طهر من غير جماع بشاهد و امرأتين، قال عليه السلام: لا تجوز شهاده النساء فى الطلاق و تجوز شهادتهن مع غيرهن فى

ص: ٤١

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٦ و ٩ و ٧.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢ و ٣٥.

(الفصل الثاني)

في أن أقسامه أربعة

(في أقسامه) (١) و هو (٢) ينقسم أربعة أقسام (و هي) (٣) ما عدا المباح و هو (٤) متساوي الطرفين (٥) من الأحكام (٦) الخمسة، فانه (٧) لا يكون كذلك (٨) بل إما راجح، أو مرجوح مع المنع (٩) من النقيض و تعينه (١٠) أم لا (١١)،
الدم إذا حضرته (١).

و يكفى في الشهادة سماعهم الصيغ له صحيح البنظي عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (عن رجل كانت له امرأه طهرت من
محيضها فجاء إلى جماعه فقال: فلانه طالق يقع عليها الطلاق و لم يقل: اشهدوا؟ قال عليه السلام: نعم) (٢)، و صحيح صفوان
عن الرضا عليه السلام (سئل عن رجل طهرت امرأته من حيضها فقال: فلانه طلاق، و قوم يسمعون كلامه و لم يقل لهم: اشهدوا،
أ يقع الطلاق عليها؟ قال: نعم هذه شهادة) (٣).

(١) أي أقسام الطلاق.

(٢) أي الطلاق.

(٣) أي الأقسام الأربعة.

(٤) أي المباح.

(٥) أي فعله كتركه على حد سواء.

(٦) جار و مجرور متعلق بقوله: متساوي الطرفين.

(٧) أي فإن الطلاق.

(٨) أي مباحا.

(٩) بالنسبة للراجح، فالراجح مع المنع من النقيض هو الواجب و بدون المنع من النقيض هو المستحب.

(١٠) أي تعين النقيض هذا بالنسبة للمرجوح، فالمرجوح مع تعين النقيض هو الحرام، لأن الفعل إذا كان مرجوحا و قد تعين
نقيضه الذي هو الترك فهو عين حرمة، و أما المرجوح مع عدم تعين النقيض فهو المكروه، و على كل فقول الشارح: (مع المنع

من النقيض و تعينه) متعلق بالراجع و المرجوح على نحو اللف و النشر المرتبين.

(١١) أى مع عدم المنع من النقيض بالنسبه للراجع، و مع عدم تعين النقيض بالنسبه للمرجوح.

ص:٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١ و ٢.

و تفصيلها (١) أنه (٢): إما حرام و هو (٣) طلاق الحائض، لا مع المصحح له (٤) و هو (٥) أحد الأمور الثلاثة السابقة أعني عدم الدخول أو الحمل، أو الغيبه،(و) كذا (النفساء، و فى طهر جامعها فيه) و هى غير صغيره، و لا يائسه، و لا حامل مع علمه بحالها (٦) أو مطلقا (٧) نظرا (٨) إلى أنه لا يستثنى للغائب إلا كونها حائضا عملا بظاهر النص (٩).

(و الثلاث من غير رجعه) و التحريم هنا (١٠) يرجع إلى المجموع من حيث هو مجموع، و ذلك لا- ينافى تحليل بعض أفراده و هو الطلقه الأولى (١١) إذ لا منع منها إذا اجتمعت الشروط.

(١) أى تفصيل أقسام الطلاق.

(٢) أى أن الطلاق.

(٣) كل طلاق على غير شروطه يقع باطلا فلو أتى به كذلك معتقدا شرعيته فهو محرم، و لكن اختص المحرم عندهم بثلاث:

الأول: طلاق الحائض و النفساء مع حضور الزوج بعد الدخول، و كذا مع غيبته دون المده المشترطه، و كذا طلاق المسترابه قبل ثلاثه أشهر.

الثانى: طلاق الزوجه فى طهر قد واقعها فيه مع عدم اليأس و الصغر و الحمل.

الثالث: طلاق الثلاث من غير رجعه بينها.

و هذا الحصر اصطلاحى و إلا فالطلاق بدون الإشهاد و بدون الصيغه المعتبره بالحل و إن أتى به بعنوان المشروعيه فهو محرم.

(٤) للطلاق حال الحيض.

(٥) أى المصحح.

(٦) بأنها فى طهر مواقعه.

(٧) أى سواء كان عالما أو جاهلا.

(٨) تعليل للإطلاق.

(٩) و قد تقدم، أما طهر مواقعه فلا يستثنى و إن كان جاهلا، و قد تقدم فيه البحث عند قول الشارح سابقا (و فى حكم علمه بحيضها علمه بكونها فى طهر مواقعه على الأقوى).

(١٠) فى الثلاث من غير رجعه.

(١١) بحيث لو وقع الثلاث من غير رجعه فإنه يقع طلقه واحده على المشهور على ما تقدم بيانه سابقا.

(وكله) أى الطلاق المحرم بجميع أقسامه (لا- يقع) بل يبطل (لكن يقع فى) الطلقات (الثلاث) من غير رجعه (واحد) و هى الأولى (١)، أو الثانية على تقدير وقوع خلل فى الأولى (٢)، أو الثالثة على تقدير فساد الأوليين.

(و إما مكروه، و هو الطلاق مع التام الأخلاق) أى أخلاق الزوجين فإنه ما من شىء مما أحله الله تعالى أبغض إليه من الطلاق (٣). و ذلك (٤) حيث لا موجب له.

(و إما واجب، و هو طلاق المولى (٥)، و المظاهر (٦) فإنه يجب عليه (٧) أحد الأمرين الفئه (٨)، أو الطلاق كما سيأتى، فكل واحد منهما يوصف بالوجوب التخييرى، و هو (٩) واجب بقول مطلق (١٠).

(١) أى و التطليقه الواحده هى صيغه الأولى إذا وقعت الثلاث من غير رجعه على نحو الترتيب، كما لو قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق، و هذا لا- يأتى لو وقع الثلاث مرسلا كما لو قال: أنت طالق ثلاثا، بحيث لو وقع خلل فى الصيغه الأولى فلا صيغه أخرى لا ثانية و لا ثالثة.

(٢) فى الصيغه الأولى.

(٣) فى خبر أبى هاشم عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن الله عزّ و جلّ يحب البيت الذى فيه العرس و يبغض البيت الذى فيه الطلاق، و ما من شىء أبغض إلى الله عزّ و جلّ من الطلاق) (١)، و صحيح ابن أبى عمير عن غير واحد عن أبى عبد الله عليه السّلام (ما من شىء مما أحله الله أبغض إليه من الطلاق، و إن الله عزّ و جلّ يبغض المطلّاق الذوّاق) (٢)، و مرسل الطبرسى (تزوجوا و لا تطلقوا فإن الطلاق يهتز منه العرش) (٣).

(٤) أى الطلاق المبغوض إلى الله.

(٥) من أولى يولى إيلاء، و هو الحلف على ترك و طى الزوجه الدائمه أكثر من أربعه أشهر.

(٦) و هو من يشبهه من يملك نكاحها بظهر محرّمه عليه أبدا بنسب أو رضاع.

(٧) على المولى و المظاهر.

(٨) أى الرجوع مع الكفاره.

(٩) أى الطلاق هنا.

(١٠) من غير تقييد له بالتخييرى أو التعيينى.

ص: ٤٤

(و إما سنه (١)، و هو الطلاق مع الشقاق) بينهما (٢)، (و عدم رجاء الاجتماع) و الوفاق (٣)، (و الخوف من الوقوع فى المعصيه (٤) يمكن أن يكون هذا (٥) من تتمه شرائط سنّته على تقدير الشقاق، و يمكن كونه فردا برأسه. و هو الأظهر، فإن خوف الوقوع فى المعصيه قد يجامع اتفاقهما فيسنّ (٦) تخلصا من الخوف المذكور إن لم يجب كما وجب النكاح له (٧).

فى الطلاق السنى

(و يطلق الطلاق السنى (٨) المنسوب إلى السنه (على كل طلاق جائز شرعا).

و المراد به الجائز بالمعنى الأعم (و هو ما قابل الحرام) و يقال له: طلاق السنه بالمعنى الأعم. و يقابله البدعى و هو الحرام، و يطلق السنى على معنى أخص من الأول و هو أن يطلق على الشرائط (٩)، ثم يتركها حتى تخرج من العده (١٠) و يعقد عليها (١) أى مستحب.

(٢) بين الزوجين.

(٣) عطف على (الاجتماع) ففى خبر محمد بن حماد الحارثى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: خمس لا يستجاب لهم: رجل جعل بيده طلاق امرأته و هى تؤذيه و عنده ما يعطها و لم يخلّ سبيلها، و رجل أبق مملوكه ثلاث مرات و لم يبعه، و رجل مرّ بحائض مائل و هو يقبل إليه و لم يسرع المشى حتى سقط عليه، و رجل أقرض رجلا مالا فلم يشهد عليه، و رجل جلس فى بيته و قال: اللهم ارزقنى و لم يطلب) (١)، و خبر خطاب بن مسلمه (دخلت على أبى الحسن عليه السلام و أنا أريد أن أشكو إليه ما ألقى من امرأتى من سوء خلقها، فابتدأنى فقال: إن أبى زوجنى مرّه امرأه سيئه الخلق فشكوت ذلك إليه فقال: ما يمنعك من فراقها؟ قد جعل الله ذلك إليك فقلت فيما بينى و بين نفسى: قد فرّجت عنى) (٢).

(٤) بالزنا مع الغير مثلا أو مطلق المعصيه.

(٥) أى الخوف من الوقوع فى المعصيه.

(٦) أى الطلاق.

(٧) أى للخوف من الوقوع فى المعصيه.

(٨) أى المشروع فى قبال المحرم، و هو البدعى، و هو كل طلاق غير مشروع يؤت به بعنوان المشروعيه.

(٩) أى شرائط الطلاق.

(١٠) أى العده الرجعيه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٥ و ٣.

ثانياً و يقال له: طلاق السنه بالمعنى الأخص (١)، و سيأتى ما يختلف من حكمهما (٢).

(و هو) أى الطلاق السنى بالمعنى الأعم (٣)(ثلاثه) أقسام: (بائن) لا يمكن للمطلق الرجوع فيه ابتداء (٤)(و هو سته (٥): طلاق غير المدخول بها (٦) دخولا يوجب الغسل فى قبل، أو دبر،(و اليائسه) من الحيض. و مثلها لا يحيض (٧) (و الصغيره (٨)

(١)فى قبال الطلاق الذى يتعقبه الرجوع فى العده، و هو الطلاق العدى.

(٢)أى حكم الطلاق بالمعنى الأخص و الطلاق بالمعنى الأعم.

(٣)و هو كل مشروع هذا و اعلم أن المعروف بين الأصحاب هو تقسيم الطلاق إلى بائن و رجعى، و الرجعى إلى العدى و غيره، و فى الشرائع و التحرير و المتن هنا تقسيم الطلاق بالمعنى الأعم إلى بائن و رجعى و عدى، و هو مشكل من ناحيه أن جعل العدى قسيما للرجعى مع أنه قسم منه.

(٤)و إن أمكن الرجوع فى بعض أقسامه كالخلع و المباره بعد رجوعها فى البذل.

(٥)بلا إشكال و لا خلاف كما فى الجواهر.

(٦)للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (العده من الماء)(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها تطليقه واحده فقد بانت منه، و تزوج من ساعتها إن شاءت)٢، و خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها - إلى أن قال - و ليس لها عده تزوج من ساعتها)٣.

(٧)و هى من بلغت الخمسين أو الستين سنه على ما تقدم فى كتاب الحيض.

(٨)و إن دخل بها و هى من لم تبلغ سن المحيض و هو التسع، للأخبار.

منها: خبر ابن الحجاج (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ثلاث يتزوجن على كل حال: التى قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و متى تكون كذلك؟ قال:

إذا بلغت ستين سنه فقد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، و التى لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و من يكون كذلك؟ قال: ما لم تبلغ تسع سنين فإنها لا تحيض و مثلها لا

ص: ٤٦

إذ لا عدّه لهذه الثلاث ولا رجوع (١) إلا في عدّه (و) طلاق (المختلعه).

و المباره (٢). ما لم ترجعا في البذل) فإذا رجعتا صار رجعيا (٣) (و المطلقه ثلثه) ثلاثه (٤) (بعد رجعتين) كل واحده (٥) عقيب
طلقه إن كانت حره، و ثانيه بينها (٦) و بين الأولى رجعه إن كانت أمه (٧).

في الطلاق الرجعي

(و رجعي (٨)، و هو ما للمطلق فيه الرجعه)، سواء (رجع أو لا) فإطلاق الرجعي عليه (٩)

تحيض، و التي لم يدخل بها (١) و مثلها غيرها من الأخبار، إلا أن اليائسه عن الحيض هي من بلغت الستين محمول على القرشيه
لمرسل الصدوق (روى أن المرأه إذا بلغت خمسين سنه لم تر حمرة إلا- أن تكون امرأه من قريش) ٢ و تتمه البحث في كتاب
الحيض.

(١) تعليل لعدم العده الرجعيه في الثلاث.

(٢) ففي صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (الخلع و المباره تطليقه بائن، و هو خاطب من الخطاب) (٢)، و في
خير داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في المختلعه قال: (عدتها عدّه المطلقه و تعتد في بيتها، و المختلعه بمنزله
المباراه) ٤.

(٣) على ما سيأتى بيانه في محله.

(٤) تفسير لثالثه بمعنى أن ثلاثه أنسب من ثالثه لتعلق الحكم بالثلاثه.

(٥) من الرجعتين.

(٦) بين الثانيه.

(٧) و من هنا تعرف أن الطلاق البائن على ثلاثه أقسام.

الأول: من لا عدّه لها و هي اليائسه و الصغيره و غير المدخول بها.

الثاني: من لها العده و لا يمكن للزوج الرجوع في الجملة و هي المختلعه و المباره.

الثالث: من لها العده و لا إمكان للزوج بالرجوع إليها في العده مطلقا و هي المطلقه ثلاثا بينها رجعتان.

(٨) و هو قسيم البائن، و هو ما عدا البائن الذي عرفت أن أقسامه ستة، بلا خلاف فيه سواء اعتدت بالإقراء أو الشهور أو الوضع، و
سواء راجع أم لم يراجع إلا أن للمطلق الرجعه في العده.

(٩) على هذا الطلاق.

ص: ٤٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

بسبب جوازها فيه (١) كإطلاق الكاتب على مطلق الإنسان من حيث صلاحيته لها (٢).

(و) الثالث (طلاق العده، و هو أن يطلق على الشرائط ثم يرجع فى العده و يطأ، ثم يطلق فى طهر آخر) و إطلاق العدى عليه من حيث الرجوع فيه (٣) فى العده و جعله قسيما للأولين (٤) يقتضى مغايرته لهما مع أنه أخص من الثانى (٥)، فإنه من جملة أفرادها، بل أظهرها (٦) حيث رجع فى العده، فلو جعله (٧) قسمين ثم قسم الرجعى إليه (٨) و إلى غيره (٩) كان أجود.

(و هذه) أعنى المطلقة للعده (تحرم فى التاسعه أبدا (١٠) إذا كانت حره، و قد تقدم (١١) أنها تحرم فى كل ثالثه حتى تنكح زوجها غيره، و إن المعتبر طلاقها للعده (١) أى بسبب جواز الرجعه فى هذا الطلاق.

(٢) للكتابة و إن لم يكن كاتبا بالفعل.

(٣) فى الطلاق.

(٤) من البائن و الرجعى.

(٥) أى الرجعى.

(٦) أى أظهر الأفراد.

(٧) أى الطلاق.

(٨) إلى العدى.

(٩) و هو الرجعى الذى لم يرجع الزوج فى العده و إن جاز له الرجوع و هو المسمى بالسنى بالمعنى الأخص.

(١٠) المشهور بين الأصحاب على أن المطلقة تسعا للعده تحرم مؤبدا للإجماع كما عن جماعه، و لخبر المعلى بن خنيس عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته ثم لم يراجعها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها فتركها حتى حاضت ثلاث حيض، ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يراجع، ثم تركها حتى حاضت ثلاث حيض؟ قال عليه السلام: له أن يتزوجها أبدا ما لم يراجع و يمسن (١)، و هو دال على عدم الحرمة الأبدية بغير طلاق العده، و لازمه الحرمة الأبدية لو كان الطلاق عديا.

(١١) الفصل الثالث من المحرمات من كتاب النكاح.

ص: ٤٨

مرتين من كل ثلاثه، لأن الثالث لا يكون عديا حيث لا رجوع فيها فيه (١) (و ما عداه (٢) من أقسام الطلاق الصحيح و هو ما إذا رجع فيها (٣) و تجرد عن الوطء، أو بعدها (٤) بعقد جديد و إن وطئ (تحرم) المطلقه (في كل ثالثه للحره (٥)، و في كل ثانيه للأمه).

و في إلحاق طلاق المختلعه إذا رجع في العده بعد رجوعها في البذل و المعقود عليها (٦) في العده الرجعيه به (٧) قولان (٨): منشؤهما. من أن (٩) الأول (١٠) من أقسام البائن و العدى من أقسام الرجعى، و أن شرطه (١١) الرجوع (١) أى في العده في هذا الطلاق.

(٢) أى عدا الطلاق العدى.

(٣) في العده.

(٤) أى بعد العده.

(٥) و لا تحرم مؤبدا عليه في التاسعه و هذا هو الفارق بين الطلاق العدى و غيره.

(٦) أى و في إلحاق طلاق المعقود عليها.

(٧) بالعدى.

(٨) لو رجع بعد رجوع المختلعه في البذل أو عقد عليها في العده الرجعيه فهل يلحق بالعدى فيهما فتحرم في التاسعه أبدا أو لا يلحق به فلا- تحرم قولان، منشأ القول بعدم التحريم أن المختلعه من أقسام البائن و العدى من أقسام الرجعى فلا- يلحق به، و المعقود عليها في العده الرجعيه لا تحرم في التاسعه لأن شرط التحريم في التاسعه هو الرجوع في العده و مع العقد لا رجوع.

و منشأ القول بالتحريم أن رجوع المختلعه في البذل يصير الطلاق رجعيًا، و العقد في الرجعه بمعنى الرجعه فيلحقان بالعدى فتحرم في التاسعه.

هذا و قوى الشارح إلحاق طلاق المختلعه بالعدى دون المعقود عليها في العده، أما الأول لتحقق الرجوع في العده بعد رجوعها في البذل، و أما الثانى فلا يلحق بالعدى لعدم تحقق الرجوع في العده مع منع كون العقد بمعنى الرجعه فإنه و إن ساواها معنى لكن لا يلحق بها.

(٩) دليل عدم التحريم و عدم الإلحاق.

(١٠) و هو طلاق المختلعه.

(١١) أى شرط العدى، و هو وجه عدم إلحاق المعقود عليها بالعدى.

فى العده و العقد الجديد (١) لا يعد رجوعا. و من (٢) أن رجوعها فى البذل صيره (٣) رجعا. و أن العقد (٤) فى الرجعى بمعنى الرجعه.

و الأقوى إلحاق الأول (٥) به (٦)، دون الثانى (٧) لاختلال (٨) الشرط (٩) و منع إلحاق المساوى بمثله (١٠)

فى الأفضل فى الطلاق

(و الأفضل فى الطلاق أن يطلق على الشرائط) المعتبره فى صحته (١١)، ثم يتركها حتى تخرج من العده، ثم يتزوجها إن شاء. و على هذا).

و هذا هو طلاق السنه بالمعنى الأخص، و لا تحرم المطلقه به (١٢) مؤبدا (١٣) أبدا. و إنما كان أفضل، للأخبار الداله عليه (١٤)، و إنما يكون أفضل حيث تشرك (١) فى العده الرجعيه.

(٢) دليل التحريم و الإلحاق.

(٣) أى صير طلاق المختلعه الذى هو من أقسام البائن.

(٤) وجه إلحاق المعقود عليها بالعدى.

(٥) و هو طلاق المختلعه.

(٦) بالعدى.

(٧) و هو طلاق المعقود عليها فى العده الرجعيه.

(٨) تعليل لعدم إلحاق الثانى بالعدى.

(٩) و هو الرجوع فى العده.

(١٠) أى و منع إلحاق العقد بالرجوع و إن ساواه معنى.

(١١) صحه الطلاق.

(١٢) بالطلاق غير العدى.

(١٣) فى التاسعه على ما تقدم بيانه.

(١٤) لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (الطلاق الذى يحبه الله، و الذى يطلّق الفقيه، و هو العدل بين الرجل و المرأه أن

يطلقها في استقبال الطهر بشهادة شاهدين و إرادته من القلب ثم يتركها حتى تمضي ثلاثة قروء(١)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن الطلاق ما حدّه، و كيف ينبغي للرجل أن يطلق؟ قال: السنه أن يطلق عند الطهر واحده ثم يدعها حتى تمضي عدتها)٢.

ص: ٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٢.

أفراده في أصل الأفضلية وجوبا، أو ندبا، لاقتضاء فعل التفضيل الاشتراك في أصل المصدر، و ما يكون مكروها، أو حراما لا فضيله فيه (١).

(و قد قال بعض الأصحاب (٢) و هو عبد الله بن بكير: (إن هذا الطلاق لا يحتاج إلى محلل بعد الثلاث (٣)، بل استيفاء العده الثالثه يهدم التحريم استنادا إلى (١) فلا يكون طلاق السنه بالمعنى الأخص أفضل حينئذ، هذا و اعلم أنه لم يرد توصيف هذا الطلاق بالأفضل في الأخبار حتى نخصه بما إذا كان واجبا أو مندوبا، و إنما ورد توصيفه بالسنه و هو يشمل المكروه.

(٢) علق الشارح هنا بقوله: (قد استعمل الأصحاب لفظ الصاحب في غير الأمالي من الشيعة كما ذكره المصنف، قال العلامة في الخلاصه: إسحاق بن عمار شيخ من أصحابنا و كان فطحيًا) انتهى.

(٣) قد عرفت الفرق بين الطلاق العدى و الطلاق السنى فمن ناحيه الموضوع فالرجوع فى الأول فى العده و فى الثانى بعد انقضاء العده بعقد جديد، و من ناحيه الحكم فالطلاق العدى ينشر الحرمة الأبدية فى التاسعه بخلاف الطلاق السنى فلا ينشر الحرمة الأبدية.

و لكن الطلاق العدى ثلاثا موجب للتحريم الموجب للتحليل عند ما تنكح زوجها غيره، فهل الطلاق السنى كذلك، فعلى المشهور نعم للأخبار الكثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل طلق امرأته ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجها ثم طلقها من غير أن يدخل بها حتى فعل ذلك بها ثلاثا قال:

لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره) (١)، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (فى الرجل يطلق امرأته تطليقه ثم يراجعها بعد انقضاء عدتها، فإذا طلقها الثالثه لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره) ٢.

و عن ابن بكير أن هذا الطلاق السنى بالمعنى الأخص لا يحتاج إلى محلل فى الثالثه، لأن استيفاء عدتها فى الثالثه يهدم التحريم لما رواه ابن بكير نفسه عن زراره فى الصحيح قال (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: الطلاق الذى يحبه الله تعالى و الذى يطلق الفقيه، و هو العدل بين المرأه و الرجل أن يطلقها فى استقبال الطهر بشهاده شاهدين و إرادته من القلب، ثم يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء، فإذا رأت الدم فى أول قطره من الثالثه و هو آخر القروء، لأن الأقراء هى الأطهار، فقد بانت منه و هى أملك بنفسها، فإن شاءت تزوجته و حلت له بلا زوج، فإن فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله و حلت له بلا زوج، و إن

ص: ٥١

روايه زراره قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «الطلاق الذي يحبه الله راجعها قبل أن تملك نفسها ثم يطلقها ثلاث مرات يراجعها و يطلقها لم تحل له إلا بزواج»(١).

و هذه الروايه مع شذوذها و عدم عمل الأصحاب، و معارضتها لما هو أقوى منها قد رواها عبد الله بن بكير و هو فطحي المذهب لا يعتمد على روايته، و فيها قادح آخر، و هو أن عبد الله بن بكير كان يفتي بمضمونها و قد راجعه أصحاب الأئمه عليهم السلام في الأمر فقال: هذا مما رزقني الله من الرأي كما في خبر رفاعه عن أبي عبد الله عليهم السلام (سألته عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجها آخر فطلقها أيضا ثم تزوجت زوجها الأول أ يهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال: نعم.

قال ابن سماعه - و هو من جمله رواه هذا الخبر - : و كان ابن بكير يقول: المطلقة إذا طلقها زوجها ثم تركها حتى تبين ثم تزوجها فإنما هي على طلاق مستأنف، قال: و ذكر الحسين بن هاشم أنه سأل ابن بكير عنها فأجابه بهذا الجواب فقال له: سمعت في هذا شيئا؟ قال: روايه رفاعه.

قال ابن هاشم: إن رفاعه روى إذا دخل بينهما زوج، فقال ابن بكير: زوج و غير زوج عندي سواء، فقلت: أسمع في هذا شيئا؟ قال: لا، هذا مما رزق الله من الرأي.

قال ابن سماعه: و ليس تأخذ بقول ابن بكير، فإن الروايه إذا كان بينهما زوج(٢)، و خبر عبد الله بن المغيرة (سألته عبد الله بن بكير عن رجل طلق امرأته واحده ثم تركها حتى بانت منه ثم تزوجها، قال: هي معه كما كانت في التروييح، قلت: فإن روايه رفاعه إذا كان بينهما زوج، فقال لي عبد الله: هذا زوج، و هذا مما رزق الله من الرأي(٣).

هذا و قد احتمل الشيخ في التهذيب أن هذا الحكم من رأيه و قد أسنده إلى زراره في الخبر المتقدم نصره لمذهبه حيث قال الشيخ في الكتاب المذكور ملخصا: (هذه الروايه طريقها ابن بكير، و قد قدمنا أنه قال حين سئل عن هذه المسألة: هذا مما رزق الله من الرأي، و لو كان سمع ذلك من زراره لكان يقول: نعم روايه زراره، و يجوز أن يكون أسند ذلك إلى زراره نصره لمذهبه لما رأى أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه، و ليس هو

معصوما لا يجوز عليه هذا، بل وقع منه من العدول عن مذهب الحق إلى اعتقاد مذهب

ص: ٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٢.

تعالى و الذى يطلق الفقيه و هو العدل (١) بين المرأه و الرجل أن يطلقها فى استقبال الطهر (٢) بشهاده شاهدين و إرادته من القلب، ثم يتركها حتى تمضى ثلاثه قروء فإذا رأّت الدم فى أول قطره من الثالثه (٣) و هو آخر القراء، لأن الاقراء هى الأطهار فقد بانّت منه و هى أملك بنفسها فإن شاءت تزوجته و حلت له (٤)، فإن فعل هذا بها مائه مره هدم ما قبله و حلت بلا زوج» الحديث.

و إنما كان ذلك (٥) قول عبد الله، لأنه قال حين سئل عنه: هذا مما رزق الله من الرأى (٦). و مع ذلك (٧) رواه بسند صحيح و قد قال الشيخ (٨): إن العصابه أجمعت على تصحيح ما يصحّ عن عبد الله بن بكير، و أقروا له بالفقه و الثقه (٩).

الفتحيه ما هو معروف من مذهبه، و الغلط فى ذلك أعظم من إسناده فيما يعتقد صحته بشبهه إلى بعض أصحاب الأئمه عليهم السلام(١) انتهى.

و مع كل هذا فالعجب من الشيخ حيث وثّقه فى الفهرست بقوله (عبد الله بن بكير فطحى المذهب إلا أنه ثقه)(٢)، و قال عنه الكشى (أجمعت العصابه على تصحيح ما يصح من هؤلاء و تصديقهم لما يقولون، و أقروا لهم بالفقه - إلى أن قال - سته نفر: جميل بن دراج و عبد الله بن مسكان و عبد الله بن بكير و حماد بن عيسى و حماد بن عثمان و أبان بن عثمان)(٣).

(١) توصيف للطلاق.

(٢) أى الطهر الذى هو بعد طهر المواقعه.

(٣) من الحيضه الثالثه.

(٤) و فى الخبر على ما فى الوسائل: (و حلت له بلا زوج).

(٥) من عدم الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٦) كما فى خبرى رفاعه و ابن المغيره المتقدمين.

(٧) و مع تصريحه بأنه رأى له.

(٨) أى الطوسى.

(٩) كما فى كتاب الكشى، و لكن صحت النسبه للشيخ لأن كتاب الكشى لم يصل إلينا و إنما الواصل هو اختيار الشيخ لمعرفة الرجال من كتاب الكشى.

ص: ٥٣

٢- (٢) فهرست الشيخ ص ١٠٦ تحت رقم (٤٥٢).

٣- (٣) اختيار معرفه الرجال ص ٦٧٣ تحت رقم ٧٠٥، طبع مؤسسه آل البيت عليهم السّلام.

و فيه (١) نظر، لأنه فطحي المذهب (٢)، و لو كان ما رواه (٣) حقا لما جعله رأيا له (٤)، و مع ذلك (٥) فقد اختلف سند الروايه عنه فتاره أسندها إلى رفاعه (٦)، و أخرى إلى زرارته، و مع ذلك نسبه (٧) إلى نفسه. و العجب من الشيخ - مع دعواه الاجماع المذكور (٨) - أنه قال (٩): إن إسناده إلى زرارته وقع نصره لمذهبه الذي أفتى به لما رأى أن أصحابه لا يقبلون ما يقوله برأيه. قال (١٠): و قد وقع منه من العدول عن اعتقاد مذهب الحق إلى الفطحيه ما هو معروف. و الغلط في ذلك (١١) أعظم من الغلط في إسناد فتيا يعتقد صحته لشبهه دخلت عليه إلى بعض أصحاب الأئمه عليه السلام (و الأصح احتياجه إليه (١٢) أى إلى المحلل، للأخبار الصحيحه الداله عليه (١٣)، و عموم القرآن الكريم (١٤)، (١) أى فى كلام الشيخ المذكور.

(٢) و هو من يعتقد بإمامه عبد الله الأفطح، و هو من ابنا الإمام الصادق عليه السّلام، فكيف تقرر العصابه له بالفقه و الثقه مع أنه غير عادل.

(٣) أى ما رواه عن زرارته.

(٤) بل قال: نعم روايه زرارته، إذ مع النص يلغوا الاجتهاد.

(٥) مع عدم عدالته لأنه فطحي، و مع إسناد القول إلى رأيه كما فى خبرى رفاعه و ابن المغيره المتقدمين.

(٦) كما فى خبر رفاعه المتقدم فراجع.

(٧) أى نسب الحكم من عدم الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٨) على تصحيح ما يصح عنه.

(٩) كما فى التهذيب على ما تقدم نقله.

(١٠) أى الشيخ فى التهذيب.

(١١) فى العدول عن مذهب الحق.

(١٢) أى احتياج الطلاق الثالث إلى المحلل.

(١٣) و قد تقدم بعضها.

(١٤) و هو قوله تعالى: الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ، فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ - إلى قوله تعالى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (١)، و هو عام يشمل الطلاق البائن و الرجعى، سواء كان عديا أم سنيا بالمعنى الأخص.

١- (١) سورة البقره، الآيتان: ٢٢٩، ٢٣٠.

بل لا يكاد يتحقق في ذلك (١) خلاف، لأنه لم يذهب إلى القول الأول (٢) أحد من الأصحاب على ما ذكره جماعه، و عبد الله بن بكير ليس من أصحابنا الإماميه، و نسبه المصنف له إلى أصحابنا التفاتا منه إلى أنه (٣) من الشيعة في الجملة، بل من فقهاءهم على ما نقلناه عن الشيخ و إن لم يكن إماميا. و لقد كان ترك حكاية قوله في هذا المختصر أولى (٤).

في طلاق الحامل

(و يجوز طلاق الحامل أزيد من مره (٥)

(١) في الاحتياج إلى المحلل بعد الثلاث.

(٢) عدم الاحتياج إلى المحلل.

(٣) أي أن ابن بكير.

(٤) لبناء المصنف في هذا الكتاب كما صرح به في آخره على الاقتصار على المشهور بين الأصحاب.

(٥) لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز طلاق الحامل مره للأخبار.

منها: خبر إسماعيل الجعفي عن أبي جعفر عليه السلام (خمس يطلقن على كل حال: الحامل المتبين حملها، و التي لم يدخل بها زوجها، و الغائب عنها زوجها، و التي لم تحض، و التي قد جلست عن المحيض) (١) و مثله غيره.

و إنما الكلام في جواز طلاقها أكثر من مره، فعن ابن الجنيد المنع من الطلاق للعدّه إلا بعد مضي شهر لصحيح يزيد الكناسي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن طلاق الحبلي، فقال: يطلقها واحده للعدّه بالشهور و الشهود، قلت: فله أن يراجعها؟ قال: نعم و هي امرأته، قلت: فإن راجعها و مسّها ثم أراد أن يطلقها تطليقه أخرى، قال: لا يطلقها حتى يمضي لها بعد ما يمسيها شهر) (٢) و هو محمول على الاستحباب جمعا بينه و بين موثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (عن رجل طلق امرأته و هي حامل ثم راجعها ثم طلقها ثم راجعها ثم طلقها الثالثه في يوم واحد، تبين منه؟ قال عليه السلام: نعم) (٣).

و عن الشيخ في النهايه و ابني البراج و حمزه المنع من الطلاق للسنة، و تجويز الطلاق للعدّه، أما الثاني فلما تقدم من موثق إسحاق و غيره، و أما الأول، فلأن الطلاق السني بالمعنى الأخص هو أن يعقد عليها بعد انقضاء عدتها، و لا تنقضى عدّه الحامل إلا بالوضع، و به تخرج عن كونها حاملا.

ص: ٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١١ و ١٠.

مطلقا (١) على الأقوى (و يكون طلاق عده إن وطأ) بعد الرجعه ثم طلق، و إلا يطأ بعدها (٢) (فسنه بمعناه الأعم). و أما طلاق السنه بالمعنى الأخص فلا يقع بها (٣) لأنه (٤) مشروط بانقضاء العده، ثم تزويجها ثانيا كما سبق (٥)، و عده الحامل لا و عن الصدوقين المنع من الطلاق ثانيا ما دامت حاملا للأخبار الناهيه عن ذلك.

منها: صحيح الجعفي عن أبي جعفر عليه السّلام (طلاق الحامل واحد فإذا وضعت ما في بطنها فقد بانت منه) (١)، و صحيح الكنانى عن أبي عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده و عدتها أقرب الأجلين) ٢، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (الحبلى تطلق تطليقه واحده) ٣، و خبر محمد بن منصور الصيقل عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: يطلقها، قلت: فيراجعها؟ قال: نعم يراجعها، قلت: فإنه بدا له بعد ما راجعها أن يطلقها، قال: لا حتى تضع) (٢).

و هذه الأخبار لا تقاوم ما دل على جواز تعدد طلاق الحامل.

منها: خبر إسحاق بن عمار المتقدم، و موثقه الآخر (قلت لأبى إبراهيم عليه السّلام: الحامل يطلقها زوجها ثم يراجعها ثم يطلقها ثم يراجعها ثم يطلقها الثالث، قال عليه السّلام: تبين منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) ٥، و موثقه الثالث عن أبى الحسن الأول عليه السّلام (عن الحبلى تطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره، قال عليه السّلام: نعم، قلت: أ لست الذى قلت لى إذا جامع لم يكن له أن يطلق؟ قال عليه السّلام: إن الطلاق لا يكون إلا على طهر قد بان، أو حمل قد بان، و هذه قد بان حملها) ٦، و تحمل أخبار النهى على عدم جواز تعدد طلاقها للسنه بالمعنى الأخص كما عرفت، كما فصل الشيخ و جماعه بين طلاق العدى فيجوز التعدد و الطلاق السنّى بالمعنى الأخص فلا يجوز التعدد و إليه ذهب المشهور بين المتأخرين.

(١) سواء مضى فى طلاق العده شهر أو لا.

(٢) بعد الرجعه.

(٣) بالحامل.

(٤) أى طلاق السنه بالمعنى الأخص.

(٥) كما سبق عند قول الماتن (و الأفضل فى الطلاق أن يطلق على الشرائط ثم يتركها حتى تخرج من العده ثم يتزوجها إن شاء).

ص: ٥٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٣ و ٤.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٧ و ٦ و ٨.

تنقضى إلا بالوضع، و به (١) تخرج عن كونها حاملا فلا يصدق أنها طلقت طلاق السنه بالمعنى الأخص ما دامت حاملا، إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعه كاشفا عن كون طلاقها السابق طلاق سنه بذلك المعنى (٢)، و الأقوال هنا (٣) مختلفه كالأخبار، و المحصل ما ذكرناه.

(و الأولى تفريق الطلقات (٤) على الأطهار) بأن يوقع كل طلقه فى طهر غير طهر الطلقه السابقه (لمن أراد أن يطلق و يراجع) أزيد من مره (٥).

(١) بالوضع.

(٢) أى بالسنه بالمعنى الأخص، لأنه لم يتحقق الرجوع فى العده، بل انقضت عدتها بالوضع و لم يرجع فيتعين عليه العقد إذا أراد الرجوع، و على هذا فقوله: (إلا أن يجعل وضعها قبل الرجعه) فمعناه إلا أن يجعل وضعها قبل العقد الجديد.

(٣) فى طلاق الحامل.

(٤) أى الطلقات الثلاث.

(٥) إذا طلق الحائل طلاقا رجعيا ثم راجعها فإن واقعها و طلقها فى طهر آخر صح بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث قال: (و أما طلاق العده الذى قال الله عزّ و جلّ: فطلقوهن لعدتهن و أحصوا العده، فإذا أراد الرجل منكم أن يطلق امرأته طلاق العده فلينتظر بها حتى تحيض و تخرج من حيضها، ثم يطلقها تطليقه من غير جماع بشهاده شاهدين عدلين و يراجعها من يومه ذلك إن أحب، أو بعد ذلك بأيام قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها حتى تحيض، فإذا حاضت و خرجت من حيضها طلقها تطليقه أخرى من غير جماع يشهد على ذلك، ثم يراجعها أيضا متى شاء قبل أن تحيض و يشهد على رجعتها و يواقعها و تكون معه إلى أن تحيض الثالثه، فإذا خرجت من حيضتها الثالثه طلقها التطليقه الثالثه بغير جماع و يشهد على ذلك، فإذا فعل ذلك فقد بانت منه و لا تحلّ له حتى تنكح زوجا غيره) (١).

و لو طلق الحائل طلاقا رجعيا ثم راجعها و طلقها فى طهر آخر بدون مواقعه صح الطلاق على المشهور لصحيح عبد الحميد بن عوّاض و محمد بن مسلم (سألنا أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل طلق امرأته و أشهد على الرجعه و لم يجمع ثم طلق فى طهر آخر على السنه،

ص: ٥٧

و هذه الأولويه (١) بالإضافة إلى ما يأتي بعده (٢)، و إلا (٣) فهو (٤) موضع الخلاف (٥)، و إن كان أصح الروايتين صحته (٦)، و إنما الأولى (٧) المخرج من أثبت التلقيه الثانيه بغير جماع؟ قال: نعم إذا هو أشهد على الرجعه و لم يجامع كانت التلقيه ثابتة(١)، و صحيح البزنطى عن الرضا عليه السّلام (عن رجل طلق امرأته بشاهدين ثم راجعها و لم يجامعها بعد الرجعه حتى طهرت من حيضها، ثم طلقها على طهر شاهدين. أ يقع عليها التلقيه الثانيه و قد راجعها و لم يجامعها؟ قال: نعم) ٢ و مثلها غيرها.

و عن ابن أبى عقيل أنه لا يجوز الطلاق الثاني إلا بعد مواقعه لموثق إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن الرجل يطلق امرأته فى طهر من غير جماع ثم يراجعها فى يومه ذلك ثم يطلقها، تبين عنه بثلاث تطلقات فى طهر واحد؟ فقال عليه السّلام: خالف السنه، قلت: فليس ينبغى له إذا هو راجعها أن يطلقها إلا فى طهر؟ قال: نعم، قلت: حتى يجامع؟ قال: نعم(٢)، و صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال عليه السّلام: فى الرجل يطلق امرأته له أن يراجع، و قال: لا يطلق التلقيه الأخرى حتى يمسه) ٤ و مثلها غيرها و قد حملها جماعه منهم الشارح على الكراهه و أخبار الجواز على الإباحه، و منه يتبين أن الطلاق الثاني فى طهر آخر بعد المراجعه بدون مواقعه مكروه.

(١) فى قول المصنف (الأولى تفريق الطلقات على الأطهار) و إن لم يواقع.

(٢) و هو ما لو أوقع الطلقات الثلاث فى طهر واحد فى قول المصنف الآتى: (و لو طلق مرات فى طهر واحد).

(٣) أى و إن لم تكن الأولويه إضافيه لما بعده.

(٤) أى تفريق الطلقات على الأطهار من دون مواقعه بعد المراجعه.

(٥) و لم يخالف إلا ابن أبى عقيل كما تقدم.

(٦) أى صحه تفريق الطلقات على الأطهار من دون مواقعه بعد المراجعه، و قد عرفت أن الدليل عليه هو صحيحه محمد بن مسلم و عبد الحميد، و صحيح البزنطى و غيرهما بخلاف القول الآخر.

(٧) تعريض بالماتن، لأن الأولويه لتفريق الطلقات على الأطهار مع مواقعه بعد المراجعه فإن

ص: ٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٢.

الخلاف أن يراجع و يطأ، ثم يطلق في طهر آخر فإن الطلاق هنا يقع إجماعاً.

في ما لو طلق مرات في طهر واحد

(و لو طلق مرات في طهر واحد (١) بأن يطلق و يراجع، ثم يطلق و يراجع.

و هكذا ثلاثاً (فخلاف أقربه الوقوع مع تخلل الرجعه) بين كل طلاقين، لعموم القرآن (٢)، و الاخبار الصحيحة بصحة الطلاق (٣) إن أرادته في الجملة إلا ما أخرجه الدليل (٤)، و روى (٥) إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام قال:

قلت له رجل طلق امرأته، ثم طلقها بشهود، ثم راجعها بشهود، ثم راجعها بشهود، ثم طلقها بشهود تبين منه قال: نعم قلت: كل ذلك في طهر واحد قال:

تبين منه.

و هذه الرواية من الموثق (٦)، و لا معارض لها، إلا روايه (٧) عبد الرحمن بن الطلاق الثاني صحيح بلا خلاف على ما تقدم بيانه سابقاً، بخلاف تفريق الطلقات على الأطهار مع عدم مواقعه بعد المراجعة فالطلاق الثاني مختلف فيه.

(١) بحيث لم يطأ بينها، و ذلك فيما لو طلق الحائل ثم راجعها ثم طلقها في نفس طهرها من دون مواقعه صح الطلاق الثاني على المشهور لموثق إسحاق بن عمار عن أبي الحسن عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود، ثم طلقها بشهود، تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كل ذلك في طهر واحد؟ قال: تبين منه) (١) و عن ابن أبي عقيل المنع من الطلاق الثاني لأنه مجرد عن مواقعه بعد المراجعة متمسكاً بصحيح ابن الحجاج و موثق إسحاق بن عمار المتقدمين، و فيه أنه قد عرفت حملهما على الكراهه.

(٢) و هو قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ (٢)**.

(٣) جار و مجرور متعلق بقوله (لعموم القرآن و الأخبار الصحيحة) أى العموم المذكور فى الكتاب و الأخبار دال على صحة هذا الطلاق.

(٤) و هو الطلاق الثاني الواقع فى طهر مواقعه بعد المراجعة.

(٥) دليل ثان للصحة.

(٦) لأن إسحاق بن عمار ثقة إلا أنه فطحى.

(٧) و كذا الموثق الآخر لإسحاق بن عمار و قد تقدم، و من جهة أخرى فروايه ابن الحجاج صحيحه.

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

الحجاج عن الصادق عليه السلام فى الرجل يطلق امرأته له أن يراجعها قال: لا يطلق التطلقه الأخرى حتى يمسهها. و هى (١) لا تدل على لبطلانه (٢)، نظرا (٣) إلى أن النهى (٤) فى غير العباده لا يفسد (٥).

و اعلم أن الرجعه بعد الطلقه (٦) تجعلها (٧) بمنزله المعدومه بالنسبه إلى اعتبار حالها (٨) قبل الطلاق (٩) و إن بقى لها (١٠) أثر فى الجمله. كعدها (١١) من الثلاث فيبقى حكم الزوجيه بعدها (١٢) كما كان قبلها (١٣) فإذا كانت مدخولا بها قبل الطلاق، ثم طلقها و راجع، ثم طلق يكون طلاقه مدخول بها، لا طلاق (١٤) (١) أى صحيحه ابن الحجاج.

(٢) أى بطلان الطلاق الثانى فى نفس طهر الطلاق الأول بعد المراجعه من دون المواقعه.

(٣) تعليل لعدم البطلان.

(٤) فى قوله عليه السلام (لا يطلق التطلقه الأخرى حتى يمسهها).

(٥) و التعليل عليل، بل عدم البطلان للجمع بينها و بين أخبار الجواز فتحمل على الكراهه، و إلا فهذا النهى لو لا المعارض لكان دالا على الفساد باعتبار دلالته على أن المس شرط فى صحه الطلاق الثانى.

(٦) لو طلقها بعد المدخول ثم راجع فى العده ثم طلق قبل المواقعه لزمها استئناف العده لبطلان الأولى بالرجعه المقتضيه لفسخ الطلاق و عود النكاح السابق، و عليه فالرجعه ليست سببا لإنشاء نكاح جديد بل هى فسخ للطلاق، و على هذا البيان فلو طلقها بعد المدخول ثم راجع فى العده ثم طلق قبل المواقعه لكان الطلاق الثانى طلاق امرأه مدخول بها فيكون طلاقا رجعيًا، و قال الشارح فى المسالك: (و هذا مما لا خلاف فيه و لكنه محل توهم).

(٧) أى تجعل الرجعه الطلقه.

(٨) أى حال الزوجه.

(٩) لأن الرجعه فسخ للطلاق الحادث و عود للنكاح السابق.

(١٠) للطلقه.

(١١) أى كعدّ الطلقه.

(١٢) أى بعد الرجعه.

(١٣) أى كما كان حكم الزوجيه قبل الرجعه.

(١٤) هذا هو محل التوهم.

غير مدخول بها نظرا (١) إلى أن الرجعه بمنزله التزويج الجديد فيكون طلاقها بعده (٢) واقعا على غير مدخول بها، لما عرفت (٣) من أن الرجعه أسقطت حكم الطلاق، و لو لا ذلك (٤) لم يمكن الطلاق ثلاثا (٥)، و ان فُرّق الطلقات على الاطهار من غير دخول و الروايات الصحيحة ناطقه بصحتها (٦) حينئذ (٧)، و كذا فتوى الأصحاب إلا من شذَّ (٨). و حينئذ (٩) فيكون الطلاق الثاني رجعيا، لا بائنا و إن وقع بغير مدخول بها بالنسبة إلى ما بعد الرجعه فإنها (١٠) مدخول بها قبلها (١١). و هو (١٢) كاف.

(١) تعليل للمنفى أى لكون الطلاق طلاق غير مدخول بها.

(٢) بعد الرجوع.

(٣) تعليل للمنفى فى قوله (لا طلاق غير مدخول بها).

(٤) أى لو لا إسقاط حكم الطلاق بالرجعه.

(٥) باعتبار أن مفروض المسألة فيما لو طلق بعد الدخول ثم راجعها فى العده و قبل المواقعه طلقها ثانيا فلو لم تكن الرجعه أسقطت حكم الطلاق الأول حتى يكون الطلاق الثانى طلاقا لمدخول بها للزم أن يكون الطلاق الثانى طلاقا لغير مدخول بها، و غير المدخول بها لا عده لها، و مع عدم العده فلا يمكن للمطلق الرجوع بعد الطلاق الثانى حتى يتأتى منه وقوع الطلاق الثالث، مع أن موثق إسحاق بن عمار المتقدم صريح فى وقوع الطلاق الثالث بالنحو المذكور، و هو عن أبى الحسن عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته ثم راجعها بشهود ثم طلقها ثم بدا له فراجعها بشهود ثم طلقها فراجعها بشهود تبين منه؟ قال: نعم، قلت: كل ذلك فى طهر واحد، قال: تبين منه) (١)، بل و كذا صحيح محمد بن مسلم و عبد الحميد بن عواض و صحيح البيزنطى المتقدمون.

(٦) أى بصحة الطلقات الثلاث المفترقه على الأطهار.

(٧) أى حين عدم المجامعه بعد المراجعة.

(٨) و هو ابن أبى عقيل و قد تقدم الكلام فيه.

(٩) أى و حين كون الرجعه مسقطه لحكم الطلاق الحادث مع رجوع عقد النكاح السابق

(١٠) أى المطلقه.

(١١) أى قبل الرجعه عند النكاح السابق الذى عاد بالرجعه.

(١٢) أى الدخول قبل الرجعه عند النكاح السابق.

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

(و تحتاج) المطلقة مطلقاً (١) (مع كمال) الطلقات (الثلاث إلى المحلل (٢)، للنص) و الاجماع و مخالفه من سبق ذكره (٣) فى بعض موارد (٤) غير قاذح فيه (٥) بوجه (٦).

(١) من أى أنواع الطلاق بائناً أو رجعيًا، و سواء كان الرجعى عدياً أو سنياً بالمعنى الأخص.

(٢) لا إشكال و لا خلاف معتدّ به فى أن كل امرأه حره استكملت الطلاق ثلاثاً حرمت حتى تنكح زوجها غيره غير المطلّق، سواء كانت مدخولاً بها أو لم تكن، راجعها فى العده و واقعها أو لم يواقعها ثم طلقها ثم راجعها كذلك ثم طلقها، أو لم يراجعها فى العده بل تركها إلى أن انقضت عدتها ثم تزوجها بعقد جديد ثم طلقها، و هكذا ثلاثاً، لعموم قوله تعالى: **الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ** - إلى قوله تعالى - **فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ، فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا إِنْ ظَنَّا أَنْ يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ (١)**، و للأخبار الكثيره.

منها: خبر زراره بن أعين و داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث قال:

(و الذى يطلق الطلاق الذى لا تحلّ له حتى تنكح زوجها غيره ثلاث مرات و تزوج ثلاث مرات لا تحلّ له أبداً) (٢)، و هو ظاهر فى انقضاء عدتها عقيب كل طلاق ثم الرجوع إليها بعقد جديد، و خبر أبى بصير (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: المرأه التى لا تحلّ لزوجها حتى تنكح زوجها غيره، قال: هى التى تطلق ثم تراجع ثم تطلق ثم تراجع ثم تطلق الثالثه فهى التى لا تحلّ له حتى تنكح زوجها غيره و يذوق عسيلتها) (٣)، و هو ظاهر فى الطلاق العدى، و السابق فى الطلاق السننى بالمعنى الأخص، و مثلهما غيرهما.

و لم يخالف إلا- ابن بكير حيث ذهب إلى عدم التحريم فى الثالثه فى الطلاق السننى بالمعنى الأخص، لأن استيفاء العده يهدم تحريم الثالثه و قد تقدم الكلام فيه سابقاً فلا نعيد.

(٣) و هو ابن بكير.

(٤) أى بعض موارد الطلاق، و هو الطلاق السننى بالمعنى الأخص.

(٥) فى الإجماع.

(٦) لأنه فطحي، و لأنه قد صرح بأنه رأيه و ليس روايه يرويهها، و على كل فلم يذكر الشهيدان شروط المحلل و هى أربعه:

ص: ٦٢

١- (١) سورة البقره، الآيتان: ٢٩، ٢٣٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

الأول: البلوغ فلا- يكفى غير البالغ و إن دخل بها بعقد على المشهور لمكاتبه على بن الفضل الواسطي (كتبت إلى الرضا عليه السلام: رجل طلق امرأته الطلاق الذي لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فيتزوجها غلام لم يحتلم؟ قال عليه السلام: لا حتى يبلغ، فكتبت إليه: ما حدّ البلوغ؟ فقال عليه السلام: ما أوجب على المؤمنين الحدود)(١).

و منه تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد و الشيخ في أحد قولييه من الاكتفاء بالمراهق غير البالغ و جنح إليه الشارح في المسالك لضعف الخبر، مع أنه منجر بعمل الأصحاب.

الشرط الثاني: الوطى بالاتفاق بين جميع المسلمين ما عدا سعيد بن المسيب فاكتفى بالعقد، و يدل عليه الأخبار الكثيرة.

منها: النبوي (أنه جاءت امرأه رفاعه القرطبي إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: كنت عند رفاعه فبتّ طلاقى فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير و أنه طلقني قبل أن يمسيّني فتبسم النبي صلى الله عليه و آله و سلم و قال: أتريدين أن ترجعي إلى رفاعه، لا حتى تذوقى عسيلته و يذوق عسيلتك)(٢)، و خبر أبي حاتم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل يطلق امرأته الطلاق الذي لا- تحل له حتى تنكح زوجا غيره، ثم تزوجها رجل آخر و لم يدخل بها؟ قال عليه السلام: لا- حتى يذوق عسيلتها)(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (من طلق امرأته ثلاثا و لم يراجع حتى تبين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فإذا تزوجت زوجا و دخل بها حلت لزوجها الأول)٤ و مثلها غيرها. و ظاهر ذوق العسيلة لا بدّيه كون الوطى في القبل فلا- يكفى الوطى في الدبر، و ظاهر أيضا لا بدّيه كون الوطى على نحو يوجب الغسل و هو ما كان بغيوبه الحشفه و ظاهرهم الاتفاق على ذلك.

نعم المشهور على عدم اعتبار الانزال لإطلاق الأدله، و عن جماعة منهم صاحب الجواهر الاستشكال فيه باعتبار أن ذوق العسيلة من الجانبين ظاهر في هذه الجماع التي لا تتحقق إلا مع الإنزال.

الشرط الثالث: أن يكون ذلك بالعقد الصحيح فلا يكفى وطئ الشبهه فضلا عن الوطى المحرم أو العقد الفاسد بلا خلاف فيه، لظاهر قوله تعالى: حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ (٤) و هو غير صادق على وطئ الشبهه أو الحرام أو العقد الفاسد فضلا عن الأخبار.

ص: ٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣٧٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٤- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٣٠.

منها: صحيح الفضيل عن أحدهما عليهم السلام (سألته عن رجل زوج عبده أمته ثم طلقها تطليقتين، يحل له أن يراجعها إن أراد مولاها؟ قال: لا، قلت: أفرأيت إن وطأها مولاها أ يحل للعبد أن يراجعها قال: لا، حتى تزوج زوجها غيره و يدخل بها، فيكون نكاحا مثل نكاح الأول) (١) و مثله غيره.

الشرط الرابع: أن يكون العقد دائما فلا يكفي نكاح المتعه بلا خلاف فيه، للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (عن رجل طلق امرأته ثلاثا ثم تمتع فيها رجل آخر هل تحل للأول؟ قال عليه السلام: لا) (٢)، و موثق هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل تزوج امرأه ثم طلقها فبانت منه ثم تزوجها رجل آخر متعه هل تحل لزوجها الأول؟ قال: لا حتى تدخل فيما خرجت منه) (٣) و خبر الحسن الصيقل عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل طلق امرأته طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره، فتزوجها رجل متعه، أ تحل للأول؟ قال: لا، لأن الله يقول: فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِنْ طَلَّقَهَا، وَ الْمَتَعَةُ لَيْسَ فِيهَا طَلَّاقٌ) (٤). هذا و المحلل يهدم الطلقه و الاثنتين كما يهدم الثلاث على المشهور شهره عظيمه للأخبار.

منها: موثق رفاعه عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته حتى بانت منه و انقضت عدتها ثم تزوجت زوجها آخر فطلقها أيضا ثم تزوجها زوجها الأول، أ يهدم ذلك الطلاق الأول؟ قال عليه السلام: نعم) (٣)، و خبر معاوية بن حكيم قال: (روى أصحابنا عن رفاعه بن موسى أن الزوج يهدم الطلاق الأول، فإن تزوجها فهي عنده مستقبلة، قال أبو عبد الله عليه السلام: يهدم الثلاث و لا يهدم الواحد و الثنتين) (٦) و خبر عبد الله بن عقيل بن أبي طالب (اختلف رجلان في قضيه إلى على عليه السلام و عمر، في امرأه طلقها زوجها تطليقه أو اثنتين فتزوجها آخر فطلقها أو مات عنها فلما انقضت عدتها تزوجها لأول، فقال عمر: هي على ما بقى من الطلاق، و قال أمير المؤمنين عليه السلام: سبحانه الله يهدم الثلاث و لا يهدم واحده) (٤) و مثلها غيرها.

و قد نسب الشيخ في الخلاف إلى بعض الأصحاب عدم الهدم للأخبار و هي كثيرة.

ص: ٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢ و ٣ و ٤.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٢.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده ثم تركها حتى مضت عدتها فتزوجت زوجها غيره ثم مات الرجل أو طلقها فراجعها زوجها الأول؟ قال عليه السلام: هي عنده على تطليقتين باقيتين) (١)، و صحيح منصور عن أبي عبد الله عليه السلام (في امرأه طلقها زوجها واحده أو اثنتين ثم تركها حتى تمضى عدتها، فتزوجها غيره فيموت أو يطلقها فيتزوجها الأول، قال عليه السلام: هي عنده على ما بقي من الطلاق) (٢) ومثلها غيرها، وقد أنهاها في الحدائق إلى سبع روايات، وهي وإن كانت أكثر عددا وأصح سنداً وموافقه للكتاب حيث إن إطلاق الآية الكريمة هو الاحتياج إلى المحلل بعد الطلاق الثالث سواء تخلل نكاح زوج غيره أم لا، وموافقه للاحتياط، ومع كل ذلك فلا بد من ردها لإعراض المشهور عنها وموافقتها للعامه بعد ما عرفت أن عدم الهدم هو قول عمر على ما في خبر عبد الله بن عقيل المتقدم، وهو قول الشافعي ومالك والأوزاعي وابن أبي ليلى وزفر والشيباني وغيرهم، ومنه تعرف ضعف ما عدا عن الحدائق من العمل بأخبار عدم الهدم، وتعرف ضعف التردد عن العلامة في التحرير.

هذا ولو ادعت المطلقة ثلاثاً أنها تزوجت وقد انقضت عدتها من الزوج الآخر وكان ذلك ممكناً في تلك المدة فيجوز للزوج الأول تزويجها لصحيح حماد عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه فأراد مراجعتها فقال لها: إني أريد مراجعتك فتزوجي زوجها غيره، فقالت له: قد تزوجت زوجها غيرك، وحلت لك نفسي، أ يصدق قولها ويراجعها وكيف يصنع؟ قال عليه السلام: إذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها) (٣) وعلى المشهور فلو وطأها المحلل وطناً محرماً شرعاً كالوطء في حال الإحرام أو في الصوم الواجب أو في حال الحيض فإنه يحصل التحليل، لأن الحليه لم تعلق إلا على العقد الصحيح الدائم والدخول، وأما اعتبار حليه الدخول وجوازه فلا دليل عليه وإطلاق الأدله على عدم اعتباره، وعن الشيخ وابن الجنيد عدم الحليه إذ التحريم معلوم ولا دليل على أن هذا الوطى محلل، ولنصوص ذوق العسيلة فهي ظاهره في الذوق المباح، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يبيح المحرم.

وفيه أن إطلاق الأدله على عدم اعتبار حليه الدخول هو الدليل على أن الوطى المحرم مبيح، وأما نصوص ذوق العسيلة فلم تتضمن الأمر بالذوق كي يقال إن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا

ص: ٦٥

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٦ و ٩٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

في أنه لا يلزم الطلاق بالشك

(و لا يلزم الطلاق (١) بالشك) فيه (٢) لتندفع الشبهة الناشئة من احتمال وقوعه، بل تبقى (٣) على حكم الزوجيه، لأصالة عدمه (٤)، و بقاء النكاح.

لكن لا يخفى الورع في ذلك (٥) فيراجع إن كان الشك في طلاق رجعي، ليكون على يقين من الحل، أو في البائن (٦) بدون ثلاث جدّد النكاح، أو بثلاث (٧) أمسك عنها و طلقها ثلاثا (٨) لتحل لغيره يقينا، و كذا يبني على الأقل لو شك في عدده (٩)، و الورع الأكثر (١٠).

يأمر بالمحرم، بل هي متضمنه لحكم وضعي و هو الحليه على فرض ذوق العسيله، و الذوق كما يتحقق بالدخول الحلال يتحقق بالمحرم.

(١) أي لا- يجب الطلاق عند الشك فيه بحيث لو شك المطلق في إيقاع أصل الطلاق لم يلزمه الطلاق لرفع الشك، لأن الأصل عدم الطلاق و لأصالة بقاء النكاح، و لا يستحب بالخصوص خلافا للشافعي، نعم لا ريب في رجحان الاحتياط القاضي بالاعتناء بهذا الشك.

(٢) أي في الطلاق.

(٣) أي المرأه.

(٤) عدم الطلاق.

(٥) في الطلاق المشكوك.

(٦) أي و إن كان الشك في طلاق بائن.

(٧) أي و إن كان الشك في الطلاق الثالث.

(٨) أي ثالثا.

(٩) لو علم بأصل الطلاق و شك في عدده بنى على الأقل، لأنه المتيقن و يستصحب العدم في الزائد خلافا لمالك فأوجب الأكثر كما إذا تحقق بوجود نجاسه في ثوبه و لم يعرف قدرها، فإنه يأخذ بالأكثر و يغسل جميع أطراف الاشتباه، و ردّ بالفرق بين الأمرين حيث لا قدر معلوم للنجاسه حتى يستصحب أصل العدم فيما عداه مع أنه يتقن النجاسه فيستصحب وجودها إلى أن يحرز يقين الطهاره، و هو لا- يتم إلا بتطهير جميع أطراف الاشتباه بخلاف المقام فإن قدر الطلاق من واحده أو اثنتين معلوم و الزائد مشكوك فيستصحب أصالة عدمه، و لو أردنا تشبيه المقام على النجاسه لكان مثاله ما لو تحققت النجاسه في طرف الثوب و شككنا في إصابتها طرفا آخر، و حينئذ فلا يجب غسل الموضوع المشكوك.

إن هذا لا ينفى رجحان الاحتياط في الزوج القاضى بالاعتناء بالأكثر و هذا حكم آخر.

(١٠) أى و الورع أن يبنى على الأكثر.

ص: ٦٦

فى أنه يكره للمريض الطلاق

(و يكره للمريض الطلاق (١) للنهى عنه فى بعض الأخبار المحموله على الكراهه جمعاً بينها، و بين ما دلّ على وقوعه (٢)، صريحاً (فإن فعل (٣) توارثاً) فى العده (الرجعيه) من الجانبين (٤) كغيره (٥)، (و ترثه هى فى البائن، و الرجعى إلى سنه) من حين الطلاق (٦)، للنص و الاجماع.

(١) يكره للمريض أن يطلق زياده على كراهه الطلاق، بلا خلاف فيه للجمع بين الأخبار الناهيه.

منها: موثق زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يجوز طلاق المريض و يجوز نكاحه) (١) و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج) (٢) و بين الأخبار المجوّزه.

منها: صحيح الحلبي (أنه سئل عن رجل يحضره الموت فيطلق امرأته هل يجوز طلاقه؟ قال: نعم و إن مات و ورثته، و إن مات لم يرثها) (٢).

(٢) أى وقوع طلاق المريض.

(٣) أى طلق حال المرض.

(٤) بلا خلاف فيه لموثق زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يطلق المرأة، قال: ترثه و يرثها ما دام له عليه رجعه) (٣)، و صحيحه الآخر عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته توارثاً ما كانت فى العده، فإذا طلقها التطليقه الثالثه فليس له عليها رجعه و لا ميراث بينهما) (٥)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلق المرأة ثم توفى عنها زوجها و هى فى عده منه لم تحرم عليه، فإنها ترثه و يرثها ما دامت فى الدم من حيضتها الثانيه من التطليقتين الأولتين، فإن طلقها الثالثه فإنها لا ترث من زوجها شيئاً و لا يرث منها) (٤)، و مثلها غيرها و هى مطلقه تشمل المريض.

(٥) أى كغير المريض.

(٦) فالمطلق لا يرثها فى البائن و لا بعد العده الرجعيه على المشهور، لانتفاء الزوجيه بعد انقطاع العصمه بينهما فأصالة عدم الإرث بحالها، و للأخبار التى تقدم بعضها، و هى مصرحه بعدم إرثه منها فى الطلقه الثالثه و هى طلاق بائن كما فى صحيح محمد بن قيس و غيره المتقدمين.

ص: ٦٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٣ و ٤.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٤ و ١٠.

٤- ((٦)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

و عن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه فى الوسيله أنه يرثها فى العده البائنه لخبر يحيى الأزرق عن أبى الحسن عليه السّلام (المطلقه ثلاثا ترث و تورث ما دامت فى عدتها)(١)، و خبر عبد الرحمن عن موسى بن جعفر عليهما السّلام (سألته عن رجل يطلق امرأته آخر طلاقها، قال:

نعم يتوارثان فى العده)٢، و هى لا تقاوم ما تقدم من الأخبار.

نعم لا- خلاف و لا- إشكال فى أنها ترثه سواء كان طلاقها بائنا أو رجعيا ما بين الطلاق إلى سنه، لا أزيد من ذلك و لو لحظه للأخبار.

منها: صحيح أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأه فى مرضه ورثته ما دام فى مرضه ذلك و إن انقضت عدتها إلا أن يصح منه، قلت: فإن طال به المرض؟ فقال عليه السّلام: ما بينه و بين سنه)(٢)، و موثقه الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: رجل طلق امرأته و هو مريض تطليقه و قد كان طلقها قبل ذلك تطليقتين، قال: فإنها ترثه إذا كان فى مرضه، قلت: فما حدّ ذلك؟ قال: لا يزال مريضا حتى يموت و إن طال ذلك إلى سنه)٤ و مثله صحيحه الثالث ٥، و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل طلق امرأته و هو مريض حتى مضى لذلك سنه، قال: ترثه إذا كان فى مرضه الذى طلقها لم يصح بين ذلك)٦ و مثلها غيرها، هذا و على المشهور أنها ترثه إلى السنه سواء كان الطلاق للإضرار بها أم لا، لإطلاق النصوص المتقدمه، و عن الشيخ فى الاستبصار و العلامه فى المختلف اختصاص ذلك فيما إذا كان الطلاق للإضرار بها و يشهد له موثق سماعه (سألته عليه السّلام عن رجل طلق امرأته و هو مريض، قال عليه السّلام: ترثه ما دامت فى عدتها و إن طلقها فى حال إضرار فهى ترثه إلى سنه، فإن زاد على السنه يوما واحدا لم ترثه، و تعتدّ منه أربعة أشهر و عسرا عده المتوفى عنها زوجها)٧، و مفهومه عدم الارث إلى السنه مع عدم قصر الإضرار بالطلاق، و يشهد لهما أيضا مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته ما العله التى من أجلها إذا طلق الرجل امرأته و هو مريض فى حال الإضرار ورثته، و لم يرثها، و ما حدّ الإضرار عليه؟ فقال: هو الإضرار، و معنى الإضرار منعه إياها ميراثها منه، فألزم الميراث عقوبه)(٣).

ص: ٦٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١٣ و ١٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١ و ٨ و ١١ و ٧ و ٤.

٣- (٨) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٧.

و ربما علل بالتهمة بإرادته إسقاط إرثها فيؤاخذ بنقيض مطلوبه (١)، و هو (٢) لا- يتم حيث تسأله الطلاق، أو تخالعه، أو تبارئه (٣).

و الأقوى عموم الحكم (٤)، لإطلاق النصوص (ما لم تتزوج) بغيره (٥)، (أو يبرأ من مرضه (٦)

و دعوى إرادته الحكمه من الإضرار لا العله فلا يدور الحكم مدارها كما فى الجواهر على خلاف ظاهر الخبرين.

(١) و هذا ما صرحت به الأخبار المتقدمه.

(٢) أى التعليل بالتهمة.

(٣) فعلى قول الشيخ فى الاستبصار و العلامه فى المختلف لا ترث لانتفاء التهمه فى هذه الموارد الثلاثه، و يؤيده خبر محمد بن القاسم الهاشمى قال: سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا ترث المختلعه و لا المباره و لا المستأمره فى طلاقها من الزوج شيئاً، إذا كان ذلك منهن فى مرض الزوج و إن مات، لأن العصمه قد انقطعت منهن و منه (١).

و على المشهور أنها ترث و إن انتفت التهمه لثبوت عله الحكم من مرض الزوج حين الطلاق، و هى موجوده فى هذه الموارد الثلاثه، و الأقوى ما عليه غير المشهور، لأن المشهور قد فهموا من الأخبار أن الإضرار حكمه فلا يدور الحكم مدارها و هو على خلاف الظاهر.

(٤) لموضع التهمه و غيره كما عليه المشهور.

(٥) بلا خلاف فيه لخبر الحذاء و مالك بن عطيه عن أبى الورد لكليهما عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلق الرجل امرأته تطليقه فى مرضه ثم مكث فى مرضه حتى انقضت عدتها، فإنها ترثه ما لم تتزوج، فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العده فإنها لا ترثه) (٢)، و خبر عبد الرحمن بن الحجاج عن حدثه عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل طلق امرأته و هو مريض قال: إن مات فى مرضه و لم تتزوج ورثته، و إن كانت تزوجت فقد رضيت بالذى صنع، لا ميراث لها) (٣).

(٦) الذى طلقها فيه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا طلق الرجل المرأة فى مرضه ورثته ما دام فى مرضه ذلك و إن انقضت عدتها، إلا أن يصح منه) (٤) و مفهومه فإذا صح منه فلا ترث، و مثله غيره من الأخبار.

ص: ٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥ و ٦ و ١.

فينتفى ارثها بعد العده الرجعيه (١) و إن مات فى أثناء السنه.

و على هذا (٢) لو طلق أربعاً فى مرضه، ثم تزوج أربعاً و دخل بهن (٣) و مات فى السنه مريضاً قبل أن تتزوج المطلقات (٤) و رث الثمان الثمن (٥)، أو الربع (٦) بالسويه.

و لا يرث أزيد من أربع زوجات اتفاقاً إلا هنا، و لا يلحق الفسخ فى المرض بالطلاق عملاً بالأصل (٧).

(١) قيد العده بالرجعيه، لأن الارث منتفى قبل انقضاء العده البائنه بل لا يرث فى البائنه من حين الطلاق على تقدير صحته من مرضه.

(٢) أى الحكم بإرثها منه فى البائن و الرجعى إلى حين السنه على تقدير طلاقه فى مرض الموت.

(٣) هذا و اعلم أن نكاح المريض صحيح مع الدخول على المشهور للأخبار.

منها: موثق عبید بن زرارہ (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المريض أ له أن يطلق امرأته فى تلك الحال؟ قال: لا و لكن له أن يتزوج إن شاء، فإن دخل بها ورثته، و إن لم يدخل بها فنكاحه باطل) (١)، و صحيح أبى ولاد الحنات عنه عليه السلام (عن رجل تزوج فى مرضه؟ فقال عليه السلام: إذا دخل بها فمات فى مرضه ورثته، و إن لم يدخل بها لم ترثه و نكاحه باطل) (٢)، و صحيح زرارہ عن أحدهما عليهما السلام (ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج، فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز، و إن لم يدخل بها حتى مات فى مرضه فنكاحه باطل، و لا مهر لها و لا ميراث) (٣).

و منه تعرف ضعف توقف المحقق فى الشرائع و الشهيد فى الدروس.

(٤) لأن عدم زواجهن شرط فى إرثهن.

(٥) حصه الزوجه مع وجود ولد للميت بالسويه بينهن.

(٦) حصه الزوجه مع عدم الولد للميت بالسويه بينهن.

(٧) الأصل عدم الإرث، و يرفع اليد عنه بعد انقطاع عصمه الزوجيه بينهما بمقدار دلالة الدليل، و الدليل قد دل على ما لو طلق المريض أما لو فسخ فى مرضه فلا دليل على إرثها منه فالأصل باق من دون معارض، مع أن إلحاق الفسخ بالطلاق قياس لا نقول به.

ص: ٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١ و ٣.

(و الرجعه (١) تكون بالقول (٢). مثل رجعت و ارتجعت) متصلا بضميرها فيقول: رجعتك و ارتجعتك. و مثله راجعتك، و هذه الثلاثه صريحه، و ينبغى (٣) إضافه إلتى، أو إلتى نكاحى، و فى معناها (٤) رددتك و أمسكتك لورودهما فى القرآن قال تعالى: وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ (٥) ، (١) و هى بفتح الراء أفصح، و هى لغه المره من الرجوع، و اصطلاحاً ردّ المرأه المطلقه إلتى النكاح السابق، و لا خلاف بين المسلمين فى مشروعيتها، و يدل عليه قوله تعالى:

وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكِ إِنْ أَرَادُوا إِضْلَاحًا (١) و الأخبار.

منها: خبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا- ينبغى للرجل أن يطلق امرأته ثم يراجعها و ليس له فيها حاجه ثم يطلقها، فهذا الضّرار الذى نهى الله عزّ و جلّ عنه، إلا أن يطلق ثم يراجع و هو ينوى الإمساك) (٢)، و خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: لا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتِدُوا، قال عليه السّلام: الرجل يطلق حتى إذا كادت أن يخلو أجلها راجعها ثم طلقها يفعل ذلك ثلاث مرات، فنهى الله عزّ و جلّ عن ذلك) (٣).

(٢) الرجعه تكون بالقول أو بالفعل بلا- خلاف فى ذلك، أما الأول فكل لفظ دال على إنشاء معنى الرجعه بالصرّاحه أو الكنايه فهو كاف، على حسب غيرها من المعانى التى يراد إبرازها بالألفاظ الداله عليها.

و من ألفاظ الصريحه قوله: راجعتك و ارتجعتك مطلقاً أو مع إضافه قوله: إلتى نكاحى، و مع الإضافه فهو أصرح.

و من الألفاظ غير الصريحه قوله: رددتك أو أمسكتك خصوصاً بعد ورودهما فى القرآن، فالأول قد ورد فى قوله تعالى: وَ بُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ (٤)، و الثانى فى قوله تعالى:

فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ (٥).

(٣) ليكون أصرح.

(٤) أى معنى الثلاثه الصريحه.

(٥) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

ص: ٧١

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٨.

فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ (١) و لا يفتقر إلى نيه الرجعه (٢)، لصراحه الألفاظ.

وقيل: يفتقر إليها (٣) فى الأخيرين، لاحتمالهما (٤) غيرها (٥) كالإمساك باليد، أو فى البيت، و نحوه (٦)، و هو حسن.

(و بالفعل (٧) كالوطء، و التقبيل، و اللمس بشهوه)، لدلالته (٨) على الرجعه كالقول. و ربما كان أقوى منه (٩)، و لا تتوقف إباحته (١٠) على تقدم رجعه (١١)، لأنها زوجه، و ينبغى تقييده (١٢) (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

(٢) لا- بد من قصد المعنى الذى هو الرجعه، و به يتحقق نيه الرجعه، نعم مقصود الشارح من المنفى هو القرينه المعرّبه عن نيه الرجعه، فلا يشترط قصدها بعد صراحه الألفاظ فى معنى الرجعه.

(٣) أى إلى القرينه المعرّبه عن الرجعه.

(٤) أى احتمال الأخيرين.

(٥) غير الرجعه.

(٦) كردّها إلى أهلها.

(٧) قد عرفت عدم الخلاف فى تحقق الرجعه بالفعل كالوطء لدلالته على الرجعه كالقول، و يشهد له صحيح محمد بن القاسم عن أبى عبد الله عليه السّلام (من غشى امرأته بعد انقضاء العده جلد الحدّ، و إن غشيتها قبل انقضاء العده، كان غشيانه إياها رجعه لها) (١).

و الفعل غير مختص بالوطء بالاتفاق بل يشتمل التقبيل و اللمس بشهوه أو بدونها، و نحو ذلك مما لا يحلّ إلا للزوج، و لا يفتقر الفعل المحقق للرجعه إلى تقدم الرجعه اللفظيه عليه، لأنها زوجه ما دامت فى العده فله فعل ذلك و غيره بها من دون تقدم رجوع فى البين.

(٨) أى لدلاله الفعل.

(٩) ربما كان الفعل أقوى من القول فى الدلاله.

(١٠) أى إباحه الفعل المحقق للرجعه.

(١١) باللفظ.

(١٢) أى تقييد الفعل المحقق للرجعه، هذا و اعلم أنه قد وقع الخلاف فى اعتبار قصد الرجعه

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

بقصد الرجوع به، أو بعدم قصد غيره (١)، لأنه أعمّ (٢) خصوصا لو وقع منه سهوا (٣)، و الأجدود اعتبار الأول (٤).

و إنكار الطلاق رجعه (٥) لدلالته (٦) على ارتفاعه (٧) في الأزمنة الثلاثة، و دلاله الرجعه (٨)

بالفعل المحقق لها، كما عن الرياض لأن الرجوع أمر وجودى اعتبارى يؤثر في رفع أثر الطلاق فلا معنى لتحققه بدون قصده فلا عبره بالفعل إن وقع سهوا أو غفله أو مع عدم قصد الرجعه أو قصد عدم الرجعه، أو لا يعتبر قصد الرجعه كما عن المحقق في الشرائع و العلامه فى القواعد، لأنها زوجه فله أن يفعل ما شاء و إن لم يقصد الرجوع و لإطلاق صحيح محمد بن القاسم المتقدم حيث قال عليه السلام (و إن غشيها قبل انقضاء العده كان غشيانه إياها رجعه لها).

(١) غير الرجوع.

(٢) أى لأن الفعل أعم من الرجوع.

(٣) كما لو ظن أنها زوجته فوطئها.

(٤) و هو تقييده بقصد الرجوع.

(٥) لو أنكر الزوج الطلاق فى العده كان ذلك رجعه منه بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الإنكار متضمن للتمسك بالزوجيه كما عن المحقق فى الشرائع، و لأن الإنكار أبلغ من الرجعه بألفاظها الداله عليها، لدلاله ألفاظ الرجعه على رفع الطلاق فى غير الماضى، و دلاله الإنكار على رفع الطلاق مطلقا كما فى المسالك.

و الأولى الاستدلال بصحيح أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن امرأه ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقه، طلاق العده طلاقا صحيحا، يعنى على طهر من غير جماع و أشهد لها شهودا على ذلك ثم أنكر الزوج بعد ذلك؟ فقال عليه السلام: إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العده فإن إنكاره للطلاق رجعه لها، و إن كان أنكر الطلاق بعد انقضاء العده، فإن على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهاده الشهود، بعد ما تستحلف أن إنكاره للطلاق بعد انقضاء العده، و هو خاطب من الخطاب) (١).

(٦) أى دلاله الإنكار.

(٧) أى ارتفاع الطلاق.

(٨) بألفاظها الداله عليها.

ص: ٧٣

على رفعه (١) في غير الماضي، فيكون (٢) أقوى دلالة عليها (٣) ضمنا (٤)، ولا يقدر فيه (٥) كون الرجعه من توابع الطلاق فتنتفى (٦) حيث ينتفى المتبوع (٧)، لأن غايتها (٨) التزام (٩) ثبوت النكاح، والإنكار يدل عليه (١٠) فيحصل المطلوب منها (١١) وإن أنكر سبب شرعيتها (١٢).

(١) أي رفع الطلاق.

(٢) أي الإنكار.

(٣) على الرجعه من ألفاظ الرجعه.

(٤) أي التزاما.

(٥) في الإنكار، هذا وقد قيل ولم يعرف القائل: إن الرجعه مترتبة على الطلاق، و تابعه له، و إنكار الطلاق إنكار للرجعه، لأن إنكار المتبوع إنكار للتابع، و عليه فلا يكون الإنكار رجعه، و إلا لكان الإنكار سببا لثبوت الرجعه كما هو المدعى و لثبوت عدمها كما بيناه، و ما هو إلا سبب للنقيضين و هو محال.

(٦) أي الرجعه و هي تابع.

(٧) و هو الطلاق عند الإنكار.

(٨) أي غايه الرجعه، و هو تعليل لعدم القدر، و رد للقيل المتقدم.

(٩) أي التمسك بالزوجيه.

(١٠) على الالتزام بثبوت النكاح.

(١١) من الرجعه.

(١٢) أي سبب شرعيه الرجعه، و السبب هو الطلاق، هذا و الأحسن منه ما قاله في المسالك في مقام الرد (لأن الشارع إذا جعل إنكار الطلاق رجعه - كما في صحيح أبي ولاد و المتقدم - فقد قطع التبعية المذكوره، أو يجعل الإنكار كناية عن الرجعه، و لا يراد منه حقيقته، فإن المقصود حينئذ من إنكار الطلاق إعادته النكاح المتحقق في الرجعه بكل لفظ دلّ عليه، و هذا منه) انتهى كلامه زيد في علو مقامه.

هذا و لا يجب الإشهاد في الرجعه بلا خلاف فيه و لا إشكال نعم هو مستحب للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في الذي يراجع و لم يشهد، قال عليه السلام:

يشهد أحب إليّ و لا أرى بالذي صنع بأسا) (١)، و صحيح الفاضلين زراره و محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إن

الطلاق لا يكون بغير شهود، وإن الرجعه بغير شهود

ص: ٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

(و لو طلق الذميه (١) جاز مراجعتها و لو منعنا من ابتداء نكاحها دواما) لما تقدم (٢) من أن الرجعه ترفع حكم الطلاق فيستصحب حكم الزوجيه السابقه، لا أنها (٣) تحدث حكم نكاح جديد، و من ثم (٤) أمكن طلاقها ثلاثا قبل الدخول بعدها (٥) استصحابا (٦) لحكم الدخول السابق (٧)، و لأن (٨) الرجعيه زوجه، و لهذا رجعه، و لكن ليشهد بعد فهو أفضل(١).

(١) أى لو كانت عنده ذميه فأسلم ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها، فقد قيل: لا يجوز، لأن الرجعه كالعقد المستأنف، و المفروض عدم جواز العقد الدائم على الذميه ابتداء، و العقد الأول قد وقع حال كفر الزوج و قد انفسخ بالطلاق.

و لكن مقتضى القواعد و عليه فتوى الأصحاب أنه يجوز الرجوع، لأنها لم تخرج عن الزوجيه بعد كون الرجعه فسخا للطلاق و عودا للنكاح السابق، فهي كالمستدامه التى لم يطلقها و لذا جاز له أن يطأها و يكون الوطى محققا للرجعه.

على أن النكاح الأول لو كان زائلا بالطلاق الرجعى لكان العائد بالرجعه إما الأول أو غيره، و الأول مستلزم لإعادته المعدوم، و الثانى منتف بالاتفاق و إلا لتوقف على رضاها، و من هنا يتبين أن الطلاق الرجعى ليس سببا. فى زوال النكاح الأول، بل السبب هو الطلاق مع انقضاء العده و لم يتحقق كلا الجزئين فى المقام.

(٢) عند قول الشارح (و اعلم أن الرجعه بعد الطلقه تجعلها بمنزله المعدومه).

(٣) أى الرجعه.

(٤) أى و من كون الرجعه ترفع حكم الطلاق.

(٥) أى بعد الرجعه، لأنه لو تزوج أولا فوطأ ثم طلق ثم راجع من دون وطئ ثم طلق، فلو كانت الرجعه إحداثا لعقد نكاح لكان الطلاق بعد الرجعه طلاق بغير المدخول بها، و لا عده لها، فلا يمكن له الرجوع حتى يطلق الطلاق الثالث، مع أنه قد تقدم سابقا وقوع الطلاق ثلاثا على ما فى الأخبار الصحيحه المتقدمه، و هذا كاشف عن كون الرجعه رفعا للطلاق الحادث و عودا للنكاح السابق الذى وطئ بعده فلو طلق بعد الرجعه لكان طلاقا للمدخول بها، و لها عده و يجوز له أن يراجع حينئذ فيطلق الطلاق الثالث.

(٦) تعليل لإمكان الطلاق ثلاثا.

(٧) أى السابق على الرجعه، و المتأخر عن عقد النكاح الأول.

(٨) تعليل ثان لكون الرجعه رافعه لحكم الطلاق و ليست محدّته لحكم نكاح جديد، و وجهه

ص: ٧٥

يثبت لها (١) أحكام الزوجية (٢)، و لجواز (٣) وطئه (٤) ابتداء من غير تلفظ بشيء (٥).

و ربما يخيل المنع هنا (٦) من حيث إن الطلاق إزاله قيد النكاح، و الرجعه تقتضى ثبوته (٧)، فإما أن يثبت بالرجعه عين النكاح الأول أو غيره. و الأول (٨) محال، لاستحاله إعادته المعدوم، و الثانى (٩) يكون ابتداء (١٠)، لا استدامه.

و يضعف بمنع زوال النكاح أصلا، بل إنما يزول بالطلاق، و انقضاء العده و لم يحصل (١١).

فى ما لو أنكرت الدخول عقب الطلاق

و لو أنكرت الدخول عقب الطلاق) لتمنعه من الرجعه (١٢) قَدَّم قولها أن الرجعه لو كانت عقدا جديدا لما كان المطلقة رجعيه بحكم الزوجه.

(١) للرجعيه.

(٢) من التوارث و وجوب الإنفاق عليها؛ و وقوع الظهار و اللعان و الإيلاء بها، و جواز تغسيل الزوج لها و العكس.

(٣) تعليل ثالث لكون الرجعه رافعه لحكم الطلاق و ليست محدثه لحكم نكاح جديد، و وجهه أن الرجعه لو كانت عقدا جديدا لما كانت المطلقة الرجعيه مما يجوز وطئها ابتداء.

(٤) أى وطئ المطلق طلاقا رجعيًا، و هو من باب إضافة المصدر إلى فاعله.

(٥) يدل على الرجعه.

(٦) فى مراجعه الذميه.

(٧) أى ثبوت النكاح.

(٨) أى عين النكاح الأول.

(٩) أى غير النكاح الأول.

(١٠) و لا يصح تزويج الذميه بالعقد الدائم ابتداء.

(١١) أى السبب بكلا جزئيه.

(١٢) لو طلق و راجع فأنكرت الدخول بها، و زعمت أنه لا- عده عليها و لا رجعه، و هو قد ادعى الدخول كان القول قولها مع يمينها، لأصالة عدم الدخول، و إذا حلفت بطلت رجعتة فى حقها، و لا نفقه لها و لا سكنى و لا عده عليها، و لها أن تنكح فى الحال.

و أما هو فليس له أن ينكح أختها و لا أربعا سواها لاعترافه بأنها زوجته، و يلزم بتمام المهر لاعترافه بالدخول، مع أنها لا تدعى إلا- النصف فإن كانت قد قبضت المهر فليس له مطالبتها بشيء، و إن لم تكن قبضته فليس لها إلا أخذ النصف، و قد تقدم تفصيله في كتاب النكاح.

ص: ٧٦

(و حلفت) لأصالة عدم الدخول، كما يقدم قوله لو أنكروه (١) ليسقط عنه نصف المهر.

ثم مع دعواه الدخول يكون مقرا بالمهر و هي مقره على نفسها بسقوط نصفه، فإن كانت قبضته فلا رجوع له بشيء عملا باقراره، و إلا (٢) فلا تطالبه إلا بنصفه عملا بانكارها، و لو رجعت إلى الإقرار بالدخول (٣) لتأخذ النصف (٤) ففي ثبوته لها، أو توقفه (٥) على إقرار جديد منه (٦) وجهان، و أولى بالعدم (٧) لو كان رجوعها (٨) بعد انقضاء العده (٩) على تقدير الدخول.

في رجعه الأخرس

(و رجعه الأخرس بالإشارة) المفهمه لها (١٠)، (و أخذ القناع) عن رأسها لما (١) لو انعكس الحكم السابق بأن ادعت المرأه الدخول و أنكروا الزوج، فالقول قوله مع يمينه لأصالة عدم الدخول، و إذا حلف فلا رجعه له، و لا نفقه عليه و لا سكنى لنفى دعواها بيمينه، و عليها العده أخذا بإقرارها.

(٢) و إن لم تكن قبضته.

(٣) بعد إنكارها الدخول، بحيث لو أنكرت الدخول فليس لها إلا النصف فلو أخذته ثم اعترفت بالدخول فهل لها أخذ النصف الآخر لأنها منعت منعه بسبب الإنكار، و قد ارتفع الآن عند اعترافها بالدخول أم لا بد من إقرار مستأنف من جهة الزوج وجهان كما في المسالك.

(٤) أى النصف الآخر.

(٥) أى توقف النصف الآخر لها.

(٦) من الزوج، لأن إقراره السابق بكون تمام المهر لها عند دعواه الدخول لم يؤثر فى تملكها تمام المهر لإنكارها الدخول، فلا بد من إقرار جديد حتى يؤثر فى تملكها تمام المهر.

(٧) أى بعدم ثبوت النصف الآخر لها.

(٨) أى رجوعها إلى الإقرار بالدخول بعد الإنكار.

(٩) أى العده المفروضه على تقدير الدخول، لأن لا عده مع عدم الدخول، و الدخول محل النزاع هنا.

(١٠) للرجعه، هذا و اعلم أن المشهور على أن رجعه الأخرس كغيرها من عقود و إيقاعاته تكون بالإشارة المفهمه لها.

و عن الصدوقين اختصاص رجعه بأخذ القناع من رأسها، و هو واضح الفساد لعدم الدليل الصالح على هذا التقييد، نعم فى النافع للمحقق نسب هذا القول إلى الروايه،

تقدم (١) من أن وضعه عليه (٢) إشاره إلى الطلاق، و ضد العلامه (٣) علامه الضد (٤)، و لا نص هنا (٥) عليه (٦) بخصوصه فلا يجب الجمع بينهما (٧)، بل يكفي الإشاره مطلقا (٨).

في قبول قولها في انقضاء العده

(و يقبل قولها في انقضاء العده (٩) و كذا الشيخ و ابن البراج، مع أن المروى في خبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام كما في الكافي (طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها، و يضعها على رأسها و يعتز لها) (١٠)، و مثله خبر أبي بصير عنه عليه السلام ٢.

و هو مروى في الطلاق و لعله فهموا من الضديه، بمعنى أن ضد العلامه علامه الضد، فضع القناع على الرأس الذى هو علامه الطلاق بأخذه القناع عن رأسها، و يكون الأخذ علامه لضع الطلاق من الرجعه.

هذا و القياس باطل، نعم لو أفاد أخذ القناع عن رأسها الرجعه، كان ذلك من جملة إشارات الداله على الرجعه، و ليس هو سبب مستقل للرجوع.

(١) عند البحث في صيغه الطلاق حول كيفية طلاق الأخرس.

(٢) أى وضع القناع على الرأس.

(٣) العلامه هى وضع القناع على الرأس و ضدها أخذ القناع عن الرأس.

(٤) فوضع القناع علامه الطلاق، و أخذه علامه ضد الطلاق، و هو الرجعه.

(٥) فى الرجعه.

(٦) على أخذ القناع.

(٧) بين الإشاره المفهمه للرجعه و أخذ القناع كما هو ظاهر المتن.

(٨) سواء قلنا فى أن أخذ القناع دلالة على الرجوع أم لا.

(٩) سيأتى أن العده تكون بالاطهار إذا كانت مستقيمه الحيض، و بالشهور لمن لا تحيض و هى من سنّ من تحيض و بوضع الحمل للحامل، و عليه فإذا اختلفا بعد الطلاق فادعت المرأة انقضاء العده لتمنعه من الرجعه، و ادعى هو بقاء العده لإثبات جواز رجوعه، فالقول قولها مع يمينها لصحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام قال: (العده و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت) (١١)، و مرسل الطبرسى فى مجمع البيان عن الصادق عليه السلام (فى قوله تعالى: وَ لَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ، قال عليه السلام: قد فوّض

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الطلاق حديث ٣ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب العدد حديث ١.

(في الزمان المحتمل)، لانقضائها (١) فيه (٢) (و أقله (٣) ستة و عشرون يوما و لحظتان) إن كانت معتده بالاقراء (٤). و ذلك بأن يطلق و قد بقي من الطهر لحظه (٥)، ثم تحيض أقل الحيض ثلاثه أيام، ثم تطهر أقل الطهر عشره، ثم تحيض. و تطهر كذلك (٦) ثم تطعن (٧) في الحيض لحظه.

(و) هذه اللحظه (الأخيره دلالة على الخروج) من العده، أو من الطهر الثالث، لاستبانته (٨) الله إلى النساء ثلاثه أشياء: الحيض و الطهر و الحمل (١).

نعم لا بد أن تكون دعواها بانقضاء العده في زمن يمكن فيه الانقضاء، و أقل المده المحتمل لانقضائه عده الحره، و هي مستقيمه الحيض ستة و عشرون يوما و لحظتان، لأن عدتها ثلاثه أطهار، و الطهر الذي يقع فيه الطلاق يحسب لها طهر، و عليه فلو كانت في طهر من دون جماع فطلقها و بعد لحظه حاضت، و كان حيضها ثلاثه أيام ثم طهرت أقل الطهر عشره أيام، ثم حاضت أقل الحيض ثلاثه ثم طهرت أقل الطهر عشره، و به تحقق لها ثلاثه أطهار، فلا بد من لحظه من حيضها الجديد لتخرج من العده، و المجموع ستة و عشرون يوما و لحظتان، لحظه بعد وقوع الطلاق لتحقيق الطهر الأول، و لحظه أخرى لتحقيق الطهر الثالث و للخروج من العده، و ليست هذه اللحظه الثانيه جزءا من العده، و ربما قيل كما عن الشيخ: هي منها، لتوقف انقضاء العده على تحققها، و هو كما ترى لا يدل على المدعى، و لذا جاز لها العقد في هذه اللحظه الأخيره، و لا يجوز للمطلق أن يرجع في هذه اللحظه الأخيره بعد انقضاء العده قبلها.

(١) أي انقضاء العده.

(٢) في الزمان المحتمل.

(٣) أي أقل الزمان المحتمل.

(٤) أي الأطهار، و هذه عده مستقيمه الحيض من الحرائر.

(٥) و يحسب لها طهر.

(٦) أي تحيض ثلاثه أيام أقل الحيض، و تطهر عشره أيام أقل الطهر.

(٧) أي تشرع.

(٨) أي لظهوره، و الضمير راجع إلى الطهر الثالث.

ص: ٧٩

بها (١) (لا جزء) من العده، لأنها (٢) ثلاثه قروء و قد انقضت قبلها (٣) فلا تصح الرجعه فيها (٤) و يصح العقد (٥).

و قيل: هي منها (٦)، لأن الحكم بانقضائها (٧) موقوف على تحققها (٨) و هو (٩) لا يدل على المدعى (١٠).

هذا (١١) إذا كانت حره (١٢)، و لو كانت أمه فأقل عدتها ثلاثه عشر يوما و لحظتان (١٣)، و قد يتفق نادرا انقضاؤها (١٤) في

الحره (١٥) بثلاثه و عشرين يوما و ثلاث لحظات، و في الأمه بعشره و ثلاث (١٦)

(١) باللحظه الأخيره.

(٢) أى العده.

(٣) أى و قد انقضت العده قبل هذه اللحظه الأخيره.

(٤) فى اللحظه الأخيره هذا بالنسبه للمطلق.

(٥) أى عقد جديد بالنسبه للمطلقه.

(٦) أى اللحظه الأخيره من العده.

(٧) أى بانقضاء العده.

(٨) أى تحقق اللحظه الأخيره.

(٩) أى الحكم بانقضاء العده الموقوف على تحقق اللحظه الأخيره.

(١٠) من كون اللحظه الأخيره جزءا من العده، بل الحكم المذكور كاشف عن انقضاء العده فى اللحظه الأخيره.

(١١) أى كون أقل العده سته و عشرين يوما و لحظتين.

(١٢) و مستقيمه الحيض.

(١٣) لأن عده الأمه الممزوجه طهران كما عليه المشهور كما سيأتى فى بابه بشرط أن تكون مستقيمه الحيض، و يتحققان فيما لو طلقها فى طهر من غير جماع و بعد لحظه حاضت فيحتسب لها طهر و قد حاضت ثلاثه أيام أقل الحيض و طهرت أقل الطهر عشره أيام، و بهذا تتحقق عدتها، و لكن لا بد من لحظه أخيره من حيضها ليظهر طهرها الثانى أو للكشف عن انقضاء عدتها، فيكون المجموع ثلاثه عشر يوما و لحظتين.

(١٤) أى عده الطلاق.

(١٥) أى الحره المستقيمه الحيض.

(١٦) أى بعشره أيام و ثلاث لحظات.

ص: ٨٠

بأن يطلقها بعد الوضع (١) و قبل رؤيه دم النفاس بلحظه، ثم تراه لحظه (٢)، ثم تطهر عشره (٣)، ثم تحيض ثلاثه، ثم تطهر عشره (٤)، ثم ترى الحيض لحظه (٥) و النفاس معدود بحيضه.

و منه (٦) يعلم حكم الأمه (٧)، و لو ادعت ولاده تام (٨) فإمكانه (٩) بسته أشهر و لحظتين من وقت النكاح (١٠) لحظه للوطء، و لحظه للولاده (١١) و إن ادعتها (١٢) بعد الطلاق بلحظه، و لو ادعت ولاده سقط مصور، أو مضغه، أو علقه اعتبر إمكانه عاده (١٣).

(١) فلم تكن حال الطلاق حاملا لتكون عدتها بوضع الحمل.

(٢) فهذه لحظتان، اللحظه الأولى لتحقق الطهر الأول، و اللحظه الثانيه لتحقق الحيضه الأولى، لأن النفاس معدود بحيضه.
(٣) و هذا هو الطهر الثاني.

(٤) و هذا هو الطهر الثالث، و به تم ثلاثه أطهار التي هي عدته المطلقه غير الحامل من ذوات الحيض.

(٥) و هذه هي اللحظه الثالثه، و هي لتحقق الطهر الثالث، أو للكشف عن انقضاء العده.

(٦) و من التفصيل في الحره.

(٧) بأن يطلقها بعد الوضع و قبل رؤيه النفاس بلحظه، ثم تراه لحظه ثم تطهر عشره، و به قد تم لها طهران، ثم ترى الحيض لحظه لتخرج من العده، و المجموع عشره أيام و ثلاث لحظات.

(٨) أى مولود تام الخلقه، فلو طلق الحامل فعدتها إلى حين الوضع، فلو ادعت انقضاء العده بالوضع لتمنعه من الرجوع، و أنكر الزوج وضعها بعد اعترافه بحملها قبل قولها مع يمينها بلا خلاف لما تقدم.

و أقل زمن محتمل للوضع ستة أشهر و لحظتان من يوم النكاح، لحظه لإمكان الوطء، و لحظه للولاده، و ستة أشهر أقل الحمل، و لو ادعت الوضع بأقل من ذلك لم تصدق.

(٩) أى فإمكان وضع المولود التام.

(١٠) أى من وقت العقد.

(١١) مع ضميمة ستة أشهر لأقل الحمل.

(١٢) أى ادعت لحظه الولاده، و إن وصليه. لأنها مصدقه فى دعواها الوضع كتصديق فى دعواها الحمل و الحيض على ما فى الخبر المتقدم.

(١٣) كما عن غير واحد.

و ربما قيل (١): إنه (٢) مائه و عشرون يوما و لحظتان في الأول (٣)، و ثمانون يوما و لحظتان في الثاني (٤)، و أربعون كذلك (٥)، في الثالث (٦) و لا بأس به.

(و ظاهر الروايات أنه (٧)

(١) و لم يعرف القائل منا و لكن عليه الأخبار.

منها: النبوى (يجمع أحدكم فى بطن أمه أربعون يوما نطفه، و أربعون يوما علقه، و أربعون يوما مضغه ثم تفتح فيه الروح) (١)، و موثق ابن الجهم عن الرضا عليه السلام (قال أبو جعفر عليه السلام: إن النطفة تكون فى الرحم أربعين يوما، ثم تصير علقه أربعين يوما، ثم تصير مضغه أربعين يوما، فإذا كمل أربعة أشهر بعث الله ملكين خلاقين) (٢)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: (فتصل النطفة إلى الرحم فتدرد فيه أربعين يوما، ثم تصير علقه أربعين يوما، ثم تصير مضغه أربعين يوما) (٣)، و خبر محمد بن إسماعيل أو غيره عن أبى جعفر عليه السلام (أربعين ليلة نطفه و أربعين ليلة علقه، و أربعين ليلة مضغه، فذلك تمام أربعة أشهر، ثم بعث الله ملكين خلاقين) (٣).

عليه فلو ادعت أنه يسقط مصور فلا- بد أن يمضى من حين عقد النكاح مائه و عشرون يوما و لحظتان، لحظه للوطى و لحظه للوضع، و مائه و عشرون يوما و هى أربعة أشهر لزم من تكونه بالتمام ما قبل نفع الروح.

و لو ادعت أنه مضغه فلا بد أن يمضى من حين عقد النكاح ثمانون يوما و لحظتان، لحظه للوطى و لحظه للوضع، و ثمانون يوما لصيرورته مضغه كما فى الأخبار المتقدمه، لأن الأربعين يوما فى الرحم للنطفه و أربعين أخرى للعلقه و لو ادعت أنه علقه فلا بد من مضى أربعون يوما و لحظتان من حين العقد، لحظه للوطى و لحظه للوضع و أربعون يوما لصيرورته علقه، و هذا ما استحسسه الشارح فى المسالك و مال إليه فى الحدائق.

(٢) أى الإمكان العادى.

(٣) فى السقط المصوّر.

(٤) فى سقط المضغه.

(٥) أى مع لحظتين.

(٦) فى سقط العلقه.

(٧) أن الشأن و الواقع.

- ١- (١) سنن البيهقي ج ١ ص ٢٦٦.
- ٢- ((٢ و ٣)) فروع الكافي ج ٦ ص ١٣.
- ٣- (٤) فروع الكافي ج ٦ ص ١٦.

لا يقبل منها غير المعتاد (١) إلا بشهادة أربع من النساء المطلعات على باطن أمرها.

و هو قريب) عملا بالأصل (٢) و الظاهر (٣)، و استصحابا (٤) لحكم العده، و لإمكان إقامتها اليه عليه (٥).

و وجه المشهور: أن النساء مؤتمنات على أرحامهن و لا- يعرف إلا من جهتهن غالبا (٦)، و إقامه اليه عسره على ذلك (٧). غالبا، و روى زراره في الحسن (٨) عن (١) بحسب حال المرأة، و أصل المسأله أنه قد عرفت أنه يقبل قولها بانقضاء العده في الزمان المحتمل لهذا الانقضاء على ما تقدم بيانه، بلا فرق بين دعوى المرأة المعتاد لحالها و غيرها، لإطلاق النصوص المتقدمه على المشهور.

و الشهيد في اللمعه هنا ذهب إلى قبول قولها بانقضاء العده في الزمن المحتمل بالبيان المتقدم، إذا كان ذلك من عاداتها، و إلا فلو كانت عاداتها على خلاف ذلك فادعت الانقضاء في أقل الزمان المحتمل لا يقبل قولها إلا بشهاده أربع نساء مطلقا على باطن أمرها، و نسبه إلى ظاهر الروايات، مع أنه لا يوجد إلا المرسل - كما في الجواهر - عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قال في امرأه ادعت أنها حاضت في شهر واحد ثلاث حيض، أنه يسأل نسوه من بطانتها هل كان حيضها فيما مضى على ما ادعت، فإن شهدت صدقت، و إلا فهي كاذبه) (١)، و حملت الروايه على التهمه لقاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح بعد ضعف سندها، و كثرة المعارض لها و الدال على تصديق النساء في الحيض و الحمل و الطهر و قد تقدم بعضها.

(٢) و هو إحاله عدم انقضاء العده.

(٣) أى ظاهر المرأة، لأن عاداتها على خلاف ما ادعته من الانقضاء في الزمن المحتمل.

(٤) لأنها بعد الطلاق هي في العده، فلو ادعت الانقضاء على خلاف عاداتها نشك في ارتفاع حكم العده عنها، فيستصحب المتيقن السابق، و حكم العده من عدم جواز خروجها من البيت و عدم جواز عقدها على غير المطلق و هكذا.

(٥) على غير المعتاد من حالها.

(٦) فيؤخذ بقولهن سواء كان ذلك على وفق عاداتها و معتادها أم لا.

(٧) من تغير عاداتها و معتادها.

(٨) و وصف الروايه (٢) بالحسن لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم، و قد وصفناها سابقا بالصحة لأنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

ص: ٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب الحيض حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العدد حديث ١.

الباقر عليه السلام. قال: «العدة و الحيض للنساء إذا ادعت صدقت».

و الأقوى المشهور.

الفصل الثالث فى العدد

إشاره

(الفصل الثالث فى العدد (١))

فى من لا عدة لها

جمع عدة، و هى مده تتربص فيها المرأه لتعرف براءه رحمها من الحمل (٢)، أو (١) جمع عدة من العدد، لاشتمالها عليه غالبا، و العده اسم من الاعتداد، و قد يكون مصدرا فتقول: اعتدت المرأه اعتدادا و عدة و شرعا العده اسم لمدته معدوده تتربص فيها المرأه لمعرفة براءه رحمها، أو للتعبد أو للتفجع على الزوج، و العده لبراءه الرحم كعدة المدخول بها، و العده للتعبد كعدة الوفاه فى غير المدخول بها، و العده للتفجع كعدة الوفاه فى المدخول بها.

هذا و ما كان لبراءه الرحم عن نكاح أو وطء محترم يسمى بالعدة، و ما كانت البراءه عن وطء ملك يسمى بالاستبراء.

و ما كان لبراءه الرحم و الزوجان باقيا عند الطلاق و اللعان و الفسوخ يسمى عدة طلاق، و حكم العده عن وطء الشبهه ملحق بالسابق، و ما كان لبراءه الرحم بسبب موت الزوج تسمى عدة وفاه.

هذا و قد شرعت العده صيانه للأنسب و تحصينا لها من الاختلاط، و الأصل فيها قوله تعالى: وَ الْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (١)، هذا فى عدة الحائل مستقيمه الحيض، و قوله تعالى: وَ اللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ، وَ أُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (٢) و هذا فى عدة الحائل المسترابه و الحامل.

و قوله تعالى: ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا (٣) و هذا فى غير المدخول بها.

و قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَ يُدْرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (٤)، و هذا فى عدة الوفاه.

(٢) و هى الحائل المدخول بها، و الحامل أيضا، لأن عدتها وضع الحمل.

ص: ٨٤

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٨.

٢- (٢) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٣- (٣) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

تعبداً (١)، (و لا عدّه على من لم يدخل بها الزوج) من الطلاق، و الفسخ (٢) (إلا في) (١) كما في عدّه الوفاه لغير المدخول بها، و كان عليه زياده (أو للتفجع على الزوج) و هي عدّه الوفاه في المدخول بها.

(٢) لا عدّه على غير المدخول بها بالاتفاق لقوله تعالى: ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا (١) ، و الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فليس عليها عدّه، تزوج من ساعتها إن شاءت، و تبينها تطليقه واحده، و إن كان فرض لها مهراً فنصف ما فرض) (٢)، و موثق أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها تطليقه واحده فقد بانت منه، و تزوج من ساعتها إن شاءت) (٣) و مثلها غيرها، و كذا لا عدّه على الصغيره و اليائسه على المشهور للأخبار.

منها: موثق ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (ثلاث تزوجن على كل حال: التي لم تحض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال: إذا أتى لها أقل من تسع سنين، و التي لم يدخل بها، و التي قد يئست من المحيض و مثلها لا تحيض، قلت: و ما حدها؟ قال: إذا كان لها خمسون سنة) (٣)، و صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن التي قد يئست من المحيض و التي لا يحيض مثلها، قال: ليس عليها عدّه) (٥)، و مرسل جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يطلق الصبيه التي لم تبلغ و لا يحمل مثلها، فقال: ليس عليها عدّه و إن دخل بها) (٦) و مثلها غيرها.

و عن السيد المرتضى و ابني شهر آشوب و زهره أنهما تعتدان ثلاثه أشهر لجملة من الأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (في الجارية التي لم تدرك الحيض، قال: يطلقها زوجها بالشهور) (٤)، و خبر أبي بصير قال: (عدّه التي لم تبلغ المحيض ثلاثه أشهر، و التي قعدت عن المحيض ثلاثه أشهر) (٨) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عدّه المرأة التي لا تحيض، و المستحاضه التي لا تطهر، و الجارية التي قد يئست و لم تدرك الحيض ثلاثه أشهر) (٩) و هي لا تصلح لمقاومه ما تقدم لضعف سند

ص: ٨٥

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٤٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العدد حديث ٤ و ٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٤ و ١ و ٢.

٤- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٧ و ٦ و ٨.

(الوفاء فيجب) على الزوجه مطلقا (١) الاعتداد (أربعة أشهر و عشره أيام إن كانت حره (٢)

غالبها، على أنه يمكن حملها على المسترابه، و إن أبيت عن هذا الحمل فلا- بدّ من ردها إلى أهلها لإعراض المشهور عنها و صحه و كثره معارضها.

(١) دائمه أو متمتع بها، دخل بها أو لا، مسلمه أو ذميه.

(٢) عدّه الحره المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشره أيام، بلا خلاف فيه بالجمله لقوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَ عَشْرًا (١)**، و للأخبار الكثيره التي سيمرّ عليك بعضها.

ثم مقتضى إطلاق الآيه عموم الحكم لكل امرأه صغيره كانت أو كبيره، بالغاً كان الزوج أو غير بالغ حراً كان أو عبداً، دخل بها أم لم يدخل، و يدل عليه أيضا الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهراً فلها نصف ما فرض لها، و لها الميراث و عليها العده) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يموت و تحته امرأه لم يدخل بها، قال: لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً و عليها العده كامله و مثلها غيرها، نعم ورد عدم العده على غير المدخول بها، قال: لها نصف المهر و لها الميراث كاملاً و عليها العده كامله) (٣) و مثلها غيرها، نعم ورد عدم العده على غير المدخول بها في خبر محمد بن عمر الساباطي (سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل أن يدخل بها، قال: لا عدّه عليها، و سألته عن المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها، قال: لا عدّه عليها، هما سواء) (٣)، و هو ضعيف السند و غير صالح لمعارضه ما تقدم، و محتمل للتقيه و يشهد له موثق عبيد بن زراره (سألت أبا عبد الله عليه السلام: عن رجل طلق امرأته من قبل أن يدخل بها أ عليها عدّه؟ قال: لا، قلت له: المتوفى عنها زوجها قبل أن يدخل بها أ عليها عدّه؟ قال:

أمسك عن هذا) (٥) و هو مشعر بالتقيه.

ثم هل هذا مختص بالحره المنكوحه بالعقد الدائم كما عن جماعه منهم المفيد و المرتضى و العماني و سلار و أما عدّه المتمتع بها من الوفاء فشهران و خمسه أيام لخبر ابن أبي شعبه الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل تزوج امرأه متعه ثم

ص: ٨٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٣٤.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب العدد حديث ٣ و ١.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب العدد حديث ٤ و ٥.

و إن كان زوجها عبدا (و نصفها) شهران و خمسة أيام (إن كانت أمه (١) و إن كان مات عنها ما عدتها؟ قال: خمسة و ستون يوما(١).

و هو مرسل، و فى طريقه على بن الحسين الطاهرى، و هو واقفى شديد التعصب على من خالفه من الإماميه، و هو معارض بطائفه من الأخبار.

منها: صحيح ابن الحجاج (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعه ثم يتوفى عنها زوجها، هل عليها العده؟ فقال: تعتد أربعة أشهر و عشرة(٢)، و صحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السلام: ما عده المتعه إذا مات عنها الذى تمتع بها؟ قال: أربعة أشهر و عشرة، ثم قال: يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرة(٣) و على الأخير عمل المشهور، و قد تقدم هذا البحث فى آخر فصل المتعه من كتاب النكاح.

(١) و كانت حائلا على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عده الأمه التى يتوفى عنها زوجها شهران و خمسة أيام(٣)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسة أيام)٥ و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (سمعتة يقول: طلاق العبد للأمه تطليقتان - إلى أن قال - و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف أجل الحره شهران و خمسة أيام)٦، و مثلها غيرها، و هى تشمل الأمه المتمتع بها و الدائم.

و عن ابن ادريس و العلامه فى المختلف و جماعه أنها كالحره فى عده الوفاه، لصحيح زراره المتقدم (يا زراره كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حره كانت أو أمه، و على أى وجه كان النكاح منه متعه أو تزويجا أو ملك يمين فالعده أربعة أشهر و عشرة(٤)، و يؤيده صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليهما إذا مات عنها زوجها سواء فى العده، إلا أن الحره تحدّ و الأمه لا تحدّ(٥)، و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد

ص: ٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٦ و ٩ و ١٠.

٤- (٧) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

زوجها حراً على الأشهر، و مستنده صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: «الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسہ أيام».

وقيل: كالحره استنادا إلى عموم الآيه (١)، و بعض الروايات و تخصيصهما (٢) بغيرها (٣) طريق الجمع، (سواء دخل بها أو لا) صغيره كانت أم كبيره و لو يائسه، دائما كان النكاح أم منقطعا.

في مدة العده

(و في باقى الأسباب) الموجه للفرقه (٤) (تعدد ذات الأقراء) جمع قرء بالفتح، الله عليه السلام (عده المملوكه المتوفى عنها زوجها أربعه أشهر و عشرا) (١).

و حملها الشيخ عن كون الأمه ذات ولد فتعد عده الحره، فالأقوال حينئذ ثلاثه و سيأتى للبحث صله عند عده الأمه المتوفى عنها زوجها إذا كانت أم ولد من سيدها في آخر فصل العدد فانتظر.

(١) و هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذُرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا (٢).

(٢) أى تخصيص العمومين، عموم الآيه و عموم بعض الروايات بغير الأمه طريق الجمع.

(٣) أى بغير الأمه.

(٤) بين الزوجين من طلاق أو فسخ، و هذا شروع فى عده الطلاق، و المطلقه إما حائل أو حامل، و الحائل إما مستقيمه الحيض أو مستترابه.

و مستقيمه الحيض هى التى يأتيا حيضها فى كل شهر مره على عاده النساء، و فى معناها معتاده الحيض فيما دون الثلاثه أشهر، و ربما قيل كما عن الشارح هنا بأنها التى تكون لها فى الحيض عاده مضبوطه وقتا، سواء انضبط العدد أم لا، و فيه: أن معتاده الحيض فيما زاد على ثلاثه أشهر لا تعد بالأقراء و إن كانت لها فى الحيض عاده وقتا و عددا، كما سيأتى بيانه.

و على كل فمستقيمه الحيض تعد بثلاثه أقراء بلا- خلاف فيه لقوله تعالى: وَ الْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ (٣) ، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا ينبغى للمطلقه أن تخرج إلا بإذن

ص: ٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٥.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٤.

زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر إن لم تحض(١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (المطلقة تعتد في بيتها، ولا ينبغي لها أن تخرج حتى تنقضى عدتها، و عدتها ثلاثة قروء، أو ثلاثة أشهر إلا أن تكون تحيض)٢، و مثلها غيرها و القروء بالفتح و الضم يجمع على أقراء و قروء و أقرأ، و قال بعض أهل اللغة كما في المسالك: إنه بالفتح الطهر و يجمع على فعول كحرب و حروب، و ضرب و ضروب، و القرء بالضم الحيض و يجيء على أقراء كقفل و أقفال، إلا أن المشهور عدم الفرق بين الفتح و الضم و أنه يقع على الطهر و الحيض إما بالاشتراك اللفظي أو المعنوي.

و على كل فالمراد بالقرء هو الطهر هنا على المشهور للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (القرء ما بين الحيضتين)٣، و مثله صحيح محمد بن مسلم ٤، و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (الأقراء هي الأطهار)٥، و صحيح زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: سمعت ربيعه الرأى يقول: من رأى أن الأقراء التي سمي الله عز و جل في القرآن إنما هو الطهر فيما بين الحيضتين، فقال عليه السلام: كذب، لم يقل برأيه، و لكنه إنما بلغه عن علي عليه السلام، فقلت: أ كان علي عليه السلام يقول ذلك؟ فقال عليه السلام: نعم إنما القرء الطهر، الذي يقرأ فيه الدم فيجمعه فإذا جاء المحيض دفعه)٦، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عده التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة قروء، و القرء جمع الدم بين الحيضتين)٧، و مثلها غيرها.

نعم ورد أن القرء هو الحيض في أخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عده التي تحيض و يستقيم حيضها ثلاثة قروء و هي ثلاث حيض)٣، و موثق عبد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام (قال علي عليه السلام: إذا طلق الرجل المرأة فهو أحق بها ما لم تغتسل من الثالثة)٤، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يطلق امرأته تطليقه على طهر من غير جماع يدعها حتى تدخل في قرئها الثالث، و يحضر غسلها ثم يراجعها و يشهد على رجعتها، قال: هو أملكك بها ما لم تحل لها الصلاة)١٠.

ص: ٨٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥.

٣- ((٨)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب العدد حديث ٧.

٤- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ١٢ و ١٥.

و الضم و هو الطهر، أو الحيض (المستقيمه الحيض) بأن يكون لها فيه (١) عاده مضبوطة وقتا، سواء انضبط عددا أم لا (مع الدخول (٢) بها المتحقق (٣) بإيلاج الحشفه، أو قدرها من مقطوعها قبلا (٤) أو دبرا على المشهور و إن لم ينزل (بثلاثه) و جمع المفيد بين الأخبار بحمل أخبار الطهر من القروء على ما لو كان الطلاق في مستقبل الطهر، و بحمل أخبار الحيض من القروء على ما لو كان الطلاق في آخر الطهر، و هو ممنوع لأنه فرع التكافؤ بين الطائفتين، مع أن الطائفه الثانيه محموله على التقيه لموافقتها لبعض العامه، على أنه جمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار.

(١) في الحيض، و قد عرفت ما فيه.

(٢) لأنه بدون الدخول فلا عده للمطلقه حينئذ كما تقدم.

(٣) صفه للدخول.

(٤) قد تقدم عدم العده على غير المدخول بها بالانفاق، و مقتضى إطلاق الأدله أن العده على الدخول و لو لم ينزل بلا خلاف فيه و يشهد له أخبار كثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دخل بامرأه، قال عليه السلام: إذا التقى الختانان وجب المهر و العده) (١)، و صحيح حفص عنه عليه السلام (إذا التقى الختانان وجب المهر و العده و الغسل) (٢)، و صحيح عبد الله بن سنان عنه عليه السلام (قال: سأله أبي و أنا حاضر عن رجل تزوج امرأه فأدخلت عليه و لم يمسها و لم يصل إليها حتى طلقها هل عليها عده منه؟ فقال عليه السلام: إنما العده من الماء، قيل له: فإن كان واقعها في الفرج و لم ينزل؟ فقال عليه السلام: إذا أدخله وجب الغسل و المهر و العده) (٣)، و به يظهر أنه لا بد من رفع اليد عن ظاهر خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (العده من الماء) (٢) الظاهر في اشتراط الإنزال.

هذا و الدخول الموجب للعده هو الدخول في القبل الموجب للغسل كما هو صريح بعض الأخبار المتقدمه، و قد تقدم في بابه أن الذي يوجب الغسل هو إدخال الحشفه أو قدرها من مقطوعها، و لكن فلو أدخلهما دبرا فهل تجب العده كما عليه المشهور، لإطلاق النصوص المتقدمه، أو لا تجب العده كما عن علامه في التحرير لانصراف النصوص السابقه إلى خصوص الفرد الشائع و هو الوطء في القبل لأنه المندوب إليه و المحثوث عليه، على أن بعض النصوص ظاهر في خصوص القبل و هو قوله عليه السلام في صحيح

ص: ٩٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب المهور حديث ٣ و ٤ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب العدد حديث ١.

(أطهار (١) أحدها (٢) ما بقي من طهر الطلاق بعده (٣) و إن قل (٤)، و غير مستقيمه الحيض (٥)

حفص المتقدم (إذا التقى الختانان وجب المهر و العده)، و قد توقف سيد الرياض و البحراني في حدائقه.

(١) و تبين برؤيه الدم من الحيضه الثالثه.

(٢) أى أحد الأطهار الثالثه.

(٣) أى بعد الطلاق.

(٤) أى الباقي و كان لحظه، و هو المعروف بينهم للأخبار:

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت له: أصلحك الله رجل طلق امرأته على طهر من غير جماع بشهاده عدلين، فقال عليه السّلام: إذا دخلت في الحيضه الثالثه فقد انقضت عدتها و حلت للأزواج، قلت له: أصلحك الله، إنّ أهل العراق يروون عن على عليه السّلام أنه قال: هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضه الثالثه، فقال: فقد كذبوا(١) ، و صحيحه الآخر عنه عليه السّلام (المطلقه إذا رأت الدم من الحيضه الثالثه فقد بانت منه)٢، و موثقه الثالث عنه عليه السّلام (أول دم رأته من الحيضه الثالثه فقد بانت منه)٣، و موثق الجعفي عن أبي جعفر عليه السّلام (قلت له: رجل طلق امرأته، قال: هو أحق برجعتها ما لم تقع في الدم من الحيضه الثالثه)(٢) و مثلها غيرها و وجه الاستدلال بها أنه لا يصح انقضاء عدتها برؤيه الدم من الحيضه الثالثه إلا إذا احتسب الباقي من طهر الطلاق من جمله الأطهار الثالثه، التي هي عده المطلقه.

(٥) ما زال الكلام في مستقيمه الحيض، فلو استمر معها الدم و جاوز العشره رجعت إلى عادتها في زمن الاستقامه فتجعلها حيضا و الباقي استحاضه، و يلحق بالأول حكم الحيض و بالباقي حكم الطهر إلى وقت العاده من الشهر الثاني و الثالث، و بمجرد رؤيه الدم من الثالث المحكوم بكونه حيضا تنقضي عدتها.

و لو لم تكن لها عاده لكونها مبتدئه أو مضطربه أو ناسيه فترجع إلى الصفات، أى صفات الحيض على ما تقدم بيانها في كتاب الحيض، لأن الصفات طريق شرعى لمعرفة الحيض، و تجعل واجد الصفات حيضا و الباقي استحاضه، و يلحق بالأول حكم الحيض و بالباقي حكم الطهر، و يشهد له مرسل جميل عن أحدهما عليهما السّلام (تعتدّ المستحاضه بالدم إذا كان

ص: ٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ١ و ٧ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب العدد حديث ٢.

ترجع إلى التمييز (١)، ثم إلى عادة نساءها (٢) إن كانت مبتدأه، ثم تعتد (٣) بالشهور.

في عده التي لا يحصل لها الحيض

(و ذات الشهور (٤) و هي التي لا يحصل لها الحيض بالمعتاد، و هي في سن من) في أيام حيضها، أو بالشهور إن سبقت لها، فإن اشتبهت فلم تعرف أيام حيضها من غيرها، فإن ذلك لا يخفى، لأن دم الحيض دم عبيط حارّ، و إن دم الاستحاضه دم أصفر بارد(١).

و لو اشتبه الدم و لا يتحقق بالتمييز بالصفات فترجع إلى عادة نساءها من أقربائها أو أقرانها على ما تقدم في باب الحيض، و يدل عليه خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام عن عده المستحاضه؟ فقال: تنظر قدر أقرانها فتزيد يوماً أو تنقص يوماً، فإن لم تحض فلتنظر إلى بعض نساءها فلتعتد بأقرانها(٢).

و لكن الرجوع إلى عادة أقرانها أو أقربائها مخصوص بالمبتدئه كما تقدم في الحيض، و لو اختلفن أو فقدن - أي أقرانها أو أقربائها - فتعتد بالشهور كفائد التمييز من المضطربه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عده المرأة التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر و الجارية التي قد يئست و لم تدر ك الحيض ثلاثة أشهر)(٢) و مثله غيره.

(١) أي التمييز بين دم الحيض و دم الاستحاضه، و ذلك بالرجوع إلى الصفات، و هذا في المبتدئه و المضطربه و الناسيه.

(٢) أي و مع فقد التمييز ترجع إلى عادة أقرانها أو أقربائها و هذا مختص بالمبتدئه.

(٣) و مع فقد نساءها في المبتدئه أو اختلافهن ترجع إلى الشهور كما ترجع المضطربه و الناسيه عند فقد التمييز.

(٤) شروع في عده المسترابة، و هي من لا تحيض و هي في سنّ من تحيض فتعتد من الطلاق و الفسخ مع الدخول بثلاثة أشهر إذا كانت حرة، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: وَ اللَّائِي يَيْئَسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَ اللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ (٣) المتناول آخره للفرض، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عده المرأة التي لا تحيض و المستحاضه التي لا تطهر ثلاثة أشهر)(٤)، و خبر محمد بن حكيم عن العبد الصالح عليه السّلام (قلت له:

ص: ٩٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العدد حديث ٨.

٣- ((٤)) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٧.

(تحيض) سواء كانت مستترابه (١) كما عبّر به كثير أم انقطع عنها الحيض لعارض من مرض، و حمل، و رضاع، و غيرها (٢) تعتد (بثلاثة أشهر) هلاليه (٣) إن طلقها عند الهلال (٤)، و إلا (٥)

المرأه الشابه التي لا تحيض و مثلها يحمل طلقها زوجها، قال: عدتها ثلاثة أشهر(١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عده التي لم تحض و المستحاضه التي لا- تطهر ثلاثة أشهر)٢، و مثلها غيرها. و مقتضى النصوص عدم الفرق فى المستترابه بين كون عدم الحيض خلقه أو لعارض من حمل أو رضاع أو غيرهما، و يدل عليه بالخصوص موثق أبى العباس (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت و طهرت و هى امرأه لا ترى دما ما دامت ترضع، ما عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر)(٢).

(١)المستترابه هى التى حصل لها ريبه الحمل فيما إذا تأخر حيضها عن عاداتها، و كثيرا ما تطلق المستترابه فى كلام الأصحاب على من لا تحيض و هى فى سنّ من تحيض سواء كانت مستترابه الحمل أم لا، و سواء تيقنت الحمل أو عدمه.

(٢)أى غير المرض و الحمل و الرضاع.

(٣)بلا خلاف و لا إشكال لانصراف الشهر فى الأخبار المتقدمه إلى الهلالى فى عرف الشارع، و يشهد له خبر أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل كيف يطلق امرأته و هى تحيض فى كل ثلاثة أشهر حيضه واحده؟ قال عليه السّلام: يطلقها تطليقه واحده فى غرّه الشهر إذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب)(٣).

(٤)كما هو مضمون خبر أبى مريم المتقدم.

(٥)و إن لم يكن الطلاق عند الهلال، بل طلقها فى أثناء الشهر اعتدت بهالين لتمكنها منهما، و أخذت من الثالث بقدر الفائت من الشهر الأول، ليتحقق صدق الأهله الثلاثة عرفا كما فى الجواهر و غيره.

و عن المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك يجب إكمال الثالث ثلاثين، لأن الشهر الأول لم يتفق كونه هلاليا فينتقل إلى الشهر العرفى الذى هو الثلاثون، و فى المسأله قول ثالث بانكسار الجميع و يسقط اعتبار الأهله فيهما، لأن الأول منكسر و لا يتم إلا ببعض ما يليه فينكسر الثانى و هكذا.

ص: ٩٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٨ و ٩.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٣.

أكملت المنكسر (١) ثلاثين بعد الهالين على الأقوى.

(و الأمه) تعتد (بطهرين) إن كانت مستقيمه الحيض (٢)، (أو خمسه و أربعين يوما) إن لم تكن (٣).

(و لو رأت) الحره (الدم فى الأشهر) الثلاثه (مره أو مرتين) (٤)

(١) خاصه.

(٢) فى الطلاق مع الدخول و كانت بالغه غير يائسه سواء كانت تحت حر أو عبد على المشهور لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن حر تحته أمه، أو عبد تحته حره كم طلاقها و كم عدتها؟ فقال: السنه فى النساء فى الطلاق فإن كانت حره فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثه أقراء، و إن كان حر تحته أمه فطلاقه تطليقتان و عدتها قرءان) (١)، و هو صريح فى اتحاد القرء فى الحره و الأمه.

و عن القديمين أن عدده الأمه حيضتان لبعض الأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق العبد للأمه تطليقتان و أجلها حيضتان) ٢، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عدده الأمه حيضتان) (٢)، و خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السلام (عن الأمه إذا طلقت ما عدتها؟ فقال: حيضتان أو شهران حتى تحيض) ٤، و هى محموله على التقيه.

(٣) أى لم تكن تحيض و هى من سنّ من تحيض فعدتها شهر و نصف سواء كانت تحت حر أو عبد بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن الفضيل عن أبى الحسن عليه السلام (طلاق الأمه تطليقتان - إلى أن قال - فإن كانت قد قعدت عن المحيض فعدتها شهر و نصف) ٥، و مضمّر سماعه (و قال: عدده الأمه التى لا تحيض خمسه و أربعون يوما) (٣).

(٤) قد تقدم أن عدده من لا تحيض و هى من سنّ من تحيض ثلاثه أشهر، و عليه فعدتها بالشهور بشرط و صفها من أنها لا تحيض أبدا.

و أما من تحيض فى الشهرين أو الثلاثه مره على خلاف عادته النساء، إذ العاده هى الحيض فى كل شهر مره فعدتها الأقراء لإطلاق أدله ثلاثه قروء فى عدده المطلقه، و أما لو كانت

ص: ٩٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب العدد حديث ٣ و ٤ و ٥.

٣- (٦) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٧.

لا تحيض إلا بعد ثلاثة أشهر أو أزيد مره فإنها تعتد بالأشهر دون الأقراء، بلا خلاف في ذلك للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة التي يطلقها زوجها و هي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضه؟ قال عليه السلام: إذا انقضت ثلاثة أشهر انقضت عدتها يحسب لها لكل شهر حيضه)^(١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام أنه قال:

(في التي تحيض في كل ثلاثة أشهر مره، أو في سنه أو في سبعة أشهر، و المستحاضه التي لم تبلغ الحيض، و التي تحيض مره و يرتفع مره، و التي لا- تطمع في الولد، و التي قد ارتفع حيضها و زعمت أنها لم تياس، و التي ترى الصفرة من حيض ليس بمستقيم فذكر أن عدده هؤلاء كلهن ثلاثة أشهر)^(٢)، و صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (عن التي لا- تحيض إلا- في ثلاث سنين أو في أربع سنين؟ قال عليه السلام: تعتد بثلاثة أشهر ثم تتزوج إن شاءت)^(٣)، و صحيح أبي مريم عنه عليه السلام (عن الرجل كيف يطلق امرأته و هي تحيض في كل ثلاثة أشهر حيضه واحده؟ قال عليه السلام: يطلقها تطليقه واحده في غره الشهر، فإذا انقضت ثلاثة أشهر من يوم طلاقها فقد بانت منه و هو خاطب من الخطاب)^(٤).

و أما من كان يأتيها الحيض ثم انقطع عنها و لم يعلم سببه و مثلها يحيض فتعتد بالشهور أو الأطهار بمعنى لو سبقت الشهور الثلاثة بغير حيض فهو عدتها، و إن مضى لها ثلاثة أطهار قبل مضى ثلاثة شهور خاليه من الحيض فتعتد بالأطهار بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (أمران أيهما سبق بانت منه المطلقه المسترابه، تستريب الحيض، إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض ليس فيها دم بانت منه، و إن مرت بها ثلاثة حيض ليس بين الحيضتين أشهر بانت بالحيض، قال ابن أبي عمير: قال جميل:

و تفسير ذلك إن مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت، ثم مرت بها ثلاثة أشهر إلا يوما فحاضت فهذه تعتد بالحيض على هذا الوجه، و لا- تعتد بالشهور، و إن مرت بها ثلاثة أشهر بيض لم تحض فيها فقد بانت)^(٥)، و مثله موثقه الآخر عنه عليه السلام^(٦).

ص: ٩٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٢ و ١ و ١١.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٣.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٣.

و على ما تقدم فلو كانت المطلقة قد انقطع عنها الحيض فتعتد بالأشهر، فلو رأت في الشهر الثالث مثلا- حيضا بطلت العده بالأشهر، لأن شرط الأشهر خلوها من الدم فيها، و تحسب الماضي قراء لها، لأن القراء ما كان نهايته الحيض و عليها تكميل العده بالإقراء، فإن كمل لها ثلاثة أقراء و لو في أزيد من ثلاثة أشهر اعتدت بها، و إن فرض بعد ذلك انقطاع الدم عنها بالحيضه الثانيه أو الثالثه فقد استرابت بالحمل. و حينئذ يجب عليها التربص تسعه أشهر من حين الطلاق لأنه أقصى مدته الحمل كما هو المشهور في ذلك، ثم إذا ظهر لها حمل اعتدت بوضعه و إن لم يظهر حمل فقد علم ظاهرا براءة الرحم و مع ذلك تعتد بثلاثة أشهر بعد التسعه، و تكون هذه الأشهر الثلاثة بعد أقصى الحمل بمنزله الأقرء، لأنها ممن لا تحيض، و هو الذى اختاره الأكثر لخبر سوره بن كليب (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود طلاق السنه، و هى ممن تحيض فمضى ثلاثة أشهر فلم تحض إلا حيضه واحده ثم ارتفع حيضتها حتى مضى ثلاثة أشهر أخرى و لم تدر ما رفع حيضتها؟

فقال عليه السلام: إن كانت شابه مستقيمه الطمث فلم تطمث في ثلاثة أشهر إلا حيضه ثم ارتفع طمثها فلا تدرى ما رفعها، فإنها تتربص تسعه أشهر من يوم طلقها ثم تعتد بعد ذلك ثلاثة أشهر، ثم تزوج إن شاءت(١).

و هذه الروايه مع اشتهاار العمل بمضمونها مخالفه للأصل فى اعتبار الحمل بتسعه أشهر من حين الطلاق، و هو مخالف لجميع الأقوال المتقدمه فى أقصى الحمل، لأن مدته معتبره من آخر و طء لا من حين الطلاق.

و هى مخالفه لاعتدادها بثلاثة أشهر بعد العلم ببراءه رحمها من الحمل. و قد قيل كما عن الشيخ فى النهايه إنها تصبر سنه لأنها أقصى مدته، ثم إن ظهر حمل اعتدت بوضعه و إلا اعتدت بعدها بثلاثة أشهر لخبر عمار الساباطى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل عنده امرأه شابه و هى تحيض فى كل شهرين أو ثلاثة حيضه واحده، كيف يطلقها زوجها؟ فقال عليه السلام: أمر هذه شديد، هذه تطلق طلاق السنه تطليقه واحده على طهر من غير جماع بشهود، ثم تترك حتى تحيض ثلاث حيض متى حاضتها فقد انقضت عدتها.

قلت له: فإن مضت سنه و لم تحض فيها ثلاث حيض فقال: يتربص بها بعد السنه ثلاثة أشهر ثم قد انقضت عدتها(٢).

ص: ٩٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العدد حديث ١.

ثم احتبس (١) إلى أن انقضت الأشهر (انتظرت تمام الأقرء (٢)، لأنها (٣) قد استرابت بالحمل غالباً (فإن تمت) الأقرء قبل أقصى الحمل انقضت عدتها (٤)، (و إلا (٥) صبرت تسعة أشهر (٦)

و يأتي عليها ما ورد على الأول مع ضميمه أن المعصوم عليه السلام لم يحكم عليها بالتريص سنه من ناحيه أقصى الحمل، بل قد وردت السنه في كلام السائل من ناحيه عدم ثبوت ثلاث حيض في السنه.

و على كل فالشهره على الروايه الأولى و هى الحول عمده بينهم، و يؤيدها صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (سمعت أبا إبراهيم يقول: إذا طلق الرجل امرأته فادعت حبلاً انتظر بها تسعة أشهر، فإن ولدت و إلا اعتدت بثلاثة أشهر، ثم قد بانته منه) (١)، و موثق ابن حكيم عن أبي الحسن عليه السلام قلت له: (المرأه الشابه التي يحيض مثلها يطلقها زوجها فيرتفع طمثها كم عدتها؟ قال: ثلاثة أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد ثلاثة أشهر، قال: عدتها تسعة أشهر، قلت: فإنها ادعت الحبل بعد تسعة أشهر، قال: إنما الحمل تسعة أشهر، قلت: تزوج، قال: تحتاط بثلاثة أشهر، قلت: فإنها ادعت بعد ثلاثة أشهر، قال: لا ريبه عليها تزوج إن شاءت) (٢).

و هذه الأخبار ظاهره في أن الثلاثة أشهر بعد التسعه ليس من باب الاعتداد، بل من باب الاحتياط للحمل لاحتمال كون الحمل باقيا و لذا استدل بها على أن غايه الحمل هو سنه.

(١) أى الدم.

(٢) و عدتها بالأقرء لا بالشهور، لعدم خلو الأشهر الثلاثة من الدم.

(٣) أى الحره.

(٤) و كانت عدتها بالأقرء.

(٥) أى و إن لم تتم الأقرء قبل أقصى الحمل.

(٦) و هى أقصى الحمل كما عليه المشهور من حين الطلاق هذا و قد علق الشارح فى الحاشيه على هذا القول كما فى الطبعه الحجرية بقوله: (هذا الحكم و هو التريص تسعه أشهر أو سنه ثم الاعتداد بعده هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفاً، و المروى فيه خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام المشتمل على التريص سنه و ثلاثة أشهر، و أما التريص تسعه فليس بمروى، لكنه عليه أكثر الأصحاب، و العمل به أقوى، و إن لم نقل

ص: ٩٧

على أشهر القولين، (أو سنه (١) على قول، (فإن وضعت ولدا، أو اجتمعت الأقراء الثلاثة (٢) فذاك (٣) هو المطلوب في انقضاء العده، (و إلا يتفق) أحد الأمرين (٤) (اعتدت بعدها) أى بعد التسعه، أو السنه (بثلاثه أشهر إلا أن يتم الأقراء قبلها (٥) فيكتفى بها (٦).

و قيل (٧): لا بد من وقوع الثلاثه الاقراء بعد أقصى الحمل كالثلاثه الأشهر (٨).

و الأول (٩) أقوى، و إطلاق النص (١٠) و الفتوى يقتضى عدم الفرق بين استرابتها بالحمل، و عدمه (١١) فى وجوب التربص تسعه، أو سنه، ثم الاعتداد (١٢)

بأنها أقصى الحمل مطلقا، لأنها أقصاه غالبا تقريبا، و الأصل براه الذمه من التربص فيما زاد، مع ضعف سند الروايه، و قد روى محمد بن مسلم و أبو بصير فى الصحيح و زراره فى الحسن أن من مضى عليه ثلاثه أشهر لا تحيض فيها تبين بالثلاثه من غير تفصيل، فيمكن الاستدلال بها على الاكتفاء بالتسعه، و إن لم يكن ثمه نص، إن لم نقل بالاكتفاء بما هو أقل، حيث إن ظاهر الأصحاب الاتفاق على عدم انقضاء العده بما دون التسعه) انتهى. و هو غريب منه، لأن القول بالتسعه مروى فى خبر سوره بن كليب، و هو بنفسه قد رواها فى المسالك و جعلها مستند التسعه.

(١) و هى أقصى الحمل من حين الطلاق.

(٢) أى اجتمعت فى أقصى الحمل.

(٣) من الولد أو الأقراء الثلاثه.

(٤) من الولد أو الأقراء الثلاثه.

(٥) أى قبل الثلاثه أشهر بعد أقصى الحمل.

(٦) لتحقق الأقراء الثلاثه الموجهه لانقضاء العده.

(٧) لم أعثر على هذا القائل.

(٨) الواقعه عقيب أقصى الحمل.

(٩) من وقوع ثلاثه أشهر بعد أقصى الحمل.

(١٠) من خبر سوره و الساباطى.

(١١) عدم الريب فى الحمل إذا أتاها الحيض فى الأشهر الثلاثه ثم احتبس عنها الدم فى الحيضه الثانيه أو الثالثه.

(١٢) بثلاثه أشهر.

بعدها (١) حتى لو كان زوجها غائبا عنها (٢) فحكمها كذلك (٣) وإن كان ظاهر الحكمه (٤) يقتضى اختصاصه (٥) بالمستترابه (٦).

و احتمال المصنف فى بعض تحقیقاته الاكتفاء بالتسعه (٧) لزوجه الغائب محتجا بحصول مسمى العده (٨)، و الدليل فى محل النزاع (٩)، و هذه أطول عده تفرض.

و الضابط أن المعتده المذكوره (١٠) إن مضى لها ثلاثه أقرأ قبل ثلاثه أشهر انقضت عدتها بها (١١)، و إن مضى عليها ثلاثه أشهر لم تر فيها دم حيض انقضت عدتها بها (١٢)، و إن (١٣) كان لها عاده مستقيمه فيما زاد عليها (١٤) بأن كانت ترى الدم فى كل أربعة أشهر مره، أو ما زاد، أو نقص (١٥) بحيث يزيد عن ثلاثه (١٦) و لو بلحظه، و متى رأت فى الثلاثه دما و لو قبل انقضائها (١٧) بلحظه فحكمها ما (١) بعد التسعه أو السنه.

(٢) أو حاضرا و لم يقربها مده مديده.

(٣) من وجوب التربص تسعه أو سنه ثم الاعتداد أو ثلاثه أشهر.

(٤) من وجوب التربص أقصى الحمل.

(٥) أى اختصاص الحكم بوجوب التربص أقصى الحمل ثم الاعتداد بثلاثه أشهر.

(٦) و هو صريح صحيح ابن الحجاج و موثق ابن حكيم المتقدمين فراجع، و لكن ليس فيهما ما يوجب تقييد الحكم بالمستترابه.

(٧) أى تسعه أشهر.

(٨) و هى ثلاثه أشهر بيض من دون حيض فيها، و هى حاصله فى ضمن التسعه.

(٩) أى دليل المصنف هو عين محل النزاع، و هو مصادره غير مسموعه، فى قبال إطلاق النص و الفتوى.

(١٠) و هى المطلقه غير الحامل.

(١١) بثلاثه أقرأ.

(١٢) بثلاثه أشهر بيض لم تر فيها دم حيض.

(١٣) و صليه.

(١٤) على ثلاثه أشهر.

(١٥) عن الأربعة أشهر.

(١٦) أى ثلاثة أشهر.

(١٧) أى انقضاء ثلاثة أشهر.

ص: ٩٩

فصل سابقا من انتظار أقرب الأمرين من تمام الأقرء، و وضع الولد، فإن انتفيا (١) اعتدت بعد تسعه (٢) أشهر بثلاثة أشهر، إلا أن يتم لها ثلاثة أقرء قبلها (٣)، و لو مبنيه (٤) على ما سبق (٥)، و لا فرق (٦) بين أن يتجدد لها دم حيض آخر فى الثلاثة (٧)، أو قبلها (٨) و عدمه (٩).

فى عده الحامل

(و عده الحامل وضع الحمل (١٠) (١) أى الأمران من الأقرء و وضع الولد.

(٢) على أشهر القولين، و بعد سنه على قول.

(٣) قبل الثلاثة أشهر الواقعه بعد أقصى الحمل.

(٤) لو وصليه، و المعنى و لو كانت هذه الأقرء الثلاثة مبنيه على ما سبق من القرء قبل التربص سنه أو تسعه أشهر، بحيث رأت الحيض فى الأشهر الثلاثة بعد الطلاق ثم تربصت تسعه أشهر ثم رأت حيضتين بعد التسعه قبل إكمال الثلاثة أشهر الواقعه بعد التربص أقصى الحمل.

(٥) أى ما سبق التربص أقصى الحمل.

(٦) أى لا فرق فى الحكم المذكور من التربص أقصى الحمل تسعه أشهر أو سنه ثم تعدد ثلاثة أشهر لمن حاضت فى ثلاثة أشهر بعد الطلاق ثم احتبس عنها الدم سواء حاضت أيضا آخر فى ضمن التسعه أو فى ضمن الثلاثة بعدها أو لم تحض، ما دام لم يتحقق لها ثلاث حيض فلا بد من التربص أقصى الحمل مع ثلاثة أشهر بعدها من باب الاعتداد.

(٧) أى ثلاثة أشهر بعد التربص أقصى الحمل.

(٨) أى قبل الثلاثة المذكوره.

(٩) أى عدم تجدد حيض لها سوى الحيض الأول الذى قد أتاها قبل التربص.

(١٠) عده الحامل وضعها لقوله تعالى: **وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ (١)** و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (طلاق الحبلى واحده، و إن شاء راجعها قبل أن تضع، فإن وضعت قبل أن يراجعها فقد بانت منه، و هو خاطب من الخطاب) (٢)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق الحامل واحده، فإذا وضعت ما فى بطنها فقد بانت منه) (٣)، هذا كله على المشهور شهره عظيمه، و عن الصدوق و ابن

ص: ١٠٠

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٨ و ١.

أجمع (١) حمزه أقرب الأجلين من الوضع و من الأقراء و الأشهر، بمعنى أنه إذا مرت بها ثلاثه أشهر فقد انقضت عدتها و لا تحلّ للأزواج حتى تضع ما فى بطنها، و إن وضعت الحمل بعد طلاقه فقد بانت منه و حلت للأزواج لخبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده، و عدتها أقرب الأجلين) (١)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (طلاق الحامل واحده، و أجلها أن تضع حملها، و هو أقرب الأجلين) (٢) و مثلها غيرها، و هى لا تصلح لمعارضه النص القرآنى.

و على المشهور من كون عدتها بالوضع، فهى ستين منه و لو كان الوضع بعد الطلاق بلحظه لإطلاق النصوص المتقدمه، و لخصوص خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا طلقت المرأه و هى حامل فأجلها أن تضع حملها و إن وضعت من ساعتها) ٣، هذا و لا بد من خروجه بأجمعه فلا تنقضى العده لو خرج بعضه لعدم صدق وضع الحمل حينئذ، و كذا تنقضى العده لو تم وضع الحمل و لو ميتا لصدق وضع الحمل بعد إطلاق الأدله، و لا فرق فى توقف انقضاء العده على وضع الحمل بين طول المده و قصرها فقد يكون لحظه و قد يكون سنه لأنها أقصى الحمل، و لا فرق فى ذلك بين الحره و الأمه كل ذلك لإطلاق الأدله المتقدمه.

ثم لو كان حملها باثنين فلا- تبين إلا- بعد وضع الثانى كما عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و الحلى و العلامه و المحقق و جماعه بل هو المشهور تمسكا بإطلاق النصوص المتقدمه التى لا تصدق إلا بعد وضع الثانى، و عن الشيخ فى النهايه و ابن البراج و ابن حمزه و الإسكافى و المحدث البحرانى و الحر العاملى أنها تبين بوضع الأول و لكن لا يجوز لها نكاح الأزواج إلا بعد ولاده الثانى لخبر عبد الرحمن البصرى عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل طلق امرأته و هى حبلى و كان فى بطنها اثنان، فوضعت واحدا و بقى واحد، قال: تبين بالأول و لا تحل للأزواج حتى تضع ما فى بطنها) (٣)، و هو ضعيف السند لاشتماله على الحسن بن سماعه و هو واقفى و على جعفر بن سماعه و هو مجهول أو ضعيف بعد عدم الانجبار لإعراض الأصحاب عنه فلا يمكن الاعتماد عليه.

(١) أى بتمامه فلا يكفى وضع البعض.

ص: ١٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب العدد حديث ٦ و ٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب العدد حديث ١.

كيف وقع (١) إذا علم أنه (٢) نشء آدمى (و إن كان علقه (٣) و وضعته (٤) بعد الطلاق بلحظه، و لا عبره بالنطفه (فى غير الوفاه (٥)، و فيها (٦) بأبعد الأجلين من وضعه، و من الأشهر (٧) الأربعة و العشره الأيام فى الحره، و الشهرين و الخمسه الأيام فى الأمه.

(١) أى كيف وقع الحمل تاما أو غير تام، فبوضعه تنقضى العده و لو كان سقطا لإطلاق النصوص المتقدمه، و لخصوص موثق ابن الحجاج عن أبى الحسن عليه السّلام (سألته عن الجبلى إذا طلقها زوجها فوضعت سقطا تمّ أو لم يتمّ، أو وضعت مضغه، فقال: كل شىء يستين أنه حمل أو لم يتمّ فقد انقضت عدتها و إن كان مضغه)(١).

و المضغه هى السقط الذى يكون فى الرحم أكثر من ثمانين يوما، و إنما الكلام بينهم فى النطفه و العلقه.

أما النطفه و هى التى تبقى فى الرحم أربعين يوما فلو خرجت فهل تنقضى العده بوضعها كما عن الشيخ و العلامه فى التحرير لإطلاق الأدله بعد كون النطفه مبدأ نشوء آدمى، أو لا عبره بوضعها بل لا بد من الاعتداد بالشهور أو الأقرء للشك فى كونها قد صارت حملا بعد كون النصوص المتقدمه ظاهره فى انقضاء العده بوضع الحمل، و عليه فالميزان فى انقضاء العده هو صدق الحمل لا- كونه مبدأ النشوء للآدمى، و لا يصدق الحمل على النطفه و لا أقل من الشك فى ذلك فلا يصح التمسك بإطلاق الأدله المتقدمه، و يشعر به اقتصار موثق ابن الحجاج المتقدم على المضغه الدال و لو إشعارا بأن غير المضغه لا تنقضى العده بوضعه.

و مما ذكرناه يظهر حكم العلقه و هى التى تكون فى الرحم ما بين الأربعين يوما إلى الثمانين لعدم صدق الحمل عليها و لا أقل من الشك مع إشعار الموثق المتقدم على أن العده لا تنقضى إلا بالمضغه لا بالأقل منها، و إن وافق المحقق و جماعه الشيخ هنا على انقضاء العده بالعلقه، و لكن قد عرفت ما فيه.

(٢) أن الواقع.

(٣) دون النطفه، و قد عرفت الكلام فى العلقه أيضا.

(٤) أى الحمل.

(٥) متعلق بقول الماتن (و عده الحامل وضع الحمل فى غير الوفاه).

(٦) أى فى الوفاه.

(٧) قد تقدم أن عده الحائل المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشره أيام إذا كانت حره، و شهران و خمسه أيام إذا كانت أمه.

ص: ١٠٢

فى الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها

(و يجب الحداد على الزوجه المتوفى عنها زوجها (١) فى جميع مده العده و أما لو كانت حاملا فعدتها أبعد الأجلين من المده المذكوره و وضع الحمل بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الحامل المتوفى عنها زوجها قال:

تنقضى عدتها آخر الأجلين) (١)، و موثق سماعه قال: (المتوفى عنها زوجها الحامل أجلها آخر الأجلين، إن كانت حبلى فتمت لها أربعة أشهر و عشر و لم تضع فإن عدتها إلى أن تضع، و إن كانت تضع حملها قبل أن يتم لها أربعة أشهر و عشر تعتد بعد ما تضع تمام أربعة أشهر و عشر، و ذلك أبعد الأجلين) (٢)، و موثق ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (الحبلى المتوفى عنها زوجها عدتها آخر الأجلين) (٣)، و خالف فى ذلك العامه فجعلوا عدتها وضع الحمل كالطلاق و لو بعد لحظه، و جعلوا آيه أولات الأحمال (٢) عامه فى المطلقة و المتوفى عنها، و فاتهم أن آيه عده الوفاة (٣) تقتضى أربعة أشهر و عشر و الجمع بينهما يقتضى القول بأبعد الأجلين.

(١) يجب على المتوفى عنها زوجها الحداد ما دامت فى العده للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم (ليس لأحد أن يحد أكثر من ثلاث، إلا المرأة على زوجها حتى تنقضى عدتها) (٤)، و مرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام (يحد الحميم على حميمه ثلاثا، و المرأة على زوجها أربعة أشهر و عشر) (٧).

و الحداد فعال من الحدّ و هو لغه المنع، و شرعا تمنع نفسها عن التزين فى بدنها و ثوبها و كحلها و طيبها، و الأصل فى الأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن مات عنها يعنى و هو غائب فقامت البيه على موته فعدتها من يوم يأتيها الخبر أربعة أشهر و عشر، لأن عليها أن تحدّ عليه فى الموت أربعة أشهر و عشر، فتمسك عن الكحل و الطيب و الأصباغ) (٥)، و صحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن المتوفى عنها زوجها قال: لا تكتحل للزينة و لا تطيب و لا تلبس ثوبا مصبوغا، و لا تبيت عن بيتها، و تقضى الحقوق، و تمتشط بغسله، و تحج

ص: ١٠٣

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٥.

٢- (٤) سورة الطلاق، الآية: ٤.

٣- (٥) سورة الطلاق، الآية: ٢٣٤.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٥ و ٦.

٥- (٨) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ١.

(و هو (١) ترك الزينه من الثياب، و الادهان، و الطيب، و الكحل الأسود (٢)، و الحناء، و خضب الحاجبين بالسواد، و استعمال الاسفيداج (٣) فى الوجه، و غير ذلك مما يعدّ زينه عرفا. و لا يختص المنع بلون خاص من الثياب، بل تختلف ذلك باختلاف البلاد، و الأزمان و العادات، فكل لون يعدّ زينه عرفا يحرم لبس الثوب المصبوغ به، و لو احتاجت إلى الاكتحال بالسواد لعله جاز، فإن تأدت الضروره باستعماله ليلا و مسحه نهارا و جب و إلا اقتضت على ما تتأدى به الضروره، و لا يحرم عليها التنظيف (٤)، و لا دخول الحمام، و لا تسريح الشعر، و لا السواك، و لا قلم الأظفار، و لا السكنى (٥) فى المساكن العاليه، و لا استعمال الفرش الفاخره، و إن كان فى عدتها (١) و الغسله بالكسر الطيب و ما تجعله المرأه فى شعرها عند الامتشاط كما عن مجمع البحرين و الصحاح، و عن القاموس ما تجعله المرأه فى شعرها عند الامتشاط و ما يغسل به الرأس من خطمى و نحوه، و المتيقن منه ما لم يشتمل على الطيب و الصبغ للنهى عن التزين، و خبر زراره الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (المتوفى عنها زوجها ليس لها أن تطيب و لا تزین حتى تنقضى عدتها أربعة أشهر و عشره أيام) ٢، و خبر أبى العباس (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: المتوفى عنها زوجها، قال: لا تكتحل بزينه و لا تطيب و لا تلبس ثوبا مصبوغا و لا تخرج نهارا و لا تبيت عن بيتها، قلت:

أرأيت إن أرادت أن تخرج إلى حق كيف تصنع؟ قال: تخرج نصف الليل و ترجع عشاء) (٢).

و على كل فالمستفاد من النصوص هو ترك ما يعدّ زينه عرفا من الثياب و الأدهان و الكحل و الحناء و الطيب و غير ذلك، و هذا مختلف باختلاف العادات، و منه يظهر الوجه فى جواز التنظيف و دخول الحمام و تسريح الشعر و السواك و قلم الأظفار و السكنى فى المساكن العاليه و استعمال الفرش الفاخره و غير ذلك مما لا يعدّ مثله زينه لها فى العرف و العاده.

(١) أى الحداد.

(٢) بل كل كحل تترين به.

(٣) كلمه فارسىه، ما يلوّن به الخدّ

(٤) هذا و ما بعده لا يحرم عليها لعدم كونه زينه عند العرف.

(٥) لأن الحداد فى البدن لا فى المكان فلا يحرم السكنى فى المساكن العاليه، و لا فى الفراش

ص: ١٠٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٥، ٦).

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب العدد حديث ٣.

و لا تزيين أولادها و خدمها (١)، و لا فرق (٢) بين الزوجه الكبيره، و الصغيره الحائل و الحامل إذا كانت حره.

(و فى الأمه قولان المروى) صحيحا عن الباقر عليه السلام (أنها لا- تحدد)، لأنه قال: «إن الحره و الأمه كليهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العده إلا أن الحره تحدد و الأمه لا تحدد».

و هذا هو الأقوى، و ذهب الشيخ فى أحد قوليه (٣) و جماعه إلى وجوب الحداد عليها، لعموم قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم «لا- يحلل لامرأه تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعه أشهر و عشرًا». و فيه مع سلامه فلا يحرم استعمال الفرش الفاخره.

(١) لأن المحرم الزينه عليها لا على من يتعلق بها من أولاد و خدم.

(٢) أى فى وجوب الحداد بين الصغيره و الكبيره و المسلمه و الذميه و المدخول بها و غيرها، و الحائل و الحامل و المتمتع بها و الدائم لإطلاق أدله الحداد المتقدمه، و عن السرائر للحلى و المختلف للعلامه و جماعه عدم ثبوت الحداد فى الصغيره، لأن الحداد حكم شرعى و تكليف سمعى لا يثبت إلا فى حق البالغ، و المشهور على التعميم لأنه يجب على وليها أن يجنبها ما تجتنبه الكبيره.

و على المشهور أيضا اختصاص ذلك بالحره المتوفى عنها زوجها لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الأمه و الحره كليهما إذا مات عنهما زوجهما سواء فى العده، إلا أن الحره تحدد و الأمه لا تحدد)(١).

و عن الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و سلالر و أبى الصلاح و ابن حمزه إيجاب الحداد على الأمه كالحره للنبوى (لا يحلل لامرأه تؤمن بالله و اليوم الآخر أن تحدد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعه أشهر و عشرًا)(٢) و هو مطلق كإطلاق بعض الأخبار المتقدمه.

و فيه: أنه مطلق و يقيد بصحيح زراره المتقدم.

(٣) و هو قوله فى المبسوط، مع أنه فى النهايه وافق المشهور على التفصيل.

ص: ١٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب العدد حديث ٩، و سنن البيهقى ج ٧ ص ٤٣٧، و سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٧٤ رقم الحديث ٢٠٨٦.

السند (١) أنه (٢) عام، و ذاك (٣) خاص فيجب التوفيق بينهما بتخصيص العام، و لا حداد على غير الزوج مطلقا (٤)، و في الحديث (٥) دلالة عليه (٦)، بل مقتضاه (٧) أنه (٨) محرم.

و الأولى حملة (٩) على المبالغة في النفي و الكراهة.

(١) إذ هو مرسل.

(٢) أى النبوى.

(٣) أى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام.

(٤) من أقارب الزوجه لا فى الثلاثة و لا فيما زاد.

(٥) أى النبوى.

(٦) أى على عدم وجوب الحداد على غير الزوج.

(٧) أى مقتضى النبوى.

(٨) أى الحداد على غير الزوج فى غير الثلاث، و أما فى الثلاث فهناك تصريح بالجواز.

(٩) أى حمل النبوى فى الحداد على غير الزوج فوق الثلاث قال فى المسالك: (لا يجب الحداد على غير الزوج من الأقارب، و لا يحرم سواء زاد على ثلاثه أيام أم لا، للأصل، و حرّم بعض العامه الحداد على غير الزوج زياده على ثلاثه أيام لقوله صلى الله عليه و آله و سلم - ثم ذكر النبوى المتقدم - و يمكن أن يستدل به على كراهيه ما زاد على الثلاثه للتساهل فى أدله الكراهه كالسنه، بخلاف التحريم لتوقفه على ثبوت الخبر) انتهى، هذا و لا حداد على أقارب الميت و بناته و لا إماءه و إن كنّ موطوءات أو أمهات أولاد له، للأصل، بعد جعل وجوب الحداد فى الأخبار على خصوص زوجته.

ثم لو مات الزوج بعد الطلاق الرجعى فتعتد المطلقه حره كانت أو أمه عدّه الوفاه بلا خلاف فيه، لأنها زوجه ما دامت فى العده فتشملها أدله عدّه الوفاه، و لجملة من الأخبار.

منها: صحيح جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام (فى رجل طلق امرأته طلاقا يملك فيه الرجعه، ثم مات عنها؟ قال عليه السلام: تعتد بأبعد الأجلين أربعة أشهر و عشرا) (١) و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (أيما امرأه طلقت ثم توفى عنها زوجها قبل أن تنقضى عدتها و لم تحرم عليه، فإنها ترثه ثم تعتدّ عدّه المتوفى عنها زوجها) ٢.

ص: ١٠٦

(و المفقود إذا جهل خبره (١)

و أما لو كان الطلاق بائنا كالطلاق الخلعى فمات فى العده أتمت عده الطلاق فقط و لا تعتد عده الوفاه بلا خلاف فيه، لأنها أجنبيه عنه فضلا عن ظهور الأخبار المتقدمه بالمطلقه الرجعيه حيث قال عليه السّلام فى صحيح ابن قيس المتقدم (قبل أن تنقضى عدتها و لم تحرم عليه) و مفهومه لو حرمت عليه فلا تعتد عده الوفاه.

نعم ورد فى خبر على بن إبراهيم عن بعض أصحابنا (فى المطلقه البائنه إذا توفى عنها زوجها و هى فى عدتها قال: تعتدّ بأبعد الأجلين) (١) و لضعف سنده و إعراض المشهور عنه لا يعتمد عليه، ثم إن الحداد فى عده الوفاه واجب مستقل بحيث لو أخلت به و لو عمدا إلى أن انقضت العده حلّت للأزواج و لكن هى آثمه بترك الحداد كما عليه المشهور و هو الظاهر من أدله الحداد، و عن أبى الصلاح و غيره الحكم ببطلان العده فى الإخلال العمدى بالحداد و يجب الاستئناف، و ردّ بأنه لا دليل على شرطيه الحداد فى عده الوفاه.

ثم يختص الحداد بعده الوفاه و أما فى عده الطلاق فلا يجب بلا خلاف فيه، بل يستحب للمطلقه الرجعيه التزين من أجل تشويق زوجها للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المطلقه تعتدّ فى بيتها و تظهر له زينتها لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) (٢) ، و خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (المطلقه تكتحل و تختضب و تطيب و تلبس ما شاءت من الثياب، لأن الله عزّ و جلّ يقول: لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا، لعلها أن تقع فى نفسه فيراجعها) (٣) و مثلها غيرها.

نعم ورد وجوب الحداد فى عده الطلاق فى خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام عن على عليه السّلام (المطلقه تحدّ كما تحدّ المتوفى عنها زوجها، و لا تكتحل و لا تطيب، و لا تختضب و لا تمتشط) (٤)، و لا ريب فى ضعف سنده فلا يصلح لمعارضه ما تقدم، و قد حمله الشيخ على البائنه استحبابا، و هو محمول على ما لو كان تزينها لسوء لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السّلام (سألته عن المطلقه لها أن تكتحل و تختضب أو تلبس ثوبا مصبوغا؟ قال: لا بأس إذا فعلته من غير سوء) (٣).

(١) اعلم أن الغائب إذا علمت حياته فهو كالحاضر، و إن علم موته اعتدت زوجته منه عده وفاه، و إن جهل خبره و كان له ولى ينفق عليها أو كان للزوج مال يمكن الإنفاق منه

ص: ١٠٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب العدد حديث ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب العدد حديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب العدد حديث ٦.

عليها فلا- خيار لها و إن أرادت ما تريد النساء و طالت المده عليها فهي حينئذ مبتلاه فلتصبر بلا خلاف فيه لأصالة بقاء عصمه النكاح، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن المفقود؟ فقال عليه السّلام: المفقود إذا مضى له أربع سنين بعث الوالى أو يكتب إلى الناحيه التى هو غائب فيها فإن لم يوجد له أثر، أمر الوالى وليه أن ينفق عليها، فما أنفق عليها فهي امرأته.

قلت: فإنها تقول فإنى أريد ما تريد النساء؟ قال عليه السّلام: ليس ذلك لها، و لا كرامه، فإن لم ينفق عليها وليه أو وكيله أمره أن يطلقها فكان ذلك عليها طلاقا واجبا(١).

و صحيح بريد بن معاويه عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المفقود كيف يصنع بامرأته؟ فقال: ما سكتت عنه و صبرت فخل عنها، و إن هى رفعت أمرها إلى الوالى أجلها أربع سنين ثم يكتب إلى الصقع الذى فقد فيه فليسأل عنه، فإن خبر عنه بحياه صبرت، و إن لم يخبر عنه بحياه حتى تمضى أربع سنين دعا ولى الزوج المفقود، فقيل له: هل للمفقود مال، فإن كان للمفقود مال أنفق عليها حتى يعلم حياته من موته، و إن لم يكن له مال، قيل للولى: انفق عليها، فإن فعل فلا سبيل لها إلى أن تتزوج ما أنفق عليها، و إن أبى أن ينفق عليها أجبره الوالى على أن يطلق تطليقه فى استقبال العده و هى طاهر فيصير طلاق الوالى طلاق الزوج، فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها من يوم طلقها الوالى فبدا له أن يراجعها فهي امرأته و هى عنده على تطليقتين، و إن انقضت العده قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج و لا سبيل للأول عليها)٢.

قال الصدوق: و فى روايه أخرى: (أنه إذا لم يكن للزوج ولى طلقها الوالى و يشهد شاهدين عدلين فيكون طلاق الوالى طلاق الزوج، و تعتدّ أربعه أشهر و عشرا ثم تتزوج إن شاءت)٣.

و صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى امرأه غاب عنها زوجها أربع سنين و لم ينفق عليها و لم تدر أحي هو أم ميت، أ يجبر وليه عن أن يطلقها؟ قال عليه السّلام: نعم، و إن لم يكن له ولى طلقها السلطان قلت: فإن قال الوالى: أنا أنفق عليها، قال عليه السّلام:

فلا يجبر على طلاقها، قلت: أ رأيت أن قالت أنا أريد مثل ما تريد النساء و لا أصبر و لا أقعد كما أنا؟

ص: ١٠٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٤ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٢.

قال عليه السّلام: ليس لها ذلك ولا كرامه إذا أنفق عليها(١)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال في المفقود: لا- تتزوج امرأته حتى يبلغها موته أو طلاق أو لحوق بأهل الشرك)(٢)، و موثق سماعه (سألته عن المفقود؟ فقال: إن علمت أنه في أرض فهي منتظره له أبدا حتى يأتيها موته أو يأتيها طلاق، و إن لم تعلم أين هو في الأرض و لم يأتيها منه كتاب و لا خبر تأتي الإمام فيأمرها أن تنتظر أربع سنين فيطلب في الأرض، فإن لم يوجد له خبر حتى يمضي الأربع سنين أمرها أن تعتدّ أربعة أشهر و عشرة، ثم تحلّ للأزواج، فإن قدم زوجها بعد ما تنقضي عدتها فليس له عليها رجعه، و إن قدم و هي في عدتها أربعة أشهر و عشرة فهو أملك برجعتها)(٣) إلى غير ذلك من النصوص.

و مقتضى هذه الأخبار أنه إذا أنفق عليها من ماله أو أنفق عليها و كيله أو وليه فيجب عليها الصبر، نعم لو أنفق عليها متبرع أجنبي فلا- يجب عليها الصبر و لها الخيار لإطلاق الأخبار المتقدمة فما في المسالك و الروضة و الجواهر و الرياض من أنه إذا أنفق عليها متبرع فلا خيار لها ليس في محله.

هذا من جهه و من جهه أخرى يتوقف الطلاق و الاعتداد على رفع أمرها إلى الحاكم و لو مضت لها مائه سنه فلو لم ترفع أمرها إلى الحاكم الشرعي فلا طلاق و لا عده بل تبقى على حكم الزوجيه.

و من جهه ثالثه أن الفحص في زمن الأربع لا- بدّ أن يكون للحاكم، و أن مبدأ الأربع سنين المضروبه من حين رفع الأمر إلى الحاكم كما هو ظاهر أو صريح الأخبار.

و من جهه رابعه فلا- تبين بدون طلاق كما عليه المشهور، غايته أن طلاقها بيد الولي و لو لم يفعل طلقها الوالي، و عن ظاهر الشيخين و ابن البراج و الحلبي و المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد كفايه أمر الحاكم لها بالاعتداد من دون طلاق، لأن خبر سماعه و مرسل الصدوق المتقدمين قد صرحا بأن العده أربعة أشهر و عشرة، و هي عده وفاه و هي غير محتاجه إلى الطلاق، و فيه: أن في مرسل الصدوق الجمع بين الطلاق و بين كونها أربعة أشهر و عشرة فضلا عن التصريح بالطلاق في صحاح الحلبي و بريد و الكنانى المتقدمه. و من جهه خامسه قد اتفق الجميع إلا من ندر أن العده عده وفاه، و المخالف

ص: ١٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب أقسام الطلاق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

و كان لزوجته من ينفق (١) عليها (وجب عليها التربص) إلى أن يحضر، أو تثبت وفاته، أو ما يقوم مقامها (٢) (و إن لم يكن له (٣) ولي ينفق عليها) و لا متبرع (٤)، فإن صبرت فلا كلام و إن رفعت أمرها إلى الحاكم بحث عن أمره (و طلب أربع سنين) من حين رفع أمرها إليه فى الجهه التى فقد فيها إن كانت معينه، و إلا فى الجهات الأربع حيث يحتمل الأربع، (ثم يطلقها الحاكم) بنفسه، أو يأمر الولى به.

و الأجود تقديم أمر الولى به (٥) فإن امتنع طلق الحاكم، لأنه (٦) مدلول الأخبار الصحيحه (٧) (بعدها) أى بعد المده، و رجوع الرسل، أو ما فى حكمه (٨).

(و عند) بعده (٩) (و المشهور) بين الأصحاب (أنها تعتد عدّه الوفاه)، و فى خبر سماعه دلالة عليه (١٠)، لأنه (١١) لم يذكر الطلاق و قال: «بعد مضى أربع سنين أمرها أن تعتد أربعة أشهر و عشرا» و باقى الأخبار مطلقه (١٢)، إلا أن ظاهرها (١٣) أن العده عدّه الطلاق حيث حكم فيها (١٤) بأنه يطلقها، ثم تعتد، و فى حسنه غير معلوم، غايته على القول المشهور القاضى بالطلاق تكون العده عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه، و يكون لهذا الطلاق خصوصيه من ناحيه تضمنه معنى الوفاه فلذا كانت عدته مخصوصه من أنها بمقدار عدّه الوفاه، و هذا ما يقتضيه الجمع بين الأخبار.

(١) من و كيل للزوج أو ولى.

(٢) أى مقام الوفاه من الارتداد و اللقوق بأهل الشرك كما فى خبر السكونى المتقدم.

(٣) للمفقود.

(٤) قد عرفت ضعفه.

(٥) بالطلاق.

(٦) أى تطليق الحاكم بعد امتناع الولى المأمور بالطلاق.

(٧) و هى صحاح بريد و الحلبي و الكنانى المتقدمه.

(٨) أى حكم رجوع الرسل من أجوبه الرسائل.

(٩) أى بعد الطلاق.

(١٠) على أنها تعتد عدّه الوفاه.

(١١) أى خبر سماعه.

(١٢) من ناحيه العده.

(١٣) أى ظاهر الأخبار الباقية.

(١٤) فى الأخبار الباقية.

ص: ١١٠

بريد (١) دلالة عليه (٢)، لأنه (٣) قال فيها: «فإن جاء زوجها قبل أن تنقضى عدتها فبدا له أن يراجعها فهي امرأته (٤)، و هي عنده على تطليقتين و إن انقضت العدة قبل أن يجيء و يراجع فقد حلت للأزواج و لا سبيل للأول عليها» و في الرواية دلالة على أنه إذا جاء في العدة لا يصير أحق بها إلا مع الرجعه (٥)، فلو لم يرجع بانت منه.

و وجهه (٦) أن ذلك (٧) لازم حكم الطلاق الصحيح، و إنما نسب المصنف القول (٨) إلى الشهره لضعف مستنده (٩).

و تظهر الفائده (١٠) في المقدار (١١) و الحداد (١٢) و النفقه (١٣) (و تباح) بعد العده (١) بل هي صحيحه على ما في الكافي، لأن إبراهيم بن هاشم الوارد في سندها من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن التوثيق.

(٢) على أن العده عدّه طلاق.

(٣) أي لأن المعصوم عليه السلام.

(٤) و لا رجعه إلا في عدّه الطلاق.

(٥) لقوله عليه السلام: (فبدا له أن يراجعها فهي امرأته).

(٦) أي وجه كون المفقود لا يصير بها إلا مع الرجعه.

(٧) أي لا بديه الرجعه ليصير أحق بها و إلا فقد بانت منه.

(٨) من أنها تعتد عدّه الوفاه بعد الطلاق.

(٩) و هو خبر سماعه و مرسل الصدوق، و الثاني ضعيف بالإرسال و الأول بسماعه حيث هو واقفي، و الراوى عنه زرعه فكذلك واقفي، و لكن لا بد من القول بالطلاق و أن عدته عدّه وفاه كما هو قضيه الجمع بين الأخبار لخصوصيه هذا الطلاق المتضمن للحكم بوفاه الزوج، و هذا قاض بخصوصيه عدته من أنها عدّه وفاه.

(١٠) بين المشهور من كون عدتها عدّه وفاه و بين عدتها عدّه طلاق أعنى ثلاثه أطهار كما هو ظاهر بعض النصوص على ما تقدم بيانه في الروضه، و إلا فقد عرفت اتفاق الجميع إلا من ندر و لم يعرف المخالف على أن عدتها عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه.

(١١) أي مقدار العده.

(١٢) فيجب في عدّه الوفاه دون عدّه الطلاق.

(١٣) فتجب في عدّه الطلاق دون عدّه الوفاه، هذا و بناء على أنها عدّه طلاق بمقدار عدّه الوفاه فتجب النفقه دون الحداد.

(للأزواج)، لدلاله الأخبار عليه (١)، ولأن ذلك (٢) هو فائده الطلاق (فإن جاء) المفقود (في العده فهو أملك بها) وإن حكم بكونها (٣) عده وفاه بائه، للنص (٤) (و إلا) يجيء في العده (فلا سبيل له عليها) سواء وجدها قد (تزوجت) بغيره، (أو لا) أما مع تزويجها فموضع وفاق و أما بدونه (٥) فهو أصح القولين، وفي الروايه السابقه (٦) دلالة عليه، ولأن حكم الشارع بالبينونه بمنزله الطلاق (٧)، فكيف مع الطلاق (٨)، و الحكم بالتسلط (٩) بعد قطع السلطنه (١٠) يحتاج إلى دليل و هو منفي.

و وجه الجواز (١١) بطلان ظن وفاته (١٢) فيبطل ما يترتب عليه (١٣). و هو متجه إن لم نوجب طلاقها بعد البحث، أما معه (١٤) فلا (١٥).

(١) على أنها تباح للأزواج بعد العده.

(٢) أى إباحتها للأزواج بعد العده.

(٣) أى بكون العده.

(٤) و هو خبر سماعه و مرسل الصدوق المتقدمين.

(٥) أى بدون التزويج فلا سبيل له عليها لخبر سماعه و صحيح بريد المتقدمين، و هذا هو المشهور.

و عن الشيخ فى النهايه و الخلاف و فخر المحققين أنه أولى بها كما لو جاء بالعده، و ادعى الشيخ أن به روايه، و قال فى المسالك: (لم نقف عليها بعد التبع التام، و كذا قال جماعه ممن سبقنا) انتهى.

(٦) أى صحيح بريد.

(٧) بناء على عدم الاحتياج إلى الطلاق و إنما يكتفى بأمر الحاكم بالاعتداد كما عن ظاهر الشيخين و ابن البراج و الحلبي و جماعه كما تقدم.

(٨) الذى هو قول المشهور.

(٩) أى بتسلط المفقود لو رجع على المرأه.

(١٠) عند الطلاق و انقضاء العده.

(١١) أى جواز رجوع المفقود إلى المرأه بعد انقضاء العده.

(١٢) و يبطل هذا الظن برجوعه.

(١٣) من أمر الحاكم بالاعتداد فضلا عن دعوى الشيخ لوجود روايه به كما تقدم.

(١٤) مع الطلاق كما هو قول المشهور.

(١٥) هذا و اعلم أن الحكم المذكور فى أصل المسأله مختص بالزوجه الدائمه دون التمتع بها، لتصريح الأخبار المتقدمه بطلاقها و الإنفاق عليها، و هما مختصان بالدائمه، نعم لا فرق

ص: ١١٢

(و على الإمام أن ينفق عليها من بيت المال طول المده) أى مده الغيبه إن صبرت، و مده البحث إن لم تصبر (١)، هذا إذا لم يكن له (٢) مال، و إلا انفق الحاكم منه (٣) مقدما على بيت المال.

في ما لو أعتقت الأمه في أثناء العده

(و لو أعتقت الأمه في أثناء العده أكملت عده الحره (٤) إن كان الطلاق رجعيا، أو عده وفاه (٥))

بين الحره و الأمه في ذلك، كما لا فرق في الزوج بين الحر و العبد، و اعلم أن الحكم المذكور مختص بالزوجه دون الميراث و نحوه مما يترتب على موته، و عليه لا بد من الانتظار في قسمه ماله إلى انتهاء عمره الطبيعي بحسب العاده كما ذكر في باب الميراث لحرمة القياس عندنا، بعد اختصاص الأخبار المتقدمه بالزوجه فقط.

(١) لأن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين و هذا منه.

(٢) للمفقود.

(٣) من مال المفقود كما في صحيح بريد المتقدم.

(٤) قد تقدم أن عده الطلاق في الأمه طهران على المشهور، و عليه فلو أعتقت ثم طلقت فعدتها عده الحره ثلاثه أطهار، بلا خلاف و لا إشكال ضروره كونها حره مطلقه فتندرج في أدلتها.

و لو طلقت طلاقا رجعيا ثم أعتقت في العده أكملت عده الحره، و لو كانت بائنا ثم أعتقت أكملت عده الأمه بلا خلاف في ذلك للجمع بين الأخبار، ففي صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (في أمه كانت تحت رجل فطلقها ثم أعتقت قال: تعتد عده الحره) (١)، و في خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا طلق الرجل المملوكه فاعتدت بعض عدتها منه ثم أعتقت فإنها تعتد عده المملوكه) ٢، بحمل الأول على الرجعي و الثاني على البائن بشهاده خبر أبي أيوب الخراز عن مهزم عن أبي عبد الله عليه السلام (في أمه تحت حر طلقها على طهر بغير جماع تطليقه، ثم أعتقت بعد ما طلقها بثلاثين يوما و لم تنقض عدتها، فقال: إذا أعتقت قبل أن تنقضى عدتها اعتدت عده الحره من اليوم الذي طلقها و له عليها الرجعه قبل انقضاء العده، فإن طلقها تطليقتين واحده بعد واحده ثم أعتقت قبل انقضاء عدتها فلا رجعه له عليها، و عدتها عده الإمام) ٣.

(٥) بحيث كانت في عده وفاه زوجها فأعتقتها مولاهما فعليها عده الحره أربعة أشهر و عشره

ص: ١١٣

أما الأول (١) فلأنها (٢) في حكم الزوجه و قد اعتقت (٣) و أما الثاني (٤) فلروايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (٥)، و لو كان (٦) بئنا أمت عدّه الأمه، للحكم بها (٧) ابتداء (٨)، و صيرورتها (٩) بعد العتق (١٠) أجنبيه منه فلا- يقدر عتقها في العده (١١).

في أن الذميه كالحره

(و الذميه كالحره في الطلاق، و الوفاه على الأشهر (١٢) بل لا- نعلم القائل أيام، بلا خلاف فيه لصحيح جميل و هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (في أمه طَلَّقت ثم أعتقت قبل أن تنقضى عدتها، قال: تعتد بثلاث حيض، فإن مات عنها زوجها ثم أعتقت قبل أن تنقضى عدتها فإن عدتها أربعة أشهر و عشرة)(١).

و يمكن الاستدلال بخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل اعتق وليده عند الموت فقال: عدتها عدّه الحره المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر و عشرة)(٢)، بحمل كلامه (عند الموت) أى بعد موت زوجها، و هذا ما استدل به الشارح هنا، و لكن ظاهرها أنه عند موت سيدها.

(١) و هو ما لو كان الطلاق رجعياً.

(٢) أى الأمه المطلقه.

(٣) فهو مثل كما أعتقت زوجته ثم طلقها فعليها عدّه الحره، و فيه: أنه لا يخرجها عن كونها أمه قد طَلَّقت فيجب لها عدّه الأمه و لو بالاستصحاب إلى ما بعد العتق، فالمتعين الاستدلال بالجمع بين الأخبار كما تقدم.

(٤) ما لو كانت في عدّه وفاه زوجها فأعتقها مولاها.

(٥) قد عرفت ضعف الاستدلال به فلا نعيد.

(٦) أى الطلاق.

(٧) أى بعده الأمه.

(٨) و هذا الحكم جار في الطلاق الرجعي أيضاً، و لذا أشكلنا به سابقاً، نعم التفريق بينهما للجمع بين الأخبار.

(٩) أى صيروره الأمه.

(١٠) و الظاهر هو القول قبل العتق من حين الطلاق.

(١١) أى عدّه الأمه.

(١٢) عدّه الذمّيه الحره كعدّه المسلمه الحره بلا خلاف فيه، نعم نسب الفاضل إلى بعض

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب العدد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٦.

بخلافه، نعم روى زراره فى الصحيح عن الباقر عليه السلام قال: سألته عن نصرانيه كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عده مثل عده المسلمه فقال: لا، إلى قوله:

قلت فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها قال: «عدتها عده الأمه حيضتان، أو خمسه و أربعون يوما» الحديث. و العمل على المشهور، و تظهر فائده الخلاف (١) لو جعلنا عده الأمه فى الوفاه نصف عده الحره كما سلف (٢)، و لو جعلناها (٣) كالحره فلا إشكال هنا فى عده الوفاه للذميه (٤)، و يبقى الكلام مع الطلاق (٥).

فى عده أم الولد

(و تعتد أم الولد من وفاه زوجها (٦) لو كان مولاها قد زوجها من غيره بعد الأصحاب الخلاف و لم يعرف المخالف كما اعترف بذلك غير واحد.

لإطلاق أدله العدد المتناوله للمسلمه و الذميه، و لخصوص صحيح السراج عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: النصرانيه مات عنها زوجها و هو نصراني، ما عدتها؟ قال: عده الحره المسلمه أربعة أشهر و عشرا)(١).

نعم فى صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نصرانيه كانت تحت نصراني فطلقها هل عليها عده من مثل عده المسلمه؟ فقال: لا)(٢) و هى شاذه لا- عامل بها، على أنه يمكن حملها على أنها مملوكه فلا تعارض كما قاله البعض، و فيه أن ذيلها ظاهر فى كونها حره حيث قال (فما عدتها إن أراد المسلم أن يتزوجها قال: عدتها عده الأمه حيضتان أو خمسه و أربعون يوما)٣.

(١) بين المشهور و صحيح زراره.

(٢) فعده الحره أربعة أشهر و عشره و عده الأمه شهران و خمسه أيام.

(٣) أى عده الأمه فى الوفاه.

(٤) من كون عدتها أربعة أشهر و عشرا سواء كان عدتها كعده الحره أو كعده الأمه بعد تساويهما فى العده.

(٥) حيث عده الحره فى الطلاق ثلاثه أطهار، و عده الأمه فى الطلاق طهران.

(٦) قد تقدم أن عده الأمه لو توفى عنها زوجها شهران و خمسه أيام على المشهور هذا إذا كانت حائلا، و أما لو كانت حاملا فأبعد الأجلين.

و أما لو كانت الأمه أم ولد من سيدها و قد زوجها من الغير فتوفى زوجها فتعتد عده

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب العدد حديث ١.

أن صارت أم ولده،(أو من وفاه سيدها) لو لم يكن حين وفاته مزوّجا لها (عده الحره) لروايه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السلام فى الأمه يموت سيدها قال:

«تعتد عده المتوفى عنها زوجها».

وقيل: لا عده عليها من وفاه سيدها، لأنها ليست زوجه كغيرها من إمائه الموطوءات من غير ولد، فإن عدتهن من وفاه المولى الواطئ قرء واحد (١).

وهذا القول (٢) ليس ببعيد لمن لم يعمل بالخبر الموثق فإن خبر إسحاق الحره سواء كان للزوج ولد منها أم لا على الأشهر لصحيح وهب بن عبد ربه عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل كانت له أم ولد فزوجها من رجل فأولدها غلاما، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها؟ قال عليه السلام: تعتد من الزوج أربعه أشهر و عشرًا ثم يطأها بالملك بغير نكاح) (١) ومثله صحيح سليمان بن خالد ٢.

وعن المفيد و سلار و ابن أبى عقيل و ابن الجنيد أن عدتها شهران و خمسة أيام مطلقا لإطلاق أدله عده الأمه المتوفى عنها زوجها، و التى تقدم بعضها فى أول فصل العدد كصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (طلاق العبد للأمه تطليقتان - إلى أن قال - و إن مات عنها زوجها فأجلها نصف الحره شهران و خمسة أيام) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم و جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (الأمه إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران و خمسة أيام) ٤.

هذا كله إذا كان الميت الزوج و هو غير المولى، فلو كان الميت مولاها و هى أم ولد منه و لم تكن مزوجه من غيره فتعتد عده الحره من موت المولى كما عن الشيخ فى المبسوط و الحلبي و الحلبي و ابن حمزه و العلامه فى موضع من التحرير و الشهيد هنا فى اللمعه بل نسب إلى المشهور، و استدلل له العلامه فى المختلف بموثقه إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الأمه يموت سيدها، قال: تعتد عده المتوفى عنها زوجها) (٣).

و عن ابن إدريس عدم العده عليها من موت مولاها، لأنها ليست بزوجه و حكم العده مختص بالزوجه بل تستبرئ بحيضه كغيرها من الإماء المنتقله من مالك إلى آخر، و نفى عنه البأس العلامه فى المختلف، و جزم به فى موضع من التحرير.

(١) أى حيضه كما سيأتى.

(٢) من أنه لا عده عليها من وفاه سيدها.

ص: ١١٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٣ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ١٠ و ٩.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب العدد حديث ٤.

كذلك (١)، و الأجداد الأول (٢)، و لو مات سيدها و هي مزوجه من غيره فلا عده عليها قطعاً و لا استبراء (٣)، و كذا لو مات سيدها قبل انقضاء عدتها (٤) أما لو مات بعدها (٥) و قبل دخوله (٦) ففي اعتدادها (٧) منه (٨) أو استبرائها (٩) نظر (١٠). من إطلاق النص (١١) باعتداد أم الولد من سيدها. و انتفاء (١٢) حكمه العده و الاستبراء، لعدم الدخول (١٣).

(١) أي موثق، لأن إسحاق بن عمار ثقة فطحى.

(٢) و هو أنها تعتد عده الحره من وفاه سيدها إذا كانت أم ولد.

(٣) بلا خلاف فيه، لصحيح داود الرقى عن أبي عبد الله عليه السلام (في المدبره إذا مات مولاها: إن عدتها أربعة أشهر و عشرة من يوم يموت سيدها إذا كان سيدها يطاها) (١).

فهى و إن كانت وارده فى المدبره إلا أنها تدل على الحكم فى مفروض مسألتنا بالفحوى، لأن الأمه مع حريتها إذا كانت مدبره لا تعتد بالأربعه أشهر و عشرة عند عدم وطء المالك لها فالأولى أن لا تعتد بهذه المده مع رقيتها هذا كله فى العده، و أما الاستبراء فهو مخصوص بنقلها من مالك إلى آخر يطاها، و هو مفقود فى المقام لأنها مزوجه و إن نقلت من مالك إلى آخر، إلا أنه لا يصح للثانى وطؤها إلا بعد فسخ عقدها.

(٤) أى قبل انقضاء عدتها من وفاه زوجها، و دليله عدم وطء السيد لها الموجب لعدم العده منه كما تقدم فى الفرع السابق.

(٥) أى لو مات السيد بعد انقضاء عده الوفاه من زوجها.

(٦) أى دخول السيد.

(٧) أى اعتداد أم الولد.

(٨) من المولى كما هو القول المشهور فى الفرع المتقدم.

(٩) بحيضه و لا عده لها لأنها ليست بزوجه كما هو القول الآخر المقابل للمشهور.

(١٠) فالتنظير للاعتداد و الاستبراء معا.

(١١) أى النص الدال على عده الوفاه لسيدها و عده الاستبراء بحيضه، و هو دليل الاعتداد أو الاستبراء.

(١٢) دليل عدم الاعتداد و عدم الاستبراء.

(١٣) أى عدم دخول المولى بعد انقضاء عدتها من وفاه سيدها.

٧-١ (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٧.

و سقوط حكم السابق (١) بتوسط التزويج (و لو اعتق السيد أمته) الموطوءه (٢) سواء كانت أم ولد أم لا (فثلاثه اقراء) لوطنه إن كانت من ذوات الحيض، و إلا (٣) فثلاثه أشهر (٤).

في استبراء الأمه

(و يجب الاستبراء) للأمه (٥)

(١) أي حكم الدخول السابق من المولى.

(٢) منه.

(٣) أي و إن لم تكن ذوات الحيض و مثلها يحيض.

(٤) على المشهور للأخبار.

منها: صحيح داود الرقي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (قيل له: فالرجل يعتق مملوكته قبل موته بيوم أو ساعه ثم يموت فقال: فهذه تعتد بثلاث حيض أو ثلاثه قروء من يوم أعتقها سيدها) (١)، و صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سريره أ يصلح أن يتزوجها بغير عده؟ قال: نعم، قلت: فغيره؟ قال: لا حتى تعتد ثلاثه أشهر) ٢ بحمل الأول على ذوات الحيض و الثاني على غيرها، و يشهد لهذا الجمع موثق أبي بصير عنه عليه السلام (إن أعتق الرجل جاريتته ثم أراد أن يتزوجها مكانه فلا بأس، و لا تعتد من مائه و إن أرادت أن تتزوج من غيره فلها مثل عده الحره) (٢).

و عن ابن ادريس أوجب عليها الاستبراء بحيضه، لأن العده مختصه بالزوجه المطلقه، و المعتقه ليست كذلك، و النصوص المتقدمه حجه عليه.

(٥) قد تقدم في كتاب البيع في فصل بيع الحيوان من وجوب استبراء الأمه بحيضه عند بيعها بلا خلاف فيه للأخبار و قد تقدم بعضها كموثق سماعه (سألته عن رجل اشترى جاريه و هي طامث أ يستبرئ رحمها بحيضه أخرى أم تكفيه هذه الحيضه، قال: لا بل تكفيه هذه الحيضه، فإن استبرأها بأخرى فلا بأس، و هي بمنزله فضل) (٣).

و الاستبراء إذا كان المالك الأول قد وطأها و إلا فلا يجب لصحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال: إن وثق به فلا بأس أن يأتياها) (٤).

ص: ١١٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب العدد حديث ٧ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٢.

٤-٥) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(بحدوث الملك) (١) على الممتلك (٢)، (و زواله) على الناقل (٣) بأى وجه كان من وجوه الملك إن كان قد وطئ (بحيضه) واحده (إن كانت تحيض، أو بخمسه و أربعين يوماً إذا كانت لا تحيض و هى فى سن من تحيض).

و المراد بالاستبراء ترك وطئها قبلاً و دبراً فى المده المذكوره، دون غيره من وجوه الاستمتاع (٤)، و قد تقدم البحث فى ذلك مستوفى، و ما يسقط معه الاستبراء و المشهور على عدم اختصاص الاستبراء بالبيع، بل كل من ملك أمه بوجه من وجوه التملك من بيع أو هبه أو إرث أو صلح أو استرقاق أو غير ذلك و جب عليه استبراؤها خلافاً لابن إدريس حيث خصه بالبيع فقط للأصل، و هو ضعيف لأن ذكر البيع فى النصوص المتقدمه من باب المثال حيث هو الغالب فى أسباب التملك و لخبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام (نادى منادى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فى الناس يوم أوطاس: أن استبرءوا سبائكم بحيضه) (١).

(١) من بيع أو هبه أو إرث أو استرقاق أو غيره.

(٢) اسم فاعل فعند حدوث الملك يجب الاستبراء على المملك.

(٣) أى و يجب الاستبراء على الناقل عند زوال الملك، و المعنى يجب الاستبراء على الناقل و المنقول إليه معا لكنه إذا أخبر الناقل بالاستبراء سقط عن المنقول إليه.

أما الحكم الأول فلأخبار.

منها: موثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (الاستبراء على الذى يبيع الجاربه واجب إن كان يطأها، و على الذى يشتريها الاستبراء أيضاً) (٢).

و أما الحكم الثانى فكذلك للأخبار.

منها: مرسل المفيد فى المقنعه (روى أنه لا بأس أن يطأ الجاربه من غير استبراء لها إذا كان بايعها قد أخبره بالاستبراء و كان صادقا فى ظاهره مأمونا) (٣)، و الفقه الرضوى (فإن كان البائع ثقه و ذكر أنه استبرأها جاز نكاحها من وقتها، و إن لم يكن ثقه استبرأها المشتري بحيضه) (٤).

(٤) على المشهور و خالف الشيخ فى المبسوط و حكم بحرمة جميع الاستمتاع فى زمن

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب نكاح العييد و الإمام حديث ٦.

٤- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بيع الحيوان حديث ٤.

الفصل الرابع فى الأحكام

إشاره

(الفصل الرابع فى الأحكام)

فى وجوب الاتفاق على الزوجه فى العده الرجعيه و ما يحرم عليها

(يجب الاتفاق) على الزوجه (فى العده الرجعيه (٢) مع عدم نشوزها قبل) الاستبراء، و شمول ترك الوطء للدبر كما عن المحقق الكركى و جماعه، و عن المحقق و جماعه اختصاصه بالفرج فقط، و قد تقدم كل ذلك مستوفى فى فصل الحيوان من كتاب البيع فراجع.

(١) و يسقط الاستبراء عند إخبار البائع الثقه بالاستبراء، و إذا كانت الأمه لامرأه، أو تكون الأمه يائسه أو صغيره أو حائضا.

(٢) بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبى خلف (سألت أبا الحسن موسى عليه السّلام عن شىء من الطلاق فقال عليه السّلام: إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها، و ملكت نفسها و لا سبيل له عليها، و تعتدّ حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أليس الله يقول: لا تخرجوهنّ من بيوتهنّ و لا يخرجن، قال: إنما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد تطليقه، فتلك التى لا تخرج و لا- تخرج حتى تطلق الثالثه، فإذا طلقت الثالثه فقد بانت منه و لا نفقه لها، و المرأه التى يطلقها الرجل تطليقه ثم يدعها حتى يخلو أجلها فهذه أيضا تقعد فى منزل زوجها و لها النفقه و السكنى حتى تنقضى عدتها(١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (المطلّقه ثلاثا ليس لها نفقه على زوجها، إنما ذلك للتى لزوجها عليها رجعه)٢ و مثلها غيرها.

و منها تعرف عدم النفقه للمطلّقه البائن إذا كانت حائلا، و أما إذا كانت حاملا فتجب النفقه حتى تضع لقوله تعالى: وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ(٢)، و للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يطلق امرأته و هى حبلى قال: أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها حتى تضع حملها(٣)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (الحامل أجلها أن تضع حملها و عليه نفقتها بالمعروف حتى تضع

ص: ١٢٠

٢- (٣) سورة الطلاق، الآية: ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب النفقات حديث ١.

(حملها) (١) و مثلها غيرها.

و قد اختلفوا فى أن النفقة هل هى للحمل كما عليه الأكثر، لأن النفقة هنا تدور مدار الحمل، لأنها لو كانت حائلا فلا نفقة لها، و لما وجبت النفقة بوجود الحمل و سقطت بعدمه دل على أن النفقة للحمل.

أو النفقة للأُم كما عليه ابن حمزه و جماعه لأن النفقة لو كانت للحمل لوجبت نفقته دون نفقتها مع أن الأخبار المتقدمه قد صرحت بنفقتها، و أيضا لو كانت النفقة للحمل لوجبت على الجد مع فقر الأب كما لو كان الحمل منفصلا لأنه من الأقارب، و أيضا لو كانت النفقة للحمل لسقطت إذا كان الحمل موسرا يارث أو وصيه قد قبلها وليه لأنها من نفقة الأقارب حينئذ مع أنهم لا يلتزمون، و أيضا لو كانت النفقة للحمل لكانت نفقة للأقارب و هى غير مقدّره بحال الزوج بخلاف نفقة الزوجه فإنها مقدره بحال الزوجه.

هذا كله فى المعتدّه عدّه طلاق، و أما المعتدّه عدّه وفاه فلا نفقة لها إذا لم تكن حاملا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ فقال عليه السّلام: لا) (٢) و لا يعارضها إلا صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من ماله) ٣، و هو مطروح أو مؤول على ما سيأتى.

و أما إذا كانت حاملا فعلى قولين، فعن ابن أبى عقيل و المفيد و المحقق و ابن إدريس و العلامه و سائر المتأخرين أنه لا نفقة لها لإطلاق خبر زراره المتقدم، و لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الحبلى المتوفى عنها زوجها أنه لا نفقة لها) ٤، و لخبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى المرأه الحامل المتوفى عنها زوجها هل لها نفقة؟ قال: لا) ٥ و مثلها غيرها.

و عن مشهور المتقدمين وجوب الإنفاق عليها من مال الحمل لصحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (المرأه الحبلى المتوفى عنها زوجها ينفق عليها من مال ولدها الذى فى بطنها) (٣).

و فيه أنه لا ينافى عدم النفقه من مال زوجها المتوفى، فالطائفه الأولى تصرح بعدم النفقه

ص: ١٢١

١- (١) المصدر السابق حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب النفقات حديث ٣ و ٤ و ١ و ٢.

٣- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب النفقات حديث ١.

(الطلاق (١)، و في زمن العده (٢) كما كان (٣) في صلب النكاح (٤) شروطا (٥) و كميّه و كيفيه (٦) و يحرم عليها الخروج من منزل الطلاق (٧) و هو المنزل الذي طلقت و هي لها من مال الميت، و إن كان لها النفقه من مال ولدها كما هو صريح صحيح الكنانى، و عليه لا تعارض، و بهذا جمع الشيخ، و على مال الولد يحمل صحيح محمد بن مسلم المتقدم الذى قلنا أنه مؤول بما سيأتى.

ثم إن الرجعيه لها النفقه في زمن العده على ما تقدم و هي بحكم الزوجه، فيعتبر فيما يجب لها ما يعتبر في الزوجه، فلو كانت ناشزه لا تستحق النفقه و لا السكنى في العده كما لا تستحقها في صلب النكاح لتعديها.

ثم الحكم في الرجعيه بلا فرق بين المسلمه و الذميه لإطلاق الأدله.

(١) بحيث لو كانت ناشزه قبل الطلاق و قد بقيت على نشوزها إلى ما بعده فلا نفقه لها و لا سكنى.

(٢) أى عدم نشوزها في زمن العده بحيث لو نشزت في زمن العده بأن خرجت من مسكنها بغير إذنه فتسقط نفقتها و سكنها، نعم لو عادت إلى الطاعه عاد الاستحقاق بحاله، لارتفاع المانع.

(٣) أى الإنفاق.

(٤) حال كونها زوجة قبل الطلاق.

(٥) حيث هو مشروط بعدم النشوز.

(٦) على ما هو مفصل في باب النفقات من كتاب النكاح.

(٧) لا- خلاف و لا- إشكال في استحقاق المطلقه الرجعيه للسكنى في زمن عدتها، سواء كانت حاملا أم حائلا لقوله تعالى: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (١)، و للأخبار.

منها: صحيح سعد بن أبى خلف (إذا طلق الرجل امرأته طلاقا لا يملك فيه الرجعه فقد بانت منه ساعه طلقها و ملكت نفسها، و لا سبيل له عليها، و تعتد حيث شاءت و لا نفقه لها.

قلت: أ ليس الله عزّ و جلّ يقول: لا تخرجوهن من بيوتهن و لا يخرجن، فقال عليه السلام:

إنما عنى بذلك التى تطلق تطليقه بعد تطليقه فتلك التى لا تخرج و لا تخرج حتى تطلق الثالثه (٢) الحديث و قد تقدم بتمامه سابقا و موقوف إسحاق بن عمار عن أبى الحسن عليه السلام

ص: ١٢٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب العدد حديث ١.

فيه إذا كان مسكن أمثالها و إن لم يكن (١) مسكنها (٢) الأول، فإن كان (٣) دون حقها فلها طلب المناسب، أو فوَقه (٤) فله ذلك (٥) و إنما يحرم الخروج مع الاختيار (٦).

(عن المطلقة أين تعتد؟ فقال: فى بيت زوجها) (١)، و خبر أبى الصباح الكنانى عنه عليه السّلام (تعتد المطلقة فى بيتها و لا ينبغى للزوج إخراجها و لا تخرج هى) ٢ و مثلها غيرها.

هذا و الإسكان جزء من النفقة الواجبه للمطلقة الرجعيه، و لكن خصّ الإسكان بالكلام للأمر فيه بخصوصه فى الآيه المتقدمه هذا من جهه و من جهه أخرى فوجوب إسكانها من حيث كونه جزءا من النفقه مشروط باستحقاقها للنفقه، فلو كانت ناشرا فلا سكنى لها كما لا نفقه لها، و من جهه ثالثه إضافه الآيه المتقدمه البيت إلى الزوجه بقوله تعالى:

لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ ، و الإضافه يكفى فيها أدنى ملابسها و قد صحت الإضافه هنا بملابسه السكنى، و أضاف الماتن البيت إلى الطلاق باعتبار وقوعه فيه، و إلا فهو بيت للزوج و على المطلقة البقاء فيه لحرمة خروجها من بيته إلا بإذنه.

(١) أى منزل الطلاق.

(٢) أى المسكن الذى كانت تسكنه قبل الطلاق.

(٣) أى منزل الطلاق.

(٤) أى كان منزل الطلاق فوق المناسب لها.

(٥) أى فللزوج إخراجها إلى المناسب.

(٦) لا- إشكال و لا- خلاف فى حرمة خروجها من منزل الطلاق فى زمن العده للآيه المتقدمه و كذا الأخبار المتقدمه، نعم مع الاضطرار فيجوز لها الخروج بلا خلاف فيه لمكاتبه الصفار إلى أبى محمد الحسن بن على عليهما السّلام (فى امرأه طلقها زوجها و لم يجز عليها النفقه للعده، و هى محتاجه، هل يجوز لها أن تخرج و تبيت عن منزلها للعمل أو الحاجه؟ فوَقه عليه السّلام: لا بأس بذلك إذا علم الله الصّحه منها) (٢).

و منه يعلم أن المدار على مقدار ما تتأدى به الضروره كما عن صاحب الجواهر و جماعه، و عن الأشهر كما فى الرياض فلو اضطرت للخروج فلتخرج بعد انتصاف الليل و تعود قبل الفجر لموثق سماعه بن مهران (سألته عن المطلقة أين تعتد؟ قال: فى بيتها لا تخرج، و إن أرادت زياره خرجت بعد نصف الليل و لا تخرج نهارا، و ليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها) (٣) و هو محمول على ما لو تأدت الضروره بذلك.

ص: ١٢٣

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب العدد حديث ١.

و لا فرق بين منزل الحضريه و البدويه (١) البريه و البحريه، و لو اضطرت إليه (٢) لحاجه خرجت بعد انتصاف الليل و عادت قبل الفجر مع تأديها (٣) بذلك، و إلا- خرجت بحسب الضروره، و لا- فرق في تحريم الخروج بين اتفاقهما (٤) عليه و عدمه على الأقوى (٥)، (١) منزل البدويه من صوف و شعر كمنزل الحضريه من حجر و طين، و لا فرق في أن البدويه تعتد في المنزل الذي طلقت فيه كما تعتد الحضريه في المنزل الذي طلقت فيه، ثم لو طلقها و هى فى السفينه و لم تكن السفينه مسكنا لها بأن كانت مسافره مثلا فيسكنها حيث شاء كغيرها من المسافرين إلى أن يعود من السفر فيسكنها فى بيته، و لو كانت السفينه مسكنا لها بأن كان زوجها ملاحا اعتدت فيها، لأن السفينه حينئذ بيتها بمنزله الدار للحضريه و الخيمه للبدويه، و هذه الأخيره هى التى عبّر الشارح عنها بالبدويه البحريه.

(٢) إلى الخروج.

(٣) أى تأدى الحاجه.

(٤) أى اتفاق المطلق و المطلقه.

(٥) لا- خلاف فى أنه كما لا- يجوز لها الخروج من بيته اختيارا فلا- يجوز له إخراجها من بيته للآيه الشريفه: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَ لا يَخْرُجْنَ (١).

بل لا- يجوز الخروج و لو اتفقا عليه كما عليه الأكثر، بل يمنعهما الحاكم من ذلك، لأن عدم الخروج من البيت حق لله تعالى و هذا مدلول الآيه المتقدمه حيث حرّمت الخروج على كل منهما، بل فى الكشاف للزمخشري إنما جمع بين النهيين ليشعر بأن لا يأذنوا و ليس لإذنتهم أثر.

و عن جماعه جواز الخروج لو اتفقا عليه منهم الفضل بن شاذان و أبو الصلاح الحلبي و العلامه فى التحرير و قواه صاحب الجواهر، لأن عدم الخروج حق للزوج، لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا ينبغى للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثه قروء، أو ثلاثه أشهر إن لم تحض) (٢)، و خبر أبى العباس (لا ينبغى للمطلقه أن تخرج إلا بإذن زوجها حتى تنقضى عدتها ثلاثه قروء، أو ثلاثه أشهر إن لم تحض) (٣)، و خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (المطلقه تحج فى عدتها إن طابت نفس

ص: ١٢٤

١- (١) سورة الطلاق، الآيه: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العدد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب العدد حديث ٧.

لأن ذلك (١) من حق الله تعالى، وقد قال تعالى: لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجَنَّ (٢) بخلاف زمن الزوجيه فإن الحق لهما، واستقرب في التحرير جوازه بإذنه (٣) و هو بعيد.

و لو لم تكن حال الطلاق فى مسكن وجب العود إليه على الفور (٤) إلا أن تكون فى واجب كحج فتممه كما يجوز لها ابتداءه (٥)، زوجها(١).

و لذا نقل عن الفضل بن شاذان (أن معنى الخروج و الإخراج ليس هو أن تخرج المرأة إلى أبيها أو تخرج فى حاجه لها أو فى حق بإذن زوجها، مثل ماتم و ما أشبه ذلك، و إنما الخروج و الإخراج أن تخرج مراغمه و يخرجها مراغمه فهذا الذى نهى الله عنه - إلى أن قال - إن أصحاب الأثر و أصحاب الرأى و أصحاب التشيع قد رخصوا لها فى الخروج الذى ليس على السخط و الرغم، و أجمعوا على ذلك(٢).

(١) أى عدم خروجها من بيتها.

(٢) سورة الطلاق، الآية: ١.

(٣) أى جواز خروجها بإذن المطلق.

(٤) بناء على أن عدم الخروج حق لله فلا يجوز الخروج و لو اتفقا عليه كما عليه الأكثر على ما تقدم، و قد عرفت جواز الخروج بإذنه، فلو طلقها فى حال السفر فلا يجب العود إليه فوراً، نعم لو عاد وجب عليه إسكانها فى بيته.

(٥) أى ابتداء سفر الحج، قد تقدم عدم جواز خروجها من بيته بغير إذنه إلا للضرورة، فلا تخرج فى الحج المندوب بدون إذنه لعدم الضروره بلا خلاف فيه و يشهد له خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (المطلقه تحج فى عدتها إن طابت نفس زوجها(٣)، و موثق سماعه بن مهران (و ليس لها أن تحج حتى تنقضى عدتها(٤)، بعد تقييد الثانى بدون إذن الزوج للجمع بين الخبرين، و بعد تقييدهما بالحج المندوب و الموسع، لأن حج الواجب المضيق سواء كان حج الإسلام أو المنذور فتخرج و لو بدون إذنه، لأنه من

ص: ١٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٢- (٢) فروع الكافى ج ٦ ص ٩٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب العدد حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب العدد حديث ١.

و لو كانت (١) فى سفر مباح، أو مندوب ففى وجوب العود (٢) إن أمكن إدراكها (٣) جزء من العده أو مطلقا (٤)، أو تتخير بينه (٥)، و بين الاعتداد فى السفر أوجه من إطلاق (٦) النهى عن الخروج من بيتها فيجب عليها تحصيل الكون به (٧)، و من عدم (٨) صدق النهى هنا (٩) لأنها غير مستوطنه (١٠)، و للمشقه (١١) فى العود، و انتفاء الفائده (١٢) حيث لا تدرك جزء من العده، كل ذلك مع إمكان الرجوع، و عدم الضروره إلى عدمه (١٣).

(و) كما يحرم عليها الخروج (يحرم عليه الإخراج)، لتعلق النهى بهما فى الآيه (إلا أن تأتي بفاحشه) مبينه (١٤) (يجب بها الحد، أو تؤذى أهله) بالقول، أو الضروره، كما أنها تخرج فى كل واجب مضيق أيضا بلا خلاف فى ذلك كله.

(١) أى المطلقه حال الطلاق، و هذا التفرع مبنى على عدم جواز الخروج و لو اتفقا معا لأنه حق لله تعالى، و قد عرفت ضعفه.

(٢) إلى المسكن.

(٣) أى إدراك المطلقه لجزء من العده فى المسكن.

(٤) فيجب العود أدركت أم لا.

(٥) بين العود.

(٦) دليل لوجوب العود سواء أدركت أو لا.

(٧) أى بالبيت، لأنه كما أن الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضده، فكذلك النهى عن الشىء يقتضى الأمر بضده.

(٨) دليل عدم وجوب العود، بل تتخير بينه و بين الاعتداد فى السفر.

(٩) فيما لو كان الطلاق حال السفر.

(١٠) و النهى مختص بالمستوطنه بالبيت ليصح توجيه الخطاب لها بعدم الخروج منه.

(١١) دليل ثان على عدم وجوب العود.

(١٢) دليل ثالث على عدم وجوب العود.

(١٣) أى عدم الرجوع، و إلا فمع الضروره للرجوع فيجب، أو عدم الضروره إلى عدم السفر و إلا فمع الضروره للسفر فلا يجب العود عليها.

(١٤) لا خلاف فى ذلك لقوله تعالى: لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِينَةٍ (١).

الفعل فتخرج في الأول (١) لإقامته ثم ترد إليه عاجلا (٢)، و في الثاني (٣) تخرج إلى مسكن آخر (٤) يناسب حالها من غير عود (٥) إن لم تتب، و إلا (٦) فوجهان أجودهما جواز ابقائها في الثاني (٧)

و إنما الخلاف في المراد من الفاحشه المبينه، فقليل ما يجب به الحد، لأنه هو المتبادر من الفاحشه عرفا.

وقيل و هو المشهور هي أعم من ذلك، و أدناه أن تؤذى أهله، و هو المروى عن ابن عباس في تفسير الآيه كما في المسالك، و في مجمع البيان هو المروى عن أبي جعفر و أبي عبد الله عليهما السّلام (١)، و هو الذي يقتضيه الجمع بين الأخبار، ففي مرسل الصدوق (سئل الصادق عليه السّلام عن قول الله عزّ و جلّ: إلا- أن يأتين بفاحشه مبينه، قال: إلا أن تزني فتخرج و يقام عليها الحد) (٢) و في خبر محمد بن علي بن جعفر (سأل المأمون الرضا عن ذلك فقال: يعني بالفاحشه المبينه أن تؤذى أهل زوجها، فإذا فعلت فإن شاء أن يخرجها من قبل أن تنقضى عدتها فعل) (٣)، و مرسل إبراهيم بن هاشم عن الرضا عليه السّلام (في قوله عزّ و جلّ: إلا- أن يأتين بفاحشه مبينه، قال: أذاها لأهل زوجها و سوء خلقها) (٤)، و مرسل علي بن أسباط عن الرضا عليه السّلام قال: (الفاحشه أن تؤذى أهل زوجها و تسبهم) (٥).

فإذا تقرر ذلك فتخرج لإقامه الحد ثم تعاد إلى المسكن بعد الفراغ و قوفا فيما خالف الأصل على محل الضروره، و قيل: لا يجب ردها إليه، لأن إخراجها مستثنى من النهى فوجوب ردها محتاج إلى دليل.

و لو خرجت لاذى أهل زوجها فيجب على الزوج نقلها إلى منزل آخر مناسب لها، و يراعى الأقرب إلى مسكن العده فالأقرب.

(١) أي للحد.

(٢) اقتصارا على ما خالف الأصل على محل الضروره.

(٣) أي لأذيه أهله.

(٤) بحيث يلاحظ فيه الأقرب إلى مسكن العده فالأقرب.

(٥) أي من غير إعادتها إليه ثانيا.

(٦) بأن تابت.

(٧) أي في البيت الثاني.

ص: ١٢٧

١- (١) مجمع البيان ج ١٠ ص ٣٠٤.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب العدد حديث ٣ و ٢ و ١ و ٦.

للإذن فى الإخراج (١) معها (٢) مطلقا (٣)، و لعدم الوثوق بتوبتها، لنقصان عقلها و دينها.

نعم يجوز الرد (٤) فإن استمرت عليها (٥) و إلا أخرجت و هكذا.

و اعلم أن تفسير الفاحشه فى العبارة (٦) بالأول (٧) هو ظاهر (٨) الآية، و مدلولها لغة ما هو أعم منه (٩)، و أما الثانى (١٠) ففيه روايتان مرسلتان (١١) و الآية غير ظاهره فيه (١٢)، لكنه مشهور بين الأصحاب، و تردد فى المختلف لما ذكرناه (١٣) و له وجه.

(و يجب الانفاق) فى العده (الرجعيه على الأمه (١٤) كما يجب على الحره (إذا) (١) أى إخراجها من البيت الأول.

(٢) مع أذيه أهله.

(٣) ثابت أو لا.

(٤) أى يجوز الرد إلى البيت الأول بعد توبتها.

(٥) على التوبه.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) و هو ما أوجب الحد.

(٨) أى الظاهر عرفا.

(٩) من الظاهر العرفى.

(١٠) و هو أذيه أهله.

(١١) و هما مرسل إبراهيم بن هاشم و مرسل ابن أسباط المتقدمين.

(١٢) فى الثانى.

(١٣) من عدم ظهور الآية فيه بعد كون دليله ضعيف السند بالإرسال.

(١٤) قد تقدم فى فصل النفقات من كتاب النكاح أن نفقه العبد على سيده، و تقدم فى كتاب النكاح أن شرط النفقه هو التمكين التام، و تقدم أن التمكين التام هو التمكين فى كل وقت و زمان، و لازم ما تقدم أن نفقه الأمه على مولاها، إلا إذا أمكن المولى الزوج منها ليلا و نهارا، فتكون النفقه على زوجها.

أن قلت: إنه قد تقدم فى فصل عقد الإماء أنه يجوز للمولى منع الأمه نهارا لحق الخدمه و تمكين الزوج منها ليلا، و لازمه أن

يكون التمكين بالنسبه إليها هو التمكين لئلا فقط و يلزم به النفقه.

ص: ١٢٨

(أرسلها مولاها ليلا و نهارا) ليتحقق به (١) تمام التمكين كما يشترط ذلك (٢) في وجوب الانفاق عليها (٣) قبل الطلاق، فلو منعها (٤) ليلا، أو نهارا، أو بعض واحد (٥) منهما فلا نفقه لها و لا سكنى، لكن لا يحرم عليه (٦) إمساكها نهارا للخدمة و إن توقفت عليه (٧) النفقه، و إنما يجب عليه (٨) إرسالها ليلا و كذا الحكم قبل الطلاق (٩).

في أنه لا نفقه للبائن

(و لا- نفقه للبائن) طلاقها (إلا أن تكون حاملا (١٠) فتجب لها (١١) النفقه و السكنى حتى تضع لقوله تعالى: **وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** (١٢) و لا شبهه في كون النفقه بسبب الحمل، لكن هل هي له أولها قولان (١٣) قلت: جواز منع الأمه نهارا لحق خدمته لا ينافى عدم النفقه لها بسبب انتفاء التمكين التام المفسّر بأنه التمكين كل حين في كل مكان، و ظاهرهم عدم الخلاف فيه، بل ادعى الإجماع سيد الرياض عليه. هذا كله في الأمه المزوجه و مثله في المطلقة الرجعية، لأنها بحكم الزوجه.

(١) بالإرسال ليلا و نهارا.

(٢) من الإرسال ليلا و نهارا.

(٣) على الأمه.

(٤) أى منع المولى إرسالها.

(٥) أى بعض الليل أو بعض النهار.

(٦) على المولى.

(٧) أى على الإمساك نهارا بحيث مع الإمساك لا نفقه.

(٨) على المولى.

(٩) من عدم حرمة إمساكها نهارا و إن وجب عليه إرسالها ليلا، و لكن لا نفقه مع الإمساك النهارى لعدم تحقق التمكين التام.

(١٠) قد تقدم البحث في أنه لا نفقه للبائن الحائل، و تقدم البحث في ثبوت النفقه للبائن الحامل.

(١١) للحامل البائن.

(١٢) سورة الطلاق، الآية: ٦.

(١٣) تقدم عرضهما في أول هذا الفصل و المشهور على أنها للحمل، و عن ابن حمزه أنها للحامل. و تبعه عليه جماعه.

أشهرهما الأول (١) للدوران (٢) وجودا و عدما (٣) كالزوجيه.

و وجه الثانى (٤) أنها (٥) لو كانت للولد (٦) لسقطت عن الأب يساره (٧) كما لو ورث (٨) أخاه لأبيه، و أبوه قاتل لا يرث، و لا وارث غير الحمل (٩)، و لوجبت (١٠) على الجد مع فقر الأب (١١)، لكن التالى فيهما (١٢) باطل فالمقدم (١٣) مثله (١٤).

و أوجب بمنع البطلان فيهما (١٥).

(١) بأن النفقه للحمل.

(٢) أى دوران النفقه للحمل.

(٣) فمع وجود الحمل تجب النفقه و مع عدمه لا تجب، و بهذا نستكشف أن النفقه للحمل، كما استكشفنا أن النفقه للزوجيه، لأن المرأه قبل عقد النكاح لا تجب نفقتها و بعد العقد تجب فنستكشف أن النفقه من أجل كونها زوجه.

(٤) أى أن النفقه للحامل و ليس للحمل.

(٥) أى النفقه.

(٦) أى للحمل لكانت من نفقه الأقارب، و هذه النفقه تسقط مع يسار المنفق عليه.

(٧) أى يسار الحمل.

(٨) أى الحمل.

(٩) أو أوصى إليه بشىء و قبل أبوه بها.

(١٠) أى نفقه الحمل.

(١١) لأن نفقه الأقارب تثبت على الأبعد مع فقر الأقرب، على ما تقدم بيانه فى باب النفقات من كتاب النكاح.

(١٢) فى هاتين الصورتين، و التالى هو سقوطها عن الأب بسبب يسار الحمل، و ثبوتها على الجد مع فقر الأب.

(١٣) أى المقدم فى هاتين الصورتين، و المقدم هو كون النفقه للحمل فتكون من نفقه الأقارب.

(١٤) أى مثل التالى فى البطلان.

(١٥) أى فى تالى الصورتين السابقتين، بحيث نلتزم بسقوط النفقه عن الأب مع يسار الحمل، و نلتزم بثبوت النفقه على الجد مع فقر الأب، هذا و قال سيد الرياض: (و استند الجانبان إلى اعتبارات واهيه ربما استشكل التمسك بها فى إثبات الأحكام الشرعيه،

و لكن بعضها المتعلق بالثانى - أى بالحمل - قويه معتضده بالشهره المحكيه فالمصير إليه لا يخلو من قوه) انتهى.

ص: ١٣٠

و تظهر فائده القولين (١) فى مواضع،

منها: إذا تزوج الحرّ أمه شرط مولاها رق الولد و جوزناه (٢).

و فى العبد (٣) إذا تزوج أمه أو حره و شرط مولاها (٤) الانفراد برق الولد (٥)، فإن جعلناها (٦) للحمل (٧) فلا نفقه على الزوج (٨)، أما فى الأول (٩) فلأنه (١٠) ملك لغيره (١١) و أما فى الثانى (١٢) فلأن العبد لا يجب عليه نفقه أقاربه (١٣)، و إن جعلناها (١٤) للحامل (١٥)، (١) من أن النفقه للحمل أو للحامل.

(٢) أى و قلنا بجواز هذا الشرط فى الشريعة، و إلا قد تقدم أن الولد يلحق بأشرف أبويه من ناحيه الإسلام و الحريه، و الأب هنا حر فالولد مثله فى الحريه، و الثمره بأنه لا- نفقه على الزوج الحر على القول المشهور القاضى بكون النفقه للحمل و أنها نفقه الأقارب، لأن نفقه الرقيق على مولاها، بخلاف ما إذا قلنا أن النفقه للحامل فالنفقه على الزوج حينئذ.

(٣) أى و تظهر فائده القولين فى العبد.

(٤) أى مولى العبد.

(٥) و جوزنا هذا الشرط إذا تزوج العبد من الحره، و الثمره بأنه لا نفقه على الزوج العبد على المشهور من كون النفقه للحمل، لأن الولد حينئذ ملك للمولى فنفقته عليه، و الحمل و إن كان ابنا للعبد الزوج، إلا أن العبد لا تجب عليه نفقه أقاربه.

و على القول الآخر من كون النفقه للحامل فالنفقه على الزوج العبد غايته تكون فى ذمه المولى أو فى كسب العبد على الخلاف المتقدم فى كتاب النكاح.

(٦) أى النفقه.

(٧) كما هو المشهور.

(٨) فى الصورتين السابقتين، حرا كان أو عبدا.

(٩) أى فى صورته ما لو تزوج الحر أمه.

(١٠) أى الحمل.

(١١) أى ملك لغير الزوج، و هو ملك لمولى الأمه، و نفقه العبد على مولاها.

(١٢) أى فى صورته ما لو تزوج العبد على أمه أو حره.

(١٣) و الحمل من جملة أقاربه، لأنه ابنه، بل نفقته هنا على مولاها.

(١٤) أى النفقه.

(١٥) كما عليه ابن حمزه و جماعه.

ص: ١٣١

وجبت (١)، و هو (٢) فى الأول (٣) ظاهر و فى الثانى (٤) فى كسب العبد، أو ذمه مولاه على الخلاف.

و تظهر الفائده (٥) أيضا فيما لو كان النكاح فاسدا و الزوج حرا فمن جعل النفقه لها (٦) نفاها هنا، إذ لا نفقه للمعتده عن غير نكاح له حرمه، و من جعلها (٧) للحمل (٨) فعليه (٩)، لأنها نفقه ولده.

فى ما لو انهدم المسكن

(و لو انهدم المسكن (١٠) الذى طلقت فيه (أو كان مستعارا فرجع مالكة) فى العاربه،(أو مستأجرا انقضت مدته أخرجها إلى مسكن يناسبها) و يجب تحرى الأقرب إلى المنتقل عنه فالأقرب اقتصارا على موضع الضروره، و ظاهره (١١) كغيره أنه لا يجب تجديد استئجاره ثانيا و إن أمكن (١٢)، (١) أى وجبت النفقه على الزوج.

(٢) أى وجوب الإنفاق.

(٣) ما لو كان الزوج حرا.

(٤) أى ما لو كان الزوج عبدا.

(٥) أى فائده القولين.

(٦) للحامل كما هو قول غير المشهور.

(٧) أى جعل النفقه.

(٨) كما هو القول المشهور.

(٩) أى فالنفقه على الزوج الحر.

(١٠) قد عرفت أن المطلقه مأموره بملازمه مسكن الطلاق مع الاختيار، فلو انهدم مسكن الطلاق على نحو لا يقبل الإصلاح جاز إخراجها منه إلى غيره، و كذا لو كان مسكن الطلاق مستعارا و قد رجع به المعير، أو مستأجرا فانقضت المده.

و لكن فى المستعار و المستأجر يجب على الزوج أن يطلبه من المالك و لو بأجره توصلا إلى تحصيل الواجب من إسكانها فى مسكن الطلاق بدون إخراج، فإن امتنع المالك أو طلب أكثر من أجره المثل نقلها المطلق إلى مسكن آخر، كما فى المسالك.

و إذا جاز له إخراجها إلى مسكن غيره، فعليه تحرى الأقرب فالأقرب اقتصارا فى الإخراج على محل الضروره كما عن المبسوط و التحرير و غيرهما.

(١١) أى ظاهر الماتن كغيره من الفقهاء.

(١٢) أى الاستئجار.

ص: ١٣٢

و ليس بعيد وجوبه (١) مع إمكانه (٢)، تحصيلاً للواجب (٣) بحسب الإمكان و قد قطع في التحرير بوجوب تحرى الأقرب، و هو الظاهر فتحصيل نفسه (٤) أولى (٥).

(و كذا لو طلقت في مسكن لا يناسبها أخرجها إلى مسكن مناسب (٦) متحرياً للأقرب فالأقرب كما ذكر (٧) لو مات فورث المسكن جماعه لم يكن لهم قسمته (٨) حيث ينافى القسمة سكنها، لسبق حقها (٩) إلا مع انقضاء عدتها.

(هذا إذا كانت حاملاً و قلنا لها السكنى) مع موته كما هو أحد القولين (١٠) (١) أى وجوب استئجاره.

(٢) أى مع إمكان الاستئجار عند عدم تمنع المالك من ذلك.

(٣) و هو إسكان المطلقة في مسكن الطلاق بدون إخراج.

(٤) أى نفس مسكن الطلاق و لو بتجديد استئجاره مع الإمكان.

(٥) و كذا استئجار البيت الذى كان مستعاراً بعد رجوع مالكة في العارية.

(٦) فلو كان مسكن الطلاق دون مستحقها و كانت راضيه به حال الزوجيه لم يجب عليها الرضا بعد الطلاق، بل لها المطالبة بمسكن يليق بها، لاستصحاب جواز المطالبة الثابت لها قبل الطلاق.

(٧) اقتصاراً في الإخراج على محل الضروره.

(٨) قد تقدم أنه لا- نفقه للمعتده عدّه وفاه إذا كانت حائلاً- بالاتفاق، و كذا لا- نفقه لها إذا كانت حاملاً على المشهور بين المتأخرين و عليه فلو طلقها و أسكنها في منزل الطلاق لأنها معتده بالطلاق الرجعى، ثم مات في أثناء العده، فتقلب عدتها إلى عدّه وفاه فإذا كانت حاملاً فلا يجوز للورثه قسمة هذا المنزل، لأن في قسمته ضرراً عليها بعد كون النفقه، و منها السكنى، ثابتة للمعتده عدّه الوفاة و هى حامل كما عليه مشهور المتقدمين.

و على مبنى مشهور المتأخرين من أن المعتده عدّه وفاه لا سكن و لا نفقه لها و إن كانت حاملاً فللورثه قسمة المسكن، لأنه مالهم بعد كون الإنسان مسلطاً على ماله.

و عن الشيخ إطلاق عدم جواز قسمتهم للمسكن إلا بإذنها أو بعد انقضاء عدتها، لأنها استحققت السكنى فيه على صفة و هى المطلقة الرجعية قبل موت الزوج فالحق لها لأنها أسبق.

و فيه: أنه لا ينطبق على شىء من أصولنا بعد انقلاب عدتها إلى عدّه وفاه، فالواجب بناء جواز القسمة و عدمه على ثبوت النفقه و السكنى لها إذا كانت حاملاً أو لا.

(٩) إشاره إلى دليل الشيخ.

(١٠) و هو قول مشهور المتقدمين.

ص: ١٣٣

فى المسأله. و أشهر الروائتين أنه لا نفقه للمتوفى عنها و لا سكنى مطلقا (١) فيبطل حقها من المسكن، و جمع فى المختلف بين الأخبار (٢) بوجوب نفقتها من مال الولد لا- من مال المتوفى (و إلا-) تكن حاملا- أو قلنا: لا سكنى للحامل المتوفى عنها (٣) (جازت القسمه)، لعدم المانع منها (٤) حينئذ (٥)

فى شروع العده

(و تعتد زوجه الحاضر من حين السبب) الموجب للعده (٦) من طلاق أو فسخ و إن لم تعلم به (و زوجه الغائب فى الوفاه من حين بلوغ الخبر بموته (٧)

(١) سواء كانت حاملا أم لا، و هو قول المشهور بين المتأخرين.

(٢) أى أخبار المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا و قد تقدم الكلام فيه.

(٣) و إن كانت حاملا كما هو مشهور المتأخرين.

(٤) من القسمه.

(٥) أى حين عدم حملها على قول مشهور المتقدمين، أو حين القول بعدم النفقه لها و إن كانت حاملا- كما هو قول مشهور المتأخرين.

(٦) عده الطلاق تبدأ من زمن وقوع الطلاق و إن لم تعلم الزوجه به على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا طلق الرجل و هو غائب فليشهد على ذلك، فإذا مضى ثلاثه أقرء من ذلك اليوم فقد انقضت عدتها) (١)، و صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه كلهم عن أبى جعفر عليه السلام (أنه قال فى الغائب إذا طلق امرأته: فإنها تعتد من اليوم الذى طلقها) ٢.

و هذه الأخبار هى الحججه على أبى الصلاح الحلبي حيث ذهب إلى زمن عده الطلاق من حين بلوغ خبره إلى الزوجه بدعوى أن العده عباده محتاجه إلى النيه، و لا تتأتى منها النيه إلا عند بلوغ الخبر.

(٧) تبدأ عده الوفاه من حين بلوغ الخبر إلى الزوجه على المشهور للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (فى رجل يموت و تحته امرأه و هو غائب؟ قال عليه السلام: تعتد من يوم يبلغها وفاته) (٢)، و صحيح الفضلاء زواره و محمد بن مسلم و بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام (أنه قال فى الغائب عنها زوجها إذا توفى قال: المتوفى عنها تعتد من يوم يأتيها الخبر، لأنها تحدد عليه) ٤، و صحيح البنزطى عن

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب العدد حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ١ و ٣.

و إن لم يثبت (١) شرعا، لكن لا يجوز لها الترويج إلا بعد ثبوته (٢) (و فى الطلاق من حين الطلاق).

و الفرق مع النص ثبوت الحداد على المتوفى عنها، و لا يتم إلا مع بلوغها الخبر بموته، بخلاف الطلاق (٣)، فعلى هذا (٤) لو لم يبلغها الطلاق إلا بعد مضى مقدار العده جاز لها الترويج بعد ثبوته (٥)، بخلاف المتوفى عنها.

أبى الحسن الرضا عليه السّلام (المتوفى عنها زوجها تعتدّ من يوم يبلغها، لأنها تريد أن تحدّ عليه) (١) و مثلها كثير، و مقتضى الأخبار أن عدتها من حين بلوغ الخبر و إن لم يكن الخبر بالبينه الشرعيه. و عن ابن الجنيد أنها تعتد من حين الموت إن قامت البينه الشرعيه، و إلا فمع فقد البينه تعتد من حين بلوغ الخبر إليها لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: امرأه بلغها نعى زوجها بعد سنه أو نحو ذلك؟ فقال: إذا كانت حبلى فأجلها أن تضع حملها، و إن كانت ليست بحبلى فقد مضت عدتها إذا قامت لها البينه أنه مات فى يوم كذا و كذا، و إن لم يكن لها بينه فلتعتد من يوم سمعت) ٢ بل ذهب إلى ذلك فى المطلقه أيضا لخبر الحسن بن زياد عن أبى عبد الله عليه السّلام (من المطلقه يطلقها زوجها و لا تعلم إلا بعد سنه، و المتوفى عنها زوجها و لا تعلم بموته إلا بعد سنه؟ قال عليه السّلام: إن جاء شاهدان عدلان فلا تعتدان، و إلا تعتدان) ٣، و هما لا يصلحان لمعارضه ما تقدم فلا بد من حملهما على التقيه.

و عن الشيخ فى التهذيب أن المتوفى عنها زوجها تعتد من يوم وفاه الزوج إذا كانت المسافه قريبه ليوم أو يومين أو ثلاثه، و إلا فمن يوم يبلغها الخبر لصحيح منصور بن حازم (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول فى المرأه يموت زوجها أو يطلقها و هو غائب قال: إن كانت مسيره أيام فمن يوم يموت زوجها، و إن كان من بعد فمن يوم يأتيها الخبر، لأنها لا بد من أن تحدّ له) (٢)، و هو أيضا لا يصلح لمعارضه ما تقدم.

(١) أى الموت، لعدم كون الخبر بينه شرعيه.

(٢) أى ثبوت الموت شرعا.

(٣) فالعده فيه لاستبراء الرحم، و الاستبراء يحصل و إن لم تعلم بطلاقه إذا انقضت عدتها.

(٤) من ثبوت العده من حين الطلاق و إن لم تعلم.

(٥) أى ثبوت الطلاق عندها.

ص: ١٣٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ٤ و ١٠ و ٩.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب العدد حديث ١٢.

وقيل: تشتركان (١) في الاعتداد من حين بلوغ الخبر (٢)، و به روايات و الأشهر الأول، و لو لم نوجب الحداد على الأمه (٣) فهي كالمطلقة (٤) عملا بالعله المنصوصه (٥).

(١) أى المتوفى عنها زوجها و المطلقة.

(٢) و إلا فمع قيام البيئه الشرعيه فمن حين الموت أو الطلاق كما عن ابن الجنيد على ما تقدم.

(٣) كما هو المشهور على ما تقدم، بخلاف من أوجب الحداد على الأمه كالحره و هو الشيخ فى المبسوط و الحلّى فى السرائر و سائر و أبو الصلاح و ابن حمزه.

(٤) من أنها تعتد من حين الوفاه لا من حين بلوغ الخبر، لأن النصوص المتقدمه أوجب الاعتداء فى الوفاه من حين بلوغ الخبر، لأنها تحد عليه، و لا حداد فى الأمه فيجب أن تعتد من حين الوفاه حينئذ.

(٥) إلا- أن يقال بأنها حكمه و ليست بعله، فلا- تدور الأحكام مدارها وجودا و عدما، بل لا بد من التمسك بإطلاق الأخبار المتقدمه الشامله للحره و الأمه من أنها تعتد من حين بلوغ الخبر فى عده الوفاه و لذا قال سيد الرياض: (فجمود الروضه على العله و نفى العده عن الأمه و جعلها كالمطلقة لعله ضعيف جدا، و لذا لم يمل إليه فى المسالك أصلا) انتهى.

فى معناها

و هو (٢) طلاق بعوض مقصود، لازم (٣) لجهه الزوج، و يفترقان بأمر تأتى.

(١) الخلع بضم الخاء اسم مصدر من الخلع بفتحها، و هو النزع، لأن كلا من الزوجين لباس للآخر، قال تعالى: هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَ أَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ (١)، فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه.

و المباره قد تقلب الهمزة ألفا، و هى المفارقة، و كل منهما طلاق بعوض لازم من جهه الزوج، و يشترط فيهما ما يشترط فى الطلاق، و يشترط فيهما رضاها بالبذل، و يشترط فى الخلع كراهتها له، و يشترط فى المباره كراهه كل منهما لصاحبه و عدم زياده العوض على المهر.

و على كل فلا خلاف فى مشروعتيها قال الله تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يَقيِمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢) هذا و عن الشيخ و تبعه ابن زهره و أبو الصلاح الحلبي و ابن البراج و جوب الخلع عند تحقق موضوعه من كراهيه المرأه له مع بذلها العوض، لأن النهى عن المنكر واجب، و النهى يتم بهذا الخلع فيجب.

و فيه: منع المقدمه الثانيه مع أن الأصل عدم وجوبه و لذا ذهب الأكثر إلى العدم.

(٢) أى كل من الخلع و المباره.

(٣) صفة للطلاق.

ص: ١٣٩

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٨٧.

٢- (٢) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

و الخلع بالضم اسم لذلك (١) مأخوذ منه (٢) بالفتح استعاره من خلع الثوب و هو (٣) نزع لقله تعالى: هُنَّ لِيَاسٍ لَّكُمَّ (و صيغه الخلع (٤) أن يقول الزوج: خلعتك على كذا، أو أنت مختلعه (٥) على كذا) أو خلعت فلانه أو هي مختلعه على كذا (ثم يتبعه بالطلاق) على الفور فيقول بعد ذلك: فأنت طالق (في القول الأقوى (٦) لروايه موسى بن بكر عن الكاظم عليه السّلام قال: المختلعه يتبعها بالطلاق ما دامت في العده).

(١) أي للطلاق بعوض مقصود.

(٢) أي مأخوذ من الخلع بالفتح.

(٣) أي خلع الثوب.

(٤) البحث في الخلع إما في الصيغه و إما في الشروط و إما في اللواحق..

(٥) لا إشكال عندهم و لا خلاف في وقوع الخلع بصيغه الماضي الصريحه في الإنشاء على ما تقرر في إنشاء العقود و الإيقاعات، و عليه فيقع الخلع بقول الزوج: خلعتك أو خالعتك.

و أما لو أتى بالخلع على نحو الجملة الاسميه كأن يقول: أنت أو فلانه مختلعه، فظاهرهم الاتفاق عليه هنا و إن توقفوا في الجملة الاسميه في غيره، لكن قد عرفت صحة الإنشاء بكل لفظ يدل عليه، و لعل هذا الاتفاق هنا مؤيدا لما ذهبنا إليه.

(٦) ذهب الشيخ و ابن زهره و ابن ادريس و هو ما اختاره الشهيد في اللمعه هنا إلى أن الخلع بمجرد لا يقع ما لم يتبع بالطلاق، و نسب أيضا لجعفر بن سماعه و الحسن بن سماعه و علي بن رباط و ابن حذيفه من أصحاب الأئمه عليهم السّلام لخبر موسى بن بكر عن العبد الصالح عليه السّلام (قال علي عليه السّلام: المختلعه يتبعها الطلاق ما دامت في العده) (١).

و عن المفيد و الصدوق و ابن أبي عقيل و سلّار و ابن حمزه و العلامه في المختلف و التحرير و الشهيد في شرح الإرشاد بل هو المشهور كما صرح بذلك غير واحد أن الخلع يقع بمجرد من دون إتباعه بالطلاق للنصوص الكثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله (عده المختلعه عده المطلقه، و خلعتها طاقها و هي تجزى من غير أن يسمّى طلاقا) (٢)، و صحيح ابن بزيع سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام (عن المرأه تبارى زوجها أو تخلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك، أو تكون امرأته ما لم يتبعها بالطلاق؟ فقال عليه السّلام: تبين منه و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت).

ص: ١٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٩ و ٨.

وقيل: يقع بمجرد من غير اتباعه به (١)، ذهب إليه المرتضى و ابن الجنيّد و تبعهم العلامة في المختلف و التحرير و المصنّف في شرح الارشاد، لصحيحه محمد بن إسماعيل بن نوح بن بزيع أنه قال للرضا عليه السّلام: في حديث قد روى لنا أنها لا تبين حتى يتبعها بالطلاق قال: «ليس ذلك إذن خلعا» فقلت: تبين منه قال:

«نعم» و غيرها من الأخبار و الخبر السابق ضعيف السند مع إمكان حمله على الأفضليه، و مخالفته لمذهب العامه فيكون أبعد عن التقيه مع تسليمه (٢) لا يكفي في المصير إليه (٣)، قلت: فإنه قد روى لنا أنها لا تبين منه حتى يتبعها بطلاق؟ قال عليه السّلام: ليس ذلك إذا خلع، فقلت: تبين منه؟ قال عليه السّلام: نعم (١)، و صحيح سليمان بن خالد (قلت:

أ رأيت إن هو طلقها بعد ما خلعها أ يجوز عليها؟ فقال: و لم يطلقها و قد كفاه الخلع، و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً) ٢ و مثلها غيرها من النصوص.

و هذه النصوص أكثر عدداً و أصح سنداً فلا بد من العمل بها، إلا أن الشيخ قد حملها على التقيه لموافقها للعامه، و فيه أن موافقه العامه القاضيه بالحمل على التقيه هي من المرجحات الصدوريه و لكن لم يثبت أن العامه قائلون بذلك بل ظاهر صحيح سليمان بن خالد على العكس بحيث قال عليه السّلام: (و لو كان الأمر إلينا لم نجز طلاقاً)، و الغريب حمل هذه النصوص الكثيره الصحيحه على التقيه لأجل خبر واحد و هو خبر موسى بن بكر المتقدم المشتمل على ابن فضال و هو واقفي، و على إبراهيم بن أبي سماك و موسى بن بكر و هما واقفيان ضعيفان، بالإضافة إلى أن الخبر لا يدل على وجوب إتباع الخلع بالطلاق بلا فصل كما هو مدعى الشيخ، بل يدل على جواز إيقاع الطلاق في العده، فما يدل عليه لا يقولون به، و ما يقولون به لا يدل عليه، على أنه يمكن حمله على جواز الطلاق في عده المختلعه إذا رجعت في البذل ثم رجع في العقد ثم يطلقها.

(١) أي من غير إتباع الخلع بالطلاق.

(٢) أي تسليم مخالفته لمذهب العامه، لأنه لم يعلم أن العامه تقول بعكسه.

(٣) لأنه كما أمرنا بأخذ ما خالف العامه أمرنا بأخذ المشهور بين الأخبار و بما يكون روايه أعدل و أصح، بناء على التساوي بين المرجحات عند التعارض، و إلا- بناء على تقديم المرجحات الصدوريه و هي موافقه الكتاب و مخالفه العامه على المرجحات السنديه و هي الترجيح بصفات الراوي لا يأتي هذا الإشكال من الشارح.

ص: ١٤١

و ترك الأخبار الصحيحة، و هو (١) على ما وصفناه (٢) فالقول الثاني أصح.

ثم إن اعتبرنا إتباعه بالطلاق فلا شبهه في عده طلاقاً (٣)، و على القول الآخر هل يكون فسخاً، أو طلاقاً قولان أحدهما الثاني، لدلاله الأخبار الكثيره عليه (٤) فيعدّ فيها (٥)، و يفتقر إلى المحلل بعد الثلاث و على القولين (٦) لا بد من (١) أى الخبر الأول و هو خبر موسى بن بكر.

(٢) من الضعف.

(٣) أى عدّ الخلع طلاقاً على القول المشهور و يدل عليه قوله عليه السّلام فى صحيح الحلبي (و خلعها طلاقاً و هى تجزى من غير أن يسمّى طلاقاً) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فإذا قالت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها، و كانت تطليقه بغير طلاق يتبعها، و كانت بائناً بذلك، و كان خاطباً من الخطّاب) (٢).

و على قول الشيخ أنه فسخ و أحتج له بأن الخلع المذكور فرقه عرى عن صريح الطلاق و نيته فيكون فسخاً كسائر الفسوخ، و فيه أنه اجتهاد فى قبال النص المتقدم، و ذهب المشهور إلى أنه طلاق و لو قلنا بأنه فسخ عند تجرده عن الطلاق لهذه النصوص المتقدمة و تظهر الثمره بين القولين فى عدّه من الطلقات الثلاثه المحرمه على قول المشهور، و على قول الشيخ فلا.

(٤) على كون الخلع المجرد عن الطلاق طلاقاً.

(٥) أى فى الطلقات الثلاث.

(٦) من كون الخلع فسخاً أو طلاقاً فهو من قبيل المعاوضه بين الزوج و الزوجه فهى تبذل العوض فى قبال طلاقه إياها، و هذا يتم بأحد أمرين إما تقدم سؤالها الطلاق بعوض على وجه الإنشاء، بأن تقول على وجه الإنشاء: بذلت لك كذا على أن تخلعنى، فيقول:

خلعتك أو خالعتك على ما بذلت، و إما أن يتدئها بالخلع المذكور المتضمن للعوض فتقبل المرأه بعده بلا- فصل ينافى المعاوضه، و بدون ذلك يقع الخلع باطلا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لأن الخلع من المعاوضات فلا بد من مقارنته للعوض، و يشعر به الخبر المروى فى الكافى عن ابن البخترى عن أبى عبد الله عليه السّلام عن أمير المؤمنين عليه السّلام (لكل مطلقه متعه إلا المختلعه فإنها اشترت نفسها) (٢)، و خبر البقباق عن أبى عبد الله عليه السّلام (المختلعه إن رجعت فى شىء من الصلح يقول: لأرجعنّ فى بضعك) (٣).

ص: ١٤٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الخلع حديث ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع حديث ٣.

قبول المرأة عقبيه (١)، بلا فصل معتد به، أو تقدم سؤالها له قبله (٢) كذلك (٣) لو أتى بالطلاق مع العوض (٤) فقال أنت طالق على كذا (٥) مع سبق سؤالها له (٦)، أو مع قبولها بعده (٧) كذلك (٨) (أغنى عن لفظ الخلع) و أفاد فائدته (٩)، و لم يفتقر (١٠) إلى ما يفتقر إليه الخلع من كراهتها له خاصة (١١)، لأنه طلاق بعوض لا خلع.

فى الفديه

(١) و كل ما صح أن يكون مهرا (١٢) من المال المعلوم، و المنفعه، و التعليم، (١) أى عقيب الخلع المقترن بالعوض.

(٢) أى تقدم سؤال المرأة للخلع المقترن بالعوض قبل إنشاء صيغه الخلع من الزوج.

(٣) أى بلا فصل معتد به.

(٤) لو وقع الطلاق منه بصيغه: أنت طالق، مع العوض من قبلها، فى صوره كراهيه الزوجيه، فإن قصد معنى الخلع بالصيغه المتقدمه فيقع الخلع بلا إشكال فيه، لما عرفت من عدم اعتبار لفظ خاص فى إنشاء الخلع، و من إفراده الطلاق بعوض.

و إن لم يقصد معنى الخلع فهل يقع الطلاق بعوض فى صوره كراهيه الزوجه خلعا، فالظاهر كذلك، لأن حقيقه الخلع هو ذلك من الطلاق بعوض مع كراهيه الزوجه و لا- يعتبر فيه عنوان آخر قصدى حتى يعتبر قصده، فقصد الطلاق بعوض فى صوره الكراهيه المذكوره قصد لعنوان الخلع الذى هو موضوع الحكم فيقع الطلاق باثنا حينئذ، و مما يدل على ذلك كله الأخبار المتقدمه الصريحه بأن الخلع طلاق.

(٥) أى على كذا من العوض.

(٦) أى مع سبق سؤال المرأة للطلاق بعوض.

(٧) أى مع قبولها بالطلاق بعوض بعد إنشائه.

(٨) أى بلا فصل معتد به.

(٩) أى و أفاد الطلاق بعوض فى صوره كراهيه الزوجه فائده الخلع.

(١٠) أى الطلاق بعوض.

(١١) من دون كراهه منه، و ظاهره أن الطلاق بعوض أعم من الخلع فيشترط الكراهه فى الثانى دون الأول، و قال عنه فى الجواهر: (كما أنه بذلك يظهر أنه لا- وجه لدعوى أعميه الطلاق بالعوض من الخلع فيشترط الكراهه فى الثانى دون الأول، كما وقع من ثانى الشهيدين فى المقام و غيره، ضروره عدم الدليل، بل ظاهر الأدله خلافها) انتهى.

(١٢) على ما تقدم بيانه فى كتاب النكاح.

و غيرها (صح أن يكون فديه (١) فى الخلع، و لو تقدير فيه) أى فى المجموع فديه فى طرف الزيادة و النقصان بعد أن يكون متمولا (فيجوز (٢) على أزيد مما وصل إليها منه) من مهر، و غيره (٣)، لأن الكراهه منها فلا يتقدر (٤) عليها فى جانب الزيادة، و يصح بذل الفديه منها (٥)، و من و كيلها) البازل له من مالها، (و ممن) (١) قد تقدم فى كتاب النكاح أن كل ما يملكه المسلم من عين أو دين أو منفعه يصح جعله مهرا إذا كان متمولا، و عليه فكل ما يصح تملكه يجوز أن يكون مهرا و يجوز أن يكون فديه فى الخلع بلا خلاف فيه لظاهر قوله تعالى: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (١)، و ظاهر الأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (المبارأه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت، أو ما تراضيا عليه من صداق أو أكثر) (٢)، و خبر سماعه (سألته عن المختلعه فقال: لا يحل لزوجهها - إلى أن قال - و له أن يأخذ من مالها ما قدر عليه، و ليس له أن يأخذ من المبارأه كل الذى أعطاها) ٣ و مثلها غيرها.

و مقتضى هذه الأخبار أنه لا تقدير فى العوض، بل يجوز و لو كان زائدا عما وصل إليها من المهر، بل جواز الفداء بكل متمول قلّ أو كثر و هو مما لا خلاف فيه أيضا، نعم اشترط بعضهم كونه معلوما لأن الشارع لم يمض المعاوضه المشتمله على الجهاله، و لذا اشترط تعيينه إما بالإشاره كهذا الموجود و إما بالوصف الراجع للغرر، و إما بالمشاهده.

(٢) أى الفداء.

(٣) كالهبه.

(٤) أى الفداء.

(٥) من الزوجه بلا خلاف و لا إشكال، لأنه هو مورد الآيه و الأخبار، ففى الآيه قوله تعالى:

فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٣)، و فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (المختلعه التى تقول لزوجهها: اخلعنى و أنا أعطيك ما أخذت منك) (٤) الحديث و مثله غيره.

و كذا يصح البذل من و كيلها البازل من مالها لعموم أدله الوكاله أو إطلاقها بعد كون الوكيل بمنزله الموكل.

ص: ١٤٤

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الخلع حديث ١ و ٤.

٣- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٩.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع حديث ٤.

(يضمنه) في ذمته (بإذنها) فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائه و على ضمانها.

و الفرق بينه (١) و بين الوكيل أن الوكيل يبذل من مالها بإذنها و هذا من ماله بإذنها.

و قد يشكل هذا (٢) بأنه ضمان ما لم يجب (٣)، لكن قد وقع مثله (٤) صحيحا (٥) فيما لو قال راكب البحر لذى المتاع: ألق متاعك في البحر و على ضمانه (٦)، و في ضمان (٧) ما يحدثه المشتري من بناء، أو غرس على قول، و في أخذ الطيب البراءة قبل الفعل (٨).

(و في) صحته (٩) و لكن هل يصح البذل من مال البازل بإذنها ليرجع به عليها، و هو المسمى بالبذل من الضامن فيقول للزوج: طلق زوجتك على مائه و على ضمانها)، و الفرق بينه و بين الوكيل واضح إذ الوكيل يبذل من مالها بإذنها، و هذا يبذل من ماله بإذنها ليرجع عليها بما بذله عنها بعد ذلك، قد يقال بالجواز كما في الروضه هنا، لأن دفع الضامن للفداء بمنزله إقراضه لها، و إن كان بصورة الضمان، فهو يدفع حينئذ من مالها الذي أقرضها إياه، و المشهور على المنع، لعدم تصور قرضه لها ما دام المبدول أمرا كليا في الذمه، كما لا يتصور شغل ذمته به للخالع، لأن من جمله موارد ضمان ما لم يجب و لم يثبت، و سيأتي له تتمه عند البحث في بذل المتبرع من ماله بغير إذنها.

(١) بين الضامن.

(٢) أى البذل من الضامن.

(٣) أى ما لم يثبت.

(٤) أى مثل هذا الضمان الذى لم يجب.

(٥) فى بعض الموارد سيدكرها الشارح و فيه أن وقوع الضمان لغير الثابت فى بعض الموارد بدليل من خارج لا- يفيد الحكم بصحته هنا مع فقدان الدليل.

(٦) فهو ضمان للمتلف قبل وقوع التلف.

(٧) أى ضمان شخص للبائع ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس، فعلى تقدير فسخ البائع فالضامن يضمن ما يحدثه المشتري من نقص فى المبيع، و هو ضمان واقع قبل العقد أو التسليم فهو ضمان ما لم يجب.

(٨) و يأخذ الطيب البراءة من المريض أو وارثه، و هو مثال للبراءة من الضمان، إلا أنه متضمن لضمان ما لم يجب.

(٩) أى صحه البذل من المتبرع بالبذل من ماله بغير إذنها، و بهذا يفترق عن السابق، إذ

من (المتبرع) بالبذل من ماله (قولان (١) أقربهما المنع)، لأن الخلع من عقود المعاوضات فلا يجوز لزوم العوض لغير صاحب المعوض كالبيع، ولأنه تعالى أضاف الفديه إليها في قوله: فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢) و بذل الوكيل و الضامن بإذنها كبذلها فيبقى المتبرع على أصل المنع، ولأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، و لو قلنا بمفهوم الخطاب (٣) فالمنع أوضح و حينئذ (٤) فلا يملك الزوج البذل، و لا يقع الطلاق إن لم يتبع به (٥)، السابق هو البذل من ماله بإذنها هذا من جهه و من جهه أخرى فالبذل من ماله بإذنها يسمى بالبذل من الضامن، و البذل من ماله بغير إذنها يسمى بالبذل من الأجنبي فافهم.

(١) فالمشهور على عدم صحته، بل في المسالك: (لم يعرف القائل بالجواز منا)، و استدل له بأن الخلع من عقود المعاوضه فلا يجوز أن يكون العوض من غير صاحب المعوض كالبيع، بالإضافة إلى أن المستفاد من الكتاب و السنه على ما تقدم عرضه أن الفديه مشروعه منها و لو بواسطة و كيلها، و حينئذ تترتب أحكام الخلع، أما لو كان البذل من المتبرع فيبقى على أصل المنع و عدم ترتب آثار الخلع عليه عند الشك في ذلك، فضلا عن أصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت المزيل، و لم يثبت عند البذل من المتبرع للشك في صحته.

هذا و القول بالصحه لجميع من خالفنا من العامه إلا من شذ منهم كما في المسالك، بناء على أن الخلع فداء و ليس معاوضه، و يصح الافتداء من الأجنبي كما يصح المال من الأجنبي للطلاق.

و فيه: لو سلم أنه فداء فهو فداء خاص قد ترتبت عليه الأحكام الشرعيه كما هو ظاهر الأدله، و هذا الفداء الخاص هو البذل من الزوجه، و أما من غيرها فيبقى على أصل المنع.

(٢) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

(٣) أى لو قلنا بمفهوم المخالفه، و المراد منه مفهوم اللقب في قوله تعالى: فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (١)، و المعنى لو قلنا بمفهوم اللقب فالمنع أوضح إذ الآية تدل على ثبوت الجناح فيما لو افتدى غيرها.

هذا و لكن مفهوم اللقب من أضعف المفاهيم كمفهوم العدد و المكان و الزمان.

(٤) أى حين القول بعدم صحه بذل المتبرع.

(٥) أى لم يتبع الخلع بالطلاق.

ص: ١٤٦

فإن أتبع به كان رجعياً (١).

و وجه الصحة (٢) أنه (٣) افتداء و هو (٤) جائز من الأجنبي كما تقع الجعالة منه (٥) على الفعل لغيره و إن كان (٦) طلاقاً.

و الفرق بين الجعالة (٧)، و البذل (٨) تبرعاً أن المقصود من البذل جعل الواقع (٩) خلعا ليرتب عليه (١٠) أحكامه المخصوصه (١١)، لا مجرد بذل المال في مقابله الفعل (١٢)، بخلاف الجعالة فإن غرضه (١٣) وقوع الطلاق بأن يقول: طلقها و على ألف، و لا مانع من صحته (١٤)، حتى لا يشترط في إجابتها (١٥) الفوريه و المقارنه لسؤاله، بخلاف الخلع (١٦)، و لو قلنا بصحته (١٧) من الأجنبي فهو خلع (١) البطلان البذل الموجب لبطلان الخلع فلم يبق إلا صيغه الطلاق، و هي قاضيه بكون الطلاق رجعياً، بخلاف ما لو صح الخلع فالطلاق بائن.

(٢) أى صحه بذل المتبرع من ماله بغير إذنها كما هو مفروض المسأله.

(٣) أى الخلع و ليس معاوضه.

(٤) أى الافتداء.

(٥) من المتبرع الأجنبي.

(٦) أى فعل الغير.

(٧) أى جعل الأجنبي مالا على أن يطلقها.

(٨) أى بذل الأجنبي مالا حتى يختلعها.

(٩) أى ما يصدر من الزوج من الفرقه.

(١٠) على الخلع.

(١١) أى أحكام الخلع المخصوصه، من وقوعه بائناً و أنه لازم من جهه الزوج، و أنه يصح الرجوع في البذل.

(١٢) الذى هو الطلاق.

(١٣) أى غرض الأجنبي من الجعالة.

(١٤) أى صحه الجعل من الأجنبي، لأن الجعالة على ما تقدم فى بابها أنها على كل عمل محلل يتعلق به غرض صحيح عقلائي، و الطلاق منه.

(١٥) أى إجابه الأجنبي عند الجعالة.

(١٤) فإنه مشروط بذلك على ما تقدم بيانه.

(١٧) أي بصحة البذل.

ص: ١٤٧

لفظا و حكما (١)، فلأجنبي أن يرجع في البذل ما دامت في العده فللزواج حينئذ (٢) أن يرجع في الطلاق و ليس للزوجه هنا (٣) رجوع في البذل، لأنها لا تملكه فلا معنى لرجوعها فيه.

و يحتمل عدم جواز الرجوع هنا مطلقا (٤) اقتصارا فيما خالف الأصل (٥) على موضع اليقين و هو (٦) رجوع الزوجه فيما بذلته خاصه.

و في معنى التبرع ما لو قال (٧): طلقها على ألف من مالها (٨) و علىٰ ضمانها، أو علىٰ عبدها (٩) هذا كذلك (١٠) فلا يقع الخلع (١١) و لا يضمن (١٢)، لأنه ضمان ما لم يجب و إن جاز ألق متاعك في البحر و علىٰ ضمانه، لمسيس الحاجه بحفظ النفس ثم دون هذا، و للإتفاق على ذلك (١٣) على خلاف الأصل (١٤) (١) أي فهو خلع لفظا و حكما كما لو بذلت الزوجه من مالها.

(٢) حين رجوع الأجنبي في البذل.

(٣) عند بذل الأجنبي.

(٤) لا للأجنبي الباذل و لا للزوجه.

(٥) إذا الأصل في المعاوضات اللزوم، و الخلع معاوضه.

(٦) أي موضع اليقين.

(٧) أي الأجنبي.

(٨) بغير إذنها، هذا و قد تقدم الفارق بين مسأله بذل الضامن و بذل الأجنبي، أن الضامن يبذل من ماله بإذنها و الأجنبي يبذل من ماله بغير إذنها.

و في المقام فلأجنبي يبذل من مالها بغير إذنها، فالمتبرع هنا يشابه الأجنبي من ناحيه التبرع، و يشابه الوكيل من ناحيه كون البذل من مالها.

(٩) بأن قال: طلقها على عبدها هذا.

(١٠) أي و علىٰ ضمانها.

(١١) لعدم كون البذل من مالها بإذنها، و قد ثبت سابقا صحه الخلع في هذا المورد فقط، فيبقى غيره على أصل المنع.

(١٢) أي الأجنبي المتبرع لأنه ضمان ما لم يجب فلا يصح، و صحته في بعض الموارد لدليل لا تقتضى صحته هنا مع فقدان الدليل.

(١٣) أَى عَلَى صِحَّةِ الضَّمَانِ فِي قَوْلِهِ: الْقِ مَتَاعَكَ فِي الْبَحْرِ وَ عَلَى ضَمَانِهِ.

(١٤) إِذِ الْأَصْلِ عَدَمِ جَوَازِ ضَمَانِ مَا لَمْ يَجِبِ.

ص: ١٤٨

فيقتصر عليه (١).

في ما لو تلف العوض قبل القبض

(و لو تلف العوض) المعين المبدول (٢) قبل القبض (٣) فعليها ضمانه (٤) مثلاً- أى بمثله إن كان مثلياً، (أو قيمه) إن كان قيمياً، سواء أتلفته باختيارها أم تلف بآفه من الله تعالى أم أتلفه أجنبي (٥)، لكن في الثالث (٦) يتخير الزوج بين الرجوع عليها و على الأجنبي (٧) و ترجع هي على الأجنبي لو رجع (٨) عليها إن أتلفه (٩) بغير إذنها، و لو عاب (١٠) فله أرشه، (و كذا تضمن) مثله أو قيمته (لو ظهر استحقاقه لغيرها (١١) و لا- يبطل الخلع، لأصالة الصحة، و المعاوضه هنا ليست حقيقه كما (١) على موضع الوفاق.

(٢) من قبل الزوجه.

(٣) أى قبل قبض الزوج.

(٤) لو تلف العوض المبدول قبل القبض لم يبطل الخلع بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأصالة الصحة في العقود.

نعم حكم ببطلان البيع إذا تلف العوض قبل القبض و هو لقيام، دليل خاص، مفقود في المقام، فيبقى غير البيع على أصل الصحة.

و مع تلف العوض المبدول من قبلها فعليها ضمانه بالمثل أو قيمه، لأن الزوج ما زال على استحقاقه للعوض المبدول، و مع تلف عينه يرجع إلى المثل أو قيمه، بلا خلاف فيه منا و لا إشكال.

و عن بعض العامه أنه ينتقل إلى مهر المثل عند تلف العوض المبدول و هو ضعيف جدا لعدم الدليل عليه، إذ الدليل على ضمان المثل أو قيمه عند تلف العين، لأنهما أقرب للتالف.

(٥) لأن العوض المبدول قبل القبض مضمون على الزوجه، لثبوت يدها عليه.

(٦) عند إتلاف الأجنبي للعوض المبدول.

(٧) تخيير الزوج بالرجوع على الزوجه أو الأجنبي لتعاقب أيديهما الضامنه على العوض، نعم يستقر الضمان على الأجنبي إن أتلفه عدواناً.

(٨) أى رجع الزوج.

(٩) أى أتلف الأجنبي العوض.

(١٠) أى عاب العوض المبدول من قبل الزوجه قبل قبض الزوج، لم يبطل الخلع و عليها أرشه لنفس الدليل السابق الوارد في التالف.

(١١) لو خالعتها على عين فبانت مستحقه للغير، فعن الشيخ في المبسوط و تبعه عليه جماعه أنه

ص: ١٤٩

فى البىع (١) فلا يؤثر بطلان العوض المعين فى بطلانه (٢)، بل ىنجر (٣) بضمائها المثل، أو القىمه.

و ىشكل (٤) مع علمه (٥) باستحقاقه حاله الخلع، لقدومه على معاوضه فاسده (٦) إن لم ىتبعه بالطلاق، و مطلقا (٧) من حىث (٨) إن العوض لازم لماهىته (٩) و بطلان اللازم ىستلزم بطلان الملزوم (١٠).

و المتجه البطلان مطلقا (١١) ىبطل الخلع، لأن الخلع معاوضه، و هى تبطل ببطلان أحد العوضىن كالبىع و غيره.

و عن المحقق فى الشرائع و جماعه عدم بطلان الخلع، لأصالة الصحه فى العقود، و لأن الخلع لىس معاوضه حقىقه، إذ المعاوضه الحقىقه ما كان المقصود الأصلى فىها العوض، فإذا ظهر استحقاق أحد العوضىن لم ىحصل ما هو المقصود منهما فىحكم بالبطلان.

بخلاف الخلع الذى هو فى الأصل طلاق و فكّ قىد النكاح إلا أنه مشتمل على ثبوت معاوضه، فلا ىلزم من بطلان العوض بطلان أصل العقد، بل ىنجر أصل العقد عند بطلان العوض بضمأن المثل أو القىمه.

ثم الحكم بالصحه على تقدير كون الزوج جاهلا باستحقاق العوض، أما لو كان عالما فىبطل الخلع، لأنه لم ىقصد عقدا صحىحا بخلاف ما إذا جهل.

(١) تمثىل للمنفى من المعاوضه الحقىقه التى ىكون المقصود الأصلى فىها هو العوضان.

(٢) أى بطلان الخلع.

(٣) أى الخلع.

(٤) أى الحكم بصحه الخلع.

(٥) أى علم الزوج.

(٦) فلم ىقصد المعاوضه الصحىحه حتى ىقع الخلع صحىحا.

(٧) أى مع جهله أيضا مشكل.

(٨) شروع فى عرض دلىل الشىخ القائل ببطلان الخلع لو ظهر العوض مستحقا.

(٩) أى ماهىه الخلع، لأن الخلع معاوضه فلا محاله ىبطل إذا بطل العوض.

(١٠) و فىه أن لازم ماهىه الخلع هو العوض المطلق لا- العوض الخاص، فلا- ىلزم من بطلان العوض الخاص بطلان الخلع لقيام المثل أو القىمه مقامه، هذا كله إذا كان الخلع معاوضه حقىقه، و أما إذا كان مشتملا على المعاوضه فعدم بطلان الخلع و إن بطل العوض أظهر.

(١١) سواء كان الزوج عالماً باستحقاق العوض أم جاهلاً.

ص: ١٥٠

إن لم يتبعه بالطلاق، وإلا (١) وقع رجعيًا.

فى أنه يصح البذل من الأمه بإذن المولى

(و يصح البذل من الأمه (٢) بإذن المولى) فإن أذن فى عين من أعيان ماله تعينت (٣)، فإن زادت عنها (٤) شيئًا من ماله وقف (٥) على إجازته فإن رد (٦) بطل فيه (٧) (١) فإن اتبعه بالطلاق فيقع الطلاق رجعيًا، لبطلان البذل و الخلع فلم يبق إلا صفه الطلاق القاضيه بكونه رجعيًا فى قبال ما لو قلنا أن الخلع صحيح فإن الطلاق يقع بائنا.

(٢) يصح البذل من الأمه بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، و لكن هذا البذل إما أن يكون بإذن المولى أو لا.

و على الأول فإذا كان بإذنه فإما أن يبين العوض المبذول أو يطلق، فإن بينه فلا يخلو إما أن يكون العوض المبيّن عينا أو دينًا، فإن كان عينا من أعيان ماله فيصح البذل و الخلع و يملك الزوج تلك العين.

و إن كان العوض المبيّن دينًا تعلق الدين فى ذمه المولى لا فى كسبها إن كانت ذات كسب، و لا فى خصوص ما فى يدها من مال السيد، كما حرّر فى كتاب النكاح فى مهر العبد فى النكاح المأذون فيه و سيأتى تفصيله فى كتاب العتق.

و إن لم يبيّنه انصرف إلى الافتداء بمهر المثل لها كانصراف الأمر بالشراء إلى قيمه المثل بلا خلاف فى ذلك كله.

ثم على هذه التقادير التى يكون البذل مأذونا فيه من قبل المولى فلو زادت الأمه على البذل المأذون، قيل: يصح الخلع و تكون الزيادة لازمه لذمتها تتبع بها بعد العتق و اليسار، و أما مقدار المأذون فيه فعلى المولى للاذن، و هذا القول لم يعرف قائله، نعم ذهب إليه الشارح هنا كما سيأتى.

و عن المحقق فى الشرائع و جماعه أنه يصح الخلع و يكون الجميع فى ذمتها، لأن الاذن ظاهر فى كون المأذون هو تمام العوض، فلو كان بعضه فلا إذن فيه و تلزم بالجميع بعد العتق و اليسار.

و أما إذا لم يأذن المولى بالبذل فسيأتى الكلام فيه عند تعرض الشارح.

(٣) أى العين.

(٤) أى زادت الأمه عن العين شيئًا من مال المولى.

(٥) أى وقف الزائد على إجازته المولى.

(٦) أى رد المولى البذل فى الزائد.

(٧) أى بطل البذل فى الزائد.

و فى صحه الخلع (١)، و يلزمها (٢) مثله أو قيمته تتبّع به بعد العتق، أو بطلانه (٣) الوجهان (٤)، و كذا (٥) لو بذلت شيئاً من ماله (٦) و لم يجزه، و لو أجاز فكالإذن المبتدأ (٧).

و إن أذن (٨) فى بذلها فى الذمه (٩)، أو من ماله من غير تعيين (١٠) (فإن عين قدرا) تعين و كان الحكم مع تخطيه (١١) ما سبق (١٢)، (و إلا) يعين قدرا (انصرف) إطلاق الإذن (إلى) بذل (مهر المثل) كما ينصرف الإذن فى البيع إلى ثمن المثل نظراً إلى أنه (١٣) فى معنى المعاوضه و إن لم تكن حقيقه، و مهر المثل عوض البضع فيحمل الإطلاق عليه (١٤) (١) خبر مقدم، و هذا على تقدير بطلان البذل فى الزائد.

(٢) أى يلزم الأمه مثل الزائد أو قيمته.

(٣) أى بطلان الخلع.

(٤) أى الوجهان السابقان فيما لو ظهر العوض مستحقاً، فإن قلنا: إن الخلع معاوضه حقيقه كما عليه الشيخ فيبطل الخلع عند بطلان البذل فى الزائد، و إن قلنا إن الخلع طلاق إلا أنه مشتمل على معاوضه فإذا بطل البذل فى الزائد فلا يبطل أصل العقد إلا أنه منجبر بمثل الزائد أو قيمته يتبع به ذمتها بعد العتق و اليسار.

(٥) أى الوجهان المذكوران من صحه الخلع و بطلانه المبنيان على كون المخلع معاوضه حقيقه أو أنه مشتمل على المعاوضه.

(٦) أى مال المولى.

(٧) فالإجازة هى إذن بعد العقد كما أن الاذن إجازة قبل العقد، و لو أجازه فيصح الخلع بلا إشكال و لا خلاف، و يتعين البذل من مال المولى حينئذ.

(٨) جملة شرطيه و جوابها كلام المصنف الآتى: فإن عين قدرا، و ليست وصلية كما فسرها البعض كما هو واضح.

(٩) أى ذمه المولى، بحيث كان العوض المأذون فيه مبيناً من قبل المولى و كان ديناً.

(١٠) أى تعيين خصوص عين من أعيانه.

(١١) أى تخطى القدر المعين المأذون فيه.

(١٢) من توقف الزائد على إجازته، و إن رد بطل فيه، و مع البطلان ففى صحه الخلع أو بطلانه فالوجهان السابقان.

(١٣) أى الخلع.

(١٤) على مهر المثل.

(و لو لم يأذن) لها في البذل مطلقا (١) (صح) الخلع في ذمتها (٢) دون كسبها (٣) (و تبعت به بعد العتق (٤) كما لو عاملها (٥) بإقراض و غيره (٦)، و لا إشكال (٧) هنا (٨) و إن علم (٩) بالحال، لأن العوض صحيح متعلق بذمتها و إن امتنع قبضه حالا خصوصا مع علمه بالحكم (١٠) لقدمه (١١) عليه، و ثبوت (١٢) العوض في الجملة (١٣)، بخلاف بذل العين (١٤) (١) بوجه من الوجوه السابقه فلم يأذن في البذل لا في عين أمواله و لا في ذمته، هذا و إذا بذلت من غير إذنه فلا يخلو إما أن تبذل عينا من أمواله أو أن تبذل دينا.

فإن بذلت عينا من أموال السيد فالخلع على عين مال مستحقه للغير فيأتي فيها الوجهان السابقان، من بطلان الخلع لأنه معاوضه حقيقه، تبطل ببطلان العوض كما عليه الشيخ، و من أن الخلع طلاق مشتمل على معاوضه، فلا يبطل أصل العقد إذا ظهر بطلان العوض إلا أنه منجبر بضمان الزوجه لمثله أو قيمته كما عليه المحقق و جماعه، غايته هنا يتبع بالمثل أو القيمه للأمه بعد عتقها و يسارها.

و إن بذلت دينا و لم يأذن المولى فيصح الخلع و تتبع بالبذل بعد عتقها و يسارها.

(٢) سواء كان المبدول عينا أو دينا، أما إذا كان دينا فلا خلاف، و أما إذا كان عينا فعلى قول المحقق و جماعه و هو القول المنصور.

(٣) لأن كسبها مال للمولى، و لا يصح ثبوت البذل في ماله مع عدم إجازته.

(٤) و اليسار أيضا.

(٥) أى الزوج و كانت المعامله بغير إذن المولى.

(٦) الإقراض هو الدين، و غيره كالهبه المشروطه بعوض و البيع و الإجاره و نحوهما.

(٧) أى لا إشكال في صحه الخلع.

(٨) عند بذل الأمه دينا بغير إذن المولى.

(٩) أى الزوج.

(١٠) أى خصوصا مع علم الزوج بكون العوض بعد عتقها و يسارها.

(١١) أى قدوم الزوج على العوض بعد العتق و اليسار، و هو تعليل لصحه الخلع مع علم الزوج بالحال و الحكم.

(١٢) عطف على قوله (لقدمه عليه).

(١٣) أى و إن كان العوض بعد العتق و اليسار.

(١٤) أى بذل عين من أعيان أموال السيد مع عدم إذنه، فيصح الخلع مع جهل الزوج بالحال، أما مع علمه بالحال فيشكل الحكم بالصحة لقدمه على معاوضه فاسده، فلم يقصد

ص: ١٥٣

حيث لا يصح (١)، لخلو الخلع عن العوض (٢)، و لو بذلت (٣) مع الإطلاق (٤) أزيد من مهر المثل فالزائد كالمبتدأ بغير إذن (٥).

و المكاتبه المشروطه كالقنّ (٦) فيتعلق البذل بما فى يدها (٧) مع الإذن و بذمتها (٨) مع عدمه (٩) إن كان مطلقا (١٠)، و إن كان (١١) معيناً و لم يجز المولى بطل (١٢)، و فى صحه الخلع (١٣)، المعاوضه الصحيحه حتى يقع الخلع صحيحاً، بل يشكل الحكم بصحه الخلع حتى لو كان جاهلاً بالحال على ما تقدم تحريره فى مسأله ما لو ظهر العوض مستحقاً للغير.

(١) أى لا يصح الخلع.

(٢) و هو مبنى على كون الخلع معاوضه حقيقيه، و لازمه بطلان الخلع لو لم يأذن المولى فى بذلها لعين من أمواله، لأنه مع عدم الإذن يبطل العوض، و مع بطلان العوض يبطل الخلع لأنه معاوضه حقيقيه.

(٣) أى الأمه.

(٤) أى إطلاق الإذن من قبل المولى و عدم تعيين البذل فى قدر مخصوص.

(٥) بحيث تتبع به بعد العتق و اليسار، و لازمه أن المأذون فيه هو من مال المولى، و قد عرفت أنه قول لم يعرف قائله، و عرفت أن قول المحقق و جماعه أنه تتبع بالجميع بعد العتق و اليسار فراجع.

(٦) القن هو المتمحض فى الرقيه و ما تقدم كان فى القن، و المشروطه بحكمها، لأن المشروطه لا تخلص من محض الرق إلا بأداء جميع المال، فهى قبله بحكم القن.

و أما المكاتبه المطلقه التى تتحرر بمقدار ما تدفع لسيدها، و قد أطلق الشيخ و المحقق و جماعه أن بذلها صحيح من غير اعتراض المولى عليها و استشكل فيه الشارح هنا و فى المسالك على ما سيأتى بيانه.

(٧) من مال السيد لانصراف الإذن إلى ذلك كما هو واضح.

(٨) أى و يتعلق البذل بذمتها، و تتبع به بعد العتق و اليسار كالقن.

(٩) أى عدم الإذن.

(١٠) أى كان البذل من الأمه غير معين فى عين مخصوصه.

(١١) أى البذل من الأمه.

(١٢) أى بطل الخلع بناء على أنه معاوضه حقيقيه، فهى تبطل ببطلان أحد العوضين كما هو قول الشيخ.

(١٣) بناء على أنه طلاق مشتمل على معاوضه، فبطلان العوض لا يلزم منه بطلان أصل

و لزوم المثل، أو قيمه تتبع به (١) الوجهان (٢) و أما المكاتبه (المطلقه فلا اعتراض عليها (٣) للمولى مطلقا (٤) هكذا أطلق الأصحاب تبعا للشيخ رحمه الله.

و فى الفرق (٥) نظر لما اتفقوا عليه فى باب الكتابه من أن المكاتب مطلقا (٦) ممنوع من التصرف المنافى للاكتساب و مسوَّغ فيه (٧) من غير فرق بينهما (٨)، فالفديه (٩) إن كانت غير اكتساب كما هو الظاهر، لأن (١٠) العائد إليها (١١) البضع و هو (١٢) غير مالى (١٣) لم يصح (١٤) فيهما (١٥)، و إن اعتبر كونه (١٦) معاوضه و أنه (١٧) كالمال من وجه (١٨) و جب الحكم بالصحه (١٩) العقد، بل ينجبر بالمثل أو قيمه، و تتبع به بعد العتق و اليسار، كما هو قول المحقق و جماعه.

(١) أى تتبع الأمه بالمثل أو قيمه بعد العتق و اليسار.

(٢) أى الوجهان السابقان فى استحقاق العوض للغير.

(٣) أى لا اعتراض للمولى عليها فيما بذلت.

(٤) سواء كان بذلها عينا أو دينا فى ذمتها، و سواء كان المبذول يساوى مهر المثل أم أزيد.

(٥) بين المكاتبه المطلقه و المشروطه، بحيث لا اعتراض للمولى على الأولى دون الثانيه.

(٦) سواء كان مطلقا أم مشروطا.

(٧) عطف على قوله (ممنوع) أى و المكاتب مطلقا مسوَّغ له فى الاكتساب.

(٨) بين المطلق و المشروط.

(٩) أى بذل المال فى قبال البضع.

(١٠) تعليل لعدم كون الفديه اكتسابا.

(١١) إلى الأمه عند بذل المال.

(١٢) أى البضع.

(١٣) فلا يكون أخذه اكتسابا.

(١٤) أى البذل.

(١٥) فى المطلقه و المشروطه.

(١٦) أى كون بذل المال فى قبال البضع.

(١٧) أى البضع.

(١٨) لأنها تستطيع أن تتزوج بأخر بمهر أزيد مما افتدت به.

(١٩) أى بصره البذل و لا اعتراض للمولى.

ص: ١٥٥

فيهما (١)، و الأصحاب لم ينقلوا في ذلك (٢) خلافا. لكن الشيخ رحمه الله في المبسوط حكى في المسألة أقوالا. الصحة مطلقا (٣). و المنع مطلقا (٤). و اختار التفصيل (٥) و جعله (٦) الموافق لأصولنا و تبعه الجماعة.

و الظاهر أن الأقوال التي نقلها للعامه كما هي عادته. فإن لم تكن المسألة إجماعيه فالمتجه عدم الصحة فيهما (٧) إلا بإذن المولى.

في أنه لا يصح الخلع إلا مع كراهتها

(و لا يصح الخلع إلا مع كراهتها) له (٨) (١) في المطلقة و المشروطه.

(٢) في التفريق بين المطلقة و المشروطه، و أن المولى لا اعتراض له على الأولى دون الثانيه.

(٣) في المشروطه و المطلقة.

(٤) في المشروطه و المطلقة.

(٥) بين المطلقة و المشروطه و للمولى اعتراض الثانيه دون الأولى.

(٦) أى جعل الشيخ التفصيل.

(٧) في المطلقة و المشروطه.

(٨) شروع في الشرائط، و هي تارة تتعلق بالخالع و أخرى بالمختلعه و ثالثه تكون خارجه عنهما.

فأما شرائط الخالع فيعتبر فيه شروط أربعة، و هي البلوغ و العقل و الاختيار و القصد بلا خلاف فيه و لا إشكال، سواء قلنا أنه طلاق أو فسخ، فلا يصح خلع الصبى و المجنون لأنهما مسلوبا العبارة، و لا يصح خلع المكره، على ما تقدم في كتاب الطلاق، و لا يصح خلع من غير قصد كالواقع في حال السكر و الغضب الراجع للقصد، لأن الخلع معاوضه، و مع عدم القصد إليه لا يتحقق المنشأ منه على ما تقدم في كتاب الطلاق أيضا.

و أما شرائط المختلعه فيعتبر فيها مع الدخول الطهر الذى لم يجامعها فيه مع حضوره و أن تكون غير يائسه و إلا فمع عدم الدخول أو اليأس فلا يشترط طهرها و كذا لا يشترط طهرها في الحمل على ما تقدم بيانه في الطلاق.

و يشترط فيها اختصاصها بالكراهيه له خاصه بلا- خلاف فيه للأخبار الآتى بعضها، و إنما الكلام في مطلق الكراهه كما عليه المحقق و غيره من المتأخرين، أو لا- بد من إسماعها معانى الأقوال الداله على كراهتها و المنصوص عليها في الأخبار كما عن الشيخ و مشهور المتقدمين لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: لا يحلّ خلعها حتى تقول

(فلو طلقها (١) لزوجها: والله لا- أبرّ لك قسما، ولا- أطيع لك أمرا، ولا- أغتسل لك من جنبه، ولأوطين فراشك، ولاذنن عليك بغير إذنك، وقد كان الناس يرخصون فيما دون هذا، فإذا قالت المرأة ذلك لزوجها حلّ له ما أخذ منها(١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (المختلعه التي تقول لزوجها: اخلعني وأنا أعطيك ما أخذت منك، فقال: لا يحلّ له أن يأخذ منها شيئا حتى تقول: والله لا أبرّ لك قسما ولا أطيع لك أمرا، ولاذنن في بيتك بغير إذنك، فإذا فعلت ذلك من غير أن يعلمها حلّ له ما أخذ منها)٢، وخبر سماعه بن مهران (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لا يجوز للرجل أن يأخذ من المختلعه حتى تتكلم بهذا الكلام كله، فقال: إذا قالت: لا أطيع الله فيك حلّ له أن يأخذ منها ما وجد)٢، و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (قال: إذا قالت المرأة لزوجها جملة: لا أطيع لك، مفسرا و غير مفسر، حلّ له ما أخذ منها، وليس له عليها رجعه)٤، و مثلها غيرها.

و هذه الأخبار مختلفه في ما تقوله المرأة و لم تتفق على صيغه واحده، و هذا كاشف عن أن المدار على الكراهيه و ليس على النطق بهذه الأقوال، نعم لما كانت الكراهيه لا تعلم غالبا إلا بالقول لذا صرحت الأخبار بلا بديه التلفظ، و مما يؤيد أن المدار على المدلول من الكراهه، و لا- خصوصيه للدال المنصوص قوله تعالى: فَمِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٢)، و من الواضح أنها مع كراهتها له يخاف ألا تقيم حدود الله، بالإضافة إلى أن سبب النزول هي جميله زوجه ثابت بن قيس فقد (أتت النبي صلى الله عليه وآله وسلم و أظهرت الكراهه منه فنزلت الآية، و كان قد أصدقها حديقه، فقال ثابت: يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ترد الحديقه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ما تقولين؟ قالت: و أزيده، فقال: لا، حديقه فقط، فاختلعت منه(٣) و هي ظاهره في كفايه الكراهه فقط، فالأقوى ما عليه مشهور المتأخرين.

و أما الشروط التي تكون خارجه عن الخالع و المختلعه فهي حضور شاهدين عدلين، و عدم تعليق العقد على شرط على ما تقدم بيانه و دليله في كتاب الطلاق، هذا و الشهيذان هنا لم يذكر إلا كراهيه المرأة للزوج خاصه.

(١) أي خالعهها و كانت الصيغه مشتمله على صيغه الطلاق.

ص: ١٥٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الخلع حديث ٣ و ٤ و ٢ و ١.

٢- (٥) سورة البقره، الآية: ٢٢٩.

٣- (٦) سنن البيهقي ج ٧ ص ٣١٣.

و الأخلاق ملتئمه (١) (و لم تكره بطل البذل و وقع الطلاق رجعيا (٢) من حيث البذل، و قد يكون بائنا من جهة أخرى ككونها غير مدخول بها، أو كون الطلقه ثالثه (و لو أكرهها على الفديه فعل حراما (٣) للاكراه بغير حق (و لم يملكها (٤) بالبذل) لبطلان تصرف المكره إلا ما استثني (٥) (و طلاقها رجعي) من هذه الجبهه لبطلان الفديه، فلا ينافى كونه بائنا من جهة أخرى إن اتفقت (٦).

(١) أى لا- كراهه بينهما لم يصح الخلع و لا- يملك الفديه بلا- خلاف و لا إشكال لما تقدم من النصوص الداله على اعتبار كراهيتها له.

(٢) إذا بطل البذل لكونها غير كارهه له، أو كانت مكرهه على البذل، أو بذلت ما لا يملكه المسلم كالخمر و الخنزير فيبطل الخلع لاشتراطه بالبذل كما هو واضح بلا خلاف فيه.

و إنما الكلام فى أنه هل يقع طلاقا رجعيا إن كان المورد مما له الرجعه فيه و إلا يقع بائنا، أو أنه لا يقع طلاق أبدا على أقوال ثلاثه:

الأول: أنه يقع الطلاق رجعيا أو بائنا على اختلاف مورده سواء كان الخلع بصيغته من دون اتباعه بالطلاق أو مع اتباعه به، و إليه ذهب صاحب الجواهر، لأن الخلع بنفسه طلاق، و إن كان مورده خاصا، فتاره يصح و أخرى يبطل لفقد شرط من شروطه، و لكنه لا- يبطل أصل الطلاق الحاصل به، كما يؤمى إليه ما دلّ من الأخبار على صيروره الطلاق رجعيا لو رجعت بالبذل على ما سيأتى بيانه.

الثانى: بطلان الطلاق رجعيا أو بائنا، لأن المقصود و هو الخلع غير واقع، و الواقع و هو الطلاق غير مقصود، فما قصد لم يقع، و الواقع المتنازع فيه من الطلاق غير مقصود فكيف يقع؟ و إليه ذهب البحرانى فى حدائقه.

الثالث: التفصيل بين إتباع الخلع بالطلاق فلو بطل الخلع فيقع الطلاق رجعيا أو بائنا، و بين عدم إتباعه بالطلاق فإذا بطل الخلع لا يقع طلاق فى البين و إليه ذهب المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك، لأنه مع الاقتصار على الخلع لا يتحقق طلاق إذا فسد الخلع، و مع إتباعه بالطلاق فلو بطل الخلع فتبقى صيغه الطلاق القاضيه بوقوعه إما رجعيا و إما بائنا بحسب مورده.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال، ضروره كون الإكراه بغير حق ظلما، و الظلم محرم.

(٤) أى الفديه.

(٥) كالمماطل.

(٦) أى الجبهه الأخرى ككونها غير مدخول بها أو كون الطلقه ثالثه.

(نعم (١) (١) أصل المسألة هو: إذا أتت بالفاحشه جاز عضلها لتفدى نفسها، لقوله تعالى: **وَ لَا تَعْضُوهُنَّ لِيَذْهَبْنَ لِيَذْهَبُوا بِيَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ (١)**.

و قضيه الاستثناء جواز الفصل مع إتيانهن بالفاحشه، هذا و أصل العضل هنا مضاره الزوجه و التضيق عليها بسوء العشره لتضطر إلى الافتداء منه بمالها، لأن العضل لغه هو التضيق و المنع.

و اختلف فى معنى الفاحشه فقيل هى الزنا كما عن الحسن و أبى قلابه و السدى، و قيل:

هى المعصيه كما فى التبيان و مجمع البيان و أحكام القرآن للراوندى، و قد اختاره الطبرى و نسب إلى أنه المروى عن أبى جعفر عليه السلام كما فى مجمع البيان و قيل كما فى المسالك:

كل ما يوجب الحد مطلقا، و لم يعرف قائله، و قيل: هى النشوز و نسب إلى ابن عباس على ما فى مجمع البيان، و من هذه الأقوال تعرف ضعف ما فى المسالك حيث قال:

(فقيل هو الزنا، و قيل ما يوجب الحد مطلقا، و قيل كل معصيه، و كون الحكم على خلاف الأصل ينبغى معه الاقتصار على محل الوفاق، و هو الأول، لأنه ثابت على جميع الأقوال) انتهى.

و وجه الضعف أن الزنا غير ثابت على القول الرابع المنسوب لابن عباس من أنها النشوز.

و أيضا وقع الخلاف بينهم فى أن الآيه منسوخه أو لا، فقيل: إنها منسوخه بآيه الحد و هى قوله تعالى: **الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ (٢)** فقد كان للرجل قبل نزول آيه الحد أن يعضل الزانيه لتفدى نفسها فلما نزلت آيه الحد حرم أخذ المال بالإكراه.

و هذا القول ليس لواحد منا، بل هو لبعض العامه كما اعترف به فى المسالك و كشف اللثام حيث قال الشارح فى المسالك: (و اعلم أن القول الذى حكاه المصنف من كون الآيه منسوخه تبع فيه الشيخ فى المبسوط، و هو قول بعض العامه، و أما أصحابنا فلا يعرف ذلك لهم، و لم ينقله أحد من الأصحاب عنهم، و لكن الشيخ يحكى فى المبسوط أقوالهم و يختار منها ما يرجح عنده، و قد نقل القول بكونها منسوخه بقوله و قيل، و هو ضعيف المستند) انتهى، و ضعف أنها منسوخه لعدم التنافى بينها و بين آيه الحد، لجواز عضلها لتفدى نفسها مع إقامة الحد عليها، على أن الأصل عدم النسخ عند الشك فيه.

ص: ١٥٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ١٩.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٢.

(لو أتت بفاحشه مبيته (١) و هي الزنا.

و قيل: ما يوجب الحد مطلقا (٢).

و قيل: كل معصيه (٣) (جاز عضلها) و هو منعها بعض حقوقها أو جميعها من غير أن يفارقها (لتفتدى نفسها) لقوله تعالى: وَ لَا تَعْضُوْهُنَّ لِتَذَهَبُوْا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبِيْنَةٍ (٤) و الاستثناء من النهى إباحه، و لأنها إذا زنت لم يؤمن أن تلحق به ولدا من غيره و تفسد فراشه، فلا تقيم حدود الله تعالى في حقه فتدخل في قوله تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيْمَا حُدُوْدَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ (٥).

و قيل (٦): لا يصح ذلك (٧) و لا يستيح (٨) المبدول مع العضل، لأنه (٩) في معنى الإ-كراه، و لقوله تعالى: فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوْهُ هَيْئًا مَّرِيْتًا (١٠). و المشروط (١١) عدم عند عدم شرطه (١٢).

و قيل: إن الآية الأولى منسوخه بآيه الحد و لم يثبت (١٣)، إذ لا منافاه بينهما (١٤) (١) أى ظاهره.

(٢) و إن لم يكن زنا.

(٣) حتى ما لا حد فيه.

(٤) سورة النساء، الآية: ١٩.

(٥) سورة البقره، الآية: ٢٢٩، و يصح حينئذ خلعه على ما بذلت.

(٦) لم يعرف القائل به منا.

(٧) أى عضلها حتى تبذل لتفدى نفسها.

(٨) أى الزوج.

(٩) أى العضل.

(١٠) سورة النساء، الآية: ٤.

(١١) من الأكل الهنىء المرىء.

(١٢) من عدم طيبه النفس به بسبب العضل.

(١٣) أى النسخ.

(١٤) بين الآيتين، لعدم المنافاه بين جواز عضلها لتفدى نفسها و إقامه الحد.

ص: ١٦٠

و الأصل عدم النسخ، و على الأول (١) هل يتقيد جواز العضل ببذل ما وصل إليها منه من مهر، و غيره فلا يجوز الزيادة عليه (٢) أم لا يتقيد (٣) إلا برضاه (٤)، اختار المصنف الأول (٥) حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لجميله (١) من جواز العضل.

(٢) على الواصل كما عليه الشهيد فى بعض تحقیقاته حذرا من الضرر العظيم، و استنادا إلى النبوی (أن جميله زوجته ثابت بن قيس أتت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ و أظهرت الكراهه منه فنزلت الآية - آيه العضل - و كان قد أصدقها حديقه، فقال ثابت: يا رسول الله ترد الحديقه؟ فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: ما تقولين؟ قالت: و أزيدة، فقال: لا، حديقه فقط، فاختلفت منه) (١)، و فى بعض ألفاظ الخبر كما فى المسالك: (أما الزيادة فلا، و لكن حديقه).

و الخبر ظاهر فى عدم جواز الزيادة على الواصل إليها منه.

و عن الأكثر جواز الزيادة لإطلاق الاستثناء فى قوله تعالى: **وَ لَا تَعْضُوهُنَّ لِتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ** (٢)، و لعدّ الأصحاب هذا خلعا، و البذل فيه غير متقيد بقدر مخصوص.

و فى الاستدلال الجانبين نظر، أما استدلال الشهيد ففيه أن بذل الزائد لو كان ضررا لجرى مثله فى الخلع، و لوجب عدم بذل الزائد فيه حينئذ مع أن بذل الزائد فى الخلع جائز بالاتفاق، و أما الخبر فلا دلالة فيه على موضع النزاع لأن المرأه المذكوره ليست من هذا الباب، أعنى التى يجوز عضلها لفاحشتها، بل زوجته جميل كانت كارهه له على أصل قاعده الخلع و هو مرید لها هذا من جهه و من جهه أخرى فتقييد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ البذل بالحديقه لكون الزوج طلبها، و إلا- لجازت الزيادة بالاتفاق.

و أما استدلال الأكثر فالآيه غير مطلقه لأن المستثنى منه فيها مقيد ببعض ما أعطاها، و الاستثناء تابع له كما هو الواضح و إطلاق الخلع على موردنا من العضل أول الكلام، لأن الخلع مشروط بكرهتها له و قد لا تكون كارهه. فالأولى الاستدلال على جواز بذل الزائد بأصالة عدم الاشتراط.

(٣) أى لا يتقيد جواز العضل بقدر مخصوص.

(٤) أى رضا الزوج كما عليه الأكثر.

(٥) و هو التقييد.

ص: ١٦١

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣١٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ١٩.

بنت عبد الله بن أبي لما كرهت زوجها ثابت بن قيس و قال لها: أتردين عليه حديقته قالت: نعم و أزيدة، لا حديقته (١) فقط.

و وجه الثانى (٢) إطلاق الاستثناء (٣) الشامل للزائد، و عدّ الأصحاب مثل هذا خلعا (٤)، و هو (٥) غير مقيد (٦).

و فيه (٧) نظر، لأن المستثنى منه (٨) إذهب بعض ما أعطاهما فالمستثنى هو ذلك البعض فيبقى المساوى (٩) و الزائد على أصل المنع، فإن خرج المساوى بدليل آخر (١٠) (١) هذا مقول قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ الذى أشار إليه بقوله: و استنادا إلى قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، هذا و الخبر كما رواه صاحب الغوالى (أن جميله بنت عبد الله بن أبي كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس، فكانت تبغضه و يحبها، فأنت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فقالت: يا رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، لا أنا و لا ثابت، لا يجمع رأسى و رأسه شىء، و الله ما أعيب عليه فى دين و لا خلق، و لكنى أكره الكفر فى الإسلام، ما أطيقه بغضا، إن رفعت جانب الخباء فرأيتة و قد أقبل فى عده، فإذا هو أشدهم سوادا و أقصرهم قامه، و أقبحهم وجهها، فنزلت آيه الخلع، و كان قد أصدقها حديقته، فقال ثابت: يا رسول الله، فلتردّ علىّ الحديقته، قال: فما تقولين؟ قالت: نعم و أزيدة، قال: لا الحديقته فقط، فقال لثابت: خذ منها ما أعطيتها و خلّ عن سبيلها، فاختلعت منه بها، و هو أول خلع وقع فى الإسلام) (١).

(٢) أى القول الثانى من عدم تقييد جواز العضل بما وصل إليها منه.

(٣) أى الاستثناء الوارد فى الآيه و هو قوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُّبَيَّنَةٍ (٢).

(٤) بل هو صريح خبر الغوالى المتقدم.

(٥) أى الخلع.

(٦) أى غير مقيد بعدم الزيادة، بخلاف المبارأه فإنها مقيدة بعدم الزيادة.

(٧) أى فى الوجه الثانى.

(٨) أى المستثنى منه فى الآيه المتقدمه.

(٩) أى المساوى لما أعطاهما الزوج.

(١٠) و فيه: إنه إذا ثبت أصل المنع فلا دليل لخروج المساوى.

ص: ١٦٢

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الخلع حديث ٣.

٢- (٢) سورة النساء، الآيه: ١٩.

بقي الزائد، و إطلاق الخلع عليه (١) محل نظر، لأنها (٢) ليست كارهه، أو الكراهه غير مختصه بها (٣) بحسب الظاهر، و ذكرها (٤) في باب الخلع لا يدل على كونها منه (٥).

إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج

(و إذا تم الخلع فلا رجعه للزوج (٦) قبل رجوعها في البذل (و للزوجه) (١) على مثل هذا الطلاق الذي عضلها في البذل فيه.

(٢) أي الزوجه التي أتت بفاحشه ليست كارهه قبل العضل.

(٣) لأن ظاهر الفصل ثبوت الكراهه للزوج أيضا مع المرأه فتكون من المباره.

(٤) أي ذكر مسأله عضل الزوجه التي أتت بفاحشه.

(٥) أي من الخلع، هذا و كان على الشارح أن يذكر النظر في القول الأول كما فعل في المسالك، و قد تقدم وجه ضعفه فلا نعيد.

(٦) لا خلاف و لا إشكال أنه إذا صح الخلع فلا رجعه له للأخبار

منها: صحيح ابن بزيع (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن المرأه تبارى زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع، هل تبين منه بذلك؟ أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق؟ فقال عليه السّلام: تبين منه، و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت) (١)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (و لا رجعه للزوج على المختلعه و لا على المباره إلا أن يبدو للمرأه فيردّ عليها ما أخذ منها) (٢)، و موثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السّلام (المختلعه إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعن في بضعك) (٣).

و منها يعرف أنها إذا رجعت في البذل يرجع إليها إن شاء بلا خلاف فيه أيضا. و إنما الكلام في موارد

الأول: هل يعتبر في رجوعها اتفاقهما على ذلك فلو لم يرض الزوج برجوعها في البذل فلا يجوز لها الرجوع كما عن ابن حمزه و الشارح في المسالك و نفى عنه البأس في المختلف و استدلل له بأن الخلع عقد معاوضه فيعتبر في فسخه رضاهما، أو لا يعتبر رضاهما في جواز رجوعها في البذل بل يجوز رجوعها في البذل و إن لم يرض الزوج كما هو المشهور لإطلاق النصوص، بل لصريح صحيح ابن بزيع المتقدم (و إن شاءت أن يردّ إليها ما أخذ منها و تكون امرأته فعلت)، و هو ظاهر في كفايه رضاها فقط.

المورد الثاني: هل يعتبر في صحه رجوعها فيما بذلت إمكان رجوعه في الطلاق، بحيث

ص: ١٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٩.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٣.

(الرجوع فى البذل ما دامت فى العده) إن كانت ذات عده، فلو خرجت عدتها، أو لم يكن لها عده كغير المدخول بها، و الصغیره، و اليائسه فلا رجوع لها مطلقا (١) (فإذا رجعت) هى حيث يجوز لها الرجوع صار الطلاق رجعيا يترتب عليه أحكامه (٢) من النفقه، و تحريم الأخت (٣) و الرابعه (٤) (و رجع هو إن شاء) ما دامت العده باقيه و لم يمنع من رجوعه مانع كما (٥) لو تزوج بأختها، أو رابعه قبل رجوعها (٦) لو كان الطلاق بائنا و لها عده، كالطلاق الثالث فهو بائن و لها عده لأنه مدخول بها غير يائس فلا يجوز لها الرجوع فى البذل لأنه لا يمكن للزوج أن يرجع هنا، لأن الطلاق بائن على كل حال بحسب مورد، و هذا هو المشهور بين الأصحاب.

و ذهب المحقق فى الشرائع و العلامه فى التبصره و جماعه إلى عدم اعتبار ذلك تمسكا بإطلاق الأخبار، و استدلل للمشهور بصحيح ابن بزيع و موثق أبى العباس المتقدمين، الدالين على التلازم بين جواز رجوعها و جواز رجوعه، و لا أقل من أن التلازم هو مفاد النصوص فقط، فيبقى جواز رجوعها فى مورد عدم جواز رجوعه على أصاله عدم الجواز.

المورد الثالث: فإذا رجعت المرأه بالبذل و جاز للزوج الرجوع فهل يترتب على المرأه أحكام العده الرجعيه من وجوب النفقه و السكنى و تجديد عده الوفاه لو مات فى هذه العده إلى آخر الأحكام أو لا، و جهان أو قولان كما فى الجواهر.

استدل للأول أن المراد من العده الرجعيه هو ما جاز للزوج الرجوع فيها، و هنا بعد رجوع المرأه فى البذل يجوز للزوج الرجوع فهى فى عده رجعيه حينئذ و استدلل للثانى بأن العده ابتدأت على بينونه و أن الخلع طلاق بائن، و هذا ما يوجب سقوط جميع أحكام العده الرجعيه، فإذا رجعت فى البذل نشك فى رجوع أحكام العده الرجعيه و إن جاز للزوج الرجوع، و الاستصحاب يقتضى عدم الرجوع.

(١) أى أصلا، لأنه يشترط فى صحه رجوعها إمكان رجوعه.

(٢) أى أحكام الطلاق الرجعى. و قد تقدم الكلام فيه فى المورد الثالث.

(٣) لأن الرجعيه بحكم الزوجه و يحرم الجمع بين الأختين.

(٤) أى الرابعه من الزوجات غير المطلقات، فلا تصح لأن الرجعيه زوجة فتكون الجديده حينئذ خامسه.

(٥) تمثيل للمانع.

(٦) أى رجوعها فى البذل.

إن جوزناه (١).

نعم لو طلقها (٢) بائنا فى العده (٣) جاز له الرجوع (٤) حينئذ (٥) فيها (٦)، لزوال المانع، و لو كان الطلاق (٧) بائنا (٨) مع وجود العده كالطلقة الثالثة ففى جواز رجوعها فى العده وجهان. من إطلاق (٩) الإذن فيه (١٠) المتناول له (١١). و من أن (١٢) جواز رجوعها فى البذل مشروط بإمكان رجوعه فى النكاح بالنظر إلى الخلع، لا- بسبب أمر خارجى (١٣) (١) أى جوزنا تزويجه بالأخت أو الرابعه قبل رجوعها بالبذل، و هذا إشاره إلى أنه يحتمل أنه لا- يجوز التزويج بالأخت أو الرابعه قبل رجوعها فى البذل، لأنه مترزل كالرجعى فيكون فى حكم الرجعى، و إن كان بحسب الظاهر هو بائن بالفعل.

(٢) أى طلق الأخت أو الرابعه.

(٣) أى عده المختلعه الأولى.

(٤) أى الرجوع إلى المختلعه الأولى.

(٥) أى حين طلاق الأخت أو الرابعه.

(٦) أى فى عده المختلعه الأولى إن رجعت هى بالبذل.

(٧) أى طلاق المختلعه.

(٨) أى أن الطلاق الخلعى لو كان بائنا من غير جهه الخلع كما لو كان ثالثا مع ثبوت العده لكونها مدخولا بها غير يائس ففى جواز رجوع المختلعه فى البذل فى أثناء العده وجهان، تقدم الكلام فيه فى المورد الثانى سابقا.

(٩) دليل لجواز الرجوع فى البذل كما عن المحقق و العلامة.

(١٠) فى رجوعها بالبذل.

(١١) أى لرجوعها فى البذل فى هذا المقام، و هو عدم إمكان رجوعه فى الطلاق.

(١٢) دليل على عدم جواز الرجوع فى البذل كما هو المشهور.

(١٣) مراد الشارح أن جواز رجوعها مشروط بإمكان رجوعه فى الجملة بالنظر إلى أصل الخلع، و إن امتنع رجوعه بسبب أمر خارجى يمكن زواله، كالتزويج بالأخت أو الرابعه حيث يمكن زواله بالطلاق البائن أو موتهما، فلذا لم يمنع التزويج المذكور لو ارتفع قبل رجوع المختلعه فى البذل.

أما لو لم يمكن الرجوع للزوج بالنظر إلى أصل الخلع و المراد به أصل الطلاق، كما فى مقامنا حيث وقع الطلاق بائنا لأنه ثالث، فلا يجوز لها الرجوع فى البذل لأنه مشروط بإمكان رجوعه فى الطلاق.

يمكن زواله كتزويجه بأختها، ولأنه (١) برجوعها يصير الطلاق رجعيا، وهذا (٢) لا يمكن أن يكون رجعيا.

و لا يخفى أن هذين (٣) مصادره على المطلوب (٤).

لكن المشهور المنع. و الوجهان (٥) آتيان فيما لو رجعت و لما يعلم (٦) حتى خرجت العده حيث يمكنه الرجوع لو علم. من إطلاق (٧) الإذن لها في الرجوع، و لزوم (٨) الإضرار به (٩).

(١) لأن الشأن و الواقع، و هو دليل ثان على عدم جواز رجوعها في البذل، و هو راجع في الحقيقة إلى الأول.

(٢) أي هذا الطلاق الثالث.

(٣) و هما دليل عدم جواز رجوعها في البذل.

(٤) لأنهما عين المتنازع فيه، لأنه لم لا يجوز أن ترجع هي في البذل و إن لم يمكنه الرجوع في الطلاق.

(٥) من جواز رجوعها في البذل في أثناء العده و عدم الجواز.

(٦) أي و لما يعلم الزوج بالرجوع، و بناء على اشتراط التلازم و هو أنه لا يصح لها الرجوع في البذل إلا إذا أمكن له الرجوع في الطلاق فقد وقع البحث بينهم في أنه هل للزوجه الرجوع فيما بذلت من دون أن يعلم الزوج بذلك إلا بعد العده كما عن العلامة في القواعد نظرا إلى تحقق شرط جواز رجوعها، و هو جواز الرجوع للزوج واقعا و إن لم يعلم به.

أم ليس لها ذلك كما عن جماعه نظرا إلى أن شرط جواز رجوعها هو علم الزوج برجوعها ليكون له الرجوع إذا أراد، و يدل عليه موثق أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (المختلعه إن رجعت في شيء من الصلح يقول: لأرجعن في بضعك) (١) و هو ظاهر في صورته علمه برجوعها، و لا أقل أنه القدر المتيقن فيبقى غيره على أصاله عدم جواز الرجوع.

(٧) دليل على جواز رجوعها و إن لم يعلم الزوج بذلك في العده، و يكون شرط رجوعها في البذل إمكان رجوعه في الطلاق و إن لم يعلم به.

(٨) دليل على عدم جواز رجوعها إن لم يعلم الزوج بذلك في العده، و يكون شرط رجوعها في البذل علمه بالرجوع ليكون له الرجوع إذا أراد.

(٩) و وجه الإضرار أنه لو صح رجوعها بالبذل من غير علمه للزم العود عليه بالبذل مع

ص: ١٦٦

و الأقوى الجواز (١) هنا (٢)، للإطلاق (٣)، و لأن (٤) جواز رجوعه (٥) مشروط بتقدم رجوعها (٦) فلا يكون (٧) شرطاً فيه (٨)، و إلا (٩) دار (١٠)، و الإضرار (١١) حصل باختياره حيث أقدم على ذلك (١٢) مع أن له (١٣) طريقاً إلى الرجوعه في فوات البضع عليه، و هو عين الضرر و هو منفي بالشريعه.

(١) أى جواز رجوعها فى البذل.

(٢) و إن لم يعلم الزوج بذلك فى العده.

(٣) أى إطلاق الأدله الداله على جواز رجوعها فى البذل، و فيه أن موثق أبى العباس المتقدم هو من جمله الأدله على جواز رجوعها فى البذل، و هو ظاهر فى صورته علمه برجوعها.

(٤) دليل ثان على الجواز.

(٥) أى رجوع الزوج فى الطلاق.

(٦) أى رجوع الزوجه فى البذل.

(٧) أى رجوع الزوج فى الطلاق.

(٨) فى رجوع الزوجه فى البذل.

(٩) أى و إن كان جواز رجوعه شرطاً فى رجوعها كما هو مقتضى اشتراط علمه بالرجوع فى جواز رجوعها فى البذل.

(١٠) و قد رده الشارح فى المسالك بقوله: (و الدور إنما يلزم لو توقف رجوعها على رجوعه بالفعل، أما إذا توقف على جوازه بالقوه بمعنى تمكنه من الرجوع بعد رجوعها فلا) انتهى.

و المعنى أن الذى هو شرط فى رجوعها علمه بالرجوع حتى يمكن له الرجوع إليها بعد رجوعها إذا شاء، و تمكنه من الرجوع إليها بعد رجوعها هو الشرط فى رجوعها، مع أن رجوعها شرط فى رجوعه الفعلى لا فى تمكنه من الرجوع المذكور فلم يتكرر الحد الأوسط حتى يلزم الدور.

(١١) دفع لدليل عدم جواز رجوعها عند عدم علم الزوج بذلك، و حاصله أن الضرر المنفى هو الضرر الناشئ من الغير، أما الضرر الناشئ من نفس المكلف فلا- ينفى حكماً، و هنا الضرر ناشئ من نفس الزوج حيث أقدم على خلعه و هو عالم بجواز رجوعها و إن لم يعلم بذلك فهو الذى أقدم على تفويت البضع.

(١٢) أى على الخلع الذى من حكمه جواز رجوعها على هذا الوجه.

(١٣) أى للزوج، و هذا جواب ثان عن دليل الإضرار، و هو جواب مبنى على عدم الضرر بخلاف الجواب الأول فإنه قد سلم

بالضرر إلا أنه من قبل نفسه.

ص: ١٦٧

في ما لو تنازعا

(و لو تنازعا في القدر) أي قدر الفديه (حلفت) (٢) لأصالة عدم زيادتها عما تعترف به منها، (و كذا) يقدم قولها مع اليمين (لو تنازعا في الجنس) مع اتفاقهما (٣) على القدر (٤) بأن اتفقا على أنها (٥) مائه لكن ادعى أنها (٦) دنانير و ادّعت أنها دراهم، لأصالة (٧) (١) أي المحتملة لرجوع الزوجه و إن لم يعلم الزوج بالرجوع.

(٢) لو اتفقا على الجنس و اختلفا في القدر بأن قال: بذلت ألفا، فقالت: مائه، فلا إشكال و ظاهرهم عدم الخلاف فيه أن يقدم قولها مع يمينها، لأن المائه قدر متفق عليه بينهما و مختلفان في الزائد، و هي منكره لموافق قولها أصالة عدم الزيادة.

(٣) إذا اتفقا على وقوع الطلاق بعوض مبذول من جانبها، و اتفقا على قدره و اختلفا في جنسه بأن قال: بذلت مائه دينار، فقالت: بل مائه درهم، قدّم قولها مع يمينها كما عليه الأكثر، لأن الزوج هو المدعى بحسب ظاهر كلامه، و هي بحسب ظاهر كلامها منكره لما يدعيه الزوج، و يوافق قولها أصالة البراءة مما يدعيه.

و في المسالك و الروضه هنا أنها تحلف يمينا جامع بين نفي ما يدعيه و إثبات ما تدعيه، و فيه أن المنكر وظيفته اليمين على نفي دعوى الخصم فقط، و أما ما تدعيه فهو ثابت عليها بلا يمين لثبوته بإقرارها.

هذا و عن بعض العامه أنهما يتحالفان، لأن كلا منهما مدّع و مدّع عليه، و لا جامع بين دعوى الذهب و الفضه، و مع التحالف يثبت مهر المثل و لا يحكم بفسخ أو انفساخ الطلاق لاتفاقهما على وقوعه بعوض مبذول، و في المبسوط جعله أولى، و استحسنة الشارح في المسالك.

قلت: إن الخلع إذا كان معاوضه حقيقه و اختلفا في جنس العوض، فكل منهما مدع و مدع عليه، لأن تشخيص المعاوضه بما يدعيه أحدهما من العوض مغاير للمعاوضه على ما يدعيه الآخر، و تجرى ضابطه التحالف، إلا أن الخلع طلاق بحسب واقعه و إن اشتمل على معاوضه من الفداء في قبالة البضع، فالخلع واقع على كل حال، و الزوج مدع و المرأة غير مدعيه على الزوج شيئا فلا بد من قاعده اليمين على من أنكره كما عليه الأكثر.

(٤) أي الفديه.

(٥) أي الزوج.

(٦) أي المائه.

(٧) تعليل لتقديم قولها مع اليمين، و هي أصالة البراءة مما يدعيه.

عدم استحقاق ما يدعيه، ولأنه مدّع (١) فعليه البينه، فتحلف يمينا جامعه بين نفي ما يدعيه، وإثبات ما تدعيه (٢) فينتفى مدعاه، وليس له (٣) أخذ ما تدعيه (٤)، لاعترافه بأنه لا يستحقه (٥). وينبغي جواز أخذه (٦) مقاصه، لا أصلا (٧).

ويحتمل تحالفهما لأن كلا منهما منكر لما يدعيه صاحبه، وهى (٨) قاعده التحالف، وحيث (٩) فيسقط ما تدعيه بالفسخ (١٠) أو الانفساخ (١١)، ويثبت مهر المثل، إلا- أن أصحابنا أعرضوا عن هذا الاحتمال رأسا، ومخالفونا جزموا به (أو الإراده) (١٢) (١) أى مدع بحسب ظاهر قوله.

(٢) لا داعى للحلف على ما تدعيه حتى يثبت

أولا: لأن المنكر لا يحلف على إثبات ما يدعيه بل يحلف على نفي دعوى الخصم.

و ثانيا: أن ما يدعيه المنكر ثابت فى حقه لإقراره به.

(٣) أى للزوج.

(٤) أى تدعيه المرأه من مائه درهم، لأنه يدعى ثبوت مائه دينار، والدينار مغاير للدرهم، إذ الأول من الذهب والثانى من الفضة.

(٥) أى لا يستحق ما تدعيه المرأه.

(٦) أى أخذ الزوج لما تدعيه المرأه من باب التقاص، وليس من باب الاستحقاق، وفيه أنه قد ثبت فى كتاب القضاء قاعده إذهاب اليمين بحق المدعى، وأنه لا يجوز التقاص بعد اليمين بلا خلاف فيه بينهم.

(٧) أى من كل وجه.

(٨) أى مسأله إنكار كل منهما لما يدعيه الآخر.

(٩) أى حين التحالف.

(١٠) بأن يفسخ كل منهما ما يدعيه من دون يمين.

(١١) بسبب اليمين.

(١٢) بحيث اتفقا على ذكر القدر، واتفقا على عدم ذكر الجنس لفظا، واتفقا على أنهما قد أرادا جنسا معينا اتفقت إرادتهما عليه، ولكن الآن اختلفا فى ذلك الجنس الذى أراده حاله العقد، بأن قالت له: طلقنى على ما مائه فطلقها بها، ثم قال: أردنا بها مائه دينار، فقالت: بل مائه درهم، فعن المحقق وجماعه أن القول قولها مع يمينها، لأن العقد صحيح فى نفسه حيث اتفقا على إرادته جنس معين و الإراده كافيه فى صحه العقد و إن لم يتلفظ بها، وحيث فيرجع الاختلاف فى الإراده إلى الاختلاف فى الجنس المعين، فيرجع

مع اتفاقهما عليها (١) بأن اتفقا على ذكر القدر و عدم ذكر الجنس لفظا، و على إرادته جنس معين لكن اختلفا في الجنس المراد.

و إنما كان القول قولها فيها (٢)، لأن الاختلاف في إرادتها و لا يطلع عليها إلا من قبلها فيقدم قولها فيها (٣).

و يشكل بأن المعتبر إرادتهما معا للجنس المعين، و لا تكفى إرادتها خاصة، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله (٤).

و لو علل (٥) بأن الإبراده إذا كانت كافيه عن ذكر الجنس المعين (٦) كان الاختلاف فيها (٧) اختلفا في الجنس المعين (٨) فتقديم قولها من هذه الحثيه (٩) لا إليها فيه، و لأن الاختلاف في إرادتها و لا يطلع عليها إلا من قبلها.

و فيه أن الاختلاف في الجنس المعين لا يقتضى الرجوع إليها و تقديم قولها، بل يقتضى التحالف كما هو قول في المسأله، و بأن الاختلاف هنا يرجع إلى تعيين ما اتفقا عليه من الإراده، فالمعتبر إرادتهما معا لا إرادتها فقط، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله، فلذا استوجه الشارح في المسالك التحالف و هو القول الثانى في المسأله، و ذهب الشيخ في المبسوط إلى أنه يبطل الخلع هنا، لأن البذل هنا أصبح مجهولا و هو يقتضى الفساد، و فيه أن المجهوليه المانع هي الواقعه حال العقد، مع أنهما متفقان على عدمها و إنما حصلت الجهاله بتنازعهما في المراد.

(١) على الإراده و حينئذ فالاختلاف على المراد من الجنس.

(٢) في مسأله الإراده.

(٣) في الإراده، و هذا هو قول المحقق و جماعه.

(٤) أى من قبل كل منهما.

(٥) أى علل الحكم بتقديم قولها بما يأتى فلا إشكال.

(٦) و الإراده كافيه لأنه لا يشترط في صحه البذل ذكر الجنس لفظا، بل يكفى في الصحه إرادته.

(٧) في الإراده.

(٨) و مع الاختلاف في الجنس المعين يقدم قول المرأه مع يمينها على ما تقدم بيانه.

(٩) أى حثيه كون الاختلاف اختلفا في الجنس المعين فلا- إشكال، لأن الإشكال وارد لو كان تقديم قولها من جهه كون الاختلاف في الإراده، فتخصيص تقديم إرادتها دون إرادتها مشكل.

من جهة تخصيص الإرادة.

وقال الشيخ: يبطل الخلع هنا (١) مع موافقته (٢) على السابق (٣)، و للقول بالتحالف هنا (٤) وجه كالسابق (٥).

و لو كان اختلافهما فى أصل الإرادة (٦) مع اتفاقهما على عدم ذكر الجنس فقال أحدهما: أردنا جنسا معيناً، وقال الآخر: إنا لم نرد، بل اطلقنا، رجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد. و مقتضى القاعده تقديم مدعيها (٧) منهما مع يمينه.

و يحتمل تقديم منكرها (٨) (١) فى الإرادة.

(٢) أى موافقه الشيخ.

(٣) من تقديم قولها مع اليمين إذا كان الاختلاف فى الجنس، و الفرق بين قوله غير واضح، لأن الاختلاف فى الإراده راجع إلى الاختلاف فى الجنس، فلم حكم بطلان الخلع فى الأول و بصحته مع تقديم قولها فى الثانى.

(٤) فى الإراده.

(٥) أى فيما لو اختلفا فى الجنس مع اتفاقهما على القدر.

(٦) بحيث يدعى أحدهما إرادته جنس و الآخر ينكرها، و ذلك لو اتفقا على عدم ذكر الجنس، فقال أحدهما: أردنا جنسا معيناً، وقال الآخر: لم نرد جنسا بل اطلقنا، فيرجع النزاع إلى دعوى الصحة و الفساد، لأن مدعى إرادته الجنس يدعى صحة الخلع، و الآخر يدعى بطلانه، لأن الخلع مشروط بتحديد العوض جنسا و قدرا.

و من المعلوم تقديم مدعى الصحة مع يمينه، لأصالة الصحة فى العقود، و عن التحرير تقديم قول المرأه هنا سواء كانت دعواها الإراده أم عدمها، لأن مرجع النزاع إلى وجود إرادتها و عدمه، و لا يطلع عليها إلا من قبلها فيقدم قولها مع يمينها، و فيه: ما تقدم أن مرجع الاختلاف و النزاع إلى إرادتهما معا لا إلى إرادتها فقط، و إرادته كل منهما لا يطلع عليها إلا من قبله.

و عن القواعد تقديم منكر الإراده لموافقته قوله أصاله عدم الإراده، فيحلف و يحكم بطلان الخلع، و فيه أنهما متفقان على وقوع الخلع بعوض مبدول من جانبها، فلا تسمع دعوى منكر إرادته الجنس حينئذ.

(٧) أى مدعى الصحة و هو مدعى إرادته الجنس.

(٨) أى منكر الإراده.

و البطلان (١)، لأصالة عدمها (٢). و هو ظاهر القواعد، و تقديم (٣) قول المرأة، لرجوع النزاع إلى إرادتها كما هو ظاهر التحرير، و فيه ما ذكر (٤).

(و لو قال: خلعتك على ألف في ذمتك فقالت: بل في ذمه زيد حلفت على الأقوى (٥)، لأنه مدع و هي منكره لثبوت شيء في ذمتها فكانت اليمين عليها.

و قال ابن البراج: عليه اليمين، لأن الأصل في مال الخلع أن يكون في ذمتها، فإذا ادعت كونه (٦) في ذمه غيرها لم تسمع، لأصالة عدم انتقالها عن ذمتها. و على الأول (٧) لا عوض عليها، و لا على زيد، إلا باعترافه (٨)، و تبين منه بمقتضى دعواه (٩).

و مثله (١٠) ما لو قالت (١١):

(١) أى بطلان الخلع مع اليمين.

(٢) أى عدم الإرادة.

(٣) أى و يحتمل تقديم قول المرأة.

(٤) من أن النزاع يرجع إلى إرادتهما معا لا إلى إرادتها خاصة.

(٥) و هو قول الشيخ و مشهور المتأخرين، لأصالة براءة ذمتها من العوض، و لأنه يدعى شغل ذمتها، فهو المدعى و هي المنكره فيقدم قولها مع يمينها، و لو حلفت فيسقط عنها العوض، و لا يلزم زيدا بمجرد دعوى الرجل بل يتوقف على اعترافه بذلك، و تبين المرأة منه بمجرد دعواه، لأنه معترف بخلعها على الوجه الصحيح شرعا.

و عن ابن البراج أن القول قوله مع يمينه، و عليها البيئه، لأن الأصل في حال الخلع أن يكون في ذمه الزوج، و فيه أنه أصل غير ثابت بناء على جواز التبرع من الأجنبية.

(٦) أى كون حال الخلع.

(٧) من تقديم قولها مع اليمين.

(٨) أى اعتراف زيد.

(٩) أى دعوى الزوج، لأنه معترف بخلعها على الوجه الصحيح شرعا.

(١٠) أى و مثل الفرع المتقدم من تقديم قولها مع اليمين.

(١١) أى فيما لو قالت في جواب دعواه السابقة عند ما قال: خلعتك على ألف في ذمتك، فقالت: بل خالعتك فلان و العوض

عليه، فهي منكره لوقوع العقد معها، فيقدم قولها مع اليمين لأصالة براءه ذمتها من العوض، و لأصالة عدم وقوع العقد منها، و لا شيء

ص: ١٧٢

بل خالعك فلان و العوض عليه، لرجوعه (١) إلى إنكارها الخلع من قبلها، أما لو قالت: خالعتك على ألف ضمنها فلان عني، أو دفعتها، أو أبرأتني، و نحو ذلك (٢) فعليها المال مع عدم البينه (٣).

في المباره و الفرق بينها و الخلع أحكامها

(و المباره) و أصلها المفارقه. قال الجوهرى (٤): تقول: برأت شريكى إذا فارقته، و برأ الرجل امرأته (٥) (و هى كالخلع (٦) فى الشرائط و الأحكام (إلا أنها) تفارقه (٧) فى أمور:

منها: أنها (٨) (تترتب على كراهيه كل من الزوجين) لصاحبه. فلو كانت للزوج على الأجنبي لا اعترافه بأن الخلع لم يجر معه، و تحصل البينونه لا اعتراف الزوج بوقوع الخلع على الوجه الصحيح، و هذا مبنى على صحه تبرع الأجنبي، نعم لو قلنا بفساد تبرع الأجنبي كما هو المشهور فهى تدعى فساد الخلع و هو يدعى صحته فيقدم قوله مع يمينه كما هو واضح لقاعده تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

(١) أى رجوع النزاع.

(٢) بحيث يدعى عليها عوض الخلع فتعترف بلزومه لها ابتداء، و تعترف بوقوع العقد معها، و لكن ادعت أنه ضمنه عنها فلان، أو أبرأها منه، أو دفعته إليه فهى المدعيه و هو المنكر، لأصاله عدم وصول حقه من مال الخلع إليه بعد اعترافها بثبوت هذا الحق له، فيقدم قوله مع يمينه، و لا يقبل قولها إلا بالبينه.

(٣) أى مع عدم البينه منها و صدور اليمين منه.

(٤) فى الصحاح.

(٥) أى إذا فارقتها.

(٦) اعلم أن المباره طلاق بعوض مترتب على كراهه كل من الزوجين صاحبه، و لها أحكام تخصها، و أحكام تشترك مع الخلع فيها، و شرائط الخالع و المختلعه و العوض أحكام مشتركه، فلذا اقتصرنا على الأحكام التى تخص المباره و هى قليله

منها: أن المباره مشروطه بكراهيه كل من الزوجين بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: موثق سماعه (سألته عن المباره كيف هى؟ فقال: يكون للمرأة شىء على زوجها من مهر أو من غيره، و يكون قد أعطاها بعضه فيكره كل واحد منهما صاحبه، فتقول المرأة لزوجها: ما أخذت منك فهو لى و ما بقى عليك فهو لك، و أبرئك فيقول الرجل لها: فإن أنت رجعت فى شىء مما تركت فأنا أحق ببضعك) (١).

(٨) أى المباره.

الكراهه من أحدهما خاصة، أو خاليه عنهما (١) لم تصح بلفظ المباراه. و حيث كانت الكراهه منهما (فلا تجوز الزيادة) فى الفديه (على ما أعطاهما) من المهر (٢)، بخلاف الخلع حيث كانت الكراهه منها (٣) فجازت الزيادة (٤)، و تبّه (٥) بالفاء (٦) على كون هذا الحكم (٧) مرتبا على الكراهه منهما، و إن كان (٨) حكما آخر يحصل به الفرق بينها (٩)، و بين الخلع.

(و) منها (١٠)

(١) أى كانت المباراه خاليه عن كراهه الزوجين.

(٢) و من جملة الأحكام التى تختص بها المباراه أنه لا يحلّ له الزائد عما أعطاهم بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (المباراه يؤخذ منها دون الصداق، و المختلعه يؤخذ منها ما شئت) (١)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (المباراه تقول المرأه لزوجها - إلى أن قال - و لا يحلّ لزوجها أن يأخذ منها إلا المهر فما دونه) (٢)، و مرسل الصدوق (روى أنه لا- ينبغى له أن يأخذ منها أكثر من مهرها، بل يأخذ منها دون مهرها، و المباراه لا رجعه لزوجها عليها) (٣).

و إنما الخلاف فى أنه هل يجوز له أخذ المهر كملا كما عليه المشهور كما هو مفاد صحيح أبى بصير المتقدم، أو لا بد أن يأخذ ما دون المهر كما عن الصدوقين و العماني كما هو مفاد صحيح زراره و مرسل الصدوق المتقدمين.

(٣) من الزوجه.

(٤) فهو اعتبار عقلى غير منصوص.

(٥) أى المصنف.

(٦) فى قوله (فلا تجوز الزيادة على ما أعطاهما).

(٧) من عدم جواز الزيادة.

(٨) أى عدم جواز الزيادة.

(٩) بين المباراه.

(١٠) أى و من الأمور التى تفارق المباراه الخلع.

ص: ١٧٤

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الخلع حديث ٤ و ٢.

أنه (١) (لا بد منها من الاتباع بالطلاق (٢) على المشهور، بل لا نعلم فيه مخالفا، و ادعى جماعه أنه اجماع،) (و لو قلنا في الخلع: لا يجب) اتباعه بالطلاق، و روى أنها (٣) لا تفتقر (١) أن الشأن و الواقع.

(٢) في المباره.

(٣) أى إتباع صيغتها بالطلاق، على المشهور بين الأصحاب، و ادعى عليه الإجماع المحقق فى الشرائع و جماعه، و إن تم فهو الحجه و إلا- فالأخبار الوارده فى المقام تدل على افتقار صيغتها إلى الطلاق و هى: خبر حمران (سمعت أبا جعفر عليه السّلام يتحدث قال: المباره تبين من ساعتها من غير طلاق و لا ميراث بينهما، لأن العصمه منها قد بانت ساعه كان ذلك منها و من الزوج) (١)، و موثق جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (المباراه تكون من غير أن يتبعها الطلاق) (٢)، و صحيح ابن بزيع (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن المرأه تبارى زوجها أو تختلع منه بشهاده شاهدين على طهر من غير جماع هل تبين منه بذلك، أو تكون امرأته ما لم يتبعها بطلاق، قال: تبين منه) (٢).

و قد حملها الشيخ على التقيه و فيه: أن المباره لا- يستعملها العامه كما فى المسالك، و لا يعتبرون فيها ما يعتبره أصحابنا، بل يجعلونها من جمله كنايات الخلع أو الطلاق، فلا- وجه لحمل ما ورد من أحكامها على التقيه، مع أنه لا معارض لها من الأخبار حتى تحمل على التقيه.

و قد حملها صاحب الجواهر على ما لو كانت المباره بصيغه الخلع فلا- تحتاج إلى الطلاق، و حمل فتوى الأصحاب على الاحتياج إلى الطلاق فيما لو كانت المباره بغير صيغه الخلع بل بالكنايات، و فيه أنه على خلاف ظاهر النصوص و الفتاوى نعم قال الشيخ فى التهذيب: الذى عمل عليه فى المباره أنه لا- يقع بها فرقه ما لم يتبعها بطلاق، و هو مذهب جميع أصحابنا المحصلين من تقدم منهم و من تأخر، و فى كلامه إيدان بوجود المخالف، لأنه نسب القول إلى المحصلين من الأصحاب لا إلى الأصحاب مطلقا.

و على كل فإن هذه الأخبار الداله على عدم إتباع المباره بالطلاق برأى منهم و مسمع و قد أعرضوا عنها فيشكل الاعتماد عليها، و اتفاقهم على نحو يفيد الإجماع الكاشف عن قول المعصوم أشكل، و الاحتياط سبيل النجاه.

(٤) أى المباره.

ص: ١٧٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الخلع حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الخلع حديث ٩.

أيضا إلى الاتباع، وربما كان به قائل، لأن الشيخ نسب في كتابي (١) الحديث القول بلزوم اتباعها بالطلاق إلى المحصلين من أصحابنا، وهو يدل بمفهومه على مخالف منهم غير محصل. و المحقق في النافع نسبه إلى الشهره و كيف كان فالعمل به (٢) متعين.

و صيغتها (بارأتك) بالهمزة (٣) (على كذا) فأنت طالق.

و منها أن صيغتها لا- تنحصر في لفظها، بل تقع بالكنايات الداله عليها كفاسختك على كذا أو أبنتك، أو بتتك، لأن البيئونه تحصل بالطلاق و هو صريح، بخلاف الخلع على القول المختار فيه (٤)، و ينبغي على القول بافتقاره (٥) إلى الطلاق أن يكون كالمباراه.

(و يشترط في الخلع و المباراه شروط الطلاق) من كمال الزوج (٦)، و قصده، و اختياره (٧)، و كون المرأه طاهرا طهرا لم يقاربا فيها بجماع إن كانت مدخولا بها حائلا غير يائسه، و الزوج حاضرا، أو في حكمه (٨)، و غيرها من الشروط.

(١) و هما التهذيب و الاستبصار.

(٢) بالاتباع.

(٣) قد تقدم عدم اعتبار لفظ خاص في الخلع، و كذا الكلام في صيغه المباراه كما في الخلع من الافتقار إلى بدل من المرأه و القبول من الزوج، و أن يقول: بارأتك على كذا فأنت طالق، و لو قال: بدلا من بارأتك: فاسختك أو أبنتك أو بتتك أو غيره من الألفاظ الداله على الفرقه متبعا لها بالطلاق صح، لأن الطلاق بالعوض ليس إيقاعا خارجا عن الخلع أو المباراه، بل هو إما خلع و إما مباراه، فإن قصد به الخلع و قد جمع شروطه فهو خلع، و إن قصد به المباراه و قد جمع شروطها فهو مباراه و إلا فهو طلاق رجعي أو بائن بحسب مورده.

و على كل فالطلاق المتعقب للصيغه هو كاف في البيئونه مهما كان اللفظ الدال على الفرقه في المباراه.

(٤) من أنه لا يجب إتباع الخلع بالطلاق.

(٥) أى بافتقار الخلع.

(٦) من البلوغ و العقل.

(٧) و هذه الأمور الأربعة شروط للزوج.

(٨) أى حكم الزوج الحاضر و هو الغائب القادر على استعمال حالها، و قد تقدم في الخلع أن الخلع و كذا المباراه طلاق فيشترط فيهما جميع شرائط الطلاق، و الدليل هو الدليل.

كتاب الظهار

اشاره

ص: ١٧٧

(كتاب الظهار (١) (١) الذي هو مصدر (ظاهر) مثل (قاتل) مأخوذ من الظهر، و في مصباح المنير (ظاهر من امرأته ظهارا مثل قاتل قتالا، و تظهر إذا قال لها: أنت علي كظهر أمي، إنما خص ذلك بالظهر، لأن الظهر من الدابة موضع الركوب، و المرأه مركوبه وقت الغشيان، فركوب الأم مستعار من ركوب الدابه، ثم شبه ركوب الزوجه بركوب الأم الذي هو ممتنع، و هو استعاره لطيفه) انتهى.

هذا و كان الظهار في الجاهليه طلاقا محرّما أبدا، فغير الشارع حكمه إلى التحريم و لزوم الكفاره بالعود.

ثم إن حقيقته الشرعيه تشبيه الزوج زوجته بمحرمه عليه نسبا أو رضاعا أو مصاهره على ما سيأتي من الخلاف فيه، و الأصل فيه قوله تعالى: قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَ تَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ، وَ اللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ، الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ، مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ، وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا، وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ، وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكَمْ تُوَعِّظُونَ بِهِ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَ رَسُولِهِ، وَ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ، وَ لِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ (١).

و السبب في نزولها على ما في صحيح حمران عن أبي جعفر عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: إن امرأه من المسلمين أتت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقالت: يا رسول الله إن فلانا زوجي قد نثرت له بطنى، و أعتته على دنياه و آخرته، فلم ير منى مكروها، و أنا أشكوه إلى الله و إليك، قال: فما تشكينه؟ قالت: إنه قال لى اليوم: أنت علي حرام كظهر

ص: ١٧٩

أمى، وقد أخرجنى من منزلى فانظر فى أمرى.

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ما أنزل الله على كتابا أفضى به بينك وبين زوجك، وأنا أكره أن أكون من المتكلمين فجعلت تبكى وتشتكى ما بها إلى الله وإلى رسوله، وانصرفت فسمع الله محاورتها لرسوله وما شكت إليه فأنزل إليه عز وجل بذلك قرآنا: بسم الله الرحمن الرحيم قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله - إلى قوله تعالى - وإن الله لعفو غفور، فبعث رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى المرأة فأنته فقال لها: جئنى بزواجك فأنته به، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: قد أنزل الله فىك قرآنا فقرأ عليه ما أنزل الله من قوله: قد سمع إلى قوله وإن الله لعفو غفور.

فضم امرأتك إليك فإنك قد قلت منكرا من القول وزورا قد عفا الله عنك و غفر لك فلا تعد. فانصرف الرجل وهو نادى على ما قال لامرأته، وكره الله ذلك للمؤمنين بعد، فأنزل الله عز وجل: الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا، يعنى ما قال الرجل الأول لامرأته: أنت على حرام كظهر أمى، قال: فمن قالها بعد ما عفا الله و غفر للرجل الأول فإن عليه تحرير رقبه - إلى آخر الآيات المتقدمه ثم قال: - فجعل الله عقوبه من ظاهر بعد النهى هذا(١).

وهذا الرجل الذى هو مورد نزول آيه الظهار هو أوس بن الصامت على ما فى خبر أبان وغيره عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقال له: أوس بن الصامت، وكان تحته امرأه يقال لها: خوله بنت المنذر)(٢) الحديث، وفى خبر النعمانى عن على عليه السلام قال: (و أما المظاهرة فى كتاب الله فإن العرب كانت إذا ظاهر الرجل منهم من امرأته حرمت عليه إلى آخر الأبد، فلما هاجر رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان بالمدينه رجل من الأنصار يقال له: أوس بن الصامت، وكان أول رجل ظاهر فى الإسلام فجرى بينه وبين امرأته كلام فقال لها: أنت على كظهر أمى، ثم إنه ندم على ما كان منه، فقال:

ويحك إنا كنا فى الجاهليه تحرم علينا الأزواج فى مثل هذا قبل الإسلام، فلو أتيت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تسأليه عن ذلك فجاءت المرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم فأخبرته(٣) الحديث.

إذا تقرر ذلك فاعلم أن الظهار محرم بلا خلاف فيه بين العلماء لتوصيفه بالمنكر وبالزور فى الآيه المتقدمه، وهما محرمان مع تصريح صحيح حمران المتقدم بقوله (فجعل الله عقوبه

ص: ١٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ١ و ٤.

و هو فعال من الظهر، اختصَّ به (١) الاشتقاق (٢)، لأنه (٣) محل الركوب في المركوب، والمراد به هنا (٤) تشبيه المكلف من يملك نكاحها بظهر محرمة عليه أبدا بنسب، أو رضاع. قيل: أو مصاهره (٥)، و هو (٦) محرم و إن ترتبت عليه الأحكام (٧) لقوله (٨) تعالى: وَ إِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَ زُورًا (٩)، لكن قيل: إنه لا عقاب فيه (١٠)، من ظاهر بعد النهي هذا).

و قيل: إنه لا عقاب فيه بمعنى لا عقاب عليه في الآخرة، لتعقيبه بالعمفو في قوله تعالى:

وَ إِنَّ اللَّهَ لَعَفُوفٌ غَفُورٌ (١) و هو يستلزم نفى العقاب، و هو قول لم يتحقق أنه لواحد من أصحابنا كما في الجواهر - و قال في المسالك عنه: (هذا القول ذكره بعض المفسرين و لم يثبت عن الأصحاب) و على كل ففيه نظر واضح لأن توصيفه نفسه بالعمفو و الغفران لا يستلزم فعليتهما، و ذكر التوصيف بعد الفعل المحرم لا يدل على العمفو عنه ألا ترى قوله تعالى: لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَ لَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَ كَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا (٢) و لم يذهب أحد إلى نفى العقاب عما تعمدته القلوب.

و هذا كله بالنظر إلى نفس الآية الشريفة، و إلا فقد عرفت التصريح في صحيح حرمان بأن العمفو إنما هو لأول الفاعلين فقط و أن الظهار معصيه موجه للكفار.

(١) أى بالظهر.

(٢) أى اشتقاق الظهار دون البطن و نحوه.

(٣) أى الظهر.

(٤) أى و المراد بالظهار في الشرع، و هو بيان لحقيقته الشرعية.

(٥) و سيأتي الكلام فيه.

(٦) أى الظهار.

(٧) قد يقال: إن النهي يقتضى الفساد، فيجب عدم ترتب الأحكام على المحرم لأنه فاسد، و لكنه يقال: إن النهي في غير العبادات لا يقتضى الفساد، و لذا تترتب عليه الأحكام.

(٨) تعليل لحرمه الظهار.

(٩) سورة المجادلة، الآية: ٢.

(١٠) في الظهار.

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٢.

٢- (٢) سورة الأحزاب، الآية: ٥.

لتعقبه (١) بالعفو.

و يضعف بأنه (٢) وصف مطلق (٣) فلا يتعين كونه (٤) عن هذا الذنب المعين)

في صيغته

(و صيغته (٥) (١) أي لتعقب الظهر المحرم بالعفو في الآية الشريفه.

(٢) أي بأن العفو.

(٣) بمعنى أننا لا نشك في أنه تعالى عفو غفور سواء عفى عن هذا الذنب الخاص أم لم يعف.

(٤) أي كون العفو.

(٥) أي صيغته الظهر، اعلم أن موضع الوفاق من صيغ الظهر قوله: أنت عليّ كظهر أمي ففي خبر أبان وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (فقلت: يا رسول الله إن زوجي قال لي: أنت عليّ كظهر أمي) (١) وفي صحيح حمran عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (قالت: إنه قال لي اليوم: أنت عليّ حرام كظهر أمي) ٢، وفي خبر النعماني عن علي عليه السلام في حديث: (و كان أول رجل ظاهر في الإسلام فجرى بينه وبين امرأته كلام فقال لها: أنت عليّ كظهر أمي) ٣.

و كذا يتحقق فيما لو قال بدل (أنت): هذه أو فلانته أو زوجتي المعينه أو ما شاكل ذلك من الألفاظ المداله على تمييزها بلا خلاف فيه، لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (أنت).

و كذا لا عبره باختلاف ألفاظ الصلوات فلو قال بدل (عليّ): منى و عندي و لدى و معى أو نحو ذلك، لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (عليّ)، بل الظاهر عدم اعتبار الصله فلو قال: أنت كظهر أمي صح كما لو قال: أنت طالق كما عليه الأكثر. و عن العلامه في التحرير عدم الصحه، لأن الزوجه في حبسه دون حبس غيره فلا- داعى لذكر الصله هنا فلو قال: أنت طالق، فالمفهوم منه أنها طالق من خصوص زوجها بخلاف الظهر فالزوج محرمه على غير الزوج حرمه ظهر أمه عليه، فلو قال الزوج لها: أنت كظهر أمي، فقد يريد أنها على غيره كظهر أمه عليه و لذا لا بد من ذكر الصله في الظهر، و إن استغنى الطلاق عنها.

و كذا لا- عبره باختلاف ألفاظ التشبيه فلو قال: أنت على مثل ظهر أمي صح الظهر بلا خلاف فيه لظهور المثاليه فيما ورد من النصوص بلفظ (كظهر).

ص: ١٨٢

(هى)، أو أنت، أو هذه، أو فلانه (١)(على)، و نحوه (٢)، أو محذوف الصلّه (٣) (كظهر أمى، أو أختى، أو بنتى) أو غيرهن (٤) من المحرمات (و لو (٥) من الرضاع على الأشهر) فى الأمرين و هما: وقوعه (٦) بتعليقه (٧) بغير الأم من المحارم النسبىات. و محرمات (٨) الرضاع مطلقا (٩).

و مستند عموم الحكم فى الأول (١٠)

(١) و هذه هى الألفاظ الداله على تمييزها.

(٢) مثل منى و عندى و لدى و معى و هذه هى الألفاظ الداله على اختلاف الصلّه.

(٣) كقوله: أنت كظهر أمى.

(٤) كالجده و العمه و الخاله و بنت الأخ و بنت الأخت.

(٥) لو وصليه.

(٦) أى الأمران.

(٧) وقوع الظهار.

(٨) أى و وقوعه بتعليقه بمحرمات الرضاع.

(٩) حتى الأم.

(١٠) أى فى وقوع الظهار بتعليقه بغير الأم من المحارم النسبىات، هذا و اعلم أن المشهور على الوقوع لصحيح زراره (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الظهار، فقال: هو من كل ذى محرم من أمّ أو أخت أو عمه أو خاله، و لا يكون الظهار فى يمين) (١)، و صحيح جميل (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علىّ كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهار) ٢ و مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث الظهار (قال عليه السّلام: و كذلك إذا هو قال: كبعض المحارم فقد لزمته الكفاره) ٣.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه لا يقع بغير الأم عملا بظاهر قوله تعالى:

الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَمَدْنَهُمْ (٢)، و صحيح سيف التمار (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت علىّ كظهر أختى أو عمتى أو خالتي، قال: إنما ذكر الله الأمهات، و إن هذا لحرام) (٣).

و أورد عليهم الشارح فى المسالك: (بأن تخصيص الأم فى الآيه لا ينفى غيرها، كما

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الظهار حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- (٤) سورة المجادلة، الآية: ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهار حديث ٣.

مع أن ظاهر الآيه، و سبب الحكم (١) تعلقه (٢) بالأم صحيحتا (٣) زرارته، و جميل عن الباقر و الصادق عليهما الصلاة و السلام الدالتان عليه (٤) صريحا، و لا شاهد (٥) للتخصيص بالأم النسبيه فى قوله تعالى: ما هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ، لأنه (٦) لا ينفى غير الأم (٧)، و نحن نثبت غيرها (٨) بالأخبار الصحيحه، لا بالآيه و لا فى صحيحه (٩) سيف التمار عن الصادق عليه السلام قال: قلت له الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أختى، أو عمتى، أو خالتي قال: فقال: «إنما ذكر الله تعالى الأمهات و إن هذا لحرام»، لأن (١٠) عدم ذكره (١١) لغيرهن (١٢)

لا يدل على ثبوته، و نحن نثبت بالأخبار الصحيحه، لا بالآيه، و عدم ذكر غير الأمهات المحتج به فى روايه سيف لا يدل على نفيه أيضا، مع أنه أجاب بالتحريم و لعل السائل استفاد مقصوده منه، إذ ليس فى السؤال ما يدل على موضع حاجته انتهى. و الأولى الرد بأن صحيح سيف لا يمكن معارضه الصحيحين المتقدمين المؤيدين بالشهره بل بدعوى الإجماع.

(١) أى سبب حكم الظهار هو قول أوس بن الصامت لزوجته: أنت على كظهر أمى كما تقدم فى صحيح حمران و خبر أبان المتقدمين (١).

(٢) أى تعلق الظهار بالأم فقط.

(٣) خبر لقوله (و مستند الحكم).

(٤) على عموم حكم الظهار بغير الأم.

(٥) رد للدليل الأول الذى تمسك به المخالف.

(٦) أى قوله تعالى.

(٧) أى لا ينفى الظهار عن غير الأم، لأن الآيه تثبت الظهار بالأم، و إثبات الشئ لا يعنى نفيه عما عداه.

(٨) غير الأم.

(٩) عطف على قوله تعالى، و المعنى و لا شاهد للتخصيص بالأم النسبيه فى صحيحه سيف.

(١٠) تعليل لعدم الشاهد فيها للتخصيص.

(١١) أى عدم ذكر الله فى الصحيح المتقدم.

(١٢) أى لغير الأمهات.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ١.

لا يدل على الاختصاص (١)، و لا- يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة (٢)، أو الخطاب (٣)، لأنه عليه السّلام أجاب بالتحريم، و لعل السائل استفاد مقصوده منه إذ ليس في السؤال ما يدل على موضع حاجته.

و مستند عمومه (٤) في الثاني (٥) قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من (١) أى اختصاص الظهر بالأمهات فقط.

(٢) أى وقت الامتثال.

(٣) أى وقت صدوره، و الفرق بينهما واضح على أنه قد حرر في محله من علم الأصول، هذا و اعلم أن الشارح قد حمل قوله عليه السّلام في صحيح سيف (و إن هذا لحرام) على أن المذكور في الآيه من الظهر المتعلق بالأمهات حرام، و لكن حكم الظهر غير مختص بهن.

و عليه يأتى إشكال عليه بأن السائل قد سأل عن حكم الظهر المتعلق بغير الأمهات فلو كان جواب المعصوم عليه السّلام عن الظهر بالأمهات مع السكوت عن غيرهن للزم منه تأخير الجواب عن وقت الحاجة أو الخطاب و هو قبيح.

و رده الشارح بأن قوله عليه السّلام (إن هذا لحرام) جواب بالتحريم و إن كان مختصا بالأمهات إلا أن السائل قد يفهم مقصوده منه، و مقصوده هو حكم الظهر فى غير الأمهات خصوصا أنه ليس فى السؤال ما يدل على حاجته و أنها تحقيق حرمه زوجته بهذه الأقوال، إذ لعل حاجته تحقيق حرمه نفس هذه الأقوال و إن لم يكن مبتلى بها.

و فيه أنه ظاهر فى عدم حرمه الظهر بغير الأمهات، لأنه استشهد بذكر الله بالأمهات فقط فى مقام الجواب عن سؤال الظهر بغيرهن، و عليه فالأولى فى مقام الرد أنه لا يصلح لمعارضه ما تقدم على العموم.

(٤) أى عموم حكم الظهر.

(٥) أى شمول الظهر للمحرمات الرضاعيه كما هو المشهور لصحيح زواره المتقدم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الظهر فقال: هو من كل ذى محرم من أمّ أو أخت أو عمه أو خاله) (١) مع ضميمة النبوى (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (٢).

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس العدم، لأن حرمه الظهر ناشئه من التشبيه بالنسب و لا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا فى تحريم الظهر أن يكون التشبيه بالرضاع سببا فى التحريم، إذ النبوى ما يحرم بنفس النسب يحرم بنفس الرضاع، و ليس فيه دلالة على

ص: ١٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ما يحرم بالرضاع حديث ١.

النسب»، و قول الباقر عليه السّلام في صحيحه زواره: «هو من كل ذى محرم من أم، أو أخت، أو عمه، أو خاله» الحديث، و كل (١) من ألفاظ العموم يشمل المحرمه رضاعا (٢). و من في الخبر (٣) تعليقه مثلها في قوله تعالى: مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا فَأُدْخِلُوا ناراً (٤)، و قوله (٥) و يغضى من مهابته، أو بمعنى الباء مثلها في قوله تعالى: يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ (٦). و التقدير يحرم لأجل (٧) الرضاع، أو بسببه (٨) ما يحرم لأجل النسب، أو بسببه، و التحريم في الظهار بسبب النسب ثابت في الجملة اجماعا فيثبت بسبب الرضاع كذلك (٩)

أن ما يحرم بالتشبيه بالنسب يحرم بالتشبيه بالرضاع.

و ردّ بأن لفظ (من) في النبوى (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) إما أن تكون تعليقه كما في قوله تعالى: مِمَّا خَطِيئَاتِهِمْ أُغْرِقُوا (١)، و إما أن تكون بمعنى الباء كما في قوله تعالى: يَنْظُرُونَ مِنْ طَرْفٍ خَفِيٍّ (٢)، و على كلا التقديرين مضمونه أن ما يحرم لأجل النسب أو بسببه يحرم لأجل الرضاع أو بسببه، و كلاهما مفيد للمطلوب هنا، لأنه على كليهما يكون التشبيه بالرضاع كالتشبيه بالنسب سببا في التحريم.

(١) أى و لفظ (كل) الوارد في صحيح زواره المتقدم.

(٢) و فيه أنه منصرف إلى خصوص النسبى كما عليه صاحب الجواهر و جماعه، و يؤيده قوله تعالى:

مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ، إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ (٣) و هو ظاهر في خصوص النسبى.

(٣) أى النبوى.

(٤) سورة نوح، الآية: ٢٥.

(٥) أى و قول الشاعر، و هو الفرزدق في مدح الإمام زين العابدين عليه السّلام و البيت هو:

يغضى حياء و يغضى من مهابته فما يكلم إلا حين يتسم

(٦) سورة الشورى، الآية: ٤٢.

(٧) بناء على أن (من) تعليقه.

(٨) بناء على أن (من) بمعنى الباء.

(٩) أى فى الجملة.

١- (١) سورة نوح، الآية: ٢٥.

٢- (٢) سورة الشورى، الآية: ٤٢.

٣- (٣) سورة المجادلة، الآية: ٢.

و حينئذ (١) فيندفع ما قيل: من أن الظهار سببه (٢) التشبيه بالنسب، لا- نفس النسب، فلا يلزم من كون التشبيه بالنسب سببا في التحريم كون التشبيه بالرضاع سببا فيه (٣)، لما (٤) قد عرفت من الملازمه (٥)، و يمكن أن ينبه بالأشهر (٦) على ثالث (٧) و هو اختصاص التشبيه (٨) بمن ذكر، و هو (٩) محرمات النسب و الرضاع، دون غيرهن، لتخرج المحرمات مؤبدا بالمصاهرة (١٠) فقد قيل: بوقوعه (١١) بالتشبيه (١) أى و حين ثبوت تحريم الظهار بسبب الرضاع للملازمه.

(٢) أى سبب تحريمه.

(٣) فى التحريم.

(٤) تعليل للاندفاع.

(٥) بين النسب و الرضاع.

(٦) أى و يكن أن يتبه المصنف بقوله (و لو من الرضاع على الأشهر).

(٧) أى قول ثالث.

(٨) أى اختصاص التشبيه المحرّم.

(٩) أى من ذكر.

(١٠) المشهور على عدم وقوع الظهار لو شَبَّهها بالمحرّمه بالمصاهرة تحريما مؤبدا كأَم الزوجه و بنت زوجته المدخول بها، و بزوجه أبيه أو بزوجه ابنه للاستصحاب بعد كون الأدله من الكتاب و السنه على اختصاص حكم الظهار بالمحرّم من النسب و الرضاع فقط.

و عن العلامه فى المختلف الوقوع، لأن المحرّمه بالمصاهرة كالمحرمه بالنسب و الرضاع فى أن التشبيه بكل منهما منكر و زور بعد حرمة و طء كل منهما، فيحرم عليه و طئ المشبّهه بواحد منهن، و وافقه عليه ولده فخر المحققين فى شرح الإيضاح، و فيه أنه تحريم الظهار بسبب التشبيه بالمحرّم عليه مؤبدا عله مستنبطه و ليست منصوصه، فهو عين القياس المحرم.

و لذا قال الشارح فى المسالك: (نعم يمكن الاحتجاج له بصحيحه زراره السابقه عن الباقر عليه السّلام، و فيها قال: هو من كل ذى محرم، فتدخل المحرمات بالمصاهرة مؤبدا فى العموم، و لا يتأفیه قوله بعد ذلك فى الروايه: أما أختا أو عمه أو خاله، لأن تعداد الثلاثه للمثال لا للحصر، للإجماع على عدم انحصار ذى المحرم فى الثلاثه، و التمثيل بذى المحرم النسبى لا يفيد الحصر فيه، و فى هذا القول) انتهى.

و فيه ما قد عرفته من انصرافه إلى المحرم النسبى فقط.

(١١) أى بوقوع الظهار.

بهن (١)، للاشتراك في العله، و هي (٢) التحريم المؤبد، و لعموم قوله عليه السّلام من كل ذى محرم، و لا ينافية قوله عليه السّلام بعد ذلك «من أم، أو أخت أو عمه»، لأن ذكرهن للمثال، لا للحصر إذ المحرم النسبى أيضا غير منحصر فيهن. و لم يقل أحد باختصاص الحكم (٣) بالثلاثة (٤)، لكن المشهور عدم وقوعه (٥) متعلقا بهن (٦).

(و لا اعتبار بغير لفظ الظهر) من أجزاء البدن كقوله: أنت على كبطن أمى، أو يدها، أو رجلها، أو فرجها (٧)، لأصالة الإباحه، و عدم التحريم بشىء من (١) بالمحرم بالمصاهره مؤبدا.

(٢) أى العله.

(٣) من حرمة الظهر.

(٤) من الأم و الأخت و العمه.

(٥) أى وقوع الظهر.

(٦) بالمحرمات بالمصاهره.

(٧) أو شعرها أو غير ذلك من أجزائها بلا فرق بين ما يتوقف حياتها عليه أو لا يتوقف، و لا بين ما حلته الحياه من الأجزاء و غيره كما عليه المرتضى و المتأخرون، لأصالة الإباحه، و لأن الظهر مشتق من الظهر و صدق المشتق يستدعى صدق المشتق منه، و لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث أنه سأله كيف الظهر فقال: (يقول الرجل لامرأته و هي طاهر من غير جماع: أنت على حرام مثل ظهر أمى، و هو يريد بذلك الظهر) (١) و صحيح جميل المتقدم (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر عمته أو خالته، قال: هو الظهر) (٢) و هما مشعران بالحصر.

و عن الشيخ فى الخلاف و الصدوق فى المقنع و القاضى ابن البراج و ابن حمزه الوقوع لخبر سدير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: الرجل يقول لامرأته: أنت على كظهر أمى أو ككفها أو كبطنها أو كرجلها، قال: ما عنى به إن أراد به الظهر فهو الظهر) (٣)، و مرسل يونس عن بعض رجاله عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل قال لامرأته:

أنت على كظهر أمى أو كيدها أو كبطنها أو كفرجها أو كنفها أو ككعبها، أ يكون ذلك

ص: ١٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهر حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الظهر حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الظهر حديث ٢.

الأقوال، إلا ما أخرجه الدليل، و لدلاله الآيه (١)، و الروايه (٢) على الظهر (٣)، و لأنه (٤) مشتق منه (٥) فلا يصدق بدونه (٦).

و قيل: يقع بجميع ذلك (٧) استنادا إلى روايه ضعيفه، و لو علقه (٨) بما يشمل الظهر كالبدن و الجسم (٩) فالوجهان (١٠)، و أولى بالوقوع (١١) (و لا- التشبيه) الظهار؟ و هل يلزمه فيه ما يلزم المظاهر؟ قال: المظاهر إذا ظاهر من امرأته فقال: هي عليه كظهر أمه أو كيدها أو كرجلها أو كشعرها أو كشيء منها ينوي بذلك التحريم فقد لزمه الكفاره في كل قليل منها أو كثير (١).
(١)

و هي صريحه في عدم الاختصاص فتقدم على ما يفيد الحصر إشعارا، و ردّ بأن الثاني مرسل و بأن الأول ضعيف السند لاشتماله على سهل بن زياد و هو ضعيف غال و على غياث بن إبراهيم و هو متبري، و على محمد بن سليمان و هو ضعيف أو مشترك بينه و بين الثقه، و على أبيه و حاله كحال ابنه، و حال سدير أقرب إلى الضعف كما في المسالك.

(١) و هي قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢).

(٢) و هي صحيحتا زراره و جميل المتقدمتان.

(٣) أما دلالة الروايه فلاشتمالها على قوله: أنت عليّ كظهر أمي، و أما دلالة الآيه على أن سبب نزولها إنما هو في أوس بن الصامت القائل لزوجته: أنت عليّ كظهر أمي على ما في صحيح حمران المتقدم فراجع.

(٤) أي الظهار.

(٥) من الظهر.

(٦) أي فلا يصدق المشتق بدون صدق المشتق منه.

(٧) من أجزاء البدن.

(٨) أي علق الظهار.

(٩) كأن يقول: هي عليّ كبدن أمي أو كجسمي أمي.

(١٠) من الوقوع و عدمه.

(١١) أي و ما يشمل الظهر أولى بالوقوع من غير الظهر، لأن ما يشمل الظهر يدل عليه بالفحوى، و وجهه بعيد، لأن الدال على الوقوع هو خبر سدير و مرسل يونس المتقدمات و هما يدلان على الوقوع بغير لفظ الظهر من غير اعتبار أولويه لواحد منها، خصوصا أن

١- (١) المصدر السابق حديث ١.

٢- (٢) سورة المجادلة، الآية: ٣.

بالأب (١) و إن عين ظهره،(أو الأجنبيه (٢) و إن شاركا (٣) فى التحريم،(أو أخت (٤) الزوجه)، لأنه تحريمها غير مؤبد، و يفهم من تخصيصها بالذكر من بين المحرمات بالمصاهره الميل إلى التحريم بهن (٥) و إلا (٦) لكان التمثيل بمن حرم منهن مؤبدا أولى (٧).

(أو مظاهرتها منه (٨)، لأصالة عدم التحريم فى ذلك كله، و كون التحريم حكما شرعيا يقف على مورده

فى أنه لا يقع إلا منجزا

(و لا يقع إلا منجزا (٩) غير معلق على شرط، و لا القائل بالعدم يشترط صدق المشتق منه عند صدق المشتق، و من الواضح عدم صدق الظهر و لو غير بما يشمله كالبدن و الجسم.

(١) لا- يقع الظهر لو قال: كظهر أبى أو أختى أو عمى، بلا خلاف فيه، لأصالة الإباحه إلا ما خرج بالدليل و هذا ليس منه، و لأن الرجل ليس محلا للاستمتاع و لا فى معرض الاستحلال.

خلافًا لبعض العامه حيث حكم بوقوع الظهر بالتشبيه بمحارم الرجال قياسا على محارم النساء.

(٢) فلا يقع الظهر لو قال: أنت على كظهر فلانه و هى أجنبيه عنه، بلا خلاف فيه، لأصالة الإباحه إلا ما خرج بالدليل و هذا ليس منه.

(٣) كل من الأب و الأجنبيه شارك الأم فى التحريم.

(٤) فلو شَبَّهها بأخت الزوجه مما يحرم فى حال لا مطلقا فهى محرمه جمعا فحكمها حكم الأجنبيه فى جميع الأحكام لأن تحريمها يزول بفراق الأخت بلا- خلاف فيه و كذا لو شَبَّهها بعمه الزوجه أو خالتها فهى تحريم على وجه مخصوص لكن حكمها حكم الأجنبيه.

(٥) بالمحرمات بالمصاهره.

(٦) أى و إن لم يكن المصنف مائلا إلى التحريم.

(٧) أى أولى من ذكر من حرم منهن جمعا.

(٨) فلا- عبره بمصاهره الزوجه للزوج بأن تقول: أنت على كظهر أبى أو أمى، لأن الظهر من أحكام الرجال كالطلاق بلا خلاف فيه.

(٩) فلا يصح تعليق الظهر على شرط أو صفه، كما عليه السيد و بنو زهره و إدريس و البراج و سعيد، لمنافاه التعليق لإنشاء العقد و الإيقاع، و لمرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهر إلا على موضع الطلاق) (١) كما فى روايه الفقيه و فى روايه الكافى: (إلا على

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

مثل موضع الطلاق)، و من المعلوم عدم وقوع الطلاق معلقا بل يعتبر فيه التنجيز.

و لخبر القاسم بن محمد الزيات (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني ظاهرت من امرأتي، فقال: كيف قلت؟ قال: قلت أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا، فقال لي: لا شيء عليك و لا تعد)^(١)، و مرسل ابن بكير عن رجل (قلت لأبي الحسن عليه السلام: إني قلت لامرأتي: أنت عليّ كظهر أمي إن خرجت من باب الحجره فخرجت، فقال: ليس عليك شيء).

فقلت: إني أقوى على أن أكفر، فقال: ليس عليك شيء، فقلت: إني أقوى على أن أكفر رقبه و رقبتين، فقال: ليس عليك شيء قويت أو لم تقو)^٢.

و ردّ بأنها ضعيفه السند إما للإرسال و إما لضعف أو مجهوليه راويها، على أن مرسل ابن فضال حيث حكم بكون الظهار لا يقع إلا- على مثل موقع الطلاق ظاهر في اعتبار شرائط الطلاق من كون المرأة في غير طهر المواقعه مع شاهدين عدلين، و هي لا تصلح لمعارضه الأخبار الداله على وقوع الظهار معلقا و هي: صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام (الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر، فإذا قال: أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا، ففعل و حنث فعليه الكفاره حين يحنث)^(٢) و صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (الظهار ضربان:

أحدهما فيه الكفاره قبل المواقعه و الآخر بعده، فالذي يكفر قبل المواقعه الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي و لا يقول: إن فعلت بك كذا و كذا، و الذي يكفر بعد المواقعه الذي يقول: أنت عليّ كظهر أمي إن قربتك)^٤ و مثله مضمرة الآخر^٥، و خبره الثالث (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا قال الرجل لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي لزمه الظهار، قال لها دخلت أو لم تدخل، خرجت أو لم تخرجي، أو لم يقل لها شيئا فقد لزمه الظهار)^٦.

هذا و قد عرفت في بحث الطلاق الفرق بين الصفه و الشرط و إن اشتركا في أصل التعليق، حيث إن المراد من الصفه ما يعلم تحققها قطعا، و المراد من الشرط ما لا- يعلم تحققه فقد يقع و قد لا يقع، هذا و اعلم أن الماتن في شرح الإرشاد و اللمعه و الشارح في المسالك و الروضه جعلوا القول بالجواز مختصا بما إذا علّقه على الشرط دون الصفه،

ص: ١٩١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٤ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٧ و ١ و ٨ و ١٢.

صفه كقدوم زيد (١)، و طلوع الشمس (٢) كما لا يقع الطلاق معلقا إجماعا، و إنما كان مثله لقول (٣) الصادق عليه السلام «لا يكون الظهار إلا- على مثل موقع الطلاق»، و لروايه القاسم بن محمد قال: قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام، إني ظاهرت من امرأتي فقال: «كيف قلت» قال: قلت أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا.

فقال: «لا شيء عليك و لا تعد»، و مثله روى ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام.

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه: (يصح تعليقه على الشرط) و هو ما يجوز وقوعه في الحال و عدمه كدخول الدار، (لا على الصفه) و هي ما لا يقع في الحال قطعا، بل في المستقبل (٤) كإنقضاء الشهر، (و هو قوى) لصحيحه حريز عن الصادق عليه السلام قال: «الظهار ظهاران فأحدهما أن يقول: أنت عليّ كظهر أمي ثم يسكت فذلك الذي يكفر قبل أن يواقع، فإذا قال أنت عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا و كذا ففعل (٥) و جبت عليه الكفاره حين يحنث» و قريب منها صحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عنه عليه السلام، فخرج الشرط (٦) عن المنع بهما (٧) و بقى غيره (٨) على أصل المنع.

و أما أخبار المنع من التعليق مطلقا (٩) فضعيفه جدا، لا تعارض الصحيح مع إمكان حملها (١٠)

و تبعهما عليه سيد الرياض، و قال في الجواهر: (و احتمال الفرق بين الشرط و الصفه في غايه البعد بل يمكن القطع بفساده) انتهى.

(١) مثال للشرط.

(٢) مثال للصفه.

(٣) أي و إنما كان الظهار مثل الطلاق.

(٤) أي بل يقع قطعا في المستقبل.

(٥) و في الخبر (و حنث).

(٦) و كذا الصفه، إذ لا فرق بينهما من ناحيه التعليق.

(٧) أي بالصحيحين المذكورين.

(٨) و هو الصفه.

(٩) سواء كان التعليق على الشرط أم على الصفه.

(١٠) حمل أخبار المنع.

على اختلال بعض الشروط غير الصيغه كسماع الشاهدين فإنه (١) لو لم يكن ظاهرا (٢) لوجب (٣)، جمعا بينهما (٤) لو اعتبرت (٥).

في جواز توقيته بمدّه

(و الأقرب صحه توقيته بمدّه) كأن يقول: أنت على كظهر أمى إلى شهر أو سنه مثلا (٦)، (١) أى الحمل المذكور. (٢) و هو كذلك غير ظاهر.

(٣) أى لوجب الحمل على قاعده الجمع مهما أمكن أولى من الطرح، و فيه: أنه فى الجمع العرفى لا التبرعى، و مقامنا من الثانى.

(٤) أى بين ما دل على المنع مطلقا و بين ما دل على جواز التعليق.

(٥) أى اعتبرت أخبار المنع، لأن الجمع فرع التعارض، و التعارض فرع تكافؤ الأدله، و مع ضعف أحد الطرفين فلا يصلح لمعارضه الطرف الآخر.

(٦) لو قيد الظهر بمدّه معينه كيوم أو شهر أو إلى شهر أو سنه كأن يقول: أنت على كظهر أمى شهرا أو يوما أو سنه أو إلى شهر أو سنه فقد اختلف فيه الأصحاب على أقوال:

الأول: عدم الصحه كما عن الشيخ فى المبسوط و ابن البراج و الحلّى لأنه لم يؤيد التحريم، فأشبهه ما إذا شَبَّهها بامرأه لا تحرم عليه على التأييد، و لصحيح سعيد الأعرج عن موسى بن جعفر عليه السّلام (فى رجل ظاهر امرأته يوما، قال عليه السّلام: ليس عليه شىء) (١)، و فى هذا الاستدلال نظر أما الأول فهو وجه اعتبارى لا يصلح مستندا للحكم الشرعى، و أما الخبر فأكثر النسخ على إبدال (يوما) بلفظ (فوفى) و يكون الخبر (عن رجل ظاهر امرأته فوفى، قال عليه السّلام: ليس عليه شىء).

و اختلاف النسخ مانع عن الاستدلال به على المدعى، مع أنه لو كانت النسخه (يوما) لما كان لازمه عدم الصحه مطلقا، لأن الظهار بمجرد لا يوجب شيئا عليه، و إنما تجب الكفاره بالعود قبل انقضاء المدّه، و لما كانت المدّه قصيره فإذا صبر حتى مضى الوقت فليس عليه شىء.

القول الثانى: الصحه كما عن ابن الجنيد و إليه مال العلامه فى المختلف و استجوده الشارح فى المسالك، لأن الظهار المقيد بوقت معين منكر من القول و زور كالظهار المطلق، و لعموم قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) فهو يشمل الظهار

ص: ١٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الظهار حديث ١٠.

٢- (٢) سورة المجادله، الآية: ٣.

المؤقت كما يشمل الظهر المطلق، وكذلك عموم الأخبار كصحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عن الظهر فقال: هو من كل ذي محرم من أم أو أخت أو عمه أو خاله)^(١)، ولخصوص خبر سلمه بن صخر قال: (كنت رجلاً أصيب من النساء ما لا يصيب غيري، فلما دخل رمضان خفت أن أصيها فيتتابع بي حتى أصبح، فتظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان، فبينما هي تخدمني ذات ليله إذا انكشف شيء منها فما لبثت أن نزوت عليها، فلما أصبحت أتيت قومي فذكرت ذلك لهم و سألتهم أن يمشوا معي إلى النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فقالوا: لا والله، فأتيت النبي صَلَّى الله عليه وآله وسلم فذكرت له ذلك.

فقال: اعتق رقبه، فقلت: والذي بعثك بالحق نبيا، ما أملك رقبه غيرها، وضربت يدي على صفحه رقبتى، فقال: صم شهرين، فقلت: هل أصبت ما أصبت إلا من الصيام، فقال: أطعم ستين مسكينا، فقلت: والذي بعثك بالحق نبيا وحشين^(٢)، ما لنا من طعام، فقال: اذهب إلى صدقه بنى زريق فليدفع إليك وسقا من تمر، فأطعم ستين مسكينا، وكل أنت و عيالك الباقي.

قال: فرجعت إلى قمي فقلت: ما وجدت عندكم إلا الضيق و سوء الرأي، و وجدت عند رسول الله صَلَّى الله عليه وآله وسلم السعة و حسن الخلق، و قد أمر لى بصدقتمكم^(٣).

و فيه أن هذا الخبر الأخير ليس من مرويات الأصحاب بل هو من طرق العامه كما اعترف بذلك غير واحد منهم صاحب الجواهر، و عموم الآيه و الروايات لا- يشمل الظهر المقيّد، لأن المنصرف من الظهر هو الظهر المطلق خصوصا بعد أن كان الظهر فى الجاهليه للحرمة مؤبدا و لم يشرعه الشارع بل جعله من المحرمات و جعله لا يفيد الحرمة المؤبده بل يوجب الكفاره، و عليه فالمراد من الظهر حينئذ هو خصوص المطلق فقط كما كان عليه الكفار فى الجاهليه، و منه تعرف أن المطلق هو الموصوف بالزور و المنكر لا المقيّد.

القول الثالث: التفصيل فإن زادت المده عن مده التربص على تقدير المرافعه وقع و إلا فلا، و مده التربص من حين الترافع و عدم الطلاق هو ثلاثه أشهر، و إليه مال الشارح فى

ص: ١٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الظهر حديث ١.

٢- (٢) بفتح الواو و كسر الحاء و فتح الشين، الوحش الجائع من الناس و غيرهم لخلوه من الطعام كما فى لسان العرب ج ٦ ص ٣٦٩.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من كتاب الظهر حديث ٤.

لعموم الآيات (١)، و الروايات، و لأن الظهار كاليمين القابله للاقتران بالمده (٢)، و للأصل (٣)، و لحديث سلمه بن قيس بن صخر أنه ظاهر من امرأته إلى سلخ رمضان و اقره النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ و أمره بالتكفير للمواقعه قبله (٤)، و اقراره حجه كفعله و قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ وَ سَلَّمَ.

و قيل: لا يقع مطلقا (٥)، لأن الله تعالى علق حلّ الوطى في كل المظاهرين بالتكفير (٦)، و لو وقع (٧) مؤقتا أفضى إلى الحلّ (٨) المسالك و قواه العلامه في المختلف، و دليله أن الظهار يلزمه التربص من الزوجه مده ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق، و هو يدل بالاقتضاء على أن مدته تزيد عن ذلك، و إلا لو قصرت مدته عن الثلاثه أشهر فينتفى الحكم بالتربص، و انتفاء الحكم بالتربص دال على انتفاء الظهار من باب دلالة انتفاء اللازم على انتفاء الملزوم.

و فيه: أن المرافعه حكم من أحكام الظهار و هى غير لازمه فجاز أن لا ترافعه فتححتاج إلى معرفه حكم الظهار على هذا التقدير، و جاز أن لا يعلمها بإيقاعه و لكنه يريد معرفه حكم الظهار على هذا التقدير، مع أن الحكم بتربصها فى هذه المده على تقدير المرافعه محمول على ما إذا كان مؤبدا أو مؤقتا بزياده عنها، فإذا قصرت كان حكمه تحريم العود إلى أن يكفر من غير أن يتوقف على المرافعه كما فى المسالك.

(١) و فيه: أن التمسك بالعموم يصح لو كان يطلق على الموقت اسم الظهار لغه و شرعا، مع أنك قد عرفت اختصاص الظهار بالمؤبد فقط.

(٢) و فيه أن الظهار حقيقته شرعيه، و قياسها على اليمين ليس فى محله.

(٣) و هو أصاله عدم اشتراط التأبيد، و فيه أنه لا معنى للأصل بعد كون الثابت من الظهار هو المؤبد فقط.

(٤) أى قبل انسلاخ رمضان.

(٥) أى سواء كان توقيته بثلاثه أشهر أم لا، فهو إطلاق بالنسبه إلى التفصيل الآتى.

(٦) أى إذا أراد المظاهر العود إلى و طى زوجته فعليه الكفاره، لقوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١)**.

(٧) أى الظهار.

(٨) أى حل الوطى.

ص: ١٩٥

بغيره (١)، و اللازم (٢) كالملزوم (٣) فى البطلان.

و ربما فرّق بين المده الزائده على ثلاثه أشهر، و غيرها (٤)، لعدم المطالبه بالوطء قبلها (٥)، و هى (٦) من لوازم وقوعه (٧)، و هو (٨) غير كاف فى تخصيص العموم (٩).

فى شروط جريان الصيغه

(و لا بد من حضور عدلين (١٠) يسمعان الصيغه كالطلاق، فلو ظاهر و لم يسمعه الشاهدان وقع لاغيا، و كونها (١١) طاهرا من الحيض، و النفاس) مع (١) أى بغير التكفير، لأنه بانتهاء المده ارتفع الظهار و جاز له الوطء من دون كفاره حينئذ.

(٢) و هو الإفضاء إلى الحل بغير التكفير.

(٣) و هو الظهار الموقت.

(٤) أى و غير الزائده على ثلاثه أشهر فيصح الظهار فى الأول دون الثانى.

(٥) أى قبل ثلاثه أشهر لأنها مده التربص.

(٦) أى مده التربص ثلاثه أشهر من حين الترافع و عدم الطلاق.

(٧) أى وقوع الظهار، فلو كان معلقا على الأقل من ثلاثه أشهر فلا يجوز لها المطالبه بانتفاء التربص، و بانتفاء التربص يستكشف انتفاء الظهار حينئذ.

(٨) أى ما ذكر من الدليل على التفصيل المذكور.

(٩) أى عموم الآيه و الروايات، لأن المرافعه غير لازمه فجاز أن لا ترافعه، على أن المرافعه مختصه بما إذا كان الظهار مؤبدا أو مؤقتا بزياده عن الثلاثه أشهر على تفصيل قد تقدم.

(١٠) شروع فى الشرائط، و هى تاره فى وقوع الظهار و أخرى فى المظاهر و ثالثه فى المظاهره.

أما فى وقوع الظهار فلا إشكال و لا خلاف فى أن شرطه سماع شاهدين عدلين على نحو الطلاق لصحيح حمران عن أبى جعفر عليه السّلام (لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب، و لا يكون ظهار إلا فى طهر من غير جماع بشهاده شاهدين مسلمين) (١)، و مرسل ابن الفضال عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) (٢).

(١١) شروع فى شرائط المظاهره فيشترط فيها أن تكون طاهرا طهرا لم يواقعها فيه إذا كان زوجها حاضرا و كان مثلها يحيض بلا إشكال و لا خلاف للأخبار

منها: مرسل ابن الفضال المتقدم (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) (٢)،

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣ و ١ و ٢.

حضور الزوج، أو حكمه (١)، و عدم الحبل كالطلاق، و كان عليه (٢) أن ينبه عليه، و لعله أهمله لظهور أن هذه (٣) شرائط الطلاق (و أن لا يكون قد قربها في ذلك الطهر) مع حضوره (٤) أيضا (٥) كما سبق، فلو غاب و ظن انتقالها منه إلى غيره وقع منه مطلقا (٦) (و أن يكون (٧) المظاهر كاملا) بالبلوغ، و العقل (قاصدا) فلا يقع ظهار و صحيح حمران المتقدم (و لا يكون ظهار إلا في طهر من غير جماع بشهادة شاهدين مسلمين) (٨)، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (في حديث أنه سأله كيف الظهار؟ فقال: يقول الرجل لامرأته و هي طاهر من غير جماع: أنت علي حرام مثل ظهر أمي، و هو يريد بذلك الظهار) (٩).

و منها يعرف ما إذا كان زوجها غائبا و هو قادر على استعلام حالها فحكمه حكم الزوج الحاضر، و منها يعرف حكم ما لو كان غائبا و هو غير قادر على معرفه حالها أو ما لو كان حاضرا و كانت يائسه أو صغيره أو حبلية فيصح الظهار من دون هذا الشرط بلا خلاف فيه - كما في الجواهر - و لا إشكال.

(١) و هو ما لو كان غائبا و هو قادر على استعلام حالها.

(٢) على عدم الحبل أو على حضور الزوج و ما في حكمه.

(٣) أي شرائط الظهار.

(٤) أي حضور الزوج أو ما في حكمه.

(٥) أي أن هذا القيد من حضور الزوج كما هو قيد في كونها طاهرا هو قيد في عدم مواقعه كما سبق في كتاب الطلاق.

(٦) صادف الحيض أو لا، كما حرر في كتاب الطلاق.

(٧) شروع في شرائط المظاهر، هذا و لا - خلافاً و لا إشكال في أنه يعتبر فيه البلوغ و العقل و القصد و الاختيار كما يعتبر في المطلق، لمرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يكون الظهار إلا على مثل موضع الطلاق) و لخصوص موثق عبيد بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا ما أريد به الطلاق و لا ظهار إلا ما أريد به الظهار) (١٠)، و خير عمار بن موسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الظهار الواجب فقال: الذي يريد به الرجل الظهار بعينه) و عليه فلا يصح ظهار الطفل و لا المجنون و لا المكره و لا فاقد القصد

ص: ١٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الظهار حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الظهار حديث ٢.

الصبي، و المجنون، و فاقد القصد بالإكراه و السكر، و الإغماء، و الغضب إن اتفق (١).

فى أنه يصح من الكافر

(و يصح من الكافر) على أصح القولين (٢)، للأصل (٣)، و العموم، و عدم المانع، إذ (٤) ليس (٥) عباده يمتنع وقوعها منه (٦)، و منعه الشيخ، لأنه (٧) لا يقر بالسكر أو الإغماء أو الغضب و لذا ورد فى صحيح حمران المتقدم عن أبى جعفر عليه السلام (لا يكون ظهار فى يمين و لا فى إضرار و لا فى غضب) (١) و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامة من عدم اعتبار القصد.

(١) أى اتفق الغضب الذى فقد معه القصد.

(٢) كما عليه الأكثر لعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢)، و غيره من عمومات السنه.

و منعه الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن الجنيدي و القاضى ابن البراج استنادا إلى أن من يصح ظهاره تصح الكفاره منه لقوله تعالى: وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٣) و الكافر لا تصح منه الكفاره، لأنها عباده تفتقر إلى النيه، و النيه متعذره منه بسبب الكفر، و لأن الظهار يفيد تحريما يصح إزالته بالكفاره كما هو المقرر فى شرعنا و الكافر لا يعتقد بشرعنا حتى يكون الظهار موجبا للتحريم عنده.

و رد بمنع عدم صحه الكفاره من الكافر، بل صحتها متوقفه على شرط و هو الإسلام و هو قادر على تحصيله.

و أجيب عن الثانى بأن الكافر مكلف بالفروع لإطلاق أدلتها أقر بالشرع أو لم يقرّ، و الظهار من قبيل السبب لترتب أحكامه الشامله للكافر، و عليه فإذا صدر منه الظهار ثبت فى حقه حكم الظهار و إن لم يقرّ به.

(٣) أى أصاله عدم اشتراط الإسلام فى صحه الظهار.

(٤) تفسير لعدم المانع من وقوع الظهار من الكافر.

(٥) أى ليس الظهار عباده.

(٦) من الكافر.

(٧) أى الكافر.

ص: ١٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الظهار حديث ١.

٢- (٢) سوره المجادله، الآيه: ٣.

٣- (٣) سوره المجادله، الآيه: ٣.

بالشرع، و الظهار حكم شرعى، و لأنه لا تصح منه الكفاره لاشتراط نيه القربه فيها (١)، فيمتنع منه الفئه (٢)، و هى (٣) من لوازم وقوعه.

و يضعف بأنه (٤) من قبيل الأسباب (٥) و هى (٦) لا تتوقف على اعتقادها، و التمكن من التكفير متحقق بتقديمه (٧) الإسلام، لأنه قادر عليه، و لو لم يقدر على العبادات لامتنع تكليفه بها عندنا، و إنما تقع منه (٨) باطله لفقد شرط مقدور.

فى أن الأقرب صحته بملك اليمين

(و الأقرب صحته (٩) بملك اليمين (١٠)

(١) فى الكفاره لأنها عباد.

(٢) أى الرجوع إلى الزوجه، لأن الرجوع متوقف على الكفاره.

(٣) أى الفئه و الرجوع إلى الزوجه بعد التكفير من لوازم وقوع الظهار، و إذا انتفى اللازم انتفى الملزوم.

(٤) أى الظهار.

(٥) الموجه للأحكام من تحريم الزوجه و غير ذلك، و هذه الأحكام عامه تشمل الكافر سواء أقر بها أم لا.

(٦) أى الأسباب و المراد بها الأحكام المترتبه على الظهار.

(٧) أى تقديم الكافر.

(٨) أى و إنما تقع العبادات من الكافر بالمله لفقد الإسلام مع أنه شرط مقدور منه.

(٩) أى صحه الظهار.

(١٠) هل يقع الظهار بالموطوء بالملك فالمشهور بين المتأخرين على الوقوع لدخولها فى عموم قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١) و الأمه من النساء كما دخلت فى عموم قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٢) و لذا حرمت أم الموطوء بالملك بالاتفاق و للأخبار

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن الظهار على الحره و الأمه، قال: نعم) (٣) و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الظهار من الحره و الأمه؟ قال: نعم) (٤)، و موقوف إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يظاهر من جاريته فقال: الحره و الأمه فى ذا سواء) (٥)، و صحيح حفص عن أبى عبد الله

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٢- (٢) سورة المجادلة، الآية: ٣٧.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ٥ و ١.

أو أبي الحسن عليهما السَّلام (في رجل كان له عشر جوار فظاهر منهن جميعا بكلام واحد، فقال: عليه عشر كفارات) (١) و مثلها غيرها، و مقتضى هذه الأخبار عدم الفرق في الأمه بين القن و المدبره و أم الولد، بل في المبسوط (روى أصحابنا أن الظهار يقع بالأمه و المدبره و أم الولد) (٢) و عن ابن أبي عقيل و بنى حمزه و إدريس و البراج و المفيد و أبي الصلاح و سَلَّار أنه لا يقع بالأمه، للأصل من عدم التحريم، و لمرسل ابن فضال عن أبي عبد الله عليه السَّلام (لا- يكون الظهار إلا- على مثل موضع الطلاق) (٣) و من المعلوم عدم وقوع الطلاق في الأمه، و أيضا كان الظهار في الجاهليه طلاقا كما تقدم و الطلاق لا يقع بالأمه، و لخصوص خبر حمزه بن حمران عن أبي عبد الله عليه السَّلام (عن رجل جعل جاريته عليه كظهر أمه، قال: يأتيها و ليس عليه شيء) (٤)، هذا مع ضميمه أن النساء ظاهره في الزوجه و الأمه غير زوجة فلا تكون الأمه مشموله لآيه الظهار خصوصا أن سبب نزولها إنما كان في زوجة أوس بن الصامت و هي زوجة حره.

و فيه: أما الأصل فهو مقطوع بالأخبار الصحيحه الداله على الوقوع، لأن الأصل يتم مع عدم وجود دليل يخرج عنه، و أما مرسل ابن فضال فهو محمول على شرائط الزوجه المظاهر منها و المطلقه، و ليس محمول على كل ما هو شرط في الطلاق يكون شرطا في الظهار، و لو سلم أنه عام حتى للزوجه بشرط كونها حره فهو مخصص بالأخبار الصحيحه المتقدمه الداله على وقوع الظهار بالأمه.

و أما كون الظهار في الجاهليه طلاقا و هو مختص بالحره فهو مناف لما نقل عنهم - كما في المسالك - من أنهم كانوا يظاهرون من الأمه و يعتزل سيدها فراشها و أما خبر حمزه بن حمران الدال على عدم وقوع الظهار بالأمه فلا يصلح لمعارضه ما تقدم من الأخبار الصحيحه الداله على وقوع الظهار لضعف سنده و موافقته للعامه.

و أما كون النساء مختصا بالزوجه فلا يشمل الأمه و لا تندرج تحت آيه الظهار فيه منع اختصاص النساء بالزوجه، و لذا اندرجت الأمه تحت قوله تعالى: **وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ** (٥)

ص: ٢٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الطهار حديث ٣.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الطهار حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الطهار حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الطهار حديث ٤.

٥- (٥) سورة النساء، الآية: ٢٧.

و لو مدبره، أو أم ولد، لدخولها (١) فى عموم وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٢) كدخولها (٣) فى قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ (٤) فحرمت أم الموطوءه بالملك، و لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام قال: و سألته عن الظهار على الحره و الأمه فقال: نعم. و هى (٥) تشمل الموطوءه بالملك، و الزوجيه.

و ذهب جماعه إلى عدم وقوعه (٦) على ما لا يقع عليه الطلاق (٧)، لأن المفهوم من النساء الزوجه (٨)، و لورود السبب (٩) فيها (١٠)، و لروايه حمزه بن حمران عن الصادق عليه السّلام فيمن يظاهر أمته، قال: «يأتيها و ليس عليه شيء»، و لأن الظهار كان فى الجاهليه طلاقا و هو (١١) لا يقع بها، و للأصل (١٢). و يضعف بمنع الحمل (١٣) على الزوجه، و قد سلف (١٤)، و السبب (١٥) لا يخصص، و قد حقق فى فحرمت أمه الموطوءه بالملك بالاتفاق.

و أما كون سبب نزول آيه الظهار هو زوجة أوس و هى حره ففيه أن المورد لا يخصص الوارد كما هو الواضح، إذ العبره بعموم اللفظ لا بخصوصيه المورد، و قد حرر فى محله.

(١) أى الأمه.

(٢) سورة المجادله، الآيه: ٢.

(٣) أى دخول الأمه.

(٤) سورة النساء، الآيه: ٢٧.

(٥) أى صحيحه محمد بن مسلم المتقدمه.

(٦) أى وقوع الظهار.

(٧) و الطلاق لا يقع على الأمه فكذا الظهار.

(٨) و الأمه ليست بزوجه فلا تكون مشموله لآيه الظهار.

(٩) أى سبب نزول آيه الظهار.

(١٠) أى فى الزوجه، و هى زوجة أوس على ما تقدم سابقا.

(١١) أى الطلاق.

(١٢) أصاله عدم التحريم عند الشك فيه فيما لو ظاهر الأمه.

(١٣) أى حمل النساء.

(١٤) فى قول الشارح عند ما قال: (كدخولها فى قوله تعالى: وَ أُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ .

(١٥) أى سبب نزول آيه الظهار لا يخصص الوارد.

ص: ٢٠١

الأصول، و الروايه (١) ضعيفه السند (٢)، و فعل الجاهليه لا حجه فيه، و قد نقل أنهم كانوا يظاهرون من الأمه أيضا، و الأصل قد اندفع بالدليل (٣).

و هل يشترط كونها (٤) مدخولا بها (٥) قيل: لا، للأصل، و العموم.

في اشتراط الدخول

(و المروى) صحيحا (اشتراط الدخول) روى محمد بن مسلم فى الصحيح عن أحدهما قال: «لا يكون ظهرا، و لا إيلاء حتى يدخل بها»، و فى صحيحه الفضل بن يسار أن الصادق عليه السّلام قال: «لا يكون ظهرا، و لا إيلاء حتى يدخل بها» و هذا (٦) هو الأصح، و هو (٧) مخصص للعموم بناء على أن خبر الواحد حجه و يخصص عموم الكتاب (و يكفى الدبر (٨)، لصدق الوطء به كالقبل.

(١) أى خبر حمزه بن حران.

(٢) لاشتمالها على ابن فضال و ابن بكير و هما فطحيان.

(٣) و هو عموم الآيه و جمله من الأخبار الصحيحه.

(٤) أى كون المرأه المظاهرة.

(٥) فقد ذهب المفيد و المرتضى و سلار و ابن إدريس و ابن زهره عدم اشتراط الدخول تمسكا بعموم الآيه وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)، و ذهب الشيخ و الصدوق و أكثر المتأخرين إلى اشتراط الدخول للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السّلام (فى المرأه التى لم يدخل بها زوجها، قال: لا يقع عليها إيلاء و لا ظهار) (٢)، و صحيح الفضيل بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل مملك ظاهر من امرأته، قال: لا يلزم، ثم قال:

و قال لى: لا يكون ظهار و لا إيلاء حتى يدخل بها) ٣.

و هذه الأخبار صالحه لتخصيص عموم الكتاب، نعم من عمل بالعموم هنا و هم أصحاب القول الأول فقد التزم بعدم حجه الخبر الواحد إما مطلقا و إما فى مقام تخصيص عموم الكتاب، و كلاهما ضعيف كما حرر فى الأصول، و منه تعرف ضعف التوقف كما هو ظاهر المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد.

(٦) أى اشتراط الدخول.

(٧) أى المروى.

(٨) فعلى القول باشتراط الدخول فيقع و لو كان الوطى دبرا كما تقدم البحث فيه في فصل

ص: ٢٠٢

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار حديث ٢ و ١.

فى أنه يقع الظهار بالرتقاء و القرناء و المريضة

(و يقع الظهار بالرتقاء (١) و القرناء (٢) و المريضة التى لا- توطأ (٣) كذا ذكره المصنف و جماعه، و هو (٤) يتم على عدم اشتراط الدخول (٥)، أما عليه (٦) فلا (٧)، لإطلاق النص (٨) باشتراطه (٩)، من غير فرق بين من يمكن ذلك (١٠) فى حقه بالنظر إليه (١١)، و إليها (١٢)، و غيره (١٣)، و لكن ذكر ذلك (١٤) من اشتراط الدخول المهر من كتاب النكاح و غيره، و على القول بالا- اشتراط فيتناول تقييد الظهار بالدخول للصغيره و إن حرم الدخول بها، إذا كانت مدخولا بها، و يتناول الكبيره و المجنونه و العاقله و الرتقاء على تقدير وطئها فى الدبر، لأن الصغر و الجنون و العيب لا مدخلية لها فى الأحكام الوضعيه بعد تحقق شرط الظهار الموجب للتحريم، و هو الدخول، و إن كان الدخول بنفسه محرما كوطى الصغيره.

هذا كله على القول بالا- اشتراط و أما على القول بالعدم فدخول الجميع فى حكم الظهار أوضح بعد ثبوت عنوان النساء على الجميع.

(١) و الرتق بالتحريك هو الفرج الملتحم الذى لا يمكن معه الجماع.

(٢) و القرن هو لحم أو عظم ينبت فى الفرج يمنع من الجماع.

(٣) أى لا توطأ حال الظهار مع تحقق الدخول قبل الظهار.

(٤) أى وقوع الظهار فى الرتق و القرناء و المريضة.

(٥) بعد صدق عنوان النساء عليهن.

(٦) أى على اشتراط الدخول.

(٧) أى لا- يتم ما ذكره المصنف و جماعه، بدعوى عدم إمكان وطء من ذكر، و فيه: ما قاله الآقا جمال: (يمكن أن يخصّ كلامهم على تقدير الاشتراط بما إذا كان صيرورتها رتقاء أو قرناء أو مريضة إنما وقعت بعد الدخول، و مثله القول فى الخصّ و المجبوب، و يمكن أيضا فى الرتقاء و القرناء وقوع الوطى دبرا، فصحه الظهار فيهما لا ينافى اشتراط الدخول أصلا لتعميمهم فى الدخول كما صرح به المصنف) انتهى.

(٨) و هو صحيحا محمد بن مسلم و الفضيل بن يسار المتقدمان.

(٩) باشتراط الدخول.

(١٠) أى الدمول.

(١١) إلى الزوج.

(١٢) إلى الزوجه.

(١٣) أى و من لا يمكن الدخول فى حقه بالنظر إليه أو إليها.

(١٤) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

ص: ٢٠٣

كالمصنف، و من توقف (١) كالعلامه و المحقق.

و يمكن أن يكون قول المصنف (٢) هنا (٣) من هذا القبيل (٤). و كيف كان (٥) فبناء الحكم (٦) على اشتراط الدخول غير واضح (٧)، و القول بأنه (٨) إنما يشترط حيث يمكن (٩) تحكّم (١٠)، و مثله (١١) حكمهم بوقوعه (١٢) من الخصى و المبوب حيث يمتنع الوطء منهما (١٣).

فى وجوب الكفاره بالعود

(و تجب الكفاره بالعود (١٤) (١) أى توقف فى حكم الاشتراط.

(٢) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٣) مع أنه اشترط الدخول.

(٤) أى قبيل من ذكر وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها مع أنه متوقف فى الاشتراط فيرد عليه ما يرد عليهم على ما تقدم.

هذا و قال الشارح: (و يمكن أن يكون قول المصنف) لأنه يمكن أن يقول المصنف على عدم الاشتراط و قد نسب الاشتراط إلى الروايه، و قد عرفت أنه على عدم اشتراط الدخول يصح القول بوقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٥) أى و كيف كان مراد المصنف.

(٦) من وقوع الظهار بالرتقاء و أختيها.

(٧) و فيه: أن وضوحه ظاهر إذ يمكن أن يكون الدخول قد تحقق قبل الرتق و القرن و المرض و يمكن أن يكون قد تحقق بالدبر.

(٨) بأن الدخول.

(٩) و أما فى الرتقاء و القرناء و المريضة فحيث لا يمكن كما هو المفروض من الشارح فلا يشترط.

(١٠) أى بلا دليل على هذا التخصيص.

(١١) أى و مثل حكمهم بوقوع الظهار فى الرتقاء و أختيها مع أنهم يشترطون الدخول أو هم متوقفون فى الحكم بالاشتراط.

(١٢) أى بوقوع الظهار.

(١٣) و يمتنع الوطء منهما حاله الظهار و عليه فيمكن تحقق الدخول منهما قبل الظهار، على أن الدخول غير ممتنع من الخصى كما هو الواضح و كذا المبوب إذ بقى له بمقدار الحشفه.

(١٤) لا خلاف ولا إشكال في عدم وجوب الكفاره بمجرد الظهار، بل إنما تجب بالعود لقوله

ص: ٢٠٤

تعالى: وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ (١).

و لكن اختلفوا فى معنى العود على أقوال ثلاثة:

الأول: إنه إرادته الوطء و هو المشهور بين الأصحاب، بل عن البيان و التبيان الاتفاق عليه للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل يظاهر من امرأته ثم يريد أن يتم على طلاقها، قال: ليس عليه كفاره، قلت: إن أراد أن يمسه، قال: لا يمسه حتى يكفر) (٢)، و صحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الظهار متى يقع على صاحبه الكفاره؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها أ عليه كفاره؟ قال: لا سقطت عنه الكفاره) (٣)، و خبر أبي بصير (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال:

عليه كفاره أخرى) (٣).

القول الثانى: أن العود هو إمساك على النكاح و إن قلّ زمانا، و هذا ما عليه ابن الجنيد و المرتضى و بعض العامه، لأن صيغه الظهار تقتضى التحريم المؤبد، و التحريم المؤبد لا يكون إلا بالفرقه الحاصله بالطلاق، فلو لم يطلق عقيب الظهار فقد عاد فى قوله، بمعنى خالفه و نقضه، و لذا يقال: عاد فلان فى قوله أى خالفه و نقضه و يقال: عاد فلان فى هبته.

و بناء عليه لما جعل المولى الكفاره على العدد إلى ما قال من الظهار كما فى الآيه المتقدمه، فقد جعل الكفاره على ما لو خالف ما قاله من الظهار، و لا- يخالفه إلا- بإمساكها على النكاح لأن الظهار يقتضى التحريم الموجب للبينونه، و هى لا تحصل إلا بالطلاق، و الإمساك على النكاح يخالف الطلاق المذكور.

و يردّه النصوص المتقدمه حيث جعلت الكفاره على إرادته المسّ و المواقعه، و ليست على الإمساك على النكاح.

القول الثالث: ما عن بعض العامه من أن العود هو نفس الوطء، و يردّه قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا، ذَلِكُمْ

ص: ٢٠٥

١- (١) سورة المجادله، الآيه: ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار حديث ٨ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ٦.

و هي (١) أنث الضمير لتوسطه (٢) بين مذكر (٣) و مؤنث (٤)، أحدهما مفسر للآخر قاعده مطرده، أى المراد من العود (إرادته الوطء) لا بمعنى وجوبها (٥) مستقرا بإرادته (٦)، تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ (١) و هو دال على أن الكفاره على العود، و جعلها قبل أن يتماسا فدلّ على أن العود يتحقق قبل الوطء، و ما هو إلا إرادته الوطء.

(١) أى العود و قد أنث الضمير باعتبار الخبر، لأن الضمير إذا وقع بين المرجع المذكور و خبره المؤنث فمراعاة الخبر أولى كقوله تعالى: فَلَمَّا رَأَى الشَّمْسُ بَازِغَةً قَالَ: هَذَا رَبِّي (٢) و لم يقل: هذه ربي.

(٢) أى توسط الضمير.

(٣) و هو المرجع.

(٤) و هي الخبر.

(٥) أى وجوب الكفاره.

(٦) أى بإرادته الوطء، بحيث يكون وجوب الكفاره بعد إرادته الوطء مطلقا و غير معلق على شرط آخر، بل هو مشروط أيضا بالوطء بالفعل فهو شرط متأخر، و عليه لو أراد الوطء فلا يثبت وجوب الكفاره من حينه و جوبا مستقرا، بل تجب الكفاره بشرط الوطء المتأخر، بحيث لو فارقها بعد إرادته الوطء فلا كفاره حينئذ لانتهاء المشروط بانتفاء شرطه، و هذا ما عليه المشهور لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الظهراني متى يقع على صاحبه الكفاره؟ قال: إذا أراد أن يواقع امرأته، قلت: فإن طلقها قبل أن يواقعها أ عليه كفاره؟ قال: لا سقطت عنه الكفاره) (٣)، و هو ظاهر في كون الوطء شرطا متأخرا لوجوب الكفاره حين إرادته الوطء.

و عن العلامة في التحرير أن وجوب الكفاره مستقر عند إرادته الوطء من دون توقفه على الوطء المتأخر، و هو المعبر عنه بالوجوب المستقر، و عليه فلو أراد الوطء وجبت الكفاره، و إن طلقها قبل الوطء، لأن الله تعالى رتب وجوب الكفاره على العود المفسر بإرادته الوطء لقوله تعالى: ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ (٤)، و مقتضى الإطلاق

ص: ٢٠٦

١- (١) سورة المجادلة، الآية: ٣.

٢- (٢) سورة الأنعام الآية: ٧٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار حديث ٤.

٤- (٤) سورة المجادلة، الآية: ٣.

بل (بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر) فلو عزم (١) و لم يفعل و لم يكفر، ثم بدا له فى ذلك (٢) فطلقها سقطت عنه الكفاره، و رجح فى التحرير استقرارها به (٣) محتجا بدلاله الآيه، و هى قوله تعالى: ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ (٤) عليه (٥).

و فى الدلاله (٦) عليه (٧) نظر، و إنما ظاهرها (٨) وجوبها (٩) بالعود قبل أن يتماسا، لا مطلقا (١٠)، و إنما يحرم الوطء عليه به (١١) لا عليها (١٢)، إلا- أن تكون معاونه له (١٣) على الاثم فيحرم (١٤) لذلك (١٥)، لا للظهار، فلو تشبهت عليه على وجه لا تحرم عليه، أو استدخلته و هو نائم لم يحرم عليها (١٦)، لثبوت الحل لها وجوب الكفاره عند إرادته الوطئ و إن لم يتحقق الوطئ. و فيه: أن التقييد نشأ من صحيح الحلبي المتقدم.

(١) على الوطء.

(٢) فى الوطء.

(٣) أى استقرار الكفاره بالعود من دون التوقف على الوطئ المتأخر.

(٤) سورة المجادله، الآيه: ٣.

(٥) أى على استقرار الكفاره بالعود، و هو متعلق بقول الشارح: (بدلاله الآيه).

(٦) أى دلاله الآيه.

(٧) على استقرار الكفاره بالعود.

(٨) أى ظاهر الآيه.

(٩) وجوب الكفاره.

(١٠) بحيث أن وجوبها غير مشروط بالوطء، بل ظاهرها قابل لتقييد هذا الوجوب بشرط الوطئ.

(١١) أى يحرم الوطئ على الزوج بسبب الظهار.

(١٢) أى على الزوجه، الأصل حليه الوطء لكل من الزوجين بعد ثبوت العقد بينهما إلا ما خرج بالدليل، و الدليل قد دل على حرمة الوطء على الزوج عند الظهار، فيبقى الوطء للزوجه حاللا على الأصل حينئذ.

(١٣) أى إلا أن تكون الزوجه معاونه للزوج على الوطء المحرم عليه.

(١٤) أى يحرم الوطء عليها.

(١٥) أى للإعانه على الإثم.

(١٦) أى لم يحرم الوطاء على الزوجه فى الصورتين لعدم تحقق المعاونه على الإثم بسبب عدم الإثم على الزوج فيهما.

ص: ٢٠٧

قبله (١) و الأصل (٢) بقاؤه، و يفهم من قوله (٣): بمعنى تحريم وطئها حتى يكفر، أن غير الوطء من ضروب الاستمتاع لا يحرم عليه (٤) و هو أحد القولين فى المسألة (١) قبل الظهار.

(٢) و هو الاستصحاب.

(٣) أى قول الماتن.

(٤) على الزوج، هذا و اعلم أن الوطئ محرم على الزوج المظاهر قبل التكفير، و لكن هل يحرم عليه قبل التكفير ما دون الوطئ كالقبله و الملامسه و جميع الاستمتاع المحرمه على غير الزوج كما عن الشيخ و العلامه فى القواعد و جماعه.

أو لا يحرم عليه قبل التكفير إلا خصوص الوطئ كما عليه المشهور، و الاختلاف ناشئ من الاختلاف فى معنى المسيس فى قوله تعالى: فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا (١).

فالمسيس حقيقه تلاقى الأبدان لغه و هو أعم من الوطئ، و الأصل عدم النقل و عدم الاشتراك و عليه فيحرم عليه جميع الاستمتاع قبل التكفير، و يؤيده أنه مقتضى التشبيه بالأم التى يحرم فيها غير الوطء من جميع ضروب الاستمتاع.

و ردّ دليلهم الأول إما بكون المسيس كناية مشهوره عن الوطئ كما عن الكركى، و إما بكون المسيس يطلق على الوطئ كما فى قوله تعالى: وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ (٢) و الأصل فى الإطلاق الحقيقه و أشكال على الجواب الثانى بأن المسيس لو كان للوطء فهو أيضا لمطلق تلاقى الأبدان و هذا ما يلزم منه النقل أو الاشتراك، فإن وضع للوطء بعد الإعراض عن معنى التلاقى فهو النقل، و بدون الإعراض فهو الاشتراك، بخلاف ما لو كان موضوعا لمطلق التلاقى، فاستعماله فى خصوص الوطء فى آيه المهر مجاز، لأنه استعمال للفظ فى بعض أفراده، و المجاز خير من النقل و الاشتراك، و وجه الخيريّه أن المجاز فيه وحده الوضع، و النقل و الاشتراك مستلزمان لتعدد الوضع، و الأصل عدم التعدد.

و من هنا ذهب الشارح إلى جواب ثالث و حاصله أن المسيس موضوع لمطلق التلاقى، و قد استعمل فى آيتى المهر و الظهار فى الوطئ من باب استعمال اللفظ فى بعض أفراده، و لكنه استعمال حقيقى.

لأن المعنى الموضوع له لفظ المسيس معنى عام، متواطئ له مصاديق كثيره فلو استعمل

ص: ٢٠٨

١- (١) سورة المجادله، الآيه: ٣.

٢- (٢) سورة البقره، الآيه: ٢٣٧.

لظاهر قوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَّاسَا (١) إذ الظاهر منه (٢) الوطء كما في قوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ (٣) و إن كان (٤) بحسب اللغة أعم منه (٥) حذرا من الاشتراك (٦)، و لا يرد استلزامه (٧) النقل، و الاشتراك خير منه (٨)، لأننا نجعله (٩) متواطئا على معنى يشترك فيه كثير، و هو (١٠) تلاقي الأبدان مطلقا (١١)، و إطلاقه (١٢) على الوطء استعمال اللفظ في بعض أفراده (١٣).

اللفظ في مصداق منها لكان استعمالا في عين ما وضع له.

و على كل فاستعمال المسيس في الوطى استعمالا حقيقيا كما تقدم أولى من الاستعمال المجازى، لأن المجاز بحاجه إلى قرينه و الأصل عدمها، و على كل فإذا ثبت استعمال لفظ المسيس في الوطى في آيه الظهار فيلزم عدم حرمة ما دون الوطى قبل التكفير، لأن التكفير قد علّق على الوطى فقط، و هذا كاشف عن حليه ما دونه من دون تكفير في البين.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالجواب عن دليلهم الثانى سيأتى.

(١)سوره المجادله، الآيه: ٣.

(٢)من المسيس.

(٣)سوره البقره، الآيه: ٢٣٧.

(٤)المسيس.

(٥)من الوطء.

(٦)فهو موضوع للتلاقي فقط و قد استعمل في الوطى من دون وضع ثان لئلا يلزم الاشتراك، إذ الأصل عدمه لعدم تعدد الوضع.

(٧)أى استلزام استعماله في الوطى للنقل، لأنه موضوع للتلاقي و لو استعمل في الوطى استعمالا حقيقيا للزم نقله من المعنى العام إلى الخاص.

(٨)من النقل باعتبار عدم الإعراض في الاشتراك بخلاف النقل فإنه مستلزم للإعراض، و الأصل عدمه.

(٩)أى المسيس.

(١٠)أى المعنى الذى يشترك فيه الكثير.

(١١)بجماع و غيره.

(١٢)أى إطلاق المسيس.

(١٣) أى فى بعض أفراد المعنى، باعتبار وجود المعنى العام فيه من دون ملاحظه خصوصيه الفرد فهو استعمال حقيقى من دون استلزام للنقل ولا للاشتراك.

ص: ٢٠٩

و هو (١) أولى منهما (٢)، و من المجاز (٣) أيضا، و منه (٤) يظهر جواب ما احتج به الشيخ على تحريم الجميع (٥) استنادا إلى إطلاق المسيس.

و أما الاستناد (٦) إلى تنزيلها (٧) منزله المحرمه مؤبدا فهو مصادره (٨).

هذا كله إذا كان الظهار مطلقا (٩)، أما لو كان مشروطا (١٠) لم يحرم حتى يقع الشرط (١١)، سواء كان الشرط الوطء أم غيره.

(١) أى استعمال اللفظ فى بعض أفراده استعمالا حقيقيا.

(٢) من النقل و الاشتراك، لاستلزامهما تعدد الوضع، بخلافه فإنه لا يستلزم التعدد، و الأصل عدم التعدد.

(٣) بناء على أن استعمال اللفظ فى بعض أفراده هو استعمال مجازى، فالاستعمال المذكور إذا كان حقيقيا أولى، لأن المجاز بحاجة إلى قرينه و الأصل عدمها.

(٤) أى و من كون المسيس قد أريد به الوطى فى آيه الظهار من باب استعمال اللفظ فى بعض أفراده استعمالا حقيقيا.

(٥) أى جميع ضروب الاستمتاع.

(٦) هذا عرض لدليلهم الثانى و حاصله أن تشبيه المرأه بالأم التى حرم فيها جميع ضروب الاستمتاع يقتضى حرمه جميع ضروب الاستمتاع من المرأه.

(٧) أى تنزيل الزوجه.

(٨) و فيه: أن التشبيه كما اقتضى حرمه الوطى يقتضى حرمه باقى الاستمتاع، فالقول بأنه مصادره ليس فى محله، نعم هذا التشبيه بما هو لا يقتضى التحريم ما لم يأت الدليل الشرعى، و الدليل الشرعى هو الآيه و قد عرفت أنها لا تدل إلا على حرمه الوطى، فرجع دليلهم الثانى إلى الأول.

(٩) أى غير معلق على شرط أو صفه.

(١٠) بناء على صفه تعليقه على الشرط أو الصفه، و قد تقدم صفه تعليقه لوجود الأخبار الصحيحه عليه.

(١١) قد تقدم أنه إذا ظاهر زوجته حرم عليه الوطى حتى يكفر، هذا فى الظهار المطلق، و أما فى الظهار المشروط كما لو قال: أنت على كظهر أمى إن دخلت الدار أو كلمت زيدا، جاز الوطى ما لم يحصل الشرط، لأنه مع عدم الشرط ينتفى المشروط الذى هو الظهار، و مع انتفاء الظهار فلا حرمه.

نعم لو تحقق الشرط بأن دخلت الدار أو كلمت زيدا كما فى المثال المتقدم وقع الظهار

ثم إن كان هو (١) الوطء تحقق (٢) بالنزاع فتحرم المعاودة قبلها (٣)، و لا- تجب قبله (٤) و إن طالت مدته على أصح القولين حملا (٥) على المتعارف.

(و لو وطأ قبل التكفير عامدا) (٦) الموجب للتحريم سواء طال الزمان حتى تحقق الشرط أم قصر، و حينئذ فلو وطأ قبل حصول الشرط لم يكفر، و لو وقع الشرط وجبت الكفاره قبل الوطى.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فلو كان الوطى هو الشرط بأن قال: أنت على كظهر أمى إن وطئتك، ثبت الظهار بعد فعله، كغيره من الشرائط، و بعد ثبوت الظهار تجب الكفاره قبل العود إلى الوطى ثانيا.

و عن الشيخ فى النهايه و الصدوق أنه تجب الكفاره بنفس الوطى الأول، لأن ابتداءه هو الشرط و استمراره و طئ ثان، و هو بعيد، ضروره أن الوطى أم عرفى و هو صادق من حين الابتداء إلى حين النزاع، و الإطلاق فى الوطى كشرط محمول على المتعارف، و المشروط إنما يقع بعد وقوع الشرط لا قبله أو فى أثنايه قبل تحققه، هذا بالإضافة إلى أن استدامه الأفعال ليست أفعالا مستقلة كاستمرار القيام و الجلوس مثلا.

نعم لو نزع قضيبه كاملا ثم عاد إلى الوطى ثانيا و إن كان فى نفس الزمن فتجب الكفاره لصدق تعدد الوطء حينئذ.

(١) أى الشرط.

(٢) أى تحقق الشرط.

(٣) أى فتحرم المعاودة إلى الوطى قبل الكفاره.

(٤) أى لا تجب الكفاره قبل النزاع و إن طالت مدته الوطى الأول.

(٥) أى حملا للفظ الوطء الوارد شرطا على المتعارف.

(٦) قد تقدم أنه إذا ظاهر امرأته حرم عليه الوطى حتى يكفر، فلو وطئ قبل الكفاره فالمشهور على تعدد الكفاره للأخبار:

منها: صحيح الحلبى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (قلت: إن أراد أن يمسه؟ قال: لا يمسه حتى يكفر، قلت: فإن فعل فعله شىء؟ قال: إى و الله إنه لا- ثم ظالم، قلت: عليه كفاره غير الأولى؟ قال: نعم يعتق أيضا رقبه) (١)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: متى تجب الكفاره على المظاهر؟ قال: إذا أراد أن يواقع، قلت: فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: عليه كفاره أخرى) ٢، و خبر حسن

ص: ٢١١

حيث يتحقق التحريم (١) (فكفارتان) إحداها للوطء، و الأخرى للظهار، و هي (٢) الواجبه بالعزم (٣)، و لا شيء على الناسي، و فى الجاهل وجهان (٤)، من أنه (٥) عامد (٦). و عذره (٧) فى كثير من نظائره.

(و لو كرر الوطء) (٨) قبل التكفير عن الظهار و إن كان قد كفر عن الأول الصيقل عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: رجل ظاهر من امرأته فلم يف، قال: عليه الكفاره من قبل أن يتماسا، قلت: فإنه آتاها قبل أن يكفر قال: بئس ما صنع، قلت:

عليه شيء؟ قال: أساء و ظلم، قلت: فيلزمه شيء؟ قال: رقبه أيضا) (١).

و عن الإسكافى عدم تعدد الكفاره لأخبار:

منها: خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن الرجل إذا ظاهر من امرأته ثم غشيها قبل أن يكفر فإنما عليه كفاره واحده و يكف عنها حتى يكفر) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (فإن واقع قبل أن يكفر؟ قال: يستغفر الله و يمسك حتى يكفر) (٣)، و مثلها غيرها و قد حملها الشيخ على ما لو وقع منه جهلا أو نسيانا و يؤيده خبر الرفع رفع عن أمتى الخطأ و النسيان إلى قوله و ما لا يعلمون (٤).

(١) و ذلك بأن كان الظهار مطلقا أو قد تحقق شرطه إذا كان مشروطا.

(٢) أى الأخرى التى للظهار.

(٣) أى العزم على الوطى.

(٤) التفريق بين الناسي و الجاهل بعد شمول خبر الرفع لهما ليس فى محله.

(٥) دليل لوجوب الكفارتين.

(٦) أى عامد إلى الفعل و جاهل بحكمه، و هو مثل الناسي عامد للفعل ناسي للحكم.

(٧) أى عذر الجاهل بسبب جهله.

(٨) قد علمت أنه إذا وطئ قبل التكفير لزمه كفارتان، واحده للوطى و أخرى للظهار، فلو كرر الوطى قبل التكفير فتكرر كفاره الوطى دون كفاره الظهار، و إن كفر عن الوطى الأول كما هو المشهور لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه قال: إذا واقع المره الثانيه قبل أن يكفر فعليه كفاره أخرى، ليس فى هذا اختلاف) (٥) فضلا عن أصاله عدم

ص: ٢١٢

١- (١) المصدر السابق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الظهار حديث ٩.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب جهاد النفس من كتاب الجهاد.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب الظهار حديث ١.

(تكررت الواحده) و هي التي وجبت للوطء، دون كفاره الظهر فيجب عليه ثلاث (١) للوطء الثاني (٢)، و أربع للثالث (٣) و هكذا، و يتحقق تكراره (٤) بالعوده بعد النزع التام، (و كفاره الظهر بحالها) لا تتكرر بتكرر الوطء.

في ما لو طلقها طلاقها بائنا

(و لو طلقها طلاقها بائنا (٥)، أو رجعيًا و انقضت العده حلت له من غير) تداخل المسببات، فيتعدد المسبب بتعدد السبب.

و عن ابن حمزه أنه إذا كفر عن الوطئ ثم وطئ ثانيا قبل كفاره الظهر فعليه كفاره للوطئ، و إلا لو لم يكفر عن الأول فلو كرر الوطئ فلا يلزمه إلا كفاره واحده، للوطئ لأصله تداخل المسببات، و هو اجتهاد في قبال النص المتقدم كما في الجواهر، و لأصله عدم تداخل المسببات.

(١) أي ثلاث كفارات.

(٢) كفارتان للوطئ و واحده للظهار.

(٣) ثلاث للوطئ و واحده للظهار.

(٤) أي تكرار الوطئ.

(٥) إذا ظاهرها ثم طلقها طلاقا رجعيًا ثم راجعها لم تحلّ له حتى يكفر، بلا خلاف فيه، لأنها حينئذ بحكم الزوجه.

و لو طلقها طلاقا بائنا أو رجعيًا فتركها حتى بانت منه ثم جدّد نكاحها ففي عود الظهر قولان، أحدهما للمشهور أنه لا يعود لأصله البراءه، و لأن الموجب للكفاره هو العود بالعقد الأول، و قد انتفى، و إلى أنها تصير بالطلاق البائن أو بالخروج عن العده أجنبيه و الظهار كما لا يقع ابتداء بالأجنبيه لا يقع بها استدامه فلا محاله ينهدم الظهار، و لخصوص صحيح بريد بن معاويه (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها تطليقه؟ فقال عليه السلام: إذا طلقها تطليقه فقد بطل الظهار و هدم الطلاق الظهار.

قلت: فله أن يراجعها؟ قال عليه السلام: نعم هي امرأته فإن راجعها وجب عليه ما يجب على المظاهر من قبل أن يتماسا.

قلت: فإن تركها حتى يخلو أجلها و تملك نفسها ثم تزوجها بعد هل يلزمه الظهار قبل أن يمسيها؟ قال عليه السلام: لا قد بانت منه و ملكت نفسها (١). و هو مروى عن بريد بن معاويه كما في الفقيه، و مروى عن يزيد الكناسي كما في الكافي.

ص: ٢١٣

(تكفير)، لروايه بريد العجلي (١) وغيره، و لصيرورته (٢) بذلك (٣) كالأجنبي، و استباحه الوطء (٤) ليس بالعقد الذى لحقه التحريم، و روى أن ذلك (٥) لا يسقطها (٦)، و حملت (٧) على الاستحباب، و لو راجع فى الرجعية عاد التحريم (٨) قطعاً. و كذا (٩) لو ظاهر من أمه) هى زوجته (ثم اشتراها) من مولاها (١٠)، لاستباحتها حينئذ (١١) بالملك، و بطلان حكم العقد (١٢) كما بطل حكم السابق (١٣) فى السابق، و كذا يسقط حكم الظهار لو اشتراها غيره (١٤) و فسخ العقد (١٥)، ثم و عن سألار و أبى الصلاح الحلبي عود حكم الظهار و لو بالتزويج بعد العده البائنه، لخبر على بن جعفر عن أخيه موسى عليهما السلام (عن رجل ظاهر من امرأته ثم طلقها بعد ذلك بشهر أو شهرين فتزوجت، ثم طلقها الذى تزوجها فراجعها الأول، هل عليه الكفاره للظهار الأول؟ قال: نعم عتق رقبه أو صيام أو صدقه) (١) و حمله الشيخ على التقيه لموافقته لمذهب بعض المخالفين، أو على الاستحباب كما عن الشارح.

(١) على ما فى الفقيه، و فى الكافى روايه يزيد الكناسى.

(٢) أى صيروره أى المظاهر.

(٣) فيما لو طلقها بائناً أو طلقها رجعيًا و خرجت من العده.

(٤) بعد العقد الجديد.

(٥) أى العقد الجديد.

(٦) أى لا يسقط الكفاره.

(٧) أى الروايه الداله على عدم سقوط الكفاره بذلك.

(٨) أى تحريم الظهار، و لا تجب الكفاره، إلا إذا أراد الوطى.

(٩) أى تسقط الكفاره.

(١٠) لو ظاهر من زوجته الأمه ثم اشتراها من مولاها، بطل العقد لما تقدم أن البضع لا يستباح بسببين، و حينئذ لو وطأها بالملك الجديد لا تجب الكفاره، و ظاهرهم عدم الاختلاف فيه، لأنه كما لو طلقها بعد الظهار و تزوجها بعد انقضاء العده.

(١١) أى حين الشراء.

(١٢) الذى لحقه الظهار هنا.

(١٣) أى حكم العقد السابق الذى لحقه الظهار فى الفرع السابق.

(١٤) غير الزوج.

(١٥) أى عقد النكاح الذى لحقه الظهار.

ص: ٢١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الظهار حديث ٩.

تزوجها المظاهر بعقد جديد (١).

فى تقديم الكفاره على المسيس

(و يجب تقديم الكفاره على المسيس) لقوله تعالى: مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا (٢) (و لو ماطل) بالعود (٣)، أو التكفير (٤) (رافعته (٥) إلى الحاكم فينظره ثلاثه أشهر) من حين المرافعه (حتى يكفر و يفيء) أى يرجع عن الظهار مقدا للرجعه (٦) على الكفاره كما مر (أو يطلق و يجبره على ذلك (٧) بعدها) أى بعد المده (لو امتنع) فإن لم يختار أحدهما ضيق عليه (٨) فى المطعم و المشرب حتى يختار أحدهما، و لا يجبره على أحدهما عينا، و لا يطلق عنه (٩)، كما لا يعترضه (١٠) لو صبرت.

(١) فتزوجها من مولاها الثانى بعقد جديد فلا كفاره عليه، للأصل بعد كون الظهار قد لحق العقد الأول، و هذا عقد ثان.

(٢) سورة المجادله، الآيه: ٣.

(٣) أى بالعزم على الوطى الموجب للكفاره.

(٤) بحيث عزم على العود و لم يكفر، مع أن حل الوطى متوقف على الكفاره.

(٥) إذا صبرت الزوجه على ترك الزوج وطئها بعد المماطله المذكوره فلا اعتراض لأحد عليها، بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن الحق لها و يجوز لها أن تصبر عليه.

و إن لم تصبر رفعت أمرها للحاكم، و الحاكم يختاره بين العود و التكفير و بين الطلاق، و أنظره للتفكير فى ذلك ثلاثه أشهر من حين المرافعه، فإذا انقضت المده و لم يختار أحدهما حبسه و ضيق عليه فى المطعم و المشرب، بأن يمنعه عما زاد على سدّ الرمق حتى يختار أحدهما، و لا يجبره على الطلاق تعيينا و لا يطلق عنه، و لا على التكفير بخصوصه، و ظاهرهم الاتفاق عليه كما صرح بذلك غير واحد، و يؤيده خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته، قال: إن آتاها فعليه عتق رقبه أو صيام شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكينا، و إلا ترك ثلاثه أشهر فإن فاء و إلا أوقف حتى يسأل: لك حاجه فى امرأتك أو تطلقها، فإن فاء فليس عليه شىء و هى امرأته، و إن طلق واحده فهو أملك برجعتها) (١).

و ضعف سنده و قصور دلالته منجبران بعمل الأصحاب قاطبه.

(٦) أى لنيه الرجوع و هو العزم على الوطى، لأنه هو الموجب للكفاره على ما تقدم.

(٧) من الكفاره بعد الرجوع أو الطلاق.

(٨) بعد الحبس كما فى الجواهر.

(٩) أى و لا يطلق الحاكم عن الزوج الممتنع بعد المده المذكوره.

(١٠) أى لا يعترض الحاكم الزوج.

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب الظهار حديث ١.

كتاب الايلاء

اشاره

ص: ٢١٧

فى معنى الإيلاء

و هو مصدر آلى يولى إذا حلف مطلقا (و) شرعا (هو الحلف على ترك وطء الزوجه الدائمه) المدخول بها قبل (٢) أو مطلقا (أبدا (٣)، أو مطلقا) من غير تقييد بزمان، (أو زياده (٤) على أربعة أشهر، للإضرار بها) فهو (٥) جزئى من جزئيات (١) و هو لغه الحلف، و شرعا حلف الزوج على ترك وطء زوجته الدائمه المدخول بها قبل مطلقا أو زياده عن أربعة أشهر، للإضرار بها، و عليه فليس له حقيقه شرعيه أو متشرعيه، بل معناه الشرعى من مصاديق معناه اللغوى، و إطلاق الإيلاء الذى هو الحلف على حلف الزوج إلى آخر ما ذكر هو من باب إطلاق الكلى على فرده.

و الأصل فيه قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ فَأَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (١) هذا و قد كان الإيلاء طلاقا فى الجاهليه كالظهار، و غير الشارع الأقدس حكمه و جعل له أحكاما و شرائط خاصه.

ثم إن هذا الإيلاء إن جمع شرائطه فهو إيلاء و إلا فهو يمين كما ذكره غير واحد بل أرسلوه إرسال المسلمات.

(٢) متعلق بالوطء المذكور، لا بالمدخول بها، و المعنى أنه حلف على ترك وطئها قبل، أو مطلقا بمعنى قبل و دبرا معا.

(٣) أى دائما بحيث عمم لكل زمن.

(٤) بحيث قيد الترك بما يزيد عن أربعة أشهر.

(٥) أى الإيلاء المبحوث عنه هنا.

ص: ٢١٩

الإيلاء الكلى، أطلق عليه (١). و الحلف فيه (٢) كالجنس يشمل الإيلاء الشرعى وغيره (٣)، و المراد (٤) الحلف بالله تعالى كما سيأتى.

و تقييده (٥) بترك وطء الزوجه يخرج اليمين على غيره (٦)، فإنه (٧) لا يلحقه أحكام الإيلاء الخاصه به (٨)، بل (٩) حكم مطلق اليمين، و إطلاق الزوجه يشمل الحره، و الأمه المسلمه، و الكافره (١٠)، و خرج بها (١١) الحلف على ترك وطء الأمه الموطوءه بالملك. و تقييدها (١٢) بالدائمه، و المتمتع بها فإن الحلف على ترك وطئها (١٣) لا يعدّ إيلاء، بل يمينا مطلقا فيتبع (١٤) الأولى فى الدين، أو الدنيا، فإن تساويا (١٥) انعقد يمينا يلزمه حكمه، و كذا (١٦) الحلف على ترك وطء الدائمه مده لا تزيد عن أربعة أشهر (١٧).

(١) أى أطلق الإيلاء الكلى على جزئى من جزئياته.

(٢) فى تعريف الإيلاء الشرعى.

(٣) لأنه يشمل كل حلف و يمين.

(٤) أى المراد من الإيلاء الشرعى، هو الحلف بالله تعالى لأنه يمين كما سمعت.

(٥) أى تقييد الحلف.

(٦) كالحلف على ترك الاستمتاع بها كالتقبيل و الملامسه و غيرهما.

(٧) فإن الحلف على ترك غير الوطى من استمتاع الزوجه.

(٨) بالإيلاء الشرعى.

(٩) أى بل يلحقه.

(١٠) لإطلاق الأدله كما سيأتى بيانه.

(١١) بالزوجه.

(١٢) أى تقييد الزوجه بالدائمه لإخراج المتمتع بها.

(١٣) الأمه و المتمتع بها.

(١٤) أى يتبع الحلف على ترك وطئ الأمه و المتمتع بها فى الانعقاد و عدمه ما هو الأولى فى الدين و الدنيا، فإن كان متعلق اليمين المذكور على خلاف الأولى فلا ينعقد، بخلاف ما لو كان مساويا أو هو أولى فينعقد اليمين فيه و يلزمه حكمه.

(١٥) أى متعلق اليمين مع عكسه.

(١٦) أى يتبع الأولى على ما هو المفصل سابقا.

(١٧) فإن كان متعلقه على خلاف الأولى لا ينعقد، و إلا ينعقد يمينا مطلقا و يلزمه حكمه.

ص: ٢٢٠

و زدنا فى التعريف قيد المدخول بها لما هو المشهور بين الأصحاب من هذا و اعلم أن الماتن لم يذكر شروط المولى منها، و قد ذكرها الشارح هنا فلا بد من التعرض لها بالتفصيل و هى:

يشترط فيها أن تكون منكوحه بالعقد، لا بالملك بلا خلاف فيه لعدم اندراج المملوكه الموطوءه بالملك فى قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١) بدليل ذكر الطلاق فى ذيل الآيه، و لا طلاق فى الأمه و لخبر البنظى عن الرضا عليه السّلام (سألته عن الرجل يؤلى من أمته؟ فقال: لا: كيف يؤلى و ليس لها طلاق) (٢) و يشترط فيها أن تكون بالعقد الدائم كما هو المشهور لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا إيلاء على الرجل من المرأه التى يتمتع بها) (٣).

و عن المرتضى وقوع الإيلاء بالتمتع بها لعموم الآيه لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (٤) ، و هو ضعيف بما سمعت و بقوله تعالى: وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ (٥) بعد قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ٦ و لا- طلاق فى المتمتع بها فلا عموم فى الآيه حينئذ و يشترط أن تكون مدخولا بها بلا خلاف فيه كما فى كشف اللثام للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام (فى غير المدخول بها قال: لا يقع عليها إيلاء و لاظهار) (٦) ، و خبر الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقع الإيلاء إلا على امرأه قد دخل بها زوجها) (٧) و مثلها غيرها.

هذا و قد تقدم الخلاف فى اشتراط الدخول فى الظهار، و لم ينقل خلافا هنا قال الشارح فى المسالك: (و ربما قيل به أيضا هنا لكنه نادر) انتهى. هذا و بعد ما سمعت شيئا من أدله الإيلاء فهى مطلقه تشمل المسلمه و الكافره و تشمل الأمه و الحره إذا نكحت الأولى بالعقد لا بالملك، و تشمل الإيلاء الواقع من الزوج حرا كان أو عبدا.

هذا من جهه و من جهه أخرى لا ينعقد الإيلاء حتى يكون الحلف على ترك الوطى دائما أو مقرونا بما يزيد عن أربعة أشهر بلا خلاف فيه و لا إشكال، و لازمه أنه لو كان على

ص: ٢٢١

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٣- (٣) التهذيب ج ٨ ص ٨ حديث ٢٣.

٤- (٤) سورة البقره، الآيه: ٢٢٦.

٥- ((٥ و ٦) سورة البقره، الآيتان: ٢٢٦-٢٢٧.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الظهار حديث ٢.

٧- (٨) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الإيلاء حديث ٢.

اشتراطه من غير نقل الخلاف فيه (١)، و قد اعترف المصنف في بعض تحقيقاته بعدم وقوفه على خلاف فيه، و الأخبار الصحيحه مصرحه باشتراطه فيه (٢) و في الظهار، و قد تقدم بعضها (٣)، و قيد القبل، أو مطلقا احترازا عما لو حلف على ترك وطئها دبرا فإنه لا ينعقد ايلاء (٤) كما لا تحصل الفئه به (٥).

و اعلم أن كل موضع لا ينعقد ايلاء مع اجتماع شرائط اليمين يكون (٦) يمينا، و الفرق بين اليمين، و الايلاء مع اشتراكهما في أصل الحلف و الكفاره الخاصه. جواز مخالفه اليمين في الايلاء، بل وجوبها (٧) على وجه مع الكفاره، دون اليمين المطلقه (٨)، و عدم اشتراط انعقاده (٩) مع تعلقه بالمباح بأولويته (١٠) دينا، أو دنيا، أو تساوى (١١) طرفيه، بخلاف اليمين (١٢)، و اشتراطه (١٣) بالإضرار ترك الوطى أقل من ذلك فلا إيلاء لخبر زراره عن أبي جعفر عليه السلام (قلت له: رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر، فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر) (١٤)،

(١) في الاشتراط.

(٢) أى فى اشتراط الدخول فى الإيلاء.

(٣) فى الظهار.

(٤) لأن حقها هو الوطى قبلا فى كل أربعة أشهر كما تقدم فى كتاب النكاح، فلو حلف ترك وطئها دبرا أصلا ينافى حقها و لا يكون إيلاء فى البين.

(٥) أى بالوطء دبرا، و المراد أنه لا تتحقق الفئه بالوطء دبرا بل لا بد من الوطى قبلا بعد وقوع الإيلاء كما سيأتى بيانه.

(٦) أى يكون الحلف على ترك الوطى مع عدم شرائط الإيلاء يمينا.

(٧) أى وجوب المخالفه على نحو التخيير بين مخالفه الإيلاء أو الطلاق.

(٨) فلا تجوز المخالفه.

(٩) أى انعقاد الإيلاء.

(١٠) متعلق بقوله (بانعقاده).

(١١) عطف على قوله (بأولويته).

(١٢) فإنه يشترط فى متعلقه التساوى أو الأولويه بحيث لا ينعقد إذا كان مورده مرجوحا.

(١٣) أى اشتراط الإيلاء.

بالزوجه (١) كما علم من تعريفه (٢) فلو حلف على ترك وطئها لمصلحتها كإصلاح لبنها، أو كونها مريضه كان يمينا، لا إيلاء، و اشتراطه (٣) بدوام عقد الزوجه، دون مطلق اليمين (٤)، و انحلال اليمين على ترك وطئها بالوطء (٥) دبرا مع الكفاره، دون الإيلاء إلى غير ذلك من الأحكام المختصة بالإيلاء المذكوره فى بابہ (٦).

فى ما ينعقد الإيلاء به

(و لا ينعقد الإيلاء) كمطلق اليمين (إلا باسم (٧) الله تعالى) المختص به أو (١) بلا خلاف فيه، فلو حلف لصلاح اللبن أو لتدبير فى مرض لم يكن له حكم الإيلاء، بل كان يمينا، لخبر السكونى عن أبى عبد الله (أتى رجل أمير المؤمنين عليه السلام فقال: يا أمير المؤمنين، إن امرأتى أرضعت غلاما، و إن قلت: و الله لا أقربك حتى تفضيه فقال:

ليس فى الإصلاح إيلاء) (١).

(٢) أى تعريف الإيلاء، بخلاف اليمين فلا يشترط فيه ذلك.

(٣) أى الإيلاء.

(٤) فلا يشترط فى انعقاد مطلق اليمين دوام العقد.

(٥) متعلق بقوله (و انحلال) و المعنى لو حلف على ترك وطئها مطلقا فإنه يحث لو وطئها دبرا و عليه الكفاره بخلاف الإيلاء فلو حلف على ترك وطئها مطلقا فلا تتحقق الفئه بالوطء دبرا.

(٦) أى باب الإيلاء.

(٧) لا إشكال و لا خلاف أن الإيلاء لا ينعقد إلا باسم الله تعالى أو بأسمائه الخاصه به أو الغالبه عليه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (لا- أرى للرجل أن يحلف إلا بالله تعالى) (٢) و صحيح على بن مهزيار عن أبى جعفر الثانى عليه السلام فى حديث: (و ليس لخلقه أن يقسموا إلا به عزّ و جلّ) ٣ و للنبوى (من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت) (٣) و الإيلاء من أفراد مطلق اليمين، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (ليس لخلعه أن يقسموا إلا به) ٥ و لخصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أيما رجل آلى من امرأته، و الإيلاء أن يقول: و الله لا أجامعك كذا و كذا) (٤) الحديث.

و إذا تقرر ذلك فلا بد من التلفظ بالله تعالى أو باسمه و لا يكفى نيه الحلف، نعم لا

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٠ - من كتاب الإيمان حديث ٤ و ١ و ٣.

٣- (٤) سنن البيهقى ج ١ ص ٢٨.

٤-٦) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الغالب كما سبق تحقيقه فى اليمين، لا بغيره (١) من الأسماء و إن كانت معظمه، لأنه (٢) حلف خاص، و قد قال صلى الله عليه و آله و سلم «و من كان حالفا فليحلف بالله تعالى، أو فليصمت» و لا تكفى نيته (٣)، بل يعتبر كونه (متلفظا به (٤) و لا يختص بلغه، بل ينعقد (بالعريه و غيرها) لصدقه (٥) عرفا بأى لسان اتفق،(و لا بد فى المحلوف عليه) و هو (٦) الجماع فى القبل (من اللفظ الصريح) الدال عليه (٧)(كادخال الفرج فى الفرج)، أو تغييب الحشفه فيه (٨)،(أو اللفظه المختصه بذلك) لغه و عرفا و هى يشترط التلفظ بالعريه لعدم الدليل على اعتبارها بل يقع الحلف بكل لسان لصدق الإيلاء و الحلف معه، و مما تقدم يظهر أنه لا ينعقد فيما لو كان الحلف بالكعبه أو النبى صلى الله عليه و آله و سلم أو أحد الأئمه عليهم السلام مما هو محترم.

(١) بغير الله تعالى.

(٢) أى الإيلاء، و هو تعليل لاشتراط الحلف بالله دون غيره.

(٣) أى نيه الحلف بالله.

(٤) باسم الجلاله.

(٥) أى لصدق الحلف.

(٦) أى المحلوف عليه.

(٧) أى على الجماع فى القبل هذا و اعلم أنه إذا كان متعلق الإيلاء صريحا فى الجماع فى القبل فهو، كإدخال الفرج فى الفرج، أو يأتى باللفظه المختصه بهذا الفعل عرفا.

و إذا كان متعلق الإيلاء غير صريح فى الجماع فى القبل كلفظى الجماع و الوطى، فإنهما موضوعان لغه لغيره، و يعبر بهما عنه عرفا، فإن قصد بهما الإيلاء وقع بلا خلاف و لا إشكال، كما لا خلاف و لا إشكال فى عدم وقوعه لو قصد بهما غيره، و فيه أن لفظى الجماع و الوطى من ألفاظ الجماع فى القبل عرفا، و إن كانا موضوعين لغيره لغه، و عليه فهما من الألفاظ الصريحه فيقع الإيلاء بهما من دون اشتراط قصد الإيلاء زياده عن قصد المعنى من لفظهما و يدل عليه صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا) (١) الخبر، و لم يذكر قصد الإيلاء زياده على التلفظ بلفظ الجماع.

(٨) فى فرج المرأه.

ص: ٢٢٤

مشهوره (١).

و لو تلفظ بالجماع، أو الوطء و أراد الإيلاء صح)، و إلا (٢) فلا، لاحتمالهما (٣) إرادته غير (٤)، فإنهما وضعا لغه لغيره (٥) و إنما كُتِبَ بهما عنه (٦) عدولا عما يستهجن إلى بعض لوازمه (٧) ثم اشتهر فيه (٨) عرفا فوقع به (٩) مع قصده.

و التحقيق أن القصد (١٠) معتبر في جميع الألفاظ و إن كانت صريحه، فلا- وجه لتخصيص اللفظين به (١١). و اشتراكهما أو إطلاقهما لغه على غيره (١٢) لا يضر مع إطباق العرف على انصرفهما إليه (١٣). و قد روى أبو بصير في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الإيلاء ما هو؟ قال: «هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا الحديث، و لم يقيد (١٤) بالقصد فإنه (١٥) معتبر مطلقا (١٦)، (١) و لكن في المسالك جعلها مختصه بذلك عرفا فقط، و هذا يناهض ما ذكره هنا أنها موضوعه لغه و عرفا.

(٢) أى و إن لم يرد الإيلاء.

(٣) أى احتمال لفظي الجماع و الوطى، و هو تعليل لعدم صحه الإيلاء عند عدم قصده.

(٤) غير الإيلاء.

(٥) لغير الجماع فى القبل، فالوطى هو الجماع كما فى مجمع البحرين، و الجماع هو غشيان الرجل المرأه، و هو أعم من الوطى فى القبل.

(٦) عن الجماع فى القبل.

(٧) و هو الغشيان الذى هو لازم الوطى فى القبل.

(٨) أى ثم اشتهر لفظا الجماع و الوطى فى الجماع فى القبل.

(٩) أى فوق الإيلاء بلفظ الجماع و الوطى مع قصد الإيلاء.

(١٠) أى قصد المعنى.

(١١) بالقصد، و المراد من اللفظين هو الجماع و الوطى.

(١٢) أى غير الوطى فى القبل.

(١٣) إلى الوطى فى القبل.

(١٤) أى لم يقيد لفظ الجماع الوارد فى الخبر بالقصد.

(١٥) أى القصد.

(١٦) فى هذين اللفظين و فى غيرهما من الألفاظ الصريحه.

ص: ٢٢٥

بل أجاب به (١) في جواب «ما هو» (٢) المحمول (٣) على نفس الماهية، فيكون (٤) حقيقه (٥) الإيلاء، و دخول غيره (٦) من الألفاظ الصريحه حينئذ (٧) بطريق أولى فلا ينافيه (٨) خروجها (٩) عن الماهية المجاب بها.

نعم يستفاد منه (١٠) أنه لا يقع بمثل المباحه، و الملامسه و المباشره التي يعبر بها عنه (١١) كثيرا و إن قصده (١٢)، لاشتهار (١٣) اشتراكها (١٤)، خلافا لجماعه حيث حكموا بوقوعه بها (١٥).

(١) أى بلفظ الجماع.

(٢) الوارد فى سؤال السائل.

(٣) صفه لقوله: (ما هو) و قد أريد به لفظه.

(٤) أى يكون الجماع الذى أجاب به الإمام عليه السلام هو حقيقه الإيلاء.

(٥) خبر لقوله: (فيكون).

(٦) أى غير الجماع، هذا و هم و حاصله: أن الجواب عن حقيقه الإيلاء بالجماع فقط دليل على خروج غيره من الألفاظ الصريحه، مع أنها داله على حقيقه الإيلاء قطعاً، و جواب أن الاقتصار على لفظ الجماع فى مقام بيان حقيقه الإيلاء، لأن الصريح داخل من باب أولى فلا داعى لذكره.

(٧) حين كون الجواب عن حقيقه الإيلاء بلفظ الجماع فقط.

(٨) أى لا ينافى الدخول المذكور.

(٩) فاعل لقوله (فلا ينافيه) و المراد بالخروج هو الخروج عن الجواب و عدم ذكرها فى جواب الماهية المسئول عنها.

(١٠) من صحيح أبى بصير المتقدم، و الحاصل أنه يستفاد من صحيح أبى بصير عدم وقوع الإيلاء بالمباحه و المباشره و الملامسه و نحوها، لإتيانه فى الجواب بما يدل على الجماع فى القبل بلفظ صريح عرفاً، فلا يقع بغيره مما لا يدل عليه لا لغه و لا عرفاً و إن عبر بها عن الجماع قبلاً فى العرف كثيرا إلا أنه لم يصل إلى حد الانصراف، فلو وصل إلى هذا الحد لكان مثله مثل لفظ الجماع الدال على الإيلاء من دون قصد إلا قصد معناه فقط.

(١١) أى التى يعبر بهذه المذكورات عن الجماع قبلاً.

(١٢) أى قصد الجماع قبلاً فلا يقع الإيلاء بهذه المذكورات.

(١٣) تعليل لعدم وقوع الإيلاء بها و إن قصده.

(١٤) إذ هى مشتركه بين الجماع و غيره.

(١٥) أى بوقوع الإيلاء بهذه المذكورات مع قصد الجماع قبلا منها.

ص: ٢٢٦

نعم لو تحقق في العرف انصرافها (١)، أو بعضها إليه (٢) وقع به (٣).

ويمكن أن تكون فائده تقييده (٤) بالإرادة أنه (٥) لا يقع عليه (٦) ظاهرا بمجرد سماعه موقعا للصيغه بهما، بل يرجع إليه في قصده فإن اعترف بإرادته (٧) حكم عليه (٨) به، وإن ادعى عدمه (٩) قبل، بخلاف ما لو سمع منه الصيغه الصريحه فإنه لا يقبل منه دعوى عدم القصد، عملا بالظاهر من حال العاقل المختار، و أما فيما بينه وبين الله تعالى فيرجع إلى نيته.

(و لو كنى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخدّه (١٠) واحده، أو لا ساقفتك) بمعنى لا جمعنى و إياك سقف (١١) (و قصد الإيلاء) أى الحلف على ترك وطئها (١) أى انصراف هذه المذكورات فتكون كلفظ الجماع و الوطى.

(٢) إلى الجماع فى القبل.

(٣) أى وقع الإيلاء فى المنصرف إلى الجماع.

(٤) أى تقييد الماتن للجماع أو الوطى بالإرادة.

(٥) أى أن الإيلاء، و هو غير ما أرادته أولا من التعليل بقول الشارح: لاحتمالها إرادته غيره حيث إنه يرد عليه ما تقدم سابقا.

هذا و الفائده هى أنه إذا تلفظ بلفظ الجماع أو الوطى فلا يحكم عليه بالإيلاء ظاهرا بمجرد السماع لنطقه بهما، بل يرجع إليه فى القصد فإن اعترف بإرادته الإيلاء حكم عليه به، و إن ادعى عدم القصد قبل بخلاف الصيغه الصريحه فإنها تدل ظاهرا على قصد الإيلاء فلا يقبل منه دعوى عدم القصد، لأن الفاعل المختار بحسب الظاهر أن يكون عنده قصد لمعنى اللفظ الذى تلفظ به فلو ادعى عدمه لا يقبل منه.

(٦) على من نطق بلفظ الجماع أو الوطى.

(٧) أى إرادته الإيلاء.

(٨) على المعترف.

(٩) أى عدم قصد الإيلاء.

(١٠) بكسر الميم سميت بذلك لأنها موضع الخدّ عند النوم.

(١١) و ضابطه أنه أتى بلفظ يصلح أن يكون كناية عن الجماع فى القبل فهل يقع به الإيلاء مع قصده أو لا؟ قولان، ذهب الشيخ فى الخلاف و الحلّى و العلامه إلى عدم الوقوع بل هو الأشهر لاحتمال هذه الألفاظ لغير الجماع فى القبل احتمالا ظاهرا فلا يزول بها حل الوطى المتحقق. و لأصالة الحل عند الشك فى ارتفاعه، و لأن الطلاق لا يقع بالكناية مع

(حكم الشيخ) و العلامه فى المختلف (بالوقوع)، لأنه (١) لفظ استعمل عرفا فيما نواه فيحمل عليه (٢) كغيره من الألفاظ، و لدلاله ظاهر الأخبار عليه حيث دلت (٣) على وقوعه (٤) بقوله: لأغیظنك، فهذه (٥) أولى، و فى حسنه (٦) بريد عن قصده فكذا الإيلاء.

و عن الشيخ فى المبسوط و استحسنة المحقق و ذهب إليه العلامه فى المختلف إلى الوقوع، لإطلاق أدله الإيلاء، و لأنه لفظ قد استعمل عرفا فيما نواه فيحمل عليه كغيره من الألفاظ، و للأخبار:

منها: صحيح بريد بن معاويه (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى الإيلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسه و لا يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعة أشهر وقف، فإما أن يفىء فيمسيها و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها) (١) و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: و الله لا أجامعك كذا و كذا، و يقول: و الله لأغیظنك فيتربص بها أربعة أشهر) (٢) الخبر.

و جمع الراسين من كنيات الجماع و كذا الفيض و أشكل على الخبر الأول بأنه ليس بصريح فى وقوع الإيلاء بالكنايه لاحتمال كون الواو للجمع لا- للتخيير فيتعلق الإيلاء بالجميع، و هو مشتمل على المس و المقاربه، و يعبر عن الجماع بهما كثيرا عند العرف، هذا و القاعده هو كفايه كل لفظ يدل على المعنى المقصود و لو بالمجاز أو الكنايه ما لم يأت دليل دال على اشتراط صراحه الألفاظ و هو مفقود فى المقام.

(١) أى لأن المذكور من الكنيات.

(٢) على ما نواه.

(٣) الأخبار.

(٤) وقوع الإيلاء بالكنايه.

(٥) أى هذه الكنيات المذكوره فى المتن أولى بالدلاله، لشيوع التعبير بها عن الجماع عرفا بخلاف الكنايه الوارده فى الخبر فإنها غير شائعه فى مقام التعبير عن الجماع.

(٦) بل هى صحيحه لأن إبراهيم بن هاشم الوارد فى سندها من شيوخ الإجازة و هذا ما يغنى عن التوثيق.

ص: ٢٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الصادق عليه السلام أنه قال: «إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته، ولا يمسه، ولا يجمع رأسه و رأسها فهو في سعه ما لم تمض الأربعة أشهر».

و الأشهر عدم الوقوع، لأصالة الحل (١)، و احتمال الألفاظ (٢) لغيره (٣) احتمالاً ظاهراً فلا يزول الحل المتحقق بالمحتمل (٤)، و الروايات ليست صريحة فيه (٥).

و يمكن كون الواو في الأخيره (٦) للجمع فيتعلق الإيلاء بالجميع، و لا يلزم تعلقه بكل واحد (٧).

و اعلم أن اليمين في جميع هذه المواضع (٨) تقع (٩) على وفق ما قصده من مدلولاتها، لأن اليمين تتعين بالنيه حيث تقع الألفاظ محتمله، فإن قصد بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخده نومهما مجتمعين عليها انعقدت (١٠) كذلك (١١) حيث لا أولويه في خلافها (١٢)، و إن قصد به (١٣) (١) لأن كل شيء حلال حتى تعرف أنه حرام بعينه فتدعه.

(٢) و هي الكنايات.

(٣) لغير الجماع في القبل.

(٤) بل يستصحب المتيقن.

(٥) في الوقوع بالكنايه، أما الثانيه المذكوره في كلام الشارح فقد تقدم وجه عدم الظهور و أما الأولى فلم أجد من أشكل على ظهورها، و هي الموافقه لمقتضى قواعد اللغه من الاكتفاء بكل لفظ دال على المقصود و لو بالمجاز أو الكنايه.

(٦) في الروايه الثانيه.

(٧) حتى يتعلق بمحل النزاع.

(٨) التي لم يقع فيها إيلاء.

(٩) أى تنعقد على وفق ما قصده من هذه الألفاظ، و هذا ما أشرنا إليه سابقاً أنه في كل مورد لم يقع الإيلاء لفقد شرط من شروطه فإنه ينعقد يميناً.

(١٠) أى اليمين بدون إيلاء.

(١١) أى نومهما مجتمعين عليها.

(١٢) أى في خلاف اليمين، لأنه لو كان هناك أولويه في خلاف متعلقها لما انعقدت، لأنه يشترط في متعلق اليمين عدم المرجوحه.

(١٣) أى بقوله: لا جمع رأسى و رأسك مخده.

الجماع انعقد (١) كذلك (٢)، و كذا غيره (٣) من الألفاظ حيث لا يقع الإيلاء به (٤).

فى أنه لا بد من تجريده عن الشرط و الصفه و عدم كونه يمينا

و لا بد من تجريده (٥) عن الشرط و الصفه (٦) على أشهر القولين لأصالة عدم الوقوع فى غير المتفق عليه، و هو (٧) المجرد عنهما (٨).

و قال الشيخ فى المبسوط و العلامه فى المختلف: يقع معلقا عليهما، لعموم القرآن السالم عن المعارض. و السلامه (٩) عزيزه (١٠).

(و لا يقع (١١) لو جعله يمينا (١٢) كأن يقول: «إن فعلت كذا فوالله لا (١) أى اليمين بدون إيلاء.

(٢) على الجماع.

(٣) أى غير قوله السابق: لا جمع رأسى و رأسك مخده.

(٤) من ذلك الغير.

(٥) أى تجريد الإيلاء.

(٦) ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و العلامه فى أحد قوليه و ابنا حمزه و زهره و يحيى بن سعيد إلى تجريد الإيلاء عن الشرط و الصفه، لأصالة عدم وقوعه لو علق، و احتج عليه الشيخ فى الخلاف بإجماع الغرغه مع أنه قال الشيخ فى المبسوط بوقوعه معلقا على الشرط و الصفه و قواه العلامه فى المختلف، لأن الإيلاء من مصاديق الحلف، و الحلف يقع معلقا، و لعموم قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ (١)، و أما النصوص المتقدمه التى فسرت الإيلاء منجزا إنما سيقت لبيان صيغته بالنسبه إلى المحلوف به و المحلوف عليه، لا غير ذلك مما يشمل المفروض.

(٧) أى المتفق عليه.

(٨) عن الشرط و الصفه.

(٩) أى سلامه العموم عن مخصص له.

(١٠) أى نادره و لذا قيل: ما من عام إلا و قد خص و إذا ثبتت السلامه فهذا ما يقوى العمل بالعموم.

(١١) أى الإيلاء.

(١٢) بأن يحلف على ترك و طئها إن دخلت الدار من باب الزجر لها عن الدخول.

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٦.

جامعتك» قاصدا تحقيق الفعل (١) على تقدير المخالفه (٢) زجرا لها عما علقه عليه (٣)، و بهذا (٤) يمتاز (٥) عن الشرط مع اشتراكهما فى مطلق التعليق فإنه لا يريد من الشرط إلا مجرد التعليق (٦)، لا الالتزام فى المعلق عليه (٧).

و يتميزان (٨) إن قلت: لا فرق بينه و بين الإيلاء المعلق على الشرط و قد حكم الماتن سابقا بطلانه فلا معنى لإعادته.

قلت: الفرق واضح، فجعل الإيلاء يمينا ممنوع عندنا بالاتفاق بخلاف الإيلاء المعلق على الشرط فهو مختلف فيه، و جعل الإيلاء يمينا هو أن يعلقه على شرط بقصد الزجر عنه بخلاف تعليق الإيلاء على الشرط فلا يقصد من الشرط إلا مجرد وقوعه، فيكون الإيلاء مرادا عند وقوع الشرط من غير قصد الانزجار عنه، و لأن جعل الإيلاء يمينا يقتضى الالتزام بترك الشرط تحقيقا لمعنى الانزجار، بخلاف تعليق الإيلاء على الشرط فلا يقتضى الالتزام بتركه لعدم قصد الانزجار عنه، و لأن الشرط فى اليمين إما فعله و إما فعلها ليصح الزجر عنه بخلاف الشرط فى صورته تعليق الإيلاء عليه فهو أعم من فعلهما و فعل غيرهما، لأن المقصود منه هو مجرد الوقوع.

و عليه فهما متشاركان صورته فى التعليق مختلفان معنى و حكما بالوجوه الأربعة المتقدمه.

يبقى الدليل على عدم وقوع الإيلاء يمينا، لأنه معلق على الشرط و قد عرفت أن الإيلاء لا ينعقد مع التعليق و عليه فلا يقع إيلاء.

و لأن الإيلاء هو مجموع قوله: و الله لا- أجامعك، و اليمين لا يكون إلا بالله فقط، فلو جعل تمام الجزاء المعلق يمينا للزم جعل المجموع يمينا و هو باطل، و عليه فلا ينعقد الإيلاء المذكور يمينا بحسب هذا الدليل كما لا ينعقد إيلاء بحسب الدليل السابق.

(١) من ترك الجماع.

(٢) أى مخالفتها للشرط.

(٣) أى زجرا لها عن الشرط الذى علق الفعل عليه.

(٤) أى بالزجر عن الشرط.

(٥) أى اليمين.

(٦) أى تعليق الإيلاء على مجرد وقوعه.

(٧) المعلق عليه هو الشرط و لا يريد منه فى الإيلاء الالتزام بتركه من باب الزجر عنه كما فى اليمين.

(٨) أى الشرط فى الإيلاء المعلق، و اليمين المذكور.

أيضا بأن الشرط أعم من فعلهما (١)، و اليمين لا تكون متعلقه إلا بفعلها، أو فعله (٢).

و عدم وقوعه (٣) يمينا، بعد اعتبار تجريده (٤) عن الشرط (٥)، و اختصاص (٦) الحلف بالله تعالى واضح.

(أو حلف بالطلاق (٧) أو العتاق) بأن قال: إن وطأتك ففلانه - إحدى زوجاته - طالق أو عبده حر، لأنه (٨) يمين بغير الله تعالى.

في ما يشترط في المولى

(و يشترط في المولى الكمال بالبلوغ و العقل و الاختيار و القصد (٩) إلى مدلول لفظه، فلا يقع من الصبي و المجنون و المكره و الساهي و العايب به و نحوهم ممن لا يقصد الإيلاء (و يجوز (١٠) من العبد (١١) بدون إذن مولاه اتفاقا حره كانت زوجته (١) أي فعل الزوجين، فهو أعم منه و من فعل غيرهما لأن المقصود منه مجرد الوقوع.

(٢) ليصح الزجر عنه.

(٣) أي وقوع الإيلاء.

(٤) تجريد الإيلاء.

(٥) و هو الدليل على عدم وقوعه إيلاء.

(٦) هو الدليل على عدم وقوعه يمينا.

(٧) مذهب الأصحاب أن الإيلاء يختص باليمين بالله تعالى، لأنه من أفراد مطلق الحلف، و لا حلف إلا بالله، و عن بعض العامة أن الإيلاء لا يختص بالحلف بالله فلو حلف بالطلاق أو العتاق أو الصدقه فيقع الإيلاء، و هو ضعيف لما سمعت.

و مثال الأول كأن يقول: إن جامعتك فأنت أو فلانه من زوجاته طالق.

و مثال الثاني كأن يقول: إن جامعتك فعبدي حر.

و مثال الثالث كأن يقول: إن جامعتك فمالى صدقه.

هذا من جهه و من جهه أخرى فعبارته الماتن (أو حلف بالطلاق) أنه لو حلف بالطلاق على ترك وطئها و لم يحلف بالله فلا يقع الإيلاء كما لا يقع لو جعله يمينا.

(٨) أي الحلف بالطلاق أو العتاق.

(٩) لا خلاف و لا إشكال في اعتبار البلوغ و العقل و الاختيار و القصد في المولى لما تقدم من الأدله العامه الداله على اشتراطها

فى غيره من العقود و الإيقاعات.

(١٠) أى الإيلاء.

(١١) بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدله الإيلاء، مع عدم حق المولى فى وطنه أو تركه.

ص: ٢٣٢

أم أمه، إذ لا حق لسيدته في وطئه لها (١)، بل له (٢) الامتناع منه (٣) و إن أمره (٤) به (و من (٥) الكافر (الذمي) لإمكان وقوعه منه (٦) حيث يقرّ بالله تعالى، و لا ينافيه (٧) وجوب الكفاره المتعذر منه (٨) حال كفره، لامكانها (٩) في الجملة (١٠) كما تقدم في الظهار، و كان ينبغي أن يكون فيه (١١) خلاف مثله (١٢) للاشتراك في العله (١٣)، لكن لم ينقل هنا (١٤)، و لا وجه للتقييد (١٥) بالذمي، بل الضابط الكافر (١) أي في وطئ العبد لزوجته.

(٢) للعبد.

(٣) من الوطء.

(٤) أي أمر المولى العبد بالوطء.

(٥) أي و يجوز الإيلاء من الذمي و غيره من الكفار المقرين بالله، فيصح الحلف بالله منهم، و امتناع صحه الكفاره - التي هي عباده - منهم ما داموا كفارا لا يقدح في صحه الإيلاء، لأن الشرط في صحه الكفاره مقدور عليه بتقديمهم الإسلام، هذا و قال في المسالك:

(و التقييد بالذمي من حيث اعترافه بالله تعالى، و ينبغي أن لا يكون على وجه الحصر فيه، بل الضابط وقوعه من الكافر المقرّ بالله تعالى ليتوجه حلف به) انتهى.

هذا من جهه و من جهه أخرى لم يخالف أحد هنا في وقوع الحلف من الكافر المقرّ بالله حتى من الشيخ، مع أنه خالف في وقوع الظهار منه باعتبار امتناع صحه الكفاره منه ما دام كافرا، و كان على الشيخ أن لا يخالف في الظهار بعد موافقته في الإيلاء لأن المقتضى في كليهما واحد.

(٦) أي لإمكان وقوع الإيلاء من الكافر الذمي.

(٧) أي لا ينافي جواز الإيلاء.

(٨) من الكافر الذمي، لأن الكفاره عباده متوقفه على النيه، و لا تتأتى النيه من الكافر.

(٩) أي إمكان الكفاره.

(١٠) بأن يسلم و يكفر.

(١١) في الإيلاء.

(١٢) أي مثل الظهار.

(١٣) و هي عدم صحه الكفاره من الكافر.

(١٤) لكن لم ينقل الخلاف هنا في الإيلاء.

(١٥) أى لتقييد الكافر.

ص: ٢٣٣

المقرّر بالله تعالى ليتمكن حلفه به (١).

فى أنه إذا تم الإيلاء فللزوجه المرافعه

(و إذا تم الإيلاء) بشرائطه (فللزوجه المرافعه (٢) إلى الحاكم (مع امتناعه عن) (١) بالله.

(٢) قد تقدم أنه يعتبر فى الإيلاء أن يكون على ترك الوطى أبدا أو مطلقا، أو مده تزيد عن أربعة أشهر لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (رجل آلى أن لا يقرب امرأته ثلاثه أشهر فقال: لا يكون إيلاء حتى يحلف أكثر من أربعة أشهر) (١).

و لو وقع الإيلاء فللزوجه مهله و هى أربعة أشهر بعد الانعقاد لا يطالب فيها بشىء و لكن إن وطئ فيها كفر و انحل الإيلاء و يشهد له صحيح بكير بن أعين و بريد بن معاويه عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته فليس لها قول و لا حق فى الأربعة أشهر، و لا أثم عليه فى كفّه عنها فى الأربعة أشهر، فإن مضت الأربعة أشهر قبل أن يمسه فسكتت و رضيت فهو فى حل و سعه، فإن رفعت أمرها، قيل له:

إما أن تفىء فتمسها و إما أن تطلق، و عزم الطلاق أن يخلى عنها فإذا حاضت و طهرت طلقها و هو أحق برجعها ما لم تمض ثلاثه قروء، فهذا الإيلاء الذى أنزله الله تعالى فى كتابه و سنه رسوله صلى الله عليه و آله و سلم) (٢).

و لو مضت المده فإن صبرت فلا كلام، لأن الحق لها و لها إسقاطه، و إلا رفعت أمرها للحاكم الشرعى ليفىء أو يطلق، فإن فاء بمعنى وطئها ينحل الإيلاء و عليه الكفاره كما عن المشهور و يشهد له خبر منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل آلى من امرأته فمرت أربعة أشهر قال: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عده المطلقه، و إلا كفر عن يمينه و أمسكها) (٣) فما عن الشيخ فى المبسوط من عدم الكفاره ليس فى محله.

و إن طلق فقد خرج من حقها و يقع الطلاق رجعا إن لم يكن ما يقتضى البينونه، لأن الرجعى هو الأصل فى الطلاق و لصحيح بكير و بريد المتقدم.

و إن امتنع عن الأمرين بعد مرافعه الحاكم حبس و ضيق عليه فى المطعم و المشرب حتى يفىء أو يطلق بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (الإيلاء هو أن يحلف الرجل على امرأته أن

ص: ٢٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الإيلاء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الإيلاء حديث ٣.

(الوطء فينظره الحاكم أربعة أشهر (١) ثم يجبره بعدها على الفئه) و هي وطؤها قبلا و لو بمسماه (٢) بأن تغيب الحشفه و إن لم ينزل مع قدره (٣) أو إظهار العزم عليه (٤) أول أوقات الإمكان مع العجز (أو الطلاق) (٥) فإن فعل أحدهما و إن (٦) كان الطلاق رجعيا خرج من حقها (٧) و إن امتنع منهما (٨) ضيق عليه في المطعم و المشرب و لو بالحبس حتى يفعل أحدهما، و روى أن «أمير المؤمنين عليه السّلام» كان يحبسه في حظيره من قصب و يعطيه ربع قوته حتى يطلق (و لا- يجبره) الحاكم (على أحدهما عينا (٩)

لا- يجامعها، فإن صبرت عليه فلها أن تصبر، و إن رفعته إلى الإمام أنظره أربعة أشهر، ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق، فإن أبي حبسه أبدا(١) و خبر ابن هلال عن الرضا عليه السّلام قال: (ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعة أشهر بعد ما يأتيان السلطان فإذا مضت الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك و إن شاء طلق، و الإمساك مسيس) و خبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (المولى إذا أبي أن يطلق قال: كان أمير المؤمنين عليه السّلام يجعل له حظيره من قصب و يحبسه فيها و يمنعه من الطعام و الشراب حتى يطلق)(٢)، و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين إذا أبي المولى أن يطلق جعل له حظيره من قصب، و أعطاه ربع قوته حتى يطلق)(٣).

(١) من حين الإيلاء، لا من حين المرافعه، لأن الأربعة أشهر من حين الإيلاء حق له و ليس لها المطالبه كما تقدم. و سيأتي البحث فيه مفصلا.

(٢) بمسمى الوطى.

(٣) أى القدره على الوطى.

(٤) على الوطى.

(٥) عطف على قول الماتن: (على الفئه).

(٦) وصلية.

(٧) و إن كان له حق الرجوع عليها، غايته إن رجع بالطلاق يرجع حكم الإيلاء كما سيأتى.

(٨) من الطلاق و الفئه.

(٩) الحكم مقطوع به فى كلام الأصحاب، لأن الشارع خيره بين الأمرين على ما فى

ص: ٢٣٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٦ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

و لا يطلق عنه (١) بل يخيره بينهما.

فى ما لو آلى مده معينه

(و لو آلى مده معينه) تزيد عن الأربعة (و دافع) فلم يفعل أحد الأمرين (٢) (حتى انقضت) المده (سقط حكم الإيلاء (٣)، لانحلال اليمين بانقضاء مدته (٤)، و لم تلزمه الكفاره مع الوطء و إن اثم بالمدافعه (و لو اختلفا فى انقضاء المده) المضروبه (٥) قدام قول مدعى البقاء) مع يمينه، لأصالة عدم الانقضاء (و لو اختلفا فى زمان وقوع الإيلاء حلف من يدعى تأخره)، لأصالة عدم التقدم، و المدعى للانقضاء فى الأول (٦) هو الزوجه، لتطالبه بأحد الأمرين، و لا- يتوجه كونها (٧) منه (٨)، أما الثانى (٩) النصوص السابقه فلا يجبر إلا على ما وجب عليه شرعا.

(١) أى و لا- يطلق الحاكم عنه بلا خلاف فيه للنبوى (الطلاق بيد من أخذ بالساق) (١)، و لفحوى النصوص السابقه الداله على حبسه و التضييق عليه حتى يفىء أو يطلق.

(٢) من الفئه و الطلاق.

(٣) و لا تلزمه الكفاره مع الوطى بعد انقضاء المده، لأن الكفاره تجب مع الحنث فى اليمين، و لا يتحقق الحنث إلا مع الوطى فى المده المعينه، و المفروض انقضاؤها و مع الانقضاء يسقط حكم اليمين، بلا فرق فى الحكم بين ما لو رافعته إلى الحاكم و ألزمه بأحد الأمرين أو لم ترافعه، لاشتراكهما فى المقتضى، نعم يأنم بالمرافعه على تقدير المطالبه من الزوجه.

(٤) أى مده الإيلاء.

(٥) لو اختلفا فى انقضاء المده المضروبه للتربص و هى أربعة أشهر بأن ادعت المرأه انقضاءها لتلزمه بالفئه أو الطلاق، و ادعى هو بقاءها، فالقول قول من يدعى بقاءها، لأصالة عدم انقضائها، و لأن مرجع دعوى انقضائها إلى تقدم زمان الإيلاء و من يدعى البقاء يدعى تأخر زمان الإيلاء، و الأصل عدم التقدم.

و مثله ما لو اختلفا فى زمان إيقاع الإيلاء فالقول قول من يدعى تأخره لأصالة عدم التقدم.

(٦) فى النزاع فى الانقضاء.

(٧) أى كون الدعوى بالانقضاء.

(٨) من الزوج.

(٩) أى النزاع الثانى و هو النزاع فى زمن وقوع الإيلاء.

١- (١) كنز العمال ج ٥ ص ١٥٥ رقم الحديث ٣١٥١.

فيمكن وقوعها (١) من كل منهما، فتدعى هي تأخر زمانه (٢) إذا كان مقدرا بمدته لم تمض (٣) قبل المده المضروبه (٤) فترافعه ليلزم بأحدهما، و يدعى (٥) تقدمه (٦) على وجه تنقضى مدته (٧) قبل المده المضروبه (٨) ليسلم من الالتزام بأحدهما، و قد يدعى تأخره (٩) على وجه لا تتم الأربعة المضروبه (١٠)، لثلا يلزم (١١) إذا جعلنا مبدأها (١٢) من حين الايلاء، و تدعى هي تقدمه (١٣) لتتم (١٤).

فى أنه يصح الايلاء من الخصى و المجهوب

(١) أى وقوع الدعوى بتقدم زمن وقوع الايلاء.

(٢) أى زمان وقوع الايلاء.

(٣) هذه المده التى قيد الايلاء بها.

(٤) أى المضروبه للتربص، بحيث حلف على ترك وطئها خمسه أشهر.

(٥) أى الزوج.

(٦) أى تقدم زمن وقوع الايلاء.

(٧) أى مده الايلاء.

(٨) و هذا كله مبنى على أن المده المضروبه للتربص من حين الترافع لا من حين الايلاء.

(٩) تأخر زمن وقوع الايلاء.

(١٠) إذا جعلناه مضروبه للتربص من حين الايلاء.

(١١) أى لثلا يلزم الزوج بأحد الأمرين من الفئه أو الطلاق.

(١٢) مبدأ المده المضروبه للتربص.

(١٣) تقدم زمن وقوع الايلاء.

(١٤) أى تتم دعواها فى إلزام الزوج بأحد الأمرين.

(١٥) لا إشكال و لا خلاف فى صحه الايلاء من الخصى الذى يولج و لا ينزل، لعموم أدله الايلاء، و كذا لا إشكال و لا خلاف فى صحه الايلاء من المجهوب الذى بقى من آله ما يتحقق به اسم الجماع للعموم أيضا.

و فى تحقق الايلاء من المجهوب الذى لم يبق من آله ما يتحقق به اسم الجماع خلاف، فعن الشيخ فى المبسوط و المحقق فى

الشرائع و العلامه فى التحرير و الإرشاد و التبصره الوقوع لعموم أدله الإيلاء، و عن الشارح فى المسالك و جماعه العدم لأن متعلق الإيلاء هو وطئ الزوجه و هو ممتنع فى مفروض مسألتنا، فيكون الحلف حلفا على الممتنع، و هو باطل، و لأنه يشترط فى الإيلاء الإضرار بالزوجه و هو غير متحقق فى المقام لأنه منفى بانتفاء موضوعه.

ص: ٢٣٧

الوطء إجماعاً، و لو لم يبق ذلك فكذلك (١) عند المصنف و جماعه، لعموم الآيات، و إطلاق الروايات.

و الأقوى عدم الوقوع، لأن متعلق اليمين (٢) ممتنع (٣) كما لو حلف أن لا يصعد إلى السماء، و لأن شرطه (٤) الاضرار بها، و هو (٥) غير متصور هنا (٦) و فئته (٧) على تقدير وقوعه منه (٨) (العزم على الوطء مظهراً له) أى للعزم عليه (معتذراً من عجزه)، و كذا فئه الصحيح (٩) (لو انقضت المده و له مانع من الوطء) عقلي كالمرض، أو شرعي كالحيض (١٠)، أو عادي كالتعب، و الجوع، و الشبع.

(١) أنه يصح الإيلاء منه.

(٢) أى الإيلاء من المجبوب غير القادر على الوطء.

(٣) فيكون الحلف على تركه عبثاً.

(٤) شرط الإيلاء.

(٥) أى الإضرار بالزوجه.

(٦) لانتفاء موضوعه.

(٧) أى فئه المجبوب الذى لا يمكنه الوطء.

(٨) على تقدير وقوع الإيلاء من المجبوب.

(٩) أى تكون فئته بالعزم على الوطء إذا كان الصحيح معذوراً فى ترك الوطء، هذا و اعلم أنه إذا انقضت مده التريص و كان هناك مانع يمنع من الوطء فلا- يخلو إما أنه يكون المانع من جهتها كالحيض و المرض و الإحرام و النفاس و الاعتكاف و الصيام فليس لها المطالبه بالفئه بمعنى الوطء الفعلى بلا خلاف فيه لأنه معذور و الحال هذه و لا مضاره لها.

و لكن هل لها المطالبه بالفئه بمعنى العزم على الوطء فعن الشيخ المنع لأن الامتناع من جهتها و فيه: أن عدم قبول المحل كعدم قدره من الفاعل فكما يلزم العاجز عن الوطء بإظهار العزم كذلك يلزم هنا و لذا ذهب جماعه منهم المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك بأن لها المطالبه بفئه العاجز عن الوطء.

و أما أن يكون المانع من جهته كالمرض و الإحرام و الصوم ففئته بإظهار العزم على الوطء، لأن فئه القادر هو الوطء فى القبل و إن كان عاجزاً عن ذلك ففئته باللسان و هو أن يرجع عن الإيذاء و الإضرار بلا خلاف فيه.

(١٠) مانع من جهتها، و فى هذا رد على الشيخ حيث لم يوجب عليه الفئه باللسان فى خصوص هذا المورد.

في الكفاره

(و متى وطأ) المولى (لزمته الكفاره (١)، سواء كان في مده التربص (٢) أو قبلها لو جعلناها (٣) من حين المرافعه (أو بعدها (٤) لتحقق الحنث في الجميع، و هو (٥) في غير الأخير (٦) موضع وفاق، و نفاها فيه (٧) الشيخ في المبسوط، لأصالة البراءه، و أمره به (٨) المنافى للتحريم (٩) الموجب للكفاره، و الأصح أنه (١٠)

(١) إذا وطئ في مده التربص بناء على أنها من حين الإيلاء لزمته الكفاره بلا خلاف لقوله تعالى: فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ، أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (١).

و لو وطئ بعد المده فكذلك كما هو الأكثر لإطلاق الآيه المتقدمه و لخبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل آلى من امرأته فمرت به أربعة أشهر قال عليه السلام: يوقف فإن عزم الطلاق بانت منه و عليها عده المطلقه و إلا كفر عن يمينه و أمسكها) (٢)، و مرسل العياشى عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل إذا بانت المرأه من الرجل هل يخطبها من الخطاب؟ قال: يخطبها على تطليقتين و لا يقربها حتى يكفر يمينه) ٣.

و عن الشيخ في المبسوط أنه لا كفاره لأصالة البراءه بعد الشك أو الظن بخروج هذا الفرض كما دل على وجوب الكفاره عند الحنث، و لأنه يجب عليه الوطئ بعد المده فينحل اليمين لأنه يشترط في متعلقه أن لا يكون مرجوحا و عليه فلا كفاره مع الحنث، و فيه أنه لا- أصل مع عموم الأدله، و لأن الإيلاء يخالف مطلق اليمين بأحكام، و هذا منها، و هو كون متعلقه مرجوحا فينعقد إذا كان إيلاء و لا ينعقد إذا كان يميناً.

(٢) إن جعلناها من حين الإيلاء.

(٣) أى جعلنا مده التربص.

(٤) بعد مده التربص.

(٥) أى لزوم الكفاره.

(٦) الأخير هو ما بعد مده التربص.

(٧) في الأخير.

(٨) أى و أمر المولى بالوطء، و هو من باب إضافه المصدر لمفعوله.

(٩) أى تحريم الوطئ الناشئ من الحلف على تركه.

(١٠) أى أن الوطئ بعد مده التربص.

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الإيلاء حديث ٣ و ٤.

كغيره، لما ذكر (١)، و لقوله تعالى: ذَلِكَ كَفَّارَةٌ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ (٢) و لم يفصّل، و لقول الصادق عليه السّلام فى من آلى من امرأته فمضت أربعه أشهر:

«يوقف فإن عزم الطلاق بانته منه، و إلا كفر يمينه و أمسكها».

فى أن مده الإيلاء من حين الترافع إلى الحاكم

(و مده الإيلاء من حين الترافع (٣) فى المشهور كالظهار، لأن ضرب المده إلى (١) من تحقق الحنث.

(٢) سورة المائدة، الآية: ٨٩.

(٣) المشهور بين الأصحاب أن مده التربص من حين المرافعة لا- من حين الإيلاء، لخبر العباس بن هلال عن الرضا عليه السّلام (ذكر لنا أن أجل الإيلاء أربعه أشهر بعد ما يأتیان السلطان، فإذا مضت الأربعة الأشهر فإن شاء أمسك و إن شاء طلق، و الإمساك المسيس) (١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (فإن صبرت عليها فلها أن تصبر و إن رفعته إلى الحاكم أنظره أربعه أشهر ثم يقول له بعد ذلك: إما أن ترجع إلى المناكحة و إما أن تطلق) (٢)، و خبر البنزطى عن الرضا عليه السّلام (سأله صفوان و أنا حاضر عن الإيلاء فقال: إنما يوقف إذا قدمه إلى السلطان فيوقفه السلطان أربعه أشهر ثم يقول له: إما أن تطلق و إما أن تمسك) (٣)، و خبر أبى مريم (أنه سأله عن رجل آلى من امرأته قال: يوقف قبل الأربعة أشهر و بعدها) (٤).

مؤيدا بأن ضرب المده حكم شرعى باق على العدم الأصلى فيتوقف ثبوته على حكم الحاكم، و لأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس أو غيره إلا مع تحقق سببه.

و من ابن أبى عقيل و ابن الجنيد و العلامة فى المختلف و ولده فى الإيضاح و الشارح فى المسالك و غيرهم أنها من حين الإيلاء لظاهر قوله تعالى: لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ (٣) حيث رتب التربص على الإيلاء فلا يشترط غيره، و صحيح بريد بن معاوية (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول فى الإيلاء: إذا آلى الرجل أن لا يقرب امرأته و لا يمسيها و لا يجمع رأسه و رأسها فهو فى سعه ما لم تمض الأربعة أشهر، فإذا مضت أربعه أشهر وقف فيما أن يفىء فيمسيها و إما أن يعزم على الطلاق) (٤)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (أئما رجل آلى من امرأته، و الإيلاء أن يقول: و الله لا

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ٦ و ٥ و ٣.

٣- (٥) سورة البقرة، الآية: ٢٢٦.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

الحاكم (١) فلا يحكم بها قبلها (٢)، ولأنه (٣) حقها فيتوقف على مطالبتها، ولأصالة عدم التسلط على الزوج بحبس، وغيره (٤) قبل تحقق السبب (٥).

وقيل: من حين الإيلاء عملاً - بظاهر الآيه حيث رتب التربص عليه (٦) من غير تعرض للمرافعه، وكذا الأخبار. وقد تقدم في الخبر السابق (٧) ما يدل عليه.

وفي حسنه (٨) يريد عن الصادق عليه السلام قال: «لا يكون إيلاء ما لم يمض أربعة أشهر، فإذا مضت وقف، فإذا أن يفيء، وإما أن يعزم على الطلاق». فعلى هذا (٩) لو لم ترافعه حتى انقضت المده أمره (١٠) أجامعك كذا وكذا - إلى أن قال - فإنه يتربص به أربعة أشهر ثم يؤخذ بعد الأربعة أشهر فيوقف (١١)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الإيلاء ما هو؟ فقال: هو أن يقول الرجل لامرأته: والله لا أجامعك كذا وكذا - إلى أن قال - فيتربص بها أربعة أشهر ثم يؤخذ فيوقف بعد الأربعة أشهر فإن فاء، وهو أن يصالح أهله فإن الله غفور رحيم، وإن لم يف جبر على أن يطلق (١٢).

و الطائفة الأولى من الأخبار ضعيفه السند فلا تصلح لمعارضه هذه الأخبار الصحيحه مع أن توقف ضرب المده على حكم الحاكم بحاجه إلى دليل وهو منفي، وهذه الأخبار الصحيحه هي التي أخرجت ضرب المده من حكم العدم الأصلي إلى حين الإيلاء، وهذه الأخبار هي التي قطعت أصاله عدم التسلط على الزوج.

(١) لأن ضربه بالمده حكم شرعي متوقف على حكم الحاكم.

(٢) أي لا يحكم بالمده قبل المرافعه.

(٣) أي الوطى حق للزوجه.

(٤) من التضييق في الطعام و الشراب.

(٥) ولا نجزم بتحقيق السبب إلا بانقضاء المده بعد المرافعه.

(٦) على الإيلاء.

(٧) وهو خبر منصور بن حازم الوارد في ثبوت الكفاره بالوطء بعد مده التربص.

(٨) بل هي صحيحه، وقد نقلها بالمعنى.

(٩) من كون مده التربص من حين الإيلاء.

(١٠) أي أمر الحاكم الزوج.

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الإيلاء حديث ١.

فى ما يزول حكم الإيلاء به

(و يزول حكم الإيلاء بالطلاق البائن (٢)، لخروجها (٣) عن حكم الزوجيه. و الظاهر أن هذا الحكم (٤) ثابت و إن عقد عليها ثانيا فى العده (٥)، لأن العقد لم يرفع حكم الطلاق، بل أحدث نكاحا جديدا كما لو وقع (٦) بعد العده، بخلاف الرجعه فى الرجعى (٧) و لو كان الطلاق رجعيا خرج من حقها (٨)، (١) أى بلا مهله و انتظار.

(٢) اعلم أنه لو اختار المولى الطلاق صح و وقع رجعيا ما لم يكن ما يقتضى السينونه، لأن الرجعى هو الأصل فى الطلاق و لصحيح بريد عن أبى عبد الله عليه السلام (فإذا مضت الأربعة أشهر وقف فإما أن يفىء فيمسها و إما أن يعزم على الطلاق فيخلى عنها حتى إذا حاضت و طهرت من محيضها طلقها تطليقه قبل أن يجامعها بشهاده عدلين، ثم هو أحق برجعته ما لم تمض الثلاثه أقرأه) (١) و هذا ما عليه الأَكثَر، و ربما قبل بوقوعه بائنا و لم يعرف المخالف بعينه و إن أرسله بعض كما فى الجواهر لصحيح منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (المولى إذا وقف فلم يفىء طلق تطليقه بائنه) ٢ و مثله خبره الآخر ٣، و هى لا تصلح لمعارضه ما تقدم بعد إعراض الأصحاب عنها، و عليه فإن استمر على الطلاق حتى خرجت من العده فهو و إن رجع عاد الإيلاء لرجوع العقد الذى تعلق به الحلف، لأن الحلف تعلق بالزوجيه و هى ناشئه من العقد الأول فيدور الحلف مداره وجودا و عدما.

و لذا لو طلقها بائنا فيزول حكم الإيلاء لزوال العقد الذى تعلق به الحلف، فلو عقد عليها ثانيا فى أثناء العده البائنه أو عقد عليها بعد انقضاء العده الرجعيه فلا يعود حكم الإيلاء الثابت للعقد الأول بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال.

(٣) أى المولى منها.

(٤) من زوال الإيلاء بالطلاق.

(٥) أى العده البائنه.

(٦) أى العقد الثانى.

(٧) فلا يسقط حكم الإيلاء لبقاء زوجيه الرجعيه، و لكن بالطلاق الرجعى خرج من حق وطئها.

(٨) بالنسبه لوطئها.

ص: ٢٤٢

لكن لا يزول حكم الايلاء إلا بانقضاء العده، فلو راجع فيها (١) بقى التحريم (٢).

و هل يلزم حينئذ (٣) بأحد الأمرين (٤) بناء على المده السابقه (٥) أم يضرب له (٦) مده ثانيه (٧)، ثم يوقف بعد انقضائها (٨)؟ وجهان. من بطلان (٩) حكم الطلاق (١٠)، و عود النكاح الأول بعينه (١١)، و من ثم جاز طلاقها (١٢) قبل الدخول و كان الطلاق رجعيا (١٣)، بناء على عود النكاح الأول، و أنها (١٤) فى حكم الزوجه، و من (١٥) سقوط الحكم عنه (١٦) بالطلاق فيفتقر (١٧) إلى حكم جديد (١٨)، استصحابا لما قد ثبت (١٩). و بهذا (٢٠) جزم فى التحرير.

(١) فى العده الرجعيه.

(٢) أى تحريم وطئها.

(٣) حين الطلاق الرجعى بعد مده التربص إلا أنه رجع إليها فى العده.

(٤) من الفئه أو الطلاق.

(٥) أى المده السابقه للتربص قبل الطلاق.

(٦) بعد الرجوع.

(٧) للتربص.

(٨) بعد انقضاء المده الثانيه.

(٩) دليل للاكتفاء بالمده السابقه.

(١٠) و قد بطل بالرجوع.

(١١) فتعود أحكامه و من جملتها احتساب المده السابقه.

(١٢) أى بعد الرجوع.

(١٣) و المعنى لو لا عود النكاح الأول لكان الطلاق الثانى قبل الدخول طلاقا بائنا، و مع أنه طلاق رجعى بالاتفاق باعتبار الدخول قبل الطلاق الأول و هذا كاشف عن عود النكاح الأول بالرجعه.

(١٤) دليل ثان للاكتفاء بالمده السابقه.

(١٥) دليل لضرب مده ثانيه.

(١٦) أى سقوط حكم التربص عن المولى بسبب الطلاق.

(١٧) أى الإلزام بأحد الأمرين.

(١٨) من ضرب مده ثانية.

(١٩) من سقوط حكم التربص الأول.

(٢٠) أى الاحتياج إلى ضرب مده ثانية.

ص: ٢٤٣

ثم إن طلق وفي (١)، و إن راجع ضربت له مده أخرى (٢) و هكذا.

(و كذا يزول حكم الإيلاء بشراء الأمه ثم عتقها و تزوجها) بعده (٣)، لبطلان العقد الأول بشرائها، و تزويجها بعد العتق حكم جديد كتزويجها بعد الطلاق البائن، بل أبعد (٤).

و لا فرق (٥) بين تزويجها بعد العتق، و تزويجها به (٦) جاعلا له (٧) مهرا، لاتحاد العله (٨)، و هل يزول (٩) بمجرد شرائها من غير عتق؟ الظاهر ذلك (١٠)، لبطلان العقد بالشراء (١١)، و استباحتها حينئذ (١٢) بالملك. و هو (١٣) حكم جديد غير الأول (١٤)، (١) أي بعد ضرب المده الثانيه لو طلق المولى فقد و فى بحكم الحاكم من إلزامه بأحد الأمرين.

(٢) و هى مده ثالثه و هكذا.

(٣) بعد العتق، إذا آلى الحر من زوجته التى هى أمه الغير، ثم اشتراها و أعتقها و تزوجها لم يرجع الإيلاء بلا- خلاف فيه و لا إشكال، لأن الإيلاء قد تعلق بالزوجه الآتية من السبب الأول، و إذا زال السبب الأول زال التحريم لزوال متعلقه، فلو عادت الزوجه بسبب ثان لا يعود الإيلاء لأصالة البراءة.

و لذا تعرف أن الحل هنا متوقف على مجرد الشراء، لأن الوطى بالملك سبب جديد غير التزويج الذى كان سببا سابقا فلا داعى للعتق و التزويج كما فرض فى كلام الكثير من الفقهاء.

(٤) وجه البعد أن سبب الفراق هنا اثنان الشراء ثم العتق و فى الطلاق واحد.

(٥) فى زوال حكم الإيلاء.

(٦) بالعتق.

(٧) للعتق.

(٨) و هى أن الحل هنا بسبب جديد غير السبب الذى تعلق به الإيلاء.

(٩) حكم الإيلاء.

(١٠) أنه يزول.

(١١) إذ لا يستباح البضع بسبيين.

(١٢) أى حين الشراء.

(١٣) أى الملك.

(١٤) وهو العقد.

ص: ٢٤٤

و لكن الأصحاب فرضوا المسأله كما هنا (١).

نعم لو انعكس الفرض (٢) بأن كان الملى عبدا فاشترته الزوجه توقف حلها له (٣) على عتقه، و تزويجه ثانيا. و الظاهر بطلان الإيلاء هنا (٤) أيضا (٥) بالشراء و إن توقف حلها له على الأمرين (٦)، كما بطل (٧) بالطلاق البائن و إن لم يتزوجها.

و تظهر الفائده (٨) فيما لو وطأها بعد ذلك (٩) بشبهه، أو حراما فإنه لا كفاره (١٠) إن ابطنناه (١١) بمجرد الملك (١٢) و الطلاق (١٣).

في عدم تكرار الكفاره بتكرار اليمين

(و لا تتكرر الكفاره بتكرار اليمين (١٤)، (١) من فرض العتق و التزويج بعد الشراء، مع أن الشراء كاف في إزاله حكم الإيلاء.

(٢) بأن آلى العبد من زوجته الحره فلو اشترته و أعتقته و تزوج بها فيزول حكم الإيلاء، لأن الحل ثانيا بسبب جديد غير السبب الذى تعلق به الإيلاء.

بل زوال الإيلاء متوقف على الشراء، لأنه بالشراء زال العقد الأول الذى تعلق به التحريم كما يزول العقد الأول الذى تعلق به التحريم بالطلاق فى غيره، نعم لو اشترته و زال الإيلاء لا- يباح لها بالملك و لا بالعقد ما دام مملوكا لها بل لا بد من العتق و العقد حتى يباح لها حينئذ.

(٣) أى حل وطئها للمولى.

(٤) فيما لو آلى العبد من زوجته الحره.

(٥) كبطلان الإيلاء بالشراء فى الفرع السابق.

(٦) من العتق و التزويج.

(٧) أى الإيلاء.

(٨) فى بطلان حكم الإيلاء بالشراء، و لا تحل له حينئذ إلا بعد العتق و التزويج.

(٩) بعد بطلان حكم الإيلاء بالشراء و قبل العتق و التزويج.

(١٠) لزوال حكم الإيلاء بسبب زوال الزوجيه.

(١١) أى أبطننا الإيلاء.

(١٢) فى صورته شراء الحره زوجها المولى.

(١٣) فى صوره الطلاق البائن و إن لم يتزوجها، نعم لو قلنا أنه لا يبطل الإيلاء إلا بالعتق بعد الشراء لزمته الكفاره.

(١٤) لا إشكال فى عدم تكرار الكفاره بتكرار اليمين إذا قصد التأكيد، أما إذا أطلق أو قصد التأسيس ففيه صورتان.

ص: ٢٤٥

سواء (قصد التأكيد (١) و هو تقويه الحكم السابق،(أو التأسيس) و هو احداث حكم آخر، أو أطلق (٢)(إلا مع تغاير الزمان (٣) أى زمان الإيلاء و هو الوقت المحلوف على ترك الوطء فيه، لا- زمان الصيغه، بأن يقول: و الله لا- وطأتك سته أشهر فإذا انقضت فو الله لا- وطأتك سنه، فيتعدد الإيلاء إن قلنا بوقوعه (٤) معلقا على الصفه. و حينئذ (٥) فلها المرافعه لكل منهما، فلو ماطل فى الأول حتى انقضت مدته انحلّ و دخل الآخر و على ما اختاره المصنف سابقا من اشتراط تجريده عن الشرط و الصفه يبطل الثانى (٦)، و لا يتحقق تعدد الكفاره بتعدد (٧)، و لا يقع الاستثناء (٨) موقعه.

(و فى الظهار خلاف أقره التكرار (٩) بتكرر الصيغه سواء فَرَق الظهار أم الأولى: أن يكون المحلوف عليه واحدا و زمانه واحدا و ظاهر الأصحاب أنه لا تتكرر الكفاره لصدق الإيلاء مع تعدد اليمين فيكفيه كفاره واحده و أشكل عليهم الشارح فى المسالك بأن كل واحد سبب مستقل فى إيجاب الكفاره و الأصل عدم التداخل.

الصوره الثانيه: أن يكون المحلوف عليه واحدا و هو ترك الوطى و الزمان متعددا كما لو قال: و الله لا جامعتك خمس أشهر فإذا انقضت فو الله لا جامعتك سنه، فقد أتى بيمينين، الأول منهما منجز و الثانى معلق على انقضاء الأول، و عليه فإن قلنا ببطلان الإيلاء المعلق اختص البحث بالأول، و إن قلنا بصحته فلها المطالبه بعد مضى أربعة أشهر بموجب الإيلاء الأول، و لها المطالبه بعد مضى أربعة أشهر من حلول الثانى، لأن كلا منهما إيلاء له حكمه.

(١) و هو تأكيد الأول بالثانى.

(٢) بأن لم يقصد التأكيد و لا التأسيس.

(٣) أى زمان المحلوف عليه لا زمان الصيغه.

(٤) أى الإيلاء.

(٥) أى حين تعدد الإيلاء.

(٦) لأنه معلق على انقضاء الأول بخلاف الأول فإنه منجز.

(٧) لعدم وقوع التعدد، باعتبار أن الثانى معلق و هو باطل على مبنى المصنف سواء تغاير زمن المحلوف عليه أم لا، و منه تعرف ضعف استثناء تغاير الزمان فى كلام الماتن.

(٨) و هو قول الماتن: (إلا مع تغاير الزمان).

(٩) لو ظاهر من زوجته مرارا و جب عليه بكل مره كفاره، سواء فَرَق الظهار أم لا، و سواء عاد لما قال بعد كل ظهار أم لم يعد إلا بعد الأخير كما عليه الأكثر لأصالة تعدد المسبب

تابعه في مجلس واحد، و سواء قصد التأسيس أم لم يقصد ما لم يقصد التأكيد، لصحيحه محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات، أو أكثر فقال عليه السلام: «قال علي عليه السلام: مكان كل مره كفاره» و غيرها من الأخبار.

و قال ابن الجنيد لا تتكرر إلا مع تغاير المشبهه بها (١)، أو تخلل التكفير، استنادا إلى خبر لا دلالة فيه على مطلوبه.

في إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنونا

(و إذا وطأ المؤلى ساهيا، أو مجنونا، أو لشبهه (٢) لم تلزمه كفاره، لعدم بتعدد السبب و للأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر ما عليه؟ قال: عليه مكان كل مره كفاره) (١) و صحيحه الآخر عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل ظاهر من امرأته خمس مرات أو أكثر فقال: قال علي عليه السلام: مكان كل مره كفاره) ٢ و صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ظاهر من امرأته ثلاث مرات، قال: يكفر ثلاث مرات) ٣ و خبر جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (فيمن ظاهر من امرأته خمس عشره مره قال: عليه خمس عشره كفاره) ٤، و هي مطلقه تشمل ما ذكرناه، و عن ابن الجنيد التفصيل بتعدد المشبه بها كالأم و الأخت فتتعدد الكفاره، و إذا اتحد و المشبه بها كالأم فتتحد الكفاره و إن فرق الظهار على مجلسين إلا أن يتخلل التكفير فتتعدد الكفاره لأنه مع تعدد المشبه بها تكون حرمتين قد انتهك كل واحده منهما فيجب لكل واحده كفاره و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل ظاهر من امرأته أربع مرات في مجلس واحد قال: عليه كفاره واحده) (٢).

و ردّ بإمكان حمله على صوره التأكيد و لذا صرح أكثر من واحد بعدم تكرار الكفاره في هذه الصوره بل صرح الفخر في الإيضاح في أن محل الخلاف غير صوره التأكيد، و على كل فلا دلالة فيه على تفصيل ابن الجنيد.

(١) كالأم و الأخت و غيرهما.

(٢) إذا وطأ المؤلى ساهيا أو مجنونا أو اشتبهت بغيرها من حلاله أو نحو ذلك من الأحوال

ص: ٢٤٧

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الظهار حديث ٤ و ١ و ٢ و ٣.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الظهار حديث ٤.

الحنث (و بطل حكم الايلاء عند الشيخ)، لتحقق الإصابه (١)، و مخالفه مقتضى اليمين، كما يبطل لو وطأ متعمدا لذلك (٢)، و إن (٣) وجهت الكفاره (٤). و تبعه على هذا القول جماعه. و نسبة المصنف القول إليه (٥) يشعر بتمريضه.

و وجهه أصاله البقاء (٦)، و اغتفار الفعل بالأعذار (٧)، و كون الايلاء يمينا.

و هى (٨) فى النفى تقتضى الدوام، و النسيان و الجهل لم يدخلا تحت مقتضاها، لأن الغرض من البعث و الزجر فى اليمين إنما يكون عند ذكرها، و ذكر المحلوف عليه حتى يكون تركه (٩) لأجل اليمين (١٠). مع أنه (١١) فى قواعد استقرب انحلال اليمين مطلقا (١٢) بمخالفه مقتضاها نسيانا و جهلا و إكراها مع عدم الحنث (١٣)، التى لا يكون بها عامدا فلا إشكال فى عدم وجوب الكفاره، لأنه لا تقصير منه فيندرج تحت عموم من رفع عنه الخطأ و النسيان من الأمه.

و إنما الكلام فى انحلال اليمين فالشيخ حكم بالانحلال و بطلان الإيلاء و تبعه عليه جماعه منهم العلامه جازما من غير خلاف، و وجهه أنه قد أوجد المحلوف عليه و تحققت الإصابه إلا- أنه لم يؤاخذ من ناحيه تقصيره فكان كما لو خالف عمدا، و إن اختلفا فى وجوب الكفاره و عدمها.

و توقف فيه المحقق فى الشرائع و الماتن فى اللمعه لأن المراد من اليمين الالتزام بالمتعلق، و لا- يكون ذلك إلا حال التذكر، فليس الفرض حينئذ متعلقا لليمين حتى تنحل بفعله.

(١) و هى الوطى فى القبل مع أنه قد حلف على تركه.

(٢) أى لتحقق الإصابه و مخالفه مقتضى اليمين.

(٣) وصلية.

(٤) فى صوره العمد.

(٥) إلى الشيخ.

(٦) أى بقاء الإيلاء بالاستصحاب.

(٧) و كأنه لم يقع.

(٨) أى اليمين.

(٩) ترك المحلوف عليه.

(١٠) و ليس ذكر عند الجهل و النسيان.

(١١) أى الماتن.

(١٢) إيلاء كانت أم غيره.

(١٣) أى عدم الحنث الموجب للكفاره.

ص: ٢٤٨

محتجا بأن المخالفة قد حصلت و هي (١) لا- تتكرر، و بحكم (٢) الأصحاب بيطلان-الإيلاء بالوطء ساهيا مع أنها (٣) يمين. فنسب الحكم المذكور (٤) هنا (٥) إلى الأصحاب، لا إلى الشيخ وحده (٦). و للتوقف وجه.

في ما لو ترفع الذميان إلينا

(و لو ترفع الذميان إلينا) في حكم الإيلاء (تخيّر الإمام (٧)، أو الحاكم) المترافع إليه (بين الحكم بينهم بما يحكم على المؤلى المسلم، و بين ردهم إلى أهل ملتهم) جمع الضمير للاسم المثنى (٨) تجوزا، أو بناء على وقوع الجمع عليه (٩) حقيقه (١) أى المخالفة.

(٢) أى و محتجا بحكم الأصحاب.

(٣) أى مع أن الإيلاء.

(٤) من الانحلال.

(٥) أى فى القواعد.

(٦) كما فى هذا الكتاب.

(٧) الذميان إذا ترفعا إلينا كان الحاكم بالخيار بين أن يحكم بينهما بمقتضى شرعنا لعموم أدله الإيلاء و هم مكلفون بالفروع، و لقوله تعالى: لِيَتَحَكَّمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ (١)، و بين ردهما إلى أهل نحلتهما، لإقرارهم عليها كما هو المستفاد من الإعراض عنهم كما فى قوله تعالى: فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ (٢) و المراد بالإعراض عنهم ردهم إلى أحكامهم.

و عن بعض العامة أن الآيه منسوخه بقوله تعالى: وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (٣)، و ليس له شاهد أو دليل مع أن النسخ على خلاف الأصل مع أن الإعراض عنهم من جملة الحكم بما أنزل الله تعالى.

نعم قد يقال - كما فى الجواهر - أن الإعراض عنهم غير الأمر لهما بالرجوع إلى أهل نحلتهما الذى هو من الباطل فلا يؤمر به، و إقرارهم على الشئ غير الأمر بالرجوع إليه.

(٨) أى جمع الضمير فى قوله: ردهم و ملتهم، مع أن المرجع اسم مثنى و هو الذميان.

(٩) على المثنى.

ص: ٢٤٩

١- (١) سورة النساء، الآيه: ١٠٥.

٢- (١) سورة المائدة، الآيه: ٤٢.

كما هو أحد القولين (١)

فى ما لو آلى ثم ارتد

(و لو آلى ثم ارتد (٢) عن مله (حسب عليه من المده) التى تضرب له (زمان الرده على الأقوى)، لتمكنه من الوطء بالرجوع عن الرده فلا تكون (٣) عذرا لانتفاء معناه (٤).

و قال الشيخ: لا يحتسب عليه مده الرده، لأن المنع بسبب الارتداد، لا بسبب الإيلاء، كما لا يحتسب مده الطلاق منها (٥) لو راجع و إن كان يمكنه (٦) المراجعة فى كل وقت (٧).

و أوجب بالفرق بينهما (٨) فإن المرتد إذا عاد إلى الإسلام تبين أن النكاح لم يرتفع (٩)، بخلاف الطلاق فإنه لا يندم بالرجعه (١٠) و إن (١١) عاد حكم النكاح السابق (١٢) كما سبق. و لهذا (١٣) لو راجع المطلقه تبقى معه على طلقتين. و لو كان (١) من أن أقل الجمع اثنان.

(٢) لو آلى ثم ارتد عن غير فطره، لأنه لو كان مرتدا عن فطره فهو كالميت يبطل معه التربص، و على كل فقال الشيخ: لا يحتسب عليه مده الرده، لأن المنع بسبب الارتداد الذى هو فاسخ النكاح كالطلاق، و لم يكن المنع بسبب الإيلاء، فلا تحتسب مده الرده من مده الإيلاء المقتضيه لاستحقاق المطالبه بعدها، كما لا يحتسب زمان العده لو طلقها بعد الإيلاء.

و عن الأكثر الاحتساب لتمكنه من الوطى مع الرده بإزاله المنع فلا يكون عذرا، و يفارق العده بأن المرتد إذا عاد إلى الإسلام يتبين أن النكاح لم يفسخ، مع أن الطلاق الماضى مع لحوق الرجعه لا يندم و لذا ظهر أثره بتحريمها بالثلاث و إن رجع فى الأولين.

(٣) أى الرده.

(٤) و هو عدم التمكن من الوطى.

(٥) من مده التربص للإيلاء.

(٦) أى المطلق.

(٧) كما كان يمكنه الوطى عند الرده.

(٨) بين الرده و الطلاق.

(٩) فيندم الارتداد.

(١٠) بل تبقى له أحكامه.

(١١) وصلية.

(١٢) ولكنه لا يهدم أحكام الطلاق.

(١٣) أى لعدم انهدام الطلاق.

ص: ٢٥٠

ارتداده عن فطره فهو بمنزله الموت يبطل معها (١) التبرص، و إنما أطلقه (٢)، لظهور حكم الارتدادين.

(١) مع الرده.

(٢) أى أطلق المصنف حكم الارتداد و لم يبين أنه لغير فطره.

ص: ٢٥١

كتاب اللعان

اشاره

ص: ٢٥٣

(كتاب اللعان) (١) مصدر لاعن يلاعن، وقد يستعمل جمعا للعن، و اللعن هو الطرد و الإبعاد من الخير و الرحمه، و شرعا مباهله بين الزوجين على وجه مخصوص، و سميت لعانا لاشتغالها على كلمه اللعن و خصت بهذه التسميه، لأن اللعن كلمه غريبه فى مقام الحجج من الشهادات و الأيمان، و الشىء يشتهر بما يقع فيه من الغريب، و على ذلك جرى معظم تسميات سور القرآن.

أو أن هذه المباهله سميت لعانا لأن كلا من الزوجين يبعد عن الآخر بها، إذ يحرم النكاح بينهما.

و الأصل فى اللعان قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ، وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ، وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ، وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (١).

و الأخبار.

منها: ما روته العامه عن ابن عباس من أنه لما نزلت وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (٢) الآية قال سعد بن معاذ: (يا رسول الله إني لأعلم أنها حق من عند الله تعالى شأنه، و لكن تعجبت أن لو وجدت لكاعا يفخذها لم يكن لى أن أهيجه و لا أحرّكه حتى آتى بأربعة شهداء، فو الله لا آتى بهم حتى يقضى حاجته، فما لبثوا حتى جاء هلال بن أميه فقال: يا رسول الله إني جئت أهلى عشاء فوجدت عندها رجلا يقال له: شريك بن سمحاء فرأيت بعينى و سمعت بأذنى، فكره النبى صلى الله عليه و آله و سلم ذلك فقال سعد: الآن يضرب

ص: ٢٥٥

١- (١) سورة النور، الآيات: ٦-٩.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٤.

و هو لغه المبالهه (١) المطلقه، أو فعال من اللعن (٢)، أو جمع له (٣) و هو (٤) الطرد و الابعاد من الخير، و الاسم (٥) اللعنه، و شرعا هو المبالهه بين الزوجين في إزاله حد (٦)، أو نفى ولد بلفظ مخصوص عند الحاكم.

النبى هلال بن أميه و تبطل شهادته في المسلمين.

فقال هلال: و الله إنى لأرجو أن يجعل الله لى مخرجا فينما هم كذلك إذا نزل و الَّذِينَ يَزُومُونَ أَزْوَاجَهُمْ فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أبشر يا هلال، فقد جعل الله لك فرجا و مخرجا(١).

و روى أن المعترض هو عاصم بن عدى الأنصارى قال: (جعلنى الله فداك إن وجد رجل مع امرأته فأخبر جلد ثمانين جلده و ردت شهادته أبدا و فسق، و إن ضربه بالسيف قتل به، و إن سكت على غيظ إلى أن يجىء بأربعة شهداء فقد قضيت حاجته و مضى، اللهم افتح و فرج و استقبله هلال بن أميه فأتيا إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم فأخبر عاصم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فكلم خوله زوجه هلال فقالت: لا- أدرى أغيره أدركته أم بخل بالطعام، و كان الرجل نزيلهم، فقال هلال: لقد رأيتها على بطنها فنزلت الآية، فلا عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بينهما(٢) الخبر.

و فى غوالى اللئالى (روى فى الحديث أن هلال بن أميه قذف زوجته بشريك بن السمحاء، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: البينه و إلا حد فى ظهرك، فقال: يا رسول الله، يجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البيئه، فجعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يقول: البينه و إلا حد فى ظهرك، فقال: و الذى بعثك بالحق إننى لصادق، و سينزل الله ما يبرىء ظهري من الجلد، فنزل قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزُومُونَ أَزْوَاجَهُمْ(٣).

(١) من باهل يباهل أى التضرع إلى الله، ثم استعمل فى طلب اللعنه على الخصم.

(٢) فعلى الأول مصدر مزيد و على الثانى مصدر مجرد.

(٣) للعن.

(٤) أى اللعن.

(٥) أى اسم المصدر.

(٦) و هو حد القذف، لأن الرمي بالزنا قذف.

ص: ٢٥٦

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤.

٢- (٢) تفسير الرازى ج ٦ ص ٣٤٢ طبع عام ١٣٠٧.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من کتاب العان حدیث ٤.

الأول رمى الزوجه المحصنه بالزنا

(و له (١) سببان: أحدهما رمى الزوجه المحصنه (٢) بفتح الصاد و كسرهما (المدخول بها) دخولا يوجب تمام المهر، و سيأتى الخلاف فى اشتراطه (٣) (بالزنا قبلا، أو دبرا (٤) مع دعوى المشاهده) للزنا (٥)، (١) أى للعان.

(٢) أحصنت - بالضم - المرأة أى عفت فهى محصنه بالكسر، و أحصنها زوجها فهى محصنه بالفتح، و المراد بها العفيفه غير المشهوره بالزنا، و إلا فالمشهوره بالزنا سيأتى أن عليه التقرير و لا لعان و لا حد.

(٣) أى اشتراط الدخول.

(٤) اللعان له سببان و الأول منهما هو: رمى الزوجه المحصنه بالزنا و لو دبرا على المشهور، و يشهد به عموم الآيه المتقدمه و **الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ (١)**، و الأخبار الآتى بعضها.

و عن الصدوق فى الفقيه و الهدايه و ظاهر المقنع أنه لا-لعان إلا- بالسبب الثانى، و هو نفى الولد لخبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا يكون اللعان إلا بنفى ولد و قال: إذا قذف الرجل بامرأته لا عنها) (٢)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بامرأته، و لا يكون اللعان إلا بنفى الولد) ٣.

و هما قاصران سندا و عددا عن معارضه ما تقدم مع تضمن ذيل خبر محمد بن مسلم على ما هو صريح فى مختار المشهور أما لو رمى الأجنبيه بالزنا فلا لعان، لاختصاصه بالزوجه كما هو مفاد الآيه المتقدمه، و يثبت عليه حد القذف.

(٥) لا يترتب اللعان بالقذف إلا مع ادعائه المشاهده، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه قال فى الرجل يقذف امرأته: يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول: إنه قد رأى بين رجلها من يفجر بها) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (سألته عن الرجل يفترى على امرأته قال: يجلد ثم يخلى بينهما و لا يلاعنها حتى يقول: أشهد أنى رأيتك تفعلين كذا و كذا) ٥، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا قذف الرجل امرأته فإنه لا يلاعنها حتى يقول: رأيت بين رجلها رجلا يزنى بها) ٥.

ص: ٢٥٧

١- (١) سورة النور، الآيه: ٦.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢ و ٤.

و سلامتها من الصمم و الخرس (١)، و لو انتفى أحد الشرائط ثبت الحد (٢) من غير لعان، إلا مع عدم الاحصان (٣) فالتعزير كما سيأتي.

(و المطلقة رجعيه زوجه) (٤) بخلاف البائن.

و شمل إطلاق رميها (٥) ما إذا ادعى وقوعه (٦) زمن الزوجيه و قبله (٧)، و هو فى الأول موضع وفاق، و فى الثانى (٨) (١) قد تقدم فى كتاب النكاح فى بحث أسباب التحريم أن قذف الزوجه الخرساء أو الصماء يوجب التحريم بلا لعان.
(٢) أى حد القذف.

(٣) أى عدم إحصان الزوجه بأن تكون مشهوره بالزنا.

(٤) إذا قذف المطلقة رجعيًا كان له اللعان كما كان له الإيلاء و الظهار، لأنها بحكم الزوجه، بلا فرق أن يكون القذف بملاحظه زمن الزوجيه أو زمن العده.

نعم ليس له اللعان لو قذف المطلقه بائنا، بل يثبت بالقذف الحد، سواء قذفها بلحاظ زمن الزوجيه أو زمن العده، لأنها أجنبيه حيث لا خلاف فيه بيننا، خلافا لبعض العامه حيث أثبت اللعان لو قذفها بلحاظ زمن الزوجيه، و هو ضعيف لما عرفت أن العبره فى زمن القذف و هى أجنبيه فى هذا الزمن، نعم لو نفى الولد بعد الطلاق البائن فله اللعان كما سيأتى تفصيله فيما بعد إن شاء الله تعالى.

(٥) أى رمى الزوجه بالزنا كما هو وارد فى التعريف.

(٦) أى وقوع الزنا.

(٧) و لكن الادعاء فى زمن الزوجيه.

(٨) ما لو قذفها زمن الزوجيه بالزنا قبل الزواج فحد القذف ثابت بالاتفاق و لكن هل له إسقاطه باللعان، قال الشيخ فى الخلاف: ليس له اللعان باعتبار حاله الزنا فيبقى عموم قوله تعالى: **وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (١)**.

و قال الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك أنه له الإسقاط باللعان باعتبار حاله القذف، فيصدق أنه قذف زوجته فيندرج تحت عموم قوله تعالى:

وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٢) الْآيَةَ.

١- (١) سورة النور، الآية: ٤.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٤.

قولان: أجودهما ذلك (١) اعتبارا بحال القذف.

(وقيل) و القائل الشيخ و المحقق و العلامه و جماعه:(و) يشترط زياده على ما تقدم (عدم البيه (٢) (١) من ثبوت اللعان له بالقذف.

(٢)اختلف الأصحاب فى أن اللعان هل هو مشروط بعدم البيه من قبل الزوج على الزنا أم لا.

فذهب الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و التحرير إلى عدم الاشتراط و قواه الشارح فى المسالك، بل يجوز له اللعان و لو كان عنده بيه، لأصالة عدم الاشتراط، و لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لا عن بين عويمر و زوجته و لم يسألها البيه فلو كان عدمها شرطا لسأل، كما فى خبر النعمانى مسندا عن على عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما رجع من غزوه تبوك قام إليه عويمر بن الحارث فقال: إن امرأتى زنت بشريك بن السمحاط فأعرض عنه، فأعاد إليه القول فأعرض عنه، فأعاد عليه ثالثه فقام و دخل فنزل اللعان.

فخرج إليه و قال: اتننى بأهلك فقد أنزل الله فيكما قرآنا فمضى فاتاه بأهله و أتى معها قومها فوافوا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و هو يصلى العصر، فلما فرغ أقبل عليهما و قال لهما: تقدا إلى المنبر فلا عنا، فتقدم عويمر إلى المنبر فتلا عليهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم آيه اللعان، فشهد بالله أربع شهاداتٍ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَهُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ ، ثم شهدت بالله أربع شهاداتٍ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فيما رماها به فقال لها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: العنى نفسك الخامسة، فشهدت و قالت فى الخامسة: أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فيما رماها به.

فقال لهما رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: اذبا فلن يحل لك و لن تحلى له أبدا، فقال عويمر: يا رسول الله فالذى أعطيتها، فقال: إن كنت صادقا فهو لها بما استحلتت من فرجها، و إن كنت كاذبا فهو أبعد لك منه(١).

و عن المشهور اشتراط اللعان بعدم البيه لاشتراط عدم الشهود فى الآيه و الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٢) ، و لخبر الغوالى (أن هلال بن أميه قذف زوجته بشريك بن السمحاء فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: البيه و إلا حد فى ظهرك، فقال: يا رسول الله، يجد أحدنا مع امرأته رجلا يلتمس البيه، فجعل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عليه و آله و سلم

ص: ٢٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ٩.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٦.

على الزنا على وجه يثبت (١) بها، فلو كان له بينه لم يشرع اللعان، لاشتراطه (٢) في الآيه بعدم الشهداء، والمشروط عدم عند عدم شرطه، ولأن اللعان حجه ضعيفه، لأنه (٣) إما شهاده لنفسه، أو يمين فلا يعمل به مع الحجه القويه و هي البينه، ولأن حدّ الزنا مبنى على التخفيف (٤)، يقول: البينه و إلا- حد في ظهر ك فقال: و الذى بعثك بالحق إننى لصادق، و سينزل الله ما يرى ظهري من الجلد، فنزل قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ (١)، و هو ظاهر فى اشتراط عدم البينه و لأنه إذا نكل عن اللعان يحدّ فيلزم حينئذ الحد مع وجود البينه و هذا ما لا يمكن الالتزام به، ولأن اللعان حجه ضعيفه لأنه إما شهاده لنفسه أو يمين فلا يعمل به مع الحجه القويه التى هى البينه و مع هذه الأدله لا تجرى أصاله عدم الاشتراط، و عدم سؤال النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم لعويمر و زوجته البينه لاحتمال علمه صَلَّى الله عليه و آله و سلم بعدم البينه.

و أوجب عن الآيه بضعف مفهوم الوصف، و جواز بنائه على الأ-غلب، و أوجب عن قصه هلال بأنها واقعه مخصوصه لا- تفيد انحصار الحكم بمضمونها، بل قد طالبه النبى صَلَّى الله عليه و آله و سلم بالبينه لعدم الخلاف فى أنه لا يندفع حد القذف إلا بالبينه عند عدم تشريع اللعان، و أوجب عن دليلهم الثالث بأنه يحدّ إذا نكل عن اللعان إذا لم يمكنه رفع الحد بالبينه كما لو أقامها ابتداء بعد القذف، و أوجب عن دليلهم الرابع بعدم التسليم بكون اللعان حجه ضعيفه و إن كانت شهاده لنفسه بعد ثبوتها بالنص كما ثبتت البينه بالنص.

و الأقوى أن اللعان على خلاف الأصل من ناحيه إسقاطه الحدّ فيقتصر فيه على المتيقن، و هو اشتراطه بعدم البينه بعد كون الآيه مؤيدا له.

(١) أى يثبت الزنا بالبينه.

(٢) أى اشتراط اللعان.

(٣) أى اللعان.

(٤) علق الشارح كما فى الطبعة الحجرية بقوله: (المراد أن من جمله بناء الحدود على التخفيف أنها لا تثبت بيمين المدعى و لا يتوجه بها على المنكر يمين، فلو ثبت اللعان هنا مع إمكان البينه، و هو - أى اللعان - فى معنى اليمين لثبت الحد عليها بلعانه، و هو فى معنى ثبوته عليها بيمينه).

و بناء الحد على التخفيف ينافى ذلك، فلا يشرع مع إمكان إقامته بالبينه، فإنه - أى الحد - مما يثبت بها مطلقا، و لا ينافى فى ذلك ثبوته - أى الحد - باليمين فى اللعان حيث

ص: ٢٦٠

فناسب نفى اليمين فيه (١)، و نسبته (٢) إلى القول يؤذن بتوقفه فيه.

و وجهه (٣) أصاله عدم الاشتراط (٤)، و الحكم فى الآيه وقع مقيدا بالوصف و هو (٥) لا يدل على نفيه عما عداه (٦)، و جاز خروجه (٧) مخرج الأغلّب، و قد روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم لا- عن (٨) بين عويمر العجلانى، و زوجته و لم يسألهما عن البيئه (و المعنى بالمحصنه العفيفه (٩) عن وطء محرّم لا- يصادف ملكا (١٠) و إن اشتمل (١١) على عقد، لا ما صادفه (١٢) و إن حرم (١٣) كوقت الحيض، و الا-حرام، و الظهر (١٤) فلا- تخرج به (١٥) عن الاحصان، و كذا وطء الشبهه (١٦)، و مقدمات الوطء مطلقا (١٧) يشرع، لأن ذلك ثبت بالإجماع، فبقى المختلف فيه معرضا للشبهه المذكوره) انتهى كلامه زيد فى علو مقامه.

(١) فى الحد، و اللعان يمين فيناسبه عدم ثبوت الحد باللعان مع وجود البيئه، نعم مع عدم وجودها محل اتفاق.

(٢) أى نسبه المصنف عدم البيئه إلى القيل.

(٣) أى وجه التوقف.

(٤) أى عدم اشتراط فقد البيئه.

(٥) أى التقييد بالوصف.

(٦) و هذا نفى لمفهوم الوصف.

(٧) أى خروج الوصف المذكور.

(٨) أى أوقع اللعان بينهما.

(٩) أى غير المشهوره بالزنا، و إلا فالمشهوره به سيأتى حكمها.

(١٠) أى لا يصادف الوطء ملكا، و إلا لو صادف لكان حلالا، إذ يستباح البضع بالملك.

(١١) أى الملك.

(١٢) أى صادف الوطء الملك.

(١٣) أى حرم الوطء.

(١٤) مبنى على صحه ظهار السيد لأمته.

(١٥) أى بالوطء المصادف للملك و إن حرم.

(١٦) فلا تخرج به عن الإحصان.

(١٧) سواء كانت شبهه أم عمداً، لأن المدار في اللعان على الزنا بمعنى الوطء قبلاً أو دبراً.

ص: ٢٦١

فلو رمى المشهوره بالزنا) و لو مره (١) (فلا- حدّ و لا- لعان) بل يعزّر، (و لا يجوز القذف إلا مع المعاينه للزنا (٢) كالميل فى المكحله) ليترتب عليه (٣) اللعان إذ هو (٤) شهاده، أو فى معناها (لا- بالشياع، أو غلبه الظن) بالفعل فإن ذلك (٥) لا يجوز الاعتماد عليه فى ثبوت الزنا.

هذا إذا لم يشترط فى الشياع حصول العلم بالخبر فإنه (٦) حينئذ (٧) يكون كالبينه (٨)، و هى (٩) لا تجوز القذف أيضا، أما لو اشترطنا فيه (١٠) العلم لم يبعد الجواز به (١١)، لأنه (١٢) حينئذ (١٣) كالمشاهده (١٤).

(١) بأن زنت مره فاشتهرت بها فرماها بهذا الزنا لا بغيره، فلا حد و لا لعان، لأن اللعان إنما شرع صونا لعرضها من الانتهاك، و عرض المشهوره منتهك، و ظاهرهم التسالم عليه.

(٢) قد تقدم الدليل على اشتراط المشاهده فى اللعان.

(٣) على القذف.

(٤) أى اللعان.

(٥) من الشياع أو غلبه الظن.

(٦) أى فإن الشياع.

(٧) أى حين عدم اشتراط العلم فيه.

(٨) من ناحيه حصول الظن من كل منهما.

(٩) أى البينه.

(١٠) فى الشياع.

(١١) أى لم يبعد جواز القذف بالشياع المفيد للعلم.

(١٢) أى الشياع.

(١٣) حين إفادته العلم.

(١٤) هذا و اعلم أنه قد تقدم اشتراط المشاهده فى اللعان و مع ذلك وقع الخلاف بينهم فى أن المعتبر هو المشاهده بالعين بحيث يسقط اللعان بقذف الأعمى لتعذر المشاهده منه كما هو المشهور و يقتضيه النصوص السابقه الداله على اشتراط المشاهده.

أو أن المعتبر هو العلم و إن لم يدع المشاهده و معه يثبت اللعان بقذف الأعمى كما نفى عنه البعد فى المسالك باعتبار أن

اشترط المشاهده محمول على من يمكن ذلك في حقه، أو على جعل المشاهده كناية عن العلم، و هو ضعيف لأنه على خلاف ظاهر النصوص، و عليه فينحصر لعان الأعمى بنفى الولد فقط.

ص: ٢٤٢

الثانى: إنكار من ولد على فراشه

(الثانى (١): إنكار من ولد على فراشه بالشرائط السابقة) المعتبره فى الحاق الولد به، و هى (٢) وضعه لسته أشهر فصاعدا من حين وطئه، و لم يتجاوز حملها أقصى مدته، و كونها موطوءه بالعقد الدائم (و إن سكت حال الولادة) و لم ينفه (على الأقوى) (٣)، (١) أى السبب الثانى للعان و هو إنكار الولد، بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (لا يكون اللعان إلا بنفى ولد) (١)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا يكون اللعان إلا بنفى الولد) ٢.

هذا و قد تقدم فى كتاب النكاح شروط إلحاق الولد، و أنها ثلاثه: موطوءه بالعقد الدائم و أن تأتى به لسته أشهر فصاعدا ما لم يتجاوز أقصى مده الحمل، فلو أتت به مع عدم إمكان كونه منه لفقد شرط من شروط الإلحاق فيجب عليه النفى حذرا من لحوق من ليس منه بسكوته بلا خلاف فيه و لكنه ينتفى عنه بلا لعان.

و لو أتت به مع إمكان كونه منه لإحراز شروط الإلحاق فالولد له لقاعده (الولد للفراش و للعاهر الحجر)، و لا يجوز له نفيه عنه للنبوى (أيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه و فضحه على رءوس الأولين و الآخرين) (٢)، و صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (كفر بالله من تبرأ من نسب و إن دق) (٣) نعم مع علمه بانتفائه منه يجب نفيه عنه و لا- ينتفى إلا باللعان بلا خلاف فى ذلك كله.

(٢) أى الشرائط المعتبره فى الإلحاق.

(٣) إذا أتت امرأته بولد مع شرائط الإلحاق فإن أقر بالولد لزمه و ليس له أن ينفه بعد، بل لا ينتفى لو نفاه بلا خلاف فيه لخبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين عليهم السلام (إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٤).

و إن سكت و لم ينكر الولد مع ارتفاع الأعدار فعن المشهور أنه ليس له إنكاره بعد ذلك إلا- أن يؤخر بما جرت العاده به كالسعى إلى الحاكم، لأن حق النفى على الفور، لأنه خيار ثبت لدفع الضرر فيقتصر به على مقدار ما تندفع الضروره بالفوريه كخيار العيب و الغبن.

ص: ٢٤٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

لأن السكوت أعم من الاعتراف به فلا يدل عليه (١).

و قال الشيخ (٢): ليس له إنكاره حينئذ (٣) لحكم الشارع بإلحاقه به (٤) بمجرد الولاده العارى عن النفى، إذ اللحق لا يحتاج إلى غير الفراش فيمتنع أن يزيل إنكاره حكم الشارع (٥)، ولأدائه (٦) إلى عدم استقرار الأنساب.

و فيه أن حكم الشارع باللاحق مبنى على أصله عدم النفى (٧). أو على الظاهر (٨) و قد ظهر خلافه (٩)، و لو لم يمكنه النفى حاله الولاده إما لعدم قدرته عليه (١٠) لمرض، أو حبس، أو اشتغال بحفظ ماله من حرق أو غرق، أو لص و لم يمكنه الاشهاد (١١)، و نحو ذلك، أو لعدم علمه بأن له النفى لقرب عهده بالإسلام، أو بعده عن الأحكام فلا إشكال فى قبوله (١٢) عند زوال المانع، و لو ادعى عدم العلم به (١٣) قبل مع إمكانه (١٤) و عن المحقق و الفاضل و الشارح فى المسالك أن له إنكاره، و أن حق النفى على التراخى لأصله عدم اشتراط الفوريه، و لوجود مقتضى اللعان من نفى الولد مع عدم المانع، إذ لا يتوهم المانع إلا السكوت و هو أعم من الاعتراف و الإقرار به، فلا يدل عليه.

(١) إذ لا دلالة للعام على الخاص.

(٢) قال فى المبسوط و هو قول المشهور.

(٣) حين السكوت حال الولاده.

(٤) لقاعده الفراش من غير احتياج إلى اعتراف الزوج.

(٥) من إلحاق الولد به.

(٦) ولأداء الإنكار بعد السكوت.

(٧) أصله عدم نفى الولد عن ولد على فراشه، و هذا الحكم بالإلحاق لا يجرى حينئذ مع النفى كما هو مفروض مسألتنا.

(٨) من حال الزوجه أنها لا تزنى.

(٩) أى خلاف ظاهر الزوجه عند ما نفى الزوج الولد عنه.

(١٠) على النفى.

(١١) أى الاشهاد على النفى قال فى المسالك: (و هل يجب عليه الإشهاد على النفى وجهان).

(١٢) أى قبول نفى الولد.

(١٣) أى بأن له النفى.

(١٤) أى إمكان عدم العلم.

ص: ٢٦٤

فى حقه (١)، و إنما يجوز له نفيه باللعان على أى وجه كان (ما لم يسبق الاعتراف منه (٢) به (٣) صريحا، أو فحوى) فالأول ظاهر و الثانى أن يجيب المبشر بما يدل على الرضا به و الاعتراف (مثل أن يقال له: بارك الله لك فى هذا الولد فيؤمن (٤)، أو يقول: إن شاء الله، بخلاف) قوله فى الجواب: (بارك الله فيك و شبهه) كأحسن الله إليك و رزقك الله مثله، فإنه لا يقتضى الإقرار (٥)، لاحتماله غيره (٦) احتمالا ظاهرا.

(و لو قذفها بالزنا و نفى الولد و أقام بينه) بزناها (سقط الحدّ (٧)

(١) بأن كان حديث الإسلام أو ناشيا فى بادية بعيدة عن أهل الشرع.

(٢) من النافى.

(٣) بالولد، بحيث لو اعترف به أولا فلا يقبل نفيه فيما بعد و قد تقدم البحث فيه، نعم الاعتراف به قد يكون صريحا و هو واضح و قد يكون بالفحوى مثل أن يبشّر به فيجيب بما يقتضى الرضا كأن يقال له: بارك الله فى مولودك فيقول: آمين أو إن شاء الله تعالى.

أما لو أجاب بما لا يتضمن إقرارا بأن قال مجيبا: بارك الله لك أو أحسن الله إليك لم يكن إقرارا، و لم يبطل حقه من النفى، لأنه قصد مكافأة الدعاء بالدعاء.

و عن بعض العامة أنه إقرار و ضعفه ظاهر واضح.

(٤) من التأمين و هو قول آمين.

(٥) خلافا لبعض العامة.

(٦) غير الإقرار و هو مكافأة الدعاء بالدعاء.

(٧) لو جمع بين سببى اللعان بأن قذف امرأته و نفى الولد و أقام بينه على ما قذفها به سقط الحد عنه بلا خلاف و لا إشكال، لأن حد القذف متوقف على القذف مع عدم البيّنة، كما هو مفاد قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١)، و مع البيّنة فلا حد. و لكن لا ينتفى الولد عنه إلا باللعان، لأن زنا الزوج لا ينتفى الولد عن الفراش، بعد حكم الشارع بأنه للفراش و للعاهر الحجر، فإن لا عن انتفى الولد.

و كذا لو لم تكن عنده بينه و لاعتن لكلا السببين سقط الحد و انتفى الولد، و لو لا عن لأحدهما خاصة ترتب عليه حكمه و بقى الآخر.

عنه لأجل (١) القذف بالبينه (٢) (و لم ينتف عنه الولد إلا باللعان)، لأنه (٣) لا يحق بالفراش و إن زنت أمه كما مر (٤)، و لو لم يقم بينه كان له اللعان للأمرين (٥) معا، و هل يكتفى بلعان واحد أم يتعدد. و جهان من أنه (٦) كالشهادة أو اليمين و هما (٧) كافيان على ما سبق عليهما من الدعوى. و من (٨) تعدد السبب الموجب لتعدد المسبب إلا ما أخرجه الدليل (٩).

فى ما يشترط فى الملاعن

(١) و لا بد من كون الملاعن كاملا بالبلوغ و العقل (١٠)، و لا يشترط العدالة (١١) و لا الحرية (١٢)، (١) تعليل لثبوت الحد.

(٢) تعليل لسقوط الحد، و الباء للسببيه.

(٣) أى الولد.

(٤) من أن الولد للفراش و للعاهر الحجر.

(٥) من القذف و نفى الولد.

(٦) أى من أن اللعان و هذا دليل على عدم التعدد.

(٧) أى الشهادة و اليمين كافتان على ما سبق عليهما من الدعاوى و إن تعددت.

(٨) دليل التعدد.

(٩) و لا دليل فى البين.

(١٠) لا- إشكال و لا خلاف فى اعتبار البلوغ و العقل فى الملاعن، فلا يصح لعان الصبى و المجنون، لسلب عبارتهما شرعا بعد كون اللعان شهادة أو يمينا، و هما ليسا من أهل الشهادة و اليمين، و لا يترتب على قذف الصبى و المجنون حد حتى يسقط باللعان.

(١١) فيصح لعان الفاسق بلا إشكال و لا خلاف لعموم أدلته.

(١٢) فالمشهور على جواز لعان المملوك لإطلاق أدلته، و خصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن المرأة الحرة يقذفها زوجها و هو مملوك قال عليه السلام: يلاعنها، و عن الحر تحته أمه فقذفها قال: يلاعنها) (١)، و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الحر بينه و بين المملوك لعان؟ فقال: نعم و بين المملوك و الحرة و بين العبد و الأمه و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه و لا يتوارثان، و لا يتوارث الحر و المملوكه) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سئل عن عبد قذف امرأته قال: يتلاعنان

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

و لا انتفاء الحد عن قذف (١)، و لا الإسلام (٢)، بل يلاعن (و لو كان كافرا)، أو كما يتلاعن الأحرار(١).

و عن المفيد اشتراط الحرية مطلقا و عن الحلبي اشتراط الحرية في اللعان للقذف، لأن اللعان شهادة و لذا قال الله تعالى: فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ (٢) و العبد ليس من أهلها، و لخبر الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام (أربع ليس بينهم لعان، ليس بين الحر و المملوكه و لا بين الحره و المملوك و لا بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه لعان) (٣)، و خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال:

ليس بين خمس من النساء و أزواجهن ملاعنه: اليهوديه تكون تحت المسلم فيقذفها و النصرانيه، و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها، و الحره تكون تحت العبد فيقذفها، و المجلود في الفريه، لأن الله يقول: و لا تقبلوا لهم شهاده أبدا، و الخرساء ليس بينها و بين زوجها لعان، إنما اللعان باللسان) ٤.

و هذان الخبران لا يصلحان سندا لمعارضه ما تقدم، و هما موافقان للعامه، و اللعان أقرب إلى اليمين منه إلى الشهاده، و لذا ورد في مرسل ابن أسلم الجبلي عن الرضا عليه السلام (و إنما صارت شهاده الزوج أربع شهادات بالله لمكان أربعه شهداء، مكان كل شاهد يمين) (٤).

(١) ففي خبر السكوني المتقدم نفى اللعان عن المجلود في الغربه، و فيه: إنه ضعيف السند قد أعرض عنه الأصحاب.

(٢) المشهور على جواز لعان الكافر لإطلاق أدلته، و يتصور لعانه فيما إذا كان الزوجان كافرين فترافعا إلينا، أو كانا كافرين فأسلمت الزوجه و أتت بولد يلحقه شرعا فأنكره، و عن الإسكافي اشتراط الإسلام مطلقا و عن الحلبي اشتراطه في اللعان للقذف، لأن اللعان شهاده و الشهاده لا تصح من الكافر، و يرد أن اللعان يمين كما تقدم في الخبر و يؤيده قوله تعالى: أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (٥) و هو ظاهر باليمين لافتقاره إلى ذكر اسم الله جل و علا، و اليمين تصح من المسلم و الكافر، و يؤيده أن اللعان يصح من الفاسق مع أنه لا تصح شهادته قطعا.

ص: ٢٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ٣.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١٣ و ١٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللعان حديث ٦.

٥- (٦) سورة النور، الآية: ٦.

مملوكا، أو فاسقا، لعموم الآيه، و دلالة الروايات عليه (١).

وقيل: لا- يلاعن الكافر، ولا المملوك بناء على أنه (٢) شهادات كما يظهر من قوله تعالى: فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ (٣) و هما (٤) ليسا من أهلها (٥)، و هو (٦) ممنوع لجواز كونه (٧) أيمانا، لافتقاره إلى ذكر اسم الله تعالى، و اليمين يستوى فيه العدل و الفاسق، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر، و الذكر و الأثني و ما ذكره (٨) معارض بوقوعه (٩) من الفاسق إجماعا (و يصح لعان الأخرس بالإشارة المعقوله (١٠) إن أمكن معرفته اللعان) كما يصح منه (١١) إقامة الشهاده، و الأيمان، و الإقرار، و غيرها من الأحكام، و لعموم الآيه.

وقيل: بالمنع، و الفرق (١٢) لأنه (١٣) مشروط بالألفاظ الخاصه دون الإقرار و الشهاده فإنهما (١٤) (١) على لعان الكافر و المملوك و الفاسق، و قد عرفت أن الروايات قد وردت في المملوك فقط.

(٢) أي أن اللعان.

(٣) سورة النور، الآيه: ٦.

(٤) أي الكافر و المملوك.

(٥) من أهل الشهاده.

(٦) أي كون اللعان شهاده.

(٧) كون اللعان.

(٨) من كون اللعان شهاده و هي لا تصح من الكافر و المملوك.

(٩) بوقوع اللعان.

(١٠) أي الإشارة المعقوله التي يفهم منها القذف و معاني الشهادات الخمس، فيصح لعانه إذا كانت له إشاره معقوله كما يصح بيعه و نكاحه و طلاقه و غيرها.

و عن ابن إدريس المنع نظرا إلى تعذر العلم بالإشاره، و فيه: إن المفروض العلم بمدلول إشارته و أن إشارته مفهمه، و إلا فلو لم تكن مفهمه فلا يصح قذفه و لا لعانه و لا سائر تصرفاته لتعذر الوقوف على مراده بلا خلاف في الثاني قطعا.

(١١) من الأخرس.

(١٢) أي الفرق بين لعانه و بين غيره من الشهاده و الأيمان و الإقرار و غيرها.

(١٣) أي اللعان.

(١٤) أى فإن الإقرار و الشهاده.

ص: ٢٦٨

يقعان بأى عبارته اتفقت، ولأصله عدم ثبوته (١) إلا مع تيقنه و هو (٢) منتف هنا.

و أوجب بأن الألفاظ الخاصه إنما تعتبر مع الإمكان، و إشارته قائمه مقامها (٣) كما قامت فى الطلاق و غيره (٤) من الأحكام المعبره بالألفاظ الخاصه.

نعم استبعاد فهمه له (٥) موجه، لكنه غير مانع، لأن الحكم (٦) مبنى عليه (٧).

فى أنه يجب على ذى الفراش نفى الولد إذا عرف اختلال شروط اللاحق

(و يجب) على ذى الفراش مطلقا (٨) (نفى الولد) المولود على فراشه (إذا عرف اختلال شروط اللاحق (٩) فيلاعن وجوبا، لأنه لا ينتفى بدونه (١٠) (و يحرم) عليه نفيه (بدونه) أى بدون علمه باختلال شروط اللاحق (و إن ظن انتفائه عنه (١١) بزنا (١) أى أصله عدم ثبوت اللعان.

(٢) أى اليقين بثبوته.

(٣) أى مقام الألفاظ الخاصه.

(٤) كالزواج.

(٥) أى استبعاد فهم الأخرس للعان مما له وجه.

(٦) من صحه لعان الأخرس.

(٧) أى على فهم الأخرس للعان.

(٨) سواء علم بزنا أم لا، و سواء وافق صفاته صفات المولود أم لا.

(٩) قد تقدم أنه يجب نفيه مع عدم تحقق شرائط الإلحاق بلا خلاف فيه حذرا من لحوق من ليس منه بسبب سكوته، و أنه ينتفى من غير لعان.

أما إذا تحققت شروط الإلحاق ظاهرا و لكن ظهر للزوج خاصه عدم التحقق فيما لو أتت به لسته أشهد فصاعدا من حين التزويج و لكن لم يطأها الزوج فيما بينه و بين الله فيجب عليه حينئذ نفيه حذرا من لحوق من ليس منه، و عليه اللعان لأن الولد للفراش لو لا اللعان حينئذ.

(١٠) بدون اللعان.

(١١) قد تقدم أنه لو أتت به مع إمكان كونه منه لإحراز شرائط الإلحاق فالولد له لقاعده (الولد للفراش و للعاهر الحجر) و لا يجوز له نفيه عنه مع عدم العلم باختلال شروط الإلحاق للنسب (أَيما رجل جحد ولده و هو ينظر إليه احتجب الله منه و فضحه

على رءوس الأولين و الآخرين(1)، و صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (كفر بالله من

ص: ٢٦٩

١- (١) مستدرك الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللعان حديث ٥.

أمه، أو غيره (١) (أو خالفت صفاته صفاته (٢)، لأن ذلك لا مدخل له في الإلحاق، و الخالق على كل شيء قدير، و الحكم مبني على الظاهر و يلحق الولد بالفراش دون غيره (٣)، و لو لم يجد من (٤) علم انتفاء من (٥) يلاعن بينهما لم يفده نفيه مطلقا (٦).
و في جواز التصريح به (٧) نظر، لانتفاء (٨) الفائده. مع التعريض (٩) بالقذف إن لم يحصل التصريح.

في ما يعتبر في الملاءنه

(و يعتبر في الملاءنه الكمال (١٠)، و السلامه (١١) من الصمم و الخرس) فلو قذف الصغيره فلا لعان، بل يحدّ (١٢) تبرأ من نسب و إن دقّ (١).

و لا- فرق في الحكم بأن الولد له و يحرم عليه نفيه مع عدم العلم باختلال الشروط سواء ظن بزناها أو ظن بوطنها شبهه أو كان الولد مخالفا له في الخلق و الخلق، بل حتى لو كان الولد مشابها لما أتهمها به، لأن الولد للفراش.
(١) كما لو ظن بوطنها شبهه.

(٢) أى خالفت صفات الولد صفات الزوج.

(٣) و المراد بالغير هنا العاهر.

(٤) المراد به الزوج الذى علم انتفاء اللحاق به لاختلال شروط الإلحاق عنده.

(٥) المراد الحاكم الذى يلاعنان عنده.

(٦) لا فى التصريح و لا فى التلويح و التعريض.

(٧) بالنفى.

(٨) تعليل لعدم جواز التصريح بالنفى.

(٩) أى مع كون هذا التصريح بنفى الولد تعريضا بالقذف إن لم يحصل التصريح بالقذف، مع أن التصريح بالقذف مفسده على الزوج لأنه موجب لحد القذف عليه و لا يمكن دفعه عنه باللعان لعدم وجود الحاكم.

(١٠) بالبلوغ و العقل بلا خلاف و لا إشكال فلا يصح لعان الصبيه و المجنونه لسلب عبارتهما شرعا.

(١١) تقدم فى كتاب النكاح و سيأتى تفصيله إن شاء الله تعالى.

(١٢) حد القذف لعموم الدليل و الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ

١- (١) الوسائل الباب - ١٠٧ - من أبواب أحكام الأولاد حديث ١.

إن كانت في محل الوطء (١) كبت الثماني، وإلا (٢) عَزَّرَ خاصه للسبِّ المتيقن كذبه (٣) و لو قذف المجنونه بزنا اضافه إلى حاله الجنون عَزَّرَ (٤)، أو حاله الصحه فالحد (٥)، و له إسقاطه (٦) باللعان بعد افاقتها، و كذا لو نفى ولدها (٧) و لو قذف الصماء و الخرساء حرمتا عليه أبدا و لا لعان (٨)، ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١).

(١) أي إن كان يمكن وطؤها و إن كان محرما.

(٢) و إن لم يمكن وطؤها.

(٣) لأنه لا يمكن وطؤها.

(٤) لعدم احتمال زناها حينئذ، إذ الزنا متوقف على القصد و هو منفي في حقها.

(٥) أي حد القذف لعموم دليله المتقدم.

(٦) أي و للزوج إسقاط الحد.

(٧) أي ولد المجنونه فله اللعان بعد إفاقتها لنفي الولد.

(٨) لو قذف زوجته الصماء و الخرساء فلا لعان و لكن تحرم عليه مؤبدا بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبي بصير (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قذف امرأته بالزنا و هي خرساء صماء لا تسمع ما قال، قال عليه السلام: إن كان لها بنيه فشهدت عند الإمام جلد الحد و فرق بينها و بينه ثم لا تحلّ له أبدا، و إن لم يكن لها بينه فهي حرام عليه ما أقام معها و لا إثم عليها منه) (٢)، و صحيح الحلبي و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قذف امرأته و هي خرساء، قال: يفرّق بينهما) ٣، و خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة الخرساء كيف يلاعنها زوجها. قال: يفرّق بينهما و لا تحلّ له أبدا) ٤، و قد رواه الشيخ في التهذيب (في المرأة الخرساء يقذفها زوجها) ٥ الخ...

و من صحيح أبي بصير تعرف أن الحد ثابت عليه بقذفها و هذا ما يقتضيه إطلاق الآية وَ الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (٣).

و صحيح أبي بصير تضمن (و هي خرساء صماء)، و هو دال على اعتبار الأمرين معا لعدم العطف فيها و بهذا عبر جماعه، إلا أن هذا تبعا للكافي، و في التهذيب على ما في

ص: ٢٧١

١- (١) سورة النور، الآية: ٤.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب اللعان حديث ٢ و ١ و ٤ و ملحقه.

و فى لعانها (١) لنى الولد وجهان (٢). من (٣) عدم النص (٤) فى رجع إلى الأصل (٥).

و مساواته (٦) للقذف فى الحكم، و الأوجه الأول (٧)، لعموم النص (٨). و منع المساواه (٩) مطلقا (١٠)، و قد تقدم البحث فى ذلك (١١).

(و الدوام) فلا يقع (١٢) المسالك (و هى خرساء أو صماء) و هو دالّ على اعتبار أحد الأمرين و هو مذهب الأكثر، بل ادعى الإجماع فى الغنيه و السرائر على الاكتفاء بأحدهما، و يؤيد الاكتفاء بأحدهما تعلق الحكم بالخرساء فقط فى صحيح الحلبي و محمد بن مسلم و خبر محمد بن مروان المتقدمين.

(١) أى لعان الصماء و الخرساء.

(٢) اعلم أن النصوص المتقدمه داله على تحريمها و عدم لعانها بالقذف، و أما نفي الولد، فمسكوت عنه.

(٣) دليل لوقوع اللعان فى نفي ولد الصماء و الخرساء.

(٤) إذ النص المتقدم الدال على عدم اللعان مختص بالقذف.

(٥) و الأصل يقتضى اللعان بنفى الولد سواء كانت الزوجه صماء أو خرساء أو غيرهما، غايته يكون لعانها بالإشاره المفهمه كلعان الأخرس.

(٦) دليل لعدم وقوع اللعان فى نفي ولد الصماء و الخرساء، و المعنى أنه نفي الولد مساو للقذف فى الحكم فى غير الصماء و الخرساء، فمساويه فى الحكم فيها، فالقذف فى الصماء يوجب التحريم بلا لعان فكذا نفي الولد.

(٧) من وقوع اللعان فى نفي ولد الصماء و الخرساء، و يكون لعانها بالإشاره المفهمه.

(٨) أى لعموم دليل اللعان بالنسبه إلى كل زوجه خرج منه القذف بالزنا للخرساء و الصماء، و يبقى نفي ولدهما تحت العموم.

(٩) بين القذف و نفي الولد.

(١٠) أى من كل وجه.

(١١) أى فى منع المساواه، و تقدم فى كتاب النكاح فى المسأله العاشره من فصل المحرمات.

(١٢) أى اللعان، هذا و اعلم أنه لا لعان فى المتعه لنى الولد على المشهور لصحيح ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يلاعن الرجل المرأه التى يتمتع بها) (١)، و صحيح ابن سنان عنه عليه السلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٢) و مثلها غيرها.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢.

بالمتمتع بها، لأن ولدها ينتفى بنفيه (١) من غير لعان (إلا أن يكون اللعان لنفى الحد) بسبب القذف فيثبت (٢)، لعدم المانع (٣)، مع عموم النص (٤)، وهذا (٥) جزم من المصنف بعد التردد، لأنه (٦) فيما سلف (٧) نسب الحكم به (٨) إلى قول (٩).

و قد تقدم (١٠) أن الأقوى عدم ثبوت اللعان بالمتمتع بها مطلقا (١١) و أن المخصص للآيه (١٢) صحيحه محمد بن سنان عن الصادق عليه السلام.

فما عن ابن سعيد فى جامعه من وقوع اللعان بالمتمتع بها لنفى الولد ليس فى محله، و ما تقدم من الأخبار حجه عليه هذا من جهه و من جهه أخرى فالمشهور على عدم لعان المتمتع بها مع القذف لنفس الأخبار المتقدمه لأنها نافية للعان مطلقا، و عن الشيخ المفيد و السيد وقوعه بها للقذف لعموم قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُومُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (١) و فيه: إنه قد ثبت فى محله جواز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد، و ما تقدم من الأخبار يصلح لتخصيص عموم القرآن.

(١) بنفى الزوج.

(٢) أى اللعان.

(٣) من ثبوت اللعان.

(٤) أى عموم آيه اللعان.

(٥) أى التصريح بثبوت اللعان لنفى الحد فى المتمتع بها.

(٦) أى المصنف.

(٧) فى كتاب النكاح فى فصل عقد المتعه.

(٨) باللعان للقذف.

(٩) فى فصل المتعه قال الماتن: (و لا- يقع بها طلاق و لا إيلاء و لا لعان إلا فى القذف بالزنا) انتهى، و لم ينسب ثبوت اللعان بالقذف إلى قول، نعم الشارح قال عقبيه: على قول المرتضى و المفيد، إلا أن يكون هذا جزءا من اللعنه لا من الروضه.

(١٠) فى فصل المتعه من كتاب النكاح.

(١١) فى القذف و نفى الولد.

(١٢) أى آيه اللعان.

(و فى اشتراط الدخول) بالزوجه فى لعانها (قولان) (١)

(١) المشهور على اعتبار الدخول للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يقع اللعان حتى يدخل الرجل بأهله) (١)، و مرسل ابن أبى عمير عن بعض أصحابه (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يقذف امرأته قبل أن يدخل بها، قال: يضرب الحد و يلى بينه و بينها) ٢، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (لا تكون الملاعنه و لا الإيلاء إلا بعد الدخول) (٢)، و خبر محمد بن مضارب عن أبى عبد الله عليه السلام (من قذف امرأته قبل أن يدخل بها جلد الحد و هى امرأته) ٤، و خبره الآخر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما تقول فى رجل لا عن امرأته قبل أن يدخل بها قال: لا يكون ملاعنا إلا بعد أن يدخل بها يضرب حدا و هى امرأته و يكون قاذفا) ٥.

و عن بعضهم و هو المفيد و العامه فى القواعد عدم اشتراط الدخول فى اللعان لعموم أدلته، و فيه: إن ما تقدم صالح لتقييده.

و عن ابن إدريس ثبوت اللعان بالقذف بلا- دخول دون نفى الولد بحمل ما دل على اشتراط الدخول على اللعان إذا كان لنى الولد، و ما دل على عدم الدخول كعموم آيه اللعان بحمله على اللعان إذا كان بسبب القذف، و به جمع بين القولين المتقدمين.

و فيه: إن جملة من الأخبار المتقدمه الداله على اشتراط الدخول و ارده فى القذف فكيف تحمل على عدم الدخول فى القذف، و أما الجمع بين القولين ليس فى محله لأن العلامه قد صرح بعدم الدخول فى اللعان فى قبال القول بالتفصيل فالنزاع معنوى لا لفظى.

هذا و الشارح فى المسالك و الروضه هنا جعل النزاع بين الأصحاب هنا فى اللعان بسبب القذف، و أما بالنسبه لنى الولد فلا بد من اشتراط الدخول إذ مع عدم الدخول لا يتحقق شرط الإلحاق فلا بدّ من نفيه و ينتفى الولد بدون لعان لعدم تحقق شرائط الإلحاق، و ينافيه ما هو المحكى عن المفيد و العلامه فى القواعد من ثبوت اللعان بنفى الولد مع عدم الدخول كما فى الرياض، و لذا قال: (و ربما أنكر هذا القول - أى عدم الدخول فى اللعان بنفى الولد - جماعه مستبعدين ذلك عن قائله إن وجد، و هو كما ترى، لأنه صريح القواعد حيث جعله فيه مقابلا للقول بالتفصيل، و يحكى عن المفيد فى شرح الشرائع للمفلح الصيمرى، و نقل حكايته قولاً عن الحلّى، و أما الاستبعاد فهو فى غير محله لما عرفت) انتهى.

ص: ٢٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللعان حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللعان حديث ٥ و ٤ و ٨.

مأخذهما عموم (١) الآية، فإن أزواجهم فيها (٢) جمع مضاف فيعمّ (٣) المدخول بها، وغيرها، و تخصيصها (٤) بروايه محمد بن مضارب قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

ما تقول في رجل لا عن امرأته قبل أن يدخل بها. قال: «لا يكون ملاءنا حتى يدخل بها يضرب حدا و هي امرأته» و المستند إليه (٥) ضعيف، أو متوقف فيه (٦)، فالتخصيص غير متحقق، و لكن يشكل ثبوته (٧) مطلقا (٨)، لأن ولد غير المدخول بها لا يلحق بالزوج (٩) فكيف يتوقف نفيه على اللعان. نعم يتم ذلك (١٠) في القذف بالزنا.

فالتفصيل كما ذهب إليه ابن إدريس حسن، لكنه (١١) حمل اختلاف الأصحاب عليه (١٢). و هو (١٣) صلح من غير تراضى الخصمين، لأن النزاع (١) دليل عدم اشتراط الدخول.

(٢) في الآية حيث قال تعالى: وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (١).

(٣) لأن الجمع المضاف من صيغ العموم.

(٤) أى تخصيص الآية و هو دليل اشتراط الدخول.

(٥) و هو محمد بن مضارب.

(٦) و لكنه منجبر بعمل الأصحاب و مؤيده بغيرها من الأخبار المتقدمه، و بعضها معتبر كمرسل ابن أبي عمير فإنه صحيح بالنسبه إليه، و مراسيله كمسانيده إذ لا يروى إلا عن ثقه على ما قيل.

(٧) ثبوت اللعان من غير دخول تبعا لعموم الآية.

(٨) لنفى الولد أو للقذف.

(٩) لعدم تحقق شرائط الإلحاق، إذ من شرائطها الدخول بالدائم.

(١٠) من ثبوت اللعان غير المدخول تبعا لعموم الآية.

(١١) أى ابن إدريس.

(١٢) على التفصيل المذكور.

(١٣) أى حمل كلام الأصحاب المتنازعين على التفصيل يقتضى عدم النزاع المعنوى بينهم، و إنما نزاع لفظى، إذ مراد من اشترط الدخول خصوص اللعان بالولد و مراد من لم يشترط اللعان بالقذف، و لكن أطلقوا لفظا.

معنوى، لا لفظى بين الفريقين، بل النزاع لا يتحقق إلا فى القذف، للاجماع (١) على انتفاء الولد عند عدم اجتماع شروط اللقوق بغير (٢) لعان، وإن كان كلامهم هنا (٣) مطلقا (٤).

فى ثبوت اللعان بين الحر و المملوكه

(و يثبت) اللعان (بين الحر و زوجته) المملوكه (٥) لنفى الولد أو نفى (١) هذا و قد عرفت مخالفه المفيد و العلامه فى القواعد حيث لم يشترطوا الدخول فى اللعان و لو كان لنفى الولد كما عن سيد الرياض.

(٢) متعلق بقوله (على انتفاء الولد).

(٣) فى اشتراط الدخول و عدمه.

(٤) يشمل اللعان لنفى الولد و للقذف.

(٥) قد تقدم أنه يصح لعان المملوك لزوجته الحره لإطلاق أدلته و الأخبار، و خالف المفيد فاشترط الحره مطلقا و الحلّى قد اشترط الحره فى اللعان للقذف لخبرين لا يصلحان لمعارضه ما تقدم.

و أما لو انعكس الفرض بأن كان الزوج حرا و زوجته مملوكه فالمشهور على صحه لعانها لعموم آيه اللعان وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا - أَنْفُسُهُمْ (١) ، و لخصوص صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن المرأه الحره يقذفها زوجها و هو مملوك قال: يلاعنها، و عن الحر تحته أمه فيقذفها قال: يلاعنها) (٢) و صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن الحر بينه و بين المملوكه لعان؟ فقال: نعم، و بين المملوك و الحره و بين العبد و الأمه و بين المسلم و اليهوديه و النصرانيه) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (سألته أبا جعفر عليه السّلام عن الحر يلاعن المملوكه؟ قال: نعم إذا كان مولاها الذى زوجها إياه) (٤)، و مثلها غيرها.

و عن المفيد و سألار المنع لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يلاعن الحر الأمه و لا الذميه و لا التى يتمتع بها) (٥)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليهما السّلام (سألته عن رجل مسلم تحته يهوديه أو نصرانيه أو أمه ينفى ولدها و قذفها، هل عليه لعان؟ قال:

لا) (٦)، و خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام قال: ليس بين خمس من النساء و أزواجهن ملاحنه - إلى أن قال - و الأمه تكون تحت الحر فيقذفها) (٧)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام (أربع ليس بينهم لعان، ليس بين

ص: ٢٧٤

١- (١) سورة النور، الآية: ٦.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١ و ٢ و ٥ و ٤ و ١١ و ١٢.

(التعزير) بقذفها، للعموم (١)، و صحیحه محمد بن مسلم عن الباقر علیه السلام قال:

سألته عن الحر يلعن المملوكه قال: «نعم إذا كان مولاهما الذى زوجها إياه لاعنها»، و غيرها.

وقيل: لا لعان بينهما مطلقا (٢) استنادا إلى أخبار دلت على نفيه بين الحر و المملوكه، و حملها (٣) على كونها (٤) مملوكه للقاذف (٥) طريق الجمع بينها (٦)، و بين ما ذكرناه من وقوعه (٧) بالزوجه المملوكه صريحا.

و فصل ابن إدريس هنا غير جيد فأثبتته (٨) مع نفى الولد، دون القذف، نظرا إلى عدم الحد به (٩) الحر و المملوكه (١٠) الحديث و لكنها قاصره عن المعارضه عددا و سندا فلا بأس بحملها على الموطوءه بملك اليمين أو على التقيه أو على ما إذا تزوجها بغير إذن مولاهما، و منه تعرف ضعف الجمع بين الأخبار على التفصيل الآتى كما عن فخر المحققين.

و عن ابن إدريس التفصيل بثبوت لعان المملوكه بنفى الولد دون القذف، و هو المحكى عن الشيخ فى الاستبصار و ابن حمزه فى المراسم بدعوى أن قذف المملوكه لا يوجب الحد فلا داعى لنفيه باللعان بخلاف نفى ولدها فلا ينتفى إلا باللعان إذا كانت زوجته و قد تمت شروط الإلحاق.

و فيه: ان آيه اللعان لم تقيد اللعان لسقوط الحد، و عليه فجاز أن يكون اللعان لإسقاط التعزير كما كان لإسقاط الحد بعد عموم لفظ الآيه.

(١) أى عموم الآيه.

(٢) لنفى الولد أو للقذف.

(٣) أى هذه الأخبار النافيه.

(٤) أى كون المملوكه.

(٥) و لا لعان بين المولى و أمته بالاتفاق، إذ يشترط فى اللعان العقد الدائم.

(٦) بين الأخبار النافيه.

(٧) من وقوع اللعان.

(٨) أى أثبت لعان المملوكه.

(٩) بالقذف.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللعان حديث ١٣.

لها (١). و لكن دفع التعزير به (٢) كاف، مضافا إلى ما دل عليه (٣) مطلقا (٤). و وافقه عليه (٥) فخر المحققين محتجا بأنه (٦) جامع بين الأخبار (٧)، و الجمع بينهما بما ذكرناه (٨) أولى (٩) (و لا يلحق ولد المملوكه بمالكها إلا بالاقرار به (١٠) على أشهر (١) للمملوكه.

(٢) باللعان.

(٣) على اللعان.

(٤) لنفى الحد أو لنفى التعزير كما فى عموم الآيه.

(٥) على التفصيل.

(٦) بأن التفصيل.

(٧) بين الأخبار النافيه و الأخبار المثبتة.

(٨) من حمل الأخبار النافيه على مملوكه القاذف.

(٩) وجه الأولويه أن بعض الأخبار المثبتة أثبتت اللعان فى صورته القذف كما فى صحيح الحلبي المتقدم فكيف يمكن القول أن عدم لعان المملوكه فى القذف هو طريق الجمع بين الأخبار.

(١٠) الأمه لا- تصير فراشا بالملك و إن خلت به و خلى بها بلا خلاف فيه بخلاف النكاح الذى يلحق الولد به بمجرد إمكان تولده منه، لأن مقصود النكاح هو الاستمتاع و الولد، و ملك اليمين قد يقصد به ذلك و قد يقصد به التجاره و الاستخدام، و إذا كان المقصود فى النكاح ذلك اكتفى فيه بمجرد الإمكان، و لكن هل تصير الأمه فراشا بالوطء، فيه قولان، ذهب الشيخ فى المبسوط و المحقق و العلامة و سائر المتأخرين إلى أن الأمه لا تصير فراشا بالوطء لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رجلا- من الأنصار أتى أبا عبد الله عليه السلام فقال: إنى ابتليت بأمر عظيم، إن لى جاريه كنت أطأها فوطئتها يوما و خرجت فى حاجه لى بعد ما اغتسلت معها و نسيت نفقه لى فرجعت إلى المنزل لآخذها فوجدت غلاما لى على بطنها، فعددت لها من يومى ذلك تسعه أشهر فولدت جاريه.

فقال لى: لا- ينبغى لك أن تقربها و لا- تبيعها و لكن أنفق عليها من مالك ما دمت حيا، ثم أوص عند موتك من مالك حتى يجعل الله عزّ و جلّ لها مخرجا) (١) و مثلها غيرها.

و عن الشيخ فى ظاهر الاستبصار و ابن سعيد فى الجامع و الشارح فى المسالك أنها تصير فراشا بالوطء لأخبار:

١- (١) الوسائل الباب - ٥٥ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

القولين، و الروايتين (و لو (١) اعترف بوطنها (٢)، و لو نفاه انتفى بغير لعان) إجماعاً (٣)، و إنما الخلاف في أنه (٤) هل يلحق به (٥) بمجرد إمكان كونه منه و إن لم منها: خبر سعيد بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع على جاريه له تذهب و تجيء و قد عزل عنها و لم يكن منه إليها شيء، ما تقول في الولد؟ قال: أرى أن لا يباع هذا يا سعيد، قال: و سألت أبا الحسن عليه السلام فقال: أ تتهمها؟ فقلت: أما تهمة ظاهره فلا، قال: أ يتهمها أهلكت؟ قلت: أما شيء ظاهره فلا، قال: فكيف تستطيع أن لا يلزمه الولد(١) و خبره الآخر (سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية يطيف بها و هي تخرج فتعلق، قال: يتهمها الرجل أو يتهمها أهله؟ قال: أما ظاهره فلا قال: إذا لزمه الولد(٢) فعلى قول الأول من عدم فراشيه الأمه بالوطء فلا يلحق الولد بالسيد الواطئ و إن وطأ إلا مع الإقرار بالولد لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

و على القول الثاني من فراشيه الأمه بالوطء فلا يلحق الولد بالسيد الواطئ إلا مع ثبوت وطئه لها إما بإقراره بالوطء و إما بالبينة على ذلك بخلاف ولد الزوجه التي هي فراش للزوج بمجرد العقد فالحاق ولدها يكفي فيه إمكان الوطء، و الفرق بينهما أن فراشيه الزوجيه متحققه بالعقد مع إمكان وصول الزوج إليها فكان الاعتبار على إمكان الوطء بخلاف فراشيه الأمه فإنها لا تتحقق إلا بالوطء فيعتبر ثبوت الوطء في إلحاق الولد، و الوطء من الأمور الخفيه فيعتبر إقرار السيد به إن لم تتفق البينه و هي نادره في هذه المقامات.

هذا من جهه و من جهه ثانيه إن ولد الزوجه إذا كان محكوماً به للزوج ظاهراً لا ينتفى عنه إذا نفاه إلا باللعان، بخلاف ولد الأمه فينتفى بغير لعان و لذا خص اللعان بالزوجين في قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَزُمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ٢.

(١) وصلية.

(٢) بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء كما هو القول الأول المتقدم، لأن الأصل عدم انتسابه إليه بدون الإقرار.

(٣) قيد لعدم اللعان لو نفاه.

(٤) أن الولد.

(٥) بالمالك.

ص: ٢٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب نكاح العيب و الإماء حديث ٥ و ٢.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٦.

يقرّ به (١)، أم لا بدّ من العلم بوطنه، وإمكان لحوقه به (٢)، أو اقراره به (٣). فعلى ما اختاره المصنف والأكثر، لا يلحق به إلا باقراره، أو وطنه (٤) وإمكان لحوقه به، وعلى القول الآخر (٥) لا ينتفى إلا بنفيه، أو العلم بانتفائه عنه.

ويظهر من العبارة (٦) وغيرها من عباره المحقق والعلامة: أنه (٧) لا يلحق به إلا باقراره، فلو سكت ولم ينفه ولم يقرّ به لم يلحق (٨) به وجعلوا ذلك (٩) فائده عدم كون الأمة فراشا بالوطء.

والذى حققه جماعه (١٠) (١) لا معنى لهذا التشقيق بعد ما عرفت الإجماع على عدم فراشيه الأمة بالملك و بعد ما عرفت أن الخلاف بينهم فى تحقق الفراشيه بالوطء و عدمها، إلا أن يكون مراد الشارح من الخلاف هو الإشكال، فيكون كلامه إنما الخلاف.. أى إنما الأشكال فى أنه هل يلحق به بمجرد إمكان تولده منه كما فى ولد الزوجه أو لا، و على كل فلا معنى للإشكال أيضا بعد الإجماع على عدم فراشيه الأمة بالملك.

(٢) كما هو مذهب الشيخ فى الاستبصار و ابن سعيد و هو مبنى على فراشيه الأمة بالوطء.

(٣) كما هو مذهب الأكثر و هو مبنى على عدم فراشيه الأمة بالوطء.

(٤) الترديد باعتبار المذهبين، فالإقرار على مذهب الأكثر و الوطء على المذهب الآخر، و هذان المذهبان مشتركان فى أنه لا يلحق بمجرد الإمكان، و لذا جمعهما فى عبارة واحده مقابلا للاحتمال الأول.

(٥) هو ليس بقول بعد إجماعهم على عدم فراشيه الأمة بالملك، بل هو احتمال بلحوق الولد به بمجرد الإمكان كولد الزوجه، و لازمه أنه لا ينتفى عنه إلا بنفيه أو مع العلم بانتفائه عنه.

(٦) عبارة الماتن.

(٧) أى ولد المملوكه.

(٨) و إن و طء بناء على عدم فراشيه الأمة بالوطء.

(٩) عدم الإلحاق به مع الوطء إلا بالإقرار.

(١٠) و هو فخر المحققين فى إيضاحه على شرح قواعد العلامه، قال الشارح فى المسالك: (و قال فخر الدين فى شرحه: إن معنى كونها ليست فراشا أنه لا يلحق ولدها به إلا بإقراره أو بوطنها وإمكان لحوقه به، و كأن حاول بذلك الجمع بين حكم الأصحاب بكونها ليست فراشا مطلقا و بين حكمهم فى باب إلحاق الأولاد بلحوق ولد الأمة بالمولى الواطئ و أنه يلزمه الإقرار به حيث

أنه يلحق به بإقراره (١)، أو العلم بوطئه (٢)، وإمكان لحوقه به، وإن لم يقَرَّ به وجعلوا الفرق بين الفِراش وغيره: إن الفِراش (٣) يلحق به الولد وإن لم يعلم وطؤه، مع إمكانه (٤) إلا مع النفي (٥) و اللعان، وغيره (٦) من الأمه و المتمتع بها يلحق به الولد إلا مع النفي (٧)، و حملوا (٨) عدم لحوقه إلا بالاقرار على اللحق اللّازم، لأنّه بدون الاقرار ينتفى بنفيه من غير لعان، و لو أقر به استقر و لم يكن له نفيه بعده (٩) و هذا هو الظاهر.

و قد سبق في أحكام الأولاد ما يتبّه عليه، و لو لا هذا المعنى (١٠) لنا في ما ذكره هنا (١١) ما (١٢)، حكموا به فيما سبق من لحوقه به بشرطه (١٣)

القول في كيفية اللعان و أحكامه

إشارة

(القول في كيفية اللعان و أحكامه)

في وجوب كونه عند الحاكم

(يجب كونه (١٤) يمكن كون منه، و أنه لو وطأها غيره ألحق به دون تغير من غير تقييد بإقراره به، فجعل مستند ذلك الوطى الواقع من المولى، و أقامه مقام الإقرار به من غير أن يعلم بكونه واطئا) انتهى.

(١) بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء.

(٢) تنزيلا للوطء منزله الإقرار بالولد.

(٣) كما في الزوجه الدائم.

(٤) أى إمكان لحوق الولد به.

(٥) نفي الولد.

(٦) غير الفِراش.

(٧) و لو نفاه ينتفى بغير لعان.

(٨) بناء على عدم الفِراش فى الأمه القاضى بكون الولد منه إلا مع النفي فيعارض مع ما قالوه هنا أن الأمه غير فراش بالوطء و لا يلحق الولد به إلا مع الإقرار، و لرفع هذا التعارض يحمل كلامهم الثانى بعدم اللحق إلا بالاقرار على عدم اللحق اللّازم بمعنى لو نفاه ينتفى بغير لعان، أما لو أقر به فلا يسمع نفيه فيما بعد.

(٩) بعد الإقرار.

(١٠) من أن عدم اللحق به إلا بالإقرار المحمول على عدم اللحق اللازم إلا بالإقرار.

(١١) من أن ولد المملوك لا يلحق بمالكها إلا بإقراره بناء على عدم فراشيه الأمه بالوطء.

(١٢) في محل نصب مفعول به لقوله (لنأفي).

(١٣) من لحق ولد المملوك بمالكها بشرط إمكان كونه منه من غير اعتبار الإقرار به.

(١٤) كون اللعان.

ص: ٢٨١

عند الحاكم (١) و هو هنا الإمام عليه السّلام (أو من نصبه) للحكم (٢)، أو اللعان بخصوصه (و يجوز التحكيم فيه) من الزوجين (للعالم المجتهد) و إن كان الإمام و من نصبه موجودين، كما يجوز التحكيم فى غيره (٣) من الأحكام (٤).

(١) لا يصح اللعان إلا عند الحاكم أو منصوبه لذلك، بلا خلاف فيه لأنه قد ادعى الشيخ فى المبسوط الإجماع عليه، لأن اللعان شهاده أو يمين و لا يسجل بهما إلا الحاكم، و لأن الحد يقيمه الحاكم فلذا ما يدرؤه، و للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة) (١) الخبير، و صحيح البزنطى سأل الرضا عليه السّلام (كيف الملاعنه؟ فقال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة، و يجعل الرجل عن يمينه و المرأه عن يساره) ٢ الخبير، و مثلهما غيرها.

و المراد بالحاكم هو الإمام المعصوم عليه السّلام، و المراد بمنصوبه من نصبه للحكم عموما أو لخصوص اللعان، نعم يشترط فى منصوبه للعان ما يشترط فى غيره ممن نصبه الإمام للحكم بين الناس من الاجتهاد، لأن اللعان من ضروب الحكم، لأنه مفتقر إلى سماع الشهاده أو اليمين مع الحكم بالحد أو رفعه مع الحكم بنفى الولد و غير ذلك، هذا كله فى حال الحضور، و أما فى حال الغيبه فمنصوبه هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى لأنه منصوب من قبل الإمام عليه السّلام على العموم كما تقدم فى كتاب القضاء، فيتولى اللعان كما يتولى غيره من شئون القضاء و لا يتوقف على رضا المتلاعنين.

(٢) عموما.

(٣) غير اللعان.

(٤) قد عرفت أن اللعان لا يصح إلا- عند المعصوم عليه السّلام أو نائبه العام أو الخاص، و عليه ففى حال الحضور هل يجوز للزوجين تحكيم مجتهد جامع للشرائط و لكن لم ينصبه المعصوم عليه السّلام أو لا.

فعن الشيخ فى الخلاف و لعان المبسوط أنه يصح، لأنه جامع للشرائط، و عن الشيخ فى قضاء المبسوط أنه لا يصح، لأن الحكم هنا لا يختص بالزوجين المتراضيين، بل يتعلق بالولد أيضا، فلا- يؤثر رضاهما فى حقه إلا- أن يكون بالغاً و يرضى بحكمه خصوصا، و يشترط رضاهما بالحكم بعد الحكم أيضا حتى يصير نافذا. هذا كله من جهه و من جهه أخرى فقد عبر المحقق فى الشرائع و العلامه فى القواعد عنه بالرجل العامى، و قال فى

ص: ٢٨٢

و ربما أطلق بعض الأصحاب على المحكم هنا كونه عاميا نظرا (١) إلى أنه غير منصوب بخصوصه، فعاميته إضافيه (٢)، لا أن المسألة (٣) خلافيه (٤)، بل الاجماع على اشتراط اجتهاد الحاكم مطلقا (٥)، نعم منع بعض الأصحاب من التحكيم هنا (٦) لأن أحكام اللعان لا تختص بالمتلاعنين فإن نفي الولد يتعلق بحقه (٧)، و من ثم لو تصادقا (٨) على نفيه لم ينتف بدون اللعان، خصوصا عند من يشترط تراضيهما بحكمه (٩) بعده (١٠).

و الأشهر الأول (١١).

هذا (١٢) كله فى حال حضور الإمام عليه السلام، لما تقدم فى باب القضاء: من أن قاضى التحكيم لا يتحقق إلا مع حضوره، أما مع غيبته فيتولى ذلك الفقيه المجتهد، لأنه (١٣) منصوب من قبل الإمام عموما (١٤)

المسالك: (و المراد بالرجل العامى الذى يتراضى به الزوجان الفقيه المجتهد حال حضور الإمام لكنه غير منصوب من قبله، و سماه عاميا بالإضافة إلى المنصوب فإنه خاص بالنسبة إليه) انتهى.

(١) عله للإطلاق المذكور.

(٢) بالنسبة إلى المنصوب فإنه خاص.

(٣) أى مسأله تحكيم رجل برضا الزوجين.

(٤) أى خلافيه فى اجتهاد المحكم و عدمه.

(٥) سواء كان منصوبا أم لا.

(٦) فى اللعان.

(٧) بحق الولد، فلا يؤثر رضاهما فى نفيه.

(٨) أى الزوجان.

(٩) بحكم قاضى التحكيم.

(١٠) بعد الحكم.

(١١) و هو صحه التحكيم و لزومه حكمه من غير رضا الولد و عدم اشتراط رضاهما بالحكم بعده.

(١٢) من جواز التحكيم و عدمه.

(١٣) أى الفقيه المجتهد.

(١٤) وقد تقدم الدليل في كتاب القضاء.

ص: ٢٨٣

كما يتولى غيره (١) من الأحكام ولا يتوقف على تراضيهما (٢) بعده (٣) بحكمه لاختصاص ذلك (٤) على القول به (٥) بقاضى التحكيم (٦).

و الأقوى عدم اعتباره (٧) مطلقا (٨).

فى شهادة الرجل

و إذا حضرا بين يدى الحاكم فليهدأ (٩) الرجل بعد تلقين الحاكم له الشهادة (فيشهد الرجل (١٠) أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين فيما رماها به) متلفظا بما (١) غير اللعان.

(٢) تراضى الزوجين.

(٣) بعد اللعان.

(٤) من اشتراط تراضيهما بعده.

(٥) بالتراضى بعده.

(٦) و هو مختص بحال الحضور.

(٧) أى عدم اعتبار التراضى بحكم قاضى التحكيم هنا و فى غيره من أفراد القضاء.

(٨) فى اللعان و غيره.

(٩) كما سيأتى بيان دليله.

(١٠) صورته اللعان أن يشهد الرجل بالله أربع مرات أنه لمن الصادقين فيما رماها به من الزنا أو فى أن الولد ليس من مائه فيقول: أشهد بالله أنى لمن الصادقين فى ذلك، ثم يقول فى الخامسة: عليه لعنه الله إن كان من الكاذبين فيما رماها من الزنا أو نفى الولد.

و تقول المرأة أربع مرات أشهد بالله أنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا، ثم تقول فى الخامسة: إن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به من الزنا، و لا تحتاج إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثر فيه و لكن لو تعرضت له لم يضر فتقول: و هذا الولد ولده ليستوى اللعان و يتقابل بلا- خلافاً فى ذلك كله و يدل عليه الكتاب العزيز و هو قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَ الْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (١).

و الأخبار.

ص: ٢٨٤

١- (١) سورة النور، الآيتان: ٦-٩.

رمى به فيقول له (١): قل أشهد بالله أنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا، فيتبعه فيه (٢)، لأن (٣) اللعان يمين فلا يعتدّ بها قبل استحلاف الحاكم و إن كان فيها (٤) شائبة الشهاده، أو شهاده (٥) فهى لا تؤدى إلا بإذنه (٦) أيضا، و إن (٧) نفى الولد زاد (٨) منها: خبر ابن الحجاج قال: (إن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأه فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال:

يا رسول الله أ رأيت لو أن رجلا دخل منزله فرأى مع امرأته رجلا يجامعها ما كان يصنع؟ فأعرض عنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فانصرف الرجل و كان الرجل هو الذى ابتلى بذلك من امرأته، فنزل الوحي من عند الله عزّ و جلّ بالحكم فيها، فأرسل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إلى ذلك الرجل فدعاه فقال: أنت الذى رأيت مع امرأتك رجلا؟ فقال: نعم، فقال له:

انطلق فائتنى بامرأتك فإن الله عزّ و جلّ قد أنزل الحكم فيك و فيها، فأحضرها زوجها فوقفها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و قال للزوج: اشهد أربع شهادات بالله إنك لمن الصادقين فيما رميتها به فشهد ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أمسك و وعظه ثم قال: اتق الله فإن لعنه الله شديده ثم قال: اشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين، قال: فشهد فأمر به فنحى.

ثم قال للمرأه: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت ثم قال لها: أمسكى فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فإن غضب الله شديد ثم قال لها:

اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به فشهدت ففرّق بينهما و قال لهما: لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعنتما(١).

(١) أى فيقول الحاكم للرجل.

(٢) أى فيتبع الرجل الحاكم فيما قال.

(٣) تعليل لكون لعان الرجل بعد تلقين الحاكم.

(٤) فى اليمين.

(٥) أو لأن اللعان شهاده.

(٦) بإذن الحاكم.

(٧) شرطيه.

(٨) أى زاد الرجل فى شهاداته.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ١.

«و أن هذا الولد من زنا و ليس منى» كذا عبر فى التحرير، و زاد (١) أنه (٢) لو اقتصر على أحدهما (٣) لم يجز، و يشكل فيما لو كان اللعان لنفى الولد خاصة من غير قذف فإنه لا يلزم إسناده (٤) إلى الزنا (٥)، لجواز الشبهه فينبغى أن يكتفى بقوله: إنه لمن الصادقين فى نفي الولد المعين (ثم يقول) بعد شهادته أربعاً: كذلك (٦) (أن لعنه الله عليه) جاعلاً المجرور بعلى ياء المتكلم (٧) (إن كان من الكاذبين) فيما رماها به من الزنا أو نفي الولد كما ذكر فى الشهادات.

فى شهاده المرأه

(ثم تشهد المرأه) بعد فراغه من الشهاده و اللعنه (أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به) فنقول: اشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا (ثم تقول: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) فيه (٨) مقتصره على ذلك (٩) فيهما (١٠).

فى أنه لا بد من التلفظ بالشهاده

(و لا بد من التلفظ بالشهاده على الوجه المذكور (١١) (١) أى العلامه فى التحرير.

(٢) أى الرجل.

(٣) من كون الولد من الزنا أو أنه ليس منه.

(٤) إسناد الولد.

(٥) و لذا عدّ الأصحاب نفي الولد سبباً مستقلاً عن القذف.

(٦) أى متابعاً قول الحاكم.

(٧) أى يأتى الملاعن بدل قول الحاكم عليه: بلفظ (على).

(٨) فيما رماها به.

(٩) أى على ما ذكرنا من الرمي بالزنا.

(١٠) فى الشهاده و اللعان و لا تحتاج إلى إثبات الولد لأن إثبات الولد لا يؤثر فى لعانها، نعم لو قالت: و هذا الولد ولده ليستوى اللعان فلا بأس.

(١١) هذا و اللعان مشتمل على واجب و مندوب، أما الواجب فخمسه أمور: الأمر الأول:

التلفظ بالشهاده و اللعن على الوجه المذكور بلا خلاف فيه، لأن الأصل عدم ترتيب أثر اللعان على غير موضع النص، و عليه فلو

أبدل صيغه الشهاده بغيرها كقوله: شهدت بالله أو أنا شاهد، أو أحلف بالله أو أقسم، و كذا لو بدّل لفظ الجلاله كقوله: أشهد بالرحمن أو الخالق و نحوها، و كذا لو بدّل كلمه الصدق و الكذب الوارده فى اللعان بمرادفها، أو حذف لام التأكيد كقوله: إني من الصادقين أو حذف حرف الجر فقال: إني لبعض

ص: ٢٨٦

فلو أبدلها (١) بمعناها كأقسم، أو احلف، أو شهدت، أو أبدل الجلاله بغيرها من أسمائه تعالى أو أبدل اللعن، و الغضب، و الصدق، و الكذب بمرادفها (٢)، أو حذف لام التأكيد (٣)، أو علقه (٤) على غير «من» كقوله إني لصادق، و نحو ذلك من التعبيرات لم يصح.

فى وجوب كونهما قائمين

(و أن يكون الرجل قائما (٥) عند إيراده الشهاده و اللعن و إن كانت المرأه حينئذ (٦) جالس، و كذا) تكون (المرأه) قائمه عند إيرادها الشهاده و الغضب و إن الصادقين، أو أبدل اللعن بالإبعاد أو الطرد، و أبدل لفظ الغضب بالسخط.

فلا يصح فى الجميع لأنه خلاف المنقول شرعا، و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامه من جواز تغيير لفظ (أشهد) بما يفيدها، و جواز إبدال اللعن بالغضب و بالعكس.

(١) أى أبدل الشهاده.

(٢) مرادف اللعن الإبعاد و الطرد، و مرادف الغضب السخط و مرادف الصدق موافقه الواقع و مرادف الكذب مخالفه الواقع.

(٣) من شهادته إني لمن الصادقين.

(٤) علق اللعان.

(٥) الأمر الثانى الواجب فى اللعان قيام كل منهما عند إيراده الشهاده و اللعن، كما عليه الشيخ فى المبسوط و المحقق فى الشرائع و ابن إدريس فى سرائره و الصدوق فى ظاهر المقنع لمرسل الفقيه (و فى خبر آخر ثم يقوم الرجل فيحلف أربع مرات بالله أنه لمن الصادقين - إلى أن قال - ثم تقوم المرأه فتحلف أربع مرات بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماها به) (١)، و لما روته العامه عن فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر عويمرا بالقيام فلما تمت شهادته أمر امرأته بالقيام) (٢).

و عن الأكثر و منهم الشيخ فى النهايه و المفيد أنهما يكونان قائمين بين يدي الحاكم عند تلفظ كل منهما، لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال: يجلس الإمام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذائه، و يبدأ بالرجل ثم المرأه) (٣).

(٦) حين إيراد الرجل الشهاده و اللعن.

ص: ٢٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ٣.

٢- (٢) الدر المنثور ج ٥ ص ٢٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ٤.

كان الرجل حينئذ جالسا.

(و قيل: يكونان معاقنين في الإيرادين).

و منشأ القولين اختلاف الروايات، و أشهرها و أصحها ما دلّ على الثاني.

في تقدم الرجل و كون اللفظ عربيا

(و أن يتقدم الرجل أولا (١) فلو تقدمت المرأة لم يصح عملا بالمنقول من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، وَ ظاهر الآيه، و لأن لعانها لإسقاط الحد الذي وجب عليها بلعان الزوج (و أن يميز الزوجه من غيرها تميزا يمنع المشاركه (٢) إمّا بأن يذكر اسمها و يرفع نسبها بما يميزها، أو يصفها بما يميزها عن غيرها، أو يشير إليها إن كانت حاضره.

(و أن يكون الإيراد) بجميع ما ذكر (باللفظ العربي الصحيح (٣) إلا مع (١) الأمر الثالث الواجب في اللعان أن يبدأ الرجل أولا بالشهاده ثم باللعن على الترتيب المذكور ثم المرأة مقدّمه للشهاده على الغضب، فلو بدأت المرأة باللعان فلا شيء و كان لأغيا لأنه على خلاف الثابت من آيه اللعان و من فعل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ كما في الأخبار المتقدمه، و لأن لعانها لإسقاط الحد عنها كما هو مقتضى قوله تعالى: وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ (١)، و الحد قد ثبت بلعان الزوج فلا بد من تقديم لعانه على لعانها، فما عن بعض العامه من جواز التقديم ليس في محله، كما أنه ليس في محله ما عن بعض آخر منهم من جواز تقديم اللعن على الشهاده، كل ذلك لأنه خلاف المنقول شرعا.

(٢) الأمر الرابع الواجب في اللعان أن يعينها بما يزيل الاحتمال، كذكر اسمها أو اسم أبيها مع صفاتها المميزه لها عن غيرها، أو يشير إليها مع حضورها، لأن اللعان منها فلا بد من تعيينها، و كذا يجب عليها تعيين الرجل بما سمعت.

(٣) الأمر الخامس الواجب في اللعان أن يكون النطق باللفظ العربي، لأن النص ورد به فلا عدول عنه عند القدره، نعم يجوز العدول عند عدم القدره، غايته يأتي بالممكن له باللفظ العربي و إلا لا عن بأى لسان شاء لحصول الفرض من الشهاده و اللعن.

ثم إن كان الحاكم يحسن تلك اللغه فلا حاجه إلى المترجم و إلا افتقر إلى اثنين، و لا يكفي الواحد لأنها شهاده، و لا يحتاج إلى الأزيد من اثنين لأنها شهاده على اللفظ و عن بعض

ص: ٢٨٨

(التعذر) فيجتزى بمقدورهما (١) منه (٢)، فإن تعذر تلفظهما بالعرييه أصلاً أجزأ غيرها من اللغات من غير ترجيح (فيفتقر الحاكم إلى مترجمين عدلين) يلقيان عليهما الصيغه بما يحسنانه من اللغه (إن لم يعرف) الحاكم (تلك اللغه)، و إلا باشرها بنفسه و لا يكفى أقل من عدلين حيث يفتقر إلى الترجمة، و لا يحتاج إلى الأزيد.

في أنه تجب البدأ من الرجل بالشهادة، ثم اللعن

(و تجب البدأ) من الرجل (بالشهادة، ثم اللعن) كما ذكر (و في المرأه بالشهادة ثم الغضب (٣) و كما يجب الترتيب المذكور تجب الموالاه بين كلمتهما، فلو تراخى بما يعدّ فصلاً، أو تكلم بخلاله بغيره بطل (٤).

في ما يستحب

(و يستحب (٥) أن يجلس الحاكم مستدبراً القبلة) ليكون وجههما إليها.

(و أن يقف الرجل عن يمينه، و المرأه عن يمين الرجل و أن يحضر) من الناس العامه أنه لا بد من أربع شهود لأنها شهاده على الزنا، و ضعفه ظاهر إذ هي شهاده على تلفظه باللعان و كذا تلفظها.

(١) مقدور الزوجين.

(٢) من اللعان بالعرييه.

(٣) قد تقدم بحث هذا الترتيب مع دليله.

(٤) لأنه على خلاف المنقول، فيقتصر في اللعان على المنقول شرعاً الذي هو بدون فصل و خال عن غيره.

(٥) شروع في مستحبات اللعان و سننه و هي أمور:

الأول: أن يجلس الحاكم مستدبر القبلة ليكون وجهه إليهما كجلوسه لغيره من مواضع الحكم، و الثاني من سنته أن يكون الرجل عن يمينه و المرأه مع وليدها عن يمين الرجل لما رواه البيهقي عن الرضا عليه السلام فقال له: (أصلحك الله كيف الملاعنه؟ قال: يقعد الإمام و يجعل ظهره إلى القبلة و يجعل الرجل عن يمينه، و المرأه و الصبي عن يساره) (١)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الملاعن و الملاعنه كيف يصنعان؟ قال:

يجلس الإمام مستدبر القبلة يقيمهما بين يديه مستقبل القبلة بحذاءه، و يبدأ بالرجل ثم المرأه) ٢.

ص: ٢٨٩

(من يستمع اللعان) (١) و لو أربعه عدد شهود الزنا (و أن يعظه الحاكم قبل كلمه اللعنه (٢) و يخوفه الله تعالى و يقول له: إن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، و يقرأ عليه إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا الْآيَةَ (٣)، و أن لعنه لنفسه يوجب اللعنه إن كان كاذبا و نحو ذلك (و يعظها قبل كلمه الغضب) بنحو ذلك (٤).

(و أن يغلظ بالقول (٥) (١) الثالث من السنن أن يحضر جماعه من أعيان البلد و صلحائه، فإن ذلك أعظم للأمر، و ليعرف الناس ما يجرى عليهما من التفريق المؤبد أو حكم القذف أو ثبوت الزنا، و لما روى (من أنه حضر اللعان على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم جماعه من الصحابه منهم ابن عباس و ابن عمرو و ابن سهل بن سعد) (١)، و أقل ما تتأدى الوظيفه بأربعه نفر، لأن الزنا يثبت بهذا العدد فيحضرون لإثباته و قال فى الجواهر: (و إن كان لم أقف له على دليل إلا أن الأمر سهل فى المندوبات و الآداب و الوظائف) انتهى.

(٢) و من السنن أن يعظ الحاكم الرجل و يخوفه بعد الشهادات و قبل ذكر اللعن، و كذا المرأة قبل ذكر الغضب، و تخويفهما بأن يذكر أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، ففى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (أن عباد البصرى سأل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده حاضر كيف يلاعن الرجل المرأة فقال: إن رجلا من المسلمين أتى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم - إلى أن قال - و قال للزوج: أشهد أربع شهادات بالله أنك لمن الصادقين فيما رميتها به فشهد ثم قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أمسك و وعظه ثم قال: اتق الله فإن لعنه الله شديده ثم قال:

أشهد الخامسة أن لعنه الله عليك إن كنت من الكاذبين فشهد فأمر به فنتحى ثم قال للمرأة: اشهدى أربع شهادات بالله إن زوجك لمن الكاذبين فيما رماك به فشهدت ثم قال لها: أمسكى فوعظها ثم قال لها: اتقى الله فإن غضب الله شديد ثم قال لها: اشهدى الخامسة أن غضب الله عليك إن كان زوجك من الصادقين فيما رماك به فشهدت) (٢).

(٣) سورة آل عمران، الآية: ٧٧.

(٤) بنحو ما وعظ الرجل.

(٥) تغليظ اللعان بالقول و المكان و الزمان جائز بالمعنى الأخص، و صرح بعضهم كما فى المسالك باستحباب التغليظ، و استظهر الشارح فى المسالك استحباب التغليظ بالمكان

ص: ٢٩٠

١- (١) سنن البيهقى ج ٧ ص ٣٩٤ و ٣٩٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللعان حديث ١.

و هو (١) تكرار الشهادات أربع مرات (٢)، و هو (٣) واجب. لكنه أطلق الاستحباب نظرا إلى التغليظ بمجموع الأمور الثلاثة (٤) من حيث هو مجموع، و بما قررناه (٥) صرح في التحرير.

و أما حملة (٦) على زياده لفظ في الشهاده، أو الغضب على نحو ما يذكر في اليمين المطلقة (٧)، كأشهد بالله الغالب الطالب المهلك، و نحو ذلك، فإنه (٨) و إن كان ممكنا أو نصّ عليه، إلا أنه يشكل باخلاله (٩) بالموالاه المعبره في اللفظ المنصوص (١٠) مع عدم الإذن في تخلل المذكور (١١) بالخصوص (١٢).

(و المكان (١٣) و الزمان، و أما التغليظ بالقول فإن فسر بأنه تكرار الشهادات أربع مرات كما فسر به العلامه في التحرير فلا ريب في وجوبه بل هو ركن في اللعان، و إن فسر التغليظ بالقول بذكر ما يناسب من أسماء الله تعالى المؤذنه بالانتقام فهو مستحب كما ثبت استحبابه في يمين الدعاوى.

و أما التغليظ بالمكان و الزمان فسيأتي.

(١)التغليظ بالقول.

(٢)كما عن العلامه في التحرير.

(٣)تكرار الشهادات.

(٤)بالقول و المكان و الزمان.

(٥)من أن الاستحباب بلحاظ المجموع.

(٦)أى حمل التغليظ بالقول.

(٧)و هي يمين الدعاوى فيذكر فيها ما يناسب من أسماء الله بالانتقام.

(٨)أى التغليظ بالقول المفسر بالزياده من أسماء الله الداله على الانتقام.

(٩)أى بإخلال التغليظ المفسر بالزياده من أسماء الله تعالى.

(١٠)و هو لفظ اللعان.

(١١)من الزياده بأسماء الله الداله على الانتقام.

(١٢)و العجب من الشارح حيث حكم هنا بالإخلال و هو القائل في المسالك: (و لا يخلّ بالموالاه لأنه من متعلقاته) انتهى.

(١٣)المراد بالتغليظ بالمكان أن يجرى اللعان في أشرف المواضع في البلد، كبين الركن و المقام إن كانوا في مكه و هو المسمى

بالحطيم، و في الروضه و هي ما بين قبر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ وَ منبره إن كان في المدينه، و في المسجد الأقصى عند الصخره إن كانوا في بيت المقدس، و في

ص: ٢٩١

بان يلاعن (١) بينهما فى موضع شريف (كبين الركن) الذى فيه الحجر الأسود، (و المقام) مقام إبراهيم على نبينا و آله و عليه السلام و هو المسمى بالحطيم (بمكه، و فى الروضه) و هى ما بين القبر الشريف و المنبر (بالمدينه، و تحت الصخره فى المسجد الأقصى، و فى المساجد بالأمصار) غير ما ذكر (٢) عند المنبر (أو المشاهد الشريفه) للأئمه و الأنبياء عليهما لسلام ان اتفق (٣)، و لو كانت المرأه حائضا فباب المسجد (٤) فيخرج الحاكم إليها، أو يعث نائبا (٥)، أو كانا ذميين فبيعه أو كنيسه (٦) أو مجوسيين فبيت نار، لا بيت صنم لوثنى إذ لا حرمه له، و اعتقادهم غير مرعى (٧).

المسجد الجامع عند المنبر إن كانوا فى سائر البلدان، و فى المشاهد المشرفه إن كانوا فى بلادها.

(١) أى الحاكم.

(٢) من مكه و المدينه و بيت المقدس.

(٣) أى اتفق وجود المشاهد المشرفه.

(٤) يجوز اللعان فى المساجد و الجوامع إذا لم تكن المرأه حائضا، و إلا فمع حيضها فالأنسب أن يكون لعانها عند باب المسجد لأنها أنسب بالتغليظ.

(٥) فيستوفى منها الشهاده و لا يشترط فيه الاجتهاد، لأنه ليس هو الحاكم.

(٦) لو كان الزوجان من أهل الذمه فالتغليظ عليهم فى المكان بأن يكون لعانها فى المواضع التى يعظمونها كالكنيسه للنصارى و البيعه لليهود، و قال فى المسالك: (و هل يلاعن بين المجوس فى بيت النار وجهان، من أنه ليس له حرمه و شرف بخلاف البيعه و الكنيسه، و من أن المقصود تعظيم الواقعه و زجر الكاذب عن القذف، و اليمين فى الموضع الذى يعظمه الحالف أغلظ، و يجوز أن يراعى اعتقادهم بشبهه الكتاب كما روى فى قبول الجزيه، و أما بيت الأصنام فلا عبره به فى لعان الوثنيين مطلقا، لأنه لا أصل له فى الحرمة عند الله تعالى بخلاف السابق، و اعتقادهم غير مراعى بمجرده فيلاعن بينهم فى مجلس الحكم) انتهى، نعم توقف بعض الشافعيه فى بيت الصنم لمكان التعظيم عندهم.

(٧) هذا و لم يذكر الشهيدان التغليظ بالزمان، و هو إيقاعه فى وقت شريف كيوم الجمعه، و بعد العصر منه بالخصوص فإن اليمين الكاذبه حينئذ أغلظ عقوبه، و قد فسر بما بعد العصر قوله تعالى: تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَتَيْسِمَانِ بِاللَّهِ (١) كما فى الخبر (٢).

ص: ٢٩٢

١- (١) سورة المائده، الآيه: ١٠٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب الوصايا حديث ٦.

في أنه إذا لعن الرجل سقط عنه الحد و وجب على المرأة

(و إذا لا عن الرجل سقط عنه الحد (١) و وجب على المرأة (٢)، لأن لعانه حجه كالبينه (فإذا أقرت بالزنا، أو) لم تقر و لكن (نكلت) عن اللعان (وجب عليها) الحد (و إن لا عنت سقط عنها).

(و يتعلق بلعانهما) معا (أحكام أربعة) في الجملة (٣)، لا- في كل لعان (٤) (سقوط الحدين عنهما (٥)، و زوال الفراش (٦) و هذان ثابتان في كل لعان (٧) (و نفى الولد عن الرجل)، لا عن المرأة إن كان اللعان لنفيه (٨) (و التحريم المؤبد (٩) و هو (١) أي سقط عنه حد القذف بلا خلاف و لا إشكال، نعم لا يتعين اللعان على الزوج بعد القذف بل إذا امتنع حد كالأجنبي إذا قذف و لم يقم البينه، و عن أبي حنيفة أن قذف الزوج لا- يوجب الحد و لكن يوجب اللعان، و مع امتناعه يحبس حتى يلاعن، و حينئذ فاللعان عقوبه حده دون الحد، و ضعفه ظاهر.

(٢) أي و بلعان الرجل يثبت حد الزنا على المرأة، لأن لعانه بمنزله إقامه البينه، و يسقط هذا الحد لعانها كما هو ظاهر قوله تعالى: **وَ يَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (١)**، بلا- خلاف في ذلك و لا إشكال و عن أبي حنيفة أن المرأة لا تحد بلعانه بل تحبس حتى تلاعن، و هو مناف لظاهر الآيه المتقدمه.

(٣) في المجموع.

(٤) إذ اللعان تاره لنفى حد القذف و أخرى لنفى الولد، فكل منهما مختص بحكمه.

(٥) عن الزوجين، فيسقط حد القذف عن الرجل و حد الزنا عن المرأة كما تقدم.

(٦) أي الخروج عن الزوجيه فتبطل الزوجيه و التوارث.

(٧) سواء كان للقذف أم لنفى الولد.

(٨) لنفى الولد بحيث إن الولد بعد اللعان لا يدعى لأبيه، و لكن لا يرمى بأنه ابن زنا، ففي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (في المرأة يلاعنها زوجها و يفزق بينهما إلى من ينسب ولدها؟ قال: إلى أمه) (٢).

(٩) أي تحرم عليه أبدا ففي خبر ابن الحجاج المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام المتضمن لوقوع اللعان بين رجل و زوجته في عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و أنه قال لهما بعد لعانهما: (لا تجتمعا بنكاح أبدا بعد ما تلاعتما) (٣)، نعم عن بعض العامة أنه لو أكذب نفسه كان له أن يجدد نكاحها، و عن

ص: ٢٩٣

١- (١) سورة النور، الآيه: ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب اللعان حديث ٢.

ثابت مطلقا (١) كالأولين (٢)، و لا- ينتفى عنه (٣) الحد إلا بمجموع لعانه (٤)، و كذا المرأة، و لا تثبت الأحكام أجمع (٥) إلا بمجموع لعانهما.

في ما لو أكذب نفسه في أثناء اللعان أو بعده

(و) على هذا (لو اكذب نفسه في أثناء اللعان (٦) وجب عليه حد القذف) و لم يثبت شيء من الأحكام (٧)، (و) لو اكذب نفسه (بعد لعانه) و قبل لعانهما ففي بعض آخر منهم القول ببقائهما على الزوجيه، و الأخبار المتقدمه حجه عليهم.

نعم قيل بردّ هذه الأحكام الأربعة إلى ثلاثه، لأن زوال الفراش يدخل في التحريم المؤبد، و هو قول ضعيف لأن التحريم المؤبد قد يجامع الفراش كما في المفوضاه، هذا من جهه و من جهه أخرى فالفرقه تحصل ظاهرا و باطنا سواء كان الزوج صادقا أم الزوجه بعد لعانهما خلافا لأبى حنيفه فحكم بعدم حصول الفرقة باطنا مع صدقها و هو ظاهر الضعف لمخالفته للأخبار المتقدمه.

(١) في اللعائين، و المعنى أن التحريم المؤبد ثابت سواء كان اللعان للقذف أم لنفى الولد.

(٢) من سقوط الحد عنهما و زوال الفراش فإنهما ثابتان لكل لعان.

(٣) عن الرجل.

(٤) من الشهادات و اللعن.

(٥) و هي الأحكام الأربعة المتقدمه.

(٦) أو نكل عن اللعان أو نكل عن جزء منه و لو كلمه ثبت عليه الحد، و لكن لا تثبت الأحكام الأربعة المتقدمه، لأنها مترتبه على إتمام اللعائين، و بدونها لا يثبت شيء منها، و يشهد له صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الرجل يقذف امرأته؟ قال عليه السلام: يلاعنها ثم يفرّق بينهما فلا تحلّ له أبدا، فإن أقرّ على نفسه قبل الملاعنه جلد حدا و هي امرأته) (١) و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن رجل لا عن امرأته فحلف أربع شهادات بالله ثم نكل في الخامسة؟ فقال عليه السلام: إن نكل عن الخامسة فهي امرأته و جلد، و إن نكلت المرأه عن ذلك إذا كان اليمين عليها فعليها مثل ذلك) ٢ و مثلها غيرها و كذا الحكم لو أكذبت المرأه نفسها في أثناء اللعان أو نكلت عنه أو عن جزء منه ثبت عليها الحد و لا تثبت الأحكام الأربعة المتقدمه.

ثم إن الحد هنا هو الرجم لأنها محصنه و لكن بشرط أن يكون اللعان لقذفها بالزنا، أما لو نفى الولد و لم يقذفها و جوز الرجل كون الولد لشبهه لم يلزم عليها الحد، لعدم موجبه.

(٧) أي الأحكام الأربعة المتقدمه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب اللعان حديث ٢ و ٣.

وجوب الحد عليه (قولان) (١) منشؤهما. من سقوط (٢) الحد عنه بلعانه، و لم يتجدد منه (٣) قذف بعده (٤)، فلا وجه لوجوبه (٥) و من أنه (٦) قد أكد القذف السابق (٧) باللعان، لتكراره (٨) (١) إذا كذب الرجل نفسه بعد لعانه أو بعد لعانهما فقد ذهب الشيخ فى النهايه و التهذيب و المحقق فى الشرائع و العلامه فى أحد قوليهِ إلى سقوط الحد عنه لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل لا عن امرأته و هى حبلى ثم ادعى ولدها بعد ما ولدت و زعم أنه منه قال: يردّ إليه الولد و لا يجلد لأنه قد مضى التلاعن) (١)، و صحيحه الآخر (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لا عن امرأته و هى حبلى قد استبان حملها و أنكر ما فى بطنها، فلما وضعت ادّعاه و أقربه و زعم أنه منه فقال: يردّ إليه ولده و يرثه و لا يجلد، لأن اللعان قد مضى) ٢، و يؤيده أن الحد قد سقط بلعانه، و لم يوجد سبب آخر للحدّ إلا تكذيبه نفسه و هو تنزيه لها فلا موجب للحد حينئذ.

و عن الشيخ فى المبسوط و المفيد فى المقنعه و العلامه فى القواعد و الشارح فى المسالك عدم السقوط لخبر محمد بن فضيل عن أبى الحسن عليه السلام (سألته عن رجل لا عن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه هل يردّ عليه ولده؟ فقال: إذا أكذب نفسه جلد الحدّ، و ردّ عليه ابنه و لا ترجع إليه امرأته أبدا) ٣ مؤيدا أنه باللعان أكد القذف لتكراره، و مؤيدا أيضا بأن الحد قد ثبت عليه بالقذف قبل اللعان فيستصحب إلى أن يعلم المزيل و لا يعلم زواله بلعان ظهر كذبه، لأن النصوص السابقه الداله على سقوط الحد باللعان، إنما هى داله على سقوطه باللعان الذى هو صادق فيه أو مع اشتباه الحال لا مع كذبه كما هو مفروض فى المقام.

و بعد هذا كله فلا بد من ترجيح القول الأول لصحة سند بعض رواياته، و هو صحيح الحلبي المتقدم.

(٢) دليل لعدم وجوب الحد على الرجل فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه.

(٣) من الرجل.

(٤) بعد اللعان.

(٥) أى لوجوب الحد.

(٦) دليل لوجوب الحد على الرجل فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه.

(٧) أى السابق على اللعان.

(٨) أى لتكرار الرجل القذف فى اللعان.

ص: ٢٩٥

إياه فيه، و السقوط (١) إنما يكون مع علم صدقه (٢)، أو اشتباه حاله، و اعترافه بكذبه (٣) ينفيهما (٤)، فيكون لعانه قذفا محضا فكيف يكون مسقطا.

(و كذا) القولان (٥) لو اكذب نفسه (بعد لعانهما (٦) لعين ما ذكر في الجانبين (٧)).

و الأقوى ثبوته (٨) فيهما (٩) لما ذكر (١٠)، و لروايه محمد بن الفضيل عن الكاظم عليه السلام أنه سأله عن رجل لا عن امرأته و انتفى من ولدها ثم اكذب نفسه هل يرد عليه ولده. قال: «إذا اكذب نفسه جلد الحد و ردّ عليه ابنه، و لا ترجع إليه امرأته أبدا» لكن لو كان رجوعه (١١) بعد لعانهما (١٢) (١) أى سقوط الحد.

(٢) أى صدق الرجل فى لعانه.

(٣) بكذب اللعان.

(٤) أى ينفى الصدق و اشتباه الحال.

(٥) من سقوط الحد و عدم سقوطه.

(٦) لعان الزوجين.

(٧) أى جانبى السقوط و عدمه فى الفرع المتقدم.

(٨) ثبوت الحد.

(٩) فى الفرعين السابقين فيما لو أكذب نفسه بعد لعانه أو بعد لعانهما.

(١٠) أى لما ذكر سابقا من دليل عدم السقوط.

(١١) أى تكذيب نفسه و رجوعه عن القذف.

(١٢) هذا و اعلم أن الأحكام الأربعة المتقدمه من سقوط الحدين و زوال الفراش و التحريم المؤبد و نفي الولد لا تثبت إلا بعد لعانهما فلو أكذب نفسه بعد لعانه فلا يثبت شىء منها، غاية أنه أن قذفه موجب للحد فهل لعانه الذى أكذب نفسه فيه موجب للسقوط أو لا و قد تقدم الكلام فيه.

و على فرض تحقق لعانهما فتثبت الأحكام الأربعة المتقدمه و لكن لو أكذب نفسه بعد لعانهما، فهل يعود الحد أو لا قد تقدم الكلام فيه، و لكن لا- يعود الفراش و لا- يرتفع التحريم بلا خلاف و لا إشكال، و قد ورد ما يدل عليه فى ذيل خبر محمد بن فضيل، و لكن بعد ما أكذب نفسه بعد لعانهما فقد اعترف بالولد فيؤخذ بمقتضى إقراره، و لكن فيما عليه لا فيما له، لإقراره أولا بالانتفاء منه، فلذا يرثه الولد و لا يرثه الأب و لا من

لا يعود الحل (١)، للروايه (٢)، و للحكم بالتحريم شرعا (٣)، و اعترافه لا يصلح لإزالته (و لا يرث (٤) الولد) لما ذكر (٥) (و إن ورثه الولد)، لأن (٦) اعترافه (٧) اقرار فى حق نفسه بإرثه منه (٨)، و دعوى ولادته (٩) قد انتفت شرعا (١٠) فيثبت اقراره على نفسه و لا- تثبت دعواه على غيره (١١)، و كذا لا- يرث الولد أقرباء الأب و لا يرثونه إلا مع تصديقهم على نسبه فى قول، لأن الإقرار (١٢) لا يتعدى المقر.

(و لو اكذبت) المرأه (نفسها بعد لعانها (١٣) فكذلك) لا- يعود الفراش و لا- يتقرب بالأب و ترثه الأم و من يتقرب بها على ما حرر فى كتاب الإرث.

(١) أى لا يعود الفراش، و لا ترجع امرأته إليه.

(٢) أى روايه محمد بن الفضيل.

(٣) بعد لعانها فيستصحب إلى أن يثبت المزيل، و تكذيبه نفسه ليس مزيلا لعدم الدليل عليه.

(٤) أى لا يرث الرجل الولد.

(٥) للحكم بعدم إرثه من الولد شرعا بعد لعانها فيستصحب.

(٦) تعليل لإرث الولد منه.

(٧) أى اعتراف الرجل بالولد بعد لعانها.

(٨) أى يارث الولد منه، فيؤخذ بمقتضى إقرار فيما هو عليه، لا فيما هو له.

(٩) أى و دعوى الرجل ولاده الولد منه.

(١٠) بعد لعانها.

(١١) بأن الولد منه حتى يرث الرجل ولده.

(١٢) تعليل لعدم إرث الولد من أقارب الرجل.

(١٣) لما كان لعانها بعد لعانه فلو أكذبت نفسها بعد لعانها فهي أكذبت نفسها بعد لعانها، فلا ترتفع الأحكام الأربعة المتقدمه التى ثبتت بعد لعانها، هذا و لا يجب عليها الحد حينئذ بدعوى أن تكذيب نفسها إقرار بالزنا، لأن حد الزنا لا يثبت على المقر إلا أن يقرب به أربع مرات بلا خلاف فى ذلك.

نعم لو أقرت به أربع مرات بعد لعانها فهل يثبت الحد كما هو الأشهر لعموم ما دل على وجوب الحد على من أقرّ أربعاً و هو مكلف حرّ مختار، أو لا يثبت الحد كما هو قول الشيخ فى النهايه و ابن إدريس و ابن سعيد، لأنها أقرت بزنا سقط حده باللعان

لقوله تعالى: وَ يَذْرُؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ (١) و مقتضى إطلاقه عدم عود الحد و إن أقرت بموجه بعد ذلك أربع مرات.

ص: ٢٩٧

١- (١) سورة النور، الآية: ٨.

يزول التحريم (و لا حد عليها) بمجرد اكذابها نفسها، لأنه (١) اقرار بالزنا و هو (٢) لا يثبت (إلا أن تقر أربعاً) كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فإذا أقرت أربعاً حدت (على خلاف) في ذلك (٣) منشؤه ما ذكرناه، من أن الاقرار (٤) بالزنا أربعاً من الكامل الحر المختار يثبت حده (٥). و من (٦) سقوطه (٧) بلعانهما لقوله تعالى:

وَ يَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ الْآيَةَ فَلَإِ يَعُودُ (٨) (و لو قذفها) الزوج (برجل) معيّن (وجب عليه (٩) حدان) أحدهما لها. و الآخر للرجل، لأنه (١٠) قذف لاثنين (و له (١١) إسقاط حدها باللعان)، دون حد الرجل.

(و لو أقام بينه) بذلك (١٢) (سقط الحدان) كما يسقط حد كل قذف بإقامه (١) أى إكذابها نفسها.

(٢) أى الإقرار بالزنا مره لا يثبت الحد.

(٣) فى الحد عند إقرارها أربعاً.

(٤) دليل لثبوت الحد بإقرارها أربعاً.

(٥) أى حد الزنا.

(٦) دليل لعدم ثبوت الحد بإقرارها أربعاً.

(٧) أى سقوط حد الزنا.

(٨) أى فلا يعود حد الزنا و لو أقرت به أربعاً بعد ذلك للإطلاق.

(٩) على الزوج، هذا و اعلم أنه إذا قذف امرأته برجل على وجه قد نسبهما إلى الزنا بأن قال:

زنيت بفلان، كان عليه حدان لأنه قذف لهما، و لكن له إسقاط حد الزوجه باللعان و لا يسقط حد الرجل، بلا فرق بين أن يذكر الرجل فى شهادات اللعان و عدمه، بأن قال:

أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، و عدمه لأن اللعان بالنسبه إلى إسقاط حد القذف المختص بالزوجه فيبقى حكم قذف الرجل باقيا على أصله من الثبوت خلافا لبعض العامه حيث أسقط حد الرجل مع ذكره فى لعان الزوج لزوجته، بدعوى أن اللعان حجه فى ذلك الزنا فى طرف المرأه فكذا فى طرف الرجل، لأن الواقعه واحده، و ضعفه ظاهر مما تقدم، نعم لو أقام بينه سقط الحدان معا، لأن البينه حجه مطلقا بخلاف اللعان فإنه حجه لإسقاط حد القذف بالنسبه للزوج فقط.

(١٠) أى قذفها برجل معيّن.

(١١) للزوج.

(١٢) بزناها برجل معيّن.

البينه بالفعل المقذوف به، و كذا يسقط الحد لو عفى مستحقه (١)، أو صدق (٢) على الفعل، لكن إن كانت هي المصدقه (٣)، و هناك نسب لم ينتف بتصديقها (٤)، لأنه (٥) اقرار في حق الغير (٦).

و هل له (٧) أن يلاعن لنيفه (٨) قولان. من (٩) عموم ثبوتة (١٠) لنفى الولد، و كونه (١١) غير متصور هنا (١٢)، إذ لا يمكن للزوجه أن تشهد بالله إنه لمن الكاذبين بعد تصديقها إياه (١٣). نعم لو صادفته على أصل الزنا، دون كون الولد منه (١٤) توجه اللعان منها (١٥)، (١) أى مستحق الحد كما حرر في باب الحدود.

(٢) أى صدق المقذوف.

(٣) إذا قذفها فأقرت قبل اللعان لزمها الحد إن أقرت أربعا، و لا حد على الزوج لتصديقها، و لكن لو كان هناك نسب لم ينتف إلا- باللعان، و يجوز للزوج أن يلاعن لنيفه، لأن تصادق الزوجين على الزنا لا ينفى النسب، إذ النسب ثابت بالفراش و هي فراش للزوج، و هذا ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط.

و عن المحقق و العلامة في القواعد التردد في اللعان لنفى الولد، لأن اللعان هنا غير مقصور، لأن الزوجه لا يمكنها أن تقول: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين في نفى الولد عنه مع تصديقها لزوجها على أنها زنت و أن الولد من الزنا، فإن ذلك هو مفروض المسألة.

نعم يتجه اللعان على تصديقها له على الزنا دون تولد الولد منه.

(٤) أى تصديق الزوجه فيما ادعاه الزوج من الزنا.

(٥) أى تصديقها على زناها القاضى في نفى الولد عن الزوج.

(٦) أى في حق الولد.

(٧) للزوج.

(٨) نفى الولد بعد تصديقها على أنها زنت، و أن الولد من الزنا.

(٩) دليل لجواز لعان الزوج على نفى الولد.

(١٠) ثبوت اللعان.

(١١) أى كون اللعان و هو دليل على عدم جواز لعان الزوج لنيفه.

(١٢) في صورته تصديقها على أنها زنت و أن الولد من الزنا.

(١٣) أى بعد تصديقها للزوج فيما قذفها به من أن الولد ليس منه لأنها قد زنت برجل معين.

(١٤) من الزنا.

(١٥) من الزوجه.

ص: ٢٩٩

لإمكان شهادتها بكذبه (١) في نفيه و إن ثبت زناها.

لو قذفها فماتت قبل اللعان

(و لو قذفها فماتت قبل اللعان سقط اللعان (٢)، (١) أى بكذب الزوج فى نفي الولد عنه، فيكون فائده لعانها مجرد تكذيبه فى نفيه.

(٢) قد تقدم أنه بلعانه يسقط حد القذف منه و يثبت حد الزنا عليها، و تقدم أنه بلعانهما يسقط الحدان و ينفى الولد عن الرجل و يزول الفراش و يثبت التحريم المؤبد.

و عليه فلو ماتت قبل لعانه لم يسقط حد القذف عنه، و عليه الحد للوارث بناء على أن حد القذف يورث لعموم أدله الإرث، من غير احتياج إلى لعان الوارث، و لكن لعان الرجل لا ينفي الميراث لبقاء علقه الزواج بينهما فيرثها بعد لعانه، و لا ينتفى الولد عنه، لأن زوال الفراش و نفي الولد متربان على التلاعن من الجانبين، و هو لم يحصل بسبب موتها.

و عن الشيخ فى النهايه و القاضى ابن البراج و ابن حمزه أنه إذا قام رجل من أهلها فلا عنه أيضا سقط الحد عن الرجل و سقط إرثه لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل قذف امرأته و هى فى قرية من القرى، فقال السلطان: ما لى بهذا علم، عليكم بالكوفه، فجاءت إلى القاضى لتلاعن فماتت قبل أن يتلاعنا فقالوا هؤلاء لا ميراث لك، فقال أبو عبد الله عليه السّلام إن قام رجل من أهلها مقامها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد من أوليائها أن يقوم مقامها أخذ الميراث زوجها) (١) و خبر عمرو بن خالد عن زيد بن على عن آبائه عن على عليهم السّلام (فى رجل قذف امرأته ثم خرج فجاء و قد توفيت قال: يخير واحده من اثنتين، يقال له: إن شئت ألزمت نفسك الذنب فيقام عليك الحد و معطى الميراث، و إن شئت أقررت فلا عنت أدنى قربتها إليها و لا ميراث لك) (٢) و الخبران ضعيفان، الأول بالإرسال و الثانى برجال الزيديه فى سنده مع عدم الجابر لهما، مع أن الأصل أن لا يقوم غير الزوجه مقامها فى اللعان، و لأن الأصل فى الميراث ثبوته بالموت فلا يزول بلعان الرجل وحده، بالإضافة إلى أن لعان الوارث متعذر غالبا، لتعذر القطع من الوارث على نفي فعل غيره، مع عدم كفايه لعانه على نفي العلم إذ يشترط اللعان على نفي الفعل فضلا عن أن الاجتزاء بأى وارث كان مع التعدد ترجيح بلا مرجح.

نعم بعض ما تقدم من الأدله ضعيف، لأنه يمكن اطلاع الوارث على عدم فعل الغير حيث يكون الفعل محصورا بأن يدعى عليها أنها زنت فى ساعه كذا بفلان، و قد كان

ص: ٣٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب اللعان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب اللعان حديث ٢.

لتعذره (١) بموتها (و ورثها (٢)، لبقاء الزوجيه (و عليه الحد للوارث) بسبب القذف، لعدم تقدم مسقطه (٣) (و له (٤) أن يلاعن لسقوطه) و إن لم يكن بحضور الوارث، لأنه (٥) إما شهادات، أو أيمان. و كلاهما لا- يتوقف على حياة المشهود عليه، و المحلوف لأجله، و لعموم (٦) الآيه و قد تقدم: إن لعانه يسقط عنه الحد، و يوجب الحد عليها، و لعانها يوجب الأحكام الأربعة فإذا انتفى الثاني (٧) بموتها بقى الأول (٨) خاصه فيسقط الحد (٩) (و لا- ينتفى الارث بلعانه بعد الموت) كما لا تنتفى الزوجيه بلعانه قبله (١٠) (إلا- على روايه أبى بصير) عن الصادق عليه السّلام قال: «إن قام رجل من أهلها فلا عنه فلا ميراث له، و إن أبى أحد منهم فله الميراث»، و مثله روى عمرو بن خالد عن زيد عن آباءه عليه السّلام، و بمضمونها عمل جماعه.

و الروايتان مع إرسال الأولى، و ضعف سند الثانية مخالفتان للأصل من حيث (١١) إن اللعان شرّح بين الزوجين فلا يتعدى، و إن لعان الوارث متعذر، لأنه (١٢) الوارث ملازما لها أو للمنسوب إليه فى تلك الساعه على وجه يعلم انتفاء الفعل، كما فى نظائره من الشهادات على النفى المحصور، و بأن المعتبر لعان واحد من طرف الزوجه فيكتفى بلعان واحد من الوارث، و مع التعدد يتخيّر الوارث إن بذل الجميع أو يقرع بينهم مع التشاح، و مع كل هذا فهى تصلح مؤيدا.

(١) أى اللعان.

(٢) أى الزوج.

(٣) أى مسقط حد القذف.

(٤) للزوج.

(٥) أى اللعان.

(٦) دليل ثان على جواز اللعان و إن لم يكن بحضور الوارث.

(٧) و هو لعانها.

(٨) و هو لعانه.

(٩) أى يسقط حد القذف بسبب لعانه.

(١٠) قبل الموت.

(١١) بيان للأصل و مفاده أن الأصل عدم قيام غير الزوجه مقامها فى اللعان.

(١٢) لأن الوارث.

إن أريد مجرد حضوره (١) فليس بلعان حقيقى، و أن اريد ايقاع الصيغ المعهودة من الزوجه فبعيد، لتعذر (٢) القطع من الوارث على نفى فعل غيره غالبا، و ايقاعه (٣) على نفى العلم تغيير للصوره المنقوله (٤) شرعا، و لأن (٥) الارث قد استقر بالموت فلا وجه لإسقاط اللعان المتجدد له (٦).

فى ما لو كان الزوج أحد الأربعة الشهود بالزنا

(و لو كان الزوج أحد الأربعة) الشهود بالزنا (فالأقرب حدها (٧) لأن شهاده (١) بدون تلفظه بالشهادات و الغضب. (٢) وجه الاستبصار.

(٣) أى إيقاع اللعان من الوارث.

(٤) أى تغيير لصوره اللعان المنقوله شرعا، إذا المنقول هو لعانها على نفى الفعل المنسوب إليها.

(٥) أى و الأصل يقتضى أن الإرث.

(٦) للإرث.

(٧) لو شهد أربعة على المرأة بالزنا، أحدهم الزوج ففى ثبوت حد الزنا عليها بشهادتهم قولان، فعن الأكثر أنها تحدد، و حدها هنا الرجم لأنها محصنه لخبر إبراهيم بن نعيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن أربعة شهدوا على امرأه بالزنا، أحدهم زوجها، قال: تجوز شهادتهم) (١).

و يؤيده قوله تعالى فى آيه اللعان وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ (٢) ، و هو مشعر بأن نفسه شاهد أيضا لو حصل معه تمام العدد.

و عن الصدوق و ابن البراج و جماعه أنها لا تحدد، بل يحدّ الشهود. الثلاثة و يلاعن الزوج لخبر زراره عن أحدهما عليهما السّلام (فى أربعة شهدوا على امرأه بالزنا أحدهم زوجها، قال:

يلاعن الزوج و يجلّم الآخرون) (٣) ، و يؤيده قوله تعالى: لَوْ لَا جَاءُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ (٤) بناء على رجوع الضمير فى (جاءوا) إلى القاذفين و منهم الزوج، و لذا لا يقال: جاء الإنسان بنفسه، فلا بدّ من أربعة شهود غير الزوج القاذف.

و الشيخ و جماعه حملوا الخبر الثانى على اختلال بعض شرائط قبول شهادتهم، و هو ليس

ص: ٣٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب اللعان حديث ١.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب اللعان حديث ٢.

٤- (٤) سورة النور، الآية: ١٣.

الزوج مقبوله على زوجته (إن لم تختل الشرائط) المعتبره فى الشهاده (١) (بخلاف ما إذا سبق الزوج بالقذف) فإن شهادته ترد لذلك (٢)، و هو (٣) من جمله اختلال الشرائط، (أو اختلّ غيره (٤) من الشرائط) كاختلاف كلامهم فى الشهاده، أو أدائهم الشهاده مختلفى المجلس، أو عداوه أحدهم لها، أو فسقه، أو غير ذلك (فإنها (٥) حينئذ (٦) لا تحدّ)، لعدم اجتماع شرائط ثبوت الزنا (و يلاعن الزوج) لإسقاط الحد عنه بالقذف، (و إلا) يلاعن (حدّ)، و يحد باقى الشهود للفريه.

و اعلم أن الأخبار، و كلام الأصحاب اختلف فى هذه المسأله فروى إبراهيم بن نعيم عن الصادق عليه السلام جواز شهاده الأربعة الذين أحدهم الزوج، و لا معنى للجواز هنا (٧) إلا الصحه التى يترتب عليها (٨) أثرها، و هو (٩) حد المرأة، و عمل قولاً آخر بل هو عين القول الأول ضروره عدم الخلاف فى عدم السماع مع اختلال الشرائط.

نعم عن السرائر و الوسيله و الجامع الجمع بين الخبرين المتقدمين بأنه إذا سبق الزوج بالقذف فلا بد من أربعة شهداء غيره، لأنه بالقذف ترد شهادته و لذا قال تعالى:

و الَّذِينَ يَزُمُونَ الْمَحْضَيْنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَ لَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَ أُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (١) ، بل الآيه صريحه أنه مع قذفه لا بد من شهاده أربعة ليس الزوج واحدا منهم و أما إذا لم يسبق الزوج بالقذف فيكفى ثلاثه غيره و يكون الزوج رابعا و عليه يحمل خبر قبول شهادتهم.

(١) أى فى قبولها.

(٢) للقذف.

(٣) قذف الزوج لزوجته.

(٤) غير قذف الزوج.

(٥) أى الزوجه.

(٦) حين اختلال الشرائط.

(٧) أى فى الشهاده.

(٨) على شهاده الأربعة.

(٩) الأثر.

ص: ٣٠٣

بها جماعه (١)، و يؤيدها قوله تعالى: وَ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَإِنْ ظَاهَرَهَا (٢) أَنَّهُ (٣) إِذَا كَانَ غَيْرَهُ (٤) فَلَا لَعَانَ، و قوله تعالى وَ اللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِنْ نِسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَهُ مِنْكُمْ (٥) فَإِنْ الظَّاهِرُ كَوْنَ الْخَطَابِ لِلْحَاكِمِ، لِأَنَّهُ (٦) الْمَرْجِعُ فِي الشَّهَادَةِ فِيشْمَلُ (٧) الزَّوْجَ وَ غَيْرَهُ (٨)، وَ رَوَى زُرَّارَهُ عَنْ أَحَدِهِمَا عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي أَرْبَعَةٍ شَهِدُوا عَلَى امْرَأَةٍ بِالزَّوْنِ أَحَدُهُمْ زَوْجُهَا قَالَ: «يَلَاغِنِ وَ يَجْلِدُ الْآخَرُونَ» وَ عَمِلَ بِهَا الصَّدُوقُ وَ جَمَاعَةٌ، وَ يُؤَيِّدُهَا قَوْلُهُ تَعَالَى: لَوْ لَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ (٩).

و المختار القبول (١٠)،

و يمكن الجمع بين الروايتين مع تسليم أسنادهما بحمل الثانيه (١١) على اختلال شرائط الشهاده كسبق الزوج بالقذف، أو غيره كما نبه عليه المصنف بقوله: إن لم تختل الشرائط، و أما تعليلها (١٢) بكون الزوج خصما لها فلا تقبل شهادته عليها، فهو (١٣) في حيز المنع.

(١) بل هو الأكثر.

(٢) أى الآيه.

(٣) أى الزوج.

(٤) أى إذا كان غيره متمما للعدد.

(٥) سورة النساء، الآيه: ١٥.

(٦) أى الحاكم.

(٧) أى ظاهر الآيه.

(٨) بخلاف ما لو كان الخطاب للأزواج فلا بد من أربعة ليس هو منهم.

(٩) سورة النور، الآيه: ١٣، و هى ظاهره فى لابيده الأربعة من غير الزوج.

(١٠) قبول شهادتهم و إن كان الزوج واحدا عنهم.

(١١) و هى روايه زراره الداله على رد شهادتهم.

(١٢) أى تعليل روايه زراره الداله على رد شهادتهم، لعدم قبول شهاده الزوج فى حقها، لأنه خصم لها حين شهادته عليها، و شهاده الخصم غير مقبوله على خصمه هذا و التعليل من ابن البراج ليس فى محله، لأنه لا بد أن يكون خصما لها قبل شهادته لا بسبب شهادته.

(١٣) أى التعليل.

ص: ٣٠٤

كتاب العتق

اشاره

ص: ٣٠٥

فى معنى العتق و ثوابه

و هو لغه الخلوص، و منه (٢) سميت جياذ الخيل عتاقا (٣)، و البيت الشريف عتيقا (٤). و شرعا (٥) خلوص المملوك الآدمى، أو بعضه من الرق، و بالنسبه (٦) إلى (١) العتق - بالكسر على ما قيل - هو الحريه، و بالفتح مصدر كالإعتاق، و يقال: عتق العبد أى خرج عن الرق فهو عتيق، و قال الشارح هنا و فى المسالك تبعا للفاضل فى التحرير بأنه لغه هو الخلوص، و منه سمى البيت الشريف عتيقا لخلوصه من أيدي الجبابره، و الخيل الجياذ عتاقا، و شرعا خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق بالنسبه إلى مطلق العتق، و بالنسبه إلى المباشره - التى هى مقصود الكتاب - تخلص الآدمى أو بعضه من الرق منجزا بصيغه مخصوصه.

و علق صاحب الجواهر عليه بأنه لم يجد المعنى المزبور فيما حضره من كتب اللغه المتقدمه عليهما، بل نقل عن الصحاح أن وصف البيت بالعتيق لقدمه، و الخيل بالعتاق لجودتها و أن من معانى العتق الحريه، و لذا فسّر العتق بالحريه الفاضل المقداد فى التنقيح.

(٢) أى و من الخلوص.

(٣) من الهجنه.

(٤) لخلوصه من أيدي الجبابره، أو لتخلصه من الطوفان.

(٥) أى و العتق شرعا هو خلوص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق، سواء كان خلوصه قهريا كما لو نكل به مولاه أو ملكه أحد أبناءه، أو كان اختياريا كما لو باشر مولاه عتقه بالصيغه المخصوصه، و هذا بالنسبه إلى مطلق العتق.

(٦) عطف على المعنى الشرعى للعتق، غير أن المتقدم بالنسبه لمطلق العتق، و هذا بالنسبه

عتق المباشره المقصود بالذات من الكتاب (١) تخلص المملوك الآدمي، أو بعضه من الرق منجزا (٢) بصيغه مخصوصه. (و فيه أجر عظيم (٣) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ (٤): «من لمباشره العتق من المولى، و هو من باب عطف الخاص على العام، و المباشره المذكوره هي مقصود كتاب العتق.

(١) أي كتاب العتق.

(٢) أي فعلا.

(٣) اتفق المسلمون على فضل العتق خصوصا في يوم عرفه و عشيتها، ففي خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (يستحب للرجل أن يتقرب إلى الله عشيه عرفه و يوم عرفه بالعتق و الصدقه) (١)، و في خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام أعتق ألف مملوك من كدّ يده) (٢)، و في خبر إبراهيم بن أبي البلاد عن أبيه رفعه قال:

(قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا من النار، فإن كانت أنثى أعتق الله بكل عضوين منها عضوا منه من النار، لأن المرأة بنصف الرجل) (٣)، و في صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: من أعتق مسلما أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو منه عضوا من النار) (٤)، و في صحيح حفص البختری عن أبي عبد الله عليه السلام (في الرجل يعتق المملوك قال: يعتق الله عزّ و جلّ بكل عضو منه عضوا من النار) (٥).

ففي بعضها قد ذكر المملوك، و في آخر المسلم و في ثالث المؤمن، و من الممكن الجمع بينها فيكون الجزاء المذكور و هو الفكاك من النار مترتبا على عتق المؤمن.

و هذا لا يقلل من استحباب مطلق العتق لقوله تعالى: فَكَرَبِهِ (٦)، و لأنه قد جعله الله كفاره لقتل المؤمن و لغيره، و لما فيه من تخليص الآدمي المعصوم الدم من ضرر الرق، و لما فيه من تملك الرق منافعه و تكميل أحكامه.

(٤) كما في مرفوع ابن أبي البلاد المتقدم.

ص: ٣٠٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ١.
- ٦- (٦) سورة البلد، الآية: ١٣.

أعتق مؤمنا أعتق الله العزيز الجبار بكل عضو عضوا له من النار فإن كان أنثى أعتق الله العزيز الجبار بكل عضوين منها عضوا من النار لأن المرأة نصف الرجل». وقال صلى الله عليه وآله وسلم (١): «من أعتق رقبة مؤمنة كانت فداءه من النار»، ولما فيه من تخليص الآدمي من ضرر الرق و تملكه منافعه، و تكمل أحكامه.

و يحصل العتق باختيار سببه (٢)، و غيره (٣).

فالأول (٤) بالصيغة (٥) المنجزة (٦)، و التدبير، و الكتابه، و الاستيلاد، و شراء الذكر أحد (٧) العمودين، أو المحارم (٨) من النساء، و الأنثى (٩) أحد العمودين، و إسلام المملوك في دار الحرب قبل مولاه (١٠) مع خروجه منها (١١) قبله، و تنكيل المولى به (١٢).

هذا إذا كان المعتق ذكرا، و أما لو كان أنثى فالظاهر من العله المذكوره أنه يعتق من النار العضو في قبال العضو، و يؤيده مرسل محمد بن جمهور عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام (أن فاطمه بنت أسد قالت لرسول الله صلى الله عليه وآله و سلم يوما: إني أريد أن أعتق جاريتي هذه، فقال لها: إن فعلت أعتق الله بكل عضو منها عضوا منك من النار) (١).

(١) كما في خبر غوالي اللثالي (٢).

(٢) أى سبب العتق.

(٣) أى غير الاختيار.

(٤) و هو حصول العتق باختيار سببه.

(٥) و هو عتق المباشره.

(٦) أى غير المعلقه.

(٧) من أبويه و أبنائه.

(٨) عطف على أحد العمودين، و المعنى و شراء الذكر المحارم من النساء كالأخت و العمه و الخاله.

(٩) عطف على الذكر، و المعنى و شراء الأنثى أحد العمودين.

(١٠) أى قبل إسلام مولاه.

(١١) أى مع خروج المملوك من دار الحرب قبل خروج مولاه.

(١٢) كقطع المولى أنف عبده أو أذنه، و سيأتي كل فى بابه.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من كتاب العتق حديث ١٣.

و الثاني (١) بالجذام، و العمى، و الإقعاد، و موت المورث (٢)، و كون أحد الأبوين حرا إلا أن يشترط رقه (٣) على الخلاف. و هذه الأسباب، منها تامه فى العتق، كالاتاق بالصيغه، و شراء القريب، و التنكيل، و الجذام و الإقعاد.

و منها ناقصه تتوقف على أمر آخر، كالاتيلاذ (٤) لتوقفه (٥) على موت المولى و أمور آخر، و الكتابه لتوقفها على أداء المال، و التدبير لتوقفه على موت المولى، و نفوذه (٦) من ثلث ماله، و موت (٧) المورث، لتوقفه (٨) على دفع القيمه إلى مالكه، و غيره مما يفصل فى محله إن شاء الله تعالى.

فى صيغه العتق

و يفتقر الأول (٩) إلى صيغه مخصوصه،(و عبارته الصريحه التحرير (١٠) مثل) (١) و هو حصول العتق بغير اختيار سببه.

(٢) أى موت مورث العبد فيعتق جبرا كما سيجىء.

(٣) أى رق الولد، و قد تقدم فى كتاب نكاح العبيد و الإمام.

(٤) فهو لا يوجب عتق الأمه ما لم ينضم إليه موت المولى، و بقاء ولدها حيا.

(٥) أى توقف الاستيلاذ المؤثر فى العتق.

(٦) أى نفوذ تدبير المولى.

(٧) عطف على التدبير و الكتابه و الاستيلاذ.

(٨) أى توقف موت المورث المؤثر فى عتق الوارث.

(٩) و هو العتق بالصيغه المنجزه، هذا و اعلم أنه لا بد لوقوع العتق من صيغه تدل عليه كغيره من الأحكام المتوقف وقوعها على الصيغ الخاصه.

(١٠) قد اتفق الأصحاب - كما فى المسالك - على وقوع العتق بصيغه التحرير، كأن يقول:

أنت أو هو أو فلان حر، و قد استعمل لفظ التحرير فى العتق صراحه فى قوله تعالى:

وَ مَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (١).

و اتفقوا أيضا على عدم وقوع العتق بالكنايه المحتمله له و لغيره، و إن قصد العتق بها، كقوله: فككت رقتك أو أنت سائبه أو لا سبيل لى عليك و نحو ذلك ضروره كون المدار على ما ثبت من النصوص فى إنشاء العتق، و لم يثبت فيها ما يدل على كفايه الكنايه فضلا عن اشتراط اللفظ الصريح فى العتق، لأنه إيقاع لازم، و الكنايه غير صريحه، و منه

١- (١) سورة النساء، الآية: ٩٢.

(أنت) مثلاً أو هذا، أو فلان (حر). و وقوعه بلفظ التحرير موضع وفاق، و صراحته فيه (١) واضحه. قال الله تعالى: وَ مَنْ قَتَلَ
مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبِهِ مُؤْمِنَةٌ (و فى قوله: أنت عتيق، أو معتق خلاف) منشؤه الشك فى كونه (٢) مرادفاً للتحرير، فيدل عليه (٣)
صريحا أو كناية (٤) عنه فلا يقع به.

(و الأقرب وقوعه) به (٥)، لغبه استعماله فيه (٦) فى اللغة، و الحديث (٧)، و العرف. و قد تقدم بعضه (٨)، و اتفق الأصحاب
على صحته (٩) فى قول السيد لأئمة: اعتقتك و تزوجتك (١٠) الخ.

تعرف ضعف ما عن العامه من كفايه الكنايه.

نعم اختلفوا فى لفظ الإعتاق كقوله: اعتقتك و منشؤه ورود لفظ الإعتاق فى بعض النصوص الواردة فى العتق كما تقدم فى
كتاب النكاح فيمن قال لأئمة: أعتقتك و تزوجتك (١)، و ما ورد (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٢) و ما ورد (لا عتق إلا
ما طلب به وجه الله عزّ و جلّ) (٣)، و لأن الإعتاق دال على العتق لغه و عرفا و شرعا فضلا عن استعماله الكثير فى ذلك و لازمه
القطع بوقوعه به، لأن الإعتاق صريح فيه، و منه تعرف ضعف التردد عن المحقق فى الشرائع بدعوى احتمال كونه كناية عن
العتق.

(١) أى و صراحه التحرير فى العتق.

(٢) كون الإعتاق.

(٣) أى فيدل الإعتاق على العتق صريحا و لازمه وقوعه به.

(٤) عطف على قوله (مرادفا) و المعنى و الشك فى كون الإعتاق كناية عن العتق، فلا يقع به.

(٥) أى و الأقرب وقوع العتق بالإعتاق.

(٦) أى لغبه استعمال الإعتاق فى العتق.

(٧) كالخبر المتقدم (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٣).

(٨) أى قد تقدم بعض استعمال الإعتاق فى العتق فى نكاح العبيد و الإماماء.

(٩) أى صحه العتق بالإعتاق.

(١٠) و جعلت مهرك عتقتك.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١ و ٢.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١.

(و لا- عبره بغير ذلك (١) من الألفاظ) التي لم توضع له (٢) شرعا (صريحا كان) في إزاله الرق (مثل أزلت عنك الرق، أو فككت رقبتك، أو كناية عنه (٣) تحتمل غير العتق (مثل أنت) بفتح التاء (سائبه (٤)، أو لا ملك لى عليك، أو لا سلطان، أو لا سبيل، أو أنت مولاي (٥)، و يدخل في غير ذلك (٦) ما دل على الاعتاق بلفظ الماضى (٧) الذى يقع به (٨) غيره (٩) كأعتقتك. بل الصريح (١٠) محضا كحررتك.

و ظاهرهم عدم وقوعه (١١) بهما (١٢) (١) أى بغير التحرير و الإعتاق، هذا و اعلم أن المعتبر فى إنشاء العتق كون اللفظ صريحا فيه و قد ورد النص فيه، فلو كان صريحا و لم يرد فيه نص، مثل أزلت عنك الرق، أو ورد فيه نص و لم يكن صريحا كقوله فككت رقبتك، فلا- يقع العتق بهما، أما الأول فلأن أسباب العتق توقيفيه لأنه عباده أو شبههما لاشتراط قصد التقرب فيه، و ما كان عباده يكون توقيفيا فيقتصر فيها على المنصوص، و أما الثانى فلأن العتق لازم فيقتصر فيه على اللفظ الصريح، و إن استعمل فى العتق فى النصوص كما هو المفروض، إلا أن الاستعمال أعم من الحقيقه.

(٢) للعتق.

(٣) و المعنى أو كان اللفظ كناية عن العتق.

(٤) قال ابن الأثير فى نهايته: (قد تكرر فى الحديث ذكر السائبه و السوائب، كان الرجل إذا أعتق عبدا يقال: هو سائبه فلا عقل بينهما و لا ميراث) انتهى.

(٥) المولى يأتى بمعنى السيد و يأتى بمعنى المعتق.

(٦) المراد من (غير ذلك) ما ورد فى عباره الماتن سابقا: (و لا عبره بغير ذلك من الألفاظ)، و قد عرفت أن المراد من غير ذلك هو غير التحرير و الإعتاق الصريحين و الواردين شرعا.

(٧) و هو قوله: أعتقتك.

(٨) بلفظ الماضى.

(٩) غير العتق كالبيع و النكاح.

(١٠) أى ما دل على العتق صراحه و هو التحرير، فماضيه و هو: حررتك داخل فى غير ذلك من عباره الماتن.

(١١) عدم وقوع العتق.

(١٢) بماضى الإعتاق و ماضى التحرير، هذا و قد عرفت أن المدار على المنصوص مع الصراحه فى صيغه العتق، و عرفت أن التحرير و الإعتاق صريحان، إلا أن المنصوص منهما هو

و لعله لبعده الماضى عن الإنشاء، و قيامه مقامه (١) فى العقود على وجه النقل خلاف الأصل فيقتصر فيه (٢) على محله (٣)، مع احتمال الوقوع به (٤) هنا (٥)، لظهوره فيه (٦).

(و كذا لا عبره بالنداء مثل يا حر (٧)، و يا عتيق، و يا معتق (و إن قصد التحرير بذلك (٨) المذكور من اللفظ غير المنقول شرعا (٩)، و منه (١٠) الكنايه (١١)، و النداء (١٢) (أنت حر و أعتقتك) فقط فلا بد من الاقتصار على هاتين الصيغتين، و لا يصح إنشاء العتق بغيرهما و إن كان مشتقا من التحرير أو الإعتاق.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالعجب من الشارح حيث استظهر اتفاقهم على عدم وقوع العتق بماضى الإعتاق مع أنه قد صرح سابقا باتفاق الأصحاب على صحه العتق به فى قول السيد لأتمته: أعتقتك و تزوجتك و من جهه ثالثه تعرف عدم وقوع العتق بقوله:

أنت عتيق أو معتق لأنه غير منصوص، فما استقر به الماتن و تبعه عليه الشارح سابقا ليس فى محله.

(١) أى و قيام الماضى مقام الإنشاء.

(٢) فى هذا القيام.

(٣) و محله العقود دون الإيقاع و العتق إيقاع.

(٤) بلفظ الماضى.

(٥) فى العتق.

(٦) أى لظهور ماضى الإعتاق و التحرير فى العتق.

(٧) إذا قال لعبده يا حرّ، و قد قصد النداء و باسمه الموضوع قبل ذلك، أو أحدث له ذلك الاسم و ناداه به لم يعتق قطعا، لعدم قصد الإنشاء، و إن قصد التحرير و العتق، فلا يقع العتق لأنه بغير الصيغه المعهوده شرعا، و عن بعض العامه الوقوع، لأن حرف الإشاره إلى المملوك غير معتبر بخصوصه و إنما الغرض تميّزه و هو حاصل و لو بحرف النداء، و صيغه التحرير حاصله بقوله: حرّ أو ما فى معناه، و لا أقل من كونه كنايه و العتق يقع بها، و مما تقدم تعرف ضعفه.

(٨) أى بالنداء.

(٩) إذ المذكور موضوع للنداء و لم ينقل شرعا إلى الإنشاء.

(١٠) أى و من اللفظ غير المنقول شرعا إلى الإنشاء.

(١١) مثل يا عتيق إن قصد به الإنشاء.

(١٢) مثل يا عتيق إن قصد به النداء.

ص: ٣١٣

(كله) اقتصارا في الحكم بالحرية على موضع (١) اليقين، و لبعء النداء عن الإنشاء (٢).

و ربما اءتمل الوقوع به (٣) من ءء إن ءرف الإءاره (٤) إلى المملوك لم يعءبره الشارع بءصوءه، و إنما الاءءبار بالءءرير، و الاءءاق (٥) و اسءعمال يا بءعنى أنء، أو فلان مع القصد (٦) ءائز.

و يءعف بأن ءايه ذلك (٧) أن يكون ءنايه، لا صرءءا فلا يقع به (٨)، و لا يءرء الملك المءلوم عن أصله (٩).

و ءء لا يكون اللفظ مؤءرا شرءا في الءكم (١٠) لا- ينفعه ضم القصد (١١) إليه (١٢). و ءبه (١٣) بالءايه على ءلاف من اءءفى بءير الصرء (١٤) إذا انضم إلى النيه (١٥) من العامه

و يقوى الإشءال لو كان اسمها ءره فقال: أنء ءره و شك في قصده (١٦)، (١) و موضعه ما لو كان اللفظ صرءا و منصوبا.

(٢) أى لبعء النداء عن إنشاء ءرءه.

(٣) أى وقوع العءق بالنداء.

(٤) و هو (يا).

(٥) و هما ءاصلان عند قول: يا ءر و يا عءق.

(٦) أى قصد العءق و ءءرير.

(٧) أى ءايه النداء مع قصد ءءرير.

(٨) أى فلا يقع العءق بالنداء.

(٩) و الملك المءلوم هو العبد المملوك لءيده فببقى على المملوكه عند الشء في ءءق ءءرير بالءنايه.

(١٠) في العءق و ءءرير.

(١١) أى قصد ءءرير.

(١٢) إلى اللفظ ءير المؤءر شرءا.

(١٣) أى ءبه المائن بالءايه و هى قوله (و إن قصد ءءرير بذلك).

(١٤) من الءنايه و النداء.

(١٥) أى نيه ءءرير.

(١٦) لو كان اسمها حره فقال مولاها: أنت حره، فإن قصد الإخبار لم تنعتق قطعا لعدم قصد

ص: ٣١٤

لمطابقه (١) اللفظ للمتفق على التحرير به (٢)، و احتمال (٣) الإخبار بالاسم.

و الأقوى عدم الوقوع (٤)، نعم لو صرح بقصد الإنشاء صح (٥)، كما أنه لو صرح بقصد الأخبار قبل (٦) و لم يعتق.

في اعتبار التعيين

(و في اعتبار التعيين) للمعتق (نظر) (٧) منشؤه: النظر إلى عموم الأدله الداله التحرير، و إن قصد الإنشاء صح قطعاً، لأنه لفظ صريح و منصوص.

و إن جهل الأمران رجع في قوله إلى نيته، لأن اللفظ مشترك بين معنيين فيرجع إليه في صرفه إلى أحدهما كما في كل مشترك، و يقبل قوله في ذلك.

و إن لم يمكن الاستعلام فيه عن نيته لموت و نحوه لم يحكم بالحرية قطعاً لعدم اليقين بقصد الإنشاء فتبقى على أصاله الرق، و مع ذلك تردد المحقق في الشرائع لأن اللفظ صريح في إنشاء العتق و الصريح لا يحتاج إلى الإخبار عن القصد، و فيه أن احتمال الأخبار مساو لاحتمال الإنشاء فلا غلبه لأحدهما على الآخر حتى يحمل اللفظ عليه عند عدم القرينه الخارجيه.

(١) وجه وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٢) و المتفق على التحرير به هو: أنت حر أو حره.

(٣) وجه عدم وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٤) أى عدم وقوع العتق بهذا اللفظ عند الشك في القصد.

(٥) أى صح العتق.

(٦) أى قبل قوله.

(٧) ذهب الأ-كثر إلى عدم اشتراط تعيين المعتق، لإطلاق أدله العتق، و عن الشهيد في الدروس التوقف، و عن الفخر الجزم باشتراط التعيين لعدم صلاحية تعلق الحكم المعين بالمبهم و لذا كان الحكم المعين لا بد له من محل معين، و هو ممنوع، لأن الإبهام واقع في الشرع كثيراً، و في موردنا ففي خبر محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون له المملوك فيوصى بعتق ثلثهم فقال: كان على عليه السلام يسهم بينهم) (١)، و في خبر محمد بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (إن أبي ترك ستين مملوكاً و أوصى بعتق ثلثهم فأقرعت بينهم فأخرجت عشرين فأعتقتهم) ٢ و مثلها غيرها فأخرج قدر الثلث بالقرعه دليل على جواز إبهام المعتق و عدم اشتراط تعيينه.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦٥ - من كتاب العتق حديث ١ و ٢.

على وقوعه (١) بالصيغة الخاصة، و أصاله (٢) عدم التعيين، و عدم (٣) مانعيه الابهام فى العتق شرعا من حيث وقع (٤) لمريض أعتق عبدا يزيدون عن ثلث ماله و لم يجز الورثه (٥)، و الالتفات (٦) إلى أن العتق أمر معين فلا بد له من محل معين.

و قد تقدّم مثله فى الطلاق المصنف رجح فى شرح الإرشاد الوقوع (٧)، و هنا توقف. و له (٨) وجه إن لم يترجح اعتباره (٩)، فإن لم يعتبر التعيين فقال: أحد عبيدى حر صحّ، و عتّن من شاء (١٠).

و فى وجوب الإنفاق عليهم (١١) قبله (١٢)، و المنع من استخدام أحدهم، و بيعه و جهان. من (١٣) ثبوت النفقه قبل العتق (١٤) و حيث جاز وقوع العتق مبهما فالمرجع إليه فى التعيين، كما لو قال: أحد عبيدى حر صح و رجع فى تعيينه إلى مولاه على المشهور، و قيل يرجع إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، و هو ضعيف إذ لا معيّن هنا فى نفس الأمر حتى يستخرج بالقرعه، لأن مورد القرعه ما كان معيّنا واقعا مشتبهها ظاهرا.

(١) وقوع العتق.

(٢) دليل ثان على عدم التعيين، و المراد منه أصاله عدم اشتراط التعيين عند الشك فى الاشتراط.

(٣) دليل ثالث على عدم اعتبار التعيين.

(٤) أى الإبهام.

(٥) فلم يجيز و الزائد فى الثلث، فيعتق من العبيد بقدر ثلث التركة، و يكون العتق حينئذ متعلقا بالمبهم لا بالمعّين.

(٦) دليل اشتراط التعيين.

(٧) أى وقوع العتق على المبهم.

(٨) أى للتوقف.

(٩) أى اعتبار وقوع العتق على المبهم، و قد عرفت قوه الاعتبار.

(١٠) و فى هذا رد على من ذهب إلى التعيين بالقرعه.

(١١) على العبيد اللذين تحرر أحدهم.

(١٢) قبل التعيين.

(١٣) دليل لوجوب الإنفاق عليهم.

(١٤) أى قبل عتق أحدهم المبهم.

و لم يتحقق (١) بالنسبة إلى كل واحد فيستصحب، و اشتباه (٢) الحر منهم بالرق مع انحصارهم فيحرم استخدامهم و بيعهم (٣)، و من استلزام (٤) ذلك الإنفاق على الحر بسبب الملك (٥)، و المنع (٦) من استعمال المملوك.

و الأقوى الأول (٧)، و احتمال المصنف استخراج المعتق بالقرعة (٨)، و قطع بها (٩) لو مات قبل التعيين.

و يشكل كل منهما (١٠) بأن القرعة لاستخراج ما هو معين في نفسه غير متعين ظاهراً، لا لتحصيل التعيين (١١).

فالأقوى الرجوع إليه فيه (١٢)، أو إلى وارثه بعده (١٣)، و لو عدل المعين عن (١) أي العتق.

(٢) دليل لمنع استخدامهم و بيعهم.

(٣) كما هو الأصل في الشبهه المحصوره.

(٤) دليل لعدم وجوب الإنفاق عليهم.

(٥) أي بسبب الإنفاق على الملك، فلا يجب الإنفاق على الملك حتى لا يلزم بالإنفاق على الحر.

(٦) عطف على الإنفاق، و المعنى و من استلزام منع استخدام الجميع المنع من استخدام المملوك، و التالي باطل فالمقدم مثله في البطلان.

(٧) من وجوب النفقه على الجميع و من منع استخدامهم و بيعهم.

(٨) و لا يرجع إلى المعتق في التعيين، و قد عرفت ضعفه.

(٩) أي و قطع المصنف بالقرعة لو مات المعتق قبل التعيين، و إليه ذهب الشيخ، لأن الوارث غير مطلع على قصد المورث فلا يمكنه التعيين فيتعين الرجوع إلى القرعة.

و أشكال الشارح في المسالك بأن تعيين المورث مجرد اشتهاة لا يفتقر إلى شيء آخر بعد صحه العتق مبهما، و الوارث قائم مقامه، و ليس هناك معتق معين في نفس الأمر حتى يشتهه على الوارث تعيينه و يشتهه عليه مقصود المورث.

(١٠) من الاحتمال و القطع.

(١١) و إجراء القرعة هنا لتحصيل التعيين واقعا.

(١٢) و المعنى فالأقوى الرجوع إلى المعتق في التعيين.

(١٣) أي بعد موت المعتق.

من عينه لم يقبل (١)، و لم يعتق الثاني، إذ لم يبق للعتق محل، بخلاف ما لو اعتق معينا و اشتبه (٢)، ثم عدل فإنهما يعتقان.

في ما يعتبر في المعتق

و يشترط بلوغ المولى (٣) المعتق، و اختياره و رشده (٤)، و قصده إلى العتق، (و التقرب به (٥) إلى الله تعالى)، لأنه عباده، و لقولهم عليه السلام: «لا عتق إلا ما أريد (١) أي لم يقبل عدوله لعدم بقاء موضوع العتق بعد تعيينه السابق، و لازمه بقاء من عدل إليه على أصل الرقيه بعد فرض لغويه التعيين اللاحق.

(٢) أي لو أعتق معينا في نفسه ثم نسيه أرجى حتى يتذكر، لأن المعين هنا معين في نفس الأمر بخلاف السابق، فإن ادعى أنه قد ذكره عمل بقوله و تعين من عينه للعتق، فلو عدل إلى غيره بعد ذلك، فلا يقبل منه هذا العدول، لأنه إنكار بعد إقرار للغير بحق الحرية هذا بالنسبة للمعدول عنه، و أما بالنسبة للمعدول إليه فيعتق أيضا مؤاخذه له بإقراره المتأخر.

(٣) يعتبر في المعتق البلوغ على الأكثر لسلب عبارته الصبي، و خالف الشيخ فجوز عتق الصبي و صدقته إذا بلغ عشرة لما رواه نفس الشيخ في التهذيب عن موسى بن بكر عن زراره عن أبي جعفر عليه السلام (إذا أتى على الغلام عشر سنين، فإنه يجوز له من ماله ما أعتق و تصدق على وجه المعروف فإنه جائز) (١)، و في سندها موسى بن بكر و هو واقفي غير ثقه، و ابن فضال و هو فطحي و إن كان ثقه، مع أن نفس الشيخ في كتاب الوصايا من التهذيب أوقفها على زراره في موضع و أسندها إلى الباقر عليه السلام في آخر، فلا تصلح لمعارضه ما دل على سلب عبارته الصبي إلا أن تحمل على أن ابن العشر قد يبلغ بغير السن كما لو خرج منه منى و هذا أولى من اطراح الرواية، و يعتبر في المعتق العقل أيضا بالاتفاق لسلب عبارته المجنون، و يعتبر القصد و الاختيار لعدم العبره بالساهى و بالمكره، لما تقدم في غيره من الأبواب، و يعتبر في المعتق أيضا عدم الحجر بسفه أو فلس أو مرض فيما لو زاد عن الثلث، لأنه ممنوع من التصرف لتعلق حق الغير حينئذ بالعبد المملوك.

(٤) أي غير سفيه.

(٥) بالعتق و اشتراط التقرب إلى الله محل اتفاق للأخبار.

منها: صحيح حماد و جماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) (٢)، و خبر علي بن أبي حمزه عن أبي عبد الله عليه السلام (لا عتق إلا ما طلب به وجه

ص: ٣١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ١.

به وجه الله تعالى» (و كونه غير محجور عليه بفلس، أو مرض فيما زاد على الثلث) فلا يقع من الصبي (١) وإن بلغ عشرا، ولا من المجنون (٢) المطبق، ولا غيره في غير وقت كماله، ولا المكره (٣)، ولا السفیه (٤)، ولا الناسی (٥)، والغافل و السكران، ولا من غير المتقرب به إلى الله تعالى، سواء قصد الرياء أم لم يقصد شيئا، ولا من المفلس بعد الحجر عليه. أما قبله (٦) فيجوز (٧) وإن استوعب دينه ماله، ولا من المريض إذا استغرق دينه تركته، أو زاد المعتق عن ثلث ماله بعد الدين إن كان (٨)، إلا مع إجازة الغرماء (٩) و الورثة (١٠).

و في الاكتفاء بإجازة الغرماء في الصورة الأولى (١١) و جهان، من أن (١٢) المنع من العتق لحقهم، و من (١٣) اختصاص الوارث بعين التركة.

و الأقوى التوقف (١٤) الله عزّ و جلّ (١)، و خبر عبد الأعلى عن أبي عبد الله عليه السلام (لا طلاق إلا على كتاب الله و لا عتق إلا لوجه الله) (٢).

(١) لاعتبار البلوغ.

(٢) لاعتبار العقل.

(٣) لاعتبار الاختيار.

(٤) لاعتبار الرشد.

(٥) هذا و ما بعده لاعتبار القصد.

(٦) أي قبل الحجر.

(٧) لأن دين الغرماء متعلق بالذمه فقط و لم ينتقل إلى المال.

(٨) أي الدين.

(٩) فيما لو استوعب دين المريض تركته.

(١٠) فيما لو زاد المعتق عن ثلث ماله.

(١١) و هو ما لو استوعب دين المريض تركته.

(١٢) دليل للاكتفاء بإجازة الغرماء.

(١٣) دليل لعدم الاكتفاء.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب العتق حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب الإيمان حديث ٩.

على إجازته الجميع (١).

فى صحه مباشره الكافر

(و الأقرب صحه مباشره الكافر) للعتق (٢)، لإطلاق الأدله (٣)، أو عمومها (٤)، و لأن العتق (٥) (١) من الغرماء الورثه و هذا إذا كان المعتق أزيد من ثلث ماله و إلا فلا معنى لإجازته الورثه.

(٢) للأصحاب فى إسلام المعتق - بالكسر - أقوال:

الأول: ما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و المبسوط من عدم اشتراط إسلام المعتق مطلقا، لأن العتق فك ملك و تصرف مالى و نفع للغير، و الكافر أهل لذلك، بل ملكه أضعف من ملك المسلم ففكه أسهل، و لأن الخبر المتقدم (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله) (١) محمول على نفي الكمال لا على نفي الصحه، و لذا وقع الاتفاق على بطلان عباده الكافر المحضه، دون عتقه و صدقته و نحوهما من التصرفات المالىه المشتمله على العباده ترجيحاً لجانب المالىه على العباده.

القول الثانى: اشتراط الإسلام، و إليه ذهب المحقق و ابن إدريس و العلامه فى أكثر كتبه، لأن العتق مشروط بنيه القربه لصحيح هشام بن سالم المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا عتق إلا ما أريد به وجه الله تعالى) ٢، و نيه القربه متعذره من الكافر، و لذا أجمعوا على بطلان عبادته المشروطه بالنيه، و لأن العباده ملزومه للثواب حيث تقع صحيحه، و لا ثواب إلا بدخول الجنه حتى يثاب فيها، و دخول الجنه ممتنع فى حق الكافر، و الأصل فى الخبر أن يحمل على نفي الحقيقه لمقام (اللا) النافيه للجنس، و حملة على نفي الكمال لأنه أقرب المجازات إنما يتم بعد كون المعنى الحقيقى غير مراد، و لا دليل على عدم إرادته.

القول الثالث: ما اشتهر بين المتأخرين من التفصيل بين كون كفره بجحد الألوهيه أصلا فلا يصح العتق منه لتعذر قصد القربه منه، و بين كون كفره بجحد الرسول أو فريضه مع إقراره بالله تعالى كالكتابى فيصح العتق منه، لإمكان تأتى قصد القربه منه، و الخبر المتقدم لا يدل على أزيد من الإقرار بالله حتى يصح قصد التقرب منه، و لا يدل على ترتب الثواب فى صحه العتق.

(٣) أى أدله العتق.

(٤) الفرق بين العموم و الإطلاق هو: أن المراد من العموم جميع الأفراد بطريق الاستغراق وضعاً، و المراد من الإطلاق فرد واحد لا على نحو التعيين ببركه مقدمات الحكمه.

(٥) دليل ثان على صحه عتق الكافر.

ص: ٣٢٠

إزاله ملك (١)، و ملك (٢) الكافر أضعف من ملك المسلم فهو أولى بقبول الزوال، و اشتراطه (٣) بنيه القربه لا ينافيه (٤)، لأن ظاهر الخبر السالف أن المراد منها (٥) إرادته وجه الله تعالى، سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

و هذا القدر ممكن ممن يقرّ بالله تعالى (٦). نعم لو كان الكفر بجحد الالهيه مطلقا (٧) توجه إليه (٨) المنع (٩)، و كونه (١٠) عباده مطلقا (١١) ممنوع، بل هو عباده خاصه يغلب فيها (١٢) فك الملك فلا يمتنع (١٣) من الكافر مطلقا (١٤).

و قيل: لا- يقع من الكافر مطلقا (١٥) نظرا إلى أنه (١٦) عباده تتوقف على القربه، و أن المعتبر (١٧) من القربه ترتب أثرها من الثواب، لا مطلق طلبها (١٨) كما ينه عليه (١٩) (١) و الكافر أهل للتصرف في ماله.

(٢) دليل ثالث.

(٣) أى اشتراط العتق.

(٤) لا ينافى العتق من الكافر.

(٥) من نيه القربه.

(٦) هذا دليل من فصل، مع أن الشارح فى مقام الاستدلال على صحه العتق من الكافر مطلقا.

(٧) من كل الجهات.

(٨) إلى الجاحد.

(٩) المنع من صحه العتق.

(١٠) و كون العتق.

(١١) أى محضه.

(١٢) فى هذه العباده الخاصه.

(١٣) أى العتق.

(١٤) أى أصلا.

(١٥) سواء كان جاحدا بالألوهيه أم بالرساله، أم ببعض الضروريات.

(١٦) أى العتق.

(١٧) تتمه للدليل.

(١٨) أى طلب القربه.

(١٩) على أن المعتبر من القربه ترتب أثرها من الثواب.

ص: ٣٢١

حكمهم ببطلان صلاته، و صومه، لتعذر القربه منه، فإن القدر المتعذر هو هذا المعنى (١)، لا ما ادعوه أولاً (٢)، و لأن (٣) العتق شرعاً ملزوم للولاء (٤) و لا يثبت ولاء الكافر على المسلم (٥)، لأنه (٦)، سبيل منفي عنه (٧)، و انتفاء اللازم (٨) يستلزم انتفاء الملزوم (٩):

و فى الأول (١٠) ما مرّ (١١).

و فى الثانى (١٢) أن الكفر مانع من الارث كالقتل (١٣)، كما هو مانع فى النسب.

(١) و هو ترتب أثرها من الثواب فى حق الكافر حيث إنه ممنوع من دخول الجنة، و لا ثواب إلا بدخولها.

(٢) و هو إرادته وجه الله تعالى سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

(٣) دليل ثان على عدم صحه العتق من مطلق الكافر.

(٤) أى ولاء العتق، فيرث الكافر من أعتقه عند موته على تقدير عدم وجود القرب النسبى.

(٥) و هذا يتم بناء على كون المعتق مسلماً مع أن المدعى أعم.

(٦) أى الولاء المذكور.

(٧) عن المسلم كما فى قوله تعالى: وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً (١).

(٨) من نفى الولاء.

(٩) و هو نفى العتق.

(١٠) أى الدليل الأول على عدم صحه العتق من مطلق الكافر، لأن المعتبر من القربه ترتب أثرها من الثواب.

(١١) من كون المراد من القربه هو طلب وجه الله تعالى سواء حصل الثواب أم لم يحصل.

(١٢) أى فى الدليل الثانى من كون العتق من مطلق الكافر مستلزماً لثبوت ولاء الكافر على المسلم، و هو منفى شرعاً.

(١٣) و حاصله منع الملازمه بين صحه العتق من مطلق الكافر و بين ثبوت ولاء الكافر على المسلم، و هو منفى شرعاً، و وجه المنع أن الكفر مانع عن الإرث فى الولاء كما هو مانع عن الإرث فى النسب، و مثله مثل القتل فى الموانع، و عليه فلا ملازمه لوجود المانع لا لعدم المقتضى.

و الحق أن اتفاهم على بطلان عبادته (١) من الصلاة، و نحوها (٢)، و اختلافهم فى عتقه، و صدقته، و وقفه (٣) عند من يعتبر نيه القربه فيه (٤) يدل على أن لهذا النوع (٥) من التصرف المالى حكما ناقصا (٦) عن مطلق العبادات من حيث المالى، و كون (٧) الغرض منها (٨) نفع الغير فجانب المالى فيها أغلب من جانب العباده، فمن ثم وقع الخلاف فيها (٩)، دون غيرها من العبادات، و القول بصحه عتقه (١٠) متجه مع تحقق قصده إلى القربه (١١) و إن لم يحصل لازمها (١٢).

(و كونه) بالجر عطفًا على مباشره الكافر أى و الأقرب صحه كون الكافر (محلا) للعتق بأن (١٣) يكون العبد المعتق كافرا، لكن بالنذر (١٤) لا غيره) بأن ينذر (١) أى عباده الكافر.

(٢) كالصيام و الحج التى تكون عباده محضه.

(٣) مما هو مشتمل على جانب المالى.

(٤) فى الوقف.

(٥) من أنواع العبادات.

(٦) و هو صحته من الكافر إن تحقق منه قصد القربه و إن لم يترتب عليها أثرها من الثواب.

(٧) عطف على المالى.

(٨) من العباده المالى كالوقف و الصدقه و العتق.

(٩) فى العباده المالى.

(١٠) أى عتق الكافر.

(١١) و ذلك عند عدم جوده بالألوهيه.

(١٢) أى لازم القربه، و هو الثواب، و عدم حصوله لاقتناع دخول الكافر الجنه، و عدم حصول الثواب خارج عن الشرط المعتبر فى صحه العتق، إذ المعتبر قصد القربه لا تحقق الثواب.

(١٣) تفسير كون الكافر محلا للعتق.

(١٤) ذهب الأ-كثر إلى اشتراط إسلام المملوك المعتق لقوله تعالى: **وَلَا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ (١)** و عتق الكافر إنفاق للخبيث فى سبيل الله، و هو منهى عنه و النهى يقتضى الفساد، و لعدم كون محلا- للتقرب إلى الله تعالى، و التقرب شرط فى صحه العتق، و لخبر سيف بن عميره (سألت أبا عبد الله عليه السلام أ يجوز للمسلم أن يعتق مشركا؟ قال: لا) (٢).

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٦٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٥.

عتق مملوك بعينه و هو كافر، أما المنع من عتقه (١) مطلقا (٢) فلأنه (٣) خبيث و عتقه انفاق له (٤) و عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن سعيد فى الجامع عدم الاشتراط و أنه يصح عتق الكافر مطلقا لخبر الحسن بن صالح عن أبى عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام أعتق عبدا له نصرانيا فأسلم حين أعتقه)(١).

و عن الشيخ فى النهايه و الاستبصار أنه يصح عتق الكافر مطلقا مع النذر لا مع عدمه جمعا بين الخبرين السابقين بحمل فعل أمير المؤمنين عليه السلام عند ما أعتق النصرانى على أنه قد نذر عتقه لئلا ينافى النهى عن عتقه مطلقا كما فى خبر سيف.

و فى الأخير ضعف ظاهر إذ الجمع تبرعى لا شاهد له من الأخبار أو العرف، على أن النذر مشروط برجحان متعلقه المنذور قبل النذر، و المفروض أنه منهى عنه قبل النذر فلا رجحان، و معه لا ينعقد النذر حتى يحمل الخبر عليه.

و فى الأول ضعف ظاهر أيضا، لأن النهى عن الإنفاق الخبيث لا يستلزم تحريم عتق الكافر، لأن الخبيث هو الردىء من المال و الإنفاق هو الإعطاء إلى الفقير و أين هذا من عتق الكافر، لأن العتق فكك ملك فى سبيل الله و فكك الملك و إن كان إنفاقا إلا أنه إنفاق من حيث ماله الكافر لا من حيث اعتقاده الخبيث، و ربما كانت ماله خيرا من ماله العبد المسلم، فالكافر من حيث ماله ليس بخبيث، و لو سلم أن النهى عن إنفاق الخبيث فى سبيل الله يشمل عتق الكافر فالنهي المذكور مختص بالصدقه الواجبه لا المستحبه، للإجماع و لجواز الصدقه المستحبه بالرديء من المال و الجيد.

و أما كونه ليس محلا للتقرب إلى الله تعالى فمردود لتوقع إسلامه بعد العتق، و هو أمر محبوب عند الله فيصح التقرب حينئذ.

نعم خير سيف الناهى عن عتق المشرك معارض بخبر ابن صالح الدال على الجواز، و كلاهما ضعيف السند إلا أن خير سيف مجبور بعمل الأصحاب فلا بد من العمل فيه، و منه تعرف ضعف القول الثانى.

(١) من عتق الكافر.

(٢) و إن كان منذورا.

(٣) أى الكافر.

(٤) للخبيث.

ص: ٣٢٤

فى سبيل الله؁ و قد نهى الله تعالى عنه (١) بقوله: وَ لَا تَيَّمُّوْا (٢) الْخَبِيْثَ مِنْهُ تُنْفِقُوْنَ (٣)؁ و لاشتراط القربه فيه (٤) كما مر؁ و لا قربه فى الكافر؁ و لروايه سيف بن عميره عن الصادق عليه السلام قال: سألته أ يجوز للمسلم أن يعتق مملوكا مشركا؟ قال: «لا».

و أما جوازه (٥) بالنذر فللجمع بين ذلك (٦)؁ و بين ما روى «أن عليا عليه السلام أعتق عبدا نصرانيا فأسلم حين أعتقه» بحمله (٧) على النذر.

و الأولى (٨) على عدمه (٩).

و فيهما (١٠) معا نظر؁ لأن (١١) ظاهر الآيه؁ و قول المفسرين أن الخبيث هو الردىء من المال يعطى الفقير. و ربما كانت الماليه فى الكافر خيرا من العبد المسلم؁ و الانفاق لماليته؁ لا لمعتقده الخبيث؁ و مع ذلك فالنهي (١٢) مخصوص بالصدقه الواجبه؁ لعدم تحريم الصدقه المندوبه بما قلّ و ردأ حتى بشقّ تمره اجماعا.

و القربه (١٣) يمكن تحققها فى عتق المولى (١٤) الكافر المقر بالله تعالى الموافق (١٥) (١) عن إنفاق الخبيث فى سبيل الله.

(٢) أى لا تقصدوا.

(٣) سوره البقره؁ الآيه: ٢٦٧.

(٤) فى العتق.

(٥) جواز عتق الكافر.

(٦) بين ما دل على المنع من عتقه.

(٧) بحمل ما روى من فعل أمير المؤمنين عليه السلام.

(٨) و هى روايه سيف بن عميره.

(٩) أى عدم النذر.

(١٠) أى فى القولين السابقين.

(١١) شروع فى رد دليل المنع؁ و هذا رد للدليل الأول.

(١٢) أى النهى فى الآيه المتقدمه.

(١٣) رد للدليل الثانى من أدله المنع.

(١٤) من باب إضافة المصدر إلى فاعله كما هو واضح.

(١٥) مفعول به لقوله (في عتق المولى).

ص: ٣٢٥

له (١) فى الاعتقاد، فإنه يقصد به (٢) وجه الله تعالى كما مر و إن لم يحصل الثواب، و فى المسلم (٣) إذا ظن القربه بالإحسان إليه (٤)، و فك رقبته من الرق، و ترغيبه فى الإسلام كما روى من فعل على عليه الصلاة و السلام، و خبر (٥) سيف مع ضعف سنده (٦) أخص من المدعى (٧)، و لا ضروره (٨) للجمع حينئذ (٩) بما لا يدل عليه اللفظ (١٠) أصلا، فالقول بالصحة مطلقا (١١) مع تحقق القربه (١٢) متجه، و هو (١٣) مختار المصنف فى الشرح (١٤).

فى بطلان عتق الفضولى

(و لا يقف العتق على إجازة المالك) لو وقع من غيره (١٥)، (بل يبطل عتق) (١) للمولى.

(٢) أى فإن المولى يقصد بعتق موافقه فى الاعتقاد.

(٣) أى و فى عتق المسلم للكافر يحصل قصد التقرب إلى الله بما إذا ظن المولى المسلم أن الإحسان إلى الكافر قربه إلى الله، من حيث أن فك رقبته من الرق ترغيب له فى الإسلام.

(٤) إلى الكافر عند عتقه.

(٥) رد للدليل الثالث من أدله المنع.

(٦) لأنه مشتمل على ابن أبى حمزه البطائنى، و هو واقفى خبيث.

(٧) إذ هو وارد فى المشرك و المدعى المنع من عتق مطلق الكافر.

(٨) شروع فى رد دليل الجواز المشروط بالندر.

(٩) أى حين ضعف سند الخبر الدال على المنع مع أنه أخص من المدعى.

(١٠) و هو لفظ الخبرين، فيكون جمعا تبرعيا.

(١١) و إن لم يكن مندورا كما هو مقتضى خبر الحسن بن صالح المتقدم، و فيه أنه ضعيف السند أيضا مع كون خبر سيف المتقدم منجبرا بعمل الأصحاب.

(١٢) فى عتق المملوك الكافر، و إلا فلا يصح العتق.

(١٣) أى القول بالصحة مطلقا.

(١٤) أى شرح الإرشاد.

(١٥) أى لو وقع العتق من غير المالك، هذا و اعلم أنه لو أعتق غير المالك لم ينفذ عتقه و إن أجازة المالك على المشهور كما

فِي الْمَسَالِكِ، وَقَدْ نَفَى الْخِلَافَ فِيهِ فِي كَشْفِ اللَّثَامِ وَالرِّيَاضِ، لِخَيْرِ مَسْمُوعِ بْنِ سَيَّارٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ (قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لَا عَتَقَ إِلَّا بَعْدَ مَلِكٍ) (١)، وَهُوَ

ص: ٣٢٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ ضمن كتاب العتق حديث ٢.

(الفضولي) من رأس اجماعا، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا عتق إلا في ملك»، و وقوعه (١) من غيره بالسرايه خروج (٢) عن المتنازع و استثنائه (٣) إما منقطع، أو نظرا إلى مطلق الانعتاق، و لو علق غير المالك العتق بالملك لغى (٤)، دال على نفي الصحه، لأنه أقرب المجازات إلى نفي الحقيقه المتعذره، و لخبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (من أعتق ما لا يملك فلا يجوز) (١) و ما عن ابن أبي ليلى من العامه نفوذ عتق الفضولي مع إجازة المالك و تقويم العبد عليه إن كان موسرا ضعيف بما سمعت.

(١) أى وقوع العتق من غير المالك بالسرايه، و الحاصل أن الشريك لو أعتق حصته من العبد لسرى العتق إلى حصه شريكه كما سيأتى، و هذه السرايه عتق من الشريك الأول، و هو عتق فى ملك الغير و هذا مناقض للخبر المتقدم (لا عتق إلا بعد ملك).

(٢) ردّ على الإشكال المتقدم، و الحاصل أن السرايه عتق قهري، و الكلام فى العتق الاختيارى المباشري فلا إشكال.

(٣) أى استثناء العتق القهري الحاصل بالسرايه من تحت قاعده (لا عتق إلا بعد ملك) إما استثناء منقطع باعتبار أن المراد من العتق فى القاعده هو العتق الاختيارى المباشري، و إما استثناء متصل باعتبار أن المراد من العتق فى القاعده هو مطلق الإعناق الشامل للاختيارى و القهري.

(٤) بحيث لو قال غير المالك للعبد: إن ملكتك فأنت حر، لم ينعق مع المالك، بلا خلاف فيه، لأنه فضولى من غير المالك فلا يقع، و لأنه تعليق للعتق على الشرط، و تعليقه مبطل له، لأن التعليق مناف للجزم فى إنشاء العتق و للمرسل فى الدعائم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل يقول: إن اشتريت غلاما فهو حر لوجه الله، و إن اشتريت هذا الثوب فهو صدقه لوجه الله، و إن تزوجت فلانه فهى طالق فقال عليه السلام: ليس ذلك كله بشيء، إنما يعتق و يطلق و يتصدق بما يملك) (٢)، نعم يصح تعليق العتق على موت المولى و هو التدبير، و الأصحاب خصوه بمورده للنص و سيأتى البحث فيه، هذا من جهه و من جهه أخرى فالتعليق مبطل سواء كان على الشرط أو الصفه، و قد تقدم مرارا الفرق بينها و أن الشرط ما جاز وقوعه فى الحال و عدمه كمجىء زيد، و الصفه ما لا يحتمل وقوعها فى الحال و يتعين وقوعها فيما بعد كطلوع الشمس فى الغد إذا تقرر بطلان العتق لو علقه غير المالك على الملك فيستثنى منه ما لو جعله ندرا و ما فى معناه كقوله: لله على

ص: ٣٢٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب العتق حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - صمن كتاب العتق حديث ٧.

إلا أن يجعله (١) نذرا، أو ما فى معناه (٢)، كـلله علىّ إعتاقه إن ملكته، فيجب (٣) عند حصول الشرط و يفتقر إلى صيغه العتق (٤) و إن (٥) قال: لله علىّ أنه حر إن ملكته على الأقوى.

و ربما قيل: بالاكْتفاء هنا (٦) بالصيغه الأولى (٧)، اكتفاء بالملك الضمنى كملك القريب أنا ثم يعتق

فى عدم جواز التعليق

(و لا- يجوز تعليقه (٨) على شرط (٩) كقوله: أنت حر إن إعتاقه إن ملكته، فيجب عتقه عند حصول الشرط لعموم الأمر بالوفاء بالنذر، و كذا اليمين و العهد.

نعم لا يعتق العبد بنفسه عند حصول الشرط، لأن العتق مشروط بانتقال العبد إلى ملك الناذر و لو أنا ما قبل العتق فيتعين عتقه بصيغه العتق حينئذ، و عن ابن حمزه و هو ظاهر الشهيد صيرورته حرا بدون صيغه العتق لو كان صيغه النذر: لله علىّ أنه حرّ إن ملكته و اشتراط انتقاله إلى ملك الناذر مسلّم إلا أنه يكفى الملك الضمنى كملك القريب أنا ثم يعتق فيما لو ملك الذكر أحد العمودين أو المحارم من نسائه كأخته و عمته و خالته.

و أوجب أن الالتزام بالملك الضمنى لقيام الدليل على انعقاد القريب إذا تملكه قريبه فمقتضى الجمع بينه و بين ما دل على أنه (لا عتق إلا فى ملك) يقتضى الالتزام بوجود الملك الضمنى أنا ما ثم يعتق.

و أما فى المقام فلا دليل على انعاقه بهذه الصيغه كى يلتزم بالتقدير المذكور، و أدله النذر تقتضى وجوب الوفاء بالمنذور على شرائطه الشرعيه، و لا عتق إلا بصيغته فلا بد من الصيغه حينئذ، نعم لو كانت الصيغه: لله علىّ إعتاقه إن ملكته فلا بد من صيغه العتق بالاتفاق.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى غير المالك، و ضمير المفعول راجع إلى عتق العبد إن ملكه.

(٢) من اليمين و العهد.

(٣) أى يجب العتق و فاء للنذر عند حصول شرطه من التملك.

(٤) و الافتقار متفق عليه هنا.

(٥) و صليه.

(٦) لو كانت صيغه النذر: لله علىّ أنه حر إن ملكته.

(٧) و هى صيغه النذر من دون حاجه إلى صيغه العتق.

(٨) أى تعليق العتق عند إنشائه.

(٩) أى شرط بالمعنى الأعم، فيعم الشرط و الصفه.

ص: ٣٢٨

فعلت كذا (١)، أو إذا طلعت الشمس (٢)، (إلا في التدبير فإنه) يجوز أن (يعلق بالموت) كما سيأتى (لا بغيره (٣)، و إلا (٤) في النذر (٥) حيث لا يفتقر إلى صيغته (٦) إن قلنا به.

(نعم لو نذر عتق عبده عند شرط (٧) (١) تمثيل للشرط.

(٢) تمثيل للصفه، و قد تقدم تحقيق معناهما.

(٣) أى لا يجوز التعليق فى التدبير بغير الموت، و سيأتى البحث فيه فى محله.

(٤) استثناء ثان من عدم جواز تعليق العتق على الشرط.

(٥) و هو النذر الذى لا يحتاج إلى صيغته العتق كما عن بعض على ما تقدم.

(٦) أى صيغته العتق.

(٧) الفرق بينه و بين ما تقدم، أن ما تقدم كان عن نذر عتق عبد الغير على تقدير تملكه، و هنا عن نذر عتق عبده عند حصول شرط سائغ هذا من جهة و من جهة أخرى فقد عرفت أنه لا يصح تعليق العتق على شرط أو صفه لأنه مناف للجزم و من جهة ثالثة قد حرر فى باب الإيمان و النذور مشروعيه التعليق فى النذر.

و عليه فلو نذر عتق عبده عند حصول شرط سائغ فلا- يخلو إما أن ينذر إعتاقه أو انعاقه، و الأول كما لو قال: لله على إعتاق عبدى إن فعل كذا و هو نذر السبب، و الثانى كما لو قال لله على أنه حر إن فعل كذا، و هو نذر النتيجة. و لا إشكال فى انعقاد النذر و صحته لعموم أدلته، و لا- إشكال فى الاحتياج إلى صيغته العتق فى الأول لأنه نذر بالعتق و لا عتق إلا بالصيغه، و إنما الكلام فى الاحتياج إلى صيغته العتق فى الثانى فظاهر المتن و الشرح أنه لا يحتاج إلى صيغته العتق بالخصوص بل تكفى صيغته النذر المعلقه على الشرط، و هذا استثناء من تعليق صيغته العتق على الشرط المحكوم ببطالها سابقا و فيه:

أولا: أنه ليس ذلك من العتق بالصيغه معلقا، بل هو العتق بالنذر الذى ثبت فيه مشروعيه التعليق، و البحث فى إنشاء العتق بصيغته معلقا.

و ثانيا: منع انعقاد النذر إذا تعلق بالآثار و النتائج التى أوقفها الشارع على صيغ خاصه كالنكاح و الطلاق و العتق، و كذا الكلام لو نذر كون المال لزيد، لأن تملكك الغير مالا بحاجه إلى سبب، و النذر بما هو نذر ليس من أسباب تملكك الغير، نعم النذر سبب فى وجوب الوفاء بالمنذور، و عليه فلا بد أن يكون النذر متعلقا بأسباب تملكك الغير.

و ثالثا: أنه لا- فرق بينه و بين ما تقدم من ناحيه نذر العتق المعلق فلو تم العتق هنا عند تحقق شرط النذر من دون احتياج إلى صيغته العتق ثم هناك، مع أنهما غير ملتزمين به هناك.

سائغ (١) على ما فصل (٢) (انعقد) النذر و انعتق مع وجود الشرط إن كانت الصيغه أنه (٣) إن كان كذا من الشروط السائغه فعبدى حر (٤). و وجب عتقه (٥) إن قال:

فله على أن اعتقه.

و المطابق للعباره (٦) الأول (٧)، لأنه (٨) العتق المعلق (٩)، لا الثانى (١٠) فإنه (١١) الاعتاق.

و مثله (١٢) القول فيما إذا نذر أن يكون ماله صدقه، أو لزيد (١٣) أو أن يتصدق به، أو يعطيه لزيد (١٤) فإنه (١٥) ينتقل عن ملكه بحصول الشرط فى الأول (١٦)، (١) أى غير مخالف للكتاب أو السنه، و هو الشرط المشروع.

(٢) أى على ما فصل قريبا فى صيغه النذر بحيث تاره تتعلق بالإعتاق و أخرى بالانعتاق.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) فالنذر قد تعلق بالانعتاق، و هو نذر النتيجة و الأثر.

(٥) عطف على قوله (و انعتق مع وجود الشرط)، و المعنى انعقد النذر و وجب عتقه عند وجود الشرط إن قال: فله على أن أعتقه، و يكون النذر قد تعلق بالإعتاق، و هو المسمى بنذر السبب.

(٦) أى عبارته المتن عند قوله: (نعم لو نذر عتق عبده عند شرط).

(٧) و هو نذر النتيجة.

(٨) أى الأول.

(٩) و الماتن يريد الاستثناء من عدم انعقاد العتق المعلق، و فيه: أن الأول قد عرفت أنه نذر معلق و ليس بعتق معلق بمعنى إنشاء العتق بصيغته معلقا.

(١٠) و هو نذر السبب.

(١١) فإن الثانى إعتاق و لا بد له من صيغه عند تحقق النذر، فلا تكون صيغه النذر كافيه فى عتقه حتى تكون استثناء من صيغ العتق المعلقه المحكوم ببطالانها.

(١٢) أى و مثل نذر عتق العبد عند شرط.

(١٣) أى ملكا لزيد، و هذان مثالان لنذر النتيجة.

(١٤) و هذان مثالان لنذر السبب.

(١٥) أى فإن المال المنذور.

(١٦) أى فى المثال الأول و هو ما لو نذر أن يكون ماله صدقه.

ص: ٣٣٠

و يصير ملكا لزيد قهريا (١)، بخلاف الأخير (٢)، فإنه (٣) لا يزول ملكه به (٤)، و إنما يجب أن يتصدق، أو يعطى زيدا (٥) فإن لم يفعل (٦) بقى على ملكه (٧) و إن حث.

و يتفرع على ذلك (٨) ابرأؤه (٩) منه قبل القبض (١٠) فيصح (١١) فى الأول (١٢)، دون الثانى (١٣).

فى ما لو شرط عليه فى صيغه العتق خدمته

(و لو شرط عليه (١٤) فى صيغه العتق (خدمته (١٥) (١) فى المثل الثانى و هو ما لو نذر أن يكون ماله ملكا لزيد، و كلاهما من أمثله نذر النتيجة.

(٢) و هو نذر السبب بكلا مثاليه.

(٣) أى الشأن و الواقع.

(٤) أى لا يزول ملك الناذر بسبب النذر.

(٥) لأنه نذر السبب، فلا بد من الإيتاء بالسبب المنذور عند تحقق النذر.

(٦) أى لم يفعل الناذر من التصديق أداء الإعطاء.

(٧) أى بقى المنذور على ملك الناذر.

(٨) على التفرقة بين نذر النتيجة و نذر السبب.

(٩) إبراء الناذر من الدفع، و هو من باب إضافة المصدر إلى مفعوله.

(١٠) و بعد حصول الشرط.

(١١) أى يصح إبراء الناذر من الدفع.

(١٢) و هو نذر النتيجة.

(١٣) أى نذر السبب، لأن المنذور له لا يملكه فى الثانى إلا بعد القبض، فلا يصح الإبراء منه قبل القبض، لأنه إسقاط ما لم يجب، هذا و قد عرفت الإشكال فى نذر النتيجة و منه تعرف الإشكال فيما قدمه الشارح هنا فلا نعيد.

(١٤) على العبد.

(١٥) إذا شرط على العبد أمرا سائغا فى نفس العتق صح العتق و الشرط، فيصح العتق لعموم أدلته، و يصح الشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لخصوص أخبار.

منها: صحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل قال: غلامى حر و عليه عماله كذا و كذا، قال: هو حر و عليه العماله) (٢)، و خير عبد الرحمن عن أبي عبد

ص: ٣٣١

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب العتق حديث ٢.

مدته مضبوطة (١) متصله بالعتق، أو منفصله، أو متفرقه مع الضبط (صح) الشرط و العتق، لعموم «المؤمنون عند شروطهم»، ولأن منافعه المتجدده و رقبته ملك للمولى فإذا أعتقه بالشرط فقد فك رقبته، و غير المشترط من المنافع، و أبقى (٢) المشترط على ملكه فيبقى استصحابا للملك، و وفاء بالشرط.

و هل يشترط قبول العبد الأقوى العدم، و هو (٣) ظاهر إطلاق العبارة (٤) لما ذكرناه (٥).

و وجه اشتراط قبوله (٦) أن الاعتاق يقتضى التحرير، و المنافع تابعه فلا يصح الله عليه السلام (أوصى أمير المؤمنين عليه السلام فقال: إن أبا نيزر و رباحا و جبيرا أعتقوا على أن يعملوا فى المال خمس سنين) (١) و مثلها غيرها.

هذا و يكون عتقا مع شرط لا عتقا معلقا على شرط هذا من جهة و من جهة أخرى لا فرق بين كون الشرط خدمه لمدته معينه أو مالا- معيناً أو غيرهما، و إنما الكلام فى اعتبار قبول المملوك و رضاه بالشرط و عدمه فظاهر الشرائع أنه لا يشترط القبول من المملوك لأن المشترط مالك له و مستحق لمنافعه و كسبه، و له الضريبه المقدوره من العبد فهى إيجاب مال من كسبه، فإذا شرط عليه خدمه أو مالا فقد فك ملكه عنه و عن منافعه و استثنى بعضها، فيبقى هذا البعض على ملك المولى استصحابا و وفاء بالشرط بالإضافة إلى إطلاق النصوص المتقدمه التى لم تشترط قبول العبد.

و قيل يشترط قبوله مطلقا - كما عن العلامة فى التحرير - لاقتضاء التحرير و العتق تبعيه المنافع فلا يصح اشتراط شىء منها إلا بقبول المملوك، و فصل ثالث و هو العلامة فى القواعد فشرط رضاه إن كان المشروط عليه مالا، و نفاه إن كان خدمه، و الفرق أن الخدمه مستحقه للمولى بالأصالة فشرطها كاستثناء بعض العبد عن النقل بخلاف شرط المال فإنه غير مملوك للمولى فلا بد من رضا العبد فى اشتراطه عليه و يدل عليه صحيح حريز و سيأتى التعرض له.

(١) لا بد من التعيين حتى لا يتجهل الشرط فيبطل للغرر.

(٢) أى المولى.

(٣) عدم اشتراط القبول.

(٤) عبارة الماتن لعدم ذكره القبول.

(٥) من كون العبد رقبه و منفعه ملكا للمولى فيجوز له فك رقبته و بعض منافعه دون البعض الآخر.

(٦) قبول العبد.

ص: ٣٣٢

شرط شيء منها (١)، إلا بقبوله.

و هل تجب على المولى نفقته (٢) في المدد المشترطه قيل: نعم، لقطعه (٣) بها (٤) عن التكسب.

و يشكل بأنه لا يستلزم وجوب النفقه كالأجير (٥)، و الموصى بخدمته.

و المناسب للأصل (٦) ثبوتها من بيت المال، أو من الصدقات (٧) لأن أسباب النفقه مضبوطة شرعا و ليس هذا (٨) منها، و للأصل (٩)، و كما يصح اشتراط خدمه يصح اشتراط شيء معين من المال، للعموم.

لكن الأقوى هنا (١٠) اشتراط قبوله (١١)، لأن المولى لا يملك إثبات مال في ذمه العبد، و لصحيحه (١٢) حريز عن الصادق عليه السلام.

(١) من المنافع.

(٢) نفقه العبد، وقع النزاع بينهم في أنه إذا شرط المولى عليه خدمه لمدد معينه بعد العتق فهل تجب نفقه العبد المعتقد مدد خدمه على المعتقد كما عن ابن الجنيد لقطعه عن التكسب، أو لا- تجب كما عن غيره، لأن النفقه تابعه للملك و المفروض زواله، و حينئذ ينعقد عليه من بيت المال أو يستثنى له تكسب مقدار قوته.

(٣) أى لقطع العبد.

(٤) بالخدمه المشترطه.

(٥) تمثيل للمنفى.

(٦) أى علق مدد الشرعيه من أنه من لا كسب له و هو غير قادر عليه فنفقته من بيت المال.

(٧) أى الصدقه الواجبه أعنى الزكاه.

(٨) أى اشتراط خدمته لمولاه.

(٩) أى أصل البراءه من عدم وجوب الإنفاق على المولى.

(١٠) فى اشتراط المال.

(١١) أى قبول العبد، و هذا هو التفصيل و قد تقدم.

(١٢) فقد رواها الكافى و الفقيه عن حريز عن أبى جعفر عليه السلام (عن رجل قال لمملوكه: أنت حر ولى مالك، قال: لا يبدأ بالحرية قبل المال فيقول له: لى مالك و أنت حر، إن يرضى المملوك فإلما للسيد) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من كتاب العتق حديث ٥.

و قيل: لا يشترط (١) كالخدمه، لاستحقاقه (٢) عليه (٣) رقا السعى فى الكسب كما يستحق الخدمه، فإذا شرط عليه مالا فقد استثنى من منافعه بعضها.

و ضعفه ظاهر (٤).

و حيث يشترط الخدمه لا- يتوقف انعقاده على استيفائها (٥) فإن وفى بها (٦)، فى (١) أى لا- يشترط قبول المملوك فى اشتراط المال.

(٢) أى استحقاق المولى.

(٣) على العبد حال كونه رقا.

(٤) لأن المولى لا- يستحق على العبد حال كونه رقا تحصيل المال، و إنما يستحق بذل العمل و إن لم يكسب بالإضافه إلى معارضته لصحيح حريز المتقدم.

(٥) لو شرط فى صيغه العتق خدمه زمان معين صح العتق و الشرط على ما تقدم، و ينعتق العبد بلا خلاف، فلو قضى العبد آبقا تلك المده و قد أخلّ بالخدمه لم يعد فى الرق بلا خلاف أيضا و لا إشكال، بل حتى لو أراد المولى إعادته فلا يعود استصحابا لحرية التى ثبتت بصيغه العتق.

ثم ليس للمالك و لا الورثه إلزامه بالخدمه فى مثلها من المده قطعا، لأن الزمان المعين للخدمه قد فات، و هى ليست مثليه، و لكن هل يثبت للمولى أو لورثته مطالبه المعتق بأجره مثل الخدمه فى تلك المده أو لا؟ فعن الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و جماعه العدم لصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريته و شرط عليها أن تخدمه خمس سنين فأبقت ثم مات الرجل فوجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها؟ قال: لا) (١).

و عن المحقق و ابن إدريس و مشهور المتأخرين لزوم الأجره، لأن الخدمه فى زمن معين حق متقوم بالمال فيثبت على من فوّته قيمته، و هى أجره المثل، و الخبر الصحيح المتقدم لا- ينافيه، لأنه نفى استخدامها و نحن نقول به، لأن مده الخدمه المعينه قد فاتت، و هى ليست مثليه حتى تلزم بالخدمه فى مثلها، و إنما عليها أجره المثل، و الحاصل أن نفى الاستخدام كما فى الخبر لا يقتضى نفى الاجره الثابته لهم عوضا عما فات عليهم من الحق.

(٦) بالخدمه.

ص: ٣٣٤

وقتها و إلا استقرت أجره مثلها (١) في ذمته، لأنها (٢) مستحقه عليه و قد فانت فيرجع إلى أجرتها، و لا فرق بين المعتق، و وارثه في ذلك (٣).

في ما لو شرط عوده في الرق

(و لو شرط (٤) عوده في الرق إن خالف شرطاً) شرطه عليه في صيغه العتق (فالأقرب بطلان العتق (٥)، لتضمن الشرط عود من تثبت حرته رقا و هو (٦) غير جائز (٧)، و لا يرد مثله في المكاتب المشروط (٨)، لأنه (٩) (١) أي مثل الخدمة في الزمن المعين. (٢) أي الخدمة في الزمن المعين.

(٣) في أنه لا يستحق استخدامها بعد فوات زمن الخدمة، و إنما له أجره المثل.

(٤) أي شرط المولى عود العبد إلى الرق إن خالف شرطاً قد اشترطه عليه في صيغه العتق، فعن الشيخ في النهاية و القاضى و جماعه أعيد إلى الرق مع المخالفه عملاً بالشرط لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١)، و لموثق إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يعتق مملوكه و يزوجه ابنته و يشترط عليه إن هو أغارها أن يرده في الرق، قال: له شرطه) (٢).

و عن المحقق في نكت النهاية الحكم بشذوذ الروايه و ضعف سندها و منافاتها لأصول المذهب لأنه اشتراط لاسترقاق من تثبت حرته فيكون شرطاً غير سائغ و يتبعه بطلان العتق، لأن العتق قد قصد بناء على كونه مشروطاً، و إذا فسد الشرط فسد المشروط، و لذا حكم ببطلان الشرط و العتق و عن ابن إدريس بطلان الشرط دون العتق و تبعه عليه فخر المحققين، أما بطلان الشرط فلما تقدم، و أما صحه العتق فلبناء العتق على التغليب.

(٥) و الشرط معاً.

(٦) أي الشرط.

(٧) أي غير مشروع فيكون فاسداً و مفسداً فيبطل العتق.

(٨) حيث يعتقه مولاه بشرط أن يدفع مالا و يقول له: فإن عجزت فأنت رد في الرق، فهو عتق مشروط بشرط متضمن لعود من تثبت حرته رقا، و يجب أن يكون العتق باطلاً مع أنه صحيح بالاتفاق.

(٩) تعليل لعدم الورد، و الحاصل أن المكاتب المشروط لم يخرج عن الرقيه و إن تثبت بالحرية فلم يعد إلى الرقيه إذ لم يخرج عنها.

ص: ٣٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب العتق حديث ٣.

لم يخرج عن الرقيه و إن تشبث بالحرية بوجه (١) ضعيف، بخلاف المعتق بشرط (٢).

و قول (٣) السيد للمكاتب فأنت ردّ في الرق يريد (٤) به الرق المحض (٥)، لا- مطلق (٦) الرق. وقيل: يصح الشرط و يرجع بالاخلال (٧) للعموم (٨)، و روايه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السّلام أنه سأله عن الرجل يعتق مملوكه، و يزوجه ابنته، و يشترط عليه إن أغارها (٩) أن يردّه في الرق. قال: «له شرطه». و طريق الروايه ضعيف (١٠) و متنها (١١) مناف للأصول، فالقول بالبطلان أقوى، و ذهب بعض الأصحاب إلى صحه العتق، و بطلان الشرط، لبنائه (١٢) على التغليب، و يضعف بعدم القصد إليه (١٣) (١) و هو تحرره على تقدير وفائه بتمام المال المشروط عليه.

(٢) فقد خرج عن الرقيه فاشترط عوده إليها فاسد، بخلاف اشتراط عود العبد الذي لم يخرج عن الرقيه إليها.

(٣) دفع وهم، أما الوهم أن المكاتب المشروط لو لم يخرج عن الرقيه فكيف جاز للسيد أن يقول له: أنت رد في الرق.

(٤) دفع الوهم و حاصله أن المكاتب لم يخرج عن الرقيه و معنى قول السيد لعبد: فإن عجزت فأنت رد في الرق المحض الذي ليس بكتابه، لا أن المراد فإن عجزت فأنت رد في مطلق الرق، لأن الرد إلى مطلق الرق فرع كونه حرا و قد عرفت عدم حرّيته. (٥) الذي ليس بكتابه.

(٦) و مطلق الرق مسبوق بالحرية و قد عرفت عدم حرّيته.

(٧) أي إخلال الشرط من قبل العبد و هذا الإخلال شرط في عوده إلى الرقيه، و هو شرط نافذ لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (١).

(٨) أي عموم (المؤمنون عند شروطهم) ٢.

(٩) أغار فلان أهله أي تزوج عليها.

(١٠) لاشتماله على إبراهيم بن هاشم، و هو لم يمدح و لم يذم، و قد تقدم مرارا أنه من شيوخ الإجازة، و هذا ما يغنى عن توثيقه.

(١١) لتضمنه عود الرق بعد الحرية.

(١٢) أي بناء العتق.

(١٣) إلى العتق.

ص: ٣٣٦

مجردا عن الشرط و هو (١) شرط الصحة كغيره (٢) من الشروط.

فى استحباب عتق المملوك المؤمن

(و يستحب عتق) المملوك (المؤمن) ذكرا كان أم أنثى (إذا أتى عليه) فى ملك المولى المندوب (٣) إلى عتقه (سبع سنين (٤)، لقول الصادق عليه السّلام «من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا تحل خدمه من كان مؤمنا بعد سبع سنين». و هو محمول على تأكيد استحباب عتقه، للاجماع على أنه لا يعتق بدون الاعتاق (بل يستحب) العتق (مطلقا (٥) خصوصا للمؤمن، (و يكره عتق العاجز عن الاكتساب إلا أن يعينه) بالانفاق (٦) قال الرضا عليه السّلام: «من اعتق مملوكا لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان على عليه السّلام (١) أى القصد إلى العتق.

(٢) أى كغير القصد من شروط الصحة، و مع عدم القصد إلى العتق مجردا فلا بدّ من الحكم ببطلانه كبطلان الشرط.

(٣) أى الذى وجه إليه الأمر الندبى بالعتق، و هذا احتراز عن المولى غير البالغ و المجنون فلا يوجه إليه الأمر الندبى بعتق عبده.

(٤) لخبر محمد بن عبد الله بن زراره عن بعض آل أعين عن أبى عبد الله عليه السّلام (من كان مؤمنا فقد عتق بعد سبع سنين، أعتقه صاحبه أم لم يعتقه، و لا تحلّ خدمه من كان مؤمنا بعد سبع سنين) (١).

و هو محمول على استحباب عتقه بعد هذه المدة للاتفاق على أنه لا يعتق بنفسه، فالخبر و إن كان مرسلا إلا أن دليل السنن يتأدى بذلك.

(٥) و إن لم تمض عليه سبع سنين فى خدمه مولا، و قد تقدم فى أول هذا الفصل ما يدل على استحباب مطلق العتق.

(٦) لخبر ابن محبوب (كتبت إلى أبى الحسن الرضا عليه السّلام: و سألته عن الرجل يعتق غلاما صغيرا أو شيخا كبيرا، أو من به زمانه و لا حيله له، فقال: من أعتق مملوكا لا حيله له فإن عليه أن يعوله حتى يستغنى عنه، و كذلك كان أمير المؤمنين عليه السّلام يفعل إذا عتق الصغار و من لا حيله له) (٢)، و صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن من أعتق النسمه؟ فقال: أعتق من أغنى نفسه) (٣).

ص: ٣٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب العتق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من كتاب العتق حديث ٣.

يفعل إذا اعتق الصغار، و من لا حيله» له (و) كذا يكره (عتق المخالف (١) للحق في الاعتقاد، للنهي عنه في الأخبار المحمول على الكراهه جمعا. قال الصادق عليه السّلام: ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا- عارفا»(و لا-) يكره عتق (المستضعف) الذي لا- يعرف الحق و لا- يعاند فيه، و لا- يوالى أحدا بعينه، لروايه الحلبي (٢) عن الصادق عليه السّلام قال:

قلت له: الرقبه تعتق من المستضعفين؟ قال: نعم.

السرايه في العتق

(و من خواص العتق السرايه (٣) و هو انتعاق باقى المملوك إذا أعتق بعضه (١) الكراهه في هذه الموارد كراهه عباده، بمعنى قله الثواب، لا- بمعنى أن في تركه أجرا، كيف و قد عرفت أن أصل العتق راجح، هذا و النهى قد ورد في خبر صباح المزنى عن ناجيه (قال: رأيت رجلا عند أبي عبد الله عليه السّلام فقال له: جعلت فداك، إنى أعتقت خادما، و هو ذا أطلب شراء خادم لى منذ سنين فما أقدر عليها؟ فقال: ما فعلت الخادم؟ فقال: حيه، فقال: ردها في مملكتها، ما أغنى الله عن عتق أحدكم تعتقون اليوم، و يكون علينا غدا، لا يجوز لكم أن تعتقوا إلا عارفا)(١)، و النهى فيه محمول على الكراهه لخبر على بن أبى حمزه عن العبد الصالح عليه السّلام: (فيمن أوصى بعتق نسمة - إلى أن قال - فليشتروا من عرض الناس ما لم يكن ناصبا)(٢).

(٢) و هى صحيحه السند(٣).

(٣) فمن أعتق جزءا من عبده و لو يسيرا سرى العتق فيه كله، بلا- فرق في المملوك بين الذكر و الأنثى، و بين كون بعضه غير المعتق مملوكا له أو لشريكه، و بلا فرق في المعتق بين أن يكون مالكا لغيره أو لا، و هذا كله بشرط كون المعتق صحيحا جائز التصرف، و المعتق لا مانع من نفوذ العتق فيه، على المشهور في ذلك كله للأخبار.

منها: خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن رجلا- أعتق بعض غلامه، فقال على عليه السّلام: هو حر كله ليس لله شريك)(٤)، و خبر طلحه بن زيد عن جعفر عن

ص: ٣٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب العتق حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ١.

بشروط (١) خاصه (فمن أعتق شقصا) بكسر الشين أى جزء (من عبده) أو أمته أبيه عليهما السلام (أن رجلا أعتق بعض غلامه، فقال: هو حر كله ليس لله شريك) (١) مضافا إلى الأخبار الداله على سرايه العتق إذا كان بعضه الآخر مملوكا للغير كالنبي (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، فإن كان معسرا خدمت بالحصص) (٣) و عن السيد جمال الدين أحمد بن طوس فى كتابه ملاذ علماء الإماميه الميل إلى عدم السرايه على معتق بعض مملوكه نظرا إلى ضعف سند النصوص المتقدمه مع معارضتها بأخبار آخر.

منها: خبر حمزه بن حمران عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن رجل أعتق نصف جاريه ثم قذفها بالزنا، فقال: أرى أن عليه خمسين جلده و يستغفر الله عزّ و جلّ - إلى أن قال - قلت: فتغضى رأسها منه حين أعتق نصفها؟ قال: نعم و تصلى و هى مختمره الرأس، و لا- تتزوج حتى تؤدى ما عليها أو يعتق النصف الآخر) (٤) و هو محمول على أنه لا- يملك منها أكثر من النصف و يحتمل أن تكون مكاتبه قد أدت نصف ما عليها بدلاله قوله: حتى تؤدى ما عليها.

و صحيح ابن سنان (سأل أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه عتقت ثلث خادمها عند موتها، أعلى أهلها أن يكاتبوها إن شاء و إن أبوا؟ قال عليه السلام: لا، و لكن لها من نفسها ثلثها و للوارث ثلثاها، يستخدمها بحساب الذى له منها، و يكون لها من نفسها بحساب الذى عتق منها) ٥، و هو محمول على ما إذا لم يملك غيرها، و خبر مالك بن عطيه عن أبي بصير (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل أعتق نصف جاريته ثم إنه كاتبها على النصف الآخر بعد ذلك، فقال: فيشترط عليها إن عجزت عن نجومها فإنها رد فى الرق) (٥) و هى محموله على المكاتبه و إن لم يكن لأنه خلاف ظاهرها فترد لأنها لا تصلح لمعارضه ما تقدم الدال على السرايه.

(١) و هى اختيار المولى و إيساره و عدم مرض الموت، و إلا فمع إعساره يستسعى العبد.

ص: ٣٣٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ٢.
- ٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ٣ و ٧.
- ٥- (٦) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

و إن قلّ الجزء سرى العتق فيه أجمع و (عتق كله) و إن لم يملك سواه (١)، (إلا أن يكون) المعتق (مريضا و لم يبرأ) من مرضه الذى اعتق فيه، (و لم يخرج) المملوك (من الثلث) أى ثلث مال المعتق فلا يعتق حينئذ أجمع، بل ما يسعه الثلث (إلا مع الإجازة) من الوارث فيعتق أجمع إن أجازته، و إلا فيحسب ما أجازته.

هذا (٢) هو المشهور بين الأصحاب، و ربما كان إجماعا، و مستنده من الأخبار ضعيف، و من ثم (٣) ذهب السيد جمال الدين بن طاوس إلى عدم السرايه بعتق البعض مطلقا (٤)، استضعافا للدليل المخرج (٥) عن حكم الأصل (٦)، و لموافقته (٧) لمذهب العامه مع أنه (٨) قد روى (٩) حمزه بن حمران عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن الرجل أعتق نصف جاريته ثم قذفها بالزنا قال: فقال: «أرى أن عليه خمسين جلده و يستغفر ربه (١٠)» الحديث. و فى معناه خبران آخران (١١)، و حملها (١٢) الشيخ على أنه لا يملك نصفها الآخر مع إعساره (١٣).

(١) أى لم يكن للمعتق مال سوء المملوك المعتق.

(٢) أى السرايه.

(٣) أى و من ضعف أخبار السرايه، و فيه أن بعضها صحيح مؤيد بالكثير، و عمل المشهور.

(٤) و إن لم يكن المعتق مريضا، أو كان مريضا و قد وفى الثلث بقيمه العبد بتمامه.

(٥) و هو أخبار السرايه.

(٦) إذ الأصل عدم السرايه، و أصاله بقاء الملك.

(٧) أى موافقه السريان لمذهب العامه.

(٨) أن الشأن و الواقع.

(٩) أى بالإضافه إلى ضعف أخبار السرايه و موافقتها للعامه فهناك أخبار تدل على السرايه، و منها خبر حمزه بن حمران المتقدم.

(١٠) و وجه الاستدلال أنه لو سرى العتق إلى تمامها لكان قذفها كقذف الحره موجبا لثمانين جلده و لا معنى لحكم الإمام عليه السلام بالأنقص هذا من جهه و من جهه أخرى فلو أعتق نصفها كما هو المفروض لوجب عليه نصف الحدود هو أربعون مع أن الإمام عليه السلام قد حكم عليه بزياده عشره إلا أن يكون الزائد من جهه التعزير كما احتمله الشيخ فى التهذيب.

(١١) و هما صحيح ابن سنان، و خبر مالك بن عطيه عن أبى بصير المتقدمين.

(١٢) أى الأخبار الثلاثة.

(١٣) أى إعسار المعتق و عدم سعى الجاريه فى الباقي.

(و لو كان له (١) فيه) أى فى المملوك الذى اعتق بعضه (شريك قوم عليه (٢) نصيبه (٣) (و عتق) اجمع (٤) (١) للمولى المعتق.

(٢) على المولى المعتق.

(٣) أى نصيب شريكه.

(٤) أى يسرى العتق إلى نصيب الشريك، هذا و قد عرفت أن المشهور على السرايه سواء كان غير المعتق من العبد مملوكا للغير أم لا، غايته إذا كان غير المعتق مملوكا للغير سرى العتق فى الجميع، و يقوم على المعتق نصيب شريكه إن كان موسرا، و عن الحلبي إطلاق وجوب السعى على العبد فى الفك، و لازمه عدم تضمين المولى المعتق نصيب شريكه.

و لو قصد الإضرار فكذا يضمن المولى المعتق نصيب شريكه إذا كان موسرا على الأكثر، و عن الشيخ و القاضي وجوب السعى على العبد فى الفك عند عدم قصد الإضرار و لو كان المعتق موسرا.

و عن الإسكافي فمع عدم قصد الإضرار تخيير الشريك بين إلزام المعتق قيمه نصيبه و بين إلزام العبد فى وجوب السعى فى فك نفسه.

و عليه فالأقوال ثلاثه فى صورته إيسار المولى المعتق، و منشأ الاختلاف اختلاف الروايات فقد استدلت للأول من تضمين المولى الموسر سواء قصد الإضرار أم لا بصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، قال: إن كان موسرا كلف أن يضمن، و إن كان معسرا خدمت بالحصص) (١)، و النبوى (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله) (٢).

و استدلت للثانى من تضمين المولى الموسر عند قصد الإضرار، و عند عدمه يضمن المعتق بل يسعى العبد فى فك رقبتة لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجلين كان بينهما عبد فأعتق أحدهما نصيبه، فقال: إن كان مضارا كلف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد فى النصف الآخر) (٣)، و صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما، و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق نصيبه لوجه الله كان الغلام قد أعتق

ص: ٣٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٢.

(مع يساره) أى يسار المعتق بأن يملك حال العتق زياده عما يستثنى فى الدين من (١) داره، و خادمه و دابته، و ثيابه اللائقه (٢) بحاله كميّه (٣) و كيفيه (٤) و قوت يومه من حصه من أعتق - إلى أن قال - و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له، لأنه أراد أن يفسد على القوم حصصهم(١).

و مقتضى صناعه حمل المطلق على المقيد أن النصوص داله على القول الثانى الذى ذهب إليه الشيخ و القاضى، إلا أن الشهره على خلافه، نعم ابن إدريس استشكل على هذا القول بأن قصد القربه شرط فى صحه العتق و المضاره تنافى القربه فكيف اجتماعا فى هذا القول، و يردّ أنه قد ورد اجتماعهما فى صحيح محمد بن مسلم و صحيح الحلبي المتقدمين فما يقال فى رفع الأشكال بالنسبه للأخبار يقال فى رفعه بالنسبه لقول الشيخ على أن المراد بالإضرار هو إفساد ملكك شريكه الملزوم للتقويم، و هو صريح النصوص السابقه، و هذا لا ينافى قصد القربه فى عتق نصيبه لله تعالى، و أما القول الثالث من التخيير فقد قال عنه فى الجواهر بأنه لا شاهد له، و أما لو كان المعتق معسرا فسيأتى البحث فيه تفسير ليسار المعتق، و ليس المراد من يساره أن يعدّ من الأغنياء عرفا بل المراد أن يكون مالكا لقيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوته و قوت عياله الواجبى النفقه لظاهر النبوى المتقدم (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق كله)(٢)، و هذا فى الحقيقه تفسير للموسر الوارد فى غير النبوى كصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى جاريه كانت بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه قال: إن كان موسرا كلّف أن يضمن)(٣).

بل ظاهر النبوى المتقدم أن يكون مالكا لقيمه نصيب الشريك فاضلا عن قوته و قوت عياله و مسكنه و داره و خادمه و دابته و ثيابه و كل ما هو محتاج إليه و من ضروراته كما يستثنى فى الدين، و إلا فلا يصدق عليه أنه صاحب مال، و عن ظاهر الشرائع عدم استثناء المسكن و الخادم و غيرهما، لأنه استثنى له قوت يومه له و لعياله فقط.

(١) متعلق بقوله: (عما يستثنى).

(٢) صفه لجميع ما ذكر.

(٣) بأن تكون الثياب واحدا أو اثنين أو ثلاثه.

(٤) بأن تكون الثياب من الحرير أو الكتان أو القطن أو غيرها.

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٢.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧.

له (١)، و لعياله ما (٢) يسع قيمه نصيب الشريك فتدفع إليه (٣) و يعتق.

و لو كان مديونا (٤) يستغرق دينه ماله (٥) الذى يصرف فيه، ففى كونه موسرا، أو معسرا قولان (٦) أوجههما الأول، لبقاء الملك (٧) معه (٨).

و هل تنعتق حصه الشريك بعق المالك حصته (٩)، (١) للمعتق.

(٢) مفعول به لقوله: (بأن يملك حاله العتق).

(٣) أى إلى الشريك.

(٤) بعد استثناء ما ذكر.

(٥) أى المال الذى يصرف فى العتق.

(٦) الأول: أنه لا يمنع الدين المذكور السرايه، لأنه موسر كما هو ظاهر الشرائع، لأنه مالك لما فى يده من المال المساوى لدينه، و هو نافذ التصرف فيه، حتى لو اشترى بما يملك من المال عبدا فأعتقه نفذ، فكذلك ينفذ عتقه فى مفروض مسألتنا و يقوم عليه نصيب الشريك.

الثانى: منع الدين المذكور للسرايه، لأنه معسر كما عن القواعد، لأنه فقير شرعا و تحلّ له الزكاه.

(٧) أى ملك ما يوجد عنده من المال الذى يصرفه فى العتق، و مع بقاء هذا الملك فهو موسر.

(٨) مع الدين.

(٩) اختلف فى وقت انعقاد حصه الشريك مع اجتماع شروط السرايه، فعلى المشهور أنه وقت أداء قيمه إليه، لأن للأداء مدخله فى الانعقاد، و لذا لا يعتق مع الإعسار، و لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (من كان شريكا فى عبد أو أمه قليل أو كثير فأعتق حصته و لم يبعه فليشتره من صاحبه فيعتقه كله، و إن لم يكن له سعه من المال نظر قيمته يوم أعتق ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق) (١).

و المراد بشرائه منه أداء قيمته نصيبه لعدم اعتبار الشراء الحقيقى بالاتفاق، و عن ابن إدريس أنه ينعق وقت صيغه العتق، لأن ذلك هو مقتضى السرايه، و هو مقتضى الأخبار الداله عليها كالنبوى (إذا كان العبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه و كان له مال فقد عتق

ص: ٣٤٣

أو بأداء قيمتها إليه (١)، أو بالعتق مراعى بالأداء أقوال. و فى الأخبار ما يدل على الأولين (٢)، و الأخير (٣) طريق الجمع (٤).

و تظهر الفائدة (٥) فيما لو اعتق الشريك حصته قبل الأداء (٦) فيصح (٧) على الثانى (٨)، كله (١)، و خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن رجلا أعتق بعض غلامه فقال على عليه السّلام: هو حر كله ليس لله شريك) (٢)، و لنصوص الإفساد.

منها: خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال: إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه و لا مؤاجرتة، قال: يقوم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، و إنما جعل ذلك لما أفسده) (٣)، و خبر سماعه (سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه فقال: هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه، و يضمن الثمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه) (٤)، و الإفساد و إنما يحصل بالعتق و عن الشيخ فى المبسوط من أن أداء قيمه كاشف عن العتق بالصيغه، و إليه مال الشارح فى المسالك جمعاً بين الأخبار، و قد توقف العلامة فى كثير من كتبه و ولده و الشهيد فى شرح الإرشاد مع أنه رجح فى الدروس اعتبار الأداء.

(١) أى بأداء قيمه الحصه إلى الشريك.

(٢) أى القولين الأولين.

(٣) أى القول الأخير.

(٤) أى الجمع بين الأخبار.

(٥) أى فائده الأقوال الثلاثة.

(٦) أى أداء قيمه الحصه إليه.

(٧) أى عتق الشريك لحصته.

(٨) أى على القول الثانى من أن سريان العتق إلى حصه الشريك متوقف على أداء قيمتها إليه، و وجه صحه العتق ظاهر، لمصادفه عتقه لملكه فينفذ.

ص: ٣٤٤

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من كتاب العتق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٩.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٥.

دون الأول (١)، و في اعتبار (٢) القيمة فعلى الأول (٣) يوم العتق، و على الثاني (٤) يوم الأداء.

و الظاهر أن الثالث (٥) كالأول (٦).

و فيما (٧) لو مات قبل الأداء فموت (٨) حرا على الأول (٩)، و يرثه (١) أى القول الأول من أن سريان العتق إلى حصه الشريك متوقف على صيغته العتق، و على هذا القول لا يصح عتق الشريك لخصته، لأنه لم يبق للشريك حصه في العبد، فلم يصادف عتقه للملك حتى ينفذ.

(٢) أى و تظهر الفائده في اعتبار قيمه حصه الشريك، لأن القيمة مترتبة على وقت العتق بالفعل، فإن كان وقته من حين الصيغه فالمعتبر في القيمة يوم الصيغه، و إن كان وقته حين الأداء فالمعتبر في القيمة يوم الأداء، و إن كان العتق من حين الصيغه مراعى بالأداء كما هو القول الثالث فالمعتبر في القيمة يوم الصيغه.

هذا ما أسسه الشهيدان في الدروس و المسالك بالنسبة لاعتبار القيمة، و عن الأكثر أن المعتبر في القيمة وقت العتق حتى على القول بأن السريان من حين أداء القيمة، لأن وقت العتق هو وقت الحيلولة بين المالك و ملكه بمنعه من التصرف فيه، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن بن أبى عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قوم ورثوا عبدا جميعا فأعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذى أعتق نصيبه منه؟ هل يؤخذ منه ما بقى؟ فقال: نعم يؤخذ بما بقى منه بقيمته يوم العتق) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام في حديث (و إن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم اعتق) ٢.

(٣) أى القول الأول من أن السريان من حين الصيغه.

(٤) أى القول الثاني من أن السريان وقت أداء القيمة.

(٥) أى القول الثالث.

(٦) كالأول بحيث يعتبر في القيمة يوم العتق.

(٧) أى و تظهر الفائده فيما لو مات العبد قبل أداء حصه الشريك.

(٨) أى العبد.

(٩) أى على القول الأول لحصول السريان من حين الصيغه، و يجب على المعتق قيمه حصه شريكه.

ص: ٣٤٥

وارثه (١)، دون الثاني (٢) و يعتبر الأداء (٣) فى ظهور حرّيته (٤) على الثالث (٥).

و فيما (٦) لو وجب عليه (٧) حد قبله (٨) فكالحر (٩) على الأول، و المبعّض (١٠) على الثانى، و فى الحكم (١١) على الثالث (١٢) نظر (١٣).

و فيما (١٤) لو أيسر (١٥) المباشر (١٦) بعد العتق و قبل الأداء، فعلى الأول (١٧) لا (١) أى وارث العبد الذى صار حرا.

(٢) أى دون القول الثانى من حصول السريان وقت أداء قيمه، فلا يموت حرا، لعدم تحقق السريان، لأنه قد مات قبل الأداء، و عليه فلا يجب على المعتق ضمان قيمه حصه شريكه، و فى هذا الفرض لا يرث إلا سيده الذى هو الشريك.

(٣) أى أداء قيمه.

(٤) أى حرّيه العبد الذى مات قبل الأداء كما هو المفروض.

(٥) أى على القول الثالث، و يكون القول الثالث كقول الثانى فى هذا الفرض بالنسبه للأحكام.

(٦) أى و تظهر فائده الأقوال الثلاثة.

(٧) على العبد.

(٨) قبل أداء قيمه حصه الشريك.

(٩) أى حكمه حكم الحر، بل هو حر على القول الأول من أن السريان من حين الصيغه.

(١٠) أى حكمه حكم المبعّض، بل هو مبعّض على القول الثانى من أن السريان من حين الأداء.

(١١) أى الحكم على العبد الذى وجب عليه حد قبل الأداء، من أنه حر أو مبعّض.

(١٢) أى على القول الثالث من أن السريان من حين العتق مراعى بالأداء.

(١٣) فيحكم بأنه مبعّض نظرا إلى أنه قبل الأداء لا سريان للعتق لاشتراط مراعاة الأداء فى السريان على القول الثالث، و يحكم بأنه حر نظرا إلى أنّ الحرّيه على القول الثالث ثابتة من حين العتق واقعا و الأداء كاشف عن ذلك ظاهرا.

(١٤) أى و تظهر فائده الأقوال الثلاثة.

(١٥) بعد إيسار.

(١٦) و هو المعتق الذى أعتق نصيبه من العبد المشترك.

(١٧) أى على القول الأول من أن السريان من حين العتق، فضمن قيمه حصه الشريك على العبد، لأن المعتق معسرا وقت السريان وإن أيسر فيما بعد.

ص: ٣٤٦

يجب عليه (١) الفك، و على الثاني (٢) يجب (٣)، و فى الثالث (٤) نظر (٥)، و الحاقه (٦) بالأول مطلقا (٧) حسن (٨).

(و سعى العبد فى باقى قيمته (٩) (١) على المباشر المعتق.

(٢) أى على القول الثانى من أن السريان متوقف على الأداء.

(٣) أى يجب على المباشر للعق الفك، و هو الذى يضمن قيمه حصه شريكه، لأنه موسر حال السريان.

(٤) أى فى القول الثالث من أن السريان من حين العتق مراعى بالأداء.

(٥) من أن المباشر للعق موسرا حال الأداء الذى هو شرط فى السريان على القول الثالث، فقيمه حصه الشريك على المعتق حينئذ، لأنه موسر.

و من أن المباشر للعق معسرا حال العتق، و المدار فى السريان فى القول الثالث على وقت العتق، و مراعاة الأداء شرط كاشف ظاهرا عن وقوع السريان من حين العتق واقعا، و هو الذى استحسنته الشارح هنا.

(٦) أى إلحاق القول الثالث بالقول الأول.

(٧) فى جميع الفروض.

(٨) لأن السريان يتم وقت العتق على القول الثالث، و إن كان مراعاة الأداء شرط، إلا أنه شرط كاشف عن وقوع السريان من حين الصيغه، و عليه فلا فرق بين القول الثالث و الأول فى الثمرات المترتبة.

(٩) قد تقدم الكلام فى تضمين المعتق إذا كان موسرا، و أما إذا كان معسرا فيسعى العبد فى فك ما بقى منه، و لازمه تضمين العبد لحصه الشريك سواء قصد المعتق الإضرار بشريكه أم لا - كما عن المشهور، لإطلاق النبوى (١) و صحيح الحلبي (٢) المتقدمين، و عن الشيخ و القاضى بطلان العتق مع إعسار المعتق و قصده الإضرار، و مع عدم قصد الإضرار يسعى العبد فى فك رقبته، أما بطلان العتق مع الإعسار و قصد الإضرار لصحيح محمد بن مسلم المتقدم فى حديث (و إن أعتق الشريك مضارا و هو معسر فلا عتق له) ٣، و أما سعى العبد فى فك رقبته مع الإعسار و عدم قصد الإضرار فللجمع بين الأخبار، و قد تقدمت فى بحث إيسار المولى.

ص: ٣٤٧

١- (١) سنن البيهقى ج ١٠ ص ٢٧٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ٧ و ١٢.

بجميع سعيه (١)، لا بنصيب الحريه خاصه (٢) مع إيساره (٣) عنه (٤) أجمع، فإذا أدى (٥) عتق كالمكاتب المطلق (٦)، و لو أيسر (٧) بالبعض (٨) سرى عليه (٩) بقدره (١٠) على الأقوى (١١) و سعى العبد فى الباقي.

و لا فرق فى عتق الشريك (١٢) بين وقوعه (١٣) للاضرار بالشريك، و عدمه (١٤) (١) أى بجميع كسبه.

(٢) فلا يقسم كسبه على نصيب الرقيه و نصيب الحريه، و يسعى بمقدار ما يثبت من نصيب الحريه فقط، بل يسعى فى جميع كسبه لإطلاق النصوص، و قد تقدمت فى مبحث إيسار المولى، و لخبر محمد بن على (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوك بين أناس فأعتق بعضهم نصيبه، قال: يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى، ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه الضريبه) (١) و هو صريح فى أن تمام كسبه مما يجوز صرفه فى فكاه، لا بخصوص جزئه الحر.

(٣) أى إيسار المعتق.

(٤) عن باقى قيمته، و هو قيمه حصه شريكه.

(٥) أى العبد.

(٦) بحيث يتحرر منه بمقدار ما يدفع، إلى أن يتحرر الجميع عند دفع تمام قيمه حصه الشريك.

(٧) أى المعتق.

(٨) أى ببعض قيمه حصه الشريك.

(٩) على المعتق.

(١٠) أى بقدر ما أيسر.

(١١) لعموم النبوى (إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم) (٢)، و قيل لا يسرى عليه إلا إذا كان مالكا لقدر قيمته نصيب حصه شريكه أجمع، و قد جعل أحد القولين كما فى المسالك.

(١٢) أى فى السريان إلى عتق حصه الشريك.

(١٣) وقوع العتق.

(١٤) أى عدم الإضرار كما عليه المشهور.

ص: ٣٤٨

٢-٢) غوالى اللآلى الءءء الرابء من الطبعه الءءءه ص ٥٨.

مع تحقق القربه المشترطه (١)، خلافا للشيخ (٢) حيث شرط فى السرايه مع اليسار قصد الاضرار، و ابطال العتق بالإعسار معه (٣) و حكم (٤) بسعى العبد مطلقا (٥) مع قصد القربه (٦)، استنادا إلى أخبار، تأويلها بما يدفع المنافاه بينها و بين ما دل على المشهور طريق الجمع (٧).

(و لو عجز العبد) عن السعى، أو امتنع منه (٨) و لم يمكن اجباره (٩)، أو مطلقا (١٠) (١) أى المشترطه فى العتق، و قد عرفت اجتماع القربه مع الإضرار و فى هذا تعريض بابن إدريس حيث استشكل على الاجتماع و قد تقدم.

(٢) و للقاضى.

(٣) مع قصد الإضرار.

(٤) أى الشيخ.

(٥) إذا كان المعتق موسرا أو معسرا.

(٦) و هو لا يتم إلا على القول بالسرايه، و عليه فالشيخ و القاضى حاكمان بالسرايه مع قصد القربه مطلقا و التضمنين على العبد، و مع قصد الإضرار فإن كان المعتق موسرا فالسرايه و التضمنين على المولى، و إن كان معسرا فيبطل العتق.

(٧) و فيه أنه قد عرفت أن ما دل على المشهور مطلق و طريق الجمع بينه و بين الأخبار المفيده دال على ما ذهب إليه الشيخ و القاضى.

(٨) من السعى.

(٩) إجبار العبد على السعى.

(١٠) سواء أمكن إجباره أم لا، هذا و اعلم أنه لا يجب على العبد السعى لفك رقبته من حصه الشريك، و نسبه فى الدروس إلى ظاهر الأصحاب، و عن فخر المحققين الجزم بكونه قهريا، للأمر بالسعى فى الأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (إن كان مضارا كلّف أن يعتقه كله، و إلا استسعى العبد فى النصف الآخر) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث: (و إن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يسعى العبد فى حساب ما بقى حتى يعتق) ٢، و خبر محمد بن على عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (يقوم قيمه ثم يستسعى فيما بقى، ليس للآخر أن يستخدمه و لا يأخذ منه

ص: ٣٤٩

فى ظاهر كلامهم (فالمهاياہ (١) بالهمز (فى كسبه (٢) بمعنى أنهما (٣) يفتسمان الزمان بحسب ما يتفقان عليه، و يكون كسبه فى كل وقت لمن ظهر له بالقسمه (و تتناول) المهاياہ (المعتاد من الكسب) كالاختطاب (و النادر (٤) كالاتقاط.

و ربما قيل: لا يتناول النادر، لأنها (٥) معاوضه فلو تناولته (٦) الضريبه(١).

و لكن لا بد من حمل نصوص السعى على التخيير جمعا بينها و بين نصوص المهاياہ الآتية.

(١)الهيئه صورہ الشىء و حالته الظاهره، و تهايا القوم إذ جعلوا لكل واحد منهم هيئه معلومه، و المراد منها هنا النوبه، هذا و لو وقعت المهاياہ بين العبد و الشريك الذى هو مالک لبعضه، على قسمه الزمان بحسب ما يتفقان عليه فما يكسبه فى الزمن المختص له فكسبه له، و ما يكسبه فى الزمن المختص للشريك فكسبه للشريك صح ذلك بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: رجل ورث غلاما و له فيه شركاء فأعتق لوجه الله نصيبه فقال: إذا أعتق نصيبه مضاره و هو موسر ضمن للورثه، و إذا أعتق لوجه الله كان الغلام قد أعتق من حصه من أعتق و يستعملونه على قدر ما أعتق منه له و لهم، فإن كان نصفه عمل لهم يوما و له يوما(٢) الحديث، و مرسل حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل أعتق غلاما بينه و بين صاحبه، قال: قد أفسد على صاحبه، فإن كان له أعطى نصف المال، و إن لم يكن له مال عومل الغلام يوما للغلام و يوما للمولى يستخدمه، و كذلك إذا كانوا شركاء)٣.

(٢)أى كسب العبد.

(٣)أى العبد و الشريك.

(٤)إذا وقعت المهاياہ تناولت المعتاد و النادر بلا خلاف فيه لإطلاق الأدله المتقدمه، و حينئذ فكل ما يكسبه العبد فى نوبته يختص به نادرا أو غيره، و ما يكسبه فى نوبه المولى فهو للمولى نادرا أو غيره، خلافا لبعض العامه فجعل النادر مشتركا بينهما، لأنه مجهول، و فيه منع لأن المنفعه فى المده المعلومه مضبوطه بالزمن على وجه يرفع الجهاله، و خصوصيات الكسب غير مقصوده و إلا لو اعتبرت لزم الجهل مطلقا.

(٥)أى المهاياہ.

(٦)أى تناولت النادر.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب العتق حديث ١٢ و ١١.

لجهلت (١)، و المذهب خلافه، و الأدله عامه، و النفقه و الفطره عليهما (٢) بالنسبه (٣).

و لو ملك (٤) بجزئه الحر مالا كالارث (٥) و الوصيه لم يشاركه المولى فيه (٦) و إن اتفق (٧) فى نوبته (٨).

و لو امتنعا (٩)، أو أحدهما من المهايأه لم يجبر الممتنع (١٠)، و كان على المولى (١١) نصف أجره عمله (١٢) الذى يأمره (١٣) به (١٤)، و على المبعوض (١٥) نصف أجره ما يغصبه من المده و يفوته اختيارا.

و لو اختلفا فى القيمه (١٦) (١) أى المهايأه بسبب مجهوليه النادر حيث إنه مجهول الوجود و القدر.

(٢) على العبد و الشريك.

(٣) بنسبه ما أعتق من العبد و ما يملك الشريك، و هذا من جمله أحكام المبعوض.

(٤) أى العبد الذى تحرر بعضه.

(٥) فلو كان نصفه حرا و قد مات أبوه فنصف المال له بنسبه حريره و الباقي للطبقه الثانيه من الورثه و هكذا.

(٦) فى ما ملكه بجزئه الحر.

(٧) أى اتفق ملكه بجزئه الحر.

(٨) أى نوبه المولى.

(٩) أى العبد و الشريك.

(١٠) لعدم وجوب المهايأه كعدم وجوب السعى جمعا بين الأخبار على ما تقدم.

(١١) يعطيه للمبعوض.

(١٢) عمل العبد المبعوض.

(١٣) ضمير الفاعل راجع للمولى، و ضمير المفعول راجع للعبد المبعوض.

(١٤) بالعمل.

(١٥) يعطيه للمولى.

(١٦) أى فى صورته ضمان المعتق قيمه نصيب شريكه لو اختلف المعتق و شريكه فى قيمه العبد، و لا طريق لمعرفة لموت العبد و نحوه، فقال المعتق: قيمته مائه، فقال الشريك:

بل مائتان، فالقول قول المعتق مع يمينه، لأنه منكر للزيادة، ولأصله براءة ذمته من الزائد كما هو قول صاحب الجواهر و المحقق
و استحسنة الشارح في المسالك.

و قيل: القول قول الشريك مع يمينه، لأنه ينزع نصيبه من يده، و لا ينزع من يده إلا بما

ص: ٣٥١

(حلف الشريك، لأنه (١) ينتزع من يده (٢) فلا ينتزع إلا بما يقوله، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، كما يحلف المشتري لو نازعه الشفيع فيها (٣)، للعله (٤).

وقيل: يحلف المعتق، لأنه (٥) غارم (٦). وربما بنى (٧) الخلاف (٨) على عتقه (٩) بالأداء، أو الاعتاق فعلى الأول (١٠) الأولى (١١)، وعلى الثاني (١٢) الثاني (١٣)، وعليه المصنف فى الدروس، لكن قدّم (١٤) يرضيه، وهو قول فى المسألة وهو مختار الماتن فى اللعنه. هذا وقد جعل الشهيد فى الدروس مبنى القولين على الخلاف السابق من أن السريان من حين صيغه العتق أو من حين أداء قيمه، فعلى الأول فيقدم قول المعتق لأنه غارم، وعلى الثانى يقدم قول الشريك لأن ملكه باق فلا ينتزع منه إلا بما يرضيه.

هذا و الحق أنه لا داعى لجعل النزاع هنا مبنيًا على النزاع المتقدم، بل لا بد من تقديم قول المعتق لأنه منكر سواء قلنا بأن السرايه من حين العتق أو من حين الأداء، ولذا المحقق فى الشرائع قدم قول المعتق لأنه منكر مع أنه حاكم بأن السرايه من حين حين الأداء، وعلى قول الشهيد فى الدروس يجب على المحقق أن يقدم قول الشريك.

(١) لأن العبد.

(٢) أى يد الشريك.

(٣) فى قيمه، كما لو باع أحد الشريكين حصته المشاعه و أراد الشريك الآخر أخذ المبتاع من المشتري بالشفعه، فقال المشتري: إن قيمته مائه، فقال الشفيع: خمسون، فيقدم قول المشتري مع يمينه، لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره، لأنه ينزع من يده فلا بد من نزع بما يقوله.

(٤) أى لأصالة عدم استحقاق ملكه إلا بعوض يختاره.

(٥) أى المعتق.

(٦) أى دافع للقيمه و قد اعترف بما يقوله، و الزائد عنه منكر له فيقدم قوله لأنه منكر.

(٧) كما فى الدروس.

(٨) أى الخلاف فى تقديم قول أحدهما عند اختلافهما فى قيمه.

(٩) متعلق بقوله (بنى) و المراد على سريان عتق العبد إلى حصه الشريك.

(١٠) من أن السريان بالأداء.

(١١) أى تقديم قول الشريك، لأن العبد ما زال على ملكه، فلا ينزع منه إلا برضاه.

(١٢) من أن السريان من حين عتق الشريك الأول.

(١٣) أى تقديم قول المعتق، لأنه منكر للزيادة.

(١٤) أى المصنف فى الدروس.

ص: ٣٥٢

على الحلف (١) عرضه (٢) على المقومين مع الإمكان (٣).

و الأقوى تقديم قول المعتق، للأصل (٤)، و لأنه (٥) متلف (٦) فلا يقصر عن الغاصب المتلف (٧).

في ما يحصل الحر به غير العتق

و قد يحصل العتق بالعمى (٨) أى عمى المملوك بحيث لا يبصر أصلا لقول (١) أى حلف أحدهما.

(٢) أى عرض العبد.

(٣) كما لو كان العبد حيا، أو قريب العهد من الموت، و هذا يخالف ما عليه المصنف هنا من الجزم بالحلف ابتداء.

(٤) أى أصاله براءه ذمته من الزائد فيكون منكرا للزيادة فيقدم قوله لأنه منكر.

(٥) أى المعتق.

(٦) بمعنى أنه أفسد على شريكه ملكه للعبد و لذا يضمن قيمه حصه شريكه.

(٧) فقول الغاصب مقدم لو اختلف مع المالك في قيمه المغصوب بعد تلفه فكذا في المعتق المتلف، لأن التلف متحقق في كليهما.

(٨) شروع في زوال الرق بالعوارض، و هى أمور، منها العمى و الجذام و الإقعاد، بلا خلاف فيها، للأخبار.

منها: صحيح حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا عمى المملوك فقد عتق) (١)، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا عمى المملوك فلا رق عليه، و العبد إذا جدم فلا رق عليه) ٢، و خبر أبي البختری عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا يجوز في العتاق الأعمى و المقعد) ٣، و فى المختلف عن الإسكافي ابن الجنيد أنه قال: (و فى حديث أهل البيت أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: إذا عمى المملوك أو جدم فلا رق عليه، و عن أمير المؤمنين عليه السلام: إذا أصابه زمانه فى جوارحه و بدنه، و من نكل بمملوكه فهو حر لا سبيل عليه سائبه) (٢) و هو نص فى الإقعاد و الزمانه.

و هذا لا يقصر عن الخبر المرسل المنجبر بعمل الأصحاب، و معه تعرف ضعف ما قاله الشارح فى المسالك: (و أما الإقعاد فلم نقف له على شاهد، و المصنف فى النافع نسبه إلى الأصحاب مؤذنا بعدم وقوفه على دليله، و لكن لا يظهر فيه مخالف، حتى ابن إدريس

ص: ٣٥٣

الصادق عليه السّلام فى حسنه (١) حماد: «إذا عمى المملوك فقد أعتق» و روى السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: قال رسول الله صلّى الله عليه وآله و سلّم: «إذا عمى المملوك فلا- رق عليه، و العبد إذا جدم فلا- رق عليه»، و فى معناهما أخبار كثيره (و الجذام (٢) و كأنه إجماع و من ثمّ (٣) لم ينكره ابن إدريس، و إلا فالمستند ضعيف (٤)، و ألحق به (٥) ابن حمزه البرص و لم يثبت (و الإقعاد) ذكره الأصحاب و لم نقف على مستنده (٦)، و فى النافع نسبه إلى الأصحاب مشعرا بتمريره، إن لم تكن (٧) إشاره إلى أنه (٨) إجماع، و كونه (٩) المستند.

(و إسلام المملوك فى دار الحرب سابقا على مولاه (١٠) خارجا (١١) منها (١٢) قبله (١٣) وافق عليه بشبهه أنه إجماع، و فى الحقيقة الحكمه فى اعتناق المملوك بهذه العوارض غير متحققه، لأن عجزه عن الاكتساب يناسبه استصحاب الرق لتجب نفقته على المولى، فليقتصر منه على محل الوفاق أو النص الصالح لإثبات الحكم) انتهى.

و عن ابن حمزه إلحاق البرص بالجدام، و لا دليل له كما اعترف بذلك الشارح فى المسالك و صاحب الجواهر.

(١) بل هى صحيحه لاشتمالها على إبراهيم بن هاشم الذى كان من شيوخ الإجازة، و هذا يغنى عن توثيقه.

(٢) عطف على العمى.

(٣) و من كون الحكم إجماعيا.

(٤) إذ الدال على حكم الجذام هو خبر السكونى، و هو عامى.

(٥) بالجدام.

(٦) و قد عرفت أن مستنده مرسل ابن الجنيّد كما هو المحكى عنه فى المختلف.

(٧) هذه النسبه.

(٨) أى حكم الإقعاد.

(٩) و كون الإجماع هو المستند فى الحكم المذكور.

(١٠) على إسلام مولاه.

(١١) حال للمملوك.

(١٢) من دار الحرب إلى دار الإسلام.

(١٣) قبل خروج مولاه.

على أصح القولين (١) للخبر، ولأن إسلام المملوك لا ينافي ملك الكافر له (٢)، غايته أنه يجبر على بيعه، وإنما يملك (٣) نفسه بالقهر لسيدته (٤)، ولا يتحقق (٥) ثم إلا بالخروج إلينا قبله (٦)، ولو أسلم العبد بعده (٧) لم يعتق وإن خرج إلينا قبله (٨)، ومتى ملك نفسه (٩) أمكن بعد ذلك (١٠) أن يسترق مولاه إذا قهره (١١) فتنعكس المولويه (و دفع (١٢) قيمه) المملوك (الوارث (١٣) إلى سيده ليعتق و يرث.

ويظهر من العبارة (١٤) (١) قيد لخروج المملوك من دار الحرب قبل خروج مولاه، وهذا ما ذهب إليه المشهور للخبر (أيما عبد خرج إلينا قبل مولاه فهو حر، و أيما عبد خرج إلينا بعد مولاه فهو عبد) (١)، وعن الشيخ في المبسوط و المحقق عدم اشتراط خروجه قبل خروج مولاه، و به صرح ابن إدريس لحصول الإسلام للمملوك قبل مولاه، و إسلامه مانع من ملك الكافر له، و هو ممنوع، لأن الإسلام لا يمنع إلا دوام الملك و لذا يجبر الكافر المالك على البيع و لا يمنع أصله.

(٢) للمملوك المسلم.

(٣) أي العبد المسلم.

(٤) أي قهرا عن سيده.

(٥) أي ملك العبد لنفسه قهرا.

(٦) قبل خروج السيد.

(٧) بعد إسلام مولاه.

(٨) قبل خروج مولاه، لأن الأصل عدم اعتاقه إلا ما دل الدليل عليه، و قد دل على قبليه إسلام العبد و الخروج فيقتصر عليه، لأنه القدر المتيقن المخالف للأصل.

(٩) أي متى ملك العبد نفسه بالشرطين السابقين من إسلامه قبل إسلام مولاه و من خروجه إلينا قبل خروج مولاه.

(١٠) بعد ملكه لنفسه.

(١١) أي إذا غلبه في الحرب الناشبه بين المسلمين و الكفار.

(١٢) عطف على العمى و الجذام و الإقعاد و إسلام المملوك.

(١٣) فيما لو مات مورثه و لا وارث له إلا هذا المملوك، فتدفع من التركة قيمته لسيدته حتى يعتقه و يرث، و سيأتي البحث فيه في كتاب الإرث.

(١٤) أي عبارة الماتن.

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١.

انعتاقه (١) بمجرد دفع قيمه، حيث جعله (٢) سبب العتق، و كذا يظهر منها (٣) الاكتفاء فى عتقه بدفع قيمه من غير عقد (٤) و سيأتى فى الميراث أنه يشتري و يعتق، و يمكن أن يريد كون دفع قيمه من جمله أسباب العتق و إن توقف (٥) على أمر آخر (٦)، كسببه التدبير (٧)، و الكتابه (٨)، و الاستيلاء (٩).

و تنكيل المولى بعبده (١٠) فى المشهور. و به (١١) روايتان: إحداهما مرسله (١٢)، و فى سند الأخرى جهاله (١٣). و من ثم أنكره (١٤) ابن إدريس.

(١) انعتاق المملوك الوارث.

(٢) أى حيث جعل دفع قيمه.

(٣) من عباره الماتن.

(٤) من البيع و الشراء.

(٥) أى العتق.

(٦) من شراء و إجراء صيغه العتق.

(٧) فإن صيغه التدبير من جمله أسباب العتق لتوقف العتق على موت المولى أيضا.

(٨) فصيغه الكتابه من جمله أسباب العتق، لتوقفها على أداء المال أيضا.

(٩) فهو من جمله أسباب العتق لتوقف العتق على موت المولى أيضا.

(١٠) تنكيل المولى بعبده من أسباب العتق على المشهور للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فيمن نكّل بمملوكه أنه حر، لا سبيل له عليه، سائبه يذهب فيتولى إلى من أحب، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه) (١) و مرسل جعفر بن محبوب عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل عبد مثّل به فهو حر) ٢، و مرسل الصدوق: (و روى فى امرأه قطعت يدي وليدتها أنها حره لا سبيل لمولاتها عليها) ٣. و مع ذلك فقد خالف ابن إدريس اعتمادا على أصله من عدم العمل بخبر الواحد، و قد ثبت ضعفه فى محله.

(١١) أى بتنكيل المولى بعبده.

(١٢) و هى مرسله جعفر بن محبوب.

(١٣) و هى خبر أبى بصير فهو مشترك بين الثقة و الضعيف، و مع ذلك فقد وصفها فى المختلف بالصحة و تبعه على ذلك صاحب الجواهر.

(١٤) أى أنكر التنكيل.

ص: ٣٥٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب العتق حديث ٢ و ١ و ٣.

و أصل التنكيل: فعل الأمر الفظيع بالغير، يقال: نكّل به تنكيلا إذا جعله نكالا و عبره لغيره مثل أن يقطع أنفه، أو لسانه، أو أذنيه، أو شفتيه، و ليس فى كلام الأصحاب هنا (١) شىء محرّر، بل اقتصروا على مجرد اللفظ فيرجع فيه إلى العرف فما يعدّ تنكيلا عرفا يترتب عليه حكمه (٢) و الأمه فى ذلك (٣) كالعبد.

و مورد الروايه (٤) المملوك، فلو عبّر به (٥) المصنف كان أولى.

(و) قد يحصل العتق (بالمملك) فيما إذا ملك الذكر أحد العمودين (٦) أو إحدى المحرمات (٧) نسبا، أو رضاعا، و المرأه أحد العمودين (و قد سبق) تحقيقه فى كتاب البيع.

مسائل

اشاره

(و يلحق بذلك مسائل)

فى ما لو قيل لمن أعتق بعض عبده أعتقتهم؟

(لو قيل لمن أعتق بعض عبده: أ أعتقتهم؟) أى عبيدك بصيغه العموم من غير تخصيص بمن أعتقه (فقال: نعم. لم يعتق سوى من أعتقه (٨)، (١) فى معنى التنكيل.

(٢) و هو الانعتاق.

(٣) فى التنكيل.

(٤) و هى فى خبر أبى بصير المتقدم.

(٥) أى لو عبّر المصنف بالمملوك ليشمل الأمه و العبد لكان أولى.

(٦) من الآباء أو الأبناء.

(٧) كالأخت و العمه و الخاله.

(٨) الأصل فى هذه المسأله خبر زرعه عن سماعه (قال: سألته عن رجل قال لثلاث ممالك له: أنتم أحرار و كان له أربعة، فقال له رجل من الناس: أعتقت ممالكك؟ قال: نعم، أ يجب العتق لأربعة حين أجملهم أو هو للثلاثه الذين أعتق؟ فقال: إنما يجب العتق لمن اعتق) (٩).

فالخبر ظاهر فى انصراف جوابه إلى من باشر عتقهم خاصه، و بهذا أفتى الشيخ و جماعه، بل هو الموافق لنفس الأمر، لأن جوابه

إقرار بالعتق، و الإقرار بالعتق ليس من الأسباب الموجبه لإنشاء العتق فى الحال، و إنما هو إخبار عما سبق، و عليه فلا ينعق منهم إلا

ص: ٣٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من كتاب العتق حديث ١.

لأن هذه الصيغة (١) لا تكفى فى العتق، وإنما حكم بعثت من أعتقه بالصيغة السابقة (٢).

هذا بحسب نفس الأمر (٣)، أما فى الظاهر (٤) فإن قوله: نعم عقيب الاستفهام عن عتق عبيده - الذى (٥) هو جمع مضاف مفيد للعموم عند المحققين - يفيد (٦) الإقرار بعثت جميع عبيده من أوقع عليه منهم (٧) صيغته (٨)، و غيره (٩) عملاً - بظاهر إقرار المسلم، فإن الإقرار (١٠) وإن كان إخباراً عما سبق لا يصدق (١١) إلا من كان قد أعتقهم سابقاً.

نعم اشترط العلامة فى القواعد أن يكون من أعتقهم سابقاً بحدّ الجمع، لأنه سئل عن عتق عبيده، و لفظ العبيد جمع مضاف يفيد العموم، فلا بد أن يكون المعتق جمعاً حتى يطابق اللفظ، و عليه فلا يسمع منه لو قال بعد ذلك: إنما أقررت بعثت الواحد أو الاثنين، لأنه تأويل لا يطابقه اللفظ.

و الشارح فى المسالك استشكل فى أصل الحكم، لأنه جوابه إقرار منه بالعتق الوارد فى السؤال، و الوارد فى السؤال عتق العبيد و هو جمع مضاف يفيد العموم فيكون إقراراً بعثت جميع عبيده لا خصوص من أعتقهم سابقاً.

و هو إشكال مردود، لأن الجواب إقرار منه بمن أعتقه سابقاً، و ليس إقراراً بعثت الجميع كما هو مقتضى الجمع المضاف الوارد فى السؤال، و لو كان الجواب إقراراً بمضمون السؤال، إلا أن مضمون السؤال محمول على من أعتقه سابقاً للانصراف.

(١) أى لفظ (نعم) الواقع فى جواب السؤال.

(٢) أى بصيغته العتق السابقه على السؤال و الجواب.

(٣) أى الواقع.

(٤) أى فى دلالة اللفظ.

(٥) أى الاستفهام عن عتق عبيده، و المراد به خصوص لفظ (العبيد) الوارد فى السؤال.

(٦) خبر لقوله (فإن قوله نعم).

(٧) من عبيده.

(٨) صيغته العتق.

(٩) و غير من أوقع عليه صيغته العتق.

(١٠) جواب عن سؤال مقدر، و السؤال هو: إن قوله نعم إقرار و لكنه إقرار بمضمون السؤال المحمول بل يكون إقراراً بما صدر منه.

(١١) صفه للإخبار.

مع مطابقته لأمر واقع فى الخارج سابق (١) عليه (٢)، إلا أنه (٣) لا- يشترط العلم بوقوع (٤) السبب الخارجى، بل يكفى إمكانه (٥)، و هو (٦) هنا حاصل، فيلزم الحكم عليه (٧) ظاهرا (٨) بعنق الجميع (٩) لكل (١٠) من لم يعلم بفساد ذلك (١١).

و لكن الأصحاب اطلقوا القول بأنه لا- يعتق إلا- من أعتقه من غير فرق بين الظاهر (١٢)، و نفس الأمر (١٣) تبعا للرواية. و هى ضعيفه (١٤) مقطوعه (١٥)، و فيها (١٦) ما ذكر (١٧).

(١)صفه للأمر الواقع فى الخارج.

(٢)على الإقرار.

(٣)أن الشأن الواقع.

(٤)أى لا يشترط العلم بوقوع السبب الخارجى فى صحه الإقرار.

(٥)أى إمكان السبب الخارجى السابق على الإقرار.

(٦)أى إمكان السبب الخارجى.

(٧)على المجيب.

(٨)بحسب دلالة لفظ الإقرار الصادر منه.

(٩)جميع عبيده، لا خصوص من أعتقهم.

(١٠)متعلق بقوله: (فيلزم الحكم)، و المراد فكل شخص لم يعلم بفساد عنق الجميع عليه أن يحكم على المجيب بمقتضى إقراره أنه أعتق جميع عبيده.

(١١)أى عنق الجميع.

(١٢)بين دلالة لفظ الإقرار الصادر منه.

(١٣)أى الواقع.

(١٤)ضعيفه بسماعه لأنه واقفى.

(١٥)لأنه لم يذكر فيها المسئول، فلم يعلم أنه المعصوم أو لا.

(١٦)أى فى الرواية.

(١٧) أى ما ذكر من الإشكال الحاصل من الجمع المفيد للعموم بحسب ظاهر إقراره و هذا ما يفيد عتق الجميع لا- عتق من أعتقهم، نعم هذا الإشكال مبنى على الظاهر، و إلا- ففى نفس الواقع يحمل على خصوص من أعتقهم، لأن العتق بحاجة إلى صيغته، و الصيغه قد وردت عليهم لا على الجميع و فيه أنه لا معنى للتفريق بين الظاهر و نفس الأمر، بل يحمل الظاهر على نفس الأمر لأنه قرينه حاله، و لذا قلنا إن إقراره منصرف إلى خصوص من أعتقهم، و عليه فلا فرق بين الظاهر و نفس الأمر هنا.

ص: ٣٥٩

و يقوى الاشكال (١) لو كان من أعتقه سابقا لا يبلغ الجمع (٢) فإن اقراره ينافيه (٣)، من حيث الجمع (٤) و العموم (٥)، بل هو (٦) فى الحقيقه جمع كثره لا- يطلق حقيقه إلا- على ما فوق العشره فكيف يحمل على الواحد بحسب مدلول اللفظ لو لم يكن اعتق غيره فى نفس الأمر.

نعم هذا (٧) يتم بحسب ما يعرفه المعتق و يدين به (٨)، لا- بحسب اقراره (٩)، لكن الأمر فى جمع الكثره سهل، لأن العرف لا يفرق بينه، و بين جمع القله (١٠)، و هو (١١) المحكم فى هذا الباب (١٢).

و اشترط بعضهم (١٣) فى المحكوم بعتقه ظاهرا (١٤) الكثره (١٥)، نظرا إلى مدلول لفظ الجمع (١٦)، فيلزم عتق ما يصدق عليه الجمع حقيقه (١٧)، و يكون (١٨) (١) أى الإشكال على الروايه و إطلاق الأصحاب.

(٢) كما لو كان واحدا أو اثنين.

(٣) أى ينافى الحكم بعتق من أعتقهم فقط.

(٤) فالإقرار بلفظ الجمع و من أعتقهم دونه.

(٥) فالإقرار يفيد العموم الاستغراقى القاضى بعتق الجميع، و من أعتقهم و لو كان جمعا فهو ليس بمستغرق لجميع عبيده.

(٦) أى إقراره، و المراد به لفظ العبيد الوارد فى السؤال الذى اعترف به.

(٧) أى الحكم بعتق من أعتقهم كما هو مورد الروايه و إطلاق الأصحاب.

(٨) أى بحسب الواقع.

(٩) أى لفظ إقراره الدال على جميع عبيده.

(١٠) الذى يطلق على ما دون العشره.

(١١) أى العرف.

(١٢) أى باب مداليل اللفظ.

(١٣) و هو العلامه فى القواعد.

(١٤) و هو من أعتقهم سابقا.

(١٥) أى ما يصدق عليه الكثره و هو ثلاثه فما فوق.

(١٦) و هو لفظ العبيد الوارد فى السؤال.

(١٧) و أقله ثلاثة.

(١٨) أى الجمع المحكوم بعنقه.

ص: ٣٦٠

فى غير من أعتقه (١) كالمشبهه (٢)، و اعتذر لهم (٣) عما ذكرناه (٤) بأنه (٥) إذا أعتق ثلاثه من مماليكه يصدق عليه (٦) هؤلاء مماليكى حقيقه (٧) فإذا قيل له: أ أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم. و هى (٨) تقتضى إعاده السؤال، و تقريره (٩) فيكون (١٠) اقرارا بعتق المماليك الذين انعتقوا دون غيرهم، لأصالة (١١) البراءه، و الاقرار إنما يحمل على المتيقن (١٢) لا على ما فيه احتمال (١٣).

و مما قرناه (١٤) يعلم فساد الاعتذار، للفرق بين قوله: اعتقت مماليكى (١٥) المقتضى للعموم (١٦)، و بين قوله لثلاثه: هؤلاء مماليكى، لأنه (١٧) (١) أى من أعتقه سابقا إذا كان أقل من ثلاثه.

(٢) و المعنى لو أعتق سابقا اثنين و قد أجاب بنعم بعد ما سئل بلفظ عتق عبيده، فيلزم عتق ثلاثه التزاما بمدلول لفظ الإقرار، فيعتق الاثنان من عبيده اللذين أعتقهما سابقا، و الثالث يعتق من بقيه عبيده و يعين كما يعين المشتبه الذى أعتق واقعا و لم يعلم شخصه، و تعيينه بالقرعه أو اختيار المعتق.

(٣) أى للأصحاب حيث حكموا بعتق من أعتقه سابقا مع أنه قد أقر بعتق جميع عبيده، و المعتذر هو فخر المحققين فى كتابه إيضاح الفوائد الذى هو شرح لكتاب القواعد لأبيه العلامة.

(٤) من ظهور الإقرار فى عتق الجميع فكيف يحمل على عتق من أعتقهم سابقا.

(٥) بأن المعتق.

(٦) أى على المعتق أن يقول: هؤلاء مماليكى، لأنه جمع منطبق على ثلاثه فالصدق حقيقى.

(٧) قيد للصدق.

(٨) أى كلمه (نعم).

(٩) أى الإقرار به.

(١٠) أى الجواب ب (نعم).

(١١) تعليل لحمل الإقرار على عتق المماليك الذين أعتقهم لأصالة البراءه من عتق غيرهم.

(١٢) و المتيقن هو عتق من أعتقهم.

(١٣) و الذى فيه احتمال العتق هو غير من أعتقهم.

(١٤) من إفاده السؤال للعموم القاضى بعتق الجميع بحسب دلالة اللفظ.

(١٥) و هو قد أقرّ به عند قوله (نعم).

(١٦) أى العموم الاستغراقى القاضى بعق الجميع.

(١٧) أى لأن قوله للثلاثة: هؤلاء ممالكى.

ص: ٣٦١

حينئذ (١) يفيد عموم المذكور (٢)، دون غيره (٣)، بخلاف المطلق (٤) فإنه (٥) يفيد (٦) في جميع من يملكه بطريق الحقيقة.

و هذا الاحتمال (٧) فيه (٨) من جهة مدلول اللفظ (٩)، فكيف يتخصص (١٠) بما لا دليل عليه ظاهرا (١١).

نعم لو كان الاقرار في محل الاضطرار كما لو مر بعاشر (١٢) فأخبر بعقدهم (١٣) ليسلم منه (١٤) اتجه القول بأنه لا يعتق إلا ما أعتقه عملا بقريته الحال (١٥) في الاقرار. و به (١٦) وردت الرواية (١٧).

(١) أى حين تقيدهم بلفظ هؤلاء.

(٢) أى العموم المشار إليه بلفظ هؤلاء.

(٣) أى دون غير المشار إليه.

(٤) أى بخلاف العموم غير المقيد، فإنه يفيد العموم استغراقى القاضى بعق الجميع.

(٥) أى العموم المطلق غير المقيد بلفظ الإشارة.

(٦) أى يفيد العموم.

(٧) أى العموم الاستغراقى.

(٨) فى قول المعتق نعم إذا سئل عن عتق ممالئكه.

(٩) لأنه جمع مضاف يفيد العموم الاستغراقى.

(١٠) فيحمل على خصوص من أعتقهم سابقا.

(١١) و فيه أن المخصص هو انصراف السؤال إلى ما صدر منه من العتق.

(١٢) و هو من يأخذ العشور.

(١٣) أى بعق ممالئكه.

(١٤) من العاشر.

(١٥) و هى الاضطرار.

(١٦) أى بالعمل بقريته الحال القاضيه بعق من أعتقه فقط، لا- عتق الجميع، و عليه فكذا فى موردنا فقريته الحال هى القاضيه بانصراف السؤال إلى عتق من أعتقهم فقط، و العجب من الشارح كيف فُرق بينهما مع أنهما من واد واحد، بلا فرق بين عدم

الحكم بظاهر إقراره لوجود القرينه أو عدم حصول التحرير بلفظ الإقرار لوجود القرينه كما هو مورد الروايه الآتيه.

(١٧) و هي خبر الوليد بن هشام قال: (قدمت من مصر و معي رقيق فمررت بالعاشر فسألني فقلت: هم أحرار كلهم فقدمت المدينة، فدخلت على أبي الحسن عليه السلام فأخبرته بقولي

ص: ٣٦٢

فى ما لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين

(و لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين) أى ولدين فى بطن واحد.

واحدهما: توأم على فوعل (عتقا (١) معا إن ولدتهما دفعه واحده، لأن ما (٢) من صيغ العموم فيشملهما، و لو ولدتهما متعاقبين عتق الأول خاصة. و الشيخ لم يقيد (٣) بالدفعه تبعاً للروايه، و تبعه جماعه منهم المصنف هنا، و حملت (٤) على إرادته أول حمل (٥).

هذا إن ولدته (٦) حيا، و إلا (٧) عتق الثانى (٨)، لأن الميت لا يصلح للعتق و نذره صحيحا (٩) يدل على حياته التراما.

للعاشر، فقال: ليس عليك شىء (١٠).

(١) لو نذر عتق أول ما تلده فولدت توأمين دفعه، كانا معا معتقين، بلا خلاف فيه لعموم لفظ (ما)، و لخبر الدعائم عن أبى عبد الله عليه السلام (من أعتق حملا لمملوكه له، أو قال لها: ما ولدت أو أول ولد تلدينه فهو حر فذلك جائز، فإن ولدت توأمين عتقا جميعا) (٢) و الخبر مطلق يشمل صورتى ولادتهما معا و متعاقبا، و كذا أطلق الحكم كل من الشيخ و القاضى و جماعه بل الأكثر على ما قيل، و العرف قاض على مجموع التوأمين أنهما أول ما ولدته و لو ولدتهما على التعاقب، نعم اللغه حاكمه بأن المولود الأول عند ولادتهما على التعاقب هو أول ما ولدته، إلا أن العرف هو المقدم فى باب مداليل اللفظ غير أن الشارح و جماعه قالوا إنه حسن لو صلحت الروايه لإثبات الحكم، مع أنها ضعيفه السند جدا، و لا بد من تحكيم العرف إلا أن المنذور هو أول مولود لا أول بطن، و عليه فيعتق الأول منهما لو ولدتهما متعاقبين، و يعتقا لو ولدتهما مجتمعين.

(٢) الوارده فى قوله (أول ما تلده).

(٣) أى لم يقيد الحكم بعتقهما معا.

(٤) أى الروايه.

(٥) بخلاف ما نحن فيه من نذر أول مولود، و لا يخفى الفرق بينهما.

(٦) أى الأول.

(٧) أى و إن لم تلد الأول حيا.

(٨) على احتمال كما فى الجواهر، لأن الظاهر تعلق النذر بأول حى تلده.

(٩) أى و صحه النذر تدل على أن المنذور لا بد أن يكون حيا.

١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٧ - من كتاب العتق حديث ٢.

وقيل (١): يبطل (٢) لفوات متعلقه (٣)، و لو ولدته (٤) حرا (٥)، أو مستحقا للعتق (٦) لعارض فوجهان (٧).

و كذا (٨) لو نذر عتق أول ما يملكه فملكه جماعه) دفعه واحده بأن (٩) قبل (١٠) شرائهم، أو تملكهم فى عقد واحد (١١)، أو ورثهم من واحد (عتقوا) اجمع، لما ذكرناه من العموم (١٢).

فى ما لو قال: أول مملوك أملكه

(و لو قال: أول مملوك (١٣) (١) على احتمال كما فى الجواهر.

(٢) يبطل النذر.

(٣) أى متعلق النذر، حيث متعلقه فى المولود الأول، و هو ميت لا يصلح للعتق فلا بد من بطلان النذر حينئذ.

(٤) أى الأول.

(٥) كأن ولدته من المولى أو غيره من الأحرار، و لم تشترط رقيه الولد.

(٦) كأن تلده أعمى أو مقعدا أو فيه جذام.

(٧) من أنه لا يصلح للعتق فلا بد من عتق الثانى، و من تعلق النذر به و هو غير صالح للعتق فلا بد من بطلان النذر حينئذ.

(٨) و الحكم فى الفرع السابق من عتق أول ما تلده و لو كان دفعه يأتى فى هذا الفرع، و السبب أن لفظ (ما) عامه و هى وارده فى الفرعين، فتشمل المتعدد إذا ملكهم دفعه كما تشمل المتعدد إذا ولدتهم دفعه.

(٩) تفسير لملكهم دفعه.

(١٠) كما لو اشتراهم له فضولى بعقود متعدده، فأجاز الجميع دفعه، و قلنا أن الإجازة ناقله لا كاشفه، فيتحقق ملكه لهم من حين الإجازة.

(١١) من شراء أو هبه.

(١٢) أى عموم لفظ (ما) الوارد فى صيغه النذر.

(١٣) الفرق بينه و بين ما تقدم، أن المملوك هنا نكره فى سياق الإثبات فلا يفيد العموم، بخلاف لفظ (ما) فإنه عام هذا من جهه و من جهه ثانيه لا إشكال فى صحه النذر و لو كان المنذور مبهما لعموم أدله النذر، و لخصوص ما ستسمعه من النصوص فى هذا المقام، و من جهه ثالثه لو اتفق أن تملك واحدا أعتق من غير أن ينتظر لملك آخر بعده للصدق العرفى على أنه أول مملوك، و قد يحتمل أنه لا يعتق إلا إذا ملك غيره حتى

(أملكه فملكك جماعه (١) عتق أحدهم بالقرعه) لأن مملوكا نكره واقعه في الإثبات فلا يعم (٢)، بل يصدق بواحد فلا يتناول غيره، لأصالة البراءة، (و كذا (٣) لو قال:

أول مولود (٤) تلده) فلا فرق حينئذ (٥) بين نذر ما تلده و يملكه فيهما (٦)، نظرا إلى مدلول الصيغه (٧) يصدق على السابق أنه أول مملوك إذ الأوليه تقتضى وجود ملكين و أحدهما أسبق من الآخر، إلا أنه احتمال عقلى لا ينزل عليه اللفظ، بل يحمل على العرف الذى هو حاكم فى هذا الباب و قد عرفت ما يقتضيه.

(١) إذا نذر عتق أول مملوك يملكه فملكك جماعه دفعه ففيه أقوال:

الأول: أنه يعتق أحدهم بالقرعه كما عن الأكثر، لانتفاء الأولويه عن كل منهم، و لخصوص صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا، قال عليه السلام: يقرع بينهم و يعتق الذى يخرج اسمه) (١).

القول الثانى: أنه يتخير و يعتق كما عن الشيخ فى التهذيب و المحقق فى نكت النهايه و الشهيد فى شرح الإرشاد لخبر الصيقل (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال: أول مملوك أملكه فهو حر فأصاب سته قال: إنما كانت نيته على واحد فليختر أيهم شاء فليعتقه) (٢)، و فيه أنه لا يقاوم صحيح الحلبي، لاشتماله على إسماعيل بن يسار و هو ضعيف و على الحسن الصيقل و هو مجهول الحال.

القول الثالث: بطلان النذر، لأن شرطه وحده المملوك و لا أوليه مع تحقق ملك جماعه دفعه، مع أن عتق الدفعه غير مقصود و الأصل البراءة و هذا ما ذهب إليه ابن إدريس، و فيه أنه اجتهاد فى قبال النص فلا يسمع.

(٢) أى لا يفيد العموم الاستغراقى.

(٣) أى و كذا من الحكم بعدم العموم الاستغراقى.

(٤) فهو نكره فى سياق الإثبات فلا يفيد العموم الاستغراقى.

(٥) حين الإتيان بلفظ النكره فى سياق الإثبات بين كون النذر قد تعلق بعنق أول ما تلده أو أول ما يملكه، و كذا الإتيان بلفظ (ما) المفيد للعموم بلا فرق بين تعلقه بعنق المولود أو المملوك.

(٦) فى الصيغتين.

(٧) أى الصيغه الوارده فى المقامين.

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم حديث ١٥ من كتاب القضاء.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٧ - من كتاب العتق حديث ٣.

فى العموم، و عدمه (١)، و من خصّ إحداهما (٢) باحدى العبارتين (٣) و الأخرى (٤) بالأخرى (٥) فقد مثل (٦).

هذا غاية ما بينهما (٧) من الفرق.

و فيه (٨) بحث، لأن ما (٩) هنا تحتمل المصدريه (١٠). و النكره المثبتة تحتمل الجنسيه (١١) فيلحق الأول (١٢) بالثانى (١٣)، و الثانى (١٤) (١) أى عدم العموم.

(٢) إحدى الصيغتين من لفظ (ما) و النكره المثبتة.

(٣) أى بإحدى عبارتى نذر الملك أو نذر المملوك.

(٤) أى و الصيغه الأخرى.

(٥) أى بالأخرى من العبارتين.

(٦) أى من أتى بالتخصيص فقد أتى به من باب التمثيل كما فعله المحقق فى الشرائع حيث قال: (لو نذر عتق أول مملوك يملكه فملك جماعه قيل يعتق أحدهم بالقرعه و قيل يتخير و يعتق، و قيل لا يعتق شيئاً، لأنه لم يتحقق شرط النذر)، و قال: (لو نذر تحرير أول ما تلده فولدت توأمين كانا معتقين) انتهى كلامه.

حيث خصّ مسأله الملك بأول مملوك و خصّ مسأله الولاده بأول ما تلده، مع أن ما الموصوله لو تعلق بالمملوك بأن نذر عتق أول ما يملك فملك جماعه دفعه لعتقوا جميعاً، و مع أن النكره فى سياق الإثبات لو تعلق بالمولود بأن نذر عتق أول مولود تلده لأتى فيه النزاع المتقدم فى الملك.

(٧) ما بين الصيغتين من ما الموصوله و النكره المثبتة.

(٨) أى و فى الفرق المذكور من عموم (ما) الموصوله، و عدم عموم النكره المثبتة.

(٩) أى لفظ (ما).

(١٠) بحيث تنسبك هى و ما بعدها بالمصدر فقوله (ما تلده) أى ولادتها، و المصدر قد أريد به اسم المفعول فالمعنى أول مولود، و عليه فلا عموم فى ذلك.

(١١) و الجنس مما يفيد العموم.

(١٢) أى الفرع الأول و هو نذر المملوك إذا كان فيه لفظ (ما) بعد حملها على المصدريه.

(١٣) أى بالفرع الثانى الذى حكمنا فيه بعدم العموم، و لذا وقع الخلاف فيه بينهم فى أن تعيينه بالقرعه أو اختيار المولى.

(١٤) أى الفرع الثانى و هو نذر المولود إذا كان فيه النكره المثبتة بعد حملها على الجنسيه.

ص: ٣٤٤

بالأول (١)، و لا شبهه فيه (٢) عند قصده (٣)، و إنما الشك مع إطلاقه (٤)، لأنه (٥) حينئذ (٦) مشترك فلا يخص بأحد معانيه بدون القرينه، إلا أن يدعى وجودها (٧) فيما ادعوه من الأفراد (٨)، و غير بعيد ظهور الفرد المدعى (٩) و إن احتمل خلافه.

و هو (١٠) مرجح، مع أن فى دلالة الجنسيه (١١) على تقدير إرادتها (١٢)، أو دلالتها (١٣) - على العموم (١٤) نظر (١٥)، لأنه (١٦) صالح للقليل و الكثير (١٧).

ثم على تقدير التعدد (١٨) و الحمل على الواحد (١٩) يستخرج المعتقد بالقرعه كما ذكر (٢٠)، لصحيحه الحلبى عن الصادق عليه السلام فى رجل قال: أول مملوك (١) بالفرع الأول الذى حكمنا فيه بالعموم، و لذا حكمنا بعق الجميع لو ملكهم دفعه.

(٢) فى الإلحاق المذكور.

(٣) أى قصد الإلحاق بقصد سببه من قصد جنسيه النكره و مصدرية (ما).

(٤) أى إطلاق اللفظ من (ما) و النكره المثبتة.

(٥) أى اللفظ من (ما) و النكره المثبتة.

(٦) حين الإطلاق و عدم قصد المصدرية فى لفظ (ما) و عدم قصد الجنسيه فى النكره المثبتة.

(٧) وجود القرينه.

(٨) أى من الصيغ المذكوره بحيث يحمل لفظ (ما) على الموصوله المفيده للعموم، و تحمل النكره المثبتة على عدم العموم.

(٩) أى المعنى المدعى.

(١٠) أى المعنى المدعى.

(١١) أى على فرض إرادته الجنس.

(١٢) أى إرادته الجنسيه أى كونها مراده و ذلك فى لفظ (ما) الموصوله.

(١٣) أى كونها مدلوله عليها من لفظ كما فى النكره المثبتة.

(١٤) تعلق بقوله (دلاله الجنسيه).

(١٥) اسم إن.

(١٦) أى الجنس.

(١٧) ولذا قال الشارح في المسالك: (فإن صلاحية الجنس للواحد و المتعدد يمنع من حمله على المتعدد بغير قرينه، و المتيقن منه هو الواحد) انتهى.

(١٨) أى ما لو ملكه أو ولدته متعددا.

(١٩) لأن صيغه النذر مشتمله على النكره المثبتة.

(٢٠) فى قول الماتن، و هو قول الأكثر.

ص: ٣٦٧

أملكه فهو حر فورث سبعة جميعا قال: «يقرع بينهم و يعتق الذى قرع»، و الآخر (١) محمول عليه (٢)، لأنه (٣) بمعناه (٤).

و قد يشكل ذلك (٥) فى غير مورد النص (٦) بأن القرعه لإخراج ما هو معلوم فى نفس الأمر مشتبه ظاهرا، و هنا (٧) الاشتباه واقع مطلقا (٨). فلا تتوجه القرعه فى غير موضع النص، إلا أن يمنع تخصيصها (٩) بما ذكر (١٠) نظرا إلى عموم قولهم عليهم السلام: «إنها لكل أمر مشتبه» (١١).

لكن خصوصيه هذه العبارة (١٢) (١) أى الفرع الآخر فيما لو نذر عتق أول مولود تلده.

(٢) على الفرع الأول فيما لو نذر أول مملوك يملكه، مع أن الأول غير منصوص، إلا أنه بحكم الثانى لوحده المناط فيهما.

(٣) أى الآخر.

(٤) بمعنى الأول.

(٥) من حمل الآخر على الأول.

(٦) و النص وارد فى الأول فقط، و حاصل الإشكال إن مورد القرعه هو المشتبه ظاهرا المعين واقعا، مع أن المنذور هنا مشتبه واقعا و ظاهرا، و حكمنا بعتق أول مملوك لوجود النص فلا يتعدى إلى غيره لأنه على خلاف الأصل.

(٧) فى الفرعين معا من عتق أول مملوك و أول مولود.

(٨) ظاهرا و واقعا.

(٩) أى تخصيص القرعه.

(١٠) من أن موردها المشتبه ظاهرا و المعين واقعا.

(١١) فى خبر الدعائم عن أمير المؤمنين و أبى جعفر و أبى عبد الله عليهم السلام (أنهم أوجبوا القرعه فيما أشكل) (١)، و خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن عليه السلام عن شىء فقال لى: كل مجهول ففيه القرعه، قلت له: إن القرعه تخطئ و تصيب، قال عليه السلام: كلما حكم الله به فليس بمخطئ) (٢).

(١٢) هذه العبارة: و هى إن القرعه لكل أمر مشتبه.

ص: ٣٤٨

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - من أبواب كيفية القضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية القضاء حديث ١١.

لم تصل إلينا مستنده على وجه يعتمد (١)، وإن كانت مشهوره.

وقيل (٢): يتخير في تعيين من شاء، لروايه الحسن الصيقل عنه عليه السلام في المسأله بعينها.

لكن الروايه ضعيفه السند، و لو لا ذلك (٣) لكان القول بالتخير. و حمل القرعه على الاستحباب طريق الجمع بين الأخبار، و المصنف في الشرح اختار التخير جمعا (٤) مع اعترافه بضعف الروايه.

و ربما قيل (٥): بطلان النذر، لإفاده الصيغه وحده المعتقد، و لم توجد (٦).

و ربما احتمل عتق الجميع (٧)، لوجود الأوليه في كل واحد كما لو قال:

من سبق فله كذا فسبق جماعه (٨). و الفرق واضح (٩).

في ما لو نذر عتق أمته إن وطأها

(و لو نذر عتق أمته إن وطأها (١٠) فأخرجها عن ملكه) قبل الوطء (ثم أعادها) إلى ملكه (لم تعد اليمين (١١)، لصحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما (١) فقد نسبها المحقق الثاني في جامع المقاصد إلى قولهم عليهم السلام، و الوارد سابقا إنما كان بلفظ المجهول و المشكل و مع ذلك فهو ضعيف السند.

(٢) و هو القول الثاني المتقدم في مسأله نذر عتق أول مملوك يملكه.

(٣) أي ضعف السند.

(٤) بين الأخبار.

(٥) و هو القول الثالث المتقدم، و هو لابن إدريس.

(٦) أي وحده المعتقد.

(٧) هو احتمال و ليس قولاً.

(٨) فلكل واجد منهم الجعل.

(٩) حيث في مسأله السابق يوجد لفظ (من سبق) و هو للعموم بخلاف مسأله نذر أول مملوك فلا عموم فيه.

(١٠) صح النذر لما تقدم من عموم أدله النذر، و قد تقدم أنه ليس من العتق المعلق بل هو نذر معلق، و النذر قابل للتعليق، و عليه فتعنتق بتحقيق مسمى الوطء.

(١١) لو أخرجها عن ملكه قبل الوطء انحلت اليمين، فلو أعادها بملك مستأنف لم تعد اليمين، لأنها قد انعقدت بالنسبة للملك الأول فقط، وهذا ملك جديد، لأنه قد انعقدت

ص: ٣٦٩

عليهما السلام قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعهها من رجل، ثم يشتريها بعد ذلك قال: «لا بأس بأن يأتيها فقد خرجت عن ملكه».

و حمل ما أطلق (١) فيها (٢) من التعليق (٣) على النذر (٤) ليوافق (٥) الأصول (٦)، و يشهد له (٧) أيضا (٨) تعليقه عليه السلام الإتيان بخروجها عن ملكه، و لو لم يكن (٩) منذورا لم يتوقف ذلك (١٠) على الخروج (١١) كما لا يخفى.

و لو عمم النذر (١٢) بما يشمل الملك العائد فلا إشكال في بقاء الحكم، و في بالنسبة للملك الأول فقط، و هذا ملك جديد، و قد تقدم نظيره في الإيلاء و يدل عليه مضافا إلى ذلك صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام (سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهي حرة، ثم يبيعهها من رجل ثم يشتريها بعد ذلك، قال عليه السلام: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه) (١).

و ظاهره صحة تعليق العتق على الشرط، و قد تقدم منعه فلذا حملها الأصحاب على ما لو نذر عتقها إذا وطأها، و لم يخالف في ذلك إلا ابن إدريس اعتمادا على أصله من منع العمل بخبر الواحد و هو ضعيف.

(١) و هو: فهي حرة يوم يأتيها.

(٢) أى فى الصحيحه.

(٣) أى قوله: يوم يأتيها.

(٤) أى على نذر عتقها يوم يأتيها.

(٥) أى يوافق ما أطلق فى سؤال الراوى.

(٦) و هى عدم صحه تعليق العتق على الشرط، مع أن النذر المعلق صحيح.

(٧) لهذا الحمل على النذر.

(٨) كما كان الحمل لموافقه الأصول فكذا للتعليل.

(٩) أى الإتيان.

(١٠) و هو حل الإتيان.

(١١) لبطلان تعليق العتق فيجوز الوطء سواء خرجت عن ملكه أم لا.

(١٢) أى عمم نذر عتقها عند إتيانها، سواء كان الإتيان فى الملك الأول أو المستجد، و التعميم إما بالتصريح و إما بالنيه فلا كلام و لا إشكال فى عدم الحلّ و بقاء الحكم من العتق عند الوطء.

١- (١) الوسائل الباب - ٥٩ - من كتاب العتق حديث ١.

تعديته (١) إلى غير الوطء من الأفعال، و إلى غير الأمة وجهان. من كونه (٢) قياسا، و إيماء (٣) النص إلى العله (٤) و هي (٥) مشتركة (٦).

و المتجه التعدى، نظرا إلى العله، و يتفرع على ذلك (٧) أيضا (٨) جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد (٩)، و هي (١٠) مسأله إشكاليه (١١)، و العلامه (١٢) (١) أى فى تعديه الحكم إلى غير الوطء كما لو قال: يوم أقبّلها فهى حره، و كذا تعديه الحكم إلى غير الأمة كما لو قال: يوم أضربه فهو حرّ.

(٢) أى من كون التعدى قياسا و هو دليل لعدم التعدى فيقتصر فيه على المنصوص من الوطء فى الأمة.

(٣) أى و من إيماء، و هو دليل التعدى.

(٤) أى عله الحكم بجواز إتيانها لأنها قد خرجت عن ملكه، و الخروج عن الملك قد أبطل نذر العتق بالوطء المتعلق بالملك الأول فكذلك يبطل نذر العتق بغيره المتعلق بالملك الأول، و كذلك يبطل نذر العتق للعبد إذا تعلق بالملك الأول.

(٥) أى العله لأنها تعميم و تخصص كما ثبت فى محله.

(٦) بين الأمة و غيرها، و بين الوطء و غيره.

(٧) أى على الروايه و لذا قال فى المسالك: (و فى الروايه أيضا على تقدير حملها على النذر دلالة على جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط، و فيه خلاف مشهور) انتهى كلامه.

(٨) كما تفرع على الروايه جواز إتيانها بسبب خروجها عن ملكه كما هو أصل المسأله.

(٩) أى لم يوجد شرط النذر، فيصح التصرف فى المنذور قبل تحقق شرط النذر كما هو صريح الروايه حيث جوّز بيع الأمة المنذور عتقها عند الوطء لو باعها قبل الوطء ثم اشتراها بعد ذلك.

(١٠) أى مسأله جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد.

(١١) كما تقدم فى كتاب الأيمان، و فيه أن الخلاف فيما لو علق النذر على شرط لم يكن باختيار المكلف كقدوم زيد و شفاء المريض، فجواز التصرف فى المنذور قبل حصول الشرط مستلزم لعدم إمكان الوفاء بالنذر على تقدير حصول الشرط.

و أما إذا كان الشرط من فعل المكلف باختياره فلا إشكال فى جواز التصرف فى المنذور قبل حصول شرط النذر، إذ لا يلزم منه سوى أنه لا يجوز له فعل الشرط، و هذا مما لا محذور فيه، و مقامنا من قبيل الثانى لا الأول.

(١٢) راجع إلى أصل الحكم الدال على عدم تحقق النذر لو خرج العبد عن الملك، و قد أتى

اختار في التحرير عتق العبد لو نذر: إن فعل (١) كذا فهو حر فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل (٢)، و ولده (٣) استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله (٤)، و هذا الخبر (٥) حجه عليهما (٦).

في ما لو نذر عتق كل مملوك قديم

(و لو نذر عتق كل مملوك قديم انصرف) النذر (إلى من مضى عليه في ملكه ستة أشهر) فصاعدا على المشهور (٧).

بشرط النذر بعد ذلك، لأن النذر قد تعلق بالملك الأول، و شرط النذر قد حصل في الملك العائد.

(١) أى فعل الناذر كقوله: إن ضربته فهو حر.

(٢) أى الناذر كأن ضربته، فقد حكم العلامة حينئذ بعتق العبد، مع أنه قد خرج عن ملكه، و النص المتقدم صريح بعدم تحقق العتق المنذور بناء على التعدي.

(٣) أى فخر المحققين، و هذا راجع إلى التفريع من جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصول الشرط.

(٤) قبل حصول الشرط.

(٥) و هو صحيح ابن مسلم.

(٦) أما أنه حجه على العلامة بناء على تعدي الحكم فواضح و لعل العلامة غير قائل بالتعدي، و أما أنه حجه على فخر المحققين ففيه منع، إذ يحتمل أن الفخر قد منع فيما لو كان الشرط من غير فعل المكلف، و الخبر قد جوز التصرف في المنذور المعلق قبل حصول الشرط إذا كان من أفعال المكلف و عليه فلا إشكال عليهما من هذه الجهة.

(٧) و الأصل فيه مرسل داود النهدي عن بعض أصحابنا قال: (دخل ابن أبي سعيد المكارى على أبي الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن قال - فقال له: رجل قال عند موته: كل مملوك لي قديم فهو حر لوجه الله.

قال: نعم، إن الله عزّ ذكره قال: حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ، فما كان من ممالিকে أتى عليه ستة أشهر فهو قديم حر(١)، و في إرشاد المفيد (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى فقال: اعتقوا عنى كل عبد قديم فى ملكى، فلما مات لم يعرف الوصى ما يصنع، فسئل عن ذلك فقال: يعتق عنه كل عبد له فى ملكه ستة أشهر، و تلا قوله تعالى: وَ الْقَمَرَ قَدْرًا مَنَازِلَ حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ ، قال المفيد: و قد ثبت أن

ص: ٣٧٢

و ربما قيل (١): إنه (٢) إجماع، و مستنده روايه ضعيفه السند، و اعتمادهم الآن على الإجماع، و اختلفوا في تعديده (٣) إلى نذر الصدقه بالمال القديم و نحوه (٤) من حيث (٥) إن القديم قد صار حقيقه شرعيه في ذلك (٦) فيتعدى، و يؤيده (٧) تعليقه في الروايه بقوله تعالى: حَتَّىٰ عَادَ كَالْعُرْجُونِ الْقَدِيمِ (٨) فإنه (٩) يقتضى ثبوت القدم بالمده المذكوره (١٠) العرجون إنما ينتهي إلى الشبه بالهلال في تقوسه و ضئولته بعد سته أشهر من أخذ الثمره منه (١١) و الخبر الثاني قد عبّر بلفظ (العبد)، و هذا ما عبّر به الشيخ و تبعه المحقق و جماعه، و تمادى الأمر في العلامه - كما في المسالك - حيث توقف في تعدى الحكم إلى الأمه، من حيث إن هذا الحكم على خلاف الأصل، إذ لا دليل عليه من جهه العرف و لا اللغه، و إنما مستنده الشرع و الروايه ضعيفه السند مرسله فيقتصر فيها على موردها و هو العبد، و فيه أن الخبر الأول قد اشتمل على لفظ (المملوك) و هو شامل للذكر و الأنثى فلا وجه للتوقف في تعديده، على أن من عبّر بلفظ العبد إنما يكون تبعاً للروايه الثانيه أو للتمثيل ليس إلا.

و منه تعرف ضعف ما عن فخر المحققين حيث اعتذر لأبيه عند عدم التعدى إلى الأمه بأن المسأله إجماعيه، و أن الإجماع لم يقع إلا على العبد فلذا استشكل والده في حكم الأمه، و وجه الضعف أن مستند الحكم هو الخبران المتقدمان و أحدهما عام يشمل الأمه كما يشمل العبد.

(١) و هو فخر المحققين.

(٢) الحكم بعق من مضى عليه سته أشهر، و لكنه مختص بالعبد كما تقدم.

(٣) أى تعدى الحكم فى المملوك القديم إلى كل قديم.

(٤) كإبراء غريمه القديم.

(٥) دليل التعدى.

(٦) أى فى ما مضى عليه سته أشهر.

(٧) أى يؤيد التعدى.

(٨) سوره يس، الآيه: ٣٩.

(٩) أى فإن تعليّل المعصوم بقوله تعالى.

(١٠) و هى سته أشهر.

ص: ٣٧٣

مطلقاً (١) و من (٢) معارضة اللغه و العرف (٣)، و منع (٤) تحققة (٥) شرعاً، لضعف المستند (٦)، و الاجماع (٧) إن ثبت اختصّ بمورده (٨).

و الأتوى الرجوع فى غير المنصوص (٩) إلى العرف.

و فيه (١٠) لو قصر الكل (١١) عن سته (١٢) ففى عتق أولهم تملكا (١٣) اتحد أم تعدد، أو بطلان النذر وجهان.

و على الأول (١٤) لو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع، أو البطلان (١٥) (١) أى فى المملوك و غيره، و فى نذر العتق و نذر الصدقه و غيرهما.

(٢) دليل عدم التعدى.

(٣) حيث لا يحمل القديم على ما مضى عليه سته أشهر فى اللغه و لا العرف.

(٤) دليل ثان لعدم التعدى.

(٥) أى تحقق القدم بالمده المذكوره.

(٦) إذ المستند مرسل بكلا طريقيه.

(٧) أى الإجماع المدعى من قبل فخر المحققين.

(٨) من نذر عتق العبد القديم و لذا لا يعدى إلى عتق الأمه فضلا عن التعدى إلى نذر الصدقه و غير العتق.

(٩) و غير المنصوص هو نذر غير العتق، و لذا قال فى المسالك: (و الأتوى الرجوع فى غير موضع الوفاق إلى العرف، فإن لم يدل على اتصاف شىء من متعلق النذر بالقدم بطل) انتهى.

(١٠) أى و فى المنصوص و هو نذر العتق.

(١١) أى كل عبيده.

(١٢) أى سته أشهر.

(١٣) لو ملك جماعه على التعاقب و كانت مده ملكه للجميع أقل من سته أشهر فهل يعتق من ملكه أولاً، سواء اتحد أم تعدد، لكونه قديماً بالنسبه إلى من بعده عرفاً، أو يبطل النذر حيث لم يتحقق القديم الذى فسرتة الروايه بمضى سته أشهر على تملكه وجهان.

(١٤) من عتق من ملكهم أولاً- لأنهم أقدم من غيرهم فلو اتفق ملك الجميع دفعه ففى انعتاق الجميع لتحقق القدم عرفاً أو بطلان

النذر لفقد وصف القديم شرعا وجهان، والأولى بطلان النذر في صورتين لعدم تحقق القدم شرعا.

(١٥) أي بطلان النذر.

ص: ٣٧٤

لفقد الوصف (١) الوجهاً.

و الأقوى البطلان فيهما (٢)، لدلاله اللغه، و العرف على خلافه (٣) و فقد النص (٤).

و اعلم أن ظاهر العبارة (٥) كون موضع الوفاق نذر عتق المملوك، سواء فيه الذكر و الأنثى، و هو (٦) الظاهر، لأن مستند الحكم عتبر فيه بالمملوك، و العلامه جعل مورده (٧) العبد، و استشكل الحكم (٨) فى الأمه كغيرها (٩) من المال، و اعتذر له (١٠) ولده بأن مورد الاجماع العبد و إن كان النص أعم، لضعفه (١١)، و إثبات (١٢) موضع الاجماع فى ذلك (١٣) لو تمّ لا يخلو من عسر (١٤).

فى ما لو اشترى أمه نسيئته و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها

و لو اشترى أمه نسيئته و اعتقها و تزوجها و جعل عتقها مهرها (١٥) كما هو (١) أى وصف القدم شرعا، و هو مضى سته أشهر.

(٢) فى الصورتين.

(٣) على خلاف ما قد تحقق من الملك فى الصورتين، إذ المتحقق هو أقل من سته أشهر، و هذا لا يصدق لغه و لا عرفا أنه قديم.

(٤) إذ لا نص على أن القديم هو أقل من سته أشهر.

(٥) أى عبارة الماتن.

(٦) أى جعل متعلق النذر لفظ المملوك و ليس خصوص العبد.

(٧) أى مورد الوفاق.

(٨) من عتق من مضى عليه سته أشهر.

(٩) أى كغير الأمه عند نذر الصدقه بكل مال قديم.

(١٠) أى و اعتذر فى الإشكال للعلامه ولده فخر المحققين.

(١١) أى لضعف النص، تعليل لكون المدرك هو الإجماع و ليس النص.

(١٢) رد للاعتذار.

(١٣) أى فى العبد فقط دون الأمه.

(١٤) وجه العسر اختلاف عبارات الأصحاب.

(١٥) وجعل عتقها مهرها و حملت ثم مات و لم يترك ما يقوم بثمانها، رجعت هي و ولدها رقا للمولى الأول كما عن الشيخ و ابن الجنيد و ابن البراج لصحيح هشام بن سالم في موضع من التهذيب، و في موضع آخر عنه عن أبي بصير، و في الكافي صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل و أنا حاضر عن رجل باع من رجله جاربه بكرًا إلى سنه

ص: ٣٧٥

مورد الروايه،(أو تزوجها) بعد العتق (بمهر (١)، أو مفوضه (٢) لاشتراك الجميع (٣) فى الوجه (٤)(ثم مات و لم يخلف شيئا) ليوفى منه (٥) ثمنها (نفذ العتق)، لوقوعه من أصله صحيحا (٦)(و لا- تعود رقا)، لأن الحر لا- يطرأ عليه الرقيه فى فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر، فقال عليه السلام: إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه جائز، و إن لم يملك مالا أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته، كان عتقه و نكاحه باطلاً لأنه عتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول، قيل له: و إن كانت عقلت من الذى أعتقها و تزوجها، ما حال ما فى بطنها؟ فقال: الذى فى بطنها مع أمه كهيئتها (١) أى كهيئتها فى الرقيه.

و هو مخالف لقواعد المذهب الداله على صحه البيع و صحه العتق لمصادفتها ملكا صحيحا، و مخالف للقواعد الداله على انعقاد الولد حرا فلا- يعود رقا، و لذا لم يعمل بالخبر ابن إدريس و المحقق و أكثر المتأخرين، و هو إما مطروح لأنه مضطرب السند فالشيخ قد رواه عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام من غير واسطه، و أخرى عن أبى بصير، بالإضافة إلى أن أبى بصير مشترك بين الثقه و غيره و إما محمول على وقوع العتق فى مرض الموت و الفرض عدم الثلث له لاستغراق الدين كما عن العلامه فى القواعد.

و على كل فإذا عمل بالخبر فلا بد من الجمود على كل ما فيه من القيود المحتمل مدخليتها فى الحكم المذكور فيقتصر على الأمه و لا يتعدى إلى العبد الذى اشتراه نسيئه فلا يعود رقا، و يقتصر على ما لو كان ثمنها نسيئه، نعم يقطع بعدم اعتبار البكاره و بعدم اعتبار الأجل إلى سنه، و كذا القطع بعدم اعتبار وجود الولد منها، لأن الحكم قد ثبت عليها قبل السؤال عن حكم الولد منها.

(١) و لم يجعل عتقها مهرها للقطع بعدم مدخلية هذا القيد للحكم المنصوص عليه فى الخبر.

(٢) أى مفوضه البضع و هى التى لم يذكر لها مهر فى العقد.

(٣) ما لو جعل عتقها مهرها، أو جعل لها مهر غير ذلك، أو تزوجها من دون ذكر مهر فى العقد.

(٤) أى فى الوجه الذى له مدخلية فى الحكم.

(٥) من هذا الشيء.

(٦) لأنه صدر من المالك و قد صادف العتق ملكا له فينفذ.

ص: ٣٧٦

غير الكافر (١)، (ولا يعود (ولدها) منه (٢) رقا أيضا (٣)، لانعقاده حرا كما ذكر (٤).

(على ما تقتضيه الأصول) الشرعيه، فإن العتق و النكاح صادفا ملكا صحيحا، و الولد انعقد حرا، فلا وجه لبطلان ذلك (٥).

(و فى روايه هشام بن سالم الصحيحه عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام:

رقها و رق ولدها لمولاها الأول) الذى باعها و لم يقبض ثمنها و لفظ الروايه قال أبو بصير: «سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عن رجل باع من رجل جاريه بكرأ إلى سنه فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد و تزوجها، و جعل مهرها عتقها، ثم مات بعد ذلك بشهر فقال أبو عبد الله عليه السلام: «إن كان للذى اشتراها إلى سنه مال، أو عقده (٦) تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته (٧) فإن عتقه و نكاحه جائزان، و إن لم يملك مالا، أو عقده تحيط بقضاء ما عليه من الدين فى رقبته فإن عتقه و نكاحه باطل، لأنه أعتق ما لا يملك، و أرى أنها رق لمولاها الأول قيل له: فإن كانت قد عقلت (٨) من الذى أعتقها و تزوجها، ما حال الذى فى بطنها؟ فقال: «الذى فى بطنها مع أمه كهيتها» (٩).

و هذه الروايه منافيه للأصول بظاها، للإجماع على أن المعسر يملك ما اشتراه فى الذمه، و يصح عتقه، و يصير ولده حرا، فالحكم يكون عتقه و نكاحه باطلين، و أنه أعتق ما لا يملك، لا يطابق الأصول، و مقتضاها (١٠) أنه متى قصر (١) أما فى الكافر فتطراً الرقيه عليه بعد كونه حرا لجواز سببه.

(٢) من المولى الذى اشتراها نسيئه ثم أعتقها و تزوجها.

(٣) كما لا تعود أمه.

(٤) من أن الحر لا يطرأ عليه الرقيه.

(٥) من العتق و النكاح و حربه الولد.

(٦) بالضم الضيعه، و العقده من الأرض البقعه الكثيره الشجر كما عن نهايه ابن الأثير.

(٧) أى فى ثمن رقبته.

(٨) عقلت المرأه أى جعلت.

(٩) أى كهيته أمه فى كونه رقا.

(١٠) أى مقتضى الروايه.

ماله (١) عن مجموع ثمنها يكون الحكم كذلك (٢) و إن قلّ (٣).

لكن عمل بمضمونها الشيخ و جماعه، لصحتها (٤)، و جواز استثناء هذا الحكم (٥) من جميع الأصول لعله غير معقوله (٦).

و على هذا (٧) لا- فرق بين من جعل عتقها مهرها، و غيرها (٨) كما نبه عليه المصنف بقوله (٩): أو تزوجها بمهر. و لا يتقيد الأجل (١٠) بالسنة، و لا- فرق بين البكر و الشيب (١١)، مع احتمال اختصاص الحكم (١٢) بما قيّد في الرواية (١٣)، و لو كان بدلها (١٤) عبداً قد اشتراه نسيئه و اعتقه ففي الحاقه (١٥) بها (١٦) وجه، لاتحاد الطريق (١٧).

(١) مال المولى الذى اشتراها نسيئه.

(٢) من بطلان البيع و العتق و عود الأم و ولدها إلى مولاهما الأول، لعدم إحاطه ما عنده بما عليه من الدين فى ثمن رقبتها.

(٣) أى قل القصور.

(٤) بناء على أنها مرويه عن هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام بلا واسطه، و إلا فلو كانت مع واسطه أبى بصير، فإنه مشترك بين الثقه و غيره، فلا يصح وصفها بالصحة حينئذ.

(٥) من بطلان البيع و العتق و عود الأم و ولدها إلى مولاهما الأول.

(٦) أى غير مفهومه عندنا، إذ لا مبرّر لبطلان البيع و العتق الصحيحين، و لا مبرّر لعود الحر رقا.

(٧) أى على هذا الاستثناء الذى عمل به الشيخ و جماعه.

(٨) أى غير هذه الصورة كما لو جعل مهرها مستقلاً أو تزوجها بدون مهر.

(٩) أى بقوله السابق.

(١٠) أى أجل النسيئه من ثمنها.

(١١) لأن الوجه فى الحكم هو الشراء ممن ليس له مال، و هو موجود فى كل الفروض.

(١٢) من بطلان البيع و العتق و عود الحر رقا.

(١٣) لأن الروايه على خلاف الأصول فيقتصر فيها على موردها المنصوص.

(١٤) أى بدل الأمه.

(١٥) أى إلحاق العبد.

(١٤) بالأمة.

(١٧) من كون الشراء و العتق قد وقع ممن ليس له مال يفى بثمان الرقبة.

ص: ٣٧٨

و كذا (١) فى تعدى الحكم (٢) إلى الشراء نقدا، أو بعضه (٣) و لم يدفع المال (٤)، و مضمون الروايه موته (٥) قبل الولاده (٦)، فلو تقدمت (٧) على موته فأقوى إشكالا فى عوده (٨) رقا، للحكم بحريته من حين ولادته، بخلاف الحمل، لإمكان توهم كون الحكم (٩) لتبعيه الحمل للحامل (١٠).

و من خالف ظاهر الروايه - و هم الأكثر - اختلفوا فى تنزيلها فحملها العلامه على كون المشتري مريضا (١١) و صادف عتقه و نكاحه و شراؤه مرض الوفاه فيكون الحكم ما ذكر فيها (١٢)، لأنه (١٣) حينئذ (١٤) يكون العتق مراعى (١٥) فإذا مات معسرا كذلك (١٦) ظهر بطلانه (١٧).

(١) أى له وجه لاتحاد الطريق.

(٢) أى الحكم المذكور فى الروايه.

(٣) أى بعضه نقد و الباقي نسيئه.

(٤) فى الصورتين.

(٥) أى موت المولى الذى اشترى و أعتق و تزوج و أولد.

(٦) أى ولاده الولد.

(٧) أى ولاده الولد.

(٨) أى عود الولد الذى انعقد حرا و قد وضع حرا.

(٩) أى حكم عود الولد رقا كما فى الروايه.

(١٠) و الحاصل أن الفرق بين كونه حملا و متولدا أنه يمكن فى الحمل توهم تبعيه الحمل للحامل، فإذا حكم برقيتها تبعها الولد، بخلاف غير الحمل فإنه لا يتوهم فيه التبعيه فيتقوى فيه الإشكال.

(١١) مرض الموت.

(١٢) فى الروايه.

(١٣) أى الشأن و الواقع.

(١٤) أى حين العتق و النكاح و الشراء فى مرض الموت.

(١٥) بإخراجه من ثلث ماله.

(١٦) أى معسرا عن أداء ثمن العتق.

(١٧) بطلان العتق، لعدم ثلث ماله حتى ينفذ تصرفه فى العتق، فىكون قد أعتق ما لا يملك، و لذا يبطل نكاحه و تكون الأم و ولدها على ملك مولاهما الأول بعد بطلان الشراء و العتق.

ص: ٣٧٩

و رده المصنف (١) بان ذلك (٢) لا يتم فى الولد، لان عقاده (٣) حال الحكم بحريه أمه (٤)، و الحر المسلم لا يصير رقا، و هو (٥) لا يقصر عن من تولد من وطء أمه الغير بشبهه أو شراء فاسد مع جهله (٦).

و حملها (٧) آخرون على فساد البيع، و ينافيه (٨) قوله (٩) فى الروايه إن كان له مال فعتقه جائز (١٠)، و حملت (١١) على أنه (١٢) فعل ذلك (١٣) مضارّه (١٤) و العتق يشترط فيه القربه (١٥)، و هذا الحمل نقله المصنف (١٦) عن الشيخ طومان بن أحمد العاملى المنارى، و رده (١٧) بأنه (١٨) لا يتم أيضا فى الولد (١٩)، (١) فى الدروس.

(٢) من عود الحر رقا.

(٣) أى الولد.

(٤) و فيه أن الحريه لأمه مراعاه حينئذ، لا مطلقه، و مع انكشاف عدم حريتها فيما بعد يدل على عدم انعقاده حال كون الأم حره، نعم لما كان الأب حرا و قد وطأ أمه الغير شبهه بزعم أنه ملكها و أعتقها و تزوجها فلا بد من كون الولد حرا حينئذ و لذا لا يقصر الولد هنا عن تولد من وطأ أمه الغير شبهه كما مثّل به الشارح.

(٥) أى الولد الذى انعقد حال الحكم بحريه أمه.

(٦) أى جهله بفساد الشراء.

(٧) أى الروايه.

(٨) أى ينافى هذا الحمل.

(٩) أى قول المعصوم عليه السلام.

(١٠) وجه المنافاه لو كان البيع فاسدا لم يجز عتقه سواء كان له مال أم لا.

(١١) أى الروايه.

(١٢) أى المولى الذى اشتراها نسيئه.

(١٣) من عتقها و تزويجها.

(١٤) أى مضاره بالبائع.

(١٥) و لا قربه مع المضاره فلم يتحقق العتق و لا النكاح.

(١٦) فى الدروس.

(١٧) أى المصنف.

(١٨) أى بأن هذا الحمل.

(١٩) فكيف يحكم بعوده رقا و قد انعقد و أبوه حر و قد حكم بحريه أمه حال انعقاده.

ص: ٣٨٠

ورَدَّها (١) ابن إدريس لذلك (٢) مطلقا (٣). و هو (٤) الأنسب.

في أن عتق الحامل لا يتناول الحمل

(و عتق الحامل (٥) لا- يتناول الحمل) كما لا يتناوله (٦) البيع (٧) و غيره، للمغايره (٨)، فلا يدخل أحدهما في مفهوم الآخر، سواء استثناه أم لا و سواء علم به أم لا (إلا على روايه) السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام في رجل اعتق أمه و هي حبلى فاستثنى ما في بطنها قال: «الأمه حره و ما في بطنها حر، لأن ما في بطنها منها (٩)» و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه، و ضعف سندها (١٠) يمنع من العمل بها، مع أنها ظاهره في التقية (١١).

(١) أي الروايه.

(٢) أي لمخالفتها للأصول مع عدم صحه شيء من هذه المحامل و لو من ناحيه الولد الذي حكم برقه و هو حر.

(٣) مضارا و غيره، مريضا و غيره.

(٤) أي رد الروايه مطلقا.

(٥) قد ورد فيه خبر السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (في رجل أعتق أمته و هي حبلى و استثنى ما في بطنها، قال: الأمه حره و ما في بطنها حر، لأن ما في بطنها منها) (١) و قد عمل بها الشيخ و بنو زهره و البراج و سعيد.

و عن المشهور عدم التبعية، لانفصاله عنها فلا يعتق إلا مع القصد إلى عتقه، كما لا يدخل في بيعها إلا مع القصد إلى بيعها، بعد ضعف الخبر بالسكوني و موافقته للعامه، و عليه فلا يسرى العتق من الحامل إلى الحمل و كذا لا يسرى من الحمل إلى الحامل، لأن السرايه كما تقدم إنما هي في الأشخاص لا في الأشخاص.

(٦) أي لا يتناول الحمل.

(٧) أي بيع الحامل.

(٨) بين الحمل و الحامل، بسبب انفصاله عنها وجودا و ليس هو جزءا منها.

(٩) فيسرى عتقها إليه كما لو عتق جزءا منها الذي هو مورد السرايه.

(١٠) بالسكوني.

(١١) علق الشارح بقوله: (لأنها موافقه لمذهب العامه، و السكوني عامي).

١- (١) الوسائل الباب - ٦٩ - من كتاب العتق حديث ١.

النظر الأول - فى التدبير

فى معنى التدبير

(الأول - التدبير (١) - تعليق عتق عبده) أو أمته (بوفاته (٢) تفعيل من الدبر، (١)التدبير من التفعيل فى الدبر، و المراد به تعليق العتق بدبر الحياه، و قيل سمي تدبيراً، لأنه دبّر أمر دنياه باستخدامه و استرقاقه، و أمر آخرته بإعتاقه، و هذا راجع إلى الأول، لأن التدبير فى الأمر مأخوذ من لفظ الدبر أيضاً، لأنه نظر فى عواقب الأمور و الإدبار.

(٢)أى بوفاه المولى، هذا و لا خلاف فى صحه تعليق عتق العبد على وفاه مولاه، و إنما الكلام فى صحته معلّقاً على وفاه غيره، فعلى المشهور الجواز لصحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: الرجل يكون له الخادم و يقول هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حره، فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم يجدها ورثته، ألهم أن يستخدموها إذا أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) (١)، و خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن موسى بن جعفر عليه السّلام عن رجل زوج أمته من زوج آخر، قال لها: إذا مات الزوج فهى حره فمات الزوج قال: إذا مات الزوج فهى حره، تعتدّ عدّه المتوفى عنها زوجها و لا ميراث لها منه، إنما صارت حره بعد موت الزوج) (٢)، و الخبر الثانى صريح فى تدبير العتق بوفاه الزوج، و عليه فقصر النقل على المخدم فقط كما ذهب إليه الشارح ليس فى محله.

ص: ٣٨٥

فإن الوفاء دبر (١) الحياه (أو تعليقه على وفاه زوج المملوكه) التي دبرها فعلق عتقها على وفاه زوجها (أو على وفاه مخدوم العبد)، أو الأمه أيضا، لجواز اعارتها للخدمه، بل هي (٢) المنصوصه كما سيأتى (٣).

و صحته (٤) فى الأول (٥) إجماعى، و فى الأخيرين (٦) (على قول مشهور)، لأن العتق لما قبل التأخير (٧) كقبوله للتنجيز، و لا تفاوت بين الأشخاص (٨) جاز تعليقه بوفاه غير المالك ممن له ملابسه كزوجيه، و خدمه، و للأصل (٩)، و لصحيحه يعقوب بن شعيب أنه سأل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له الخادم فيقول:

نعم يقتصر فى التدبير على المولى و المخدوم و الزوج لأنه منصوص، فيقتصر فيه على مورده، لأنه على خلاف الأصل، إذ الأصل عدم صحه تعليق العتق.

و عن ابن إدريس الاقتصار على وفاه المولى فقط، بدعوى أن هذه أخبار أحاد لا يعمل بها، و ضعفه ظاهر بعد ثبوت حجيه الخبر الواحد.

و فى المسالك أنه يصح التدبير على وفاه مطلق الناس و أنه قول فى المسأله، و عن ابن الجنيد أنه يصح تعليقه بموت غير الآدمى، لاشتراك الجميع فى معنى التدبير لغه، و هو تعليق العتق على الوفاء، و ضعف الأخيرين واضح لأن التدبير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن المنصوص، و لا نص إلا على المولى و المخدوم و الزوج.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فالنصوص المتقدمه فى التدبير وارده فى الأمه، و يتعدى إلى العبد مع أن المورد على خلاف الأصل، لأن خصوصيه الذكوريه و الأنوثيه ملغاه للقطع بعدم مدخلتها فى صحه التدبير.

(١) بضم الدال و الباء.

(٢) أى الأمه التى دبرت بتعليق عتقها على وفاه مخدومها، و قد أعيرت للخدمه، فيكون ذكرها أولى من ذكر العبد.

(٣) بل عرفت النص على التدبير المعلق على وفاه الزوج أيضا.

(٤) أى التدبير.

(٥) فى التعليق على وفاه المولى.

(٦) من تعليقه على وفاه الزوج و المخدوم.

(٧) فى تعليقه على وفاه المولى الذى هو إجماعى.

(٨) من المولى و غيره.

(٩) أى أصاله عدم اشتراط التنجيز، أو أصاله الجواز.

هي لفلان تخدمه ما عاش فإذا مات فهي حرة فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين، أو ست سنين ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها بعد ما أبت؟ فقال: «لا، إذا مات الرجل فقد عتقت». و حملت عليه (١) الزوجيه، لشده المشابهه (٢). و لا يتعدى إلى غيرهما (٣) لبعده (٤) عن النص.

و ربما قيل بالتعدى مطلقا (٥) من غير اعتبار الملابسه، لمفهوم الدليل الأول (٦).

و في مقابله المشهور قول ابن إدريس باختصاصه (٧) بوفاه المولى، عملا بالمتيقن (٨)، و دعوى (٩) أنه (١٠) شرعا كذلك (١١)، و لبطلانه (١٢) (١) أى على المخدوم.

(٢) بل قد قيل بصحة تعليق العتق على وفاه الزوج للنص كما فى خبر محمد بن حكيم، كما عرفت، و ليس من باب قياس الزوجيه على المخدميه للمشابهه من ناحيه الملابسه.

(٣) أى غير المخدوم و الزوج.

(٤) أى بعد الغير.

(٥) سواء كانت ملابسه أم لا، و عليه فيصح تعليق العتق على مطلق وفاه آدمى.

(٦) أى لما يفهم من الدليل الأول، و ليس المراد منه المفهوم فى قبال المنطوق، هذا و الدليل الأول القاضى بصحة العتق المعلق على وفاه المولى، مع أنه لا تفاوت بين الأشخاص، فيصح تعليقه على وفاه كل آدمى.

(٧) أى التدبير.

(٨) مع ضميمه أن ما ورد فى المخدوم و الزوج أخبار آحاد، و هو لا يعمل بها.

(٩) دليل ثان لابن إدريس.

(١٠) أى التدبير.

(١١) أى التدبير شرعا هو تعليق العتق على وفاه المولى، فلا يتعدى إلى غيره، و هذا مصادره كما سيذكره الشارح.

(١٢) دليل ثالث لابن إدريس، و المراد و لبطلان التدبير بسبب إباق المدبر.

و حتى يتضح هذا الدليل لا بد من عرض مقدمه و هي: أن المدبر على وفاه مولاه لو آبق بطل تدبيره بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن جاريه مدبره أبتت من سيدها سنينا، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير، و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبرها فى حياته قبل أن تأبى، فقال أبو جعفر عليه السّلام: أرى

بالإباق و الروايه (١) تضمنت خلافه (٢).

و النص الصحيح (٣) أنها و جميع ما معها للورثه، قلت: لا- تعتق من ثلث سيدها، فقال: لا- إنها أبقت عاصيه لله عزّ و جلّ و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير(١)، و خبر العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل دبّر غلاما له فأبق الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم و لم يعلمهم أنه عبد، فولد له و كسب مالا فمات مولاه الذى دبّره، فجاء ورثه الميت الذى دبّر العبد فطالبوا العبد فما ترى؟ فقال: العبد و ولده رق لورثه الميت، قلت: أ ليس قد دبّر العبد؟ فذكر أنه لما أبق هدم تدبيره و رجع رقا)٢.

إذا تقرر ذلك فلو كان يصح تعليق العتق على وفاه غير المولى من زوج أو مخدم لوجب الحكم بهدم تدبيره إذا أبق، مع أن العبد الذى دبر على وفاه المخدم لو صح لا ينهدم تدبيره لو أبق بلا خلاف لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام المتقدم(٢) فى الروضه، و قد ذكرناه سابقا.

و مع عدم هدم تدبيره عند إباقه يستكشف أن هذا ليس تدبيرا بل هو عتق معلق قد استثنى للنص المتقدم مما اتفقوا عليه من عدم صحه العتق المعلق، و هذا ما ذهب إليه البعض كصاحب الجواهر، أو أنه لا يعمل بهذا النص و يحكم بحصر التدبير بوفاه المولى و هذا ما ذهب إليه ابن إدريس، هذا هو حاصل هذا الدليل الثالث الذى استدل به ابن إدريس.

و ردّ هذا الدليل بأن الفارق بين حكم التدبيرين، بهدم الأول بالإباق دون الثانى إنما هو النص، فضلا عن منع الملازمه بين التدبيرين، لأن العبد بإباقه عند تدبيره على وفاه المولى قد قابل نعمه السيد بالكفران فقبل بنقيض ذلك فلذا حكم عليه بهدم تدبيره، كما قبل قاتل العمدة بحرمانه من الإرث، بخلاف الأجنبى، فلم يقابل نعمه الأجنبى بكفرانها حتى يقابل بنقيض ذلك، إذ التدبير نعمه عليه من سيده و ليس من الأجنبى.

(١) أى صحيحه يعقوب بن شعيب.

(٢) أى خلاف بطلان التدبير بسبب الإباق، لو كان تدبيره على وفاه مخدمه، مع أنه لو كان تدبيرا لوجب أن يحكم ببطلانه عند إباقه كما حكم ببطلان تدبير الأبق إذا علق تدبيره على وفاه مولاه.

(٣) و هو صحيح يعقوب بن شعيب الوارد فى المخدم.

ص: ٣٨٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ١.

يدفع الاقتصار (١)، و الثاني (٢) مصادره، و الملازمه (٣) بين اباقه من المالك، و من (٤) المخدم ممنوعه، للفرق بمقابله نعمه السيد بالكفران فقول بنقيضه (٥) كقاتل العمد فى الارث (٦)، بخلاف الأجنبي (٧).

و اعلم أن القول المشهور هو تعديته (٨) من موت المالك إلى المخدم كما هو (٩) المنصوص، و أما الحاق الزوج فليس بمشهور (١٠) كما اعترف به (١١) المصنف فى الشرح (١٢)، فالشهره المحكيه هنا (١٣) إن عادت إلى الأخير (١٤) لزم القطع بالأول (١٥) دونه (١٦). و هو (١٧) خلاف الظاهر (١٨)، بل ينبغى العكس (١٩) و إن (١) أى اقتصار التدبير على وفاه المولى، و هذا رد للدليل الأول.

(٢) أى دليله الثانى.

(٣) رد لدليله الثالث.

(٤) أى و بين إباقه من المخدم.

(٥) أى بنقيض الإنعام، أو بنقيض التدبير، فلذا هدم التدبير بالإباق.

(٦) فإنه يحرم من التركه، لأنه أراد من القتل العمدى تعجيل انتقال التركه إليه فعومل بنقيض مقصوده.

(٧) فلا نعمه منه على العبد حتى يكون إباقه كفرانا لهذه النعمه، بل النعمه من السيد.

(٨) أى تعديه التدبير.

(٩) أى المخدم.

(١٠) و هذا مناف لما قاله الماتن سابقا أنه مشهور.

(١١) بأنه غير مشهور.

(١٢) أى شرح الإرشاد.

(١٣) فى اللمعه.

(١٤) و هذا المخدم.

(١٥) أى بالزوج، و لزوم القطع به، لأنه يكون على المولى المقطوع بصحه التدبير المعلق على وفاته.

(١٦) دون الأخير، فلا قطع فيه بل هو على قول مشهور.

(١٧) أى القطع بالزوج دون المخدم.

(١٨) لأن المخدم هو المنصوص دون الزوج بحسب دعوى الشارح.

(١٩) من القطع بالمخدم دون الزوج، للنص على الأول دون الثاني بحسب دعواه.

ص: ٣٨٩

عادت (١) إليهما (٢) لم تتم الشهره فى الزوج (٣) إلا أن يجعل له (٤) مع الزوجيه الخدمه (٥)، و الوقوف على موضع النص (٦) و الوفاق (٧) حسن (٨) (و الوفاه) المعلق (٩) عليها (قد تكون مطلقه (١٠) غير مقيده بوقت، و لا مكان، و لا صفه (و قد تكون مقيده) باحدها كهذه السنه (١١)، (١) أى الشهره.

(٢) إلى الزوج و المخدموم.

(٣) كما اعترف الماتن فى الدروس، هذا و قد جعل الأخيرين من الزوج و المخدموم سابقا على قول مشهور، و هذا لا ينافى نفي الشهره عن الزوج هنا، لأن الكلام السابق من الشارح إنما كان تبعا لظاهر عباره الماتن، و كلامه هنا إنما كان مبنيًا على التحقيق.

(٤) للزوج.

(٥) فيندرج فى المخدموم المنصوص، و عليه فلا داعى لجعله قسيما للمخدموم.

(٦) كما فى المخدموم.

(٧) كما فى المولى.

(٨) و فيه أنه قد عرفت ورود النص فى الزوج و هو خبر محمد بن حكيم المتقدم (١) فراجع أول الفصل من شرحنا.

(٩) أى العتق.

(١٠) المشهور على أن التدبير منقسم إلى مطلق كقوله: إذا مت فأنت حر، و إلى مقيد بشرط أو شروط كقوله: إذا متّ فى سفرى هذا أو فى مرضى هذا أو فى سنتى هذه أو إذا مت حتف أنفى أو إذا قتلت، أو فى بلد كذا فأنت حر، فيصح التدبير لإطلاق أدلته، و لخصوص صحيح ابن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل قال: إن حدث بى حدث فى مرضى هذا فغلامى فلان حر، فقال عليه السلام: يردّ من وصيته ما شاء و يجيز ما شاء) (٢).

و عليه فلو مات على الصفه المذكوره عتق عبده و إلا فلا، و عن الشيخ فى المبسوط بطلان التدبير المعلق، لأنه معلق على شرط فهو كالتق المعلق، و التعليق مناف للجزم بالإنشاء.

و فيه أنه على خلاف النص المتقدم بالإضافة إلى أن التدبير من أصله معلق على الوفاه.

فلم يكن التعليق بما ذكر سابقا منافيا للجزم بالإنشاء، لأنه قد جعل من قيود الموت الذى علق عليه العتق.

(١١) فيما لو قيد بالوقت.

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب الوصايا حديث ٨.

أو في هذا البلد (١)، أو المرض (٢)، و التعليق عليهما (٣) جائز فلا يتحرر (٤) في المقيد بدون القيد (كما تقدم في الوصيه) من جوازاها (٥) بعد الوفاه مطلقا و مقيدا.

في صيغه التدبير

(و الصيغه (٦) في التدبير (أنت حر، أو عتيق، أو معتق بعد وفاتي) في المطلق (٧) (أو بعد وفاه فلان): الزوج، أو المخدوم، أو بعد وفاتي هذه السنه، أو في هذا المرض، أو في سفرى هذا، و نحو ذلك في المقيد (٨)، و يستفاد من حصر الصيغه (٩) فيما ذكر: أنه لا ينعقد بقوله: أنت مدبر (١٠) (١) تقييد بالمكان.

(٢) تقييد بالصفه.

(٣) أى تعليق العتق على الوفاه المطلقه و المقيده.

(٤) أى العبد المدبر.

(٥) أى جواز الوصيه.

(٦) لا بد من ذكر المملوك أو الإشاره إليه في صيغه التدبير، لوقوع التدبير عليه، و لكن لا يشترط لفظ مخصوص بل كل ما يدل عليه حقيقه كلفظ هذا أو أنت أو فلان يصح التعبير به هذا من جهه و من جهه أخرى فلا بد من ذكر الموت لأن التدبير عتق علق عليه و لا يشترط فيه لفظ مخصوص أيضا بل يكتفى بكل ما يدل عليه كلفظ بعد وفاتي أو موتى أو انتقالى من هذه الدنيا و نحو ذلك، و من جهه ثالثه لا بد أن يأتى بلفظ يدل على إنشاء الحريه للمملوك كلفظ أنت حر، و لكن لا بد أن يكون لفظ صريحا فيه كالحر و العتيق و المعتق، و لا- تشترط الجملة الاسميه بل تكفى الفعلية كقوله: حررتك بعد وفاتي، نعم ادعى الشارح في المسالك الإجماع على عدم وقوعه بالكنايه، و تبعه على دعوى الإجماع كاشف اللثام، و فى الجواهر منع الإجماع على عدم الا-جتزاء بالكنايه مع أن إطلاق أدله التدبير يشملها، و الصحيح أن التدبير يتحقق بكل لفظ دال عليه من دون استثناء إعمالا للعرف فى إنشاء المعانى، و لم يرد نص من الشارع على ألفاظ مخصوصه.

(٧) أى فى التدبير الذى علق على الوفاه المطلقه.

(٨) أى فى التدبير الذى علق على الوفاه المقيده.

(٩) قد استفاد الشارح الحصر من باب حصر المبتدأ بالخبر، و الصيغه مبتدأ و ما ذكر بعدها خبر.

(١٠) اختلف الأصحاب فيما لو قال: أنت مدبر أو دبرتك مقتصر على، فهل هو لفظ صريح فى التدبير فيقع به، كما عن الشيخ فى المبسوط و العلامه، بل فى الرياض نسبتته إلى جمع كثير، لأن التدبير ظاهر فى معناه و هو العتق دبر الحياه، و هو معنى مشهور عند كل أحد

مقتصرًا عليه (١)، و هو أحد (٢) القولين في المسألة، لأن التدبير عتق معلق على الوفاء كما استفيد من تعريفه فينحصر (٣) في صيغته تفيد (٤).

و وجه الوقوع (٥) بذلك (٦): أن التدبير حقيقه شرعيه في العتق المخصوص (٧) فيكون (٨) بمنزله الصيغه الصريحه فيه (٩)، و في الدروس اقتصر على مجرد نقل الخلاف، و الوجه عدم الوقوع، و لا يقع (١٠) باللفظ مجردا (١١)، بل (مع القصد إلى ذلك) المدلول (١٢) فلا عبره بصيغه الغافل، و الساهي، و النائم، و المكره.

كما أن البيع ظاهر في معناه، بل التدبير كان معروفًا في الجاهليه و قرره الشارح، فلم يستعمل التدبير في غير معناه حتى يكون كناية.

و عن المحقق في الشرائع و الشيخ في الخلاف عدم وقوع التدبير به، لخلوه عن لفظ العتق و الحريه و عليه فهو إما عتق فلا بد من صريح لفظه، و إما وصيه فلا بد من التصريح بالموصى به.

و عن ابن الجنيد و ابن البراج أنه يقع بشرط قصد نيه العتق دبر الحياه، لأن اللفظ المذكور كناية عن العتق بعد الوفاء، فلا يصح الاكتفاء بالكناية إلا مع النيه.

و مما تقدم سابقا تعرف صحه الوقوع، لكفايه كل لفظ دال عليه عرفا.

(١) على اللفظ المذكور الخالي عن العتق و الحريه المعلقين على الوفاء.

(٢) بل الأقوال ثلاثه.

(٣) أي التدبير.

(٤) أي تفيد العتق المعلق على الوفاء، و ما تقدم من اللفظ المذكور خال عن العتق المعلق على الوفاء.

(٥) أي وقوع التدبير.

(٦) أي بقوله: أنت مدبر.

(٧) و هو المعلق على الوفاء.

(٨) أي قوله: أنت مدبر.

(٩) في العتق المخصوص، الذي هو معلق على الوفاء.

(١٠) أي التدبير.

(١١) لا- بدّ من قصد المعنى كما هو الحال فى صيغ العقود و الإيقاعات، بلا خلاف فى ذلك و عليه فلا عبره بعبارة الساهى و الغالط و السكران، و كذا المحرج الذى لا قصد له بسبب إكراهه أو إيجائه إلى التدبير على وجه يرتفع معه قصد المعنى.

(١٢) أى المعنى.

ص: ٣٩٢

فى عدم اشتراط نيه التقرب

(و لا يشترط) فى صحته (١) (نيه التقرب به (٢) إلى الله تعالى، و إن توقف عليه (٣) حصول الثواب على الأقوى (٤)، للأصل (٥)، و لأنه (٦) وصيه (٧) لا عتق بصفه (٨).

و قيل: يشترط (٩) بناء على أنه (١٠) عتق، و إلا لافتقر إلى صيغه بعد الوفاء (١١)، و شرطه (١٢) القربه، و يتفرع عليهما (١٣) صحه تدبير الكافر مطلقا (١٤) أو مع إنكاره (١٥) لله تعالى كما سلف.

فى أن شرط صيغه التدبير التنجيز

(و شرطها) أى شرط صيغه التدبير (التنجيز (١٦) فلو علقها بشرط أو صفه (١) أى صحه التدبير.

(٢) بالتدبير، هذا و قد وقع الخلاف فى اشتراط نيه القريه، فعن الشيخ و المحقق و جماعه عدم الاشتراط، لأن التدبير من جمله الوصايا كما سيأتى تحقيقه، و عن المرتضى و الحللى و الفاضل فى المختلف اشتراطها، لأن التدبير عتق، و لا عتق إلا ما قصد به وجه الله كما تقدم بيانه.

(٣) على التقرب.

(٤) متعلق بقوله: (و لا يشترط فى صحته نيه التقرب).

(٥) أى أصاله عدم الاشتراط.

(٦) أى التدبير.

(٧) كما سيأتى بيانه، و لا يشترط نيه التقرب فى الوصايا.

(٨) أى بصفه كونه بعد الوفاء.

(٩) أى يشترط فى صحته نيه التقرب.

(١٠) أى التدبير.

(١١) و هو غير محتاج إلى صيغه العتق بعد الوفاء بالاتفاق.

(١٢) أى العتق.

(١٣) على القولين السابقين.

(١٤) سواء قلنا بجواز عتق مطلق الكافر أم بجوازه إذا كان غير جاحد أم قلنا بعدم جواز عتق مطلق الكافر.

(١٥) أى إنكار الكافر، وهذا مبنى على القول باختصاص عدم وقوع العتق بمن ينكر الله تعالى.

(١٦) يشترط فى صيغته التدبير تجريدتها عن الشرط و الصفه فى قول مشهور للأصحاب، لأن

ص: ٣٩٣

كأن فعلت (١) كذا، أو طلعت الشمس (٢) فأنت حر بعد وفاتي بطل (و أن يعلّق (٣) بعد الوفاة بلا فصل (٤)، فلو قال: أنت حر بعد وفاتي بسنه) مثلا (بطل).

وقيل: يصح فيهما (٥) ويكون (٦) في الثاني (٧) وصيه بعثقه (٨). وهو شاذ.

في شرط المباشر

(و شرط المباشر الكمال (٩) بالبلوغ والعقل (و الاختيار، و جواز التصرف) فلا- التعليق على الشرط أو الصفه مناف للجزم بالإنشاء، و لذا اشترط التنجيز في كل عقد و إيقاع، و التدبير من جمله الإيقاعات، نعم ثبت مشروعيه التعليق فيه على الموت فلا يتعدى إلى غيره، هذا و قد تقدم مرارا معنى الشرط و الصفه من أن الأول هو ما يحتمل وقوعه كقدوم الحاج و الثاني هو متحقق الوقوع في المستقبل كطلوع الشمس في الغد، و عليه فلو قال: إن قدم المسافر فأنت حر بعد وفاتي، أو قال: إذا أهل شهر رمضان مثلا فأنت حر بعد وفاتي لم ينعقد التدبير.

و مما تقدم تعرف ضعف ما عن ابن الجنيّد من جواز تعليق التدبير على الشرط و الصفه، و العجب من الشارح في المسالك حيث جعل اعتبار التنجيز من دون دليل.

(١) تمثيل للشرط.

(٢) تمثيل للصيغه.

(٣) أى العتق في التدبير.

(٤) على المشهور، لأن الشرط و الصفه منافيان للجزم سواء كانا قبل الموت أو بعده، و عن ابن الجنيّد الصحه، و عليه فلو قال: أنت حر بعد وفاتي لسنه صح، و تعرف ضعفه مما تقدم.

(٥) في صورتين، سواء كان التعليق قبل الوفاة كما في الصورة الأولى أو بعد الوفاة كما في الصورة الثانية.

(٦) أى التدبير.

(٧) أى المعلّق بعد الوفاة.

(٨) و لازمه أن يعتقه الورثه.

(٩) لا- يصح التدبير إلا- من بالغ عاقل قاصد مختار جائز التصرف بلا خلاف في الجملة، فلا يصح تدبير الصبي لسلب عبارته شرعا، نعم روى إن كان مميزا له عشر سنين صح وصيته و عتقه كما في كتاب العتق، و التدبير لا يخلو من أحدهما، و لذا ذهب الشيخ في الخلاف إلى صحه تدبير الصبي إذا كان له عشر سنين، و قد تقدم ما يفيد في ذلك، و لا يصح تدبير المجنون لسلب عبارته، و لا تدبير المكره و السكران و لا الساهى و لا الغالط

يصح (١) من الصبى و إن بلغ عشرا، و لا- المجنون المطبق مطلقا (٢) و لا- ذى الأدوار فيه (٣)، و لا المكروه (٤)، و لا المحجور (٥) عليه لسفه مطلقا (٦) على الأقوى.

و قيل: لا (٧)، لا تنفاه معنى الحجر بعد الموت (٨).

و يضعف بأن الحجر عليه حيا يمنع العبارة الواقعه حالتها (٩)، فلا تؤثر بعد الموت، أما المحجور عليه لفلس فلا يمنع منه (١٠) إذ لا ضرر على الغرماء، فإنه (١١) إنما يخرج بعد الموت من ثلث ماله بعد وفاء الدين، و مثله (١٢) مطلق وصيه المتبرع بها.

و ينبغى التنبيه على خروجه (١٣) لاشتراط القصد و الاختيار، و لا تدبير المحجور عليه لسفه، لأن التدبير تصرف مالى و هو ممنوع منه، خلافا للشيخ حيث جوزه لكون التدبير تصرفا بعد الموت، و مع الموت يرتفع عنه حكم السفه، و لذا عن التحرير استشكل فى الحكم.

و فيه أن التدبير تصرف فى الحياه و إن تأخر أثره إلى ما بعد الوفاء، و لو سلم أنه تصرف بعد الموت فلا يرتفع عنه حكم السفه و إلا لجاز وصيه السفه بثلثه و هو معلوم البطلان.

و أما المحجور عليه لفلس فسيأتى الكلام فيه.

(١) تفریع على اشتراط الكمال.

(٢) أى أصلا.

(٣) أى فى دور الجنون.

(٤) تفریع على اشتراط الاختيار.

(٥) تفریع على اشتراط جواز التصرف.

(٦) أى و لو لوحظ حال بعد الوفاء كما يظهر ذلك من تعليل القول الآخر.

(٧) أى لا يشترط عدم الحجر لسفه.

(٨) إذ ينقطع حكم السفه عنه بعد الموت، و قد عرفت ضعفه.

(٩) أى حال الحياه.

(١٠) أى فلا يمنع المحجور عليه لفلس من التدبير بلا خلاف فيه، لعدم الضرر على الغرماء لأن التدبير وصيه أو كالوصيه يعتبر فى نفوذه كونه من الثلث بعد أداء الدين.

(١١) أى التدبير.

(١٢) أى و مثل التدبير فى الخروج من الثلث بعد وفاء الدين.

(١٣) أى خروج المحجور عليه لفلس.

ص: ٣٩٥

من اشتراط جواز التصرف (١)، إلا أن يدعى أن المفلس جائز التصرف بالنسبه إلى التدبير و إن كان ممنوعا منه (٢) في غيره (٣).

لكن لا يخلو من تكلف (٤).

(و لا يشترط) في المدبّر (الإسلام (٥) كما لا يشترط (٦) في مطلق الوصيه (فتصح مباشره الكافر) التدبير (و إن كان حربيا)، أو جاحدا للربوبيه، لما تقدم من عدم اشتراط القربه، و للأصل (٧) (فإن دبّر) الحربى حربيا (مثله و استرق أحدهما) بعد التدبير (أو كلاهما بطل التدبير (٨).

أما مع استرقاق المملوك فظاهر، لبطلان ملك الحربى له (٩) المنافى (١٠) للتدبير.

و أما مع استرقاق المباشر فلخروجه (١١)

(١) تعريض بالماتن حيث اشترط جواز التصرف فى المباشر، و لم يستثن المحجور عليه لفس.

(٢) من التصرف.

(٣) أى فى غير التدبير، و عليه فيكون خروجه تخصصا فلا داعى للتنبيه على إخراجة.

(٤) لأن اشتراط جواز التصرف يفيد العموم الشامل للمحجور عليه لفس أو سفه.

(٥) هل يشترط فى المباشر الإسلام كما عن ابن إدريس أو لا- يشترط كما عن المحقق و جماعه، و مبنى الخلاف فيه على أن التدبير وصيه أو عتق، و على الأول فيصح التدبير من الكافر لعدم اشتراط تبه القربه فى الوصايا، و على الثانى يبنى على اشتراط القربه فى العتق و عدم الاشتراط، فإن قلنا باشتراط القربه بمعنى حصول الثواب فلا يصح تدبير مطلق الكافر كما لا يصح عتق الكافر، و إن قلنا باشتراط القربه بمعنى قصد وجه الله فيصح التدبير من الكافر غير الجاحد بالألوهيه كما يصح عتقه، و إن قلنا بعدم اشتراط القربه فى العتق كما هو قول فى المسأله فيصح تدبير الكافر كما يصح عتقه.

(٦) أى الإسلام.

(٧) أى أصاله عدم اشتراط الإسلام فى مباشر التدبير.

(٨) بلا إشكال لما ذكره الشارح فى الروضه مفضّلا.

(٩) للمملوك المسترق.

(١٠) صفه للبطلان.

(١١) أى خروج المباشر.

عن أهليه الملك (١)، و هو (٢) يقتضى بطلان كل عقد و إيقاع جائزين (٣).

في ما لو أسلم المملوك المدبّر

(و لو أسلم) المملوك (المدبّر) من كافر (بيع على الكافر) قهرا (و بطل تدبيره (٤)، لانتفاء السبيل له (٥) على المسلم بالآيه، و لقوله صلّى الله عليه و آله و سلّم «الإسلام يعلو و لا يعلى عليه» و طاعه المولى علو منه (٦)، و التدبير لم يخرج (٧) عن الاستيلاء عليه بالاستخدام و غيره.

و قيل: يتخير المولى بين الرجوع فى التدبير (٨) فيباع عليه، و بين (٩) الحيلولة بينه و بينه (١٠) و كسبه للمولى، و بين استسعائه فى قيمته (١١)، و هو ضعيف لا دليل عليه.

(١) لأنه صار عبدا.

(٢) أى الخروج عن أهليه الملك.

(٣) غير لازم.

(٤) لو دبّر الكافر كافرا مثله فأسلم المملوك بيع على سيده، سواء رجع فى تدبيره أو لم يرجع، لأنه على كل حال باق على ملكه و مستحق لاستخدامه، فهو سبيل له عليه، و لا سبيل للكافر على المسلم لقوله تعالى: وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)، و للنبوى (الإسلام يعلو و لا يعلى عليه) (٢).

و عن ابن البراج أنه يتخير بين الرجوع فى التدبير فيباع عليه، و بين الحيلولة بينهما مع كون الكسب للمولى، و بين استسعاء العبد فى قيمته فينفق عليه من كسبه فإن فضل منه شىء فهو للمولى، و قد اعترف فى الجواهر و غيره بعدم الدليل عليه.

(٥) للكافر.

(٦) من المولى.

(٧) لم يخرج المملوك.

(٨) بأن يرجعه إلى الرّق.

(٩) بناء على عدم الرجوع فى التدبير فالعمل بأحد الوجهين من الحيلولة أو الاستسعاء.

(١٠) أى بين المولى الكافر و بين عبده المسلم.

(١١) بعد إخراج نفقه العبد من كسبه.

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤٠.

٢- (٢) الجامع الصغير ج ١ ص ١٢٣.

نعم لو مات المولى قبل البيع (١) عتق من ثلثه، و لو قصر (٢) و لم يجز الوارث فالباقي رق، فإن كان الوارث مسلما فله (٣)، و إلا بيع عليه (٤) من مسلم.

فى ما لو حملت المدبّره

(و لو حملت المدبّره من مملوك (٥) بزنا، أو بشبهه، أو عقد على وجه يملكه السيد (فولدها مدبّر) كأمه.

(١) و قبل الرجوع أيضا.

(٢) أى الثلث عن قيمه العبد المدبّر.

(٣) أى فالباقي للوارث المسلم.

(٤) على الوارث الكافر.

(٥) لو حملت المدبّره بمملوك لمولاهها كان مدبّرا كأمه بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح أبان بن تغلب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكه ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال عليه السلام:

أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذى دبّر أمهم فهم أحرار) (١)، و صحيح يزيد عن أبى عبد الله عليه السلام (سألت عن جاريه أعتقت عن دبر من سيدها، قال: فما ولدت فهم بمنزلتها و هم من ثلثه، و إن كانوا أفضل من الثلث استسعوا فى النقصان) ٢، و خبر أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (ما ولدت الضعيفه المعتقه عن دبر بعد التدبير فهو بمنزلتها، يرقون برقها و يعتقون بعثتها، و ما ولد قبل ذلك فهو مماليك لا يرقون برقها و لا يعتقون بعثتها) ٣، نعم يعارضها خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألت عن رجل قال: إذا مت فجاريته فلانه حره، فعاش حتى ولدت الجاريه أولادا، ثم مات ما حالها؟ قال: عتقت الجاريه و أولادها مماليك) (٢).

و هو محمول على التقيه، ثم مقتضى إطلاق الأخبار المتقدمه عدم الفرق بين كون الولد من عقد أو زنا أو شبهه، لأن المدار فى الأخبار على ما تلده و هو شامل للجميع و إن كان من الزنا.

و لا يتوهم أنه لو كان من الزنا فلا يلحق بها شرعا، و لازمه عدم تدبيره لأن المدار على (ما تلده) كما ورد فى النصوص و هو شامل لولد الزنا فضلا عن ترجيح جانب المالىه فى الرق فلذا كان ولدها من الزنا ملكا للمولى دون مولى الزانى، و عليه فما دام ملكا له سواء كان من عقد أو غيره فتدبير أمه يشمله.

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب التديبير حديث ١ و ٤ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب التديبير حديث ٦.

و يشكل (١) فى الزنا مع علمها (٢)، لعدم لحوقه بها شرعا، لكن الشيخ و جماعه اطلقوا الحكم، و المصنف فى الدروس قيده (٣) بكونه (٤) من مملوك (٥) المدبّر فلو كان من غيره (٦) لم يكن مدبّرا (٧).

و استشكل (٨) حكم الزنا، و الأخبار مطلقه (٩) فى لحوق أولادها بها فى التدبير حيث يكونون ارقاء. فالقول بالإطلاق (١٠) أوجه.

نعم اشتراط إلحاقهم (١١) بها (١٢) فى النسب (١٣) حسن، ليتحقق النسب.

و اعلم أن الولد بفتح الواو و اللام، و بضمها فسكونها (١٤) يطلق (١٥) على الواحد و الجمع، و قد يكون الثانى (١٦) جمعا لولد كأسد و أسد، و يجوز و طء المدبره و لا يكون رجوعا (و لو حملت من سيدها صارت أم ولد) و لم يبطل (١) أى الحكم بلحوق الولد فى تدبير أمه.

(٢) أى علم الأم بالتحريم، و قيد العلم بها، لأنه قد يكون مع علم الأب خاصه فيكون الفعل شبهه منها.

(٣) أى قيد الحكم بلحوق الولد فى تدبير أمه.

(٤) أى بكون ولد المدبّره.

(٥) بحيث كان للسيد أمه و عبدا مدبرين، و قد زوج السيد أمته من عبده فما ولدته الأم فهو مدبّر كأبويه.

(٦) أى لو كان ولد المدبره من غير مملوك المدبّر.

(٧) أى ولد المدبّره.

(٨) أى الماتن فى الدروس.

(٩) غير مقيد بكون ولد المدبره من مملوك المدبّر، و غير مقيده بكونه من غير الزنا، بل المدار فيها على (ما تلده) و هو يشمل ولد الزنا.

(١٠) سواء كان ولد المدبّره من مملوك المدبّر أو من غيره، و سواء كان بعقد أو شبهه أو زنا.

(١١) أى أولاد المدبّره.

(١٢) بالمدبره.

(١٣) و عليه فتخرج صوره الزنا.

(١٤) أى بضم الواو و سكون اللام.

(١٥) بكلا اللفظين.

(١٦) أى بضم الواو و سكون اللام.

ص: ٣٩٩

التدبير (١) (فتعتق) بعد موته (من الثلث (٢) بسبب التدبير (فإن فضلت (٣) قيمتها عن الثلث (فمن نصيب الولد) يعتق الباقي (٤)).

(و لو رجع) المولى (فى تدبيرها) و لها ولد (٥) (لم يكن) رجوعه فى تدبيرها (رجوعا (٦) فى تدبير ولدها، لعدم الملازمه بينهما (٧) و تحقق الانفكاك (٨)، و عدم دلالة عليه (٩) بإحدى الدلالات (و لو صرح بالرجوع فى تدبيره) أى تدبير الولد (فقولان (١٠):

(١) لا خلاف و لا إشكال أن المدبره رق يجوز لمولاها التصرف فيها باستخدام و وطء، و إن حملت منه لم يبطل التدبير، بل قد اجتمع لها سببان للعتق التدبير و الاستيلاد، و الأول أسبق، و على كل فتعتها فى السببين متوقف على وفاه سيدها، فإذا مات و الولد حى عتقت من ثلث تركته بالتدبير لأنه السبب السابق، فإن لم يف الثلث بها عتق الباقي منها بالاستيلاد الذى هو السبب المتأخر، و يحتسب هذا الباقي من نصيب ولدها، فإن وفى فهو و إلا- استسعت فى الباقي، هذا و خالف الشافعى حيث حكم بإبطال التدبير عند استيلادها، لأن الاستيلاد أقوى، إذ هو لازم بخلاف التدبير الذى هو جائز، و فيه عدم التنافى بينهما حتى يقدم الأقوى، بل يجتمعان لعتقها و يكون الأول أسبق أثرا كما عرفت. و مما يدل على جواز وطء المدبره صحيح أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل يعتق جاريتة عن دبر، أ يطؤها إن شاء أو ينكحها أو يبيع خدمتها، فقال: أى ذلك شاء فعل) (١).

(٢) أى ثلث تركه المولى.

(٣) أى زادت.

(٤) بسبب الاستيلاد، و إن وفى النصيب فهو و إلا استسعت فى الباقي.

(٥) بحيث قد حصل لها بعد التدبير و يكون مدبرا بالتبع كما تقدم.

(٦) سيأتى أن للمولى حق الرجوع فى التدبير، فلو رجع فى تدبيرها فلا يكون رجوعا فى تدبير ولدها، لعدم الملازمه بين الأم و ولدها، بل ستعرف أنه لا يجوز للمولى الرجوع فى الولد و إن رجع فى الأم، و هذا أكبر دليل على عدم سرايه الرجوع إلى تدبير الولد.

(٧) بين الأم و ولدها.

(٨) أى الانفكاك الوجودى بين الأم و ولدها فلا يكون الدال على أحدهما دالا على الآخر.

(٩) أى عدم دلالة الرجوع فى تدبير الأم على الرجوع فى تدبير ولدها.

(١٠) عن ابن إدريس و العلامه و الفخر و الشهيد و أكثر المتأخرين جواز الرجوع فى تدبير الولد

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب التدير حديث ١.

أحدهما الجواز (١) كما يجوز الرجوع في تدبيرها، لكون التدبير جائزا فيصح الرجوع فيه، و الفرع (٢) لعموم الأدلة الدالة على جواز الرجوع في التدبير، ولأن تدبير الولد فرع عن تدبير أمه، ولا يزيد الفرع عن أصله، وعليه فكما جاز الرجوع في تدبير الأم فيجوز الرجوع في تدبير الولد.

و عن الشيخ في النهايه و الخلاف و المبسوط و ابني البراج و حمزه و المحقق في النافع بل نسب إلى الأكثر عدم جواز الرجوع في تدبير الولد لصحيح أبان بن تغلب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكه ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولادا ثم مات زوجها و ترك أولاده منها، قال: أولاده منها كهيتها، فإذا مات الذي دبّر أمهم فهم أحرار، قلت له: أ يجوز للذي دبّر أمهم أن يردّ في تدبيره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج و بقي أولادها من الزوج الحر أ يجوز لسيدها أن يبيع أولادها، و أن يرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج و رضيت هي بذلك(١).

و أشكل على الروايه من حيث اشتمالها على كون أبيهم حرا و هذا ما يوجب تبعيه الأولاد في الحرية له فكيف حكمت الروايه بأنهم مماليك، و أشكل أيضا عليها بأنها فرقت بين تدبير الأم و تدبير ولدها من ناحيه جواز الرجوع في الأول دون الثاني، مع أنه تفريق بلا فارق ما دام كل منهما تدبيرا.

و يردّ الإشكال الأول بجواز كون الأولاد مملوكين لاشتراط رقيتهم من مولى الزوجه المملوكه و هذا جائز على ما قد تقدم الخلاف فيه، و يردّ الإشكال الثاني بأن نفس النص الصحيح المتقدم هو الفارق بين التدبيرين على أن تدبير الأم إنما هو بفعل المالك فيجوز له الرجوع فيه، بخلاف تدبير الولد الذي هو بالسرايه و لا اختيار للمالك فيه فلذا لا يجوز له الرجوع فيه، و هذا ليس بعزيز، بل له نظائر فالفسخ بالخيار يقتضى فسخ عقد البيع بالنسبه لشخص المبيع، و لا يقتضى الفسخ في النماء المنفصل، بل يبقى النماء للمشتري و إن ردت العين للبائع فكذلك هنا فالرجوع فسخ لما حصل بصيغه التدبير الحاصله من المولى و المتعلقة بالأم، و لا يتعلق الفسخ بالتدبير المتعلق بالنماء - الذي هو الولد - لأن النماء لا يقبل الفسخ و لا الرجوع.

(١) أى يجوز للمولى أن يرجع في تدبير الولد.

(٢) و هو تدبير الولد، و كان فرعا لأنه متفرع عن تدبير أمه.

ص: ٤٠١

لا يزيد على أصله. و الثاني (١) و هو الذى اختاره الشيخ مدعى الاجماع و جماعه منهم المصنف فى الدروس.

(و) هو (المروى) صحيحا عن أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام (المنع (٢)، و لأنه (٣) لم يباشر تدبيره (٤)، و إنما حكم به (٥) شرعا فلا يباشر ردّه (٦) فى الرقّ، و بهذا يحصل الفرق بين الأصل (٧) و الفرع (٨).

(و دخول الحمل (٩) فى التدبير للأّم مروى) فى الصحيح عن الحسن بن على (١) أى القول الثانى.

(٢) خبر قوله (و الثانى).

(٣) أى و لأن المولى، و هو دليل ثان على المنع بعد صحيح أبان الذى هو الدليل الأول.

(٤) أى تدبير الولد.

(٥) بتدبير الولد تبعا لتدبير أمه.

(٦) أى فلا يباشر المولى ردّ الولد فى الرق بأن يرجع فى تدبيره.

(٧) و هو تدبير الأم الذى صدر بمباشرة المولى.

(٨) و هو تدبير الولد الذى حكم به شرعا للتبعيه، فما باشره المولى فيجوز له الرجوع فيه، و ما لم يباشره فلا يجوز له الرجوع فيه.

(٩) أى الحمل الحاصل قبل التدبير، و هذا بخلاف الحمل الحاصل بعد التدبير الذى تكلمنا عنه فى الفرع السابق فيما لو حملت المدبره و لو من الزنا فحملها مدبر.

هذا فلو دبّر حاملا فعن الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و ابن البراج و ابن حمزه بل فى الدروس نسبتة إلى المشهور أنه إذا علم المولى بالحمل فهو مدبر أيضا، و إلا فهو رق لخبر الوشاء فى الصحيح عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (سألته عن رجل دبّر جاريه و هى حبلى، فقال: إن كان علم بحبل الجاريه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق) (١).

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و جماعه عدم التبعيه و إن علم المولى بوجود الحمل، للأصل، و لانفصال الحمل عنها وجودا فلا بدّ أن ينفصل عنها حكما و لذا لا يدخل فى بيعها و عتقها و غيرها إلا مع التصريح بالدخول فكذا التدبير، و لموثق عثمان بن عيسى عن أبى الحسن الأول عليه السلام (سألته عن امرأه دبّرت جاريه لها فولدت الجاريه جاريه

ص: ٤٠٢

الوشاء عن الرضا عليه السّلام قال: سألته عن رجل دبّر جاريتة و هي حبلى فقال: «إن كان علم بحبل الجاربه فما فى بطنها بمنزلتها، و إن كان لم يعلم فما فى بطنها رق».

و الروايه كما ترى داله على اشتراط دخوله (١) بالعلم (٢) به، لا مطلقا (٣) فكان على المصنف أن يقيدته (٤) حيث نسبه (٥) إلى الروايه.

نعم ذهب بعض الأصحاب (٦) إلى دخوله فى تدبيرها مطلقا (٧) كما يدخل (٨) لو تجدد (٩)، نفيسه، فلم تدر المرأه حال المولوده، أ هي مدبره أو غير مدبره، فقال لى: متى كان الحمل بالمدبره، أقبل ما دبّرت أو بعد ما دبّرت؟ فقلت: لست أدري و لكن أجنبي فيهما جميعا، فقال: إن كانت المرأه دبّرت و بها حبل و لم تذكر ما فى بطنها فالجاربه مدبره و الولد رق، و إن كان إنما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبر فى تدبير أمه(١٠).

و وجه الاستدلال قوله عليه السّلام (و لم تذكر ما فى بطنها) و المعنى و لم تذكر المرأه ما فى بطن الجاربه عند التلفظ بصيغه التدبير فالجاربه مدبره و الولد رق، و عليه فيكون المدار على قصد المولى و عدمه بعد حمل خبر الوشاء على صورته القصد، و هو حمل غير بعيد، لأن خبر الوشاء قيد دخول الحمل فى تدبير الأم بصوره علم المولى بحبل الجاربه، و يحمل العلم على القصد جمعا بين الخبرين لأن العلم سبب للقصد. و عن القاضى ابن البراج القول بسرايه التدبير مطلقا علم المولى بالحمل أو لم يعلم، و الخبران المتقدمان حجه عليه.

(١) أى دخول الحمل فى التدبير.

(٢) أى بسبب العلم به.

(٣) حتى مع عدم العلم.

(٤) أى يقيد دخول الحمل فى التدبير.

(٥) أى نسب دخول الحمل فى تدبير أمه.

(٦) و هو ابن البراج.

(٧) علم المولى بالحمل أو لا.

(٨) أى يدخل الحمل فى تدبير أمه.

(٩) أى لو تجدد الحمل بعد تدبير أمه.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب التدبير حديث ٢.

إلا أنه (١) غير مروى (٢)، و بمضمون الروايه (٣) أفتى الشيخ فى النهايه و جماعه (كعتق الحامل (٤) فإنه يتبعها الحمل على الروايه السابقه (٥).

و الأظهر عدم دخوله (٦) فيها (٧) مطلقا (٨)، و حملت هذه الروايه (٩) على ما إذا قصد تدبير الحمل مع الأم و أطلق العلم على القصد مجازا، لأنه (١٠) مسبب عنه (١١). و قد روى الشيخ أيضا فى الموثق عن الكاظم عليه السلام عدم دخوله (١٢) مطلقا (١٣)، فالحمل (١٤) طريق الجمع.

(و يتحرر المدبّر) بعد الموت (١٥) (١) أى إطلاق دخول الحمل فى تدبير أمه.

(٢) فلا يصح نسبه الإطلاق إلى الروايه حينئذ.

(٣) الداله على تقييد دخول الحمل فى التدبير بعلم المولى بوجوده.

(٤) قد تقدم فى آخر كتاب العتق أن الحمل لا يتبع الحامل فى العتق لانفصاله عنها، على المشهور، و تقدم أن الشيخ و بنى زهره و البراج و سعيد على أنه يتبعها فى العتق استنادا إلى خبر السكونى عن جعفر عن آبائه عليهم السلام (فى رجل أعتق أمته و هى حبلى و استثنى ما فى بطنها، قال: الأمه حره و ما فى بطنها حر لأن ما فى بطنها منها) (١)، و تقدم أن السكونى عامى و الخبر موافق للعامه.

(٥) و هى خبر السكونى المتقدم.

(٦) أى الحمل.

(٧) فى الأم تدبيرا كما لا يدخل عتقا.

(٨) علم المولى أم لا.

(٩) أى روايه الوشاء الوارده فى التدبير.

(١٠) أى القصد.

(١١) عن العلم.

(١٢) أى دخول الحمل فى تدبير أمه.

(١٣) علم المولى بوجوده أو لم يعلم ما لم يذكره المولى فى التدبير.

(١٤) أى حمل خبر الوشاء على صورته قصد تدبير الحمل هو طريق الجمع بين الخبرين.

(١٥) أى بعد موت المولى المدبّر.

ص: ٤٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من كتاب العتق حديث ١.

(من الثلث) كالوصيه (١) (١) وقع الخلاف بينهم في أن التدبير وصيه كما عن الشيخ في المبسوط و المحقق في النافع و العلامه في بعض كتبه لموثق زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن المدبر أ هو من الثلث؟ قال: نعم و للموصى أن يرجع في وصيته، أوصى في صحه أو مرض) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (المدبر من الثلث، و للرجل أن يرجع في ثلثه إن كان أوصى في صحه أو مرض) (٢) و عن المشهور أنه بمنزله الوصيه بمعنى أنه عتق معلق على الوفاه و لكن له أحكام الوصيه من جواز الرجوع فيه و خروجه من الثلث و غير ذلك من أحكامها، لصحيح معاويه بن عمار (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المدبر فقال: هو بمنزله الوصيه يرجع فيما شاء منها) (٢)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المدبر مملوك، و لمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه و إن شاء وهبه و إن شاء أمهره، قال: و إن تركه سيده على التدبير و لم يحدث فيه حدثا حتى يموت سيده فإن المدبر حر إذا مات سيده و هو من الثلث، إنما هو بمنزله رجل أوصى بوصيته ثم بدا له بعد فغيرها قبل موته، و إن هو تركها و لم يغيرها حتى يموت أخذ بها) (٣).

و الأقوى أنه بمنزله الوصيه لأنه لو كان وصيه محضه لافتقر في عتقه إلى صيغه بعد الموت، بعد حمل أخبار كونه وصيه على أنه بمنزله الوصيه.

هذا من جهه و من جهه أخرى لا يلزم من كونه بمنزلتها مساواتها في جميع الأحكام، بل المراد أنه بمنزلتها في الأحكام المسئول عنها في الأخبار من كونه من الثلث و جواز الرجوع فيه و نحو ذلك مما سيمر عليك.

و من جهه ثالثه لا خلاف و لا إشكال في أن المدبر يعتق بموت مولاه من ثلث مال المولى، فإن خرج منه و إلا تحرر من المدبر بقدر الثلث، و عليه فلو لم يكن للمولى سواه عتق ثلثه.

و من جهه رابعه لما كان التدبير وصيه أو بمنزلتها فيأخذ حكمها من كونه من الثلث بعد أداء الدين سواء كان الدين متقدما على التدبير أم متأخرا على المشهور خلافا للشيخ في النهايه و القاضي ابن البراج حيث قدّم التدبير على الدين، إذا كان التدبير سابقا عليه و إلا قدّم الدين استنادا لصحيح أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر غلامه

ص: ٤٠٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب التدبير حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب التدبير حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من كتاب التدبير حديث ٣.

في ما لو جامع الوصايا كان كأحدها

(و لو جامع (١) الوصايا) كان كأحدها (قدّم الأول (٢) فالأول) إن لم يكن فيها (٣) واجب (٤) (و لو كان على الميت دين قدّم الدين) من الأصل، سواء كان (٥) متقدما على التدبير أم متأخرا (٦). و منه (٧) الوصيه بواجب مالي (٨) (فإن فضل) من التركة (شئ (٩) و لم يكن هناك وصيه تقدّم عليه (١٠) (عتق من المدبّر ثلث ما بقى (١١) إن و عليه دين فرارا من الدين، قال: لا تدبير له، و إن كان دبّره في صحه منه و سلامه فلا سبيل للديان عليه) (١)، و خبر ابن يقطين (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن بيع المدبّر قال:

إذا أذن في ذلك فلا بأس به، و إن كان على مولى العبد دين فدبّره فرارا من الدين فلا تدبير له، و إن كان قد دبّره في صحه و سلامه فلا سبيل للديان عليه، و يمضى تدبيره) ٢.

و هما قاصران عن معارضه ما تقدم من إطلاق النصوص الداله على أنه بمنزله الوصيه و أنه من الثلث. كما في الجواهر.

و من جهه خامسه لما كان التدبير وصيه أو بمنزلتها فلو جامع الوصايا فيكون كأحدها يقدّم الأول منها فالأول من الثلث على ما تقدم في كتاب الوصايا.

(١) أي التدبير.

(٢) أي الأول من الوصايا.

(٣) في الوصايا.

(٤) أي واجب مالي كالخمس و الزكاه فإنه مقدم من الأصل على ما تقدم بيانه في كتاب الوصايا.

(٥) الدين.

(٦) على المشهور و في هذا رد على الشيخ و ابن البراج حيث ذهب إلى التفصيل.

(٧) و من الدين.

(٨) كالخمس و الزكاه.

(٩) بعد تقديم الدين و الواجب المالي.

(١٠) على التدبير، و الوصيه المقدمه عليه هي الأسبق ذكرا.

(١١) أي ما بقى من التركة بعد إخراج الدين، و عليه فيعتق من المدبر بمقدار ثلاثه الباقي من التركة بعد إخراج الدين، و انعتاق بعض المدبر من الثلث كما هو عبارته الماتن متوقف على كون الثلث لم يف بقيمه العبد، و إلا لو و في بقيمته أو زاد عليها عتق

تمام العبد المدبّر من

ص: ٤٠٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب التدبير حديث ٢ و ١.

لم يزد (١) عن قيمته (٢) كغيره (٣) من الوصايا المتبرع بها، حتى لو لم يفضل (٤) سواه (٥) عتق ثلثه، فإن لم يفضل عن الدين شيء (٦) بطل التدبير.

و لو تعدد المدبّر و التدبير (٧) بدئ بالأول فالأول (٨)، و بطل ما زاد عن الثلث إن لم يجز الوارث، و إن جهل الترتيب (٩)، أو دبّرهم بلفظ واحد استخرج الثلث (١٠) بالقرعه، و بالجمله فحكمه (١١) حكم الوصيه.

هذا كله إذا كان التدبير متبرعا (١٢) به، و علّق على وفاه المولى ليكون (١٣) كالوصيه، فلو كان (١٤) الثلث كما هو واضح، و كما هو الحال في كل الوصايا المتبرع بها.

(١) أى لم يزد ما بقى من التركة، و قد أتى الشارح بهذا القيد لتصحيح عبارته الماتن الداله على عتق بعض المدبر من ثلث ما بقى من التركة.

(٢) أى عن قيمه المدبر، و إلا فلو ساواها أو زاد عليها لعتق تمام المدبّر من ثلث ما بقى.

(٣) أى كغير المدبّر.

(٤) أى من التركة بعد إخراج الدين.

(٥) سوى المدبّر.

(٦) أى شيء من التركة.

(٧) لو دبّر جماعه من مماليكه، فإن خرجوا من الثلث فذاك، و إلا ينظر فإن تعددت صيغه التدبير بأن كان لكل عبد مدبّر صيغه تخصه بدئ بالأول فالأول إلى أن يستوفى الثلث، لأحقية السابق بعد كون التدبير وصيه أو ما هو بمنزلتها، و لا بد عند تعدد الوصايا من تقديم الأسبق فالأسبق إلى حين استيفاء الثلث.

و لو جهل الأسبق أو اتحدت صيغه التدبير للجميع استخرج بالقرعه بمقدار ثلث التركة، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و ظاهرهم الاتفاق عليه و لم ينقل الخلاف عن أحد.

(٨) عند العلم بالأسبق.

(٩) فى صورته تعدد التدبير.

(١٠) أى استخرج ثلث التركة منهم.

(١١) أى حكم التدبير.

(١٢) أى غير واجب عليه بنذر و شبهه.

(١٣) أى التڊببر المعلق على وفاه المولى.

(١٤) أى التڊببر المعلق على وفاه المولى.

ص: ٤٠٧

واجبا بنذر و شبهه (١) حال الصحه (٢)، أو معلقا (٣) على وفاه غيره (٤) فمات (٥) فى حياه المولى فهو من الأصل (٦)، (١) كالعهد و اليمين.

(٢) أى حال صحه المولى، و إلفو كان فى مرض موت المولى لخرج من الثلث، كما فى كل تصرف فى حال الموت.

(٣) أى كان التدبير معلقا على وفاه غير المولى من الزوج و المخدوم، و هو غير واجب بنذر و شبهه.

(٤) غير المولى من الزوج و المخدوم.

(٥) أى المعلق عليه من الزوج و المخدوم.

(٦) أى أصل التركة، بعد حمل الأخبار المتقدمه الداله على خروج المدبر من الثلث على الغالب من كونه معلقا على موت المولى، هذا من جهه و من جهه ثانيه فالمدبر على وفاه غير المولى يخرج من الأصل فيما إذا مات المعلق عليه فى زمن حياه المولى لأنه كتعجيل العتق فى حال حياه المولى، فلا بد أن يخرج من الأصل، و لو مات المعلق عليه بعد موت المولى فلا بد أن يخرج من الثلث لأنه كالمعلق على وفاه المولى.

و من جهه ثالثه فالمنذور إن كان قد وقع نذره فى حال مرض موت المولى فهو من الثلث، لأن كل تصرفات الإنسان فى حال مرض الموت كذلك، و إن وقع نذره فى حال صحه المولى فلا يخلو إما أن يكون المنذور هو التدبير - أى صدور التدبير منه - و إما العتق بعد الوفاه و مثال الأول قوله: لله على أن أدبر عبدى، و مثال الثانى قوله: لله على عتق عبدى بعد وفاتى، و عليه، فإن كان الأول فهو من الثلث كما عن الشارح فى المسالك و الروضه هنا، لأن العبد بالنذر قد صار واجب التدبير، فإذا دبّره مولاه فقد خرج عن النذر و لحقه حكم التدبير، و قد عرفت أن من أحكام التدبير خروجه من الثلث.

و إن كان الثانى فهو من الأصل، لأنه بالنذر أصبح عتقه بعد الوفاه من الواجب عليه، و الواجبات المالىه تخرج من الأصل، كما لو نذر الصدقه بمال بعد الوفاه، فإنه يخرج من الأصل لأنه واجب مالى.

و عن التحرير للعلامه المساواه بين الأمرين فى الخروج من الأصل، و نقله فى الدروس عن ظاهر الأصحاب مشعرا بدعوى الإجماع عليه، و بانعقاده صرح المرتضى فى الانتصار.

و هو الأظهر، لأن الغرض من كلا النذرين التزام الحريه بعد الوفاه، فتكون الحريه المنذوره من الواجبات المالىه فتخرج من الأصل، و ليس الغرض من الأول صدور صيغه التدبير منه حال الحياه فقط.

و لو مات (١) بعد المولى فهو من الثلث أيضا (٢).

هذا (٣) إذا كان النذر مثلا، لله على عتق عبدى (٤) بعد وفاتى و نحوه.

و أما لو قال: لله على أن أدبر عبدى (٥) ففى الحاقه (٦) به (٧) فى خروجه (٨) من الأصل نظر، لأن الواجب بمقتضى الصيغه (٩) هو إيقاع التدبير عليه (١٠)، فإذا فعله (١١) و فى بنذره، و صار التدبير كغيره (١٢)، لدخوله (١٣) فى مطلق التدبير.

و مثله (١٤) ما لو نذر أن يوصى بشيء (١٥) ثم أوصى به، أما لو نذر جعله (١٦) صدقه بعد وفاته، أو فى وجه سائغ (١٧) و هذا التفصيل الذى أتى به الشارح و سبقه إليه ابن نما من كون النذر المتعلق بصيغه التدبير مما يخرج من الثلث قد تبع فيه بعض العامه كما فى الرياض.

(١) أى المعلق عليه من مخدوم و زوج.

(٢) كما لو علق على وفاه المولى.

(٣) أى يخرج من الأصل إذا كان واجبا بنذر و شبهه حال الصحة.

(٤) فهو تمثيل لكون المنذور عتق العبد بعد الوفاء، فيخرج من الأصل، لأنه واجب مالى.

(٥) تمثيل لكون المنذور هو التدبير.

(٦) أى النذر الثانى.

(٧) بالنذر الأول.

(٨) أى خروج النذر.

(٩) أى صيغه النذر.

(١٠) على العبد.

(١١) أى فإذا فعل المولى إيقاع التدبير عليه.

(١٢) من أفراد التدبير غير المنذوره من حيث خروج الجميع من الثلث.

(١٣) أى لدخول التدبير المنذور بعد تحقق النذر.

(١٤) أى و مثل نذر التدبير فى أنه من الثلث.

(١٥) بحيث كان المنذور هو الوصيه، فلو أوصى فقد و في بنذره، و صار الموصى به كغيره من الوصايا يخرج من الثلث.

(١٦) أى جعل الشىء.

(١٧) أى نذر جعل الشىء بعد وفاته فى وجه سائغ، و الفرق بين الصدقه و الوجه السائغ أن الصدقه مشروطه بالرجحان ليصح التقرب بها إلى الله، بخلاف الوجه السائغ فيكفى فيه عدم الحرمة.

ص: ٤٠٩

فكنذر العتق (١).

و نقل المصنف (٢) عن ظاهر كلام الأصحاب (٣) تساوى القسمين (٤) فى الخروج من الأصل، لأن الغرض (٥) التزام الحرية بعد الوفاء، لا مجرد الصيغه (٦)، و نقل (٧) عن ابن نما رحمه الله الفرق (٨) بما حكيناه (٩). و هو (١٠) متجه، و على التقديرين (١١) لا يخرج (١٢) بالنذر عن الملك (١٣) فيجوز له (١٤) استخدامه (١٥) و وطؤه إن كانت جاريه.

نعم لا يجوز نقله (١٦) (١) أى كما لو نذر عتق عبده بعد وفاته، من أنه يخرج من الأصل، لأنه واجب مالى، و الخروج من الأصل هو الشأن فى كل واجب مالى.

(٢) فى الدروس.

(٣) مشعرا بدعوى الإجماع عليه.

(٤) من نذر التدبير و نذر العتق بعد الوفاء.

(٥) أى لأن الغرض من نذر التدبير.

(٦) أى صيغه التدبير.

(٧) أى المصنف فى الدروس.

(٨) أى الفرق بين نذر التدبير و نذر العتق.

(٩) من أن نذر التدبير هو نذر لإيقاع صيغه التدبير عليه، فإذا فعله و فى بنذره و صار التدبير كغيره لدخوله فى مطلق التدبير فى خروجه من الثلث، بخلاف نذر العتق بعد الوفاء، فالعتق حينئذ بعد النذر واجب مالى يخرج من الأصل.

(١٠) أى الفرق.

(١١) من كون النذرين متساويين فى الإخراج من الأصل، و من كون الفرق بين النذرين بخروج نذر التدبير من الثلث، و نذر العتق من الأصل.

(١٢) أى المنذور تدبيره أو عتقه.

(١٣) أى عن ملك مولا، فيجوز للمولى استخدامه إن كان عبدا، و وطؤه إن كان أمه، و لا- يجوز له نقله عن ملكه بالاتفاق، لاستلزامه الحنث فى نذره، و لو أخرجه صح الإخراج، لأن النهى فى المعاملات لا- يقتضى الفساد، و يأثم و عليه الكفاره فى صورته العلم بالنذر.

(١٤) للمولى.

(١٥) أى استخدام المملوك إذا كان عبداً.

(١٦) أى نقل المندور تدبيره، و عدم جواز نقله مبنى على عدم الفرق بين القسمين، و إلا فعلى

ص: ٤١٠

عن ملكه، فلو فعل (١) صح (٢) و لزمته الكفاره (٣) مع العلم (٤)، و لو نقله عن ملكه ناسيا (٥) فالظاهر الصحه (٦) و لا كفاره، لعدم الحنث (٧). و فى الجاهل وجهان (٨).

و الحاقه بالناسى قوى. و لو وقع النذر فى مرض الموت (٩) فهو (١٠) من الثلث مطلقا (١١).

فى أنه يصح الرجوع فى التدبير

(و يصح الرجوع فى التدبير (١٢) المتبرع به ما دام (١٣) حيا، كما يجوز الرجوع فى الوصيه، و فى جواز الرجوع فى الواجب بنذر و شبهه ما تقدم من عدم الفرق بين القسمين فلو نذر تدبيره و بعد التدبير يكون قد و فى بالنذر، و لا يحرم نقله كسائر أفراد التدبير.

(١) بأن نقله عن ملكه.

(٢) أى صح الفعل و النقل.

(٣) أى كفاره حنث النذر مع الإثم أيضا.

(٤) أى العلم بالحنث.

(٥) أى ناسيا للنذر.

(٦) أى صحه النقل.

(٧) لأن النسيان عذر شرعى.

(٨) من أنه عامد إلى النقل الموجب للحنث، و من أنه جاهل للحكم، و الجهل عذر شرعى كالنسيان.

(٩) أى فى مرض موت المولى.

(١٠) فالمدبر المنذور.

(١١) سواء كان المنذور هو التدبير أو العتق بعد الوفاء، لأن النذر من تصرفات مريض الموت، و الشأن فيها خروجها من الثلث على كل حال.

(١٢) قد ثبت سابقا أن التدبير وصيه أو ما هو بمنزلتها، و على كل فيجوز الرجوع فيه كما يجوز الرجوع فى الوصيه، و هذا كله فى التدبير المتبرع به، و أما لو كان واجبا بنذر و شبهه فعلى المشهور من أنه واجب مالى يخرج من الأصل فلا يجوز له الرجوع لأن الرجوع عن التدبير حنث للنذر، و هو غير جائز، و على التفصيل من أن نذر التدبير تدبير يلحقه حكمه بخلاف نذر العتق بعد

الوفاه، فيصح الرجوع فى الأول بعد ما تحقق النذر و هو إيقاع صيغه التديير، بخلاف الثانى فلا يصح فيه الرجوع لاستلزامه الحنث فى النذر.

(١٣)أى المولى.

ص:٤١١

الجواز (١) إن كانت صيغته لله على عتقه بعد وفاتي (٢)، و مجيء الوجهين (٣) لو كان متعلق النذر هو التدبير، من خروجه (٤) عن عهده النذر بايقاع الصيغه كما حققناه (٥)، و من (٦) أنه (٧) تدبير واجب (٨) و قد اطلقوا لزومه (٩).

و الرجوع يصح (قولا (١٠) مثل رجعت في تدبيره) و أبطلته و نقضته و نحوه (و فعلا كأن يهب) المدبر و إن لم يقبض، (أو يبيع (١١)، (١) أي من عدم جواز الرجوع كما لا يجوز النقل.

(٢) أي في نذر العتق بعد الوفاء، لأن الرجوع مستلزم للحنث في النذر.

(٣) من جواز الرجوع و عدمه.

(٤) دليل لجواز الرجوع، و المعنى و من خروج المولى.

(٥) في التفصيل المتقدم.

(٦) دليل لعدم جواز الرجوع.

(٧) أي و من أن التدبير الذي هو متعلق النذر.

(٨) لا يجوز الرجوع عنه لئلا يلزم الحنث في النذر، إذ غاية النذر التزام حريته بعد الوفاء لا مجرد الصيغه.

(٩) أي لزوم التدبير الواجب على التقديرين.

(١٠) إذا ثبت جواز الرجوع في التدبير، فالرجوع قد يكون بالقول، كقوله: رجعت في هذا التدبير أو أبطلته أو رفعته أو ما أشبه ذلك، و قد يكون بالفعل، كأن يهب المدبر لغيره، و إن لم يقبضه، فإنه يبطل التدبير بالهبة، لدالاتها على الرجوع خلافا لابن حمزه حيث اشترط في صحه الهبة تقديم الرجوع القولي حتى تصح هبته حينئذ.

و من الرجوع الفعلى عتق المدبر، فإنه تعجيل لما تشبث به المدبر من الحريه، و قد زاده خيرا و من جمله الرجوع الفعلى ما لو أوقف المدبر في سبيل الله، و إن لم يقبضه لدلاله الوقف على الرجوع كالهبة و الخلاف فيه كالخلاف فيها.

(١١) من مصاديق الرجوع الفعلى بيع المدبر، لاقتضاء البيع خروجه عن ملكه المنافى لبقاء تدبيره، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن رجل دبر مملوكه ثم احتاج إلى ثمنه فقال: هو مملوكه إن شاء باعه و إن شاء أعتقه و إن شاء أمسكه حتى يموت، فإذا مات السيد فهو حر من ثلثه) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المدبر مملوك،

ص: ٤١٢

(أو يوصى به (١) و إن لم يفسخه (٢) قبل ذلك (٣)، أو يقصد به (٤) الرجوع على أصح القولين (٥).

و لا- فرق (٦) بين قبول الموصى له الوصيه، و ردها، لأن فسخه (٧) جاء من قبل ايجاب المالك (٨)، و لمولاه أن يرجع في تدبيره، إن شاء باعه و إن شاء وهبه، و إن شاء أمهره(١).

و عن الشيخ في النهايه لا يجوز بيعه قبل أن ينقضى تدبيره، فلو باعه قبل النقض لا يبطل التدبير و يمضى البيع في خدمته دون رقبته للجمع بين الأخبار المتقدمه الداله على جواز البيع مطلقا و بين خبر السكوني عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليهم السلام (باع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم خدمه المدبر و لم يبع رقبته)(٢) و خبر القاسم بن محمد عن علي قال (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق جاريه له عن دبر في حياته قال: إن أراد بيعها باع خدمتها في حياته، فإذا مات أعتقت الجارية، و إن ولدت أولادا فهم بمنزلتها)٣.

و عن الصدوق و العماني أنه لا يجوز بيعه إلا أن يشترط على المشتري أن يعتقه عند موت البائع لصحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (في الرجل يعتق غلامه أو جاريته في دبر منه ثم يحتاج إلى ثمنه أ يبيعه؟ فقال: لا إلا أن يشترط على الذي يبيعه إياه أن يعتقه عند موته)(٣).

(١) من جمله مصاديق الرجوع الفعلى الوصيه بالعبد المدبر، لاقتضاء الوصيه إخراج الموصى به عن ملك الموصى بعد وفاته و هذا مناف لبقاء تدبير العبد فيبطل، خلافا للشافعي في أحد قولييه كما في الجواهر.

(٢) أى لم يفسخ المولى التدبير.

(٣) أى قبل هذه المذكورات، لتضمن هذه المذكورات على الرجوع.

(٤) أى يقصد بما ذكر من الهبه و البيع و الوصيه، و عدم اشتراط قصد الرجوع لأن هذه المذكورات متضمنه للرجوع فلا داعى لقصده.

(٥) فى الهبه و الوصيه بخلاف البيع فالأقوال فيه ثلاثه.

(٦) فى بطلان التدبير بالوصيه.

(٧) أى فسخ التدبير.

(٨) أى فسخ التدبير إنما جاء من إيجاب المالك بلا دخل لقبول الموصى له فى ذلك، و عليه

ص: ٤١٣

٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب التدبير حديث ٤ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب التدبير حديث ٦.

و لا يعود التدبير بعوده (١) مطلقا (٢) (و إنكاره (٣) ليس برجوع) و إن حلف (٤) المولى، لعدم الملازمه (٥)، فإذا كان الإيجاب هو المؤثر فى فسخ التدبير فلا يعود التدبير لو بطل الإيجاب، و يبطل الإيجاب عند رد الموصى له، لأنه مع الرد و عدم القبول لا يؤثر الإيجاب أثره فى خروج الموصى به عن ملك الموصى إلى ملك الموصى له.

(١) أى يعود المدبّر إلى ملك مالكة، و هو دفع لتوهم، حاصل التوهم أن عله بطلان التدبير هو خروج المدبّر عن ملك مولاه، فلو عاد إلى ملكه عند بطلان الإيجاب و عدم قبول الموصى له فلا بدّ أن يعود التدبير.

و الدفع أن عله التدبير هو إيجاب الوصيه، بإنشاء إخراجها عن الملك و قد تم الإيجاب فلا بد أن يرتفع التدبير، و مع ردّ الموصى له لا يرتفع الإيجاب لأنه قد وقع غايته لا يؤثر أثره فى النقل و هذا شىء آخر.

(٢) سواء كان ذلك فى الوصيه أو الهبه أو البيع، فلو وهبه أو باعه بطل التدبير، و إن ردّ المتهب أو المشتري، لأن السبب فى بطلان التدبير هو إيجاب إنشاء النقل و قد تحقق، و إن لم يتحقق الانتقال لعدم القبول.

(٣) أى و إنكار التدبير من قبل المولى ليس رجوعا عن التدبير، لأن الإنكار أعم من الرجوع فكيف يدل عليه، و وجه الأعميه إمكان استناد الإنكار إلى نسيان التدبير، و الإنكار المستند إلى النسيان لا يدل على الرجوع، هذا و الفرق واضح بين الإنكار الذى هو إنكار أصل إيقاع التدبير، و بين الرجوع الذى هو إنشاء الرجوع عن التدبير.

و قيل و القائل الشيخ: يكون الإنكار رجوعا، لأن الإنكار دفع للتدبير فى سائر الأزمان فهو أبلغ من الرجوع المقتضى لرفعه فى الزمن المستقبل خاصه، و فيه ما تقدم من عدم التلازم بينهما، نعم لو قصد بالإنكار الرجوع كان رجوعا إلا فى الطلاق فقد ورد النص الصحيح على أن إنكاره رجوع عنه و قد تقدم فى بابه.

(٤) لو ادعى العبد التدبير فأنكر المولى، فالتقول قول المولى مع يمينه لأنه منكر، و الكلام فى إنكار المولى هنا كالكلام فى إنكاره السابق و أنه ليس برجوع، و أما الحلف فهو ليس رجوعا و إنما يؤكد الإنكار، و الحلف يرفع التدبير ظاهرا، نعم لا يرفع التدبير واقعا بحيث لو مات السيد و قد وقع منه التدبير واقعا فالعبد حر فيما بينه و بين الله تعالى.

و تظهر الفائده فى عدم رفعه واقعا و أن الحلف ليس رجوعا فيما لو اعترف المولى بعد الحلف بكذبه فيه، فإن جعلنا الإنكار رجوعا لم يعد العبد مدبّرا باعتراف المولى بالرجوع، و إن لم نجعله رجوعا فيثبت التدبير ظاهرا كما هو ثابت واقعا.

(٥) بين الإنكار و الرجوع، إذ الأول أعم لاحتمال النسيان.

و لاختلاف اللوازم (١)، فإن الرجوع يستلزم الاعتراف به (٢)، و إنكاره (٣) يستلزم عدمه، و اختلاف اللوازم يقتضى اختلاف الملزومات (٤).

و يحتمل كونه (٥) رجوعاً، لاستلزامه (٦) رفعه (٧) مطلقاً (٨) و هو (٩) أبلغ من رفعه (١٠) فى بعض الأزمان (١١)، و فى الدروس قطع بكونه (١٢) ليس برجوع إن جعلناه (١٣) عتقاً، و توقف (١٤) فيما لو جعلناه (١٥) وصيه، و نسب القول بكونه (١٦) رجوعاً إلى الشيخ.

و قد تقدم اختياره (١٧) أن إنكار الطلاق رجعه، و العلامه حكم بأن إنكار سائر العقود الجائزه ليس برجوع إلا الطلاق (١٨).

و الفرق بينه (١٩)، (١) بين الإنكار و الرجوع.

(٢) بالتدبير، إذ الرجوع عنه فرع الإقرار به.

(٣) أى إنكار التدبير يستلزم عدم الاعتراف بالتدبير.

(٤) من الإنكار و الرجوع.

(٥) أى كون الإنكار، و هو قول فى المسأله كما فى المسالك و غيره.

(٦) أى لاستلزام الإنكار.

(٧) أى رفع التدبير.

(٨) فى كل الأزمان.

(٩) أى الرفع فى كل الأزمان.

(١٠) أى رفع التدبير.

(١١) و هو الزمن الاستقبالى كما يتحقق ذلك فى الرجوع.

(١٢) أى بكون الإنكار.

(١٣) أى جعلنا التدبير.

(١٤) أى المصنف فى الدروس بكون الإنكار رجوعاً.

(١٥) أى جعلنا التدبير.

(١٦) أى يكون الإنكار.

(١٧) أى اختيار المصنف هنا فى اللعنه.

(١٨) لورود النص الصحيح فيه، و هذا ما صرح به فى المسالك أيضا.

(١٩) أى بين التدبير.

ص: ٤١٥

و بين غيره (١) غير واضح.

فى التدبير يبطل بالإباق

(و يبطل التدبير بالإباق) من مولاه (٢) سواء فى ذلك الذكر، و الأثنى لا بالإباق من عند مخدومه المعلق عتقه على موته (٣).

و قد تقدم ما يدل عليه (٤) (فلو ولد له (٥) حال الإباق) أولاد من أمه لسيده، أو غيره (٦) (١) من سائر العقود و الإيقاعات ما عدا الطلاق، بالقطع من أن الإنكار ليس رجوعا فى غيره، و أما فيه فإن كان عتقا فكذلك و إن كان وصيه فمشكل كما عن المصنف فى الدروس فهذا غير واضح.

(٢) المدبّر على وفاه مولاه لو أبى بطل تدبيره بلا خلاف فيه لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سألته عن جاريه مدبّره أبقت من سيدها سنينا، ثم جاءت بعد ما مات سيدها بأولاد و متاع كثير، و شهد لها شاهدان أن سيدها كان دبّرها فى حياته قبل أن تأبى، فقال عليه السّلام: أرى أنها و جميع ما معها للورثه، قلت: لا تعتق من ثلث سيدها؟ فقال: لا إنها أبقت عاصيه لله عزّ و جلّ و لسيدها، و أبطل الإباق التدبير) (١)، و خبر العلاء بن رزين عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل دبّر غلاما له فأبى الغلام - إلى أن قال - فقال عليه السّلام: العبد و ولده رق لورثه الميت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟ فذكر أنه لما أبى هدم تدبيره و رجع رقا) ٢.

(٣) أى موت المخدوم بلا خلاف فيه لصحيح يعقوب بن شعيب عن أبى عبد الله عليه السّلام (الرجل يكون له الخادم و يقول: هى لفلان تخدمه ما عاش، فإذا مات فهى حرة فتأبى الأمه قبل أن يموت الرجل بخمس سنين أو ست سنين، ثم يجدها ورثته ألهم أن يستخدموها إذا أبقت؟ قال: إذا مات الرجل فقد عتقت) (٢) و عليه فالفارق بين الحكيمين هو النص ليس إلا هذا من جهه و من جهه أخرى لو علق عتقه على وفاه الزوج فأبى، فلا يبطل تدبيره، لأن بطلان التدبير بالإباق عند التعليق على وفاه المولى على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورده.

(٤) على حكم الإباق من المولى و حكمه من المخدوم و الفرق بينهما.

(٥) للمدبّر الآبى.

(٦) أى أمه لغير سيده.

ص: ٤١٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب التدبير حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب التدبير حديث ١.

حيث يلحق به (١) الولد، أو حره (٢) عالمه بتحريم نكاحه (كانوا ارقاء) مثله (٣) و أولاده قبله (٤) على التدبير) و إن بطل في حقه، استصحابا للحكم السابق (٥) فيهم مع عدم المعارض.

في أن التدبير يبطل بارتداد السيد

(و لا يبطل) التدبير (بارتداد السيد (٦) عن غير فطره فيعتق لو مات (٧) على رده، أما لو كان (٨) عن فطره ففي بطلانه (٩) (١) بالمدبر الآبق، و إلحاق الولد به مبنى على تحقق شرائطه من كونه فوق الستة أشهر من حين الوطء و لم يتجاوز أقصى الحمل و أن لا يكون الولد من زنا.

(٢) عطف على قوله (من أمه) و المعنى فلو ولد للمدبر الآبق حال الإباق ولد من حره عالمه بتحريم نكاحه و لو من ناحيه عدم إذن المولى له لأنه آبق أو لكونها أزيد من النصاب الذى هو حرتان للعبد يلحق الولد بها لأنه من زنا من ناحيتها فلا يأخذ حكمها بالتبعيه من ناحيه الحرية، بل يلحق بأبيه و يأخذ حكمه بالتبعيه من ناحيه الرقيه.

(٣) و لا تدبير لهم لبطلان تدبير أبيهم و قد نص على ذلك خبر ابن مسلم و خبر العلاء المتقدمين.

(٤) أى و أولاد الآبق الموجوده قبل الإباق فهم على التدبير، و لا يبطل تدبيرهم بإباقه، للاستصحاب الجارى فى تدبيرهم من دون معارض و إن بطل تدبيره بإباقه.

(٥) من سرايه التدبير إليهم.

(٦) لو ارتد السيد لا عن فطره بعد التدبير لم يبطل التدبير بلا خلاف فيه، لعدم خروج ماله عن ملكه بالارتداد، إذ المرتد الملى لا يقتل بل يستتاب، و عليه فلو مات السيد المرتد فى حال الرده عتق المدبر من ثلث ماله.

(٧) أى السيد.

(٨) ارتداد السيد.

(٩) أى بطلان تدبير العبد، فعن المشهور البطلان لزوال ملك المرتد الفطرى، لأنه يجب قتله على كل حال و تنتقل تركته إلى ورثته و إن لم يقتل فعلا، و مع زوال الملك يبطل التدبير، إذ لا عتق إلا فى ملك.

و عن الشيخ فى ظاهر المبسوط عدم البطلان لسبق حق المدبر على حق الوارث، فلا ينتقل إليه، و إذا مات السيد انعتق ثلث المدبر إذ لا مال للمرتد سواه لانتقال سائر التركة إلى الورثه من حين الارتداد.

نعم نقل الشارح فى المسالك و صاحب الجواهر أنه ربما قيل بانعتاقه من حين الارتداد تنزيلا للرده منزله الموت، و هو بعيد، لأنه المرتد الفطرى و إن وجب قتله قد لا يقتل لقصور فى بسط يد الحاكم أو لهروب، فكيف يحكم بعق المدبر مع أنه معلق على الوفاة.

نظر. من انتقال (١) ماله (٢) عنه في حياته. و من تنزيلها (٣) منزله الموت فيعتق بها.

و الأقوى الأول، و لا يلزم من تنزيلها (٤) منزله الموت في بعض الأحكام (٥) ثبوته (٦) مطلقا (٧)، و إطلاق العبارة (٨) يقتضى الثاني.

و قد استشكل الحكم (٩) في الدروس، لما ذكرناه (١٠) (و) كذا (لا) يبطل (١١) (بارتداد العبد إلا أن يلحق بدار الحرب) قبل الموت (١٢) لأنه اباق، و لو التحق (١) دليل بطلان التدبير، و هو دليل المشهور.

(٢) مال المرتد الفطرى.

(٣) أى تنزيل الرده، و هو دليل على انعتاقه بمجرد الرده، و قد ترك قول الشيخ الدال على صحه التدبير و أنه ينعق بعد وفاه السيد، إلا أن الانعتاق للثلث على ما تقدم.

(٤) أى تنزيل الرده.

(٥) كعده الزوجه فإنها تعدد عده المتوفى عنها، و انتقال التركة إلى الورثه.

(٦) أى ثبوت التنزيل.

(٧) فى كل الأحكام.

(٨) أى و إطلاق عبارة الماتن هنا الشامله للملى و الفطرى يقتضى أن يكون حكم الفطرى على تنزيل الرده منزله الموت فينعق بمجرد الرده و فيه: أن عبارة الماتن و إن كانت شامله للملى و الفطرى لكن لا تقتضى ما قاله الشارح بل تقتضى عدم بطلان التدبير حتى فى الفطرى، و لعل المصنف قد مال إلى قول الشيخ المتقدم من أنه لا يبطل التدبير و لا ينعق العبد إلا بعد وفاه السيد المرتد، و لا ينعق إلا ثلثه.

(٩) ببطلان التدبير بارتداد السيد عن فطره.

(١٠) من كون الرده الفطريه بمنزله الموت فيقتضى انعتاق العبد بها.

(١١) أى التدبير، لو ارتد المملوك و لو كان عن فطره فلا يبطل تدبيره و إن حكم بقتله للأصل، نعم لو التحق بدار الحرب بعد ذلك بطل تدبيره، لأن الالتحاق بدار الحرب إباق منه لأنه فرار من سيده، و الإباق هادم للتدبير، و عليه لو مات المدبّر بعد ارتداده و قبل التحاقه بدار الحرب تحرّر لحصول المقتضى، و عن ابن الجنيّد الحكم ببطلان التدبير بسبب الارتداد قياسا على بطلان التدبير بسبب الالتحاق بدار الحرب بدعوى أن الإباق هدم التدبير لأنه معصيه للمولى المدبّر، فيجب أن يكون الارتداد هادما للتدبير لأنه معصيه لله، و معصيه الله أشدّ و فيه أنه قياس مع الفارق، إذ يصدق الفرار و الإباق على الثانى دون الأول، و النص قد اقتصر على الإباق دون الارتداد.

(١٢) أى قبل موت مولاہ.

ص: ٤١٨

بعده (١) تحرر من الثلث، و الفارق بين الارتداد و الإباق - مع أن طاعه الله أقوى (٢)، فالخروج عنها (٣) أبلغ من الإباق (٤) - النص، و قد يقرب (٥) بغناء الله تعالى عن طاعته (٦) له، بخلاف المولى، مع أن (٧) الإباق يجمع معصيه الله تعالى و المولى، بخلاف الارتداد (٨). ففقه الارتداد ممنوعه.

فى أن كسب المدبّر للمولى

(و كسب المدبّر فى الحياه) أى حياه المولى (للمولى (٩)، لأنه (١٠) رق) لم يخرج بالتدبير عنها (١١) (و لو استفاده (١٢) بعد الوفاه (١٣) فله (١٤) جميع كسبه أن خرج (١٥) من الثلث، و إلا (١٦) فبنسبه ما أعتق منه (١٧)، و الباقي) من كسبه (للوارث).

هذا إذا كان تدبيره معلقا على وفاه المولى، فلو كان معلقا على وفاه غيره (١٨)، (١) أى لو التحق بدار الحرب بعد موت المولى تحرر من الثلث لحصول المقتضى من التدبير و عدم المانع، إذ لا- يتوهم إلا- الالتحاق و هو لم يحصل فى زمن حياه المولى ليكون إباقا هادما للتدبير.

(٢) من طاعه المولى.

(٣) عن طاعه الله، و الخروج عنها بالارتداد.

(٤) الذى هو خروج عن طاعه المولى.

(٥) أى يقرب الفارق بين بطلان التدبير بالإباق و عدم بطلانه بالارتداد.

(٦) أى عن طاعه المرتد.

(٧) فارق ثان.

(٨) فإنه معصيه لله تعالى خاصه.

(٩) بلا خلاف فيه، لأن المدبّر لم يخرج عن ملك مولاه بالتدبير.

(١٠) أى لأن المدبّر.

(١١) عن الرقيه.

(١٢) أى استفاد الكسب.

(١٣) أى وفاه المولى.

(١٤) فللمدبّر.

(١٥) أى خرج المدبّر من ثلث تركه سيده، و جميع كسبه حينئذ له لأنه حر.

(١٦) أى و إن لم يخرج جميعه من ثلث تركه سيده.

(١٧) من كسبه بمقدار ما عتق منه.

(١٨) غير المولى من المخدوم و الزوج.

ص: ٤١٩

و تأخرت (١) عن وفاه المولى فكسبه بعد وفاه مولاه ككسبه قبلها (٢) لبقائه على الرقيه، و لو ادعى بعد الموت (٣) تأخر الكسب و أنكره (٤) الوارث حلف المدبّر (٥)، لأصالة عدم التقدم (٦).

النظر الثاني - في الكتابه

في معنى الكتابه و ثوابها

(النظر الثاني - في الكتابه (٧) و اشتقاقها من الكتب (٨)، و هو الجمع (٩)، لانضمام بعض النجوم إلى بعض (١٠). و منه (١١) كتبت الحروف. و هو (١٢) مبنى (١) أى وفاه الغير المعلق عليها عتق العبد.

(٢) قبل وفاه المولى فيكون الكسب للورثه، لأنه رق لهم فكسبه لهم أيضا.

(٣) أى ادعى العبد تأخر الكسب بعد وفاه المولى.

(٤) أى أنكر تأخر الكسب.

(٥) أى العبد، لأنه صاحب يد على المال، فهو المنكر واقعا و تكون الدعوى مال تحت يد العبد بعد تحرره فهو له بحسب الظاهر، و ادعى عليه الوارث أنه اكتسبه قبل تحرره فهو له، و أنكر ذلك العبد المحرّر فالقول قول المنكر مع يمينه.

(٦) أى أصالة عدم تقدم الكسب على الوفاه هذا تعليل عليل، لأنه معارض بأصالة عدم تقدم الموت على الكسب.

(٧) قال الشارح في المسالك: (المكاتبه و الكتابه مصدران مزيدان مشتقان من المجرد و هو الكتب، و أصله الضم و الجمع، يقول: كتبت البغله إذا ضمنت بين شفريها بحلقه، و كتبت القربه إذا أوكيت رأسها.

و منه الكتابه لما فيها من ضم بعض الحروف إلى بعض، و الكتيبه لانضمام بعضهم إلى بعض، فسُمّي هذا العقد كتابه لانضمام النجم فيها إلى النجم، أو لأنها توثق بالكتابه من حيث إنها منجمه مؤجله، و ما يدخله الأجل يستوثق بالكتابه، و لذلك قال الله تعالى:

إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ أَنْتَهُى.

(٨) كمصدر مجرد.

(٩) أى الكتب بمعنى الضم و الجمع.

(١٠) النجم هو الزمن الذى يحلّ فيه أجل الدين، لأن العرب كانوا يوقتون بطلوع النجم، لأنهم لا يعرفون الحساب، فكانوا يسمون الوقت الذى يحلّ فيه الأداء نجما، ثم توسعوا حتى سمّوا الوظيفه نجما.

(١١) أى و من الكتب بمعنى الضم و الجمع.

(١٢) أى اشتقاق الكتابه من الكتب بمعنى الضم.

ص: ٤٢٠

على الغالب (١)، أو الأصل من وضعها (٢) بآجال متعددة، وإلا فهو (٣) ليس بمعتبر عندنا (٤) وإن اشترط الأجل (٥).

(و هي مستحبه (٦)

(١) أى هذا الاشتقاق - باعتبار ضمّ بعض النجوم إلى بعض - مبنى على الغالب فى الكتابه، أو هو الأصل فيها إذ كانت الكتابه عند وضعها باعتبار ضم بعض النجوم إلى بعض، و لكن ضمّ بعض النجوم إلى بعض غير معتبر عندنا فى صدق الكتابه فلا ينافيه اتحاد الأجل.

(٢) أى وضع الكتابه.

(٣) أى ضم بعض النجوم إلى بعض بالآجال المتعدده.

(٤) فى صدق الكتابه فى كفى اتحاد الأجل.

(٥) أى و إن اشترطنا الأجل فى الكتابه.

(٦) ذهب بعض العامه إلى وجوبها لظاهر الأمر فى قوله تعالى: وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (١).

و الأمر محمول عندنا على الاستحباب بالاتفاق، و لكنه مع الأمانه المفسره بالديانته، و الاكتساب المفسر بالمال للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (فى قول الله عزّ و جلّ: فكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، قَالَ: الخير إن علمت أن عنده مالا-٣، و صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام (فى قول الله عزّ و جلّ: فكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا، قَالَ: الخير أن يشهد أن لا-إله إلا-الله و أن محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و يكون بيده عمل يكتسب به، أو يكون له حرفه)٤، و فى المقنع قال: (و روى فى تفسيرها: إذا رأيتموهم يحبون آل محمد صلى الله عليه و آله و سلم فارفعوهم درجه)٣).

و الأخبار قد صرحت باشتراط الديانته - لثلا يضيغ العبد ما يحصّله، بل يصرفه إلى السيد ليعتقه فلذا عبر بعضهم عنها بالأمانته هذا من جهه و من جهه أخرى فبعض الأخبار قد

ص: ٤٢١

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ١ و ٢ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ٧.

(مع الأمانة) و هي الديانة (و التكسب) للأمر بها (١) في الآية مع الخير (٢)، و أقل مراتبه (٣) الاستحباب، و فسر الخير بهما (٤) لإطلاقه (٥) على الأول (٦) في مثل قوله تعالى: وَ مَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ يَعْلَمُهُ اللَّهُ (٧). فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ (٨) و على الثاني (٩) في مثل قوله تعالى: وَ إِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ (١٠) و إِنَّ تَرَكَ خَيْرًا (١١) صرّح باشتراط وجود مال عنده إلا أنه محمول على قدرته على التكسب جمعا بين الأخبار.

و من جهة ثالثة فالمشهور على تأكيد الاستحباب مع اجتماع الشرطين عند سؤال المملوك الكتابه لظاهر قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ (١).

و ذهب المحقق في النافع إلى تأكيد استحباب الكتابه مع التماس العبد و لو كان عاجزا لموثق سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد يكاآبه مولاه و هو يعلم أن ليس عنده قليل و لا كثير، قال: يكاآبه و إن كان يسأل الناس، و لا يمنعه المكاتبه من أجل أنه ليس له مال، فإن الله يرزق العباد بعضهم من بعض، و المؤمن معان، و يقال: المحسن معان) (٢)، مع أن المشهور كما في المسالك على عدم استحباب الكتابه عند فقد الشرطين أو أحدهما، و عن المبسوط أنه مكروه، مع أن النص المتقدم حجه عليهم بالإضافه إلى رجحان العتق مطلقا كما تقدم في بابه الدال على مطلق استحبابها.

(١) بالكتابه.

(٢) أى الخير الموجود فى الآية.

(٣) أى مراتب الأمر، و حملة على الاستحباب هنا اتفاقى كما تقدم.

(٤) أى بالديانة و التكسب، و قد عرفت أن تفسير الخير بهما إنما هو للأخبار.

(٥) أى إطلاق الخير.

(٦) الديانة.

(٧) سورة البقره، الآية: ١٩٧.

(٨) سورة الزلزله، الآية: ٧.

(٩) أى و يطلق الخير على الثانى أى التكسب.

(١٠) سورة العاديات، الآية: ٨.

(١١) فى آيه الوصيه سورة البقره، الآية: ١٨٠، و الخير فى الآية هنا المال و سببه التكسب.

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

فحمل عليهما (١)، بناء على جواز حمل المشترك (٢) على كلا معنييه إما مطلقاً (٣)، أو مع القرينه، و هي (٤) موجوده لصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: **إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا** قال: **إِنْ عَلِمْتُمْ لَهُمْ دِينًا وَمَالًا** و رواه الكليني بسند صحيح.

و حينئذ (٥) يندفع ما قيل: **إِنْ اسْتَعْمَلَ الْمَشْتَرَكُ فِي مَعْنِيهِ مَرْجُوحٌ (٦)، أَوْ مَجَازٌ (٧) لَا يَصَارُ إِلَيْهِ (٨).**

نعم روى في التهذيب عن الحلبي صحيحاً عنه عليه السلام في الآية قال: **إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ مَالًا (٩) بغير ذكر الدين، و المثبت (١٠) مقدم.**

(و يتأكد) الاستحباب (١١) (بالتماس العبد) مع جمعه (١٢) للوصفين (١٣) أما مع عدمهما (١٤)، (١) أي فحمل لفظ الخير الوارد في آيه المكاتبه على الديانه و التكسب في إطلاق واحد.

(٢) و هو الخير هنا.

(٣) و لو مع عدم القرينه.

(٤) أي القرينه موجوده في المقام.

(٥) أي و حين حمل المشترك على كلا معنييه بالقرينه.

(٦) إذ الأصل استعمال اللفظ و لو كان مشتركاً في معنى واحد.

(٧) لأن اللفظ المشترك قد وضع بوضعين لمعنيين مع قيد الوحده، فاستعماله في المعنيين بدون قيد الوحده استعمال له في بعض ما وضع له و هو استعمال مجازي.

(٨) لا يصار إليه عند تردد المشترك بين استعماله في معنى واحد من معانيه و هو استعمال حقيقي و بين استعماله في معنييه و هو استعمال مجازي، و الاستعمال الحقيقي مقدم على المجازي، لاحتياج الثاني إلى قرينه و الأصل عدمها.

(٩) الوسائل الباب - ١ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

(١٠) أي الخبر المثبت للشرط الآخر مقدّم على ما لم يثبت، لأن غير المثبت لم يتعرض لنفيه فلا تعارض بينهما.

(١١) أي استحباب المكاتبه.

(١٢) أي جمع العبد.

(١٣) من الديانه و الكسب.

(١٤) أى عدم الوضعين.

ص: ٤٢٣

أو أحدهما (١) فلا (٢) في ظاهر كلام الأصحاب، و في النافع أنها (٣) تتأكد بسؤال المملوك و لو كان عاجزا (٤). فجعل (٥) الاستحباب مع عدم سؤاله مشروطا بالشرطين، و معه (٦) يكتفى (٧) بالأول (٨) خاصة (٩) (و لو عدم الأمران (١٠) الصادق (١١) بعدم أحدهما (١٢)، و عدمهما معا (فهى (١٣) مباحه) على المشهور.

و قيل: مكروهه (١٤).

فى أنها معاملة مستقلة

(و هى (١٥) معاملة) بين المولى، و المملوك (مستقلة) بنفسها على الأشهر (١٦)

(١) أى عدم أحدهما.

(٢) أى فلا يتأكد الاستحباب.

(٣) أى الكتابه المستحبه.

(٤) أى عاجزا عن التكسب.

(٥) أى جعل المحقق فى النافع أصل الاستحباب مع عدم التماس العبد مشروطا بالشرطين، و مع الالتماس يتأكد الاستحباب و لو كان عاجزا و هذا على خلاف ظاهر كلامهم.

(٦) أى و مع سؤال العبد.

(٧) أى يكتفى المحقق فى الاستحباب بل و تأكده.

(٨) و هو الديانه.

(٩) من دون اشتراط التكسب و لذا قال: (و لو كان عاجزا).

(١٠) من الديانه و المال.

(١١) صفه لعدم الأمرين.

(١٢) أى بعدم أحد الشرطين و صادق بعدم الشرطين معا، لأن الكل كما ينتفى بانتفاء جميع أجزائه ينتفى بانتفاء بعض أجزائه.

(١٣) أى الكتابه.

(١٤) كما عن الشيخ فى المبسوط، و قد تقدم ما فى هذين القولين.

(١٥) أى المكاتبه.

(١٦) وقع الخلاف بينهم فى حقيقه المكاتبه، فهل هى عتق بصفه كما عن بعض العامه، و المراد بالصفه هو العوض المعلوم على المملوك إلى أجل مضبوط، و ليس له دليل إلا- أن المكاتبه فيها خصائص العتق فهو عتق بعوض، و هو ضعيف لعدم صدق العتق عليها عرفاً، و عدم قصد العتق فى عقد المكاتبه على أن العتق مشروط بالتنجيز و القربه، و هما منفيان فى المكاتبه، و الاتحاد بين العتق و المكاتبه فى الغايه أو فى بعض الأحكام لا يقتضى

ص: ٤٢٤

و تختص بوقوعها (١) بين المالك و مملوكه (٢)، و أن (٣) العوض و المعوض ملك السيد، و أن (٤) المكاتب (٥) على درجه بين الاستقلال و عدمه (٦)، و أنه (٧) يملك من بين العبيد، و يثبت له (٨)

اندراج المكاتبه تحت اسم العتق و إلا لدخل الكثير فى المعاملات فى بعضها البعض.

و عن أبى الصلاح و ابن زهره و ابن إدريس أنها بيع للعبد من نفسه، لتحقق بعض خواص البيع فيها باعتبار ذكر العوض، و فيه أن البيع يقتضى المغايره بين البائع و المشتري و بينها و بين العوضين مع أن المبيع هنا فى المكاتبه هو نفس المشتري، و البيع يقتضى قبول المشتري للملك و هذا يستدعى أهليه المشتري للملك، و الأهليه مفقوده هنا، إذ المملوك لا يملك، و البيع يقتضى كون العوض ملكا للمشتري و المعوض ملكا للبائع مع أن العوض و المعوض هنالك العبد و كسبه ملك للبائع الذى هو المولى بالإضافة إلى أنه لو كان يباع لثبت المال فى ذمه العبد و عتق فى الحال، مع أن التالى باطل مضافا إلى صحه سلب اسم البيع عن المكاتبه و تغاير مفهومهما عرفا، على أن البيع لا يفتقر فى صحته إلى ذكر الأجل مع أن الكتابه مشروطه بذكر الأجل كما سيأتى إلى غير ذلك المنافيات لكونها بيعا.

لذلك ذهب المشهور إلى أن المكاتبه معامله مستقلة خارجه عن قياس المعاملات من جهه أنها دائره بين السيد و العبد مع أن العبد ملك لسيد و أن العوضين للسيد، و أن المكاتب على مرتبه متوسطه بين الرق و الحريه، فليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك، نعم لما كانت الحاجه داعيه إلى المكاتبه لأن السيد قد لا تسمح نفسه بالعتق مجانا و المملوك لا يشمر عن ساعده للكسب ما لم يكاتب شرعا حينئذ الشارع و رتب عليها أحكاما و اغتفر فيها ما لا يغتفر فى غيرها.

(١) أى بوقوع المكاتبه.

(٢) مع أن بقيه المعاملات تجرى بين مالكين أو لا تجرى بين المالك و ماله، هذا و الشارح قد استدلل بهذه الخواص على أن المكاتبه لا تلحق بغيرها بل هى عقد مستقل لعدم وجود هذه الخواص فى غيرها.

(٣) خاصيته ثانیه فى المكاتبه.

(٤) خاصيته ثالثه فى المكاتبه.

(٥) بعد الكتابه.

(٦) فليس له استقلال الأحرار و لا عجز المماليك.

(٧) أى و أن المكاتب، و هذه خاصيته رابعه فى المكاتبه.

(٨) للمكاتب و هذه خاصيه سادسه فى المكاتبه.

أرش الجنايه على سيده (١)، و عليه (٢) الارش للسيد المجنى عليه، و تفارق (٣) البيع باعتبار الأجل (٤) فى المشهور، و سقوط (٥) خيار المجلس، و الحيوان و عدم قبولها لخيار الشرط (و ليست (٦) يباع للعبد من نفسه) و ان اشبهته (٧) فى اعتبار العوض المعلوم، و الأجل المضبوط على تقدير ذكره (٨) فى البيع، لمخالفتها (٩) له (١٠) فى الأحكام، و لعبد ملك الإنسان (١١) نفسه فلو باعه (١٢) نفسه بثمان مؤجل لم يصح (و لا- عتقا (١٣) بصفه) و هى (١٤) شرط عوض معلوم على المملوك فى أجل مضبوط.

و هو (١٥) وفاق، خلافا لبعض العامه.

فى ما يشترط فى المتعاقدين

(١) و يشترط فى المتعاقدين الكمال) بالبلوغ، و العقل (١٦)، (١) لو جنى سيده عليه.

(٢) و على المكاتب.

(٣) أى المكاتبه و هذه خاصيه سابعه فى المكاتبه.

(٤) أى باعتبار الأجل فى المكاتبه فى المشهور و يأتى غير المشهور، و أما البيع فلا يشترط فى صحته ذكر الأجل.

(٥) عطف على قوله (باعتبار الأجل) و المعنى و المكاتبه تفارق البيع بسقوط خيار المجلس و الحيوان فيها دون البيع، و كذا لا تقبل لخيار الشرط بخلاف البيع فإنه قابل لذلك.

(٦) أى المكاتبه.

(٧) أى اشبهت البيع.

(٨) أى ذكر الأجل.

(٩) تعليل لعدم كون المكاتبه يباعا.

(١٠) للبيع.

(١١) من باب إضافه المصدر إلى فاعله، و المعنى عدم جواز تملك الإنسان لنفسه شيئا، لأنه لو كان مالكا فلا معنى لتملكه ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و هو محال.

(١٢) أى فلو باع المولى عبده لنفس العبد بثمان مؤجل لم يصح، لأنه تحصيل الحاصل كما تقدم.

(١٣) أى و ليست المكاتبه عتقا بصيغه خلافا لبعض العامه.

(١٤) أى الصفه.

(١٥) أى كون المكاتبه ليست عتقا بصيغه، و هذا وفاقى عندنا خلافا لبعض العامه.

(١٦) لا إشكال و لا خلاف فى أنه يعتبر فى المولى الموجب البلوغ و العقل و الاختيار و جواز

ص: ٤٢٦

فلا يقع (١) من الصبى وإن بلغ عشرا و جَوَزنا عتقه (٢)، و لا من المجنون المطبق، و لا الدائر جنونه فى غير وقت الافاقه (٣). و هذان (٤) مشتركان بين المولى و المكاتب.

و قد يتخيل عدم اشتراطهما (٥) فى المكاتب (٦)، لأن المولى و له فىمكن قبوله عنه، و كذا الأب (٧) و الجد و الحاكم مع الغبطه. و له وجه و إن استبعده المصنف فى الدروس غير مبين وجه البعد (٨).

(و جواز تصرف المولى (٩))

التصرف، لأن المكاتبه عقد كبقية العقود، و قد تقدم ما يدل على اعتبار هذه الأمور الأربعة.

بل و لا- يكتفى بمكاتبه المولى الموجب الصبى و إن بلغ عشرا لسلب عباره الصبى شرعا، سواء جوزنا عتقه أم لا- لخروج المكاتبه عن أفراد العتق على ما تقدم.

نعم وقع الخلاف بينهم فى اشتراط إسلام الموجب و سيأتى التعرض له.

كما أنه لا- إشكال و لا خلاف فى بلوغ و عقل العبد القابل لسلب عباره الصبى و المجنون، نعم وقع الخلاف بينهم فى اشتراط إسلام العبد و سيأتى التعرض له.

(١) أى التعاقد.

(٢) فلا نجوز مكاتبته للتغاير بينهما.

(٣) و أما فى وقت الإفاقه فيصح بلا خلاف لوجود العقل.

(٤) أى الشرطان من البلوغ و العقل.

(٥) أى عدم اشتراط البلوغ و العقل.

(٦) مبنى للمفعول و هو العبد.

(٧) أى أبو المكاتب و جده.

(٨) و وجهه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١) و لا- ابتغاء للصبى و المجنون، هذا فضلا عن أن مقتضى الكتابه و جوب السعى على المكاتب، و الصبى و المجنون لا يجب عليهما السعى كما لا يجب عليهما غيره.

(٩) فلا يصح مكاتبه المولى المحجور عليه، لأنه ممنوع من التصرف المالى، و المكاتبه تصرف مالى.

فلا يقع من السفية بدون إذن الولي (١)، ولا المفلس بدون إذن الغرماء (٢)، ولا من المريض (٣) فيما زاد منه (٤) على الثلث بدون إجازة الوارث (٥)، وإن كان العوض (٦) بقدر قيمته، لأنها (٧) ملك المولى فليست (٨) معاوضه حقيقه (٩)، بل فى معنى التبرع (١٠) ترجع إلى معاملة المولى على ماله بماله.

و يستفاد من تخصيص الشرط (١١) بالمولى جواز كتابه المملوك السفية إذ لا مال له يمنع من التصرف فيه. نعم يمنع من المعاملة الماليه (١٢)، و من قبض المال لو ملكه بعد تحقق الكتابه.

فى الإيجاب و القبول

(و لا بد) فى الكتابه (من العقد المشتمل على الايجاب (١٣) مثل كاتبك على أن

(١) ولى السفية أبوه وجده إذا اتصل سفهه بالبلوغ بحيث بلغ سفيتها، و وليه الحاكم إذا تجدد سفهه بعد البلوغ.

(٢) لأن المفلس ممنوع من التصرف حفظا لحق الغرماء.

(٣) الذى اتصل مرضه بموته.

(٤) من العبد المكاتب.

(٥) لأن مريض الموت تنفذ تصرفاته فى الثلث، و الباقي بحاجه إلى إذن الوارث كما تقدم مرارا.

(٦) أى مال الكتابه الذى هو عوض العبد.

(٧) أى لأن قيمه العبد.

(٨) أى مكاتبه المريض لعبده بقدر قيمته.

(٩) نعم لو كانت معاوضه حقيقه لا تبرع فيها فإنها تنفذ على كل حال، لأن تقييد تصرفات المريض من الثلث إنما هو فى تبرعه.

(١٠) لأن المعامله الحقيقه هى ما يملك كل من المتعاقدين ما ليس ملكا له، و هنا المولى يملك العبد و كسبه، فجعل العبد فى قبال الكسب إنما هو تبرع منه فلا بد أن يكون من الثلث لو صدر من المولى فى حال الموت.

(١١) أعنى جواز التصرف.

(١٢) كالبيع و الشراء و ينحصر سعيه فى التكسب بالأجره كالأجير و نحوه.

(١٣) لا- إشكال و لا خلاف فى أن المكاتبه عقد مفتقر إلى الإيجاب و القبول، كغيره من العقود، و يكفى فى عقد المكاتبه أن يقول المولى: كاتبك مع تعيين الأجل و العوض، و يقول العبد: قبلت.

تؤدى إلى كذا (١) فى وقت كذا (٢) ان اتحد الأجل (أو أوقات كذا) إن تعدد (٣) (فإذا أدت فأنت حر).

وقيل: لا يفتقر إلى إضافه قوله: فإذا أدت إلى آخره، بل يكفى قصده (٤)، لأن التحرير غايه الكتابه فهى داله عليه (٥)، فلا يجب ذكره (٦) كما لا يجب ذكر غايه البيع وغيره، خصوصا لو جعلناها (٧) بيعا للعبد من نفسه (٨).

و يضعف (٩) بأن القصد إليه (١٠) إذا كان معتبرا لزم اعتبار التلفظ بما يدل عليه (١١)، لأن هذا (١٢) هو الدليل الدال على اعتبار الايجاب و القبول (١٣) اللفظيين

و لكن لا- يفتقر العقد إلى قول المولى: فإذا أدت فأنت حر مع نيه ذلك، كما عن الشيخ فى المبسوط و نسب إلى الأكثر، لأن هذا القول غايه الكتابه، و الكتابه داله عليه فلا يجب ذكرها كما لا يجب ذكر غايه البيع و الإجاره، نعم لا بد من قصد ذلك و إن لم يتلفظ.

و عن الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس أنه يجب التلفظ بهذا القول مع قصده، و مال إليه الفخر و الشهيد فى نكت الإرشاد، و قال الشارح فى المسالك: (و يخرج فى المسأله قول ثالث، و هو عدم اشتراط القصد الخاص إلى اللفظ كغيره من الألفاظ الصريحه فى معناها) انتهى.

(١) و هذا هو العوض.

(٢) و هذا هو الأجل.

(٣) أى تعدد الأجل.

(٤) أى قصد قوله: فإذا أدت فأنت حر.

(٥) أى فالكتابه داله على التحرير.

(٦) أى ذكر التحرير.

(٧) أى لو جعلنا المكاتبه.

(٨) لأن البيع متفق فيه على عدم الاحتياج إلى قول البائع: فإذا اشتريته فهو ملك لك، فتكون المكاتبه مستغنيه عن هذه الإضافه الداله على غايتها.

(٩) أى يضعف القول بعدم الافتقار إلى ذكر الغايه مع أنه اشترط قصدها.

(١٠) إلى التحرير كغايه للمكاتبه.

(١١) على التحرير كغايه للمكاتبه.

(١٢) و هو كل ما اعتبر قصده فلا بد من لفظ يدل عليه.

(١٣) ولا يكفي فيهما القصد إليهما.

ص: ٤٢٩

فى كل عقد، و لا يكفى قصد مدلوله (١).

نعم لو قيل: بعدم اعتبار قصده (٢) أيضا (٣) كما فى غيره (٤) من غايات العقود اتجه (٥)، لكن لا يظهر به (٦) قائل (٧) (و القبول مثل قبلت) و رضيت.

و توقف هذه المعامله على الايجاب و القبول يلحقها (٨) بقسم العقود، فذكرها فى باب الايقاعات التى يكفى فيها (٩) الصيغه من واحد بالعرض (١٠) تبعا للعتق، و لو فصلوها و وضعوها فى باب العقود كان أجود.

(فإن قال) المولى فى الايجاب مضافا إلى ذلك (١١): (فإن عجزت فأنت رد) بفتح الراء و تشديد الدال مصدر بمعنى المفعول أى مردود (فى الرق فهى (١٢) مشروطه، و إلا يقل ذلك (١٣)، بل اقتصر على الايجاب السابق (فهى مطلقه (١٤).

(١) أى مدلول العقد من دون التلفظ بالإيجاب و القبول.

(٢) أى بعدم اعتبار قصد التحرير كغايه للمكاتبه.

(٣) كما لا يعتبر التلفظ به.

(٤) أى فى غير التحرير الذى هو غايه المكاتبه.

(٥) أى اتجه القول بعدم الاحتياج إلى التلفظ بما يدل على التحرير و هو قوله: فإذا أدت فأنت حر.

(٦) أى بعدم اعتبار القصد و عدم اعتبار التلفظ.

(٧) و عليه فإذا كان لا بدّ من اعتبار القصد فقد عرفت أنه لا بد من التلفظ بما يدل عليه حينئذ.

(٨) أى يلحق هذه المعامله أعنى المكاتبه.

(٩) فى الإيقاعات.

(١٠) أى بالتبع، و هو متعلق بقوله: (فذكرها).

(١١) أى إلى قوله: كاتبتك على أن تؤدى إلى كذا فى وقت كذا، فإذا أدت فأنت حر.

(١٢) أى المكاتبه.

(١٣) من قوله: فإن عجزت فأنت رد.

(١٤) الكتابه قسمان: مشروطه و مطلقه، و المطلقه أن يقتصر على العقد و الأجل و العوض و النيه بالمعنى المتقدم، و المشروطه

أن يقول مع ذلك: فإن عجزت فأنت رد في الرق للأخبار الكثيره.

ص: ٤٣٠

و من القيد (١) يظهر وجه التسميه (٢).

و يشترك القسمان فى جميع الشرائط و أكثر الأحكام، و يفترقان فى أن المكاتب فى المطلقه ينعقد منه بقدر ما يؤدى من مال الكتابه، و المشروط لا ينعقد منه شىء حتى يؤدى الجميع، و الاجماع على لزوم المطلقه، و فى المشروطه خلاف و سيأتى.

فى اشتراط الأجل

(و الأقرب اشتراط الأجل) فى الكتابه مطلقا (٣)

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إن المكاتب إذا أدى شيئا عتق بقدر ما أدى إلا أن يشترط مواليه إن هو عجز فهو مردود، فلهم شرطهم) (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (فى مكاتب شرط عليه إن عجز أن يرد فى الرق، قال: المسلمون عند شروطهم) ٢، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المكاتب إذا أدى بعض مكاتبته، فقال: إن الناس كانوا لا يشترطون، و هم اليوم يشترطون، و المسلمون عند شروطهم، فإن كان شرط عليه إن عجز رجع، و إن لم يشترط عليه لم يرجع) (٢) و غيره كثير.

بلا- خلاف فى ذلك منا، و العامه ليس عندهم إلا- قسم واحد، و هو المشروط عندنا فلا- يعتق إلا- بأداء تمام المال للنبوى (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم) (٣)، و هو محمول على صورته الشرط جمعا بينه و بين ما تقدم.

هذا من جهه و من جهه أخرى فمما تقدم من الأخبار تعرف أن العبد فى المطلقه ينعقد منه بقدر ما يؤدى، و فى المشروطه لا ينعقد منه شىء إلا بأداء تمام المال.

(١) و هو قول المولى فى العقد: فإن عجزت فأنت رد.

(٢) أى تسميه المطلقه، و هى الخاليه عن القيد المذكور، و تسميه المشروطه و هى المقيدة بالقيد المذكور.

(٣) سواء كانت مشروطه أم مطلقه، وقع الخلاف بينهم فى اشتراط الأجل فى الكتابه، و بعبارة أخرى وقع الخلاف بينهم فى اشتراط كون العوض مؤجلا أو أنه يصح حالا.

فعن الأكثر أنه لا بد من ذكر الأجل و كون العوض مؤجلا لدليلين:

الأول: إتباع السلف من عهد النبى صلى الله عليه و آله و سلم فإنهم لا يعقدون الكتابه إلا على عوض مؤجل.

ص: ٤٣١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

بناء (١) على أن العبد لا يملك شيئاً فعجزه حال العقد عن العوض حاصل (٢)، و وقت الحصول (٣) متوقع مجهول فلا بد من تأجيله (٤) بوقت يمكن فيه (٥) حصوله عادة.

و فيه نظر، لإمكان التملك عاجلاً- (٦) و لو بالاقتراض كسراء (٧) من لا- يملك شيئاً من الأحرار، خصوصاً لو فرض حضور شخص يوعده (٨) بدفع المال عنه بوجه (٩) فى المجلس (١٠).

و يندفع ذلك (١١)

الثانى: إن العبد عاجز عن أداء العوض الحال، لأن ما بينه هو للسيد، و ما ليس بيده متوقع الحصول فلا بدّ من ضرب الأجل لثلا يتطرق الجهالة الموجهه للغرر المنهى عنه فى الشريعة.

و فى كليهما نظر، أما فى الأول فلأن عمل السلف دال على ثبوت المؤجل و الأجل و هو أعم من فساد الحال، و أما فى الثانى فلا إمكان تحصيل المال عقيب العقد بالقرض أو بالتبرع أو يكون العوض فى العقد على ملح مثلاً و هما على مملحه فيمكنه تسليم العوض عقيب العقد مباشرة، و عليه فلا- يلزم بطلان الحال، فلذا ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و يحيى بن سعيد إلى عدم اعتبار الأجل لإطلاق أدله الكتابه، و اختاره الفاضل فى القواعد و الشارح فى المسالك.

(١)تعليلاً لاشتراط الأجل.

(٢)لأن كل ما بيده حال العقد فهو لسيد.

(٣)أى وقت حصول مال الكتابه يتوقع حصوله فيما بعد، فلا بد من تأجيل العوض حتى يتمكن من تحصيله.

(٤)أى تأجيل العوض.

(٥)أى يمكن فى الوقت المؤجل تحصيل العوض عادة.

(٦)أى لإمكان تملك العبد العوض عقيب العقد عاجلاً.

(٧)أى كما لا يمنع من شراء الحر للمتاع حالاً و هو لا يملك شيئاً فكذا المقام.

(٨)أى يوعده العبد المكاتب.

(٩)كالهبة و نحوها.

(١٠)أى مجلس عقد المكاتبه.

(١١)أى ما قيل فى النظر.

كله بأن العجز حاله العقد حاصل، و هو المانع (١).

نعم لو كان بعضه (٢) حرا و بيده مال فكاتبه (٣) على قدره (٤) فما دون حالا فالمتجه الصحة، لأنه (٥) كالسعايه (٦)، و لو كان (٧) واقفا على معدن مباح يمكنه تحصيل العوض منه فى الحال فعلى التعليل بجهاله وقت الحصول (٨) يصح (٩)، و بالعجز (١٠) حاله العقد يمتنع (١١).

و قيل: لا يشترط الأجل مطلقا (١٢)، للأصل (١٣)، و إطلاق الأمر بها (١٤)، خصوصا على القول بكونها (١٥)

(١) و فيه أنه تحكم بدون دليل، و لذا مال إلى عدم اشتراط الأجل فى المسالك.

(٢) أى بعض المكاتب.

(٣) أى كاتبه مولا.

(٤) أى قدر المال الذى عنده.

(٥) أى المذكور من الكتابه الأخير.

(٦) أى سعايه المبعوض فى فكاك ما لم يتحرر منه، فكما لا يشترط فى السعايه الأجل فكذلك المقام.

(٧) أى العبد المكاتب.

(٨) و هو قوله: (و وقت الحصول متوقع مجهول فلا بد من تأجيله)، و المراد فإذا كان اشتراط الأجل لأن مال الكتابه متوقع الحصول فيما بعد فلا بد من تأجيله فتصح المكاتبه للواقف على المعدن بعوض حال، و أما إذا كان اشتراط الأجل لأن العبد عاجز عن المال حاله العقد لأنه ليس أهلا للملك فلذا كان ما فى يده لسيدته فلا تصح المكاتبه للواقف على المعدن بعوض حال، و إن كان قادرا على تحصيل العوض من المعدن بعد العقد، لأنه ليس بأهل للملك حاله العقد، و عدم الأهليه للملك حاله العقد هو المانع.

(٩) أى يصح العوض الحال.

(١٠) أى و على التعليل بالعجز.

(١١) أى يمتنع العوض الحال.

(١٢) سواء كانت مطلقه أم مشروطه.

(١٣) أى أصاله عدم الاشتراط.

(١٤) بالمكاتبه، و المراد إطلاق الأخبار الداله على المكاتبه.

(١٥) أى بكون المكاتبه.

ص: ٤٣٣

بيعا، و يمنع (١) اعتبار القدره على العوض حاله العقد (٢)، بل غايته (٣) إمكانها بعده. و هو حاصل هنا (٤).

و حيث يعتبر (٥) أو يراد (٦) يشترط ضبطه كأجل النسيئه (٧) بما لا يحتمل الزيادة و النقصان، و لا يشترط زيادته (٨) عن أجل واحد عندنا، لحصول الغرض (٩)، و لو قصر الأجل بحيث يتعذر حصول المال فيه (١٠) عادة (١١) بطل (١٢) إن علل بالجهاله (١٣)، (١) جملة حاله و المراد، و الحال أنه يمنع.

(٢) أى عقد البيع.

(٣) أى غايه الاعتبار إمكان القدره بعد عقد البيع.

(٤) أى و إمكان القدره على العوض بعد العقد حاصل فى المكاتبه التى هى من أفراد البيع بناء على القول المذكور.

(٥) أى حيث يعتبر الأجل كما هو القول الأول.

(٦) أى يراد الأجل على القول الآخر.

(٧) أى كالأجل المذكور فى بيع النسيئه، فلا بد من ضبطه بالاتفاق لئلا يلزم من عدم الضبط غرر، و الغرر منهى فى الشريعه.

(٨) أى زياده الأجل، فيكفى أن يذكر أجلا واحدا للعوض عندنا و عند أكثر العامه لإطلاق أدله المكاتبه، خلافا لبعضهم فاشترط كون الأجل نجمين فصاعدا، لأنه المعهود من عمل السلف، و لأن الكتابه مأخوذه من الكتب بمعنى الضم، و باعتبار ضم النجوم بعضها إلى بعض، و أقل ما يحصل به ذلك نجمان فصاعدا، و فيه أن عمل السلف لا يدل على بطلان الأجل الواحد، على أن الكتابه مأخوذه، من الكتب بمعنى الضم الذى هو هنا ضم النجوم بعضها إلى بعض مبنى على الغالب كما تقدم.

(٩) و هو غرض التأجيل، فإنه يحصل بأجل واحد.

(١٠) فى الأجل القصير.

(١١) بحيث يجعل العوض مائه دينار و الأجل ساعه، و من المتعذر على الإنسان عادة تحصيل مائه دينار فى ساعه.

(١٢) أى بطل عقد المكاتبه.

(١٣) أى إن علل اشتراط الأجل بالجهاله فى قوله: (و وقت الحصول متوقع مجهول فلا- بد من تأجيله بوقت يمكن فيه حصوله عادة) و هذا وقت لا يمكن ذلك.

و صح (١) إن علل بالعجز (٢).

و فى اشتراط اتصاله (٣) بالعقد قولان أجودهما عدم (٤)، للأصل.

فى حدّ العجز

(و حدّ العجز (٥) المسوغ للفسخ فى المشروطه بمخالفه شرطه، فإن شرط (١) أى و صح عقد المكاتبه.

(٢) أى إن علل اشتراط الأجل بالعجز حيث إنه وقت العقد لا يملك شيئاً و ليس له أهليه التملك، و بعد الكتابه يرتفع العجز و تثبت الأهليه فيصح عقد المكاتبه و إن كان الأجل قصيراً لا يمكن تحصيل العوض فيه عاده.

(٣) أى اتصال الأجل.

(٤) أى عدم الاتصال، لأصالة عدم اشتراط الاتصال، و لإطلاق أخبار المكاتبه، و وجه الاشتراط أن المعهود على الاتصال فهو القدر المتيقن، هذا من جهه و من جهه ثانيه لم يتعرض الشارح لهذا الفرع فى المسالك عند تعرض المحقق، مع أن المحقق فى الشرائع قد تردد فى الاتصال و عدمه، و صاحب الجواهر قال إن الخلاف فيه كالخلاف فى أجل المتعه، و فى أجل المتعه ذهب الأئمه إلى عدم اشتراط الاتصال لإطلاق الأدله، و ذهب صاحب الجواهر و جماعه إلى الاشتراط لأنه المعهود و المتيقن من الأدله.

(٥) قد عرفت أن المكاتبه على قسمين، مشروطه و مطلقه، و عرفت أن المشروطه مشتمله على شرط رده فى الرق عند عجزه عن الدفع، و عليه فإن شرط عليه المولى أنه ردّ فى الرق عند تأخير النجم عن محله أو تأخيره إلى نجم آخر أو إلى مدته معينه أتبع شرطه، لأن المؤمنون عند شروطهم، و عند الإطلاق فيما لو قال المولى: فإن عجزت فأنت رد فى الرق، فقد اختلف الأصحاب فى حد العجز فعن المفيد و ابن إدريس و الشيخ فى الاستبصار و كثير من المتأخرين أن حد العجز هو تأخير النجم عن محله، سواء بلغ التأخير نجماً آخر أم لا لصحيح معاوية بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث:

(قلت: فما حد العجز؟ قال عليه السلام: إن قضاتنا يقولون: إن عجز المكاتب أن يؤخر النجم إلى النجم الآخر حتى يحول عليه الحول، قلت: فما تقول أنت؟ فقال عليه السلام: لا و لا كرامه ليس له أن يؤخر نجماً عن أجله إذا كان ذلك فى شرطه) (١) و هو ظاهر أيضاً فى أن النجم إلى الحول، بحيث يكون التنجيم على السنين، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (عن مكاتبه أدت ثلثى مكاتبها و قد شرط عليها إن عجزت فهى ردّ فى الرق و نحن فى

ص: ٤٣٥

عليه التعجيز عند تأخير نجم عن محله، أو إلى نجم آخر أو إلى مده مضبوطة اتبع شرطه (١)، و إن اطلق (٢) فحدّه (ان يؤخر نجما عن محله) و المراد بالحد هنا العلامه، أو السبب الدال على العجز، لا الحد المصطلح (٣)، و بالنجم (٤) المال المؤدى فى المده المخصوصه، و يطلق (٥) على نفس المده، و بتأخيره (٦) عن محله عدم أدائه فى حلّ ممّا أخذنا منها، و قد اجتمع عليها نجان، قال عليه السّلام: تردّ و يطيب لهم ما أخذوا منها، و قال: ليس لها أن تؤخر بعد حلّه شهرا واحدا إلا بإذنها(١).

و عن الشيخ فى النهايه و ابن البراج أن حد العجز أن يؤخر نجما إلى نجم لموثق إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يقول: إذا عجز المكاتب لم تردّ مكاتبه فى الرق، و لكن ينتظر عاما أو عامين فإن قام بمكاتبته و إلا ردّ مملوكا)(٢) بناء على أن المراد من النجم العام كما هو الظاهر من صحيح معاويه المتقدم بعد حمل قوله عليه السّلام (أو عامين) على الندب، و للمرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام (لا يرد فى الرق حتى يتوالى نجان)(٣).

و من تتمه هذا القول لو علم المولى عجز عبده عن فك نفسه فقد تحقق العجز و إن لم يؤخر العبد نجما إلى آخر، لأنه مع صورته العلم بالعجز فالتأخير إلى نجم آخر عبث ضروره كون التأخير إلى النجم الآخر لرجاء القدره المفروض العلم بعدمها، و ردّ هذا القول أما بالنسبه للشق الأول المستدل عليه بالخبرين فهما لا يصلحان لمعارضه الأخبار الصحيحه المتقدمه، و أما بالنسبه للشق الثانى فالمراد بالعلم هنا هو الظن الغالب لتعذر العلم حقيقه، و يمكن وقوع خلاف الظن ببذل أحد له تبرعا أو نحو ذلك، على أن العلم بالعجز إن كان قبل حلول النجم لم يتسلط المولى على الفسخ بغير خلاف، و إن كان بعد حلول النجم فهو بعينه تأخير النجم عن محله كما هو مقتضى القول الأول.

(١) أى شرط المولى.

(٢) بأن قال: فإن عجزت فأنت رد فى الرق.

(٣) و هو الحد المنطقى أعنى التعريف.

(٤) أى و المراد بالنجم هنا.

(٥) أى النجم.

(٦) أى و المراد بتأخير النجم عن محله.

ص: ٤٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ٢.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

أول وقت حلوله، و تحديده (١) بذلك (٢) هو الوارد في الأخبار الصحيحة.

و في المسألة أقوال آخر مستنده إلى أخبار ضعيفه، أو اعتبار (٣) غير تام (٤)، و أما المطلقه (٥) فإذا نفذ (٦) بعض النجوم و لم يؤد قسطه فك من سهم الرقاب، فإن تعذر (٧) استرق إن لم يكن أدى شيئاً، و إلا (٨) فبحسب ما عجز عنه، فحد العجز المذكور (٩) يصلح له (١٠) بوجه (١١).

(و يستحب) للمولى (الصبر عليه) عند العجز (١٢)، (١) أى تحديد العجز.

(٢) أى بتأخير النجم عن محله.

(٣) أى دليل اعتبارى.

(٤) فالأخبار الضعيفه هى الدليل على أحد شقى مختار الشيخ و ابن البراج، و الدليل الاعتبارى غير التام هو الدليل على الشق الآخر من مختار الشيخ و ابن البراج، و قد تقدم، و أما بقيه الأقوال فى المسألة فلم يتعرض لها سيد الرياض و لا صاحب الجواهر و لا غيرهما، نعم قال الشارح فى المسالك: (و فى المسألة أقوال آخر شاذه أعرضنا عن ذكرها كما أعرض عنه المصنف) انتهى.

(٥) ففى المسالك أنه يردّ إلى الرق إن كان عاجزا عن النجم الأول، و إن كان عاجزا عن غيره بعد ما أدى الأول فك من سهم الرقاب إن أمكن و إلا- ردّ إلى الرق ما بقى منه و استقر عتق مقدار ما أدى منه، و المراد بالعجز هنا هو المراد من العجز فى المشروطه.

و أشكل عليه صاحب الجواهر بعدم الدليل على فسخ المطلقه عند تحقق العجز المذكور و لذا خصّ الأ- كثر تحقق العجز المذكور فى المشروطه فقط.

(٦) أى حلّ.

(٧) أى سهم الرقاب.

(٨) أى و إن كان قد أدى شيئاً فيسترق بحسب ما عجز عنه.

(٩) من أن العجز هو تأخير النجم عن محله.

(١٠) أى للعجز فى المطلقه.

(١١) و الوجه هو كون الماتن قد تكلم عن حد العجز الشامل للمشروطه و المطلقه، و لم يتكلم فى حد العجز المختص بالمشروطه فقط.

(١٢) يستحب للمولى الصبر على مكاتبه إن عجز بلا- خلاف فيه، لما فيه من الإعانة على التخلص من الرق، و إنظار للمعسر

بالدين، و للأمر بإنظاره السنه و الستين كما فى موثق

ص: ٤٣٧

للأمر بانظاره سنة (١) و سنتين (٢) و ثلاثا (٣) المحمول على الاستحباب جمعا

في لزوم الكتابه من الطرفين

(و الأقرب (٤) لزوم الكتابه من الطرفين) طرف السيد و المكاتب (في المطلقه) إسحاق المتقدم(١)، و لخبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام كان يؤجل المكاتب بعد ما يعجز عامين يتلّومه، فإن أقام بحريته و إلا رده رقيقا)(٢)، و خبر جابر عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن المكاتب يشترط عليه إن عجز فهو رد في الرق فعجز قبل أن يؤدي شيئا، فقال أبو جعفر عليه السّلام: لا يرده في الرق حتى يمضى ثلاث سنين، و يعتق منه بمقدار ما أدى)(٣).

(١) كما في خبر إسحاق المتقدم.

(٢) كما في خبر الحسين بن علوان المتقدم.

(٣) كما في خبر جابر المتقدم.

(٤) اختلف الأصحاب في لزوم عقد المكاتبه و جوازه على أقوال:

القول الأول: اللزوم من الطرفين مطلقه كانت أو مشروطه، على المشهور لأصالة اللزوم في العقود المستفاده من الآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (٤)، و لا- يتحقق امتثال الوفاء بالعقد إلا على تقدير اللزوم، إذ الجائز لا يجب الوفاء به قطعا، و الأمر بالوفاء بالعقود عام يشمل كل عقد، نعم خرج عقد الوديعة و العاربه و الوكاله لدليل خاص.

هذا من جهه و من جهه أخرى فمقتضى اللزوم على العبد و جوب السعى عليه في وفاء مال الكتابه و أدائه إلى المولى فلا يجوز له أن يعجز نفسه اختيارا لأنه مناف للوفاء بالعقد.

القول الثاني: ما ذهب إليه الشيخ في الخلاف أن المكاتبه مطلقا، مطلقه كانت أو مشروطه، لازمه من طرف المولى جائزه من طرف العبد بدعوى أن العبد متى ما عجز كان لمولاه رده في الرق فله تعجيز نفسه و هو المراد من الجواز من جهته، و فيه: إننا نمنع أن له التعجيز بل يجب عليه السعى و الأداء، و لو امتنع أجبر على السعى، نعم لو عصى و عجز نفسه أو سعى و تحقق العجز حقيقه عن أداء ما عليه كان للمولى حينئذ الفسخ في المشروطه و هذا مما لا نزاع فيه.

القول الثالث: ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و ابن إدريس من أن المكاتبه المطلقه لازمه

ص: ٤٣٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب المكاتبه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١٦.

(و المشروطة) بمعنى (١) أنه (٢) ليس لأحدهما فسخها إلا بالتقاييل مع قدره المكاتب على الأداء، و وجوب السعى عليه فى أداء المال، لعموم الأمر بالوفاء بالعقود و الكتابه منها (٣) و الجمع المحلى (٤) مفيد للعموم، و خروج نحو الوديعه، و العاريه بنص و يبقى الباقي على الأصل (٥).

و ذهب الشيخ (٦) و ابن إدريس إلى جواز المشروطه من جهه العبد (٧) بمعنى (٨) أن له (٩) الامتناع من أداء ما عليه فيتخير (١٠) السيد بين الفسخ، و البقاء، و لزومها من طرف السيد، إلا على الوجه المذكور (١١).

و ذهب ابن حمزه إلى جواز المشروطه مطلقا (١٢)، و المطلقه من طرف السيد (١٣)

من الطرفين، و المشروطه لازمه من جهه المولى جائزه من طرف العبد، بدعوى أن العبد متى ما عجز كان لمولاه رده فى الرق فله تعجيز نفسه و هو المراد من الجواز من جهته، و فيه ما تقدم فلا نعيد.

القول الرابع: جواز المشروطه من الطرفين، و المطلقه جائزه من طرف العبد خاصه و هو قول ابن حمزه، و هو قول لا شاهد له فى الأخبار و لا الاعتبار و لم ينقل عن أحد من أصحاب الأقوال فلذا هو قول غريب - كما فى المسالك - مع مخالفته لأصالة اللزوم فى العقود.

(١) تفسير للزوم.

(٢) أن الشأن و الواقع.

(٣) أى من العقود.

(٤) و هو لفظ (العقود).

(٥) أى أصالة اللزوم فى العقود.

(٦) فى المبسوط، و هو القول الثالث المتقدم.

(٧) مع لزوم المشروطه من جهه المولى و لزوم المطلقه من الجانبين.

(٨) تفسير لجواز المشروطه من جهه العبد.

(٩) أى أن للعبد.

(١٠) عند امتناع العبد عن الأداء.

(١١) و هو امتناع العبد عن الأداء.

(١٢) أى من الجانبين.

(١٣) المنقول عن ابن حمزه أنها لازمه من طرف السيد جائزه، من طرف العبد و هو الذى صرح

ص: ٤٣٩

خاصه، و هو غريب (١). و من خواص العقود اللازمه أنها لا تبطل بموت المتعاقدين، و هو (٢) هنا كذلك بالنسبه إلى المولى، أما موت المكاتب فإنه يبطلها من حيث العجز عن الاكتساب (٣) (و يصح فيها التقايل (٤) كغيرها من عقود المعاوضات.

فى أنه لا يشترط الإسلام

(و لا يشترط الإسلام فى السيد (٥)، و لا فى العبد (٦)

به فى المسالك و الجواهر و الرياض و غيرها، و لعل المنقول هنا من سهو القلم.

(١) لمخالفته لأصالة اللزوم مع عدم الشاهد له من الأخبار و الاعتبار.

(٢) عدم البطلان.

(٣) لا من حيث إنه موت.

(٤) التقايل هو رضا الطرفين على فسخ العقد، و عليه فلو اتفق المولى و العبد على فسخ عقد المكاتبه صح بلا خلاف و لا إشكال لما تقدم فى كتاب البيع من عموم أدله التقايل و عدم اختصاصه بالبيع، بل يشمل كل عقد من عقود المعاوضات.

(٥) لا يشترط الإسلام فى السيد كما عليه الأكثر، لأن المكاتبه عقد مستقل و لا يشترط فى العقود إسلام المتعاقدين، نعم على القول بكون المكاتبه عتقا بصفه و على القول بأن العتق لا يقع من الكافر لتوقفه على نيه التقرب المتعذر من الكافر يمكن القول باشتراط إسلام المولى فى المكاتبه، و هو قول لم يعرف قائله كما فى الرياض، و المقدمتان ممنوعتان على ما تقدم.

(٦) ذهب العلامة فى المختلف و الشهيدان إلى عدم اعتبار إسلام العبد، لأن المكاتبه معامله مستقلة و لا يشترط إسلام المتعاقدين فى العقود، و ذهب الأ-كثر إلى اشتراط إسلامه لظاهر قوله تعالى: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١)، و قد فسر الخير الوارد فى الآيه بالدين و التكسب على ما تقدم من الأخبار، و الكافر لا دين له، و أيضا لقوله تعالى:

وَ آتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (٢) المفسر بإيتاء العبد من الزكاه حتى يدفع مال الكتابه عن نفسه، و الكافر لا يستحق الزكاه.

وفيه: إن الخير شرط فى رجحان المكاتبه، و هذا لا يلزم أنه شرط فى أصل مشروعيتها إذا الشرط فى استحباب شىء لا يلزم منه اشتراطه فى إباحه ذلك الشىء، و عليه فقد حكمنا سابقا باستحباب المكاتبه عند خيريه العبد، و لا يلزم منه إباحه المكاتبه عند خيريه

ص: ٤٤٠

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٢- (٢) سورة النور، الآيه: ٣٣.

بناء على أنها (١) معامله مستقلة، و الأصل (٢) يقتضى جوازها (٣) كذلك (٤)، و لو جعلناها عتقا بنى على ما سلف فى عتق الكافر فاعلا و قابلا.

هذا (٥) إذا لم يكن المولى كافرا و العبد مسلما، و إلا (٦) أشكل جواز المكاتبه من حيث عدم استلزامها (٧) رفع سلطته عنه (٨) خصوصا المشروطه (٩).

و الأقوى عدم جوازها (١٠)، لعدم الاكتفاء بها (١١) فى رفع يد الكافر عن المسلم، لأنها (١٢) العبد كما هو المدعى هذا بالنسبه للدليل الأول، و أما بالنسبه للدليل الثانى فإيتاء العبد من الزكاه مشروط باستحقاقه لها، و الكفر مانع كما لو كان العبد المسلم غير محتاج فيتعذر الإيتاء من الزكاه للعبد الكافر كما يتعذر للعبد المسلم الغنى، مع أنه لا قائل بعدم صحه مكاتبه الثانى فكذا الأول.

(١) أى المكاتبه.

(٢) أى أصاله العدم عند الشك فى اعتبار شىء.

(٣) أى جواز المكاتبه.

(٤) أى من غير اعتبار الإسلام فيهما.

(٥) أى الحكم بجواز المكاتبه مع عدم اعتبار الإسلام فيهما، بحيث كان المولى كافرا و عبده كذلك فلا إشكال، لعدم الإشكال فى وضع الكافر يده على مثله.

(٦) أى و إن كان المولى كافرا و العبد مسلما، ففى صحه مكاتبته تردد، من حيث إنه يجبر على نقله عن ملكه لنفى سبيل الكافر عن المسلم و الكتابه لا توجب الانتقال التام عن الملك إلا بعد أداء المال و هذا دليل بطلان المكاتبه، و من حيث استلزام الكتابه لرفع يد المولى عن عبده فى الجمله لتثبت المكاتب بالحريه و رفع الحجر عنه فى الكثير من الأعمال و أهليته للملك و هذا ما يوجب رفع سبيل الكافر عن المسلم و هذا دليل عدم بطلان المكاتبه.

(٧) أى عدم استلزام المكاتبه.

(٨) أى رفع سلطنه المولى الكافر عن عبده المسلم.

(٩) فإنه لا ينعق من العبد فى المشروطه شىء إلا بعد أداء جميع المال، بخلاف المطلقه فإنه ينعق منه بمقدار ما يؤدى، و بمقدار ما يؤدى يكون قد رفع يد المولى عنه.

(١٠) أى عدم جواز المكاتبه بين المولى الكافر و عبده المسلم.

(١١) بالمكاتبه.

(١٢) أى لأن المكاتبه.

ص: ٤٤١

لا- ترفع أصل السبيل (١)، و هو (٢) بمنزله الرق في كثير من الأحكام بل هو رق (٣)، و لو كان كفر المولى بالارتداد (٤) فإن كان عن فطره فعدم صحه كتابته (٥) واضح، لانتقال ماله عنه (٦)، و إن كان (٧) عن ماله ففي صحته (٨) مطلقا (٩) أو مراعا بعوده إلى الإسلام (١٠)، أو البطلان (١١) أوجه أوجهها الجواز ما لم يكن العبد (١) مع أن المطلوب رفع أصل سبيل الكافر عن المسلم كما في قوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)**.

(٢) أي العبد المكاتب.

(٣) لأن رفع الأحكام عنه مثل رفع عجز المماليك و رفع أهليه التملك عنه لا يخرج عنه عن أصل الرقيه فلذا أضرب عن الأول.

(٤) بحيث كان المولى مسلما ثم ارتد فهل يصح مكاتبه عبده أولا، سواء كان العبد مسلما أو كافرا، فإذا كان ارتداده عن فطره لم تصح مكاتبته لزوال ملكه عنه لوجوب قتله على كل حال و انتقال ماله إلى الورثه، و ظاهرهم الاتفاق عليه، بلا فرق بين كون العبد مسلما أو كافرا.

و إذا كان ارتداده عن ماله فلا تصح مكاتبته، لأن المرتد الملى كافر و إن لم يقتل فيجب عليه نقل المسلم عن ملكه و لا تقر يده عليه فلا تصح مكاتبته، نعم لو كان العبد كافرا فتصح مكاتبه مولاه له لعدم المانع إذ تقر يد الكافر على مثله، نعم في الدروس اشترط مكاتبه المرتد الملى لعبده الكافر أن يكون بإذن الحاكم لا بدونه لأن المرتد محجور عليه، و احتمال المراعاة بإسلامه.

و فيه عدم الدليل على حجر المرتد الملى على أن اشتراط إسلامه في صحه مكاتبه عبده مما لا دليل عليه بعد إقرار يد الكافر على مثله شرعا.

(٥) سواء كان عبده مسلما أم كافرا.

(٦) أي لانتقال مال المرتد الفطرى عنه إلى ورثته.

(٧) أي الارتداد.

(٨) أي صحه مكاتبه عبده الكافر.

(٩) الإطلاق في قبال الاحتمال الآتى.

(١٠) كما احتمله في الدروس.

(١١) أي بطلان المكاتبه عند عدم إذن الحاكم لأنه محجور عليه، و إلا فمع الاذن فلا كما ذهب إليه في الدروس.

ص: ٤٤٢

مسلمًا بتقريب ما سلف (١).

وقيل (٢): يشترط إسلام العبد مطلقاً (٣) نظراً إلى أن الدين داخل في مفهوم الخير (٤)، الذى هو شرطها (٥)، ولأن (٦) المكاتب يؤتى من الزكاة (٧) و يتعذر (٨) هنا (٩).

و يضعف بأن الخير شرط فى الأمر بها (١٠)، لا فى أصل شرعيتها، و الايتاء من الزكاة مشروط باستحقاقه لها (١١)، و هو (١٢) منفى مع الكفر، كما ينتفى (١٣) مع عدم حاجته إليها (١٤).

فى أنه يجوز لولى اليتيم أن يكاتب رقيقه

(و يجوز لولى اليتيم أن يكاتب (١٥)

(١) من عدم رفع سبيل الكافر عنه بالمكاتبه، فلا بد من بيعه عليه قهراً فلا تصح المكاتبه حينئذ.

(٢) كما عن الأكثر.

(٣) أى و إن كان مولاه كافراً.

(٤) أى الخير الوارد فى الآية فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا (١).

(٥) أى شرط المكاتبه.

(٦) دليل ثان على إسلام العبد.

(٧) كما فى آيه المكاتبه وَآتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ (٢).

(٨) أى و يتعذر إيتاء المكاتب الكافر عن الزكاة.

(٩) أى إذا كان العبد كافراً.

(١٠) أى بالمكاتبه، و المعنى أن الخير شرط فى رجحانها.

(١١) أى باستحقاق العبد للزكاة.

(١٢) أى الاستحقاق.

(١٣) أى الاستحقاق.

(١٤) أى مع عدم حاجه العبد إلى الزكاة فيما لو كان مسلماً، مع أنه تصح مكاتبه العبد المسلم الغنى عن الزكاة فكذا تصح مكاتبه

العبد الكافر الممنوع من الزكاه.

(١٥) ذهب الشيخ فى المبسوط إلى عدم جواز مكاتبه ولى اليتيم لعبد اليتيم، استنادا إلى أن

ص: ٤٤٣

١- (١) سورة النور، الآية: ٣٣.

٢- (٢) سورة النور، الآية: ٣٣.

(رقيقه (١) مع الغبطة (٢) لليتيم فى المكاتبه كما يصح بيعه (٣) و عتقه معها (٤)، و لصحيحه معاويه بن وهب عن الصادق عليه السلام فى مكاتبه جاريه الأيتام.

و قيل: بالمنع، لأن الكتابه شبيهه بالتبرع من حيث إنها معامله على ماله بماله.

و الخبر حجه عليه (و يجوز تنجيمها (٥) نجوما متعددده بأن يؤدى فى كل نجم قدرا من مالها (بشرط العلم بالقدر (٦)

المكاتبه شبيهه بالتبرع، من حيث إنها معامله على ماله بماله إذ المال المكتسب تابع للمملوك فى الملك.

و ذهب غيره إلى الجواز مع اعتبار الغبطة و المصلحه لليتيم فى مكاتبه عبده، كما يجوز بيع الولي لمال اليتيم و التصدق به مع الغبطة لإطلاق قوله تعالى: **وَيَسِيئَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ: إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ (١)**، و لخصوص صحيح معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السلام (قلت له: إنى كاتبته جاريه لأيتام لنا، و اشترطت عليها إن هى عجزت فهى ردّ فى الرق، و أنا فى حل مما أخذت منك، فقال لى: لك شرطك) (٢)، و لأن الولي موضوع للعمل بمصالحه، و قد لا يحصل المال بدون المكاتبه بل هو الغالب، و كسب المملوك بعد العقد ليس مالا محضا للمولى، و قبله ليس بموجود فلا تكون المكاتبه من مله على ماله بل على عبده بمال العبد.

(١) أى رقيق اليتيم.

(٢) أى مع المصلحه.

(٣) أى بيع رقيق اليتيم من قبل المولى.

(٤) مع الغبطة.

(٥) أى تنجيم المكاتبه بمعنى جعل العوض نجوما، و هذا مبنى على جواز تعدد الأجل، و قد تقدم أن بعضهم قد أوجبه، و قد أعاد هذه المسأله ليرتب عليها الفرع الآتى.

(٦) يجوز المكاتبه على أى عوض شاء المولى، لإطلاق أدله المكاتبه و لخصوص مرسل أبان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ملك مملوكا، له مال، فسأل صاحبه المكاتبه، أ له أن لا يكاتبه إلا على الغلاء؟ قال: نعم) (٣)، و عليه فيشترط فى العوض أن يكون منجما،

ص: ٤٤٤

١- (١) سورة البقره، الآية: ٢٢٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

فى كل أجل (١) و(الأجل (٢) حذرا من الغرر، سواء تساوت النجوم أجلا- و مالا أم اختلفت (٣)، للأصل (٤)، و هذا (٥) هو الأصل فيها (٦)، لا-اشتراط الأجل فى المكاتبه كما تقدم البحث فيه، و يشترط أن يكون معلوما بلا خلاف فيه لئلا يلزم الغرر فى العوض فتبطل المكاتبه، و يشترط أن يكون النجم وقت الاستحقاق معلوما أيضا على وجه يكون مشخصا للغرر، و يجوز أن تتساوى النجوم قدرا و أن تختلف بلا-خلاف فيه لإطلاق أدله المكاتبه، و يشترط أن يكون العوض دينيا لا-عينا، لأن العين الموجوده فى يد العبد حال الكتابه هى من مال المولى فلا يتحقق المعاوضه بها، و كما يصح أن يكون العوض عينا مؤجله يصح أن يكون منفعه كالخدمه و الخياطه و البناء وضعها بما يرفع الجهاله.

إذا تقرر ذلك و ثبت اشتراط العلم بالعوض و بالنجم فلا بدّ من وصفه إذا كان العوض متفاوتا، و اشتراط وصفه لئلا يلزم الغرر، و عليه فإن كان العوض من الأثمان - أى النقدين - وصفه كما يصفه فى النسيئه، و إن كان العوض من العروض - و هى غير النقدين من الأمتعه و غيرها - وصفه كما يصفه فى بيع السلم ضروره كون المدار فى الجميع على ارتفاع الجهاله فى العوض، نعم لا يصح أن يكون العوض مما لا يمكن المسلم كالخمر و الخنزير إذا كان المولى مسلما.

(١) و القدر فى كل أجل هو النجم، و لو لا قيد الشارح لكانت عبارته الماتن محموله على قدر تمام العوض، و كلاهما صحيح لأن العلم شرط فى تمام العوض و فى النجم.

(٢) أى و يشترط العلم بالأجل سواء كان متحدا أم متعددا لئلا يلزم الجهاله الموجبه للغرر المنفى فى الشريعه، فلذا لا يصح أن يقول المولى: كاتبك على أن تؤدى إلى كذا فى سنه، بحيث تكون السنه ظرفا للأداء، و ليست علامه الحلول النجم خلافا لابن الجنيد و الشيخ فى الخلاف فأجازا ذلك و حكما بتخير العبد بالدفع فى مجموع ذلك الوقت، و توقف فيه العامه فى القواعد.

و فى الجواز نظر لأن الأجل على هذا التقدير مجهول فلم يعرف أنه يؤدى النجم فى السنه دفعه أو دفعات، و أنه يؤديه فى أولها أو وسطها أو آخرها، و ما يكون كذلك فهو مجهول موجب للتنازع و هذا هو الغرر المنفى.

(٣) أى اختلفت النجوم فى كليهما أو أحدهما.

(٤) أى أصاله عدم التساوى فى النجوم أجلا و مالا.

(٥) التنجيم بمعنى قعود الأجل.

(٦) فى المكاتبه.

و ليس (١) موضع الاشتباه حتى يخص بالذكر، و إنما موضعه (٢) النجم الواحد (٣)، و لا يجوز حمل مطلقه (٤) عليه (٥)، للعلم به (٦) من اشتراط الأجل.

فى أنه لا نصح الكتابه مع جهاله العوض

(و لا تصح) الكتابه (مع جهاله العوض (٧)، بل يعتبر ضبطه (٨) كالنسيئه (٩)، و إن كان عرضا (١٠) فكالسلم، و يمتنع فيها (١١) ما يمتنع فيه (١٢) (و لا على عين (١٣)، لأنها (١٤) إن كانت للسيد فلا معاوضه (١٥)، و إن كانت لغيره (١٦) فهى (١٧) كجعل ثمن المبيع من مال غير المشتري، و لو أذن الغير فى الكتابه على (١) أى التنجيم.

(٢) أى موضع الاشتباه فى المكاتبه.

(٣) حيث جوزه الخاصه، و منعه بعض العامه.

(٤) أى لا يجوز حمل قول المصنف حيث قال (يجوز تنجيمها)، و هو قول مطلق فلا يجوز حمله على النجم الواحد الذى هو كل الاشتباه و الخلاف، لأن هذه الإفاده من جواز المكاتبه على النجم الواحد مستفاده من قوله عند ما اشترط الأجل سابقا بقوله: (و الأقرب اشتراط الأجل).

(٥) على النجم الواحد الذى هو موضع الاشتباه.

(٦) بالنجم الواحد.

(٧) للغرر.

(٨) أى ضبط العوض إذا كان من النقدين.

(٩) أى كييع النسيئه.

(١٠) أى من غير النقدين فضبطه كالضبط فى بيع السلم.

(١١) فى المكاتبه.

(١٢) فى بيع السلم.

(١٣) بل لا بد أن يكون العوض دينا على العبد، و قد تقدم.

(١٤) أى العين.

(١٥) أى لا معاوضه بها، لأنها معاوضه على ماله بماله، هذا إذا كانت العين فى يد العبد قبل المكاتبه كما هو مفروض البحث هنا،

نعم لو كانت فى يده بعد الكتابه فهى معاوضه على عبده بمال العبد على ما قد تقدم سابقا فلا تغفل.

(١٦)أى و إن كانت العين لغير المولى و لم يأذن المالك فلا تصح المكاتبه كما لا يصح بيع عين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري و الثمن من غيره، لأن العوض يخرج من كيس من يدخل فيه المعوض تحقيقا لمعنى البدليه بين المالين.

(١٧)أى المكاتبه.

ص:٤٤٤

عين يملكها (١) فهي (٢) في قوه بيع العبد بها فإن جعلناها (٣) بيعا صح (٤)، و إلا (٥) فوجهان: من الأصل (٦). و كونه (٧) بخلاف المعهود شرعا كما علم من اشتراط الأجل.

في أنه يستحب أن لا يتجاوز مال الكتابه قيمه العبد

(و يستحب أن لا يتجاوز) مال الكتابه (قيمه العبد) يوم المكاتبه (٨) (و يجب) على مولاه (الايثاء) للمكاتب (من الزكاه إن وجبت) الزكاه (على المولى (٩)، للأمر (١) أى لو كانت العين لغير المولى و قد أذن المالك في جعلها عوضا عن العبد في المكاتبه، فعلى القول بكون المكاتبه بيعا تصح المكاتبه لصحه البيع، و فيه: إنه لا يصح البيع و لا المكاتبه إلا إذا كان الاذن أذنا في تمليك العبد لتلك العين، و العبد ليس أصلا للتملك قبل المكاتبه و عليه فيكون مثل بيع عين لغير المشتري على أن يكون الملك للمشتري و الثمن من غيره، نعم يتصور صحه البيع بالعين المذكوره إذا كان العبد قد اشتراه صاحب العين بها و هذا أجنبي عن المدعى.

و على القول بكون المكاتبه ليست بيعا بل هي معامله مستقلة فوجهان كما سيأتى.

(٢) أى المكاتبه.

(٣) أى المكاتبه.

(٤) أى صح عقد المكاتبه لصحه البيع و قد عرفت ما فيه.

(٥) أى و إن لم تكن بيعا بل كانت معامله مستقلة.

(٦) أى أصاله عدم اشتراط تملك العبد للعوض. و عليه فتصح المكاتبه.

(٧) أى و من كونه، و المعنى و من كون جعل العين مالا للكتابه، و هو على خلاف المعهود منها شرعا، و لذا اشترط الأجل في المكاتبه لأنه المعهود منها شرعا.

(٨) قال فى الرياض: (ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه يكره أن يتجاوز قيمته وقت الكتابه، و حجتهم غير واضحه) انتهى و قال صاحب الجواهر: (لعله لمنافاته للإرفاق و الإحسان الذى بنى عليه مشروعيه الكتابه، مضافا إلى قاعده التسامح) انتهى و معنى ذيل كلامه أنه يكفى فى ثبوت الحكم اتفاهم عليه للتسامح فى أدله السنن، و الحكم هنا استحبابى.

(٩) من كاتب عبده - سواء كان المكاتب مطلقا أم مشروطا - و جب عليه أن يعينه من زكاته إن وجبت عليه، و لا حد له قله و لا كثره، بل المدار على صدق اسم إيثاء المال خلافا لبعض العامه، حيث قدره بالربع و لا شاهد له، نعم سيأتى ما يدل على استحباب حطّ السدس من النجوم.

و الأصل فى الحكم قوله تعالى: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَ آتُوهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ

به فى قوله تعالى: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ (١) و لكن من سهم الرقاب إن أوجبنا البسط (٢)، (و إلا) تجب عليه الزكاه (استحب له الإيتاء) و هو (٣) اعطاؤه شيئاً (و لا حد له) أى للمؤتى (قله)، بل يكفى ما يطلق عليه اسم المال.

(و يكفى الحط من النجوم عنه (٤)، الَّذِى آتَاكُمْ (١))، و الأمر يدل على الوجوب، و هو ناظر إلى المولى، و المراد من مال الله هو الزكاه كما عن المحقق و جماعه.

و عن الشيخ و جماعه وجوب إعانه السيد لعبده المكاتب من الزكاه أو غيرها بناء على أن المراد من المال فى الآيه أعم من الزكاه.

و عن العلامة فى المختلف استحباب إعانه السيد لعبده المكاتب من الزكاه أو غيرها، و لا يوجد لأحدهم شاهد على مدعاه من الآيه، نعم الأخبار تدل على أن المراد من مال الله هو الأعم و لا تدل على وجوب إيتاء الزكاه للعبد المكاتب فى صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: الذى أضمرت عليه أن تكاتبه عليه، لا تقول: أكتبه بخمسه آلاف و أترك له ألفاً، و لكن انظر إلى الذى أضمرت عليه فأعطه) (٢)، و خبر العلاء بن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قوله عزّ و جلّ: فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: تضع عنه من نجومه التى لم تكن تريد أن تنقصه منها و لا تزيد فوق ما فى نفسك، قلت: كم؟ قال: وضع أبو جعفر عليه السلام عن مملوك ألفاً من ستة آلاف) (٣)، و خبر القاسم بن بريد عن أبى عبد الله عليه السلام قال: (سألته عن قول الله عزّ و جلّ: وَآتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِى آتَاكُمْ، قال: سمعت أبى يقول: لا يكاتبه على الذى أراد أن يكاتبه ثم يزيد عليه ثم يضع عنه، و لكن يضع عنه مما نوى أن يكاتبه عليه) ٤ و مقتضى هذه الأخبار استحباب حط بعض النجوم عنه، و أن الحط بمقدار السدس كما فعل الإمام الباقر عليه السلام.

(١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

(٢) أى بسط الزكاه على الأصناف الثمانية.

(٣) أى الإيتاء.

(٤) أى و يكفى فى الإيتاء حط بعض النجوم عنه، لأن الحط بمعنى الإيتاء، بل الإعانه فى

ص: ٤٤٨

١- (١) سورة النور، الآيه: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٣.

لأنه (١) فى معناه (٢)، (و يجب على العبد القبول (٣) إن آتاه من عين (٤) مال الكتابه، أو من جنسه (٥)، لا من غيره (٦)، و لو أعتق قبل الإيتاء (٧) ففى وجوب القضاء (٨)، الحطّ محققه و فى الإيتاء موهومه، فإنه قد ينفق المال فى جهه أخرى يتبين أن الحط أولى بالإعانه من الإيتاء و الإعطاء.

(١) أى الحط.

(٢) أى فى معنى الإيتاء.

(٣) صرح جماعه منهم الماتن فى الدروس و الشارح فى المسالك بوجوب القبول على العبد إن أعطاه من جنس مال الكتابه عملا بظاهر الأمر بالآيه المتقدمه، لأن لو لم يجب القبول على العبد لكان الأمر على المولى بالإيتاء لغوا.

و عن الفخر فى الإيضاح وجوب القبول سواء كان المعطى من جنس مال الكتابه أو غيرها تمسكا بظاهر الأمر بالآيه المتقدمه.

وفيه: عدم دلالة الآيه على وجوب الإيتاء كما تقدم، على أنه لو سلم للوجوب فلا تلازم بين وجوب الإيتاء و وجوب القبول كما فى الجواهر، على أنه لا حاجه إلى القبول فى صورته الحط، لأن الحط إبراء و إسقاط ما فى الذمه، و هو غير متوقف على القبول.

(٤) و هو المال الذى دفعه العبد بعنوان مال الكتابه.

(٥) أى جنس مال الكتابه.

(٦) أى لا من غير جنس مال الكتابه بحيث لا يجب على العبد القبول حينئذ.

(٧) عتق العبد المكاتب إما بالصيغه من قبل المولى و إما بالانعتاق كما لو طرأ عليه عارض من عمى أو إقعاد.

و عليه فلو عتق قبل إيتاء المولى له من الزكاه الواجبه عليه، سقط وجوب الإيتاء عن المولى لفوات محله، لأن محله هو المكاتب و مع العتق لم يكن كاتبا، و عن بعض العامه يجب بعد العتق الإيتاء كالمتمتع فى الطلاق، بحيث على الموسر قدره و على المعسر قدره، و هو ضعيف، لأن المدار فى الإيتاء هو الإعانه على الفكّ و قد تحرر العبد المكاتب بحسب الغرض فلا معنى لإيتائه من الزكاه بعنوان سهم الرقاب.

و عن الشيخ فى المبسوط و الشهيد فى الدروس أنه يجب الإيتاء بعد العتق لأنه كالدين، حيث قد ثبت حق مالى للعبد فى ذمه مولاه قبل العتق و لم يخرج المولى عن عهده التكليف فعليه القضاء بعد العتق، و فيه أنه قد ثبت للعبد حق مالى فى ذمه المولى بعنوان أنه مكاتب، و بعد العتق لا مكاتبه فيرتفع الموضوع.

(٨) أى قضاء الإيتاء على المولى.

و كونه (١) ديناً على المولى وجه، رجّحه المصنف فى الدروس، و جعله كالدين، و لو دفع إليه (٢) من الزكاه و كان (٣) مشروطاً فعجزه (٤) ففى وجوب إخراج الزكاه لغيره (٥) أو ردّها (٦) إلى دافعها لو كان غيره (٧) قول (٨).

و يحتمل ذلك (٩) لو كان (١٠) من الغير تبرعاً، و عدمه (١١) فيهما (١٢)، لملكه (١٣) له (١٤)

(١) أى و كون الإيتاء.

(٢) لو دفع إلى المكاتب زكاه، سواء كان الدافع هو المولى أم غيره، و كان المكاتب مشروطاً، ثم عجز فيما بعد فردّه المولى إلى الرق، فلا- يجب على المولى إخراج الزكاه التى تحت يد العبد إلى غير العبد من المستحقين و لا يجب على المولى ردّ الزكاه لدافعها إن كان الدافع غير المولى، لطرؤ الرقيه المحضه بعد الدفع، مع أن العبد حال الدفع كان أهلاً للتملك فيملك ما دفع إليه من الزكاه، فلو رده المولى إلى الرقيه عند عجزه ملك المولى ما بيده، لأن العبد و ما يملك لمولاه.

بالإضافه إلى جريان أصله براءة ذمه الدافع بعد كون العبد أهلاً للتملك حال الدفع فضلاً عن أن عود المال إلى المولى بعد فسخ المشروطه إنما هو إحداث ملك جديد له و ليس من باب إبطال ما سلف من المكاتبه المشروطه بدليل أن المعاملات الجارية بين العبد المكاتب و غيره لتحصيل الكسب حتى يدفعه إلى المولى بعنوان عوض المكاتبه تبقى صحيحة و إن لم يرض بها المولى.

(٣) أى العبد.

(٤) أى عجز العبد عن الدفع فردّه المولى إلى الرق بعد إبطال المكاتبه.

(٥) أى لغير العبد إن كان الدافع للزكاه هو المولى.

(٦) أى رد الزكاه إلى دافعها.

(٧) أى لو كان الدافع غير المولى.

(٨) كما ذهب إليه نفس الشارح فى المسالك.

(٩) أى ردّها إلى الدافع، و هو احتمال و ليس قولاً لأحد، و الحكم فيه كالحكم فى الزكاه.

(١٠) أى الدفع.

(١١) أى و يحتمل عدمه، أى عدم الرد إلى الدافع.

(١٢) فى المدفوع من الزكاه و فى المدفوع تبرعاً.

(١٣) أى لملك العبد، و هو تعليل لعدم الرد إلى الدافع.

(١٤) للمدفع تبرعا أو واجبا.

ص: ٤٥٠

وقت الدفع (١)، و براءة (٢) ذمه الدافع، و عوده (٣) إلى المولى إحداث (٤)، لا إبطال ما سلف (٥)، و من ثم (٦) بقيت المعامله السابقه (٧) بحالها و إن لم يرض بها المولى.

في ما لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء

(و لو مات المكاتب المشروط قبل كمال الأداء) لمال الكتابه (بطلت (٨) و ملك المولى ما وصل إليه من المال و ما تركه المكاتب (و لو مات المطلق (٩) و لم يؤد شيئا فكذلك (١٠)، و إن أدى (١١)

(١) لأن العبد وقت الدفع مكاتب، و المكاتب له أهليه التملك.

(٢) عطف على قوله (لملكه) و هو دليل ثان على عدم الرد إلى الدافع، و المعنى براءة ذمه الدافع من دفع الزكاه مره ثانيه، بعد ما صدر الدفع الأول من أهله و وقع فى محله.

(٣) أى عود المدفوع إلى المولى عند ما ردّ المولى عبده إلى الرق.

(٤) أى إحداث ملك جديد.

(٥) أى ما سلف من عقد المكاتبه المشروطه، فلا يجب على الدافع حينئذ الإخراج ثانيا.

(٦) أى و من كون عود المدفوع إلى المولى إحداثا و ليس إبطالا لما سلف.

(٧) أى السابقه على التعجيز، و الصادره من العبد حال كونه مكاتب.

(٨) إذا مات المكاتب المشروط قبل أداء جميع ما عليه بطلت الكتابه، و إن بقى من العوض شىء يسير، و كان ما تركه العبد لمولاه، و كان أولاده رقا أيضا للمولى للأخبار.

منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى مكاتب يموت و قد أدى بعض مكاتبته و له ابن من جاريته، قال: إن اشترط عليه إن عجز فهو مملوك رجع ابنه مملوكا و الجاريه، و إن لم يكن اشترط عليه أدى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى) (١) و مثله صحيح جميل بن دراج ٢.

(٩) لو مات المطلق قبل أداء شىء مما عليه بطلت المكاتبه بلا خلاف فيه ظاهرا، لأن موضوعها الرقيه و غايتها العتق، فإذا مات فات الموضوع و تعذرت الغايه التى شرع لها العقد.

(١٠) أى تبطل الكتابه.

(١١) لو مات المطلق بعد أداء شىء من مال الكتابه تحرر منه بحساب ما أدى و تبطل الكتابه بنسبه الباقي، و يتحرر من أولاده التابعين له بالرقيه بقدر حريره، و للمولى من تركته بقدر ما فيه من رق، و لورثته بقدر ما فيه من الحريره، و يؤدى الوارث التابع له

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٣ و ملحقه.

شيئا (تحرر منه (١) بقدر المؤدى) أى بنسبته (٢) من الجميع (٣)، و بطل منه (٤) بنسبه المتخلف (و كان ميراثه (٥) بين السيد، و وارثه بالنسبه (٦) فإن كان الوارث حرا فلا شىء عليه (٧) و الرقيه مما حصل له من التركة من نصيب الحره ما بقى من مال الكتابه على المشهور شهره عظيمه لصحيح محمد بن قيس عن أبى عبد الله عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب توفى و له مال قال: يقسم ماله على قدر ما أعتق منه لورثته، و ما لم يعتق منه يحتسب منه لأربابه الذين كاتبوه) (١) و صحيح بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السلام

(سألته عن رجل كاتب عبدا له على ألف درهم و لم يشترط عليه أنه إن عجز عن مكاتبته فهو ردّ فى الرق، و المكاتب أدى إلى مولاه خمسمائه درهم ثم مات المكاتب و ترك مالا و ترك ابنا له مدركا، قال عليه السلام: نصف ما ترك المكاتب من شىء فإنه لمولاه الذى كاتبه، و النصف الباقي لابن المكاتب، لأنه مات و نصفه حر و نصفه عبد، فإذا أدى إلى الذى كاتب أباه ما بقى على أبيه فهو حرّ، لا سبيل لأحد من الناس عليه) (٢).

نعم إن لم يكن له مال سعى الأولاد فيما بقى على أبيهم كما هى القاعده فى الذى تحرر بعضه، و يدل عليه بالخصوص هنا خبر مهزم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المكاتب يموت و له ولد، فقال: إن كان اشترط عليه فولده ممالك، و إن لم يكن اشترط عليه سعى ولده فى مكاتبه أبيهم و عتقوا إذا أدوا) (٣)، و عليه فمع أدائهم يعتق الأولاد، و لكن أداؤهم و سعيهم بالسويه و إن اختلفوا فى استحقاقهم للإرث إذا كانوا مختلفين بالذكوره و الأنوثة.

(١) من المطلق.

(٢) أى بنسبه المؤدى.

(٣) أى جميع مال الكتابه.

(٤) من المطلق.

(٥) أى ميراث المطلق.

(٦) فلوارثه بمقدار ما تحرر منه، و لمولاه بمقدار ما بقى فيه مفارق.

(٧) أى فلا شىء من مال الكتابه على الوارث الحر، لأنه غير تابع فى الكتابه للبعد المطلق الذى مات.

ص: ٤٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من كتاب المكاتبه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٧.

و يؤدي الوارث التابع له (١) في الكتابه) كولدته من أمته (٢) (باقي (٣) مال الكتابه)، لأنه (٤) قد تحرر منه بنسبه أبيه، و بقى الباقي (٥) لازما له (و للمولى إجباره (٦) على الأداء) للباقي (٧) (كما له (٨) إجبار المورث)، لأنه (٩) دين فله (١٠) إجباره (٦) على أدائه.

و قيل: لا (١١)، لعدم وقوع المعامله معه (١٢)، و فى صحيحه ابن سنان، و جميل بن درّاج عن أبي عبد الله عليه السّلام يقضى مال الكتابه من الأصل، و يرث

(١) للمطلق الذى مات.

(٢) أى أمه العبد، و المكاتب أهل للتملك.

(٣) مفعول به لقوله: (يؤدي الوارث).

(٤) أى لأن الوارث التابع، و هذا تعليل لوجوب أداء باقى مال الكتابه على الوارث التابع.

(٥) أى باقى مال الكتابه.

(٦) هل للمولى إجبار الوارث التابع على أداء ما بقى من مال الكتابه، و لو بالسعى على المشهور كما يجبر من تحرر بعضه على فك باقيه و لخبر مهزم المتقدم.

و عن ابن الجنيد أن الباقي من مال الكتابه يقضى من أصل التركة، لأنه بحكم الدين و حينئذ يتحرر الأولاد و لهم ما بقى بعنوان الإرث دون أن يكون شىء من الإرث للمولى لخبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام فى حديث أنه قال: (فى المكاتب يؤدي بعض مكاتبته ثم يموت و يترك ابنا و يترك مالا أكثر مما عليه من مكاتبته قال: يوفى مواليه ما بقى من مكاتبته، و ما بقى فلولده) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام فى حديث: (و إن لم يكن اشترط عليه أدّى ابنه ما بقى من مكاتبته و ورث ما بقى) ٢ و مثله صحيح الحلبي ٣، و لكن لا عامل بها فلذا لا بد من تقديم الطائفه الأخرى عليها.

(٧) من مال الكتابه.

(٨) أى كما للمولى إجبار نفس العبد المطلق قبل موته - و هو المورث - على أداء الباقي.

(٩) أى الباقي من مال الكتابه.

(١٠) أى فللمولى إجبار الوارث.

(١١) أى لا يجبر الوارث التابع على أداء الباقي، بل يخرج الباقي من أصل التركة و يتحرر الأولاد و يكون الباقي لولده إرثا.

(١٢) أى لعدم وقوع معاملة المكاتبه مع الوارث التابع.

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب المكاتبه حديث ٢ و ٣ و ملحقه.

وارثه ما بقي، و اختاره (١) بعض الأصحاب، و المشهور الأول.

في أنه تصح الوصيه للمكاتب المطلق

(و تصح الوصيه للمكاتب المطلق (٢) بحساب ما تحرر منه)، لروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السّلام «في مكاتب كان تحته امرأه حره فأوصت له عند موتها بوصيه فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه».

و لو لم يتحرر منه (٣) شيء، أو كان مشروطا لم تصح الوصيه (٤) له مطلقا (٥) على المشهور. و استقرب المصنف في الدروس جواز الوصيه للمكاتب مطلقا (٦)، (١) أي اختار مضمون هاتين الروايتين.

(٢) لو أوصى للمكاتب المطلق الذي تحرر بعضه بوصيه، صح له منها بقدر ما فيه من الحريه و يبطل ما زاد على المشهور لخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في مكاتب تحته حره، فأوصت له عند موتها بوصيه فقال أهل المرأه: لا تجوز وصيتها له، لأنه مكاتب لم يعتق و لا يرث، فقضى عليه السلام أنه يرث بحساب ما أعتق منه، و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه، و قضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فأعتق فأوصى له بوصيه فأجاز له ربع الوصيه، قضى في رجل حر أوصى لمكاتبته و قد قضت سدس ما كان عليها فأجاز بحساب ما أعتق منها، و قضى في وصيه مكاتب قد قضى بعض ما كوتب عليه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه أن يجاز من وصيته بحساب ما أعتق منه) (١).

و قيل تصح له مطلقا، لأنها نوع اكتساب و هو غير ممنوع منه و استقربه الشهيد في الدروس، و قواه في المسالك لضعف الخبر المذكور إذ محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، و فيه أنه منجبر لعمل الأصحاب فضلا عن روايه عاصم بن حميد عنه، و روايه عاصم بن حميد عن محمد بن قيس دليل على أنه الثقة دون الضعيف.

(٣) و العجب أن الشارح قد ترك من الروايه محل الاستدلال و هو (و يجوز له من الوصيه بحساب ما أعتق منه).

(٤) من المطلق.

(٥) أي أصلا، بخلاف المتقدم فإنها تصح بمقدار ما تحرر منه، و وجه عدم الصحه واضح إذ لم يتحر منه شيء، و لا تصح الوصيه له إلا بمقدار ما تحرر منه.

(٦) مشروطا كان أو مطلقا، أدى شيئا أو لا.

ص: ٤٥٤

لأن قبولها (١) نوع اكتساب، وهو (٢) أهل له.

و فيه قوه.

هذا إذا كان الموصى غير المولى، أما هو (٣) فتصح وصيته مطلقا (٤) و يعتق منه (٥) بقدر الوصيه، فإن كانت (٦) بقدر النجوم عتق أجمع، و إن زادت (٧) فالزائد له (٨)، و لا فرق بين كون قيمته (٩) بقدر ملك الكتابه، أو أقل (١٠)، لأن الواجب (١١) الآن (١٢) هو المال، مع احتمال اعتبار قيمه (١٣)

(١) أى قبول الوصيه.

(٢) أى العبد المكاتب.

(٣) أى المولى.

(٤) أى فتصح وصيه المولى لعبده المكاتب سواء كان مطلقا أم مشروطا كما هو الأصل، إذ المكاتب له أهليه التملك فتصح الوصيه له، خرجت عن هذا الأصل فيما لو كان الموصى غير المولى للخبر المتقدم فيقتصر عليه.

و عليه فإذا جازت وصيه المولى لعبده المكاتب، فإن كانت أزيد مما عليه عتق أجمع و كان الزائد له، و إن لم تكن أزيد فيعتق منه بمقدار الوصيه.

(٥) من المكاتب الموصى له.

(٦) أى الوصيه.

(٧) أى زادت الوصيه عن النجوم.

(٨) أى فالزائد من الوصيه للمكاتب بعد تحرره.

(٩) أى قيمه العبد المكاتب الموصى له.

(١٠) أى أقل من قدر مال الكتابه.

(١١) تعليل لعدم الفرق.

(١٢) أى بعد الكتابه، فالواجب على العبد هو مال الكتابه.

(١٣) أى قيمه العبد، فلو نقصت قيمه عن الوصيه، فلا- ينظر فى الوصيه إلى الكتابه و لا إلى مالها، فيعطى الموصى به من جهه الوصيه فلو كان الموصى به أزيد من قيمته عتق و أعطى الزائد، و إن كان ما أوصى له به أقل من مال الكتابه، لأن هذا حكم

القن إذا أوصى له و المكاتب لا يقصر عنه.

و الفرق بينه و بين الأول أنه لو كان الموصى له به عشرة دراهم و قيمته خمسة، و مال الكتابه عليه عشرين، فعلى الأول يعتق منه نصفه، لأن الموصى له به نصف مال الكتابه،

ص: ٤٥٥

لو نقصت (١)، فيعتق من الوصيه. و له الزائد و إن لم تف (٢) بمال الكتابه، لأن ذلك حكم القن، و المكاتب لا يقصر عنه.

في أن كل ما يشترط في عقد الكتابه لازم

(و كل ما يشترط في عقد الكتابه مما لا يخالف المشروع لازم (٣)، لأن الشرط في العقد يصير كالجزم منه (٤)، فالأمر بالوفاء به (٥) يتناوله (٦)، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم) «المؤمنون عند شروطهم» و لو خالف (٧) المشروع كشرط أن يطاء المكاتبه (٨)، أو أمه و على الثاني يعتق تمامه و يعطى خمسه و عليه في ذمته للورثه عشرون الذي هو مال الكتابه.

و في هذا الاحتمال ضعف، لأن المكاتب خرج عن حكم القن و صار مال الكتابه في ذمته، فكان اعتبار الوصيه على مال الكتابه أولى من اعتبارها على قيمه العبد.

(١) أي القيمه نقصت عن الوصيه.

(٢) أي الوصيه.

(٣) عقد الكتابه قابل للشروط السائغه كضائر من عقود المعاوضات، و عليه فما يشترطه المولى على العبد من عمل مخصوص زمن الكتابه و نحو ذلك يكون لازما، لعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (١) و لعموم (المؤمنون عند شروطهم) (٢)، نعم لو اشترط على عبده شرطا منافيا لمقتضى العقد كاشتراط عدم الحريره بعد أداء مال الكتابه أو اشترط عليه شرطا منافيا للكتاب و السنه كاشتراط عدم الوطاء بعد التحرر أو اشترط عدم الكسب بعد التحرر أو اشترط كون الولد المتجدد رقا بعد التحرر بطل الشرط، لأنه غير سائغ بلا خلاف فيه، و لكن هل يتبعه فساد العقد لأن الشرط فاسد و مفسد كما هو المشهور أو لا يتبعه فساد العقد لأن الشرط الفاسد غير مفسد كما هو قول و قد تقدم البحث في ذلك مرارا.

(٤) من العقد.

(٥) بالعقد.

(٦) أي يتناول الشرط.

(٧) أي الشرط.

(٨) أي كما لو شرط المولى على أمته المكاتبه أن يطاءها، بطل الشرط، لأنه على خلاف المشروع، إذا العبد بعد المكاتبه يخرج عن عجز المماليك و لا يصل إلى استقلال الأحرار و لكن له أهليه التملك فلذا ليس للمكاتب التصرف في ماله ببيع و لا هبه و لا عتق إلا بإذن مولاه، و لا يجوز للمولى التصرف في ماله إلا بما يتعلق بالاستيفاء و كذا لا يجوز للمولى و طء المكاتبه لا

١- (١) سورة المائدة، الآية: ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب المهور حديث ٤ من كتاب النكاح.

المكاتب مطلقاً (١)، أو يترك التكسب (٢)، أو رد المطلق (٣) في الرق حيث شاء، و نحوه (٤) بطل الشرط و يتبعه بطلان العقد على الأقوى (٥).

في أنه ليس للمكاتب التصرف في ماله

(و ليس له) أى للمكاتب بنوعيه (٦) (التصرف في ماله (٧) بيع) ينافى بالملك و لا بالعقد، لعدم صيرورتها حره فلا يصلح الوطء بالعقد، و لخروجها عن محض الرقيه فلا يصلح الوطء بالملك بلا خلاف في ذلك و لا إشكال.

(١) أى سواء كان المكاتب مشروطاً أم مطلقاً، و المعنى لو شرط المولى على عبده المكاتب أن يطأ أمه عبده المكاتب فهو شرط غير مشروع، لأنه لا يجوز للمولى التصرف في مال المكاتب إلا بما يتعلق بالاستيفاء، و هذا ليس منه.

(٢) كما لو شرط المولى على عبده المكاتب أن يترك التكسب زمن الكتابة فإنه شرط مناف لمقتضى عقد الكتابة، إذ مع ترك التكسب فكيف يحصل مال الكتابة، و لو شرط عليه ترك التكسب بعد التحرر فإنه مناف للمشروع، إذ الشرع قد ورد فيه حث الأحرار على الكسب.

(٣) كما لو شرط المولى على عبده المكاتب المطلق أن يرده في الرق حيث شاء فهو شرط مناف للمشروع، إذ المشروع أن المطلق يتحرر منه بمقدار ما يؤدي.

(٤) أى و نحوه من الشروط غير المشروعه.

(٥) و في قبالة بطلان الشرط دون العقد.

(٦) و هما المطلق و المشروط.

(٧) قد تقدم أن المكاتب له أصلية التملك، و لكن لا خلاف بينهم في أنه لا يجوز له التصرف في ماله بهبه و لا عتق و لا إقراض إلى غير ذلك من التصرفات المنافية للاكتساب كالعاريه و الهديه إلا بإذن مولاه للأصل من أن المكاتب لم يخرج بالمكاتبه عن العبوديه فلا يجوز له التصرف إلا بإذن مولاه، نعم جاز له التكسب خاصه اقتضاء للمكاتبه و الباقي على الأصل و لصحيح معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل مملوك كاتب على نفسه و ماله، و له أمه، و قد شرط عليه أن لا يتزوج فأعتق الأمه و تزوجها، قال عليه السّلام لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكله من الطعام، و نكاحه فاسد مردود) (١)، و هو مطلق شامل للمطلق و المشروط، نعم في خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (المكاتب لا يجوز له عتق و لا هبه و لا نكاح و لا شهاده و لا حج حتى يؤدي جميع ما عليه إذا كان مولاه قد شرط عليه إن هو عجز فهو رد في الرق) ٢ و مثله غيره اختصاص الحكم بالمشروط و لكن لا عامل بها كما في الجواهر.

ص: ٤٥٧

الاكتساب (١) كالبيع نسيئته بغير رهن، و لا ضميين (٢)، أو محاباه (٣) أو بغبن، لا- مطلق البيع (٤)، فإن له (٥) التصرف بالبيع و الشراء، و غيرهما من أنواع التكسب التي لا خطر فيها، و لا تبرع (و لا هبه (٦) لا تستلزم عوضا زائدا عن الموهوب، و إلا (٧) فلا منع، للغبطه، و فى صحه (٨) العوض المساوى وجه، إذ لا ضرر حينئذ (٩) كالبيع بثمان المثل و الشراء به (١٠) (و لا عتق (١١)، لأنه (١٢) تبرع محض (١٣)، و منه (١٤) شراء من ينعق عليه (١٥)، و له (١٦) قبول هبته (١٧) مع عدم الضرر (١٨)

(١) أى اكتساب مال الكتابه.

(٢) بل قيل - كما فى المسالك - لا يجوز للمكاتب البيع نسيئته مطلقا، لأن الرهن قد يتلف و الضمين قد يعسر.

(٣) عطف على (نسيئته) و المعنى كالبيع محاباه، و هو البيع بدون ثمن المثل.

(٤) كما أطلقه الماتن.

(٥) أى للمكاتب.

(٦) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بهبه.

(٧) أى و إن استلذمت الهبه عوضا زائدا من الموهوب فلا- منع منها، و هى الهبه المعوّضه فتجوز، لأن فيها اكتسابا للمكاتب، و لكن بشرط قبض العوض قبل إقباض العين الموهوبه كما فى المسالك، لأنه لا يجوز له البيع بدونه القبض ففى الهبه أولى.

(٨) أى و فى صحه الهبه بالعوض المادى.

(٩) أى حين تساوى العوض فلا ضرر على المكاتب الواهب.

(١٠) بثمان المثل.

(١١) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بعتق.

(١٢) أى العتق.

(١٣) أى لا نفع فيه، و التبرع المحض منافع للاكتساب.

(١٤) أى و من العتق المنهى عنه.

(١٥) كشراء أحد العمودين أو إحدى المحرمات عليه نسبا أو رضاعا.

(١٦) أى للمكاتب.

(١٧) أى قبول هبه من ينعق عليه و لكن بشرط أن لا- يصير الواهب بعد الهبه فقيرا تجب نفقته على المكاتب، و أما لو كان الواهب مكتسبا قدر مئوته فصاعدا فيصح للمكاتب قبول الهبه منه لأنه لا يصير فقيرا بالهبه حتى تجب نفقته على المكاتب.

(١٨) أى عدم الضرر على المكاتب.

ص: ٤٥٨

بأن يكون (١) مكتسبا قدر مؤنثه فصاعدا.

(و لا اقراض (٢) مع عدم الغبطه، فلو كان فى طريق خطر يكون الاقراض فيه اغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه، أو بيعه (٣) و نحو ذلك فالمتجه الصحه (٤)، و لكنهم (٥) اطلقوا المنع (٦) فيما ذكر (٧) (إلا بإذن المولى) فلو أذن (٨) فى ذلك كله (٩) جاز. لأن الحق لهما (١٠)، و حيث يعتق (١١) بإذنه فالولاء له (١٢) إن عتق، و إلا فللمولى، و لو اشترى (١٣) من يعتق عليه لم يعتق فى الحال فإن عتق (١٤) تبعه، و إلا- (١٥) استرقهما (١٦) المولى، و لو مات العتيق (١٧) فى زمن الكتابه وقف ميراثه توقعا لعتق المكاتب (١٨) و حيث لا يأذن المولى فيما لا غبطه فيه و لم يبطله (١٩)

(١) أى الواهب، و هو من يعتق على العبد المكاتب.

(٢) أى و ليس للمكاتب التصرف فى ماله بإقراض و دين.

(٣) أى خاف تلفه قبل بيعه.

(٤) أى صحه الإقراض، لأن المصلحه فيه واضحه.

(٥) أى الفقهاء.

(٦) أى منع المكاتب من التصرف.

(٧) من البيع و الهبه و الإقراض و لم يقيدوا المنع بما إذا لم تكن هناك مصلحه و غبطه.

(٨) أى المولى.

(٩) من البيع و الهبه و الإقراض و العتق.

(١٠) للمولى و العبد.

(١١) أى و حيث يعتق المكاتب عبدا له بإذن مولى المكاتب.

(١٢) أى فولاء المعتق للمكاتب إذا تحقق عتق المكاتب و إلا فلو ردّ إلى الرق فالولاء للمولى.

(١٣) أى المكاتب بحيث اشتراه بإذن مولاه.

(١٤) أى فإن عتق المكاتب تبعه من يعتق عليه.

(١٥) أى و إن لم يعتق المكاتب.

(١٦) ضمير المفعول راجع للمكاتب و من يعتق عليه، و يسترقهما المولى، لأن المولى عند فسخ المشروطه يرجع المكاتب و ما يملكه ملكا للمولى.

(١٧) أى عتق المكاتب.

(١٨) فإن عتق المكاتب فهو الوارث و إلا فيرثه المولى.

(١٩) أى و لم يصرح بعدم الإذن.

ص: ٤٥٩

حتى عتق المكاتب نفذ (١). لزوال المانع كالفضولي (٢).

و قيل (٣): لا (٤)، لوقوعه على غير الوجه المشروع. و هو (٥) ممنوع (و لا- يتصرف المولى فى ماله (٦) أيضا (٧) بما ينافى الاكتساب (إلا بما يتعلق بالاستيفاء) مطلقه كانت (٨) أم مشروطه.

فى أنه يحرم على المولى وطء الأمه المكاتبه

(و يحرم عليه (٩) وطء الأمه (المكاتبه عقدا، و ملكا) بإذنها و غيره (١٠)، فلو وطأها (١١)

(١) أى نفذ هذا التصرف من المكاتب الذى لا غبطه فيه و لم يبطله المولى، لوجود المقتضى من كون المكاتب له أهليه التصرف فى ماله لأنه أهل للتملك، مع عدم المانع، إذ المانع هو حفظ حق المولى فى مال الكتابه، و المفروض عدمه لخروجه عن الكتابه بالعتق.

(٢) فإن تصرفاته تنفذ لو صار هو المالك.

(٣) و القائل غير معروف.

(٤) أى لا ينفذ تصرفات العبد الواقعه فى زمن كتابته فيما لا غبطه له فيها و لم يبطلها المولى، لوقوعها على غير الوجه المشروع، فتكون منها عنها كما فى الرياض، و فيه. أن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

(٥) أى القول بعدم النفوذ.

(٦) أى فى مال المكاتب، لا خلاف و لا إشكال فى عدم جواز تصرف المولى فى مال المكاتب، لخروجه بالكتابته عن محض الرقبه و انقطاع سلطنه المولى عنه، إلا بما يتعلق بالاستيفاء بإذن المكاتب.

(٧) أى كما لا يجوز للمكاتب التصرف فى ماله إلا بما يتعلق بالاستيفاء فكذا المولى.

(٨) أى الكتابه.

(٩) أى يحرم على المولى وطء أمته المكاتبه و لو برضاها، بلا خلاف فيه، فلا يصح وطؤها بالملك لعدم كونها مملوكه محضه، و لا يصح بالعقد لعدم صيرورتها حره، لأن المكاتب على مرتبه بين الرق و العتق.

(١٠) أى و غير الإذن.

(١١) لو وطأها عالمين بالتحريم عزرا و لم يحدّا للملك، و لو كان أحدهما عالما عزّر دون الآخر.

و لو كانا جاهلين فلا تعزير، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو وطأها فلها مهر المثل عليه، لأن الوطء من كسبها و لا يجوز له

الانتفاع من كسبها بلا عوض، و لخبر على بن جعفر عن أخيه عن أبيه عليهما السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلّم
فى رجل وقع على مكاتبته فقال من

ص: ٤٦٠

فعليه المهر (١) و إن طاووعته، لأنها لم تستقل (٢) بملكه (٣) ليسقط (٤) ببغيها، و فى تكرر المهر بتكرر الوطء أوجه (٥)، ثالثها (٦) تكرره (٧) مع تخلل الأداء بين الوطأين، و إلا (٨) فلا، و تصير أم ولد لو ولدت منه (٩)، فإن مات (١٠) و عليها شىء من مال الكتابه عتق باقىها من نصيب ولدها، فإن عجز النصيب بقى الباقي (١١) مكاتبها مكاتبته فوطأها، قال: عليه مهر مثلها، فإن ولدت منه فهى على مكاتبها، و إن عجزت فردت فى الرق فهى من أمهات الأولاد(١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى مكاتبه يطأها مولاها فتحمل قال: يرد عليها مهر مثلها و تسعى فى قيمتها، فإن عجزت فهى من أمهات الأولاد)٢.

بل إطلاق الخبرين يشمل صورته ما لو طاووعته فعليه مهر المثل لها، لأنها ليست بزانية حتى يسقط مهرها، و لذا لا تحد و تكون أم ولد، و عدم الزنا لأنها ملكه.

(١) أى مهر المثل.

(٢) أى لم تستقل الأمه استقلال الاحرار حتى يسقط مهرها ببغيها، و عدم استقلالها لأنها مملوكة له و إن كانت مكاتبه.

(٣) أى بسبب ملكه لها.

(٤) أى ليسقط المهر بسبب بغيها حيث لا مهر لبغى كما تقدم فى كتاب النكاح.

(٥) الوجه الأول: تكرر مهر المثل بتكرر الوطء لتعدد السبب القاضى بتعدد المسبب.

الوجه الثانى: عدم التكرار و إن تكرر الوطء لأصالة البراءة عن المهر الثانى.

الوجه الثالث: التفصيل بين أداء المهر الأول و عدمه، فمع عدم أدائه فلا مهر ثانيا و إن تكرر الوطء لأصالة البراءة، و مع الأداء فالمهر الثانى ثابت بالوطء الثانى، لأن الوطء سبب لثبوت المهر، حيث إن الوطء من كسبها فلا يجوز للمولى الانتفاع به من غير عوض.

(٦) أى التكرار مطلقا و عدمه مطلقا و التفصيل.

(٧) أى تكرر المهر.

(٨) أى و إن لم يتخلل الأداء بين الوطأين فلا يتكرر المهر.

(٩) من المولى.

(١٠) أى المولى.

(١١) أى الباقي عن نصيب ولدها.

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب المكاتبه حديث ١ و ٢.

و له (١) تزويجها) من غيره (بإذنها) و الفرق بينه (٢)، و بين المولى (٣) أن الملك له (٤) غير تام، لتشبهها بالحرية. و العقد كذلك (٥)، لعدم استقلالها، و البضع لا يتبع (٦)، أما الأجنبي فلما كان الحق (٧) منحصرًا فيهما (٨) و عقد له (٩) بإذنها فقد أباحه (١٠) بوجه واحد.

فى أنه يجوز بيع مال الكتابه

(و يجوز بيع مال الكتابه (١١) بعد حلولة، و نقله (١٢) بسائر وجوه النقل (١٣)

(١) أى و للمولى تزويج أمته المكاتبه من غيره بإذنها بلا- خلاف فيه، لأنها مملوكته فلا يصح العقد إلا بإذنه، و لأن لها أهليه التملك و قد ارتفعت سلطنه المولى عنها فلا يصح العقد إلا بإذنها.

(٢) أى بين الغير.

(٣) حيث لا يجوز تزويجها من المولى و يجوز من غيره، لأن الملك للمولى غير تام لتشبهها بالحرية فلا يصح الوطء بالملك، و كذا لا يصح بالعقد لعدم استقلالها، و أما الغير فحق البضع للمولى و أمته فلو زوجت الأمه نفسها للغير بغير مولاها فقد أباحت نفسها له بوجه واحد.

(٤) للمولى.

(٥) أى غير تام.

(٦) بحيث يوطأ بعضه بالملك و بعضه بالعقد.

(٧) أى حق البضع.

(٨) فى المولى و مكاتبته.

(٩) أى و عقد المولى للأجنبي.

(١٠) أى فقد أباح المولى البضع.

(١١) مال الكتابه ثابت فى ذمه العبد، و هو دين للمولى، فيجوز للمولى بيعه كما يجوز بيع سائر ديونه، لأنه معلوم، و يجوز أيضا نقله بسائر وجوه النقل بشرط أن يكون الدين ثابتا فى ذمه العبد، و لا يكون ثابتا إلا بعد حلول الأجل، إذ قبل الأجل قد يعجز العبد و يرجع رقا فلا دين. كل ذلك على المشهور بين الأصحاب خلافا للشيخ فى المبسوط و ابن البراج من عدم جواز بيع مال الكتابه للنهى عن بيع ما لم يقبض (١)، و فيه: أنه محمول على ما لو كان البائع قد اشتراه و لم يقبضه كما ثبت فى محله، و هنا الشرط مفقود إذ مال الكتابه ثابت للمولى بغير الشراء حيث ثبت له بالكتابته.

(١٢) أى و يجوز نقله.

(١٣) كالهبة و الصلح.

ص: ٤٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام العقود من كتاب التجاره.

فيجب على المكاتب تسليمه (١) إلى من صار إليه، خلافا للمبسوط استنادا إلى النهى عن بيع ما لم يقبض، وإطلاقه (٢) ممنوع لتقييده (٣) بانتقاله (٤) إلى البائع بالبيع (٥) (فإذا أداه) المكاتب (إلى المشتري عتق)، لأنه قبضه (٦) كقبض المولى.

و لو قيل بالفساد (٧) ففي عتقه (٨) بقبض المشتري (٩) مع إذنه له (١٠) في القبض وجهان. من أنه (١١) كالوكيل. و من أن (١٢) قبضه لنفسه، و هو (١٣) غير مستحق، ففارق الوكيل بذلك (١٤).

(١) أى تسليم مال الكتابه.

(٢) أى و إطلاق النهى.

(٣) أى تقييد النهى.

(٤) أى بانتقال غير المقبوض.

(٥) لا بالكتابه.

(٦) أى قبض المشتري.

(٧) أى بفساد بيع مال الكتابه، و على هذا الفرض فلا يجوز للمكاتب تسليم النجوم للمشتري، و ليس للمشتري مطالبته بها، لعدم استحقاقه لها، بل هى باقيه على ملكك السيد، و لا- يحصل عتق المكاتب إلا بدفعها للسيد كما عن الأكثر و منهم العلامه فى التحرير.

و قيل: يحصل عتق المكاتب بتسليمها إلى المشتري و إن لم يكن مستحقا لها، لأن السيد سلطه على القبض و أذن له فيه عند البيع الفاسد، فيكون المشتري كما لو و كحل فى قبض الثمن و هو اختيار الشيخ فى المبسوط و العلامه فى التحرير، و فيه عدم اقتضاء البيع الفاسد صدور الإذن بالقبض، بل يبطل الإذن ببطان العقد و لذا يكون المبيع المذكور مضمونا على المشتري لو تلف فى يده فضلا عن الفارق بين المشتري و الوكيل، فالمشتري قد أذن عند صدور البيع الفاسد بالقبض لنفسه، و الوكيل قد أذن بالقبض عن الموكل.

(٨) أى عتق المكاتب.

(٩) أى قبضه لمال المكاتبه من العبد.

(١٠) مع أذن السيد للمشتري فى القبض حال كون الإذن ضمينا فى البيع الفاسد.

(١١) أى من أن المشتري، و هذا دليل صحه العتق لتحقق القبض.

(١٢) دليل لعدم صحه العتق لعدم تحقق القبض.

(١٣) أى المشتري.

(١٤) أى بأنه قبضه لنفسه.

ص: ٤٦٣

و الوجهان اختارهما العلامه فى التحرير (١).

فى ما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه

(و لو اختلفا فى قدر مال الكتابه (٢)، أو فى) قدر (النجوم) و هى الآجال إما فى قدر كل أجل مع اتفاقهما على عددها (٣)، أو فى عددها (٤) مع اتفاقهما على مقدار كل أجل (قدم قول المنكر (٥) و هو (٦) المكاتب فى الأول (٧)، و المولى فى الثانى (٨) (مع يمينه)، لأصالة البراءه من الزائد.

و قيل (٩): يقدّم قول السيد مطلقا (١٠)، لأصالة عدم العتق، إلا بما يتفقان عليه.

النظر الثالث – فى الاستيلاء

اشاره

(النظر الثالث – فى الاستيلاء) للاماء بملك اليمين (١١)،

فى معنى الاستيلاء

(١) فى موضعين من الكتاب كما صرح بذلك فى المسالك.

(٢) بأن قال السيد: مال الكتابه ألفان، و قال العبد: بل ألف مثلا.

(٣) بحيث اتفقا على أن النجوم اثنان، فقال السيد: النجم إلى سنه فقال العبد: النجم إلى سنتين، فكان الاختلاف فى مده الأجل و النجم.

(٤) بأن قال السيد: الأجل منقسم إلى ثلاثه نجوم بحيث يحلّ فى كل نجم ثلث المال، فقال العبد: بل إلى أربعة نجوم بحيث يحلّ فى كل نجم ربع المال.

(٥) أى قول منكر الزيادة مع يمينه كما عليه الأكثر.

(٦) أى المنكر.

(٧) فيما لو اختلفا فى قدر مال الكتابه.

(٨) فى الاختلاف فى النجوم، فى مده النجم و عوده.

(٩) و القائل الشيخ فى الخلاف.

(١٠) فى الصورتين، سواء اختلفا فى المال أو المده و النجم، أما فى المده و النجم فمحل اتفاق، و أما فى قدر مال الكتابه فلأن الأصل فى المكاتب و كسبه لسيدته فالمكاتب يدعى العتق بما يدعيه من المقدار و المولى ينكره و الأصل بقاء الرق، و فيه أن المولى بعد اعترافه بأصل الكتابه و بعد اعترافه باستحقاق العبد للمعتق خرج العبد عن أصله بقاء الرق فيه و فى ماله، مع أن المولى يدعى الزيادة فى ذمه المكاتب و العبد ينكرها فيكون قوله مقدما فى ذلك مع يمينه تحقيقا للأصل المشهور من تقديم قول المنكر مع يمينه.

(١١) الاستيلاء هو طلب الولد عند و طء الأمه بملك اليمين، مع حصول الولاده، و هذا الاستيلاء عنوان لجمله من الأحكام الشرعيه المخالفه للأصول و القواعد، كعدم جواز نقلها، و انعاقها من نصيب ولدها، و غير ذلك من الأحكام التى ستمر عليك، و قد تقدم بعضها فيما سبق.

و يترتب عليه (١) أحكام خاصة كإبطال كل تصرف ناقل للملك عنه (٢) إلى غيره (٣) غير (٤) مستلزم للعتق (٥)، أو مستلزم (٦) للنقل كالرهن، و عتقها (٧) بموت المولى قبلها (٨) مع خلو ذمته (٩) من ثمن رقبته (١٠)، أو وفاء التركة (١١) و حياها (١٢) الولد، و غير ذلك (١٣) (و هو (١٤))

(١) على الاستيلاء.

(٢) عن المولى.

(٣) أى غير المولى.

(٤) صفه للتصرف الناقل.

(٥) أما لو كان التصرف الناقل مستلزما للعتق كما لو باعها على من تنعتق عليه فيجوز.

(٦) صفه للتصرف، و المعنى كإبطال كل تصرف مستلزم للنقل كالرهن، كما لو رهنها على عين فقد يوجب ذلك نقلها إلى ملك المرتهن عند عدم وفاء الدين.

(٧) معطوف على قوله (كإبطال) و المعنى أن من جملة الأحكام الخاصة للاستيلاء عتقها عند موت المولى قبلها و تنعتق من نصيب ولدها.

(٨) أى قبل أم الولد.

(٩) أى ذمه المولى.

(١٠) يجوز بيع أم الولد فى ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا وجه له إلا أدائه سواها، سواء كان المولى حيا أم ميتا، و قد تقدم البحث فيه فى كتاب البيع فراجع.

(١١) فإذا مات المولى و ثمنها دين فى ذمته كانت التركة وافية بثمنها فلا يجوز بيعها بل تنعتق من نصيب ولدها، نعم إذا كان ثمنها دينا و لم تف التركة بثمنها فيجوز بيعها حينئذ.

(١٢) عطف على قوله (خلو ذمته)، و هو شرط لانعتاقها بموت المولى.

(١٣) أى و غير ذلك من الأحكام الخاصة للاستيلاء.

(١٤) أى الاستيلاء، و يتحقق بحمل الأمه من سيدها إذا وطأها فى ملكه، فلو وطأ أمه الغير شبهه أو بعقد أو بالتحليل فحملت منه ثم ملكها لم تصر أم ولد له على المشهور شهره عظيمه خلافا للشيخ فى الخلاف و ابن حمزه تمسكا بصدق الاستيلاء عرفا على ذلك، و فيه أنه على خلاف خبر ابن مارد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الرجل يتزوج الأمه فتلد منه أولادا ثم يشتريها

فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها، قال: هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق(١).

ص: ٤٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.

(يحصل بعلوق (١) أمتة منه في ملكه) بما يكون مبدأ نشوء آدمي و لو مضغه (٢)، لا- بعلوق الزوجه الأمه (٣)، و لا الموطوءه بشبهه (٤) و إن ولدته حرا، أو ملكهما (٥) بعد على الأشهر و لا يشترط الوطء، بل يكفي مطلق العلق منه (٦)، و لا حلّ الوطء إذا كان التحريم (٧) عارضا كالصوم (٨)، و الإحرام، و الحيض و الرهن، أما الأصلي (٩)

فإذن لا- بد من حصول الحمل و هى فى ملكه، و الخبر مطلق سواء تحقق الوطء أم لا- فيكفى مطلق الحمل بلا فرق بين كون الحمل و هى فى الملك عن وطء محلل أو محرم كما لو وطأها و هى فى الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الظهار أو الرهن. ثم إنه يكفي فى إجراء حكم أم الولد عليها حملها بما هو مبدأ إنسان، و لو علقه بلا خلاف فيه لصحيح ابن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (فى جاريه لرجل و كان يأتيها فأسقطت سقطا منه بعد ثلاثه أشهر، قال: هى أم ولد) (١) و منه يعلم أن المراد بأم الولد من حملت بما هو مبدأ نشوء الولد و إلا فالسقط بعد ثلاثه أشهر ليس بولد قطعا، نعم لو ألقته و هو نطفه فلا تصير بذلك أم ولد لعدم اليقين بكون النطفه مبدأ للنشوء و لعدم العلم باستعدادها للصوره الإنسانيه إذ لعلها فاسده، بخلاف ما لو ألقته مضغه أو علقه فإنه يعلم بكونها نشوء آدمي، ثم فائده حملها بغير الحى مع أنه لا تعتق من نصيبه بسبب موت الولد أو إسقاطه أن تجرى عليها أحكام أم الولد من عدم جواز نقلها عن الملك زمن الحمل و نحو ذلك.

(١) أى بحمل.

(٢) دون النطفه.

(٣) فيما لو وطأ أمه الغير بالعقد.

(٤) و هى أمه الغير.

(٥) أى ملك زوجته أو الموطوءه شبهه بعد ذلك.

(٦) أى و لا يشترط حلّ الوطء فى صدق أم الولد عليها.

(٧) أى تحريم الوطء.

(٨) كما لو وطأ أمتة و هى فى صوم أو إحرام أو حيض أو رهن.

(٩) أى تحريم وطء أمتة تحريما أصليا كما لو كانت مزوجه من الغير.

ص: ٤٤٤

بتزويج الأمه (١) مع العلم بالتحريم فلا (٢)، لعدم لحوق النسب (٣).

و يشترط مع ذلك (٤) الحكم بحريه الولد، فلا يحصل (٥) بوطء المكاتب أمته (٦) قبل الحكم بعتقه (٧)، فلو عجز (٨) استرق المولى الجميع (٩)، نعم لو عتق (١٠) صارت أم ولد (١١) و ليس له (١٢) بيعها قبل عجزه و عتقه، لتشبثها بالحريه، و لا (١٣) بوطء العبد أمته التى ملكه إياها مولاه لو قلنا بملكه (١٤) (و هى (١٥) مملوكه (١٦)

(١) أى بسبب تزويج الأمه.

(٢) أى فلا يكفى هذا الوطء المحرّم فى لحوق أم الولد عليها.

(٣) أى نسب الولد إليه، مع أن المناط فى الاستيلاء نسبه الولد إليه حتى تعتق من نصيب ولدها عند موت مولاها.

(٤) أى و يشترط فى الاستيلاء مع ما ذكر الحكم بحريه الولد من دون خلاف لأن الاستيلاء إنما يثبت تبعاً لحريه الولد حتى تعتق من نصيبه عند موت مولاها.

(٥) أى الاستيلاء.

(٦) لعدم حريه الولد.

(٧) أى بعثت المكاتب.

(٨) أى المكاتب عن أداء مال الكتابه.

(٩) من المكاتب و أمته و ولدها.

(١٠) أى المكاتب.

(١١) و إن كان الحمل قبل العتق.

(١٢) للمكاتب.

(١٣) أى و لا يحصل الاستيلاء بوطء العبد أمته التى ملكه إياها مولاه، لعدم حريه الولد التى هى مناط الاستيلاء.

(١٤) أى بملك العبد.

(١٥) أى أم الولد.

(١٦) فهى مملوكه ما دام مولاها حيا بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال، فيجوز له التصرف فيها بغير النقل كالوطء و الإجاره، ففى

صحيح زواره عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن أم الولد، فقال: أمه) (١)، و خبر ابن بزيع (سألت الرضا عليه السلام عن الرجل يأخذ من أم

ص: ٤٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء حديث ١.

يجوز استخدامها، و وطؤها بالملك، و تزويجها بغير رضاها، و إجارتها، و عتقها.

في أنها لا تتحرر بموت المولى

(و لا- تتحرر بموت المولى (١) أى بمجرد موته كما يتحرر المدبّر لو خرج (٢) من ثلث ماله (٣)، أو اجازته الوارث (٤)(بل) تتحرر (من نصيب ولدها) من ميراثه (٥) من أبيه،(فإن عجز النصيب) عن قيمتها كما لو لم يخلف سواها و خلف وارثا سواه (٦) ولده شيئا و هبه لا بغير طيب نفسها من خدم أو متاع، أ يجوز ذلك له؟ فقال: نعم إذا كانت أم ولده(١).

نعم يجوز بيعها في مواضع مخصوصه أشهرها في ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا وجه له إلى أدائه سواها، و قد تقدم البحث في ذلك في كتاب البيع.

(١) لا تتحرر أم الولد بموت المولى، بل من نصيب ولدها، إذا كان له نصيب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أيما رجل ترك سرية لها ولد، أو في بطنها ولد، أو لا ولد لها، فإن كان أعتقها ربها عتقت، و إن لم يعتقها حتى توفي فقد سبق فيها كتاب الله، و كتاب الله أحق، فإن كان لها ولد و ترك مالا جعلت من نصيب ولدها(٢)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن الرجل يموت و له أم ولد، و معها ولد، أ يصلح للرجل أن يتزوجها؟ قال:

أخبرك ما أوصى به عليّ عليه السلام في أمهات الأولاد؟ قلت: نعم قال: إن عليا عليه السلام أوصى أيما امرأه منهن كان لها ولد فهي من نصيب ولدها(٣) و مثلها غيرها.

و عليه فلا تنعتق من أصل التركة و لا من مال ولدها غير نصيبه من التركة، و كذا لا تنعتق لو لم يكن لولدها نصيب كما لو كان ممنوعا من الإرث لمانع من الموانع فتبقى على الملك للأصل، لظهور النصوص في عتقها من نصيب ولدها فقط.

(٢) أى المدبر.

(٣) و إن لم يجز الوارث.

(٤) إذا كان المدبّر أكثر من الثلث.

(٥) أى ميراث الولد.

(٦) أى و سوى ولدها، كما لو مات المولى و لم يترك سواها و كان الورثة متعددين فيعتق منها

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الاستيلاء حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الاستيلاء حديث ١ و ٥.

(سعت) هي (في المتخلف) من قيمتها عن نصيبه (١)، و لا- اعتبار بملك ولدها من غير الارث، لأن عتقها عليه (٢) قهرى فلا يسرى عليه (٣) في المشهور.

وقيل: يقوّم عليه الباقي بناء على السرايه بمطلق الملك (٤) (و لا- يجوز بيعها ما دام ولدها حيا (٥)، إلا فيما استثني) في كتاب البيع، فإذا مات (٦) أو ولدته بمقدار نصيب ولدها منها، و تسعى في الباقي على المشهور، يسعى كما يسعى كل من تحرر بعضه، و لخصوص خبر يونس في حديث: (و إذا ملكها الولد فقد أعتقت بملك ولدها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيب ولدها و تستسعى في بقيه ثمنها) (١).

و عن الشيخ في المبسوط و ابن الجنيد أن الباقي على ولدها للنبوى (من ملك دراهم فهو حر) (٢)، و هو ظاهر في ملكه بأجمعه لا ببعضه كما هو المفروض في المقام فلا يصلح لمعارضه ما تقدم.

و عن الشيخ في النهاية أن الباقي على ولدها إذا كان له مال من غير التركة لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل اشترى جاريه فولدت منه ولدا فمات، قال: إن شاء أن يبيعها باعها، و إن مات مولاه و عليه دين قوّمت على ابنها، فإن كان ابنها صغيرا انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها) (٣)، و هي مهجوره بين الأصحاب.

(١) أي نصيب ولدها من تركه أبيه.

(٢) على الولد.

(٣) أي فلا يسرى العتق على الولد إلا بمقدار دلاله النصوص، و هو ما كان من نصيبه من تركه أبيه.

(٤) سواء كان قهريا أم اختياريا.

(٥) لا إشكال و لا خلاف في عدم جواز بيع أم الولد ما دام الولد حيا إلا في مواضع مخصوصه، منها بيعها في ثمن رقبتها إذا كان دينها على المولى و لا وجه له إلى أدائه سواها، و كذا يجوز للوارث بيعها فيه على الوجه المذكور، و لا يجوز بيعها في غيره من الديون على ما تقدم تفصيله في كتاب البيع.

(٦) أي الولد فلو مات الولد رجعت طلقا و جاز التصرف فيها بالبيع و غيره من التصرفات بلا خلاف فيه و لا إشكال للأخبار:

ص: ٤٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٣.

٢- (٢) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٤٣ حديث ٢٥٢٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء.

سقطا زال حكم الاستيلاء رأساً، و فائده الحكم به (١)، بوضع العلقه و المضغه فما فوقهما إبطال التصرفات السابقه (٢) الواقعه حاله الحمل، و إن جاز تجديدها (٣) حينئذ (٤)

في ما إذا جنت أم الولد

(و إذا جنت) أم الولد خطأ (٥) تعلقت الجنايه برقبته على المشهور (٦) و (فكها) المولى (بأقل الأمرين من قيمتها، و ارش الجنايه) على الأقوى (٧)، لأن منها: خبر وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل زوج عبدا له من أم ولد له، و لا ولد لها من السيد ثم مات السيد، قال: لا خيار لها على العبد، هي مملوكه للورثه) (١)، و خبر يونس (في أم ولد ليس لها ولد، مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها، هل يجوز لأحد تزويجها؟ قال: لا هي أمه لا يحل لأحد تزويجها إلا بعثت من الورثه) ٢.

(١) أي فوق العلقه و المضغه.

(٢) و التي فيها نقل أو تؤول إليه.

(٣) أي تجديد التصرفات السابقه.

(٤) أي حين وضع العلقه و المضغه و ما فوقهما.

(٥) إذا جنب أم الولد عمدا ففي رقبته بالاتفاق بلا خيار للمولى في الفك، و إذا جنت خطأ أو شبهه الخطأ تعلقت جنائتها برقبته، كغيرها من المماليك، و للمولى فكها على المشهور، و اختلفوا في مقدار فكها فعن الشيخ في المبسوط يفكها بأقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمتها، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كان هو القيمه فهي بدل العين تقوم مقامها، و الجاني لا يجنى على أكثر من نفسه.

و عن الشيخ أيضا في الخلاف و المحقق أنه يفكها بأرش الجنايه بالغاً ما بلغ، و على القولين فالمولى بالخيار بين فكها بما ذكر و بين دفعها إلى المجنى عليه، و في قبال المشهور قول للشيخ في المبسوط بأن أرش جنايه أم الولد على سيدها في حقوق الناس متعلق برقبه مولاها لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام (أم الولد جنائتها في حقوق الناس على سيدها، و متى كان من حقوق الله تعالى كالحودود فإن ذلك على بدنها) (٢)، و فيه أنه محمول على ما لو أراد السيد الفك و الفداء جمعا بين الأخبار.

(٦) و في قباله قول الشيخ في المبسوط بتعلقها برقبه المولى.

(٧) كقول الشيخ في المبسوط أيضا.

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الاستيلاء حديث ٤ و ٣.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

الأقل إن كان هو الارش فظاهر، و إن كانت القيمة فهي (١) البدل من العين (٢) فيقوم مقامها، و إلا (٣) لم تكن بدلا، و لا سبيل إلى الزائد (٤)، لأن المولى لا يعقل (٥) مملوكا (٦)، و هذا الحكم (٧) لا يختص بأم الولد، بل بكل مملوك.

و قيل: بل يفكها بأرش الجنايه مطلقا (٨)، لتعلقها (٩) برقبته.

و لا- يتعين عليه (١٠) ذلك (١١)، بل يفكها (إن شاء، و إلا-) يفكها (سَلَمَها) إلى المجنى عليه، أو وارثه لئتملكها فيبطل (١٢) حكم الاستيلاء، و له (١٣) حينئذ (١٤) بيعها، و التصرف فيها كيف شاء ان استغرقت الجنايه قيمتها (أو يسَلَمَ (١٥) ما قابل الجنايه) إن لم تستغرق (١٦) قيمتها.

(١) أى القيمة.

(٢) أى عين الأمه التى هى أم الولد مع ضميمه أن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

(٣) أى و إن لم تكن القيمة قائمه مقام العين فلا تكون بدلا.

(٤) أى الزائد عن القيمة.

(٥) أى لا يتحمل ديه جنايته.

(٦) مع ضميمه أن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

(٧) من تعلق الجنايه برقبه أم الولد.

(٨) بالغما ما بلغ سواء كان هو الأقل من قيمتها أم لا.

(٩) أى لتعلق الجنايه برقبه أم الولد.

(١٠) على المولى.

(١١) أى الفك.

(١٢) بطلان حكم الاستيلاء بعد التسليم إلى المجنى عليه أو وارثه.

(١٣) أى للمجنى عليه.

(١٤) أى حين بطلان حكم الاستيلاء.

(١٥) أى يسَلَمَ المولى من أم الولد ما قابل جنايتها على تقدير عدم استغراق الجنايه لقيمتها، و به يبطل أيضا حكم الاستيلاء.

(١٦) أى إن لم تستغرق الجنايه قيمه أم الولد.

ص: ٤٧١

كتاب الإقرار

إشارة

ص: ٤٧٣

الفصل الأول – الصيغه و توابعها

اشاره

(الأول – الصيغه و توابعها): من (٢) شرائط المقرّ، و جمله من أحكامه (٣)، المترتبه على الصيغه، و يندرج فيه (٤) بعض شرائط المقرّ به، و كان عليه (٥) أن يدرج (١) الإقرار اعتراف كما فى الصحاح و مجمع البحرين، و هو إخبار عن حق سابق على نفسه بلا- فرق بين الأعيان و المنافع و الحقوق كحق الخيار و الشفعه و لا فرق بين حقوق الناس و حقوق الله تعالى كالإقرار بشرب الخمر.

و الأصل فى مشروعيته قوله تعالى: كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ (١) و قد فسر بشهادة المرء على نفسه، و النبوى (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (٢)، و مرسل العطار عن أبى عبد الله عليه السلام (المؤمن أصدق على نفسه من سبعين مؤمنا عليه) (٣).

(٢) بيان للتوابع.

(٣) أى أحكام المقرّ.

(٤) فى هذا الفصل الأول.

(٥) على المصنف.

ص: ٤٧٥

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ١.

شروط المقر له أيضا فيه (١)، و هي (٢): أهليته للتملك، و أن لا يكذب المقر، و أن يكون ممن بملك المقر به فلو أقر للحائط، أو الدابة لغا (٣)، و لو أكذبه (٤) لم يعط (٥)، و لو لم يصلح (٦) لملكه (٧)، كما لو أقر لمسلم بخنزير، أو خمر غير محترمه (٨) بطل (٩)، و إنما أدرجنا ذلك لتمام الباب.

في الصيغه

(و هي) أى الصيغه (١٠): (له عندى كذا)، أو على (أو هذا) الشئ، كهذا (١) فى هذا الفصل الأول.

(٢) أى شروط المقر له.

(٣) أى لغى الإقرار، لعدم أهليه الحائط و الدابة للتملك.

(٤) ضمير الفاعل راجع إلى المقر له، و ضمير المفعول إلى المقر.

(٥) لإقراره بعدم استحقاقه.

(٦) أى لم يصلح المقر به.

(٧) أى لملك المقر له.

(٨) و هي التى لم يقصد منه التخليل.

(٩) أى بطل الإقرار.

(١٠) لما كان الإقرار إخبارا عن حق سابق على نفسه فلا يشترط فيه لفظ مخصوص، و لا لغه خاصه بل المدار على ما يكون إخبارا، بلا خلاف فيه، بل و لا يشترط فيه اللفظ بل تكفى الإشاره الداله على هذا الإخبار، و عليه فتعريف الصيغه بأنها اللفظ المتضمن للإخبار عن حق واجب كما فى الشرائع و غيره ليس فى محله، بل الصيغه هي الدال - سواء كان لفظا أم غيره - المتضمن للإخبار عن حق واجب، و بقيد (المتضمن للإخبار) خرج الإنشاء من سائر العقود و الإيقاعات كما يخرج باقى الألفاظ و الدوالى التى لا تتناول إخبارا، و بقيد (الحق) دخل المال عينا و منفعه و الحق من الشفعه و الخيار بلا فرق بين حق الله و حق الآدمى، و قيد (الواجب) يراد به الثابت على النفس فيخرج به الإخبار عن حق مستقبل، فإنه ليس إخبارا بل هو وعد أو ما فى معناه.

ثم إن الألفاظ الداله على الإقرار منها ما يفيد الإقرار بالدين صريحا كقوله: فى ذمتى كذا، و منها ما يفيد ظاهره كقوله: على كذا، و منها ما يفيد الإقرار بالعين صريحا كقوله:

له فى يدى كذا، و منها ما يفيد ظاهره كقوله: عندى كذا، و منها ما هو صالح للإقرار بالعين أو الدين كقوله: لدى.

و تظهر الفائده بين هذه الألفاظ فيما لو ادعى خلاف مدلول اللفظ فإنه لا يقبل، و إن

ص: ٤٧٦

البيت، أو البستان (له) دون بيتى و بستانى فى المشهور (١)، لامتناع اجتماع مالكين مستوعبين (٢) على شىء واحد، و الاقرار (٣) يقتضى سبق ملك المقر له على وقت الاقرار فيجتمع النقيضان.

نعم لو قال (٤): بسبب صحيح كسراء و نحوه صح، لجواز أن يكون له (٥) حق (٦) و قد جعل (٧) داره فى مقابله.

و الأقوى الصحة مطلقا (٨)،

ادعى ما يوافقه قبل، فلو عبّر بما يفيد الدين ثم قال: هو وديعه لم يقبل، بخلاف ما لو أتى بلفظ صالح للدين أو الوديعة كقوله: له عندى ألف أو لدى ألف له، ثم فسره بالوديعة قبل.

(١) لو قال: بيتى هذا أو بستانى لفلان لم يكن إقرارا على المشهور، لأن الإقرار إخبار عن حق سابق للمقر له و ليس هو إنشاء ملك له حين الإقرار فلا- يصح الجمع بين كون المقر به ملكا للمقر حين الإقرار و بين الإخبار عن كونه ملكا للمقر له لحصول التناقض حينئذ لأن الإقرار يقتضى سبق ملك الغير إلى وقت الإقرار و الإضافة إلى المقر تقتضى عدم السبق المذكور، و هما متناقضان، و فيه: أننا نمنع التناقض بين إضافة الدار إلى المقر و بين الإخبار بتعلق ملك الغير به، لأن الإضافة المذكورة تدل على ملك المقر ظاهرا، و الإخبار المذكور يدل على ملك المقر له واقعا، و لا تناقض بينهما لأن المقر به لا بد أن يكون تحت يد المقر ظاهرا حتى يصح له الإقرار به للغير هذا من جهة و من جهة أخرى فالإضافة يكفى فيها أدنى ملابسه فلا تدل على الملك، إذ يكفى فى الإضافة وجود الدار عنده، و من جهة ثالثة لو قال المقر: بيتى هذا لفلان بسبب شرائه منى لصح الإقرار بالاتفاق، فكذا يصح هذا القول إقرارا من دون الضميمة لصلاحيته للإخبار، فلذا ذهب جماعة من المتأخرين إلى قبول الإقرار المذكور، منهم العلامة فى المختلف و الشهيد فى الدروس و قواه الشارح فى المسالك.

(٢) أى غير مشتركين.

(٣) باعتبار أنه إخبار عن حق سابق فيقتضى سبق ملك المقر له إلى وقت الإقرار، و باعتبار أن إضافة المقر به تقتضى عدم سبق ملك الغير إلى وقت الإقرار فيجتمع النقيضان.

(٤) أى لو قال المقر: بيتى هذا لفلان بسبب شرائه منى لصح الإقرار.

(٥) للمقر له.

(٦) أى حق فى ذمه المقر.

(٧) أى جعل المقر داره فى مقابله الحق.

(٨) سواء ذكرت الضميمة أنه انتقل إليه بسبب الشراء أم لا.

لإمكان تنزيل الخالي (١) من الضميمة عليها (٢)، لأن الإقرار مطلقا (٣) ينزل على السبب الصحيح مع إمكان غيره (٤)، و لأن التناقض إنما يتحقق مع ثبوت الملك لهما (٥) في نفس الأمر، أما ثبوت أحدهما (٦) ظاهرا، و الآخر (٧) في نفس الأمر فلا (٨)، و الحال هنا (٩) كذلك (١٠)، فإن الإخبار يملك المقر له يقتضى ملكه (١١) في الواقع، و نسبه المقر به إلى نفسه يحمل على الظاهر، فإنه (١٢) المطابق لحكم الإقرار، إذ لا بد فيه (١٣) من كون المقر به تحت يد المقر، و هي (١٤) تقتضى ظاهرا كونه ملكا له (١٥)، و لأن الإضافة يكفي فيها أدنى ملابسه مثل، لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ (١٦)، فإن المراد: بيوت الأزواج و أضيفت (١٧) إلى الزوجات بملابسه السكنى، و لو كان (١٨) ملكا لهن لما جاز إخراجهن عند الفاحشه (١٩)، و كقول أحد (١) أى الإقرار الخالي.

(٢) أى على الضميمة.

(٣) مع الضميمة و عدمها.

(٤) غير السبب الصحيح.

(٥) للمقر و المقر له.

(٦) أى أحد الملكين.

(٧) أى و الملك الآخر.

(٨) أى فلا تناقض.

(٩) أى فى الإقرار للغير بما أضافه إلى نفسه.

(١٠) فالإضافة تدل على الملك ظاهرا، و الإقرار يدل على الملك واقعا.

(١١) أى ملك المقر له.

(١٢) أى الحمل على الظاهر.

(١٣) فى الإقرار.

(١٤) أى يد المقر.

(١٥) أى للمقر.

(١٦) سورة الطلاقه الآيه: ١ و الآيه ليس فيها واو فى أولها

(١٧) أَى البىوت.

(١٨) أَى البىت.

(١٩) مع أنه قد أباح الله تعالى إخراجهن عند إتيانهن بالفاحشه حيث قال تعالى: إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ

ص: ٤٧٨

حاملى الخشبه: خذ طرفك (١)، و ككوكب الخرقاء (٢)، و شهاده الله (٣)، و دينه (٤).

و هذه الإضافة (٥) لو كانت مجازا لوجب الحمل عليه (٦)، لوجود (٧) القرينه الصارفه عن الحقيقه (٨)، و المعينه (٩) له، لأن (١٠) الحكم بصحه اقرار العقلاء، مع الاتيان باللام (١١) المفيده للملك و الاستحقاق قرينه على أن نسبه المال إلى المقر (١٢) بحسب الظاهر.

و فرق المصنف (١٣) بين قوله: ملكى لفلان، و دارى، فحكم بالبطلان فى بِفَاحِشِهِ مُبَيَّنِهِ (١).

(١) فإن هذا يقال للحامل الآخر و إن لم يكن له فى الخشبه شىء، و مع عدم كون الطرف له إضافته إليه بملاسه حمل ذلك الطرف.

(٢) أشار به إلى قول الشاعر:

إذا كوكب الخرقاء لاح بسحره سهيل أذاعت غزلها فى القرائب

فقد أضاف الكوكب إلى الخرقاء مع أن المراد به كوكب سهيل الذى يطلع فى الجنوب عند الشتاء و السبب فى الإضافة أن هناك امرأه كانت إذا رآته طلع علمت بدخول الشتاء ففكرت فى تهيئه أسباب الشتاء، من الكسوه و غيرها.

(٣) أى الشهاده التى أمر الله بها أو حكم بها فى قوله تعالى: وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ (٢).

(٤) أى دين الله و قد صحت الإضافة باعتبار أن الله هو الذى شرّعه.

(٥) يعنى إنا نقول إن الإضافة حقيقه و لا تناقض لما سمعت سابقا، و لو كانت مجازا فأیضا لا تناقض، بل عدم التناقض فى الثانى أوضح إذ الإضافة المجازيه لا تدل على الملك.

(٦) على المجاز.

(٧) تعليل لوجب الحمل على المجاز، و قد حرر فى محله أن المجاز متوقف على القرينه الصارفه عن المعنى الحقيقى و على القرينه المعينه له من بين المعانى المجازيه.

(٨) أى المعنى الحقيقى.

(٩) عطف على الصارفه، و المراد و لوجود القرينه المعينه لهذا المجاز من بين المعانى المجازيه.

(١٠) تعليل لعدم التناقض بين الإضافة و الإقرار، و لو كانت الإضافة مجازيه.

(١١) فى قوله: بيتى لفلان.

(١٢) فى الإضافة.

(١٣) فى الدروس.

ص: ٤٧٩

١- (١) سورة الطلاق، الآية: ١.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

الأول (١)، و توقف فى الثانى (٢).

و الأقوى عدم الفرق (٣).

و لىس منه (٤) ما لو قال: مسكنى له، فإن يقتضى الإقرار قطعا، لأن إضافه السكنى لا تقتضى ملكيه العين، لجواز أن يسكن ملك غيره.

(٥) أو (٥) له فى ذمتى كذا و شبهه) كقوله: له قبلى كذا (و لو علقه (٦) بالمشيئه (٧) كقوله: إن شئت، أو إن شاء زيد، أو إن شاء الله (بطل) الإقرار (إن اتصل) الشرط (٨)، لأن (٩) الإقرار إخبار جازم عن حق لازم سابق على وقت الصيغه فالتعليق ينافيه (١٠)، لانتفاء الجزم فى المعلق، إلا أن يقصد فى التعليق على مشيئه الله التبرك فلا يضر (١١).

(١) أى فيما لو قال: ملكى لفلان، فالإقرار بالملك للغير مع إضافته لنفسه متناقضان.

(٢) فيما لو قال: دارى لفلان، لأن إضافه الدار تحصل لغير المالك إذ يمكن للمستأجر أن يقول: دارى و لا يمكن له أن يقول: ملكى.

(٣) لأن الإضافة فى صورتين لا تدل على أكثر من الملك ظاهرا و هذا لا يناقض الإقرار الدال على ملك الغير واقعا.

(٤) أى و لىس من محل الخلاف المتقدم.

(٥) أى من جمله صيغ الإقرار.

(٦) أى علق الإقرار.

(٧) بل مطلق تعليق الإقرار موجب لبطلانه بلا خلاف فيه سواء علقه على مشيئه المتكلم أو المقر له أو مشيئه الغير أم علقه على شرط أو صفه، و الشرط هو غير معلوم الحصول كقدوم زيد و الصفه هى كل أمر مقطوع الحصول فى المستقبل كطلوع الشمس، و وجه البطلان أن الإقرار إخبار، و الأخبار يقتضى ثبوت المخبر عنه فى الواقع، مع أن التعليق يقتضى وجود المعلق على تقدير وجود المعلق عليه، فالإخبار عن حق الغير بأنه ثابت على كل حال و بأنه معلق متنافيان.

(٨) أى اتصل الشرط بالإقرار بحيث يصلح أن يكون قرينه فيه، و إلا فمع عدم الاتصال يصح الإقرار لتماميه جمله مع عدم كون الشرط قرينه على التعليق.

(٩) تعليل لبطلان الإقرار عند تعليقه على المشيئه.

(١٠) أى ينافى الإخبار الجازم عن الحق اللازم.

(١١) لعدم التعليق حينئذ.

و قد يشكل البطلان فى الأول (١) بأن الصيغه قبل التعليق تامه الإفاده لمقصود الإقرار. فيكون التعليق بعدها كتعقيبه (٢) بما ينافيه فينبغى أن يلغو المنافى، لا أن يبطل الإقرار (٣).

و الاعتذار بكون الكلام كالجمله الواحده لا يتم إلا بآخره (٤)، وارد فى تعقيبه (٥) بالمنافى مع حكمهم بصحته (٦).

و قد يفرّق بين المقامين (٧) بأن المراد بالمنافى الذى لا يسمع: ما وقع بعد تمام صيغه جامعته لشرائط الصحه، و هنا (٨) ليس كذلك لأن من جمله الشرائط التنجيز، و هو (٩) غير متحقق بالتعليق، فتلغو الصيغه (١٠).

(و يصح الإقرار بالعربيه، و غيرها)، لاشتراك اللغات فى التعبير عما فى الضمير، و الدلاله (١١) على المعانى الذهنيه بحسب المواضعه (١٢)، لكن يشترط فى تحقق اللزوم (١٣) علم الالفاظ بالوضع، فلو أقرّ عربى بالعجميه، أو بالعكس و هو لا يعلم مؤدى اللفظ لم يقع (١٤)،

(١) أى فى غير التعليق على مشيئه الله لاحتمال التبرك.

(٢) أى كتعقيب الإقرار.

(٣) كما سيأتى البحث فيه.

(٤) فيكون التعليق جزءاً من الإقرار فيبطل.

(٥) أى تعقيب الإقرار.

(٦) أى بصحه الإقرار المعقّب بالمنافى، مع أن المنافى لو كان جزءاً من الإقرار لما صح الإقرار لعدم كونه إخباراً جازماً عن حق لازم للغير.

(٧) مقام الإقرار المعقّب بالمنافى و مقام الإقرار المعقّب بالمشيئه.

(٨) أى فى الإقرار المعقّب بالمشيئه.

(٩) أى التنجيز.

(١٠) و يفرّق بينهما أيضاً بأن الإقرار المعقّب بالمنافى هو جملتان لكل واحد حكم بخلاف المقام و هو الإقرار المعقّب بالمشيئه فهو جمله واحد مؤلفه من شرط و جزء و لها حكم واحد.

(١١) عطف على قوله: (التعبير).

(١٢) أى بحسب الوضع.

(١٣) أى لزوم الإقرار.

(١٤) أى الإقرار.

(١٥) أى قول الالفاظ.

ص: ٤٨١

و يقبل قوله (١) فى عدم العلم، إن أمكن (٢) فى حقه، أو صدّقه المقرّر له، عملاً بالظاهر (٣) و الأصل (٤) من عدم تجدد العلم بغير لغته، و المعتبر فى الألفاظ الداله على الإقرار إفادتها (٥) له عرفاً، و إن لم يقع (٦) على القانون العربى، و قلنا باعتباره (٧) فى غيره (٨) من العقود و الإيقاعات اللازمه، لتوقف تلك (٩) على النقل (١٠)، و من ثمّ لا يصح بغير العربيه مع إمكانها (١١).

(و لو علقه بشهاده الغير) فقال: إن شهد لك فلان علىّ بكذا فهو لك فى ذمتى، أو لك علىّ كذا إن شهد لك به فلان (أو قال: إن شهد لك فلان) علىّ بكذا (فهو صادق)، أو فهو صدق أو حق، أو لازم لذمتى و نحوه (فالأقرب البطلان (١٢)

(١) أى عدم العلم.

(٢) و الظاهر كونه لا يعلم غير لغته.

(٣) و الأصل عدم تجدد العلم بلغه أخرى.

(٤) أى إفاده الألفاظ للإقرار بحسب العرف، و لا يشترط فى الإقرار صيغه خاصه بل كل ما يدل على الأخبار الجازم عن الحق اللازم.

(٥) أى التعبير.

(٦) أى باعتبار الوقوع على القانون العربى.

(٧) أى فى غير الإقرار.

(٨) أى تلك العقود و الإيقاعات.

(٩) أى على النقل من الشارع.

(١٠) أى تلك العقود و الإيقاعات.

(١١) أى عند إمكان التلفظ باللغه العربيه.

(١٢) لو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو صادق، فهل هو إقرار أو لا، ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن سعيد فى الجامع و العلامه فى جمله من كتبه إلى أنه إقرار، بل نسب إلى الأصحاب كما حكاه فخر المحققين عن والده.

و أكثر المتأخرين - كما فى المسالك - إلى أنه ليس إقراراً، هذا من جهه و من جهه أخرى يجرى النزاع فى الصيغه المذكوره، و كذا فيما لو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو صدق أو حق، أو قال: إن شهد لك فلان بكذا فهو فى ذمتى أو لازم لذمتى أو هو علىّ، لعدم الفرق بين الجميع، لأن الحكم بصدق الشاهد حكم بثبوت المشهود به فى الذمه.

و من جهه ثالثه قد استدلل المثبت بدليلين:

الأول: مفاد الجزاء هو الحكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده، و الصدق هو مطابقه النسبه الكلاميه للنسبه الخارجيه، و هذا يقتضى الإخبار عن النسبه الخارجيه، التى هى ثبوت المشهود به فى ذمه المقر.

و إذا ثبت حق الغير فى ذمه المقر على تقدير الشهاده لثبت حقه و إن لم يشهد، لعدم الدخل لصدق الشهاده فى تحقق النسبه الخارجيه، لأن الصدق هو التطابق بين النسبتين، فلا بد من تحقق النسبه الخارجيه أولا حتى يتحقق الصدق ثانيا، و كذا لو أنكر الشهاده، و الحاصل إن الإخبار عن حق على تقدير الشهاده به يكون إقرارا به و إن لم يشهد فضلا عن إنكاره للشهاده.

و فيه: أولا: إن مفاد الجزاء فى قول المقر هو الحكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده، و شهادته و إن كانت ممكنه فى ذاتها إلا أنها قد تكون ممتنع فى اعتقاد المقر، فيكون قد علق صدقه على المحال عنده، و يكون المراد من هذه العبارة أن الممتنع هو شهاده الشخص المذكور لامتناع الكذب عليه، و ليس المراد هو الاعتراف بصدقه على تقدير الشهاده، و هذا غالب فى محاورات الناس نحو قولهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو اذق؟؟؟ يريد الحكم بالصدق على تقدير الشهاده، بل يريد امتناع شهاده الشاهد لامتناع الكذب عليه.

و لا أقل من احتمال ذلك فلا يكون اللفظ المذكور صريحا فى الإقرار مع أصاله براءه الذمه.

و ثانيا: لو سلمنا أن العبارة المذكوره هى حكم بصدق الشاهد على تقدير الشهاده فهى لا تخرج عن الإقرار المعلق، و الإقرار المعلق على شىء لا يفيد الثبوت مطلقا كما فى جميع التعليقات، و الشهاده هنا التى هى شرط و إن لم يكن لها مدخلية فى ثبوت المقر به فى الذمه إلا أن لها مدخلية فى الإخبار بالثبوت لأن الفرض أن الإخبار مشروط، فهو كالإنشاء على تقدير فكما أنه على عدم التقدير لا يكون الإنشاء فعليا فكذلك الإخبار.

الدليل الثانى: الذى تمسك به المثبت أنه بعد إقرار المقر بصدق الشاهد على تقدير الشهاده يصدق (كلما لم يكن المال ثابتا فى ذمته لم يكن صادقا على تقدير الشهاده) و ينعكس بعكس النقيض إلى أنه (كلما كان صادقا على تقدير الشهاده كان المال ثابتا فى ذمته) لكن المقدم حق لإقراره، لأنه حكم بصدقه على تقدير الشهاده فالتالى مثله.

و فيه: إنه من الإقرار المعلق على تقدير كما تقدم، مع احتمال أن يكون قد علق الإقرار على الشهاده لاعتقاده بعدمها لامتناع الكذب على الشاهد، و لا يكون قد اعترف بالحق

و إن (١) كان قد علق ثبوت الحق على الشهاده، و ذلك (٢) لا يصدق (٣) إلا إذا كان ثابتا فى ذمته الآن، و حكم بصدقه على تقدير شهادته، و لا يكون (٤) صادقا إلا- إذا كان المشهود به فى ذمته، لوجوب مطابقه الخبر الصادق لمخبره بحسب الواقع إذ ليس للشهادة أثر فى ثبوت الصدق و لا عدمه، فلو لا حصول الصدق عند المقر لما علقه (٥) على الشهاده، لاستحاله أن يجعله (٦) الشهاده صادقا و ليس (٧) بصادق، و إذا لم يكن للشهادة تأثير فى حصول الصدق - و قد حكم به (٨) - و جب أن يلزمه المال، و إن أنكر (٩) الشهاده فضلا عن شهادته، أو عدم شهادته (١٠).

و إنما لم يؤثر هذا كله (لجواز أن يعتقد (١١) استحاله صدقه (١٢)، لاستحاله شهادته عنده). و مثله فى محاورات العوام كثير، يقول أحدهم: إن شهد فلان أنى لست لأبى فهو صادق، و لا يريد منه إلا أنه لا تصدر عنه الشهاده، للقطع بعدم تصديقه إياه على كونه ليس لأبيه (١٣)، و غايته (١٤) قيام الاحتمال، و هو (١٥) كاف على تقدير الشهاده، و مع هذا الاحتمال لا تكون العبارة المذكوره صريحا فى الإقرار مع أصاله براءه الذمه من الحق.

(١) إن وصليه.

(٢) تعليل لثبوت الحق على تقدير الشهاده.

(٣) أى قول المقر.

(٤) أى المقر.

(٥) أى الصدق.

(٦) أى تجعل الشاهد.

(٧) جملة حاله و المعنى و الشاهد ليس بصادق.

(٨) أى و قد حكم المقر بصدق الشاهد.

(٩) أى الشاهد.

(١٠) بأن لا يشهد و لا ينكر.

(١١) أى المقر.

(١٢) صدق الشاهد.

(١٣) و ليس المراد الحكم بصدقه على تقدير شهادته.

(١٤) أى غايه ما ذكر قيام الاحتمال، و هو كاف فى عدم دلاله قول المقر على الإقرار اللازم.

(١٥) أى الاحتمال.

ص: ٤٨٤

فى عدم اللزوم (١)، و عدم صراحه الصيغه فى المطلوب، معتضدا بأصالة براءة الذمه، مع أن ما ذكر فى توجيه اللزوم معارض (٢) بالاقرار المعلق على شرط بتقريب ما ذكر (٣)، و كذا (٤) قولهم: إنه يصدق «كلما لم يكن المال ثابتا فى ذمته، لم يكن صادقا على تقدير الشهاده» و ينعكس بعكس النقيض إلى قولنا: «كلما كان صادقا على تقدير الشهاده كان ثابتا فى ذمته و إن لم يشهد» لكن المقدم حق، لعموم اقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و قد أقر بصدقه على تقدير الشهاده» «فالتالى، و هو ثبوت المال فى ذمته، مثله (٥)» فإنه (٦) معارض بالمعلق، و منقوض باحتمال الظاهر (٧).

فى شرائط المقر

(و لا بد من كون المقر كاملا (٨)

(١) أى عدم لزوم عبارته المذكوره.

(٢) الإشكال الثانى على الدليل الأول.

(٣) أى ما ذكر سابقا عدم لزوم الإقرار المعلق.

(٤) و كذا لا يؤثر قولهم، و هذا رد على الدليل الثانى الذى تمسك به الميث.

(٥) أى حق أيضا.

(٦) أى الدليل الثانى.

(٧) أى باحتمال أن يعتقد المقر استحاله صدقه كما هو الغالب فى مثل هذه عبارته فى محاورات الناس.

(٨) شروع فى شروط المقر و هى البلوغ و العقل و الحرية و الاختيار و جواز التصرف، فلا- يصح إقرار الصبى لحديث رفع القلم (١)، خلافا لبعض العامه حيث جوّز إقرار الصبى بإذن وليه، و هو كما ترى من الضعف، لأن عبارته مسلوبه شرعا إخبارا و إنشاء، و كذا لا يصح إقرار الصبى و إن بلغ عشرا، نعم إن جوزنا وصيته و وقفه و صدقته عند البلوغ عشرا قبل إقراره بها، لأن من ملك شيئا ملك الإقرار به، و لأن الإقرار بالوصيه فى معنى الوصيه و كذا الإقرار بالوقف و الصدقه بلا خلاف فى ذلك كله. و لا يصح إقرار المجنون إلا من ذوى الدور وقت الوثوق بعقله، لحديث رفع القلم (٢)، و فى معناه السكران لفقدان عقله خلافا لابن الجنيذ حيث جوّز إقراره إذا شرب المسكر باختياره،

ص: ٤٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب مقدمه العبادات حديث ١١.

بالبلوغ والعقل (خاليا من الحجر للسفه (١) أما الحجر للفلس فقد تقدم في باب الدين اختيار المصنف أنه مانع من الإقرار بالعين، دون الدين، فلذا لم يذكره (٢) هنا، و يعتبر (٣)

و يلزمه إقراره كما يلزمه قضاء الصلاة، و هو قياس لا نقول به.

و لا يصح إقرار العبد، لعدم أهليته للتملك و بدنه مملوك للغير فلا يقبل إقراره في مال أو حد أو جنايه، فأقراره حينئذ إنما هو في حق الغير لا على نفسه حتى يقبل، خلافا لبعض العامة فقبله في الحد و القصاص طرفا و نفسا دون المال، لأن عليا عليه السلام قطع عبدا بإقراره، و لأن الإقرار أولى من البيئه، و فيه عدم ثبوت ما أرسله عن أمير المؤمنين عليه السلام من طرقتنا على أنه يمكن أن يكون ذلك بتصديق المولى، لأنه إقرار العبد بإذن سيده نافذ لأن منع الإقرار إنما هو لحق السيد و قد انتفى بإذنه. فضلا عن الفرق بين البيئه و الإقرار، لأن الإقرار نافذ إذا كان في حقه لا في حق غيره.

و لا يصح إقرار المكره بلا خلاف فيه، لسلب عباره المكره شرعا، نعم لو أكره على شيء فعُدل عنه إلى الإقرار بغيره صح لعدم الإكراه فيما أقر به، و كذا لو ظهرت عليه أمارات الاختيار كما لو أكره على شيء فأقر بالأزيد منه صح.

و لا يصح إقرار المحجور عليه للسفه بلا خلاف فيه، لأنه ممنوع من التصرف المالى نعم لا يمنع من التصرف البدنى فلذا يقبل إقراره فيه كالحد و القصاص، و عليه فلو أقر بأمر مشتمل على أمرين، مال و غيره كالسرقة، قبل إقراره في الحد دون المال. و أما المحجور عليه لفلس فإن أقر بشيء من أعيان أمواله التي قد تعلق بها حق الغرماء فهو إقرار بحق الغير لا يقبل، و إن أقر بشيء في ذمته ثبت و انتظر يساره، و قد تقدم تمام البحث في الفلس فراجع، ثم لا يعتبر في المقر العدالة خلافا للشيخ في الخلاف فاعتبرها و لا وجه له، هذا تمام الكلام في شروط المقر، و أما شروط المقر له فهي أهليته للتملك بلا خلاف و لا إشكال إذ مع عدمها يلغو الإقرار فلا عبره به فلو أقر بشيء لجماد بطل، و اشترط العلامة في القواعد عدم تكذيبه للمقر، و تبعه عليه جماعه، و تبعه عليه جماعه، و هو ليس بشرط في صحه الإقرار بل هو شرط في نفوذه في حق المقر له و دليله واضح و يشترط في المقر به أن يكون صالحا لملك المقر له، فلو أقر لمسلم نجم أو خنزير بطل لعدم تحقق الملك، و هذا تمام الكلام في شروط صيغه الإقرار و المقرّ و المقرّ له و المقرّ به.

(١) في المال دون البدن.

(٢) أى لم يذكر المصنف الحجر للفلس.

(٣) أى في المقر مع ما سلف من الكمال و الخلو من الحجر للسفه.

مع ذلك القصد، و الاختيار (١)، فلا (٢) عبره باقرار الصبى و إن بلغ عشرا، إن لم نجز وصيته و وقفه و صدقته، و إلا (٣) قبل اقراره بها، لأن من ملك شيئا ملك الاقرار به و لو أقرّ بالبلوغ استفسر فإن فسره بالإمضاء (٤) قبل مع إمكانه، و لا يمين عليه حذرا من الدور (٥).

و دفع المصنف له (٦) فى الدروس - بأن يمينه موقوف على إمكان بلوغه، و الموقوف على يمينه هو وقوع بلوغه فتغايرت الجهه (٧) - مندفع بأن إمكان البلوغ غير كاف شرعا فى اعتبار أفعال الصبى و أقواله التى منها يمينه (٨).

و مثله (٩) اقرار الصبى به (١٠) أو بالحيض، و إن ادعاه (١١) بالسن كلف السینه، سواء فى ذلك الغريب و الخامل (١٢) و غيرهما، خلافا للتذكرة حيث الحقهما (١٣) فيه (١٤) بمدعى الاحتلام، لتعدّر إقامه البینه عليهما (١٥) غالبا أو بالإنبات (١٦) (١) و كذا الحرية.

(٢) تفریع على الشروط من أولها.

(٣) أى و إن أجزنا وصيته و وقفه و صدقته.

(٤) أى بخروج المنى وقت الاحتلام.

(٥) لأن اليمين موقوف على البلوغ فلو كان البلوغ موقوفا على اليمين لدار.

(٦) للدور.

(٧) أى جهه الموقوف و الموقوف عليه.

(٨) بل لا بدّ من وقوع البلوغ.

(٩) أى و مثل إقرار الصبى بالبلوغ.

(١٠) بالبلوغ.

(١١) أى ادعى الصبى البلوغ.

(١٢) الذى لا نباهه له و المراد به غير المشتهر بين أهل بلده.

(١٣) أى الحق الغريب و الخامل فى ادعاء السن بمدعى الاحتلام بحيث يقبل قوله مع الإمكان من دون يمين.

(١٤) فى ادعاء السنّ.

(١٥) على الغريب و الخامل.

(١٦) بأن ادعى الصبي البلوغ بالإنبات.

ص: ٤٨٧

اعتبر (١)، فإن محله ليس من العوره، و لو فرض أنه منها (٢) فهو (٣) موضع حاجه.

و لا بإقرار (٤) المجنون إلا من ذى الدّور وقت الوثوق بعقله، و لا بإقرار غير القاصد كالنائم، و الهازل، و الساهى، و الغالط.

و لو ادعى المقر أحد هذه (٥) ففى تقديم قوله عملا بالأصل (٦)، أو قول الآخر (٧) عملا بالظاهر (٨) وجهان.

و مثله (٩) دعواه بعد البلوغ وقوعه (١٠) حاله الصبى. و المجنون حالته (١١) مع العلم به (١٢) فلو لم يعلم له حاله جنون حلف نافية (١٣).

و الأقوى عدم القبول فى الجميع (١٤)، و لا بإقرار (١٥) المكره فيما أكره على الاقرار به، إلا مع ظهور إماره اختياره، كأن يكره على أمر فيقر بأزيد منه (١٦).

و أما الخلو من السفه فهو شرط فى الاقرار المالى، فلو أقرّ بغيره كجنايه (١) أى اعتبر نفس الإنبات فلا بدّ من رؤيته.

(٢) أى لو فرض، أن محل الإنبات من العوره.

(٣) أى الاعتبار و النظر من موضع الحاجه لأن الضرورات تبيح المحذورات.

(٤) أى و لا عبره بإقرار المجنون.

(٥) أى أحد هذه المذكورات من النوم و الهزل و السهو و الغلط.

(٦) إذ الأصل عدم القصد عند الشك فيه.

(٧) و هو المقر له.

(٨) إذ ظاهر المتكلم أنه قاصد لمعنى كلامه.

(٩) أى و مثل هذا الفرع.

(١٠) أى وقوع الإقرار.

(١١) بأن ادعى وقوع إقراره حاله جنونه.

(١٢) أى مع العلم بالجنون فى الجملة.

(١٣) أى نافية الجنون، لأنه منكر.

(١٤) فى جميع هذه الصور المتقدمه ترجيحاً للظاهر من كون المتكلم قاصداً لمعنى كلامه، و ترجيحاً للأصل من عدم الجنون و

الصبي حاله الإقرار.

(١٥) أي و لا عبره بإقرار المكره.

(١٦) أو أقر بغيره.

ص: ٤٨٨

توجب القصاص، و نكاح، و طلاق قبل، و لو اجتماعا (١) قبل في غير المال كالسرقة بالنسبة إلى القطع (٢)، و لا يلزم بعد زوال حجره ما بطل قبله (٣)، و كذا يقبل اقرار المفلس في غير المال مطلقا (٤).

في أن إقرار المريض من الثلث مع التهمة

(و اقرار المريض من الثلث مع التهمة (٥)

(١)المال و غيره.

(٢)أى إلى الحد و لا يقبل بالنسبة للمال المسروق.

(٣)أى قبل زوال الحجر.

(٤)من غير تقييد بشيء، بخلاف الإقرار بالمال فإنه إن كان بعين قد تعلق فيها حق الغرماء فلا يقبل، و إن تعلق بمال في الذمه فيقبل و ينتظر يساره.

(٥)تقدم البحث في أن وصيه المريض من الثلث و لا- دخل له في مقامنا، إذ الكلام في إقراره إذا مات في مرضه، و قد اختلف فيه الأصحاب بسبب اختلاف الأخبار، فذهب المشهور أنه ينفذ من الأصل لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و قيده جماعه منهم الشيخان و المحقق بما إذا لم يكن متهما و إلا- لكان من الثلث، سواء أقر للوارث أم للأجنبي، و يدل على حكم الوارث صحيح منصور بن حازم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أوصى لبعض ورثته أن له عليه دين، فقال: إن كان الميت مريضا فأعطه الذي أوصى له) (٢) و يدل على حكم الأجنبي صحيح العلاء بن سبري (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة استودعت رجلا- مالا- فلما حضرها الموت قالت له: إن المال الذي دفعته إليك لفلان، و ماتت المرأة فأتى أولياؤها الرجل فقالوا له: إنه كان لصاحبتنا مال لا نراه إلا عندك فاحلف لنا ما قبلك شيء، فيحلف لهم؟ فقال: إن كانت مأمونه عنده فيحلف و إن كانت متهمه فلا يحلف، و يضع الأمر على ما كان، فإنما لها من مالها ثلثه) (٣).

و ذهب المحقق في النافع إلى أن إقراره للوارث من الثلث مع التهمة و عدمها دون الأجنبي فإنه من الثلث مع التهمة، و من الأصل مع عدمها لصحيح إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل أقر لوارث له و هو مريض بدين عليه، قال: يجوز عليه إذا أقر به دون الثلث) (٣) و فيه: إنه قابل للتقييد بالتهمة كما في صحيح السابري المتقدم، و هو غير

ص: ٤٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٣.

و هي (١): الظن الغالب بأنه (٢) إنما يريد بالاقرار تخصيص المقر له بالمقرّ به، وأنه (٣) في نفس الأمر كاذب، و لو اختلف المقرّ له و الوارث فيها (٤) فعلى المدعى لها البينه، لأصالة عدمها، و على منكرها (٥) اليمين، و يكفي في يمين المقرّ له أنه لا يعلم التهمة (٦)، لا أنها ليست حاصله في نفس الأمر (٧)، لا ابتناء الاقرار على الظاهر، و لا يكلف (٨) الحلف على استحقاق المقرّ به من حيث إنه (١٠) يعلم بوجه استحقاقه، لأن ذلك غير شرط في استباحه المقرّ به، بل له أخذه (١١) ما لم يعلم فساد السبب.

هذا كله مع موت المقرّ في مرضه، فلو برئ من مرضه نفذ من الأصل مطلقا (١٢).

صالح للحصر في الوارث، لورود الوارث في كلام السائل و قد أجاب الإمام طبقا للسؤال و هذا لا يفيد قصر الحكم عليه إذ من الممكن شموله للأجنبي كما عليه المشهور.

هذا و المراد من التهمة هو الظن المستند إلى القرائن الحالية أو المقاليه الداله على أن المقر لم يقصد الإخبار عن الواقع و إنما قصد تخصيص المقر له بشيء من ماله، أو قصد منع الوارث عن حقه أو بعض حقه و التبرع به للغير، فلذلك مع التهمة جرى مجرى الوصيه في نفوذه من الثلث.

(١) أى التهمة.

(٢) أى المقر.

(٣) أى و أن المقرّ، و هو من جمله المظنون.

(٤) فى التهمة.

(٥) و هو المقر له.

(٦) و لا يطلب منه اليمين على عدم التهمة واقعا، لأن التهمة فعل الغير، فلا يحلف على نفي فعل الغير، بل على عدم العلم به.

(٧) أى و لا يحلف على نفي التهمة واقعا، لأنه حلف على نفي فعل الغير و هو غير مطلوب.

(٨) أى المقر له و هو المنكر.

(٩) من باب إضافة المصدر لمفعوله.

(١٠) إن المقر له.

(١١) أى بل للمقر له أخذ المقر به.

(١٢) سواء كان متهما فى إقراره أم لا، لأن إقرار بالغ عاقل إلى آخر الشروط مع ارتفاع مرض الموت.

و لا فرق فى ذلك (١) بين الوارث و الأجنبى.

(و إلا) يكن هناك تهمة ظاهره (فمن الأصل) مطلقا (٢) على أصح الأقوال.

فى إطلاق الكيل و الوزن

(و إطلاق الكيل، و الوزن) فى الإقرار كأن قال: له عندى كيل حنطه، أو رطل سمن (يحمل على) الكيل و الوزن (المتعارف فى البلد (٣) أى بلد المقرّ و إن خالف بلد المقرّ له (فإن تعدد) المكيال و الميزان فى بلده (عين المقرّ) ما شاء منهما (ما لم يغلب أحدهما) فى الاستعمال على الباقي (فيحمل على الغالب) و لو تعدّر (٤) استفساره فالمتيقن هو الأقل و كذا القول فى النقد (٥).

فى ما لو أقر بلفظ مبهم

(و لو أقر بلفظ مبهم صح) إقراره (٦) (و ألزم تفسيره (٧)، و اللفظ المبهم (١) فى نفوذ الإقرار من الثلث مع التهمة.

(٢) سواء كان الإقرار للوارث أم للأجنبى، و سواء مات فى مرضه أم لا.

(٣) ألفاظ الإقرار محموله على المتفاهم منها عرفا و إلا- فعلى اللغة، و عليه فلو أطلق الإقرار بالموزون أو المكيل انصرف إلى ميزان و كيل بلد المقر بلا خلاف و لا إشكال فى ذلك.

و لو كان النقدان أو الوزنان غالبين، و هما فى الاستعمال سواء رجع فى التعيين إلى المقر بلا خلاف فيه و لا إشكال، نعم لو كان أحدهما غالبا حمل الإقرار على الغالب، لأن الغلبة هى المرجحة للتعيين.

و حيث يرجع إلى المقرّ يقبل منه ما يفسر به الإطلاق لانحصار معرفه قصده بلفظه، و لو تعدر الرجوع إليه فى التعيين لموت و نحوه فالمتيقن هو الأقل و الباقي مشكوك فيه تجرى أصاله البراءة على الزائد.

(٤) أى تعذر تعيين المقر حيث يجب الرجوع إليه.

(٥) أى إطلاق النقدين من الذهب و الفضة منصرف إلى نقد بلد المقر، و لو تعدد فيحمل على الغالب، و مع التساوى فيرجع إلى تعيين المقر، و مع تعذر الرجوع فالأقل هو المتيقن و الباقي مشكوك فيه.

(٦) لا- خلاف فى صحه الإقرار بالمبهم، لأن الإقرار إخبار، و هو قابل للإجمال و التفصيل مع الحاجة إليه إذ ربما يكون فى ذمته شىء لا- يعلم قدره أو لا- يعلم جنسه و يريد التخلص منه فيخبر عنه ليتواطأ هو و صاحبه على الصلح بما يتفقان عليه فلذا فارق الإقرار بقيه العقود التى هى إنشاء، حيث يحتمل الجهالة و الإجمال، و هى لا تحتمل ذلك.

(٧) إذا أقر بلفظ مجمل رجع إليه فى تفسيره، فإن فسره بتفسير صحيح قبل منه، و إن امتنع

حبس حتى يبين، لأن البيان واجب عليه، وإلا- فمع عدم البيان مع القدره يكون ممتنعا من أداء الحق، و الممتنع عن أداء الحق يحبس، إلا أن يقول نسيت مقداره أو جنسه فلا يتجه الحبس بل يرجع إلى الصلح أو يصبر عليه حتى يتذكر.

(١) لو قال: له على مال أُلزم التفسير، فإن فسره بما يتمول مما هو مصداق للمال قبل تفسيره، و لو كان قليلا بلا خلاف فيه و لا إشكال لصدق المال على ما فسره، و المراد من المتمول هو ما يكون مالا بنظر العرف.

و لو فسره بما لم تجر العاده بتموله كقشر الجوزة أو اللوزة أو حبه من حنطه لم يقبل تفسيره لعدم صدق المال عليه على المشهور، و خالف العلامة في التذكرة حيث ذهب إلى قبول التفسير، لأن المال أعم من المتمول عاده، فالمذكور في التفسير مملوك شرعا و إن لم يكن له قيمه عاده و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه، فيكون مالا شرعا و إن لم يكن مالا عرفا، و لذا يحرم أخذه من دون إذن مالكة و يجب رده على تقدير غصبه.

و فيه: أن الملك لا يستلزم إطلاق اسم المال شرعا، و على تقدير الاستلزام فهو ليس بمال عرفا، و الإقرار محمول على المال عند العرف بقريته قوله (على) القاضى بثبوت شئ في الذمه، و ما لا يتمول لا يثبت في الذمه و إن حرم غصبه و وجب رده.

ثم لا يجوز له تفسير المال بما لا يعدّ مالا عند العرف كردد السلام و تسميت العاطس و العياده، و لا يجوز تفسير المال بالوديعة و إن كانت مالا، لأن الوديعة في يده و ليست عليه، و هو قد أقر بأنها عليه، و لا يقبل تفسير المال بالحق كحق الشفعه، لأنه ليس بمال، نعم يجوز تفسير المال بأحد الكلاب الأربعة لأنها مال عند من يجوز بيعها، و كذا الجرو القابل للتعليم.

لو قال المقر: له على شئ، أُلزم التفسير كما تقدم، و وجب التفسير بما يثبت في الذمه على المشهور، و ما يثبت في الذمه هو كل ما يتمول عرفا، و باعتبار أن الشئ أعم من المال فكل ما يقبل تفسير المال به يقبل تفسير الشئ به، و لا عكس إذ يقبل تفسير الشئ بحد القذف و حق الشفعه لأنهما شئ و لا يقبل تفسير المال بهما، نعم باعتبار ظهور قوله (على) في ثبوت شئ متمول في الذمه فلا يصح تفسير الشئ بغير المتمول مما يثبت في الذمه.

و عن العلامة في التذكرة و الشارح في الروضه و المسالك جواز تفسير الشئ بما لا يتمول عرفا كحبه الحنطه، لأنها مملوكه شرعا و لذا يحرم غصبها و يجب ردها، و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه.

(و العزىل (١)، و العظىم، و الحقىر (٢)، و النفىس، و مال أى مال، و يقبل تفسىره بما قل، لأن كل مال عظيم خطره شرعا كما ىنه علىه (٣) كفر مستحله، فىقبل (٤) فى هذه الأوصاف (و) لكن (لا بد من كونه (٥) مما ىتمول) أى يعدّ مالا عرفا (لا كقشره جوزة، أو حبه دخن)، أو حنطه إذ لا قىمه لذلك عاده.

و قىل: يقبل بذلك، لأنه مملوك شرعا (٦)، و الحقىقه الشرعىه مقدمه على العرفىه، و لتحرىم أخذه بغير إذن مالكه، و وجوب رده.

و ىشكل بأن الملك لا ىستلزم إطلاق اسم المال شرعا، و العرف (٧) يأباه، نعم ىتجه ذلك (٨) تفسىرا للشىء، و إن وصفه (٩) و فىه ما تقدم أنه منصرف إلى المتمول العرفى.

(١) لو قال المقر: له على مال جزىل أو عظيم أو خطىر أو نفىس أو مال أى مال، ألزم التفسىر كما تقدم، و قبل تفسىره بأقل ما ىتمول كما لو أطلق المال، لأنه ىحتمل أن ىرىد بالوصف أنه عظيم خطره بكفر مستحله و وزر غاصبه، و ىحتمل أن المقر ىستعظم القلىل و ىستكثره لشحه، فىراه جزىلا أو عظىما، أو نفىسا و نحو ذلك، بالإضافه إلى عدم ورود معنى شرعى لهذه الأوصاف و لا تحدىد لها فى العرف و لا فى اللغة، و الناس مختلفه فى ذلك، و لا قدر متىقن منها فلا بد من الأخذ بما فسرته المقر و لو كان قلىلا من باب الأخذ بالمتىقن.

نعم لم ىخالف فى ذلك كله إلا ابن الجنىد فخالف فى وصف العظىم، و جعله كالكثىر الذى ستمع الكلام فىه.

(٢) و يقبل تفسىره و لو فسره بالشىء الكثىر، لاحتمال أنه لا ىرى قىمه للمال لشرفه فىرى الكثىر منه قلىلا و حقىرا.

(٣) على عظم خطره شرعا.

(٤) أى يقبل تفسىره و لو بالقلىل فى هذه الأوصاف.

(٥) أى كون التفسىر.

(٦) فىكون مالا شرعا و إن لم ىكن مالا عرفا.

(٧) أى و على تقدىر الاستلزام فالعرف يأباه، مع أن الأقارىر محموله على العرف لا على الشرع.

(٨) أى التفسىر بما لا ىتمول عرفا.

(٩) أى وصف الشىء.

بالأوصاف العظيمة لما ذكر (١)، و يقرب منه (٢) ما لو قال: له عليّ حق.

و فى قبول تفسيرهما (٣) بردّ السلام، و العياده، و تسميت (٤) العطاس و جهان:

من إطلاق الحق عليها (٥) فى الأخبار (٦)، فيطلق الشيء لأنه أعم. و من أنه (٧) خلاف المتعارف و بعدهما عن الفهم فى معرض الاقرار (٨). و هو الأشهر.

و لو امتنع (٩) من التفسير، حبس (١٠) و عوقب عليه، حتى يفسر، لوجوبه عليه (١١).

و لو مات قبله (١٢) طوّل الوارث به (١٣) إن علمه، و خلّف (١٤) تركه، فإن أنكر (١٥) العلم، و ادعاه (١٦) عليه المقرّ له، حلف (١٧) على عدمه (١٨).

(١) تعليل لقبول تفسير الشيء بما لا يتمول عرفا. و المراد بما ذكر ما ذكره سابقا من أنه مملوك شرعا و الحقيقه الشرعيه مقدمه على العرفيه.

(٢) أى من لفظ الشيء الذى يصلح تفسيره بما لا يتمول عرفا.

(٣) أى تفسير الشيء و الحق.

(٤) الدعاء له بعد العطاس بقوله: يرحمكم الله.

(٥) أى على المذكورات من رد السلام و تسميت العاطس و العياده و هو دليل لقبول تفسيرهما بواحد من هذه المذكورات.

(٦) كما فى الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب أحكام العشره من كتاب الحج، و هو دليل عدم قبول تفسيرهما بشيء من هذه المذكورات.

(٧) أى أن تفسيرهما بما ذكر.

(٨) و كذا ظاهر قوله (على) الدال على الثبوت فى الذمه مما يتمول أو ما يبذل فى إزائه مال.

(٩) أى المقر.

(١٠) لامتناعه عن أداء حق الغير.

(١١) أى لوجوب التفسير على المقرّ.

(١٢) أى لو مات المقر قبل التفسير.

(١٣) بالتفسير.

(١٤) أى المقرّ.

(١٥) أى الوارث بحيث أنكر العلم بمراد المورث.

(١٦) أى ادعى العلم.

(١٧) أى الوارث.

(١٨) أى على عدم العلم، لأن الوارث هنا منكر لأصالة عدم العلم.

ص: ٤٩٤

(و لا فرق) فى الإبهام و الرجوع إليه (١) فى التفسير (بين قوله: عظيم، أو كثير (٢). لاشتراكهما فى الاحتمال.

(١) إلى المقر.

(٢) لو قال المقر: لك على مال كثير، ألزم التفسير كما تقدم، و قبل منه بما يصدق عليه مال و إن قل، لاحتمال أن القليل عنده كثير لشحه، هذا كله على المشهور، و ذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط أن الكثير هو ثمانون و تبعه ابن زهره و ابن البراج، و عن ابن الجنيد أن العظيم كالكثير فى العدد المذكور، رجوعا فى تفسير الكثير إلى روايه النذر و هى ما أرسله على بن إبراهيم عن بعض أصحابه قال (لما اعتل المتوكل نذر إن عوفى أن يتصدق بمال كثير، فلما عوفى سأل الفقهاء عن حد المال الكثير فاختلّفوا عليه، فقال بعضهم:

مائة ألف، و قال بعضهم: عشره آلاف، فقالوا فيه أقاويل مختلفه، فاشتبه عليه الأمر، فقال رجل من ندمائه يقال له صفوان: ألا تبعث إلى هذا الأسود فتسأل عنه؟ فقال له المتوكل: من تعنى ويحك؟ فقال: ابن الرضا عليه السّلام، فقال له: و هو يحسن من هذا أشياء، فقال: إن أخرجك من هذا فلى عليك كذا و كذا و إلا فاضربنى مائه مفرعه، فقال المتوكل: قد رضيت يا جعفر بن محمود، صر إليه و سله عن حد المال الكثير، فصار جعفر بن محمود إلى أبى الحسن على بن محمد عليه السّلام فسأله عن حد المال الكثير، فقال له: الكثير ثمانون، فقال جعفر: يا سيدى إنه يسألنى عن العله فيه، فقال أبو الحسن عليه السّلام: إن الله يقول: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ، فعددنا تلك المواطن فكانت ثمانين (١).

و خبر أبى بكر الحضرمى (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام فسأله رجل عن رجل مرض فنذر لله شكرا إن عافاه أن يتصدق من ماله بشيء كثير، و لم يسم شيئا فما تقول؟ قال:

يتصدق بثمانين درهما فإنه يجزيه، و ذلك بين فى كتاب الله، إذ يقول لنبىه صلى الله عليه و آله و سلم: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ ، و الكثيره فى كتاب الله ثمانون) ٢.

فالمستفاد أن الثمانين هى تحديد لمصداق الكثيره شرعا سواء وقعت الكثيره فى نذر أم وصيه أم إقرار.

و فيه: أن هذا التحديد على خلاف الأصل فيقتصر به على مورد الروايه و هو النذر، هذا فضلا عن أن الخبرين المتقدمين لا يدلان على حصر الكثيره بالثمانين، بل مفادهما أن الثمانين مما توصف بالكثيره، و هذا لا يمنع وقوع الكثيره على ما دون هذا العدد و قد قال

ص: ٤٩٥

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه بالفرق، و أن (الكثير ثمانون (١) كالنذر، للروايه الوارده به (٢) فيه (٣)، و الاستشهاد (٤) بقوله تعالى: لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ (٥). و يضعف مع تسليمه (٦) ببطلان القياس (٧)، و لاستعمال الكثير في القرآن لغير ذلك (٨) مثل فَتَنَّهُ كَثِيرَةً (٩)، و ذِكْرًا كَثِيرًا (١٠). و دعوى تعالى: اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا (١)، و هو يتم بما دون الثمانين في الذكر، و لا- يمنع من وقوع الكثره على ما فوق الثمانين كما في قوله تعالى: كَمِ مِنْ فَتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فَتْنَهُ كَثِيرَةً (٢)، و عن بعض العامه الموافقه على انحصار الكثير فيما دلت عليه الآيه، لكنه جعل العدد اثنين و سبعين مدعيا أن غزواته و سراياه كانت كذلك، مع أن المشهور في كتب السير و التواريخ أن غزواته كانت بضعا و عشرين، و سراياه كانت ستين و في كثير منها لم يحصل قتال.

و إذا ثبت عدم تحديد الكثره بالثمانين تعرف ضعف ما عن ابن الجنيد أن العظيم كالكثير في العدد المذكور، و وجه الضعف أن الكثير قد وردت فيه روايه بحمله على الثمانين و مع ذلك لا يحمل على هذا العدد فكيف بلفظ العظيم مع عدم ورود روايه تدل على حمله على هذا العدد.

(١) في باب الإقرار.

(٢) بكون الكثير ثمانين.

(٣) في النذر.

(٤) من تتمه مضمون الروايه.

(٥) سوره التوبه، الآيه: ٢٥.

(٦) أي تسليم الوارد، و الوارد في النذر مرسل كما تقدم.

(٧) أي قياس الإقرار على النذر، لأن حمل الكثير على الثمانين على خلاف الأصل فيقتصر فيه على مورد الروايه و هو النذر.

(٨) أي لغير الثمانين.

(٩) كما في قوله تعالى: كَمِ مِنْ فَتْنَةٍ قَلِيلَةٍ غَلَبَتْ فَتْنَهُ كَثِيرَةً (٣)، و من المقطوع به أنه يراد بالكثير هنا أكثر من الثمانين.

(١٠) كما في قوله تعالى: اذْكُرُوا اللَّهَ ذِكْرًا كَثِيرًا (٤).

ص: ٤٩٦

١- (١) سوره الأحزاب، الآيه: ٤١.

٢- (٢) سوره البقره، الآيه: ٢٤٩.

٣- (٣) سوره البقره، الآيه: ٢٤٩.

أنه (١) عرف شرعى فلا قياس، خلاف الظاهر (٢)، و الحاق العظيم به (٣) غريب.

(و لو قال: له على أكثر من مال فلان (٤) لزمه بقدره (٥) و زياده (٦)، (و) لو (فسره بدونه (٧)

(١) أن حمل الكثير على الثمانين.

(٢) لأنه استعمل في غير الثمانين كثيرا في القرآن.

(٣) أى و إلحاق العظيم بالكثير في حمله على الثمانين كما عن ابن الجنيد غريب، لأنه قياس في قياس.

(٤) لو قال المقر: لزيد على أكثر من مال عمرو، ألزم بقدر مال عمرو و زياده، و المراد من الزيادة الزيادة العددية كما عن جماعه منهم الشيخ و ابن سعيد و الشهيد في الدروس، لأن المتبادر من الكثرة الكثرة العددية.

و عن العلامة في التحرير و الإرشاد و التذكرة كفايه الكثرة الاعتبارية، و لذا لو فسّر المقر قوله السابق بأنه لا يريد الكثرة في المقدار بل في الاعتبار، و أن مال المقر له دين لا يتطرق إليه الهلاك و هو أكثر بقاء و منفعة من مال عمرو الذى هو مال عين، أو أن مال المقر له حلال، و هو أكثر بركه من مال عمرو الذى هو حرام على لقب تفسيره، و يكون القليل من الدين أكثر بقاء من كثير العين، و القليل من الحلال أكثر بقاء من كثير الحرام، و عليه فلو فسّر مال زيد الذى أقر به بأقل ما يتمول لقب تفسيره في المقدار.

و فيه أنه على خلاف المتبادر من الكثرة، ثم بناء على الكثرة العددية فلا إشكال و لا خلاف في الرجوع إلى المقر في مقام تحديدها، لأنها مجهولة، فلو فسرها بما لا يتمول كحبه حنطة لقبوله لصدق الزيادة و إن لم تكن مالا، لعدم اشتراط المالىة في الزيادة بعد صدق المالىة على المجموع، مع أن اشتراط المالىة إنما هو في المجموع لا في الزيادة، و إلى هذا ذهب الشيخ في المبسوط و العلامة في التذكرة و الشارح في المسالك.

و قيل: لا يقبل تفسيره لها بما لا يتمول، لأن المنساق من الأكثرية هو مالىة ما يكون به أكثر حال كونه مستقلا، فلذا لا بد من كون الزيادة متمولة كما عن جامع المقاصد و الجواهر.

(٥) أى بقدر مال فلان.

(٦) أى و زياده عدديه.

(٧) أى فسّر مال فلان بما هو أقل منه بحسب الواقع، بأن قال: كنت: أظن أن مال فلان عشره مع أنه عشرون بحسب الواقع، قبل منه ما ادعاه في الظن مما بنى عليه إقراره، لأن الإنسان يخبر عن ظنه، لا عن الواقع، و المال قد يخفى على غير صاحبه كما هو

و ادعى ظن القله حلف (١)، لأصالة (٢) عدم علمه به (٣) مع ظهور إن المال من شأنه أن يخفى (٤) (و فسر (٥) بما ظنه) و زاد عليه (٦) زياده، و ينبغى تقييده (٧) بإمكان الجهل به (٨) فى حقه (٩). و لا- فرق فى ذلك (١٠) بين قوله قبل ذلك: إنى اعلم مال فلان، و عدمه (١١).

نعم لو كان قد أقر بأنه (١٢) قدر يزيد عما ادعى ظنه (١٣)، لم يقبل إنكاره ثانيا (١٤)، و لو تأوّل (١٥) بأن قال: مال فلان حرام، أو شبهه، أو عين و ما اقررت به حلال، أو دين، و الحلال و الدين أكثر نفعاً، أو بقاء (١٦) ففى قبوله (١٧) قولان: الغالب، و لكن بشرط عدم العلم بكذبه، و إلا فلو علم كذبه فيما ادعاه من الظن فلا إشكال و لا خلاف فى عدم القبول و أنه يلزم بقدر مال فلان و زياده.

(١) إن ادعى عليه المقر له بالكذب، فيكون قد ادعى عليه الزائد و هو ينكره.

(٢) تعليل للحلف و أنه منكر.

(٣) بمال فلان بحسب الواقع.

(٤) فلا يحصل العلم به من الغير، و يكون الأصل و الظاهر موافقين له فى دعواه بظن القله.

(٥) عطف على قوله (حلف).

(٦) على ما فسرته من مال فلان بحسب ظنه.

(٧) أى تقييد الحكم بقبول تفسيره المبني على ظن القله.

(٨) بمال فلان.

(٩) أى فى حق المقرّ.

(١٠) أى فى الحكم المذكور من قبول تفسيره المبني على ظن القله.

(١١) لأن العلم إنما هو بالنسبه إلى ما يظهر له، و الظاهر عنده هو ظن القله كما هو المفروض.

(١٢) أى بأن مال فلان.

(١٣) بحيث قال: مال فلان كذا و كذا و لزيد فى ذمتى أكثر منه.

(١٤) فتفسيره المبني على ظن القله إنكار لما اعترف به أولاً فلا يقبل هذا الإنكار بعد ذلك الإقرار.

(١٥) أى تأول الكثره بالكثره الاعتباريه.

(١٦) فالحلال أكثر نفعاً وبقاء من الحرام واضح، و أما كثره الدين نفعاً باعتبار الثواب الأخرى، و كثرته بقاء باعتبار ثبوته فى ذمه المديون و هذا ما يرفع عنه الهلاك و التلف.

(١٧) أى قبول التأويل المذكور.

ص: ٤٩٨

من أن (١) المتبادر كثره المقدار، فيكون حقيقه فيها (٢)، و هي (٣) مقدمه على المجاز (٤) مع عدم القرينه الصارفه، و من (٥) إمكان إرادته المجاز و لا يعلم قصده إلا من لفظه فيرجع إليه فيه (٦) و لا يخفى قوه الأول (٧)، نعم لو اتصل التفسير بالاقرار لم يبعد القبول (٨).

في ما لو قال: له على كذا درهم

(و لو قال: له على كذا (٩) درهم، بالحركات الثلاث): الرفع و النصب و الجر (١) دليل لعدم قبول قوله، لأن المتبادر من الكثره الكثره العدديه لا الاعتباريه.

(٢) أى فيكون لفظ الكثره حقيقه فى كثره المقدار.

(٣) أى الحقيقه.

(٤) و هو الكثره الاعتباريه من كثره النفع أو البقاء.

(٥) دليل لقبول قوله.

(٦) أى فيرجع إلى المقر فى معرفه قصده.

(٧) و هو عدم قبول قوله بالكثره الاعتباريه.

(٨) لأن التفسير مع الاتصال قرينه متصله، فلا ينعقد للكلام ظهور إلا على ضوئها.

(٩) إذا قال: له على كذا، فهو كما لو قال: له على شىء، و يقبل تفسيره بما يقبل به تفسير الشىء، كما صرح بذلك غير واحد من الأصحاب، و هو الأشهر كما فى الرياض، لأن لفظ (كذا) كناية عن الشىء عرفا كما صرح بذلك فى الصحاح و القاموس.

و عن الشيخ فى الخلاف أنه كناية عن العدد، و عن التنقيح للفاضل المقداد إجماع الأدباء عليه، و فى المذهب البارع لم يوجد فى كلام العرب غير ذلك، هذا و قد استفاضت كتب اللغه بأن لفظ (كذا) كناية عن العدد، و مع ذلك فقد اعترفوا بأنه يستعمل عرفا لغير العدد، و اللفظ يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

و على كل فلو فسره بالدرهم مرفوعا، بأن قال: له على كذا درهم، كان إقرارا بدرهم واحد، لأن الدرهم على الرفع يكون بدلا عن لفظ (كذا)، و التقدير شىء درهم، و حملة على الواحد من باب الحمل على المتيقن ما لم يفسره بالأزيد، و هذا مما لا خلاف فيه بينهم.

و لو فسره بالدرهم منصوبا على التمييز، بأن قال: له على كذا درهما، كان إقرارا بدرهم واحد أيضا كما هو المشهور، لأنه منصوب على التمييز كما هو المعروف بين أهل اللغه فيحمل على الواحد من باب الحمل على المتيقن، و يمكن أن يكون منصوبا على القطع كما عن بعض الكوفيين، و كأنه قطع ما ابتدأ به و أقر بدرهم، و التقدير: له على كذا أعنى درهما، و النتيجة

واحد به حملہ علی الواحد من باب الحمل علی المتیقن. و عن الشیخ فی

ص: ۴۹۹

المبسوط و الخلاف بعد حمل كذا على أنه كناية عن العدد فلو أتى بلفظ الدرهم منصوبا فيلزمه عشرون درهما، لأن العشرين أقل عدد مفرد ينصب تمييزه، و وافقه ابن زهره في المختلف و العلامه في جمله من كتبه بعد ما حكاه في التذكرة عن أبي حنيفة، و رجحه في التذكرة بما إذا كان المقر عارفا بأسلوب اللغة بحيث يكون من أهل اللسان، و إلا فيحمل على الواحد كما عليه المشهور من باب الترجيح للمعنى العرفي.

و فيه عدم فهم العرف من لفظ (كذا) أنه كناية عن العدد، بل هو بمعنى الشيء، و هذا ما يوجب الاقتصار على الواحد، لأنه المتيقن بعد أصاله البراءه عن الزائد.

و لو فسرته بالدرهم مجرورا بأن قال: له على كذا درهم، كان إقرارا بدرهم واحد، كما هو المشهور، من باب الإضافة البيانية كحب الحصيد، و التقدير: شيء هو درهم.

و عن العلامه في التذكرة بأن هذا صحيح إن لم يمكن تقدير ما هو أقل من الدرهم، يجعل الشيء جزءا من الدرهم قد أضيف الشيء إليه، فيلزمه جزء الدرهم و يرجع إليه في التفسير، لأنه المتيقن لأصاله البراءه من الزائد، و هذا ما احتمله المحقق في الشرائع و اختاره الشارح في المسالك.

و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن زهره و العلامه في جمله من كتبه أنه يلزمه مائة درهم، لأن المائة أقل عدد يكون تمييزه مجرورا.

و فيه ما تقدم من فهم العرف أن لفظ (كذا) كناية عن الشيء و ليس كناية عن العدد، و هذا ما يوجب الاقتصار على الواحد لأنه المتيقن بعد أصاله البراءه من الزائد.

ثم هذا كله بناء على جواز جر التمييز هنا، كما هو قول الكوفيين من جواز الجر بالإضافة و بلفظ (من) قياسا على العدد الصريح، و قال الخومي: يجوز الجر على البدل من (ذا)، لأن لفظ (كذا) مؤلف من كاف التشبيه و ذا الإشاريه، و قوله بعيد جدا لأن (كذا) صارت كلمه واحده و لا يبدل من جزء الكلمه.

نعم على قول الباقي من أهل اللغة لا يجوز الجر بالإضافة و لا بلفظ (من)، بل لا بدّ من النصب كما نص عليه الرضى و ابن هشام و غيرهما، لأن عجزها و هو (ذا) اسم إشاره، و هو لا يقبل الإضافة، و فيه أنه لما ركّب مع الكاف لم يبق على ما كان عليه قبل ذلك لتضمنه بعد التركيب معنى لم يكن موجودا له قبل التركيب، فلذا جاز إضافته و جر ما بعده.

و لو فسرته بالدرهم من غير تحريك كأن قال: له على كذا درهم، فيحتمل الرفع و الجر لو أعرب بعد انتفاء النصب لوجوب إثبات الألف فيه وقفا، و على الرفع و الجر يحتمل على الواحد كما هو المشهور، و يحتمل حملة على الجزء من الدرهم، لأنه لو كان مجرورا لحمل

(و الوقف) بالسكون، و ما فى معناه (١)(فواحد) (٢)، لاشتراكه بين الواحد فما زاد وضعا فيحمل (٣) على الأقل (٤)، لأنه (٥) المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فإن «كذا» كناية عن «الشيء» (٦).

فمع الرفع يكون الدرهم بدلا منه (٧)، و التقدير: «شيء درهم».

و مع النصب يكون تمييزا له، و أجاز بعض أهل العربية نصبه على القطع، كأنه قطع ما ابتداء به و أقر بدرهم.

و مع الجر تقدّر الإضافة بيانيه (٨)،

على الجزء كما هو قول العلامة فى التذكرة، فيكون الجزء متيقنا و تجرى أصاله البراءة عن الزائد الآتى من احتمال الرفع.

(١) ما فى معنى السكون الوقف بالإشمام و الروم و إبدال التاء هاء، و إلحاق هاء السكت غير أنه لا يتصور هاء السكت هنا، لأنها تدخل على الفعل الناقص كقوله: قه، أو تدخل على ما الاستفهاميه بعد حذف ألفها مثل قوله مه و لا يتصور الإقرار بمثل هذه الأمور.

و لا- يتصور إبدال التاء هاء لأن الدرهم الوارد فى المثال غير مختوم بالتاء، فلا يبقى إلا الإشمام و الروم، و الإشمام هو الوقف بحرف مضموم، و الإشعار بحركته بضم الشفتين من دون أن يتلفظ بالضم، و الروم هو الإتيان بحركة الحرف الموقوف عليه ضعيفه لا تبين، و فى كل منهما يعلم حركة الحرف الموقوف عليه، فلا فائده معتد بهما حينئذ - و لا داعى للإلحاقهما بالسكون، فلو تركهما كما فعل غيره من الفقهاء لكان أصح.

(٢) أى فدرهم واحد على جميع التقادير.

(٣) أى لفظ الدرهم.

(٤) و هو الواحد.

(٥) أى الأقل.

(٦) كما هو المشهور.

(٧) أى من الشيء.

(٨) مراده من الإضافة البيانيه ما يكون المضاف إليه مبيّنا للمضاف، و ليس مراده منها ما هو المصطلح فيها، و هو الإضافة بمعنى من، أى بتقدير (من)، و يشترط فيها أن يكون بين المضاف و المضاف إليه عموم من وجه كما فى نحو خاتم فضه، و هذا المعنى المصطلح لها غير موجود هنا، لأن الشيء الذى كنى عنه بلفظ (كذا) أعم مطلقا من الدرهم، و لا يمكن تقدير لفظ (من) فلا يقال: شيء من درهم.

«كحبّ الحصيد (١)» و التقدير شيء هو درهم.

و يشكل بأن ذلك (٢) و إن صح إلا أنه (٣) يمكن تقدير ما هو أقل منه (٤)، بجعل الشيء جزء من الدرهم أضيف إليه (٥)، فيلزمه (٦) جزء يرجع في تفسيره (٧) إليه (٨)، لأنه (٩) المتيقن، و لأصالة البراءة من الزائد، و من ثم (١٠) حمل الرفع و النصب على الدرهم مع احتمالها (١١) أزيد منه (١٢)، و قيل (١٣): إن الجر، لحن يحمل على أخويه (١٤) فيلزمه (١٥) حكمهما.

و أما الوقف فيحتمل الرفع و الجر لو أعرب (١٦)، لا النصب لوجوب (١٧) إثبات الألف فيه (١٨) وقفاً، فيحمل (١٩) على مدلول ما احتمله (٢٠).

(١)سوره ق، الآيه: ٩، و الحصيد هو الحنطه و الشعير و كل ما يحصد.

(٢)أى حمل الدرهم على الواحد على تقدير الجر.

(٣)أى أن الشأن و الواقع.

(٤)أى من الواحد الصحيح.

(٥)أى أضيف الشيء إلى الجزء من الدرهم.

(٦)ضمير المفعول راجع إلى المقر.

(٧)أى تفسير الجزء من الدرهم.

(٨)إلى المقر.

(٩)أى لأن الجزء من الدرهم.

(١٠)أى و من وجوب الحمل على المتيقن لأصالة البراءة من الزائد.

(١١)أى احتمال الرفع و النصب.

(١٢)من الدرهم الواحد.

(١٣)كما عن مشهور أهل اللغة ما عدا الكوفيين و الحوفى.

(١٤)أى يحمل الجر على أخويه من الرفع و النصب.

(١٥)أى يلزم المقر.

(١٦) أى لو أعرب لفظ الدرهم.

(١٧) تعليل لعدم احتمال النصب فى الدرهم على تقدير الوقف.

(١٨) فى الدرهم على احتمال النصب.

(١٩) أى يحمل لفظ الدرهم على تقدير الوقف.

(٢٠) أى ما احتمله من الرفع أو الجر.

ص: ٥٠٢

فعلى ما اختاره (١) يشتركان (٢) فى احتمال الدرهم (٣)، فيحمل عليه (٤)، و على ما حققناه (٥) يلزمه جزء درهم خاصه، لأنه (٦) باحتماله الرفع و الجبر حصل الشك فيما زاد على الجزء، فيحمل (٧) على المتيقن، و هو (٨) ما دلت عليه الإضافه (٩).

(و كذا كذا درهما (١٠)،)

(١) أى ما اختاره المصنف من حمل الدرهم على الواحد فى الحركات الثلاث.

(٢) أى يشترك الرفع و الجبر.

(٣) أى الواحد.

(٤) أى فيحمل لفظ الدرهم على الدرهم الواحد.

(٥) من احتمال إرادته جزء الدرهم على تقدير الجبر.

(٦) أى لأن الوقف.

(٧) أى لفظ الدرهم على تقدير الوقف.

(٨) أى المتيقن.

(٩) و الإضافه قد دلت على جزء الدرهم، و الزائد عن الجزء إلى تمام الدرهم الصحيح مشكوك تجرى فيه أصاله البراءه.

(١٠) إذا كثر لفظ (كذا) بدون عطف كأن يقول: له على كذا كذا، فقد عرفت أن لفظ (كذا) كناية عن الشىء، فكأنه قال: له على شىء شىء، و هو ما يفيد تأكيد المبهم، و يصح تفسيره بما يفسر به لفظ الشىء، هذا كله إذا لم يتبعه بالدرهم، و أن أتبعه بالدرهم فإن جاء به مرفوعاً كأن يقوله: له على كذا كذا درهم، فهو إقرار بدرهم واحد، لأن الدرهم بدل من المؤكد، و الواحد هو المتيقن و تجرى أصاله البراءه فى الزائد.

و إن جاء به منصوباً كأن يقول: له على كذا كذا درهما، فهو إقرار بدرهم واحد أيضاً، لأن الدرهم قد نصب على التمييز أو القطع، و يبقى لفظ (كذا) الأول مؤكّد و الثانى تأكيد، و هو كناية عن الشىء الذى يصح تفسيره بالواحد لأنه المتيقن مع جريان أصاله البراءه من الزائد.

و إن جاء به مجروراً كأن يقول: له على كذا كذا درهم، فهو إقرار بدرهم واحد أيضاً، و لفظ (كذا) الأول مؤكّد، و الثانى تأكيد و قد أضيف إلى الدرهم إضافه بيانيه، و الأول المؤكّد كناية عن الشىء الذى يحمل على الواحد لأنه الأقل بعد جريان أصاله البراءه من الزائد. و يحتمل على الجبر أن يكون لفظ (كذا) الأول قد أضيف إلى لفظ (كذا) الثانى، و الثانى مضاف إلى الدرهم و يكون المعنى: جزء جزء من درهم، و جزء الجزء جزء فيلزمه جزء من الدرهم.

و على الوقف فينتفى النصب لوجوب إثبات الألف فيه وقفا، و الألف غير موجوده فلا يبقى إلا احتمال الرفع و الجر، فعلى القول الأول يلزمه درهم واحد، لأنه ثابت على تقديرى الجر و الرفع، و على الثانى يلزمه جزء الدرهم، لأنه أقل المحتملات فى حالتى الرفع و الجر بعد جريان أصاله البراءه من الزائد. و ذهب الشيخ إلى أنه مع النصب فيما لو قال: له على كذا كذا درهما يلزمه أحد عشر درهما، لأنه أقل عدد مركب مع غيره من دون عطف ينتصب تميزه، و هو مبنى على كون لفظ (كذا) كناية عن العدد، و فيه ما تقدم أنه كناية عن الشىء عرفا.

و عن العلامه فى التذكرة اختيار قول الشيخ إذا كان المقر من أهل اللسان عارفا به، و إلا فقول المشهور من الدرهم الواحد، و قد تقدم أن ألفاظ الأقرارير محموله على المعنى العرفى.

ثم إن الشيخ و العلامه لم يتكلما إلا على تقدير النصب، و لم يتكلما على تقدير الرفع و الجر، مع أنه على تقدير الرفع يحمل على الواحد من باب أنه بدل عن لفظ (كذا) الأول المؤكد بعد جعل لفظ (كذا) الثانى تأكيدا كما عليه المشهور.

و لكن على تقدير الجر فلازم قول الشيخ أن يحمل لفظ (الدرهم) المجرور على ثلاث مائه درهم، لأنه أقل عدد أضيف إليه آخر و قد ميز بمفرد مجرور، إذ فوجه أربع مائه إلى تسع مائه ثم مائه مائه ثم مائه ألف، ثم ألف ألف، و المائتان و إن كانت أقل و هى فى قوه تكرر المائه إلا- أنها مثنى و المفروض أن التمييز بالمفرد، و هذا و إن لم يصرح به لكنه لازم لقوله على تقدير النصب.

(١) إذا كثر لفظ (كذا) مع العطف بأن قال: له على كذا و كذا، فيلزمه شيان قضاء لحق العطف، و يصح تفسيرهما بما يفسر به لفظ الشىء.

هذا كله إذا لم يتبعهما بالدرهم، و إن أتبعهما بالدرهم مرفوعا بأن قال: له على كذا و كذا درهم فيلزم درهم واحد، لاحتمال أن يريد من (كذا) جزءا من الدرهم بحيث يكون المجموع من المعطوف و المعطوف عليه درهما واحدا، و لذا أتى بلفظ الدرهم مرفوعا ليكون بدلا عن مجموع المعطوف و المعطوف عليه بلا- خلاف فيه بيننا. و عن الشافعى قول بلزوم درهم و زياده، لأنه ذكر سببين متغايرين بالعطف، و قد جعل الدرهم بدلا عن الثانى و يبقى الأول على إبهامه فى الشىء فلا بد من تفسيره بالزائد عن الدرهم المذكور.

و هناك قول ثالث لبعض العامه بأنه يلزمه درهمان، لأنه ذكر جملتين كل واحده منهما تقع على الدرهم، و تكون كناية عنه، فيكون الدرهم تفسيراً لكل منهما، كما إذا قال: مائه و خمسون درهما.

كذلك (١) فى حملة على الدرهم مع الحركات الثلاث، و الوقف، لاحتمال كون «كذا» الثانى تأكيداً للأول (٢) فى الأول (٣).
و الحكم فى الاعراب (٤) ما سلف، و فى الوقف ينزل على أقل الاحتمالات (٥). و كون (٦)

و إن أتى بالدرهم منصوباً بأن قال: له على كذا و كذا درهماً، فعلى المشهور بيننا أنه يلزمه درهم واحد، لأن (كذا) كناية عن الشىء فكأنه قال: شىء و شىء هما درهم، فيكون قد أراد بالشىء جزء الدرهم بحيث يكون المعطوف و المعطوف عليه درهماً واحداً.

و عن الشيخ فى المبسوط أنه يلزمه مع النصب أحد و عشرون درهماً، لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر، و مئزاً بدرهم منصوب، إذ فوّه اثنان و عشرون إلى تسعه و تسعين، فيقتصر على الأقل، لأنه المتيقن بعد أصاله البراءة من الزائد، و فيه ما تقدم أنه كناية عن الشىء عرفاً، و اللفظ فى الأقارير يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

و إن أتى بالدرهم مجروراً بأن قال: له على كذا و كذا درهم، فيلزمه جزء درهم و شىء، كما لو قال: شىء و جزء درهم و لو فسّر الشىء بالجزء الباقى من الدرهم لقبل، و عليه فلا يلزمه أكثر من درهم، و هناك قول بأن الجر لحن فيحمل على أخويه من النصب و الرفع، و أقل الاحتمالات على هذين التقديرين هو الدرهم فيحمل اللفظ عليه من باب الاقتصار على المتيقن بعد أصاله البراءة من الزائد الآتى على تقدير النصب، و منه تعرف ما لو سکن آخر الدرهم و لم يعربه، فالنصب متنفى لعدم وجود الألف فيه، فلا يبقى إلا الجر و الرفع و كلاهما يفيد الحمل على الدرهم كما تقدم.

(١) أى فى حمل الدرهم على الواحد فى صورته التكرار بلا عطف و فى صورته التكرار مع العطف سواء كان الدرهم بالحركات الثلاث أم بالوقف، و فيه أنه فى صورته التكرار بلا عطف فيحمل على جزء الدرهم على تقدير الجر، و هذا ما سينبه عليه الماتن فيما بعد فانتظر.

(٢) أى للفظ (كذا) الأول.

(٣) أى فى المثال الأول و هو صورته التكرار بغير عطف.

(٤) أى فى إعراب لفظ الدرهم فى المثال الأول - أعنى صورته التكرار بغير عطف - ما سلف سابقاً عند عدم تكرار لفظ (كذا) بحيث إن لفظ الدرهم على الرفع يكون بدلاً، و على النصب يكون تمييزاً أو منصوباً على القطع، و على الجر يكون مجروراً بالإضافة.

(٥) و أقل الاحتمالات هو جزء الدرهم على تقدير الجر.

(٦) أى و لاحتمال كون، و هو معطوف على قوله السابق (لاحتمال كون كذا الثانى تأكيداً للأول فى الأول).

«كذا» (١) شيئا مبهما، و الثاني (٢) معطوفا عليه (٣) فى الثاني (٤) و ميّزا (٥) بدرهم على تقدير النصب، و ابدلا (٦) منه (٧) على تقدير الرفع. و يّينا معا (٨) بالدرهم مع الجر.

و نزل (٩) على أحدهما (١٠) مع الوقف (١١)، أو أضيف (١٢) الجزء إلى جزء الدرهم فى الجر (١٣) على ما اخترناه (١٤)، و حمل الوقف عليه (١٥) أيضا.

(و لو فسر (١٦) فى حاله (الجر) من الأقسام الثلاثه (١٧) ببعض درهم جاز (١٨)،

(١) و أى كلفظ (كذا) الأول.

(٢) أى لفظ (كذا) الثانى.

(٣) على (كذا) الأول.

(٤) أى فى المثال الثانى و هو صوره التكرار مع العطف.

(٥) أى المعطوف و المعطوف عليه.

(٦) أى المعطوف و المعطوف عليه.

(٧) و لفظ (من) هنا بمعنى الباء و المعنى: و ابدلا به، أى بالدرهم.

(٨) أى أضيفا معا إلى الدرهم إضافه بيانيه نظير قوله: بين ذراعى و جبهه الأسد، فيكون المراد بهما هو الدرهم.

(٩) أى الدرهم.

(١٠) أى الرفع و الجر.

(١١) لانتفاء النصب لعدم وجود الألف الذى ثبت فيه وقفا.

(١٢) على تقدير الجر بحيث يرد من (كذا) الأول جزء الدرهم و هو مضاف إلى (كذا) الثانى، الذى هو مضاف إلى الدرهم و يكون التقدير: جزء جزء الدرهم، و جزء الجزء جزء و هذا ناظر إلى المثال الأول أعنى صوره التكرار بلا عطف، و يكون قوله (أو أضيف) معطوفا إلى قوله (و الحكم فى الأعراب ما سلف).

(١٣) فيما لو كان تكرر بلا عطف.

(١٤) فى صوره عدم التكرار.

(١٥) أى على جزء الدرهم كما حمل الجر عليه، لأنه فى الوقف يحمل على أقل المحتملات من الجر و الرفع.

(١٦) أى لفظ (كذا).

(١٧) و هى صوره عدم التكرار، و صوره التكرار بغير عطف، و صوره التكرار مع العطف.

(١٨) أى التفسير.

ص: ٥٠٦

لإمكانه (١) وضعا (٢) يجعل الشيء المراد بـ «كذا» و ما ألحق به (٣) كناية عن الجزء.

و فيه: أن قبول تفسيره به (٤) يقتضى صحته (٥) بحسب الوضع، فكيف يحمل (٦) مع الإطلاق (٧) على ما هو أكثر منه (٨)، مع إمكان الأقل، فالحمل عليه (٩) مطلقا (١٠) أقوى.

(و قيل) - و القائل به الشيخ و جماعه (١١) -: (يتبع فى ذلك) المذكور من قوله (١٢): كذا و كذا كذا، و كذا و كذا درهم، بالحركات الثلاث، و الوقف و ذلك اثنتا عشره صوره (١٣) (موازنه (١٤) من الاعداد) جعللا لكذا كناية عن العدد، لا عن الشيء، فيكون الدرهم فى جميع أحواله تميزا لذلك العدد، فينظر إلى ما يناسبه (١٥) بحسب ما تقتضيه قواعد العرييه من أعراب المميز للعدد و يحتمل (١٦) عليه (١٧).

(١) أى إمكان التفسير.

(٢) أى بحسب المعنى الوضعى للفظ (كذا).

(٣) الضمير فى (به) راجع إلى (كذا)، و ما ألحق به هو (كذا) الثانى فى صوره التكرار بغير عطف أو مع العطف.

(٤) أى أن قبول تفسير لفظ (كذا) ببعض الدرهم.

(٥) أى صحه التفسير.

(٦) أى لفظ (كذا).

(٧) بدون التفسير.

(٨) من بعض الدرهم.

(٩) على الأقل الذى هو جزء الدرهم.

(١٠) سواء فسر أم لا.

(١١) وهم ابن زهره و العلامه فى جمله من كتبه.

(١٢) أى قول المصنف.

(١٣) حاصله من ضرب الأقسام الثلاثه فى الاحتمالات الأربع، الآتية من الحركات الثلاث و الوقف.

(١٤) أى نظيره.

(١٥) أى فينظر إلى عدد يناسب المذكور من الدرهم المميّز.

(١٦) أى لفظ (كذا).

(١٧) أى على العدد المناسب لهذا الدرهم المميّز.

ص: ٥٠٧

فيلزمه (١) - مع إفراد المبهم (٢) و رفع الدرهم (٣) - درهم، لأن المميز (٤) لا يكون مرفوعا فيجعل بدلا كما مرّ، و مع النصب (٥) عشرون درهما، لأنه (٦) أقل عدد مفرد ينصب مميّزه، إذ فوجه ثلاثون إلى تسعين فيحمل (٧) على الأقل، و مع الجر (٨) مائه درهم، لأنه (٩) أقل عدد مفرد فسّر بمفرد مجرور إذ فوجه الألف، و مع الوقف (١٠) درهم (١١)، لاحتماله (١٢) الرفع و الجر فيحمل (١٣) على الأقل (١٤).

و مع تكريره (١٥) بغير عطف و رفع الدرهم (١٦) درهم (١٧)، لما ذكرنا في الإفراد (١٨) مع كون الثانى تأكيدا للأول، و مع نصبه (١٩) أحد عشر، لأنه (٢٠) أقل (١) أى يلزم المقر.

(٢) و هو لفظ (كذا).

(٣) عند قوله: له على كذا درهم.

(٤) أى التمييز.

(٥) عند قوله: له على كذا درهما.

(٦) أى لأن العدد المذكور من العشرين.

(٧) أى لفظ (كذا).

(٨) عند قوله: له على كذا درهم.

(٩) أى لأن العدد المذكور من المائة.

(١٠) عند قوله: له على كذا درهم.

(١١) أى يلزمه درهم.

(١٢) أى لاحتمال الوقف.

(١٣) أى لفظ (كذا).

(١٤) أى الرفع، لأنه على الجر يلزمه مائه درهم.

(١٥) أى تكرير المبهم.

(١٦) عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(١٧) أى يلزمه درهم.

(١٨) أى إفراد المبهم من غير تكرار، و ما ذكره هو أن التمييز لا- يكون مرفوعا فيتعين أن يكون بدلا عن الأول، و جعل الثانى تأكيدا للأول.

(١٩) أى نصب الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهما.

(٢٠) أى لأن العدد المذكور من أحد عشر.

ص: ٥٠٨

عدد مركب مع غيره ينصب بعده مميّزه، إذ فوّه اثنا عشر إلى تسعه عشر فيحمل (١) على المتيقن، و مع جره (٢) ثلاثمائة درهم، لأنه (٣) أقل عدد أضيف إلى آخر، و ميّز بمفرد مجرور، إذ فوّه أربعمائه إلى تسعمائه، ثم مائه مائه، ثم مائه ألف، ثم ألف ألف فيحمل (٤) على المتيقن (٥)، و التركيب هنا (٦) لا يتأتى، لأن مميّز المركب لم يرد مجرورا.

و هذا القسم (٧) لم يصرح به صاحب القول (٨)، و لكنه لازم له (٩)، و مع الوقف (١٠) يحتمل الرفع و الجر فيحمل (١١) على الأقل منهما، و هو (١٢) الرفع (١٣).

و مع تكريره (١٤) معطوفا و رفع الدرهم (١٥) يلزمه درهم، لما ذكر في الأفراد (١٦) بجعل الدرهم بدلا من مجموع المعطوف و المعطوف عليه. و يحتمل أن (١) أى لفظ (كذا كذا).

(٢) أى جرّ الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(٣) لأن العدد المذكور من ثلاث مائه.

(٤) أى لفظ (كذا كذا).

(٥) و المتيقن الأقل، و هو ثلاث مائه.

(٦) أى فى صورته الجر.

(٧) و هو الجر فى صورته تكرار المبهم بغير عطف.

(٨) و هو الشيخ و الجماعة الذين تابعوه.

(٩) أى و لكن هذا القسم هنا لازم لقوله الوارد فى المبهم المكرر بغير عطف عند نصب الدرهم.

(١٠) أى الوقف على لفظ الدرهم عند قوله: له على كذا كذا درهم.

(١١) أى لفظ (كذا كذا).

(١٢) أى الأقل.

(١٣) لأنه فى صورته الجر يحمل على ثلاثمائة درهم.

(١٤) أى تكرير المبهم.

(١٥) عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(١٦) أى إفراد المبهم من غير تكرير، و ما ذكره هو أن التمييز لا يكون مرفوعا فيتعين أن يكون بدلا، إلا أنه هنا بدل عن مجموع المعطوف و المعطوف عليه، و هذا مما لا خلاف فيه بيننا كما تقدم.

ص: ٥٠٩

يلزمه (١) درهم و زياده، لأنه ذكر شيئين متغايرين بالعطف، فيجعل الدرهم تفسيراً للقريب منهما، و هو (٢) المعطوف فيبقى المعطوف عليه (٣) على إبهامه، فيرجع إليه (٤) في تفسيره، و أصاله البراءه تدفعه (٥).

و مع نصب الدرهم (٦) يلزمه أحد و عشرون درهماً، لأنه (٧) أقل عددين عطف أحدهما على الآخر، و انتصب المميّز بعدهما، إذ فوّه اثنان و عشرون إلى تسعه و تسعين فيحمل (٨) على الأقل. و مع جر (٩) الدرهم يلزمه ألف و مائه، لأنه (١٠) أقل عددين عطف أحدهما على الآخر و ميّز بمفرد مجرور، إذ فوّه (١١) من الأعداد المعطوف عليها المائه (١٢) و الألف (١٣) ما لا نهايه له، و يحتمل جعل الدرهم مميزاً (١٤) للمعطوف، فيكون (١٥) مائه (١٦)، و يبقى المعطوف عليه مبهماً فيرجع إليه (١٧) في (١) كما هو قول عن الشافعي.

(٢) أي يلزم المقر.

(٣) أي القريب.

(٤) إلى المقر.

(٥) أي تدفع هذا الاحتمال بعد حمل لفظ (كذا) على جزء الدرهم و يكون المجموع من الجزئين درهماً واحداً، و لذا كان الدرهم بدلاً عن المجموع من المعطوف و المعطوف عليه.

(٦) عند قوله: له على كذا و كذا درهماً.

(٧) أي لأن العدد المذكور من أحد و عشرين.

(٨) أي لفظ (كذا و كذا).

(٩) عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(١٠) مبني على تقديم الألف أكثر في عطف الأعداد إذا كان بعد المائه، و أما العطف في الأعداد إذا كان قبل المائه فيقدم الأقل فتقول أحد و عشرون.

(١١) أي فوق العدد المذكور من الألف و مائه.

(١٢) كئلاث مائه و أربع مائه و هكذا.

(١٣) كئلاثه آلاف و أربعه آلاف و هكذا.

(١٤) في صورته الجر.

(١٥) أي المعطوف.

(١٦) لأن العدد المذكور من المائه هو أقل عدد مفرد فسر بمفرد مجرور، إذ فوقه الألف.

(١٧) إلى المقر.

ص: ٥١٠

تفسيره، و جعله (١) درهما لمناسبه الأعداد المميّزه (٢)، فيكون التقدير درهم و مائه درهم، لأصالة (٣) البراءة من الزائد. و هذا القسم (٤) أيضا لم يصرحوا (٥) بحكمه، و لكنه (٦) لازم للقاعده (٧).

و مع الوقف عليه (٨) يحتمل الرفع و الجر فيحمل (٩) على الأقل، و هو (١٠) الرفع (١١).

و إنما حملنا العبارة (١٢) على جميع هذه الأقسام (١٣) مع احتمال أن يريد (١٤) بقوله «كذا كذا درهما. و كذا و كذا درهما كذلك» حكمهما (١٥) في حاله النصب، لأنه (١٦) الملفوظ، و يكون حكمهما في غير حاله النصب مسكوتا عنه، لأنه (١٧) (١) أي و يحتمل جعل المعطوف عليه درهما.

(٢) و هو المائة المميّزه بالدرهم، و الحاصل لما كان المعطوف عليه قد فسر بالمائه، و هي بلا كسر فيناسب تفسير المعطوف بعدد لا كسر فيه، و هو الدرهم و بهذا ينتفى إرادته جزء الدرهم من المعطوف، و تنتفى إرادته الأزيد من الدرهم بأصالة البراءة منه.

(٣) تعليل لنفي ما فوق الدرهم في المعطوف عليه، و أما تعليل نفي ما دون الدرهم فقد تقدم عند قوله لمناسبه الأعداد المميّزه.

(٤) أي الجر في صورته التكرار مع العطف.

(٥) أي الشيخ و الجماعه الذين تابعوه.

(٦) أي هذا القسم.

(٧) و هي مراعاة النظير من الأعداد.

(٨) على الدرهم عند قوله: له على كذا و كذا درهم.

(٩) أي لفظ (كذا و كذا).

(١٠) أي الأقل.

(١١) لأنه على الرفع يلزمه درهم، و على الجر يلزمه ألف و مائه أو درهم و مائه درهم.

(١٢) أي عبارة المصنف عند قوله (و كذا كذا درهما، و كذا و كذا درهما كذلك).

(١٣) من الرفع و النصب و الجر و الوقف.

(١٤) أي المصنف.

(١٥) أي حكم التكرار بلا عطف و التكرار مع العطف.

(١٦) أى النصب.

(١٧) أى المصنف، و هذا تعليل لحمل العبارة السابقه على جميع الأقسام دون اختصاصها بحاله النصب فقط.

ص: ٥١١

عقبه (١) بقوله: «و لو فسر في الجر ببعض درهم جاز» و ذلك (٢) يقتضى كون ما سبق شاملا لحاله الجر (٣)، إذ يبعد كون قوله: «و لو فسر في الجر» تميما لحكم «كذا» المفرد (٤) لبعده (٥).

و على التقديرين (٦) يترتب عليه قوله: «و قيل: يتبع في ذلك موازنه» فعلى ما ذكرناه (٧) تشعب (٨) الصور إلى اثنتى عشره، و هى (٩) الحاصله: من ضرب أقسام الإعراب الأربعة (١٠) فى المسائل الثلاث، و هى (١١): كذا المفرد، و المكرر بغير عطف، و مع العطف (١٢)، و على الاحتمال (١٣) يسقط من القسمين الأخيرين (١٤) ما زاد (١٥) على نصب المميز فتنتصف الصور.

و كيف كان (١٦) فهذا القول (١٧)

(١) أى عقب قوله السابق.

(٢) أى التعقيب.

(٣) فلذا حملنا عبارته السابقه على جميع هذه الأقسام الشامله للرفع و النصب و الجر و الوقف.

(٤) أى غير المعطوف و غير المركب.

(٥) أى بعده لفظا بعد الفصل بالأجنى.

(٦) من التعميم لجميع الأقسام، و التخصيص لحاله النصب.

(٧) من التعميم لجميع الأقسام.

(٨) أى تشعب الصور فى قول الشيخ إلى اثنتى عشره صورته.

(٩) أى الاثنتا عشره صورته.

(١٠) من الرفع و النصب و الجر و الوقف.

(١١) أى المسائل الثلاث.

(١٢) أى و المكرر مع العطف.

(١٣) أى احتمال التخصيص بحاله النصب.

(١٤) و هما التكرار بغير عطف و مع العطف.

(١٥) و هو صورته الرفع و الجر و الوقف فيسقط من صورتى العطف و عدمه عند التكرار ست صور، و يبقى ست صور، و هى

أربع صور الأفراد، و صورتا النصب عند التكرار مع العطف و بدونه.

(١٦) أى و كيف كان مراد المصنف من العبارة سواء كان التعميم أم التخصيص فى حالة النصب.

(١٧) أى قول الشيخ و الجماعة من حمل لفظ (كذا) على أنه كناية عن العدد و ينظر إلى نظيره من الأعداد بحسب حركات الدرهم.

ص: ٥١٢

ضعيف (١)، فإن هذه الألفاظ (٢) لم توضع لهذه المعاني (٣) لغه، و لا اصطلاحا، و مناسبتها (٤) على الوجه المذكور لا يوجب اشتغال الذمه بمقتضاها (٥) مع أصاله البراءه، و احتمالها (٦) لغيره (٧) على الوجه الذى بين (٨)، و لا- فرق فى ذلك (٩) بين كون المقر من أهل العربيه و غيرهم، لاستعمالها (١٠) على الوجه المناسب للعربيه (١١) فى غير ما ادعوه (١٢) استعمالا شهيرا، خلافا للعلامه (١٣) حيث فرّق، و حكم بما ادعاه الشيخ على المقر إذا كان من أهل اللسان، و قد ظهر ضعفه (١٤).

(و) إنما (يمكن هذا) القول (١٥) (مع الاطلاع على القصد) أى على قصد المقر، و أنه (١٦) أراد ما ادعاه القائل (١٧)، و مع الاطلاع لا إشكال.

فى ما لو قال لى عليك ألف

(و (١٨): (١) و وجه الضعف قد تقدم أن لفظ (كذا) كناية عن الشىء عرفا، و لفظ الإقرار يحمل على المعنى العرفى لا اللغوى.

(٢) من (كذا) المفرد و المركب و المعطوف.

(٣) أى و هى الأعداد الموازنه.

(٤) أى مناسبه هذه الأعداد لتلك الألفاظ باعتبار حركات الدرهم المميز.

(٥) أى بمقتضى هذه المعانى، و هى الأعداد الموازنه.

(٦) أى احتمال هذه الألفاظ من كذا المفرد و المركب و المعطوف.

(٧) لغير هذه المعانى و هى الأعداد الموازنه.

(٨) بحملها على الشىء و الجزء.

(٩) أى فى عدم حمل هذه الألفاظ على تلك المعانى من الأعداد الموازنه.

(١٠) أى استعمال هذه الألفاظ.

(١١) عند ما حملت على الشىء و الجزء.

(١٢) من الحمل على العدد الموازن كما فعله الشيخ و جماعه.

(١٣) فى التذكرة.

(١٤) أى ضعف تفريق العلامه، أو ضعف قول الشيخ فيبطل تفريق العلامه المبني عليه، و الثانى أنسب.

(١٥) أى قول الشيخ و الجماعة.

(١٦) أى المقر.

(١٧) و هو الشيخ و الجماعة.

(١٨) أى القائل.

ص: ٥١٣

(لى عليك ألف، فقال (١): نعم، أو أجل، أو بلى، أو انا مقر به لزمه (٢) الألف.

أما جوابه بنعم فظاهر، لأن قول المجاب (٣) إن كان خبرا فهي (٤) بعده (٥) حرف تصديق، و إن كان (٦) استفهاما محذوف الهمزة فهي (٧) بعده (٨) للإثبات و الاعلام. لأن الاستفهام عن الماضى إثباته ب «نعم» و نفيه ب «لا».

و أجل مثله (٩).

و أما بلى فانها و إن كانت لا بطلال النفى (١٠)، إلا- أن الاستعمال العرفى جَوَز وقوعها فى جواب الخبر المثبت (١١) كنعم، و الاقرار جار عليه (١٢) لا على دقائق اللغه، و لو قدّر كون القول (١٣) استفهاما فقد وقع استعمالها (١٤) فى جوابه (١٥) لغه (١) أى الآخر.

(٢) أى لزم المجيب.

(٣) و هو: لى عليك ألف.

(٤) أى نعم.

(٥) بعد الخبر.

(٦) أى قول المجاب.

(٧) أى نعم.

(٨) بعد الاستفهام.

(٩) أى مثل لفظ (نعم).

(١٠) لفظ (بلى) مختص بالنفى، و يفيد إبطاله، سواء كان النفى مجردا نحو قوله تعالى: زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بلى وَ رَبِّى (١)، أم مقرونا بالاستفهام، نحو قول القائل:

أليس زيد بقائم فتقول: بلى، و إذا أفاد إبطال النفى فلا يكون إقرارا هذا بحسب اللغه، و أما بحسب العرف زائده فيصح أن تقع جوابا للخبر المثبت و تكون تصديقا له، و عليه فتكون إقرارا بمضمونه، و مقامنا هنا منه، لأن الوارد خبر مثبت و ليس بمنفى بلا خلاف فيه بيننا، لأن لفظ الإقرار محمول على العرف لا على اللغه.

(١١) و مقامنا منه.

(١٢) على العرف.

(١٣) أى قول القائل: لى عليك ألف.

(١٤) أى استعمال (بلى).

(١٥) الاستفهام.

ص: ٥١٤

١- (١) سورة التغابن، الآية: ٧.

و إن قل (١)، و منه (٢) قول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لأصحابه: «أ ترضون أن تكونوا من أرفع أهل الجنة؟ قالوا: «بلى» (٣)، و العرف (٤) قاض به (٥).

و أما قوله: «أنا مقر به» (٦)، فانه (٧) و إن احتمل كونه (٨) مقرا به (٩) لغيره (١٠)، و كونه (١١) وعدا بالاقرار، من حيث إن مقرا اسم فاعل يحتمل الاستقبال (١٢) إلا أن المتبادر منه (١٣) كون ضمير «به» عائدا إلى ما ذكره (١٤) المقر له، و كونه (١٥) اقرارا بالفعل (١٦) عرفا، و المرجع فيه (١٧) إليه (١٨).

(١) أى الاستعمال.

(٢) أى و من هذا الاستعمال القليل.

(٣) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٥٧٣ الطبعة الأولى بمصر.

(٤) مضافا إلى وقوعه فى اللغة.

(٥) أى بكون لفظ (بلى) حرف تصديق إذا وقع بعد الاستفهام.

(٦) لو قال فى جواب لى عليك ألف: أنا مقر به أو بما تدعى، فيلزمه الألف على المشهور، و عن الدروس أنه غير ظاهر فى الإقرار للمخاطب لجواز إرادته الإقرار لغيره، و غايه اللفظ أنه إقرار بالدعوى، و هو أعم من الإقرار بها للمخاطب و لغيره، فلا يكون إقرارا للمخاطب حتى يقول: أنا مقرّ به لك.

و فيه بأن المتبادر عود الضمير فى قوله (به) إلى ما ذكره المخاطب من كون الألف له.

(٧) أى الشأن و الواقع.

(٨) أى كون المجيب.

(٩) بالألف.

(١٠) لغير المخاطب.

(١١) معطوف على قوله (و إن احتمل كونه)، و الضمير راجع إلى قول المجيب عند ما قال: أنا مقر به.

(١٢) فيكون قوله (أنا مقر به) بقوه قوله: أنا سأقرّ به، و هو وعد بالاقرار و ليس إقرارا.

(١٣) من قول المجيب.

(١٤) من كون الألف للمقر له.

(١٥) أى و كون قول المجيب، و هو معطوف على قوله (إلا أن المتبادر منه كون ضمير..).

(١٦) وليس و عدا بالإقرار فيما بعد.

(١٧) فى الإقرار.

(١٨) إلى العرف.

ص: ٥١٥

و قوى المصنف فى الدروس أنه (١) لیس باقرار حتى یقول: لك. و فیه مع ذكر (٢) أنه (٣) لا یدفع لو لا دلالة العرف، و هى (٤) وارده على الأمرین (٥).

و مثله (٦) أنا مقر بدعواك، أو بما ادعیت، أو لست منكرا له، لدلالة العرف، مع احتمال أن لا یكون الأخير (٧) اقرارا، لأنه (٨) أعم.

(و لو قال (٩): زنه، أو انتقده، أو أنا مقر (١٠)

(١) أى قول المجیب.

(٢) من أنه على خلاف المتبادر.

(٣) أى أن ما زاده المصنف فى الدروس من ضمیمه (لك) لا یدفع الاحتمال بأنه لیس إقرارا، لأننا نحتمل أنه وعد بالإقرار.

(٤) أى دلالة العرف.

(٥) من زیاده (لك) و عدمها.

(٦) أى و مثل قوله: أنا مقر به.

(٧) و هو قوله: لست منكرا.

(٨) أى الأخير أعم من الإقرار، لوضوح أن عدم الإنكار أعم من الإقرار، و مع ذلك یحمل على الإقرار للعرف.

(٩) أى لو قال المجیب فى جواب لى عليك ألف: زنه أو انتقده أو خذه أو هو میراثك أو شد همیانك أو هیى میزانك و نحوه مما یستعمل فى التهكم و الاستهزاء لم یكن إقرارا بلا خلاف فیه، لعدم صدق الإقرار علیه عرفا، لاحتمال الاستهزاء و التهكم.

(١٠) لو قال المجیب فى جواب لى عليك ألف: أنا مقر، و اقتصر و لم یقل: أنا مقر به لم یكن إقرارا، لأن المقر به غیر مذكور فیحتمل كونه المدعى به، و یحتمل غیره، و لذا لو فسّر إقراره بأنه یرید منه الإقرار بالله تعالى لم یكن منافیا، و یحتمل عدّه إقرارا بقربینه صدوره عقیب الدعوى، و استعماله لغه كذلك كما فى قوله تعالى: أَأَقْرَضْتُمْ وَ أَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَضْنَا (١)، و لأنه لو جاز تعلقه بغير الدعوى للزم حملة على الهدر، و لذا لو ادعى علیه الدين فقال: أنا مقر بكون السماء فوقنا و الأرض تحتنا لعدّ جوابه هذرا.

و فیه منع القرینه المدعاه و هى صدوره عقیب الدعوى، إذ یحتمل صدوره عقیب الدعوى مع الاستهزاء فلا یكون إقرارا.

و لم يقل (١): «به» (لم يكن شيئاً) أما الأولان فلا تتفاء دلالتهما على الإقرار، لإمكان خروجهما مخرج الاستهزاء، فإنه (٢) استعمال شائع في العرف، و أما الأخير (٣) فلأنه مع انتفاء احتمال الوعد (٤) يحتمل كون المقر به المدعى و غيره (٥)، فإنه (٦) لو وصل به قوله «بالشهادتين» أو «ببطلان دعواك» لم يختل اللفظ (٧) لأن المقر به غير مذكور، فجاز تقديره (٨) بما يطابق المدعى و غيره معتضداً بأصالة البراءة.

و يحتمل عدّه (٩) إقراراً، لأن صدوره (١٠) عقيب الدعوى قرينه صرفه (١١) إليها (١٢) و قد استعمل لغه كذلك (١٣)، كما فى قوله تعالى: أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذٰلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا (١٤) و قوله (١٥) تعالى: قَالَ فَاشْهَدُوا، و لأنه (١٦) لولاه (١٧) (١) فى الأخير.

(٢) أى خروجهما مخرج الاستهزاء.

(٣) و هو قوله: أنا مقر مقتصراً عليه.

(٤) إذ يحتمل أنه وعد بالإقرار، و عليه فمع التسليم بانتفاء احتمال الوعد فى المستقبل.

(٥) أى و غير المدعى.

(٦) فإن الشأن و الواقع لو وصل المجيب بقوله السابق قوله بالشهادتين.

(٧) أى لفظ المجيب: أنا مقر.

(٨) أى تقدير المقر به.

(٩) أى عد الأخير عند ما قال: أنا مقر مقتصراً عليه.

(١٠) أى صدور قوله: أنا مقر.

(١١) أى صرف الأخير عند ما قال: أنا مقر.

(١٢) أى إلى الدعوى.

(١٣) أى فى الإقرار بالدعوى.

(١٤) و تتمه الآية: قَالَ فَاشْهَدُوا وَ أَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ (١).

(١٥) و هذا من تتمه الآية السابقة، و أتى به للتدليل على صدق الإقرار مع عدم التلفظ بلفظ (به)، و الدليل على صدق إقرارهم طلبه الشهادة منهم.

(١٦) ولأن الشأن و الواقع.

(١٧) أى لو لا الإقرار.

ص: ٥١٧

١- (١) سورة آل عمران، الآية: ٨١.

لكان (١) هذرا.

و فيه (٢) منع القرينه (٣) لوقوعه (٤) كثيرا على خلاف ذلك (٥)، و احتمال الاستهزاء مندفع عن الآيه (٦). و دعوى الهذريه إنما يتم لو لم يكن الجواب بذلك (٧) مفيدا و لو (٨) بطريق الاستهزاء، و لا شبهه في كونه (٩) من الأمور المقصوده للعقلاء عرفا المستعمل لغه، و قيام الاحتمال (١٠) يمنع لزوم الاقرار بذلك (١١).

في ما لو قال: أليس لي عليك كذا؟

(و لو قال: أليس لي عليك كذا؟ فقال: بلى، كان اقرارا (١٢)، لأن بلى (١) أى لكان قول المجيب: أنا مقر - إذا تعلق بغير المدعى - هذرا.

(٢) أى و في هذا الاحتمال.

(٣) و هي صدوره عقيب الدعوى على أنه إقرار بها.

(٤) أى وقوع قوله: أنا مقر عقيب الدعوى.

(٥) أى على خلاف كونه إقرارا بالدعوى.

(٦) و المعنى أن كون الآيه مستعمله في هذا المعنى من تعلقه بإقرار الدعوى لا يفيد في غيرها لاحتمال الاستهزاء في غيرها.

(٧) أى بغير الإقرار بالمدعى.

(٨) أى و لو كانت الفائدة هي الاستهزاء بقول القائل: لي عليك ألف.

(٩) أى كون الاستهزاء و نحوه من غير المدعى مما يجعل الجواب مفيدا.

(١٠) أنه يريد بقوله غير المدعى.

(١١) أى بالمدعى.

(١٢) قد تقدم أن لفظ (بلى) مختص بالنفى، و يفيد إبطاله، سواء كان النفي مجردا كما في قوله تعالى: زَعَمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَى وَ رَبِّي (١) أم مقرونا بالاستفهام، حقيقيا كقول القائل: أليس زيد بقائم فتقول: بلى، أو تويخيا كما في قوله تعالى: أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ، قَالُوا بَلَى (٢)، و قوله تعالى: أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ، قَالُوا بَلَى (٣)، و أجرى النفي مع التقرير مجرى النفي المجرد في رده بلى، و لذلك قال ابن عباس و غيره: لو قالوا: نعم

١- (١) سورة التغابن، الآية: ٧.

٢- (٢) سورة الملك، الآية: ٨.

٣- (٣) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

حرف يقتضى إبطال النفي (١)، سواء كان (٢) مجردا (٣) نحو زَعِمَ الَّذِينَ كَفَرُوا أَنْ لَنْ يُبْعَثُوا قُلْ بَلَىٰ وَرَبِّي (٤) أم مقرونا بالاستفهام الحقيقي كالمثال (٥)، أم التقريرى (٦) نحو أَلَمْ يَأْتِكُمْ نَذِيرٌ قَالُوا بَلَىٰ (٧) أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بَلَىٰ (٨).

و لأن (٩) أصل، بلى، بل (١٠)، زيدت عليها (١١) الألف، فقوله (١٢): بلى، ردّ لقوله (١٣): «ليس لى عليك كذا» فإنه (١٤) الذى دخل عليه حرف الاستفهام، و نفي (١٥)

لكفروا، و وجهه أن لفظ (نعم) تصديق للخبر نفيًا أو إثباتًا، فيكون لفظ (نعم) هنا تصديقا للمخبر بنفيه و لذا ثبت كفرهم.

و على كل لما اختصت (بلى) بالنفى، و كانت هى بحسب الأصل (بل) زيد عليها الألف و (بل) يؤتى بها للرد على ما سبق و إبطاله فكذلك (بلى)، و لما كانت (بلى) مختصه بالنفى، فتكون نفيًا له، و نفي النفي إثبات، لذلك كانت (بلى) تبطل النفي و ترده، فإذا وقعت جوابا عن الخبر المنفى أبطلت النفي، و كان ذلك إقرارا بمضمون الخبر، لذلك كانت إقرارا فى المقام بلا خلاف فيه و لا إشكال.

(١) و إبطال النفي إقرار بالمنفى.

(٢) أى النفي.

(٣) أى مجردا عن الاستفهام.

(٤) سورة التغابن، الآية: ٧.

(٥) و هو قول القائل: أليس لى عليك كذا، فقال المجيب: بلى، بخلاف السابق فإن لفظ (بلى) وقعت جوابا للخبر المثبت، و هذا هو الفارق بين مقامنا و بين ما تقدم.

(٦) أى الاستفهام التقريرى و هو الاستفهام التوبيخى.

(٧) سورة الملك، الآية: ٨.

(٨) سورة الأعراف، الآية: ١٧٢.

(٩) دليل ثان على كون (بلى) بعد النفي إقرارا، و فيه أنه راجع إلى الدليل الأول.

(١٠) و بل رد لما سبق و إبطال له فكذلك بلى.

(١١) على كلمه (بل).

(١٢) أى فقول المجيب.

(١٣) أَى لِقوَل المِخاطِب.

(١٤) أَى فِإِن النِّفَى.

(١٥) عَطَف عَلى قوَله (رَد لِقوَله).

ص: ٥١٩

له (١)، و نفي النفي إثبات فيكون اقرارا.

(و كذا لو قال: نعم على الأقوى (٢)، لقيامها (٣) مقام بلى لغه و عرفا أما العرف فظاهر، و أما اللغه فمنها (٤) قول النبي صلى الله عليه و آله و سلم للأنصار: أ لستم ترون لهم ذلك؟ فقالوا: «نعم» و قول بعضهم:

أ ليس الليل يجمع أم عمرو و إيانا فذاك بنا تدانى

نعم، و أرى الهلال كما تراه و يعلوها النهار كما علانى

و نقل فى المغنى عن سيويه وقوع «نعم» فى جواب «أ لست» (٥)، و حكى عن جماعه من المتقدمين و المتأخرين جوازه.

و القول الآخر: أنه (٦) لا يكون اقرارا، لأن «نعم» حرف تصديق كما مرّ، فإذا ورد على النفي الداخلى عليه الاستفهام كان تصديقا له (٧) فينافى الاقرار، (١) أى للنفي.

(٢) لو قال فى جواب أ ليس لى عليك ألف: نعم، لم يكن إقرارا كما عن الشيخ فى المبسوط، لأن لفظ (نعم) قد وضع لتقرير ما سبق من السؤال، فإذا كان نغيا اقتضى تقرير النفي، فيكون إنكارا و ليس إقرارا.

و عن أكثر المتأخرين كما فى المسالك أنه إقرار، لأن لفظ (نعم) بعد النفي عرفا بمعنى (بلى)، و هذا مستعمل عندهم استعمالا شائعا، و كما أن لفظ (بلى) بعد النفي إقرار فكذلك لفظ (نعم).

بل قد ورد التصريح بكون لفظ (نعم) بعد النفي كلفظ (بلى) لغه، و من جمله من صرح بذلك ابن هشام فى المغنى و نقله عن سيويه، و استشهد على ورود ذلك لغه بقول الشاعر:

أ ليس الليل يجمع أم عمرو و إيانا فذاك بنا تدانى

نعم و أرى الهلال كما تراه و يعلوها النهار كما علانى

(٣) أى لقيام نعم.

(٤) فمن اللغه.

(٥) على أن تكون (نعم) تقريرا للمنفى بعد إبطال النفي.

(٦) أن لفظ (نعم).

(٧) للنفي.

و لهذا قيل - و نسب (١) إلى ابن عباس -: إن المخاطبين بقوله تعالى: أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُوا بلى (٢) لو قالوا: نعم كفروا. فيكون التقدير حينئذ (٣): ليس لك على، فيكون انكارا، لا اقرارا.

و جوابه: انا لا نازع فى إطلاقها (٤) كذلك (٥)، لكن قد استعملت فى المعنى الآخر (٦) لغيره كما اعترف به جماعه. و المثبت (٧) مقدم، و اشتهرت (٨) فيه (٩) عرفا، و ردّ (١٠) المحكى عن ابن عباس، و جوّز الجواب بنعم، و حمله (١١) فى المعنى على أنه لم يكن اقرارا كافيا (١٢)، لاحتماله (١٣). و حيث ظهر ذلك (١٤) عرفا و وافقته اللغه رجيح هذا المعنى (١٥)، و قوى كونه (١٦) اقرارا.

(١) كما فى معنى اللبيب.

(٢) سورة الاعراف، الآية: ١٧٢.

(٣) أى حين كون (نعم) تصديقا للنفى.

(٤) أى إطلاق (نعم).

(٥) أى فى كونها تصديقا للنفى.

(٦) و هو إبطال للنفى و تقرير للمنفى كلفظ (بلى).

(٧) أى و المثبت من أهل اللغه بأن لفظ (نعم) مستعمل فى إبطال النفى و تقرير المنفى مقدم على النافى، لأن المثبت قد اطلع على ورود هذا الاستعمال بخلاف النافى الذى لم يطلع.

(٨) أى (نعم).

(٩) فى المعنى الآخر من كونها إبطالا للنفى و تقريرا للمنفى.

(١٠) أى و ردّ المحكى عن ابن عباس بأن الاستفهام التقريرى الوارد فى الآية خبر موجب و ليس بمنفى، فلذا لو أجابوا بنعم لم يكفروا، لأن (نعم) بعد الإيجاب تصديق، و هذا ما نقله ابن هشام فى المغنى عن السهيلي و غيره.

(١١) أى و حمل قول ابن عباس.

(١٢) أى لم يكن إقرارا كافيا بالربوبية، لأن لفظ (نعم) محتمل لكونها إبطالا للنفى، و محتمل لتصديق النفى، و اللفظ المحتمل لا يكفى فى تحقق الإسلام.

(١٣) أى لاحتمال الإقرار بالربوبية.

(١٤) من كونها إبطالا للنفى و تقريرا للمنفى.

(١٥) أى معنى إبطال النفى و تقرير المنفى.

(١٦) أى كون (نعم) بعد النفى.

ص: ٥٢١

(الفصل الثاني – في تعقيب الإقرار بما ينافيه)

في أنه على قسمان

و هو (١) قسمان: مقبول و مردود (و المقبول منه (٢) الاستثناء (٣) إذا لم) (١) أى التعقيب بالمنافى.

(٢) من التعقيب بالمنافى.

(٣) يصح جريان الاستثناء فى الإقرار بلا خلاف فيه بيننا، خلافا للمحكى عن مالك فمنعه فيه، و لا ريب فى فساد، نعم يعتبر فى الاستثناء الاتصال العادى الذى يصح فى الاستعمال عادة، فلا بأس بالتنفس و السعال و غيرهما بين الإقرار و الاستثناء، مما لا يعدّ معه الاستثناء منفصلا عرفا، خلافا للمحكى عن ابن عباس حيث جوزه إلى شهر و نقله سيد الرياض عن الحلبي، و ربما حمل كلام الأخير على أنه لو أخبر بالاستثناء فى تلك المدة قبل منه، و لا ريب فى ضعفه، إذ معه يكون منفصلا، و لا بد من الاتصال فى الاستثناء قضاء لحق معناه.

هذا و أحكام الاستثناء كثيرة، و يقتصر على ثلاثة أحكام منها مما لها الدخلى فى الإقرار و هى:

الحكم الأول: يكفى فى صحه الاستثناء أن يبقى بعده بقيه للمستثنى منه، سواء كانت البقيه أقل أو أكثر أو مساويه، و الخلاف فى ذلك من أهل الخلاف فعندهم قول بمنع استثناء الأكثر، و قول بمنع المساوى و الأكثر و هو للحنابلة و أبى بكر الباقلانى، و قول باشرط بقاء كثره تقرب من مدلول لفظ المستثنى منه.

و الأصح الجواز مطلقا، لوقوع استثناء الأكثر فى اللغه و فى القرآن، كما فى قوله تعالى:

إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ (١)، و لأن المستثنى منه و المستثنى كالمشئ الواحد فلا يتفاوت الحال فى الجواز بكثره المستثنى منه أو قلته نعم استثناء الأكثر مستهجن كما حرر فى الأصول، و هذا لا يضر بالحمل عليه فى كتاب الإقرار، و إنما لا يلتزم به فى كلام الشارع المقدس، و بهذا يندفع الإشكال بين كلامهم هنا فى الإقرار بصحه استثناء الأكثر و بين كلامهم هناك فى الأصول بمنع استثناء الأكثر، إذ هو ممنوع فى كلام الشارع لأنه مستهجن.

الحكم الثانى: الاستثناء من الإثبات نفى بلا خلاف فيه، لأن الاستثناء نفى لما قبله، و النفى من الإثبات نفى، و أما الاستثناء من النفى فهو إثبات كما عن الأكثر بين المسلمين

(يستوعب (١) المستثنى منه)، سواء بقى أقل مما أخرج أم أكثر أم مساو (٢)، ولأن (٣) المستثنى والمستثنى منه كالشئ الواحد فلا يتفاوت الحال بكثرته (٤) وقلته، و لم يخالف إلا- أبو حنيفة بزعم وجود واسطه بين النفي و الإثبات فلا يلزم من نفي النفي إثبات لجواز التوقف.

و فيه أولا: النقص بالاستثناء من الإثبات، فإن تحقق الواسطه تمنع من إثبات تحقق النفي بعد الاستثناء من الإثبات، مع أنه قائل بتحقق النفي.

و ثانيا: بالنقض أيضا، أنه لو كان كذلك لما أفاد قولنا لا إله إلا الله إثبات التوحيد، مع أن الاكتفاء به ثابت بالاتفاق.

و ثالثا: بالحل بأنه لا واسطه بين النفي و الإثبات لعدم الواسطه بين الوجود و العدم كما تشهد بذلك البداهه و الضروره.

الحكم الثالث: الاستثناء من الجنس بأن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، و هو المسمى بالمتصل، فهو جائز بالاتفاق، و أما الاستثناء من غير الجنس و هو المسمى بالمنقطع فجائز على الأكثر، و لوروده فى القرآن كما فى قوله تعالى: لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا (١)، و قوله تعالى: لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ (٢)، و قوله تعالى: فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ (٣).

و المحكى عن محمد بن الحسن و زفر و أحمد بن حنبل عدم الجواز، و مما تقدم تعرف ضعفه، نعم وقع الخلاف بين المجوزين أنه على نحو الحقيقه أو المجاز، و المحققون على الثانى، و تظهر الفائده فى أن إطلاقه محمول على الجنس إلا مع قيام القرينه على خلافه، كقول القائل: له على ألف إلا ثوبا، فمع عدم القرينه يحمل الألف على الأثواب بناء على الاستعمال الحقيقى، و على الدراهم بناء على الاستعمال المجازى، و تحقيق المسأله فى محله من الأصول.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى الاستثناء، و مع الاستيعاب لا يكون الاستثناء مقبولا، لعدم الفائده حينئذ من ذكر المستثنى منه، نعم مع عدم الاستيعاب تبقى الفائده بذكر المستثنى منه و هو الدليل الأول على صحه استثناء الأكثر و المساوى و الأقل.

(٢) و هذا هو الحكم الأول.

(٣) دليل ثان على صحه مطلق الاستثناء ما لم يستوعب المستثنى منه.

(٤) أى بكثره المستثنى منه.

ص: ٥٢٣

١- (١) سورة الواقعة، الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٣- (٣) سورة الحجر، الآية: ٣٠.

و لوقوعه (١) فى القرآن و غيره (٢) من اللفظ الفصيح العربى.

(و) إنما يصح الاستثناء إذا (اتصل (٣) بالمستثنى منه (بما جرت به العاده) فيغترف التنفس بينهما (٤) و السعال و غيرهما (٥) مما لا يعد منفصلا عرفا، و لما كان الاستثناء إخراج ما لولاه (٦) لدخل (٧) فى اللفظ (٨) كان المستثنى و المستثنى منه متناقضين (٩).

(فمن الإثبات نفى (١٠)، و من النفى إثبات) أما الأول (١١) فعليه إجماع العلماء، و أما الثانى (١٢) فلأنه (١٣) لولاه (١٤) لم يكن «لا إله إلا الله» يتم به التوحيد، لأنه (١٥) لا يتم إلا بإثبات الإلهيه لله تعالى (١٦)، و نفيها (١٧) عما عداه (١) دليل ثالث على صحه مطلق الاستثناء ما لم يستوعب، و الوقوع أكبر دليل على الإمكان.

(٢) غير القرآن.

(٣) و مع الانفصال لا يكون استثناء من الكلام السابق، لانعقاد ظهور السابق، فيكون الاستثناء كلاما جديدا.

(٤) بين المستثنى و المستثنى منه.

(٥) غير التنفس و السعال.

(٦) أى لو لا الاستثناء.

(٧) ضمير الفاعل راجع إلى ما الموصوله فى قوله: (ما لولاه).

(٨) أى لفظ المستثنى منه.

(٩) لأن عموم المستثنى منه يقتضى إدخال المستثنى تحته، و الاستثناء يقتضى إخرجه، فالتناقض باعتبار الإدخال و الإخراج، أو باعتبار حكم المستثنى منه و حكم المستثنى.

(١٠) أى فالاستثناء من الإثبات نفى، و من النفى إثبات، و هذا هو الحكم الثانى.

(١١) و هو كون الاستثناء من الإثبات نفيا.

(١٢) و هو كون الاستثناء من النفى إثباتا.

(١٣) أى فلان الثانى.

(١٤) أى لو لا كون الاستثناء من النفى إثباتا.

(١٥) أى لأن التوحيد.

(١٦) كما هو مفاد المستثنى.

(١٧) أى و نفى الألوهيه.

ص: ٥٢٤

تعالى (١)، و النفي هنا حاصل (٢)، فلو لم يحصل الإثبات (٣) لم يتم التوحيد.

و على ما ذكر من القواعد (فلو قال: له على مائه إلا تسعين فهو اقرار بعشره (٤)، لأن المستثنى منه إثبات للمائه، و المستثنى نفي للتسعين منها (٥) فبقى عشره.

فى ما لو قال مائه: إلا تسعون

(و لو قال: الا تسعون) بالرفع (فهو اقرار بمائه)، لأنه (٦) لم يستثن منها (٧) شيئاً، لأن الاستثناء من الموجب (٨) التام (٩) لا يكون إلا- منصوباً، فلما رفعه (١٠) لم يكن استثناء، و إنما «إلا»، فيه (١١) بمنزله «غير» يوصف بها و بتاليها (١٢) ما قبلها، و لما كانت المائه مرفوعه بالابتداء كانت التسعون مرفوعه صفه للمرفوع و المعنى: له (١) كما هو مفاد المستثنى منه.

(٢) أى حاصل صراحه قبل الاستثناء بقوله: لا إله.

(٣) أى لو لم يحصل الإثبات من الاستثناء بعد النفي.

(٤) فهو تفريع على الحكم الثانى المذكور فى شرحنا، بل هو تفريع على بعضه، أعنى أن الاستثناء من الإثبات نفي، و على كل فلو قال: له على مائه إلا تسعين فهو إقرار بعشره، لأن هذا الاستثناء هو استثناء من الإثبات، و هذا ما يقتضى النفي، فإذا أثبت المائه ثم نفي منها تسعين فالباقي عشره و هو الذى أقرّ به، نعم لما نصب المستثنى، و نصب المستثنى من الموجب التام دليل على إرادته الاستثناء فتكون (إلا) استثنائه لا وصفيه.

نعم لو رفع المستثنى فقال (إلا تسعون)، و كان مراده الجريان على القانون العربى، فتكون (إلا) حينئذ وصفيه بمعنى غير إذ لو كانت استثنائه لنصب ما بعدها، و على كل فمعنى كلامه، له على مائه موصوفه بأنها غير تسعين، و عليه فقد أقر بالمائه و لم يستثنى منها شيئاً، و إن وصفها بوصف ما، و يكون حينئذ قد أقر بالمائه.

(٥) من المائه.

(٦) أى المقر.

(٧) من المائه.

(٨) و هو غير المنفى.

(٩) و هو الذى ذكر فيه المستثنى منه، و فى قبالة المفرغ.

(١٠) أى فلما رفع المستثنى لم يكن الاستثناء استثناء بل وصفاً.

(١١) فى الاستثناء المذكور.

(١٢) أى الذى يتلوها.

ص: ٥٢٥

علّي مائه موصوفه بأنها غير تسعين، فقد وصف المقرّب به (١) و لم يستثن منه شيئا، و هذه الصفه مؤكده (٢) صالحه للإسقاط (٣)، إذ كل مائه فهى موصوفه بذلك (٤)، مثلها «فى نفخه واحده (٥)».

و اعلم أن المشهور بين النحاه فى، إلا الوصفيه، كونها وصفا لجمع منكر كقوله تعالى: «لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا» (٦) و المائه ليست من هذا الباب (٧)، لكن الذى اختاره جماعه من المتأخرين عدم اشتراط ذلك (٨)، و نقل فى المغنى عن سيبويه جواز «لو كان معنا رجل (٩) إلا زيد، لغلبنا»، أى غير زيد.

فى ما لو قال: ليس له على مائه إلا تسعون

(١٠) و لو قال: ليس له على مائه إلا تسعون فهو اقرار بتسعين، لأن المستثنى من المنفى التام يكون مرفوعا فلما رفع التسعين علم أنه استثناء من (١) و هو المائه.

(٢) قال ابن هشام فى المغنى: (إن طابق ما بعد إلا موصوفها فالوصف مخصص له، و إن خالفه بإفراد أو غيره فالوصف مؤكّد، و لم أر من أفصح عن هذا) انتهى، فالوصف المخصص كما فى قوله: لو كان معنا رجل إلا زيد لغلبنا، و الوصف المؤكّد كما فى قوله تعالى: لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا (١).

(٣) بحيث لو حذفت من الكلام فلا إخلال بالمقصود.

(٤) بأنها غير تسعين.

(٥) فالتاء فى (نفخه) داله على الوحده، فالتوصيف بالواحد يكون من الوصف الصالح للإسقاط بحيث لو حذفت فلا إخلال بالمقصود.

(٦) سورة الأنبياء، الآية: ٢٢.

(٧) لأن المائه الموصوفه ليست من الجمع المنكر.

(٨) أى عدم اشتراط كون موصوفها جمعا منكرا.

(٩) و الرجل هو الموصوف، و هو مفرد و ليس بجمع منكر.

(١٠) هذا تفريع على الحكم الثانى أيضا، و لكنه تفريع على بعضه، أعنى أن الاستثناء من النفى إثبات، فإذا نفى المائه ثم أثبت التسعين، فهو إقرار بالتسعين، لأنه استثناءها من المائه بدليل رفعها، لأن المستثنى من المنفى التام الذى ذكر فيه المستثنى منه لا بد أن يكون مرفوعا.

المنفى، فيكون (١) إثباتا للتسعين بعد نفي المائة (و لو قال: إلا تسعين) بالياء (فليس مقرا (٢)، لأن نصب المستثنى دليل على كون المستثنى منه موجبا (٣)، و لما كان ظاهره (٤) النفي حمل على أنّ حرف النفي داخل على الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء، أعنى مجموع المستثنى و المستثنى منه، و هى (٥): «له علىّ مائه إلا تسعين» فكأنه قال: المقدار الذى هو مائه إلا تسعين ليس له علىّ، أعنى العشره الباقيه بعد الاستثناء، كذا قرره المصنف فى شرح الارشاد على، نظير العبارة، و غيره.

و فيه نظر، لأن ذلك (٦) لا يتم إلا مع امتناع النصب (٧) على تقدير كونه

(١) أى الاستثناء.

(٢) كما هو المشهور كما فى المسالك، لأن نصب المستثنى من المنفى التام غير جائز، إلا إذا كان نصب المستثنى دليلا على جعل الاستثناء من الموجب التام، بجعل النفي داخلا على المستثنى و المستثنى منه فكأنه قال: المقدار الذى هو مائه إلا تسعين ليس له علىّ، و المعنى فالمقدار الذى هو عشره ليس له علىّ فلا يكون إقرارا بشيء.

و تنظر فيه الشارح فى المسالك بأن المستثنى من المنفى التام مما يجوز رفعه و نصبه باتفاق النحاء، و إن كان الرفع أكثر، و لذا قرئ بالنصب قوله تعالى: وَلَا يُلْتَفِتُ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرًا تَكَّ (١)، و قوله تعالى: مَا فَعَلُوهُ إِلَّا قَلِيلٌ مِنْهُمْ (٢).

ثم وجه قول المشهور بعدم الإقرار عند نصب المستثنى من المنفى التام، لأنه يحتمل الاستثناء و يحتمل عدمه، فإن جعلنا النفي داخلا على المستثنى فقط فالاستثناء و يكون إقرارا بالتسعين و إن جعلنا النفي داخلا على مجموع المستثنى منه و المستثنى كما قاله المشهور فلا استثناء، و لا يكون إقرارا بشيء، و مع الشك فى ثبوت الإقرار فأصالة البراءة جاريه.

(٣) أى غير منفى.

(٤) أى ظاهر المستثنى منه.

(٥) أى الجملة المثبتة المشتملة على الاستثناء.

(٦) و هو إدخال النفي على مجموع المستثنى و المستثنى منه.

(٧) أى نصب المستثنى.

ص: ٥٢٧

١- (١) سورة هود، الآية: ٨١.

٢- (٢) سورة النساء، الآية: ٥٦.

المستثنى منه منفيًا تامًا، لكن النصب جائز حينئذ (١) اتفاقًا و إن لم يبلغ رتبة الرفع، قال ابن هشام (٢): النصب عربي جيد. فقد قرئ به (٣) في السبع «ما فعلوه إلا قليلاً» وَ لَا يَلْتَفِتُ مِنْكُمْ أَحَدٌ إِلَّا أَمْرًا تَكَّ .

فالأولى في توجيه عدم لزوم شيء في المسألة (٤) أن يقال - على تقدير النصب -: يحتمل كونه (٥) على الاستثناء (٦) من المنفى (٧) فيكون إقرارًا بتسعين، و كونه (٨) من المثبت (٩)، و النفي موجه إلى مجموع الجمله فلا يكون إقرارًا بشيء، فلا يلزمه شيء، لقيام (١٠) الاحتمال (١١) و اشتراك مدلول اللفظ (١٢) لغيره، مع أن حملة (١٣) على المعنى الثاني (١٤) مع جواز الأول (١٥) خلاف الظاهر، و المتبادر من صيغ الاستثناء هو الأول (١٦)، و خلافه (١٧) يحتاج إلى تكلف (١٨) لا- يتبادر من (١) أى حين كون المستثنى منه منفيًا تامًا.

(٢) في كتابه (أوضح المسالك إلى ألفيه ابن مالك).

(٣) أى في توجيه عدم الإقرار كما ذهب إليه المشهور عند نصب المستثنى، و المستثنى منه منفي تام.

(٤) بالنصب.

(٥) كون المستثنى.

(٦) خبر لقوله (كونه).

(٧) فيكون النفي داخلًا على المستثنى منه فقط.

(٨) أى و يحتمل كونه، و الضمير فيه راجع إلى المستثنى.

(٩) و يكون النفي داخلًا على المستثنى منه و المستثنى.

(١٠) تعليل لعدم لزوم شيء على القائل بالجمله السابقه عند نصب المستثنى.

(١١) أى احتمال كون النفي داخلًا على المجموع فلا يكون إقرارًا.

(١٢) و المراد به لفظ المستثنى المنصوب فيحتمل أن يكون إقرارًا و يحتمل عدمه، و مع الاشتراك لا يحمل على أحد معنييه إلا مع القرينه، و هى مفقوده.

(١٣) أى حمل المستثنى.

(١٤) و هو كون النفي داخلًا على مجموع المستثنى منه و المستثنى.

(١٥) و هو كون النفي داخلًا على المستثنى منه فقط.

(١٦) و هو كون النفي داخلا على المستثنى منه فقط.

(١٧) أى و خلاف الأول.

(١٨) بجعل النفي داخلا على المجموع.

ص: ٥٢٨

الإطلاق، و هو (١) قرينه ترجيح أحد المعنيين المشتركين، إلا- أن فتوهم المنضم إلى أصاله البراءة و قيام الاحتمال في الجملة يعين المصير إلى ما قالوه (٢).

في ما لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف أو لم يكن

(و لو تعدد الاستثناء و كان بعاطف (٣) كقوله: له على عشرة إلا- أربعة، و إلا ثلاثة (أو كان) الاستثناء (الثاني أزيد من الأول) كقوله له على عشرة إلا أربعة إلا خمسة (أو مساويا له) كقوله في المثال: إلا أربعة إلا أربعة (رجعا جميعا إلى المستثنى منه).

(١) أي كون الأول هو الظاهر المتبادر الذي يحتاج خلافه إلى تكلف.

(٢) من عدم لزوم شيء عليه.

(٣) مسأله تعدد الاستثناء متفرعه على الحكم الثاني المتقدم في الشرح، أعني أن الاستثناء من الإثبات نفى، و من النفي إثبات، هذا من جهه و من جهه أخرى لو تعدد الاستثناء فيجب أن يرجع كل استثناء إلى متلوّه، بلا خلاف فيه، لأنه الأقرب، و عوده إلى المستثنى منه عود إلى البعيد و هو مرجوح لا يصار إليه بدون دليل، و عوده إلى المستثنى منه و المستثنى موجب للتناقض، لأن المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفيا و إثباتا، و عليه فلو قال: له على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة لزمه ثمانية، و لك في معرفه المتحصّل طريقتان:

الأولى: أن تسقط الأول و تجبر الباقي بالثاني، و تسقط الثالث و إن كان معك رابع فإنك تجبر به و هكذا إلى الأخير.

الثانية: أن تحطّ الآخر مما يليه، ثم باقيه مما يليه و هكذا إلى الأول.

فعلى الأولى فالاستثناء الأول ينفي من العشرة المثبته خمسه، و الثاني يثبت من الخمسه المنفيه ثلاثه فتتضم إلى الخمسه الباقيه من العشرة فيلزمه ثمانية.

و على الثانية فتسقط ثلاثه التي هي الاستثناء الأخير من خمسه التي هي الاستثناء الأول فالباقي اثنان، و تسقطها من المستثنى منه الذي هو عشرة فيلزمه ثمانية.

و هذا كله إذا لم يكن الاستثناء الثاني مساويا للأول و لا- أزيد منه و لا معطوفا على الأول بواو العاطفه و إلا رجع الجميع إلى المستثنى منه، لأنه مع زياده الثاني أو مساواته فلو رجع إلى الأول لقربه للزم الاستغراق، و حتى يصابن كلامه عن الهذر لا بد من عود الجميع إلى المستثنى منه، إن لم يلزم في هذا العود استغراق المستثنى منه، و إلا لو لزم عود الجميع استغراق المستثنى منه للغى الثاني خاصه مثل قوله: له على عشرة إلا- خمسه إلا- خمسه، فيلغو الثاني خاصه لأنه هو الذي أوجب الفساد و كان إقرارا بخمسه.

و مع عطف الثاني على الأول كقوله: له على عشرة إلا- خمسه إلا- ثلاثه للزم عود الجميع إلى المستثنى منه قضاء لحق العطف القاضى باشتراك المتعاطفين في الحكم.

أما مع العطف فلوجب اشتراك المعطوف و المعطوف عليه في الحكم، فهما كالجمله الواحده، و لا فرق (١) بين تكرر حرف الاستثناء و عدمه (٢)، و لا بين زياده الثاني على الأول، و مساواته له، و نقصانه عنه (٣).

و أما مع زياده الثاني على الأول (٤)، و مساواته (٥)، فلاستلزام عوده (٦) إلى الأقرب (٧) الاستغراق، و هو (٨) باطل فيصان كلامه (٩) عن الهذر بعودهما (١٠) معا إلى المستثنى منه.

و اعلم أنه لا يلزم من عودهما معا إليه (١١) صحتهما (١٢)، بل إن لم يستغرق الجميع (١٣) - المستثنى منه صح (١٤) كالمثالين (١٥)، و إلا (١٦) فلا، لكن إن لزم الاستغراق من الثاني خاصه كما لو قال: له عليّ عشره إلا خمسه إلا خمسه لغى الثاني خاصه، لأنه هو الذى أوجب الفساد، و كذا (١٧) العطف، سواء كان الثاني (١) أى و لا فرق في العطف.

(٢) فمع تكرر حرف الاستثناء فالمثال كما تقدم في الروضه، و مع عدم تكرر حرف الاستثناء فالمثال كقوله: له عليّ عشره إلا أربعة و ثلاثه.

(٣) كل ذلك مع العطف.

(٤) بدون العطف كقوله: له عليّ عشره إلا ثلاثه إلا أربعة.

(٥) أى و مساواه الثاني للأول.

(٦) عود الثاني.

(٧) الذى هو الأول.

(٨) أى الاستغراق باطل لأنه مع الاستغراق لا تبقى فائده من ذكر الأول.

(٩) كلام المقر.

(١٠) أى بعود الأول و الثاني.

(١١) إلى المستثنى منه.

(١٢) أى صحه العودين، عود الأول و عود الثاني.

(١٣) جميع الاستثناءات.

(١٤) أى صح العود إلى المستثنى منه.

(١٥) و هما ما لو قال: له عليّ عشره إلا أربعة إلا خمسه، و إلا أربعة إلا أربعة.

(١٦) أى و إن استغرق الجميع المستثنى منه فلا يصح العود، و ظاهره أنه لا يصح عود الجميع، مع أن الفساد لعود الثانى فقط كما سينبه عليه، لأن الاستغراق من جانبه.

(١٧) أى و كذا إن لزم الاستغراق من الثانى خاصه لغى الثانى.

ص: ٥٣٠

مساويا للأول كما ذكر (١) أم أزيد كله عشره إلا ثلاثه و إلا سبعة، أم أنقص كما لو قدّم السبعة على الثلاثه.

(و إلا يكن) بعاطف، و لا مساويا للأول، و لا أزيد منه بل كان أنقص بغير عطف كقوله: له على عشره إلا تسعه إلا ثمانية (رجع التالى إلى متلوه) لقربه (٢) إذ لو عاد (٣) إلى البعيد (٤) لزم ترجيحه (٥) على الأقرب بغير مرجح، و عوده (٦) إليهما (٧) يوجب التناقض، إذ المستثنى و المستثنى منه متخالفان نفياً و اثباتاً كما مر، فيلزمه (٨) فى المثال تسعه، لأن قوله الأول (٩) اقرار بعشره حيث إنه إثبات، و الاستثناء الأول نفى للتسعه منها (١٠)، لأنه (١١) وارد على إثبات، فيبقى واحد، و استثناءه الثانى إثبات للثمانية، لأنه (١٢) استثناء من المنفى فيكون مثبتاً، فيضم ما أثبتته، و هو (١٣) الثمانية إلى ما بقى و هو (١٤) الواحد، و ذلك تسعه.

و لو أنه ضمّ إلى ذلك قوله: إلا سبعة إلا ستة حتى وصل إلى الواحد لزمه خمسة، لأنه (١٥) بالاستثناء الثالث (١٦)

(١) فيما لو قال: له على عشره إلا خمسة و إلا خمسة.

(٢) أى لقرب المتلوّ.

(٣) أى التالى.

(٤) الذى هو المستثنى منه.

(٥) أى ترجيح البعيد.

(٦) أى عود التالى.

(٧) إلى البعيد و المتلو، و هما المستثنى منه و المستثنى.

(٨) فيلزم المقرّب بناء على رجوع التالى إلى متلوه كما هو الأصل.

(٩) و هو المستثنى منه، و هو: له على عشره.

(١٠) من العشره.

(١١) أى الاستثناء الأول.

(١٢) أى الاستثناء الثانى.

(١٣) ما أثبتته.

(١٤) أى ما بقى.

(١٥) لأن المقر.

(١٦) و هو قوله: إلا سبعة.

ص: ٥٣١

نفي سبعة مما اجتمع و هو (١) تسعه فبقي اثنان، و بالرابع (٢) أثبت ستة (٣) فبقي ثمانية، و بالخامس (٤) يصير ثلاثة، و بالسادس (٥) يصير سبعة، و بالسابع (٦) أربعة، و بالثامن (٧) ستة، و بالتاسع (٨) و هو الواحد ينتفي منها واحد فيبقى خمسة.

و الضابط (٩): أن تجمع الاعداد المثبتة (١٠) و هي الأزواج، على حده، و المنفيه (١١) و هي الأفراد كذلك (١٢) و تسقط جملة المنفي من جملة المثبت، فالمثبت (١) ما اجتمع.

(٢) و هو قوله: إلا ستة.

(٣) لأن الاستثناء الرابع استثناء من النفي فيكون إثباتا.

(٤) و هو قوله: إلا خمسة، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي من الثمانية خمسة فالباقي ثلاثة.

(٥) و هو قوله: إلا أربعة، و هو استثناء من النفي فيكون إثباتا، و إذا أثبت أربعة مع الثلاثة السابقة فيلزمه سبعة.

(٦) و هو قوله: إلا ثلاثة، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي ثلاثة من السبعة فالباقي أربعة.

(٧) و هو قوله: إلا اثنان، و هو استثناء من النفي فيكون إثباتا، و إذا أثبت اثنين مع الأربعة السابقة فيلزمه ستة.

(٨) و هو قوله: إلا واحد، و هو استثناء من الإثبات فيكون نفيا، و إذا نفي واحدا من الستة السابقة فيلزمه خمسة.

هذا كله على الطريقة الأولى، و هناك طريقه أخرى، و هي أن تحط الآخر مما يليه، ثم باقيه مما يليه، و هكذا إلى الأول، فلو أسقطت الواحد من الاثنين فالباقي واحد، و تسقطه من ثلاثة فالباقي اثنان، و تسقطها من أربعة فالباقي اثنان، و تسقطها من خمسة فالباقي ثلاثة، و تسقطها من ستة فالباقي ثلاثة، و تسقطها من سبعة فالباقي أربعة، و تسقطها من ثمانية فالباقي أربعة، و تسقطها من تسعة فالباقي خمسة.

(٩) أي ضابط الطريقة الأولى.

(١٠) و هي التي أتت بعد الاستثناء من النفي، و هي مثبتة، لأن الاستثناء من النفي إثبات، و المثبت هو الذي فيه إقرار.

(١١) و هي التي أتت بعد الاستثناء من الإثبات، و هي منفيه، لأن الاستثناء من الإثبات نفي، و المنفي لا إقرار فيه.

(١٢) أي تجمعها على حده.

ثلاثون (١)، و المنفى (٢) خمسة و عشرون، و الباقي بعد الاسقاط خمسة.

و لو أنه لما وصل إلى الواحد قال: إلا اثنين، إلا ثلاثة إلى أن وصل إلى التسعة لزمه واحد (٣).

و لو بدأ باستثناء الواحد و ختم به (٤) لزمه خمسة، و لو عكس القسم الأول (٥) (١) لأن المثبت هو الثمانية و الستة و الأربعة و الاثنان، و هذا عشرون، و تضاف إلى العشرة التي أثبتها أولا فالمجموع ثلاثون.

(٢) و هو التسعة و السبعة و الخمسة و الثلاثة و الواحد، و هي خمسة و عشرون.

(٣) لأن الأزواج المثبتة قبل العود كانت ثلاثين، و بعد العود تكون عشرين حاصله من الاثنتين و الأربعة و الستة و الثمانية، فالمجموع خمسون، و الأفراد المنفية قبل العود كانت خمسة و عشرين، و بعد العود تكون أربعة و عشرين أيضا، و هي الثلاثة و الخمسة و السبعة و التسعة من دون الواحد، لأنه لم يتكرر في العود فالمجموع تسعة و أربعون، و إذا أسقطت النافي من المثبت فالباقي واحد.

(٤) أى بالواحد بأن قال: له على عشرة إلا واحدا إلا اثنين إلا ثلاثة إلى التسعة ثم قال: إلا ثمانية إلا سبعة إلى الواحد لزمه خمسة، لأن الأعداد المثبتة قبل العود أربعة و ستة و ثمانية و الحاصل ثمانية عشره تضاف إلى العشرة التي أثبتها أولا فالمجموع ثمانية و عشرون و لم نحسب الاثنتين لسبب سيأتي ذكره، و المثبتة بعد العود ثمانية و ستة و أربعة و اثنان فالمجموع عشرون، و جميع الأعداد المثبتة قبل العود و بعده ثمانية و أربعون.

و المنفية قبل العود الواحد و الاثنان و الثلاثة و الخمسة و السبعة و التسعة، فالحاصل سبعة و عشرون، و بعد العود سبعة و خمسة و ثلاثة و واحد فالحاصل ستة عشر، و المجموع ثلاثة و أربعون، و إذا أسقطنا المنفى من المثبت فالباقي خمسة.

و لم نجعل الاثنتين قبل العود من الأعداد المثبتة، لأنه لما قال: له على عشرة فهو إثبات، و لما قال إلا واحدا فهو نفى فيكون قد أقرّ بتسعة، و لما قال إلا اثنين فهو إثبات بحسب الفرض و يلزمه أنه أقرّ بأحد عشر و هو مناقض لما قاله سابقا أنه عشره فيلزم أن يكون نفيا بمعنى أن يرجع مع ما قبله إلى المستثنى منه. فلذلك يحسب مع المنفى لا مع المثبت.

(٥) القسم الأول الوارد في كلام الشارح هو ما لو قال: له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلى الواحد، فعكسه ما لو بدأ بالواحد و ختم بالتسعة فيلزمه واحد لأنه لما قال: له على عشرة فهو إثبات لها، و لما قال إلا واحدا فهو نفى فيكون قد أقرّ بتسعة، و لما قال إلا اثنين فهو إثبات بحسب الفرض و يلزمه أنه أقرّ بأحد عشر، و هو مناقض لما قاله سابقا أنه عشره، فيلزم أن يكون نفيا بمعنى أن يرجع مع ما قبله إلى المستثنى منه فيلزمه

فبدأ باستثناء الواحد و ختم بالتسعه لزمه واحد، و هو واضح بعد الإحاطه بما تقدم من القواعد و رتب عليه ما شئت من التفریع.

فی ما لو استثنى من غیر الجنس

(و لو استثنى من غیر الجنس صح) (١)

سبعه، و لما قال إلا ثلاثه فهو نفی، لأنه استثناء من الإثبات المفروض فيلزمه أربعة، و لما قال إلا أربعة فهو إثبات فيلزمه ثمانية، و لما قال إلا خمسه فهو نفی فيلزمه ثلاثه، و لما قال إلا ستة فهو إثبات فيلزمه تسعه، و لما قال إلا سبعه فهو نفی فيلزمه اثنان، و لما قال إلا ثمانية فهو إثبات فيلزمه عشره، و لما قال إلا تسعه فهو نفی فيلزمه واحد.

(١) هذا تفریع على الحكم الثالث المتقدم فی شرحنا، أعنى جواز الاستثناء المتصل بلا خلاف، و جواز الاستثناء المنقطع على قول الأكثر، و المحققون منهم أنه استعمال مجازى.

و عليه فلو قال: له ألف إلا درهما، فإن معنا الاستثناء المنقطع فهو إقرار بتسعمائه و تسعه و تسعين درهما، لأن إخراج الدرهم من الألف دليل على كون الألف من جنس الدرهم، لمنع الاستثناء المنقطع، فيلزمه ألف درهم ما عدا واحد.

و كذلك لو قلنا بجواز الاستثناء المنقطع و أنه حقيقه، فيجب حمل الألف على جنس الدرهم، كما هو مقتضى الاستعمال الحقيقى، و لا يرفع اليد عنه إلا بقرينه و هى مفقوده فى المقام.

نعم لو قلنا بجواز الاستثناء المنقطع و أنه مجاز، فلا بد أن يرجع إليه فى تعيين الألف لعدم القرينه على بيان ماهيتها، فإذا فسّر الألف بالجوز مثلا نظر فى قيمتها عند الإقرار لا عند التفسير، و وضع منها الدرهم المستثنى، فإن بقى من الألف بقيه بعد إخراج الدرهم فهو المقرّ به، و إن لم يبق شيء كان الاستثناء مستغرقا لتام المستثنى منه، و عليه فهل يبطل الاستثناء ليتوجه الإقرار، و تثبت الألف من ذلك الجنس الذى عينه، أو يبطل التفسير ليتوجه الإقرار و يكلف بتفسير الألف بشيء آخر، فقد ذهب إلى الأول ابن الجنيد و الفخر و الكركى و الشهيدان، لأن التفسير المذكور فى قوه المتقدم و إن كان متأخرا، لأنه تفسير للألف فهو فى قوه الإقرار بها، و بهذا يثبت الإقرار بالألف على نحو الذى فسره، و يكون البطلان قد جاء من الاستثناء الذى هو المتأخر، فيبطل الاستثناء خاصه لأنه وقع مستغرقا، و يلزمه الألف المفسره من دون استثناء شيء منها.

و ذهب إلى الثانى العلامه فى الإرشاد و جعله وجها فى المختلف، لأن الإقرار بالمستثنى منه و المستثنى قد وقع صحيحا وإنما طرأ البطلان عند عروض التفسير، فيبطل خاصه و يكلف بتفسير آخر.

هذا كله إذا قال: ألف و لم يحدده، و أما لو حدد جنسه بأن قال: درهم إلا ثوبا فقد

و إن كان (١) مجازاً، لتصريحه (٢) بإرادته (٣)، أو لإمكان تأويله (٤) بالمتصل (٥) بأن يضمّر قيمه المستثنى و نحوها مما يطابق المستثنى منه (و أسقط) المستثنى باعتبار قيمته (من المستثنى منه (٦) فإذا بقى) منه (بقيه) و إن قلّت (لزمت (٧)، و إلا- بطل) الاستثناء، للاستغراق (كما لو قال: له علىّ مائه إلا ثوباً) هذا مثال الاستثناء من غير الجنس مطلقاً (٨) فيصح (٩) و يطالب بتفسير الثوب، فإن بقى من قيمته بقيه من المائه بعد إخراج قيمه (١٠) قبل (١١)، و إن استغرقها (١٢) بطل الاستثناء على الأقوى و الزم بالمائه (١٣) و قيل: بطل التفسير خاصه فيطالب بغيره (١٤).

صرح بإرادته المنقطع، و عليه فعلى القول بمنع الاستثناء المنقطع لغى الاستثناء و يثبت فى ذمته ألف درهم، و على القول بالجواز و أنه حقيقه أو مجاز، فهذا الوارد من الإقرار صحيح لوجود القرينه على إرادته المنقطع منه، و عليه فيصح الاستثناء و يرجع فى بيان قيمه الثوب إليه، فإن بقى للمستثنى منه بقيه فهو و إلا فالقولان السابقان من بطلان الاستثناء أو التفسير.

هذا و اعلم أنه قد صرح ابن الحاجب و العضدى و العلامه و جماعه بأنه لا بدّ من إضمار قيمه الثوب، و نسبوا ذلك إلى علماء الأمصار، و عليه فيكون الاستثناء متصلاً لا منقطعاً و يكون المعنى: له علىّ ألف إلامه الثوب.

(١) أى الاستثناء من غير الجنس.

(٢) أى تصريح المقرّر.

(٣) أى بإرادته المجاز و ذلك عند بيان جنس الألف فى قوله: له علىّ ألف درهم إلا ثوباً.

(٤) أى تأويل الاستثناء من غير الجنس.

(٥) فى قبال المنقطع، و ذلك عند بيان جنس الألف كما لو قال: له علىّ ألف درهم إلا ثوباً.

(٦) من المستثنى منه.

(٧) أى لزمت البقيه بمعنى ثبتت فى ذمه القائل للإقرار بها.

(٨) سواء بقيت بقيه للمستثنى منه بعد الاستثناء أم لا.

(٩) أى يصح الاستثناء من غير الجنس.

(١٠) أى بعد إخراج قيمه الثوب من المائه.

(١١) أى قبل تفسير الثوب.

(١٢) أى استغرق الثوب المائه.

(١٣) و ألزم بالمائه بالمعنى الذى فسرهما إن لم تكن مفسره فى كلامه.

(١٤) أى يطالب بتفسير آخر.

ص: ٥٣٥

في الاستثناء المستغرق

(و الاستثناء المستغرق باطل) اتفاقا (١) (كما لو قال: له) علىّ (مائة إلا مائه) و لا يحمل على الغلط، و لو ادعاه (٢) لم يسمع منه. هذا إذا لم يتعقبه استثناء آخر يزيل استغراقه (٣)، كما لو عقب ذلك بقوله: إلا تسعين فيصح الاستثناءان، و يلزمه تسعون، لأن الكلام (٤) جملة واحده لا يتم إلا بآخره، و آخره (٥) يصير الأول غير مستوعب، فإن المائة المستثناه (٦) منفيه لأنها استثناء من مثبت، و التسعين مثبتة، لأنها استثناء من منفي، فيصير جملة الكلام (٧) في قوه: «له تسعون» و كأنه (٨) استثنى من أول الأمر عشره (٩).

في الاضراب

(و كذا) يبطل (الاضراب) عن الكلام الأول (ببل، مثل: له علىّ مائه، بل تسعون (١٠))

(١) هذا تفرّيع على الحكم الأول المتقدم في شرحنا، أعني جواز الاستثناء بشرط بقاء بقيه للمستثنى منه، سواء كانت أقل أم مساويه أم أكثر، و عليه فلو قال: له على درهم إلا درهما فيبطل الاستثناء لأنه مستغرق و يثبت الدرهم المقر به، بل لو ادعى الغلط لم يقبل منه بلا خلاف في ذلك كله، نعم لو تعقبه باستثناء آخر يزيل استغراقه كما لو قال: له ثلاثه إلا ثلاثه إلا اثنين فيلزمه اثنان، لأن الاستثناءين بمنزله الاستثناء الواحد، و الثلاثه ما عدا الاثنين واحد، و هو المستثنى من الثلاثه فيلزمه اثنان.

(٢) أي ادعى الغلط.

(٣) أي استغراق الاستثناء الأول.

(٤) في المستثنى و المستثنى منه.

(٥) أي آخر الاستثناء.

(٦) بالاستثناء الأول.

(٧) أي كلام المستثنى منه و المستثنى.

(٨) أي المقر.

(٩) أي كأنه استثنى عشره باستثناء واحد بأن قال: له مائه إلا عشره.

(١٠) لفظ (بل) حرف إضراب بما بعدها عما قبلها و عدول عنه، فيكون الأضراب في المثال المذكور إضرابا عن الإقرار الأول و رجوعا عنه و إنكارا له، و لا يسمع الرجوع عن الإقرار لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و هذا بخلاف الاستثناء، لأن

فيلزمه (١) فى الموضوعين) و هما (٢) الاستثناء المستغرق (٣) و مع الاضراب (مائه) لبطلان المتعقب فى الأول (٤) للاستغراق. و فى الثانى (٥) للاضراب الموجب لإنكار ما قد أقرّ به فلا يلتفت إليه (٦)، و ليس ذلك (٧) كالأستثناء، لأنه (٨) من متممات الكلام لغه، و المحكوم بثبوته فيه (٩) هو الباقي من المستثنى منه بعده (١٠)، بخلاف الاضراب فإنه بعد الايجاب يجعل ما قبل «بل» كالمسكوت عنه بعد الاقرار به فلا يسمع (١١)، و الفارق بينهما (١٢) اللغه.

فى ما لو قال: له علىّ عشره من ثمن مبيع لم أقبضه

(و لو قال: له علىّ عشره من ثمن مبيع لم أقبضه (١٣) ألزم بالعشره) و لم الاستثناء جزء من الكلام و من متمماته، فلو قال: له عشره إلا واحده فهو إقرار بالتسعه، و كأن التسعه لها اسمان، أحدهما العشره إلا واحدا، فكأنه قال من رأس: له علىّ تسعه و لم تتحقق هنا إقرار بالعشره ثم رجوع عنها عند ما استثنى.

(١) أى يلزم المقر.

(٢) أى الموضوعين.

(٣) و هذا هو الفرع المتقدم.

(٤) و هو الاستثناء المتفرق، و المتعقب هو الاستثناء المذكور.

(٥) أى و لبطلان المتعقب فى الثانى، و المراد بالثانى الإضراب، و المتعقب هو ما بعد (بل).

(٦) أى إلى إنكار ما قد أقرّ به أولا.

(٧) أى الأضراب.

(٨) أى لأن الاستثناء.

(٩) فى الاستثناء.

(١٠) أى بعد الاستثناء.

(١١) أى لا يسمع الإضراب عما أقرّ به أولا.

(١٢) بين الأضراب و الاستثناء.

(١٣) إذا قال: له علىّ ألف و قطع الكلام، ثم قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، لزمه الألف بلا خلاف فيه، لانعقاد ظهور السابق الدال على الإقرار، و حينئذ فقوله أنه من ثمن مبيع لم أقبضه فلا يقتضى استقرار الثمن فى الذمه لجواز تلف المبيع قبل قبضه، و يقتضى

عدم تسليم الثمن إلا بعد تسليم المثلثن يكون مجرد دعوى بعدم استحقاق التسليم عليه فلا تسمع لانفصال الثاني عن الأول حكما و لفظا.

و أما لو قال: له على ألف من ثمن مبيع و قطع الكلام ثم قال: لم أقبضه، لزمه الألف كما عن العلامة و الحلى و الكركى و جماعه، لانعقاد ظهور السابق فى الإقرار، و الثاني مجرد

ص: ٥٣٧

يلتفت إلى دعواه عدم قبض المبيع، للتنافى (١) بين قوله: على (٢)، و كونه (٣) لم يقبض المبيع (٤)، لأن مقتضاه (٥) عدم استحقاق المطالبه بثمنه مع ثبوته (٦) في دعوى بعدم استحقاق التسليم عليه فلا يسمع، و عن الشيخ في المبسوط و الخلاف و القاضى ابن البراج و قواه الفخر، و نفى العلامة عنه البعد قبول دعواه الأخيره بعدم استحقاق التسليم عليه، لأن قوله (من ثمن مبيع) مقبول من حيث اتصاله، و هو أعم من كونه مقبوضا و غير مقبوض، فإذا قال بعد ذلك: لم أقبضه، فقد ذكر بعض محتملاته، بل ذكر ما يوافق الأصل عند الشك، إذ الأصل عدم القبض، فعلى البائع حينئذ إثبات القبض.

و أما لو قال: له على الف من ثمن مبيع لم أقبضه بحيث أتى بمجموع الكلام متصلا، فيلزمه الألف و لا يسمع قوله (من ثمن مبيع لم أقبضه) كما عن العلامة و المحقق فى النافع و الشهيد فى اللمعه هنا، و هو المحكى عن الحلّى و ابن سعيد، لأن أول كلامه إقرار بالألف، و آخر كلامه مناف لذلك، لأن الإقرار بالألف يقتضى ثبوت المال فى ذمته على نحو يستحق أداءه عليه، و قوله: لم أقبضه يقتضى عدم تسليم المال، و هذا مناف للأول فلا يسمع.

و عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف و مال إليه الشارح فى المسالك أنه يسمع كلامه الثانى، لأن الكلام جملة واحده فلا ينعقد لأول الكلام ظهور حتى يتم، و لذا ورد فى صحيح هشام عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام لا يأخذ بأول الكلام دون آخره) (١)، و لإمكان صدقه فيما أخبر به، و أراد التخلص بالإقرار به، فلو لم يقبل منه و ألزم بخلاف ما أقر به لزم انسداد باب الإقرار بالواقع حيث يراد، و هذا مناف للحكمه، و على كل فالشهيذان هنا اقتصرنا على الصوره الثالثه فقط.

(١) تعليل للزوم العشره عليه مع عدم سماع دعواه الأخيره.

(٢) و هذا يقتضى وجوب أدائها عليه.

(٣) أى و كون المقرّ.

(٤) و هذا يقتضى عدم استقرار الثمن فى الذمه و عدم وجوب تسليمه إلى البائع قبل تسليم المثلث.

(٥) أى مقتضى (كونه لم يقبض البيع).

(٦) أى ثبوت الثمن فى ذمه المشتري المقرّ.

ص: ٥٣٨

الذمه، فإن البائع لا يستحق المطالبه بالثمن إلا مع تسليم المبيع.

و فيه نظر، إذ لا منافاه بين ثبوته في الذمه (١)، و عدم قبض المبيع (٢)، إنما التنافي بين استحقاق المطالبه به (٣) مع عدم القبض (٤) و هو أمر آخر (٥)، و من ثم ذهب الشيخ إلى قبول هذا الاقرار، لإمكان أن يكون عليه العشره ثمنا و لا يجب التسليم قبل القبض، و لأصالة عدم القبض و براءه (٦) الذمه من المطالبه به، و لأين للإنسان أن يخبر بما في ذمته، و قد يشتري شيئا و لا يقبضه فيخبر بالواقع، فلو ألزم بغير ما أقرّ به كان ذريعه إلى سد باب الاقرار (٧)، و هو (٨) مناف للحكمه.

و التحقيق أن هذا (٩) ليس من باب تعقيب الاقرار بالمنافي، بل هو اقرار بالعشره، لثبوتها في الذمه (١٠)، (١) كما هو مفاد لفظ (عليّ) في أول كلامه عند ما قال: له عليّ عشره.

(٢) كما هو مفاد آخر كلامه عند ما قال: من ثمن مبيع لم أقبضه، و عدم التنافي لأن الثمن يثبت ثبوتا غير مستقر.

(٣) بالثمن.

(٤) أي عدم قبض المبيع.

(٥) و فيه أن قوله (له عليّ عشره) تقتضى ثبوت العشره في الذمه على نحو يستحق أدائها عليه حالا، و لذا وقع التنافي بينه و بين آخر كلامه.

(٦) أي و لأصالة براءه ذمه المشتري من المطالبه بالثمن.

(٧) أي إلى سد باب الإقرار بالواقع حيث يراد.

(٨) و هو قوله (لم أقبضه).

(٩) أي سدّ باب الإقرار بالواقع.

(١٠) لأن كلامه الأخير (لم أقبضه) وصف زائد عن الإقرار، فهو لا ينافي الإقرار كما لو وصف العشره بوصف ما، و بعبارة أخرى فالعشره ثابتة على كل حال و النزاع في قبول قوله الأخير و عدمه، و استحقاق المطالبه بالثمن و عدم قبض المثلث أمر آخر خارج عن مسأله الإقرار بالعشره كما صرح بذلك الشارح سابقا.

و فيه أن التنافي حاصل من ظهور قوله (له عليّ عشره) في استحقاق المطالبه حالا فلو ادعى عدم قبض المبيع فقد أتى بالمنافي، و لذا كان موردنا من باب تعقيب الإقرار بالمنافي، و لذا وقع النزاع بينهم في سماع كلامه الأخير و عدمه، لأنه مع السماع لا يكون الأول إقرارا لعدم تماميه الجملة، و مع عدم السماع يكون الأول إقرارا فلا يسمع منافيه الذي أتى في آخر الكلام.

و إن سلم كلامه (١) فهو (٢) اقرار منضم إلى دعوى عين من أعيان مال المقر له، أو شيء في ذمته (٣) فيسمع الاقرار ولا تسمع الدعوى. و ذكره (٤) في هذا الباب (٥) لمناسبه ما (٦).

(و كذا) يلزم بالعهده لو أقر بها (٧) ثم عقبه (٨) بكونها (٩) (من ثمن خمر أو خنزير (١٠)، لتعقيبه الاقرار بما يقتضى سقوطه (١١)، لعدم (١٢) صلاحية الخمر و الخنزير مبيعا يستحق به (١٣) الثمن في شرع الإسلام.

نعم لو قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر، أو خنزير فظننته لازما لي، و أمكن الجهل بذلك (١٤) في حقه، توجهت دعواه و كان له تحليف المقر له على (١) أى كلام القائل و أنه أتى بالمنافى بعد الإقرار.

(٢) أى كلامه إقرار بحسب أوله، و منضم إلى دعوى عين عند المقر له، و أنها مبيع يجب تسليمها إلى المقر، هذا إذا كان المبيع عينا، و أما إذا لم يكن عينا فكلام المقر إقرار بالعهده مع دعوى لشيء مبيع ثابت في ذمه المقر له، و أنه يجب تسليمه إلى المقر. (٣) أى ذمه المقر له.

(٤) أى ذكر قول القائل: له على عشره من ثمن مبيع لم أقبضه.

(٥) أى باب تعقيب الإقرار بالمنافى.

(٦) و هو توهم عدم إلزامه بما أقر، فلو سمعت دعواه الأخيره فلا يلزم بالدفع الآن و إن ثبتت العشره في الذمه، و فيه أن إقراره الأول ظاهر في ثبوت المقر به في الذمه على نحو يقتضى الأداء فعلا فلذا يكون الثاني منافيا له، و يكون من باب تعقيب الإقرار بالمنافى.

(٧) بالعهده.

(٨) أى عقب الإقرار بالعهده.

(٩) أى بكون العشره.

(١٠) لزمه المال بلا خلاف فيه كما في الجواهر، لأن قوله (له على عشره) يقتضى ثبوتها في الذمه، و قوله (من ثمن خمر أو خنزير) يقتضى السقوط، لعدم إمكان ثبوت مال ما ثمننا للخمر أو الخنزير في شرع الإسلام، فلا يقبل المنافى للإقرار بعد ثبوته.

(١١) أى سقوط الإقرار.

(١٢) تعليل لسقوط الإقرار عند تعقيبه بقوله (من ثمن خمر أو خنزير).

(١٣) أى بالمبيع المذكور.

(١٤) بلزوم ثمن الخمر أو الخنزير.

نفيه (١) إن ادعى (٢) العلم بالاستحقاق، و لو قال (٣): لا اعلم الحال، حلف (٤) على عدم العلم بالفساد، و لو لم يمكن الجهل بذلك في حق المقر لم يلتفت إلى دعواه.

(و لو قال: له عليّ قفيز حنطه. بل (٥) قفيز شعير لزمه): قفيز الحنطه (١) أي نفى الظن المذكور.

(٢) أي إن ادعى المقر له.

(٣) أي المقر له.

(٤) أي حلف المقر له.

(٥) لفظ (بل) حرف إضراب، فإن تلاها جملة كان معنى الإضراب إما إبطال ما سبق نحو قوله تعالى: وَ قَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ، بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ (١)، و إما الانتقال من غرض إلى آخر نحو قوله تعالى: قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى بَلْ تُؤَثِّرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا (٢) و إن تلاها مفرد فهي عاطفه، ثم إن تقدمها إيجاب مثل (قام زيد بل عمرو) فهي تجعل ما قبلها كالمسكوت عنه فلا يحكم عليه بشيء، و يثبت الحكم لما بعدها، و إن تقدمها نفى نحو (ما قام زيد بل عمرو) فهي لتقرير ما قبلها على حالته من النفي، و جعل ضده لما بعده.

فإذا تقدمها إيجاب و كان ما قبلها و ما بعدها مفردين فإن كانا مطلقين مختلفين كقوله: له على قفيز حنطه بل قفيز شعير، أو معينين كقوله: له على هذا الدرهم بل هذا الدرهم، لم يقبل إضرابه، فما قبل (بل) إقرار يؤخذ به و لا يسمع إضرابه عنه لأنه إنكار، و ما بعد (بل) إقرار أيضا يؤخذ، و عليه فيلزمه ما قبل بل و ما بعدها بعد أن كان كل منهما غير الآخر و لا يدخل فيه.

و إن كانا مطلقين كقوله: له على درهم بل درهم، أو أحدهما مطلق و الآخر معين مع اتحاد القدر و الصنف كقوله: له على درهم بل هذا الدرهم، أو له على هذا الدرهم بل درهم لزمه واحد، للأصل بعد احتمال أن يراد من الثاني عين الأول بمعنى أنه أضرب ليستدرك فذكر أنه ليس عليه إلا ذلك فأعاد الأول و لم يستدرك.

و عن العلامة في القواعد احتمال الاثنين، و مال إليه الكركي، و هو الأصح كما عن الفخر في الإيضاح، لأن (بل) للاستدراك، و الاستدراك متضمن للاعتراف بما قبلها و إنكاره و الاعتراف بغيره فيما بعدها، أو فقل إن شرط صحه استعمال (بل) مغايره ما

ص: ٥٤١

١- (١) سورة الأنبياء الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة الأعلى الآيات: ١٤ و ١٥ و ١٦.

و الشعير (١)، لثبوت الأول باقراره، و الثانى بالاضراب.

(و لو قال): له على (قفيز حنطه، بل قفيزان (٢) حنطه (فعليه قفيزان) و هما الأكثر خاصه (٣).

(و لو قال: له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم فعليه الدرهمان (٤)، لاعترافه فى الاضراب بدرهم آخر مع عدم سماع العدول (٥).

(و لو قال: له هذا الدرهم، بل درهم (٦) فواحد)، لعدم تحقق المغايره بين المعين، و المطلق، لإمكان حمله عليه (٧).

و حاصل الفرق بين هذه الصور يرجع إلى تحقيق معنى «بل»، و خلاصته (٨) أنها حرف اضراب، ثم إن تقدمها إيجاب (٩) قبلها لما بعدها، و هذا ما يقتضى التعدد.

و إن كانا مطلقين و كان أحدهما أكثر لزمه الأ-كثر كما لو قال: له على قفيز بل قفيزان، لزمه الاثنان فقط بلا خلاف فيه بيننا، لظهور اللفظ فى إرادته دخول الأقل فى الأكثر، و لا أقل من الشك مع أصاله براءه الذمه عما زاد عن الاثنين.

و عن بعض العامه و هو داود و زفر أنه يلزمه ثلاثه، و هى مجموع ما قبلها و ما بعدها، و كذا نفس الكلام لو قال: له على قفيزان بل قفيز.

(١) أى و قفيز الشعير، و هذا إذا كانا مطلقين مختلفين، و هو مما لا خلاف فيه.

(٢) و هذا إذا كانا مطلقين و كان أحدهما أكثر.

(٣) بلا خلاف فيه سواء كان الأكثر متقدما أم متأخرا.

(٤) هذا إذا كانا معينين فعليه الدرهمان بلا خلاف فيه.

(٥) أى مع عدم سماع العدول عن الإقرار بالأول فيلزمه الاثنان.

(٦) فيما إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا مع اتحاد القدر و الصنف.

(٧) أى لإمكان حمل المطلق على المعين، و هناك قول بأنه يلزمه اثنان و هو احتمال العلامه و مال إليه الكركى و هو الأصح كما عن الفخر، لأن (بل) تقتضى مغايره ما قبلها لما بعدها.

(٨) أى خلاصه التحقيق.

(٩) و كذا لو تقدمها نفى فهى عاطفه، غايته مع الإيجاب سلب الحكم عما قبلها و جعله لما بعدها، و مع النفى تقرير لحكم ما قبلها و جعل ضده لما بعدها، و لكنه لم يذكر النفى، لأنها مع النفى لا يكون إقرارا بما قبلها.

و تلاها مفرد (١) جعلت ما قبلها كالمسكوت عنه فلا (٢) يحكم عليه (٣) بشيء و أثبت الحكم لما بعدها، و حيث كان الأول (٤) اقرارا صحيحا استقر حكمه بالاضراب (٥) عنه.

و إن تقدمها (٦) نفى فهي لتقرير ما قبلها على حكمه (٧)، و جعل ضده لما بعده، ثم إن كانا (٨) مع الايجاب مختلفين (٩)، أو معينين (١٠) لم يقبل اضرابه، لأنه (١١) إنكار للاقرار الأول و هو (١٢) غير مسموع.

فالأول (١٣) ك «له قفيز حنطه، بل قفيز شعير».

(١) و إلا لو كان بعدها جملة لا تكون عاطفه، بل يكون الأضراب بها إبطالها أى للدلاله على أن ما قبلها كلام باطل، و ذلك كما فى قوله تعالى: وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ، بَلْ عِبَادٌ مُّكْرَمُونَ (١)، أو يكون الإضراب بها انتقالها، أى لمجرد الدلاله على الانتقال من غرض إلى غرض آخر، نحو قوله تعالى: قَدْ أَفْلَحَ مَنْ تَزَكَّى وَ ذَكَرَ اسْمَ رَبِّهِ فَصَلَّى، بَلْ تُؤَثِّرُونَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا (٢).

(٢) تفریع على المسكوت عنه، و هو بیان للمسكوت المذكور.

(٣) أى على ما قبلها.

(٤) و هو ما قبلها.

(٥) الباء بمعنى (مع) و المعنى استقر حكمه كما يستقر حكم ما بعدها عند الأضراب عن الأول.

(٦) أى تقدم (بل).

(٧) أى على حكمه من النفى، و بما أن النفى لا إقرار فيه فلذا اقتصر على صورته الإيجاب.

(٨) أى كان ما قبلها و ما بعدها.

(٩) أى مختلفين فى الصنف كقوله: له على قفيز حنطه بل قفيز شعير.

(١٠) و إن كانا متحدین فى الجنس كقوله: له على هذا الدرهم بل هذا الدرهم، و حكم الصورة الثانية كحكم الصورة الأولى.

(١١) أى الإنكار المذكور.

(١٢) أى الإنكار المذكور.

(١٣) و هو ما لو كانا مطلقين.

١- (١) سورة الأنبياء الآية: ٢٦.

٢- (٢) سورة الأعلى الآيات: ١٤ و ١٥ و ١٦.

و الثاني (١) ك «له هذا الدرهم، بل هذا الدرهم» فيلزمه القفيزان و الدرهمان، لأن أحد المختلفين، و أحد الشخصين غير داخل في الآخر.

و إن كانا (٢) مطلقين (٣)، أو أحدهما (٤) لزمه واحد إن اتحد مقدار ما قبل «بل» و ما بعدها ك «له درهم (٥)، بل درهم (٦)» أو «هذا الدرهم بل درهم» أو «درهم، بل هذا الدرهم (٧)» لكن يلزمه (٨) مع تعيين أحدهما المعين، و إن اختلفا (٩) كميته ك «له قفيز، بل قفيزان (١٠)» أو «هذا القفيز، بل قفيزان (١١)» أو بالعكس (١٢)، لزمه الأكثر (١٣)، لكن إن كان المعين هو الأقل (١٤) تعيين (١٥)، و وجب الإكمال.

و لو قال: هذه الدار لزيد، بل لعمرو (١٦) دفعت إلى زيد عملا بمقتضى

(١) و هو ما لو كانا معينين.

(٢) أى ما قبلها و ما بعدها.

(٣) أى غير معينين كقوله: له على درهم بل درهم.

(٤) أى أو أحدهما مطلقا و الآخر معينا مع اتحاد القدر و الصنف كقوله: له على هذا الدرهم بل درهم، أو له على درهم بل هذا الدرهم.

(٥) هذا إذا كانا مطلقين.

(٦) هذا إذا كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(٧) هذا إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا.

(٨) أى لكن يلزمه واحد مع تعيين أحدهما المعين بحيث كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(٩) أى اختلف ما قبلها و ما بعدها فى المقدار بحيث كان أحدهما أكثر من الآخر سواء كانا مطلقين كقوله: له على قفيز بل قفيزان، أو كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا كقوله: له على قفيز بل القفيزان، أو بالعكس كقوله: له على القفيز بل قفيزان.

(١٠) هذا إذا كانا مطلقين.

(١١) هذا إذا كان أحدهما معينا و الآخر مطلقا.

(١٢) هذا إذا كان أحدهما مطلقا و الآخر معينا.

(١٣) أى الأكثر خاصة بلا خلاف فيه، و الخلاف من أهل الخلاف، و قد تقدم.

(١٤) كما فى المثل المتقدم: له على القفبز بل قفزان.

(١٥) أى تعين نفس الأقل و وجب إكمال الأكثر من غيره.

(١٦) قضى بها للأول و غرّم قيمتها للثانى، أما القضاء بها للأول فلعوم (إقرار العقلاء على

ص: ٥٤٤

إقراره الأول (و غرم لعمر و قيمتها)، لأنه (١) قد حال بينه (٢) و بين المقر به بإقراره (٣) الأول، فيغرم له، للحيلولة الموجه للغرم (إلا أن يصدقه (٤) زيد) في أنها لعمر و فتدفع (٥) إلى عمرو من غير غرم.

في ما لو أشهد بالبيع و قبض الثمن ثم ادعى الموطأه

(و لو أشهد (٦) أنفسهم جائز) (١)، و أما تغريم القيمة للثاني فلأنه قد حال بين الثاني و بين الدار بإقراره بأنها للأول، فيغرم له القيمة لتعذر وصول الثاني إلى العين بسبب إقراره بها للأول، و يكون كما لو أتلّفها عليه ثم أقرّ بها له. و عن أبي حنيفة عدم التغريم للثاني، لأن الإقرار الثاني قد صادف ملك الغير لها فلا ينفذ.

و عن ابن الجنيّد أنه يرجع إلى مراد المقر و يقبل قوله إن كان حيا و إلا كان المقر به لهما متداعيين بشيء هو في يدهما فيأخذ ذو البيّنه، و مع عدمها فيأخذ الحالف، و إن حلّفا اقتسماه.

(١) أي لأن المقرّ.

(٢) أي بين الثاني.

(٣) أي الباء للسبب، و المعنى بسبب إقراره الأول بالدار لزيد.

(٤) أي يصدق المقرّ.

(٥) أي الدار إلا إذا تلفت فعلا فيدفع القيمة.

(٦) هذه مسأله أخرى، و هي ما لو أشهد شاهدي عدل على أنه قد أقرّ بالبيع لزيد و قبض الثمن منه، ثم أنكر فيما بعد القبض و ادعى أنه أشهد بالقبض تبعا للعاده من غير أن يحصل قبض لإقامه الشهاده خوفا من تعذر الشهود وقت الإقباض، و هذا أمر معتاد بين المتعاملين.

فهل تسمع دعواه بإنكار القبض و لا يكون منافيا لإقراره السابق المشهود عليه كما هو المعروف بين الفقهاء، أو لا تسمع دعواه بإنكار القبض لأنها منافيه لإقراره السابق المشهود عليه كما هو قول في المسأله، و لم يعرف القائل به حتى من العامه على ما في الجواهر.

و سماع دعواه بإنكار القبض، لأنه معترف بإقراره المشهود عليه و لكن يدعيه على الوجه المزبور من كونه تبعا للعاده من دعوى القبض مع عدم حصوله حقيقه لإقامه الشهاده

ص: ٥٤٥

شاهدى عدل (بالبيع (١) لزيد (و قبض الثمن) منه (٢) ثم ادعى الموطأه) بينه و بين المقر له على الاشهاد، من غير أن يقع بينهما بيع (٣) و لا قبض (سمعت دعواه)، لجريان العاده بذلك (٤) (و أحلف المقر له) على الإقباض (٥)، أو على عدم الموطأه.

و يحتمل عدم السماع فلا يتوجه اليمين (٦)، لأنه (٧) مكذب لاقاره (٨).

و يضعف بأن ذلك (٩) واقع، تعم به البلوى فعدم سماعها يفضى إلى الضرر المنفى. هذا إذا شهدت البيه على اقراره بهما (١٠)، أما لو شهدت بالقبض (١١) لم يلتفت إليه (١٢)، خوفا من عدم الشهود وقت الإقباض الفعلى، و سماع دعواه لا بمعنى تقديم قوله، بل بمعنى سماع دعواه و توجه اليمين على المشتري إن لم يصدقه على ما قاله من عدم حصول القبض، و أما مع تصديق المشتري له بعدم القبض فلا إشكال.

هذا كله إذا كانت الشهاده على إقراره بالبيع و القبض ثم أنكر حصول القبض الفعلى، و أما لو شهد الشاهدان بمشاهده القبض لم يقبل إنكاره بعدم القبض، و لا- يمين على المشتري، لأن ذلك طعن فى البيه و تكذيب لها فلا- يلتفت لإنكاره، و عدم الالتفات ليس من باب تنافى الإقرار، بل من باب تكذيب الشهاده.

(١) بأن أشهد على إقراره بالبيع لزيد و قبض الثمن منه.

(٢) من زيد.

(٤) بالتواطؤ على دعوى القبض لإمامه الشهاده خوفا من تعذر الشهود وقت القبض الفعلى.

و فيه أن مفروض المسأله عدم إنكار البيع حتى يطالب المقر بالثمن من المشتري الذى أقر له سابقا بالقبض، و إلا فلو أنكر البيع بعد ما أقره ثم أشهد عليه لا يسمع إنكاره بعد الإقرار كما اعترف بذلك فى المسالك.

(٥) أى على أن المقر له قد قبض الثمن للمقر الذى أنكر القبض فيما بعد.

(٦) أى لا يتوجه اليمين على المقر له.

(٧) أى المقر عند ما ادعى الموطأه على القبض.

(٨) أى لإقراره بالقبض.

(٩) أى بأن الموطأه على القبض مع عدم تحققه واقع فى العرف.

(١٠) بالبيع و القبض.

(١١) أى بمشاهده القبض.

(١٢) أى إلى المقر عند ما ادعى الموطأه.

لأنه مكذب لها (١)، طاعن فيها، فلا يتوجه بدعواه يمين (٢).

الفصل الثالث – فى الإقرار بالنسب

إشارة

(الفصل الثالث – فى الإقرار بالنسب) (٣)

فى أنه يشترط فيه أهليه المقر وإمكان الإلحاق

(و يشترط فيه (٤) أهليه المقر (٥) للإقرار، ببلوغه و عقله (و إمكان الحاق المقرّ به): بالمقرّ شرعا (٦)
(١) للشهادة.

(٢) أى فلا يتوجه بدعواه المواطنه يمين على المقر له، و يلزم بما شهدت به البيئه.

(٣) الإقرار بالنسب كالإقرار بالمال مقبول بلا خلاف فيه، لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و لخصوص نصوص سيمرّ عليك بعضها.

(٤) فى الإقرار بالنسب.

(٥) الصفات المعتمده فى المقر معتمده فى الإقرار بالنسب، و تزداد هنا شروط، فيشترط فى الإقرار بالولد ثلاثه شروط:

الأول: إمكان البنوه، بأن يكون ما يدعيه ممكنا، فلو أقرّ بينوه من هو أسنّ منه أو مساويه أو أصغر منه بحيث لا يمكن تولده منه عادة لم يقبل إقراره لتكذيب الحس له.

الشرط الثانى: جهاله النسب، فلو كان الولد معلوم النسب شرعا لغيره فلا يقبل إقراره لتكذيب الشرع له.

الشرط الثالث: عدم المنازع له، فلو نازعه منازع فى بنوته لم يقبل إقراره إلا بالبيئه، لأنه مع المنازعه يتعارض الإقراران فلا يلحق الولد به إلا بالبيئه إذا وجدت لإحدهما أو القرعه على تقدير عدم البيئه، و القرعه لكل أمر مشكل.

هذا و لا- خلاف بينهم فى هذه الشروط الثلاثه، بلا فرق فى الولد بين الصغير و الكبير و الذكر و الأنثى، نعم لا يعتبر تصديق الصغير، بل و لا يلتفت إلى إنكاره بعد البلوغ، لثبوت النسب قبل البلوغ فلا ينتفى بإنكاره بلا خلاف فى ذلك كله.

و لكن لو أقرّ بينوه الكبير فيشترط تصديق الكبير له، فلو كذبه لم يثبت النسب، لأن الإقرار بالنسب متضمن للإقرار فى حق الغير، فهذا الإقرار يقتضى ثبوت النسب من جهه المقرّ، و لا يثبت من جهه الولد البالغ لأنه إقرار فى حق الغير إلا بتصديقه، و المجنون الكبير فى حكم الصغير لعدم أهليته.

(٦) قيد للإمكان، وهذا هو الشرط الثاني المتقدم

ص: ٥٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الإقرار حديث ٣.

(فلو أقر بينوه المعروف نسبه)، أو اخوته (١) أو غيرهما مما يغير ذلك النسب الشرعي، (أو) أقر (بينوه من هو أعلى سنا) من المقر، (أو مساو) له، (أو أنقص) منه (بما لم تجر العاده بتولده منه (٢) بطل) الإقرار (٣)، و كذا المنفى عنه شرعا كولد الزنا و إن (٤) كان على فراشه (٥)، و ولد اللعان (٦) و إن كان الابن يرثه.

في أنه يشترط التصديق و عدم التنازع

(و يشترط التصديق) أى تصديق المقر به للمقر فى دعواه النسب (فيما عدا الولد الصغير) ذكرا كان (٧) أم أنثى، (و المجنون) كذلك (٨) (و الميت (٩) و إن كان بالغاً عاقلاً و لم يكن ولداً (١٠)

(١) أى المعروف أخوته.

(٢) من المقر، و هذا هو الشرط الأول المتقدم.

(٣) أما بطلان الإقرار فى الأول لتكذيب الشرع له، و بطلانه فى الثانى لتكذيب الحس له.

(٤) أى ولد الزنا.

(٥) كما لو زنى بامرأه ثم تزوجها فأتت له بولد دون ستة أشهر من حين الدخول بعد التزويج، و هذا لا يلحق به و إن أقر به لتكذيب الشرع له.

(٦) أى و كذا ولد اللعان لا يلحق به، و لو أقر به يبطل إقراره لتكذيب الشرع له، نعم بسبب إقراره يرثه الابن و هو لا يرث الابن على ما سيأتى تفصيله فى كتاب الإرث.

(٧) أى الولد الصغير.

(٨) أى ذكر أ كان أو أنثى.

(٩) أصل المسألة لو مات مجهول النسب فإن كان صبياً و قد أقر إنسان ببنته بعد الموت ثبت نسبه بلا خلاف فيه بين الأصحاب، و لا يشترط التصديق من الميت الصبى، لأن اشتراط التصديق ساقط عنه على فرض حياته.

و إن كان بالغاً عاقلاً و قد أقر إنسان ببنته بعد الموت فكذلك ثبت نسبه بلا خلاف فيه بيننا، و يكون ما تركه للمقرّ مع عدم وارث غيره، لأنه أبوه شرعا بالإقرار.

و عن أبى حنيفة أنه لو كان للميت مال فلا- يلحق بالمقر لاحتمال أن يكون إقراره لتهمه الحصول على المال، و فيه أن احتمال التهمه غير قادم مع حياته و يساره و صغره مع فقر المقرّ فكذا بعد موته و كبره، و كذا.

(١٠) بحيث ادعى المقر بأن الميت أخوه، و ستعرف فيما بعد اشتراط التصديق فى الإقرار بالأقارب، و مراد الشارح أن تصديق

الميت ساقط حتى لو ادعى بأنه غير متولد منه بأن ادعى بأنه أخوه، و سقوط تصديق الميت لعدم إمكانه في حقه فيسقط اعتباره كما سقط في حق الصغير.

ص: ٥٤٨

أما الثلاثة (١) فلا يعتبر تصديقهم، بل يثبت نسبهم بالنسبه إلى المقر بمجرد اقراره، لأن التصديق إنما يعتبر مع إمكانه (٢)، و هو (٣) ممتنع منهما (٤)، و كذا الميت مطلقا (٥).

و ربما أشكل حكمه (٦) كبيرا مما تقدم (٧). و من إطلاق اشتراط تصديق البالغ العاقل فى لحوقه (٨)، و لأن (٩) تأخير الاستلحاق إلى الموت بوشك أن يكون (١٠) خوفا من انكاره (١١)، إلا أن فتوى الأصحاب على القبول (١٢)، و لا يقدح فيه (١٣) التهمه (١٤) باستيثاق (١٥) مال الناقص (١٦)، و إرث الميت (١٧).

(١) أى الصغير و المجنون و الميت.

(٢) أى إمكان التصديق.

(٣) أى إمكان التصديق.

(٤) من الصغير و المجنون لسلب عبارتهما شرعا.

(٥) أى أصلا.

(٦) أى حكم المصنف بعدم اشتراط التصديق من الميت الكبير.

(٧) و الذى تقدم هو اعتبار التصديق حيث يمكن، و الإمكان هنا ممتنع و هذا وجه أحد طرفى الإشكال، و هذا ما يصحح عدم اشتراط التصديق، و الطرف الآخر للإشكال هو اشتراط تصديق البالغ العاقل، و الميت بالغ عاقل بحسب الفرض، و هذا ما يوجب اشتراط التصديق و لذا يشكل حكمه.

(٨) أى لحوق الكبير.

(٩) دليل ثان للإشكال على عدم اشتراط التصديق فى الميت الكبير.

(١٠) أى التأخير.

(١١) أى إنكار الكبير قبل موته.

(١٢) أى قبول الإقرار من دون اشتراط التصديق لعدم إمكانه.

(١٣) فى قبول الإقرار مع عدم اشتراط التصديق، و فى هذا رد على أبى حنيفه.

(١٤) لاحتمال أن يكون إقراره بسبب مال الميت ليرثه.

(١٥) الباء للسببيه، و هو تعليل لعدم قدح التهمه، و المعنى أنه لا تقدح التهمه فى نفوذ إقراره بينوه الميت الكبير لأنه محل الوثوق

لضبط مال الناقص من جنون أو صغر عند الإقرار بهما مع أن التهمة وارده، ولأنه محل الوثوق لإرث الميت الصغير مع أن التهمة وارده.

(١٦) و هو المجنون و الصغير.

(١٧) إن كان صغيرا.

ص: ٥٤٩

و المراد بالولد هنا (١) الولد الصلب فلو أقر بينوه ولد ولده فنازلا اعتبر التصديق كغيره (٢) من الأقارب (٣)، نص عليه المصنف وغيره.

و إطلاق الولد (٤) يقتضى عدم الفرق بين دعوى الأب و الأم و هو أحد

(١) أى فى قبول الإقرار بالبنوه.

(٢) أى كغير ولد الولد.

(٣) و سيأتى التعرض للإقرار بغير الولد من الأقارب، و يأتى التعرض لاشتراط التصديق هناك.

(٤) و إطلاقه فى عبارته الماتن، هذا و قد صرح غير واحد بعدم الفرق بين الأب و الأم فى الإقرار ببنوه الولد بالشروط المتقدمه، لإطلاق أدله الإقرار و لخصوص صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الحميل؟ فقال عليه السلام: و أى شىء الحميل؟ قلت: المرأة تسمى من أرضها و معها الولد الصغير فتقول: هذا ابنى، و الرجل يسبى فيلقى أخاه فيقول: هو أخى و يتعارفان، و ليس لهما على ذلك بينه إلا قولهما، فقال عليه السلام: ما يقول من قبلكم؟ قلت: لا يورثونهم، لأنهم لم يكن لهم على ذلك بينه، إنما كانت ولاده فى الشرك، فقال عليه السلام: سبحان الله إذا جاءت بابنها أو بنتها معها و لم تزل مقرّه، و إذا عرف أخاه و كان ذلك فى صحه من عقلهما و لم يزالا مقرين ورث بعضهم من بعض) (١) و مثلها غيرها.

و عن الفخر فى الإيضاح الاختصاص بالأب، لأن النص الوارد فى حقوق الولد بالإقرار إنما جاءت لصيغه الجمع المذكور و هى لا تتناول الإناث، و ردّ فى الجواهر (و إن كنا لم نتحققها)، و تابع الفخر على الاختصاص الشهيدان فى الدروس و الروضه هنا، و علّله الشارح فى المسالك بأن ثبوت النسب بالإقرار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على إقرار الرجل، مع وجود الفارق بين الرجل و المرأة لإمكان إقامتها البينه على الولاده، و هذا ما لا يمكن للرجل أن يقيم البينه عليه.

و ظاهر كلامه أن الخبر وارد فى إقرار الرجل فيقتصر عليه فى مقام مخالفه الأصل، و الخبر الوارد فى الرجل هو خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (إذا أقر الرجل بالولد ساعه لم ينف عنه أبدا) (٢).

و فيه أن صحيح عبد الرحمن المتقدم وارد فى المرأة فلا بد من الخروج عن الأصل فى الأب و الأم معا.

ص: ٥٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الملاعنه حديث ٤.

القولين في المسألة، وأصحهما - وهو الذى اختاره المصنف فى الدروس - الفرق، و أن ذلك (١) مخصوص بدعوى الأب، أما الأم فيعتبر التصديق لها، لورود النص على الرجل فلا- يتناول المرأه. و اتحاد طريقهما (٢) ممنوع، لإمكان إقامتها بينه على الولاده دونه (٣)، و لأن ثبوت نسب غير معلوم (٤) على خلاف الأصل يقتصر فيه (٥) على موضع اليقين (٦).

فى أنه يشترط فى نفوذ الإقرار عدم المنازع

(و) يشترط أيضا فى نفوذ الإقرار (٧) مطلقا (٨) عدم المنازع (٩) له فى نسب المقر به (فلو تنازعا) فيه (اعتبرت البيئه) و حكم لمن شهدت له (١٠) (١١)، فإن فقدت (١٢) فالقرعه، لأنها لكل أمر مشكل (١٣)، أو معين (١٤) عند الله مبهم عندنا، و هو (١٥) هنا كذلك (١٦).

هذا إذا اشتركا (١٧)

(١) بيان للفرق، و ذلك إشاره إلى قبول الإقرار ببنوه الغير مع عدم اشتراط التصديق.

(٢) أى طريق الأب و الأم، لاستوائهما فى نسبه الولد إليهما.

(٣) دون الأب.

(٤) أى ثبوته بالإقرار، فثبوت النسب فى حق المقر بالإقرار على مقتضى الأصل، و ثبوته فى حق المقر به بإقرار غيره على خلاف الأصل.

(٥) فى هذا الثبوت.

(٦) و موضع اليقين هو الرجل لورود النص فيه، و فيه أنك قد عرفت ورود النص فى الأم أيضا.

(٧) أى الإقرار ببنوه الغير.

(٨) سواء كان الغير صغيرا أم مجنونا أم ميتا أم غيرهم.

(٩) و هذا هو الشرط الثالث المتقدم.

(١٠) للمقر.

(١١) فى نسب المقر به.

(١٢) أى البيئه.

(١٣) أى مشكل واقعا و ظاهرا.

(١٤) أى لأنها لكل أمر معيّن عند الله مبهم عندنا.

(١٥) أى مورد القرعه.

(١٦) أى معيّن عند الله مبهم عندنا.

(١٧) أى المتنازعان.

ص: ٥٥١

فى الفراش (١) على تقدير دعوى البنوة. أو انتفى عنهما (٢) كواطئ (٣) خاليه عن فراش لشبهه، فلو كانت فراشا لأحدهما حكم له به (٤) خاصة، دون الآخر و إن صادقه (٥) الزوجان (٦)، و لو كانا (٧) زانين انتفى عنهما، أو أحدهما (٨) فعنه، و لا عبره فى ذلك كله (٩) بتصديق الأم (١٠).

فى ما لو تصادق اثنان على نسب غير التولد

(و لو تصادق اثنان) فصاعدا (على نسب غير التولد (١١) كالأخوه (صح) (١) كما إذا كانت زوجه لكل منهما فى زمنين، و يحتمل تولد الولد فى زمن زوجه كل منهما، بأن لا يتجاوز تولد الولد من طلاق الأول أقصى الحمل، و لا يتجاوز تولد الولد من دخول الثانى أقل الحمل.

(٢) أى أو انتفى الفراش عنهما.

(٣) تمثيل لكل واحد من المتنازعين.

(٤) أى حكم لصاحب الفراش بالولد خاصة دون المنازاع الآخر.

(٥) أى صادق الآخر.

(٦) ظاهر كلامه مشكل، لأنه لو كان أحد المتنازعين هو صاحب الفراش فكيف يفرض لها زوج حينئذ يصدّق المنازاع الآخر، و يرتفع الإشكال بأن يكون أحد المتنازعين صاحب فراش فى زمن سابق يصلح لتولد الولد منه، و قد طلقها و تزوجت بغيره، و بعد الزواج من الغير تنازع المطلق و غيره فى الولد، فالولد للمطلق و إن صادق الزوج الفعلى المنازاع الآخر.

(٧) أى المتنازعان.

(٨) أى و لو كان أحدهما زانيا فينتفى الولد عنه.

(٩) من صور التنازع.

(١٠) لأن تصديقها إقرار عليها فلا ينفذ فى حق الغير.

(١١) قد تقدم ثبوت النسب بالإقرار فى بنوة الولد إلا- إذا كان كبيرا فيشترط تصديقه، و أما فى غير الولد فلا يثبت النسب إلا بتصديق المقر به، و إلا لزم نفوذ الإقرار فى حق الغير فإذا قال: هذا أخى كان معناه أنه ابن أبى أو أمى، و كذا لو قال: هذا عمى كان معناه أنه ابن جدى أو جدتى، و فى هذا إلحاق بغير المقر فلا بدّ من تصديق المقر به، و مع تصديق الغير يثبت النسب بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن المتقدم (١)، و صحيح الأعرج عن أبى عبد الله عليه السلام (عن

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الملائنة حديث ١.

تصادقهما (و توارثا (١)، لأن الحق لهما (و لم يتعداهما التوارث) إلى ورثتهما لأن حكم النسب إنما ثبت بالاقرار و التصديق، فيقتصر فيه (٢) على المتصادقين إلا مع تصادق ورثتهما أيضا.

و مقتضى قولهم (٣) «غير التولد» أن التصادق في التولد (٤) يتعدى «مضافا إلى ما سبق من الحكم بثبوت النسب (٥) في الحاق الصغير مطلقا (٦)، و الكبير مع التصادق، و الفرق بينه (٧) و بين غيره من الأنساب مع اشتراكهما في اعتبار رجلين حميلين جيء بهما من أرض الشرك فقال أحدهما لصاحبه: أنت أخي، فعرفا بذلك ثم أعتقا و مكثا مقرين بالإخاء، ثم إن أحدهما مات، قال عليه السلام: الميراث للأخ يصدقان(١) و مثلها غيرها.

نعم لو قال: هذا ابن ابني فهو إقرار مشروط بتصديق المقر به، لأنه إقرار في حق الغير، و دعوى أنه ولد فلا يشترط تصديقه مردوده لأن قبول الإقرار في بنوّه الولد مع عدم تصديقه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين، و هو خصوص الولد الصلبي دون غيره ثم مع تصديق الغير في دعواه النسب يتوارثان، بلا خلاف فيه للأخبار المتقدمه، بشرط عدم وارث غيرهما، و أما مع وجود وارث لهما فلا ينفذ الإقرار على الوارث، و بعبارته أخرى أن التوارث لا يتعدى إلى غيرهما، فلو كان للمقر ورثه مشهورون و قد أقر بوجود وارث جديد، فهو إقرار يقتضى منعهم عن جميع المال إن كان الوارث الجديد أقرب منهم إلى المقر، أو يقتضى منعهم عن بعض المال إن كان الوارث الجديد مساويا لهم في الرتبة، و من المعلوم أن الإقرار غير نافذ في حق الغير، و هذا بخلاف الإقرار في بنوّه الولد فالنسب لا يقتصر عليهما بل يتعداهما إلى ورثه المقر لإطلاق النصوص الواردة في بنوّه الولد، و قد تقدم بعضها.

(١) حيث لا وارث لهما.

(٢) في النسب.

(٣) أى قول الفقهاء.

(٤) إذا كان الولد كبيرا، لأنه في هذه الصورة يجرى اشتراط التصديق.

(٥) من دون تقييده بالمقر و المقر به.

(٦) مع التصديق و عدمه.

(٧) بين الولد الكبير.

ص: ٥٥٣

التصادق غير يبين (١).

فى أنه لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه

(و لا عبره بإنكار الصغير بعد بلوغه (٢) بنسب (٣) المعترف به صغيرا (٤)، و كذا المجنون بعد كماله، لثبوت النسب قبله (٥) فلا يزول بالإنكار اللاحق، و ليس له (٦) إخلاف المقر أيضا (٧)، لأن غايته (٨) استخراج رجوعه (٩)، أو نكوله (١٠) و كلاهما الآن (١١) غير مسموع، كما لا يسمع لو نفى (١٢) النسب حينئذ (١٣) صريحا.

فى ما لو أقر العم بأخ للميت

(و لو أقر العم المحكوم بكونه وارثا ظاهرا (بأخ (١٤) للميت وارث (دفع) (١) و الفارق هو إطلاق أدله ثبوت النسب بالإقرار بالولد، بخلاف الإقرار بغيره فالمحكم عموم أدله الإقرار، و هى جاريه فيما لو أقر على نفسه، و أما لو أقر على غيره فالإقرار غير نافذ إلا بتصديق ذلك الغير.

(٢) كما تقدم، لأن النسب ثبت قبل البلوغ فلا ينتفى بإنكاره بعد البلوغ بلا خلاف فيه.

(٣) متعلق بقوله (بإنكار الصغير).

(٤) حال للضمير فى قوله (به).

(٥) قبل البلوغ بالنسبه للصبى، و قبل الكمال بالنسبه للمجنون.

(٦) للصبى بعد البلوغ و المجنون بعد الكمال.

(٧) كما ليس له الإنكار بعد البلوغ و الكمال.

(٨) أى غايه الحلف.

(٩) أى رجوع المقر عن إقراره حتى لا يحلف إذا كان كاذبا واقعا.

(١٠) أى نكول المقر عن الحلف.

(١١) بعد الإقرار.

(١٢) أى المقر.

(١٣) أى حين ثبوت الإقرار.

(١٤) لو أقر الوارث ظاهراً كالعم بمن هو أولى منه كالأخ، نفذ إقرار العم في التركة التي تحت يده، لأنه إقرار في حق نفسه، ثم لو أقر بعد ذلك بمن هو أولى من المقر به السابق كالولد، فإن صدقه الأخ دفع جميع التركة إلى الولد لأنه أول منهما.

وإن كذبه الأخ فلا خلاف بينهم في دفع التركة للأخ لأنه استحقها بالإقرار الأول، لأن الإقرار الثاني للعم مناف للإقرار الأول فلا يسمع في حق الأخ، فالإقرار الثاني من العم بالنسبة للأخ إقرار في حق الغير فلا ينفذ، والمشهور على أن العم يغرم للولد قيمه

ص: ٥٥٤

(إليه (١) المال)، لاعترافه (٢) بكونه (٣) أولى منه بالإيرث (فلو أقرّ العم بعد ذلك بولد) للميت وارث (و صدّقه الأخ دفع إليه (٤) المال)، لاعترافهما (٥) بكونه (٦) أولى منهما.

(و إن أكذبه) أى اكذب الأخ العمّ فى كون المقرّ به ثانيا ولدا للميت (لم يدفع إليه) (٧) لاستحقاقه (٨) المال باعتراف ذى اليد له، و هو (٩) العم، و لم و تعلم أولويه الثانى (١٠)، لأن العم حينئذ (١١) خارج (١٢) فلا يقبل إقراره فى حق الأخ (١٣) (و غزم العم له) أى لمن اعترف بكونه ولدا (ما دفع إلى الأخ) من المال، لاتلافه له (١٤) بإقراره الأول مع مباشرته (١٥) لدفع المال. التركة، لأنه فوتها عليه بسبب إقراره الأول فكأنه قال: هذه العين لفلان بل لفلان.

و أشكل عليهم بأن التفرير متعين إذا دفع العم للأخ التركة ثم أقر بمن هو أولى من الأخ كالولد فيكون العم بمنزله المتلف للتركة حينئذ فيضمن، و أما على تقدير عدم الدفع فإقراره بأن الأول أخ للميت لا يستلزم كونه وارثا، بل هو أعم، فلو أقر بمن هو أولى من الأخ فلا يكون الإقرار الأول تفويتا للتركة على الثانى حتى يضمن.

(١) إلى الأخ.

(٢) أى لاعتراف العم.

(٣) أى بكون الأخ أولى من العم بالإيرث.

(٤) بعد الإقرار بالأخ.

(٥) إلى الولد.

(٦) أى لاعتراف العم و الأخ.

(٧) أى بكون الولد.

(٨) أى لم يدفع المال إلى الولد.

(٩) أى لاستحقاق الأخ المال بالإقرار الأول من العم.

(١٠) أى صاحب اليد.

(١١) أى الولد.

(١٢) أى حين الإقرار الثانى.

(١٣) لأنه قد أقرّ بالأخ، فالإقرار بالولد إنما هو إقرار فى حق الغير.

(١٤) أى لإتلاف العم للمال الذى دفعه إلى الأخ.

(١٥) أى مباشره العم لدفع المال إلى الأخ.

ص: ٥٥٥

و نبه بقوله: غَرَمَ ما دفع، على أنه (١) لو لم يدفع إليه (٢) لم يغَرَمَ (٣) بمجرد اقراره بكونه أخاً، لأن ذلك (٤) لا يستلزم كونه (٥) وارثاً، بل هو (٦) أعم، و إنما يضمن (٧) لو دفع إليه المال لمباشرته اتلافه حينئذ (٨).

و فى معناه (٩) ما لو أقرّ بانحصار الارث فيه (١٠)، لأنه (١١) باقراره (١٢) بالولد بعد ذلك (١٣) يكون (١٤) رجوعاً عن اقراره الأول فلا يسمع (١٥)، و يغرم (١٦) للولد بحيلولته (١٧) بينه (١٨) و بين التركة بالاقرار (١٩) الأول، كما لو أقر بمال لواحد ثم أقر به لآخر، و لا فرق فى الحكم بضمانه حينئذ (٢٠) بين حكم الحاكم عليه (٢١)

(١) على أن العم.

(٢) إلى الأخ.

(٣) أى لم يغرم قيمه التركة للولد بمجرد إقراره الأول.

(٤) أى إقراره الأول بكونه أخاً للميت.

(٥) أى كون الأخ.

(٦) أى بل الأخوه أعم من الوارثيه.

(٧) أى و إنما يضمن العم لو دفع إلى الأخ المال، و الضمان بسبب مباشرته الإتلاف.

(٨) أى حين الدفع إلى الأخ.

(٩) أى و فى معنى الدفع إلى الأخ.

(١٠) فى الأخ.

(١١) أى لأن الشأن و الواقع.

(١٢) أى بإقرار العم بالولد.

(١٣) أى بعد إقرار العم بالأخ و دعوى انحصار الإرث فيه.

(١٤) أى إقرار العم بالولد.

(١٥) لأنه إقرار فى حق الأخ، و لا يسمع الإقرار فى حق الغير.

(١٦) أى العم.

(١٧) أى بسبب حيلولة العم، و هو تعليل للتغريم.

(١٨) أى بين الولد.

(١٩) أى بسبب الإقرار الأول، و هو تعليل للحيلولة.

(٢٠) أى حين دعوى العم بانحصار الإرث فى الأخ.

(٢١) على العم.

ص: ٥٥٦

بالدفع إلى الأخ، و عدمه (١)، لأنه (٢) مع اعترافه بإرثه (٣) مفوت (٤) بدون الحكم.

نعم لو كان دفعه (٥) في صوره عدم اعترافه (٦) بكونه (٧) الوارث بحكم (٨) الحاكم اتجه عدم الضمان، لعدم (٩) اختياره (١٠) في الدفع، و كذا الحكم في كل من أقرّ بوارث أولى منه، ثم أقرّ بأولى منهما. و تخصيص الأخ و الولد مثال، و لو كان الاقرار الأول بمساو (١١) للثاني كأخ آخر فإن صدقه (١٢) تشاركاً (١٣) و إلا- غرم للثاني (١٤) نصف التركة على الوجه (١٥) الذي قررناه.

في ما لو أقرت الزوجه بولد

(١) لو أقرت الزوجه بولد) للزوج المتوفى (١٦)، (١) أى عدم حكم الحاكم.

(٢) أى لأن الواقع.

(٣) أى مع اعتراف العم بإرث الأخ.

(٤) أى مفوت للتركة على الولد و إن لم يحكم الحاكم عليه بالدفع إلى الأخ.

(٥) أى دفع العم للمال إلى الأخ.

(٦) أى عدم اعتراف العم.

(٧) أى بكون الأخ.

(٨) متعلق بقوله (إن كان دفعه) و المعنى إن كان دفع العم بسبب حكم الحاكم عليه اتجه عدم الضمان إن لم يعترف العم بانحصار الإرث في الأخ.

(٩) تعليل لعدم الضمان.

(١٠) أى اختيار العم.

(١١) من دون أولويه لأحدهما.

(١٢) أى صدق المقر به الأول للمقر في إقراره الثاني.

(١٣) أى تشارك المتساويان في التركة.

(١٤) أى و إلا غرم المقر للثاني.

(١٥) من أنه يضمن في صورة الدفع للأول، وفي صورة دعوى انحصار الوارث في الأول، ولا يضمن في صورة عدم الدفع وفي صورة عدم دعوى انحصار الوارث في الأول، ولا يضمن في صورة الدفع بحكم الحاكم إن لم يعترف بكونه الوارث.

(١٦) لو كان للميت إخوه و زوجته فلها الربع لعدم الولد للميت، فلو أقرت بولد للميت فيكون لها الثمن قضاء لحق إقرارها، و الثمن هو نصف نصيبها على تقدير عدم الإقرار.

ص: ٥٥٧

و وارثه (١) ظاهرا اخوته (فصدّقها الاخوه) على الولد (أخذ) الولد (المال) الذي بيد الاخوه أجمع (٢)، و نصف ما فى يدها (٣)، لاعترافهم (٤) باستحقاقه ذلك.

(و إن أكذبوها دفعت (٥) إليه) ما بيدها زائدا عن نصيبها على تقدير الولد، و هو (٦) (الثلث)، لأن بيدها ربعا نصيبها على تقدير عدم الولد، فتدفع إلى الولد نصفه (٧)، و يحتمل أن تدفع إليه (٨) سبعة أثمان ما فى يدها (٩)، تنزيلا للاقرار على الاشاعه (١٠)، فيستحق (١١) فى كل شىء سبعة أثمانه (١٢) بمقتضى اقرارها.

(و لو انعكس) الفرض بأن اعترف الاخوه بالولد دونها (١٣) (دفعوا إليه) جميع ثم ينظر فإن صدقها الأخوه على ذلك كان الباقي من التركة للولد دون الأخوه.

و لو لم يصدقها الأخوه فلهم ثلاثه أرباع التركة، لأنها حصتهم من التركة على تقدير عدم الولد مع وجود زوجه لها الربع، و يكون للزوجه الثلث لوجود ولد للميت بحسب إقرارها، و كان للولد ثمن، و هو التفاوت بين حصه الزوجه على تقدير عدم الولد و حصتها على تقدير وجود الولد.

(١) أى وارث الزوج المتوفى، و الواو حالیه.

(٢) و هو ثلاثه أرباع التركة.

(٣) ما فى يدها الربع فىأخذ نصفه و هو الثلث، و يترك لها الثلث الذى هو حصتها على تقدير الولد كما هو مقتضى إقرارها.

(٤) أى لاعتراف الأخوه باستحقاق المقر به أن له الباقي بعد نصيب الزوجه.

(٥) أى دفعت الزوجه إلى الولد.

(٦) أى الزائد عن نصيبها على تقدير الولد.

(٧) أى نصف الربع.

(٨) أى أن تدفع الزوجه إلى الولد.

(٩) أى سبعة أثمان الربع الموجود فى يدها.

(١٠) أى على إشاعه حق الوارث فى جميع التركة، فالزوجه معترفه بأنه ولد، و ما فى يدها ربع التركة، فله سبع أثمان الربع و لها الثلث الأخير، و يكون الأخوه قد غصبوا الزوجه و الولد ثلاثه أرباع التركة بحيث للولد سبعة أثمان ما عند الأخوه و لها الثلث الأخير.

(١١) أى يستحق الولد باعتبار أنه وارث.

(١٢) أى سبعة أثمان ما فى يدها، و كذا يستحق سبعة أثمان ما عند الأخوه من التركة.

(١٣) أى دون الزوجه.

ص: ٥٥٨

ما بأيديهم، و هو (١) ثلاثة أرباع، و لو أقرّ الولد (٢) بآخر دفع إليه النصف (٣)، لأن ذلك (٤) هو لائزم إرث الولدين المتساويين ذكوريه و أنوثيه (فإن أقرّا) معا (بثالث (٥) دفعا إليه الثلث (٦) أى دفع كل واحد منهما ثلث ما بيده. و على هذا لو أقر الثلاثة برابع دفع إليه كل منهم ربع ما بيده (٧).

(و مع عداله اثنين) من الورثه المقربين (يثبت النسب و الميراث (٨)، لأن (١) أى جميع ما بأيديهم، لأن الولد أولى بالإرث من الأخوه بخلاف الزوجه، فإنها على تقدير الولد لها الثمن و على تقدير عدمه فلها الربع فلذا لما أقرت بالولد أعطته الفارق بين التقديرين فقط.

(٢) أى ولد الميت.

(٣) أى نصف ما فى يده.

(٤) أى دفع النصف.

(٥) أى بولد ثالث.

(٦) أى ثلث ما بيدهما فيكون قد أعطى ثلث النصفين الذى هو ثلث التركة.

(٧) فيكون قد أعطى ربع الأثلاث الثلاثة، و هو ربع التركة.

(٨) ذهب المشهور إلى عدم ثبوت النسب برجل و امرأتين، و برجل و يمين، و عن الشيخ فى المبسوط ثبوت برجل و امرأتين بعد اتفاق الجميع على ثبوت برجلين عدلين، لأنهما البيئه، و قد تقدم الكلام فيه فى باب الشهادات.

و عليه فلو شهد عدلان من الورثه يثبت النسب بلا خلاف فيه كما عن حواشى الشهيد، بل قيل: إنه محل وفاق حتى من العامه لما دل على حجه البيئه، و إذا ثبت النسب ثبت الميراث على المشهور.

و عن الشيخ فى المبسوط أنه إذا ثبت الميراث لزم الخلف فى مسأله ما لو شهد أخوان عدلان باين للميت، و بيان الدور أن الابن لو ورث لحجب الأخوين و خرجا عن كونهما وارثين فيبطل إقرارهما، لأنه إقرار ممن ليس بوارث فلا يسمع، و إذا بطل إقرارهما بطل النسب، و إذا بطل النسب بطل الإرث فيلزم من ثبوت الميراث عدمه، و ما يلزم من وجوده العدم فهو خلف محال كمحاليه الدور.

و ردّ بأن الإرث قد ثبت لثبوت النسب، و ثبوت النسب للشهاده لا للإقرار، و شهاده العدلين تثبت النسب و إن كان الشاهد أجنبيا.

نعم يتوجه الخلف فيما لو أقر بعض الورثه بمن هو أولى منه، و كان إقراره ليس بشهاده

النسب إنما يثبت بشاهدين عدلين، و الميراث لازمه (١) (و إلا) يكن في المعترفين عدلان (فالميراث حسب)، لأنه (٢) لا يتوقف على العدالة بل الاعتراف (٣) كما مرّ.

في ما لو أقرّ بزواج للميته

(و لو أقرّ بزواج للميته (٤)

كما لو كان المقر واحدا أو غير عدلين فيقال: لو ورث الابن لحجب الأخوين و خرجا عن كونهما وارثين فيبطل إقرارهما، لأنه إقرار ممن ليس بوارث فلا يسمع، و إذا بطل الإقرار بطل النسب، و إذا بطل النسب بطل الميراث فيلزم من ثبوت الإرث عدمه.

و مع ذلك فلا- خلف، لأن النسب غير ثابت بإقرارهما و هما غير عدلين، و إنما ثبت الإرث قضاء لإقرارهما، فلو ورث الابن لحجب الأخوين قضاء لحق الإقرار، و لو حجبهما فلا- يبطل إقرارهما، لأنه إقرار في حق أنفسهما، نعم لا يثبت النسب لعدم عدتهما.

(١) لازم النسب.

(٢) لأن الميراث.

(٣) أى بل متوقف على الاعتراف خاصة، و لكن الإرث المتوقع على الاعتراف إنما هو من حصه المعترف خاصة كما تقدم.

(٤) لو أقر الوارث بزواج للميته دفع المقر إلى الزوج نصف ما فى يده بنسبه نصيب الزوج، لأن الزوج يرث من الزوجه النصف مع عدم الولد، هذا إذا لم يكن المقر ولدا للميته، و أما لو كان ولدا فيدفع الربع مما فى يده، لأن نصيب الزوج من الزوجه الربع على تقدير الولد، و هذا الحكم أطلقه المحقق فى الشرائع و النافع و العلامه فى القواعد و الشهيد فى اللمعه هنا و هذا الإطلاق غير مستقيم كما استشكله المحقق الثانى و تبعه الشارح فى المسالك، و الروضه هنا، لأن كلامهم - من دفع الوارث المقر إلى الزوج نصف ما فى يده بمقدار نصيب الزوج من الزوجه على تقدير عدم الولد - إنما يتم إذا كان المقر أخا للميته، و أما لو كان المقر أحد الأبوين للميته فقد يدفع نصف ما فى يده للزوج و قد يدفع الأقل و قد لا يدفع شيئا و إليك التفصيل.

فلو كان المقر هو الأب فله تمام التركة ظاهرا قبل الإقرار فلو أقر بوجود زوج دفع له نصف ما فى يده الذى هو نصف التركة، و هو نصيب الزوج من زوجته على تقدير عدم الولد.

و كذا الأم فلها تمام التركة ظاهرا قبل الإقرار فلو أقرت بوجود زوج للميته، دفعت له نصف ما فى يدها الذى هو نصف التركة، و أما لو كان المقر أحد الأبوين أو كليهما مع وجود الولد الذكر، فلو اعترف الأبوان أو أحدهما بوجود الزوج فلا يدفع المقر شيئا إلى

(أعطاه (١) النصف)، أى نصف ما فى يده (٢) (إن كان المقر) بالزوج (غير ولدها)، لأن نصيب الزوج مع عدم الولد النصف (و إلا) يكن كذلك بأن كان المقر ولدها (فالربع)، لأنه (٣) نصيب الزوج معه (٤).

و الضابط: أن المقر يدفع الفاضل (٥) مما فى يده عن نصيبه على تقدير وجود المقر به، فإن (٦) كان أخا للميتة و لا ولد لها دفع النصف، و إن كان (٧) ولدا دفع الربع.

و فى العبارة قصور عن تأديه هذا المعنى (٨)، لأن قوله: «اعطاه النصف إن كان المقر غير ولدها» يشمل اقرار بعض الورثة المجامعين (٩) للولد كالأبوين فإن الزوج، لأن نصيب الأبوين أو أحدهما على تقدير الولد الذكر واحد سواء وجد الزوج أم لا، فليس فى يد المقر حينئذ زياده يلزمه دفعها بإقراره.

و لو كان المقر الأبوين مع وجود الولد الأثني فنصيب الأبوين معها على تقدير عدم الزوج الخمسان و على تقدير وجود الزوج السدسان، و التفاوت بينهما هو الذى يلزم المقر دفعه إلى الزوج، و هو لا يبلغ ربع ما فى يدهما. و هناك صور أخرى لا يتم فيها إطلاق كلامهم السابق.

نعم دفع الأشكال منهم صاحب الجواهر بأن كلامهم محمول على صورته اتحاد الوارث المقر أبا كان أو أما أو أخا أو ولدا فيعطى الربع إن كان المقر ولدا، و يعطى النصف إن كان غيره، و الذى يدل على أن مرادهم صورته اتحاد الوارث المقر هو اتحاد الضمير فى كلامهم.

(١) ضمير الفاعل راجع إلى الوارث المقر، و ضمير المفعول إلى الزوج.

(٢) أى يد الوارث المقر، باعتبار أن جميع التركة له ظاهرا لانحصار الوارث فى المقر.

(٣) لأن الربع.

(٤) مع الولد.

(٥) إن تحقق الفاضل سواء بلغ أحد المقدارين من الربع أو النصف أم لا.

(٦) أى المقر.

(٧) أى المقر.

(٨) من دفع المقر للفاضل سواء بلغ أحد المقدارين أم لا.

(٩) أى يصح اجتماعهم مع الولد.

أحدهما لو أقر بالزوج مع وجود ولد يصدق أن المقر غير ولدها مع أنه (١) لا يدفع النصف، بل قد يدفع ما دونه (٢) و قد لا يدفع شيئا، فإن الولد إن كان ذكرا و المقر أحد الأبوين لا يدفع (٣) شيئا مطلقا (٤) لأن نصيبه (٥) لا يزداد على السدس على تقدير وجود الزوج وعدمه، و إنما حصه الزوج مع الابن (٦)، و إن كان (٧) أنثى و المقر الأب يدفع الفاضل مما فى يده عن السدس (٨)، (١) أى مع أن المقر إذا كان أحد الأبوين مع وجود الولد.

(٢) دون النصف.

(٣) أى المقر.

(٤) أى أصلا لا نصفا و لا غيره.

(٥) أى نصيب أحد الأبوين فهو السدس على تقدير الولد الذكر سواء كان هناك زوج أم لا، فأقراره بالزوج لا يوجب تغيير نصيبه.

(٦) فالابن قد أخذ خمسه أسداس التركة قبل الإقرار، و بعد الإقرار فإن صدق الابن و المقر على إقراره دفع له ربع التركة الموجودة تحت يده و يبقى للابن سبعة من اثني عشر من التركة تحت يده.

(٧) أى الولد.

(٨) هذا فى صورته تعدد البنات واضح، لأن الأب مع البنات له السدس و البنات لهن الثلثان قبل الإقرار، و يبقى سدس يردّ عليهم بحسب نصيبهم أى يرد عليهم أخماسا، فلو أقر الأب بالزوج فيجب على الأب دفع ما زاد عن السدس حينئذ.

و أما فى صورته اتحاد البنت فالأب له السدس و البنت لها النصف، كل ذلك بحسب الفرض و المجموع أربعة أسداس، و الباقي يرد عليهما بحسب نصيبهما فيرد على الأب ربع السدسين الذى هو نصف سدس، و على البنت ثلثه أرباع السدسين الذى هو سدس و نصف، فإذا أقر الأب بالزوج فلو أوجبنا على الأب دفع ما زاد عن السدس كما هو ظاهر عبارته الشارح لأوجبنا على البنت دفع ما زاد عن النصف الذى هو فرضها، فيدفع الأب نصف السدس و البنت سدسا و نصفا، و المجموع سدسان، و هذا ثلث التركة، و الثلث أكثر من الربع الذى هو نصيب الزوج.

نعم فى هذه الصورة مع وجود الزوج فالأب له السدس و الزوج الربع و البنت لها النصف فالمجموع ١٢/١١ حاصله من اثنين للأب و ثلثه للزوج و ستة للبنت، و الباقي و هو ١٢/١ يرد عليهم بحسب نصيبهم، و إذا كان كذلك فيرد الأب فى مثالنا المتقدم نصف السدس الفاضل عن السدس باستثناء ما يردّ على الأب من واحد على اثني عشر من التركة.

و كذا (١) إن كان (٢) الأم و ليس لها حاجب (٣) و مع الحاجب لا تدفع شيئا، لعدم زياده ما فى يدها عن نصيبها (٤).

و لو كان المقر أحد الأبوين مع عدم وجود الولد الذى هو (٥) أحد ما تناولته العبارة (٦) فقد يدفع نصف ما فى يده. كما لو لم يكن وارثا غيره (٧) أو هو الأب مطلقا (٨)، و قد لا يدفع (٩) شيئا كما لو كان (١٠) هو الأم مع الحاجب (١١).

(١) أى يدفع الفاضل عن السدس.

(٢) أى المقر.

(٣) و هذا يتم فيما لو فرض أبوان و بنت قبل الإقرار، فالنصف للبنت فرضا و للأبوين الثلث، و المجموع أربعة أخماس، و الباقي و هو السدس يرّد على الأبوين و البنت بالنسبة للسهم، هذا كله مع عدم وجود حاجب للأم من الأخوة للميت بحجبها عما زاد عن السدس، و إلا فمع وجوده فيردّ الباقي على الأب و البنت فقط بالنسبة للسهم المختص بهما فقط.

و على كل فلو ردّ على الأم عند عدم الحاجب ثم اعترفت بالزوج فتدفع إليه ما زاد عن السدس مما فى يدها، و هذا الزائد هو أقل من نصف ما فى يدها كما هو واضح.

(٤) و هو السدس.

(٥) ضمير عائد إلى أحد الأبوين مع عدم وجود الولد.

(٦) أى عبارة الماتن.

(٧) اسم (لم يكن).

(٨) أى و إن كان مع وارث آخر، هذا و أما مع عدم وارث آخر فقد تقدم، و أما مع وجود وارث آخر و لا بدّ أن يكون الأم لأن المفروض هو عدم وجود الولد، و عليه فلو وجد الأبوان فالأم لها الثلث و الباقي للأب فإذا أقر الأب بالزوج فالأم لها الثلث فرضا و الزوج النصف فرضا كذلك و الباقي و هو السدس للأب بالقراه، و عليه فيدفع الأب للزوج نصف التركة الموجوده تحت يده و منه تعرف ما فى عبارته الشارح من دفع نصف ما فى يده فهو كما ترى، لأن المدفوع نصف التركة و الباقي تحت يد الأب سدسها فكيف يصح ما قاله الشارح من دفع نصف ما فى يده.

(٩) أى المقر.

(١٠) أى المقر.

(١١) و قد تقدم لا بديه فرض وجود الأب معها فى مسأله الحاجب و المفروض عدم وجود الولد فلو ترك الميت أبوين و له إخوة فالأم لها السدس فرضا و الباقي للأب فلو أقرت بالزوج

و تنزيل ذلك (١) على الاشاعه (٢) يصحح المسأله (٣)، لكن يفسد (٤) ما سبق من الفروع (٥)، لأنها (٦) لم تنزل عليها (٧).

و لقد قصّر كثير من الأصحاب فى تعبير هذا الفرع فتأمله فى كلامهم.

(و إن أقرّ) ذلك المقرّ بالزوج ولدا كان (٨) أم غيره (بآخر (٩) و اكذب نفسه) فلا تدفع شيئا لأن ما فى يدها هو عين نصيبها من السدس سواء وجد الزوج أم لا.

(١) أى الإقرار بالزوج للميته.

(٢) أى أنه يستحق من كل جزء من أجزاء التركة نصيبه المفروض، فله مما تحت يد المقر النصف مع عدم الولد، و له الربع مع الولد، كما أن الموجود من التركة عند الغير يقسّم على هذا الأساس.

(٣) أى المسأله التى قالها المصنف من إعطاء المقر للزوج النصف إذا كان المقر غير ولدها.

(٤) أى هذا التنزيل على الإشاعه.

(٥) من إقرار الزوجه و إقرار الأخوه، و إقرار الولد بولد آخر مما قد تقدم.

(٦) أى الفروع.

(٧) أى الإشاعه.

(٨) أى المقر.

(٩) أى بزوجه آخر، إذا أقرّ بزوجه آخر لم يقبل الإقرار الثانى فى حق الزوج الأول بلا- خلاف فيه و لا إشكال بمعنى أن ما ثبت للأول لا يزول بسبب إقراره الثانى.

و إنما الكلام بينهم فى تغريم المقر للثانى، فهل يعزم للثانى بمجرد إقرار الثانى أم لا بدّ من تكذيب نفسه بالنسبه لإقراره الأول، فالمشهور على الثانى، لأنه مع تكذيب نفسه فى إقراره الأول يكون قد اعترف بثبوت الحق للثانى من التركة، و قد حال بينه و بين حقه بسبب إقراره الأول فيعزم له، أما مع عدم التكذيب فالإقرار الثانى غير مسموع مع الحكم بصحة الأول لأنه لا يعقل وجود زوجين للمرأة على وجه تموت عنهما، فلا يترتب على الإقرار الثانى حينئذ أثر.

و عن المحقق الثانى و الشارح فى المسالك و الروضه هنا أنه يعزم للثانى بمجرد إقراره من دون اشتراط تكذيب نفسه بالنسبه لإقراره الأول لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، مع عدم العلم ببطلان زوجيه الثانى بل من الممكن هو الزوج و قد كان إقراره

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الإقرار حديث ٢.

(فى) الزوج (الأول أغرم له (١) أى للآخر الذى اعترف به ثانيا، لاتلافه (٢) نصيبه (٣) باقراره الأول (٤)،(و إلا) يكذب نفسه (فلا شىء عليه (٥) فى المشهور، لأن الاقرار بزواج ثان اقرار بأمر ممتنع شرعا فلا يترتب عليه أثر.

و الأقوى أنه (٦) يغرم للثانى مطلقا (٧) لأصالة «صححة اقرار العقلاء على أنفسهم» مع إمكان كونه (٨) هو الزوج، و أنه (٩) ظنه الأول فأقر به (١٠) ثم تبين خلافه، و الغاء الاقرار فى حق المقر مع إمكان صحته (١١) منافع للقواعد الشرعية.

نعم لو أظهر لكلامه (١٢) تأويلا ممكنا فى حقه (١٣) كتزوجه (١٤) إياها فى عده الأول فظن (١٥) أنه يرثها زوجان فقد استقرب المصنف فى الدروس القبول، و هو متجه.

للأول غلطا أو خطأ، مع أن إلغاء الإقرار فى حق المقر مع إمكان صحته منافع للقواعد الشرعية.

نعم إن أظهر لإقراره الثانى تأويلا مقبولا كما لو تزوجها الثانى فى عده الأول فظن المقر أنه زوج يرثها أيضا فالوجه القبول كما استقربه المصنف فى الدروس.

و أشكل على هذا القول أن العرف لا يفهم من الثانى إلا اللغويه بعد امتناع زوجين لها على الوجه المذكور، و لا أقل من الشك فى كون الثانى إقرارا و الأصل البراءة.

(١)أغرم المقر للآخر.

(٢)أى لإتلاف المقر.

(٣)أى نصيب الآخر.

(٤)أى بسبب إقراره الأول.

(٥)على المقر.

(٦)أن المقر.

(٧)سواء كذب نفسه فى إقراره الأول أم لا.

(٨)كون الثانى.

(٩)و أن المقر قد ظن الثانى هو الأول.

(١٠)بالأول.

(١١)صححة الإقرار.

(١٢) أى لكلامه الثانى.

(١٣) فى حق المقر.

(١٤) أى تزوج الثانى.

(١٥) أى فظن المقر أن الواقع حينئذ أنه يرثها زوجان.

ص: ٥٦٥

فى ما لو أقر بزوجه للميت

(و لو أقر (١) بزوجه للميت فالربع (٢) إن كان المقر غير الولد (أو الثمن (٣) إن كان المقر الولد. هذا (٤) على تنزيله فى الزوج.

و على ما حققناه (٥) يتم (٦) فى الولد خاصة، و غيره (٧) يدفع إليها (٨) الفاضل مما فى يده عن نصيبه (٩) على تقديرها و لو كان بيده (١٠) أكثر من نصيب الزوجه اقتصر على دفع نصيبها.

فالحاصل: أن غير الولد يدفع أقل الأمرين من نصيب الزوجه و ما زاد عن نصيبه على تقديرها إن كان معه زياده، فأحد الأبوين مع الذكر لا يدفع شيئاً (١١)، و مع الأنثى يدفع الأقل (١٢)، (١) أى الوارث الظاهرى.

(٢) لأن الربع نصيب الزوجه على تقدير عدم الولد للميت، و هذا يتم فى الأخ و أحد الأبوين على تقدير انحصار الوارث فى أحدهما.

(٣) لأن الثمن نصيب الزوجه على تقدير وجود ولد للميت.

(٤) أى هذا الحكم المطلق يتم على تنزيل الإقرار على الإشاعه كما فعلنا فى مسأله الإقرار بالزوج.

(٥) من عدم تنزيل الإقرار على الإشاعه.

(٦) أى الحكم، و هو دفع الثمن فى الولد خاصة، و كذلك يتم الحكم بدفع الربع فى الأخ و فى أحد الأبوين إذا انحصر الوارث فى أحدهما.

(٧) أى غير الولد.

(٨) إلى الزوجه.

(٩) أى نصيب المقر على تقدير وجود الزوجه و المعنى ما يحصله المقر على تقدير عدم الزوجه زياده عن نصيبه على تقدير وجودها يدفعه إليه إذا اعترف بها.

(١٠) من الفاضل المذكور.

(١١) لأن السدس لأحد الأبوين و الباقى للذكر قبل الإقرار، و بعد الإقرار يبقى السدس لأحد الأبوين فلا يدفع شيئاً و تأخذ الزوجه من الذكر إن اعترف بها.

(١٢) فأحد الأبوين له السدس و البنت لها النصف، و المجموع أربعة أسداس، و الباقى سدسان يرّد عليهما بالنسبه، فيكون لأحد الأبوين سدس من الفرض و ربع السدسين من الرد و المجموع سدس و نصف فلو اعترف بالزوجه فيرد عليها نصف السدس الذى هو الفاضل و هو أقل من نصيب الزوجه الذى هو الثمن.

و الأخ يدفع الربع (١) و الولد الثمن كما ذكر.

(٢) فإن أقر (٢) بأخرى (٣) و صدقته الزوجه (الأولى اقتسامه (٤) الربع، أو الثمن، أو ما حصل (٥)،(و إن اكذبتها غزّم) المقر (لها (٦) نصيبها) و هو نصف ما غزّم للأولى إن كان باشر تسليمها كما مر. و إلا فلا.

(و هكذا) لو أقر بثالثه، و رابعه فيغزّم للثالثه مع تكذيب الأوليين ثلث ما لزمه دفعه، و للرابعه مع تكذيب الثالث ربعه (٧).

و لو أقر بخامسه فكالاتقرار بزوجه ثان فيغرم لها (٨) مع اكذاب نفسه (٩)، أو مطلقا (١٠) على ما سبق (١١)، بل هنا (١٢) أولى، لامكان (١٣) الخامسة الوارثه فى المريض إذا تزوج بعد الطلاق و انقضاء العده و دخل (١٤) (١) لأن الأخ يرث الجميع قبل الإقرار، و بعد الإقرار فيدفع لها الربع لعدم الولد للميت.

(٢) أى الوارث الظاهرى.

(٣) أى بزوجه أخرى، هذا و اعلم أن الإقرار بزوجه أخرى كالاتقرار بوارث مساو للأول، فإن صدقته الأولى فيقسّم الربع أو الثمن عليهما، و إن لم تصدقه فإن كذب نفسه بالنسبه للإقرار الأول فيغزّم للثانيه نصف نصيب الزوجيه من الربع أو الثمن على تقدير تسليم النصيب للزوجه الأولى، و مع عدم التسليم فلا يغزّم للثانيه شىء على ما تقدم تفصيله فيما لو أقر بعين لواحد ثم أقر بها للآخر.

(٤) التذكير باعتبار المقر بهما.

(٥) على تقدير إقرار بعض الورثه دون البعض الآخر.

(٦) للثانيه.

(٧) أى ربع ما لزمه دفعه.

(٨) للخامسه.

(٩) فى إحدى الزوجات السابقات هذا على المشهور.

(١٠) أى و إن لم يكذب نفسه كما هو قول المحقق الثانى و الشارح.

(١١) أى ما سبق فى الزوج.

(١٢) أى فى الزوجه.

(١٣) تعليل للأولويه.

(١٤) أى دخل فى الخامسة.

ص: ٥٦٧

و مات فى سنته (١) كما تقدم و يمكن فيه (٢) استرسال الاقرار و لا يقف (٣) عند حد إذا مات فى سنته مريضاً.

(١) فى سنه الطلاق فترثه المطلقه و الجديده معا.

(٢) فى المريض.

(٣) أى الإقرار.

ص: ٥٦٨

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه .شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۱-X ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۲-۸ ؛ ج. ۲ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۳-۶ ؛ ج. ۳ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۴-۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۵-۲ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۶-۰ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۷-۹ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۸-۷ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۹-۵ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۴۰-۹ :

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه الدمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسیر

موضوع: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسیر

موضوع: فقه جعفری -- قرن ۸ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مکی، ۷۳۴-۷۸۶ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق . الروضه البهيه فی شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندی کنگره: BP۱۸۲/۳/ش۹ل۰۲۱۲ ۱۳۸۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۰۳۳۵۶۰

ص: ۱

اشاره

(كتاب الغصب (١)

في معنى الغصب

(و هو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا). و المراد بالاستقلال:

الإقلال (٢) و هو الاستبداد به (٣) لا- طلبه (٤) كما هو (٥) الغالب في باب الاستفعال، (١) و هو محرم بالاتفاق، و عليه الأدله الأربعة، فمن الكتاب قوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ (١) و من السنه النبوى (لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيب نفسه) (٢)، و الإجماع قد ادعاه جماعه، و العقل حاكم بقبح الظلم و أخذ مال الغير غصبا ظلم كما هو واضح.

هذا و الغصب لغه هو أخذ الشىء ظلما كما فى القاموس و غيره، نعم فى الإسعاد لبعض الشافعيه زياده قيد (جهارا) لتخرج السرقة، و ليس للغصب حقيقه شرعيه و لا متشرعيه و إنما أطلق بينهم بما له من المعنى اللغوى، و مع ذلك فقد عرّفه الأكثر كما فى المسالك الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدوانا.

(٢) و هو الاستبداد به، و هو احتراز عمّا لو أزعج المالك عن ماله و لم يستول عليه فإنه لا يضمن لو تلف المال، و لا يسمى غصبا، هذا و الاستقلال هو الإقلال، لأن باب الاستفعال يطلب فيه طلب الفعل و هو غير مراد هنا.

(٣) أى الاستبداد بالمال.

(٤) لا طلب الإقلال.

(٥) أى طلب الفعل.

ص:٧

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٨٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٣.

و خرج به (١) ما لا إثبات معه أصلا كمنعه (٢) من ماله حتى تلف، و ما (٣) لا استقلال معه كوضع يده (٤) على ثوبه (٥) الذى هو لابسه فإن ذلك (٦) لا يسمى غصبا.

و خرج بالمال (٧) الاستقلال باليد على الحر (٨). فإنه (٩) لا تتحقق فيه الغصبيه فلا يضمن، و بإضافه المال إلى الغير (١٠) ما لو استقل بإثبات يده على مال نفسه عدوانا كالمرهون فى يد المرتهن، و الوارث (١١) على التركة مع الدين فليس (١٢) بغاصب و إن أثم (١٣)، أو ضمن (١٤)، و بالعدوان (١٥) إثبات المرتهن، و الولي، (١) أى بالاستقلال المقيد بإثبات اليد يخرج ما لا إثبات معه كمنعه من ماله حتى تلف فإنه لم يستول على ماله، و يخرج ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوب الحر الذى هو لابسه، فإن ذلك لا يسمى غصبا لغيره و لا عرفا، لأن الثوب ما زال تحت يد الحر.

(٢) أى كمنع صاحب المال فهو من باب إضافه المصدر إلى مفعوله، و لم يستول عليه.

(٣) أى و خرج بالاستقلال ما لا استقلال معه.

(٤) أى يد الغاصب.

(٥) أى ثوب المالك الحر.

(٦) أى المذكور أخيرا، و يمكن رجوعه له و للأول الذى قبله.

(٧) المال الوارد فى التعريف يشمل العين و المنفعه المجرده عنها، كما لو آجره داره ثم استولى عليها، فإنه يكون غاصبا للمنفعه، نعم يخرج من المال منفعه البضع لأنها و إن دخلت فى المنفعه لكن لا تدخل فى المال الذى ينقسم إلى العين و المنفعه، و عليه فالمراد بالعين هو عين المال لا مطلق عين، و المراد بالمنفعه هى منفعه المال لا مطلق المنفعه، و على كل فيخرج بالمال إثبات اليد على ما ليس بمال كالحرف فلا يتحقق فيه الغصب، و لا يضمن.

(٨) بخلاف العبد فإنه مال كما هو واضح.

(٩) أى الحر.

(١٠) أى إضافه المال إلى الغير فى تعريف الغصب تخرج الاستقلال بإثبات يده على مال نفسه عدوانا، كما لو أثبت يده على ماله المرهون المشروط كونه فى يد المرتهن فإنه ليس بغاصب، و كما لو أثبت الوارث يده على التركة مع الدين على قول من يذهب إلى أن التركة فى صوره الدين تنتقل إلى الورثه.

(١١) عطف على المرهون.

(١٢) أى ليس كل واحد منهما.

(١٣) أى كل منهما عند عدم التلف.

(١٤) عند التلف.

(١٥) أى يخرج بالعدوان المذكور فى التعريف إثبات يد المرتهن على المرهون و يد الولى على مال -

ص: ٨

و الوكيل، و المستأجر، و المستعير أيديهم على مال الراهن، و المولى عليه، و الموكل، و المؤجر، و المعير، و مع ذلك (١) فينتقض التعريف في عكسه (٢) بما لو اشترك اثنان فصاعدا في غضب بحيث لم يستقل كل منهما باليد (٣) فلو أبدل (٤) الاستقلال بالاستيلاء لشملة (٥)، لصدق الاستيلاء مع المشاركة.

و بالاستقلال (٦) بإثبات اليد على حق الغير كالتحجير و حق المسجد و المدرسه و الرباط و نحوه مما لا- يعدّ (٧) مالا فإن الغضب متحقق (٨)، و كذا غضب ما لا يتمول عرفا (٩) كحبه الحنطه فإنه (١٠) يتحقق به (١١) أيضا على ما اختاره المصنف و يجب رده (١٢) على مالكة مع عدم الماليه (١٣)، إلا أن يراد هنا (١٤) جنس المال (١٥)، -المولى عليه، و يد الوكيل على مال الموكل، و يد المستأجر على مال المؤجر و هكذا فإنه استقلال بإثبات اليد على مال الغير بحق.

(١) أى و مع هذه القيود فى التعريف.

(٢) أى أنه غير جامع للأفراد.

(٣) فلا استقلال لكل واحد منهما بالمال مع أن كل واحد منهما محكوم بكونه غاصبا، و لذا جاز للمالك تضمين من شاء منهما، و لذا بدّل العلامه فى التحرير و ولده فى الإيضاح الاستقلال بالاستيلاء دفعا لهذا الإشكال.

(٤) أى المصنف.

(٥) أى لشملة تعريف الغضب هذا الفرد.

(٦) إشكال ثان على التعريف من ناحيه أنه غير مانع.

(٧) هذا الحق.

(٨) مع أنه لم يستول على ماله، و كذا لو غضب الوقف العام مع أنه ليس ملكا لأحد و كذا لو استقل بإثبات اليد على حر صغير أو مجنون فتلّف بسبب كلدغ حيه أو وقوع حائط فإنه غضب عند الشيخ كما سيأتى مع أنه ليس بمال، فلذا بدّل العلامه فى التبصره و تبعه البعض من جماعه المتأخرين المال بالحق فقالوا: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانا.

(٩) أى لا يعدّ مالا عند العرف لقلته.

(١٠) أى الغضب.

(١١) بما لا يتمول عرفا.

(١٢) رد ما لا يتمول عرفا.

(١٣) أى عدم الماليه عرفا.

(١٤) فى تعريف الغصب.

(١٥) أى ما يصدق عليه المال لغه و إن لم يكن مالا عرفا.

ص: ٩

أو يدعى إطلاق المال عليه (١).

و يفرق بينه (٢) و بين المتمول و هو (٣) بعيد، و على الحر (٤) الصغير و المجنون إذا تلف تحت يده بسبب. كلدغ (٥) الحيه، و وقوع الحائط. فإنه يضمن (٦) عند المصنف و جماعه كما اختاره فى الدروس، فلو أبدل (٧) المال (٨) بالحق لشمل جميع ذلك (٩).

و أما من ترتبت يده (١٠) على يد الغاصب جاهلا به (١١)، و من سكن دار غيره غلطا، أو لبس ثوبه خطأ فإنهم ضامنون و إن لم يكونوا غاصبين، لأن (١) أى يدعى إطلاق لفظ المال عليه عرفا و إن كان مما لا يتمول، و هو بعيد لأن الظاهر من المتمول ما كان مالا.

(٢) بنى ما يطلق عليه عرفا أنه مال و هو غير متمول.

(٣) أى التفريق.

(٤) عطف على حق الغير، أى و بالاستقلال بإثبات اليد على الحر الصغير و المجنون فمات لسبب فإنه يضمن لأنه غاصب كما عليه الشيخ، مع أنه ليس استقلالا لإثبات اليد على مال الغير، فلذا بدّل المال بالحق كما عليه جماعه كما تقدم.

(٥) اللدغ للحيه لسعتها كلدغ العقرب.

(٦) أى المستقل بإثبات يده على الحر الصغير و المجنون.

(٧) بسبب غصبه، و الضمان فقط لا يوجب الغصبيه كما هو واضح.

(٨) أى المصنف.

(٩) أى مال الغير الوارد فى تعريف الغصب.

(١٠) و لكن أشكل عليه بأنه يشمل سائر الحقوق أيضا كحق القسم بين الزوجات و حق الشفعه مما لا يعدّ الاستيلاء عليها غصبا، و أشكل عليه أيضا بأن للغصب أحكاما منها الاثم و منها وجوب رده إلى مالكة و منها الضمان عند التلف، و عليه فإثبات يده على حق التحجير و حق المسجد لو كان غصبا لتحقق الاثم مع أنه لا ضمان قطعا، و قد تردد الشارح فى وجوب الرد إلى الأول.

(١١) هذا و أشكل على التعريف المذكور للغصب من أنه لا يشمل من ترتبت يده على يد الغاصب جاهلا و كذا من سكن دار غيره أو لبس ثوبه غلطا فإنهم ضامنون، فيجب إدخالهم فى التعريف، و لذا لا بدّ من تغيير لفظ العدوان الوارد بالتعريف بلفظ بغير حق و أورد عليهم الشارح بأن ثبوت الضمان عليهم لا يجعلهم غاصبين، لأنه ليس كل ضامن غاصب، إذ الغاصب هو الضامن مع الاثم و هؤلاء لا إثم عليهم.

الغضب من الأفعال المحرمة (١) في الكتاب (٢) و السنه بل الإجماع، و دليل العقل (٣) فلا يتناول (٤) غير العالم و إن شاركه (٥) في بعض الأحكام (٦)، و إبدال العدوان بغير حق ليتناولهم من حيث إنهم ضامنون ليس بجيد، لما ذكرناه (٧)، و كذا (٨) الاعتذار بكونه بمعناه أو دعوى (٩) الاستغناء عن القيد (١٠) أصلا ليشملهم، بل الأجود الافتقار إلى قيد العدوان الدال على الظلم.

و قد تلخص: أن الأجود في تعريفه أنه الاستيلاء على حق الغير عدوانا، و أن أسباب الضمان غير منحصره فيه (١١).

(١) بالغضب.

(٢) التي توجب الاثم.

(٣) و قد تقدم عرض بعض الأدله من الكتاب و السنه في أول الفصل.

(٤) أى الغضب.

(٥) أى شارك غير العالم العالم.

(٦) أى فى بعض أحكام الغضب كالضمان و وجوب الرد إلى المالك.

(٧) من أنهم ضامنون و لكن غير غاصبين.

(٨) أى ليس بجيد أيضا الاعتذار عن الإشكال الوارد على تعريف الغضب، بأن لفظ (العدوان) بمعنى لفظ (بغير حق)، لأن العدوان متضمن للإثم المترتب على العالم، بخلاف غير الحق فإنه يشمل الجاهل الذى لا إثم عليه لعذره من ناحيه جهله.

(٩) أى و ليس بجيد.

(١٠) أى قيد العدوان فى تعريف الغضب.

(١١) فى الغضب، بل الضمان لقاعده اليد المأخوذه من النبوى (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١)، و إما لقاعده الإلتلاف و هى (من أتلف مال غيره فهو له ضامن) و هى قاعده متصيده من النصوص كما سيأتى، و إما لقاعده الضرار كما سيأتى بيانه، مع أن الضمان فى الغضب مسبب عن قاعده اليد، و مما تقدم تعرف أن الغضب مختص بالعدوان و هو مضمون عليه، و أن من أتلف مباشره أو تسيبيا من دون استيلاء فهو غير غاصب و إن كان مضمونا عليه لقاعده الإلتلاف أو الضرار، و كذا من استولى على مال الغير بغير عدوان فإنه مضمون عليه لقاعده اليد، و ليس بغصب لعدم الاثم و عدم العدوان.

ص: ١١

و حيث اعتبر في الضمان (١) الاستقلال و الاستيلاء (فلو منعه من سكنى داره) و لم يثبت المانع يده عليها (٢)(أو) منعه (من إمساك دابته المرسله) كذلك (٣) فليس (٤) بغاصب لهما (٥) فلا يضمن (٦) العين لو تلفت، و لا الأجره (٧) زمن المنع، لعدم إثبات اليد الذى هو جزء مفهوم الغصب.

و يشكل (٨) بأنه (٩) لا- يلزم من عدم الغصب عدم الضمان، لعدم انحصار (١) لم يؤخذ الاستقلال أو الاستيلاء فى مفهوم الضمان، إذ قد يضمن مع عدم الاستيلاء و الاستقلال إذا أتلّف مال الغير مباشره أو تسببها فالضمان لقاعده الإلتلاف.

نعم قد أخذ الاستقلال أو الاستيلاء فى مفهوم الغصب، فلو أبدل الضمان هنا بالغصب لكان الأولى، و السياق الآتى يدل عليه.

(٢)على الدار.

(٣)و لم يثبت المانع يده عليها، و كذا لو منعه من القعود على بساطه مع عدم إثبات يد المانع على البساط فلا يضمن و إن تلف الدار أو الدابه أو البساط لعدم صدق الغصب الموجب للضمان، و عدم الغصب لعدم إثبات يده هذا على المشهور.

و عن البعض كما فى التذكرة أنه يضمن و إن لم يكن غاصبا، لإمكان الضمان بسبب غير الغصب، و هو الإلتلاف، و قد تقدم أن قاعده الإلتلاف موجه للضمان.

و استشكل فيه العلامه فى التذكرة، إلا أن الشارح فى المسالك و الروضه هنا و تبعه عليه غيره أن ما ذهب إليه المشهور من عدم الضمان مختص بما لا- يكون المانع سببا فى إلتلاف العين من الدار و الدابه و البساط بحيث اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبره فى حفظ الدار، و كون ركوب الدابه من قبل المالك غير معتبر فى حفظ الدابه كما يتفق للكثير من الدور و الدواب.

أما لو كان حفظ العين من الدار متوقفا على سكنائها، و حفظ العين من الدابه متوقفا على ركوبها لضعفها أو لكونها فى أرض مسبعه فالمتجه الضمان، نظرا إلى كون المانع هنا سببا قويا فى الإلتلاف مع ضعف المباشر، و هو المحكى عن الشهيد فى بعض فتاواه، و المحقق الثانى و استحسنته فى الرياض.

(٤)أى المانع.

(٥)للكار و الدابه.

(٦)عدم الضمان لعدم الغصب.

(٧)و هى إجراء المثل للمنافع الفائتة غير المستوفاه.

(٨)أى عدم الضمان.

(٩)أى بأن الشأن و الواقع.

السبب فيه (١)، بل ينبغي أن يختص ذلك (٢) بما لا يكون المانع سببا في تلف العين بذلك (٣)، بأن اتفق تلفها (٤) مع كون السكنى غير معتبره في حفظها (٥) و المالك (٦) غير معتبر في مراعاة الدابه كما يتفق لكثير من الدور و الدواب، أما لو كان حفظه (٧) متوقفا على سكنى الدار و مراعاة الدابه (٨) لضعفها أو كون أرضها (٩) مسبعه (١٠) مثلا. فإن المتجه الضمان (١١) نظرا إلى كونه (١٢) سببا قويا مع ضعف المباشر (١٣).

و مثله (١٤) ما لو منعه من الجلوس على بساطه فتلف (١٥) أو سرق (١٦) أو غصب الأم (١٧) فمات ولدها جوعا، و هذا (١٨) هو الذى اختاره المصنف فى بعض فوائده، و إن أتبع هنا و فى الدروس المشهور (١٩).

(١) أى لعدم انحصار سبب الضمان فى الغصب.

(٢) من عدم الضمان كما عليه المشهور.

(٣) بسبب منع المانع.

(٤) أى تلف العين.

(٥) أى حفظ الدار.

(٦) عطف على السكنى.

(٧) أى ما ذكر من الدار و الدابه.

(٨) من قبل مالكها.

(٩) أى أرض الدابه.

(١٠) أى أرضها ذات أسباع.

(١١) لكون المانع سببا فى الإلتلاف.

(١٢) أى كون المانع.

(١٣) أى المباشر للإلتلاف.

(١٤) أى و مثل المانع من سكنى الدار و من إمساك الدابه المرسله.

(١٥) أى البساط.

(١٦) أى البساط و فيه نظر، لأن السارق مباشر و هو أقوى من السبب المانع.

(١٧) أى غضب الحيوان فمات ولده جوعاً، و الضمان متوقف على كون الولد غير معتاد لأكل غير اللبن، أو لكون الام معتبره فى تغذيه.

(١٨) أى الضمان مع كون المانع سبباً قوياً فى إتلاف العين الممنوعه.

(١٩) من عدم الضمان.

ص: ١٣

أما لو منعه من بيع متاعه (١) فنقصت قيمته السوقية مع بقاء العين و صفاتها لم يضمن قطعاً، لأن الفأنت ليس مالا بل اكتسابه (٢).

(و لو سكن معه (٣) قهراً) فى داره (فهو غاصب للنصف) عينا و قيمه (٤)، لاستقلاله (٥) به (٦)، بخلاف النصف الذى بيد المالك، هذا (٧) إذا شاركه (٨) فى سكنى البيت على الاشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما لو اختص (٩) (١) لو منعه من بيع متاعه فتلف بحيث لو لا المنع لما حصل التلف، فالمنع حينئذ سبب فى الإلتلاف فيضمن، نعم لو نقصت قيمته السوقية مع بقاء عينه و صفته على حالها فعدم الضمان كما فى المسالك، لأن الفأنت ليس بمال، و أشكل عليه بأنه نفى الضمان لعدم المالىه مبنى على كون الضمان مسبباً عن قاعده الإلتلاف، و أما لو كان الضمان مسبباً عن قاعده الإضرار لاتجه الحكم بالضمان كما فى الرياض لصدق الإضرار المنفى شرعاً هنا، و ليس فيه ما يقتضى تخصيص الضرر المنفى بما يكون متعلقه مالا.

(٢) أى بل منفعتة التى كانت تحصل بالاكتساب فهو المال.

(٣) لو سكن الغاصب قهراً مع المالك فى داره ففى الضمان قولان، مبنيان على الاختلاف فى تعريف الغصب، فإن قلنا إنه الاستيلاء على مال الغير فالغاصب هنا مستولى و إن كان مع المشاركه فيضمن كما عليه الأكثر، غير أنه يضمن النصف مع فرض تساوى أيديهما على الدار، و هذا كله إذا كان المالك واحداً و أما لو كان اثنين فيلزم الغاصب الثلث، و لو كانوا ثلاثة لزمه الربع، لأن الضمان على نسبة ما استولى عليه إن نصفاً فنصفاً و إن ثلثاً فثلثاً و هكذا.

و إن قلنا إن الغصب هو الاستقلال على مال الغير فالغاصب هنا غير مستقل بإثبات يده على جميع الدار، لأن الفرض عدم رفع يد المالك فلا- يضمن، و هذا ما ذهب إليه المحقق، و لا ريب فى ضعفه حتى على القول بدخول الاستقلال فى مفهوم الغصب لتحقق الاستقلال هنا بالنسبة إلى النصف المشاع.

(٤) إما أن يكون المراد بها قيمه العين على تقدير التلف، و إما أن يكون المراد بها قيمه المنفعة المستوفاه من السكنى و هى أجره ما سكن.

(٥) أى استقلال الغاصب، و فى هذا رد على المحقق.

(٦) بالنصف المشاع.

(٧) أى الحكم المذكور.

(٨) أى شارك الغاصب المالك.

(٩) أى الغاصب.

بمعين (١) اختص بضمانه (٢) كما لو اختص (٣) بيت من الدار و موضع خاص من البيت الواحد، و لو كان (٤) قويا مستوليا و صاحب الدار ضعيفا اضمحلت يده معه (٥) احتمال قويا ضمان الجميع.

(و لو انعكس) الفرض بأن (ضعف الساكن (٦) الداخل على المالك عن مقاومته و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته (٧)(ضمن) الساكن (أجره ما سكن) (٨) لاستيفائه (٩) منفعته (١٠) بغير إذن مالكة.

(و قيل) و القائل المحقق و العلامة و جماعه: (و لا يضمن) الساكن (العين) (١١)، لعدم تحقق الاستقلال باليد على العين الذى (١٢) لا يتحقق الغصب بدونه (١٣)، (١) أى بموضع معين من الدار.

(٢) لصدق الاستقلال فضلا عن الاستيلاء الموجبين للغصب، الذى هو سبب مستقل للضمان.

(٣) أى الغاصب.

(٤) أى الغاصب، ما تقدم من ضمان النصف على الغاصب على فرض تساوى أيديهما على الدار، فلو كانت يد الغاصب أقوى اتجه ضمان الغاصب لجميع الدار، لصدق الاستقلال أو الاستيلاء على الجميع، و لو كانت يد المالك أقوى اتجه عدم ضمان الجميع على الغاصب لعدم صدق الاستقلال أو الاستيلاء، نعم لا بد من ضمان أجره المنفعة المستوفاه و هى أجره ما سكن و لو كانت يده ضعيفه لقاعده الإلتلاف، و هذا ما عليه المحقق و العلامة و جماعه و فيه: أنه لو كانت يد المالك أقوى لصدق مفهوم الاستيلاء على يد الغاصب، و هذا ما يوجب ضمان نصف العين لتساوى أيديهما على الدار.

(٥) أى مع الغاصب.

(٦) أى الغاصب.

(٧) أى مع قدره المالك على المنع.

(٨) دون ضمان أهل الدار.

(٩) أى استيفاء الساكن.

(١٠) أى منفعه ما سكنه.

(١١) مع ضعف الساكن الداخل على المالك.

(١٢) صفة للاستقلال.

(١٣) أى بدون الاستقلال، و لا استقلال هنا لعدم رفع يد المالك، بل و لا استيلاء لضعف الساكن.

و نسبتہ (۱) إلى القول يشعر بتوقفه (۲) فيه (۳).

و وجهه (۴) ظهور استيلائه (۵) على العين التي انتفع بسكنائها، و قدره المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقق العدوان (۶).

نعم لو كان المالك القوي نائبا (۷) فلا شبهه في الضمان لتحقق الاستيلاء.

في أن مدّ مقود الدابه غصب لها

(و مدّ مقود الدابه) (۸) بكسر الميم و هو الحبل الذي يشد بزمامها (۹) أو لجامها (۱۰) (غصب للدابه) و ما يصحبها للاستيلاء عليها عدوانا (إلا- أن يكون صاحبها راكبا) عليها (قويا) على دفع القائد (مستيقظا) حاله القود غير نائم فلا يتحقق الغصب حينئذ (۱۱)، لعدم الاستيلاء.

(۱) أي نسبه عدم الضمان.

(۲) أي توقف المصنف.

(۳) في عدم الضمان.

(۴) أي وجه التوقف.

(۵) أي استيلاء الساكن.

(۶) فيجب أن يضمن النصف حينئذ.

(۷) أي بعيدا عن الدار، ما تقدم كان مبني على حضور المالك، و لو كان المالك بعيدا عن الدار و قد دخلها الساكن بقصد الاستيلاء فهو غاصب و إن كان الداخل ضعيفا و صاحب الدار قويا، لأن الاستيلاء حاصل في الحال، و أثر قوه المالك و سهوله إزالته و الانتزاع من يده ليس بمتحقق في الحال.

(۸) لو مدّ بمقود الدابه فقادها بقصد الاستيلاء، فهو غاصب لها و يضمن، و لو كان المالك حاضرا عندها لكن غير مثبت يده عليها، و هو غاصب لأنه مستقل و مستولى عليها، و منه تعرف أن المراد من مدّ مقود الدابه الوارد في المتن هو قودها بقودها نعم لا- يضمن لو كان صاحبها راكبا لها و كان قادرا على منع الغاصب لعدم صدق الاستيلاء فضلا عن الاستقلال مع استمرار يد المالك عليها.

و مثله ما لو ساقها بقصد الاستيلاء فهو غاصب إلى آخر ما تقدم في قود الدابه.

(۹) و هو ما يجعل في أنف البعير.

(۱۰) و هو ما يجعل في فم الدابه.

(١١) حين كون المالك راكبا قويا مستيقظا.

ص: ١٦

نعم لو اتفق تلفها بذلك (١) ضمنها (٢)، لأنه جان عليها.

و لو لم تتلف هل يضمن منفعتها زمن القود؟ يحتمل قويا ذلك (٣)، لتفويتها بمباشرته و إن لم يكن غاصبا كالضعيف الساكن (٤) و لو كان الراكب ضعيفا عن مقاومته (٥)، أو نائما فلا ريب في الضمان، للاستيلاء و لو ساقها (٦) قدامه بحيث صار مستوليا عليها لكونها تحت يده، و لا جراح لها (٧) فهو غاصب، لتحقق معناه (٨)، و لو ترددت بالجراح حينئذ (٩)، أو غيره فتلفت أو عابت ضمن، للسببيه.

في أن غصب الحامل غصب للحمل

(و غصب الحامل غصب للحمل) (١٠)، لأنه (١١) مغصوب كالحامل، (١) بالقود.

(٢) لقاعده الإلتلاف و إن لم يكن غاصبا لها.

(٣) أي ضمان المنفعه.

(٤) في دار المالك القوى فإنه يضمن ما سكنه.

(٥) أي مقاومه القائد.

(٦) السائق كالقائد في جميع ما تقدم.

(٧) للدابه، و جراح الدابه سرعتها و غلبتها للفارس، و في مجمع البحرين إذا ذهب في عدوه و لا يرده شيء.

(٨) معنى الغصب من الاستيلاء عليها حينئذ.

(٩) التردى هو الوقوع في الهلاك، و قوله (حينئذ) أي حين سوقها قدامه، و هو إشاره إلى سببته السوق للتلف و لو بواسطة الجراح أو غيره فإنه يضمن لقاعده الإلتلاف بعد كونه سببا في ذلك.

(١٠) غصب الأمه الحامل غصب للحمل، و كذا غصب الدابه الحامله غصب لحملها، بلا خلاف فيه و لا إشكال لثبوت يده استقلالاً و استيلاء عليهما معا فهو لهما ضامن.

و أما حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد فعن العلامه في التذكرة و التحرير تبعا للمحقق في الشرائع أنه يضمن حملها أيضا لعموم قاعده اليد، و لكن عن العلامه في القواعد و الشهيد في الدروس و المحقق الثاني في جامعه و الشارح في المسالك و الروضه هنا و غيرهم عدم الضمان، لعدم كون الحمل مبيعا حتى يضمن بقاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، فالحمل حينئذ أمانه في يد المشتري.

و فيه مع فرض عدم إذن المالك إلا- الاذن البيعيه التي فرض عدمها يتبين فساد قبض الحمل فيتجه الضمان لعدم الاذن بعدم

عموم قاعده اليد التي هي مسبب قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

(١١) أي الحمل.

ص: ١٧

و الاستقلال باليد عليه (١) حاصل بالتبعيه لأمه، و ليس كذلك حمل المبيع فاسدا حيث لا يدخل في البيع، لأنه (٢) ليس مبيعا فيكون أمانه في يد المشتري، لأصالة عدم الضمان، و لأنه (٣) تسلمه بإذن البائع، مع احتمالته (٤)، لعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» (٥). و به (٦) قطع المحقق في الشرائع (و لو تبعها الولد) حين غضبها (ففي الضمان) للولد (قولان) مأخذهما عدم إثبات اليد عليه (٧). و أنه (٨) سبب قوى.

و الأقوى الضمان و هو الذي قرّبه في الدروس.

في الأيدي المتعاقبه على المغصوب

(و الأيدي المتعاقبه على المغصوب أيدي ضمان) (٩)، سواء علموا جميعا (١) على الحمل.

(٢) أي حمل المبيع.

(٣) أي المشتري.

(٤) أي احتمال ضمان الحمل.

(٥) و هو نبوى مشهور (١).

(٦) أي بضمان حمل المبيع فاسدا.

(٧) على الولد فلا يضمن.

(٨) أي الغاصب للأمم سبب قوى في تبعيه الولد لأمه، هذا و قد تردد في الضمان و عدمه كلّ من المحقق في الشرائع، و العلامه في القواعد و الإرشاد و ولده في الإيضاح، و غيرهم و لم أجد من جزم بعدم الضمان، نعم قرب الشهيد في الدروس الضمان و قد جعله الشارح هنا في الروضه أقوى.

(٩) لو تعاقبت الأيدي على المغصوب تخير المالك في إلزام أيهم شاء، أو إلزام الجميع أو البعض على حد سواء أو مختلفا بلا خلاف فيه لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدي) (٢)، و المغصوب قد وقع تحت يد كل واحد منهم، نعم من وضع يده على المغصوب جاهلا فليس بغاصب، لاشتراط الغضب مفهوما بقيد العدوان، و هو منفي عن الجاهل إلا أن الضمان غير منفي عنه بعد ثبوت يده على المغصوب و عموم قاعده اليد.

و قيّدنا الأيدي بالتعاقب احترازا عما لو اجتمعت الأيدي على المغصوب فلا يرجع المالك على كل منهم بكل المغصوب، بل يرجع على الجميع بالسويه.

- ١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، رقم الحديث ٥١٩٧.
- ٢- (٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، و كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، رقم الحديث: ٥١٩٧.

بالغضب أم جهلوا أم بالتفريق، لتحقق التصرف في مال الغير بغير إذنه فيدخل في عموم، على اليد ما أخذت حتى تؤدي، وان انتفى الاثم عن الجاهل بالغضب (١) (فيتخير المالك في تضمين من شاء) منهم العين و المنفعه (٢) (أو) تضمين (الجميع) بدلا واحدا (٣) بالتقسيط (٤) و إن لم يكن متساويا، لأن جواز الرجوع على كل واحد بالجميع يستلزم جواز الرجوع بالبعض. و كذا له تقسيط ما يرجع به (٥) على أزيد من واحد، و ترك الباقيين، لما ذكر (٦).

(و يرجع الجاهل منهم بالغضب) إذا رجع (٧) عليه (٨) (على من (٩) غزّه) (١) و ينتفى عن الجاهل عنوان الغضب أيضا لعدم العدوان من الجاهل.

(٢) أي منفعه العين الفائته.

(٣) أي بدل العين على تقدير تلفها.

(٤) أي بالتوزيع على الجميع، و إن لم يكن ما يرجع به على البعض مساويا لما يرجع به على البعض الآخر.

(٥) أي ما يرجع به المالك من الجميع أو البعض.

(٦) من جواز رجوع المالك بالجميع على كل واحد، فيجوز له ترك الباقيين سواء رجع على البعض بالجميع أو بالعوض.

(٧) أي المالك.

(٨) على الجاهل.

(٩) متعلق بقول الماتن (و يرجع الجاهل منهم)، و قد تقدم أن الأيدي المتعاقبه ضامنه بلا فرق بين العالم و الجاهل، نعم الفرق بينهما في استقرار الضمان و بيانه.

إن الأول غاصب عالم فلو باع المغصوب على ثان، فإن كان الثاني عالما فهو كالغاصب الأول يطالب بكل ما يطالب به الأول، حتى إذا تلف المغصوب في يده فاستقرار ضمانه عليه بحيث لو غزّم لم يرجع على الأول، و لو غزّم الأول رجع عليه.

و إن كان الثاني جاهلا بالغضب فإن كانت يده يد ضمان كالعاريه المضمونه و المقبوض بالبيع الفاسد استقر الضمان على الثاني على ما تقدم بيانه في الشق. الأول، و إن كانت يده يد أمانه كالوديعة و القراض و الرهن و الوكاله استقر الضمان على الغاصب بحيث لو رجع المالك على الثاني ببديل العين على تقدير التلف، رجع الثاني على الغاصب الأول لقاعده المغرور يرجع على من غزّه، و لو رجع المالك على الأول الغاصب ببديل العين على تقدير التلف فلا يرجع الأول على الثاني الجاهل و لو تلفت العين تحت يده.

فسلطه (١) على العين، أو المنفعة و لم يعلمه بالحال (٢)، و هكذا الآخر (٣) إلى أن يستقر الضمان على الغاصب العالم و إن لم تتلف العين في يده (٤).

هذا (٥) إذا لم تكن يد من تلفت (٦) في يده (٧) يد ضمان كالعاريه المضمونه، و إلا (٨) لم يرجع على غيره، و لو كانت أيدي الجميع عاديه تخيّر المالك كذلك (٩) و يستقر الضمان على من تلفت العين في يده فيرجع غيره (١٠) عليه (١١) لو رجع (١٢) عليه (١٣) دونه (١٤)، و كذا يستقر ضمان المنفعة على من استوفاهما عالما (١٥).

في أن الحر لا يضمن بالغصب

(و الحر لا يضمن بالغصب) (١٦) عينا و منفعه، لأنه ليس مالا فلا يدخل - و من هذا البيان يتضح أن استقرار الضمان على من تلف المغصوب تحت يده إذا كانوا غاصبين جميعا، و استقرار الضمان على الغاصب العالم و إن لم تتلف العين تحت يده إذا كان بعضهم جاهلا بالغصبيه إلا أن تكون يده يد ضمان فاستقرار الضمان على من تلف المغصوب تحت يده.

(١) أي سلط الغارّ المغرور.

(٢) أي بحال مغصوبه العين.

(٣) الذي رجع عليه المغرور، لو كان هو مغرورا أيضا.

(٤) أي يد الغاصب العالم، بل كان التلف في يد الجاهل.

(٥) أي رجوع الجاهل على من غرّه.

(٦) و هو جاهل بالغصب.

(٧) بأن كانت يده يد ضمان و هو جاهل بالغصب.

(٨) من العدوان.

(٩) في الرجوع عليهم أو بعضهم.

(١٠) غير من تلفت العين تحت يده.

(١١) على من تلفت العين تحت يده.

(١٢) أي المالك.

(١٣) أي على غير من تلفت العين عنده.

(١٤) دون من تلفت العين عنده.

(١٥) أى عالما بالغصب بحيث لو رجع المالك على غيره، رجع هذا الغير على المستوفى العالم.

(١٦) الحر لا يضمن بالغصب، لأنه ليس بمال، نعم يضمن الحر بالجناية على نفسه أو أطرافه -

ص: ٢٠

تحت اليد (١).

هذا (٢) إذا كان كبيرا عاقلا- إجماعا، أو صغيرا فمات من قبل الله تعالى، و لو مات بسبب كلدغ الحيه، و وقوع الحائط ففى ضمانه قولان للشيخ (٣)، و اختار المصنف فى الدروس الضمان، لأنه (٤) سبب الاتلاف، و لأن الصغير لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه، و عروضها (٥) أكثرى (٦) فمن ثم رجّح (٧) السبب (٨).

و هذا محلله الجنايات، و كذا يضمن باستيفاء منفعتة بأن استخدمه، و لكن لا يضمن لو وضع اليد عليه، لأنه ليس بمال فلا يدخل تحت اليد، فلو مات من قبل الله أو لسبب خارجى فلا- يضمن الغاصب، نعم لو كان الموت من قبل الغاصب لضمن جنايته، نعم فى الصغير و المجنون لو مات بسبب كلدغ الحيه و العقرب و وقوع الحائط فيضمنه الغاصب كما عن الشيخ فى المبسوط و قواه العلامه فى المختلف و الشهيد فى الدروس، و استدل لهم بأن الغضب سبب التلف و بخير و هب عن جعفر عن أبيه عليه السلام (أن عليا عليه السلام كان يقول: و من استعار حرا صغيرا فغيب ضمنى) (١) بناء على أن الاستعاره أهون من الغضب و فيه أن الخبر ضعيف السند غير منجبر بعمل الأصحاب، و غصبه لم يكن سببا لتلفه بحسب الفرض و الأصل عدم الضمان كما ذهب إليه جماعه، و لذا اتفق الجميع على عدم ضمان الصغير لو غصبه فمات من قبل الله تعالى.

(١) على تقدير تلفه تحت يد الغاصب، و أما على تقدير إتلافه فهو ضامن لجنايته.

(٢) أى عدم ضمان الحر.

(٣) فقد ذهب الشيخ فى المبسوط إلى الضمان فى باب الجراح، و فى نفس الكتاب فى باب الغضب إلى عدم الضمان.

(٤) أى الغاصب.

(٥) أى عروض المهلكات.

(٦) و الغاصب قد عرّضه لها بغصبه.

(٧) أى المصنف.

(٨) أى سبب الإتلاف على مباشره من لدغ الحيه أو وقوع الحائط و فيه أن دليله الثانى تعليل للأول، و الأول مردود إذ لا يعتبر الغاصب سببا للتلف عرفا، و لا يسند التلف إليه عرفا.

ص: ٢١

و الظاهر أن حدّ الصغر العجز عن دفع ذلك (١) عن نفسه حيث يمكن الكبير دفعها عادة، لا عدم (٢) التمييز، و ألحق به (٣) المجنون، و لو كان بالكبير خبل (٤)، أو بلغ مرتبه الصغير لكبر، أو مرض ففى إلحاقه به (٥) وجهان (٦).

(و يضمن الرقيق) بالغصب، لأنه (٧) مال (و لو حبس الحر مده) (٨) لها أجره عادة (لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله)، لأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له (٩)، سواء كان قد استأجره لعمل فاعتقله و لم يستعمله أم لا.

نعم لو كان قد استأجره مده معينه فمضت (١٠) زمن اعتقاله و هو (١١) باذل (١) أى دفع المهلكات، لأن المراد من الصغير هو من يعجز عن دفع هذه المهلكات بحسب العاده، و لذا ألحق فى الدروس المجنون به، و استحسنته فى المسالك، و كذا يجب إلحاق الكبير الذى به خبل أو بلغ رتبه الصغير لمرض أو كبر، و لا معنى للتوقف فيه كما فى جامع المقاصد و الروضه هنا.

و مما تقدم تعرف أن الصغير لو مات بسبب يوجب موته حتى فى الكبر فلا يضمن الغاصب، و الذى يخفف الخطب فى الجميع، أن الجميع مبنى على القول بالضمان، و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى و ليس حد الصغر الموجب للضمان هو عدم التمييز.

(٣) بالصغير، و الذى ألحقه به هو الشهيد فى الدروس.

(٤) أى فساد العقل الذى لم يبلغ رتبه الجنون.

(٥) بالصغير.

(٦) وجه الضمان قد عرفته، و وجه عدم الضمان عدم صغره مع أن موضوع الضمان هو غصب الصغير، و قد عرفت ضعفه مما تقدم.

(٧) أى الرقيق بلا خلاف فى الحكم و لا إشكال.

(٨) اعلم أنه لو استخدم حراً فعليه الأجره بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن منفعتة متقومه بالماليه حين الاستيفاء فهو كمن أخذ مال غيره، و لو حبس صانعا لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به بلا خلاف فيه، لأن الحر لا يدخل تحت اليد فلا تدخل منافعه، لأن منافعه تحت قبضته كثيابه الباقيه تحت يده، و إن كان الحابس ظالماً و آثماً بحبسه و منعه من العمل.

بخلاف العبد فلو حبسه لضمن منافعه، لأن منافع العبد تحت قبضه السيد فكان غصبه كغصب منافعه مضمونه على الغاصب.

(٩) للحر.

(١٠) أى مده الاستئجار.

(١١) أى الأجير المعتقل.

نفسه للعمل استقرت الأجره لذلك (١)، لا للغصب (بخلاف الرقيق) لأنه مال محض و منافعه كذلك (٢).

فى أن خمر الكافر المستتر بها محترم

(و خمر الكافر (٣) المستتر) بها (محترم يضمن بالغصب) مسلما كان الغاصب أم كافرا، لأنها مال بالإضافه إليه (٤) و قد أقرّ عليه (٥) و لم تجز مزاحمته فيه.

و كان عليه تأنيث ضمائر الخمر (٦)، لأنها مؤنث سماعى.

و لو غصبها من مسلم، أو كافر متظاهر فلا ضمان، و إن كان (٧) قد اتخذها للتخليل، إذ لا قيمه لها فى شرع الإسلام. لكن هنا (٨) يَأْتَمُّ الغاصب.

(١) للاستحجار مع بذل نفسه للعمل، و عدم الاستيفاء إنما هو لتقصير من المستأجر.

(٢) أى مال محض.

(٣) الأصل فى الخمر عدم المالىه و لذا وجب إهراقها فلو غصب من مسلم سواء كان الغاصب مسلما أم كافرا فلا يضمن، إذ لا قيمه لها فى شرع الإسلام، بلا فرق بين كون الخمر عند المسلم للتخليل أم لا.

و كذا لا تضمن الخمر لو غصبت من الكافر المتظاهر بها.

و أما لو غصبت من الذمى المستتر بها، فالغاصب ضامن سواء كان كافرا أم مسلما بلا خلاف فيه، لأنها مال بالإضافه إليه، و قد أقر عليه و لم يجز مزاحمته فيه.

ثم إن كان الغاصب مسلما لزمه قيمتها عند مستحليها بالاتفاق، لتعذر إزام المسلم بمثلها شرعا و لاستحاله ثبوت الخمر فى ذمه المسلم، و إن كانت القاعده تقتضى الضمان بالمثل و إن كان الغاصب كافرا فيلزمه قيمتها عند مستحليها أيضا كما عليه الأكثر، لامتناع الحكم شرعا بثبوت الخمر فى ذمه أحد و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فيمتنع الحكم بالمثل و يجب الانتقال إلى القيمه كما لو تعذر المثل فى المثلى.

و عن القاضى ابن البراج فى مهذبته القول بضمان المثل و هو المحكى عن أبى حنيفه، لأنها مال مملوك بالنسبه إلى الغاصب و الخمر مثليه فتضمن بمثلها، و قد أمرنا بإقرارهم على ما عندهم.

نعم فى جامع المقاصد و المسالك تقييد ضمان القيمه بما إذا ترافعوا إلينا، و هو حسن.

(٤) أى الكافر و يجب تقييده بالذمى.

(٥) على هذا المال بشرط الاستتار به.

(٦) فى قوله: (محترم و يضمّن و قيمته و مستحليه).

(٧) أى المسلم.

(٨) فيما لو اتخذها المسلم للتخيل.

ص: ٢٣

و حيث يضمن الخمر يعتبر (بقيمته عند مستحليه)، لا بمثله و إن كان بحسب القاعده مثليا، لتعذر الحكم باستحقاق الخمر في شرعنا و إن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها.

و لا فرق في ذلك (١) بين كون المتلف مسلما أو كافرا على الأقوى (٢).

و قيل: يضمن الكافر المثل، لا مكانه (٣) في حقه من حيث إنه مثلي مملوك له (٤) يمكنه دفعه سرا.

و ردُّ بأن استحقاقه كذلك (٥) يؤدي إلى اظهاره (٦)، لأن (٧) حكم المستحق (٨) أن يحبس غريمه لو امتنع من أدائه (٩)، و إلزامه (١٠) بحقه، و ذلك (١١) ينافي الاستتار (١٢).

(و كذا) الحكم في (الخنزير)، إلا أن ضمان قيمه الخنزير واضح (١٣) لأنه قيمي حيث يملك.

في ما لو اجتمع المباشر و السبب

(و لو اجتمع المباشر) (١٤)...

(١) في ضمان الخمر بالقيمه لا بالمثل.

(٢) أشار إلى خلاف القاضي ابن البراج في ضمان الخمر بالمثل لو كان الغاصب كافرا.

(٣) أى إمكان المثل.

(٤) للمتلف.

(٥) أى بضمن الخمر بمثله.

(٦) أى إظهار الكافر للخمر، و هو من باب إضافه المصدر إلى فاعله.

(٧) تعليل لإظهار الخمر من الكافر الذى سرقت منه.

(٨) أى مستحق مثل الخمر.

(٩) أداء المثل.

(١٠) أى إلزام الغريم بحق المستحق من المثل.

(١١) أى إلزام الغريم بدفع مثل الخمر.

(١٢) و فيه أن الممنوع على الذمى هو التظاهر بشربها و المعامله عليها، لا مطلق التظاهر بها.

(١٣) حتى لو كان الغاصب كافرا.

(١٤) قد تقدم أن الغصب موجب للضمان لقاعده اليد، و كذلك الإلتلاف يوجه أيضا بلا خلاف لقاعده من أتلف مال الغير فهو له ضامن، بل الإلتلاف أقوى فى الضمان، لأنه -

ص: ٢٤

-يوجب اشتغال الذمه بالضمان بخلاف مجرد الغصب فلا يوجب، بل يوجب دخول المغصوب في ضمانه بحيث لو تلف اشتغلت ذمته بالضمان.

و سببهِ الإِتلاف للضمان مما يدل عليها العقل بعد كون مال المسلم محترماً و النصوص الكثيره منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمرّ به الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره، فقال: كل شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه)(١) و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتدا أو أوتق دابه أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن)(٢) ، و خبر أبي الصباح الكناني عنه عليه السّلام (من أضرّ بشيء من طريق المسلمين له فهو له ضامن)(٣) ، و غيرها كثير مبثوث في أبواب الفقه خصوصاً ما ورد في الوكاله و المضاربه و الرهن و غيرها من الضمان عند التعدي و التفريط.

و كذلك حديث (لا ضرر و لا ضرار)(٤) يوجب الضمان كما عن البعض بدعوى أن عدم الضمان عند التلف ضررى على المالك، و الضرر منفي.

و فيه أن حديث نفي الضرر دال على نفي كل حكم شرعى ينشأ الضرر من إثباته، فالمنفى هو الحكم الشرعى الموجب للضرر، و لا يدل الحديث على وجوب تدارك الضرر المتحقق من غير جهة الحكم الشرعى و إلا لو تضرر أحد في تجارته مثلاً فلا يجب على المسلمين تداركه.

و عليه فالشارع قد حكم بالضمان في صورته التلف هنا لقاعده الإِتلاف.

هذا كله من جهة و من جهة أخرى فالإِتلاف قد يكون بالمباشره و قد يكون بالتسيب، و المباشره هو ما أوجب إِتلاف مال الغير بدون توسط فاعل آخر، فالمباشر هو الموجد لعلة التلف، و السبب هو كل فعل صار سبباً لعلة التلف فهو ملزوم عله التلف بحيث لا يلزم من وجوده وجود التلف، و لكن يلزم من عدمه عدم التلف كمن حفر البئر في طريق الغير فعثر ذلك الغير و وقع في البئر فمات فحفر البئر لم يكن عله التلف و إنما عله التلف الوقوع في البئر، لكن حفر البئر سبب في الوقوع فيه بحيث لم يلزم من حفره -

ص: ٢٥

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات حديث ٢.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب إحياء الموات حديث ٣.

-البئر الموت و إنما يلزم من عدم الحفر عدم الموت و لو عثر.

و قد كثرت كلمات الفقهاء فى تفريعهما على نحو لا- جامع بين كلماتهم و من أراد الاطلاع عليها فليراجع الجواهر فقد ذكر بعضها.

و إنما المدار على ما يضاف إليه الإتلاف حقيقه أو عرفا بدون توسط و هو المباشره أو مع التوسط و هو السبب و إلا فلم يرد فى النصوص لفظ السبب و لا المباشره حتى يقع هذا النزاع فى تحديد معناهما.

و من جهة ثالثه لا إشكال فى ضمان المباشر أو السبب على تقدير انفرادهما إذا أسند إلى أحدهما الإتلاف و أما لو اجتمعا قدم المباشر بلا- بخلاف ظاهر فيه كما لو سعى إلى ظالم بآخر فأخذ الظالم مال الآخر، و كما لو فتح بابا على مال فسرق، أو دل السراق إلى مال فسرقوه، فإن الضامن هو المباشر الذى هو الظالم فى الأول و السارق فى الأخيرين دون السبب، لأن المباشر هنا أقوى من السبب لأنه أقرب إلى التلف، و الفعل يسند إلى القريب من الأسباب دون البعيد الذى هو سبب السبب، و لأن التلف يسند إليه حقيقه بخلاف السبب فهو أضعف فى إيجاد الإتلاف و لا- يسند إليه حقيقه و لا عرفا، نعم يستثنى من ذلك ما لو ضعف المباشر و قوى السبب و له صور كثيره أهمها صورتان:

الغرور و الإكراه.

الصورة الأولى: لو قدم الغاصب طعام المغصوب إلى المغصوب منه ضيافه أو أمره بالأكل منه، و المغصوب منه جاهل بحقيقه الحال بل معتقد أنه طعام الغاصب، فالضمان على الغاصب الآخر و إن كان سببا، و لا ضمان على الأكل و إن كان مباشرا للإتلاف، لضعف مباشرته فى سببه الإتلاف عرفا لأنه مغرور، و يضمن الغاصب للمالك مع أنه هو الذى أكل، لأن الغاصب لم يسلمه إياه تسليمًا تاما يتصرف فيه بتصرف الملاك، و منه تعرف ما لو قدم إليه طعام الغير باعتقاد أنه طعام المقدم، و من هنا تعرف أن استقرار الضمان على من تلف فى يده المال مخصوص بما سمعت.

الصورة الثانية: ما لو أكره على إتلاف مال الغير، فالضمان على من أكره و إن كان سببا، و لا ضمان على المكره و إن باشر الإتلاف، لأن المباشره قد ضعفت مع الإكراه فكان السبب أقوى فى الإتلاف عرفا بلا خلاف فيه، و قد تقدم تحقيق معنى الإكراه فى شروط المطلق من كتاب الطلاق.

نعم فرّق الأصحاب بين مسأله الإكراه و مسأله الغرور، بعدم رجوع المالك على المكره بشيء بخلاف الجاهل المغرور، فالمالك يجوز له أن يرجع عليه لقاعده اليد، و إن رجع المغرور على من غره، و عدم رجوع المالك على المكره، لعدم اختياره فلا يشملها قاعده -

و هو موجود عله التلف (١) كالأكل (٢)، و الإحراق (٣)، و القتل (٤)، و الاتلاف (٥) (و السبب) و هو فاعل ملزوم العله (٦) كحافر البئر (٧) (ضمن المباشر (٨)، لأنه (٩) أقوى (إلا- مع الإكراه، أو الغرور) للمباشر (فيستقر الضمان في الغرور على الغاز (١٠)، و في الإكراه على المكره) (١١) لضعف المباشر بهما (١٢) فكان السبب أقوى -على اليد، لأنها ظاهره في اليد الاختياريه الشامله للمغرور الذي غرّ في أصل اختياره.

نعم استثنى من مسأله الإكراه ما لو أكرهه على القتل، فالجنايه على المباشر المكره و إن كان ضعيفا دون السبب المكره و إن كان قويا، لأنه لا تقيه في الدماء حيث إن التقيه قد شرّعت لحفظ الدم، فإذا وصلت إلى الدم فلا تقيه و تتمه هذا الاستثناء في كتاب القصاص.

و من جهه رابعه قد عرفت أن مع الاجتماع فالضمان على المباشر إلا إذا كان السبب أقوى فالضمان عليه كما في صورتى الإكراه و الغرور، إلا أن الأصحاب اختلفوا في مسائل كثيره مما قد اجتمع فيها السبب و المباشر، و الخلاف في الضمان فيها ناشئ من الخلاف في أقوائيه أحدهما حتى يضمن فلا تغفل.

(١) بلا توسط.

(٢) الذى هو عله تلف الطعام.

(٣) الذى هو عله التلف بالنار.

(٤) الذى هو عله إزهاق الروح.

(٥) أى إعدام الشئ.

(٦) لأنه عله التلف بواسطه، فهو سبب الواسطه، و الواسطه عله التلف، فهو سبب سبب التلف، و هو ملزوم عله التلف.

(٧) فحفر البئر و وقع فيه آخر بدفع ثالث، فالحافر سبب و الدافع مباشر.

(٨) عند الاجتماع، لأنه أقوى على ما تقدم، و قد تقدم الضمان على كل واحد منهما عند انفراده.

(٩) أى المباشر.

(١٠) فلو رجع المالك على المغرور، لرجع المغرور على الغاز، و لو رجع المالك على الغاز فلا يرجع على المغرور.

(١١) قد عرفت عدم جواز رجوع المالك على المكره فقط من دون جواز رجوع المالك على المكره حتى يرجع المكره على المكره.

(١٢) أى بسبب الإكراه و الغرور.

كمن (١) قَدَمَ طعاما إلى المغرور فأكله (٢) فقرار الضمان على الغاز فيرجع المغرور عليه (٣) لو ضَمَّن (٤).

هذا في المال أما في النفس (٥) فيتعلق بالمباشر مطلقا (٦)، لكن هنا (٧) يجبس الأمر حتى يموت.

في ما لو أرسل ماء في ملكه فسرى

(و لو أرسل ماء في ملكه، أو اجج نارا فسرى إلى الغير) (٨) فأفسد (فلا ضمان) على الفاعل (إذا لم يزد) في الماء و النار (عن قدر الحاجه (٩) و لم تكن الريح) في صوره الإحراق (عاصفه) (١٠) بحيث علم، أو ظن التعدى الموجب للضرر، لأن (١١) الناس (١) تفسير لمسأله الغرور.

(٢) مع جهله بحقيقه الحال، بل و اعتقاده أنه مال الذى قَدَمَ.

(٣) على الغاز.

(٤) أى ضمن المغرور من قبل المالك.

(٥) قد عرفت أن الإكراه على القتل لا يوجب إقوائيه السبب بل تكون الجنايه على المباشر، لعدم التقيه فى الدماء.

(٦) سواء كان مغرورا أم مكرها أم غيرهما.

(٧) فى الإكراه.

(٨) إذا أرسل ماء فى ملكه أو اجج نارا فيه لمصلحته، فإن لم يتجاوز قدر حاجته و لا علم و لا ظن التعدى فضلا عما لو علم أو ظن عدم التعدى، فاتفق التعدى إلى مال الغير فأغرقه أو أحرقه، فلا ضمان على الفاعل اتفاقا، لعدم التفريط منه بعد عموم النبوى (الناس مسلطون على أموالهم) (١).

و سببته بالإتلاف ضعيفه بعد الإذن له من قبل الشارع فى فعل ذلك فى ملكه فلا ضمان.

(٩) فلو تجاوز قدر الحاجه من الماء أو النار و علم أو ظن التعدى فاتفق التعدى إلى مال الغير فأفسده، فلا خلاف فى ضمانه لتحقق التفريط المقتضى للضمان بعد وجود سببه الإتلاف القاضيه بالضمان.

(١٠) أى شديده.

(١١) تعليل لعدم الضمان بشرط عدم زياده عن قدر الحاجه.

ص: ٢٨

مسلطون على أموالهم، و لهم الانتفاع بها (١) كيف شاءوا.

نعم لو زاد (٢) عن قدر حاجته فالزائد مشروط بعدم الضرر (٣) بالغير و لو بالظن (٤)، لأنه (٥) مناط أمثال ذلك جمعا بين الحقيقين (٦) و دفعا (٧) للإضرار المنفى، (و إلا (٨) ضمن).

و ظاهر العبارة (٩) أن الزائد عن قدر الحاجه يضمن به و إن لم يقترن (١٠) بظن التعدى.

(١) بالأموال.

(٢) أى زاد الماء أو النار.

(٣) أى بعدم العلم بضرر الغير.

(٤) لو زاد عن قدر الحاجه و لم يعلم و لم يظن بالتعدى ففي الضمان قولان، قول بالضمان كما عن العلامة فى التحرير و الشهيد فى الدروس لتحقق سببته الإلتلاف الموجه للضمان، و قول بعدم الضمان كما عن المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد و الإرشاد، لأن فعل الزائد عن قدر الحاجه فعل مأذون فيه شرعا فلا يتعقبه الضمان، و لا يعدّ مثل ذلك تفريطا حيث لم يظن التعدى و لا الضرر بالغير فضلا عن العلم.

و الشارح هنا قد ذهب إلى عدم الضمان لأنه مع عدم الظن بالتعدى لا ضرر للغير فيجوز له الزيادة عن الحاجه فى ملكه بعد تسلطه على مال يفعل فيه كيفما شاء و كذا لو لم يزد عن الحاجه و قد علم أو ظن بالتعدى فنفس الخلاف المتقدم، و فى معنى ظنه التعدى ما إذا اقتضت العاده بسرئانه بأن كان الهواء شديدا يحملها إلى مال الغير، أو كان الماء قويا بحيث يصل إلى ملك الغير بطبعه.

(٥) أى عدم الضرر بالغير و لو بالظن.

(٦) بين حق المالك و حق غيره.

(٧) أى و عدم الضرر بالغير و لو بالظن.

(٨) أى و إن زاد عن حاجته أو كانت الريح عاصفه فيضمن، و ظاهر الشق الأول الضمان عند الزيادة عن الحاجه و لو لم يظن التعدى كما هو قوله فى الدروس تبعا للعلامة فى التحرير و قد تقدم البحث فيه.

و ظاهر الشق الثانى الضمان عند عصف الريح و لو لم يزد عن الحاجه، و هو فى قوله بالضمأن عند ظن التعدى و لو لم يزد عن حاجته كما هو قوله فى الدروس تبعا للعلامة فى التحرير على ما تقدم بيانه أيضا.

(٩) أى عبارته الماتن.

(١٠) أى الزائد عن الحاجة.

ص: ٢٩

و كذا (١) مع عصف الريح و إن اقتصر على حاجته لكونه (٢) مظنه للتعدى.

فعدم الضمان على هذا (٣) مشروط بأمرين. عدم الزيادة عن الحاجه. و عدم ظهور سبب التعدى كالريح فمتى انتفى احدهما ضمن.

و مثله (٤) فى الدروس إلا- أنه اعتبر علم التعدى، و لم يكتف بالظن و لم يعتبر الهواء (٥) فمتى علمه (٦) و إن لم يكن هواء ضمن و إن لم يزد عن حاجته فبينهما (٧) مغايره (٨)، و فى بعض فتاويه اعتبر فى الضمان أحد الأمور الثلاثة، مجاوزه (٩) الحاجه. أو عصف الهواء. أو غلبه الظن بالتعدى (١٠). و اعتبر جماعه منهم الفاضلان (١١) فى الضمان اجتماع الأمرين معا. و هما: مجاوزه الحاجه و ظن التعدى، أو العلم به فمتى انتفى أحدهما فلا ضمان.

و هذا قوى و إن كان الأول أحوط (١٢).

(١) أى و ظاهر العبارة أيضا الضمان.

(٢) أى لكون عصف الريح.

(٣) أى على قول الماتن كما هو ظاهر عبارته.

(٤) أى و مثل قول الماتن هنا قوله فى الدروس.

(٥) بأنه مظنه للتعدى.

(٦) أى علم التعدى.

(٧) أى بين قوله هنا و قوله فى الدروس.

(٨) عند ظن التعدى، و إلا فهما قول واحد بالضمان عند العلم بالتعدى و لو لم يزد عن الحاجه، و نسبه نفى الضمان عند ظن التعدى إلى الشهيد فى الدروس كما وقع من الشارح هنا مناف لما قاله فى المسالك: (و الثانى الاكتفاء فى الضمان بأحد الأمرين تجاوز الحاجه أو ظن التعدى و هو اختيار العلامة فى التحرير و الشهيد فى الدروس لتحقق السبب الموجه له) انتهى.

(٩) أى الزيادة عن الحاجه.

(١٠) فىوافق قوله هنا بالتمام.

(١١) المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد و الإرشاد، و إلا فالعلامة فى التحرير قائل بالضمان عند فقد أحد الأمرين.

(١٢) و الاحتياط من ناحيه حفظ مال الغير فى صورته ما لو انتفى أحدهما فلا ضمان على القول الأول الذى قواه الشارح، مع أن الاحتياط حسن فى الفروج و الأموال و الأعراض.

(و يجب رد المغصوب) على مالكة وجوبا فوريا (١) اجماعا، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: على اليد ما أخذت حتى تؤدى (٢)، (ما دامت العين باقيه) يمكنه ردها، سواء كانت على (١) لا خلاف و لا إشكال فى وجوب رد المغصوب إلى مالكة ما دامت العين باقيه للأخبار.

منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (من كانت عنده أمانه فليؤدها إلى من أئتمنه عليها، فإنه لا- يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيب نفسه منه) (١) فإذا وجب رد الأمانه و هى مال للغير مقبوض بإذنه فوجوب رد المغصوب الذى هو مال للغير مقبوض بغير إذنه أولى

و خبر حماد بن عيسى عن بعض أصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام (الغصب كله مردود) (٢) و خبر عبد العزيز بن محمد عن أبى عبد الله عليه السلام (عمن أخذ أرضا بغير حقها و بنى فيها، قال عليه السلام: يرفع بنائه و يسلم التربه إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أخذ أرضا بغير حق كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر) (٣).

بل يجب رد المغصوب إلى مالكة و لو تعسر كمن أدخل خشبه مغصوبه فى بنائه أو سفينته، فيجب رد الخشبه إلى صاحبها و إن تهدم البناء أو خربت السفينه، أو الخيط فى الثوب بلا- خلاف فيه منا تمسكا بإطلاق أدله و وجوب رد المغصوب إلى مالكة، و لخصوص العلوى فى نهج البلاغه: (الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها) (٤).

و لا- يلزم المالك المغصوب منه بقيمه المغصوب خلافا لأبى حنيفه و تلميذه الشيبانى فإنهما قالا: بملك الغاصب للمغصوب المتعسر رده و ينتقل حق المالك إلى القيمه، و هو مخالف لقواعد الإسلام القاضيه بوجوب رد المغصوب، و قاضيه برد أجرته من حين الغصب إلى حين الرد، و قاضيه بالأرش إن نقص المغصوب.

و كذا الحكم بوجوب رد المغصوب لو مزجه مزجا يشق تمييزه و يتعسر كمزج الحنطه بالشعير أو الدخن بالذره فيكلف تمييزه و إعادته و إن كان متعسرا لإطلاق الأدله.

بل و يجب رد المغصوب مع العسر و لو أدى إلى خراب مال الغاصب لإطلاق أدله و وجوب الرد المتقدمه و هذا الوجوب فورى، لأن التأخر فى الرد استمرار للغصب المحرّم.

(٢) نبوى مشهور بين الفريقين (٥).

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مكان المصلى حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الغصب حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الغصب حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الغصب حديث ٥.

٥- (٥) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠، وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧، رقم الحديث: ٥١٩٧.

هيئتها يوم غضبها أم زائده أم ناقصه (١) (و لو أدى رده إلى عسر (٢)، و ذهب مال الغاصب) كالخشبه في بنائه (٣)، و اللوح في سفينته، لأن البناء على المغصوب لا حرمه له، و كذا مال الغاصب (٤) في السفينه (٥) حيث يخشى تلفه (٦)، أو غرق السفينه على الأقوى (٧).

نعم لو خيف غرقه (٨)، أو غرق حيوان محترم (٩)، أو مال لغيره (١٠) لم ينزع (١١) إلى أن تصل الساحل (فإن تعذر) رد العين (١٢) لتلف و نحوه (ضمنه) الغاصب (بالمثل) (١) لإطلاق أدله وجوب الرد.

(٢) العسر هو الحرج إلا أن الشيء ممكن، بخلاف المتعذر فإنه محال عادة و الممتنع هو المحال عقلا.

(٣) أى كالخشبه المغصوبه في بناء الغاصب.

(٤) فلا حرمه له.

(٥) المشتمله على الخشبه المغصوبه.

(٦) أى تلف مال الغاصب على تقدير نزع المغصوب من السفينه.

(٧) يجب نزع المغصوب و رده و لو أدى إلى تلف مال الغاصب كما عليه الأكثر، لأن دفع المغصوب واجب فوري، و أما الضرر الذى أدخله الغاصب على نفسه إنما هو بعدوانه فلا يناسبه التخفيف، و هو الذى أدخل الضرر على نفسه، و عن الشيخ فى المبسوط و العلامه فى التذكرة و ظاهر السرائر عدم وجوب النزع، لأن السفينه فى البحر لا تدوم فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط، فتؤخذ من قيمه أولا إلى أن يتيسر النزع فيرد اللوح و يسترد قيمه جمعا بين الحقين.

نعم لو أدى نزع المغصوب و رده إلى هلاك نفس محترمه، سواء كانت آدميا أم غيره، و سواء كانت النفس نفس الغاصب أم غيره فلا يجب النزع لاحترام النفس، بل يصبر إلى أن يسهل النزع من دون إهلاك نفس جمعا بين الحقين، و كذا لو أدى نزع المغصوب إلى إتلاف مال غير الغاصب فيجب الصبر جمعا بين الحقين، بلا خلاف فى ذلك كله.

(٨) أى غرق الغاصب.

(٩) للغاصب أو لغيره، لأن النفس محترمه.

(١٠) أى لغير الغاصب.

(١١) أى لم ينزع المغصوب إلى أن تصل السفينه إلى الشط.

(١٢) أى تعذر رد العين المغصوبه أو تلفت ضمن الغاصب المثل إن كان المغصوب مثليا بلا-

(إن كان) المغصوب (مثليا) و هو المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات كالحنطه، و الشعير، و غيرهما من الحبوب، و الادهان (و إلا) يكن مثليا (فالقيمه (1) العليا من) -مع خلاف فيه، لأن المثلى هو الأقرب إلى التالف، و بيانه أنه مأمور برد العين المغصوبه، و مع تعذر رد نفس العين كما هو المفروض ينتقل إلى الأقرب فالأقرب، و الأقرب إلى التالف هو المثلى.

و المشهور فى تفسيره أنه ما تتساوى أجزاءه فى القيمه، و المراد بالأجزاء الأفراد و الجزئيات بعد عدم ورود تعريف من قبل الشارع فلا بد من حمل معناه على العرف، و المتحصل منه أن المثلى ماله مماثل فى الصورة و الصفات بحيث تكون قيمه فرد من أفراد نوعه كقيمه الفرد الآخر و هكذا، و إليه يرجع تفسير المثلى فى التحرير بأنه ما تماثلت أجزاءه و تقاربت صفاته، و إليه يرجع تفسيره فى الدروس و الروضه هنا بأنه المتساوى الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات، و إليه يرجع تفسيره كما عن البعض بأنه ما جاز بيعه سلما، و تفسيره عن آخر أنه ما يجوز بيع بعضه ببعض.

(1) لا إشكال و لا خلاف فى وجوب رد العين المغصوبه، و عند تلفها أو تعذر ردها فيجب المثلى إن كان المغصوب مثليا، و إلا فالقيمه، لأنها الأقرب إلى التالف مع تعذر مثله.

و لكن الخلاف فى تعيين القيمه، فعن الأ-كثر أنها قيمه يوم الغصب و هو المعبر عنه بيوم القبض، لأنه أول وقت دخول العين فى ضمان الغاصب، و الضمان إنما هو للقيمه لأنه قيمي بحسب الفرض فيضمن بالغصب حاله الابتداء.

و فيه أن الحكم بضمن العين حين الغصب إنما هو لو تلفت و جبت القيمه حينئذ و إلا- فالواجب رد العين ما دامت باقيه و لا ينتقل البديل إلا مع التلف و لذا ذهب ابن البراج إليه و العلامه فى المختلف و نسبه فى الدروس إلى الأكثر، و هو منسوب إلى الشيخين أيضا.

و قيل يضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، بل كما عن الشيخ فى المبسوط و النهايه و الخلاف و ابن حمزه فى الوسيله و ابن زهره فى الغنيه و فخر المحققين فى الإيضاح و الشهيد فى اللمعه هنا و جماعه، بل فى المختلف أنه أشهر، لأن المغصوب مضمون فى جميع حالاته، و من جملتها أعلى القيم، فلو تلف فيها لزم ضمانه فكذا ما بعده، و لأنه يناسب التغليظ على الغاصب، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

و فيه: أن مؤاخذه الغاصب بأشق الأحوال فلا- دليل عليه، و قد عرفت مقتضى القواعد هو ضمان القيمه يوم التلف، لأنه يوم مخاطبته بالبديل و لا- بديل إلا القيمه و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه البعض من أنه قيمه يوم الدفع، و ما ذهب إليه آخر منهم المحقق على ما قيل أنه أعلى القيم من حين الغصب إلى يوم الدفع. هذا كله بحسب القواعد و قد-

(حين الغضب إلى حين التلف) (١)، لأن كل حاله زائده من حالاته (٢) في ذلك (٣) -ورد في المسألة صحيح أبي ولاد قال (اكثرى بغلا إلى قصر ابن هبيرة ذاهبا و جائيا بكذا و كذا، و خرجت في طلب غريم لى فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت أن صاحبي توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به و رجعت إلى الكوفه - إلى أن قال - فأخبرت أبا عبد الله عليه السلام فقال: أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهبا من الكوفه إلى النيل، و مثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، و مثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفه و توفيه إياه قلت: قد علفته بدارهم فلى عليه علفه، قال: لا لأنك غاصب.

فقلت: أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمنى؟ قال: نعم قيمه بغل يوم خالفته، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال: عليك قيمه ما بين الصحه و العيب يوم ترده عليه، قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال: أنت أو هو، إما أن يحلف هو على القيمه فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين اكثرى كذا و كذا فيلزمك(١).

و هو ظاهر في أن القيمه على يوم الغضب حيث قال عليه السلام (نعم قيمه بغل يوم خالفته).

و ردّ بأن الظرف متعلق بالفعل المدلول عليه بقول السائل يلزمنى، و يكون المعنى: يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب، و لعل تنكير البغل يومئى إلى موته إذ هو إشاره إلى ذلك و إلا فلا ريب فى أنه لا يكفى قيمه أى بغل، مع أن البغل يوم المخالفه حى بحسب الفرض فلا معنى لضمان قيمته.

و الذى يؤيده إن الظاهر هو قيمه البغل وقت التلف أن السؤال عن الضمان بسبب التلف لا بسبب المخالفه و مطابقه الجواب للسؤال تقتضى أن يكون المراد من الجواب نعم يلزمك يوم خالفته هذا الحكم من ضمان قيمه البغل على تقدير تلفه، و عليه فيتطابق مضمون الخبر مع القواعد من الضمان بالقيمه يوم التلف و هو الأقوى.

(١) و هو القول الثالث المتقدم فى شرحنا، و الذى قال عنه فى المختلف أنه الأشهر.

(٢) أى حالات المغصوب.

(٣) أى من حين الغضب إلى حين التلف.

ص: ٣٤

الوقت مضمونه كما يرشد إليه (١): أنه (٢) لو تلف حينئذ (٣) ضمنها (٤) فكذا إذا تلف بعدها (٥).

(و قيل) (٦) و القائل به المحقق في أحد قوليه على ما نقله المصنف عنه يضمن الأعلى من حين الغصب (إلى حين الرد) أي رد الواجب و هو القيمة.

و هذا القول مبنى على أن القيمي يضمن بمثله (٧) كالمثلى، و إنما ينتقل إلى القيمة عند دفعها (٨) لتعذر المثل فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمة، لأن الزائد في كل آن سابق من حين الغصب (٩) مضمون تحت يده (١٠) و لهذا لو دفع العين حاله الزيادة كانت للمالك فإذا تلفت (١١) في يده ضمنها.

و على القول المشهور من ضمان القيمي بقيمته (١٢) ابتداء لا وجه لهذا القول.

(و قيل) و القائل به الأكثر على ما نقله المصنف في الدروس: إنما يضمن (١) أي إلى ضمان كل حاله زائده في ذلك الوقت.

(٢) أي المغصوب.

(٣) أي حين حاله الزائده.

(٤) أي ضمن حاله الزائده عند ضمان المغصوب بقيمته الفعلية وقت التلف.

(٥) أي إذا تلف المغصوب بعد حاله الزائده.

(٦) و هو القول الخامس المتقدم في الشرح.

(٧) أي لو تلف القيمي فإنه يضمن بالمثل، كما يضمن المثلى بالمثل لأن الضمان بالمثل هو الأصل، لأنه الأقرب إلى التالف، غاية يتعذر المثل عند الدفع فينتقل إلى قيمه، و هو مستند القول الرابع المتقدم في الشرح، و كل حاله زائده فيه من حين الغصب إلى حين الدفع مضمونه عليه فيضمن أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الدفع حينئذ و هو مستند هذا القول.

(٨) أي دفع القيمة.

(٩) إلى حين الدفع.

(١٠) أي تحت يد الغاصب.

(١١) أي حاله الزائده.

(١٢) أي بقيمه القيمي.

(بالقيمه يوم التلف (١) لا-غير)، لأن الواجب (٢) زمن بقائها (٣) إنما هو رد العين، و الغاصب مخاطب بردها حينئذ (٤) زائده كانت أم ناقصه من غير ضمان شىء من النقص (٥) اجماعاً. فإذا تلفت وجبت قيمه العين وقت التلف، لانتقال الحق إليها (٦) حينئذ (٧)، لتعذر البدل (٨).

و نقل المحقق فى الشرائع عن الأكثر (٩): أن المعتبر القيمه يوم الغصب، بناء على أنه (١٠) أول وقت ضمان العين.

و يضعف بأن ضمانها (١١) حينئذ (١٢) إنما يراد به (١٣) كونها (١٤) لو تلفت لوجب بدلها (١٥)، لا وجوب (١٦) قيمتها إذ الواجب مع وجود العين منحصر فى ردها.

(١) كما هو القول الثانى المتقدم فى الشرح، و هو الأقوى لأنه مقتضى القواعد و ظاهر صحيح أبى ولاد المتقدم.

(٢) أى الواجب على الغاصب.

(٣) أى زمن بقاء العين.

(٤) حين بقاء العين.

(٥) أى نقص قيمتها السوقيه كما هو مفروض الكلام، و أما نقص أجزائها فيجب رد العين مع الأرش كما سيأتى.

(٦) أى إلى القيمه.

(٧) أى حين التلف.

(٨) الذى هو المثل.

(٩) و هو القول الأول المتقدم فى الشرح.

(١٠) أى أن يوم الغصب.

(١١) أى ضمان العين.

(١٢) أى حين الغصب.

(١٣) بالضمان.

(١٤) أى كون العين.

(١٥) من المثل أو القيمه، فالثابت من يوم الغصب هو الحكم بضمان العين من ردها و بالبدل على تقدير تلفها.

(١٦) عطف على كونها، أى لا يراد من الحكم بضمائها يوم الغصب هو ضمان قيمتها يوم الغصب كيف و هى موجوده و الواجب رد العين إذا كانت باقيه.

ص: ٣٦

و فى صحيح (١) أبى ولّاد عن أبى عبد الله عليه السّلام فى اكتراء البغل، و مخالفه (٢) الشرط ما يدل على هذا القول (٣).

و يمكن أن يستفاد منه (٤) اعتبار الأكثر (٥) منه (٦) إلى يوم التلف (٧).

و هو قوى عملا بالخبر الصحيح، و إلا لكان القول بقيمته يوم التلف مطلقا (٨) أقوى.

و موضع الخلاف ما إذا كان الاختلاف (٩) بسبب اختلاف القيمة السوقية أما لو كان (١٠) لنقص العين، أو لتعيبها فلا إشكال فى ضمان ذلك النقص (١١) (و إن عاب) المغصوب و لم تذهب عينه (ضمن أرشه) (١٢)...

(١) شروع فى مفاد النصوص الخاصه بعد الكلام عن مقتضى القواعد العامه.

(٢) عطف على (اكتراء البغل)، و المعنى الوارد فى الاكتراء و مخالفه شرط المؤجر.

(٣) من الضمان بقيمه يوم الغصب، و قد عرفت ما فيه.

(٤) من صحيح أبى ولّاد.

(٥) أى أعلى القيم.

(٦) من الغصب.

(٧) و يستفاد من الجواهر و الرياض أنه لم يذهب إلى هذه الاستفاده أحد. غير الشارح هنا و فى المسالك و لم يبين وجهها، و قد استشكل عليه كل من صاحب الجواهر و سيد الرياض و غيرهم بعدم ظهور الخبر فى ذلك خصوصا بعد تصريحه السابق بأن الخبر ظاهر فى قيمه يوم الغصب.

(٨) سواء كانت زائده عن ساير القيم أم لا.

(٩) أى اختلاف قيم العين.

(١٠) أى اختلاف قيم العين.

(١١) كما سيأتى بيانه فى الفرع الآتى.

(١٢) العيب هو النقص الحاصل فى المغصوب، و هو على نوعين:

الأول: ما لا سرايه له مثل تسويس التمر أو تخريق الثوب، فيجب رده مع الأرش بلا خلاف فيه بيننا، أما وجوب الرد فقد تقدم و أما الأرش فلقاعدته اليد و قاعده الإلتلاف، بلا فرق فى ذلك بين كون النقص بفعل الغاصب أو بغيره، و سواء زال مع النقص اسم المغصوب عن المغصوب كطحن الحنطه حيث يرتفع اسم الحنطه و يسمى بالدقيق أولا.

خلافًا للمحكى عن أبي حنيفة من أنه إذا غيّر الغاصب المنصوب تغييراً أزال معه الاسم كما لو طحن الحنطة فيملكه و يضمّن قيمته للمالك، و فرّع عليه بأن المالك لو أراد أخذ الطحين من الغاصب فللغاصب قتاله عن دقيقه فإن قضى عليه فلا ضمان على الغاصب-

ص: ٣٧

إجماعاً، لأنه (١) عوض عن أجزاء ناقصه، أو أوصاف (٢). و كلاهما مضمون (٣)، سواء كان النقص (٤) من الغاصب أم من غيره، و لو من قبل الله تعالى، و لو كان العيب غير مستقر (٥)، بل يزيد على التدريج فإن لم يمكن المالك بعد قبض العين قطعه (٦) أو التصرف فيه (٧). فعلى الغاصب ضمان ما يتجدد أيضاً (٨). و إن أمكن (٩) ففى زوال الضمان (١٠) وجهان. من استناده (١١) إلى الغاصب و تفريط (١٢) المالك - و هو كما ترى مناف لقاعده بقاء الملك و لإطلاق أدله و جوب رد المغصوب.

الثانى: ما له سرايه بحيث ما يزال يزداد إلى هلاك العين كما لو بلّ الحنطه حتى تمكّن فيها العفن السارى، فعن الشيخ فى المبسوط أنه يضمن قيمه المغصوب، لأنه بإشرافه على التلف صار كالمستهلك فيضمن الغاصب حينئذ مثله أو قيمته، و يضعف بأنه ليس بتالف حقيقه و إن كان قد يؤول إليه، و حينئذ فيجب رده إلى مالكه مع ضمان ما نقص بالجنايه إلى دفع الأرش ثم كلما نقص شيء ضمنه الغاصب لأنه مستند إلى جنايته هذا إذا لم يمكن للمالك إصلاحه، و إلا سقط أرش ما زاد على ذلك، و لاستناد الفئات إلى تقصير المالك، كما لو جرحه فترك علاج الجرح مع قدرته عليه و هذا ما ذهب إليه المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك.

و هناك قول ثالث و هو الاقتصار على دفع أرش النقص الموجود إلى حين الدفع، لأنه تمام الحق، و لا يجب غيره، و يضعف بأن سبب التلف السارى موجود و هو مضمون على الغاصب.

(١) أى لأن الأرش.

(٢) أى ناقصه.

(٣) لأن العين مضمونه على الغاصب فكذا أبعاضها.

(٤) هذا فى المستقر غير السارى.

(٥) بل يكون سارياً.

(٦) أى إزالة العيب السارى.

(٧) أى فى العيب السارى، و التصرف فيه بواسطة دواء لإزالته.

(٨) كما عليه ضمان ما عيب به المغصوب قبل قبض المالك.

(٩) أى أمكن المالك قطع العيب السارى و لو بواسطة الدواء.

(١٠) أى ضمان ما يتجدد.

(١١) أى استناد العيب المتجدد، و هو دليل الضمان.

(١٢) دليل عدم الضمان، و تفريظه إذ لم يقطع مع كونه ممكنا له.

ص: ٣٨

و استقرب المصنف فى الدروس عدم الضمان.

(و يضمن) أيضا (١) (أجرته (٢) إن كان له أجره، لطول المده) (٣) التى غصبه فيها، سواء (استعمله أولا) (٤)، لأن منفعه (٥) أموال (٦) تحت اليد (٧) فتضمن بالفوات (٨)، و التفويت (٩)، و لو تعددت المنافع (١٠) فإن أمكن فعلها جملة (١١)، أو فعل (١٢) أكثر من واحده و جب أجره ما أمكن (١٣) و إلا (١٤) كالخياطه، و الحياكه، و الكتابه (١٥) فأعلاها (١٦) أجره، و لو كانت الواحده (١٧) أعلى منفرده عن منافع (١٨) (١) أى و يضمن الغاصب أجره العين كما يضمن العين و عيبها.

(٢) أى أجره المغصوب.

(٣) أى المده التى يكون المغصوب فيها تحت يد الغاصب، و المعنى يتضمن أجره المغصوب طول مده غصبه.

(٤) لا- خلاف و لا- إشكال فى أن منافع المغصوب مضمونه على الغاصب كضمان المغصوب، لأن المنافع المذكوره ملك للمغصوب منه لأنها نماء ملكه، و قد فاتت تحت يد الغاصب سواء استعملها و انتفع بها أم لا.

(٥) أى منافع المغصوب.

(٦) أى أموال للمغصوب منه.

(٧) أى يد الغاصب.

(٨) و هى المنافع الفائتة تحت يد الغاصب و لم يستعملها.

(٩) و هى المنافع المستوفاه من قبل الغاصب.

(١٠) أى منافع المغصوب كالعبد الخياط الحائك.

(١١) أى إذا أمكن للعبد أن يفعلها جملة فى زمن واحد.

(١٢) أى أمكن فعل.

(١٣) أى ما أمكن فعله للعبد فى الزمن الواحد.

(١٤) فإن لم يمكن فعله فى زمن واحد.

(١٥) ففعل هذه الثلاثه لا يمكن صدوره عن شخص واحد فى زمن واحد.

(١٦) أى فأعلى المنافع أجره، و هذا ما ذهب إليه الفاضل فى القواعد لأنه لم يمكن له استيفاء الجميع، فلو أراد الاستيفاء لأمكن له استيفاء واحده فقط، و ضمان الأعلى هو المتعين سواء استوفاه أو استوفى غيرها، لأنها فائتة على كل حال.

(١٧) أى لو كانت المنفعة الواحده حال انفرادها.

(١٨) أى عن منافع متعدده مجتمعه.

ص: ٣٩

متعدده يمكن جمعها ضمن الأعلى.

(و لا فرق بين بهيمه القاضى، و الشوكى (١) فى ضمان الأرش) إجماعا لعموم الأدله. و خالف فى ذلك بعض العامه فحكم فى الجنايه على بهيمه القاضى بالقيمه و يأخذ الجانى العين (٢) نظرا إلى أن المعيب لا يليق بمقام القاضى.

فى ما لو جنى على العبد المغصوب

(و لو جنى على العبد المغصوب) جان غير الغاصب (٣)(فعلى الجانى أرش) (١) و هو منسوب إلى الشوك، و هو معروف، و الشوكى هو من يحتطب الشوك للارتزاق.

و على كل لو كان المغصوب دابه فجنى عليها الغاصب أو غيره أو عابت من قبل الله سبحانه و تعالى، و جب على الغاصب ردها مع الأرش بلا خلاف فيه لإطلاق أدله رد المغصوب المتقدمه مع بقاء ملك المغصوب منه.

و تتساوى بهيمه القاضى و غيره فى الأرش عندنا لإطلاق أدلته، لأن المدار على تفاوت المال لا على تفاوت المالك.

خلافًا للمحكى عن مالك و أحمد فى إحدى الروايتين عنه من أن من قطع ذنب بهيمه القاضى لزمه تمام القيمه، لأنها لا تصلح له بعد ذلك و فيه أن الضمان ناظر إلى نفس الحال لا إلى المالك، و لذا كان فى وطئ الولد جاريه أبيه بالشبهه مهر المثل كما فى وطئ الأجنبية، و إن حرمت الجاريه على الأب بوطئ الأول كما هو واضح.

(٢) أى العين المغصوبه.

(٣) اعلم أن كل جنايه مقدره فى الشرع بالنسبه إلى الحر فهى مقدره فى المملوك بحسب قيمته، فإذا جنى أحد على الحر فعليه الديه كامله و كذا إذا جنى على بعض أعضائه كالأنف و اللسان و العينين معا و اليدين كذلك، و أما لو جنى على إحدى يديه أو إحدى عينيه فعليه نصف الديه على ما هو المقرر فى كتاب الديات.

و إذا جنى أحد على المملوك فإن قتله أو قطع أنفه مثلا كان عليه تمام قيمته التى لم تتجاوز عن ديه الحر و إلا ردت إليه، و إذا قطع إحدى يديه مثلا كان عليه نصف قيمته المذكوره.

هذا كله إذا جنى على العبد و هو غير مغصوب و سيأتى تفصيله فى كتاب الديات، و عليه فإذا كان العبد مغصوبا و جنى عليه فالجانى إما نفس الغاصب أو غيره، و على الثانى بحيث قتله غير الغاصب و هو فى يد الغاصب فإن لم تزد قيمته عن ديه الحر فلا إشكال، و إن زادت القيمه عن ديه الحر طوّل الغاصب بالزياده دون الجانى، و يطالب الجانى بقرار الجنايه من القيمه الماديه لديه الحر، أما الجانى فلجنايته، و أما الغاصب فلغصبه، لأن الغاصب ضامن للعبد لو تلف تحت يده بمقدار قيمته مطلقا، لأنه مال محض قد فوته على مالكه عدوانا لسبب غصبه سواء مات العبد تحت يده أو قتل و لم يكن القاتل نفس الغاصب.-

(الجنايه) (١) المقرر فى باب الديات (و على الغاصب ما زاد عن أرشها (٢) من النقص (٣) إن اتفق) زياده فلو كانت الجنايه مما له مقدر كقطع يده الموجب لنصف قيمته شرعا فنقص (٤) بسببه (٥) ثلثا قيمته فعلى الجانى النصف و على الغاصب السدس الزائد من النقص، و لو لم يحصل زياده فلا شىء على الغاصب بل يستقر الضمان على الجانى.

و الفرق: أن ضمان الغاصب من جهه المالىه (٦) فيضمن (٧) ما فات منها (٨) مطلقا (٩)، و ضمان الجانى منصوص.

فيقف عليه (١٠) حتى لو كان الجانى هو الغاصب فيما له مقدر شرعى فالواجب عليه (١١) أكثر الأمرين من المقدر الشرعى، و الأرش، لأن الأكثر إن كان -و على الأول من كون الغاصب هو القاتل فإن لم تتجاوز قيمته ديه الحر فيضمن قيمه بلا إشكال و لا خلاف، و لو تجاوزت قيمه ديه الحر ففى ضمانه للزائد قولان: الأول العدم كما عن الشيخ فى المبسوط و الخلاف تسويه بين الغاصب و غيره، لأصالة البراءه، و لأن الأغلب فيه الإنسانىه لا المالىه فيضمنه من حيث هو إنسان فتجب قيمته ما لم تزد عن ديه الحر، و إلا ردّت إليها.

و الثانى ضمان الزائد كما عن الأكثر، لأنه مال مضمون عليه فيضمنه بجميع قيمته و إن زادت عن ديه الحر.

هذا كله فى جنايه النفس و مثله جنايه الإطراف.

(١) أى جنايه الإطراف.

(٢) أى أرش الجنايه.

(٣) أى من النقص فى قيمه العبد.

(٤) أى العبد بحسب قيمته.

(٥) أى بسبب قطع يده.

(٦) أى مالىه العبد، و ليس من جهه كونه نفسا ليتعبد بالمنصوص فى باب الديات.

(٧) أى الغاصب.

(٨) من المالىه.

(٩) سواء كان زائدا عن الجنايه أم لا.

(١٠) أى على النص.

(١١) على الغاصب.

هو المقدر فهو (١) جان، وإن كان (٢) هو الأرض فهو (٣) مال فوّته (٤) تحت يده كغيره من الأموال لعموم (٥) على اليد ما أخذت حتى تؤدي ولأن (٦) الجاني لم تثبت يده على العبد فيتعلق (٧) به (٨) ضمان المسأله، بخلاف الغاصب.

و الأقوى (٩) عدم الفرق (١٠) بين استغراق أرش الجنايه قيمه، و عدمه (١١) فيجتمع عليه (١٢) رد العين (١٣) و القيمه (١٤) فما زاد (١٥).

(و لو مثل به) الغاصب (انعتق) (١٦)، لقول الصادق عليه السلام: كل عبد مثل به فهو حر، (و غرم قيمته للمالك).

(١)أى الغاصب.

(٢)أى الأكثر.

(٣)أى العبد المجنى عليه.

(٤)أى فوته الغاصب.

(٥)تعلييل لضمان تمام قيمه العبد و إن زادت عن المقدر الشرعى للجنايه، لأن العبد مال و على اليد ما أخذت حتى تؤدي.

(٦)تعلييل ثان لضمان الغاصب للزائد مع بيان الفارق بينه و بين الجانى.

(٧)أى حتى يتعلق.

(٨)أى بالجانى.

(٩)إشاره إلى خلاف الشيخ فى المبسوط و الخلاف من عدم ضمان الغاصب الجانى للزائد عن القيمه.

(١٠)أى عدم الفرق فى ضمان الغاصب لتمام قيمه العبد المجنى عليه لو كان الجانى هو الغاصب.

(١١)أى عدم الاستغراق.

(١٢)على الغاصب.

(١٣)فى جنايه الإطراف، لا فى جنايه قتل النفس.

(١٤)أى قيمه الجنايه المقرره شرعا، و هى قيمه العبد فيما لو كانت الجنايه على يديه معا مثلا.

(١٥)أى ما زاد عن القيمه فيما لو كان القطع المذكور قد أوجب نقصا فى قيمته فيجب على الغاصب ذلك، لأنه أرش التالف من العبد زياده عن قطع يديه.

(١٦) ذهب الشيخ إلى أن الغاصب لو جنى على العبد المغصوب بما دون النفس من باب التنكيل و التمثيل انعتق العبد و كان عليه قيمته للمالك لمرسل ابن محبوب عن أبي عبد -

ص: ٤٢

وقيل: لا يعتق بذلك (١)، اقتصارا فيما خالف الأصل (٢) على موضع الوفاق و هو تمثيل المولى، و الروايه العامه ضعيفه السند.

و أما بناء الحكم (٣) على الحكمه فى عتقه (٤): هل هى عقوبه للمولى أو جبر للمملوك؟ فينتعق هنا (٥) على الثانى دون الأول فهو رد الحكم (٦) إلى حكمه مجهوله (٧) لم يرد بها نص و الأقوى عدم انعتاق.

نعم لو أقعد، أو عمى عتق و ضمن الغاصب (٨)، لأن هذا السبب (٩) غير مختص بالمولى إجماعا.

-الله عليه السلام (كل عبد مثّل به فهو حر) (١).

و عن المشهور اختصاص ذلك بالمولى المنكّل كما حرر فى كتاب العتق، و سيأتى بيانه، و عن ابن إدريس عدم الانعتاق بتنكيل المولى فضلا عن غيره، و تردد المحقق به فى الشرائع استضعافا لأخبار التنكيل إذ كلها ضعيفه السند كما سيأتى فى باب العتق و العجب من العلامه فى بعض فوائده من بناء الخلاف هنا فى انعتاق العبد بتنكيل الغاصب على الخلاف فى حكمه الانعتاق، فإن كانت هى جبر و هن المنكّل به لما فاتته من التكسب بالعتق فيجب اطرادها لتنكيل الغاصب، و إن كانت هى عقوبه للمولى فلا تطرد فى تنكيل الغاصب، هذا و التنكيل أن يأتى بالأمر الفطيع بحيث جعله نكالا لغيره كمن يقطع شفثيه و هكذا.

(١) أى بتنكيل الغاصب.

(٢) إذ الأصل عدم الانعتاق.

(٣) فى انعتاق العبد بتنكيل الغاصب، و عدمه.

(٤) أى عتق العبد لو نكّل به المولى.

(٥) فى تنكيل الغاصب.

(٦) من انعتاق العبد بتنكيل المولى.

(٧) من أنها جبر للعبد أو عقوبه للمولى.

(٨) سيأتى فى العتق انعتاق العبد لو أقعد أو عمى أو أجذم، و عليه فلو صار العبد كذلك و هو فى يد الغاصب، انعتق و ضمن الغاصب قيمته، لأنه مضمون عليه بلا خلاف فيه.

(٩) أى سبب الانعتاق من الاقعاد و أخويه.

ص: ٤٣

فى ما لو غضب ما ينقصه التفريق

(و لو غضب) ما ينقصه التفريق (مثل الخفين، أو المصراعين (١) أو الكتاب سفرين (٢) فتلف أحدهما) قبل الرد (ضمن قيمته) (٣) أى قيمه التالف (مجتمعا) مع الآخر (٤) و نقص الآخر. فلو كان قيمه الجميع عشره و قيمه كل واحد مجتمعا خمسه، و منفردا ثلاثه. ضمن سبعة، لأن النقصان الحاصل فى يده مستند إلى تلف عين مضمونه عليه (٥)، و ما نقص من قيمه الباقي (٦) فى مقابله الاجتماع فهو (٧) بفوات صفه الاجتماع فى يده (٨)، أما لو لم تثبت يده (٩) على الباقي، بل غضب أحدهما ثم تلف فى يده، أو أتلفه ابتداء (١٠) ففى ضمان قيمه التالف مجتمعا (١١) أو منفردا (١٢)، أو منضمما إلى نقص الباقي (١٣) (١) أى مصراعى الباب.

(٢) أى مجلدين.

(٣) لو غضب شيئين ينقص قيمه كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه، كالخفين، فتلف أحدهما فيضمن التالف بقيمته مجتمعا و يضمن نقص الآخر، فلو كان قيمتهما مجتمعين عشره و قيمه كل واحد منفردا ثلاثه، فيضمن قيمه التالف مجتمعا و هى خمسه، و يضمن نقص الآخر بمعنى ما نقص من قيمته بالانفراد و هو اثنان و يرد الآخر الباقي، بلا خلاف فى ذلك كله، لضمان الغاصب كل نقص يكون فى يده على المغصوب، و لو من حيث الاجتماع و الانفراد اللذين فرض مدخليتهما فى القيمه.

(٤) أى نقص الآخر بالانفراد.

(٥) و هذه العين المضمونه قيمتها خمسه حال الاجتماع، و قد تلفت فى حال الاجتماع فيضمن خمسه.

(٦) أى الآخر، لأن الآخر كان مجتمعا و قيمته خمسه فلما انفرد بسبب تلف الآخر أصبحت قيمته ثلاثه فتنقص قيمته حينئذ اثنان، و هذا النقصان مضمون على الغاصب.

(٧) أى نقصان قيمه الآخر.

(٨) أى يد الغاصب.

(٩) أى تلف بغير سبب من الغاصب، و كذا لو أتلفه الغاصب و هو فى يده.

(١٠) أى أتلفه و هو ما زال تحت يد المالك.

(١١) أى عليه قيمه التالف لو كان منضمما إلى صاحبه، و هى خمسه بحسب المثال المتقدم.

(١٢) و هو ثلاثه بحسب المثال المتقدم.

(١٣) أى يضمن قيمه التالف مجتمعا، مع ضمان ما نقص من الآخر بسبب الانفراد فيضمن سبعة كما فى الفرع المتقدم.

كأول (١) أوجه (٢). أوجهها الأخير، لاستناد الزائد (٣) إلى فقد صفه و هي (٤) كونه (٥) مجتمعا حصل الفقد منه (٦).

في ما لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب

(و لو زادت قيمة المغصوب بفعل الغاصب (٧)... (١) كما لو غصب الاثنين معا.

(٢) هذا و اعلم أن التالف مضمون عليه قطعاً، لأنه مغصوب قد تلف تحت يده أو قد أتلفه و إن لم يكن مغصوباً، إنما الكلام في قيمة التالف الذي غصبه فإذا اعتبرنا قيمة يوم التلف احتمال وجوب قيمته منفرداً، لأنه حال التلف كان مضموناً على الغاصب منفرداً، أو وجوب قيمته مجتمعا لأنه السبب في ذهاب صفه الاجتماع بالتسيب الصادر من غصبه أو إتلافه، و بهذا الدليل يضمن ما نقص من قيمة الآخر بسبب انفراده نعم عن العلامة في التحرير أنه يضمن التالف مجتمعا و لا يضمن ما نقص من الآخر، لأن الآخر لم يدخل تحت يده كى يكون مضموناً عليه، و فيه: عدم انحصار الضمان في الغصب بل من التسيب الصادق في المقام كما صدق في ضمان قيمة التالف مجتمعا.

(٣) أى استناد ما زاد عن قيمة التالف منفرداً، من قيمة التالف مجتمعا و من قيمة الآخر بسبب الانفراد.

(٤) أى الصفه.

(٥) أى كون كل فرد منهما.

(٦) من الغاصب، و قوله (حصل الفقد منه) صفه للفقد، و المعنى أن الزائد قد استند إلى فقد حصل من الغاصب، و الفقد هو فقد صفه الاجتماع لكل منهما.

هذا و مما تقدم تعرف الفرق بين الفرعين السابقين الموجب لاختلافهما في الحكم مع اشتراكهما في تلف أحد الزوجين، و هو أن التلف في الأول حصل بعد إثبات الغاصب يده عليهما معا فكان الذهاب من القيمة بتلف الأول و نقصان الآخر مضموناً عليه، بخلاف الثانى فلم يغصب إلا أحدهما فيضمن قيمته مجتمعا قطعاً، و الآخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند إلى الغاصب من غير أن يكون الآخر مغصوباً، فلا ضمان للثانى من ناحيه الغصب لعدم تحقق غصب الآخر، و يبقى الضمان بالسببه و إن لم يكن هناك غصب فلذا اشتركا في الحكم كما سمعت.

(٧) الزيادة في المغصوب إما أعيان أو آثار محضه كطحن الحنطه و خياطه الثوب بخيوط المالك، و العين أما عين محضه كالفرس أو عين من وجه كالصبغ.

و هذه الزيادة لو كانت بفعل الغاصب فزادت قيمة المغصوب، ردّه و لا شىء للغاصب بلا خلاف و لا إشكال، لعدم احترام العمل الصادر بغير إذن المالك، و إن نقصت العين -

(فلا شيء عليه) (١) لعدم النقصان (و لا له) (٢)، لأن الزيادة (٣) حصلت في مال غيره (إلا أن تكون) الزيادة (عينا) (٤) من مال الغاصب (كالصبيغ فله (٥) قلعه) (٦)، -المغصوبه بهذه الزيادة ضمن الغاصب الأرض، لأن العين مضمونه عليه.

ثم إن كانت الزيادة أثرا محضا كطحن و خياطه الثوب بخيط المالك فلا- يمكن للغاصب أخذ ما زاده و لكنه إن أمكن ردّ المغصوب إلى الحاله الأولى و جب رده إلى الحاله الأولى لو ألزمه المالك بذلك و يضمن نقصان قيمه إن اتفق النقصان بسبب الرد المذكور.

و إن كانت الزيادة عينا محضا كالفرس، كان للغاصب أخذها و إعادته المغصوب و أرشه لو نقص.

و إن كانت الزيادة عينا من وجه كصبيغ الثوب، فإن كان الحاصل من الصبيغ تمويها لا يحصل منه عين لو نزع فليس للغاصب النزع لعدم ماله الصبيغ على تقدير النزع، و إن كان الحاصل من الصبيغ عينا فإن كان يمكن فصله كان للغاصب إزاله الصبيغ بشرط ضمان الأرض إن نقص الثوب و إن لم يأذن المالك بل و إن منع على المشهور، لأن الصبيغ مال للغاصب و الناس مسلطون على أموالهم، و غصبه لأصل العين لا يرفع ماليته عن الصبيغ فيأخذ الصبيغ و إن منع المالك و يرد العين جمعا بين الحقين.

و عن الإسكافي و العلامه في المختلف أنه ليس للغاصب قلع الصبيغ بدون إذن المالك، و عليه فإن لم يرض المالك بالنزع دفع قيمه الصبيغ للغاصب و يجب على الغاصب إجابته، لأن قلع الصبيغ من الغاصب تصرف منه في مال المالك بغير إذنه فلا يصح، بل قد يكون نزع الصبيغ مستلزما نقص الثوب فكيف يجوز للغاصب نزعه مع استلزامه النقص المذكور و فيه أن تملك المالك للصبيغ بدون إذن الغاصب كذلك عدوان آخر و الظالم لا يستباح ظلمه، و ترك العين مع صبغها من دون تصرف منهما ضرر عليهما، و بيع كل واحد منهما ماله منفردا عن الآخر لا يرغب فيه و لا دليل على وجوبه فليس إلا جواز نزع الغاصب صبغه و إن لم يأذن المالك. كما عليه المشهور، و استلزام نقص الثوب بنزع الصبيغ منجبر بدفع الغاصب للأرض جمعا بين الحقين.

(١) على الغاصب.

(٢) للغاصب.

(٣) أي زياده قيمه، و هذا إذا كانت الزيادة القيمييه بفعل الغاصب للأثر المحض كطحن الحنطه و خياطه الثوب بخيوط المالك.

(٤) أي عينا من وجه، و إلا لو كانت الزيادة عينا محضا فله نزعها بلا خلاف و يضمن الأرض لو نقصت العين.

(٥) أي للغااصب.

(٦) إذا كان الصبيغ عينا على تقدير نزعها، و أما لو كان تمويها فليس له النزع لعدم الماله لو نزعها.

لأنه ماله (١) (إن قبل الفصل) (٢) و لو (٣) بنقص قيمه الثوب (٤) جمعا بين الحقين (٥) (و) نقص الثوب (٦) ينجبر بأن الغاصب (يضمن (٧) أرش الثوب) و لا- يرد أن قلعه (٨) يستلزم التصرف في مال الغير بغير إذن (٩) و هو (١٠) ممتنع، بخلاف تصرف مالك الثوب في الصبغ، لأنه (١١) وقع عدوانا. لأن (١٢) وقوعه (١٣) عدوانا لا يقتضى إسقاط ماليته (١٤)، فإن ذلك (١٥) عدوان آخر، بل غايته (١٦) أن ينزع (١٧) و لا يلتفت إلى نقص قيمته (١٨)، أو اضمحلاله، للعدوان بوضعه.

و لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمه لم تجب إجابته (١٩) كما لا يجب قبول (١) أى لأن الصبغ مال الغاصب بحسب الفرض.

(٢) أى إن قبل الصبغ الفصل عن الثوب، و إلا- فلو لم يمكن الفصل صار الغاصب شريكا مع المالك في الثوب المغصوب، لاختلاط المالين الموجب للشركه بينهما.

(٣) أى لو كان القلع.

(٤) و لو كان القلع بغير إذن المالك بل و منعه.

(٥) حق الغاصب في الصبغ و حق المالك في العين المغصوبه.

(٦) أى نقص الثوب الحاصل من قلع الصبغ، و هذا عرض للدليل الثانى لقول الإسكافى و العلامه فى المختلف.

(٧) و هذا رد للدليل الثانى.

(٨) أى قلع الغاصب للصبغ، و هذا عرض للدليل الأول لقول غير المشهور.

(٩) أى بغير إذن من الغير.

(١٠) أى التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(١١) أى الصبغ.

(١٢) تعليل لعدم ورود هذا الدليل.

(١٣) أى وقوع الصبغ.

(١٤) أى ماله الصبغ، لأن الظالم لا يستباح ظلمه، لأنه عدوان آخر، و الظلم لا يقابل بالظلم.

(١٥) أى إسقاط ماله الصبغ الذى وقع عدوانا.

(١٦) أى غايه هذا الدليل.

(١٧) أى يتزع الصبغ من قبل الغاصب.

(١٨) أى قيمه الصبغ.

(١٩) لو طلب أحدهما ما لصاحبه بالقيمه لم يجب القبول على الآخر، لأن كل واحد مسلط على -

ص: ٤٧

هيبته (١).

نعم لو طلب مالك الثوب بيعهما ليأخذ كل واحد حقه لزم الغاصب أجابته (٢)، دون العكس (٣).

(و لو بيع مصبوغا بقيمته مغصوبا) بغير صبغ (٤) (فلا شيء للغاصب) لعدم الزيادة بسبب ماله (٥).

هذا إذا بقيت قيمه الثوب بحالها. أما لو تجدد نقصانه (٦) للسوق فالزائد للغاصب (٧)، لأن نقصان السوق مع بقاء العين غير مضمون.

نعم لو زاد الباقي عن قيمه الصبغ كان الزائد بينهما على نسبة المالين (٨) كما - ماله، و لا يحل مال المسلم إلا عن طيب نفسه، و عن الإسكافي و العلامة في المختلف أنه لو لم يرض المالك بالقلع و دفع قيمه الصبغ و جب على الغاصب القبول، و مما تقدم تعرف ضعفه.

(١) أى لا يجب على أحدهما قبول هبه ما للآخر لما فيه من المنه.

(٢) لأن المالك يعسر عليه بيع الثوب منفردا لقله الراغب فيه في هذه الحالة، و الغاصب متعدد فليس له الإضرار بالمالك بما يمنع من البيع.

(٣) أى لو طلب الغاصب بيعها معا ليأخذ كل منهما حقه لا يجب على المالك إجابته، لأن الغاصب بتعديده لا يملك إزاله ملك غير المتعدى.

(٤) لو بيع الثوب المصبوغ بقيمته من دون صبغ، و كان النقص لا لتغير السوق، و إنما لكونه مغصوبا فلا يستحق الغاصب شيئا، لأن نقص الثوب من غير تغير السوق مضمون عليه، و قد نقص بمقدار ماله صبغه فلا شيء له.

(٥) تعليل للزيادة، و عدم الزيادة معلول لغصبه.

(٦) أى نقصان الثوب.

(٧) كما إذا كانت قيمه الثوب خمس دراهم فتنزلت إلى ثلاثة ثم بعد الصبغ بلغت خمس، فالزائد على قيمه الثوب التي تنزلت إلى ثلاثة و هو الدرهمان يكون للغاصب، لأنه قيمه صبغه، و أما نقصان الثوب لكونه للسوق لا لنقص فيه ليس مضمونا على الغاصب، لأن الغاصب يضمن قيمه الثوب السوقية وقت التلف، لا- عند وجود نفس العين، و على كل فالغاصب و المالك شريكان في الثوب المغصوب، فيكون للمالك قيمه ثوبه و هي ثلاثة، و للغاصب قيمه الصبغ و هي درهمان.

(٨) كما إذا كانت قيمه الثوب خمس دراهم ثم تنزلت بسبب السوق إلى ثلاثة، و كان قيمه -

لو زادت قيمه عن قيمتهما من غير نقصان (١)، و لو اختلف قيمتهما بالزيادة و النقصان للسوق فالحكم للقيمة الآن (٢)، لأن النقص غير مضمون (٣) فى المغصوب للسوق و فى الصبغ (٤) مطلقا (٥)، فلو كان قيمه كل واحد خمسه و بيع بعشره إلا أن قيمه الثوب ارتفعت إلى سبعة، و قيمه الصبغ انحطت إلى ثلاثه فلصاحب الثوب سبعة، و للغاصب ثلاثه و بالعكس.

فى ما لو غصب شاه فأطعمها المالك

(و لو غصب شاه فأطعمها المالك (٦) جاهلا) بكونها شاته (ضمنها الغاصب) -الصبغ درهما و لكن انضمام الصبغ إلى الثوب يزيد درهما آخر بإزاء ما حصل من صفه الاجتماع بينهما، فلو بيع الثوب بخمسه دراهم كان للمالك ثلاثه قيمه ثوبه، و للغاصب درهم قيمه صبغه، و الدرهم الزائد بينهما على نسبة المالكين، فللمالك ثلاثه أرباعه و للغاصب ربعه.

(١) كما لو كان قيمه الثوب خمسه و قيمه الصبغ خمسه فيكون مجموع القيمتين عشره، و لكن بلغت قيمه المجموع لأجل اجتماعهما الموجب لزياده كل منهما بحسبه خمس عشره درهما، كانت هذه الخمسه الزائده بينهما بالمناصفه على نسبة المالكين كما أن العشره بينهما بالمناصفه.

و معنى عباره الشارح أنه لو زادت قيمه الثوب المصبوغ بسبب اجتماعهما عن قيمه كل من الثوب و الصبغ حال انفرادهما من غير نقصان لقيمه كل منهما عن الآخر.

و إلا لو كانت قيمه أحدهما أنقص بحيث كان قيمه الصبغ واحدا و قيمه الثوب خمسه و بيع الثوب المغصوب بخمسه عشره كان الزائد عن القيمتين تسعه، و هذا الزائد يقسم أسداسا، فخمسه أسداس لصاحب الثوب و سدس لصاحب الصبغ.

(٢) أى فالحكم بالتقسيم للقيمة السوقية الفعلية فلو كانت قيمه الثوب خمسه و الصبغ خمسه، و لكن ارتفعت قيمه الثوب فى السوق إلى سبعة و قد انحطت قيمه الصبغ إلى ثلاثه و بيع الثوب بعشره كان للمالك سبعة و للغاصب ثلاثه، لأن الحكم يتعلق بما صارت القيمة إليه، و لا أثر للخمسه بعد تغير السوق، و لو انعكس الأمر انعكس الحكم أيضا، لأن نقص السوق غير مضمون على الغاصب.

(٣) على الغاصب.

(٤) غير مضمون على مالك الثوب.

(٥) سواء كان النقص للسوق أو لغيره.

(٦) أى أطعم الغاصب المالك الشاه و هو جاهل بكونها شاته، و هذه هى مسأله الغرور، و قد تقدم البحث فيها. -

له، لضعف المباشر (١) بالغرور فيرجع على السبب (٢)، و تسليطه (٣) المالك على ماله و صيرورته (٤) بيده على هذا الوجه (٥) لا يوجب البراءة، لأن التسليم غير تام فإن التسليم التام تسليمه على أنه ملكه يتصرف فيه كتصرف الملاك، و هنا ليس كذلك، بل اعتقد (٦) أنه (٧) للغاصب، و أنه (٨) أباحه إتلافه بالضيافه، و قد يتصرف بعض الناس فيها (٩) بما لا يتصرفون في أموالهم كما لا يخفى.

و كذا الحكم (١٠) في غير الشاه من الأطمعه، و الأعيان المنتفع بها كاللباس (و لو أطعمها غير صاحبها) (١١) في حاله كون الأكل (جاهلا ضمّن المالك) قيمتها -و على كل فلو قدمها الغاصب لمالكها بعنوان أنها ملك للغاصب، أو استدعاه فذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب بلا خلاف و لا إشكال و إن كان المالك هو المباشر للإتلاف و لتسلم المال.

فيضمن الغاصب و هو السبب دون المالك و هو المباشر، لضعف المباشر لغروره، و يضمن الغاصب مع أن المالك قد تسلم ماله إلا أن التسليم ليس تسليمًا تامًا يتصرف فيه تصرف الملاك.

(١) أي المباشر للإتلاف و هو المالك.

(٢) و هو الغاصب.

(٣) أي تسليط الغاصب من باب إضافه المصدر إلى فاعله.

(٤) أي صيروره المال بيد المالك.

(٥) من جهل المالك بأنه ماله.

(٦) أي المالك.

(٧) أي أن المال.

(٨) أي و اعتقد المالك أن الغاصب.

(٩) في الضيافه.

(١٠) من ضمان الغاصب دون المالك.

(١١) أي أطعم الغاصب الشاه غير صاحبها، فقد ترتبت الأيدي على المغصوب، و هي يد الأكل و يد الغاصب، فيتخير المالك في تضمين كل منهما، للمباشرة في الأكل و الغصب في الغاصب.

غايته إن رجع المالك على الغاصب، لم يرجع الغاصب على الأكل لغروره لقدمه على أن الأكل مجانًا لا يتعقبه الضمان، و إن رجع المالك على الأكل رجع الثاني على الغاصب، لأنه مغرور، و المغرور يرجع على من غرّه، و عليه فالضمان يستقر على

الغاصب بالأخير.-

ص: ٥٠

(من شاء) من الأكل، و الغاصب، لترتب الأيدي كما سلف (١) (و القرار) أى قرار الضمان (على الغاصب)، لغروره للأكل بإباحته الطعام مجاناً مع أن يده (٢) ظاهره فى الملك و قد ظهر خلافه.

فى ما لو مزج المغصوب بغيره

(و لو مزج) الغاصب (المغصوب بغيره) (٣)، أو امتزج فى يده بغير اختياره (كلف قسمته) بتمييزه (إن أمكن) التمييز (و إن شق) كما لو خلط الحنطه بالشعير، أو الحمراء بالصفراء لوجوب رد العين حيث يمكن (و لو لم يمكن) التمييز (٤) كما - و قيل و إن كنا لم نتحقق قائله منا كما فى الجواهر أنه يرجع على الغاصب من رأس، و لا ضمان على الأكل، لأن فعل المباشر ضعيف عن التضمين لأنه مغرور فكان السبب أقوى، و هو المنقول عن الشافعى.

و فيه: إن ضعف المباشر لم يبلغ حداً ينتفى به الرجوع عليه مع كونه هو المتصرف فى مال الغير، غايته إن رجع المالك عليه، رجع هو على الغاصب لغروره.

(١) فى مسأله تعاقب الأيدي على المغصوب.

(٢) أى يد الغاصب.

(٣) إذا خلط الغاصب المغصوب بغيره، أو اختلط و هو تحت يده، فإن أمكن التمييز كلف الغاصب بالتمييز و إن كان فيه مشقه كخلط الحنطه بالشعير، بلا خلاف فيه، لوجوب رد العين المغصوبه إلى مالكةا، و الرد متوقف على التمييز المذكور فيجب. إن قلت: إن التمييز المذكور حرجى، و الحرج منفى.

قلت إن أدله الحرج و الضرر مبنيه على المنه و الامتتان على الأمه المرحومه، و هذا لا يناسب الغاصب لعدوانه، فلذا يؤمر بوجوب الرد و إن كان حرجياً، و لذا قيل: إن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

(٤) فإن لم يمكن التمييز كخلط الزيت بمثله، فلا يخلو إما أن يمتزج بمثله فى الجوده أو الرداءه، أو بالأعلى منه، أو بالأدنى منه.

فإن خلط بمثله فعن الأكثر أن الغاصب شريك بنسبه ماله، و لا يسقط حق المالك عن المغصوب، و عن ابن إدريس: أنه يسقط حق المالك عن المغصوب، لاستهلاك العين إذ لا يقدر الغاصب على ردها لو طلبها المالك و ينتقل إلى المثل، و ردّ بأن ذلك لا- يوجب خروجها عن ملك مالكةا كما لو اختلط المالان بغير اختيارهما أو برضا المالكين، و بأنه لو غصب رطلا من هذا و رطلا- من هذا و خلطهما فلو جعلناهما بذلك مالكين فيلزم انتقال الملك فيهما إلى الغاصب، و هو تملك اختيارى بمحض العدوان.

و إن مزجه بالأجود فكذلك من كون الغاصب شريكاً بنسبه ماله مع عدم سقوط حق -

لو خلط الزيت بمثله، أو الحنطه بمثلها وصفا (ضمن المثل إن مزجه بالأردإ)، لتعذر رد العين كامله، لأن المزج فى حكم الاستهلاك من حيث اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب و هو (١) أدون من الحق فلا يجب (٢) قبوله، بل ينتقل إلى المثل.

و هذا (٣) مبنى على الغالب من عدم رضاه (٤) بالشركه، أو قول فى المسأله (٥).

و الأقوى تخييره (٦) بين المثل، و الشركه مع الأرش، لأن حقه (٧) فى العين لم يسقط، لبقائها كما لو مزجها بالأجود، و النقص بالخلط يمكن جبره بالأرش (و إلا-) يمزجه بالأردإ، بل بالمساوى، أو الأ-جود (كان شريكا) (٨) بمقدار عين -المالك عن المغصوب.

و عن الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر يتخير الغاصب فى دفع القدر من العين أو غيرها، لأن العين قد استهلكت إذ لا يقدر على الرد لو طالبه المالك، و التخير فى الحقيقه راجع إلى ضمان المثل، لأنه حينئذ لا- ينحصر فى العين، و إن مزجه بالأدون منه فلا خلاف كما فى التنقيح بضمان المثل على الغاصب، لتعذر رد العين كامله، لأن المزج هو اختلاط مال المالك بما هو أدون منه فلا يجب عليه قبوله فينتقل إلى المثل.

و الإنصاف أن هذا الحكم مبنى على الغالب من كون المالك لا يرضى بالشركه فلا يأتى الحكم فلذا حكم الشارح فى الروضه هنا بالتخير بين ضمان المثل أو الشركه مع الأرش على الغاصب، لأن حق المالك فى المغصوب لم يسقط لبقائه كما فى الأجود و المماثل، مع أن النقص بالخلط منجر بالأرش.

(١) أى مال الغاصب.

(٢) أى لا يجب على المالك قبول ماله الذى نقص بسبب خلطه بالأردإ.

(٣) أى الحكم من الانتقال إلى ضمان المثل.

(٤) أى رضا المالك.

(٥) بل عرفت أنه لا خلاف فيه كما فى التنقيح للمقداد.

(٦) أى تخيير المالك.

(٧) أى حق المالك.

(٨) أى المالك.

ماله (١)، لا قيمته، لأن الزيادة الحاصله (٢) صفه حصلت بفعل الغاصب عدوانا فلا يسقط حق المالك مع بقاء عين ماله كما لو صاغ (٣) النقره (٤) و علف الدابه فسمنت.

و قيل (٥): يسقط حقه من العين (٦)، للاستهلاك فيتخير الغاصب بين الدفع من العين، لأنه متطوع بالزائد (٧)، و دفع المثل. و الأقوى الأول.

(و مثونه القسمة (٨) على الغاصب)، لوقوع الشركه بفعله (٩) تعديا.

هذا كله إذا مزجه (١٠) بجنسه، فلو مزجه بغيره كالزيت بالشيرج (١١) فهو إتلاف، لبطلان فائدته و خاصيته (١٢).

و قيل: تثبت الشركه هنا (١٣) أيضا (١٤) كما لو مزجاه (١٥) بالتراضى، أو (١) كما عليه الأكثر.

(٢) عند مزجه بالأجود.

(٣) أى الغاصب.

(٤) و هى الذهب أو الفضة المذابه لو صاغها حليا.

(٥) و هو ابن إدريس عند المزج بالمثل، و هو ابن إدريس مع الشيخ عند المزج بالأجود.

(٦) أن يسقط حق المالك من العين المغصوبه، و ينتقل إلى ضمان المثل.

(٧) عند الخلط بالأجود، و المتطوع هو الغاصب عند الدفع من العين.

(٨) إن أمكن التمييز فالمثونه على الغاصب، بلا خلاف فيه، لأن من حرّك ساكنا لزمه.

(٩) أى بفعل الغاصب.

(١٠) أى مزج المغصوب.

(١١) أى دهن السمسم أو خلط دقيق الحنطه بدقيق الشعير لكان المغصوب مستهلكا فيضمن الغاصب المثل على المشهور، و عن العلامه فى التذكرة قول قواه بثبوت الشركه، لأن إسقاط حق المالك من العين مع بقاء عينها بعيد، كما لو مزجاه بالرضا، أو امتزج كلا المالين بأنفسهما.

(١٢) أى خاصيه المغصوب.

(١٣) فيما لو مزج المغصوب بغير جنسه.

(١٤) كما لو مزج المغصوب بجنسه.

(١٥) ضمير الفاعل المثنى راجع للمالك و الغاصب، و ضمير المفعول راجع إلى المغصوب.

ص: ٥٣

امتزجا (١) بأنفسهما (٢)، لوجود العين (٣).

و يشكل (٤) بأن جبر المالك على أخذه (٥) بالأرث، أو بدونه (٦) إلزام بغير الجنس فى المثلئ و هو خلاف القاعده (٧)، و جبر الغاصب (٨) إثبات لغير المثل عليه (٩) بغير رضاه، فالعدول إلى المثل أجود، و وجود العين غير متميزه من غير جنسها كالتالفه.

فى ما لو زرع الغاصب الحبّ أو أحضن البيض

(و لو زرع) الغاصب (الحبّ (١٠) فنبت (أو أحضن (١١) البيض) فأفرخ (فالزراع و الفرخ للمالك) على أصح القولين، لأنه (١٢) عين مال المالك و إنما حدث بالتغير اختلاف الصور (١٣)، و نماء الملك للمالك و إن كان بفعل الغاصب.

(١) أى كلا المالين.

(٢) فى غير صورته الغصب.

(٣) تعليل لثبوت الشركه.

(٤) أى القول بثبوت الشركه.

(٥) أى أخذ حقه المختلط.

(٦) أى بدون الأرث.

(٧) إذ القاعده فى المثلئ الإلزام بمثله من جنسه.

(٨) أى جبر الغاصب بالشركه.

(٩) على الغاصب.

(١٠) إذا غصب حبا فزرعه أو بيضا فاستفرخه، فعن الشيخ فى باب الغصب من الخلاف و المبسوط و ابن حمزه فى الوسيله أن الزرع و الفرخ للغاصب، و عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، مع أن الفرخ و الزرع غير الحب و البيض و من قال إنهما عينهما فهو مكابر كما استدلل الشيخ.

و عن الأ-كثر أن الزرع و الفرخ للمغصوب منه، لاستصحاب ملكه و إن تغيرت صورته النوعيه التى هى ليست عنوان الملكيه، و لذا لا إشكال فى بقائهما على ملكه لو فرض استحالتهما إلى ذلك من دون غضب، على أنه لو سلم بتلف المغصوب فالزرع و الفرخ نماء لملكه و إن كان بفعل الغاصب، فلا يملكه الغاصب.

(١١) حضن الطائر بيضه إذا أخذه تحت جناحه.

(١٢) أى الزرع و الفرخ.

(١٣) أى الصور النوعيه.

ص: ٥٤

و للشيخ قول بأنه (١) للغاصب تنزيلا لذلك (٢) منزله الإِتلاف (٣)، و لأنّ النماء بفعل الغاصب. و ضعفهما ظاهر.

فى ما لو نقله إلى غير بلد المالك

(و لو نقله (٤) إلى غير بلد المالك و جب عليه نقله) إلى بلد المالك (و مئونه نقله) و إن استوعبت إضعاف قيمته، لأنّه عاد بنقله فيجب عليه الرد مطلقا (٥) و لا- يجب (٦) إجابه المالك إلى أجره الرد مع إبقائه (٧) فيما انتقل إليه، لأنّ حقه (٨) الرد، دون الأجره (و لو رضى المالك بذلك المكان) الذى نقله (٩) إليه (لم يجب) الرد على الغاصب، لإسقاط المالك حقه منه (١٠) فلو ردّه (١١) حيثنذ (١٢) كان له (١٣) إلزامه (١٤) برده إليه (١٥).

فى ما لو اختلفا

(و لو اختلفا فى القيمة حلف الغاصب) (١٦)، لأصالة البراءة من الزائد و لأنه (١) أى الزرع و الفرخ.

(٢) أى للحب و البيض.

(٣) فيضمن الغاصب مثله أو قيمته و يكون له الزرع و الفرخ.

(٤) أى نقل الغاصب المغصوب إلى غير بلد المالك، فيجب عليه إعادته إلى بلد المالك و عليه مئونه نقله، لأنّ الغاصب مأمور بوجوب رد العين المغصوبه، و هو متوقف على العود لو نقله إلى غير بلد المالك، فيجب العود حيثنذ من باب المقدمه، و عليه مئونه النقل.

(٥) سواء كانت أجره الرد تستوعب أضعاف قيمته أم لا.

(٦) على الغاصب.

(٧) أى إبقاء المغصوب فى المكان الذى نقله إليه الغاصب.

(٨) أى حق المالك.

(٩) ضمير الفاعل للغاصب، و ضمير المفعول للمغصوب.

(١٠) من الرد.

(١١) أى ردّ الغاصب المغصوب.

(١٢) حين رضا المالك بذلك المكان.

(١٣) للمالك.

(١٤) أى إزام الغاصب.

(١٥) أى برء المغصوب إلى المكان السابق، لأن النقل الجءىء غضب آءر.

(١٦) لو تلف المغصوب و اءءلفا فى القىمه فعن المبسوط و الخلاف و ابن إءرىس و المءءق و العلامه و كءىر من المءآءرىن أن القول قول الغاصب فى القىمه مع الىمىن عنء ءعءر بىنه -

ص: ٥٥

منكر (١) ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم قيمه للعبد فيكلف بدعوى قدر يمكن، مع احتمال تقديم قول المالك حينئذ (٢).

وقيل: يحلف المالك مطلقاً (٣). و هو ضعيف.

(و كذا) يحلف الغاصب (لو ادعى المالك) إثبات (صناعه (٤) يزيد بها الثمن) (٥)، لأصالة عدمها، و كذا (٦) لو كان الاختلاف في تقدمها (٧) لتكثر - المالك، لأن الغاصب منكر للزيادة و المالك يدعيها و الأصل عدمها.

و عن النهايه للشيخ و المقنعه للمفيد بل نسب إلى الأكثر كما في التحرير و إن قال في الجواهر: (و إن كنا لم نجده لغيرهما) أن القول قول المالك لصحيح أبي ولأد الحناط المتقدم (قلت: فمن يعرف ذلك؟ قال عليه السلام: أنت و هو، إما أن يحلف هو على قيمه فيلزمك، فإن رد اليمين عليك فحلفت على قيمه لزمه ذلك) (١).

و هو يدل على تقديم قول المالك مع الحلف، و به تخصص القاعده العامه، و هذا التخصص موافق للاعتبار إذ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لازمه عدم قبول قوله ما لم يرد المالك الحلف عليه.

ثم على القول الأول من تقديم قول الغاصب يقدم قوله إذا ادعى ما يحتمل كونه قيمه للمغصوب، أما لو ادعى ما يعلم كذبه عادة لم يقبل و طولب بجواب آخر محتمل فيقبل منه، و لا يلزم من الغاء قوله لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً حيث يوافق الأصل.

(١) أى منكر للزيادة و الأصل عدمها.

(٢) على تقدير ذلك الادعاء المكذوب.

(٣) أى حين ادعاء الغاصب ما يعلم كذبه.

(٤) سواء ادعى الغاصب ما يعلم كذبه أم لا.

(٥) إذا تلف المغصوب و ادعى المالك فيه صفه يزيد بها الثمن كعرفه الصنعه فلا خلاف في أن القول قول الغاصب مع يمينه، لأصالة عدم الصنعه، إذ معرفتها أمر حادث و الأصل عدمه.

(٦) أى و يحلف الغاصب.

(٧) أى تقدم الصنعه، كأن يدعى المالك حصول الصنعه في العبد المغصوب قبل الغضب لتكثر الأجره، و الغاصب يدعيها بعد الرد، فالقول قول الغاصب مع يمينه لأصالة عدم التقدم.

ص: ٥٦

الأجره، لأصله عدمه (١)، (و كذا) يحلف الغاصب (لو ادعى التلف) (٢) و إن كان (٣) خلاف الأصل، لإمكان صدقه، فلو لم يقبل قوله (٤) لزم تخليده الحبس لو فرض التلف، و لا يرد مثله (٥) ما لو أقام المالك بينه (٦) بيقائه (٧) مع إمكان كذب (١) أى عدم التقدم.

(٢) لو ادعى الغاصب تلف المغصوب فلا يجب عليه الرد فأنكر المالك، قدّم قول الغاصب مع يمينه بلا خلاف فيه، و ليس تقديم قوله مع أنه على خلاف الأصل، إذ الأصل هنا يقتضى تقديم قول المالك لأنه منكر، إلا- لأن الغاصب لو لم يقبل قوله للزم تخليده فى السجن لو فرض صدقه، و قد يصدق و لا- بينه له، فلو طولب بالبينة حينئذ للزم تكليف بما لا يطاق، و تخليده فى السجن.

إن قلت: إذا قدّم قول الغاصب مع يمينه للزم كون المالك مدعياً، و يقبل قوله مع البينة، فلو أقام المالك البينة على بقاء العين المغصوبه، لكلف الغاصب بردها، و على تقدير صدقه بالتلف يتعذر عليه الرد، و يحبس حينئذ مع كونه صادقاً، فكذلك لو قدّمنا قول المالك مع يمينه كما هو مقتضى الأصل للزم حبس الغاصب مع إمكان صدقه، بلا فرق بين المقامين.

إن قلت: الفرق واضح، إذ مع قيام البينة يحكم بثبوت بقاء العين ظاهراً، و على هذا الظاهر يجوز حبسه إلى أن يظهر للحاكم أن ترك الغاصب للرد ليس عناداً بل لتلفها، و حينئذ ينتقل إلى البدل عند تعذر الوصول إلى العين.

بخلاف الاعتماد على الأصل فإنه حجه ضعيفه مختلف فيها بين الفقهاء و الأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبه و نحوها كما فى المسالك.

و فيه أنه فرق غير فارق ما دام الاعتبار ثابت لكل من البينه و الأصل، و عليه فإن قام إجماع على تقديم قول الغاصب مع يمينه فى التلف فهو و إلا- فالأصل يقتضى تقديم قول المالك مع يمينه و إن لزم تخليد الغاصب بالسجن إلى أن يظهر للحاكم أن عدم الرد ليس عناداً فينتقل إلى البدل عند تعذر الوصول إلى العين.

(٣) أى ما ادعاه من التلف.

(٤) لقبيل قول المالك مع يمينه، و مع هذا التقديم يكلف الغاصب بالرد، و عند الامتناع على تقدير التلف و كان صادقاً واقعا يحبس، و إن استمر الامتناع يخلد فى السجن.

(٥) و هو تخليد الغاصب فى السجن على تقدير تلف المال إذا كان الغاصب صادقاً فى دعواه.

(٦) بناء على أن الغاصب منكر كما تقدم فلا محاله يكون المالك مدعياً، و يقبل قوله حينئذ مع البينه.

(٧) أى بقاء المغصوب.

البينه، لأن (١) ثبوت البقاء (٢) شرعا (٣) مجوّز للإهانه و الضرب إلى أن يعلم خلافه (٤)، و متى حلف (٥) على التلف طولب بالبدل و إن كانت العين باقيه بزعم المالك (٦)، للعجز عنها (٧) بالحلف (٨) كما يستحق (٩) البدل مع العجز عنها (١٠) و إن قطع بوجودها، بل هنا (١١) أولى (١٢) (أو ادعى) (١٣) الغاصب (تملك ما على العبد) (١) تعليل لعدم إيراد مثله.

(٢) أى بقاء المغصوب.

(٣) أى عند قيام البينه.

(٤) و للدليل تنمه و هى: بخلاف الأصل فإنه حجه خفيفه فلو حلف المالك فلم يثبت بقاء المغصوب شرعا حتى تجوز إهانه الغاصب و ضربه إلى أن يعلم خلافه.

(٥) أى الغاصب بناء على تقديم قول الغاصب مع يمينه و إن كان على خلاف الأصل.

(٦) لأنه يدعى وجودها عند الغاصب و ينكر تلفها المدعى من قبل الغاصب و فى هذا رد على بعض العامه حيث ذهب إلى أن المالك ليس له أن يطالب بالبدل، لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها، و وجه الرد أن الانتقال إلى البدل قد يكون لتلف العين، و قد يكون لتعذر ردها و إن كانت باقيه كما تقدم فى المباحث السابقه، و الأمر هنا من هذا القبيل، إذ يتعذر رد العين بسبب حلف الغاصب، لأنه مع حلفه يجب أن يصدّق و لا يطالب برد العين بل ببدلها.

(٧) عن العين.

(٨) أى بسبب الحلف، لأن الغاصب يجب أن يصدق لو حلف على التلف.

(٩) أى يستحق المالك.

(١٠) أى مع العجز عن الوصول إلى العين.

(١١) فى صورته حلف الغاصب على التلف.

(١٢) لأنه فى صورته الحلف فالعين تالفه بنظر الغاصب، بخلاف مقام التعذر و العجز عن الوصول إلى العين، فالعين باقيه بنظر الغاصب.

(١٣) أى و كذا يحلف الغاصب لو ادعى...، و حاصل المسأله لو اختلفا فيما على العبد المغصوب من ثوب أو خاتم أو نحوهما، فقال المالك: هو لى، فقال الغاصب: بل هو لى، فالقول قول الغاصب مع يمينه، بلا خلاف فيه، لأن يده حاله الغصب هى على الجميع فيقدم قول لهذا الظاهر، و لا يعارضه سبق يد المالك على العبد، لأنها قد زالت بطرؤ يد الغاصب التى حكم بسببها بضمائه للعين و المنفعه، و هذا مما يدل على ترجيح يده على يد المالك.

(من الثياب) و نحوها، لأن العبد بيده، و لهذا يضمه و منافعه فيكون ما معه (١) في يده (٢) فيقدم قوله في ملكه.

(و لو اختلفا في الرد حلف المالك) (٣)، لأصالة عدمه، و كذا (٤) لو ادعى (٥) ردّ بدله مثلا، أو قيمه (٦)، أو تقدم (٧) رده على موته (٨) و ادعى المالك موته قبله (٩)، لأصالة عدم التقدم (١٠) و لا يلزم هنا (١١) ما يلزم في دعوى التلف (١٢)، (١) أى ما مع العبد.

(٢) أى يد الغاصب.

(٣) بلا خلاف فيه، لأصالة عدم الرد فيكون المالك منكرا.

(٤) أى يحلف المالك.

(٥) أى الغاصب.

(٦) عند تعذر ردّ العين أو تلفها.

(٧) أى و كذا لو ادعى الغاصب تقدم رده على موته فيحلف المالك، و أصل المسألة فيما لو مات العبد فقال الغاصب: رددته قبل موته، و قال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه على المشهور، لأن الرد و الموت أمران حادثان و أصالة عدم تقدم الرد على الموت معارض بأصالة عدم تقدم الموت على الرد فيتساقطان فيبقى أصالة ضمان المغصوب فى عهده الغاصب على حالها فلذا يضمن الغاصب و يقدم قول المالك مع يمينه. و عن الشيخ فى الخلاف لو عملنا فى هذا بالقرعة لكان جائزا، لأنه مع تعارض الأصلين يقتضى الإشكال، و القرعة لكل أمر مشكل، و فيه أنه مع بقاء أصالة الضمان على حالها فلا إشكال.

(٨) أى موت العبد المغصوب.

(٩) قبل الرد.

(١٠) أى عدم تقدم الرد على الموت، و فيه أنه معارض بأصالة عدم تقدم الموت على الرد فيتساقطان، و تبقى أصالة الضمان و بها يقدم قول المالك.

(١١) فى تقديم قول المالك عند دعوى الغاصب الردّ علّق الشارح هنا كما فى الطبعه الحجرية: (أى فى مسأله الكتاب، و هى قبول قول المالك فى عدم الرد). و ليس المراد منه تقديم قول المالك عند دعوى الغاصب الرد قبل موت المغصوب.

(١٢) من أنه إذا حلف المالك يكلف الغاصب بالرد، و هو متعذر عليه لأنه قد يكون صادقا فيلزم منه تخليده فى السجن و التكليف بما لا يطاق.

للانتقال (١) إلى البدل (٢) حيث يتعذر تخليص العين منه (٣)، لكن هل ينتقل إليه (٤) ابتداء (٥)، أو بعد الحبس و العذاب إلى أن تظهر أماره عدم إمكان العين نظر.

و لعل الثانى (٦) أوجه، لأن الانتقال إلى البدل ابتداء (٧) يوجب الرجوع إلى قوله (٨)، و تكليف (٩) بالعين مطلقا (١٠) قد يوجب خلود حبسه كأول (١١)، فالوسط (١٢) متجه. و كلامهم هنا (١٣) غير منقح.

(١) تعليل لعدم اللزوم هنا بما يلزم فى دعوى التلف.

(٢) قال الآقا جمال فى حاشيته: (لا يخفى أن الحكم بالانتقال إلى البدل حيث يتعذر التخلص يأتى فى المسأله السابقه أيضا، إذ يمكن فيها أيضا الحكم باليمين على المنكر كما هو القاعده، و يدفع ما أُلزم فيها من تخليد الحبس بالحكم بالانتقال المذكور، فالتفرقه بين المسألتين بهذا الوجه سخيّف جدا)، انتهى، و لذا قلنا سابقا بتقديم قول المالك مع اليمين فى دعوى الغاصب التلف لأنه الموافق للقاعده، إلا أن يقوم إجماع على تقديم قول الغاصب مع اليمين.

(٣) من الغاصب.

(٤) إلى البدل عند حلف المالك على عدم الرد.

(٥) أى بمجرد الحلف.

(٦) و هو الانتقال إلى البدل بعد الحبس و العذاب.

(٧) أى بمجرد الحلف.

(٨) أى قول الغاصب، و فيه: أن الرجوع إلى قوله ليس فى محله، لأن قول الغاصب أن يحلف هو على الرد و لا- يلزم بشىء من الرد و لا البدل و هنا يحلف المالك و يلزم الغاصب بردّ البدل فلم يلزم الرجوع إلى قوله.

(٩) أى تكليف الغاصب.

(١٠) حتى لو كان الغاصب صادقا فى دعواه الرد.

(١١) أى كالمسأله السابقه عند اختلاف المالك و الغاصب فى التلف.

(١٢) من حلف المالك على عدم الرد مع تكليف الغاصب بالبدل بعد الحبس و العذاب إلى أن تظهر أماره على عدم إمكان العين.

(١٣) أى كلام الأصحاب فى مسأله الرد و الانتقال إلى البدل ابتداء أو بعد الحبس و العذاب.

كتاب اللقطه

اشاره

ص: ٦١

(كتاب اللقطة (١) (اللقطة) بضم اللام وفتح القاف اسم للمال الملقوط، أو (٢) للملتقط. كباب فعله (٣) كهمزه و لمزه أو بسكون القاف اسم للمال (٤) و أطلق (٥) على ما يشمل (١) بضم اللام وفتح القاف اسم للمال الملقوط كما صرح به غير واحد من أهل اللغة، بل عن أبي عبيدة أن التحريك عليه عامه أهل العلم، و عن الأزهري أنه قول جميع أهل اللغة و حدّاق النحويين.

و عن الخليل بن أحمد - كما في التذكرة - أنها بالسكون للمال، و بالفتح اسم للملتقط، لأن ما جاء على وزن فعله مثل (همزه لمزه) فهو اسم فاعل و على كل فاللقطة لغه و عرفا هي المال، إلا أن بعض الفقهاء أطلقوها تجوزا على ما يشمل الآدمي و هي الحر، و بعضهم خصّها بالمال و أفرد للقيط بابا آخر و الدليل على مشروعيتها الأخبار الكثيره.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها قال:

يعرفها سنه، فإن جاء لها طالب، و إلا فهي كسبيل ماله) (١).

(٢) الترديد باعتبار الخلاف الواقع بين أهل اللغة و الخليل بن أحمد، و ليس هو تعميما للمعنى.

(٣) قيد للأخير فقط كما هو واضح.

(٤) لا خلاف بينهم في أنها بالتسكين اسم للمال، لكن بحثوا في أن التسكين من لحن العامه أو لا.

(٥) أى اسم اللقطة.

ص: ٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب اللقطة حديث ١.

الإنسان (١) تغليبا (و فيه فصول).

الفصل الأول فى اللقيط

إشاره

(الأول فى اللقيط)

فى معنى اللقيط

(اللقيط) (٢) و هو فعيل بمعنى مفعول كطريح و جريح. و يسمى منبوذا (٣).

و اختلاف اسميه باعتبار حالتيه إذا ضاع فإنه ينبذ أولا أى يرمى ثم يلقط (و هو (٤) إنسان ضائع لا كافل له) (٥) حاله الالتقاط (و لا يستقل بنفسه) (٦) أى بالسعى على ما يصلحه و يدفع عن نفسه المهلكات الممكن دفعها عادة (فيلتقط الصبى (٧) (١) أى اللقيط و الملقوط.

(٢) اللقيط هو الملقوط، لأن فعيل بمعنى مفعول كجريح و طريح، فهما فى معنى واحد، هذا و اعلم أنهم قَسَمُوا الملقوط إلى أقسام ثلاثه، و هى اللقيط للإنسان الملقوط، و الضاله للحيوان الملقوط، و اللقطه للمال الملقوط، و قد صح التقسيم باعتبار أن لكل واحد من هذه الأقسام الثلاثه حكما يخصه كما سيأتى بيانه.

(٣) أى و يسمى اللقيط منبوذا، و المنبوذ هو المطروح، و قد صح تسميته بالمنبوذ و باللقيط باعتبار حالتيه، فإنه ينبذ أولا ثم يلتقط.

(٤) أى اللقيط.

(٥) فى النافع و القواعد و التذكره أنه كل صبى ضائع لا كافل له حال الالتقاط، و فى الجواهر أنه لا أجد خلافا فى غير المميز.

و على كل احتراز بالصبى عن البالغ، فإنه مستغنى عن الحضانه و التعهد فلا معنى لالتقاطه، نعم لو وقع فى معرض هلاك و جب تخلصه كفايه، و احترز بالضائع عن غيره المنبوذ و إن لم يكن له كافل، فإنه لا يصدق عليه اسم اللقيط، و إن كانت كفالته واجبه كفايه كالضائع، إلا أنه لا يسمى لقيطا.

و احترز بأنه لا كافل له عن الضائع المعروف النسب، فإن أباه و جداه و من يجب عليه حضانته مختصون بحكمه، و لا يلحقه حكم الالتقاط و إن كان ضائعا نعم يجب على من وجده أخذه و تسليمه إلى من يجب عليه حضانته كفايه من باب الحسبه.

(٦) احتراز عن البالغ العاقل، لأنه وصف للصبى و المجنون.

(٧) الصبى إما مميز أو لا، و الثانى يجوز التقاطه، لأنه المتيقن من نصوص اللقيط و سيأتى بعضها، و هو المتيقن من كلام أهل اللغه و السيره، بلا خلاف فيه و لا إشكال.

و الأول يجوز التقاطه كما عليه المشهور لصدق كونه لقيطا، و لعجزه عن دفع ضروراته، و لعجزه عن التربيه و التعهد و إن كان قادرا على دفع ضروراته، و عن البعض كما فى -

ص: ٦٤

(و الصبيه) و إن ميّزا على الأقوى، لعدم استقلالهما بأنفسهما (ما لم يبلغا) فيمتنع التقاطهما حينئذ (١)، لاستقلالهما، و انتفاء الولاية عنهما.

نعم لو خاف على البالغ التلف في مهلكه وجب إنقاذه كما يجب إنقاذ الغريق، و نحوه، و المجنون بحكم الطفل (٢)، و هو داخل في إطلاق التعريف و إن لم يخصه في التفصيل و قد صرح بإدخاله في تعريف الدروس (٣). و احترز بقوله:

لا- كافل له، عن معلوم الولي، أو الملتقط (٤) (إذا علم الأب، أو الجد) و إن علا،-الرياض عدم جواز التقاطه لبلوغه حدا يحفظ نفسه من الهلاك فيكون أمره إلى الحاكم كالبالغ.

و فيه: أن قوله تعالى: قَالَ قَائِلٌ مِنْهُمْ لَا- تَقْتُلُوا يُوسُفَ وَ أَلْقُوهُ فِي غَيَابَتِ الْجُبِّ، يَلْتَقِطُهُ بَعْضُ السَّيَّارَةِ، إِنَّ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ (١) دال على إطلاق الالتقاط على يوسف عليه السلام، و هو كان ميّزا كما تشهد به رؤياه التي قصّها على أبيه قبل رميه في البئر، و منه تعرف ضعف استثناء المحقق الثاني و الشهيدين للمراهق قبل البلوغ، لأنه مستغنى عن التعهد و التريه فكان كالبالغ في حفظ نفسه، و يدفعه إطلاق الالتقاط على يوسف و هو مستغنى عن التعهد و التريه.

(١) حين بلوغهما.

(٢) فالمجنون و إن كان بالغاً فهو غير مستقل بنفسه فلو ضاع و لا كافل له فهو يندرج تحت تعريف المصنف للقيط هنا، و قد صرح بإدخاله في الدروس، و تبعه الكركي و الشارح في المسالك.

و عن الجواهر العدم لعدم شمول اللقيط لغير المجنون البالغ، و لعل العرف يساعد عليه أيضا كما في الجواهر، هذا و وجوب حفظه عن التلف و إنقاذه من الهلكه كالعاقل لا يثبت له حكم الالتقاط، و يكفي فيه إيصاله إلى الحاكم المتولى لأمره.

(٣) حيث قال في الدروس: (اللقيط كل صبي أو صبيه أو مجنون ضائع لا كافل له).

(٤) أي معلوم الملتقط، و هو الصبي الملقوط فإنه في يد الملتقط، و يصدق أن له كافلا فلا يجوز التقاطه ثانيا، بل لو ضاع أو نبذه الملتقط الأول فيرد إلى الملتقط الأول على تقدير ضياعه، و يلزم يأخذه على تقدير نبذه، لتعلق الحكم به بأخذه عند التقاطه أولا، و لا دليل على سقوطه عنه بنبذه أو ضياع اللقيط.

ص: ٦٥

و الأم و إن سعدت (أو الوصى، أو الملتقط السابق) مع انتفاء الأولين (١) (لم يصح) التقاطه (و سلم إليهم) وجوبا، لسبق تعلق الحق بهم فيجبرون على أخذه.

في ما لو كان اللقيط مملوكا

(و لو كان اللقيط مملوكا (٢) حفظ) وجوبا (حتى يصل إلى المالك) (٣) أو وكيله (١) و هما الأب و الجد إذا قرئت بالثنيه، و هذا يكون بالنظر إلى عباره الماتن، و يصح قراءتها بالعكس فيكون جمعا يراد به الأب و الجد و الأم، و يكون بالنظر إلى عباره الشارح و هو الأولى.

(٢) إذا ضاع المملوك سواء كان ذكرا أم أنثى، صغيرا كان أو كبيرا، جاز التقاطه كما صرح بذلك غير واحد، لأنه مال ضائع فيجوز التقاطه، و يكون لقطه حينئذ لا لقيطا.

و بهذا يحصل الفرق بين الحر و المملوك حيث يشترط الصغر في الحر دون المملوك، لأن المملوك لا يخرج بالبلوغ عن الماليه بخلاف الحر فإنه يحفظ نفسه عند البلوغ عادة، مع أن القصد من اللقيط حفظه و حضائته فيختص بالصغير.

هذا و عن الشيخ في المبسوط و جماعه أن جواز التقاط المملوك مختص بالصغير الذي لا يتحفظ بنفسه، لأن البالغ يستقل بنفسه في الحفظ فيكون كالمضال الممتنع بنفسها و هي البعير فقد ورد المنع عن التقاطها كما في صحيح معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (سأل رجل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الشاه المضال بالفلاة، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسها، و سئل عن البعير الضال، فقال للسائل: ما لك و له خفه حذاؤه، و كرشه سقاؤه، حل عنه) (١).

و فيه: أن المملوك الكبير مال فإذا ضاع يندرج تحت موضوع لقطه المال، فيجوز التقاطه، و يدل عليه صحيح علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن اللقطه إذا كانت جاريه هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها) (٢)، و هو صريح في جواز التقاطها، و هي كبيره قابله لاستحلال فرجها.

(٣) إذا جاز التقاط المملوك فيجب حفظه لأنه مال للغير، و يجب إيصاله إلى مالكة إن علم و لا يجوز تملكه كما عن العلامة في الإرشاد و الشهيد في الدروس لصحيح علي بن جعفر المتقدم حيث حصر البيع بالإنفاق و لازمه عدم مشروعيه التملك مطلقا، فضلا عن أصاله بقاء المملوك على ملك مالكة و عن العلامة في القواعد قطع بجواز تملك الصغير بعد التفريق حولا، و هو قول الشيخ في المبسوط و قواه الشارح في المسالك، لأنه مال ضائع -

ص: ٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب اللقطه حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب اللقطه حديث ٨.

و يفهم من إطلاقه عدم جواز تملكه (١) مطلقا، و به صرح فى الدروس.

و اختلف كلام العلامة. ففى القواعد قطع بجواز تملك الصغير بعد التعريف حولا. و هو قول الشيخ، لأنه مال ضائع يخشى تلفه، و فى التحرير أطلق المنع من تملكه محتجا بأن العبد يتحفظ بنفسه كالإبل. و هو (٢) لا يتم فى الصغير (٣)، و فى قول (٤) الشيخ قوه (٥).

و يمكن العلم برقبته (٦) بأن يراه يباع فى الأسواق مرارا قبل أن يضيع و لا يعلم مالكة، لا بالقرائن (٧) من اللون و غيره، لأصالة الحرية.

(و لا يضمن) (٨) لو تلف، أو أبق (إلا- بالتفريط) للإذن فى قبضه شرعا فىكون أمانه (٩). (نعم الأقرب المنع من أخذه) (١٠) أى أخذ المملوك (إذا كان) - يخشى تلفه و كل مال ضائع يخشى تلفه يجوز التقاطه، و يجوز تملكه بعد تعريفه حولا على ما سيأتى بيانه فى لقطه المال، و هو ضعيف للصحيح المتقدم، و به يستثنى حكم اللقطه من التملك بعد تعريفها سنه.

(١) أى إطلاق الماتن.

(٢) أى تملك المملوك كبيرا كان أو صغيرا.

(٣) أى احتجاج العلامة فى التحرير.

(٤) لأنه لا يتحفظ بنفسه، و عليه لا خلاف بين قولى العلامة فى التحرير و القواعد.

(٥) و هو قول العلامة فى القواعد.

(٦) أى و يعلم كون اللقيط مملوكا مع الجهل بمالكة برؤيته قبل ضياعه أنه يباع مره بعد أخرى، و لا يعلم مالكة، هذا من جهة و من جهة أخرى لا تكفى القرائن الظنيه و لا اللون على أنه مملوك لأصالة الحرية.

(٧) أى و لا يمكن الاعتماد على رقبته بالقرائن و لا اللون.

(٨) بعد ما التقط المملوك فلو أبق أو ضاع من غير تفريط فلا يضمن الملتقط بلا خلاف فيه و لا إشكال، لأن يد الملتقط على اللقيط يد أمانه شرعية، للأذن له فى الالتقاط من قبل الشارع فلا يكون مضمونا عليه لو تلف أو ضاع أو عاب فى يده إلا مع تعد أو تفريط فيضمن بلا خلاف فيه و لا إشكال لعدوانه حينئذ.

(٩) أى أمانه شرعية لا مالكية.

(١٠) أى التقاطه.

(١١) كما هو قول الشيخ فى المبسوط و جماعه و قد تقدم دليله.

(بالغا (١)، أو مراهقا) أى مقاربا للبلوغ، لأنهما كالمضاهة الممتنعه (٢) بنفسها، (بخلاف الصغير الذى لا- قوه معه) على دفع المهلكات عن نفسه.

و وجه الجواز (٣) مطلقا (٤) أنه (٥) مال ضائع يخشى تلفه، و ينبغى القطع بجواز أخذه (٦) إذا كان مخوف التلف و لو بالإباق، لأنه (٧) معاونه على البر، و دفع لضروره المضطر (٨). و أقل مراتبه (٩) الجواز (١٠). و بهذا (١١) يحصل الفرق بين الحر و المملوك، حيث اشترط فى الحر الصغير، دون المملوك، لأنه (١٢) لا- يخرج بالبلوغ عن المالىه (١٣)، و الحر إنما يحفظ عن التلف، و القصد من لقطته حضانته و حفظه فيختص (١٤) بالصغير، و من ثم قيل (١٥): إن المميز (١٦) لا يجوز لقطته.

(١) عن المهلكات.

(٢) أى جواز التقاط المملوك.

(٣) كبيرا كان أو صغيرا.

(٤) أى المملوك.

(٥) أى التقاط المملوك و لو كان كبيرا.

(٦) أى أخذ المملوك و التقاطه و لو كان كبيرا.

(٧) و قد قال تعالى: وَ تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَى (١).

(٨) و هو المالك.

(٩) أى مراتب التعاون على البر، و مراتب دفع ضروره المضطر.

(١٠) قال فى الجواهر بعد ما ذهب إلى جواز التقاط المملوك و لو كان كبيرا مستدلا عليه بصحيح على بن جعفر قال: (كما أن الاستدلال على المختار بالمعاونه و الإحسان عند خوف التلف، حتى أنه قال فى الروضه: ينبغى القطع بالجواز مع ذلك، لا يخلو من نظر، ضروره عدم ثبوت الالتقاط الذى له أحكام مخصوصه بذلك، و إلا فنصوص رد الآبق كثيره، فالعمده حينئذ ما ذكرناه) انتهى.

(١١) من جواز التقاط المملوك و لو كان كبيرا، لأنه مال ضائع يخشى تلفه.

(١٢) أى المملوك.

(١٣) و هى السبب فى جواز الأخذ.

(١٤) أى يختص التقاط الحر.

(١٥) كما عن البعض على ما فى الرياض و قد تقدم بحثه فراجع.

(١٦) أى المميز الحر.

ص: ٦٨

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٢.

فى ما يشترط فى الملتقط

(و لا- بد من بلوغ الملتقط و عقله) (١) فلا- يصح التقاط الصبى و المجنون بمعنى أن حكم اللقيط فى يديهما ما كان عليه قبل اليد، و يفهم من إطلاقه (٢) اشتراطهما (٣)، دون غيرهما: أنه (٤) لا يشترط رشده (٥) فيصح من السفية، لأن حضانه اللقيط ليست مالا. و إنما يحجر على السفية له (٦)، و مطلق كونه (٧) مولى عليه غير مانع (٨).

و استقرب المصنف فى الدروس اشتراط رشده، محتجا بأن الشارع لم يأتينه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع، و لأن الالتقاط ائتمان شرعى و الشرع لم يأتينه.

(١) هذا و اعلم أنه إذا التقط العبد و لم يوجد من ينفق عليه أنفق عليه نفس الملتقط بنيه الرجوع على مالكه، فإن تعذر عليه استيفاء المنفعة من المالك باعه فى النفقة، لصحيح على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام (سألته عن اللقطة إذا كانت جارية، هل يحل فرجها لمن التقطها؟ قال: لا، إنما يحل له بيعها بما أنفق عليها)(١).

(٢) شروع فى شروط الملتقط، فيشترط فيه البلوغ و العقل بلا خلاف فيه فلا يصح التقاط الصبى و المجنون لقصورهما عن الولاية و الحضانه و عدم أهليتهما لشيء من ذلك.

و لو فرض التقاط الصبى و المجنون فحكم اللقيط باق على ما كان عليه قبل اليد، فما عن التذكرة أنه بذلك يخرج عن حكم اللقيط و تكون الولاية للحاكم ليس فى محله. هذا و عن الأكثر عدم اعتبار الرشد، لأن السفية محجور فى التصرف و ليست حضانتها مالا حتى يمنع منها، و كونه مولى عليه لا يمنع من ولايته.

و عن الدروس اشتراط الرشد محتجا بأن الشارع لم يأتينه على ماله فعلى الطفل و ماله أولى بالمنع، و بأن الالتقاط ائتمان شرعى و الشرع لم يأتينه.

و فيه: أن الشارع لم يأتينه على المال، أما على غيره فلا بل جؤز له التصرف فيه.

(٣) أى إطلاق الماتن.

(٤) أى اشتراط البلوغ و العقل.

(٥) أن الشأن و الواقع.

(٦) أى للمال.

(٧) أى كون السفية.

(٨) أى غير مانع من ولايته على غيره.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب اللقطه حديث ٨.

و فيه نظر، لأن الشارع إنما لم يأت منه على المال، لا على غيره، بل جَوَّز تصرفه في غيره (١) مطلقاً (٢)، و على تقدير أن يوجد معه (٣) مال يمكن الجمع بين القاعدتين الشرعيتين و هما: عدم استئمان البذر على المال و تأهيله (٤) لغيره (٥) من التصرفات التي من جملتها الالتقاط و الحضانه، فيؤخذ المال منه (٦) خاصه (٧).

نعم لو قيل: إن صحه التقاطه (٨) يستلزم وجوب إنفاقه (٩). و هو (١٠) ممتنع من المبذر، لاستلزامه (١١) التصرف المالى، و جعل التصرف فيه (١٢) لآخر يستدعى الضرر على الطفل بتوزيع أموره (١٣)، أمكن (١٤) تحقق الضرر بذلك (١٥) و إلا (١٦) فالقول بالجواز أجود.

(و حرثته) (١٧) فلا عبره بالتقاط العبد (إلا بإذن السيد)، لأن منافعه (١) أى غير المال.

(٢) سواء كان له أم لغيره.

(٣) مع اللقيط.

(٤) أى تأهيل المبذر السفیه بمعنى كونه أهلاً.

(٥) أى لغير المال.

(٦) من الملتقط السفیه، و هو المال الذى بحوزه اللقيط.

(٧) دون اللقيط.

(٨) أى التقاط السفیه.

(٩) أى إنفاق السفیه على اللقيط.

(١٠) أى الإنفاق.

(١١) أى الإنفاق.

(١٢) فى الإنفاق على اللقيط.

(١٣) بأن تكون حضانته على شخص و إنفاقه على آخر، فضلاً عن أن الولايه أمر واحد فلا تتجزى فإما أن تثبت مطلقاً أو تنتفى مطلقاً.

(١٤) جواب لقوله: (نعم لو قيل).

(١٥) بتوزيع أموره.

(١٦) أى و إن لم يتحقق الضرر على الطفل بتوزيع أموره فالقول بجواز التقاط السفية له مع جعل إنفاقه على آخر أجود.

(١٧) يشترط فى الملتقط الحريه، فلا يصح التقاط العبد بلا إشكال و لا خلاف، لأنه لا يقدر-

ص: ٧٠

له (١)، و حقه (٢) مضيق، فلا يتفرغ (٣) للحضانه، أما لو أذن له فيه (٤) ابتداء (٥) أو أقره عليه (٦) بعد وضع يده (٧) جاز، و كان السيد فى الحقيقه هو الملتقط و العبد نائبه، ثم لا يجوز للسيد الرجوع فيه (٨).

و لا- فرق (٩) بين القنّ، و المكاتب، و المدبر، و من تحرر بعضه، و أم الولد، -على شىء إذ هو مشغول باستيلاء المولى على منافعه حتى ورد فى الخبر عن أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطه، فقال: و ما للمملوك و اللقطه، و المملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها المملوك) (١). بلا فرق بين القن و المدبر و المكاتب و لو تحرر بعضه و أم الولد، لأن منافعه للمولى، و اللقطه تحتاج إلى التعريف سنه، هذا فى غير الذى تحرر بعضه، و أما فيه فالالتقاط يستدعى الحضانه منه و هى مستلزمه للتصرف فى حق المولى المتعلق به، فيتوقف التقاطه على إذن مولاه، نعم لو أذن له المولى صح، كما لو أخذه المولى و دفعه إليه، بلا- خلاف فيه، و يكون الملتقط فى الحقيقه هو المولى و العبد نائبه، فيلحقه أحكامها دون العبد.

نعم يجب على العبد إنقاذ الطفل الضائع الذى لا كافل له كما يجب عليه إنقاذ غيره عند الوقوع فى الهلكه بلا خلاف فيه و لا إشكال، إلا- أن ذلك ليس من الالتقاط بشىء، و يجب عليه الإنقاذ من باب حفظ النفس بالوجوب العقلى الكفائى، فما عن الشهيد فى الدروس أنه يجوز التقاطه حينئذ ليس فى محله.

(١) أى لأن منافع العبد للسيد.

(٢) أى حق العبد فى نفسه مضيق لأنه ليس له إلا الصلاه و النوم و لا يحفظ نفسه من الأكل و الشرب، دون حفظ غيره.

(٣) أى العبد.

(٤) أى أما لو أذن السيد للعبد فى الالتقاط.

(٥) أى قبل الالتقاط.

(٦) على الالتقاط.

(٧) أى يد العبد.

(٨) أى فى الاذن على ما صرح به الفاضل و الكركى و الشهيدان، لأنه هو الملتقط حقيقه فلا يجوز له الإعراض عن اللقيط بعد أخذه.

(٩) أى فى العبد الذى لا يجوز التقاطه.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب اللقطة حديث ١.

لعدم جواز تبرع واحد منهم بماله، ولا بمنافعه (١) إلا بإذن السيد، ولا يدفع ذلك (٢) مهاياه المبعوض (٣) وإن وفى زمانه (٤) المختص بالحضانه، لعدم لزومها (٥) فجاز تطرق المانع (٦) كل وقت.

نعم لو لم يوجد للقيط كافل غير العبد و خيف عليه (٧) التلف بالإبقاء فقد قال المصنف فى الدروس: إنه يجب حينئذ (٨) على العبد التقاطه (٩) بدون إذن المولى. و هذا (١٠) فى الحقيقه لا- يوجب إلحاق حكم اللقطه، و إنما دلت الضروره على الوجوب (١١) من حيث إنقاذ النفس المحترمه من الهلاك، فإذا وجد من له أهليه الالتقاط و جب عليه (١٢) انتزاعه منه (١٣) و سيده من الجملة (١٤)، لانتفاء (١٥) (١) و هذا ما قاله فى التذكره و فيه: أن من تحرر بعضه فله التبرع بمقدار ما فيه من الحريه، نعم ليس له الحضانه لأنه يلزم منه التصرف فى حق المولى.

(٢) من عدم جواز التقاط من تحرر بعضه.

(٣) المهاياه هى تقسيم الوقت بين المولى و العبد الذى تحرر بعضه، فلو هاياه مولاه، و كان زمن العبد وافيًا بحضانه اللقيط لوجب القول بجواز التقاطه المبعوض.

و مع ذلك لا يجوز الالتقاط لعدم لزوم المهاياه فيجوز لكل من المولى و العبد فسخها، فجاز تطرق المانع الذى يمنع الحضانه فى كل وقت، و هى لازمه للملتقط، لذلك لم نجوز التقاط المبعوض.

(٤) أى زمان المبعوض.

(٥) أى لزوم المهاياه على كل من المولى و العبد.

(٦) أى المانع من الحضانه.

(٧) على اللقيط.

(٨) حين عدم الكافل غير العبد.

(٩) قد تقدم الكلام فيه.

(١٠) أى وجوب أخذه، و هو إشكال من الشارح على ما قاله المصنف فى الدروس.

(١١) أى وجوب أخذه.

(١٢) على من له أهليه الالتقاط.

(١٣) أى انتزاع اللقيط من العبد.

(١٤) أى جملة من له أهليه الالتقاط.

(١٥) تعليل لوجوب انتزاع اللقيط من العبد.

ص: ٧٢

أهليه العبد له (١).

(و إسلامه (٢) إن كان اللقيط محكوما بإسلامه) لانتفاء السبيل للكافر على المسلم، و لأنه لا يؤمن أن يفتنه (٣) عن دينه، فإن التقطه الكافر لم يقرّ في يده، و لو كان اللقيط محكوما بكفره جاز التقاطه للمسلم، و للكافر (٤)، لقوله تعالى:

وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (قيل) و القائل الشيخ و العلامة في غير التحرير: (و عدالته (٥)، لافتقار الالتقاط إلى الحضانه و هي استئمان لا يليق (١) للالتقاط.

(٢) أي و يشترط في الملتقط الإسلام إذا كان اللقيط محكوما بالإسلام ظاهرا، كما إذا أخذ من دار الإسلام على المشهور في ذلك، لأن الالتقاط نوع سبيل و قال تعالى: وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)، و لأنه لا- يؤمن مخادعته في الدين لو كان الملتقط كافرا، و قد ورد في النصوص تعليل المنع عن تزويج العارفة من المخالف بأن المرأه تأخذ من أدب زوجها (٢)، و قد تقدم عرض بعضها في كتاب النكاح.

فما عن المحقق في الشرائع و النافع و تلميذه الآبي من التردد في الحكم لأصالة الجواز، و لأن الالتقاط ليس سبيلا عليه حتى يمنع ليس في محله، لأن الالتقاط فيه نوع من السبيل لاستلزامه الحضانه، و السبيل منفي بالآيه المتقدمه، و به تنقطع أصاله الجواز.

(٣) ضمير الفاعل للكافر و ضمير المفعول للقيط.

(٤) بلا إشكال فيه، للأصل، و لكون المانع مختصا بغير هذا الفرض، و لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ (٣).

و اللقيط المحكوم بالكفر هو المأخوذ في دار الحرب و الكفر مع عدم إمكان تولده من مسلم هناك.

(٥) فعن الشيخ في المبسوط و العلامة في بعض كتبه اعتبار العدالة في الملتقط، و عن الأكثر عدمه، و عن المحقق الثاني التفصيل بين ما إذا كان للقيط مال فالأول، و إلا فالثاني.

و وجه الأول أن الالتقاط يفتقر إلى الحضانه، و هي استئمان لا تليق بالفاسق، و أيضا لا يؤمن أن يستره و يأخذ ماله.

و وجه الثاني، لأصالة الجواز، و لأن المسلم محل الأمانه مع أنه ليس استئمانا حقيقيا،-

ص: ٧٣

١- (١) سورة النساء، الآية: ١٤١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ما يحرم بالكفر حديث ٢ من كتاب النكاح.

٣- (٣) سورة الأنفال، الآية: ٧٣.

بالفاسق، ولأنه لا يؤمن أن يسترقه و يأخذ ماله.

و الأكثر على العدم، ولأن المسلم محل الأمانة، مع أنه (١) ليس استئمانا حقيقيا، و لانتقاضه (٢) بالتقاط الكافر مثله، لجوازه (٣) بغير خلاف.

و هذا هو الأقوى، و إن كان اعتباره (٤) أحوط. نعم لو كان له (٥) مال فقد قيل (٦): باشرطها (٧)، لأن الخيانه فى المال (٨) أمر راجح الوقوع.

و يشكل. بإمكان الجمع (٩) بانتزاع الحاكم ماله منه (١٠) كالمبذّر و أولى بالجواز التقاط المستور (١١)، و الحكم بوجوب نصب الحاكم مراقبا عليه (١٢) لا يعلم به إلى أن تحصل الثقة به، أو ضدها فينتزع منه، بعيد (١٣).

و لأنه يجوز التقاط الكافر لمثله مع أنه قد يسترقه و يأخذ ماله. و وجه الثالث أن الخيانه فى المال من الفاسق راجح الوقوع فيمنع من التقاطه، و الأقوى ما عليه الأكثر للسيره و إطلاق الأدله، و الأصل فى المسلم الائتمان و لذا ائتمنه الشارع فى كثير من الأمور كالطهاره و التذكيه.

(١) أى الالتقاط.

(٢) أى انتقاض القول الأول.

(٣) أى جواز التقاط الكافر مثله، مع أنه لا يؤمن أن يسترقه و يأخذ ماله.

(٤) أى اعتبار العدالة.

(٥) للقيط.

(٦) كما عن المحقق الثانى.

(٧) أى العدالة.

(٨) من الفاسق.

(٩) بين جواز التقاط الفاسق للصبى، و عدم جواز ولايته على مال اللقيط.

(١٠) أى بانتزاع الحاكم مال اللقيط من الفاسق كما قلناه فى السفية المبذّر.

(١١) أى مستور الحال و هو من لم يعلم عدالته و لا فسقه، و هو أولى بالجواز من معلوم الفسق، و وجه الأولويه عدم الحكم بالفسق على مستور الحال.

(١٢) على مستور الحال ليعرف أمانته و لكن بحيث لا يؤذيه كما فى الدروس.

(١٣) خبر لقوله (و الحكم بوجوب نصب الحاكم...) و وجه البعد أنه يجوز لمستور الحال فضلا عن الفاسق الالتقاط، و لهما الولاية و الحضانه على اللقيط لما تقدم من الأدله.

ص: ٧٤

(و قيل): يعتبر أيضا (حضره (١)، فينتزع من البدوى و من يريد السفر به (٢)، لأداء التقاطهما (٣) له (٤) إلى ضياع نسبه بانتقالهما عن محل ضياعه الذى هو مظنه ظهوره (٥).

و يضعف بعدم لزوم ذلك (٦) مطلقا (٧)، بل جاز العكس (٨)، و أصاله عدم الاشتراط (٩) تدفعه (١٠)، فالقول بعدمه (١١) أوضح، و حكايته (١٢) اشتراط هذين (١٣) قولاً يدل على تميزه. و قد حكم فى الدروس بعدمه (١٤)، و لو لم يوجد غيرهما (١٥) لم ينتزع قطعا، و كذا لو وجد مثلهما

فى الواجب على الملتقط

(و الواجب) على الملتقط (حضانته بالمعروف) (١٦) (١) أى يشترط فى الملتقط الحضر كما عن الشيخ فى المبسوط، فلو التقطه البدوى الذى لا استقرار له أو حضرى يريد السفر به ينتزع من يده، لأنه يؤدى إلى ضياع نسبه فى بلد الغربه، حيث يطلب غالبا فى محل الالتقاط.

و عن العلامه و المحقق الثانى و الشهيدين و جماعه الجواز، عملا بالأصل، و عدم صلاحيه ما ذكر للمانع، لعدم انضباط الحال فى ذلك فقد يؤدى السفر به إلى ظهور نسبه، بأن كان أصله من مكان بعيد عن محل الالتقاط و يدخله المسافر اتفاقا.

(٢) باللقيط.

(٣) و هما البدوى و من يريد السفر.

(٤) للقيط.

(٥) أى ظهور النسب.

(٦) من ضياع النسب.

(٧) أى فى كل الأحوال.

(٨) بأن يكون السفر به مؤديا إلى ظهور نسبه.

(٩) أى عدم اشتراط الحضريه.

(١٠) أى تدفع القول باشتراط الحضريه.

(١١) بعدم الاشتراط.

(١٢) أى حكايه الماتن.

(١٣) من العداله و الحضريه.

(١٤) أى بعدم اشتراط العداله و عدم اشتراط الحضريه.

(١٥) غير الفاسق و البدوى.

(١٦) المشهور بين الأصحاب أن الواجب على الملتقط حضائته بالمعروف، و المعروف من الحضانه -

ص: ٧٥

-هو التعهد و القيام بضروره تربيته بنفسه أو غيره، و لا يجب عليه الإنفاق من ماله ابتداء، للأصل، و لما دل من النصوص(١) على حصر من يجب الإنفاق عليه في أصناف الوالدين و الزوجه و الأولاد و الخادم على ما تقدم في كتاب النكاح، و ليس اللقيط واحدا منهم.

و عليه فإن كان للصبى مال ينفق عليه منه بإذن الحاكم، لأصالة عدم جواز التصرف في ماله بغير إذن وليه و كذا لو وجد مال موقوف على أمثاله أو موصى به لأمثاله نعم، مع تعذر الاذن ينفق عليه الملتقط بنفسه بدون الإذن، و ان لم يكن له مال فإن وجد سلطان يستعان به على نفقته من باب المال فيجب على السلطان الإنفاق، لأن بيت المال معدّ لمصالح المسلمين، أو ينفق عليه من الزكاه على تقدير وجودها من سهم الفقراء و المساكين، أو من سهم سبيل الله.

و إن لم يوجد سلطان و وجد من ينفق عليه من الزكاه فكذلك، و إن لم يوجد فيستعين بالمسلمين فإن وجد فيهم متبرع فهو، و إلا- فيجب على الجميع بما فيهم الملتقط الإنفاق على اللقيط، من باب الوجوب الكفائي لرفع ضروره المضطر و حفظ نفسه من التلف و الهلاك.

و إن تعذر ذلك كله أنفق الملتقط و يرجع عليه إذا أيسر اللقيط و قد نوى الملتقط الرجوع، و إلا فلا يجوز له الرجوع.

و قد تردد المحقق الحلبي في الشرائع في وجوب الإنفاق على المسلمين كفايه عند تعذر السلطان، لإمكان الإنفاق عليه بالإقراض و الرجوع عليه بعد قدره اللقيط على الأداء، و خالف ابن إدريس في جواز الرجوع على اللقيط بعد البلوغ إذا أنفق عليه الملتقط، هذا و الوارد في المسأله أخبار.

منها: خبر إسماعيل المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام (المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالى غير الذي رباه والاه، فإن طلب منه الذي رباه النفقه و كان موسرا ردّ عليه، و إن كان معسرا كان ما أنفقه عليه صدقه)(٢)، و خبر محمد بن أحمد (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن اللقيطه، فقال: لا تباع و لا تشتري و لكن تستخدمها بما أنفقت عليها)٣.

و هي ظاهره في جواز إنفاق الملتقط و الرجوع عليه من دون الرجوع إلى السلطان أو المسلمين، و هذا ما قوّاه صاحب الجواهر.

ص: ٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب النفقات من كتاب النكاح.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه حديث ٢ و ٤.

و هو (١) تعهده، و القيام بضروره تربيته بنفسه (٢)، أو غيره، و لا- يجب عليه الإنفاق عليه من ماله (٣) ابتداء، بل من مال اللقيط الذى وجد تحت يده، أو الموقوف على أمثاله، أو الموصى به لهم (٤) بإذن الحاكم مع إمكانه (٥)، و إلا (٦) أنفق بنفسه (٧) و لا ضمان.

و مع تعذره (٨) ينفق عليه من بيت المال) برفع الأمر إلى الإمام لأنه (٩) معد للمصالح و هو (١٠) من جملتها،(أو الزكاه) من سهم الفقراء و المساكين، أو سهم سبيل الله إن اعتبرنا البسط (١١)، و إلا (١٢) فمنها (١٣) مطلقا (١٤)، و لا يترتب أحدهما على الآخر (١٥).

و لكن الجمع بين هذه النصوص و بين كون نفقه اللقيط من باب دفع الضروره الثابته على جميع المسلمين و لا- خصوصيه للملتقط بالاتقاط يقتضى الذهاب إلى المشهور، و لا بد من نيه الرجوع فى الرجوع حتى يتحقق عنوان إقراضه.

(١) أى المعروف من الحضانه.

(٢) بنفس الملتقط.

(٣) أى و لا يجب على الملتقط الإنفاق على اللقيط.

(٤) لأمثاله.

(٥) أى إمكان الاذن.

(٦) إن لم يمكن الاذن.

(٧) أى أنفق الملتقط بنفسه من مال اللقيط من دون إذن الحاكم و لا ضمان عليه، لأنه أنفق عليه ماله لحفظ نفسه فلا يعتبر تعديا و لا تفريطا، بل هو إحسان منه.

(٨) أى تعذر مال اللقيط، و كذا مال الموقوف على مثله و الموصى به له.

(٩) أى بيت المال.

(١٠) أى الإنفاق على اللقيط المذكور.

(١١) أى البسط على الأصناف الثمانية.

(١٢) إن لم نعتبر البسط.

(١٣) من الزكاه.

(١٤) من دون تعيين سهم خاص.

(١٥) أى و ليس الإنفاق من الزكاه مترتبا على الإنفاق من بيت المال، و إن ذكر قبله، بل يجوز من كل منهما مع وجودهما.

ص: ٧٧

(فإن تعذر) ذلك (١) كله (استعان) الملتقط (بالمسلمين) و يجب عليهم مساعدته بالنفقة كفايه، لوجوب إعاله المحتاج كذلك (٢) مطلقا (٣) فإن وجد متبرع منهم، و إلا كان الملتقط، و غيره ممن لا ينفق إلا بنيه الرجوع سواء فى الوجوب.

(فإن تعذر أنفق) (٤) الملتقط (و رجع عليه) بعد يساره (٥)(إذا نواه) (٦) و لو لم ينوه كان متبرعا لا رجوع له، كما لا رجوع له (٧) لو وجد المعين المتبرع فلم يستعن به (٨)، و لو أنفق غيره (٩) بنيه الرجوع فله (١٠) ذلك (١١).

و الأقوى عدم اشتراط الأَشهاد فى جواز الرجوع (١٢) و إن توقف ثبوته عليه (١٣) بدون اليمين، و لو كان اللقيط مملوكا و لم يتبرع عليه متبرع بالنفقة رفع (١) من بيت المال و الزكاه.

(٢) أى كفايه.

(٣) بلا فرق بين الملتقط و غيره، و ليس الملتقط أولى بالوجوب من ناحيه الالتقاط.

(٤) أى تعذر إنفاق الغير و لو بنيه الرجوع.

(٥) أى و يرجع الملتقط على اللقيط بعد يسار الثانى.

(٦) أى نوى الملتقط الرجوع.

(٧) للملتقط و إن نوى الرجوع.

(٨) لأن رجوع الملتقط على اللقيط بما أنفقه ضرر على اللقيط فى صورته وجود المتبرع، و الضرر منفى بالشريعة.

(٩) أى غير الملتقط.

(١٠) أى للملتقط.

(١١) من الإنفاق عليه بنيه الرجوع، و له الرجوع حينئذ لاشتراك الجميع فى المقتضى.

(١٢) لا- يجب على الملتقط الإشهاد لإثبات أن الإنفاق بنيه الرجوع حتى يجوز له فيما بعد الرجوع على اللقيط عند يساره، كما صرح بذلك غير واحد - كما فى الجواهر - لإطلاق الخبرين المتقدمين.

و عن العلامة فى التذكرة اعتبار الإشهاد، لأنه مع عدم الحاكم فىكون الإشهاد قائما مقام إذنه، و هو ضعيف لعدم الدليل على هذه الملازمة.

(١٣) أى و إن توقف جواز الرجوع على الإشهاد لو ادعى أنه أنفق بنيه الرجوع، و لا يكتفى منه باليمين لأنه مدعى أن الإنفاق بنيه الرجوع و الأصل العدم.

أمره إلى الحاكم لينفق عليه (١)، أو يبيعه في النفقه (٢)، أو يأمره به (٣)، فإن تعذر (٤) أنفق (٥) عليه بنيه الرجوع (٦) ثم باعه فيها (٧) إن لم يمكن بيعه تدريجاً.

في أنه لا ولاء للملتقط

(و لا- ولاء عليه للملتقط) (٨)، و لا- لغيره من المسلمين، خلافاً للشيخ بل هو سائبه يتولى من شاء، و إن مات و لا وارث له (٩) فميراثه للإمام.

في زمن وجوب الأخذ

(و إذا خاف) واجده عليه التلف (وجب (١٠) أخذه كفايه) كما يجب حفظ كل (١) من بيت المال أو الزكاه على التفصيل المتقدم في الحر.

(٢) أى يبيعه الحاكم بثمان نفقته.

(٣) أى يأمر الحاكم الملتقط بالبيع المذكور.

(٤) أى تعذر الحاكم.

(٥) أى الملتقط.

(٦) لأنه مع عدمها يكون متبرعاً.

(٧) في النفقه.

(٨) لا ولاء للملتقط على اللقيط، بل اللقيط سائبه يتولى من شاء، بلا خلاف معتدّ فيه بيننا، للأصل، و للأخبار.

منها: خبر المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام (المنبوذ حر، فإن أحب أن يوالى غير الذي رباه والاه) (١)، و خبر العرزمي عن أبي عبد الله عن أبيه عليه السلام (المنبوذ حر، فإذا كبر فإن شاء توالى الذي التقطه، و إلا فليردّ عليه النفقه و ليذهب فليوال من شاء) ٢، بالإضافة إلى النبوي (إنما الولاء لمن أعتق) (٢)، و هو يدل على الحصر.

و خالف في ذلك بعض العامة فأثبت ولاءه للملتقط و هو ضعيف، و تبعه عليه الشيخ منا.

(٩) نسبا و ولايه.

(١٠) أخذ اللقيط واجب على الكفايه كما عليه المعظم و الأ-كثر، لأنه تعاون على البر، و لأنه دفع لضروره المضطر، و فيه أن التعاون على البر مستحب و ليس بواجب، و أن البحث في الالتقاط بما هو لا في حفظه من التلف و دفع الضروره عنه الذي

هو أعم من الالتقاط.

ص: ٧٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب اللقطه حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) سنن البيهقي ج ١٠ ص ٢٩٥.

نفس محترمه عنه (١) مع الإمكان، (وإلا) يخف عليه التلف (استحب) أخذه، لأصالة عدم الوجوب مع ما (٢) فيه من معاونه على البر.

وقيل: بل يجب كفايه مطلقا (٣)، لأنه معرّض للتلف، و لوجوب إطعام المضطر، و اختاره المصنف في الدروس.

وقيل (٤): يستحب مطلقا (٥)، لأصالة البراءة، و لا يخفى ضعفه.

في ما بيد اللقيط عند التقاطه

(و كل ما بيده) (٦) عند التقاطه من المال، أو المتاع كملبوسه، و المشدود في ثوبه (أو تحته) كالفراش، و الدابه المركوبه له (أو فوقه) كاللحاف، و الخيمه، و الفسطاط (٧) التي لا مالك لها معروف (فله) (٨)، لدلاله اليد ظاهرا على الملك.

و على كل فلا يفيد الدليلان إلا الاستحباب و لذا ذهب إلى ذلك المحقق في الشرائع و النافع و صاحب الجواهر، و عن الشهيد في الدروس و اللمعه هنا التفصيل بين الخوف عليه من التلف و عدمه، و الوجوب بالأول و الاستحباب بالثاني، و الظاهر أن التفصيل راجع إلى القول بالاستحباب لأن اللام في الالتقاط بما هو هو لا فيما توقف عليه حفظ النفس، و إلا فلا يظن بأحد أن يشك في الوجوب حينئذ، و لا يختص ذلك باللقيط بل الحكم يشمل غيره حتى الكبير.

(١) عن التلف.

(٢) دليل على استحبابه أيضا.

(٣) مع خوف التلف و عدمه.

(٤) كما عن المحقق في الشرائع و النافع.

(٥) حتى مع خوف التلف، و قد عرفت ما في هذا القيد من الضعف.

(٦) لما كان الأصل في اللقيط الحريه ما لم يعرف غيرها فهو قابل للملك، و له أهليه التملك و الملك فتكون يده كيد البالغ أماره الملكيه، بلا خلاف فيه، و عليه فإذا وجد عليه حال الالتقاط ثوب قضى له به، و كذا ما يوجد تحته أو فوقه من فراش أو غطاء أو غيرهما، و كذا ما يكون مشدودا في ثيابه أو في جيبه أو مشدودا عليه، و كذا لو كان على دابه أو وجد في خيمه أو فسطاط، و كذا لو وجد في دار لا مالك لها، لأن يده على الجميع بعد كون يد كل شيء بحسب حاله.

(٧) بضم الفاء و كسرهما بيت من الشعر كما في مصباح المنير.

(٨) فللقيط.

و مثله (١) ما لو كان بيده قبل الالتقاط ثم زالت عنه (٢) لعارض كطائر أفلت من يده، و متاع غضب منه، أو سقط (٣)، لا ما بين يديه (٤)، أو إلى جانبه، أو على دكه (٥) هو عليها على الأقوى.

و لا- ينفق منه (٦) عليه الملتقط، و لا- غيره (إلا بإذن الحاكم) لأنه (٧) و له مع إمكانه، أما مع تعذره فيجوز (٨) للضرورة كما سلف.

(و يستحب الإشهاد على أخذه) (٩) صيانه له، و لنسبه، و حرته فإن اللقطة (١٠) (١) أى مثل ما ذكر.

(٢) أى زالت يده عنه.

(٣) أى سقط منه.

(٤) ما يوجد بين يدي اللقيط أو إلى جانيه لا يقضى له به كما عن المحقق فى الشرائع و العلامه و الكركى و الشهيدين لخروجه عن يده لبعده عنه، و يحتمل أنه له لمنع الخروج عن يده بذلك، ألا ترى أن الأمتعه الموضوعه فى السوق بقرب الشخص من البالغ بين يديه أو إلى جانيه تجعل له يدا عليها لو ادعاها هذا الشخص المذكور فكذا فى الصغير.

(٥) أى كان المتاع على دكه و كان اللقيط جالسا عليها، فلا يحكم له بذلك، بل عن المحقق فى الشرائع أن عدم القضاء له هنا أوضح و لم يعرف وجه الأوضحيه مما كان بين يديه و فى جنيبه.

(٦) أى لا ينفق الملتقط على اللقيط من هذا المال الذى هو للقيط إلا بإذن الحاكم و قد تقدم البحث فى اشتراط الاذن.

(٧) أى الحاكم.

(٨) أى الإنفاق بلا إذن الحاكم.

(٩) لا يجب الإشهاد عند أخذ اللقيط بلا خلاف فيه بيننا، للأصل، و لأنه أمانه فهو كالاستيداع الذى لا يجب فيه الإشهاد، خلافا لبعض العامه حيث أوجب الإشهاد للاحتياج إليه فى حفظ الحريه و النسب كالنكاح، و هو ممنوع فى الأصل بعد حرمه قياس الفرع عليه.

نعم فى الدروس و جامع المقاصد و المسالك أنه مستحب، لأنه أقرب إلى حفظه و حرته، فإن اللقطة يشيع أمرها بالتعريف، و لا تعريف فى اللقيط، بل فى المسالك أنه يتأكد الاستحباب فى جانب الملتقط الفاسق و المعسر، و يكفى هذا لإثبات الاستحباب للتسامح فى أدله السنن.

نعم إذا أشهد فليشهد على اللقيط و ما معه.

(١٠) أى المال الملقوط.

يشيع أمرها بالتعريف، ولا تعريف للقيط (١) إلا على وجه نادر (٢) ولا يجب (٣)، للأصل (٤).

في الحكم بإسلامه

(و يحكم بإسلامه إن التقط في دار الإسلام (٥) مطلقاً (٦)، أو في دار الحرب و فيها مسلم) يمكن تولده منه و إن كان (٧) تاجراً، أو أسيراً (٨) (و عاقلته الإمام) (٩)، (١) بعد عدم كونه مالاً لأنه حر.

(٢) إذا ثبت أنه مملوك فهو مال حينئذ.

(٣) أى لا يجب الإشهاد على أخذ اللقيط.

(٤) أى أصاله البراءة.

(٥) الإسلام قد يثبت بالاستقلال و قد يثبت بالتبعيه، فالأول كإسلام البالغ إذا نطق بالشهادتين، و الثانى كإسلام غير البالغ تبعاً لإسلام أحد أبويه أو إسلام السابى.

و كذا يحكم بإسلام اللقيط إذا أخذ من دار الإسلام و يحكم بكفره إذا أخذ من دار الكفر، و المراد من دار الإسلام على ما ذكره الشهيد فى الدروس ما ينفذ فيها حكم الإسلام فلا يكون فيها كافر إلا معاهداً، و المراد من دار الكفر ما ينفذ فيها أحكام الكفر و لا يكون فيها المسلم إلا مسالماً، نعم لو كان فيها مسلم و لو كان تاجراً إذا كان مقيماً أو أسيراً أو محبوساً فيحكم بإسلام اللقيط لاحتمال تولده منه، و لا تكفى المارة من المسلمين.

و فى معنى دار الإسلام دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار مع العلم ببقاء مسلم فيها صالح للاستيلاء.

(٦) و إن استولى عليها الكفار، و يمكن أن يكون الإطلاق بمعنى سواء كان فيها مسلم أو لا، كالخبره الواقعه فى بلاد الإسلام كما عن سلطان العلماء.

(٧) أى المسلم الموجود فى دار الحرب.

(٨) و مما تقدم يعرف المحكوم بكفره و هو اللقيط المأخوذ من دار الكفر الخاليه من مسلم صالح للاستيلاء.

(٩) العاقله هم الذين يعقلون ديه خطأه، و عاقله اللقيط هو الإمام عندنا بلا خلاف فيه، لأن اللقيط إذا لم يظهر له نسب و لم يكبر فيتولى أحداً على وجه يكون ضامناً لجريته و مات فإنه لا وارث له، و قد ثبت فى كتاب الارث أن الإمام وارث من لا وارث له.

فإذا كان هو وارثه فهو عاقلته، غايته أن عمد الصبى خطأً كما ثبت فى كتاب القصاص، و تكون ديه فعله على الإمام عليه السلام ما دام اللقيط صغيراً، نعم إذا بلغ و لم يتول أحداً ففى عمد القصاص كغيره، و فى خطأه المحض فالديه على الإمام عليه السلام

دون الملتقط (١)، إذا لم يتوال (٢) أحدا بعد بلوغه و لم يظهر له نسب فديه جنايته خطأ عليه (٣)، و حق قصاصه نفسا له (٤)، و طرفا للقيط بعد بلوغه قصاصا (٥) و ديه (٦)، و يجوز تعجيله (٧) للإمام قبله (٨) كما يجوز ذلك للأب، و الجد على أصح القولين.

في ما لو اختلفا

(و لو اختلفا): الملتقط و اللقيط بعد البلوغ (٩)(في الإنفاق) (١٠) فادعاه الملتقط -الذى هو عاقلته، و فى شبهه العمد الديه فى ماله كجنايته على المال عمدا أو خطأ، و إن لم يكن بيده مال انتظر يساره.

و خالف بعض العامه فجعلوا عاقلته بيت المال، لأن ميراث اللقيط لهذا البيت.

(١) إذ لا ولاية له عليه ما عدا الحضانه و الترييه.

(٢) أى اللقيط.

(٣) على الإمام الذى هو عاقلته.

(٤) أى للإمام الذى هو عاقلته، و ذلك فيما لو جنى على اللقيط و هو صغير، فإن كانت الجنايه على النفس فللإمام القصاص إن كانت الجنايه عمدا، و للإمام الديه إن كانت الجنايه خطأ، بلا خلاف و لا إشكال، و للإمام العفو حينئذ على مال كما ثبت لغيره من الأولياء على ما حرر فى كتاب القصاص.

و إن كانت الجنايه على اللقيط جنايه على طرفه فعن الشيخ فى المبسوط أن الإمام لا يقتص له و لا تؤخذ الديه، لأن القصاص للتشفى، و الإمام ليس من أهل اللقيط حتى يتشفى، و لأنه لا يدري مراد اللقيط عند بلوغه إذ قد يعفو، فهو حينئذ كالصبي غير اللقيط المجنى على طرفه فلا يقتص له أبوه و لا جده و لا الحاكم و لا تؤخذ له الديه، بل يؤخر حقه إلى حين البلوغ.

و الأكثر أنه يجوز للتولى استيفاء القصاص فى العمد و الديه فى الخطأ مع الغبطه إذ لا معنى للتأخير مع وجود السبب، بل لا يجوز التأخير الثانى لمصلحه الصبي، و مثله يجرى فى الإمام الذى هو العاقله.

(٥) فى العمد.

(٦) فى الخطأ.

(٧) أى تعجيل استيفاء القصاص و الديه.

(٨) أى قبل بلوغ اللقيط.

(٩) قيد للقيط فقط.

(١٠) أى فى أصل الإنفاق، بحيث ادعى الملتقط أصل الإنفاق و أنكره اللقيط، قدم قول -

ص: ٨٣

و أنكره اللقيط، (أو) اتفقا على أصله، و اختلفا (فى قدره حلف الملتقط فى قدر المعروف) (١)، لدلاله الظاهر (٢) عليه (٣) و إن عارضه الأصل (٤) أما ما زاد على المعروف فلا يلتفت إلى دعواه (٥) فيه (٦)، لأنه (٧) على تقدير صدقه مفترط (٨). و لو قدر عروض حاجه إليه (٩) فالأصل عدمها (١٠). و لا ظاهر يعضدها.

فى تشاح الملتقطان

(و لو تشاح ملتقطان) (١١)...

-الملتقط مع يمينه، لأنه منكر لموافقه قوله ظاهر الشرع من أمانته، و لأنه مأمور بالإنفاق عليه لدفع ضروره الطفل، مع أن الأصل من عدم الإنفاق يوافق قول اللقيط إلا أنه من جملة موارد تقديم الظاهر على الأصل.

(١) بحيث ادعى الملتقط الإنفاق و كان مساويا لقدر المعروف من حضائته و تربيته فيقدم قوله مع يمينه لموافقه قوله ظاهر الشرع من أمانته، و لأنه مأمور بالإنفاق عليه لدفع ضروره الطفل، و عليه فلو لم يقبل قوله فى قدره لأدى إلى الإضرار به لو أنفق، و لأدى إلى الإضرار بالملقوط إن تقاعد عنها حذرا من ذلك، و لهذا لم يلتفت إلى الأصل و إن كان موافقا لدعوى اللقيط، و هذا أيضا من جملة تقديم الظاهر على الأصل.

(٢) أى ظاهر الشرع من أنه أمين و من أنه مأمور بالإنفاق عليه بقدر المعروف.

(٣) على ما ادعاه الملتقط.

(٤) و هو أصله عدم الإنفاق، أو أصله عدم انفاقه بالقدر الذى ادعاه الملتقط.

(٥) أى دعوى الملتقط.

(٦) فى الزائد بحيث لو ادعى الملتقط الإنفاق أزيد من المعروف فإن لم يدع مع ذلك حاجه للملقوط تستدعى هذه الزيادة فهو مقرّ بالتفريط فى الزائد فيضمنه، و مع إقرار المذكور لا داعى للتحليف.

و إن ادعى حاجه الملغوط للزيادة و أنكرها الملغوط فالقول قول الملغوط عملا بالأصل مع عدم معارضه الظاهر هنا.

(٧) أى الملتقط.

(٨) أى على تقدير صدق الملتقط بأنه أنفق الزائد مع عدم حاجه تقتضى ذلك فهو مقر بالتفريط فيضمن.

(٩) أى إلى الملغوط، و قد ادعاه الملتقط و أنكرها الملغوط.

(١٠) عدم الحاجه.

(١١) لو اجتمع ملتقطان مشتركان في الشرائط المعتبره في الالتقاط، فلكل منهما حق أخذه إلا أن حق الطفل يحصل بأحدهما فيجوز لأحدهما تركه للآخر، ولو تشاحا بحيث كل منهما -

ص: ٨٤

جامعان للشرائط في أخذه قَدَم السابق (١) إلى أخذه فإن استويا (أقرع) بينهما و حكم به (٢) لمن أخرجته القرعه، و لا يشرك بينهما في الحضانه، لما فيه (٣) من الإضرار باللقيط، أو بهما (٤) (و لو ترك أحدهما للآخر (٥) جاز)، لحصول الغرض فيجب على الآخر الاستبداد به.

و احترزنا بجمعهما للشرائط عما لو تشاح مسلم و كافر (٦)، أو عدل و فاسق -يريد أخذه أقرع بينهما، لأن المفروض عدم ترجيح أحدهما على الآخر، و القرعه لكل أمر مشكل، و هذا ما ذهب إليه الشيخ و العلامه و الشهيدان و الكركي و غيرهم.

و يحتمل التشريك بينهما في الحضانه كما اختاره العلامه في التحرير، و مع التشريك لا إشكال كي يقرع و فيه: لزوم الضرر عليهما بالتشريك، لأنه لا يستطيع كل منهما التصرف إلا بمراجعة الآخر و في هذا ضرر عليهما، و يلزم الضرر على الطفل أيضا لاختلاف الأيدي و الأغذيه و الأخلاق و من هنا قال تعالى في مقام اختيار حضانه مريم عند ما تفرغت لعباده ربها في المسجد: وَ مَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذِ يُلْقُونَ أَقْلَامَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ (١) فكانت القرعه هي المعينه لمن يكفلها.

(١) لحق الأسبقيه، بل لا يتحقق الالتقاط للثاني لعدم كون اللقيط ضائعا و لا كافل له بعد أخذ الأول له.

(٢) باللقيط.

(٣) في التشريك.

(٤) أي بالملتقطين.

(٥) لو ترك أحدهما الأخذ للآخر جاز الترك لحصول غرض كفاله اللقيط و دفع ضروراته بالثاني، إلا أن الثاني يجب عليه الاستبداد به و الاستقلال بحضانه.

(٦) بعد ما ثبت أنه يقرع بينهما في صورته التشاح، فلا فرق في الحكم بين كون الملتقطين متساويين في اليسار و الإعسار و في الحضر و السفر، و في الإسلام و الكفر إذا كان الملقوط كافرا، بمعنى لا ترجيح لليسا و لا للحضور و لا للإسلام، لاشتراك الجميع في صلاحية الحضانه و أهليه الالتقاط، و في الدروس رجح المسلم على الكافر إذا كان الملقوط كافرا في احتمال، و رجح الحر على العبد و العدل على الفاسق على الأقوى و استشكل في ترجيح الموسر على المعسر و البلدي على القروي و القروي على البدوي، و القارّ على المسافر، و ظاهر العدالة على المستور، و الأعدل على الأنقص نظرا إلى مصلحه اللقيط في -

ص: ٨٥

حيث يشترط العدالة، أو حر و عبد فيرجح الأول (١) بغير قرعه، و إن كان الملقوط كافرا في وجه (٢).

و في ترجيح البلدى على القروى، و القروى على البدوى، و القارّ على المسافر، و الموسر على المعسر، و العدل على المستور، و الأعدل على الأنقص قول.

مأخذه النظر إلى مصلحه اللقيط في إثارة الأكمل.

و الأقوى اعتبار جواز الالتقاط خاصه (٣).

في ما لو تداعى بنوته اثنان

(و لو تداعى بنوته اثنان (٤) و لا- بينه) لأحدهما، أو لكل منهما بينه (فالقعه)، لأنه (٥) من الأمور المشكله و هي (٦) لكل أمر مشكل (و لا ترجيح لأحدهما بالإسلام (٧) و إن كان اللقيط محكوماً بإسلامه ظاهراً (على قول الشيخ) في -إثارة الأكمل و فيه: أنه لو أخذ بمصلحه اللقيط في إثارة الأكمل لقدمت الأثنى في التقاط الأثنى بل و الصبى المحتاج إلى الحضانه، و قدم ذو الشرف و العز و الوقار على غيره إلى غير ذلك من المرجحات التي لا حصر لها، مع أنه لم يرد شيء منها في نصوص أهل البيت بالإضافة إلى كفايه أهليه الالتقاط لكل منهما كما هو المستفاد من الأخبار.

(١) أى المسلم على الكافر.

(٢) أى احتمال كما في الدروس.

(٣) من دون اعتبار هذه المرجحات المذكوره و غيرها.

(٤) إذا ادعى بنوته اثنان أجنبيان أو ملتقطان، فإن كان لأحدهما بينه حكم له بها، و إن أقام كل واحد منهما بينه، أقرع بينهما بلا خلاف فيه و كذا لو لم يكن لهما بينه، لأنها لكل أمر مشكل.

و لو كان أحدهما ملتقطاً فكذلك يقرع بينهما، و لا ترجيح باليد، إذ لا حكم لها في النسب بخلاف المال، لأن لليد فيه أثراً و لذا يحصل الملك باليد كالإغتنام و الاصطياد، و لا أثر لها في النسب، لأنها لا تثبت على الإنسان الحر و لهذا لا يحصل النسب باليد.

هذا كله إذا تساوى الملتقط و غيره في الدعوى، أما لو حكم بنسب اللقيط للملتقط قبل دعوى الآخر فلا يلتفت إلى دعوى الآخر لثبوت نسب اللقيط قبل معارضه المدعى.

(٥) أى تداعى البنوه.

(٦) أى القرعه.

(٧) إذا اختلف كافر و مسلم أو حر و عبد في دعوى بنوته، فعن الشيخ في المبسوط يرجح المسلم على الكافر و الحر على العبد،

لقاعده التغليب فيهما و لأن اللقيط محكوم بالإسلام-

ص: ٨٦

الخلافة، لعموم الأخبار (١) فيمن تداعوا نسبا، لتكافئهما في الدعوى، و رجح في المبسوط دعوى المسلم لتأييده (٢) بالحكم بإسلام اللقيط على تقديره (٣). و مثله (٤) تنازع الحر و العبد مع الحكم بحريه اللقيط (٥).

و الحرية و هذا ما يريج دعوى المسلم و الحر على الكافر و العبد، و تبعه عليه الفخر و الشهيدان كما فى الجواهر، و عن الخلافة و التذكرة و جامع المقاصد، بل عن المختلف أنه المشهور عدم الترجيح و الرجوع إلى القرعة لتكافئهما فى الدعوى، و القرعة لكل أمر مشكل.

(١) و هى كثيرة و إن لم تكن فى عين موردنا إلا أن حكم المورد هنا مستفاد من عمومها أو إطلاقها.

و منها: خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا وقع الحر و العبد و المشرك على امرأه فى طهر واحد، و ادعوا الولد أقرع بينهم، و كان الولد للذى يقرع) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (بعث رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عليا عليه السلام إلى اليمن فقال له حين قدم:

حدثنى بأعجب ما ورد عليك، فقال: يا رسول الله أتانى قوم قد تبايعوا جاريه فوطأها جميعهم فى طهر واحد فولدت غلاما فاحتجوا فيه، كلهم يدعيه فأسهمت بينهم فجعلته للذى خرج سهمه، و ضمنته نصيبهم، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ليس من قوم تقارعوا ثم فوضوا أمرهم إلى الله إلا خرج لهم المحق) ٢ و مثلها غيرها، و هى محمولة على ما لو كان الوطء شبهه من الجميع.

ثم يمكن التمسك بعموم أخبار القرعة.

منها: خبر محمد بن حكيم (سألت أبا الحسن عليه السلام عن شىء فقال لى: كل مجهول ففيه القرعة، قلت: إن القرعة تخطئ و تصيب، قال: كل ما حكم الله به فليس بمخطئ) (٢)، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (ما تقارع قوم ففوضوا أمرهم إلى الله عزّ و جلّ إلا خرج بهم المحق، و قال: أى قضيه أعدل من القرعة إذا الحر فوض الأمر إلى الله، أليس الله يقول: فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ) ٤.

(٢) أى تأيد المسلم فى دعواه البنوه.

(٣) أى تقدير الحكم بإسلام اللقيط، و ذلك فيما لو كان مأخوذا من دار الإسلام.

(٤) أى و مثل تنازع المسلم و الكافر فى بنوه اللقيط.

(٥) فيرجح دعوى الحر لتأييده بالحكم بحريه اللقيط.

ص: ٨٧

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كيفية الحكم من كتاب القضاء حديث ١١ و ١٣.

و لو كان (١) محكوما بكفره، أو رقه أشكل الترجيح (٢). و حيث يحكم به (٣) للكافر (٤) يحكم بكفره (٥) على الأقوى للتبعيه (٦).

(و) كذا (لا) ترجيح (بالالتقاط (٧)، بل الملتقط كغيره في دعوى نسبه، لجواز (٨) أن يكون قد سقط منه (٩)، أو نبذه ثم عاد إلى أخذه (١٠) و لا ترجيح لليد في النسب (١١)، نعم لو لم يعلم كونه (١٢) ملتقطا و لا صرح بنوته فادعاه غيره فنازعه (١٣)، فإن قال (١٤): هو لقيط و هو ابني فهما سواء (١٥)، و إن قال: هو ابني و اقتصر (١٦) و لم يكن هناك بينه على أنه التقطه فقد قُرب في الدروس ترجيح دعواه عملا بظاهر اليد (١٧).

(١) أي اللقيط.

(٢) الذي ذهب إليه الشيخ في المبسوط، فلا ترجيح بالإسلام فيما لو كان اللقيط محكوما بالكفر و لا ترجيح بالحرية فيما لو كان اللقيط محكوما بالرق، بل ينبغي الحكم بترجيح العكس كما ذهب إليه الماتن في الدروس.

(٣) باللقيط.

(٤) إما من باب الترجيح و إما لكونه صاحب بينه و لا بينه لخصمه، و إما لخروج اسمه بالقرعه.

(٥) بكفر اللقيط.

(٦) و كذا يحكم برقيته لو حكم به للعبد و لم أعثر على المخالف، بل صرح في الجواهر أن الحكم بالتبعيه هو اقتضاء الأدله.

(٧) بأن ادعى الملتقط بنوه اللقيط، و غيره ادعى البنوه أيضا فلا ترجيح للملتقط كما تقدم.

(٨) تعليل لعدم الترجيح.

(٩) من غير الملتقط.

(١٠) فرأى أنه قد أخذه الملتقط فتداعيا في بنوته حينئذ.

(١١) لأن الترجيح لليد في المال كما تقدم.

(١٢) كون المدعى.

(١٣) أي نازع الملتقط الغير في دعواه البنوه.

(١٤) أي الملتقط.

(١٥) أي في الدعوى و لا أثر ليد في النسب.

(١٦) ولم يقل: إنه لقيط.

(١٧) من كون الولد تحت يد أبيه القائم بحضنته و إعالته و دفع ضروراته.

ص: ٨٨

(الفصل الثاني في لقطه الحيوان) (١)

في أخذها

(و تسمى ضاله، و أخذته في صورته الجواز مكروه) للنهي عنه في أخبار كثيره المحمول على الكراهيه جمعا (و يستحب الإشهاد) على أخذ الضاله (٢) (و لو تحقق التلف) (١) و هو كل حيوان مملوك ضائع، فاحترز بالمملوك عن الخنزير الذي لا يصح تملكه و عن السبع و الذئب الذي لم توضع اليد عليه، و احترز بالضائع عن غير الضائع و إن غاب عن عين صاحبه و حراسته.

و على كل فالحيوان المذكور يسمى ضاله و أخذته في صورته الجواز مكروه بلا خلاف فيه للجمع بين النبوى (لا يؤدى الضاله إلا الضال) (١) و بين صحيح معاويه بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم (في الشاه الضاله: و ما أحب أن أمسها) (٢) و مثله صحيح هشام ٣.

نعم مع تحقق التلف إذا لم يلتقطه فلا إشكال في عدم الكراهه كما صرح به جماعه لصحيح معاويه بن عمار المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (سأل رجل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن الشاه الضاله بالفلاه، فقال للسائل: هي لك أو لأخيك أو للذئب، قال: و ما أحب أن أمسها) (٣)، بدعوى أن صدره ناظر إلى تحقق التلف لو تركها، لأنها للذئب لو تركها، و لو أخذها و لم يعرف مالكها بعد التعريف فهي للآخذ، و إن عرف المالك فهي له.

و فيه أن ذيله مناف لرفع الكراهه حيث قال: (و ما أحب أن أمسها)، فالأولى الاستدلال بأن حفظ مال الغير و إن لم يكن واجبا لكن لا ريب في حسنه لأنه إحسان إليه، و لذا جاز الحلف كاذبا لحفظ مال الغير.

(٢) بلا خلاف فيه بيننا للنبوى (من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل) (٤) و لما في الإشهاد من نفى تهمه التملك عن نفسه، و لحفظ مال الغير عن ورثته لو مات، و عن غمائه لو أفلس.

و عن بعض العامه أوجب الإشهاد عملا- بظاهر الأمر الوارد في النبوى المتقدم، و فيه أنه قاصر السند عن إثبات الوجوب فالاستحباب أولى به و أليق بعد كونه من مرويات العامه و خلو أخبارنا عن الإشهاد.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللقطه حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٥ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٥.

٤- (٥) سنن البيهقى ج ٦ ص ١٨٧.

(لم يكره (١)، بل قد يجب كفايه إذا عرف مالكتها (٢)، وإلا أبيح خاصه (٣) والبعير (٤) (١) أى أخذ الضال.

(٢) بناء على وجوب حفظ مال الغير عن التلف، و لا دليل عليه و لذا لا يجب للأصل، هذا و إيجاب حفظ مال الغير عن التلف إن عرف المالك باسمه و نسبه، و عدم الوجوب عند عدم المعرفة تفصيل بلا موجب.

(٣) من دون كراهه.

(٤) لا يؤخذ البعير إن وجد فى ماء و كلاء، و هو العشب، و إن لم يكن صحيحا بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: صحيح معاوية بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم سئل عن البعير الضال فقال: خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه خل عنه) (١)، و يؤيده أنه مصون عن السباع بامتناعه و مستغنى بالرعى فمصلحه المالك تقتضى ترك التعرض له، لأن الغالب من أضلّ شيئا يطلبه حيث ضيعه، فإذا أخذه غيره ضاع عنه.

بل لا يؤخذ البعير إن كان صحيحا و إن لم يكن فى كلاء و ماء بلا خلاف فيه لإطلاق النصوص المتقدمه.

و ألحقت الدابه بالبعير لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل ترك دابته من جهد، قال: إن تركها فى كلاً و ماء و أمن فهى له يأخذها حيث أصابها، و إن تركها فى خوف و على غير ماء و لا كلاً فهى لمن أصابها) ٢ و خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام يقول فى الدابه: إذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها فهى للذى أحياها، قال: و قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ترك دابته فى مضيعة فقال: إن كان تركها فى كلاً- و ماء فهى له يأخذها متى شاء، و إن كان تركها فى غير كلاً و ماء فهى للذى أحياها) ٣ و الدابه هى الفرس، و ألحق البغل بها كما فى كشف الرموز و المسالك و الخلاف و المبسوط، لانطباق لفظ الدابه الوارد فى النصوص السابقه عليه لغه، و لأنه مشترك مع الدابه فى الامتناع عن صغار السباع غالباً.

و أما البقره و الحمار فعن الشيخ و الحلّى و المحقق و العلامه و المقداد و الشهيدين الإلحاق، لما فهم من فحوى المنع من أخذ البعير باعتبار استغنائه بالرعى و الشرب، و كونهما محفوظين عن صغار السباع كالدابه.-

ص: ٩٠

(و شبهه) من الدابه، و البقره، و نحوهما (١) (إذا وجد في كلاء و ماء) في حاله كونه (صحيحا) غير مكسور و لا مريض، أو صحيحا و لو لم يكن في كلاء و ماء (ترك)، لامتناعه (٢) و لا يجوز أخذه حينئذ (٣) بنيه التملك مطلقا (٤).

و في جوازه (٥) بنيه الحفظ لمالكه قولان (٦). من إطلاق (٧) الأخبار بالنهي، و الإحسان (٨) و على التقديرين (٩)...

و عن بعضهم المنع للوقوف على البعير و الدابه لأنهما منصوصان، مع منع مساواه البقره و الحمار للبعير و الدابه في القوه خصوصا الحمار، فإن أكل الذئب له غالب، و استجود الشارح في المسالك إلحاق البقره بالدابه دون الحمار لما ذكرناه من الفرق.

(١) من البغل و الحمار.

(٢) أى امتناع البعير و شبهه، و المراد أنه ممتنع بنفسه عن صغار السباع غالبا.

(٣) أى حين امتناعه.

(٤) بوجه من الوجوه هذا إذا لم يجر أخذه فلو أخذه ضمنه بلا خلاف فيه لعموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى) (١) مع عدم الاذن في الأخذ لا شرعا و لا مالكا، و لأنه متعدّ بالأخذ لعدم الاذن فيه، ثم لا يبرأ الضامن للبعير المذكور لو أرسله إلى محله الذى أخذه منه بلا خلاف فيه منا و لا إشكال، بل لا يبرأ إلا إذا سلّمه إلى صاحبه قطعاً كما في غيره من المال المضمون بسرقة و غيرها.

و عن بعض العامه أنه يرسله إلى الموضع الذى أصابه فيه، و هو ضعيف بما تقدم، و لو تعذر وجود المالك سلّمه إلى الحاكم بلا خلاف فيه بين من تعرض لهذا الفرع، لأنه المنصوب لمصالح المسلمين، و هذا منها، و إذا استلمه الحاكم فإن كان للبعير حمى أرسله فيه و إلا باعه و حفظ ثمنه لصاحبه.

(٥) أى جواز الأخذ.

(٦) المشهور على العدم لما تقدم من إطلاق الأخبار الناهيه عن الأخذ، و العلامه في التذكرة على الجواز بعد تنزيل النصوص السابقه على ما إذا نوى بالالتقاط التملك، و لأنه محسن حينئذ.

(٧) دليل العدم الذى هو قول المشهور.

(٨) دليل جواز الأخذ.

(٩) من جواز أخذه و عدمه على تقدير نيه الحفظ، و يمكن أن يكون المراد بالتقديرين أخذه بنيه-

(فيضمن بالأخذ) (١) حتى يصل (٢) إلى مالكة، أو إلى الحاكم مع تعذره (٣).

في أنه لا يرجع أخذه بالنفقة

(و لا يرجع أخذه بالنفقة) (٤) حيث لا يرجع أخذه (٥)، لتبرعه بها (٦) أما مع وجوبه (٧)، أو استحبابه (٨) فالأجود جوازه (٩) مع نيته (١٠)، لأنه محسن، ولأن إذن الشارع له في الأخذ مع عدم الإذن في النفقة (١١) ضرر و حرج (١٢) (و لو ترك (١٣) - التملك و أخذه بنيه الحفظ، و الثاني أولى، إذ لا داعى لتخصيص التقديرين بنيه الحفظ فقط.

(١) أما في صورته النهى عن أخذه سواء كان بنيه التملك أو بنيه الحفظ فالضمان واضح، لأنه متعد بعد عدم الاذن لا شرعا و لا مالكا و قد تقدم، و أما في صورته جواز أخذه بنيه الحفظ لأنه محسن فالضمان لعموم قاعده (على اليد).

(٢) أى البعير و شبهه.

(٣) أى تعذر المالك.

(٤) في صورته عدم جواز الأخذ لو أخذه و جب عليه حفظه ليرده إلى مالكة، و الإنفاق من مقدمات الحفظ، فيجب عليه الإنفاق، و في جواز رجوعه بما أنفق على المالك لو نوى الرجوع وجهان كما في المسالك من دخوله على التعدى الموجب لعدم الرجوع، و من أمره بالإنفاق شرعا فيجوز له الرجوع.

(٥) بل أخذه محرم كما هو المفروض.

(٦) بالنفقة لأنه متعد.

(٧) أى وجوب الأخذ كما لو تحقق التلف و عرف مالكةا على ما تقدم من الشارح.

(٨) أى استحباب الأخذ كما لو أخذه بنيه الحفظ و قلنا بالجواز لأنه إحسان، فيكون الأخذ مستحبا.

(٩) أى جواز الرجوع بالنفقة على مالك البعير.

(١٠) أى نية الرجوع، و إلا فمع عدمها يكون متبرعا و لا يجوز له الرجوع.

(١١) أى في الرجوع بالنفقة على المالك.

(١٢) على المنفق.

(١٣) لو ترك البعير من جهد في غير ماء و لا كلاء جاز أخذه، لأنه كالتالف و يملكه الآخذ و لا ضمان عليه لأنه كالمباح، و كذا حكم الدابة و البقره و الحمار و البغل على المشهور لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من أصاب مالا أو

بعيرا فى فلامه من الأرض قد كّلت وقامت و سيّبها صاحبها لما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقه حتى أحيها من الكلال أو من الموت فهى له، و لا سبيل له عليها، و إنما هى مثل-

ص: ٩٢

(من جهد)، و عطب لمرض أو كسر، أو غيرهما (لا في كلاً و ماء أبيض) أخذه و ملكه الآخذ و إن وجد مالكة و عينه قائمه (١) في أصح القولين، لقول الصادق عليه السّلام في صحيحه عبد الله بن سنان: «من أصاب مالا، أو بعيرا في فلاة من الأرض قد كلّت و قامت و سيّبا صاحبها لئما لم تتبعه فأخذها غيره فأقام عليها و أنفق نفقه حتى أحيّاها من الكلال، و من الموت فهى له، و لا سبيل له عليها، و إنما هى مثل الشىء المباح، و ظاهره (٢) أن المراد بالمال ما كان من الدواب التى تحمل (٣)، و نحوها (٤)، بدليل قوله: قد كلّت و قامت و قد سيّبا صاحبها لما لم تتبعه.

و الظاهر أن الفلاة المشتمله على كلاء، دون ماء، أو بالعكس بحكم عادتهما (٥)، لعدم قيام الحيوان بدونهما (٦)، و لظاهر قول أمير المؤمنين عليه السّلام (٧) و إن كان تركها فى غير كلاء، و لا ماء فهى للذى أحيّاها.

فى أنّ الشاه فى الفلاة تؤخذ

(و الشاه فى الفلاة) التى يخاف عليها فيها (٨) من السباع (تؤخذ) (٩) جوازا، -الشىء المباح(١٠).

و ظاهر النص و الفتوى أن هذا فى صورته الإعراض عن الملك، لا فى صورته الضياع، و مما تقدم تعرف ضعف ما عن ابن حمزه فى الوسيله من عدم جواز الأخذ.

(١) لأنه بالاعراض قد خرجت العين عن ملكه.

(٢) أى ظاهر الصحيح المتقدم.

(٣) كالبعغل و الحمار.

(٤) من الدواب التى لا تحمل كالبقرة.

(٥) أى عادمه الكلاً و الماء.

(٦) أى بدون الكلاً و الماء.

(٧) كما فى خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام (٢) و قد تقدم.

(٨) فى الفلاة.

(٩) لا خلاف فى جواز أخذها، لأنها حينئذ فى حكم التالفه و للأخبار:

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (جاء رجل إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلّم فقال: يا-

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٣.

(لأنها لا تمتنع من صغير السباع) فهي كالتالفه، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: هل لك، أو لأخيك، أو للذئب (١) (و حينئذ (٢) يملكها إن شاء. و فى الضمان) لملكها على -رسول الله، إني وجدت شاه فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب(١)، و مثله صحيح معاوية بن عمار ٢، و غيره.

ثم يتخير بعد أخذها بين أن يحفظها لملكها و بين دفعها إلى الحاكم و بين تملكها، أما حفظها للمالك فلأنه أمين قد رخص الشارع له فى الأخذ، و أما دفعها إلى الحاكم لأن الحاكم ولى الغائب فالدفع إليه دفع إلى المالك، و أما تملكها للنصوص المتقدمه من أنها هي له أو لأخيه أو للذئب.

و على تقدير تملكها فهل هي مضمونه عليه مطلقا أو مع ظهور المالك كما عليه الأشهر أو لا يضمن، و وجه الضمان إطلاق خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (من وجد شيئا فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه)(٢)، و خصوص صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن رجل أصاب شاه فى الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هي لك أو لأخيك أو للذئب، فخذها، و عرّفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردّها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكلها و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها يطلب ثمنها أن تردّها عليه)(٣).

و وجه عدم الضمان ظاهر اللام فى قوله عليه السلام فى صحيح هشام المتقدم ٥: (هي لك) فإنه يدل على التملك، و لإطلاق صحيح عبد الله بن سنان المتقدم ٦ فى البعير الذى ترك من جهد فى غير ماء و لا - كالأ - و فيه نظر من أن اللام تحتمل الاختصاص التى لا تنافى الضمان، على أنه قد صرح بالضمان فى صحيح على بن جعفر المتقدم المشتمل على قوله (هي لك)، و من أن صحيح ابن سنان مختص بالحيوان الذى أعرض عنه صاحبه، و مقامنا فى الشاه الضائعه إذا كانت فى الفلاه بدون إعراض عنها من قبل صاحبها، فالقول بالضمان عند ظهور المالك كما هو المستفاد من النصوص أولى، و هذا لا ينافى الحكم بالملك، لأنه حكم مترزل فإن عرف المالك و هي قائمه ردّ عليه العين، و إن كانت تالفه فيضمن قيمه، و كل ذلك قد صرح به فى صحيح على بن جعفر المتقدم.

(١) كما فى صحيح هشام بن سالم المتقدم.

(٢) و حين جواز الأخذ.

ص: ٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ١ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللقطه حديث ٢.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٧ و ١ و ٢.

تقدير ظهوره، أو كونه معلوما (وجه) جزم به المصنف في الدروس (١)، لعموم قول الباقر عليه السلام (٢): «فإذا جاء طالبه رده إليه». و متى ضمن عينها ضمن قيمتها، و لا ينافي ذلك (٣) جواز تملكها بالقيمة (٤) على تقدير ظهوره (٥) لأنه ملك مترزل.

و وجه العدم (٦) عموم صحيحه ابن سنان السابقه (٧)، و قوله (٨) صلى الله عليه و آله و سلم: هي لك (٩) إلى آخره فإن المتبادر منه (١٠) عدم الضمان (١١) مطلقا (١٢)، و لا ريب أن الضمان أحوط.

و هل يتوقف تملكها على التعريف (١٣)؟ قيل: نعم، لأنها مال فيدخل في (١) بل على الأشهر.

(٢) كما في خبر أبي بصير المتقدم.

(٣) من وجوب ردها إلى المالك كما هو مفاد الخبر.

(٤) كما هو فتوى الأشهر.

(٥) أى ظهور المالك.

(٦) أى عدم الضمان.

(٧) و الوارده فى البعير إذا ترك من جهد فى غير ماء و لا- كالأ، و هى وارده فى صوره الإعراض لا فى صوره الضياع الذى هو شرط فى ضاله الحيوان.

(٨) عطف على قوله (عموم صحيحه...).

(٩) كما في صحيح هشام بن سالم.

(١٠) من قوله صلى الله عليه و آله و سلم.

(١١) لأن اللام للتملك و هو ينافي الضمان.

(١٢) سواء ظهر المالك أم لا.

(١٣) و هل التملك لها قبل تعريف السنه أم بعده، قولان، ذهب العلامة فى القواعد إلى الأول لظاهر الصحاح المتقدمه المتضمنه لجواز التملك من دون تقييد بالتعريف، فقوله صلى الله عليه و آله و سلم فى خبر هشام المتقدم (هى لك أو لأخيك أو للذئب) (١) مطلق.

و ذهب العلامة فى التحرير إلى الثانى لصحيح على بن جعفر المتقدم (عن رجل أصاب شاه فى الصحراء هل تحل له؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: هى لك أو لأخيك أو للذئب، -

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ١.

و الأقوى العدم (٢)، لما تقدم (٣)، و عليه (٤) فهو (٥) سنه (٦) كغيرها (٧) من الأموال، (أو يبقها) (٨) فى يده (أمانه) إلى أن يظهر مالكها، أو يوصله إياها إن كان معلوما (أو يدفعا إلى الحاكم) مع تعذر الوصول إلى المالك، ثم الحاكم يحفظها، أو يبيعها.

(وقيل) و القائل الشيخ فى المبسوط و علامه و جماعه بل أسنده فى التذكرة فخذها فعرفها حيث أصبتها، فإن عرفت فردها إلى صاحبها، و إن لم تعرف فكلها و أنت ضامن لها إن جاء صاحبها (١)، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سألته عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابه، كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنه، فإن لم يعرف صاحبها حفظها فى عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، و إن مات أو وصى بها فإن أصابها شيء فهو ضامن) (٢)، و صحيح صفوان عن أبى عبد الله عليه السلام (من وجد ضاله فلم يعرفها ثم وجدت عنده فإنها لربها) (٣)، و بالإضافة إلى عموم الأخبار الآمره بالتعريف فى اللقطة و سيأتى التعرض لها فى لقطه المال، و الضاله هنا مال.

(١) أى الأخبار الآمره بالتعريف فى اللقطة.

(٢) أى عدم التوقف على التعريف.

(٣) من عموم صحيحه ابن سنان و قوله صلى الله عليه و آله و سلم: هى لك، و وجهه أنها تفيد التمليك من دون التقييد بالتعريف، و فيه أما صحيحه ابن سنان فهى ظاهره فى صوره الأعراض لا فى صوره الضياع كما فى المقام، و أما النبوى فهو مقيد بالأخبار الصحيحه المتقدمه الداله على التعريف سنه.

(٤) أى على تقدير توقف التملك على التعريف.

(٥) أى التعريف.

(٦) كما هو صريح الصحيح الثانى لعلى بن جعفر المتقدم.

(٧) أى كغير الشاه من الأموال التى يتوقف تملكها على التعريف.

(٨) عطف على قول الماتن (و حينئذ يتملكها إن شاء).

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطة حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطة حديث ١٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من كتاب اللقطة حديث ١.

إلى علمائنا مطلقا (١): (و كذا) حكم (كل ما لا يمتنع) من الحيوان (من صغير السباع) (٢) بعدو، و لا طيران، و لا قوه، و إن كان من شأنه الامتناع إذا كمل كصغير الإبل و البقر، و نسبه (٣) المصنف إلى القيل لعدم نص عليه بخصوصه و إنما ورد (٤) على الشاه فيبقى غيرها على أصالة البقاء على ملك المالك، و حينئذ (٥) فيلزمها حكم اللقظه فتعرّف سنه، ثم يتملكها إن شاء، أو يتصدق بها، لكن في قوله صلى الله عليه و آله و سلم: هي لك، أو لأخيك، أو للذئب إيماء إليه (٦) حيث إنها (٧) لا تمتنع من السباع، و لو أمكن امتناعها (٨) بالعدو كالظباء، أو الطيران لم يجز أخذها مطلقا (٩) إلا أن يخاف ضياعها، فالأقرب الجواز بنيه الحفظ للمالك.

(١) أى من دون خلاف.

(٢) فأطفال الإبل و البقر و الخيل و الحمير التى لا تمتنع من صغار السباع تلحق بالشاه، و كذا الإوز و الدجاج على المشهور، و عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، و قد اعترف غير واحد بعدم النص على الإلحاق، نعم ملاحظه نصوص البعير القاضيه بعدم أخذه و ملاحظه نصوص الشاه الداله على جواز الأخذ و إلا فهى للذئب تقتضى أن المدار فى الأخذ و عدمه على كون الحيوان ممتنعا من نفسه من صغار السباع غالبا و عدم الامتناع، و عليه فقد حكم بجواز أخذ الشاه لأنها غير ممتنعه بنفسها فكذا يجوز أخذ أطفال الإبل و ما ذكر لأنه غير ممتنع.

و فيه أن الإلحاق بالشاه قياس، بعد عدم النص على كون الأخذ و عدمه منوطا بالامتناع و عدمه، فهو مستنبط العله و الاعتماد عليها عين القياس المحرم فلذا تردد المحقق فى الحكم و جزم الشارح فى المسالك و غيره بالعدم، نعم على القول المشهور من الإلحاق فكما ألحق صغير الإبل بالشاه لعدم امتناعه عن صغير السبع غالبا كذلك يلحق بالبعير ما يمتنع عادة عن السباع كالظباء و اليحامير، لأنها تمتنع بسرعه العدو، و كذا ما يمتنع بالطيران.

(٣) أى الحكم.

(٤) أى النص.

(٥) أى حين البقاء على ملك المالك.

(٦) إلى الحكم بالإلحاق.

(٧) أى صغار الإبل و البقر.

(٨) فتلحق بالبعير فلا تؤخذ.

(٩) بنيه التملك أو لا.

وقيل: بجواز أخذ الضالة مطلقا (١) بهذه النية (٢). وهو حسن، لما فيه (٣) من الإعانة، والإحسان و تحمل أخبار النهى على الأخذ بنيه التملك، و التعليل بكونها (٤) محفوظة بنفسها غير كاف في المنع (٥)، لأن الأثمان (٦) كذلك (٧) حيث كانت مع جواز (٨) التقاطها بنيه التعريف و إن فارقتها (٩) بعد ذلك (١٠) في الحكم.

في ما لو وجدت الشاه في العمران

(و لو وجدت الشاه في العمران) (١١)...

(١) و إن كان بعيرا صحيحا أو في الماء و الكلاء و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) أى نيه الحفظ للمالك.

(٣) أى لما في الأخذ.

(٤) أى كون الضالة كالإبل.

(٥) أى في المنع عن أخذها بنيه الحفظ، لأن ذلك جار في لقطه المال أيضا فهي محفوظة بنفسها عن الهلاك و مع ذلك يجوز أخذها بنيه الحفظ، نعم تفارق الضالة اللقطة بعد الأخذ حيث إن الضالة تؤخذ من باب الحفظ بلا تعريف و اللقطة تعرف ثم يملكها أو يتصدق بها.

(٦) أى الأموال و المقصود منها لقطه المال.

(٧) أى هي محفوظة بنفسها من الهلاك.

(٨) أى و الحال أنه يجوز التقاطها بنيه الحفظ.

(٩) أى فارقت اللقطة الضالة.

(١٠) أى بعد الأخذ.

(١١) فيحبسها ثلاثة أيام و إن لم يأت صاحبها باعها الواجد و تصدق بثمانها بلا خلاف فيه لخبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام (جاء رجل من أهل المدينة فسألني عن رجل أصاب شاه، قال: فأمرته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام و يسأل عن صاحبها، فإن جاء صاحبها و إلا باعها و تصدق بثمانها) (١).

و الخبر و إن كان ضعيفا إلا أنه منجبر بعمل الأصحاب، و هو غير مختص بالعمران إلا أنه محمول على ذلك جمعا بينه و بين ما تقدم من وجدان الشاه الضالة في الفلاة و أنه مخير بين أخذها من دون حبسها ثلاثة أو دفعها للحاكم أو حفظها للمالك.

- و المراد من العمران ما قابل الفلاه التي يخشى فيها من صغار السباع، و لذا يشمل العمران-

ص: ٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب اللقطه حديث ٦.

و هي (١) التي لا يخاف عليها فيها من السباع، و هي (٢) ما قرب من المساكن (احتبسها) الواجد (ثلاثة أيام) من حين الوجدان (فإن لم يجد صاحبها باعها و تصدق بثمانها) و ضمن أن لم يرض المالك على الأقوى (٣)، و له إبقاؤها بغير بيع، و إبقاء ثمنها أمانه (٤) إلى أن يظهر المالك، أو يئأس منه، و لا ضمان حينئذ (٥) إن جاز أخذها كما يظهر من العبارة (٦)، و الذي صرح به غيره عدم جواز أخذ -المساكن المأهولة و ما يقرب منها مما لا يخشى عليها من السباع إذ العادة قائمه بترك الدواب قريبا من عماره البلد، و أما ما عن الشيخ في المبسوط من تحديد العمران إلى ما يتصل به إلى نصف فرسخ فهو مما لا دليل عليه و المرجع فيه - كما عرفت - إلى العرف بعد كون العمران ما يقابل الفلاة.

(١) أي العمران.

(٢) أي التي لا يخاف على الشاه فيها.

(٣) فلو باعها الواجد و تصدق بثمانها ثم ظهر مالكا و لم يرض بالصدقه يضمن الواجد كما عن غير واحد منهم الشهيد في الدروس، و الشارح في المسالك، لحرمة الأخذ من العمران، لأصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه، و خرجنا عنها في الضائع في الفلاة فيبقى الضائع في العمران تحت هذا الأصل، و ما ذكرناه لا ينافيه الخبر المتقدم حيث لم يصرح بجواز الأخذ بل صرح بالحكم من الحبس و البيع و الصدقه بالثمن على تقدير الأخذ.

هذا من جهة و من جهة أخرى لما كان الأخذ محرما عليه فتكون العين مضمونه عليه لو أراد إبقائها و عدم بيعها، و يكون الثمن كذلك مضمونا عليه لو باعها و لم يتصدق بثمانها و منه تعرف ضعف ما عن العلامة و المقداد و الشارح من جواز إبقائها من دون بيع و من جواز عدم التصديق بثمانها على تقدير البيع و أنه يحفظ العين أو ثمنها للمالك فرارا من الضمان، و وجه الضعف أن الأخذ محرّم عليه فتكون العين في ضمانه على تقديري البيع و عدمه، و منه تعرف أن يد الواجد يد عادية و لذا ضمنت فما عن بعضهم من أنه لو أبقاها من دون بيع فتكون أمانه عنده و كذا ثمنها ليس في محله.

(٤) أي من دون ضمان.

(٥) حين إبقائها بغير بيع أو إبقاء ثمنها بدون تصدق.

(٦) أي عبارة الماتن حيث رتب الاحتباس ثلاثة أيام على وجدانها في العمران و لم يذكر الأخذ، و هو ظاهر في جوازه و إلا لو لم يكن الأخذ جائزا لقال: و لو وجدت الشاه في العمران و أخذها احتبسها ثلاثة أيام...

شياء (١) من العمران، و لكن لو فعل (٢) لزمه هذا الحكم (٣) في الشاه.

و كيف كان (٤) فليس له تملكها (٥) مع الضمان على الأقوى، للأصل، و ظاهر النص و الفتوى عدم وجوب التعريف حينئذ (٦)، و غير الشاه يجب مع أخذه (٧) تعريفه سنه كغيره من المال، أو يحفظه لمالكه من غير تعريف، أو يدفعه إلى الحاكم (٨).

(١) شاه كان أو غيرها.

(٢) أى لو أخذ و لو كان الأخذ محرماً.

(٣) من الاحتباس ثلاثه أيام ثم البيع و الصدقه بالثمن.

(٤) أى و كيف كان حكم الأخذ من الجواز و الحرمة.

(٥) أى فليس للواجد تملك الشاه، لما عرفت من أصاله بقاء الملك على مالكة و عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و قد جَوَز ابن إدريس تملكها و لم يذكر له دليل و هو ضعيف.

(٦) أى حين أخذ الشاه من العمران، و إن ذهب بعضهم إلى وجوب التعريف سنه، و فيه:

عدم تناول أدله التعريف لمثلها من اللقطه غير الجائزه، و على تقدير التناول فالتعريف ثلاثه أيام كما هو مفاد خير ابن أبى يعفور المتقدم.

(٧) قد عرفت أن الضائع فى غير الفلاه يحرم أخذه لأصاله بقاءه على ملك مالكة و حرمة التصرف فى ماله بغير إذنه، و لو أخذه فيكون مضموناً عليه و يكون كالبيعير الذى لا يجوز أخذه، بحيث لو أخذه لا يبرأ من ضمانه إلا بإيصاله إلى المالك أو الحاكم عند تعذر المالك و على الواجد النفقه من غير رجوع بها مثل ما قيل فى البعير، و مثل ما يجرى فى المغصوب، لاتحاد الحكم فى الجميع بعد حرمة الأخذ، و منه تعرف عدم وجوب التعريف، لأن التعريف الواجب - كما سيأتى - هو مقدمه لتملك الواجد له عند عدم ظهور مالكة، و هذا لا يمكن تملكه أبداً، و لأن التعريف الواجب مترتب على الأخذ الجائز، و هذا أخذ محرّم فلا يترتب عليه التعريف.

و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه الشارح فى المسالك و الروضه هنا من وجوب تعريفه سنه على تقدير أخذه كغيره من الأموال عملاً بعموم أدله التعريف.

(٨) أى من غير تعريف، هذا و لما جعل الشارح الحفظ للمالك و الدفع إلى الحاكم فى قبالة التعريف سنه، فهذا كاشف عن جواز التملك بعد التعريف، و فيه: أنه قد عرفت أن العين مضمونه عليه لحرمة الأخذ فلا يجوز التملك فضلاً عن عدم وجوب التعريف عليه.

و لا- يشترط في الآخذ (١) باسم الفاعل شيء من الشروط المعتره في آخذ (١) شروع في شروط واجد الضاله، هذا و قال الشارح في المسالك: (إن اللقطه فيها معنى الأمانه و الولايه و الاكتساب، أما الأمانه و الولايه ففي الابتداء، فإن سبيل الملتقط سبيل الأمانه في مده التعريف لا يضمن المال إلا بتفريط، و الشرع فوّض إليه حفظه، كالولي يحفظ مال الصبي، و أما الاكتساب ففي الانتهاء، حيث إن له التملك بعد التعريف، و أما المغلّب منهما ففيه وجهان: أحدهما معنى الأمانه و الولايه، لأنهما ناجزان و الملك منتظر، فينات الحكم بالحاضر و يبني الآخر على الأول، و الثاني معنى الاكتساب، لأنه مآل الأمر و مقصوده فالنظر إليه أولى، و لأن الملتقط مستقل بالالتقاط، و آحاد الناس لا يستقلون بالأمانات إلا بائتمان المالك و يستقلون بالاكتساب.

فإذا اجتمع في الشخص أربع صفات: الإسلام و الحريه و التكليف و العداله فله أن يلتقط و يملك إجماعاً، لأنه أهل الأمانه و الولايه و الاكتساب، و إن تخلف بعضها بنى على اعتبار ما ذاء، و جاء فيه الوجهان.

إذا تقرر ذلك فالصبي و المجنون أهل للاكتساب و ليسا من أهل الولايه، و قد حكم الشيخ فيهما بالجواز معللاً بأنه اكتساب، و فيه ترجيح هذا الوجه، و هو الوجه عملاً بالعموم، كما يصح منه الاحتطاب و الاحتشاش و الاصطياد، و لكن يتولى الولي التعريف حيث يتوقف الأمر عليه، لأن التعريف أمانه و ولايه، و ليسا من أهلها، و كذا يلزمه أخذها من يدهما لأن اليد من توابع الأمانه، فإن تركها في يدهما ضمن الولي، لأنه يجب عليه حفظ ما يتعلق بهما من المال و حقوقه، و هذا من حقوقه، فإذا عرفها اعتمد المصلحه لهما، فإن رآها في التملك أملكهما و ضمنهما إياها، كما يجوز له أن يقترض عليهما، لأنها في معنى الاقتراض، و إن رأى إبقاءها أمانه فعل - إلى أن قال - و الأ-كثر على ما اختاره الشيخ بل لم ينقل فيه خلاف) انتهى و أما العبد من دون إذن مولاه فالمشهور على جواز التقاطه، لأن له أهليه الحفظ و الائتمان دون الولايه، و ذهب ابن الجنيّد إلى المنع لأن الغالب في اللقطه الاكتساب و التملك و لذا جوزوا التقاط الصبي و المجنون لأن لهما أهليه الاكتساب و التملك، و هو غير قابل للتملك و يؤيده خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السّلام (سأل المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطه فقال: ما للمملوك و اللقطه، لا يملك من نفسه شيئاً، فلا يتعرض لها المملوك) (١)، و مما تقدم تعرف عدم اشتراط الإسلام و لا العداله في واجد الضاله، لأن المدار فيها على أهليه الاكتساب و التملك -

ص: ١٠١

اللقيط، و غيرها (١) (إلا الأخذ) بالمصدر بمعنى أنه يجوز التقاطها في موضع الجواز للصغير، والكبير، والحر، والعبد، والمسلم، والكافر، للأصل (٢) (فتقرّ يد العبد) (٣) على الضالّه مع بلوغه، وعقله، (و) يد (الولي على لقطه غير الكامل) (٤) من طفل، و مجنون، و سفيه كما يجب عليه (٥) حفظ ماله (٦)، لأنه (٧) لا يؤمن على إتلافه (٨)، فإن أهمل الولي ضمن، و لو افتقر (٩) إلى تعريف تولاه الولي ثم يفعل (١٠) بعده (١١) الأولى (١٢) للملتقط من تملك و غيره.

(و الإنفاق) (١٣)...

و الكافر و الفاسق من أهل الاكتساب و التملك، فلذا لا يشترط في الأخذ شيء من الشروط إلا أهليه الاكتساب و التملك فقط.

(١) إلا أهليه التملك و الاكتساب.

(٢) من أصاله عدم الاشرط إلا أهليه الاكتساب و التملك كما عرفت.

(٣) على المشهور و قد عرفت ما فيه.

(٤) فالتقاط غير الكامل صحيح غايته يحفظ وليه المال الملقوط.

(٥) على الولي.

(٦) أى مال غير الكامل.

(٧) أى غير الكامل.

(٨) أى إتلاف مال نفسه.

(٩) أى التقاط غير الكامل.

(١٠) أى الولي.

(١١) بعد التعريف.

(١٢) أى ما فيه المصلحه و الغبطه.

(١٣) شروع فى أحكام الضالّه، هذا و اعلم أن الضالّه الممتنع لا يجوز أخذها و لو أخذها و أنفق عليها فلا يرجع بالنفقة على المالك لأنه تبرع بها لعدوانه، و منه تعرف أنه لو أخذ الضالّه الممتنع أو غيرها من العمران و أنفق عليها فلا يجوز له الرجوع بالنفقة على المالك، لأنه متعد بالأخذ، إذ الأخذ محرم، و مع تعديه يكون متبرعا بالنفقة فلا يرجع و لا يبقى إلا الضالّه غير الممتنع كالشاه المأخوذه فى الفلاه فأخذها جائز، فلو أخذها فهو مخير بين تملكها و بين حفظها للمالك، و على تقدير حفظها

فتحتاج إلى النفقه، فإن وجد الحاكم رفع أمره إليه ليعطيه من بيت المال المعدّ لمصالح المسلمين، و هذا منها، أو يأمره بالإنفاق

-

ص: ١٠٢

على الضالة (١) (كما مر) فى الإنفاق على اللقيط من أنه مع عدم بيت المال و الحاكم ينفق (٢) و يرجع مع نيته (٣) على أصح القولين لوجوب حفظها و لا يتم (٤) إلا بالإنفاق، و الإيجاب (٥) إذن من الشارع فيه (٦) فيستحقه (٧) مع نيته (٨).

-مع الرجوع على المالك، لأن الحاكم ولى الغائب فيكون إذن الحاكم بالإنفاق كإذن المالك.

و مع فقد الأمرين فيجب على الواجد الإنفاق على الضالة من ماله حفظا لنفسها المحترمة، و يجوز له أن يرجع بالنفقة على المالك عند ظهوره مع نية الرجوع على المشهور، للإذن فى الالتقاط شرعا و هو يقتضى الرجوع، و إلا لو أذن له بالالتقاط و منعه من الرجوع بالنفقة بعد إيجاب النفقة عليه فيكون قد أضره و أخرج، و الضرر و الحرج منفيان فى الشريعة، هذا فضلا عن التأييد بصحيح أبى ولاء المتقدم فى الغصب: (جعلت فداك قد علفته بدراهم فلى عليه علفه؟ فقال عليه السلام: لا، لأنك غاصب) (١) و مقتضاه رجوع غير الغاصب بما أنفق، و ليس عدم رجوع الغاصب بما أنفق إلا لحرمة الأخذ، و ليس رجوع غيره إلا لجواز الأخذ، و مقامنا من الثانى.

و عن ابن إدريس عدم جواز الرجوع بالنفقة على المالك و لو نوى الرجوع، لوجوب حفظ الضالة على واجدها بعد أخذها، المستلزم لوجوب الإنفاق عليه، و ما كان واجبا لا يجوز أخذ العوض عليه، و بأنه إنفاق على مال الغير بغير إذنه فيكون متبرعا فكيف يرجع؟ و فيه أما الأول فممنوع كليه أخذ العوض عن كل واجب، بل الممنوع أخذ الأجره و العوض عن الواجب العبادى فقط، و أما الثانى فإذن الشارع قائم مقام إذن المالك فهو غير متبرع حينئذ.

(١) التى يجوز أخذها، و أما غيرها فقد تقدم الكلام فيه.

(٢) أى الواجد.

(٣) أى نية الرجوع.

(٤) أى الحفظ الواجب.

(٥) أى إيجاب الحفظ.

(٦) فى الإنفاق.

(٧) أى فيستحق الواجد الرجوع.

(٨) أى مع نية الرجوع.

ص: ١٠٣

وقيل: لا يرجع هنا (١)، لأنه (٢) إنفاق على مال الغير بغير إذنه فيكون (٣) متبرعا. وقد ظهر ضعفه (٤)، ولا يشترط الإشهاد على الأقوى، للأصل (٥) (ولو انتفع) الآخذ بالظهر (٦)، والدرّ (٧)، والخدمه (٨) (قاصّ) (٩) المالك بالنفقة، ورجع ذو الفضل بفضله.

وقيل: يكون الانتفاع بإزاء النفقه مطلقا (١٠). و ظاهر الفتوى جواز الانتفاع لأجل الإنفاق (١١)، سواء قاصّ أم جعله عوضا (و لا يضمن) الآخذ الضاله حيث يجوز له أخذها (١٢) (إلا بالتفريط) والمراد به (١٣) ما يشمل التعدى (١٤) (أو قصد) (١) فى الإنفاق على الضاله التى يجوز أخذها.

(٢) أى الإنفاق على الضاله.

(٣) أى الواجد المنفق.

(٤) لأن إذن الشارع قائم مقام إذن المالك، وقد أذن الشارع بإيجابه الحفظ و الإنفاق.

(٥) أى أصاله البراءه، وقد خالف بعض العامه للنبوى، وقد ذكر فى بحث اللقيط فراجع.

(٦) أى بالركوب.

(٧) أى باللبن.

(٨) فلو كان للضاله نفع كالظهر و اللبن و الخدمه فهو للواجد المنفق فى قبال نفقته عليها كما عن الشيخ فى النهايه لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الظهر يركب و الدرّ يشرب، و على الذى يركب و يشرب النفقه إذا كان مرهونا) (١).

و فيه أنه ضعيف السند مع عدم الجابر له، فلذا ذهب المشهور إلى أنه ينظر فى النفقه و فى قيمه المنفعه و يتقاصان فلا- يظلم أحدهما الآخر، و هو ما يقتضيه العدل و حكم العقل.

(٩) ضمير الفاعل راجع للمنفق.

(١٠) بلا رجوع فى الفضل و الزيادة.

(١١) قال الشارح فى المسالك: (ظاهر كلام الشيخ و غيره جواز الانتفاع بالظهر و اللبن سواء قلنا بكونه بإزاء النفقه أم قلنا بالتقاص) انتهى، و وجهه أن الانتفاع هنا حفظ لمنفعه مال الغير من التلف، لأنه لو لم ينتفع بها الواجد لذهبت من دون عوض لها.

(١٢) لا تضمن الضاله - حيث يجوز أخذها - إذا أخذها بنيه الحفظ لمالكها، لأنها حينئذ أمانه شرعيه عنده، بعد إذن الشارع له بالأخذ، نعم مع التفريط أو التعدى يضمن لعدوانه بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال.

(١٣) أى بالتفريط الذى هو أمر عدمى بحسب معناه.

(١٤) الذى هو أمر وجودى.

ص: ١٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الرهن حديث ٢.

(التملك (١) فى موضع جوازه (٢)، و بدونه (٣) و لو قبضها (٤) فى غير موضع الجواز (٥) ضمن (٦) مطلقا (٧)، للتصرف فى مال الغير عدوانا (٨).

الفصل الثالث فى لقطه المال

اشاره

(الثالث فى لقطه المال (٩)

فى لقطه الحرم

فى حرمه أخذها

غير الحيوان مطلقا (١٠) (و ما كان منه (١١) فى الحرم حرم أخذه (١٢) بنيه (١) حيث يجوز أخذ الضاله فلو أخذها بنيه التملك فيضمن على الخلاف المتقدم، و قد قوينا الضمان للأخبار الواردة فى ذلك فراجع.

(٢) أى جواز قصد التملك كالضاله غير الممتنعه المأخوذه من الفلاه.

(٣) أى بدون التفريط، و إلا فمع التفريط فيضمن من هذه الجهه و إن لم يقصد التملك. و هذا ما عليه سلطان العلماء، و قد فسر الآقا جمال قول الشارح (و بدونه) أى بدون قصد التملك فهو ضامن، لأنه مال للغير فيندرج تحت عموم قاعده على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و لا- يرفع اليد عنها إلا- إذا كان محسنا و أميناً، و لا- يكون محسنا إلا إذا أخذها بنيه الحفظ لمالكها، و المفروض عدم نيه الحفظ و إن لم يقصد نيه التملك.

و كلا- التفسيرين صحيح إلا- أن الثانى أولى، لأن إرجاع الضمير فى قول الشارح إلى قصد التملك أقرب من إرجاعه إلى التفريط.

(٤) أى قبض الضاله.

(٥) و هى الضاله الممتنعه فى الفلاه، و مطلق الضاله فى العمران.

(٦) تقدم الكلام فيه فى موارد فلا نعيد.

(٧) سواء قصد التملك أم لا، و سواء قصد نيه الحفظ أم لا، و سواء فوط أم لا.

(٨) و العدوان ناشئ من حرمه الأخذ.

(٩) و هى المال الصامت الضائع و لا يد لأحد عليه و يسمى باللقطه، و هو المتبادر منها لغه و عرفاً.

(١٠) سواء كان آدمياً أم غيره.

(١١) من المال.

(١٢) قال الشارح في المسالك: (اختلف الأصحاب في لقطه الحرم على أقوال منتشرة حتى من الرجل في كتاب واحد) انتهى، و ما هذا شأنه فلا بد من ملاحظه الأدله الوارده فيه من دون النظر إلى كلام الفقهاء، و على كل فقد استدل للحرمه بقوله تعالى: أَوَ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا مَّأْمُونًا (١) و مقتضاه أن يكون الإنسان آمناً على نفسه و ماله، و هو ينافى جواز-

ص: ١٠٥

١- (١) سورة العنكبوت، الآية: ٦٧.

-أخذه على تقدير ضياعه و بجمله من النصوص:

منها: صحيح الفضيل بن يسار (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال: لا يمسيها، و أما أنت فلا بأس، لأنك تعرّفها)(١)، و خبره الآخر عن أبي جعفر عليه السّلام (عن لقطة الحرم فقال: لا- تمسّ أبدا حتى يجيء صاحبها فيأخذها، قلت:

فإن كان مالا كثيرا؟ قال: فإن لم يأخذها إلا مثلك فيعرّفها)٢، و خبر على بن أبي حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليه السّلام (سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه، قال: بئس ما صنع، ما كان ينبغي له أن يأخذه، قلت: قد ابتلى بذلك، قال:

يعرّفه، قلت: فإنه قد عرّفه فلم يجد له باغياً، فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين فإن جاء طالبه فهو له ضامن)(٢)، و مرسل إبراهيم بن أبي البلاد عن بعض أصحابه عن الماضي - أي العسكري - عليه السّلام (لقطة الحرم لا تمسّ بيد و لا رجل، و لو أن الناس تركوها لجاها صاحبها فأخذها)(٣)، و خبر يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن اللقطة و نحن يومئذ بمنى فقال: أما بأرضنا هذه فلا يصلح، و أما عندكم فإن صاحبها الذي يجدها يعرّفها سنة في كل مجمع، ثم هي كسييل ماله)(٤).

هذا و الآيه المتقدمه لا تدل على المنع من الأخذ، لأن المراد من الآمن إما الآمن في الدنيا أو الآخره و على كل فلا ينافى جواز الالتقاط مع البناء على التعريف، و أما الأخبار فبعد ضعف سند بعضها بالشهره فهي محموله على الكراهه لجمله من القرائن فيها كقوله عليه السّلام في خبر يعقوب بن شعيب المتقدم (أما بأرضنا هذه فلا يصلح)، و قوله عليه السّلام في خبر على بن أبي حمزة المتقدم (ما كان ينبغي له أن يأخذه) و قوله عليه السّلام في صحيح الفضيل المتقدم (و أما أنت فلا بأس لأنك تعرفها) هذا و الأقوال في المسأله بين قائل بالحرمة مطلقاً من غير فرق بين الدرهم و الأريده، و بين نيه التعريف و عدمها و بنيه التملك و عدمها، و بين قائل بالكراهه كذلك، و بين قائل بالتفصيل بين الأقل من الدرهم فيجوز بدون كراهه و بين غيره فيكره أو يحرم، و بعض من قال بالحرمة خصه بالملتقط الفاسق دون العادل، هذا و المشهور على عدم جواز التقاطها بنيه-

ص: ١٠٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٥ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب اللقطة حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللقطة حديث ٣.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ١.

التملك مطلقا قليلا (١) كان أم كثيرا، لقوله تعالى: أَوْ لَمْ يَرَوْا أَنَّا جَعَلْنَا حَرَمًا آمِنًا (٢)، (و للأخبار) الداله على النهى عنه (٣) مطلقا (٤)، و فى بعضها عن الكاظم عليه السلام، «لقطه الحرم لا- تمس بيد، و لا- رجل و لو أن الناس تركوها لجاى صاحبها و أخذها». و ذهب بعضهم إلى الكراهه مطلقا (٥) استضعافا لدليل التحريم، أما فى الآيه فمن حيث الدلاله (٦)، و أما فى الخبر فمن جهه السند (٧). و اختاره (٨) المصنف فى الدروس و هو أقوى.

فى ما لو أخذه

(و) على التحريم (لو أخذه حفظه لربه (٩)، و إن تلف بغير تفريط لم) -التملك للنبوى (لا تحلّ لقطتها - أى مكه زادها الله شرفا - إلا لمنشد) (١٠) أى معرّف، و فى نبوى آخر (لا يحلّ ساقطها إلا لمنشد) ٢ بلا فرق بين القليل و الكثير و الدرهم و ما زاد عنه، و عن أبى الصلاح الحلبي جواز التملك للقليل و الكثير منها بعد التعريف استضعافا للنبيين لأنهما من مرويات العامه بعد الاعتماد على الأخبار المتقدمه الداله على جواز الالتقاط، و عن المحقق فى الشرائع لم يجوز الالتقاط بنيه التملك للكثير للنبيين، و أما القليل فيجوز للأخبار المتقدمه الداله على جواز الالتقاط.

(١) تفسير للإطلاق.

(٢) سورة العنكبوت، الآيه: ٦٧.

(٣) عن أخذ لقطه الحرم.

(٤) قليلا كان أو كثيرا.

(٥) قليلا كان أو كثيرا.

(٦) لأن كونه آمنا فى الدنيا أو الآخرة، لا ينافى جواز التقاط اللقطه بنيه التعريف.

(٧) فى الغالب، و إلا فقد عرفت أن خبر الفضيل بن يسار الأول صحيح، و الموجب لحملها على الكراهه اشتمالها على قرائن تفيد ذلك فراجع.

(٨) أى الحكم بالكراهه.

(٩) أى لمالكه، هذا و اعلم أنه على تقدير الأخذ سواء قلنا بحرمته أو كراهته، فيجب عليه التعريف سنه ثم هو بالخيار بين إبقائها فى يده أمانه و بين التصديق بها عن المالك، و على تقدير ظهور المالك فهل يضمن أو لا، فالمشهور على الضمان لدلاله خبر ابن أبى حمزه المتقدم عن العبد الصالح عليه السلام (سألته عن رجل وجد دينارا فى الحرم فأخذه، قال:

بئس ما صنع، ما كان ينبغى له أن يأخذه، فقلت: قد ابتلى بذلك، قال: يعرفه، قلت:-

١- ((١ و ٢)) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٩٩.

(يضمن)، لأنه (١) يصير بعد الأخذ أمانه شرعيه.

و يشكل ذلك (٢) على القول بالتحريم، لنهى الشارع عن أخذها فكيف يصير أمانه منه (٣)، و المناسب للقول بالتحريم ثبوت الضمان مطلقا (٤) (و ليس له تملكه) (٥) قبل التعريف، و لا بعده (بل يتصدق به بعد التعريف) حولا عن مالكه، فإنه قد عرّفه فلم يجد له باغيا، فقال: يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين، فإن جاء طالبه فهو له ضامن (١)، و لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه خصوصا على القول بتحريم الالتقاط.

و عن المحقق و جماعه عدم الضمان بل نسب إلى المشهور أيضا. للإذن في الصدقه شرعا فلا يتعقبه الضمان، و فيه أنه على القول بالتحريم يجب أن تكون مضمونه عليه للعدوان بأخذها، و منه تعرف أنه ضامن لو تلفت بغير تفريط تحت يد الملتقط، و لكن الأصحاب أطلقوا القول بكونها أمانه بيده قال في المسالك: (و لكن أطلق القول بكونها أمانه من حرّم الالتقاط و من جوزه) انتهى، و مقتضى أمانتها عدم الضمان على تقدير التلف من دون تفريط.

و فيه ما قد عرفته أن يده يد عادية لعدم الاذن بالالتقاط على تقدير حرّمته، فالضمان أقوى.

(١) أي لأن ما أخذ من الحرم.

(٢) أي عدم الضمان.

(٣) من الشارع، و فيه عدم التنافي بين حرّمه أخذها ابتداء لأنها لقطه من الحرم و بين كونها أمانه شرعيه بعد الأخذ لوجوب حفظها لمالكها، هذا و كان على الشارح في مقام الاستشكال على عدم الضمان القول بأن يده يد عادية لحرّمه الأخذ فيضمن على تقدير التلف بتفريط أو غيره.

(٤) بتفريط أو غيره.

(٥) أي تملكك ما أخذ من الحرم، هذا و الحكم في لقطه الحرم على تقدير أخذها سواء قلنا بحرّمه الالتقاط أم بكرهته هو تعريفها حولا فإن جاء صاحبها دفعها إليه لخبر على بن أبي حمزه المتقدم (قلت: قد ابتلى بذلك قال: يعرّفه) (٢) و خبر إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السلام (اللقطه لقطتان: لقطه الحرم و تعرّف سنه فإن وجدت صاحبها و إلا-

ص: ١٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من كتاب اللقطه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب مقدمات الطواف حديث ٣.

سواء قلّ أم كثر، لروايه على بن حمزه (١) عن الكاظم عليه السّلام قال: سألته عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال: «بئس ما صنع ما كان ينبغي له أن يأخذه، قال: قلت قد ابتلى بذلك قال «يعرّفه» قلت: فإنه قد عرّفه فلم يجد له باغياً فقال: «يرجع إلى بلده فيتصدق به على أهل بيت من المسلمين فإن جاء طالبه فهو له ضامن».

وقد دلّ الحديث بإطلاقه على عدم الفرق بين القليل، والكثير في وجوب تعريفه مطلقاً (٢)، وعلى تحريم الأخذ (٣)، وكذلك (٤) على ضمان المتصدق لو كره -تصدقت بها، ولقطه غيرها تعرّف سنه فإن لم تجد صاحبها فهي كسبيل مالك (١)، و خبر محمد بن رجاء (كتبت إلى الطيب عليه السّلام: إني كنت في المسجد الحرام فوجدت ديناراً فأهويت لأخذه فإذا أنا بآخر، فنحيت الحصا فإذا أنا بثالث فأخذتها فعرّفتها فلم يعرفها أحد، فما ترى في ذلك؟ فكتب: فهت ما ذكرت من أمر الدنانير، فإن كنت محتاجاً فتصدق بثلاثها، وإن كنت غنيا فتصدق بالكل) ٢.

ولا يعارضها مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (وإن وجدت في الحرم ديناراً مطلقاً فهو لك لا تعرفه) والمطلّس هو الذي لا نقش فيه، ولا يصلح للمعارضه لضعف سنده بالإرسال.

هذا من جهه و من جهه أخرى فمقتضى الأخبار المتقدمه وجوب التصديق بلقطه الحرم بعد التعريف على تقدير عدم ظهور المالك و هو ظاهر المقنع و المقنعه و النهايه و المراسم، إلا أن المشهور على التمييز بين التصديق بها و بين إبقائها أمانه شرعيه في يده جمعا بين الأخبار المتقدمه و بين أصاله بقاء الملك على مالكة. و على كل فلا يجوز تملكها بعد التعريف على المشهور للأخبار المتقدمه، و خالف في ذلك أبو الصلاح الحلبي فجوّز التملك، القليل منها أو الكثير، و ذهب المحقق و جماعه إلى جواز التملك في القليل دون الكثير، و قد تقدم الكلام فيه فراجع.

(١) و في الوسائل ابن أبي حمزه.

(٢) بلا فرق بين القليل و الكثير.

(٣) أى و الحديث قد دل على تحريم الأخذ، و قد عرفت أنه ظاهر بالكراهه لقوله عليه السّلام (ما كان ينبغي له).

(٤) أى و يدل الحديث على ضمان.

ص: ١٠٩

المالك، لكن ضعف سنده يمنع ذلك كله.

و الأقوى ما اختاره المصنف فى الدروس من جواز تملك ما نقص عن الدرهم (١)، و وجوب تعريف ما زاد كغيره (٢).

فى الضمان بعد التصديق

(و فى الضمان) لو تصدق به (٣) بعد التعريف و ظهر المالك فلم يرض بالصدقه (خلاف) (٤) منشؤه من دلالة (٥) الخبر السالف (٦) على الضمان، و عموم (٧) قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى (٨)» و من إتلافه (٩) مال الغير بغير إذنه، و من كونه (١٠) أمانه قد دفعها بإذن الشارع فلا يتعقبه الضمان، و لأصالة (١١) البراءة. و القول بضمان ما يجب تعريفه (١٢) أقوى (١٣) (و لو أخذه بنيه الإنشاد) و التعريف (لم يحرم (١٤) و إن كان كثيرا، لأنه محسن، و الأخبار الداله على التحريم مطلقه (١٥)، و عمل بها الأكثر مطلقا، و لو تمت لم يكن التفصيل (١٦) جيدا (١٧).

(١) من دون تعريف.

(٢) أى كغير المأخوذ من الحرم.

(٣) بالمأخوذ من الحرم.

(٤) قد تقدم فى شرحنا الكلام فيه.

(٥) دليل الضمان.

(٦) و هو خبر على بن أبى حمزه.

(٧) دليل ثان على الضمان.

(٨) سنن البيهقى ج ٦ ص ٩٥.

(٩) دليل ثالث على الضمان.

(١٠) دليل عدم الضمان.

(١١) دليل ثان على عدم الضمان.

(١٢) و هو ما زاد عن الدرهم.

(١٣) بل الأقوى ضمان مطلق لقطه الحرم على تقدير عدم جواز الالتقاط للعدوان، و على تقدير القول بالكراهة فالضمان لخبر

على بن أبي حمزه المتقدم.

(١٤) بل ظاهر دليل الشارح الآتى أنه بلا كراهه.

(١٥) أى غير مقيده بنيه التملك أو الإنشاء.

(١٦) بين نيه التملك فيحرم الأخذ، و بين نيه الإنشاء فيجوز.

(١٧) بل التفضيل جيد، لأن هذه الأخبار محموله على الكراهه كما عرفت فيكره الأخذ بنيه الإنشاء، و أما مع نيه التملك فمحرم لأن النصوص قد صرحت بالتصدق فقط.

ص: ١١٠

فى وجوب التعريف حولا

(و يجب تعريفه (١) حولا- على كل حال) قليلا كان أم كثيرا أخذه بنيه الإنشاد أم لا، لإطلاق الخبر السالف (٢) و قد عرفت ما فيه (٣)

فى لقطه غير الحرم

فى ما دون الدرهم

(و ما كان فى غير الحرم يحل منه) ما كان من الفضه (دون الدرهم) أو ما كانت قيمته دونه (٤) لو كان من غيرها (٥) (من غير تعريف (٦)، و لكن لو ظهر مالكة و عينه باقيه و جب (١) أى تعريف ما أخذ من الحرم.

(٢) و هو خبر على بن أبى حمزه، و غيره و قد تقدم.

(٣) أى ما فيه من ضعف السند.

(٤) أى دون الدرهم.

(٥) من غير الفضه.

(٦) لقطه غير الحرم إن كانت دون الدرهم جاز تملكها بلا- تعريف بلا- خلاف فيه لمرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (أفضل ما يستعمله الإنسان فى اللقطه إذا وجدها أن لا- يأخذها و لا يتعرض لها، فلو أن الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه، و إن كانت اللقطه دون درهم فهى لك فلا تعرّفها، و إن وجدت فى الحرم دينارا مطلسا فهو لك لا تعرفه) (١)، و مرسل محمد بن أبى حمزه عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن اللقطه؟ قال: تعرّف سنه قليلا كان أو كثيرا، قال: و ما كان دون الدرهم فلا يعرف) (٢).

و هذه الأخبار كما تدل على عدم تعريف ما دون الدرهم تدل على أنه لو وجد له لظاهر اللام المفيده للتمليك فى قوله عليه السّلام (فهو لك)، و لازم التمليك عدم الضمان فلا يعزّم الواجد للمالك على تقدير التلف، و لا يردّ العين مع بقائها و هذا ما عليه المشهور.

و عن العلامه فى القواعد و الفخر فى الإيضاح و المقداد فى التنقيح و سيد الرياض الضمان لضعف سند المرسل بعد عدم ظهوره فى التمليك لخبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (من وجد شيئا فهو له فليتمتع به حتى يأتية طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه) (٣) فهو قد حكم بالضمان برد العين إلى مالكة بعد حكمه بأنها للواجد، و هذا دليل على أن اللام غير مفيده للتمليك بل للاستحقاق.

ثم هل يختص الحكم بما دون الدرهم كما هو ظاهر الخبرين المتقدمين، و هذا ما عليه-

ص: ١١١

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ٩.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللقطه حديث ١.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللقطه حديث ٢.

رده (١) عليه على الأشهر، و في وجوب عوضه مع تلفه قولان: مأخذهما: أنه (٢) تصرف شرعى فلا يتعقبه ضمان. و ظهور (٣) الاستحقاق.

في ما كان بقدر الدرهم

(و ما عداه) و هو ما كان بقدر الدرهم (٤) أو أزيد منه عينا (٥)، أو قيمه (٦) (يتخير الواجد فيه بعد تعريفه (٧)...)- المشهور فالدرهم يجب تعريفه كالزائد، أم يشمل الحكم الدرهم، فالدرهم كدون الدرهم لا يجب تعريفه كما عن سلار و ابن حمزه و ابن البراج، و قال في الجواهر: (و لم نقف لهم على دليل، و إن قال في النافع: فيه روايتان، إلا أنا لم نتحقق الروايه الداله على عدم تعريفه) انتهى.

(١) أى ردّ ما دون الدرهم.

(٢) أى إتلافه بعد تملكه، و هو دليل عدم الضمان.

(٣) دليل الضمان، لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه فيضمنه، و إذن الشارع له بالالتقاط و الانتفاع لا ينافى الضمان.

(٤) قد عرفت الخلاف فيه.

(٥) إذا كان من جنس الفضة.

(٦) إذا كان من غير الفضة.

(٧) إذا زادت اللقطة عما دون الدرهم فيجب تعريفها حولا بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها، قال عليه السلام: يعرفها سنه فإن جاء لها طالب و إلا فهي كسبيل ماله) (١)، و خبر الحسين بن كثير عن أبيه (سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة؟ فقال: يعرفها، فإن جاء صاحبها دفعها إليه و إلا حبسها حولا) ٢، و غيرها كثير.

نعم ورد في خبر أبان بن تغلب قال: (أصبت يوما ثلاثين دينارا فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال لى: أين أصبت ذلك؟ فقلت له: كنت منصرفا إلى منزلى فأصبتها، فقال عليه السلام: صر إلى المكان الذى أصبت فيه فعرفه، فإن جاء طالبه بعد ثلاثه أيام فأعطه و إلا فتصدق به) ٣ إلا أنه مطروح لعدم صلاحيته لمعارضه ما تقدم.

هذا و لا يشترط التوالى فى التعريف سنه، و للتوالى المحكوم بعدم وجوبه تفسيران:

الأول: استيعاب وقت الحول بالتعريف، و لا خلاف و لا إشكال فى عدم وجوبه لصدق-

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ١ و ٢ و ٧.

(حولاً) (١) عقيب (٢) الالتقاط مع الإمكان متتابعاً بحيث (٣) يعلم السامع أن التالي تكرر لمتلوه (٤)، و ليكن (٥) في موضع الالتقاط مع الإمكان أن كان بلداً، و لو كان -التعريف سنه على غيره.

الثاني: أن يعرّفها كل شهر، و هذا لا إشكال و لا خلاف في عدم وجوبه إذ يجوز أن يعرّف شهرين و يترك شهرين كما صرح بذلك غير واحد كما في الجواهر، بل الضابط في تعريف السنه هو الرجوع إلى العرف، كما هو الشأن في كل عنوان قد أخذ موضوعاً للحكم و لم يبينه الشارح، إلا- أن المشهور على ما قيل هو الابتداء بالتعريف في كل يوم إلى سبعة أيام، ثم في بقية الشهر في كل أسبوع مره، ثم في كل شهر مره إلى آخر الحول.

و لكن التقييد بهذا التفسير مشكل بعد قول الشارح في المسالك: (و قد اعتبر العلماء فيه أن يقع على وجه لا ينسى أن الثاني تكرر لما مضى، و يتحقق ذلك بالتعريف في الابتداء في كل يوم مره أو مرتين ثم في كل أسبوع، ثم في كل شهر) انتهى. فإذا كان المدار في التعريف أن يقع على وجه لا ينسى فيكفي التعريف في كل أسبوع مره، و الأولى منه إيكال الأمر إلى العرف، و هذا ما فعله الشارح في الروضه هنا هذا من جهه و من جهه أخرى يجب الابتداء بالتعريف حين الالتقاط مع الإمكان لقوله عليه السلام في خبر محمد بن مسلم (سألته عن اللقطه قال: لا ترفعوها فإن ابتليت فعرفها سنه) (١) و الفاء قاضيه بالفوريه مضافاً إلى اقتضاء العرف للاتصال فيما عین ابتداءه، خلافاً لبعض الشافعيه فلم يوجب الابتداء بالتعريف حين الالتقاط، و هو ضعيف بما سمعت.

(١) قد تقدم الكلام فيه.

(٢) قد تقدم الكلام فيه أيضاً.

(٣) تفسير للتتابع.

(٤) و هذا إيكال التابع إلى العرف، و لم يفسره بأن يعرفه في كل يوم مره إلى أسبوع ثم في كل أسبوع إلى تمام الشهر ثم في كل شهر إلى آخر الحول كما عليه المشهور.

(٥) أي التعريف هذا و قد بحث في مكان التعريف و زمانه و المعرف و كيفية التعريف.

أما مكانه فالتعريف في موضع الالتقاط على نحو الوجوب لخبر أبان بن تغلب المتقدم (أصبت يوماً ثلاثين ديناراً فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك؟ فقال: أين أصبته؟ قال: قلت له: كنت منصرفاً إلى منزلي فأصبتها فقال: صر إلى المكان الذي أصبت فيه-

ص: ١١٣

بريه عرف من يجده فيها ثم أكمله (١) إذا حضر في بلده (٢)، و لو أراد السفر قبل -فعرفه(١)، و لانزومه أنه لا يجوز أن يسافر بها فيعرفها في بلد آخر، بل لا بدّ من تمام الحول في موضع الالتقاط فلو أراد السفر فوّض التعريف إلى غيره كما عن التذكرة للعلامه و صاحب الجواهر، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه العلامه في القواعد و تبعه المحقق الثاني في جامعه و الشارح في مسالكه و روضته هنا من أنه لو التقطه في بلد الغربه جاز أن يسافر بها إلى بلده بعد التعريف في بلد اللقطه ثم يكمل الحول في بلده، لعدم الدليل عليه بل الدليل على إتمام الحول في التعريف في موضع الالتقاط و لو بالاستنابه كما لا يجوز أن يسافر بها من بلده إلى غيره إذا كان بلده هو موضع الالتقاط هذا كله إذا كان قد وجدها في بلد ما، و أما لو وجدها في صحراء أو برية عرّف من يجده فيها و أتمه في أقرب البلدان إليها فالأقرب إلا أن يكون شاهد الحال على خصوص بعضها فليقتصر عليه.

و أما زمانه فلا فرق في الحول بين الليل و النهار، و في القواعد حصره بالنهار فقط و كذا في المبسوط لأنه المتبادر من الأخبار، و هو ممنوع.

نعم لا بد أن يكون التعريف في وقت اجتماع الناس و بروزهم، لأن الغرض من التعريف رجاء الظفر بالمالك، فلذا لا يصح التعريف في كل وقت و لا في كل مكان و لا في كل حال، لأن الأزمنه و الأمكنه تختلف اختلافا كثيرا فليكن عند اجتماع الناس في المكان و الزمان المأذون فيهما، و يؤيده جملة من الأخبار:

منها: خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث (فإنه ينبغي أن يعرفها سنه في مجمع)(٢)، و خبر سعيد بن عمرو الجعفي عن أبي عبد الله عليه السلام (اتق الله عزّ و جلّ و عرّفه في المشاهد)(٣)، و أما كيفية التعريف بأن يقول من ضاع له ذهب أو فضه أو ثوب أو ما شاكل ذلك من الألفاظ الداله على جنس اللقطه، و لو أوغل في الإبهام كان أحوط لئلا يشيع أمرها لو ذكر جميع أو غالب أو صافها فيدعيها من لا يستحقها، نعم لا يكفي في مقام التعريف بأن يقول: عندي لقطه و يقتصر عليها، لعدم الفائدة في هذا القول.

(١) أي أكمل التعريف.

(٢) أي بلد الملتقط، و فيه: إنه قد عرفت لابديه التعريف في أقرب البلدان إليها لا في بلد الملتقط.

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب اللقطه حديث ١.

التعريف في بلد الالتقاط (١) أو إكماله (٢) فإن أمكنه الاستنابه فهي (٣) أولى (٤)، و إلا (٥) عرفه في بلده (٦) بحيث يشتهر خبره، ثم يكمله (٧) في غيره (٨)، و لو أخره (٩) عن وقت الالتقاط اختياراً أثم (١٠) و اعتبر الحول من حين الشروع (١١)، و يترتب عليه (١٢) أحكامه (١٣) مطلقاً (١٤) على الأقوى (١٥) و يجوز التعريف (بنفسه (١٦)، و غيره)، لحصول الغرض بهما، لكن يشترط في النائب العدالة أو (١) إذا كان بلد الغربه بالنسبه للملتقط.

(٢) عطف على قوله (التعريف) و المعنى لو أراد السفر قبل إكمال التعريف.

(٣) أى الاستنابه.

(٤) بل متعينه لما عرفته من لآبديه التعريف تمام الحول فى موضع الالتقاط.

(٥) أى و إن لم يمكنه الاستنابه.

(٦) أى بلد الالتقاط الذى هو بلد الغربه.

(٧) أى يكمل التعريف.

(٨) أى غير بلد الالتقاط.

(٩) أى آخر التعريف.

(١٠) لوجوب المبادره إلى التعريف عقيب الالتقاط، و قد تقدم الكلام فيه.

(١١) أى الشروع فى التعريف.

(١٢) على التعريف.

(١٣) من صحه تملك اللقطه بعد تعريفها سنه أو حفظها أمانه أو التصديق بها.

(١٤) سواء اتصل التعريف بالالتقاط أم لا.

(١٥) و علله الشارح فى المسالك: (لتعليق الحكم بالتملك فى النصوص على التعريف حولاً، الصادق بالواقع بعد الالتقاط على الفور بعده، و قيل: لا يصح تملكها إلا مع المبادره إلى التعريف فى الحول الأول لقوله عليه السّلام فى صحيحه محمد بن مسلم: فإن ابتليت بها فعزّفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها فى عرض مالك، و الفاء تدل على التعقيب بغير مهله، فيكون جعلها - أى اللقطه - فى جملة ماله موقوفاً على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بغير فصل) انتهى موضع الحاجه من كلامه.

و الأقوى الثانى لأذن التملك على خلاف الأصل فإذا فرض كون الثابت من التملك هو حال الفوريه يبقى غيره على مقتضى أصاله عدم التملك.

(١٦) أى بنفس الملتقط، هذا و اعلم أن الغرض من التعريف الواجب هو إظهار اللقطه و إشاعه خبرها ليظهر مالكها فلا- يتعلق
غرض الشارع فيه بمباشر معين فيجوز أن يتولى الملتقط -

ص: ١١٥

الاطلاع (١) على تعريفه (٢) المعتبر (٣) شرعا إذ لا يقبل إخبار الفاسق (بين (٤) الصدقه) - بنفسه التعريف، و تجوز النيايه فيه و الاستعانه به و الاستتجار عليه بلا خلاف و لا إشكال.

هذا فإن تبرع الملتقط بالتعريف أو بذل مؤنته فذاك و إلا- ففي وجوب الأجره من ماله لأنه مكلف، أو من مال المالك لأنه لمصلحته، أو الفرق بين التقاطها بنيه التملك فالأجره من مال الملتقط أو بنيه الحفظ فالأجره على المالك أوجه ثلاثه، استتجد الشارح في المسالك الأول، و وجهه واضح لأن التعريف واجب عليه فتكون مؤنته عليه حينئذ.

هذا و قد اشترط العدالة في النائب كل من المحقق الثاني في جامعه و الشارح في المسالك و الروضه هنا حتى يقبل إخباره، لأنه لا يقبل إخبار الفاسق.

(١) من قبل الملتقط.

(٢) أى تعريف النائب.

(٣) صفه للتعريف.

(٤) متعلق بقول الماتن: (يتخير الواجد فيه بعد تعريفه حولا-)، هذا و اعلم أن ما زاد عما دون الدرهم إذا أخذه من غير الحرم فالواجد فيه بالخيار بعد تعريفه عاما بين تملكه أو التصديق به أو حفظه أمانه لصاحبه على المشهور شهره عظيمه للأخبار الكثيره، منها ما يدل على جواز التملك كخبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (فإنه ينبغي أن يعرّفها سنه فى مجمع، فإن جاء طالبها دفعها إليه، و إلا- كانت فى ماله، فإن مات كانت ميراثا لولده و لمن ورثه، فإن لم يجىء لها طالب كانت فى أموالهم، هى لهم، فإن جاء طالبها بعد دفعوها إليه) (١)، و خبر داود بن سرحان عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه قال فى اللقطه: يعرّفها سنه ثم هى كسائر ماله) (٢)، و خبر حنان بن سدير (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام - و أنا اسمع - عن اللقطه؟ فقال: تعرّفها سنه فإن وجدت صاحبها و إلا فأنت أحق بها و قال: هى كسبيل مالك) (٣) و غيره كثير.

و منها ما يدل على الصدقه باللقطه كخبر حفص بن غياث (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا، و اللص مسلم، هل يردّ عليه؟ فقال: لا يردّه، فإن أمكنه أن يردّه على أصحابه فعل و إلا كان فى يده بمنزله اللقطه يصيبها فيعرّفها حولا، فإذا أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر و الغرم) (٤)، و خبر الحسين بن كثير عن أبيه (سأل رجل -

ص: ١١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ١١ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من كتاب اللقطه حديث ١.

(به) على مستحق (١) الزكاه لحاجته (٢)، و إن اتحد (٣) و كثرت (و التملك بنيته (٤).

-أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة؟ فقال: يعرّفها، فإن جاء صاحبها دفعها إليه، و إلا حبسها حولا فإن لم يجيء صاحبها أو من يطلبها تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعد ما تصدق بها إن شاء اغترمها الذي كانت عنده و كان الأجر له، و إن كره ذلك احتسبها و الأجر له(١)، و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن الرجل يصيب اللقطة فيعرّفها سنه ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها، ما حال الذي تصدق بها؟ و لمن الأجر؟ هل عليه أن يردّ على صاحبها أو قيمتها؟ قال عليه السلام: هو ضامن لها و الأجر له، إلا أن يرضى صاحبها فيدعها و الأجر له(٢) و مثله غيره.

و منها ما يدل على حفظه للمالك كصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن الرجل يصيب اللقطة دراهم أو ثوبا أو دابه كيف يصنع؟ قال: يعرّفها سنه، فإن لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه إياه، و إن مات أوصى بها فإن أصابها شيء فهو ضامن)٣، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (سألته عن اللقطة قال: لا ترفعها، فإن ابتليت بها فعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك، يجرى عليها ما يجرى على مالك، حتى يجيء لها طالب، فإن لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك)٤ هذا و المراد بجعلها في عرض ماله هو حفظها في ماله من غير عزل لها عنه، و الجمع بين هذه الطوائف الثلاثة يقتضى التخيير بين التملك و الصدقه و الحفظ، و منه تعرف ضعف ما عن سيد الرياض من أن الحفظ للمالك لا نص عليه هذا من جهه و من جهه أخرى فالنصوص المتقدمه داله على الضمان عند التملك أو الصدقه، و هذا مما لا خلاف فيه، بل النصوص المتقدمه داله على الضمان عند الحفظ إلا أنه على خلاف قاعده الأمانه و الملتقط محسن إلى المالك بحفظ ماله و حراسته فلا يتعلق عليه ضمان لانتفاء السبيل عن المحسن و لذا تسالموا على عدم الضمان عند الحفظ إلا مع التعدي و التفريط للعدوان.

(١) مصرف الصدقه هنا مصرف الصدقه الواجبه لأنه هو المتيقن من نصوص التصدق باللقطه.

(٢) تعليل لاستحقاقه الزكاه.

(٣) أى المستحق و كثرت اللقطة.

(٤) أى بنيه التملك، لا خلاف بينهم فى عدم جواز التملك و لو نواه قبل تمام الحول، لأن-

ص: ١١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطة حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطة حديث ١٤ و ١٣ و ١٠.

فى الضمان لو ظهر المالك بعد التملك أو التصدق

(و يضمّن) لو ظهر المالك (فيهما (١) فى الثانى (٢) مطلقا (٣)، و فى الأول (٤) إذا لم يرض (٥) بالصدقه، و لو وجد (٦) العين باقيه. ففى تعيين رجوعه بها لو -التعريف حولا- شرط فى جواز التملك، و إنما الخلاف فى التملك بعد الحول ففيل يحصل الملك قهريا بمجرد مضى الحول كما عن ابن إدريس مدعيا عليه إجماع الفرقه و أخبارهم و فى الدروس نسبه إلى المقنعه و النهايه و الصدوقين بل هو الأشهر.

و يردّه النصوص الداله على جواز الحفظ للمالك فلو كان مضى الحول هو السبب التام للملك لما أمكن حفظ اللقطه للمالك، و هذا هو المشهور فجعل المشهور على العكس ليس فى محله.

و يكفى فى التملك قصده كما هو المشهور و عن الشيخ أنه لا بد من التلفظ بأن يقول:

قد اخترت ملكها و وافقه عليه أبو الصلاح الحلبي و علامه فى التذكرة، و هو مما لا دليل عليه، و عن بعض العامه يشترط مع التملك التصرف أيضا و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

(١) فى التصدق به و التملك.

(٢) أى التملك.

(٣) سواء رضى المالك أم لا.

(٤) أى التصدق به.

(٥) أى المالك.

(٦) أى المالك، هذا و اعلم أنه لو نوى الواجد التملك بعد الحول فظهر المالك و كانت العين قائمه فهل يجب على الملتقط رد العين كما هو ظاهر النصوص السابقه مثل خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام (ينبغى له أن يعرفها سنه فى مجمع، فإن جاء طالبها دفعها إليه و إلا كانت فى ماله، فإن مات كانت ميراثا لولده و لمن ورثه، فإن لم يجيء لها طالب كانت فى أموالهم، هى لهم إن جاء طالبها بعد دفعوها إليه) (١)، و خبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام (من وجد شيئا فهو له، فليتمتع به حتى يأتيه طالبه، فإذا جاء طالبه رده إليه) (٢)، و هى ظاهره فى وجوب رد العين على تقدير بقائها و إليه ذهب الكركى و هو ظاهر المبسوط و السرائر و المقنعه و الوسيله.

إلا أن المشهور على أنه ليس للمالك الانتزاع، لأن الملتقط قد ملكها بالتملك فيجب فى -

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب اللقطه حديث ٢.

طلبها (١)، أو تخير الملتقط بين دفعها، و دفع البدل مثلا، أو قيمه قولان.

و يظهر من الأخبار الأول، و استقرب المصنف فى الدروس الثانى (٢)، و لو عابت (٣) ضمن أرشها، و يجب قبوله معها (٤) على الأول. و كذا (٥) على الثانى (٦) على الأقوى (٧)، و الزيادة المتصلة للمالك، و المنفصلة للملتقط (٨) أما الزوائد قبل نيه التملك فتابعه للعين.

و الأقوى أن ضمانها (٩) لا يحصل بمجرد التملك، أو الصدقه، بل بظهور -ذمته عوضها مثلا أو قيمه و لا يتعين عليه دفع العين، نعم لو اختار دفعها يجب على المالك القبول لأنها عين حقه، و عليه فقد قدموا أصاله اللزوم فى التملك على هذه الأخبار، مع أن الأخبار صريحه فى رد العين و صريحه فى أن الملتقط له التملك فالجمع بينهما يقتضى أن ملك الملتقط ملك متزلزل يزول بظهور المالك و يستقر بعدمه.

(١) أى تعيين رجوع المالك بنفس العين لو طلبها.

(٢) و هو المشهور.

(٣) أى عابت اللقطه تحت يد الملتقط بعد تملكها و قد ظهر المالك فى تعيين ردها على المالك مع الأرش أو تخير الملتقط بين ردها مع الأرش و دفع البدل مثلا أو قيمه الوجهان السابقان.

(٤) أى و يجب على المالك قبول الأرش مع العين المعيبه على القول الأول من تعيين رجوع المالك على العين.

(٥) أى و كذا يجب على المالك القبول بالأرش مع العين المعيبه لو دفعها الملتقط و لم يدفع البدل من مثل أو قيمه.

(٦) من تخير الملتقط بين دفع العين و دفع البدل مثلا أو قيمه.

(٧) و يحتمل أنه لا يلزم المالك بقبول الأرش مع العين المعيبه، بل هو مخير بين ذلك و بين البدل، لأنه وجدها متغيره فليست عين ماله محضا كما علله فى المسالك، و إليه ذهب الفخر كما فى الجواهر.

(٨) اعلم أن جميع الزوائد قبل نيه التملك هى تابعه للعين، و أما الزوائد بعد نيه التملك، فما يكون منفصلا فهو للملتقط لو ظهر المالك و رجع على عينه، لأن النماء المنفصل هو نماء ملك الملتقط قبل رجوع المالك، فلو رجع المالك فلا يجوز له إلا أن يرجع على أصل عينه دون نمائها المنفصل، بخلاف النماء المتصل الذى هو جزء من العين فلو رجع المالك لكان النماء المتصل له كما كانت أصل العين له حينئذ.

(٩) أى ضمان اللقطه.

(١) لا شك في ثبوت الضمان على الملتقط بالتملك في الجملة، و لكن الشك في وقت الضمان و سببه، فالأكثر على أن الضمان يحصل بنيه التملك و إن لم يظهر المالك فتكون اللقطة دينا في ذمه الملتقط، لعموم قاعده على اليد، و لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه.

و عن الشيخ في المبسوط و جماعه منهم العلامه في التحرير أن الضمان يثبت عند مطالبه المالك بعد ظهوره لظاهر النصوص:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (يعرفها سنه فإن جاء لها طالب و إلا فهي كسييل ماله) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام في حديث: (فإن ابتليت فعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها في عرض مالك، يجرى عليها ما يجرى على مالك، إلى أن يجيء لها طالب) (٢)، و خبر حنان عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث: (خيرها إذا جاءك بعد سنه بين أجرها و بين أن تغرمها له إذا كنت أكلتها) (٣)، و مثلها غيرها.

و هذا النصوص قد دلت على أن اللقطة للمالك إذا كان طالبا هذا من جهه، و من جهه أخرى فلو كان الملتقط ضامنا من حين نيه التملك لما كان لتخييره وجه في الخبر الأخير.

و ردّ هذا القول بأن المطالبه متوقفه على سبق الاستحقاق ضروره عدم صحه المطالبه بدون الاستحقاق، فلو كان استحقاق المالك عند ضمان الملتقط متوقفا على المطالبه لدار دورا صريحا لازما و رده الشارح في المسالك تابعا فيه المحقق الثاني في جامعهم بأننا نمنع توقف المطالبه على الاستحقاق، بل هي متوقفه على إمكانه، و عليه فالمطالبه متوقفه على إمكان الاستحقاق و هو حاصل هنا، لأن المالك يمكن له الاستحقاق، لأنه ماله سابقا قبل تملك الملتقط، و الذي توقف على المطالبه هو نفس الاستحقاق و عليه فلا- دور، و رده في الجواهر بقوله: (لا- حاصل له) لأن إمكان الاستحقاق عام يشمل المالك و غيره إذ كل إنسان له إمكان الاستحقاق لأنه أهل لذلك.

هذا و قال الشارح في المسالك: (و الظاهر من الأخبار أن الضمان يحصل بظهور المالك و إن لم يطالب) انتهى، و بهذا يكون قولنا- ثالثا و هذا ما قواه في الروضه هنا، و هو الأقوى لأن الأخبار داله على ثبوت الضمان عند المطالبه لو لا محذور الدور، فلتحمل على ظهور المالك حذرا منه.

سواء طالبه (١) أم لم يطالب، مع احتمال توفقه (٢) على مطالبته (٣) أيضا (٤) و لا يشكل بأن استحقاق المطالبة يتوقف على ثبوت الحق (٥)، فلو توقف ثبوته (٦) عليه (٧) لدار، لمنع (٨) توفقه (٩) على ثبوت الحق (١٠)، بل على إمكان ثبوته (١١).

و هو هنا كذلك (١٢).

و تظهر الفائده (١٣) فى عدم ثبوته (١٤) دينا فى ذمته (١٥) قبل ذلك (١٦)، فلا يقسط عليه (١٧) ماله (١٨) لو أفلس (١٩)، و لا يجب (٢٠) الإيضاء به (٢١) و لا يعد (٢٢) (١) أى طالب المالك الملتقط.

(٢) أى توقف الضمان.

(٣) أى مطالبه المالك.

(٤) كما يتوقف الضمان على ظهور المالك فهو متوقف على المطالبة.

(٥) مراده من استحقاق المطالبة نفس المطالبة، و مراده من ثبوت الحق نفس الضمان الموجب لاستحقاق المالك للمطالبة، فلو صرح بهما تصويرا للدور مع التصريح بأن الدور مندفع بتوسط إمكان المطالبة فى إحدى المقدمتين دون الأخرى لكان أولى حذرا من التعقيد.

(٦) أى ثبوت الحق من الضمان و من استحقاق المالك للمطالبة.

(٧) على استحقاق المطالبة الواردة فى كلام الشارح، و قد عرفت أن المراد منه نفس المطالبة.

(٨) تعليل لعدم الإشكال و هو دفع للدور.

(٩) أى توقف المطالبة المعبر عنها باستحقاق المطالبة فى كلامه.

(١٠) أى على الاستحقاق كما عرفت.

(١١) أى إمكان ثبوت الحق، و المراد به إمكان استحقاق المطالبة.

(١٢) أى أن المطالبة هنا متوقفه على إمكان استحقاق المطالبة، و الذى توقف عليها نفس الاستحقاق فلا دور.

(١٣) أى الفائده بين القول بكون الضمان عند الظهور و القول بكون الضمان عند المطالبة.

(١٤) أى عدم ثبوت المال الملقوط.

(١٥) أى ذمه الملتقط.

(١٦) أى قبل الظهور على القول الأول، و قبل المطالبه على القول الثانى.

(١٧) على المالك.

(١٨) أى مال الملتقط.

(١٩) أى الملتقط.

(٢٠) على الملتقط.

(٢١) بالمال الملتقط.

(٢٢) أى الملتقط.

ص: ١٢١

مديونا، و لا غارما بسببه (١)، و لا يطالبه به (٢) فى الآخرة لو لم يظهر (٣) فى الدنيا إلى غير ذلك (٤) (و بين إبقائه (٥) فى يده (أمانه) موضوعا (٦) فى حرز أمثاله.

فى عدم الضمان ما لم يفزط

(و لا يضمن) (٧) ما لم يفزط (٨)، هذا (٩) إذا كان مما لا يضره البقاء كالجواهر (١٠) (و لو كان مما لا يبقى) كالطعام (١١)...

(١) أى بسبب المال الملقوط.

(٢) أى لا يطالب المالك الملتقط بالمال الملقوط.

(٣) أى المالك و هذا على القول الأول، و على القول الثانى لو لم يطالبه به فى الدنيا.

(٤) أى غير ذلك من أحكام الدين فلا تترتب إلا بعد الظهور أو المطالبة على اختلاف القولين.

(٥) أى إبقاء المال الملقوط فى يده أمانه للمالك فى قبال التملك أو التصديق به و قد تقدم الدليل على هذا الشق فراجع، و تقدم أن النصوص داله على الضمان على تقدير الحفظ، إلا أن الأصحاب أعرضوا عنها و حكموا بعدم الضمان لأنه محسن بعد انتفاء السبيل عن المحسن.

(٦) كالوديعة، فما قلناه فى الوديعة فى مقام حفظها نقوله فى اللقطة، بعد كون كل منهما أمانه فى يد غير المالك.

(٧) أى على تقدير الحفظ و الأمانه.

(٨) أو يتعدى، و ضمانه للعدوان حينئذ، و به خرج عن كونه أمينا.

(٩) أى هذا الحكم من التملك أو الصدقة أو الحفظ بعد التعريف حولا.

(١٠) كالذهب و الفضة.

(١١) البقول و نحوها فهو مختير بين أن يملكها بالقيمة و يأكلها أو يبيعها و يأخذ ثمنها و بين أن يدفعها إلى الحاكم ليعمل فيها ما هو أحرص للمالك بلا خلاف فى ذلك بالجمله و يشهد له خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن سفره وجدت فى الطريق مطروحه، كثير لحمها و خبزها و جنبها و بيضها و فيها سكين، فقال أمير المؤمنين عليه السلام، يقوم ما فيها ثم يؤكل، لأنه يفسد و ليس له بقاء، فإن جاء طالبها غرّموا له الثمن، فقيل: يا أمير المؤمنين: لا يدرى سفره مسلم أو سفره مجوسى؟ فقال عليه السلام: هم فى سعه حتى يعلموا) (١)، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (و إن وجدت طعاما فى مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله) (٢).

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ٩.

قومه على نفسه (١)، أو باعه و حفظ ثمنه ثم عزّفه (٢)، (أو دفعه إلى الحاكم) إن وجدته (٣) و إلا (٤) تعين عليه (٥) الأول (٦) فإن أخلّ به (٧) فتلّف، أو عاب ضمن (٨)، و لو كان (٩) مما يتلف على تطاول الأوقات لا عاجلا كالثياب تعلق الحكم (١٠) بها عند خوف التلف.

فى ما لو افتقر إبقاؤه إلى علاج

(و لو افتقر إبقاؤه إلى علاج) كالرطب المفتقر إلى التجفيف (١١) (أصلحه) -و بالتعليل بفساده و بأنه ليس له بقاء يتعدى فى الحكم من مورد الخبر إلى كل لقطه يسرع إليها الفساد و لا- تبقى إلى تمام الحول هذا من جهة و من جهة أخرى فالحكم بالتقويم على نفسه مما لا خلاف فيه و هذا ما اقتصر عليه القدماء، و عن الفاضل فى التذكرة و تبعه المحقق الثانى و الشهيدان و غيرهم أنه مخير بين التقويم على نفسه و التقويم على غيره بمعنى البيع على غيره لعدم خصوصيه فى التقويم على النفس، و يضمن الثمن كما يضمن الثمن لو قومه على نفسه، و أشكل عليه بأنه لا يجوز له بيعه على غيره مع وجود الحاكم لأنه مال الغير فلا بد من إذن الحاكم حينئذ، و هو إشكال مردود، لأنه قد جاز له أن يبيعه على نفسه بدون إذن الحاكم و لا خصوصيه للبيع على نفسه كما فهم من النصوص، و من جهة ثالثة له اختيار الدفع إلى الحاكم لأنه ولى الغائب، و لا يضمن، لأن الدفع إلى الحاكم من قبيل الدفع إلى المالك فلا وجه للضمان.

(١) و ضمنه للمالك.

(٢) أى عزّف نفس الملقوط بلا- فرق بين تقويمه على نفسه أو يبيعه على الغير، و بقاء التعريف لإطلاق دليله أو استصحابه و لا ينافيه التصرف المزبور فيه قبله، و هو ظاهر الأصحاب كما فى الجواهر، و إن تم التعريف سنه فإن ظهر المالك دفع إليه القيمة و إلا يعمل فيها ما يعمل بالعين لو كانت باقيه بين تملكها أو يتصدق بها عنه.

(٣) أى وجد الحاكم.

(٤) أى لم يجد الحاكم.

(٥) على الملتقط.

(٦) من التقويم على نفسه أو البيع على الغير مع حفظ الثمن.

(٧) أى بما لا يبقى بحيث لم يقومه و لم يبيعه و لم يدفعه إلى الحاكم.

(٨) للتعدي.

(٩) أى الملقوط.

(١٠) أى الحكم المذكور من التقويم أو البيع أو الدفع إلى الحاكم لعموم العله الواردة فى خبر السكونى ممن كونه يفسد و ليس

له بقاء.

(١١) لو كان بقاء اللقطه متوقفا على علاج، فإن تبرع أحد بإصلاحه فهو و إلا بيع بعضه و أنفق-

ص: ١٢٣

(الحاكم بيعضه) بأن يجعل بعضه عوضاً عن إصلاح (١) الباقي، أو يبيع بعضه و ينفقه (٢) عليه (٣) وجوباً، حذراً من تلف الجميع، و يجب على الملتقط إعلامه (٤) بحاله (٥) إن لم يعلم، و مع عدمه (٦) يتولاه (٧) بنفسه، حذراً من الضرر بتركه (٨).

في ما يكره التقاطه

(و يكره التقاط) ما تكثر منفعتة و تقل قيمته مثل (الإداوه) (٩) بالكسر و هي على إصلاح الباقي، و هل يتوقف على إذن الحاكم أم يجوز للملتقط ذلك من دون الرجوع إلى الحاكم قولان.

ذهب المحقق و قبله الشيخ و جماعه إلى الأول لأنه مال غائب، و الحاكم وليه في حفظ ماله.

و ذهب العلامة في التحرير و الشهيد في الدروس و جماعه إلى الثاني، لأن الملقوط أمانه شرعيه بيد الملتقط فهو مأمور بحفظه، فله الحفظ و لو بيع بعضه من دون الرجوع إلى الحاكم.

(١) بمعنى أن يصلحه ببعضه.

(٢) أي ينفق ثمن البعض.

(٣) على الباقي.

(٤) أي إعلام الحاكم.

(٥) أي بحال الملقوط إذا كان مفتقراً إلى العلاج.

(٦) أي عدم الحاكم.

(٧) أي يتولى الإصلاح نفس الملتقط.

(٨) أي بترك الإصلاح.

(٩) الأصل في هذه المسألة خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن النعلين و الإداوه و السوط يجده الرجل في الطريق، أ ينتفع به؟ قال عليه السّلام: لا يمسه) (١).

و الإداوه بالكسر إناء صغير من جلد كالإبريق كما في الصحاح، يستعمل للتطهير و لذا فسرت بالمطهره في الكثير من كتب الفقه، و ظاهر النهي الحرمة، و بها قال الحلبي و ابن حمزه و هو ظاهر الصدوقين و سائر.

و المشهور على الكراهه جمعاً بينه و بين صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بلقطه العصي و الشظاظ و الودد و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر عليه السّلام:

ليس لهذا طالب)٢.

ص:١٢٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب اللقطه حديث ٢ و ١.

المطهره به (١) أيضا (و النعل) غير الجلد، لأن المطروح منه (٢) مجهولا ميته، أو يحمل على ظهور أمارات تدل على ذكاته فقد يظهر من المصنف فى بعض كتبه التعويل عليها (٣) و ذكره (٤) هنا مطلقا تبعا للروايه. و لعلها (٥) تدل على الثانى (٦) (و المخصره (٧) بالكسر و هى كل ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا، -هذا و قال الشارح فى المسالك: (و لا يخفى أن الأغلـب على النعل أن يكون من الجلد، و الإداوه بالكسر هى المطهره و هى تكون من الجلد أيضا و كذا السوط، و إطلاق الحكم بجواز التقاطها إما محمول على ما لا- يكون منها من الجلد، لأن المطروح منه مجهولا- ميته لأصالة عدم التذكيه، أو محمول على ظهور أمارات تدل على ذكاته، فقد ذهب بعض الأصحاب إلى جواز التعويل عليها) انتهى.

وفيه: أن ما يوجد فى أرض الإسلام و فيه أثر الاستعمال محكوم بكونه مذكى و عليه يدل خبر السفره المتقدم. حيث جـوز المعصوم عليه السلام الأكل منها مع أن فيها اللحم، و على كل فالجمع بين الخبرين يقتضى الحكم بجواز الالتقاط من دون كراهته، بل صحيح حريز خاصه ظاهر فى عدم الكراهه من ناحيه التعليل بكونها ليس لها طالب، إلا أن الأصحاب حكموا بالكراهه إما من جهه الاحتياط لمن حكم بالحرمة و إما من جهه كون المذكورات من الجلد، و المجهول منه محكوم بكونه ميته كما عليه الشارح فى المسالك و جماعه.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فالحكم بكراهه هذه المذكورات الثلاثه ليس من باب بيان شدة الكراهه فيها فضلا عن الكراهه فى أصل اللقطه كما فهمه البعض بل من باب بيان عدم حرمة.

(١) بالكسر أيضا.

(٢) من الجلد.

(٣) على الإمارات الداله على التذكيه و تقدم الكلام على أصالة عدم التذكيه كما دل عليه خبر السفره المتقدم.

(٤) أى ذكر المصنف النعل هنا من غير تقييد له بأنه من غير الجلد تبعا للروايه، حيث ذكرته من دون تقييد.

(٥) أى الروايه.

(٦) أى على ظهور أمارات تدل على ذكاته لو كان من الجلد.

(٧) كممكنه ما يتوكأ عليه، هذا و قال الجوهري فى الصحاح: (المخصره السوط و كل ما اختصره الإنسان بيده فأمسكه من عصا و نحوها، اختصره أى أخذه).

و نحوها قاله الجوهري و الكلام فيها إذا كانت جلدا (١) كما هو الغالب كما سبق (٢) (و العصا (٣) و هي على ما ذكره الجوهري (٤) أخص من المخرصة، و على المتعارف (٥) غيرها (و الشظاظ) بالكسر خشبه محدّده للطرف تدخل في عروه الجوالقين (٦) ليجمع بينهما عند حملهما على البعير. و الجمع أشظّه (٧) (و الحبل و الوتد) بكسر وسطه (٨) (و العقال) بالكسر و هو حبل يشد به قائمه البعير.

و قيل: يحرم بعض هذه (٩) للنهي عن مسه.

في كراهه أخذ اللقطه

(و يكره أخذ اللقطه (١٠)...

(١) هذا في السوط و أما في العصا فلا، و من هنا تعرف أن اختصار كلام الجوهري كما فعله الشارح من الاختصار المخلّ، و على كل فكونها من الجلد يكره التقاطها لأن الجلد المجهول محكوم بالميتة لأصاله عدم التذكية، هذا و قد عرفت أن الكراهه في السوط كالكراهه في سابقيه من جهة الاحتياط لمن قال بالحرمة.

(٢) في النعل.

(٣) و الأصل فيها و في المذكورات بعدها صحيح حريز المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (لا بأس بلقطه العصى و الشظاظ و الوتد و الحبل و العقال و أشباهه، قال: و قال أبو جعفر عليه السلام: ليس لهذا طالب) (١)، و هو ظاهر في عدم الكراهه فضلا عن عدم الشده فيها، و عليه فما عليه المشهور من الكراهه أو شده الكراهه فيها ليس في محله، هذا من جهة و من جهة أخرى ذهب الحلبي إلى حرمة التقاط الشظاظ و هو مما لا دليل عليه و لذا قال في الجواهر: (لم نجد له ما يدل عليه).

(٤) في كلامه المتقدم سابقا.

(٥) أي و العصا على المتعارف غير المخرصة، لأن المتعارف إطلاق المخرصة على السوط.

(٦) بالثنيه و ضم الجيم و مفرده جوالق و هو وعاء.

(٧) على وزن أشعه.

(٨) أي بكسر تاء الوتد.

(٩) و هو الإداوه و النعل و السوط على ما تقدم.

(١٠) يكره أخذ اللقطه للأخبار:

منها: مرسل الصدوق عن الصادق عليه السّلام (أفضل ما يستعمله الإنسان في اللقطه إذا-

ص: ١٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب اللقطه حديث ١.

مطلقا (١) و إن تأكدت في السابق (٢) لما روى عن علي عليه السّلام «إياكم و اللقطة فإنها ضاله المؤمن و هي من حريق النار» (٣) و عن الصادق عليه السّلام (٤)، لا يأكل الضاله إلا الضالون» و حرّمها بعضهم (٥) لذلك (٦)، و حمل النهي (٧) على أخذها بنيه عدم التعريف، و قد روى في الخبر الثاني زياده إذا لم يعرفوها (٨) (خصوصا من الفاسق (٩) -وجدها أن لا يأخذها، و لا يتعرض لها، فلو أن الناس تركوا ما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (سألته عن اللقطة قال: لا- ترفعها، فإن ابتليت بها فعرفها سنه) ٢، و خبر وهب عن جعفر عن أبيه عليه السّلام (لا- يأكل الضالّ إلا الضالون) (٢)، و خبر مسعده عن الصادق عليه السّلام (أن عليا عليه السّلام قال:

إياكم و اللقطة، فإنها ضاله المؤلف، و هي حريق من حريق جهنم) (٣).

و مقتضى هذه الأخبار كراهه اللقطة في مورد جواز أخذها، و إلا فقد تقدم استحباب التقاط الضاله على تقدير خوف التلف.

(١) من غير تقييد لها في مورد.

(٢) من المذكورات الإدواه و ما بعدها، و قد تقدم أن أدلتها لا تدل على كراهتها فلا يبقى فيها إلا كراهه أصل الالتقاط.

(٣) كما في خبر مسعده المتقدم، و لكن فيه كما في الوسائل: و هي حريق من حريق جهنم.

(٤) كما في خبر وهب المتقدم.

(٥) و هو الشيخان في المقنعه و النهايه في خصوص الحيوان.

(٦) أي للنهي الوارد عنها كما في الأخبار المتقدمه.

(٧) ردّ على القائل بالحرمة.

(٨) كما في خبر جرّاح المدائني عن أبي عبد الله عليه السّلام (الصّوال لا يأكلها إلا الضّالون إذا لم يعرفوها) (٤).

(٩) الذي لا يأمن على نفسه من القيام بحدود اللقطة، نعم إذا علم الخيانه حرم عليه الأخذ، لأن الأخذ حينئذ وسيله إلى الحرام فيحرم، كما عن العلامة في القواعد و الفخر في الإيضاح و الشهيد في الدروس، و عن العلامة في التحرير و التذكرة الكراهه الشديده، و هو ضعيف بما سمعت.

ص: ١٢٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطة حديث ٩ و ١٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللقطة حديث ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - من كتاب اللقطة حديث ٨.

(و المعسر (١)، لأن الأول (٢) ليس أهلا- (٣) لحفظ مال الغير بغير إذنه، و الثاني (٤) يضر بحال المالك إذا ظهر (٥) و قد تملك، و إنما جاز (٦) مع ذلك (٧)، لأن اللقطة فى معنى الاكتساب (٨)، لا استئمان محض.

هذا (٩) إذا لم يعلم خيانتة، و إلا (١٠) و جب على الحاكم انتزاعها منه (١١) حيث لا يجوز له التملك (١٢)، أو ضم مشرف إليه (١٣) من باب الحسبه (١٤)، و لا (١) قد ذكر غير واحد أنه يكره التقاط المعسر، لأن عسره قد يكون سببا فى عدم وصولها إلى مالكةا لو ظهر لأنه قد يتعسر عليه قيمتها لإعساره، و عن بعضهم أنه تتأكد الكراهه فيه و إن لم يكن فاسقا.

و بناء على التسامح فى أدله السنن و المكروهات فالأمر سهل و إلا فقد ورد فى صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن اللقطة يجدها الفقير هو فيها بمنزله الغنى؟ قال:

نعم) (١).

(٢) و هو الفاسق.

(٣) لاحتمال خيانتة.

(٤) و هو المعسر.

(٥) أى إذا ظهر المالك و قد تملك المعسر فيعسر عليه قيمتها بسبب إعساره.

(٦) أى أخذ اللقطة.

(٧) أى مع كون الفاسق ليس أهلا للحفظ، و مع كون المعسر يضر بحال المالك.

(٨) قد تقدم أن اللقطة فيها معنى الائتمان ابتداء و فيها معنى الاكتساب عند التملك بعد التعريف حولا، و تقدم ترجيح جانب الاكتساب فيها فلذا جاز التقاط الصبى و المجنون و المفلس و السفية، هذا من جهة و من جهة أخرى فظاهر التعليل أنه مختص بالفاسق فقط دون المعسر.

(٩) أى كراهه أخذ اللقطة من الفاسق.

(١٠) و إن علم خيانه الفاسق.

(١١) من الفاسق الخائف، لأنه يحرم عليه الأخذ، لأن الأخذ حينئذ وسيلة إلى الحرام فيحرم.

(١٢) المراد منه الأخذ المفضى إلى التملك.

(١٣) إلى الفاسق.

(١٤) أى من باب دفع المنكر احتساباً للأجر.

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب اللقطه حديث ١.

يجب ذلك (١) فى غيره (٢) (و مع اجتماعهما) أى الفسق و الإعسار المدلول عليهما بالمشقة منهما (٣) (تزيد الكراهه) لزياده سببها (٤).

(و ليشهد) الملتقط (عليها) عند أخذها عدلين (مستحبا) (٥) تنزيها لنفسه عن الطمع فيها، و منعاً لو ارثه من التصرف لو مات، و غرمائه لو فلس (و يعرّف الشهود بعض الأوصاف (٦) كالعهده (٧)، و الوعاء (٨)، و العفاص (٩)، و الوكاء (١٠)، لا جميعها (١١) حذرا من شياخ خبرها فيطلع عليها من لا يستحقها فيدعيها و يذكر الوصف.

(١) من الانتزاع أو ضم المشرف.

(٢) غير الخائن.

(٣) حيث قال الماتن: (خصوصا من الفاسق و المعسر).

(٤) أى سبب الكراهه.

(٥) بلا خلاف فيه، و عن أبى حنيفه و الشافعى فى أحد قوليه أنه يجب لما روى من طرقهم (من التقط لقطه فليشهد عليها ذا عدل أو ذوى عدل) (١)، و لضعف سنده حمل على الاستحباب.

و استدل للاستحباب لما فى الإشهاد عليها من صيانته نفسه عن الطمع فيها، و حفظها من ورثته لو مات و من غرمائه إذا أفلس.

(٦) أى بعض أوصاف اللقطه، و فى كيفية الاشهاد قولان، الأشهر أن يشهد على أصلها دون صفاتها أو يذكر بعضها من غير استقصاء لئلا يشيع خبرها فيدعيها من لا يستحقها فيأخذها إذا ذكر صفاتها، و الثانى: أن يشهد على جميع صفاتها حتى يخلص من احتمال تملك الوارث لو مات، و الأنسب هو الأول بعد عدم النص على ذلك كله.

(٧) فى الصحاح: (العهده بالضم ما أعدده لحوادث الدهر من المال و السلاح، و بمعنى الاستعداد أيضا، و بالكسر الجماعه و بمعنى العدد أيضا).

(٨) و معناه معروف.

(٩) فى القاموس: (ككتاب، الوعاء فيه النفقه، جلدا أو خرقة، و غلاف القاروره، و الجلد يغطى به رأسها).

(١٠) فى القاموس: (الوكاء ككساء، رباط القربه و غيرها)، و فى النهايه: (الوكاء الخيط الذى يشدّ به الصره و الكيس و غيرهما).

(١١) أى جميع الأوصاف.

(و الملتقط) للمال (من له أهليه الاكتساب (١) و إن كان غير مكلف أو مملوكا (و) لكن يجب (أن يحفظ الولي ما التقطه الصبى) كما يجب عليه (٢) حفظ ماله، و لا يمكنه منه، لأنه لا يؤمن عليه، (و كذا المجنون) فإن افتقر إلى تعريف عزفه (٣) ثم فعل لهما (٤) ما هو الأغبط لهما من التملك، و الصدقه، و الإبقاء أمانه.

فى وجوب التعريف

(و يجب تعريفها) أى اللقطه البالغه درهما فصاعدا (حولا) كاملا و قد تقدم، و إنما أعاده ليرتب عليه قوله: (و لو متفرقا (٥) و ما بعده (٦) و معنى جوازه (٧) متفرقا (١) قد تقدم فى لقطه الحيوان أن فى اللقطه معنى الأمانه و الولايه فى الابتداء بالنسبه إلى حفظها و تعريفها، و فيها معنى الاكتساب بالنسبه إلى تملكها، و قد تقدم ترجيح جانب الاكتساب فيجوز التقاط الصبى و المجنون، لأن لهما أهليه الاكتساب، و ليس لهما أهليه الحفظ و التعريف فيتولاه الولي، و إذا مضى الحول فيختار لهما ما فيه الغبطه من التملك و غيره.

و كذا يصح التقاط الكافر و الفاسق لأن لهما أهليه الاكتساب، و المشهور على جواز التقاط العبد لأن له أهليه الحفظ و الائتمان دون الولايه، و ذهب ابن الجنيدي إلى المنع، لأن الغالب فى اللقطه جانب الاكتساب و يؤيده خبر أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله المحاربي عن المملوك يأخذ اللقطه؟ فقال: ما للمملوك و اللقطه، لا يملك من نفسه شيئا، فلا يتعرض لها المملوك) (١).

(٢) أى على الولي حفظ مال الصبى.

(٣) أى الولي.

(٤) أى فعل الولي للصبى و المجنون.

(٥) أى و لو كان التعريف متفرقا فى الحول.

(٦) أى ما بعد هذا القول من كلام الماتن.

(٧) أى جواز التعريف، قد تقدم أنه لا بد من الرجوع إلى العرف فى التعريف حولا، و تقدم أن المدار فى التعريف على وجه لا ينسى بحيث يكون الثانى تكرارا لما مضى، و تقدم أنه لا داعى لاستيعاب التعريف فى تمام الحول و لا فى كل شهر، بل يكفى التعريف فى كل أسبوع مره، بل تركه إلى العرف أولى، و منه تعرف ضعف ما عليه المشهور من تكرار التعريف فى كل يوم إلى أسبوع ثم فى كل أسبوع مره إلى آخر الشهر، ثم فى كل شهر مره إلى آخر الحول.

أنه لا- يعتبر وقوع التعريف كل يوم من أيام الحول، بل المعتبر ظهور أن التعريف التالي تكرر لما سبق، لا للقطه جديده فيكفي (١) التعريف في الابتداء كل يوم مره، أو مرتين (٢)، ثم في كل أسبوع (٣)، ثم في كل شهر (٤) مراعيًا لما ذكرناه (٥)، و لا يختص تكراره (٦) أياما بأسبوع (٧) و أسبوعا ببقية الشهر (٨)، و شهرا ببقية الحول، و إن كان ذلك (٩) مجزيا، بل المعتبر أن لا ينسى كون التالي تكررًا لما مضى، لأن الشارع لم يقدره (١٠) بقدر، فيعتبر فيه (١١) ما ذكر (١٢)، لدلاله العرف عليه.

و ليس المراد بجوازه متفرقا أن الحول يجوز تلفيقه (١٣) لو فرض ترك التعريف في بعضه (١٤)، بل يعتبر اجتماعه (١٥) في حول واحد، لأنه (١٦) المفهوم منه (١٧) شرعا عند الإطلاق خلافا لظاهر التذكرة حيث اكتفى به (١٨). و بما ذكرناه من (١) و لا يتعين.

(٢) من دون تتمه أيام الأسبوع الأول.

(٣) من دون تتمه أسابيع الشهر الأول.

(٤) إلى آخر الحول.

(٥) من ظهور أن التعريف تكرر لما سبق لا لتعريف لقطه جديده.

(٦) أي تكرر التعريف.

(٧) خصوصا الأول في مقام الرد على المشهور.

(٨) الأول في مقام الرد على المشهور.

(٩) و هو التكرار في كل يوم إلى آخر الأسبوع الأول إلى آخر ما ذكره المشهور.

(١٠) أي لم يقدر التعريف حولا.

(١١) في التعريف حولا.

(١٢) في كلام الشارح كما يدل العرف على تعريف المشهور أيضا.

(١٣) بناء على عود الضمير في قول الماتن (و لو متفرقا) إلى الحول، و عليه فيلحق الحول من أيام السنين المتعدده.

(١٤) أي بعض الحول الواحد.

(١٥) أي اجتماع التعريف حولا.

(١٦) أي اجتماع التعريف في حول واحد.

(١٧) من التعريف حولاً.

(١٨) بتلفيق الحول من أيام السنين المتعدده.

ص: ١٣١

تفسير التفرقة صرح في القواعد. ووجوب التعريف ثابت (سواء نوى الملتقط (التملك أو لا) في أصح القولين (١)، لإطلاق الأمر به (٢) الشامل للقسمين (٣)، خلافاً للشيخ حيث شرط في وجوبه (٤) نيه التملك، فلو نوى الحفظ لم يجب.

و يشكل باستلزامه (٥) خفاء اللقطة، و بأن التملك (٦) غير واجب فكيف تجب (١)النصوص قد دلت على وجوب التعريف حولا على ما تقدم.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و اللقطة يجدها الرجل و يأخذها؟ قال عليه السلام: يعرّفها سنه، فإن جاء لها طالب و إلا فهي كسبيل ماله) (١) و خبر كثير (سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال عليه السلام: يعرّفها فإن جاء صاحبها دفعها إليه و إلا حبسها حولا) ٢ و مثلها غيرها.

و مقتضى الأخبار وجوب التعريف بلا فرق بين إرادته التملك و عدمه و هذا ما عليه الأكثر، و عن الشيخ في مبسوطه أن التعريف واجب إذا نوى التملك، و إلا فلا، لأنه مع عدم نيه التملك يكون مجهول المالك فيحفظه له أمانه أو يدفعه إلى الحاكم.

و فيه: أولاً: أن الأخبار المتقدمة عليه حجه عليه.

و ثانياً: عدم وجوب التعريف في مقام الحفظ مستلزم للكتمان المفقوت للمال على مالكه، فيلزم خفاء اللقطة بالإضافة إلى أنه على تقدير الحفظ فهو مال الغير مأمور بدفعه إليه، و هو متوقف على تعريفه وسيله إلى معرفه المالك، فيجب التعريف من باب المقدمه.

و ثالثاً: إيجاب التعريف إذا أراد نيه التملك لا يتم، إلا إذا كان التملك واجبا ليثبت الوجوب في مقدمته التي هي التعريف، مع أن التملك غير واجب فلا تجب مقدمته كما في المسالك.

و في الأخير ضعف ظاهر إذ وجوب التعريف وجوب شرطي، بحيث إذا انتفى شرطه من نيه التملك ينتفى، و ليس المراد أن التعريف قد وجب لأنه وسيله للتملك. و الأخبار حجه عليه.

(٢) بالتعريف.

(٣) نوى التملك أو لا.

(٤) أى وجوب التعريف.

(٥) أى باستلزام عدم التعريف عند نيه الحفظ، و هو إشكال على الشق الثاني من كلام الشيخ.

(٦) إشكال على الشق الأول من كلام الشيخ.

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ١ و ٢.

وسيلته (١) و كأنه أراد به (٢) الشرط.

في أنها أمانه في يد الملتقط

(و هي أمانه) في يد الملتقط (في الحول و بعده (٣) فلا يضمنها لو تلفت بغير تفريط (ما لم ينو التملك فيضمن) بالنيه و أن كان (٤) قبل الحول، ثم لا- تعود أمانه لو عاد إلى نيتها (٥) استصحابا لما ثبت (٦)، و لم تفد نيته الملك في غير وقتها (٧)، لكن لو مضى الحول مع قيامه بالتعريف و تملكها حينئذ (٨) بنى بقاء الضمان، و عدمه على ما سلف (٩) من تنجيز الضمان، أو توقفه على مطالبه المالك.

(١) و هي التعريف.

(٢) أي بنيه التملك و أنها شرط في وجوب التعريف.

(٣) من أحكام اللقطه كونها أمانه شرعيه في يد الملتقط مده الحول ما لم يفترط أو يتعد، بلا خلاف فيه و لا إشكال، و عليه فتلفها في الحول من المالك، و كونها أمانه بيده في مده الحول لأنه محسن إلى المالك بحفظ ماله و حراسته و لا سبيل على المحسن. نعم مع التعدي أو التفريط يضمن للعدوان، و من التعدي أن ينو التملك قبل التعريف مع أنه مأمور بنيه التملك تخيرا بعد التعريف، و من التعدي ترك التعريف مطلقا، و مع التعدي يكون ضامنا لأنه غاصب لوضع يده على مال الغير بغير إذن المالك و لا الشارع، أما الأول فواضح، و أما الثاني فلأنه مأمور شرعا بالتعريف و بنيه التملك بعده و قد أخلّ بهما أو بأحدهما.

و عليه فلو كان ضامنا بتعديه لنيته التملك قبل تمام الحول فلو بدا له و تراجع عن نيته و قد نوى الحفظ لصاحبها أو دفعها إلى الحاكم فلا يرتفع عنه حكم الضمان للاستصحاب.

و قد تقدم أنه يضمن لو نوى التملك بعد الحول و تمام التعريف، و كذا يضمن لو تصدق بها، نعم لا يضمن لو نوى حفظها لمالكها على ما حرر بيانه سابقا.

(٤) أي نيه التملك قبل الحول أو بعده، أما بعده فللنص و أما قبله فلأنه متعد.

(٥) أي نيه الأمانه، و ذلك فيما لو نوى التملك في مده الحول فإنه ضامن لعدوانه فلو عاد إلى نيه الأمانه فيبقى الضمان من باب الاستصحاب.

(٦) من الضمان.

(٧) إذ وقتها بعد الحول و هو قد نوى في أثناء الحول، فهذه النيه في غير وقتها غير كافي في التملك، إذ المعتبر نيه التملك بعد الحول، فضلا عن أن نيه التملك في غير وقتها موجه للضمان، لأنها من جملة مصاديق التعدي.

(٨) حين مضى الحول بعد التعريف.

(٩) من قول الشارح (و الأقوى أن ضمانها لا- يحصل بمجرد التملك أو الصدقة بل بظهور المالك سواء طالبه أم لم يطالب)
انتهى.

ص: ١٣٣

و لو التقط العبد (١) عرّف بنفسه (٢)، أو بنائبه (٣) كالحر (فلو أتلّفها) قبل التعريف، أو بعده (ضمّن بعد عتقه) و يساره كما يضمن غيرها (٤) من أموال الغير التى يتصرف فيها (٥) من غير إذنه (٦) (و لا- يجب على المالك (٧) انتزاعها منه (٨) قبل - عليه فعلى قول الأكثر أن الضمان بمجرد نيه التملك فيضمن لأنه قد نوى، و على قول الشارح من أنه متوقف على ظهور المالك و على قول الشيخ أنه متوقف على مطالبته فلا يضمن هنا حتى يظهر المالك أو يطالب.

هذا كله مبنى على كون اللقطة مضمونه على الملتقط أثناء الحول بأن أخذها لقصد التعريف فعرفها سنه ثم نوى التملك، و لكن ينافيه ظاهر عبارته الشارح (بنى بقاء الضمان و عدمه) حيث إنه ظاهر فى كونها مضمونه عليه فى أثناء الحول لتعديه من جهه نيه التملك فى أثناءه.

و على هذا التقدير فهى مضمونه عليه على كل حال سواء قلنا بأن الضمان متوقف على نيه التملك أو ظهور المالك أو مطالبته فيما لو أحدث نيه التملك بعد التعريف حولا من دون تعد و لا تفریط فى السابق، و عليه فعبارته لا تخلو من إشكال.

(١) قد تقدم أن المشهور على جواز التقاط العبد، فلو التقط بغير إذن المولى فعرفها سنه لم يجر له التملك بناء على أنه لا يملك شيئا.

و لو أتلّفها على هذا التقدير أو تقدير عدم جواز التقاطه تعلق الضمان برقبته، و يتبع به بعد العتق و اليسار كالقرض الفاسد بلا خلاف فى ذلك و لا إشكال.

(٢) بناء على جواز الالتقاط.

(٣) لأن التعريف الواجب غير مشروط بمباشرة معيّن كما تقدم فى الحر.

(٤) غير اللقطة.

(٥) أى التى يتصرف العبد فى أموال الغير.

(٦) أى إذن الغير.

(٧) أى مالك العبد.

(٨) من العبد، هذا و اعلم أنه بناء على جواز التقاط العبد و لم يأذن المولى فلو التقطها العبد لا يجب على المولى انتزاعها منه إذا كان العبد أمينا بلا خلاف و لا إشكال فيبقيها فى يده إلى أن يعرفها ثم يفعل بها أحد الأمور الثلاثة، نعم له أن ينتزعها و يتولى المولى التفريق و باقى الأحكام.

و أما إذا لم يكن العبد أمينا ففى وجوب انتزاعها منه قولان، ففى المبسوط أنه يجب الانتزاع و لو لم يفعل يضمن المولى لتفريطه

بالإهمال لأن يد العبد كيد سيده و مع عدم -

ص: ١٣٤

التعريف و بعده (و إن لم يكن) العبد (أميناً) لأصالة البراءة من وجوب حفظ مال الغير، مع عدم قبضه (١) خصوصاً مع وجود يد متصرفه (٢).

وقيل: يضمن (٣) بتركها في يد غير الأمين، لتعديده (٤)، و هو ممنوع.

نعم لو كان العبد غير مميز فقد قال المصنف في الدروس: إن المتجه ضمان السيد نظراً إلى أن العبد حينئذ (٥) بمنزله البهيمة المملوكة يضمن مالها ما تفسده من مال الغير مع إمكان حفظها (٦).

و فيه نظر، للفرق بصلاحيه ذمه العبد لتعلق مال الغير بها (٧) دون الدابة، و الأصل براءة ذمه السيد من وجوب انتزاع مال غيره و حفظه (٨).

نعم لو أذن له (٩) في الالتقاط اتجه الضمان مع عدم تمييزه، أو عدم أمانته (١٠) إذا قصّر (١١) في الانتزاع قطعاً، و مع عدم التقصير على احتمال من حيث إن يد العبد يد المولى (١٢).

-أمانته فلو تركها المولى يكون مفترطاً في مال الغير الذي صار بمنزله ما هو في يده، و يكون مثله مثل ما لو وجدها فسلمها إلى الفاسق.

و عن العلامة و الشهيدين و المحقق الثاني عدم الضمان، لأن للعبد ذمه و الحال أنه لم يأذن له في الالتقاط مع أصالة براءة ذمه المولى.

(١) أى عدم قبض المولى.

(٢) و هى يد العبد، و هى متصرفه لأن للعبد ذمه.

(٣) أى المولى.

(٤) أى تعدى المولى بسبب الإهمال.

(٥) حين كونه غير مميز.

(٦) حفظ البهيمة المملوكة.

(٧) بذمه العبد.

(٨) أى من وجوب حفظه.

(٩) أى أذن المولى للعبد.

(١٠) أى أمانه العبد.

(١١) أى قصر المولى.

(١٢) و هو وجه الضمان عند عدم التقصير كما هو دليل الشيخ فى المبسوط.

ص: ١٣٥

(و يجوز للمولى التملك (١) بتعريف العبد) مع علم المولى به (٢)، أو كون العبد ثقة ليقبل خبره (٣)، و للمولى انتزاعها منه (٤) قبل التعريف و بعده، و لو تملكها العبد بعد التعريف صح (٥) على القول بملكه، و كذا يجوز لمولاه (٦) مطلقا.

(و لا تدفع) اللقطة إلى مدعيها وجوبا (٧) (إلا بالبينه (٨) العادله أو الشاهد (١) في صورته التقاط العبد و قد عرفها حولا فيجوز للمولى التملك إن شاء و يكون الضمان عليه، لأن كل ما للعبد لو كان حرا فهو لسيدته.

(٢) بتعريف العبد.

(٣) أو الاعتماد على قول من يعتمد على خبره لو شهد بتعريف العبد.

(٤) من العبد سواء كان الالتقاط بإذنه أم لا.

(٥) أى صح التملك.

(٦) أى و كذا يجوز للمولى تملك اللقطة بعد التعريف، بدل تملك العبد سواء قلنا إن العبد يملك أم لا. كما عليه سلطان العلماء، و كما عليه البعض الآخر أنه يجوز للعبد تملك اللقطة بعد التعريف لمولاه سواء قلنا إن العبد يملك أم لا.

(٧) قيد للمنفي لا للنفي.

(٨) لا يجب أن تدفع اللقطة إلى من يدعيها إلا إذا حصل العلم بأنه المالك فيجب على الملتقط العالم حينئذ.

و مع عدم العلم فلا يجب الدفع إلا بالبينه أو الشاهد و اليمين، لأنهما قائمان مقام العلم شرعا، فلا تكفى شهادته العادل فى وجوب الدفع بلا خلاف فى ذلك كله، فإذا فقدت البينه و ادعى وصفا و لو كان خفيا بحيث لا يطلع عليه إلا المالك غالبا فلا يجب الدفع، و كذا لو ظن صدقه لا يجب الدفع لعدم اعتبار الوصف و لا الظن، و كذا مع الوصف و الظن معا لعدم اعتبارهما شرعا.

نعم لو ادعى وصفا مع حصول الظن بصدقه فالمشهور على جواز الدفع إليه للنبوى (فإن جاء ناعتها فعرف عفاصها و وكائنها و عددها فادفعها إليه) (١) و مثله غيره، و هو محمول على الرخصة لوروده فى مقام توهم الخطر.

و العفاص هو الوعاء الذى فيه النفقه جلدا أو خرقة، و الوكاء هو الخيط الذى يشد به المال.

و عن الحلوى عدم جواز الدفع بالوصف مطلقا لوجوب حفظها حتى تصل إلى مالكها،-

ص: ١٣٦

و اليمين (لا بالأوصاف و إن خفيت) بحيث يغلب الظن بصدقه، لعدم (١) اطلاع غير المالك عليها غالبا كوصف وزنها، و نقدها و وكائها، لقيام الاحتمال (٢).

(نعم يجوز الدفع بها) (٣) و ظاهره كغيره (٤) جواز الدفع بمطلق الوصف (٥)، لأن الحكم ليس منحصرًا في الأوصاف الخفيه و إنما ذكرت (٦) مبالغه، و في الدروس شرط في جواز الدفع إليه (٧) ظن صدقه لإطنباه (٨) في الوصف، أو رجحان عدالته، و هو (٩) الوجه، لأن مناط أكثر الشرعيات الظن (١٠)، و لتعذر إقامة البينه غالبا، فلولا (١١) لزم عدم وصولها إلى مالكها كذلك (١٢).

و في بعض الأخبار (١٣) إرشاد إليه، و منع ابن إدريس من دفعها بدون البينه، لاشتغال الذمه بحفظها، و عدم ثبوت كون الوصف حجه.

و الأشهر الأول و عليه (١٤).

و الواصف ليس مالكا شرعا و لا الظن حجه شرعيه، و فيه أنه اجتهاد في قبال النص، إلا أن الذي يخفف الخطب أنه لا يعمل بخبر الواحد إذا كان صحيح السند، فما بالك بالنبوي المنجبر بعمل الأصحاب.

(١) تعليل لغلبه الظن.

(٢) أي احتمال أنها ليست له بعد عدم كون الظن حجه بذاته.

(٣) بالأوصاف.

(٤) أي ظاهر كلام الماتن كظاهر كلام غيره من الفقهاء.

(٥) خفي أم لا.

(٦) أي الأوصاف الخفيه.

(٧) إلى المدعى الواصف.

(٨) تعليل لحصول ظن الصدق من أوصافه.

(٩) أي اشتراط ظن الصدق مع الوصف.

(١٠) و يلحق هذا به من باب الإلحاق بالأعم الأغلب.

(١١) أي لو لا الظن بالصدق.

(١٢) أى لتعذر إقامه البينه.

(١٣) كالنبوى المتقدم و غيره.

(١٤) على الأول الأشهر.

ص: ١٣٧

فى لو أقام غير الواصف بها بينه

(فلو أقام غيره) أى غير الواصف (بها بينه) بعد دفعها إليه (١) (استعيدت منه (٢)، لأن البينه حجه شرعية بالملك، و الدفع بالوصف إنما كان رخصه و بناء على الظاهر (٣) (فإن تعذر) انتزاعها (٤) من الواصف (ضمن الدافع (٥) لذى البينه مثلها، أو قيمتها (و رجع) الغارم (على القابض (٦) بما غرمه، لأن التلف فى يده (٧) ولأنه (٨) عاد إلا أن يعترف الدافع له (٩) بالملك فلا يرجع عليه (١٠) لو رجع عليه (١١) لاعترافه (١٢) بكون الأخذ منه (١٣) ظلماً، و للمالك الرجوع على الواصف (١) إلى الواصف.

(٢) لو أخذها الواصف بالوصف ثم قام آخر و أتى بالبينه، انتزعت من الواصف و أعطيت لصاحب البينه بلا خلاف و لا إشكال، لأن البينه حجه شرعية توجب لزوم الدفع و الوصف يفيد الجواز فلا يعارض البينه، و عليه فإن كانت تالفه بيد الواصف كان لصاحب البينه العوض و هو بالخيار بين الرجوع على الواصف و على الدافع، أما على الأول فواضح لعموم قاعده (على اليد)، و أما على الثانى لأنه مفوّت لحقه بدفعه إلى غير أهله.

هذا و إن رجع صاحب البينه على الواصف، لم يرجع الواصف على الملتقط، لأن التلف وقع فى يده، و لأن صاحب البينه ظالم بزعم الواصف فلا يرجع الواصف على غير ظالمه.

و إن رجع صاحب البينه على الملتقط، رجع الثانى على الواصف، لأنه مغرور و هو يرجع على من غرّه، إلا- أن يقرّ الملتقط للواصف بالملك فلا رجوع له حينئذ لاعترافه بكذب البينه أو خطائها، و إلزاما له باعترافه.

(٣) و قد تبين خلافه.

(٤) بالتلف.

(٥) أى الملتقط.

(٦) الذى هو الواصف، و يرجع لقاعده (المغرور يرجع على من غرّه).

(٧) فى يد القابض الواصف.

(٨) أى لأن القابض الواصف متعد بتغيره.

(٩) للقابض الواصف.

(١٠) فلا يرجع الدافع الملتقط على القابض الواصف.

(١١) أى لو رجع صاحب البينه على الدافع الملتقط.

(١٢) أى اعتراف الدافع الملتقط، و هو تعليل لعدم رجوع الدافع على القابض عند اعترافه بأنه المالك.

(١٣) من القابض الواصف.

ص: ١٣٨

القابض ابتداء فلا يرجع (١) على الملتقط، سواء تلفت في يده أم لا (٢).

و لو كان دفعها إلى الأول بالبينه ثم أقام آخر بينه حكم الرجوع (٣) بأرجح البيتين عداله، و عددا فإن تساويا أقرع، و كذا لو أقامها ابتداء (٤)، فلو خرجت القرعه للثاني انتزعها (٥) من الأول، و إن تلفت فبدلها مثلا، أو قيمه و لا شيء على الملتقط إن كان دفعها بحكم الحاكم و إلا ضمن (٦).

و لو كان الملتقط قد دفع بدلها (٧) لتلفها (٨) ثم ثبت للثاني (٩) (١) أي لا يرجع القابض الواصف.

(٢) لزعمه بأن اللقطه ماله و قد أخذت من يده ظلما بزعمه.

(٣) لو أقام أحدهم بينه فدفعت إليه ثم أقام آخر البينه بها أيضا، فكلاهما خارج فلا يد و لا أصل لأحدهما حتى تقدم بينه صاحبه، و مع تعارض بينات الخارجين فإن كانت إحداها أعدل قدمت، و إن تساويا عداله و كانت إحداها أزيد قدمت أيضا.

و إن تساويا عداله و عددا أقرع بينهما لانتفاء المرجح لأحدهما، و حلف الخارج اسمه بالقرعه، فإن امتنع من اليمين حلف الآخر، فإن امتنعا قسمت نصفين بينهما، و هذه هي قاعده تعارض الخارجين.

و عن المحقق في ظاهر الشرائع الاكتفاء بالقرعه في الحكم لمن خرجت باسمه من دون ضم اليمين، و قد تقدم البحث في ذلك في كتاب القضاء.

و على كل فلو خرجت القرعه باسم الثاني و قد دفعها الملتقط للأول عند قيام بينته فإن كانت باقيه أخذها الثاني، و إن كانت تالفه فإن كان الملتقط قد دفعها إلى الأول بحكم الحاكم تعين رجوع الثاني على الأول دون الملتقط، لبراءته منها بعد حكم الحاكم بالدفع.

و إن كان الملتقط قد دفعها إلى الأول باجتهاده تخير الثاني في تضمين من شاء من الملتقط و الأول، أما الأول فلا استقرار لتلفها في يده، و أما الملتقط فلتفريطه حيث دفعها بنظره مع أن الحكم بالبينه من وظائف الحاكم.

(٤) من غير تقدم أو تأخر.

(٥) أي انتزع الثاني اللقطه.

(٦) و إن لم يدفعها بحكم الحاكم بل باجتهاده.

(٧) أي دفع بدل اللقطه للأول الذي أقام بنيه أولا، و كان دفع البدل لتلفها أو لظهوره بعد تمام الحول و بعد تملك الملتقط.

(٨) تعليل لدفع البدل.

(٩) لكونه أعدل بينه أو أكثر عددا، أو خرجت القرعه باسمه، فهنا يرجع الثاني على الملتقط -

رجع (١) على الملتقط، لأن المدفوع إلى الأول ليس عين ماله (٢)، و يرجع الملتقط على الأول بما أداه (٣) إن لم يعترف له (٤) بالملك، لا من حيث البينه (٥)، أما لو اعترف لأجلها لم يضر، لبنائه (٦) على الظاهر (٧) و قد تبين خلافه.

في الموجود في المفازة

(و الموجود في المفازة (٨)...)...

-على كل حال سواء كان ما دفعه الملتقط إلى الأول من العوض باقيا أم لا، و سواء كان قد دفعها إلى الأول بالوصف أم البينه، لأن المدفوع ليس عين حق المالك، و إنما هو ثابت في ذمته لا يتعين إلا بالدفع إلى المالك، و قد ظهر أن المالك هو الثاني، و ظهر أن ما دفعه إلى الأول كان من مال الملتقط فيرجع به عليه إلا أن يعترف له بالملك فلا يرجع عليه لاعترافه بالظلم من الثاني.

(١) أي الثاني.

(٢) أي ليس عين مال الثاني حتى يرجع الثاني على الأول.

(٣) أي بما أداه الملتقط للأول.

(٤) إذا لم يعترف الملتقط للأول.

(٥) أي بينه الأول، و المعنى فإذا اعترف الملتقط للأول بأنه المالك فلا يرجع عليه، بشرط أن لا يكون اعترافه بالملك من ناحيه بينه الأول، لأن بينه الأول قد ظهر فسادها لسبب ترجيح بينه الثاني.

(٦) أي بناء الاعتراف.

(٧) أي الظاهر من حال بينه الأول و قد ظهر فسادها بسبب بينه الثاني.

(٨) ما يوجد في مفازة أو خبره قد هلك أهلها فهو لواجده ينتفع به بلا تعريف بلا خلاف فيه في الجملة و المستند فيه صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (عن الدار يوجد فيها الورق فقال عليه السلام: إن كانت معموره، فيها أهلها، فهي لهم، و إن كانت خبره قد جلا عنها أهلها فالذي وجد المال أحق به) (١) و مثله صحيحه الآخر عنه عليه السلام ٢ و الحكم بأنه لأهل الدار إن كانت معموره باعتبار أن اليد على الدار إماره ملكيه الدار و ما فيها، و مقتضى الخبرين أنه للواجد من دون تعريف سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا، و هذا ما ذهب إليه المحقق في الشرائع و جماعه، و عن جماعه من المتأخرين تقييده بما إذا لم يكن عليه أثر الإسلام و إلا كانت لقطه جمعا بين ما ذكر و بين خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى على عليه السلام في رجل وجد ورقا في خبره: أن-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللقطه حديث ١ و ٢.

و هي البريه (١) القفر (٢) و الجمع المفاوز قاله ابن الأثير فى النهايه.

و نقل الجوهرى عن ابن الأعرابى أنها سميت بذلك (٣) تفاعلاً- بالسلامه و الفوز (و الخربه) التى باد أهلها (٤) (أو مدفونا فى أرض لا- مالك لها) ظاهراً- يعرفها فإن وجد من يعرفها و إلا تمتع بها (١)، بحمل الأ-خير على ما لو كان الموجود فيه أثر الإسلام، و يؤيده أن أثر الإسلام يدل على سبق يد مسلم و الأصل بقاء ملكه، و هذا ما يقتضى التعريف فيما فيه أثر الإسلام لأنه مال ضائع من مسلم.

و ردّ التأييد بأن مجرد وجود الأثر لا يدل على كونه من مسلم لجواز صدوره من غيره، و ردّ خبر محمد بن قيس بأنه ضعيف لأن راويه مشترك بين الثقة و غيره فلا يصلح لمعارضه ما تقدم من الصحيحين.

و فيه أن محمد بن قيس هو الثقة بقريته روايه عاصم عنه و عليه فهو حجه يجب العمل به، و لا بدّ من تقييد الصحيحين به، و عليه فالمأخوذ من المفاوز و الخربه سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا- يجب تعريفه حوالاً- ثم يتملكه الواجد إن شاء، و هذا ما عليه جماعه من متأخرى المتأخرين و عن صاحب الجواهر و جماعه حمل الصحيحين على ما لو كان المأخوذ لأهل الأزمان السالفه فلا- يجب تعريفه لعدم وجود مالك له حتى يعرفه بخلاف خبر محمد بن قيس فإنه ناظر إلى أن المأخوذ لأهل زمانه و لذا أمر بتعريفها.

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فالأخبار المتقدمه وارده فى الخربه، و لا- يوجد نص على المفاوز، و لكنها ألحقت بالخربه بالأولويه، لأن الخربه هى معموره مسكونه فى بعض الأزمنه إلا- أنه قد هلك أهلها أو تركوها بخلاف المفاوز فإنها دائماً بلا أهل، و لهذا ألحقت بالخربه الأرض التى ليس لها مالك فالمدفون فيها كالمأخوذ من الخربه بعد كون المال لأهل الأعصار السالفه الذى لا يعقل لزوم التعريف فيه بعد القطع بعدم مالك له يعرفه.

و من جهه ثالثه المراد بأثر الإسلام أن يكون مكتوباً عليه اسم سلطان من سلاطين الإسلام، أو الشهاده بالرساله للنبي صلى الله عليه و آله و سلم.

(١) هى الصحراء و جمعها برارى.

(٢) غير معموره من أهلها.

(٣) أى أن البريه سميت بالمفاز.

(٤) أو جلى عنها أهلها.

ص: ١٤١

(يتملك من غير تعريف) و إن كثر (إذا لم يكن عليه أثر الإسلام) من الشهادتين، أو اسم سلطان من سلاطين الإسلام و نحوه (١)، (و إلا) يكن كذلك بأن وجد عليه أثر الإسلام (وجب التعريف)، لدلاله الأثر على سبق يد المسلم فتستصحب (٢).

و قيل (٣): يملك مطلقا (٤)، لعموم صحيحه محمد بن مسلم أن للواجد ما يوجد في الخربه، و لأن أثر الإسلام قد يصدر عن غير المسلم و حملت الروايه (٥) على الاستحقاق بعد التعريف فيما عليه الأثر. و هو (٦) بعيد (٧)، إلا أن الأول أشهر.

و يستفاد من تقييد الموجود في الأرض التي لا مالك لها بالمدفون (٨) عدم اشتراطه (٩) في الأولين (١٠)، بل يملك ما يوجد فيهما (١١) مطلقا (١٢)، عملا بإطلاق النص، و الفتوى، أما غير المدفون في الأرض المذكوره (١٣) فهو لقطه (١٤).

(١) مما يدل على الإسلام.

(٢) أى اليد.

(٣) كما عن المحقق و جماعه.

(٤) سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا.

(٥) و هى صحيح محمد بن مسلم المتقدم، و هذا الحمل المذكور هنا مناف لما قاله في المسالك من أن الصحيحه قد حملت على ما لا-أثر له و يملك بدون تعريف، إلا أن يكون مراده من الروايه هى خبر محمد بن قيس المعارض لصحيح محمد بن مسلم فلا إشكال حينئذ.

(٦) أى هذا الحمل الذى هو مناط القول الأول.

(٧) لأنه جمع بين المتعارضين جمعا تبرعيا، أو لضعف خبر محمد بن قيس فلا يصلح للمعارضه و لا معنى للجمع.

(٨) متعلق بقوله: (من تقييد الموجود).

(٩) أى عدم اشتراط المدفون.

(١٠) أى المفازه و الخربه.

(١١) فى المفازه و الخربه.

(١٢) سواء كان مدفونا أو ظاهرا على وجه الأرض.

(١٣) و هى التى لا مالك لها.

(١٤) لاحتمال أنه لأهل الزمان الحاضر فيكون مالا ضائعا منه فيجب التعريف حينئذ.

هذا (١) كله إذا كان في دار الإسلام، أما في دار الحرب فلواجده مطلقا (٢).

(و لو كان للأرض) التي وجد مدفونا فيها (مالك (٣) عرّفه فإن عرفه) أي ادعى أنه (٤) له دفعه إليه من غير بينه، و لا وصف (و إلا) يدعيه (فهو للواجد) مع انتفاء أثر الإسلام، و إلا فلقطه كما سبق (٥) و لو وجده في الأرض المملوكة غير مدفون فهو لقطه (٦)، إلا أنه (٧) يجب تقديم تعريف المالك فإن ادعاه فهو له كما سلف (٨)، و إلا عرّفه (٩).

(١) أي ما تقدم من الحكم في المأخوذ من المفاوز و الخربه و المدفون في أرض لا مالك لها.

(٢) سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا، و سواء كان مدفونا أم لا، و المأخوذ من دار الحرب لواجده لعدم احترام مال الكافر فضلا عن دمه، و قد صرح به غير واحد.

(٣) أي مالك معروف، و الأصل فيه إسحاق بن عمار (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة، فوجد فيه نحو من سبعين درهما مدفونه، فلم تزل معه و لم يذكرها حتى قدم الكوفة، كيف يصنع؟ قال عليه السّلام: يسأل عنها أهل المنزل لعلهم يعرفوها، قلت: فإن لم يعرفوها، قال: يتصدق بها) (١) فضلا عن الصحيحين السابقين (٢) حيث قال عليه السّلام (إن كانت معموره فيها أهلها فهي لهم)، و مقتضى الأخبار المتقدمة الدفع للمالك من غير بينه و لا وصف، و هذه الأخبار مطلقة تشمل ما لو كان عليه أثر الإسلام أم لا، و من قيد هناك بعدم الأثر قيد هنا أيضا لاشتراكهما في المقتضى لأنه مع أثر الإسلام الدال على سبق يد المسلم يكون المأخوذ لقطه يجب تعريفها.

و فيه أن ما تقدم ظاهر في كون المأخوذ لأهل الأزمنة السابقة فلذا لا يجب تعريفه و هنا ظاهر في كونه لمالك معروف بحسب الظاهر فإن ادعاه فهو لدلاله يده على ملكه الأرض و ما عليها و ما فيها سواء كان عليه أثر الإسلام أم لا.

(٤) أن المدفون.

(٥) في الفرع السابق و قد عرفت ضعفه.

(٦) لأنه مال ضائع و من الممكن أن يكون لأهل زمان الواجد.

(٧) أن الشأن و الواقع.

(٨) في المدفون بلا فرق بينهما.

(٩) على ما يعرف اللفظ و يجري عليه أحكامها.

ص: ١٤٣

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب اللقطه حديث ١ و ٢.

فى ما لو وجده فى جوف دابه

(و كذا لو وجده فى جوف دابه عرفه مالکها (١) كما سبق (٢) لسبق يده (٣)، و ظهور كونه (٤) من ماله (٥) دخل فى علفها، لبعده (٦) وجوده فى الصحراء و اعتلافه (٧)، فإن عرفه المالک، و إلا فهو للواجد، لصحيحه عبد الله بن جعفر قال: كتبت إلى الرجل أسأله عن رجل اشترى جزورا، أو بقره للأضاحى فلما ذبحها وجد فى جوفها صره فيها دراهم، أو دنانير أو جوهره لمن تكون؟ فقال:

فوق عليه السلام عرفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشئ لك، رزقك الله إياه، و ظاهر الفتوى، و النص عدم الفرق بين وجود أثر الإسلام عليه، و عدمه.

و الأقوى الفرق اختصاص الحكم بما لا أثر عليه، و إلا (٨) فهو لقطه جمعا بين الأدله (٩)، و لدلاله أثر الإسلام على يد المسلم سابقا (١٠)

فى ما يوجد فى جوف سمكه

(أما ما يوجد فى) (١) و الأصل فيه صحيح عبد الله بن جعفر (كتبت إلى الرجل عليه السلام: أسأله عن رجل اشترى جزورا أو بقره للأضاحى فلما ذبحها وجد فى جوفها صره، فيها دراهم أو دنانير أو جوهره، لمن يكون ذلك؟

فوق عليه السلام: عرفها البائع فإن لم يكن يعرفها فالشئ لك، رزقك الله إياه(١).

و إطلاقه يشمل بين ما كان عليه أثر الإسلام أو لا، فما عن المختلف و الروضه هنا من تقييده بما لو لم يكن عليه أثر الإسلام، و أما لو كان عليه الأثر فهو لقطه، لأن الأثر دال على سبق يد المسلم فتستصحب مع أن كل مال لمسلم و هو ضائع يجب تعريفه، و فيه أن وجود الأثر أعم من سبق يد المسلم لإمكان سبق يد الذمى الموجود فى بلاد الإسلام، و لأن يد المالک السابق أقوى دلالة من الأثر المذكور.

(٢) أى كما سبق فى المدفون فى الأرض المملوكه.

(٣) يد المالک.

(٤) أى كون الموجود فى جوف الدابه.

(٥) أى من مال المالک.

(٦) تعليل للظهور.

(٧) و اعتلاف الموجود فى داخلها، فهو من باب إضافه المصدر إلى مفعوله.

(٨) وإن كان عليه أثر الإسلام.

(٩) أدله اللقطه و خبر عبد الله بن جعفر، بحمل الثاني على ما لا أثر للإسلام فيه.

(١٠) قبل اعتلافه فيجرى عليه حكم اللقطه.

ص: ١٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب اللقطه حديث ١.

(جوف السمكه فللواجد (١)، لأنها (٢) إنما ملكت بالحيازه، و المحيز إنما قصد تملكها خاصه، لعدم علمه بما فى بطنها فلم يتوجه قصده إليه (٣)، بناء على أن المباحات إنما تملك بالنيه و الحيازه معا،(إلا أن تكون) السمكه (محصوره فى ماء (٤) تغلف) فتكون كالدابه، لعين ما ذكر (٥). و منه (٦) يظهر أن المراد بالدابه: الأهليه كما يظهر من الروايه (٧)، فلو كانت وحشيه لا تعتلف من مال المالك فكالسمكه، و هذا كله إذا لم يكن أثر الإسلام عليه، و إلا فلقطه كما مر (٨)، احتمال عموم الحكم (٩) له (١٠) فيهما (١١) لاطلاق النص (١٢) و الفتوى.

(١) و نسبه غير واحد إلى إطلاق الأصحاب، لأن الأصل فى السمكه أن تكون مباحه بالأصل و مملوكه بالحيازه، و لما كان ملك المباح متوقفا على الحيازه و النيه لم يتوجه ملك الصياد لما فى جوفها من مال لعدم علمه به فكيف يقصد تملكه، فيكون لواجده نعم لو كانت السمكه مملوكه كالموجوده فى ماء محصور مملوك فحكمها حكم الدابه، كما أن الدابه لو كانت مباحه بالأصل كالغزال فحكمها حكم السمكه، هذا كله من جهه و من جهه أخرى مقتضى إطلاق الدليل عدم الفرق بين ما كان عليه أثر الإسلام و غيره، و بعضهم خصه بما إذا لم يكن عليه أثر الإسلام، و إلا فهو لقطه، لأن الأثر يدل على سبق يد المسلم و قد عرفت ضعفه.

(٢) أى السمكه.

(٣) إلى ما فى جوفها.

(٤) محصور مملوك.

(٥) أى ما ذكر فى الدابه.

(٦) أى و من حكم السمكه التى تملك بالحيازه.

(٧) و هى خبر عبد الله بن جعفر المتقدم، حيث ذكرت الجزور و البقره و كلاهما من الدواب الأهليه.

(٨) فى الدابه و غيرها من الفروع المتقدمه.

(٩) أنه للواجد.

(١٠) للموجود فى جوف السمكه.

(١١) فيما عليه أثر الإسلام و عدمه.

(١٢) و هو جمله من الأخبار:

منها: خبر أبى حمزه عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: (إن رجلا عابدا من بنى إسرائيل -

(و الموجود فى صندوقه، أو داره) (١)، أو غيرهما (٢) من أملاكه (مع مشاركة الغير له) فى التصرف فىهما (٣) محصورا (٤)، أو غير محصور على ما يقتضيه إطلاقهم (٥) (لقطه) أما مع عدم الحصر فظاهر، لأنه (٦) بمشاركه غيره لا يد له - كان محارفا (١) فأخذ غزلا فاشترى به سمكه فوجد فى بطنها لؤلؤه فباعها بعشرين ألف درهم، فجاء سائل فدق الباب، فقال له الرجل: ادخل فقال له: خذ أحد الكيسين، فأخذ أحدهما و انطلق، فلم يكن بأسرع من أن دق السائل الباب فقال له الرجل:

ادخل، فدخل فوضع الكيس فى مكانه، ثم قال: كل هنيئا مريئا، أنا ملك من ملائكه ربك، إنما أراد ربك أن يبلوك، فوجدك شاكرا ثم ذهب) (٢).

(١) من وجد فى داره أو صندوقه مالا لا يعرفه، فإن كان يدخل الدار غيره و يتصرف فى الصندوق سواء فهو لقطه و إلا فهو له، بلا خلاف فيه بين من تعرض له، و الأصل فيه صحيح جميل عن أبى عبد الله عليه السلام (رجل وجد فى بيته دينار، قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير، قال عليه السلام: هذا لقطه، قلت: فرجل وجد فى صندوقه دينار، قال عليه السلام: يدخل أحد يده فى صندوقه غيره، أو يضع فيه شيئا؟ قلت: لا، قال: هو له) (٣) فالحكم بأنه له مؤيد بالظاهر من عدم مشاركة الغير له، فإنه قد يعرض له النسيان، ثم هذا الحكم بكونه له مع عدم القطع بانتفائه عنه و إلا فهو لقطه.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالحكم بكونه لقطه مع مشاركة الغير يقتضى عدم الفرق بين كون الغير محصورا فى عدد أو غير محصور، و قد احتمل الشارح فى المسالك بأنه مع حصر الغير المشارك فىجب البدأه بتعريفه لانحصار اليد، فإن عرفه دفعه إليه و إلا وجب تعريفه تمام الحول كاللقطه.

(٢) كالخان و الدكان.

(٣) فى الصندوق و الدار.

(٤) حال من الغير.

(٥) إطلاق الفقهاء و كذا إطلاق النص المتقدم.

(٦) أى لأن الواجد.

ص: ١٤٤

١- (١) المحارف الذى يقتر عليه فى رزقه كما فى الصحاح.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب اللقطه حديث ١.

بخصوصه فيكون (١) لقطه، و أما مع انحصار المشارك فلأن المفروض أنه (٢) لا يعرفه (٣) فلا- يكون له (٤) بدون التعريف (٥).

و يحتمل قويا كونه له (٦) مع تعريف المنحصر (٧)، لأنه (٨) بعدم اعتراف المشارك يصير (٩) كما لا مشارك فيه (و لا معها) أى مع المشاركة (١٠) (حلّ) للمالك الواجد، لأنه (١١) من توابع ملكه المحكوم له (١٢) به.

هذا (١٣) إذا لم يقطع بانتفائه عنه إلا (١٤) أشكال الحكم بكونه له، بل ينبغي أن يكون لقطه، إلا أن كلامهم هنا (١٥) مطلق كما ذكره المصنف (١٦)، و لا فرق (١) أى الموجود.

(٢) أن الواجد.

(٣) أى لا يعرف الموجود المذكور.

(٤) أى فلا يكون الموجود للواجد بدون التعريف.

(٥) أى التعريف سنه.

(٦) أى كون الموجود للواجد.

(٧) أى المشارك المنحصر، بحيث مع الحصر يعرّفه للمشارك فإن عرفه فهو له و إلا فهو للواجد لانحصار اليد بينهما، فإذا انتفت يد المشارك كما هو مقتضى عدم معرفته فلا تبقى إلا يد الواجد فيكون له كما لو لم يكن معه مشارك فهو له بالاتفاق.

و قد استحسنته سيد الرياض إلا أن الحكم بكونه للواجد بعد عدم معرفته المشارك المنحصر على خلاف ما احتمله فى المسالك بأنه لقطه حينئذ، و لهذا التناقض و لغيره قال صاحب الجواهر: (فإن المسألة فى غاية الغموض و كلامهم فيها غير محرر) انتهى.

(٨) أى الموجود.

(٩) أى الموجود.

(١٠) بحيث لم يشاركه الغير فى التصرف فالموجود له كما هو النص المتقدم، المؤيد بظاهر يده على الدار، و هو دال على ملكه لما فيها و إن لم يقطع بملكه له لاحتمال النسيان.

(١١) أى الموجود.

(١٢) للواجد.

(١٣) و هو الحكم بكونه للواجد مع عدم المشاركة.

(١٤) فإن قطع بانتفائه عنه.

(١٥) في كونه للواجد مع عدم المشاركة.

(١٦) إلا أن كلامهم منزل على صورته عدم القطع بالانتفاء، و لم يعمموا الحكم لهذه الصورة.

ص: ١٤٧

فى وجوب تعريف المشارك هنا (١) بين ما نقص عن الدرهم، و ما زاد، لاشتراكهم فى اليد بسبب التصرف و لا يفتقر مدعيه منهم (٢) إلى البيئه، و لا الوصف، لأنه مال لا يدعيه أحد، و لو جهلوا جميعا (٣) أمره فلم يعترفوا به، و لم ينفوه، فإن كان الاشتراك فى التصرف خاصه فهو للمالك منهم (٤)، و إن لم يكن فيهم مالك فهو للمالك (٥)، و إن كان الاشتراك فى الملك و التصرف فهم فيه سواء (٦).

فى أنه لا يكفى التعريف حولا فى التملك

(و لا يكفى التعريف حولا فى التملك) لما يجب تعريفه (بل لا بدّ) بعد الحول (من النيه) للتملك (٧)...

(١) فى المشارك المنحصر.

(٢) من المشاركين المنحصرين.

(٣) أى جميع المشاركين المنحصرين.

(٤) من المشاركين المنحصرين، لقوه يده باليد و التصرف.

(٥) أى المالك الواجد.

(٦) فى صورته جهلهم فلم يعترفوا به و لم ينفوه، و هو للجميع بعد عدم الترجيح لأحدهم.

(٧) قد تقدم أنه لا خلاف بينهم فى عدم جواز التملك قبل تمام الحول، لأن التعريف شرط فى جواز التملك، و إنما الخلاف فى التملك بعد الحول، فقيل: يحصل الملك قهريا بمجرد مضى الحول كما عليه ابن ادريس مدعيا عليه إجماع الفرقه و إخبارهم، و فى الدروس نسبته إلى المقنعه و النهايه و الصدوقين، بل نسبه إلى الأشهر.

و المراد بالأخبار هو كصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و اللقطه يجدها الرجل و يأخذها قال: يعرفها سنه فإن لها طالب و إلا فهى كسبيل ماله) (١) بدعوى أن قوله (و إلا- فهى كسبيل ماله) أن الفاء للتعقيب بحيث تترتب أحكام الملكيه عقيب التعريف، و ظاهره أنه تترتب قهرى.

و يردّه أن النصوص الداله على جواز الحفظ للمالك و قد تقدمت داله على أن مضى الحول و التعريف ليس سببا مستقلا للملك القهرى، و إلا لما أمكن حفظ اللقطه للمالك بعد التعريف حولا، و أما صحيح الحلبي المتقدم فينافيه صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن اللقطه قال: لا- ترفعها فإن ابتليت بها فعرفها سنه، فإن جاء طالبها و إلا فاجعلها فى عرض مالك) (٢) و لو كان الحول سببا فى التملك القهرى لما كان-

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب اللقطه حديث ١٠.

و إنما يحدث التعريف حولا تخير (١) الملتقط بين التملك بالنيه، و بين الصدقه به (٢) بين ابقائه فى يده أمانه لملكه.

هذا هو المشهور (٣) من حكم المسأله، و فيها قولان آخران على طرفى النقيض (٤).

أحدهما: دخوله (٥) فى الملك قهرا من غير احتياج إلى أمر زائد على التعريف (٦)، لظاهر قول الصادق عليه السلام: فإن جاء لها طالب، و إلا- فهى كسبيل ماله. و الفاء عقيب، و هو قول ابن إدريس (٧) و رد بأن كونها (٨) كسبيل ماله لا يقتضى حصول الملك حقيقه (٩).

و الثانى (١٠): افتقار ملكه إلى اللفظ الدال عليه (١١) بأن يقول: اخترت تملكها- هناك معنى للأمر بالتملك هنا.

و لذا ذهب المشهور منهم الشيخ فى المبسوط إلى أنه لا بد من نيه التملك بعد الحول حتى يتحقق التملك.

و عن الشيخ فى الخلاف أنه لا بد من التلفظ بأن يقول: اخترت ملكها و وافقه عليه أبو الصلاح الحلبي و العلامه فى التذكرة و هو مما لا دليل عليه فضلا عن دلاله صحيح ابن مسلم المتقدم على خلافه.

(١) مفعول به لقوله (يحدث التعريف).

(٢) بالملقوط.

(٣) و هو قول الشيخ فى المبسوط.

(٤) بين إفراط و تفريط.

(٥) دخول الملقوط.

(٦) على التعريف حولا.

(٧) و قول الشيخ فى النهايه.

(٨) كون اللقطه.

(٩) لجواز أن يكون التشبيه من جهه أخرى كإباحه و غيرها و لذا قال: كسبيل ماله، و لم يقل:

كماله.

(١٠) من القولين الآخرين.

(١١) على الملك.

و هو قول أبي الصلاح وغيره (١)، لأنه معه (٢) مجمع على ملكه. وغيره (٣) لا دليل عليه.

و الأقوى الأول، لقوله عليه السلام: «و إلا فاجعلها في عرض مالك». و صيغه افعال للوجوب، و لا أقل من أن يكون للاباحه (٤) فيستدعى (٥) أن يكون المأمور به مقدورا (٦) بعد التعريف، و عدم مجيء المالك، و لم يذكر (٧) اللفظ، فدل الأول (٨) على انتفاء الأول (٩)، و الثاني (١٠) على انتفاء الثاني (١١)، و به (١٢) يجمع بينه (١٣)، بين قوله عليه السلام: كسبيل ماله (١٤)، و إلا (١٥) لكان ظاهره (١٦) الملك القهري، لا كما رد (١٧) سابقا (١٨). و الأقوال الثلاثة للشيخ (١٩).

(١) و هو العلامه في التذكرة و الشيخ في الخلاف.

(٢) أى لأن الملقوط مع اللفظ.

(٣) أى غير اللفظ.

(٤) لأن وارد في مقام توهم الخطر.

(٥) أى الأمر.

(٦) فلو كان التملك قهريا لما كان مقدورا.

(٧) أى قوله عليه السلام لم يدل على اعتبار التملك باللفظ.

(٨) و هو كون المأمور مقدورا.

(٩) أى الأول من القولين المذكورين، و هو الملك القهري.

(١٠) و هو عدم ذكر اللفظ في الخبر.

(١١) و هو الثاني من القولين المذكورين، و هو اعتبار اللفظ.

(١٢) أى و بحمل قوله عليه السلام (و إلا فاجعلها في عرض مالك) على كون المأمور مقدورا.

(١٣) بين قوله عليه السلام الوارد في صحيح محمد بن مسلم.

(١٤) كما في صحيح الحلبي، بحمل الخبرين على التملك بنيته.

(١٥) لو لا الجمع المذكور.

(١٦) أى ظاهر صحيح الحلبي.

(١٧) أى ردّ صحيح الحلبي.

(١٨) من أن الشبيه لا يقتضى حصول الملك حقيقه.

(١٩) فالتملك مع النيه للشيخ فى المبسوط، و التملك القهرى له فى النهايه، و مع اللقط له فى الخلاف.

ص: ١٥٠

فى تعريف الموات من الأرض

(و هو) أى الموات من الأرض (ما لا ينتفع به) منها (٢) (لعطلته أو) (١) بفتح الميم و ضمها، و الدليل على مشروعيه الإحياء أخبار كثيرة:

منها: صحيح الفضلاء عن أبى عبد الله و أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أحيا أرضا مواتا فهي له) (١)، و صحيح زواره عن أبى جعفر عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من أحيا مواتا فهو له) (٢)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها و هى لهم) (٣).

و المرجع فى الإحياء إلى العرف لعدم التنصيص عليه شرعا، و المراد من الموات هو الذى لا- ينتفع به لعطلته بحيث يعد مواتا عرفا، و عطلته إما لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستتجامة أو غير ذلك من موانع الانتفاع، و لكن لا يكفى مطلق استيلاء الماء عليها أو انقطاعه عنها لأن ذلك يتفق فى الأرض العامرة، بل لا بد من صدق عنوان الموات عليها عرفا.

و إلى هذا المعنى العرفى يرجع تعريف الموات على ما فى الصحاح و المصباح أنه الأرض التى لا مالك لها و لا ينتفع بها أحد، و يرجع تعريف النهاية الأثيرية بأنها الأرض التى لم تزرع و لم تعمر و لا جرى عليها ملك أحد.

نعم فى التذكرة خصّ الموات بالأرض الخراب التى باد أهلها و اندرس رسمها، و هو تخصيص بلا موجب لأن الموات هو العطله سواء كان لها مالك سابقا أم لم يكن و سواء بقيت آثار رسوم العماره و آثار الأنهار فيها أم لا و سواء كانت عامره ثم ماتت أم كانت مواتا من رأس، بعد صدق العطله على الجميع عرفا.

(٢) من الأرض.

ص: ١٥٣

(1) أو لعدم الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه) و لو جعل هذه الأقسام أفرادا لعطلته، لأنها (2) أعم منها (3) كان أجود، و لا فرق بين أن يكون قد سبق لها إحياء ثم ماتت، و بين موتها ابتداء على ما يقتضيه الاطلاق (4)، و هذا (5) يتم مع إباده أهله (6) بحيث لا- يعرفون و لا بعضهم فلو عرف المحيي لم يصح إحيائها (7) على مع صرح به المصنف فى الدروس و سيأتى إن شاء الله تعالى ما فيه.

و لا يعتبر فى تحقق موتها العارض ذهاب رسم العماره رأسا، بل ضابطه (8) العطله و إن بقيت آثار الأنهار، و نحوها، لصدقه (9) عرفا معها (10) خلافا لظاهر التذكرة (11)، و لا يلحق ذلك (12) بالتحجير (13) حيث إنه (14) لو وقع ابتداء كان تحجيرا، لأن شرطه (15) بقاء اليد، و قصد العماره. و هما منتفیان هنا (16)، بل (1) و هى الأرض ذات القصب الكثير.

(2) أى العطله.

(3) من هذه الأقسام.

(4) إطلاق الموات عليها عرفا.

(5) أى تعميم الموات للتى كانت محياه ثم ماتت.

(6) أى مع إباده مالكة.

(7) بحيث ماتت بعد إحيائها و ما زال المحيي موجودا فهل يجوز إحيائها للغير أم لا خلاف سيأتى بحثه إنشاء الله تعالى.

(8) ضابط الموات.

(9) أى صدق الموات.

(10) مع الآثار الباقية.

(11) حيث اعتبر اندراس الرسم فى تحقيق الموات، و أيضا اعتبر إباده أهلها على تقدير إحيائها السابق و قد عرفت ما فيه.

(12) أى بقاء الآثار.

(13) قد يحتمل إلحاق بقاء الآثار بالتحجير، فكما أن التحجير يمنع الإحياء فكذلك بقاء الآثار، و لذا قال صاحب الجواهر: (و احتمال منع بقاء الآثار عن الأحياء كالتحجير مدفوع بالنص و الفتوى بعد حرمة القياس على التحجير المقارن لقصد العماره) انتهى.

(14) أى إن التحجير.

(15) شرط التحجير.

(١٦) أى فى الأرض الموت بعد إحيائها مع بقاء الآثار.

ص: ١٥٤

التحجير مخصوص بابتداء الإحياء، لأنه (١) بمعنى الشروع فيه (٢) حيث لا يبلغه (٣)، فكأنه قد حَجَّر على غيره بأثره (٤) أن يتصرف (٥) فيما حَجَّره بإحياء (٦)، وغيره (٧).

في حكم الموات

(و) حكم الموات أن يملكه من أحياء (٨) إذا قصد تملكه (مع غيبه) (١) أى التحجير.

(٢) في الإحياء.

(٣) أى لا يبلغ التحجير الأحياء.

(٤) أى بأثر التحجير.

(٥) أى يتصرف الغير، وهو متعلق بقوله: (قد حَجَّر على غيره).

(٦) متعلق بقوله: (أن يتصرف).

(٧) كالتحجير.

(٨) اعلم أن الموات هو للإمام عليه السلام بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: صحيح الكابلي عن أبي جعفر عليه السلام (وجدنا في كتاب على عليه السلام أن الأرض لله يورثها من يشاء من عباده، و العاقبة للمتقين، أنا و أهل بيتي الذى أورثنا الله تعالى الأرض، و نحن المتقون، و الأرض كلها لنا فمن أحيأ أرضا من المسلمين فليعمرها و يؤد خراجها إلى الإمام عليه السلام من أهل بيتي) (١) الخبر، و مثله غيره مما قد تقدم فى بحث الأنفال.

نعم يشترط إذن الإمام عليه السلام فى الإحياء بلا خلاف فيه للنبوى (ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه) (٢).

و هل يشترط فى المحيى الإسلام كما هو ظاهر الشرائع و صريح التذكرة و قد ادعى الإجماع، و تابعه المحقق الثانى فى جامعه، و البحث ليس فى تملك الكافر بالإحياء بعد إذن المعصوم له، إذ لو أذن له بالتملك فلا بد من حصول الملك بإحيائه، و إنما البحث فى جواز إذنه عليه السلام من ناحيه أهليه الكافر للتملك أم لا، و عن جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و الخلاف و الحلّى فى السرائر و ابن البراج فى مهذب عدم اعتبار الإسلام، و الحق عدم الجدوى فى هذا النزاع إذ المعصوم عليه السلام لعدم الإشكال فى عصمته فلا يأذن إلا-

ص: ١٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات حديث ٢.

٢- (٢) كنوز الحقائق المطبوع على هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٧٧-٧٨.

(الإمام عليه السّلام) سواء في ذلك (١) المسلم، و الكافر، لعموم «من أحيا أرضا ميتة فهي له»، و لا يقدح في ذلك (٢) كونها (٣) للإمام عليه السّلام على تقدير ظهوره لأن ذلك (٤) لا يقصر (٥) عن حقه (٦) من غيرها (٧) كالخمس، و المغنوم بغير إذنه (٨)، -عند صحه تملك الكافر هذا كله في زمن الحضور، و أما زمن الغيبه فلا يشترط الاذن كما هو صريح جامع المقاصد و المسالك و إلا- لامتنع الإحياء، و عليه فيملكه من أحياء مسلما كان أو كافرا لعموم النبوى (من أحيا أرضا مواتا فهي له) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام (أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض و عمروها فهم أحق بها، و هي لهم) ٢ و عن الشهيد في بعض حواشيه أنه يحرم انتزاع الأرض المحياه من يد الكافر و يدل عليه أن المخالف و الكافر يملكان في زمن الغيبه حقهم من الغنيمه، و لا يجوز انتزاعه من يد المخالف و الكافر إلا برضاه، و كذا القول في حقهم عليه السّلام من الخمس عند من لا يرى إخراجهم.

و في المسالك: (قيل يختص جواز الأحياء بالمسلم لخصوص قوله: موتان الأرض لله و لرسوله هي لكم منى أيها المسلمون) (٢)، و في كتاب على عليه السّلام: فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام (٣)، الحديث، لكن هذا ظاهر في حال ظهوره و لا نزاع فيه) انتهى.

(١) في التملك بالأحياء.

(٢) في التسويه.

(٣) كون الموات.

(٤) في المسالك: (لا يزيد) و هو الأنسب بالمعنى و لذا أشكل عليه بذلك غير واحد من المحشين.

(٥) من تملك الكافر للموات بإحيائه.

(٦) حق الإمام عليه السّلام.

(٧) غير الموات.

(٨) قيد للمغنوم، إذ المغنوم بغير إذنه عليه السّلام هو للإمام بتمامه على ما تقدم في باب الخمس.

ص: ١٥٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥ و ٤.

٢- (٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات حديث ٢.

فإنه (١) بيد الكافر و المخالف على وجه الملك حال الغيبه، و لا يجوز انتزاعه منه فهنا (٢) أولى (٣)، (و إلا) يكن الإمام عليه السلام غائبا (افتقر) الإحياء (إلى إذنه) إجماعا، ثم إن كان مسلما ملكها بإذنه، و فى ملك الكافر مع الإذن قولان، و لا إشكال فيه (٤) لو حصل (٥)، إنما الإشكال فى جواز إذنه له (٦) نظرا إلى أن الكافر هل له أهليه ذلك (٧) أم لا. و النزاع قليل الجدوى (٨).

فى ما لا يجوز إحيائه

(و لا يجوز إحياء العامر (٩) و توابعه (١٠) كالطريق) المفضى إليه (١١) (و الشرب) بكسر الشين - و اصله الحظ (١٢) من الماء. و منه (١٣) قوله تعالى: لَهَا شَرِبٌ وَ لَكُمْ شَرِبٌ يَوْمَ مَعْلُومٍ (١٤)، و المراد هنا (١٥) النهر و شبهه (١٦) المعد لمصالح العامر، و كذا (١) أى فإن حق الإمام عليه السلام من الخمس و المغنوم بغير إذنه.

(٢) أى فى الموات.

(٣) وجه الأولويه أن حقوق الخمس و الغنائم بغير إذنه أقوى و أظهر من حقه فى الموات، و لعدم تحمل الكافر فى تملكه للخمس للمثونه بخلاف تملكه للموات فإنه متحمل لمثونه الأحياء.

(٤) فى الملك.

(٥) الأذن.

(٦) فى جواز إذن الإمام عليه السلام للكافر.

(٧) أهليه التملك.

(٨) لأن المعصوم يفعل ما يراه حلالا- عليه فلا- يأذن إلا- إذا كان الكافر يملك، نعم للنزاع فائده عند العامه لجواز الخطأ على أئمتهم و سلاطينهم.

(٩) العامره ملك لملكها التى هى بيده مسلما كان أو كافرا، و إن جاز أخذ مال الحربى قهرا إلا أنه لا ينافى الملك كباقى أمواله، و عليه فلا يجوز التصرف فى العامره إلا بإذن صاحبها و لذا لا يجوز بالإحياء للغير.

(١٠) أى توابع العامر و هو ما به صلاح العامر كالطريق و الشرب و القناه، فإن ذلك من العامر الذى هو ملك لملكه.

(١١) إلى العامر.

(١٢) أى النصيب.

(١٣) أى و من النصيب من الماء.

(١٤) سورة الشعراء، الآية: ١٥٥.

(١٥) أى المراد من الشرب الذى هو من توابع العامر.

(١٦) كالقناه.

ص: ١٥٧

غيرهما (١) مرافق (٢) العامر و حريمه (و لا) إحياء (المفتوحه عنوه (٣) بفتح العين أى قهرا (٤) و غلبه على أهلها، كأرض الشام، و العراق و غالب بلاد الإسلام (إذ عامرها) حال الفتح (للمسلمين) قاطبه بمعنى أن حاصلها يصرف فى مصالحهم لا تصرفهم فيها كيف اتفق كما سيأتى (و غامرهما) بالمعجمه و هو خلاف العامر بالمهمله، قال الجوهرى: و إنما قيل له: غامر، لأن الماء يبلغه فيغمره. و هو فاعل بمعنى مفعول كقولهم سر كاتم، و ماء دافق (٥)، و إنما بنى على فاعل ليقابل به العامر.

و قيل: الغامر من الأرض ما لم يزرع مما يحتمل (٦) الزراعه، و ما لا يبلغه الماء من موات الأرض لا- يقال له غامر، نظرا إلى الوصف المتقدم (٧)، و المراد هنا (٨) أن مواتها مطلقا (٩) للإمام عليه السّلام) فلا يصح إحياءه بغير إذنه مع حضوره، أما مع غيبته فيملكها المحيى (١٠)، و يرجع الآن فى المحيى منها و الميت فى تلك الحال (١١) (١) غير الطريق و الشرب من المراح الذى هو مأوى الإبل و الغنم.

(٢) مرافق الدار مصابّ الماء و المطبخ و نحوه.

(٣) الأرض المفتوحه عنوه إما عامره حال الفتح و إما غامره، فالعامره هى للمسلمين قاطبه بلا- خلاف فيه على معنى أنها لمجموعهم و لو من يتولد منهم فلا يملك أحد منهم بالخصوص رقيبتها على ما تقدم بحثه فى كتاب المكاسب و الجهاد، و لذا لا يصح بيعها و لا رهنها و لا هبتها و لا غير ذلك مما يتوقف صحته على الملك، و لو ماتت العامره لا يصح إحيائها على وجه يترتب الملك للمحيى، لأن المالك لها معروف هو المسلمون قاطبه.

و أما الغامر منها وقت الفتح فهو للإمام عليه السّلام بلا خلاف فيه، و هذا لا يصح تملكه بالإحياء إلا بإذن منه عليه السّلام كما هو الأصل فى حرمه التصرف فى مال الغير إلا بإذنه.

(٤) العنوه بفتح العين و سكون النون الخضوع و الذله، يقال: عنى إذا خضع و المراد بالأرض المفتوحه عنوه ما ملكت بالقهر و الغلبه.

(٥) أى سر مكتوم و ماء مدفوق.

(٦) أى يصلح.

(٧) لأن الغامر هو الذى يغمره الماء، فإذا لم يبلغه الماء فلا يكون غامرا.

(٨) فى الأرض المفتوحه عنوه.

(٩) سواء كان بالمعنى الأول أو الثانى أم لا.

(١٠) بدون إذنه سواء كان كافرا أم مسلما على ما تقدم بيانه.

(١١) أى حال الفتح.

إلى القرائن، و منها (١) ضرب الخراج و المقاسمه (٢)، فإن انتفت (٣) فالأصل يقتضى عدم العماره فيحكم لمن بيده منها شىء بالملك (٤) لو ادعاه،(و كذا (٥) كل ما) أى موات من الأرض (لم يجر عليه ملك المسلم (٦) فإنه للإمام عليه السّلام فلا يصح احيائه إلا بإذنه مع حضوره و يباح فى غيبته (٧)، و مثله (٨) ما جرى عليه ملكه (٩) ثم باد أهله (١٠).

(و لو جرى عليه ملك مسلم) معروف (فهو له و لو ارثه بعده (١١) كغيره من (١) أى من القرائن.

(٢) فالخراج ما يوضع على الأرض و المقاسمه ما يوضع على النماء، و هما دليل على أن الأرض عامره و هى ملك للمسلمين.

(٣) أى القرائن.

(٤) أى يحكم بالملك لمن بيده منها شىء لو ادعاه، و هو مالك بسبب الإحياء، و إلا لو سكت فلا يحكم له، لأن تملكه أمر حادث و الأصل عدمه.

(٥) لا يصح إحيائه.

(٦) فهى ملك للإمام عليه السّلام بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: مرسل حماد بن عيسى عن العبد الصالح عليه السّلام فى حديث: (للإمام صفو المال - إلى أن قال - و كل أرض ميتة لا رب لها و له صوافى الملوكة) (١) الخبر، و خير إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الأنفال فقال: - إلى أن قال - و كل أرض لا رب لها) ٢.

(٧) لمن أحياه مسلما كان أو كافرا.

(٨) مثل الموات التى لا مالك لها.

(٩) ملك المسلم.

(١٠) فهو للإمام عليه السّلام بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: مرسل حماد المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام (و له بعد الخمس الأنفال، و الأنفال كل أرض خربه قد باد أهلها) (٢) الخبر.

(١١) بلا خلاف فيه و لا إشكال و إن ترك الانتفاع بها.

ص: ١٥٩

الأملاك (و لا ينتقل عنه بصيرورته مواتا (١)...)...

(١) فلو خربت الأرض المذكوره، فإن كان تملكه إياها بغير الإحياء فهي باقيه على ملكه بغير خلاف، لأصالة بقاء الملك مع عدم سبب يوجب الإزالة، وإن كان تملكه بالإحياء ثم تركها حتى عادت مواتا فهي باقيه على ملكه أو ملك وارثه، كما عن الشيخ و المحقق و العلامة في التحرير و الشهيد في الدروس و المحقق الثاني في جامعه لعموم قوله عليه السّلام في صحيح الفضلاء (من أحيا أرضا مواتا لهي له) (١)، و خبر سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتي الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه؟ قال: الصدقه، قلت: فإن كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤد إليه حقه) (٢).

المؤيد بأصالة بقاء الملك على ما كان عليه.

و ذهب البعض منهم العلامة في بعض فتاواه و مال إليه في التذكرة إلى صحه إحيائها و كون الثاني أحق بها من الأول لعموم قوله عليه السّلام المتقدم (من أحيا أرضا مواتا فهي له) (٣)، و لخصوص صحيح أبي خالد الكابلي عن أبي جعفر عليه السّلام (وجدنا في كتاب على عليه السّلام - إلى أن قال - فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي و له ما أكل منها، فإن تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذي تركها) (٤) الخبر، و صحيح معاوية بن وهب (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: أيما رجل أتى خربه باثره فاستخرجها و كرى أنهارها و عمّرها، فإن عليها فيها الصدقه، فإن كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها و تركها فأخربها ثم جاء بعد يطلبها، فإن الأرض لله و لمن عمرها) ٥.

مؤيدا بأن هذه الأرض أصلها مباح فإذا تركها عادت إلى ما كانت عليه من الإباحه، و لأن العله في تملك هذه الأرض الإحياء فإذا زالت العله زال المعلول و هو الملك، فإذا أحياها الثاني فقد أوجد سبب الملك فيثبت الملك له نعم إن القائلين بعدم خروجها عن ملك الأول اختلفوا فذهب بعضهم إلى عدم جواز إحيائها و لا التصرف فيها إلا بإذن الأول كغيرها من أملاكه، و ذهب الشيخ في المبسوط و المحقق في جهاد الشرائع إلى جواز إحيائها و صيروره الثاني أحق بها لكن لا يملكها بذلك بل عليه أن يؤدي أجرتها إلى الأول، و ذهب الشهيد في الدروس إلى وجوب استئذان المحيي للمالك فإن امتنع فالحاكم -

ص: ١٦٠

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥.
- ٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب إحياء الموات حديث ٢ و ١.

مطلقا (١)، لأصله بقاء الملك، و خروجه يحتاج إلى سبب ناقل، و هو (٢) محصور، و ليس منه (٣) الخراب.

و قيل: يملكها المحيي بعد صيرورتها مواتا و يبطل حق السابق، لعموم من أحيا أرضا ميتة فهي له، و لصحيحه خالد الكابلي عن الباقر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ يُورِثُهَا مَنْ يَشَاءُ مِنْ عِبَادِهِ وَ الْعَاقِبَةُ لِلْمُتَّقِينَ . إلى أن قال: فإن تركها و أخربها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها، أو أحياها فهو أحق بها من الذي تركها، و قول الصادق عليه السلام: أيما رجل أتى خربه بآثره فاستخرجها، و كرى أنهارها، و عمرها فإن عليه فيها الصدقة، فإن كانت أرضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها و أخربها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله، و لمن عمرها.

و هذا هو الأقوى، و موضع الخلاف ما إذا كان السابق قد ملكها بالاحياء.

فلو كان قد ملكها بالشراء و نحوه (٤) لم يزل ملكه عنها اجماعا على ما نقله العلامة في التذكرة عن جميع أهل العلم.

في أرض أسلم عليها أهلها طوعا

(و كل أرض أسلم عليها أهلها طوعا) كالمدينة المشرفة، و البحرين (٥) و أطراف اليمن (فهى لهم (٦) على الخصوص يتصرفون فيها كيف شاءوا (و ليس عليهم فيها سوى الزكاة مع) اجتماع (الشرائط) المعتبره فيها (٧).

فإن تعذر جاز الإحياء و عليه الأجره للأول بدعوى أنه به الجمع بين الأخبار، فالطائفه الأولى تدل على بقاء الملك للأول و تدل على أن له الأجره لقوله عليه السلام: (فليؤد إليه حقه).

(١) سواء كان تملكه بالاحياء أم بغيره.

(٢) السبب الناقل.

(٣) من السبب الناقل.

(٤) كالهبة.

(٥) تمثيله للبحرين مشكل، لأنها مما سلمت للمسلمين طوعا بحيث لم يوجف عليها خيل و لا ركاب فتكون من الأنفال و هذا ما حكم به الشارح في كتاب الخمس هنا فراجع.

(٦) على ما تقدم بيانه في كتاب الخمس.

(٧) في الزكاة.

هذا إذا قاموا بعمارتهـا. أما لو تركوها فخربت فإنها تدخل (١) فى عموم قوله:

(و كل أرض ترك أهلها عمارتها فالمحيى أحق بها) منهم (٢) لا بمعنى ملكه لها بالاحياء، لما سبق من أن ما جرى عليها ملك مسلم لا ينتقل عنه بالموت فيترك العماره التى هى أعم من الموت أولى، بل بمعنى استحقاقه التصرف فيها ما دام قائما بعمارتهـا (و عليه (٣) طسقتها) أى أجزتها (لأربابها) الذين تركوا عمارتهـا.

أما عدم خروجها عن ملكهم فقد تقدم، و أما جواز احيائها مع القيام بالأجره فلروايه سليمان بن خالد و قد سأله عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها فما ذا عليه؟ قال: الصدقه قلت: فإن كان يعرف صاحبها قال: فليؤد إليه حقه، و هى (٤) داله على عدم خروج الموات به (٥) عن الملك أيضا (٦)، لأن نفس الأرض حق صاحبها لا أنها مقطوعه السند (٧) ضعيفه فلا تصلح، و شرط فى الدروس إذن المالك فى الاحياء، فإن تعذر فالحاكم، فإن تعذر جاز الاحياء بغير إذن، و للمالك حينئذ طسقتها. و دليله غير واضح.

و الأقوى أنها (٨) إن خرجت عن ملكه (٩) احيائها بغير أجره و إلا (١٠) امتنع التصرف فيها بغير إذنه (١١)، و قد تقدم ما يعلم منه خروجها عن ملكه و عدمه.

(١) إذا كان تملكهم لها بسبب الإحياء و إلا فلا.

(٢) من أهلها.

(٣) على المحيى.

(٤) أى روايه سليمان بن خالد.

(٥) بالموات.

(٦) كما أن ما تقدم من الأدله دال على عدم الخروج على الملك بسبب الموات.

(٧) بل هى عن أبى عبد الله عليه السلام و لذا تعجب منه الحر العاملى فى وسائله.

(٨) أن الأرض التى ترك أهلها عمارتهـا.

(٩) بسبب الموات كما قواه الشارح سابقا.

(١٠) أى و إن لم تخرج عن ملكه كما عليه الماتن.

(١١) أى إذن الأول.

نعم للإمام عليه السلام تقبيل (١) المملوكة الممتنع أهلها من عمارتها بما شاء لأنه أولى بالمؤمنين من أنفسهم.

فى أرض الصلح

و أرض الصلح التى بأيدى أهل الذمه) و قد صالحوا النبى صلى الله عليه و آله و سلم، أو الإمام عليه السّلام على أن الأرض لهم (فهى لهم) عملا بمقتضى الشرط (٢)(و عليهم الجزية) ما داموا أهل ذمه. و لو أسلموا صارت كالأرض التى أسلم أهلها عليها طوعا ملكا لهم بغير عوض، و لو وقع الصّحح ابتداء على الأرض للمسلمين كأرض خيبر فهى كالمفتوحة عنه (٣).

فى أحكام الأرض المفتوحة عنه

(و يصرف الإمام عليه السّلام حاصل الأرض المفتوحة عنه) المحياه حال الفتح (فى مصالح المسلمين) الغانمين و غيرهم كسد الثغور، و معونه الغزاه، و ارزاق الولاه.

هذا مع حضور الإمام، أما مع غيبته فما كان منها بيد الجائر يجوز المضى معه (٤) فى حكمه فيها (٥)، فيصح تناول الخراج و المقاسمه منه (٦) بهبه، و شراء، و استقطاع، و غيرها مما يقتضيه حكمه (٧) شرعا. و ما يمكن استقلال نائب الإمام به و هو الحاكم الشرعى فأمره (٨) إليه يصرفه فى مصالح المسلمين كالأصل (٩).

(و لا يجوز بيعها) أى بيع الأرض المفتوحة عنه المحياه حال الفتح لأنها للمسلمين قاطبه من وجد منهم ذلك اليوم، و من يتجدد إلى يوم القيامة، لا (١) أى إعطائها للغير بأجره حتى يعمرها.

(٢) بلا خلاف و لا إشكال فيه و قد تقدم بحثه فى كتاب الجهاد.

(٣) بلا خلاف و لا إشكال لعموم أدله الصلح، و تقدم بحثه فى كتاب الجهاد.

(٤) مع الجائر.

(٥) فى الأرض المفتوحة عنه، و هى الأرض الخراجيه لورود الأخبار الكثيره بحلّ الخراج و المقاسمه من الجائر على الأرض الخراجيه، و قد تقدم بحثه فى كتاب المكاسب.

(٦) من الجائر.

(٧) حكم الجائر المخالف.

(٨) أى أمر ما يستقل به نائب الإمام للنائب.

(٩) أى المنسوب عنه و هو الإمام عليه السّلام.

بمعنى ملك الرقبه، بل بالمعنى السابق. و هو (١) صرف حاصلها فى مصالحهم.

(و لا هبتها، و لا وقفها، و لا نقلها) بوجه من الوجوه المملكه لما ذكرناه من العله (٢). (وقيل) و القائل به جماعه من المتأخرين و منهم المصنف و قد تقدم فى كتاب البيع اختياره له: (إنه يجوز) جميع ما ذكر من البيع و الوقف و غيره (تبعاً لآثار المتصرف) من بناء، و غرس و يستمر الحكم ما دام شىء من الأثر باقياً، فإذا زال رجعت الأرض إلى حكمها الأول (٣).

و لو كانت ميتة حال الفتح، أو عرض لها الموتان (٤) ثم أحيها محى، أو اشتبه حالها (٥) حالته (٦)، أو وجدت فى يد أحد يدعى ملكها حيث لا يعلم فساد دعواه فهى كغيرها من الأرضين المملوكة بالشرط السابق (٧) يتصرف بها المالك كيف شاء بغير إشكال،

فى شروط الاحياء

(و شروط الاحياء) المملك للمحى (سته: انتفاء يد الغير) عن الأرض الميتة (٨)، فلو كان عليها يد محترمه لم يصح احيائها لغيره، لأن اليد تدل على الملك (٩) ظاهراً إذا لم يعلم انتفاء سبب صحيح للملك أو الأولويه إلا (١٠) (١) المعنى السابق. (٢) و هى أن المفتوحه عنوه ملك لجميع المسلمين.

(٣) من أنها ملك لجميع المسلمين، و قد تقدم بحثه مفصلاً فى كتاب المكاسب.

(٤) بفتح الميم و الواو، و قد عرض لها ذلك بعد حال الفتح و فيه: أنها باقيه على ملك المسلمين كما ادعى عليه الإجماع فى التذكرة إلا أن يكون مراده أنه قد عرض لها الموتان حال الفتح بخلاف ما لو كانت ميتة حال الفتح فهى ميتة من رأس و عليه فلا إشكال حينئذ.

(٥) أى حال الأرض.

(٦) أى حال الفتح.

(٧) و هو إذنه مع حضوره عليه السلام أو غيبه الإمام بدون إذنه، و ذلك لاحتمال أن تكون من الأرض الموات حال الفتح و أحيها.

(٨) انتفاء اليد المحترمه من مسلم أو مسالم عن الأرض الميتة شرط فى جواز إحيائها للغير بلا خلاف فيه و لا إشكال، و لا يشترط العلم بالسبب الموجب لليد، بل يكفى عدم العلم بكونها غير محترمه، و اليد تثبت إما بالملك أو بالحق كحق التحجير.

(٩) أو الأولويه.

(١٠) أى و إن علم بانتفاء السبب لليد.

لم يلتفت إلى اليد (١).

(و انتفاء ملك سابق) للأرض قبل موتها (٢) لمسلم (٣)، أو مسالم (٤) فلو كانت مملوكة لأحدهما لم يصح احيائها لغيره استصحابا للملك السابق، و هذان الشرطان (٥) مبنيان على ما سبق من عدم بطلان الملك بالموت (٦) مطلقا (٧)، تقدم ما فيه من التفصيل المختار (٨).

(و انتفاء كونه حريما لعامر (٩)، لأن مالك العامر استحق حرime، لأنه (١٠) من مرافقه و مما يتوقف كمال انتفاعه عليه (١١)، و سيأتي تفصيل الحرime.

(١) لأنها غير محترمه.

(٢) أى موت الأرض.

(٣) متعلق بقوله: (لملك).

(٤) و هو الكافر المعاهد.

(٥) من انتفاء اليد و الملك.

(٦) أى بسبب الموت.

(٧) سواء كان الملك بالشراء أم بالإحياء.

(٨) و أنه إذا تملكه بالإحياء فإنه يبطل بالموت و عليه فينتفى الشرط الثانى.

(٩) الشرط الثالث أن لا يكون الموات حريما لعامر من بستان أو دار أو قرية أو بلد مما يتوقف الانتفاع عليه بلا خلاف فيه للنبوى (من أحيأ ميتة فى غير حق مسلم فهى له) (١)، و خبر محمد بن عبد الله (سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة و يكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا و أقل و أكثر، يأتيه الرجل فيقول له: أعطني من مراعى ضيعتك و أعطيك كذا و كذا درهما، فقال: إذا كانت الضيعة له فلا بأس) (٢).

و الأخير ظاهر فى ملكيته للمرافق و لحرime الضيعة كما هو مالك لها و هذا هو الأشهر، و عن جماعه عدم الملك بل الحرime من الحقوق لعدم الإحياء، و بعبارة أخرى أن الملك يحصل بالإحياء و لا إحياء فى الحرime بحسب الفرض.

(١٠) أى الحرime من مرافق العامر.

(١١) أى كمال انتفاع العامر على الحرime.

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب إحياء الموات حديث ١.

(و انتفاء كونه مشعرا) أى محلا للعباده (١) كعرفه، و المشعر و منى و لو (٢) كان يسيرا لا يمنع المتعبدين، سدا لباب مزاحمه الناسكين، و لتعلق حقوق الناس كافه بها (٣) فلا يسوغ تملكها مطلقا (٤) لادائه إلى تفويت هذا الغرض الشرعى.

و جواز المحقق اليسير منه (٥)، لعدم الإضرار مع أنه غير ملك لأحد، و هو (٦) نادر، و عليه (٧) لو عمد بعض الحاج فوقف به (٨) لم يجز، للنهى عن التصرف فى ملك الغير، لأننا بنينا عليه (٩) و هو (١٠) مفسد للعباده (١١) التى هى عباره عن الكون، و من ضرورياته (١٢) المكان.

(١) الشرط الرابع أن لا يكون الموات مما قد سماه الشارع مشعرا و محلا للعباده كعرفه و منى و المشعر و غيرها من الأماكن و المواضع المحترمه التى جعلها تعالى مناسك للعباده، بل هى فى الحقيقه ليست من الموات بمعنى المعطل عن الانتفاع، بل هى من الوقف لأن الشارع و هو المالك الحقيقى قد وقفها موطنا للعباده، و لذا لا يصح تملكها بالأحياء لأنه مناف للوقف المذكور بلا خلاف فيه و لا إشكال، و المشهور على عدم الفرق بين إحياء اليسير و الكثير و عدم الفرق بين ما يحتاجه الناسك و عدمه، لاشتراك جميع أجزاء المشعر فى استحقاق الخلق لعبادتهم و هذا ما يمنع من أحيائها، و عن المحقق استثناء اليسير الذى لا يؤدى إلى المضيق على الناسكين، و لا يحتاج إليه غالبا، لعدم الإضرار و عدم تفويت المصلحه المطلوبه معه، و ليس هو ملك لأحد و لا موقوف، و بهذا يحصل الفرق بينها و بين المساجد الموقوفه.

(٢) وصلية.

(٣) بالمشاعر.

(٤) يسيرا كان أو كثيرا.

(٥) من المشعر.

(٦) أى قول المحقق نادر ليس له موافق.

(٧) على قول المحقق.

(٨) بما أحياه الغير.

(٩) أى على فرض صحه إحياء اليسير من المشعر و لازمه تملك المحيى.

(١٠) أى النهى.

(١١) التى هى الوقوف فى المشعر.

(١٢) أى ضروريات الكون.

و للمصنف تفريرا عليه (١) وجه بالجواز (٢) جمعا بين الحقين (٣) و آخر بالتفصيل بضيق المكان فيجوز (٤) بسعته فلا (٥)، و إثبات الملك مطلقا (٦) بأباهما (٧)، و إنما يتوجهان (٨) لو جعله (٩) مشروطا بأحد الأمرين (١٠).

(أو مقطعا) من النبي صلى الله عليه و آله و سلم، أو الإمام عليه السلام لأحد المسلمين (١١)، لأن (١) على صحة إحياء اليسير من المشعر.

(٢) أى جواز الوقوف فيه.

(٣) أى حق المسلم بالأحياء و حق المسلم بالوقوف.

(٤) أى يجوز الوقوف.

(٥) لا يجوز الوقوف و المعنى أنه يجوز وقوف الحاج لأجل النسك مع ضيق مكان الحجاج و أما مع سعته فلا يجوز.

(٦) أى من غير تقييد.

(٧) أى يابى هذين القولين الأخيرين من جواز الوقوف مطلقا أو مع ضيق المكان.

(٨) أى القولان الأخيران من جواز الوقوف مطلقا أو مع ضيق المكان.

(٩) أى جعل الملك الناشئ من الأحياء.

(١٠) من عدم الإضرار عند ضيق المكان أو جواز الوقوف فيه للناسك لو حصل الملك بالأحياء.

(١١) الشرط الخامس أن لا يكون الموات مما أقطعه إمام الأصل، و لو أقطعه و هو له، لأن الموات من مال المعصوم عليه السلام فقد سلطه عليه، و عليه فلا يجوز لغيره أن يملكه بالأحياء، بلا خلاف و لا إشكال كما أقطع النبي صلى الله عليه و آله و سلم عبد الله بن مسعود الدور (١)، و هى اسم موضع بالمدينة بين ظهرانى عماره الأنصار، و يقال أن المعنى أنه أقطعه ذلك ليتخذها دورا، و أقطع وابل بن حجر أرضا بحضر موت (٢)، و أقطع الزبير حضر فرسه، و هو عدو فرسه، بل قيل: إن الزبير أجرى فرسه حتى قام الفرس ثم رمى بسوطه طلبا للزيادة، فقال صلى الله عليه و آله و سلم: أعطوه من حيث بلغ السوط ٣، و أقطع بلال بن الحارث العقيق (٣).

و عليه فالإقطاع إن لم يفد الملك فلا ريب أنه يفيد الاختصاص و هو مانع عن المزاحمة، فلا يصح دفع هذا الاقتصاص بالأحياء من قبل الغير بلا إشكال و لا خلاف.

ص: ١٦٧

٢- (٢ و ٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٤.

٣- (٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٩.

المقطع له يصير أولى من غيره كالتحجير فلا يصح لغيره التصرف بدون إذنه (١) لم يفد (٢) ملكا، وقد روى أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أقطع بلال بن الحارث العقيق وهو واد بظاهر المدينة واستمر تحت يده إلى ولايه عمر، وأقطع الزبير بن العوام حضر فرسه - بالحاء المهملة المضمومة والضاد المعجمة وهو عدوه - مقدار ما جرى فأجرى فرسه حتى قام، أى عجز عن التقدم فرمى بسوطه طلبا للزيادة على الحضر فأعطاه من حيث وقع السوط، وأقطع صلى الله عليه وآله وسلم غيرهما مواضع أخر.

(أ) أو محجرا (٣) أى مشروعاً فى إحيائه مشروعاً لم يبلغ حد الأحياء فإنه بالشروع يفيد أولويه لا يصح لغيره التخطى إليه، وإن لم يفد (٤) ملكاً فلا يصح بيعه (٥). لكن يورث و يصح الصلح عليه (٦)، إلا أن يهمل الإتمام، فللحاكم حينئذ الزامه به (٧)، أو رفع يده عنه (٨)، فإن امتنع أذن لغيره فى الأحياء، وإن اعتذر (١) إذن المقطع له.

(٢) أى الإقطاع.

(٣) الشرط السادس أن لا يكون الموات قد سبق إليه سابقاً بالتحجير، والتحجير يفيد أولويه واختصاصاً، وهو شروع فى الأحياء وهو لا يفيد التملك، لأن التملك مسبب عن الأحياء وهو مغاير للتحجير، ولكنه يفيد الأحقية، لأن الأحياء يفيد الملك فالشروع فيه يفيد الأحقية بلا خلاف فيه ولا إشكال كما يفيد الاستيلاء مع الشراء الأحقية دون الملك.

و عليه فلو بادر غيره وقاهره وأحيها لم يملكها لتعلق حق الغير بها وفى النبوى (من أحيأ أرضاً ميتة فى غير حق مسلم فهى له) (١).

(٤) أى التحجير.

(٥) إذ لا بيع إلا فى ملك و هو لم يفد ملكاً.

(٦) لأنه حق.

(٧) بالإتمام.

(٨) تخييره بين الأحياء وبين التخليه بينها وبين غيره مما لا خلاف فيه ممن تعرض لهذا الفرع كما فى الجواهر. ولو امتنع أخرجها السلطان من يده لثلا يعطلها، نعم إن ذكر عذراً فى التأخير أمهله الإمام بمقدار ما يزول معه العذر.

ص: ١٦٨

بشاغل أمهله مده يزول عذره فيها، و لا يتخطى غيره إليها (١) ما دام ممهلاً.

و فى الدروس جعل الشروط (٢) تسعه، و جعل منها (٣) إذن الإمام مع حضوره (٤)، و وجود (٥) ما يخرجها عن الموات بأن يتحقق الأحياء إذ لا- ملك قبل كمال العمل المعتبر فيه (٦)، و إن (٧) أفاد الشروع (٨) تحجيراً لا يفيد سوى الأولويه كما مر. و قصد (٩) التملك فلو فعل أسباب الملك بقصد غيره (١٠) أو لا- مع قصد لم يملك كحيازته سائر المباحات من الاصطياد، و الاحتطاب و الاحتشاش.

و الشرط الأول (١١) قد ذكره هنا فى أول الكتاب (١٢).

و الثانى (١٣) يلزم من جعلها (١٤) شروط الأحياء مضافاً إلى ما سيأتى من قوله:

و المرجع فى الأحياء إلى العرف الخ.

(١) إلى الأرض.

(٢) أى شروط الأحياء المملك.

(٣) من الشروط.

(٤) و قد تقدم الكلام فيه.

(٥) أى و جعل منها وجود.

(٦) فى الملك و المعنى حصول الأحياء الذى هو سبب فى التملك.

(٧) وصلية.

(٨) أى الشروع فى الأحياء.

(٩) أى و جعل من الشروط قصد التملك - و فى الجواهر: (أنه لا- دليل على اشتراط ذلك، بل ظاهر الأدله خلافه) انتهى، بل إطلاق الأخبار دال على حصول الملك بالأحياء من دون إشعار فيها على اشتراط قصد التملك - كما فى الرياض - اللهم إلا أن يكون إجماعاً و لم أتحققه أو يدعى اختصاص إطلاق النصوص بصوره القصد، و قال فى الجواهر:

(و الإجماع مظهره عدمه لا- العكس كما أن دعوى الانسباق من النصوص و لا- أقل من الشك واضح المنع و إن مال إليه فى الرياض لذلك) انتهى.

(١٠) أى قصد غير الملك.

(١١) من إذن الإمام مع حضوره.

(١٢) أى كتاب إحياء الموات.

(١٣) أى اشتراط وجود ما يخرجها عن الموات.

(١٤) أى من جعل الشروط شروطاً للأحياء، وهذا ما يستدعى وجود الأحياء.

ص: ١٦٩

و الثالث (١) يستفاد من قوله في أول الكتاب (٢): يملكه من أحياءه (٣) إذ التملك يستلزم القصد إليه (٤) فإن الموجود في بعض النسخ يملكه بالتاء بعد الياء، و يوجد في بعضها (٥) يملكه، و هو لا يفيد (٦).

و يمكن استفادته (٧) من قوله بعد حكمه برجوعه إلى العرف: لمن أراد الزرع، و لمن أراد البيت، فإن الإرادته لما ذكر (٨)، نحوه تكفى في قصد التملك و إن لم يقصده (٩) بخصوصه.

في حريم بعض الأملاك

و حيث بين أن من الشرائط أن لا يكون حريماً لعامة نبيه هنا على بيان حريم بعض الأملاك بقوله: (و حريم العين ألف ذراع (١٠) حولها من كل جانب في) (١) أي اشتراط قصد التملك.

(٢) أي كتاب إحياء الموات.

(٣) أي يأخذه ملكاً لنفسه.

(٤) إلى التملك.

(٥) بعض النسخ.

(٦) أي يملكه.

(٧) أي استفادته قصد التملك.

(٨) من الزرع و البيت.

(٩) أي لم يقصد التملك.

(١٠) حريم العين في الأرض الرخوة ألف ذراع، و في الأرض الصلبة خمسمائة على المشهور لخبر عقبه بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (يكون بين البثرين إذا كانت أرضاً صلبة خمسمائة ذراع، و إن كانت أرضاً رخوة ألف ذراع) (١).

و به يقيد مرسل حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (يكون بين العينين ألف ذراع) (٢)، و أيضاً به يقيد خبر مسمع السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال في حديث: و ما بين العين إلى العين خمسمائة ذراع) (٣) و مثله خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام ٤.

ص: ١٧٠

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب إحياء الموات حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥ و ٦.

الأرض (الرخوه، و خمسمائه فى الصلبيه) بمعنى أنه ليس للغير استنباط عين أخرى فى هذا القدر، لا المنع من مطلق الاحياء (١).
و التحديد بذلك (٢) هو المشهور روايه، و فتوى، و حدّه الجنيّد بما ينتفى معه الضرر، و مال إليه العلامه فى المختلف استضعافا
للمنصوص (٣)، و اقتصارا على موضع الضرر و تمسكا بعموم نصوص جواز الإحياء، و لا فرق بين العين المملوكه و المشترکه
بين المسلمين.

و المرجع فى الرّخاوه، و الصلابه إلى العرف (٤).

(و حریم بئر الناضح (٥)...) .

و مع ذلك ذهب ابن الجنيّد إلى أن حد ذلك بشرط عدم إضرار الثانيه بالأولى، و نفى عنه البأس فى المختلف و استظهره
الشارح فى المسالك جمعا بين ما دل على التحديد و بين ما دل على نفى الإضرار و على جواز الإحياء من غير تحديد.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (فائده هذا الحریم منع الغير من إحداث عين أخرى فى ذلك المقدار لثلا ينتقل ماء العين
الأولى إلى الثانيه، و من ثمّ اختلف باختلاف الأرض بالرّخاوه و الصلبيه) انتهى.

(١) كالزراع و الغرس و البناء.

(٢) من الألف فى الرخوه و الخمسمائه فى الصلبيه.

(٣) و فيه أنه منجبر بعمل الأصحاب.

(٤) كما هو الشأن فى تحديد المعانى للألفاظ الوارده فى لسان الشارع بعد عدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فيها و لا المتشرعيه.

(٥) و هو البئر الذى يستقى عليه للزراع و غيره، و حریمه ستون ذراعا فلا يجوز لأحد إحياء المقدار المزبور بحفر بئر أخرى أو
غيره كزراع أو شجر أو نحوهما ضروره اشتراك الجميع فى الضرر على ذى البئر المزبوره على المشهور كخبر السكونى عن أبى
عبد الله عليه السّلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم قال فى حديث: و ما بين بئر الناضح إلى بئر الناضح ستون
ذراعا) (١)، و مثله خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام ٢.

نعم المروى فى صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (حریم البئر العاديه أربعون ذراعا حولها) (٢) و فى خبر
وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السّلام (أن على بن أبى طالب عليه السّلام كان يقول: حریم البئر العاديه
خمسون ذراعا إلا أن تكون -

ص: ١٧١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥ و ٦.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات حديث ١ و ٨.

و هو (١) البعير الذى يستقى عليه للزرع، و غيره (ستون ذراعا) من جميع الجوانب، و لا يجوز احياءه بحفر بئر أخرى، و لا غيره (٢) (و) حریم بئر (المعطن (٣) و احد المعطن و هى مبارك الإبل عند الماء لتشرب قاله الجوهرى، و المراد البئر التى يستقى منها لشرب الإبل (أربعون ذراعا) من كل جانب كما مر (٤).

(و حریم الحائط مطرح آلاته (٥) من حجر، و تراب، و غيرهما على تقدير -إلى عطن أو إلى طريق، فيكون أقل من ذلك إلى خمسة و عشرين ذراعا(١) و لذا قال الشارح فى المسالك: (و نسبة البئر إلى العاديه إشاره إلى إحداه الموات، لأن ما كان فى زمن عاد و ما شابهه فهو موات غالبا، و خصّ عاد بالذكر لأنها فى الزمن الأول كان لها آثار فى الأرض فنسب إليها كل قديم، و بسبب اختلاف الروايات و عدم صحتها جعل بعضهم حریم البئر ما يحتاج إليه فى السقى منها و موضع وقوف الناضح - النازح - و الدولاب و متردد البهائم و مصب الماء، و الموضع الذى يجتمع فيه لسقى الماشيه و الزرع من حوض و غيره، و الموضع الذى يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العاده.

و قال ابن الجنيد: حریم الناضح قدر عمقها ماء، و حمل الروايه على الستين على أن عمق البئر ذلك) انتهى.

(١) أى الناضح.

(٢) و قال الشارح فى المسالك عن فائده حریم هذا البئر: (فإن فائدته منع الغير من إحياء ذلك المقدار مطلقا حتى الزرع و الشجر، لأن الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما أعد له و ما يحتاج إليه عاده) انتهى.

(٣) بكسر الطاء التى يستقى منه لشرب الإبل، و حریمه أربعون ذراعا من كل جانب، بمعنى عدم جواز إحيائه بحفر بئر أخرى و لا غيره لخبر عبد الله بن مقفل عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (من احتفر بئرا فله أربعون ذراعا حولها لعطن ماشيته) (٢)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: ما بين بئر المعطن إلى بئر المعطن أربعون ذراعا) (٣) و مثله خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام ٤.

(٤) فى بئر الناضح و العين.

(٥) حریم الحائط فى المباح مقدار مطرح آلاته من حجر و تراب و غيرهما، بلا خلاف فيه،-

ص: ١٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٨.

٢- (٢) كنز العمال ج ٣ ص ٥١٧.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٥ و ٦.

انهدامه لمسييس الحاجه إليه (١) عنده (و حریم الدار (٢) مطرح ترابها) و رمادها، و كناستها،(و ثلوجها، و مسيل مائها) حيث يحتاج إليهما (٣).

في مسلك الدخول و الخروج

(و مسلك الدخول و الخروج في صوب الباب) إلى أن يصل إلى الطريق أو المباح و لو بازورار (٤) لا يوجب ضررا كثيرا (٥)، أو بعدا (٦)، و يضم إلى ذلك (٧) حریم حائطها بما سلف، و له منع من يحفر بقرب حائطه بئرا، أو نهرا، أو يغرس شجره تضرّ بحائطه أو داره (٨)، و كذا لو غرس في ملكه، أو أرض (٩) أحيها ما -و في الجواهر: (بل في التذكرة عندنا مشعرا بدعوى الإجماع عليه نظرا إلى إمساس الحاجه إليه لو استهدم) انتهى.

و قال الشارح في المسالك: (و قيد الحریم بكونه في المباح للاحتراز من الحيطان الكائنه في الأملاك المتجاوره، فلا حریم لها) انتهى.

(١) إلى الحریم عند الانهدام.

(٢) حریم الدار مقدار مطرح ترابها و قمامتها و رمادها و ثلجها و مصب مائها و مسلك الدخول و الخروج و نحو ذلك مما تحتاج إليه عادة، على المشهور، و عن بعضهم عدم الحریم للدار، و قال في الجواهر: (و إن كنا لم نتحققه لأحد منا، و إنما هو لبعض الشافعيه، و لعل وجهه عدم الدليل عليه) انتهى، و هو منقوض بأن مثله جار في الحائط و بأن نفى الضرر يقتضى ثبوت الحریم لها.

(٣) إلى مطرح الثلوج و مسيل الماء.

(٤) الازورار الميل و العدول عن الشيء.

(٥) و مفهومه أن الضرر اليسير كالمعدوم، و الحاصل أن للدار مسلكا في الجملة سواء كان بالاستقامه أو بالتعرج غير الموجب للضرر الكثير، فلا يجوز لغيره إحياء هذا المسلك.

(٦) و هو من باب عطف الخاص على العام الذي هو الضرر.

(٧) أي حریم الدار.

(٨) أو تضرر بداره فله المنع لنفي الضرر.

(٩) عطف على (ملكه) و المعنى لو غرس في أرض أحيها بحيث تبرز أغصان الغرس لو بقى إلى المباح أو تسرى عروقه إليه لم يكن للغير أحياءه، لأنه من الحریم التابع للملك الذي يرجع فيه إلى العرف.

و عليه فلو حاول الغير الإحياء كان للغرس منعه و إن لم يكن بعد قد برزت الأغصان أو سرت العروق، فالاستعداد كاف في

إثبات الحریم بلا خلاف فیه بین من تعرض له كما فی الجواهر، ثم کل ذلك لنفی الضرر.

ص: ١٧٣

تبرز أغصانه، أو عروقه إلى المباح و لو بعد حين لم يكن لغيره (١) احيائه و للغرس منعه (٢) ابتداء (٣).

هذا (٤) كله إذا أحيأ هذه الأشياء فى الموات، أما الأملاك المتلاصقه فلا حریم لأحدها على جاره، لتعارضها (٥) فإن كل واحد منها (٦) حریم بالنسبه إلى جاره و لا أولويه، و لأن من الممكن شروعهم فى الاحياء دفعه فلم يكن لواحد على آخر حریم.

فى المرجع فى الإحياء

(و المرجع فى الإحياء إلى العرف (٧)،...

(١) أى لغير الغارس.

(٢) منع الغير من الإحياء.

(٣) و إن لم تصل الأغصان و العروق إليه.

(٤) أى ما ذكر من الحریم.

(٥) أى تعارض الأملاك بل و لعموم السلطنه.

(٦) من الأملاك.

(٧) لفظ الإحياء ورد فى الأخبار و قد تقدم بعضها، و لم تثبت له حقيقه شرعيه و لا لغويه فيرجع فيه إلى العرف كما هو الشأن فى أمثاله، و لكن بعض الأفراد محتاج إلى تنقيح لذا تعرض له الأصحاب.

و من جمله ما تعرضوا له إحياء الموات للغرس، و قال الشارح فى المسالك (و قد اختلفت عبارات الفقهاء فيما يتحقق به الإحياء لهذه المنفعه) انتهى، فالمحقق اعتبر أحد أمور: إما غرسها بالفعل و نبات غرسها و سوق الماء إليها، و إما عضد شجرها و إصلاحها بإزالة الأصول و تسويه الأرض إن كانت مستأجمه، أو بقطع المياه الغالبه عليها و تهيئتها للعماره، و ظاهره أن كل واحد من الأمور الثلاثه كاف فى الإحياء محتجا بدلاله العرف عليه، و أشكل عليه الشارح فى المسالك: و الأقوى عدم اشتراط الغرس مطلقا، و عدم الاكتفاء بكل واحد من الثلاثه على انفراده على تقدير الحاجه إليها اجمع بأن كانت الأرض مستأجمه و الماء غالبا عليها، بل لا بد حينئذ من الجمع بين قطع الشجر و دفع الماء، و إن وجد أحدهما خاصه اكتفى بزواله، و إن خليت عنهما و احتاجت إلى الماء فلا بد من تهيئته للسقى - إلى أن قال - و لو خليت عن الجميع بأن كانت غير محتاجه إلى السقى و لا مستأجمه و لا مشغوله بالماء اعتبر فى إحيائها التحجير عليها بحائظ و نحوه، و فى الاكتفاء حينئذ بغرسها مع ثبات الغرس وجه، و فى كلام الفقهاء اختلاف كثير فى اعتبار ما يعتبر -

لعدم ورود شیء معین فیہ (۱) من الشارع (كعضد (۲) الشجر) من الأرض (و قطع المياه الغالبه) علیها (۳) (و التحجير) حولها (۴) (بحائط) من طين، أو حجر (أو مرز (۵) بكسر الميم - و هو جمع التراب حول ما يريد احياءه من الأرض لیتميز عن غيره (أو مسناه) الميم - و هو نحو المرز، و ربما كان أزيد منه (۶) ترابا.

و مثله (۷) نصب القصب و الحجر، و الشوك، و نحوها حولها (۸)، (و سوق) - من ذلك، و المحصل ما ذكرناه) انتهى.

و الرجوع إلى العرف في إحياء الأرض للغرس يقتضى إزاله مانعه على تقدير وجوده، و إيجاد مقتضيه على تقدير عدمه، نعم الاكتفاء بالتحجير في إحياء الغرس إشكال بل الظاهر عدم تحقق الإحياء فيه.

و من جمله ما تعرضوا له إحياء الموات للزرع ففي الشرائع و غيره الاكتفاء بالتحجير بجمع التراب حوالیه ليفصل المحيا عن غيره و بسوق الماء إليها بساقيه أو ما شابهها، و أشكل عليه بأن التحجير تمييز للمحيا عن غيره و هو غير محقق لصدق الإحياء عرفا، و بأن سوق الماء فعلا غير شرط في صدق الإحياء.

و في الدروس اقتصر على حصول الإحياء بعضد الأشجار و التهيئه للانتفاع و سوق الماء أو اعتياد الغيث و السيح، و قال: يحصل الإحياء أيضا بقطع المياه الغالبه، و هو ظاهر في عدم الاحتياج إلى غيره، و مثله غيره مما أوجب اختلافا كثيرا في عباراتهم، و المرجع إلى العرف كما عرفت و هو يقتضى في الزرع إزاله مانعه على تقدير وجوده و إيجاد مقتضيه على تقدير عدمه كما في الغرس، نعم لا- يشترط في الإحياء فعلية الزرع و الغرس، لأن الإحياء يتحقق بالتهيئه لا بالانتفاع بالفعل، لأن استيفاء المنفعه خارج عن حد الإحياء كما أنه لا يعتبر في إحياء الدار أن يسكنها.

(۱) في الإحياء.

(۲) أي قطعه.

(۳) على الأرض الموات.

(۴) حول الأرض ليفصل المحيا عن غيره.

(۵) بكسر الميم و هو جمع التراب حواليتها.

(۶) من المرز.

(۷) و مثل الحائط و المرز و المسناه في التحجير.

(۸) حول الأرض.

(الماء) إليها حيث يحتاج إلى السقى (أو اعتياد الغيث) (١).

كل ذلك (لمن أراد الزرع و الغرس) بإحياء الأرض.

و ظاهر هذه العبارة (٢) أن الأرض التي يراد احيائها للزراعة لو كانت مشتمله على شجر و الماء مستول عليها لا يتحقق احيائها إلا بعضد شجرها و قطع الماء عنها، و نصب حائط و شبهه (٣) حولها، و سوق ما يحتاج إليه من الماء إليها إن كانت مما تحتاج إلى السقى به (٤)، فلو أخلّ بأحد هذه لا يكون إحياء، بل تحجير، و إنما جمع بين قطع الماء و سوقه إليها لجواز أن يكون الماء الذى يحتاج إلى قطعه غير مناسب للسقى بأن (٥) يكون وصوله إليها على وجه الرشح (٦) المضر بالأرض من غير أن ينفع فى السقى و نحو ذلك (٧)، فلو كان كثيرا يمكن السقى به كفى قطع القدر المضر منه (٨) و ابقاء الباقي للسقى.

و لو جعل الواو فى هذه الأشياء بمعنى لو كان كل واحد منها كافيا فى تحقيق الإحياء، لكن لا يصح فى بعضها، فإن من جملتها (٩) سوق الماء أو اعتياد الغيث، و مقتضاه (١٠) أن المعتاد لسقى الغيث لا يتوقف احيائه على شىء من ذلك (١١).

(١) حيث لا يحتاج إلى السقى.

(٢) لأنه جمع بينها بالواو الدال على الجمع بين المذكورات، و لا يحتاج الإحياء للزرع إلى هذه المذكورات إلا بما قاله الشارح.

(٣) كالمرز و المسناه و نصب القصب و الحجر حولها.

(٤) بالماء.

(٥) تفسير لعدم المناسب.

(٦) بلا جريان.

(٧) مما لا ينتفع به فى السقى.

(٨) من الماء.

(٩) أى من جملة هذه الأشياء.

(١٠) أى مقتضى أن الواو بمعنى أو.

(١١) من قطع الأشجار و قطع المياه الغالبة عليها و التحجير.

و على الأول (١) لو فرض عدم الشجر، أو عدم المياه الغالبه لم يكن مقدار ما يعتبر في الإحياء مذكورا (٢)، و يكفي كل واحد مما يبقى (٣) على الثاني (٤)، و في الدروس اقتصر على حصوله (٥) بعرض الأشجار و التهيئه للانتفاع، و سوق الماء، أو اعتياد الغيث، و لم يشترط الحائط و المسنانه، بل اشترط أن يبين الحد بمرز و شبهه، قال: و يحصل الإحياء أيضا بقطع المياه الغالبه، و ظاهره (٦) الاكتفاء به (٧) عن الباقي (٨) أجمع، و باقى عبارات الأصحاب مختلفه فى ذلك (٩) كثيرا.

و الأقوى الاكتفاء بكل واحد من الأمور الثلاثه السابقه (١٠) مع سوق الماء حيث يفتقر إليه، و إلا- (١١) اكتفى بأحدها (١٢) خاصه، هذا إذا لم يكن المانعان الأولان (١٣)، أو أحدهما موجودا، و إلا (١٤) يكتف بالباقي فلو كان الشجر مستوليا عليها و الماء كذلك لم يكف الحائط (١٥)، و كذا أحدهما (١٦) و كذا لو كان (١) بناء على أن الواو على أصلها بمعنى الجمع.

(٢) أى مذكورا فى كلام الماتن، لأن المذكورات إنما هى فى فرض وجود الشجر و المياه الغالبه.

(٣) و هو التحجير و سوق الماء أو اعتبار الغيث.

(٤) على كون الواو بمعنى (أو).

(٥) أى حصول الإحياء.

(٦) أى ظاهر المصنف فى الدروس.

(٧) بقطع المياه الغالبه.

(٨) من قطع الأشجار و التهيئه للانتفاع و سوق الماء أو اعتياد الغيث.

(٩) فى إحياء الأرض للزرع.

(١٠) من قطع الأشجار و قطع المياه الغالبه و التحجير، و السابقه فى كلام الماتن فى اللمعه.

(١١) أى و إن لم يفتقر إلى الماء.

(١٢) بأحد الأمور الثلاثه السابقه.

(١٣) من الشجر و المياه، لا يقال: إذا لم يكن شئ من المانعين الأولين موجودا فلا وجه للقول بكفايه كل واحد، بل يتعين حينئذ الثالث فقط، لأننا نقول: ليس المراد عدم وجودهما فى أول الأمر بل حين تحقق أحدهما و هذا ما أفاده الآقا جمال.

(١٤) فلو كان المانعان أو أحدهما موجودا لم يكتف بالباقي من التحجير و سوق الماء بل لا بد من رفعه أيضا.

(١٥) و كذا السوق بل لا بد من رفع المانع الموجود.

(١٦) من الشجر أو الماء.

ص: ١٧٧

الشجر (١) لم يكف دفع الماء، و بالعكس لدلاله العرف على ذلك كله.

أما الحرث و الزرع (٢) فغير شرط فيه (٣) قطعاً، لأنه (٤) انتفاع بالمحيى (٥) كالسكنى لمحيى الدار.

نعم لو كانت الأرض مهياً للزراعته، و الغرس لا- يتوقف إلا- على الماء كفى سوق الماء إليها مع غرسها، أو زرعها، لأن ذلك يكون بمنزله تميزها بالمرز، و شبهه (٦) (و كالحائط) و لو بخشب، أو قصب (لمن أراد) بإحياء الأرض (الحظيره (٧) المعده للغنم و نحوه، أو لتجفيف الثمار، أو لجمع الحطب و الخشب و الحشيش و شبه ذلك، و إنما اكتفى فيها (٨) بالحائط لأن ذلك (٩) هو المعتبر عرفاً فيها (١٠) (و) كالحائط (مع السقف (١١)...

(١) أى موجوداً لم يكف قطع الماء الغالبه.

(٢) الفعلين.

(٣) فى الإحياء للزرع.

(٤) أى لأن الحرث و الزرع.

(٥) و قد عرفت أن استيفاء المنفعة خارج عن حد الإحياء..

(٦) فلا داعى لتمييزها حينئذ بالتحجير.

(٧) إذا أراد زريبه للدواب أو حظيره لها أو لتجفيف الثمار فيها، أو لجمع الحطب و الحشيش اعتبر التحويط بقصب أو خشب أو نحوهما، و لا يشترط السقف بلا خلاف فيه بيننا و لا إشكال قضاء للعرف، و كذا لا يشترط نصب الباب للعرف كذلك.

(٨) فى الحظيره.

(٩) من التحويط.

(١٠) فى الحظيره لو أراد إحياء الأرض عند إرادتها.

(١١) من أراد السكن اعتبر التحويط مع السقف، أما التحويط بأن يحوط جميع أجزاء الدار و لو بخشب أو قصب و نحوهما و أما التسقيف و لو بعضه لتهيئاً للسكن و ليقع عليه اسم المسكن عرفاً، بلا خلاف فيه بين من تعرض له.

نعم لا- يشترط نصب الباب، لأن نصب الباب للحفظ و السكن لا تتوقف عليه و لا اسم المسكن، و بعض العامه قد اعتبره لأن العاده فى المنازل أن تكون لها أبواب، و ما لا- باب له لا يتخذ مسكناً و العرف شاهد على خلافه و كذلك بعض العامه لم يشترط السقف -

بخشب، أو عقد (١)، أو طرح (٢) بحسب المعتاد (إن أراد البيت) و اكتفى في التذكرة في تملك قاصد السكنى بالحائط (٣) المعبر في الحظيره، و غيره (٤) من الأقسام التي يحصل بها الاحياء لنوع مع قصد غيره (٥) الذي لا يحصل به (٦).

و أما تعليق الباب (٧) للحظيره و المساكن فليس بمعتبر عندنا، لأنه للحفظ لا لتوقف السكنى عليه.

القول فى المشتركات

اشاره

(القول فى المشتركات) بين الناس فى الجملة و إن كان بعضها (٨) مختصا بفريق خاص، و هى (٩) أنواع ترجع أصولها إلى ثلاثه: الماء، و المعدن، و المنافع، و المنافع سته: المساجد و المشاهد، و المدارس، و الرباط، و الطرق، و مقاعد الأسواق، و قد أشار إليها (١٠) -للنبوى (من أحاط حائطا على أرض فهى له) (١)، و لأنه لو بناها للغنم ملكها بمجرد الحائط فإذا ملكها جاز له أن يبينها دارا من غير اشتراط التسقيف لأن القصد لا اعتبار به، و نفى عنه البأس فى التذكرة، و العرف شاهد على خلافه إذ إحياء كل شىء بحسب حاله.

(١) و هو تداخل اللبن المبنى بها السقف.

(٢) بحيث يبنى السقف بعيدان يطرح عليها البوريا، ثم التراب.

(٣) أى اكتفى بالحائط.

(٤) أى غير الحائط أى و اكتفى بغير الحائط.

(٥) غير النوع المذكور.

(٦) أى الذى لا يحصل هذا الغير المقصود بذلك الإحياء، قال فى التذكرة: (لو قصد نوعا و فعل إحياء يملك به نوعا آخر، هل يفيد الملك؟ الوجه عندى ذلك، فإنه مما يملك به الحظيره لو قصدها، و هو أحد وجهى الشافعية) انتهى.

(٧) أى نصبه.

(٨) بعض المشتركات المدرسه الموقوفه على طلبه العلوم الدينيه، و الرباط الموقوف على قبيل خاص من الناس.

(٩) أى المشتركات.

(١٠) إلى المشتركات.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من کتاب إحياء الموات حديث ٣، و سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٨.

في المسجد

(فمنها المسجد (١) و في معناه المشهد (٢) (فمن سبق إلى مكان منه فهو أولى به) ما دام باقيا فيه. (فلو فارق) و لو لحاجه كتجديد طهاره أو إزاله نجاسه (بطل حقه (٣) و إن (٤) كان ناويا للعود (إلا أن يكون رحله) و هو (٥) شىء من أمتعته و لو (١) لا إشكال و لا- خلاف في أن من سبق إلى مكان منه فهو أحق به ما دام جالسا فيه، سواء كان جلوسه لأجل الصلاه أم لمطلق العباده أم لتدريس العلم و الإفتاء أم لنفس الجلوس لإطلاق مرسل الفقيه (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل) (١) و مثله غيره.

(٢) لخبر محمد بن إسماعيل عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت: نكون بمكه أو بالمدينه أو بالخيره أو المواضع التي يرجى فيها الفضل، فربما خرج الرجل يتوضأ فيجىء آخر فيصير مكانه قال: من سبق إلى موضع فهو أحق به يومه و ليلته) (٢).

(٣) فلو قام مفارقا رافعا يده عنه بطل حقه بلا خلاف فيه و لا إشكال فلو عاد و قد شغله غيره فلا حق له لزوال ولايته مع رفع يده عنه بسبب انتقاله عنه بنيه المفارقة فهو بمعنى رفع اليد عنه، و منه تعرف بطلان حقه حتى لو نوى العود إليه نعم لو قام لضروره كتجديد الطهاره و إزاله النجاسه و قضاء الحاجه فعن المحقق عدم البطلان و تابعه العلامه في التذكرة و استدلل له بالنبوى (إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد فهو أحق به إذا عاد إليه) (٣)، و مرسل الصدوق (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل) (٤)، و هما مشكلان مع قطع النظر عن السند بأنه أعم من المدعى و المحقق لا يقول به على العموم و إنما في صوره الضروره و عليه فالمخصص لهما مع عدم الضروره هو المخصص معها، و الأقوى بطلان حقه لحصول المفارقة القاضيه برفع اليد عنه.

(٤) وصلية.

(٥) أى الرحل.

ص: ١٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب أحكام المساجد حديث ١.

٣- (٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب آداب التجاره حديث ١.

سبحته (١) و ما يشدّ به وسطه، و خفه (باقيا) (٢) فى الموضوع (و) مع ذلك (٣) (ينوى العود). فلو فارق لا بنيه العود سقط حقه و إن كان رحله باقيا.

و هذا الشرط (٤) لم يذكره كثير. و هو (٥) حسن، لأن (٦) الجلوس يفيد أولويه فإذا فارق بنيه رفع الأولويه سقط حقه منها (٧)، و الرحل لا مدخل له فى الاستحقاق (٨) بمجرد (٩) مع احتمال (١٠)، لإطلاق النص (١١) و الفتوى (١٢)، و إنما تظهر الفائده على الأول (١٣) لو كان رحله لا يشغل من المسجد مقدار حاجته فى الجلوس و الصلاه، لأن ذلك (١٤) هو المستثنى (١٥) على تقدير الأولويه (١٦). فلو (١) بالضم خرزات يسبح بها كما فى مجمع البحرين.

(٢) إن قام عنه ناويا العود إليه فإن كان رحله باقيا فيه فهو أحق به لما قال فى المبسوط: (فمن سبق إلى مكان فى المسجد كان أحق به، فإن قام و ترك رحله فيه فحقه باق، و إن حوّل رحله منه انقطع حقه منه، و لا خلاف فيه، و فيه نص لنا عن الأئمه عليهم السلام) انتهى.

نعم لو ترك رحله مع عدم نيه العود فلا حق له للإعراض و رفع اليد عنه، و بقاء الرحل ليس تحجيرا حتى يثبت له حقا، و الرحل لغه ما يجعل على ظهر البعير كالسرج و ما تستصعبه من الأثاث فى السفر.

(٣) من بقاء الرحل.

(٤) و هو نيه العود فى صورته بقاء الرحل.

(٥) أى الشرط متعين فلا معنى لاستحسانه فقط.

(٦) تعليل لحسن الشرط بل لتعيينه.

(٧) من الأولويه.

(٨) أى استحقاق الأولويه.

(٩) أى مجرد الرحل.

(١٠) أى احتمال كون الرحل له مدخل فى الاستحقاق.

(١١) لا نص فى الرحل إلا ما سمعته من كلام الشيخ فى المبسوط، و هو مرسل و لم ينقل ألفاظه ليكون له إطلاق فى البين.

(١٢) باعتبار أن الكثير من الفقهاء ذكروا الرحل و لم يشترطوا نيه العود.

(١٣) أى على اعتبار نيه العود مع بقاء الرحل.

(١٤) أى كون الرحل غير شاغل من المسجد فهو المستثنى من حرمة تصرف الغير فيه على تقدير أولويه المتأخر إذا لم ينو السابق

العود.

(١٥) من حرمه تصرف الغير فيه.

(١٦) أى أولويه المتأخر لأن السابق لم ينو العود.

ص: ١٨١

كان (١) كبيرا يسع ذلك (٢) فالحق باق (٣) من حيث عدم جواز رفعه (٤) بغير إذن مالكة، و كونه (٥) في موضع مشترك كالمباح، مع احتمال سقوط حقه (٦) مطلقا (٧) على ذلك التقدير (٨) فيصح رفعه (٩) لأجل غيره (١٠) حذرا من تعطيل بعض المسجد ممن لا حق له (١١).

ثم على تقدير الجواز (١٢) هل يضمن الرجل رفعه يحتمله (١٣)، لصدق التصرف (١٤)، و عدم المنافاه بين جواز رفعه، و الضمان. جمعا بين الحقين (١٥)، (١) أى الرجل.

(٢) أى يسع مقدار حاجته فى الجلوس و الصلاة.

(٣) أى فحق السابق باق و إن لم ينو العود، لا من ناحيه بقاء الحق ببقاء الرجل فقط، لأن الكلام على تقدير بقاء الحق ببقاء الرجل مع نيه العود، و هى مفقوده هنا، بل الحق للسابق باق من ناحيه عدم جواز رفعه، لحرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(٤) رفع الرجل.

(٥) عطف على قوله (عدم جواز رفعه) و المعنى فالحق باق من حيث كون الرجل موجودا فى موضع مشترك كوجوده فى مكان مباح فلا يجوز للغير مزاحمته فى هذا المكان برفع رحله عنه.

(٦) حق السابق.

(٧) سواء كان رحله كبيرا يشغل مقدار حاجته أم لا.

(٨) أى تقدير اشتراط نيه العود فى بقاء الحق عند بقاء الرجل.

(٩) رفع الرجل.

(١٠) لأجل غير صاحب الرجل.

(١١) و من لا حق له هو المفارق مع عدم نيه العود، مع أن الحق مشروط بنيه العود و بقاء الرجل، و الأول منتف.

(١٢) أى جواز رفع الرجل.

(١٣) أى يحتمل الرفع الضمان.

(١٤) أى التصرف فى مال الغير بغير إذنه فيندرج تحت عموم (على اليد ما أخذت حتى تؤدى).

(١٥) حق صاحب الرجل فى الضمان و حق غيره فى التصرف ببعض المسجد، فيجوز رفعه مع الضمان لصاحبه.

و لعموم اليد ما أخذت حتى تؤدي، و عدمه (١)، لأنه (٢) لا حق له (٣) فيكون تفريره (٤) منه (٥) بمنزله رفعه من ملكه (٦).

و لم أجد في هذه الوجوه كلاما يعتد به، و على تقدير بقاء الحق لبقائه (٧)، أو بقاء رحله (٨) فأزعجه (٩) مزعج فلا شبهه في ائمه.

و هل يصير (١٠) أولى منه (١١) بعد ذلك (١٢) يحتمله (١٣) لسقوط حق الأول بالمفارقة (١٤)، و عدمه (١٥)، للنهي فلا يترتب عليه (١٦) حق.

(١) عطف على قوله (و يحتمله) و المعنى و الرفع الجائر يحتمل عدم الضمان.

(٢) لأن السابق الذي ترك رحله مع عدم نيه العود.

(٣) إذ الحق مبني على بقاء الرحل مع نيه العود، و هو لم ينو العود.

(٤) أى تفرير بعض المسجد.

(٥) من الرحل.

(٦) من ملك الرافع هذا و قال في الجواهر بعد نقل كلام الشارح في المسالك المتضمن لاحتمال عدم الضمان: (لا يخفى عليك ضعف الاحتمال المزبور، لما ذكرناه غير مره من أصاله الضمان مطلقا لقاعده اليد و غيرها، بل قد يقال: إن سقوط أحقيته لا يقتضى جواز التصرف فى ماله بعد أن كان وضعه بحق و لم تنحصر الصلاه فى موضع مخصوص) انتهى.

(٧) أى بقاء صاحب الحق.

(٨) مع نيه العود.

(٩) أى أزعج صاحب الحق مزعج، و أزعجه قلعه من مكانه، فلا شبهه فى إثم المزعج لإبعاد صاحب الحق عن حقه.

(١٠) أى المزعج.

(١١) من صاحب الحق.

(١٢) بعد إزعاجه.

(١٣) أى يحتمل أن يصير المزعج أولى.

(١٤) و فيه: أن المفارقة أوجبت سقوط الحق لأنها متضمنه لرفع اليد عن المكان، و هو مع الإزعاج لم يرفع اليد.

(١٥) عطف على قوله (يحتمله) و المعنى أنه يحتمل عدم صيروره المزعج أولى للنهي عن الإزعاج فلا يترتب على الإزعاج حق للمزعج، وقد عرفت أن عدم حق المزعج لعدم بطلان حق السابق بالإزعاج فتأمل.

(١٦) على الإزعاج المنهى عنه.

ص: ١٨٣

و الوجهان (١) آتيان في رفع كل أولويه، و قد ذكر جماعه من الأصحاب: أن حق أولويه التحجير لا يسقط بتغلب غيره (٢)، و يتفرع على ذلك (٣) صحه صلاه الثاني (٤)، عدمها (٥)، و اشترط المصنف في الذكرى في بقاء حقه مع بقاء الرحل أن لا يطول المكث (٦)، و في التذكرة (٧) استتقرب بقاء الحق مع المفارقه لعذر كإجابته داع، و تجديد وضوء، و قضاء حاجه، و إن لم يكن له رحل.

(و لو استبق اثنان) دفعه إلى مكان واحد (٨) (و لم يمكن الجمع) بينهما (أقرع)، لانحصار الأولويه فيهما، و عدم إمكان الجمع فهو (٩) لأحدهما إذ منعهما معا باطل، و القرعه لكل أمر مشكل مع احتمال العدم (١٠) لأن القرعه لتبيين المجهول عندنا المعين في نفس الأمر، و ليس كذلك هنا (١١).

و قد تقدم (١٢) أن الحكم بالقرعه غير منحصر في ما ذكر (١٣)، و عموم (١) من أولويه المزعج و عدمها.

(٢) و في هذا تأييد للوجه الثاني.

(٣) من أولويه المزعج و عدمها.

(٤) و هو المزعج.

(٥) أى عدم الصحه.

(٦) و إلا بطل حقه و قال في الذكرى: (و لا بأس به خصوصا مع حضور الجماعه و استلزام تجنب موضعه وجود فرجه في الصف للنهي عن ذلك، بل استثنى بعضهم ذلك مطلقا و حكم بسقوط حقه حينئذ و لا بأس به) انتهى، و قال عنه في الجواهر: (أن ذلك مجرد اعتبار لا يقتضى سقوط الحق الثابت بالدليل) انتهى.

(٧) تبعا للشرائع و قد تقدم البحث فيه.

(٨) لو استبق اثنان إلى محل مخصوص من المسجد فتوافيا إليه على حد سواء فإن أمكن الجمع بينهما بأن كان متسعا لهما جاز، و إلا فمع التعاسر يقرع بينهما، لأن القرعه لكل أمر مشكل، و من خرجت القرعه باسمه يكون بمنزله السابق.

(٩) أى المكان الواحد.

(١٠) أى عدم القرعه.

(١١) لعدم تعيين أحدهما واقعا، لعدم سبق أحدهما على الآخر.

(١٢) في كتاب العتق.

(١٣) من تعيين المجهول عندنا و هو معين في الواقع.

الخبر (١) يدفعه (٢)، و الرجوع إليها (٣) هنا (٤) هو الوجه، و لا- فرق في ذلك (٥) كله بين المعتاد لبقعه معينه، و غيره، و إن كان اعتياده لدرس و إمامه، و لا بين المفارق في أثناء الصلاة، و غيره، للعموم (٦).

و استقرب المصنف في الدروس بقاء أولويه المفارق في أثنائها (٧) اضطرارا، إلا أن يجد مكانا مساويا للأول (٨)، أو أولى منه (٩) محتجا بأنها صلاه واحده فلا يمنع من إتمامها.

و لا يخفى ما فيه (١٠).

(١) أي خبر القرعه و هو (أنها لكل أمر مشكل).

(٢) يدفع الانحصار فيما ذكر.

(٣) إلى القرعه.

(٤) في التسابق إلى مكان واحد.

(٥) من جريان القرعه عند التسابق و عدم سبق أحدهما، و هذا ما يقتضيه السياق بالنظر للكلام السابق، و لكن كلامه الآتي يستدعي تفسير قوله هنا بأنه لا فرق في أن السابق إلى مكان هو أحق به ما لم يفارقه و لو كان لضروره.

(٦) أي عموم (من سبق إلى موضع فهو أحق به) كما في مرسل محمد بن إسماعيل عن أبي عبد الله عليه السلام (١).

(٧) أي أثناء الصلاة.

(٨) أي لمكانه الأول.

(٩) أو يجد مكانا أولى من مكانه الأول.

(١٠) و وجه الضعف أن حق المفارق تابع لاستقراره بعد فرض عدم الرحل، و هو لم يستقر لأنه فارق، و إتمام الصلاة لا يتوقف على مكان الشروع إذ يمكن له إتمام الصلاة في مكان آخر من المسجد.

إن قلت مكانه الأول أقرب للعود و قد يوجب المكان الآخر بطلان صلاته.

قلت: قرب المكان الأول لا يقتضى بقاء الأولويه، مع أن بطلان صلاته لو لم يعد لا يوجب له حق الأولويه في مكانه الأول الذي فارقه.

ص: ١٨٥

(و منها (١) المدرسة، و الرباط (٢) - فمن سكن بيتا منهما)، أو أقام بمكان مخصوص (٣) (ممن له السكنى) بأن (٤) يكون متصفا بالوصف المعترف في الاستحقاق (٥)، إما في أصله (٦) بأن (٧) يكون مشتغلا بالعلم في المدرسة أو بحسب (٨) الشرط بأن (٩) تكون موقوفه على قبيله مخصوصه، أو نوع من العلم، أو المذاهب و يتصف الساكن به (١٠) (فهو (١١) أحق به (١٢) و إن تطاولت المده، إلا مع مخالفه شرط الواقف) بأن (١٣) يشترط الواقف أمدا فينتهي.

و احتمال المصنف في الدروس في المدرسة، و نحوها (١٤) الازعاج تم غرضه (١) أي من المشتركات.

(٢) ما بينى على الطرق الموقوف لرباط الخيل و الماره و النزال و الغرباء و أشباههم، و هو و المدرسه موقوفان على قبيل خاص، و من يتصف بشرط الوقف يجوز له السكن فيهما، و لو سكن في بيت فيهما فهو أحق به و لا يجوز لغيره إزعاجه بلا خلاف فيه، لأن الساكن أحد المستحقين لذلك، فإزعاجه ظلم قبيح عقلا و نقلا، و إن تطاولت مده سكناه ما لم يشترط الواقف أحدا معينا فيلزمه الخروج عند انقضائه بلا فصل و إن لم يؤمر به.

(٣) من المدرسة أو الرباط.

(٤) تفسير لمن له السكنى.

(٥) في استحقاق سكنى المدرسة و الرباط.

(٦) أصل الاستحقاق.

(٧) تفسير لاتصافه بأصل الاستحقاق.

(٨) أي مستحق بحسب شرط الواقف.

(٩) تفسير لاستحقاقه بحسب شرط الواقف.

(١٠) بالشرط.

(١١) أي المتصف بالوصف المعترف في الاستحقاق.

(١٢) بالبيت.

(١٣) تفسير لمخالفه شرط الواقف.

(١٤) مثل دار القرآن قال في الدروس: (و يحتمل في المدرسة و دار القرآن الإزعاج إذا تم غرضه من ذلك، و يقوى الاحتمال إذا ترك التشاغل بالعلم و القرآن و إن لم يشترطهما الواقف، لأن موضوع المدرسة ذلك، أما الربط فلا غرض فيه فيجوز الدوام

فيه) انتهى.

و فيه: إنه إن خرج عن الموضوع بتمام الغرض أزعج قطعاً و إلا فلا وجه للاحتمال، و أما إذا ترك التشاغل فلا بد من الخروج لفقد شرط الاستحقاق أو فقد وصفه.

ص: ١٨٦

من ذلك، وقوى الاحتمال إذا ترك التشاغل بالعلم وإن لم يشترط الواقف، لأن موضوع المدرسه ذلك (١) (و له (٢) أن يمنع من يشاركه)، لما فيها (٣) من الضرر (إذا كان المسكن) الذي أقام به (معدًا لواحد) فلو أعدّ (٤) لما فوقه (٥) لم يكن له (٦) منع الزائد عنه (٧) إلا أن يزيد (٨) عن النصاب المشروط (٩).

(و لو فارق) (١٠) ساكن المدرسه و الرباط (لغير عذر بطل حقه) سواء بقى رحله أم لا، و سواء طالت مدته المفارقه أم قصرت لصدقها (١١)، و خلو المكان الموجب (١٢) لاستحقاق غيره إشغاله.

و مفهومه (١٣): أنه لو فارق لعذر لم يسقط حقه مطلقا (١٤).

(١) أى التشاغل بالعلم.

(٢) للساكن، و هو السابق المستحق.

(٣) فى المشاركه.

(٤) أى المسكن.

(٥) أى فوق الواحد.

(٦) أى للساكن.

(٧) عن الساكن أو الواحد، و الأول أنسب.

(٨) أى يزيد الزائد عن الساكن.

(٩) من قبل الواقف.

(١٠) اعلم أنه لا يبطل حق الساكن بالخروج لحاجه كشاء مأكول و مشروب و ثوب و قضاء حاجه، و لا يلزمه تخليف أحد مكانه و لا أن يترك رحله فيه للسيره القائمه، و هى داله على بقاء المسكن تحت يده و هذا ما نص عليه العلامه فى التذكره و الشارح فى المسالك و غيرهما.

أما لو فارق المكان لغير عذر بطل حقه سواء بقى رحله أم لا، و سواء طالت مدته المفارقه أم قصرت، لأن المفارقه رفع لليد عن المسكن، و بالرفع يسقط حقه.

(١١) أى صدق المفارقه المسقطه للأولويه لرفع اليد عن المسكن.

(١٢) أى خلو المكان.

(١٣) أى مفهوم قول الماتن.

(١٤) بقى رحله أولا، طالت المده أو قصرت، عدم سقوط الحق لو فارق المكان لعذر قد نسبه المحقق فى الشرائع إلى القيل، و قال عنه فى الجواهر: (و لم نعرف القائل ممن تقدمه) انتهى، و استدل له لصدق كونه سابقا و أن ما سبق إليه ما زال فى يده و فى قبضته. -

ص: ١٨٧

و يشكل (١) مع الطول المده، و أطلق الأكثر بطلان حقه بالمفارقة.

و فى التذكرة: إنه إذا فارق أياما قليلا لعذر فهو أحق، و شرط بعضهم (٢) بقاء الرحل، و عدم طول المده.

و فى الدروس ذكر فى المسأله (٣) أوجها (٤):

زوال حقه كالمسجد. و بقاءه مطلقا (٥)، لأنه (٦) باستيلائه جرى مجرى المالك. و بقاءه (٧) إن قصرت المده، دون ما إذا طالت، لئلا يضر بالمستحقين، و بقاءه إن خرج لضروره و إن طالت المده، و بقاءه إن بقى رحله، أو خادمه، ثم استقرب تفويض الأمر إلى ما يراه الناظر (٨) صلاحا.

و الأقوى أنه (٩) مع بقاء الرحل و قصر المده لا يبطل حقه (١٠)، و بدون - فيه مع صدق المفارقة المتضمنه لرفع اليد فلا بد من سقوط حقه و لذا ذهب الأكثر إلى السقوط و هو الأقوى.

و منه تعرف ضعف ما فى التذكرة أنه لو فارق لعذر أياما قليلا فهو أحق إذا عاد.

(١) أى عدم سقوط الحق مشكل مع طول مده الغياب، و فيه: أن تخصيص الإشكال بطول المده ليس فى محله ما دام حقه قد سقط بالمفارقة بلا فرق بين طول المده و قصرها.

(٢) و هو المحقق الثانى فى جامع المقاصد حيث قال: (و الظاهر أن مفارقتة من غير أن يبقى رحله مسقط لأولويته و لو قصر الزمان جدا، كما لو خرج لغرض لا ينفك عن مثله عاد و لا يخرج فى العاده عن كونه ساكنا ففى بقاء حقه قوه) انتهى.

(٣) أى فى مسأله المفارقة.

(٤) قال فى الدروس: (لو فارق ساكن المدرسه و الرباط ففیه أوجه: زوال حقه كالمسجد، و بقاءه مطلقا، لأنه باستيلائه جرى مجرى المالك، و بقاءه إن قصرت المده دون ما إذا طالت لئلا يضر بالمستحقين، و بقاءه إن خرج لضروره كطلب تأديه مهمه و إن طالت المده، و بقاءه إن بقى رحله و خادمه، و الأقرب تفويض ذلك إلى ما يراه الناظر) انتهى.

(٥) أى بقاء حقه سواء بقى رحله أم لا، و سواء طالت المده أم لا.

(٦) أى الساكن.

(٧) أى بقاء حق الساكن.

(٨) و هو المتولى على الوقف.

(٩) أن الشأن و الواقع.

(١٠) حق الساكن لعدم تحقق رفع اليد بالمفارقة لوجود رحله، و لذا اشترط الشارح بقاء الرحل لبقاء حقه.

الرحل يبطل، إلا أن يقصر الزمان بحيث لا يخرج عن الإقامه عرفا (١).

و يشكل الرجوع إلى رأى الناظر (٢) مع إطلاق النظر (٣) إذ ليس له إخراج المستحق اقتراحا (٤) فرأيه (٥) حينئذ (٦) فرع الاستحقاق (٧) و عدمه.

نعم لو فوّض إليه (٨) الأمر مطلقا (٩) فلا إشكال.

في الطرق

(و منها (١٠) الطرق (١١) - و فائدتها) في الأصل (الاستطراق، و الناس فيها شرع (١٢) بالنسبه إلى المنفعه المأذون فيها (١٣) و يمنع من الانتفاع بها (١٤) في غير (١) فلا يبطل حقه و إن لم يبق رحله، لعدم تحقق رفع اليد عن المسكن في هذه الصوره أيضا. (٢) كما استقر به الماتن في الدروس.

(٣) أى مع إطلاق النظر إلى الناظر من قبل الواقف، و إلا لو لم يجعله متوليا للإخراج و عدمه فليس له الإخراج قطعا.

(٤) أى بدون سبب.

(٥) أى رأى الناظر.

(٦) أى حين إطلاق النظر إليه.

(٧) أى استحقاق الساكن للإخراج.

(٨) إلى الناظر، و قد فوّض إليه الأمر من قبل الواقف.

(٩) سواء استحق الساكن الإخراج أم لا.

(١٠) و من المشتركات.

(١١) فائده الطرق الأصلية الاستطراق، و الناس فيها شرع، فلا يجوز الانتفاع في الطرق بغير الاستطراق إلا ما لا يفوت به منفعه الاستطراق كالجلوس غير المضّر بالماره و المعامله و وقف الدواب للسيره على ذلك في جميع الأمصار و الإعصار.

(١٢) بفتح الراء و سكونها، قال في مجمع البحرين: (في الحديث: الغلام و الجاربه شرع سواء، هو مصدر يستوى فيه الواحد و الاثنان و الجمع و المذكر و المؤنث، و تفتح الراء و تسكن، أى متساويان في الحكم لا فضل لأحدهما على الآخر، و قوله: شرع سواء كأنه من عطف البيان، لأن الشرع هو السواء) انتهى.

(١٣) و هي الاستطراق.

(١٤) بالطرق.

ص: ١٨٩

ذلك) المذكور و هو (١) الاستطراق (مما يفوت به منفعه الماره) لا مطلقا (٢) (فلا- يجوز الجلوس) بها (٣) (للبيع و الشراء)، و غيرهما من الأعمال، و الاكوان (٤) (إلا مع السعه (٥) حيث لا ضرر) على الماره لو مروا فى الطريق بغير موضعه (٦)، و ليس لهم (٧) حينئذ (٨) تخصيص الممر بموضعه (٩) إذا كان لهم عنه مندوحه (١٠)، لثبوت الاشتراك (١١) على هذا الوجه (١٢)، و إطباق الناس على ذلك (١٣) فى جميع الأصقاع (١٤)، و لا- فرق فى ذلك (١٥) بين المسلمين و غيرهم، لأن لأهل الذمه منه (١٦) ما للمسلمين فى الجملة.

(فإذا فارق) المكان الذى جلس فيه للبيع، و غيره (بطل حقه (١٧)...

(١) أى المذكور.

(٢) أم لا تفوت به منفعه الماره فغير ممنوع.

(٣) بالطرق.

(٤) كالوقوف من دون مشى.

(٥) أى السعه على الماره.

(٦) أى موضع الجالس.

(٧) للماره.

(٨) حين جلوسه مع عدم ضرر الماره.

(٩) بموضع الجالس.

(١٠) الندح بالضم الكثره و السعه.

(١١) فى الطريق.

(١٢) بحيث كان هناك سعه للماره فلا يجوز لهم مزاحمه الجالس.

(١٣) على عدم مزاحمه الجالس لو كان هناك سعه للماره.

(١٤) الصقع بالضم الناحيه.

(١٥) فى الانتفاع بالطريق فى غير الاستطراق مما لا يضر بالماره.

(١٦) من الطريق قال في المسالك: (و في ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمه وجهان، أحدهما ذلك، لثبوت حق الاستطراق لهم فيتبعه غيره) انتهى.

(١٧) إذا قام الجالس غير المضرّ بالماره بعد استيفاء غرضه و عدم نيه العود بطل حقه و قال في الجواهر: (بل يمكن تحصيل الإجماع عليه) انتهى. و عليه فلو عاد إليه و قد سبقه سابق إليه لم يكن له دفع الثاني ضروره ثبوت الحق للثاني بسبقه. -

ص: ١٩٠

-أما لو قام و هو ينوى العود فقيلاً: كان أحق بمكانه، و فى الجواهر (و إن كنا لم نعرف القائل).

و عن الشيخ فى المبسوط و العلامه فى جملة من كتبه و الشهيد فى الدروس بقاء حقه إن ترك رحله فيه لثبوت الحق فى المسجد، و السوق مثله لما ورد فى مرسل الفقيه (قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم، فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل)(١).

و فيه: أنه مثله من ناحيه حق السبق باعتبار ذيله، و ليس من ناحيه بقاء الحق مع المفارقة.

و عن العلامه فى التذكرة أنه أحق به إلى الليل باعتبار ذيل الخبر المتقدم، و فيه: أنه غير معمول به عند الأصحاب، فلذا ذهب غير واحد كما فى الجواهر إلى عدم بقاء حقه ما دام قد فارق المكان المتضمن لرفع اليد عنه و لو نوى العود إليه سواء استوفى غرضه أم لا، و سواء كان له رحل أم لا، و سواء كان مع نيه العود أم لا، و سواء كان زمان المفارقة طويلاً أم لا، و سواء أذن الحاكم له بالجلوس أم لا.

هذا و فى الشرائع و جملة من كتب العلامه و المسالك فصّلوا بين الجلوس للاستراحة و الجلوس للبيع و الشراء، ففى الأول كان النزاع المتقدم، و فى الثانى بحثوا فى أصل الجلوس و قالوا: بجواز الجلوس للبيع و الشراء فى الرحاب المتسعة نظراً إلى العاده، و هذا قيد فى معنى عدم إضرار الماره، و عليه فلا فرق بين القسمين و لذا أشكل عليه فى الجواهر بقوله: (أشكل الفرق حينئذ بينه و بين غيره مع فرض عدم الضرر - إلى أن قال - و أوحش منه ما فى المسالك و اتباعها فى شرح المتن المزبور من أنهم اختلفوا فى جواز الجلوس للبيع و الشراء فمنعه بعضهم مطلقاً، لأنه انتفاع بالتبعه فى غير ما أعدت له فكان كالانتفاع بالوقوفات الخاصه فى غير ما عيّنت له من الجهه و المشهور التفصيل، و هو المنع من ذلك فى الطريق السلوك الذى لا يؤمن تأذى الماره به غالباً، و جوازه فى الرحاب المتسعة فى خلاله بحيث يؤمن تأذى الماره به. إذ هو - مع أن ما حكاه من القول الأول لم نعرفه لأحد من العامه و الخاصه، و قد نقل هو و غيره إجماع الناس فى جميع الإعصار على فعل ذلك مع عدم الضرر من غير فرق بين الجلوس للبيع و غيره - أن التفصيل المزبور لم نعرفه أيضاً لأحد) انتهى كلامه.

و عليه فلا معنى للتفصيل بين الجلوس للاستراحة و غيره كالبيع و الشراء بعد اتحاد المناط -

ص: ١٩١

مطلقا (١)، لأنه (٢) كان متعلقا بكونه (٣) فيه (٤) وقد زال (٥) وإن (٦) كان رحله باقيا، لاختصاص ذلك (٧) بالمسجد، و أطلق المصنف (٨) فى الدروس و جماعه بقاء حقه مع بقاء رحله، لقول أمير المؤمنين عليه السلام: «سوق المسلمين كمسجدهم» و الطريق على هذا الوجه (٩) بمنزله السوق، و لا- فرق مع سقوط حقه على التقديرين (١٠) بين تضرره بتفرق معامليه و عدمه (١١).

و احتمال فى الدروس بقاءه (١٢) مع الضرر، لأن أظهر المقاصد (١٣) أن يعرف- فى الجميع و هو الجواز مع عدم الضرر بالماره، و المنع مع الضرر.

و على كل فلو جلس للبيع و الشراء ثم قام فإن كان رحله باقيا فهو أحق به لما ذكر سابقا من الدليل، و القائلون بذلك هنا هم القائلون بذلك هناك، و قد عرفت ضعفه.

و مع عدم بقاء الرحل فإن كان ناويا للعود كان أحق به لئلا يتفرق معاملوه فيستضر، و هو قول الجوينى من العامه، و احتمله الشهيد فى الدروس إلا مع طول المفارقه فيبطل حقه لاستناد الضرر إليه.

و عن العلامه فى التذكرة بقاء حقه إلى الليل للمرسل السابق و عن غير واحد من الأصحاب بطلان حقه إذ لا سبب للاختصاص بعد مفارقتة، و ذيل المرسل لا جابر له، ثم قالوا على التفصيل هذا كله فى المستوطن و أما الجوال الذى يقعد كل يوم فى موضع من السوق فلا- إشكال فى بطلان حقه إذا فارق المكان، بل هذا خارج بنيه المفارقه فلا يدخل فى قسم ناوى العود، و لا يفتقر إلى استثناء.

(١) بقى رحله أم لا، و دخل الليل أم لا، و طال زمن المفارقه أم لا.

(٢) أى حقه.

(٣) بكون الجالس.

(٤) فى المكان.

(٥) أى زال الكون بسبب المفارقه فيزول الحق.

(٦) واصله.

(٧) من بقاء الحق ببقاء الرحل.

(٨) و إطلاقه بالنسبه إلى السوق و المسجد.

(٩) من بقاء الحق فيها ببقاء الرحل.

(١٠) مع عدم الرحل على الثانى، و مطلقا على الأول.

(١١) عدم التضرر.

(١٢) بقاء الحق.

(١٣) أى أظهر مقاصد البائع.

ص: ١٩٢

مكانه ليقصده المعاملون. إلا مع طول زمان المفارقة (١)، لاستناد الضرر حينئذ (٢) إليه.

و فى التذكرة قيد بقاء حقه مع الرحل بقاء النهار. فلو دخل الليل سقط حقه محتجا بالخبر السابق حيث قال فيه (٣): فمن سبق إلى مكان فهو أحق به إلى الليل.

و يشكل بأن الرواية تدل بإطلاقها على بقاء الحق إلى الليل، سواء كان له رحل أم لا (٤).

و الوجه بقاء حقه مع بقاء رحله ما لم يطل الزمان، أو يضر بالماره و لا فرق فى ذلك (٥) بين الزائد عن مقدار الطريق شرعا، و ما دونه (٦)، إلا أن يجوز إحياء الزائد فيجوز الجلوس فيه (٧) مطلقا.

و حيث يجوز له الجلوس (٨) يجوز التظليل عليه بما لا يضر بالماره (٩)، دون التسقيف، و بناء دكه، و غيرها (١٠)، إلا على الوجه المرخص فى الطريق مطلقا (١١) و قد تقدم (١٢). و كذا الحكم (١٣) فى مقاعد الأسواق المباحه، و لم يذكرها (١٤) (١) فيبطل حقه و إن تفرق معاملوه، لاستناد الضرر إليه.

(٢) حين طول زمان المفارقة.

(٣) أى حيث قال أمير المؤمنين عليه السلام فى الخبر.

(٤) مع أن علامه قيد بقاء الحق بقاء الرحل، هذا و قد عرفت عدم الجابر لهذا الذيل.

(٥) فى بقاء حقه بقاء رحله مع عدم طول زمان المفارقة و عدم ضرر الماره.

(٦) أى دون الزائد بأن كان الجلوس للبيع فى الطريق، و فى هذا تعريض بمن قال بحرمة الجلوس للبيع فى الطريق مطلقا و قد عرفت ما فيه سابقا.

(٧) فى الزائد المحيا و يكون ملكه بالإحياء فيجوز الجلوس فيه سواء أضرّ بالماره أم لا.

(٨) أى الجلوس فى الطريق للبيع و نحوه.

(٩) كما نص عليه غير واحد كما فى الجواهر.

(١٠) لأنه مانع من الاستطراق الذى هو المنفعة الأهليه من الطريق.

(١١) فالوجه المرخص ما لا يمنع الاستطراق، و الإطلاق لمن أراد الجلوس و غيره.

(١٢) فى أول بحث الطرق.

(١٣) أى ما قيل فى الطريق من جواز الجلوس فيه للبيع و نحوه مما لا يضرّ بالماره يجرى فى مقاعد الأسواق و هى الأماكن المعده

فى الأسواق للاستراحة، فىجوز الجلوس فىها للبع و نحوه على التفصبل المتقدم.

(١٤) أى مقاعد الأسواق.

ص: ١٩٣

المصنف هنا، و صرح في الدروس بإلحاقها (١) بما ذكر في حكم الطريق.

في المياه المباحه

(و منها (٢) المياه المباحه (٣) كميّاه العيون في المباح (٤)، و الآبار المباحه، الغيوث (٥)، و الأنهار الكبار كالفرات، و دجله، و النيل، و الصغار التي لم يجرها مجر بنيه التملك. فإن الناس فيها شرع (فمن سبق إلى اغتراف شيء منها فهو أولى به، و يملكه مع نيه التملك (٦) لأن المباح لا يملك إلا بالاحراز و النيه، و مقتضى (١) أي بإلحاق مقاعد الأسواق.

(٢) و من المشتركات.

(٣) الماء أصله الإباحه بلا خلاف فيه للنبوى (الناس شركاء في ثلاثه: النار و الماء و الكلاء) (١)، و خبر محمد بن سنان عن أبي الحسن عليه السلام (و سألته عن ماء الوادى فقال:

إن المسلمين شركاء في الماء و النار و الكلاء) (٢) و لكن قد يعرض له الملك بالاحراز في آنيه و نحوه بلا خلاف فيه، بل لعله ضرورى كما في الجواهر، و عن بعض العامه عدم الملك للماء، بدعوى أن الحيازه سبب في ملك المباحات لا المشتركات، و الخبران السابقان دالان على اشتراك الناس أو المسلمين في الماء فلا يملك بالحيازه.

و فيه: أنه ليس المراد بالشركه معناها المعروف من كون الماء ملكا للجميع و الإلزام عدم جواز التصرف فيه إلا بإذن الجميع و هو بديهى البطلان، بل المراد من الشركه هو الانتفاع به فهو من المباحات و الناس فيه شرع سواء فيشملة النبوى (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له) (٣).

و تملك الماء إما بالحيازه كما لو أحرز شيئا من الماء بآنيه مع قصد التملك فهو لمحوزه يجوز له التصرف بأنواع التصرفات من حبس و بيع و غيرهما و لا- يجب عليه بذل الفاضل منه عن حاجته من هذا الماء بلا خلاف فيه كما في الجواهر، و إما بأسباب أخرى سيأتى البحث فيها.

(٤) الذى لم يعرض له وجه مملّك.

(٥) أى الأمطار.

(٦) الحيازه مع نيه التملك سبب للملك في المباح، أما الحيازه فلما تقدم من النبوى (من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له) (٤)، و أما نيه التملك فلائنه بدونها يكون بالحيازه عابثا، و العبث مما لا أثر له في مقاصد العقلاء.

ص: ١٩٤

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من كتاب إحياء الموات حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب إحياء الموات حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من کتاب إحياء الموات حديث ٤.

العباره (١) أن الأولويه تحصل بدون نيه التملك، بخلاف الملك (٢)، تنزيلا (٣) للفعل (٤) قبل النيه منزله التحجير، و هو (٥) يشكل هنا (٦) بأنه إن نوى بالاحراز الملك فقد حصل الشرط (٧)، و إلا (٨) كان كالعابث لا يستفيد أولويه.

(و من أجرى منها) أى من المياه المباحه (نهرًا (٩) بنيه التملك (ملك الماء المجرى فيه) على أصح القولين، و حكى عن الشيخ إفادته (١٠) الأولويه خاصه استنادا إلى قوله صلى الله عليه و آله و سلم: الناس شركاء فى ثلاث: النار، و الماء، و الكلاء، و هو (١١) محمول على المباح منه (١٢) دون المملوك (١٣) اجماعا.

(١) أى عباره الماتن.

(٢) فإنه لا يحصل إلا بنيه التملك.

(٣) تعليل لحصول الأولويه بالسبق من دون نيه التملك.

(٤) من السبق و الحيازه.

(٥) أى الإحراز الموجب للأولويه.

(٦) فى المباح بخلاف الإحياء فإنه موجب للملك بدون القصد، و الشروع فيه موجب للتحجير.

(٧) أى شرط الملك و هو نيه التملك.

(٨) أى و إن لم ينو بالإحراز الملك.

(٩) إذا حفر نهرًا فى مباح أو ملك و أوصله بالنهر المباح فدخل فيه الماء فلا خلاف فى أولويه الحافر بالماء المذكور، و أنه ليس لأحد مزاحمته فيه للسقى و لا فى غيره، و لا فى ملكيته لنفس المجرى بمعنى جواز البيع و المعارضه عليه، و إنما الخلاف تملكه الماء الذى يدخل فيه فالمشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين أنه يملك الماء بهذا الحفر مع قصد نيه التملك.

و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى عدم ملك الماء بذلك، لأنه ماء مباح دخل فى ملكه فيبقى على أصل الإباحه، و للنبوى (الناس شركاء فى ثلاثه: النار و الماء و الكلاء) (١)، نعم الحافر له أولويه به.

(١٠) أى إفاده حفر المجرى مع إيصاله إلى النهر المباح.

(١١) أى النبوى المذكور.

(١٢) من الماء.

(١٣) أى دون ما إذا عرض له سبب مملك كما هو فى مفروض مسألتنا.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من کتاب إحياء الموات حديث ٢.

(و من أجرى عينا) بأن أخرجها من الأرض و أجزاها على وجهها (فكذلك) يملكها مع نيه التملك (١)، و لا يصح لغيره أخذ شيء من مائها إلا بإذنه، و لو كان المجرى جماعه ملكوه على نسبه عملهم (٢)، لا على نسبه خرجهم، إلا أن يكون الخرج تابعا للعمل. و جَوِّزَ في الدروس الوضوء، و الغسل، و تطهير الثوب (١) من حفر بئرا أو عينا بنيه التملك فإنه يختص بالبئر أو العين كالمحجر و إن وصل إلى الماء فقد ملك الماء و البئر لعموم (من سبق) بلا خلاف فيه، و لكن الشيخ في المبسوط أوجب على المالك بذل الفاضل عن حاجته إلى غيره بغير عوض، إذا احتاج الغير إليه لشربه أو شرب ماشيته لا لسقى الزرع و الشجر، نعم حاجه المالك قدرها بشربه و شرب ماشيته و زرعه، لخبر جابر عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم (أنه نهى عن بيع فضل الماء) (١)، و للنبوى الآخر (من منع فضل الماء ليمنع به الكلاء منعه الله فضل رحمته) (٢).

و هي أخبار عاميه لا جابر لها و هي أعم من المدعى، و ظاهرها النهى عن منع فضل مائه مطلقا حتى لو كان لزرع الغير و هو لا يقول به، نعم هي ظاهره في إرادته الماء المباح الذي لم يعرض له وجه مملك كميّاه الأنهار العامه و الأمطار و مياه العيون و الآبار المباحه، فإن الناس في هذه شرع سواء حتى لو دخل منها شيء في أملاك الناس لم يملكوه إلا بنيه الحيازه على تفصيل قد تقدم، و مما تقدم تعرف أن الماء أصله مباح و يملكها بالحيازه أو بحفر البئر أو العين في ملكه أو المباح، و يملك أيضا بما إذا أجرى من المياه المباحه نهرا بحيث حفر مجرى أوصله إلى الماء المباح فدخل فيه، و هذه هي أسباب تملك الماء.

(٢) لو كان الحافر أو المجرى واحدا فلا بحث و أما إذا كان جماعه فإن وسعهم على وجه لا يقع بينهم تعاسر أو لم يسعهم و لكن تراضوا على المهايه و قسمه مائه بحسب الزمن فلا بحث، و إن تعاسروا قسّم بينهم بالأجزاء بأن توضع خشبه صلبه أو صخره فيها ثقب متساويه على قدر حقوقهم في صدر الماء هذا إذا كانوا متساويين في العمل و إلا فلكل بحسب عمله، لأن الحيازه تابعه للعمل.

و عن الشيخ في المبسوط أنه مع التعاسر يقسّم بينهم على سعه الضياع التي هي لهم لا على قدر عملهم و لا نفقاتهم، لعدم ملكهم الماء و إنما هم أحق به لأجل ملكهم، فلو كان لبعضهم مائه جريب و للآخر ألف جعل للأول عشر ما للثاني، و فيه أن الماء مملوك بالعمل لا بحسب سعه الضياع فالتقسيم تابع للعمل.

ص: ١٩٦

١- (١) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٥.

٢- (٢) كنز العمال ج ٣ ص ٥١٨ رقم الحديث: ٣٩٧٥.

منه (١) عملا بشاهد الحال (٢)، إلا مع النهى (٣) و لا يجوز ذلك (٤) من المحرز في الإناء (٥)، و لا مما يظن الكراهيه فيه (٦) مطلقا (٧).

و لو لم ينته الحفر في النهر، و العين إلى الماء بحيث (٨) يجرى فيه فهو تحجير يفيد الأولويه كما مر (٩).

(و كذا) يملك الماء (من احتقن (١٠) شيئا من مياه الغيث، أو السيل) لتحقق الاحراز مع نيه التملك كإجراء النهر (١١).

و مثله (١٢) ما لو أجرى ماء الغيث في ساقيه (١٣)، و نحوها (١٤) إلى مكان بنيه التملك، سواء أحرزها (١٥) فيه (١٦) أم لا (١٧)، حتى لو أحرزها في ملك الغير و إن (١) من الماء المملوك بالحفر مع قصد التملك.

(٢) فيشمل صورته الشك في الاذن.

(٣) و معه لا معنى لشاهد الحال.

(٤) من الوضوء و الغسل و تطهير الثوب منه.

(٥) لعدم شاهد الحال فيه.

(٦) أى مما يظن كراهيه استعماله فلا يجوز الوضوء و نحوه منه إذ لا معنى لشاهد الحال مع الكراهه كما أنه لا معنى له مع النهى.

(٧) سواء محرزاً في الإناء أم في النهر أم في غيرهما.

(٨) قيد للحفر المنفى و ليس للنفى كما هو واضح.

(٩) و قد مرّ في إحياء الموات، و الحفر إحياء للعين أو البئر فالشروع فيه يفيد تحجيراً موجبا للأولويه.

(١٠) أى حبسه.

(١١) أى كمسأله من حفر نهراً في مباح و أوصله بالنهر المباح فدخل فيه الماء، فإنه يملك الماء لتحقق الإحراز مع نيه التملك، بل كل من الحفر و الاحتقان آله لتحصيل الماء المباح كالشبكة التي هي آله لحيازه السمك من البحر.

(١٢) أى و مثل الاحتقان.

(١٣) و هي النهر الصغير.

(١٤) نحو الساقيه كالقناه و الترعه بحيث أجرى ماء الغيث في هذه المذكورات إلى مكان.

(١٥) أى المياه.

(١٦) فى المكان الذى أجرى الماء إليه.

(١٧) لتحقق الإحراز بالجريان فلا داعى لإحرازها فى المكان المذكور.

ص: ١٩٧

كان غاصبا للمحرز فيه، إلا إذا أجزاها (١) ابتداء في ملك الغير فإنه (٢) لا يفيد ملكا مع احتمالاه (٣)، كما لو أحرزها في الآنيه المغصوبه بنيه التملك.

(و من حفر بئرا (٤) ملك الماء) الذى يحصل فيه (بوصوله إليه) أى إلى الماء إذا قصد التملك (و لو قصد الانتفاع بالماء و المفارقة (٥) فهو أولى به ما دام نازلا عليه) فإذا فارقه بطل حقه، فلو عاد بعد المفارقة ساوى غيره على الأقوى (٦)، و لو تجرد عن قصد التملك و الانتفاع فمقتضى القواعد السابقه (٧) عدم الملك و الأولويه معا كالعابث.

فى المعادن

(و منها (٨) - المعادن (٩) و هى قسمان: ظاهره و هى التى لا يحتاج تحصيلها (١) أى الغيوث.

(٢) أى الجريان فى ملك الغير لا يفيد ملكا، للنهى عن التصرف فى مال الغير، فلا يفيد هذا التصرف المنهى عنه ملكا، و فيه أن النهى فى المعاملات غير مفسد بعد كون الملك متوقفا على الحيازه مع نيه التملك، و الحيازه، صادقه فى هذا التصرف المنهى عنه.

(٣) أى احتمال الملك.

(٤) مثله ما لو حفر عينا، و قد تقدم البحث فيه هناك.

(٥) لو حفر بئرا أو عينا لا- بقصد التملك و إنما بقصد الانتفاع بها ما دام فى ذلك المكان فهو أحق بها مده مقامه عليها كما صرح به الشيخ و ابن إدريس و العلامه و الشهيدان و الكركى معللين بأنه لا ينقص عن التحجير بعد انتفاء الملك لعدم القصد، و عليه فلو فارق مفارقة إعراض ثم عاد ساوى غيره فمن يسبق إليها فهو أحق بالانتفاع بها بلا خلاف بين من تعرض له و لا إشكال كما فى الجواهر بناء على سقوط حقه بالإعراض نعم قيل ما قبل المفارقة يجب عليه بذل الفاضل من حاجته و لم يعرف القائل كما اعترف فى الجواهر بذلك نعم فى التذكرة قال: فالأقوى اختصاصه به، و فى الشرائع نسبه إلى القيل، و هو ضعيف إذ مقتضى تعلق حقه عدم وجوب بذل فاضله كالمملوك.

(٦) قال فى الجواهر: (بلا خلاف بين من تعرض له و لا إشكال).

(٧) السابقه فى حصول الملك و حصول الأولويه.

(٨) من المشتركات.

(٩) المعادن على قسمين: ظاهره و باطنه، أما الظاهره فهى التى لا تفتقر إلى إظهار، بمعنى عدم احتياج الوصول إليها إلى مثونه كالملاح و النفط و القارّ و الكبريت و المومياء و البرام و الكحل و غيرها مما هى ظاهره بلا عمل، و إنما السعى و العمل لأخذه، فالظاهره لا تملك بالإحياء لعدم تصور الإحياء بالحفر و نحوه بعد فرض ظهوره.

إلى طلب كالياقوت، و البرام (١) و القير، و النفط، و الملح، و الكبريت، و أحجار الزحاح، و طين الغسل، و باطنه و هي المتوقف ظهورها على العمل كالذهب، و الفضه، و الحديد، و النحاس، و الرصاص، و البلور، و الفيروزج (فالظاهره لا تملك بالإحياء) لأن إحياء المعدن إظهاره بالعمل، و هو (٢) غير متصور فى المعادن الظاهره لظهورها، بل بالتحجير أيضا (٣)، لأنه (٤) الشروع بالإحياء، و إداره الحائط إحياء للأرض على وجه لا مطلقا (٥)، بل الناس فيها (٦) شرع، الإمام و غيره.

(و لا يجوز أن يقطعها السلطان العادل (٧) لأحد على الأشهر (٨)، لاشتراك (١) بكسر الباء و هو الحجر الذى يعمل منه القدر. (٢) أى الإحياء.

(٣) أى و لا يختص بالمعادن الظاهره من حجر عليها، لأن التحجير شروع فى الأحياء و الإحياء منتف هنا فينتفى التحجير أيضا. (٤) أى التحجير.

(٥) بحيث يشمل المعادن.

(٦) فى المعاون الظاهره.

(٧) و هو المعصوم عليه السلام.

(٨) الاقتطاع أن يقتطع الإمام عليه السلام شيئا منها لأحد بخصوصه، و قد تقدم جواز إقطاع المعصوم من الأرض الموات، لأنها ملكه فيجوز له التصرف فيها كيفما شاء، و أما فى المعادن الظاهره و الطرق و مقاعد الأسواق فلا يجوز إقطاع المعصوم لأحد منها شيئا، لأنها ليست ملكه و إنما هى مما قد تعلق بها حق جميع الناس أو المسلمين.

ثم هذا مبنى على كون المعادن الظاهره من المباحات و الناس فيها شرع، و هو المشهور، و عن المفيد و سلار و حكى عن الكلينى و شيخه على بن إبراهيم و عن الشيخ أيضا بأن جميع المعادن الظاهره و الباطنه للإمام عليه السلام لخبر إسحاق بن عمار المروى فى تفسير على بن إبراهيم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأنفال فقال: هى التى خربت - إلى أن قال - و المعادن منها) (١)، و خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (سئل عن الأنفال فقال: منها المعادن و الآجام) ٢.

و فيه ضعف السند مع عدم الجابر له فضلا عن السيره المستمره فى سائر الأمصار-

ص: ١٩٩

الناس فيها (١).

و ربما قيل: بالجواز نظرا إلى عموم ولايته (٢)، و نظره.

(و من سبق إليها فله أخذ حاجته (٣) أى أخذ ما شاء و إن زاد عما يحتاج إليه، لثبوت الأحقيه بالسبق، سواء طال زمانه (٤) أم قصر.

(فإن توفيا عليها (٥) دفعه واحده (٦) (و أمكن القسمة) بينهما (وجب قسمه) - و الأعصار فى زمن تسلطهم و غيره على أخذ المعادن بدون إذنه حتى من الأرض الموات، و منه تعرف ضعف ما ذهب إليه البعض كالشارح فى الروضه و الشهيد فى الدروس من التفصيل بين المورث فى الأرض الموات فهو للإمام و بين غيره فهو من المباحات، و على كل فعلى القول الثانى بأن جميع المعادن للإمام عليه السلام يجوز أن يقطع شيئا منها لواحد بخصوصه، بعد عموم ولايته المستفاده من قوله تعالى: **أُولَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ (١)**.

(١) فى المعادن الظاهره.

(٢) أى ولايه المعصوم.

(٣) بعد ما تقدم عدم تصوّر الإحياء فى المعادن الظاهره و أنها من المباحات التى ينتفع بها كل الناس فمن سبق إليها و أخذ شيئا بقصد نيه التملك فهو له، لعموم النبوى (من سبق إلى من لم يسبق إليه مسلم فهو له) (٢)، و أما نيه التملك فقد تقدم الدليل عليها، هذا و إطلاق الأحقيه الناشئه من السابق يقتضى أخذ ما حازه و إن كان أزيد من حاجته.

(٤) أى زمان السابق.

(٥) على المعادن الظاهره بحيث تسابق اثنان فالسابق أولى بلا خلاف و لا إشكال لعموم (من سبق) المتقدم، و لكن وقع البحث فى أن السابق يأخذ بقدر حاجته و إن زاد على ما يعتاد لمثله كما عن الفاضل و الشهيدين و الكركى و هو المحكى عن المبسوط أو أنه يأخذ ما يعتاد لمثله و هو المحكى عن البعض كما فى الجواهر، و ضعف الثانى واضح بعد إطلاق الأحقيه الناشئه من السابق، نعم لو أخذ بقدر بغيته فهل يجوز أخذ الزائد عن البغيه و الحاجه لتحقيق الأولويه بالسبق، أو لا يجوز لعكوف غيره المفيد للأولويه فى الجملة، و الأصح أنه يجوز أخذ الزائد عن الحاجه ما لم يصل الأمر إلى حدّ المضارّه بالغير المسبوق.

(٦) بحيث لم يسبق أحدهما الآخر فإن أمكن أن يأخذ كل منهما حاجته دفعه أو تدريجا-

ص: ٢٠٠

١- (١) سورة الأحزاب، الآية: ٦.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من كتاب إحياء الموات حديث ٤.

(الحاصل) بينهما، لتساويهما في سبب الاستحقاق، وإمكان الجمع بينهما فيه (١) بالقسمه، وإن (٢) لم يمكن الجمع بينهما للأخذ (٣) من مكان واحد.

هذا (٤) إذا لم يزد المعدن عن مطلوبهما، وإلا- (٥) أشكل القول بالقسمه لعدم اختصاصهما به (٦) حينئذ (٧)، (وإلا) يمكن القسمه بينهما لقله المطلوب (٨)، أو لعدم قبوله لها (٩) (أقرع)، لاستوائهما في الأولويه و عدم إمكان الاشتراك، واستحاله الترجيح فأشكل المستحق فعين بالقرعه، لأنها (١٠) لكل أمر مشكل أخرجته القرعه أخذه أجمع، ولو (١١) زاد عن حاجتهما و لم يمكن أخذهما دفعه -برضاها فلا بحث، وإن لم يمكن الجمع أقرع بينهما لاستوائهما في الأولويه مع عدم إمكان الاشتراك واستحاله الترجيح فأشكل المستحق، و القرعه لكل أمر مشكل، و عليه فمن أخرجته القرعه، قدّم و يأخذ حاجته.

و قيل كما في الشرائع و التذكرة أنه ينصب الحاكم من يقسمه بينهما لاستوائهما في الاستحقاق مع انتفاء المرجح لأحدهما بالتقديم و استحسنة المحقق في الشرائع و غيره، و قيده الشارح و الماتن في المسالك و الدروس بقبول المعدن للقسمه و إلا فمع العدم فالقرعه أحسن.

(١) في الحاصل.

(٢) وصلية.

(٣) تعليل لعدم إمكان الجمع بينهما من ناحيه ضيق المكان، و مع ذلك فالقسمه لأن الحاصل قابل للقسمه بينهما مع إيفاء غرض كل منهما بالمقسوم.

(٤) أى الحكم بالقسمه بينهما.

(٥) فإن زاد.

(٦) أى لعدم اختصاص المتوافقين بالمعدن.

(٧) أى حين زيادته عن مطلوبهما، و لا وجه للإشكال لأن المدار على تقسيم الحاصل لا تقسيم جميع المعدن.

(٨) أى لقله الحاصل من المعدن فلا يفي بغرضهما، و التفريق بين المعدن الذى يفي بالغرض و غيره مما ستأتى له تتمه فانتظر.

(٩) أو لعدم قبول الحاصل للقسمه.

(١٠) أى القرعه.

(١١) شرطيه.

لضييق المكان (١) فالقرعه أيضا (٢) و إن أمكن القسمه. و فائدتها (٣) تقديم من أخرجته في أخذ حاجته (٤).

و مثله (٥) ما لو ازدحم اثنان على نهر، و نحوه (٦) و لم يمكن الجمع (٧)، و لو تغلب أحدهما على الآخر (٨) أثم و ملك هنا (٩)، بخلاف تغلبه على أولويه التحجير (١٠)، و الماء الذى لا يفى بغرضهما (١١). و الفرق: إن الملك (١٢) مع (١) فالسبب لعدم الجمع عرضى من ناحيه ضيق مكان الأخذ و ليس من ناحيه قله المطلوب أو عدم إمكان قسمته.

(٢) لأن تقديم أحدهما على الآخر فى الأخذ مشكل بعد عدم ترجيح أحدهما على الآخر و استوائها فى أصل التقديم.

(٣) أى القرعه هنا.

(٤) فى أخذ حاجته أولا.

(٥) و مثل الورود على المعدن دفعه واحده مع ضيق المكان.

(٦) مع ضيق المكان أيضا.

(٧) أى الجمع بينهما فى التقديم و الورود.

(٨) من دون الرجوع إلى القرعه، مع الزيادة عن حاجتهما.

(٩) فى المباح الذى تعلق به حق الجميع، لتحقق الحيازه الموجه للملك و إن كان آثما فى المقدمات.

(١٠) فلو حَجِر على شىء متغلبا على الآخر من دون الرجوع إلى القرعه، فالغلبه لا تفيده الملك لأن الأولويه لهما، فلو تغلب فلا يفيد التحجير حقا لتعلق حق الغير به.

(١١) بناء على أن الماء الذى لا يفى بغرضهما موجب للأولويه لهما، فلو تغلب أحدهما على الآخر فيأثم و لا يملك لتعلق حق الآخر به، بخلاف الصورة السابقه فلم يتعلق حقهما بالماء المعين فلو أخذه المتغلب قهرا ملكه بسبب الحيازه و إن كان آثما بسبب القهر و عدم الرجوع إلى القرعه. و فى هذا الفرع بتمامه إشكال و هو أن الملك تابع للحيازه فلو حاز المتغلب ملك و إن كان مأثوما فى مقدمات الحيازه و مثله القول فى التغلب على أولويه التحجير، و أما التفريق بين قله الماء و عدم إيفاء الغرض و كثرته و إيفاء الغرض مما لا يرجع إلى محصل و لذا قال فى الجواهر بعد ما عرض هذا القول من الشارح فى الروضه الذى تابع فيه المحقق الثانى فى جامع و عرض غيره من الأقوال: (و بالجمله كل ذلك مجرد تهجس لا تطابق عليه الأدله التى مقتضاها ما ذكرناه - إلى أن قال - بل المتجه أيضا ترتب الملك على الحيازه المزبوره لو قهر صاحبه فمنعه منها و إن كان ظالما) انتهى.

(١٢) أى زياده الماء عن غرضهما.

الزيادة (١) لا يتحقق (٢)، بخلاف ما لو لم يزد.

(و) المعادن (الباطنه (٣) تملك ببلوغ نيلها) و ذلك (٤) هو احيائها (٥) و ما دونه تحجير، و لو كانت (٦) على وجه الأرض (٧)، أو مستوره بتراب يسير لا يصدق معه الإحياء عرفا لم يملك بغير الحيازه كالظاهره (٨).

هذا (٩) كله إذا كان المعدن فى أرض مباحه، فلو كان فى أرض مملوكه فهو بحكمها (١٠)، و كذا لو أحيأ أرضا مواتا فظهر معدن (١١) فإنه يملكه (١٢) و إن كان (١) عند الورود دفعه، بل يبقى الماء على إباحته فمن سبق إليه ملك و إن كان آثما فى مقدمات سبق.

(٢) أى لم يزد الماء عن غرضهما فالأولويه لهما معا و قد تعلق حقهما فيه، فحيازه المتغلب لا تفيد ملكا لتعلق حق الآخر به حينئذ.

(٣) المعادن الباطنه التى لا- تظهر إلا- بالعمل كمعادن الذهب و الفضة و النحاس و الرصاص و نحوها تملك بالإحياء الذى هو العمل حتى يبلغ نيلها، بلا خلاف فيه بين من تعرض له كما فى الجواهر سواء قلنا بأنها للإمام بناء على أن جميع المعادن له لأنها من الأنفال فهى تملك بالإحياء مع إذنه أم قلنا إنها للناس بمعنى إنها من المباحات فحيازتها حينئذ بالإحياء المذكور، و منه تعرف أنها إذا كانت من الأنفال فيكفى الإحياء من دون قصد التملك، و إن كانت من المباح فتملك بالإحياء المحقق للحيازه مع قصد التملك كما هو الشأن فى ملكيه كل مباح.

(٤) أى بلوغ النيل.

(٥) و لكن مع قصد التملك لأنها من المباحات، و لذا قال فى المسالك: (و الأول منها يملك بالإحياء و هو الحفر و العمل فيه بقصد التملك إلى أن يبلغ نيله، و قبل ظهوره يكون العمل تحجيرا يفيد أولويه لا ملكا كما لو حفر بئرا فى الموات على قصد التملك فإنه إذا وصل إلى الماء ملكه و إلا فلا) انتهى.

(٦) أى المعادن الباطنه.

(٧) و كانت على وجه الأرض لسيل و نحوه.

(٨) أى كالمعادن الظاهره فإنها تؤخذ بالحيازه مع قصد التملك.

(٩) أى حكم المعادن الباطنه من ملكها بإحيائها.

(١٠) أى فالمعدن بحكم الأرض المملوكه، لأن المعدن جزء منها بلا خلاف فيه بيننا.

(١١) أى ظهر معدن باطن.

(١٢) تبعا للأرض بلا خلاف فيه، لأن المعدن جزء منها فيملك المعدن بإحياء الأرض كما يملك جميع أجزائها به، بلا فرق بين أن يعلم به حين إحيائها أو لا.

ظاهرا (١)، إلا أن يكون ظهوره سابقا على إحيائه (٢).

و حيث يملك المعدن يملك حريمه (٣)، و هو منتهى عروقه عادته، و مطرح ترابه، و طريقه، و ما يتوقف عليه عمله (٤) إن عمله عنده (٥)، و لو كان المعدن فى الأرض المختصة بالإمام عليه السلام فهو له تبعاً لها (٦)، و الناس فى غيره (٧) شرع على الأقوى. و قد تقدم الكلام فى باب الخمس.

(١) فكذلك يملكه تبعاً لملكه الأرض.

(٢) فإنه لا يملكه إلا بالحيازة، و فيه أن التفريق بين الظاهر و الباطن مشكل، بعد كون كل منهما جزءاً من الأرض، فإذا ملك الباطن بالتبعيه فيملك الظاهر أيضاً بها.

(٣) قد تقدم سابقاً فى إحياء الموات أنه لا يصح إحياء مرافق العامر و حريمه التى يرجع فيها إلى العرف المختلف باختلاف الأحوال و الأمكنه، فلذا صرح هنا غير واحد من الأصحاب بأنه إذا أحيا المعدن فهو له مع مرافقه و حريمه التى لا بد منها بحسب الحاجة، و فسرت المرافق و الحريرم بأن منتهى عروقه و مطرح ترابه و طريقه و ما يتوقف عليه عمله.

(٤) أى عمل المعدن.

(٥) عند المعدن.

(٦) أى للأرض سواء كان ظاهراً أم باطناً و قد تقدم البحث فيه.

(٧) أى غير المعدن الذى فى أرض الإمام، سواء كان ظاهراً أم باطناً و ذلك فى الأرض المفتوحة عنوه للمسلمين، و أما فى المملوكة فهو تابع للأرض بالملكه، يبقى إشكال عليه و هو أنه إذا كان المعدن تابع للأرض الموات و هو للإمام عليه السلام فكيف حكم سابقاً بكونه لمن أحيا و يندفع الإشكال أن المعدن للإمام ما دامت الأرض مواتاً أما إذا أحياها محي فتخرج عنه كونها ملكاً له عليه السلام و تصير ملكاً لمن أحياها فيملك حينئذ ما ظهر فيها من المعادن و ما بطن على تقدير ظهوره، و أما ما بطن و لم يظهر فهو باق على ملك الإمام يملكه من أحياها بالحفر فافهم.

ص: ٢٠٤

الفصل الأول - فى آله الصيد

أشاره

(الأول - فى آله الصيد يجوز الاصطيد (٢)...)...

فى آلات الصيد

(١) خصّ الكتاب بالصيد و الذبأحه لأن الحيوان المأكول يصير مذكى بطريقتين:

الأول: الذبأح و النحر و ذلك فى الحيوان المقذور عليه.

و الثانى: القتل المزهق للروح فى أى موضع كان من جسم الحيوان، و ذلك فى الحيوان غير المقذور عليه، و القتل فى القسم الثانى إنما يتم بآله الاصطيد التى هى حيوانيه أو جماديه، فالأولى الكلب المعلم و الثانى كالسهم و السيف و الرمح. نعم لم يذكر النحر تغليبا للذبأح عليه.

(٢) الاصطيد يطلق على معنيين:

المعنى الأول: إثبات اليد على الحيوان الممتنع بالأصالة، و إثبات اليد عليه رافع لامتناعه و إنما يتم إثبات اليد بآله الاصطيد مهما كانت الآله حيوانيه أو جماديه من دون تخصيص بفرد أو جنس أو صنف، إن بقى بعد ذلك على الحياه و أمكن تذكيتة بالذبأح، و هذا المعنى الأول للصيد جائز بالاتفاق بكل آله يتوصل بها من كلب أو سبع أو جارح أو سيف أو رمح أو سهم، قال تعالى: وَ إِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا (١)، و قال تعالى: أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَ طَعَامُهُ مَتَاعاً لَكُمْ وَ لِلسَّيَّارَةِ، وَ حُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرماً (٢).

ص: ٢٠٧

١- (١) سورة المائده، الآيه: ٢.

٢- (٢) سورة المائده، الآيه: ٩٦.

-المعنى الثانى: عقر الحيوان الممتنع بالأصالة بحيث يكون عقره مزهقا لروحه، و يكون بآله الصيد الحيوانيه أو الجماديه، و هذا المعنى للصيد جائز بالاتفاق، قال تعالى: يَسْئَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ، وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَ اذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ (١) و للأخبار المتواتره و سيأتى التعرض لبعضها.

نعم الصيد بالمعنى الثانى يتحقق بالكلب المعلم بالاتفاق، و اختلفوا فى غيره من جوارح الطير و السباع فالمشهور على عدم وقوع الصيد بها، لقوله تعالى: وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ (٢) فإن الجوارح عامه تشمل غير الكلب إلا- أن «مكلبين» حال من الضمير فى «علمتم»، و هو المخصص للجوارح بالكلاب، فإن المكلب هو مؤدب الكلاب، فضلا عن الأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (فى كتاب أمير المؤمنين عليه السلام فى قول الله عزّ و جلّ: وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ، قال: هى الكلاب) (٣)، و خبر أبى بكر الحضرمي عن أبى عبد الله عليه السلام (سأله عن صيد البزاه و الصقوره و الكلب و الفهد، قال: لا تأكل صيد شىء من هذه إلا ما ذكيتموه إلا الكلب المكلب، قلت: فإن قتله؟ قال: كل، لأن الله عزّ و جلّ يقول: وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَ اذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ ٤، و رواه على بن إبراهيم فى تفسيره عن سيف بن عميره مثله و زاد بقوله: (كل شىء من السباع تمسك الصيد على نفسها إلا الكلاب المعلمه فإنها تمسك على صاحبها، و قال: إذا أرسلت الكلب المعلم فاذا ذكر اسم الله عليه فهو ذكاته) (٥)، و خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (و أما خلاف الكلب مما تصيد الفهود و الصقور و أشباه ذلك فلا تأكل من صيده إلا ما أدركت ذكاته، لأن الله عزّ و جلّ قال:

مكلبين، فما كان خلاف الكلب فليس صيده بالذى يؤكل إلا أن تدرك ذكاته) (٤) و مثلها غيرها.

و عن ابن أبى عقيل حلّ صيد ما أشبه الكلب من الفهد و النمر و غيرهما، لعموم قوله-

ص: ٢٠٨

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٤.

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ١ و ٣ و ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٣.

-تعالى: وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ (١)، و لصحيح البنزطى (سأل زكريا بن آدم أبا الحسن عليه السّلام و صفوان حاضر عما قتل الكلب و الفهد فقال: قال جعفر بن محمد عليه السّلام: الفهد و الكلب سواء قدرا) (٢)، و خبز زكريا بن آدم (سألت أبا الحسن الرضا عن الكلب و الفهد يرسلان فيقتل قال: هما مما قال الله: مكليين، فلا بأس بأكله) (٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أصبت كلبا معلّما أو فهدا بعد أن تسمّى فكل ما أمسك عليك، قتل أو لم يقتل، أكل أو لم يأكل، و إن أدركت صيده فكان فى يدك حيا فذكه فإن عجل عليك فمات قبل أن تذكيه فكل) (٣).

و حملت على التقيه لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام كان أبى عليه السّلام يفتى و كان يتقى و نحن نخاف فى صيد البزاه و الصقوره، و أما الآن فإننا لا نخاف و لا يحلّ صيدها إلا أن تدرك ذكاته، فإنه فى كتاب على عليه السّلام: إن الله عز و جل قال: وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ، فى الكلاب (٤)، و خبر أبان بن تغلب (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: كان أبى يفتى فى زمن بنى أميه أن ما قتل البازى و الصقر فهو حلال و كان يتقيهم، و أنا لا أتقيهم و هو حرام ما قتل) (٤) و منه تعرف ضعف ما قاله الشارح فى المسالك عن الشيخ (و اختلف تأويل الشيخ لهذه الأخبار فتاره خصّ بها بموردها و جوّز صيد الفهد كالكلب محتجا بأن الفهد يسمى كلبا فى اللغه، و تاره حملها على التقيه، و ثالثه على حال الضروره، و لا يخفى ضعف هذه التأويلات الثلاثه) انتهى.

ثم لا- فرق فى الكلاب بين السلوقى و غيره و الأسود و غيره على المشهور لعموم الأدله المتقدمه، و عن ابن الجنيد حرّم صيد الكلب الأسود البهيم لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: الكلب الأسود البهيم لا تأكل صيده، لأن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أمر بقتله) (٥)، و هو محمول على الكراهه لضعفه عن معارضه عموم الكتاب و السنه و اتفاق الأصحاب على حل صيد الكلب مطلقا، هذا كله فى الآله الحيوانيه و أما الآله الجماديه فسيأتى البحث فيها.

ص: ٢٠٩

١- (١) سورة المائده، الآيه: ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٥ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٣.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٩ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٣ و ١٢.

٥- (٧) الوسائل الباب - ١٠ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٢.

بمعنى (١) إثبات الصيد (٢) و تحصيله (بجميع آلاته (٣) التي يمكن تحصيله (٤) بها (٥) من السيف، و الرمح، و السهم، و الكلب، و الفهد، و البازي، و الصقر و العقاب و الباشق و الشرك (٦)، و الحباله (٧)، و الشبكه (٨)، و الفخ (٩) و البندق (١٠)، و غيرها (و) لكن (لا يؤكل منها) أى من الحيوانات المصيده المدلول عليها (١١) بالاصطياد (ما لم يذكّر) بالذبح بعد إدراكه حيا (فلو أدركه) بعد رميه (ميتا)، أو مات قبل تذكيته لم يحل (إلا ما قتله (١٢) الكلب المعلم) دون غيره (١٣) على أظهر الأقوال (١٤)، و الأخبار.

فى تعليم الكلب المعلم

و ثبت تعليم الكلب بكونه (١٥) (بحيث يترسل) أى ينطلق (إذا أرسل) (١) أى المعنى الأول للاصطياد، و قد تقدم.

(٢) المراد بالصيد هنا المصيد، و المعنى إثبات المصيد بوضع اليد عليه.

(٣) أى آلات الاصطياد.

(٤) أى تحصيل المصيد.

(٥) بآلات الاصطياد.

(٦) بالتحريك حبال الصيد و ما ينصب للطير.

(٧) بضم الحاء التى يصاد بها كما فى الصحاح.

(٨) تطلق فى عرفنا على ما يصاد بها السمك.

(٩) المصيده و الجمع فخاخ كما فى القاموس.

(١٠) يعمل من حجر أو طين و يرمى به للصيد.

(١١) على الحيوانات المصيده حيث لم تذكر سابقا، و إنما ذكر المصدر.

(١٢) إشاره إلى القسم الثانى من الاصطياد، و قد تقدم معناه.

(١٣) من جوارح الطير و السباع.

(١٤) فى قبال قول ابن أبى عقيل حيث جوّز الصيد بجوارح الطير و السباع مطلقا، و فى قبال قول الشيخ حيث جوّز صيدها فى حال الضروره.

(١٥) بكون الكلب، هذا و اعلم أنه لا- خلاف و لا إشكال فى أنه يشترط فى الكلب لإباحه ما يقتله أن يكون معلّما، و قد تقدم

الدليل عليه، و لكن اعتبروا فى صيروره الكلب معلماً ثلاثه أمور حتى يتحقق الصدق العرفى للتعليم: الأمر الأول: أن يترسل بإرسال صاحبه و إشارته، و المعنى أنه إذا أغراه بالصيد هاج عليه، الأمر الثانى: أن ينزجر بزجره، هكذا أطلق الأ-كثر، إلا أن العلامه فى التحرير و الشهيد فى الدروس و الشارح فى المسالك قيدوا الانزجار بما إذا لم يكن بعد إرساله للصيد، لأنه لا يكاد ينزجر بعد الإرسال. -

ص: ٢١٠

-الأمر الثالث: أن لا يأكل مما يمسه، و في هذا الأمر الثالث اعتبار وضعين، أحدهما أنه يحفظه و لا يخليه، و الثاني أن لا يأكل منه على وجه الاعتقاد، فإن أكل منه نادرا لم يقدح في إباحه ما يقتله و في كونه معلّما و إن أكل منه ثلثه أو نصفه على المشهور بين الأصحاب للأخبار:

منها: صحيح ابن مسلم و غير واحد عنهما عليه السّلام (أنهما قالوا في الكلب يرسله الرجل و يسمّى قالوا: إن أخذه فأدرت ذكاته فذكه، و إن أدركته و قد قتله و أكل منه فكل ما بقى، و لا ترون ما يرون في الكلب)(١)، و خبر سالم الأشل (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الكلب يمسه على صيده و يأكل منه؟ فقال: لا بأس بما يأكل هو لك حلال)٢ و خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام (أنه قال في صيد الكلب: إن أرسله الرجل و سمّى فليأكل مما أمسك عليه و إن قتل، و إن أكل فكل ما بقى)٣ و مثلها غيرها كثير.

و في قبالتها أخبار تدل على عدم جواز الأكل منه لو أكل المعلّم من صيده.

منها: صحيح رفاعه (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الكلب يقتل فقال: كل، قلت: إن أكل منه؟ قال: إذا أكل منه فلم يمسه عليك و إنما أمسك على نفسه)(٤)، و موثق سماعه (سألته عما أمسك عليه الكلب المعلّم للصيد - إلى أن قال - قال: لا بأس أن تأكلوا مما أمسكها الكلب مما لم يأكل الكلب منه، فإذا أكل الكلب منه قبل أن تدركه فلا تأكل منه)٥ و مثله غيره.

و قد حملت على ما لو كان معتادا للأكل فلا يحلّ صيده بخلاف من يأكل نادرا و عليه تحمل الطائفة الأولى.

و عن الصدوقين و ابن أبي عقيل حل صيد الكلب أكل منه أم لم يأكل، و حمل العلامة في المختلف كلامهم على ما لو كان معتادا أو غيره، و على هذا الحمل فضعف القول ظاهر للجمع بين الأخبار كما تقدم، نعم في الدروس احتمال تنزيل كلامهم على الندره و حينئذ فيرتفع الخلاف في أصل المسألة.

إذا تقرر ذلك فالأمور الثلاثة المعبره في التعليم لا بدّ أن تتكرر مره بعد أخرى حتى يصدق صفه المعلّم على الكلب عرفا و لذا لم يقدر أكثر الأصحاب عدد المرات، لأن المعبر على العرف في ذلك و طباع الكلاب مختلفه، و اكتفى أبو يوسف و غيره من العامه ثلاث مرات، و بعضهم مرتين، و الأقوى الرجوع إلى العرف، و كما يعتبر التكرار في -

ص: ٢١١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٢ و ٣ و ٧.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ١٧ و ١٦.

(و ينزجر) و يقف عن الاسترسال (إذا زجر) عنه،(و لا يعتاد أكل ما يمسكه) من الصيد،(و يتحقق ذلك الوصف) و هو الاسترسال و الانزجار، و عدم الأكل (بالتكرار على هذه الصفات) الثلاث مرارا (١) يصدق بها (٢) التعليم عليه عرفا. فإذا تحقق كونا معلما حلّ مقتوله، و إن خلا عن الأوصاف (٣) إلى أن يتكرر فقدها على وجه يصدق عليه زوال التعليم عرفا، ثم يحرم مقتوله، و لا يعود (٤) إلى أن يتكرر اتصافه بها (٥) كذلك (٦) و هكذا.

(و لو أكل نادرا، أو لم يسترسل نادرا لم يقدح) فى تحقق التعليم عرفا، و لا فى زواله (٧) بعد حصوله (٨). كما لا يقدح حصول الأوصاف له نادرا (٩)، و كذا لا يقدح (١٠) شربه الدم.

فى ما يشترط عند الإرسال

(و يجب) مع ذلك (١١) بمعنى الاشتراط (١٢) أمور (١٣): (التسميه) لله تعالى من -حصول التعليم عرفا فكذا لا بد من فقد الشروط الثلاثه أو بعضها مرات حتى يحصل الزوال عرفا.

هذا من جهه و من جهه أخرى لما كان اعتياد الأكل مضرا بالتعليم فلا يضر شربه للدم، لأنه غير مقصود للصائد.

(١) قيد للتكرار من غير تقييده بعدد معين.

(٢) بالصفات الثلاث.

(٣) الثلاثه.

(٤) صدق التعليم عليه.

(٥) بالصفات الثلاث.

(٦) أى التكرار بحيث يصدق عليه التعليم عرفا.

(٧) أى زوال التعليم.

(٨) حصول التعليم، و المعنى لا يقدح فى التعليم بعد صدقه لو أكل نادرا أو استرسل نادرا، و الأنسب لو قال: لم يقدح فى تحقق التعليم عرفا و لا فى استمراره بعد حصوله.

(٩) أى كما لا يقدح فى كونه غير معلّم حصول هذه الأوصاف له نادرا.

(١٠) فى كونه معلّما.

(١١) أى مع كون الكلب معلّما.

(١٢) أى إن الوجوب يراد منه الشرطية، و المراد اشتراط حليه الصيد بالتسميه، لأن الصيد ليس بواجب حتى يجب شرطه.

(١٣) شروع فى شروط المرسل و هى أربعه، الأول: التسميه عند الإرسال، بلا خلاف فيه-

ص: ٢١٢

المرسل (عند إرساله) الكلب المعلم. فلو تركها عمدا حرم (١) و لو كان (٢) نسيانا حل (٣)، إن لم يذكر قبل الإصابه (٤)، و إلا (٥) اشترط استدراكها عند الذكر (٦) و لو مقارنة لها (٧)، و لو تركها جهلا بوجوبها (٨) ففي الحاقه بالعامد، أو الناسى -لقوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ (١)، وقوله تعالى: قُلْ أَجَلٌ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَ مَا عَلَّمْتُمْ مِنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ اللَّهُ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَ اذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ (٢)، و للأخبار.

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (من أرسل كلبه و لم يسم فلا يأكله) (٣)، و خبر القاسم بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا صاد الكلب و قد سمى فليأكل، و إذا صاد و لم يسم فلا يأكل، و هذا مما علمتم من الجوارح مكليين) (٤) و مثله غيره، و عليه فلو ترك التسميه عمدا لم يحل ما يقتله بلا خلاف فيه لتصريح صحيح الحلبي المتقدم، نعم لو ترك التسميه نسيانا فلا يضر بلا خلاف للأخبار:

منها: خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام (كل مما قتل الكلب إذا سميت عليه، فإن كنت ناسيا فكل منه أيضا، و كل من فضله) (٥)، و خبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا أرسل الرجل كلبه و نسى أن يسمي فهو بمنزله من ذبح و نسى أن يسمي، و كذلك إذا رمى بالسهم و نسى أن يسمي) (٦)، و في الفقيه بإسناده عن موسى بن بكر مثله و زاد (و حل ذلك) (٧).

(١) أي حرم أكل الصيد، و ليس المعنى أنه حرم ترك التسميه.

(٢) تركها.

(٣) أي حل أكل الصيد.

(٤) أي قبل إصابه السهم، و إصابه الكلب للمصيد.

(٥) أي و إن ذكر قبل الإصابه.

(٦) أي التذكر.

(٧) أي و لو مع مقارنة التسميه للإصابه، و هذا مبني على أن وقت التسميه من حين الإرسال إلى حين الإصابه كما هو قول في المسألة و سيأتي البحث فيه.

(٨) أي بوجوب التسميه، نعم لو ذكرها و إن لم يعتقد وجوبها فلا إشكال في الحل لعموم الأدله الداله على حل ما ذكر اسم الله عليه.

ص: ٢١٣

٢- (٢) سورة المائدة، الآية: ٤.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٥ و ١ و ٤.

٤- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٢ و ملحقه.

وجهان. من (١) أنه (٢) عامد و من (٣) أن الناس في سعه مما لم يعلموا، و ألحقه المصنف في بعض فوائده بالناسي.

و لو تعمد تركها (٤) عند الإرسال ثم استدركها قبل الإصابه ففي الإجزاء قولان (٥)، أقربهما الإجزاء، لتناول الأدله له (٦)، مثل «وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ» (٧) «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَا عَلَيْكُمْ وَ اذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ» (٨)، و قول (١) دليل لإلحاق الجاهل بالعامد فيحرم أكل ما صاده بسبب ترك التسميه، و هو ظاهر الأصحاب على ما اعترف به في الدروس كما في الجواهر.

(٢) أي الجاهل بوجوبها عامد للترك.

(٣) دليل لإلحاق الجاهل بالناسي فيحلّ أكل ما صاده بسبب تركه التسميه، و هو كالناسي، لأن الجهل عذر كعذر النسيان، و قال في الرياض: (و إلحاق الجاهل بالناسي قياس فاسد في الشريعة سيّما مع وجود الفارق بينهما بافتراق حكمهما في مواضع متعدده) انتهى.

(٤) ترك التسميه.

(٥) فعن العلامه في التحرير و القواعد و الشهيدين في الدروس و المسالك و الروضه هنا عدم اشتراط مقارنة التسميه للإرسال، بل تكفي التسميه قبل الإصابه، لإطلاق الكتاب و السنه الداله على التسميه عند الصيد من غير تعيين وقت، و لأنه إذا أجزأت التسميه عند الإرسال فالأولى أجزاؤها بعد ذلك خصوصا عند الإصابه لأنه وقت التذكيه حقيقه.

و عن الصدوق و المفيد و الشيخ و ابن زهره و ابن إدريس و غيرهم أنه يشترط مقارنة التسميه للإرسال، ففي صحيح الحذاء (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يسرح كلبه المعلم و يسمى إذا سرحه قال: يأكل ممّا أمسك عليه) (١)، و خبر الحضرمي المروي في تفسير على بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أرسلت الكلب المعلم فاذا ذكر اسم الله عليه فهو ذكاته) ٢ و مثله غيره، مؤيدا بأنه يجب أن يقارن بها فعل المرسل كما يقارن بها فعل الذابح، و المرسل لا فعل له سوى الإرسال فيجب اقتران التسميه به، و بهذه الأخبار يقيد الإطلاق السابق.

(٦) للاستدراك قبل الإصابه.

(٧) سورة الأنعام، الآية: ١٢١.

(٨) سورة المائدة، الآية: ٤.

ص: ٢١٤

الصادق عليه السّلام (١): كل ممّا قتل الكلب إذا سمّيت عليه، ولأنّه (٢) أقرب إلى الفعل المعبر في الذكاه (٣) فكان (٤) أولى. ووجه المنع (٥) دلالة بعض الأخبار على أن محلها (٦) الإرسال، ولأنّه (٧) إجماعى، وغيره (٨) مشكوك فيه (٩)، ولا عبره بتسميه غير المرسل (١٠).

(١) كما فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل ممّا قتل الكلب إذا سمّيت عليه، فإن كنت ناسيا فكل منه أيضا، و كل من فضله) (١).
هذا و يجمع الكل إطلاق أدله الكتاب و السنه على التسميه عند الصيد من غير تعيين وقت.

(٢) أى الاستدراك قبل الإصابه.

(٣) المراد منه الإزهاق و الذبح، و الفعل الموجب لذلك فى الصيد هو الإصابه.

(٤) أى الاستدراك قبل الإصابه و خصوصا عندها أولى من التسميه حين الإرسال.

(٥) أى منع الاستدراك قبل الإصابه.

(٦) محل التسميه.

(٧) أى التسميه عند الإرسال هو المتيقن فى حليه الصيد بالإجماع فغيره يبقى على أصاله التحريم فى الصيد حتى يثبت الحل، و هو هنا مشكوك.

(٨) أى و غير التسميه حال الإرسال.

(٩) فيبقى على أصاله التحريم.

(١٠) بلا إشكال و لا خلاف لظاهر الأخبار المتقدمه الداله على اعتبار التسميه من نفس المرسل، و لخصوص صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن القوم يخرجون جماعتهم إلى الصيد، فيكون الكلب لرجل منهم، و يرسل صاحب الكلب كلبه و يسمّى غيره أيجزى ذلك؟ قال: لا يسمّى إلا صاحبه الذى أرسله) (٢)، و مرسل أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يجرى أن يسمّى إلا الذى أرسل الكلب) (٣).

و مما تقدم تعرف أنه لو أرسل كلبه و سمّى فأرسل الآخر كلبه و لم يسمّ و اشترك الكلبان فى قتل الصيد لم يحلّ، لأنه صيد لسبيين، أحدهما محل و الآخر محرم، فيغلب جانب التحريم، و مثله ما لو دخل مع الكلب المرسل كلب غريب لم يرسله مرسل من غير خلاف لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألت عن قوم أرسلوا كلابهم و هى معلّمه كلها و قد سمّوا عليها فلما أن مضت الكلاب دخل فيها كلب غريب لا يعرفون-

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٤.
- ٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ١ و ٢.

و لو اشترك في قتله كلبان معلّمان اعتبر تسميته مرسلتهما. فلو تركها أحدهما لو كان أحد الكلبين غير مرسل، أو غير معلّم لم يحل (١)، و المعتبر من التسميه هنا (٢)، و في إرسال السهم، و الذبح، و النحر ذكر الله (٣) المقترن بالتعظيم، لأنه (٤) المفهوم منه (٥) كإحدى (٦) التسيّحات الأربع.

و في اللهم اغفر لي و ارحمني، أو صلّ على محمد و آله قولان (٧). أقربهما الإجزاء، -له صاحباً فاشتركت جميعها في الصيد فقال: لا يؤكل منه، لأنك لا تدري أخذه معلّم أم لا(١) و مرسل الفقيه عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا أرسلت كلبك على صيد و شاركه كلب آخر فلا تأكل منه إلا أن تدرك ذكاته) ٢ و هو دال على لابدية إرسال الكلب، فلو أرسل كلباً و شاركه كلب آخر غير مرسل لم يحل الصيد.

و كذا لو أرسل كلباً معلماً و شاركه كلب غير معلّم و لو كان مرسلًا لم يحلّ الصيد لخبر أبي عبيدة عن أبي عبد الله عليه السّلام في حديث صيد الكلب: (و إن وجدت معه كلباً غير معلّم فلا تأكل منه) ٣.

(١) أي الصيد.

(٢) في إرسال الكلب المعلّم.

(٣) التسميه هي ذكر الله تعالى بلا خلاف فيه لصحيح محمد بن مسلم (سألته عن رجل ذبح فسبح أو كبر أو هلّل أو حمد الله، قال: هذا كله من أسماء الله، لا بأس به) (٢)، و عن العلامة الاجتراء بلفظ (الله)، لصدق ذكر اسم الله عليه، و قد يناقش بأن العرف يقتضى كون المراد بالتسميه و ذكر الله ذكره بصفه كمال أو ثناء.

و لا أقل من الشك في ذلك فلا بدّ من التعظيم لأصالة عدم التذكيه.

(٤) أي الذكر المقترن بالتعظيم.

(٥) من ذكر الله.

(٦) تمثيل للذكر المقترن بالتعظيم، و هو سبحانه الله أو الحمد لله أو لا إله إلا الله أو الله أكبر.

(٧) لصدق اسم الله على قوله (اللهم) الوارد في العبارتين مع أن طلب الرحمة منه تعالى دال على تعظيمه و لذا يصح الاجتراء بواحد منهما، و قواه الشارح في المسالك، و عن الجواهر و غيره العدم لانصراف اسم الله عنه و لا أقل من الشك في ذلك فأصالة عدم التذكيه جاريه.

ص: ٢١٦

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من كتاب الصيد و الذبائح حديث ٢ و ٣ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الذبائح حديث ١.

دون ذكر الله مجردا (١)، مع احتمالاه (٢)، لصدق الذكر، و به (٣) قطع الفاضل.

و فى اشتراط وقوعه (٤) بالعربيه قولان (٥). من (٦) صدق الذكر، و تصريح (٧) القرآن باسم الله العربى.

و الأقوى الإجزاء، لأن المراد من الله تعالى فى الآيه الذات، لا الاسم.

و عليه (٨) يتفرع ذكر الله تعالى بأسمائه المختصه به (٩) غير الله.

فعلى الأول (١٠) يجزى (١١)، لصدق الذكر، دون الثانى (١٢)، و لكن هذا (١٣) مما لم ينبهوا عليه (و أن يكون المرسل مسلما

(١٤)، أو بحكمه (١٥) كولد المميز غير (١) أى مجردا عن التعظيم.

(٢) أى احتمال الإجزاء بذكر اسم الله مجردا عن التعظيم.

(٣) أى و بالإجزاء.

(٤) أى وقوع ذكر الله.

(٥) قال الماتن فى الدروس: (و فى إجزاء التسميه بغير العربيه نظر من صدق الذكر و تصريح القرآن باسم الله، و قطع الفاضل بالإجزاء) انتهى. فمن لم يشترط العربيه اكتفى بصدق الذكر، و بأن المقصود من الله تعالى شأنه من الآيه هو الذات المقدسه لا اسمه فيجزى ذكر أى اسم من أسمائه المختصه أو الغالبه بأى لغه اتفقت و من اشترط العربيه تمسك بأصالة عدم التذكيه عند الشك فى الحليه عند ذكر الله بغير العربيه، و أما الاستدلال بتصريح القرآن باسم الله العربى على الصيد فهو كما ترى، لأن لغه القرآن عربيه.

(٦) دليل لعدم اشتراط العربيه.

(٧) دليل اشتراط العربيه.

(٨) أى و على أن المراد من الآيه هو الذات لا الاسم.

(٩) أو الغالبه عليه كما نصّ على ذلك فى المسالك.

(١٠) من كون المراد من الله فى الآيه هو الذات.

(١١) أى يجزى التسميه باسمه المختص غير لفظ (الله).

(١٢) و هو كون المراد من الله فى الآيه هو الاسم.

(١٣) أى المراد من الآيه مع التفرع عليه.

(١٤) الشرط الثاني من شروط المرسل أن يكون مسلماً على المشهور، لأن الإرسال نوع من التذكية و ستعرف اشتراط الإسلام في المذكى على الخلاف الآتى هناك، و الخلاف فى صيد المخالف كالفلاف فى تذكته و سياتى البحث فىه.

(١٥) أى بحكم المسلم كغير البالغ الملحق بالمسلم، نعم لا يحلّ صيد غير المميّز و المجنون لعدم القصد منهما مع أن القصد شرط كما ستعرفه فى الذبح.

ص: ٢١٧

البالغ ذكرا كان، أو أنثى. فلو أرسله الكافر لم يحل و إن سمى، أو كان ذميا على الأصح، و كذا الناصب من المسلمين و المجسم أما غيرهما من المخالفين ففي حل صيده الخلف الآتى فى الذبيحه، و لا يحل صيد الصبى غير المميز، و لا المجنون، لاشتراط القصد، و أما الأعمى فإن تصور فيه قصد الصيد حل صيده، و إلا فلا.

(و أن يرسله للاصطياد (١) فلو استرسل من نفسه، أو أرسله لا للصيد فصادف صيدا فقتله لم يحل و إن زاده (٢) اغراء. نعم لو زجره فوقف ثم أرسله حل (٣).

(و أن لا يغيب الصيد) عن المرسل (و حياته مستقره (٤)...

(١)الشرط الثالث من شروط المرسل أن يرسل الكلب المعلم للاصطياد، فلو استرسل من نفسه لم يحل مقتوله بلا خلاف لخبر القاسم بن سليمان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن كلب أفلت و لم يرسله صاحبه فصاد، فأدركه صاحبه و قد قتله أ يأكل منه؟ فقال: لا) (١).

(٢) أى صاحب الكلب زاد كلبه إغراء بعد ما استرسل الكلب من نفسه و صادف صيدا.

(٣) لو استرسل الكلب من نفسه فزجره صاحبه عقيب الاسترسال فوقف ثم أرسله حل مقتوله بلا خلاف، لأن الاسترسال الأول قد انقطع بوقوفه، و صار الثانى إرسالا مستأنفا، كالمبتدأ الواقع بعد إرسال سابق قد انقضى.

(٤)الشرط الرابع من شروط المرسل أن لا- يغيب الصيد عنه و حياته مستقره، بلا- خلاف فيه، و إلا لو غاب عن عينه و حياته مستقره ثم وجده مقتولا أو ميتا لم يحل لاحتمال أن لا يكون القتل بسبب الكلب المعلم، سواء وجد الكلب واقفا عليه أو بعيدا منه.

و عليه فالمدار على العلم باستناد القتل إلى عقر الكلب و عدمه، فإن علم أن موت الصيد بسبب عقر الكلب فيحل أكله و لو غاب عن عين المرسل، و إن لم يعلم فلا يحل كما لو عقره الكلب و كانت حياه الصيد مستقره و قد غاب عن عين المرسل ثم وجده مقتولا فلا يعلم أن موته بسبب عقر الكلب فلذا لا يحل أكله بالإضافة إلى النصوص الواردة فى السهم.

منها: صحيح حريز (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرميه يجدها صاحبها من الغد أ يأكل منه، قال: إن علم أن رميته هى التى قتلتها فليأكل، و ذلك إذا كان قد سمى) (٢)، و خبر-

ص: ٢١٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الصيد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصيد حديث ٢.

بأن (١) يمكن أن يعيش و لو نصف يوم، فلو غاب كذلك (٢) لم يحل، لجواز استناد القتل إلى غير الكلب، سواء وجد الكلب واقفا عليه أم لا، و سواء وجد فيه أثرا غير عَضِّ الكلب أم لا، و سواء تشاغل (٣) عنه أم لا.

و أولى منه (٤) لو تردى من جبل، و نحوه (٥) و إن لم يرغب، فإن (٦) الشرط موته بجرح الكلب، حتى لو مات بإتاعبه (٧)، أو غمه لم يحل.

نعم لو علم انتفاء سبب خارجي (٨)، أو غاب بعد أن صارت حياته غير مستقره و صار في حكم المذبوح، أو تردى كذلك (٩) حلّ (١٠). و يشترط مع -سماعه (سألته عن رجل رمى حمار وحش أو ظبيا فأصابه، ثم كان في طلبه فوجده من الغد و سهمه فيه؟ فقال: إن علم أنه أصابه و أن سهمه هو الذى قتله فليأكل منه، و إلا فلا يأكل منه) (١١).

و أولى منه ما لو غاب عن عينه و حياته غير مستقره بأن كان الكلب قد عقره و أخرج حشوه و أفنق قلبه و قطع حلقومه، ثم وجده مقتولا، فالعلائم المذكوره موجهه للعلم العادى باستناد القتل إلى عقير الكلب فيحلّ أكله.

(١) تفسير لاستقرار الحياه.

(٢) أى و حياته مستقره.

(٣) أى الكلب.

(٤) أى و أولى بعدم الحليه من الفرع السابق فرع آخر و هو ما لو تردى من جبل بعد عقير الكلب فمات فلا- يحلّ أكله، للقطع باستناد الموت إلى التردى و إن كان العقير مؤثرا أيضا.

(٥) كما لو وقع فى بئر.

(٦) تعليل لعدم الحليه فيما لو تردى.

(٧) أى بسبب إتاع الكلب له من دون جرح.

(٨) بحيث قطع بعدم سبب خارجي للقتل و قد مات بعد جرح الكلب له فيعلم أن قتله بسبب الجرح و هذا موجب للحليه و إن غاب عن العين و كانت حياته مستقره حين الغيوبه.

(٩) أى بعد أن صارت حياته غير مستقره و صار في حكم المذبوح.

(١٠) للقطع باستناد القتل إلى الجرح فقط.

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصيد حديث ٣.

ذلك (١) كون الصيد ممتنعا (٢)، سواء كان وحشيا أم أهليا. فلو قتل غير الممتنع من الفروخ، أو الأهليه لم يحل.

في الصيد بالرمح، و السهم و غيرهما

(و يؤكل أيضا) من الصيد (ما قتله السيف (٣)، و الرمح، و السهم و كل ما فيه) (١) أي مع الشروط المتقدمه في المرسل و في الكلب.

(٢) اعلم أن الحيوان المقذور لا يحل إلا بالذبح أو النحر على ما يأتي تفصيله، و أما الحيوان غير المقذور عليه بأن كان متنفرا متوحشا فجميع أجزائه مذبح ما دام على توحشه و هو محل اتفاق بين المسلمين كما في المسالك، و عليه فلو قتل بالسهم أو الرمح أو بعقر الكلب فهو ذكاته.

نعم لو صار الوحشى مستأنسا لا يحل بشيء منهما و تتعين تذكيتة بالذبح أو النحر، لأنه مقذور عليه.

و لو توحش الإنسى أو تردى فى البئر و شبهها و يتعذر نحره أو ذبحه فإنه كالوحشى يحل أكله بالقتل بواسطه سهم أو رمح أو سيف أو عقر الكلب بلا خلاف فيه بيننا للأخبار.

منها: صحيح الحلبي (قال أبو عبد الله عليه السلام فى ثور تعاصى فابتدره قوم بأسيافهم و سموا فأتوا عليا عليه السلام فقال: هذه ذكاه و حيّه - أى سريعه -، و لحمه حلال) (١)، و خبر أبي البخترى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام (أن عليا عليه السلام قال: إذا استصعبت عليكم الذبيحه فعرقبوها، و إن لم تقدرُوا أن تعرقبوها، فإنه يحلها ما يحل الوحش) (٢)، و مثلها غيرها كثير. نعم لو كان الوحش غير ممتنع كفرخه فلا يحل صيده بالمعنى المتقدم و يشهد له بالإضافه إلى عدم امتناعه خبر الأفلح (سألت على بن الحسين عليه السلام عن العصفور يفرخ فى الدار، هل تؤخذ فراخه؟ فقال: لا، إن الفرخ فى وكرها فى ذمه الله ما لم يطر، و لو أن رجلا رمى صيدا فى وكره فأصاب الطير و الفراخ جميعا فإنه يأكل الطير و لا يأكل الفراخ، و ذلك أن الفراخ ليس بصيد ما لم يطر، و إنما تؤخذ باليد، و إنما يكون صيدا إذا طار) (٢).

(٣) شروع فى الآله الجماديه فى الصيد، و هى ما اشتمل على نصل كالسيف و الرمح و السهم للأخبار الكثيره.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (كل من الصيد ما قتل السيف -

ص: ٢٢٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٩.

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الصيد حديث ١.

(نصل) من حديد، سواء خرق (١) أم لا- (٢) حتى (٣) لو قطعه بنصفين اختلفا أم اتفقا تحركا أم لا- حلاً، إلا أن يكون ما فيه الرأس مستقر الحياه فيذكى (٤) و يحرم الآخر (٥). (و المعراض (٦) و نحوه من السهام المحدده التي لا نصل فيها (إذا خرق) -و الرمح و السهم(١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصيد يضربه الرجل بالسيف أو يطعنه بالرمح أو يرميه بسهم فيقتله و قد سمى حين فعل؟ فقال عليه السلام:

كل، لا بأس به)٢، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (من جرح صيدا بسلاح و ذكر اسم الله عليه ثم بقى ليله أو ليلتين لم يأكل منه سبع، و قد علم أن سلاحه هو الذى قتله فليأكل منه إن شاء)٣.

و الصحيح الأخير ظاهر فى أن المدار على السلاح و هو الحديد المشتمل على نصل سواء كان من الثلاثه المذكوره و هى السيف و الرمح و السهم أو من غيرها كالخنجر و السكين، هذا من جهه و من جهه أخرى فمقتضى النصوص المتقدمه حل المقتول بالسلاح المذكور و إن لم يجرحه كما لو رماه بسهم فأتاه معترضا فقتله، و قد ادعى عليه فى المسالك إجماع الأصحاب، و قد صرح بذلك فى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن الصيد يرميه الرجل بسهم فيصيبه معترضا فيقتله، و قد كان سمى حين رمى و لم تصبه الحديده، قال: إن كان السهم الذى أصابه هو الذى قتله فإذا رآه فليأكل)٢.

(١) أى خرق اللحم.

(٢) كما لو أتاه السهم معترضا فقتله.

(٣) متعلق بأصل المسأله لا بالتعميم من جهه الخرق و غيره و على كل فلو قدّه بالسيف نصفين حلا، سواء تحركا حركه المذبوح أم لا، بلا خلاف فيه لموثق غياث عن أبي عبد الله عليه السّلام (فى الرجل يضرب الصيد فيجد له بنصفين، قال عليه السّلام: يأكلهما جميعا، و إن ضربه فأبان منه عضوا لم يأكل منه ما أبان منه، و أكل سائر)٣.

(٤) لعدم إزهاق روحه بالآله الجماديه فتتصرف تذكيره بالذبح أو النحر.

(٥) لأنه مقطوع من حى فيكون ميته.

(٦) عطف على السيف و الرمح و السهم و كل ما فيه نصل، هذا و اعلم أن الآله الجماديه إما أن تكون سلاحا و هو الحديد الذى فيه نصل كالسيف و الرمح و السهم، و إما أن تكون الآله خاليه عن النصل و لكنها محدده تصلح لخرق اللحم، و إما أن تكون مثقله تقتل -

ص: ٢٢١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الصيد حديث ٢ و ٣ و ١.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الصيد حديث ٢.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الصيد حديث ١.

(اللحم) فلو قتل معترضا لم يحل (١) دون المثلث كالحجر، و البندق فإنه لا يحل و إن خرق و كان البندق من حديد.

و الظاهر أن الدبوس (٢) بحكمه (٣) إلا أن يكون (٤) محمدا بحيث يصلح -بثقلها كالحجر و الخشب غير المحدده.

أما ما فيه نصل فقد تقدم الكلام فيه، و أما الخالي عن النصل و لكنه محدد، كالمعراض الذى هو خشبه لا نصل فيها إلا أنها محدده الرأس ثقيله الوسط و كذا السهم الذى لا نصل فيه و لكنه حاد الرأس فيحل المقتول به بشرط أن يخرقه بأن يدخل فيه يسيرا و يموت بذلك، فلو لم يخرق فلا يحل بلا خلاف فى ذلك لصحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا رميت بالمعراض فخرق فكل، و إن لم يخرق و اعترض فلا تأكل) (١).

و أما القسم الثالث و هو المثلث الذى يقتل بثقله كالحجر لا يحل مقتوله مطلقا سواء خدش أو لا للأخبار:

منها: صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (عما قتل الحجر و البندق أ يؤكل؟ قال: لا) (٢) و مثلها غيرها كثير و المتحصل أن الآله إذا كانت مشتمله على نصل كالسيف أو كانت خاليه عنه و لكنها محدده الرأس تصلح للخرق حل الصيد و إلا- فلا، نعم عن بعض المتأخرين حل الصيد بكل سلاح و إن لم يكن فيه نصل كالسلاح المتعارف فى عصرنا تمسكا بعموم صحيح محمد بن قيس المتقدم عن أبي جعفر عليه السلام (من جرح صيدا بسلاح و ذكر اسم الله عليه ثم بقى ليله أو ليلتين لم يأكل منه سبع، و قد علم أن سلاحه هو الذى قتله فليأكل منه إن شاء) (٣).

و له وجه لو لا تقييد الجرح بالسلاح الدال على أن المراد من السلاح ما كان جارحا و هو لا يشمل ما ليس له نصل، بالإضافة إلى أصالة الحرمة و عدم التذكية فى غير المتيقن، و المتيقن هو ما لو قتل بجرح ما فيه نصل، أو ما كان رأسه محمدا و عليه فإذا كان رأس البندق الذى يقذفه السلاح المتعارف محمدا، فلا بد من القول بالحل و إلا فلا.

(١) بخلاف ما فيه النصل فالصيد حلال لو قتله معترضا من دون خرق كما تقدم.

(٢) و هو عصا من حديد.

(٣) بحكم البندق.

(٤) الدبوس.

ص: ٢٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من كتاب الصيد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من كتاب الصيد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من كتاب الصيد حديث ١.

للخرق (١) و إن لم يخرق (٢).

فى التسميه و القصد و الإسلام

(كل ذلك مع التسميه (٣) عند الرمى، أو بعده (٤) قبل الإصابه (٥)، و لو تركها (٦) عمدا أو سهوا، أو جهلا فكما سبق (و القصد (٧) إلى الصيد فلو وقع السهم من يده فقتله، أو قصد الرمى لا له (٨) فقتله، أو قصد خنزيرا فأصاب ظيبا، أو ظنه خنزيرا فبان ظيبا لم يحل (٩).

نعم لا يشترط قصد عينه (١٠) حتى لو قصد فأخطأ فقتل صيدا آخر حلّ.

و لو قصد محلّلا و محرما حلّ المحلّل.

(و الإسلام) أى إسلام الرامى، أو حكمه (١١) كما سلف (١٢) و كذا يشترط (١) و قد خرق الصيد فيحل حينئذ.

(٢) أى لم يخرق اللحم بل قطعه نصفين فيحل الصيد لتحقق الخرق المعترف.

(٣) اشتراط التسميه عند الإرسال بلا خلاف فيه لما تقدم فى صيد الكلب المعلم.

(٤) بعد الرمى.

(٥) الخلاف فيه كالخلاف فى التسميه بعد إرسال الكلب المعلم و قبل الإصابه لاشتراك الأدله، و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) أى التسميه.

(٧) من الأمور المعترفه فى حل الصيد قصده حين إرسال الكلب أو السهم، فلو رمى سهمها فى الهواء فاعترض صيدا فقتله من غير قصده لم يحلّ، و كذا لو أرسل كلبه كذلك، و لو سمى حين الإرسال، نعم لو أرسل كلبه أو سهمه على صيد معين فقتل غيره حلّ لتحقق القصد إلى الصيد، إذ المعترف هو القصد إلى جنس الصيد لا القصد إلى صيد معين بخصوصه، و الذى يدل على اعتبار القصد المذكور خير عبّاد بن صهيب (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل سمى و رمى صيدا فأخطأه و أصاب آخر قال عليه السّلام: يأكل منه) (١)، و الاستدلال ضعيف إلا أن المسأله إجماعيه عندهم.

(٨) أى لا للصيد.

(٩) لعدم تحقق القصد إلى الصيد.

(١٠) عين الصيد بل يكفى القصد إلى جنس الصيد.

(١١) و هو المحكوم بإسلامه بالتبعيه كالصبي و المجنون.

(١٢) فى صيد الكلب لاتحاد الدليل و قد تقدم.

ص: ٢٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من كتاب الصيد حديث ١.

موته بالجرح (١)، و أن لا يغيب عنه (٢) و فيه حياه مستقره، و امتناع (٣) المقتول كما مر (٤).

في ما لو اشترك آلتا مسلم و كافر

(و لو اشترك فيه (٥) آلتا مسلم و كافر) أو قاصد (٦) و غيره، أو مسم (٧)، و غيره. و بالجمله فآله جامع للشرائط، و غيره (٨) لم يحل (٩) إلا أن يعلم أن جرح المسلم (١٠) و من بحكمه (١١) (أو كلبه) لو كانت الآله كليين فصاعدا (هو القاتل) خاصه و إن كان الآخر (١٢) معينا على إثباته (١٣) (و يحرم الاصطياد بالآله المغصوبه (١٤) لقبح التصرف في مال الغير بغير إذنه، (و) لكن (لا يحرم الصيد) (١) أي الجرح المستند إلى الآله الجماديه.

(٢) أي لا يغيب الصيد عن عين الرامي.

(٣) من جمله الشروط أن يكون الحيوان ممتنعا بالأصالة كالوحشى.

(٤) سابقا عند الكلام في صيد الكلب.

(٥) في الصيد.

(٦) أي اشترك في الصيد آلتا قاصد و غير قاصد.

(٧) بحيث اشترك في الصيد آلتا مسمّ و غير مسمّ.

(٨) أي و آله غير جامع للشرائط.

(٩) أي لم يحل الصيد، لأنه يشترط في الحليه إسلام الرامى و قصده و تسميته، و هى مفقوده في المقام.

(١٠) بشرط التسميه و القصد.

(١١) كالتابع له من صبى أو مجنون.

(١٢) و هو غير المسلم أو غير القاصد أو غير المسمّى.

(١٣) أي إثبات الصيد بمعنى وضع اليد عليه.

(١٤) يحرم الاصطياد بالآله المغصوبه سواء كانت سلاحا أو كلبا، بلا خلاف، لأنه تصرف في مال الغير و هو منهى عنه بالاتفاق، و لكن لا يحرم الصيد لإطلاق الأدله ضروره كون الصيد من المعامله التى تجامع المحرّم كالذبح بالآله المغصوبه، نعم على الغاصب أجره المثل للمالك للتصرف في مال الغير بغير إذنه، و الصيد للصائد لا لمالك الآله، لأن الصيد من المباحات التى تملك بالمباشره المتحققه من الغاصب و إن حرم استعماله للآله خلافا لبعض العامه حيث ذهب إلى أن صيد الكلب المغصوب

للمالك كصيد العبد المغصوب، وهو قياس مع الفارق ضروره كون العبد أهلا للقصد فصيده لمالكه دون الكلب الذي لا قصد منه وإنما القصد من الصائد فالصيد له.

ص: ٢٢٤

(بها) و يملكه الصائد (و عليه أجره الآله)، سواء كانت كلبا أم سلاحا.

(و يجب عليه غسل موضع العضه) من الكلب (١) جمعا بين نجاسه الكلب، و إطلاق الأمر بالأكل.

و قال الشيخ: لا يجب، لإطلاق الأمر بالأكل منه (٢) من غير أمر بالغسل، و إنما يحل المقتول بالآله مطلقا (٣) إذا أدركه (٤) ميتا، أو في حكمه (٥).

في ما لو أدرك ذو السهم، أو الكلب الصيد و حياته مستقره

(و لو أدرك ذو السهم (٦)، أو الكلب (٧) الصيد (٨)...

(١) إذا عض الكلب صيدا كان موضع العضه نجسا لأن الكلب نجس العين و قد لاقى الصيد برطوبه فيجب غسل موضع العض جمعا بين الأمر بالأكل منه و بين غسل ما لاقاه الكلب برطوبه، و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط الحكم بالطهاره و عدم وجوب الغسل، لإطلاق قوله تعالى: فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَيْتُمْ كُنَّ عَلَيْكُمْ (١)، و لم يأمر بالغسل، و هو مذهب بعض العامة، و عن بعض آخر أنه نجس و لكن لا- يجب تطهيره لأنه عفو لمكان الحاجه و عسر الاحتراز، و فيه منع العسر و الاحتياج، و إطلاق الآيه لحل الأكل من حيث الحليه كصيد، لا- من حيث الطهاره كملاقي نجس العين، كقوله تعالى: فَكُلُوا مِمَّا غَنَمْتُمْ حَلَالًا طَيِّبًا (٢) فهو مسوق لبيان الحكم بحليه الكسب و هذا لا ينافي المنع من ناحيه النجاسه و نحوها.

(٢) من صيد الكلب.

(٣) كلبا كان أو غيره.

(٤) أي إذا أدرك الصيد.

(٥) أي حكم الميت و هو غير مستقر الحياه.

(٦) و ذو السهم هو الصائد.

(٧) أي لو أدرك ذو الكلب.

(٨) إذا أرسل كلبه المعلم أو سلاحه فجرح الصيد فعليه أن يسارع على الوجه المعتاد، و قال سيد الرياض: (و لم أجد لهم دليلا صريحا و إن أحتمل توجيهه بأصالة الحرمه و عدم انصراف الإطلاقات إلى حد لم يتحقق إليه مسارعه معتاده، لأن المتبادر منها ما تحققت فيه، و إلا- لحل الصيد مع عدمها و لو بقى غير ممتنع سنه ثم مات بجرح الآله و هو مخالف للإجماع بل الضروره) انتهى. و عليه فلو سارع إليه بالمعتاد فإن لم يدركه حيا حلّ، و إن-

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٤.

٢- (٢) سورة الأنفال، الآية: ٦٩.

مع إسرعه (١) إليه حال الإصابه (و حياته مستقره ذكاه، و إلا) يسرع (٢) أو لم يذكه (حرم أن اتسع الزمان لذبحه) فلم يفعل حتى مات، و لو قصر الزمان عن ذلك (٣) فالمشهور حله و إن كانت حياته مستقره، و لا منافاه (٤) بين استقرار حياته، و قصور - أدركه حيا نظر، فإن لم يبق فيه حياه مستقره فيحل أيضا، و إن بقيت فيه حياه مستقره و جب المبادره إلى ذبحه بالمعتاد فإن أدرك ذكاته حل، و إن تعذر ذبحه من غير تقصير من الصائد حتى مات فهو كما لو لم يدركه حيا و عن الشيخ في الخلاف و ابن إدريس و العلامه في المختلف و التحرير تحريمه استنادا إلى أنه مستقر الحياه فتنحصر حليته بالتذكيه كما لو اتسع الزمان، و الأول أشهر، و أما لو كان التعذر بسبب تقصير من الصائد كما لو ترك اصطحاب مديه يذبح بها فهو ملحق بالفرع الآتي و أما إذا لم يتعذر ذبحه و قد تركه الصائد حتى مات فهو حرام على المشهور، و عن الصدوق و ابن الجنيد و الشيخ في النهايه و العلامه في المختلف إن لم يكن معه ما يذبح به ترك الكلب حتى يقتله ثم يأكله لصحيح جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يرسل الكلب على الصيد فيأخذه و لا يكون معه سكين فيذكيه بها، أفيدعه حتى يقتله و يأكل منه؟ قال: لا بأس، قال الله تعالى: فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ (١) و مثله غيره.

و قد حملت الروايه على أن الصيد ما زال تحت سيطره الكلب، فيبقى الصيد على امتناعه و الكلب ممسك له فإذا قتله فقد قتل ما هو ممتنع فيحل بالقتل، و عليه فالضمير في قوله:

(فيأخذه) الوارد في الخبر المتقدم راجع إلى الكلب، و المعنى فيأخذ الكلب الصيد.

(١) بالمعتاد.

(٢) بالمعتاد.

(٣) عن ذبحه.

(٤) لا يقال لا يجتمع قصر الزمان مع استقرار الحياه، لأن استقرار الحياه هي ما يمكن أن يعيش صاحبها اليوم أو اليومين، و هذا متضمن لاتساعه لنفس فعل الذكاه فجمعه مع قصر الزمان ليس في محله، و هذا إشكال أورده الفخر في الإيضاح.

و رده واضح لأن استقرار الحياه هو إمكان أن يعيش اليوم و اليومين، و مجرد الإمكان لا ينافي نقيضه، لجواز أن يموت في الحال مع تحقق الإمكان، فيصير حاصله كونه متصفا بإمكان أن يعيش عادة فاتفق خلاف ذلك و مات قبل أن يتسع الوقت لذبحه، خصوصا و مناط الإمكان مجرد الاحتمال، و هو مما يمكن خلافه ظاهرا و في نفس الأمر.

ص: ٢٢٤

الزمان عن تذكّيته مع حضور الآله، لأن استقرار الحياه مناطه الإمكان (١)، و ليس كل ممكن بواقع (٢). و لو كان عدم إمكان ذكاته لغيبه الآله (٣) التي تقع بها الذكاه، أو فقدها بحيث يفتقر إلى زمان طويل عاده (٤) فاتفق موته فيه (٥) لم يحل قطعاً.

الفصل الثاني – في الذبّاحه

اشاره

(الفصل الثاني – في الذبّاحه (٦) غلب العنوان (٧) عليها (٨) – مع كونها أخصّ مما يبحث عنه في الفصل (٩)، فإن النحر و ذكاه السمك، و نحوه (١٠) خارج عنها (١١) تجوّزا (١٢) في بعض الأفراد، أو أشهرها (١٣)، و لو جعل العنوان الذكاه كما فعل في الدروس كان أجود، لشموله (١٤) الجميع

في ما يشترط في الذابح

(و يشترط في الذابح الإسلام (١٥)،...) (١) أي إمكان أن يعيش اليوم و اليومين.

(٢) بحيث اتفق خلاف ذلك فمات قبل أن يتسع الوقت لذبحه.

(٣) فكان عدم إمكان ذكاته لتقصير من الصائد فقد عرفت أنه يحرم.

(٤) لإحضارها.

(٥) في هذا الزمان الطويل.

(٦) قال في الجواهر: (و أما الذبّاحه التي اعترف في كشف اللثام بأنه لم يرها في كتب اللغه، و إن اشتهر التعبير بها في كتب الفقه) انتهى.

(٧) أي عنوان هذا الفصل.

(٨) على الذبّاحه، بمعنى تعنون الفصل بها.

(٩) حيث يبحث في هذا الفصل عن الذبّاحه و النحر و ذكاه السمك و الجراد.

(١٠) و هو ذكاه الجراد.

(١١) عن الذبّاحه.

(١٢) أي إطلاق اسم الذبّاحه على هذا الفصل المشتمل عليها و على غيرها من باب تسميه الشيء باسم بعض أفراده تجوّزا.

(١٣) أى من باب تسميه الشىء باسم أشهر أفراده تجوزا.

(١٤) أى لشمول الذكاه.

(١٥) يبحث فى الذباجه عن الأركان و اللواحق، و الأركان هى الذابج و الآله و كيفيه الذبج، و هنا شروع فى الذابج، و لا خلاف فى حرمه ذبيحه الكافر غير الكتابى، سواء فى ذلك الوثنى و عابد النار و المرتد و كافر المسلمين كالغلاه و غيرهم لفحوى النصوص الداله على تحريم ذبيحه الكتابى، و لخصوص صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قال أمير -

ص: ٢٢٧

-المؤمنين عليه السلام: لا تأكلوا ذبيحه نصارى العرب، فإنهم ليسوا أهل الكتاب(١)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن ذبائح نصارى العرب، قال عليه السلام: ليس هم أهل الكتاب ولا تحل ذبائحهم)٢، و مثلها غيرها، و هى داله على الكبرى الكليه من حرمة ذبائح الكافر غير الكتابي، و اختلف الأصحاب فى حكم ذبيحه الكتابي على أقوال ثلاثة:

الأول: الحرمة و إليه ذهب الأكثر.

الثانى: الحل كما عن القديمين، و هما ابن الجنيد و ابن أبى عقيل.

الثالث: الحل مع سماع التسميه و إليه ذهب الصدوق، و منشأ الخلاف اختلاف الروايات، و على كل فقد استدل للحرمة بأخبار:

منها: خبر سماعه عن أبى إبراهيم عليه السلام (سألته عن ذبيحه اليهودى و النصرانى فقال:

لا تقربوها)(٢)، و خبر إسماعيل بن جابر (قال لى أبو عبد الله عليه السلام: لا تأكل ذبائحهم و لا تأكل فى آنتهم، يعنى أهل الكتاب)٤ و خبر الحسين الأحمسى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال له رجل: أصلحك الله، إن لنا جارا قصابا فيجىء بيهودى فيذبح له حتى يشتري منه اليهود، فقال: لا تأكل من ذبيحته، و لا تشتر منه)٥، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن نصارى العرب أ تؤكل ذبائحهم؟ فقال: كان على عليه السلام ينهى عن ذبائحهم و عن صيدهم و مناكتهم)٦ و خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام (عن ذبيحه الذمى فقال: لا تأكل سمى أو لم يسم)٧، و موثق سماعه عن أبى إبراهيم عليه السلام (سألته عن ذبيحه اليهودى و النصرانى فقال: لا تقربنها)٨ و مثلها غيرها.

و استدل للحل بأخبار:

منها: صحيح الحلبي (سألته أبا عبد الله عليه السلام عن ذبيحه أهل الكتاب و نسائهم، فقال عليه السلام: لا بأس به)(٣)، و خبر حمران (سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول فى ذبيحه الناصب و اليهودى و النصرانى: لا تأكل ذبيحته حتى تسمعه يذكر اسم الله، فقلت:

المجوسى، فقال: نعم إذا سمعته يذكر اسم الله، أما سمعت قول الله تعالى: وَ لَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذَكَّرِ اسْمُ اللَّهِ ۗ ١٠، و خبر عامر بن على (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إنا نأكل -

ص: ٢٢٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٢٣ و ١٥.

٢- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٩ و ١٠ و ١ و ٦ و ٥ و ٩.

٣- ((٩ و ١٠)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٣٤ و ٣١.

-ذبائح أهل الكتاب ولا ندري أيسمّون عليها أم لا، فقال: إذا سمعتم قد سمّوا فكلوا(1)، و صحيح حريز عن أبي عبد الله عليه السلام، و صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام أنهما قالا في ذبائح أهل الكتاب: (فإذا شهدتموهم و قد سمّوا اسم الله فكلوا ذبائحهم، و إن لم تشهدوهم فلا تأكلوا، و إن أتاك رجل مسلم فأخبرك أنهم سمّوا فكل) ٢، و خبر قتيبة الأعشى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذبائح اليهود و النصارى، فقال: الذبيحة اسم، و لا يؤمن على الاسم إلا مسلم) ٣، و خبر الحسين بن المنذر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام (إنا قوم نختلف إلى الجبل فنسأل الرعا فيقولون: إنا نصارى، فأى شيء قولك في ذبائح اليهود و النصارى، فقال: يا حسين الذبيحة بالاسم، و لا يؤمن عليها إلا أهل التوحيد) ٤) و مثلها غيرها كثير و بهذا يتبين الدليل على القول الثالث بالحليه مع سماع التسميه، بل هو قول بحليه ذبائحهم، لأن الكلام فى حلها من حيث إن الذابح كتابى لا من حيث إنه سمى أو لم يسم، فإن المسلم لو لم يسم لم تؤكل ذبيحته، نعم اشتراط سماع التسميه من الذابح الكتابى دون الذابح المسلم، لإجراء أصاله الصحه فى فعل المسلم فلا يشترط سماع التسميه، بخلاف عمل الكتابى الذى لا تجرى فيه أصاله الصحه فلا بد من إحراز التسميه حتى يحكم بالحليه، لأن التسميه شرط.

هذا من جهه و من جهه أخرى فأخبار الحل أصح سنداً و أوضح دلالة و مع ذلك حملها الأكثر على الضروره، و فيه ما لا يخفى من الضعف بعد التصريح بالحليه مع سماع التسميه و الحرمة عند عدمه، و هذا تفصيل مختص بحال الاختيار هذا فضلاً عن حليه الميتة عند الضروره فلو كان موردها الضروره لما صح النهى عن أكلها بدون التسميه.

و قد حملت أخبار الحل على التقيه و لا يتم لأن أحدا من العامه لم يشترط فى حل ذبائحهم سماع التسميه منهم، على أن البعض قد ادعى أن المشهور قد أعرض عن أخبار الحل فلا يصح العمل بها و إن كانت أصح سنداً و أوضح دلالة، و فيه: إن عدم العمل بها إنما من جهه ما رأوه من المعارضه بين أخبار الحل و بين أخبار الحرمة، مع أنه لا معارضه بحمل أخبار الحرمة على عدم التسميه أو على أنهم لا يؤتمنون على اسم التوحيد فقد يذكرون اسم المسيح و نحوه على ذبائحهم، و مع عدم التعارض فلا يكون الإعراض من جهه خلل فى السند أو المتن حتى يوجب و هنا، إنما الإعراض منهم كان توهاً منهم.

ص: ٢٢٩

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الذبائح حديث ٤٥ و ٣٨ و ٨.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

(أ) أو حكمه (١) و هو (٢) طفله المميز فلا تحل ذبيحه الكافر مطلقا (٣)، وثنيا كان أم ذميا سمعت تسميته أم لا على أشهر الأقوال.
و ذهب جماعه إلى حلّ ذبيحه الذمى إذا سمعت تسميته.

و آخرون إلى حلّ ذبيحه غير المجوسى (٤) مطلقا (٥) و به (٦) أخبار صحيحه معارضه بمثلها (٧) فحملت (٨) على التقية، أو الضروره.

(و لا يشترط الإيمان) على الأصح (٩)، لقول على أمير المؤمنين عليه السّلام: «من -هذا كله ما يقتضيه النظر فى الأدله و يوافقه ظاهر الكتاب حيث لم يشترط إلا التسميه و هى ممكنه من أهل الكتاب قال تعالى: فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ (١) و قال تعالى: وَ مَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ (٢)»، و مع ذلك فالاحتياط حسن، بل مما لا ينبغى تركه بعد كون هذه الأدله تحت نظر الجميع و قد ذهب معظمهم إلى الحرمة.

(١) أى من حكم عليه بالإسلام تبعا كالصبى و المجنون.

(٢) أى من بحكم المسلم.

(٣) قد فسره الشارح بقوله (وثنيا كان أو ذميا) الخ...

(٤) بناء على أن المجوسى ليس من أهل الكتاب، و قد تقدم البحث فيه فى محله.

(٥) سمعت تسميته أو لا.

(٦) أى بالحل سواء سمعت تسميته أو لا.

(٧) أى بأخبار تدل على الحرمة.

(٨) أى أخبار الحل.

(٩) اختلف الأصحاب فى حليه ذبيحه المخالف غير الناصبى على أقوال:

القول الأول: الحليه عليه الأكثر لإطلاق الآيتين المتقدمتين الداليتين على حليه كل ما ذكر اسم الله عليه، و للنصوص السابقه الداله على المنع من ذبيحه أهل الكتاب لأنه لا يؤمن على الاسم إلا المسلم الشامل للمخالف، و لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: ذبيحه من دان بكلمه الإسلام و صام و صلى لكم حلال إذا-

ص: ٢٣٠

دان بكلمه الإسلام، و صام و صلى فذبيحته لكم حلال إذا ذكر اسم الله عليه» و مفهوم الشرط أنه إذا لم يذكر اسم الله عليه لم يحلّ.

و هل يشترط مع الذكر (١) اعتقاد وجوبه (٢) قولان: من (٣) صدق ذكر اسم الله عليه (٤)، و أصله (٥) عدم الاشتراط، و من (٦) اشترطه (٧) اعتبر ايقاعه (٨) على - ذكر اسم الله تعالى عليه(١).

القول الثاني: عدم الحليه إلا إذا كان المخالف مستضعفا.

القول الثالث: ما عن أبي الصلاح و هو حليه ذبيحه المخالف غير جاحد النص و حرمة ذبيحه الجاحد، و لا مستند لهذين القولين إلا كفر المخالف غير المستضعف و غير الجاحد و فيه: إن الجاحد للنص هو منكر للضروره فهو كافر لا تحل ذبيحته بخلاف غير المعتقد بالإمامه فهو ليس بمنكر للضروره و لا داعى للحكم بكفره.

القول الرابع: حليه ذبيحه المخالف غير الناصبي بشرط اعتقاده وجوب التسميه و هو ما ذهب إليه العلامة في بعض كتبه بدعوى أن الذبيحه اسم و لا- يؤمن عليها إلا-المسلم كما تقدم في النصوص السابقه، و لا يحصل الأمن بتحقيق التسميه ممن لا يعتقد وجوبها لاحتمال تركها بمقتضى مذهبه إذا لم يعتقد وجوبها، و هذا الدليل لا يقتضى حرمة ذبيحه المخالف بل يقتضى الحرمة إذا لم يحرز التسميه أو تركها الذابح عمدا اعتمادا على مذهبه.

القول الخامس: حرمة ذبيحه المخالف مطلقا و إليه ذهب القاضى ابن البراج لخبر زكريا بن آدم عن أبي الحسن عليه السلام (إنى أنهاك عن ذبيحه كل من كان على خلاف الذى أنت عليه و أصحابك إلا فى وقت الضروره إليه)(٢)، و فيه: إنه لا يصلح لمعارضه ما دل على الحليه فلا بد من حمله على الكراهه، و ذيله شاهد بذلك.

(١) أى ذكر اسم الله على الذبيحه.

(٢) أى اعتقاد وجوب ذكر اسم الله على الذبيحه كما ذهب إليه العلامة.

(٣) دليل لعدم اشتراط اعتقاد وجوب الذكر.

(٤) أى على الذكر عند عدم اعتقاد وجوبه.

(٥) دليل ثان لعدم اعتقاد و الوجوب.

(٦) دليل الاشتراط.

(٧) أى و من اشترط اعتقاد وجوب الذكر على الذبيحه.

(٨) أى إيقاع الذكر.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبائح حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبائح حديث ٥.

وجهه (١) كغيره (٢) من العبادات الواجبه.

و الأول أقوى. و حيث لم يعتبر الإيمان صح مع مطلق الخلاف (٣).

(إذا لم يكن (٤) بالغا حدّ النصب) لعداوه أهل البيت عليه السّلام فلا تحل حينئذ (٥) ذبيحته (٦)، لروايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «ذبيحه الناصب لا تحل»، و لارتكاب الناصب خلاف ما هو المعلوم من دين النّبى صلى الله عليه وآله و سلم ثبوته ضروره (٧) فيكون كافرا فيتناوله ما دلّ على تحريم ذبيحه الكافر.

(١) أى على وجه الوجوب.

(٢) كغير الذكر الواجب.

(٣) من جميع الفرق الإسلاميه.

(٤) أى الخلاف.

(٥) حين بلوغ حد النصب.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: خبر أبى بصير (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: ذبيحه الغاصب لا تحل) (١)، و موثق أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام (لا تحل ذبائح الحروريه) ٢، و خبره الثالث عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يشتري اللحم من السوق و عنده من يذبح و يبيع من إخوانه فيتعمد الشراء من النّصاب، فقال عليه السّلام: أى شىء تسألنى أن أقول، ما يأكل إلا مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير، قلت: سبحان الله مثل الدم و الميتة و لحم الخنزير، فقال عليه السلام: نعم و أعظم عند الله من ذلك) ٣، و يعارضها صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن ذبيحه المرجى و الحرورى، فقال عليه السّلام: كل و قرّ و استقر حتى يكون ما يكون) (٢)، و خبر حمران عن أبى جعفر عليه السلام (لا تأكل ذبيحه الناصب إلا أن تسمعه يسمّى) ٥.

و لو لا إفتاء الأصحاب هنا بالحرمة لكان المتعين هو القول بالحل عند التسميه كذبيحه الكافر الذمى، إلا أنها محموله على التقيه لذيل صحيح الحلبي المتقدم و هذا ما يؤيد حمل أخبار الحل فى ذبيحه الذمى على التقيه و إن سمى و لذا ذهبنا إلى الاحتياط سابقا.

(٧) و المعلوم ثبوته ضروره هو حب أهل البيت عليهم السلام فقولته تعالى فى آيه الموده دليل كاف -

ص: ٢٣٢

٢- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الذبائح حديث ٨ و ٧.

و مثله (١) الخارجى (٢) و المجرى (٣).

و قَصِير جماعه الحل على ما يذبحه المؤمن، لقول الكاظم عليه السّلام لزكريا بن آدم: «إنى انهاك عن ذبيحه كل من كان على خلاف الذى أنت عليه و أصحابك، إلا فى وقت الضروره إليه». و يحمل (٤) على الكراهه بقريته الضروره، فإنها (٥) أعم من وقت تحل فيه الميتة، و يمكن حمل النهى الوارد فى جميع الباب عليه (٦) عليها (٧) جمعا (٨) و لعله أولى (٩) من الحمل على التقيه و الضروره.

(و يحل ما تذبحه المسلمه (١٠)، و الخصى)، و المجرى، (و الصبى المميز) دون -قُلْ لا أَسْأَلُكُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا إِلَّا الْمَوَدَّةَ فِي الْقُرْبَى (١) فضلا عن الأخبار الكثيره الداله على أن حبههم إيمان و بغضهم كفر و نفاق.

(١) و مثل الناصبى الكافر.

(٢) و هو الخارج على المعصوم عليه السّلام فقد ارتكب خلاف ما هو المعلوم ثبوته ضروره من الدين و هو وجوب إطاعه المعصوم لقوله تعالى: يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ (٢)، و مع إنكاره ما هو المعلوم يكون كافرا.

(٣) لأنه منكر لما ثبت من أن الله لا يشبهه شىء.

(٤) أى خبر زكريا بن آدم.

(٥) أى الضروره الوارده فى الخبر، و المعنى هى أعم من ضروره أكل الميتة، لإطلاقها فى الخبر.

(٦) أى على ذبح المخالف.

(٧) أى على الكراهه.

(٨) بين أخبار النهى و أخبار الحل.

(٩) وجه الأولويه لأنه بالحمل على الكراهه إعمالا بالطائفتين من الأخبار، بخلاف الحمل على التقيه أو الضروره فلا بد من عدم إعمال إحدى الطائفتين.

(١٠) لا خلاف بين الأصحاب أنه لا يعتبر فى الذابح الذكوره و لا الفحول و لا البلوغ و لا البصر فيصح من المرأه و الخصى و المجرى و الصبى المميز و كذا الأعمى للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (كانت لعلى بن الحسين عليه السلام جاريه-

١- (١) سورة الشورى، الآية: ٢٣.

٢- (٢) شروط النساء، الآية: ٥٩.

المجنون، و من لا يميز، لعدم القصد (و الجنب) مطلقا (١) (و الحائض) و النفساء، -تذبح له إذا أراد(١)، و صحيح ابن أذينة عن غير واحد عنهما عليهما السلام (إن ذبيحه المرأة إذا جاءت الذبح و سمّت فلا- بأس بأكله، و كذلك الصبي و كذلك الأعمى إذا سدّد)٢، و صحيح إبراهيم بن أبي البلاد عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن ذبيحه الخصى؟ فقال: لا بأس)(٢)، نعم ذبح المرأة و الصبي و الخصى مكروه لما ورد من النصوص في جواز ذبح المرأة و الصبي في حال الضرورة للنبوي (يا على ليس على النساء جمعه - إلى أن قال - و لا تذبح إلا عند الضرورة)(٣)، و المرسل عن الرضا عليه السّلام (عن ذبيحه الصبي قبل أن يبلغ و ذبيحه المرأة؟ قال عليه السّلام: لا بأس بذبيحه الصبي و الخصى و المرأة إذا اضطروا إليه)٥.

و مما تقدم تعرف عدم اشتراط الطهاره في الذابح فيصح من الجنب و الحائض و كذا الأغلغف و ولد الزنا لإطلاق الأدله و لخصوص أخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا بأس بأن يذبح الرجل و هو جنب)(٤)، و المرسل عن أمير المؤمنين عليه السّلام (سئل عن الذبح على غير طهاره فرخص فيه)(٥)، و خبر صفوان بن يحيى (سأل المرزبان أبا الحسن عليه السّلام عن ذبيحه ولد الزنا و قد عرفناه بذلك، قال: لا بأس به)(٦)، و خبر مسعده بن صدقه عن جعفر بن محمد عليهما السّلام (سئل عن ذبيحه الأغلغف، قال: كان على عليه السّلام لا يرى به بأسا)(٧).

نعم يشترط القصد إلى الذبح فالمجنون و الصبي غير المميز و السكران لا تحل ذبيحتهم، لأنهم بمنزله من كان في يده سكين و هو نائم فانقلب و قطع حلقوم شاه، فلا يصدق عليه أن قد ذبحها، و لا أقل من الشك عند عدم القصد فتبقى على أصاله الحرمه إلا أن تثبت الحليه، نعم ربما اختلف الجنون فإنه فنون، فإذا كان للمجنون تمييز فلا مانع من حل ذبيحته و كذا الصبي.

(١) سواء كانت جنابته من حلال أم حرام.

ص: ٢٣٤

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الذبائح حديث ٩ و ٨.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الذبائح حديث ١.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب الذبائح حديث ٣ و ١٠.
- ٤- ((٦)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الذبائح حديث ١.
- ٥- ((٧)) مستدرک الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الذبائح حديث ١.
- ٦- ((٨)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب الذبائح حديث ١.
- ٧- ((٩)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الذبائح حديث ٣.

لانتفاء المانع مع وجود المقتضى (١) للحل.

الواجب فى الذبيحه أمور سبعة

إشاره

(و الواجب فى الذبيحه أمور سبعة -)

الأول أن يكون الفرى بالحديد

(الأول (٢) - أن يكون) فرى الأعضاء (٣) (بالحديد) مع القدره عليه (٤)، لقول الباقر عليه السّلام: لا ذكاه إلا بالحديد (فإن خيف فوت الذبيحه) بالموت، وغيره (٥)، (و تعذّر الحديد جاز بما يفرى الأعضاء من ليظه (٦) و هى القشر الأعلى للقصب المتصل به (أو مروه حاده) و هى حجر يقدح (١) و هو الذبح مع سائر الشرائط.

(٢) شروع فى الآله، لا إشكال و لا خلاف أنه لا تصح التذكيه ذبحاً أو نحراً إلا بالحديد مع القدره عليه للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الذبيحه بالليظه و بالمروه فقال: لا ذكاه إلا بحديد) (١) و الليظه - بفتح اللام - هى القشر الأعلى للقصب المتصل به، و المروه حجر يقدح به النار.

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن ذبيحه العود و الحجر و القصبه فقال:

قال على عليه السّلام: لا يصلح إلا بالحديده) ٢، و خبر الحضرمي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يؤكل ما لم يذبح بحديده) ٣، و موثق سماعه (سألته عن الذكاه فقال عليه السّلام: لا تذكّ إلا بحديده، نهى عن ذلك أمير المؤمنين عليه السّلام) ٤.

(٣) هذا فى الذبح و كذا النحر.

(٤) على الحديد.

(٥) غير الموت كفوات الذبيحه من يد الذابح.

(٦) قد تقدم عدم جواز التذكيه بغير الحديد مع القدره عليه، و مع الضروره يجوز الذبح بغيره مما يقطع الأوداج من المحدّدات و لو من خشب و زجاج و غير ذلك ما عدا السن و العظم بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن الحجاج عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن المروه و القصبه و العود يذبح بهنّ الإنسان إذا لم يجد سكيناً؟ فقال عليه السّلام: إذا فرى الأوداج فلا بأس بذلك) (٢)، و صحيح زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل لم يكن بحضرته سكين أ يذبح بالقصبه، فقال عليه السّلام: اذبح بالحجر و بالعظم و بالقصبه و العود إذا لم تصب الحديده، إذا قطع

الحلقوم و خرج الدم فلا بأس به)٦، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام-

ص: ٢٣٥

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٢- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٣.

النار (أو زجاجه) مخير في ذلك من غير ترجيح. و كذا ما أشبهها من الآلات الحاده غير الحديد، لصحيحه زيد الشحام عن الصادق عليه السلام قال: اذبح بالحجر، و العظم، و بالقصبه، و بالعود إذا لم تصب الحديده إذا قطع الحلقوم و خرج الدم فلا بأس و في حسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن المروه و القصبه و العود نذبح بها إذا لم نجد سكيناً فقال: إذا فرى الأوداج فلا بأس بذلك.

(و في الظفر و السن (١) ...)

- (لا بأس أن تأكل ما ذبح بحجر إذا لم تجد حديده) (١)، و خبر محمد بن مسلم (قال أبو جعفر عليه السلام في الذبيحه بغير حديدته قال: إذا اضطررت إليها فإن لم تجد حديدته فاذبحها بحجر) ٢.

(١) أما السن و الظفر ففي جواز التذكيه بهما عند الضروره قولان، العدم و إليه ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابن الجنيد و الشهيد في غايه المرام لخبر رافع بن خديج (قلت يا رسول الله: إنا نلقى العدو غداء و ليس معنا مدا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: ما أنهر الدم و ذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سناً أو ظفراً، و سأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم الإنسان، و أما الظفر فمدى الحبشه) (٢)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن ابنه عن علي عليه السلام (و لا بأس بذيحه المروه و العود و اشباههما ما خلا السن و العظم) (٣).

و الجواز و إليه ذهب ابن إدريس و كافة المتأخرين، لأن الخبر الأول من طرق العامه فهو ضعيف السند، و هو مشتمل على تعليل النهي عن الذبح بالظفر لأنه مدى الحبشه و هو تعليل غريب، و الخبر الثاني ضعيف بابن علوان فإنه عامي لم يوثق، على أن الجميع معارض بصحيح زيد الشحام المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل لم يكن بحضرته سكين أ يذبح بقصبه فقال: اذبح بالحجر و بالعظم و بالقصبه و العود إذا لم تصب الحديده) ٥ و السن عظم، و الصحيح مقدم عليهما كما هو الواضح.

و عن أبي حنيفة من العامه الفرق بين المتصلين ببدن الإنسان و المنفصلين عنه، فمنع الذبح في الأول دون الثاني من حيث إن المنفصلين كغيرهما من الآلات بخلاف المتصلين فإن-

ص: ٢٣٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) سنن البيهقي ج ٩ ص ٢٤٦.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الذبائح حديث ٥ و ٣.

متصلين (١) و منفصلين (للضرورة قول بالجواز) لظاهر الخبرين السالفين (٢). حيث اعتبر فيهما قطع الحلقوم، و فرى الأوداج و لم يعتبر خصوصيه القاطع. و هو (٣) موجود فيهما (٤)، و منعه الشيخ في الخلاف محتجا بالاجماع، و روايه رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: ما انهر الدم، و ذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا، أو ظفرا و سأحدثكم عن ذلك، أما السن فعظم، و أما الظفر فمدى الحبشه و الروايه عاميه، و الاجماع ممنوع.

نعم يمكن أن يقال مع اتصالهما: إنه (٥) يخرج عن مسمى الذبح بل هو (٦) أشبه بالأكل (٧)، و التقطيع (٨)، و استقرب المصنف في الشرح المنع منهما (٩) مطلقا (١٠).

و على تقدير الجواز (١١) هل يساويان غيرهما مما يفري غير الحديد (١٢)، أو يترتبان على غيرهما (١٣) مطلقا (١٤) مقتضى استدلال المجوّز بالحديثين الأول (١٥) و فى -القطع بهما يخرج عن مسمى الذبح، بل هو أشبه بالأكل إذا كان القطع بالسن، و أشبه بالتقطيع إذا كان القطع بالظفر، و احتمله الشهيد فى غايه المراد، و به يجمع بين أخبار النهى و غيرها بحمل أخبار النهى على المتصل، و أخبار الجواز على المنفصل.

و فيه أنه جمع تبرعى لا شاهد له، و مجرد الشباهه لا تمنع من العمل بعد إطلاق الدليل.

(١) بيدن الذابح.

(٢) و هما خير زيد الشحام و خير عبد الرحمن بن الحجاج.

(٣) أى قطع الحلقوم و فرى الأوداج.

(٤) فى الظفر و السن.

(٥) أى إن القطع بالسن و الظفر.

(٦) أى القطع.

(٧) إن كان القطع بالسن.

(٨) إن كان القطع بالظفر.

(٩) من الظفر و السن متصلين أو منفصلين.

(١٠) مع الضروره و عدمها.

(١١) أى جواز الذبح بالسن و الظفر حال الاضطرار.

(١٢) بحيث هو مخير بين الذبح بالسن أو الظفر و بين الذبح بغير الحديد فى حال تعذر الحديد.

(١٣) أى غير السن و الظفر مما يفرى غير الحديد.

(١٤) متصلين أو منفصلين.

(١٥) و هو كون السن و الظفر مساويين لبقية الآلات غير الحديد حال الاضطرار.

ص: ٢٣٧

الدروس استقرب الجواز بهما (١) مطلقا (٢) مع عدم غيرهما (٣)، و هو (٤) الظاهر من تعليقه (٥) الجواز بهما (٦) هنا (٧) على الضرورة، إذ لا ضروره مع وجود غيرهما.

و هذا هو الأولى.

الثانى استقبال القبله

(الثانى استقبال القبله (٨) بالمذبوح، لا استقبال الذابح. و المفهوم من استقبال المذبوح الاستقبال بمقاديم بدنه. و منه (٩) مذبوحه.

(١) بالسن و الظفر.

(٢) متصلين أو منفصلين.

(٣) مما عدا الحديد عند حال الضروره.

(٤) أى ما استقر به فى الدروس.

(٥) أى تعليق الماتن.

(٦) بالسن و الظفر.

(٧) أى فى اللمعه.

(٨) كان عليه بعد ذكر الآله أن يذكر كيفية الذبح من قطع الأعضاء الأربعة ثم يذكر الشروط و هى أربعة من استقبال القبله و التسميه و الحركه بعد الذبح، و اختصاص النحر بالإبل و لغير الذبح و على كل يشترط استقبال القبله فى الذبح و النحر بلا خلاف للأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الذبيحه، فقال: استقبل بذبيحتك القبله) (١) و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (إذا أردت أن تذبح فاستقبل بذبيحتك القبله) ٢ و مثلها غيرها.

و يظهر من الأخبار المتقدمه أن المعتبر هو الاستقبال بالذبيحه و هو الاستقبال بمقاديم الذبيحه التى منها مذبوحها دون الذابح معها، نعم فى مرسل الدعائم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا أردت أن تذبح ذبيحه فلا تعدب البهيمه، أحد الشفره و استقبال القبله) و لكن مع إرساله لا ظهور فيه باستقبال الذابح لاحتمال إرادته الاستقبال بالبهيمه، و لكن لا بأس بحمله على النذب كما صرح بذلك غير واحد.

هذا و قال فى المسالك: (و ربما قيل بأن الواجب هنا الاستقبال فى المذبوح و المنحر خاصه و ليس ببعيد) انتهى و فيه أن الأمر

بإستقبال الذبيحه هو إستقبالها بجميع مقاديمها لا خصوص مذبحتها.

(٩) أى و من الإستقبال بمقاديم بدنه الإستقبال بمذبحة.

ص: ٢٣٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢.

و ربما قيل بالاكْتفاء باستقبال المذبح خاصه، و صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الذبيحه فقال: استقبال بذبيحتك القبلة الحديث تدلّ على الأول.

هذا (١) مع الإمكان (٢) و مع التعذر لاشتباه الجهه، أو الاضطرار لتردى الحيوان، أو استعصائه (٣)، أو نحوه يسقط (٤) (و لو تركها (٥) ناسيا فلا بأس) للأخبار الكثيره.

(١) أى استقبال القبلة.

(٢) قد ورد أن الحرمة على تعمد ترك الاستقبال كما فى صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (سئل عن الذبيحه تذبح لغير القبلة فقال: لا بأس إذا لم يتعمد) (١) و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذبيحه ذبحت لغير القبلة فقال: كل، و لا بأس بذلك ما لم يتعمده) ٢، و صحيحه الآخر (سألت أبا جعفر عليه السلام (عن رجل ذبح ذبيحه فجهل أن يوجهها إلى القبلة، قال: كل منها، فقلت له: فإنه لم يوجهها، فقال:

فلا تأكل منها) ٣، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (سألته عن الرجل يذبح على غير قبلة، قال: لا بأس إذا لم يتعمد) ٤، و مرسل الدعائم عنهما عليهما السلام (فيمن ذبح لغير القبلة إن كان خطأ أو نسي أو جهل فلا شىء عليه و تؤكل ذبيحته، و إن تعمد ذلك فقد أساء و لا يجب أن تؤكل ذبيحته تلك إذا تعمد خلاف السنه) (٢) و مقتضى الحرمة عند تعمد ترك الاستقبال عدم الحرمة إذا لم يكن قادرا على الاستقبال ضروره عدم صدق تعمد غير القبلة و لذا اشترط الاستقبال مع الإمكان و مع عدمه فلا، و كذا لو لم يعلم جهه القبلة فذبحها و لو بان إلى غير جهه القبلة، و كذا الناسى و الجاهل بجهه القبلة لصدق عدم تعمد غير القبلة فى الجميع، بل مرسل الدعائم دال على معذوريه الجاهل و لو كان جاهلا بالحكم و إن صدق عليه تعمد غير القبلة فى الذبح، و هو صريح الصحيح الثانى لمحمد بن مسلم المتقدم.

(٣) أى كونه عاصيا.

(٤) أى يسقط استقبال القبلة بالذبيحه.

(٥) أى ترك القبلة و المراد ترك استقبالها.

ص: ٢٣٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الذبائح حديث ٣ و ٤ و ٢ و ٥.

٢- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

و في الجاهل وجهان (١)، و إلحاقه بالناسى حسن، و في حسنه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ذبح ذبيحه فجهل أن يوجهها إلى القبلة قال: كل منها.

الثالث - التسميه

(الثالث - التسميه (٢) عند الذبح (و هي أن يذكر اسم الله تعالى) كما سبق (٣)، فلو تركها عمدا فهي ميتة إذا كان معتقدا لوجوبها، و في غير المعتقد (٤) (١) من كون الجهل عذرا كالنسيان، و من صدق تعمد غير القبلة عليه و إن كان جاهلا بالحكم.

(٢) هذا هو الشرط الثانى فى الذبح، و هو محل اتفاق، و يدل عليه قوله تعالى: وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ (١)، و الأخبار الكثيره الداله على أن المدار فى الحليه على الاسم و قد تقدم بعضها فى ذبيحه الكتابى.

ثم لو تركها متعمدا حرمت للآيه المتقدمه، و لو تركها نسيانا فتحل لصحيح محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يذبح و لا يسمّى، قال: إن كان ناسيا فلا بأس إذا كان مسلما و كان يحسن أن يذبح) (٢) و صحيحه الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ذبح و لم يسمّ فقال: إن كان ناسيا فليسّم حين يذكر و يقول: بسم الله على أوله و على آخره) (٣).

و لو اعتقد عدم التسميه و قد سمى فالأظهر الحليه لإطلاق النصوص، و لما دلّ على حليه ذبيحه المخالف، و بعضهم لا يعتقد وجوبها، و عن العلامه فى المختلف عدم الاكتفاء بالتسميه من دون اعتقاد وجوبها، و هو ضعيف بما تقدم، هذا و المراد من التسميه هو ذكر الله عند الذبح أو النحر كما تقتضيه الآيه المتقدمه، كقوله: بسم الله أو الحمد لله أو يهلله و يكبره، و عن العلامه الاكتفاء بلفظ (الله) لصدق اسم الله عليه، و قد تقدم أن العرف يقتضى أن المراد بالتسميه هو ذكر الله بصفه كمال أو ثناء، و يشعر به صحيح محمد بن مسلم (سألته عن رجل ذبح فسبح أو كبر أو هلّل أو حمد الله فقال: هذا كله من أسماء الله، لا بأس به) (٣).

(٣) أى كما سبق فى الصيد من اشتراط العريبه و ذكره بصفه كمال أو ثناء.

(٤) و هو المخالف.

ص: ٢٤٠

١- (١) سورة الأنعام، الآيه: ١٢١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الذبائح حديث ١.

وجهان (١)، و ظاهر الأصحاب التحريم، لقطعهم باشتراطها (٢) من غير تفصيل (٣).

و استشكل المصنف ذلك (٤)، لحكمهم بحل ذبيحه المخالف على الإطلاق ما لم يكن ناصبا، و لا ريب أن بعضهم لا يعتقد وجوبها.

و يمكن دفعه (٥) بأن حكمهم بحل ذبيحته من حيث هو مخالف، و ذلك (٦) لا ينافي تحريمها من حيث الاخلال بشرط آخر (٧).

نعم يمكن أن يقال: بحلها منه (٨) عند اشتباه الحال عملا بأصالة الصحة، و إطلاق الأدله (٩)، و ترجيحاً للظاهر (١٠) من حيث رجحانها عند من لا يوجبها، و عدم (١١) اشتراط اعتقاد الوجوب، بل المعتبر فعلها كما مر (١٢) و إنما يحكم (١) من صدق تعدد الترك فتحرم، و من كونه جاهلا بالحكم فيعذر كالناسي و تكون الذبيحه حلالا.

(٢) أى باشتراط التسميه.

(٣) بين المعتقد و عدمه.

(٤) أى حرمة ذبيحه المخالف لو تركها و هو غير معتقد بوجوبها حيث قال فى الدروس:

(التسميه عند النحر و الذبح كما سلف، فلو تركها عمدا فهو ميتة، إذا كان معتقدا لوجوبها، و فى غير المعتقد نظر، و ظاهر الأصحاب التحريم، و لكنه يشكل بحكمهم بحلّ ذبيحه المخالف على الإطلاق ما لم يكن ناصبا، و لا ريب أن بعضهم لا يعتقد وجوبها) انتهى.

(٥) دفع إشكال المصنف.

(٦) من حكمهم بحليه ذبيحه المخالف من حيث هو مخالف.

(٧) و هو التسميه.

(٨) أى بحل الذبيحه من المخالف.

(٩) أى النصوص الداله على حليه ذبيحه المخالف و قد تقدمت.

(١٠) فالأمر بالتسميه فى القرآن دال على رجحانها عند من لا يعتقد بوجوبها، و الظاهر من حال المسلم أنه لا يترك الأمر الراجح.

(١١) معطوف على رجحانها و المعنى ترجيحاً للظاهر من حيث رجحانها و من حيث عدم اشتراط اعتقاد الوجوب، بل المعتبر فعل التسميه فى حليه الذبيحه و الظاهر من حال المسلم أنه لا يتركها لأنها راجحه.

(١٢) سابقا فى ذبيحه المخالف.

بالتحریم مع العلم بعدم تسميته و هو حسن.

و مثله (١) القول فى الاستقبال (و لو تركها ناسيا حل) للنص و فى الجاهل الوجهان (٢) و يمكن الحاق المخالف الذى لا يعتقد وجوبها بالجاهل (٣)، لمشاركته فى المعنى (٤) خصوصا المقلد منهم.

الرابع - اختصاص الإبل بالنحر

(الرابع - اختصاص الإبل بالنحر (٥)...

(١) أى و مثل القول فى ترك التسميه عمدا من المعتقد و غير المعتقد القول فى ترك الاستقبال من المعتقد و غير المعتقد.

(٢) من لحوق الجاهل بالناسى، و من كونه عامدا.

(٣) أى الجاهل حكما.

(٤) لمشاركته فى الجهل باشتراط التسميه فى حليه الذبيحه، و إن كان المخالف معتقدا عدم الاشتراط بخلاف الجاهل فإنه غير معتقد للعدم.

(٥) اختصاص الإبل بالنحر و ما عداها بالذبح هو المشهور بين الأصحاب فلو ذبح الإبل أو نحر ما عداها فلا يحل للأخبار.

منها: صحيح صفوان (سألت أبا الحسن عليه السّلام (عن ذبح البقر فى المنحر، فقال عليه السّلام: للبقر الذبح، و ما نحر فليس بذكى) (١) و صحيح يونس بن يعقوب (قلت لأبى الحسن الأول: إن أهل مكه لا يذبحون البقر إنما يذبحون فى لبه البقره فما ترى فى أكل لحمها؟ فقال: فذبحوها و ما كادوا يفعلون، لا تأكل إلا ما ذبح) ٢، و مرسل الصدوق (قال الصادق عليه السّلام: كل منحور مذبوح حرام، و كل مذبوح منحور حرام) ٣، و هذه النصوص صريحه بأن ما ينحر لو ذبح أو العكس فلا يحل، و هى ظاهره فى انحصار تذكيه البقر بالذبح، و هناك أخبار تدل على انحصار تذكيه الإبل بالنحر.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن امتنع عليك بعير و أنت تريد أن تنحره فانطلق منك، فإن خشيت أن يسبقك فضربته بسيف أو طعنته بحربه بعد أن تسمى فكل، إلا أن تدركه و لم يمت بعد فذكه) (٢)، و خبر الجعفى (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام:

بعير تردى فى بئر كيف ينحر؟ قال: يدخل الحربه فيطعنه بها و يسمى و يأكل) ٥.

نعم قد ورد عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (أنه أمر بنحر الفرس) (٣)، و هو مع ضعف سنده و إعراض -

- ١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢ و ٣.
- ٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الذبائح حديث ٤ و ٥.
- ٣- (٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤.

و ذكره (١) فى باب شرائط الذبح استطراد، أو تغليب لاسم الذبح على ما يشمله (٢) (و ما عداها (٣) من الحيوان القابل للتذكية غير ما يستثنى (٤) (بالذبح، فلو عكس) فذبح الإبل، أو جمع بين الأمرين (٥)، أو نحر ما عداها (٦) مختاراً (حرم) و مع الضروره كالمستعصى يحل (٧)، كما يحل طعنه كيف اتفق (٨)، و لو استدرك الذبح بعد النحر، أو بالعكس (٩) احتمال التحريم، لاستناد موته إليهما (١٠)، و إن كان -المشهور عنه و معارضته لغيره يطرح أو يحمل على التقيه، و مما تقدم تعرف ضعف ما عن الأردبيلى و السبزوارى تبعاً للشارح فى بعض حواشيه من عدم قيام دليل صالح على التفصيل بين الإبل فنحراها و بين غيرها فذبحها.

(١) أى ذكر النحر.

(٢) أى ما يشمل النحر، و هو إزهاق الروح شرعاً.

(٣) أى ما عدا الإبل.

(٤) من السمك و الجراد و الجنين.

(٥) بين الذبح و النحر، و مرسل الصدوق المتقدم دال على النهى عن الجمع بين الكيفيتين.

(٦) ما عدا الإبل.

(٧) لو عكس الأمر فى المستعصى.

(٨) و لا يشترط طعنه فى المنحر.

(٩) فاستدرك النحر بعد الذبح، بحيث استدرك ما يعتبر من ذبحه أو نحره على تقدير فعل الآخر يحلّ كما عن الشيخ فى النهايه لوجود المقتضى للحل، و هو التذكية المعتبره، و تردد المحقق فى الشرائع من حيث إن شرط حلّ المذكى وقوع تذكّيته حال استقرار حياته، و الاستقرار مفقود قبل الاستدراك، لأن الذبح و النحر يرفع استقرار الحياه، فلو ذبح الإبل فلا محاله يرتفع استقرار الحياه فلو نحره بعد ذلك فلا يحلّ، لأن النحر المذكى له لم يصادف استقرار حياته كما لو نحره ميتاً أو أشرف على الموت، و لذا اشترط فى التذكية وقوعها فى محل قابل لها، و هو غير موجود فى المقام المفروض هذا و قال الشارح فى المسالك: (و التحقيق أن الحكم يرجع إلى تحقيق ما يعتبر فى الحلّ من الحياه، فإن اعتبرنا استقرارها كما هو المشهور لم يحلّ هنا، لفقد الشرط، و إن اكتفينا بالحركه بعد الذبح أو النحر و خروج الدم أو أحدهما لزم الحكم بالحلّ إذا وجد الشرط، و سيأتى أن المعبر هو الثانى فيحلّ هنا) انتهى.

(١٠) إلى الذبح و النحر، مع أن المعبر أحدهما مع استقرار الحياه، فلو ضم أحدهما إلى الآخر لكان الموجود أحدهما مع عدم استقرار الحياه، فيكون كورود أحدهما إشراف الحيوان على الموت فيحرم.

كل منهما (١) كافيا في الازهاق لو انفرد (٢).

و قد حكم (٣) المصنف و غيره باشتراط استناد موته إلى الذكاه (٤) خاصه (٥) و فرعوا عليه (٦) أنه لو شرع في الذبح فنزع آخر حشوته (٧) معا (٨) فميته، و كذا (٩) كل فعل لا تستقر معه الحياه (١٠)، و هذا (١١) منه (١٢)، و الاكتفاء (١٣) بالحركه (١٤) بعد الفعل المعتبر (١٥)، أو خروج الدم (١٦) المعتدل كما سيأتى.

الرابع - اختصاص الإبل بالنحر

(الخامس - قطع الأعضاء الأربعة) في المذبوح (١٧) (و هي المرىء) بفتح الميم (١) من الذبح أو النحر.

(٢) لأنه يكون مع استقرار الحياه.

(٣) و هو حكم المشهور بورود الذبح أو النحر مع استقرار الحياه.

(٤) المقرره من الذبح أو النحر.

(٥) و هذا يتضمن استقرار حياه الحيوان.

(٦) على حكمهم بكون الحل مشروطا بالذبح أو النحر مع استقرار الحياه.

(٧) أى أمعائه.

(٨) أى حال الذبح بحيث استند الموت إليهما معا، فيحرم لعدم كون الذبح قد ورد على محل مستقر الحياه، أو فقل لعدم استناد موته إلى الذكاه خاصه.

(٩) عطف على نزع الحشوه المقارن للذبح أو النحر.

(١٠) فلو تصاحب مع الذبح أو النحر فلا يحلّ.

(١١) أى استدراك الذبح بعد النحر أو العكس.

(١٢) أى من الفعل الذى لا تستقر معه الحياه لو تصاحب مع الذبح أو النحر المقرّر فى التذكيه فلا تحل معه الذبيحه.

(١٣) عطف على التحريم، و المعنى و احتمال الاكتفاء.

(١٤) أى حركه رجل الحيوان أو حركه عينه.

(١٥) أى المعتبر فى تذكيته من الذبح أو النحر و هو الفعل الذى استدركه ثانيا بعد إتيانه بالآخر أولا.

(١٦) عطف على الحركة أى و يحتتمل الاكتفاء بخروج الدم المعتدل بعد الفعل المعتبر، أو الاكتفاء بكليهما معا كما سيأتى.

(١٧) المشهور فى كيفية الذبح قطع الأعضاء الأربعة، و هى المرئى بتشديد الياء مع فتح الميم و كسر الراء و هو مجرى الطعام و الشراب، و الحلقوم بضم الحاء و هو مجرى النفس، -

ص: ٢٤٤

و الهمزه آخره (و هو مجرى الطعام) و الشراب المتصل بالحلقوم (١) (و الحلقوم) بضم الحاء (و هو للنفس) أى المعد لجريه فيه (و الودجان و هما عرقان يكتنفان الحلقوم).

فلو قطع بعض هذه لم يحلّ و إن بقى يسير.

و قيل: يكفى قطع الحلقوم، لصحيحه زيد الشحام عن الصادق عليه السّلام، إذا قطع الحلقوم و خرج الدم فلا بأس، و حملت على الضروره لأنها وردت فى سياقها (٢) مع معارضتها بغيرها (٣).

و محل الذبح الحلق تحت اللحيين (٤)، و محل النحر و هذه اللبّه (٥) (و) لا يعتبر -و الودجان بفتح الواو و الدال المهمله و هما عرقان كبيران فى جانبى قدام العنق محيطان بالحلقوم كما عن بعض أو محيطان بالمرىء كما عن آخر، و يدل على المشهور صحيح ابن الحجاج عن أبى إبراهيم عليه السّلام (عن المروه و القصبه و العود يذبح بهن الإنسان إذا لم يجد سكيناً؟ فقال: إذا فرى الأوداج فلا بأس بذلك) (١) و عن ابن الجنيد الاكتفاء بقطع الحلقوم خاصه و إليه مال المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك و العلامه فى المختلف لصحيح زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل لم يكن بحضرته سكين أ يذبح بالقصبه، فقال عليه السّلام: اذبح بالحجر و بالعظم و بالقصبه و العود إذا لم تصب الحديده، إذا قطع الحلقوم و خرج الدم فلا بأس به) ٢، و الذى يخفف الخطب ما عن الفاضل المقداد من أن الأوداج الأربعة متصله بعضها مع بعض فإذا قطع الحلقوم فلا بدّ أن ينقطع الباقي معه، و معه لا معنى لهذا النزاع.

(١) أى المتصل بالحلقوم من تحته كما فى الرياض.

(٢) أى سياق الضروره.

(٣) و هو صحيح ابن الحجاج.

(٤) و هما عظمان عند الذقن تنبت على بشرتهما اللحيه.

(٥) بفتح اللّام و تشديد الباء أسفل العنق بين أصله و صدره، و وهدهتها الموضع المنخفض منها لصحيح معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (النحر فى اللبّه و الذبح فى الحلقوم) (٢).

هذا و يكفى فى المنحور طعنه فى وهده اللبّه بمعنى يكفى إدخال السكين و نحوها فيها من غير أن يقطع الحلقوم بلا خلاف فيه، و عن بعض العامه اعتبار قطع الحلقوم المرىء.

ص: ٢٤٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

فيه قطع الأعضاء، بل (يكفى فى المنحور طعنه فى وهذه اللبّه) و هى ثغره النحر بين الترقوتين، و أصل الوهده المكان المطمئن و هو المنخفض، و اللبّه بفتح اللام و تشديد الباء المنحر، و لا حد للطعنه طولاً و عرضاً، بل المعتبر موته بها خاصه.

السادس الحركه بعد الذبح أو النحر

(السادس الحركه بعد الذبح أو النحر (١)...) .

(١) قد عرفت أن استقرار الحياه للحيوان أن لا يكون مشرفاً على الموت بحيث يمكن لمثله أن يعيش اليوم و اليومين، و عليه فهل يعتبر استقرار الحياه فى الحيوان حين التذكيه كما عن المشهور، بين المتأخرين أو لا يعتبر إلا أصل الحياه كما عن جماعه من القدماء، و عن الشيخ يحيى بن سعيد أن اعتبار استقرار الحياه ليس من المذهب.

و على كل فاستدل لاعتبار استقرار الحياه بأن ما لا تستقر فيه الحياه قد صار بمنزله الميتة، و استدل للعدم للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (كل كلّ شىء من الحيوان غير الخنزير و النطيحه و المترديه و ما أكل السبع، و هو قول الله عزّ و جل: إلا- ما ذكيتم، فإن أدركت شيئاً منها و عينه تطرف أو قائمه تركض أو ذنب يمضع فقد أدركت ذكاته فكله) (١) و من الواضح أن الذبيحه من النطيحه و المترديه و أكيله السبع غير مستقره الحياه حال التذكيه.

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الذبيحه فقال: إذا تحرك الذنب و الطرف أو الاذن فهو ذكى) (٢) و خبر أبان بن تغلب عنه عليه السلام (إذا شككت فى حياه شاه و رأيتها تطرف عينها أو تتحرك أذناها أو تمضع بذبها فاذبحها فإنها لك حلال) (٣) و مثلها غيرها، و هى ظاهره فى حليه الذبيحه مع التذكيه إذا تحركت بعد الذبح سواء كانت مستقره الحياه أم لا. و غالب ظاهر النصوص على أن محل الحركه بعد الذبح، و هذا صريح بعضها كصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الشاه تذبج فلا تتحرك و يهراق منها دم كثير عبيط؟ فقال عليه السلام: لا تأكل، إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا ركضت الرجل أو طرفت العين فكل) (٣).

هذا كله من جهه و من جهه أخرى فهل المدار على الحركه بعد الذبح كما عن الصدوق و العلامه فى المختلف و قواه الشارح فى المسالك و سيد الرياض للنصوص المتقدمه حيث اكتفت بالحركه فقط.-

ص: ٢٤٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الذبائح حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الذبائح حديث ٣ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبائح حديث ١.

و يكفى مسماهما (١) فى بعض الأعضاء كالذنب و الأذن، دون التقلص (٢) -أو المدار على كفايه الحركه أو خروج الدم بعد الذبح كما عن الأكثر جمعا بين ما تقدم و بين جملة من الأخبار داله على كفايه خروج الدم.

منها: صحيح زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل لم يكن بحضرته سكين أ يذبح بقصبه؟ فقال عليه السلام: اذبح بالحجر و العظم و بالقصبه و العود إذا لم تصب الحديده، إذا قطع الحلقوم و خرج الدم فلا بأس) (١)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (عن مسلم ذبح فسّمى فسبقه السكين بحدتها فأبان الرأس؟ فقال عليه السلام:

إذا خرج الدم فكل) (٢)، و خبر الحسين بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (عن رجل ضرب بقره بفأس فسقطت؟ فقال عليه السلام: فإن كان الرجل الذى ذبح البقره حين ذبح خرج الدم معتدلا فكلوا و اطعموا، و إن كان خرج خروجا متثاقلا فلا تقربوه) (٣).

و أورد الشارح على الأخير إشكالا بضعف السند، لأن الحسين بن مسلم مجهول، و تبعه فى التضعيف سيد الرياض، مع أن الخبر مروى بطريق آخر قوى، فقد رواه الحميرى فى قرب الإسناد عن بكر بن محمد عن أبى عبد الله عليه السلام ٤ مع إبدال قوله (فسقطت) بقوله (فوقدها).

على أن الظاهر هو اعتماد الأصحاب على هذا الخبر الأخير، لأنهم لم يكتفوا بخروج الدم، بل قيدوه بخروجه معتدلا، و لا مدرك لهم فى هذا القيد سوى هذا الخبر، فسنده منجبر بعملهم و لا داعى للتشكيك فى حجته من هذه الجهة.

نعم ورد فى بعض الأخبار عدم كفايه خروج الدم و أنه لا بد من الحركه معه كصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (عن الشاه تذبح فلا تتحرك و يهراق منها دم كثير عييط؟ فقال عليه السلام: لا تأكل، إن عليا عليه السلام كان يقول: إذا ركضت الرجل أو طرفت العين فكل) (٤).

و الحق هو اعتبار الأمرين من الحركه و خروج الدم معتدلا جمعا بين النصوص و هذا ما ذهب إليه المفيد و ابن الجنيد.

(١) مسمى الحركه.

(٢) تقلص: انضم و انزوى و انقبض.

ص: ٢٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبائح حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ملحقه.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الذبائح حديث ١.

و الاختلاج (١) فإنه قد يحصل فى اللحم المسلوخ (أو خروج الدم المعتدل) و هو (٢) الخارج بدفع، لا المتناقل، فلو انتفيا (٣) حرم (٤)، لصحيحه الحلبي على الأول (٥) و روايه الحسين بن مسلم على الثانى (٦).

و اعتبر جماعه اجتماعهما (٧) و آخرون الحركة وحدها، لصحه روايتها (٨)، و جهاله الأخرى (٩) بالحسين.

و هو (١٠) الأقوى. و صحيحه الحلبي و غيرها مصرحه بالاكتفاء فى الحركة بطرف العين، أو تحريك الذنب، أو الاذن من غير اعتبار أمر آخر (١١)، و لكن المصنف هنا و غيره من المتأخرين اشترطوا مع ذلك (١٢) أمرا آخر كما نبه عليه بقوله: (و لو علم عدم استقرار الحياه حرم (١٣) و لم نقف لهم فيه (١٤) على مستند، و ظاهر القدماء كالأخبار الاكتفاء بأحد الأمرين (١٥) أو بهما، من غير اعتبار استقرار الحياه. و فى الآية إيماء إليه (١٦)، و هى قوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ (١) و هو الحركة الخفيفه.

(٢) أى الدم المعتدل.

(٣) من الحركة و خروج الدم المعتدل.

(٤) أى حرم المذبوح أو المنحور.

(٥) على الحركة بعد الذبح أو النحر.

(٦) على خروج الدم المعتدل.

(٧) أى اجتماع الحركة بعد الذبح مع خروج الدم المعتدل.

(٨) أى صحه روايه الحركة، و فيه أن بعض ما دل على اعتبار خروج الدم صحيح أيضا.

(٩) أى الروايه الأخرى الداله على خروج الدم، و قد عرفت ما فيه.

(١٠) أى الاكتفاء بالحركة وحدها.

(١١) و هو استقرار الحياه فى الذبيحه حال التذكيه و فى هذا توطئه للرد على المشهور حيث اعتبر استقرار الحياه.

(١٢) مع الحركة بعد الذبح.

(١٣) أى المذبوح أو المنحور.

(١٤) أى فى اشتراط الأمر الآخر.

(١٥) من الحركة بعد الذبح أو خروج الدم المعتدل.

(١٦) أي إلى عدم اعتبار استقرار الحياه.

ص: ٢٤٨

وَ الدَّمُ إِلَى قَوْلِهِ: إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ (١)، ففى صحیحه زرارہ عن الباقر علیہ السّلام فى تفسیرها (٢) فإن أدركت شيئا منها (٣) و عين تطرف، أو قائمه تركض، أو ذنبا يمصح (٤) فقد أدركت ذكاته فكله و مثلها أخبار كثيره.

قال المصنف فى الدروس: و عن يحيى (٥) أن اعتبار استقرار الحياه ليس من المذهب. و نعم ما قال (٦)، و هذا (٧) خلاف ما حكم به هنا، و هو (٨) الأقوى.

فعلى هذا (٩) يعتبر فى المشرف على الموت، و أكيل السبع، و غيره الحركه بعد الذبح و إن لم يكن مستقر الحياه، و لو اعتبر معها (١٠) خروج الدم المعتدل كان أولى.

السابع - متابعه الذبح حتى يستوفى

(السابع - متابعه الذبح حتى يستوفى) قطع الأعضاء (١١)، فلو قطع البعض (١) سورة المائده، الآيه: ٣.

(٢) أى تفسير الآيه.

(٣) من النطيحه و المترديه و أكيله السبع.

(٤) أى يتحرك.

(٥) أى يحيى بن سعيد ابن عم المحقق الحلبي، و له كتاب الجامع و نزّه الناظر فى الفقه.

(٦) أى ما قال يحيى.

(٧) أى قول المصنف فى الدروس.

(٨) أى ما قاله المصنف فى الدروس.

(٩) من عدم اعتبار استقرار الحياه.

(١٠) مع الحركه بعد الذبح.

(١١) يجب متابعه الذبح حتى يستوفى قطع الأعضاء الأربعة بتمامها بحيث لا يخرج عن الكيفيه المتعارفه بالتراخي فى زمن القطع، و عليه فلو قطع بعض الأعضاء و أرسله ثم قطع الباقي، فإن كان وقت الإرسال قصيرا جدا على وجه لا يقدر فى التابع المتعارف فى الذبح فلا إشكال فى الحلبيه لعدم الخروج عن كون الفعل متحدا.

و إن كان الزمن غير قصير و كان مضرا بالتتابع فإن كانت حياته مستقره عند قطع الباقي فلا خلاف و لا إشكال فى الحل، و إن لم تكن حياته مستقره حرم، لأن قطع الباقي بمنزله ذبح الميت فهو لا ينفع، و قطع الأول قبل الإرسال غير مجد لعدم قطع الأربعة

به، وإليه ذهب الشهيد فى الدروس و المحقق الثانى. و عن العلامة فى الإرشاد الجزم بالحل، و هو خيره المحقق فى الشرائع و الشارح فى المسالك لأن إزهاق روحه قد تم بالذبح لا بغيره هذا هو المقتضى للحل مع عدم المانع، إذ ليس إلا عدم المتابعة و لم يرد من الشارع -

ص: ٢٤٩

و أرسله (١) ثم تممه (٢)، أو تناقل بقطع البعض حرم، إن لم يكن في الحياه استقرار، لعدم صدق الذبح مع التفرقه كثيرا، لأن الأول (٣) غير محلل (٤)، و الثاني (٥) يجرى مجرى التجهيز على الميت.

و يشكل مع صدق اسم الذبح عرفا مع التفرقه كثيرا. و يمكن استناد الإباحه (٦) إلى الجميع (٧). و لولاه (٨) لورد مثله (٩) مع التوالى (١٠) و اعتبار استقرار الحياه ممنوع (١١)، و الحركة اليسيره (١٢) الكافيه (١٣) مصححه فيهما (١٤) مع أصاله الإباحه إذا صدق اسم الذبح.

-ما يدل على اشتراطهما فى الحل.

هذا و قال الشارح فى المسالك: (و هذا كله مبنى على اشتراط استقرار الحياه فى المذبوح، أما لو اكتفينا بعده بالحركه أو خروج الدم سقط هذا البحث، و اعتبر فى الحل أحدهما أو كلاهما) انتهى.

(١) أى أرسل المذبوح.

(٢) أى تمم القطع.

(٣) و هو قطع بعض الأعضاء قبل الإرسال.

(٤) لعدم قطع الأعضاء الأربعة به.

(٥) و هو قطع الباقي بعد الإرسال.

(٦) أى إباحه المذبوح المستنده إلى إزهاق روحه بقطع الأعضاء الأربعة.

(٧) أى إلى القطعين.

(٨) أى و لو لا استناد الإباحه إلى القطعين هنا.

(٩) أى مثل هذا الإشكال.

(١٠) أى توالى الذبح بحيث يقطع بعض الأعضاء بعد بعض على التوالى، فيأتى الإشكال المتقدم من أن قطع الأول غير مجد، و قطع الثانى بمنزله التجهيز على الميت.

و فيه: إن الفرق بين الفرعين واضح لا- خفاء فيه، ففى الأول هناك التراخى بين القطعين بحيث يصدق عرفا أن القطع الثانى قد ورد على غير مستقر الحياه بخلاف الفرع الثانى فلا تراخى بين القطعين، بل لا يوجد إلا قطع واحد عرفا.

(١١) و عليه يسقط البحث بتمامه، لأن البحث المتقدم مبنى على اشتراط استقرار الحياه.

(١٢) أى حركة المذبوح ببعض أعضائه بعد الذبح.

(١٣) من دون اشتراط خروج الدم المعتدل.

(١٤) فى التوالى و عدمه.

ص: ٢٥٠

و هو (١) الأقوى (و) على القولين (٢) (لا تضر التفرقه اليسيره) التي لا تخرج عن المتابعه عاده.

فى ما يستحب

فى استحباب نحر الإبل و قد ربطت أخفافها

(و) يستحب نحر الإبل قد ربطت أخفافها (٣) أى أخفاف يديها (إلى آباطها) (٤) بأن (٥) يربطهما (٦) معا مجتمعين من الخف إلى الآباط (٧)، و روى أنه يعقل يدها (١) أى الحكم بالحليه و إن توانى فى القطع مع اشتراط الحركه بعد الذبح.

(٢) من حل الذبيحه مع التفرقه كثيرا و من حرمتها مع هذه التفرقه.

(٣) جمع خف، و هو فى الإبل كالحافر فى الفرس.

(٤) جمع إبط بالكسر، و هو ما تحت الجناح، و هو باطن المنكب.

(٥) تفسير للربط المذكور.

(٦) أى اليدين.

(٧) فالمراد أن يجمع يديه و يربطهما ما بين الخف و الآباط، و ليس المراد أنه يعقل يديه إلى آباطه، لأنه لا يستطيع القيام حينئذ مع أن المستحب فى الإبل أن تكون قائمه حال النحر، و المستند هو هذا الحكم فى خبر حمران بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (و أما البعير فشدّ أخفافه إلى آباطه و أطلق رجليه) (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قول الله عزّ و جلّ: فاذكروا اسم الله عليها صواف، قال: ذلك حين تصف للنحر يربط يديها ما بين الخف إلى الركبه، و وجوب جنوبها إذا وقعت على الأرض) (٢)، و أما استحباب نحرها و هى قائمه لخبر أبى الصباح الكناني (سألت أبا عبد الله عليه السلام: كيف تنحر البدنه؟ فقال: تنحر و هى قائمه من قبل اليمين) (٣).

نعم ورد أنه يعقل يدها اليسرى فقط كما فى خبر أبى خديجه (رأيت أبا عبد الله عليه السلام و هو ينحر بدنته معقوله يدها اليسرى، ثم يقوم به - أى بالنحر - من جانب يدها اليمنى) (٤)، و خبر الدعائم (سئل كيف ينحر؟ فقال: يقام قائما حيال القبلة، و تعقل يده الواحده، و يقوم الذى ينحره حيال القبلة فيضرب فى لبتة بالشفره) (٤) و روت العامه عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم و أصحابه (كانوا ينحرون البدن معقوله اليسرى قائمه على ما بقى من قوائمها) (٥).

ص: ٢٥١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢ من كتاب الحج.

- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذببح حديث ٣ من كتاب الحج.
- ٤- (٥) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الذبائح حديث ٥.
- ٥- (٦) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٢٧.

اليسرى من الخف إلى الركبه و يوقفها على اليمنى. و كلاهما حسن (و أطلقت أرجلها، و البقر تعقل يدها و رجلاه و يطلق ذنبه (١)، و الغنم تربط يدها و رجل واحده) و تطلق الأخرى (و يمسك صوفه، و شعره، و وبره حتى يبرد (٢) و فى روايه حمران بن أعين إن كان من الغنم فأمسك صوفه، أو شعره، و لا تمسك يدا و لا رجلا. و الأشهر الأول.

فى أن الطير يذبح و يرسل

(و الطير يذبح و يرسل) و لا يمسك، و لا يكتف (٣)

فى ما يكره

فى أن تنخع الذبيحه

(و يكره أن تنخع الذبيحه) و هو (٤) أن يقطع نخاعها (٥) قبل موتها، و هو (٦) الخيط الأبيض الذى وسط الفقار بالفتح ممتدا من الرقبه إلى عجب الذنب بفتح العين و سكون الجيم، و هو (٧) أصله.

(١) لخبر حمران بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (و إن كان شىء من الغنم فأمسك صوفه أو شعره و لا تمسك يدا و لا رجلا، فأما البقر فأعقلهما و أطلق الذنب) (١).

(٢) كذا عن جماعه منهم المحقق مع أن الوارد فى خبر حمران بن أعين عن أبى عبد الله فى حديث: (و إن كان شىء من الغنم فأمسك صوفه أو شعره و لا تمسك يدا و لا رجلا) و هو لا يدل على الإمساك إلى حين برودته و لا يدل على عقل إحدى رجليه، إلا أن الحكم استحبابى و لعل فتوى من تقدم كافيته فى الإثبات للتسامح فى أدله السنن.

(٣) كتف الطائر كتفا و كتفا رذ جناحيه إلى ورائهما ضامما لهما و مستند الحكم خبر حمران بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الذبح؟ فقال: إذا ذبحت فأرسل و لا تكتف، و لا تقلب السكين لتدخلها تحت الحلقوم و تقطعه إلى فوق، و الإرسال للطير خاصه، فإن تردى فى جب أو وهده من الأرض فلا تأكله و لا تطعمه، فإنك لا تدري التردى قتله أو الذبح) (٢).

(٤) أى التنخيع.

(٥) مثلث النون.

(٦) أى النخاع.

(٧) أى عجب الذنب، و قد ورد النهى عن نخع الذبيحه فى الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (سألته عن الذبيحه؟ فقال: استقبل -

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الذبائح حديث ٢.

وقيل: يحرم، لصحيحه الحلبي قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا تنزع الذبيحة حتى تموت فإذا ماتت فانزعها، والأصل في النهي التحريم. وهو الأقوى، واختاره في الدروس. نعم لا تحرم الذبيحة على القولين (١) (وأن يقلب السكين) بأن يدخلها تحت الحلقوم وباقي الأعضاء (فيذبح إلى فوق)، لنهي الصادق عليه السلام عنه (٢) في روايه حمران بن أعين (٣)، ومن ثم (٤) قيل بالتحريم (٥)، حملا للنهي عليه (٦).

و في السند من لا تثبت عدالته. فالقول بالكراهه أجود.

في السلخ قبل البرد

(و السلخ قبل البرد (٧) لمرفوعه محمد بن يحيى عن الرضا عليه السلام، إذا -بذبحتك القبله، و لا تنزعها حتى تموت) (١)، و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تنزع الذبيحة حتى تموت، فإذا ماتت فانزعها) ٢ و قد نفى الخلاف الشيخ في المبسوط عن كراهه النخع، و قال الشارح في المسالك: (و قيل: يحرم لأن الأصل في النهي التحريم، فلا-وجه للعدول إلى الكراهه، و قد تقدم أن خبر النهي صحيح فالقول بالتحريم أقوى) انتهى.

(١) من تحريم التنخيع و كراهته، أما على الكراهه فواضح، و أما على التحريم فللأصل كما في المسالك، و المراد بالأصل هنا أصاله عدم تحريم الذبيحه بعد تذكيته شرعا و إن أتى بشيء منهى عنه.

(٢) عن التقليل و الذبح إلى فوق.

(٣) و قد تقدمت.

(٤) أى و لأجل النهي الوارد عنه.

(٥) كما عن الشيخ في النهايه و تبعه القاضى ابن البراج، و لكن في طريق الروايه جهاله والد أبي هاشم الجعفرى فالقول بالكراهه أجود لقصوره سندا.

(٦) على التحريم.

(٧) لخبر محمد بن يحيى رفعه قال: (قال أبو الحسن الرضا عليه السلام: إذا ذبحت الشاه و سلخت، أو سلخ شىء منها قبل أن تموت لم يحل أكلها) (٢).

و قد حملة الشيخ في النهايه على حرمه السلخ قبل البرد، و تبعه ابن البراج و ابن حمزه، بل ذهبوا إلى تحريم الأكل أيضا، و عن الأكثر الكراهه للأصل و ضعف الروايه بالإرسال فلا-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الذبائح حديث ١.

ذبحت الشاه و سلخت، أو سلخ شيء منها قبل أن تموت فليس يحل أكلها.

و ذهب جماعه منهم المصنف فى الدروس و الشرح (١) إلى تحريم الفعل (٢) استنادا إلى تلازم تحريم الأكل، و تحريم الفعل (٣)، و لا يخفى منعه (٤) بل عدم دلالاته (٥) على التحريم (٦) و الكراهه.

نعم يمكن الكراهه (٧) من حيث اشتماله (٨) على تعذيب الحيوان على تقدير شعوره (٩)، مع أن سلخه قبل برده لا يستلزمه (١٠)، لأنه (١١) أعم من قبليته -تصلح دليلا للحرمة، نعم تحمل على الكراهه من باب التسامح.

(١) أى شرح الإرشاد.

(٢) و هو السلخ قبل الرد.

(٣) مع أن الخبر دال على تحريم الأكل، و تحريم الأكل دال على تحريم الفعل.

(٤) منع التلازم إذ قد يحرم الأكل و لا يحرم الفعل كما فى عدم تتابع الذبح فتحرم الذبيحه أكلا و لا يحرم الفعل، و قد يحرم الفعل و لا يحرم الأكل كما فى قلب السكين فالقلب محرم و لا يحرم الأكل.

(٥) الخبر المرفوع.

(٦) أى تحريم الفعل أو كراهته، لأن المرفوع لم يتعرض للفعل حرمة أو كراهه، و إنما تعرض للأكل فقط.

(٧) أى كراهه الفعل.

(٨) أى اشتمال السلخ قبل البرد.

(٩) إذا لم يتحقق موته و إن ذبح، هذا و العجب من الشارح حيث نسب إلى الشهيد هنا الحكم بتحريم الأكل و تحريم الفعل، أما تحريم الأكل فللخبر، و أما تحريم الفعل فالتلازم، مع أنه فى المسالك قد نسب إلى الشهيد الحكم بتحريم الفعل دون تحريم الأكل، أما حرمة الفعل فلما فيه من تعذيب الحيوان المنهى عنه، و أما حليه الأكل فلعموم قوله تعالى:

فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ (١) ، بالإضافة إلى أن تعذيب الحيوان بالسلخ قبل البرد دليل الحرمة كما ذكره فى المسالك و قد جعله هنا دليلا للكراهه.

(١٠) أى لا يستلزم تعذيب الحيوان، و هذا رد منه لدليل الكراهه من حيثه التعذيب بالسلخ.

(١١) أى السلخ قبل البرد.

الموت (١). و ظاهرهم أنهما (٢) متلازمان. و هو (٣) ممنوع، و من ثم (٤) جاز تغسيل ميت الإنسان قبل برده (٥)، فالأولى تخصيص الكراهه بسلخه قبل موته (٦).

في إبانة الرأس عمدا

(و إبانة الرأس عمدا) حاله الذبح (٧)، للنهي عنه (٨) في صحيحه محمد بن (١) فالسلخ قبل البرد أعم من كونه قبل الموت و بعده، مع أنه بعد الموت لا يستلزم التعذيب.

(٢) أي قبله البرد و قبله الموت متلازمان بحيث كل سلخ قبل البرد مستلزم للتعذيب، لأنه قبل الموت.

(٣) أي التلازم بين قبله البرد و قبله الموت.

(٤) أي منع التلازم المذكور.

(٥) و حاله أنه لا يغسل إلا بعد موته.

(٦) إذا كان دليل الكراهه هو تعذيب الحيوان، و لكن قد عرفت أن دليل كراهه الفعل أو حرمة هو الخبر المرفوع المتقدم.

(٧) ذهب ابن الجنيد و الشيخ في النهاية و ابن حمزه و القاضي ابن البراج و العلامه في المختلف و الشهيدان إلى حرمة الذبيحه لو تعمد إبانة الرأس وقت الذبح لظاهر النهي في الأخبار.

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: (و لا يقطع الرقبه بعد ما يذبح) (١) و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (و لا يكسر الرقبه حتى تبرد الذبيحه) ٢، و صحيحه الآخر عنه عليه السلام (سئل عن رجل ذبح طيرا فقطع رأسه أ يؤكل منه؟ قال عليه السلام: نعم و لكن لا يتعمد قطع رأسه) (٢)، و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام (أنه كان يقول: إذا أسرع السكين في الذبيحه فقطعت الرأس فلا بأس بأكلها) ٤ و منطوقها كمفهوم غيرها أنه مع عدم التعمد فلا بأس.

و عن الشيخ في الخلاف و ابن إدريس و العلامه في جملة من كتبه و جماعه الكراهه، و قد ادعى الشيخ في الخلاف إجماع الصحابه عليه، و فيه أنه حمل بلا موجب و على كل فعلى القول بالتحريم هل تحرم الذبيحه به كما ذهب إليه الشيخ في النهاية و ابن زهره، و هو ظاهر ابن الجنيد و القاضي و ابن حمزه استنادا إلى أن الذبح المشروع هو قطع الأعضاء الأربعة فقط، و الزائد عليها يخرج عن كونه ذبحا شرعيا فلا يكون مبيحا، و يضعف بأن قطع الأعضاء الأربعة قد حصل، فحصل الحلّ به، و لا يلزم من تحريم الفعل الزائد تحريم الذبيحه للأصل.

(٨) عن تعمد إبانة الرأس.

-
- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ٣.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الذبائح حديث ٥ و ٦.

مسلم عن الباقر عليه السلام: «لا تنزع، ولا تقطع الرقبه بعد ما تذبح».

(وقيل) و القائل الشيخ فى النهايه و جماعه (بالتحريم)، لاقتضاء النهى له (١) مع صحه الخبر. و هو الأقوى، و عليه (٢) هل تحرم الذبيحه؟ قيل: نعم، لأن الزائد عن قطع الأعضاء يخرج (٣) عن كونه ذبحا شرعيا فلا يكون (٤) مبيحا.

و يضعف بأن المعتبر فى الذبح قد حصل (٥)، فلا اعتبار بالزائد (٦)، و قد روى الحلبي فى الصحيح عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن ذبح طير قطع رأسه أ يؤكل منه؟ قال: نعم و لكن لا يعتمد قطع رأسه. و هو نص (٧)، و لعموم قوله تعالى: فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ (٨). فالمتجه تحريم الفعل، دون الذبيحه فيه (٩)، و فى كل ما حرّم سابقا (١٠).

و يمكن أن يكون القول (١١) المحكى بالتحريم متعلقا بجميع ما ذكر مكروها (١٢)، لوقوع الخلاف فيها (١٣) أجمع، بل قد حرمها المصنف فى الدروس إلا قلب السكين فلم يحكم فيه بتحريم، و لا غيره (١٤)، بل اقتصر على نقل الخلاف.

(١) للتحريم.

(٢) و على تحريم تعمد إبانه الرأس.

(٣) ضمير الفاعل راجع إلى الزائد، و ضمير المفعول راجع إلى قطع الأعضاء.

(٤) قطع الأعضاء مع الزائد.

(٥) و هو قطع الأعضاء الأربعة.

(٦) و هو إبانه الرأس.

(٧) أى نص على تحريم الفعل عمدا دون الأكل.

(٨) سورة الأنعام، الآية: ١١٩.

(٩) فى تعمد إبانه الرأس.

(١٠) من نزع الذبيحه و قلب السكين و السلخ قبل البرد.

(١١) أى قول الماتن: (وقيل بالتحريم).

(١٢) من نزع الذبيحه و قلب السكين و السلخ قبل البرد.

(١٣) فى المكروهات المذكوره سابقا.

(١٤) أى غير التحريم.

ص: ٢٥٦

و إنما تقع الذكاه على حيوان طاهر العين (١) غير آدمي، و لا حشار (٢) و هي (١) الحيوان على قسمين، مأكول اللحم و غيره، و الثاني من غير مأكول اللحم على قسمين:

نجس العين ماله نفس سائله و غيره، و الأول من غير مأكول اللحم و غير نجس العين و له نفس سائله إما سباع و إما مسوخ و إما حشرات و إما غيرها.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالمراد بالتذكيه أن يصير الحيوان طاهرا بها بعد الذبح، و يحل أكل لحمه إذا كان من مأكول اللحم و عليه فلا بد أن يخرج ما لا نفس سائله له لأنه طاهر حيا و ميتا، سواء ذكى أم لا، و لا بد أن يخرج نجس العين لأنه نجس عينا حيا و ميتا سواء ذكى أم لا، و لا بد أن يخرج الإنسان لأنه خارج عن موضوع البحث الذي هو الحيوان مع أنه لا خلاف في عدم وقوع التذكيه عليه و إن جاز قتله كالكافر و لا بد أن يخرج ذو النفس السائله من مأكول اللحم، لوقوع التذكيه عليه القاضيه بطهارته و حليه أكل لحمه كما تقدم في بابي الصيد و الذبائح، فلا يبقى إلا ذو النفس السائله من غير مأكول اللحم و قد عرفت أنه على أقسام أربعة من السباع و الحشرات و المسوخ و غيرها. و من جهه ثالثه فمحل الكلام في التذكيه بالذبح أو النحر، و أما التذكيه بالأخذ فإنه مختص بالسمك و الجراد.

(٢) جمع حشره، كثمار جمع ثمره، و المراد بالحشرات ما سكن باطن الأرض من الدواب كالفأره و ابن عرس و الضب و الحيه و ما شاكل، و المشهور على الوقوع لأن الأصل هو البناء على طهاره الحيوان إذا وقعت عليه التذكيه إلا ما خرج بالدليل للأخبار.

منها: صحيح على بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام: (عن لباس الفراء و السمور و الفنك و الثعالب و جميع الجلود؟ قال عليه السلام: لا بأس بذلك) (١) و وجه الاستدلال عدم جواز لبس غير المذكى لأنه نجس و عليه فيدل على جواز لبس كل جلد إذا ذكى، لأنه طاهر، و هو مطلق يشمل جلود الحشرات المذكوره، و موثق ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (و إن كان غير ذلك مما قد نهيت عن أكله و حرم عليك أكله فالصلاه في كل شيء منه فاسده ذكاه الذابح أو لم يذكه) (٢) فهو ظاهر في أن الذبح تذكيه لكل حيوان، و ظاهر في أن غير مأكول اللحم مطلقا قابل للتذكيه، إذ لو لم يكن غير مأكول اللحم قابلا للتذكيه لما كان وجه لقوله: و إن ذكاه الذابح و عن جماعه منهم الشارح في المسالك و الماتن هنا أنه غير قابل للتذكيه، لأن الأصل عدم وقوع التذكيه على كل حيوان إلا ما خرج بالدليل لخبر على بن حمزه (سألت أبا عبد الله و أبا الحسن عليهما السلام عن لباس الفراء -

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ من كتاب الصلاه.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب لباس المصلى حديث ١ من كتاب الصلاه.

ما سكن الأرض من الحيوانات كالفأر، والضب، و ابن عرس (و لا تقع على الكلب و الخنزير (١) إجماعاً (و لا على الآدمي و ان كان كافراً (٢) إجماعاً، (و لا على الحشرات (٣) على الأظهر، للأصل (٤) إذ لم يرد بها (٥) نص.

(و قيل: تقع) (٦) و هو شاذ (٧).

(و الظاهر وقوعها (٨) على المسوخ (٩)...)- و الصلاة فيها؟ فقال عليه السلام: لا تصل فيها إلا ما كان منه ذكياً، قلت: أو ليس الذكي ما ذكي بالحديد؟ قال عليه السلام: بلى إذا كان مما يؤكل لحمه، قلت: و ما لا يؤكل لحمه من غير الغنم؟ قال عليه السلام: لا بأس بالسنجاب، فإنه دابة لا تأكل اللحم (١٠) و هو ظاهر في عدم وقوع التذكية على الحيوان غير مأكول اللحم إلا ما خرج بالدليل، و هذا الأصل شامل للحشرات المذكورة و الخبر لا يصلح لمعارضه ما تقدم، لأن ما تقدم أكثر عدداً و أصح مسنداً.

(١) لأنهما نجسا العين حال الحياه و الموت.

(٢) و الكافر مما يجوز قتله، و لكن لا تقع عليه التذكية القاضيه بطهارته، بل يكون الإنسان نجسا عند موته و إن ذكى.

(٣) قد تقدم الكلام فيها.

(٤) من أصاله عدم وقوع التذكية على غير مأكول اللحم إلا ما خرج بالدليل.

(٥) بتذكية الحشرات.

(٦) أى تقع التذكية على الحشرات.

(٧) باعتبار عدم الدليل على وقوع التذكية على الحشرات عنده فشذوذ القول باعتبار عدم الدليل، و لذا قال فى المسالك: (البحث فى الحشرات كالبحت فى المسوخ، فإنه لا دليل صالحاً لوقوعه عليها) انتهى، و إلا فقد عرفت أن المشهور على وقوع التذكية.

(٨) أى وقوع التذكية.

(٩) المراد بالمسوخ هنا المسوخ من غير السباع و من غير الحشرات و أن لا يكون نجس العين و إلا فالمسوخ إن كان من السباع أو الحشرات أو نجس العين فله حكم ما يلحق به.

و على كل فقد حكم الشيخ و سلار و ابن حمزه بنجاسه المسوخ، و عليه فلا تقع عليها التذكية كما لا تقع على الكلب الخنزير، و هو مبنى ضعيف.-

ص: ٢٥٨

(و السباع (١)...) - و من قال بطهارتها اختلفوا فعن المشهور كما فى كشف اللثام أنها تقع للأصل المؤيد بما دل على حليه الأرنب و القنفذ و الوطواط، و هى مسوخ، و ليس الحل فى لحمها عندنا فيكون فى جلدتها، فقد ورد فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان يكره أن يؤكل لحم الضب و الأرنب و الخيل و البغال، و ليس بحرام كتحرير الميتة و الدم و لحم الخنزير) (١)، و خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (سئل عن سباع الطير و الوحش حتى ذكر له القنافذ و الوطواط و الحمير و البغال و الخيل، فقال: ليس الحرام إلا ما حرّم الله فى كتابه) (٢) و صحيح حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عزوف النفس، و كان يكره الشئ و لا يحرمه، فأتى بالأرنب فكرهها و لم يحرمها) (٣).

و عن المحقق و الشارح و جماعه بل نسب إلى المشهور عدم وقوع التذكية عليها للأصل القاضى من عدم وقوع التذكية على الحيوان غير مأكول اللحم إلا ما خرج بالدليل، و لا دليل فى المسوخ، و ما ورد فى الأرنب و القنفذ إنما يدل على حليه لحمها و هذا مما لم يلتزم به أحد، و حملة على حليها جلودها بالتذكية على خلاف الظاهر.

(١) و هى سباع الطير و الوحوش، و هى ما يفترس الحيوان بمخلبه أو بناه، أو كل ما كان ذا ناب أو مخلب، أو كل ما يتغذى باللحم كالأسد و النمر و الفهد و الثعلب و الباشق و النسر و العقاب.

فالمشهور على وقوع التذكية عليها بمعنى إفادتها جواز الانتفاع بجلدها لطهارته، و عن الشهيد أنه لا يعلم فيه مخالف، و عن المفاتيح أنه مذهب الكل، و عن المفيد و سلّار و ابن حمزه عدم الوقوع ذكره فى الجنائيات، و ظاهر الشارح فى المسالك تقويته لو لا الإجماع على الوقوع.

و مما يدل على المشهور خبر سماعه (سألت عن لحوم السباع و جلودها؟ فقال: أما لحوم السباع فمن الطير و الدواب فإننا نكرهه، و أما الجلود فاركبوا عليها و لا تلبسوا شيئا منها تصلون فيه) (٤)، و خبر أبى مخلد (كنت عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ دخل معتب فقال:

بالباب رجلان، فقال عليه السّلام: فأدخلهما، فدخلوا، فقال أحدهما: إني رجل سراج أبيع -

ص: ٢٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٢١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب لباس المصلى حديث ٤ من كتاب الصلاة.

لروايه (١) محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام «أنه سئل عن سباع الطير، و الوحش حتى ذكر القنفاذ، و الوطواط، و الحمير، و البغال، و الخيل فقال: ليس الحرام إلا- ما حرّم الله في كتابه» و ليس المراد نفى تحريم الأكل، للروايات الداله على تحريمه (٢)، فبقى عدم تحريم الذكاه (٣)، و روى (٤) حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عزوف النفس و كان يكره الشيء و لا يحرمه فأتى بالأرنب فكرهها و لم يحرمها». و هو محمول أيضا على تحريم ذكاتها، و جلودها جمعا بين الأخبار (٥)، و الأرنب من جمله المسوخ و لا قائل بالفرق بينها (٦).

و روى (٧) سماعة قال «سألته عن لحوم السباع و جلودها؟ فقال: أما اللحوم فدعها، و أما الجلود، فاركبوا عليها، و لا تصلوا فيها». و الظاهر أن المسئول الإمام. و لا يخفى بعد هذه الأدله (٨).

-جلود النمر، فقال عليه السلام: مدبوغه هي؟ قال: نعم، قال عليه السلام: ليس به بأس(١) و موثق سماعة (سألته عن جلود السباع ينتفع بها، فقال: إذا رميت و سميت فانتفع بجلده)(٢) و عليه فتردد الشارح في الحكم ليس في محله، و ذهب البعض إلى عدم التذكيه تمسكا بالأصل مع ورود هذه الأخبار ليس في محله أيضا.

(١)تعلييل لوقوع التذكيه على المسوخ.

(٢)على تحريم الأكل.

(٣)و إذا كانت الذكاه وارده على القنفاذ و الوطواط فهي من المسوخ كما سيأتي، و به تم المطلوب.

(٤)استدلال لوقوع التذكيه على المسوخ أيضا.

(٥)بين هذين الخبرين الدالين على الحليه و بين أخبار تدل على الحرمة و ستأتي في باب الأطمعه المحرّمه.

(٦)أي بين المسوخ ففي الأرنب وقوع التذكيه و في غيره فلا.

(٧)استدلال لوقوع التذكيه على السباع.

(٨)أما الخبر الذي أورده على وقوع التذكيه على السباع فقد استشكل فيه في المسالك بقوله (و كون الظاهر أن المسئول الإمام غير كاف في جواز العمل)، و أما الخبران اللذان-

ص: ٢٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١ من كتاب التجاره.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الأطمعه المحرّمه حديث ٤ من كتاب الأطمعه و الأشربه.

نعم قال المصنف في الشرح (١): إن القول الآخر (٢) في السباع لا نعرفه لأحد منا، والقائلون بعدم وقوع الذكاه على المسوخ أكثرهم (٣) عللوه (٤) بنجاستها.

و حيث ثبت طهارتها (٥) في محله توجه القول بوقوع الذكاه عليها إن تم ما سبق (٦)، و يستثنى من المسوخ الخنازير، لنجاستها، و الضب، و الفأر، و الوزغ، لأنها من الحشرات، و كذا ما في معناها (٧).

و روى (٨) الصدوق بإسناده إلى أبي عبد الله عليه السلام أن المسوخ من بنى آدم ثلاثه عشر صنفا: القرده. و الخنازير. و الخفّاش. و الذئب (٩) و الدب. و الفيل.

و الدعموص (١٠). و الجريث (١١). و العقرب. و سهيل. و الزهره و العنكبوت.

-أوردتهما على وقوع التذكيه على المسوخ فقد استشكل فيهما في المسالك بقوله (و تلك الروايات إنما دلت على حلها و أنتم لا تقولون به، و حينئذ فالقول بعدم وقوع الذكاه عليها أظهر) انتهى.

(١) شرح الإرشاد.

(٢) من عدم وقوع التذكيه.

(٣) بل الشيخ و ابن حمزه و سلار فقط.

(٤) أي عللوا عدم وقوع الذكاه على المسوخ بنجاستها.

(٥) أي طهاره المسوخ.

(٦) من دلالة الروايات المتقدمه على حل تذكيتها.

(٧) أي ما في معنى الحشرات من المسوخ.

(٨) شروع في تعداد المسوخ، و اجمع خبر يدل على تعدادها ما رواه الصدوق في علل الشرائع بإسناده عن علي بن المغيرة عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عن جده عليهما السلام (المسوخ من بنى آدم ثلاثه عشر صنفا، منهم القرده و الخنازير و الخفّاش و الضبّ و الفيل و الدب و الدعموص و الجريث - الجريّ - و العقرب و سهيل و القنفذ و الزهره و العنكبوت) (١) و قال الصدوق: سهيل و الزهره دابتان من دواب البحر المطيف بالدينيا.

(٩) و في الوسائل (و الضبّ).

(١٠) بالضم دويبه سوداء تكون في الغدران.

(١١) و هو الجريّ.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ١٢.

و القنفذ، قال الصدوق رحمه الله: و الزهره و سهيل دابتان و ليستا نجمين. و لكن سمي بهما النجمان كالحمل و الثور. قال: و المسوخ جميعها لم تبق أكثر من ثلاثه أيام ثم ماتت و هذه الحيوانات على صورها سميت مسوخا استعاره. و روى (١) عن الرضا عليه السلام زياده الأرنب، و الفأره، و الوزغ، و الزنبور، و روى إضافه الطاوس (٢).

و المراد بالسباع: الحيوان المفترس (٣) كالأسد، و النمر، و الفهد، و الثعلب، و الهر.

(١) كما في خبر محمد بن الحسن الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (الفيل مسخ كان ملكا زئاء، و الذئب مسخ كان أعرابيا ديوثا، و الأرنب مسخ كانت امرأه تخون زوجها و لا تغتسل من حيضها، و الوطواط مسخ كان يسرق تمور الناس، و القرده و الخنازير قوم من بنى إسرائيل، اعتدوا في السبت، و الجريث و الضب فرقه من بنى إسرائيل لم يؤمنوا حيث نزلت المائده على عيسى بن مريم فتاهوا فوقعت فرقه في البحر و فرقه في البر، و الفأره و هى الفويسقه، و العقرب و كان تمامها، و الدب و الوزغ و الزنبور كان لتماما يسرق في الميزان) (١). فالمجموع ثلاثه عشر، و قد زيد فيه الوطواط و الأرنب و الفأره و الوزغ و الزنبور، و الدب أو الذئب فجعل الزائد أربعة كما فعله الشارح هنا ليس في محله.

(٢) كما في خبر سليمان الجعفرى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام (الطاوس مسخ كان رجلا جميلا فكابره امرأه رجل مؤمن تحبه فوقع بها ثم راسلته بعد فمسخهما الله طاوسين أنثى و ذكرا، فلا تأكل لحمه و لا بيضه) (٢).

و قد روى إضافه الكلب كما في خبر سهل القرشى عن أبي عبد الله عليه السلام (عن لحم الكلب، فقال: هو مسخ) ٣ و إضافه القمله و العنقاء كما في خبر الديلمي عن الإمام الرضا عليه السلام ٤، بل في خبر أبي سعيد الخدرى عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم في حديث: (فإن الله تبارك و تعالى مسخ سبعمائه أمه عصوا الأوصياء بعد الرسل، فأخذ أربعمائه أمه منهم براء، و ثلاثمائه بحرا ثم تلا هذه الآية: فَجَعَلْنَاهُمْ أَحَادِيثَ وَ مَرَقْنَاهُمْ كُلَّ مُمَرِّقٍ) ٥.

(٣) و ظاهره الاقتصار على السباع من الوحوش فقط دون الطيور، مع أن السباع أعم من سباع الطير و الوحوش، و قد عرفت أنه ما يتغذى باللحم، و أنه كل ذى ناب أو مخلب.

ص: ٢٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأفعمه المحرمه حديث ٧.

٢- ((٢) و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأفعمه حديث ٦ و ٤ و ١٥ و ٩.

(الفصل الثالث - في الواحق وفيه مسائل)

الأولى - ذكاه السمك: إخراجة من الماء حيا

(الأولى - ذكاه السمك المأكول: إخراجة من الماء حيا (١)،...

(١) اتفق الأصحاب على أن السمك لا تحلّ ميتته قطعاً، واتفقوا على عدم حلّ ما مات في الماء، و اختلفوا فيما تحصل به ذكاته، فالمشهور على أن ذكاته بإثبات اليد عليه خارج الماء على أن يموت خارجه، و قد اختلفوا في التعبير عنه فعن بعضهم أن تذكيته بإخراجه من الماء حيا، و عن آخر أخذه حيا خارج الماء، و الاختلاف في التعبير ناشئ من اختلاف تعبير النصوص ففي بعضها أن ذكاته أخذه كما في صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إنما صيد الحيتان أخذها) (١) و مثله خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام ٢، و في بعضها كفايه أخذه بعد خروجه من الماء كصحيح علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن سمكه وثبت من نهر فوقعت على الجد من النهر فمات هل يصلح أكلها؟ قال عليه السلام: إن أخذتها قبل أن تموت ثم ماتت فكلها، و إن ماتت قبل أن تأخذها فلا تأكلها) (٢)، و في بعض ثلث أن ذكاته إخراجة من الماء كما في خبر الاحتجاج عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث: (إن زنديقا قال له: و السمك ميتة، قال: إن السمك ذكاته إخراجة من الماء ثم يترك حتى يموت من ذات نفسه، و ذلك أنه ليس له دم، و كذلك الجراد) (٣)، و الجمع بينها يقتضى أنه لا يشترط إخراجة من الماء حيا، و لا أخذه من الماء حيا، بل المدار على أخذه بعد خروجه من الماء و لو كان الخروج بنفسه كما لو وثب، و ليس المدار في أخذه على الأخذ الفعلي بل يكفي كونه تحت يده خارج الماء على أن يموت خارجه.

و عن المحقق في نكت النهايه كفايه خروجه من الماء حيا و موته خارجها سواء أخرجته مخرج أم لا، و سواء كان قبل موته تحت اليد أم لا- لخبر سلمه بن أبي حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام كان يقول: إذا أدركتها و هي تضطرب و تضرب بيديها و تحرّك بذنبها و تطرف بعينها فهي ذكاتها) (٤)، و خبر زراره (قلت: سمكه ارتفعت فوقعت على الجدد فاضطربت حتى ماتت، آكلها؟ فقال: نعم) ٦ و خبره الآخر (قلت: السمك يشب من الماء فيقع على الشط فيضطرب حتى يموت، فقال: كلها) ٧، و خبر سلمه-

ص: ٢٤٣

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الذبائح حديث ٩ و ٥.
- ٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الذبائح حديث ١.
- ٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الذبائح حديث ٨.
- ٤- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ٥ و ٤.

بل إثبات (١) اليد عليه خارج الماء حيا و إن لم يخرج منه (٢) منه كما نبه عليه (٣) بقوله:

و لو وثب (٤) فأخرجه حيا، أو صار خارج الماء) بنفسه (٥) (فأخذه حيا حلّ و لا يكفى في حلّه نظره) (٦) قد خرج من الماء حيا ثم مات على أصح (٧) القولين، لقول أبي عبد الله عليه السّلام في حسنه (٨) الحلبي «إنما صيد الحيتان أخذه»، و هي (٩) للحصر، و روى على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السّلام «قال: سألته عن سمكه و ثبت من نهر فوقعت على الجد (١٠) من النهر فماتت هل يصلح أكلها؟ فقال:

إن أخذتها قبل أن تموت ثم ماتت فكلها، و إن ماتت قبل أن تأخذها فلا تأكلها».

وقيل: يكفى في حلّه خروجه من الماء، و موته خارجه (١١)، و إنما يحرم بموته (١٢) في الماء، لروايه سلمه بن أبي حفص عن أبي عبد الله عليه السّلام «أن عليا صلوات الله عليه كان يقول في صيد السمك: إذا أدركها الرجل و هي تضطرب، و تضرب يديها، و يتحرك ذنبها، و تطرف بعينها فهي ذكاته»، و روى زراره «قال:

ضعيف به، لأنه ضعيف أو مجهول، و خبرا زراره مقطوعان مع أن قطع زراره لا يضره لأن مثله لا يروى إلا عن المعصوم عليه السلام، على أن خبره الثاني مرسل إذ هو عن الشيخ في التهذيب بإسناده عن الحسين بن سعيد عن عبد الله بن بحر عن رجل عن زراره، نعم يمكن حملها على ما لو أخذها بعد خروجها و قبل موتها جمعا بينها و بين صحيح على بن جعفر المتقدم.

(١) عدول عن تعبير الماتن لأنه قاصر عن إفاده مدعى المشهور.

(٢) أي لم يخرج السمك من الماء.

(٣) على أن المدار على إثبات اليد على السمك خارج الماء حيا ثم يموت خارجه.

(٤) بمعنى طفر منه.

(٥) كما لو انحسر الماء عنه.

(٦) كما سيأتى في صيد المجوسى.

(٧) قيد لقوله (و لا يكفى)، و هو قول المشهور لأن المعتبر عندهم إثبات اليد عليه خارج الماء.

(٨) بل هي صحيحه بإبراهيم بن هاشم.

(٩) أي كلمه (إنما) للحصر، فيفيد انحصار التذكيه بأخذه المفسّر بإثبات اليد عليه جمعا بين الأخبار.

(١٠) بالضم شاطئ النهر كما فى القاموس المحيط.

(١١) و إن لم يخرج مخرج و لم تثبت عليه يد قبل موته.

(۱۲) بسبب موته.

ص: ۲۶۴

قلت: السمكه تثب من الماء فتقع على الشط فتضطرب حتى تموت فقال: كلها»، و لحله (١) بصيد المجوسى مع مشاهدته المسلم كذلك (٢)، و صيده (٣) لا اعتبار به و إنما الاعتبار بنظر المسلم (٤).

و يضعف (٥) بأن سلمه مجهول، أو ضعيف، و روايه زراره مقطوعه مرسله.

و القياس على صيد المجوسى فاسد، لجواز كون سبب الحل أخذ المسلم (٦)، أو نظره (٧) مع كونه (٨) تحت يد (٩) إذ لا يدل الحكم (١٠) على أزيد من ذلك (١١)، (١) أى و لحل السمك بسبب صيد المجوسى، و هو دليل ثالث بعد الخبرين السابقين و حاصله أن النصوص داله على جل ما صاده المجوسى من السمك إذا كان المسلم قد رآه بأنه يخرج حيا، مع أن صيد المجوسى لا عبره به و لا عبره بنظر المسلم فيكون المدار على موته خارج الماء، و هذه النصوص.

منها: صحيح الحلبي (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن صيد الحيتان و إن لم يسم؟ فقال:

لا بأس، و عن صيد المجوس للسمك؟ فقال: ما كنت لأكله حتى أنظر إليه) (١)، و صحيح محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مجوسى يصيد السمك أ يؤكل منه؟ فقال: ما كنت لأكله حتى أنظر إليه) ٢.

و فى هذا الاستدلال نظر إذ النصوص على قول المشهور أولى، لأن الصيد لا يكون إلا بالأخذ المفسر بوضع اليد، على أن الجمع بينها و بين ما تقدم يقتضى حليه صيد المجوسى للسمك باعتبار وضع اليد عليه، نعم لا يقبل قول المجوسى لو شهد بأنه أخرجه حيا من الماء و لذا اعتبر نظر المسلم بالخروج.

(٢) أى تضطرب خارج الماء حتى تموت.

(٣) أى صيد المجوسى.

(٤) بل و لا اعتبار لنظره فيكون المدار على موته خارج الماء.

(٥) أى للقليل المذكور بأن المدار على الموت خارج الماء.

(٦) بل أخذ المجوسى إذ لا يشترط فى المخرج الإسلام كما سيأتى.

(٧) أى نظر المسلم.

(٨) أى كون السمك.

(٩) و لو كانت يد مجوسى.

(١٠) الحكم بحليه صيد المجوسى مع مشاهدته المسلم لخروجه حيا من الماء.

(١١) من كون السمك تحت يد المسلم أو نظره مع كون السمك تحت مطلق اليد، هذا و قد-

١- (١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٢.

و أصله عدم التذكيه مع ما سلف (١) تقتضى العدم (٢).

(و لا يشترط فى مخرجه الإسلام (٣) على الأظهر (لكن يشترط حضور مسلم عنده يشاهده) قد أخرج حيا و مات خارج الماء (فى حلّ أكله)، للأخبار الكثيره المداله عليه. منها صحيحه الحلبي قال: «سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن صيد الحيتان و إن لم يسمّ فقال: لا- بأس به و سألته عن صيد المجوس السمك آكله؟ فقال: ما كنت لأأكله حتى أنظر إليه». و فى روايه أخرى له (٤) عنه (٥) عليه السّلام «أنه سئل عن صيد المجوس للحيتان حين يضربون عليها بالشباك، و يسمّون بالشرك (٦) فقال: لا بأس بصيدهم إنما صيد الحيتان أخذها» (٧)، و مطلق الثانى (٨) محمول على -عرفت أن الحكم دال على أن السمك تحت اليد حيا خارج الماء و هذا كاف فى الحليه، و اشتراط نظر المسلم لمعرفه خروجه حيا من الماء إذا لا يقبل إخبار المجوسى بذلك.

(١) من دليل القول الأول.

(٢) أى عدم حليه السمك لو مات خارج الماء و لم يكن تحت يد.

(٣) على المشهور لإطلاق النصوص السابقه و خصوص نصوص صيد المجوسى المتقدمه، و عن المفيد تحريم ما أخرجه الكافر، و عن ابن زهره أنه أحوط و عن الشيخ فى الاستبصار الحل إذا أخذه المسلم منه حيا لخبر عيسى بن عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن صيد المجوس قال: لا بأس إذا أعطوه حيا، و السمك أيضا، و إلا فلا تجيز شهادتهم إلا أن تشهده) (١).

و هو محمول على إحراز خروجه حيا، مع عدم تصديق المجوسى لو أخبر بذلك فلا بد من أخذه من المجوسى حيا أو رؤيته لإخراجه له من الماء حيا، و ذيل الخبر شاهد بهذا الحمل.

(٤) للحلبى.

(٥) عن أبى عبد الله عليه السّلام.

(٦) بكسر الشين، أى بما يقتضى الشرك من جهه اعتقادهم الفاسد.

(٧) الوسائل الباب - ٣٣ - حديث ٩.

(٨) أى الخبر الثانى للحلبى مطلق من حيثيه حل صيد المجوسى بالأخذ و لو لم يشاهده مسلم بأنه أخرجه حيا من الماء.

ص: ٢٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الذبائح حديث ٣.

مشاهده المسلم له (١) جمعا (٢)، و يظهر من الشيخ فى الاستبصار المنع منه (٣) إلا أن يأخذه (٤) المسلم منه (٥) حيا، لأنه (٦) حمل الأخبار (٧) على ذلك (٨)، و من المفيد (٩) و ابن زهره المنع من صيد غير المسلم له (١٠) مطلقا (١١) إما لاشتراط الإسلام فى التذكية. و هذا (١٢) منه (١٣)، أو لما فى بعض الأخبار (١٤) من اشتراط أخذ المسلم له (١٥) منهم (١٦) حيا فيكون إخراجهم له (١٧) بمنزله و ثوبه (١٨) من الماء بنفسه إذا أخذه المسلم.

و المذهب هو الأول (١٩)، و القول فى اعتبار استقرار الحياه بعد إخراج (٢٠) (١) للأخذ حيا من الماء.

(٢) أى جمعا بينه و بين ما تقدم من صحيحه الأول.

(٣) من صيد الكافر.

(٤) يأخذ الصيد.

(٥) من الكافر.

(٦) أى الشيخ.

(٧) أى أخبار صيد المجوسى، و قد تقدمت.

(٨) أى على أخذ المسلم الصيد منه حيا، و فيه أنه ذهب إلى ذلك لخبر عيسى بن عبد الله كما صرح بذلك فى المسالك.

(٩) أى و يظهر من المفيد.

(١٠) للسمك.

(١١) شاهده المسلم أو لا، و سواء أخذه المسلم منه حيا أم لا.

(١٢) أى صيد السمك.

(١٣) من باب اشتراط الإسلام فى التذكية.

(١٤) و هو خبر عيسى بن عبد الله.

(١٥) للسمك.

(١٦) من الكفار.

(١٧) أى إخراج الكفار للسمك.

(١٨) وثوب السمك.

(١٩) أى عدم اشتراط الإسلام فى المخرج، نعم يشترط مشاهدته المسلم لإخراجه حيا من الماء.

(٢٠) أى بعد إخراج السمك من الماء.

ص: ٢٤٧

كما سبق (١)، و المصنف في الدروس مع ميله إلى عدم اعتباره (٢) ثم (٣) جزم باشتراطه هنا (٤).

(و يجوز أكله حيا (٥)، لكونه مذكى بإخراجه (٦) من غير اعتبار موته بعد (١) أى كما سبق في الذباحت، فعلى قول المشهور أنه يعتبر الاستقرار، و على قول الغير أنه تكفى الحركة بعد الذبح الداله على أصل حياته.

(٢) أى إلى عدم اعتبار استقرار الحياه فى الذباحت قد جزم باعتبار استقرار الحياه فى تذكيه السمك.

(٣) فى باب الذباحت.

(٤) فى تذكيه السمك.

(٥) ذهب الأكثر إلى الجواز، و عن الشيخ فى المبسوط لا يجوز لدخول موته فى تذكيته، لأنه يشترط إثبات اليد عليه خارج الماء مع موته خارجه، و يدل خبر الاحتجاج عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (إن زنديقا قال له: و السمك ميتة، قال: إن السمك ذكاته إخراجة من الماء ثم يترك حتى يموت من ذات نفسه، و ذلك أنه ليس له دم) (١)، و خبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام الوارد فى الخز (إن الله تعالى أحله و جعل ذكاته موته كما أحلّ الحيتان و جعل ذكاتها موتها) (٢)، و يؤيده أنه لو أخذ و أعيد إلى الماء فمات لم يحلّ و هذا دال على أن موته خارج الماء بعد أخذه مؤثر فى تذكيته، و عليه فلا يجوز أكله حيا بعد أخذه للأخبار.

منها: صحيح عبد الرحمن (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن السم يصاد ثم يجعل فى شىء ثم يعاد إلى الماء فيموت فيه، فقال: لا تأكله، لأنه مات فى الذى فيه حياته) (٣) و صحيح الخزاز عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل اصطاد سمكه فربطها بخيط و أرسلها فى الماء فماتت أ تؤكل؟ قال: لا) ٤ و مثله غيره و استدلل للمشهور بالأخبار المتقدمه الداله على حصر تذكيته بالأخذ فقط، نعم غايته تقييد هذه الأخبار بأخبار العود إلى الماء حيا ثم الموت فيه.

و فيه: أن مقتضى الجمع بين نصوص حصر التذكيه بالأخذ و بين نصوص أخبار العود إلى الماء و بين خبر الاحتجاج و خبر ابن أبى يعفور هو ما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط.

(٦) بإخراج السمك.

ص: ٢٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الذبائح حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب لباس المصلى حديث ٤.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ١.

ذلك (١)، بخلاف غيره من الحيوان فإن تذكيتة مشروطه بموته بالذبح، أو النحر، أو ما فى حكمهما (٢).

وقيل: لا يباح أكله حتى يموت كباقي ما يذكى، و من ثمّ لو رجع إلى الماء بعد إخراج فمات فيه (٣) لم يحل، فلو كان مجرد إخراج كافياً لما حرم بعده (٤).

و يمكن (٥) خروج هذا الفرد (٦) بالنص عليه (٧)، و قد علل فيه (٨) بأنه مات فيما فيه حياته. فيبقى (٩) ما دل على أن ذكاته إخراج، خاليا عن المعارض (١٠).

(و لو اشتبه الميت) منه (١١) (بالحى فى الشبكه و غيرها (١٢) حرم الجميع) على (١) بعد إخراج.

(٢) من الرمى و الصيد بالكلب.

(٣) فى الماء.

(٤) بعد إخراج.

(٥) رد للقليل المذكور.

(٦) من أنه رجع إلى الماء بعد إخراج منه فمات فيه لم يحلّ.

(٧) على هذا الفرد.

(٨) أى فى النص الدال على حرمة السمك لو عاد إلى الماء بعد إخراج منه و قد مات فيه.

(٩) أى يبقى من النصوص.

(١٠) و فيه أنه معارض بخبر الاحتجاج و خبر ابن أبى يعفور.

(١١) من السمك.

(١٢) غير الشبكه ثم علم أن الميت قد مات قبل الإخراج، ثم اشتبه بالحى، فعن الشيخ فى النهايه و القاضى حل الجميع مع الاشتباه و استحسنة المحقق فى الشرائع لأنه مروى، كما فى صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر (فى رجل نصب شبكه فى الماء ثم رجع إلى بيته و تركها منصوبه، فأتاها بعد ذلك و قد وقع فيها سمك فيموتنّ، فقال: ما عملت يده فلا بأس بأكل ما وقع فيها) (١) و صحيح الحلبي (سألته عن الحظيره من القصب تجعل فى الماء للحيتان فيدخل فيها الحيتان فيموت بعضها فيها؟ فقال عليه السّلام: لا بأس به، إن تلك الحظيره إنما جعلت ليصاد بها) ٢ و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السّلام (سمعت أبى عليه السّلام يقول: إذا ضرب صاحب الشبكه بالشبكه فما أصاب فيها من حى -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ٣.

الأظهر، لوجوب اجتناب الميت المحصور الموقوف على اجتناب الجميع و لعموم قول (١) الصادق عليه السلام: ما مات فى الماء فلا تأكله فإنه مات فيما كان فيه حياته.

و قيل: يحل الجميع إذا كان (٢) فى الشبكة، أو الحظيره مع عدم تمييز الميت، لصحيحه الحلبي و غيرها الداله على حله مطلقا (٣) بحمله (٤) على الاشتباه جمعا (٥).

-أو ميت فهو حلال(١) و هى و إن كانت مطلقه تشمل صورتى اشتباه الميت و تمييزه عن الحى و لكن لا بد من حملها على صورته الاشتباه جمعا بينها و بين ما سياتى من صحيح الأنصارى، و عن الأكثر أنه يحرم الجميع، لأن ما مات فى داخل الماء قبل إخراج حرام و قد اشتبه بغيره الذى مات خارج الماء بعد إخراج، و المجموع محصور و العقل حاكم بوجوب الاجتناب عن جميع أطراف الشبهه المحصوره كما حرر فى محله من علم الأصول، و يؤيده صحيح عبد المؤمن الأنصارى (أمرت رجلا أن يسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل صاد سمكا و هنّ أحياء ثم أخرجهن بعد ما مات بعضهن؟ فقال عليه السلام: ما مات فلا تأكله، فإنه مات فيما كان فيه حياته(٢)، و قد حملت الأخبار المتقدمه على احتمال موتها خارج الماء و أن الأصل بقاء الحياه إلى أن فارقت الماء و هذا ما يقتضى الإباحه.

و فيه أنه حمل عليل يأباه ظاهرها المتقدم، نعم عمل بها ابن الجنيد فى مورد آخر و هو من مات فى داخل الشبكة فى الماء فيحل باعتبار أن الشبكة بمنزله اليد و لذا علّل فى صحيح الحلبي المتقدم (إن تلك الحظيره إنما جعلت ليصاد بها).

و لكن المشهور لم يعملوا بها حتى من هذه الحيشه و ليس لهم إلا-نصوص مطلقه داله على لابدئيه الأخذ و الإخراج و قد تقدمت.

(١) كما فى صحيح الأنصارى المتقدم.

(٢) أى الميت.

(٣) سواء كان متميزا أم لا.

(٤) بحمل حل الميت.

(٥) أى جمعا بين صحيح الأنصارى فيحمل على صورته التمييز و بين هذه الأخبار فتحمل على صورته الاشتباه.

ص: ٢٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبائح حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبائح حديث ١.

وقيل (١): يحل الميت فى الشبكه، و الحظيره و إن تميز، للتعليل فى النص بأنهما (٢) لما عملا للاصطياد جرى ما فيهما معجى المقبوض باليد.

الثانيه - ذكاه الجراد أخذه حيا

(الثانيه - ذكاه الجراد أخذه حيا (٣) باليد، أو الآله (و لو كان الآخذ له كافرا) إذا شاهده (٤) المسلم كالسمك. و قول ابن زهره هنا (٥) كقوله فى السمك.

(إذا استقل بالطيران (٦)...

(١) و القائل ابن الجنيد.

(٢) أى الشبكه و الحظيره.

(٣) ذكاه الجراد أخذه حيا للأخبار:

منها: خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن الجراد يصيده فيموت بعد أن يصيده، أ يؤكل؟ قال: لا بأس) (١)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (سألته عن الجراد يصيبه ميتا فى الماء أو فى الصحراء أ يؤكل؟ قال: لا تأكله) ٢، و المروى عن كتاب على بن جعفر (عما أصاب المجوس من الجراد و السمك أ يحلّ أكله؟ قال: صيده ذكاته لا بأس به) (٢) إلى غير ذلك من الأخبار الداله على لابديه الأخذ حيا فى ذكاته، و الداله على اتحاد حكم الجراد مع السمك، صرح بذلك غير واحد حتى فى عدم اعتبار التسميه و الاستقبال، و عدم اعتبار الإسلام فى أخذه و لم ينقل الخلاف هنا عن أحد حتى المفيد، نعم احتاط به ابن زهره خاصه، نعم لو أخذه الكافر حيا لم يقبل قوله فى ذلك بل لا بدّ من العلم بمشاهدته كما تقدم فى السمك.

(٤) أى شاهد أخذ الكافر للجراد حيا.

(٥) فى الجراد.

(٦) ما لا يستقل بالطيران من الجراد يسمى الدبا بفتح الدال مقصورا، و هذا لا يصح أكله بعد أخذه، لأن المعبر امتناعه بطيرانه ليكون أخذه صيدا له بلا خلاف فيه لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته عن الدبا من الجراد، قال: لا حتى يستقل بالطيران) (٣)، و موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الذى يشبه الجراد - و هو الذى يسمى بالدبا ليس له جناح يطير به إلا أنه يقفز قفزا - أ يحلّ أكله؟ قال: لا يؤكل ذلك، -

ص: ٢٧١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الذبائح حديث ٢ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الذبائح حديث ٨.

٣- (٤) - الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الذبائح حديث ١.

و إلا (١) لم يحل، و حيث اعتبر في تذكيتة (٢) أخذه حيا. (فلو أحرقه قبل أخذه حرم (٣)، و كذا لو مات في الصحراء (٤)، أو في الماء قبل أخذه و إن أدركه بنظره، و يباح أكله حيا (٥) و بما فيه (٦) كالسمك (و لا يحل الدبا) بفتح الدال مقصورا و هو الجراد قبل أن يطير و إن ظهر جناحه جمع دباه بالفتح أيضا (٧).

الثالثه - ذكاه الجنين ذكاه أمه

(الثالثه - ذكاه الجنين ذكاه أمه (٨)...

-لأنه مسخ (١).

(١) أى و إن لم يستقل بالطيران و هو الدبا.

(٢) أى تذكاه الجراد.

(٣) لخبر عمار بن موسى (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السمك يشوى و هو حى قال: نعم لا بأس به، و سئل عن الجراد إذا كان فى قراح فيحرق ذلك القراح فيحترق ذلك الجراد و ينضج بتلك النار هل يؤكل؟ قال: لا) ٢، و هو محمول على ما لو كان شويه قبل أخذه جمعا بينه و بين خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن الجراد يشوى و هو حى قال: نعم لا بأس به) ٣ و الثانى محمول على ما لو كان شويه بعد صيده و أخذه.

(٤) قبل أخذه كما نصّ عليه خبر على بن جعفر المتقدم، و كذا نصّ على الفرع الآتى من موته فى الماء قبل أخذه.

(٥) لأن ذكاته منحصره بأخذه على ما هو المستفاد من النصوص المتقدمه، و لا تشترط موته فى تذكيتة و لم ينقل فى ذلك خلاف من أحد.

(٦) من دون تحريم شىء منه.

(٧) كما أن مفردة بفتح الدال فجمعه بفتحها أيضا.

(٨) الأصل فيه الأخبار الكثيره.

منها: صحيح يعقوب بن شعيب (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحوار تذكى أمه أ يؤكل بذكاتها؟ فقال: إذا كان تماما و نبت عليه الشعر فكل) (٢) و صحيح محمد بن مسلم (سألت أحدهما عليهما السلام عن قول الله عزّ و جلّ: أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ، قال: الجنين فى بطن أمه إذا أشعر و أوبر فذكاه ذكاه أمه فذلك الذى عنى الله عزّ و جلّ) ٥ و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا ذبحت الذبيحه فوجدت فى بطنها ولدا تماما فكل، و إن لم يكن تاما فلا تأكل) ٦ و صحيح ابن مسكان عن أبى جعفر عليه السلام (فى الذبيحه تذبج و فى بطنها-

-
- ١- ((١ و ٢ و ٣)) - الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الذبائح حديث ٧ و ٥ و ٥.
- ٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الذبائح حديث ١ و ٣ و ٤.

-ولد، قال: إن كان تاما فكله، فإن ذكاته ذكاه أمه، وإن لم يكن تاما فلا تأكله(١) و موثق سماعه (سألته عن الشاه يذبحها و في بطنها ولد قد أشعر، قال: فذكاته ذكاه أمه)٢.

فذكاته ذكاه أمه بالتبع، إذ يكفي في حله تذكيته - بناء على أن الذكاه فيهما مرفوعه بجعل الأول مبتدأ و الثاني خبرا، و المبتدأ منحصر في خبره - فلا يفتقر إلى ذكاه تخصصه.

و عن بعض العامه إعراب الذكاه الثانيه منصوبه على المصدر بنزع الخافض، و المعنى ذكاته كذكاه أمه فحذف الجار و نصب المجرور مفعولا، و عليه فيجب تذكاه الجنين بفرى أعضائه الأربعة كما يجب تذكاه أمه كذلك.

و فيه أنه على قراءة النصب من الممكن أن يكون المعنى فذكاته في ذكاه أمه، و حذف الجار و نصب المجرور مفعولا، و الحاصل أن ذكاته داخله في ذكاتها فلا يحتاج إلى ذكاه تخصصه، هذا فضلا عن أن النصوص المتقدمه صريحه في حله بسبب ذكاتها فقط كما في صحاح يعقوب و الحلبي و ابن مسكان المتقدمه. إذا تقرر ذلك فيشترط حله بذكاه أمه أن يكون تام الخلقه كما في صحاح يعقوب و الحلبي و ابن مسكان المتقدمه كما صرح بذلك جماعه من المتأخرين، و عن الشيخ في النهايه و ابن حمزه اعتبار أن يشعر و يوبر كما في صحيح محمد بن مسلم المتقدم، و عن المفيد و سائر اعتبار الإشعار خاصه كما في صحيح يعقوب و موثق سماعه المتقدمين، و اختلافهم ناشئ من اختلاف النصوص المتقدمه، إلا أن في بعض النصوص اعتبار الأمرين من تمام الخلقه و الأشعار كما في صحيح يعقوب المتقدم، و في البعض الآخر اعتبار الإشعار و الإيثار كما في صحيح ابن مسلم المتقدم، و الظاهر - كما قيل - تلازم ذلك كله و عليه فلا نزاع من هذه الجهه.

ثم إن مقتضى النصوص المتقدمه من اعتبار تمام الخلقه عدم الفرق بين أن تلجه الروح و عدمه كما عليه المتأخرون، و عن الشيخ و القاضى و ابن حمزه و سائر أنه إذا كان تاما و لم تلجه الروح فذكاته ذكاه أمه و حملوا النصوص المتقدمه على ذلك، و إلا- فلو كان تاما و قد ولجته الروح فلا بدّ من تذكائه فلو خرج ميتا بعد ولوج الروح فيه كان ميتة لعموم ما دل على اشتراط تذكاه الحيّ، و هو حيّ بعد ولوج الروح فيه.

و فيه أنه معارض بإطلاق النصوص المتقدمه و بخصوص موثق عمار عن أبي عبد الله عليه السلام (في الشاه تذبح فيموت ولدها في بطنها قال: كله، فإنه حلال، لأن ذكاته ذكاه أمه، فإن خرج و هو حيّ فاذبحه و كل، فإن مات قبل أن تذبحه فلا تأكله، و كذلك-

ص: ٢٧٣

هذا لفظ الحديث النبوى (١) و عن أهل البيت عليه السلام مثله.

و الصحيح روايه (٢) و فتوى (٣) أن ذكاه الثانيه مرفوعه خبرا عن الأولى، فتنحصر ذكاته (٤) فى ذكاتها (٥)، لوجوب انحصار المبتدأ فى خبره فإنه (٦) أما مساو، أو أعم و كلاهما يقتضى الحصر (٧)، و المراد بالذكاه هنا (٨) السبب المحلل للحيوان كذكاه السمك و الجراد (٩). و امتناع (١٠) ذكيت الجنين - إن صح (١١) - البقر و الابل (١) و وجه الاستدلال أن الموت فى البطن ظاهر فى ولوج الروح فيه.

(١) سنن البيهقى ج ٩ ص ٣٣٥، و مستدرک الوسائل - الباب - ١٦ حديث ٢.

(٢) من حيث قراءه اللفظ مرفوعا.

(٣) من حيث حكمهم بناء على قراءه اللفظ مرفوعا.

(٤) أى ذكاه الجنين.

(٥) أى ذكاه أمه.

(٦) أى الخبر.

(٧) أى حصر المبتدأ به.

(٨) أى فى لفظ الذكاه الوارد فى الحديث النبوى، و هو دفع إشكال، حاصل الإشكال:

كيف يمكن أن تكون ذكاته ذكاتها، مع اختلاف الذكاتين، فذكاه أمه فرى الأعضاء الأربعة منها و ذكاه الجنين هى التبعيه لذكاه أمه.

و الدفع أن المراد بالذكاه هنا هو ما يحصل به حل الحيوان، و عليه فحلّ الجنين يحصل بحلّ الأم و ينحصر فيه.

(٩) مع أن ذكاتها بالأخذ و ليس بفرى الأعضاء الأربعة، و عليه فكما صح إطلاق لفظ الذكاه فى السمك و الجراد على الأخذ، و صح إطلاق لفظ الذكاه فى الحيوان الحى على قطع الأعضاء الأربعة كذلك يصح إطلاق لفظ الذكاه فى الجنين على التبعيه باعتبار أن لفظ الذكاه، يراد منه السبب المحلل للحيوان.

(١٠) جواب عن سؤال مقدّر، و السؤال أنه لا يصح القول بأنه ذكى الجنين، لأن الذكاه قد وقعت على أمه فقط.

و الجواب: أنه ممنوع إذ يصح القول أنه ذكى الجنين بالتبعيه عند ما ذكى أمه بقطع أعضائها الأربعة، هذا فضلا لو سلم الامتناع فهو محمول على أن التذكيه بمعنى قطع الأعضاء الأربعة فقط، و هو بهذا المعنى لم يقع إلا على الأم فكذا لم يصح إسناده إلى الجنين.

(١١) وإلا فهو غير صحيح، بعد حمل الزكاه على التبعيه.

ص: ٢٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الذبائح حديث ٨.

فهو (١) محمول على المعنى الظاهري، وهو (٢) فرى الأعضاء المخصوصه (٣)، أو يقال (٤): إن إضافه المصادر (٥) تخالف إضافه الأفعال (٦) للاكتفاء فيها (٧) بأدنى ملبسه (٨)، ولهذا (٩) صح، لله على الناس حج البيت، و صوم رمضان، و لم يصح حج البيت، و صام رمضان بجعلهما (١٠) فاعلين.

و ربما أعربها (١١) بعضهم (١٢) بالنصب (١٣) على المصدر (١٤)، أى ذكاته كذكاه أمه فحذف الجار و نصب مفعولا، و حيثئذ (١٥) فتجب تذكيتة كتذكيه أمه.

(١) أى القول الممتنع من إضافه الذكاه إلى الجنين.

(٢) أى المعنى الظاهري.

(٣) و بهذا المعنى منحصر فى تذكيه الحيوان الحي، فلذا امتنع إسناده إلى الجنين.

(٤) هو من إفادات الماتن فى قواعده على ما قيل.

(٥) كذكاه الجنين الوارد فى الحديث النبوى.

(٦) كذكيت الجنين الوارد فى الأشكال المتقدم.

(٧) فى المصادر.

(٨) و لو كانت الملبسه هى التبعية كما فى ذكاه الجنين، بخلاف إضافه الأفعال إلى فاعليها أو مفعوليها فلا بد أن تكون الإضافه حقيقيه بمعنى صدور الفعل من الفاعل الذى أسند إليه الفعل، و وقوعه على المفعول الذى أسند إليه الفعل، فى هذه الإضافه المذكوره.

(٩) و لكفايه أدنى الملبسه فى صحه إضافه المصادر.

(١٠) أى بجعل البيت و رمضان، هذا و فيه: أن إضافه الحج إلى البيت و الصوم إلى رمضان إنما هى إضافه المصدر إلى مفعوله، و كما صح إضافه المصادر إليهما على هذا الوجه كذلك يصح إضافه الفعل إليهما كذلك، فيقال: حج البيت و صام رمضان بجعلهما مفعولين، و كما لا يصح إضافه الأفعال إليهما بجعلهما فاعلين فكذا لا يصح إضافه المصادر إليهما بجعلهما فاعلين فلا يصح أن يقال: حج البيت و صوم رمضان، و عليه فما ذكره هنا لا يصلح شاهدا على مخالفه إضافه المصادر لإضافه الأفعال أصلا.

(١١) أى الذكاه الثانيه المضافه إلى أمه.

(١٢) بعض العامه.

(١٣) على تقدير نزع الخافض.

(١٤) أى ذكاته كذكاه أمه، وقد حذف الجار و نصب المجرور مفعولا مطلقا.

(١٥) و حين نصب (الذكاه) الثانيه.

ص: ٢٧٥

و فيه مع التعسف (١) مخالفه لروايه الرفع، دون العكس (٢)، لإمكان (٣) كون الجار المحذوف «فى» (٤) أى داخله فى ذكاه أمه جمعا بين الروايتين (٥)، مع أنه (٦) الموافق لروايه أهل البيت عليه السلام، و هم أدرى بما فى البيت، و هو (٧) فى أخبارهم كثير صريح فيه (٨) و منه قول الصادق عليه السلام (٩) «و قد سئل عن الحوار (١٠) تذكى أمه أ يؤكل بذكاتها؟ فقال: إذا كان تاما و نبت عليه الشعر فكل»، و عن الباقر عليه السلام (١١) «أنه قال: فى الذبيحه تذبح و فى بطنها ولد قال: إن كان تاما فكله فإن ذكاته ذكاه أمه و إن لم يكن تاما فلا تأكله» و إنما يجوز أكله بذكاتها (إذا تمت خلقتها)، و تكاملت (١٢) أعضاؤه، و أشعر (١٣)، أو أوبر كما دلت عليه الأخبار (سواء ولجته الروح أو لا (١٤)، و سواء أخرج ميتا (١٥) أو) أخرج (حيا غير مستقر الحياه (١٦)، لأن غير مستقرها بمنزله الميت، و لإطلاق النصوص (١٧) بحلّه تاما (١) العسف هو الأخذ على غير الطريق و كذا التعسف، و وجه التعسف أن اللفظ بحاجه إلى تقدير خبر و تقدير حذف الجار، و الأصل عدم التقدير.

(٢) أى دون قراءه الرفع فإنها لا تحتاج إلى تقدير، و عليه فلا تعسف.

(٣) تعليل لمخالفه روايه الرفع إذا قدر الجار المحذوف كاف التشبيه، و أما إذا قدر لفظ (فى) فلا يخالف النصب روايه الرفع.

(٤) أو تقديره بالباء، و المعنى و ذكاته حاصله بذكاه أمه و هذا أظهر.

(٥) روايه الرفع و روايه النصب.

(٦) أى الرفع.

(٧) أى الرفع.

(٨) فى الاكتفاء بذكاه أمه.

(٩) كما فى صحيح يعقوب بن شعيب المتقدم.

(١٠) بالضم و قد تكسر ولد الناقه ساعه تضعه، أو إلى أن يفصل عن أمه كما عن القاموس.

(١١) كما فى صحيح ابن مسكان المتقدم.

(١٢) تفسير لتماميه الخلقه.

(١٣) إما باعتبار التلازم بين تمام الخلقه و بينه و إما باعتبار لابدية الأمرين معا كما هو مقتضى الجمع بين الأخبار المتقدمه.

(١٤) كما عليه المتأخرون، و قد تقدم البحث فيه.

(١٥) بلا خلاف فيه.

(١٦) على المشهور، بل الخلاف فيه مبنى على الخلاف المتقدم فى اعتبار استقرار الحياه فى الحيوان الحى المذكى أو يكفى

مطلق الحركه.

(١٧) أى النصوص المتقدمه بأن ذكاته ذكاه أمه.

ص: ٢٧٦

(و لو كانت) حياته (١) (مستقره ذكى (٢)، لأنه حيوان حى فيتوقف حلّه على التذكيه، عملا بعموم النصوص الداله عليها (٣) إلا ما أخرج الدليل الخاص (٤).

و ينبغى فى غير المستقر ذلك (٥)، لما تقدم من عدم اعتبارها (٦) فى حل المذبوح.

هذا (٧) إذا اتسع الزمان لتذكيته. أما لو ضاق عنها ففى حلّه وجهان (٨)، من إطلاق (٩) الأصحاب وجوب تذكيه ما خرج مستقر الحياه. و من (١٠) تنزيه (١١) منزله غير مستقرها (١٢) لقصور زمان حياته، و دخوله (١٣) فى عموم الأخبار الداله على حله (١٤) بتذكيه أمه إن لم يدخل مطلق الحى (١٥).

(١) عند خروجه حيا.

(٢) كما يذكى الحيوان الحى.

(٣) على تذكيه الحيوان الحى.

(٤) من الصيد و الرمى.

(٥) أى هذا الدليل من عموم النصوص الداله على تذكيه الحيوان الحى يجرى فى غير مستقر الحياه.

(٦) من عدم اعتبار الحياه المستقره فى تذكيه الحيوان، بل يكفى مطلق الحركه أو خروج الدم.

(٧) أى اعتبار التذكيه فى مستقر الحياه.

(٨) فعن الشيخ فى المبسوط أنه يحلّ بذكاه أمه، لتنزيه منزله غير مستقر الحياه، و عن المحقق فى الشرائع أنه يحرم لعموم النصوص الداله على تذكيه الحيوان الحى، و هو حى فلا بد من تذكيته و مع حصر عدم اتساع الزمان لها فيحرم.

(٩) دليل عدم الحل.

(١٠) دليل الحل.

(١١) أى تنزيل المولود الذى استقرت حياته و لم يتسع الزمان لتذكيته.

(١٢) أى مستقر الحياه.

(١٣) دليل ثان على الحل، أى دخول الذى لم يتسع الزمان لتذكيته.

(١٤) أى حل الجنين.

(١٥) أى مطلق المولود الحى سواء اتسع الزمان لتذكيته أم لا، و سواء كان غير مستقر الحياه أم لا، و فيه أنه مع خروجه من بطن أمه يخرج عن اسم الجنين فلا يندرج تحت هذه النصوص، بل المحكّم حينئذ هي النصوص الداله على تذكيه الحيوان الحى.

ص: ٢٧٧

و لو لم تتم خلقتة (١) فهو حرام و اشترط جماعه (٢) مع تمام خلقتة أن لا تلجه الروح، و إلا (٣) افتقر إلى تذكيته مطلقا (٤) و الأخبار مطلقه و الفرض (٥) بعيد، لأن الروح لا تنفك عن تمام الخلقه عاده.

و هل تجب المبادره إلى إخراجہ (٦) بعد موت المذبوح (٧) أم يكفي إخراجہ المعتاد بعد كشط جلده (٨) عاده، إطلاق الأخبار و الفتوى يقتضى العدم (٩).

و الأول (١٠) أولى.

الرابعه - ما يثبت في آله الصياد من الصيود يملكه

(الرابعه - ما يثبت في آله الصياد (١١) من الصيود المقصوده بالصيود يملكه (١) أى خلقه الجنين، لاشتراط تماميه الخلقه في حله كما هو نص الأخبار المتقدمه، و قد تقدم البحث فيه.

(٢) كما عن الشيخ و القاضى و ابن حمزه و سألار.

(٣) أى و إن ولجته الروح.

(٤) مستقر الحياه أو لا، اتسع الزمان لتذكيته أو لا.

(٥) من فرض تماميه الخلقه مع عدم ولوج الروح.

(٦) أى إخراج الجنين.

(٧) أى أمه.

(٨) أى جلد المذبوح، و كشط جلده نزعہ.

(٩) أى عدم وجوب المبادره.

(١٠) أى المبادره إلى إخراجہ أولى، لأنه أحوط.

(١١) لا خلاف و لا إشكال في أن ما يثبت في آله الصائد على وجه يخرج الصيد عن كونه ممتعا يملكه ناصبها للاصطياد، إذا كانت الآله مما يعتاد الاصطياد بها كالحباله و الشبكه و الفخ، لصدق الأخذ و الحيازه و نحوها مما هو سبب مملك في مثله من المباح للأخبار:

منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى رجل أبصر طيرا فتبعه حتى وقع على شجره، فجاء رجل فأخذه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام:

للعين ما رأت و لليد ما أخذت(١)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: إن الطائر إذا ملك جناحيه فهو صيد، و هو حلال لمن أخذه)(٢)، إلى غير ذلك من النصوص الداله على تحقق ملك المباح بأخذه و صيده، و لا ريب فى تحقق -

ص: ٢٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب الصيد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الصيد حديث ٣.

لتحقق الحيازه و النيه (١) هذا (٢) إذا نصبها (٣) بقصد الصيد كما هو الظاهر ليتحقق قصد التملك. و حيث (يملكه) يبقى ملكه عليه (و لو انفلت بعد ذلك (٤) لثبوت ملكه فلا- يزول بتعذر قبضه، كإباق (٥) العبد، و شرود الدابه، و لو كان انفلاته (٦) باختياره (٧) ناويا قطع ملكه عنه (٨)، ففي خروجه عن ملكه قولان (٩)، من الشك (١٠) في كون -الأخذ بالاستيلاء عليه و الدخول تحت قبضته و يده و لو بالآله التي اعتيد الاصطياد بها، إذ ليس المراد خصوص الأخذ باليد الحسيه قطعا.

(١) أي نيه التملك.

(٢) أي الحكم بالتملك.

(٣) أي نصب الآله بشرط كونها مما يعتاد الاصطياد بها.

(٤) أي بعد تحقق الحيازه و الأخذ، فلو ثبت ملكه بالصيد لا يخرج عن ملكه بانفلاته بعد إثباته، لأصالة بقاء الملك، و لا يلزم من تعذر الوصول إلى المال المملوك أو تعسره خروجه عن الملك، بلا فرق بين أن يلتحق بالوحوش في الصحراء بعد انفلاته و يبعد في البنيان و بين أن يدور في البلد و حوله، كما لا يخرج عن الملك العبد الآبق و الدابه الإنسيه إذا توحشت.

(٥) تنظير لبقاء الملك و لو تعذر قبضه..

(٦) أي انفلات الصيد.

(٧) أي باختيار الصائد.

(٨) عن الصيد.

(٩) فعن الأكثر منهم المحقق عدم الخروج عن ملكه، لأن ملكه ثابت، و زواله يتوقف على أسباب شرعيه، و الإعراض عن الملك لم يثبت أنه من الأسباب الناقله عنه.

و عن الشيخ في المبسوط أنه يخرج عن ملكه بالإعراض، لأن سبب الملك هنا هو اليد، و إذا زالت زال الملك، و فيه أنه لا يلزم من كون اليد سببا للملك كون زوالها سببا في عدم الملك، لأن المرجع في الأسباب إلى نصّ الشارع، و الشارع قد جعل اليد سببا للملك و لم يثبت أنه قد جعل زوالها سببا في زواله.

و قد استدل له كما في الشرائع بأن نيه قطع الملك عن الصيد مخرج عن الملك كما لو وقع منه شيء حقير فأهمله، و فيه أن إهمال الحقير إنما يفيد إباحته للغير، و إباحته للغير متوقف على بقاء ملك المبيح فكيف يجعل دليلا على زوال الملك، بل لو سلم زوال الملك في الحقير فلا يلزم مثله في الخطير من الصيد المتضمن للماليه المعتدّ بها غالبا.

(١٠) دليل عدم خروجه عن ملكه.

ذلك (١) مخرجا عن الملك مع تحققه (٢) فيستصحب و من (٣) كونه (٤) بمنزله الشيء الحقير من ماله إذا رماه مهملا له.

و يضعف بمنع خروج الحقير عن ملكه بذلك (٥) و إن كان ذلك إباحه لتناول غيره. فيجوز الرجوع فيه (٦) ما دام باقيا.

و ربما قيل بتحريم أخذ الصيد المذكور (٧) مطلقا (٨) و إن (٩) جاز أخذ اليسير من المال (١٠)، لعدم (١١) الإذن شرعا في إتلاف المال مطلقا (١٢) إلا أن تكون قيمته يسيره (١٣).

(١) و لا يملك ما عَشَّش (١٤) في داره، أو وقع في موحلته (١٥)، أو وثب إلى (١) من نيه قطع الملك.

(٢) أى تحقق الملك سابقا قبل هذه النيه فيستصحب.

(٣) دليل لخروجه عن الملك.

(٤) أى كون الصيد إذا نوى قطع ملكه عنه.

(٥) أى بالإعراض عنه، غايته أنه يفيد إباحه تناول للغير.

(٦) فى الحقير الذى أهمله و أعرض عنه.

(٧) و هو الذى انفلت باختياره ناويا قطع ملكه عنه.

(٨) أى سواء قلنا بزوال الملك فى الحقير بسبب الأعراض عنه أم لا.

(٩) تفسير للإطلاق.

(١٠) بعد الإعراض عنه من قبل مالكة، لأن الأعراض موجب لزوال الملك فيصح للغير تملكه حينئذ.

(١١) تعليل للحكم من تحريم أخذ الصيد المذكور، و الحاصل أن الشارع لم يأذن فى إتلاف المال مطلقا سواء الصيد و غيره فلا يثمر قطع النيه إزاله الملك حتى يجوز للغير أخذه، إلا فى اليسير الذى أعرض عنه صاحبه و قد أفاد إباحه تناول الغير له، فيجوز إتلافه بالأعراض عنه.

(١٢) صيدا كان أو غيره.

(١٣) فيجوز إتلافه بالأعراض عنه، و لكن قد عرفت أن الأعراض لا يوجب إزاله الملك بل إباحه تناول الغير له.

(١٤) العش بالضم موضع الطائر يجمعه من دقاق الحطب فى أفنان الشجر، و عَشَّش الطائر أتخذ عشا.

(١٥) أى أرض موحله.

(سفينة (١)، لأن ذلك لا يعد آله للاصطياد، ولا إثباتا لليد.

نعم يصير (٢) أولى به من غيره، فلو تخطى الغير إليه فعل حراما (٣)، و في ملكه (٤) له بالأخذ (٥) قولان (٦)، من أن (٧) الأولوية لا تفيد الملك فيمكن تملكه بالاستيلاء (٨)، و من تحريم (٩) الفعل (١٠) فلا- يترتب عليه حكم الملك شرعا. و قد تقدم مثله في أولوية التحجير، و أن المتخطى لا يملك.

و فيه (١١) نظر (١٢).

و لو قصد بناء الدار إحباس الصيد، أو تعشيشه، و بالسفينة (١٣) وثوب (١) لا- خلاف في أنه لا- يملكه لو توخّل في أرضه أو عشش في داره أو وثب السمكه إلى سفينته و نحو ذلك مما لم يقصد به الاصطياد، و لا يصدق عليه اسم الأخذ و الصيد و الحيازه مما يكون سببا لملكه له، فيبقى على الإباحة الأصليه، يملكه كل من يأخذه.

بل لا يثبت له حق اختصاص به و لذا لو دخل غيره داره مثلا و أخذ الطير الذى عشش في تلك الدار ملكه، لأن الملك متوقف على الأخذ، و قد تحقق الأخذ من الداخل، نعم لصاحب الدار حق اختصاص بمعنى أنه ليس لغيره التصرف في داره بغير إذنه.

و لعله هو مراد الفاضل في قواعده عند ما حكم بثبوت حق الاختصاص له، و ليس المراد حق الاختصاص المانع عن التملك لعدم الدليل، و مما تقدم تعرف وجوه الضعف في عبارته الشارح.

(٢) أى مالك الدار و الموحله و السفينه.

(٣) لتصرفه في ملك الغير بغير إذنه.

(٤) أى ملك الغير له.

(٥) أى بسبب الأخذ.

(٦) لم أعثر على من قال بعدم الملك لو أخذ.

(٧) دليل الملك بسبب الأخذ.

(٨) كما هو الشأن في المباحات الأصليه.

(٩) دليل عدم الملك لو أخذ.

(١٠) و هو الأخذ و الاستيلاء.

(١١) في أن تحريم الفعل يوجب عدم ترتب الملك شرعا.

(١٢) إذ لا منافاه بين تحريم الفعل و الملك، لأن النهى فى المعاملات لا يقتضى الفساد.

(١٣) أى قصد بالسفينه.

ص: ٢٨١

السمك، و بالموحله توكله ففى الملك به وجهان (١)، من انتفاء (٢) كون ذلك (٣) آله للاصطياد عاده، و كونه (٤) مع القصد (٥) بمعناه (٦). و هو (٧) الأقوى، و يملك الصيد بإثباته (٨) بحيث يسهل تناوله (٩) و إن لم يقبضه بيده، أو بآلته (١٠).

(و لو أمكن الصيد التحامل) بعد إصابته (عدوا، أو طيرانا بحيث لا يدركه إلا بسرعته شديده فهو باق على الإباحه (١١) لعدم (١٢) تحقق إثبات اليد عليه (١) صرح بعضهم - كما فى الجواهر - بعدم تملكه لأن هذه المذكورات ليست آله معتاده للصيد، و صرح غير واحد - كما فى الجواهر - بالملك لأن النصوص لم تعلق الملك على الأخذ بالآله و الصيد بها حتى تنصرف إلى المعتاد، بل الحكم فيها معلق على الصيد و الأخذ مما يخرج به عن الامتناع و يدخل تحت يد الصائد و قبضته، بل المدار على كل ما يعمله للاصطياد به كما فى صحيح الحلبي (لا بأس به، إن تلك الحظيره إنما جعلت ليصاد بها) (١)، و لذا صرح غير واحد بأنه لو أغلق بابا عليه و لا مخرج له، أو صيّرته فى مضيق يتعذر عليه الخروج منه ملكه لزوال امتناع الحيوان بذلك، و يدخل حينئذ تحت يده و قبضته الذى هو المدار، و ليس المدار على الأخذ بالآله فضلا عن المعتاد منها.

(٢) دليل لعدم الملك.

(٣) من بناء الدار و السفينه و الموحله.

(٤) أى كون الدار و السفينه و الموحله.

(٥) مع قصد الصيد به.

(٦) أى بمعنى الصيد.

(٧) أى الثانى.

(٨) أى بإثبات الصيد بمعنى المصيد، و المراد إثبات اليد عليه بحيث يزول امتناعه.

(٩) أى أخذه لزوال امتناعه.

(١٠) كما لو أغلق عليه بابا أو صيّرته فى مضيق.

(١١) المعتبر فى تملك الصيد الممتنع أن يصيّرته تحت يده بإبطال امتناعه فلو ضربه و أضعف بذلك قوته التى كان عليها و مع ذلك بقى قادرا على الامتناع بالطيران أو العدو بحيث لا يناله إلا بالإسراع الشديد الموجب للمشقه، لم يكن ذلك مفيدا للملك و لا للاختصاص لعدم تحقق صيرورته تحت اليد، بل يبقى الصيد على المباحات الأصلية يملكه من أمسكه.

(١٢) تعليل لبقائه على الإباحه.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب الذبائح حديث ٣.

ببقائه (١) على الامتناع و إن ضعفت قوته، و كذا لو كان له قوه على الامتناع بالطيران و العدو (٢) فأبطل أحدهما خاصه، لبقاء الامتناع فى الجملة المنافى لليد.

الخامسه – لا يملك الصيد المقصوص، أو ما عليه أثر الملك

(الخامسه – لا يملك الصيد المقصوص (٣)، أو ما عليه أثر الملك)، لدلاله القص، و الأثر على مالك سابق، و الأصل بقاءه (٤).

و يشكل بأن مطلق الأثر إنما يدل على المؤثر. أما المالك فلا لجواز وقوعه (٥) من غير مالك (٦)، أو ممن لا يصلح للتملك (٧)، أو ممن لا يحترم ماله (٨). فكيف يحكم بمجرد الأثر لمالك محترم (٩) مع أنه (١٠) أعم و العام لا يدل على الخاص.

(١) أى بسبب بقاءه، و هو تعليل لعدم تحقق إثبات اليد عليه.

(٢) لو كان الصيد يمتنع بأمرين من الطيران و العدو كالدراج و القبج يمتنع بجناحيه و بالعدو فكسر الرامى جناحيه بقى على المباح الأصلى و لا يملكه الرامى لعدم إثبات اليد عليه بسبب بقاءه على الامتناع، و لذا لو كسر آخر رجله فعجز عن العدو ملكه الثانى لصدق الأخذ و الحيازه و الصيد من قبل الثانى حينئذ كما عليه المحقق فى الشرائع، و عن الشيخ فى المبسوط هو لهما، لاشتراكهما فى زوال امتناعه، و الأول أقوى لبقاء الامتناع بعد فعل الأول، و بقاء الامتناع مناف لحصول اليد، فلا ملك له حينئذ.

(٣) أى مقصوص الجناحين، و كذا الموسوم بدلاله أو المخضوب، فهذه آثار على أنه مملوك و ربما أفلت من ملكه فيستصحب حكم الملك فلو صيد الطير و الحال هذه لم يملكه الصائد، لأنه ليس من المباح الذى يجرى عليه التملك عند أخذه، و كذا كل صيد عليه أثر يدل على الملك و اليد من شدّ خيط و نحوه فى رجله أو فى عنقه أو فى جناحه.

و قد تنظر بعضهم فى ذلك بأن هذه الآثار تدل على أنه كان فى يد إنسان، و هو أعم من الملكيه، إذ يحتمل أنه قد فعلها فى الصيد عبثاً من غير قصد التملك، و عليه فالأثر يدل على المؤثر و لا يدل على الملك المتوقف على قصد التملك.

(٤) أى بقاء الملك.

(٥) أى وقوع الأثر.

(٦) كما لو وقع من الغير عبثاً.

(٧) كالعبد.

(٨) كالحربى.

(٩) متعلق بقوله (فكيف يحكم).

(١٠) أى الأثر أعم من الملك.

و على المشهور (١) يكون مع الأثر لقطه (٢)، و مع عدم الأثر فهو لصائده و إن كان أهليا كالحمام، للأصل (٣) إلا أن يعرف مالكة فيدفعه إليه.

(١) من كون الأثر دالا على الملك.

(٢) لأنه مع الأثر مملوك، و مع عدم معرفه مالكة يكون لقطه.

(٣) و هي أصاله الإباحه.

ص: ٢٨٤

فى ما يحل من حيوان البحر

(إنما يحل من حيوان...) (١) الأُطعمه و الأُشربه من المهمات للإنسان باعتبار كونه جسدا لا يمكن استغناؤه عنهما، و لذا قال تعالى: وَ مَا جَعَلْنَاهُمْ جَسَداً لَّا يَأْكُلُونَ الطَّعامَ (١).

و فى تناول المحرم منهما قد أوعد الله تعالى الوعيد الشديد فى الكتاب و السنه، و لذا ورد فى النبوى (أى لحم نبت على الحرام فالنار أولى به) (٢)، فلذا لا بدّ من معرفه المحرم منهما و المحلّل.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالأصل يقتضى حليه كل شىء أكلا أو شربا إلا ما نهى عنه الشارع، لقبح العقاب بلا بيان، و لذا ورد فى الخبر (كل شىء مطلق حتى يرد فيه نهى) (٣)، و لديدن الشارع على بيان المحرمات، فما لم يوجد فيه نهى فهو حلال، و لذا لقن الله تعالى نبيه صلى الله عليه و آله و سلم طريق الرد على الكفار حيث حرّموا على أنفسهم أشياء بقوله تعالى: قُلْ لَّا أَجِدُ فى ما أُوحيَ إِلَيَّ مُحرّماً على طاعِمٍ يطعمُهُ إِلَّا أنْ يَكُونَ مِيتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ (٤) فقد أبطل تشريعهم بعدم وجدانه ما حرّمه فيما أوحى الله تعالى به، و هذا دال على أن الأصل فى الأُطعمه و الأُشربه الحليه إلا أن يرد نهى من قبل الشارع، مضافا إلى قوله تعالى: يا أَيُّها النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فى الأَرْضِ حلالاً طيباً (٥)،

ص: ٢٨٧

١- (١) سورة الأنبياء، الآية: ٨.

٢- (٢) مجمع الزوائد ج ١٠ ص ٢٩١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب صفات القاضى حديث ٦٠ من كتاب القضاء.

٤- (٤) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

٥- (٥) سورة البقره، الآية: ١٦٨.

(البحر (١) سمك له فلس (٢)...)- و قوله تعالى: هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا (١)، و من جهة ثالثة فالأصل الإباحه ما لم يكن من الخبائث لقوله تعالى: وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ (٢)، و الخبيث ما تستخبثه النفس و ينفر منه الطبع بالنسبه للإنسان السوى السليم، و معه لا داعى للإشكال بأن الخبيث غير ظاهر المعنى و الشارع لم يبيئه، و العرف غير منضبط، و من مصاديق ما تستخبثه النفس فضله الإنسان بل كل حيوان ما لا يؤكل لحمه بل و مما يؤكل لحمه، و القىء و البلغم خصوصا إذا خرج إلى خارج الفم ثم ابتلعه.

و من جهة رابعه فالإنسان له حالتان حاله اختيار و حاله اضطرار، و لا بد من التكلم فى الأطمعه و الأشربه تبعاً لهاتين الحالتين، نعم جرى ديدن البعض على ذكر حكم الأشياء الضاره بالبدن، و سيأتى التعرض له مع دليله و بيان مقدار الضرر عند البحث فى حرمة تناول السم فانتظر.

(١) لا خلاف و لا إشكال فى حرمة كل الحيوانات البحريه إلا السمك و الطير، أما الطير فسيأتى البحث فيه عند البحث فى مطلق الطير، و أما حرمة غير السمك و الطير من أنواع الحيوانات البحريه فهو مما لا خلاف فيه لموتق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الربيثا، فقال: لا تأكلها، فإننا لا نعرفها فى السمك يا عمار) (٣)، و هو دال على حرمة غير السمك من حيوانات البحر، و يعارضه مرسل الصدوق قال الصادق عليه السّلام (كل ما كان فى البحر مما يؤكل فى البر مثله فحائز أكله، و كل ما كان فى البحر مما لا يجوز أكله فى البر لم يجز أكله) (٤)، و خبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن أكل لحم الخنزير؟ قال عليه السّلام: كلب الماء إن كان له ناب فلا تقربه، و إلا فاقربه) (٥).

و هما موافقان للعامه - كما فى الجواهر - فلا يصلحان لمعارضه ما تقدم.

(٢) يؤكل من السمك ما له فلس، أى قشر، بلا خلاف فيه للنصوص الآتية، بلا فرق فيه بين ما بقى فلسه كالشبوط و هو سمك رقيق الذنب عريض الوسط لئين اللمس صغير الرأس، أو سقط عنه الفلس و لم يبق عليه كالكنعت الذى هو حوت تحتك بكل شىء فيذهب فلسها، و لذا لو نظرت إلى أصل أذننها وجدته فيه كما فى صحيح حماد (قلت-

ص: ٢٨٨

١- (١) سورة البقره، الآيه: ٢٩.

٢- (٢) سورة الأعراف، الآيه: ١٥٨.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

-لأبى عبد الله عليه السّلام: الحيتان ما يؤكل منها؟ فقال: ما كان له قشر، قلت: ما تقول فى الكنعت؟ قال: لا بأس بأكله، قلت: فإنه ليس له قشر، قال: بلى و لكنها حوت سيئه الخلق تحتك بكل شىء، فإذا نظرت فى أصل أذنها وجدت لها قشرا(١). و أما ما ليس له فلس كالجرى و المارماهى و الزمار فقد اختلف الأصحاب فيه، فعن الأكثر و منهم الشيخ فى أكثر كتبه إلى تحريمه مطلقا، و عن الشيخ فى كتابى الأخبار حلّه فيما عدا الجرى.

و استدل للأكثر بالأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام فى حديث: (قلت له: يرحمك الله إنا نؤتى بسمك ليس له قشر، فقال عليه السّلام: كل ما له قشر من السمك، و ما ليس له قشر فلا تأكله)(٢)، و صحيح حماد (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: جعلت فداك الحيتان ما يؤكل منها؟ قال: ما كان له قشر)(٣)، و مرسل حريز عنهما عليهما السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام كان يكره الجريث و يقول: لا- تأكل من السمك إلا شيئا عليه فلس، و كره المارماهى)(٤)، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان على عليه السّلام بالكوفه يركب بغله رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ثم يمرّ بسوق الحيتان فيقول: لا تأكلوا و لا تبيعوا ما لم يكن له قشر من السمك)(٥) إلى غير ذلك من الأخبار.

و استدل الشيخ بصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يكره شىء من الحيتان إلا الجرى)(٣)، و مثله خير الحكم ٧، و يؤيده صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الجريث، فقال: و ما الجريث؟ فنعت له، فقال عليه السّلام: قُلْ لا أَجِدُ فى ما أُوحى إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَى آخر الآيه ثم قال: لم يحرم الله شيئا من الحيوان فى القرآن إلا الخنزير بعينه، و يكره كل شىء من البحر ليس له قشر مثل الورق، و ليس بحرام إنما هو مكروه)(٨)، و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الجرى و المارماهى و الزمير، و ما ليس له قشر من السمك أ حرام هو؟ فقال عليه السّلام: يا محمد، اقرأ هذه الآيه التى فى الأنعام: قل لا- أجد فيما أوحى إلى محرّما، قال: فقرأتها حتى فرغت منها، فقال: إنما الحرام ما حرّم الله و رسوله فى كتابه، و لكنهم قد كانوا يعافون أشياء و نحن نعافها)(٩).

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٣ و ٤.

٣- ((٦ و ٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١٧ و ١٨ و ٩ و ٢٠.

وإن زال (١) عنه) في بعض الأحيان (كالكنعت (٢) و يقال: الكنعد بالبدال المهمله ضرب من السمك له فلس ضعيف يحتك (٣) بالرمل فيذهب عنه ثم يعود

في ما يحرم من حيوان البحر

و لا- يحل الجرى (٤) بالجيم المكسوره فالراء المهمله المشدده المكسوره، و يقال: الجريث بالضبط الأول (٥) مختوما بالثاء المثلثه (و المارماهى) بفتح الراء فارسى معرب و أصلها حيه السمك (و الزهو) بالزاي المعجمه (٦) فالهاء الساكنه (على قول (٧) الأكثر. و به (٨) أخبار لا تبلغ حد الصحه (٩). و بحلها (١٠) أخبار صحيحه حملت على التقيه.

و يمكن حمل النهى على الكراهه كما فعل الشيخ فى موضع من النهايه إلا أنه رجع فى موضع آخر و حكم بقتل مستحلها (١١). و حكايته (١٢) قولاً مشعره بتوقفه (١٣) مع أنه رجح فى الدروس التحريم. و هو الأشهر.

و قد حمل المشهور هذه الطائفة على التقيه، و لكن القاضى ابن البراج و الشيخ فى موضع من النهايه قد جمع بين الطائفتين على كراهه الحيوان البحرى الذى ليس له فلس، مع أن الشيخ فى موضعين من النهايه و باقى كتبه قد حكم بالحرمة، حتى أنه فى باب الديات من النهايه قد حكم بكفر مستحله.

(١) أى الفليس.

(٢) كجعفر ضرب من السمك.

(٣) احتك بالشىء أى حك نفسه عليه كما فى الصحاح.

(٤) نوع من السمك طويل أملس ليس له فلس، و عن حياه الحيوان أنه سمك يشبه الثعبان.

(٥) أى بضبط الجرى مع زياده الثاء المثلثه.

(٦) المفتوحه.

(٧) متعلق بالثلاثه.

(٨) أى بعدم حل الثلاثه المذكوره، هذا و لا داعى للاقتصار على هذه الثلاثه بل المدار على الحيوان البحرى الذى ليس له فلس.

(٩) و لكن قد عرفت ورود أخبار صحيحه داله على عدم حل كل حيوان لا فلس له.

(١٠) أى بحل الثلاثه.

(١١) أى مستحل الثلاثه.

(١٢) أى حكاية المصنف للحرمة قولاً.

(١٣) أى توقف المصنف هنا فى حرمة الثلاثه.

ص: ٢٩٠

(و لا السلحفاه (١) بضم السين المهمله، و فتح اللام فالحاء المهمله الساكنه.

و الفاء المفتوحه. و الهاء بعد الألف (و الضفدع) (٢) بكسر الضاد و الدال مثال (٣) خنصر (و الصّرطان (٤) بفتح الصاد و الراء (و غيرها) من حيوان البحر و إن كان جنسه فى البر حلالا سوى السمك المخصوص (٥)

فى الجلال من السمك

(و لا الجلال من السمك (٦) و هو الذى اغتذى العذره محضا حتى نما بها كغيره (٧) حتى يستبرأ بأن يطعم علفا) (١) شروع فى غير السمك من حيوان البحر و قد عرفت حرمة، و يدل عليه أيضا صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (لا يحلّ أكل الجرى و لا السلحفاه و لا السرطان، قال:

و سألته عن اللحم الذى يكون فى أصداف البحر و الفرات أ يؤكل؟ قال: ذلك لحم الضفادع لا يحلّ أكله) (١).

و عن بعض العامه حل جميع صنوف حيوان البحر، و عن آخر حل الجميع ما عدا كلبه و خنزيره.

(٢) بكسر أول و فتحه و ضمه مع كسر ثالثه و فتحه فى الأول و كسره فى الثانى و فتحه فى الثالث.

(٣) أى على وزن.

(٤) يسمى عقرب الماء.

(٥) الذى له فلس.

(٦) الجلال من السمك هو من جملة أفراد الجلال و سيأتى الكلام فيه، و لكن لا يؤكل الجلال من السمك حتى يستبرأ بأن يجعل فى الماء يوما و ليلة و يطعم علفا طاهرا على الأكثر لخبر يونس عن الرضا عليه السّلام (سأله عن السمك الجلال فقال: ينتظر به يوما و ليلة) (٢).

و عن الصدوق فى المقنع و الشيخ جعل مده الاستبراء يوما إلى الليل لخبر القاسم بن محمد الجوهري (السمك الجلال يربط يوما إلى الليل فى الماء) ٣، و الترجيح للأول لإمكان إرجاع الثانى إليه بجعل الغايه داخله فى المغنّى، و على كل فالخبران خاليان عن إطعامه علفا طاهرا مده الاستبراء كما عليه المشهور فلذا اكتفى الأردبيلي فى الاستبراء بإمساكه عن الجلل و على كل فعلى المشهور المعبر كون العلف طاهرا بالفعل، و ربما اكتفى بالطاهر بالأصالة خاصه و إن كان متنجسا بالعرض، و يدفعه أن إطلاق الطاهر يقتضى طهارته الأصليه و العرضيه.

(٧) كغير السمك من بقيه أفراد الجلال.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ٥ و ٧.

(طاهرا) مطلقا (١) على الأقوى (في الماء) الطاهر (٢) (يوما و ليله) روى ذلك عن الرضا عليه السلام بسند ضعيف، و فى الدروس أنه (٣) يستبرأ يوما إلى الليل ثم نقل الروايه (٤) و جعلها أولى.

و مستند اليوم (٥) روايه القاسم بن محمد الجوهري، و هو ضعيف أيضا. إلا أن الأشهر الأول. و هو (٦) المناسب ليقين البراءه (٧)، و استصحاب حكم التحريم (٨) إلى أن يعلم المزيل (٩).

و لو لا الإجماع على عدم اعتبار أمر آخر فى تحليله (١٠) لما كان ذلك (١١) قاطعا للتحريم، لضعفه (١٢)

فى أن البيض تابع

(و البيض تابع) للسمك فى الحل و الحرمة (١٣).

(١) علق الشارح بقوله (أى خال عن النجاسه الوضعيه و العرضيه).

(٢) قال فى الجواهر: (بل فى التحرير اعتبار كون الماء الذى يحبس فيه السمك طاهرا، و لا ريب فى أنه أحوط و أولى و الله العالم) انتهى.

(٣) أى السمك.

(٤) أى الروايه عن الإمام الرضا عليه السلام.

(٥) أى اليوم إلى الليل.

(٦) أى الأول.

(٧) فالاستبراء من الجلال المحرم إذا دار بين الأقل و الأكثر، فلا يحصل يقين البراءه بحل الحيوان إلا بالأكثر.

(٨) أى تحريم الحيوان الجلل.

(٩) و لا يعلم إلا بالأكثر.

(١٠) أى تحليل الجلال من السمك.

(١١) من الاستبراء يوما و ليله.

(١٢) أى لضعف دليل الاستبراء بالمده المذكوره.

(١٣) بيض السمك المعبر عنه اليوم بالثرب تابع للسمك، فيبيض المحلل حلال، و بيض المحرم حرام لخبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (إن البيض إذا كان مما يؤكل لحمه فلا بأس بأكله، و هو حلال) (١)، و خبر داود بن فرقد عنه

عليه السلام في حديث: (كل شيء يؤكل لحمه فجميع ما كان منه من لبن أو بيض أو أنفحة فكل ذلك) -

ص: ٢٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الأئمة المباحة حديث ١.

(و لو اشتبه) بيض المحلل بالمحرم (أكل الخشن، دون الأملس (١) و أطلق كثير (٢) ذلك (٣) من غير اعتبار التبعية.

فى ما يؤكل من حيوان البر و ما يكره

(و يؤكل من حيوان البر الأنعام الثلاثة (٤) الإبل. و البقر. و الغنم. و من نسب إلينا تحريم الإبل فقد بهت (٥). نعم هو (٦) مذهب الخطايبه (٧) لعنهم الله (و بقر الوحش. و حماره. و كبش الجبل (٨) ذو القرن الطويل (و الظبى (٩)، و اليعمور) (١٠).

—حلال طيب(١)، و فى الاستدلال بهما نظر، لعدم صدق البيض على ثروب السمك، و إنما أطلقه الأصحاب عليه لضرب من المجاز باعتبار كونه مبدأ تكوّن السمك كالبيض فى غيره، و الخبر الثانى منصرف إلى الحيوان البرى.

فلم يبق إلا القياس على التبعية بين الحيوان البرى و بيضه كما سيأتى البحث فيه.

(١) مع الاشتباه يؤكل الخشن دون الأملس، و ظاهرهم الاتفاق عليه و هو الحجة إذ لا دليل عليه غيره، هذا و كثير من الأصحاب اطلقوا حل أكل الخشن دون الأملس و لم يقيدوه بصوره الاشتباه.

(٢) أى كثير من الأصحاب.

(٣) أى أنه يؤكل الخشن لا- الأملس، من دون النظر إلى أن سمكه محرم أو محلل، و لكن لا بد من حمله على صورته الاشتباه، لأنه مع التمييز فالتبعية هى الحاكمة.

(٤) لا- خلاف بين المسلمين فى تحليل الأنعام الثلاثة، بل هو من ضرورى الدين كما فى الجواهر و المستند، و للأخبار الآتى بعضها.

(٥) البهتان هو الافتراء.

(٦) أى تحريم الابل.

(٧) و هم أصحاب ابن الخطاب محمد بن مقلاص، و كان من رواه الإمام الصادق عليه السلام ثم انحرف عن الحق.

(٨) و هو الضان و الماعز الجبليان.

(٩) أى الغزال.

(١٠) جمعه يحامير، و عن عجائب المخلوقات أنه دابه وحشيه نافر له قرنان طويلان كأنهما منشاران، ينشر بهما الشجر، يلقيهما كل سنه، و قيل كما عن الصحاح أنه حمار-

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب الأئعمه المباحه حديث ٢.

(و يكره الخيل، و البغال، و الحمير الأهليه) فى الأشهر (١) (و أكدها) كراهه - الوحش، بلا - خلاف فى حليه الخمسه بين المسلمين كما فى المسالك، لقوله تعالى:

وَ مِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَهُ وَ فَرَشًا كُلُوا مِمَّا رَزَقَكُمُ اللَّهُ - إلى قوله تعالى - ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَ مِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ - إلى قوله تعالى - وَ مِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَ مِنَ الْبُقَرِّ اثْنَيْنِ (١)، و قد روى على بن ابراهيم فى تفسير هذه الآيه (فقال عليه السّلام: من الضأن اثنين عنى الأهلى و الجبلى، و من المعز اثنين عنى الأهلى و الوحشى الجبلى، و من الابل اثنين عنى النجاتى و العراب، فهذه أحلها الله) (٢)، و موثق سماعه (سألته عن رجل رمى حمار وحش أو ظبيا فأصابه ثم كان فى طلبه فوجدته من الغد و سهمه فيه؟ فقال عليه السّلام: إن علم أنه أصابه و أن سهمه هو الذى قتله فليأكل منه، و إلا فلا يأكل منه) (٣)، و خبر سعد بن سعد (سألته الرضا عليه السّلام عن اللامص؟ فقال: و ما هو؟ فذهبت أصفه، فقال: أليس اليحامير؟ قلت: بلى، قال عليه السّلام: أليس تأكلونه بالخل و الخردل و الأبرار؟ قلت: بلى، قال عليه السّلام: لا بأس به) (٣)، بل يظهر من خبر نضر بن محمد كراهه لحم حمار الوحش قال: (كتبت إلى أبى الحسن عليه السّلام: أسأله عن لحوم الحمر الوحشيه فكتب عليه السّلام: يجوز أكلها وحشيه، و تركها عندى أفضل) (٤) و هو المنقول عن الحلّى و العلامه فى التحرير و الشهيد فى الدروس.

هذا و يظهر من جماعه منهم العلامه فى التبصره و القواعد و التحرير و المحقق فى الشرائع حصر المحلل من الوحشى فى هذه المذكورات الخمسه، بل عن الغنيه زياده الوعل سادسا.

(١) على المشهور، و عن أبى الصلاح تحريم البغال، و عن المفيد تحريم البغال و الحمير و الهجنى من الإبل، بل قال: إنه لا تقع الذكاه عليها.

و يشهد للمشهور جملة من الأخبار:

منها: صحيح محمد بن مسلم و زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (أنهما سألاه عن أكل لحوم الأهليه؟ فقال: نهى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن أكلها يوم خبير، و إنما نهى عن أكلها فى ذلك الوقت، لأنها كانت حموله الناس، و إنما الحرام ما حرّم الله فى القرآن): (٥)، و صحيح -

ص: ٢٩٤

١- (١) سورة الأنعام، الآيات: ١٤٢-١٤٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الصيد حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٢ و ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

(البغل (١) لتركيبه من الفرس و الحمار. و هما مكروهان فجمع الكراهِتين (ثم الحمار).

-محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن أكل لحوم الحمير، وإنما نهى عنها من أجل ظهورها مخافه أن يفنوها، وليست الحمير بحرام، ثم قرأ هذه الآية:

قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ (١) الآية، و صحاحه الثالث عن أبي جعفر عليه السلام (سئل عن سباع الطير و الوحش حتى ذكر له الفنافذ و الوطواط و الحمير و البغال و الخيل، فقال: ليس الحرام إلا ما حرّم الله في كتابه، و قد نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يوم خيبر عن أكل لحوم الحمير، وإنما نهاهم من أجل ظهورهم أن يفنوها، و ليس الحمر بحرام) (٢)، و خبر زراره عن أحدهما عليهما السلام (سألته عن أبوال خيل و البغال و الحمير، قال: فكرهها، قلت: أليس لحمها حلالاً؟ فقال: أليس قد بين الله لكم، و الأنعام خلقها لكم فيها دفء و منافع و منها تأكلون، و قال: و الخيل و البغال و الحمير لتركبوها و زينها، فجعل للأكل الأنعام التي قصّ الله في الكتاب، و جعل للركوب الخيل و البغال و الحمير، و ليس لحومها بحرام، و لكن الناس عافوها) (٣) إلى غير ذلك من الأخبار. و يعارضها جملة من الأخبار:

منها: صحيح ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن أكل الخيل و البغال؟ فقال عليه السلام: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عنها، و لا تأكلها إلا أن تضطر إليها) ٤، و صحيح سعد بن سعد عن الإمام الرضا عليه السلام (عن لحوم البراذين و الخيل و البغال؟ فقال: لا تأكلها) ٥، و قد حملت على الكراهه جمعا.

(١) المشهور على أن كراهه البغل أشدّ لتركبه من الفرس و الحمار و هما مكروهان، و عن القاضي ابن البراج و الحلبي أن كراهه الحمار أشدّ، لأنه متولد من مكروهين قوى الكراهه بخلاف البغل فإنه متولد من قوى الكراهه و ضعيفها لأنه متولد من الحمار و الفرس.

و لكن التعليلين كما ترى، و على كل فالخيل أخفها كراهه خصوصا بعد ما ورد من أكل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم و أمير المؤمنين عليه السلام منها، كما في خبر عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليهم السلام (أتيت أنا و رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم رجلا من الأنصار فإذا فرس له يكبد بنفسه، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: انحره - إلى أن قال - فقال: يا رسول الله ألى منه شيء؟ -

ص: ٢٩٥

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأُطعمه المحرمه حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأُطعمه المحرمه حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأُطعمه المحرمه حديث ٨ و ١ و ٥.

(و قيل) و القائل القاضى (بالعكس) أكدها كراهه الحمار ثم البغل، لأن المتولد (١) من قوى الكراهه (٢) و ضعيفها (٣) أخف كراهه من المتولد (٤) من قوِّيها (٥) خاصه.

و قيل (٦): بتحريم البغل. و فى صحيحه ابن مسكان النهى عن الثلاثه إلا لضروره، و حملت (٧) على الكراهه جمعا.

فى ما يحرم من حيوان البر

(و يحرم الكلب (٨) و الخنزير (٩)... قال: نعم كل و أطعمنى، قال: فأهدى للنبي صلى الله عليه و آله و سلم فخذنا منه، فأكل منه و أطعمنى)(١).

و البغل أشد كراهه من الحمار لكثرة الأخبار الناهيه عن أكل الحمير و قد تقدم بعضها.

(١) و هو البغل هنا.

(٢) و هو الحمار.

(٣) و هو الفرس.

(٤) و هو الحمار هنا.

(٥) لأن أبويه حماران.

(٦) كما عن أبى الصلاح.

(٧) أى الصحيحه.

(٨) بلا- خلاف فيه بيننا، لأنه نجس و مسخ و سيج، و كل واحد من هذه العناوين موجب للتحريم ففى خبر أبى سهل القرشى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن لحم الكلب؟ فقال:

هو مسخ، قلت: هو حرام؟ قال: هو نجس، أعيدها عليه ثلاث مرات كل ذلك يقول: نجس)(٢)، خلافا لمالك حيث أحل أكله.

(٩) بلا خلاف فيه، لأنه نجس و مسخ، ففى خبر المفضل بن عمر (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: أخبرنى جعلنى الله فداك لم حرم الله الخمر و الميته و الدم و لحم الخنزير فقال:

إن الله تبارك و تعالى لم يحرم ذلك على عباده - إلى أن قال - و أما لحم الخنزير فإن الله تبارك و تعالى مسخ قوما فى صور شتى مثل الخنزير و القرده و الدب و ما كان من المسوخ ثم نهى عن أكله للمثله لكيلا ينتفع الناس به، و لا يستخفوا بعقوبته)(٣)، و صحيح الحلبي عن -

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ٤.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ٤.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ١.

-أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن أكل الضب فقال: إن الضب والفأرة والقردة والخنازير مسوخ)^(١).

و من هذين الخبرين يعرف حرمه أكل المسوخ، و أيضا يحرم من البهائم ما كان سبع و هو ما كان له ظفر أو ناب يفترس به قويا كان كالأسد و النمر و الفهد و الذئب أو ضعيفا كالضبع و الثعلب و ابن آوى و السّور للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: كل ذى ناب من السباع أو مخلب من الطير حرام، و قال عليه السلام: لا تأكل من السباع شيئا)^(٢)، و صحيح داود بن فرقد عن أبي عبد الله عليه السلام (كل ذى ناب من السباع و مخلب من الطير حرام)^(٣)، و وافقنا على تحريم جميع ذلك أبو حنيفة و خالف مالك في الجميع فحكم بالكراهة، و فرّق الشافعي بين قوَى الناب منها و ضعيفه فحرّم الأول دون الثانى و يحرم أيضا الأرنب و الضب و اليربوع و الحشرات كلها، التى هى صغار دواب الأرض أو التى تأوى ثقب الأرض كالحية و الفأرة و العقرب و الجرذان و الخنافس و الصراصير و بنات وردان و البراغيث و القمل، مما هو مندرج فى الخبائث أو المسوخ أو الحشرات، أما الخبائث و المسوخ فقد تقدم ما يدل على تحريمها، و أما الحشرات ففى خبر الدعائم عن على عليه السلام (أنه نهى عن الضب و القنفذ و غيره من حشرات الأرض)^(٣) فضلا عن ورود و النهى عنه بخصوصه كما فى الحية و العقرب و الفأرة و اليربوع و الضب و القنفذ، و وافقنا على تحريم جميع الحشرات أبو حنيفة، و أباح الشافعيه الدب و الأرنب للنص الوارد عنهم، و اليربوع لاستطابه العرب له.

إن الأرنب حرام لأنه مسخ كما فى خبر الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام فى حديث: (و الأرنب مسخ كانت امرأه تخون زوجها و لا تغتسل من حيضها)^(٤)، و خبر محمد بن سنان عن الإمام الرضا عليه السلام (و حرّم الأرنب لأنها بمنزله السنور، و لها مخالب كمخالب السنور و سباع الوحش فجرت مجراها مع قدرها فى نفسها و ما يكون منها من الدم كما يكون من النساء، لأنها مسخ)^(٥)، و خبر معتب عن جعفر بن محمد-

ص: ٢٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٢ و ١.

٣- (٤) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٦.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٧.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١١.

و السنور (١) بكسر السين و فتح النون (و إن كان) السنور (وحشياً، و الأسد، و النمر) بفتح النون و كسر الميم (و الفهد، و الثعلب، و الأرنب (٢) و الضبع) بفتح الضاد فضم الباء، (و ابن آوى، و الضب (٣)، و الحشرات كلها كالحية، و الفأره و العقرب، و الخنافس، و الصراصير و بنات وردان) بفتح الواو مبنيًا على الفتح، (و البراغيث، و القمل، و اليربوع، و القنفذ، و الوبر) بسكون الباء جمع و بره بالسكون قال الجوهري (٤): هي دويبه أصغر من السنور طحلاء (٥) اللون لا ذنب لها ترجن (٦) في البيوت.

(و الخزّ) و قد تقدم في باب الصلاة أنه دويبه بحريه (٧) ذات أربع أرجل تشبه الثعلب و كأنها اليوم مجهوله، أو مغيّره الاسم، أو موهومه و قد كانت في مبدأ الإسلام إلى وسطه كثيره جدا.

-عن آبائه عن علي بن أبي طالب عليهم السّلام (سألت رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عن المسوخ فقال: هم ثلاثة عشر: الفيل و الدب و الخنزير و القرد - إلى أن قال - و الأرنب) (١)، و خبر علي بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (المسوخ ثلاثة عشر: الفيل و الدب و الأرنب...٢) الحديث بل مما تقدم تعرف أن حرمة الأرنب للخبائث و لانطباق عنوان السبع عليه، و لم يعارضها إلا خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان يكره أن يؤكل من الدواب لحم الأرنب و الضب و الخيل و البغال، و ليس بحرام كتحریم الميتة و الدم و لحم الخنزير) ٣، و خبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عزوف النفس، و كان يكره الشئ و لا يحرمه، فأتى بالأرنب فكرهها و لم يحرمها) ٤ فهما محمولان على التقية.

(١) شروع في تعداد السباع.

(٢) و لقد أجاد الماتن حيث جعل الأرنب من جمله السباع.

(٣) شروع في تعداد الحشرات.

(٤) في الصحاح.

(٥) لون بين الغبره و البياض.

(٦) رجن المكان أقام به كما في الصحاح.

(٧) و في خبر حمران بن أعين (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الخزّ فقال: سبع يرعى في البر و يأوى الماء) (٢) و هو نص في أنه سبع فيحرم حينئذ.

ص: ٢٩٨

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١٣ و ١٤ و ٢٠ و ٢١.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٢.

(و الفنك) بفتح الفاء و النون دابه يتخذ منها الفرو.

(و السمور) بفتح السين و ضم الميم المشدده.

(و السنجاب و العطاءه) بالطاء المشاله (١) ممدوده مهموزه. و قد تقلب الهمزه ياء قال فى الصحاح: هى دويبه أكبر من الوزغه و الجمع العطاء ممدوده.

(و اللحكه) بضم اللام و فتح الحاء نقل الجوهرى عن ابن السكيت أنها دويبه شبيهه بالعطاءه تبرق زرقاء و ليس لها ذنب طويل مثل ذنب العطاءه، و قوائمها خفيه (٢).

فى ما يحرم من الطير

(و يحرم من الطير ما له مخلاب (٣) بكسر الميم (كالبازى و العقاب) بضم العين (و الصقر) بالصاد تقلب سينا قاعده فى كلمه فيها قاف أو طاء، أو راء، أو غين، أو خاء كالصاق، و الصراط (٤)، و الصدغ، و الصماخ (٥) (و الشاهين و النسر) بفتح أوله. (و الرخم (٦) و البغاث) بفتح الموحده و بالمعجمه المثلثه جمع بغاثه كذلك (٧) (١) شالت الناقه بذنبها رفعته.

(٢) و قيل إنها دويبه تغوص فى الرمل يشبه بها أصابع العذارى، و حرمة الفنك و ما بعده لأنها من الحشرات.

(٣) لا خلاف و لا إشكال أنه يحرم من الطير ما كان ذا مخلاب أى ظفر يقوى به على افتراس غيره كالبازى و الصقر و العقاب و الشاهين و الباشق، أو لا يقوى به على افتراس غيره كالنسر و الرخمه و البغاث للأخبار:

منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (كل ذى ناب من السباع أو مخلب من الطير حرام) (١) و مثله صحيح داود بن فرقد ٢، و موثق سماعه عنه عليه السلام (عن المأكول من الطير و الوحش، فقال: حرم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كل ذى مخلب من الطير و كل ذى ناب من الوحش) ٣.

(٤) مثال لما فيه الطاء و الراء.

(٥) بالكسر خرق الاذن، و يقال هو الاذن بعينها.

(٦) طائر أبقع يشبه النسر فى الخلقه، يقال له الأنوق.

(٧) أى بفتح الموحده.

ص: ٢٩٩

طائر أبيض بطيء الطيران أصغر من الحدأ بكسر الحاء و الهمزه.

و فى الدروس أن البغاث ما عظم من الطير و ليس له مخلاب معقف، قال:

و ربما جعل النسر من البغاث و هو مثلث الباء (١)، و قال الفراء: بغاث الطير شرارها، و ما لا يصيد منها.

(و الغراب (٢) الكبير الأسود) الذى يسكن الجبال و الخربات، و يأكل الجيف.

(١) أى بالحركات الثلاث.

(٢) و فيه أقوال فعن الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و الفخر فى الإيضاح الحرمة لصحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (عن الغراب الأبقع و الأسود أى يحلّ أكلهما؟ فقال عليه السلام: لا يحلّ أكل شىء من الغربان زاغ و لا غيره) (١) و خبر أبى يحيى الواسطى عن الإمام الرضا عليه السلام (عن الغراب الأبقع؟ فقال: إنه لا- يؤكل، و من أحلّ لك الأسود؟) ٢، و مرسل الصدوق عن الصادق عليه السلام (لا يؤكل من الغربان شىء، زاغ و لا غيره، و لا يؤكل من الحيات شىء) ٣، و خبر أبى إسماعيل عن أبى الحسن الرضا عليه السلام (عن بيض الغراب؟ فقال: لا تأكله) ٤.

و عن الشيخ فى التهذيبين و النهاية و القاضى ابن البراج و العلامه فى التبصره و المحقق فى النافع الحليه لموثق زراره بن أعين عن أحدهما عليهما السلام (أكل الغراب ليس بحرام، إنما الحرام ما حرّم الله فى كتابه، و لكن الأنفس تنتزّه عن كثير من ذلك تقذرا) (٢)، و موثق غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عليه السلام (أنه كره أكل الغراب، لأنه فاسق) (٣).

و تقدم أخبار الحرمة لأنها أصح سندا و مخالفتها للعامه و موافقتها للاحتياط و لأصالة عدم التذكية.

و هناك قول ثالث بالتفصيل قد نسب إلى ظاهر المبسوط و إلى بعض كتب العلامه و هو الحكم بحرمة الغراب الكبير الأسود الذى يسكن الجبال و يأكل الجيف و كذا الأبقع، و الحكم بحليه الزاغ و الغداف و هو الأغبر الرمادى، و ليس للمفصلين روايه بخصوصها كما اعترف الشارح فى المسالك و غيره فى غيرها، إلا أن يكون التفصيل من باب الجمع بين الأخبار، إلا أنه جمع تبرعى لا شاهد له، و يمكن أن يحتج له بأن الأولين من -

ص: ٣٠٠

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأئمة المحرمة حديث ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ٧.

٢- ((٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأئمة المحرمة حديث ١.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الأئمة المحرمة حديث ٢.

(و الأبقع) أى المشتمل على بياض و سواد مثل الأبلق فى الحيوان.

و المشهور أنه (١) صنف واحد و هو المعروف بالعقوق بفتح عينيه. و فى المهذب جعله (٢) صنفين: أحدهما المشهور. و الآخر أكبر منه حجما، و أصغر ذنبا.

و مستند التحريم فيهما (٣) صحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام بتحريم الغراب مطلقا (٤)، و روايه أبى يحيى الواسطى أنه سأل الرضا عليه السّلام عن الغراب الأبقع فقال: إنه لا يؤكل، و من أحلّ لك الأسود.

(و يحل غراب الزرع) المعروف بالزاغ (٥) فى المشهور و كذا الغداف (٦)، و هو أصغر منه إلى الغبره ما هو) أى (٧) يميل إلى الغبره يسيرا، و يعرف بالرمادى لذلك (٨) و نسب (٩) القول بحل الأول (١٠) إلى الشهره، لعدم دليل صريح يخصه، بل الأخبار منها (١١) مطلق فى تحريم الغراب بجميع أصنافه كصحيحه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام أنه قال: «لا يحل شىء من الغربان زاغ و لا - الخبائث لأنهما يأكلان الجيف، و بأن الأخيرين من الطيبات لأنهما يأكلان الحبّ و بهذا احتج من فضل من العامه.

و قول رابع بالتفصيل و هو حرمه الجميع ما عدا غراب الزرع الذى يأكل الحب و هو الصغير من الغربان السود و هو الزاغ، لعدم الدليل على تحريمه، لأن أخبار الغراب أخبار آحاد، و أما الباقي من أصنافه، لأنه من سباع الطير.

(١) أن الغراب.

(٢) جعل الغراب.

(٣) فى الكبير الأسود و الأبقع.

(٤) سواء كان كبيرا أسودا أم أبقعا أم غيرهما.

(٥) الذى يأكل الحب، و هو الصغير من الغربان السود.

(٦) و هو الأغبر الرمادى.

(٧) تفسير لقوله: (إلى الغبره ما هو).

(٨) أى لميله إلى الغبره.

(٩) أى المصنف.

(١٠) و هو غراب الزرع.

(١١) من الأخبار.

غيره». و هو (١) نص، أو مطلق (٢) في الإباحة كروايه زراره عن أحدهما أنه قال:

«إن أكل الغراب ليس بحرام إنما الحرام ما حرم الله في كتابه» لكن ليس في الباب (٣) حديث صحيح غير ما دلّ على التحريم. فالقول به (٤) متعين، و لعل المخصص استند إلى مفهوم (٥) حديث أبي يحيى لكنه (٦) ضعيف.

و يفهم من المصنف القطع بحل الغداف الأغبر، لأنه (٧) أخره (٨) عن حكاية المشهور، و مستنده (٩) غير واضح مع الاتفاق على أنه (١٠) من أقسام الغراب.

(و يحرم) من الطير (ما كان صفيفه) حال طيرانه. و هو أن يطير مبسوط الجناحين من غير أن يحركهما (١١) (أكثر من ديفيه) بأن يحركهما حالته (١٢) (دون ما) (١) أى صحيح على بن جعفر.

(٢) عطف على قوله (منها مطلق في تحريم الغراب).

(٣) في باب ما ورد في الغراب.

(٤) بالتحريم.

(٥) حيث اقتصر في الحرمة على الأبقع و الأسود، و بمفهوم اللقب نستفيد حليه غيرهما.

(٦) يجوز عود الضعيف إلى الحديث باعتبار سنده، و يجوز عود الضمير إلى المفهوم، لأنه مفهوم اللقب و قد ثبت في محله ضعفه.

(٧) أى المصنف.

(٨) أى أخر الغداف الأغبر.

(٩) أى مستند حل الغداف الأغبر دون الزاغ.

(١٠) أى الغداف الأغبر.

(١١) أى يحرك الجناحين.

(١٢) أى حاله الطيران، لا خلاف و لا إشكال في حرمة الطير الذى يكون صفيفه أكثر من ديفيه للأخبار:

منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام (عما يؤكل من الطير؟ قال: كل ما دفّ و لا تأكل ما صفّ) (١)، و موثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام (كلما صفّ و هو ذو مخلب فهو حرام، و الصفيف كما يطير البازى و الحداه و الصقر و ما أشبه ذلك، و كل ما دفّ فهو حلال) ٢، و خبر ابن أبي يعفور (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنى أكون فى الآجام فيختلف على الطير فما آكل منه؟ قال عليه السلام: كل ما رفّ و لا تأكل ما صفّ) ٣ ثم -

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الأئعمه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٣.

(انعكس (١)، أو تساويا فيه (٢) أى فى الصفيف و الدفيف، و المنصوص (٣) تحريما (٤) و تحليلا- (٥) داخل فيه (٦)، إلا الخطاف فقد قيل بتحريمه مع أنه يدف. فبذلك (٧) ضعف القول بتحريمه (٨).

(و) كذا (يحرم ما ليس له قانصه (٩) و هى للطير بمنزله المصارين -ليس المراد بحليه ما دفّ من الطير و بحرمة ما صف، هو أن يكون الطير صاحب دف أو صف دائما، إذ لا يوجد طير كذلك قطعا، لأن كل طير يتصف بكل منهما، بل المراد ما كان دفه أو صفه أغلب من الآخر، و لذا ورد فى مرسل الصدوق (و فى حديث آخر:

إن كان الطير يصف و يدفّ فكان دفيه أكثر من صفيفه أكل، و إن كان صفيفه أكثر من دفيه فلا يؤكل (١١)، هذا و قد صرح جماعه منهم المحقق فى الشرائع أنه إذا تساوى الصف و الدف لم يحرم، بل عن بعضهم أنه المعروف من المذهب.

و فيه أن مرسل الصدوق قد حصر الحليه بما إذا كان دفه أكثر و مفهومه حرمة ما إذا كان دفه مساويا، هذا كله بحسب الصدر، و بحسب ذيله فقد حصر الحرمة بما إذا كان صفيفه أكثر و مفهومه حليه ما إذا كان صفيفه مساويا، و عليه فيتعارضان و يتساقطان، و كذا بقيه الأخبار فلا بدّ حينئذ من الرجوع إلى بقيه العلامات الواردة فى الطير المجهول.

(١) أى ما كان دفيه أكثر فهو حلال.

(٢) أى تساوى الصفيف و الدفيف فيه فهو حلال و قد عرفت الأشكال فيه، و أما ما ذكره الشارح من أنهما تساويا فى الصفيف و الدفيف هو من السهو الواضح.

(٣) أى ما ورد من النص فى الطير.

(٤) كسباع الطير.

(٥) كالحمام.

(٦) أى فى هذا العام، بحيث ما كان صفيفه أكثر فهو حرام، و لو انعكس أو تساويا فيه فهو حلال.

(٧) أى بسبب كثره دفيه.

(٨) و سيأتى البحث فيه.

(٩) قد تقدم حرمة ما كان له مخلب من الطير و تقدم حرمة ما كان صفّه أكثر، و هذان صنفان، و الصنف الثالث من الأصناف المحرّمه من الطيور ما ليس له قانصه و لا حوصله-

ص: ٣٠٣

لغيرها (١) (و لا حوصله) بالتشديد و التخفيف، و هى ما يجمع فيها الحب و غيره من المأكول عند الحلق (٢) (و لا صيصيه) بكسر أوله و ثالثه مخففاً، و هى الشوكه التى فى رجله موضع العقب (٣)، و أصلها شوكه الحائك التى يسوى بها السداه، و اللحمه.

و الظاهر أن العلامات متلازمه فيكتفى بظهور أحدها. و فى صحيحه عبد الله بن سنان قال: «سأل أبى عبد الله عليه السّلام و أنا أسمع ما تقول فى الجبارى فقال: إن كانت له قانصه فكله، قال و سأله عن طير الماء فقال: مثل ذلك».

و فى روايه زراره عن أبى جعفر عليه السّلام قال: «كل ما دفّ، و لا تأكل ما -و لا صيصيه، للأخبار الكثيره:

منها: صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (عن طير الماء؟ فقال: ما كانت له قانصه) فكل، و ما لم تكن له قانصه فلا تأكل (١)، و صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: الطير ما يأكل منه؟ قال عليه السّلام: لا تأكل ما لم تكن له قانصه ٢ و موثق ابن بكير عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل من الطير ما كانت له قانصه أو صيصيه أو حوصله) ٣، و موثق سماعه (كل من طير البر ما كانت له حوصله، و من طير الماء ما كانت له قانصه كقانصه الحمام، لا معدة له كمعدده الإنسان، - إلى أن قال - و القانصه و الحوصله يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه، و كل طير مجهول) (٢) و صحيح عبد الله بن سنان (سأل أبى عبد الله عليه السّلام و أنا أسمع: ما تقول فى الجبارى؟ قال: إن كانت له قانصه فكله، و سأله عن طير الماء، فقال مثل ذلك) (٣) إلى غير ذلك من النصوص.

و مقتضى الجمع بين الأخبار يفيد أن كل طير ذى مخلب أو من المسوخ أو كان صفه أكثر لا يكون له إحدى علامات الحليه، و كل طير ذى حوصله أو صيصيه أو قانصه لا يكون له إحدى علامات الحرمة، و بهذا جزم الأردبيلي.

(١) أى لغير الطيور.

(٢) و هى للطير بمنزله المعده لغيره.

(٣) و هى للطير بمنزله الإبهام للإنسان.

ص: ٣٠٤

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢ و ١ و ٥.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

صف»، فلم يعتبر أحدهما (١) الجميع (٢)، و في روايه سماعه عن الرضا عليه السّلام «كل من طير البر ما كان له حوصله، و من طير الماء ما كانت له قانصه كقانصه الحمام، لا معدة كمعدده الإنسان، و كلّ ما صَفَّ فهو ذم مخلب و هو حرام، و كل ما دَفَّ فهو حلال، و القانصه و الحوصله يمتحن بها من الطير ما لا يعرف طيرانه، و كل طير مجهول» (٣) و في هذه الروايه أيضا دلاله على عدم اعتبار الجميع (٤)، و على (٥) أن العلامه (٦) لغير المنصوص على تحريمه و تحليله (٧)،(و الخشاف (٨) و يقال له: الخفاش و الوطواط (و الطاوس (٩).

(١)أحد الخبرين.

(٢)أى جميع العلامات، و عليه فالظاهر تلازمهما و اكتفاء بإحدهما.

(٣)أى غير منصوص.

(٤)أى جميع العلامات.

(٥)أى و للروايه دلاله أيضا.

(٦)من وجود القانصه أو الحوصله أو الصيبيه علامه الحل و إلا فالحرمة.

(٧)أى علامه للطائر المجهول.

(٨)شروع فى الصنف الرابع المحرم من الطيور، و هو ما دل الدليل الخاص على حرمة، هذا و الخشاف هو الذى يطير ليلا و لا يطير نهارا، و هو الوطواط، و لا خلاف فى حرمة لأنه مسخ ففى خبر الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام فى حديث: (و الوطواط مسخ كان يسرق تمور الناس) (١)، و خبر على بن جعفر عن على بن المغيره عن أبى عبد الله عن أبيه عن جده عليهم السّلام فى حديث: المسوخ من بنى آدم ثلاثه عشر صنفا منهم القرده و الخنازير و الخفاش و الضبى...٢، قد تقدم حرمة أكل المسوخ ففى خبر الحسين بن خالد (قلت لأبى الحسن عليه السّلام: أ يحل أكل لحم الفيل؟ فقال: لا، فقلت: لم، فقال:

لأنه مثله، و قد حرّم الله لحوم الأمساخ، و لحم ما مثّل به فى صورها)٣.

(٩)لا-خلاف فى حرمة لأنه مسخ، ففى خبر سليمان الجعفرى عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (الطاوس لا يحلّ أكله و لا بيضه) (٢)، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (الطاوس مسخ، كان رجلا جميلا فكأبر امرأه رجل مؤمن تحبه، فوقع بها ثم راسلته بعد، فمسخهما الله طاوسين أنثى و ذكرا، فلا تأكل لحمه و لا بيضه)٥.

ص: ٣٠٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٧ و ١٢ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٥ و ٦.

(و يكره الهدهد) (١) لقول الرضا عليه السّلام: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن قتل الهدهد، و الصرد (٢) و الصوّام (٣)، و النحلة» (٤)، و روى على بن جعفر قال:

«سألت أخى موسى عليه السّلام عن الهدهد و قتله و ذبحه فقال: لا يؤذى و لا يذبح فنعم الطير هو»، و عن الرضا عليه السّلام قال: «فى كل جناح هدهد مكتوب بالسريانيه آل محمّد خبر البريه».

(و الخطّاف) (٥) بضم الخاء و تشديد الطاء و هو الصنونو (أشد كراهه) من (١) بلا خلاف فى كراهته، و قد ورد النهى عنه كما فى صحيح على بن جعفر (سألت أخى موسى عليه السّلام عن الهدهد و قتله و ذبحه، فقال: لا يؤذى و لا يذبح فنعم الطير هو) (١) ، و خبر سليمان بن جعفر الجعفرى عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (فى كل جناح هدهد مكتوب بالسريانيه: آل محمد خير البريه) ٢، و خبره الآخر عنه عليه السّلام (نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن قتل الهدهد و الصرد و الصوام و النحلة) ٣ هذا كما فى روايه الكافى، و فى عيون الأخبار مثله و زاد (و النملة و أمر بقتل خمسها: الغراب و الحداه و الحيه و العقرب و الكلب العقور) ٤ و الأمر بالقتل أمر رخصه لا أمر وجوب، و منه استفيد أن النهى محمول على الكراهه.

(٢) كرتب، طائر ضخم الرأس و المنقار يصيد العصافير، يقال إنه: نقّار الأشجار، و عن النضر بن شميل أنه ضخم الرأس ضخم المنقار له برثن عظيم أبقع، نصفه أسود و نصفه أبيض، لا يقدر عليه أحد، و هو شرير النفس شديد النفرة، غداؤه من اللحم، و له صفير مختلف، يصفر لكل طائر يريد صيده بلغته فيدعوه إلى التقرب منه، فإذا اجتمعن إليه شدّ على بعضهن، و له منقار شديد، فإذا نقر واحدا قتل من ساعته و أكله، و مأواه الأشجار و رءوس القلاع و أعالي الحصون، قيل: و يسمى المجوّف لبياض بطنه، و الأخطب لخضره ظهره، و الأخيل لاختلاف لونه، و قال الصنعانى: إنه يسمى السنيمة مصغرا.

(٣) كرممان، طائر أغبر اللون طويل الرقبه، أكثر ما يبيت فى النخل.

(٤) سميت كذلك، لأن الله تعالى نحل الناس العسل الذى يخرج منها، و النحلة العطيه.

(٥) فعن الشيخ فى النهايه و ابنى إدريس و البراج الحرمه للأخبار:

منها: خبر داود الرقى أو غيره قال: (بيننا نحن قعود عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ مرّ -

الهدهد، لما روى عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «استوصوا بالصنينات خيرا يعنى الخَطَاف فإنهن آنس طير الناس بالناس»، بل قيل بتحريمه، لروايه داود الرقى قال: «بيننا نحن قعود عند أبى عبد الله عليه السّلام إذ مرّ رجل بيده خطّاف مذبوح فوثب إليه أبو عبد الله عليه السّلام حتى أخذه من يده ثم دحا به الأرض، فقال عليه السّلام أ عالمكم أمركم بهذا أم فقيهمكم؟! أخبرنى أبى عن جدى أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قتل السته منها الخطاف».

و فيه (١) «أن تسيحه قراءه الحمد لله رب العالمين ألا ترونه يقول: و لا الضالين»، و الخبر (٢) مع سلامه سنده (٣) لا يدل على تحريم لحمه (٤).

—رجل بيده خطّاف مذبوح فوثب إليه أبو عبد الله عليه السّلام حتى أخذه من يده ثم دحا به إلى الأرض ثم قال: أ عالمكم أمركم بهذا أم فقيهمكم؟ أخبرنى أبى عن جدى أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن قتل السته، منها الخطاف، و قال: إن دورانه فى السماء أسفا لما فعل بأهل بيت محمد صلى الله عليه وآله وسلم، و تسيحه قراءه الحمد لله رب العالمين، ألا ترونه يقول: و لا الضالين(١)، و خبر محمد بن يوسف التميمى عن محمد بن جعفر عن أبيه عليه السّلام قال:

(قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: استوصوا بالصنينات خيرا، يعنى الخطاف، فإنهن آنس طير الناس بالناس)٢.

و عن المفيد و عامه المتأخرين الكراهه، لظهور الخبر الأخير بذلك، و لخبر عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الرجل يصيب خطافا فى الصحراء أو يصيده، أ يأكله؟ فقال عليه السّلام: هو مما يؤكل)٣ و خبره الآخر عنه عليه السّلام (خرء الخطاف لا- بأس به، و هو مما يؤكل لحمه، و لكن كره أكله، لأنه استجار بك و آوى فى منزلك، و كل طير يستجير بك فأجره)٤ و يؤيد الحليه أنه مما يدف، نعم على القول بالحرمة يكون خارجا تخصيضا عن أخبار الدفيف الداله على حله، و قد تقدمت.

(١) أى و فى الخبر المذكور.

(٢) و هو خبر داود الرقى.

(٣) فهو مشتمل على الحسين بن داود و هو مجهول.

(٤) لأنه نهى عن قتله، و النهى عن القتل لا- يدل على حرمة الأكل، لقرينه ما ذكر معه من النحله و النملة و الضفدع و الصرد و الهدهد.

ص: ٣٠٧

و وجه الحكم بحله (١) حينئذ (٢) أنه يذف، فيدخل في العموم (٣) و قد روى حله (٤) أيضا (٥) بطريق ضعيف (٦).

و يكره الفاخته (٧) و القبره (٨) بضم القاف و تشديد الباء مفتوحه من غير نون بينهما، فإنه (٩) لحن من كلام العامه، و يقال: القبراء - بالنون - لكن مع الألف بعد الراء ممدوده، و هى فى بعض نسخ الكتاب، و كراهه القبره منضمه إلى بركه بخلاف الفاخته (١٠) روى سليمان الجعفرى عن الرضا عليه السّلام قال: «لا تأكلوا القبره، و لا تسبوا، و لا تعطوها الصبيان يلعبون بها فإنها كثيره التسييح لله تعالى، و تسييحها لعن الله مبغضى آل محمد». و قال (١١): «إن القنزعه التى على رأس (١) بحل الخطاف.

(٢) أى حين ورود النهى عن قتله.

(٣) أى عموم أخبار التدفيف الداله على حله.

(٤) أى حل الخطاف.

(٥) بالإضافة إلى أخبار التدفيف.

(٦) و هو خبر عمار بن موسى، و هو واقفى.

(٧) تحلّ الفاخته لوجود علامه الحل فيها، من كثره التدفيف و غيره مع خلوها من علامات الحرمة، و لكن يكره أكل لحمها لما ورد فى الخبر عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنها مشومه - إلى أن قال - و إنما تدعو على أربابها فتقول: فقدتكم فقدتكم) (١).

(٨) بتشديد الباء بغير نون، و إثباتها من لحن العامه، و كراهتها لخبر سليمان بن جعفر الجعفرى عن أبى الحسن الرضا عليه السّلام (لا تأكلوا القبره و لا تسبوا، و لا تعطوها الصبيان يلعبون بها، فإنها كثيره التسييح، و تسييحها لعن الله مبغضى آل محمد) (٢)، و نحوه خبره الآخر ٣، و فى خبره الثالث عنه عليه السّلام (قال على بن الحسين عليه السّلام:

القنزعه التى هى على رأس القبره من مسحه سليمان بن داود عليهما السّلام) ٤ الخبر.

(٩) أى فإن النون بينهما.

(١٠) فإن كراهتها منضمه إلى شؤم.

(١١) فى خبر آخر كما تقدم فى شرحنا.

ص: ٣٠٨

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب أحكام الدواب حديث ٢ من كتاب الحج.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب الصيد - حديث ١ و ٣ و ٤.

القبره من مسحه سليمان بن داود» على نبينا وآله و عليه السلام فى خبر طويل، و روى أبو بصير «أن أبا عبد الله عليه السلام قال لابنه إسماعيل - و قد رأى فى بيته فاخته فى قفص تصيح -: يا بنى ما يدعوك إلى إمساك هذه الفاخته أو ما علمت أنها مشومه؟ أو ما تدرى ما تقول؟ قال إسماعيل: لا قال: إنما تدعو على أربابها فتقول: فقدتكم فقدتكم، فأخرجوها».

(و الحبارى) (١) بضم الحاء و فتح الراء، و هو اسم يقع على الذكر و الأنثى واحدا و جمعها (أشد كراهه) منهما (٢).

و وجه الأشديه (٣) غير واضح، و المشهور فى عباره المصنف و غيره أصل الاشتراك فيها (٤)، و قد روى المسمى قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن (١) الحبارى من أشد الطيور طيرانا و أبعدها شوطا، كبير العنق رمادى اللون، و أكثر الطيور حيله فى تحصيل الرزق، و هو مع ذلك يموت جوعا، و ما ورد فى الحبارى ثلاثه أخبار هى: صحيح ابن سنان (سأل أبى أبا عبد الله عليه السلام و أنا أسمع: ما تقول فى الحبارى، قال: إن كانت له قانصه فكله، و سأله عن طير الماء، فقال مثل ذلك) (١) و صحيح كردين المسمى (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحبارى فقال: وددت أن عندى منه فأكل منه حتى أتملا) (٢)، و خبر نشيط بن صالح (سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا أرى بأكل الحبارى بأسا، و أنه جيد للبواسير و وجع الظهر، و هو مما يعين على كثره الجماع) ٣.

و هذه الأخبار غير داله على الكراهه، بل صحيح كردين دال على الندب، نعم قد قال الشارح فى المسالك أن نفى البأس عنها كما فى خبر نشيط يشعر بالكراهه، و إلا فقد اعترف هو و غيره على عدم دليل يقتضى الكراهه، هذا من جهه و من جهه أخرى قال العلامة فى التحرير (أن به روايه شاذه) انتهى، و لكن على تقدير دلالتها على الكراهه لم تصل إلينا.

(٢) من الفاخته و القبره.

(٣) التى حكم بها الماتن.

(٤) أى فى الكراهه، و المراد أن المشهور على أن الحبارى كالفاخته و القبره مشتركه فى الكراهه من دون زياده أو أشديه لبعضها.

ص: ٣٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢ و ١.

الحبارى فقال: فوددت أن عندى منه فأكل حتى أتملاً».

(و يكره) أيضا (الصدر (١) بضم الصاد و فتح الراء (و الصوام) (٢) بضم الصاد و تشديد الواو، قال فى التحرير: إنه طائر أغبر اللون. طويل الرقبه أكثر ما يبيت فى النخل. و فى الأخبار النهى عن قتلها فى جملة سنة (٣)، و قد تقدم بعضها (٤).

(و الشقراق) بفتح الشين و كسر القاف و تشديد الراء، و بكسر الشين أيضا، و يقال: الشقراق كقرطاس، و الشقراق بالفتح و الكسر، و الشقراق كسفرجل:

طائر مرقط بخضره و حمرة و بياض (٥). ذكر ذلك كله فى القاموس و عن أبى عبد (١) كرتب و قد تقدم معناه فراجع.

(٢) كرمآن، و قد تقدم معناه فراجع.

(٣) و هو خبر الحسن بن داود الرقى قال: (بيننا نحن قعود عند أبى عبد الله عليه السلام إذا مرّ رجل بيده خطاف مذبوح فوثب إليه أبو عبد الله عليه السلام حتى أخذه من يده - إلى أن قال - لقد أخبرنى أبى عن جدى أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن قتل الستة: النحلة و النملة و الضفدع و الصرد و الهدهد و الخطاف) (١)، و خبر الجعفرى عن الرضا عن آبائه عليهم السلام (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم نهى عن قتل خمسة: الصرد و الصوام و الهدهد و النحلة و النملة، و أمر بقتل خمسة: الغراب و الحيه و الحدأه و العقرب و الكلب العقور) ٢ و فى الأخير نهى صريح عنهما و هو محمول على الكراهه لوجود علامات الحل فيهما، مع خلوهما من علامات الحرمه.

(٤) أى بعض الأخبار الداله على النهى عن قتل الستة و هو خبر داود الرقى الذى أورده الشارح فى الخطاف، و من المحتمل عود الضمير إلى الستة و المعنى قد تقدم الكلام عن بعض الستة، و هو الخطاف و الهدهد.

(٥) فهو على ما قيل: طائر أخضر مليح بقدر الحمام، خضرته حسنه مشبهه فى أجنحته سواد، و يكون مخططا بحمره و خضره و سواد، و عن الجاحظ أنه ضرب من الغربان، و قد روى عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه سئل عن الشقراق قال: كره قتله لحال الحيّات، قال: و كان النبى صلى الله عليه و آله و سلم يوما يمشى فإذا شقراق قد انقض فاستخرج من خفه حيّه) (٢).

ص: ٣١٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٧ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب الصيد حديث ١.

اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ تَعْلِيلُ كَرَاهَتِهِ بِقَتْلِهِ الْحَيَاتِ. قَالَ: «وَكَانَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يَوْمًا يَمْشِي فَإِذَا شَقِرَاقٌ قَدْ انْقَضَ فَاسْتَخْرَجَ مِنْ خَفِّهِ حِيَةً».

فِي حَلِيهِ الْحَمَامِ كُلِّهِ

(وَيَحِلُّ الْحَمَامُ كُلُّهُ (١) كَالْقَمَارِيِّ) بِفَتْحِ الْقَافِ وَهُوَ الْحَمَامُ الْأَزْرَقُ جَمْعُ قَمْرِي بضمه منسوب إلى طير قمر (٢) (وَالدَّبَاسِيُّ) بضم الدال جمع دبسى بالضم منسوب إلى طير دبس (٣) بضمها.

وَقِيلَ: إِلَى دَبْسِ (٤) الرُّطْبِ بِكسرها، وَ إِنَّمَا ضَمَّتِ الدَّالُ (٥) مَعَ كسرها (٦) فِي الْمُنْسُوبِ إِلَيْهِ فِي الثَّانِي (٧)، لِأَنَّهُمْ يَغْتَبِرُونَ فِي النِّسْبِ كَالدَّهْرِيِّ (٨) بِالضَّمِّ مَعَ (١) لِأَخْلَافٍ فِي حَلِّ أَكْلِ الْحَمَامِ بِجَمِيعِ صُنُوفِهِ، فَفِي خَبَرِ دَاوُدَ الرَّقِيِّ (قَلَّتْ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: جَعَلْتَ فِدَاكَ إِنْ رَجَلًا مِنْ أَصْحَابِ أَبِي الْخَطَّابِ نَهَانِي عَنْ أَكْلِ الْبَخْتِ وَعَنْ أَكْلِ الْحَمَامِ الْمَسْرُولِ، فَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: لَا بِأَسْرِ بَرَكُوبِ الْبَخْتِ وَشَرَبِ أَلْبَانِهَا وَأَكْلِ لَحْمِهَا وَأَكْلِ الْحَمَامِ الْمَسْرُولِ) (١)، وَ مَرْفُوعِ السِّيَارِيِّ قَالَ (ذَكَرْتُ اللَّحْمَانَ بَيْنَ يَدَيْ عَمْرٍ، فَقَالَ عَمْرٍ: أَطِيبَ اللَّحْمَانَ لِحْمِ الدَّجَاجِ، فَقَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: كَلَا، إِنْ ذَلِكَ خَنَازِيرُ الطَّيْرِ، وَ إِنْ أَطِيبَ اللَّحْمَانَ لِحْمِ فَرَخٍ قَدْ نَهَضَ أَوْ كَادَ أَنْ يَنْهَضَ) (٢).

هَذَا وَالْحَمَامُ جِنْسٌ يَقَعُ عَلَى كُلِّ ذَاتِ طَوْقٍ مِنَ الطَّيْرِ، أَوْ يَقَعُ عَلَى مَا عَبَّ أَي شَرِبَ بِلَا مَصِّ بَلٍ يَأْخُذُهُ بِمَنْقَارِهِ قَطْرَهُ قَطْرَهُ، فَيَدْخُلُ فِيهِ الْقَمْرِيُّ وَهُوَ الْأَزْرَقُ، وَ الدَّبْسُ وَهُوَ الْأَحْمَرُ وَ الْوَرِشَانُ وَهُوَ الْأَبْيَضُ.

(٢) وَقَمْرٌ بِلَدِّهِ تَشْبَهُ الْجِصِّ لِبَيَاضِهَا حَكَاهُ السَّمْعَانِيُّ عَنِ الْمُجْمَلِ وَقَالَ: وَ أَظُنُّ أَنَّهَا مِنْ بِلَادِ مِصْرَ.

(٣) دَبْسٌ: الْأَدْبَسُ مِنَ الطَّيْرِ الَّذِي لَوْنُهُ بَيْنَ السَّوَادِ وَ الْحَمْرِ كَمَا فِي الْقَامُوسِ.

(٤) أَيُّهُ هُوَ أَحْمَرٌ بِلَوْنِ الدَّبْسِ بِكسْرِ الدَّالِ، وَقِيلَ هُوَ ذَكَرُ الْيَمَامِ.

(٥) فِي الْمُنْسُوبِ وَهُوَ الطَّائِرُ الدَّبْسِيُّ.

(٦) أَيُّهُ كَسْرُ الدَّالِ.

(٧) أَيُّهُ فِي دَبْسِ الرُّطْبِ.

(٨) وَهُوَ الرَّجُلُ الْمَسْنُونُ.

ص: ٣١١

١- (١) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ٣٨ - أَبْوَابُ الْأَطْعَمَةِ الْمَحْرُومَةِ حَدِيثُ ١.

٢- (٢) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ١٦ - أَبْوَابُ الْأَطْعَمَةِ الْمُبَاحَةِ حَدِيثُ ٢.

نسبته إلى الدهر بالفتح (١)، و عن المصنف أنه (٢) الحمام الأحمر.

(و الورشان) بفتح الواو و الراء و عن المصنف أنه الحمام الأبيض (٣).

(و يحلّ الحجل (٤) و الدرّاج) (٥) بضم الدال و تشديد الراء.

(و القطا) (٦). بالقصر جمع قطاه (و الطيهوج (٧) و هو طائر طويل الرجلين (١) و أما الدهرى بالفتح فهو للقائل بالدهر و أنه مؤثر في الكائنات.

(٢) أي الدباسي، ذكر ذلك في الدروس.

(٣) و قيل: ذكر القماري، و قيل: كل طائر يتولد بين الفاخته و الحمامه.

(٤) هذه المذكورات مما لا خلاف في حلها، لاشتغالها على علامات الحل في الطير مع خلوها من علامات الحرمة، بالإضافة إلى ورود النص في بعضها، هذا من جهة و من جهة أخرى فالحجل هو القبج أو ذكره أو نوع منه كما في الجواهر و لذا قال في المسالك: (و القبج بسكون الباء، قال في الصحاح هو الحجل فارسي معرب، فكأنه نوع منه)، و في خبر محمد بن حكيم عن أبي الحسن الأول عليه السلام (أطعموا المحموم لحم القباج فإنه يقوّ الساقين و يطرد الحمى طرداً) (١).

(٥) قال في المسالك: بفتح الدال و الضم هذا و قد ورد في مرسل السيارى (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من سزّه أن يقلّ غيظه فليأكل لحم الدرّاج) (٢) و في طب الاثمه (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من اشتكى فؤاده و كثر غمه فليأكل الدرّاج) (٣).

(٦) طائر معروف و قد ورد في خبر علي بن مهزيار قال: (تغديت مع أبي جعفر عليه السلام فأتى بقطاه فقال: إنه مبارك و كان أبي يعجبه، و كان يأمر أن يطعم صاحب اليرقان، يشوى له فإنه ينفعه) (٤).

(٧) شبيه الحجل الصغير، غير أن منقاره و رجله حمر، و ما تحت جناحيه أسود و أبيض لما في حياه الحيوان، و في المسالك أنه من طيور الماء له ساق طويل، لا نص عليه بخصوصه كما اعترف في الجواهر و إن أرسل النص عليه في المسالك، إلا أنه حلال لوجود إحدى علامات الحليه فيه كما صرح بذلك غير واحد من الأصحاب.

ص: ٣١٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأُطعمه المباحه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأُطعمه المباحه حديث ٣.

٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأُطعمه المباحه حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب الأُطعمه المباحه حديث ٢.

و الرقبه من طيور الماء.

(و الدجاج (١) مثلث الدال و الفتح أشهر (٢).

(و الكروان) (٣) بفتح حروفه الأول.

(و الكركى) (٤) بضم الكاف واحد الكراكى.

(و الصعو) (٥) بفتح الصاد و سكون العين جمع صعوه بهما (٦).

(و العصفور الأهلى (٧) الذى يسكن الدور.

(١) فى مجمع البيان (روى أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يأكل الدجاج و الفالوذج، و كان يعجبه الحلو و العسل) (١) ، و خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (و لقد آذانى أكل الخلّ و الزيت حتى أن حميده أمرت بدجاجة فشويت فرجعت إلّى نفسى) ٢، و فى مكارم الأخلاق عن جابر بن عبد الله (أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم الأغنياء باتخاذ الغنم، و الفقراء باتخاذ الدجاج) (٢).

(٢) بل فى المسالك (بفتح أوله أفصح من كسره و ضمه) انتهى.

(٣) بفتح أوائله طائر يشبه البط، لا- نص عليه بالخصوص كما هو ظاهر الجواهر، و إن أرسل النص عليه فى المسالك، إلا أنه حلال لوجود إحدى علامات الحليه فيه كما صرح بذلك غير واحد من الأصحاب.

(٤) طائر كبير طويل العنق و الرجلين يأوى إلى الماء قليلا، لا نص عليه بالخصوص و إن أرسل النص عليه فى المسالك، إلا أنه حلال لوجود إحدى علامات الحليه كما صرح بذلك غير واحد.

(٥) جمع صعوه فى كشف اللثام: (جمع صعوه من صغار العصافير أحمر الرأس) و فى الجواهر: (و لعلها المسماه فى عرفنا الآن بالزيطه، لما قيل من أنه طائر أزرق لا يستقر ذنبه)، و على كل فلا نص فيه بخصوصه و إن أرسل النص عليه فى المسالك، إلا أنه حلال لوجود إحدى علامات الحليه كما صرح بذلك غير واحد.

(٦) بفتح الصاد و سكون العين.

(٧) لا نص عليه بخصوصه.

ص: ٣١٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٥ و ٦.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٢.

(و يعتبر في طير الماء) و هو الذى يبيض و يفترخ فيه (١) (ما يعتبر في البرى من الصفيق، و الدفيف، و القانصه، و الحوصله، و الصيصيه) و قد تقدم ما يدل عليه (٢).

في أن البيض تابع للطير

(و البيض تابع) للطير (٣) (في الحل و الحرمه) فكل طائر يحل أكله يؤكل (١) أى في الماء.

(٢) أى على اعتبار هذه الأوصاف في طير الماء كما في صحيح ابن سنان (سأل أبى أبا عبد الله عليه السلام و أنا أسمع: ما تقول في الجبارى، قال: إن كانت له قانصه فكله، و سأله عن طير الماء فقال مثل ذلك) (١)، و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام (سأله عن طير الماء فقال: ما كانت له قانصه فكل، و ما لم تكن له قانصه فلا تأكل) (٢)، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (كل من طير البر ما كانت له حوصله، و من طير الماء ما كانت له قانصه كقانصه الحمام، لا معدة كمعدته الإنسان - إلى أن قال - و القانصه و الحوصله يمتحن بهما من الطير ما لا يعرف طيرانه و كل طير مجهول) (٣)، و خبر مسعده بن صدقه عن أبى عبد الله عليه السلام (كل من الطير ما كانت له قانصه و لا مخلب له، قال:

و سئل عن طير الماء فقال مثل ذلك) (٤) و عليه فيجوز أكله و إن كان يأكل السمك، و يدل عليه بالخصوص صحيح نجيه بن الحارث (سألت أبا الحسن عليه السلام عن طير الماء، ما يأكل السمك منه يحل؟ قال: لا بأس به كله) (٣).

و قال فى المسالك: (و المراد بطير الماء نحو البط و الإوز و الكركى و اللقلق و الطيهوج و غيرها، قال بعض العلماء هو أكثر من مائتى نوع، و لا نجد لأكثرها اسما عند العرب، لأنها لا تكون ببلادهم، و تبه المصنف بتخصيصه على خلاف بعض العامه حيث ذهب إلى حله كحيوانه) انتهى أى حيث ذهب بعض العامه إلى حل مطلق طير الماء كما يحل مطلق حيوان الماء.

(٣) يبيض ما يؤكل لحمه حلال، و يبيض ما يحرم لحمه حرام بلا خلاف فيه لخبر ابن أبى يعفور عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (إن البيض إذا كان مما يؤكل لحمه فلا بأس بأكله و هو حلال) (٤) و خبر داود بن فرقد عنه عليه السلام فى حديث: (كل شئ يؤكل لحمه فجميع ما كان منه من لبن أو ببيض أو أنفحه فكل ذلك حلال طيب) (٧).

ص: ٣١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٨ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢ و ٣ و ٤.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

٤- ((٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٤٠ - أبواب الأطمعه المباحه حديث ١ و ٢.

بيضه، و مالا فلا، فإن اشبهه (١) أكل ما اختلف طرفاه و اجتنب ما اتفق (٢).

فى تحريم الزناير

(و تحرم الزناير (٣) جمع زنبور بضم الزاء بنوعيه الأحمر و الأصفر (و البق و الذباب) (٤) بضم الذال واحده ذبابه بالضم أيضا، و الكثير (٥) ذبان بكسر الذال و النون أخيرا (و المجثمه) بتشديد المثلثه مكسوره (و هى التى تجعل غرضا) للرمى (و ترمى بالنشأب (٦) حتى تموت، و المصبوره و هى التى تجرح و تحبس حتى تموت صبوا) و تحريمهما واضح، لعدم التذكيه (٧) مع إمكانها (٨). و كلاهما فعل الجاهليه (١) أى اشبهه البيض أنه من طير يؤكل لحمه أو لا، فيؤكل ما اختلف طرفاه دون ما اتفق بلا خلاف فيه للأخبار.

منها: صحيح ابن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (إذا دخلت أجمه فوجدت بيضا فلا تأكل منه إلا ما اختلف طرفاه) (١) و صحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: (سأله عن البيض فى الآجام فقال: ما استوى طرفاه فلا تأكله، و ما اختلف طرفاه فكل) (٢) و مثله كثير، و هذه الأخبار ظاهره فى صورته الاشتباه.

(٢) أى اتفق طرفاه.

(٣) يحرم الزنبور بلا خلاف، لأنه مسخ كما فى خبر الأشعري عن أبى الحسن الرضا عليه السلام فى حديث: (و الزنبور كان لحاما يسرق فى الميزان) (٢)، و لأنه ذو سم فيكون من الخبائث.

(٤) حرمة البق و الذباب مما لا خلاف فيه لكونهما من الخبائث، و كذا الديدان حتى الموجوده فى الفاكهه.

(٥) أى الجمع الكثير كما صرح به فى القاموس.

(٦) أى السهام.

(٧) لا خلاف و لا إشكال فى تحريم المجثمه و المصبوره لأنهما من جمله أفراد الميته، لأن المراد من الميته من ماتت بغير تذكيه سواء استند الموت إلى الجرح أو لا، و فى مجمع البحرين (و فى الحديث يحرم من الذبيحه المصبوره، و هى المجروحه تحبس حتى تموت) (٣) و قال أيضا: (و فيه - أى فى الحديث نهى عن قتل شىء من الدواب صبوا، و هو أن يمسك شىء من ذوات الأرواح حيا ثم يرمى بشىء حتى يموت) (٥).

(٨) أى إمكان التذكيه.

ص: ٣١٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٧.

٣- (٤ و ٥) مجمع البحرين كتاب الرء ما أوله الصاد ج ٣ ص ٣٦٠.

وقد ورد النهى عن الفعلين مع تحريم اللحم (١).

فى الجلال و استبرائه

(و الجلال و هو الذى يتغذى عذره الإنسان (٢) محضا)...

(١) حيث ورد فى الخبر المتقدم (يحرم من الذبيحه المصبوره و هى المجروحه تحبس حتى تموت) و هو دال على حرمه اللحم فى القتل صبيرا لا فى التجثيم، و إن حرم اللحم أيضا فيه إلا أنه غير منصوص.

(٢) الجلال هو الذى يغذى بعذره الإنسان على المشهور لمرسل النميرى عن أبى جعفر عليه السّلام فى شاه شرب بولا ثم ذبحت فقال: يغسل ما فى جوفها ثم لا بأس به، و كذلك إذا اعتلفت بالعذره ما لم تكن جلاله، و الجلاله التى يكون ذلك غذاؤها (١) فالمشار إليه هو العذره و المراد بها عذره الإنسان. و عن أبى الصلاح إلحاق سائر النجاسات بالعذره لمشاركتها لها فى النجاسات و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

و لا بدّ أن تكون العذره غذائه من دون اختلاط بحيث لو كان يؤكل مع العذره شيئا آخر لا يكون جلالا لمرسل على بن أسباط (عمن روى فى الجلالات قال: لا بأس بأكلهن إذا كنّ يخلطن) (٢).

هذا و لا بد من مضى مده على ذلك حتى يكون جلالا إلا أن الأصحاب قد اختلفوا فى مقدارها، و النصوص خاليه عن تعيين المده، غايته قد ورد فى مرسل النميرى المتقدم اعتبار كون العذره غذائه، و هو مجمل، و لذا قدرها بعضهم بيوم و ليله و استقر به الكركى، قياسا على الرضاع المحرم و لأنه أقصر زمان الاستبراء، و هو زمن استبراء السمك الجلال، و عن ثان بأن ينمو ذلك فى بدنه و يصير جزءا منه أخذا بالقدر المتيقن، إذ قبل ذلك يشك فى ارتفاع الحليه عنه، و عن ثالث أن تظهر رائحه النجاسه التى تغذى عليها فى لحمه و جلده و استقر به فى المسالك، و عن رابع المده على الصدق العرفى أنه جلال و إليه ذهب سيد الرياض و النراقى فى المستند لأن العرف هو الحاكم فى تعيين المفاهيم بعد عدم ورود شىء من قبل الشارع، و عن خامس أن المدار على صدق كون العذره غذائه و إليه ذهب صاحب الجواهر تمسكا بالوارد فى النص.

هذا و مع تحقق عنوان الجلال عليه فيحرم أكل لحمه على المشهور للأخبار.

منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا تأكلوا لحوم الجلالات، و إن-

ص: ٣١٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

لا يخلط (١) غيرها إلى أن ينبت عليها (٢) لحمه، و يشتد عظمه عرفا (٣) حرام حتى يستبرأ على الأقوى (٤)، لحسنه (٥) هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا تأكلوا لحوم الجلاله، و هي التي تأكل العذره و إن أصابك من عرقها فاغسله».

و قريب منها حسنه (٦) حفص، و في معناهما روايات آخر ضعيفه.

(و قيل) و القائل ابن الجنيد (٧): (يكره) لحمها و ألبانها خاصه (٨) استضعافا للمستند (٩)، أو حملا لها (١٠) على الكراهه. جمعا بينها، و بين ما ظاهره الحل (١١).

و على القولين (١٢) (فتستبرأ الناقه بأربعين يوما (١٣)...) -أصابك شيء من عرقها فاغسله(١) ، كما في الوسائل، و لكن في الكافي و الاستبصار (لا تأكلوا لحوم الجلالات و هي التي تأكل العذره) كما نبه على ذلك في ذيل الوسائل فراجع، و صحيح حفص عن أبي عبد الله عليه السلام (لا تشرب من ألبان الإبل الجلاله، و إن أصابك شيء من عرقها فاغسله) ٢ و مثلها كثير و عن ابن الجنيد و الشيخ في المبسوط و الخلاف الكراهه استضعافا لأخبار التحريم، و فيه أن بعضها صحيح السند كما تقدم.

(١) تفسير للمحض.

(٢) على العذره.

(٣) كما هو القول الرابع المتقدم.

(٤) قيد للتحريم.

(٥) بل هي صحيحه باعتراف صاحب الجواهر فراجع.

(٦) لاشتمال سندها على إبراهيم بن هاشم، و قد عرفت حاله مرارا، فالخبر صحيح السند.

(٧) و كذا الشيخ في المبسوط و الخلاف.

(٨) دون عرقها و سائر الانتفاع بها من الركوب و نحوه.

(٩) أى للأخبار.

(١٠) أى للأخبار الداله على الحرمة.

(١١) ما ورد من الأخبار دال على الحل إنما في صورته عدم تمحض الغذاء بعذره الإنسان كما في مرسل على بن أسباط المتقدم، و عليه فلا معارض لأخبار الحرمة.

(١٢) من حرمة الجلال أو كراهته.

(١٣) لما كان تحريم الجلال عارضا بسبب عروض العلف النجس لم يكن تحريمه مستقرا فتزول-

ص: ٣١٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٧ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١ و ٢.

(و البقره بعشرين (١).

و قيل: كالناقه.(و الشاه بعشره (٢).

-الحرمة بزوال عنوان الجلال عنه، و زوال هذا العنوان بأن يقطع عنه العلف النجس و يطعم علفا طاهرا إلى مده، و قد ورد النص في مقادير هذه المده التي يزول بها الجلال في بعض الحيوانات، و منها الناقه بل مطلق الابل و لو كان صغيرا فمده استبرائها أربعون يوما بلا- خلافاً فيه لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: الدجاجه الجلاله لا يؤكل لحمها حتى تقيد ثلاثه أيام، و البطه الجلاله بخمسه أيام، و الشاه الجلاله عشره أيام، و البقره الجلاله عشرين يوماً، و الناقه الجلاله أربعين يوماً)^(١) و خبر مسمع عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: الناقه الجلاله لا يؤكل لحمها و لا- يشرب لبنها حتى تغدّى أربعين يوماً) ٢ الخبر، و مرفوع يعقوب بن يزيد (قال أبو عبد الله عليه السّلام: الابل الجلاله إذا أردت نحرها تحبس البعير أربعين يوماً) ٣ و مثلها غيرها.

(١) المشهور على أن مده استبراء البقره بعشرين يوماً لخبر السكوني المتقدم، و عن الشيخ في المبسوط و القاضي ابن البراج أنها بأربعين يوماً كالناقه لخبر مسمع المتقدم كما في بعض نسخ الاستبصار (و البقره الجلاله لا يؤكل لحمها و لا يشرب لبنها حتى تغدّى بأربعين يوماً)^(٢) مع أنه في بعض نسخ التهذيب (بعشرين يوماً) و في الكافي (بثلاثين يوماً)، و عن الصدوق و الإسكافي أنها بثلاثين يوماً لخبر مسمع المتقدم في بعض النسخ، و لمرفوع يعقوب بن يزيد عن أبي عبد الله عليه السّلام (الابل الجلاله إذا أردت نحرها تحبس البعير أربعين يوماً، و البقره ثلاثين يوماً، و الشاه عشره أيام)^(٣)، و خبر يونس عن الرضا عليه السّلام (الدجاج يحبس ثلاثه أيام و البطه سبعة أيام، و الشاه أربعين يوماً، و البقره ثلاثين يوماً، و البعير أربعين يوماً ثم تذبح)^٦.

و الأول أقوى لأن جميع أخبار هذا الباب ضعيفه إلا أن خبر السكوني منجبر بالشهره.

(٢) المشهور على أن مده استبرائها عشره أيام لخبر السكوني المتقدم (و الشاه الجلاله عشره أيام)^(٤)، و خبر مسمع المتقدم (و الشاه الجلاله لا يؤكل لحمها و لا يشرب لبنها حتى تغدّى عشره أيام) ٨، و مرفوع يعقوب المتقدم (و الشاه عشره) ٩.

ص: ٣١٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٤.

٢- ((٤)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٢.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤ و ٥.

٤- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٤.

وقيل: بسبعه.

و مستند هذه التقديرات كلها (١) ضعيف، و المشهور منها (٢) ما ذكره المصنف، و ينبغي القول بوجوب الأكثر (٣)، للإجماع على عدم اعتبار أزيد منه (٤)، فلا- تجب الزيادة، و الشك (٥) فيما دونه (٦) فلا- يتيقن زوال التحريم، مع أصالة بقائه (٧) حيث ضعف المستند. فيكون ما ذكرناه (٨) طريقا للحكم (٩).

و كيفية الاستبراء (بأن يربط الحيوان) و المراد أن يضبط على وجه يؤمن أكله -و عن الشيخ في المبسوط و القاضي ابن البراج بسبعه أيام و قال في الجواهر: (و لم نجد له دليلا- على ذلك إلا- ما في كشف اللثام من أنه مروى في بعض الكتب عن أمير المؤمنين عليه السلام) انتهى، نعم نقل العلامة في المختلف عن ابن أبي زهره (أنه جعل للبقره عشرين و للشاه عشره و قال: و روى سبعة) (١).

و عن الصدوق بعشرين، و لم يعرف له مستند، و عن ابن الجنيد أنها أربعة عشره يوما لخبر يونس المتقدم عن الرضا عليه السلام (و الشاه أربعة عشر يوما) (٢)، و قد ورد في خبر مسمع المتقدم على ما في بعض نسخ التهذيب أنها خمسة أيام كما في الجواهر، و الأول أقوى لانجبار خبر السكوني بعمل المشهور و تأيده بأخبار آخر.

(١) في الناقه و البقره و الشاه.

(٢) من هذه التقديرات.

(٣) أى أكثر هذه التقديرات.

(٤) من الأكثر.

(٥) أى الشك في زوال اسم الجلال.

(٦) أى دون الأكثر.

(٧) أى بقاء التحريم.

(٨) من وجوب الأكثر.

(٩) أى للحكم بزوال عنوان الجلل، و عليه فيكون قد ذهب إلى ما يخالف المشهور، و تبعه عليه جماعه كما في الجواهر، و فيه أنه إحداث قول مستأنف لم يوجد به قائل من الطائفة كما في الجواهر أيضا، و أنه موجب لرد جميع الأخبار المتقدمه مع أن بعضها موثق.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٥.

النجس (و يطعم علفا طاهرا (١) من النجاسة الأصلية و العرضية طول المده (٢) (و تستبرأ البطه و نحوها) من طيور الماء (بخمسه أيام (٣)، و الدجاجة و شبهها) مما فى حجمها (بثلاثه) أيام.

و المستند ضعيف كما تقدم (٤)، و مع ذلك (٥) فهو خال عن ذكر الشبه لهما (٦).

(و ما عدا ذلك (٧) من الحيوان الجلال (يستبرأ بما يغلب على الظن) زوال (١) قد تقدم فى السمك أن النصوص خاليه عن إطعامه علفا طاهرا مده الاستبراء كما عليه المشهور، و لذا ذهب الأردبيلي إلى كفايه الاستبراء يامساكه عن الجلل، و على كل فعلى قول المشهور من اشتراط طهاره العلف فلا بد أن يكون طاهرا بالفعل تمسكا بإطلاق فتاواهم، و ربما اكتفى بالطاهر بالأصالة خاصه و إن كان متنجسا بالعرض.

(٢) أى مده الاستبراء.

(٣) فعن المشهور أن مده استبراء البطه خمسه أيام، لخبر السكونى المتقدم (و البطه الجلاله بخمسه أيام) (١)، و خبر مسمع المتقدم (و البطه الجلاله لا يؤكل لحمها حتى تربى خمسه أيام) ٢.

و عن الشيخ فى الخلاف أنها سبعة أيام لخبر يونس المتقدم (و البطه سبعة أيام) ٣، و عن الصدوق أنها تربط ثلاثه أيام لخبر القاسم بن محمد الجوهري (و البطه تربط ثلاثه أيام) ٤.

و أما الدجاجة فالمشهور على أنها ثلاثه أيام لخبر السكونى المتقدم (الدجاجة الجلاله لا يؤكل لحمها حتى تقيد ثلاثه أيام) (٢) و خبر مسمع المتقدم (و الدجاجة ثلاثه أيام) ٦ و عن الصدوق فى المقنع أنه (روى يوما إلى الليل) ٧.

هذا ما ورد فى الأخبار عن مده الاستبراء لبعض الحيوانات، و عليه فقد ذهب جماعه منهم الشيخ إلى أنه ما لا تقدير له شرعا يرجع فيه إلى المقدرات الشرعيه بالفحوى فما يشبه البطه يلحق بها، و ما يشبه الدجاجة يلحق بها و هكذا.

(٤) فى استبراء الأنعام الثلاثه.

(٥) أى مع ضعف المستند.

(٦) للبطه و الدجاجة.

(٧) أى المذكورات شرعا.

ص: ٣٢٠

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٥ و ٦.

٢- ((٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٢٨ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٧.

الجلل به عرفا، لعدم ورود مقدر له شرعا، و لو طرحنا تلك التقديرات لضعف مستندها كان حكم الجميع كذلك (١).

فى شرب الحيوان المحلل لبن خنزيره

(و لو شرب) الحيوان (المحلل لبن خنزيره (٢) و اشتد) بأن زادت قوته، و قوى عظمه، و نبت لحمه بسببه (٣) (حرم لحمه و لحم نسله) ذكرا كان (٤) أم أنثى (و إن لم) (١) أى تستبرأ بما يغلب على الظن زوال الجلل عنها.

(٢) لو شرب الحيوان المحلل لبن خنزيره، فإن لم يشتد لحمه على ذلك كره أكل لحمه و يستحب استبراؤه بسبعة أيام، و مع الاشتداد يحرم لحمه و نسله أبدا و لا استبراء له بلا خلاف فيه للأخبار:

منها: موثق حنان بن سدير (سئل أبو عبد الله عليه السلام و أنا حاضر عنده عن جدى رضع من لبن خنزيره حتى شبّ و كبر و اشتد عظمه، ثم إن رجلا- استفحله فى غنمه فخرج له نسل، فقال: أما ما عرفت من نسله بعينه فلا تقر به، و أما ما لم تعرفه فكله، فهو بمنزله الجبن، و لا- تسأل عنه) (١)، و خير بشر بن مسلمه عن أبي الحسن عليه السلام (فى جدى رضع من خنزيره ثم ضرب فى الغنم، فقال: هو بمنزله الجبن، فما عرفت أنه ضربه فلا تأكله، و ما لم تعرفه فكل) (٢)، و مرفوع أبي حمزه (لا تأكل من لحم حمل رضع من لبن الخنزيره) (٣).

و الخبران الأخيران مطلقان يشملان صورتى الاشتداد و عدمه إلا أنهما محمولان على صورته الاشتداد جمعا بينهما و بين موثق حنان الوارد فى صورته الاشتداد، نعم ورد فى خبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن حمل غدى بلبن خنزيره، فقال: قيدوه و اعلفوه الكسب و النوى و الشعير و الخبز إن كان استغنى عن اللبن، و إن لم يكن استغنى عن اللبن فيلقى على ضرع شاه سبعة أيام، ثم يؤكل لحمه) (٤) و هو محمول على صورته عدم الاشتداد جمعا بينه و بين ما تقدم.

هذا و لا يلحق بالخنزيره الكلبه و الكافره بدعوى نجاسه العين فى الجميع، لأنه قياس و هو محرم، نعم لا خصوصيه للجدى الوارد فى النص إذا المدار على الحيوان المحلل اللحم من أنه يحرم إذا شرب لبن الخنزيره على التفصيل المتقدم.

(٣) بسبب لبن الخنزيره.

(٤) أى الحيوان الذى شرب.

ص: ٣٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٥ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢ و ٣ و ٤.

(يشد كره (١)).

هذا هو المشهور، و لا نعلم فيه مخالفًا، و المستند أخبار كثيره لا تخلو من ضعف.

و لا يتعدى الحكم إلى غير الخنزير عملاً بالأصل (٢)، و إن ساواه (٣) فى الحكم، كالكلب مع احتمالاه (٤)، و روى أنه إذا شرب (٥) لبن آدميه حتى اشد كره لحمه (٦).

(و يستحب استبرأؤه (٧) على تقدير كراهته (٨) بسبعه أيام (٩) إما بعلف إن كان يأكله (١٠)، أو بشرب لبن طاهر (١١)).

فى موطوء الإنسان و أحكامه

(و يحرم (١٢) من الحيوان ذوات الأربع، و غيرها على الأقوى المذكور و الإناث (١) أى كره أكل لحمه و يستحب استبرأؤه سبعة أيام.

(٢) و هو استصحاب حليه الحيوان الشارب.

(٣) أى ساوى الغير الخنزير من ناحيه نجاسه العين كالكلبه و الكافره.

(٤) أى احتمال المساواه و إلحاق غير الخنزير به.

(٥) أى شرب الحيوان المحلل.

(٦) كما فى خبر أحمد بن محمد (كتبت إليه: جعلنى الله فداك من كل سوء، امرأه أرضعت عناقاً (١) حتى فطمت و كبرت و ضربها الفحل، ثم وضعت أ فيجوز أن يؤكل لحمها و لبنها؟ فكتب: فعل مكروه، و لا بأس به) (٢).

(٧) أى الحيوان المحلل إذا شرب لبن خنزيره.

(٨) فى صورته عدم الاشتداد.

(٩) كما فى خبر السكون المتقدم بعد حملة على صورته عدم الاشتداد.

(١٠) أى يأكل العلف إذا كان مستغنياً عن اللبن.

(١١) إن لم يستغن عن اللبن.

(١٢) لو وطأ إنسان بهيمه حرم لحمها و نسلها و لبنها بلا خلاف فيه فى الجملة للأخبار.

منها: خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن البهيمه التى تنكح؟ قال: حرام لحمها و كذلك لبنها) (٣)، و خبر محمد بن عيسى عن -

- ١- (١) العناق: الأثنى من ولد الماعز فى الصحاح.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٠ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

(موطوء الإنسان و نسله) المتجدد بعد الوطء، لقول الصادق عليه السّلام: «إن أمير-الرجل عليه السّلام - و الظاهر أنه الهادى أو العسكرى عليهما السّلام - (سئل عن رجل نظر إلى راع نزا على شاه؟ قال: إن عرفها ذبحها و أحرقتها، و إن لم يعرفها قتّ معها نصفين أبدا، حتى يقع السهم بها فتذبح و تحرق و قد نجت سائرهما)(١) و الأمر بإحراقها دال على عدم جواز الانتفاع بها و لو بنسلها.

هذا و المراد من البهيمه الوارده فى النص كل حيوان من ذوات الأربع و غيرها فيشمل الطير كما عليه المشهور، لأن البهيمه لغه اسم لكل ذى روح لا يميّز كما عن الزجاج، و عن العلامه و جماعه أن المراد من البهيمه هى خصوص الحيوان من ذوات الأربع، لأنه المفهوم منها عرفا، و العرف مقدم على اللغه.

و على كلا-التقديرين فالمراد من البهيمه ما يشمل حيوان البر و البحر، و ما يشمل الذكر و الأنثى، و احتمال اختصاص البهيمه بالأنثى بدعوى الانصراف و عود ضمير لبنها إلى خصوص الأنثى ضعيف، لأن البهيمه كالدابه شامله للذكر و الأنثى، نعم المراد منها هنا خصوص ما يؤكل لحمه لأنه القدر المتيقن من النصوص بالإضافه إلى الحكم بحرمة أكل لحم الموطوء و لبنه، و هو ظاهر فى اختصاص الموطوء بما يحلّ أكله و عليه فلا تشمل ما لا يؤكل لحمه كالفيل و الهره و نحو ذلك.

ثم لا فرق فى الواطئ بين الصغير و الكبير و المنزل للمنى و غيره و العاقل و المجنون، و لا فرق بين العالم و الجاهل و لا فرق بين الوطء فى القبل أو الدبر كل ذلك لإطلاق النصوص المتقدمه و غيرها.

ثم قد ورد فى الخبر الثانى المتقدم الأمر بذبحها و إحراقها و هو محمول على ما لو أريد من البهيمه لحمها كالشاه، و أما لو أريد منها ظهرها كالخيل و البغال و الحمير فلا تحرق بل تباع فى غير بلدها لخبر سدير عن أبى جعفر عليه السّلام (فى الرجل يأتى بالبهيمه؟ قال عليه السّلام: يجلد دون الحد و يعزّم قيمه البهيمه لصاحبها، لأنه أفسدها عليه، و تذبح و تحرق إن كانت مما يؤكل لحمها، و إن كانت مما يركب ظهرها عزّم قيمتها و جلد دون الحد، و أخرجها من المدينه التى فعل بها فيها إلى بلاد أخرى حيث لا- تعرف، فيبيعها فيها كيلا يعيّر صاحبها)(٢). ثم بقيت هناك أحكام من حدّ البالغ و دفع الثمن إلى مالك البهيمه و نحو ذلك فهو مما يبحث فى كتاب الحدود.

ص: ٣٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - أبواب نكاح البهائم حديث ٤ من كتاب الحدود.

المؤمنين عليه السّلام سئل عن البهيمة التي تنكح فقال: حرام لحمها و كذلك لبنها»، و خصه (١) العلامه بذوات الأربع اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن.

(و يجب ذبحه و إحراقه بالنار) إن لم يكن المقصود منه (٢) ظهره (٣) و شمل إطلاق الإنسان (٤) الكبير و الصغير، و العاقل و المجنون. و إطلاق النص يتناوله أيضا.

أما بقيه الأحكام (٥) غير التحريم فيختص البالغ العاقل كما سيأتى إن شاء الله تعالى مع بقيه الأحكام فى الحدود، و يستثنى من الإنسان الخنثى فلا يحرم موطؤه، لاحتمال زياده (٦).

(و لو اشتبه) (٧)...

(١) أى خصّ موطوء الإنسان.

(٢) من موطوء الإنسان.

(٣) و إلا فلو أريد ظهره بيع فى غير بلده.

(٤) فى عبارته الماتن.

(٥) من التعزير و غرامه الثمن.

(٦) بأن تكون آله الوطاء منه عضوا زائدا فيه.

(٧) أى الموطوء، لو علم الموطوء بعينه اجتنب هو و نسله، و إن اشتبه فى قطع محصور، قسّم القطيع إلى نصفين ثم يقرع بينهما فمن أخرجته القرعه أنه فيه قسم نصفين و أقرع كذلك إلى أن تبقى واحده فتذبح و تحرق و يحلّ الباقي بلا خلاف فيه لخبر محمد بن عيسى عن الرجل عليه السّلام (سئل عن رجل نظر إلى راع نزا على شاه؟ قال: إن عرفها ذبحها و أحرقتها، و إن لم يعرفها قسّمها نصفين أبدا، حتى يقع السهم بها فتذبح و تحرق و قد نجت سائرهما) (١)، و مرسل تحف العقول عن أبى الحسن الثالث عليه السّلام فى جواب مسائل يحيى بن أكثم فى حديث: (و أما الرجل الناظر إلى الراعى و قد نزا على شاه، فإن عرفها ذبحها و أحرقتها، و إن لم يعرفها قسّم الغنم نصفين و ساهم بينهما، فإذا وقع على أحد النصفين فقد نجا النصف الآخر، ثم يفرّق النصف الآخر، فلا يزال كذلك حتى تبقى شاتان فيقرع بينهما، فأيهما وقع السهم بها ذبحت و أحرقت و نجا سائر الغنم) ٢ و يعتبر -

ص: ٣٢٤

بمحصور (قسّم) (١) نصفين (و أقرع) بينهما بأن تكتب رقعتان في كل واحد اسم نصف منهما (٢)، ثم يخرج (٣) على ما فيه المحرّم (٤)، فإذا خرج (٥) في أحد النصفين قسّم (٦) كذلك (٧) و أقرع. و هكذا (حتى تبقى واحده) فيعمل بها ما عمل بالمعلومه ابتداء (٨)، و الروايه تضمنت قسمتها نصفين أبدا (٩) كما ذكرناه، و أكثر العبارات خاليه منه (١٠) حتى عباره المصنف هنا (١١)، و في الدروس و في القواعد: قسم قسمين، و هو (١٢) مع الإطلاق (١٣) أعم من التنصيف (١٤).

و يشكل التنصيف أيضا (١٥) لو كان العدد (١٦) فردا، و على الروايه يجب -عند الاقتراع تقسيم القطيع نصفين مع الإمكان كما عليه جماعه، و لا- يكفى التقسيم قسمين و إن لم يكونا متساويين كما عن ظاهر القواعد و التحرير، نعم إذا كان القطيع بالفرد اغتفرت الزياده في أحد القسمين.

هذا من جهه و من جهه فالخبران ظاهران في الشبهه المحصوره لكون موردهما في دخول الموطوء في قطيعه، و هو محصور غالبا، و أما إذا اشتبه الموطوء في غير المحصور فلا بد من الرجوع إلى ما تقتضيه القاعده في مثله من عدم وجوب الاجتناب و لا يلزم إجراء القرعه.

(١) أى المحصور.

(٢) من النصفين.

(٣) أى المكتوب و المراد به الرقعته.

(٤) و هو الموطوء فمن خرجت القرعه باسمه فيكون المحرم فى ضمنه.

(٥) أى المحرّم.

(٦) أى النصف الذى فيه المحرّم.

(٧) نصفين.

(٨) من الذبح و الحرق.

(٩) و ليس التقسيم نصفين مره، بل فى المره الثانيه و الثالثه و هكذا حتى تبقى واحده.

(١٠) من التقسيم أبدا.

(١١) فى اللمعه.

(١٢) أى التقسيم قسمين.

(١٣) أى مع إطلاق التقسيم مره أو أبدا.

(١٤) أى أعم من كون كل قسم نصفاً.

(١٥) كما أشكل عليهم بعدم التقسيم الدائم.

(١٦) أى عدد المحصور.

ص: ٣٢٥

التنصيف ما أمكن، و المعتبر منه (١) العدد، لا القيمة. فإذا كان (٢) فردا جعلت الزائده مع أحد القسمين.

فى شرب المحلل خمرا أو بولا

و لو شرب المحلل خمرا (٣) ثم ذبح عقبيه (٤) لم يؤكل ما فى جوفه (٥) من الأمعاء، و القلب، و الكبد (و يجب غسل باقيه) و هو (٦) اللحم على المشهور و المستند ضعيف، و من ثم كرهه ابن إدريس خاصه (٧). و قيد ذبحه بكونه عقيب الشرب تبعا للروايه، و عبارات الأصحاب مطلقه.

(و لو شرب بولا غسل ما فى بطنه و أكل) من غير تحريم (٨)، و المستند (١) من التنصيف.

(٢) أى عدد المحصور.

(٣) لو شرب الحيوان المحلل خمرا لم يحرم لحمه بل يجب غسله و يجوز أكله حينئذ، و لكن يحرم ما فى جوفه من الأمعاء و القلب و الكبد و إن غسل على المشهور فى ذلك كله لخبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السلام (أنه قال فى شاه شربت خمرا حتى سكرت ثم ذبحت على تلك الحال: لا يؤكل ما فى بطنها) (١).

و هو ضعيف السند بأبى جميله، و أخص من المدعى لأن مورده حال السكر، و لم يأمر بغسل اللحم، و لذا ذهب ابن إدريس إلى الكراهه و استقر بها علامه فى المختلف و مال إليها الشارح فى المسالك استضعافا للخبر عن إفاده الحرمة سندا و دلالة و الأصل الحل، نعم فتوى المشهور صالحه لإثبات الكراهه، و فيه أنه منجبر بعمل الأصحاب.

(٤) عقيب الشرب، أما لو تراخى الذبح بحيث يستحيل المشروب لم يحرم كما نص عليه الشارح فى المسالك.

(٥) و إن غسل.

(٦) أى الباقي.

(٧) من غير إيجاب الغسل.

(٨) أى من دون تحريم لشيء منه لخبر موسى بن أكييل عن بعض أصحابه عن أبى جعفر عليه السلام (فى شاه شربت بولا ثم ذبحت، فقال: يغسل ما فى جوفها ثم لا بأس به، و كذلك إذا اعتلفت بالعدرة ما لم تكن جلاله، و الجلاله التى يكون ذلك غذاؤها) (٢). و هو ضعيف السند بالإرسال، و لكنه لا خلاف فيه ظاهرا، و هذا جابر لوهن سنده.

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

مرسل، و لكن لا راد له (١)، و إلا (٢) لأمكن القول بالطهاره فيهما (٣) نظرا إلى الانتقال (٤) كغيرهما من النجاسات.

و فرق مع النص بين الخمر، و البول: بأن الخمر لطيف تشربه الأمعاء فلا يطهر بال غسل و تحرم (٥)، بخلاف البول فإنه لا يصلح للغذاء، و لا تقبله الطبيعه.

و فيه: أن غسل اللحم إن كان لنفوذ الخمر فيه (٦) كما هو الظاهر لم يتم الفرق بينه (٧) و بين ما فى الجوف (٨)، و إن لم تصل إليه (٩) لم يجب تطهيره (١٠)، مع أن ظاهر الحكم (١١) غسل ظاهر اللحم الملاصق للجلد، و باطنه المجاور للأمعاء.

و الروايه خاليه عن غسل اللحم.

هنا مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى - تحرم الميته

(الأولى - تحرم الميته) أكلا (١٢) و استعمالا (إجماعا و تحلّ منها) عشره أشياء متفق -هذا و علل الفرق بين الخمر و البول من ناحيه اختلاف حكم شربهما أن الخمر لطيف صالح للغذاء و النفوذ فى البدن فإذا ذبحت بعد شربه قبل أن يستحيل نجس الحيوان الشارب لنفوذ الخمر فيه فلذا حرم ما فى إمعائه و وجب غسل لحمه بخلاف البول فإنه غير صالح للتغذيه فلا ينفذ فى اللحم و لا يقدر فى طهارته، نعم بوصوله إلى الأمعاء ينجسها فيجب غسلها ليس إلا.

(١) للمرسل.

(٢) أى و إن كان له رادّ بحيث لا ينجبر ضعفه، كما ردّ ابن إدريس خبر زيد الشحام فى الفرع السابق.

(٣) فيما لو شرب خمرا أو بولا.

(٤) أى الاستحاله.

(٥) أى الأمعاء.

(٦) فى لحم الحيوان الشارب.

(٧) أى بين اللحم.

(٨) فيجب أن يحكم بحرمه أكل الجميع و لو مع الغسل.

(٩) أى و إن لم تصل الخمر إلى اللحم.

(١٠) أى تطهير اللحم.

(١١) أى حكم الأصحاب.

(١٢) الميتة شرعا هى التى خرجت روحها بغير التذكيه المعتبره، و هى مما يحرم أكلها لقوله تعالى -

ص: ٣٢٧

عليها، وحادى عشر مختلف فيه (و هى (١) الصوف و الشعر. و الوبر. و الريش. فإن) جَزَّ (٢) فهو طاهر، و إن (قلع غسل أصله) المتصل بالميته، لاتصاله برطوبتها (٣) (و القرن) - (حزمت عليكم الميته و الدم و لحم الخنزير و ما أهل لغير الله به، و المنخنقه و الموقوذه و المترديه و النطيحه و ما أكل السبع إلا ما ذكيتم) (١)، و للأخبار الكثيره التى سيمرّ عليك بعضها.

و يحرم الانتفاع بها بما فيه التكسب بلا خلاف فى ذلك لخبر تحف العقول عن الصادق عليه السّلام فى حديث: (أو شىء من وجوه النجس فهذا كله حرام و محرّم، لأن ذلك منهى عن أكله و شربه و لبسه و ملكه و إمساكه و التقلب فيه، فجميع تقليبه فى ذلك حرام) (٢)، و تقدم البحث فى حرمة الانتفاع بها فى كتاب التجاره. نعم يستثنى من الميته التى هى طاهره العين حال الحياه ما لا تحله الحياه، فلا يصدق عليه الموت الذى هو السبب فى التحريم، و ما لا يحلّه الحياه هو الصوف و الشعر و الوبر و الريش و العظم و الظلف و السن و القرن و البيض إذا اكتسى القشر الأعلى و الأنفحه و اللبن.

فقد ورد فى صحيح حريز عن أبى عبد الله عليه السّلام (أنه قال لزاره و محمد بن مسلم:

اللبن و اللبأ و البيضه و الشعر و الصوف و القرن و الناب و الحافر، و كل شىء يفصل من الشاه و الدابه فهو ذكى، و إن أخذته منه بعد أن يموت فاغسله وصل فيه) (٣). و مرسل الصدوق قال الصادق عليه السّلام: (عشره أشياء من الميته ذكيه: القرن و الحافر و العظم و السن و الأنفحه و اللبن و الشعر و الصوف و الريش و البيض) (٤)، و خبر الحسين بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (العظم و الشعر و الصوف و الريش كل ذلك نابت لا يكون ميتا، و سألته عن البيضه تخرج من بطن الدجاجه الميته، قال: لا بأس بأكلها) (٥).

(١) أى العشره المتفق عليها.

(٢) أى الجزء هو القطع.

(٣) أى لاتصال المقلوع برطوبه الميته للأمر به كما فى صحيح حريز المتقدم، و هو محمول على ما لو كان مقلوعا لعدم الأمر بالغسل لو كان بالجَزَّ كما فى خبر أبى إسحاق عن أبى الحسن عليه السّلام (لا ينتفع من الميته بإهاب و لا عصب، و كلما كان من السخال الصوف إن جَزَّ، و الشعر و الوبر و القرن و لا يتعدى إلى غيرها إن شاء الله) (٤).

ص: ٣٢٨

١- (١) سورة المائده، الآيه: ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - أبواب ما يكتسب به حديث ١ من كتاب التجاره.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣ و ٩ و ١٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٧.

(و الظفر و الظلف (١) و السن) و العظم و لم يذكره المصنف و لا بد منه (٢)، و لو أبدله بالسن (٣) كان أولى، لأنه (٤) أعم منه إن لم يجمع بينهما (٥) كغيره (٦).

و هذه (٧) مستثناه من جهه الاستعمال.

و أما الأكل فالظاهر جواز ما لا يضر منها (٨) بالبدن (٩)، للأصل (١٠) و يمكن دلاله إطلاق العبارة (١١) عليه (١٢)، و بقريته قوله: (و البيض (١٣) إذا اكتسى القشر الأعلى) (١٤) الصلب، و إلا (١٥) كان بحكمها.

(١)الظلف للدابه كالأقدم للإنسان.

(٢)من ذكره.

(٣)بحيث لو ذكر العظم و ترك السن فهو أولى من ذكر السن و ترك العظم، و وجه الأولويه أن العظم أعم من السن، فبذكر العظم يدخل السن، بخلاف العكس فبذكر السن لا يدخل العظم، لأن السنّ عظم خاص فلا يدخل غيره.

(٤)أى العظم أعم من السن.

(٥)بين العظم و السن.

(٦)أى كغير المصنف مثل المحقق فى الشرائع حيث ذكر السن و اكتفى به عن العظم عند عدم الجمع بينهما فى الذكر.

(٧)أى المذكورات من الصوف و الشعر و الوبر و الريش و الظلف و السن.

(٨)من هذه المذكورات.

(٩)و أما ما يضر فسيأتى البحث فيه فى بحث السموم.

(١٠)أى أصاله الإباحه فى الأشياء.

(١١)أى عبارته الماتن عند قوله: (و تحلّ منها) و هى مطلقه تشمل الحليه أكلا و استصحابا.

(١٢)أى على جواز أكل هذه المذكورات.

(١٣)أى فذكر البيض من جمله ما يحلّ قرينه على جواز الأكل، لأن حليه البيض ظاهره فى جواز أكله.

(١٤)لخبر غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى بيضه خرجت من است دجاجة ميتة، قال: إن كانت اكتست البيضة الجلد الغليظ فلا بأس بها) (١)، و به يقيد إطلاق غيره كخبر الحسين بن زرارة المتقدم ٢.

(١٥) أى و إن لم يكتس البيض قشره الغليظ فهو بحكم الميتة أكلا و استعمالا.

ص: ٣٢٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأئعمه المحرمه حديث ٦ و ١٢.

(و الإنفحه) (١) بكسر الهمزة و فتح الفاء و الحاء المهملة و قد تكسر الفاء. قال فى القاموس: هى شىء يستخرج من بطن الجدى الراضع أصفر فيعصر فى صوفه فيغلظ كالجبين فإذا أكل الجدى فهو كرش، و ظاهر أول التفسير يقتضى كون الإنفحه هى اللبن (٢) المستحيل فى جوف السخلة فتكون (٣) من جملة ما لا تحله الحياه (٤).

و فى الصحاح الإنفحه كرش الحمل، أو الجدى ما لم يأكل. فإذا أكل فهى (١) لا خلاف بينهم فى طهارتها للأخبار:

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الأنفحه تخرج من الجدى الميت، قال عليه السلام: لا بأس به) (١)، و خبر الحسين بن زراره (كنت عند أبى عبد الله عليه السلام و أبى يسأله عن السن و الميتة و البيضه من الميتة و أنفحه الميتة فقال: كل هذا ذكى) (٢)، و خبر أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: (إن قتاده قال له: أخبرنى عن الجبن، فقال: لا- بأس به، فقال: إنه ربما جعلت فيه أنفحه الميت، فقال: ليس به بأس إن الأنفحه ليس لها عروق و لا فيها دم و لا لها عظم، إنما تخرج من بين فرث و دم) (٣).

نعم أختلف فى المراد منها فقليل: إنها شىء أصفر يستخرج من بطن الجدى الرضيع، و هو المعروف بين الأصحاب كما فى كشف اللثام و هو المنقول عن القاموس و التهذيب و قيل كما عن السرائر و التنقيح للفاضل المقداد و المسالك للشارح فى باب الأطعمه أنها كرش الجدى الذى لم يأكل أو كرش الحمل و هو المنقول عن الصحاح و الجمهوره لابن دريد، و الظاهر كما عن الجواهر اتحاد التفسيرين لما عن الفيومى فى المصباح (لا يكون الأنفحه إلا لكل ذى كرش، و هو شىء يستخرج من بطنه أصفر يعصر فى صوفه مبتله فيغلظ كالجبين، و لا- يسمى إنفحه إلا- و هو رضيع، فإذا رعى قيل: استكرش، أى صارت أنفحته كرشا) انتهى و هو ظاهر فى أن الأنفحه التى هى شىء أصغر قبل الأكل هى نفسها كرشه بعد الأكل.

(٢) لجعله الإنفحه شيئاً أصفر.

(٣) الأنفحه.

(٤) فىناسب ذكرها مع الباقي.

ص: ٣٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ١٠.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤ و ١.

كرش، و قريب منه ما فى الجمهره، و على هذا (١) فهى (٢) مستثناه مما تحله الحياه (٣)، و على الأول (٤) فهو (٥) طاهر و أن لاصق الجلد الميت، للنص (٦) و على الثانى (٧) فما فى داخله (٨) طاهر قطعاً (٩)، و كذا ظاهره (١٠) بالأصالة.

و هل ينجس (١١) بالعرض بملاصقه (١٢) الميت وجهه. و فى الذكرى: الأولى تطهير ظاهرها (١٣)، و إطلاق النص (١٤) يقتضى الطهاره مطلقاً (١٥).

نعم يبقى الشك فى كون الإنفحه المستثناه هل هى اللبن المستحيل (١٦) أو (١) أى على هذا التفسير الثانى.
(٢) الإنفحه.

(٣) لأن الكرش مما تدب فيه الحياه.

(٤) أى على التفسير الأول من كونها شيئاً أصفر.

(٥) أى الشىء الأصفر المسمى بالإنفحه.

(٦) أى للأخبار التى دلت على استثناء الأنفحه، و قد تقدمته.

(٧) أى على التفسير الثانى من كونها كرش الجدى قبل أن يأكل.

(٨) أى داخل الكرش.

(٩) لأنه ملاصق للكرش الطاهر.

(١٠) أى ظاهر الكرش طاهر بالأصالة، لأنه من أجزاء الأنفحه المستثناه.

(١١) أى ظاهر الكرش.

(١٢) أى بسبب ملاصقه الميت.

(١٣) أى ظاهر الأنفحه الملاصق لأجزاء الميتة.

(١٤) أى الأخبار الداله على استثناء الأنفحه من الميتة.

(١٥) أصاله و عرضاً ظاهراً و باطناً، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث قال: (و كيف كان فالظاهر وجوب غسلها من ملاقاه رطوبه الميتة وفاقاً للمحكى عن الشهيد الثانى فى بعض فوائده - إلى أن قال - لتنجسها بها كما هى القاعده فى كل ما لاقى نجساً برطوبه، و احتمال استثناء الأنفحه لإطلاق ما دلّ على طهارتها سيما مع عدم ذكر الأكثر وجوب الغسل و قد نصوا عليه فى مثل الصوف المقلوع يدفعه ظهور سياق تلك المطلقات فى إرادته عدم النجاسه الذاتيه كباقي أجزاء الميتة، و لعل عدم تعرض

الأصحاب اتكالا منهم على القاعده) انتهى.

(١٦) أى الشىء الأصفر الذى يعصر على صوفه فيغلظ كالجبين.

ص: ٣٣١

الكرش بسبب اختلاف أهل اللغة. و المتيقن منه (١) ما فى داخله (٢) لأنه (٣) متفق عليه.

(و اللبن) فى ضرع الميته (على قول مشهور (٤) بين الأصحاب و مستنده روايات.

منها صحيحه زواره عن أبى عبد الله عليه السّلام قال: «سألته عن الإنفحة تخرج من الجدى الميت قال: لا بأس به. قلت: اللبن يكون فى ضرع الشاه و قد ماتت قال: لا بأس به»، و قد روى نجاسته صريحا فى خبر آخر، و لكنه ضعيف السند، إلا أنه موافق للأصل من نجاسه المائع بملاقاه النجاسه. و كل نجس حرام (٥).

و نسبة القول بالحل إلى الشهره تشعر بتوقفه فيه (٦)، و فى الدروس جعله (٧) أصح (١) من اختلاف أهل اللغة.

(٢) أى داخل الكرش فهو الذى يحكم بطهارته.

(٣) أى لأن ما فى داخل الكرش.

(٤) اللبن لا ينجس و إن لاقى ضرع الميته على المشهور كما فى البيان و فى الدروس أن القائل بخبر المنع نادر، لصحيح زواره عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت: اللبن يكون فى ضرع الشاه و قد ماتت، قال: لا بأس به) (١).

و يعارضه خبر وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (أن عليا عليه السّلام سئل عن شاه ماتت فجلب منها لبن، فقال على عليه السّلام: ذلك الحرام محضاً) ٢ مضافاً إلى قاعده نجاسه ملاقى النجس، فهو منجبر بها و إلا فراوى الخبر - أعنى وهب - قد قيل فى حقه أنه أكذب البريه، لذلك عمل به جماعه منهم العلامه و المحقق الثانى بل عن المنتهى أنه المشهور، و فى السرائر أنه نجس بغير خلاف عند المحصلين من أصحابنا، لأنه مائع فى ميته ملامس لها.

و مع ذلك كله فلم يثبت انجبار خبر وهب بعمل الأصحاب، و لا بد من رده عند التعارض لأنه موافق لمذهب العامه، و لعله لذلك عمل المشهور بخبر الطهاره بالإضافه إلى صحه سنده، على أننا نمنع نجاسه المائع إذا لاقى الميته على أى وجه و لو كان فى الباطن، بل المتيقن هو نجاسته إذا لاقاها ظاهراً لا باطناً.

(٥) أى حرام أكله و استعماله كما نص الخبر على الحرمة.

(٦) أى بتوقف المصنف هنا فى الحل.

(٧) أى جعل الحلّ.

ص: ٣٣٢

و ضعّف روايه التحريم، و جعل القائل بها (١) نادرا، و حملها (٢) على التقية.

(و لو اختلط الذكى) من اللحم و شبهه (٣) (بالميت) و لا سبيل إلى تمييزه (اجتنب الجميع (٤)، لوجوب اجتناب الميت) و لا يتم إلا به (٥) فيجب.

و فى جواز بيعه (٦) على مستحل الميتة قول (٧)، مستنده صحيحه الحلبي (١) بالحرمة.

(٢) أى حمل روايه التحريم.

(٣) كالجلد و القلب و الكبد و الكلى.

(٤) إذا اختلط المذكى بالميت و جب الامتناع عن الجميع إذا كانت الشبهه محصوره، لما ثبت فى محله من وجوب الاجتناب عن جميع أطراف الشبهه المحصوره إذا كانت تحريميه المؤيد بالنبوى (ما اجتمع الحلال و الحرام إلا و غلب الحرام الحلال) (١).

(٥) أى و لا يتم اجتناب الميت إلا باجتناب الجميع فيجب اجتناب الجميع حينئذ.

(٦) أى بيع الجميع المحصور.

(٧) قد ثبت حرمة الميتة أكلا و استعمالا حتى البيع، و لكن وقع البحث بينهم فى جواز بيع الذكى المشتبه بالميت على مستحل الميتة كالكافر أو لا، و ذهب الشيخ فى النهايه و تبعه ابن حمزه و العلامه فى المختلف إلى الجواز لصحيح الحلبي (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول:

إذا اختلط الذكى بالميت باعه ممن يستحلّ الميتة و أكل ثمنه) (٢) و حسنه الحلبي أيضا عن أبى عبد الله عليه السلام (سئل عن رجل كان له غنم و بقر فكان يدرك المذكى منها فيعزله و يعزل الميتة، ثم إن الميتة و الذكى اختلطا كيف يصنع به؟ قال: يبيعه ممن يستحلّ الميتة و يأكل ثمنه، فإنه لا بأس به) ٣ و هذا الخبر حسن عند جماعه لاشتماله على إبراهيم بن هاشم الذى لم يمدح و لم يذم، و قد عرفت أنه من شيوخ الإجازة و هذا ما يغنى عن التوثيق و عليه فالخبر صحيح.

و مال المحقق إلى الجواز إن قصد بيع المذكى حسب، و أشكل عليه الشارح فى المسالك بأنه مع عدم التمييز بين الذكى و الميت يكون المبيع مجهولا، و لا يمكن إقباضه فلا يصح بيعه، و هذا الإشكال قد تعرض له العلامه فى المختلف و رده بأنه ليس بيعا حقيقيا، بل هو استنقاذ مال الكافر من يده برضاه فكان سائغا، و إنما أطلق عليه اسم البيع لمشابهته-

ص: ٣٣٣

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - أبواب الأئمة المحرمة حديث ١ و ٢.

و حسنته عن الصادق عليه السّلام، و رده (١) قوم، نظرا إلى إطلاق النصوص بتحريم بيع الميتة، و تحريم ثمنها، و اعتذر العلامة عنه (٢) بأنه ليس ببيع في الحقيقة (٣) و إنما هو استنقاذ مال الكافر برضاه، و يشكل (٤) بأن من مستحليه (٥) من الكفار من لا يحل ماله كالذمي، و حسنه (٦) المحقق مع قصد بيع الذكي حسب، و تبعه العلامة أيضا، و يشكل (٧)...

-له في الصورة من حيث إنه بذل مال في مقابله عوض.

و أشكل عليه بأن مستحلّ الميتة أعم مما يباح ماله، فلو كان ذميا لكان ماله محترما فلا يصح إطلاق القول ببيعه على مستحلّ الميتة لأنه استنقاذ مال الكافر من يده برضاه، و لذا مال في الدروس إلى طرح الخبرين لمخالفتهما إلى إطلاق النصوص المتقدمة الداله على حرمة بيع الميتة و حرمة ثمنها و الذهاب إلى تعرّف اللحم بالعرض على النار بالانبساط و الانقباض كما في اللحم المطروح المشته لخبر إسماعيل بن عمر عن شعيب عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل دخل قرية فأصاب بها لحما، لم يدر أ ذكي هو أم ميت؟ فقال:

فاطرحه على النار فكلّمنا انقبض فهو ذكي، و كلما انبسط فهو ميت) (١).

و فيه أن العرض على النار علامه للمطروح الذي لم يعلم بأجمعه أنه مذكي أو ميتة، و هذا أجنبى عن مقامنا الذي هو قد اختلط فيه الذكي بالميت، و دعوى عدم الفرق بينهما قياس لا نقول به.

هذا و ابن إدريس قد طرح الخبرين على أصله من عدم العمل بالخبر الواحد، و أعمل القواعد الداله على حرمة بيع الميتة، فلم يجوز بيع الجميع المحصور لمستحلّ الميتة و لكن المقدس الأردبيلي في مجمع البرهان قد نسب العمل بالخبرين إلى الشهره، بالإضافة إلى صحه سندهما فلا بدّ من العمل بهما. و يكون هذا استثناء من تحريم بيع الميتة.

(١) أي رد المستند الدال على جواز البيع على المستحلّ.

(٢) عن جواز البيع.

(٣) حتى يكون هو و ثمنه حراما.

(٤) أي اعتذار العلامة.

(٥) أي مستحلى الميت.

(٦) أي حسن جواز البيع على المستحلّ.

(٧) أي يشكل تحسين المحقق.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٧ - أبواب الأئعمه المحرمه حدیث ١.

بجهالته (١) و عدم إمكان تسليمه متميزا (٢)، فأما أن يعمل بالرواية لصحتها من غير تعليل، أو يحكم بالبطلان (٣).

(و ما أبين من حى يحرم أكله و استعماله كآليات الغنم) لأنها بحكم الميتة (٤) (و لا يجوز الاستصباح بها تحت السماء)، لتحريم الانتفاع بالميتة مطلقا (٥) و إنما يجوز الاستصباح بما عرض له النجاسة من الأدهان، لا بما نجاسته ذاته (٦).

الثانيه - تحرم من الذبيحه خمسہ عشر

(الثانيه - تحرم من الذبيحه خمسہ عشر) شيئا (٧): (الدم و الطحال) بكسر (١) أى بجهاله الذكى.

(٢) أى منفردا.

(٣) أى ببطلان البيع بعد ردّ الروايه كما فعل ابن إدريس.

(٤) ما أبين من الحى من أجزاءه التى تحلها الحياه فهو ميتة كآليات الغنم كما فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى آليات الضأن تقطع و هى أحياء قال: إنها ميتة) (١)، و خبر الكاهلى (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام و أنا عنده عن قطع آليات الغنم، فقال: لا بأس بقطعها إذا كنت تصلح بها مالك، ثم قال: إن فى كتاب على عليه السلام أن ما قطع منها ميت لا ينتفع به) ٢.

و إذا ثبت أنه ميت فقد تقدم حرمة أكل الميتة و حرمة استعمالها، و من جمله موارد استعمال آليات الغنم الاستصباح بها تحت السماء هذا من جهه و من جهه أخرى لم يعبر الشارح بأنها ميتة بل عبر أنها بحكم الميتة، لأنها مأخوذه من حى فهى بحكم الميتة حينئذ.

(٥) فى كل الاستعمال بما فيه الاستصباح.

(٦) و الفارق النص و قد تقدم البحث فى المتنجس عرضا من الدهن فى أول المكاسب و تقدم هناك جواز الاستصباح به تحت السماء على المشهور و لا يجوز تحت الظلال.

(٧) قد ذكر فى الجواهر عدم الخلاف فى تحريم خمسہ أمور من الذبيحه، و هى: القضيبي و هو الذكر، و الأثيان و هما البيضتان، و الطحال بكسر الطاء، و الفرث و الدم فلا ينافى ذلك اقتصار المفيد و سلار على ذكر الثلاثه الأول، لأن حكم الفرث و الدم هو الحرمة للاستخبات و النصوص الآتية، و لا ينافى ذلك تعبير ابن الجنيدي عن الطحال بأنه مكروه لأن مراده منه الحرمة.

ص: ٣٣٥

و يدل على تحريم هذه الخمسه أخبار.

منها: مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يؤكل من الشاه عشره أشياء:

الفرث و الدم و الطحال و النخاع و العلباء و الغدد و الانثيان و الحلباء و المراره)^(١)، و مرسل محمد بن جمهور عن أبي عبد الله عليه السلام (حرم من الذبيحه عشره أشياء، و أحل من الميتة عشره أشياء، فأما الذى يحرم من الذبيحه فالدم و الفرث و الغدد و الطحال و القضيب و الانثيان و الرحم و الظلف و القرن و الشعر، و أما الذى يحلّ من الميتة فالشعر و الصوف و الوبر و الناب و القرن و الضرس و الظلف و البيض و الأنفحة و الظفر و المخلب و الريش)^(٢)، و خبر إسماعيل بن مرار عنهم عليهم السلام (لا يؤكل مما يكون فى الإبل و البقر و الغنم و غير ذلك مما لحمه حلال: الفرج بما فيه ظاهره و باطنه و القضيب و البيضتان و المشيمه، و هى موضع الولد و الطحال، لأنه دم، و الغدد مع العروق، و المنع الذى يكون فى الصلب، و المراره و الحدق و الخرزه التى تكون فى الدماغ و الدم)^٣ و مثله كثير و اختلفوا فى المثانه، و هى مجمع البول، و المراره و هى التى تجمع المره الصفراء معلقه مع الكبد كالكيس، و المشيمه و هى موضع الولد تخرج معه، و الفرج، و العلباء بكسر العين، و هما عصبان عريضان ممدودان من الرقبه إلى أصل الذنب، و النخاع و هو الخيط الأبيض الذى فى وسط فقار الظهر، و هو الذى لا قوام للحيوان بدونه، و الغدد و هى كل عقده فى الجسد يطاف بها شحم، و تكون فى اللحم تشبه البندق فى الأغلب، و ذات الأشاجع، و هى أصول الأصابع التى تتصل بعصب ظهر الكف، و خرزه الدماغ بقدر الحمصه فى وسطه، يخالف لونها لونه، تميل إلى الغبره، و الحدق و هى الناظر من العين لا جسم العين كله، فعلى المشهور التحريم، و عن المحقق فى الشرائع و النافع و العلامه و الشارح فى المسالك كراهه الفرج و العلباء و النخاع و الغدد و ذات الأشاجع و خرزه الدماغ و الحدق، لضعف أخبارها.

و فيه أنها منجبره بعمل الأصحاب و لكونها من الخبائث، و على كل فمّن جملة الأخبار الداله على الأمور المذكوره خبر إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام (حرم من الشاه سبعة أشياء: الدم و الخصيتان و القضيب و المثانه و الغدد و الطحال و المراره)^(٣) و مرفوع الواسطى قال: (مرّ أمير المؤمنين عليه السلام بالقصابين فناهم عن بيع سبعة أشياء-

ص: ٣٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢٠ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ١.

الطاء (و القضيبي) و هو الذكر (و الأثنيان) و هما: البيضتان (و الفرث) و هو الروث في جوفها (و المثانه) بفتح الميم و هو مجمع البول (و المراره) بفتح الميم التي تجمع المره الصفراء بكسرهما (١) معلقه مع الكبد كالكيس (و المشيمه) بفتح الميم بيت الولد، و تسمى الغرس بكسر الغين المعجمه. و أصلها مفعله، فسكنت الياء (٢)، (و الفرج) الحياء ظاهره و باطنه، (و العلباء) بالمهمله المكسوره فاللام الساكنه فالباء الموحد فالألف الممدوده عصبتان عريضتان ممدودتان من الرقبه إلى عجب الذنب (و النخاع) مثلث النون الخيط الأبيض في وسط الظهر ينظم خرز السلسله في وسطها، و هو الوتين الذي لا قوام للحيوان بدونه. (و الغدد) بضم الغين المعجمه التي في اللحم و تكثر في الشحم (و ذات الأشاجع) و هي أصول الأصابع التي يتصل بعصب ظاهر الكف (٣)، و في الصحاح: جعلها الأشاجع بغير مضاف، و الواحد أشجع (و خرزه الدماغ) بكسر الدال، و هي المخ الكائن في وسط الدماغ شبه الدوده بقدر الحمصه تقريبا يخالف لونها لونه، و هي تميل إلى الغبره (و الحدق) يعنى حبه الحدقه و هو الناظر من العين لا جسم العين كله.

و تحريم هذه الأشياء أجمع ذكره الشيخ غير المثانه، فزادها (٤) ابن إدريس و تبعه جماعه منهم المصنف. و مستند الجميع غير واضح، لأنه (٥) روايات يتلفق من -من الشاه، نهاهم عن بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال و النخاع و الخص و القضيبي(١).

فكل ما ذكر قد ورد في الأخبار إلا ذات الأشاجع فقد اعترف صاحب الجواهر و غيره بعدم الوقوف على نص فيها اللهم إلا أن يتم الحكم بعدم القول بالفصل.

(١) أى بكسر الميم من المره.

(٢) مع كسر ما قبلها دفعا لالتقاء الساكنين.

(٣) قال في المسالك بعد هذا التعريف: (و المراد منها في الحيوان ما جاوز الظلف من الأعصاب و نحوها) انتهى.

(٤) أى زاد المثانه.

(٥) أى مستند الجميع.

ص: ٣٣٧

جميعها ذلك (١). بعض رجالها ضعيف. و بعضها مجهول، و المتيقن منها (٢) تحريم ما دل عليه دليل خارج كالدم. و فى معناه (٣) الطحال و تحريمهما ظاهر من الآيه (٤)، و كذا ما استخبت منها (٥) كالفرث و الفرث، و القضيب، و الأنثيين، و المثانه، و المراره، و المشيمه، و تحريم الباقي يحتاج إلى دليل، و الأصل يقتضى عدمه (٦). و الروايات يمكن الاستدلال بها على الكراهه، لسهوله خطبها (٧)، إلا أن يدعى استخبات الجميع.

و هذا (٨) مختار العلامه فى المختلف، و ابن الجنيد أطلق كراهيه بعض هذه المذكورات و لم ينص على تحريم شىء، نظرا إلى ما ذكرناه (٩).

و احترز (١٠) بقوله: من الذبيحه، عن نحو السمك و الجراد (١١). فلا يحرم منه (١٢) شىء من المذكورات، للأصل (١٣)، و شمل ذلك (١٤) كبير الحيوان المذبوح (١) و هو تحريم هذه الأشياء أجمع، و لكن قد عرفت عدم ورود النص فى ذات الأشاجع.

(٢) من هذه الأشياء التى حكم بتحريمها.

(٣) أى و فى معنى الدم الطحال، لأنه مجمع الدم الفاسد.

(٤) أى الآيه الداله على تحريم الدم، و هى قوله تعالى: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ (١).

(٥) من هذه الأشياء.

(٦) أى عدم التحريم.

(٧) أى خطب الكراهه، للتسامح فى أدله السنن و المكروهات.

(٨) أى تحريم الجميع من باب الاستخبات.

(٩) من ضعف روايات الجميع.

(١٠) أى المصنف.

(١١) لأن تذكيتهما بالأخذ لا بالدبح.

(١٢) من السمك و الجراد.

(١٣) و هو أصاله الإباحه فى الأشياء، نعم إذا صدق عنوان الخبيث على بعضها فيحرم.

(١٤) أى شمل قول المصنف (و تحرم من الذبيحه خمس عشر).

١- (١) سورة البقره، الآية: ١٧٣.

كالجزور، و صغيره كالعصفور (١).

و يشكل الحكم بتحريم جميع ما ذكر (٢) مع عدم تمييزه (٣)، لاستلزامه (٤) تحريم جميعه (٥)، أو أكثره، للاشتباه.

و الأجود. اختصاص الحكم بالنعم (٦)، و نحوها من الحيوان الوحشى، دون العصفور، و ما أشبهه (٧).

(و يكره) أكل (الكلا) (٨) بضم الكاف و قصر الألف جمع كليه و كلوه بالضم فيهما. و الكسر لحن عن ابن السكيت (و أذنا القلب (٩)...) (١) كما صرح بذلك غير واحد كما فى الجواهر، و استشكل الشارح فى هذا التعميم باعتبار عدم تمييز هذه المذكورات فى صغير الحيوان كالعصفور، فيلزم من تحريم المذكورات تحريم جميعه لعدم التمييز، فالأجود اختصاص الحكم بتحريم المذكورات من خصوص الأنعام و الحيوان الوحشى دون العصفور و شبهه، و استجوده سيد الرياض خصوصا بعد اختصاص عبارته بعض الأخبار بالشاه و النعم كما فى مرسل ابن أبى عمير و خبر إسماعيل بن مراره المتقدمين (١).

(٢) من مستثنيات الذبيحه.

(٣) أى مع عدم تمييزه فى العصفور و نحوه.

(٤) أى استلزام تحريم ما ذكر.

(٥) أى جميع العصفور و نحوه.

(٦) من الابل و البقر و الغنم.

(٧) فى الحجم.

(٨) لا- خلاف و لا- إشكال فى كراهه أكل الكلى لمرسل سهل عن بعض أصحابنا (أنه كره الكليتين، و قال: إنما هما مجتمع البول) (٢)، و خبر محمد بن صدقه عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لا يأكل الكليتين من غير أن يحرمهما، لقربهما من البول) ٣.

(٩) لا خلاف فى كراهه أكل أذنى القلب لمرسل الواسطى قال: (مرّ أمير المؤمنين عليه السّلام-

ص: ٣٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٤ و ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٥ و ١٣.

(و العروق (١)، و لو ثقب الطحال مع اللحم و شوى (٢) حرم ما تحته) من لحم و غيره، دون ما فوقه، أو مساويه (و لو لم يكن مثقوبا لم يحرم) ما معه (٣) مطلقا (٤) هذا هو المشهور، و مستنده (٥) روايه عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام، و علل فيها (٦) بأنه (٧) مع الثقب يسيل الدم من الطحال إلى ما تحته فيحرم، بخلاف غير -بالقصابين فنهاهم عن سبغ أشياء من الشاه، نهاهم عن بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال(١) الخبر، و هو محمول على الكراهه فى خصوص آذان الفؤاد، نعم أشكل الشارح فى المسالك بأن حمل النهى فيه على الكراهه دون غيره مما لا وجه له.

(١) لا- خلاف فى كراهه أكلها للنهى عنها فى جملة من الأخبار، و منها خبر إسماعيل بن مرار المتقدم عنهم عليهم السلام (لا يؤكل ما يكون فى الابل و البقر و الغنم و غير ذلك مما لحمه حلال: الفرج بما فيه ظاهره و باطنه - إلى أن قال - و الغدد و العروق) ٢ الخبر، و هو محمول على الكراهه، و أشكل الشارح هنا أيضا بأن حمل النهى فيها على الكراهه دون غيرها مما لا وجه له.

(٢) لو شوى الطحال مع اللحم و لم يكن الطحال مثقوبا لم يحرم اللحم و إن كان اللحم تحت الطحال، و أما لو كان الطحال مثقوبا و شوى مع اللحم، حرم ما كان من اللحم تحته بلا- خلاف فيه كما فى الجواهر لموثق عمار بن موسى عن أبى عبد الله عليه السلام فى خبر (و سئل عن الطحال مع اللحم فى سفود و تحته خبز و هو الجوزاب أ يؤكل ما تحته؟ قال:

نعم يؤكل اللحم و الجوزاب و يرمى بالطحال، لأن الطحال فى حجاب لا يسيل منه، فإن كان الطحال مثقوبا أو مشقوقا فلا تأكل ما يسيل عليه الطحال(٢).

و قال الشارح فى المسالك: (و هذه الروايه و إن كانت ضعيفه السند إلا أنه لا بأس بالعمل بمضمونها لموافقتهما الظاهر من أن الطحال يسيل دمه من حراره و يشرب منه ما تحته) انتهى.

(٣) أى ما كان من اللحم مع الطحال.

(٤) سواء كان تحته أو فوقه أو مساويه.

(٥) أى و مستند التفصيل المذكور.

(٦) أى و علل التفصيل فى الروايه.

(٧) أى الشأن و الواقع.

ص: ٣٤٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - أبواب الأطعمة المحرمة حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٤٩ - أبواب الأطعمة المحرمة حديث ١.

المتقوب (١)، لأنه (٢) في حجاب لا يسيل منه.

الثالثه - يحرم تناول الأعيان النجسه

(الثالثه - يحرم تناول الأعيان النجسه) (٣) بالأصالة كالنجاسات و أما بالعرض فإنه (٤) و إن كان كذلك (٥) إلا أنه يأتي (٦)(و) كذا يحرم (المسكر (٧) مائعا كان أم (١) فلا يسيل الدم من الطحال إلى ما تحته.

(٢) أي الطحال.

(٣) لا- خلاف في تحريم أكل النجس سواء كانت نجاسته أصلية كالعذرة النجسه أم بالعرض كالطعام الممتزج بشيء من النجاسات بلا خلاف فيه بل في الرياض عده من الضروريات و يشهد به الأخبار الكثيره المتقدمه في باب الطهاره و غيرها.

(٤) أي فإن النجس بالعرض.

(٥) أي يحرم تناوله.

(٦) في آخر هذه المسأله.

(٧) يحرم تناول الخمر، بلا خلاف فيه بين المسلمين بل هو من ضروريات دينهم للأخبار الكثيره.

منها: صحيح إسماعيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله رجل فقال: أصلحك الله أشرب الخمر شرّاً؟ أم ترك الصلاة؟ فقال: شرب الخمر ثم قال: و تدرى لم ذاك؟ قال: لا، قال: لأنه يصير في حال لا يعرف معها ربه) (١) و خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إن الخمر رأس أكل اثم) ٢ بل الحرمة لكل مسكر و إن لم يكن خمرا للنبوى (كل مسكر خمر، و كل خمر حرام) (٢)، و صحيح على بن يقطين عن أبي إبراهيم عليه السلام (إن الله لم يحرم الخمر لاسمها، و لكن حرّمها لعاقبتها، فما فعل فعل الخمر فهو خمر) (٣)، و مثله كثير.

و عليه فيحرم النبيذ المتخذ من التمر و البتع المتخذ من العسل و المرز المتخذ من الشعير، و النقيع المتخذ من الزبيب، تذكر هذه الأمور مع أن المحرم كل مسكر تبعا للنص ففي صحيح ابن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: الخمر من خمسه:

العصير من الكرم، و النقيع من الزبيب، و البتع من العسل، و المرز من الشعير، و النبيذ-

ص: ٣٤١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - أبواب الأشربه المحرمه حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ١١ - أبواب الأشربه المحرمه حديث ١٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ٢.

جامدا (١) و إن اختصت النجاسه بالمائع بالأصالة و يمكن أن يريد (٢) هنا (٣) بالمسكر المائع بقريته الأمثله (٤)، و التعرض (٥) في هذه المسأله للنجاسات، و ذكره (٦) تخصيص بعد تعميم (كالخمر) المتخذ من العنب (و النبيذ) المسكر من التمر (و البتع) بكسر الباء و سكون التاء المشناه أو فتحها نبيذ العسل (و الفضيخ) بالمعجمتين من التمر و البسر (و النقيع) من الزبيب (و المزر) بكسر الميم فالزاء المعجمه الساكنه -من التمر(١).

و ما كان مسكرا فقليله و كثيره حرام للأخبار.

منها: خبر كليب الأسدي سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن النبيذ فقال: (إن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم خطب الناس فقال: أيها الناس ألا إن كل مسكر حرام، و ما أسكر كثيره فقليله حرام) (٢) و مثله غيره.

و كذا يحرم الفقاع قليله و كثيره للأخبار الكثيره ففي خبر الوشاء (كتبت إليه - يعنى الرضا عليه السّلام أسأله عن الفقاع فقال: فكتب: حرام و هو خمر) (٣) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (كل مسكر حرام و كل محمر حرام، و الفقاع حرام) ٤، و خبر هشام بن الحكم عن أبي عبد الله عليه السّلام (سأله عن الفقاع فقال: لا تشربه، فإنه خمر مجهول، و إذا أصاب ثوبك فاغسله) ٥، و في خبر الوشاء عن الرضا عليه السّلام (هى خمره استصغرها الناس) (٤).

و كذا يحرم العصير العنبى إذا غلى قبل ذهاب ثلثيه، لأنه نجس على ما تقدم فى كتاب الطهاره.

(١) لإطلاق النصوص الناهيه عن المسكر.

(٢) أى المصنف.

(٣) فى هذه المسأله.

(٤) أى الأمثله الآتية.

(٥) أى و بقريته التعرض.

(٦) أى ذكر المسكر بعد ذكر الأعيان النجسه من باب التخصيص بعد التعميم.

ص: ٣٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأشربه حديث ١ و ٣ و ٨.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

فالمهملة نبذ الشعير، و لا يختص التحريم فى هذه بما أسكر (١)، بل يحرم (و إن قل).

(و كذا) يحرم (العصير العنبى إذا غلى) بالنار و غيرها (٢) بأن (٣) صار أعلاه أسفله و يستمر تحريمه (حتى يذهب ثلثاه، أو ينقلب خلا) و لا- خلاف فى تحريمه، و النصوص متظافره به (٤)، و إنما الكلام فى نجاسته فإن النصوص خاليه منها (٥)، لكنها (٦) مشهوره بين المتأخرين (و لا يحرم) العصير من (الزبيب و إن غلى على الأقوى (٧)، (١) أى بما أسكر فعلا.

(٢) أى فيما لو غلى بنفسه.

(٣) تفسير للغليان.

(٤) أى بالتحريم.

(٥) من النجاسه.

(٦) أى النجاسه، و قد تقدم البحث فى ذلك فى كتاب الطهاره، و تقدم أن الأقوى حرمة و نجاسته كما هو المشهور.

(٧) بل على المشهور شهره عظيمه و لم يعثر على المخالف، نعم نسبه الشهيد إلى بعض مشايخه و إلى بعض فضلائنا المتقدمين، و اختاره السيد بحر العلوم فى مصابيح ناسبا الحرمة إلى الشهره بين الأصحاب و أنها بين القدماء كشهره الحل بين المتأخرين، و تنظر فى ذلك صاحب الجواهر و تأمل، و على كل فقد استدلل للتحريم بالاستصحاب لأن الزبيب حين كان عنبا كان يحرم على تقدير غليانه فهو حين صيرورته زيبا باق على ما كان، و فيه عدم حجيه الاستصحاب بالتعليق كما ثبت فى محله.

و استدلل للتحريم بخبر على بن جعفر عن أخيه موسى أبى الحسن عليه السلام (سألته عن الزبيب هل يصلح أن يطبخ حتى يخرج طعمه، ثم يؤخذ الماء فيطبخ حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه ثم يرفع فيشرب من السنه؟ فقال: لا بأس به) (١) و مفهومه ثبوت البأس عند عدم ذهاب الثلثين و هذا دال على حرمة شربه قبل ذهاب الثلثين.

و أشكل عليه بأن نفى البأس ليس من ناحيه ذهاب الثلثين، بل قد يحتمل من ناحيه عدم تخمره فى هذه المده أعنى السنه الوارده فى الخبر، فيكون ثبوت البأس من ناحيه تخمره لا من ناحيه عدم ذهاب ثلثيه.-

ص: ٣٤٣

لخروجه (١) عن مسمى العنب (٢)، و أصله الحل (٣) و استصحابه (٤)، خرج منه (٥) عصير العنب إذا غلى بالنص، فيبقى غيره (٦) على الأصل.

و ذهب بعض الأصحاب إلى تحريمه (٧)، لمفهوم روايه على بن جعفر عن أخيه موسى عليه السّلام حيث سأله «عن الزبيب يؤخذ ماؤه فيطبخ حتى يذهب ثلثاه، فقال: لا بأس»، فإن مفهومه التحريم قبل ذهاب الثلثين، و سند الروايه (٨) -و استدلل للتحريم أيضا بخبر زيد النرسى (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن الزبيب يدق و يلقى فى القدر ثم يصب عليه الماء يوقد تحته فقال عليه السّلام: لا تأكله حتى يذهب الثلثان و يبقى الثلث، فإن النار قد أصابته، قلت: فالزبيب كما هو يلقى فى القدر و يصب عليه الماء ثم يطبخ و يصفى عنه الماء فقال عليه السّلام: كذلك هو سواء، إذا أدت الحلاوه إلى الماء و صار حلوا بمنزله العصير ثم نش من غير أن تصيبه النار فقد حرم، و كذلك إذا أصابته النار فأغلاه فقد فسد) (٩).

و الخبر نص فى مطلوب إلا- أنه لم تثبت وثاقه زيد النرسى، و لم يثبت أن أصله مكتوب منه فالمحكى عن الصدوق و شيخه محمد بن الحسن بن الوليد أنه موضوع كأصل زيد الزراد و كتاب خالد بن عبد الله بن سدير، و قد وضعها محمد بن موسى الهمداني، نعم ردّ عليهما ابن الغضائرى و غيره بأن أصل زيد النرسى و الزراد منهما قد رواهما ابن أبى عمير.

و لهذا كله ذهب المشهور إلى الحل بعد عدم ثبوت أخبار الحرمة لقصورها سنداً أو دلالة بعد استصحاب الحل من قبل الغليان إلى ما بعده، و بعد قاعده الحل فى الأشياء.

(١) أى خروج الزبيب.

(٢) فحرمة العصير العنبى قبل ذهاب ثلثيه لا تفيد حرمة العصير الزببى قبل ذهاب ثلثيه إلا على الاستصحاب التعليقى و قد عرفت ضعفه.

(٣) أى أصله الحليه فى الأشياء.

(٤) أى استصحاب الحل الثابت قبل الغليان إلى ما بعده و لو لم يذهب ثلثاه.

(٥) من أصل الحل.

(٦) أى غير العصير العنبى.

(٧) أى تحريم العصير العنبى.

(٨) أى سندها ضعيف لاشتمالها على سهل بن زياد.

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

و المفهوم (١) ضعيفان فالقول بالتحريم أضعف، أما النجاسه فلا شبهه في نفيها (٢).

(و يحرم الفقاع (٣) و هو ما اتخذ من الزبيب و الشعير حتى وجد فيه النشيش (٤) و الحركه (٥)، أو ما أطلق عليه (٦) عرفا، ما لم يعلم انتفاء خاصيته (٧) و لو وجد في الأسواق ما يسمى فقاعا حكم بتحريمه و إن جهل أصله، نظرا إلى الاسم (٨)، و قد روى على بن يقطين في الصحيح عن الكاظم عليه السلام قال: «سألته عن شرب الفقاع الذي يعمل في السوق و يباع و لا أدرى كيف يعمل، و لا متى عمل أ يحل علي أن أشربه؟ فقال: لا أحبه» (٩)، و أما ما ورد في الفقاع بقول (١) أي مفهوم الروايه الدال على التحريم قبل ذهاب الثلثين، و هو مفهوم اللقب.

(٢) إذ لم يذهب أحد إلى نجاسه العصير الزببى، و إن ذهب بعضهم إلى حرمة شربه لما تقدم.

هذا و يبقى الكلام في العصير التمرى فعن جماعه من المتأخرين الحرمة قبل ذهاب الثلثين لموثق عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام في حديث: (سئل عن النضوح المعتقد كيف يصنع به حتى يحل؟ قال: خذ ماء التمر فأغله حتى يذهب ثلثا ماء التمر) (١)، و خبره الآخر عنه عليه السلام (سألته عن النضوح قال: يطبخ التمر حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه ثم يمتشطن) (٢) و عن المشهور الحل بدعوى أن النضوح المعتقد لو لم يذهب ثلثاه لصار نبيذا مسكرا فلذا حكم الإمام بذهاب الثلثين، و وصفه بالمعتقد إشاره إلى ذلك و حملت الروايه الثانيه على ذلك و إن كانت خاليه عن التوصيف بالمعتقد، و الظاهر أن الحكم بذهاب الثلثين في الروايه من ناحيه حرمة فلا يحل شربه حتى يذهب الثلثان.

(٣) قد تقدم الدليل عليه عند الكلام عن المسكر.

(٤) و هو صوت الماء و غيره إذا غلى.

(٥) و هى صيروره أعلاه أسفله، هذا و قد تقدم الضابط في معنى الفقاع، و متى يحرم في كتاب الطهاره فراجع.

(٦) الضمير راجع إلى (ما الموصوله) و المعنى ما أطلق عليه فقاع عرفا فهو فقاع أيضا.

(٧) و هى النشيش المعبر عنها بالغليان.

(٨) أى اسم الفقاع، و قد تقدم هذا مفصلا في كتاب الطهاره فراجع.

(٩) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأشربه المحرمة حديث ٣، و هو دال على الكراهه -

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب الأشربه المحرمة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب الأشربه المحرمة حديث ١.

مطلق (١) و أنه بمنزله الخمر فكثير لا يحصى.

(و العذرات (٢) بفتح المهمله فكسر المعجمه (و الأبول النجسه) (٣) صفه للعذرات و الأبول، و لا شبهه فى تحريمها نجسه كمطلق النجس، لكن مفهوم العبارة عدم تحريم الطاهر منها (٤) كعذره و بول ما يؤكل لحمه، و قد نقل فى الدروس تحليل بول المحلل عن ابن الجنيد و ظاهر ابن إدريس، ثم قوى التحريم (٥) للاستخبات.

-المؤيد بحمل فعل المسلم على الصحه، فما يعمل من الفقاع و يباع فى أسواق المسلمين يحمل على أنه فقاع لم يصل إلى حد النشيش، و لذا ورد فى خبر مرازم (كان يعمل لأبى الحسن عليه السّلام الفقاع فى منزله، قال ابن أبى عمير: و لم يعمل فقاع يغلى) (١).

(١) من غير تقييد بكونه يعمل فى الأسواق فهو محرم و إن لم يكن مسكرا بشرط وجود خاصته و هو النشيش.

(٢) العذره إن كانت نجسه كعذره الإنسان فقد تقدم حرمة أكلها و إن كانت طاهره كعذره مأكول اللحم فيحرم أكلها لاستخباته، و لذا حرم تناول العذره من الميتة و قد تقدم البحث فى ذلك سابقا.

(٣) البول النجس و هو بول ما لا يؤكل لحمه و بول الإنسان فلا خلاف فى عدم جواز شربه، لأنه نجس و مستخبت، و فى بول ما يؤكل لحمه قولان، قول بالجواز كما عن المرتضى و ابنى الجنيد و ادريس، لأنه طاهر، و قول بالعدم كما عن الشيخ فى النهايه و ابن حمزه و الشهيدين و العلامه، للاستخبات و إن كانت طاهره، نعم يجوز شرب بول الإبل للاستشفاء بلا خلاف كما عن بعضهم لخبر الجعفرى عن أبى الحسن موسى عليه السّلام (أبول الإبل خير من ألبانها، و يجعل الله الشفاء فى ألبانها) (٢)، بل يجوز شرب بول الغنم و البقر للاستشفاء أيضا كما عن البعض لخبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن شرب الرجل أبوال الإبل و البقر و الغنم ينعت له من الوجع، هل يجوز له أن يشرب؟ قال عليه السّلام: نعم لا بأس به) (٣).

(٤) من العذرات و الأبول.

(٥) أى تحريم بول المحلل.

ص: ٣٤٦

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب الأطمعه المباحه حديث ٧.

و الأقوى جواز ما تدعو الحاجة إليه منه (١) إن فرض له نفع.

و ربما قيل: إن تحليل بول الإبل للاستشفاء اجماعى، و قد تقدم حكمه (٢) بتحريم الفرث من المحلل (٣)، و النقل (٤) عن ابن الجنيّد الكراهيّة كغيره (٥) من المذكورات.

و يمكن أن تكون النجسه (٦) صفه للأبوال خاصه حملا للعدره المطلقه على المعروف منها لغه و عرفا، و هي (٧) عذره الإنسان فيزول الإشكال عنها (٨) و يبقى الكلام فى البول (و كذا) يحرم (ما يقع فيه هذه النجاسات (٩) من المائعات) لنجاستها (١٠) بقليلها (١١) و إن كثرت (١٢)، (أو الجامدات (١٣) إلا بعد الطهاره (١٤) استثناء من الجامدات، نظرا إلى أن المائعات لا تقبل التطهير كما سيأتى (و كذا) يحرم (ما باشره الكفار) من المائعات، و الجامدات برطوبه و إن كانوا ذميه (١٥).

(١) من بول المحللّ و لا تخصيص فى بول الإبل.

(٢) أى حكم المصنّف.

(٣) فى المسأله الثانيه عند البحث فى مستثنيات الذبيحه.

(٤) أى و تقدم النقل عن ابن الجنيّد بكراهه الروث.

(٥) أى كغير الروث من مستثنيات الذبيحه.

(٦) الوارده صفه فى كلام المصنّف هنا.

(٧) أى العذره لغه و عرفا.

(٨) أى عن عباره المصنّف هنا إذ لم يذهب أحد إلى جواز تناول عذره ما يؤكل لحمه و إن كانت طاهره.

(٩) كالبول و العذره و الخمر و المسكر و الفقّاع.

(١٠) أى لنجاسه المائعات، و قد تقدم البحث فى كتاب الطهاره عن سرايه النجاسه إلى ملاقى النجس، فيحرم أكله حينئذ.

(١١) أى بقليل هذه النجاسات.

(١٢) أى كثرت المائعات.

(١٣) عطف على المائعات، و المعنى و ما تقع فيه هذه النجاسات من الجامدات فيحرم أكله، لأنّه متنجس بشرط سرايه النجاسه.

(١٤) أى إلا بعد طهاره الجامدات فيجوز أكله.

(١٥) بناء على نجاسه الكافر و لو كان من أهل الكتاب و قد تقدم البحث في ذلك كله في كتاب الطهاره.

ص: ٣٤٧

(الرابعه - يحرم الطين (١) بجميع أصنافه، فعن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه»، و قال الكاظم عليه السلام: «أكل الطين حرام مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير إلا طين قبر الحسين عليه السلام فإن فيه شفاء من كل داء، و أمنا من كل خوف» فلذا قال المصنف: (إلا طين قبر الحسين عليه السلام (٢) فيجوز (١) أى يحرم أكل الطين بجميع أصنافه بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أكل الطين فمات فقد أعان على نفسه) (١)، و خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الله عزّ و جلّ خلق آدم من طين فحرّم أكل الطين على ذريته) (٢)، و مرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام (الطين حرام كله كلحم الخنزير، و من أكله ثم مات منه لم أصلّ عليه) (٢) و خبر سعد بن سعد (سألت أبا الحسن الكاظم عليه السلام عن الطين فقال: أكل الطين حرام مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير إلا طين الحائر، فإن فيه شفاء من كل داء و أمنا من كل خوف) (٣) و الأخبار كثيره.

و المراد من الطين ما يشمل التراب و المدر حتى الرمل و الحجاره.

(٢) فيجوز تناول الطين من ترابه الإمام الحسين عليه السلام للاستشفاء، بلا خلاف فى ذلك للأخبار الكثيره.

منها: مرسل الواسطى عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث: (إلا طين القبر فإن فيه شفاء من كل داء، و من أكله بشهوه لم يكن له فيه شفاء) (٥)، و خبر سعد المتقدم، و خبر سماعه بن مهران عن أبى عبد الله عليه السلام (أكل الطين حرام على بنى آدم ما خلا طين قبر الحسين عليه السلام من أكله من وجع شفاه الله) (٦)، و خبر حنان بن سدير عن أبى عبد الله عليه السلام (من أكل من طين قبر الحسين عليه السلام غير مستشف به فكأنما أكل من لحومنا) (٧)، و المرسل عن الإمام الصادق عليه السلام (قال له رجل: إنى سمعتك تقول: إن ترابه الحسين عليه السلام من الأدوية المفردة، و أنها لا تمرّ بداء إلا هضمته، فقال: قد قلت ذلك فما بالك؟ قلت: إنى تناولتها فما انتفعت بها، قال: أما أن لها دعاء فمن تناولها و لم يدع به و استعملها لم يكذب ينتفع بها، فقال له: ما يقول إذا تناولها؟

قال: تقبلها قبل كل شىء و تضعها على عينيك، و لا تناول منها أكثر من حمصه، فإن من -

ص: ٣٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٨ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٧ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٥٩ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧)) الوسائل الباب - ٥٩ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٢ و ١ و ٤ و ٦.

الاستشفاء منه (لدفع الأمراض) الحاصله (بقدر الحمصه) المعهوده المتوسطه (فما دون) و لا يشترط فى جواز تناولها أخذها بالدعاء، و تناولها به (١)، لإطلاق النصوص و إن كان (٢) أفضل.

و المراد (٣) بطين القبر الشريف تربه ما جاوره من الأرض عرفا، و روى إلى أربعة فراسخ، و روى ثمانية، و كلما قرب منه كان أفضل، و ليس كذلك التربه -تناول منها أكثر من ذلك فكأنما أكل من لحومنا أو دمائنا، فإذا تناولت فقل: اللهم إني أسألك بحق الملك الذى قبضها و أسألك بحق النبى الذى حزنها، و أسألك بحق الوحى الذى حلّ فيها، أن تصلى على محمد و آل محمد، و أن تجعلها لى شفاء من كل داء و أمانا من كل خوف و حفظا من كل سوء، فإذا قلت ذلك فاشددها فى شىء، و اقرأ عليها إنا أنزلناه فى ليله القدر، فإن الدعاء الذى تقدم لأخذها هو الاستيدان عليها، و قراءه إنا أنزلناه ختمها(١)، و خبر أبى حمزه الثمالى عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث (أنه سئل عن طين الحائر هل فيه شىء من الشفاء؟ فقال: يستشفى ما بينه و بين القبر على رأس أربعة أميال - إلى أن قال - فإنها شفاء من كل داء و سقم، و جثّه مما تخاف، و لا يعد لها شىء من الأشياء التى يستشفى بها إلا الدعاء، و إنما يفسدها ما يخالطها من أوعيتها، و قله اليقين لمن يعالج بها - إلى أن قال - و لقد بلغنى أن بعض من يأخذ من التربه شيئا يستخف به، حتى أن بعضهم يضعها فى مخلامه البغل و الحمار، و فى وعاء الطعام و الخرج، فكيف يستشفى به من هذا حاله عنده(٢).

و مقتضى الأخبار المتقدمه عدم جواز تناول طين الحائر إلا للاستشفاء، و أن يكون بقدر الحمصه، نعم لا يوجد من اشترط الدعاء و قراءه إنا أنزلناه و نحو ذلك مما تقدم فى الأخبار فتحمل على الأفضليه جمعا بين الأخبار المتضمنه لذلك و بين الأخبار المطلقه.

(١) أى تناول الحمصه من تربه الحائر بالدعاء.

(٢) أى تناولها بالدعاء و أخذها به.

(٣) الكلام فى المحل الذى يؤخذ منه الطين الشريف، و لا ريب أن المنساق من النصوص هو تراب الضريح المقدس كما فى خبر يونس بن الربيع عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن عند رأس الحسين عليه السّلام لتربه حمراء، فيها شفاء من كل داء إلا السّام)(٣).

ص: ٣٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٥٩ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٩ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧٠ - من أبواب المزار حديث ١ من كتاب الحج.

المحترمه (١) منها (٢) فإنها (٣) مشروطه بأخذها من الضريح المقدس، أو خارجه كما مر (٤) مع وضعها عليه (٥)، أو أخذها بالدعاء (٦)، و لو وجد ترابه منسوبه -و كذا ما يقرب من القبر بحيث يلحق به عرفا، و فى مرسل سليمان بن عمر السراج عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام (يؤخذ طين قبر الحسين عليه السلام من عند القبر على سبعين ذراعا) (١)، و فى خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام (طين قبر الحسين عليه السلام فيه شفاء و إن أخذ على رأس ميل) (٢) و فى خبر الشمالى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام (يستشفى ما بينه و بين القبر على رأس أربعة أميال) (٣).

و فى مرسل الحجال عن أبى عبد الله عليه السلام (التربه من قبر الحسين عليه السلام على عشره أميال) (٤).

و عن على بن طاوس (أنه روى فرسخ فى فرسخ) (٥)، و فى مرفوعه منصور بن العباس (حرم الحسين عليه السلام خمس فراسخ من أربع جوانبه) (٦)، نعم نقل الشارح فى المسالك أنه روى إلى أربعة فراسخ، و فى الروضه هنا أنه روى إلى أربعة فراسخ و روى ثمانية، و لم يعثر على نص يدل عليهما كما اعترف بذلك غير واحد، هذا و الجمع بين الأخبار حملها على ترتبها بالفضل.

(١) التي لا يجوز تنجيسها.

(٢) أى التربه الحسينيه.

(٣) أى التربه المحترمه.

(٤) مما جاوره عرفا أو إلى أربعة فراسخ أو ثمانية فراسخ.

(٥) على الضريح المقدس.

(٦) أى بالدعاء المأثور كما تقدم فى بعض الأخبار، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث أشكل على هذا القول: (إن التعليق و الأخذ بالدعاء لا يحقق الإضافه) انتهى، و عليه فالمدار فى التربه المحترمه على التربه المنسوبه لسيد الشهداء صلوات الله و سلامه عليه من دون أى قيد أو شرط فى أخذها أو فى محلها.

ص: ٣٥٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب المزار حديث ٣ من كتاب الحج.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب المزار حديث ٩ من كتاب الحج.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٩ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب المزار حديث ٧ من كتاب الحج.

٥- (٥) بحار الأنوار ج ١٠١ ص ١٣١.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب المزار حديث ١ من كتاب الحج.

إليه عليه السّلام حكم باحترامها حملا على المعهود.

(و كذا) يجوز تناول الطين (الأرمني) (١) لدفع الأمراض المقرر عند الأطباء نفعه منها (٢)، مقتصرًا منه على ما تدعو الحاجة إليه بحسب قولهم (٣) المفيد (٤) للظن، لما فيه (٥) من دفع الضرر المظنون، و به روايه حسنه، و الأرمني (٦) طين معروف يجلب من أرمينية (٧) يضرب لونه إلى الصفرة، ينسحق بسهولة. يجبس الطبع و الدم، و ينفع البثور (٨) و الطواعين (٩) شربا و طلاء، و ينفع في الوباء إذا بلّ بالخل و استنشق رائحته. و غير ذلك من منافع المعروفه في كتب الطب.

الخامسه - يحرم السمّ

(الخامسه - يحرم السمّ (١٠) بضم السين (كله) بجميع أصنافه جامدا كان، أم (١) والأصل فيه خبر أبي حمزه عن أبي جعفر عليه السّلام (إن رجلا شكّا إليه الزحير فقال له:

خذ من الطين الأرمني، و أقله بنار لينه و استف منه، فإنه يسكن عنك) (١) و المرسل الآخر عنه عليه السّلام (أنه قال في الزحير: تأخذ جزءا من خريق أبيض و جزءا من بذر القطونا و جزءا من صمغ عربي و جزءا من الطين الأرمني يغلى بنار لينه و يستف منه) ٢ و مرسل الطبرسي في مكارم الأخلاق (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن طين الأرمني يؤخذ منه للكسير و المبطون أ يحل أخذه؟ قال: لا بأس به، إما أنه من طين قبر ذى القرنين، و طين قبر الحسين عليه السّلام خير منه) ٣.

فيجوز تناوله للعلاج، و يترتب عليه منافع كثيره خصوصا في زمن الوباء و الإسهال مما هو مذكور في كتب الطب، و قالوا: بأنه حار مع أن كل طين بارد.

(٢) أي من الأمراض.

(٣) أي قول الأطباء.

(٤) صفه لقولهم.

(٥) في الطين الأرمني.

(٦) بفتح الميم.

(٧) بكسر الميم بلد معروف.

(٨) و هي ما تخرج على الجلد عند التهابه.

(٩) جمع طاعون.

(١٠) و السم بالضم و قيل: إن أصله الفتح، و قد ضم ليفرق بينه و بين سم الخياط و السم القاتل -

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٦٠ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١ و ٢ و ٣ .

مائعاً إن كان يقتل قليلاً، وكثيره (و لو كان كثيره يقتل) دون قليله كالافيون (١) و السقمونيا (٢) (حرم) الكثير القاتل، أو الضار (دون القليل) هذا (٣) إذا أخذ منفرداً، أما لو أضيف إلى غيره فقد لا- يضر منه الكثير كما هو معروف عند الأطباء. و ضابط المحرّم (٤) ما يحصل به الضرر على البدن، و إفساد المزاج.

السادسه - يحرم الدم المسفوح

(السادسه - يحرم الدم المسفوح (٥) أى المنصب من عرق بكثره من سفحت -محرم بجميع أصنافه مائعاً كان أو جامداً و قليلاً كان أو كثيراً. بلا خلاف فيه، للنهى عن قتل النفس كما فى قوله تعالى: **وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** (١)، و فى قوله تعالى:

وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا (٢)، و خبر تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث: (و ما كان من صنوف البقول مما فيه المضره على الإنسان فى أكله نظير بقول السموم القاتله و نظير الدفلى و غير ذلك من صنوف السم القاتل فحرام أكله) (٣).

و يحرم السم المضرّ غير القاتل بلا خلاف فيه لمرسل تحف العقول عن أبى عبد الله عليه السّلام (كل شىء يكون فيه المضره على الانسان فى بدنه و قوته فحرم أكله إلا فى حال الضروره) (٤).

نعم ما كان لا- يقتل أو لا- يضر قليله دون كثيره كالأفيون و الحنظل فتقيده الحرمة بالقدر الذى يحصل به الضرر أو القتل، و المرجع فى القدر المضرّ أو القاتل إلى ما يعلمه بالتجربه أو يخبره به عارف يفيد قوله الظن، فالمدار على الظن بالضرر أو القتل.

هذا من جهه و من جهه أخرى فضايط الضرر المحرّم ما كان الضرر على البدن أو ما أفسد المزاج على وجه يظهر ضرره فى التصرفات العقلانيه.

(١) و هو الترياق.

(٢) و هو نبت مسهل شديد، لا يستعمل إلا بالمصلحات، و شرب جزء منه مع اللبن على الريق عجيب الأثر فى دفع ديدان البطن على ما قيل.

(٣) أى الحكم بحرمة السم القاتل أو الضارّ.

(٤) من السمّ الضارّ.

(٥) الدم المسفوح هو الذى يخرج بقوه عند قطع عرق الحيوان أو ذبحه، من سفحت الماء إذا-

ص: ٣٥٢

٢-٢) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٣-٣) الوسائل - الباب ٤٢ - من أبواب الأئمة المباحة حديث ١.

٤-٤) الوسائل - الباب ٤٢ - من أبواب الأئمة المباحة حديث ١.

الماء إذا اهرقته (و غيره (١) كدم القراد (٢) و إن لم يكن) الدم (نجسا)، لعموم «حرمت عليكم الميتة و الدّم» (٣) و لاستخباثه (٤) (أما ما يتخلف في اللحم) مما لا يقذفه -صبيته، فالمسفوح هو المصبوب، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُّ وَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ (١)، و قوله تعالى: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَّ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ (٢)، و قوله تعالى: قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ (٣)، و للأخبار الكثيرة التي تقدم بعضها في مستثنيات الذبيحة.

و عليه فالدم المتبقى من الذبيحة في العروق مما يجوز أكله لأنه غير مسفوح، بلا خلاف فيه و لاستلزام تحريمه العسر و الحرج المنفيين شرعا لعدم خلو اللحم عنه و إن غسل مرارا.

نعم ما كان غير مسفوح من دم ما يؤكل لحمه و هو غير ذى النفس كدم السمك فعن جماعه منهم العلامة في المختلف و المحقق في المعبر و ابنا زهره و إدريس أنه حلال فيجوز أكل السمك بدمه بل ادعى في المعبر الإجماع عليه لأن المحرم في الأكل من الدم هو المسفوح فقط للآية المتقدمة، و عن الأئمة أكثر الحرمة للاستخباث، و فيه أن الدم الباقي في داخل السمك المختلط مع لحمه لا إشكال في عدم خباثته، نعم لو استخرج و اجتمع في محل لكان من مصاديق الخبيث.

و أما الدم من غير ما كول اللحم سواء كان من ذوات النفس السائلة أم لا، و سواء كان مسفوحا أم لا فهو مما يحرم أكله لأنه نجس.

(١) أى و غير الدم المسفوح، و هو دم الحيوان من غير ذوات النفس السائلة، سواء كان مما يجوز أكله أو لا، و قد عرفت ما فى التعميم من ضعف.

(٢) على وزن الغراب، دويبه صغيره تتعلق بالبعير و نحوه.

(٣) سورة المائدة، آية: ٣، و فيه أن هذه العمومات مطلقة فلا بد من حملها على المقيد و هو آية الأنعام و هى قوله تعالى: إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ (٤).

(٤) و فيه عدم الخباثه إذا كان مما يؤكل لحمه من غير ذوات النفس السائلة و ما زال فى الداخل لم يخرج، و العرف هو الحاكم.

ص: ٣٥٣

١- (١) سورة المائدة، الآية: ٣.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ١٧٣.

٣- (٣) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

٤- (٤) سورة الأنعام، الآية: ١٤٥.

المذبوح (فطاهر من المذبوح) حلال (١)، و كان عليه (٢) أن يذكر الحل (٣)، لأن البحث إنما هو فيه (٤)، و يلزمه (٥) الطهاره إن لم يذكرها معه.

و احترز بالمتخلف فى اللحم عما يجذبه النفس إلى باطن الذبيحه فإنه (٦) حرام نجس (٧)، و ما يتخلف فى الكبد و القلب طاهر أيضا (٨)، و هل هو (٩) حلال كالمتخلف فى اللحم وجه (١٠)؟

و لو قيل بتحريمه كان حسنا، للعموم (١١).

و لا فرق فى طهاره المتخلف فى اللحم بين كون رأس الذبيحه منخفضا عن جسدها، و عدمه، للعموم (١٢) خصوصا بعد استثناء (١٣) ما يتخلف فى باطنها فى غير اللحم (١٤).

السابعه - أن المائعات النجسه غير الماء لا تطهر

(السابعه - الظاهر: أن المائعات النجسه غير الماء (١٥) كالدبس و عصيره (١) أى يجوز أكله بالاتفاق كما تقدم.
(٢) أى على المصنف.

(٣) أى حل الدم المتخلف فى الذبيحه، لأن البحث هنا فى الحل لا فى الطهاره.

(٤) فى الحل.

(٥) أى و يلزم الحل الطهاره، إن لم يذكر المصنف الطهاره معه.

(٦) أى فإن المنجذب.

(٧) لأنه من جمله أفراد الدم المسفوح، غايته قد انجذب إلى الداخل بالنفس و تخلف فى الذبيحه لعارض.

(٨) كطهاره الدم المتخلف فى الذبيحه.

(٩) أى المتخلف فى الكبد و القلب.

(١٠) لأنه غير مسفوح.

(١١) أى عموم ما دل على حرمه الدم، و فيه أنه مقيد بالمسفوح كما تقدم.

(١٢) أى عموم طهاره غير المسفوح.

(١٣) أى بعد الاستثناء من حرمه الدم.

(١٤) كالمتخلف فى القلب و الكبد.

(١٥) إذا وقع شىء من النجاسه كالدّم و البول و العذره فى شىء، فإن كان ذلك الشىء مائعا تنجس على ما تقدم فى كتاب الطهاره، و حرم أكله بلا- خلاف فيه و لا- إشكال لحرمة تناول المتنجس كحرمة تناول النجس، و لا طريق إلى تطهيره ما عدا الماء، لعدم تحقق -

ص: ٣٥٤

و اللبن و الادهان و غيرها (لا- تطهر) بالماء و إن كان كثيرا (ما دامت كذلك) أى باقيه (١) على حقيقتها، بحيث (٢) لا تصير باختلاطها بالماء الكثير ماء مطلقا، لأن الذى يطهر بالماء شرطه وصول الماء إلى كل جزء من النجس، و ما دامت (٣) متميزه كلها أو بعضها لا يتصور وصول الماء إلى كل جزء نجس، و إلا (٤) لما بقيت كذلك (٥).

هذا إذا وضعت فى الماء الكثير، أما لو وصل الماء بها و هى (٦) فى محلها فأظهر فى عدم الطهاره قبل أن يستولى عليها أجمع (٧)، لأن (٨) أقل ما هناك (٩) أن محلها نجس (١٠)، لعدم (١١) إصابه الماء المطلق له (١٢) أجمع فينجس ما اتصل به (١٣) - الغسل فيه عرفا لأن المعتبر فى تطهير المتنجس أن يصيب الماء الطاهر كل جزء من أجزاء المتنجس، و ما دام المائع متميزا باقيا على حقيقته أو بعضه لا- يكون الماء مستوعبا لذلك المتميز، إلا إذا انقلب المائع المتنجس إلى الماء عند اتصال الماء الكثير به فيطهر للاستحاله حينئذ. و أما إذا كان المتنجس ماء فيطهر باتصال الكثير فيه، لصدق الكثير غير المنفعل على الجميع، و هذا الكثير طاهر كما تقدم دليله فى كتاب الطهاره.

و عن العلامه قول بطهاره المائع المتنجس مع بقاء المائع على حقيقته، و هو قول بعيد لأنه لا يحصل التطهير إلا بوصول الماء إلى جميع الأجزاء، و هذا ما يقضى زوال اسم المائع و يصير معه ماء مطلقا، و معه تنتفى فائده تطهير المائع مع بقاء اسمه.

(١) أى المائعات باقيه على حقيقتها و ماهيتها.

(٢) تفسير لبقائها على حقيقتها.

(٣) أى المائعات المتنجسه.

(٤) أى و إن وصل الماء إلى كل جزء.

(٥) بل صارت ماء مطلقا.

(٦) أى المائعات المتنجسه.

(٧) و لا يستولى عليها الماء إلا إذا خرجت عن حقيقتها و صارت ماء مطلقا.

(٨) تعليل للأظهرية.

(٩) إذا اتصل الماء بها و هى فى محلها.

(١٠) و إن اتصل الماء بها، فما يطهره الماء على تقدير حصول الطهاره ينجسه المحل.

(١١) تعليل لنجاسه المحل.

(١٢) للمحل.

(١٣) بالمحل.

ص: ٣٥٥

منها (١) و إن كثر (٢)، لأن شأنها (٣) إن تنجس بإصابه النجس لها مطلقا (٤).

و توهم طهاره محلها (٥)، و ما لا يصيبه الماء منها (٦) بسبب إصابته لبعضها (٧) فى غاية البعد (٨)، و العلامه فى أحد قوله أطلق الحكم بطهارتها (٩)، لمتازتها المطلق (١٠) و إن خرج (١١) عن إطلاقه (١٢)، أو بقى اسمها (١٣)، و له قول آخر بطهاره الدهن خاصه (١٤) إذا صبّ فى الكثير (١٥)، و ضرب فيه (١٦) حتى اختلطت أجزاءه به (١٧)، و إن اجتمعت بعد ذلك على وجهه (١٨).

و هذا القول متجه على تقدير فرض اختلاط جميع أجزائه (١٩) بالضرب و لم يخرج الماء المطلق عن إطلاقه.

(١) من المائعات.

(٢) أى كثر المتصل من المائعات بالمحل.

(٣) أى شأن المائعات.

(٤) سواء كانت المائعات قليله أو كثيره.

(٥) أى محل المائعات.

(٦) من المائعات.

(٧) أى بسبب إصابه الماء لبعض المائعات.

(٨) و وجهه واضح إذ كيف يطهر المتنجس مع عدم وصول الماء إليه.

(٩) أى بطهاره المائعات و المراد تطهيرها بالماء.

(١٠) أى الماء المطلق.

(١١) أى الماء.

(١٢) بأن صار مضافا بسبب الممازجه.

(١٣) أى اسم المائعات عند اتصال الماء بها.

(١٤) دون بقية المائعات المتنجسه.

(١٥) أى فى الماء الكثير غير المنفصل بالنجاسه.

(١٦) أى و ضرب الدهن فى الماء.

(١٧) بالماء.

(١٨) أى على وجه الماء.

(١٩) أى جميع أجزاء الدهن المتنجس، و لا- تختلط جميع أجزائه بالماء ما دام يصدق على كل جزء أنه دهن، فلا- بد من الاستحاله حتى يحكم بحصول التطهير.

ص: ٣٥٦

و أما الماء (١) فإنه يطهر باتصاله بالكثير ممازجا له (٢) عند المصنف أو غير ممازج على الظاهر سواء صبّ في الكثير، أو وصل الكثير به و لو في آنية ضيقه الرأس مع اتحادهما (٣) عرفا، أو علوّ الكثير (٤).

(و تلقى النجاسه و ما يكتنفها و يلاصقها من الجامد (٥) كالسمن و الدبس في بعض الأحوال (٦). و العجين، و الباقي طاهر على الأصل، و لو اختلفت أحوال المائع كالسمن في الصيف و الشتاء فلكل حاله حكمها. و المرجع في الجمود و الميعان إلى العرف (٧)، لعدم تحديده شرعا.

الثامنة - تحريم البان الحيوان المحرّم لحمه

(الثامنة - تحريم البان الحيوان المحرّم لحمه (٨) كالهرة و الذئبه و اللبوه (و يكره) (١) أى الماء المطلق الذى تنجس فإنه يمكن تطهيره على ما تقدم.

(٢) أى للكثير، فلا يكفى مطلق الاتصال.

(٣) أى اتحاد الكثير و المتنجس.

(٤) و قد تقدم البحث فى كيفية تطهير الماء المتنجس فى كتاب الطهاره فراجع.

(٥) ما تقدم إنما كان عن الشئ المتنجس إذا كان مائعا، و أما إذا كان جامدا و كانت نجاسته بسبب وقوع بعض النجاسات فيه، ألقيت النجاسه منه و كشط ما يكتنفها و يحل الباقي بلا خلاف فيه، لعدم سرايه النجاسه إليه، و لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا وقعت الفأره فى السمن فماتت فإن كان جامدا فألقها و ما يليها، و كل ما بقى، و إن كان ذائبا فلا تأكله) (١) و مثله غيره من الأخبار.

(٦) إذا كانت جامده بسبب فصل الشتاء.

(٧) و فسّر بأن الجامد إذ أخذت منه شيئا يبقى مكانه فارغا بخلاف المائع.

(٨) اللبن تابع للحيوان فى الحل و الحرمة و الكراهه، بلا خلاف فيه لخبر داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الشاه و البقره ربما درّت من اللبن من غير أن يضربها الفحل، و الدجاجه ربما باضت من غير أن يركبها الديكه؟ فقال عليه السّلام: هذا حلال طيب كل شئ يؤكل لحمه فجميع ما كان منه من لبن أو بيض أو أنفحه فكل ذلك حلال طيب، و ربما يكون هذا من ضربه الفحل و يبطنى و كل هذا حلال) (٢)، و مفهومه دال على تبعيه اللبن للحيوان حرمة أو كراهه.

ص: ٣٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤٣ - أبواب الأطمعه المحرمه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - أبواب الأطمعه المباحه حديث ٢.

(لبن المكروه لحمه كالأتن) بضم الهمزة و التاء و بسكونها جمع اتان بالفتح: الحماره ذكرا أو أنثى، و لا يقال فى الأنثى: اتانه.

التاسعه - المشهور استبراء اللحم المجهول ذكاته

(التاسعه - المشهور) بين الأصحاب بل قال فى الدروس: إنه كاد أن يكون إجماعا (استبراء (١) اللحم المجهول ذكاته) لوجدانه (٢) مطروحا (بانقباضه (٣) بالنار) عند طرحه فيها (فيكون مذكى، و إلا) ينقبض بل انبسط و اتسع و بقى على حاله (فميتته). و المستند روايه شعيب عن الصادق عليه السلام «فى رجل دخل قريه فأصاب بها لحما لم يدر أ ذكى هو أم ميت قال: فاطرحه على النار فكلما انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت»، و عمل بمضمونها المصنف فى الدروس، و ردها العلامه و المحقق فى أحد قوليه، لمخالفتها للأصل. و هو (٤) عدم التذكيه، مع أن فى طريق الروايه ضعفا.

(١) أى اختبار.

(٢) تعليل لمجهوليّه ذكاته.

(٣) متعلق بقوله (استبراء اللحم) و المعنى أن اختبار اللحم المجهول التذكيه إنما يكون بعرضه على النار فما انقبض فهو مذكى و ما انبسط فهو ميتة على المشهور لخبر إسماعيل بن عمر عن شعيب عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل دخل قريه فأصاب بها لحما لم يدر أ ذكى هو أم ميت؟ فقال عليه السلام: فاطرحه على النار فكلما انقبض فهو ذكى و كلما انبسط فهو ميت) (١) و إسماعيل واقفى و شعيب مشترك بين الثقة و غيره إلا أن الخبر منجبر بعمل الأصحاب هذا من جهه و من جهه أخرى لا يحكم بحل اللحم و عدمه باختبار بعضه، بل لا بد من اختبار كل قطعه منه على حده إذا وجدته مقطعا و يلزم لكل واحده منها حكمها لاحتمال أن يكون قد اقتطع من الحيوان شيئا ثم ذبحه.

نعم توقف المحقق فى النافع و العلامه فى القواعد و الفخر فى الإيضاح فى العمل بالخبر، و مالوا إلى تحريم اللحم المذكور لأصاله عدم تذكيته، و مال الشهيد فى الدروس إلى تعديه هذه العلامه إلى اللحم الذى اختلط المذكى منه بالميت و لم يتميز، و قد تقدم الكلام فيه و أنه قياس لا نقول به. على أنه قياس مع الفارق.

(٤) أى الأصل إذ عند الشك الأصل عدم التذكيه.

ص: ٣٥٨

و الأقوى تحريمه (١) مطلقا (٢)، قال فى الدروس تفرىعا على الروايه: و يمكن اعتبار المختلط (٣) بذلك (٤)، إلا أن الأصحاب و الأخبار (٥) أهملت ذلك (٦). و هذا الاحتمال (٧) ضعيف، لأن (٨) المختلط يعلم أن فيه ميتا يقينا (٩)، مع كونه (١٠) محصورا. فاجتناب الجميع (١١) متعين، بخلاف ما يخطر بباله بآجمعه مذكى (١٢) فلا يصح حمله عليه (١٣) مع وجود الفارق.

و على المشهور (١٤) لو كان اللحم قطعا متعدده فلا بد من اعتبار كل قطعه على حده، لإمكان كونه (١٥) من حيوان متعدد، و لو فرض العلم بكونه (١٦) متحدا جاز (١) أى تحريم اللحم المذكور.

(٢) سواء انبسط أم انقبض.

(٣) و هو الذى اختلط المذكى فيه بالميتة.

(٤) أى بعرضه على النار فما انقبض فهو المذكى و ما انبسط فهو الميتة.

(٥) أى الأخبار الواردة فى حكم المختلط كصحيح الحلبي (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا اختلط الذكى بالميت باعه ممن يستحل الميتة و أكل ثمنه) (١) و مثله حسنته الأخرى عنه عليه السلام ٢.

(٦) أى عرض المختلط على النار.

(٧) من إلحاق المختلط بالمجهول تذكيره.

(٨) تعليل لضعف الاحتمال.

(٩) مع أن المجهول لا يعلم بوجود الميتة فيه يقينا.

(١٠) أى كون المختلط.

(١١) أى جميع المختلط.

(١٢) و هو المجهول فلا يجب الاجتناب عنه على تقدير تذكيره.

(١٣) أى فلا يصح حمل المختلط على المجهول.

(١٤) و هو استبراء اللحم المجهول بالانقباض و الانبساط بعرضه على النار.

(١٥) أى كون المتعدد.

(١٦) أى بكون المتعدد.

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣٦ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١ و ٢.

اختلاف حكمه بأن يكون قد قطع بعضه منه قبل التذكيه (١).

ولا فرق (٢) على القولين (٣) بين وجود محل التذكيه و رؤيته مذبوحا أو منحورا، و عدمه (٤)، لأن (٥) الذبح و النحر بمجردهما لا يستلزمان الحل لجواز تخلف بعض الشروط (٦). و كذا (٧) لو وجد الحيوان غير مذبوح و لا منحور. لكنه مضروب بالحديد فى بعض جسده (٨)، لجواز (٩) كونه قد استعصى فذكى كيف اتفق حيث يجوز فى حقه ذلك (١٠)، و بالجمله فالشرط إمكان كونه مذكى على وجه يبيح لحمه (١١).

العاشره - لا يجوز استعمال شعر الخنزير

(العاشره - لا يجوز استعمال شعر الخنزير (١٢)...

(١) فيكون مبانا من حى و هو بحكم الميتة.

(٢) فى إجراء العلامه بالنار.

(٣) أى قول المشهور من اختصاص علامه النار بالمجهول و قول الدروس من تعميم العلامه للمختلط.

(٤) أى و عدم وجود محل التذكيه لقطع رأسه.

(٥) تعليل لتعميم العلامه.

(٦) أى بعض شروط الحليه كالتسميه و الاستقبال و إسلام الذابح و إن تحقق الذبح أو النحر.

(٧) أى و كذا تجرى العلامه بالنار.

(٨) فلا يحكم عليه بأنه ميتة.

(٩) تعليل لعدم الحكم بكونه ميتة.

(١٠) من الضرب فى الحديد فى بعض جسده.

(١١) و هذا الإمكان موجود فى الحيوان الذى مات من غير ذبح و لا نحر و لكن وجدت آثار الضرب بالحديد فى بعض جسده.

(١٢) ذهب المرتضى إلى طهاره ما لا تحله الحياه من الخنزير كالشعر و غيره، و عليه فيجوز استعمال شعره لغير ضروره لأنه طاهر، و قد تقدم ضعفه فى كتاب الطهاره.

و ذهب المشهور إلى نجاسه ما لا تحله الحياه من الخنزير، و عليه فلا يجوز استعمال شعره و لا غيره من أجزائه، لأنه نجس و قد تقدم حرمه الانتفاع بالنجس مطلقا.

نعم مع الاضطرار استعمال من شعره ما لا دسم فيه لخبر برد الإسكاف عن أبي عبد الله عليه السلام قلت له: إني رجل خراز لا يستقيم عملنا إلا بشعر الخنزير نخرز به، قال: خذ منه وبره فاجعله في فخاره ثم أوقد تحتها حتى يذهب دسمه ثم اعمل -

ص: ٣٦٠

كغيره (١) من أجزائه مطلقاً (٢)، وإن حلت (٣) من الميتة غيره (٤)، و مثله (٥) الكلب (فإن اضطر إلى استعمال شعر الخنزير استعمال ما لا دسم فيه، و غسل يده) بعد الاستعمال، و يزول عنه (٦) الدسم بأن يلقى (٧) في فخّار، و يجعل في النار حتى - به (١)، و قرينه الضرورة قوله: لا- يستقيم عملنا، و خبره الآخر (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جعلت فداك إنا نعمل بشعر الخنزير، فربما نسى الرجل فصلّى و في يده شيء منه، قال: لا ينبغي أن يصلّى و في يده شيء منه، و قال: خذوه فاغسلوه فما كان له دسم فلا تعملوا به، و ما لم يمكن له دسم فاعملوا به و اغسلوا أيديكم منه)٢، و خير سليمان الإسكاف (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شعر الخنزير نخرز به، قال: لا بأس به، و لكن يغسل يده إذا أراد أن يصلّى) (٢) و خبر الحسين بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام (قلت: شعر الخنزير يجعل حبلاً يستقى به من البئر التي يشرب منها أو يتوضأ فقال: لا بأس به) (٣)، و خبر ثالث لبرد الإسكاف (عن شعر الخنزير يعمل به؟ قال: خذ منه فاغسله بالماء حتى يذهب ثلثه و يبقى ثلثاه، ثم اجعله في فخاره ليله بارده، فإن جمد فلا تعمل به، و إن لم يجمد ليس عليه دسم فاعمل به، و اغسل يدك إذا مسسته عند كل صلاه) (٤).

و هذه الأخبار مطلقه إلا أنها محمولة على الضرورة جمعاً بينها و بين الخبر الأول هذا من جهة و من جهة أخرى فالجواز متوقف على ما لا- دسم فيه و منها تعرف ضعف ما ذهب إليه جماعه منهم العلامة في المختلف من جواز استعمال شعر الخنزير لغير ضروره.

(١) أي كغير الشعر.

(٢) سواء كانت مما تحله الحياه أم لا.

(٣) أي تلك الأجزاء.

(٤) أي غير الخنزير، و المعنى أنه يجوز استعمال الأجزاء التي لا تحلها الحياه من ميتة غير الخنزير، لأنها طاهره.

(٥) أي و مثل الخنزير.

(٦) عن شعر الخنزير.

(٧) أي شعر الخنزير.

ص: ٣٤١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٣ و ٤ من كتاب التجاره.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث من أبواب النجاسات حديث ٣ من كتاب الطهاره.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٤.

٤- ((٥)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢ من كتاب التجاره.

يذهب دسمة رواه برد الإسكاف عن الصادق عليه السلام.

وقيل: يجوز استعماله مطلقا (١)، لإطلاق روايه سليمان الاسكاف، لكن فيها (٢) أنه يغسل يده إذا أراد أن يصلي، و الاسكافان مجهولان، فالقول بالجواز مع الضروره حسن، و بدونها (٣) ممتنع، لإطلاق (٤) تحريم الخنزير الشامل (٥) لموضع النزاع و إنما يجب غسل يده (٦) مع مباشرته (٧) برطوبه (٨) كغيره (٩) من النجاسات.

الحاديه عشره – لا يجوز لأحد أن يأكل من مال غيره

(الحاديه عشره – لا يجوز) لأحد (أن يأكل من مال غيره (١٠) ممن يحترم ماله (١) عند الضروره و غيرها.

(٢) في روايه سليمان الإسكاف.

(٣) أي بدون الضروره.

(٤) الإطلاق إنما هو لتحريم الميتة و النجس و قد تقدم سابقا، و لا يوجد ما يدل على تحريم الخنزير بخصوصه و إن ادعى ابن إدريس تواتر الأخبار بذلك، و لكن لا- يوجد خير واحد بالخصوص فلذا قال في المسالك: (حتى ادعى ابن إدريس تواتر الأخبار بتحريم استعماله - الخنزير - و هو عجيب لأننا لم نقف منها على شيء) انتهى و قال في الجواهر: (و إلى ما عن السرائر من دعوى تواتر الأخبار به و إن كنا لم نظفر بخبر واحد كما اعترف به في كشف اللثام) انتهى.

(٥) على فرض ورود النهي عن الخنزير، فالتحريم المنسوب إلى عين خارجيه يراد منه أقرب المجازات إلى الحقيقه، و أقرب المجازات هو تحريم جميع ضروب الانتفاع بالعين بما فيه استعمال شعر تلك العين.

(٦) أي يد المستعمل لشعر الخنزير.

(٧) أي مباشره شعر الخنزير.

(٨) لتتحقق سريان النجاسه، و في هذا رد على الماتن حيث حكم بوجوب غسل يد المستعمل من دون التقييد بالرطوبه، و لعل الماتن ترك القيد لوضوحه.

(٩) أي كغير شعر الخنزير.

(١٠) الأصل يقتضى تحريم التصرف في مال الغير بغير إذنه، سواء كان التصرف أكلا أم لا لقوله تعالى: (لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ) (١) و النبوى (المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه) (٢)، و التوقيع الشريف عن مولانا-

١- (١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٢- (٢) سنن ابن ماجه المجلد الثاني حديث: ٣٩٣٣ ص ١٢٩٨ طبع ١٣٧٣.

و إن كان كافراً، أو ناصبياً، أو غيره من الفرق بغير إذنه، لقبح التصرف (١) في مال الغير كذلك (٢)، ولأنه (٣) أكل مال بالباطل (٤) و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «المسلم على المسلم حرام دمه، و ماله، و عرضه» (إلا من بيوت من تضمنته الآية) و هي (٥) قوله تعالى:

وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ -الْحِجَّةِ عَجَلُ اللَّهِ تَعَالَى فَرَجَهُ (لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه) (١)، و صحيح زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم في حديث: (لا يحل دم امرئ مسلم و لا ماله إلا بطيئه نفسه) (٢) و مثله كثير.

و هذا لا يفرق فيه بين فرق المسلمين و إن كانوا أهل بدعه، بل و لا يفرق فيه بين من يحترم ماله و إن كانوا كافرا كأهل الذمه و المعاهدين على احترام مالهم، و لكن لا يشمل الحربى و الناصبى ممن لم يحترم ماله كعدم احترام دمه و قد تقدم البحث فى مال الناصبى فى كتاب الخمس و فى مال الحربى فى كتاب الجهاد هذا من جهه و من جهه أخرى يستثنى من عموم حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه أمران: الأول: الأكل من بيوت من تضمنته الآية الآتية، الثانى: الأكل مما يمر به الإنسان، و سيأتى البحث فيهما.

(١) إشاره إلى أن العقل حاكم بهذا القبح.

(٢) أى بغير إذنه.

(٣) أى التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(٤) و أكل المال بالباطل منهى عنه بقوله تعالى: وَ لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ (٣).

(٥) أى الآية و هي قوله تعالى: لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ، وَ لَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ، وَ لَا عَلَى الْمُرِيضِ حَرْجٌ، وَ لَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ، أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ، أَوْ مَا مَلَكَتُمْ أَيْمَانُهُمْ، أَوْ صَدِيقِكُمْ، لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعاً أَوْ أَشْتَاتاً (٤).

ص: ٣٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - أبواب الأئمة المحرمه حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٣.

٣- (٣) سورة النساء، الآية: ٢٩.

٤- (٤) سورة النور، الآية: ٦١.

أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ) (١)، فيجوز الأكل من بيوت المذكورين مع حضورهم، وغيبتهم (٢) إلا مع علم الكراهه (٣) و لو بالقرائن الحاليه بحيث تثمر (٤) الظنّ الغالب بالكراهه، فإن ذلك (٥) كاف في هذا و نظائره، و يطلق عليه العلم كثيرا.

و لا فرق بين ما يخشى (٦) فساده في هذه البيوت، و غيره (٧)، و لا بين (١) سورة النور، الآية: ٦١.

(٢) لإطلاق الآية المتقدمه.

(٣) يجوز الأكل من بيوت المذكورين بشرط عدم العلم بالكراهه، بلا خلاف فيه مع أن الآية مطلقه تشمل صوره العلم بالكراهه لكن لا- بدّ من تقييد الآية اقتصارا فيما خالف الأصل على المتيقن، و يكفي معرفه الكراهه و لو بالقرائن الحاليه المفيده للظنّ الغالب بها، لأنه علم عادى.

(٤) أى القرائن الحاليه.

(٥) أى الظنّ الغالب كاف في معرفه الكراهه و نحوها، لأنه علم عادى و لذا يطلق عليه العلم كثيرا.

(٦) كالمرق.

(٧) كالتمر، هذا و اعلم أن المشهور على عدم الفرق بين ما يخشى فساده في هذه البيوت و غيره عملا- بإطلاق الآية، و عن بعضهم و هو غير معروف كما فى الرياض و هو الصدوق فى المقنع كما فى كشف اللثام و الجواهر تقييد جواز الأكل بما يخشى فساده فقط، و مستنده غير واضح، مع أن النصوص صريحه فى رده كخبر زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى قول الله عزّ و جلّ: أَوْ صَدِيقِكُمْ، فقال: هؤلاء الذين سمى الله عزّ و جلّ فى هذه الآية تأكل بغير إذنهم من التمر و المأدوم، و كذلك تأكل المرأه بغير إذن زوجها، و أما ما خلا ذلك من الطعام فلا) (١) و لا ريب أن التمر مما لا يخشى فساده.

نعم ليس له دليل إلا- الفقه الرضوى (و لا- بأس للرجل أن يأكل من بيت أبيه و أخيه و أخته و أمه و صديقه مما لا يخشى عليه الفساد من يومه بغير إذنه مثل البقول و الفاكهه و أشباه ذلك) (٢)، و هو مما لم تثبت حجتيه نعم قيل إنه مصنفاً والد الصدوق الذى لا-

ص: ٣٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب المائده حديث ٢.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب المائده حديث ١.

دخوله بإذنه (١)، و عدمه. عملا بإطلاق الآيه، خلافا لابن إدريس فيهما (٢).

و يجب الاقتصار على مجرد الأكل (٣)، فلا- يجوز الحمل، و لا إطعام الغير، و لا الإفساد بشهاده الحال، و لا يتعدى الحكم (٤) إلى غير البيوت من أموالهم، -يفتى إلا بمتون الأخبار، فيكون من المراسيل و لكن لا جابر له، لأن المشهور على خلافه.

(١) أى و لا- فرق بين دخول الأكل بإذن صاحب البيت و عدمه كما عن الأكثر لإطلاق الآيه المتقدمه، و عن الحلّى فى السرائر تقييد جواز الأكل بكون الدخول بإذن صاحب البيت و أنه يحرم الأكل مع الدخول بدون الاذن، و مال إليه الفاضل المقداد فى التنقيح، لأن النهى عن الدخول بغير الاذن مستلزم للنهى عن الأكل، لأن النهى عن اللازم نهى عن ملزومه، و لأن الأكل المذكور على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و هو الاذن بالدخول، و لأن الاذن بالدخول قرينه على الاذن بالأكل و حيث لا إذن فلا قرينه فلا يجوز.

و يردّ الأول منع التلازم بين النهى عن اللازم و النهى عن ملزومه إذ لا مانع من كون الدخول حراما و لكن بعد ما يدخل يجوز له الأكل، و يردّ الثانى إطلاق الآيه الشامل لصوره عدم الاذن، و هو الموجب للخروج عن الأصل، و مع إطلاق الدليل لا وجه للاقتصار على المتيقن، و يردّ الثالث بأن جواز الأكل غير مقيد بإحراز الاذن بالدخول لإطلاق الآيه المتقدمه.

(٢) فى الفرعين من خشية الفساد و عدمه و من الدخول بإذنه و عدمه، حيث جَوَزَ الأكل بما يخشى فساده و بما إذا كان مع الاذن بالدخول.

(٣) الحليه مختصه بالأكل فلا- يجوز أن يحمل شيئا من البيوت و لا يجوز له أن يطعم الغير منها أو يتصدق به، و لا يجوز له أن يفسد شيئا منها، حيث خصّت الآيه الحليه بالأكل فيقتصر عليه، و الباقي على الأصل من عدم جواز التصرف بمال الغير بغير إذنه، و لخبر زراره سألت أحدهما عليهما السّلام عن الآيه فقال: (ليس عليكم جناح فيما أظعمت أو أكلت مما ملكت مفاتحه ما لم تفسد) (١).

(٤) أى الحكم بجواز الأكل، فلا- يجوز الأكل من أموال المذكورين فى الآيه من غير بيوتهم، كالأكل من مالهم الموجود فى الدكان و البستان، للأصل من حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، خرجنا عنه بالأكل من البيوت للنص، و الباقي على الأصل، و مقامنا منه، بلا خلاف فى ذلك كله.

ص: ٣٤٥

اقتصارا فيما خالف الأصل على مورده (١)، و لا- إلى تناول غير المأكول (٢)، إلا أن يدل عليه (٣) الأكل (٤) بمفهوم الموافقه (٥)، كالشرب من مائه، و الوضوء به، أو يدل (٦) عليه (٧) بالالتزام (٨) كالكون بها (٩) حالته (١٠).

و هل يجوز دخولها لغيره (١١)، أو الكون بها بعده (١٢) و قبله؟ نظر من تحريم (١٣) التصرف في مال الغير إلا ما استثني (١٤). و من دلالة (١٥) القرائن (١٦) على تجويز مثل ذلك من المنافع التي لا يذهب من المال بسببها شيء حيث جاز اتلافه (١٧) بما ذكر (١٨).

(١) أي مورد ما خالف الأصل، و هو الأكل من البيوت للآيه المتقدمه.

(٢) الآيه مختصه بالأكل من بيوت المذكورين، و الأصحاب عمّموا الحكم إلى الشرب من البيوت و الوضوء من مائها، و نحو ذلك مما يدل عليه الاذن بالأكل بمفهوم الموافقه، و كذا عمموا الحكم للدخول إلى البيوت و الكون بها حاله الأكل لما يدل عليه الاذن بالأكل بالالتزام، إذ الأكل من البيت متوقف على دخوله و اللبث فيه حاله الأكل.

(٣) على غير المأكول.

(٤) أي الاذن بالأكل.

(٥) أي بالأولويه.

(٦) ضمير الفاعل راجع إلى الاذن بالأكل.

(٧) أي على غير المأكول.

(٨) أي بالدلاله الالتزاميه.

(٩) أي بالبيوت.

(١٠) أي حاله الأكل، و كذا الدخول للبيوت من أجل الأكل.

(١١) أي لغير الأكل.

(١٢) أي بعد الأكل.

(١٣) دليل عدم الجواز.

(١٤) و المذكور هنا خارج عما استثني فيبقى على الأصل.

(١٥) دليل الجواز.

(١٦) أى الحالىة و المقالىة و من الثانىة جواز الأكل، و هو يستدعى تلف المأكول.

(١٧) أى إتلاف الداخلى.

(١٨) أى بالأكل للآىة المتقدمه.

ص: ٣٦٦

و المراد ببيوتكم (١): ما يملكه الآكل (٢)، لأنه (٣) حقيقه فيه (٤).

و يمكن أن تكون النكته فيه (٥) مع ظهور إباحته (٦) الإشاره إلى مساواه ما ذكر (٧) له (٨) فى الإباحه، و التنبيه على أن الأقارب المذكورين و الصديق ينبغى جعلهم كالنفس فى أن يحب لهم ما يحب لها، و يكره لهم ما يكره لها كما جعل بيوتهم كبيتته.

و قيل: هو بيت الأزواج و العيال.

و قيل: بيت الأولاد، لأنهم لم يذكروا فى الأقارب، مع أنهم (٩) أولى منهم (١٠) بالموده و الموافقه، و لأن ولد الرجل بعضه، و حكمه حكم نفسه و هو (١) أى لفظ (بيوتكم) الوارد فى الآيه حيث قال تعالى: وَلَا عَلَىٰ أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ (١).

(٢) أى البيت الذى يملكه الآكل، و لعل النكته فى ذكر بيوت الأكلين مع ظهور الحليه هى بيان حليه ما يوجد فيها و إن لم يعرف مالكة، و قيل: إن النكته للتنبيه على مساواه بيوت الأكلين إلى ما ذكر من البيوت فى الآيه، و أنه ينبغى جعل المذكورين كالنفس فيحب لهم ما يحب لها و يكره لهم ما يكره لها كما جعل بيوتهم كبيتته.

و قيل: إن المراد ببيوت أنفسهم هى بيوت الأولاد و العيال، و قيل: هى بيوت الأولاد لأنهم لم يذكروا فى الأقارب مع أولويتهم منهم، و لأن الولد بعض الرجل و حكمه حكم نفسه، و هو و ماله لأبيه فجاز نسبه بيته إليه.

(٣) أى البيت المضاف إلى الشخص.

(٤) فى البيت الذى يملكه.

(٥) أى فى ذكر (بيوتكم) مع أن الحليه ظاهره لا تحتاج إلى دليل.

(٦) أى إباحه الأكل منه.

(٧) أى ما ذكر من الأقارب و الصديق فى الآيه.

(٨) أى لنفس الآكل.

(٩) أى الأولاد.

(١٠) من الأقارب.

ص: ٣٦٧

و ماله لأبيه (١) فجاز نسبه بيته إليه. و فى الحديث «أن أطيب ما يأكل الرجل من كسبه، و إن ولده من كسبه» (٢).

و المراد بما ملكتم مفاتحه (٣) ما يكون عليها وكيلا، أو قيما بحفظها، و أطلق على ذلك ملك المفاتيح، لكونها (٤) فى يده و حفظه، روى ذلك ابن أبى عمير مرسلا عن الصادق عليه السلام.

و قيل: هو بيت المملوك، و المعنى فى قوله: أو صديقكم بيوت صديقكم على حذف المضاف، و الصديق يكون واحدا و جمعا، فلذلك جمع البيوت.

و مثله الخليط (٥)، و المرجع فى الصديق إلى العرف (٦)، لعدم تحديده شرعا، (١) كما فى الحديث النبوى (أنت و مالك لأبيك) (١).

(٢) سنن ابن ماجه المجلد الثانى ص ٧٢٣، حديث: ٢١٣٧.

(٣) قيل: بيت العبد، لأن ماله ملك للسيد، و قيل: من له عليه ولاية و قيل بيت الولد، لأنه لم يذكر صريحا فى الآيه، و ملكه لمفاتحه مبالغه فى ولايه الأب، و قيل: ما يجده الإنسان فى داره و لم يعلم به، و فى مرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى قول الله عزّ و جلّ: أو ما ملكتم مفاتحه، قال: الرجل يكون له و كيل يقوم فى ماله، فىأكل بغير إذنه) (٢)، و فى مرفوع على بن إبراهيم فى تفسيره قال: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم آخى بين أصحابه فكان بعد ذلك إذا بعث أحدا من أصحابه فى غزاه أو سريه يدفع الرجل مفاتحه بيته إلى أخيه فى الدين و يقول: خذ ما شئت و كل ما شئت، و كانوا يمتنعون من ذلك، حتى ربما فسد الطعام فى البيت فأنزل الله: ليس عليكم جناح أن تأكلوا جميعا أو أشتاتا، يعنى حضر أو لم يحضر إذا ملكتم مفاتحه) (٣) و من هذين الخبرين يستفاد أن المراد بما ملكتم مفاتحه ليس معناه الحقيقى بل كل من ملكتم مفاتحه على نحو يدل على الاذن فى التصرف، سواء فى ذلك بيت الموكل أو العبد أو الولد أو المولى عليه أو غيرهم.

(٤) أى المفاتيح.

(٥) أى و مثل الصديق الخليط فى صدقه على الواحد و الجمع.

(٦) و ظاهرهم الاتفاق عليه لعدم تحديده من قبل الشارع، بل يومئ إلى ذلك صحيح الحلبي -

ص: ٣٤٨

١- (١) سنن ابن ماجه مجلد ٢ ص ٧٦٩ حديث ٢٢٩١ طبع سنه ١٣٧٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب آداب المائده حديث ٥ و ٨.

و فى صحيحه الحلبي «قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام قلت: ما يعنى بقوله: أو صديقكم قال: هو و الله الرجل يدخل بيت صديقه فيأكل بغير إذنه»، و عنه عليه السّلام، «من عظم حرمه الصديق أن جعل له من الانس و التفقد و الانبساط و طرح الحشمه بمنزله النفس و الأب و الأخ و الابن»، و المتبادر من المذكورين (١) كونهم كذلك بالنسب و فى إلحاق من كان منهم كذلك بالرضاع وجه، من حيث أن الرضاع لحمه كلحمه النسب، و لمساواته له (٢) فى كثير من الأحكام، و وجه العدم كون المتبادر (٣) النسبى منهم (٤)، و لم أقف فيه (٥) على شىء نفيًا و إثباتًا، و الاحتياط التمسك بأصالة الحرمه (٦) فى موضع الشك (٧)، و الحق بعض عن أبي عبد الله عليه السّلام (قلت: ما يعنى بقوله: أو صديقكم؟ قال: هو و الله الرجل يدخل بيت صديقه فيأكل بغير إذنه)(١).

فالسؤال عن المراد من الصديق مع أن الجواب بجواز الأكل من بيته، فلم يكن جوابا عما سئل و هذا إيكال منه إلى العرف فى مقام معرفه الصديق الوارد فى السؤال.

(١) أى المذكورين فى الآيه، و هم الآباء و الأمهات و الأخوه و الأخوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات، فيقتصر على المذكورين بالنسب دون الرضاع لقاعده الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل بعد انسياق خصوص النسب من الآيه.
(٢) أى و لمساواه الرضاع للنسب.
(٣) من الآيه.

(٤) أى من المذكورين بالإضافة إلى قاعده الاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل.

(٥) فى شمول المذكورين للرضاع أو اقتصارهم على النسب.

(٦) أى حرمه التصرف فى مال الغير بغير إذنه.

(٧) هذا و المراد بالآباء خصوص الآباء الحقيقيين دون الأجداد لقاعده الاقتصار، و يحتمل الشمول للأجداد بقريته الجمع فى الآباء، و لأن الجد أدخل فى القرب من العم و الخال، و كذا القول فى الأمهات بالنسبه إلى الجدات، و المراد بالأخوه و الأخوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات الأعم من كونهم للأبوين أو لأحدهما كما هو الواضح.

ص: ٣٦٩

الأصحاب (١) الشريك في الشجر، و الزرع، و المباطخ (٢) فإن له (٣) الأكل من المشترك (٤) بدون إذن شريكه مع عدم علم الكراهه محتجا بقوله تعالى: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ (٥).

و فيه (٦) نظر، لمنع تحقق التراضى مطلقا (٧) و جعلها (٨) صفة للتجاره (٩) يقتضى (١٠) جواز الأكل من كل تجاره وقع فيها التراضى بينهما. و هو (١١) معلوم البطلان.

و ألحق المصنف و غيره الشرب من القناه المملوكه، و الداليه (١٢)، (١) و هو ابن فهد فى المهذب.

(٢) أرض البطيخ.

(٣) للشريك.

(٤) أى المال المشترك بينهما فى الشجر و الزرع و المباطخ.

(٥) سورة النساء، الآية: ٢٩، و وجه الاستدلال أن التراضى الواقع بين الشركاء فى هذه التجاره - أعنى الشركه - يشمل التراضى على الأكل فلذا جاز للشريك الأكل من مال شريكه بغير إذنه.

و فيه: منع شمول التراضى الحاصل بين الشركاء فى هذه التجاره، بحيث يشمل الأكل بل هو مختص بالتراضى بأصل التجاره أعنى الشركه هذا من جهه و من جهه أخرى فعن تراض صفة للتجاره و على ما ذكر فى الاستدلال فيقتضى جواز الأكل من كل تجاره وقعت بالتراضى، و لا داعى للتخصيص بالشركه، و من المعلوم بطلان التالى فالمقدم مثله فى البطلان.

(٦) أى و فى الاستدلال بالآيه.

(٧) حتى يشمل الأكل،. بل يختص بالتراضى بأصل التجاره التى هى الشركه هنا.

(٨) أى جعل جملة (عن تراض).

(٩) كما ذكره المفسرون، لا أن تكون خبرا بعد خبر ليكون.

(١٠) أى هذا الجعل المذكور يقتضى جواز الأكل من كل تجاره وقعت عن تراض بناء على استدلال المستدل، و لا داعى للتخصيص بالشركه.

(١١) جواز الأكل من كل تجاره عن تراض.

(١٢) أى الناعوره التى تدار بالماء.

و الدولاب (١)، و الوضوء، و الغسل عملاً بشاهد الحال (٢). و هو حسن إلا أن يغلب على الظن الكراهه.

الثانيه عشره - إذا انقلب الخمر خلًّا حلًّا

(الثانيه عشره - إذا انقلب الخمر خلًّا حلًّا (٣)، لزوال المعنى المحرّم (٤)، و للنص (سواء كان) انقلابه (بعلاج، أو من قبل نفسه) و سواء كانت عين المعالج به باقيه فيه (٥) أم لا لإطلاق النص و الفتوى (٦) بجواز علاجه بغيره، و بطهره (٧) (١) أى الناعوره التى تدار بالآله.

(٢) أى حال المالك إذ لا يكره شرب الناس من مائه و الوضوء و الغسل منه، هذا و يبقى الأمر الثانى المستثنى من حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و هو الأكل مما يمرّ به الإنسان من ثمر النخل و الزرع و الشجر كما هو المشهور بشروطه من عدم قصد المرور بالثمره و عدم حمل شىء منها، و عدم الإكثار بحيث لا يظهر له أثر يبين، و عدم العلم بالكراهه و أن تكون الثمره مسوره، و قد تقدم الكلام فى ذلك كله مفصلاً فى فصل بيع الثمار من كتاب التجاره.

(٣) انقلاب الخمر خلا موجب لطهارته و حليه شربه بلا خلاف فيه، سواء كان بنفسه أو بعلاج للأخبار.

منها: صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن الخمر العتيقه تجعل خلا، قال عليه السّلام: لا بأس) (١)، و موثق عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى الرجل إذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتى صار خمراً فجعله صاحبه خلا، فقال عليه السّلام: إذا تحوّل عن اسم الخمر فلا بأس به) (٢)، و صحيح ابن المهدى (كتبت إلى الرضا عليه السّلام:

جعلت فداك، العصير يصير خمراً فيصبّ عليه الخلّ و شىء يغيّره حتى يصير خلا، قال عليه السّلام: لا بأس به) (٣) و مثله غيره.

و مقتضى الأخبار طهاره الخمر و حليته إذا تحول خلا سواء كان بنفسه أم بعلاج، و إذا كان بعلاج فلا فرق فيه بين ما استهلك بالخمير أم بقى على حاله.

(٤) و هو زوال اسم الخمر.

(٥) فى الخمر.

(٦) أى و إطلاق الفتوى.

(٧) أى و بطهر الخمر إذا تحول خلا.

ص: ٣٧١

يطهر ما فيه من الأعيان و آله (١)، لكن يكره علاجه بغيره (٢)، للنهي عنه في روايه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام. و لا أعلم لأصحابنا خلافا في ذلك (٣) في الجملة، و إن اختلفوا في بعض أفراده (٤). و لو لا ذلك (٥) لأمكن استفادته عدم طهارته (٦) بالعلاج من بعض النصوص (٧) كما يقوله بعض العامه، و إنما تطهر النجاسه الخمرية، فلو كان (٨) نجسا بغيرها (٩) و لو (١٠) بعلاج-جه بنجس كباشره الكافر له لم يطهر بالحليّه (١١)، و كذا (١٢) لو ألقى في الخل خمرا حتى استهلكه الخل، أو بالعكس (١٣) على الأشهر.

(١) أى آله الخمر، و المقصود ظرفه الذى كان فيه.

(٢) أى بغير الخمر فيما لو كان الانقلاب بالعلاج لما فى خبر أبي بصير (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الخمر تجعل خلا، قال: لا- بأس إذا لم يجعل فيها ما يغلبها) (١) و خبره الآخر عنه عليه السلام (سئل عن الخمر يجعل فيها الخل، فقال: لا، إلا ما جاء من قبل نفسه) ٢، و النهى محمول على الكراهه جمعا بين الأخبار.

(٣) أى فى طهاره الخمر بالعلاج.

(٤) و هو اشتراط ذهاب عين المعالج به قبل أن تصير الخمر خلا، و لم يعرف قائله.

(٥) أى و لو لا إجماع الأصحاب.

(٦) أى طهاره الخمر.

(٧) و هو خبر أبي بصير المتقدم، و فيه أنه محمول على الكراهه جمعا.

(٨) أى الخمر.

(٩) أى بغير النجاسه الخمرية.

(١٠) أى و لو كان نجاسه الخمر بسبب علاجه بنجس ما.

(١١) لاستصحاب النجاسه و لا دليل على الطهاره بعد اختصاص أخبار الحليه عند الانقلاب بنجاسه الخمر لا غير.

(١٢) أى لا يطهر.

(١٣) بأن ألقى فى الخمر شىء من الخل فاستهلك فى الخمر على المشهور فى صورتين، أما فى الصورة الأولى أعنى إلقاء الخمر فى الخل فاستهلك، لنجاسه الخل الملقى فيه الخمر من دون دليل على طهارته، و ليس له حاله ينقلب إليها ليطهر بها، و أما فى الصورة-

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٤ و ٧.

(الثالثه عشره - لا يحرم شرب الرّوبات و إن شم منها ريح المسكر (١) كرب التفاح)، و ربّ السفرجل، و الاترج، و السكنجيين (و شبهه لعدم اسكاره) قليله و كثيره، (و أصاله حله) و قد روى الشيخ و غيره عن جعفر ابن أحمد المكفوف قال:

«كتبت إليه - يعنى أبا الحسن الأول عليه السّلام أسأله عن السكنجيين، و الجلاب، و رب التوت، و رب التفاح و رب الرمان فكتب حلال».

الرابعه عشره - يجوز عند الاضطرار تناول المحرم

(الرابعه عشره - يجوز عند الاضطرار تناول المحرم (٢) من الميته و الخمر -الثانيه أعنى القاء الخل فى الخمر فاستهلك لنجاسه الخمر فى عدم انقلابه إلى حاله حتى يطهر بها.

و عن الشيخ فى النهايه أنه لو ألقى فى الخل شىء من الخمر فاستهلك فإنه يحلّ، و مال إليه العلامه فى المختلف و هو المنقول عن ابن الجنيد، و ضعفه ظاهر مما تقدم.

(١) لا خلاف فى عدم تحريم شىء من الروبات و الأشربه كالسكنجيين و الجلاب و نحوها و إن شمّ منها رائحه المسكر كرب الرمان و التفاح و السفرجل و التوت، لأن الأصل الحليه و لا يعدل عنه و إن أشبهت المسكر فى الرائحه ما لم تشاركه فى خاصيته الإسكار، نعم إذا أسكرت فتحرم لحرمه كل مسكر، و لخبر جعفر بن أحمد المكفوف (كتبت إليه - يعنى أبا الحسن الأول عليه السّلام - أسأله عن السكنجيين و الجلاب و ربّ التوت، و ربّ التفاح، و ربّ السفرجل، و ربّ الرمان، فكتب: حلال)(١).

(٢) يجوز للمضطر تناول المحرم بلا خلاف فيه فى الجملة لقوله تعالى (فَمَنْ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصِهِ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ) (٢) و المَخْمَصه المجاعه، و المتجانف المائل، و قوله تعالى: إِثْمًا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخَنزِيرِ وَ مَا أَهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ) (٣) و قوله تعالى: وَ مَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَ قَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُررْتُمْ إِلَيْهِ (٤) و لخبر المفضل بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام (أخبرنى - جعلنى الله فداك - لم حرّم الله الخمر و الميته و الدم و لحم الخنزير، قال عليه السّلام: إن الله تبارك و تعالى - إلى أن قال - و لكنه خلق الخلق فعلم ما-

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٢- (٢) سوره المائده، الآيه: ٣.

٣- (٣) سوره النحل، الآيه: ١١٥.

٤- (٤) سوره الأنعام، الآيه: ١١٩.

و غيرهما (عند خوف التلف (١) بدون تناول (أو) حدوث (المرض) أو زيادته (أو الضعف المؤدى إلى التخلف عن الرفقه مع ظهور إماره العطب) على تقدير التخلف.

و مقتضى هذا الإطلاق (٢) عدم الفرق بين الخمر و غيره من المحرمات فى جواز تناولها (٣) عند الاضطرار، و هو (٤) فى غير الخمر موضع وفاق، أما فيها (٥) -تقوم به أبدانهم و ما يصلحهم فأحلّه لهم و أباحه تفضلا منه عليهم به لمصلحتهم، و علم ما يضرهم فنهاهم عنه و حرّم عليهم ثم أباحه للمضطر و أحلّه له فى الوقت الذى لا يقوم بدنه إلا به، فأمره أن ينال منه بقدر البلغه لا غير ذلك(١) و خبر محمد بن أحمد بن يحيى (قال الصادق عليه السّلام: فمن اضطر إلى الميتة و الدم و لحم الخنزير فلم يأكل شيئا من ذلك حتى يموت فهو كافر)(٢) و خبر الدعائم عن على عليه السّلام (المضطر يأكل الميتة و كل محرّم إذا اضطر إليه)(٣) و مثله غيره.

(١) أى خوف تلف النفس، هذا و خصّ المضطر بخوف تلف النفس كما عن الشيخ فى النهايه و القاضى و الحلى و العلامه فى المختلف، لأنه المتيقن من الرخصه، و لخبر المفضل المتقدم (ثم أباحه للمضطر و أحلّه له فى الوقت الذى لا يقوم بدنه إلا به، فأمره أن ينال منه بقدر البلغه لا غير ذلك)(٤) و عن المشهور تعميم المضطر لمن خاف تلف نفسه أو خاف المرض الشاق عليه تحمله، أو خاف زياده المرض أو خاف بطئه، أو خاف الضعف المؤدى إلى التلف أو المرض لصدق الاضطرار عرفا على الجميع بعد ضعف الخبر المتقدم و عدم دلالة على حصر الاضطرار بخوف التلف.

ثم لا فرق فى ذلك كله بين السفر و الحضر إذ المدار على صدق الاضطرار.

(٢) أى إطلاق جواز تناول المحرّم عند الاضطرار.

(٣) أى تناول المحرمات.

(٤) أى جواز تناول.

(٥) أى فى الخمر، فعن الشيخ فى المبسوط و الخلاف عدم جواز تناول الخمر للمضطر لخبر-

ص: ٣٧٤

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - أبواب الأئمة المحرمه حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٦ - أبواب الأئمة المحرمه حديث ٣.
 - ٣- (٣) مستدرک الوسائل الباب - ٤٠ - أبواب الأئمة المحرمه حديث ٤.
 - ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - أبواب الأئمة المحرمه حديث ١.

-أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (المضطر لا يشرب الخمر، لأنها لا تزيده إلا شراً، ولأنه إن شربها قتله فلا يشرب منها قطره)(١)، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام (و المضطر لا يشرب الخمر لأنها تقتله)(٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن دواء يعجن بالخمير، لا يجوز أن يعجن به، إنما هو اضطرار، فقال عليه السّلام: لا والله، لا يحلّ للمسلم أن ينظر إليه فكيف يتداوى به، و إنما هو بمنزله شحم الخنزير الذى يقع فى كذا و كذا لا يكمل إلا به، فلا شفى الله أحدا شفاه خمير أو لحم خنزير)٣.

و المشهور على جواز تناول الخمر عند الاضطرار لخبر المفضل بن عمرو المتقدم (أخبرنى - جعلنى الله فداك - لم حرّم الله الخمر و الميتة و الدم و لحم الخنزير، قال عليه السّلام: ثم أباحه للمضطر و أحله له فى الوقت الذى لا يقوم بدنه إلا به)(٣)، و خبر عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (سأله عن الرجل أصابه عطش حتى خاف على نفسه فأصاب خمراً؟ قال عليه السّلام: يشرب منه قوته)(٤)، و مرسل الصدوق قال: (جاء الحديث هكذا، و شرب الخمر جائز فى الضرورة)٥ و خبر الدعائم (و إذا اضطر إلى الخمر شرب حتى يروى، و ليس له أن يعود إلى ذلك حتى يضطر إليه)(٥)، و الأقوى الثانى لأن حفظ النفس واجب و تركه محرم، و هو أغلظ تحريماً من الخمر و غيره، فإذا تعارض التحريمان وجب ترجيح الأخرى و ترك الأقوى، هذا كله للمضطر إذا خاف التلف، و أما بقيه أقسام المضطر فلا- يجوز له تناول الخمر للتداوى لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (سألته عن دواء عجن بالخمير، فقال: لا والله ما أحبّ أن أنظر إليه فكيف أتداوى به، فإنه بمنزله شحم الخنزير أو لحم الخنزير، و ترون أناساً يتداوون به)(٦)، و صحيحه الآخر (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن دواء يعجن بالخمير، لا يجوز أن يعجن به، إنما هو اضطرار، فقال: لا والله لا يحلّ للمسلم أن ينظر إليه فكيف يتداوى به)٩ الخبر، و خبر أبى بصير (دخلت-

ص: ٣٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - أبواب الأشربة المحرمة حديث ١٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ١٢ و ١٠.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١ - أبواب الأطحمة المحرمة حديث ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٣٦ - من الأشربة المحرمة حديث ١ و ٤.

٥- (٧) مستدرک الوسائل الباب - ٤٠ - أبواب الأطحمة المحرمة حديث ٤.

٦- ((٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٤.

فقد قيل بالمنع مطلقا (١) و بالجواز (٢) مع عدم قيام غيرها مقامها (٣).

و ظاهر العبارة و مصرح الدروس جواز استعمالها (٤) للضرورة مطلقا (٥) حتى -أم خالد العبدية على أبي عبد الله عليه السلام و أنا عنده فقالت: جعلت فداك إنه يعتزني قراقر في بطني، و قد وصف لى أطباء العراق النبيذ بالسويق، و قد عرفت كراهتك له، و أحببت أن أسألك عن ذلك، فقال لها: و ما يمنعك من شربه؟ قالت: قد قلدتك ديني فألقى الله عزّ و جلّ حين ألقاه فأخبره أن جعفر بن محمد أمرني و نهاني، فقال: يا أبا محمد ألا تسمع هذه المسائل، لا فلا تذوقى منه قطره، فإنما تندمين إذا بلغت نفسك إلى هاهنا، و أو ما بيده إلى حنجرته يقولها ثلاثا: أفهمت؟ قالت: نعم (١).

و عن القاضي ابن البراج الجواز، و كذا عن الشهيد في الدروس و تبعهما صاحب الجواهر لقوله تعالى: وَ إِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا (٢) و هو ظاهر في حصول نفع بالخمير.

نعم نقل عن الشيخ و جماعه بل و نسب إلى الأكثر كما في المسالك جواز التداوى بالخمير عند الضرورة للعين لخبر هارون بن حمزه الغنوي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل اشتكى عينيه فنتت له بكحل يعجن بالخمير فقال: هو خبيث بمنزله الميتة، فإن كان مضطرا فليكتحل به) (٣).

و عن ابن إدريس المنع لحرمة الانتفاع بالخمير مطلقا حتى في صورة التداوى كما تقدم و لخصوص مرسل مروك عن أبي عبد الله عليه السلام (من اكتحل بميل من مسكر كخله الله بميل من نار) ٤، و خبر معاوية بن عمار (سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن الخمر يكتحل منها فقال عليه السلام: ما جعل الله في محرّم شفاء) ٥، و الأقوى الأول لحمل هذين الخبرين على صورة الاختيار لا الاضطرار.

(١) حتى في صورة الانحصار عند خوف التلف كما عليه الشيخ في المبسوط و الخلاف.

(٢) أى و قد قيل بالجواز.

(٣) أى في صورة الانحصار فيحل تناول الخمر عند خوف التلف كما عليه المشهور.

(٤) أى استعمال الخمر.

(٥) سواء كانت الضرورة حفظ النفس أو غيره، و عليه فيجوز التداوى بالخمير لرفع المرض و هو قول ابن البراج أيضا.

ص: ٣٧٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٢.

٢- (٢) سورة البقرة، الآية: ٢٢٠.

٣- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب الأشربة المحرمة حديث ٥ و ٢ و ١.

للدواء كالترياق (١) و الاكتحال (٢)، لعموم الآيه (٣) الداله على جواز تناول المضطر إليه (٤)، و الأخبار كثيره فى المنع من استعمالها مطلقا (٥) حتى الاكتحال، و فى «بعضها إن الله تعالى لم يجعل فى شىء مما حرّم دواء و لا شفاء» (٦)، «و إن من اكتحل بميل من مسكر كحلّه الله بميل من نار» (٧) و المصنّف حملها على الاختيار (٨)، و العلامه على طلب الصّحه (٩)، لا طلب السلامه من التلف (١٠)، و على ما سيأتى (١١) من وجوب الاقتصار على حفظ الرّمق هما (١٢) متساويان (١٣)، (١) ففى الترياق ورد خبر عبد الرحمن بن الحجاج (إن رجلا سأل أبا الحسن عليه السّلام عن الترياق فقال: ليس به بأس، قال: يا ابن رسول الله إنه يجعل فيه لحوم الأفاعى، فقال:

لا تقدّره علينا) (١).

(٢) كما عليه الأكثر فى تداوى العين بالخمّر.

(٣) و هى قوله تعالى: إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَ مَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (٢)، و فيه أن صدر الآيه لم يذكر الخمر فيكون ذيل هذه الآيه مختصا بغير الخمر عند الضروره.

(٤) أى إلى الخمر.

(٥) حتى للتداوى عند الاضطرار.

(٦) كما فى صحيح ابن أذينة (كتبت إلى أبى عبد الله عليه السّلام أسأله عن الرجل ينعت له الدواء من ريح البواسير فيشره بقدر أسكرجه من نبيذ، ليس يريد به اللذه، إنما يريد به الدواء، فقال:

لا و لا جرعه، ثم قال: إن الله عزّ و جلّ لم يجعل فى شىء مما حرّم دواء و لا شفاء) (٣).

(٧) كما فى مرسل مروك المتقدم.

(٨) و عليه فيجوز تناول الخمر عند الاضطرار.

(٩) و عليه فلا يجوز تناولها للتداوى عند الاضطرار، بل هو حمل الأكثر كما تقدم.

(١٠) أى تلف النفس حيث ذهب المشهور إلى جواز تناول الخمر لحفظ النفس عند خوف التلف.

(١١) من قول المصنّف (و إنما يجوز ما يحفظ الرّمق).

(١٢) أى حمل المصنّف و حمل العلامه.

(١٣) أى سواء حملنا الأخبار المانعه من استعمال الخمر على الاختيار كما فعل المصنّف أو على طلب الصّحه كما فعل العلامه فيجوز تناول الخمر عند خوف التلف بما يحفظ الرّمق.

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣٦ - من أبواب الأَطعمه المباحه حديث ٨.
- ٢- (٢) سورة النحل، الآية: ١١٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

و لو قام غيرها مقامها (١) و إن (٢) كان محرماً قَدِمَ عليها لإطلاق النهي الكثير عنها في الأخبار.

(و لا يَرْتَخِصُ الباغِي (٣) و هو الخارج على الإمام العادل عليه السَّلام).

(١) أي لو قام البول مقام الخمر مع أن كليهما مما يحرم شربه، و قد توقف حفظ النفس على شرب أحدهما قدم البول عليها و إن كان نجساً، لأنه أخف حرمه منها و عدم الحد عليه، و لأنه لا يسلب العقل و الإيمان و لا يؤدي إلى شر كالخمر، بالإضافة إلى كثرة الأخبار الواردة عن الخمر و هي مطلقة.

(٢) أي الغير.

(٣) قد عرفت جواز تناول المضطر للمحرّم و يستثنى منه الباغي و العادي، فلا يجوز لهما تناول المحرّم و إن اضطرا بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا - عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (١)**، نعم اختلف في تفسيرهما، فعن المحقق و جماعه أن الباغي هو الخارج على الإمام العادل لمرسل البنزطي عن أبي عبد الله عليه السَّلام (في قول الله عزّ و جلّ: فمن اضطر غير باغ و لا عاد فلا إثم عليه، قال: الباغي الذي يخرج على الإمام، و العادي الذي يقطع الطريق لا تحلّ له الميتة) (٢).

و عن الشيخ في النهاية و ابني البراج و إدريس أنه باغي الصيد لهوا لخبر حماد بن عثمان عن أبي عبد الله عليه السَّلام عن الآيه قال: (الباغي باغي الصيد و العادي السارق، ليس لهما أن يأكلا الميتة إذا اضطرا، هي حرام عليهما، ليس هي عليهما كما هي على المسلمين، و ليس لهما أن يقصّرا في الصلاة) ٣، و خبر عبد العظيم الحسني عن محمد بن علي الرضا عليه السَّلام في حديث عن الآيه قال: (العادي السارق و الباغي الذي يبغى الصيد بطرا و لهوا، لا- ليعود به على عياله، ليس لهما أن يأكلا الميتة إذا اضطرا، هي حرام عليهما في حال الاضطرار كما هي حرام عليهما في حال الاختيار، و ليس لهما أن يقصّرا في صوم و لا صلاة في سفر) ٤.

و عن الحسن و قتاده و مجاهد أن الباغي هو الذي يبغى الميتة و يتلذذ بها، و عن الزجاج أنه المفترط المتجاوز للحد الذي أحل له، و عن ابن عباس أنه غير المضطر. و أما العادي فهو قاطع الطريق كما في مرسل البنزطي المتقدم و إليه ذهب المحقق و جماعه، و عن الشيخ في النهاية و ابني البراج و إدريس أنه السارق لخبري حماد و الحسين المتقدمين، و عن الحسن -

ص: ٣٧٨

١- (١) سورة النحل، الآية: ١١٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥٤ - أبواب الأئمة المحرمة حديث ٥ و ٢ و ١.

(و قيل (١): الذي يعنى الميتة) أى يرغب فى أكلها، و الأول أظهر، لأنه (٢) معناه (٣) شرعا (و لا العادى و هو قاطع الطريق).

(و قيل (٤): الذي يعدو شعبه) أى يتجاوزة، و الأول هو الأشهر، و المروى (٥) لكن بطريق ضعيف مرسل.

و يمكن ترجيحه (٦) على الثانى (٧) بأن تخصيص آيه الاضطرار (٨) على خلاف الأصل (٩)، فيقتصر فيه (١٠) على موضع اليقين، و قاطع الطريق عاد فى المعصية فى الجملة فتختص به (١١).

و قتاده و مجاهد هو الذي يعدو شعبه، و عن ابن عباس أنه الذي يعدو سدّ الرمق و عن الزجاج أنه المقصّر عن الذي أحلّ له.

و الترجيح لمرسل البنظى فهو و إن كان مرسلا و فى طريقه سهل بن زياد و هو عامى، إلا أن تفسيرها للباغى مناسب لمعناه المشهور شرعا، و أما تفسيرها للعادى بقاطع الطريق فلا ينافى تفسيره بالسارق كما فى غيره من الأخبار، لأن قاطع الطريق إنما يقطعه ليسرق أموال الناس و يأخذها منهم قهرا.

(١) كما عن الحسن و قتاده و مجاهد.

(٢) أى الأول و هو الخارج على الإمام العادل عليه السلام.

(٣) أى معنى الباغى.

(٤) كما عن الحسن و قتاده و مجاهد.

(٥) و هو الذي دل على أن الباغى هو الخارج، و على أن العادى هو قاطع الطريق، و هو مرسل البنظى و ضعيف بسهل.

(٦) أى ترجيح قاطع الطريق فى تفسير العادى.

(٧) أى الذي يعدو شعبه.

(٨) و هى قوله تعالى: فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ (١).

(٩) إذ الأصل عدم الاثم عند الاضطرار خرجنا عنه فى الباغى و العادى لآيه الاضطرار.

(١٠) فى تخصيص آيه الاضطرار للأصل.

(١١) أى فتختص آيه الاضطرار بقاطع الطريق الذي هو عاد فى الجملة، لأنه القدر المتيقن من التخصيص.

ص: ٣٧٩

و نقل الطبرسى أنه (١) باغى اللذه، و عادى سد الجوعه، أو عاد بالمعصيه (٢) أو باغ فى الإفراط و عاد فى التقصير (٣).

(و إنما يجوز) من تناول المحرم (ما يحفظ الرmq (٤) و هو (٥) بقيه الروح و المراد وجوب الاقتصار على حفظ النفس من التلف، و لا يجوز التجاوز إلى الشبع مع الغنى عنه (٦)، و لو احتاج إليه (٧) للمشى، أو العدو، أو إلى التزود منه (٨) لوقت آخر جاز و هو حيثئذ من جمله ما يسد الرmq.

و على هذا (٩) فيختص خوف المرض السابق (١٠) بما يؤدي إلى التلف و لو (١) أى أن الباغى هو باغى اللذه و العادى عادى سد الجوعه.

(٢) أى أن العادى هو عاد بالمعصيه.

(٣) و هو المنقول عن الزجاج.

(٤) المأذون للمضطر عند خوف التلف أن يحفظ الرmq من المحرّمات، بلا- خلاف فيه، فالتجاوز حرام، لأن القصد هو حفظ النفس و مع حفظ الرmq تم المطلوب و ارتفع الاضطرار فلا مجوّز بعده، و لذا قالوا: إن الضرورات تقدّر بقدرها، و لخبر المفضل بن عمرو عن أبى عبد الله عليه السّلام (ثم أباحه للمضطر و أحلّه له فى الوقت الذى لا يقوم بدنه إلا به، فأمره أن ينال منه بقدر البلغه لا غير ذلك) (١).

و منه تعرف ضعف ما عن بعض العامه أنه يجوز له الشبع، نعم لو دعت ضروره إلى الشبع كما لو احتاج إلى المشى أو العدو المتوقفين على الشبع لجاز، لأن الدليل المسوّغ لأكل المحرم يتناول هذا المفروض.

(٥) أى الرmq.

(٦) عن الشبع.

(٧) إلى الشبع.

(٨) من المحرّم بحيث لو لم يتزود منه الآن لخاف الهلاك فى وقت آخر.

(٩) أى جواز التزود من الحرام فى الوقت السابق للوقت اللاحق.

(١٠) صفه للخوف و ليس للمرض و المعنى فالخوف السابق من المرض اللاحق الموجب للتلف هو من جمله مصاديق الاضطرار فلا يكون مطلق المرض من مصاديق الاضطرار.

ص: ٣٨٠

ظنا، لا مطلق المرض، أو يخصّ هذا (١) بتناوله للغذاء الضروري (٢)، لا للمرض.

و هو (٣) أولى (و لو وجد ميتة و طعام الغير فطعام الغير أولى (٤) إن بذله) مالكة (بغير عوض أو بعوض هو) أى المضطر (قادر عليه) فى الحال، أو فى وقت طلبه، سواء كان بقدر ثمن مثله أم أزيد على ما يقتضيه الإطلاق (٥) و هو (٦) أحد القولين.

(١) و هو جواز التزود من الحرام فى الوقت السابق للوقت اللاحق.

(٢) الموجب لحفظ النفس، و ليس التزود المذكور للتداوى الراجع للمرض.

(٣) أى التخصيص الثانى.

(٤) لو وجد المضطر ميتة و طعام الغير فلا يخلو إما أن يكون الغير حاضرا أو غائبا و لا ثالث، فإذا كان غائبا أكل الميتة كما عن المحقق و جماعه لصدق الاضطرار، و لأن الميتة محرّمة لحق الله تعالى المبنى على المساهله، و لأن إباحه الميتة منصوص عليها للمضطر مع أن جواز الأكل من مال الغير بغير إذنه اضطرارا اجتهادا، و لأن الميتة يتعلق بها حق واحد لله تعالى و مال الغير يتعلق به الحقان و اشتغال ذمه الأكل بالعوض.

و يحتمل أكل طعام الغير لصدق القدره على طعام حلال العين فلا ضروره لأكل الميتة، مع أن التصرف فى مال الغير بغير إذنه فحجر بثبوت عوضه فى الذمه و يحتمل التخيير لتعارض الحقين.

و إن كان حاضرا فإن بذل الغير طعامه بلا عوض و جب على المضطر القبول و لا تحل له الميتة لعدم صدق الاضطرار، و لو بذله بعوض و كان مساويا لثمن المثل أو أدون أو بما يتغابن فيه الناس و جب على المضطر الشراء إن كان معه الثمن، أو رضى المالك بكونه فى الذمه و لا- تحل له الميتة لعدم صدق الاضطرار، و لو بذله بزيادة كثيرة فإن أمكن لصاحب الطعام تحملها و جب عليه الشراء أيضا لعدم صدق الضروره كما عن المحقق و جماعه، و عن الشيخ فى المبسوط لا يجب بذل الزيادة لأنه مكره على الزيادة فهو مضطر فيجوز له أكل الميتة حينئذ.

و لو بذله بثمن لا- يستطيع المضطر دفعه، سواء كان أزيد من المثل أم لا، أو لم يبذله أصلا و جب على المضطر دفع صاحب الطعام عن طعامه إن استطاع و لا- تجوز له الميتة لعدم الاضطرار، نعم لو كان عاجزا عن دفع الغير جاز له أكل الميتة لصدق الاضطرار كما هو واضح، كما أن الدفع الموجب للقتل من مصاديق الاضطرار إلى أكل الميتة.

(٥) أى إطلاق عباره الماتن.

(٦) أى تقديم طعام الغير و لو كان ثمنه أكثر من ثمن المثل.

وقيل (١): لا يجب بذل الزائد عن ثمن مثله و ان اشتراه به (٢) كراهه للفتنه، و لأنه (٣) كالمكره على الشراء، بل له (٤) قتاله لو امتنع من بذله، و لو قتل (٥) أهدر دمه (٦)، و كذا (٧) لو تعذر عليه الثمن.

و الأقوى وجوب دفع الزائد مع قدره (٨)، لأنه غير مضطر حينئذ (٩)، و الناس مسلطون على أموالهم (و إلا) يكن كذلك بأن لم يبذله مالكة أصلا، أو بذله بعوض يعجز عنه (أكل الميته) إن وجدها.

و هل هو (١٠) على سبيل الحتم، أو التخيير بينه (١١)، و بين أكل طعام الغير (١) و القائل الشيخ في المبسوط.

(٢) أى بالزائد عن ثمن المثل، قال الشارح فى المسالك: (قال الشيخ فى المبسوط إذا امتنع صاحب الطعام من بذله إلا بأزيد من ثمن مثله، فإن كان المضطر قادرا على قتاله قاتله، و إن قتل المضطر كان مظلوما مضمونا، و إن قتل المالك كان هدرًا، و إن لم يكن قادرا على قتاله فتركه حذرا من إراقه الدماء فإن قدر على أن يحتال عليه و يشتريه منه بعقد فاسد حتى لا يلزمه إلا ثمن مثله فعله، فإن لم يقدر إلا على العقد الصحيح فاشتره بأكثر من ثمن مثله، قال قوم: يلزمه الثمن لأنه باختياره بذل، و قال آخرون: لا يلزمه الزيادة على ثمن المثل لأنه مضطر إلى بذلها و كان كالمكره عليها، و هو الأقوى عندنا) انتهى.

و الحاصل أنه لو اشتراه بعقد صحيح فلا يجب عليه بذل الزائد من ثمن المثل لأنه كالمكره.

(٣) نفس العبارة موجوده فى الدروس بدون الواو، و عليه فيكون تعليلا لعدم وجوب بذل الزائد، و حذف الواو من نسخ هذا الكتاب هو الأنسب.

(٤) أى للمضطر قتال صاحب الطعام، و هو عطف على قوله (لا يجب بذل الزائد).

(٥) أى صاحب الطعام الممتنع.

(٦) و لو قتل المضطر كان مظلوما مضمونا.

(٧) من أن للمضطر قتال صاحب الطعام لو تعذر عليه الثمن و لم يبذله المالك إلا بالعوض.

(٨) أى قدره المضطر على دفع الزائد.

(٩) أى حين قدره على دفع الزائد.

(١٠) أى أكل الميته عند العجز عن دفع العوض أو عند عدم بذل المالك للطعام أصلا.

(١١) بين أكل الميته.

على تقدير قدرته (١) على قهره (٢) عليه (٣)؟ ظاهر العبارة الأول (٤).

و قيل (٥): بالثاني (٦) لاشتراكهما (٧) حينئذ في التحريم، و في الدروس: إنه مع قدرته على قهر الغير على طعامه بالثمن، أو بدونه (٨) مع تعذره (٩) لا يجوز له أكل الميتة، بل يأكل الطعام و يضمه لمالكة (١٠)، فإن تعذر عليه قهره (١١) أكل الميتة. و هو حسن، لأن (١٢) تحريم مال الغير عرضي (١٣)، بخلاف الميتة (١٤) و قد زال (١٥) بالاضطرار (١٦) فيكون أولى من الميتة.

و قيل (١٧): إنه (١٨) حينئذ (١٩) لا يضمن الطعام، للاذن في تناوله (٢٠) شرعا (١) أى قدره المضطر.

(٢) أى قهر صاحب الطعام.

(٣) على الطعام.

(٤) أى أكل الميتة و ليس له إجبار صاحب الطعام عليه.

(٥) و لم يعرف قائله.

(٦) أى بالتخيير بين أكل الميتة و بين إجبار الغير على بذل طعامه.

أى لاشتراك الشقين المخير بينهما حين الاضطرار في التحريم، فيجوز له اختيار أحدهما.

(٧) أى بدون الثمن.

(٨) أى تعذر الثمن على المضطر.

(٩) و هو قول ثالث في المسألة، و هو أكل مال الغير مع قهره عليه دون أكل الميتة.

(١٠) على المضطر.

(١١) أى قهر صاحب الطعام.

(١٢) تعليل لاستحسان الشارح لقول الدروس من تعيين أكل مال الغير مع قهره عليه.

(١٣) أى بالعرض من باب حق الغير المتعلق به.

(١٤) فتحريمها ذاتي من باب المفسده الذاتيه فيها.

(١٥) أى زال التحريم العرضي لمال الغير.

(١٦) أى بسبب الاضطرار، إذ يجب على صاحب الطعام بذله حفظا لنفس المضطر من الهلاك.

(١٧) و لم يعرف قائله.

(١٨) أى المضطر.

(١٩) أى حين الاضطرار.

(٢٠) أى تناول مال الغير.

ص: ٣٨٣

بغير عوض (١).

و الأول (٢) أقوى جمعا بين الحقين (٣) و حينئذ (٤) فاللازم مثله أو قيمته (٥)، و إن كان يجب بذل أزيد (٦) لو سمح به (٧) المالك.

و الفرق أن ذلك (٨) كان على وجه المعاوضه الاختياريه و هذا (٩) على وجه اتلاف مال الغير بغير إذنه، و موجه (١٠) شرعا هو المثل أو قيمه.

و حيث تباح له (١١) الميته فميته المأكول أولى من غيره (١٢)، و مذبوح ما يقع عليه الزكاه (١٣) أولى منهما (١٤)، و مذبوح (١٥) الكافر و الناصب أولى من الجميع (١٦).

(١) و فيه أن الشارع أقره ببذل طعامه حفظا لنفس المضطر عن الهلاك و لم يأمره ببذله مجانا.

فالأقوى أنه يضمن الطعام بعوضه و إن وجب على الغير بذل طعامه جمعا بين الحقين.

(٢) و هو ضمان الطعام.

(٣) بين حق المضطر فى الأكل و بين حق المالك فى ماله.

(٤) أى و حين الحكم بالضمن.

(٥) بحيث إذا كان الطعام مثليا فعلى المضطر الأكل مثله، و إلا فقيمه.

(٦) أى بذل الزائد عن ثمن المثل.

(٧) أى بالطعام فيما لو سمح به مع طلب الأزيد من ثمن المثل.

(٨) أى وجوب بذل الأزيد من ثمن المثل لو بذله المالك مع العوض.

(٩) أى أكل مال الغير من دون إذنه عند تعذر العوض.

(١٠) أى لازمه.

(١١) للمضطر.

(١٢) أى غير المأكول، و المعنى فميته المأكول أولى من ميته ما لا يؤكل لحمه، لأن الأولى محرمة من ناحيه واحده و هى الميته و الثانيه محرمة من ناحيتين، الميته و ما لا يؤكل لحمه.

(١٣) و هو غير مأكول اللحم.

(١٤) من الميتتين، فمذبوح ما لا يؤكل لحمه مقدم على الميتة، لنجاسه الميتة دونه، و أشديه حرمتها كما يعلم من الكتاب حيث تذكر الميتة دائما أولا في آيات التحريم و قد ذكرناها سابقا عند أول فصل الاضطرار.

(١٥) و هو ما يؤكل لحمه.

(١٦) إذ حرمة من ناحيه اختلال شرط الذابح خصوصا فيمن اختلف في ذبيحته فمذبوحه ليس بميته بل هو بحكم الميتة بخلاف المتقدم فإنه إما ميتة و إما غير مأكول اللحم.

ص: ٣٨٤

(الخامسة عشره - يستحب غسل اليدين (١) معا و إن كان الأكل باحداهما (قبل الطعام و بعده) فعن النبي صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «أوله ينفى الفقر و آخره ينفى الهم»، و قال على عليه السّلام: «غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده فى العمر و إماطه للغمر عن الثياب و يجلو فى البصر» و قال الصادق عليه السّلام: «من غسل يده قبل الطعام و بعده عاش فى سعه، و عوفى من بلوى جسده» (و مسحهما بالمنديل (٢) و نحوه (١) شروع فى آداب المائده و هى كثيره.

منها: استحباب غسل اليدين قبل الطعام و بعده للأخبار.

منها: خبر أبى عوف البجلي عن أبى عبد الله عليه السّلام (الوضوء قبل الطعام و بعده يزيدان فى الرزق) (١)، و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (من سرّه أن يكثر خير بيته فليتوضأ عند حضور طعامه) ٢، و خبر الكليني (و روى أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: أوله ينفى الفقر و آخره ينفى الهم) ٣، و خبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السّلام (من غسل يده قبل الطعام و بعده عاش فى سعه، و عوفى من بلوى فى جسده) ٤، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده فى العمر و إماطه للغمر عن الثياب و يجلو البصر) ٥، و خبر هشام بن سالم عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من سرّه أن يكثر خير بيته فليتوضأ عند حضور طعامه، و من توضأ قبل الطعام و بعده عاش فى سعه من رزقه و عوفى من البلاء فى جسده، و قال هشام: قال لى الصادق عليه السّلام: و الوضوء هاهنا غسل اليدين قبل الطعام و بعده) ٦.

و صريح الخبر الأخير و هو مقتضى الجمع بين الأخبار أن المراد من الوضوء هو غسل اليدين، و الاستحباب لغسل اليدين معا و إن لم يأكل إلا باحداهما لخبر الخصال فى حديث الأربعمائه عن على عليه السّلام (غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده فى الرزق و إماطه الغمر عن الثياب و يجلو البصر) (٢)، و مثله خبر أبى بصير المتقدم (غسل اليدين قبل الطعام و بعده زياده فى العمر و إماطه للغمر عن الثياب و يجلو البصر) ٨، و المرسل عن أبى عبد الله عليه السّلام (اغسلوا أيديكم قبل الطعام و بعده، فإنه ينفى الفقر و يزيد فى العمر) ٩.

ثم إطلاق النصوص يقتضى عدم الفرق بين كون الطعام مائعا أو جامدا، و عدم الفرق بين كونه يباشر باليد أو بالآله.

(٢) يستحب مسح اليدين بالمنديل بعد الغسل من الطعام لا قبله، بل لا يبعد الحكم بکراهه -

ص: ٣٨٥

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤٩ - من آداب المائده حديث ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦ و ١٦.

٢- ((٧ و ٨ و ٩)) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب آداب المائده حديث ١٤ و ٦ و ١٠.

(فى الغسل الثانى) و هو ما بعد الطعام (دون الأول) فإنه لا تزال البركه فى الطعام ما دامت النداهه فى اليد.

(و التسميه عند الشروع) فى الأكل (١)، فعن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: «إذا وضعت -التمسح بعد الغسل قبل الطعام للأخبار.

منها: خبر مرزم (رأيت أبا الحسن عليه السّلام إذا توضأ قبل الطعام لم يمسّ المنديل، و إذا توضأ بعد الطعام مسّ المنديل) (١)، و خبر محمد بن أحمد عن أبيه عن رجل عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا غسلت يدك للطعام فلا تمسح يدك بالمنديل فلا تزال البركه فى الطعام ما دامت النداهه فى اليد) ٢.

و المستحب مسهما بالمنديل من أثر ماء الغسل، لا من أثر الطعام قبل الغسل، فإن ذلك مكروه، بل المستحب فى أثر الطعام لعق الأصابع للأخبار.

منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا أكل أحدكم طعاما فمضّ أصابعه التى أكل بها قال الله عزّ و جلّ: بارك الله فيك) (٢)، و خبر حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السّلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يلعق أصابعه إذا أكل) ٤.

هذا و المستحب مسح الوجه باليدين بعد الغسل قبل مسحهما بالمنديل لمرفوع إبراهيم بن عقبه عن أبى عبد الله عليه السّلام (مسح الوجه بعد الوضوء يذهب بالكلف و يزيد فى الرزق) (٣)، و خبر المحاسن عن أبى جعفر الثانى عليه السّلام (أنه يوم قدم المدينة تغدى معه جماعه فلما غسل يديه من الغمر مسح بهما رأسه و وجهه قبل أن يمسحهما بالمنديل و قال: اللهم اجعلنى ممن لا يرهق وجهه قتر و لا ذله) ٤، و فى حديث آخر عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (إذا غسلت يدك بعد الطعام فامسح وجهك و عينيك قبل أن تمسح بالمنديل و تقول: اللهم إنى أسألك المحبه و الزينه، أعوذ بك من المقت و البغضه) ٧.

(١) يستحب التسميه عند الشروع فى الأكل للأخبار.

منها: خبر كليب الأسدى عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن الرجل المسلم إذا أراد أن يطعم طعاما فأهوى بيده و قال: بسم الله و الحمد لله رب العالمين غفر الله عزّ و جلّ له قبل أن تصير اللقمه إلى فيه) (٤) و مرسل الحسين بن عثمان عن رجل عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا -

ص: ٣٨٤

- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب آداب المائده حديث ١ و ٢ .
- ٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٦٧ - من أبواب آداب المائده حديث ٢ و ٣ .
- ٣- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب آداب المائده حديث ١ و ٣ و ٤ .
- ٤- ((٨) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب آداب المائده حديث ١ .

-أكلت الطعام فقل: بسم الله في أوله و آخره، فإن العبد إذا سمى قبل أن يأكل لم يأكل معه الشيطان و إذا لم يسمّ أكل معه الشيطان(١) و مثلها غيرها و هى داله على استحباب التسميه عند الأكل، و فى بعض الأخبار استحباب التسميه عند وضع المائدة كخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إذا وضعت المائدة حفّها ألاف ملك، فإذا قال العبد بسم الله قالت الملائكه: بارك الله عليكم فى طعامكم ثم يقولون للشيطان اخرج يا فاسق، لا سلطان لك عليهم، فإذا فرغوا فقالوا: الحمد لله، قالت الملائكه: قوم أنعم الله عليهم فأدّوا شكر ربهم، و إذا لم يسمّوا قالت الملائكه للشيطان: ادن يا فاسق فكل معهم، فإذا رفعت المائدة و لم يذكروا اسم الله عليها قالت الملائكه: قوم أنعم عليهم فنسوا ربهم(٢) ، و طائفه دلت على استحباب التسميه عند إرادته الأكل من كل آنيه كصحيح داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام (قلت له: كيف أسمى على الطعام؟ فقال عليه السّلام: إذا اختلفت الآنيه فسمّ على كل إناء(٣) و خبر ابن فرقد الآخر عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: ضمنت لمن سمى على طعام أن لا يشتكى منه، فقال ابن الكوّاء: يا أمير المؤمنين لقد أكلت البارحه طعاما سميت عليه فأذاني قال: فلعلك أكلت ألوانا فسميت على بعضها و لم تسم على بعض يا لكع(٤).

و لو تكلم فى أثناء الطعام أعاد التسميه لخبر مسمع (شكوت ما ألقى من أذى الطعام إلى أبى عبد الله عليه السّلام إذا أكلت، فقال: لم تسمّ، فقلت: إني لأسمى و إنه ليضرّنى فقال: إذا قطعت التسميه بالكلام ثم عدت إلى الطعام تسمى؟ قلت: لا قال: فمن هاهنا يضرّك، أما إنك لو كنت إذا عدت إلى الطعام سميت ما ضرّك(٥)، بل يستحب التسميه عند كل لقمه لخبر الأرجاني عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال على عليه السّلام: ما أتخمت قط لأنى ما رفعت لقمه إلى فمى إلا سميت(٦)، و لو نسى التسميه على الطعام يستحب له أن يقول: بسم الله على أوله و آخره لصحيح داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام فى حديث التسميه على الطعام (قلت: فإن نسيت أن أسمى، قال: تقول بسم الله على أوله و آخره(٧) ، و مرسل الفقيه (روى أن من نسى أن يسمى على كل لون فليقل: بسم الله على أوله و آخره(٨).

ص: ٣٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥٦ - من أبواب آداب المائدة حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب آداب المائدة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٦١ - من أبواب المائدة حديث ١ و ٣ و ٢ و ٥.

٤- ((٧ و ٨)) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب آداب المائدة حديث ١ و ٣.

المائدة حففتها أربعه آلاف ملك فإذا قال العبد: بسم الله. قالت الملائكة: بارك الله عليكم في طعامكم ثم يقولون للشيطان: اخرج يا فاسق لا سلطان لك عليهم فإذا فرغوا فقالوا: الحمد لله قالت الملائكة: قوم أنعم الله عليهم فأدوا شكر ربهم. وإذا لم يسموا قالت الملائكة للشيطان: ادن يا فاسق فكل معهم فإذا رفعت المائدة و لم يذكروا اسم الله عليها قالت الملائكة: قوم أنعم الله عليهم فنسوا ربهم جلّ وعزّ.

(و لو تعددت الألوان) ألوان المائدة سمى (على كل لون) منها روى ذلك عن على عليه السلام، و واقعته مع ابن الكواء مشهوره، و روى التسميه على كل اناء على المائدة و إن اتحدت الألوان (و لو نسيها) أى التسميه فى الابتداء (تداركها فى الأثناء) عند ذكرها، روى أن الناسى يقول: بسم الله على أوله و آخره (و لو قال) فى الابتداء مع تعدد الألوان و الأوانى: (بسم الله على أوله و آخره أجزأ) عن التسميه عن كل لون و آنيه (١)، و روى أجزاء تسميه واحده من الحاضرين على المائدة عن الباقيين عن الصادق عليه السلام رخصه.

(و يستحب الأكل باليمين اختيارا (٢)، و لا بأس باليسرى مع الاضطرار فعن -نعم لو وضعت المائدة و عليها جماعه فسّمى أحدهم أجزأ عن الجميع لصحيح ابن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا حضرت المائدة فسّمى رجل منهم أجزأ عنهم أجمعين) (١)، بل من هذه الأخبار المتقدمه و غيرها يستفاد استحباب التحميد عند الفراغ.

(١) لإطلاق خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا وضع الخوان فقل: بسم الله، فإذا أكلت فقل: بسم الله أوله و آخره، و إذا رفع فقل: الحمد لله) (٢)، و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام (اذكروا اسم الله على الطعام، فإذا فرغت فقل: الحمد لله الذى يطعم و لا يطعم) ٣.

(٢) الخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا تأكل باليسرى و أنت تستطيع) (٣)، و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يأكل بشماله و لا يشرب بشماله و لا يتناول بها شيئا) ٥، نعم من الخبر الأول يستفاد أنه لو كان هناك مانع من استعمال اليمين فلا كراهه فى الشمال.

ص: ٣٨٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٥٨ - من أبواب آداب المائدة حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥٧ - من أبواب آداب المائدة حديث ٢ و ٤.
- ٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب آداب المائدة حديث ٣ و ١.

الصادق عليه السلام «لا تأكل باليسرى و أنت تستطيع»، و فى روايه أخرى «لا يأكل بشماله و لا يشرب بها و لا يتناول بها شيئاً».

(و بدأه صاحب الطعام) بالأكل لو كان معه غيره (و أن يكون آخر من يأكل) ليأنس القوم و يأكلوا (١)، روى ذلك من فعل النبى صلى الله عليه و آله و سلم معللاً بذلك (٢)(و يبدأ) صاحب الطعام إذا أراد غسل أيديهم (فى الغسل) الأول بنفسه (ثم بمن عن يمينه) دوراً إلى الآخر (و فى) الغسل (الثانى) بعد رفع الطعام يبدأ بمن عن يساره، ثم يغسل هو أخيراً روى (٣) ذلك عن الصادق عليه السلام معللاً- ابتدائه (٤) أولاً- لثلاث- يحتشمه أحد، و تأخيره آخراً بأنه أولى بالصبر على الغمر (٥)، و هو بالتحريك ما على اليد من سهك (٦) الطعام و زهمته (٧)، و فى روايه «أنه يبدأ بعد الفراغ بمن على يمين (١) يستحب لصاحب الطعام أن يبدأ بالأكل و أن يكون آخر من يترك الأكل لخبر ابن القداح عن أبى عبد الله عليه السلام (كان رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم إذا أكل مع القوم طعاماً كان أول من يضع يده و آخر من يرفعها ليأكل القوم)(١)، و خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السلام (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم كان إذا أتاه الضيف أكل معه، و لم يرفع يده من الخوان حتى يرفع الضيف)٢.

(٢) أى حتى يأكل القوم.

(٣) لما فى خبر الكلينى قال: (و فى حديث آخر يغسل أولاً رب البيت يده ثم يبدئ بمن على يمينه، فإذا رفع الطعام بدء بمن على يسار صاحب المنزل و يكون آخر من يغسل يده صاحب المنزل، لأنه أولى بالصبر على الغمر)(٢)، و خبر محمد بن عجلان - كما فى المحاسن - عن أبى عبد الله عليه السلام (الوضوء قبل الطعام يبدأ صاحب البيت لثلاث يحتشم أحد، فإذا فرغ من الطعام بدئ بمن على يسار صاحب المنزل، و يكون آخر من يغسل يده صاحب المنزل، لأنه أولى بالصبر على الغمر)٤.

نعم ورد فى خبر عجلان كما فى روايه الكافى نفس الخبر المتقدم إلا أنه قال: (فإذا فرغ من الطعام بدئ بمن على يمين الباب حراً كان أو عبداً)٥.

(٤) أى ابتداء صاحب المنزل بالغسل أولاً.

(٥) أى الغمر.

(٦) أى الريح.

(٧) بالضم الشحم.

ص: ٣٨٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب آداب المائدة حديث ١ و ٣.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٥٠ - من أبواب آداب المائدة حديث ٣ و ٢ و ١.

الباب حرا كان أو عبدا»، (و يجمع غسله الأيدي في إناء) واحد لأنه يورث حسن أخلاق الغاسلين، و المروى (١) عن الصادق عليه السلام «اغسلوا أيديكم في إناء واحد تحسن أخلاقكم»، و يمكن أن يدل (٢) على ما هو أعم من جمع الغسالة فيه (٣).

(و أن يستلقى بعد الأكل) على ظهره (و يجعل رجله اليمنى على رجله اليسرى) رواه البزنطي (٤) عن الرضا عليه السلام، و رواه العامه بخلافه (٥) من الخلاف.

(و يكره الأكل متكئا و لو على كفه (٦))، «لأن النبي صلى الله عليه و آله و سلم لم يأكل متكئا منذ (١) كما في خبر عمرو بن ثابت عن أبي عبد الله عليه السلام (اغسلوا أيديكم في إناء واحد تحسن أخلاقكم) (١)»، و خبر الفضل بن يونس (لما تغدى عندي أبو الحسن عليه السلام و جىء بالطشت بدئ به و كان في صدر المجلس فقال: ابدأ بمن على يمينك فلما توضأ واحد أراد الغلام أن يرفع الطشت فقال له أبو الحسن عليه السلام: دعها و اغسلوا أيديكم فيها) ٢، و خبر عبد الرحمن بن أبي داود (تغدينا عند أبي عبد الله عليه السلام فأتى بالطشت فقال: أما أنتم يا أهل الكوفة فلا تتوضئون إلا واحدا واحدا، و أما نحن فلا نرى بأسا أن نتوضأ جماعه، فتوضأنا جميعا في طشت واحد) ٣.

(٢) أي الخبر المذكور.

(٣) في إناء واحد، بحيث يدل الخبر على أن غسل الأيدي جميعا في إناء واحد بأن يملأ الإناء ماء فيضع أحدهم يده فيه فيغسلها ثم الثاني و هكذا و هذا لا يدل على صب الماء من إناء على يد أحدهم و جمع ماء الغسالة في إناء آخر كما هو المفهوم من عبارته الماتن، و الذي يدل على الأول بقيه الأخبار المتقدمه.

(٤) لخبر البزنطي عن الرضا عليه السلام (إذا أكلت فاستلق على قفاك، وضع رجلك اليمنى على اليسرى) (٢).

(٥) أي و ما روته العامه من عكس ذلك بوضع اليسرى على اليمنى فهو من جملة ما خالفوا فيه الحق.

(٦) يكره الأكل متكئا للأخبار:

منها: خبر معاوية بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام (ما أكل رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم متكئا منذ-

ص: ٣٩٠

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب آداب المائدة حديث ١ و ٢ و ٣.

٢- (٤) الوسائل الباب - ٧٤ - من أبواب آداب المائدة حديث ١.

بعثه الله تعالى إلى أن قبضه»، روى ذلك عن الصادق عليه السلام، (و روى) الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام (عدم كراهه الاتكاء على اليد) في حديث طويل، آخره «لا والله ما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن هذا قط» - يعنى الاتكاء على اليد حاله الأكل - وحمل على أنه لم ينه عنه لفظاً وإلا فقد روى عنه عليه السلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يفعل (١) كما سلف (٢)، وحمل فعل الصادق عليه السلام على بيان جوازه (و كذا يكره التربع حالته) (٣) بل فى جميع الأحوال، «قال أمير المؤمنين عليه السلام إذا -بعثه الله إلى أن قبضه تواضعا لله عزّ وجلّ» (١)، و خبر سماعه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأكل متكئا؟ قال: لا ولا منبطحا) ٢، و خبر أبى خديجه (سأل بشير الدهان أبا عبد الله عليه السلام و أنا حاضر فقال: هل كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يأكل متكئا على يمينه و على يساره؟ فقال: ما أكل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم متكئا على يمينه و لا على شماله، و لكن كان يجلس جلسه العبد، قلت: و لم ذاك؟ قال: تواضعا لله عزّ وجلّ) ٣ نعم لا بأس بالاتكاء على اليد حال الأكل لخبر عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام (رآنى عباد ابن كثير البصرى و أنا معتمد يدي على الأرض فرفعها فأعدتها، فقال: يا عبد الله إن هذا المكروه، فقلت: لا والله ما هو بمكروه) (٢) ، و خبر الفضيل بن يسار (كان عباد البصرى عند أبى عبد الله عليه السلام يأكل فوضع أبو عبد الله عليه السلام يده على الأرض فقال له عباد:

أصلحك الله، أما تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن ذاك؟ فرفع يده فأكل ثم أعادها أيضا، فقال له أيضا فرفعها، ثم أكل فأعادها، فقال له عباد أيضا فقال له أبو عبد الله عليه السلام:

لا والله ما نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن هذا قط) ٥.

فالقول بكون الاتكاء على اليد مكروه و هذه الرواية بفعل الصادق عليه السلام لبيان الجواز، و المراد أنه لم ينه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن ذلك لفظاً و إن كان قد تركه فعلا كما عن الشهيد فى الدروس ليس فى محله، بل الاعتماد على اليد لا يسمى اتكاء فيكون هذا خارجا تخصصا.

(١) أى لم يفعل الاتكاء و لو على اليد.

(٢) أى كما سلف فى الرواية عن الصادق عليه السلام أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم لم يأكل متكئا، و فيه عدم شمول الاتكاء للاعتماد على اليد كما عرفت.

(٣) أى حاله الأكل لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا-

ص: ٣٩١

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب آداب المائدة حديث ١ و ٤ و ٦.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب آداب المائدة حديث ٤ و ١.

جلس أحدكم على الطعام فليجلس جلسه العبد و لا يضعن أحدكم إحدى رجله على الأخرى و يتربع فإنها جلسه يبغضها الله و يمقت صاحبها».

(و) كذا يكره (التملى من المأكل (١) قال الصادق عليه السلام: «إن البطن ليطغى من أكله و أقرب ما يكون العبد من الله تعالى إذا خفّ بطنه، و أبغض ما يكون العبد إلى الله إذا امتلأ بطنه» (و ربما كان الإفراط) فى التملّى (حراما) إذا أدى إلى الضرر (٢)، فإن الأكل على الشبع يورث البرص (٣)، و امتلاء المعده رأس الداء (و الأكل على الشبع (٤) و باليسار (٥) اختيارا (مكروهان) و قد تقدم، و الجمع بين -جلس أحدكم على الطعام فليجلس جلسه العبد و لا يضعن إحدى رجله على الأخرى و يتربع، فإنها جلسه يبغضها الله و يمقت صاحبها(١) و منه يستفاد كراهه التربع مطلقا.

(١) يكره التملّى من الأكل للنبوى (ما ملأ ابن آدم وعاء أشر من بطنه، فإن كان و لا بدّ فثلث لطعامك و ثلث لشرابك و ثلث لنفسك)(٢)، و خبر أبى الجارود عن أبى جعفر عليه السلام (ما من شىء أبغض إلى الله عزّ و جلّ من بطن مملوء)(٣)، و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (إن البطن ليطغى من أكله، و أقرب ما يكون العبد من الله إذا خفّ بطنه، و أبغض ما يكون العبد من الله إذا امتلأ بطنه)(٤) و مثله كثير.

(٢) أى الضرر المحرم.

(٣) كما فى خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (الأكل على الشبع يورث البرص)(٥).

(٤) أى و يكره الأكل على الشبع كما فى خبر ابن سنان المتقدم، و الفرق بين الشبع و التملّى أن الشبع هو البلوغ فى الأكل إلى حد لا يشتهيّه سواء امتلئ منه بطنه أم لا، و التملّى ملء البطن و إن بقيت شهوته للطعام كما كان حال معاويه أنه يمتلئ من الطعام و يقول:

ارفعوا عنى الطعام فو الله ما شبت و لكنى تعبت، و قد دعا عليه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بعدم الشبع(٦).

(٥) أى و يكره الأكل باليسار، و قد تقدم الدليل عليه.

ص: ٣٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب آداب المائدة حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب المائدة حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب آداب المائدة حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب آداب المائدة حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب آداب المائدة حديث ٣.

٦- (٦) راجع الغدير ج ٨ ص ٣٠٤-٣٠٥.

كراهه الامتلاء و الشبع تأكيد للنهي عن كل منهما بخصوصه في الاخبار (١)، أو يكون الامتلاء أقوى (٢)، و من ثم أردفه (٣) بالتحريم على وجه (٤)، دون الشبع.

و يمكن أن يكون بينهما (٥) عموم و خصوص من وجه بتحقق الشبع خاصه (٦) بانصراف نفسه و شهوته عن الأكل و إن لم يمتلئ بطنه من الطعام، و الامتلاء (٧) دونه (٨) بأن يمتلئ بطنه و يبقى له شهوه إليه، و يجتمعان فيما إذا امتلأ و انصرفت شهوته عن الطعام حينئذ (٩).

هذا (١٠) إذا كان الأكل صحيحا، أما المريض و نحوه فيمكن انصراف شهوته عن الطعام و لا يصدق عليه أنه حينئذ (١١) شبعان كما لا يخفى، و يؤيد ما ذكرناه من الفرق (١٢) ما يروى من قوله صلى الله عليه و آله و سلم عن معاوية: «لا أشبع الله له بطناً» (١٣) مع أن امتلاءه ممكن و ما روى عنه (١٤) «أنه كان يأكل بعد ذلك ما يأكل ثم يقول: ما شبعت و لكن عيّيت» (١٥).

(و يحرم الأكل على مائده يشرب عليها شيء من المسكرات) خمرا (١٦) و غيره (١) بناء على اتحادهما معنى.

(٢) أى أشد من الشبع فيكون التملئ أعم مطلقا.

(٣) أى أردف المصنف التملئ.

(٤) و ذلك فيما لو أدى إلى الضرر.

(٥) أى بين الشبع و التملئ و هو الصحيح.

(٦) دون التملئ.

(٧) أى بتحقق الامتلاء.

(٨) أى دون الشبع.

(٩) أى حين الامتلاء.

(١٠) أى العموم و الخصوص من وجه بين الشبع و الامتلاء.

(١١) أى حين انصراف شهوته عن الطعام.

(١٢) أى الفرق بين الشبع و الامتلاء على نحو العموم و الخصوص من وجه.

(١٣) الغدير ج ٨ ص ٣٠٤-٣٠٥.

(١٤) عن معاوية.

(١٥) الغدير ج ٨ ص ٣٠٤-٣٠٥.

(١٦) يحرم الأكل على مائده يشرب عليها الخمر بلا خلاف فيه للأخبار.

ص: ٣٩٣

(و الفقاع) لقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: «ملعون من جلس على مائه يشرب عليها الخمر»، وفي خبر آخر «طائعا»، و باقى المسكرات بحكمه (١)، و فى بعض الأخبار -منها: صحيح هارون بن الجهم (كنا مع أبى عبد الله عليه السّلام بالحيره حين قدم على أبى جعفر المنصور فختن بعض القوادم ابنا له وضع طعاما، و دعا الناس، و كان أبو عبد الله عليه السّلام فيمن دعا، فبينما هو على المائه يأكل و معه عده على المائه فاستسعى رجل منهم فأتى بقدح فيه شراب لهم، فلما صار القدح فى يد الرجل قام أبو عبد الله عليه السّلام عن المائه، فسئل عن قيامه فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ملعون ملعون من جلس على مائه يشرب عليها الخمر(١)، و فى روايه الكليني: (ملعون ملعون من جلس طائعا على مائه يشرب عليها الخمر). و خبر سليمان بن جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من كان يؤمن بالله و اليوم الآخر فلا يأكل على مائه يشرب عليها الخمر(٢)، و خبر الحسين بن زيد عن الصادق عن آبائه عليهم السّلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم (و نهى عن الجلوس على مائه يشرب عليها الخمر)٣.

فخبر الحسين بن زيد و خبر ابن الجهم يدلان على حرمة الجلوس و إن لم يأكل، و خبر المدائنى يدل على حرمة الأكل و إن لم يجلس، و الجمع بينها يقتضى حرمة الجلوس و إن لم يأكل و حرمة الأكل و إن لم يكن جالسا بلا- خلاف فى ذلك كله، ثم يحرم الجلوس و الأكل على مائه يشرب عليها المسكر و إن لم يكن خمر، لصدق الخمر على كل مسكر على ما تقدم فى محله، و لخصوص موثق عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن المائه إذا شرب عليها الخمر أو مسكر، فقال: حرمت المائه(٣) من دون خلاف فى ذلك كله نعم عدى العلامة الحكم بالقيام عن مائه فيها اجتماع على اللهو و الفساد، لأن القيام حينئذ مستلزم للنهى عن المنكر من حيث إنه أعراض عن فاعله و إهانه له فيجب لذلك النهى و فيه أن النهى عن المنكر إنما يجب بشروط، و من جملتها جواز التأثير، و عليه فالنهى يتقيد بمراتبه المعلومه على التدرىج و لا- يتقيد بالقيام، و منه تعرف ضعف ما عن ابن إدريس فى السرائر من عدم جواز الأكل من طعام يعصى الله عليه أو به، فيجب القيام عنه لأنه نهى عن المنكر.

(١) أى بحكم الخمر.

ص: ٣٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦٢ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٦٢ - أبواب الأَطعمه المحرمه حديث ٣ و ٥.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - أبواب الأَشربه المحرمه حديث ١.

تسميتها (١) خمرًا، و كذا الفقاع (٢)،(و باقى المحرمات) حتى غيبه المؤمن على المائده و نحوها (يمكن إلحاقها بها (٣) كما ذهب إليه العلامة لمشاركتها (٤) لها (٥) فى معصية الله تعالى، و لما فى القيام عنها (٦) من النهى عن المنكر. فإنه (٧) يقتضى الاعراض عن فاعله، و هو (٨) ضرب من النهى الواجب، و حرّم ابن إدريس الأكل من طعام يعصى الله به أو عليه، و لا ريب أنه (٩) أحوط (١٠).

و أما النهى بالقيام (١١) فإنما يتم (١٢) مع تجويزه (١٣) التأثير به (١٤) و اجتماع باقى الشروط (١٥)، و وجوبه (١٦) حينئذ (١٧) من هذه الحيثية (١٨) حسن، إلا أن إثبات الحكم (١٩) مطلقا (٢٠) مشكل إذ لا يتم وجوب الانكار مطلقا (٢١) فلا يحرم (١) أى تسميه المسكرات.

(٢) فقد ورد أنه خمر و قد تقدمت هذه الروايات سابقا.

(٣) بالمسكرات.

(٤) أى مشاركته المحرمات الباقية.

(٥) للمسكرات.

(٦) عن المحرمات الباقية.

(٧) أى القيام عن المحرمات.

(٨) أى الأعراض عن فاعل الحرام.

(٩) أى القيام عن المحرمات الباقية.

(١٠) لأن الاحتياط سبيل النجاة، و أخوك دينك فاحتط لدينك.

(١١) أى و أما تحقق النهى عن المنكر بالقيام عن مائده باقى المحرمات.

(١٢) أى يتم تحقق النهى بالقيام.

(١٣) أى تجويز النهى المتحقق بالقيام.

(١٤) بالفاعل.

(١٥) أى باقى شروط وجوب النهى عن المنكر.

(١٦) أى وجوب النهى عن المنكر.

(١٧) أى حين اجتماع باقى الشروط.

(١٨) أى حيثيه القيام المؤثر بالفاعل.

(١٩) و هو وجوب القيام عن كل مائده فيها معصيه لله.

(٢٠) و إن لم يؤثر القيام فى فاعل المنكر.

(٢١) أى حتى بدون الشروط.

ص: ٣٩٥

الأكل (١) مطلقاً (٢)، و الحاق غير (٣) المنصوص به قياس.

و لا- فرق بين وضع المحرم (٤)، أو فعله (٥) على المائدة في ابتدائها و استدامتها، فمتى عرض المحرم في الأثناء وجب القيام حينئذ (٦) كما أنه لو كان ابتداء حرم الجلوس عليها و ابتداء الأكل منها.

و الأقوى: أن كل واحد من الأكل منها (٧) و الجلوس عليها (٨) محرم برأسه و إن انفك عن الآخر.

(١) أي الأكل على مائده فيها باقى المحرمات.

(٢) أي فى جميع الأحوال، إذ لا يتم إلا فى صورته كون القيام مؤثراً.

(٣) من باقى المحرمات بالخمير و المسكر كما فعل العلامة قياس لا نقول به.

(٤) أي الخمر و المسكر.

(٥) أي شرب الخمر على المائده و إن لم يضعها عليها.

(٦) أي حين عروض المحرم.

(٧) من المائده و إن لم يجلس عليها.

(٨) على المائده و إن يأكل منها.

سرشناسه: ترحینی عاملی، محمدحسن

الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه .شرح

عنوان و نام پدیدآور: الزبده الفقہیہ فی شرح الروضه البهیه/تالیف محمدحسن ترحینی العاملی.

مشخصات نشر: قم: دارالفقه للطباعه والنشر، ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵.

مشخصات ظاهری: ۹ ج.

شابک: دوره ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۱-X ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۱، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۲-۱ ؛ ج. ۲ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۳-۶ ؛ ج. ۳ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۴-۴ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۲، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۳، چاپ سوم) ؛ ج. ۴ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۵-۲ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۴، چاپ سوم) ؛ ج. ۵ ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۶-۰ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۵، چاپ سوم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۶، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۶، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۷-۹ ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال: ج. ۷، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۸-۷ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۷، چاپ چهارم) ؛ ج. ۸، چاپ سوم ۹۶۴-۸۲۲۰-۳۹-۵ ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال (ج. ۸، چاپ چهارم) ؛ ۳۰۰۰۰۰ ریال (ج. ۹، چاپ سوم) ؛ ۳۵۰۰۰۰ ریال: ج. ۹، چاپ چهارم ۹۶۴-۸۲۲۰-۴۰-۹ :

وضعیت فهرست نویسی: برون سپاری (ج. ۶، چاپ سوم)

یادداشت: عربی.

یادداشت: چاپ قبلی: مهدیس، ۱۳۸۳.

یادداشت: ج. ۱، ۶ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۶، ۷ و ۹ (چاپ چهارم ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵).

یادداشت: ج. ۲ - ۹ (چاپ سوم: ۱۴۲۶ق. = ۱۳۸۴).

یادداشت: ج. ۸ (چاپ چهارم: ۱۴۲۷ق. = ۱۳۸۵)

یادداشت: کتاب حاضر شرحی است بر کتاب "روضه البهیه" شهید ثانی که خود شرحی است بر "اللمعه دمشقیه" شهید اول.

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه -- نقد و تفسير

موضوع: فقه جعفرى -- قرن ٨ق.

شناسه افزوده: شهيد اول، محمد بن مكى، ٧٣٤-٧٨٦ق . اللمعه الدمشقيه. شرح

شناسه افزوده: شهيد ثانى، زين الدين بن على، ٩١١-٩٦٦ق . الروضه البهيه فى شرح اللمعه الدمشقيه. شرح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/٣/ش ٩٠٢١٢ ٨٠٣٨٥

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: ١٠٣٣٥٦٠

ص: ١

اشاره

(كتاب الميراث (١) (١) ففى خبر ابن مسعود عن النبى صلّى الله عليه وآله وسلم: (تعلموا الفرائض وعلّموها الناس، فإنى امرؤ مقبوض وإن العلم سيقبض، وتظهر الفتن حتى يختلف الاثنان فى الفريضه فلا يجدان من يفصل بينهما)(١).

و عنه صلّى الله عليه وآله وسلم: (تعلموا الفرائض فإنها من دينكم، فإنها نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينتزع من أمتى)(٢).

و اختلفوا فى نصفيته للعلم، فقيل: لأنه مختص بإحدى حالتي الإنسان، وهى حاله الممات، بخلاف سائر العلوم فإنها تختص بحال الحياه.

وقيل: لأنه مختص بأحد سببى الملك، وهو السبب الاضطرارى للتمليك بالموت فى قبال السبب الاختيارى للتمليك من بيع و إجاره، و الإرث مختص بالسبب الأول و بقيه العلوم مختصه بالثانى.

وقيل: إن العلم قسمان، قسم يقصد فيه بالذات التعلم و التعليم و العمل تابع، و قسم بالعكس، و الأول الإرث و الفرائض و الثانى باقى الفقه.

وقيل: إنه نصف العلم باعتبار المشقه، لأن معرفته و تعلم مسائله فيه مشقه عظيمه، بخلاف باقى العلوم.

ص:٧

١- (١) سنن البيهقى ج ٦ ص ٢٠٨.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٦ ص ٢٠٩.

و هو (١): مفعال من الإرث (٢)، و ياءه منقلبه عن واو (٣)، أو من الموروث (٤)

و هو على الأول (٥): «استحقاق إنسان بموت آخر بنسب أو سبب (٦) شيئاً بالأصالة (٧).

و على الثانى (٨): «ما يستحقه (٩) إنسان..» إلى آخر بحذف الشيء (١٠) و هو أعم من «الفرائض» (١١)

-وقيل: إنه نصف العلم باعتبار الثواب، لما روى أن ثواب مسأله من الفرائض ثواب عشره من غيره.

(١) أى الميراث، و أصله موراث، قلبت واوه ياء لكسر ما قبلها، و هذا الوزن أعنى مفعال من أوزان اسم الآله، و اسم الآله فيه جهه مصدرية و جهه اسميه.

فإن لوحظت الأولى، فالميراث هو استحقاق الإنسان بموت الآخر شيئاً، إذا كان بينهما نسب أو سبب.

و إن لوحظت الثانية دون الأولى؛ فالميراث هو ما يستحقه الإنسان بموت الآخر شيئاً إذا كان بينهما نسب أو سبب.

(٢) إن لوحظت الجهه المصدرية فى اسم الآله.

(٣) لكسر ما قبلها.

(٤) إن لوحظت الجهه الاسميه فى اسم الآله.

(٥) أى من الإرث.

(٦) احتراز عن الوصيه.

(٧) احتراز عن الوقف الذرى، فلو كان الوقف على الأولاد ثم على أولادهم فيصدق على انتقال الموقوف من الأولاد إلى أولادهم عند موت الأوائل أنه استحقاق إنسان بموت آخر شيئاً، إلا أنه ليس فى أصل الشرع بل بسبب عروض الوقف.

(٨) أى الموروث.

(٩) و هو المنتقل من المورث إلى الوارث.

(١٠) و السبب فى حذفه لأن الشيء الوارد فى تعريف الإرث هو عين المستحق، و قد ذكر أولاً فى التعريف الثانى.

(١١) تعريض بالكثير من الفقهاء، حيث عبروا عنه بكتاب الفرائض، و وجه الأعميه: أن الفرائض جمع فريضه بمعنى السهم، و الفريضه هى المنصوص عليها فى الكتاب و السنه، -

مطلقا (١)، إن أريد بها (٢) المفروض بالتفصيل.

و إن أريد بها (٣) ما يعمّ الإجمال (٤) كإرث أولى الأرحام، فهو بمعناه (٥)، و من ثمّ كان التعبير بالميراث أولى (٦).

(و فيه فصول)

الفصل الأوّل فى الموجبات و الموانع

اشاره

(الأول) البحث (فى الموجبات) (٧) للإرث (و الموانع) منه (٨).

الموجب شيان

اشاره

(يوجب الإرث) أى يثبت شيان: (النسب و السبب)،

الأوّل النسب

(فالنسب) هو (٩):

الاتصال بالولاده بانتهاء أحدهما إلى الآخر، كالأب و الابن (١٠)، أو بانتهاهما إلى ثالث (١١)، -كالنصف للأخت و الربع و الثمن للزوجه و هكذا، فهى لا- تشمل إرث القرابه المستفاد من قوله تعالى: **وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ (١)** بخلاف الإرث فإنه يشمل الفرائض المنصوصه و إرث القرابه.

(١) قيد للعموم أى عموما مطلقا، لا من وجه.

(٢) بالفرائض.

(٣) بالفرائض.

(٤) أى ما يعم السهام المفروضه و المنصوص عليها فى الكتاب و السنه و إرث القرابه.

(٥) أى فلفظ الفرائض كلفظ الإرث معنى.

(٦) وجه الأولويه: أن انطباق الإرث على إرث القرابه بلا- تأويل، بخلاف لفظ الفرائض فإن انطباقه على إرث القرابه بحاجه إلى

تأويل بعد كونه موضوعا لما هو مفروض تفصيلا.

(٧) والمراد بها الأسباب.

(٨) من الإرث.

(٩) تعريف له بما له من معنى عرفي، و ليس للشارع فيه معنى خاص.

(١٠) فانتهاء اتصال الابن من جهة العلو، و انتهاء اتصال الأب من جهة النزول، و لا يتجاوز أحدهما الآخر.

(١١) كالأخوين يرجعان إلى أب واحد، و العم و ابن أخيه يرجعان إلى أب العم وجد ابن الأخ و هو واحد.

ص: ٩

١- (١) الأنفال الآية: ٧٥.

مع صدق اسم النسب عرفا (١) على الوجه الشرعى (٢).

و هو ثلاث مراتب (٣)، لا يرث أحد من المرتبه التاليه مع وجود واحد من المرتبه السابقه، خال (٤) من الموانع.

فالأولى:(الآباء) دون آبائهم (٥)(و الأولاد) و إن نزلوا.

(ثم) الثانيه:(الإخوه) و المراد بهم: ما يشمل الأخوات للأبوين، أو أحدهما (٦)(و الأجداد) و المراد بهم: ما يشمل الجدات (فصاعدا. و أولاد الإخوه) و الأخوات (فنازلا) ذكورا و إناثا.

و أفردهم عن الإخوه (٧) لعدم إطلاق اسم الإخوه عليهم فلا يدخلون، و لو قيل (٨):

(١) ليخرج البعيد، لأن كل بنى آدم ينتهى إلى ثالث و هو آدم عليه السلام.

(٢) قيد ليخرج الانتساب بالزنا، و إن سمي نسبا عرفا، و المراد بالوجه الشرعى ما كان بوطء صحيح أو ما بحكمه كوطء الشبهه.

(٣) أى النسب، المرتبه الأولى: الأبوان من غير ارتفاع و الأولاد، ذكرانا و إناثا، و إن نزلوا.

المرتبه الثانيه: الإخوه و الأخوات و أولادهم و إن نزلوا، و الأجداد و إن علوا.

المرتبه الثالثه: الأخوال و الأعمام و الخالات و العمات و أولادهم و إن نزلوا بشرط صدق اسم القرابه عليهم، و إلا لعمم النسب و بطل الولاء.

و فى كل هذه المراتب تجرى قاعده منع الأبعد بالأقرب، فالولد يمنع ولد الولد، و الأخ يمنع ابن أخيه، و العم يمنع ابنه و هكذا.

و هنا إشكال حاصله: لو كان الولد يمنع ولد الولد و يمنع الإخوه، فلم جعل ولد الولد من الطبقة الأولى، و الإخوه من الطبقة الثانيه.

و الجواب: قد جعل ولد الولد من الطبقة الأولى لأنه يرث مع وجود الأب، كما يرث الولد مع وجود الأب، و المساوى للمساوى مساو.

(٤) صفه لواحد من المرتبه السابقه، و إلا لو كان فيه مانع الإرث لا تنتقل الإرث إلى ما يوجد فى المرتبه التاليه.

(٥) أى آباء الآباء.

(٦) أحد الأبوين.

(٧) أى أفرد المصنف أولاد الإخوه عن الإخوه.

(٨) لو وصلية، و المعنى لا يدخل أولاد الإخوة تحت الإخوة و إن قال المصنف: الإخوة و إن نزلوا.

ص: ١٠

و إن نزلوا و نحوه. بخلاف الأجداد و الأولاد (١).

(ثم) الثالثة:(الأعمام و الأخوال) للأبوين، أو أحدهما (٢) و إن علوا كأعمام الأب و الأم، و أعمام الأجداد (و أولادهم) فنازلا ذكورا و إناثا.

الثانى السبب

(و السبب) (٣) هو الاتصال بالزوجيه، أو الولاء (٤). و جملته (٥)(أربعة الزوجيه) من الجانبين مع دوام العقد، أو شرط الإرث على الخلاف (٦)(و) ولاء (الإعتاق) (و) ولاء (ضمان الجريره)(و) ولاء (الإمامه).

و الزوجيه من هذه الأسباب تجامع جميع الوراث، و الإعتاق لا- يجامع النسب، و يقدم على ضمان الجريره المقدم على ولاء الإمامه فهذه أصول موجبات الإرث.

الموانع للإرث

اشاره

و أما الموانع فكثيره قد سبق بعضها (٧) و يذكر هنا بعضها فى تضاعيف الكتاب (٨)، و غيره (٩)، و قد جمعها المصنف فى الدروس إلى عشرين (١٠) و ذكر هنا ستة:

(١) فالجد يطلق على الأدنى و الأعلى، و الولد يطلق على الابن و ابنه، فلذا عبر المصنف بالأجداد و أراد الجد و ما على، و عبر بالأولاد و أراد به الولد و إن نزل.

(٢) أحد الأبوين.

(٣) و هو قسيم النسب، و هما موجبا الإرث، إلا أن السبب فى هذا الكتاب قد أريد به السبب الخاص و هو الاتصال بما عدا الولاده من زوجيه أو ولاء.

(٤) بفتح الواو، و أصله القرب و الدنو، و المراد تقرب أحد الشخصين بالآخر على وجه يوجب الإرث بغير نسب و لا زوجيه.

(٥) أى جمله السبب.

(٦) إذا كان العقد منقطعا و قد اشترط الإرث فى متن العقد، فمع عدم الشرط لا توارث، و مع شرط التوارث خلاف، قد تقدم فى كتاب النكاح.

(٧) كاللعان و الدين المستغرق للتركه و الزنا.

(٨) كتاب الإرث.

(٩) غير كتاب الإرث.

(١٠) و هي: ١ - الرق، ٢ - الكفر، ٣ - القتل، ٤ - اللعان، ٥ - الزنا، ٦ - التبرؤ عند السلطان من جريره الابن و ميراثه، ٧ - الشك في النسب، ٨ - الغيبه المنقطعه، ٩ - الدين المستغرق، ١٠ - العلم باقتران موت المتوارثين، ١١ - الحمل ما لم ينفصل حيا،

ص: ١١

أحدها: الكفر (١) (و يمنع الإرث) للمسلم (الكفر) بجميع أصنافه، و إن انتحل معه الإسلام (فلا يرث الكافر) حربيا أم ذميا أم خارجيا أم ناصبيا أم غاليا (٢) (المسلم) و إن لم يكن مؤمنا (٣) (و المسلم يرث الكافر) (٤) و يمنع ورثته -١٢- بعد الدرجه مع وجود أقرب، ١٣ - عقد المريض على امرأه ما لم يأذن الورثه، ١٤ - الطفل يقع من غير استهلال و لا تعلم حياته، ١٥ - اشتباه الوارث بالعبد، ١٦ - المنع بقدر الحبه، ١٧ - المنع بمقدار الكفن، ١٨ - المنع بقدر الوصيه فيما دون الثلث، ١٩ - كون العين موقوفه، ٢٠ - كون العبد جانبا فلا يرثه الورثه لو استرقه المجنى عليه أو وليه.

(١) اتفق المسلمون على أن الكفر يمنع الكافر من إرث المسلم للأخبار، منها: خبر أبي خديجه عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يرث الكافر المسلم، و للمسلم أن يرث الكافر، إلا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيء) (١).

(٢) لأن المراد بالكافر في الخبر من كان خارجا عن الإسلام، سواء كان قد دخل فيه أولا كالمرتد، و سواء كان مع كفره منتحلا للإسلام كالناصبى، و سواء أقرّ على دينه كالكتابي الذمى أو لا، كل ذلك عملا بعموم الخبر.

(٣) أى على ولاية أمير المؤمنين و بنيه المعصومين عليهم السلام. لعموم الخبر السابق.

(٤) بلا خلاف فيه بيننا، ففي خبر عبد الرحمن بن أعين عن أبي جعفر عليه السلام: (فى النصرانى يموت، و له ابن مسلم، أ يرثه؟ قال: نعم، إن الله عز و جل) لم يزدنا بالإسلام إلا- عزا، فنحن نرثهم و هم لا يرثونا) (٢)، و خبر سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن المسلم هل يرث المشرك؟ قال: نعم، فأما المشرك فلا يرث المسلم) (٣).

و خالف أكثر العامه للنبوى (لا يتوارث أهل ملتين)، و هو محمول على نفى التوارث من الجانبين، لأن التفاعل يقتضى ذلك، و هذا لا ينفى ثبوت الإرث من أحد الطرفين، و هذا ما صرحت به الأخبار، ففي روايه جميل و هشام عن أبي عبد الله عليه السلام: (أنه قال: فيما روى الناس عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أنه قال: لا يتوارث أهل ملتين، قال: نرثهم و لا يرثونا، إن الإسلام لم يزد في حقه إلا شدة) (٤) و فى خبر أبي العباس: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا يتوارث أهل ملتين، يرث هذا هذا و يرث هذا هذا، إلا أن المسلم يرث الكافر-

ص: ١٢

- ١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ٥.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ١٤.

الكفار، و إن قربوا و بعد (١). و كذا يرث المبتدع من المسلمين لأهل الحق و لمثله (٢)، و يرثونه على الأشهر (٣).

و قيل: يرثه المحق، دون العكس.

(و لو لم يخلف المسلم قريبا مسلما كان ميراثه للمعتق (٤)، ثم ضامن الجريره، ثم الإمام عليه السّلام. و لا يرثه الكافر بحال)، بخلاف الكافر فإن الكفار يرثونه مع فقد الوارث المسلم، و إن بعد كضامن الجريره. و يقدمون (٥) على الإمام عليه السّلام.

(و إذا أسلم الكافر على ميراث قبل قسمته) (٦) بين الورثة، حيث يكونون متعددين (شارك) في الإرث بحسب حاله (إن كان مساويا) لهم في المرتبه، كما لو كان الكافر ابنا و الورثة إخوته (و انفرد) بالإرث (إن كان أولى) منهم كما لو -و الكافر لا يرث المسلم(١).
(١) أى و إن قرب الكفار الورثة، و بعد المسلم الوارث.

(٢) لعموم أدله التوارث بين المسلمين، و بدعته لا- تخرجه عن الإسلام، و خالف المفيد فمنع إرث المعتزلى و المرجئ و أهل الحشويه من المؤمن، و قال فى الجواهر: «و لعل الوجه فيه إطلاق الكفر على المخالفين فى بعض الأخبار، و هو محمول على الكفر الإيماني دون الإسلامى».

(٣) بل المشهور لأن المخالف ليس كثيرا.

(٤) و إن كان المسلم قد ترك وراثا كفارا فلا يرثوه، بلا خلاف فيه بعد ما عرفت من عدم إرث الكافر للمسلم.

(٥) أى الورثة الكفار، و إن اختلفوا فى المثل و النحل، لأن الكفر مله واحده، نعم شرط التوارث فقد الوارث المسلم غير الإمام، و لو منعهم الإمام المعصوم لما ثبت أصلا إرث بينهم لوجود الإمام دائما، و هذا الحكم لا خلاف فيه من أحد.

(٦) أى قسمه الميراث، فله حصه، فإن انفرد فالميراث كله له، و إن شارك فله نصيبه بلا خلاف فيه، ففى خبر ابن مسكان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله ميراثه، و إن أسلم بعد ما قسم فلا ميراث له) (٢) و مثله غيره.

ص: ١٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موانع الإرث حديث ١٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢.

كانوا إخوه مسلما كان المورث أم كافرا (١)، و نماء التركة كالأصل (٢).

(و لو) أسلم بعد القسمة (٣)، أو (كان الوارث واحدا فلا مشاركته) (٤)، و لو كان الوارث الإمام (٥) حيث يكون المورث مسلما ففي تنزيله (٦) منزله الوارث الواحد، أو اعتبار نقل التركة إلى بيت المال، أو توريث المسلم مطلقا (٧) أقوال.

و وجه الأول واضح (٨) دون الثاني، و الأخير مروى.

(١) لإطلاق الأدله.

(٢) لأن النماء المتجدد بعد الموت هو ميراث قبل القسمة.

(٣) فلا يرث، بلا خلاف فيه، و لأخبار تقدم بعضها.

(٤) لأن الميراث قد انتقل إلى الوارث الوحيد من حين موت المورث.

(٥) فعلى المشهور أن الذى أسلم أولى بالميراث من الإمام، لخبر أبى بصير قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام: عن رجل مسلم مات و له أم نصرانية، و له زوجة و ولد مسلم، فقال عليه السلام: إن أسلمت أمه قبل أن يقسم ميراثه أعطيت السدس، قلت: فإن لم يكن له امرأه، و لا- ولد، و لا- وارث له سهم فى الكتاب من المسلمين، و أمه نصرانية و له قرابه نصارى ممن له سهم فى الكتاب لو كانوا مسلمين، لمن يكون ميراثه؟

قال: إن أسلمت أمه فإن جميع ميراثه لها، و إن لم تسلم أمه و أسلم بعض قرابته ممن له سهم فى الكتاب فإن ميراثه له) (١).

و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن حمزه إلى التفصيل فإذا كان إسلام الوارث قبل نقل التركة إلى بيت المال فيرث، و إلا فلا، و قال فى المسالك: «و وجهه غير واضح»، و قال فى الجواهر: «و لم نعرف لهم مستندا».

و ذهب الشيخ فى النهايه و ابن البراج إلى أنه لا يرث الكافر إذا أسلم لأن الإمام كالوارث الواحد، فلا قسمه فى حقه فينتقل المال من المورث إلى الإمام عند الموت فيكون إسلام الكافر و لا ميراث.

إلا أنه ردّ للأخبار التى تقدم بعضها، و لذا قال فى الجواهر: «إنه اجتهاد فى مقابل النص».

(٦) أى تنزيل الإمام.

(٧) سواء نقل المال إلى بيت المال أو لا.

(٨) لأنه لا قسمه فى حق الوارث الواحد، و لكنه اجتهاد فى قبال النص.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

و لو كان الوارث أحد الزوجين (١)، فالأقوى: أن الزوج كالوارث المتحد، و الزوجه كالمتعدد لمشاركه الإمام عليه السلام لها
دونه (٢) و إن كان غائبا (٣).

و لو كان الإسلام بعد قسمه البعض (٤)، ففي مشاركته في الجميع (٥) أو في الباقي (٦) أو المنع منهما (٧) أوجه أوسطها (٨)
الوسط.

(و المرتد عن فطره) و هو الذى انعقد (٩) و أحد أبويه مسلم (لا تقبل توبته) (١٠)

(١) بحيث كان للمورث زوج أو زوجه، و وارث كافر قد أسلم.

فإن كان الوارث هو الزوج فلا يصدق على الوارث الآخر أنه أسلم على ميراث قبل القسمة لأن الميراث انتقل بتمامه إلى الزوج
من حين الموت، غايته يأخذ الزوج نصيبه بالفرض و الباقي بالرد.

و إن كان الوارث هو الزوجه فالزوجه تأخذ نصيبها بالفرض، و لا ردّ عليها، و الباقي للإمام، فإن انتقل المال إلى بيت الإمام فلا
شئ للكافر إذا أسلم بعد ذلك، و إن لم ينتقل فالباقي له، هذا ما عليه المشهور، و ذهب الشيخ و القاضى ابن البراج إلى أن
الكافر لو أسلم يأخذ ما يفضل عن نصيب الزوجه، و فيه: إن هذا يتم في الزوجه قبل مشاركه الإمام لها لا مطلقا.

(٢) دون الزوج فلا يشاركه الإمام.

(٣) أى الإمام.

(٤) أى كان إسلام الكافر الوارث بعد قسمه بعض الميراث.

(٥) فى جميع الميراث كما هو قول العلامة فى التحرير و القواعد و الإرشاد، لأن الميراث هو الجميع، و الجميع لم يقسم بعد
حسب الفرض.

(٦) أى باقى الميراث الذى لم يقسم كما هو قول المشهور، لأن الباقي ميراث أسلم عليه قبل قسمته، و أما ما قسم فقد ارتفع عنوان
الميراث عليه بالقسمة.

(٧) من الجميع و الباقي، فلا يرث الكافر لو أسلم بعد قسمه البعض و لم يعرف قائله، و قال فى الجواهر «فما عن بعضهم من
احتمال العدم - عدم المشاركة مطلقا - لصدق القسمة فى الجملة فى غايه الضعف».

(٨) أعد لها.

(٩) ماؤه.

(١٠) جرى الديدن على ذكر المرتد الفطرى فى باب الإرث، لأن ماله يقسم على ورثته و إن كان حيا إذا كان رجلا، و استطردوا

بذكر بعض الأحكام المترتبة على الارتداد هذا من -

ص: ١٥

ظاهراً و إن قبلت باطنا على الأقوى (١) (و تقسّم تركته) بين ورثته بعد قضاء ديونه منها، إن كان عليه دين (و إن لم يقتل) بأن فات السلطان، أو لم تكن يد المستوفى (٢) مبسوطة (و يرثه المسلمون لا غير) (٣) لتنزيله منزله المسلم (٤) في كثير من الأحكام كقضاء عبادته الفائتة زمن الردة (٥).

(و) المرتد (عن غير فطره) (٦) و هو الذى انعقد و لم يكن أحد أبويه مسلماً لا يقتل معجلاً، بل (يستتاب) (٧) عن الذنب الذى ارتدّ بسببه (فإن تاب، و إلا قتل) و لا يقسّم ماله حتى يقتل، أو يموت، و سيأتى بقيه حكمه فى باب الحدود إن شاء الله تعالى.

(و المرأة لا تقتل بالارتداد) (٨)، لقصور عقلها (و لكن تحبس و تضرب أوقات) -جهه، و من جهه أخرى فلا تقبل توبته ظاهراً بمعنى وجوب قتله لو ارتد و إن تاب، لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل الله على محمد صلى الله عليه و آله و سلم بعد إسلامه فلا توبه له، و وجب قتله، و بانت امرأته، فليقسّم ما ترك على ولده) (١). و مثله غيره.

(١) أى بينه و بين الله، و ذهب المشهور إلى عدم قبولها باطناً عملاً بإطلاق الأخبار المتقدم بعضها، و الحق قبولها باطناً لوجوب التوبه عليه فلو لم تقبل باطناً لكان لغوا.

(٢) للأحكام.

(٣) فلو كان وارثه الأقرب كافراً فلا يرث، بل ينتقل الميراث إلى الوارث المسلم الأبعد.

(٤) و المسلم لا يرثه الكافر.

(٥) و أما وجوب قتله و بينونه امرأته و تقسيم ماله فللدليل خاص.

(٦) ذكر المرتد الملى فى باب الإرث ليس فى محله، لأن قسمه ماله متوقفه على قتله، و هذا ما يتساوى فيه مع الجميع بخلاف المرتد الفطرى فإن قسمه ماله ثابتته من حين الارتداد و إن لم يقتل.

(٧) لأخبار كثيره منها: ما كتبه أمير المؤمنين عليه السلام إلى عامله (أما من كان من المسلمين ولد على الفطره ثم تزندق فاضرب عنقه و لا تستتبه، و من لم يولد منهم على الفطره فاستتبه، فإن تاب و إلا فاضرب عنقه) (٢).

(٨) سواء كان ارتدادها عن فطره أو مله، لأخبار منها: خبر الحسن بن محبوب عن أبى -

ص: ١٤

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب موانع الإرث حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد المرتد حديث ٥.

(الصلوات (١) حتى تتوب، أو تموت، وكذلك الخنثى) للشك في ذكوريته المسلطه على قتله.

و يحتمل أن يلحقه حكم الرجل، لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من بَدَّلَ دينه فاقتلوه» (٢)، خرج منه المرأه فيبقى الباقي (٣) داخلا في العموم إذ لا نصّ على الخنثى بخصوصه و هذا متجه لولا أن الحدود تدرأ بالشبهات.

ثانيها القتل

(و) ثانيها (القتل) أى قتل الوارث لولاه المورث (٤) و هو (مانع) من الإرث (إذا كان عمدا ظلما) (٥) إجماعا، مقابله له بنقيض مقصوده، و لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا ميراث للقاتل» (٦) و احترزنا بالظلم عما لو قتله حدّا أو قصاصا و نحوهما من القتل بحق (٧) فإنه لا يمنع.

—عبد الله عليه السلام (المرأه إذا ارتدت استتيت، فإن تاب و رجعت، و إلا خلّدت في السجن و ضيقّ عليها في حبسها)(١).

(١) كما في خبر غياث بن إبراهيم (لا- تقتل و تستخدم خدمه شديده، و تمنع الطعام و الشراب إلا ما يمسك نفسها، و تلبس خشن الثياب، و تضرب على الصلوات)٢.

(٢) سنن ابن ماجه ج ٢ كتاب الحدود الباب الثاني.

(٣)المشتمل على الخنثى.

(٤)قتل الوارث من باب إضافه المصدر إلى فاعله، و لولاه أى لولا القتل، و المعنى: إن القاتل يرث المورث لو لا القتل، فلو بدل الوارث بالقاتل لارتفع الإبهام.

(٥)لأخبار منها: صحيح هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا- ميراث للقاتل)(٢).

و موثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يتوارث رجلان قتل أحدهما صاحبه)٤ و قال فى المسالك: «و الحكمه الكليه فيه أنه لو ورثنا القاتل لم يأمن مستعجل الإرث أن يقتل مورثه، فاقتضت المصلحه حرمانه مؤاخذه له بنقيض مطلوبه».

(٦)الوسائل الباب - ٧ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

(٧)لخبر غياث بن إبراهيم (سألت جعفر بن محمد عليهم السلام عن طائفتين من المؤمنين إحداهما-

ص: ١٧

٢- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب موانع الإرث حديث ١ و ٥

(و لو كان) قتله (خطأ) محضاً (منع من الدية خاصة) على أظهر الأقوال (١)، لأنه جامع بين النصين، و لأن الدية يجب عليه (٢) دفعها إلى الوارث للآيه (٣)، و لا- باغيه و الأخرى عادله اقتتلوا، فقتل رجل من أهل العراق أباه أو ابنه أو أخاه أو حميمه، و هو من أهل البغي و هو وارثه، أ يرثه؟ قال: نعم، لأنه قتله بحق(١).

و التعليل عام.

(١)الأقوال ثلاثه:

الأول: إنه يرث مطلقاً و إليه ذهب المفيد و سألار و المحقق لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (سألته عن رجل قتل أمه أ يرثها؟ قال: إن كان خطأ و رثها، و إن كان عمدا لم يرثها)(٢) و مثله غيره.

الثاني: إنه لا يرث مطلقاً و إليه ذهب ابن أبي عقيل لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم في صحيح هشام بن سالم المتقدم (لا ميراث للقاتل)، و لخصوص روايه الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السّلام (و لا- يرث الرجل أباه إذا قتله و إن كان خطأ)(٣) و في نسخه (و لا يرث الرجل الرجل).

الثالث: إنه يرث ما عدا الدية و إليه ذهب المشهور جمعا بين الدليلين، و لأن الدية يجب عليه دفعها إلى الوارث على تقدير كونه الخطأ شبيه العمد، و تدفعها عاقلته على تقدير كونه خطأ محضاً، و على الأول يجب الدفع إلى نفسه لو قلنا يارثه من الدية و هو لغو، و على الثاني يجب الدفع إليه من العاقله عوضاً عما جنى و هو غير معقول، و لروايه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه و آله و سلم قال: (ترث المرأة من مال زوجها و من ديتها، و يرث الرجل من مالها و ديتها، ما لم يقتل أحدهما صاحبه فإن قتل أحدهما صاحبه عمدا فلا- يرثه من ماله و لا- من ديته، و إن قتله خطأ ورث من ماله و لا يرث من ديته)(٤) و هي نص في المقام، مع أن ذكر الزوجين ليس مخصصاً بل يعمم الحكم لغيرهما من الورثه من باب إسقاط الخصوصية.

(٢)على القاتل إذا كان القتل شبيه العمد.

(٣)و هي قوله تعالى فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِ النِّسَاءِ الْآيَه: ٩٢.

ص: ١٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣.
- ٤- (٤) سنن البيهقي ج ٦ ص ٢٢١.

شئ من الموروث للقاتل يدفع إليه (١). و الدفع إلى نفسه لا يعقل (٢) و به (٣) صريحا روايه عاميه (٤).

و قيل (٥): يمنع مطلقا (٦)، لروايه الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام:

«لا يرث الرجل الرجل إذا قتله، و إن كان خطأ» (٧).

و قيل: يرث مطلقا (٨)، لصحيحه عبد الله بن سنان عنه عليه السلام في رجل قتل أمه أ يرثها؟ قال: «إن كان خطأ ورثها، و إن كان عمدا لم يرثها (٩)» و ترك الاستفصال (١٠) دليل العموم فيما تركته مطلقا و منه الديه (١١). و روايه الفضيل مرسله (١٢)

(١) في الخطأ المحض، فالديه على العاقله فلو ورث القاتل منها لوجب على العاقله أن تدفع إليه عوضا عما جنى و هو غير معقول.

(٢) في الخطأ شبيه العمد فالديه عليه فلو ورث القاتل منها لوجب عليه أن يدفع لنفسه و هو لغو.

(٣) بالمنع من الديه خاصه.

(٤) و هي روايه عمرو بن شعيب المتقدمه.

(٥) و هو قول ابن أبي عقيل.

(٦) من الديه و غيرها.

(٧) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣، و في نسخه «و لا يرث الرجل أباه»، و على هذه النسخه فيكون الحكم مختصا بالابن فقط لا في مطلق الوارث القاتل.

(٨) من الديه و غيرها و هو قول المفيد و سائر و المحقق.

(٩) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢.

(١٠) أي عدم التفصيل.

(١١) أي مما تركته.

(١٢) فسندها قد روى بطريقتين:

الأول: محمد بن يعقوب بإسناده عن علي بن الحسن بن فضال عن رجل عن محمد بن سنان عن حماد بن عثمان عن فضيل بن يسار.

الثاني: محمد بن يعقوب عن الحسين بن محمد عن معلى بن محمد عن بعض أصحابه عن حماد بن عثمان عن فضيل بن يسار.

فلا تعارض الصحيح (١).

و فى إلحاق شبه العمء به (٢) أو بالخطأ (٣) قولان، أجودهما الأول لأنه (٤) عامء فى الجملة.

و وجه العءم: كونه خاطئاً كذلك (٥)، و لأن التعليل (٦) بمقابلته (٧) بنقيض مقصوده لا يجرى فيه (٨).

و لافرق بين الصبى و المءنون و غيرهما (٩)، لكن فى إلحاقهما بالخاطئ أو العامء (١٠) نظر، و لعل الأول أوجه (١١).

و لابين المباشر و السبب (١٢) فى ظاهر المذهب (١٣)، للعموم (١٤).

(و يرث الءيه) (١٥) ءيه المءقول سواء و جبأ أصاله كالخطأ و شبهه، أم صلحا (١) و هو صحیح عبد الله بن سنان.

(٢) بالعمء، كما عن الفضل و القءيمين و العلامه فى القواعد و فخر المءققين و جماعه.

(٣) كما عن المعظم.

(٤) لأن القاتل.

(٥) فى الجملة.

(٦) و هو حكمه منع القاتل من الإرث.

(٧) بمقابله القاتل.

(٨) لأنه لم يقتل مورثه لىستعجل إرثه.

(٩) فى انطباق عنوان القاتل عليه، و غيرهما كالنائم و الساقط من غير اختيار.

(١٠) عند قتل العمء، لأن عند قتلها خطأ فلا معنى للقول بأنه قتل عمءى.

(١١) إلحاق عمءهما بالخطأ لرفع التكليف عنهما، و ءليل الثانى أن العمء تابع للقصد و هو حاصل فى الصبى و المءنون، و هو ضعيف لرفع حكم العمء عنهما لرفع القلم عنهما.

(١٢) فى صدق القاتل عليهما، و المراد بالمباشر هو الذى باشر القتل، و بالسبب هو الذى حفر حفره فى الطريق - مثلاً - أو فى غير أرضه بحيث من يقع فيها يقتل، و قد ذهب الفاضل الهنءى فى كشف اللثام و الصدوق و الكلينى إلى عدم صدق القاتل على المسابب، و هو ضعيف.

(١٣) مذهب الإماميه كأن المءخالف معدوم.

(١٤) عموم لفظ القاتل الشامل لهما.

(١٥) اختلف الأصحاب في وارث الديه على أقوال:

ص: ٢٠

كالعمد (١) (كلّ مناسب) للمقتول (و مناسب له) كغيرها من أمواله، لعموم آيه «أولى الأرحام (٢)» فإنهم جمع مضاف.

(و فى) إرث (المتقرب بالأم) لها (٣) (قولان) مأخذهما: ما سلف (٤)، و دلالة -الأول: يرثها من يرث غيرها من أمواله و إليه ذهب الشيخ فى المبسوط و موضع من الخلاف و ابن إدريس فى أحد قوليهِ لعموم آيه وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ (١) و هى مطلق يشمل الدية و غيرها.

الثانى: يرثها من عدا المتقرب بالأم، ذهب إليه الشيخ فى النهاية و أتباعه و ابن إدريس فى القول الآخر لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى أن الدية يرثها الورثة على كتاب الله و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين إلا -الإخوة من الأم و الأخوات من الأم، فإنهم لا يرثون من الدية شيئاً) (٢). و لروايهِ محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (الدية يرثها الورثة على فرائض الموارث إلا الإخوة من الأم فإنهم لا يرثون من الدية شيئاً) (٣).

و لخبر عبيد بن زرارهِ عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يرث الإخوة من الأم من الدية شيئاً) (٣).

و هذه الروايات و إن دلت على حرمان الإخوة للأم لكن يعمم الحكم إلى كل متقرب إلى الميت بها بالأولى لأن الإخوة للأم هم إخوته من أمه، و هم أقرب إليه من أخواله و أولادهم.

الثالث: يمنع من الدية من تقرب إلى الميت بالأم وحدها، و من تقرب إلى الميت بالأب وحده، و يرثها من يتقرب إلى الميت بالأبوين، و هو قول الشيخ فى موضع من الخلاف، و هو كما ترى لا دليل عليه.

و الأولى الاقتصار على مورد النص و هو منع إخوة الميت من أمه من الدية فقط.

(١) لأن الأصل فى العمد القتل إلا - أن يعفو ولى الدم و يأخذ المال عوضاً عن عفوه. ففى خبر إسحاق عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: إذا قبلت دية العمدة فصارت مالا فهى ميراث كسائر الأموال) (٤).

(٢) الأنفال الآيه: ٧٥.

(٣) للديه.

(٤) من الآيه.

ص: ٢١

١- (١) الأنفال الآيه: ٧٥.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢ و ٤.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

روايه محمد بن قيس، و عبد الله بن سنان و عبيد بن زراره (١) عن الباقر و الصادق عليهما السّلام بحرمان الإخوه من الأم، و ألحق غيرهم من المتقرب بها بهم (٢)، لمفهوم الموافقه (٣) و استقر به المصنف في الدروس بعد حكمه بقصر المنع على موضع النص.

(و يرثها الزوج و الزوجه) (٤) في الأشهر (٥)، و روايه السكوني (٦) بمنعهما ضعيفه، أو محموله على التقيه (و لا- يرثان القصاص) (٧) اتفاقا (و) لكن (لو صولح على الديه) في العمدة (ورثا منها) (٨) كغيرها من الأموال، و غيرهما من الوراث (٩) (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٤ و ٢ و ٥.

(٢) و المعنى: ألحق غير الإخوه من المتقرب إلى الميت بالأم بالإخوه.

(٣) بل للقياس و لذا كان المتعين الاقتصار على الإخوه للأم.

(٤) أى يرث كل منهما ديه الآخر، لوجود المقتضى و عدم المانع، أما الأول فلعوم ما دل على التوارث بين الزوجين مما ترك الآخر، و أما الثانى فلأن ما يتوهم أنه مانع هو روايه السكوني عن جعفر عن أبيه (أن عليه السّلام كان لا يورث المرأه من ديه زوجها شيئا، و لا يورث الرجل من ديه امرأته شيئا، و لا الإخوه من الأم من الديه شيئا) (١).

و هى ضعيفه بالسكوني لأنه عامى و محموله على التقيه لمعارضتها لأخبار، منها: خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام (للمرأه من ديه زوجها، و للرجل من ديه امرأته ما لم يقتل أحدهما صاحبه) (٢).

(٥) ليس إشاره إلى خلاف، بل إشاره إلى وجود خبر مخالف.

(٦) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب موانع الإرث حديث ٤.

(٧) لأن القصاص يثبت لولى الدم للتشفى، و لا نسب فى الزوجيه من حيث هى زوجته توجب الولايه على دمه.

(٨) من الديه، لأنها كسائر أمواله فيصدق عليها الميراث، و فى خبر إسحاق عن أبى عبد الله عليه السّلام (إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: إذا قبلت ديه العمدة فصارت مالا، فهى ميراث كسائر الأموال) (٣).

(٩) أى غير الزوجين يرث من الديه أيضا.

ص: ٢٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب موانع الإرث حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

للعوم (١).

ثالثها الرقّ

(و) ثالثها (الرقّ) وهو (مانع) من الإرث (فى الوارث) (٢) و إن كان المورث مثله. بل يرثه الحرّ (٣) و إن كان ضامن جريره، دون الرقّ و إن كان ولدا (و) فى (المورث) (٤) فلا- يرث الرقّ قريبه الحرّ و إن قلنا بملكه، بل ماله لمولاه بحقّ الملك، لا بالإرث، مطلقا (٥).

(و لو كان للرقيق) ولد الميت (ولد) حرّ (ورث جدّه (٦)، دون الأب)، لوجود المانع فيه دونه (٧)، و لا- يمنع برقّ أبيه (و كذا الكافر و القاتل لا يمنعان) من الإرث (من يتقرب بهما)، لانتفاء المانع منه دونهما (٨).

(١) فى خبر إسحاق المتقدم (فهى ميراث كسائر الأموال).

(٢) للأخبار منها: خبر عمر بن يزيد عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يرث عبد حرا) (١)، و خبر على بن رثاب (قال أبو عبد الله عليه السّلام: العبد لا يرث) ٢.

(٣) أى يرث الميت وارثه الحر و إن كان بعيدا، و لا يرثه وارثه العبد و إن كان قريبا. ففى خبر مهزم عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى عبد مسلم و له أم نصرانيه و للعبد ابن حر، قيل:

أ رأيت إن ماتت أمّ العبد و تركت مالا؟ قال: يرثها ابن ابنها الحر) (٢).

(٤) أى الرق مانع من إرثه، فلا يرثه أقرباؤه لأن العبد و ما يملك لمولاه، فالمال لمولاه حينئذ.

(٥) سواء فى ذلك القن و المكاتب و المشروط و المدبّر.

(٦) أى يرث ولد العبد جدّه دون أبيه.

(٧) أى لوجود مانع الإرث فى الأب دون ابنه، و قد تقدم خبر مهزم (أ رأيت إن ماتت أمّ العبد و تركت مالا، قال عليه السّلام: يرثها ابن ابنها الحر) و روايه الفضل بن عبد الملك قال (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المملوك و المملوكه هل يحجبان إذا لم يرثا؟ قال عليه السّلام:

لا) (٣).

(٨) أى لانتفاء مانع القتل و الكفر من الولد دون الكافر و القاتل فالمانع موجود.

و بعبارة أخرى: إن القاتليه و الكفر فى الأب لا تصلح للمانع فى ابنه لأخبار منها: خبر-

-
- ١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب موانع الإرث حديث ٦ و ٧.
 - ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.
 - ٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب موانع الإرث حديث ٩.

(و المبعّض) (١) أى من تحرّر بعضه وبقى بعضه رقماً (يرث بقدر ما فيه من الحريه، و يمنع) من الإرث (بقدر الرقيه)، فلو كان للميت ولد نصفه حر، و أخ حر فالمال بينهما نصفان (٢)، و لو كان نصف الأَخ حراً أيضاً فللابن النصف، و للأخ الربع (٣). و الباقي للعمّ الحر إن كان، فلو كان نصفه حراً (٤) فله الثمن و الباقي لغيره من المراتب المتأخره عنه. و هكذا (و يورث المبعّض كذلك) (٥) فإذا جميل عن أحدهما عليه السّلام (فى رجل قتل أباه قال: لا يرثه و إن كان للقاتل ولد ورث الجدّ المقتول) (١) و فى خبره الآخر (لا يرث الرجل إذا قتل ولده أو والده، و لكن يكون الميراث لورثه القاتل) ٢.

و قد تقدم خبر أبى بصير فى رجل مسلم قد مات و أمه نصرانيه فقال عليه السّلام: (و إن لم تسلم أمه و أسلم بعض قرابته ممن له سهم فى الكتاب فإن ميراثه له) (٢).

(١) يرث بقدر ما فيه من الحريه و يمنع بقدر ما فيه من الرقيه، بلا خلاف فيه بيننا للأخبار، منها: معتبره منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام (المكاتب يرث و يورث على قدر ما أدى) (٣) و فى خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام فى مكاتب كانت تحته امرأه حره (فقضى أنه يرث بحساب ما أعتق منه) ٥.

و خالف جماعه من العامه فحكم بعضهم بأنه لا يرث و لا يورث، و قال بعضهم: إنه يرث و لا يورث، و يرد قولهم ما أوردوه من النبوى (فى العبد يعتق بعضه يرث و يورث على قدر ما أعتق منه) (٤).

(٢) لأنه لو لم يكن للميت ولد سوى العبد لكان له على تقدير حريته المال كله، فله نصفه على تقدير نصف الحريه، و النصف الآخر من الميراث لمن بعده من الطبقات و هو الأَخ فى المقام.

(٣) لأن له النصف على تقدير حريته فله نصفه على تقدير نصف حريته و نصف النصف ربع.

(٤) أى العم، فله الربع على تقدير حريته فيكون له الثمن الذى هو نصف الربع على تقدير نصف حريته.

(٥) على ما فيه من الحريه و قد تقدم دليله.

ص: ٢٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب موانع الإرث حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣ و ١.

٤- ((٦)) المغنى لابن قدامه ج ٧ ص ١٣٥.

كان نصفه حراً فلمولاه نصف تركته، و لو ارثه الحرّ النصف و هكذا.

(و إذا أعتق) الرقّ (على ميراث قبل قسمته فكالإسلام) (١) قبل القسمة يرث إن كان الوارث متعددا و لم يقتصموا التركة، و يمنع مع اتحادها، أو سبق القسمة على عتقه إلى آخر ما ذكر.

(و إذا لم يكن للميت وارث سوى المملوك أشتري من التركة) (٢) و لو قهرا على مولاه (٣). و المتولى له (٤) الحاكم الشرعي، فإن تعدّد تولاه غيره كفايه (٥) (و أعتق و ورث) باقى التركة (أبا كان) الرقّ (للميت أو ولدا أو غيرهما) من الأنساب على الأشهر (٦)، أما الأبوان (٧) و الأولاد (٨) فموضع وفاق، و به نصوص (١) بحيث لو أعتق قبل القسمة فله نصيبه و إن كان بعد القسمة فلا ميراث له، بلا خلاف فيه، ففي صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (من أعتق على ميراث قبل أن يقسم الميراث فهو له، و من أعتق بعد ما قسم فلا ميراث له) (١). و خبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام (من أعتق على ميراث قبل أن يقسم فله ميراثه، و إن أعتق بعد ما قسم فلا ميراث له) (٢).

(٢) يشتري من التركة و يعتق و يعطى باقى الميراث بلا خلاف فيه، ففي خبر سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول فى الرجل الحر يموت و له أم مملوكة: تشتري من مال ابنها ثم تعتق ثم تورث) (٣) و خبر عبد الله بن سنان (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول فى رجل توفى و ترك مالا و له أم مملوكة: تشتري أمه و تعتق ثم يدفع إليها بقيه المال) (٤).

(٣) بلا خلاف لأن عتقه واجب على مالكة فيجبر على بيعه لو امتنع.

(٤) للشراء و العتق، لأنه من وظائفه.

(٥) غير الحاكم لأن الشراء و العتق من الأمور الحسينية.

(٦) لوقوع الخلاف فى ما عدا الأب.

(٧) اقتصر الصدوق على الأم فقط.

(٨) اقتصر سائر على الأبوين.

ص: ٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ١ و ٢.

كثيره (١).

و ربما قيل بعدم فك الأولاد (٢) و الأول هو المذهب.

و أما غيرهما من الأرحام (٣) فبعضه (٤) نصوص غير نقيه السند (٥)، و لم يفرّق أحد بينهم (٦) فحكم الأكثر بفكّ الجميع (٧)، و توقف العلامه فى المختلف لذلك (٨)، و له وجه.

و فى شراء الزوجه روايه صحيحه (٩)،

(١)الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب موانع الإرث، و قد تقدم خبر سليمان بن خالد و خبر ابن سنان الواردان فى الأم، و أما الأب ففى مرسل ابن بكير عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا مات الرجل و ترك أباه و هو مملوك، أو أمه و هى مملوكه، أو أخاه أو أخته، و ترك مالا و الميت حرّ أشتري مما ترك أبوه أو قرابته، و ورث ما بقى من المال) (١) و أما الأولاد ففى خبر جميل بن دراج (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: الرجل يموت و له ابن مملوك قال: يشتري و يعتق ثم يدفع إليه ما بقى) (٢).

و خبر إسحاق بن عمار قال (مات مولى لعلى عليه السّلام فقال: انظروا هل تجدون له وارثا، فقيل له: إن له ابنتين باليمامه مملوكتين، فاشترهما من مال الميت ثم دفع إليهما بقيه الميراث) (٢).

(٢) و هو قول سلار.

(٣) أى غير الأبوين و الأولاد.

(٤) و هو الأخ و الأخت.

(٥) و هو مرسل ابن بكير المتقدم الوارد فى الأخت و الأخ.

(٦) بين بقيه الأرحام مما عدا الأولاد و الأبوين.

(٧) لأن النصوص و إن وردت فى الأخ و الأخت لكن عمموا الحكم لعدم خصوصيه لهما.

(٨) لأجل عدم نقاء السند.

(٩) و هى صحيحه سليمان بن خالد (قال أبو عبد الله عليه السّلام: كان أمير المؤمنين عليه السّلام إذا مات الرجل و له امرأه مملوكه اشتراها من ماله فأعتقها ثم ورّثها) (٣).

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٣ و ٤.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٨.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٥٣ - من كتاب العتق حديث ١.

و حمل عليها (١) الزوج بطريق أولى (٢).

و لو قصر المال عن قيمته (٣) ففي فكه قولان، أشهرهما: العدم. وقوفا فيما خالف الأصل على موضع الوفاق. و هذا يتجه في غير من اتفق على فكه (٤) و فيه (٥) يتجه شراء الجزء و إن قلّ. عملا بمقتضى الأمر (٦) بحسب الإمكان (٧)، و لحصول الغرض به في الجملة (٨).

و على المشهور (٩) لو تعدد الرقيق و قصر المال عن فكّ الجميع و أمكن أن يفك (١) على الزوجه.

(٢) لأنه أكثر نصيبا و أقوى سببا و لذا رد عليه دونها.

(٣) قيل لا- يفك و يكون الميراث للإمام عليه السّلام و هو المشهور بين الأصحاب، لأن الفك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين و صف ما لو كان المال بقدر قيمه الرق أو أزيد، و لأصالة عدم وجوب الفك خرج منه ما إذا وفت التركة بالقيمه فيبقى الباقي.

و قيل: يفك بما وجد من الميراث و يسعى في الباقي، لأن الميسور لا يسقط بالمعسور، و قال في الجواهر عنه: «لم نتحقق قائله».

(٤) أى و عدم الفك متجه في غير الأبوين و الأولاد أما فيهما فيجب الفك لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٥) من اتفق على فكه.

(٦) بوجوب الشراء و العتق الوارد في الأخبار المتقدمه.

(٧) لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٨) أى فك الجزء تحصيل لغرض تمليك الوارث إذا كان عبدا للميراث. و فى تفصيل الشارح ضعف لأن الأمر بفك جميع الأرحام وارد فى مرسل ابن بكير المنجبر بعمل الأصحاب.

(٩) المشهور على عدم الفك إذا لم تف التركة بالعتق، فلو كان الرقيق القريب متعددا و متساوى الدرجه و قصرت التركة عن شراء الجميع و وفت بعضهم ففيه ثلاثه أوجه:

الأول: التخيير، لأن الأمر بوجوب شراء العبد ثابت، و التركة غير وافية للجميع فيتعين فك أحدهم، و لا ترجيح لأحدهم فيتخير فى فك أحدهم.

الثانى: القرعه لأنها لكل أمر مشكل.

الثالث: عدم الفك، و هو الأشهر بل المشهور بل فى السرائر نفى الخلاف، لأن الفك على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موطن اليقين و هو ما لو وفت التركة بقيمه المملوك، و المفروض أن المملوك متعدد و الميراث لا يفى بقيمتهم.

به البعض ففي فكه بالقرعه، أو التخيير، أو عدمه أوجه.

و كذا الإشكال لو وفّت حصه بعضهم بقيمته (١) و قصر البعض، لكن فك الموفى هنا أوجه (٢).

و ظاهر النصوص (٣) توقف عتقه بعد الشراء على الإعتاق كما يظهر من العبارة (٤)، فيتولاها من يتولى الشراء (٥).

(و لا فرق بين أم الولد، و المدبر، و المكاتب المشروط، و المطلق (٦) الذي لم يؤدّ شيئاً) من مال الكتابه (و بين القنّ)، لاشتراك الجميع في أصل الرقيه، و إن تشبّث بعضهم بالحرية، و النهى عن بيع أم الولد مخصوص بغير ما فيه تعجيل لعتقها، لأنه زياده في مصلحتها (٧) التي نشأ منها المنع (٨) فيصح (٩)

(١) فلو فرض أن التركة مائه دينار، و الورثه اثنان فلكل واحد خمسون، إلا أن قيمه أحدهم خمسون و الآخر أزيد لمزيه فيه فيأتى نفس الإشكال من القرعه و التخيير أو عدم الفك.

(٢) بدون تخيير و لا قرعه، لأن حصته تفي بذلك فيكون هو المرجح لعتقه.

(٣) و هي حسنه جميل بن دراج و صحيحه سليمان بن خالد فهما الدالتان على عتقه بعد الشراء، أما بقيه الأخبار فلا تدل على العتق بعد الشراء.

ففي الأولى قال عليه السّلام (يشترى و يعتق) و في الثانيه (كان أمير المؤمنين عليه السّلام إذا مات الرجل و له امرأه مملوكه اشتراها من ماله فأعتقها).

(٤) عبارة المصنف.

(٥) أى يتولى الإعتاق، و هو الحاكم و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) لا فرق بين الجميع للعموم الوارد في الأخبار الآمره بشراء العبد و عتقه.

فلا يتوهم ترجيح القن على غيره بدعوى أن الغير قد تشبث بالحرية كالمكاتب و أم الولد.

إن قلت: لو كان الجميع على نسق واحد فيصح شراء أم الولد و إخراجها من مال سيدها ثم عتقها، مع أنه قد ورد النهى عن بيعها.

قلت: النهى مخصوص بغير ما فيه تعجيل عتقها كما لو كان الشراء لأجل الانتقال إلى مالك آخر.

(٧) أى شراؤها و عتقها.

(٨) أى مصلحتها هي القاضيه بالنهى عن بيع أم الولد كما ورد في الخبر.

(٩) شراؤها من أجل العتق.

بطريق أولى (١).

و لو كان المطلق قد أدى شيئاً (٢) و عتق منه بحسابه فكك الباقي و إن كان يرث بجزئه الحر، لأن ما قابل جزءه الرق من الإرث بمنزله من لا وارث له.

رابعها اللعان

(و) رابعها (اللعان) (٣) و هو (مانع من الإرث) بين الزوجين (٤) و بين الزوج و الولد المنفى به (٥) من جانب الأب و الولد (٦) (إلا أن يكذب) الأب (نفسه) في نفيه (٧) (فيرثه الولد من غير عكس) (٨)

(١) و وجهه: أن العبد القن الذي لم يرد فيه نهى عن شرائه و بيعه و لم يلاحظ مصلحه تعجيل عتقه يصح فكه من الميراث، فأم الولد التي لوحظت مصلحه تعجيل عتقها بالنهي عن بيعها ففكها أولى.

(٢) أى المكاتب المطلق، و الفرق بينه و بين المكاتب المشروط هو: أن الأول يتحرر منه بمقدار ما يدفع إلى سيده بخلاف الثانى فلا يتحرر منه شىء حتى يدفع تمام ما عليه.

(٣) ظاهر العبارة أن اللعان من جمله الموانع، مع أن اللعان ملحق بالموانع كما عليه المشهور، فاللعان سبب لسقوط النسب فلا إرث لعدم مقتضيه بخلاف الكفر و القتل و الرق فالمقتضى للإرث موجود و هو النسب، فلذا ألحق اللعان الذى يوجب نفى المقتضى بالموانع التى يفترض فيها وجود المقتضى.

(٤) لأن اللعان موجب لبطلان سبب الزوجيه ففى حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (و إن لا عن لم تحل له أبداً) (١).

(٥) باللعان.

(٦) أى أن اللعان مانع من الجهتين فالولد المنفى لا يرث أباه، و لا الأب يرثه، لسقوط النسب بينهما بالملاعنه، ففى خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام (إن ميراث ولد الملاعنه لأمه، فإن لم تكن أمه حيه فلاقرب الناس إلى أمه أخواله) ٢ و فى خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام فى اللعان (فسألته من يرث الولد؟ فقال: أمه، فقلت: أ رأيت إن ماتت الأم فورثها الغلام ثم مات الغلام بعد، من يرثه؟ فقال: أخواله) (٢).

(٧) نفى الولد.

(٨) ففى خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لاعن امرأته و انتفى من -

ص: ٢٩

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث ٤.

و هل يرثه حينئذ (١) أقارب الأب مع اعترافهم به (٢)، أو مطلقا (٣)، أو عدمه مطلقا (٤) أوجه، أشهرها: الأخير، لحكم الشرع بانقطاع النسب فلا يعود (٥)، وإنما ورثه الولد بالتكذيب بدليل خارج.

و لو اتفق للولد قرابه من الأبوين، و أخرى من الأمّ كالأخوه (٦) اقتسموه بالسويه، لسقوط نسب الأب، و لو كان المنفى توأمين توارثا بالأموه (٧).

خامسها الحمل

(و) خامسها (الحمل) (٨) و هو (مانع من الإرث إلا أن ينفصل حيا) (٩). فلو -ولدها، ثم أكذب نفسه بعد الملاعنه و زعم أن ولدها ولده هل تردّ عليه؟ قال: لا- و لا- كرامه لا تردّ عليه و لا تحلّ له إلى يوم القيامة. إلى أن قال. فقلت: إذا أقرّ به الأب هل يرث الأب؟ قال: نعم و لا يرث الأب الابن (١٠).

(١) حين تكذيب الأب نفسه.

(٢) ذهب العلامة في القواعد إلى جعل التوارث بين أقارب الأب بعد اعترافهم به سواء اعترف الأب أو لا وجها.

(٣) سواء اعترف الأقارب بالولد أو لا فيرثه المتقرب بالأب و يرثه الولد.

(٤) أى عدم الإرث بينهما سواء اعترف الأقارب به أم لا.

(٥) أما حكمه بالانقطاع فهو عند اللعان و تقدم النص في ذلك، و لا يعود النسب لو كذب الأب نفسه للاستصحاب.

(٦) بأن كان للولد الملاعن عن إخوه من أبويه و إخوه من أمه، فالجميع متقرب إليه من ناحيه الأم فقط لأن قرابه الأب سقطت باللعان.

(٧) بحيث لو مات أحدهما ورثه الآخر بقربته من أمه لسقوط نسب الأب.

(٨) و هو من لواحق الموانع لعدم المقتضى للإرث فيه، لأن المقتضى ولادته حيا.

(٩) ففي صحيح الفضيل (سأل الحكم بن عتبة أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يسقط من أمه غير مستهلّ أ يورث، فأعرض عنه فأعاد عليه فقال: إذا تحرك تحركا بينا ورّث، فإنه ربما كان أخرس) (١٠).

و منه يعلم إرادته المثال من نصوص الاستهلال كصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يصلى على المنفوس و هو المولود الذى لم يستهلّ و لم يصح، و لم يورث من الديه و لا من غيرها، فإذا استهلّ فصلّ عليه و ورّثه) ٣.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث ولد الملائنة حديث ٢.
- ٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٨ و ٥.

سقط ميتا لم يرث، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «السقط لا يرث ولا يورث» (١) ولا تشترط حياته عند موت المورث بل لو كان نطفه ورث، إذا انفصل حيا، ولا يشترط استقرار حياته بعد انفصاله ولا استهلاله، لجواز كونه أخرس، بل مطلق الحياه المعتمده بالحركه البينه (٢)، لا بنحو التقلص الطبيعي (٣) كما لو خرج بعضه حيا وبعضه ميتا (٤).

و كما يحجب الحمل عن الإرث إلى أن يفصل حيا يحجب غيره ممن هو دونه ليستبين أمره. كما لو كان للميت امرأه أو أمه حامل و له إخوه (٥) فيترك الإرث حتى تضع.

نعم لو طلبت الزوجه الإرث أعطيت حصه ذات الولد، لأنه المتيقن (٦)، بخلاف الإخوه.

و لو كان هناك أبوان أعطيا السدسين (٧)، أو أولاد (٨) أرجئ سهم ذكرين (٩)،

(١) مما روته العامه.

(٢) كالبكاء و العطاس و التثاؤب و امتصاص الشدى ففى خبر ربهى عن أبى عبد الله عليه السلام يقول فى المنفوس إذا تحرك ورث، إنه ربما كان أخرس (١) و فى خبره الآخر (إذا سقط من بطن أمه فتحرك تحركا بينا، يرث و يورث فإنه ربما كان أخرس) (٢).

(٣) كالتقلص فى العصب و اختلاج العضو الذى يحدث للضغط.

(٤) فلا يرث، فهو كما لو خرج ميتا، لأن إرثه مشروط بخروجه حيا.

(٥) أى للميت، فلا يعطى الإخوه من الميراث لاحتمال خروج الحمل حيا فإنه يحجب إخوه الميت.

(٦) لأن الزوجه لها الثمن سواء خرج الحمل حيا أو لا، نعم لو خرج ميتا فيكمل لها إلى الربع.

(٧) لأنهما حصه الأبوين على فرض خروج الحمل حيا، فلو خرج ميتا فيكمل لهما نصيبهما.

(٨) أولاد الميت الذين هم إخوه الحمل.

(٩) للحمل.

ص: ٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٤.

لندور الزائد، فإن انكشف الحال بخلافه (١) استدرك زياده و نقصانا.

و يعلم وجود الحمل حال موت المورث بأن يوضع حيا لدون ستة أشهر منذ موته (٢)، أو لأقصى الحمل (٣) إن لم توطأ الأم و طئا يصلح استناده إليه (٤) فلو و طئت و لو بشبهه لم يرث، لاحتمال تجدده (٥) مع أصاله عدم تقدمه.

سادسها: الغيبه المنقطعه

و سادسها: الغيبه المنقطعه (٦) و هى مانعه من نفوذ الإرث ظاهرا (٧) حتى يثبت الموت شرعا. و قد نبه عليه بقوله: (و الغائب غيبه منقطعه) بحيث لا يعلم خبره (لا يورث حتى تمضى له) من حين ولادته (مدته لا يعيش مثله إليها عاده) (٨)، و لا عبره بالنادر، و هى (٩) فى زماننا مائه و عشرون سنه (١٠)، و لا يبعد الآن (١١) الاكتفاء بالمائه، لندور التعمير إليها فى هذه البلاد (١٢).

فإذا مضت للغائب المده المعتمره حكم بتوريث من هو موجود حال الحكم.

و لو مات له قريب فى تلك المده (١٣)، عزل له نصيبه منه (١٤) و كان بحكم ماله (١٥).

(١) بخلاف ما أرجئ.

(٢) موت المورث.

(٣) و هو سنه.

(٤) استناد الحمل إلى هذا الوطء.

(٥) تجدد الحمل بعد و طء الشبهه، و مع الاحتمال لا يمكن نسبه إلى الوطء السابق بالإضافة إلى أصاله عدم تقدم الحمل عن الوطء اللاحق.

(٦) أى التى ينقطع فيها خبر الغائب، و هو المفقود.

(٧) لاحتمال حياته.

(٨) و هو المشهور بين المتأخرين.

(٩) المده المعتاده للحياه بين بنى البشر.

(١٠) كما قدرها بعضهم كما فى المسالك.

(١١) فى زمن الشارح.

(١٢) البلاد الشاميه.

(١٣) المده المعتاده للحياه.

(١٤) عزل للمفقود نصيبه من قريبه الذى مات.

(١٥) أى المعزول.

ص: ٣٢

و الحكم بالتربص بميراث الغائب المدّ المذكوره هو المشهور بين الأصحاب، و هو مناسب للأصل (١)، لكن ليس به (٢) روايه صريحه. و ما ادعى له من النصوص (٣) ليس دالا عليه (٤).

و فى المسأله أقوال آخر مستنده إلى روايات بعضها صحيح.

منها (٥): أن يطلب أربع سنين فى الأرض فإن لم يوجد قسّم ماله بين (١) و هو استصحاب حياته.
(٢) بهذا الحكم من التربص.

(٣) و هى صحيحه هشام بن سالم (سأل خطاب الأعور أبا إبراهيم عليه السّلام و أنا جالس فقال:

إنه كان عند أبى أجيبر يعمل عنده بالأجره، ففقدناه، و بقى من أجره شىء - و فى التهذيب و لا- نعرف له وارثا - قال عليه السّلام: فاطلبوه، قال: قد طلبناه فلم نجد، فقال:

مساكين و حرّك يديه فأعاد عليه فقال: أطلب و اجهد، فإن قدرت عليه و إلا فهو كسبيل مالك حتى يجىء له طالب، فإن حدث بك حدث فأوصى به إن جاء له طالب يدفع إليه (١)، و هو ظاهر فى استمرار حياه الغائب حتى تحصيل العلم بموته، و هو لا يتم إلا- بمضى مدته لا- يعلم ببقائه بعدها. و روايه معاويه بن وهب عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل كان له على رجل حق ففقده، و لا يدري أين يطلبه، و لا يدري أحيى هو أم ميت؟ و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا قال: أطلبه، قال: فإن ذلك قد طال فأتصدق به؟ قال عليه السّلام: أطلبه) ٢. و وجه الدلاله كالسابق. و مثله غيره من النصوص.

(٤) للفرق بين مورد الأخبار و هو المفقود الذى لا يعلم وارثه و بين المفقود الذى يعرف وارثه كما فى مقامنا.

(٥) من الأقوال و هو قول الصدوق و المرتضى و أبو الصلاح و قواه فى الدروس و مال إليه فى المختلف، و يدل عليه موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام (المفقود يحبس ماله على الورثه قدر ما يطلب فى الأرض أربع سنين، فإن لم يقدر عليه قسّم ماله بين الورثه) (٢).

و موثق إسحاق بن عمار (قال لى أبو الحسن عليه السّلام: المفقود يتربص بماله أربع سنين ثم يقسّم) ٤.

و يؤيده ما تقدم من الحكم باعتداد زوجته بعد أربع سنين عده الوفاه بعد طلبه فى الأرض، و لذا حملت هذه الأخبار على ما لو بحث عنه فى الأرض فى هذه المده.

ص: ٣٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٩ و ٥.

ورثته. ذهب إليه المرتضى و الصدوق. و قواه المصنف فى الدروس و جنح إليه العلامة، و هو قوى مروى. و يؤيده الحكم السابق باعتبار زوجته عده الوفاة، و جواز تزويجها بعدها (١)، و لو لم يطلب كذلك (٢) فالعمل على القول المشهور.

و قيل: يكفى انتظاره عشر سنين من غير طلب (٣). و هو مروى (٤) أيضا.

الحجب يلحق بالموانع

إشارة

(و يلحق بذلك (٥) الحجب (٦)

(١) بعد أربع سنين.

(٢) أى أربع سنين.

(٣) و هو قول ابن الجنيد.

(٤) و يدل عليه صحيحه على بن مهزيار (سألت أبا جعفر الثانى عليه السلام عن دار كانت لامرأة و كان لها ابن و ابنه، فغاب الابن فى البحر و ماتت المرأة فادّعت ابنتها أن أمها كانت صيرت هذه الدار لها، و باعت أشقاصا منها و بقيت فى الدار قطعه إلى جنب دار رجل من أصحابنا، و هو يكره أن يشتريها لغيبة الابن، و ما يتخوّف أن لا يحل شراؤها و ليس يعرف للابن خبر، فقال لى: و منذ كم غاب؟ قلت: منذ سنين كثيرة؟ قال: ينتظر به غيبه عشر سنين ثم يشتري، فقلت: إذا انتظر به غيبه عشر سنين يحل شراؤها؟ قال:

نعم) (١).

و ذهب المفيد إلى جواز قسمه ميراثه لورثته الملاء مع ضمانهم له على تقدير ظهوره و يدل عليه موقوف إسحاق بن عمار عن أبى الحسن الأول عليه السلام (سألته عن رجل كان له ولد فغاب بعض ولده فلم يدر أين هو؟ و مات الرجل فأى شىء يصنع بميراث الرجل الغائب من أبيه؟ قال: يعزل حتى يجيء، قلت: فعلى ماله زكاه؟ قال: لا حتى يجيء، قلت: فإذا جاء يزكّيه؟ قال: لا، حتى يحول عليه الحول فى يده، قلت: فقد الرجل فلم يجيء، قال: إن كان ورثه الرجل ملاء بماله اقتسموه بينهم فإذا هو جاء ردّوه عليه) (٢).

(٥) بالموانع.

(٦) الحجب لغه هو المنع، و ألحق بالموانع لأن الوارث إن كان ممنوعا لأمر راجع إلى الغير فذلك الحجب و إن كان لأمر حاصل فيه فذلك المنع، و خصّ الفقهاء المانع بالثانى لذا كان-

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٨.

(و هو تاره عن أصل الإرث (١) كما فى حجب القريب) فى كل مرتبه (البعيد) عنها و إن كان قريبا فى الجملة (فالأبوان و الأولاد) و هم أهل المرتبه الأولى (يحجبون (٢) الإخوه و الأجداد): أهل المرتبه الثانيه،(ثم الإخوه) و أولادهم (و الأجداد) و إن علوا (يحجبون (٣) الأعمام و الأخوال، ثم هم) أى الأعمام و الأخوال (يحجبون أبناءهم) (٤) ثم أبناءهم للصلب يحجبون أبناءهم أيضا. و هكذا و كذا الأولاد للصلب و الإخوه يحجبون أبناءهم. فكان ينبغى التعرض لهم، لكن ما ذكره على وجه بيان حكم الحجب لا للحصر.

و لو أعيد ضمير «هم» إلى المذكورين فى كل مرتبه لدخل الأولاد و الإخوه، و تبين: أنهم يحجبون أولادهم، لكن يشكل بالأجداد فإنه يستلزم أن يحجبوا الآباء و الجدّ البعيد يحجب القريب. و هو فاسد، و إن صحّ حجب الأجداد لأولادهم الذين هم الأعمام و الأخوال، إلا أنه مستغنى عنهم بالتصريح بذكرهم.

-الأول ملحقا به.

و الحجب على قسمين حجب حرمان و هو الحجب عن الإرث بالكلية و حجب نقصان و هو الحجب عن نصيبه الأعلى إلى الأدنى.

(١) و هو حجب الحرمان.

(٢) ففى خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (لا يرث مع الأم و لا مع الأب و لا مع الابن و لا مع الابنه إلا الزوج و الزوجه) (١).

(٣) أى أهل المرتبه الثانيه يمنعون أهل المرتبه الثالثه، ففى خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام (الخال و الخاله يرثان إذا لم يكن معهما أحد، إن الله تبارك و تعالى يقول:

وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (٢) و خبر أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السّلام (سئل عن ابن عم وجد، قال عليه السّلام: المال للجد) ٣.

(٤) أى أن أهل المرتبه الثالثه يمنع الأقرب منهم الأبعد لقوله تعالى: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (٣).

ص: ٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الأنفال الآيه: ٧٥.

و الضابط أنه: متى اجتمع في المرتبه الواحده طبقات ورث الأقرب إلى الميت فيها فالأقرب.

(ثم القريب) مطلقا (١) (يحجب المعتق. و المعتق و) من قام مقامه (٢) يحجب (ضامن الجريه (٣). و الضامن يحجب الإمام (٤)، و المتقرب إلى الميت بالأبوين) في كل مرتبه من مراتب القرابه (يحجب المتقرب) إليه (بالأب مع تساوى الدرجه (٥) كأخوه من أبوين مع إخوه من أب، لا مع اختلاف الدرجه، كأخ لأب مع ابن أخ لأب و أم فإن الأقرب أولى من الأبعد و إن متت (٦) الأبعد بالطرفين دونه (٧).

(١) من أى مرتبه كان يمنع المعتق لقوله تعالى: **وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (١)**، و لأخبار منها: خبر على بن يقطين (سأل أبا الحسن عن الرجل يموت و يدع أخته و مواليه، قال: المال لأخته) (٢) و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في خاله جاءت تخاصم في مولى رجل مات، فقرأ هذه الآية **وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ فُدْفِعِ الْمِيرَاثَ إِلَى الْخَالَةِ** و لم يعط المولى) (٣).
(٢) و هم ذريته.

(٣) كما سيأتى إن شاء الله تعالى.

(٤) ففى خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (من مات و ليس له وارث من قرابته، و لا مولى عتاقه قد ضمن جريته فماله من الأنفال) (٣) و فى خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (من مات و ترك ديننا فعلىنا دينه و إلينا عياله، و من مات و ترك مالا فلورثته، و من مات و ليس له مولى فماله من الأنفال) (٥).

(٥) أى التساوى فى الدرجه، ففى صحيح يزيد الكناسى عن أبي جعفر عليه السلام (ابنك أولى بك من ابن ابنك، و ابن ابنك أولى بك من أخيك، و أخوك لأبيك و أمك أولى بك من أخيك لأبيك، و أخوك لأبيك أولى بك من أخيك لأمك) (٤) الخبر.

(٦) أى اتصل.

(٧) أى بالأبوين دون القريب فإنه متصل بطرف واحد.

ص: ٣٦

١- (١) الأنفال آيه: ٧٥.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولاء العتق حديث ١ و ٣.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه حديث ١ و ٤.

٤- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٢.

(إلا فى ابن عم للأب و الأم فإنه يمنع العمّ للأب) خاصه (و إن كان) العم (أقرب منه (١)، و هى مسأله إجماعيه) منصوصه (٢)

(١) من ابن العم للأب و الأم.

(٢) قال الشارح فى المسالك «مع أن الأخبار الواردة بها ليست معتبره الإسناد، فلا مستند لها إلا الإجماع، و حيث كانت مخالفه للأصل يجب الاقتصار فيها على محل الوفاق، و هو ما إذا كان الوارث ابن عم لأب و أم مع عم لأب لا غير». نعم فى محكى الفقيه قال: «فإن ترك عما لأب، و ابن عمّ لأب و أم، فالمال كله لابن العم للأب و الأم، لأنه قد جمع الكلالتين كلاله الأب و كلاله الأم، و ذلك بالخبر الصحيح المأثور عن الأئمه عليهم السلام» (١).

و فى فقه الرضا «و كذا لو ترك خالا و ابن عم فالخال أولى، لأن ابن العم قد نزل بطن، إلا أن يترك عما لأب و ابن عم لأب و أم فإن الميراث لابن العم للأب و الأم، لأن ابن العم جمع كلالتين كلاله الأب و كلاله الأم، فعلى هذا يكون الميراث» (٢).

و قال المفيد فى المقنع «لأن ابن العم يتقرب إلى الميت بسببين، و العم يتقرب بسبب واحد».

و ظاهر كلام الصدوق و المفيد أن المسأله جاريه على وفق القواعد، فالمتقرب إلى الميت بسببين يمنع المتقرب للميت بسبب و يلزمهم تقديم ابن العم سواء تعدد أو لا- و سواء تعدد العم أو لا- و سواء دخل معهم زوجه أو زوج و سواء دخل معهم خال أو خاله و سواء كان ابن العم ذكرا أو أنثى و كان المتقرب للميت عما أو عمه، مع أن هذه الفروع ليس الحكم فيها بتقديم ابن العم فيستكشف أن التقديم ليس جاريا على وفق القواعد.

و قد سمعت كلام الشهيد الثانى فى المسالك و هنا فى الروضه من أنها إجماعيه، و قال ابن إدريس: إنهم أجمعوا على العين و الصوره و الصبغه، بمعنى أن التقديم فى خصوص ابن العم للأبوين على العم للأب فقط، و هذا الكلام ظاهره أن التقديم بسبب الإجماع و هو الحجه لو لا ما يظهر من البعض كصاحب الجواهر و غيره أن المستند هو خبر الحسن بن عماره (قال أبو عبد الله عليه السلام: أيما أقرب ابن عم لأب و أم أو عم لأب؟ قلت: حدثنا أبو إسحاق السبيعى عن الحارث الأعور عن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام أنه كان يقول: أعيان بنى الأم أقرب من بنى العلات، قال: فاستوى جالسا ثم قال: جئت بها من عين صافيه، إن عبد الله أبا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أخو أبى طالب لأبيه و أمه) (٣).

ص: ٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٥.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٢.

خرجت بذلك (١) عن حكم القاعده (٢).

ولا- يتغير الحكم (٣) بتعدد أحدهما (٤)، أو تعددهما (٥)، ولا- بالزوج و الزوجه المجامعين لهما (٦) لصدق الفرض (٧) فى ذلك كله.

و فى تغيره (٨) بالذكوره و الأنوثة (٩) قولان أجودهما: ذلك (١٠) لكونه خلاف الفرض المخالف للأصل، فيقتصر على محله.

و وجه العدم (١١): اشتراك الذكر و الأثنى فى الإرث و المرتبه و الحجب فى الجملة (١٢)،

و- الخبر عام يشمل كل الصور المتقدمه التى ألزمتها بها الصدوق و المفيد، و لا وجه لتخصيصه فى ابن العم للأبوين مع العم للأب إلا أن يقال إن المخصص هو الإجماع أو ذيل الخبر حيث اقتصر الإمام عليه السلام على أبى طالب و أبى رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لأجل الإشاره من أن أمير المؤمنين عليه السلام هو أولى بميراث النبى صلى الله عليه و آله و سلم من عمه العباس لو لا وجود فاطمه الزهراء عليها السلام.

و على كل فالحكم فى هذه الصوره على خلاف قاعده تقديم الأقرب للميت و إن انتسب إليه بطرف على الأبعد و إن انتسب إليه بطرفين، فلا بدّ من الاقتصار عليها لعدم وجود عموم و إطلاق يتمسك به فى غير هذه الصوره.

(١) بالإجماع أو بالنص أو بهما.

(٢) و هى تقديم الأقرب للميت و إن اتصل به بطرف على الأبعد و إن انتسب إليه بطرفين.

(٣) فى تقديم ابن العم.

(٤) فيما لو تعدد ابن العم أو العم.

(٥) فيما لو تعدد ابن العم للأبوين و العم للأب.

(٦) لابن العم و العم.

(٧) لأن ابن العم للأبوين مع العم للأب كما هو مورد الإجماع أو النص صارت فى جميع هذه الصور.

(٨) تغير الحكم بتقديم ابن العم.

(٩) كأن يكون بنت عم لأبوين مع عم لأب، أو ابن عم لأبوين مع عمه لأب.

(١٠) أى التغير.

(١١) عدم التغير.

(١٢) بمعنى اشتراك العم و العمه فى السبييه و كذا ابن العم و بنت العم.

ص: ٣٨

و هو مذهب الشيخ فألحق العمه بالعم (١).

و كذا الخلاف فى تغييره (٢) بمجماعه الخال.

فقيل: يتغير فيكون المال بين العم و الخال، لأنه (٣) أقرب من ابن العم، و لا مانع له (٤) من الإرث بنص و لا إجماع، فيسقط ابن العم رأساً، و يبقى فى الطبقة عم و خال، فيشتركان. لانتفاء مانع العم حينئذ (٥)، ذهب إلى ذلك عماد الدين بن حمزه، و رجّحه المصنف فى الدروس، و قبله المحقق فى الشرائع.

و قال قطب الدين الراوندى و معين الدين المصرى: المال للخال و ابن العم، لأن الخال لا يمنع العم فلأن لا يمنع ابن العم الذى هو أقرب (٦) أولى.

و قال المحقق الفاضل سديد الدين محمود الحمصى: المال للخال، لأن العم محجوب بابن العم، و ابن العم محجوب بالخال.

و لكل واحد من هذه الأقوال وجه و جيه (٧)، و إن كان أقواها الأول و قوفا فيما خالف الأصل (٨) على موضع النص و الوفاق، فيبقى عموم آيه أولى (١) و كذا بنت العم بانه.

(٢) تغير الحكم بتقديم ابن العم.

(٣) أى الخال فى خبر سلمه بن محرز عن أبى عبد الله عليه السلام (قال: فى ابن عم و خاله، المال للخاله، و فى ابن عم و خال، قال: المال للخال) (١).

(٤) للخال.

(٥) حين سقوط ابن العم بالخال و يكون المال أثلاثا ثلثاه للعم و ثلث للخال.

(٦) أى أقرب من العم.

(٧) و هناك قول رابع ذكره فى المسالك و لم ينسبه لقائله و هو «حرمان العم و الخال و المال كله لابن العم، فالخال مساو للعم فى الرتبة، و ابن العم يمنع العم و مانع أحد المتساويين مانع للآخر و إلا لما كانا متساويين».

(٨) من تقديم القريب على البعيد.

ص: ٣٩

الأرحام (١) التي استدلت بها الجميع على تقديم الأقرب خاليا من المعارض.

و توقف العلامة في المختلف لذلك (٢) وقد صنف هؤلاء الأفاضل على المسألة رسائل تشتمل على مباحث طويله، و فوائد جليله.

في الحجب عن بعض الإرث

(أما الحجب عن بعض الإرث) دون بعض (٣) (ففي) موضعين، أحدهما:

(الولد) ذكرا أو أنثى فإنه يحصل به (الحجب) للزوجين (عن نصيب الزوجية الأعلى) إلى الأدنى (٤) (و إن نزل) الولد (٥) (و) كذا (يحجب) الولد (الأبوين عما زاد عن السدسين) واحدهما عما زاد عن السدس (٦) (إلا) أن يكونا (٧) أو أحدهما (٨) (١) الأنفال الآية: ٧٥.

(٢) لتضارب الأقوال و الوجوه.

(٣) و هو المسمى بحجب النقصان، و هو أن يحجبه عن نصيبه الأوفر إلى الأدنى.

(٤) الأعلى هو النصف للزوج و الربع للزوجة إذا لم يكن ولد، و الأدنى هو الربع للزوج و الثمن للزوجة إذا كان للميت ولد.

و ذلك لقوله تعالى وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوَصِّينَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تُوَصُّونَ بِهَا أَوْ ذَيْنَ (١) و لأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (لا يرث مع الأم، و لا مع الأب، و لا مع الابن، و لا مع الابنة إلا الزوج و الزوجه، لا ينقص من النصف شيئا إذا لم يكن ولد، و الزوجه لا تنقص من الربع شيئا إذا لم يكن ولد، فإذا كان معهما ولد فللزوج الربع و للمرأة الثمن) (٢).

(٥) لإطلاق الأدلة السابقة بشرط كونه ولدا للميت لا للوارث.

(٦) لقوله تعالى وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ (٣)، سواء كان الولد ذكرا أو أنثى و إن نزل لإطلاق الدليل.

(٧) الأبوان.

(٨) أحد الأبوين.

ص: ٤٠

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٣- (٣) النساء الآية: ١١.

(مع البنت) الواحد (مطلقاً) (١) أى سواء كان معها الأبوان أم أحدهما فإنهما لا يحجبان ولا أحدهما عن الزيادة عن السدس بل يشاركانها فيما زاد عن نصفها و سدسيهما بالنسبة (٢)

(١) سواء كانت مع الأبوين أو أحدهما.

(٢) لأن الباقي هو (٦/١)، فيقسم على الأبوين و البنت على نسبة سهامهم و الحاصل: (٢/١) للبنت + (٦/٢) للأبوين (٣ + ٢) ٦ ٥/٦، و الباقي سدس يقسم أخماساً. خمسه للأبوين و ثلاثه أخماسه للبنت، هذا إذا كانت البنت مع الأبوين و لو كانت مع أحد الأبوين فالحاصل:

(٢/١) للبنت + (٦/١) لأحد الأبوين (٣ + ١) ٦/٤٦، و الباقي (٦/٢) يقسم أرباعاً، ثلاثه أرباعه للبنت و ربه لأحد الأبوين.

و للتفصيل نقول: إن التركة فى الصورة الأولى من ثلاثين ناشئه من ضرب ستة التى هى المخرج بالخمسه التى هى قدر نصيب الورقه من الباقي و عليه:

(٣٠/١٥) بالفرض للبنت + (٣٠/١٠) بالفرض للأبوين ٣٠/٢٥، و الباقي (٣٠/٥) يقسم أخماساً، ثلاثه أخماسه للبنت و هو (٣٠/٣)، و خمسه للأبوين و هو (٣٠/٢) فالنتيجه للبنت (٣٠/١٥) بالفرض + (٣٠/٣) بالرد ٣٠/١٨، و لكلا الأبوين: (٣٠/١٠) بالفرض + ٣٠/٢ بالرد ٣٠/١٢، فيكون لكل واحد من الأبوين (٣٠/٦). و الحاصل للبنت ثلاثه أخماس التركة و كل من الأبوين خمس، و يدل عليه نصوص منها: صحيح محمد بن مسلم (أقرأنى أبو جعفر عليه السلام صحيفه كتاب الفرائض التى هى إملاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و خط على عليه السلام بيده فوجدت فيها: - إلى أن قال - و وجدت فيها: رجل ترك أبويه و ابنته، فلابنه النصف و لأبويه لكل واحد منهما السدس، يقسم المال على خمسه أسهم فما أصاب ثلاثه فلابنه و ما أصاب سهمين فلأبوين) (١).

و أما التركة فى الصورة الثانيه فهى من أربعه عشرين ناشئه من ضرب ستة التى هى المخرج بالأربعه التى هى حصص الورثه و عليه:

(٢٤/١٢) بالفرض للبنت + ٢٤/٤ لأحد الأبوين بالفرض (٢٤/١٦)، و الباقي ٢٤/٨ يقسم أرباعاً، ثلاثه أرباعه للبنت و الباقي لأحد الأبوين فالنتيجه: للبنت (٢٤/١٢) بالفرض + ٢٤/٦ بالرد ٢٤/١٨ و لأحد الأبوين (٢٤/٤) بالفرض + ٢٤/٢ بالرد ٢٤ / ٦، و عليه فيكون للبنت ثلاثه أرباع التركة و لأحد الأبوين الربع الأخير، و يدل عليه-

ص: ٤١

(أو البنات) أى البنتين فصاعدا (مع أحد الأبوين) (١) فإنهن لا يمتنعن (٢) عما زاد (٣) أيضا (٤)، بل يردّ عليهنّ و عليه ما بقى من المفروض بالنسبه كما سيأتى تفصيله، -بالخصوص روايه حمران بن أعين عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل ترك ابنته و أمه قال:

إن الفريضة من أربعه أسهم، فإن للبنت ثلاثه أسهم و للأم السدس سهم، و بقى سهمان، فهما أحق بهما من العم و ابن الأخ و العصبه، لأن البنت و الأم سمّى لهما و لم يسم لهما، فيردّ عليهما بقدر سهامهما(١).

(١) لأنه مع الأبوين فالسهم على قدر التركة فالبنتان لهما الثلثان بالفرض و الأبوان لهما الثلث الذى هو السدسان فالمجموع تمام التركة فلا ردّ.

و أما مع أحد الأبوين، فالبنتان الثلثان و أحد الأبوين السدس فالمجموع (٥/٦) و الباقي (١/٦) يقسم عليهم بحسب سهامهم فيردّ أخماسا فأربعه أخماسه للبنتين و خمسه لأحد الأبوين.

و تفصيله للبنتين (٢٠/٣٠ بالفرض و هو الثلثان + ٥/٣٠ لأحد الأبوين بالفرض و هو السدس) فالمجموع ٢٥/٣٠، و الباقي ٥/٣٠ يرد أخماسا فأربعه أخماسه للبنات و خمسه لأحد الأبوين.

فحصه البنات: (٢٠/٣٠ بالفرض + ٤/٥ بالرد) ٢٤/٣٠.

و حصه أحد الأبوين: (٥/٣٠ بالفرض + ١/٣٠ بالرد) ٦/٣٠.

و خالف فى ذلك ابن الجنيّد فحكم بحجب البنتين أحد الأبوين عما زاد عن السدس، فأحد الأبوين له السدس و الباقي من التركة و هو الثلثان مع السدس الباقي عن السهم للبنتين فيكون للبنتين خمسه أسداس التركة و لأحد الأبوين سدس تمسكا بموثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل مات و ترك ابنتيه و أباه، قال: للأب السدس و للابنتين الباقي)(٢).

و فيه: إنها معارضة بروايه حمران بن أعين التى ورد فيها التعليل بأن من سمّى له يردّ عليه بقدر سهامه و كلّ من البنتين و أحد الأبوين له نصيب مفروض فلا بدّ من الرد عليهما.

(٢) لا يمتنع أحد الأبوين.

(٣) عن فرضه من السدس.

(٤) كما لم تمنع البنت الواحده.

ص: ٤٢

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٧.

و لو كان معهنَّ أبوان استغرقت سهامهم الفريضة فلا ردَّ فمن ثمَّ (١) أدخلهما في قسم الحجب.

و في المسألة قول نادر (٢) بحجب البنيتين فصاعداً أحد الأبوين عما زاد عن السدس، لروايه أبي بصير (٣) عن الصادق عليه السلام و هو متروك (٤).

(و) ثانيهما (٥): (الإخوة، تحجب الأم عن الثلث إلى السدس (٦) بشروط) خمسها:

الأول (وجود الأب) (٧) ليوفروا عليه ما حجبها عنه، و إن لم يحصل لهم (١) أى من كون البنيتين يمنعن الأبوين عن زياده السدس أدخلت البنيتان في حجب النقصان بخلاف البنيتين مع أحد الأبوين فإن لأحد الأبوين سدسا و زياده كما تقدم.

(٢) أى في مسأله البنيتين مع أحد الأبوين قول لابن الجنيدي و قد تقدم.

(٣) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٧.

(٤) أى القول النادر لأنه مخالف للتعليل في روايه حمران بن أعين المتقدمه.

(٥) ثاني الموضوعين من حجب النقصان.

(٦) لقوله تعالى: فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنِ (١).

(٧) على المشهور و دليلهم الآيه المتقدمه، فظاهرها أن الإخوه يحجبون عند ما يرثه أبواه، و لخبر بكير عن أبي عبد الله عليه السلام (الأم لا تنقص عن الثلث أبداً، إلا مع الولد و الإخوه إذا كان الأب حياً) (٢).

و خالف الصدوق فلم يشترط في حجب الأم وجود الأب لخبر زراره (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: امرأه تركت زوجها و أمها و إختها لأمها، و إخوه لأبيها و أمها فقال:

لزوجها النصف و لأمها السدس و للإخوه من الأم الثلث و سقط الإخوه من الأم و الأب) (٣). و خبره الآخر عنه عليه السلام (في أم و أخوات لأب و أم و أخوات لأم، أن للأم السدس و لكلامه الأب الثلثين و لكلامه الأم السدس) (٤). و هما ظاهران في أن الإخوه

ص: ٤٣

١- (١) النساء الآيه: ١١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١٣ و ١٢.

منه شيء. فلو كان معدوما (١) لم يحجبوها عن الثلث.

(و) الثانى (كونهم رجلين) أى ذكرين (فصاعدا، أو أربع نساء، أو رجلا) أى ذكرا (و امرأتين) أى ابنتين (٢) و إن لم يبلغا (٣)، و الخشى هنا كالأنتى، للشك فى الذكوريه الموجب للشك فى الحجب، و استقرب المصنف فى الدروس هنا (٤) القرعه (٥).

(و) الثالث (كونهم إخوه للأب و الأم، أو للأب) أو بالتفريق (٦) فلا تحجب كلاله الأم (٧).

(و) الرابع (انتفاء) موانع الإرث من (القتل و الكفر و الرق عنهم) (٨) و كذا -يحجبون الأم عما زاد عن السدس و إن لم يكن الأب حيا، و هما محمولان على التقية لموافقتهما للعامه لأن فيهما توريث الإخوه مع الأم و هو ممنوع عندنا.

(١) أى الأب.

(٢) للأب، و هما أختا الميت و لو عير بالأختين لكان أولى.

(٣) لأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يحجب الأم من الثلث إذا لم يكن ولد إلا أخوان أو أربع أخوات) (١) و خبر العلاء بن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (و لا يحجبها إلا أخوان أو أخ و أختان، أو أربع أخوات لأب، أو لأب و أم، أو أكثر من ذلك، و المملوك لا يحجب و لا يرث) (٢) و الأخبار أطلقت لفظ الأخ و الأخت و هو شامل لأخوه الميت و أخواته ذكورا و إناثا سواء كانوا بالغين أو لاء و لذا بدّل الشارح لفظ المصنف بالرجل و المرأتين بالذكر و الأنتيين.

(٤) أى فى الحجب.

(٥) لأنها لكل أمر مشكل، و فيه أنها تجرى بعد تعذر جريان جميع الأصول العمليه و الموضوعيه و مقامنا ليس منه.

(٦) بمعنى أن بعضهم إخوه لأب و أم و البعض الآخر إخوه لأب.

(٧) لأخبار منها: خبر العلاء بن فضيل المتقدم، و خبر عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الإخوه من الأم لا يحجبون الأم عن الثلث) (٣).

(٨) عن الإخوه، أما القتل فعلى المشهور للإجماع المحكى عن الشيخ فى الخلاف، و تردد-

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

اللعان (١)، و يحجب الغائب (٢) ما لم يقض بموته شرعا.

(و) الخامس (كونهم منفصلين بالولادة (٣) لا- حملا) (٤) فلا- يحجب الحمل و لو بكونه متمما للعدد المعتبر فيه (٥) على المشهور، إما لعدم إطلاق اسم الإخوة عليه (٦) حينئذ، أو لكونه لا ينفق عليه الأب و هو (٧) عله التوفير عليه (٨).

-المحقق، و عن الصدوق و العمانى و ابن أبى عقيل أنه ليس بشرط فى الإخوة لعدم الدليل.

و أما العتق ففى خبر العلاء بن فضيل المتقدم (و المملوك لا يحجب و لا يرث) (١)، و أما الكفر ففى خبر محمد بن مسلم سألت أبا عبد الله عليه السلام (عن المملوك و المشرك يحجبان إذا لم يرثا؟ قال عليه السلام: لا) (٢) و مثله غيره.

(١) لأن بالملاعنه يسقط النسب بين الأب و ولده، فإذا كان له إخوة من أبيه و أمه فهو أخوهم من أمه فقط، فلو مات أحدهم فلا يحجب الأم لأنه أخوه من أمه.

(٢) لإحرازه جميع الشرائط، و كونه غائبا ليس بمانع ما لم يقض بموته شرعا.

(٣) على المشهور للشك فى تحقق الإخوة ما دام حملا لأنه قد يصير سقطا، و لخبر العلاء بن فضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الطفل و الوليد لا يحجبك و لا يرث إلا من أذن بالصراخ، و لا شىء أكنه البطن و إن تحرك) (٣)، و لانتفاء العله فى الحمل و هى إنفاق الأب فالإخوة يحجبون الأم عما زاد عن السدس حتى يوفروا على الأب للإنفاق عليهم.

(٤) قيل بأنه يحجب و أنه متمم للعدد، و القائل غير معروف كما فى المسالك و الجواهر، نعم فى الدروس جعل عدم حجبه قولا مشعرا بتمريضه و هذا كاشف عن كون الحمل عنده حاجبا، و هو ضعيف بما سمعت.

(٥) فى الحجب.

(٦) على الحمل لاحتمال سقوطه.

(٧) أى الإنفاق.

(٨) على الأب، كما فى خبر ابن أذينة (فإن كان له إخوة - يعنى الميت - إخوة لأب و أم، أو إخوة لأب فلأمه السدس و للأب خمسة أسداس و إنما وقر للأب من أجل عياله) (٤) و فى -

ص: ٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٣-٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٤-٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٤.

و فى الثانى منع ظاهر (١). و العله غير متحققه (٢)، و فى الدروس جعل عدم حجه (٣) قولاً، مؤذناً بتمريضه (٤).

و يشترط سادس (٥)، و هو كونهم أحياء عند موت المورث (٦) فلو كان بعضهم ميتاً، أو كلهم عنده (٧) لم يحجب، و كذا لو اقترن (٨) موتاهما أو اشتبه التقدم و التأخر (٩)، و توقف المصنف فى الدروس لو كانوا غرقى من حيث إن فرض موت كل واحد منهما يستدعى كون الآخر حياً فيتحقق الحجب (١٠). و من -خبر على بن سعيد عن زرارهِ (و إنما صار لها السدس و حجبها الإخوه من الأب و الإخوه من الأم لأن الأب ينفق عليهم فوفّر نصيبه و انتقصت الأم من أجل ذلك) (١).

(١) إذ الإنفاق على الحمل متحقق و لو بالإنفاق على أمه، و لذا كانت نفقه الحامل أكثر.

(٢) أى غير منصوصه، و فيه: قد عرفت التنصيص عليها فى الخبرين السابقين نعم هما مرويان عن زرارهِ لا- عن المعصوم عليه السلام، إلا أن روايه زرارهِ كانت حجه و ترجع الأصحاب إليه فى باب الإرث لأنه قد اطلع على صحيفه الفرائض المكتوبه بخط على، و كان هو الذى يميز بين أخبار التقيه و غيرها فراجع أخبار الإرث تجد صدق ما قلنا.

(٣) عدم حجب الحمل.

(٤) بأن أتى به بلفظ قيل.

(٥) أى يشترط شرط سادس.

(٦) إذ لو كانوا أمواتا عند موت المورث الذى هو أخوهم لم يحجبوا ضروره أن المنصرف من الإخوه الحاجبين للأم من الآيه هم الإخوه الأحياء قال تعالى: فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ الشُّدُسُ (٢).

(٧) أى كلهم موتى عند موت المورث.

(٨) لم يحجب.

(٩) فكذا لا حجب لأن الشك فى تقدم موت أحدهما شك فى حياه أخ الميت عند موت المورث، و الشك فيه موجب للشك فى الحجب و الأصل عدمه.

(١٠) فيما لو كانوا غرقى و اشتبه المتقدم بالمتأخر، أما لو علم تحقق موتهما معا فلا يأتى هذا الفرض، هذا من جهه و من جهه أخرى فعلى احتمال التقدم و التأخر ففرض المورث ميتاً أولاً يستدعى أن يكون أخوه حياً حال وفاته فيتحقق حجه.

ص: ٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣.

٢- (٢) النساء الآيه: ١١.

عدم القطع بوجوده (١) و الإرث حكم شرعى (٢) فلا يلزم منه اطراد الحكم بالحياه.

قال: و لم أجد فى هذا كلاما لمن سبق.

و الأقوى عدم الحجب، للشك (٣)، و الوقوف فى ما خالف الأصل (٤) على مورده.

- و سابع - و هو المغايره (٥) بين الحاجب و المحجوب. فلو كانت الأم أختا لأب (٦) فلا حجب كما يتفق ذلك فى المجوس، أو الشبهه، بوطء الرجل ابنته فولدها أخوها لأبيها (٧).

الفصل الثانى فى بيان السهام

إشاره

(الفصل الثانى) (فى) بيان (السهم) المقدّره (٨) (و) بيان (أهلها) (٩). و هى فى كتاب الله تعالى) سته:

فى السهام الستة

الأول - (النصف) (١٠) و قد ذكر فى ثلاثه مواضع. قال تعالى: وَ إِن كَانَتْ (١) بوجود أخ المورث حيا حال وفاه المورث و هذا هو الوجه الثانى.

(٢) دفع وهم، و حاصل الوهم: لو لم يحكم بوجود أخ المورث لزم أن لا- يحكم بإرثه من أخيه، و قد حكموا بإرثه كما سيأتى فى ميراث الغرقى.

و الدفع: أن الإرث حكم شرعى ورد من الشارع فى خصوص الإرث و لا يلزم منه اطراد حكم الحياه فى أخ المورث حتى يتحقق حجه، فوجوده مشكوك فلا يكون حاجبا و إن كان وارثا بنص خاص.

(٣) فى وجود أخ المورث فلا يكون حاجبا.

(٤) من إرث الغرقى فيحكم بإرث أخ المورث.

(٥) إذ لا يتصور عقلا بأن يحجب الإنسان نفسه.

(٦) أى أخت الميت لأبيه و هى أمه.

(٧) فلو مات الولد فهى أمه و هى أخته من أبيه، فهل هى من حيثه كونها أختا تحجب نفسها من حيثه كونها أما إذا كان هناك بقيه العدد، و قد عرفت العدم.

(٨) فى الكتاب، و هى سته: الربع و الثلث و ضعفهما و نصفهما.

(٩) أهل السهام.

(١٠) وهو سهم لثلاثه، للبنت و للزوج مع عدم الولد من الزوجه، و للأخت للأبوين أو للأب.

ص: ٤٧

يعنى البنت واحده فَلَهَا النِّصْفُ (١) وَ لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجِكُمْ (٢) وَ لَهُ أَخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ (٣).

(و) الثانى. نصف النصف و هو (الربع) (٤) و هو مذكور فيه (٥) فى موضعين أحدهما: فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَ (٦)، و ثانيهما: وَ لَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ (٧).

(و) الثالث. نصفه (٨) و هو (الثلث) (٩) ذكره الله تعالى مره واحده فى قوله:

فَلَهُنَّ التُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ (١٠).

(و) الرابع.(الثلثان) (١١) ذكره الله تعالى فى موضعين.

أحدهما فى البنات قال: فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ (١٢).

و ثانيهما فى الأخوات. قال تعالى: فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ (١٣).

(و) الخامس. نصفه (١٤)

(١)النساء الآية: ١١.

(٢)النساء الآية: ١٢.

(٣)النساء الآية: ١٧٦.

(٤) و هو سهم لاثنتين، للزوج مع وجود ولد الزوجه، و للزوجه مع عدم وجود ولد للزوج.

(٥)فى القرآن.

(٦)النساء الآية: ١٢.

(٧)النساء الآية: ١٢.

(٨)أى نصف نصف النصف.

(٩) و هو سهم لواحد و هو سهم الزوجه مع وجود ولد للزوج.

(١٠)النساء الآية: ١٢.

(١١) و هو سهم لاثنتين: سهم البنتين فصاعدا إذا انفردن عن الإخوه، و سهم الأختين فصاعدا للأبوين أو للأب.

(١٢) النساء الآيه: ١١، ووجه الدلاله أن الله ذكر النصف للبنات و الثلثين لما فوق البنات و لما يذكر حكم الاثنتين، لكن الأخبار الآتية دلت على أن حكم الاثنتين كحكم الثلاث.

(١٣) النساء الآيه: ١٧٦.

(١٤) نصف الثلثين.

ص: ٤٨

و هو (الثالث) (١) وقد ذكره الله تعالى فى موضعين أيضا قال تعالى: فَلِأُمَّهِ الثُّلُثُ (٢) وقال: فَإِنْ كَانُوا . أى أولاد الأم. أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ (٣).

(و) السادس. نصف نصفه (٤). و هو (السدس) (٥) وقد ذكره الله تعالى فى ثلاثه مواضع، فقال: وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ (٦). فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمَّهِ الشُّدُسُ (٧) وقال فى حق أولاد الأم: وَ لَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشُّدُسُ (٨).

فى أهل هذه السهام

و أما أهل هذه السهام فخمسه عشر:

فالنصف لأربعة: الزوج مع عدم الولد) للزوجه (و إن نزل) سواء كان منه أم من غيره (٩) (و البنت) الواحده، (و الأخت للأبوين و الأخت للأب) مع فقد أخت الأبوين (١٠) (إذا لم يكن ذكر) فى الموضعين (١١).

(و الربع لاثنتين: الزوج مع الولد) للزوجه و إن نزل (و الزوجه) و إن تعددت (١) و هو سهم لاثنتين، سهم للأم إذا لم يكن للميت إخوه حاجبه، و سهم كلاله الأم أى إخوه الميت من أمه إذا كانوا اثنين فما زاد.

(٢) النساء الآيه: ١١.

(٣) النساء الآيه: ١٢.

(٤) أى نصف نصف الثلثين.

(٥) و هو سهم لثلاثه، سهم لكل واحد من الأبوين مع وجود ولد للميت، و سهم الأم إذا كان لها حاجب من الإخوه، و سهم الواحد من كلاله الأم ذكرا كان أو أنثى.

(٦) النساء الآيه: ١١.

(٧) النساء الآيه: ١١.

(٨) النساء الآيه: ١٢.

(٩) أى الولد لصديق ابن الزوجه عليه لقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ (١).

(١٠) لأن المتقرب للميت بالطرفين يمنع المتقرب له بطرف واحد مع تساوى الدرجه.

(١١) موضع الأخت و موضع البنت، أما مع الذكر فالبنت و الأخت ترث بالقرباه على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين.

(مع عدمه) (١) للزوج.

(و الثمن لقبيل واحد) و هو (الزوجه و إن تعددت مع الولد) و إن نزل.

(و الثلثان لثلاثه: البنتين فصاعدا. و الأختين لأبوين فصاعدا. و الأختين للأب) - مع فقد المتقرب بالأبوين - فصاعدا (كذلك) إذا لم يكن ذكر في الموضوعين (٢).

(و الثلث لقبيلين: للأم مع عدم من يحجبها) من الولد و الإخوه (و للأخوين، أو الأختين، أو للأخ و الأخت فصاعدا من جهتها) (٣) و لو قال: للاثنتين فصاعدا من ولد الأم ذكورا أم إناثا أم بالتفريق كان أجمع.

(و السدس لثلاثه: للأب مع الولد) ذكرا كان أم أنثى و إن حصل له مع ذلك (٤) زياده بالرد، فإنها بالقرابه (٥)، لا بالفرض (و للأم معه) أى مع الولد، و كذا مع الحاجب من الإخوه (و للواحد من كلاله الأم) أى أولادها.

سمى الإخوه (٦) كلاله من الكل و هو الثقل، لكونها ثقلا على الرجل (٧) لقيامه بمصالحهم مع عدم التولد (٨) الذى (٩) يوجب مزيد الإقبال و الخفه على النفس أو من الإكليل و هو ما يزين بالجواهر شبه العصابه، لإحاطتهم بالرجل كإحاطته (١٠) بالرأس.

(١) عدم الولد للزوج.

(٢) فى البنتين و الأختين و إلا فيرثن بالقرابه.

(٣) جهه الأم.

(٤) أى حصل للأب مع السدس، كما تقدم من اجتماع الأب و البنت فله زياده على السدس ربع الباقي بعد إخراج النصف للبنت، إلا أن الزائد بالقرابه.

(٥) أى الزيادة عن السدس.

(٦) إخوه الميت.

(٧) أبى الميت.

(٨) أى مع عدم كون الكلاله أولادا للأب لأنهم إخوه الميت من أمه.

(٩) أى التولد منه.

(١٠) كإحاطه الإكليل.

هذا حكم السهام المقدّره منفرده (١). و إما منضمه بعضها إلى بعض فبعضها يمكن، و بعضها يمتنع.

و صور اجتماعها (٢) الثنائي (٣) مطلقا (٤) إحدى و عشرون، حاصله من ضرب السهام الستة في مثلها (٥) ثم حذف المكرر منها و هو خمسة عشر (٦).

(١) فيما لو وجد واحد فمن له سهم في الكتاب.

(٢) أى السهام.

(٣) يذكر عادة الاجتماع الثنائي، و يقاس عليه غيره من الثلاثي فصاعدا.

(٤) الممتنع منها و الممكن بعد حذف المكرر.

(٥) لأن النصف كسهم قد يجتمع مع النصف و الربع و الثمن و الثلثين و الثلث و السدس، و كذا غيره من السهام الباقية. فيكون المجموع ستا و ثلاثين صوره.

(٦) أى المكرر، لأنك لو نظرت إلى النصف فتراه مجتمعاً مع الستة ثم لو نظرت إلى الربع لرأيتهم مجتمعاً مع الستة بما فيها النصف، فيكون اجتماع النصف مع الربع مكرراً في الصورتين و لو نظرت إلى سهم ثالث لتكررت صورتان، و فى السهم الرابع تتكرر ثلاث صور، و فى السهم الخامس تتكرر أربع صور، و فى السهم السادس تتكرر خمس صور فيكون مجموع المتكرر خمس عشره صوره. و إليك التفصيل مع بيان الممكن و الممتنع.

صور اجتماع النصف:

١ - النصف مع النصف - ممكن - كأخت و زوج.

٢ - النصف مع الربع - ممكن - كأخت و زوجه أو كبت و زوج.

٣ - النصف مع الثمن - ممكن - كبت و زوجه.

٤ - النصف مع الثلثين - ممتنع - لزيادتهما عن الفريضة.

٥ - النصف مع الثلث - ممكن - كزوج و أم.

٦ - النصف مع السدس - ممكن - كبت و أم، أو زوج و واحد من كلاله الأم.

صور اجتماع الربع.

٧ - الربع مع النصف - مكرر فى النصف -.

٨- الربع مع الربع - ممتنع لاستحاله اجتماع زوجين مع موت أحدهما -.

٩- الربع مع الثمن - ممتنع - لأن الثمن نصيب الزوجه مع الولد و هذا لا يجتمع مع الولد و هذا لا يجتمع مع نصيبها بدون الولد و لا يجتمع مع نصيب الزوج مع الولد.

١٠- الربع مع الثلثين - ممكن - كزوج و بنتين.

١١- الربع مع الثلث - ممكن - كزوجه مع أم.

ص:٥١

١٢- الربع مع السدس - ممكن - كزوج و أحد الأبوين إذا كان للميت ولد، و زوج مع واحد من كلاله الأم.
صور اجتماع الثمن.

١٣ - الثمن مع النصف - مكرر فى النصف -.

١٤ - الثمن مع الربع - مكرر فى الربع -.

١٥ - الثمن مع الثمن - ممتنع - لأنه نصيب الزوجه مع الولد و لا يوجد لغيرها حتى تجتمع معه.

١٦ - الثمن مع الثلثين - ممكن - كزوجه مع ابنتين للميت.

١٧ - الثمن مع الثلث - ممتنع لأن الثمن نصيب الزوجه مع إذا كان للميت ولد و هو لا- يجتمع مع الثلث لأن الثلث إما للأم مع عدم الولد، و الولد قد فرض فى ثمن الزوجه فلا يجتمعان، و إما لكلاله الأم و هم من الطبقة الثانية فلا يرثون إذا كانت الزوجه لها الثمن الكاشف عن وجود ولد للميت و هو من الطبقة الأولى.

١٨ - الثمن مع السدس - ممكن - كزوجه و أحد الأبوين إذا كان للميت ولد.

صور اجتماع الثلثين.

١٩ - الثلاثان مع النصف - مكرر فى النصف -.

٢٠ - الثلاثان مع الربع - مكرر فى الربع -.

٢١ - الثلاثان مع الثمن - مكرر فى الثمن -.

٢٢ - الثلاثان مع الثلثين - ممتنع - لزيادتهما عن الفريضة و لعدم اجتماع البنين مع الأختين لاختلاف الرتبة.

٢٣ - الثلاثان مع الثلث - ممكن - كالأختين للميت من أبيه مع كلاله الأم إن تعددوا.

٢٤ - الثلاثان مع السدس - ممكن - كبنتين مع أحد الأبوين.

٢٥ - الثلث مع النصف - مكرر فى النصف -

٢٦ - الثلث مع الربع - مكرر فى الربع -

٢٧ - الثلث مع الثمن - مكرر فى الثمن -

٢٨ - الثلث مع الثلثين - مكرر فى الثلثين -

٢٩ - الثلث مع الثلث - ممتنع - لأن الثلث سهم الأم إذا لم يكن للميت ولد، و معها لا تعطى كلاله الأم الذين لهم الثلث لأنهم طبقه ثانيه.

٣٠ - الثلث مع السدس - ممتنع - لأن الثلث إما للأم و إما لكاله الأم مع التعدد، و على -

ص:٥٢

منها ثمان ممتنعه (١)، و هي: واحده من صور اجتماع النصف مع غيره و هو (٢): اجتماعه مع الثلثين، لاستلزامه (٣) العول (٤)، و إلا فأصله واقع، كزوج مع أختين فصاعدا لأب، لكن يدخل النقص عليهما فلم يتحقق الاجتماع مطلقا (٥).

و اثنتان من صور اجتماع الربع مع غيره، و هما: اجتماعه مع مثله (٦)، لأنه سهم الزوج مع الولد، و الزوجه لا معه (٧)

-الأول لا تجتمع مع من فرض له السدس و هو أحد الأبوين إذا كان للميت ولد، أو للأم مع وجود الحاجب على فرض وجوب الأب و إلا لو كان الأب موجودا فليس لها الثلث، أو لواحد من كلاله الأم لأنه من الطبقة الثانيه.

و على الثاني فكلاله الأم مع التعدد و طبقه ثانيه لا تجتمع مع من فرض له السدس و هو أحد الأبوين إذا كان للميت ولد لأنه من الطبقة الأولى، أو الأم مع وجود الحاجب لأنها كذلك من الطبقة الأولى، أو الواحد من كلاله الأم لأننا فرضنا الكلاله متعدده فكيف نفرضها واحدا.

صور اجتماع السدس.

٣١ - السدس مع النصف - مكرر في النصف -

٣٢ - السدس مع الربع - مكرر في الربع -

٣٣ - السدس مع الثمن - مكرر في الثمن -

٣٤ - السدس مع الثلثين - مكرر في الثلثين -

٣٥ - السدس مع الثلث - مكرر في الثلث -

٣٦ - السدس مع السدس - ممكن - كأب مع أم مع وجود ولد للميت.

و عليه فالمكرر خمس عشره صوره، و الممتنع ثمانى صور، و الممكن ثلاث عشره صوره.

(١) و هي ١ - النصف مع الثلثين، ٢ - الربع مع الربع، ٣ - الربع مع الثمن، ٤ - الثمن مع الثمن، ٥ - الثمن مع الثلث، ٦ - الثلثان مع الثلثين، ٧ - الثلث مع الثلث، ٨ - الثلث مع السدس.

(٢) أى الغير.

(٣) أى استلزام الاجتماع.

(٤) و هو زياده السهام عن الفريضه.

(٥) بعد دخول النقص على الأختين.

(٦) اجتماع الربع مع الربع.

(٧) لا مع الولد.

ص: ٥٣

فلا يجتمعان، و اجتماعه (١) مع الثمن، لأنه نصيبها (٢) مع الولد و عدمه (٣)، أو نصيب الزوج معه (٤).

و اثنتان من صور الثمن مع غيره، و هما: هو مع مثله، لأنه نصيب الزوجه و إن تعددت خاصه (٥). و هو مع الثلث، لأنه نصيب الزوجه مع الولد، و الثلث نصيب الأم لا معه (٦)، أو الاثنتين من أولادها لا معهما (٧).

و واحده من صور الثلثين، و هى: هما مع مثلهما، لعدم اجتماع مستحقهما متعددا فى مرتبه واحده (٨) مع بطلان العول (٩).

و اثنتان من صور الثلث، و هما: اجتماعه مع مثله، و إن فرض فى البنيتين و الأختين. حيث إن لكل واحد ثلثا، إلا أن السيهم هنا هو جملة الثلثين، لا بعضهما.

و هو مع السدس، (١٠)، لأنه نصيب (١١) الأم مع عدم الحاجب، و السدس نصيبها معه (١٢)، أو مع الولد فلا يجامعه (١٣).

(١) أى الربع.

(٢) أى لأن الثمن نصيب الزوجه.

(٣) و عدم الولد فيكون نصيبها الربع و لا يجتمعان.

(٤) مع الولد فيكون له الربع مع أن الثمن للزوجه مع الولد و لا يمكن اجتماع الزوجين معا فى مسأله الإرث.

(٥) فلا يكون فرض ثمن آخر.

(٦) لا مع الولد.

(٧) أى لا مع الأم و لا مع الأولاد مع أن الثمن نصيب الزوجه مع الولد.

(٨) لعدم اجتماع البنيتين مع الأختين المفروض لكل منهما الثلثان.

(٩) لزياده السهام على الفريضة.

(١٠) أى الثلث مع السدس.

(١١) أى الثلث.

(١٢) أى نصيب الأم مع الحاجب.

(١٣) أى مع الولد فيكون نصيبها السدس و هو لا يجامع الثلث المعطى للأم على تقدير عدم الولد، و الفرق بين المقالين تاره فى الولد و أخرى فى الإخوه الحاجب للأم عما زاد عن السدس.

و يبقى من الصور ثلاث عشره (١)، فرضها واقع صحيح قد أشار المصنف منها إلى تسع بقوله.

(و يجتمع النصف مع مثله) كزوج و أخت لأب (و مع الرّبع) كزوجه و أخت كذلك (٢) و كزوج و بنت (و) مع (الثلث) كزوجه و بنت. و قد تقدم أنه لا يجتمع (٣) مع الثلثين، لاستلزامه العول (و) يجتمع (مع الثلث) كزوج و أمّ. و كلاله الأمّ المتعدده مع أخت لأب (و) مع (السدس) كزوج و واحد من كلاله الأمّ، و كبنت مع أمّ، و كأخت لأب مع واحد من كلاله الأمّ.

(و يجتمع الربع و الثمن مع الثلثين) فالأول (٤) كزوج و ابنتين و كزوجه و أختين لأب، و الثانى (٥) كزوجه و ابنتين.

(و يجتمع الربع مع الثلث) كزوجه و أمّ. و زوجه مع متعدد من كلاله الأمّ.

(١) و هى:

١ - النصف مع النصف.

٢ - النصف مع الربع.

٣ - النصف مع الثمن.

٤ - النصف مع الثلث.

٥ - النصف مع السدس.

٦ - الربع مع الثلثين.

٧ - الربع مع الثلث.

٨ - الربع مع السدس.

٩ - الثمن مع الثلثين.

١٠ - الثمن مع السدس.

١١ - الثلثان مع الثلث.

١٢ - الثلثان مع السدس.

١٣ - السدس مع السدس.

(٢) أى لأب.

(٣) أى النصف.

(٤) الربع مع الثلثين.

(٥) الثمن مع الثلثين.

ص: ٥٥

و مع السدس (١) كزوجه و واحد من كلاله الأمّ و كزوج و أحد الأبوين مع ابن.

(و يجتمع الثمن مع السدس) كزوجه و ابن و أحد الأبوين.

و يجتمع الثلثان مع الثلث (٢)، كإخوه لأمّ مع أختين فصاعدا لأب و مع السدس (٣) كبنيتين و أحد الأبوين. و كأختين لأب مع واحد من كلاله الأمّ.

و يجتمع السدس مع السدس (٤) كأبوين مع الولد (٥).

فهذه جملة الصّور التي يمكن اجتماعها بالفرض ثنائيا و هي ثلاث عشره.

(و أمّا) صور (الاجتماع لا- بحسب الفرض) بل بالقرايه اتفاقا (٦) (فلا حصر له) (٧) لاختلافه باختلاف الوارث كثره و قله، و يمكن معه (٨) فرض ما امتنع (٩) لغير العول (١٠)، فيجتمع الرّبع مع مثله في بنتين و ابن (١١) و مع الثمن (١٢) في زوجه و بنت و ثلاث بنين (١٣)،

(١) أي يجتمع الربع مع السدس، و هي أول الصور من الصور الممكنه التي تركها المصنف.

(٢) ثاني الصور الممكنه التي تركها المصنف.

(٣) أي يجتمع الثلثان مع السدس و هي ثالث الصور الممكنه التي تركها المصنف.

(٤) رابع الصور الممكنه التي تركها المصنف.

(٥) فلكل واحد من أبويه السدس.

(٦) قيد للاجتماع بالقرايه.

(٧) للاجتماع بالقرايه.

(٨) مع الاجتماع بالقرايه.

(٩) اجتماعه بالفرض.

(١٠) و المعنى: ما امتنع اجتماعه في الاجتماع بالفرض يمكن اجتماعه في الاجتماع بالقرايه بشرط أن يكون امتناعه ناشئا من العول الذي هو زياده السهام عن الفريضه فإنه ممتنع سواء كان السهم بالفرض أو بالقرايه.

(١١) فالابن له النصف و لكل بنت ربع على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين فاجتمع ربع البنت الأولى مع ربع البنت الأخرى، مع أن الربع مع مثله بحسب الفرض لا يجتمعان كما في الصوره الثامنه.

(١٢) أى و يجتمع الربع مع الثمن.

(١٣) فالزوجه لها الثمن و الباقي و هو سبعة أثمان يقسم على البنين و البنت للذكر مثل حظ الأنثيين، فالذكر له $\frac{8}{2}$ و البنت لها $\frac{8}{1}$ و عليه فاجتمع ثمن البنت مع ربع الذكر، و قد -

ص: ٥٤

و الثلث مع السدس فى زوج و أبوين (١)، و على هذا.

و إذا خلف الميت ذا فرض أخذ فرضه، فإن تعدد فى طبقه (٢) أخذ كل فرضه، فإن فضل من التركة شىء عن فروضهم ردّ عليهم (٣) على نسبة الفروض (٤) مع تساويهم فى الوصله (٥) عدا الزوج و الزوجه (٦) و المحجوب عن الزيادة (٧).

(و لا- ميراث) عندنا (للعصبه) (٨) على تقدير زياده الفريضه عن الشّهام (٩) (إلا- مع) - كان ممتنعاً بالفرض كما فى الصوره التاسعه.

(١) فالزوج له النصف و الأم لها الثلث و الباقى للأب و الباقى ١/٦ لأن نصيب الزوج ٣/٦ و نصيب الأم ٢/٦، و قد اجتمع ثلث الأم مع سدس الأب، مع أنه كان ممتنعاً بالفرض كما فى الصوره الثلاثين.

(٢) كأُم و بنت فالأولى لها السدس و الثانيه النصف.

(٣) على المتعديين من ذوى الفرائض فى طبقه الواحد.

(٤) ففى مثال الأم و البنت يبقى ٢/٦ و يرّد عليهما أرباعاً ثلاثه أرباعه للبنت و الربع الأخير منه للأم.

(٥) أى فى طبقه.

(٦) و سيأتى الكلام فيهما إن شاء الله فى جواز الرد و عدمه.

(٧) كالأم مع وجود إخوه للميت و بنت و أب، فالبنت لها النصف و الأم لها السدس لوجود الحاجب من الإخوه، و الأب له سدس فيبقى سدس، لا يرد منه على الأم لوجود الحاجب لها عما زاد عن السدس، بل يقسم بين الأب و البنت أرباعاً.

(٨) محرکه، و هو كل ذكر قريب إلى الميت ما عدا الولد و الوالد، سواء كان هذا الذكر من طبقه الأولى كابن الابن، أو من طبقه الثانيه كالأخ و ابن الأخ، أو من طبقه الثالثه كالعم و ابن العم).

(٩) فالباقى لمن؟ فالإماميه على أن الباقى يقسم على ذوى الفروض بقدر سهامهم، و قالت العامه: إن الباقى يعطى للعصبه، و مثاله: ما لو اجتمع بنت مع أخ، فالبنت لها النصف بالفرض و يرّد عليها الباقى بالقرايه عندنا، و على مذهب العامه يعطى النصف الباقى للأخ لأنه من العصبه، و كذا لو كان بنت مع ابن الابن، فالنصف لها بالفرض و الباقى بالرد عندنا، و عند العامه أن الباقى لابن الابن و هكذا.

ففى خبر الحسين الرّزاز (أمرت من يسأل أبا عبد الله عليه السّلام المال لمن هو؟ للأقرب أو-

(عدم القريب) أى الأقرب منهم، لعموم آية أولى الأرحام، و إجماع أهل البيت عليهم السّلام (١)، و تواتر أخبارهم بذلك (٢) (فيرة) فاضل الفريضة (على البنت و البنات (٣)، و الأخت و الأخوات (٤) للأب و الأم، أو للأب) مع فقدهم (٥) (و على الأم (٦)، -العصبه؟ فقال: المال للأقرب و العصبه فى فيه التراب) (١) و خبر سلمه بن محرز (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: إن رجلا مات و أوصى إلى بتركته و ترك ابنته، فقال لى: أعطها النصف، قال: فأخبرت زواره بذلك فقال لى: أتقاك إنما المال لها، قال: فدخلت عليه بعد فقلت: أصلحك الله إن أصحابنا زعموا أنك اتقيتنى فقال: لا- و الله ما اتقيتك، و لكننى اتقيت عليك أن تضمن، فهل علم بذلك أحد؟ قلت: لا، قال: فأعطاها ما بقى) (٢) و خبر حمّاد بن عثمان (سألت أبا الحسن عليه السّلام عن رجل ترك أمه و أخاه، قال: يا شيخ تريد على الكتاب؟ قلت: نعم، قال: كان علىّ عليه السّلام يعطى المال الأقرب فالأقرب، قلت: فالأخ لا يرث شيئا؟ قال: قد أخبرتك أن عليا عليه السّلام كان يعطى المال الأقرب فالأقرب) (٣).

بل لو التزمنا بالعصبه لكان نصيب العم أكثر من نصيب الابن فى ما لو ترك الميت ابنا و ثمانى و عشرين بنتا، فكل بنت لها جزء من الثلاثين و له جزءان، أما لو ترك عما و ثمانى و عشرين بنتا، فالبنات لهن الثلثان و هو عشرون جزءا و الباقي و هو الثلث و هو عشره أجزاء للعم فيكون نصيب العم أكثر من نصيب الابن.

(١) لا يشترط إجماعهم بل يكفى قول أحدهم، و إنما هذا إشاره إلى ابن عباس و أمثاله ممن كان منقطعا إليهم عليهم السّلام فى الفقه، و رأى ابن عباس فى عدم التعصيب مشهور و مبثوث فى كتب العامه.

(٢) بعدم التعصيب.

(٣) فيما لو اجتمع مع الأخ أو ابن الابن أو العم.

(٤) إذا كان معهن ابن أخ أو عم.

(٥) أى فقد الأخت و الأخوات للأبوين و الأولى تأنيث الضمير، لإمكان إرجاعه باعتبار الورثه.

(٦) إذا اجتمعت مع الأخ و ابنه و مع العم.

ص: ٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب موجبات الإرث حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٦.

(و على كلاله الأم (١) مع عدم وارث في درجتهم) و إلا اختص غيرهم من الإخوة للأبوين (٢)، أو للأب بالردّ دونهم (٣).

(و لا- يردّ على الزوج و الزوجه (٤) إلا مع عدم كلّ وارث عدا الإمام) بل الفاضل عن نصيبيهما لغيرهما من الوراث و لو ضامن الجريه.

(١) فيما لو كان معها عم.

(٢) لو اجتمعوا مع كلاله الأم.

(٣) دون كلاله الأم، أما لو اجتمع الإخوة للأبوين مع الأخت و الأخوات فالأخت ترث بالقرباه لا بالفرض.

(٤) مع وجود وارث غير الإمام و هذا مما لا خلاف فيه، و لكن لو فقد الوارث ما عدا الإمام فهل يردّ على الزوج و الزوجه فنقول: أما الزوج فيرد عليه على المشهور للأخبار منها:

صحيحه أبي بصير (كنت عند أبي عبد الله عليه السّلام فدعا بالجامعه فنظر فيها فإذا امرأه ماتت و تركت زوجها لا وارث لها غيره، المال له كله) (١)، و صحيحه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (في امرأه توفيت و لم يعلم لها أحد، و لها زوج، فقال: الميراث لزوجها) ٢، خلافا للديلمي من الميل أن الباقي للإمام و لا يردّ على الزوج لموثق جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السّلام (لا يكون ردّ على زوج و لا على زوجته) (٢)، و حمل على ما لو كان مع الزوج وارث غير الإمام.

و أما الزوج فقد اختلف في الرد عليها على أقوال:

القول الأول: عدم الرد و هو المشهور لصحيح أبي بصير (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن امرأه ماتت و تركت زوجها لا وارث لها غيره قال: إذا لم يكن غيره فله المال، و المرأه لها الربع و ما بقى فللإمام) (٣)، و خبر محمد بن مروان عن أبي جعفر عليه السّلام (في رجل مات و ترك امرأه، قال: لها الربع و يدفع الباقي إلى الإمام) ٥ بناء على أن المراد من المرأه هو الزوجه كما هو الظاهر.

و خبر الصحاف (مات محمد بن أبي عمير و أوصى إلىّ و ترك امرأه، و لم يترك وارثا غيرها، فكتبت إلى العبد الصالح عليه السّلام، فكتب إلىّ: اعط المرأه الربع و احمل الباقي إلينا) ٦.

القول الثاني: الرد عليها كالزوج و هو للمفيد لصحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام:-

ص: ٥٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٣ و ١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٨.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٨ و ٧ و ٢.

و لو فقد من عدا الإمام من الوراث ففي الرد عليهما مطلقا (١) أو عدمه مطلقا (٢)، أو عليه مطلقا، دونها مطلقا (٣)، أو عليهما (٤) إلا حال حضور الإمام عليه السلام فلا يردّ عليها خاصة (٥) أقوال. مستندها (٦): ظواهر الأخبار المختلفه ظاهرا و الجمع بينها (٧).

و المصنف اختار هنا القول الأخير (٨) - (قلت له: رجل مات و ترك امرأته قال: المال لها) (١).

القول الثالث: التفصيل بالرد عليها مع غيبه الإمام، و عدم الرد مع حضوره، و هو المحكى عن الصدوق و الشيخ و يحيى بن سعيد و العلامه و الشهيد بحمل نصوص الرد على زمن الغيبه و نصوص عدم الرد على زمن حضوره، و فيه: إن نصوص الرد على الزوجه هو خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام، و الإمام حتى ظاهر و قد أمر بكون المال لها فكيف يحمل هذا الخبر على زمن عدم حضوره.

نعم حمل الشيخ الخبر الصحيح بالرد على الزوجه إذا كانت قريبه للزوج و استشهد على ذلك بخبر محمد بن القاسم البصرى (سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل مات و ترك امرأه قرابه، ليس له قرابه غيرها، قال: يدفع المال كله إليها) (٢).

(١) مع حضور الإمام أو عدمه، و هو القول الأول فى مسأله الزوج و القول الثانى فى مسأله الزوجه كما عليه المفيد.

(٢) مع حضور الإمام أو عدمه، و هو القول الثانى فى مسأله الزوج و القول الأول فى مسأله الزوجه.

(٣) و هو القول الأول فى مسأله الزوج مع القول الأول فى مسأله الزوجه كما عليه المشهور.

(٤) على الزوج و الزوجه.

(٥) فلا- يرد على الزوجه بخلاف الزوج فإنه يرد عليه و لو كان الإمام حاضرا، و هو القول الأول فى مسأله الزوج و القول الثالث فى مسأله الزوجه كما عليه الصدوق و الشيخ و الشهيد و غيرهم.

(٦) أى مستند هذه الأقوال.

(٧) عطف على الظواهر و هو أحد أسباب نشوء الأقوال.

(٨) أى فى اللغه قد اختار بأنه يرد على الزوج مطلقا و يرد على الزوجه إلا إذا كان الإمام حاضرا فلا يرد عليها.

ص: ٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

كما يستفاد (١) من استثنائه (٢) من المنفى (٣) المقتضى (٤) لإثبات الردّ عليهما (٥) دون الإمام مع قوله: (و الأقرب إرثه) أى الإمام (مع الزوجه إن كان حاضرا).

أما الردّ على الزوج مطلقا (٦) فهو المشهور، بل ادعى جماعه عليه الإجماع و به أخبار كثيرة، كصحيحه أبى بصير عن الصادق عليه السّلام: أنه قرأ عليه فرائض على عليه السّلام فإذا فيها: «الزوج يجوز المال كلّه إذا لم يكن غيره» (٧).

و أما التفصيل فى الزوجه (٨) فللجمع بين روايه أبى بصير عن الباقر عليه السّلام أنه سأله عن امرأه ماتت و تركت زوجها و لا وارث لها غيره قال عليه السّلام: «إذا لم يكن غيره فله المال، و المرأه لها الرّبع، و ما بقى فللإمام» (٩).

و مثلها روايه محمد بن مروان عن الباقر عليه السّلام (١٠) و بين صحيحه أبى بصير عن الباقر عليه السّلام أنه قال له: رجل مات و ترك امرأه قال عليه السّلام: «المال لها» (١١) بحمل هذه (١٢) على حاله الغيبه (١٣)، و ذينك (١٤) على حاله الحضور (١٥) (١) أى القول الأخير.

(٢) استثناء القول الأخير.

(٣) و هو لا يردّ على الزوج و الزوجه.

(٤) أى الاستثناء.

(٥) على الزوج و الزوجه.

(٦) مع حضور الإمام و عدمه.

(٧) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢.

(٨) فيرد عليها مع غياب الإمام، و لا يرد عليها مع حضوره.

(٩) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٨.

(١٠) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٧.

(١١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٩، إلا أنه مروى عن أبى عبد الله عليه السّلام.

(١٢) صحيحه أبى بصير.

(١٣) غيبه الإمام.

(١٤) روايتا أبى بصير و ابن مروان عن الباقر عليه السّلام.

(١٥) حضور الإمام عليه السلام.

ص: ٦١

حذرا من التناقض.

و المصنف فى الشرح (١) اختار القول الثالث (٢)، المشتمل على عدم الردّ عليها مطلقا (٣) محتجا بما سبق (٤) فإنّ ترك الاستفصال (٥) دليل العموم و للأصل (٦) الدال على عدم الزيادة على المفروض (٧).

و خبر الردّ (٨) عليها مطلقا (٩) و إن كان صحيحا إلا أنّ فى العمل به مطلقا (١٠) اطراحا لتلك الأخبار، و القائل به نادر جدا، و تخصيصه بحاله الغيبه بعيد جدا، لأنّ السؤال فيه للباقر عليه السّلام فى «رجل مات» بصيغه الماضى و أمرهم عليهم السّلام حينئذ ظاهر، و الدفع إليهم ممكن، فحمله على حاله الغيبه المتأخره عن زمن السؤال عن ميّت بالفعل بأزيد من مائه و خمسين سنه أبعده - كما قال ابن إدريس - مما بين المشرق و المغرب.

و ربما حمل (١١) على كون المرأه قريبه للزوج، و هو (١٢) بعيد عن الإطلاق (١٣) إلا- أنه وجه فى الجمع (١٤). و من هذه الأخبار (١٥) ظهر وجه القول بالردّ عليهما (١) شرح الارشاد.

(٢) و هو قول المشهور فى المسألتين، بالرد على الزوج مطلقا و بعدم الرد على الزوجه مطلقا.

(٣) مع حضور الإمام و عدمه.

(٤) من صحيح أبى بصير و خبر محمد بن مروان عن الباقر عليه السّلام.

(٥) أى ترك التفصيل بين الحضور و عدمه.

(٦) أصاله عدم إرثها.

(٧) على الربع فلا ردّ عليها مطلقا.

(٨) و هو صحيحه أبى بصير الثانيه.

(٩) على الزوجه مع حضور الإمام و عدمه.

(١٠) حضورا و غيبه.

(١١) و الحمل للشيخ كما تقدم.

(١٢) أى هذا الحمل.

(١٣) فى الخبر.

(١٤) و يؤيده خبر محمد بن القاسم فراجع.

(١٥) وهى صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام فى الزوج، و صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام أيضا فى
الزوجه.

ص: ٦٢

مطلقا كما هو ظاهر المفيد، و روى جميل فى الموثق عن الصادق عليه السّلام «لا يكون الردّ على زوج و لا زوجته» (١) و هو دليل القول الثانى، و أشهرها الثالث (٢) و لا عول (٣)

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٨.

(٢) و هو الرد على الزوج مطلقا و عدم الرد على الزوجه مطلقا.

(٣) العول هو زياده السهام عن الفريضة بحيث يدخل النقص على ذوى السهام بالنسبه، و سمى عولا- من زياده فيقال: عالت الفريضة أى زاد سهامها، أو من النقصان حيث نقصت الفريضة عن السهام، أو من الميل و منه قوله تعالى: ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (١) و سميت الفريضة عائله لميلها بالجور على أهل السهام بنقصانها عليهم.

و أمثله العول كثيره منها: ما لو كانت الفريضة سته أسهم فعالت إلى سبعة، فى مثل الزوج و الأختين للأبوين، فإن الزوج له النصف و هو ثلاثه من سته، و للأختين الثلثان و هما أربعة من سته فتزيد السهام واحدا.

أو تعول الفريضة إلى ثمانية، كما إذا كان معهم أخت لأم، فإن لها السدس و هو واحد من سته فتكون السهام ثمانية مع أن الفريضة سته.

أو تعول إلى تسعه، بأن كانت كلاله الأم متعدده فلها الثلث، و هو اثنان من سته، فتكون السهام تسعه و الفريضة سته.

و قال الشارح فى المسالك «و قد اختلف المسلمون فى هذه المسأله، فذهب الجمهور منهم إلى القول بالعول، بأن يجمع السهام كلها و تقسم الفريضة عليها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، كأرباب الديون إذا ضاق المال عن حقهم، و أول مسأله وقع فيها العول فى الإسلام فى زمن عمر، حين ماتت امرأه فى عهده عن زوج و أختين، فجمع الصحابه و قال لهم: فرض الله تعالى جدّه للزوج النصف و للأختين الثلثين، فإن بدأت بالزوج لم يبق للأختين حقهما، و إن بدأت بالأختين لم يبق للزوج حقه، فأشيروا علىّ، فاتفق رأى أكثرهم على العول، ثم أظهر ابن عباس (رضوان الله عليه) الخلاف و بالغ فيه».

و أدلتنا على عدم العول هى: أنه يستحيل أن يجعل الله المال نصفين و ثلثا كما لو اجتمع زوج مع أخت لأب مع كلاله الأم، أو ثلثين و نصفا كما فى اجتماع الزوج مع أختين لأب، و نحو ذلك مما لا يفى بالمال، و إلا لكان جاهلا أو عابثا، تعالى الله عن ذلك علوا-

ص: ٦٣

(فى الفرائض) أى لا زياده فى السّهام عليها (١) على وجه يحصل النقص على الجميع بالنسبه (٢)، و ذلك (٣) بدخول الزوج و الزوجه (٤)

-كبيراً و لأخبار متواتره منها: خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (السّهام لا تعول) (١)، و مثله ٢ صحيح الفضلاء زراره و بريد و الفضيل و ابن مسلم، و صحيح ابن مسلم (أقرأنى أبو جعفر عليه السّلام صحيفه كتاب الفرائض التى هى إملاء رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و خط علىّ عليه السّلام بيده، فإذا فيها: إن السّهام لا تعول) ٣، و خبر الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السّلام فى كتابه إلى المأمون (و الفرائض على ما أنزل الله فى كتابه، و لا عول فيها) ٤.

و السبب فى عدم العول هو: أن الله قد جعل السّهام للأبوين من الطبقة الأولى مع وجود الولد، و للبنتين من الطبقة الأولى، و سهامهم تمام الفريضة فلو أدخل معهم زوج أو زوجة لعالت الفريضة، إلا أن الله جل جلاله قد جعل ذوى السّهام على قسمين، قسم له سهم، و إن أزيل عنه فله سهم آخر، كالزوج فله النصف و إلا فالربع، و الزوجه لها الربع و إلا فالثلث، و الأم لها الثلث مع عدم الولد و إلا فمع وجود الحاجب فلها السدس و قسم آخر له سهم و إن أزيل عنه فلم يحدّد له سهماً آخر، كالبنتين فلهما الثلثان.

فعدم العول ناشئ من تقديم ذوى السّهام من القسم الأول فيعطى سهمه، و الباقي من التركة يعطى لذوى السّهام من القسم الثانى، فيدخل النقص على البنات دون الزوج و الزوجه و الأم، فلو اجتمع زوج و بنتان و أم، فللزوج النصف لأنه من القسم الأول، و كذا للأم السدس، و الباقي و هو السدسان و هو ثلث الفريضة للبنتين، و هذا ما صرحت به الأخبار و سيأتى بعضها.

(١) على الفرائض.

(٢) بنسبه سهامهم، و هو تفسير للمنفى لا للنفى.

(٣) أى العول، و زياده السّهام على الفريضة.

(٤) أى أن العول بسبب دخولها على الورثة من ذوى السّهام، لأنهما خارجان عن النسب، و بيان ذلك:

أن ذوى السّهام من الطبقة الأولى الأم و الأب و بنت و البنات و لو اجتمعوا فلا عول، كاجتماع البنتين مع الأبوين فالثلثان مع الثلث تمام الفريضة، فلو دخل الزوج أو الزوجه معهم لحصل العول.

ص: ٦٤

(بل) على تقدير زياده (١) (يدخل النقص) عندنا (٢) (على الأب (٣) و البنت و البنات، و الأخت و الأخوات (٤) للأب و الأم، أو للأب) خلافا للجمهور حيث جعلوه (٥) موزعا على الجميع (٦) بإلحاق السهم الزائد للفريضة، و قسمتها (٧) على الجميع سمي هذا القسم عولا، إما من الميل و منه قوله تعالى: ذَلِكَ أَذْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا (٨)، و سميت الفريضة عائله على أهلها لميلها بالجور عليهم بنقصان سهامهم، أو من عال الرجل إذا كثر عياله لكثرة السهام فيها، أو من عال إذا غلب، لغلبه أهل السهام بالنقص، أو من عالت الناقه ذنبها إذا رفعت لارتفاع الفرائض على أصلها بزياده السهام، و على ما ذكرناه (٩) إجماع أهل البيت عليهم السلام، و أخبارهم به متظافره، قال الباقر عليه السلام: كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: «إن الذي أحصى رمل عالج ليعلم أن السهام لا تعول على سته لو يبصرون وجهها لم تجز سته» (١٠). و كان ابن عباس -و ذوو السهام من الطبقة الثانيه أخت الميت من أبيه فلها النصف، و أخته من أبيه فلها الثلثان، و كلاله الأم الثلث لو تعددت، و السدس لو انفردت، و لو اجتمعوا فلا عول كاجتماع الأختين من الأب مع كلاله الأم المتعدده، و لو دخل الزوج أو الزوجه معهم لحصل العول.

(١) أى زياده السهام عن الفريضة، شروع فى السر بعدم العول.

(٢) عند الإماميه.

(٣) سيأتى الكلام فيه و أنه لا يدخل عليه نقص.

(٤) و ذلك لأنهن من ذوى السهام القسم الثانى، الذى لم يفرض الله له إلا سهما واحدا فلو أزيل عنه لكان له الباقي.

(٥) حيث جعل الجمهور النقص.

(٦) جميع ذوى السهام.

(٧) قسمه السهام بما فيها السهم الزائد.

(٨) النساء الآيه: ٣.

(٩) من عدم العول فى الفرائض لدخول النقص على القسم الثانى من ذوى السهام دون القسم الأول.

(١٠) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٩ و ١٤ و السبب فى حصرها بالسته لأن السهام كلها تنقسم على سته ففى خبر أبى عمر العبدى عن على بن أبى طالب عليه السلام (الفرائض من سته أسهم، الثلثان أربعة أسهم، و النصف ثلاثه أسهم، -

ص: ٦٥

(رضى الله عنه) يقول: من شاء باهله عند الحجر الأسود أن الله لم يذكر في كتابه نصفين وثلثا (١).

وقال أيضا (٢): «سبحان الله العظيم أترون أن الذى أحصى رمل عالج (٣) عددا جعل فى مال نصفا و نصفا و ثلثا، فهذان النصفان قد ذهبا بالمال فأين موضع الثلث! فقال له زفر (٤): يا أبا العباس (٥) فمن أول من أعال الفرائض؟ قال: عمر لما التقت الفرائض عنده و دفع بعضها بعضا قال: و الله ما أدرى أيكم قدم الله و أيكم آخر؟ و ما أجد شيئا هو أوسع من أن أقسم عليكم هذا المال بالحصص».

ثم قال ابن عباس: و أيم الله لو قدم من قدم الله (٦) و آخر من آخر الله (٧) ما عالت فريضه.

فقال له زفر: و أيها قدم و أيها آخر؟ فقال: كل فريضه لم يهبطها الله (عزّ و جلّ) عن فريضه إلا إلى فريضه فهذا ما قدم الله، و أما ما آخر فكل فريضه إذا زالت عن فرضها و لم يكن لها إلا ما بقى فتلك التى آخر الله، و أما التى قدم -و الثلث سهمان، و الربع سهم و نصف، و الثمن ثلاثه أرباع سهم(٨).

(١) كما لو اجتمع زوج و أخت للبيت من أبيه و كلاله الأم المتعدده، و الخبر قد رواه الجمهور عن ابن عباس راجع المسالك الجزء الثانى ص ٣٢٣ الطبعة الحجرية.

(٢) ابن عباس، و هذا مما روته الخاصه.

(٣) قال فى المصباح المنير «و رمل عالج، جبال متواصله، يتصل أعلاها بالدهناء، و الدهناء بقرب اليمامه، و أسفلها بنجد، و يتسع اتساعا كثيرا، حتى قال البكرى: رمل عالج يحيط بأكثر أرض العرب»، و نقل عن بعضهم العالج: ما تراكم من الرمل و دخل بعضه فى بعض.

(٤) زفر بن أوس البصرى كما فى الخبر.

(٥) كنيه عبد الله بن العباس.

(٦) و هو القسم الأول من ذوى السهام الذين فرض لهم سهم و إن أزيلوا عنه فقد فرض لهم سهم آخر.

(٧) و هو القسم الثانى من ذوى السهام، الذين فرض لهم سهم، و إن أزيلوا عنه فلهم الباقي لأنه لم يفرض الله لهم سهما آخر.

ص: ٦٦

فالزوج له النصف فإذا دخل عليه ما يزيله عنه رجع إلى الربع ولا يزيله عنه شيء والزوجه لها الربع فإذا زالت عنه صارت إلى الثمن لا يزيلها عنه شيء.

و الأم لها الثلث فإذا زالت عنه صارت إلى السدس ولا يزيلها عنه شيء.

فهذه الفروض التي قدّم الله (عزّ وجلّ).

و أما التي أخر الله ففريضة البنات والأخوات لها النصف و الثلثان فإذا أزالتهن الفرائض عن ذلك (١) لم يكن لهن إلا ما بقي، فإذا اجتمع ما قدّم الله و ما أخر بدئ بما قدّم الله و أعطى حقه كاملاً فإن بقي شيء كان لمن أخر الله (٢)، الحديث.

و إنما ذكرناه مع طوله، لاشتماله على أمور مهمه.

منها: بيان عله حدوث النقص على من ذكر (٣).

و اعلم أن الوارث مطلقاً (٤) إما أن يرث بالفرض خاصه و هو من سمى الله في كتابه له سهماً بخصوصه، و هو الأم و الإخوه من قبلها، و الزوج و الزوجه حيث لا ردّ (٥)، أو بالقرابه خاصه و هو من دخل في الإرث بعموم الكتاب في آيه أولى الأرحام (٦) كالأخوال و الأعمام، أو يرث بالفرض تاره، و بالقرابه أخرى و هو الأب و البنت و إن تعددت و الأخت للأب كذلك، فالأب مع الولد يرث بالفرض (٧)، و مع غيره (٨)، أو منفرداً بالقرابه (٩).

(١) عن النصف و الثلثين.

(٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٦.

(٣) من ذوى السهام القسم الثانى.

(٤) سواء كان إرثه بالفرض أو بالقرابه.

(٥) لأنه مع الرد فيرثون الرد بالقرابه.

(٦) الأنفال الآيه: ٧٥.

(٧) فله السدس.

(٨) غير الولد كاجتماعه مع الزوج و الزوجه أو مع الأم.

(٩) فالباقي له.

و البنات يرثن مع الولد بالقرايه (١)، و مع الأبوين بالفرض (٢).

و الأخوات يرثن مع الإخوه بالقرايه (٣)، و مع كلاله الأم بالفرض (٤) أو يرث بالفرض و القرايه معا، و هو ذو الفرض على تقدير الردّ عليه (٥).

و من هذا التقسيم يظهر أن ذكر المصنف الأب مع من يدخل النقص عليهم من ذوى الفروض ليس بجيد لأنّه مع الولد (٦) لا ينقص عن السدس و مع عدمه (٧) ليس من ذوى الفروض (٨). و مسأله العول مختصه بهم (٩) و قد تنبه لذلك (١٠) المصنف فى الدروس فترك ذكره (١١)، و قبله العلامه فى القواعد، و ذكره فى غيرها (١٢) و المحقق فى كتابيه (١٣).

و الصواب تركه (١٤).

مسائل خمس

اشاره

(مسائل خمس)

الأولى – إذا انفرد كل واحد من الأبوين

(الأولى – إذا انفرد كل واحد (من الأبوين) فلم يترك الميراث قريبا فى (١) على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين.

(٢) فلهن الثلثان.

(٣) على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين.

(٤) فلهن الثلثان و كلاله الأم المتعدده لها الثلث، و لو انفردت فلها السدس.

(٥) فالرد بالقرايه و فرضه بالفرض.

(٦) لأن الأب.

(٧) عدم الولد.

(٨) لأنه يرث بالقرايه الباقى.

(٩) بذوى الفروض.

(١٠) بأن الأب لا يدخل عليه النقص لأنه ليس من ذوى الفروض.

(١١) ذكر الأب.

(١٢) أى ذكر العلامه الأب فيمن دخل عليهم النقص فى غير القواعد.

(١٣) الشرائع و مختصر النافع.

(١٤) ترك الأب فيمن يدخل عليهم النقص من ذوى الفرائض.

ص: ٦٨

مرتبته (١) سواه (فالمال) كله، له، لكن للأُمّ ثلث المال بالتسميه (٢) لأنه (٣) فرضها حينئذ (٤) (والباقى بالرد) (٥) أما الأب فأثره للجمع بالقرايه إذ لا فرض له حينئذ (٦) كما مرّ (و لو اجتمعا (٧) فلأُمّ الثلث مع عدم الحاجب) من الإخوه (و السدس مع الحاجب و الباقى) من التركة عن الثلث أو السدس (للأب).

الثانيه – للابن المنفرد المال

(الثانيه – للابن المنفرد المال (٨)، و كذا للزائد) عن الواحد من الأبناء (بينهم بالسويه (٩)، و للبت المنفردة النصف تسميه و الباقى ردًا (١٠) و للبتين فصاعدا الثلثان تسميه (١١) و الباقى ردًا (١٢) و لو اجتمع الذكور و الإناث فللذكر مثل حظ الأنثيين (١٣)، (١) مرتبه أحد الأبوين.

(٢) لقوله تعالى: فَلَأُمُّهُ التُّلْثُ (١).

(٣) لأن الثلث.

(٤) أى حين عدم وجود ولد للميت.

(٥) لبطلان التعصيب و لقوله تعالى: وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ (٢).

(٦) حين عدم الولد للميت.

(٧) فلأُمّ لها الثلث فرضا إن لم يكن له إخوه، و معهم فلها السدس لقوله تعالى: فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلَأُمُّهُ السُّدُسُ (٣)، و الباقى للأب لآيه أولى الأرحام.

(٨) لأنه لا فرض له فيرث الجميع بالقرايه لآيه أولى الأرحام.

(٩) فهم سواء فى المال لعدم الترجيح فالأصل التساوى.

(١٠) فلها النصف لقوله تعالى: وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ (٤)، و الباقى ردّ عليها لبطلان التعصيب عندنا و لآيه أولى الأرحام.

(١١) لقوله تعالى: فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ (٥).

(١٢) لبطلان التعصيب، و لآيه أولى الأرحام.

(١٣) لقوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (٦).

١- (١) النساء الآيه: ١١.

٢- (٢) الأنفال الآيه: ٧٥.

٣- (٣) النساء الآيه: ١١.

٤- (٤) النساء الآيه: ١١.

٥- (٥) النساء الآيه: ١١.

٦- (٦) النساء الآيه: ١١.

(و لو اجتمع مع الولد) ذكرا كان أم أنثى متحدا أم متعددا (الأبوان (١) فلكلّ) واحد منهما (السدس و الباقي) من المال (للأبوين)
(٢) إن كان الولد المفروض ابنا (أو البنيتين (٣)، أو الذكور و الإناث على ما قلناه) (٤) للذكر منهم مثل حظ الأنثيين.

(و لهما) أى الأبوين (مع البنت الواحدة السدسان (٥) و لها النصف (٦) و الباقي) و هو السدس (يردّ) على الأبوين و البنت (أخماسا) على نسبة الفريضة (٧).

فيكون جميع التركة بينهم (٨) أخماسا (٩). للبنت ثلاثة أخماس و لكل واحد منهما خمس، و الفريضة حينئذ (١٠) من ثلثين، لأن أصلها ستة: مخرج السدس (١١) و النصف (١٢) ثم يرتقى (١٣) بالضرب فى مخرج الكسر (١٤) إلى ذلك (١٥).

(١) قال تعالى: وَ لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ (١).

(٢) بالقرايه.

(٣) فلهما الثلثان بالفرض، و الباقي هنا ثلثان.

(٤) من الإرث بالقرايه على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين.

(٥) بالفرض.

(٦) بالفرض.

(٧) أى على نسبة سهامهم فالبنت لها ٦/٣ و هو النصف، و الأبوان لهما ٦/٢ و حصتهم خمسة أسداس، فيقسم السدس على خمسة، ثلاثة أخماسه للبنت و خمسه للأبوين.

(٨) بين الأبوين و البنت.

(٩) كما ستعرف.

(١٠) حين وجود الباقي و هو السدس، و نريد أن نقسمه على خمسة بمقدار سهامهم.

(١١) الذى هو نصيب كل واحد من الأبوين.

(١٢) الذى هو نصيب البنت.

(١٣) المخرج.

(١٤) و هو الخمسه.

(١٥) ثلاثين. و الحاصل: [١٥] (نصف التركة فرضا للبنت) + ٣ (ثلاثة أخماس السدس بالرد للبنت أيضا) + ١٠ (سدسان للأبوين بالفرض) + ٢ (خمس السدس للأبوين بالرد) / ٣٠ / ٣٠ / ٣٠ فالبنت لها ٣٠/١٨ و هو ثلاثة أخماس المجموع، و الأبوان لهما ٣٠/١٢ و هو خمسا المجموع.

ص: ٧٠

١- (١) النساء الآيه: ١١.

هذا إذا لم يكن للأُم حاجب عن الزيادة على السدس (و مع الحاجب يرَدّ) الفاضل (على البنت و الأب) خاصة (أرباعا) و الفريضة حينئذ (١) من أربعه و عشرين (٢). للأُم سدسها: أربعه. و للبنت اثنا عشر بالأصل (٣)، و ثلاثه (٤) بالردّ، و للأب أربعه بالأصل (٥) و واحد بالردّ (٦) (و لو كان بنتان فصاعدا مع الأبوين فلا ردّ) لأن الفريضة حينئذ بقدر السهام (٧).

(و) و لو كان البنتان فصاعدا (مع أحد الأبوين خاصة يرَدّ السدس) الفاضل عن سهامهم عليهم جميعا (أخماسا) على نسبة السهام (٨).

(و لو كان) مع الأبوين، أو أحدهما، و البنت، أو البنتين فصاعدا (زوج أو زوجه (٩) أخذ) كلّ واحد من الزوج و الزوجه (نصيبه الأدنى) و هو الربع أو الثمن (١) حين ردّ الباقي على الأب و البنت فقط.

(٢) حاصله من ضرب الستة بالأربعة التي هي حصص البنت و الأب.

(٣) بالفرض.

(٤) لأنها ثلاثه أرباع السدس الذي هو أربعه.

(٥) بالفرض.

(٦) لأن الواحد هو ربع السدس الذي هو أربعه، و خالف معين الدين البصرى فجعل السدس الباقي أخماسا ثلاثه منه للأب، و خمسان للأب، لأن سهم الأم المحجوبه للأب لا للبنت، لكن المشهور خلافه لأن الباقي يقسم على ذوى السهام بحسب سهامهم.

(٧) فالأبوان لهما السدسان و البنتان لهما الثلثان، و هذا تمام الفريضة.

(٨) للبنتين ٦/٤ و هو الثلثان، و لأحد الأبوين ٦/١ فالباقي ٦/١ يقسم على خمسة و هي سهام البننتين و أحد الأبوين، و أربعه أخماسه للبنتين و خمسة الأخير لأحد الأبوين.

فالبنتان لهما: ٢٠ بالفرض + ٤ بالرد ٢٤.

و لأحد الأبوين: ٥ بالفرض + ١ بالرد ٦.

(٩) فهي ثمانى مسائل:

فالأولى: الأبوان مع البنت مع الزوج، و فيها عول و ذلك:

٣/١ للأبوين + ٢/١ للبنت + ٤/١ للزوج (٨ + ١٢ + ٦) ٢٤/٢٤٢٤.

و الثانية: أبوان مع بنت و زوجه، و فيها تعصيب و ذلك:

٣/١ للأبوين + ٢/١ للبت + ٨/١ للزوجه (٨ + ١٢ + ٦) / ٢٣٢٤/٢٤.

و الثالثه: أحد الأبوين مع بنت و زوج، و فيها تعصيب و ذلك:-

ص: ٧١

(و للأبوين السدسان) إن كانا (و لأحدهما السدس) و الباقي للأولاد.

(و حيث يفضل) من الفريضة شيء بأن كان (١) الوارث بنتا واحده و أبوين و زوجه (٢)، -١/٦ لأحد الأبوين + ٢/١ للبنت + ٤/١ للزوج (٤ + ١٢ + ٦) / ٢٤/٢٢٢٤.

و الرابعة: أحد الأبوين مع بنت و زوجه، و فيها تعصيب و ذلك:

١/٦ لأحد الأبوين + ٢/١ للبنت + ٨/١ للزوجه (٣ + ١٢ + ٤) / ٢٤/١٩٢٤.

و الخامسة: الأبوان مع بنتين و زوج، و فيها عول و ذلك:

٣/١ للأبوين + ٣/٢ للبنتين + ٤/١ للزوج (٦ + ١٦ + ٨) / ٢٤/٣٠٢٤.

و السادسة: الأبوان مع البنتين و زوجه، و فيها عول و ذلك:

٣/١ للأبوين + ٣/٢ للبنتين + ٨/١ للزوج (٣ + ١٦ + ٨) / ٢٤/٢٧٢٤.

و السابعة: أحد الأبوين مع بنتين و زوج، و فيها عول و ذلك:

١/٦ لأحد الأبوين + ٣/٢ للبنتين + ٤/١ للزوج (٦ + ١٦ + ٤) / ٢٤/٢٦٢٤.

و الثامنة: أحد الأبوين مع بنتين و زوجه، و فيها تعصيب و ذلك:

١/٦ لأحد الأبوين + ٣/٢ للبنتين + ٨/١ للزوج (٣ + ١٦ + ٤) / ٢٤/٢٣٢٤.

ففى مسائل التعصيب يردّ الفاضل على ذوى السهام ما عدا الزوج و الزوجه بحسب سهامهم، و مسائل التعصيب أربعة و سيأتى التفصيل إن شاء الله تعالى.

و فى مسائل العول فيقدم القسم الأول من ذوى السهام و هو الزوج و الزوجه و الأم، و لا يرث القسم الثانى من ذوى السهام إلا الباقي.

(١) شروع فى مسائل التعصيب الأربعة.

(٢) و هى المسألة الثانية فى الشرح، و قد تقدم أنها:

(٨) للأبوين + ١٢ للبنت + ٣ للزوجه) / ٢٤/٢٣ ٢٤، فالباقي ٢٤/١ يرد على الأبوين و البنت أخماسا لأن للبنت ٦/٣، و للأبوين ٦/٢، فالمجموع ٦/٥، و يكون للبنت من الباقي ثلاثه أخماسه، و خمسان للأبوين لكل واحد خمس.

و عليه فنضرب ٢٤ مخرج الفريضة بخمسه مخرج حصصهم فتكون الفريضة من ١٢٠.

٤٠ للأبوين بالفرض + ٦٠ للبنت بالفرض + ١٥ للزوجه بالفرض / ١٢٠ / ١١٥ / ١٢٠ و الباقي ١٢٠/٥ ثلاثة أخماسه للبنت و خمسه للأبوين و عليه:

فحصه البنت: ٦٠ بالفرض + ٣ بالرد ٦٣.

و حصه الأبوين: ٤٠ بالفرض + ٢ بالرد ٤٢.

و حصه الزوجه: ١٥ بالفرض ١٥-

ص: ٧٢

أو بنتين و أحد الأبوين و زوجه (١)، أو بنتا و أحدهما و زوجا (٢)، -فالمجموع ١٢٠.

هذا إذا لم يكن للميت إخوه تحجب الأم عما زاد عن السدس، فإن كان إخوه تحجب فالباقي يقسم بين الأب و البنت أرباعا و عليه فنضرب مخرج الفريضة ٢٤ بأربعة التي هي قدر سهامهم فتكون الفريضة: ٣٢ للأبوين + ٤٨ للبنت + ١٢ للزوجه / ٩٦ / ٩٦ / ٩٦ و الباقي ٩٦ / ٤، ثلاثه أرباعه للبنت و الربع الأخير للأب.

فحصه الأب: ١٦ بالفرض + ١ بالرد ١٧.

و حصه الأم: ١٦ بالفرض ١٦

و حصه البنت: ٤٨ بالفرض + ٣ بالرد ٥١

و حصه الزوجه: ١٢ بالفرض ١٢

فالمجموع ٩٦.

(١) و هي المسألة الثامنة في الشرح، و قد تقدم أنها:

(٤ لأحد الأبوين بالفرض + ١٦ للبنتين بالفرض + ٣ للزوجه بالفرض) / ٢٤ / ٢٣ ٢٤.

و الباقي ٢٤ / ١ يقسم على البنتين و أحد الأبوين أحماسا بقدر حصصهم لأن حصصهم خمسة، ٤ / ٦ للبنتين و ١ / ٦ لأحد الأبوين، فلا بد أن نضرب مخرج الفريضة ٢٤ بالخمسة فالفريضة من ١٢٠.

[(٢٠ لأحد الأبوين بالفرض) + (٨٠ للبنتين بالفرض) + (١٥ للزوجه بالفرض)] / ١٢٠ / ١١٥ ١٢٠ / ١٢٠ / ٥ ينقسم أحماسا، أربعة أحماسه للبنتين، و خمسة الباقي لأحد الأبوين.

فحصه أحد الأبوين: ٢٠ بالفرض + ١ بالرد ٢١

و حصه البنتين: ٨٠ بالفرض + ٤ بالرد ٨٤

و حصه الزوجه: ١٥ بالفرض ١٥

فالمجموع ١٢٠

(٢) هذه هي المسألة الثالثة، و قد تقدم أنها:

[(٤ لأحد الأبوين بالفرض) + (١٢ للبنت بالفرض) + (٦ للزوج بالفرض)] / ٢٤ / ٢٢ ٢٤ / ٢٤ / ٢ الباقي ٢٤ / ٢ يرد على البنت و أحد الأبوين أرباعا، ثلاثه أرباعه للبنت، و ربه الأخير لأحد الأبوين، و بما أن الباقي لا ينقسم أرباعا فنضرب مخرج الفريضة بأربعة،

فتكون الفريضة من ٩٦، و عليه:

$$[(١٦ \text{ لأحد الأبوين بالفرض}) + (٤٨ \text{ للبنات بالفرض}) + (٢٤ \text{ للزوج بالفرض})] / ٩٦ -$$

ص: ٧٣

أو زوجه (١) (يردّ) على البنت أو البنتين فصاعداً، و على الأبوين أو أحدهما مع عدم الحاجب، أو على الأب خاصة معه (بالنسبه) دون الزوج و الزوجه.

(و لو دخل نقص) (٢) بأن كان الوارث أبوين و بنتين مع الزوج (٣)، أو الزوجه (٤)، - ٩٦ / ٨٨ و الباقي ٩٦ / ٨

فالبنت لها: ٤٨ بالفرض + ٦ بالرد ٥٤

و أحد الأبوين له: ١٦ بالفرض + ٢ بالرد ١٨

و الزوج له: ٢٤ بالفرض ٢٤

فالمجموع ٩٦

(١) و هي المسأله الرابعه فى الشرح و قد تقدم أنها:

[٤) لأحد الأبوين بالفرض) + (١٢ للبنت بالفرض) + (٣ للزوجه بالفرض)] / ٢٤ / ١٩ ٢٤ و الباقي ٢٤ / ٥ يرد على أحد الأبوين و البنت أرباعاً بقدر حصصهم، فنضرب مخرج الفريضة بأربعة فتكون الفريضة من ٩٦

[١٦) لأحد الأبوين بالفرض) + (٤٨ للبنت بالفرض) + (١٢ للزوجه بالفرض)] / ٧٦ ٩٦ و الباقي ٩٦ / ٢٠.

فحصه البنت: ٤٨ بالفرض + ١٥ بالرد ٦٣

و حصه أحد الأبوين: ١٦ بالفرض + ٥ بالرد ٢١

و حصه الزوجه: ١٢ بالفرض ١٢

فالمجموع ٩٦

(٢) شروع فى مسائل العول.

(٣) و هي المسأله الخامسه المتقدمه فى الشرح، و هي:

(٨) للأبوين + ١٦ للبنتين + ٦ للزوج) / ٢٤ / ٣٠ ٢٤

فيعطى الزوج الربع لأنه فرضه لا ينقص عنه، و كذا الأبوان يرثان فرضهما من دون نقص، فالمعطى لهما (٢٤ / ٨ + ٢٤ / ٦) ٢٤ / ١٤، و الباقي ٢٤ / ١٠ يعطى للبنتين لأنهما من القسم الثانى من ذوى السهام بحيث إذا أزيل هذا القسم عن فرضه كان له الباقي.

(٤) و هي المسأله السادسه المتقدمه فى الشرح، و هي:

(٨ للأبوين + ١٦ للبنتين + ٣ للزوج) / ٢٤ / ٢٧ / ٢٤

فألزوجه مع الأبوين يأخذون حصتهم من دون نقص فالمعطى لهم: ٨ + ٣ / ١١٢٤ / ٢٤، والباقي ٢٤ / ١٣ للبنتين.

ص: ٧٤

أو بنتا و أبوين مع الزوج (١)، أو بنتين و أحد الأبوين معه (٢) (كان) النقص (على البنتين فصاعدا) أو البنت (دون الأبوين و الزوج) لما تقدم.

(و لو كان مع الأبوين) خاصة (زوج (٣)، أو زوجه (٤) فله نصيبه الأعلى) لفقد الولد (و للأم ثلث الأصل) مع عدم الحاجب، و سدسه معه (٥) (و الباقي للأب) و لا يصدق اسم النقص عليه (٦) هنا (٧)

(١) هي المسألة الأولى المتقدمة و هي: (٨ للأبوين + ١٢ للبنت + ٦ للزوج) / ٢٤/٢٦ ٢٤

فيعطى الزوج و الأبوان فرضهما من دون نقص، فالمعطى لهما ٨ + ٢٤/١٤٢٤/٦ و الباقي ٢٤/١٠ يعطى للبنت.

(٢) مع الزوج و هي المسألة السابعة و هي: (٤ لأحد الأبوين + ١٦ للبنتين + ٦ للزوج) / ٢٤/٢٦ ٢٤.

فيعطى الزوج واحدا لأبوين فرضهما، و هو: (٤ + ٦) / ٢٤/١٠٢٤/٦، و الباقي ١٤ / ٢٤ يعطى للبنتين.

(٣) فله النصف لعدم الولد للميت، و للأم الثلث إن لم يكن لها حاجب، فالمعطى لهما: (٣ للزوج + ٢ للأم) / ٦/٥ ٦، و الباقي ٦/١ يعطى للأب بالقرايه لأن لا فرض له في صوره عدم الولد.

و لو كان للأم حاجب فتعطى السدس و المعطى لها و للزوج: (٣ + ١) / ٦/٤٦/١، و الباقي ٦/٢ للأب.

(٤) فلها الربع لعدم الولد للميت، و للأم الثلث مع عدم الحاجب فالمعطى لهما:

(٣ للزوجه + ٤ للأم) / ١٢/٧ ١٢، و الباقي ١٢/٥ للأب بالقرايه.

و مع الحاجب فالمعطى للأم و الزوجه: (٣ + ٢) / ١٢/٥١٢/٢، و الباقي ١٢/٧ للأب بالقرايه.

(٥) أى سدس الأصل مع الحاجب.

(٦) على الأب.

(٧) مع عدم الولد للميت، و ذلك ففي مسأله الزوج تعطى الأم ٦/٢ و هو ثلث مع عدم الحاجب و يعطى الأب ٦/١، و مع الحاجب تعطى ٦/١ و يعطى الأب ٦/٢ و هو ثلث.

و فى مسأله الزوجه تعطى الأم ١٢/٤ و هو ثلث مع عدم الحاجب و يعطى الأب ١٢/٥ و هو ثلث و نصف السدس.

و مع الحاجب تعطى الأم ١٢/٢ و هو سدس، و يعطى الأب ١٢/٧، و هو نصف و نصف السدس.

لأنه حينئذ لا تسميه له (١)، و هذا (٢) هو الذى أوجب إدخال الأب فيمن ينقص عليه كما سلف.

الثالثه - أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم

(الثالثه - أولاد الأولاد يقومون مقام آبائهم عند عدمهم) سواء كان الأبوان (٣) موجودين أم أحدهما أم لا على أصح القولين (٤)، خلافا للصدوق حيث - فلم تنقص حصه الأب عن حصه الأم إلا فى صورته واحده و هى فيما لو اجتمع الأبوان مع الزوج مع عدم الحاجب للأم، فتعطى الثلث و يكون للأب السدس، فمن هنا توهم أن النقص داخل عليه إلا أنه مردود لأن الأب هنا لم يرث بالفرض و إنما بالقرابه.

(١) أى لأن الشأن و الواقع حين اجتماع الأبوين مع الزوج لا تسميه للأب.

(٢) أى نقصان حصه الأب عن الأم فيما لو اجتمعا مع الزوج.

(٣) أبوا الميت.

(٤) هل يشترط فى توريث أولاد الأولاد عدم أبوى الميت أم لا، ذهب الصدوق فى الفقيه و المقنع إلى الاشتراط لخبر سعد بن أبى خلف عن أبى الحسن الأول عليه السّلام (بنات الابنه يقمن مقام البنات إذا لم يكن للميت بنات و لا وارث غيرهن، و بنات الابن يقمن مقام الابن إذا لم يكن للميت أولاد و لا وارث غيرهن) (١) و لفظ - لا وارث غيرهن - نفى للوالدين لا غير، و مثله صحيح عبد الرحمن بن الحجاج ٢.

و يؤيده: أن الأبوين فى مرتبه الولد الصلبى للميت، و الولد الصلبى أقرب إلى الميت من ولد الولد فيكون المساوى للأقرب أقرب.

و ذهب الأكثر إلى توريث ولد الولد و إن كان أبوا الميت موجودين، لأخبار منها: خبر محمد بن سماعه (دفع إلى صفوان كتابا لموسى بن بكير فقال: هذا سماعى من موسى بن بكير و قراه عليه، فإذا فيه: موسى بن بكير عن على بن سعيد عن زراره قال: هذا ما ليس فيه اختلاف عند أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام و أبى جعفر عليه السّلام - و ذكر مسائل إلى أن قال - و لا يرث أحد من خلق الله مع الولد إلا الأبوان و الزوج و الزوجه، فإن لم يكن ولد كان ولد الولد - ذكورا كانوا أو إناثا - فإنهم بمنزله الولد، و ولد البنين بمنزله البنين يرثون ميراث البنين، و ولد البنات بمنزله البنات يرثون ميراث البنات، و يحجبون الأبوين و الزوجين عن سهامهم الأ-كثر، و إن سفلوا ببطنين و ثلاثه و أكثر، يرثون ما يرث الولد للصلب، و يحجبون ما يحجب الولد للصلب) (٢) و هو نص فى المطلوب، و مثله غيره.

ص: ٧٤

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣، مع اختلاف يسير فى النقل، إلا أن الكافى قد نقله
بعين ما أوردناه ج ٧ ص ٩٧.

شرط في توريثهم عدم الأبوين (و يأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به) (١) فلاين البنت ثلث، و لبنت الابن ثلثان، و كذا مع التعدد. هذا هو المشهور بين الأصحاب روايه و فتوى.

و قال المرتضى و جماعه: يعتبر أولاد الأولاد بأنفسهم، فللذكر ضعف الأنثى و إن كان يتقرب بأمه و تتقرب الأنثى بأبيها، لأنهم أولاد حقيقه فيدخلون في عموم يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (٢)، إذ لا شبهه في كون أولاد الأولاد - و إن كنَّ إناثا - أولادا، و لهذا حرمت حلائلهم بآيه: وَ حَلَائِلُ - و أُجِيبُ عَنِ التَّائِيْدِ بِأَنَّهُ إِخْرَاجٌ لِلوَلَدِ النَّازِلِ عَنِ الطَّبَقَةِ الْأُولَى، مع أنه لم يدخل فيها إلا لأنه يرث مع أب الميت و أمه.

(١) على المشهور، فيرث ولد البنت نصيب أمه ذكرًا كان أو أنثى، و يرث ولد الابن نصيب أبيه ذكرًا كان أو أنثى، للأخبار منها ما تقدم كخبر محمد بن سماعه و صحيح عبد الرحمن، و لصحيح عبد الرحمن الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام (بنات البنت يرثن إذا لم يكن بنات، كن مكان البنات)(١).

و ذهب المرتضى و ابن إدريس و معين الدين المصري و جماعه إلى أن أولاد الأولاد يتقاسمون الميراث كتقاسم الأولاد الصليبين من غير اعتبار من تقربوا به، فلو خلف بنت ابن و ابن بنت لكان للذكر الثلثان و للأنثى الثلث.

و احتجوا بأن ولد الولد ولد حقيقه فيندرج تحت قوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (٢)، و لذا استدل على تحريم حلائلهم بقوله تعالى: حَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ (٣) و على تحريمهم على أبوى الميت بقوله تعالى: وَ بَنَاتُكُمْ ٥ و على جواز إبداء زينه أم الميت لهم بقوله تعالى: أَوْ أَبْنَاءٍ بُعُولَتِهِنَّ (٤).

و ردُّ بأن الأخبار المتقدمه مخصصه لعموم الأبناء الوارد في هذه الآيات فلا بد من التمسك بها.

(٢) النساء الآية: ١١.

ص: ٧٧

١- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

٢- (٣) النساء الآية: ١١.

٣- ((٤ و ٥)) النساء الآية: ٢٣.

٤- (٦) النور الآية: ٣١.

أَبْنَائِكُمْ (١)، و حرّمت بنات الابن و البنت بقوله تعالى: وَ بَنَاتِكُمْ (٢)، و أحلّ رؤيه زينتهنّ لأبناء أولادهنّ مطلقا بقوله تعالى: أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءَ بُعُولَتِهِنَّ (٣) كذلك إلى غير ذلك من الأدله (٤)، و هذا كله حق لو لا دلاله الأخبار الصحيحه على خلافه هنا (٥) كصحيحه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام قال:

بنات الابنه يقمن مقام الابنه إذا لم يكن للميت ولد و لا وارث غيرهن (٦)، و صحيحه سعد بن أبي خلف عن الكاظم عليه السلام قال: بنات الابنه يقمن مقام البنات إذا لم يكن للميت بنات و لا وارث غيرهن، و بنات الابن يقمن مقام الابن إذا لم يكن للميت أولاد و لا وارث غيرهن (٧)، و غيرهما (٨) و هذا هو المخصص لآيه الإرث.

فإن قيل: لا دلاله للروايات على المشهور، لأن قيامهن (٩) مقامهم (١٠) ثابت على كل حال فى أصل الإرث، و لا يلزم منه القيام فى كفيته (١١) و إن احتمله (١٢)، و إذا قام الاحتمال لم يصلح لمعارضه الآيه الداله بالقطع على أن لِلذَّكْرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ .

قلنا: الظاهر من قيام الأولاد مقام الآباء و الأمهات تنزيلهم منزلتهم لو كانوا موجودين مطلقا (١٣) و ذلك يدل على المطلوب مضافا إلى عمل الأكثر، و لو تعدد (١) النساء الآيه: ٢٣.

(٢) النساء الآيه: ٢٣.

(٣) النور الآيه: ٣١.

(٤) المتضمنه لفظ الولد، و قد جعله الفقهاء و شاملا لولد الولد.

(٥) على خلاف أن ولد الولد ولد موضوعا و حكما، و هنا أى فى باب إرثهم.

(٦) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٤.

(٧) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣.

(٨) راجع الباب السابع من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد من الوسائل.

(٩) أى قيام بنات البنت و بنات الابن.

(١٠) مقام البنت و الابن.

(١١) كفيته الإرث.

(١٢) أى احتمال القيام للكيف.

(١٣) أى فى جانب الذكوريه و الأنثويه، فنفرض بنت الابن ابنا، و ابن البنت بنتا فى الميراث.

أولاد الأولاد في كل مرتبه، أو في بعضها فسهم كل فريق (يقتسمونه بينهم) كما اقتسم آباؤهم (لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) (١) (وإن كانوا) أي الأولاد المتعددون (أولاد بنت) على أصح القولين (٢)، لعموم قوله تعالى: لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ و لا معارض لها هنا.

وقيل (٣): يقتسم أولاد البنت بالسويه كإقتسام من ينتسب إلى الأم كإخاله و الإخوه للأم، و يعارض بحكمهم (٤) بإقتسام أولاد الأخت للأب متفاوتين (٥).

الرابعة في الحبو

(الرابعة - يجبى) أى يعطى (الولد الأكبر) (٦) (١) لدخولهم تحت قوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (١) و هذا مما لا خلاف فيه فى أولاد الابن.

(٢) و هو المشهور لدخولهم تحت عموم الآية.

(٣) و القائل هو الشيخ فى المبسوط و القاضى إنهم يقتسمونه بالسويه، لأن المتقرب إلى الميت بالأنثى يقتسم نصيبه بالسويه مثل كلاله الأم المتعدده، و هم إخوه الميت من أمه فلهم الثلث بالسويه.

و فيه: إن هذا قياس لا- نقول به و منقوض بأولاد أخت الميت فلهم ميراث أمهم مع أن المال بينهم على قاعده لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ .

(٤) بحكم الفقهاء بما فيهم الشيخ و القاضى.

(٥) لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ .

(٦) هذه المسألة من منفردات الإماميه و من ضروريات مذهبهم، و خالفهم فيها العامه، و مستند الإماميه أخبار متواتره عن الأئمه عليهم السلام.

منها: صحيح ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا مات الرجل فلأكبر ولده سيفه و مصحفه و خاتمه و درعه) (٢) و حسنه حريز عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا هلك الرجل و ترك بنين فلأكبر الدرع و السيف و الخاتم و المصحف، فإن حدث به حدث فلأكبر منهم) ٣ و مرسل ابن أذينة عن أحدهما عليهما السلام (إذا ترك الرجل سيفاً و سلاحاً فهو لابنه، فإن كان له بنون فهو لأكبرهم) ٤ و صحيح ربيعى الآخر عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا مات الرجل فسيفه و مصحفه و خاتمه و كتبه و رحله و راحلته و كسوته لأكبر ولده، فإن كان الأكبر ابنه -

١- (١) النساء الآيه: ١١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٢ و ٣ و ٤.

أى أكبر الذكور (١) إن تعددوا وإلا فالذكر (٢) (من تركه أبيه) زياده على غيره من الوراث (بشابه، و خاتمه، و سيفه، و مصحفه) (٣).

و هذا الجباء (٤) من متفرقات علماءنا، و مستنده روايات كثيره عن أئمه الهدى.

و الأظهر: أنه على سبيل الاستحقاق (٥).

فلأكبر من الذكور (١) و خبر شعيب العرقوفى عن أبى عبد الله عليه السلام (الميت إذا مات، فإن لابنه السيف و الرحل و الثياب ثياب جلده) ٢.

(١) لإخراج الولد الأكبر إن كان أنثى.

(٢) كما دل عليه مرسل ابن أذينة المتقدم (فهو لابنه فإن كان له بنون فهو لأكبرهم)، و عليه فالمراد من الأكبر: من ليس هناك ذكر أكبر منه، سواء وجد غيره أو لا.

(٣) المشهور على تخصيص الحبوه بهذه الأربعة، و هذه الأربعة لم توجد فى روايه بخصوصها لأن الروايات مختلفه فى تعداد الحبوه، نعم فى صحيحه ربعى الثانيه ذكرت هذه الأربعة و زياده الكتب و الرحل و الراحله، و لم يقل أحد بدخول هذه الزيادة فى الحبوه إلا- ما يظهر من الصدوق حيث ذكر الروايه فى الفقيه و هو ملتزم بأنه لا يروى فيه إلا ما يعمل به، فالإقتصار على هذه الأربعة مع أنها ليست المذكوره فى روايه بخصوصها مشكل، و ربما قيل إن الإجماع هو مستند التخصيص بالأربعة و قال فى المسالك «و لا يخفى ما فيه فإن الإجماع خصوصا بين الأصحاب لا بد له من مستند و المستند غير ظاهر».

(٤) كعطا لفظا و معنى.

(٥) ذهب الأكثر إلى الحبوه على نحو الوجوب للأخبار المصرحه بأن الحبوه للولد الأكبر، و اللام تفيد الاستحقاق له سواء أفادت الملكيه منه كقولنا: المال لزيد، أو الاختصاص كقولنا: المسجد للمصلى بمعنى أن منافع المسجد للمصلى، و هذا لا يتم إلا على القول بالوجوب فلو كان رضا الورثه شرطا فى الحبوه فلا تكون الحبوه للأكبر اختصاصا و استحقاقا.

و ذهب المرتضى و ابن الجنيد و أبو الصلاح و العلامه فى المختلف أنها على نحو الاستحباب، لأن ترجيح الأكبر ببعض الميراث على خلاف الأصل و مخالف لعموم قوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (٢)، فيقتصر فيه على محل -

ص: ٨٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١ و ٧.

٢- (٣) النساء الآية: ١١.

وقيل: على سبيل الاستحباب، و في الروايات ما يدل على الأول لأنه (١) جعلها (٢) فيها له (٣) بالأمر المفيدة للملك، أو الاختصاص أو الاستحقاق.

و الأشهر: اختصاصه بها (٤) مجاناً (٥)، لإطلاق النصوص به (٦).

وقيل: بالقيمة اقتصاراً فيما خالف الأصل و نص الكتاب على موضع الوفاق.

و المراد بثيابه: ما كان يلبسها، أو أعدها للبس و إن لم يكن لبسها (٧)، لدلاله العرف على كونها ثيابه و لباسه، و ثياب جلده على ما ورد في الأخبار (٨). و لو فصّلت و لم تكمل خياطتها ففي دخولها وجهان. من إضافتها إليه (٩) بذلك (١٠) -اليقين و هو الاستحباب، و يؤيده اختلاف الروايات في مقدار ما يحبى به الأكبر فهناك أخبار زادت على الأربعة بحيث لو عمل بها على نحو الوجوب بالاستلزام إجحافاً بحق الورثة فالاستحباب أنسب لهذا الاختلاف.

(١) لأن الشأن و الواقع.

(٢) جعل الحبوه.

(٣) في الأخبار للأكبر.

(٤) اختصاص الأكبر بالحبوه.

(٥) لإطلاق النصوص المتقدمة، و لأصالة براءه ذمه المحبو من قيمتها، و هذا ما عليه الأكثر، و ذهب السيد المرتضى و ابن الجنيد إلى أنه بالقيمة لقوله تعالى: يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ (١) و غيره. من آيات الإرث التي تقتضى مشاركته الجميع فيما يخلفه الميت من سيف و مصحف و غيرهما، فلو خصصنا الأكبر بهذه الأشياء من دون القيمة فنكون قد تركنا العمل بظواهر آيات الإرث القاضي بمشاركته الجميع في الجميع، فاحتساب الحبوه عليه بالقيمة يكون أوفق للجمع بين آيات الإرث و أدله الحبوه.

و فيه: إن هذا اطراح لأخبار الحبوه.

(٦) باستحقاق الولد الأكبر للحبوه.

(٧) لصدق ثياب جلده كما في خبر شعيب العقرقوفي على هذا كله.

(٨) خبر شعيب العقرقوفي المتقدم.

(٩) إلى الميت.

(١٠) بالتفصيل فيصدق عنوان الثياب.

و من عدم صدق كونها ثيابا بالإضافات المذكوره عرفا (١).

و الأقوى: أن العمامه منها (٢) و إن تعددت، أو لم تلبس إذا اتخذها له، و كذا السراويل، و فى دخول شد الوسط (٣) نظر (٤).

أما الحذاء و نحوه (٥) مما يتخذ للرجل فلا (٦)، و كذا لو كان المتخذ لشد الوسط غير ثوب (٧)، و فى بعض الأخبار إضافه السلاح، و الدرع و الكتب، و الرحل، و الراحله. و لكنّ الأصحاب أعرضوا عنه (٨) و خصوصها بالأربعه (٩)، مع أنها (١٠) لم تذكر فى خبر مجتمعه، و إنما اجتمعت فى أخبار و الروايه الجامعه لهذه الأشياء صحيحه (١١)، و ظاهر الصدوق اختيارها (١٢)، لأنه ذكرها فى الفقيه مع التزامه أن لا يروى فيه إلا ما يعمل به، و لم يذكر الأصحاب الدرع، مع أنه ذكر فى عده أخبار.

و الاقتصار على ما ذكره أولى (١٣) إن لم يناف الأولويه أمر آخر (١٤).

أما غير الدرع من آلات الحرب كالبيضة (١٥) (١) لأنه ما لم تخط لا تسمى ثوبا حتى تندرج تحت ثيابه.

(٢) من الثياب للعرف.

(٣) و هو الحزام.

(٤) ناشئ من صدق الثياب عليه.

(٥) كالجورب.

(٦) لعدم صدق الثياب عليه.

(٧) أى من غير القماش كالمأخوذ من الجلد.

(٨) عن هذا البعض.

(٩) و هى الثياب و الخاتم و السيف و المصحف.

(١٠) أن الأربعة.

(١١) و هى صحيحه ربعى الثانيه المتقدمه، الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

(١٢) اختيار الصحيحه الشامله لغير الأربعة.

(١٣) اقتصارا على ما خالف الأصل على موطن اليقين و الوفاق.

(١٤) كما لو كان المحبو طفلا و باقى الورثه إنانا، فالاحتياط يقتضى مراعاة جانبه.

(١٥) توضع على الرأس.

ص: ٨٢

فلا يدخل قطعا (١)، لعدم دخوله فى مفهوم شىء مما ذكر.

و فى دخول القلنسوه و الثوب من اللبد (٢) نظر، من عدم دخولهما فى مفهوم الثياب، و تناول الكسوه المذكوره فى بعض الأخبار (٣) لهما.

و يمكن الفرق، و دخول الثانى دون الأول: بمنع كون القلنسوه من الكسوه، و من ثم لم يجز (٤) فى كفاره اليمين المجزى فيها (٥) ما يعد كسوه.

و لو تعددت هذه الأجناس فما كان منها (٦) بلفظ الجمع (٧) كالثياب تدخل أجمع، و ما كان بلفظ الواحد كالسيف و المصحف (٨) يتناول واحدا، و يختص (٩) ما كان يغلب نسبه إليه (١٠)، فإن تساوت تخير الوارث (١١) واحدا منها على الأقوى و يحتمل القرعه (١٢).

و العمامه من جمله الثياب فتدخل المتعدده (١٣)، و فى دخول حليه السيف، و جفنه (١٤)، و سيوره (١٥)، و بيت المصحف و جهان: من تبعيتها (١٦)

(١) لعدم دخوله تحت السيف و الخاتم و الثياب و المصحف.

(٢) مصنوع من شعر أو صوف.

(٣) صحيح ربيع الثانى الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ١.

(٤) أى الأول و هو القلنسوه.

(٥) فى كفاره اليمين.

(٦) من هذه الأجناس و هى الثياب و الخاتم و السيف و المصحف.

(٧) فى الأخبار.

(٨) و الخاتم أيضا.

(٩) الواحد من هذه الأجناس.

(١٠) إلى الميت.

(١١) المحبو.

(١٢) لأنها لكل أمر مشكل.

(١٣) أى لو تعددت العمامه فتدخل كلها فى الحبه.

(١٤) أى غمده.

(١٥) قال فى مصباح المنير: (السير الذى يعدّ من الجلد جمعه سيور مثل فلس و فلوس).

(١٦) تبعيه المذكورات، و هو وجه الدخول.

ص: ٨٣

لهما (١) عرفا، و انتفائها (٢) عنهما حقيقه.

و الأقوى: دخولها (٣).

و لا يشترط بلوغ الولد، للإطلاق (٤)، و عدم ظهور (٥) الملازمه بين الحبوه و القضاء.

و فى اشتراط انفصاله حيا حال موت أبيه نظر: من عدم صدق الولد الذكر حينئذ (٦). و من تحققه (٧) فى نفس الأمر (٨) و إن لم يكن ظاهرا و من ثم عزل له نصيبه من الميراث.

و يمكن الفرق: بين كونه جنينا تاما متحقق الذكوريه فى الواقع حين الموت، و بين كونه علقه، أو مضغه، أو غيرهما (٩).

و الأقوى: الأول (١٠). و عدم اشتراط (١١) انتفاء قصور نصيب كل وارث عن (١) للسيف و المصحف.

(٢) أى انتفاء هذه المذكورات.

(٣) لتقديم العرف على اللغه.

(٤) فى الأخبار لأنها صرحت بالولد الأكبر و أكبر الذكور، و اشترط ابنا إدريس و حمزه فى السرائر و الوسيله بلوغه و سيأتى دليله.

(٥) قد يتوهم أن الحبوه فى قبالة القضاء عن الميت، و القضاء لا يكلف به إلا البالغ فتكون الحبوه للبالغ من الولد الأكبر و لذا اشترط بلوغه و فيه أن الملازمه بين الحبوه و القضاء مما لم توجد فى الأخبار، و إنما هى أمر منتزع، و لا يصح الاعتماد عليه فى ابتناء الأحكام الشرعيه.

(٦) حين كونه حملا.

(٧) تحقق الولد الأكبر.

(٨) فى عالم الأجنه.

(٩) فلا يصدق عليه الذكر.

(١٠) اشتراط انفصاله حيا، لا أقل من الانصراف.

(١١) عطف على الأول، و المعنى و الأقوى عدم الاشتراط، فقد ذهب العلامة فى القواعد إلى اشتراط أن لا يقصر نصيب كل وارث عن الحبوه لئلا يلزم الإجحاف، و يردّ بإطلاق الأخبار.

قدرها، وزيادتها (١) عن الثلث، للعموم (٢).

و في اشتراط خلوّ الميت عن دين (٣) أو عن دين مستغرق للتركة (٤) وجهان من انتفاء الإرث (٥)، على تقدير الاستغراق، و توزيع الدين (٦) على جميع التركة (٧)، لعدم الترجيح (٨). فيخصها منه (٩) شيء و تبطل بنسبته (١٠). و من إطلاق النص (١١)، و القول (١٢) بانتقال التركة إلى الوارث و إن لزم المحبو ما قابلها (١٣) من الدين إن أراد فكها، و يلزم على المنع (١٤) من مقابل الدين - إن لم يفكه - المنع من (١) عطف على انتفاء قصور نصيب، و المعنى: و الأقوى عدم اشتراط زياده الحبوه عن الثلث، بحيث لو زادت فلا حبوه للإطلاق، و قد اشتراط بعضهم في الحبوه أن لا تزيد عن الثلث و لم يعرف.

(٢) و الأولى القول للإطلاق، و هو تعليل لعدم اشتراط زياده الحبوه عن الثلث و لعدم اشتراط انتفاء قصور نصيب كل وارث عنها.

(٣) فلو كان عليه دين فلا حبوه لأكبر ولده الذكور.

(٤) كما اشترطه جماعه، لعدم الإرث حيثئذ لأن الميراث سيبدل في وفاء الدين، و في الدين غير المستغرق يبطل من الحبوه بمقدار ما يوزع عليها من الدين و رد بأن النص مطلق و لم يقيد الحبوه بعدم الدين على الميت، و فيه أن النص و إن كان مطلقا إلا أن الحبوه نوع من الإرث، و هو مشروط بعدم الدين كما في قوله تعالى: مَنْ بَعْدَ وَصِيَّهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١).

(٥) دليل الاشتراط.

(٦) على تقدير عدم استغراقه للتركة.

(٧) فيبطل من الحبوه بما يخصها من الدين.

(٨) تعليل لتوزيع الدين على جميع التركة بما فيها الحبوه.

(٩) فيخص الحبوه من الدين.

(١٠) و تبطل الحبوه بنسبه ما يخصها.

(١١) دليل عدم الاشتراط.

(١٢) دليل ثان لعدم الاشتراط.

(١٣) ما قابل الحبوه.

(١٤) منع المحبو من الحبوه بما يقابل الدين إن لم يفكه.

مقابل الوصيه النافذه إذ لم تكن (١) بعين مخصوصه خارجه عنها (٢) و من مقابل الكفن الواجب (٣) و ما فى معناه (٤)، لعين ما ذكر (٥) و يبعد ذلك بإطلاق النص، و الفتوى بثبوتها (٦)، مع عدم انفكاك الميت عن ذلك (٧) غالباً، و عن الكفن حتماً.

و الموافق للأصول الشرعيه (٨) البطلان (٩) فى مقابله ذلك كله (١٠) إن لم يفكه المحبّ بما يخصه لأن الحبوه نوع من الإرث و اختصاص فيه (١١)، و الدين و الوصيه، و الكفن، و نحوها (١٢) تخرج من جميع التركه، و نسبه الورثه إليه (١٣) على السواء.

نعم لو كانت الوصيه بعين من أعيان التركه خارجه عن الحبوه فلا منع (١٤) كما لو كانت تلك العين معدومه و لو كانت الوصيه ببعض الحبوه اعتبرت (١٥) من الثلث (١٦) كغيرها من ضروب الإرث إلا أنها تتوقف على إجازة المحبّ خاصه (١٧).

(١) الوصيه.

(٢) عن الحبوه.

(٣) و المنع من الحبوه بما يخصها من الكفن الواجب.

(٤) فى معنى الكفن من سائر أسباب التجهيز.

(٥) لأن الوصيه و الكفن حقّ كالدين، فإذا كان الدين مانعاً من الإرث و الحبوه لأنه حق فكذلك الوصيه و الكفن لأنهما حقّ.

(٦) أى و إطلاق الفتوى بثبوت الحبوه، و قد عرفت لا بدّيه التقييد بالآيه الشريفه.

(٧) من الوصيه.

(٨) لأن حق الدين متعلق بالتركه كما هو مفاد الآيه الشريفه المتقدمه.

(٩) بطلان الحبوه.

(١٠) من الدين و الوصيه و الكفن.

(١١) فى الإرث.

(١٢) مما يتعلق بالتركه كأسباب تجهيز الميت.

(١٣) إلى ما ذكر مما يتعلق بالتركه.

(١٤) من الحبوه.

(١٥) الوصيه.

(١٦) ثلث الحبوه، لأن الثلث للميت.

(١٧) إذا زادت الوصيه عن ثلث الحبوه.

ص: ٨٦

و يفهم من الدروس: أن الدين غير المستغرق غير مانع لتخصيصه (١) المنع (٢) بالمستغرق (٣) و استقرب ثبوتها (٤) حينئذ (٥) لو قضى الورثة الدين من غير التركة، لثبوت الإرث حينئذ (٦)، و يلزم مثله (٧) فى غير المستغرق بطريق أولى.

و كذا الحكم (٨) لو تبرع متبرع بقضاء الدين، أو أبرأه (٩) المدين مع احتمال انتفائها (١٠) حينئذ (١١) مطلقا (١٢)، لبطانها (١٣) حين الوفاء بسبب الدين (١٤).

و فيه: أنه بطلان مراعى (١٥)، لا مطلقا (١٦).

(و عليه) أى على المحبّو (قضاء ما فاته) أى فات الميت (من صلاه و صيام).

و قد تقدم تفصيله و شرائطه فى باب (١٧).

(١) تخصيص المصنف فى الدروس.

(٢) عن الحبوه.

(٣) بالدين المستغرق.

(٤) ثبوت الحبوه.

(٥) حين الاستغراق.

(٦) حين قضاء الورثة للدين من غير التركة.

(٧) من ثبوت الحبوه على تقدير إيفاء الدين من غير التركة.

(٨) بثبوت الحبوه.

(٩) أبرأ الميت، كل ذلك لانتفاء الحق المالى الذى تعلق بالتركة و الذى كان مانعا من الحبوه فلو ارتفع لثبتت الحبوه.

(١٠) مع احتمال انتفاء الحبوه.

(١١) أى حين تعلق حق مالى و هو الدين بالتركة.

(١٢) قضاء الورثة من غير التركة أو أبرأه المدين أو تبرع الأجنبى.

(١٣) لبطلان الحبوه.

(١٤) فينتقل الميراث إلى المدين.

(١٥) بعدم وفاء الدين.

(١٦) وإن استوفى.

(١٧) من كتاب الصلاة، هذا وقد عرفت عدم الملازمة بين الحبوه وبين قضاء ما فات الميت من صلاة و صيام لإطلاق النص، و إلا- لو قلنا بالملازمة فلا حبوه لو كان الذكر الأكبر صغيرا غير مكلف، و كذا لا قضاء عليه لو لم يترك الميت حبوه، و كذا لا حبوه إذا لم يكن على الميت قضاء.

ص: ٨٧

(و) المشهور أنه (١) (يشترط) في المحبّو (أن لا- يكون سفيها (٢)، و لا فاسد الرأى) (٣) أى الاعتقاد بأن يكون مخالفا للحقّ، ذكر ذلك (٤) ابن إدريس و ابن حمزه (٥) و تبعهما الجماعه، و لم نقف له (٦) على مستند.

و فى الدروس نسب الشرط إلى قائله مشعرا بتمريضه (٧). و إطلاق النصوص يدفعه.

و يمكن إثبات الشرط الثانى خاصه إلزاما للمخالف بمعتقده (٨) كما يلزم (٩) بغيره من الأحكام (١٠) التى تثبت عنده لا عندنا، كأخذ سهم العصبه منه و حلّ مطلّفته ثلاثا لنا، و غيرهما (١١) و هو حسن.

و فى المختلف اختار استحباب الحبوه كمذهب ابن الجنيد و جماعه، و مال إلى قول السيد باحتسابها بالقيمه و اختار فى غيره (١٢) الاستحقاق مجاناً.

(١) أن الشأن و الواقع.

(٢) فمع إطلاق النص يشكل هذا الاشتراط بعد كون السفه غير مانع من الاستحقاق و إن منع من التصرف.

(٣) أى مخالفا بعقيدته الولايه، و كذا لا دليل على هذا الشرط بعد كون النص مطلقاً، نعم بناء على قاعده الإلزام المستفاده من قول أبى الحسن عليه السّلام فى خبر على بن أبى حمزه (ألزموهم بما ألزموا أنفسهم) (١) فلو كان الذكر الأكبر فاسد الرأى فلا يعطى الحبوه إلزاماً لما يراه من عدم استحقاقه لذلك.

(٤) من اشتراط عدم السفه و عدم فساد الرأى.

(٥) فى السرائر و الوسيله.

(٦) للاشتراط.

(٧) بأن جعله بصيغه قيل.

(٨) لأنه لا يرى استحقاقه للحبوه.

(٩) المخالف.

(١٠) كالتعصيب.

(١١) كحق الشفعه بالجوار.

(١٢) غير المختلف.

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ٥.

(و) كذا (يشترط أن يخلف الميت مالا غيرها) (١) و إن قل، لثلا يلزم الإجحاف بالورثه، و النصوص خاليه عن هذا القيد، إلا أن يدعى أن الحباء يدل بظاهره عليه (٢).

(و لو كان الأ-كبر أنثى أعطى) الحبوه (أكبر الذكور) إن تعددوا و إلا فالذكر و إن كان أصغر منها و هو مصرّح في صحيحه ربيعي عن الصادق عليه السلام (٣).

الخامسه - لا يرث الأجداد مع الأبوين

(الخامسه - لا يرث الأجداد مع الأبوين)، و لا مع أحدهما، و لا مع من هو في مرتبتهما (٤)، و هو موضع وفاق إلا من ابن الجنيد في بعض الموارد (٥) (و) لكن (يستحب لهما (٦) الطعمه) لأبويهما (٧) (١) غير الحبوه.

(٢) أى بظاهر الحباء بحسب معناه على وجوب بقاء شىء للورثه، لأن الحبوه هى إعطاء لشخص زياده عن غيره، فلا بد أن يبقى للغير شىء. و فيه: إن لفظ الحبوه لم يرد في النصوص و إنما هو لفظ شائع على ألسنه الفقهاء.

(٣) الثانيه: قال عليه السّلام: (إذا مات الرجل فسيفه و مصحفه و خاتمه و كتبه و رحله و راحلته و كسوته لأكبر ولده، فإن كان الأكبر ابنه فلاكبر من الذكور) (١).

(٤) أى مرتبه الأبوين و هم الأولاد، فلا يرث مع الأولاد و الأبوين أحد من الأجداد على المشهور لقوله تعالى: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ و الأبوان أقرب إلى الميت من الأجداد، و لأخبار منها: خبر أبى بصير (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل مات و ترك أباه و عمه و جدّه فقال: حجب الأب الجد عن الميراث و ليس للعم و لا للجد شىء) (٢).

و نسب الخلايف إلى ابن الجنيد فتاره نسب إليه أن الفاضل عن سهام البنت و الأبوين و هو السدس للأجداد، و أوجب بأنه محمول على الطعمه و سيأتى البحث فيها، و أخرى نسب إليه أن الطعمه واجبه في قبال المشهور أنها مستحبه، و على كل فلم يحرز خلافه في هذه المسأله.

(٥) و هو ما لو اجتمع بنت مع أبوين فيبقى سدس فيعطى للجد.

(٦) لأبوى الميت.

(٧) أى أبوى أبوى الميت، فيستحب للأبوين أو أحدهما إطعام الجد أو الجده أو كليهما على -

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣.

(حيث يفضل لأحدهما (١) سدس فصاعداً فوق السدس) المعين لهما (٢)، على تقدير مجامعتهما للولد فيستحب لهما (٣) إطعام هذا السدس الزائد (٤).

و لو زاد نصيبهما عنه (٥) فالمستحب إطعام السدس خاصة (٦).

(و ربما قيل) و القائل ابن الجنيد: يستحب أن يطعم (حيث يزيد نصيبه عن) -تقدير اجتماعهما السدس و يدل عليه أخبار كثيرة منها: حسنه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم: أطعم الجده السدس) (١) و خبر زراره عن أبي جعفر عليه السّلام (إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم أطعم الجده السدس و لم يفرض لها شيئاً) (٢) و خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السّلام (إن الله فرض الفرائض فلم يقسم للجده شيئاً، و إن رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلّم أطعمه السدس فأجاز الله له ذلك) (٣).

(١) لأحد الأبوين.

(٢) للأبوين إذا اجتمعا مع الولد.

(٣) للأبوين.

(٤) و هذا لا يتم على تقدير وجود ولد للميت، نعم على تقدير عدمه فلاّمه الثلث مع عدم الحاجب و السدس معه و الباقي للأب و حينئذ يستحب لهما إعطاء الجد السدس طعمه.

و دليل هذا الاشتراط هو لو لم يكن للأبوين إلا سدس لكل منهما فلو أطعم الجد السدس فلم يبق لهما شيء فلا معنى للطعمه حينئذ، بل لا بد من زياده نصيب المطعم عن السدس حتى يبقى له شيء و هذا محل وفاق.

و ذهب المشهور إلى اشتراط أن يبقى للمطعم سدس لأنه حصته المفروضه على تقدير وجود الولد، فعلى تقدير عدمه لا بد أن يبقى سدس لو أطعم.

و نسب لابن الجنيد عدم اشتراط بقاء السدس للمطعم، بل يكفي أن يبقى له شيء و إن كان أقل من السدس المفروض لأحد الأبوين على تقدير وجود ولد للميت. و ردّ بأنه يلزم منه تفضيل الأجداد على الأبوين، حيث كان للجد السدس طعمه و لأحد الأبوين أقل من السدس.

(٥) أى نصيب الأبوين عن السدس المفروض لهما على تقدير إطعام السدس طعمه للجد.

(٦) للأخبار المتقدمه.

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٢.
- ٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ميراث الأبوين و الأولاد حديث ٣ و ٥.

(السدس) و إن لم تبلغ الزيادة سدسا و الأشهر الأول.

(و تظهر الفائده) بين القولين (فى اجتماعهما مع البنت (١) أو أحدهما مع البنتين (٢) فإن الفاضل) من نصيب أحد الأبوين (٣) (ينقص عن سدس) الأصل (فيستحب له (٤) الطعمه على القول الثانى) دون الأول، لفقد الشرط و هو زيادة نصيبه عن السدس بسدس.

و المشهور أن قدر الطعمه - حيث يستحب - سدس الأصل (٥).

و قيل: سدس ما حصل للولد (٦) الذى تقرب به (٧).

و قيل: يستحب مع زيادة النصيب عن السدس إطعام أقل الأمرين من سدس الأصل (٨)، و الزيادة (٩) بناء على عدم اشتراط بلوغ الزيادة سدسا.

و الأخبار (١٠) ناطقه باستحباب طعمه السدس، و هى (١١) تنافى ذلك (١٢).

(١) فلكل واحد من الأبوين السدس و للبنت النصف و يبقى سدس يرد عليهم أخماسا، و قد زاد نصيب كل من الأبوين عن السدس بحيث لو أطمع الجد السدس فيبقى له شىء و إن كان دون السدس المفروض.

(٢) فالبتتان لهما الثلثان و أحد الأبوين له السدس فيبقى سدس يرد عليهم أخماسا.

(٣) لو أطمع الجد السدس.

(٤) لأحد الأبوين.

(٥) أى سدس أصل التركة لا سدس حصه المطعم لظاهر الأخبار.

(٦) الذى هو أب الميت أى سدس حصه المطعم، و هو قول منسوب لابن الجنيد.

(٧) أى سدس حصه الولد المطعم الذى تقرب الجد إلى الميت به.

(٨) فيما لو كان المطعم له نصيب من الميت على تقدير عدم وجود ولد للميت فحصته تكون ثلثا فما زاد إذا لم يكن حاجب للأم.

(٩) فيما لو اجتمع مع الأبوين ولد للميت كبت، فحصه كل واحد من الأبوين سدس بالفرض و خمس السدس بالرد، أو اجتمع أحد الأبوين مع بنتين فله السدس بالفرض و خمس السدس بالرد.

(١٠) قد تقدم بعضها.

(١١) أى الأخبار.

(١٢) من كون سدس حصه المطعم و من كون أقل الأمرين من السدس و الزيادة.

ص: ٩١

و الاستحباب مختص بمن (١) يزيد نصيبه كذلك (٢) لأبويه، دون أبوى الآخر (٣) فلو كانت الأم محجوبه بالإخوه فالمستحب إطعام الأب خاصة و لو كان معهما (٤) زوج من غير حاجب (٥) فالمستحب لها خاصة. و لو لم يكن سواهما (٦) و لا حاجب (٧) استحب لهما (٨) و إنما يستحب طعمه الأجداد (٩) من الأبوين (١٠)، فلا يستحب للأولاد (١١) طعمه الأجداد (١٢) للأصل (١٣)، و لو كان أحد الجددين مفقودا فالطعمه للآخر (١٤)، فإن وجدا (١٥) فهى بينهما (١٦) بالسويه.

القول - فى ميراث الأجداد و الإخوه و فيه مسائل:

إشاره

(القول - فى ميراث الأجداد و الإخوه) (و فيه مسائل):

(١) يراد به أحد الأبوين.

(٢) عن سدس الأصل بسدس.

(٣) فلو فرض أن الأم محجوبه بالإخوه فلها السدس و الباقي للأب، فيستحب للأب فقط دون الأم أن يطعم أبويه دون أبوى أم الميت، لأنه هو الظاهر من الأخبار.

(٤) مع الأبوين.

(٥) للأم، فالأم لها الثلث فرضا و الزوج له النصف و الباقي و هو السدس للأب، فالمستحب الإطعام للأم فقط لأبويها دون أبوى أبوى الميت.

(٦) سوى الأبوين.

(٧) للأم.

(٨) للأبوين إطعام أبويهما، لأن الأم لها الثلث فرضا و الباقي و هو الثلثان للأب بالقرايه.

(٩) أى أجداد الميت.

(١٠) أبوى الميت.

(١١) الذين هم أبوا الميت.

(١٢) أى أجداد أبوى الميت.

(١٣) و هو أصاله عدم الطعمه عند الشك فيها.

(١٤) بتمام السدس.

(١٥) الجدان.

(١٦) أى فالطعمه بينهما بالسويه للعدل و عدم اعتبار الذكور و الأنوثة، و الذكر مثل حظ الأنثيين إنما هو جار فى الإرث لا فى الطعمه.

ص: ٩٢

(الأولى - للجد) إذا انفرد (وحده المال) كله (١) (لأب) (٢) كان (أو لأم) (٣)، و كذا الأخ للأب و الأم، أو للأب) على تقدير انفراده (٤)، (و لو اجتماعاً) أى الأخ و الجد (و كانا) معا (لأب فالمال بينهما نصفان) (٥).

(و للجد المنفرد لأب) كانت، (أو لأم المال) (٦).

(و لو كان جداً، أو جده، أو كليهما لأب مع جد) واحد، (أو جده أو كليهما لأم فللمتقرب) من الأجداد (بالأب الثلثان) اتحد أم تعدد (للمتقرب) على تقدير التعدد، (و للمتقرب بالأم) من الأجداد (الثلث) اتحد أم تعدد (بالسوية) على تقدير التعدد (٧).

(١) لآيه أولى الأرحام (١)، فإنه أقرب إلى الميت من عمه و خاله.

(٢) أى أبو أب الميت.

(٣) أى أبو أم الميت.

(٤) فله المال كله لآيه أولى الأرحام، و لقوله تعالى: **إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ** (٢) و لخبر عبد الله بن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل مات و ترك أخاه و لم يترك وارثاً غيره، قال: المال له) (٣).

(٥) لخبر عبد الله بن سنان المتقدم (قلت: فإن كان مع الأخ للأم جد؟ قال: يعطى الأخ للأم السدس و يعطى الجد الباقي، قلت: فإن كان الأخ للأب؟ قال: المال بينهما سواء)، و لأن كلا منهما يتقرب إلى الميت بالأب فمقتضى العدل تقسيم المال بينهما بالسوية.

(٦) لآيه أولى الأرحام و لروايه سالم (إن علياً عليه السلام أعطى الجده المال كله) (٤).

(٧) هاهنا حكمان:

الأول: أن المتقرب من الأجداد للميت بالأب له الثلثان، و المتقرب للميت بالأم له الثلث، على المشهور لأن المتقرب إلى الميت بواسطته يرث نصيب الواسطة، فالمتقرب بالأب يأخذ نصيب الأب و هو الثلثان، و المتقرب بالأم يأخذ نصيب الأم و هو الثلث ففى خبر أبى أيوب الخزاز عن أبى عبد الله عليه السلام (إن فى كتاب عليّ عليه السلام أن كل ذى رحم -

٢- (٢) النساء الآيه: ١٧٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، و في المسألة أقوال نادره:

منها: قول الصدوق: للجد من الأم مع الجد للأب أو الأخ للأب السدس، و الباقي للجد للأب، أو الأخ.

و منها: أنه لو ترك جدته: أم أمه، و أخته للأبوين (١) فللجد السدس.

-بمنزله الرحم الذي يجزّ به (١).

و في خبر يونس عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا التفت القرابات فالسابق أحق بميراث قريبه، فإن استوت قام كل واحد مقام قريبه) ٢.

و لخصوص موثق محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (إذا لم يترك الميت إلا جده أبا أبيه، و جدته أم أمه، فإن للجده الثلث و للجد الباقي) (٢).

و خالف في ذلك الصدوق أن الجد للأم له السدس و الباقي للجد للأب تنزيلا لهما منزله الإخوه، فجد الميت لأمه يتقرب إليه بالأم كأخ الميت من أمه و كلاله الأم المتحدده لها السدس، و الباقي لإخوه الميت من أبيه الذين هم بمنزله أجداد الميت بالأب.

و خالف في ذلك ابن أبي عقيل العماني أيضا فأعطى الجد له للأم السدس و أعطى الجد للأب النصف و الباقي يرد عليهما بالنسبه، لو لم يكن إلا جده لأم و جده لأب، تنزيلا لهما منزله الأختين أختا لأب و أختا لأم و أيضا خالف في ذلك الفضل بن شاذان حيث أعطى الجد لأم السدس تنزيلا لها منزله الكلاله إذا اجتمعت مع أخت لأبوين.

و أيضا خالف في ذلك ابن زهره و القطب الكيدري حيث نزلوا الجد و الجد لأم منزله كلاله الأم فإن اتحدت فلها السدس و إن تعددت فلها الثلث بالسويه. و على كل فيجمع هذه الأقوال الأربعة المخالفه لقول المشهور أنها نزلت أجداد الميت لأمه منزله كلاله الأم، بخلاف قول المشهور فإنه أعطى أجداد الميت لأمه نصيب الأم. و قال في المسالك عن هذه الأقوال «و لم نقف على مأخذ هذه الأقوال إلا إلحاق الأجداد بكلاله الأم و ضعفه ظاهر».

الحكم الثاني: إن أجداد الميت لأبيه يقتسمون الثلثين على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين لأنها الأصل في باب الإرث، و أجداد الميت لأمه يقتسمون الثلث بالسويه لأن الأصل في المتقرب إلى الميت بأمه هو ذلك كلاله الأم المتعدده فلهم الثلث بالسويه.

(١) و هو قول الفضل بن شاذان.

ص: ٩٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب موجبات الإرث حديث ١ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ٢.

و منها: أنه لو ترك جدّته: أمّ أمّه، و جدّته: أمّ أبيه (١)، فلائمّ الأمّ السدس، و لأمّ الأب النصف، و الباقي يردّ عليهما بالنسبه. و الأظهر الأول.

الثانيه – للأخت للأبوين، أو للأب منفرده

(الثانيه – للأخت للأبوين، أو للأب منفرده النصف تسميه (٢)، و الباقي ردّا (٣)، و للأختين فصاعدا الثلثان) تسميه (و الباقي ردّا) و قد تقدم (و للإخوه و الأخوات من الأبوين، أو من الأب) مع عدم المتقرب بالأبوين (المال) أجمع (للذكر الضعف) (٤): ضعف الأنثى.

الثالثه – للواحد من الإخوه و الأخوات للأمّ

(الثالثه – للواحد من الإخوه و الأخوات للأمّ) على تقدير انفراده (السدس) تسميه،(و للأكثر) من واحد (الثلث بالسويه) ذكورا كانوا أم إناثا أم متفرقين (٥) (و الباقي) عن السدس فى الواحد (٦)، (١) و هو قول ابن أبى عقيل.

(٢) قد تقدم فى باب السهام.

(٣) بالقرابه لآيه أولى الأرحام.

(٤) لأن قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين هى الأصل فى باب الإرث، و لا يأتى فرض النصف للبنث و فرض الثلثين للبتين لأنه مختص بعدم وجود ذكر، ففى خبر بكير عن أبى جعفر عليه السّلام (-) إلى أن قال -: و إن كانوا إخوه رجالا و نساء فللذكر مثل حظ الأنثيين، ذلك كله إذا لم يكن للميت ولد أو أبوان(١).

(٥) لقوله تعالى: و إن كان رجلاً يُورث كلاله أو امرأةً و له أخٌ أو أُختٌ فلكلٍّ واحدٍ منهما السدسُ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث (٢) و الأخبار هى التى صرحت بكون الكلاله هى كلاله الأم، ففى خبر بكير بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام قال:

(الذى عنى الله فى قوله - و إن كان رجلاً يُورث كلاله أو امرأةً و له أخٌ أو أُختٌ فلكلٍّ واحدٍ منهما السدسُ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث - إنما عنى بذلك الإخوه و الأخوات من الأم خاصة)(٣).

(٦) من كلاله الأم.

ص: ٩٥

٢- (٢) النساء الآيه: ١٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١١.

و عن الثلث فى الأزيد (١) يرّد عليهم (٢)(رّدًا).

الرابعه - لو اجتمع الإخوه من الكلالات

(الرابعه - لو اجتمع الإخوه من الكلالات) الثلاث (٣)(سقط كلاله الأب وحده) بكلاله الأبوين (٤)،(و لكلاله الأم السدس إن كان واحدا، و الثلث إن كان أكثر بالسويه) كما مرّ،(و لكلاله الأبوين الباقي) اتحدت أم تعددت (بالتفاوت) للذكر مثل حظّ الأنثيين على تقدير التعدد مختلفا (٥).

الخامسه - لو اجتمع أخت للأبوين مع واحد من كلاله الأمّ

(الخامسه - لو اجتمع أخت للأبوين مع واحد من كلاله الأمّ، أو جماعه أو أختان لأبوين مع واحد من كلاله الأمّ فالمرود) و هو الفاضل (٦) من الفروض (على قرابه الأبوين) و هو الأخت، أو الأختان على الأشهر (٧). و تفرد الحسن بن أبى (١) من واحد من كلاله الأمّ كما لو لم يكن هناك وارث للميت غير كلاله الأمّ.

(٢) على الإخوه من كلاله الأمّ، و الرد لآيه أولى الأرحام، و لبطلان التعصيب عندنا، و لأخبار منها: روايه ابن سنان (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ترك أخاه لأمه و لم يترك وارثا غيره، قال عليه السلام: المال له) (١).

(٣) الإخوه للأبوين و الإخوه للأب و الإخوه للأمّ.

(٤) حتى لو كان من كلاله الأبوين أنثى و كان من كلاله الأب ذكر، و حتى لو كان من كلاله الأبوين واحد و كان من كلاله الأب متعدد لأن المتقرب إلى الميت بسببين يحجب المتقرب إلى الميت بسبب لخبر يزيد الكناسى عن أبى جعفر عليه السلام (أخوك لأبيك و أمك أولى بك من أخيك لأبيك) (٢).

(٥) بالذكوره و الأنوثة.

(٦) فى الصورة الأولى للأخت من الأبوين النصف، و لكلاله الأم المتحدده السدس و الباقي سدسان، و فى الصورة الثانيه فالأخت للأبوين لها النصف و لكلاله الأم المتعدده الثلث و الباقي سدس.

و فى الصورة الثالثه فالأختان لهما الثلثان و للواحد من كلاله الأم السدس، و الباقي سدس.

(٧) لخبر بكير بن أعين (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: امرأه تركت زوجها و إختوها لأمها و إختوها و أخواتها لأبيها، فقال: للزوج النصف ثلاثه أسهم، و للإخوه من الأمّ الثلث -

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٢.

عقيل، و الفضل بن شاذان بأن الباقي يردّ على الجميع بالنسبة أرباعاً (١)، أو أخماساً (٢).

السادسة - إذا اجتمع كلاله الأم مع الأخت للأب

(السادسة - الصورة بحالها) بأن اجتمع كلاله الأم مع الأخت أو الأختين (لكن كانت الأخت، أو الأخوات للأب وحده ففي الردّ على قرابه الأب هنا) (٣) - الذكر والأنثى فيه سواء، وما بقى فهو للإخوة والأخوات من الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، لأن السهام لا تعول ولا ينقص الزوج من النصف ولا الإخوة من الأم من الثلث، لأن الله (عز وجل) يقول: فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ، وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا السُّدُسُ، وَالَّذِي عَنِ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى فِي قَوْلِهِ - وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ - إنما عنى بذلك الإخوة والأخوات من الأم خاصة، وقال في آخر سورة النساء: - يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنَّ امْرَأَتَكَ لَيْسَ لَهَا وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ - يعنى أختاً لأب وأم أو أختاً لأب - فَلَهَا نِصْفٌ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلَّذَكَرِ مِثْلَ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ - فهم الذين يزدون وينقصون (١) الخبر.

(١) كما في الصورة الأولى فالباقي سدسان يرد أرباعاً على حسب سهم الورثة فتلاثة أرباع الباقي للبنات والربع الأخير منه لكلاله الأم المتحدة.

(٢) كما في الصورة الثانية والثالثة، ففي الثانية فالباقي سدس يقسم أخماساً على نسبه سهامهم، ثلاثة أخماسه للأخت، وخمسا الباقي لكلاله الأم المتعدده.

و في الثالثة فالباقي سدس يقسم أخماساً أيضاً على قدر نصيبهم، أربعة أخماسه للأختين والخمس الأخير منه للواحد من كلاله الأم.

هذا ولا مستند لقولهما ولذا قال في الجواهر: «خلافاً للمحكى عن الفضل والحسن - إلى أنه قال - ولا ريب في ضعفه بعد النص والإجماع».

(٣) أى فيما لو كانت الكلاله من الأب فقط، وهذا ما ذهب إليه الصدوق والشيخ في النهايه والخلاف وابن البراج وأبو الصلاح وأكثر المتأخرين، لأن من كان عليه الخسران فله الجبران، أما النقص فيدخل عليهن كما لو دخل زوج في البين، فلزوج النصف ولكلاله الأم المتعدده الثلث، والباقي سدس لكلاله الأب، وكذا لو كانت كلاله الأم متحدته التي لها السدس فالباقي سدسان، وكلاهما أنقص من فرضهن الذي هو الثلثان إن كانت كلاله -

ص: ٩٧

خاصه، أو عليهما (١)(قولان) مشهوران.

أحدهما قول الشيخين و أتباعهما: يختص به (٢) كلاله لأب، لروايه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «فى ابن أخت لأب، و ابن أخت لأم. قال: لابن الأخت للأم السدس، و لابن الأخت للأب الباقي (٣)» و هو يستلزم كون الأم كذلك (٤)، لأن الولد إنما يرث بواسطتها، و لأن النقص يدخل على قرابه الأب، دون الأخرى، و من كان عليه الغرم فله الغنم (و ثبوته) أى ثبوت الردّ على قرابه الأب خاصه (قوى) للروايه (٥)، و الاعتبار (٦).

و الثانى - قول الشيخ أيضا (٧) و ابن إدريس و المحقق و أحد قولى العلامه يردّ عليهما (٨) لتساويهما فى المرتبه (٩) و فقد المخصّص (١٠)، استضعافا للروايه فإن فى طريقها على بن فضال و هو فطحى، و منع اقتضاء دخول النقص الاختصاص (١١)، - الأب متعدده، أو النصف إن كانت كلاله الأب واحده.

و لروايه محمد بن مسلم (سألت أبا جعفر عليه السلام عن ابن أخت لأب و ابن أخت لأم، قال عليه السلام: لابن الأخت من الأم السدس، و لابن الأخت للأب الباقي) (١) لكن فى طريقها على بن فضال و هو من الفطحيه إلا أنه ثقه.

(١) على كلاله الأب و كلاله الأم بنسبه سهامهم، و إليه ذهب الإسكافى و الحلّى و المحقق و الشيخ فى المبسوط استضعافا للخبر المتقدم، و لتساويهما فى النسبه إلى الميت.

(٢) بالرد.

(٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الإخوه و الأجداد حديث ١.

(٤) كأبنائها، و هى أخت الميت.

(٥) و هى خبر ابن مسلم المتقدم.

(٦) من كان عليه الخسران فله الجبران.

(٧) فى المبسوط فقط.

(٨) على كلاله الأب و كلاله الأم.

(٩) فكل منهما يتقرب إلى الميت بواسطه.

(١٠) الموجب لتخصيص الرد بكماله الأب.

(١١) بالرد، و المعنى ليس دخول النقص عليهم سببا فى كون الزيادة لهم.

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ١.

لتخلفه (١) فى البنت مع الأبوين (٢).

و أجاب المصنف عنهما (٣) بأن ابن فضال ثقه و إن كان فاسد العقيدة.

و تخلف الحكم فى البنت لمانع (٤). و هو وجود معارض (٥) يدخل (٦) النقص عليه (٧) أعنى الأبوين (٨).

السابعة - تقوم كلاله الأب مقام كلاله الأبوين عند عدمهم

(السابعة - تقوم كلاله الأب مقام كلاله الأبوين عند عدمهم (٩) فى كل موضع) انفردت (١٠)، (١) لتخلف الاقتضاء بين النقص و الرد.

(٢) فلو اجتماع بدون زوج فالرد عليهما و لو كان معهم زوج فالنقص على البنت فقط.

(٣) عن استضعاف الرواية و منع الاعتبار.

(٤) إن المقتضى إرجاع النقص على البنت و الأبوين، إلا أن الأبوين من ذوى السهام و الفروض المقدمه على البنت و إن كانت من ذوى السهام، لأن الأبوين من ذوى السهام الذين إذا أزيلوا عنها رجعوا إلى سهم آخر، بخلاف البنت فإنها و إن كانت من ذوى السهام إلا أن لها الباقي لو أزيلت عن سهمها، و لو لا هذا لكان النقص داخلا على الأبوين كدخوله على البنت.

(٥) و هو عدم تنزل الأبوين عن فرضهما الثانى بعد نزولهما عن فرضهما الأول.

(٦) ضمير الفاعل راجع إلى المعارض.

(٧) على سهم البنت لأن لها الباقي لو أزيلت عن فرضها.

(٨) أى المعارض.

(٩) بلا خلاف فيه، لأنه مع اجتماع الكلالتين، تمنع كلاله الأبوين كلاله الأب خاصة، و مع عدمها تقوم كلاله الأب مقامها ففى خبر بكير بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام (- إلى أن قال - و قال فى آخر سورة النساء - يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتُ - يعنى أختا لأب و أم أو أختا لأب - فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَ هُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ وَ إِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا - وَ نِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فهم الذين يزدون و ينقصون، و كذلك أولادهم هم الذين يزدون و ينقصون) (١) فنزل كلاله الأب مقام كلاله الأبوين عند فقدها.

(١٠) فلها المال و يقسم بينهم على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ٢.

أو جمعت كلاله الأم (١)، أو الأجداد (٢)، أو هما (٣) فلها (٤) مع كلاله الأم ما زاد عن السدس (٥)، أو الثلث (٦) و مع الأجداد ما فضّل في كلاله الأبوين من المساواه (٧)، و التفضيل (٨) و الاستحقاق بالقرابه (٩) إلا- أن تكون إناثا فتستحق النصف، أو الثلثين تسميه. و الباقي ردّا إلى آخر ما ذكر في كلاله الأبوين.

الثامنه - لو اجتمع الإخوه و الأجداد

(الثامنه - لو اجتمع الإخوه و الأجداد فلقرابه الأم من الإخوه و الأجداد الثلث بينهم بالسويه) (١٠) ذكورا كانوا أم إناثا، أم ذكورا و إناثا متعددين في الطرفين أم (١) فللكلاله الأم الثلث أو السدس، و الباقي لكلاله الأب.

(٢) فينزل الجد مكان الأخ و الجده مكان الأخت و يقسم المال بينهم على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين.

(٣) أي اجتمعت كلاله الأب مع كلاله الأم مع الأجداد، و سيأتى الحكم فيها.

(٤) لكلاله الأب.

(٥) إن كانت كلاله الأم واحدا.

(٦) إن كانت كلاله الأم متعدده.

(٧) كما لو اجتمعت كلاله الأب مع الأجداد للأب فينزل الجد منزله الأخ و الجده منزله الأخت و يقسم المال على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين، فالمساواه بين الجد و الأخ من كلاله الأب و بين الجده لأب و الأخت من كلاله الأب.

(٨) كما لو اجتمعت كلاله الأب مع الأجداد لأم، فالأجداد لهم الثلث نصيب الواسطه التي يتقربون بها إلى الميت، و الباقي و هو الثلثان لكلاله الأب، و الثلثان أكثر فلذا وقعت المفاضله.

(٩) كما لو كانت كلاله الأب منفرده فإنها ترث بالقرابه و لا فرض لها إلا أن تكون الكلاله إناثا لا ذكر فيها، فإن كانت بنتا فلها النصف تسميه و الباقي ردّ، و إن كانت أكثر فلها الثلثان تسميه و الباقي ردّ.

(١٠) فينزل الأجداد للأم منزله الإخوه و يعطى الجميع الثلثان بالسويه، بلا خلاف فيه، و لأخبار منها مرسل الحسن بن عقيل (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أملى على عليّ أمير المؤمنين عليه السلام في صحيفه الفرائض أن الجد مع الإخوه يرث حيث ترث الإخوه و يسقط حيث تسقط، و كذلك الجده أخت مع الأخوات، ترث حيث يرثن و تسقط حيث يسقطن) (١).

ص: ١٠٠

متحدين،(و لقرابه الأب من الإخوه، و الأجداد الثلثان بينهم للذكر ضعف الأنثى (١) كذلك) (٢). فلو كان المجتمعون فيهما (٣) جدًا و جدّه للأم، و أخا و أختا لها، و جدا و جده للأب، و أخا و أختا له فلاقرباء الأم الثلث: واحد من ثلاثة أصل الفريضة، و سهامهم أربعة (٤) و لأقرباء الأب اثنان منها (٥)، و سهامهم ستة (٦) فيطرح المتداخل (٧) و العددان يتوافقان بالنصف (٨) فيضرب الوفق (٩) و هو اثنان في ستة (١٠) ثم المرتفع في أصل الفريضة (١١) يبلغ ستة و ثلاثين، و ثلثها (١٢) لأقرباء (١) بلا خلاف فيه و لأخبار منها: صحيح الفضلاء زراره و بكير و محمد بن مسلم و بريد عن أحدهما عليهما السلام (إن الجد مع الإخوه من الأب يصير مثل واحد من الإخوه ما بلغوا) (١).

و خبر إسماعيل الجعفي (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الجد فقال: يقاسم الإخوه ما بلغوا و إن كانوا مائة ألف) ٢.

(٢) متعددين في الطرفين أو متحدين.

(٣) في الأجداد و الإخوه.

(٤) لأن الثلث ينقسم بينهم بالسويه أرباعا.

(٥) أى من ثلاثة التى هى أصل الفريضة.

(٦) أى أقرباء الأب، و كانت ستة لأن الذكر ضعف الأنثى فهما ذكران و لهما أربعة و أنثيان و لهما اثنان.

(٧) المتداخل إذا كان أحد العددين ينقسم على الآخر بدون كسر، فالآخر داخل في الأول بمعنى ما ينقسم عليه الأول ينقسم عليه الثانى، و التداخل هنا هو الاثنان، حصه أقرباء الأب من أصل الفريضة بالنسبة لسته التى هى سهامهم.

(٨) أى عدد سهام أقرباء الأب مع عدد سهام أقرباء الأم، فالأربعة متوافقه مع الستة بالنصف الذى هو اثنان، و التوافق هو أن يكون كلا العددين ينقسم على عدد ثالث من غير كسر.

(٩) وفق العددين السابقين.

(١٠) التى تداخلت فيها الاثنان.

(١١) و هو مخرج كسر الفريضة و هو ثلاثة.

(١٢) ثلث الستة و الثلاثين و هو اثني عشر.

ص: ١٠١

الأم الأربعة لكل ثلاثه، و ثلثها (١) لأقرباء الأب الأربعة بالتفاوت فلكل أنثى أربعه، و لكل ذكر ثمانية.

و كذا الحكم لو كان من طرف الأم أخ و جدّ، و مثلهما من طرف الأب و إن اختلفت الفريضة (٢).

و لو كان اجتمع من طرف الجدوده للأم جدا واحدا، أو جده مع الأجداد و الإخوه المتعددين من طرف الأب (٣)، فللجد أو الجده للأم الثلث، و الباقي للإخوه و الأجداد للأب بالسويه مع تساويهم ذكوريه و أنوثيه و باختلاف مع الاختلاف.

و لو فرض جده لأم، و جد لأب و أخ لأب (٤) فلكل واحد منهم ثلث.

و لو كان بدل الجد للأب جده فلها ثلث الثلثين (٥) - اثنان من تسعه (٦) - و كذا لو كان بدل الأخ أختا فلها الثلثان (٧).

(١) ثلثا الستة و الثلاثين و هما أربعه و عشرون.

(٢) فلأقرباء الأم الثلث بالسويه و لأقرباء الأب الثلثان بالسويه، فالفريضة من ستة، ثلثها لأقرباء الأم لكل واحد واحد و ثلثها لأقرباء الأب و هما أربعه لكل واحد اثنان.

(٣) فالمتقرب بالأم واحد إما جد أو جده، و المتقرب بالأب متعدد، فالمتقرب بالأم و إن كان واحدا له الثلث لأنه نصيب الواسطه التي يتقرب بها إلى الميت، و كلاله الأم من الإخوه بأن له السدس للنص، و أما المتقرب بالأب فله الثلثان فمع تعددهم و اتحادهم بالذكوره كما لو ترك جدا لأب و إخوه لأب، أو تعددوا و اتحدوا بالأنوثه كما لو ترك جده لأب و أخوات لأب فالمال الذي هو الثلثان بينهم بالسويه، و مع تعددهم و اختلافهم ذكوره و إناثا فالذكر مثل حظ الأنثيين.

(٤) فالمتقرب بالأم له الثلث، و الباقي و هو الثلثان يقسم على جد لأب و أخ لأب بالسويه.

فكل واحد له الثلث.

(٥) أى فللجده لأب ثلث الثلثين و للأخ لأب ثلثا الثلثين.

(٦) أى من تسعه التي هي أصل الفريضة فثلثها لثلاثه للجده لأم، و ثلث ثلثها و هو اثنان للجده لأب، و ثلثا ثلثها و هو أربعه للأخ لأب.

(٧) أى للأخت من أب ثلث الثلثين، و ثلثا الثلثين للجد لأب، و هذا تمام الثلثين، و الثلث الباقي من الفريضة للجده لأم.

و لو خَلَفَ أخوا أو أختا لأم مع الأجداد مطلقا (١) للأب، فلأخ أو الأخت السدس، و الباقي للأجداد، و لو تعدد الإخوة للأم فلهم الثلث و هذا بخلاف الجد و الجده للأم فإن له الثلث و إن اتحد (٢).

و لو خَلَفَ الجدین للأم، أو أحدهما مع الإخوة للأم، و جدا أو جده للأب فللمتقرب بالأم من الجدوده و الإخوة الثلث، و للجده للأب الثلثان و على هذا قس ما يرد عليك.

التاسعه - الجد و إن علا يقاسم الإخوة

(التاسعه - الجد و إن علا- يقاسم الإخوة) (٣) و لا يمنع بعد الجد الأعلى بالنسبه إلى الجد الأسفل المساوى للإخوة، لإطلاق النصوص (٤) بتساوى الإخوة و الأجداد الصادق بذلك (٥)، (و) كذا (ابن الأخ و إن نزل يقاسم الأجداد) (٦) الدنيا و إن كانوا (٧) (١) واحدا أو متعددا ذكرا كان أو أنثى.

(٢) لأنه يرث نصيب الواسطه و هى الأم، غايته إخوة الميت من أمه لهم السدس مع الاتحاد للنص القرآنى. ففى موثق محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (إذا لم يترك الميت إلا جدّه أبا أبيه و جدّته أم أمّه فإن للجده الثلث و للجد الباقي) (١).

(٣) لصدق الجد على الأعلى، فيندرج تحت الأخبار الداله أن الجد مع الإخوة كأحدهم، و قد تقدم بعضها. نعم يشترط فى إرث الجد الأعلى عدم الجد الأسفل لأنه مع وجوده يكون أقرب للميت فيحجبه لآيه أولى الأرحام.

(٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد.

(٥) بكون الأعلى جدا كالأسفل.

(٦) لأن ابن الأخ يقوم مقام أبيه فيأخذ نصيبه، بلا خلاف فيه و للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم (نشر أبو جعفر عليه السلام صحيفه، فأول ما تلقانى فيها ابن أخ وجد المال بينهما نصفان، فقلت: جعلت فداك إن القضاء عندنا لا يقضون لابن الأخ مع الجد بشيء فقال: إن هذا الكتاب بخط علىّ و إملاء رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم) (٢) و خبر القاسم بن سليمان عن أبى عبد الله عليه السلام (أن عليّا عليه السلام كان يورث ابن الأخ مع الجد ميراث أبيه) ٣.

(٧) أى الأجداد الدنيا.

ص: ١٠٣

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ١ و ٢.

مساوين للإخوه المتقدمين رتبة على أولادهم (١) لما ذكر.

(و إنما يمنع الجدّ بالرفع (الأدنى) و الجدّه و إن كانا للأُم (الجدّ) بالنصب (الأعلى) و إن كان للأب (٢)، دون أولاد الإخوه (٣) مطلقا (٤) و كذا يمنع كل طبقه من الأجداد من فوقها و لا يمنعهم (٥) الإخوه. (و يمنع الأخ) و إن كان للأُم و مثله الأخت (ابن الأخ) و إن كان للأبوين لأنهما جهة واحده (٦) يمنع الأقرب منها الأبعد (و كذا يمنع ابن الأخ) مطلقا (٧) (ابن ابنه) مطلقا (٨) (و على هذا القياس) يمنع كلّ أقرب بمرتبته و إن كان للأُمّ الأبعد و إن كان للأبوين، خلافا للفضل بن شاذان من قدمائنا حيث جعل للأخ من الأُمّ السادس، و الباقي لابن الأخ للأبوين كأبيه (٩) و كذا الحكم في الأولاد المترتين (١٠) محتجا باجتماع السببين (١١).

و يضعف بتفاوت الدرجتين (١٢) المسقط لاعتبار السبب (١٣).

(١) أولاد الإخوه.

(٢) لأن الأدنى أقرب إلى الميت من الأعلى فهو أولى بالميراث لآيه أولى الأرحام.

(٣) أى فالجد و إن كان أدنى لا يمنع أولاد الإخوه المتزلين منزله الإخوه المساوين فى الرتبة للأجداد.

(٤) و إن نزلوا.

(٥) يمنع الأجداد العليا.

(٦) و هى الإخوه.

(٧) لأب كان أو لأُم لأنه أقرب.

(٨) لأب كان أو لأُم.

(٩) فإن له الباقي بالقرايه.

(١٠) فيما لو اجتمع ابن أخ لأُم مع ابن ابن أخ للأبوين.

(١١) أى يتصل إلى الميت بالطرفين.

(١٢) حيث إن ابن الأخ ليس فى درجه الأخ.

(١٣) و يدل عليه مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا التفت القرابات فالسابق أحق بميراث قريبه، فإن استوت قام كل

واحد منهم مقام قريبه) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٣.

العاشره - الزوج و الزوجه مع الإخوه الأجداد

(العاشره - الزوج و الزوجه مع الإخوه) و أولادهم (و الأجداد) مطلقا (١) (يأخذان نصيبهما الأعلى) و هو النصف و الربع (٢)، (و لأجداد الأم (٣) أو الإخوه للأم (٤)، أو القبيلتين (٥) ثلث الأصل، و الباقي لقرابه الأبوين) الأجداد و الإخوه (٦)، (أو لإخوه الأب مع عدمهم) فلو فرض أن قرابه الأم جد، و جده، و أخ، و أخت، و قرابه الأب كذلك مع الزوج فللزوج النصف:

ثلاثه من سته أصل الفريضة، لأنها (٧) المجتمع من ضرب أحد مخرجى النصف (٨) و الثلث فى الآخر (٩)، و لقرابه الأم الثلث: اثنان، و عددهم (١٠) أربعة و لقرابه الأب واحد (١١) و عددهم سته ينكسر على الفريقيين (١٢) و يدخل النصيب فى السهام (١٣) و تتوافق (١٤) فيضرب وفق أحدهما فى الآخر (١٥)، ثم المجتمع فى أصل الفريضة (١٦) تبلغ اثنين و سبعين (١٧).

(١) لأب كانوا أو لأم.

(٢) لأنه لا أولاد للميت.

(٣) الثلث فإنه نصيب الواسطه، و يقتسمونه بينهم بالسويه.

(٤) لهم الثلث فرضا بالسويه.

(٥) من الأجداد و الإخوه للأم فلهم الثلث بالسويه تنزيلا للجد منزله الأخ و تنزيلا للجده منزله الأخت.

(٦) على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين.

(٧) لأن الستة.

(٨) و هو اثنان و النصف للزوج.

(٩) و مخرج الثلث ثلاثه، و الثلث لقرابه الأم.

(١٠) أى عدد سهامهم من الثلث أربعة.

(١١) أى واحد من سته و هو السدس و هو الباقي بعد نصيب الزوج و قرابه الأم.

(١٢) أى حصه كل من الفريقيين ينكسر على عدد سهامهم.

(١٣) فيدخل الواحد فى الستة و الاثنان فى الأربعة.

(١٤) الأربعة و الستة التى هى سهام القرابتين.

(١٥) فإما أن يضرب وفق الأربعة - الذى هو اثنان - بالسته، و إما أن يضرب وفق الستة - الذى هو ثلاثة - بالأربعة و الحاصل هو اثنى عشر.

(١٦) فيضرب الاثنى عشر بسته أصل الفريضة.

(١٧) ٣٦ للزوج و هو النصف + ٢٤ لقرابه الأم و هو الثلث لكل من الجد و الجد و الأخ -

ص: ١٠٥

الحاديه عشره - لو ترك ثمانية أجداد

(الحاديه عشره - لو ترك ثمانية أجداد (١): الأجداد الأربعة لأبيه) (٢) أى جدّ أبيه (٣)، و جدّته لأبيه (٤)، و جدّه و جدّته (٥) لأّمه (٦) (و مثلهم لأّمه) (٧). و هذه الثمانية أجداد الميت فى المرتبه الثانيه (٨)، فإن كلّ مرتبه تزيد عن السابقه بمثلها، فكما أن له (٩) فى الأولى أربعه ففى الثانيه ثمانية و فى الثالثه سته عشر و هكذا (فالمسأله) يعنى أصل مسأله الأجداد الثمانية (من ثلاثه أسهم) و هى (١٠) مخرج ما فيها (١١) من الفروض و هو (١٢) الثلث (١٣) و ذلك هو ضابط أصل كل مسأله فى هذا الباب.

-و الأخت سته + ١٢ لقرابه الأب الذى هو الباقي لكل من الجد و الأخ أربعه و للجده و الأخت اثنان ٧٢.

(١) قد جرت عاده الفقهاء على ذكر مرتبه الأجداد الدنيا و هم أجداد الميت الأربعة، و يذكرون مرتبه أجداد أب الميت و أمه و هى المرتبه الثانيه من مراتب الأجداد حتى يقاس عليها باقى المراتب من الأجداد مع ندره هذه المراتب و مرتبه أجداد أب الميت و أمه بالنسبه للميت هم ثمانية: أربعه أجداد لأبيه، و أربعه أخرى أجداد لأّمه.

(٢) لأب الميت.

(٣) جد أب الميت.

(٤) أى و جدّه أب الميت، لأبيه أى لأب أب الميت.

(٥) أى جد و جدّه أب الميت.

(٦) أى لأم أب الميت.

(٧) أى لأم الميت.

(٨) لأن أجداد الميت فى المرتبه الأولى هم أربعه و هم أجداده و فى المرتبه الثانيه ثمانية و هم أجداد أب الميت و أمه. و فى المرتبه الثالثه سته عشر و هم أجداد أجداد الميت.

(٩) للميت.

(١٠) الثلاثه.

(١١) فى مسأله أجداد الميت الثمانية.

(١٢) أى الفرض.

(١٣) و هو فرض أجداد أم الميت الأربعة ينقسم عليهم بالسويه، و الباقي لأجداد أب الميت الأربعة ينقسم أثلاثا، ثلاثا لمن يتقرب

إلى أب الميت بالأب على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين و ثلث الباقي لمن يتقرب إلى أب الميت بالأم و ينقسم على قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين، و عليه فالثلثان ينقسم أثلاثا، و لثله ثلث و لثليه ثلث فلا بد أن ينقسم على -

ص: ١٠٤

(سهم) من الثلاثة (لأقرباء الأم) و هو ثلثها (لا ينقسم) على عددهم (و هو أربعة، و سهمان لأقرباء الأب لا ينقسم) على سهامهم و هي (١) تسعة (٢) لأن ثلثي الثلثين لجد أبيه و جدته لأبيه بينهما أثلاثا، و ثلثه لجد أبيه و جدته لأمه أثلاثا أيضا، فترتقى سهام الأربعة (٣) إلى تسعة فقد انكسرت (٤) على الفريقين و بين عدد كل فريق و نصيبه مباينه (٥).

و كذا بين العددين (٦) فيطرح النصيب (٧) و يضرب أحد العددين في الآخر (٨) (و مضروبهما) (٩) أى مضروب الأربعة في التسعة (ست و ثلاثون) ثم يضرب المرتفع في أصل الفريضة و هو الثلاثة (و مضروبها في الأصل (١٠) مائه و ثمانيه، ثلثها):
- تسعه، و هو أقل عدد لثلاثة ثلث و لثليه ثلث.

و ثلث الفريضة ينقسم على أربعة، فنضرب الأربعة بالتسعة فالحاصل ستة و ثلاثون، فنضربها في أصل الفريضة، فالحاصل مائه و ثمانيه.

ثلثها لأجداد أم الميت الأربعة و هو: ٣٦ يعطى كل جد تسعه.

و ثلثها لأجداد أب الميت الأربعة و هو: ٧٢، و ثلث الاثنين و السبعين ٢٤ ينقسم على أجداد أب الميت لأمه على قاعده الذكر مثل حظ الأنثيين فيعطى الجد ١٦ و الجده ثمانيه.

و ثلثا الاثنين و السبعين ٤٨، ينقسم على أجداد أب الميت لأبيه على قاعده للذكر ضعف الأنثى فيعطى الجد ٣٢ و الجده ١٦.

هذا ما عليه الشيخ و جماعه بل نسب إلى الشهره استنادا إلى أن من يتقرب إلى الميت بأب لا بد أن يعطى على قاعده للذكر ضعف الأنثى.

(١) أى سهام أقرباء الأب.

(٢) لأن أجداد الأب لهم الثلثان، و هذا ينقسم أثلاثا، لثلاثة ثلث و لثليه ثلث، و أقل عدد ينقسم بهذا الشكل هو التسعه.

(٣) من أجداد أب الميت.

(٤) السهام.

(٥) بين التسعه و الأربعة، و بين الواحد و الأربعة.

(٦) أى عدد سهام كل فريق و هي التسعه و الأربعة.

(٧) نصيب كل فريق من الثلث و الثلثين لأنهما متداخلان فى سهام كل فريق.

(٨) أى يضرب سهام كل فريق بالآخر.

(٩) أى الست و الثلاثين.

(١٠) و هو ثلاثه.

ص: ١٠٧

ست و ثلاثون (ينقسم على) أجداد أمه (الأربعه) بالسويه، ثمانيه، فلجد الأب و جدته لأبيه ثلثا ذلك (١): ثمانيه و أربعون، ثلثها للجدّه: ستة عشر. و ثلثها للجدّ: اثنان و ثلاثون، و لجد الأب و جدته لأمه أربعة و عشرون، ثلثا ذلك للجد:

سته عشر. و ثلثه للجدّه ثمانيه.

هذا هو المشهور بين الأصحاب، ذهب إليه الشيخ و تبعه الأكثر، و فى المسأله قولان آخران: -

أحدهما للشيخ معين الدين المصرى (٢): أن ثلث الثلث لأبوى أمّ الأم بالسويه، و ثلثاه لأبوى أبيها بالسويه أيضا. و ثلث الثلثين لأبوى أم الأب بالسويه، و ثلثاهما لأبوى أبيه أثلاثا، فسهام قرابه الأم سته و سهام قرابه الأب ثمانيه عشر فيجتزأ بها (٣) لدخول الأخرى (٤) فيها و تضرب فى أصل المسأله يبلغ أربعة و خمسين، ثلثها: ثمانيه عشر لأجداد الأم، منها (٥) اثنا عشر لأبوى أبيها بالسويه، و سته لأبوى أمها كذلك (٦)، و سته و ثلاثون لأجداد الأب، منها اثنا عشر لأبوى أمه بالسويه، و أربعة و عشرون لأبوى أبيه أثلاثا. و هو ظاهر (٧).

و الثانى (٨)، للشيخ زين الدين محمد بن القسم البرزهى: أن ثلث الثلث (١) ثلثا الاثنين و السبعين.

(٢) أجداد الأم لهم ثلث الفريضه، و هذا الثلث ينقسم أثلاثا، ثلثاه لأجداد الأم لأبيها، و ثلثه لأجداد الأم لأمها، و الجميع ينقسم بالسويه لأن من يتقرب بالأم لا تفاضل بين ذكره و أنثاه.

و الباقي من الفريضه و هو الثلثان، ثلثاهما لأجداد الميت لأبيه على قاعده الذكر ضعف الأنثى و ثلثهما لأجداد أب الميت لأمه بالسويه، لأن التقرب إلى أب الميت بالأم فتأتى قاعده التسويه.

(٣) بالثمانيه عشر.

(٤) و هى الستة.

(٥) من الثمانيه عشر.

(٦) بالسويه.

(٧) أى تقسيمه ظاهر.

(٨) أى القول الثانى.

لأبوى أم الأم بالسويه، وثلثيه لأبوى أبيها أثلثا وقسمه أجداد الأب كما ذكره الشيخ، و صحتها أيضا من أربعة و خمسين لكن يختلف وجه الارتفاع، فإن سهام أقرباء الأم هنا ثمانية عشر و أقرباء الأب تسعة تداخلها (١) فيجتزى بضرب الثمانية عشر فى الثلاثة أصل الفريضة.

و منشأ الاختلاف: النظر إلى أن قسمه المنتسب إلى الأم بالسويه، فمنهم من لاحظ الأمومه فى جميع أجداد الأم (٢)، و منهم من لاحظ الأصل (٣)، و منهم من لاحظ الجهتين (٤).

الثانية عشره - أولاد الإخوه يقومون مقام آبائهم عند عدمهم

(الثانية عشره - أولاد الإخوه يقومون مقام آبائهم عند عدمهم (٥)، و يأخذ كل واحد من الأولاد (نصيب من يتقرب به) فلأولاد الأخت المنفرده للأبوين أو الأب، النصف (٦) تسميه. و الباقي ردًا، و إن كانوا ذكورا، و لأولاد الأخ للأب المنفرد المال و إن كان أنثى قرابه، و لولد الأخ أو الأخت للأم السدس و إن تعدد الولد، و لأولاد الإخوه المتعددين لها (٧) الثلث، و الباقي لأولاد المتقرب بالأبوين إن وجدوا، و إلا فللمتقرب بالأب، و إلا ردّ الباقي على ولد الأخ للأم و على هذا القياس باقى الأقسام.

(١) أى تدخل التسعه فى الثمانية عشر.

(٢) و هو قول المشهور، بأن لاحظ أن جميع أجداد الأم ينتسبون إلى الميت بالأم فالتقسيم بالسويه فيكون قد لاحظ الانتساب إلى الأم من ناحيه الميت فقط.

(٣) و هو الجد، و المراد ملاحظه حال الجد إلى الميت فهل ينتسب إلى أب الميت أو أمه بالأب أو الأم، فإن انتسب إلى أب الميت بالأب فعلى قاعده للذكر مثل حظ الأنثيين، و إن انتسب إلى أب الميت أو أمه بالأم فعلى التسويه كما هو القول الثانى.

(٤) و هو القول الثالث حيث لاحظ الأمومه من ناحيه الميت و الأمومه من ناحيه انتساب الجد إلى أب الميت أو أمه و هذا ينحصر فى أجداد أم الميت من أمها فقط فلا بد من التسويه و الباقي على قاعده للذكر ضعف الأنثى، هذا و قال الشارح فى المسالك: «و ليس هنا دليل قاطع يرجح أحد الأقوال، و إن كان الأشهر الأول» و قال فى الجواهر: «و الجميع كما ترى، حتى المشهور مجرد اعتبارات لا تصلح مدركا للحكم الشرعى».

(٥) عدم الإخوه و قد تقدم أنه لا خلاف فيه.

(٦) نصيب الواسطه.

(٧) للأم.

ص: ١٠٩

و اقتسام الأولاد مع تعددهم و اختلافهم ذكوريه و أنوثيه كآبائهم: (فإن كانوا أولاد كلاله الأم فبالسويه) أى الذكر و الأنثى سواء (و إن كانوا أولاد كلاله الأبوين أو الأب فبالتفاوت) للذكر مثل حظ الأنثيين.

القول فى ميراث الأعمام و الأخوال و أولادهم و فيه مسائل

إشارة

(القول فى ميراث الأعمام و الأخوال و أولادهم) (١) و هم أولو الأرحام، إذ لم يرد على إرثهم نص فى القرآن بخصوصهم و إنما دخلوا فى آيه أولى الأرحام، و إنما يرثون مع فقد الإخوه و بنيتهم، و الأجداد (٢) فصاعدا على الأشهر، و نقل عن «الفضل» أنه لو خلف خالا و جده لأمّ اقتسما المال نصفين.

(و فيه مسائل -)

الأولى - العمّ المنفرد يرث المال

(الأولى - العمّ) المنفرد (يرث المال) (٣) أجمع لأب كان أم لأم (و كذا العمه) المنفردة.

(١) هم أهل الطبقة الثالثة، فلا يرث أحد منهم مع وجود واحد من أهل الطبقة الثانية، بلا خلاف فيه، و لأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (الخال و الخاله يرثان إذا لم يكن معهم أحد يرث غيرهم، إن الله تبارك و تعالى يقول: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (١))، و خبر أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السّلام (سئل عن ابن عم وجد، قال: المال للجد) (٢) و خبر يزيد الكناسى عن أبى عبد الله عليه السّلام (و ابن أخيك من أبيك أولى بك من عمك) (٢).

و لذا قال الشارح فى المسالك: «و هذه المرتبة مأخوذة من آيه أولى الأرحام، و ليست مذكوره بخصوصها فى القرآن، و لكن وردت بها أيضا نصوص صحيحة، و استنباط باقى أحكامها بالنظر».

و نقل عن الفضل أنه لو خلف الميت خالا و جده لأم فالمال بينهما نصفين، و يؤيده خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام (عن رجل ترك خاله و جدّه قال: المال بينهما) (٣) و سنده ضعيف بأبى سمينه فإنه غال كذاب.

(٢) أى و فقد الأجداد.

(٣) لآيه أولى الأرحام و كذا العمه.

ص: ١١٠

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ميراث الإخوة و الأجداد حديث ٣.

(و للأعمام) أى العمين فصاعداً المال بينهم (بالسويه و) (١) كذا (العمات) مطلقاً فيهما (٢).

(و لو اجتمعوا): الأعمام و العمات (٣) (اقتسموه بالسويه إن كانوا) جميعاً أعماماً أو عمات (لأم) أى إخوه أب الميت من أمّه خاصه (و إلا) يكونوناً لأم خاصه، بل للأبوين، أو للأب (فبالتفاوت): للذكر مثل حظ الأنثيين.

(و الكلام فى قرابه الأب وحده) (٤) من الأعمام و الأخوال (كما سلف فى الإخوه) من أنها لا تترث إلا مع فقد قرابه الأبوين مع تساويهما فى الدرجه و استحقاق الفاضل عن حق قرابه الأم من السدس و الثلث و غير ذلك.

الثانيه - للعم الواحد للأم أو العمه الواحده لها

(الثانيه - للعم الواحد للأم (٥) أو العمه) الواحده لها (مع قرابه الأب) أى (١) مقتضى العدل مع فقدان التريج.

(٢) أى سواء كان الأعمام و العمات لأب أم لأم.

(٣) فإن كانوا إخوه أب الميت من أبيه و أمه أو من أبيه فالمال بينهم على قاعده الذكر ضعف الأنثى، بلا خلاف، و لروايه سلمه بن محرز عن أبى عبد الله عليه السلام (فى عم و عمه، للعم الثلثان و للعمه الثلث) (١).

و إن كانوا إخوه أب الميت من أمه ففيه خلاف، ذهب الصدوق و ابن زهره و الفضل و المفيد و المحقق إلى أنهم يرثون على قاعده للذكر ضعف الأنثى لإطلاق خبر سلمه المتقدم.

و ذهب العلامة فى القواعد و الشهيد فى الدروس بل عن الرياض و الكفايه نفى الخلاف من أن المال يقسم بينهم بالسويه، لأن التسويه مقتضى العدل خرج منه ما خرج من الأعمام و العمات لأب بالنص فيبقى الباقي تحته.

(٤) أى أعمام و عمات الميت فهم إخوه أب الميت من أبيه، فيرثون عند فقد إخوه أب الميت من أبويه، و ذلك لأن المتقرب إلى الميت بالطرفين أولى، و لخبر يزيد الكناسى عن أبى عبد الله عليه السلام (و عمك أخو أبيك لأبيه و أمه أولى بك من عمك أخ أبيك لأبيه) (٢).

(٥) شروع فى اجتماع الأعمام، فلو اجتمع عمومهم الميت إخوه أبيه من أبيه و أمه و إخوه أب-

ص: ١١١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موجبات الإرث حديث ١.

العم أو العمه للأب الشامل للأبوين و للأب وحده (السدس، و للزائد) عن الواحد (١) مطلقا (٢)(الثالث) بالسويه كما فى الإخوه (و الباقى) عن السدس و الثلث من المال (لقراه الأب) و الأم أو الأب مع فقده (و إن كان) قراه الأب (واحدا) ذكرا أو أنثى، ثم إن تعدد و اختلف بالذكوره و الأنوثة فللذكر مثل حظ الأنثيين كما مرّ.

الثالث – للخال، أو الخاله، أو هما، أو الأخوال

(الثالث – للخال (٣)، أو الخاله، أو هما (٤)، أو الأخوال) أو الخالات (مع الانفراد المال بالسويه) لأب كانوا أم لأم أم لهما.

(و لو) اجتمعوا (و تفرقوا) (٥) بأن خلف خالا- لأبيه أى أخوا أمه لأبيها، -الميت من أمه، فالمتقرب إلى أب الميت من أمه له السدس إن كان واحدا، و الثلث إن كان متعددا، يقسم عليهم بالسويه لأنهم يرثون الميت كما يرثون أباه لو مات، فلو مات أبو الميت فهم إخوته من كلاله الأم لهم الثلث بالسويه، فكذلك هم من كلاله الأم بالنسبه لابنه، و هذا لا خلاف فيه.

و أما المتقرب إلى أب الميت من أبيه و أمه فله الباقى عن السدس أو الثلث يقسم بينهم على قاعده للذكر ضعف الأنثى و كذلك هذا بلا خلاف فيه.

(١) من أعمام الميت الذين هم إخوه أبيه من أمه.

(٢) سواء كانوا ذكورا أو إناثا أو مختلفين.

(٣) المال كله لو انفرد بلا- خلاف فيه، لآيه أولى الأرحام، و لخبر سلمه بن محرز عن أبى عبد الله عليه السلام (فى ابن عم و خال، قال: المال للخال) (١)، و كذا الكلام فى الخاله.

(٤) الخال و الخاله لو انفردا. فلهما المال بالسويه، أما أن المال لهما لآيه أولى الأرحام، و أما أنه بالسويه لروايه الدعائم عن جعفر بن محمد عليه السلام (فى من ترك خالا و خاله و عما و عمه، فللخال و الخاله الثلث بينهما سواء) (٢).

(٥) أخوال و خالات الميت بحيث بعضهم إخوه أم الميت من أبويها و بعضهم إخوه أم الميت من أبيها فقط و بعضهم إخوه أم الميت من أمها.

فتسقط كلاله الأب من الخوثة بكلاله الأبوين، و لكلاله الأم الثلث مع التعدد بالسويه، و السدس إذا لم يكن إلا واحد منها، و الباقى عن الثلث أو السدس لكلاله الأبوين بالسويه بينهم-

ص: ١١٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٤.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٣.

و خالا لأمه أى أباها لأمها خاصة، و خالا لأبويه أى أباها لأبويها، أو خالات كذلك أو مجتمعين (سقط كلاله الأب) وحدها بـكلاله الأبوين (و كان لكلاله الأمّ السدس إن كان واحداً، و الثلث إن كان أكثر بالسويه) و إن اختلفوا فى الذكوره و الأنوثة (و لكلاله الأب الباقي بالسويه) أيضاً على الأظهر، لاشتراك الجميع فى التقرب بالأم و نقل الشيخ فى الخلاف عن بعض الأصحاب أنهم يقتسمونه للذكر ضعف الأنثى و هو نادر.

الرابعه - لو اجتمع الأعمام و الأخوال

(الرابعه - لو اجتمع الأعمام و الأخوال) (١) أى الجنسان ليشمل الواحد منهما - لأصالة التسويه بعد ما كانوا متقربين إلى الميت بواسطة الأم. هذا هو المشهور.

و نقل عن بعضهم أن المال بتمامه ينقسم بالسويه على كلاله الأبوين و كلاله الأم من الخئوله لأن الجميع متقرب إلى الميت بواسطة الأم و إلا - فلو اقتضى التفضيل هنا لكان الثلث بالسويه لكلاله الأم من الخئوله و الزائد لكلاله الأبوين من الخئوله على قاعده للذكر ضعف الأنثى، لأن هذه الكلاله تتصل بأم الميت بأبيها فلا تجرى قاعده التسويه بل قاعده التفضيل.

(١) فيما لو اجتمع أعمام الميت و أخواله، كان للأخوال الثلث سواء كانوا واحداً أو أكثر، ذكراً أو أنثى، و سواء كانوا إخوه أم الميت لأبويها أو لأمها أو لأبيها.

و الباقي و هو الثلثان للأعمام سواء كانوا واحداً أو أكثر، و سواء كانوا إخوه أب الميت لأبويه أو لأبيه، أو لأمه، و هو المشهور بين الأصحاب و ذلك لأن كل طرف يأخذ نصيب الواسطه فالأعمام يأخذون نصيب الأب و الأخوال يأخذون نصيب الأم، و يدل عليه أيضاً خبر أبى أيوب عن أبى عبد الله عليه السلام (إن العمه بمنزله الأب و الخاله بمنزله الأم و بنت الأخ بمنزله الأخ، و كل ذى رحم فهو بمنزله الرحم الذى يجزّ به، إلا أن يكون هناك وارث أقرب إلى الميت منه فيحجبه) (١) و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل ترك عمته و خالته قال: للعمه الثلثان و للخاله الثلث) ٢.

و ذهب جماعه منهم ابن أبى عقيل و المفيد و القطب الكيدرى و معين الدين المصرى تنزيل الخئوله و العمومه منزله الإخوه، فالواحد من الأخوال له السدس، و إن تعدد فله الثلث، و الباقي للأعمام، فإن كانت عمه فلها النصف و الباقي ردّ عليها و على من معها من الخئوله بنسبه سهامهم -.

ص: ١١٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٦ و ٣.

و المتعدد (فالأخوال الثلث و إن كان واحداً أم على الأصح، و للأعمام الثلثان و إن كان واحداً)، لأن الأخوال يرثون نصيب من تقربوا به و هو الأخت (١) و نصيبها الثلث و الأعمام يرثون نصيب من يتقربون به و هو الأخ (٢) و نصيبه الثلثان.

و منه يظهر عدم الفرق بين اتحاد الخال و تعدده، و ذكوريته و أنوثيته، و الأخبار مع ذلك متظافره به.

ففى صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام أن فى كتاب على (صلوات الله عليه) «رجل مات و ترك عمه و خاله؟ فقال: للعمّ الثلثان، و للخال الثلث» (٣).

و أن فيه (٤) أيضاً (٥): «أن العمه بمنزله الأب و الخاله بمنزله الأم، و بنت - و قال فى الجواهر عن هذا القول: «واضح الفساد بل هو كالاتجاه فى مقابل النص، من دون داع حتى الاعتبار، ضروره كونهم إخوه لأب الميت و أمه لاله». و قال فى المسالك عنه: «و الأخبار حجه عليه».

هذا من جهه و من جهه أخرى فقد نقل عن ابن أبى عقيل من أنه بناء على القول الثانى لو كان هناك عم فله النصف و الباقي عن سهمه و سهم من يجتمع معه من الخثوله يرد عليهم بالنسبه، و فى هذا اشتباه واضح لأن العم لو صح تنزيله منزله أخ الميت فلا فرض له بل يرث بالقرباه، بخلاف العمه المنزله منزله أخت الميت الذى لها النصف فرضاً.

و من جهه ثالثه فعلى القول المشهور، فالثلث بين الأخوال بالسويه لأنهم متقربون إلى الميت بالأم و لدلاله خبر الدعائم السابق، و الثلثان بين الأعمام ففيه تفصيل: فإن كانوا إخوه أب الميت من أبويه أو من أبيه فعلى قاعده للذكر ضعف الأنثى، و إن كانوا إخوه أب الميت من أمه فبالساوى عند جماعه و بالتفاوت عند جماعه أخرى كما مرّ الخلاف فيه، و إن كانوا من القبيلين فالمتقرب إلى أب الميت من أمه فله الثلث إن كان متعدداً بالسويه و السدس إن كان واحداً، و الباقي للمتقرب إلى أب الميت من أبويه أو أبيه فعلى قاعده للذكر ضعف الأنثى.

(١) أى الذى تقربوا به إلى الميت هو أختهم التى هى أم الميت.

(٢) الذى هو أب الميت.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ١.

(٤) فى كتاب على.

(٥) كما فى خبر أبى أيوب عن أبى عبد الله عليه السّلام الذى أورده الشارح بتمامه، الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٦.

الأخ بمنزله الأخ. قال: وكلّ ذى رحم فهو بمنزله الرحم الذى يجر به إلا أن يكون وارث أقرب إلى الميت منه فيحجبه».

و مقابل الأصح قول ابن أبى عقيل: إن للخال المتحد السدس و للعم (١) النصف حيث يجتمع العم و الخال، و الباقي يردّ عليهما بقدر سهامهما و كذا لو ترك عمه و خاله، للعمه النصف، و للخاله السدس، و الباقي يردّ عليهما بالنسبه. و هو نادر و مستنده غير واضح.

و قد تقدم ما يدل على قدر الاستحقاق (٢) و كيفية القسمة لو تعددوا. فلو كانوا متفرقين (٣) فللأخوال من جهه الأم (٤) ثلث الثلث، و مع الاتحاد سدسه و الباقي من الثلث للأخوال من جهه الأب (٥) و إن كان واحدا. و الثلثان للأعمام، سدسهما للمتقرب منهم بالأم (٦) إن كان واحدا، و ثلثهما إن كان أكثر بالسويه، و إن اختلفوا فى الذكوريه و الأنوثيه. و الباقي للأعمام المتقربين بالأب (٧) بالتفاوت (٨).

الخامسه - للزوج و الزوجه مع الأعمام و الأخوال

(الخامسه - للزوج و الزوجه مع الأعمام و الأخوال نصيبه الأعلى):

النصف (٩) أو الربع (١٠) (و للأخوال) و إن اتحدوا أو كانوا لأم كما مرّ (الثلث من الأصل) (١١)

(١) و قد عرفت أنه اشتباه لأن العم المنزّل منزله الأخ الذى لا يرث بالفرض بل بالقراه.

(٢) أى استحقاق الأخوال و الأعمام عند الانفراد.

(٣) كل من الأعمام و الأخوال.

(٤) أى إخوه أم الميت من أمها.

(٥) أى إخوه أم الميت من أبيها.

(٦) أى إخوه أب الميت من أمه.

(٧) أى إخوه أب الميت من أبيه.

(٨) على قاعده للذكر ضعف الأنثى.

(٩) للزوج.

(١٠) للزوجه.

(١١) أصل التركة، لأنهم يأخذون نصيب أختهم التي هي أم الميت و فيه خلاف سيأتي.

ص: ١١٥

لا من الباقي (و للأعمام الباقي) (١) و هو (٢) السدس على تقدير الزوج (٣)، و هو مع الربع (٤) على تقدير الزوجه (٥).

و لو تفرق الأعمام و الأخوال مع أحد الزوجين أخذ (٦) نصيبه الأعلى، و للأخوال الثلث، سدسه (٧) لمن تقرب بالأم منهم (٨) إن كان واحدا و ثلثه (٩) إن كان (١٠) أكثر، و الباقي من الثلث للأخوال من قبل الأبوين، أو الأب.

و الباقي (١١) بعد نصيب أحد الزوجين و الأخوال للأعمام سدسه (١٢) للمتقرب منهم بالأم (١٣) إن كان واحدا، و ثلثه (١٤) إن كان أكثر (١٥) بالسويه، و الباقي (١٦) للمتقرب منهم بالأبوين، أو بالأب بالتفاوت (١٧).

و لو اجتمع الزوجان مع الأعمام خاصه، أو الأخوال فلكلّ منهما (١٨) نصيبه (١) لأن العم يأخذ نصيب أخيه الذى هو الواسطه إلى الميت.

(٢) أى الباقي.

(٣) فالزوج له النصف و الخئوله لها الثلث فالباقي سدس.

(٤) أى السدس مع الربع.

(٥) فالزوجه لها الربع و الخئوله لها الثلث فالمجموع (٥) ، ١ + ١/٢ + ٥/٣ ، فالباقي ٥ ، ٢ / ٦ ، فالواحد: سدس. و الواحد و نصف: ربع.

(٦) أحد الزوجين.

(٧) سدس الثلث.

(٨) من الخئوله، أى إخوه أم الميت من أمها.

(٩) ثلث الثلث.

(١٠) إن كان المتقرب بالأم من الخئوله.

(١١) من التركة.

(١٢) سدس الباقي.

(١٣) أى للعمومه الذين هم إخوه أبى الميت من أمه.

(١٤) ثلث الباقي.

(١٥) أى إن كان المتقرب من العمومه بأبى المیت من أمه أكثر من واحد.

(١٦) و الباقي من نصيب العمومه.

(١٧) للذكر ضعف الأنثى.

(١٨) من الزوجين.

ص: ١١٦

الأعلى كذلك (١). و الباقي للأعمام، أو للأخوال و إن اتحدوا (٢)، و مع التعدد و اتفاق الجبهه كالأعمام من الأب خاصه، أو من الأم، أو الأخوال كذلك (٣) يقتسمون الباقي كما فصل (٤).

و لو اختلفت (٥) كما لو خلفت زوجا و خالا- من الأم، و خالا- من الأبوين أو الأب، فلزوج النصف، و للخال من الأم سدس الأصل كما نقله المصنف فى الدروس عن ظاهر كلام الأصحاب، كما لو لم يكن هناك زوج، لأن الزوج لا يزاحم المتقرب بالأم (٦)، و أشار إليه هنا بقوله:

(و قيل: للخال من الأم مع الخال من الأب و الزوج - ثالث الباقي) تنزيلا لخال الأم (٧) منزله الخئوله (٨) حيث تقرب بالأم (٩) و خال الأب منزله العمومه (١٠) حيث تقرب به (١١). و هذا القول لم يذكره المصنف فى الدروس، و لا- العلامه حيث نقل الخلاف.

(و قيل: سدسه) أى سدس الباقي. و هذا القول نقله المصنف فى الدروس و العلامه فى القواعد و التحرير عن بعض الأصحاب و لم يعينوا قائله.

(١) كما لو اجتمع مع الأعمام و الأخوال.

(٢) حتى لو كان واحدا.

(٣) من الأب خاصه أو من الأم.

(٤) فالأخوال و الأعمام من الأم يقتسمون المال بالسويه، و الأعمام من الأب يقتسمونه بالتفاوت.

(٥) اختلفت جهه العمومه أو الخئوله.

(٦) من الأخوه فكذا الخئوله.

(٧) أى خال الميت و هو أخ أم الميت من أمها.

(٨) فيما لو اجتمعت مع العمومه.

(٩) أى تقرب خال الميت إلى أم الميت بأمها، كما تقرب خال الميت إلى الميت بأم الميت.

(١٠) أى خال الميت الذى تقرب إلى أم الميت بأبيها كالععم الذى تقرب إلى الميت بأبى الميت.

و بعباره أخرى: فقد نزل أخوا أم الميت من أمها منزله الخال، و أخواها من أبيها منزله العم.

(١١) بأبى أم الميت.

و اختار المصنف فى الدروس و العلامه و ولده السعيد أن له (١) سدس الثلث، لأن الثلث نصيب الخئوله، فللمتقرب بالأم منهم (٢) سدسه (٣) مع اتحاده (٤) و ثلثه مع تعدده (٥).

و يشكل بأن الثلث إنما يكون نصيبهم (٦) مع مجامعه الأعمام، و إلا (٧) فجميع المال لهم (٨) فإذا راحمهم أحد الزوجين زاحم المتقرب منهم بالأب، و بقيت حصه المتقرب بالأم و هو السدس مع وحدته، و الثلث مع تعدده خاليه عن المعارض (٩).

و لو كان مع أحد الزوجين أعمام متفرقون فلمن تقرب منهم بالأم سدس الأصل، أو ثلثه بلا خلاف على ما يظهر منهم (١٠)، و الباقي للمتقرب بالأب.

و يحتمل على ما ذكره فى الخئوله أن يكون للعمّ للأم سدس الباقي خاصه (١١)، أو (١) لخال الميت، و هو أخو أمه من أمها. (٢) من الخئوله.

(٣) سدس الثلث.

(٤) اتحاد المتقرب بالأم من الخئوله.

(٥) ثلث الثلث مع تعدد المتقرب بالأم من الخئوله.

(٦) نصيب الخئوله.

(٧) فمع عدم مجامعتهم للأعمام كما هو المفروض فى مسألتنا.

(٨) للخئوله.

(٩) و فيه: إن الخئوله مع الزوج كالأم مع الزوج لأنهم يأخذون نصيبها عند فقدها، فالأم لها النصف و الزوج له النصف الآخر، فالخئوله كلهم لهم النصف يقسم بينهم، ثلثه أو سدسه لمن تقرب إلى أم الميت من أمها و الباقي لمن تقرب إلى أم الميت من أبيها.

و مفروض مسألتنا خال لأم مع خال لأب مع زوج فيكون للزوج نصف التركة، و للخال لأم سدس الباقي، و خمسه أسداس الباقي للخال للأب، و به تعرف بطلان بقية الأقوال من أن له ثلث الباقي أو ثلث الأصل، و أما القول بأن له سدس الثلث فقد بين الشارح بطلانه.

(١٠) و الحق أن للعمّ لأم سدس الباقي بعد فرض الزوج و هو النصف، و هذا ما جزم به فى الجواهر و هو الحق الموافق للقواعد و قال: «و إن قال فى الرياض: إنه لا خلاف فيه يظهر، و به صرح فى المسالك و الروضه، و غيرهما من كتب الجماعه، لكن فيه إنه لا يخفى على من لاحظ المقام عدم تحقق إجماع فى المسأله لقله من تعرض لها).

(١١) وهو الحق مع كون العم للأُم واحدا.

ص: ١١٨

ثلثه (١) أو سدس الثلثين (٢) خاصه، أو ثلثهما (٣) بتقريب ما سبق.

السادسه عمومه الميت و عماته

(السادسه عمومه الميت و عماته) لأب و أم، أو لأحدهما (و خئولته و خالاته) كذلك (٤) و أولادهم و إن نزلوا عند عدمهم (أولى من عمومه أبيه (٥) و عماته و خئولته و خالاته و من عمومه أمه و عماتها و خئولتها و خالاتها)، لأنهم أقرب منهم بدرجة.

(و يقومون) أى عمومه الأب و الأم و خئولتها (مقامهم عند عدمهم (٦) و عدم أولادهم و إن نزلوا) و يقدم الأقرب منهم إلى الميت و أولاده فالأقرب فابن العم مطلقا أولى من عم الأب، و ابن عم الأب أولى من عم الجد، و عم الجد أولى من عم أب الجد. و هكذا، و كذا الخئوله، و كذلك الخال للأُم (٧) أولى من عم الأب.

و يقاسم كلّ منهم الآخر مع تساويهم فى الدرجة، فلو ترك الميت عمّ أبيه و عمّته، و خاله و خالته، و عمّ أمّه و عمّتها، و خالها و خالتها ورثوا جميعا، لاستواء درجاتهم. فالثلث لقرابه الأُمّ (٨) بالسويه (٩) على المشهور، و الثلثان لقرابه الأب (١٠):

عمومه و خئوله، ثلثهما (١١)

(١) ثلث الباقي مع كون العم للأُم متعددا.

(٢) فى قبال سدس الثلث للخال كما هو قول المصنف فى الدروس و العلامه و ولده السعيد، لأن العم له الثلثان فى قبال ثلث للخال.

(٣) أى ثلث الثلثين إذا كان العم للأُم متعددا.

(٤) لأب و أم أو لأحدهما.

(٥) أبى الميت، و هذا محل وفاق و لخبر أبى أيوب المتقدم (و كل ذى رحم فهو بمنزله الرحم الذى يجزّ به إلا أن يكون هناك وارث أقرب إلى الميت منه فيحجبه) (١).

(٦) عند عدم عمومه الميت و عماته و أخواله و خالاته.

(٧) أى خال الميت و هو أخو أم الميت من أمها.

(٨) لأنهم يرثون نصيب الواسطه التى يتقربون بها إلى الميت و هى الأُم. و نصيبها الثلث و هذا قول المشهور تبعا للشيخ فى النهايه.

(٩) على المشهور لاشتراك الكل فى التقرب إلى الميت بالأُم.

(١٠) لأن الثلثين نصيب الأب الذى يتقربون به إلى الميت.

(١١) ثلث الثلثين.

ص: ١١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٦.

للخال و الخاله بالسويه (١)، و ثلثاهما (٢) للعمّ و العمه أثلاثا (٣).

و صحتها (٤) من مائه و ثمانيه كمسأله الأجداد الثمانيه، إلا أن الطريق هنا:

أن سهام أقرباء الأب ثمانيه عشر (٥) توافق سهام أقرباء الأم (٦) الأربعة بالنصف (٧)، فيضرب نصف أحدهما في الآخر ثم المجتمع في أصل الفريضة و هو ثلاثه (٨).

و قيل (٩) لخال الأم و خالتها ثلث الثلث بالسويه، و ثلثاه لعمها و عمتها (١) لأنهم يتقربون إلى أبي الميت بواسطه أمه فيأخذون نصيبها منه، و قاعده التسويه هي الأصل في الخثوله.

(٢) أي ثلث الثلثين.

(٣) للذكر ضعف الأنثى.

(٤) صحه الفريضة.

(٥) لأنه أقل عدد ينقسم أثلاثا، و لثله تنصيف، و لثليه ثلث.

(٦) أربعة.

(٧) فنضرب الثمانيه عشر باثنين الذي هو نصف الأربعة، أو نضرب الأربعة بتسعه الذي هو نصف الثمانيه عشر.

(٨) و تكون الفريضة على هذا النحو:

لأقرباء الأم: ٣٦، ثلث الفريضة و يكون كل من عمها و عمتها و خالها و خالتها تسعه.

لأقرباء الأب: ٧٢، ثلثا الفريضة، فيعطى خال الأب و خالته ٢٤ لكل واحد اثنا عشر، و يعطى عم الأب و عمته ٤٨، للعم ٣٢ و للعمه ١٦.

(٩) و هو المحقق الطوسى إنّ الثلث لأقرباء الأم يقسم أثلاثا، ثلثه لخال الأم و خالتها، و ثلثاه لعم الأم و عمتها، كل ذلك بالسويه كمذهب معين الدين المصرى في مسأله الأجداد.

فسهام أقرباء الأم ستة لأنه أقل عدد لثله نصف، و لثليه نصف، و سهام أقرباء الأب ثمانيه عشر و هما متداخلان، فيضرب أصل الفريضة بثمانيه عشر، فالمجموع أربعة و خمسون.

ثلثها ١٨ لأقرباء الأم، و ثلث ١٨ ٦، تعطى لخال الأم و خالتها بالسويه، و ثلثاه ١٢، تعطى لعم الأم و عمتها بالسويه.

و ثلثا الفريضة ٣٦ لأقرباء الأب، فيعطى الثلث لخال الأب و خالته بالسويه فيكون لكل واحد ستة لأن الثلث اثنا عشر، و يعطى

الثنين لعم الأب و عمته بالتفاوت فيكون للعم -

ص: ١٢٠

بالسوية. فهي كمسأله الأجداد على مذهب معين الدين المصرى.

وقيل (١): للأخوال الأربعة الثلث بالسوية، وللعمام الثلثان: ثلثه لعم الأم وعمتها بالسوية أيضاً، وثلثاه لعم الأب وعمته أثلاثاً وصحتها من مائه وثمانيه كالأول.

السابعه - أولاد العمومه و الخنوله يقومون مقام آبائهم

(السابعه - أولاد العمومه و الخنوله يقومون مقام آبائهم) و أمهاتهم (عند عدمهم (٢) و يأخذ كلّ منهم نصيب من يتقرب به) فيأخذ ولد العمه - و إن كان أنثى - الثلثين، و ولد الخال و إن كان ذكرًا الثلث (٣)، و ابن العمه مع بنت العم الثلث كذلك (٤)، و يتساوى ابن الخال و ابن الخاله (٥)، و يأخذ أولاد العم للأم السدس إن كان واحداً (٦)، و الثلث إن كان أكثر (٧) و الباقي لأولاد العم للأبوين، أو للأب.

و كذا القول فى أولاد الخنوله المتفرقين. و لو اجتمعوا جميعاً (٨). فلأولاد الخال الواحد أو الخاله للأم سدس الثلث، و لأولاد الخالين أو الخاليتين أو هما (٩) ثلث الثلث، و باقيه (١٠)

-سته عشر و للعمه ثمانيه، لأن الثلثين أربعه و عشرون.

(١) كما استظهره كاشف اللثام.

(٢) فابن العم أقرب إلى الميت من عم أبيه كما أن عم الميت أقرب إليه من عم أبيه، ففى خبر أبى أيوب المتقدم (و كل ذى رحم بمنزله الرحم الذى يجزّ به) (١).

(٣) لأن العمه لها الثلثان لو اجتمعت مع الخال الذى له الثلث.

(٤) لأنه يأخذ نصيب الواسطه التى هى العمه هنا، و تأخذ بنت العم الثلثين.

(٥) لأن الخال و الخاله متساويان.

(٦) أى العم لا أولاده.

(٧) لأن العم للأم له السدس مع الاتحاد و الثلث مع التعدد.

(٨) أولاد الخنوله و أولاد العمومه، و أولاد الخنوله بعضهم ابن خال لأم و بعضهم ابن خال لأب و كذا فى أولاد العمومه.

(٩) أولاد الخال و الخاله.

(١٠) باقى الثلث المعطى لأولاد الخنوله.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٦.

للمتقرب منهم (١) بالأب، و كذا القول في أولاد العمومه المتفرقين بالنظر إلى الثلثين. و هكذا.

(و) يقتسم أولاد العمومه من الأبوين) إذا كانوا إخوه (٢) مختلفين بالذكوريه و الأنوثيه (بالتفاوت) (٣) للذكر مثل حظ الأنثيين (و كذا) أولاد العمومه (من الأب) حيث يرثون مع فقد المتقرب بالأبوين.

(و) يقتسم (أولاد العمومه من الأم بالتساوى (٤)، و كذا أولاد الخثوله مطلقا) (٥) و لو جامعهم زوج أو زوجته فكمجامعته لأبائهم، فيأخذ النصف، أو الربع و من تقرب بالأُم نصيبه الأصلي من أصل التركة، و الباقي لقرابه الأبوين، أو الأب.

الثامنه - لا يرث الأبعد مع الأقرب فى الأعمام و الأخوال

(الثامنه - لا- يرث الأبعد مع الأقرب فى الأعمام و الأخوال) و إن لم يكن من صنفه (٦). فلا- يرث ابن الخال و لو للأبوين مع الخال (٧) و لو للأُم، و لا مع العمّ مطلقا (٨)، و لا ابن العم مطلقا (٩) مع العمه كذلك (١٠) و لا مع الخال مطلقا (١١) (و كذا (أولادهم) لا يرث الأبعد منهم عن الميت مع الأقرب إليه كابن ابن العم مع ابن العم، أو ابن الخال.

(إلا فى مسأله ابن العم) للأبوين (و العم) للأب فإنها خارجه من القاعده (١٢) (١) من أولاد الخثوله.

(٢) أى الأعمام.

(٣) كتقسيم ميراث العمومه للأبوين.

(٤) كتقسيم ميراث العمومه للأُم.

(٥) أى بالتساوى سواء كانوا أولاد خثوله من الأم أو من الأبوين أو من الأب أو متفرقين.

(٦) أى و إن لم يكن البعيد من صنف القريب.

(٧) لأن الخال أقرب.

(٨) سواء كان أخو أبى الميت من أمه أو من أبيه أو من كليهما.

(٩) سواء كان أبوه أخا لأبى الميت من أبويه أو من أمه أو من أبيه.

(١٠) أى و لو كانت أختا لأبى الميت من أمه.

(١١) سواء كان الخال أخا لأم الميت من أبويها أو من أمها أو من أبيها فلا يرث معه ابن العم لأن الخال أقرب.

(١٢) قاعده تقديم الأقرب على الأبعد.

بالإجماع و قد تقدمت. و هذا بخلاف ما تقدم في الإخوة و الأجداد فإن قريب كل من الصنفين (١) لا يمنع بعيد الآخر.

و الفرق: أن ميراث الأعمام و الأخوال ثبت بعموم آيه أولى الأرحام، و قاعدتها تقديم الأقرب فالأقرب مطلقا (٢)، بخلاف الإخوة و الأجداد فإن كل واحد ثبت بخصوصه من غير اعتبار الآخر فيشارك البعيد القريب، مضافا إلى النصوص الداله عليه (٣)، فروى سلمه بن محرز عن أبي عبد الله عليه السلام قال في ابن عمّ و خاله: المال للخاله. قال: و قال في ابن عم و خال: المال للخال» (٤).

و أما النصوص الداله على مشاركته الأبعد من أولاد الإخوة للأقرب من الأجداد فكثيره جدا، ففي صحيحه محمد بن مسلم قال: «نظرت إلى صحيفه ينظر فيها أبو جعفر عليه السلام قال: و قرأت فيها مكتوبا: ابن أخ و جدّ المال بينهما سواء.

فقلت لأبي جعفر عليه السلام: إن من عندنا لا يقضى بهذا القضاء لا يجعلون لابن الأخ مع الجدّ شيئا! فقال أبو جعفر عليه السلام: أما إنه إملاء رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم و خطّ على عليه السلام (٥). و عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: حدثني جابر عن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم - و لم يكن يكذب جابر - أن ابن الأخ يقاسم الجدّ (٦).

التاسعه - من له سبيان

(التاسعه - من له سبيان) (٧) أى موجبان للإرث، أعم من السبب السابق (١) الأخواه و الأجداد.

(٢) و إن لم يكونوا من صنف واحد.

(٣) على تقديم الأقرب على الأبعد في مسأله الأعمام و الأخوال.

(٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأعمام و الأخوال حديث ٤.

(٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأخواه و الأجداد حديث ٥.

(٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الأخواه و الأجداد حديث ٣.

(٧) المراد بالسبب موجب الإرث الذى هو مقسم السبب الخاص و النسب، فإذا اجتمع لشخص سبيان ورث بهما ما لم يمنع أحد السبيين الآخر و لم يكن من هو أقرب إلى الميت منه فى السبيين، فلو كان شخص أقرب للميت منه بسبب ورث من له السبيان بالسبب الثانى.

و السبيان إما سبب خاص و نسب كمثل زوجه هى بنت عم، فإذا لم يكن للميت أقرب منها بالنسب ورثت حصه الزوجيه و حصه بنت العم.

فإن هذا يشمل النسب (يرث بهما) إذا تساويا في المرتبة (كعمّ هو خال) كما إذا تزوّج أخوه لأبيه أخته لأمه فإنه يصير عمّا لولدهما للأب، خالا- للأُمّ فيرث نصيبهما لو جامعته غيره كعم آخر أو خال. وهذا مثال للنسيين. أما السبيان بالمعنى الأخص فيتفقان كذلك (١) في زوج هو معتق، أو ضامن جريره.

(و لو كان أحدهما) أى السبيان بالمعنى الأعم (يحجب الآخر (٢) ورث) من جمعهما (من جهة) السبب (الحاجب) خاصة (كابن عم هو أخ لأُم) فيرث بالأخوّه، هذا فى النسيين. و أما فى السببين الذين يحجب أحدهما الآخر كالإمام -و إما أن يكون السبيان نسيين كعم للميت هو خاله، و هذا يتم فيما لو تزوج شخص بامرأه فأولدت له ولدا ثم طلقها، فتزوج المطلّق ثانيه و أتت له بولد و تزوجت المطلّقه بأخر فأتت له بنت، و لا حرمه و لا نسب بين الولد من الرجل المطلق و امرأته الثانيه و بين البنت من المطلّقه و زوجها الثاني فيجوز أن يتزوج هذا الولد من تلك البنت فلو تزوج و أتت له بولد فهو بالنسبه لابن المطلق و المطلّقه ابن أخ و ابن أخت، فلو مات الولد فابن المطلق و المطلّقه عم و خال فهذا العم و الخال يرث نصيب العمومه و الخئوله إن لم يجمعه أحد من الأعمام و الأخوال، و لو جامعته عم آخر كان نصيب العمومه بينهما، و نصيب الخئوله له بمفرده، و لو جامعته خال كان نصيب الخئوله بينهما مع انفراده بنصيب العمومه، و لو جامعته عم و خال كان نصيب العمومه بينه و بين العم الآخر، و نصيب الخئوله بينه و بين الخال الآخر، بشرط أن يكون العم الآخر مثله، عما للميت لأب فلو كان العم الآخر لأبوين منعه من نصيب العمومه، و لا يشترط ذلك فى الخال لأن الخال الآخر لو كان لأبوين لكان هو خالا لأُم فله سدس الثلث.

و إما أن يكون السبيان سببين خاصين كمعتق و زوج، كمن أعتق أمته ثم تزوجها فإنه يرث بالزوجيه و بولاء العتق.

(١) إذا تساويا فى الرتبة.

(٢) مثاله فى النسيين كأخ لأُم هو ابن عم لأب، و ذلك لو تزوج رجل امرأه فأولدت له ولدا ثم مات الرجل، فتزوجها أخوه فأنجبت له ولدا أيضا فالولد الثاني أخو الولد الأول من أمه، و ابن عمه من أبيه، فلو مات أحدهما فالآخر يرثه بالأخوه الحاجبه لنصيب أبناء العمومه.

و مثاله فى السببين الخاصين كالإمام عليه السّلام و هو معتق، فيرث الإمام الميت بولاء العتق دون ولاء الإمامه.

و مثاله فى النسب و السبب كعم أو أخ و هو معتق، فالنسب يحجب السبب.

إذا مات عتيقه فإنه يرث بالعتق لا بالإمامه و كمتعق هو ضامن جريره.

و يمكن فرض أنساب متعدده لا- يحجب أحدها الباقي كابن ابن عم لأب، هو ابن ابن خال لأم، هو ابن بنت عمه، هو ابن بنت خاله (١)

و قد يتعدد (٢) كذلك (٣) مع حجب بعضها لبعض كأخ لأم هو ابن عم، و ابن خال (٤).

القول فى ميراث الأزواج

إشاره

(القول فى ميراث الأزواج)

الزوجان يتوارثان و يصاحبان جميع الورثه

(و) الزوجان (يتوارثان) و يصاحبان جميع الورثه (٥)

(١) قد تقدم تصور شخص هو عمّ و خال للميت، فأخته تكون عمه و خاله أيضا، فلو كان لهذا العم الخال ولد و لأخته بنت و تزوجا و أنجبا ولدا. فهذا الولد بالنسبه للميت ابن ابن عم و ابن ابن خال، و كذلك هو ابن بنت عمه و ابن بنت خاله.

(٢) النسب.

(٣) أكثر من طرفين.

(٤) و ذلك لو تزوج شخص بامرأه فأتت له بولد ثم طلقها فتزوجت المطلقه بخاله فأولدت له ولدا. فالولد الأول أخو الولد الثانى من أمه، و ابن خال الولد الثانى من أبيه ثم لو تزوج الولد الأول امرأه فأتت له بولد، ثم طلقها فتزوجت بالولد الثانى فأتت له بولد فابن الولد الأول هو أخو ابن الولد الثانى من أمه لأن أمهما واحده.

و ابن الولد الأول هو ابن عم ابن الولد الثانى لأن أبويهما إخوه من الأم و ابن الولد الأول هو ابن ابن خال أبى أبى الولد الثانى، لأن جد ابن الولد الأول هو خال جد الولد الثانى.

و لا يمكن فرض ابن خال قريب مع كونهما إخوه لأم إلا إذا وطأ الأخ أخته و هذا لا يتم إلا بالشبهه أو على مذهب المجوس، و عباره الشارح تأبى ذلك لأن ظاهرها كون الأنساب المتعدده بحسب العقد الصحيح عندنا و هذا لا يتم إلا فى ابن ابن الخال البعيد، و لا ضمير فيه ما دام يصدق الابن على ابن الابن، و يصدق الخال على البعيد كصدقه على القريب.

و عليه فابن الولد الأول يرث ابن الولد الثانى بالأخوه الحاجبه عن العمومه و الخئوله.

(٥) لعموم الآيه و لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم -

ص: ١٢٥

مع خلوهما من الموانع (١) (وإن لم يدخل) الزوج (٢) (إلا في المريض (٣) الذي تزوج في مرضه فإنه لا يرثها، ولا ترثه (إلا أن يدخل، أو يبرأ) من مرضه فيتوارثان بعده وإن مات قبل الدخول، ولو كانت المريضة هي الزوجه توارثا وإن لم يدخل -الرُّبْع مِمَّا تَرَكَنْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَ لَهَنَّ الرُّبْعَ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهَنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ تَوْصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ (١).

و للمرسل عن أبي جعفر عليه السّلام: (إن الله أدخل الزوج و الزوجه على جميع أهل الموارث فلم ينقصهما من الربع و الثمن) (٢).

(١) كالقتل و الكفر و الرق.

(٢) بل كان مجرد العقد و ذلك لصدق الزوجيه بينهما، و لأخبار. منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (سألته عن الرجل يتزوج المرأة ثم يموت قبل أن يدخل بها فقال: لها الميراث و عليها العده أربعة أشهر و عشر، و إن كان سمى لها مهرا يعنى صداقا فلها نصفه، و إن لم يكن سمى لها مهرا فلا مهر لها) (٣).

(٣) و هو الذى تزوج فى حال المرض، و مات فيه قبل الدخول، فنكاحه باطل و لا إرث لها و لا مهر، جزم بذلك الأكثر من غير أن يذكر خلاف، للأخبار منها: خبر زراره عن أحدهما عليه السّلام (ليس للمريض أن يطلق و له أن يتزوج، فإن هو تزوج و دخل بها فهو جائز، و إن لم يدخل بها حتى مات فى مرضه، فنكاحه باطل و لا مهر لها و لا ميراث) (٤).

و خبر أبى و لآد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل تزوج فى مرضه فقال: إذا دخل بها فمات فى مرضه و ورثته، و إن لم يدخل بها لم ترثه و نكاحه باطل) (٥).

نعم نسب الحكم فى الدروس إلى الشهره مشعرا بتردده فيه، إلا أن الأخبار تقطع هذا التردد، و عليه فلو تزوج بها و كان مريضا و قد دخل ثم مات فترثه، و لو لم يموت فى مرضه بل فى مرض آخر بعد شفائه من الأول فترثه و إن لم يدخل لأن العقد لم يكن فى المرض المتصل بالموت، و لو كانت هى المريضة مرض الموت و ورثها كمثل إرث الزوج من الزوجه الصحيحه حين العقد بعد عدم المانع إذ المانع فى إرثها منه، لا فى إرثه منها.

ص: ١٢٤

١- (١) النساء الآية: ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

٤- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٣ و ١.

على الأقرب كالصحيحه (١) عملا بالأصل (٢).

و تخلفه (٣) فى الزوج (٤) لدليل خارج (٥) لا يوجب إلحاقها به (٦)، لأنه قياس (٧).

فى أن الطلاق الرجعى لا يمنع من الإرث

(و الطلاق الرجعى (٨) لا يمنع من الإرث) من الطرفين (إذا مات أحدهما فى العده الرجعية)، لأن المطلقه رجعيا بحكم الزوجه، (بخلاف البائن) فإنه لا يقع بعده توارث فى عدته (٩) (إلا) أن يطلق و هو (فى المرض) (١٠) فإنها ترثه إلى سنه، (١) أى كالزوجه غير المريضة.

(٢) الموجب للتوارث بين الزوجين عند موت أحدهما.

(٣) تخلف الأصل الموجب للتوارث.

(٤) فلا ترثه.

(٥) و هو الأخبار.

(٦) إلحاق الزوجه بالزوج، بحيث لو ماتت هى فى مرضها فلا يرثها الزوج.

(٧) لأن الإلحاق.

(٨) المطلقه الرجعية ترث زوجها، و يرثها، إذا وقع موت أحدهما فى العده للأخبار منها:

صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (إذا طلقت المرأة ثم توفى زوجها و هى فى عده منه لم تحرم عليه، فإنها ترثه و يرثها ما دامت فى الدم من حيضتها الثانية من التطليقتين الأولتين، فإن طلقها الثالثة فإنها لا ترث من زوجها شيئا و لا يرث منها) (١).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا طلق الرجل و هو صحيح لا رجعه له عليها لم يرثها، و قال عليه السّلام: و هو يرث و يورث ما لم تر الدم من الحيضه الثالثه إذا كان له عليها رجعه) ٢.

و مقتضى التعليل الوارد فى هذه الأخبار: (إذا كان له عليها رجعه) و (و هى فى عده منه لم تحرم عليه) أن الطلاق لو كان بائنا لا رجعه للزوج فيه لم يرث و لم ترثه و هذا ما ورد فى صحيح الحلبي المتقدم: (لا رجعه له عليها لم يرثها).

(٩) عده الطلاق البائن.

(١٠) ذهب المشهور إلى أن الزوج لو كان مريضا و طلقها بائنا أو رجعيا ورثته إلى مده سنه، إذا مات فى مرضه و لم تتزوج، و لا

يرثها إن ماتت، أما عدم إرثه منها لانقطاع العصمه،-

ص: ١٢٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١ و ٢.

ولا يرثها هو (على ما سلف) في كتاب الطلاق، ثم الزوجه إن كانت ذات ولد (١) - وإما يرثها منه إلى سنة فلأخبار منها: معتبره أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا طلق الرجل المرأة في مرضه، ورثته ما دام في مرضه ذلك و إن انقضت عدتها إلا أن يصح منه، قلت: فإن طال به المرض، قال: ما بينه وبين سنة) (١).

(١) اعلم أن هذه المسألة من منفردات مذهب الإماميه كالجوه و عدم التعصيب و عدم العول و تقديم ابن العم للأبوين على العم للأب، و على كل حال فقد وقع الاتفاق على حرمان الزوجه في الجملة من شيء من التركة و لم يخالف إلا ابن الجنيّد و البحث يقع في مواضع.

الموضع الأول: فيما تحرم منه الزوجه و قد اختلف فيه الأصحاب على أقوال:

القول الأول: و هو المشهور حرمانها من نفس الأرض عينا و قيمه، سواء كانت الأرض خالية أو مشغولة بزرع أو بناء، و حرمانها من عين الآلات و الأرض و أبنيتها و تعطى قيمه ذلك، و إليه ذهب الشيخ في النهاية و أتباعه كالقاضي ابن البراج و ابن حمزه و أبو الصلاح، و إليه ذهب المحقق في الشرائع و العلامه في المختلف و الشهيد في اللمعه هنا.

و يدل عليه حسنه الفضلاء - زراره و فضيل و بريد و محمد بن مسلم و بكير - عن الباقر أو الصادق عليهما السّلام: (المرأه لا ترث من تركه زوجها من ترابه دار أو أرض، إلا أن يقوم الطوب و الخشب قيمه فتعطى ربعها أو ثمنها) (٢).

القول الثاني: مثل القول الأول بإضافه الشجر إلى الآلات في الحرمان من العين دون قيمه، و إليه ذهب أكثر المتأخرين بل قيل إنه المشهور، بل قال بعضهم إنه عين القول الأول لأن الخشب الوارد في صحيح الفضلاء المتقدم أعم من خشب الأشجار و الخشب المستعمل في البيوت.

و على كل فيدل على إضافه الشجر صحيح الأحوال عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا يرثن النساء من العقار شيئا، و لهنّ قيمه البناء و الشجر و النخل) (٣).

القول الثالث: حرمانها من الرباع و هي الدور و المساكن، دون البساتين و الضياع، و تعطى قيمه الآلات و الأبنيه من الدور و المساكن، و هو قول المفيد و ابن إدريس و المحقق في النافع و الآبي في كشف الرموز، و مال إليه العلامه في المختلف.

لروايه العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ترث المرأه الطوب و لا ترث -

ص: ١٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١٦.

من الزوج ورثت من جميع ما تركه كغيرها من الورثة على المشهور، خصوصا بين -من الرباع شيئا(١): وروايه يزيد الصائغ عن أبي جعفر عليه السلام: (إن النساء لا يرثن من رباع الأرض شيئا لكن لهنّ قيمة الطوب و الخشب.

قلت: إن الناس لا يأخذون بهذا، قال عليه السّلام: (إذا وليناهم ضربناهم بالسوط فإن انتهوا و إلا ضربناهم بالسيف عليه)٢، و هذه الروايات اقتصرت على الرباع دون البساتين، و فيه: إن صحيح الفضلاء المتقدم قد صرح بغير الرباع بقوله: (من تر به دار أو أرض) و لفظ الأرض شامل لأرض البساتين و غيرها الخاليه عن الأشجار.

القول الرابع حرمانها من عين الرباع دون قيمتها فقط، و الباقي من تركه الزوج لجميع الورثة بما فيهم الزوجه كل بحسب نصيبه.

و هو قول المرتضى و استحسنة العلامه فى المختلف، فيقتصر على الرباع لأنه القدر المتيقن، و تحرم من عينها دون قيمه جمعا بين عموم آيات الإرث و بين هذه الروايات النافيه لإرث الزوجه، فتحمل على أن النفي من عين الرباع فقط. و مذهبه هنا على نحو ما اختاره فى الجوه من إعطائها للولد الأكبر بالقيمه.

و فيه: إن هذا القول مناف لصريح الأخبار المتقدمه النافى لإرث الزوجه من الرباع قيمه و عينا و حصر إرثها فى قيمه آلاتها و أبنتها.

القول الخامس: عدم حرمانها مطلقا بل ترث كبقية الورثه، و إليه ذهب ابن الجنيد، لصحيح ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الرجل هل يرث من دار امرأته أو أرضها من التربه شيئا، أو يكون فى ذلك بمنزله المرأه فلا يرث من ذلك شيئا؟ فقال عليه السلام: يرثها و ترثه من كل شىء ترك و تركت)(٢).

و فيه: إنه لا يصلح لمعارضه تلك الأخبار المصرحه بحرمانها فى الجمله فلا بد من حملة على التقيه خصوصا حرمان الزوجه من الأرض كان مركزا فى ذهن السائل و هذا يدل على شيوعه بين أصحاب الأئمه (عم)، و هذا يؤيد أن جواب الإمام بنفى الحرمان محمول على التقيه.

الموضع الثانى: هل الحرمان لمطلق الزوجه أم لخصوص غير ذات الولد من زوجها الميت، فالمشهور خصوصا بين المتأخرين أنّ الحرمان لخصوص غير ذات الولد، و أما ذات الولد فترثه كما يرثها و دليلهم صحيحه ابن أبي يعفور الداله على إرث الزوجه كإرث الزوج-

ص: ١٢٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢ و ١١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

المتأخرين، و كذا يرثها الزوج مطلقا (١).

فى منع الزوجه غير ذات الولد من الأرض

(و تمنع الزوجه غير ذات الولد من الأرض) مطلقا (عينا و قيمه) و تمنع (من) -بحملها على خصوص الزوجه ذات الولد، و لخصوص حسنه ابن أذينه: (فى النساء إذا كان لهنّ ولد أعطين من الرباع)(١).

و فيه: إن حسنه ابن أذينه مقطوعه، و قال فى الجواهر: «و دعوى القطع بكونه - أى الخبر - من الإمام عليه السلام واضح المنع»، مع أن حمل صحيحه ابن أبى يعفور على الزوجه ذات الولد لا شاهد له من الأخبار فهو تبرعى.

و لذا ذهب إلى حرمان الزوجه ذات الولد و غيرها كل من الكلينى و المفيد و السيد و الشيخ فى الاستبصار و الحلى و الحلبي و المحقق فى النافع و جماعه من المتأخرين بل ادعى ابن إدريس الإجماع عليه عملا بإطلاق الأخبار الشامل للجميع و هو الأقرب.

الموضع الثالث: فى بيان حكمه الحرمان، و كما يستفاد من الأخبار أن الزوجه لا نسب بينها و بين الورثه فلو تزوجت بعد الميت بغيره، فلو أورثت من أرض زوجها الأول و بيوته لأسكنت زوجها الجديد فى هذه المساكن و سلطته على الدور فيحصل بذلك غضاظه على الورثه و تقع بينهم و بين الزوج الجديد مفساد، فالحكمه الإلهيه اقتضت الحرمان حسما لباب النزاع.

ففى روايه محمد بن مسلم: (قال أبو عبد الله عليه السلام: ترث المرأة من الطوب و لا ترث من الرباع شيئا، قلت: كيف ترث من الفرع و لا ترث من الرباع شيئا، فقال عليه السلام:

ليس لها منهم نسب ترث به، و إنما هى دخيل عليهم فترث من الفرع و لا ترث من الأصل، و لا يدخل عليهم داخل بسببها)(٢)، و روايه حماد بن عثمان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إنما جعل للمرأة قيمه الخشب و الطوب لئلا تتزوج فتدخل عليهم من يفسد موارثهم)٣، و فى خبر ميسر يباع الزطى عن أبى عبد الله عليه السلام: (لأن المرأة ليس لها نسب ترث به، و إنما هى دخيل عليهم، إنما صار هذا كذا لئلا تتزوج المرأة فيجىء زوجها أو ولدها من قوم آخرين فيزاحم قوما آخرين فى عقارهم)٤.

و هذه الحكمه تقتضى حرمان الزوجه مطلقا سواء كانت ذات ولد أو لا و هذا يؤيد ما اخترناه سابقا.

(١)سواء كان ذا ولد منها أو لا.

ص: ١٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢ و ٩ و ٣.

(الآلات) أى آلات البناء من الأخشاب و الأبواب (و الأبنيه) من الأحجار و الطوب و غيرها (عينا لا قيمه) فيقوم البناء و الدور (١) فى أرض المتوفى خاليه عن الأرض باقيه فيها إلى أن تفنى بغير عوض على الأظهر، و تعطى من قيمه الربع، أو الثمن.

و يظهر من العبارة (٢) أنها ترث من عين الأشجار المثمره و غيرها (٣) لعدم استثنائها (٤) فتدخل (٥) فى عموم الإرث، لأن كل ما خرج عن المستثنى ترث (٦) من عينه كغيرها (٧). و هو أحد الأقوال (٨) فى المسأله، إلا أن المصنف لا يعهد ذلك من مذهبه، و إنما المعروف منه و من المتأخرين حرمانها من عين الأشجار كالأبنيه، دون قيمتها.

و يمكن حمل الآلات على ما يشمل الأشجار كما حمل هو و غيره كلام الشيخ فى النهايه على ذلك مع أنه (٩) لم يتعرض للأشجار، و جعلوا كلامه كقول المتأخرين (١) اختلفوا فى طريقه التقويم على ثلاثه أقوال.

الأول: أن تقوم الآلات و الأشجار بلحاظ بقائها فى أرض الغير مجانا إلى أن تفنى، لأنها كانت كذلك بحق و إطلاق النصوص يؤيده، و هذا ما عليه صاحب الرياض و الجواهر و الشهيد الثانى و جماعه.

القول الثانى: أن تقوم باقيه فى أرض الغير بالأجره جمعا بين حق الورثه فى الأرض و بين حقها فى قيمه الآلات و الشجر.

القول الثالث: أن تقوم الأرض خاليه ثم تقوم مع الآلات و الأشجار، و مقدار التفاوت هو قيمه الأشجار و الآلات، و هذا ما ذهب إليه الصيمرى.

و الحق هو الأول لأن الظاهر من النصوص أنها ترث من قيمه ما يوجد فى الأرض بما هو باق فيها لا بما هو كما هو مبنى التقويم عند الصيمرى.

(٢)عبارة المصنف.

(٣)بل من مطلق الشجر الذى له قيمه.

(٤)أى لعدم استثناء الأشجار.

(٥)الأشجار.

(٦)الزوجه.

(٧)من بقيه الورثه.

(٨)و هو القول الأول المتقدم.

(٩)مع أن الشيخ فى النهايه لم يتعرض للأشجار بل اكتفى بالآلات.

فى حرمانها من عين الأشجار حيث ذكر الآلات، و هو حمل بعيد على خلاف الظاهر، و مع ذلك (١) يبقى فرق بين الآلات هنا (٢) و بينها (٣) فى عبارته (٤) فى الدروس، و عبارته المتأخرين حيث ضموا إليها (٥) ذكر الأشجار (٦)، فإن المراد بالآلات فى كلامهم: ما هو الظاهر منها، و هى آلات البناء و الدور، و لو حمل كلام المصنف هنا، و كلام الشيخ و من تبعه على ما يظهر من معنى الآلات و يجعل قولاً برأسه فى حرمانها (٧) من الأرض مطلقاً (٨)، و من آلات البناء عينا، لا قيمه، و إرثها من الشجر كغيره (٩) كان أجود (١٠)، بل النصوص الصحيحة و غيرها داله عليه (١١) أكثر من دلالتها (١٢) على القول المشهور بين المتأخرين (١٣).

و الظاهر عدم الفرق فى الأبنية بين ما اتخذ للسكنى، و غيرها من المصالح كالرحى، و الحمام، و معصره الزيت، و السمسم، و العنب، و الإصطبل، و المراح، و غيرها، لشمول الأبنية لذلك كله و إن لم يدخل فى الرباع المعبر عنه فى كثير من الأخبار لأنه جمع ربع و هو الدار (١٤).

(١) لو سلم بحمل الآلات على ما يشمل الأشجار.

(٢) فى اللمعه حيث إن الآلات تشمل الأشجار.

(٣) و بين الآلات.

(٤) عبارته المصنف.

(٥) إلى الآلات.

(٦) الكاشف عن كون الآلات لا تشمل الأشجار و إلا لما صح العطف.

(٧) حرمان الزوجه.

(٨) عينا و قيمه.

(٩) كغير الشجر مما تركه الزوج.

(١٠) و هذا ما فعلناه سابقا بحيث جعلناه القول الأول فى المسأله.

(١١) على الحرمان للآلات فقط دون الشجر.

(١٢) دلالة النصوص.

(١٣) من الحرمان للآلات و الشجر عينا لا قيمه، و هو الحق لصحيح الأحوال المتقدم فراجع.

(١٤) المتخذ للسكنى، لكن ظاهر بعض النصوص لا ترث من قيمه أى بناء، ففى خبر يزيد الصائغ عن أبى عبد الله عليه السلام:

(سألته عن النساء هل يرثن من الأرض؟ فقال: لا -

ص: ١٣٢

و لو اجتمع ذات الولد و الخاليه عنه (١) فالأقوى اختصاص ذات الولد (٢) بثمن الأرض أجمع (٣)، و ثمن ما حرمت الأخرى من عينه، و اختصاصها (٤) بدفع قيمه (٥) دون سائر الورثه (٦)، لأن سهم الزوجيه منحصر فيهما فإذا حرمت إحداهما من بعضه (٧) اختص بالأخرى (٨)، و إن دفع قيمه على وجه القهر لا- الاختيار (٩). فهو كالدين (١٠)، لا- يفرق فيه (١١) بين بذل الوارث العين، و عدمه، و لا بين امتناعه من قيمه، و عدمه، فيبقى في ذمته (١٢) إلى أن يمكن الحاكم إجباره (١٣) على أدائها (١٤)، أو البيع عليه (١٥) قهرا كغيره من الممتنعين من أداء الحق، و لو تعذر ذلك كله بقي في ذمته (١٦)

و لكن يرثن قيمه البناء(١٧)، و هو شامل لكل الأبنيه التي ذكرها الشارح و لغيرها.

(١) عن ولد من الزوج المتوفى.

(٢) بناء على اختصاص الحرمان بالزوجه الخاليه عن الولد، و قد عرفت ضعفه.

(٣) لأن الثانيه محرومه.

(٤) ذات الولد.

(٥) ممن تحرم الزوجه الخاليه عن الولد من عينه.

(٦) لأن لهما الثمن فلو حرمت إحداهما من نصف الثمن عينا فعلى الأخرى دفع قيمه حينئذ حتى يبقى الثمن بينهما.

(٧) عينا.

(٨) و عليها دفع قيمه، نعم لو كانت الزوجه واحده فالدافع للقيمه هم بقيه الورثه.

(٩) كما هو ظاهر النصوص.

(١٠) بمعنى عدم جواز التصرف في المال حتى يدفع الوارث قيمه للزوجه، و الدين للمدين.

(١١) في وجوب دفع قيمه.

(١٢) ذمه الوارث.

(١٣) إجبار الوارث.

(١٤) أداء قيمه.

(١٥) أى بيع ما حرمت الزوجه من عينه.

(١٦) بقى أداء القيمه للزوجه فى ذمه الوارث.

ص: ١٣٣

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٨.

إلى أن يمكن للزوجه تخليصه (١) و لو مقاصه سواء فى ذلك (٢) الحصه (٣) و غيرها (٤).

و اعلم أن النصوص مع كثرتها فى هذا الباب خاليه عن الفرق بين الزوجتين (٥)، بل تدل على اشتراكهما فى الحرمان، و عليه جماعه من الأصحاب.

و التعليل الوارد فيها له (٦) و هو الخوف من إدخال المرأه على الورثه من يكرهون:

شامل لهما أيضا (٧)، و إن كان (٨) فى الخاليه من الولد أقوى (٩).

و وجه فرق المصنف و غيره بينهما (١٠) و روده (١١) فى روايه ابن أذينه (١٢) و هى مقطوعه تقصر عن تخصيص تلك الأخبار الكثيره (١٣)، و فيها الصحيح و الحسن، إلا أن فى الفرق (١٤) تقيلا لتخصيص آيه إرث الزوجه (١٥) مع وقوع الشبهه بما ذكر (١٦) (١) تخليص ما فى ذمه الوارث من قيمه ما حرمت منه عينا.

(٢) فى التقاص.

(٣) أى الحصه التى حرمت من عينها بالإرث، غايته تأخذ الحصه هنا من باب التقاص عما لها من القيمه فى ذمه الوارث لا من باب أنها إرث لها.

(٤) غير الحصه من بقيه أموال الوارث.

(٥) ذات الولد و الخاليه عنه.

(٦) فى النصوص للحرمان.

(٧) كشمول الأخبار.

(٨) التعليل.

(٩) لعدم المانع من الزواج بخلاف ذات الولد فإن نفس الولد مانع لها خصوصا عند الكثره.

(١٠) بحرمان الزوجه الخاليه دون ذات الولد.

(١١) ورود الفرق.

(١٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ٢، و قد صرحت بعدم حرمان ذات الولد، و قد تقدمت سابقا فى الشرح.

(١٣) و المطلقه.

(١٤) بين الزوجتين و حرمان الخاليه عن الولد خاصه.

(١٥) بخلاف التعميم فإنه تكثير لتخصيص الآيه الشريفه، و فيه: إن تقليل التخصيص ليس بوجه بعد قيام الدليل على التعميم.

(١٦) من المقطوعه فى تخصيص الحرمان بالخاليه عن الولد فضلا عن أنه مذهب المشهور.

ص: ١٣٤

فى عموم الأخبار (١) فلعله (٢) أولى من تقليل تخصيص الأخبار (٣) مضافا إلى ذهاب الأكثر إليه (٤).

و فى المسأله أقوال أخر، و مباحث طويله حققناها فى رساله منفرده تشتمل على فوائد مهمه فمن أراد تحقيق الحال فليقف عليها.

فى ما لو طلق ذو الأربع إحدى الأربع

(و لو طلق) ذو الأربع (إحدى الأربع و تزوج) بخامسه (٥) (و مات) قبل تعيين المطلقه، أو بعده (٦) (ثم اشتبهت المطلقه) من الأربع (فللمعلومه) بالزوجيه و هى التى تزوج بها أخيرا (٧) (ربع النصيب) الثابت للزوجات و هو (٨) الربع، أو الثمن (و ثلاثه أرباعه بين) الأربع (البقيات) التى اشتبهت المطلقه فيهن بحيث احتمال أن يكون كل واحده هى المطلقه (بالسويه) (٩).

هذا هو المشهور بين الأصحاب لا- نعلم فيه مخالفا غير ابن إدريس، و مستنده روايه أبى بصير عن الباقر عليه السلام (١٠) و محصولها ما ذكرناه، و فى طريق (١) فقول المشهور و مقطوعه ابن أذينه توجب الشبهه فى عموم الأخبار لكلتا الزوجتين.

(٢) تقليل تخصيص الآيه الشريفه فى إرث الزوجه.

(٣) من باب إضافه المصدر إلى مفعوله أى تخصيص الأخبار العامه بمقطوعه ابن أذينه، فجعلها مخصيه صه ليلزم تقليل تخصيص فى الآيه الشريفه أولى من جعلها عامه غير مخصصه فيلزم تكثير تخصيص فى الآيه الشريفه، و لذا فالتقليل الثانى بمعنى العدم بخلاف التقليل الأول فإنه على معناه اللغوى.

(٤) إلى الفرق.

(٥) بعد انقضاء عده المطلقه.

(٦) بعد التعيين.

(٧) أى الزوجه الجديده لأن المطلقه اشتبهت بالزوجات السابقات.

(٨) النصيب.

(٩) للعدل و لعدم ترجيح واحده منهن.

(١٠) سأله: (عن رجل تزوج أربع نسوه فى عقد واحد، أو قال فى مجلس واحد و مهورهن مختلفه، قال: جائز له و لهن، قال: رأيت إن هو خرج إلى بعض البلدان فطلق واحده من الأربع و أشهد على طلاقها قوما من أهل تلك البلاد و هم لا يعرفون المرأه ثم تزوج امرأه من أهل تلك البلاد بعد انقضاء عده تلك المطلقه، ثم مات بعد ما دخل بها كيف يقسم ميراثه؟

الروايه على بن فضال و حاله مشهور (١)، و مع ذلك (٢) فى الحكم مخالفه للأصل من توريث من يعلم عدم إرثه، للقطع بأن إحدى الأربع غير وارثه.

(و) من ثمّ (قيل) و القائل ابن إدريس: (بالقرعه) (٣)، لأنها لكلّ أمر مشتبه (٤) أو مشتبه فى الظاهر مع تعيينه فى نفس الأمر (٥). و هو هنا كذلك، لأنّ إحدى الأربع فى نفس الأمر ليست وارثه، فمن أخرجتها القرعه بالطلاق منعت من الإرث، و حكم بالنصيب للباقيات بالسويه و سقط عنها (٦) الاعتداد (٧) أيضا، لأن المفروض انقضاء عدّتها (٨) قبل الموت، من حيث إنه قد تزوج بالخامسه.

و على المشهور (٩) -فقال: إن كان له ولد فإن للمرأة التى تزوجها أخيرا من أهل تلك البلاد ربع ثمن ما ترك، و إن عرفت التى طلقت من الأربع بعينها و نسبها فلا شىء لها من الميراث و ليس عليها العده، قال: و يقتسمن الثلاثه النسوه ثلاثه أرباع ثمن ما ترك و عليهن العده، و إن لم تعرف التى طلقت من الأربع قسمن النسوه ثلاثه أرباع ثمن ما ترك بينهنّ جميعا و عليهن جميعا العده(١٠).

(١) أنه فطحى.

(٢) و مع الضعف فى السند أن متنه مخالف للأصل لأنّ توريث الأربعة ثلاثه أرباع الثمن توريث لما يقطع بكونها غير وارثه واقعا.

(٣) لاستخراج المطلقه بين النسوه السابقات.

(٤) واقعا و ظاهرا.

(٥) أى فى الواقع كما هو مفروض المسأله.

(٦) عن التى خرجت بالقرعه.

(٧) عده الوفاء.

(٨) عده طلاقها.

(٩) و هو الصحيح لأنّ ابن فضال ثقه و إن كان فطحيا، و التوريث لما يقطع بأنه غير وارث إنما كان بحكم الشارع و هذا لا إشكال فيه، بالإضافة إلى أن العمل بالقرعه يحتاج إلى جابر لأن عموم القرعه لكل أمر مشكل ضعيف لكثرة التخصيص الوارد عليه.

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ميراث الأزواج حديث ١.

هل يتعدى الحكم (١) إلى غير المنصوص كما لو اشتمت المطلقة في اثنتين (٢)، أو ثلاث خاصه، أو في جملة الخمس، أو كان للمطلق دون أربع زوجات فطلق واحده و تزوج بأخرى و حصل الاشتباه بواحد أو بأكثر، أو لم يتزوج (٣) و اشتمت المطلقة بالباقيات، أو ببعضهن، أو طلق أزيد من واحد و تزوج كذلك (٤) حتى لو طلق الأربع و تزوج بأربع و اشتمت، أو فسخ نكاح واحد لعيب و غيره، أو أزيد و تزوج غيرها، أو لم يتزوج؟ وجهان.

القرعه، كما ذهب إليه ابن إدريس في المنصوص، لأنه (٥) غير منصوص، مع عموم أنها (٦) لكل أمر مشتبه.

و انسحاب الحكم السابق (٧) في كل هذه الفروع، لمشاركته (٨) للمنصوص في المقتضى و هو (٩) اشتباه المطلقة بغيرها من الزوجات، و تساوى الكل في الاستحقاق (١٠) فلا ترجيح، و لأنه (١١) لا خصوصيه ظاهره في قله الاشتباه و كثرته فالنص على عين لا يفيد التخصيص بالحكم، بل التنبيه على مأخذ الحكم (١٢)، و إلحاقه (١٣)

(١) من توريث المشتبه.

(٢) بحيث كان عنده أربع نسوة فطلق واحده ثم تزوج بأخرى و اشتمت المطلقة باثنتين فقط من نسوته، أو بثلاث فقط دون الأربع الذى هو موطن النص أو اشتمت بالخمسه بما فيها الزوجه الجديده و هو خارج مورد النص.

(٣) و قد اشتمت المطلقة بنسوته السابقات.

(٤) أى أكثر من واحد.

(٥) لأن ما ذكر من الفروض.

(٦) أن القرعه.

(٧) من توريث المشتبه في المنصوص.

(٨) لمشاركه ما ذكر من الفروع.

(٩) أى المقتضى.

(١٠) أى فى احتمال الاستحقاق.

(١١) لأن الشأن و الواقع.

(١٢) و هو الاشتباه.

(١٣) إلحاق النص.

بكل ما حصل فيه الاشتباه (١).

فعلى الأول (٢) إذا استخرجت المطلقة قسم النصيب (٣) بين الأربع، أو ما ألحق بها (٤) بالسويه.

و على الثاني (٥) يقسم نصيب المشتبه و هو ربع النصيب إن اشتبهت (٦) بواحد (٧)، و نصفه (٨) إن اشتبهت باثنتين بين الاثنتين أو الثلاث (٩) بالسويه، و يكون للمعيتين نصف النصيب، و للثلاث ثلاثه أرباعه و هكذا.

و لا يخفى: أن القول بالقرعه فى غير موضع النص هو الأقوى، بل فيه (١٠) إن لم يحصل الإجماع (١١) و الصلح فى الكل (١٢) خير.

الفصل الثالث - فى الولاء

إشاره

(الفصل الثالث - فى الولاء) بفتح الواو و أصله: القرب و الدنو، و المراد هنا: قرب أحد شخصين فصاعدا إلى آخر على وجه يوجب الإرث بغير نسب و لا زوجه.

و أقسامه ثلاثه كما سبق: ولاء العتق، و ضمان الجريه، و الإمامه.

يرث المعتق عتيقه إذا تبرّع بعتقه

(و يرث المعتق عتيقه إذا تبرّع بعتقه (١٣) (و لم يتبرأ) المعتق (من ضمان) (١) و هو الحق للقطع بعدم دخل كل ما ورد فى الخبر فى مناط الحكم إلا الاشتباه.

(٢) على القرعه.

(٣) نصيب الزوجيه من الربع أو الثمن.

(٤) بالأربع من هذه الفروع.

(٥) من توريث المشتبهه.

(٦) المطلقة.

(٧) و ثلاثه أرباع النصيب للنسوه الثلاث الباقيات.

(٨) نصف نصيب الزوجيه.

بائنتين: و نصفه الآخر للنسوة الاثنتين.

(٩) يقسم ربع النصيب بين الاثنتين أو نصفه بين الثلاث على نحو اللف و النشر المرتبين.

(١٠) فى موضع النص.

(١١) على العمل بالنص، و فيه: لا داعى لترك النص و العمل بالقرعه بعد كون الخبر موثقاً.

(١٢) موضع النص و غيره.

(١٣) المعتقد المنعم يرث بشروط ثلاثه: الأول أن يكون عتقه تبرعاً، و الثانى أن لا يتبرأ من -

ص: ١٣٨

(جريرتها) (١) عند العتق مقارنا له، لا بعده على الأقوى (و لم يخلف العتيق) وارثا له -جريرتها، و الثالث فقدان كل وارث نسبي للميت.

أما الشرط الأول فالمراد منه ما كان عتقه ليس بواجب عليه، أما لو كان واجبا عليه كالكفارة و النذور لا يثبت للمنعم ميراث، و يدل عليه أخبار منها: خبر ابن أبي الأ-حوص: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن السائبه، فقال: انظروا فى القرآن، فما كان فيه فتحرير رقبه فتلك السائبه التى لا- ولاء عليها لأحد إلا لله، فما كان ولاؤه لله فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، و ما كان لرسول الله فإن ولاءه للإمام و جنيته على الإمام و ميراثه له)^(١)، و خبر بريد العجلي: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل كان عليه عتق رقبه فمات قبل أن يعتق رقبه، فانطلق ابنه فابتاع رجلا من كسبه، فأعتقه عن أبيه، و أن المعتق أصاب بعد ذلك مالا ثم مات و تركه، لمن يكون ميراثه؟

قال: إن كانت الرقبه التى كانت على أبيه فى ظاهر أو شكر أو واجبه عليه فإن المعتق سائبه لا سبيل لأحد عليه، و إن كان توالى قبل أن يموت إلى أحد من المسلمين فضمن جنيته و حدثه كان مولاه و وارثه إن لم يكن له قريب يرثه، و إن لم يكن توالى إلى أحد حتى مات فإن ميراثه للإمام المسلمين إن لم يكن له قريب يرثه من المسلمين، و إن كانت الرقبه التى على أبيه تطوعا و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال، و يكون الذى اشتراه فأعتقه بأمر أبيه كواحد من الورثه إذا لم يكن للمعتق قرابه من المسلمين أحرار يرثونه.

و إن كان ابنه الذى اشتري الرقبه فأعتقها عن أبيه من ماله بعد موت أبيه تطوعا منه من غير أن يكون أبوه أمره بذلك، فإن ولاءه و ميراثه للذى اشتراه من ماله فأعتقه عن أبيه إذا لم يكن للمعتق وارث من قرابته)^(٢).

(١) جريره المعتق، و هذا هو الشرط الثانى و يدل عليه خبر أبى الربيع: (سئل أبو عبد الله عليه السّلام عن السائبه، فقال: الرجل يعتق غلامه و يقول له: اذهب حيث شئت ليس لى من ميراثك شىء و لا- على من جريرتك شىء، و يشهد على ذلك شاهدین)^(٣)، و قد تقدم أن السائبه ولاؤها و ميراثه للإمام لا للمعتق، فيدل الخبر على أن التبرى من الجريره يسقط الإرث بولاء العتق. ثم وقع هنا بحثان:-

ص: ١٣٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

(فالمعتق في واجب) (٢) كالكفار و النذر (سائبه) (٣) أى لا عقل (٤) بينه و بين معتقه، و لا ميراث.

قال ابن الأثير: قد تكرر في الحديث ذكر السائبه و السوائب، كان الرجل -الأول: هل يشترط أن يكون التبرى عند العتق كما هو ظاهر الخبر و إليه ذهب الأ-كثر، أو أنه يكفي التبرى و لو بعد العتق، و هذا ما مال إليه صاحب الرياض لإطلاق الخبر الشامل للتبرى بعد العتق خصوصا أن الروايه في الكافى و الفقيه هكذا: (ثم يقول له اذهب حيث شئت ليس لى من ميراثك شىء و لا على من جريرتك شىء).

و ثم للتراخى المفيد لتأثير التبرى بعد العتق.

و فيه: إن ثم للترتيب الذكرى هنا ليس إلا، فلا بد من الاقتصار على موطن اتفاق و هو التبرى عند العتق لعموم قوله صلى الله عليه و آله و سلم: (الولاء لمن اعتق) كما ورد فى خبر محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السلام(١)، الشامل للتبرى بعد العتق.

البحث الثانى: هل يشترط الإشهاد فى التبرى من ضمان جريرته كما هو ظاهر الخبر كما ذهب إليه الشيخ فى النهايه و ابن إدريس فى السرائر و جماعه، أو لا يشترط الإشهاد لأن الأمر بالإشهاد فى الخبر من أجل إثبات ذلك عند الحاكم لا من أجل ثبوت عدم الضمان بالتبرى واقعا، و هذا ما ذهب إليه الأكثر.

(١) أى ذا نسب، و هذا هو الشرط الثالث، بلا خلاف فيه، و يدل عليه الأخبار الكثيره منها: خبر على بن يقطين: (سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يموت و يدع أخته و مواليه، قال: المال لأخته)(٢)، و خبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام: (أن عليا عليه السلام كان يعطى أولى الأرحام دون الموالى)٣، و صحيح أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى امرأه أعتقت رجلا لمن ولاؤه؟ و لمن ميراثه؟ فقال: للذى أعتقه إلا أن يكون له وارث غيره)(٣).

(٢) تفرغ على عدم الشرط الأول.

(٣) كما تقدم فى خبر ابن أبى الأحوص، و يكون ولاؤه و ميراثه للإمام عليه السلام.

(٤) لا ضمان لجريرته.

ص: ١٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث و لاء العتق حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث و لاء العتق حديث ١.

إذا أعتق عبدا فقال: هو سائبه فلا عقل بينهما ولا ميراث.

و في إلحاق انعقاد أم الولد بالاستيلاء (١)، و انعقاد القرابه (٢)، و شراء العبد نفسه (٣) - لو أجزناه - بالعتق (٤) الواجب، أو التبرع قولان: أجودهما الأول، لعدم تحقق الإعتاق الذي هو شرط ثبوت الولاء.

(و كذا لو تبرأ) المعتق تبرعا (من ضمان الجريره) حاله الإعتاق (و إن لم يشهد) على التبري شاهدين على أصح القولين، للأصل (٥)، ولأن المراد من الإشهاد (٦) الإثبات عند الحاكم، لا الثبوت في نفسه.

(١) ذهب الشيخ و ابن حمزه إلى ثبوت الولاء على أم الولد لورثه مولاهما بعد انعقادها من نصيب ولدها، و فيه: أنه لا يصدق أن مولاهما قد أعتقها حتى يكون الولاء له و لورثته، بل هو انعقاد قهري من قبل المولى جل جلاله فيلحق بالعتق الواجب كالسائبه.

(٢) كما لو اشترى الإنسان أباه فاعتق عليه فقد ذهب الشيخ و ابن حمزه أن للولد ولاء أبيه سواء اشتراه اختيارا أو اضطرارا و يشهد لهما موثق سماعه بن مهران: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يملك ذا رحم، يحل له أن يبيعه أو يستعبده؟ قال: لا يصلح له أن يبيعه و هو مولاه و أخوه، فإن مات ورثه دون ولده، و ليس له أن يبيعه و لا يستعبده) (١) و هذا ما رواه الشيخ في التهذيب و فيه: أن نفس الخبر مروى في الفقيه قال: (لا- يصلح له بيعه و لا يتخذه عبدا و هو مولاه و أخوه في الدين، و أيهما مات ورثه صاحبه إلا أن يكون له وارث أقرب إليه منه) (٢) و هو ظاهر في كون الإرث حاصلًا بالقرابه لا بالولاء خصوصا كون الحكم بالتوارث ثابتا للطرفين، و هو الموافق للقواعد لأن انعقاد الوالد على ولده عند التملك لا يسمى عتقا بل انعقاد فلا يؤخذ بالخبر على روايه الشيخ في التهذيب.

(٣) بناء على صحته لأن العبد و ما يملك لمولاه إلا في المكاتب المطلق و المشروط، و على كل هل يصدق أن مولاه أعتقه، ربما يقال إنه يصدق، و إن ذهب كل من تعرض لهذا الفرع أنه لا يصدق فيلحق بالعتق الواجب و لا يكون ولاؤه لمولاه.

(٤) متعلق بقوله: و في إلحاق.

(٥) و هو أصاله عدم وجوب الإشهاد عند الشك فيه.

(٦) في خير أبي الربيع المتقدم.

ص: ١٤١

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب كتاب العتق حديث ٥.

و ذهب الشيخ و جماعه إلى اشتراطه (١)، لصحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السّلام: «من أعتق رجلا- سائبه فليس عليه من جريرته شيء، و ليس له من الميراث شيء، و ليشهد على ذلك» (٢)، و لا- دلالة لها على الاشتراط، و فى روايه أبى الربيع عنه عليه السّلام (٣) ما يؤذن بالاشتراط (٤) و هو قاصر من حيث السند.

(و المنكّل به) من مولاه (أيضا سائبه) (٥) لا- ولاء له عليه، لأنّه لم يعتقه، و إنما أعتقه الله تعالى قهرا و مثله من انعتق بإقعاد، أو عمى، أو جذام، أو برص عند القائل به (٦) لاشتراك الجميع فى العله، و هى عدم إعتاق المولى (٧)، و قد قال صلّى الله عليه و آله و سلّم: «الولاء لمن أعتق» (٨).

للزوج و الزوجه مع المعتق نصيبهما الأعلى

(و للزوج و الزوجه مع المعتق) و من بحكمه (٩) (نصيبهما الأعلى) (١٠):

النصف، أو الربع، و الباقي للمنعم أو من بحكمه (و مع عدم المنعم فالولاء للأولاد) (١١) أى أولاد المنعم (الذكور و الإناث على المشهور بين الأصحاب)

(١) اشتراط الإشهاد و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

(٣) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

(٤) بل دلالة كدلاله صحيح ابن سنان من عدم الاشتراط، حيث قال عليه السّلام: (و يشهد على ذلك شاهدين) فلا داعى للنظر فى السند.

(٥) بلا خلاف فيه لصحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى من نكل بمملوكه فهو حرّ و لا سبيل له عليه، سائبه يذهب فيتولى إلى من أحبّ، فإذا ضمن حدثه فهو يرثه) (١).

(٦) بأن هذه المذكورات توجب انعتاق العبد قهرا.

(٧) بل انعتاق فى الجميع.

(٨) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

(٩) ورثه المعتق.

(١٠) قد تقدم أن الزوج و الزوجه قد أدخلهما الله على جميع الطبقات، و لهما النصيب الأعلى هنا لعدم ولد للميت كما هو واضح.

(١١) اختلف الأصحاب فى من يقوم مقام المعتق المنعم على أقوال:-

ص: ١٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب كتاب المعتق حديث ٢.

-الأول: ما ذهب إليه الصدوق و استحسنة المحقق في الشرائع في أن الولاء ينتقل إلى ورثة المنعم ذكورا و إناثا و سواء كان المنعم ذكرا أو أنثى للنبوى: (الولاء لحمه كلحمه النسب)(١) و الولد ذكرا أو أنثى يشترك في النسب سواء اتصل بذكر أو أنثى، و لخبر الدعائم عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (يرث الولاء من يرث الميراث)(٢) و مما يدل على أن ولأء المنعم ينتقل إلى ورثته و إن كانوا أنثى موثق عبد الرحمن بن الحجاج عن حدثه عن أبي عبد الله عليه السّلام: (مات مولى لحمه بن عبد المطلب فدفن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ميراثه إلى بنت حمزه)(٣) فجعل هذا القول هو المشهور بين الأصحاب كما فعل المصنف في اللمعة ليس في محله.

القول الثانى: ما ذهب إليه الشيخ في الخلاف و هو عين الأول بشرط كون المنعم رجلا لا امرأه، لأن الولاء مع فقدها لعصبته دون ولدها سواء كانوا ذكورا أو إناثا، و استدلل على الاستثناء بإجماع الفرقه و هو كما ترى، و بأخبارهم منها: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين على امرأه أعتقت رجلا و اشترطت ولاءه، و لها ابن، فألحق ولاءه بعصبته الذين يعقلون عنها دون ولدها)(٤).

و صحيح يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السّلام: (سأله عن امرأه أعتقت مملوكا ثم ماتت، قال عليه السّلام: يرجع الولاء إلى بنى أبيها)٥.

القول الثالث: للمفيد إنّ الولاء لأولاد المنعم المذكور دون الإناث، ذكرا كان المعتق أو أنثى، فإن لم يكن للمنعم ولد ذكر ورثه عصبه المعتق المنعم، و تبعه عليه ابن زهره في الغنيه لأخبار منها: صحيح محمد بن قيس الآخر عن أبي جعفر عليه السّلام: (قضى علىّ في رجل حرّ رجلا- فاشترط ولاءه، فتوفى الذى أعتق - المنعم - و ليس له ولد إلا النساء، ثم توفى المولى - المعتق - و ترك مالا و له عصبه، فألحق في ميراثه بنات مولاه و العصبه، فقضى بميراثه للعصبه الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثا يكون فيه عقل)(٥).

و مكاتبه محمد بن عمر لأبى جعفر عليه السّلام: كما فى التهذيب، و فى الوسائل لأبى الحسن موسى بن جعفر عليهما السّلام (عن رجل مات و كان مولى لرجل و قد مات مولاه قبله، -

ص: ١٤٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.
- ٢- (٢) دعائم الإسلام ج ٢ ص ٣١٦.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولاء العتق حديث ١٠.
- ٤- (٤) (٥ و ٤) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب كتاب العتق حديث ١ و ٢.
- ٥- (٥) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «الولاء لحمه كلحمه النسب» (١) و الذكور و الإناث يشتركون في إرث النسب فيكون كذلك في الولاء، سواء كان المعتق رجلاً أو امرأة.

و في جعل المصنف هذا القول هو المشهور نظر و الذي صرّح به في شرح الإرشاد: أن هذا قول المفيد و استحسنته المحقق و فيهما معا نظر (٢) و الحقّ أنه قول الصدوق خاصة (٣)، و كيف كان فليس بمشهور.

و في المسألة أقوال كثيرة أجودها - و هو الذي دلت عليه الروايات الصحيحة - ما اختاره الشيخ في النهاية و جماعه (٤): أنّ المعتق إن كان رجلاً ورثه أولاده - و للمولى ابن و بنات، فسأله عن ميراث المولى فقال: هو للرجال دون النساء (١).

و خبر بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السّلام: (و إن كانت الرقبة على أبيه تطوعا و قد كان أبوه أمره أن يعتق عنه نسمة فإن ولاء المعتق هو ميراث لجميع ولد الميت من الرجال) (٢).

القول الرابع: و هو قول الشيخ في النهاية و تبعه عليه جماعه بل هو المشهور المنصور من أن الولاء لأولاد المنعم الذكور إن كان المنعم المعتق رجلاً و إن كان امرأة فالولاء لعصبتها جمعا بين الأخبار السابقة التي حصرت الولاء بأولاد المنعم الذكور كخبر بريد العجلي و مكاتبه محمد بن عمر و صحيح محمد بن قيس الثاني و التي جعلت الولاء لعصبة المرأة إن كانت هي المعتق كصحيح يعقوب بن شعيب و خبر محمد بن قيس الأول، و هذه الطائفة الثانية صالحه لتخصيص النبوي: (الولاء لحمه كلحمه النسب)، بل النبوي أجنبى عن المقام لأن الخبر هكذا: (الولاء لحمه كلحمه النسب لا تباع و لا توهب) و ذيله قرينه على أن الولاء لا يمكن إسقاطه و لا هبته و لا انتقاله و هو ليس في مقام بيان ورثه الولاء عند فقدان المنعم، و أما إعطاء رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ ولاء العبد لبنت حمزه فمحمول على أن النبي دفعه بعد ما تملكه لكونه من عصبه حمزه.

(١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

(٢) أى في قولى المصنف في اللمعة و شرح الإرشاد.

(٣) و فيه: إنه استحسنته المحقق في الشرائع و قد اعترف الشارح بذلك في المسالك.

(٤) و هو القول الرابع.

ص: ١٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولاء العتق حديث ١٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

الذكور دون الإناث، فإن لم يكن له ولد ذكور ورثه عصبته، دون غيرهم، وإن كان امرأه ورثه عصبته مطلقاً (١).

والمصنف في الدروس اختار مذهب الشيخ في الخلاف (٢)، وهو كقول النهايه إلا- أنه جعل الوارث للرجل ذكور أولاده و إناثهم، استناداً في إدخال الإناث إلى روايه عبد الرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام: «أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم دفع ميراث مولى حمزه إلى ابنته» (٣) و إلى قوله صلى الله عليه وآله وسلم: «الولاء لحمه كلحمه النسب» (٤)، و الروايتان ضعيفتا السند، الأولى بالحسن بن سماعه (٥)، و الثانية بالسكوني (٦) مع أنها عمده القول الذي اختاره هنا و جعله المشهور.

و العجب من المصنف كيف يجعله هنا مشهوراً و في الدروس قول الصدوق خاصه، و في الشرح قول المفيد (٧) و أعجب منه أن ابن إدريس مع اطراحه خبر الواحد الصحيح تمسك هنا بخبر السكوني محتجاً بالإجماع عليه مع كثره الخلاف، و تباين الأقوال، و الروايات.

و لو اجتمع مع الأولاد الوارثين أب (٨) شاركهم على الأقوى (٩).

وقيل: الابن أولى (١٠)،

(١) سواء كان لها ولد ذكر أو لا.

(٢) و هو القول الثاني.

(٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولاء العتق حديث ١٠

(٤) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

(٥) لأنه واقفي إلا أنه ثقة.

(٦) لأنه عامي غير أنه ثقة يعمل بخبره عند الأصحاب.

(٧) مع أن قوله هو الثالث المتقدم في الشرح.

(٨) أب للمعتق المنعم.

(٩) لأن الولاء يرثه من يرث الميراث كما تقدم في خبر الدعائم، فلو ترك المنعم مالا كان لأبيه و أولاده فكذلك الولاء خرجت منه النساء بالنص و خالف ابن الجنييد فحكم باختصاص الولاء بولد المعتق فقط للأخبار السابقه التي صرحت بالولد، و فيه إنها منزله على الغالب مع عدم بقاء أب المعتق بعده.

(١٠) على نحو التعيين لا على نحو الأولويه، و القول لابن الجنييد.

و كذا يشترك الجدُّ للأب و الأخ من قبله (١) أن الأم فيبني إرثها على ما سلف (٢).

و الأقوى أنها تشاركهم أيضا، و لو عدم الأولاد اختص الإرث بالأب.

(ثم) مع عدمهم (٣) أجمع يرثه (٤) (الإخوة و الأخوات) (٥) من قبل الأب و الأم، أو الأب (و لا يرثه المتقرب بالأم) من الإخوة و غيرهم كالأجداد و الجدات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات لها (٦) و مستند ذلك كله (٧) روايه السكوني في اللحمه (٨) (١) من قبل الأب عند فقد الطبقة الأولى من الأولاد و الأب، و خصه بالأخ من الأب لأن الأخ المتقرب إلى الميت بالأم لا يرث الولاء كما لم ترث الأم الولاء و سيأتي، هذا و قد قال في المسالك: «و خالف ابن الجنيدي في التسويه بين الأخ و الجد و جعل الجد أولى و هو شاذ، بل الأخ أدخل في الحكم لأنه من العاقله قطعا بخلاف الجد فإن فيه الخلاف».

(٢) من شراكه النساء في إرث و لاء العتق، و الأخبار قد صرحت بحرمان البنات و هذا إيماء إلى حرمان الأم، لأن البنات حرم من من الولاء لخروجهن عن العاقله فكذا الأم، فتقويه الشارح لدخول الأم في إرث الولاء ليس في محله.

(٣) عدم الأولاد و الأب و أيضا الأم على مذهب الشارح.

(٤) يرث الولاء.

(٥) و فيه: إن الأخبار السابقه خصت الولاء بالعصبه ففي خبر صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام المتقدم: (فقضى بميراثه للعصبه الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثا يكون فيه عقل) (١).

و العصبه العاقله هي كل ذكر تقرب إلى الميت بالأب، فذكر الأخوات من الطبقة الثانيه و العمات من الطبقة الثالثه ليس في محله، بل ذكر الأم سابقا من الطبقة الأولى مع أنها ليست من العاقله كذلك ليس في محله و لذا قال صاحب الجواهر: «و من الغريب ما في المسالك من موافقته هنا على عدم إرث الإناث من الأخوات و العمات و الخالات و مخالفته في الأم، فجعلها وارثه كالأب مع عدم دليل يخصها».

(٦) للأم.

(٧) من دخول الأم و الأخوات من قبل الأب.

(٨) الولاء لحمه كلحمه النسب، و قد تقدم الخبر.

ص: ١٤٤

خصّ بما ذكرناه (١)، للأخبار الصحيحة (٢) فيبقى الباقي.

و الأقوى أن الإنث منهم فى جميع ما ذكر لا يرثن، لخبر العصبه (٣) و على هذا فيستوى إخوه الأب، و إخوه الأبوين لسقوط نسبه الأم، إذ لا يرث من يتقرب بها و إنما المقتضى التقرب بالأب و هو مشترك (فإن عدم قرابه المولى) أجمع (فمولى المولى) هو الوارث إن اتفق (ثم) مع عدمه فالوارث (قرابه مولى المولى) على ما فصل (٤)، فإن عدم فمولى مولى المولى ثم قرابته.

(و على هذا فإن عدموا) أجمع (فضامن الجريره) و هى الجنايه (٥) (و إنما يضمن سائبه) (٦) كالمعتق فى الواجب، و حرّ الأصل حيث لا يعلم له قريب، فلو علم له (١) من عدم إرث البنات و من يتقرب بالأم.

(٢) و قد تقدمت سابقا.

(٣) و هو خبر محمد بن قيس المتقدم.

(٤) من اختصاص الإرث بأولاده و العصبه الذكور.

(٥) لغه، قال الشارح فى المسالك: «هذا العقد كان فى الجاهليه يتوارثون به دون الأقارب، فأقرهم الله تعالى فى صدر الإسلام عليه، و أنزل فيه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ عَقَدْتْ أَيْمَانُكُمْ فَأَتَوْهُمْ نَصَبَ بِيَهُمْ ثُمَّ نَسَخَ بِالإسلام و الهجره، فإذا كان للمسلم ولد لم يهاجر ورثه المهاجر دون ولده، و إليه الإشاره بقوله تعالى: وَ الَّذِينَ آمَنُوا وَ لَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ ءِ ثُمَّ نَسَخَ بِالتوارث بالرحم و القرابه و أنزل الله تعالى فيه آيات الفرائض، و قوله تعالى: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ، و بقى الإرث بضمان الجريره منسوخا عند الشافعى مطلقا، و عندنا أنه باق لكن على بعض الوجوه لا مطلقا».

(٦) المضمون واحد من اثنين، إما معتق فى واجب فهو السائبه و إما حرّ الأصل لا وارث له مناسب، و هذا لا خلاف فيه، و يدل على الأول: خبر بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام: (فإن المعتق سائبه لا سبيل لأحد عليه و إن كان توالى قبل أن يموت إلى احد من المسلمين فضمن جنايته و حدثه كان مولاه و وارثه إن لم يكن قريب يرثه) (١)؛ و يدل على الثانى خبر العلاء عن ابن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (سألته عن السائبه و الذى كان من أهل الذمه إذا والى أحدا من المسلمين على أن يعقل عنه فيكون ميراثه له، أ يجوز ذلك قال: نعم) (٢)؛ و خبر الحذاء: (سأل أبى عبد الله عليه السّلام عن رجل أسلم -

ص: ١٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه حديث ١.

قريب وارث، أو كان له معتق، أو وارث معتق كما فصل لم يصح ضمانه.

ولا يرث المضمون الضامن (١) إلا أن يشترك الضمان بينهما. ولا يشترط في الضامن عدم الوارث، بل في المضمون. ولو كان للمضمون زوج، أو زوجه فله نصيبه الأعلى. و الباقي للضامن.

و صورته عقد ضمان الجريه أن يقول المضمون (٢): عاقدتك على أن تنصرنى، و تدفع عنى، و تعقل عنى، و ترثنى، فيقول: قبلت.

و لو اشترك العقد بينهما قال أحدهما: على أن تنصرنى و أنصرك، و تعقل عنى و أعقل عنك، و ترثنى و أرثك، أو ما أدى هذا المعنى فيقبل الآخر.

و هو من العقود اللآزمه فيعتبر فيه ما يعتبر فيها (٣)، و لا يتعدى الحكم الضامن و إن كان له وارث.

و لو تجدد للمضمون وارث بعد العقد ففى بطلانه (٤)، أو مراعاته بموت المضمون كذلك (٥) و جهان (٦) أجودهما: الأول لفقد شرط الصحة فيقدح طارئا كما يقدح ابتداء.

فتوالى إلى رجل من المسلمين قال: إن ضمن عقله و جنايته ورثه و كان مولاه (١) باعتبار أن الذمى إذا أسلم لا وارث له مناسب لأن أهله من الكفار.

(١) لأن ولاء الضمان عقد بين الطرفين من إيجاب و قبول و إذا تم فالضامن يرث و أما المضمون فهو بحاجة إلى عقد ثان حتى يكون ضامنا، إلا أن يقع التضامن بينهما فى عقد واحد.

(٢) بل كل لفظ يدل على المطلوب من ضمان جريته و حدثه و عقله و له ميراثه فهو كاف.

(٣) من اللفظ الصريح و مقارنه القبول للإيجاب و نحو ذلك.

(٤) بطلان عقد الضمان.

(٥) أى فاقد للوارث النسبى.

(٦) من أن صحه عقد الضمان مشروطه بعدم الوارث، و قد وجد فيمنع صحته استدامه كما يمنع صحته ابتداء.

و من أن عقد الضمان قد وجد قبل وجود الوارث فيحكم بصحته و بعد وجود الوارث يشك فى بطلانه فتستصحب الصحة.

ص: ١٤٨

(ثم) مع فقد الضامن فالوارث (الإمام عليه السلام) (١) مع حضوره، لا بيت المال على الأصح فيدفع إليه يصنع به ما شاء، و لو اجتمع معه أحد الزوجين فله نصيبه الأعلى كما سلف.

و ما كان يفعله أمير المؤمنين عليه السلام من قسمته (٢) فى فقراء بلد الميت و ضعفاء جيرانه (٣) فهو تبرع منه.

(١) بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: خبر بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السلام: (و إن لم يكن توالى إلى أحد حتى مات فإن ميراثه لإمام المسلمين إن لم يكن له قريب يرثه من المسلمين) (١).

و مرسل حماد بن عيسى عن أبى الحسن الأول عليه السلام: (الإمام وارث من لا وارث له) (٢).

و خبر عمار بن أبى الأحوص: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن السائبه فقال: انظروا فى القرآن مما كان فيه فتحريه رقبه فتلك يا عمار السائبه التى لا ولاء لأحد عليها إلا الله، فما كان ولاؤه لله فهو لرسول الله، و ما كان ولاؤه لرسول الله فإن ولاءه للإمام، و جنايته على الإمام و ميراثه له) (٣).

نعم فى بعض الأخبار أن الميراث ينقل إلى بيت مال المسلمين فيكون مالا لجميعهم، ففى خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله: (من أعتق سائبه فليتوال من شاء، و على من والى جريرته، و له ميراثه، فإن سكت حتى يموت أخذ ميراثه فجعل فى بيت المسلمين إذا لم يكن له ولي) (٣).

و هو اختيار الشيخ فى الاستبصار و الإسكافى، و حملت على التقية لموافقته للعامة.

(٢) قسمه إرث من لا وارث له.

(٣) كما فى خبر خلاد السندى عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان على عليه السلام يقول فى الرجل يموت و يترك مالا و ليس له أحد: أعط المال همشاريجه) (٤) أى أبناء بلده، و مرسل داود عن أبى عبد الله عليه السلام: (مات رجل على عهد أمير المؤمنين عليه السلام لم يكن له وارث -

ص: ١٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب كتاب العتق حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ضمان ولاء الجريره و الإمامه حديث ٥ و ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ضمان ولاء الجريره و الإمامه حديث ٩.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ضمان ولاء الجريره و الإمامه حديث ١.

(و مع غيبته (١) يصرف في الفقراء و المساكين من بلد الميت) و لا شاهد لهذا التخصيص (٢) إلا ما روى من فعل أمير المؤمنين عليه السلام (٣) و هو مع ضعف سنده لا يدلّ على ثبوته في غيبته (٤).

و المروى صحيحا عن الباقر و الصادق عليهما السلام: «أن مال من لا وارث له من الأنفال» (٥) و هي لا تخص ببلد المال. فالقول بجواز صرفها إلى الفقراء و المساكين من المؤمنين مطلقا (٦) - كما اختاره جماعه منهم المصنف في الدروس - أقوى إن لم نجز صرفه (٧) في غيرهم (٨) من مصرف الأنفال.

و قيل (٩): يجب حفظه له كمستحقّه في الخمس و هو أحوط (و لا) يجوز أن يدفع إلى سلطان الجور مع القدره) على منعه، لأنه غير مستحق له عندنا فلو دفعه - فدفع أمير المؤمنين عليه السلام ميراثه إلى همشهرجه (١٠).

لكنه محمول جمعا بينه و بين ما تقدم على أنه تبرع منه (صلوات الله عليه).

(١) غيبه الإمام عليه السلام كما في هذه العصور.

(٢) في فقراء بلد الميت.

(٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه حديث ١ و ٢ و ٣.

(٤) بل صريحها أن الفعل كان في حضوره عليه السلام.

(٥) كما في خبر العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام، و كما في خبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام، الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه حديث ١ و ٣.

(٦) سواء في بلد الميت أو غيره.

(٧) صرف إرث من لا وارث له.

(٨) غير المساكين و الفقراء بل في كل ما يقطع برضا الله من مصالح الدين.

(٩) إنه يجب الوصيه به أو الدفن إلى حين ظهوره كسائر حقوقه بل عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه كما في الجواهر، و هو ضعيف لأن فيه تعريضا لتلفه، مع أنه لو كان من الأنفال لوجب القول بتحليله للشيعة حتى ورد في الخبر: (و ما كان لنا فهو لشيعتنا) (١٠).

١- (١) المصدر السابق حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٧.

إليه دافع اختيارا كان ضامنا له، و لو أمكنه دفعه عنه ببعضه وجب، فإن لم يفعل ضمن ما كان يمكنه منعه منه، و لو أخذه الظالم قهرا فلا ضمان على من كان بيده.

الفصل الرابع - فى التوابع و فيه مسائل

إشاره

(الفصل الرابع - فى التوابع) [و فيه مسائل]:

الأولى - فى ميراث الخنثى

(الأولى - فى ميراث الخنثى (١)، و هو من له فرج الرجال و النساء و حكمه أن يورث (٢) على ما) أى للفرج الذى يبول منه، فإن بال منهما فعلى الذى (سبق منه) (١) و الخنثى من له فرج الذكر و فرج الأنثى، و أحدهما أصلى و الآخر فرعى زائد، و الخنثى إما ذكر و إما أنثى إذ لا يعقل وجود طبيعه ثالثه لقوله تعالى: فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَ الْأُنْثَى (١) و قوله تعالى: يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَ يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٢).

(٢) الخنثى على قسمين واضح و مشكل، أما الواضح هو الذى يعرف الأصلى من فرجيه عن الزائد، و يحكم بذكوريته أو أنوثيته تبعا لعلامات و هى:

الأولى: البول فإن بال من أحدهما دون الآخر يحكم بأنه أصلى و الآخر زائد، و هو محل وفاق كما فى المسالك، و يدل عليه خبر طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يورث الخنثى من حيث يبول) (٣)، و خبر داود بن فرقد (إن كان يبول من ذكره فله ميراث الذكر، و إن كان يبول من القبل فله ميراث الأنثى) (٤).

الثانيه: فإن بال من كليهما فيعتبر أسبقهما بحيث من يخرج منه البول أولا، و يدل عليه صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (يورث من حيث يبول فإن خرج منهما سواء فمن حيث ينبعث فإن كانا سواء ورث ميراث الرجال و ميراث النساء) (٤)، و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام: (أن عليا عليه السلام كان يقول: الخنثى يورث من حيث يبول، فإن بال منهما جميعا فمن أيهما سبق البول ورث منه، فإن مات و لم يبيل فنصف عقل المرأة و نصف عقل الرجل) (٥).

ص: ١٥١

١- (١) القيامه الآيه: ٣٩.

٢- (٢) الشورى الآيه: ٤٩.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٢ و ١.

٤- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١ و ٢.

(البول) بمعنى إلحاقه بلانزمه من ذكوريه و أنوثيه، سواء تقارنا في الانقطاع أم اختلفا، و سواء كان الخارج من السابق أكثر من الخارج من المتأخر أم أقل على الأشهر.

و قيل: يحكم للأكثر (١).

(ثم) مع الخروج منهما دفعه يورث (على ما ينقطع منه أخيرا) على الأشهر.

و قيل: أولا. و مع وجود هذه الأوصاف يلحقه جميع أحكام من لحق به، و يسمى واضحا.

(ثم) مع التساوى في البول أخذا و انقطاعا (يصير مشكلا) و قد اختلف الأصحاب في حكمه حينئذ (٢).

هذا و الكثير عبّر بالسبق مع أن المفيد و المرتضى و الديلمي اعتبروا الغلبه و الكثره، و قد جمع صاحب الرياض بينهما بأن الأسبق هو الذى يخرج منه أكثر و لذا كان التعبير بالكثرة ملازما للأسبق و لذا لم ينقل خلاف في العلامه الثانيه، و قد اعترف بعدم الخلاف الشارح في المسالك، فجعل الخلاف فيها كما في الروضه هنا عند قوله: قيل يحكم بالأكثر ليس في محله، بعد ما عرفت أنه ملازم للأسبق.

العلامه الثالثه: فإن بدر البول منهما معا فعلى الذى ينقطع منه البول أخيرا، و هو ما اختاره الشيخ و أكثر الأصحاب و يدل عليه المرسل المروى في الكافي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في المولود له ما للرجال و له ما للنساء قال: من أيهما سبق، قيل: فإن خرج منهما جميعا، قال: فمن أيهما استدر، قيل: فإن استدرا جميعا، قال: فمن أبعدهما) (١) بناء على أن معنى الأبعديه هي الأبعديه الزمانيه و ليس ذلك إلا الذى ينقطع أخيرا بعد فرض تساويهما ابتداء.

و عن القاضى ابن البراج أنه لمن ينقطع أولا، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه كما في الرياض، و نسب إلى الوهم كما في المسالك، و عن الصدوق و الإسكافي و المرتضى عدم اعتبار الانقطاع أخيرا علامه.

هذا كله في علامات الخنثى الواضح. فإن كان فاقدا لهذه العلامات فهو الخنثى المشكل.

(١) و قد عرفت عدم الخلاف فيه.

(٢) أى في حكم الخنثى حين كونه مشكلا، قد اختلفوا في كيفية توريث المشكل على أقوال:-

ص: ١٥٢

فَقِيلَ: تَعَدُّ أَضْلَاعَهُ، فَإِنْ كَانَتْ ثَمَانِي عَشْرَهُ فَهُوَ أَنْثَى، وَإِنْ كَانَتْ سَعٍ -القول الأول: للشيخ في الخلاف أنه يعمل فيه بالفرقة مدعيًا عليه إجماع الفرقة و أخبارهم، و مراده من الأخبار ما ورد أن القرعة لكل أمر مشكل، و لخصوص أخبار وردت في الخنثى المشكل منها: خبر إسحاق: (سئل - يعني أبا عبد الله عليه السلام - و أنا عنده عن مولود ولد ليس بذكر و لا أنثى و ليس له إلا دبر كيف يورث؟ قال: يجلس الإمام عليه السلام و يجلس معه ناس فيدعو الله و يجيل السهام على أي ميراث يورثه ميراث الذكر أو ميراث الأنثى، فأى ذلك خرج ورثه عليه، ثم قال: و أي قضية أعدل من قضيه يجال عليها بالسهام، إن الله تبارك و تعالي يقول: فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ (١) مع أن إجماعه معارض بإجماع غيره فضلا عن ورود أخبار في كيفية توريث المشكل معارضه لهذه الأخبار.

القول الثاني: للشيخ المفيد و السيد المرتضى و الإسكافي و ابن إدريس من أنه يعدّ أضلاعه فإن اختلف أحد الجانبين عن الآخر عددا فهو ذكر، و إن تساويا فهو أنثى، و يدل عليه خبر ميسره بن شريح و هو طويل، و الشاهد منه أن أمير المؤمنين عليه السلام قال عن الخنثى:

(جردوها من ثيابها و عدّوا أضلاع جنيبها، ففعلوا ثم خرجوا إليه فقالوا له: عدد الجنب الأيمن اثنا عشر ضلعا و الجنب الأيسر أحد عشر ضلعا، فقال على عليه السلام: الله أكبر يتونى بالحجم فأخذ من شعرها و أعطها رداء و حذاء و ألحقها بالرجال، فقال الزوج: يا أمير المؤمنين عليه السلام، امرأتى و ابنه عمى ألحقها بالرجال؟ ممن أخذت هذه القضية؟ فقال: إنى ورثتها من أبى آدم، و حواء خلقت من ضلع آدم عليه السلام، و أضلاع الرجال أقل من أضلاع النساء بضع (٢).

و طعن الأكثر في سند هذه الرواية إلا أن الصدوق قد رواها بسند صحيح في الفقيه ٣ إلا أن في روايه الصدوق أن أضلاعها كانت سبعة عشر، تسعه في اليمين و ثمانية في اليسار.

القول الثالث: للشيخ في النهاية و المبسوط و الإيجاز و للمفيد و الصدوقين و سلار و ابني حمزه و زهره و المحقق الطوسى و العلامة و ولده و الصيمرى و الفاضل المقداد و الشهيدين بل هو المشهور أنها تعطى نصف ميراث ذكر و نصف ميراث الأنثى، و يدل عليه خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (- إلى أن قال - فإن خرج منهما سواء فمن حيث-

ص: ١٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٣ و ٥.

عشره: من الجانب الأيمن تسع، و من الأيسر ثمان فهو ذكر (١). و كذا لو تساويا و كان في الأيسر ضلع صغير ناقص (٢).

و مستند هذا القول ما روى (٣) من قضاء على عليه السلام به معللا بأن حواء خلقت من ضلع آدم عليه السلام و إن خالفت (٤) في عدد الأضلاع. و انحصار أمره (٥) بالذكر و الأنوثة، بمعنى أنه ليس بطبيعه ثالثه (٦)، لمفهوم الحصر في قوله تعالى:

يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَ يَهْبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ (٧).

و في الرواية ضعف. و في الحصر منع و جاز خروجه (٨) -ينبعث، فإن كانا سواء ورت ميراث الرجال و ميراث النساء(٩)، و خبر إسحاق بن عمار: (فإن مات و لم يبل فنصف عقل المرأة و نصف عقل الرجل)٢، و خبر أبي البختری: (فإن لم يبل من واحد منهما حتى يموت فنصف ميراث المرأة و نصف ميراث الرجل)٣ و حمل أخبار القرعة على من ليس له فرج بل له دبر فقط كما هو صريحها و سيأتي الكلام فيه، و أما أخبار عدد الأضلاع فأعرضوا عنها لضعف في سند بعضها و عدم موافقتها للواقع لأن الأضلاع متساوية في الجانبين بلا فرق بين الذكر و الأنثى كما نصّ عليه أهل التشريح، و عن بعض كصاحب الجواهر العمل بعد الأضلاع أولا فإن تعذر فيعمل على تصنيف ميراث الذكر و ميراث الأنثى له.

(١) اعتمادا على روايه الصدوق في الفقيه، مع أنه في روايه ابن شريح أن الأضلاع في الجانب الأيمن اثنا عشر ضلعا و في الأيسر أحد عشر ضلعا.

(٢) فيحكم بأنه ذكر.

(٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٣ و ٤ و ٥.

(٤) أي و إن خالفت الرواية ما ذكره الأصحاب في عدد الأضلاع، ففي روايه ميسره أن الأضلاع في الأيمن اثنا عشر و في الأيسر أحد عشر، و الأصحاب ذكروا في الأيمن تسعة أضلع و في الأيسر ثمانية أضلع تبعا لروايه الصدوق في الفقيه.

(٥) أمر الخنثى.

(٦) حتى يورث نصف ميراث الذكر و نصف ميراث الأنثى لا بل لا بد من علامه يعرف بها و لا يوجد إلا عدد الأضلاع.

(٧) الشورى آيه: ٤٩.

(٨) خروج الحصر.

ص: ١٥٤

مخرج الأغلب (١).

وقيل: يورث بالقرعة، لأنها (٢) لكل أمر مشتبه (٣).

(و المشهور) و بين الأصحاب أنه (٤) حينئذ (٥) يورث (نصف النصيبين):

نصيب الذكر و نصيب الأنثى، لموثقه هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام قال:

قضى على عليه السلام فى الخنثى - له ما للرجال، و له ما للنساء - قال: «يورث من حيث يبول، فإن خرج منهما جميعا فمن حيث سبق، فإن خرج سواء فمن حيث ينبعث، فإن كانا سواء ورث ميراث الرجال و النساء» (٦).

و ليس المراد الجمع بين الفريضة إجماعا، فهو (٧) نصفهما، و لأن المعهود فى الشرع (٨) قسمه ما يقع فيه التنازع بين الخصمين مع تساويهما (٩) و هو هنا (١٠) كذلك، و لاستحاله الترجيح من غير مرجح.

(فله مع الذكر خمسه من اثنى عشر) (١١)، لأن الفريضة على تقدير (١) و لذا قد يكون من ليس له إلا الدبر فقط.

(٢) لأن القرعة.

(٣) و لخصوص أخبار فى الخنثى قد تقدم بعضها.

(٤) أن الخنثى.

(٥) حين كونه مشكلا.

(٦) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١.

(٧) ميراث الخنثى.

(٨) المعهود من الشرع عند اختلاف الدعيين مع عدم الحجج لأحدهما هو تقسيم المدعى عليهما كما لو أودع زيد درهما عند عمرو، و قد أودع عنده ثالث درهما آخر، و ضاع أحد الدرهمين و تنازع الودعيان فى الدرهم الموجود فيحكم بتنصيبه بينهما.

(٩) فى عدم الحجج.

(١٠) أى الاختلاف فى كونه ذكرا أو أنثى مع عدم الحجج لترجيح أحدهما.

(١١) على المشهور و ذلك فالخنثى تفرض مره أنثى و يقسم الميراث عليها و على الذكر، و تفرض مره ذكر و يقسم الميراث عليه و على الذكر الآخر، و المجموع المعطى للخنثى فى العمليتين ينقسم على اثنين و الحاصل هو نصيبها، فعلى فرض كونها أنثى فلها أربعه و للذكر ثمانية، و على فرض أنها ذكر فلها ستة و للذكر الآخر ستة، فالمعطى لها فى العمليتين عشرة، و إذا -

ذكوريته (١) من اثنين و على تقدير الأنوثة من ثلاثة و هما متباينان فيضرب إحداهما في الأخرى، ثم يضرب المرتفع (٢)...

قسمت على اثنين فيكون المعطى لها خمسة من اثني عشر، و المعطى للذكر في العمليتين أربعة عشر و مع قسمتها على اثنين فيكون الحاصل للذكر سبعة من اثني عشر.

و هذا يلزم منه تنصيف النصيين للخنثى، و تنصيف نصيب الذكر مع الأنثى و نصيبه مع الذكر فيعطى للذكر المجتمع معها، مع أن الرواية قد صرحت بتنصيف النصيين للخنثى فقط و أما من معها فيعطى حصته على كل حال من دون تنصيف نصيبه في عمليتين، و لذا ذهب الشيخ في النهاية و جعله في المبسوط أنه الأصل و استحسنته العلامة في التحرير إلى طريقه أخرى سماها بطريق التحقيق و هو:

أن يأخذ الذكر حصته بما هو ذكر، و أما الخنثى فيعطى نصف نصيب الذكر و الأنثى، فلو كان للذكر أربعة لكان للأنثى اثنان فتعطى الخنثى ثلاثه حينئذ التي هي نصف الستة الحاصله من مجموع نصيب الذكر و الأنثى و هو الأوفق بقوله عليه السلام: (نصف عقل الرجل و نصف عقل المرأة)(١).

بخلاف طريقه المشهور المبني على أن الخنثى تعطى حصه الأنثى يقينا و للذكر حصته، فيبقى التفاوت بين حصه الذكر و الأنثى لا يعلم مستحقه فيقسم بينهما بالسويه و هذا بعيد عن ظاهر الأخبار.

و الفرق بين الطريقتين يظهر في كل الفروض و مثاله: ما لو اجتمع خنثى و ذكر فالخنثى على تقدير الذكوريه لها ستة من اثني عشر، و على تقدير الأنوثة لها أربعة من اثني عشر، فالمجموع المعطى لها على التقديرين عشره، ثم تنقسم على اثنين لأن النصيب على تقديرين فيكون المعطى لها ١٢/٥ هذا ما عليه المشهور.

و أما على طريقه التحقيق فالخنثى المعطى لها نصف نصيب الذكر و نصف نصيب الأنثى فتكون حصتها ثلاثة أرباع الذكر دائما فلو كان الذكر له أربعة لكانت الخنثى لها ثلاثة و هكذا.

و حتى بيان الفرق فيقال للخنثى على طريقه المشهور ١٢/٥ و على طريقه التحقيق ٧/٣، فلو اردنا توحيد المخرجين فنضرب الاثني عشر بسبعة فالحاصل ٨٤، (٣٥ للخنثى على طريقه المشهور) / ٨٤، (٣٦ على طريقه التحقيق) / ٨٤، فالفرق ٨٤/١ بين الطريقتين.

(١)الخنثى.

(٢)و هو الستة.

ص: ١٥٦

فى اثنين، و هو (١) قاعده مطرده فى مسأله الخناثى، للافتقار إلى تنصيف كل نصيب (٢) و ذلك اثنا عشر، له منها (٣) على تقدير الذكوريه سته، و على تقدير الأنوثيه أربعه فله نصفهما: خمسه و الباقي للذكر.

(و مع الأنثى سبعة) بتقريب ما سبق، إلا أن له على تقدير الذكوريه ثمانيه، و على تقدير الأنوثيه سته و نصفهما سبعة.

(و معهما) معا (٤) (ثلاثه عشر من أربعين سهما)، لأن الفريضة على تقدير الأنوثيه من أربعه (٥)، و على تقدير الذكوريه من خمس (٦)، و مضروب إحداهما فى الأخرى عشرون، و مضروب المرتفع فى اثنين أربعون. فله (٧) على تقدير فرضه ذكرا «سته عشر» (٨)، و على تقديره انثى «عشره» (٩). و نصفهما ثلاثه عشر، و الباقي بين الذكر و الأنثى أثلاثا.

(و الضابط) فى مسأله الخنثى (أنك تعمل المسأله تاره أنوثيه) أى تفرضه (١٠) أنثى (و تاره ذكوريه و تعطى كل وارث) منه و ممن اجتمع معه (نصف ما اجتمع له فى المسألتين) مضافا (١١) إلى ضرب المرتفع فى اثنين كما قرناه.

فعلى هذا لو كان مع الخنثى أحد الأبوين فالفريضة على تقدير الذكوريه سته (١٢)، (١) ضرب المرتفع فى اثنين.

(٢) لأن النصيب ناتج من عمليتين حسابيتين على تقديرين، تقدير أنها انثى و تقدير أنها ذكر.

(٣) للخنثى من الاثنى عشر.

(٤) أى و للخنثى مع الأنثى و الذكر.

(٥) للذكر اثنان و لكل أنثى واحد.

(٦) للأنثى واحد و لكل ذكر اثنان.

(٧) للخنثى.

(٨) و سته عشر للذكر الآخر و ثمانيه للأنثى.

(٩) و لكل ذكر عشرون.

(١٠) تفرض الخنثى.

(١١) أى بعد ضرب المرتفع.

(١٢) فأحد الأبوين له السدس و الباقي للذكر المفروض بالقرايه.

و على تقدير الأنوثة أربعة (١). و هما (٢) متوافقان بالنصف فتضرب ثلاثه فى أربعة (٣) ثم المجتمع فى اثنين يبلغ أربعة و عشرين. فلأحد الأبوين خمسه، و للخنثى تسعه عشر.

و لو اجتمع معه (٤) الأبوان ففريضة الذكوريه ستة (٥)، و فريضه الأنوثة خمسه (٦). و هما (٧) متباينان فتضرب إحداهما فى الأخرى، ثم المرتفع فى الاثنين و يبلغ ستين. فللأبوين اثنان و عشرون، و للخنثى ثمانيه و ثلاثون.

و لو اجتمع مع خنثى و أنثى أحد الأبوين ضربت «خمسه»: مسأله الأنوثة (٨) فى «ثمانيه عشر»: مسأله الذكوريه (٩) لتباينهما تبلغ «تسعين» ثم تضربها فى الاثنين (١٠) تبلغ «مائة و ثمانين»، لأحد الأبوين ثلاثه و ثلاثون، لأن له ستة و ثلاثين تاره (١١) (١) فأحد الأبوين له السدس و البنت لها النصف فرضا و الباقي يرد عليهما أرباعا و عليه فالبنت لها ثلاثه أرباع الفريضه من الفرض و الرد و أحد الأبوين له ربع الفريضه من الفرض و الرد، و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٢)السته و الأربعة.

(٣)أو اثنين فى الستة.

(٤)مع الخنثى.

(٥)الأبوان لهما الثلث لكل واحد السدس و الباقي للذكر بالقرابه.

(٦)فالبنت لها النصف و الأبوان لكل واحد سدس، فيبقى سدس يرد أحماسا، فيكون للبنت ثلاثه أحماس الفريضه من الفرض و الرد، و لكل واحد من الأبوين الخمس.

(٧)السته و الخمسه.

(٨)أى على تقدير كون الخنثى أنثى فالفريضه من خمسه لأحد الأبوين السدس و للبنتين الثلثان فيبقى سدس يرد أحماسا عليهم بحسب حصصهم، فيكون المعطى للبنتين فرضا وردا أربعة أحماس و لأحد الأبوين الخمس.

(٩)أى على تقدير كون الخنثى ذكرا فالفريضه من ثمانيه عشر، لأحد الأبوين السدس و هو ثلاثه و للذكر عشره و للأنثى خمسه.

(١٠)لأنه الأصل فى قاعده الخناثى.

(١١)إذا كان الخنثى أنثى.

و ثلاثين أخرى (١) فله نصفهما، و للأثني واحد و ستون، و للخنثى ستة و ثمانون.

فقد سقط من سهام أحد الأبوين نصف الرد (٢)، لأن المردود (٣) على تقدير أنوثيتها (٤) ستة و هي فاضله (٥) على تقدير الذكوريه (٦).

و لو اجتمع معه (٧) في أحد الفروض (٨) أحد الزوجين ضربت مخرج (١) على تقدير كون الخنثى ذكرا.

(٢) على تقدير كون الخنثى ذكرا، فأحد الأبوين له السدس و الباقي للذكر و الأثني بالقرايه فلا يوجد باق حتى يرد عليهم، فلا داعي لتنصيفه بعد ضربه بالاثنين و بيانه:

فالفريضة من مائه و ثمانين كما عرفت، سدسها لأحد الأبوين و هو ثلاثون، و الباقي يقسم بين الذكر و الأثني أثلاثا فالذكر له مائه و الأثني لها خمسون هذا على تقدير كون الخنثى ذكرا.

و أما على تقدير كونه أنثى، فالسدس لأحد الأبوين و هو ثلاثون و الثلثان للبتين و هو مائه و عشرون، و الباقي ثلاثون يرد عليهم أخماسا، أربعة أخماسه للبتين، فأربعة و عشرون منه بالرد مع مائه و عشرين فيكون المعطى للبتين مائه و أربعة و أربعين، لكل بنت اثنان و سبعون.

فالخنثى على تقدير الذكوريه لها مائه و على تقدير الأنوثيه اثنان و سبعون، فالمجموع في المسألتين يساوى مائه و اثنين و سبعين فلو قسمناها على اثنين لقاعده الخنثى فالحاصل هو:
سته و ثمانون.

و المعطى لأحد الأبوين على تقدير الذكوريه ثلاثون، و هو السدس لأن أحد الأبوين له السدس و خمسه أسداس بين الذكر و الأثني أثلاثا و بما أن الخمسه لا تنقسم على الثلاثة فتضرب الستة - مخرج الفريضة - بالثلاثة، فالحاصل ما ذكرنا، و على تقدير الأنوثيه ستة و ثلاثون، و هي السدس مع خمس الباقي، فقد رددنا على أحد الأبوين على تقدير الأنوثيه ستة و لا بد من تنصيفها لقاعده الخنثى مع أننا لم نرد على أحد الأبوين على تقدير الذكوريه فلا داعي لتنصيفه، فالمجموع المعطى لأحد الأبوين ستة و ثلاثون، يقسم على اثنين فيكون ثلاثة و ثلاثين، فهذه الثلاثة هي نصف الرد على تقدير الأنوثيه.

(٣) على أحد الأبوين.

(٤) أنوثيه الخنثى.

(٥) أى الستة.

(٦) لأنه على تقدير كون الخنثى ذكرا فلا فاضل.

(٧) مع الخنثى.

(٨) المتقدمه.

ص: ١٥٩

نصيبه (١) فى الفريضة ثم أخذت منها (٢) نصيبه (٣) و قسمت الباقى كما سلف (٤) إلا (١) نصيب أحد الزوجين.

(٢) من الفريضة.

(٣) نصيب أحد الزوجين من دون تنصيف، لأنك لم تضرب الفريضة بمخرج نصيبه ثم ضربت الحاصل باثنين، و عدم الضرب بالاثنين فى مسأله أحد الزوجين لأن أحد الزوجين له نصيبه المقرر لا يتغير سواء فرضت الخنثى ذكرا أو أنثى.

(٤) فلو أخذنا مسأله و هى ما لو اجتمع ذكر و أنثى حقيقيان مع خنثى كما هى المسأله الثالثه المتقدمه مع زوج، فلا بد من تصحيح مسأله الخنثى و مشاركيها أولا و قد عرفت أن الفريضة لهم هى من أربعين ثم تضرب الأربعين فى أربه الذى هو مخرج نصيب الزوج لأن الخنثى و مشاركيها أولاد للزوجه، فيصير المجموع مائه و ستين.

فيعطى الزوج أربعين من دون حساب التقديرين لأن له الربع سواء كان الخنثى ذكرا أو أنثى.

و الباقى مائه و عشرون لا بد من تقسيمها على الخنثى و الذكر و الأنثى فنقول: فعلى تقدير ذكورتها فالقسمه على خمس للذكر خمسان و هو ٤٨، و للأنثى خمس و هو ٢٤.

و على تقدير أنوثيتها فالقسمه على أربه للذكر سهمان و هو ستون، و للأنثى سهم و هو ثلاثون.

فالمعطى للخنثى على التقديرين: ٤٨ + ٣٠ = ٧٨، و ينقسم على اثنين فالحاصل: ٣٩.

و المعطى للذكر على التقديرين: ٤٨ + ١٠٨ = ١٥٦، ينقسم على اثنين فالحاصل: ٥٤.

و المعطى للأنثى على التقديرين: ٢٤ + ٥٤ = ٧٨، ينقسم على اثنين فالحاصل ٢٧ و عليه فالمعطى للخنثى هنا مع الزوج يساوى ثلاثه أضعاف المعطى لها على تقدير عدم الزوج و كذا المعطى للذكر و المعطى للأنثى، فهنا للخنثى ٣٩ و هناك ١٣، و هنا للذكر ٥٤ و هناك ١٨، و هنا للأنثى ٢٧ و هناك ٩، هذا كله إذا معهم زوج، و أما إذا كان معهم زوجه ضربت أصل الفريضة بعد تصحيح مسأله الخنثى مع مشاركيها فى مخرج نصيب الزوجه، و الفريضة أربعون فتضرب بثمانيه فالحاصل ٣٢٠.

للزوجه الثمن و هو: ٤٠٨/٣٢٠.

و الباقى ٢٤٠ يقسم على الخنثى و الذكر و الأنثى فيقال:

للخنثى على تقدير الذكوريه: ١١٢ مع ١١٢ للذكر الآخر و ٥٦ للأنثى، لأن الباقى يقسم أخماسا هنا ذكران و أنثى. فللذكر خمسان و للأنثى خمس.

و للخنثى على تقدير الأنوئيه: ٧٠ مع ٧٠ للأنثى و ١٤٠ للذكر، لأن الباقى يقسم أرباعا حصتان للذكر و حصتان للأنثيين.

أنك هنا تقسمه على ثلاثة (١).

و من استحق بدون أحد الزوجين من الفريضة شيئاً أخذ قدره ثلاث مرات إن كان زوجاً، و سبع مرات إن كان زوجة. و على هذا قس ما يرد عليك من الفروض.

الثانيه - من ليس له فرج

(الثانيه - من ليس له فرج) الذكر و لا الأنثى، إما بأن تخرج الفضله من دبره، أو يفقد الدبر و يكون له ثقبه بين المخرجين يخرج منه الفضلتان، أو البول (٢) مع وجود الدبر، أو بأن يتقيأ ما يأكله (٣)، أو بأن يكون له لحمه راييه يخرج منها الفضلتان كما نقل ذلك كله (يورث بالقرعه) على الأشهر. و عليه شواهد من الأخبار.

منها صحيحه الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام (٤): «يكتب على سهم -فالخثى على التقديرين: ١١٢ + ١٨٢ ٧٠، و نصفها ٩١ للخثى.

و الأنثى على التقديرين: ٥٦ + ١٢٦ ٧٠، و نصفها ٦٣ للأنثى.

و الذكر على التقديرين: ١١٢ + ٢٥٢ ١٤٠، و نصفها ١٢٦ للذكر.

هذا و اعلم أن حصه الواحد منهم على تقدير الزوجه يساوى حصته مع عدم الزوجه مضروبه بسبعه، فالخثى هنا ٩١ و هناك ١٣، و الأنثى هنا ٦٣ و هناك ٩، و الذكر هنا ١٢٨ و هناك ١٨.

(١) ليس مراده أن نصيب الخثى أو مشاركيها على التقديرين ينقسم على ثلاثة، كيف و قد عرفت أن القسمه على الاثنين ناشئه من كون النصيب على تقديرين.

بل مراده أن ما تأخذه الخثى هنا - مع وجود الزوج - لو قسمته على ثلاثة لكان عين نصيبها على تقدير عدم الزوج، و كذا الأنثى و الذكر، و قد تقدم هذا فى الشرح السابق، فلذا قال الشارح عقيب هذه الجملة ما مضمونه أن ما تأخذه الخثى هناك لو ضربته بثلاثة لكان نصيبها على تقدير وجود الزوج، و الثلاثة ناشئه من كون الفريضة على تقدير عدم الزوج قد زادت أربع على تقدير وجوده فالربع له و الباقي ثلاثة و على هذا فالفريضة على تقدير عدم الزوج قد زادت على تقدير وجودها ثمان مرات، فالثمن لها و الباقي سبعة فلو ضربت حصه الخثى هناك بسبعه لكان الحاصل هو عين نصيبها هنا.

و هذا ما صرح به فى المسالك فراجع.

(٢) عطف على (الفضلتان).

(٣) و يشربه أيضاً.

(٤) و الخبر بتمامه: (سأله عن مولود ليس له ما للرجال و لا له ما للنساء، قال: يقرع عليه -

عبد الله، و على سهم أمه الله و يجعل فى سهام مبهمه و يقول ما رواه الفضيل:

«اللهم أنت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب و الشهاده أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون بين لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له فى الكتاب» ثم يجيل السهام و يورث على ما تخرج.

و الظاهر أنّ الدعاء مستحب (١)، لخلو باقى الأخبار منه، و كذا نظائره مما فيه القرعه.

و فى مرسله (٢) عبد الله بن بكير: «إذا لم يكن له إلا- ثقب يخرج منه البول-الإمام أو المقرع يكتب على سهم عبد الله و على سهم أمه الله، ثم يقول الإمام أو المقرع:

اللهم أنت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب و الشهاده أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، بين لنا أمر هذا المولود كيف يورث ما فرضت له فى الكتاب، ثم تطرح السهام فى سهام مبهمه ثم تجال السهام، على ما خرج ورث عليه(١)، و مرسل ثعلبه بن ميمون عن بعض أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن مولود ليس بذكر و لا أنثى، ليس له إلا دبر كيف يورث؟ فقال عليه السّلام: يجلس الإمام و يجلس عنده ناس من المسلمين فيدعون الله، و تجال السهام عليه على أى ميراث يورث على ميراث الذكر أو ميراث الأنثى، فأى ذلك خرج عليه ورثه، ثم قال: و أى قضيه أعدل من قضيه تجال عليها السهام يقول الله تعالى: فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ (٢).

(١) كما فى الدروس و غيرها، لخلو مرسل ثعلبه عن خصوص الدعاء المأثور بل فيه الأمر بمطلق الدعاء الدال على استحبابه، و عن بعضهم القول بوجوب مطلق الدعاء و إن لم يكن خصوص المأثور تمسكا بظاهر الأخبار.

(٢) ذهب ابن الجنيد و ابن حمزه و عن الشيخ فى الاستبصار الميل إليه أن من لا فرج له يؤمر بالبول فإن بال على مباله فهو أنثى و إن كان ينحى البول فهو ذكر لمرسل ابن بكير: (فى مولود ليس له ما للرجال و لا- ما للنساء إلا ثقب يخرج منه البول، على أى ميراث يورث؟ فقال: إن كان إذا بال فتحى بوله ورث ميراث الذكر، و إن كان لا ينحى بوله ورث ميراث الأنثى)(٣) و قد جعلها الشارح فى المسالك مقطوعه و فى الوسائل أنها-

ص: ١٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٥.

فَنَحَى بُولَهُ عِنْدَ خُرُوجِهِ عَنِ مَبَالِهِ فَهُوَ ذَكَرٌ، وَ إِنْ كَانَ لَا- يَنْحَى بُولَهُ عَنِ مَبَالِهِ فَهُوَ أَنْثَى» (١) وَ عَمِلَ بِهَا ابْنُ الْجَنِيدِ وَ الْأَوَّلُ مَعَ شَهْرَتِهِ أَصَحَّ سَنَدًا وَ أَوْضَحَهُ.

(وَ مِنْ لَهُ رَأْسَانٌ وَ بَدَنَانٌ عَلَى حَقْوٍ) (٢) بِفَتْحِ الْحَاءِ فَسَكُونُ الْقَافِ: مَعْقِدُ الْإِزَارِ عِنْدَ الْخَصْرِ (وَاحِدٌ)، سِوَاءَ كَانَ مَا تَحْتَ الْحَقْوِ ذَكَرًا أَمْ غَيْرَهُ، لِأَنَّ الْكَلَامَ هُنَا فِي اتِّحَادِ مَا فَوْقَ الْحَقْوِ وَ تَعَدُّدِهِ، لِتَرْتِبِ عَلَيْهِ الْإِرْثِ.

وَ حُكْمُهُ: أَنْ، (يُورَثُ بِحَسَبِ الْإِتْبَاهِ إِذَا) كَانَ نَائِمِينَ وَ (تَبَهُ أَحَدُهُمَا فَانْتَبَهَ الْآخَرُ فَوَاحِدٌ. وَ إِلَّا) يَنْتَبَهُ الْآخَرُ (فَاتِّنَانٌ) كَمَا قَضَى بِهِ عَلَى عَلَيْهِ السَّلَامِ (٣) وَ عَلَى التَّقْدِيرِينَ (٤) يَرِثَانِ إِرْثَ ذِي الْفَرْجِ الْمَوْجُودِ فِيحُكْمِ بَكُونِهِمَا أَنْثَى وَاحِدَهُ (٥)، أَوْ أَنْثَيْنِ (٦)، أَوْ ذَكَرًا وَاحِدًا (٧)،...

-عَنْهُمْ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ وَ فِي الْجَوَاهِرِ أَنَّهَا عَنْهُمَا عَلَيْهِمَا السَّلَامُ، مَعَ أَنْ عَتَبَارَ الْقَرَعَةَ مَتَعِينَ لَصِحِّهِ رَوَايَتُهَا وَ أَكْثَرَ عَدَدًا، وَ هَذِهِ ضَعِيفَةٌ بِالْقَطْعِ أَوْ الْإِرْسَالِ.

(١) الْوَسَائِلُ الْبَابُ - ٤ - مِنْ أَبْوَابِ مِيرَاثِ الْخَثْثَى حَدِيثٌ ٥.

(٢) فِي الْجَوَاهِرِ: «عَنْ أَبِي جَمِيلَةَ أَنَّهُ رَأَى بِفَارِسٍ امْرَأَةً لَهَا رَأْسَانٌ وَ صَدْرَانٌ فِي حَقْوٍ وَاحِدٍ، مَتَزَوَّجَةٌ تَغَارُ هَذِهِ عَلَى هَذِهِ وَ هَذِهِ عَلَى هَذِهِ، وَ عَنْ غَيْرِهِ أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا كَذَلِكَ وَ كَانَ حَائِكِينَ يَعْمَلَانِ جَمِيعًا عَلَى حَقْوٍ وَاحِدٍ».

(٣) فِي خَبَرِ حَرِيزٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (وُلِدَ عَلَى عَهْدِ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ مَوْلُودٌ لَهُ رَأْسَانٌ وَ صَدْرَانٌ عَلَى حَقْوٍ وَاحِدٍ، فَسُئِلَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ يُوْرَثُ مِيرَاثَ اثْنَيْنِ أَوْ وَاحِدًا؟

فَقَالَ: يَتْرَكَ حَتَّى يَنَامَ ثُمَّ يَصَاحُ بِهِ فَإِنْ انْتَبَهَا جَمِيعًا كَانَ لَهُ مِيرَاثٌ وَاحِدٌ، وَ إِنْ انْتَبَهَ وَاحِدٌ وَ بَقِيَ الْآخَرُ نَائِمًا فَإِنَّمَا يُوْرَثُ مِيرَاثَ اثْنَيْنِ) (١).

وَ فِي السَّنَدِ عَلَى بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَشِيمٍ وَ مُحَمَّدَ بْنَ الْقَاسِمِ الْجَوْهَرِيَّ وَ هُمَا مَجْهُولَانِ إِلَّا- أَنَّهُ مَنْجَبٌ بِعَمَلِ الْأَصْحَابِ كَمَا فِي الْمَسَالِكِ وَ كَشَفِ الثَّامِ وَ الْجَوَاهِرِ.

(٤) مِنْ إِتْبَاهِ الْآخَرِ وَ عَدْمِهِ.

(٥) إِذَا انْتَبَهَا مَعًا وَ لِلْحَقْوِ فَرْجٌ.

(٦) إِذَا انْتَبَهَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ وَ لِلْحَقْوِ فَرْجٌ.

(٧) إِذَا انْتَبَهَا مَعًا وَ لِلْحَقْوِ إِحْلِيلٌ.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١.

أو ذكربن (١). و لو لم يكن له فرج (٢)، أو كانا معا (٣) حكم لهما (٤) بما سبق.

هذا من جهه الإرث. و مثله الشهاده، و الحجب، لو كان أخوا (٥).

أما فى جهه العباده فاثان مطلقا (٦)، فىجب عليه غسل أعضائه كلها و مسحها فىغسل كل منهما وجهه و يديه و يمسح رأسه و يمسحان معا على الرجلين، و لو لم يتوضأ أحدهما فى صلاه الآخر نظر (٧)، من الشك فى ارتفاع حدثه، لاحتمال الوحده (٨) فىستصحب المانع إلى أن يتطهر الآخر، و لو أمكن الآخر إجبار الممتنع، أو تولى طهارته فى الإجزاء نظر (٩): من الشك المذكور (١٠) المقتضى لعدم الإجزاء.

و كذا القول لو امتنع من الصلاه.

و الأقوى أن لكل واحد حكم نفسه فى ذلك (١١) و كذا القول فى الغسل و التيمم، و الصوم.

(١) إذا انتبه أحدهما دون الآخر و للحقو إحلل.

(٢) أقرع عليه.

(٣) فبالعلامات من خروج البول أو سبقه أو انقطاعه أخيرا.

(٤) لمن لا فرج له، أو له فرجان.

(٥) لأن مقتضى إطلاق الخبر بجعله اثنين شامل لباب الشهادات و باب الحجب أيضا.

(٦) سواء انتبها معا أو لا، لأن العباده مشروطه بقصد القربه، فالإتيان بقصد القربه من أحدهما موجب للشك فى فراغ الذمه، و الاشتغال اليقبنى يستدعى صدور القصد منهما معا و هذا معنى أنهما اثنان فى العباده.

(٧) لاحتمال كونهما واحدا مع كون الشق الذى توضحاً هو لحمه زائده فىكون الأصل على غير وضوء و الصلاه مشروطه بالطهاره.

(٨) مع احتمال كون الأصل غير متوضئ فىستصحب الحدث المانع من دخول الصلاه.

(٩) لأنه يشترط فى الطهاره صدورهما من المكلف باختياره و مباشرته.

(١٠) أى الشك فى ارتفاع الحدث الناشئ من الشك فى اعتبار الاختيار و المباشره فى طهاره الشق الممتنع.

(١١) فى الوضوء و الصلاه بل فى كل العبادات لأن النفس الواحده لا تكون فى حال واحد ذات إرادتين مختلفتين، فمع تعدد الإراده نستكشف أنهما اثنان.

أما فى النكاح (١) فهما واحد من حيث الذكور والأنثى أما من جهة العقد (٢) ففى توقف صحته على رضاهما معا نظر. و يقوى توقفه فلو لم يرضيا معا لم يقع النكاح، و لو اكتفينا برضا الواحد ففى صحه نكاح الآخر لو كان أنثى إشكال و كذا يقع الإشكال فى الطلاق.

و أما العقود كالبيع فهما اثنان مع احتمال الاتحاد.

و لو جنى أحدهما لم يقتص منه و إن كان عمدا، لما يتضمن من إيلاام الآخر أو إتلافه. نعم لو اشتركا فى الجنايه اقتصّ منهما. و هل يحتسبان بواحد، أو باثنين، نظر.

و تظهر الفائده فى توقف قتلها على ردّ ما فضل عن ديه واحد.

و لو ارتدّ أحدهما لم يقتل و لم يحبس و لم يضرب، لأدائه إلى ضرر الآخر. نعم يحكم بنجاسه العضو المختص بالمرتد، دون المختص بغيره، و فى المشترك نظر (٣)، و تبين الزوجه بارتداده مطلقا (٤) و لو ارتدا معا لزمهما حكمه (٥).

(١) المراد به الوطء بقرينه ذكر العقد فيما بعد و عليه فهو إما واطئ أو موطوء و لا يمكن أن يكون واطئا و موطوءا معا.

(٢) و هذا يتم فيما لو كانا أنثيين فيصح لذكر أن يوقع العقد عليهما، أما لو كانا ذكرين فلا يصح منهما إيقاع عقدين أو عقد على اثنتين إلا أن يقال بأن الضرورات تبيح المحظورات فى كون كل شق سيطلع على فرج زوجه الشق الآخر.

و يقوى فى النظر أنهما تبعا للعلامه الوارده فى الخبر من الانتباه للآخر و عدمه أو تحصيل القطع و لو من وجود إرادتين مختلفتين فيحكم عليه بأنه اثنان أو واحد فى جميع العقود و الإيقاعات و العبادات و الطهارات، إلا فى مسأله الوطء فمشكل مع احتمال تحكيم أن الضرورات تبيح المحظورات.

نعم فى القصاص و إقامة الحد على أحد الشقين بناء على التعدد فممنوع إذا استلزم إيلاام و إضرار الشق الثانى، و التفصيل الذى أتى به الشارح بين الإرث و الشهادات و الحجب و بين غيره لا شاهد له بل إطلاق الخبر بالحكم عليه يدفعه.

(٣) لا داعى للتنظر بل يحكم بطهارته تبعا لإسلام الشق الآخر.

(٤) سواء قلنا إنه اثنان أو واحد.

(٥) حكم الارتداد.

و هذه الفروض ليس فيها شيء محرر (١). و للتوقف فيها مجال و إن كان الفرض نادرا.

(الثالثة - الحمل يورث (٢) إذا انفصل حيا) مستقرّ الحياه (أو تحرك) بعد خروجه (حركة الأحياء ثم مات)، و لا اعتبار بالتقلص الطبيعي، و كذا لو خرج بعضه ميتا، و لا يشترط الاستهلال (٣)، لأنه قد يكون أخرس، بل تكفى الحركة الداله على الحياه. و ما روى من اشتراط سماع صوته حمل على التقيه.

و اعلم أن الاحتمالات الممكنه عاده بأن يفرض ما لا يزيد عن اثنين، عشره (٤) أكثرها نصيبا فرضه ذكرين، فإذا طلب الولد الوارث نصيبه من التركة (١) في كلمات الأصحاب.

(٢) قد تقدم البحث في موانع الإرث من أنه لا يورث إلا إذا انفصل حيا، ففي خبر ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سمعتة يقول في المنفوس إذا تحرك ورث، إنه ربما كان أخرس) (١) و في خبره الآخر: (إذا سقط من بطن أمه فتحرك تحركا بينا، يرث و يورث فإنه ربما كان أخرس) ٢، و قد تقدم أن لا اعتبار بالتقلص الطبيعي فإنه قد يحدث بالأموات، و تقدم أنه لا اعتبار بخروج بعضه حيا و بعضه ميتا.

(٣) قد تقدم أن صوت المنفوس ليس بشرط، و إنما الشرط تحركه و ذلك لجواز كونه أخرس، و ما ورد من استهلاله كما في روايه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (في ميراث المنفوس قال: لا يرث شيئا حتى يصيح و يسمع صوته) (٢) لا بد من حملة على كون الاستهلال قيذا غاليبا، و قال في الجواهر: «و إن أبيت فلا- مناص من حملها على التقيه ممن يرى اعتبار الاستهلال في ميراثه من العامه» و قال الشارح في المسالك: إن هذا الحمل من الشيخ و تبعه جماعه بعد ما رماها بالضعف.

(٤) فرض للحمل ما لا يزيد على الاثنين لأن الأغلب عدم الزيادة، فلو ترك الميت ابنا و حملا أعطى الابن الثلث و أبقى الثلثان للحمل لاحتمال كونه ذكرين، و بناء على أن الحمل لا يزيد عن الاثنين، فلاحتمالات على هذا التقدير عشره إما أن يولد ذكر واحد أو أنثى أو خنثى، أو ذكران أو أنثيان أو خنثيان، أو ذكر و أنثى أو ذكر و خنثى أو أنثى و خنثى أو يسقط ميتا، و أكثر هذه الاحتمالات نصيبا أن يكون ذكرين، فلذا يفرض له نصيب-

ص: ١٦٦

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ٧ و ٤.

٢- ((٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ميراث الخنثى حديث ١.

أعطى منها على ذلك التقدير. وقد تقدم الكلام فى باقى أحكامه.

(الرابعة - ديه الجنين) (١) و هو الولد ما دام فى البطن، فإذا جنى عليه جان فأسقطه، فديته (يرثها أبواه و من يتقرب بهما) مع عدمهما كما لو ماتا معه أو مات أبوه قبله و أمه معه (أو) من يتقرب (بالأب بالنسب) كالإخوه (و السبب) كعمتق الأب، و يفهم من تخصيص الإرث بالمتقرب بالأب عدم إرث المتقرب بالأم مطلقاً (٢). و قد تقدم الخلاف فيه، و توقف المصنف فى الحكم (٣).

الخامسة - ولد الملاعنه ترثه أمه

(الخامسة - ولد الملاعنه ترثه أمه) دون أبيه (٤)، لانتفائه عنه (٥) باللعان حيث -ذكرين، مع أنه قد يكون الحمل ثلاثه أو أربعة أو خمسة، و قد نقل الشارح فى المسالك عن امرأه بالأنبار ألفت اثنى عشر مولوداً.

(١) لا- فرق بين الجنين و غيره، و قد تقدم أن الديه يرثها المتقرب بالأب مناسباً أو مسابياً، و أما المتقرب بالأم فلا لصحيح ابن سنان: (قضى أمير المؤمنين أن الديه يرثها الورثه على كتاب الله و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين إلا الأخوه من الأم و الأخوات من الأم فإنهم لا يرثون من الديه شيئاً) (١) و مثله غيره، و قد عدى الحكم إلى الأخوال و الخالات و الأجداد لأم بطريق أولى، و هذا هو مذهب المشهور.

و تقدم أن الشهيد فى الدروس قصر المنع على مورد النص مع أنه فى اللمعه توقف فى إرث المتقرب بالأم مطلقاً.

و تقدم أن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس فى أحد قوليه ذهب إلى أن الديه يرثها من يرث غيرها من أموال المقتول لقوله تعالى: وَأُولُوا الْأَرْحَامِ (٢).

(٢) سواء كان أخوا للمقتول من أمه كما هو مورد النص أو غيره من الأخوال و الأجداد للأم.

(٣) فى اللمعه مع أنه اقتصر على مورد النص فى الدروس.

(٤) قد تقدم لسقوط النسب بينهما باللعان، و يدل عليه نصوص منها: خبر زراره الوارد فى ولد الملاعنه: (ترثه أمه فإن ماتت ورثه أخواله) (٣).

(٥) لانتفاء الولد عن الأب.

ص: ١٦٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢.

٢- (٢) الأنفال الآية: ٧٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ٥.

كان اللعان لئفيه (و) كذا يرثه (ولده و زوجته على ما سلف) فى موانع الإرث من أن الأب لا يرثه، أو فى باب اللعان من انتفائه عنه باللعان، و عدم إرثه الولد (١)، و بالعكس، إلا أن يكذب الأب نفسه (٢).

أما حكم إرث أمّيه و زوجته و ولده فلم يتقدم التصريح به. و يمكن أن يكون قوله: على ما سلف إشاره إلى كيفية إرث المذكورين بمعنى أن ميراث أمه (٣) و ولده و زوجته يكون على حدّ ما فصّل فى ميراث أمثالهم من الأمهات، و الأولاد، و الزوجات.

(و مع عدمهم) أى عدم الأم و الولد و الزوجه (فلقرا به أمه) الذكر و الأنثى (بالسويه) كما فى إرث غيرهم من المتقرب بها كالأخوة و أولادهم (و يترتبون) فى الإرث على حسب قربهم إلى المورث (فيرثه الأقرب) إليه منهم (فالأقرب) كغيرهم (و يرث) هو (أىضا قرا به أمّه) (٤) لو كان فى مرتبه الوارث دون قرا به أبيه، إلا أن (١) أى عدم إرث الأب للولد.

(٢) فيرثه ابنه و لا- يرث الأب الابن بلا خلاف فيه و لأخبار منها خبر محمد بن مسلم (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: عن رجل لاعن امرأته و انتفى من ولدها ثم أكذب نفسه بعد الملاعنه و زعم أن ولدها ولد له هل تردّ عليه قال: لا و لا كرامه، لا تردّ عليه و لا تحلّ له إلى يوم القيامة - إلى أن قال - فقلت: إذا أقرّ به الأب هل يرث الأب؟ قال: نعم، و لا يرث الأب الابن) (١).

(٣) فلها الثلث تسميه و الباقي بالرد لإطلاق الأدله و يشهد له خبر زراره المتقدم لقوله عليه السّلام: (ترثه أمه)، نعم ورد فى خبر زراره الآخر (٢) و خبر أبى عبيده ٣ و النص للأول عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى ابن الملاعنه ترث أمه الثلث و الباقي للإمام لأن جنائته على الإمام، و هما محمولان على التقية لموافقتهما للعامه، إلا أن الشيخ و الصدوق حملا- هاتين الروايتين على ظهور الإمام أو على ما لم يكن للأم عصبه و فيه: إن الأم أولى من الإمام و لو كان ظاهرا و أولى من عصبتها فالباقي لها لآيه أولى الأرحام).

(٤) على المشهور و ذلك لأن نسبه من الأم ثابت فيشملة عموم التوارث و لأخبار منها: خبر-

ص: ١٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ٤ و ٣.

يكذبوا الأب في لعانه على قول (١).

السادس - ولد الزنا من الطرفين يرثه ولده

(السادس - ولد الزنا) من الطرفين (يرثه ولده و زوجته، لا أبواه (٢)، و لا من) - زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام: (في ابن الملاعنه من يرثه؟ قال: ترثه أمه، قلت:

أ رأيت إن ماتت أمه و ورثها ثم مات هو من يرثه؟ قال: عصبه أمه و هو يرث أخواله) (١).

و ذهب الشيخ في الاستبصار إلى أن ولد الملاعنه يرثهم إذا اعترف الأب به و إلا فلا، استنادا إلى حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (فإن لم يدعه أبوه فإن أخواله يرثونه و لا يرثهم) ٢ و العمل بالطائفة الأولى لأنها أشهر و موافقه للكتاب.

(١) و هو قول أبي الصلاح الحلبي و الفاضل في كتبه إلى أن ولد الملاعنه يرث أقارب أبيه إن كذبوا الأب في دعواه لأن الإقرار كالبيّنه في إثبات النسب، و ذهب المشهور إلى أنه لا يرثهم و لا يرثونه لانقطاع النسب باللعان فيستصحب، و تكذيب الأب نفسه في دعواه إقرار منه بالنسب فيختص حكم الإقرار حينئذ بالمقرّ فلذا كان الابن يرث أباه و لا عكس.

(٢) أما أبوه فلا توارث بينهما بلا خلاف فيه و لخبر الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (أيما رجل وقع على وليده قوم حراما ثم اشتراها فادعى ولدها فإنه لا يورث منه شيء، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: الولد للفراش و للعاهر الحجر، و لا يورث ولد الزنا إلا رجل يدعى ابن وليدته) (٢).

و التعليل الوارد (الولد للفراش و للعاهر الحجر) يفيد نفى النسب بين الزاني و الزانية و بين الولد فلا توارث بينهما.

نعم ذهب الصدوق و أبو الصلاح الحلبي و ابن الجنيد إلى أن ولد الزنا يرث أمه و من يتقرب بها و يرثونه على حسب حال ابن الملاعنه لخبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (أن عليا عليه السلام كان يقول: ولد الزنا و ابن الملاعنه ترثه أمه و أخوته لأمه و عصبته) (٣)، و خبر يونس: (ميراث ولد الزنا لقربته من قبل أمه على ميراث ابن الملاعنه) ٥ و الأولى ضعيفه لأن في سندها غياث بن كلوب و هو مجهول، و الثانيه مقطوعه و لعلها من كلام يونس و مذهبه.

ص: ١٤٩

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ١ و ٧.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ١.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ميراث ولد الملاعنه حديث ٩ و ٦.

(يتقرب بهما) لانتفائه عنهما شرعا فلا يرثانه، ولا يرثهما، ولو اختص الزنا بأحد الطرفين انتفى عنه خاصة، وورثه الآخر و من يتقرب به (و مع العدم) أى عدم الوارث له من الولد و الزوجه و من بحكمهما على ما ذكرناه (فالضامن لجريته) و مع عدمه (فالإمام) و ما روى خلاف ذلك (١) من أن ولد الزنا ترثه أمه و إخوته منها، أو عصبتها و ذهب إليه جماعه كالصدوق و التقى و ابن الجنيذ فشاذ، و نسب الشيخ الراوى إلى الوهم (٢) بأنه كولد الملاعنه (٣).

السابعه – لا عبره بالتبرى من النسب

(السابعه – لا عبره بالتبرى من النسب) عند السلطان (٤) فى المنع من إرث (١) من خبر إسحاق بن عمار و خبر يونس.

(٢) بالنسبه لخبر إسحاق بن عمار كما فى المسالك.

(٣) أى بأن ولد الزنا كولد الملاعنه، و حاصل كلام الشيخ أن الروايه وارده فى ابن الملاعنه فقط إلا أن الراوى قد توهم أن ولد الزنا مثله فى الحكم فأدخله فى الروايه، و فيه: إن هذا مستلزم لتكذيب الراوى و لذا قال الشارح فى المسالك إنه حمل بعيد.

(٤) لو تبرأ الأب من جريه ابنه و من ميراثه عند السلطان فقد ذهب الشيخ فى النهايه و الاستبصار و ابن حمزه فى الوسيله و القاضى فى المهذب و الكيدرى فى الإصباح أن الميراث لعصبه أبيه و يحرم الأب لخبر يزيد بن خليل كما فى كتب الفقه أو يريد بن خليل كما فى الوسائل عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل تبرأ من جريه ابنه و ميراثه، فمات الابن و ترك مالا من يرثه؟ قال: ميراثه لأقرب الناس إلى أبيه) (١)، و لمضمرة أبى بصير:

(سألته عن المخلوع يتبرأ منه أبوه عند السلطان و من ميراثه و جريته لمن ميراثه؟ فقال:

قال على عليه السلام: هو لأقرب الناس إلى أبيه) ٢ كما فى الفقيه، أو (لأقرب الناس إليه) كما فى التهذيب.

و ظاهر الخبرين خصوصا الثانى مع ملاحظه المخلوع الذى يعزل عن الولايات أن المراد من السلطان هو السلطان الجائر، إلا أن الخبر الأول ضعيف لجهاله يزيد بن خليل و الخبر الثانى مضممر كما قيل، و إن كان متنه مع نسبه القيل إلى أمير المؤمنين عليه السلام يدل على أنه صادر من المعصوم.

إلا أن الأكثر قد ذهب إلى عدم الأثر لهذا التبرى لأصالة بقاء النسب و لذا ذهب الشيخ فى -

ص: ١٧٠

المتبري على الأشهر، للأصل (١)، و عموم القرآن الدال على التوارث مطلقا (٢) (و فيه قول شاذ) للشيخ في النهاية، وابن البراج (أنه) أي المتبري من نسبه (ترثه عصبه أمه (٣)، دون أبيه لو تبرأ أبوه من نسبه) استنادا إلى روايه أبي بصير عن أحدهما عليه السّلام، قال: «سألته عن المخلوع يتبرأ منه أبوه عند السلطان و من ميراثه و جريرته، لمن ميراثه؟ فقال: قال على عليه السّلام: هو لأقرب الناس إليه».

و لا- دلالة لهذه الروايه على ما ذكره لأن أباه أقرب الناس إليه من عصبه أمه (٤)، و قد رجع الشيخ عن هذا القول صريحا في «المسائل الحائريه».

الثامنه - في ميراث الغرقى و المهذوم عليهم

(الثامنه - في ميراث الغرقى و المهذوم عليهم) (٥) اعلم أن من شرط التوارث -الحائريات إلى تأييد مذهب الأكثر مع أنه في الاستبصار و النهايه قد ذهب إلى العمل بالخبرين.

و العجب من الشارح حيث جعل روايه أبي بصير مسنده إلى أحدهما عليهما السّلام مع أنه في المسالك وصفها بأنها مضمرة، هذا من جهه و من جهه أخرى ففي جميع نسخ الروضه المطبوعه: «ترثه عصبه أمه دون أبيه» مع أن الخبر و جميع كتب الفقه و كلامه في المسالك تدل على أنه «ترثه عصبه أبيه دون أبيه».

(١) أصاله بقاء النسب.

(٢) تبرأ منه أبوه أو لا.

(٣) و الأصح عصبه أبيه.

(٤) و الصحيح من عصبه أبيه.

(٥) اعلم أنه من شرط التوارث العلم بتقدم موت المورث بحيث يكون الوارث حيا بعد موته، فمع اقتران موتهما أو الشك في ذلك لا يثبت الإرث لأن الشك في الشرط شك في المشروط و هذا أصل حاكم في كل مسائل الإرث، و خرجت منه صورته واحده و هي ما لو مات اثنان بينهما نسب و سبب يتوارثان به بالغرق أو الهدم و اشتبه الحال في تقدم موت أحدهما على الآخر، فإنه يرث كل منهما الآخر بحيث يفرض موت أحدهما أولا فيرثه الآخر ثم يفرض موت الآخر أولا فيرثه الأول.

و توارث الغرقى و المهذوم عليهم. مشروط بثلاثة شروط:

الأول: أن يكون لهما أو لأحدهما مال، و إلا لو لم يكن لهما مال فلا إرث، و لو كان لأحدهما مال ورثه الآخر الذي لا مال عنده ثم ينتقل المال إلى وارثه الحى.

الثانى: أن يكون بينهما توارث و إلا- لو غرق أخوان و كان لكل منهما ولد أو لأحدهما فلا توارث بينهما، و هذان الشرطان

واضحان.-

ص: ١٧١

بين المتوارثين العلم بتأخر حياه الوارث عن حياه المورث و إن قل (١)، فلو ماتا دفعه، أو اشتبه المتقدم منهما بالتأخر (٢)، أو اشتبه السبق، و الاقتران فلا إرث، سواء كان الموت حتف الأنف أم بسبب، إلا أن يكون السبب الغرق، أو الهدم على الأشهر. و فيهما (٣) (يتوارث الغرقى، و المهذوم عليهم إذا كان بينهم نسب، أو)

-الثالث: أن لا يكون موتهما حتف الأنف، فلو ماتا حتف أنفهما و اشتبه تقدم أحدهما على الآخر فلا توارث بينهما لخبر القداح عن أبي عبد الله عليه السلام: (ماتت أم كلثوم بنت علي عليه السلام و ابنها زيد بن عمر بن الخطاب فى ساعه واحده، و لا يدري أيهما هلك قبل، فلم يورث أحدهما من الآخر و صلى عليهما جميعا) (١).

فلا بد أن يكون موتهما بسبب، و ذهب المعظم إلى حصر السبب بالهدم و الغرق للأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يغرقون فى السفينه أو يقع عليهم البيت فيموتون فلا يعلم أيهم مات قبل صاحبه قال: يورث بعضهم من بعض، كذلك هو فى كتاب على عليه السلام) (٢).

و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (فى رجل سقط عليه و على امرأته بيت قال:

تورث المرأه من الرجل و يورث الرجل من المرأه) (٣) و مثله غيرهما و ذهب الشيخ فى النهايه و ابن الجنيد و أبو الصلاح و جماعه إلى تعميم الحكم فى كل سبب لأن العله فى التوارث هو اشتباه التقدم و التأخر فى الموت المستند إلى سبب و هى موجوده فى غير الغرق و الهدم من الأسباب.

و أما ذكر الهدم و الغرق فهى من كلام السائل لا من كلام المعصوم حتى ينحصر السبب فيهما. و يردده ما تقدم من عدم توريث أمير المؤمنين عليه السلام لابنته أم كلثوم و ولدها لما ماتا معا بغير هدم و لا غرق، و ما رواه فخر المحققين: «قد روى أن قتلى اليمامة و قتلى صفين لم يرث بعضهم من بعض بل ورثوا الأحياء» (٤).

(١)التأخر.

(٢)أى علم بالسبق و شك فى السابق.

(٣)فى الهدم و الغرق.

ص: ١٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ميراث الغرقى و المهذوم عليهم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث الغرقى و المهذوم عليهم حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الغرقى و المهذوم عليهم حديث ١.

٤- (٤) إيضاح الفوائد ج ٤ ص ٢٧٧.

(سبب) يوجبان (١) التوارث (و كان بينهم مال) ليتحقق به الإرث و لو من أحد الطرفين (٢) (و اشتهب المتقدم) منهم (و المتأخر) فلو علم اقتران الموت فلا إرث، أو علم المتقدم من المتأخر ورث المتأخر المتقدم دون العكس (و كان بينهم توارث) (٣) بحيث يكون كل واحد منهم يرث من الآخر و لو بمشاركه غيره. فلو انتفى (٤) كما لو غرق أخوان و لكل واحد منهما ولد، أو لأحدهما فلا- توارث بينهما، ثم إن كان لأحدهما مال، دون الآخر صار المال لمن لا مال له، و منه إلى وارثه الحي، و لا شيء لورثه ذى المال (٥).

(و لا يرث الثاني) (٦)

(١) ضمير التثنيه راجع إلى السبب و النسب.

(٢) أى وجود المال فينتقل المال حينئذ إلى الآخر.

(٣) أى كانت الموارثه دائره بينهما و هو الشرط الثانى المتقدم.

(٤) التوارث.

(٥) لأن صاحب المال إذا كان موروثاً انتقل المال منه إلى الآخر مع أن الآخر لا مال له بحسب الفرض فوارثه لا شيء له و يدل عليه صحيح عبد الرحمن: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن بيت وقع على قوم مجتمعين فلا يدري أيهم مات قبل، قال عليه السلام:

يورث بعضهم من بعض، قلت: فإن أبا حنيفه أدخل فيها شيئاً قال عليه السلام: و ما أدخل؟ قلت: رجلين أخوين أحدهما مولاي و الآخر مولى لرجل، لأحدهما مائة ألف درهم و الآخر ليس له شيء ركبا في السفينه فغرقا، فلم يدر أيهما مات أولاً كان المال لورثه الذى ليس له شيء و لم يكن لورثه الذى له المال شيء، فقال أبو عبد الله عليه السلام:

لقد سمعها، و هو هكذا(١).

(٦) شروع فى كيفية الإرث بين الغرقى و المهدوم عليهم، ذهب الأكثر إلى أن كلا منهما يرث مما تركه الآخر من ماله الأصيلى حتى الوفاه دون ما ورثه كل منهما من الآخر، بأن يفرض كل منهما حيا بعد موت الآخر و يأخذ نصيبه منه، و يدل عليه صحيح عبد الرحمن المتقدم(٢) بجعل المال لمن لا شيء له و الذى عنده مال لا شيء له و هذا كاشف عن أن التوريث من مالهم الأصيلى حين الوفاه، و مرسل حمران عن ذكره عن أمير-

ص: ١٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الغرقى و المهدوم عليهم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الغرقى و المهدوم عليهم حديث ١.

-المؤمنين عليه السّلام: (فى قوم غرقوا جميعا أهل البيت، قال: يورث هؤلاء من هؤلاء و هؤلاء من هؤلاء، و لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئا، و لا يورث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء شيئا)(١).

و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (فى رجل سقط عليه و على امرأته بيت قال: تورث المرأة من الرجل و يورث الرجل من المرأة، معناه يورث بعضهم من بعض من صلب أموالهم، لا يورثون مما يورث بعضهم بعضا شيئا)٢.

و احتجوا له أيضا بأن الثانى المفروض حياته ثانيا لا يرث من الأول مما ورثه الأول منه إلا بعد فرض الثانى حيا بعد فرض موته و فرض الحياه بعد الموت محال عادة.

و ذهب المفيد و سلّار إلى أن الثانى يرث من الأول من ماله الأصلى الذى تركه حين الوفاة و مما ورثه الأول منه، و احتجا بدليلين:

الأول: إطلاق أدله التوارث بينهم، و فيه أنها مقيدة بما سمعت من تخصيص التوارث بالمال الأصلى.

الثانى: أن الأضعف نصيبا يجب تقدير حياته أولا فى هذه المسألة، و لا فائده لهذا الحكم إلا لأن الثانى يرث مما تركه الأول و مما ورثه الأول منه بيانه:

لو كان الغرقى اثنين واحدهما أقل نصيبا من الآخر كالزوج و الزوجه، فقد ذهب جماعه منهم الشيخان و ابن إدريس و المحقق فى النافع إلى تقديم الأضعف نصيبا بحيث يفرض موت الأكثر نصيبا أولا فيأخذ الأضعف نصيبه منه ثم يفرض الأضعف ميتا ثانيا و يأخذ الأ-كثر منه نصيبه حينئذ، و فى موردنا يفرض موت الزوج فتأخذ الزوجه نصيبها ثم يفرض موت الزوجه فيأخذ الزوج نصيبه، و يدل عليه صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (فى رجل سقط عليه و على امرأته بيت، فقال: تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة)(٢)، و خبر عبيد بن زرار: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل سقط عليه و على امرأته بيت، فقال: تورث المرأة من الرجل ثم يورث الرجل من المرأة)٤ و لفظ ثم حقيقه فى الترتيب.

و ذهب جماعه منهم الشيخ فى الإيجاز و ابن زهره فى الغنيه و القاضى إلى عدم وجوب-

ص: ١٧٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الغرقى و المهدوم عليهم حديث ٢ و ١.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ميراث الغرقى و المهدوم عليهم حديث ٢، فكلما الخبرين أوردتهما تحت هذا الرقم.

المفروض موته ثانيا (مما ورث منه الأول) للنص (١)، و استلزامه (٢) التسلسل (٣)، -تقديم الأضعف نصيبا بأن يفرض الأكثر ميتا أولا- لخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (تورث المرأه من الرجل و يورث الرجل من المرأه) و العطف بالواو لا يفيد الترتيب بل مطلق الجمع.

و ذهب الشارح فى المسالك إلى عدم المنافاه بين الأخبار لقوله: (بأن الجمع المطلق لا ينافى الترتيب فلا منافاه بين الواو و ثم، بل يجب حمل الواو على ثم كما يجب حمل المطلق على المقيد). و لذا ذهب بعضهم إلى استحباب التقديم كالشهيد فى الدروس.

و على كل فوجوب تقديم الأضعف نصيبا لا تظهر له فائده إلا إذا كان الثانى يرث من مال الأصلى للأول و مما ورثه الأول منه.

و ردّ بأنه يحتمل أن يكون وجوب تقديم الأضعف نصيبا من باب التعبد، لأن أكثر علل الشرائع و المصالح المعتره فى نظر الشارع خفيه عنا لعجز عقولنا عن إدراكها فضلا عن أنه غير مسموع فى قبال النصوص الصريحه السابقه بحصر الإرث فى المال الأصلى. نعم أشكل على قول المفيد بإشكال عام الورد و هو: أن قول المفيد بتوريث الثانى مما ورثه الأول منه يلزم منه فرض الثانى حيا بعد موته و هو محال، مع أن هذا الإشكال وارد على قول الأكثر لأن الثانى قد فرض حياته بعد فرض موته و إن لم يرث الثانى مما ورثه الأول منه و عليه فهو عام الورد لا يصلح للاستدلال لأحد القولين.

و أشكل على قول المفيد أيضا بأنه مستلزم للتسلسل، لأن الثانى إن ورث مما يرثه الأول منه، فهذا يستدعى أن يرث الأول مما ورثه الثانى منه أيضا، و لو تم لوجب أن يرث الثانى مره أخرى من الأول ما ورثه الأول منه بالفرض الثانى و هكذا دواليك و هذا ما يلزم منه التسلسل.

و أيضا هو غير وارد لأن الثانى يرث مما ورثه الأول منه لأننا فرضنا أولا أن الأول حى و الثانى ميت فما يأخذه الأول من الثانى بالإرث يصير جزءا من ماله، فلو فرضنا بعد ذلك أن الثانى حى و الأول ميت فلا بد أن يرث الثانى من جميع مال الأول بما فيه ما ورثه الأول منه و إلى هنا ينتهى فرض حياه كل منهما و لا يأتى فرض ثالث بأن نفرض الأول حيا حتى يرث من الثانى ما ورثه الثانى من الأول، لأن حياه الأول قد فرضت أولا فلا معنى لفرضها ثانيا.

(١) قد تقدم.

(٢) أى استلزام توريث الثانى مما ورثه الأول منه.

(٣) قد عرفت بيانه و عرفت ما فيه من الضعف.

و المحال عادة (١). و هو فرض الحياه بعد الموت، لأن التوريث منه (٢) يقتضى فرض موته فلو ورث (٣) ما انتقل عنه لكان حيا بعد انتقال المال عنه. و هو ممتنع عادة.

و أورد مثله فى إرث الأول من الثانى (٤).

و ردّ بأننا نقطع النظر عما فرض أولا و نجعل الأول (٥) كأنه المتأخر حياه (٦)، بخلاف ما إذا ورثنا الأول من الثانى مما كان قد ورثه الثانى منه فإنه يلزم فرض موت الأول (٧) و حياته (٨) فى حاله واحده. و فيه تكلف (٩). و المعتمد النص: روى عبد الرحمن بن الحجاج فى الصحيح عن الصادق عليه السّلام: «فى أخوين ماتا، لأحدهما مائه ألف درهم، و الآخر ليس له شىء ركبا فى السفينه فغرقا فلم يدر أيهما مات أولا، قال: المال لورثه الذى ليس له شىء» (١٠). و عن على عليه السّلام فى (١) عطف على التسلسل، و قد عرفت أنه عام الورود فلا يرد على قول المفيد فقط.

(٢) من الثانى الذى فرض حياته ثانيا.

(٣) أى الثانى الذى فرض حياته ثانيا.

(٤) و هو قول الأ-كثر، و توضيح معناه: أن المحال عادة يرد أيضا على ما لو ورثنا الأول الذى فرض موته أولا من المال الأصلى للثانى الذى فرض موته ثانيا، و جعلنا الأول هو المفروض موته أولا تبعا لمتن الروضه حيث صرح بذلك فى عبارته: «ولا يرث الثانى المفروض موته ثانيا»، مع أن الثانى الذى هو مفروض موته ثانيا هو بعينه الأول الذى فرض حياته أولا. كما تقدم فى الشرح، فلو جعل الثانى هو المفروض حياته ثانيا لكان هو الموافق لقول بقية الفقهاء و لكان هو الموافق للثانى الذى بنى عليه دليل التسلسل و المحال عادة، و لذا عند ما أراد بيان المحال عادة جعل الثانى هو المفروض حياته ثانيا لا المفروض موته ثانيا فراجع فإنه من مزالّ الأقدام.

(٥) الذى فرض موته أولا.

(٦) فى الفرض الثانى المبني على فرض موت الثانى.

(٧) لأن الثانى وارثه.

(٨) لأن الثانى يرث مما ورثه الأول منه، و جعل الأول وارثا حينئذ فرض لحياته.

(٩) أى و فى الرد تكلف بل يكفيننا النص الدال على قول الأكثر و هو كاف فى بطلان قول المفيد.

(١٠) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الغرقى و المهودوم عليهم حديث ١، فلو كان الثانى المفروض حياته ثانيا يرث مما ورثه الأول منه لكان لكل منهما شىء كما هو واضح.

قوم غرقوا جميعا أهل بيت ما قال: «يرث هؤلاء من هؤلاء و هؤلاء من هؤلاء، و لا يرث هؤلاء مما ورثوا من هؤلاء (١).

و هذا حجه على المفيد و سلار حيث ذهبا إلى توريث كل (٢) مما ورث منه أيضا، استنادا إلى وجوب تقديم الأضعف (٣) في الإرث، و لا فائده (٤) إلا التوريث مما ورث منه (٥).

و أوجب بمنع وجوب تقديمه بل هو على الاستحباب (٦)(و) لو سلم فإنما (يقدم الأضعف تعبدا) لا لعله معقوله، فإن أكثر علله الشرع و المصالح المعتبره في نظر الشارع خفيه عنا تعجز عقولنا عن إدراكها، و الواجب اتباع النص (٧) من غير نظر إلى العله. و لتخلفه (٨) مع تساويهما في الاستحقاق كأخوين لأب فينتفى اعتبار التقديم و يصير مال كل منهما لورثه الآخر (٩).

و على اعتبار تقديم الأضعف - وجوبا كما يظهر من العبارة، و ظاهر الأخبار تدل عليه. و منها صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام (١٠)، أو (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ميراث الغرقى و المهذوم عليهم حديث ١.

(٢) ظاهر العبارة توريث كلا- الطرفين مما ورثه الآخر و هو ليس في محله، لأن قول المفيد و سلار هو توريث الثانى المفروض حياته ثانيا مما ورثه الأول منه فقط.

(٣) بأن يفرض الأكثر نصيبا هو الميت أولا فيرث ذو النصيب الأضعف و لذا قال الشارح إن التقديم في الإرث المستدعى لفرض موت صاحب النصيب الأكثر.

(٤) لهذا التقديم.

(٥) و إلا فما دام كلّ منهما سيرث من المال الأصلى للآخر فلا يفرق الحال سواء قدمنا الأضعف أو الأكثر.

(٦) أيضا لا بد للاستحباب من فائده و ما ذلك إلا لتوريث الثانى مما ورثه الأول منه، فجعل الحكم استحبابيا حتى يبطل استدلال المفيد ليس في محله.

(٧) من كون التوريث من المال الأصلى فقط.

(٨) تخلف تقديم الأضعف.

(٩) مع أنه لو قلنا بمقاله المفيد لكان إرث الثانى من الأول أكثر من إرث الأول من الثانى مع أنه لا دليل على هذا الترجيح بعد كونهما متساويين في الإرث.

(١٠) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الغرقى و المهذوم عليهم حديث ٢.

(١١) لأن العطف بالواو كما في خبر محمد بن مسلم الآخر فراجع ما تقدم في الشرح.

استجابا (١) على ما اختاره فى الدروس - لو غرق الأب و ولده قَدَم موت الابن فيرث الأب (٢) نصيبه منه، ثم يفرض موت الأب فيرث الابن نصيبه منه، و يصير مال كل إلى ورثه الآخر الأحياء، و إن شاركهما مساو انتقل إلى وارثه (٣) الحى ما ورثه، و لو لم يكن لهما وارث صار مالهما للإمام.

و ذهب بعض الأصحاب إلى تعدى هذا الحكم إلى كل سبب يقع معه الاشتباه كالقتيل، و الحريق، لوجود العله (٤). و هو ضعيف، لمنع التعليل (٥) الموجب للتعدى مع كونه (٦) على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع النص و الوفاق، و لو كان الموت حتف الأنف، فلا توارث مع الاشتباه إجماعا.

التاسعه فى ميراث المجوس

(التاسعه) فى ميراث (المجوس) (٧) إذا ترافعوا إلى حكام الإسلام (٨)، و قد اختلف الأصحاب فيه (٩):

فقال يونس بن عبد الرحمن (١٠): إنهم يتوارثون بالنسب و السبب الصحيحين (١١)، دون الفاسدين (١٢)، و تبعه التقى و ابن إدريس، محتجا (١٣) ببطلان ما سواه (١٤) (١) لأنه الأقل نصيبا حيث يرث السدس.

(٢) وارث كل من الغرقى و المهدوم عليهم.

(٣) و هى اشتباه التقدم فى موت أحدهما على الآخر.

(٤) لأن التعليل غير منصوص حتى يتمسك بعمومه.

(٥) كون الحكم بالتوارث فى مسأله الغرقى و المهدوم عليهم.

(٦) و هو من ينكح المحرمات كالأخت و البنت باعتقاد حليه ذلك.

(٧) إذا أسلموا أو إذا ترافعوا إلى حكام المسلمين و هم على دين المجوسيه.

(٨) فى الميراث على أقوال ثلاثه.

(٩) من قدمائنا و تبعه أبو الصلاح و ابن إدريس و نقل عن المفيد و اختاره العلامه فى المختلف.

(١٠) فيما لو تزوج المجوسى بنت عمه فأولدها فالنسب و السبب صحيحان.

(١١) فيما لو تزوج المجوسى أخته فأولدها فالنسب و السبب فاسدان.

(١٢) و هو استدلال ابن إدريس حيث قال فى السرائر: (فإذا حكم الحاكم بما لا يجوز فى شرع الإسلام فقد حكم بغير الحق و بغير ما أنزل الله و بغير القسط).

(١٣) ما سوى الصحيح.

ص: ١٧٨

فى شرع الإسلام فلا يجوز لحاكمهم (١) أن يرتب عليه (٢) أثرا.

وقال الشيخ وجماعه (٣): يتوارثون بالصحیحین و الفاسدین، لما رواه السكونى عن على عليه السلام: «أنه كان يورث المجوسى إذ تزوج بأمه، و أخته، و ابنته من جهه أنها أمه و أنها زوجته (٤)»، و قول الصادق عليه السلام لمن سب مجوسيا و قال: إنه تزوج بأمه -: «أما علمت أن ذلك عندهم هو النكاح» (٥) بعد أن زبر السابّ.

و قوله عليه السلام: «إن كل قوم دانوا بشيء يلزمهم حكمه» (٦).

وقال الفضل بن شاذان وجماعه منهم المصنف فى هذا المختصر (٧) و الشرح (٨): (إن المجوس يتوارثون بالنسب الصحيح و الفاسد، و السبب الصحيح لا الفاسد).

أما الأول (٩) فلأن المسلمين يتوارثون بهما حيث تقع الشبهة، و هى (١٠) موجوده فيه (١١).

و أما الثانى (١٢) فلقوله تعالى: وَ أَنْ احْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ (١٣) وَ قُلْ (١) لحاكم المسلمين.

(٢) على ما سوى الصحيح.

(٣) بل فى التحرير أنه المشهور.

(٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث المجوسى حديث ١.

(٥) و هو مرسل الشيخ فى التهذيب راجع الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث المجوسى حديث ٢.

(٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ميراث المجوسى حديث ٣ و هو مرسل الشيخ أيضا فى التهذيب.

(٧) أى اللمعه.

(٨) شرح الإرشاد، بل فى الرياض نسبه إلى أكثر من تأخر.

(٩) النسب الصحيح و الفاسد.

(١٠) أى الشبهة.

(١١) فى المجوسى حيث يعتقد حليه نكاح الأخت و البنت.

(١٢) و هو السبب الصحيح دون الفاسد.

(١٣) المائدة الآية: ٤٩.

الْحَقُّ مِنْ رَبِّكُمْ (١). وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ (٢)، ولا شيء من الفاسد بما أنزل الله، ولا يحق ولا بقسط. وهذا هو الأقوى.

و بهذه الحجة احتج أيضا ابن إدريس على نفى الفاسد منهما (٣). وقد عرفت فساد (٤) في فاسد النسب (٥).

و أما أخبار الشيخ (٦) فعمدتها خبر السكوني و أمره واضح (٧). و الباقي (٨) لا ينهض على مطلوبه.

و على ما اخترناه (٩) (فلو نكح) المجوسى (أمه فأولدها ورثته بالأموه و ورثه ولدها بالنسب الفاسد، و لا ترثه الأم بالزوجيه) لأنه (١٠) سبب فاسد.

(و لو نكح المسلم بعض محارمه بشبهه وقع التوارث) بينه و بين أولاده (بالنسب أيضا) و إن كان فاسدا: و يتفرع عليهما (١١) فروع كثيره يظهر حكمها مما تقرر فى قواعد الإرث:

فلو أولد المجوسى بالنكاح (١٢)، (١) الكهف الآية: ٢٩.

(٢) المائدة الآية: ٤٢.

(٣) من النسب و السبب، و قد تقدم كلامه.

(٤) فساد احتجاج ابن إدريس.

(٥) عند قوله أما الأول فلأن المسلمين يتوارثون بهما.

(٦) التى استدلت بها على قوله.

(٧) أنه عامى، و العجب من الشارح حيث ترك العمل هنا بخبر السكوني لأنه عامى مع أنه فى المسالك قال: «و روايه السكوني قد أودعها المصنفون كتبهم و فتواهم بما فيها غالبا» و هذا يوجب جبر ضعف السند.

(٨) مرسل الشيخ فى التهذيب كما تقدم.

(٩) و هو التوارث بالنسب الصحيح و الفاسد، و بالسبب الصحيح دون الفاسد.

(١٠) أى الزواج من أمه.

(١١) على المسألتين من زواج المجوسى بمحارمه اعتقادا للحليه و من زواج المسلم ببعض محارمه شبهه.

(١٢) المعتقد حليته.

أو المسلم بالشبهه من ابنته ابنتين ورثن (١) ماله بالسويه.

فلو ماتت إحداهما (٢) فقد تركت أمها و أختها فالمال لأمها (٣).

فإن ماتت الأم دونهما ورثها ابنتها.

فإن ماتت إحداهما ورثتها الأخرى.

و لو أولدها بنتا (٤) ثم أولد الثانية بنتا، فماله بينهن (٥) بالسويه.

فإن ماتت العليا (٦) ورثتها الوسطى (٧) دون السفلى (٨).

و إن ماتت الوسطى فللعليا نصيب الأم، و للسفلى نصيب البنت، و الباقي يردّ أرباعا.

و إن ماتت السفلى ورثتها الوسطى لأنها أمّ، دون العليا لأنها جدّه و أخت، و هما محجوبتان بالأمّ. و قس على هذا.

العاشره - مخارج الفروض خمسه

(العاشره - مخارج الفروض) (٩): أقلّ عدد تخرج منه صحيحه (١٠) و هي (١) البنات الثلاث المال بالسويه لأن السبب الفاسد لا أثر له على قول الشارح فلا ترث إحداهن نصيب الزوجيه.

(٢) إحدى البنتين.

(٣) لو كان أبوها قد مات سابقا.

(٤) أى اولد إحدى بنتيه الآتية من السبب الفاسد على ابنته الأولى.

(٥) بين البنات الخمس بالسويه و هذا بعد عدم وجود الأب.

(٦) أى البنت التى نكحها أولا و التى أتت له ببنتين اللتين أولدا له بنتين بنكاحين.

(٧) أى بنتها التى هى أولدتها من أبيها.

(٨) أى بنت بنت البنت.

(٩) قال الشارح فى المسالك: «كان حق هذه الخاتمه أن تجعل مقدمه لكتاب الفرائض ليحفظ مضمونها و تستعمل فى مسائل الكتاب كما فعل الشهيد فى الدروس، و أما جعلها فى الآخر كما فعل المصنف - أى المحقق فى الشرائع - و الأكثر فلا يعلم الطالب مضمونها إلى أن يفرغ عن بحث المسائل بغير قاعده يرجع إليها فيقلّ فائدتها، و قد وقع بسبب ذلك خلل كثير فى

حساب الفرائض يقف عليه من تأمل كلام جماعه من الفقهاء في ذلك».

(١٠) أى أقل عدد تخرج منه الفريضة صحيحه، اعلم أن هذه المسأله العاشره تتكلم فى -

ص: ١٨١

الأول: تصحيح المسائل.

الثاني: قسمه الفريضة على الورثة.

أما الشيء الأول فبيانه متوقف على مقدمات:

المقدمة الأولى: السهام المقدره في الكتاب ستة كما تقدم و هي: النصف و الربع و الثمن و الثلثان و الثلث و السدس، و مخرج هذه السهام الستة خمسة، لأن المخرج هو أقل عدد يخرج منه السهم صحيحا فالنصف يخرج من اثنين و الربع من أربعة و الثمن من ثمانية و السدس من ستة، و الثلثان و الثلث من ثلاثة.

المقدمة الثانية: إما أن يقع في مسألة الإرث سهم واحد كالنصف مثلا أو سهمان فصاعدا، و على الأول فالمخرج المأخوذ منه ذلك السهم هو أصل المسألة، فالنصف إن وقع في مسألة الإرث وحيدا فمخرج الفريضة اثنان، و إن وقع الثلث فمخرج الفريضة ثلاثة و هكذا.

و على الثاني فإن كان السهمان من مخرج واحد كالثنتين و الثلث فمخرج الفريضة من ثلاثة، و إن كان السهمان من مخرجين مختلفين فإن كانا متداخلين كالثمن و النصف أو السدس و النصف، فأكثر المخرجين هو أصل الفريضة و هو الثمن في المثال الأول و السدس في الثاني.

و إن لم يكن بينهما تداخل فلينظر هل هما متوافقان كالسدس و الربع في مثل زوجه و واحد من كلاله الأم بحيث كل منهما ينقسم على اثنين فيضرب أحدهما بنصف الآخر.

و إن لم يكن تداخل و لا توافق فهو التباين كالربع و الثلث في مثل زوجه و أم فيضرب أحد المخرجين بالآخر و الحاصل هو مخرج الفريضة. ففي المثال يكون مخرجها من اثني عشر.

المقدمة الثالثة: بناء على ما تقدم كل فريضة فيها نصف و الباقي بالقراه كزوج و أخ أو نصفان كزوج و أخت فهي من اثنين.

و كل فريضة فيها ثلثان و الباقي بالقراه كبتين أو أختين فلهما الثلثان فرضا و الباقي ردا بالقراه، أو ثلثان و ثلث كأختين من أب مع إخوه من الأم فهو من ثلاثة.

و كل فريضة فيها ربع و الباقي بالقراه كزوجه و إخوه، أو ربع و نصف و الباقي بالقراه كزوج و بنت فهي من أربعة.

و كل فريضة فيها سدس و الباقي بالقراه كأحد الأبوين مع ابن، أو فيها سدس و نصف كأخت و واحد من كلاله الأم فهي من ستة.

(خمسه) (١) للفروض الستة، لدخول مخرج الثلث في مخرج الثلثين. فمخرج (النصف من اثنين، و الثلث و الثلثان من ثلاثه، و الربع من أربعة، و السدس من ستة، و الثمن من ثمانية) فإذا كان في الفريضة نصف لا غير كزوج مع المرتبه -و كل فريضة فيها ثمن و الباقي بالقرابه كزوجه مع ابن، أو ثمن مع نصف كزوجه مع بنت فهي من ثمانية.

و كل فريضة فيها ثلثان و ربع كزوج و بنتين، أو ربع و ثلث كزوجه و أم، أو ربع و سدس كزوج و أم و ابن فهي من اثني عشر. و كل فريضة فيها ثمن و ثلثان و الباقي بالقرابه كزوجه و بنتين، أو ثمن و سدس و الباقي بالقرابه كزوجه و أحد الأبوين مع ابن فهي من أربعة و عشرين، و هكذا هذا إذا كان في الفريضة صاحب فرض سواء كان معه غيره أو لا.

المقدمه الرابعه: لا- بد من تفسير التداخل و التوافق و التباين و التماثل، أما المتماثلان فهما كل عددين متساويين كخمسه و خمسه.

و أما المتداخلان فهما عددان أحدهما أكبر من الآخر بحيث لو أسقطت الأقل من الأكثر مرتين فصاعدا لا يبقى شيء كالأربعة مع الاثنين و التسعه مع الثلاثه، فالأقل داخل في الأكثر مرتين فصاعدا فلذا سميا بالمتداخلين و أما المتوافقان فهما عددان يفنيهما عدد ثالث كالسته مع العشره فينقسمان على اثنين، و كسره النصف فتضرب أحد العددين بنصف الآخر، و لو انقسما على ثلاثه فتضرب أحدهما بثلث الآخر و هكذا.

و أما المتباينان فهما العددان اللذان لا توافق و لا تداخل و لا تماثل بينهما.

المقدمه الخامسه: إذا لم يكن بين الوراثة صاحب فرض، فأصل المسأله بعدد رءوسهم إذا كانت حصصهم متساويه كأربعة أولاد ذكور و مخرج الفريضة حينئذ أربعة.

و إن اختلفوا بالذكوريه و الأنوثيه و كان للذكر ضعف الأنثى فيجعل لكل ذكر سهمان و للأنثى سهم فما أجمع فهو أصل الفريضة فمثلا اجتماع ثلاثه ذكور مع بنتين، فالذكور الثلاثه لهم سهام ستة مع سهمى الأنثيين فأصل الفريضة من ثمانية.

هذا إذا انقسمت الفريضة على الورثه بدون كسر و إلا فسيأتى تفصيله.

و إذا كان بين الوراثة صاحب فرض فأصل الفريضة تابع لمخرج سهمه كما تقدم، فيأخذ صاحب الفرض سهمه و الباقي يقسم على باقى الورثه إذا كانوا متساوين، و مع اختلاف الذكوريه و الأنوثيه فعلى قاعده للذكر ضعف الأنثى، هذا كله إذا كان الباقي ينقسم بدون كسر و إلا فسيأتى تفصيله، هذا تمام الكلام فى تصحيح المسائل و أما كيفية قسمه الفريضة على الورثه فستأتى فى المسأله الحاديه عشره.

(١) إشاره إلى المقدمه الأولى.

الثانيه فأصل الفريضة اثنان، فإن انقسمت على جميع الورثه بغير كسر، و إلا عملت كما سيأتي.

إلى أن تصححها من عدد ينتهي إليه الحساب. و كذا لو كان في الفريضة نصفان (١).

و إن اشتملت على ثلث، أو ثلثين، أو هما فهي من ثلاثه أو على ربع فهي من أربعة. و هكذا.

و لو اجتمع في الفريضة فروض متعدده (٢) فأصلها أقل عدد ينقسم على تلك الفروض صحيحا:

و طريقه: أن تنسب بعضها إلى بعض فإن تباينت ضربت بعضها في بعض فالفريضة ما ارتفع من ذلك، كما إذا اجتمع في الفريضة نصف و ثلث فهي من ستة.

و إن توافقت ضربت الوفق من أحدهما في الآخر كما لو اتفق فيها ربع و سدس فأصلها اثنا عشر.

و إن تماثلت اقتصرت على أحدهما كالسدسين.

أو تداخلت فعلى الأكثر كالنصف و الربع. و هكذا.

و لو لم يكن في الورثه ذو فرض (٣) فأصل المال عدد رءوسهم مع التساوى كأربعة أولاد ذكور، و إن اختلفوا في الذكوريه و الأنوثيه فاجعل لكل ذكر سهمين، و لكل أنثى سهما فما اجتمع فهو أصل المال.

و لو كان فيهم ذو فرض و غيره فالعبره بذي الفرض خاصه كما سبق، و يبقى حكم تمامها و انكسارها كما سيأتي.

و حيث توقّف البحث على معرفه النسبه بين العددين بالتساوى و الاختلاف (١) إشاره إلى المقدمه الثالثه.

(٢) إشاره إلى المقدمه الثانيه.

(٣) إشاره إلى المقدمه الخامسه.

و تأتى الحاجه إليه أيضا فلا بد من الإشارة إلى معناها (١):

فالمتمثالان هما: المتساويان قدرا.

و المتباينان هما: المختلفان اللذان إذا أسقط أقلهما من الأكثر مره (٢)، أو مرارا (٣) بقى واحد. و لا يعدّهما (٤) سوى الواحد، سواء تجاوز أقلهما نصف الأكثر كثلاثه و خمسه، أم لا كثلاثه و سبعه.

و المتوافقان هما: اللذان يعدّهما غير الواحد (٥) و يلزمهما (٦) أنه إذا أسقط أقلهما من الأكثر مره (٧) أو مرارا (٨) بقى أكثر من واحد و توافقهما بجزء ما يعدّهما (٩).

فإن عدّهما (١٠) الاثنان خاصه فهما متوافقان بالنصف، أو الثلاثه فبالثلث، أو الأربعة فبالربع. و هكذا.

و لو تعدد ما يعدّهما من الأعداد فالمعتبر أقلهما جزءا (١١) كالأربعة مع الاثنین (١٢) فالمعتبر الأربعة.

ثم إن كان أقلهما (١٣) لا يزيد عن نصف الأكثر، و نفى الأكثر و لو مرارا، (١) إشاره إلى المقدمه الرابعه.

(٢) إذا كان الأقل أكثر من نصف الأكثر.

(٣) إذا كان الأقل أقل من نصف الأكثر.

(٤) أى لا ينقسمان على عدد ثالث غير الواحد.

(٥) أى ينقسمان على عدد ثالث غير الواحد.

(٦) يلزم المتوافقين.

(٧) إذا كان الأقل أكثر من نصف الأكثر.

(٨) إذا كان الأقل أقل من نصف الأكثر.

(٩) أى الوفق بين المتوافقين هو كسر العدد الذى ينقسمان عليه، فالسته و التسعه تنقسمان على ثلاثه فوفقهما ثلث، فيضرب أحدهما بثلث الآخر.

(١٠) أى انقسما على الاثنین خاصه.

(١١) أى كسرا.

(١٢) تمثيل للوفق المتعدد فهما عدد ثالث ينقسم عليهما الاثنی عشر و الستة عشر فيؤخذ بالأربعة لأن كسرها الربع و الربع أقل من

النصف.

(١٣) شروع فى تعريف المتداخلين.

ص: ١٨٥

كالثلاثة و الستة، و الأربعة و الاثنى عشر، فهما المتوافقان بالمعنى الأعم (١)، و المتداخلان أيضا.

و إن تجاوزه فهما المتوافقان بالمعنى الأخص كالسته و الثمانية يعدهما الاثنان، و التسعة و الاثنى عشر يعدهما الثلاثة، و الثمانية و الاثنى عشر يعدهما الأربعة.

و لك هنا (٢) اعتبار كل من التوافق و التداخل و إن كان اعتبار ما تقل معه الفريضة (٣) أولى (٤)، و يسمى المتوافقان - مطلقا (٥) - بالمتشاركين، لاشتراكهما في جزء الوفق (٦).

فيجتزى عند اجتماعهما بضرب أحدهما في الكسر الذى ذلك العدد المشترك (٧) سمي له كالنصف فى الستة و الثمانية، و الربع فى الثمانية و الاثنى عشر.

و قد يترامى إلى «الجزء من أحد عشر» (٨) فصاعدا فيقتصر عليه كأحد عشر مع اثنين و عشرين، أو اثنين و عشرين مع ثلاثة و ثلاثين، أو ستة و عشرين مع تسعة و ثلاثين فالوفق فى الأولين جزء من أحد عشر، و فى الأخير من ثلاثة عشر.

الحادية عشره - الفريضة إذا كانت بقدر السهام

(الحادية عشره (٩) - الفريضة إذا كانت بقدر السهام و انقسمت) على مخارج (١) و علق سلطان العلماء بأنه غير معروف هذا المعنى للمتوافقين.

(٢) فى المتوافقين بالمعنى الأعم.

(٣) و هو التداخل.

(٤) و هذا كاشف عن أن التوافق له معنى واحد و هو المعنى الأخص.

(٥) سواء كانا بالمعنى الأعم أو الأخص.

(٦) فى كسر الوفق.

(٧) و هو الوفق.

(٨) بمعنى أن تقسم أحد العددين على أحد عشر و الحاصل تضربه بالعدد الثانى.

(٩) شروع فى تقسيم الفريضة على الورثة بعد تصحيح مخرج الفريضة، و كان فيها صاحب فرض أو فروض، و كانت الفريضة بقدر السهام لا تعصّب فيها و لا عول، إذ لو كان فيها تعصّب أو عول فتقدم الكلام فى كيفية المعالجه و سيأتى أيضا، فنقول: فإذا انقسمت -

السهم (بغير كسر فلا- بحث كزوج و أخت لأبوين، أو لأب فالمسألة من سهمين)، لأن فيها نصفين و مخرجهما اثنان و تنقسم على الزوج و الأخت بغير كسر.

و إن لم تنقسم على السهم بغير كسر مع كونها مساوية لها (١)، فإما أن تنكسر على فريق واحد أو أكثر، ثم إما أن يكون بين عدد المنكسر عليه (٢) و سهامه وفق بالمعنى الأعم (٣) أو لا، فالأقسام أربعة (٤).

-الفريضة على جميع الورثة بغير كسر مثل أخت لأب مع زوج فالفريضة من اثنين و كل واحد من الورثة يأخذ النصف فلا كلام، و كذلك مثل بنتين و أبوين فالفريضة من ستة لكل واحد من الأبوين سدس و للبنتين أربعة أسداس لكل بنت سدسان، و مثل أبوين و زوج فالزوج له النصف و للأم الثلث و الباقي للأب فالفريضة من ستة و يكون للزوج ثلثه و للأم اثنان و للأب واحد.

و إن لم تنقسم من دون كسر فسيأتى الكلام فى ذلك.

(١) أى مع كون الفريضة مساوية للسهم، فلا يخلو إما أن تنكسر الفريضة على فريق من الوراث أو أكثر.

و على الأولى إما أن يكون بين عدد هذا الفريق و نصيبه وفق أو تداخل أو لا، فإذا لم يكن بين عدد الفريق و نصيبه وفق و لا تداخل فهما متباينان فنضرب أصل الفريضة بعدد الفريق و الحاصل هو الفريضة و مثاله: أبوان و خمس بنات، فالثلثان اللذان هما أربعة أسداس الفريضة لا- تنقسم على عدد فريق البنات الخمسة بلا كسر، فيضرب أصل الفريضة بعدد فريق البنات أى الستة بخمسة و الحاصل ثلاثون فيعطى لكل واحد من الأبوين السدس و هو خمسة، و يعطى لكل بنت خمس الثلثين و هو أربعة و إذا كان بين عدد الفريق و نصيبه وفق أو تداخل فيكتفى بالأ-كثر على تقدير التداخل، و يضرب أصل الفريضة بوفق عددهن و الحاصل هو الفريضة و مثاله: أبوان و ست بنات، فالثلثان اللذان هما أربعة أسداس الفريضة لا تنقسم على عدد فريق البنات الستة بلا كسر إلا أن بين عدد فريق البنات و بين نصيبهن وفق و هو اثنان فيضرب الستة التى هى أصل الفريضة بنصف عددهن الذى هو ثلاثة فالحاصل ثمانية عشر، لكل واحد من الأبوين السدس و هو ثلاثة و لكل بنت سدس الثلثين و هو اثنان، و كان الوفق هو اثنان لأن الاثنين هو وفق عدد الفريق مع نصيبه هنا.

(٢) أى عدد الفريق.

(٣) الشامل للتوافق و التداخل.

(٤) الأول: أن تنكسر على فريق واحد مع التوافق بين عدده و نصيبه.-

(فإن انكسرت على فريق واحد ضربت عدده) لا نصيبه (في أصل الفريضة إن عدم الوفق (١) بين العدد و النصيب كأبوين و خمس بنات). أصل فريضتهم ستة، لاشتمالها على السدس و مخرجه (٢) ستة و (نصيب الأبوين) منها (اثنان) لا ينكسر عليهما (٣) (و نصيب البنات أربعه) تنكسر عليهن (٤)، و تباين (٥) عددهنّ و هو (٦) خمسه لأنك إذا أسقطت أقل العددين من الأكثر بقى واحد (فتضرب) عددهن و هو (الخمسه في الستة: أصل الفريضة) تبلغ ثلاثين، فكل من حصل له شيء من أصل الفريضة (٧) أخذه مضروباً في خمسه فهو نصيبه، و نصيب البنات منها عشرون لكل واحده أربع.

و إن توافق النصيب و العدد (٨) كما لو كن (٩) ستاً، أو ثمانى فالتوافق (١٠) بالنصف في الأول، و الربع في الثانى فتضرب نصف عددهن (١١)، أو ربعه (١٢) في أصل الفريضة تبلغ ثمانيه عشر في الأول (١٣)، و اثنى عشر في الثانى (١٤) فللبنات -الثانى: أن تنكسر على فريق واحد مع عدم التوافق بين عدده و نصيبه.

الثالث: أن تنكسر على أكثر من فريق مع التوافق بين عدد كل فريق و نصيبه.

الرابع: أن تنكسر على أكثر من فريق مع عدم التوافق بين عدد كل فريق و نصيبه.

(١) و هو القسم الثانى من الأقسام الأربعة.

(٢) أى السدس.

(٣) على الأبوين فلكل واحد سدس.

(٤) لأن الأربعة تنكسر على الخمسه.

(٥) أى الأربعة تباين.

(٦) أى العدد.

(٧) لما كان مخرجها ستة.

(٨) و هو القسم الأول من الأقسام الأربعة.

(٩) أى البنات.

(١٠) بين عددهن و نصيبهن بالنصف إذا كان عددهن ستاً و بالربع إذا كان عددهن ثمان.

(١١) و هو ثلاثه.

(١٢) و هو اثنان.

(١٣) وقد تقدم تفصيلها.

(١٤) فلكل واحد من الأبوين السدس و هو اثنان، و لكل بنت ثمن الثلثين و هو واحد.

ص: ١٨٨

اثنا عشر (١) ينقسم عليهن بغير كسر. و ثمانيه (٢) كذلك (٣).

(و إن انكسرت على أكثر) من فريق (٤)، فإما أن يكون بين نصيب كل فريق (١) في الأول.

(٢) في الثاني.

(٣) أي ينقسم عليهن بغير كسر.

(٤) وهذا إشاره إلى القسم الثالث و الرابع من الأقسام الأربعه، و الانكسار إما أن يستوعب الجميع أو أن يحصل للبعض الزائد على فريق دون البعض الآخر، و على التقديرين إما أن يكون بين نصيب كل فريق و عدده وفق أو يكون للبعض أو لا- يكون للجميع فالصور ست، و على التقادير الستة و بعد رد عدد كل فريق إلى جزء الوفق و كسره الآتى من ملاحظه عدد الفريق مع نصيبه أو بعد بقائه على حاله إن لم يكن هناك وفق بين نصيب الفريق و عدده، فعدد كل فريق بالنسبه إلى عدد بقيه الفرقاء إما أن تكون متماثله أو متداخله أو متوافقه أو متباينه فالحاصل أربع و عشرون صوره.

فلو كان الكسر على الجميع و كان بين نصيب كل فريق و عدده وفق فيرد عدد كل فريق إلى جزء الوفق ثم تعتبر الأعداد فإما أن تبقى متماثله أو متداخله أو متوافقه أو متباينه.

١ - فالتماثل كست زوجات و يتفق ذلك في المريض يطلق ثم يتزوج و يدخل ثم يموت قبل الحول و ثمانيه من كلاله الأم و عشره من كلاله الأب، فالفريضة من اثني عشر مخرج الثلث و الربع، للزوجات ثلاثه توافق عددهن بالثلث، و لكلاله الأم أربعه توافق عددهم بالربع، و لكلاله الأب خمس توافق عددهم بالخمس، فترد كلا من الزوجات و الأخوه من الكلالتين إلى اثنين، لأن الاثنين ثلث عدد الزوجات و ربع إخوه الأم و خمس إخوه الأب فتماثل الأعداد فيجتزئ باثنين فيضرب بها أصل الفريضة فيبلغ أربعه و عشرين، للزوجات ستة و هي ربع الأربع و العشرين لكل زوجه واحد، و لأخوه الأم ثمانيه و هي ثلث الفريضة لكل واحد منهم واحد، و لأخوه الأب عشره لكل واحد سهم.

٢ - و التداخل كست زوجات و ستة عشر من كلاله الأم و عشره من كلاله الأب فالفريضة من اثني عشر إلا أن الوفق بين نصيب الزوجات و عددهن هو الثلث و هو اثنان، و الوفق في كلاله الأم الربع و هو أربعه و الوفق في كلاله الأب الخمس و هو اثنان و الاثنان داخله في الأربعه فيكتفى بها و يضرب بها أصل الفريضة فيكون الحاصل ثمانيه و أربعين، للزوجات ربعها (١٢) لكل زوجه اثنان، و لكلاله الأم الثلث (١٦) لكل واحد سهم، و لكلاله الأب (٢٠) لكل واحد اثنان.

٣ - و التوافق كست زوجات و عشرون من كلاله الأب و أربعه و عشرون من كلاله الأم، -

و- الفريضة من اثني عشر، و الوفق بين نصيب الزوجات و عددهن الثلث و هو اثنان، و الوفق فى كلاله الأم الربع و هو ستة، و الوفق فى كلاله الأب الخمس و هو أربعة، و بين الستة و الأربعة توافق بالنصف فيضرب الستة بنصف الأربعة و الحاصل فى أصل الفريضة فيكون: ١٢ * ١٢ ١٤٤، و أسقطنا وفق الزوجات لأنه متداخل فى وفق غيره.

فلزوجات ربعها (٣٦) لكل زوجه ٦، و لكلاله الأم ثلثها (٤٨) لكل واحد اثنان، و لكلاله الأب الباقي (٦٠) لكل واحد ثلاثه.

٤ - و التباين كست زوجات و اثني عشر من كلاله الأم و خمسه و عشرين من كلاله الأب، فالفريضة من اثني عشر، و الوفق فى الزوجات الثلث و هو اثنان، و الوفق فى كلاله الأم الربع و هو ثلاثه، و الوفق فى كلاله الأب الخمس و هو خمسه، و بين الاثني و الثلاثه و الخمسه تباين فيضرب بعضها ببعض فالحاصل ثلاثون، فيضرب بها أصل الفريضة فيكون: ١٢ * ٣٠ ٣٦٠.

للزوجات الربع (٩٠) لكل زوجه ٦، و لكلاله الأم الثلث (١٢٠) لكل واحد عشره، و لكلاله الأب الباقي (١٥٠) لكل واحد ستة.

و أما إذا كان الكسر على الجميع و لا وفق بين نصيب كل فريق و عدده، فعدد كل فريق مع الآخر إما متماثل أو متداخل و إما متوافق و إما متباين.

٥ - أما التماثل كثلاثه من كلاله الأب و ثلاثه من كلاله الأم، فالفريضة من ثلاثه لأن فى الفريضة ثلث كلاله الأم، و نصيب كل فريق لا ينقسم على عدده و لا توافق بينهما، إلا أن عدد كل فريق مماثل لعدد الآخر فيكتفى بأحدهما و يضرب به أصل الفريضة فالحاصل: تسعه.

لكلاله الأب الثلثان (٦) لكل واحد اثنان، و لكلاله الأم الثلث (٣) لكل واحد واحد.

٦ - و أما التداخل كثلاثه من كلاله الأب و ستة من كلاله الأم، فيكتفى بالسته لأن الثلاثه داخله فيها، فيضرب بها أصل الفريضة و الحاصل: ١٨.

لكلاله الأب (١٢) لكل واحد أربعة، و لكلاله الأم (٦) لكل واحد واحد.

٧ - و أما التوافق كسته من إخوه الأب و أربعة من كلاله الأم، و الوفق بينهما بالنصف فيضرب أحدهما بنصف الآخر و الحاصل اثنا عشر، فيضرب به أصل الفريضة فتكون:

٣٦ لكلاله الأب (٢٤) لكل واحد أربعة، و لكلاله الأم (١٢) لكل واحد ثلاثه.

٨ - و أما التباين كأربعة من كلاله الأب و ثلاثه من كلاله الأم فالفريضة من ثلاثه، و الأربعة و الثلاثه متباينه فيضرب أحدهما بالآخر و الناتج منهما يضرب بأصل الفريضة فتكون: ٣٦-.

-لكلاله الأب (٢٤) لكل واحد سته، و لكلاله الأم (١٢) لكل واحد أربعة، و أما إذا كان الكسر على الجميع و هناك وفق بين نصيب بعض الفرقاء و عددهم دون البعض الآخر، فلو ردّ عدد الفريق إلى جزء وفقه فإما أن يكون بينه و بين بقيه أعداد الفرقاء الذين لا وفق بين نصيبهم و عددهم تماثل أو تداخل أو توافق أو تباين.

٩ - أما التماثل كزوجتين و سته من كلاله الأب، و الفريضة من أربعة، و نصيب الكلاله ثلاثه و عددهم سته و هما متوافقان بالثلث، فلو رد عدد هذا الفريق إلى جزء الوفق و كسره لكان اثنين حاصله من قسمه الستة على ثلاثه.

و الاثنان تماثل عدد الزوجات الذى انكسر عليه نصيبهم و لا وفق بينهما، فيكتفى بأحدهما و يضربه بأصل الفريضة: ٨.

للزوجات (٢) لكل زوجه سهم، و لكلاله الأب (٦) لكل واحد واحد.

١٠ - و أما التداخل كأربع زوجات و سته من كلاله الأب فالفريضة من أربعة، و نصيب كلاله الأب ثلاثه و عددهم سته و هما متوافقان بالثلث، فلو رد عدد الفريق إلى وفقه لكان اثنين و هما متداخلتان مع الأربعة عدد الزوجات الذى انكسر عليهن نصيبهن فيكتفى بالأربعة و يضرب بها أصل الفريضة فالحاصل: ١٦

للزوجات (٤) لكل زوجه سهم، و لكلاله الأب (١٢) لكل واحد سهمان.

١١ - و أما التوافق كزوجتين و سته من كلاله الأب و سته عشر من كلاله الأم، و الفريضة من اثني عشر حاصل ضرب الربع مع الثلث.

و نصيب كلاله الأم أربعة و عددهن سته عشر و الوفق بينهما بالربع، فلو رد عددهن إلى جزء الوفق فيكون أربعة، و هى توافق الستة عدد كلاله الأب بالنصف فيضرب إحداهما بنصف الآخر فيكون اثني عشر، فنضربها بأصل الفريضة فيكون: ١٤٤ و لم ننظر إلى عدد الزوجات لأنه متداخل مع عدد غيره.

للزوجات الربع (٣٦) لكل زوجه ١٨، و لكلاله الأم (٤٨) لكل واحد ثلاثه، و لكلاله الأب (٨٤) لكل واحد عشره.

١٢ - و أما التباين كزوجتين و خمسه من كلاله الأم و سبعة من كلاله الأب، فالفريضة من اثني عشر لأنه مخرج الربع و الثلث.

و نصيب كل فريق ينكسر على عدده، و أعداد كل فريق متباينه مع أعداد غيره، فنضرب أعداد الفرقاء بعضها فى بعض فالحاصل: ٧٠، ثم نضربها بأصل الفريضة فيكون: ٨٤٠ للزوجتين الربع (٢١٠) لكل زوجه ١٠٥، و لكلاله الأم الثلث (٢٨٠) لكل واحد ٥٦، و لكلاله الأب الباقي (٣٥٠) لكل واحد خمسون.-

و عدده وفق، أو تباين، أو بالتفريق (١).

فإن كان الأول (٢) (نسبت الأعداد بالوفق) و رددت كل فريق إلى جزء وفقه (٣). و كذا لو كان لبعضهم وفق دون بعض.

(أو) كان (غيره) أى غير الوفق بأن كان بين كل فريق و عدده تباين، أو بين بعضها كذلك جعلت كل عدد بحاله، ثم اعتبرت الأعداد (٤).

فإن كانت متماثله (٥) اقتصرت منها (٦) على واحد و ضربته فى أصل الفريضة.

و إن كانت متداخله (٧) اقتصرت على ضرب الأكثر.

و إن كانت متوافقه (٨) ضربت أحد المتوافقين فى عدد الآخر.

و إن كانت متباينه (٩) ضربت أحدها فى الآخر ثم المجتمع فى الآخر، و هكذا (و ضربت ما يحصل منها فى أصل المسألة).

-هذا تمام الكلام فيما لو كان الكسر فى الجميع، و منه تعرف فيما لو كان الكسر فى البعض الذى هو أكثر من فريق و فيه اثنا عشر صوره أيضا.

(١) سواء كان كسر النصيب على العدد فى الجميع أو البعض.

(٢) أى وجود وفق بين النصيب و العدد.

(٣) كما تقدم تفصيله فى الصور الاثني عشر.

(٤) أى الأعداد الحاصله إما وفق العدد أو نفس العدد إذا كان هناك تباين.

(٥) كما فى الصوره الأولى و الخامسه و التاسعه فيما لو كان الكسر على الجميع و قد تقدم الكلام فيها.

(٦) من الأعداد.

(٧) كما فى الصوره الثانيه و السادسه و العاشره فيما لو كان الكسر على الجميع، و قد تقدم الكلام فيها.

(٨) كما فى الصوره الثالثه و السابعه و الحاديه عشره فيما لو كان الكسر على الجميع، و قد تقدم الكلام فيها.

(٩) كما فى الصوره الرابعه و الثامنه و الثانيه عشره فيما لو كان الكسر على الجميع و قد تقدم الكلام فيها.

فالمتباينه (١) (مثل زوج و خمسة إخوه لأم، و سبعة لأب فأصلها سته)، لأن فيها نصفاً و ثلثاً و مخرجهما سته، مضرب اثنين - مخرج النصف - في ثلاثه - مخرج الثلث - لتباينهما (للزوج) منه النصف: (ثلاثه، و للإخوه للأم) الثلث (سهمان) ينكسر عليهم (و لا- وفق) بينهما و بين الخمسه (و للإخوه للأب سهم) واحد و هو ما بقى من الفريضة، (و لا- وفق) بينه و بين عددهم و هو السبعه، فاعتبر نسبه عدد الفريقين، المنكسر عليهما و هو الخمسه و السبعه إلى الآخر تجدهما متباينين إذ لا يعدهما إلا واحد و لأنك إذا أسقطت أقلهما من الأكثر بقى اثنان فإذا أسقطتهما من الخمسه مرتين بقى واحد.

(فتضرب الخمسه في السبعه يكون) المرتفع (خمسه و ثلاثين تضربها في) سته (أصل الفريضة يكون) المرتفع (مائتين و عشره) و منها تصح.

(فمن كان له) من أصل الفريضة (٢) (سهم أخذه مضروباً في خمسه و ثلاثين فلزوج ثلاثه) من الأصل يأخذها (مضروبه فيها) أى في الخمسه و الثلاثين يكون (مائة و خمسه، و لقرابه الأم) الخمسه (سهمان) من أصلها تأخذها (مضروبين فيها) (١) هذا مثال لما لم ينكسر النصيب على العدد في كل الفرقاء، بل في البعض الأزيد من واحد، و قد عرفت أن له اثنتي عشره صوره، و قد مثل الشارح لواحد منها، و حتى تعرف موضعها فنقول: إن الكسر على أكثر من فريق إما أن يكون بين نصيب كل فريق و عدده المنكسر عليه وفق أو لا- يكون وفق، أو يكون وفق في البعض دون البعض فالأقسام ثلاثه، و على كل فلو نظرنا إلى عدد الفريق بعد رده إلى وفقه أو بنفسه إذا لم يكن له وفق مع بقية الأعداد في كل الفرقاء فإما أن يكون هناك تماثل أو تداخل أو توافق أو تباين فالصور اثنتا عشره صوره، و الشارح قد مثل للصوره الأخيره فيما لو لم يكن بين نصيب كل فريق و عدده وفق أو تداخل، مع أن أعداد الفرقاء متداخله كزوج و خمسه و إخوه من أم و سبعة من أب، فالفريضة من سته، لأنها مخرج النصف و الثلث.

و نصيب كل من الكاليتين على عددهم منكسر، نعم لا كسر في نصيب الزوج لأنه واحد، غير أن لا وفق و لا تداخل بين نصيب الكاليتين و عددهم، فنضرب عدد الكاليتين ببعضها فالحاصل: ٣٥، ثم نضربه في أصل الفريضة فيكون: ٢١٠.

للزوج النصف (١٠٥)، و لكلاله الأم الثلث (٧٠) لكل واحد ١٤، و لكلاله الأب الباقي (٣٥) لكل واحد خمسه.

(٢) عند ما كانت من سته.

أى فى الخمسه و الثلاثين و ذلك سبعون (لكل) واحد منهم (أربعة عشر): خمس السبعين (و لقرابه الأب سهم) من الأصل و مضروبه فيها (خمسه و ثلاثون لكل) واحد منهم (خمسه): سبع المجتمع (١).

و ما ذكر مثال للمنكسر على أكثر من فريق مع التباين، لكنه لم ينكسر على الجميع.

و لو أردت مثالا لانكسارها على الجميع أبدلت الزوج بزوجتين (٢)، و يصير أصل الفريضة اثني عشر: مخرج الثلث و الربع، لأنها المجتمع من ضرب إحداهما فى الأخرى، لتباينهما فللزوجتين الربع: ثلاثه، و للإخوه للأم الثلث: أربعة، و للإخوه للأب الباقي و هو خمسه، و لا- وفق بين نصيب كل و عدده، و الأعداد أيضا متباينه، فتضرب أيها شئت فى الآخر، ثم المرتفع فى الباقي، ثم المجتمع فى أصل الفريضة فتضرب هنا اثنين فى خمسه، ثم المجتمع فى سبعة يكون سبعين، ثم تضرب السبعين فى اثني عشر تبلغ ثمانمائة و أربعين.

فكل من كان له سهم من اثني عشر أخذه مضروبا فى سبعين.

و لا يعتبر هنا توافق مضروب المخارج (٣) مع أصل المسأله، و لا عدمه فلا يقال: العشره توافق الاثني عشر بالنصف فتردها إلى نصفها و لا السبعون توافق الاثني عشر بالنصف أيضا.

و لو كان إخوه الأم ثلاثه صح الفرض أيضا (٤). لكن هنا تضرب اثنين فى (١) من ضرب سهم الأصل فى خمسه و ثلاثين.

(٢) و هى الصوره الثانيه المتقدمه فى الانكسار على الجميع.

(٣) أى مخارج الأعداد المتباينه للفرقاء و هى سبعون كما فى المثال فيما لو ضربت عدد كل فريق بعدد غيره، أو العشره فيما لو ضربت عدد الزوجات بعدد إخوه الأم. أو الأربعة عشر فيما لو ضربت عدد الزوجات بعدد إخوه الأب، أو الخمسه و الثلاثين فيما لو ضربت عدد كلاله الأم بعدد كلاله الأب.

(٤) أى لكانت مثالا- للصوره الثانيه عشره من الكسر على جميع الفرقاء مع وجود التباين بين الأعداد، و ذلك فيما لو اجتمع زوجتان مع ثلاثه من كلاله الأم و سبعة من كلاله الأب.

فالفريضة من اثني عشر و كل نصيب لا ينقسم على عدد فريقه، و بين عدد الفرقاء تباين -

ثلاثه، ثم فى سبعة تبلغ اثنين و أربعين، ثم فى أصل الفريضة تبلغ خمسمائه و أربعه، و من كان له سهم (١) أخذه مضروباً فى اثنين و أربعين.

و لا يلتفت إلى توافق الاثنى عشر (٢)، و الاثنين و الأربعين (٣)، فى السدس.

و مثال المتوافق مع الانكسار على أكثر من فريق (٤): ست زوجات - كما يتفق فى المريض يطلق، ثم يتزوج و يدخل، ثم يموت قبل الحول - و ثمانية من كلاله الأم، و عشره من كلاله الأب. فالفريضة: اثنا عشر: مخرج الربع و الثلث.

و للزوجات ثلاثه و توافق عددهن بالثلث و لكلاله الأم أربعه و توافق عددهن بالربع و لكلاله الأب خمسة توافق عددهم بالخمس. فترد كلاله من الزوجات و الإخوه من الطرفين إلى اثنين، لأنهما ثلث الأول، و ربع الثانى، و خمس الثالث فتتماثل الأعداد فيجتزى باثنين فتضربهما فى اثنى عشر تبلغ أربعه و عشرين. فمن كان له سهم أخذه مضروباً فى اثنين. فلزوجات سته و لإخوه الأم ثمانية، و لإخوه الأب عشره. لكل سهم.

و مثال المتماثله (٥): ثلاث إخوه من أب. و مثلهم من أم. أصل الفريضة ثلاثه و النسبه بين النصيب و العدد مباينه. و العددان متماثلان فيجتزى بضرب أحدهما فى أصل الفريضة تصير تسعه.

فـضرب الاثنين عدد الزوجات بالثلاثه عدد كلاله الأم و الحاصل بسبعة عدد كلاله الأب فالنتاج هو ٤٢، ثم يضرب بأصل الفريضة فالحاصل: ٥٠٤ فلزوجتين الربع (١٢٦) لكل زوجه ٦٣، و لكلاله الأم الثلث (١٦٨) لكل واحد ٥٦، و لكلاله الأب الباقي (٢١٠) لكل واحد ٣٠.

(١) من أصل الفريضة أعنى اثنى عشر.

(٢) الذى هو أصل الفريضة.

(٣) حاصل ضرب أعداد الفرقاء بعضها ببعض.

(٤) أى على جميع الفرقاء و كان بين نصيب كل فريق و عدده توافق و كان الوفق فى الجميع متماثلاً. و هى الصوره الأولى المشروحه فلا نعيد.

(٥) فيما لو كان الكسر على الجميع مع عدم الوفق بين نصيب كل فريق و عدده، إلا أن أعداد الفرقاء متماثله و هى الصوره الخامسة المشروحه سابقاً.

و مثال المتداخله (١) بين الأعداد كما ذكر، إلا أن إخوه الأم سته فتجتزى بها و تضربها في أصل الفريضة تبلغ ثمانية عشر.

و قد لا تكون متداخله ثم تتول إليه (٢) كأربع زوجات و سته إخوه أصل الفريضة أربعة: مخرج الربع، ينكسر على الفريقين، و عدد الإخوه يوافق نصيبهم بالثلث فتردّهم إلى اثنين. و عدد الزوجات تباين نصيبهنّ فتبقيهن بحالتهن. فيدخل ما بقى من عدد الإخوه في عددهن فتجتزى به و تضربه في الأربعة يكون سته عشر.

و بما ذكرناه من الأمثله يظهر حكم ما لو كان لبعضها وفق دون الباقي، أو بعضها متماثل، أو متداخل دون بعض.

الثانيه عشره – أن تقصر الفريضة عن السهام

(الثانيه عشره – أن تقصر الفريضة عن السهام) (٣) و إنما تقصر، (بدخول أحد الزوجين) كبتين و أبوين مع أحد الزوجين و بنتين و أحد الأبوين مع الزوج و أختين لأب و أختين لأم مع أحد الزوجين. و هذه مسأله العول (فيدخل النقص على البنت و البنات) إن اتفقن (و على قرابه الأب من الأخوات، لا على الجميع).

و قد تقدم).

و هذه العبارة أجود مما سلف حيث لم يذكر الأب (٤) فيمن يدخل عليه النقص.

(الثالثه عشره – أن تزيد) الفريضة (على السهام) (٥) كما لو خلف بنتا واحده، أو بنات أو أختا أو أخوات أو بنتا و أبوين، أو أحدهما، أو بنات (١) فيما لو كان الكسر على الجميع مع عدم الوفق بين نصيب كل فريق و عدده، إلا أن أعداد الفرقاء متداخله و هي الصوره السادسه المشروحه سابقا.

(٢) أى إلى التداخل، فيما لو كان الكسر على الجميع مع وجود وفق بين نصيب البعض و عددهم إلا أن عدد الفريق إذا ردّ إلى وفقه مع أعداد الفرقاء البقيه متداخله و هي الصوره العاشره المشروحه سابقا.

(٣) و هي مسأله العول، و قد تقدم البحث فيها بالتفصيل.

(٤) هنا مع ذكره هناك.

(٥) و هي مسأله التعصيب و قد تقدم الكلام فيها بالتفصيل.

واحدهما.(فيرد الزائد على ذوى السهام عدا الزوج و الزوجه و الأم مع الإخوه)، أما مع عدمهم فيرد عليها.

(أو يجتمع ذو سببين) كالأخت من الأبوين (مع ذى سبب واحد) كالإخوه من الأم فيختص الرد بذى السببين (كما مر) و لا شىء عندنا للعصبه بل فى فيه التراب (١).

الرابعه عشره - فى المناسخات

(الرابعه عشره - فى المناسخات) (٢) و تتحقق بأن يموت شخص، ثم يموت أحد وراثه قبل قسمه تركته، فإنه يعتبر حينئذ قسمه الفريضة من أصل واحد، لو طلب ذلك، فإن اتحد الوارث و الاستحقاق (٣) كإخوه سته و أخوات ست لميت، فمات بعده أحد الإخوه، ثم إحدى الأخوات، و هكذا، حتى بقى أخ و أخت فمال الجميع بينهما أثلاثا، إن تقربوا بالأب، و بالسويه إن تقربوا بالأم.

و إن اختلف الوارث خاصه (٤)، كما لو ترك الأول ابنين، ثم مات أحدهما و ترك ابنا فإن جهه الاستحقاق فى الفريضة واحد و هى البنوه لكن الوارث مختلف (٥).

(١) فى خبر حسين الرزاز قال: (أمرت من يسأل أبا عبد الله عليه السلام المال لمن هو؟ للأقرب أو للعصبه، فقال: المال للأقرب و العصبه فى فيه التراب) (١).

(٢) مفاعله من النسخ و هو النقل و التحويل، و ذلك فيما لو مات شخص ثم مات أحد وراثه و أردنا تصحيح المسألتين من أصل واحد، فإن عدد الورثه عند موت الأول قد ينسخ بعدد آخر، و كذا النصيب.

(٣) بأن كان ورثه الميت الأول هم ورثه الثانى و كانت الجهه التى يرثون بها واحده فى كلتا المسألتين و مثاله: ثلاثه من كلاله الأبوين و ثلاثه من كلاله الأم، فمات أحد الأخوه ثم الآخر ثم ماتت إحدى الأخوات ثم الثانى و بقى أخ و أخت، فمال الموتى بينهم أثلاثا إن كانت الجهه واحده بينهما و بين الميت من الأب، و بالسويه إن كانت من الأم.

(٤) أما جهه الاستحقاق فواحده فى كلا الطائفتين من الوراث.

(٥) فورثه الميت الأول ابناه، و ورثه الميت الثانى ابنه، مع أن وارث الثانى ابن أخ الوارث الأول الذى هو ما زال على قيد الحياه.

ص: ١٩٧

أو الاستحقاق خاصه (١) كما لو مات رجل و ترك ثلاثه أولاد، ثم مات أحد الأولاد و لم يترك غير أخويه. فإن الوارث فيهما واحد (٢) لكن جهه الاستحقاق مختلفه (٣).

أو اختلفا معا (٤) فقد تحتاج المسأله إلى عمل آخر غير ما احتاجت إليه الأولى و قد لا تحتاج.

و تفصيله أن نقول: (لو مات بعض الورثه قبل قسمه التركه) الأولى (صححنا الأولى، فإن نهض نصيب الميت الثاني بالقسمه على وراثته) من غير كسر (صحت المسألتان من المسأله الأولى) كزوجه ماتت عن ابن و بنت بعد زوجها و خلف معها ابنا و بنتا، فالفريضة الأولى أربعة و عشرون (٥) و نصيب الزوجه منها ثلاثه تصح (٦) على ولديها (٧) و هنا الوارث و الاستحقاق مختلف (٨) و كزوج مع أربع إخوه لأب (٩)، ثم يموت الزوج عن ابن و بنتين أو أربعة بنين فتصح المسألتان من الأولى و هي ثمانية (١٠).

(١) أما الوارث فمتحدون.

(٢) و هم ابنا الميت الأول، و هما أخوا الميت الثاني.

(٣) فيرثون الأول بالبنوه و الثاني بالأخوه.

(٤) أى الوارث و الاستحقاق كما لو مات شخص و ترك أخوين، ثم مات أحدهما و ترك ابنين، فالوارث مختلف و الاستحقاق مختلف.

(٥) لأنها مخرج الثمن بعد كون الباقي منقسما أثلاثا.

(٦) أى تنقسم الثلاثه.

(٧) من غير الزوج الأول.

(٨) أما ورثه الأول فزوجته و ابن و بنت، و ورثه الثاني ولدها من غير زوجها الأول، و على الأول فيرثون بالزوجيه و بجهه البنوه من الأب و على الثاني فيرثون بجهه البنوه من الأم، و فيه: أن جهه البنوه واحده.

(٩) و الذى مات هو الزوجه.

(١٠) لأنها مخرج النصف الذى هو نصيب الزوج بعد كون الباقي منقسما أرباعا.

و للزوج أربعة فيعطى ابنه اثنين و بنتيه اثنين فى المثل الأول أو كل ابن سهما واحدا فى المثل الثاني، و هذا كله مثال لاختلاف الوارث مع اختلاف جهه الاستحقاق.

(و إن لم ينهض) نصيب الثاني بفريضة (١) فانظر النسبه بين نصيب الميت الثاني و سهام ورثته، فإن كان بينهما وفق (فاضرب الوفق بين نصيبه و سهام ورثته) من الفريضة لا- من النصيب (في المسأله الأولى فما بلغ صحت منه) مثل أبوين و ابن (٢) ثم يموت الابن و يترك ابنين و بنتين فالفريضة الأولى سته و نصيب الابن منها أربعة، و سهام ورثته سته توافق نصيبهم (٣) بالنصف فتضرب ثلاثه: وفق الفريضة الثانيه في سته (٤) تبلغ ثمانية عشر و منها تصح الفريضتان (٥).

و كأخوين من أمّ و مثلهما من أب و زوج (٦)، مات الزوج عن ابن و بنتين فالفريضة الأولى اثنا عشر: مخرج النصف و الثلث، ثم مضروبه (٧) في اثنين لانكسارها (٨) على فريق واحد و هو الإخوان للأب، و بين نصيب الزوج منها و هو سته و فريضته (٩) و هي أربعة توافق بالنصف، فتضرب الوفق من الفريضة و هو اثنان، في اثني عشر تبلغ أربعة و عشرين.

و منها تصح الفريضتان (١٠).

(١) التي نريد تقسيمها على ورثته، و توضيحه أن هنا صورتين:

الأولى: أن يكون بين نصيب الميت الثاني من فريضة الأول و بين الفريضة الثانيه وفق فيضرب وفق الفريضة الثانيه - لا- وفق نصيب الثاني من الأول - بالفريضة الأولى، فما بلغ تصح منه الفريضتان.

الثانيه: أن لا يكون هناك وفق و سيأتي تفصيلها.

(٢) هذه هي الفريضة الأولى و هي من سته.

(٣) الذي هو أربعة.

(٤) التي هي الفريضة الأولى.

(٥) فلكل واحد من الأبوين السدس (٣)، و للابن (١٢)، ثم لكل ابن من أبناء الميت الثاني (٤) و لكل بنت (٢).

(٦) و هذه هي الفريضة الأولى و هي من اثني عشر مخرج النصف و الثلث.

(٧) أي مضروب مخرج النصف و الثلث الذي هو سته.

(٨) لانكسار السته.

(٩) و هي الفريضة الثانيه فإنها من أربعة للذكر سهران و لكل بنت سهم.

(١٠) للزوج النصف (١٢) و لكلاله الأم الثلث (٨) لكل واحد أربعة، و لكلاله الأب (٤) لكل واحد اثنان، ثم نصيب الزوج فيقسم على أربعة - سهران للذكر و سهم لكل أنثى - فالذكر له سته و لكل أنثى ثلاثه.

(و لو لم يكن) بين نصيب الثانى و سهامه (وفق (١) ضربت المسأله الثانى فى الأولى) فما ارتفع صحت منه المسألتان. كما لو كان ورثه الابن فى المثال الأول (٢) ابنين و بنتا، فإن سهامهم حينئذ خمسہ تبين نصيب مورثهم (٣) فتضرب خمسہ (٤) فى سته (٥) تبلغ ثلاثين (٦).

و كذا لو كان ورثه الزوج فى المسأله الثانى ابنين و بنتا (٧) فتضرب خمسہ فى اثنى عشر.

(و لو) كانت المناسخات أكثر من فريضتين، بأن (مات بعض ورثه الميِّت الثانى) قبل القسمة أو بعض ورثه الأول، فإن انقسم نصيب الثالث على ورثته بصحة و إلا (عملت فيه كما عملت فى المرتبه الأولى و هكذا) لو فرض كثره التناسخ فإن العمل واحد.

(١) و هذه هى الصوره الثانى، و المعنى عدم التوافق بين نصيب الثانى من الأول و بين فريضته المنقسمه على ورثته، فنضرب الفريضة الثانى بالأولى.

(٢) و فى المثال الأول: الفريضة الأولى أبوان و ابن، و فى الفريضة الثانى ابنان و بنتان، فتكون الفريضة الثانى هنا: ابنين و بنتا فالفريضة الثانى أخماسا لكل ذكر خمسان و للبنث خمس.

(٣) من الفريضة الأولى الذى هو أربعه.

(٤) الفريضة الثانى.

(٥) الفريضة الأولى.

(٦) فالأبوان لهما السدسان (١٠) لكل واحد خمسہ، و للابن الباقي (٢٠)، ثم حصه الابن تنقسم على أولاده أخماسا فكل ذكر له (٨) و الأنثى لها (٤).

(٧) فالفريضة الأولى ماتت زوجه و تركت زوجا و أخوين لأم و أخوين لأب، و مخرج الفريضة اثنا عشر، و نصيب الزوج سته.

ثم مات الزوج و ترك ابنين و بنتا و سهامهم خمسہ، و الستة لا تنقسم على الخمسه فنضرب الفريضة الثانى أى خمسہ بالفريضة الأولى فالحاصل: ٦٠.

للزوج نصفها (٣٠) لكل ذكر من أبنائه ١٢ و للبنث ٦، و لكلاله الأم الثلث (٢٠) لكل أخ عشره، و لكلاله الأب الباقي (١٠) لكل واحد خمسہ.

الفصل الأول في حد الزنا

إشاره

(الأول في) حد (الزنا) (٢) (١) جمع حد، و هو لغه: المنع، و منه أخذ الحد الشرعى لكونه ذريعه إلى منع الناس عن فعل الفاحشه، و شرعا هو عقوبه خاصه تتعلق بإيلام البدن، عيّن الشارع كميتها في جميع الأفراد.

و التعزير لغه: التأديب، و شرعا عقوبه أو إهانته لا تقدير لها بأصل الشرع غالبا، و إلا فقد ورد تحديد لبعض أفراد التعزير كتعزير المجامع زوجته في نهار رمضان بخمسه و عشرين سوطا.

ثم قد دل على تشريع الحدود و التعزير آيات و أخبار كثيره منها: خبر سدير قال: (قال أبو جعفر عليه السلام: حد يقام في الأرض أزكى فيها من مطر أربعين ليله و أيامها) (١).

و عن عبد الرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام في قوله تعالى: يُحْيِي الْأَرْضَ بَعْدَ مَوْتِهَا (٢) قال: (ليس يحييها، و لكن يبعث الله رجلا فيحيون العدل فتحيا الأرض بإحياء العدل، و لإقامه حد فيه أنفع في الأرض من القطر أربعين صباحا) ٣.

(٢) من الكبائر، بل أجمع على تحريمه كل الملل، و هو من الأصول الخمسه التي يجب تقريرها في كل شريعته، و الأصول الخمسه هي التي عليها مدار نظام العالم و هي تحريم الزنا-

ص: ٢٠٣

١- ((١ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢ و ٣.

٢- (٢) الروم الآية: ١٩.

بالقصر لعه حجازيه، و بالمد تميميه، و هو (١) أى الزنا (إيلاج) أى إدخال الذكر (٢) (البالغ (٣) العاقل (٤) فى فرج امرأه)، بل مطلق أنثى (٥) قبلا- أو دبرا (٦) (محرمه) عليه (٧) (من غير عقد) نكاح بينهما (و لا ملك) (٨) من الفاعل (٩) للقابل (و لا) - و القتل، و السرقة و ترك الضائع و الظلم، و حاصل الجميع ما يوجب الفساد فى الأنفس و الأولاد و الأموال.

(١) شروع فى تحقيق معنى الزنا، و أحسن تعاريفه ما عن الرياض: (إيلاج الإنسان و إدخاله فرجه و ذكره الأصلي فى فرج امرأه محرمه عليه أصاله من غير عقد نكاح و لو متعه بينهما، و لا ملك من الفاعل القابل، و لا شبهه دارئه).

(٢) ليس المراد به المذكور فى قبال المؤنث كما توهم، بل آله المذكور و هى القضيب.

(٣) قيد لإخراج الصبى لحديث رفع القلم عنه حتى يحتلم.

(٤) قيد لإخراج المجنون لحديث رفع القلم حتى يفيق، و لكن هذان الحدان ليسا فى محلهما، لأن الكلام فى تعريف معنى الزنا لا فى ثبوت الحد عليه، و الزنا واضح عرفا فى الخبر: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم لما عز - بعد إقراره بالزنا أربعه - أ تعرف الزنا؟ فقال: هو أن يأتى الرجل حراما كما يأتى أهله حلالا) (١).

(٥) لأنه لا يشترط بلوغ الأنثى ليتحقق الزنا، بل لو دخل فى الصغيره لكان زنا و يجب عليه الحد دونها، نعم لو كانت كبيره لوجب الحد عليهما.

(٦) على المشهور كما فى المختلف، أو بلا خلاف كما فى الرياض، لكن عن الوسيله التردد فى دبر المرأه على قولين، أحدهما أنه زنا - و هو الأثبت -، و الثانى أنه لواط، و عن المقنعه خصّه فى الفرج خاصه و كذا الشيخ فى النهايه، و فيه: إن الزنا عرفا هو للأعم و هذا ما صرح به ابن إدريس بالإضافة إلى إطلاق الأخبار الشامل لهما فى الخبر: (إذا أدخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم) (٢).

(٧) بالأصالة، و ذلك لا- يكون إلا- إذا كانت أجنبيه من دون عقد و لو متعه، و لا- ملك من طرفه، أما لو كانت محرمه عليه بالعارض كالحائض و النفساء و المظاهره و نحوه فلا يتحقق مفهوم الزنا و لا حدّ عليه لانصراف أخبار حد الزنا عنه.

(٨) لتحقيق الحرمة بالأصالة و قد عرفت ذلك آنفا.

(٩) أى لو كان الرجل الفاعل مالكا للمرأه القابل فهى أمته فيجوز نكاحها، أما لو كانت هى -

(شبهه) (١) موجه لاعتقاد الحل (قدر الحشفه) (٢) مفعول المصدر (٣) المصدر به (٤) و يتحقق قدرها بإيلاجها نفسها، أو إيلاج قدرها من مقطوعها و إن كان تناولها (٥) للأول (٦) لا يخلو من تكلف (٧). في حاله كون المولج (عالما) بالتحريم (٨) (مختارا) -المالكة فلا يصح نكاحها بالملك

(١) قيد لمعنى الزنا الموجب للحد، لأنه مع الشبهه تدرأ الحدود كما فى مرسل الصدوق:

(قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ادروا الحدود بالشبهات) (١)، والمراد بالشبهه هو اعتقاد حليه وطئها كمن وجد على فراشه امرأه فاعتقد أنها زوجته.

(٢) يتحقق الزنا بالإيلاج، و يتحقق الإيلاج بإدخال الحشفه أو مقدارها من مقطوعها، و لا يشترط إدخال تمام العضو حتى يتحقق الإيلاج و الإدخال كما احتمله فى كشف اللثام مستدلا عليه بما تقدم: (إذا أدخله فقد وجب الغسل و المهر و الرجم) (٢) الظاهر منه إدخال الجميع، و ذلك لأن المناط على التقاء الختانين كما فى صحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا التقى الختانان فقد وجب الحد) (٣)، و التقاء الختانان متحقق بإدخال الحشفه فقط.

(٣) أعنى الإيلاج.

(٤) أى المأتى به فى صدر التعريف.

(٥) تناول العبارة.

(٦) إيلاجها بنفسها.

(٧) لأنه مع وجودها لا داعى لتقدير قدرها.

(٨) قيد لثبوت الحد لا لتحقيق معنى الزنا، فالجاهل القاصر لا حد عليه للبراءه الشرعيه و العقليه، و لصحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (لو أن رجلا دخل فى الإسلام و أقرّ به، ثم شرب الخمر و زنى و أكل الربا و لم يتبين له شىء من الحلال و الحرام، لم أقم عليه الحد إذا كان جاهلا إلا - أن تقوم عليه البيئه أنه قرأ السوره التى فيها الزنا و الخمر و أكل الربا، و إذا جهل ذلك أعلمته و أخبرته، فإن ركب بعد ذلك جلده و أقت عليه الحد) (٤).

ص: ٢٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب الجنابه حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١٧.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

فى الفعل (١).

فهنا قيود:

أحدها: الإيلاج. فلا يتحقق الزنا بدونه كالتفخيذ و غيره (٢)، و إن كان محرما يوجب التعزير.

و ثانيها: كونه من البالغ (٣)، فلو أولج الصبي أدب خاصه.

و ثالثها: كونه عاقلا- (٤) فلا- يحد المجنون على الأقوى لارتفاع القلم عنه، (١) مع الإ-كراه لا حد، لسقوط التكليف عقلا عن المكره و لصحيحه أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السّلام: (إن عليا عليه السّلام أتى بامرأه مع رجل فجر بها، فقالت: استكرهنى و الله يا أمير المؤمنين، فدرأ عنها الحد) (١) و مثلها غيرها.

(٢) كاللعب بالعضو.

(٣) قد عرفت أنه قيد للحد لا لمعنى الزنا.

(٤) قيد للحد لا لمعنى الزنا، هذا و قد ذهب الشيخان و الصدوق و القاضى و ابن سعيد إلى أن المجنون لو زنى يجلد و إن كان محصنا يرجم لروايه أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحد، و إن كان محصنا رجم) (٢).

و فى سندها إبراهيم بن الفضل و هو مجهول بالإضافة إلى معارضته بأخبار تفيد أنه لا حد على المجنون منها: صحيحه محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السّلام: (فى امرأه مجنونه زنت، قال: إنها لا تملك أمرها ليس عليها شيء) (٣). فهى و إن كانت وارده فى المجنونه لكن تشمل المجنون لأنه لا يملك أمره أيضا.

و صحيحه فضيل بن يسار: (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: لا حد لمن لا حد عليه، يعنى لو أن مجنونا قذف رجلا لم أر عليه شيئا) (٤).

و صحيح حماد بن عيسى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السّلام: (لا حد على مجنون حتى يفيق و لا على صبي حتى يدرك و لا على النائم حتى يستيقظ) (٥) فلا بد من حمل الخبر-

ص: ٢٠٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

و يستفاد من إطلاقه عدم الفرق بين الحر والعبد، وهو كذلك وإن افترقا في كمية الحد و كفيته.

و رابعها: كون الإيلاج في فرجها فلا عبره بإيلاجه في غيره من المنافذ و إن حصل به الشهوه و الإنزال. و المراد بالفرج العوره كما نص عليه الجوهري فيشمّل القبل و الدبر، و إن كان إطلاقه على القبل أغلب

و خامسها: كونها امرأه و هي البالغة تسع سنين، لأنها تأنيث المرء و هو الرجل و لا فرق فيها بين العاقله و المجنونه و الحره و الأمه الحيه و الميتة، و إن كان الميتة أغلظ كما سيأتي، و خرج بها إيلاجه في دبر الذكر فإنه لا يعد زنا و إن كان أفحش (١) و أغلظ عقوبه (٢).

و سادسها: كونها محرمة عليه. فلو كانت حليله بزوجه، أو ملكك لم يتحقق الزنا، و شملت المحرمه الأجنبيه المحصنه (٣)، و الخاليه من بعل، و محارمه و زوجته الحائض و المظاهره (٤)، و المولى منها (٥)، و المحرمه و غيرها (٦) و أمته المزوجه، و المعتده (٧) و الحائض و نحوها (٨) و سيخرج بعض هذه المحرمات.

و سابعها: كونها غير معقود عليها، و لا مملوكه، و لا مأتية بشبهه، و به (٩) يخرج و طء الزوجه المحرمه لعارض مما ذكر و كذا الأمه فلا يترتب عليه الحد و إن حرم و لهذا احتيج إلى ذكره بعد المحرمه (١٠)، -الأول على ما لو كان جنونه أدواريا و كانت فاحشته حال تعقله.

(١) لكونه أشد انحرافا من الزنا.

(٢) لأن حده القتل مطلقا.

(٣) ذات البعل.

(٤) التي ظاهرها بأن جعلها عليه كظهر أمه.

(٥) التي وقع الإيلاء بينه و بينها بأن حلف على ترك وطئها.

(٦) كالمعتكفه، و الصائمه.

(٧) من غيره.

(٨) كالنفساء و هما وصفان للأمه.

(٩) بهذا القيد.

(١٠) أى احتيج إلى ذكر هذا القيد السابع بعد قيد المحرمه في تعريف الزنا.

إذ لولاه (١) لزم كونه (٢) زنا يوجب الحد وإن كان بالثاني يستغنى عن الأول (٣) إلا أن بذلك (٤) لا يستدرك القيد (٥)، لتحقق الفائده مع سبقه و المراد بالعقد: ما يشمل الدائم و المنقطع، و بالملك: ما يشمل العين و المنفعه (٦) كالتحليل و بالشبهه (٧). ما أوجب ظن الإباحه، لا ما لو لا المحرميه لحلت (٨) كما زعمه بعض العامه.

و ثامنهما: كون الإيلاج بقدر الحشفه فما زاد. فلو أولج دون ذلك لم يتحقق الزنا كما لا يتحقق الوطء لتلازمهما (٩) هنا (١٠) فإن كانت الحشفه صحيحه اعتبر مجموعها، و إن كانت مقطوعه أو بعضها اعتبر إيلاج قدرها و لو ملفقا منها و من الباقي، و هذا الفرد (١١) أظهر فى القدرية (١٢) منها نفسها (١٣).

و تاسعها: كونه عالما بتحريم الفعل. فلو جهل التحريم ابتداء لقرب عهده بالدين (١٤)، (١) لو لا القيد السابع.

(٢) كون و طأ زوجته المحرمه عليه لعارض.

(٣) أى و إن كان بالقييد السابع يستغنى عن قيد المحرمه.

(٤) بذكر الثانى بعد الأول.

(٥) أى الأول فيبقى لذكره فائده كفائده ذكر كل عام بعده خاص.

(٦) لأنه أعم من ملك الرقبه و ملك منفعه البضع.

(٧) أى و المراد بالشبهه، و هى توهم الفاعل أو المفعول أو كليهما أن ذلك الفعل سائغ له، و ذهب أبو حنيفه إلى أن الرجل لو عقد على امرأه لا يحل له وطؤها كالأم عالما بالتحريم و وطئها فلا حد عليه، و كذلك إذا استأجرها للوطء و ذلك لأنه وطئ شبهه إذ بالعقد اشتبه.

و فيه: مع الفرض أنه عالم بالمحرمه كيف يشتهه بالعقد.

(٨) له بالعقد.

(٩) أى الإيلاج و الوطء.

(١٠) فى باب الحدود.

(١١) إذا كانت مقطوعه أو بعضها.

(١٢) عند قول المصنف: «قدر الحشفه»، فإنه ينطبق على مقطوع الحشفه و لو بعضها دون ما لو كان سليم الحشفه.

(١٣) أى من الحشفه نفسها.

(١٤) قد تقدم الخبر فيه.

ص: ٢٠٨

أو لشبهه كما لو أحلته نفسها فتوهم الحل مع إمكانه في حقه (١) لم يكن زانيا، ويمكن الغنى عن هذا القيد بما سبق (٢) لأن مرجعه إلى طروء شبهه. وقد تقدم اعتبار نفيها والفرق (٣) بأن الشبهه السابقه (٤) تجماع العلم بتحريم الزنا كما لو وجد امرأه على فراشه فاعتقدتها زوجته مع علمه بتحريم وطء الأجنبيه وهنا (٥) لا يعلم أصل تحريم الزنا، غير كاف في الجمع بينهما (٦) مع إمكان إطلاق الشبهه على ما يعم الجاهل بالتحريم.

و عاشرها: كونه مختاراً. فلو أكره على الزنا لم يحد على أصح القولين (٧) في الفاعل و إجماعاً في القابل. و يتحقق الإكراه بتوعد القادر المظنون فعل ما توعد به لو لم يفعل (٨) بما يتضرر به في نفسه (٩)...

(١) أى إمكان توهم الحل في حقه.

(٢) في القيد السابع من قوله: «و لا مأتية بشبهه».

(٣) بين القيد التاسع و بين ما ذكر من الشبهه فى القيد السابع.

(٤) المذكوره فى القيد السابع.

(٥) فى القيد التاسع، و الحاصل أن السابق مختص بالشبهه الموضوعيه و هذا مختص بالشبهه الحكميه.

(٦) لأن إحداهما موضوعيه و الأخرى حكميه.

(٧) لا- خلاف فى أنه لا- حد على الزنا مع الإكراه لسقوط التكليف عقلاً عن المكره، و كذلك لا خلاف فى وقوع الإكراه فى طرف المرأه، ففى صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه أقرت على نفسها أنه استكرهها رجل على نفسها، قال: هى مثل السائبه لا تملك نفسها فلو شاء لقتلها، فليس عليها جلد و لا نفي و لا رجم (١) و مثلها غيرها.

و لكن وقع الخلاف فى وقوع الإكراه فى طرف الرجل، فعن ابن زهره أنه لا- يقع، لأن الإكراه يمنع من انتشار العضو و انبعاث القوى، و فيه: إن الإكراه على ارتكاب ما حرم الله و ليس عن أصل الشهوه.

(٨) ضمير الفاعل راجع إلى المكره، و المفعول به محذوف و تقديره الزنا.

(٩) نفس المكره.

ص: ٢٠٩

أو من يجرى مجراه (١) كما سبق تحقيقه في باب الطلاق.

فهذه جملة قيود التعريف (٢) و مع ذلك فيرد عليه أمور.

الأول: أنه لم يقيد المولج بكونه ذكرا فيدخل فيه (٣) إيلاج الخنثى قدر حشفته.. إلخ مع أن الزنا لا يتحقق فيه (٤) بذلك (٥)، لاحتمال زيادته (٦)، كما لا يتحقق به الغسل، فلا بد من التقييد بالذكر (٧) ليخرج الخنثى.

الثاني: اعتبار بلوغه و عقله (٨) إنما يتم في تحقق زنا الفاعل، و أما في زنا المرأة فلا (٩) خصوصا العقل، و لهذا يجب عليها الحد بوطئهما لها و إن كان في وطء الصبي يجب عليها الجلد خاصة (١٠)، لكنه حد في الجملة بل هو الحد المنصوص في القرآن الكريم (١١).

الثالث: اعتبار كون الموطوءه امرأة (١٢) و هي كما عرفت مؤنث الرجل.

و هذا إنما يعتبر في تحقق زناها.

(١) أي مجرى الضرر النفس كالضرر في المال أو الولد أو العرض.

(٢) تعريف الزنا عند المصنف.

(٣) تعريف المصنف للزنا.

(٤) في الخنثى.

(٥) بإدخال قدر الحشفه.

(٦) أي لاحتمال كون ما أدخله عضوا زائدا و لذا لم يثبت في حقه الغسل.

(٧) إلا أن يقال إن مراد المصنف من قوله إيلاج الذكر، أي إيلاج المذكر فلا إشكال.

(٨) و فيه: إنهما قيدان للحد لا لمعنى الزنا، و على كل فهما شرطان لثبوت الحد على الفاعل.

(٩) إذ يكفي في تحقق زناها الموجب للحد أن يزني بها الصبي أو المجنون.

(١٠) و إن كانت محصنه.

(١١) لم ينص القرآن إلا على الجلد فقط في قوله تعالى: الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ (١).

(١٢) أى اعتبارها فى تعريف المصنف، هذا بالنسبة لزنأ المرأه، أما الرجل فلا، إذ يكفى فى تحقق زناها الإيلاج فى الصغيره دون التاسعه.

ص: ٢١٠

١- (١) النور الآيه: ٢.

أما زنا الفاعل فيتحقق بوطء الصغيره كالكبيره و إن لم يجب به الرجم لو كان محصنا، فإن ذلك لا ينافي كونه زنا يوجب الحد كالسابق.

الرابع: إيلاج قدر الحشفه (١) أعم من كونه من الذكر و غيره لتحقق المقدار فيهما، و المقصود هو الأول فلا بد من ذكر ما يدل عليه بأن يقول: قدر الحشفه من الذكر، و نحوه إلا أن يدعى: أن المتبادر هو ذلك و هو محل نظر (٢).

الخامس: الجمع بين العلم، و انتفاء الشبهه (٣) غير جيد فى التعريف كما سبق إلا أن يخصص العالم بفرد خاص كالقاصد، و نحوه (٤).

السادس: يخرج زنا المرأة العالمه (٥) بغير العالم (٦) كما لو جلست على فراشه متعمده قاصده للزنا مع جهله بالحال فإنه يتحقق من طرفها و إن انتفى عنه و مثله (٧) ما لو أكرهته (٨).

و لو قيل: إن التعريف لزنا الفاعل خاصه سلم من كثير مما ذكر (٩) لكن يبقى فيه (١٠) الإخلال (١١) بما يتحقق به زناها.

(١) كما نص عليه المصنف، و لم يقيد أنه من القضيب فيشمل ما لو كان قدر الحشفه من الإصبع و لذا كان عليه أن يقيد أن هذا القدر من القضيب لإخراج غيره.

(٢) لاحتمال كون الانصراف بدويا ناشئا من كثره الوجود لا من كثره الاستعمال.

(٣) لأنه مع كونه عالما فتنتفى فى حقه الشبهه، و مع انتفاء الشبهه فهو عالم، فهما متلازمان فيكفى ذكر أحدهما.

(٤) أو يجعل بكون انتفاء الشبهه لرفع الجهل فى الشبهات الموضوعيه و يكون العلم لرفع الجهل فى الشبهات الحكميه و هو المتعين.

(٥) عن تعريف المصنف، لأنه اشترط علم الفاعل و لم يشترط علم المفعول بها.

(٦) فيما كانت زانيه بمن يعتقد أنها حلال له، و الجار و المجرور متعلقان بزنا المرأة العالمه.

(٧) فى الخروج عن تعريف المصنف.

(٨) فإنه زنا من طرفها و لا يشمله تعريف المصنف لأنه اشترط اختيار الفاعل فقط لا الأعم منه و من اختيارها.

(٩) و هو الإشكال الثانى و الثالث و السادس.

(١٠) فى تعريف المصنف.

(١١) بمعنى أنه لا داعى لترك زنا المرأة فى مقام تعريف الزنا.

و حيث اعتبر فى الزنا انتفاء الشبهه (فلو تزوج الأم) أى أم المتزوج (أو المحصنه) المتزوجه بغيره (ظانا الحل) لقرب عهده من المجوسيه، و نحوها من الكفر، أو سكناه فى باديه بعيده عن أحكام الدين (فلا حد) عليه للشبهه و الحدود تدرأ بالشبهات.

(و لا يكفى) فى تحقق الشبهه الدارئه للحد (العقد) على المحرمه (بمجرده) من غير أن يظن الحل إجماعا، لانتفاء معنى الشبهه حينئذ (١) و نبه بذلك على خلاف أبى حنيفه حيث اكنفى به (٢) فى درء الحدود، و هو (٣) الموجب لتخصيصه (٤) البحث عن قيد الشبهه، دون غيرها من قيود التعريف.

(و يتحقق الإكراه) على الزنا (فى الرجل) على أصح القولين (٥) (فيدرأ الحد عنه به (٦) كما) يدرأ (عن المرأه بالإكراه لها) لاشتراكهما فى المعنى (٧) الموجب لرفع الحكم، و لاستلزام عدمه (٨) فى حقه (٩) التكليف بما لا يطاق.

و ربما قيل (١٠) بعدم تحققه فى حقه (١١) بناء على أن الشهوه غير مقدوره (١٢) و أن الخوف يمنع من انتشار العضو و انبعاث القوه.

و يضعف بأن القدر الموجب للزنا و هو تغييب الحشفه غير متوقف على ذلك (١) أى حين عدم ظنه للحل.

(٢) بالعقد مجردا و لو كان عالما بالحرمه، و أنها لا تحل له بالعقد.

(٣) أى خلاف أبى حنيفه.

(٤) لتخصيص المصنف.

(٥) و قد تقدم الكلام فيه.

(٦) عن الرجل بالإكراه.

(٧) لاشتراك الرجل و المرأه فى معنى الإكراه.

(٨) أى عدم تحقق الإكراه الموجب لرفع الحكم و لو أكره.

(٩) فى حق الرجل.

(١٠) و القائل ابن زهره.

(١١) حق الرجل.

(١٢) عند الإكراه.

كله (١) غالباً لو سلم توقعه (٢) على الاختيار، و منع الخوف منه (٣).

في ما يثبت به الزنا

(و يثبت الزنا) (٤) في طرف الرجل و المرأة (٥) (بالإقرار به أربع مرات مع كمال المقر) ببلوغه (٦) و عقله (٧) (و اختياره (٨) (١) انبعاث القوى و انتشار العضو.

(٢) توقف انتشار العضو و انبعاث القوى.

(٣) أى و سلم كون الخوف مانعا من انتشار العضو.

(٤) فالمشهور أنه يثبت بالإقرار أربع مرات، و خالف ابن أبي عقيل فاكتفى بالمره.

و دليل المشهور أخبار منها: خبر جميل عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (لا يقطع السارق حتى يقرّ بالسرقه مرتين، و لا يرحم الزانى حتى يقرّ أربع مرات) (١). و مرسل جميل عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: (لا يرحم الزانى حتى يقرّ أربع مرات بالزنا إذا لم يكن شهود) (٢).

و احتج ابن أبي عقيل بصحيحه الفضيل: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من أقر على نفسه عند الإمام بحق من حدود الله مره واحده - حرا كان أو عبدا، أو حره كانت أو أمه - فعلى الإمام أن يقيم الحد عليه للذى أقر به على نفسه كائنا من كان، إلا المحصن فإنه لا يرحم حتى يشهد عليه أربع شهود) (٣).

و فيه: أن الفرق بين المحصن و غيره فى الإقرار كما هو ظاهر الخبر لم يعمل به ابن أبي عقيل، و لا فرق بين العبد و الحر بظاهر الخبر، و هو موافق للعامة و معارض بغيره فلا بدّ من تقديم الغير.

(٥) لإطلاق الأدله السابقه.

(٦) لأنه لا عبره بإقرار الصبى مع رفع القلم عنه فلا يثبت عليه حد، نعم يؤدب إما لكذبه، أو لصدور الفعل منه.

(٧) لا عبره بإقرار المجنون مع رفع القلم عنه فلا يثبت عليه الحد.

(٨) لو أكره على الإقرار فلا يصح بلا - خلاف و لا إشكال، و فى خبر أبي البخترى عن أمير المؤمنين عليه السلام: (من أقر عند تجريد أو حبس أو تخويف أو تهديد فلا حدّ عليه) (٤).

ص: ٢١٣

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٥.

٣-٣ (٣) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٤ - من كتاب الإقرار حديث ١.

(و حرّيته (١)، أو تصديق المولى له) فيما أقر به، لأن المانع من نفوذه كونه إقراراً في حق المولى. وفي حكم تصديقه انعناقه (٢)، لزوال المانع من نفوذه.

و لا فرق في الصبي بين المراهق و غيره (٣) في نفى الحد عنه بالإقرار.

نعم يؤدّب لكذبه، أو صدور الفعل عنه، لامتناع خلوّه (٤) منهما و لا في المجنون (٥) بين المطبق و من يعتوره الجنون أداراً إذا وقع الإقرار حاله الجنون.

نعم لو أقر حال كماله (٦) حكم عليه.

و لا فرق في المملوك بين القن (٧) و المدبر (٨)، و المكاتب بقسميه (٩) و إن تحرر بعضه، و مطلق المبعوض (١٠) و أم الولد، و كذا لا فرق في غير المختار (١١) بين من (١) لأن إقرار العبد ليس إقراراً في حقه بل في حق مولاه لأنه ملك له، فيتوقف نفوذه على تصديق المولى له، و عليه يحمل صحيح ضريس عن أبي جعفر عليه السلام: (العبد إذا أقرّ على نفسه عند الإمام مره أنه قد سرق قطعه، و الأمة إذا أقرت بالسرقه قطعها) (١)، و إلا فهي مطروحه، أو محموله على التقية.

(٢) كما يتوقف نفوذ إقرار العبد على تصديق المولى، كذلك يتوقف نفوذه على انعناقه بعد الإقرار، لأن المقتضى من وقوع الإقرار منه ثابت فإذا ارتفع المانع و هو حق الغير فيه فلا بد أن يؤثر المقتضى أثره.

(٣) لإطلاق دليل رفع القلم عن الصبي، و المراد بالمراهق هو القريب من البلوغ.

(٤) الصبي.

(٥) أى لا فرق في المجنون، و كل ذلك لإطلاق دليل رفع القلم عن المجنون.

(٦) لأنه إقرار من عاقل فينفذ لعموم: (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز).

(٧) الذى لم يتشبث بالحرية.

(٨) هو الذى يعتق دبر وفاه سيده.

(٩) المشروط و المطلق.

(١٠) سواء كان تبعضه بالمكاتبه أو غيرها، و لا فرق في هذه الأقسام لأنه إقرار في حق المولى لا في حقهم.

(١١) أى في المكره سواء أكره حتى ارتفع قصده أو لا، لصديق الإكراه في الحاليتين.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

أُلجئ إليه بالتوعد، و بين من ضرب حتى ارتفع قصده.

و مقتضى إطلاق اشتراط ذلك (١): عدم اشتراط تعدد مجالس الإقرار بحسب تعدده. و هو أصح القولين، للأصل، و قول الصادق عليه السّلام في خبر جميل: «و لا يرجم الزانى حتى يقر أربع مرات» من غير شرط التعدد فلو اشترط لزم (٢) تأخر البيان (٣).

(١) أى مقتضى إطلاق اشتراط ثبوت الزنا بالإقرار أربعاً عدم اشتراط تعدد المجالس بل يكفى لو وقعت الإقرارات الأربعه فى مجلس واحد كما ذهب إليه الأكثر، لأصالة عدم اشتراط التعدد فى المجالس، و لخبر جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا يرجم الزانى حتى يقر أربع مرات) (١) من دون تقييده بالمجالس الأربعه، و مثله غيره.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن حمزه إلى اشتراط تعدد المجالس بحيث لو أقرّ أربعاً فى مجلس واحد لا يثبت الزنا الموجب للحد لما وقع لماعز فى زمن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم حيث أقرّ فى أربعه مواضع، فقد روى من طرق العامه: (أن ماعز بن مالك جاء إلى النّبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فقال: يا رسول الله إني زنيت، فأعرض عنه، ثم جاء من شقه الأيمن فقال: يا رسول إني زنيت فأعرض عنه، ثم جاء فقال: إني قد زنيت، ثم جاءه فقال: إني قد زنيت، قال ذلك أربع مرات، فقال: أ بك جنون؟ قال: لا يا رسول الله، فقال: فهل أحصنت؟ قال: نعم، فقال رسول الله: اذهبوا به فارجموه) (٢).

و فى روايه أخرى أنه قال: (لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت، قال: لا- يا رسول الله، قال: أ نكثها لا تكني؟ قال: نعم كما يغيب المرود فى المكحله و الرشأ فى البئر، قال:

فهل تدري ما الزناء؟ قال: نعم أتيت منها حراماً كما يأتى الرجل من امرأته حالاً) (٣).

و مثله ما ورد فى خبر أبى بصير (٣) عند ما أتت امرأه إلى أمير المؤمنين عليه السّلام و أقرت أربعاً ففى كل مره يأمرها بالانصراف لوضع الوليد أو لإرضاعه أو لكفالاته.

و فيه: إن تعدد المجالس فى قضيه ماعز اتفاقى و لا دلالة فى الأخبار على اعتبار تعدد المجالس مع أن الأمير عليه السّلام قد أمرها بالانصراف فى كل مره لا لتحصيل تعدد المجالس بل من أجل ما فى بطنها.

(٢) أى تعدد المجالس و لم يذكره الإمام عليه السّلام فى خبر جميل.

(٣) عن وقت الحاجه و هو قبيح.

ص: ٢١٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣)) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٥-٢٢٧.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

وقيل: يعتبر كونه في أربعة مجالس. لظاهر خبر ماعز بن مالك الأنصاري حيث أتى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي أَرْبَعَةِ مَوَاضِعٍ وَالنَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ يَرُدُّهُ وَيُوقِفُ عِزْمَهُ بِقَوْلِهِ:

لَعَلَّكَ قَبِلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ الْحَدِيثَ.

و فِيهِ أَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْإِشْتِرَاطِ وَإِنَّمَا وَقَعَتِ الْمَجَالِسُ اتِّفَاقًا، وَالْغَرَضُ مِنْ تَأْخِيرِهِ إِتْيَانَهُ بِالْعَدَدِ الْمَعْتَبَرِ.

(و يَكْفِي) فِي الْإِقْرَارِ بِهِ (١) (إِشَارَةُ الْأَخْرَسِ) (٢) الْمَفْهُمُهُ يَقِينًا كَغَيْرِهِ وَيَعْتَبَرُ تَعَدُّدُهَا أَرْبَعًا (٣) كَاللَّفْظِ بِطَرِيقِ أَوْلَى (٤)، وَ لَوْ لَمْ يَفْهَمُهَا الْحَاكِمُ اعْتَبَرَ الْمُرْجَمَ، وَيَكْفِي اثْنَانِ (٥)، لِأَنَّهُمَا شَاهِدَانِ عَلَى إِقْرَارٍ، لَا عَلَى الزَّانَا (و لَوْ نَسَبَ) الْمَقْرَ (الزَّانَا إِلَى امْرَأَةٍ) مَعِينَهُ كَأَن يَقُولُ: زَنَيْتَ بِفُلَانَةٍ (٦) (أَوْ نَسَبْتَهُ) الْمَرْأَةَ الْمَقْرَةَ بِهِ (إِلَى رَجُلٍ) (١) بِالزَّانَا.

(٢) بَلَا خِلَافٍ لِإِطْلَاقِ مَا دَلَّ عَلَى أَنَّ إِشَارَةَ الْأَخْرَسِ كَنَطَقَ غَيْرِهِ فَفِي خَبَرِ مَسْعُودَةَ بِنِ صَدَقَةَ قَالَ: سَمِعْتُ جَعْفَرَ بْنَ مُحَمَّدٍ يَقُولُ: (إِنَّكَ قَدْ تَرَى مِنَ الْمَحْرَمِ مِنَ الْعَجْمِ لَا يَرَادُ مِنْهُ مَا يَرَادُ مِنَ الْعَالَمِ الْفَصِيحِ وَكَذَلِكَ الْأَخْرَسُ فِي الْقِرَاءَةِ فِي الصَّلَاةِ وَالتَّشْهَدِ وَ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ) (١).

(٣) لَمَّا دَلَّ عَلَى أَنَّ الزَّانَا لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْإِقْرَارِ أَرْبَعًا.

(٤) إِنْ اعْتَبَرَ التَّعَدُّدَ أَرْبَعًا قَدْ ثَبَتَ فِي اللَّفْظِ الدَّالُّ عَلَى الْإِقْرَارِ وَضَعًا، فَاعْتَبَارَ التَّعَدُّدَ أَرْبَعًا فِي الْإِشَارَةِ - الَّتِي هِيَ فِعْلٌ - الدَّالَّةَ عَلَى الْإِقْرَارِ مِنْ غَيْرِ وَضَعٍ فَبَطَرِيقِ أَوْلَى.

(٥) لِأَنَّ التَّرْجُمَةَ شَهَادَةً عَلَى الْمَعْنَى الْمُرَادِ مِنَ الْإِشَارَةِ مِمَّنْ يَعْرِفُونَ مَدَالِيلَ أَعْمَالِ الْأَخْرَسِ، فَيَكْفِي فِيهَا اثْنَانِ وَ لَيْسَتْ شَهَادَةً عَلَى الزَّانَا حَتَّى يَشْتَرَطَ كَوْنُهُمْ أَرْبَعًا.

(٦) لَا إِشْكَالَ فِي احْتِيَاجِ ثُبُوتِ الزَّانَا فِي حَقِّهِ إِلَى إِقْرَارِهِ أَرْبَعِ مَرَّاتٍ وَ هَذِهِ وَاحِدَةٌ، وَ أَمَّا ثُبُوتُ الْقَذْفِ مِنْهُ لِلْمَرْأَةِ فَفِيهِ تَرَدُّدٌ، مِنْ أَنَّ ظَاهِرَهُ الْقَذْفُ عَرَفًا، وَ أَنَّهُ هَتَكَ لِحَرْمَتِهَا وَ يُؤَيِّدُ بِقَوْلِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فِي خَبَرِ السَّكُونِيِّ: (لَا تَسْأَلُوا الْفَاجِرَةَ مِنْ فَجْرِ بَكٍّ، فَكَمَا هَانَ عَلَيْهَا الْفُجُورُ يَهُونَ عَلَيْهَا أَنْ تَرْمِيَ الْبَرِيءَ الْمُسْلِمَ) (٢). وَ خَبَرُهُ الْآخَرُ عَنْ عَلِيِّ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (إِذَا سَأَلْتَ الْفَاجِرَةَ مِنْ فَجْرِ بَكٍّ فَقَالَتْ: فُلَانٌ، جَلَدْتَهَا حَدِينَ، حَدًا لِلْفُجُورِ، وَ حَدًا لِفَرِيئَتِهَا عَلَى الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ) (٣).

ص: ٢١٦

١- (١) الوسائل الباب - ٥٩ - من أبواب القراءه في الصلاه حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٢.

معين بأن تقول: زنت بفلان (وجب) على المقر (حد القذف) لمن نسبه إليه (١) (بأول مره) (٢)، لأنه قذف صريح، و إيجابه (٣) الحد لا يتوقف على تعدده.

(و لا يجب) على المقر (حد الزنا) الذى أقر به (إلا بأربع مرات) كما لو لم ينسبه إلى معين، و هذا موضع وفاق، و إنما الخلاف فى الأول.

و وجه ثبوته ما ذكر فإنه قد رمى المحصنه أى غير المشهوره بالزنا، لأنه المفروض، و من أنه (٤) إنما نسبه إلى نفسه بقوله: زنت. و زناه ليس مستلزما لزناها، لجواز الاشتباه عليها أو الإكراه. كما يحتمل المطاوعه و عدم الشبهه، و العام لا يستلزم الخاص.

و هذا (٥) هو الذى اختاره المصنف فى الشرح. و هو متجه (٦)، إلا- أن الأول أقوى (٧) إلا- أن يدعى ما يوجب انتفاء عنها كالإكراه و الشبهه عملا بالعموم (٨).

و مثله القول فى المرأه و قد روى عن على عليه السلام قال: إذا سألت الفاجره من فجر بك فقالت: فلان جلدتها حدين: حدا للفجور و حدا لفريتها على الرجل - و وجه العدم أنه نسب الزنا إلى نفسه، و ثبوت الزنا فى حقه لا- يستلزم ثبوته فى حقها لاحتمال أن تكون مكرهه، أو مشتبهه.

(١) للذى نسب الزنا إليه.

(٢) لأن القذف غير مشروط بتكراره أربعا.

(٣) إيجاب القذف.

(٤) وجه العدم.

(٥) أى عدم الحد.

(٦) لأن الحدود تدرأ بالشبهات و لم تقطع بأنه أراد قذفها.

(٧) أى ثبوت القذف أقوى لأن قوله ظاهر فى ذلك إلا أن يعقبه بما يدل على كرهها أو اشتباهها.

(٨) بعموم دليل القذف، و هو قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١).

ص: ٢١٧

المسلم (و) كذا يثبت الزنا (بالبينه كما سلف) في الشهادات من التفصيل.

في ما لو شهد به أقل من النصاب

(و لو شهد به (١) أقل من النصاب) المعتبر فيه (٢) و هو (٣) أربعة رجال (٤)، أو ثلاثة و امرأتان (٥) (١) بالزنا.

(٢) في الزنا.

(٣) أى النصاب.

(٤) بلا خلاف و يدل عليه قوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١).

(٥) على المشهور لأخبار منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن شهادة النساء في الرجم، فقال: إذا كان ثلاثه رجال و امرأتان، و إذا كان رجلان و أربع نسوة لم تجز في الرجم) (٢). و صحيحه عبد الله بن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا تجوز شهادة النساء في رؤيه الهلال، و لا يجوز في الرجم شهادة رجلين و أربع نسوة، و يجوز في ذلك ثلاثه رجال و امرأتان) (٣).

و خالف العماني و المفيد و الديلمي إلى أن الزنا لا يثبت بذلك لصحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا شهد ثلاثه رجال و امرأتان لم يجز في الرجم) (٣). و هو مؤيد بما دلّ على عدم قبول شهادتهن في الحدود كخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام: (لا تجوز شهادة النساء في الحدود و لا في القود) (٥).

و رجحت الطائفة الثانيه بموافقته لظاهر القرآن حيث لم يصرح إلا بأربعة رجال، و رجحت الطائفة الأولى بصحيح الحلبي الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: (عن رجل محصن فجر بامرأه فشهد عليه ثلاثه رجال و امرأتان و جب عليه الرجم، و إن شهد عليه رجلان و أربع نسوة فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن يضرب حد الزاني) (٤). و بخبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن المرأه يحضرها الموت و ليس عندها إلا امرأه تجوز شهادتها؟ فقال: تجوز شهادة النساء في العذره و المنفوس، و قال: تجوز شهادة النساء في الحدود مع الرجال) (٥) إلا أن هذا الخبر المشتمل على الذيل -

ص: ٢١٨

١- (١) النور الآيه: ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٣ و ١٠.

٣- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٨ و ٢٩.

٤- (٦) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٥- (٧) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢١.

أو رجلان و أربع نسوه (١) و إن ثبت بالأخير الجلد خاصه (حدّوا) (٢) أى من شهد و إن كان واحدا (للفريه) (٣) و هى الكذبه العظيمه، لأن الله تعالى سمى من قذف و لم يأت بتمام الشهداء كاذبا فيلزمه كذب من نسبه و جزم به (٤) من غير أن يكون الشهداء كاملين و إن كان صادقا فى نفس الأمر. و المراد أنهم يحدّون للقذف.

فى ما يشترط فى قبول الشهاده به

(و يشترط) فى قبول الشهاده به (٥)(ذكر المشاهده) للإيلاج (كالميل فى المكمله) (٦) - قد رواه الشيخ فى التهذيب عن القاسم عن أبان عن عبد الرحمن.

و قد رواه مجردا عن الذيل عن عبد الله بن سليمان(١) تاره و عن عبد الله بن سنان ٢ تاره أخرى و قد رواه الكلينى مجردا أيضا عن عبد الرحمن ٣، و هذا ما يوجب احتمال أن يكون الذيل من زيادات الراوى.

(١) على المشهور لصحيح الحلبي الثانى المتقدم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إن شهد عليه رجلان و أربع نسوه فلا تجوز شهادتهم و لا يرجم و لكن يضرب حد الزانى) ٤، و خالف الصدوقان و العلامه فى المختلف بدعوى أن الشهاده المذكوره لو أثبتت الزنا الموجب للجلد لأثبتت الزنا الموجب للرجم للتلازم.

و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص المذكور.

(٢) أى من شهد دون النصاب، و سيأتى الكلام فيه.

(٣) الافتراء هو الكذب، لأن الله سماه كاذبا فى قوله تعالى: لَوْ لَا جَاؤُ عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ (٢).

(٤) أى من نسب الزنا و جزم به فهو كاذب

(٥) بالزنا.

(٦) لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (حد الرجم أن يشهد عليه أربعة أنهم رأوه يدخل و يخرج) (٣). و صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا يرجم رجل و لا امرأه حتى يشهد عليه أربعة شهود على الإيلاج و الإخراج) ٧. و فى صحيحه الآخر: (لا يجلد رجل و لا امرأه) ٨، و فى معتبره أبى -

ص: ٢١٩

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢١ و ١٤ و ٢٤.

٢- (٥) النور الآيه: ١٣.

٣- ((٦ و ٧ و ٨)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٢ و ١١.

فلا يكفي الشهادة بالزنا مطلقا (١) وقد تقدم في حديث ماعز (٢) ما ينه عليه، وروى أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «لا يرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع والإيلاج، والإدخال كالميل في المكحلة» (٣).

و في صحيحه الحلبي عنه قال: «حد الرجم أن يشهد أربعة أنهم رأوه يدخل ويخرج» وكذا لا يكفي دعوى المعاينة حتى يضمنوا إليها (٤) قولهم: من غير عقد، ولا شبهه إلى آخر ما يعتبر. نعم تكفي شهادتهم به (٥) (من غير علم بسبب التحليل) بناء على أصالة عدمه (فلو لم يذكروا) في شهادتهم (المعاينة) على الوجه المتقدم (٦) (حدوا) للقذف، دون المشهود عليه، وكذا لو شهدوا بها ولم يكملوها بقولهم: ولا نعلم سبب التحليل ونحوه.

-بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا يجب الرجم حتى يشهد الشهود الأربع أنهم قد رأوه يجامعها) (١). و في خبره الآخر: (لا يرجم الرجل والمرأة حتى يشهد عليهما أربعة شهداء على الجماع والإيلاج والإدخال كالميل في المكحلة) ٢. و في خبره الثالث: (أنهم رأوه يدخل ويخرج) ٣. و من هذه الأخبار فاشتراط المعاينة كما عن البعض في محله، و دعوى أنه لا تشترط المعاينة بل يكفي مطلق العلم وإلا لانسد باب الشهادة على الزنا مع أنه قد ثبت الحد على الزنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، و في زمن أمير المؤمنين عليه السلام.

غير مسموعه بعد هذا التصريح والاشتراط في هذه الأخبار الصحيحة، و مع أنه غالب ما ثبت في زمن المعصومين إنما كان بالإقرار لا بالشهادة فلا تغفل.

(١) من دون ذكر المشاهدة.

(٢) من قوله: (كما يغيب المرود في المكحلة).

(٣) وهو خبره الثاني المتقدم في الشرح.

(٤) إلى المعاينة.

(٥) بالزنا كأن يشهدوا على المعاينة مع قولهم لا نعلم سببا للتحليل فتكون شهادته على الزنا، لأصالة عدم وجود السبب المحلل عند الشك، غايته لو ادعى وجود السبب المحلل من زوجه أو ملكيه يسقط عنه الحد ولا يكلف بينه.

(٦) من الإيلاج والإدخال، لم يحد المشهود عليه، و حد الشهود حدا للقذف.

ص: ٢٢٠

(و لا بد) مع ذلك (من اتفاقهم على الفعل الواحد فى الزمان الواحد و المكان الواحد، فلو اختلفوا) فى أحدها بأن شهد بعضهم على وجه مخصوص و الباقون على غيره، أو شهد بعضهم بالزنا غدوه و الآخرون عشيه، أو بعضهم فى زاويه مخصوصه، أو بيت و الآخرون فى غيره (حدوا للقذف) (١).

و ظاهر كلام المصنف و غيره (٢) أنه لا بد من ذكر الثلاثه (٣) فى الشهاده و الاتفاق عليها، فلو أطلقوا، أو بعضهم حدوا، و إن لم يتحقق الاختلاف. مع احتمال الاكتفاء بالإطلاق، لإطلاق الأخبار السابقه و غيرها.

و اشتراط عدم الاختلاف (٤) حيث يقيدون بأحد الثلاثه.

و كذا يشترط اجتماعهم حال إقامتها دفعه (٥) بمعنى أن لا يحصل بين (١) لأن كل واحد من الفعل الواقع على أحد الوجوه غير الفعل الآخر، فلم يقيم على الفعل الواحد أربعة شهداء.

و الكلام فى وجوب تعرض الشهداء لهذه القيود، فظاهر المحقق و العلامه اشتراط ذلك فلا يكفى إطلاقهم الشهاده على الزنا بل لا بد من التصريح بالقيود الثلاثه من الزمان و المكان و الفعل بحيث لو أطلق البعض و قيد الآخرون حدوا، مع أن ظاهر كلمات المتقدمين كالنصوص خاليه عن اشتراط التقييد بهذه القيود، نعم لو تعرض الشهود لهذه القيود و اختلفوا لحدوا حينئذ.

(٢) و هو المحقق و العلامه.

(٣) الفعل الواحد و الزمان و المكان.

(٤) عطف على الاكتفاء و المعنى لا يجب عليهم التقييد نعم لو تعرضوا لهذه القيود فيجب أن لا يختلفوا.

(٥) أى حال إقامه الشهاده و عليه فلو أقام البعض الشهاده فى وقت عدم حضور الباقين على وجه لا يحصل به اتصال الشهاده عرفاً، حدوا للقذف و لا يرتقب إتمام البيئه لأنه لا تأخير فى حد و يدل عليه خبر السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: (فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال على عليه السلام: أين الرابع؟ قالوا: الآن يجيء فقال على عليه السلام: حدوهم فليس فى الحدود نظر ساعه) (١). و خبر عباد البصرى: (سألت أبا-

ص: ٢٢١

الشهادات تراخ عرفاً، لا بمعنى تلفظهم بها دفعه وإن كان جائزاً.

و لو أقام بعضهم الشهاده فى غيبه الباقي حدوا و لم يرتقب الإتمام) لأنه لا تأخير فى حد. و قد روى عن على عليه السّلام فى ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا فقال على عليه السّلام: «أين الرابع فقالوا: الآن يجيء فقال على عليه السّلام: حدّوهم فليس فى الحدود نظر ساعه».

و هل يشترط حضورهم فى مجلس الحكم دفعه قبل اجتماعهم على الإقامه (١) قولان (٢) اختار أولهما العلامه فى القواعد، و ثانيهما فى التحرير. و هو الأجل، لتحقق الشهاده المتفقه (٣)، و عدم ظهور المنافى (٤). مع الشك فى اشتراط الحضور (٥) دفعه، و النص لا يدل على أزيد من اعتبار عدم تراخى الشهادات (٦).

و يتفرع عليهما (٧) ما لو تلاحقوا (٨) و اتصلت شهادتهم بحيث لم يحصل -جعفر عليه السّلام عن ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا و قالوا: الآن يأتى الرابع، قال: يجلدون حد القذف ثمانين جلده كل رجل منهم(١).

(١)إقامه الشهاده.

(٢)قول باشتراط اجتماعهم فى مجلس الحكم قبل الإدلاء بالشهاده و إليه ذهب العلامه فى القواعد، و ولده فخر المحققين فى إيضاح الفوائد.

و قول بعدم اشتراط اجتماعهم قبل الإدلاء لعدم الدليل على ذلك و هو مذهب غيرهم.

(٣)أى المتفقه من الأربع فى مجلس واحد بحيث لم يحصل تراخ بين الشهادات.

(٤)لأن المنافى هو عدم اجتماعهم حال الشهاده و المفروض حصوله، فعدم حضورهم للمجلس دفعه قبل الشهاده لا دليل على كونه منافياً للشهاده.

(٥)و الأصل عدمه.

(٦)فالنص دال على اشتراط الاجتماع حال الأداء لا على الاجتماع حال الحضور للمجلس.

(٧)على القولين من اشتراط حضورهم للمجلس فضلاً عن اجتماعهم حال الشهاده، و من عدم اشتراط حضورهم للمجلس مع اشتراط اجتماعهم حال الأداء بحيث لا يحصل التراخى بين الشهادات.

(٨)بالحضور.

ص: ٢٢٢

التأخير. فعلى الأول (١) يحدون هنا بطريق أولى (٢)، و على الثانى (٣) يحتمل القبول و عدمه نظرا (٤) إلى فقد شرط الاجتماع حاله الإقامه دفعه (٥)، و انتفاء العله الموجهه (٦) للاجتماع و هى تأخير حد القاذف فإنه (٧) لم يتحقق هنا. و حيث يحد الشاهد أولا قبل حضور أصحابه إما مطلقا (٨)، أو مع التراخى (٩).

(فإن جاء الآخرون) بعد ذلك (و شهدوا حدوا أيضا) لفقد شرط القبول فى المتأخر كالسابق (١٠).

(و لا يقدر تقادم الزنا) (١١) (١) من اشتراط حضورهم المجلس دفعه.

(٢) لأنهم لو اجتمعوا حال الشهاده يحدون إن لم يجتمعوا حال الحضور، فمن باب أولى حدهم إذا لم يجتمعوا حال الشهاده.

(٣) من اشتراط عدم التراخى بين الشهادات، فالتردد ناشئ من اشتراط حضورهم حال الشهاده و إن لم يحصل التراخى أم يكفى عدم حصول التراخى. و إن كان النص دالا- على عدم التراخى بين الشهادات فلو تلا-حقوا حضورا و لم يحصل التراخى فتقبل شهادتهم لأنه لا تأخير فى الحد حينئذ.

(٤) دليل لعدم قبول الشهاده.

(٥) و لا دليل على اعتباره كما عرفت.

(٦) دليل لقبول الشهاده، و «انتفاء العله» معطوف على «فقد شرط»، و المعنى: و نظرا إلى انتفاء العله، و الحاصل أن العله الموجهه لاجتماع الشهود حال أداء الشهاده هى التأخير فى الحد، و لم يحصل هنا تأخير لعدم التراخى فى الشهادات كما هو المفروض، و بعبارة أخرى فلو حضر ثلاثة و شهدوا بالزنا فقد ثبت قذفهم له فيحدون و لا ينتظر حضور الرابع ليرتفع القذف عنهم لأنه لا تأخير فى الحد، و مع عدم حصول التراخى فلا تأخير فى حد القذف.

(٧) فإن التأخير.

(٨) مع التراخى أولا بناء على اشتراط الاجتماع حال الأداء.

(٩) فحضروا بعد مده.

(١٠) فالمتأخر يحد بنفس مناط حد السابق لفقد شرط القبول، و هو توالى الشهادات أو اجتماعهم حال الأداء.

(١١) بحيث أنه زنا قبل سنه أو أكثر، و هذا لا يضر فى صحه الشهاده لإطلاق الأخبار السابقه.

المشهود به (فى صحه الشهاده) للأصل (١) و ما روى (٢) فى بعض الأخبار من أنه متى زاد عن ستة أشهر لا يسمع شاذ.

(و لا يسقط) الحد، و لا الشهاده (بتصديق الزانى الشهود و لا بتكذيبهم) أما مع التصديق فظاهر (٣) و أما مع التكذيب (٤) فلأن تكذيب المشهود عليه لو أثر لزم تعطيل الأحكام (و التوبه قبل قيام البينه) (٥) على الزانى (تسقط الحد) عنه جلدا كان أم رجما (٦) (١)أصالة البقاء.

(٢) و هو مرسل جميل بن دراج عن رجل عن أحدهما عليهما السلام: (فى رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى، فلم يعلم ذلك منه و لم يؤخذ حتى تاب و صلح، فقال: إذا صلح و عرف منه أمر جميل لم يقيم عليه الحد، قال ابن أبى عمير: فإن كان أمرا قريبا لم تقم؟ قال: لو كان خمسه أشهر أو أقل و قد ظهر منه أمر جميل لم تقم عليه الحدود) (١). كما هو موجود فى كتب الفقه، و الموجود فى الوسائل من قول ابن أبى عمير: (فإن كان أمرا غريبا)، و الأول أصح لتطابق الجواب فيه مع السؤال. و على كل فهو موافق لقول بعض العامه فمحمول على التقيه كما عن الشارح فى المسالك.

(٣) لأنه يؤكد شهادتهم فكيف تسقط خلافا لأبى حنيفه حيث أنه بالتصديق يكون قد أقرّ و مع الإقرار الواحد لا يثبت عليه الحد حتى يصير أربعا، و فيه: إن إعمال أدله الإقرار هنا تعطيل لأدله الشهاده.

(٤) بلا- خلاف حتى من أبى حنيفه كما فى الجواهر، لإطلاق الأدله، و لأنه لو سقط الحد و الشهاده بالتكذيب للزم تعطيل الأحكام.

(٥) تسقط الحد بلا خلاف، لمرسل جميل المتقدم: (فى رجل سرق أو شرب الخمر أو زنى فلم يعلم ذلك منه و لم يؤخذ حتى تاب و صلح، قال: إذا صلح و عرف منه أمر جميل لم يقيم عليه الحد) (٢)، و لأن التوبه تسقط عقوبه الآخره فإسقاطها لعقوبه الدنيا أولى.

(٦) بلا خلاف فيه، فقول الشهيد الثانى هنا على المشهور المشعر بوقوع الخلاف فيه ليس فى محله، لأن الخلاف فى وقوع التوبه بعد قيام البينه لا- قبلها، هذا من جهه و من جهه أخرى قد عرفت أن المستند هو مرسل جميل و هذا ما اعترف به الشارح فى المسالك، فما-

ص: ٢٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣.

على المشهور، لاشتراكهما في المقتضى (١) للإسقاط، (لا) إذا تاب (بعدها) فإنه لا يسقط على المشهور (٢)، للأصل.

وقيل: يتخير الإمام في العفو عنه والإقامة. و لو كانت التوبة قبل الإقرار فأولى بالسقوط (٣)، و بعده يتخير الإمام في إقامته، و سيأتي.

في سقوط الحد بدعوى الجهالة بالتحريم، أو الشبهه

(و يسقط) الحد (بدعوى الجهالة (٤) بالتحريم، (أو الشبهه) (٥) بأن قال:

ظننت أنها حلت بإجارتها نفسها، أو تحليلها، أو نحو ذلك (٦) (مع إمكانهما) أى -علقه هنا على هذا الحكم بقوله: «لم نقف على مستند هذه الأحكام لكنها مشهوره» ليس فى محله، و حاول البعض رفع التناقض بين قوله بأن مراده من المستند هو المستند المعبر و مرسل جميل ليس منه.

(١) و هو التوبة.

(٢) للأصل من ثبوت الحد حين قيام البيئه و الشك فى السقوط حال التوبة فيستصحب، و يؤيده خبر أبى بصير - و هو مرسل - عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل أقيمت عليه البيئه بأنه زنى، ثم هرب قبل أن يضرب، قال: إن تاب فما عليه شىء و إن وقع فى يد الإمام أقام عليه الحد، و إن علم مكانه بعث إليه) (١) بناء على أن المراد به أن إقامه الحد عليه أمر محتم و لذا لو سقط فى يد الإمام أو علم مكانه أقام عليه الحد، و لكن لو لم يقم عليه الحد و تاب بينه و بين الله فما عليه شىء فى الآخرة.

و ذهب المفيد و أبو الصلاح الحلبي إلى تخيير الإمام بين إقامه الحد و بين العفو كما لو تاب بعد الإقرار، بعد حمل خبر أبى بصير المتقدم على أنه لو تاب بعد قيام البيئه كما هو الظاهر من تطابق الجواب مع السؤال فلا شىء عليه، و إن وقع فى يد الإمام و لم تصدر منه توبه أقام عليه الحد، و هذا الخبر بهذا الحمل هو الدليل لهما إلا أن الخبر يحتم سقوط الحد بعد التوبه فدعواهما بالتخيير بين الحد و عدمه لا معنى له و لذا قال الشارح فى المسالك: «و لم نقف على المستند».

(٣) لأن البيئه توجب رده إلى حفيرته لو هرب منها بخلاف الإقرار فلا يجب رده، فإذا كانت التوبه تسقط الحد قبل البيئه حينئذ فهى تسقطه قبل الإقرار من باب أولى.

(٤) لأنه قريب العهد فى الإسلام و قد تقدم الخبر فى ذلك.

(٥) أى بدعوى الشبهه فلا حد لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٦) كالصلح و الهبه.

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤.

الجهالة و الشبهه (فى حقه) فلو كان ممن لا يحتمل جهله بمثل ذلك لم يسمع (و إذا ثبت الزنا على الوجه المذكور (١) و جب الحد) على الزانى (و هو أقسام ثمانية).

فى أقسام حد الزنا و من و جب عليه

أحدها: القتل بالسيف

(أحدها: القتل بالسيف) و نحوه (٢) (و هو للزانى بالمحرم) النسبى من النساء (كالأم و الأخت) و العمه و الخاله و بنت الأخ و الأخت أما غيره من المحارم بالمصاهره (٣) كبت الزوجه و أمها فكغيرهن من الأجانب على ما يظهر من (١) بالبينه أو الإقرار.

(٢) كالسكين، و القتل يثبت فيمن زنا بذات محرم للنسب كالأم و البنت و الأخت و شبهها، بلا خلاف فيه، و لأخبار منها: صحيح بكير بن أعين عن أحدهما عليهما السّلام: (من زنى بذات محرم حتى يواقعها ضرب ضربه بالسيف أخذت منه ما أخذت، و إن كانت تابعته ضربت ضربه بالسيف أخذت منها ما أخذت، قال: فمن يضربهما و ليس لهما خصم؟ قال:

ذلك إلى الإمام إذا رفعا إليه) (١). و صحيح جميل بن دراج: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام:

أين يضرب الذى يأتى ذات محرم بالسيف، أين هذه الضربه؟ قال عليه السّلام: يضرب عنقه أو قال: تضرب رقبتة) (٢).

و مرسل عبد الله بن مهران عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن رجل وقع على أخته قال: يضرب ضربه بالسيف، قلت: فإنه يخلص، قال: يحبس أبدا حتى يموت) (٣).

و خبر عامر بن السمط عن على بن الحسين عليهما السّلام: (فى الرجل يقع على أخته قال:

يضرب ضربه بالسيف بلغت منه ما بلغت، فإن عاش خلد فى السجن حتى يموت) (٤).

و لقد أجاد صاحب الرياض بقوله: إن (ظاهر أكثر النصوص المزبوره الاكتفاء بالضربه الواحده مطلقا أو فى الرقبه و هى لا تستلزم القتل فى صريح بعضها، أى المشتمل على التخليد فى الحبس مع فرض عدم إتيانها عليه).

و مناقشه الجواهر له بأن الإجماع قد قام على القتل مؤيدا بصحيح جميل بن دراج الظاهر فى القتل بقريته قوله: (يضرب عنقه أو رقبتة) مضافا إلى النبوى: (من وقع على ذات محرم فاقتلوه) (٢) غير مسموعه، أما النبوى فقد ورد من طرق العامه، و أما صحيح جميل فهو ظاهر بالضربه الواحده لا فى القتل، و أما الإجماع فلم يثبت إذ لعلهم اعتمدوا على هذه النصوص بدعوى أنها ظاهره فى القتل.

(٣) وقع الخلاف فى إلحاق المحرمه بالسبب بالمحرم النسبى، و كذا المحرم بالرضاع، ففى -

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٣ و ٤ و ١٠.

٢- (٥) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٣٧.

الفتاوى، و الأخبار خاليه من تخصيص النسبى، بل الحكم فيها معلق على ذات المحرم مطلقا (١).

أما من حرمت بالملاعنه و الطلاق (٢) و أخت الموقب و بنته و أمه فلا و إن حرم من مؤبدا (٣).

و فى إلحاق المحرم بالرضاع بالنسب وجه مأخذه إلحاقه فى كثير من الأحكام للخبر (٤)، لكن لم نقف على قائل به (٥) - كشف اللثام قصر الحكم على المحرم النسبى لأنه المتيقن من النصوص فالمنصرف من المحرم هو النسبى فقط و إن كان يطلق على غيره لكن لا يتبادر ذلك الغير منه عند إطلاقه.

و ذهب المحقق و ابن إدريس و حمزه و زهره إلى إلحاق زوجه الأب بالمحرم النسبى، و فى المبسوط و الخلاف و الجامع لابن سعيد إلحاق الرضاع بالنسب دون السبب إلا - امرأه الأب، مع أنه لو بنينا على الإلحاق لوجب تعميم الحكم إلى كل من يحرم نكاحه بسبب أو نسب أو رضاع فالإقتصار على زوجه الأب من السببى تحكماً، و كذا على الرضاع دون السبب.

(١) لكن المنصرف منه خصوص النسبى، لا أقل من كونه قدرا متيقنا فيقتصر عليه لأن التهجم على الدماء مشكل من دون دليل.

(٢) أى التاسع الموجب للحرمة المؤبده.

(٣) و وجهه انصراف الأدله عما حرمت تأديبا كما فى هذه الأمثله.

(٤) الأخبار كثيره منها: صحيح بريد العجلى عن أبى جعفر عليه السلام: (أن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) (١).

و فيه: أن ظاهره التنزيل من ناحيه حرمة النكاح فقط، لا فى كل ما رتب على الأنساب كوجوب نفقه الوالدين و حرمة عقوقهما و نحو ذلك، فإنها لم تثبت للأبوين الرضاعيين.

(٥) و قد عرفت أنه قول للشيخ و ليحيى بن سعيد و لذا قال فى الرياض: «و من هنا يظهر ضعف إلحاق المحرم بالرضاع بالنسب مع عدم ظهور قائل به عدا الشيخ فى الخلاف و المبسوط و ابن عم الماتن - أى يحيى بن سعيد فإنه ابن عم المحقق صاحب النافع - و هما شاذان، و لذا لم يمل إلى مختارهما أحد من المتأخرين عدا شيخنا فى الروضه مع ظنه عدم -

ص: ٢٢٧

و الأخبار تتناوله (١).

و فى إلحاق زوجه الأب و الابن و موطوءه الأب بالملك بالمحرم النسبى قولان؛ من دخولهن فى ذات المحرم، و أصاله العدم.

و لا يخفى أن إلحاقهن بالمحرم، دون غيرهن من المحارم بالمصاهرة تحكّم (٢).

نعم يمكن أن يقال: دلت النصوص على ثبوت الحكم فى ذات المحرم مطلقا فيتناولهن (٣) و خروج غيرهن (٤) بدليل آخر كالإجماع (٥) لا ينفى الحكم فيهن مع ثبوت الخلاف (٦) لكن يبقى الكلام فى تحقق الإجماع فى غيرهن.

(و) كذا يثبت الحد بالقتل (للذمى إذا زنى بمسلمه) (٧) مطاوعه أو مكرهه (٨) عاقدا عليها أم لا (٩). نعم لو اعتقده (١٠) حلالا بذلك (١١) لجهله بحكم الإسلام احتمال قبول عذره، لأن الحد يدرأ بالشبهه (١٢)،...

-القائل به فقد جعله وجهاً.

(١) قد عرفت العدم.

(٢) بل لو بنينا على عموم الأخبار لكل محرم لشمل المحرم النسبى و السببى مطلقا.

(٣) أى يتناول زوجه الأب و الابن و موطوءه الأب بالملك.

(٤) كأم الزوجه و بنتها من ذوات المصاهرة.

(٥) فهو غير موجود، و إنما الموجود هو انصراف الأخبار عن السببى مطلقا.

(٦) فى زوجه الأب و الابن و موطوءه الأب بالملك.

(٧) بلا- خلاف فيه و لأخبار منها: موثق حنان بن سدير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن يهودى فجر بمسلمه فقال:

يقتل) (١)، نعم تخصيصه بالذمى نصرانيا أو حربيا ليس فى محله، بل يعمم إلى مطلق الكافر و لو كان حربيا - كما فى الرياض - لشمول النص له، و لأولويه غير الذمى من الذمى بالحكم لو فجر.

(٨) لإطلاق النص.

(٩) فوجود العقد كعدمه لأنه لا يصح عقده عليها.

(١٠) أى اعتقد الوطء.

(١١) بالعقد عليها.

(١٢) و هو مشتبه.

ص: ٢٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

و عدمه (١) للعموم، و لا يسقط عنه القتل بإسلامه (٢).

(و الزانى مكرها للمراه) (٣) و الحكم فى الأخبار و الفتوى معلق على المراه و هى كما سلف لا تتناول الصغيره. ففى إلحاقها (٤) بها هنا نظر من فقد النص، و أصله (١) أى و يحتمل عدم القبول، لعموم الخبر، و فيه: إن الخبر عام بمن فجر بمسلمه و هو ظاهر بمن أقدم على الفاحشه مع علمه بذلك فلا عموم له حتى يشمل المشتبه.

(٢) لأنه بعد ثبوت الحد لو أسلم نشك فى السقوط فيستصحب، و لخصوص خبر جعفر بن رزق: (قدم إلى المتوكل نصرانى فجر بامرأه مسلمه، و أراد أن يقيم عليه الحد فأسلم، فقال يحيى بن أكنم: قد هدم إيمانه شركه و فعله، و قال بعضهم: يضرب ثلاثه حدود، و قال بعضهم: يفعل به كذا و كذا، فأمر المتوكل بالكتاب إلى أبى الحسن الثالث عليه السلام و سؤاله عن ذلك، فلما قدم الكتاب كتب أبو الحسن عليه السلام: يضرب حتى يموت، فأنكر يحيى بن أكنم و أنكر فقهاء العسكر ذلك، و قالوا: يا أمير المؤمنين سله عن هذا، فإنه شىء لم ينطق به كتاب و لم تجيء به السنه.

فكتب: إن فقهاء المسلمين قد أنكروا هذا و قالوا: لم تجيء به سنه و لم ينطق به كتاب، فبين لنا بما أوجبت عليه الضرب حتى يموت؟

فكتب عليه السلام: بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ فَلَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا قَالُوا آمَنَّا بِاللّٰهِ وَحَدَّهُ وَ كَفَرْنَا بِمَا كُنَّا بِهِ مُشْرِكِينَ * فَلَمْ يَكُ يَنْفَعُهُمْ إِيْمَانُهُمْ لَمَّا رَأَوْا بَأْسَنَا * سَنَّتْ اللّٰهُ الَّتِیْ قَدْ خَلَتْ فِیْ عِبَادِهِ وَ خَسِرَ هُنَالِكَ الْكَافِرُونَ (١).

قال: فأمر به المتوكل فضرب حتى مات (٢)، و ذهب الفاضل الهندى فى كشف اللثام إلى سقوط الحد عنه لو أسلم استضعافا للروايه، و لأن الإسلام يجب ما قبله، و للاحتياط فى الدماء، و يسقط عنه الجلد أيضا للأصل.

و فيه: إنه اجتهاد فى قبال هذا النص المنجبر بعمل الأصحاب و المؤيد بالاستصحاب.

(٣) على الزنا، فيقتل بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح بريد العجلى: (سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل اغتصب امرأه فرجها، قال: يقتل محصنا كان أو غير محصن) (٢) و صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (فى رجل غصب امرأه نفسها قال: يقتل) ٤.

(٤) إلحاق الصغيره بالمراه.

ص: ٢٢٩

١- (١) غافر الآيتان: ٨٤-٨٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٤.

العدم (١)، و من أن الفعل أفحش و التحريم فيها أقوى (٢).

(و لا يعتبر الإحصان هنا) في المواضع الثلاثة (٣)، لإطلاق النصوص بقتله، و كذا لا فرق بين الشيخ و الشاب، و لا بين المسلم و الكافر، و الحر و العبد، و لا تلحق به المرأة لو أكرهته (٤)، للأصل مع احتمالاه (٥).

(و يجمع له) أي للزاني في هذه الصور (٦) (بين الجلد، ثم القتل على الأقوى) جمعا بين الأدله (٧)، فإن الآية دلت على جلد مطلق الزاني، و الروايات دلت على (١) دليل لعدم ثبوت القتل لعدم النص إذ النص مختص بالمرأة و لأصاله عدم ثبوت القتل عند الشك فيه.

(٢) دليل الثبوت للأولويه، و فيه: إنه من القياس المحرم، و لو ادعى أن لفظ المرأة قد ورد في لسان السائل مع أن ظاهر الخبر أن القتل قد ثبت للاغتصاب بما هو هو لو كانت دعوى غير بعيدة.

(٣) من الزنا بذات محرم، و من زنا الذمي بالمسلمه، و من الزنا بالمرأة كارها لها، فيثبت القتل سواء كان محصنا أو لا، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، على أنه في المكروهه قد نص على التعميم لغير المحصن بالإضافة إلى إطلاق النصوص السابقه الوارده في المواضع الثلاثه، و كذلك لا فرق - للإطلاق - بين كونه شيخا أو شابا و بين كونه حرا أو عبدا، و بين كونه مسلما أو كافرا.

(٤) فلا- تقتل المرأة لو أكرهت الرجل على الزنا بها لعدم تناول النصوص لها، لأنها مختصه بالرجل، بالإضافة إلى أصاله عدم القتل لو فعلت للشك فيه.

(٥) احتمال قتلها لو أكرهته بدعوى أن القتل قد ثبت على الإكراه و لا خصوصيه لإكراه الرجل فيعم إكراه المرأة، و فيه:

أولا: لو كان القتل على مطلق الإكراه لوجب الحكم بقتل الرجل إذا اغتصب الصغيره مع أن الشارح قد حكم بالعدم.

و ثانيا: إن إسقاط خصوصيه الرجل ليس في محله لأن الخبر و لو من ناحيه تطابق الجواب مع السؤال ظاهر في إكراه الرجل فلا يمكن إسقاط خصوصيه الرجولييه كما لا يمكن إسقاط خصوصيه الإكراه فلا معنى لهذا الاحتمال.

(٦) الثلاث.

(٧) كما ذهب إليه الشهيدان فقوله تعالى: **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةً جَلْدَةٍ (١)**. ظاهر في جلد كل زان سواء كان زانيا بذات محرم أو كان مكرها للمراه أو-

ص: ٢٣٠

قتل من ذكر، و لا منافاه بينهما فيجب الجمع.

و قال ابن إدريس: إن هؤلاء (١) إن كانوا محصنين جلدوا، ثم رجموا، و إن كانوا غير محصنين جلدوا ثم قتلوا بغير الرجم جمعا بين الأدله.

و فى تحقق الجمع بذلك (٢) مطلقا (٣) نظر، لأن النصوص دلت على قتله بالسيف. و الرجم يغيره (٤)، إلا أن يقال: إن الرجم أعظم عقوبه (٥) و الفعل هنا فى الثلاثه أفحش، فإذا ثبت الأقوى (٦) للزانى المحصن بغير من ذكره (٧) ففيه (٨) - كان ذميا و قد زنى بمسلمه أو لا فلا بد من الأخذ بإطلاقه بالإضافة إلى الروايات السابقه التى أوجبت القتل على الزانى فى هذه المواضع الثلاثه فالجمع بينهما يقتضى ثبوت الجلد و القتل عليه.

و فيه: أن الروايات كانت بصدد بيان الحكم الواقعى لمن زنى فى هذه المواضع الثلاثه و لم تذكر الجلد، فلو كان الجلد حكما واقعىا أيضا للزم تأخير البيان عن وقت الحاجة و هو قبيح، فلا بد من الأخذ بالروايات المتعرضه للزانى بهذه الخصوصيات الثلاثه دون الآيه لأنها مطلقه و سترى موردها فيما بعد، و هذا ما ذهب إليه المشهور.

و ذهب ابن إدريس إلى قتله تبعا لهذه الروايات و إلى جلده تبعا للآيه، و إلى رجمه إذا كان محصنا لما دل على الرجم فى المحصن و عليه ففى غير المحصن يجلد ثم يقتل و فى المحصن يجلد ثم يرجم، و بالرجم نكون قد امتثلنا الأمر بالقتل و الأمر بالرجم.

و فيه: بالإضافة إلى أن النصوص السابقه فى هذه المواضع الثلاثه قد اقتصرت على القتل و هى فى مقام بيان الحكم الواقعى، فلا يصح الاكتفاء بالرجم عن القتل للتغاير بينهما مفهوما و مصداقا.

(١) أى الزناه فى المواضع الثلاثه.

(٢) بما قاله ابن إدريس.

(٣) من جميع الوجوه، حيث إن الجمع فى بعض وجوهه موافق لقول الشارح من الجمع بين الجلد و القتل.

(٤) ففى المحصن لم نجمع بين جلد مطلق الزانى و قتل الزانى فى هذه المواضع الثلاثه.

(٥) من القتل.

(٦) و هو الرجم.

(٧) و الذى ذكره هو الزنا فى المواضع الثلاثه.

(٨) أى ففى الرجم للزانى فى هذه المواضع الثلاثه.

أولى (١) مع صدق أصل القتل به (٢) و ما اختاره المصنف أوضح فى الجمع (٣).

ثانيها: الرجم

فى من يجب عليه

(و ثانيها (٤): الرجم (٥) و يجب على المحصن) بفتح الصاد (٦) (إذا زنا ببالغه عاقله) حره كانت أم أمه. مسلمه أم كافره (٧) (و الإحصان (٨) إصابه البالغ العاقل الحر فرجا) أى قبلا (مملوكا له بالعقد الدائم أو الرق) متمكنا بعد ذلك منه بحيث (يغدو عليه و يروح) أى يتمكن منه أول النهار و آخره (إصابه معلومه) بحيث غابت الحشفه، أو قدرها فى القبل (فلو أنكرو) من يملك الفرج على الوجه المذكور (١) و هذه الأولويه استحسانيه فلا يصح جعلها مدركا للحكم الشرعى، مع أن ابن إدريس اقتصر على الرجم لأنه محقق لمعنى القتل لا لأنه أشد.

(٢) بالرجم.

(٣) بل ما ذكره المشهور هو الواضح و المتعين.

(٤) ثانى أقسام الحد.

(٥) يثبت على المحصن إذا زنى ببالغه عاقله، و كذا على المرأه إذا زنى بها بالغ عاقل بلا خلاف للأخبار منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (الرجم حد الله الأكبر و الجلد حد الله الأصغر، فإذا زنى الرجل المحصن رجم و لم يجلد) (١). و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (الحر و الحره إذا زنيا جلد كل واحد منهما مائه جلده، فأما المحصن و المحصنه فعليهما الرجم) ٢.

(٦) لأنه محصن بزوجه، و يجوز الكسر لأنه أحصن نفسه بالزواج من الغير.

(٧) كل ذلك لإطلاق الأخبار السابقه.

(٨) قال الشارح فى المسالك: «الإحصان و التحصين فى اللغه المنع، قال الله تعالى:

لِتُحْصِيَ نَفْسُكُمْ مِنْ بَأْسِكُمْ وَ قَالَ: فِى قُرْآنٍ مُّحْصَنَةٍ ، وَ وَرَدَ فِى الشَّرْعِ بِمَعْنَى الْإِسْلَامِ وَ بِمَعْنَى الْبُلُوغِ وَ الْعَقْلِ، وَ كُلِّ مِنْهُمَا قَدْ قِيلَ فِى تَفْسِيرِ قَوْلِهِ تَعَالَى: فَإِذَا أُحْصِنَ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ ، وَ بِمَعْنَى الْحَرِيهِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ يَعْنِى الْحَرَائِرَ، وَ بِمَعْنَى التَّزْوِجِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ يَعْنِى الْمُنْكَوْحَاتِ، وَ بِمَعْنَى الْعَفْهِ عَنِ الزَّوْجِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ وَ بِمَعْنَى الْإِصَابَةِ فِى النِّكَاحِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحِينَ ، وَ يُقَالُ: أَحْصَنَتِ الْمَرْأَةُ عَفْتًا، وَ أَحْصَنَهَا زَوْجُهَا هِىَ مُحْصَنَةٌ، وَ أَحْصَنَ الرَّجُلُ تَزْوِجًا».

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٣.

(وطء زوجته (١) صدق) بغير يمين (وإن كان له منها ولد لأن الولد قد يخلق من استرسال المنى) بغير وطء. فهذه قيود ثمانية:

أحدها: الإصابه أى الوطء قبل (٢) على وجه يوجب الغسل فلا يكفى مجرد العقد، ولا الخلوه التامه، ولا إصابه الدبر، ولا ما بين الفخذين، ولا فى القبل على وجه لا يوجب الغسل (٣)، ولا يشترط الإنزال (٤) ولا سلامه الخصيتين (٥) فيتحقق (٦) من الخصى ونحوه (٧)، لا من المبوب (٨) وإن ساق. و ثانيها: أن يكون الواطئ بالغا (٩) فلو أولج الصبى حتى غيب مقدار الحشفه لم يكن محصنا وإن كان مراهما. و ثالثها: أن يكون عاقلا (١٠). فلو وطأ مجنونا وإن عقد عاقلا لم يتحقق (١) لعارض يمنعه من الوطء.

(٢) للأخبار منها: صحيح رفاعه: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزنى قبل أن يدخل بأهله أيرجم؟ قال عليه السلام: لا) (١) و صحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يزنى ولم يدخل بأهله أ يحصن؟ قال: لا) و لا بالأمه) ٢، و ظاهر الأخبار أن الدخول هو الدخول فى القبل على نحو يوجب الغسل.

(٣) كل ذلك لخروجه عن ظاهر الأخبار السابقه.

(٤) لتحقق الإدخال بغيوبه الحشفه فقط.

(٥) لتحقق الإدخال منه.

(٦) الإدخال.

(٧) و هو الذى سحقت خصيتاه أو لم يكن له خصيه من أول الولاده.

(٨) أى مقطوع الذكر، و وطؤه مساحقه فلا يتحقق منه إدخال الحشفه لعدمها.

(٩) فلو زنى غير البالغ و إن كان قد وطئ زوجته فلا حد عليه لرفع القلم عنه و لخصوص أخبار منها: خبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يحد الصبى إذا وقع على المرأه و يحد الرجل إذا وقع على الصبيه) (٢).

(١٠) ذهب جماعه منهم الشيخان إلى ثبوت الرجم على المجنون المحصن لو زنى لخبر أبان بن -

ص: ٢٣٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد الزنا حديث ١ و ٩.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

الإحصان و يتحقق بوطئه عاقلا و إن تجدد جنونه.

و رابعها: الحرية (١) فلو وطئ العبد زوجته حره، أو أمه لم يكن محصنا و إن عتق ما لم يظأ بعده (٢)، و لا فرق بين القن و المدبر و المكاتب بقسميه، و المبعوض (٣).

و خامسها: أن يكون الوطء بفرج فلا يكفى الدبر، و لا التفخيذ، و نحوه كما سلف. و فى دلالة الفرج و الإصابه (٤) على ذلك (٥) نظر، لما تقدم من أن الفرج يطلق لغه على ما يشمل الدبر و قد أطلقه عليه (٦) فتخصيصه (٧) هنا مع الإطلاق و إن دل عليه العرف (٨) ليس بجيد.

و فى بعض نسخ الكتاب زياده قوله قبلا- بعد قوله فرجا (٩) و هو تقييد لما -تغلب عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحد و إن كان محصنا رجم) (١٠)، و حملت الروايه على ما لو كان جنونه أدواريا و قد صدر منه الزنا حال تعقله بدليل ذيله حيث قال عليه السلام: (و الرجل يأتى و إنما يزنى إذا عقل كيف يأتى اللذه).

(١) بلا خلاف فيه و تدل عليه أخبار منها: صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى العبد يتزوج الحره ثم يعتق فيصيب فاحشه، فقال: لا رجم عليه حتى يواقع الحره بعد ما يعتق) (٢)، و صحيحه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى العبيد إذا زنى أحدهم أن يجلد خمسين جلده و إن كان مسلما أو كافرا أو نصرانيا و لا يرجم و لا ينفى) (٣).

(٢) بعد العتق.

(٣) لإطلاق الأخبار السابقه.

(٤) الواردين فى تعريف المصنف للإحصان.

(٥) على الوطء قبلا.

(٦) أى أطلق المصنف الفرج على ما يشمل الدبر سابقا عند تعريف الزنا.

(٧) أى فتخصيص المصنف للفرج على القبل هنا.

(٨) حيث أن الفرج عرفا مختص بالقبل.

(٩) فى تعريف الإحصان.

ص: ٢٣٤

٢-٢ (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٣-٣ (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

أطلق منه (١). و معه (٢) يوافق ما سلف.

و سادسها: كونه مملوكا له (٣) بالعقد الدائم، أو ملك اليمين فلا يتحقق (١) من الفرج.

(٢) مع التقييد.

(٣) أى كون الفرج مملوكا للواطئ، فلو وطئ بشبهه أو زنى فلا يتحقق الإحصان و هو اتفاقى كما فى كشف اللثام و يدل عليه صحيح إسماعيل بن جابر عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت له: ما المحصن يرحمك الله؟ قال: من كان له فرج يغدو عليه و يروح فهو المحصن) (١) و مثله غيره، نعم التقييد بالعقد الدائم ليخرج ما لو ملكه بالعقد المنقطع فإنه لا يحقق الإحصان لأخبار منها: موثق إسحاق بن عمار: (سألت أبا إبراهيم عليه السّلام عن الرجل إذا هو زنى و عنده السريه و الأمه يطؤها تحصنه الأمه؟ فقال:

نعم إنما ذاك لأن عنده ما يغنيه عن الزنا، قلت: فإن كان عنده أمه زعم أنه يطأها، فقال: لا يصدق، قلت: فإن كان عنده امرأه متعه تحصنه، قال: لا، إنما هى على الشىء الدائم) (٢).

و مرسل أبى البخترى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يتردد فى المتعه أ تحصنه؟ قال: لا إنما ذلك على الشىء الدائم عنده) (٣)، كما أن الإحصان يتحقق بوطء الأمه كما هو المشهور و يدل عليه أخبار منها: موثق إسحاق بن عمار المتقدم و صحيح على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: (سألته عن الحر تحته المملوكه هل عليه الرجم إذا زنى؟ قال:

نعم) (٣).

و ذهب القديمان و الصدوق و الديلمى إلى عدم تحقق الإحصان بملك اليمين لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام: (و كما لا تحصنه الأمه و اليهوديه و النصرانيه إن زنى بحره، فكذلك لا يكون عليه حد المحصن إن زنى بيهوديه أو نصرانيه أو أمه و تحته حره) (٤) و مثله غيره، و الترجيح للطائفة الأولى لموافقتها للأخبار العامه الداله على تحقق الإحصان إذا كان عنده فرج يغدو عليه و يروح و هو شامل للأمه مثل صحيح إسماعيل بن جابر عن أبى جعفر عليه السّلام: (قلت: و ما المحصن يرحمك الله؟ قال: من كان له فرج-

ص: ٢٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ١١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٩.

بوطء الزنا، ولا الشبهه وإن كانت (١) بعقد فاسد (٢)، ولا المتعه.

و فى إلحاق التحليل بملك اليمين وجه (٣)، لدخوله فيه من حيث الحل، وإلا (٤) لبطل الحصر المستفاد من الآيه (٥) و لم أقف فيه هنا على شىء (٦).

و سابعا: كونه متمكنا منه غدوا و رواحا (٧). فلو كان بعيدا عنه لا يتمكن -يغدو عليه و يروح فهو محصن(٨).

(١) الشبهه.

(٢) بمعنى اعتقد أنه صحيح و هو فاسد واقعا فهو لا يحصن.

(٣) لدخول التحليل فى ملك اليمين فكل منهما ينكح بالملك، غايته أحدهما يملك الرقبه و الآخر يملك منفعه البضع.

(٤) لو لم يدخل التحليل فى ملك اليمين.

(٥) و هى قوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ (٢)، فقد حصرت الحل باثنين مع أن الوطء يجوز بأربعة بالدائم و المنقطع و ملك اليمين و التحليل، فيستفاد كما أن الدائم و المنقطع يدخلان فى الزوجيه كذلك ملك اليمين و التحليل يدخلان فى الملك، و هذا كاشف عن دخول التحليل فى ملك اليمين، غايته خرج عدم تحقق الإحصان بالمتعه بدليل خارجى فىبقى الباقي تحت عموم الآيه.

و فيه: إن الآيه عامه فى أن الاستغناء يتم فى هذه الأربعة لا الإحصان، مع أن الأخبار قد قيدت الإحصان بالدائم و بملك اليمين على خلاف فى الثانى، فالأصل فى التحليل عدم الإحصان الموجب لسقوط الرجم.

(٦) من كلمات الفقهاء.

(٧) أى كون المحصن متمكنا من الفرج غدوا و رواحا، و هو كناية عن تمكنه من الوطء متى شاء و يدل عليه صحيح إسماعيل بن جابر المتقدم: (قلت: و ما المحصن رحمك الله؟ قال: من كان له فرج يغدو عليه و يروح فهو محصن) (٣). و خبر أبى عبيده عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل الذى له امرأه بالبصره ففجر بالكوفه أن يدرأ عنه الرجم و يضرب حد الزانى، و قضى فى رجل محبوس فى السجن و له-

ص: ٢٣٦

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٤.

٢- (٢) المؤمنون الآيتان: ٤-٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٤.

منه فيهما (١) و إن تمكن في أحدهما دون الآخر (٢)، أو فيهما بينهما (٣)، أو محبوسا لا- يتمكن من الوصول إليه (٤) لم يكن محصنا و إن كان قد دخل قبل ذلك. و لا فرق في البعيد بين كونه دون مسافه القصر و أزيد (٥).

و ثامنها: كون الإصابه معلومه (٦)، و يتحقق العلم بإقراره بها أو بالبينه، لا بالخلوه، و لا الولد، لأنهما أعم كما ذكر (٧).

-امرأه حرّه في بيته في المصر و هو لا- يصل إليها فزنى في السجن، قال: عليه الحد - و في نسخه يجلد الجلد - و يدرأ عنه الرجم(١). و مثله غيره.

(١) أي لا يتمكن من الفرج في الغدو و الرواح.

(٢) أي تمكن في الغدو دون الرواح أو بالعكس و هما أول النهار و آخره.

(٣) بين أول النهار و آخره، هذا كله بناء على حمل الغدو و الرواح في الخبر على المعنى الحقيقي مع أنك عرفت أنه كناية عن التمكن من الوطء و عدم التمكن من الوطء ساعة من نهار لا يضمرّ، و العجب من الشارح حيث حمله على المعنى الحقيقي هنا جازما به مع أنه أبداه احتمالا في المسالك حيث قال: «و يحتمل اعتبار حقيقته بمعنى التمكن منه أول النهار و آخره».

(٤) إلى الفرج.

(٥) اتفقوا على أن المراد من البعيد هو الذي لا- يتمكن من الوصول إلى الفرج من دون تحديد مسافه البعد سواء قصرت عن مسافه القصر أو زادت.

نعم قد ورد تحديد البعد بمسافه السفر في أخبار منها: خبر عمر بن يزيد: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أخبرني عن الغائب عن أهله يزني، هل يرجم إذا كان له زوجته و هو غائب عنها؟ قال: لا يرجم الغائب عن أهله و لا المملك الذي لم يبين بأهله، و لا صاحب المتعه، قلت: ففي أي حد سفره لا- يكون محصنا؟ قال: إذا قصّر و أفطر فليس بمحصن(٢). و هي مهجوره عند الأصحاب كما في الجواهر بعد كون المناط في السفر على عدم التمكن من الفرج متى شاء.

(٦) أي قطعيه بمعنى أن وطأه للفرج الحلال معلوم، و يعلم بإقراره أو بقيام البينه عليه.

(٧) أما الخلوه فهي أعم من الوطء كما هو واضح و أما الولد فلاحتمال أنه من استرسال المنى المنصب على فم الفرج كما تقدم سابقا.

ص: ٢٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

و اعلم أن الإصابه أعم مما يعتبر منها (١)، و كذا الفرج (٢) كما ذكر. فلو قال: تغيب قدر حشفه (٣) البالغ.. إلخ في قبل (٤) مملوك له... إلخ كان أوضح. و شمل إطلاق إصابه الفرج ما لو كانت صغيره و كبيره عاقله و مجنونه و ليس كذلك (٥)، بل يعتبر بلوغ الموطوءه كالواطئ و لا يتحقق فيهما بدونه (٦).

(و بذلك) المذكور كله (تصير المرأه محصنه) أيضا. و مقتضى ذلك صيروره الأمه و الصغيره محصنه، لتحقق إصابه البالغ... إلخ فرجا مملوكا. و ليس كذلك، بل يعتبر فيها (٧) البلوغ و العقل و الحريره كالرجل، و فى الواطئ البلوغ دون العقل. فالمحصنه حينئذ: المصابه حره (٨) بالغه عاقله من زوج بالغ دائم فى القبل بما يوجب الغسل إصابه معلومه، فلو أنكرت ذات الولد منه (٩) وطأه لم يثبت إحصانها (١٠) و إن ادعاه (١١) و يثبت فى حقه (١٢).

(١) أى أن لفظ الإصابه الوارد فى تعريف المصنف بما له من المعنى أعم مما يعتبر من لفظ الإصابه، و ذلك لأن الإصابه ظاهره فى الوطء الطبيعى المتحقق فيه إدخال العضو بتمامه مع أن المراد منها إدخال الحشفه أو مقدارها من مقطوعها.

(٢) فإنه لغه أعم من القبل و الدبر مع أن المراد من لفظ الفرج الوارد فى التعريف هو خصوص القبل.

(٣) بدل الإصابه.

(٤) بدل الفرج.

(٥) بالنسبه للصغيره إذ الإحصان فى الواطئ لا يتحقق إلا مع بلوغ الموطوءه.

(٦) أى لا يتحقق الإحصان فى الواطئ و الموطوءه بدون البلوغ.

(٧) فى المرأه المحصنه.

(٨) فى صحیح الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل أ يحصن المملوكه؟ قال: لا- يحصن الحر المملوكه، و لا يحصن المملوك الحره) (١).

(٩) من أبيه.

(١٠) لاحتمال كون الولد من المنى المنصب على فم الفرج.

(١١) أى و إن ادعى أبو الولد الوطء.

(١٢) أى و يثبت الإحصان فى حق الوالد المدعى للوطء.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٧.

كعكسه (١). و أما التمكن من الوطء فإنما يعتبر في حقه خاصه فلا بد من مراعاته (٢) في تعريفها أيضا (٣).

ويمكن أن يريد بقوله: و بذلك تصير المرأة محصنه: أن الشروط المعتره فيه (٤) تعتبر فيها بحيث تجعل بدله بنوع من التكلف فتخرج الصغيره و المجنونه و الأمه و إن دخل حينئذ ما دخل في تعريفه (٥).

في أنه لا يشترط في الإحصان الإسلام و لا عدم الطلاق

(و لا يشترط في الإحصان الإسلام) (٦) فيثبت في حق الكافر و الكافره مطلقا (٧) إذا حصلت الشرائط. فلو وطئ الذمي زوجته الدائمه تحقق الإحصان.

و كذا لو وطئ المسلم زوجته الذميه حيث تكون دائمه (٨).

(و لا عدم الطلاق) (٩) فلو زنى المطلق، أو تزوجت المطلقه عالمه بالتحريم، (١) كأن تدعى هي الوطء فيثبت إحصانها، دونه فلا يثبت الإحصان في حقه.

(٢) مراعاة التمكن من الوطء.

(٣) المرأة المحصنه، غايته إذا كان الزوج متمكنا منها قادرا على وطئها متى شاء فهذا يحقق إحصانها و إحصانها ففي صحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله عن امرأة تزوجت برجل و لها زوج، فقال: إن كان زوجها مقيما معها في المصر الذي هي فيه تصل إليه و يصل إليها فإن عليها ما على الزاني المحصن الرجم) (١).

(٤) في المحصن.

(٥) فقد دخل في تعريف المحصن ما لو وطئ الصغيره فيدخل في تعريفها ما لو وطئ الصغير و لا بدّ من إخراجها.

(٦) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (و اليهودي يحصن النصرانيه و النصراني يحصن اليهوديه) (٢).

(٧) و إن كان من غير ملتها، أو كانا ذميين أو أحدهما.

(٨) بناء على تجويز ذلك شرعا.

(٩) فالمطلقه رجعيًا لا- تخرج عن الإحصان و كذا المطلق كذلك لأن الرجعيه بحكم الزوجه و هو متمكن منها متى شاء، بلا خلاف في ذلك للأخبار منها: صحيح يزيد الكناسي:-

ص: ٢٣٩

أو زنت رجمت (إذا كانت العده رجعيه)، لأنها في حكم الزوجه و إن لم تتمكن هي من الرجعه كما لا يعتبر تمكنها من الوطء (بخلاف البائن)، لانقطاع العصمه به (١) فلا بد في تحقق الإحصان بعده (٢) من وطء جديد (٣) سواء تجدد الدوام بعقد جديد أم برجوعه في الطلاق حيث رجعت في البذل.

و كذا يعتبر وطء المملوك بعد عتقه (٤) و إن كان مكاتباً (٥).

في الجمع بين الجلد و الرجم

(و الأقرب الجمع بين الجلد و الرجم في المحصن (٦) و إن كان شاباً) جمعاً بين - (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأه تزوجت في عدتها قال: إن كانت تزوجت في عدته طلاقاً لزوجهها عليها الرجعه فإن عليها الرجم، و إن كانت تزوجت في عدته ليس لزوجهها عليها الرجعه فإن عليها حد الزاني غير المحصن) (١).

(١) بالطلاق البائن.

(٢) بعد الطلاق البائن.

(٣) منه إليها فهي بحكم الزوجه الجديده سواء كان الوطء الجديد بعقد جديد أو رجوع بالطلاق بعد ما رجعت بالبذل.

(٤) بلا خلاف و يدل عليه صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في العبد يتزوج الحره ثم يعتق فيصيب فاحشه، قال: لا رجم عليه حتى يواقع الحره بعد ما يعتق) (٢).

(٥) للإطلاق.

(٦) رجم المحصن لا خلاف فيه و إنما الخلاف في ضم الجلد إليه، ففي الشيخ و الشيخه لم ينقل الخلاف إلا من العماني على الجمع بين الجلد و الرجم، لأخبار منها: صحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الشيخ و الشيخه جلد مائه و الرجم، و البكر و البكره جلد مائه و نفى سنه من مصره) (٣). و هي محموله على ما لو كانا محصنين بدليل روايه عبد الله بن طلحه عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا زنى الشيخ و العجوز جلدًا ثم رجما عقوبه لهما، و إذا زنى النصف من الرجال رجم، و لم يجلد إذا كان قد أحسن و إذا زنى الشاب الحدث السن جلد و نفى سنه من مصره) (٤).

و في المرسل عن علي عليه السلام: (أنه جلد شراحه الهمدانيه يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة و قال: حددتها بكتاب الله و رجمتها بسنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم) (٥). و العماني اقتصر على -

ص: ٢٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ٩ و ١١ و ٣.

-الرجم فى الشىخ و الشىخه لإطلاق نصوص الرجم منها: موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (الحر و الحره إذا زنيا جلد كل واحد منهما مائه جلده فأما المحصن و المحصنه فعليهما الرجم)(١)، و هو محجوج بما دل على تقييدها بالجمع بين الجلد و الرجم فى الشىخ و الشىخه كما فى النصوص المتقدمه.

و أما فى الشاب و الشابه إذا كانا محصنين فقد وقع بينهم الخلاف فقد ذهب إلى الجمع بين الجلد و الرجم فيها الشىخان و المرتضى و الحللى و عامه المتأخرين كما فى الجواهر، و جعله المرتضى من منفردات الإماميه لأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (فى المحصن و المحصنه جلد مائه ثم الرجم)(٢). و صحيحه زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (فى المحصن و المحصنه جلد مائه ثم الرجم)٣، و للجمع بين دلالة الآيه بالجلد و بين نصوص رجم المحصن الشامل للشاب كخبر سماعه المتقدم.

و ذهب الشىخ فى النهايه و كتابى الحديث و الاستبصار و بنو زهره و سعيد و حمزه و جماعه من المتأخرين إلى رجم الشاب المحصن فقط دون الجلد لروايه عبد الله بن طلحه المتقدمه:

(و إذا زنى النصف من الرجال رجم و لم يجلد إذا كان قد أحصن)٤ و لخبر أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام: (رجم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم و لم يجلد، و ذكروا أن عليا رجم بالكوفه و جلد، فأنكر ذلك أبو عبد الله عليه السلام و قال: ما نعرف هذا، أى لم يحد رجلا حدين جلد و رجم فى ذنب واحد)٥. و لصحيحه عاصم بن حميد عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (الرجم حد الله الأكبر و الجلد حد الله الأصغر، فإذا زنى الرجل المحصن رجم و لم يجلد)٦.

و أشكل بأن روايه عبد الله بن طلحه ضعيفه السند كما فى المسالك و ذلك لأن عبد الله بن طلحه مجهول و كذلك إبراهيم بن صالح الواقع فى السند مع أن هذه الروايه هى التى يقع فيها الجمع بين الأخبار، لأنها حددت حكم الشىخ و حكم المحصن و حكم غير المحصن و أشكل على روايه أبى العباس بأنه لا- يصح الاعتماد عليها للنصوص الوارده فى الشىخ و قد جمعت بين حدين فى ذنب واحد.

و مع ذلك تبقى صحيحه عاصم بن حميد لا إشكال فيها من ناحيه السند و هى صريحه فى عدم جلد المحصن فتصلح دليلا للجمع بين الأخبار و مؤيدا لخبر عبد الله بن طلحه-

ص: ٢٤١

١- (١) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ٨ و ١٤ و ١١ و ٥ و ١.

دليل الآيه (١)، و الروايه (٢).

وقيل: إنما يجمع بينهما على المحصن إذا كان شيخا أو شيخه (٣)، و غيرهما يقتصر فيه (٤) على الرجم (٥).

و ربما قيل (٦) بالاختصار على رجمه مطلقا (٧).

و الأقوى ما اختاره المصنف، لدلاله الأخبار الصحيحه عليه (٨). و فى كلام على عليه السلام (٩) حين جمع للمرأه بينهما، جلدتها بكتاب الله، و رجمتها بسنه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم. و مستند التفصيل (١٠) روايه (١١) تقصر عن ذلك (١٢) متنا (١٣) و سندا (١٤).

و حيث يجمع بينهما (١٥) - فالأقوى أن المحصن لا يثبت فى حقه إلا الرجم فقط بحمل كل نصوص الجلد و الرجم على الشيخ و الشيخه.

(١) و هى قوله تعالى: الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدِهِ (١).

(٢) و هى موثق سماعه المتقدم.

(٣) بالاتفاق إلا من العماني.

(٤) فى الغير.

(٥) كما هو الأقوى.

(٦) للعماني.

(٧) أى على رجم المحصن سواء كان شيخا و عجوزا أو لا.

(٨) أى على الجمع فى المحصن و هى صحيح محمد بن مسلم و صحيح زراره المتقدمان.

(٩) فى مرسل البيهقى المتقدم.

(١٠) بين الشيخ و الشيخه فالجمع بين الجلد و الرجم و بين الشاب و الشابه فالرجم فقط.

(١١) و هى روايه عبد الله بن طلحه.

(١٢) عن التفصيل.

(١٣) أى لم تذكر حكم الشاب المحصن كما صرح به فى المسالك، و فيه: إنه داخل فى النصف من الرجال.

(١٤) قد تقدم، غير أنك عرفت وجود صحيح عاصم بن حميد الدال على عدم جلد المحصن.

(١٥) قدم الجلد وجوبا لثلا يفوت الجلد في العكس بلا خلاف فيه و لأخبار منها: صحيح-

ص: ٢٤٢

١- (١) النور الآيه: ٢.

(يبدأ بالجلد) أولاً وجوباً لتحقيق فائدته (١) ولا- يجب الصبر به (٢) حتى يبرأ جلده على الأقوى، للأصل (٣) وإن كان التأخير أقوى في الزجر. وقد روى (٤) أن علياً عليه السلام جلد المرأة يوم الخميس، و رجمها يوم الجمعة.

و كذا القول في كل حدين اجتماعاً و يفوت أحدهما بالآخر فإنه يبدأ بما يمكن معه الجمع، و لو استويا تخير.

في كيفية الرجم

(ثم تدفن المرأة إلى صدرها، و الرجل إلى حقويه) (٥)...

-زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (أيما رجل اجتمعت عليه حدود فيها القتل، يبدأ بالحدود التي هي دون القتل ثم يقتل بعد ذلك) (١). و خبر محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يؤخذ و عليه حدود أحدها القتل فقال: كان علي عليه السلام يقيم الحدود ثم يقتله و لا تخالف علياً) ٢. فما عن بعض العامة من الاكتفاء بالقتل لأنه يأتي على الجميع لا وجه له. (١)فأئده الجمع فلا يفوت الجلد كما في العكس.

(٢)أى بالمحدود حتى يبرأ جلده، قيل: نعم كما عن الشيخين و بنى زهره و حمزه و البراج تأكيداً في الزجر، و قال ابن إدريس و المتأخرون لا- يجب، و إنما هو مستحب لأن القصد الإلتلاف فلا فائده في الانتظار مع ما ورد سابقاً أنه لا نظره في الحدود، و بالأخير تمسك الأردبيلي في مجمع البرهان على عدم جواز التأخير، و عن بعضهم أنه يقتل بعد يوم من جلده كما فعل أمير المؤمنين عليه السلام ذلك في شراحه حيث جلدتها يوم الخميس و رجمها يوم الجمعة.

(٣)أصالة عدم وجوب التأخير عند الشك فيه.

(٤)من طرق العامة فقط و قد تقدم.

(٥)الحقو بفتح الحاء و هو الخصر و مشد الإزار، أما في الرجل فقد ورد معتبره سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (تدفن المرأة إلى وسطها ثم يرمى الإمام و يرمى الناس بأحجار صغار، و لا يدفن الرجل إذا رجم إلا إلى حقويه) (٢).

و أما في المرأة فإلى صدرها فهو الأشهر لما روى من طرق العامة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: (حفر للغامديه إلى الصدر) (٣)، و ما قاله الفاضل الهندي في كشف اللثام من أنه روى من دفن-

ص: ٢٤٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١ و ٤.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

٣- ((٤)) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٣٩.

و ظاهره كغيره (١): إن ذلك على وجه الوجوب. و هو فى أصل الدفن حسن للتأسى أما فى كفيته فالأخبار مطلقه، و يمكن جعل ذلك (٢) على وجه -شراحه إلى منكبها أو ثديها، مع أنه فى معتبره إسحاق المتقدمه أن الدفن إلى وسطها و فى خبر أبى مريم - و هو صحيح السند - عن أبى جعفر عليه السلام فى قضيه المرأه التى أقرت أربعاً بالزنا فى عهد أمير المؤمنين عليه السلام - إلى أن قال -: (ثم أمر بها بعد ذلك فحفر لها حفيره فى الرحبه و خاط عليها ثوباً جديداً، و أدخلها الحفيره إلى الحقو و موضع الثديين) (١)، كما فى الوسائل و الفقيه، مع أنه فى الجواهر: (إلى الحقو دون موضع الثديين) و هو الصحيح لأن الحقو دون الثديين لا فى موضع الثديين كما احتمله بعضهم من أن موضع الثديين تحديد لموطن الحقو.

و على كل فالأخبار المعتبره تدل على الحفر إلى وسطها المقارب للحقو فلا- فرق بينها و بين الرجل أو أن الفرق كالفرق بين السره و الحقو، و الاختلاف فى الروايات ليس بأشد من الاختلاف بين الفقهاء، فالأشهر إلى الثديين كما عرفت، و عن المقنع أن الرجم أن يحفر له حفيره مقدار ما يقوم فيها بطوله إلى عنقه، و عن الغنيه و المقنعه التسويه بين الرجل و المرأه إلى الصدر، و عن المراسم الحفر للرجل إلى صدره و للمرأه إلى وسطها، و عن ابن حمزه نفى الحفر و الدفن إذا ثبت الزنا بالإقرار لما روى من أن النبى حفر للعامريه و لم يحفر للجهنيه (٢)، و لما رواه أبو سعيد الخدرى فى قصه ماعز: (أمرنا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم برجمه فانطلقنا به إلى بقيع الفرقد فما أوثقناه و لا حفرنا له حفيره و رمينا بالعظام و المدر و الخرق ثم اشتد و اشتدنا حتى أتى الحره فانصب لنا فرميناها بجلاميد الحره حتى سكت) (٣). إلا أنه معارض بخبر الحسين بن خالد عن أبى الحسن عليه السلام - إلى أن قال -: (و ذلك أن ماعز بن مالك أقر عند رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بالزنا فأمر به أن يرحم فهرب من الحفيره) (٤).

و لذا مال الشهيد الثانى فى المسالك إلى استحباب أصل الدفن لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم قد حفر للعامريه و لم يحفر للجهنيه كما تقدم و استحسن فى الروضه وجوب أصل الدفن للتأسى و أما الكيفيه فالمستحب إلى صدرها لأن الوارد إلى وسطها كما فى معتبره إسحاق.

(١) أى ظاهر المصنف كغيره من الفقهاء.

(٢) جعل الدفن إلى الثديين فى المرأه.

ص: ٢٤٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢١.

٣- (٣) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

الاستحباب، لتأدى الوظيفة المطلقة بما هو أعم (١). و روى سماعه عن الصادق عليه السلام قال: «تدفن المرأة إلى وسطها، و لا يدفن الرجل إذا رجم إلا إلى حقويه» و نفى في المختلف البأس عن العمل بمضمونها.

و فى دخول الغائتين فى المغتيا (٢) وجوبا و استحبابا نظر. أقربه العدم (٣) فيخرج الصدر و الحقوان عن الدفن، و ينبغى على الوجوب إدخال جزء منهما (٤) من باب المقدمه (فإن قرأ) (٥) من الحفيره بعد وضعهما فيها (أعيدا إن ثبت) الزنا (باليينه (٦))، (١) من الدفن إلى الصدر أو غيره.

(٢) من دخول الصدر و الحقو فى ما يدفن من المرأة و الرجل.

(٣) لعدم مفهوم الغايه.

(٤) من الصدر و الحقو.

(٥) فإذا كان الزنا ثابتا باليئه و جب إعادته المرجوم إلى الحفيره لأنه محكوم بالإتلاف و إعادته مقدمه لإتلافه فتجب، بلا خلاف فيه، لأخبار سيأتى التعرض لبعضها، و إذا كان الزنا ثابتا بالإقرار لم يعد إلى الحفيره سواء أصابته الحجاره أو لا - كما عن المفيد و الحلبي و سلار بل نسب إلى الشهره - لأنه يتضمن الرجوع عن الإقرار أو هو رجوع عن الإقرار و الرجوع عن الإقرار مسقط للرجم و للمرسل: (عن المرجوم يقرّ قال: إذا كان أقرّ على نفسه فلا يردّ و إن كان شهد عليه الشهود يردّ) (١).

و عن النهايه و الوسيله إن قرّ قبل إصابته بالحجاره أعيد و إلا فلا لخبر الحسين بن خالد:

قلت لأبى الحسن عليه السلام: أخبرنى عن المحصن إذا هرب من الحفيره هل يردّ حتى يقام عليه الحد؟ فقال: يردّ و لا يردّ، قلت: و كيف ذاك؟ فقال: إن كان هو المقرّ على نفسه ثم هرب من الحفيره بعد ما يصيبه شىء من الحجاره لم يردّ، و إن كان إنما قامت عليه البيئه و هو يجحد ثم هرب ردّ و هو صاغر حتى يقام عليه الحد، و ذلك أن ماعز بن مالك أقرّ عند رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم بالزنا فأمر به أن يرجم فهرب من الحفره، فرماه الزبير بن العوام بساق بعير فعقله فسقط فلحقه الناس فقتلوه، ثم أخبروا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم بذلك فقال لهم:

فهلا تركتموه إذا هرب يذهب، فإنما هو الذى أقرّ على نفسه، و قال لهم: أما لو كان على حاضرنا معكم لما ضللتكم، و وداه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلّم من بيت مال المسلمين) ٢، و التفصيل هو المتعين إذا كان الزنا ثابتا بإقراره.

(٦) أصابته الحجاره أو لا.

ص: ٢٤٥

(أو لم تصب الحجارة) بدنهما (١) (على قول) الشيخ و ابن البراج، و الخلاف فى الثانى خاصه (٢)، و المشهور عدم اشتراط الإصابه (٣)، للإطلاق (٤)، و لأن فراره بمنزله الرجوع عن الإقرار و هو أعلم بنفسه (٥)، و لأن الحد مبنى على التخفيف (٦).

و فى هذه الوجوه نظر.

و مستند التفصيل (٧) روايه الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام و هو مجهول (٨) (و إلا) يكن ثبوته بالبينه، بل بإقرارهما و إصابتها الحجارة على ذلك القول (لم يعادا) اتفاقا. و فى روايه ماعز أنه لما أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم برجمه هرب من الحفيره فرماه الزبير بساق بعير فلحقه القوم فقتلوه، ثم أخبروا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بذلك فقال: هلا تركتموه إذ هرب يذهب فإنما هو الذى أقر على نفسه، و قال صلى الله عليه و آله و سلم: أما لو كان على حاضر لما ضللتهم، و وداه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من بيت المال (٩).

(١) إذا كان الزنا ثابتا بإقراره.

(٢) أى فيما لم تصبه الحجارة و كان الزنا ثابتا بالإقرار.

(٣) فلا يرد.

(٤) و الروايه المطلقه هى مرسله الصدوق: (سئل الصادق عليه السلام عن المرجوم يفرّ، قال: إن كان أقرّ على نفسه فلا يردّ و إن كان شهد عليه الشهود يرد) (١). و هذه المرسله لا تقاوم الأخبار المقيده بين إصابه الحجارة و عدمها كخبر الحسين بن خالد المتقدم و خبر صفوان عن رجل عن أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: المرجوم يفرّ من الحفيره فيطلب؟ قال: لا، و لا يعرض له إن كان أصابه حجر واحد لم يطلب، و إن هرب قبل أن تصيبه الحجارة ردّ حتى يصيبه ألم العذاب) ٢.

(٥) و هذا غير سديد إذ لعل هروبه خوفا من ألم الحد فلا يكون رجوعا بعد الإقرار.

(٦) و هو حدّ الزنا و لذا توقف على شهاده الأربعة مع المعاينه و هذا أمر نادر، إلا أنه أمر استحسانى لا يصلح مدركا للحكم الشرعى.

(٧) بين عدم الرد إذا أصابته الحجارة و الرد إذا لم تصبه الحجارة بناء على أن الزنا ثابت بالإقرار.

(٨) إلا أن خبره مؤيد بخبر أبى بصير المحمول على الزنا الثابت بالإقرار.

(٩) كما فى روايه الحسين بن خالد المتقدمه.

ص: ٢٤٤

و ظاهر الحكم بعدم إعادته سقوط الحد عنه فلا يجوز قتله حينئذ (١) بذلك الذنب، فإن قتل عمدا اقتصر من القاتل، و خطأ الدية (٢). و فى الرواية إرشاد إليه (٣). و لعل إيداءه (٤) من بيت المال لوقوعه منهم خطأ مع كونه صلى الله عليه و آله و سلم قد حكمهم فيه فيكون كخطأ الحاكم، و لو فر غيره (٥) من المحدودين أعيد مطلقا (٦).

(و) حيث يثبت الزنا بالبينة (يبدأ) برجمه (الشهود) وجوبا (٧).

(و فى) رجم (المقر) يبدأ (الإمام عليه السلام) و يكفى فى البداءه مسمى الضرب (و ينبغى) على وجه الاستحباب (إعلام الناس) بوقت الرجم ليحضرُوا، و يعتبرُوا، و ينزجر من يشاهده ممن أتى مثل ذلك، أو يريده، و لقوله تعالى: وَ لَيْشْهَدُ (١) حين فراره من الحفره بعد إصابه الحجاره له.

(٢) أى و إذا قتل خطأ فالدیه.

(٣) إلى عدم جواز قتله بعد فراره و لذا قال: (لو كان على حاضرا لما ضللتهم) فيكون قتله ضلالا و هذا يدل على عدم جواز قتله.

(٤) أى دفع الدية من بيت المال مع أنه قد قتل خطأ فالدیه على عاقله القاتل لا- من بيت المال، و أجاب عنه الشارح بأنه لما حكمهم رسول الله فيه برجمه فلما قتلوه و لم يعرفوا الحكم فيكون خطؤهم كخطأ الحاكم و خطأ الحاكم من بيت المال.

(٥) أى غير المرجوم و هو المجلود لثبوت الحد فلا بد من استيفائه و لخبر عيسى بن عبد الله:

قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الزانى يجلد فيهرب بعد أن أصابه بعض الحد، أ يجب عليه أن يخلأ عنه و لا يردّ كما يجب للمحصن إذا رجم؟ قال: لا، و لكن يردّ حتى يضرب الحد كاملا.

قلت: فما فرق بينه و بين المحصن و هو حدّ من حدود الله؟ قال: المحصن هرب من القتل و لم يهرب إلا إلى التوبه لأنه عاين الموت بعينه، و هذا إنما يجلد فلا بد من أن يوفى الحد لأنه لا يقتل (١).

(٦) سواء كان الحد ثابتا بالبينة أو الإقرار، و يمكن تعليقه لغير المحدود فى الزنا فيشمل ما لو وجب قتله كاللوطى إلا أن يعارضه التعليل فى الخبر المتقدم.

(٧) ففى كشف اللثام نسبته إلى الأكثر و يدل عليه مرسل صفوان عمن رواه عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا أقرّ الزانى المحصن كان أول من يرمه الإمام ثم الناس، فإذا قامت-

ص: ٢٤٧

عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ (١) و لا يجب للأصل (٢).

(وقيل) و القائل ابن إدريس و العلامه و جماعه:(يجب حضور طائفه) عملا بظاهر الأمر. و هو الأقوى.

(و) اختلف فى أقل عدد الطائفه (٣) التى يجب حضورها، أو يستحب فقال -عليه البينه كان أول من يرحمه البينه ثم الإمام ثم الناس(١)، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (تدفن المرأه إلى وسطها ثم يرمى الإمام و يرمى الناس بأحجار صغار)٢المحمول على ما لو أقرت بالزنا أربعا و عن بعض حملة على الاستحباب لعدم حضور النبى صلى الله عليه و آله و سلم رجم ما عزم مع أنه قد أقر بالزنا و لم يثبت عليه بالبينه، مع أنه قيل: لعل عدم حضوره لعذر فهى قضيه فى واقعه فلا بد من العمل بأخبار بدء الإمام بالرجم المنجبر سندها بعمل الأصحاب.

(١)النور الآيه: ٢، و لما روى من فعل أمير المؤمنين عليه السلام فإنه نادى عند إرادته قيام الحد على الرجل المقر فقال: (يا معشر المسلمين اخرجوا ليقام على هذا الرجل الحد و لا يعرفن أحدكم صاحبه)(٢) و لما أراد إقامه الحد على المرأه المقره أمر قنبر بالنداء فيهم بالصلاه جماعه ثم صعد المنبر فقال: (يا أيها الناس إن إمامكم خارج بهذه المرأه إلى هذا الظهر ليقم عليها الحد لله، فعزم عليكم أمير المؤمنين لما خرجتم و أنتم متنكرون)٤.

(٢)أى أصاله عدم وجوب الإعلام عند الشك فيه، و فيه: إن ظاهر الآيه الوجوب، نعم على نحو الكفائى، و هذا ما عليه الحلّى و جماعه منهم العلامه، و الذى ذهب إلى الاستحباب جماعه منهم الشيخ فى المبسوط، و فى الخلاف نفى الخلاف عنه.

(٣)فى القواعد و النافع و النهايه و الجامع و مجمع البيان و التبيان بل حكى عن ابن عباس أن أقل العدد واحد لشمول لفظ الطائفه له كما عن الفراء بناء على أن المراد من الطائفه القطعه بدليل قوله تعالى: وَ إِن طَائِفَتَانِ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ افْتَتَلُوا - إلى أن قال - فَأَضِيْلِحُوا بَيْنَ أَخْوَيْكُمْ (٣) فعبر عن كل طائفه بالأخ الذى هو الواحد، و لخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فى قول الله عز و جل - وَ لَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ فِى دِينِ اللَّهِ - قال: فى إقامه الحدود، و فى قوله تعالى: وَ لِيَشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ -

ص: ٢٤٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد الزنا حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ١.

٣- (٥) الحجرات الآيتان: ٩-١٠.

العلامة و الشيخ في النهاية: (أقلها واحد)، لأنه أقل الطائفة لغة فيحمل الأمر المطلق على أقله لأصالة البراءة من الزائد.

(وقيل) و القائل ابن إدريس: (أقلها ثلاثة) لدلاله العرف عليه فيما إذا قيل:

جئنا في طائفة من الناس، و لظاهر قوله تعالى: فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَ لِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ (١) فإن أقل الجمع فيما دل عليه الضمير ثلاثة و ليتحقق بهم الإنذار (٢).

(وقيل) و القائل الشيخ في الخلاف: (عشره). و وجهه غير واضح. و الأجود الرجوع إلى العرف، و لعل دلالة على الثلاثة فصاعدا أقوى.

في صفة الحجارة

(و ينبغي كون الحجارة صغارا (٣)، لئلا يسرع تلفه) بالكبار و ليكن مما يطلق - مِنَ الْمُؤْمِنِينَ - قال: الطائفة واحد (١).

وقيل: إن الطائفة اثنان كما عن عكرمه لقوله تعالى: فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ (٢) و وجه الاستدلال: إن أقل الفرقه ثلاثة فالنافر منهم إما اثنان أو واحد.

و عن الشافعي أنها أربعة لمناسبتها لما اعتبر في الشهاده.

وقيل: إنها عشره كما عن الشيخ في الخلاف محتجبا بالاحتياط.

وقيل: إنها ثلاثة كما عن قتاده و ابن إدريس و غيرهما للعرف و لقوله تعالى: فَلَوْ لَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا (٣) و الواو للجمع، و أقله ثلاثة.

(١) التوبه الآية: ١٢٣.

(٢) أي بالثلاثة بناء على أن الإنذار متضمن القطع و لا قطع في أخبار الاثنين أو الواحد، و فيه: إن الإنذار متضمن تخويفا سواء أفاد قول المنذر قطعاً أو ظناً.

(٣) لموثق سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (تدفن المرأة إلى وسطها ثم يرمى الإمام و يرمى الناس بأحجار صغار) (٣)، و لأن رميه بحجر كبير كالصخره يجهز عليه و يقتله فلا يسمى رجما عند العرف، و لذا علل الفقهاء عدم رميه بالكبار لئلا يسرع إليه التلف.

هذا مع أن المراد من الصغار هي المعتدله لا الصغار جدا لئلا يعذب بطول الضرب مع بقاء الحياه.

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣) التوبه الآيه: ١٢٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

عليه اسم الحجر. فلا يقتصر على الحصى، لئلا يطول تعذيبه أيضا.

فى رجم من عليه الحد

(و قيل: لا يرمم من لله فى قبله حدّ)، للنهى عنه (١). و هل هو للتحريم، أو الكراهه؟ وجهان؟ من أصله عدم التحريم (٢)، و دلالة ظاهر النهى عليه (٣).

و ظاهر العبارة كون القول المحكى على وجه التحريم، لحكايته (٤) قولاً مؤذناً (١) فى خبر ميثم عن أمير المؤمنين عليه السلام فى المرأة المقره بالزنا فقال عليه السلام قبل الرجم و بعد اجتماع الناس: (أيها الناس إن الله عهد إلى نبيه صلى الله عليه و آله و سلمّ عهداً، عهداً صلى الله عليه و آله و سلمّ إلى بأنه لا يقيم الحد من لله عليه حد، فمن كان لله عليه مثل ما له عليها فلا يقيم عليها الحد، قال: فانصرف الناس يومئذ كلهم ما خلا أمير المؤمنين و الحسن و الحسين عليهم السلام) (١) و فى خبر ابن عمير عن زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (أوتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد أقرّ على نفسه بالفجور فقال أمير المؤمنين عليه السلام لأصحابه: أغدوا غدا علىّ مثلثمين، فقال لهم: من فعل مثل فعله فلا يرممه و لينصرف قال: فانصرف بعضهم و بقى بعضهم فرجمه من بقى منهم) ٢ و فى مرفوعه ابن خالد: (فمن كان لله فى عنقه حق فلينصرف و لا يقيم حدود الله من فى عنقه حد) (٢). و فى خبر الأصبع عن أمير المؤمنين عليه السلام:

(نشدت الله رجلا منكم لله عليه مثل هذا الحق أن يأخذ لله به، فإنه لا يأخذ لله بحق من يطلبه الله بمثله) ٤ و ظاهر النهى التحريم.

و ذهب المشهور إلى الكراهه بل فى غاية المرام دعوى الاتفاق عليه لأنه لو حمل النهى على التحريم لتعذر إيجاد شخص ليس لله عليه حد.

و ردّ عليهم ابن إدريس فى السرائر بقوله: «و هو غير متعذر لأنه يتوب فيما بينه و بين الله تعالى ثم يرميه»، و يؤيد الإشكال ما ورد فى خبر ميثم المتقدم لما نادى أمير المؤمنين عليه السلام بذلك: (فانصرف الناس يومئذ كلهم ما خلا أمير المؤمنين و الحسن و الحسين عليهم السلام)، و به يضعف تعليل ابن إدريس لإمكان أن يتوب من حضر عند نداء أمير المؤمنين عليه السلام إلا أن يقال: لا يعلمون بهذا الحكم فلذا تفرقوا.

(٢) دليل الكراهه.

(٣) دليل الحرمة.

(٤) دفع وهم، و حاصل الوهم أنه يمكن أن يكون ما حكاه المصنف محمولاً على الكراهه-

ص: ٢٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ٤.

بتمريره. إذ لا يتجه توقفه في الكراهه. و هل يختص الحكم بالحد الذي أقيم على المحدود، أو مطلق الحد؟ إطلاق العبارة و غيرها يدل على الثاني. و حسنه زراره عن أحدهما عليه السّلام قال: أتى أمير المؤمنين عليه السّلام برجل قد أقرّ على نفسه بالفجور فقال أمير المؤمنين عليه السّلام لأصحابه: اغدوا غدا على متلثمين فغدوا عليه متلثمين فقال لهم: من فعل مثل فعله فلا يرجم فلينصرف (١)، تدل على الأول، و في خبر آخر عنه (٢) عليه السّلام في رجم امرأه أنه نادى بأعلى صوته: يا أيها الناس إن الله تبارك و تعالى عهد إلى نبيه صلّى الله عليه و آله و سلّم إلى بأنه لا يقيم الحد من لله عليه حد فمن كان لله عليه حد مثل ما عليها فلا يقيم عليها الحد (٣) و صدر هذا الخبر يدل بإطلاقه على الثاني (٤) و آخره يحتملها (٥) و هو على الأول أدل، لأن ظاهر المماثلة اتحادهما صنفا (٦). مع احتمال إرادته ما هو أعم. فإن مطلق الحدود متماثلة في أصل العقوبه.

و هل يفرق بين ما حصلت التوبه منها (٧)، و غيره؟ (٨) ظاهر الأخبار و الفتوى ذلك، لأن ما تاب عنه فاعله سقط حق الله منه. بناء على وجوب قبول التوبه فلم يبق لله عليه حد.

و يظهر من الخبر الثاني (٩) عدم الفرق، لأنه قال في آخره: فانصرف الناس -فالعباره تحتمل ذلك، و الدفع أن حكايته بلفظ قيل المشعر بتمريره دليل على أنه قول للتحريم و إلا فلو كان للكراهه فلا معنى للتوقف.

(١) قد تقدم الخبر في الشرح.

(٢) و هو خبر ميثم عن أمير المؤمنين عليه السّلام و قد تقدم.

(٣) فيدل على الأول.

(٤) حيث قال: (لا يقيم الحد من لله عليه حد) إلا أنه إطلاق بدوى حيث فسر الحد بمثل ما عليها.

(٥) حيث قال: (فمن كان لله عليه حد مثل ما عليها) فالتماثل إن كان بالشخص فيدل على الأول و هو الأظهر و إن كان بالنوع فيدل على الثاني.

(٦) و هو التماثل بالشخص، هذا فضلا، و هو المتعين و عليه يحمل الإطلاق في مرفوعه ابن خالد المتقدمه: (فمن كان لله في عنقه حق فلينصرف، و لا يقيم حدود الله من في عنقه حد).

(٧) من الفاحشه.

(٨) أى غير التائب، و الضمير راجع إلى الموصول في: (ما حصلت) و المراد منه التائب.

(٩) و هو خبر ميثم عن أمير المؤمنين عليه السّلام.

ما خلا أمير المؤمنين و الحسنين عليه السّلام، و من البعيد جدا أن يكون جميع أصحابه لم يتوبوا من ذنوبهم ذلك الوقت (١)، إلا أن في طريق الخبر ضعفا (٢)

في تجهيز المرجوم

(و إذا فرغ من رجمه) لموته (دفن (٣) إن كان قد صلّى عليه بعد غسله و تكفينه حيا)، أو ميتا، أو بالتفريق (و إلا) يكن ذلك (جَهْز) بال غسل و التكفين و الصلاة (ثم دفن). و الذى دلت عليه الأخبار و الفتوى أنه يؤمر حيا بالاغتسال و التكفين ثم يجترى به بعده، أما الصلاة فبعد الموت، و لو لم يغتسل غسل بعد الرجم، و كفن و صلّى عليه، و العبارة قد توهم خلاف ذلك (٤)، أو تقصر عن المقصود منها.

(١) و فيه: إن احتمال عدم علمهم بأن التوبه قبل الثبوت عند الحاكم توجب سقوط الحد ليس ببعيد فلذا انصرفوا، فيكون الخبر ظاهرا في الأول لا الثانى، نعم الخبر الأول المتقدم في الروضه و هو قول أمير المؤمنين عليه السّلام في خبر زراره: (من فعل مثل فعله فلا يرحم فليصرف) ظاهر في أنه لا فرق بين التائب و غيره.

(٢) ففيه على بن أبى حمزه البطائنى و هو كذاب متهم ملعون كما في الخلاصه عن ابن فضال.

(٣) بعد الصلاة عليه لعدم جواز إهماله ففي النبوى: (لما أمر برجم الجهنيه فرجمت صلّى عليها، فقال له عمر: تصلى عليها يا رسول الله و قد زنت، فقال صلّى الله عليه و آله و سلّم: لقد تابت توبه لو قسمت بين سبعين من أهل المدينه لوسعتهم، و هل وجدت توبه أفضل من أن جاءت بنفسها لله) (١)، و كذا ورد في أخبارنا ما يدل على صلاه أمير المؤمنين عليه السّلام على المرجومه بعد رجمها غير أن الاكتفاء بالصلاه على المرجوم لأنه قد وقع منه الغسل و التحنيط و التكفين في حال الحياه لخبر كردويه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (المرجوم و المرجومه يغتسلان و يحنطان و يلبسان الكفن قبل ذلك و يصلى عليهما، و المقتص من بمنزله ذلك يغتسل و يتحنط و يلبس الكفن و يصلى عليه) (٢)، و إن لم يكن قد فعل ذلك بنفسه فإنه يغسل و يحنط و يكفن و يصلى عليه بعد الرجم كما يفعل بغيره من موتى المسلمين لخبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السّلام عند ما رجم أمير المؤمنين المرأه التى أقرت على نفسها بالزنا: (فقالوا له: قد ماتت كيف نصنع بها؟ قال: فادفعوها إلى أوليائها و مروهم أن يصنعوا بها كما يصنعون بموتاهم) (٣).

(٤) ظاهرهما أن الصلاة عليه حال الحياه.

ص: ٢٥٢

١- (١) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب غسل الميت حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

(و ثالثها الجلد خاصة) مائه سوط (و هو حد البالغ المحصن إذا زنى بصبيبه) (١) لم تبلغ التسع، (أو مجنونه) و إن كانت بالغه شابا كان الزانى أم شيخا (و حدّ المرأة (٢) إذا زنى بها طفل) لم يبلغ (و لو زنى بها المجنون) البالغ (٣) (فعليتها الحد) (١) أو مجنونه فعلية الجلد لا-الرجم كما عن الشيخ فى النهايه و يحيى بن سعيد فى جامعه قياسا على المرأة إذا زنى بها الصبى فلا ترجم و إن كانت محصنه كما فى صحيح أبى بصير و سيأتى، و لذا علل حكم الجلد هنا بنقص اللذه فى الصبيبه كعله حكم الجلد فى زنا المرأة بالصبى المنتزعه من صحيح أبى بصير.

وفيه: إن الأدله الداله على ثبوت الرجم مع الإحصان مطلقه تشمل المحصن فيما إذا زنا بالصبيبه أو المجنونه، و تقييدها بزنا المحصن بالصبيبه و المجنونه قياسا على زنا المرأة بالصبى ليس فى محله لأنه من القياس المحرم، هذا فضلا عن خصوص موثق ابن بكير عن أبى مريم عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن جاريه لم تبلغ و جدت مع رجل يفجر بها قال:

تضرب الجاريه دون الحد و يقام على الرجل الحد) (١) فهو لم يصرح بالجلد مع أنه فى مقام البيان و حد المحصن هو الرجم، و لذا ذهب أبو الصلاح و ابن زهره و الحلى و غيرهم إلى وجوب الرجم عليه لأنه محصن.

(٢) أى الجلد خاصة حد المرأة المحصنه إذا زنى بها الصبى غير البالغ لصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأه قال: يجلد الغلام دون الحد و تجلد المرأة الحد كاملا، قيل له: فإن كانت محصنه قال: لا ترجم لأن الذى نكحها ليس بمدرك فلو كان مدركا لرجمت) (٢).

و خالف جماعه منهم ابن إدريس و ابن زهره و أبو الصلاح فأثبتوا الرجم لأنها محصنه، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص.

(٣) لأن المجنون الصغير يصدق عليه لفظ الطفل فيندرج فى السابق، و الحكم برجمها أو الرجم و الجلد على الخلاف السابق إذا كانت محصنه عند الأكثر لإطلاق أدله المحصن، و خالف يحيى بن سعيد فساوى بين المجنون و الصغير من أنها لا ترجم حينئذ و قال عنه فى الجواهر: «و هو مع شدوذه غير واضح الوجه».

و أما المجنون فقد اختلف فى حكمه فعن الشيخين و جماعه وجوب الحد عليه فإن كان محصنا رجم لخبر أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا زنى المجنون أو المعتوه-

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

(تاما) و هو الرجم بعد الجلد إن كانت محصنه لتعليق الحكم برجمها فى النصوص على و ط ء البالغ مطلقا (١) فىشمل المجنون، و لأن الزنا بالنسبه إليها تام، بخلاف زنا العاقل بالمجنونه. فإن المشهور (٢) عدم إيجابه (٣) الرجم، للنص (٤)، و أصاله البراءه.

و ربما قيل بالمساواه (٥)، اطراحا للروايه (٦)، و استنادا إلى العموم و لا يجب الحد على المجنونه إجماعا.

(و الأقرب عدم ثبوته (٧) على المجنون)، لانتفاء التكليف الذى هو مناط العقوبه الشديده على المحرّم، و للأصل (٨). و لا فرق فيه بين المطبق و غيره إذا وقع الفعل منه حالته (٩). و هذا هو الأشهر.

-جلد الحد و إن كان محصنا رجم قلت: و ما الفرق بين المجنون و المجنونه و المعتوه و المعتوهه؟ فقال: المرأه إنما تؤتى، و الرجل يأتى و إنما يزنى إذا عقل كيف يأتى اللذه و أن المرأه إنما تستكره و يفعل بها و هى لا تعقل ما يفعل بها(١). و ظاهر الروايه أن زناه حال تعقله فىحمل جنونه على الأدوارى و لذا ذهب الشيخ و ابن إدريس و عليه المتأخرون إلى عدم الحد على المجنون لسقوط التكليف عنه.

(١)مجنونا أو لا.

(٢)قال فى الجواهر: «لم نتحققه» نعم هو منقول عن الشيخ و ابن سعيد و قد تقدم.

(٣)عدم إيجاب زنا البالغ بالمجنونه.

(٤)أى النص الوارد فى المرأه إذا زنى بها الصبى و هو صحيح أبى بصير المتقدم، ففاسوا عليه زنا البالغ بالصبيه و المجنونه بدعوى نقصان اللذه فى الجميع.

(٥)بين المجنونه و العاقله لو زنى بهما البالغ المحصن فإنه يرمم.

(٦)و هى صحيح أبى بصير، و المعرض عنها هو ابن إدريس و ابن زهره و أبو الصلاح حتى حكموا برجم المرأه إذا زنى بها الصغير مع أن هذا هو مورد الروايه التى حكمت على المرأه بالجلد دون الرجم و إن كانت محصنه.

(٧)عدم ثبوت الحد.

(٨)أى البراءه.

(٩)حال الجنون.

ص: ٢٥٤

و ذهب الشيخان و تبعهما ابن البراج إلى ثبوت الحد عليه كالعقل من رجم و جلد، لروايه أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام قال: إذا زنى المجنون أو المعتوه جلد الحد، و إن كان محصنا رجم.

قلت: و ما الفرق بين المجنون و المجنونه، و المعتوه و المعتوهه؟

فقال: المرأه إنما تؤتى، و الرجل يأتي، و إنما يأتي إذا عقل كيف يأتي اللذه، و إن المرأه إنما تستكره و يفعل بها و هي لا تعقل ما يفعل بها. و هذه الروايه مع عدم سلامه سندها (١) مشعره بكون المجنون حاله الفعل عاقلا. إما لكون الجنون يعتريه أدوارا، أو لغيره (٢) كما يدل عليه التعليل فلا يدل على مطلوبهم.

(و يجلد) الزانى (أشد الجلد) لقوله تعالى: **وَلَا تَأْخُذْكُمْ بِهِمَا رَأْفَةٌ (٣)**، و روى ضربه متوسطا (٤).

(و يفرق) الضرب (على جسده (٥)، و يتقى رأسه و وجهه. و فرجه) و قبله (١) لاشتماله على إبراهيم بن الفضل و هو مجهول الحال حيث لم يمدح و لم يذم.

(٢) كأن يكون جنونه خفيفا لا يذهب العقل الذى يناط التكليف بوجوده.

(٣) النور الآيه: ٢، على المشهور و لأخبار منها: موثق إسحاق بن عمار: (سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الزانى كيف يجلد؟ قال: أشد الجلد، قلت: فمن فوق ثيابه؟ قال:

بل تخلع ثيابه، قلت: فالمفتري؟ قال: يضرب بين الضريين جسده كله فوق ثيابه) (١) و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (حد الزانى كأشد ما يكون من الحدود) ٢.

(٤) و هو مرسل حريز عمن أخبره عن أبى جعفر عليه السلام: (يفرق الحد على الجسد كله و يتقى الفرج و الوجه و يضرب بين الضريين) (٢) مع أنه يمكن حمله على المحدود بغير الزنا بقرينه خبر إسحاق بن عمار المتقدم.

(٥) لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (يضرب الرجل الحد قائما و المرأه قاعده و يضرب على كل عضو و يترك الرأس و المذاكير) (٣) كما فى الكافى، و فى الفقيه: (و يترك الوجه -

ص: ٢٥٥

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٢ و ٤.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٦.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

و دبره، لروايه زراره عن الباقر عليه السّلام: «يَتَقَى الوجه و المذاكير» (١) (و روى عنه عليه السّلام قال: «يَفَرِّق الحد على الجسد و يَتَقَى الفرج و الوجه» (٢).) و قد تقدم استعمال الفرج فيهما، و أما اتقاء الرأس فلأنه مخوف على النفس و العين (٣)، و الغرض من الجلد ليس هو إتلافه، و اقتصر جماعه (٤) على الوجه و الفرج تبعاً، للنص (٥).

(و ليكن الرجل قائماً (٦) مجرداً) (٧) مستور العوره (و المرأه قاعده قد ربطت) - و المذاكير) و لخبر محمد بن سنان عن الرضا عليه السّلام فيما كتب إليه: (و عله ضرب الزانى على جسده بأشد الضرب لمباشرته الزنا و استلذاذ الجسد كله به، فجعل الضرب عقوبه له و عبره لغيره و هو أعظم الجنائيات) (١).

(١) كما فى الفقيه، و فى الكافى و يترك الرأس و المذاكير، و المذاكير جمع الذكر و هو العضو المخصوص، جمع على غير قياس فرقا بينه و بين الذكور الذى هو جمع الذكر الذى هو الفحل.

(٢) كما فى مرسل حريز المتقدم.

(٣) و لروايه زراره على ما فى الكافى.

(٤) منهم الشيخ فى المبسوط و الخلاف.

(٥) لروايه زراره فى الفقيه و لمرسل حريز.

(٦) لصحيح زراره المتقدم: (يضرب الرجل الحد قائماً و المرأه قاعده).

(٧) ما عدا عورته، و عن غايه المرام أنه المشهور لخبر إسحاق بن عمار المتقدم: (قلت: فمن فوق ثيابه؟ قال: بل تخلع ثيابه) و فى خبره الآخر: (بل يجرد) (٢)، و قيل كما عن الشيخ و جماعه أنه يجلد على الحال التى وجد عليها، إن كان عارياً فعارياً و إن كان كاسياً فكاسياً، و قيد ابن إدريس الثوب إن كان كاسياً بغير المانع من إيصال شىء من الضرب، و أما المانع كالفروه و الجبه المحشوه فينزع و يترك بقميص أو قميصين لخبر طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (لا يجرد فى حد و لا يشح - يعنى يمدّ - و قال: و يضرب الزانى على الحال التى وجد عليها، إن وجد عريانا ضرب عريانا، و إن وجد و عليه ثيابه ضرب و عليه ثيابه) (٣).

ص: ٢٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٨.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد الزنا حديث ٧.

(ثيابها عليها) (١) لثلا ييدو جسدها فإنه عوره، بخلاف الرجل و روى ضرب الزانى على الحال التى يوجد عليها. إن وجد عريانا ضرب عريانا، و إن وجد و عليه ثيابه ضرب و عليه ثيابه، سواء فى ذلك الذكر و الأئتى، و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه.

و الأجدود الأول (٢). لما ذكرناه من أن بدنها عوره، بخلافه (٣). و الروايه (٤) ضعيفه السند.

رابعها الجلد و الجز و التغريب

(و رابعها الجلد و الجز) للرأس (و التغريب (٥)، و يجب) الثلاثه (على الزانى) (١) لخبير أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام عند ما أراد أمير المؤمنين عليه السلام أن يرحم المرأة المقره: (فحفر لها حفيره فى الرحبه و خاط عليها ثوبا جديدا) (١)، و إن كان و اردا فى المرجومه لكن يدل على وجوب ستر بدنها لأنه عوره، و ذهب الصدوق فى المقنع إلى أنها تضرب مجردة إن وجدت مجردة، و أشكل عليه فى المختلف بأن بدنها عوره لا يجوز تجريدها كعوره الرجل على أن خبر طلحه بن زيد الدال على ضرب الزانى بحسب حالته عند الزنا ظاهر فى الرجل فقط، و قد نسب قول المقنع إلى الشيخ و جماعه و قال فى الجواهر: «و إن كنا لم نتحققه و لكن على كل حال هو واضح الضعف».

(٢) من تجريد الرجل و ستر المرأة عند الجلد.

(٣) بخلاف الرجل.

(٤) و الداله على جلد الزانى بحسب حاله التى وجد عليها، و هى خبر طلحه بن زيد إلا أنه عامى المذهب كما فى النجاشى، و فى الفهرست أن كتابه معتمد.

(٥) هذه الثلاثه ثابتة على البكر بالاتفاق كما فى المسالك للنبوى: (البكر بالبكر جلد مائه و تغريب عام، و الثيب بالثيب جلد مائه ثم الرجم) (٢)، و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الشيخ و الشيخه أن يجلدوا مائه و قضى للمحصن الرجم، و قضى فى البكر و البكره إذا زنيا جلد مائه و نفى سنه فى غير مصرهما، و هما اللذان قد أملكا و لم يدخل بها) (٣) هذا بالنسبه للجلد و التغريب، و أما الجز فقد ورد فى صحيحه حنان: (سأل رجل أبو عبد الله عليه السلام و أنا أسمع عن البكر يفجر،-

ص: ٢٥٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.

٢- (٢) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٢٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

(الذكر الحر غير المحصن و إن لم يملك) أى يتزوج من غير أن يدخل، لإطلاق الحكم (١) على البكر. و هو شامل للقسمين، بل هو على غير المتزوج (٢) أظهر، و لإطلاق قول الصادق عليه السّلام فى روايه عبد الله بن طلحه: «و إذا زنى الشاب الحدث السن جلد و حلق رأسه و نفى سنه من مصره». و هو عام فلا يتخصص، و إلا لزم تأخير البيان.

و قد تزوج ففجر قبل أن يدخل بأهله؟ فقال: يضرب مائه و يجز شعره و ينفى من المصر حولا و يفرق بينه و بين أهله(١) و فى صحيحه على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام: (سألته عن رجل تزوج امرأه و لم يدخل بها فزنى، ما عليه؟ قال: يجلد الحد و يحلق رأسه و يفرق بينه و بين أهله و ينفى سنه)٢.

و لكن وقع الخلاف فى تفسير البكر فقيل: هو من أملك أى عقد دواما على امرأه و لم يدخل بها ذهب إلى ذلك الشيخ فى النهايه و ابنا زهره و سعيد و الكيدري و سألار و العلامه فى التحرير و ذلك لخبر زراره عن أبى جعفر عليه السّلام: (الذى لم يحصن يجلد مائه و لا ينفى، و الذى قد أملك و لم يدخل بها يجلد مائه و ينفى سنه)٢، و صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى الشيخ و الشيخه أن يجلدا مائه و قضى للمحصن الرجم، و قضى فى البكر و البكره إذا زنيا جلد مائه و نفى سنه فى غير مصرهما، و هما اللذان قد أملكا و لم يدخل بها)٤ و قد تقدم صحيح الحلبي القريب منه، و أيضا أخبار الجز السابقه صريحه فى أن الجز و التغريب فى المملك الذى لم يدخل.

و ذهب الشيخ و ابن إدريس و فخر المحققين فى الإيضاح إلى أن المراد بالبكر غير المحصن و إن لم يكن مملكا لإطلاق بعض الأخبار مثل خبر عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و إذا زنى الشاب الحدث السن جلد و نفى سنه من مصره)٣ و فى خبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الشيخ و الشيخه جلد مائه و الرجم و البكر و البكره جلد مائه و نفى سنه)٤، و هو محمول على المملك جمعا بين الأخبار.

(١) من الجلد و النفى.

(٢) أى البكر.

ص: ٢٥٨

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد الزنا حديث ٧ و ٨.
- ٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ٧ و ٢.
- ٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد الزنا حديث ١١ و ٩.

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه:(يختص التغريب بمن أملك) و لم يدخل، لروايه زراره عن أبي جعفر عليه السّلام قال: «الذى لم يحصن يجلد مائه جلده و لا ينفى، و الذى قد أملك و لم يدخل بها يجلد مائه و ينفى»، و روايه محمد بن قيس عنه عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى البكر، و البكره إذا زنيا جلد مائه و نفى سنه فى غير مصرهما. و هما اللذان قد أملكا و لم يدخلها».

و هاتان الروايتان مع سلامه سندهما يشتملان على نفى المرأه و هو (١) خلاف الإجماع على ما ادعاه الشيخ. كيف و فى طريق الأولى (٢) موسى بن بكير، و فى الثانيه محمد بن قيس و هو مشترك بين الثقه و غيره (٣)، حيث يروى عن الباقر عليه السّلام. فالقول الأول أجود (٤) و إن كان الثانى أحوط من حيث بناء الحد على التخفيف.

(و الجز حلق الرأس) أجمع (٥)، دون غيره كاللحيه، سواء فى ذلك المرّبى (١) أى نفى المرأه، فقد ذهب المشهور على عدم نفيها و ادعى الشيخ الإجماع على اختصاص النفى بالرجل، و لأن الشهوه غالبه فيهن و الغالب أنهن ينزجن من الأقارب و المعارف، فلو غربت إلى غير مصرها لخرجت عن أيدي الحفاظ لها من الرجال و قلّ حياؤها لبعدها عن معارفها و ربما اشتد فقرها فيصير المجموع سببا لانفتاح باب الفاحشه عليها، و لقد أجاد الشارح فى المسالك حيث قال: «فإن تم الإجماع فهو الحجّه، و إلّا - فمقتضى النص ثبوته عليهما - أى ثبوت النفى على الرجل و المرأه - لأنه شامل لهما فراجع، و هو مختار ابن أبى عقيل و ابن الجنيد - إلى أن قال - و هذا التعليل لا يقابل النص».

(٢) أى روايه زراره و فى سندها موسى بن بكر و هو واقفى كما عن النجاشى.

(٣) هذا و اعلم أنه الثقه بروايه عاصم بن حميد كما وقع هنا فى الخبر و لذا قال الكاظمى فى مشتركاته: (و أنه أبو عبد الله البجلي بروايه عاصم بن حميد عنه) و أبو عبد الله البجلي ثقه عين كوفى كما فى النجاشى.

بل نقل الكاظمى فى مشتركاته عن بعض المحققين قوله: (الذى ينبغى تحقيقه أن محمد بن قيس إن كان راويا عن أبى جعفر عليه السّلام فالظاهر أنه الثقه إن كان الناقل عنه عاصم بن حميد).

(٤) أى ثبوت الثلاثه فى مطلق البكر، و قد عرفت أن الجوده فى تقييد المطلقات بخصوص المملك.

(٥) كما فى صحيح على بن جعفر المتقدم حيث قال: (و يحلق رأسه)، و عن المقنعه و المراسم و الوسيله تخصيص الجز بشعر الناصيه، لأصاله البراءه عن الزائد، و فيه: إنه لا معنى -

و غيره و إن انتفت الفائدة في غيره ظاهرا (١).

(و التغريب نفيه عن مصره) (٢) بل مطلق وطنه (إلى آخر) قريبا كان أم بعيدا بحسب ما يراه الإمام عليه السّلام مع صدق اسم الغرّبه، فإن كان غريبا غرّب إلى بلد آخر غير وطنه و البلد الذي غرّب منه (عاما) هلاليا، فإن رجع إلى ما غرّب منه قبل إكماله أعيد حتى يكمل بانيا على ما سبق (٣) و إن طال الفصل.

(و لا جزّ على المرأه، و لا تغريب) (٤)، بل تجلد مائه لا غير، لأصالة البراءه، و ادعى الشيخ عليه الإجماع و كأنه لم يعتدّ بخلاف ابن أبي عقيل حيث أثبت التغريب عليها، للأخبار السابقه، و المشهور أولى بحال المرأه و صيانتها. و منعها من الإتيان بمثل ما فعلت.

خامسها خمسون جلد

(و خامسها خمسون جلد) (٥)، و هي حدّ المملوك و المملوكه) البالغين -لهذا الأصل مع وجود الخبر، نعم جز الرأس الوارد في الخبر و إن كان يعم اللحيه لأنها من الرأس إلا أن المنصرف هو خصوص شعر الهامه دون اللحيه.

(١) لعدم التشهير بحلقه.

(٢) كما في صحيح الحلبي و صحيح حنان المتقدمين، و المصر هو الوطن الذي يسكنه و لذا ورد في بعض الأخبار المتقدمه: (يفرق بينه و بين أهله سنه)، و عن المبسوط أنه المصر الذي زنى فيه، و هذا لا دليل عليه.

(٣) حتى يتحقق نفيه عن مصره عاما كما جاء في الخبر.

(٤) أما التغريب فقد تقدم الكلام فيه، و أما الجز فهو مختص بالرجل بلا خلاف بينهم لظاهر الأخبار المتقدمه فيبقى أصل البراءه فيها سالما عن المعارض.

(٥) و هي حد المملوك محصنا كان أو غير محصن، شيخا أو شابا، بكرا مملكا أو غير مملك، ذكرا أو أنثى، بلا خلاف فيه للأخبار منها: حسنه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في العبيد إذا زنى أحدهم أن يجلد خمسين جلد و إن كان مسلما أو كافرا أو نصرانيا، و لا يرجم و لا ينفى) (١)، و صحيحه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السّلام و قد سئل عن المكاتب و قد زنى قال: (هو حق الله يطرح عنه من الحد خمسين جلد و يضرب خمسين) ٢ و صحيحه الحسن بن السرى عن أبي عبد الله عليه السّلام: (إذا زنى العبد و الأمه و هما محصنان فليس عليهما الرجم، إنما-

ص: ٢٦٠

العاقلين (١) (وإن كانا متزوجين، ولا جز، ولا تغريب (٢) على أحدهما) إجماعاً، لقوله عليه السّلام: «إذا زنت أمه أحدكم فليجلدها» (٣) و كان هذا (٤)

كل الواجب (٥). و لا قائل بالفرق (٦).

و ربما استدل بذلك (٧) على نفي التغريب على المرأة، لقوله تعالى: فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (٨) فلو ثبت التغريب على الحره لكان على الأمه نصفها (٩).

-عليهما الضرب خمسين نصف جلده (١٠) و خبر عبيد بن زراره أو بريد العجلي: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أمه زنت؟ قال: تجلد خمسين جلده، قلت: فإنها عادت، قال:

تجلد خمسين، قلت: فيجب عليها الرجم في شيء من الحالات؟ قال: إذا زنت ثمانى مرات يجب عليها الرجم - إلى أن قال - و ما العله في ذلك؟ قال: لأن الله (عز و جل) رحمها أن يجمع عليها ربق الرّق و حدّ الحر) (١١).

(١) لأنه مع عدم البلوغ أو عدم العقل لا تكليف لرفع القلم عنهما.

(٢) بلا خلاف كما في الجواهر، و هو مذهب الأصحاب كما في المسالك، و لما فيه من الإضرار بالسيد و تفويت المنفعه عليه، و لأن التغريب للتشديد و العبد قد اعتاد الانتقال من بلد إلى آخر فليس في تغريبه تشديد، بالإضافة إلى أن الإمام عليه السّلام لم يثبت عليه إلا الجلد خمسين في كل الحالات كما في خبر عبيد بن زراره أو بريد العجلي المتقدم فضلاً عن نفي التغريب عنه بالصراجه في خبر محمد بن قيس المتقدم و هو المعتمد. غير أن الشافعى في التغريب سنه أو نصفها، قولان له عملاً بعموم النص من التغريب على الزانى غايته نصف الحد المقرّر للزانى، و قال في الجواهر: «و لا ريب في بطلانه» للأدله السابقه.

(٣) سنن ابن ماجه ج ٢ ص ٨٥٧، و في ما روى من طرقنا غنى و كفايه.

(٤) أى الجلد.

(٥) لأنه في مقام البيان و لم يذكر إلا الجلد.

(٦) بين العبد و الأمه، فالخبر الوارد في الأمه يدل على حد العبد حينئذ.

(٧) بعدم الفرق.

(٨) النساء الآيه: ٢٥.

(٩) أى نصف سنه تغريب المرأة، مع أن الأمه لا تغريب عليها بالاتفاق فيستكشف عدم-

١- (١) المصدر السابق حديث ٣..

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

(و سادسها الحد المبعوض (١) و هو حد من تحرر بعضه فإنه يحد من حد الأحرار) الذي لا يبلغ القتل (٢) (بقدر ما فيه من الحره) أى بنسبته إلى الرقيّه (و من حد العبيد بقدر العبوديه). فلو كان نصفه حراً حد للزنا خمسا و سبعين جلده:

خمسين لنصيب الحره، و خمسا و عشرين للرقيّه، و لو اشتمل التقسيط على جزء من سوط - كما لو كان ثلثه رقا فوجب عليه ثلاثه و ثمانون و ثلث (٣) - قبض على ثلثي السوط و ضرب بثلثه. و على هذا الحساب (٤).

سابعا الضغث

(و سابعا الضغث) بالكسر و أصله الحزمه (٥) من الشىء، و المراد هنا القبض -تغريب المرأه، و هذا الاستدلال للشيخ فى الخلاف.

و فيه: إنه دليل منعكس و ذلك أن الأخبار الكثيره قد دلت على أن الأمه ليس عليها إلا الجلد فلوجب أن لا يثبت على المرأه إلا الجلد دون الرجم و إن اختلف عدده بين الحره و الأمه مع أنه على خلاف الاتفاق من ثبوت الرجم على المحصنه من النساء.

(١) و هو حد الأحرار بنسبه ما أعتق منه و حد المماليك بنسبه الرقيه، فمن أعتق نصفه مثلا يحدّ خمسه و سبعون سوطا، خمسون لأنها نصف ما على الحر و خمسه و عشرون نصف ما على العبد، للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام فى المكاتب: (يجلد فى الحد بقدر ما أعتق منه) (١) و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى مكاتبه زنت و قد أعتق منها ثلاثه أرباع و بقى الربع، فجلدت ثلاثه أرباع الحد حساب الحره على مائه فذلك خمس و سبعون جلده، و ربعها على حساب الخمسين من الأمه اثنا عشر سوطا و نصف، فذلك سبعة و ثمانون جلده و نصف) (٢).

(٢) إذ لا قتل على الرق، و لعدم صحه تبعيض القتل.

(٣) لأن ثلثي الحره سته و ستون سوطا و ثلثان، و ثلث الرقيه سته عشر سوطا و ثلثان، فالمجموع ثلاثه و ثمانون سوطا و ثلث.

(٤) و يدل عليه أخبار منها ذيل خبر محمد بن قيس المتقدم بروايه الكليني حيث فسر نصف السوط بقوله عليه السّلام: (يؤخذ السوط من نصفه فيضرب به و كذلك الأقل و الأكثر) (٢).

(٥) بضم الحاء، مجموع من الحطب أو غيره، من تحزم إذا شد وسطه بالحزام.

على جملة من العيدان و نحوها (١) (المشتمل على العدد) المعتبر في الحد (٢) و ضربه به دفعه واحده مؤلمه بحيث يمسه الجميع أو ينكبس بعضها على بعض فينالها ألمها، و لو لم تسع اليد العدد أجمع ضرب به مرتين فصاعدا إلى أن يكمل، و لا يشترط وصول كل واحد من العدد إلى بدنه (و هو حد المريض (٣) مع عدم احتمال الضرب المتكرر) متتاليا و إن احتمله في الأيام متفرقا (٤).

(و اقتضاء المصلحه التعجيل) و لو احتمل سياتا خفافا فهي أولى (٥) من الضغث فلا- يجب إعادته (٦) بعد برئه مطلقا (٧). و الظاهر الاجتزاء في الضغث بمسمى المضروب (٨) به مع حصول الألم به في الجملة و إن لم يحصل بآحاده، و قد (١) كالتصّب.

(٢) كالمائه بالنسبه للزنا و الثمانين لشرب الخمر.

(٣) بل هو حد المريض و المستحاضه، فإذا وجب رجمها يرجمان بلا خلاف لإطلاق أدله رجم المحصن و للنهي عن تعطيل الحدود و لو ساعه، و أما إذا وجب جلدهما فلا يجلدان توكيا من السرايه إلى القتل أو غيره، و يتوقع بالحد البرء حينئذ و يدل عليه أخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام برجل أصاب حدا و به قروح في جسده كثيره فقال: أخروه حتى يبرأ لا تنكثوها فتقتلوه) (١) و خبر السكوني الآخر عن أبي عبد الله عليه السّلام: (لا يقام الحد على المستحاضه حتى ينقطع الدم عنها) ٢.

نعم إذا اقتضت المصلحه التعجيل و لو لعدم رجاء البرء كالسل و الزمانه أو خيف موته فيبقى في ذمته الحد ضرب بالضغث المشتمل على العدد لأخبار منها: خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السّلام: (أتى النبي برجل كبير البطن قد أصاب محرّما، فدعا رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم بعرجون فيه مائه شمراخ، فضربه مره واحده فكان الحد) (٢).

(٤) بأن يضرب كل يوم بعض الحد.

(٥) لأنه بالسياط الخفاف يتحقق الحد الأصلي.

(٦) إعادته الحد لبراءه ذمته فلا موجب للضرب ثانيه.

(٧) سواء ضرب بالسياط ضربا خفيفا أو بالضغث.

(٨) للنص المتقدم.

ص: ٢٤٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٧.

روى أن النبي صَلَّى اللهُ عليه وآله وسلم فعل ذلك في مريض زان بعرجون (١) فيه مائه شمراخ فضربه ضربه واحده.

و لو اقتضت المصلحه تأخيره إلى أن يبرأ ثم يقيم عليه الحد تاما فعل. و عليه يحمل ما روى عن تأخير أمير المؤمنين عليه السّلام حد مريض إلى أن يبرأ.

ثامنها الجلد و معه عقوبه زائده

(و ثامنها الجلد) المقدر (و) معه (عقوبه زائده (٢) و هو حد الزانى فى شهر رمضان ليلا، أو نهارا) و إن كان النهار أغلظ حرمه و أقوى فى زياده العقوبه (أو غيره من الأزمنه الشريفه) كيوم الجمععه و عرفه، و العيد (أو فى مكان شريف) كالمسجد، و الحرم، و المشاهد المشرفه (أو زنى بميته (٣) و يرجع فى الزيادة إلى رأى) (١)العذق الصغير.

(٢) كمن زنى فى شهر رمضان ليلا أو نهارا عوقب زياده على الحد بحسب ما يراه الحاكم لانتهاكه حرمه شهر رمضان، و كذا لو كان فى مكان شريف كالمسجد و المشاهد الشريفه أو زمان شريف بلا- خلاف فيه كما فى الجواهر للمرسل: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام بالنجاشى الشاعر قد شرب الخمر فى شهر رمضان فضربه ثمانين ثم حبسه ليله ثم دعا به من الغد فضربه عشرين فقال له: يا أمير المؤمنين ضربتنى ثمانين فى شرب الخمر، و هذه العشرون ما هى؟ قال: هذا لتجرئك على شرب الخمر فى شهر رمضان) (١) و من التعليل يستفاد الحكم لغير مورد الخبر.

(٣) لا فرق بين الحيه و الميته فى الزنا ففى خبر الجعفى عبد الله بن محمد عن أبى جعفر عليه السّلام: (فى رجل نبش امرأه فسلبها ثيابها ثم نكحها، قال: إن حرمه الميت كحرمه الحى تقطع يده لنبشه و سلبه الثياب، و يقام عليه الحد فى الزنا إن أحصن رجم، و إن لم يكن أحصن جلد مائه) (٢) و روايه إبراهيم بن هاشم: (لما مات الرضا عليه السّلام حججنا فدخلنا على أبى جعفر عليه السّلام و قد حضر خلق من الشيعة - إلى أن قال - فقال أبو جعفر عليه السّلام: سئل أبى عن رجل نبش قبر امرأه فنكحها، فقال أبى: يقطع يمينه للنبش و يضرب حد الزنا، فإن حرمه الميته كحرمه الحيه) (٣)، فزياده الحد لشناعه الفعل حسب ما يراها الحاكم.

ص: ٢٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب حد المسكر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نكاح البهائم و وطء الأموات حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٦.

(الحاكم) الذى يقيم الحد، و لا فرق بين أن يكون مع الجلد رجم و غيره. و لو كان الزنا لا جلد فيه، بل القتل عوقب قبله (١)، لمكان المحترم ما يراه (٢) و هذا لا يدخل فى العبارة. (٣)

تمه – لو شهد لها أربع بالبكاره بعد شهاده الأربعة بالزنا

(تمه – لو شهد لها أربع) نساء (بالبكاره بعد شهاده الأربعة بالزنا قبلا فالأقرب درء الحد) (٤) أى دفعه (عن الجميع): المرأه و الشهود بالزنا، لتعارض الشهادات ظاهرا فإنه كما يمكن صدق النساء فى البكاره يمكن صدق الرجل فى الزنا. و ليس أحدهم أولى من الآخر فتحصل الشبهه الدارته للحد عن المشهود عليه، و كذا عن الشهود، و لإمكان عود البكاره (٥).

و للشيخ قول بحد شهود الزنا للفرية. و هو بعيد، نعم لو شهدن أن المرأه رتقاء (٦)، أو ثبت أن الرجل محبوب (٧)

(١) عوقب بالزيادة قبل القتل لثلاث تفوت.

(٢) أى لسبب المحترم بحسب ما يراه الحاكم.

(٣) أى عبارة المصنف، فكون الزيادة على الحد قبل الحد لا تدل عليها عبارة المصنف.

(٤) عن المرأه بلا-خلاف فيه لخبر السكونى عن أبى عبد الله عن أبيه عليهما السلام: (أنه أتى أمير المؤمنين عليه السلام بامرأه بكر زعم أنها زنت فأمر النساء فنظرن إليها فقلن هى عذراء، فقال عليه السلام: ما كنت لأضرب من عليها خاتم من الله) (١) و خبر زراره عن أحدهما عليهما السلام: (فى أربعة شهدوا على امرأه بالزنا، فقالت: أنا بكر فنظر إليها النساء فوجدنها بكرا، فقال: تقبل شهاده النساء) (٢) و لكن هل يحدّ الشهود للفرية؟ قال ابن الجنيّد و الشيخ فى النهايه و ابن إدريس فى كتاب الشهادات من السرائر نعم، لأن تقديم شهاده النساء مستلزم لرد شهادتهم المستلزم لكذبهم الموجب للقذف.

و غيرهم على أنه لا حد على الشهود، لعدم النص عليه مع أنه الإمام عليه السلام كان فى مقام البيان فى خبر زراره المتقدم، و ثانياً يحتمل صدقهم واقعا بالتحام البكاره بعد الزنا.

(٥) بمعنى التحامها.

(٦) بحيث كان الفرج ملتحما لا مدخل للقضيبي فيه.

(٧) أى مقطوع الذكر حتى مقدار الحشفه.

ص: ٢٦٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٤٤.

حدّ الشهود، للكدف (١)، مع احتمال السقوط في الأول (٢)، للتعارض، و لو لم يقيدوه بالقبل فلا تعارض (٣)

في عمل الحاكم بعلمه في إقامه الحد و حقوق الناس

(و يقيم الحاكم الحد) مطلقا (٤) بعلمه، سواء الإمام (٥) و نائبه (٦)، (١) للعلم بكذب الشهود حينئذ.

(٢) إذ في الثاني قد ظهر كذبهم إذ لا قضيب له فكيف ادعوا معاينه الإيلاج. و أما الأول فيحتمل صدق الجميع أما الشهود على الزنا إذ لا فرج إلا و له قضيب يناسبه هذا فضلا عن إمكان الدخول قدر الحشفه بدون فض البكاره و حتى لو كانت رتقاء، و بهذا يحتمل صدق الجميع عند شهاده النساء ببكارتها و هي ليست برتقاء.

(٣) إذ من الممكن أن يكون الزنا في الدبر، بل قد عرفت إمكان الزنا في القبل مع وجود البكاره.

(٤) سواء كان الحد من حقوق الله أو من حقوق الناس، غايته يتوقف الثاني على مطالبه أربابه به.

(٥) أي المعصوم، و هو لا خلاف فيه لعصمته المانع من تطرق التهمه، غايته إن كان الحد من حقوق الله أقامه من دون توقف، و إن كان من حقوق الناس توقف إقامته على المطالبه حدا كان أو تعزيرا و يدل على التفصيل أخبار منها: خبر الحسين بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد و لا يحتاج إلى بينه مع نظره لأنه أمين الله في خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزيره و ينهاه و يمضى و يدعه، قلت: و كيف ذلك؟ قال: لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته و إذا كان للناس فهو للناس) (١) و صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام: (من أقرّ على نفسه عند الإمام بحق أحد من المسلمين فليس على الإمام أن يقيم عليه الحد الذي أقرّ به عنده حتى يحضر صاحب الحد أو وليه و يطلبه بحقه) ٢.

(٦) الخاص أو العام فقد وقع الخلاف فيه، فذهب المشهور إلى أنه يحكم بعلمه غايته في حق الله يقيمه مباشرة و في حقوق الناس يتوقف على المطالبه، لأن العلم أقوى من الظن الحاصل من الشهود، فإذا جاز في الثاني ففي الأول من باب أولى، و لعموم الأدله الداله على الحد المعلق على وجود الوصف كقوله تعالى: وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا (٢) و قوله تعالى: الزَّانِيَةُ وَ الزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا (٣) فإذا علم الحاكم-

ص: ٢٦٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ٢.

٢- (٣) المائده الآيه: ٤٠.

٣- (٤) النور الآيه: ٢.

و سواء علم بموجبه (١) فى زمن حكمه أم قبله، لعموم قوله تعالى: **الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا** ، ولأن العلم أقوى دلالة من الظن المستند إلى البينه، و إذا جاز الحكم مع الظن جاز مع العلم بطريق أولى، و خالف فى ذلك ابن الجنيد و قد سبقه الإجماع و لحقه، مع ضعف متمسكه بأن حكمه بعلمه تزكيه لنفسه (٢)، و تعريض لها للتهمة، و سوء الظن به (٣). فإن التزكيه (٤) حاصله بتولييه الحكم، و التهمه حاصله فى حكمه بالبينه و الإقرار و إن اختلفت (٥) بالزيادة و النقصان. و مثل هذا لا يلتفت إليه (و كذا) يحكم بعلمه (فى حقوق الناس)، لعين ما ذكر، و عدم الفارق (إلا أنه بعد مطالبتهم) به كما فى حكمه لهم بالبينه و الإقرار (حدا (٦) كان) ما يعلم بسببه (أو تعزيرا) (٧)، لاشتراك الجميع فى المقتضى (و لو وجد مع زوجته رجلا يزنى بها فله قتلها) (٨) فيما بينه -بالوصف فلا بد أن يعمل بالحكم المترتب عليه و إلا لزم فسقه أو تعطيل الحد.

و قيل: لا يجوز إقامه الحد بعلم الحاكم و قد نسب هذا القول إلى ابن الجنيد للنبوى فى قضيه الملاعنه: (لو كنت راجما من غير بينه لرجمتها) (١)، و لأن الحكم بعلمه فيه تزكيه لنفسه و هذا منهى عنه، و موجب للتهمة فى حقه، و فيه: أما الروايه فهى من طرق العامه و أما التزكيه و التهمه فجارتان فى الشهود مع أنه لا يضرهم ذلك فكذلك الحاكم، بالإضافة إلى أنها أمور استحسانيه لا تصلح مدركا للحكم الشرعى، و ذهب ابن إدريس إلى منع إقامه حدود الله بعلمه نعم يجوز فى حقوق الناس، و ذلك لأن الحدود فى حقوق الله مبنيه على الرخصه و المسامحه - كما فى المسالك - فلا يناسبها الحكم بعلمه، و فيه إنه استحسان محض.

(١) موجب الحد و هو فعل الزانى أو السارق و هكذا.

(٢) بأنه صادق فيما علم.

(٣) فقد يتهم بأن حكمه من أجل عداوته له.

(٤) بيان ضعف دليل ابن الجنيد، و كان يكفى فى الرد أنها أمور استحسانيه.

(٥) أى التهمه كما لو وقع الإقرار فى خلوه، و يتهم بأنه تهاون فى تشخيص الشهاده.

(٦) كحد القذف.

(٧) كما لو أهان محصنه.

(٨) لو اطلع الإنسان على زوجته تزنى و لم يكن من أهل استيفاء الحدود فمقتضى الأصل عدم-

ص: ٢٤٧

جواز استيفاء الحد منهما بنفسه، لكن وردت الرخصة في جواز قتل الزوجه و الزانى بها، سواء كان الزوجان حرين أو عباين أو مختلفين، و سواء كان الزوج داخل بها أو لا و سواء كان العقد دواما أو متعه، و سواء كان الفعل موجبا للرجم أو للجلد، نعم لا بد من تقييد ذلك بمطاوعه الزوج له و إلا فلا يجوز قتلها لو اغتصبها الزانى، و عن ابن إدريس تقييد الحكم بإحصانها حتى يثبت قتلها و إلا فلا يستحقان إلا الجلد.

و لو قتلها الزوج فلا- إثم عليه فى نفس الأمر، و إن كان عليه إقامة بينه الزنا ظاهرا لو ادعى عليه عند الحاكم، و لو لم يستطع إقامة البينه اقتصر منه إذا لم يصدقه ولى الدم، و إنما وسيلته مع الفعل باطنا الإنكار ظاهرا أو يورى بما يخرج عن الكذب، ففى خبر الفتح بن يزيد الجرجانى قال لأبى الحسن عليه السلام: (رجل دخل دار غيره ليتلصص أو للفجور فقتله صاحب الدار، فقال: من دخل دار غيره هدر دمه و لا يجب عليه شىء) (١) و صححه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (أيما رجل اطلع على قوم فى دارهم لينظر إلى عوراتهم ففقتوا عينه أو جرحوه فلا ديه عليهم و قال: من اعتدى فاعتدى عليه فلا قود له) (٢) و خبر سعيد بن المسيب: (أن معاويه كتب إلى أبى موسى الأشعري: إن ابن أبى الجسرین وجد رجلا مع امرأته فقتله فاسأل لى عليا عن هذا، قال أبو موسى:

فلقيت عليا عليه السلام فسألته - إلى أن قال - فقال: أنا أبو الحسن إن جاء بأربعة يشهدون على ما شهد و إلا دفع برمته) (٣).

و هذه الأخبار لا تدل على مدعاهم، أما الخبر الأول و الثانى فيدلان على جواز قتل الرجل من باب الدفاع عن العرض، و لذا لو دخل للواط و لتقييل زوجته جاز قتله و لو لغير الزوج كالأخ و الأب و الولد لكن الدفاع عن العرض مشروط بكون الزوجه كارهه و الكره منفى هنا بحسب الفرض، و لا- يدلان على قتل المرأة لأنها متلبسه بالزنا، و أما الخبر الثالث فهو يدل على أن القاتل مطالب بالبينه ظاهرا و إلا قتل به و هذا لا إشكال فيه، و لكن لا يدل على جواز قتله واقعا فضلا عن جواز قتل المرأة.

و لذا ورد فى صحيح داود بن فرقد عدم جواز القتل قال: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قالوا لسعد بن عباد: أ رأيت لو وجدت على بطن -

ص: ٢٤٨

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٧.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦٩ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢.

و بين الله تعالى (و لا إثم عليه) بذلك و إن كان استيفاء الحد فى غيره (١) منوطا بالحاكم.

هذا هو المشهور بين الأصحاب لا نعلم فيه مخالفا، و هو مروى أيضا (٢)، و لا فرق فى الزوجه بين الدائم، و المتمتع بها، و لا بين المدخول بها و غيرها، و لا بين الحره و الأمه، و لا فى الزانى بين المحصن و غيره، لإطلاق الإذن المتناول لجميع ذلك.

و الظاهر اشتراط المعايينه على حد ما يعتبر فى غيره (٣)، و لا- يتعدى إلى غيرها (٤) و إن كان رحما، أو محرما اقتصارا فيما خالف الأصل على محل الوفاق.

و هذا الحكم بحسب الواقع كما ذكر (و لكن) فى الظاهر (يجب) عليه (القود) مع إقراره بقتله، أو قيام البيئه به (إلا- مع) إقامته (البيئه) على دعواه (أو التصديق) من -امراتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف، فخرج رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فقال: ما ذا يا سعد؟ فقال سعد: قالوا لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به فقلت: اضربه بالسيف، فقال: يا سعد فكيف بالأربعه شهود؟

فقال: يا رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بعد رأى عيني و علم الله أن قد فعل، قال: إى و الله بعد رأى عينك و علم الله أن قد فعل، إن الله قد جعل لكل شىء حدا و جعل لمن تعدى ذلك الحد حدا(١). و فى روايه أبى مخلمد عن أبى عبد الله عليه السلام مثله و زاد: (و جعل ما دون الأربعه الشهداء مستورا على المسلمين). و هو ظاهر فى عدم جواز قتل المرأه و الرجل الزانيين بحسب واقع الأمر إلا بعد إقامه البيئه.

(١) غير الزنا بالزوجه كما لو كانت قريبه له.

(٢) ما هو مروى قد تقدم و قد عرفت الإشكال فى دلالته، نعم قال الشهيد فى الدروس:

(روى أن من رأى زوجته تزنى فله قتلها(٢))، و فيه: إنه مرسل بالإضافه إلى أن هذا المرسل لو كان موجودا قبل الشهيد لوجد فى كتب الفقه و الأحاديث فمن المحتمل جدا أن يكون قد فهم من الأخبار المتقدمه هذا الحكم و أورده بعنوان الروايه.

(٣) من مطلق الزنا.

(٤) إلى غير الزوجه كالأم و الأخت و البنت.

ص: ٢٦٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

ولى المقتول، لأصالة عدم استحقاقه (١) القتل، و عدم الفعل المدعى.

و فى حديث سعد بن عباده المشهور لما قيل له: لو وجدت على بطن امرأتك رجلا ما كنت صانعا به؟ قال: كنت أضربه بالسيف فقال له النبى صَلَّى اللهُ عليه وآله و سلم: فكيف بالأربعة الشهود إن الله تعالى جعل لكل شىء حدا، و جعل لمن تعدى ذلك الحد حدا (٢).

فى من تزوج بأمه على حره مسلمه

(و من تزوج بأمه على حره مسلمه و وطئها قبل الإذن) من الحره و إجازتها عقد الأمه (فعليه ثمن حد الزانى) (٣): اثنا عشر سوطا و نصف. بأن يقبض فى النصف (٤) على نصفه (٥).

(١) أى أصاله عدم استحقاق المقتول القتل.

(٢) قد تقدم الخبر، و المشهور حملوه على مطالبه الزوج بالشهود ظاهرا مع جواز القتل واقعا، مع أن صريح الخبر عدم جواز القتل واقعا.

(٣) لخبر منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن رجل تزوج أمه على مسلمه و لم يستأمرها قال: يفرق بينهما، قلت: فعليه أدب؟ قال: نعم اثنا عشر سوطا و نصف، ثمن حد الزانى و هو صاغر، قلت: فإن رضيت المرأة الحره المسلمه بفعله بعد ما كان فعل؟ قال: لا يضرب و لا يفرق بينهما، يبقيان على النكاح الأول) (١) كما فى روايه الشيخ فى التهذيب إلا أن الكلينى رواه بنفس السند و المتن مع ذكر الذميه بدل الأمه، نعم فى خبر حذيفه بن منصور تصريح بالأمه من دون إشكال و تردد قال: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل تزوج أمه على حره لم يستأذنها؟ قال: يفرق بينهما، قلت: عليه أدب؟ قال: نعم اثنا عشر سوطا و نصف ثمن حد الزانى و هو صاغر) (٢).

(٤) أى عند ضربه نصف سوط.

(٥) على نصف السوط لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال: فى نصف الجلده و ثلث الجلده، أن يؤخذ بنصف السوط و ثلث السوط) (٣)، و بهذا صرح غير واحد، كما فى الجواهر.

و قيل: و لم يعرف قائله أنه يضرب بين الضربين الشديد و الضعيف فهو تنصيف كفى -

ص: ٢٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ما يحرم بالمصاهره حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

وقيل: أن يضربه ضرباً بين ضربين.

فى من افتض بكرة باصبعة

(و من افتض بكرة باصبعة) فأزال بكارتها (لزمه مهر نساها) (١) و إن زاد عن مهر السنه إن كانت حرة، صغيرة كانت أم كبيرة مسلمة أم كافرة (٢) (و لو كانت أمه فعليه عشر قيمتها) لمولاها على الأشهر (٣). و به روايه فى طريقها طلحه بن زيد (٤)، و من ثم قيل بوجود الأرش (٥)، و هو ما بين قيمتها بكرة و ثيباً، لأنه (٦) موجب الجنايه على مال الغير و هذا الحكم فى الباب عرضى (٧)، و المناسب فيه (٨) الحكم بالتعزير لإقدامه على المحرم.

و قد اختلف فى تقديره (٩) فأطلقه جماعه (١٠)، و جعله بعضهم من ثلاثين إلى ثمانين (١١)، -و الخبر حجه عليه إذ قد دل على التنصيف الكفى.

(١) بلا خلاف فيه.

(٢) كل ذلك لإطلاق الخبر الآتى.

(٣) لروايه طلحه بن زيد عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام: (إذا اغتصب أمه فافتضاها فعليه عشر قيمتها و إن كانت حرة فعليه الصداق) (١) و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى امرأه افتضت جاريه بيدها، قال: عليها مهرها و تجلد ثمانين) (٢) و فى خبره الآخر: (عليها المهر و تضرب الحد) ٣.

(٤) بترى عامى المذهب، إلا أن كتابه معتمد كما فى الفهرست.

(٥) و القائل ابن إدريس اطراحا لروايه طلحه بن زيد الداله على عشر القيمه، و مال الشارح فى المسالك إلى وجوب أكثر الأمرين من الأرش و عشر الثمن.

(٦) لأن الأرش.

(٧) أى الحكم بلزوم مهر نساها فى الحرة و عشر قيمتها فى الأمه عرضى فى باب الحدود.

(٨) فى هذا الفعل الحكم بالتعزير لأنه فعل محرم.

(٩) تقدير التعزير.

(١٠) كما عن الصدوق فى المقنع و يؤيده صحيح ابن سنان المتقدم.

(١١) كما عن المفيد.

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب حد الزنا حديث ٥.
- ٢- (٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب حد الزنا حديث ٤ و ١.

و آخرون إلى تسعه و تسعين (١)، و في صحيحه ابن سنان عن الصادق عليه السّلام في امرأه افتضت جاريه بيدها: «قال عليها المهر و تضرب الحد (٢)» و في صحيحته أيضا أن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى بذلك، و قال: تجلد ثمانين (٣).

في من أقر بحد و لم يبينه

(و من أقر بحد و لم يبينه ضرب حتى ينهى عن نفسه (٤)، أو يبلغ المائة) (٥) (١) كما عن ابن إدريس، و عن الشيخ من ثلاثين إلى سبعة و تسعين، و عن الأ-كثر أنه يناط برأى الحاكم، و السبب في الاختلاف أن صحيح ابن سنان أثبت الحد، و في خبره الآخر حدده بثمانين فهذا يشعر بكونه تعزيرا فاختلفوا في تقديره.

(٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب حد الزنا حديث ١.

(٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.

(٤) فلا يكلف البيان بلا خلاف فيه كما عن الرياض، و أشكل عليه بأنه تعطيل لحد الله تعالى فلا بد أن يكلف بالبيان كما لو أقر بحق آدمي و سكت فيكلف بالبيان.

و هو مردود لإطلاق الخبر الآتي حيث لم يكلفه المعصوم بذلك، نعم نذهب أنه يضرب حتى ينهى عن نفسه لخبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (في رجل أقرّ على نفسه بحد و لم يسمّ أيّ حد هو، قال: أمر أن يجلد حتى يكون هو الذي ينهى عن نفسه في الحد) (١). و نوقش في السند بأن محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره و بأن سهل بن زياد أمره معلوم من التهمة له بالغلو و الكذب، و ردّ بأن محمد بن قيس هو الثقة بروايه عاصم بن حميد و الأمر في سهل سهل مع انجباره بعمل الأصحاب.

(٥) قد اختلف في تحديد الضرب، فقيل: لا يزداد على المائة لأن أعلى الحدود حد الزنا و هو مائة، و قيل - كما عن ابن إدريس - يجلد أقله ثمانين و أكثره مائة، لأن أقل حد هو ثمانون لشرب الخمر و يدل عليه مرسل الصدوق في المقنع: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل أقرّ على نفسه بحد و لم يبين أيّ حد هو، أن يجلد ثمانين، فجلد ثم قال: لو أكملت جلدك مائة ما ابتغيت عليه بينه غير نفسك) (٢) هذا و هناك إشكال عام على هذه الأخبار و الفتاوى و هو: أنه قد يكون الحد رجما أو قتلا فكيف يكتفى بالجلد بالإضافة إلى أن الحد لا يثبت بالإقرار مره فكيف يجلد بعد إقراره مره واحده هذا فضلا عن أنه لو-

ص: ٢٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٩ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

و الأصل فيه روايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى فى رجل أقر على نفسه بحد و لم يسم أى حد هو قال: أمر أن يجلد حتى يكون هو الذى ينهى عن نفسه الحد و بمضمونها عمل الشيخ و جماعه، و إنما قيده المصنف بكونه لا يتجاوز المائة، لأنها أكبر الحدود و هو حد الزنا.

و زاد ابن إدريس قيذا آخر و هو أنه لا ينقص عن ثمانين نظرا إلى أن أقل الحدود حد الشرب.

و فيه نظر (١) إذ حد القواد خمسه و سبعون (٢)، و المصنف و العلامه و جماعه لم يحدوه فى جانب القله كما أطلق فى الروايه، لجواز أن يريد بالحد التعزير و لا تقدير له قله، و مع ضعف المستند (٣) فى كل واحد من الأقوال (٤) نظر.

أما النقصان عن أقل الحدود (٥) فلائنه و إن حمل على التعزير، إلا أن تقديره للحاكم لا للمعزّر فكيف يقتصر على ما بينه، و لو حمل (٦) على تعزير مقدرّ و جب -سلم بالجلد و بثبوتة مره فقد يكون أزيد من المائة كما لو زنا فى مكان محترم أو زمان شريف فتكون الزيادة بنظر الحاكم لا- بنظر المحدود هذا كله بالنسبه للزيادة، و أما بالنسبه للأقل فليس أقل حد الثمانين بل الخمسه و السبعين و هى حد القيادة، بل يمكن أن يكون مقصوده من الحد التعزير و هو أقل من هذا بكثير على أن التعزير بنظر الحاكم لا بنظر المحدود حتى يناط الجلد بما إذا نهى عن نفسه.

(١) فى قول ابن إدريس.

(٢) أما لو كان مستند ابن إدريس مرسل الصدوق فلا- إشكال إلا- من ناحيه أن مذهبه عدم العمل بأخبار الآحاد فضلا عن المراسيل.

(٣) من ناحيه كون محمد بن قيس مشتركا بين الثقه و غيره، و قد عرفت رده.

(٤) الثلاثه المتقدمه و هى:

الأول: عدم تجاوز المائة كما عليه المصنف.

الثانى: يضرب ما بين المائة و الثمانين كما عليه ابن إدريس.

الثالث: عدم تحديد الحد لا من جانب القله و لا من جانب الكثره لاحتمال إرادته التعزير منه.

(٥) و هو القول الثالث.

(٦) أى الحد فى الروايه.

تقييده (١) بما لو وقف على أحد المقدرات منه (٢)، مع أن إطلاق الحد على التعزير خلاف الظاهر و اللفظ إنما يحمل على ظاهره، و مع ذلك فلو وقف على عدد لا يكون حدا (٣) كما بين الثمانين و المائة أشكال قبوله منه (٤)، لأنه خلاف المشروع.

و كذا عدم تجاوز المائة (٥) فإنه يمكن زياده الحد عنها بأن يكون قد زنى فى مكان شريف أو زمان شريف، و مع ذلك فتقدير الزيادة على هذا التقدير إلى الحاكم، لا إليه.

ثم يشكل بلوغ الثمانين (٦) بالإقرار مره، لتوقف حد الثمانين على الإقرار مرتين، و أشكال منه بلوغ المائة بالمره و المرتين.

(و هذا) هو بلوغ المائة (إنما يصح إذا تكرر) الإقرار (أربعاً) (٧) كما هو (٨) مقتضى الإقرار بالزنا (و إلا فلا يبلغ المائة). و بالجمله فليس فى المسأله فرض يتم مطلقاً (٩) لأننا إن حملنا الحد على ما يشمل التعزير لم يتجه الرجوع إليه (١٠) فى (١) أى تقييد الحد فى الفتاوى.

(٢) من التعزير كخمسه و عشرين سوطاً لمن وطء زوجته، و ثمن الحد لمن تزوج أمه على حره و هكذا.

(٣) إشكال.

(٤) أى قبول العدد المتوقع عليه من قبل المقر، و وجه الإشكال أنه لا- حد بين الثمانين و المائة و هذا معنى قوله: لأنه على خلاف المشروع و فيه: إن مراد ابن إدريس أنه لا- يتجاوز المائة و لا- يقل عن الثمانين تبعاً لمرسل الصدوق فيكون الحد إما ثمانين أو مائه، لا أنه ما بين المائة و الثمانين.

(٥) إشكال على القول الأول.

(٦) إشكال على قول ابن إدريس و قول المصنف، حيث إن الثمانين حد شرب الخمر و هو لا يثبت إلا بالإقرار مرتين فكيف ثبت هنا بمره واحده، و المائة حد الزنا و هو لا يثبت إلا بالإقرار أربعاً فكيف ثبت هنا بمره واحده.

(٧) و هذا القيد من المصنف و إن رفع الإشكال الأخير، إلا أنه يشكل عليه بأن قيد الأربعة لم يرد فى الروايه.

(٨) أى التكرار أربعاً.

(٩) من الأقوال السابقه.

(١٠) إلى المحدود بل يكون بنظر الحاكم.

المقدار، إلا أن نخصه بمقدار تعزير من التعزيرات المقدره. و حينئذ يتجه أنه يقبل بالمره (١)، و لا يبلغ الخمسه و السبعين (٢)، و إن أقر مرتين لم يتجاوز الثمانين (٣)، و إن أقر أربعا جاز الوصول إلى المائه (٤) و أمكن القول بالتجاوز (٥)، لما ذكر، مع أنه فى الجميع (٦) كما يمكن حمل المكرر على التأكيد لحد واحد، يمكن حمله على التأسيس فلا يتعين كونه حدّ زنا، أو غيره، بل يجوز كونه تعزيرات متعدده، أو حدودا كذلك (٧) مبهمه، و من القواعد المشهوره أن التأسيس أولى من التأكيد (٨)، فالحكم مطلقا (٩) مشكل، و المستند ضعيف (١٠).

و لو قيل بأنه مع الإقرار مره لا- يبلغ الخمسه و السبعين فى طرف الزيادة، و فى طرف النقيصه يقتصر الحاكم على ما يراه كان حسنا (١١).

فى التقييل المحرم و المضاجعه

(و فى التقييل) المحرم (و المضاجعه) أى نوم الرجل مع المرأه (فى إزار) أى ثوب (واحد)، أو تحت لحاف واحد (١٢)(التعزير بما دون الحد)، لأنه فعل محرم (١) لأن التعزيرات المقدره تثبت بالإقرار مره واحده.

(٢) لأنها حد القوَاد، و التعزيرات دون الحدود و لو بسوط.

(٣) لأنها حد الشرب و هو يثبت بالمرتين.

(٤) حد الزنا.

(٥) عن المائه إذا لم ينه عن نفسه فيكون إقرارا منه بأنه زنى فى مكان محترم أو زمان شريف، و هذه الزيادة تعزير و التعزير يثبت بالمره، و سكوته بعد المائه إقرار منه و هذا يكفى فى ثبوت التعزير، إلا أن هذه الزيادة منوطه بنظر الحاكم لا بنظره.

(٦) أى الإقرار فيما لو تكرر مرتين أو أربعا.

(٧) متعدده و يكون كل إقرار عن حد، و لا شىء من الحدود يثبت بإقرار واحد فلا يثبت الجميع.

(٨) لأن الإفاده خير من الإعاده عند العرف.

(٩) بالنسبه إلى جميع الأقوال.

(١٠) قد عرفت عدمه، مع أنه لعل الحد من أجل ما فى إقراره مره واحده من شيوخ الفاحشه فيكون حدا مستقلا فلا بد من التمسك بظاهر الروايه.

(١١) و هذا لا يتم إلا بناء على أن الحد فى الروايه بمعنى التعزير، و قد اعترف الشارح سابقا، بأنه خلاف الظاهر.

(١٢) قد اختلفت الأخبار بمن وجدا تحت لحاف واحد، فطائفه تدل على ما دون الحد كصحيح -

لا يبلغ حد الزنا، و المرجع فى كميته التعزير إلى رأى الحاكم.

و الظاهر أن المراد بالحد الذى لا يبلغه هنا حد الزنا، كما ينبه عليه فى بعض الأخبار: أنهما يضربان مائه سوط غير سوط.

(و روى) الحلبي فى الصحيح عن الصادق عليه السّلام و رواه غيره أيضا أنهما يجلدان كل واحد (مائة جلده) حد الزانى، و حملت (١) على ما إذا أضاف إلى ذلك (٢) وقوع الفعل (٣) -حريرى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن عليا عليه السّلام وجد رجلا و امرأه فى لحاف واحد فجلد كل واحد منهما مائه سوطا إلا سوطا) (١) و خبر زيد الشحام عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل و المرأة يوجدان فى لحاف واحد فقال: يجلدان مائه غير سوط) ٢ و مثله خير أبان ٣.

و طائفه تدل على الحد منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (حد الجلد أن يوجدا فى لحاف واحد) ٤ و خبر عبد الرحمن بن الحذاء عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا وجد الرجل و المرأة فى لحاف واحد جلد مائه) ٥ و خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا وجد الرجل و المرأة فى لحاف واحد، قامت عليهما البيه بذلك و لم يطلع منهما على ما سوى ذلك جلد كل واحد منهما مائه جلده) ٦.

و المشهور قد عمل بالطائفة الأولى ما دون الحد، إلاّ أنهم فهموا من الحد التعزير و هو مناط برأى الحاكم فلذا اختلفوا فى تحديده ففى الشيخ فى النهاية أوجب التعزير و أطلق، و فى الخلاف جعله أقلّ من الحد، و عن المفيد أنه ما بين عشر جلدات إلى تسعه و تسعين تبعا لما يراه الحاكم، و قال عنه فى الجواهر: «لا دليل عليه»، و عن المحقق و جماعه إلى أن هذا التعزير منوط بنظر الحاكم مطلقا، و قد اتفقوا على أن الروايات و إن لم تذكر إلاّ الوجدان تحت لحاف واحد لكن أسقطوا خصوصيه هذا النحو من الاستمتاع و عمموا إلى كل استمتاع دون الزنا كالتقيل و التفخيز و كل ما هو دون الفرج.

(١) صحيحه الحلبي.

(٢) أى النوم تحت لحاف واحد.

(٣) أى وقوع الزنا و قد علم الإمام بذلك و هذا الجمع للشيخ كما فى المسالك، و عن الصدوق حمل نصوص المائة على ما لو ثبت الزنا بالبيه أو الإقرار و نصوص المائة إلاّ -

ص: ٢٧٤

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ٢٠ و ٣ و ١٩ و ١ و ٥ و ٩.

جمعا بين الأخبار، (و لو حملت) المرأه و لا بعل (لها) (١) و لا مولى و لم يعلم وجهه (لم تحدد)، لاحتمال كونه بوجه حلال، أو شبهه (إلا أن تقر أربعا بالزنا) فتحد -واحدا على ما لو ثبت الزنا بعلم الإمام و قال فى الجواهر: «لم أجده لغيره و لا الشاهد عليه».

مع أن حمل نصوص المائه على التقيه غير بعيد لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج: (كنت عند أبى عبد الله عليه السلام فدخل عليه عباد البصرى و معه أناس من أصحابه فقال له:

حدثنى عن الرجلين إذا أخذوا فى لحاف واحد، فقال له: كان على عليه السلام إذا أخذ الرجلين فى لحاف واحد ضربهما الحد، فقال له عباد: إنك قلت لى: غير سوط، فأعاد عليه ذكر الحد حتى أعاد ذلك مرارا فقال: غير سوط، فكتب القوم الحضور عند ذلك الحديث(١)، و هو ظاهر بكون نصوص المائه للتقيه هذا مع أن حد الرجلين فى اللحاف الواحد كحد الرجل و المرأه فى اللحاف الواحد لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (حد الجلد فى الزنا أن يوجد فى لحاف واحد، و الرجلان يوجدان فى لحاف واحد، و المرأتان توجدان فى لحاف واحد)(٢) فتبقى نصوص المائه إلا سوطا فهى محموله على التعزير و على أن يكون التعزير ما بين الثلاثين إلى تسعه و تسعين جمعا بين ما تقدم و بين روايه سليمان بن هلال: (سأل بعض أصحابنا أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك، الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد، فقال:

ذوا محرم؟ فقال: لا، قال: من ضروره؟ قال: لا، قال: يضربان ثلاثين سوطا ثلاثين سوطا)(٣).

(١) و لا - مولى، لا تحدد عندنا بالاتفاق، لأن الحمل لا يستلزم الزنا لاحتمال أن يكون من شبهه أو إكراه أو دخول منى الغير فى فرجها بنحو حلال كما لو دخلت الحمام و جلست على الأرض و كان عليها منى الغير، و لأصالة حمل فعل المسلم على الصحه و لأصالة البراءه من وجوب الحد، فلا يجب علينا حينئذ البحث و الفحص عن كيفية الحمل، و ذهب الشيخ فى المبسوط و العلامه فى القواعد إلى أنها تسأل فإن أقرت بالزنا أربعا حدث و إلا فلا، و هو مما لا وجه له كما فى الجواهر، و عن مالك حدها و مما تقدم تعرف ضعفه الظاهر.

ص: ٢٧٧

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ٤.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ٢١.

لذلك، لا للحمل (و تؤخر) الزانية الحامل (١) (حتى تضع الحمل) و إن كان من الزنا، و تسقيه اللباء، و ترضعه إن لم يوجد له كافل ثم يقيم عليها الحد إن كان رجما، و لو كان جلدا فبعد أيام النفاس (٢) إن أمن عليها التلف، أو وجد له مرضع، و إلا فبعده و يكفى فى تأخيره عنها: دعواها الحمل لا مجرد الاحتمال.

فى ما لو أقر بما يوجب الحد ثم أنكر

(و لو أقر) بما يوجب الحد (ثم أنكر (٣) سقط الحد إن كان مما يوجب الرجم و لا يسقط غيره) و هو الجلد و ما يلحقه (٤).

هذا إذا لم يجمع فى موجب الرجم بينه و بين الجلد (٥)، و إلا ففى سقوط (١) فلا يقام الحد و لا القصاص سواء كان جلدا أو رجما، على الحامل و لو من الزنا حتى تضع ولدها و تخرج من نفاسها و ترضع ولدها إن لم تجد مرضعه بلا خلاف، لخوف الضرر على ولدها إن كان جلدا، و لخوف قتله إن كان رجما إذ السبيل عليها و لا سبيل عليه و لأخبار منها: مرسل المفيد فى الإرشاد عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (أنه قال لعمر و قد أتى بحامل قد زنت فأمر برجمها، فقال له على عليه السّلام: هب لك سبيل عليها، أى سبيل لك على ما فى بطنها و الله يقول: وَ لَا تَرِزْ وَأَزِرَّ وَزَرَ أُخْرَى ، فقال عمر: لا عشت لمعضله ليس لها أبو الحسن، ثم قال: فما أصنع بها يا أبا الحسن؟ قال: احتط عليها حتى تلد، فإذا ولدت و وجدت لولدها من يكفله فأقم الحد عليها) (١) و فى خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أنه سئل عن محصنه زنت و هى حبلى قال: تقر حتى تضع ما فى بطنها و ترضع ولدها ثم ترجم) ٢ و مثله غيره.

(٢) لأن النفاس مرض و لا يقام الحد على المريض إن كان الحد جلدا.

(٣) لو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكر سقط الرجم عنه بلا خلاف لأخبار منها: حسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا أقر الرجل على نفسه بحد أو فريه ثم جحد جلد، قلت: أ رأيت إن أقر على نفسه بحد يبلغ فيه الرجم أ كنت ترجمه؟ قال: لا، و لكن كنت ضاربه) (٢) و صحيح محمد بن مسلم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (من أقر على نفسه بحد أقمته عليه إلا الرجم فإنه إذا أقر على نفسه ثم جحد لم يرجم) ٤.

(٤) من التغريب و الجز على المشهور و مستندهم الأخبار السابقة، و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن زهره فى الغنيه و قالوا بالسقوط و ادعى عليه الشيخ الإجماع بدعوى أن الأقوى الذى هو الرجم يسقط بالإنكار فسقوط الأضعف أولى، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص.

(٥) فلو أقر بما يوجب الرجم و الجلد معا كزنا المحصن إذا كان شيخا ثم جحد فيسقط -

ص: ٢٧٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٦ - من أبواب حد الزنا حديث ٧ و ٦.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢ و ٣.

الحد مطلقا (١) بإنكاره ما يوجب الرجم نظر، من إطلاق سقوط الحد الشامل للأمرين، و من أن الجلد لا يسقط بالإنكار لو انفرد فكذا إذا انضم، بل هنا أولى لزياده الذنب فلا يناسبه (٢) سقوط العقوبه مطلقا مع ثبوت مثلها في الأخف.

و الأقوى سقوط الرجم دون غيره.

و في إلحاق ما يوجب القتل (٣) كالزنا بذات محرم أو كرها قولان. من تشاركهما (٤) في المقتضى و هو الإنكار لما بنى على التخفيف، و نظر الشارع (٥) إلى عصمه الدم، و أخذه فيه بالاحتياط. و من عدم النص عليه (٦)، و بطلان القياس (٧).

في ما لو أقر بما يوجب الحد ثم أنكر

(و لو أقر بحد ثم تاب تخير الإمام (٨) في إقامته عليه) و العفو عنه (رجما كان) -الرجم بلا خلاف و لكن هل يسقط الجلد، وجه السقوط من إطلاق الروايات الداله على سقوط موجب الرجم بالإنكار و هو الموجب للجلد هنا فإذا سقطت موجب الرجم فلا مقتضى للجلد، و وجه عدم السقوط من أن الجلد لا يسقط بالإنكار إذا كان منفردا فكذا إذا انضم إلى الرجم.

(١) أى الشامل للجلد و الرجم.

(٢) فلا يناسب الذنب الأشد.

(٣) بالرجم، لأن الرجم قتل، و ما يوجب القتل كالزنا بذات محرم أو الزنا بامرأه كرها لها.

ذهب ابن حمزه و سيد الرياض إلى إلحاقه بالرجم و أنه يسقط بالإنكار للاحتياط فى الدماء و يؤيده مرسل جميل بن دراج عن أحدهما عليهما السلام: (إذا أقر الرجل على نفسه بالقتل قتل إذا لم يكن عليه شهود، فإن رجع و قال: لم أفعل ترك و لم يقتل) (١).

و غيرهما قد ذهب إلى عدم الإلحاق، لخروجه عن النص المعتبر إذ المعتبر وارد فى الرجم.

(٤) أى القتل و الرجم فهما مشتركان فى الإنكار للحد و الحد مبني على التخفيف.

(٥) دليل ثان و هو المعبر عنه بالاحتياط فى الدماء.

(٦) على القتل، و هو دليل لعدم الإلحاق.

(٧) و فيه: من ذهب إلى الإلحاق لم يتمسك بالقياس و إنما بالمرسله المتقدمه.

(٨) فى إقامه الحد عليه أو العفو عنه، و على المشهور سواء كان الحد رجما أم جلدا، و قيده ابن إدريس بالرجم دون الجلد.

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤.

الحد (أو غيره) على المشهور، لاشتراك الجميع فى المقتضى (١) و لأن التوبه إذا أسقطت تحتم أشد العقوبتين (٢)، فإسقاطها لتحتم الأخرى (٣) أولى، و نبه بالتسويه بينهما على خلاف ابن إدريس حيث خص التخيير بما إذا كان الحد رجما، و حتم إقامته لو كان جلدا محتجا بأصالة البقاء (٤)، و استلزام التخيير تعطيل الحد المنهى عنه فى غير موضع الوفاق (٥)، و ينبغى على قول ابن إدريس إلحاق ما يوجب القتل بالرجم، لتعليله بأنه يوجب تلف النفس، بخلاف الجلد.

الفصل الثانى فى اللواط و السحق و القياده

إشاره

(الفصل الثانى) (فى اللواط) (٦)

و مستند المشهور أخبار منها: مرسل البرقى: (جاء رجل إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأقرّ بالسرقة، فقال له: أ تقرأ شيئا من القرآن؟ قال: نعم سورة البقره، قال: قد وهبت يدك لسوره البقره، فقال الأشعث: أ تعطل حدا من حدود الله؟ فقال: و ما يدريك ما هذا، إذا قامت البيئه فليس للإمام أن يعفو، و إذا أقرّ الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام إن شاء عفا و إن شاء قطع) (١)، و التعليل عام يشمل كل ما يوجب الحد و منه الزنا.

و خبر تحف العقول عن أبى الحسن الثالث: (و أما الرجل الذى اعترف باللواط فإنه لم يقم عليه البيئه و إنما تطوع بالإقرار من نفسه، و إذا كان للإمام الذى من الله أن يعاقب عن الله كان له أن يمنّ عن الله، أ ما سمعت قول الله: هذا عَطَاؤُنَا فَأَمْنُنْ أَوْ أَمْسِكْ بِغَيْرِ حِسَابٍ ٢ و لم تصرح الروايتان بالتوبه، إلا أن الثانيه مشعره بها لقوله: (تطوع بالإقرار)، و التطوع لا يكون إلا عن توبه و ندم.

(١) أى الجلد و الرجم يشتركان فى الاعتراف بالذنب.

(٢) و هو الرجم.

(٣) و هو الجلد.

(٤) بقاء الجلد بعد ثبوت موجه من الإقرار.

(٥) إذ موضع الوفاق فى سقوط تحتم الرجم.

(٦) و هو و ط ء الذكران من الآدميين، و اشتقاقه من فعل قوم لوط، و حرمة ضرورى من الدين، و يدل عليه مضافا إلى الكتاب أخبار كثيره منها: روايه الحضرمى عن أبى -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ٤.

و هو و ط ء الذكر. و اشتقاقه من فعل قوم لوط (و السحق) (١) و هو ذلك فرج المرأة بفرج أخرى (و القيادة) (٢) و سيأتي أنها الجمع بين فاعلي هذه الفواحيش.

في اللواط

في الفاعل

أما الأول (فمن أقر بإيقاب ذكر) (٣) أى إدخال شىء من الذكر فى دبره و لو عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من جامع غلاما جاء يوم القيامة جنبا لا ينقيه ماء الدنيا، و غضب الله عليه و لعنه و أعد له جهنم و ساءت مصيرا ثم قال: إن الذكر يركب الذكر فيهتز العرش) (١) و فى خبره الآخر: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: و إن الرجل ليؤتى من حقه فيحبسه الله على جسر جهنم حتى يفرغ الله من حساب الخلاق ثم يؤمر به إلى جهنم فيعذب بطبقاتها طبقه طبقه حتى يرد إلى أسفلها و لا يخرج منها) (٢).

و خير السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لو كان ينبغي لأحد أن يرجم مرتين لرجم اللوطى) (٣).

(١) و هو و ط ء المرأة مثلها، و هو فى أصحاب الرس كاللواط فى قوم لوط و حرمة كذلك من الضروريات فى خبر بشير النبال: (رأيت عند أبى عبد الله عليه السلام رجلا فقال له: ما تقول فى اللواتى مع اللواتى فقال: لا أخبرك حتى تحلف لتحدثن بما أحدثك النساء قال: فحلف له فقال: هما فى النار عليهما سبعون حله من نار، فوق تلك الحلل جلد جان غليظ من نار، عليهما نطاقان من نار و تاجان من نار فوق تلك الحلل، و خفان من نار و هما فى النار) (٤).

(٢) و هى الجمع بين اثنين على الفاحشه، و الحرمة ضروريه فى الخبر عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم:

(و من قاد بين امرأه و رجل حراما حرم الله عليه الجنه و مأواه جهنم و ساءت مصيرا و لم يزل فى سخط الله حتى يموت) (٥).

(٣) الإيقاب مطلق الإدخال و لو بعض الحشفه، و عن الفاضل حده بغيوبه الحشفه و لا دليل له فتحرم أخت الموقب و بنته و أمه على الموقب، و أما بالنسبه للحد فاشترطوا مقدار الحشفه و قال فى الرياض: (و ظاهرهم الاتفاق على ذلك) و لعله لأن الحدود مبنيه على التخفيف.

ص: ٢٨١

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب النكاح المحرم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب النكاح المحرم حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد اللواط حديث ٢.

٤-٤ (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٤.

٤-٥ (٥) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٢.

مقدار الحشفه. و ظاهرهم هنا الاتفاق على ذلك (١) و إن اكتفوا ببعضها (٢) في تحريم أمه و أخته و بنته في حاله كون المقر (مختارا) (٣) غير مكره على الإقرار (أربع مرات) (٤) و لو في مجلس واحد (أو شهد عليه أربعة رجال) (٥) عدول (بالمعانيه) للفعل كالزنا (و كان) الفاعل المقر، أو المشهود عليه (حرا بالغا (٦) عاقلا (٧) قتل) (٨).

و اعتبار بلوغه و عقله واضح، إذ لا عبره بإقرار الصبي و المجنون، و كذا لا يقتلان و لو شهد عليهما به (٩)، لعدم التكليف.

(١) أى بالنسبه للحد لا بدّ من غيبوبه الحشفه أو مقدارها.

(٢) ببعض الحشفه لتحقيق معنى الإيقاب.

(٣) إذ لا أثر مع الإكراه.

(٤) و ظاهرهم الاتفاق عليه للأخبار منها: خبر مالك بن عطيه عن أبي عبد الله عليه السلام:

(بينما أمير المؤمنين عليه السلام في ملاء من أصحابه إذ أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين إنى أوقبت على غلام فطهرنى، فقال له: يا هذا امض إلى منزلك لعلّ مرارا هاج بك، فلما كان من غد عاد إليه فقال له: يا أمير المؤمنين: إنى أوقبت على غلام فطهرنى، فقال له:

اذهب إلى منزلك لعلّ مرارا هاج بك حتى فعل ذلك ثلاثا بعد مرته الأولى، فلما كان في الرابعه قال له: يا هذا إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ حكم في مثلك بثلاثه أحكام فاختر أيهن شئت، قال: و ما هنّ يا أمير المؤمنين؟ قال: ضربه بالسيف في عنقك بالغه ما بلغت، أو دهدهاء: (إهداء) من جبل مشدود اليدين و الرجلين أو إحراق بالنار.

قال: يا أمير المؤمنين أيهن أشدّ عليّ؟ قال: الإحراق بالنار، قال: فإنى قد اخترتها(١).

(٥) بلا خلاف فيه، و لا يوجد نصوص تدل على اعتبار أربعة شهود في اللواط و المساحقه، غاية قد استفيد الحكم من أن اللواط لا يثبت إلا بالإقرار أربعا كما تقدم في خبر مالك بن عطيه و غيره فلا بد من أربعة شهود مثل الزنا.

(٦) لأن إقرار العبد غير نافذ لأنه إقرار في حق الغير فيتوقف على تصديق المولى، هذا بخصوص الإقرار و أما الشهاده عليه فحكمه حكم الحر لإطلاق أدله قتل اللواطى.

(٧) فمع عدمهما لا حد عليهما لرفع القلم عنهما.

(٨) سيأتى الدليل عليه بلا فرق بين المحصن و غيره و بين الحر و غيره.

(٩) باللواط.

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد اللواط حديث ١.

أما الحرية فإنما تعتبر في قبول الإقرار، لأن إقرار العبد يتعلق بحق سيده فلا يسمع، بخلاف الشهادة عليه فإنه لا فرق فيها بينه وبين الحر فيقتل حيث يقتل، وكذا لو اطلع عليها الحاكم، وبالجملة فحكمه حكم الحر، إلا- في الإقرار وإن كانت العبارة توهم خلاف ذلك (١).

ويقتل الفاعل (محصنا) كان (أو لا) (٢). وقتله (إما بالسيف، أو الإحراق) (١) إذ اشتراط الحرية في القتل يوهم أنه لا يقتل مطلقا حتى بالشهادة عليه مع أنه لا يقتل العبد في خصوص الإقرار، لأنه ليس إقرارا في حق نفسه.

(٢) مع الإيقاب، بلا خلاف فيه، وفي المسالك: «مذهب الأصحاب أن حد اللائط الموقب القتل ليس إلا».

و يتخير الإمام في جهه قتله إما بالسيف أو إلقاء من شاهق أو إحراقه بالنار وهذا ما دل عليه خبر مالك بن عطيه المتقدم أو بالرجم أو بإلقاء جدار عليه، أما الرجم فلخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لو كان ينبغي لأحد أن يرجم مرتين لرجم اللوطي) (١) وخبره الآخر: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا كان الرجل كلامه النساء ومشيته مشيه النساء ويمكن من نفسه ينكح كما تنكح المرأة فارجموه ولا تستحيوه) ٢.

و أما إلقاء الجدار عليه فليس عليه نص خاص ولذا قال في الجواهر: «نعم لم أقف على الأخير - أي إلقاء الجدار - إلا ما في كشف اللثام من أن فيه خبرا عن الرضا عليه السلام، وهو وإن كان مرسلًا إلا أنه كضعف غيره منجبر بما عرفت».

نعم يوجد في المقنع للصدوق: (و اعلم أن عقوبه من لا يط بغلام أن يحرق بالنار أو يهدم عليه حائط أو يضرب ضربه بالسيف) (٢) وفي فقه الرضا: (و من لاط بغلام فعقوبته أن يحرق بالنار أو يهدم عليه حائط أو يضرب ضربه بالسيف) ٤.

و يعارض هذه الطائفة طائفة أخرى تدل على أن اللواط كالزنا فالمحصن يقتل رجما و غير المحصن يجلد منها: روايه العلاء بن الفضيل: (قال أبو عبد الله عليه السلام: حد اللوطي مثل حد الزاني، وقال: إن كان قد أحصن رجم وإلا جلد) (٣) و روايه حماد بن عثمان: (قلت لأبي -

ص: ٢٨٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد اللواط حديث ٢ و ٥.

٢- ((٣ و ٤)) مستدرک الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد اللواط حديث ٨ و ٩.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد اللواط حديث ٣.

(بالنار، أو الرجم) بالحجارة و إن لم يكن بصفه الزانى (١) المستحق للرجم (أو بإلقاء جدار عليه أو بإلقائه من شاهق) كجدار رفيع. يقتل مثله.

(و يجوز الجمع بين اثنين منها) (٢) أى من هذه الخمسه بحيث يكون (أحدهما الحريق)، و الآخر أحد الأربعة بأن يقتل بالسيف، أو الرجم أو الرمى به (٣)، أو عليه (٤) ثم يحرق زياده فى الردع.

-عبد الله عليه السلام: رجل أتى رجلاً؟ قال: عليه إن كان محصناً القتل، و إن لم يكن محصناً فعليه الجلد، قلت: فما على المؤتى به؟ قال: عليه القتل على كل حال محصناً كان أو غير محصناً (١).

و الترجيح للطائفه الأولى لأن الثانيه محموله على ما إذا لم يوقب لخبر سليمان بن هلال عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل يفعل بالرجل، قال: إن كان دون الثقب فالجلد، و إن كان ثقب أقيم قائماً ثم ضرب بالسيف ضربه أخذ السيف منه ما أخذ، فقلت له: هو القتل، قال: هو ذاك) ٢.

نعم هذا الحمل و هو القتل لمن أوقب مطلقاً لا يعارضه إلا صحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (و إن كان ثقب و كان محصناً رجم) (٢) و مرسل ابن أبى عمير عن عده من أصحابنا عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الذى يوقب أن عليه الرجم إن كان محصناً، و عليه الجلد إن لم يكن محصناً) ٤، و هذان الخبران محمولان على التقيه كما فعل الشيخ.

(١) أى و إن لم يكن رجم اللوطى كرجم الزانى من وضعه فى حفرة إلى وسطه أو حقويه، لأن رجم اللوطى لا يشترط فيه ذلك.

(٢) يجوز أن يجمع بين واحد من هذه المذكورات فى قتل اللوطى و بين إحراقه بلا خلاف فى ذلك كما فى الجواهر لصحيح عبد الرحمن العرزمى فى اللوطى الذى أتى به فى زمن عمر: (فما تقول يا أبا الحسن؟ قال: اضرب عنقه فاضرب عنقه ثم أراد أن يحمله فقال عليه السلام: مه إنه قد بقى من حدوده شىء، قال: أى شىء بقى؟ قال: ادع بحطب فدعا عمر بحطب، فأمر به أمير المؤمنين عليه السلام فأحرق به) (٣).

(٣) أى الرمى باللوطى من شاهق.

(٤) أو إلقاء الجدار عليه.

ص: ٢٨٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد اللواط حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد اللواط حديث ٧ و ٨.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد اللواط حديث ٤.

فى المفعول به

(و المفعول به يقتل كذلك (١) إن كان بالغا عاقلا مختارا، و يعزر الصبى) (٢) فاعلا و مفعولا.

فى تأديب المجنون

(و يؤدب المجنون) كذلك (٣)، و التأديب فى معنى التعزير هنا و إن افترقا من حيث إن التعزير يتناول المكلف و غيره، بخلاف التأديب (٤).

و قد تحرر من ذلك أن الفاعل و المفعول إن كانا بالغين قتلا حرين كانا أم عبدين أم بالتفريق. مسلمين كانا أم بالتفريق و إن كانا صبيين أو مجنونين، أو بالتفريق أدبا، و إن كان أحدهما مكلفا و الآخر غير مكلف قتل المكلف و أدب غيره.

فى ما لو أقر به دون الأربع

(و لو أقر به دون الأربع لم يحد) كالإقرار بالزنا (و عزز) بالإقرار (٥) و لو مره، و يمكن اعتبار المرتين كما فى موجب كل تعزير و سيأتى (٦)، و كذا الزنا و لم يذكره ثم.

(١) ما يجرى فى الفاعل يجرى فى المفعول، بلا-خلاف، و قد تقدم خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: إذا كان الرجل كلامه كلام النساء و مشيته مشيه النساء و يمكن من نفسه ينكح كما تنكح النساء فارجموه و لا تستحيوه) (١).

(٢) و يدل عليه خبر أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام بامرأه و زوجها، قد لاط زوجها بابنها من غيره و ثقبه، و شهد عليه بذلك الشهود، فأمر به عليه السّلام فضرب بالسيف حتى قتل، و ضرب الغلام دون الحد، و قال: أما لو كنت مدركا لقتلتك لإمكانك إياه من نفسك بثقبك) (٢).

(٣) فاعلا- أو مفعولا، نعم عن الشيخين و جماعه من ثبوت الحد على المجنون دون المجنونه استنادا إلى وجوبه عليه فى الزنا، و قد عرفت أن الأصل ممنوع مع أن إعطاء حكم الزنا للوطى قياس لا نقول به.

(٤) فإنه مختص بالصبى.

(٥) لثبوت الفسق بذلك، و قد ناقش سيد الرياض فى ذلك حيث لم يعزّر أمير المؤمنين عليه السّلام فى الإقرارات الثلاثة قبل أن تتم أربعا على ما فى خبر مالك بن عطية المتقدم.

(٦) فى مسائل حد القذف.

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد اللواط حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد اللواط حديث ١.

(و لو شهد) عليه به (دون الأربعة) أو اختل بعض الشرائط (١) و إن كانوا أربعة (حدوا للفرية و يحكم الحاكم فيه (٢) بعلمه) كغيره من الحدود، لأنه (٣) أقوى من البيه (و لا- فرق) فى الفاعل و المفعول (بين العبد و الحر هنا) أى فى حاله علم الحاكم، و كذا لا فرق بينهما مع البيه كما مر، و هذا منه مؤكد لما أفهمته عبارته سابقا من تساوى الإقرار و البيه فى اعتبار الحريه (٤).

فى ما لو ادعى العبد الإكراه

(و لو ادعى العبد الإكراه) من مولاه عليه (درئ عنه الحد) (٥) دون المولى، لقيام القرينه على ذلك (٦)، و لأنه شبهه محتمله فيدرأ الحد بها (٧)، و لو ادعى الإكراه من غير مولاه فالظاهر أنه كغيره (٨) و إن كانت العبارة تتناوله (٩) بإطلاقها (و لا فرق) فى ذلك كله (١٠) (بين المسلم و الكافر)، لشمول الأدله (١١) لهما

فى ما دون الإيقاب

(و إن لم يكن) الفعل (إيقابا كالتفخيذ أو) (١٢) جعل الذكر (بين الأليين) بفتح الهمزه، (١) كفسق أحد الشهود أو اختلاف شهادتهم.

(٢) فى اللواط.

(٣) لأن العلم.

(٤) و قد عرفت أن الإقرار نافذ فى حق الحر دون العبد.

(٥) إذ لا تكليف مع الإكراه.

(٦) من كون العبد محلا للإكراه من سيده.

(٧) بدعوى الإكراه.

(٨) ممن يعترف باللواط و يدعى الإكراه، فلا- تقبل دعواه بخلاف الزنا فلو ادعت المرأه الإكراه قبل منها لأنها محل لذلك و للأخبار و قد تقدم خبر أبى عبيده فراجع.

(٩) تتناول ما لو ادعى العبد الإكراه من غير سيده.

(١٠) من قتل اللوطى فاعلا أو مفعولا مع الإيقاب.

(١١) أدله قتل اللوطى.

(١٢) يجلد إن لم يكن محصنا و يرجم إن كان محصنا كما عن الشيخ في النهايه و الخلاف و المبسوط و القاضى أبو الصلاح و جماعه جمعاً بين الأخبار المتقدمه فى ما لو أوقب فراجع.

و عن الانتصار و الغنيه بل قيل إنه المشهور أنه يجلد سواء كان محصنا أو لا لخبر سليمان بن هلال عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن كان دون الثقب فالحد و إن كان ثقب أقيم قائماً ثم ضرب بالسيف) (١).-

ص: ٢٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد اللواط حديث ٢.

و الياءين المشاتين من تحت من دون تاء بينهما (فحده مائه جلده) للفاعل و المفعول مع البلوغ و العقل و الاختيار كما مر (حرا كان) كل منهما، (أو عبدا، مسلما أو كافرا محصنا أو غيره) على الأشهر، لروايه سليمان بن هلال عن الصادق عليه السلام قال: «إن كان دون الثقب فالحد، و إن كان ثقب أقيم قائما ثم ضرب بالسيف».

و الظاهر أن المراد بالحد الجلد.

(و قيل يرجم المحصن)، و يجلد غيره جمعا بين روايه العلاء بن الفضيل عن الصادق عليه السلام أنه قال: حد اللوطى مثل حد الزانى. و قال: إن كان قد أحصن رجم، و إلا جلد و قريب منها روايه حماد بن عثمان، و بين ما روى من قتل اللائط مطلقا (١).

و قيل: يقتل مطلقا (٢)، لما ذكر، و الأخبار من الطرفين غير نقيه السند، و المتيقن المشهور، و الأصل عدم أمر الآخر.

فى تكرّر الفعل

(و لو تكرّر منه الفعل) الذى لا يوجب القتل ابتداء (٣) (مرتين مع تكرار الحد) عليه بأن حدّ لكل مره (قتل فى الثالثه) (٤)، لأنه كبيره و أصحاب الكبائر - و ذهب الصدوقان و ابن الجنيد إلى وجوب القتل إن لم يوقب و إما الإيقاب فهو الكفر لخبر حذيفه بن منصور عن أبى عبد الله عليه السلام: (سأله عن اللواط، فقال: بين الفخذين و سأله عن الموقب، فقال: ذلك الكفر بما أنزله الله على نبيه صلى الله عليه و آله و سلم) (١).

(١) سواء كان محصنا أو لا، و هذه الأخبار قد تقدمت سابقا.

(٢) و إن لم يوقب كما عن الصدوقين و ابن الجنيد.

(٣) كالتفخيذ.

(٤) كما عن ابن إدريس لصحيح يونس عن أبى الحسن الماضى عليه السلام: (أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا فى الثالثه).

و ذهب المشهور إلى أنه يقتل فى الرابعه لموثق أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (الزانى إذا زنا يجلد ثلاثا و يقتل فى الرابعه) و هى و إن كانت و ارده فى الزنا إلا أنه لا فرق بين الزنا و اللواط خصوصا ما ورد سابقا أن حكم اللواط كحكم الزنا، و عليه فهذه الروايه خاصه و مستند ابن إدريس عام و لا بد من تقديم الخاص، و للاحتياط فى الدم.

ص: ٢٨٧

مطلقا (١) إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة، لروايه يونس عن أبي الحسن الماضى عليه السّلام قال: «أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثة».

(و الأحوط) و هو الذى اختاره المصنف فى الشرح قتله (فى الرابعه) لروايه أبى بصير قال: «قال أبو عبد الله عليه السّلام: الزانى إذا جلد ثلاثا يقتل فى الرابعه»، و لأن الحد مبنى على التخفيف، و للاحتياط فى الدماء، و ترجّح هذه الروايه بذلك (٢)، و بأنها خاصه، و تلك عامه. فيجمع بينهما بتخصيص العام بما عد الخاص. و هو الأجود، و لم لم يسبق حده مرتين لم يجب سوى الجلد مائه (٣). (و لو تاب قبل قيام البيئه سقط الحد عنه قتلا) كان الحد (أو رجما أو جلدا) على ما فصل (٤).

(و لو تاب بعده لم يسقط الحد، و كذا) لو تاب (مع الإقرار و لكن يتخير الإمام فى المقر) قبل التوبه (و بين العفو و الاستيفاء) كالزنا (٥).

فى من قبل غلاما بشهوه

(و يعزر من قبل غلاما بشهوه) (٦) بما يراه الحاكم، لأنه من جمله المعاصى، (١) سواء كانت الكبيره لواطاً أو لا.

(٢) بكون الحد مبني على التخفيف و بالاحتياط.

(٣) لأن النص الدال على قتله قيد القتل بما إذا حد سابقا، فمع عدم الجلد سابقا يشك فى قتله فالأصل عدمه.

(٤) فى الزنا.

(٥) فقد تقدم مرسل البرقى: (إذا قامت البيئه فليس للإمام أن يعفو، و إذا أقرّ الرجل على نفسه فذاك إلى الإمام إن شاء عفا و إن شاء قطع) (١).

(٦) بلا خلاف، لكون التقييل بشهوه من المحرمات التى فيها التعزير بحسب ما يراه الحاكم.

و قيد التقييل بالشهوه ليخرج ما لو كان التقييل برأفه أو صداقه دنيويه أو عاده عرفيه فلا حرج فيه و لا إثم بل قد روى استحباب تقييل القادم من مكه بلا خلاف، و هذا لا فرق فيه بين الرجل و المرأه فى الفاعل و لا بين الصغير و الصغيره فى المفعول به، نعم فى خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى محرم قبل غلاما بشهوه قال: يضرب-

ص: ٢٨٨

بل الكبائر المتوعد عليه بخصوصه بالنار، فقد روى «أن من قبل غلاما بشهوه لعنته ملائكة السماء، و ملائكة الأرضين، و ملائكة الرحمه، و ملائكة الغضب و أعدّ له جهنم و ساءت مصيرا» (١) و فى حديث آخر «من قبل غلاما بشهوه أجمه الله يوم القيامة بلجام من نار» (٢).

فى المجتمعين تحت إزار واحد

(و كذا) يعزر (الذكران المجتمعان تحت إزار واحد مجردين و ليس بينهما رحم) أى قرابه (من ثلاثين سوطا إلى تسعه و تسعين) على المشهور (٣).

-مائة(١). و حمل تغليظه على الإحرام فيكون فيه جهتان للتعزيز و لذا ساوى الحد، و إلا فالتعزيز لا بد أن يكون أقل من الحد.

(١) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٣.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٤.

(٣) ذهب إليه الشيخ و ابن إدريس و المحقق و أكثر المتأخرين جمعا بين خبر سليمان بن هلال:

(سأل بعض أصحابنا أبا عبد الله عليه السلام فقال: جعلت فداك، الرجل ينام مع الرجل فى لحاف واحد، قال: ذوا رحم؟ فقال: لا، قال: أ من ضروره؟ قال: لا، قال: يضربان ثلاثين سوطا(٢)، و بين خبر ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى رجلين يوجدان فى لحاف واحد فقال: يجلدان غير سوط واحد(٣) و الأخبار لم تشترط التجرد من الثياب فاشترط كما فى فتاوى الأصحاب ليس فى محله، نعم لو كان القيد أنهما ناما تحت لحاف واحد بريبه جلدا كان أولى.

و كذلك التقييد بعدم الرحميه بينهما لأن الغالب من غير الأرحام يكون نومهم بريبه إذا اجتمعوا تحت لحاف واحد، و عليه فلو كانا أخوين و كان نومهما بريبه فلا بد من ثبوت الحكم عليهما بتتقيح المناط.

و ذهب الصدوق و ابن الجنيد إلى الجلد مائه تمام الحد لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (حد الجلد أن يوجد فى لحاف واحد، و الرجلان يجلدان إذا وجد فى لحاف واحد الحد، و المرأتان تجلدان إذا وجدتا فى لحاف واحد)٤، و حسنه عبد الرحمن بن الحجاج عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان على عليه السلام إذا أخذ الرجلين فى لحاف ضربهما الحد، و إذا أخذ المرأتين فى لحاف ضربهما الحد)٥ و مثلها غيرها.

ص: ٢٨٩

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب النكاح المحرم حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١٨.

٣- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١٨ و ١ و ٦.

أما تحديده في جانب الزيادة فلأنه ليس بفعل يوجب الحد كملا. فلا يبلغ به، و لقول الصادق عليه السلام في المرأتين تنامان في ثوب واحد فقال: تضربان فقلت: حدا؟ قال: لا و كذا قال في الرجلين (١)، و في روايه ابن سنان (٢) عنه عليه السلام: «يجلدان حدا غير سوط واحد».

و أما في جانب النقيصه فلروايه سليمان بن هلال عنه قال: يضربان ثلاثين سوطا.

و طريق الجمع الرجوع فيما بين الحدين إلى رأى الحاكم، و التقييد بنفى الرحم بينهما ذكره المصنف كغيره. تبعا للروايه (٣).

و يشكل بأن مطلق الرحم لا يوجب تجويز ذلك (٤)، فالأولى ترك القيد، أو التقييد بكون الفعل محرّما.

في السحق

في ما يثبت به

(و السحق يثبت بشهاده أربعة رجال) عدول، لا بشهاده النساء منفردات، و لا منضمات (أو الإقرار أربعا) من البالغه الرشيداه الحره المختاره كالزنا (٥) (و حدّه مائه جلده (٦) حره كانت كل واحده منهما أو أمه. مسلمه أو كافره. محصنه أو) (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ١٦.

(٢) قد تقدمت في الشرح سابقا.

(٣) مع أنه عليه أن يقيد بغير الضروره كما في الروايه هذا من جهه، و من جهه أخرى فعدم الرحيمه لإثبات أن النوم لريبه فالأولى الاقتصار عليه.

(٤) أي نومهما تحت لحاف واحد.

(٥) و قد تقدم أن إثباته كإثبات اللواط فراجع، نعم لا تقبل شهادتهن منفردات لما ورد من عدم قبول شهادتهن في الحدود إلا ما خرج مثل خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تجوز شهاده النساء في الحد و لا في القود) (١).

(٦) كما عليه الأكثر لموثق زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (السحاقه تجلد) (٢) و ظاهر الحد مائه لأنه في قبال الرجم، و للمرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام: (السحق في النساء كاللواط في الرجال و لكن فيه جلد مائه، لأنه ليس فيه إيلاج) ٣، و عن الشيخ في النهايه و القاضى و أبو الصلاح و ابن حمزه أنها ترجم مع الإحصان و تجلد مع عدمه لصحيح ابن -

ص: ٢٩٠

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ٢٩.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد السحق و القياده حديث ٢ و ٣.

(غير محصنه. فاعله أو مفعوله) ولا ينتصف هنا في حق الأمة (١). و يقبل دعواها إكراه مولاتها كالعبد (٢)، كل ذلك (٣) مع بلوغها و عقلها، فلو ساحقت المجنونه، أو الصغيره أدبتا خاصه، و لو ساحقتهما بالغه حدّ دونهما.

و قيل: ترجم مع الإحصان، لقول الصادق عليه السلام (٤): «حدها حد الزانى» و ردّ بأنه أعم من الرجم فيحمل على الجلد جمعا. (و تقتل) المساحقه (فى الرابعه (٥) لو تكرر الحد ثلاثا). و ظاهرهم هنا عدم الخلاف و أن حكمنا بقتل الزانى و اللائظ فى الثالثه كما اتفق فى عبارته المصنف.

فى ما لو تاب قبل البيئه

(و لو تاب قبل البيئه سقط الحد) لا إذا تاب بعدها (و يتخير الإمام لو تاب بعد الإقرار) كالزنا و اللواط.

-أبى حمزه و هشام و حفص عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أنه دخل عليه نسوه فسألته امرأه منهن عن السحق فقال: حدها حد الزانى، فقالت المرأه: ما ذكر الله ذلك فى القرآن؟ فقال عليه السّلام: بلى، قالت: أين؟ قال: هنّ أصحاب الرس(١)، و حد الزانى مشترك بين الجلد و الرجم و التفريق بينهما بالإحصان و عدمه.

و فيه: إن حد الزانى أعم من الرجم و الجلد فيحمل على الجلد جمعا بينها و بين موثق زرارته و المرسل. هذا ما أشكل عليه، إلا أنه سيأتى أن حكم المحصنه هو الرجم فى مسأله ما لو ساحقت المحصنه بكرا من نصوص صحيحه السند فلا بد من العمل بها حينئذ.

(١) أى الحد فى باب المساحقه لعموم الدليل المتقدم الشامل لكل ما ذكر.

(٢) لأن المساحقه كاللواط فكل ما ثبت هناك يثبت هنا.

(٣) من جلدها مائه بالإقرار أو الشهاده.

(٤) فى صحيح ابن أبى حمزه و هشام و حفص المتقدم.

(٥) على الخلاف المتقدم فى باب اللواط كما صرح به غير واحد كما فى الجواهر، فجعل الشارح المسأله هنا غير خلافه ليس فى محله خصوصا بعد تصريحه فى المسالك بأن الكلام فى هذه المسأله كالكلام فى نظائرها هذا من جهه و من جهه أخرى العجب من المصنف أنه حكم بالقتل هنا فى الرابعه و فى الزنا و اللواط فى الثالثه مع أن الجميع من واد واحد.

ص: ٢٩١

فى تعزير الأجنبيتين إذا تجردتا تحت إزار

(و تعزير الأجنبيتان إذا تجردتا تحت إزار) بما لا يبلغ الحد (١) (فإن عزرتا مع تكرار الفعل مرتين حدثتا فى الثالثة) (٢) فإن عادتا عزرتا مرتين ثم حدثتا فى الثالثة (و على هذا) أبدا.

وقيل: تقتلان فى الثالثة.

وقيل: فى الرابعة. و المستند ضعيف و قد تقدم وجه التقييد بالأجنبيتين.

فى ما لو وطئ زوجته فساحت بكرة فحملت البكر

(و لو وطئ زوجته فساحت بكرة فحملت البكر (٣) فالولد للرجل) لأنه مخلوق (١) من ثلاثين إلى تسعه و تسعين على المشهور، و من تمام الحد عند غيره كما تقدم فى باب اللواط.

(٢) حدا كاملا- أى جلد مائه و عليه مشهور المتأخرين، و ذهب ابن إدريس إلى القتل فى الثالثة لأن النوم تحت لحاف واحد كبيره و أصحاب الكبائر يقتل فاعلها فى الثالثة كما تقدم.

و ذهب الشيخ فى النهاية و ابن البراج و العلامة فى المختلف إلى قتلها بالرابعه لروايه أبى خديجه عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا ينبغى لامرأتين تنامان فى لحاف واحد إلا و بينهما حاجز، فإن فعلتا نهيتا عن ذلك، فإن وجدتا فى الثالثة حدثتا، فإن وجدتا فى الرابعة قتلتا) (١)، و لضعف المستند و للاحتياط فى التهجم على الدماء لم يذهب المشهور إلى القتل فى الرابعة و إنما التعزير فى كل مره و الجلد فى كل ثالثه.

(٣) ذهب الشيخ و أتباعه أنه على المرأة الرجم و على الصبيبه الجلد بعد الوضع، و يلحق الولد بالرجل و تلزم المرأة بالمهر للبكر لصحيح ابن مسلم: (سمعت أبا جعفر و أبا عبد الله عليهما السلام يقولان: بينما الحسن بن على فى مجلس أمير المؤمنين عليه السلام إذ أقبل قوم فقالوا: يا أبا محمد أردنا أمير المؤمنين، قال: و ما حاجتكم؟ قالوا: أردنا أن نسأله عن مسأله، قال: و ما هى تخبرونا بها؟ قالوا: امرأه جامعها زوجها فلما قام عنها قامت بحموتها فوقع على جاريه بكر فساحتها فوقع النطفه فيها فحملت، فما تقول فى هذا؟

فقال الحسن: معضله و أبو الحسن لها، و أقول: فإن أصبت فمن الله و من أمير المؤمنين و إن أخطأت فمن نفسى، فأرجو أن لا أخطئ إن شاء الله، يعمد إلى المرأة فيؤخذ منها مهر الجاريه البكر فى أول وهله لأن الولد لا يخرج منها حتى تشق فتذهب عذرتها، ثم ترجم المرأة لأنها محصنه و ينتظر بالجاريه حتى تضع ما فى بطنها و يرد الولد إلى أبيه صاحب النطفه ثم تجلد الجاريه الحد، فانصرف القوم من عند الحسن عليه السلام فلقوا أمير-

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد الزنا حديث ٢٥.

من مائه، و لا موجب لانتفائه عنه، فلا يقدرح كونها (١) ليست فراشا له، و لا- يلحق بالزوجه قطعا، و لا بالبكر على الأقوى (٢) (و تحدان) المرأتان حد السحق (٣)، لعدم الفرق فيه بين المحصنه و غيرها (٤) (و يلزمها) أى الموطوءه (٥) ضمان (مهر المثل للبكر) -المؤمنين عليه السلام فقال: ما قلت لأبى محمد و ما قال لكم؟ فأخبروه، فقال: لو أننى المسئول ما كان عندى فيها أكثر مما قال ابنى(١) و مثله غيره.

و ناقش ابن إدريس:

أولا: بأن الأصحاب لا يرجمون المساحقه فكيف حكم برجم المساحقه فى الخبر.

و ثانيا: بأن الولد غير مولود على فراش الرجل لأن الجاريه ليست زوجه و لا ملكا له فكيف يلحق به.

و ثالثا: إلزام المهر على الفاعله ليس فى محله لأن البكر ليست مكرهه بل مطاوعه و لذا تجلد و لا مهر لبغى فكيف يكون لها مهر. و بعضهم وافقه على إشكال الرجم ترجيحا لما دل على الجلد، و أما الإشكالان الأخيران فمردودان أما الولد فيلحق بالرجل لأنه من نطفته فيلحق به شرعا و عرفا و هذا أصل خرج منه ماء الزانى للنص فيبقى الباقي.

و أما المهر لأن المرأه سبب فى إذهاب عذره البكر، و ديه العذره مهر نساءها فقياسها على الزانيه فى سقوط ديه العذره ليس فى محله لأن الزانيه أذنت فى الافتضاض و أما البكر فلم تأذن، هذا فضلا عن أن النص السابق حائز على شرائط العمل به لأنه صحيح و يوافقه غيره من الأخبار فلا بد من العمل به، و لعل رجمها إما لخصوصيه فى هذه المسأله و إما لأن حكم المحصنه إذا ساحقت هو الرجم و هو الظاهر كما عليه الشيخ و جماعه و يؤيده صحيح ابن أبى حمزه و هشام و حفص عن أبى عبد الله المتقدم سابقا فراجع.

(١) كون البكر.

(٢) قال الشارح فى المسالك: «إلحاقه بها وجهان من حيث إنه ولدته من غير زنا فيلحق بها، و من انتفاء سبب الإلحاق و هو العقد الصحيح أو الشبهه لأنه بحكم الزنا و لهذا يجب عليها الحد و هو أقوى».

(٣) و هو الجلد على مبنى الشارح.

(٤) و قد عرفت الفرق فضلا عن دلالة الصحيحه عليه فترجم المحصنه و تجلد البكر.

(٥) أى زوجه الرجل.

ص: ٢٩٣

لأنها سبب في إذهاب عذرتها، وديتها مهر نساءها، وليست كالزانية المطاوعة، لأن الزانية أذنت في الافتضاض، بخلاف هذه.

وقيل: ترجم الموطوءه استنادا إلى روايه ضعيفه السند (١) مخالفه لما دل على عدم رجم المساحقه مطلقا (٢) من الأخبار الصحيحه (٣).

و ابن إدريس نفى الأحكام الثلاثة.

أما الرجم فلما ذكرناه، و أما إلحاق الولد بالرجل فلعدم ولادته على فراشه و الولد للفراش، و أما المهر فلأن البكر بغى بالمطاوعه فلا مهر لها. و قد عرفت جوابه.

في القباذه

(و القياده: الجمع بين فاعلي الفاحشه) من الزنا و اللواط و السحق (و تثبت بالإقرار مرتين (٤) من الكامل) بالبلوغ و العقل و الحرية (المختار) غير المكره، و لو أقر مره واحده عزر (أو بشهاده شاهدين (٥) ذكرين عدلين (و الحد) للقياده (خمس و سبعون جلد (٦) حرا كان) القائد (أو عبدا. مسلما) كان (أو كافرا). (١) و قد عرفت أنها صحيحه السند بالإضافة إلى تصريحه بالصحه في المسالك، فضلا عن موافقتها لعدده أخبار و قد عقد لها صاحب الوسائل بابا فراجع، و هذا ما يوجب الاطمئنان بصدورها.

(٢) سواء كانت محصنه أو لا.

(٣) و قد عرفت أن التي حكمت بجلد المساحقه هي موثق زراره و المرسل عن أمير المؤمنين عليه السلام، بل الصحيح قد دل على رجم المحصنه.

(٤) فلا- نص خاص في ذلك، فيجب أن يكتفى بالإقرار مره، و لكن ظاهرهم الاتفاق على المرتين هنا و قال سيد الرياض: «و مستندهم غير واضح»، نعم عن المراسم و المختلف أن كل ما فيه بينه شاهدين من الحدود فالإقرار فيه مرتان، و فيه: إن تم الإجماع فهو و إلا فعموم نفوذ الإقرار يوجب الاكتفاء بالواحد.

و عن التحرير أنه لو أقر مره عزر لما مرّ في نظائره من أنه فعل محرّم من الكبائر، و كل ما كان من الكبائر يوجب إقراره أكثر من مره الحد فلا بدّ أن يعزّر في المره الأولى، و كما ترى أرسله من دون دليل قد استند عليه.

(٥) بلا خلاف فيه لعموم أدله البينه، و لا يثبت بشهاده النساء منفردات أو منضمات لما مرّ من عدم قبول شهادتهن في الحد كما في خبر غياث بن إبراهيم المتقدم.

(٦) ثلاثه أرباع حد الزاني بلا خلاف فيه لخبر عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام:

(رجلا) كان (أو امرأة).

(وقيل) و القائل الشيخ: يضاف إلى جلده أن (يخلق رأسه و يشهّر) في البلد (و ينفى) عنه إلى غيره من الأمصار من غير تحديد لمدته نفيه (بأول مره)، لروايه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام و وافقه المفيد على ذلك، إلا أنه جعل النفي في الثانيه (و لا جزّ على المرأة، و لا شهره، و لا نفي) (١) للأصل، و منافاه النفي لما يجب مراعاته من ستر المرأة.

(و لا كفاله في حد) (٢) بأن يكفل لمن ثبت عليه الحد إلى وقت متأخر عن - (سأله عن القواد فقال عليه السلام: يضرب ثلاثه أرباع حد الزانى خمسه و سبعين سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه) (١) و هو عام يشمل الرجل و المرأة و المسلم و الكافر و الحر و العبد.

إلا أنهم اختلفوا في ثبوت آخر مع الجلد، فعن الشيخ في النهايه أثبت مع الجلد حلق الرأس و شهرته في البلد و النفي من بلده إلى غيره، و عن المفيد يجلد في المره الأولى و يخلق رأسه و يشهّر فإن عاد ثانيه جلد و نفي و تبعه أبو الصلاح و سائر، و زاد أبو الصلاح فإن عاد ثالثه جلد و إن عاد رابعه استتيب فإن تاب قبلت توبته و جلد و إن أبى التوبه قتل، و إن تاب في الرابعه ثم أحدث بعد التوبه خامسه قتل على كل حال.

و الروايه لم تذكر مع الجلد إلا- النفي، و ادعى الإجماع كما في الانتصار و الغنيه على الحلق و التشهير، و هذا هو مستند قول الشيخ.

و لا يوجد ما يدل على قول المفيد، نعم ما ذكره أبو الصلاح يؤيده ما قاله ابن زهره في الغنيه: «و روى أنه إن عاد ثالثه جلد فإن عاد رابعه عرضت عليه التوبه فإن أبى قل، و إن أجاب قبلت توبته و جلد فإن عاد خامسه بعد التوبه قتل من غير أن يستتاب» إلا أن المشهور بين المتأخرين اقتصر على الضرب لأن في طريقها محمد بن سليمان و هو مشترك بين الثقه و غيره فيقتصر في مقام العمل بها على القدر المتيقن و هو الجلد، و أما غيره من النفي و التشهير و الحلق فمشكوك فالأصل البراءه بعد ضعف ما رواه ابن زهره.

(١) نفي الثلاثه عن المرأة موطن اتفاق كما في الجواهر، لأن الخبر محمول على الرجل ففي المرأة فالأصل العدم مضافا إلى أن النفي و الشهره يخالف صون المرأة و وجوب الحفاظ عليها حتى لا تقع في طريق الفاحشه.

(٢) الكفاله هي تأخير الحد بطلب من شخص مع كفالته بإحضاره، و هي منفيه سواء كان-

ص: ٢٩٥

وقت ثبوته (و لا- تأخير فيه) (١)، بل يستوفى متى ثبت، و من ثم حدّ شهود الزنا قبل كمالهم في مجلس الشهاده (٢) و إن كان الانتظار يوجب كمال العدد (إلا مع العذر) المانع من إقامته (٣) في ذلك الوقت (أو توجه ضرر به) (٤) فتشعر الكفاله و التأخير إلى وقت القدره (و لا شفاعه في إسقاطه) (٥)، -الحد للزنا أو لغيره بلا خلاف فيه لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: لا كفاله في حد(١).

(١) في الحد، فلا- يؤخر و لو ساعه بعد ثبوت موجهه، ففي خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: (ليس في الحدود نظر ساعه) (٢) و في مرسل الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام: (إذا كان في الحد لعل أو عسى فالحد معطل) (٣).

(٢) كما في خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: (في ثلاثه شهدوا على رجل بالزنا، فقال علي عليه السلام: أين الرابع؟ قالوا: الآن يجيء، فقال علي عليه السلام: حدّوهم فليس في الحدود نظر ساعه) (٣).

(٣) كما لو كان في شدة البرد أو شدة الحر أو في أرض العدو، فقد وردت الأخبار بالنهي عن إقامته في هذه الموارد الثلاثه، ففي مرسل داود: (مررت مع أبي عبد الله عليه السلام بالمدينه في يوم بارد و إذا رجل يضرب بالسياط، فقال أبو عبد الله عليه السلام: سبحان الله في مثل هذا الوقت يضرب؟ قلت له: و للضرب حدّ، قال: نعم إذا كان في البرد ضرب في حر النهار، و إذا كان في الحر ضرب في برد النهار) (٤) و في خبر إسحاق عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا تقام الحدود بأرض العدو مخافه أن تحمله الحميه فيلحق بالعدو) (٥).

(٤) بالحد على المحدود كما لو كان مريضاً أو امرأه حامل.

(٥) بلا- خلاف فيه لأخبار منها: خبر المثنى الحنّاط عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم لأسامه بن زيد: لا يشفع في حد) (٦) و خبر محمد بن قيس عن أبي-

ص: ٢٩٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب حد الزنا حديث ٨.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

٦- (٧) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

لأنه حق الله، أو مشترك (١) ولا شفاعه في إسقاط حق الله تعالى. قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ:

لا كفاله في حد و قال أمير المؤمنين عليه السلام: «لا يشفعن أحد في حدّ» و قال عليه السلام: ليس في الحدود نظره ساعه.

الفصل الثالث – في القذف

إشاره

(الفصل الثالث – في القذف) (٢)

في معنى القذف

(و هو الرمي بالزنا، أو اللواط (٣) مثل قوله: زنيت) بالفتح (أو لظت، أو) -جعفر عليه السلام: (كان لأم سلمه زوج النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عليه و آلِهِ و سلمّ أمه فسرقت من قوم، فأتى بها النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فكلّمته أم سلمه فيها فقال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: يا أم سلمه هذا حدّ من حدود الله لا يضيع، فقطعها رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ) (١) و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: لا يشفعن أحد في حد إذا بلغ الإمام فإنه لا يملكه، و اشفع فيما لم يبلغ الإمام إذا رأيت الندم) ٢.

(١) بين حق الله و حق الناس كحد القذف.

(٢) و هو لغه الرمي، و كأن الساب الذي يسبّ الآخر بالفعل الشنيع من الزنا أو اللواط يكون قد رماه بالكلمه المؤذيه.

و هو من الكبائر بل من السبع الموبقات ففي صحيح مسعده بن صدقه: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام: الكبائر القنوط من رحمه الله و اليأس من روح الله و الأمن من مكر الله و قتل النفس التي حرم الله و عقوق الوالدين و أكل مال اليتيم ظلما، و أكل الربا بعد البينه و التعرب بعد الهجره و قذف المحصنه و الفرار من الزحف) (٢).

(٣) و الرمي بهما موطن وفاق، و أما الرمي بالسحق فذهب بعضهم كابن الجنيد و المحقق إلى تحققه بالرمي به، لأن السحق كالزنا من ثبوت الحد فيه و اعتبار شهاده الأربع و الإقرار كذلك، و ذهب العلّامه و ابن إدريس إلى العدم للأصل، و لحصر الفريه في ثلاثه وجوه - ليس الرمي بالسحق منها - في حسنه ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن الفريه ثلاث - يعني ثلاث وجوه -: رمى الرجل بالزنا، و إذا قال إن أمه زانيه، و إذا ادعى لغير أبيه، فذلك فيه حدّ ثمانون) (٣).

و فيه: إن الحصر إضافي إذ لم يذكر الرمي باللواط مع أنه وفاق.

ص: ٢٩٧

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد النفس حديث ١٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد القذف حديث ٢.

(أنت زان أو لائظ و شبهه) من الألفاظ الداله على القذف (مع الصراحه (١) و المعرفه) (٢) أى معرفه القاذف (بموضوع اللفظ بأى لغه كان) و إن لم يعرف المواجه معناه، و لو كان القائل جاهلا بمدلوله فإن عرف أنه يفيد فائده يكرهها المواجه عزز (٣)، و إلا فلا (أو قال لولده الذى أقر به (٤). لست ولدى) أو لست لأبيك، أو زنت بك أمك، و لو لم يكن قد أقرّ به لكنه لاحق به شرعا بدون الإقرار فكذلك، لكن له دفع الحد باللعان، بخلاف المقرّ به فإنه لا ينتفى مطلقا (٥)(و لو قال لآخر) غير ولده: (زنا بك أبوك، أو يا ابن الزانى حدّ للأب) خاصه (٦)، لأنه قذف له دون المواجه، لأنه لم ينسب إليه فعلا لكن يعزر له كما سيأتى، لتأذيه به.

(و لو قال: زنت بك أمك أو يا ابن الزانية حدّ للأم، و لو قال: يا ابن الزانيين فلهما، و لو قال: ولدت من الزنا (٧) فالظاهر القذف للأبوين)، لأن تولده (١) أى تكون الألفاظ ظاهره فى نسبه الزنا أو اللواط إلى المواجه.

(٢) أى معرفه القاذف بما دفع له اللفظ لغه أو عرفا، و إن لم يعرف المخاطب، و جهل المخاطب لا يضر، كما أن جهل المتكلم بما وضع له اللفظ لا يحقق مفهوم الرمي و القذف بالفعل الشنيع من الزنا و نحوه.

(٣) لإقدامه على الفعل المحرم و إن لم يعرف ماهيته.

(٤) أو حكم له به شرعا، فقال له: لست ولدى، فيجب عليه الحد بلا خلاف، لأنه قذف لأمه صراحه، و فى خبر السكونى عن أمير المؤمنين عليه السلام: (من أقرّ بولد ثم نفاه وجب الحد و أئزم الولد) (١).

(٥) سواء لاعن القاذف أو لا.

(٦) لأن القذف حقيقه للأب دون الولد، و إن كان الولد هو المخاطب بالكلام، نعم يعزّر القاذف لأنه قد أذى المخاطب بتوجيه قذف أبيه إليه بلا خلاف فيه.

(٧) ففى وجوب الحد قولان:

الأول: ثبوت الحد - و هو الأشهر - لتصريحه بالقذف لكن وقع الاشتباه فى متعلق القذف الذى هو مستحق الحد و لذا ذهب الشيخان و القاضى و المحقق فى النكت أنه للأم، لاختصاصها بالولاده، و قد عدّى القاذف الولاده إلى الزنا بحرف الجر، و مقتضاه نسبه الأم إلى الزنا فيكون قد خصّ الأم بالقذف، و ذهب جماعه إلى أن القذف للأبوين لأن-

ص: ٢٩٨

إنما يتحقق بهما و قد نسبه (١) إلى الزنا فيقوم بهما (٢) و يثبت الحد لهما، و لأنه الظاهر عرفاً.

و فى مقابله الظاهر كونه قذفاً للأُم خاصة، لاختصاصها بالولادة ظاهراً.

و يضعف بأن نسبته (٣) إليهما واحده، و الاحتمال قائم فيهما (٤) بالشبهه فلا يختص أحدهما به (٥).

و ربما قيل بانتفائه لهما (٦)، لقيام الاحتمال بالنسبه إلى كل واحد و هو دارئ للحد إذ هو شبهه.

و الأقوى الأول إلا أن يدعى (٧) الإكراه، أو الشبهه فى أحد الجانبين فينتفى حده.

فى من نسب الزنا إلى غير المواجه

(و من نسب الزنا إلى غير المواجه) كالأمثله السابقه (فالحد للمنسوب إليه و يعزر للمواجه أن تضمن شتمه و أذاه) كما هو الظاهر فى الجميع.

-الولادة لا تتم إلا بهما فنسبه الولاده إلى الزنا هى نسبه الوالدين إليه، و هو أحد قولى العلامة.

القول الثانى: إنه لا- يثبت لأحد الأبوين و لا للمخاطب حدّ على القاذف، أما المخاطب و هو الولد فلم ينسب الفعل إليه، و إما الأبوان فلأن اللفظ المذكور يحتمل أن يحمل على نسبه الزنا للأُم لأن الأب مشتبه أو مكروه، و يحتمل أن يحمل على نسبه الزنا للأب لأن الأم كذلك، و يحتمل أن يحمل على نسبه الزنا للوالدين، فإذا تعدد الاحتمال لم يعلم كونه قذفاً صريحاً لأحدهما، و حد القذف متوقف على مطالبه المقذوف، و مع عدم تعيينه فلا يثبت الحد، و فيه: إن الحد لا يخرج عن الأبوين فلو اجتمعا و طالبا بالحد فوجب أن يثبت لأن المستحق للحد لا يعدوهما فلا يمكن إسقاط الحد حينئذ.

(١)نسب التولد.

(٢)أى التولد قائم بالأبوين.

(٣)نسبه التولد.

(٤)فى الأبوين.

(٥)باحتمال الشبهه بل يعمهما.

(٦)بانتفاء القذف للأبوين.

(٧)القاذف.

(و لو قال لامرأه: زنت بك (١) احتمل الإكراه فلا- يكون قذفا لها) لأن المكره غير زان، و مجرد الاحتمال كاف في سقوط الحد، سواء ادعاه القاذف أم لا، لأنه شبهه يدرأ بها الحد.

(و لا يثبت الزنا في حقه إلا بإقرار أربع مرات) كما سبق (٢).

و يحتمل كونه قذفا، لدلاله الظاهر عليه، و لأن الزنا فعل واحد يقع بين اثنين، و نسبة أحدهما إليه بالفاعليه، و الآخر بالمفعوليه.

و فيه أن اختلاف النسبه يوجب التغير و المتحقق منه كونه هو الزاني.

و الأقوى أنه قذف لها، لما ذكر (٣)، و لروايه محمد بن مسلم عن الباقر (٤) (١) سواء كانت امرأته أو لا، ففي كونه قذفا لها قولان:

الأول: أنه قذف لها لأن الزنا فعل واحد يقع من اثنين و نسبته إلى أحدهما بالفاعليه و إلى الآخر بالمفعوليه، فإذا اعترف بنسبه الفاعليه إليه فيكون قد اعترف بنسبه المفعوليه إليها، و هذا ما ذهب إليه المفيد و الشيخ في النهايه و المبسوط و أتباعه.

الثاني: عدم كونه قذفا لأن نسبه الفاعليه إليها لا تستدعي نسبه مفعوليه الزنا إليها، لاحتمال أن تكون مكرهه و إليه ذهب ابن إدريس و المحقق و العلّامه و جماعه.

و أشكل على القول الثاني بأن لفظ: (زنت بك) ظاهر في القذف و احتمال الإكراه لا معنى له بدليل ما لو قال شخص عن آخر: «إنه منكوح في دبره» فإنه قذف يوجب الحد بالإجماع مع احتمال الإكراه.

و الإشكال مردود لأن الإكراه في النساء عاده بخلاف الإكراه في الرجال فهو نادر أو معدوم، و الأقوى أنه ليس بقذف لاحتمال الإكراه و لصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام: (في رجل قال لامرأته: يا زانيه، أنا زنت بك، قال عليه السّلام: عليه حد واحد لقذفه إياها، و أما قوله: أنا زنت بك فلا حد عليه إلا أن يشهد على نفسه أربع مرات عند الإمام) (١).

(٢) في باب الزنا و اللواط و صريح صحيح ابن مسلم المتقدم دال عليه.

(٣) من دلاله الظاهر عليه عرفا، و فيه: قد تقدم ضعفه.

(٤) و هي الصحيح المتقدم بدعوى أن صورها قد أوجب الحد عليه لأنه قال لها: أنا زنت بك، و فيه: إن الحد في الصور لأنه قال لها: يا زانيه، و أما قوله: «أنا زنت بك» مجردا كما هو مفروض المسأله هنا فقد صرح ذيل الخبر بعدم الحد.

في ما تفيد القذف في عرف القائل

(و الديوث و الكشخان و القرنان (١) قد تفيد القذف في عرف القائل فيجب الحد للمنسوب إليه) مدلول هذه الألفاظ من الأفعال، و هو أنه قواد على زوجته أو غيرها من أرحامه (و إن لم تفد) ذلك (في عرفه) نظرا إلى أنها لغه غير موضوعه لذلك، و لم يستعملها أهل العرف فيه (و أفادت شتما) لا يبلغ حد النسبه إلى ما يوجب الحد (عزّر) القائل كما في كل شاتم بمحرّم. و الديوث الذي لا غيره له قاله الجوهري.

و قيل: الذي يدخل الرجال على امرأته. قال تغلب: و القرنان و الكشخان لم أرهما في كلام العرب. و معناه عند العامه مثل معنى الديوث أو قريب منه.

و قيل: القرنان من يدخل على بناته، و الكشخان من يدخل على أخواته.

(و لو لم يعلم) القائل (فأفادتها أصلا) بأن لم يكن من أهل العرف بوضعها لشيء من ذلك، و لا اطلع على معناها لغه (فلا شيء عليه و كذا) القول (في كل قذف جرى على لسان من لا يعلم معناه) لعدم قصد شيء من القذف و لا الأذى و إن أفاد في عرف المقول له (و التأذي) (٢) أي قول ما يوجب أذى المقول له من (١) هذه الألفاظ الثلاثه غير موضوعه لمعنى بحسب أصل اللغه و إنما هي ألفاظ تداولتها العامه فيما بينهم، و قد اختلف في تحديد معانيها العرفيه و لذا قال الشارح في المسالك:

«هذه الألفاظ ليست موضوعه لغه لمعنى يوجب القذف، و إنما هي ألفاظ عرفيه يرجع فيها إلى عرف القائل، فإن أفادت القذف لزمه الحد و إلا فلا، قال تغلب: القرنان و الكشخان لم أرهما في كلام العرب، و معناه عند العامه مثل معنى الديوث أو قريب منه، و قد قيل: إن الديوث هو الذي يدخل الرجال على امرأته، و قيل: القرنان يدخلهم على بناته، و الكشخان على أخواته، و على هذا فإن كان ذلك متعارفا عند القاذف ثبت عليه الحد ترجيحاً لجانب العرف على اللغه، و إلا فإن أفادت فائده يكرهها المواجه دون ذلك - أي دون الزنا و اللواط و القيادة لهما - فعليه التعزير، و إن انتفى الأمران فلا شيء».

و منه تعرف ضعف ما أطلقه صاحب الجواهر عن أهل اللغه: (القرنان القذف بالأخت و الكشخان القذف بالأم و الديوث القذف بالزوجه).

(٢) أي لو قال شخص لآخر قولا يوجب أذيته كقوله: «يا خسيس أو يا حقير أو يا وضعيع، أو يا فاسق، أو يا خائن، و نحو ذلك مما يوجب الأذيه و لم يصل إلى حد القذف، فعليه -

الألفاظ الموجبه له مع العلم (١) بكونها مؤذيه و ليست موضوعه للقذف عرفا و لا وضعاً

فى التعريض بالقذف

(و التعريض) (٢) بالقذف دون التصريح به (يوجب التعزير)، لأنه محرم (لا الحد) لعدم القذف الصريح (مثل قوله: هو ولد حرام) هذا يصلح مثالا للأمرين، لأنه يوجب الأذى و فيه تعريض بكونه ولد زنا، لكنه محتمل لغيره بأن يكون ولد بفعل محرم و إن كان من أبويه بأن استولده حاله الحيض أو الإحرام عالما. و مثله لست بولد حلال، و قد يراد به عرفا أنه ليس بظاهر الأخلاق، و لا وفى بالأمانات و الوعود، و نحو ذلك فهو أذى على كل حال. و قد يكون تعريضا بالقذف.

(أو أنا لست بزنان) (٣) هذا مثال للتعريض بكون المقول له أو المنبه عليه -التعزير بلا خلاف للأخبار.

منها: خبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الهجاء بالتعزير) (١) و خبر جراح المدائنى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال: إذا قال الرجل أنت خبيث أو أنت خنزير فليس فيه حد و لكن فيه موعظه و بعض العقوبه) ٢ و خبر قرب الإسناد عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام: (فى رجل قال لرجل: يا شارب الخمر يا آكل الخنزير قال: لا حد عليه و لكن يضرب أسواط) ٣.

(١) لأنه مع الجهل لم يقصد أذيته.

(٢) أى التعريض بالقذف دون التصريح به كقوله: إنه ليس بولد حلال أو إنه ولد حرام، فهو تعريض بالقذف لاحتمال إرادته الزنا و لاحتمال أنه انعقدت نطفته حال الحيض أو الإحرام أو أنه غير نقى القلب و ليس بظاهر النفس و غير حسن الأخلاق إذ يطلق ابن الحلال فى العرف على المتصف بنقاوه القلب أو طهاره النفس أو الأخلاق الصالحه.

فإنه يعزر بلا خلاف لصحيح عبد الرحمن: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل سب رجلا بغير قذف فعرض به هل يجلد؟ قال: لا، عليه تعزير) (٢).

و خالف ابن إدريس فى لفظ: «ولد الحرام» و جعله كولد الزنا موجب لحد القذف لأنهما عند العرف واحد، و فيه: إن العرف كثيرا ما يطلق هذا اللفظ على خبيث النفس و سئى الأخلاق و قبيح الفعل، و معه لا يكون هذا اللفظ صريحا فى القذف، و لا أقل من الاحتمال الموجب لسقوط الحد لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٣) فلا حد لا اعتبار التصريح فى ألفاظ القذف تمسكا بصحيح عبد الرحمن حيث التعريض -

ص: ٣٠٢

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد القذف حديث ٥ و ٢ و ١٠.

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد القذف حديث ١.

زانيا،(و لا أمى زانيه) تعريض بكون أم المعرض به زانيه.

(أو يقول لزوجته: لم أجدك عذراء) (١) أى بكرا فإنه تعريض بكونها زنت قبل تزويجه و ذهبت بكارتها مع احتمالها (٢) غيره (٣) بأن يكون ذهابها بالنزوه (٤) أو الحرقوص (٥) فلا- يكون حراما. فمن ثم كان تعريضا، بل يمكن دخوله فيما يوجب التأذى مطلقا (٦). و روى زراره عن أبى جعفر عليه السّلام فى رجل قال لامرأته: لم أجدك عذراء قال: «ليس عليه شىء، لأن العذره تذهب بغير جماع» و تحمل على أن المنفى الحد، لروايه أبى بصير عن الصادق عليه السّلام أنه قال: يضرب.

فى التعزير بكل قول يكرهه المواجه

(و كذا يعزر بكل ما) أى قول (يكرهه المواجه)، بل المنسوب إليه و إن لم -موجبا للتعزير، و إن كان قد قصد لازم المعنى من نسبه الزنا إلى المخاطب.

(١)فعليه التعزير لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل قال لامرأته: لم أجدك عذراء، قال: يضرب فإنه يوشك أن ينتهى) (١) و حمل الضرب على التعزير دون الحد مع أنه يشملهما لخبر يونس عن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل قال لامرأته: لم تأتنى عذراء، قال: ليس بشىء لأن العذره تذهب بغير جماع) ٢ فيكون المنفى فى الخبر هو الحد.

و خالف فى ذلك ابن عقيل فأوجب الحد لصحيح ابن سنان: (إذا قال الرجل لامرأته لم أجدك عذراء و ليست له بينه يجلد الحد و يخلى بينه و بين امرأته) ٣ و حمل على ما لو قال ذلك مع قرينه تدل على إرادته نسبه الزنا إليها، و إلا فالافتقار على هذا اللفظ المحتمل أن يكون مقصوده ذهاب بكارتها بغير الزنا مع العلم بأنه يشترط التصريح بالقذف ليس فى محله.

(٢)احتمال قوله: لم أجدك عذراء.

(٣)غير الزنا.

(٤)أى القفزه.

(٥)بالضم دويبه كالبرغوث حمّتها كحمّه الزنبور و القراد، تدخل فى فروج الجوارى كما عن قاموس اللغه.

(٦)سواء عرّض بالزنا أو لا.

ص: ٣٠٣

يكن حاضرا، لأن ضابط التعزير فعل المحرم و هو غير مشروط بحضور المشتوم (مثل الفاسق، و شارب الخمر و هو مستتر) (١) بفسقه و شربه فلو كان متظاهرا بالفسق لم يكن له حرمة (٢).

(و كذا الخنزير و الكلب و الحقير و الوضيع) و الكافر و المرتد، و كل كلمه تفيد الأذى عرفا، أو وضعا مع علمه بها فإنها توجب التعزير (إلا مع كون المخاطب مستحقا للاستخفاف) به، لتظاهرة بالفسق فيصح مواجهته بما تكون نسبتة إليه حقا، لا بالكذب.

و هل يشترط مع ذلك (٣) جعله على طريق النهي (٤) فيشترط شروطه أم يجوز الاستخفاف به مطلقا (٥) ظاهر النص و الفتاوى الثاني و الأول أحوط.

في ما يعتبر في القاذف

(و يعتبر في القاذف) الذي يحد (الكمال) بالبلوغ و العقل (٦) (فيعزر الصبي) (١) و قد تقدم البحث في التأذى.

(٢) فلو كان المقول له مستحقا للاستخفاف به إما لكفره أو لتجاهره بالفسق أو لكونه صاحب بدعه فلا حد و لا تعزير في توجيه كلام يؤذيه بلا خلاف فيه بل ففي الخبر: (إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبه) (١) و في النبوى: (إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدى فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و أهينوهم - و في نسخه و باهتوهم -) (٢).

نعم أذيتهم بالقول مشروط بعدم كونه قذفا لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام:

(نهى عن قذف من ليس على الإسلام إلا أن يطلع على ذلك منهم، و قال: أيسر ما يكون أن يكون قد كذب) (٣).

(٣) مع كونه مستحقا للاستخفاف.

(٤) أى النهي عن المنكر.

(٥) و لو لدواعى هزليه.

(٦) بلا خلاف فيه، ففي صحيح الفضيل عن أبي عبد الله عليه السلام: (لا حد لمن لا عليه حد، يعنى لو أن مجنونا قذف رجلا لم أر عليه شيئا، و لو قذفه رجل فقال له: يا زانى لم -

ص: ٣٠٤

١- (١) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أحكام العشرة حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب الأمر و النهي حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد القذف حديث ١.

خاصه (و يؤدب المجنون) (١) بما يراه الحاكم فيهما. و الأدب (٢) فى معنى التعزير كما سلف (و فى اشتراط الحرىه فى كمال الحد) فيحد العبد و الأمه أربعين، أو عدم الاشتراط فيساويان الحرّ (قولان) (٣) أقواهما و أشهرهما الثانى، لعموم وَ الَّذِينَ -يكن عليه حد(١) و فى خبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السّلام: (سأله عن الغلام لم يحتلم يقذف الرجل هل يحدّ؟ قال: لا، و ذلك لو أن رجلا قذف الغلام لم يحد)(٢) و هى تدل على اشتراط البلوغ و العقل فى القاذف و المقذوف.

(١) بشرط أن يكون ذا شعور و الصبى مميزا و إلا فلا وجه للتعزير لا عقلا و لا شرعا.

(٢) أى التأديب فى معنى التعزير و إن كان التعزير يشمل المكلف و غيره بخلاف التأديب فإنه يختص بغير المكلف.

(٣) فعلى المشهور شهره عظيمه أنه لا تشترط الحرىه و حد العبد كحد الحر لعموم الآيه:

وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (٣) و لحسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا قذف العبد الحر جلد ثمانين، قال: هذا من حقوق الناس)(٤) و من التعليل يستفاد كلما كان من حقوق الناس لا ينتصف الحد على العبد و خبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل إذا قذف المحصنه جلد ثمانين، حرا كان أو مملوكا) ٥ و مثله غيره من الأخبار.

و ذهب الصدوق فى الهدايه و الشيخ فى المبسوط إلى أنه لو كان عبدا فيضرب نصف حد الحر لأصاله البراءه عن الزائد، و لقوله تعالى: فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (٥) و لخبر القاسم بن سليمان: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن العبد إذا افترى على الحر كم يجلد؟ قال: أربعين)(٦).

و أجيب بأن مع عموم آيه القذف و تلك الأخبار ينقطع الأصل، و الآيه التى استدل بها الشيخان مختصه بالزنا لا بالقذف، و خبر القاسم بن سليمان شاذ كما صرح نفس الشيخ فى التهذيب فلا يعمل به.-

ص: ٣٠٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد القذف حديث ١.

٣- (٣) النور الآيه: ٤.

٤- (٤) (٤ و ٥) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد القذف حديث ٤ و ١.

٥- (٥) النساء الآيه: ٢٥.

٦- (٦) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد القذف حديث ١٥.

يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ (١) و لقول الصادق عليه السّلام في حسنه الحلبي: «إذا قذف العبد الحر جلد ثمانين جلده» و غيرها من الأخبار. و القول بالتنصيف على المملوك للشيخ في المبسوط، لأصالة البراءة من الزائد، و قوله تعالى: فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ (٢) و لروايه القاسم بن سليمان عنه (٣).

و يضعف بأن الأصل قد عدل عنه للدليل، و المراد بالفاحشه (٤): الزنا كما نقله المفسرون و يظهر (٥) من اقترانهن بالمحصنات (٦). و الروايه (٧) مع ضعف سندها (٨) و شذوذها لا- تعارض الأخبار الكثيره، بل الإجماع على ما ذكره المصنف و غيره، و العجب أن المصنف في الشرح (٩) تعجب من المحقق و العلامة حيث نقلها فيها قولين و لم يرجح أحدهما مع ظهور الترجيح. فإن القول بالأربعين نادر جدا (١٠) ثم تبعهم (١١) على ما تعجب منه هنا.

في ما يشترط في المقذوف

(و يشترط في المقذوف الإحصان) (١٢) و هو يطلق على التزويج كما في قوله (١)النور الآيه: ٤.

(٢)النساء الآيه: ٢٥.

(٣)عن الصادق عليه السّلام.

(٤)في الآيه التي استدل بها الشيخان.

(٥)أى كون المراد من الفاحشه هو الزنا.

(٦)أى اقتران الإمام بالمحصنات، و وجه الظهور أن الفاحشه التي تأتي بها المحصنه لا بد أن تكون الزنا.

(٧)روايه القاسم بن سليمان.

(٨)لأن القاسم بن سليمان لم يمدح و لم يذم.

(٩)شرح الإرشاد.

(١٠)تعليل لتعجب المصنف من المحقق و العلامة لأن القول بالأربعين نادر فلا بد من ترجيح قسيمه فلم تركا الترجيح.

(١١)أى ثم المصنف تابعهم على عدم الترجيح هنا في اللمعه.

(١٢)قد تقدم أن الإحصان يطلق على التزويج و على الإسلام و على الحرية و على غيرها، و المراد منه هنا البلوغ و العقل و

الحرية و الإسلام و العفه، فمن استكملها وجب الحد بقذفه و إلا -

تعالى: وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ (١). وَ مُحْصَنَاتٍ غَيْرِ مُسَافِحَاتٍ (٢) وَ عَلَى الْإِسْلَامِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: فَإِذَا أُحْصِنَتْ (٣)، قَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ: إِحْصَانُهَا إِسْلَامُهَا (٤). وَ عَلَى الْحَرِيَّةِ وَ مِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: وَ مَنْ لَمْ يَشِدَّ يَتَطَّعْ مِنْكُمْ طَوْلًا - أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ (٥)، وَ قَوْلُهُ تَعَالَى: وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَ الْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ (٦)، وَ عَلَى اجْتِمَاعِ الْأُمُورِ الْخَمْسَةِ الَّتِي نَبِهَ عَلَيْهَا هُنَا بِقَوْلِهِ:

(وَ أَعْنَى) بِالْإِحْصَانِ هُنَا (الْبُلُوغُ وَ الْعَقْلُ. وَ الْحَرِيَّةُ. وَ الْإِسْلَامُ. وَ الْعِفَّةُ فَمَنْ اجْتَمَعَتْ فِيهِ) هَذِهِ الْأَوْصَافُ الْخَمْسَةُ (وَ جَبَّ الْحَدَّ بِقَدْفِهِ، وَ إِلَّا-) تَجْتَمِعُ بِأَنْ فَقَدْتَ جَمْعَ أَوْ أَحَدَهَا بِأَنْ قَذَفَ صَبِيئًا، أَوْ مَجْنُونًا، أَوْ مَمْلُوكًا، أَوْ كَافِرًا أَوْ مُتَظَاهِرًا بِالزِّنَا (فَالْوَاجِبُ التَّعْزِيرُ) كَذَا أَطْلَقَهُ الْمُصَنِّفُ وَ الْجَمَاعَةُ غَيْرَ فَارِقِينَ بَيْنَ الْمُتَظَاهِرِ بِالزِّنَا - التَّعْزِيرُ، بِلَا خِلَافٍ فِيهِ، أَمَّا الْبُلُوغُ وَ الْعَقْلُ فَقَدْ تَقَدَّمَ دَلِيلُهُمَا، وَ أَمَّا الْحَرِيَّةُ فَلَأَخْبَارُ مِنْهَا:

صَحِيحُهُ أَبِي بَصِيرٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (مَنْ افْتَرَى عَلَى مَمْلُوكٍ عَزَّرَ لِحَرَمِهِ الْإِسْلَامَ) (١) وَ صَحِيحُهُ مَنْصُورُ بْنُ حَازِمٍ عَنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: (فِي الْحَرِّ يَفْتَرِي عَلَى الْمَمْلُوكِ قَالَ: يَسْأَلُ فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ حَرَّةً جَلَدُ الْحَدِّ) ٢ وَ مِثْلُهُ غَيْرُهُ.

وَ أَمَّا الْإِسْلَامُ فَلَخْبَرُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ الْفَضْلِ: (سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الْإِفْتِرَاءِ عَلَى أَهْلِ الذَّمِّ وَ أَهْلِ الْكِتَابِ هَلْ يَجْلَدُ الْمُسْلِمُ الْحَدَّ فِي الْإِفْتِرَاءِ عَلَيْهِمْ؟ قَالَ: لَا، وَ لَكِنْ يَعَزَّرُ) (٢) وَ مِثْلُهُ غَيْرُهُ.

وَ أَمَّا الْعِفَّةُ فَقَدْ تَقَدَّمَ مِنْ كَانَ مُتَظَاهِرًا بِالْفِسْقِ فَلَا حَرَمَةَ لَهُ.

(١) النِّسَاءُ الْآيَةُ: ٢٤.

(٢) النِّسَاءُ الْآيَةُ: ٢٥.

(٣) النِّسَاءُ الْآيَةُ: ٢٥.

(٤) غَيْرُ أَنْ سِيَاقَ الْآيَةِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ بِمَعْنَى الزَّوْجِ لَا الْإِسْلَامِ.

(٥) النِّسَاءُ الْآيَةُ: ٢٥، قَالَ تَعَالَى: وَ مَنْ لَمْ يَشِدَّ يَتَطَّعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَ هِيَ ظَاهِرَةٌ بِدَلِيلِ التَّقَابُلِ أَنَّ الْإِحْصَانَ بِمَعْنَى الْحَرِيَّةِ.

(٦) النِّسَاءُ الْآيَةُ: ٥.

ص: ٣٠٧

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد القذف حديث ١٢ و ١١.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب حد القذف حديث ٤.

و غيره. و وجهه عموم الأدله. و قبح القذف مطلقا (١)، بخلاف مواجهه المتظاهر به بغيره (٢) من أنواع الأذى كما مر، و تردد المصنف في بعض تحقیقاته في التعزير بقذف المتظاهر به. و يظهر منه الميل إلى عدمه محتجا بإباحته استنادا إلى روايه البرقي عن أبي عبد الله عليه السلام: «إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمه له و لا غيبه» (٣).

و في مرفوع محمد بن بزيع: «من تمام العباده الوقيعه في أهل الريب» (٤). و لو قيل بهذا لكان حسنا.

في ما لو قال لكافر أمه مسلمه: يا بن الزانيه

(و لو قال لكافر أمه مسلمه (٥): يا بن الزانيه فالحد لها)، لاستجماعها لشرائط وجوبه، دون المواجهه (فلو) ماتت أو كانت ميتة و ورثها الكافر فلا حد (٦)، لأن المسلم لا يحد للكافر بالأصله فكذا بالإرث، و يتصور إرث الكافر (١) سواء تظاهر بالفاحشه أو لا.

(٢) أي المتظاهر بالزنا بأن يخاطب بغير الزنا من أنواع الأذى فجائر كما تقدم، و فيه: إن المتظاهر بالزنا لو خوطب بما يفعل فلا حد لأنه لا حرمه له كما في الخبر و سيأتي الاستشهاد به من الشارح.

(٣) الوسائل الباب - ١٥٤ - من أبواب أحكام العشره حديث ٤.

(٤) لم أعثر عليه عاجلا في الوسائل و المستدرک.

(٥) يا ابن الزانيه فالحد لها دون المواجهه، لأنها مسلمه مستجمعه لشرائط الإحصان، فعليه حد قذفها إن طالبت.

(٦) حد القذف يورث بلا خلاف و لا إشكال للأخبار منها: خبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (إن الحد لا يورث كما تورث الديه و المال و العقار، و لكن من قام به من الورثه و طلبه فهو وليه، و من تركه و لم يطلبه فلا حق له، و ذلك مثل رجل قذف رجلا و للمقذوف أخوان، فإن عفا أحدهما عنه كان للآخر أن يطالبه بحقه، لأنها أمهما جميعا و العفو إليهما جميعا) (١).

و ليس إرثه على حد إرث المال بحيث يكون لكل واحد حصه بل هو مجرد ولايه على استيفائه فالواحد من الورثه له الحق بالمطالبه بتمام الحد، إلا- أنك عرفت أن الكفر مانع من إرث المال فيكون مانعا من إرث الحد، فلا يقام الحد على المسلم القاذف لأن المسلم لا يحد للكافر لو قذفه فكيف يحد له لو كان الحد بالإرث.

ص: ٣٠٨

للمسلم (١) على تقدير موت المسلم مرتدا عند الصدوق و بعض الأصحاب، أما عند المصنف فغير واضح (٢) و قد فرض المسألة كذلك في القواعد (٣)، لكن بعبارة أقبل من هذه للتأويل (٤).

في ما لو تقاذف المحصنان

(و لو تقاذف المحصنان) بما يوجب الحد (عزرا (٥) و لا حد على أحدهما، لصحيحه أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين قذف كل واحد منهما صاحبه بالزنا في بدنه فقال: يدرأ عنهما الحد و عزّهما.

(١) إذا كان هناك كافر أسلم ثم ارتد و مات فعلى المشهور كان ميراثه لولده المسلم و لو لم يكن له وارث إلا الكافر ورثه الإمام حينئذ، و ذهب ابن بابويه و الشيخ في النهاية أن ميراثه لولده الكافر عند عدم المسلم من الوراث اعتمادا على رواية ابن أبي عمير عن إبراهيم بن عبد الحميد (قلت للصادق عليه السلام: نصراني أسلم ثم رجع إلى النصرانية ثم مات، قال:

ميراثه لولده النصراني، و مسلم تنصير ثم مات قال: ميراثه لولده المسلمين) (١) و الخبر دال على إرث الكافر للمسلم بشرط أن يكون مرتدا و أن يكون ارتداده مليا، فلو سلم بهذا القول فيقتصر على المرتد الملى و إلا فقد عرفت أن الكافر لا يرث المسلم لأن الكفر مانع.

(٢) إذ عبارته هنا (فلو ورثها الكافر فلا حد)، و لم يبين كيف يرثها الكافر مع أن المفروض أن الكفر مانع من الإرث إلا في خصوص المرتد الملى.

(٣) أي فرض العلاقة إرث الكافر للمسلم.

(٤) إذ قال في القواعد (و لو قال لكافر أمه مسلمة: يا ابن الزانية و إن كانت ميتة، و لا وارث لها سوى الكافر لم يحد) و وجه الأقبليه: أن ظاهر العبارة أن الكافر يرثها و لكن من المحتمل أن يكون مراده أنه لا وارث لها سوى كافر و لم يحكم العلاقة بإرثه إذ لم يقل ورثها بخلاف المصنف حيث حكم بإرث الكافر من المسلم فافهم.

(٥) و يسقط الحد بلا خلاف فيه لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجلين افتريا كل واحد منهما على صاحبه قال: يدرأ عنهما الحد و يعزران) (٢) و صحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام (أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجلين، قذف كل منهما صاحبه بالزنا في بدنه فدرأ عنهما الحد و عزّهما) ٣.

ص: ٣٠٩

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب موانع الإرث حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب حد القذف حديث ١ و ٢.

(و لو تعدد المقذوف تعدد الحد (١)، سواء اتحد القاذف، أو تعدد)، لأن كل واحد سبب تام في وجوب الحد فيتعدد المسبب.

(نعم لو قذف) الواحد (جماعه بلفظ واحد) بأن قال: أنتم زناه و نحوه (و اجتمعوا في المطالبه) له بالحد (فحد واحد، و إن افترقوا) في المطالبه (فلكل واحد حد) لصحيحه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل افتري على قوم جماعه (١) سواء كان القذف من واحد أولاً، أما لو تعدد المقذوف و القاذف فيتعدد الحد و هذا واضح لعموم أدله و وجوب حد القاذف. و أما لو تعدد المقذوف و القاذف واحد كأن يقذف فلانا و فلانا و فلانا فيتعدد الحد سواء جاءوا به مجتمعين أو متفرقين بلا خلاف فيه إلا من الإسكافي و سيأتي بيان مذهبه، و مستند المشهور قاعده تعدد المسبب بتعدد السبب و خبر بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يقذف القوم جميعاً بكلمه واحده فإذا لم يسمهم فإنما عليه حد واحد و إن سمى فعليه لكل واحد حد) (١)، و صحيح الحسن العطار عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل قذف قوما جميعاً، فقال: بكلمه واحده، قال: نعم، قال: يضرب حدا واحداً، و إن فزق بينهم في القذف ضرب لكل واحد منهم حدا) (٢).

و صدره دال على أنه لو قذفهم بكلمه واحده فعليه حد واحد بشرط أن يأتوا به مجتمعين، و أما لو طالبوا به متفرقين فلكل واحد حد اعتماداً على صحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل افتري على قوم جماعه قال: إن أتوا به مجتمعين ضرب حدا واحداً، و إن أتوا به متفرقين ضرب لكل منهم حدا) (٢)، و خبر محمد بن حمران عن أبي عبد الله (سألته عن رجل افتري على قوم جماعه، فقال: إن أتوا به مجتمعين به ضرب حدا واحداً، و إن أتوا به متفرقين ضرب لكل رجل حدا) (٤)، و عن الإسكافي فلو قذف الجميع بلفظ واحد فعليه حد واحد سواء أتوا به متفرقين أو مجتمعين، و إن قذفهم مع تسميه كل واحد فإن جاءوا به مجتمعين فعليه حد واحد، و إن تفرقوا فلكل واحد حد، و نفى عنه العلامه في المختلف البأس، اعتماداً على صحيح جميل المتقدم في الاجتماع و التفريق في المطالبه، و اعتماداً على صحيح العطار و خبر بريد فيما لو كان ذلك مع تسميه كل واحد منهم، و أن لو كان بلفظ واحد من دون تسميه فعليه حد واحد، على عكس جمع المشهور.

ص: ٣١٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد القذف حديث ٥ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد القذف حديث ١ و ٣.

قال: «إن أتوا به مجتمعين ضرب حدا واحدا وإن أتوا به متفرقين ضرب لكل واحد منهم حدا».

وإنما حملناه على ما لو كان القذف بلفظ واحد مع أنه أعم (١) جمعا بينه وبين صحيحه العطار عنه عليه السلام في رجل قذف قوما جميعا قال عليه السلام: بكلمه واحده؟ قلت: نعم، قال: يضرب حدا واحدا فإن فرّق بينهم في القذف ضرب لكل واحد منهم حدا بحمل الأولى (٢) على ما لو كان القذف بلفظ واحد (٣) والثانية على ما لو جاءوا به مجتمعين.

و ابن الجنيد (رحمه الله) عكس فجعل القذف بلفظ واحد موجبا لاتحاد الحد مطلقا (٤)، و بلفظ متعدد موجبا للاتحاد إن جاءوا مجتمعين، و للتعديد إن جاءوا متفرقين، و نفى عنه في المختلف البأس محتجا بدلاله الخبر الأول (٥) عليه و هو أوضح طريقا. (٦)

و فيه نظر (٧)، لأن تفصيل الأول (٨) شامل للقذف المتحد و المتعدد فالعمل به يوجب التفصيل فيهما (٩).

(١) فيشمل ما لو كان القذف بكلمه واحده للجميع أو مع تسميه الجميع.

(٢) أى صحيحه جميل.

(٣) بخلاف الإسكافي فقد حملها على ما لو كان القذف مع تسميه كل واحد.

(٤) أتوا مجتمعين أو متفرقين في المطالبه.

(٥) أى صحيح جميل.

(٦) لأن الرواه في سنده كلهم إماميون ثقات بخلاف صحيح العطار فإن في سنده أبان و هو مشترك بين الثقه و غيره، هذا من جهه و من جهه أخرى فصحيح جميل يدل على تفصيل الإسكافي بدعوى أن لفظ (جماعه) الوارد في الصحيح هو صفه للقذف المدلول عليه بالفعل، فيكون القذف متعددا.

و فيه: إن لفظ (جماعه) صفه للقوم بحسب الظاهر فيكون الصحيح شاملا لما تعدد القذف أو اتحد فلا بد من ضمه إلى صحيح العطار المفصل بين وحده القذف فعليه حدّ واحد و بين تعدده فيتعدد الحد.

(٧) أى في قول ابن الجنيد الذى نفى عنه البأس العلامه في المختلف.

(٨) أى صحيح جميل.

(٩) بعد الجمع بينه و بين صحيح العطار.

و الظاهر أن قوله فيه (١): «جماعه» صفة للقوم، لأنه أقرب و أنسب بالجماعه، لا للقذف (٢)، و إنما يتجه قوله (٣) لو جعل (٤) صفة للقذف المدلول عليه بالفعل، و أريد بالجماعه القذف المتعدد (٥). و هو بعيد جدا.

و كذا الكلام فى التعزير (٦) فيعزر قاذف الجماعه بما يوجهه (٧) بلفظ متعدد (٨) متعددا (٩) مطلقا، (١٠) و بمتحد (١١)

(١) أى قول السائل فى صحيح جميل.

(٢) كما هو مستند العلامه فى المختلف.

(٣) قوله ابن الجنيد

(٤) أى لفظ جماعه

(٥) كما استدل بذلك العلامه هذا كله اذا كان مستند ابن الجنيد خصوصا صحيح جميل كما جعله العلامه مع انك قد عرفت ان الجمع بين الاخبار قد يكون مستندا لقول ابن الجنيد و قد يكون مستندا لقول المشهور.

(٦) فلو قذف جماعه من المماليك أو المجانين أو الكفار الذين لا يثبت عليه الحد بقذفهم، فعليه التعزير لقذفهم، لكن لو قذفهم مع تسميه كل واحد فعليه تعزير لكل واحد سواء أتوا به مجتمعين أو متفرقين، و لو قذفهم بلفظ واحد فإن أتوا به مجتمعين فعليه تعزير واحد، و إن أتوا به متفرقين فلكل واحد تعزير، هذا ما عليه المشهور و دليلهم الأولويه لأن التفصيل المذكور ثابت فى الحد فثبوتة فى التعزير الذى هو أقل من الحد كميّه من طريق أولى، و ذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت التفصيل المذكور فى التعزير لقاعده تعدد المسبب بتعدد السبب مع منع الأولويه المذكوره لأنها من القياس الممنوع.

و ذهب جماعه منهم المحقق فى الشرائع بأنه لا معنى للاختلاف ضمن لأن التعزير منوط بنظر الحاكم، و ليس له حد محدود فهو يؤدب قاذف الجماعه بما يراه سواء كان بعنوانه عده تعزيرات أو بعنوان تعزير واحد و سواء كان قذفهم بلفظ واحد أو متعدد.

(٧) فيراد من الموصول التعزير، و ضمير الفاعل راجع إلى القذف.

(٨) بأن قذف كل واحد باسمه.

(٩) متعلق بفعل (يعزّر)، و المعنى فيعزر تعزيرات متعدده أن قذف الجماعه بأسمائهم لكل واحد حدّ.

(١٠) أتوا به مجتمعين أو متفرقين فى المطالبه.

(١١) عطف على قوله (بلفظ متعدد)، أى قذفهم بلفظ واحد من دون تسميه لكل واحد منهم، فيعزّر تعزيرات متعدده إن جاءوا به متفرقين.

إن جاءوا به متفرقين، و متحد (١) إن جاءوا به مجتمعين، و لا نص فيه (٢) على الخصوص، و من ثم أنكره ابن إدريس و أوجب التعزير لكل واحد مطلقا (٣) محتجا بأنه قياس (٤)، و نحن نقول بموجبه (٥)، لأنه قياس مقبول، لأن تداخل الأقوى يوجب تداخل الأضعف بطريق أولى، و مع ذلك فقول ابن إدريس لا بأس به.

فى هذا الفصل «مسائل» حد القذف ثمانون جلده (٦) إجماعا، و لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ إِلَى قَوْلِهِ: فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (٧)، و لا فرق فى القاذف بين الحر و العبد على أصح القولين (٨)، و من ثم أطلق (و يجلد) القاذف (بشابه (٩)

(١) عطف على قوله (متعددا) أى يعزّر قاذف الجماعة تعزيرا متحدا أى واحدا إن قذف الجماعة بلفظ واحد من دون تسميه لكل واحد إن جاءوا به مجتمعين.

(٢) فى التعزير.

(٣) اجتمعوا أو تفرقوا فى المطالبه، و كان القذف بلفظ واحد أو متعدد.

(٤) ردّ على مستند المشهور من جريان التفصيل فى التعزير لأنه جار فى الحد بطريق أولى.

(٥) أى بموجب القياس هذا لأنه من قسم الأولويه العقليه فيكون خارجا عن القياس الممنوع المنحصر فى القياس المساوى، و هذا ردّ من الشارح على ابن إدريس.

و فيه: إن أدله القياس تشمل المادى و الأولى، نعم الأولويه اللفظيه حجه إلا أنها راجعه إلى دلالة اللفظ و ظهوره و هذا خارج تخصصا عن القياس المنهى عنه بجميع أقسامه.

(٦) بلا خلاف فيه و تدل عليه الآيه الشريفه وَ الَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً (١) و للأخبار قد تقدم بعضها.

(٧) النور الآيه: ٤.

(٨) قد تقدم الخلاف فيه و عرفت أن الأصح عدم التفريق لأنه من حقوق الناس.

(٩) و لا يجرد، و عليه الاتفاق للأخبار منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أمر رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم أن لا ينزع من ثياب القاذف إلا الرداء) (٢) و خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (يجلد الزانى أشدّ الحدين، قلت: فوق ثيابه، قال: لا و لكن يخلع ثيابه، قلت: فالمفترى؟ قال: ضرب بين الضريين فوق الثياب يضرب جسده كله) ٣.

١- (١) سورة النور الآية: ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب حد القذف حديث ٤ و ٦.

المعتاده (١)، و لا يجرّد كما يجرّد الزانى، و لا يضرب ضربا شديدا، بل (حدا متوسطا (٢)، دون ضرب الزنا، و يشهّر (٣) القاذف (ليجتنب شهادته).

فى ما يثبت القذف و التعزير به

(و يثبت) القذف (بشهادة عدلين) (٤) ذكرين (٥)، لا بشهادة النساء منفردات، و لا منضمات و إن كثرن (و الإقرار مرتين (٦) من مكلف حر مختار (٧). فلا- عبره بإقرار الصبى، و المجنون، و المملوك مطلقا (٨)، و المكره عليه. و لو انتفت البيه و الإقرار فلا حد و لا يمين على المنكر (٩).

(و كذا ما يوجب التعزير) (١٠) لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين عدلين، أو (١) فالمعتاد منها غير مانع من التألم، و أما إذا لم تكن معتاده و لبسها لتجنب الألم فإنها تنزع.

(٢) كما دل عليه خبر إسحاق المتقدم و لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: الزانى أشد ضربا من شارب الخمر، و شارب الخمر أشد ضربا من القاذف، و القاذف أشد ضربا من التعزير) (١).

(٣) بمعنى يعلم الناس بحاله لتجنب شهادته كما يشهر شاهد الزور، بقوله تعالى: **وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا (٢)**، و هو لا يتحقق إلا بالتشهير.

(٤) بلا خلاف لعموم ما دل على حجيه الشهاده.

(٥) لما مرّ من أن قول النساء منفردات أو منضمات غير مسموع فى الحدود.

(٦) قال فى الجواهر «لا أجد فيه خلافا و إن لم نظفر بنص خاص فيه، و عموم إقرار العقلاء يقتضى الاجتزاء به مره، اللهم إلا أن يكون من جهه بناء الحدود على التخفيف فينزل إقراره منزله الشهاده على نفسه فيعتبر فيها التعدد».

(٧) أما المكلف فهو البالغ العاقل إذ لا عبره بإقرار الصبى و المجنون لحديث رفع القلم، و اعتبار الحره لأن إقرار العبد فى حق الغير لا فى حق نفسه، و اعتبار الاختيار إذ مع الإكراه لا أثر لإقراره لحديث الرفع.

(٨) سواء كان قنا أو لا.

(٩) بمعنى لو أنكر القذف و قد ادعاه عليه غيره مع عدم الشهاده من قبل المدعى و لا إقرار بالنسبه للمدعى عليه، فلا يطالب المنكر باليمين فى الحدود لأنها مبنيه على التخفيف.

(١٠) من حقوق الله تعالى، فإنه يثبت بشاهدين بلا خلاف، لعموم ما دل على اعتبار البيه،-

١- (١) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب حد القذف حديث ٥.

٢- (٢) النور آية: ٤.

الإقرار من المكلف الحر المختار.

و مقتضى العبارة اعتباره مرتين مطلقاً، (١) و كذا أطلق غيره مع أنه (٢) تقدم حكمه (٣) بتعزير المقر باللواط دون الأربع الشامل للمرء، إلا أن يحمل ذلك على المرتين فصاعداً.

و فى «الشرائع» نسب اعتبار الإقرار به مرتين إلى قول مشعراً بتمريضه و لم نقف على مستند هذا القول (٤).

فى أن القذف موروث

(و هو) أى حد القذف (موروث) (٥) لكل من يرث المال: من ذكر و أنثى لو مات المقذوف قبل استيفائه و العفو عنه (إلا للزوج و الزوجه (٦)، و إذا كان الوارث جماعة) فلكل واحد منهم المطالبة به. فإن اتفقوا على استيفائه فلهم حد واحد، - و يثبت بالإقرار مرتين على المشهور لكن لا نص فيه مع أن إقرار العقلاء على أنفسهم عام يقتضى الاجتزاء بالمرء و لذا نسب هذا الحكم إلى القيل المحقق فى الشرائع مشعراً بتمريضه، و قد عرفت أن الحدود مبنية على التخفيف فينزل إقراره منزله الشهادة على نفسه فلذا اعتبر فيه التعدد كما اعتبر فيها.

(١) أى اعتبار الإقرار مرتين مطلقاً فى ثبوت التعزير سواء كان فى القذف أو اللواط أو غيرهما.

(٢) الشأن و الواقع.

(٣) حكم المصنف بالتعزير دون الأربع و هو شامل للمرء.

(٤) و قد عرفت مستنده.

(٥) إذا لم يكن قد استوفاه المقذوف و لم يعف عنه، بلا خلاف فيه للأخبار منها: موثق الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (إن الحد لا يورث كما تورث الديه و المال و العقار، و لكن من قام به من الورثه و طلبه فهو وليه، و من تركه و لم يطلبه فلا حق له، و ذلك مثل رجل قذف رجلاً و للمقذوف أخوان، فإن عفا أحدهما عنه كان للآخر أن يطالبه بحقه) (١).

(٦) و ما شابههما من الأسباب إلا- الإمام على قول و لكن ليس له العفو، و عليه الإجماع كما فى التقيه و قال فى الرياض: «هو الحجج».

ص: ٣١٥

و إن تفرقوا فى المطالبه و لو عفا بعضهم (لم يسقط) عنه شىء (بعفو البعض)، بل للباقيين استيفاؤه كاملا (١) على المشهور (٢).

فى جواز العفو

(و يجوز العفو) من المستحق الواحد و المتعدد (بعد الثبوت كما يجوز قبله) (٣) و لا- اعتراض للحاكم، لأنه حق آدمى تتوقف إقامته على مطالبته و يسقط (١) قد تقدم حكمه فى موثق الساباطى.

(٢) علق الشارح بقوله: (نُبّه بالمشهور على أن مستند الحكم روايه عمار، و هى مع ما يعلم بحاله مقطوعه، لكن لا نعلم مخالفا فى ذلك) انتهى.

هذا و الساباطى واقفى رواياته ليست مقطوعه لأن الشيخ فى التهذيب قد رواها عن أحمد بن محمد بن عيسى عن ابن محبوب عن هشام بن سالم عن عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام.

(٣) حد القذف قابل للإسقاط لأنه من حقوق الآدميين القابله للسقوط بالإسقاط و غيره، بلا فرق بين قذف الزوجه و غيرها، و لا فرق فى العفو قبل مراجعه الحاكم و قبل الثبوت أو بعده، لأن العفو أصل فى كل حق آدمى و لخبر ضريس عن أبى جعفر عليه السلام (لا يعفى عن الحدود التى لله دون الإمام، فأما ما كان من حق الناس فى حد فلا بأس بأن يعفى عنه دون الإمام) (١).

نعم لو عفا فليس له المطالبه بعد العفو للأصل و لخبرى سماعه، و فى أحدهما عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن الرجل يفتري على الرجل ثم يعفو عنه، ثم يريد أن يجلده الحد بعد العفو، قال: ليس ذلك له بعد العفو) (٢).

خلاف للشيخ فى الاستبصار و التهذيب و ليحيى بن سعيد من عدم العفو للزوجه بعد المرافعه لصحيح ابن مسلم (سألته عن الرجل يقذف امرأته، قال: يجلد، قلت: أ رأيت إن عفت عنه، قال: لا و لا كرامه) (٣) و قد حمل الخبر على ما لو كان العفو بعد المطالبه، و فيه: إنه حمل بلا شاهد، و لذا ذهب الشيخ الصدوق اعتمادا على هذه الروايه إلى عدم جواز العفو عن الزوج لو قذفها مطلقا قبل المرافعه أو بعدها، و الروايه مضمرة قد أعرض عنها المشهور فترد إلى أهلها.

ص: ٣١٦

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب حد القذف حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب حد القذف حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب حد القذف حديث ٤.

بعفوه، و لا فرق في ذلك بين قذف الزوج لزوجته، و غيره، خلافا للصدوق حيث حتم عليها استيفاءه، و هو شاذ.

في قتل القاذف في الرابعه

(و يقتل) القاذف (في الرابعه لو تكرر الحد ثلاثا) (١) على المشهور، خلافا لابن إدريس حين حكم بقتله في الثالثه كغيره من أصحاب الكبار، و قد تقدم الكلام فيه، و لا فرق بين اتحاد المقذوف، و تعدده هنا (٢) (و لو تكرر القذف) لواحد (قبل الحد فواحد) (٣) و لو تعدد المقذوف تعدد الحد مطلقا (٤) إلا مع اتحاد الصيغه كما مرّ.

في سقوط الحد بتصديق المقذوف

(و يسقط الحد بتصديق المقذوف) (٥) على ما نسبه إليه من الموجب للحد (و اليينه) على وقوعه منه (و العفو) أى عفو المقذوف عنه، (و بلعان الزوجه) لو كان القذف لها. و سقوط الحد في الأربعه لا كلام فيه، لكن هل يسقط مع ذلك (١) إذا تكرر الحد بتكرر القذف مرتين قتل في الثالثه كما عن ابن إدريس لصحيح يونس (إن أصحاب الكبار يقتلون في الثالثه) (١)، و قيل: يقتل في الرابعه، و هو المشهور، للاحتياط في التهجم على الدم و قد مضى نظيره فراجع.

(٢) في تكرار حد القذف، فالمدار على تكرار الحد كفعل، و الحد كفعل يثبت بالتفصيل المتقدم فيما لو قذف الجميع بلفظ واحد أو متعدد و جاءوا مطالبين به متفرقين أو مجتمعين.

(٣) بلا خلاف لصحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام (في الرجل يقذف الرجل فيعود عليه بالقذف - أى يكرر - قال: إن قال له إن الذى قلت لك حق لم يجلد، و إن قذفه بالزنا بعد ما جلد ففيه الحد، و إن قذفه قبل أن يجلد بعشر قذفات لم يكن عليه إلا حدّ واحد) (٢).

(٤) أى سواء حد قبل قذف الثانى أو لا.

(٥) قد عرفت أن من شروط الحد على القاذف إحسان المقذوف، و إحصانه مشتمل على عفته، فمع تصديقه للقاذف يتبين في نفس الأمر أنه غير عفيف فلا حد على القاذف، و عليه فالحد يسقط عن القاذف إما بالبينه كما في الآيه أو بتصديق المقذوف أو بعفوه، و هذه الثلاثه مشتركه، و يزداد أمر رابع في قذف الزوجه فإن الحد يسقط عن الزوج باللعان و قد تقدم في كتابه.

ص: ٣١٧

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد القذف حديث ١.

التعزير (١)؟ يحتمله، خصوصا في الأخيرين (٢)، لأن الواجب هو الحد وقد سقط و الأصل عدم وجوب غيره، و يحتمل ثبوت التعزير في الأولين (٣) لأن قيام البيه و الإقرار بالموجب لا يجوز القذف، لما تقدم من تحريمه مطلقا (٤)، و ثبوت التعزير به (٥) للمتظاهر بالزنا (٦) فإذا سقط الحد بقى التعزير على فعل المحرم، و في الجميع (٧)، لأن العفو عن الحد لا يستلزم العفو عن التعزير، و كذا اللعان (٨)، لأنه بمنزله إقامة البيه على الزنا (٩) و لو قذف المملوك فالتعزير له لا للمولى (١٠) فإن عفى لم يكن لمولاه المطالبه كما أنه لو طالب فليس لمولاه العفو (و) لكن (يرث المولى تعزير عبده) و أمته (لومات) المقذوف (بعد قذفه)، لما تقدم من أن الحد يورث، و المولى وارث مملوكه (١١).

في الكفار لو تنازوا بالألقاب

(و لا يعزّر الكفار لو تنازوا بالألقاب) (١٢) أى تداعوا بألقاب الذم (أو عير) (١) وجهان من أن الثابت عليه هو الحد و قد سقط و لا دليل على ثبوت التعزير، و من أن القذف و إن جاز إظهاره عند الحاكم لإقامه الحد عليه لكن يجوز مع البيه، فإذا عدمت فهو أمر محرم و من الكبائر التى يثبت فيها التعزير كما تقدم.

(٢)العفو و اللعان.

(٣)تصديق المقذوف و البيه.

(٤)سواء كان القاذف صادقا أو كاذبا.

(٥)بالقذف.

(٦)فلغيره من باب أولى.

(٧)أى يحتمل ثبوت التعزير فى الجميع، أما الأولان فلما ذكر و أما الأخيران فلأن العفو إلخ...

(٨)لا يسقط فيه التعزير كالعفو.

(٩)وفيه: إن إطلاق الآيه تدل على عدم الحد و عدم التعزير لو جاء بالشهادة أولا عن زوجته.

(١٠)لأن القذف له فهو من حقه، و هذا مما يحق له التعرف فيه من دون الرجوع إلى مولاه لأنه ليس من حقوق المالىه.

(١١)قد عرفت أن القذف و إن كان موروثا إلا أنه لا يرثه الزوج و الزوجه و كل من يتقرب به بسبب أن الإمام على قول، و لذا علق الشارح (نسب فى الشرائع ذلك إلى القيل مشعرا بتمريضه و لم نقف على مستنده).

(١٢)التناز بالألقاب بين المسلمين يوجب التعزير لأنه فعل محرم، و أما بين الكفار فلا تعزير-

(بعضهم بعضاً بالأمراض) من العور و العرج و غيرهما، و إن كان المسلم يستحق بها التعزير.

(إلا مع خوف) و وقوع (الفتنة) بترك تعزيرهم على ذلك فيعزرون حسماً لها (١) بما يراه الحاكم.

في تأديب الصبي

(و لا يزداد في تأديب الصبي على عشرة أسواط، و كذا المملوك) (٢)، سواء كان التأديب لقذف أم غيره..

و هل النهي عن الزائد على وجه التحريم أم الكراهه؟ ظاهره الأول و الأقوى الثاني، للأصل، و لأن تقدير التعزير إلى ما يراه الحاكم.

—على المشهور، بل لم يذكر فيه خلاف كما في المسالك، نعم في الشرائع نسبة إلى القيل مشعراً بتمريضه، و لعل مستند عدم التعزير هو استحقاق الكافر للاستخفاف به بخلاف المسلم إلا أنه لا نص عليه.

(١) للفتنة.

(٢) لمرسل الفقيه: (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: لا- يحلّ لوال يؤمن بالله و اليوم الآخر أن يجلد أكثر من عشرة أسواط إلا في حد) (١) و ظاهره الحرمة في الزيادة على العشرة، و يؤيده خبر حماد بن عثمان: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: في أدب الصبي و المملوك، فقال: خمسة أو ستة و أرفق) (٢)، و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن أمير المؤمنين عليه السلام ألقى صبيان الكتاب ألواحهم بين يديه ليخير بينهم، فقال: أما إنها حكومه و الجور فيها كالجور في الحكم، أبلغوا معلمكم إن ضربكم فوق ثلاث ضربات في الأدب اقتص منه) (٣) و خبر زرارة بن أعين، (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المملوك كم أضربه؟ قال: ثلاثة أربعه خمسة) (٤).

و لكن حملت الزيادة، على العشرة على الكراهه لأن التعزير بنظر الحاكم، نعم يجب أن يكون تأديب الصبي و المملوك بداعي التأديب الراجع إلى مصلحة المضروب، لا بداعي الغضب و الدواعي النفسانية و لذا قال في الجواهر: «فينبغي أن يعلم أن مفروض الكلام في التأديب الراجع إلى مصلحة الصبي مثلاً، لا ما يثيره الغضب النفساني فإن المؤدّب حينئذ قد يؤدّب».

ص: ٣١٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الحدود حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب بقيه الحدود حديث ١ و ٢ و ٣.

فى تعزير كل من ترك واجبا أو فعل محرما

(و يعزر كل من ترك واجبا، أو فعل محرما) (١) قبل أن يتوب (بما يراه الحاكم، ففي الحر لا يبلغ حدّه) أى مطلق حده فلا يبلغ أقله و هو خمسة و سبعون. نعم لو كان المحرم من جنس ما يوجب حدا مخصوصا كمقدمات الزنا فالمعتبر فيه حد الزنا. و كالقذف بما لا يوجب الحد فالمعتبر فيه حد القذف (و فى) تعزير (العبد لا يبلغ حده) كما ذكرناه.

فى سابّ النبى صلى الله عليه وآله و سلم

(و سابّ النبى صلى الله عليه وآله و سلم (٢))،

(١) بشرط أن يكون المحرم أو ترك الواجب من الكبائر لا الصغائر بلا خلاف فيه، لأن الصغائر مكفر عنها باجتناب الكبائر لقوله تعالى **إِنْ تَجَنَّبُوا كَبَائِرَ مَا تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئَاتِكُمْ** (١)، هذا من جهه و من جهه أخرى لا- بدّ أن يكون قد ردعه أولا بالنهى ثم بالتوبيخ فإن لم يرتدع يعزر بالضرب و الدليل عليه نفس التدرج فى أخبار النهى عن المنكر من القلب إلى اللسان إلى اليد، و لذا قال صاحب الرياض بعد إيراد مضمون ما تقدم: «فلا دليل على التعزير إلا فى مواضع مخصوصه».

و من جهه ثالثة فالتعزير منوط بنظر الحاكم حسب ما يراه، لكن بشرط أن لا يبلغ حد الحر فى الحر و هو مائه، و لا حد العبد فى العبد و هو خمسون.

و قيل: يجب أن لا يبلغ أدنى الحد فى الحر و هو خمسة و سبعون و أن لا يبلغ أدنى الحد فى العبد و هو أربعون.

و قيل: إن ما ناسب الزنا من المحرمات يجب أن لا يبلغ حده و إن تجاوز حد غيره و ما ناسب القذف أو الشرب أن لا يبلغ حدهما، و فيما لا مناسب له أن لا يبلغ أدنى الحدود و هو خمسة و سبعون سوطا، و الأخير للشيخ و الفاضل فى المختلف.

و قد ورد فى خبر حماد بن عثمان أنه يضرب دون حد العبد، و الخبر عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: كم التعزير؟ قال: دون الحد، قلت: دون ثمانين، قال: لا، و لكن دون أربعين فإنها حد المملوك، قلت: و كم ذاك؟ قال: على قدر ما يراه الوالى من ذنب الرجل و قوه بدنه) (٢) و العمل عليها قوى إذ كل موارد التعزير أدنى من أربعين.

(٢) يقتل بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام:

(سئل عن شتم رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم، فقال: يقتله الأدنى فالأدنى قبل أن يرفع إلى -

ص: ٣٢٠

١- (١) النساء الآية: ٣١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب بقيه الحدود حديث ٣.

(أو أحد الأئمة (١) عليهم السّلام يقتل) و يجوز قتله لكل من أطلع عليه (و لو من غير إذن الإمام) (٢) أو الحاكم (٣) ما لم يخف) القاتل (على نفسه، أو ماله، أو على مؤمن) نفساً أو مالا (٤) فينتفى الجواز، للضرر، قال الصادق عليه السّلام أخبرني أبي أن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم قال: الناس في أسوه سواء من سمع أحداً يذكرني بسوء فالواجب عليه -الإمام(١)، و خبر محمد بن مسلم: (قلت لأبي جعفر عليه السّلام: أ رأيت لو أن رجلاً سبّ النبي صلّى الله عليه وآله وسلم أ يقتل؟ قال: إن لم تخف على نفسك فاقتله)(٢)، و لذا قيّد الحكم بما لم يخف على الضرر على نفسه أو ماله مما يكون فواته فيه ضرر على النفس أو عرضه.

(١) فكذلك يقتل بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح هشام بن سالم: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: ما تقول في رجل سبّ به لعلّي عليه السّلام: فقال لي: حلال الدم، و الله لو لا أن تعمّ بريناً)(٣)، و خبر العامري: (قلت لأبي عبد الله عليه السّلام: أي شيء تقول في رجل سمعته يشتم علياً عليه السّلام و يبرأ منه، فقال لي: و الله هو حلال الدم، و ما ألف منهم برجل منكم، دعه)٤.

(٢) كما هو صريح صحيح هشام بن سالم المتقدم، و خالف في ذلك المفيد و الفاضل و اشتراط إذن الإمام لخبر عمار السجستاني: (إن أبا عبد الله بن النجاشي سأله الصادق عليه السّلام فقال: إنني قتلت ثلاثة عشر رجلاً من الخوارج، كلهم سمعتهم يبرأ من عليّ بن أبي طالب عليه السّلام، فقال: لو كنت قتلتهم بأمر الإمام لم يكن عليها في قتلهم شيء، و لكنك سبقت الإمام فعليك ثلاثة عشر شاه تذبحها بمنى و تصدق بلحمها)(٤) و حمل على الاستحباب لقصور سنده.

(٣) لخبر علي بن جعفر: (أخبرني أخى موسى عليه السّلام: - إلى أن قال - فقال أبو عبد الله عليه السّلام: أخبرني أبي أن رسول الله صلّى الله عليه وآله وسلم قال: إن الناس في أسوه سواء، من سمع أحداً يذكرني فالواجب عليه أن يقتل من شتمني، و لا يرفع إلى السلطان، و الواجب على السلطان إذا دفع إليه أن يقتل من نال مني)(٥).

(٤) بالنسبة للمؤمن.

ص: ٣٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد المرتد حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب حد القذف حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب حد القذف حديث ١ و ٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب ديات النفس حديث ٢.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب حد القذف حديث ٢.

أن يقتل من شتمنى ولا يرفع إلى السلطان، والواجب على السلطان إذا رفع إليه أن يقتل من نال منى.

و سئل عليه السّلام عن من سمع يشتم عليا عليه السّلام و برئ منه قال: فقال لى:

هو و الله حلال الدم، و ما ألف رجل منهم برجل منكم دعه. و هو إشاره إلى خوف الضرر على بعض المؤمنين.

و فى إلحاق الأنبياء عليهم السّلام بذلك وجه قوى (١)، لأن تعظيمهم و كمالهم قد علم من دين الإسلام ضروره فسبهم ارتداد.

و ألحق فى التحرير بالنبي صلى الله عليه و آله و سلم أمه و بنته (٢) من غير تخصيص بفاطمه (صلوات الله عليها).

و يمكن اختصاص الحكم بها عليه السّلام (٣) للإجماع على طهارتها بآيه التطهير (٤). و ينبغى تقييد الخوف على المال بالكثير

المضر فواته، فلا يمنع القليل بالجواز و إن أمكن منعه الوجوب. و ينبغى إلحاق الخوف على العرض بالشم و نحوه على وجه لا

يتحمل عادة بالمال بل هو أولى بالحفظ (٥).

فى قتل مدعى النبوه

(و يقتل مدعى النبوه) بعد نبينا محمد صلى الله عليه و آله و سلم، لثبوت ختمه للأنبياء من الدين ضروره فيكون دعواها كفرا (٦).

(١) و ادعى فى الغنيه عليه الإجماع، و لأن كما لهم و تعظيمهم علم من دين الإسلام ضروره فسبهم ارتداد، و فيه: إنه لا يدل على قتله إذ ليس كل مرتد يقتل إلا إذا كان فطريا، و لمرسل الطبرسى عن الرضا عن آبائه عليهم السّلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: (من سب نبيا قتل و من سب صاحب نبى جلد) (١).

(٢) مراعاة لقدره.

(٣) إلا أن يرجع السب إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فيقتل كما لو سب أم النبي بعنوان أنها أم للنبي أو بنته كذلك.

(٤) الأحزاب الآيه: ٣٣.

(٥) لأن المال يبذل لحفظ العرض و ليس العكس.

(٦) فيقتل إذا كان مرتدا فطريا، و الأولى الاستدلال بالأخبار التى أوجبت قتله مطلقا سواء -

ص: ٣٢٢

(و كذا) يقتل (الشاك في نبوه نبينا محمد صلى الله عليه وآله وسلم) (١) أو في صدقه (إذا كان على ظاهر الإسلام) احترز به (٢) عن إنكار الكفار لها كاليهود والنصارى فإنهم لا يقتلون بذلك، وكذا غيرهم من فرق الكفار وإن جاز قتلهم بأمر آخر (٣).

في قتل الساحر

(و يقتل الساحر) (٤)

- كان مرتدا فطريا أو مليا منها: خبر ابن أبي يعفور: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن بزيعا يزعم أنه نبي فقال: أن سمعته يقول ذلك فاقتله، قال: فجلست إلى جنبه غيره مره فلم يمكّن ذلك) (١)، وخبر أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: (قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: أيها الناس إنه لا نبي بعدى ولا سنة بعد سنتي، فمن ادعى ذلك فدعواه و بدعته في النار، فاقتلوه) (٢)، وخبر ابن فضال عن الرضا عليه السلام (إلى أن قال ولا نبي بعده إلى يوم القيامة فمن ادعى بعده نبيا أوتى بكتاب بعده فدمه مباح لكل من سمع منه) (٣).

(١) أو في صدقه، فإنه يقتل بلا خلاف فيه لصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام (من شك في الله وفي رسوله فهو كافر) (٢) ولخبر الحارث بن المغيرة (قلت لأبي عبد الله عليه السلام: لو أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: والله ما أدرى أن نبي أنت أم لا، كان يقبل منه؟ قال: لا، ولكن كان يقتله، إنه لو قبل ذلك ما أسلم منافق أبدا) (٣).

(٢) احترز بالتقيد (إذا كان على ظاهر الإسلام).

(٣) كما لو كانوا محاربين.

(٤) إن كان مسلما ويؤدب إن كان كافرا، بلا خلاف فيه للأخبار، منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: إن ساحر المسلمين يقتل وساحر الكفار لا يقتل، قيل: يا رسول الله، لم لا يقتل ساحر الكفار؟ فقال: لأن الكفر أعظم من السحر، ولأن السحر والشرك مقرونان) (٤).

وخبر زيد بن علي عن آبائه عليهم السلام: (سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن الساحر، فقال: إذا جاء رجلان عدلان فشهدا بذلك فقد حلّ دمه) (٥)، وخبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن عليا عليه السلام كان يقول: من تعلم شيئا من السحر كان آخر عهده بربه، و حدّه القتل إلا أن يتوب) (٨).

ص: ٣٢٣

١- ((١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد المرتد حديث ٢ و ٣ و ٤.

٢- ((٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد المرتد حديث ٢٢.

- ٣- (٥) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد المرتد حديث ٤.
- ٤- (٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب بقيه الحدود حديث ١.
- ٥- ((٧ و ٨) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب بقيه الحدود حديث ١ و ٢.

و هو من يعمل بالسحر (١) و إن لم يكن مستحلا (٢) (إن كان مسلما و يعزّر) الساحر (الكافر) قال النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «ساحر المسلمين يقتل، و ساحر الكفار لا يقتل» قيل: يا رسول الله و لم لا يقتل ساحر الكفار؟ فقال: لأن الكفر أعظم من السحر، و لأن السحر و الشرك مقرونان (٣)، و لو تاب الساحر قبل أن يقام عليه الحد سقط عنه القتل، لرواه إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السّلام «أن عليا عليه السّلام كان يقول:

من تعلم شيئا من السحر كان آخر عهده بربه وحده القتل إلا أن يتوب». و قد تقدم في كتاب البيع تحقيق معنى السحر و ما يحرم منه.

في قاذف أم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ

(و قاذف أم النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ مرتد يقتل) (٤) إن لم يتب (و لو تاب لم تقبل) توبته (إذا كان) ارتداده (عن فطره) كما لا- تقبل توبته في غيره (٥) على المشهور (٦)، و الأقوى قبولها و إن لم يسقط عنه القتل. و لو كان ارتداده عن مله قبل إجماعا. و هذا بخلاف ساب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ فإن ظاهر النص و الفتوى وجوب قتله و إن تاب. و من ثم قيده هنا خاصة (٧)، و ظاهرهم أن ساب الإمام كذلك (٨).

الفصل الرابع في شرب المسكر

إشاره

(الفصل الرابع) (في الشرب) (٩)

(١) بل في خبر إسحاق المتقدم قتل المتعلم و إن لم يعمل.

(٢) أي و لم يكن يرى حليه السحر، لأن النص عام يشمل المستحل و غيره، و عن بعض اختصاصه بالمستحل و قال في الجواهر: «لم نتحققه و على تقديره غير واضح الوجه».

(٣) فكما أن عقاب المشرك مؤخر إلى يوم القيامة فكذلك عقاب الساحر بخلاف المسلم.

(٤) لأن القذف بمعناه المصطلح إنكار للضرورة الدينيه من أن أمهات النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ عفيفات لم تنجسهن الجاهليه بأنجاسها.

(٥) غير القذف.

(٦) فقدم البحث فيه في كتاب الإرث، و فيه: إنه تكليف بما لا يطاق فلذا اختار الشارح قبولها.

(٧) أي قيد المصنف الحكم بكونه إذا كان ارتداده عن فطره و لازمه إذا كان ارتداده مليا فتقبل توبته و يسقط الحد.

(٨) يقتل و إن تاب لعموم النصوص المتقدمة.

(٩) أى فى حد شرب المسكر.

ص: ٣٢٤

أى شرب المسكر، و لا يختص عندنا بالخمير (١)، بل يحرم جنس كل مسكر، و لا يختص التحريم بالقدر المسكر منه (فما أسكر جنسه) أى كان الغالب فيه الإسكار و إن لم يسكر بعض الناس لإدمانه أو قله ما تناول منه، أو خروج مزاجه عن حد الاعتدال (يحرم) تناول (القطره منه) (٢) فما فوقها.

(و كذا) يحرم (الفقاع) (٣) و إن لم يسكر، لأنه عندنا بمنزله الخمر، و فى بعض الأخبار هو خمر مجهول. و فى آخر هو خمر استصغره الناس (٤) و لا يختص التحريم بتناولهما صرفا (٥)، بل يحرم (و لو مزجا بغيرهما) و إن استهلكا بالمزج (٦).

(و كذا) يحرم عندنا (العصير) العنبى (إذا غلى) (٧) بأن صار أسفله أعلاه (١) أى لا يختص التحريم بالخمير، و الخمر هو المسكر المتخذ من العنب، سواء كان المسكر متخذاً من التمر أو العنب أو الزبيب أو العسل أو الشعير أو الحنطة أو الذره خلافاً لأبى حنيفة حيث أباح بعضها، و قد تقدم الكلام فى باب الأشربة المحرمه.

(٢) بلا - خلافاً للنصوص الكثيره منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل شرب حسوه خمر، قال: يجلد ثمانين، قليلها و كثيرها حرام) (١)، و قد تقدم الكلام فى باب الأشربة المحرمه.

(٣) بلا خلافاً للأخبار منها: خبر عمار بن موسى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الفقاع، فقال: هو خمر) (٢)، و خبر الحسن بن الجهم و ابن فضال: (سألنا أبا الحسن عليه السلام عن الفقاع فقال: هو خمر مجهول و فيه حد شارب الخمر) (٣).

(٤) و هو خبر الوشاء عن الرضا عليه السلام، الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ١.

(٥) للمسكر و الفقاع.

(٦) لخبر عمر بن حنظله قال: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: ما ترى فى قدح من مسكر يصبّ عليه الماء حتى تذهب عاديته و يذهب سكره؟ فقال: لا و الله، و لا قطره قطرت فى حبّ إلا أهرىق ذلك الحبّ) (٣)، و استشكل الأردبيلى و الفاضل الهندى فى صدق اسم المسكر على المستهلك بالماء، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص.

(٧) سواء كان الغليان بنفسه أو بالنار، و إن لم يقذف الزبد، فيحرم بلا خلاف فيه و يدل عليه -

ص: ٣٢٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد المسكر حديث ٧.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ٤ و ١١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ٢.

(و اشتد) بأن أخذ في القوام و إن قل، و يتحقق ذلك (١) بمسمى الغليان إذا كان بالنار (٢).

و اعلم أن النصوص و فتوى الأصحاب و منهم المصنف في غير هذه العبارة مصرحه بأن تحريم العصير معلق على غليانه من غير اشتراط اشتداده. نعم من حكم بنجاسته جعل النجاسه مشروطه بالأمرين (٣).

-الأخبار الكثيره منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (كل عصير اصابه النار فهو حرام حتى يذهب ثلثاه و يبقى ثلثه) (١) و حسنه حماد بن عثمان عنه عليه السلام: (لا يحرم العصير حتى يغلى) (٢)، خبر حماد بن عثمان الآخر عنه عليه السلام:

(سألته عن شرب العصير، قال: تشرب ما لم يغل، فإذا غلى فلا تشربه، قلت: جعلت فداك: أى شيء الغليان؟ قال: القلب) (٣).

و النصوص لم تشترط في حرمة إلا- الغليان، و قد اعتبر في القواعد الغليان أو الاشتداد، و المراد بالغليان هو قلب أسفله أعلاه كما في الخبر و هو المعنى العرفي له، و المراد بالاشتداد أن يحصل له ثخان و كثافه، إلا أن الاشتداد لم يدل عليه دليل و منه تعرف ضعف قول العلامة في القواعد، مع أنه قد اكتفى بالغليان فقط في التحرير و المختلف، و تعرف ضعف قول المحقق في المعبر من أنه يحرم عند الغليان و لا ينجس إلا مع الاشتداد.

هذا من جهه و من جهه أخرى فالنصوص لم تصرح إلا بحرمة، و أما نجاسته فلا، و لذا ذهب البعض إلى طهارته، و قد حققنا المسألة في باب الطهاره و قلنا إن الأخبار قد صرحت بحرمة باعتبار أنه أحد أفراد المسكر إلا أنه فرد خفي فلا بد من الحكم بنجاسته إذا ثبتت حرمة و لذا شاع بين المتأخرين كما في المسالك، القول بنجاسته.

و من جهه ثالثه يحد شاربه ثمانين جلده و هو إجماعى كما في التنقيح و غيره و قال في الرياض: «و لم أقف على حجه معتد بها سواه»، نعم على القول بأنه من أفراد المسكر الخفيه فيكفى التمسك بعموم أدله جلد شارب المسكر.

(١) أى الاشتداد.

(٢) للقول بالتلازم بين الغليان و الاشتداد إذا كان الغليان بالنار أما لو كان الغليان بنفسه فلا، و فيه: أنه لا تلازم بين مجرد و أوله و بين الاشتداد كما هو الظاهر بالوجدان.

(٣) من الغليان و الاشتداد.

ص: ٣٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الأشربه المحرمه حديث ١ و ٢.

و المصنف هنا جعل التحريم (١) مشروطا بهما، و لعله بناء على ما ادعاه في الذكرى من تلازم الوصفين، و أن الاشتداد مسبب عن مسمى الغليان: فيكون قيد الاشتداد هنا مؤكدا.

و فيه نظر، و الحق أن تلازمهما مشروط يكون الغليان بالنار كما ذكرناه، أما لو غلى و انقلب بنفسه فاشتداده بذلك (٢) غير واضح (٣). و كيف كان فلا وجه لاشتراط الاشتداد في التحريم، لما ذكرناه من إطلاق النصوص بتعليقه على الغليان، و الاشتداد و إن سلم ملازمته لا دخل له في سببه التحريم.

و يمكن أن تكون النكته في ذكر المصنف له (٤) اتفاق القائل بنجاسته على اشتراطه فيها (٥)، مع أنه لا دليل ظاهرا على ذلك مطلقا (٦) كما اعترف به المصنف في غير هذا الكتاب، إلا أن يجعلوا الحكم بتحريمه دليلا على نجاسته (٧). كما ينجس العصير لما صار خمرا و حرم. و حينئذ فتكون نجاسته مع الاشتداد مقتضى الحكم بتحريمه معه (٨)، لأنها مرتبه عليه (٩)، و حيث صرحوا باعتبار الاشتداد في النجاسة و أطلقوا القول بالتحريم بمجرد الغليان لزم أحد الأمرين:

إما القول بعدم ترتب النجاسة على التحريم (١٠)، أو القول بتلازم الاشتداد و الغليان، لكن لما لم يظهر للنجاسة دليل سوى التحريم الموجب لظن كونه كالخمر و غيره من الروبوات المسكرات لزم اشتراك التحريم و النجاسة في معنى واحد و هو (١) لا النجاسة.

(٢) أى بما لو غلى بنفسه.

(٣) و كذا الغليان بالنار إذا كان في أوله.

(٤) للاشتداد.

(٥) أى اشتراط الاشتداد في النجاسة.

(٦) أى على النجاسة سواء كان قبل الاشتداد أو بعده أو قبل الغليان أو بعده.

(٧) و هو الصحيح باعتبار أنه من الأفراد الخفيه للمسكر.

(٨) أى بتحريم العصير مع الاشتداد.

(٩) أى لأن النجاسة مرتبه على التحريم.

(١٠) لأن شرط النجاسة مغاير لشرط التحريم.

الغليان مع الاشتداد (١)، و لما كانا متلازمين كما ادعاه (٢) لم يناف تعليق التحريم على الغليان تعليقه على الاشتداد للتلازم، لكن فى التصريح بتعليقه عليهما (٣) تنبيه على مأخذ الحكم (٤)، و جمع (٥) بين ما أطلقوه فى التحريم، و قيده فى النجاسه.

و هذا حس (٦) لو كان (٧) صالحا لدليل النجاسه، إلا أن عدم دلالاته أظهر (٨) و لكن المصنف فى البيان اعترف بأنه لا دليل على نجاسته إلا ما دل على نجاسه المسكر و إن لم يكن مسكرا فرتب بحثه عليه (٩).

(و) إنما يحرم العصير بالغليان إذا (لم يذهب ثلثاه به، و لا انقلب خللاً) فمتى تحقق أحدهما حلّ و تبعته الطهاره أيضا.

أما الأول فهو منطوق بالنصوص (١٠).

(١) بل الغليان فقط، و لم يشترط الاشتداد فى النجاسه إلا المحقق فى المعتبر، و العلامه فى القواعد، فراجع.

(٢) المصنف سواء كان الغليان بالنار أو بنفسه، أو بالنار فقط كما ادعاه الشارح فقط، و قد عرفت منع التلازم.

(٣) أى بتعليق التحريم على الغليان و الاشتداد.

(٤) من أن دليل النجاسه هو نفس التحريم، و ذلك لأن النجاسه مشروط بالاشتداد على قول و التحريم على الغليان كما هو ظاهر النصوص و الفتاوى، فتقييد التحريم بالغليان و الاشتداد تنبيه على أن التحريم هو دليل الحكم بالنجاسه المشروطه بالاشتداد.

(٥) عطف على (تنبيه).

(٦) أتعب الشارح نفسه الشريفة للجمع بين وضعى الاشتداد و الغليان فى التحريم، مع أنك قد عرفت أن الاشتداد لا أثر له فى الأخبار، و أن الغليان فقط هو شرط التحريم و النجاسه و لا داعى لهذا البحث فى الجمع.

(٧) أى التحريم.

(٨) بدعوى أن الإمام فى مقام البيان و لم يصرح إلا بالتحريم فهو أدل على الطهاره منه على النجاسه، و قد عرفت أنه فى مقام بيان أنه من الأفراد الخفيه للمسكر فيحقه حكمه من التحريم و النجاسه.

(٩) من أن التحريم هل هو دليل على النجاسه و إن لم يكن العصير مسكرا، و أما لو كان مسكرا فيندرج تحت عموم أدله حرمه و نجاسه المسكر.

(١٠) و قد تقدم بعضها فى أول البحث فراجع.

و أما الثاني فللانقلاب إلى حقيقه أخرى و هى مطهره (١). كما لو انقلب الخمر خلا مع قوه نجاسته (٢) بالإضافه إلى العصير، و لو صار دبسا (٣) قبل ذهاب الثلثين ففى طهره وجهان أجودهما العدم، مع أنه فرض نادر، عملا بالاستصحاب مع الشك فى كون مثل ذلك (٤) مطهرا (٥).

فى حد المسكر

(و يجب الحدّ ثمانون جلده (٦) (١) بلا خلاف فيتبع الحكم الماهيه، و بما أن ماهيه الخل الطهاره فيحكم بطهارته.

(٢) أى فالانقلاب مطهر للخمر إذا انقلب خلا- مع أن نجاسه الخمر مدلول النصوص حرامه، فبالأولى الحكم بطهاره العصير إذا انقلب خلا مع أن نجاسته محل خلاف.

(٣) قال فى المسالك «لا- فرق مع عدم ذهاب ثلثيه فى تحريمه بين أن يصير دبسا و عدمه، لإطلاق النصوص باشتراط ذهاب الثلثين - إلى أن قال - مع أن هذا فرض بعيد، لأنه لا يصير دبسا حتى يذهب أربعه أخماسه بالوجدان فضلا عن الثلثين.

و يحتمل الاكتفاء بصيرورته دبسا على تقدير إمكانه لانتقاله عن اسم العصير كما يطهر بصيرورته خلا كذلك» انتهى.

و الاحتمال الثانى أقوى، لأن النصوص المصرحه باشتراط ذهاب الثلثين فى حليته بشرط إبقاء كونه عصيرا.

(٤) من الانقلاب إلى الدبس.

(٥) و لا يجرى الاستصحاب بعد القطع بكونه قد خرج عن ماهيه العصير إلى ماهيه أخرى يأخذ حكمها و هى الدبس، مع أنك عرفت أنه فرض غير ممكن فلا داعى للبحث فى حكمه.

(٦) بلا خلاف فيه للأخبار الكثيره منها: موثق إسحاق بن عمار: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل شرب حسوه خمر، قال: يجلد ثمانين جلده قليلها و كثيرها حرام)، (١) و صحيح بريد بن معاويه: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن فى كتاب على عليه السلام يضرب شارب الخمر ثمانين و شارب النبيذ ثمانين) (٢)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام فى تعليل الثمانين للحد: (أنه عليه السلام قال: إذا شرب الرجل الخمر فسكر هذى، فإذا هذى افترى، فإذا فعل ذلك فاجلدوه جلد المفترى ثمانين) ٣.

ص: ٣٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المسكر حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المسكر حديث ١ و ٧.

(بتناوله) أى تناول شىء مما ذكر من المسكر (١) و الفقاع (٢) و العصير (٣). و فى إلحاق الحشيشه بها (٤) قول حسن (٥)، مع بلوغ المتناول (٦) و عقله، و اختياره، و علمه (و إن كان كافرا إذا تظاهر به) (٧) أما لو استتر (٨)، أو كان صبيا، أو مجنونا، أو مكرها، أو مضطرا لحفظ الرمق، أو جاهلا بجنسه، أو تحريمه فلا حد و سيأتى التنبيه على بعض القيود. و لا فرق فى وجوب الثمانين بين الحر و العبد على الأشهر (٩)، (١) كما فى صحيح بريد بن معاويه المتقدم.

(٢) كما فى خبر ابن الجهم و ابن فضال المتقدم سابقا.

(٣) للإجماع المتقدم كما فى الرياض، و لشمول أخبار المسكر له باعتباره أنه من أفراد.

(٤) أى بالثلاثة.

(٥) باعتبار أن الجميع مسكر، و وجه عدم الإلحاق أن أدله وجوب الحد منصرفه إلى المسكر المائع بالأصالة، و الخشيه ليس منه.

(٦) شروع فى قيود ثبوت الحد على شارب المسكر، أما البلوغ و العقل فلحديث رفع القلم، و أما الاختيار و العلم فلحديث رفع عن امتى تسعه أشياء منها الجهل و عدم العلم و الإكراه.

و قيد المصنف الشارب بكونه متناولا و هو قيد خامس ليعم الشرب أو أخذه ممزوجا بغيره من الأدوية و غيرها و لذا قال فى المسالك «المراد بالتناول إدخاله إلى البطن بالأكل و الشرب خالصا و ممزوجا بغيره، سواء بقى مع مزجه مميزا أو لا، و يخرج من ذلك استعماله بالاحتقان و السعوط حيث لا يدخل الحلق، لأنه لم يعد تناولا فلا يحد به و إن حرم».

(٧) إن وصلية، و الكافر لا يحد إذا شربها متسترا فى بيته للأخبار منها: موثق أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام: (كان على عليه السلام يجلد الحر و العبد و اليهودى و النصرانى فى الخمر و النبيذ ثمانين، قلت: ما بال اليهودى و النصرانى؟ قال: إذا أظهروا ذلك فى مصر من الأمصار، لأنهم ليس لهم أن يظهروا شربها) (١)، و صحيح أبى بصير الآخر: (حد اليهودى و النصرانى و المملوك فى الخمر و الفريه سواء، و إنما صولح أهل الذمه على أن يشربوها فى بيوتهم) ٢.

(٨) الكافر.

(٩) للأخبار منها: خبرا أبى بصير المتقدمين و هما قد صرحا بالتسويه بين العبد و الحر فى الجلد ثمانين.-

ص: ٣٣٠

لروايه أبى بصير، و بريد بن معاويه، و زراره عن الصادق عليه السلام (١).

(و فى العبد قول) للصدوق (بأربعين) (٢) جلده نصف الحر، و نفى عنه فى المختلف البأس. و قواه المصنف فى بعض تحقيقاته، لروايه أبى بكر الحضرمى عن أبى عبد الله عليه السلام فى مملوك قذف حرا.

قال: يحدّ ثمانين، هذا من حقوق المسلمين، فأما ما كان من حقوق الله (عز و جل) فإنه يضرب نصف الحد.

قلت: الذى من حقوق الله ما هو؟

قال: إذا زنى، أو شرب الخمر فهذا من الحقوق التى يضرب فيها نصف الحد، و حملة الشيخ على التقيه، و روى يحيى بن أبى العلاء عنه عليه السلام: حد - و منها: ما يشمله بإطلاقه كخبر بريد بن معاويه: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن فى كتاب على عليه السلام يضرب شارب الخمر ثمانين، و شارب النبيذ ثمانين) (١)، و خبر زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (إذا شرب الرجل الخمر فسكر هذى، فإذا هذى افترى، فإذا فعل ذلك فاجلدوه جلد المفترى ثمانين) (٢).

(١) قد تقدم أن الخبر عن أبى جعفر عليه السلام، و قد صرح بذلك أيضا فى المسالك.

(٢) لخبر أبى بكر الحضرمى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عبد مملوك قذف حرا، قال:

يجلد ثمانين هذا من حقوق المسلمين، فأما ما كان من حقوق الله فإنه يضرب نصف الحد، قلت: الذى من حقوق الله ما هو؟ قال: إذا زنى أو شرب الخمر فهذا من الحقوق التى يضرب فيها نصف الحد) (٣)، و يؤيده خبر حماد بن عثمان: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: التعزير كم هو؟ قال: دون الحد، قلت: دون ثمانين؟ قال: لا و لكن دون الأربعين فإنها حد المملوك) (٤) و هو شامل لكل حد للمملوك.

و خبر الحضرمى معلل فهو المقدم عند التعارض لكونه آبيا عن التخصيص إلا أن المشهور الأول.

ص: ٣٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المسكر حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المسكر حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب المسكر حديث ٧ و ٦.

المملوك نصف حد الحر (١) من غير تفصيل (٢). و خصه (٣) بحد الزنا.

و التحقيق أن الأحاديث من الطرفين غير نقيه الإسناد و أن خبر التنصيف أوضح (٤)، و أخبار المساواه أشهر.

في كيفية الضرب

(و يضرب الشارب) (٥) و من في معناه (٦)(عاريا) مستور العوره (على ظهره و كتفيه) و سائر جسده (و يتقى وجهه، و فرجه، و مقاتله. و يفترق الضرب على جسده) غير ما ذكر (٧)(و لو تكرر الحد قتل في الرابعه) (٨)، لما رواه الصدوق في (١)الوسائل الباب - ٦ - من أبواب المسكر حديث ٩.

(٢)بين حق الله و حق الناس، و يؤيده أيضا خبر حماد بن عثمان المتقدم.

(٣)أى الشيخ.

(٤)لأنه معلل.

(٥)غير المرأه عاريا مستور العوره، فيضرب على ظهره و كتفيه و سائر جسده و يتقى وجهه و فرجه و مقاتله للصحيح أبى بصير (سألته عن السكران و الزانى قال: يجلدان بالسياط مجردين بين الكتفين، فأما الحد فى القذف فيجلد على ما به ضربا بين الضريين)(١)، و عن الشيخ فى المبسوط أنه يضرب بدون تجريده من ثيابه، لأن النبى صلى الله عليه و آله و سلم أمر بالضرب و لم يأمر بالتجريد و هو ضعيف لما سمعت فى الخبر.

(٦)و هو مطلق المتناول للمسكر و أنه لم يكن بطريق الشراب، و أيضا شارب الحشيشه على قول الشارح لأنه يدخل دخانها و هو ليس بشرب حقيقه.

(٧)من الفرج و المقاتل و الوجه.

(٨)ذهب المشهور إلى أنه يقتل فى الثالثه للنصوص المستفيضه منها: صحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السلام (من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد فاقتلوه)(٢)و صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام (قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من شرب الخمر فاجلدوه، فإن عاد فاجلدوه، فإن عاد الثالثه فاقتلوه)٣ و صحيح سليمان بن خالد الآخر (كان أمير المؤمنين عليه السلام يجلد فى النبذ المسكر ثمانين كما يضرب فى الخمر، و يقتل فى الثالثه كما يقتل صاحب الخمر)٤ و يؤيده صحيح يونس عن أبى الحسن الماضى عليه السلام (أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحدود مرتين قتلوا فى الثالثه)٥.

ص: ٣٣٢

٢- ((٢ و ٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد المسكر حديث ٣ و ١ و ١٣ و ٢.

الفقيه مرسلًا أنه يقتل في الرابعه (١)، و لأن الزنا أعظم منه ذنبا، و فاعله يقتل في الرابعه كما مضى. فهنا أولى. و ذهب الأكثر إلى قتله في الثالثه، للأخبار الكثيره الصحيحه الصريحه في ذلك بخصوصه، و صحيحه يونس عن الكاظم عليه السلام يقتل «أصحاب الكبائر كلهم في الثالثه إذا أقيم عليهم الحد مرتين». و هذا أقوى.

و المرسل غير مقبول مطلقا (٢) خصوصا مع معارضه الصحيح و يمنع قتل الزانى في الرابعه و قد تقدم (و لو شرب مرارا) و لم يحد (فواحد) (٣) كغيره مما يوجب الحد - و ذهب الشيخ في الخلاف و المبسوط و الصدوق في المقنع إلى أنه يقتل في الرابعه و استدل الشيخ في الخلاف بالنبوى (من شرب الخمر فاجلدوه، ثم إن من شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه، ثم إن شرب فاجلدوه) (١)، و لأن الزنا أعظم من الشرب و لذا يجلد في الزنا مائه و في الشرب ثمانين، مع أنه لا يقتل في الزنا إلا في الرابعه فيكون في الشرب كذلك من باب أولى، و للاحتياط في الدماء. و فيه: عدم حجه النبوى لأنه من طرق العامه فضلا عن عدم مقاومته للنصوص الصريحه و الصحيحه على قتله في الثالثه، و لأنه يقتل في الثالثه في الزنا على قول، و قد تقدم، و لا معنى لوجوب الاحتياط في الرابعه مع وجود هذه النصوص الصحيحه الداله على قتله في الثالثه، فإن الاحتياط هنا موجب لطرح الهدايه و هذا لا يجوز لأن فيهما حكما إلزاميا.

(١) قال في الوسائل: «قال الصدوق في الفقيه: و روى أنه يقتل في الرابعه» (٢) و قال الشيخ في الوسائل أيضا: «قال الكليني: قال جميل: و روى عن بعض أصحابنا أنه يقتل في الرابعه، قال ابن أبي عمير: كأن المعنى أن يقتل في الثالثه، و من كان إنما يؤتى به يقتل في الرابعه» (٣) فهذا المرسل عن الصدوق تاره و عن جميل كما في الكافي تاره أخرى لا يصلح لمعارضه النصوص السابقه فضلا عن أن قول ابن أبي عمير يدل على شيوع الحكم بقتله في الثالثه فلذا حمل المرسل على من يؤتى به في الرابعه إلى الإمام بحيث لم يتحقق إتيانه مع حده ثلاث مرات بل مرتين فيقتل عند إتيانه للإمام ثالثا و إلا كان بالنسبه لشربه رابعه.

(٢) مع المعارض أولا، و إن كان مع المعارض أولى بعدم القبول، فكيف إذا كان المعارض متعددا و صحيح السند.

(٣) بلا خلاف فيه لصدق اسم الشرب على الجميع مع عدم تخلل الحد حتى يحسب مره، -

ص: ٣٣٣

١- (١) سنن البيهقي ج ٨ ص ٣١٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد المسكر حديث ٩ و ٧.

(و يقتل مستحلّ الخمر (١) إذا كان عن فطره) و لا يستتاب، لأنه مرتد من حيث إنكاره ما علم من دين الإسلام ضروره.

(و قيل): و القائل الشيخان:(يستتاب) شاربها عن فطره. فإن تاب و إلا قتل و الأقوى الأول.

نعم لو كان عن مله استتيب قطعاً كالارتداد بغيره فإن تاب و إلا قتل و تستتاب المرأه مطلقاً (٢).

(و كذا يستتاب) الرجل (لو استحل بيعها فإن امتنع) من التوبه (قتل) (٣) كذا - سواء اختلف جنس المشروب أو اتحد.

(١) لأنه قد كفر بإنكار ما علم ضروره أنه من الدين، فيقتل إذا كان عن فطره لأن هذا هو حكم المرتد الفطرى و لا يستتاب.

و ذهب الشيخان إلى أن مستحلّ الخمره يستتاب، فإن تاب أقيم عليه الحد، و إن امتنع قتل من غير فرق بين الفطرى و الملى، لا لما رواه المفيد (أنه ردت العامه و الخاصه أن قدامه بن مظعون شرب الخمر، فأراد عمر أن يحده، فقال: لا يجب على الحد، إن الله يقول: لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوْا وَ آمَنُوا فَدْرَأَ عَنْهُ عَمَرَ الْحَدِّ.

فبلغ ذلك أمير المؤمنين عليه السلام فمشى إلى عمر فقال: ليس قدامه من أهل هذه الآيه و لا من سلك سبيله فى ارتكاب ما حرّم الله، إن الذين آمنوا و عملوا الصالحات لا يستحلون حراماً، فاردد قدامه فاستتبه مما قال، فإن تاب فأقم عليه الحد، و إن لم يتب فاقتله فقد خرج عن المله، فاستيقظ عمر لذلك و عرف قدامه الخبير فأظهر التوبه و الإقلاع فدرأ عنه القتل و لم يدر كيف يحده، فقال لعلى عليه السلام: أشر علىّ، فقال: حده ثمانين جلده، إن شارب الخمر إذا شربها سكر، و إذا سكر هذى، و إذا هذى افترى، فجلده عمر ثمانين جلده). و حمل الخبر على كون المنكر لحرمة الخمر لشبهه فى حقه لقرب سهوه بالإسلام مثلاً كقدامه فيتجه قول الشيخين حينئذ.

(٢) سواء كان ارتدادها عن فطره أو مله، و قد تقدم البحث فيه فى كتاب الإرث فراجع.

(٣) اعلم أنه لا- نصوص على كفر منكر الضروره، و إنما هو حكم تبعاً للقواعد بحيث إن إنكار الضروره موجب لتكذيب النبى صلى الله عليه و آله و سلّم، و تكذيبه موجب للكفر، و عليه فلا داعى لجعل الإنكار فى خصوص الضروره كما فعل المشهور أو فى خصوص ما تم عليه إجماع -

أطلقه المصنف من غير فرق بين الفطرى و الملى، و لو باعها غير مستحل عَزْر (١).

(و لا يقتل مستحلّ) شرب (غيرها) أى غير الخمر من المسكرات، للخلاف فيه بين المسلمين. و هو كاف فى عدم كفر مستحله و إن أجمعنا على تحريمه.

و ربما قيل (٢) بإلحاقه بالخمر و هو نادر، و أولى بالعدم (٣) مستحل بيعه.

فى ما لو تاب الشارب للمسكر

(و لو تاب الشارب) للمسكر (قبل قيام البيئه) عليه (سقط الحد) عنه (٤) (و لا يسقط) الحد لو كانت توبته (بعدها) أى بعد قيام البيئه لأصالة البقاء و قد تقدم مثله.

(و) لو تاب (بعد إقراره) بالشرب (يتخير الإمام) بين إقامته عليه، و العفو، -جميع المسلمين و لم يقع فيه الخلاف كما فسر الضروره بذلك الشارح فى المسالك بل إن ما ثبت على نحو العلم أنه من الدين فإنكاره موجب للكفر لأنه موجب لتكذيب النبى صلى الله عليه و آله و سلم بنظر المنكر العالم، و منه تعرف ضعف ما قاله المصنف و الشارح فى مستحل بيع الخمر أو مستحل غير الخمر من المسكرات بدعوى أن حكمها مختلف فيه.

(١) لإقدامه على الفعل المحرم، و قد عرفت سابقا ثبوت التعزير على ارتكاب الكبائر بحسب ما يراه الحاكم.

(٢) و هو قول ابن إدريس.

(٣) عدم الإلحاق.

(٤) بلا- خلاف فيه، و دليلهم الإجماع و لذا قال فى الرياض بعد ما حكى الإجماع (و هو الحججه مضافا إلى جميع ما مرّ فى الزنا من الأدله)، و أغلب الظن أن الحكم بالسقوط هنا من باب القياس على الزنا الذى هو أشد و إن تاب بعدها لم يسقط على المشهور للاستصحاب خلافا لأبى الصلاح فجوّز للإمام العفو عنه و قال فى الرياض عنه (و حجته غير واضحه).

و لو تاب قبل الإقرار فيسقط الحد عنه، و إن تاب بعده فالمشهور أن الإمام مخير بين العفو و الاستيفاء لتخيره فى باب الزنا و اللواط اللذين هما أعظم من الشرب.

و ذهب ابن إدريس إلى وجوب الاستيفاء و ذلك لأن التوبه لا توجب التخير إلا فى الرجم فقط مع بطلان القياس عندنا، و قول ابن إدريس أقوى اقتصارا على مورد النص فى التخير، و فى غير مورد النص فيرجع إلى الأ-صول العمليه، و الأصل العملى هنا يقتضى بقاء الحد فيجب استيفائه.

لأن التوبه إذا أسقطت تحتم أقوى العقوبتين (١) و هو القتل فإسقاطها (٢) لأدناهما (٣) أولى.

وقيل: يختص الحكم بما يوجب القتل، و يتحتم هنا (٤) استيفاؤه عملاً بالأصل و الأول أشهر.

في ثبوت هذا الفعل

(و يثبت) هذا الفعل (بشهاده عدلين (٥)، أو الإقرار مرتين) (٦) مع بلوغ المقر (٧)، و عقله، و اختياره، و حرته (و لو شهد أحدهما بالشرب، و الآخر بالقىء (٨) (١) في الزنا و هو القتل.

(٢) أى إسقاط التوبه.

(٣) و هو الجلد.

(٤) فى حد الشرب.

(٥) بلا خلاف فيه لعموم ما دل على اعتبار البيئه، و اشتراط العدلين من الرجال لما مرّ من عدم اعتبار شهاد النساء لا منفردات و لا منضّمات فى الحدود.

(٦) على المشهور و ادعى عليه الشيخ فى المبسوط الإجماع، و لا نص عليه خاص و إنما لتنزيل إقراره منزله الشهاده على نفسه فيعتبر فيه التعدد كما يعتبر فيها.

(٧) قد تقدم أن إقرار الصبى و المجنون و المكره و العبد لا عبره به لحديث رفع القلم و حديث الرفع و لأن إقرار العبد فى حق غيره لا فى حق نفسه.

(٨) و جب الحد على المشهور، بل عن الخلاف و التنقيح و السرائر دعوى الإجماع عليه، و الأصل فيه خبر الحسين بن زيد عن أبى عبد الله عن أبيه عليهم السّلام قال (أتى عمر بن الخطاب بقدامه بن مطعون و قد شرب الخمر، فشهد عليه رجلان أحدهما خصي و هو عمرو التميمي و الآخر المعلّى بن الجارود، فشهد أحدهما أنه رآه يشرب، و شهد الآخر أنه رآه يقىء الخمر، فأرسل عمر إلى ناس من أصحاب رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فيهم أمير المؤمنين عليه السّلام فقال لأمير المؤمنين عليه السّلام: ما تقول يا أبا الحسن، فإنك الذى قال له رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: أنت أعلم هذه الأمه و أقضاها بالحق، فإن هذين قد اختلفا فى شهادتهما؟ قال: ما اختلفا فى شهادتهما و ما قاءها حتى شربها) (١).

و فى الطريق ضعف لأن فيه موسى بن جعفر البغدادي و هو مجهول الحال، و جعفر بن -

ص: ٣٣٦

قيل: يحد لما روى عن علي عليه السلام) في حق الوليد (١) لَمَّا شهد عليه واحد بشربها، و آخر بقيئها فقال علي عليه السلام: (ما قاءها إلا و قد شربها) قال المصنف في الشرح (٢): عليها فتوى الأصحاب و لم أقف فيه على مخالف، لكن العلامه جمال الدين بن طاوس قال في الملاذ: لا أضمن درك طريقه (٣). و هو مشعر بالتوقف، و كذلك العلامه استشكل الحكم في القواعد من حيث إن القىء و إن لم يحتمل إلا- الشرب، إلا- أن مطلق الشرب لا- يوجب الحد، لجواز الإ-كراه. و يندفع بأن الإكراه خلاف الأصل، و لأنه لو كان كذلك لادعاه، و يلزم من قبول الشهاده كذلك (٤) قبولها لو شهدا معا بالقىء (٥) نظرا إلى التعليل المذكور.

و قد يشكل ذلك (٦) بأن العمده في الأول (٧) الإجماع كما ادعاه ابن إدريس -يحيى و هو مجهول العين، و عبد الله بن عبد الرحمن و هو مشترك بين الثقه و غيره، و لذا قال السيد جمال الدين بن طاوس في ملاذ الشيعة: لا أضمن درك طريقه، و هو مشعر بتردده، و كذلك تردد فيه المحقق في الشرائع و العلامه في القواعد حيث إن القىء و إن استلزم الشرب إلا- أن مطلق الشرب لا يكفي في إثبات الحد بل لا بد من وقوعه على وجه الاختيار.

و ردّ إشكال السند بأنه منجبر بعمل الأصحاب المؤيد بدعوى الإجماع كما عن جماعه، و ردّ إشكال المتن بأن الأصل عدم الإكراه، و لو كان الإكراه واقعا لادّعاه، و لو ادعى الإكراه سمع منه بلا بينه و لا يمين لما تقدم من أن قول المنكر مقبول بلا يمين لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(١) كما في المسالك و الرياض و غيرهما، إلا أنه في الوسائل و الجواهر أنه في حق قدامه بن مظعون.

(٢) شرح الإرشاد.

(٣) الدرر هو العيب، و المراد أن طريقه معيوب أو يحتمل العيب فلا أتعهد بصحته.

(٤) بحيث شهد أحدهما على الشرب و الآخر على القىء.

(٥) نظرا إلى التعليل الوارد فيها: ما قاءها حتى شربها، و هذا ما ذهب إليه الشيخ جماعه بل قيل إنه المشهور، و اقتصر بعضهم على مورد النص فلا تقبل الشهاده لو شهدا بالقىء لاحتمال أن القىء مستلزم لمطلق الشرب، و فيه: أنه مندفع بما سمعت سابقا.

(٦) قبول الشهاده على القىء.

(٧) و هو الشهاده على الشرب و القىء.

و هو منفى فى الثانى (١) و احتمال الإكراه يوجب الشبهه و هى تدرأ الحد و قد علم ما فيه. نعم يعتبر إمكان مجامعه القىء للشرب المشهود به (٢)، لو شهد أحدهما أنه شربها يوم الجمعة، و آخر أنه قاءها قبل ذلك، أو بعده بأيام لم يحد، لاختلاف الفعل و لم يقم على كل فعل شاهدان (و لو ادعى الإكراه قبل)، لاحتماله فيدراً عنه الحد، لقيام الشبهه (إذا لم يكذبه الشاهد) (٣) بأن شهد ابتداء بكونه مختاراً، أو أطلق الشهاده بالشرب، أو القىء ثم أكذبه فى الإكراه لَمَّا ادعاه.

فى حدّ معتقد حلّ النبيذ

(و يحد معتقد حلّ النبيذ) (٤) المتخذ من التمر (إذا شربه) و لا يعذر (٥) فى الشبهه (٦) بالنسبه إلى الحد و إن أفادته (٧) درء القتل لإطلاق النصوص الكثيره، بحد شاربه كالخمر، و أولى بالحد لو شربه محرّماً له و لا يقتل أيضاً (٨) كالمستحل (٩) (و لا) (١) فى الشهاده على القىء فقط.

(٢) فلا بد أن يجامع القىء المشهور به للشرب المشهور به لتكون الشهاده من اثنين على فعل واحد، أما لو شهد أحدهما بأنه شربها يوم الجمعة و شهد الآخر أنه قاءها يوم الخميس فهى شهاده من اثنين على فعلين بل هى شهادتان.

(٣) فمع التّكذيب لا تسمع دعوى الإكراه لوجود البيئه على عكسها.

(٤) ادعى سيد الرياض الاتفاق على عدم سقوط الحد لو اعتقد الحليه و شرب لإطلاق أدله حد الشارب، و فيه:

أولاً: لا معنى لتخصيص الكلام من المصنف فى النبيذ بل يعم سائر المسكرات التى وقع الخلاف بين المسلمين فى حرمة.

و ثانياً: كيف يحد مع أنه جاهل بالحرمة بل معتقد بالحليه، و حديث الرفع حاكم هنا حتى لو كان مقصراً فى مقدمات العلم بالحليه كما لو شرب النبيذ بعنوان أنه ماء فالجهل عذر فى الشبهه الحكيمه كالشبهه الموضوعيه.

(٥) و قد عرفت عذره للجهل.

(٦) و هى شبهه حليه النبيذ كما عن أبى حنيفه.

(٧) أى أفادت الشبهه الشخص المعتقد للحليه.

(٨) أى معتقد الحليه لو شرب النبيذ لا يقتل، و لكن قد عرفت مع تكرار الحد لا بد من قتله لو كان شربه فى كل مره موجبا للحد و قد حدّ.

(٩) أى لا يقتل معتقد الحليه بخلاف المستحل للخمر فإنه يقتل، و ذلك لوضوح حكم الخمر بالحرمة بخلاف النبيذ فإنه مختلف فيه، و فيه: قد عرفت أن المدار فى كفر المنكر -

(يحد الجاهل بجنس المشروب) (١) فاتفق مسكرا (أو بتحريمه (٢)، لقرب إسلامه) (٣) أو نشوئه في بلاد بعيدة عن المسلمين يستحل أهلها الخمر فلم يعلم تحريمه، والضابط إمكانه (٤) في حقه.

في عدم الحد لمن اضطره العطش

(و لا من اضطره العطش (٥) أو اضطر إلى (إساعه اللقمة بالخمر) بحيث -و المستحل على إنكار ما علم ثبوته في الدين حتى يكون موجبا لتكذيب النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وعليه فالمستحل يقتل إن علم بحرمة الخمر، ولذا لو اعتقد الحليه و شرب الخمر و كان اعتقاده لشبهه معذورا فيها كما لو كان قريب عهد في الإسلام فلا يقتل فضلا عن سقوط حد الشرب عنه و هذا لا- خلاف فيه بين الأصحاب لحكم العقل بكون الجهل عذرا، و لخبر ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام (قال: شرب رجل الخمر على عهد أبي بكر، فرفع إلى أبي بكر، فقال له: أشربت خمرا؟ قال: نعم، قال: و لم و هي محرمة؟ قال: إنى أسلمت و حسن إسلامي و منزلي بين ظهرائي قوم يشربون الخمر و يستحلونه، و لو علمت أنها حرام اجتنبتها، فالتفت أبو بكر إلى عمر فقال: ما تقول في أمر هذا الرجل؟ فقال عمر:

معضله و ليس لها إلا أبو الحسن.

فقال أبو بكر: ادعوا لنا عليا، فقال عمر: يؤتى الحكم في بيته، فقاما و الرجل معهما و من حضرهما من الناس حتى أتوا أمير المؤمنين عليه السلام فأخبراه بقصه الرجل.

فقال عليه السلام: ابعثوا معه من يدور به على مجالس المهاجرين و الأنصار، من كان تلا عليه آية التحريم فليشهد عليه، ففعلوا ذلك به فلم يشهد عليه أحد بأنه قرأ عليه آية التحريم، فحلى سبيله و قال له: إن شربت بعدها أقمنا عليك الحد(١).

(١) لأن الجهل عذر في الشبهه الموضوعيه كما تقدم.

(٢) لأن الجهل عذر أيضا في الشبهه الحكميه كما تقدم.

(٣) تعليل للجهل بالتحريم، و هذا مورد خبر ابن بكير المتقدم.

(٤) إمكان الجهل.

(٥) ذهب المشهور و منهم الشيخ في النهايه إلى جواز الشرب حينئذ، لأهميه حفظ النفس و لنفى الحرج و الضرر، و للأخبار منها: خبر عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام (عن الرجل أصابه عطش حتى خاف على نفسه فأصاب خمرا، قال: يشرب منه قوته(٢).

و منه: تعرف جواز إساعه اللقمة بالخمر و المسكر إذا توقف حفظ النفس على ذلك و ذهب-

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد المسكر حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ١.

خاف التلف بدونه.

في من استحل شيئاً من المحرمات

(و من استحل شيئاً من المحرمات المجمع عليها) من المسلمين بحيث علم تحريمها (١) من الدين ضروره (كالميتة، و الدم، و الربا، و لحم الخنزير) و نكاح المحارم، و إباحه الخمسه و المعتده، و المطلقه ثلاثا (قتل إن ولد على الفطره) لأنه مرتد. و إن كان ملئاً استتيب فإن تاب و إلا قتل (٢)، كل ذلك إذا لم يدع شبهه ممكنه في حقه، و إلا قبل منه.

و يفهم من المصنف و غيره أن الإجماع كاف في ارتداد معتقد خلافه و إن لم يكن معلوما ضروره و هو يشكل في كثير من أفراده على كثير من الناس.

(و من ارتكبها غير مستحل) لها (عزّر) (٣) إن لم يجب الحد كالزنا و الخمر، و إلا دخل التعزير فيه. و أمثله المصنف مستغنيه عن القيد (٤) و إن كان العموم (٥) مفتقرا إليه

في ما لو أنفذ الحاكم إلى حامل لإقامه حد فأجهضت

(و لو أنفذ الحاكم إلى حامل لإقامه حد فأجهضت) أي أسقطت حملها خوفاً (فديته) أي دية الجنين (في بيت المال) (٦)،...

-الشيخ في المبسوط إلى عدم الجواز لخبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (المضطر لا يشرب الخمر لأنها لا تزيد إلا شراً، و لأنه إن شربها قتلتها فلا يشرب منها قطره) (١).

و لخبر الفضل بن شاذان عن الإمام الرضا عليه السلام (و المضطر لا يشرب الخمر لأنها تقتله) ٢.

(١) فالعلم بالحرمه هو المدار على كفر المنكر، و ليس المدار على كونه الحكم مجمعا عليه و قد تقدم سابقا.

(٢) و قد تقدم في أكثر من مورد حكم المرتد الفطري و الملى.

(٣) لما تقدم أن التعزير على فعل الكبائر التي لا حد لها.

(٤) أما الأمثله فهي الميتة و الدم و الربا و لحم الخنزير فهي مستغنيه عن قيد (أن لم يجب فيها الحد).

(٥) أي فعل الكبائر يوجب التعزير إن لم يكن مستحلاً.

(٦) على الأكثر، لأن قتله خطأ محض من الحاكم إذ لم يقصد باستدعائها قتل الجنين و إلا كان نفس الاستدعاء موجبا للقتل و يكون من شبهه العمد، و خطأ الحكام من بيت المال كما-

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب الأشربة المحرمه حديث ١ و ٣ و ٢.

لأنه (١) من خطأ الحكّام فى الأحكام و هو محله (٢) (وقضى على عليه السّلام فى مجهضه خوّفها عمر) حيث أرسل إليها ليقم عليها الحد: أن ديه جنينها (على عاقلته) أى عاقله عمر، لا فى بيت! المال (و لا تنافى بين الفتوى) بكون صدوره (٣) عن انفاذ - هو المعروف، و ذهب ابن إدريس إلى أن قتله و أن كان خطأ إلا- أن ديه الخطأ على العاقله أى عاقله الحاكم محتجا بروايه يعقوب بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام (كانت امرأه تؤتى فبلغ ذلك عمر فبعث إليها فروعها و أمر أن يجاء بها إليه ففزع المرأة فأخذها الطلق فذهبت إلى بعض الدور فولدت غلاما فاستهلّ الغلام ثم مات، فدخل عليه من روعه المرأة و من موت الغلام ما شاء الله، فقال له بعض جلسائه: يا أمير المؤمنين ما عليك من هذا شىء، و قال بعضهم: و ما هذا؟ قال: سلموا أبا الحسن عليه السّلام فقال لهم أبو الحسن عليه السّلام: لئن كنتم اجتهدتم ما أصبتم، و لئن كنتم برأيكم قلتم لقد أخطأتم، ثم قال: عليك ديه الصبى) (١) و رواه المفيد فى الإرشاد مرسلا إلا أنه قال فى الأخير:

(فقال علىّ عليه السّلام: الديه على عاقلتك لأن قتل الصبى خطأ تعلق بك، فقال: أنت نصحتنى من بينهم، لا تبرح حتى تجرى الديه على بنى عدى، ففعل ذلك أمير المؤمنين عليه السّلام) ٢.

و أجيب عن الروايه بجوابين:

الأول: إنه لم يرسل إليها بعد ثبوت موجب الحد عليها، و إنما أرسل إليها قبل ذلك، فلذا كانت الديه على العاقله و إلا فلو أرسل إليها بعد ثبوت موجب الحد فالديه من بيت المال.

الثانى: إن عمر لم يكن حاكما شرعيا بحسب الواقع فلذا كانت الديه على عاقلته، و إلا لو كان حاكما فالديه من بيت المال و فى الأول نظر لأن جواز الإرسال خلف الغريم لا يتوقف على ثبوت الحد فإن مجرد الدعوى عليه كافيه.

و فى الثانى أيضا: بأن عمر و إن لم يكن حاكما شرعيا بحسب الواقع إلا أن أمير المؤمنين عليه السّلام لم يكن يتجاهر بذلك أمام الصحابه و لو تجاهر لم يقبلوا منه، فالأولى فى الجواب ما قاله الشارح فى المسالك: (من أن الروايه لم ترد بطريق معتبر و الرجوع إلى الأصول المقرره متعين، و هى تقتضى كون الديه من بيت المال).

(١) أى إسقاط الجنين.

(٢) أى بيت المال محل خطأ الحكّام.

(٣) أى صدور الإجهاض.

ص: ٣٤١

الحاكم بيت المال،(و الروايه) لان عمر لم يكن حاكما شرعيا و قد تسبب بالقتل خطأ فتكون الديه على عاقلته، او لان عمر لم يرسل إليها بعد ثبوت ما ذكر عنها.

و لعل هذا أولى بفعل على عليه السّلام لأنه ما كان في وقته يتجاهر بمعنى الأول (١)، و لا- كان يقبل ذلك منه خصوصا بعد فتوى جماعه من الصحابه بخلاف قوله عليه السّلام، و نسبته إياهم إلى الجهل، أو الغش (٢)، و تعليله (٣) بكونه قد قتله خطأ.

في من قتله الحد، أو التعزير

(و من قتله الحد، أو التعزير فهدر) (٤) بالسكون أى لا عوض لنفسه، سواء (١) من كون عمر ليس بحاكم شرعى.

(٢) و قد ورد في نفس الواقعة قوله عليه السّلام: (إن كان القوم قد قاربوك لها فقد غشوك و إن كانوا قد ارتابوا فقد قصرُوا، الديه على عاقلتك) (١).

(٣) عطف على قوله: (فتوى الصحابه) و المعنى: أن تعليله يكون القتل خطأ بعد فتوى الصحابه بأنه لا شيء عليه ظاهر في أن أمير المؤمنين عليه السّلام لا يقبل منه لو تجاهر بعدم شرعيه عمر.

(٤) أى لا ديه له على المشهور، سواء كان الحد أو للناس، و عن الشيخ أنه مذهبا لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (أيما رجل قتله الحد أو القصاص فلا ديه له) (٢) و لفظ (أى) من صيغ العموم و كذلك اللام في الحد و القصاص تفيد العموم لكل حد من حدود الله و حدود الناس، و مثله خبر أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام (من قتله الحد فلا ديه له) ٣.

و عن المفيد أن الإمام ضامن إذا كان الحد للناس لخبر الحسن بن صالح الثوري عن أبي عبد الله عليه السّلام (من ضربناه حدا من حدود الناس فمات فلا ديه له علينا، و من ضربناه حدا من حدود الناس فمات فإن ديته علينا) (٣).

و عن الشيخ في الاستبصار جعل الديه من بيت مال المسلمين إذا كان الحد للناس جمعا بين صحيح الحلبي الثاني للديه بمعنى نفيها من مال الإمام و بين خبر الثوري المثبت لها، بمعنى إثباتها من بيت المال.

و عن الشيخ في المبسوط أن من قتله التعزير فديته من بيت مال المسلمين بخلاف الحد-

ص: ٣٤٢

١- (١) جواهر الكلام ج ٤١ ص ٤٧٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٩ و ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٣.

كان لله أم لآدمي، لأنه فعل سائغ فلا يتعقبه الضمان، و لحسنه الحلبي عن الصادق عليه السلام أيما رجل قتله الحد، أو القصاص فلا دية له، و «أى» من صيغ العموم، و كذا «الحد» عند بعض الأصوليين.

(و قيل): يضمن (فى بيت المال) و هذا القول مجمل قائلًا (١)، و محلاً (٢)، و مضموناً فيه (٣)، فإن المفيد قال: يضمن الإمام دية المحدود للناس، لما روى أن علياً عليه السلام كان يقول: من ضربناه حداً من حدود الله فمات فلا دية له علينا، و من ضربناه حداً فى شىء من حقوق الناس فمات فإن ديته علينا (٤). و هذا القول يدل على أن الخلاف فى حد الناس، و أن الضمان فى بيت مال الإمام، لا بيت مال المسلمين.

و فى الاستبصار: الدية فى بيت المال جمعاً بين الأحاديث، و يظهر من المبسوط: أن الخلاف فى التعزير و صرح به غيره. بناء على أن الحد مقدر و التعزير اجتهادى.

و فيه نظر، لأن التعزير ربما كان من امام معصوم لا يفعل بالاجهاد الذى يجوز فيه الخطأ، و الحق ان الخلاف فيهما معا (٥) و ان عدم الضمان مطلقاً (٦) أوجه، لضعف مستمسك الضمان (٧).

-لأن الحد محدود من قبل الشارع و الحاكم محسن بامتثاله الأمر فلا دية عليه لو أدى الحد إلى القتل، بخلاف التعزير فلو أدى إلى القتل لكانت زيادته الموجهة للقتل خطأ من الحاكم و خطأ الحكام فى بيت المال.

(١) لم يعرف قائله.

(٢) إن الضمان من بيت المال أو من مال الحاكم.

(٣) من أن الضمان فى الحدود مطلقاً أو فى خصوص حدود الناس.

(٤) هذا خبر الحسن بن صالح المتقدم إلا أنه مروى عن أبى عبد الله عليه السلام، و أما المروى عن أبى جعفر عن أمير المؤمنين فهو مرسل الصدوق و قد أورد فى الوسائل الباب - ٣ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٤.

(٥) فى الحد و التعزير.

(٦) فى الحد أو التعزير.

(٧) و مستند الضمان هو إما مرسل الصدوق و هو واضح الضعف لإرساله و إما خبر الحسن -

(و لو بان فسوق الشهود) (١) بفعل يوجب القتل (بعد القتل ففى بيت المال):

مال المسلمين، ديه المقتول (لأنه من خطأ الحاكم) و لا ضمان على الحاكم، و لا على عاقلته.

الفصل الخامس – السرقة

إشاره

(الفصل الخامس – السرقة)

فى من يتعلق الحكم به

(و يتعلق الحكم) و هو هنا (٢) القطع (بسرقة البالغ (٣))

-بن صالح الثورى فلأن الثورى زيدى تبرى متروك العمل بما يختص بروايته.

(١) بحيث أقام الحاكم الحد بالقتل تبعاً لشهاده اليينه ثم بان فسق الشهود، فلا يضمن الحاكم و لا عاقلته، و الديه من بيت مال المسلمين، بلا- خلاف فيه إلا- من الحلبي، لأن قتله كان خطأ من الحاكم و خطأ الحاكم فى بيت المال. و ذهب الحلبي إلى أن الديه من ماله و هو واضح الضعف بعد كونه غير مقصر فى تحقيق شرائط الشهاده.

(٢) فى باب السرقة.

(٣) فلو سرق الطفل لا يحدّ و إنما يؤدب بما يراه الحاكم، و لو تكررت سرقة إلى الخامسة فما فوق وفاقاً للمشهور لحديث رفع القلم عن الصبى.

و عن الشيخ فى النهايه و تبعه أبو الصلاح و العلاقه فى المختلف إلى أنه يعنى عن الصبى أولاً- فإن عاد أدب فإن عاد حكت أنامله حتى تدمى، فإن عاد قطعت أنامله، فإن عاد قطع كما يقطع البالغ استناداً إلى أخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام (عن الصبى يسرق قال: يعنى عنه مره و مرتين و يعزّر فى الثالثه، فإن عاد قطعت أطراف أصابعه، فإن عاد قطع أسفل من ذلك) (١).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (إذا سرق الصبى عفى عنه، فإن عاد عزّر، فإن عاد قطع أطراف الأصابع، فإن عاد قطع أسفل من ذلك) (٢)، و هذه الأخبار على كثرتها لا تدل على التفصيل الذى ذهب إليه الشيخ فضلاً عن أن بعضها دل على عدم التعزير فى المره الأولى و بعضها دل على عدمه فى الأولى و الثانيه و فى بعضها التخيير بين قطع الأنامل أو الحك حتى الإدماء فى المره الثانيه كما فى صحيح ابن سنان الآخر (٣)، و فى بعضها قطع اليد مطلقاً كالبالغ كما فى خبر محمد بن مسلم (٤)، و فى بعضها التعليق على مشيئه الله الظاهر فى تخيير الحاكم كما فى خبر على بن جعفر عن أخيه عليه السّلام (سألته-

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب حد السرقة حديث ١ و ٢ و ٧ و ١٠.

العاقل (١) المختار (٢) (من الحرز (٣) بعد هتكه) و إزالته (بلا شبهه) (٤) موهمه للملك عارضه للسارق، أو للحاكم (٥)، كما لو ادعى السارق ملكه مع علمه (٦) باطنا بأنه ليس ملكه (ربع دينار) (٧) ذهب خالص مضروب بسكه المعامله (أو) مقدار (قيمته) - عن الصبي يسرق ما عليه؟ قال: إذا سرق و هو صغير عفى عنه، فإن عاد قطعت أنامله، و إن عاد قطع أسفل من ذلك أو ما شاء الله (١)، و الحاصل من اختلاف الأخبار أن الحاكم يؤدبه بهذه الأمور أو غيرها مما يراه مناسباً للمصلحة و هذا ما حملت الأخبار عند المشهور، و الأولى التقييد بما ورد من التعزير في هذه الأخبار خصوصاً لمن بلغ سبع سنين، و بقطع الأصابع لمن بلغ تسع سنين كما جاء في الأخبار.

(١) فلا يقطع المجنون بلا خلاف لحديث رفع القلم و لكن يؤدب بما يراه الحاكم، و في التحرير للعلامه نسبه التأديب إلى القيل مشعراً بالتردد، و وجهه كما في المسالك (و لعله لعدم تميزه الموجب لارتداعه بالتأديب على المعاوده) ثم قال الشارح فيه: (و لكن هذا يختلف باختلاف المجانين فإن منهم من يردعه التأديب و هو الأكثر، و منهم من لا يشعر بذلك؛ و الجنون فنون، و إناطه التأديب برأى الحاكم يحصل المطلوب).

هذا كله في الجنون المطبق، و أما الأدوارى فإن سرق حال جنونه فكذلك، و لو سرق عند إفاقته ثم جنّ قبل قيام الحد فيحدّ للاستصحاب.

(٢) فلا يحد المكره على السرقة لحديث الرفع.

(٣) و هو الموضع الحصين، و حرز كل شيء بحسبه فبعض الأشياء حرزها أن توضع في بيت مقفل و بعضها في صندوق مقفل، و لا تحديد للحرز في الشريعة و إنما هو راجع للعرف و العاده.

نعم اشتراط الحرز بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر السكوني عن أمير المؤمنين عليه السلام (لا يقطع إلا من ثقب ثقباً أو كسر قفلاً) (٢)

(٤) من السارق، أما لو اشتبه و ظن أن المال ماله فهتك الحرز لا يقطع لأن الحدود تدرأ بالشبهات، بل لا يعدّ عند العرف سارقاً.

(٥) و لو كانت شبهه الحاكم ناشئه من دعوى السارق أنه قد اشتبه عليه الأمر.

(٦) علم السارق.

(٧) لا قطع إلا في ربع دينار من الذهب الخالص المضروب عليه السكه أو ما بقيمته على -

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب حد السرقة حديث ١٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب حد السرقة حديث ٣.

كذلك (١) (سرا) (٢) من غير شعور المالك به مع كون المال المسروق (من غير مال ولده) (٣)

- المشهور للأخبار منها: النبوى (لا قطع إلا فى ربع دينار) (١).

و صحيح محمد بن مسلم (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: فى كم يقطع السارق؟ قال: فى ربع دينار، قلت له: فى درهمين؟ قال: فى ربع دينار بلغ الدينار ما بلغ.

قلت له: أ رأيت من سرق أقل من ربع دينار هل يقع عليه حين سرق اسم السارق، و هل هو عند الله سارق؟ قال: كل من سرق من مسلم شيئاً قد حواه و أحرزه فهو يقع عليه اسم السارق و هو عند الله سارق، و لكن لا يقطع إلا فى ربع دينار أو أكثر، و لو قطعت أيدى السراق فيما أقل هو من ربع دينار لألغيت عامه الناس مقطعين) (٢).

و ذهب الصدوق إلى أن القطع بخمس الدينار فصاعداً لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (أدنى ما يقطع فيه السارق خمس الدينار) (٣) و مثله صحيح الحلبي ٤.

و ذهب ابن أبى عقيل إلى اعتبار الدينار لصحيح الثمالى (سأل أبى جعفر عليه السلام فى كم يقطع السارق فجمع كفيه و قال: فى عددها من الدراهم) (٤) و حمل ما قابل المشهور على التقية.

(١) من الذهب الخالص.

(٢) فلو هتك الحرز قهراً ظاهراً فهو غاصب و ليس بسارق.

(٣) فلو سرق الوالد مال ولده فلا قطع بلا خلاف للخبر (أنت و مالك لأبيك) (٥) و لفحوى ما دل على عدم قتل الأب بالولد و عدم جلده لو قذفه كما فى صحيح محمد بن مسلم (سألت أبى جعفر عليه السلام عن رجل قذف ابنه بالزنا قال: لو قتله ما قتل به و إن قذفه لم يجلد له) (٦).

و ألحق أبو الصلاح الأم بالأب و نفى عنه العلامه فى المختلف البأس، لأنها أحد الأبوين و لا شراكها فى وجوب التعظيم بل هى أولى بالبر و الاعظام، و ألحق بعض العامه كل من -

ص: ٣٤٦

١- (١) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٥٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة حديث ٣ و ١٢.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة حديث ٩.

٥- (٦) الوسائل الباب - ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به من كتاب التجاره حديث ١.

٦- (٧) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد القذف حديث ١.

أى ولد السارق (و لا) مال (سيده) (١)، و كونه (غير مأكول فى عام سنت) (٢) بالتاء الممدوده و هو الجذب و المجاعه، يقال: أسنت القوم إذا أجدبوا فهذه عشره قيود.

قد أشار إلى تفصيلها بقوله: (فلا قطع على الصبى و المجنون) إذا سرقا كذلك (٣) (بل التأديب) خاصه و إن تكررت منهما السرقة، لاشتراط الحد بالتكليف.

و قيل (٤): يعنى عن الصبى أول مره، فإن سرق ثانيا أدب، فإن عاد ثالثا حكت أنامله حتى تدمى، فإن سرق رابعا قطعت أنامله، فإن سرق خامسا قطع كما يقطع البالغ.

و مستند هذا القول أخبار كثيره صحيحه و عليه الأكثر (٥)، و لا بعد فى تعيين -تجب نفقته على الآخر بين الفروع و الأصول، و ردّ كما فى المسالك بقوله: (و تخصيص العموم بمثل هذه الأدله لا يخفى ما فيه).

(١) بلا خلاف فيه للأخبار: منها صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (إذا سرق عبد أو أجير من مال صاحبه فليس عليه قطع) (١).

(٢) أسنت القوم أجدبوا، و أصله من السنه قلبوا الواو تاء ليفرقوا بينه و بين قولهم أسنى القوم إذا قاموا سنه فى موضع، و قال الفراء: إن الهاء أصله إذا وجدوها ثالثه قلبوها تاء فيقال: أصابتهم السنه بالتاء و رجل سنت كثير الخير) عن الصحاح.

و المراد أنه لا قطع على من سرق مأكولا فى عام المجاعه بلا خلاف و يدل عليه أخبار منها: مرسل زياد القندى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقطع السارق فى سنه المحل فى شىء مما يؤكل مثل الخبز و اللحم و أشباه ذلك) (٢).

و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقطع السارق فى عام سنت، يعنى عام مجاعه) (٣) و مرسل عاصم بن حميد عن أبى عبد الله عليه السّلام (كان أمير المؤمنين عليه السّلام لا يقطع السارق فى أيام المجاعه) (٤).

(٣) بهذه القيود المذكوره.

(٤) للشيخ فى النهايه و تبعه أبو الصلاح و العلامه فى المختلف و قد تقدم.

(٥) و هو مخالف لما قاله فى المسالك و غيره فى غيره من (عدم ثبوت القطع على الصبى مطلقا و هو المشهور بين المتأخرين).

ص: ٣٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٥.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب حد السرقة حديث ١ و ٢ و ٣.

الشارع (١) نوعا خاصا من التأديب، لكونه لطفًا و إن شارك خطاب التكليف في بعض أفراده (٢).

و لو سرق المجنون حال إفاقته لم يسقط عنه الحد بعروض الجنون و احترزنا بالاختيار عما لو أكره على السرقة فإنه لا يقطع. و شمل إطلاق الشرطين (٣) الذكر و الأنثى (٤)، و الحر و العبد (٥) إلا على وجه يأتي، و البصير و الأعمى (٦)، و المسلم و الكافر، لمسلم و كافر إذا كان ماله محترما (و لا-) قطع (على من سرق من غير حرز) كالصحراء، و الطريق، و الرحاء، و الحمام، و المساجد، و نحوها من المواضع المتتابة و المأذون في غشيانها مع عدم مراعاة المالك لماله (و لا من حرز) في الأصل (بعد أن هتكه غيره) (٧) بأن فتح قفله، أو بابه، أو نقب جداره فأخذ هو. فإنه لا قطع على أحدهما، لأن المهتك لم يسرق و السارق لم يأخذ من الحرز (و لو تشارك في الهتك) بأن نقباه و لو بالتناوب عليه (فأخرج أحدهما المال قطع المخرج خاصه) (٨)، لصدق هتكه الحرز و سرقة منه، دون من شاركه في الهتك. كما لو (١) أي أن هذا التفصيل في حكم الصبي الذي هو مدلول الأخبار إنما هو نوع من أنواع التأديب، و التأديب يشمل الصبي فلا إشكال حينئذ برفع الحد عنه لرفع القلم، و تعيين الشارع لنوع من أنواع التأديب جائز لكون التأديب لطفًا من الشارع على عباده.

(٢) أي و إن شارك هذا النوع من التأديب خطاب التكليف للبالغ في بعض الأفراد و هو القطع.

(٣) من البلوغ و العقل.

(٤) بلا خلاف فيه لعموم الأدلة.

(٥) لإطلاق الأدلة خلافا للحنفية حيث فصلوا بين الآبق و غيره من كون الآبق لو سرق لا يقطع.

(٦) لإطلاق الأدلة و كذا بالنسبة للمسلم و الكافر.

(٧) فلو أخذ المال بعد ما هتك الغير الحرز فلا حد عليهما، و إن جاء معا بقصد التعاون بلا خلاف فيه ضروره عدم صدق اسم السارق على من هتك الحرز و عدم صدق الآخذ من الحرز على من أخذ المال، نعم يجب على الآخذ رد المال و على من هتك الحرز إصلاح ما أفسد، و عن بعض العامه أنه يجب القطع على من أخذ لثلا يتخذ ذلك ذريعه إلى إسقاط الحد، و هو واضح الفساد بناء على أصولنا لعدم حجيه الاستحسان.

(٨) لأنه السارق دون الآخر بلا خلاف فيه و لا إشكال.

انفرد به (١) (و لو أخرجاه (٢) معا قطعاً) إذا بلغ نصيب كل واحد نصاباً، وإلا فمن بلغ نصيبه النصاب (٣) وإن بلغ المجموع نصابي فصاعداً على الأقوى.

وقيل: يكفي بلوغ المجموع نصاباً في قطع الجميع، لتحقق سرقة النصاب وقد صدر عن الجميع فيثبت عليهم القطع. وهو ضعيف ولو اشتركا في الهتك ثم أخرج أحدهما المال إلى قرب الباب فأدخل الآخر يده وأخرجه قطع (٤)، دون الأول، وبالعكس لو أخرجه الأول إلى خارجه فأمره فحمله الآخر (٥).

ولو وضعه في وسط النقب، أو الباب فأخذه الآخر ففي قطعهما أو عدمه عنهما وجهان (٦): أجودهما الثاني، لانتفاء الإخراج من الحرز فيهما.

(١) بالهتك.

(٢) بعد ما تشاركاً في الهتك قطعاً لصدق السارق عليهما بلا خلاف فيه.

(٣) وهذا يتضمن صوراً:

الأولى: لم يبلغ مقدار الإخراج عند كل واحد حد النصاب ولكن يبلغ المجموع حد النصاب.

الثانية: لم يبلغ مقدار المجموع حد النصاب فضلاً عن نصيب كل واحد، ففي الصورة الأولى ذهب الشارح في المسالك و سيد الرياض إلى عدم القطع على كليهما لعدم تحقق سرقة ما بلغ النصاب لكل واحد، ولهذا لا قطع في الصورة الثانية، وعن الشيخ في النهاية والاقتصاد والصدوق في المقنع و بنى زهره و حمزه و سعيد القطع عليهما في الصورة الأولى التي بلغ المجموع حد النصاب لإرادته الجنس من السارق في النصوص لا خصوص الشخص، نعم لا قطع في الصورة الثانية.

الثالثة: لم يكن نصيب كل واحد، بل كان نصيب أحدهما النصاب فما زاد و الآخر دونه و إن بلغ المجموع نصابين فما زاد، فعلى قول المسالك و الرياض فالقطع على من بلغ نصيبه حد النصاب دون الآخر، و على قول الشيخ و أتباعه القطع أيضاً لأن المجموع بلغ نصابين فضلاً عن النصاب الواحد.

(٤) فالقطع على من أخرج المال إلى خارج الباب لصدق اسم إخراج المال من حرزه عليه دون الآخر خلافاً لأبي حنيفة من عدم القطع عليهما بدعوى عدم صدق الإخراج من الحرز عليهما و هو ضعيف ضروره صدق الإخراج على أحدهما.

(٥) فالقطع على المخرج لا الحامل

(٦) عن الشيخ في المبسوط و تبعه عليه أبو الصلاح لا قطع على أحدهما، لأن كل واحد -

و وجه الأول تحققه منهما بالشركة كتحقق الهتك بها (١) (و لا مع توهم الملك) (٢) أو الحل (٣) فظهر غير ملك و غير حلال كما لو توهمه ماله فظهر غيره، أو سرق من مال المديون البازل بقدر (٤) ماله معتقدا بإباحه الاستقلال بالمقاصه.

و كذا لو توهم ملكه للحرز (٥) أو كونهما (٦) أو أحدهما لابنه.

لو سرق من المال المشترك قدر نصيبه

(و لو سرق من المال المشترك ما يظنه قدر نصيبه) (٧) و جواز مباشرته القسمة -منهما لم يخرج من كمال الحرز و تمامه، و عن ابن إدريس قال: (إن الذى يقتضيه أصول مذهبنا أن القطع على الآخذ الخارج لأنه نقب و هتك الحرز و أخرج المال منه - إلى أن قال - فمن أسقط القطع عنه فقد أسقط حدا من حدود الله بغير دليل بل بالقياس و الاستحسان - إلى أن قال - و لا ينبغي أن تعطل الحدود بحسن العبارات و تزويقها و صقلها و تزويقها و هو قوله ما أخرجه عن كمال الحرز، أى شىء هذه المغالطه؟ بل الحق أن يقال: أخرجه من الحرز أو من غير الحرز، و لا عباره عند التحقيق سوى ذلك، و ما لنا حاجه إلى المغالطات بعبارات كمال الحرز) انتهى كلامه.

و ذهب جماعه إلى القطع عليهما لأن الإخراج تم بتعاونهما فهو كما لو أخرجاه دفعه، و لأنه يصير ذريعه إلى إسقاط الحد.

(١) بالشركة.

(٢) فلا قطع مع الشبهه و قد تقدم.

(٣) فلا قطع مع اعتقاد الحليه.

(٤) متعلق بسرق، أى سرق قدر حاله من المديون البازل مقاصه متوهما الحل، فهنا لا قطع مع اعتقاد الحليه، نعم تجوز المقاصه للمديون الممتنع بشرط إذن الحاكم الشرعى.

(٥) فأراد أخذ ماله فهتك الحرز و أخرج مال الغير منه فلا قطع عليه، لأن هتكه للحرز باعتقاد أنه تصرف فى ماله، نعم يضمن مال الغير الموجود فيه.

(٦) الحرز و المال.

(٧) بتوهم أن له ذلك بدون إذن الشريك، فإنه شبهه فلا قطع لأن الحدود تدرأ بالشبهات، حتى لو فرض زياده نصيبه عن نصاب السرقة، بلا فرق بين كون المال المشترك قابلا للقسمة و هو مثلى كالحبوب أو غير قابل و هو قيمى كالثياب، و ذهب العلامة فى القواعد إن هذا يتم فى ما هو قابل للقسمة ليمنح فرض تعاطيه القسمة بنفسه من دون إذن الشريك فتكون شبهه تدرأ الحد، أما لو كان المال غير قابل للقسمة فيما هو قيمى قطع لأنه لا يجرى فيه تحقق الشبهه لأن إذن الشريك فيه واضح -

بنفسه (فزاد نصاباً فلا قطع) للشبهه كتوهم الملك فظهر عدمه فيه (١) أجمع، بل هنا أولى (٢). و لو علم عدم جواز تولى القسمة كذلك (٣) قطع (٤) أن بلغ نصيب الشريك نصاباً، و لا فرق بين قبوله (٥) القسمة و عدمه على الأقوى.

فى السرقة من مال الغنيمه

(و فى السرقة) أى سرقة بعض الغانمين (من مال الغنيمه) (٦) حيث يكون له نصيب منها (نظر) منشأه اختلاف الروايات. فروى محمد بن قيس عن -و فيه: إنه نقاش فى الصغرى و إنما الكلام فيما لو فرض توهم جواز القسمة فلا حد عليه.

(١) أى ظهر عدم ملكه فى المال المأخوذ بأجمعه.

(٢) أى التوهم الدارئ للحد أولى هنا لتحقق ملكه بالجملة فى المال المشترك دون تحقق الملك فى الفرع السابق.

(٣) بنفسه بدون إذن الشريك.

(٤) إن كان قد أخذ من مال الشريك ما يوازى نصاب السرقة لعموم الأدله مع عدم الشبهه الدارئة.

(٥) قبول المال المشترك للقسمة و عدمه و هذا رد على العلامة فى القواعد.

(٦) وقع الخلاف بينهم فذهب المفيد و سلالر و فخر الدين و المقداد إلى عدم القطع لخبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (أن علياً عليه السلام قال: فى رجل أخذ بيضه من الغنم، فقالوا: قد سرق اقطعه، فقال: إني لم أقطع أحداً له فيما أخذ شرك) (١) و خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام (أربعة لا قطع عليهم: المختلس و الغلول و من سرق من المغنم و سرقة الأجير فإنها خيانه) (٢).

و ذهب الإسكافى و الشيخ و القاضى و العلامة بل فى المسالك نسبتة إلى الأكثر إلى أنه يقطع لو أخذ أكثر من نصيبه بما يوازى نصاب السرقة لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل سرق من المغنم أى شىء الذى يجب عليه أ يقطع؟ قال: ينظر كم نصيبه، فإن كان الذى أخذ أقل من نصيبه عزّر و دفع إليه تمام ماله، و إن كان أخذ مثل الذى له فلا شىء عليه، و إن كان أخذ فضلاً بقدر ثمن مجن و هو ربع دينار قطع) (٣)، و العمل بهذه الصحيحه أولى لصحتها و لأنها مفصله.

ص: ٣٥١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب حد السرقة حديث ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٤.

الباقر عليه السّلام عن علي عليه السّلام في رجل أخذ بيضه من المغنم فقال: إني لم أقطع أحدا له فيما أخذ شرك. و روى عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن الصادق عليه السّلام أن أمير المؤمنين (عليه الصلاة والسلام) قطع في البيضة التي سرقها رجل من المغنم (١)، و روى عبد الله بن سنان عنه عليه السّلام أنه قال: ينظر كم الذي نصيبه؟ فإذا كان الذي أخذ أقل من نصيبه عزّر و دفع إليه تمام ماله، و إن كان الذي أخذ مثل الذي له فلا شيء عليه، و إن كان أخذ فضلا بقدر ربع دينار قطع، و هذه الرواية أوضح سندا من الأوليين (٢)، و أوفق بالأصول. فإن الأقوى أن الغانم يملك نصيبه بالحيازة (٣) فيكون شريكا و يلحقه ما تقدم من حكم الشريك في توهمه حلّ ذلك، و عدمه و تقييد القطع بكون الزائد بقدر النصاب. فلو قلنا بأن القسمة كاشفه عن ملكه بالحيازة فكذلك، و لو قلنا بأن الملك لا يحصل إلا بالقسمة (٤) اتجه القطع مطلقا (٥) مع بلوغ المجموع نصابا، و الرواية الثانية (٦) تصلح شاهدا له. و في إلحاق ما للشارق فيه حق كبيت المال (٧)، و مال الزكاه، و الخمس نظر، و استقرب (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٣، و قد جعلها الشارح من الأدلة على عدم وجوب القطع ليس في محله، بل هي من أدلة وجوب القطع إذا كان قد أخذ أكثر من نصيبه بمقدار نصاب السرقة.

(٢) أما خبر محمد بن قيس ففي سنده سهل بن زياد و الأمر فيه واضح و محمد بن قيس مشترك بين الثقة و غيره، إلا أنه الثقة بروايه عاصم بن حميد، و أما خبر عبد الرحمن فهو صحيح السند فضلا عن أنه من أدلة القطع، من أدلة عدم القطع.

(٣) واقعا و تكون القسمة كاشفه عن مقدار ما يملكه بالحيازة، و على هذا فتتوافق الرواية مع القاعده.

(٤) بالحيازة فتكون القسمة مملكة لا كاشفه عن التملك.

(٥) من غير التفصيل السابق بأن مأخذه إن ساوى نصيبه فلا شيء عليه و إن زاد على نصيبه و كان الزائد بمقدار نصاب السرقة قطع، نعم بشرط كون المأخوذ على هذا القول بمقدار نصاب السرقة.

(٦) أي صحيح عبد الرحمن بن أبي عبد الله من كون القسمة مملكة لا كاشفه عن التملك، لأن أمير المؤمنين عليه السّلام قطعه بمجرد أخذه البيضة من دون اعتبار زياده قيمتها عن نصيبه، و فيه: إن الرواية مجمله من هذه الناحية كما أنها مجمله من كونه من الغانمين أولا.

(٧) ففي القواعد الجزم بالقطع إن زاد على نصيبه بقدر النصاب و إلا فلا قطع و قد سبقه إلى ذلك الشيخ في الخلاف مدعيا الإجماع على ذلك.

العلامه عدم القطع (و لا فيما نقص عن ربع دينار، ذهباً خالصاً مسكوكاً) بسكه المعامله عينا، أو قيمه على الأصح.

و فى المسأله أقوال نادره: اعتبار دينار (١). و خمس (٢) و درهمين (٣) و الأخبار الصحيحه دلت على الأول و لا فرق فيه (٤) بين عين الذهب، و غيره (٥).

فلو بلغ العين ربع دينار وزنا غير مضروب و لم تبلغ قيمته قيمه المضروب فلا قطع (٦)، و لو انعكس بأن كان سدس دينار مصوغ قيمته ربع دينار قطع على - ثم استغرب العلامه فى القواعد عدم القطع لعدم تعيين شىء منها لمالك بعينه، و لا تقدير لنصيب أحد من الشركاء و لا أقل من الشبهه، و يؤيده خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (إن علياً عليه السلام أتى برجل سرق من بيت المال، فقال: لا تقطعه فإن له فيه نصيباً) (١) و يعارضه خبر على بن أبى رافع عن أمير المؤمنين عليه السلام (فى عقد لؤلؤ استعارته ابنته من خازن بيت المال عاريه مضمونه، فقال: لو كانت أخذت العقد على غير عاريه مضمونه لكانت إذن أول هاشميه قطعت يدها فى سرقه) (٢) و حملها فى كشف اللثام على ما لو كانت ابنته عليه السلام ليس لها نصيب فى بيت المال.

(١) كما عن العماني و قد تقدم.

(٢) كما عن الصدوق و قد تقدم.

(٣) لخبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل سرق من بستان غدقاً قيمته درهمان، قال: يقطع به) (٣)، و قال فى الجواهر لم نتحقق القائل به، بعد ما حمل الخبر على مدعى الصدوق من خمس الدينار لأن الدينار عشره دراهم، و عليه فليس هو قولاً فى قبال قول الصدوق.

(٤) فى المسروق.

(٥) مما يبلغ قيمته ربع دينار، بلا خلاف فيه، لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (لا يقطع يد السارق إلا فى شىء تبلغ قيمته مجناً و هو ربع دينار) (٤).

(٦) لأن الدينار لغه و عرفاً حقيقه فى المسكوك من الذهب، فإذا تبلغ قيمه المسروق ربع -

ص: ٣٥٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة حديث ١٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

الأقوى (١). و كذا لا فرق بين علمه بقيمته، أو شخصه، و عدمه (٢)، فلو ظن المسروق فلسا فظهر ديناراً، أو سرق ثوبا قيمته أقل من النصاب فظهر مشتملا على ما يبلغه و لو معه (٣) قطع على الأقوى (٤)، لتحقق الشرط، و لا يقدح عدم القصد إليه (٥) لتحققه (٦) فى السرقة إجمالاً. و هو كاف و لشهادته الحال بأنه لو علمه لقصدته (٧). و شمل إطلاق العبارة (٨) إخراج النصاب دفعه: و متعددًا. و هو كذلك -دينار فلا قطع و إن بلغ قيمته ربع دينار ذهبى غير مسكوك خلافا للشيخ فى الخلاف و المبسوط فلم يعتبر السكه و الضرب بحمل الدينار على الذهب فقط، و هو شاذ كما فى الجواهر و الرياض.

(١) لصدق سرقة ربع دينار مسكوك، و على قول الشيخ المتقدم فلا قطع لأن المسروق سدس دينار و ليس بربع.

(٢) فلو علم السارق أنه شخص المسروق هو ربع دينار أو علم أن قيمته تبلغ ربع دينار قطع بلا كلام

أما لو سرق ربع دينار بظن أنه فلس فيقطع لتحقق شرط القطع و هو سرقة ربع دينار.

و كذا لو سرق ثوبا ظنا منه أنه يساوى فلسا فتبين أنه يساوى النصاب فيقطع لتحقق شرط القطع.

(٣) بأن سرق الثوب و قد تبين أنه مشتمل على شىء لو انضم إلى الثوب لبلغ المجموع النصاب، و أما السابق بأن سرق الثوب فتبين أنه مشتمل على ما يبلغ النصاب من دون ضم الثوب.

(٤) لم يحك الخلاف عن أحد.

(٥) أى عدم القصد إلى سرقة النصاب.

(٦) لتحقق شرط القطع و هو سرقة النصاب، لأنه لا يشترط فى القطع القصد إلى سرقة النصاب.

(٧) و فيه: إنه لا يحاسب على النية.

(٨) أى عبارته المصنف فى أول الفصل بقوله: (و يتعلق الحكم بسرقة البالغ العاقل من الحرز بعد هتكه بلا شبهة ربع دينار أو قيمته) و هو يشمل ما لو سرق ربع دينار دفعه أو دفعات بالإطلاق.

و قد اختلفت أقوال الفقهاء فى اشتراط اتحاد إخراج النصاب و عدمه، فذهب أبو الصلاح إلى الاشتراط مطلقاً، لأنه لما هتك الحرز أولاً- و أخرج دون النصاب فلا- يجب عليه القطع لفقد الشرط، فلما عاد ثانيا لم يخرج من حرز فلا قطع و إن بلغ الثانى نصاباً فضلاً عن -

إلا مع تراخي الدفعات. بحيث لا يعد سرقة واحده، أو اطلاع المالك بينهما فينقل ما بعده، و سيأتي حكايته لهذا المفهوم (١) قولاً- مؤذنا بعدم اختياره (و يعتبر اتحاد الحرز (٢) فلو أخرج النصاب من حرزين لم يقطع (إلا- أن يشملهما ثالث) فيكونان في حكم الواحد.

وقيل: لا عبره بذلك (٣)، للعموم (و لا في الهاتك) للحرز (قهرا) أى هتكا ظاهرا، لأنه لا يعد سارقا بل غاصبا (٤)، أو مستلبا.
-كونه مكملا للنصاب.

و ذهب القاضى ابن البراج إلى عدم الاشتراط مطلقا و رجحه المحقق لصدق إخراج النصاب فى الدفعات، مع أصاله عدم اشتراط اتحاد الإخراج فيتناولو عموم الأدله الداله على قطع سارق النصاب.

و تردد الشيخ بين القولين و كذا ابن إدريس، و اختلفت آراء العلامه فى القواعد فضل بين قصر الزمان بين الإخراجين و عدمه، فجعل الأول بمنزله المتحد دون الثانى، و فى المختلف فضل بأمر آخر فحكم بالقطع مع التعدد إن هتك الحرز و لم يشتهر بين الناس هتكه، أما إذا هتك الحرز فى المره الأولى و اشتهر بين الناس فلا قطع فى المتعدد الذى يبلغ قيمه المسروق فيه نصاب السرقة لخروجه عن كونه حرزا بالاشتهار.

و فضل فى التحرير بتفصيل ثالث من وجوب القطع على سرقة النصاب بالإخراج المتعدد إن لم يتخلل بينها اطلاع المالك و لم يطل الزمان بحيث يسمى سرقة واحده، و أما إذا تخلل بينها اطلاع المالك فلا قطع و إن بلغ المجموع النصاب لعدم اتحاد السرقة بنظر العرف، و الشارح أخذ بالأخير من تفصيلات العلامه

(١) و هو إخراج النصاب دفعه أو دفعات كما ذهب إليه القاضى فيحكيه قولاً مؤذنا بعدم اختياره.

(٢) لأنه مع التعدد فى الحرز تصدق سرقتان، فلو كانت كل سرقة أقل من ربع دينار فلا قطع و إن بلغ المجموع النصاب، نعم لو كان الحرزان فى داخل حرز ثالث بحيث يسمى الإخراج منهما سرقة واحده فعليه القطع إن بلغ المجموع النصاب.

(٣) باتحاد الحرز و لم يعرف قائله، و مستنده عموم أدله قطع السارق سواء اتحد الحرز أو لا.

(٤) الاستلاب هو الاختلاس، فى خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السلام (ليس على الذى يستلب قطع) (١) و مثله غيره.

ص: ٣٥٥

(و كذا المستأمن) بالإيداع، و الإعارة، و الضيافة، و غيرها (١) (لو خان لم يقطع)، لعدم تحقق الهتك (و لا من سرق من مال ولده) (٢) و إن نزل (٣)، (و بالعكس) (٤) و هو ما لو سرق الولد مال والده و إن علا (أو سرقت الأم) مال ولدها (يقطع) كل منهما، لعموم الآيه خرج منه الوالد فيبقى الباقي. و قال أبو الصلاح (رحمه الله): لا تقطع الأم بسرقة مال ولدها كالأب، لأنها أحد الوالدين، و لا شراكتها في وجوب الإعظام. و نفى عنه في المختلف البأس، و الأصح المشهور و الجدل للأمام كالأمام (٥).

(و كذا) لا يقطع (من سرق المأكول المذكور) في عام المجاعة (و إن استوفى) باقي (الشرائط) لقول الصادق عليه السلام (٦) «لا يقطع السارق في عام سنت:، يعنى في عام مجاعه، و في خبر آخر (٧) كان أمير المؤمنين عليه السلام لا يقطع السارق في أيام المجاعه. و عن الصادق عليه السلام (٨) قال: لا يقطع السارق في سنه المحل في كل شىء يؤكل مثل الخبز، و اللحم، و أشباه ذلك و المطلق في الأولين مقيد بهذا الخبر، و في الطريق ضعف و إرسال (٩) لكن العمل به (١٠) مشهور و لا راد له.

(١) كالإجاره، لعدم تحقق الحرز بالنسبه إليهم، ففي خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: أربعه لا قطع عليهم: المختلس و الغلول و من سرق من الغنيمه و سرقة الأجير فإنها خيانه) (١) و مرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يقطع الأجير و الضيف إذا سرقا لأنهما مؤتمنان) ٢.

(٢) و قد تقدم.

(٣) الولد كالحفيد.

(٤) الواو استئنافيه.

(٥) يقطع لو سرق من مال ولدها للعموم مع عدم شمول المخصص له.

(٦) في خبر السكوني و قد تقدم.

(٧) و هو مرسل عاصم بن حميد و قد تقدم.

(٨) و هو مرسل زياد القندي و قد تقدم.

(٩) في خبر السكوني ضعف لأنه عامي، و الأخيران مرسلان.

(١٠) بالحكم من عدم القطع في سنه المجاعه.

ص: ٣٥٦

و أطلق المصنف و غيره الحكم كذلك من غير تقييد بكون السارق مضطرا إليه، و عدمه تبعا لإطلاق النص (١)، و ربما قيده بعضهم بكونه مضطرا و إلا قطع إذ لا دخل للمجاعة مع غنى السارق و لا بأس به. نعم لو اشتبه حاله اتجه عدم القطع أيضا عملا بالعموم (٢) و بهذا يندفع ما قيل: إن المضطر يجوز له أخذه قهرا في عام المجاعة و غيره، لأن المشتبه حاله لا يدخل في الحكم (٣) مع أننا نمنع من جواز أخذ المضطر له قهرا مطلقا (٤)، بل مع عدم إمكان إرضاء مالكة بعوضه كما سبق و هنا الثابت الحكم بكونه لا قطع إذا كان مضطرا مطلقا (٥) و إن حرم عليه (١) حيث لم يقيد الحكم في الأخبار بكونه مضطرا إليه، و عن الشيخ في المبسوط التفصيل بين المضطر و غيره فأوجب القطع على غير المضطر، و تبعه عليه بعض المتأخرين كصاحب الجواهر و غيره و ذلك لأن تقييد السنه بالمجاعة يفيد الاضطرار عند السارق و إلا فإذا لم يكن مضطرا فالسنه كغيرها بالنسبه إليه و أشكل على ذلك بأن التقييد سنين المجاعة بالمضطر ليس في محله، لأن المضطر يجوز له أخذ مال الغير و لو سرقه إن توقف رفع الاضطرار عليه بلا فرق بين عام المجاعة و غيره فلا معنى لحمل نصوص المجاعة على المضطر فقط.

و رده الشارح بأن لو لا- نصوص المجاعة لكان المشتبه حاله أنه مضطر تقطع يده لعموم دليل القطع، خرج منه المضطر عقلا فيبقى تحته الباقي بما فيه المشتبه، أما مع نصوص المجاعة المقتيده بالاضطرار يخرج منها القادر و الباقي يبقى تحتها بما فيه المشتبه، فلذا كان للنصوص سنوات المجاعة فائده غير فائده المضطر فافهم.

(٢) أى بعموم نصوص سنوات المجاعة.

(٣) أى حكم جواز الأخذ قهرا.

(٤) أى أمكن تحصيل رضا المالك أولا، و هذا جواب ثان من الشارح و حاصله: أن المضطر يجوز له الأخذ قهرا بشرط عدم إمكان إرضاء المالك، أما مع إمكان الإرضاء فيشترط الرضا كما تقدم فى باب الأئعمه و الأشربه

و عليه فهناك فرق بين نصوص المجاعة المحموله على الاضطرار و بين حكم المضطر، و مع التغاير لا- يستغنى أحدهما عن الآخر، لأن نصوص المجاعة تدل على عدم القطع لمن سرق مال الغير و لو أمكن تحصيل رضا ذلك الغير، و حكم المضطر قهرا مشروط بعدم تحصيل رضا المالك.

(٥) مع إمكان تحصيل الرضا و عدمه.

أخذه (١)، فالفرق واضح. والمراد بالمأكول هنا (٢) مطلق المأكول بالقوه أو فعلا (٣) كما ينبه عليه المثل في الخبر (و كذا) لا يقطع (العبد) (٤) لو سرق مال سيده و إن انتفت عنه الشبهه، بل يؤدب، أما لو سرق مال غيره فكالحر (و لو كان العبد من الغنيمه فسرق منها لم يقطع) (٥)، لأن فيه (٦) زياده إضرار (٧). نعم يؤدب بما يحسم جرأته.

هنا مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى - لا فرق بين الإخراج بنفسه أو بسببه

(الأولى - لا فرق بين إخراج السارق (٨) (المتاع بنفسه أو بسببه مثل) (١) إذا أمكن تحصيل رضا المالك.

(٢) في السرقة الحاصله في عام المجاعه.

(٣) بالقوه ما كان محتاجا إلى صناعه و إصلاح حتى يؤكل و يدل عليه لفظ اللحم الوارد في مرسل زياد القنصدي المتقدم (مثل الخبز و اللحم و أشباه ذلك) و هو شامل للمطبوخ و غيره، و لذا قال الشارح كما ينبه عليه المثل في الخبر.

و عن بعضهم الاقتصار على المأكول فعلا- للانسباق من الخبر و لأن الخبز ظاهر في المأكول فعلا، و هو ضعيف لما تقدم من قرينه ذكر اللحم.

(٤) قد تقدم الكلام فيه.

(٥) بلا خلاف لأخبار منها: صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجلين سرقا من مال الله، أحدهما عبد حال الله، و الآخر من عرض الناس، فقال: أما هذا فمن مال الله ليس عليه شيء، مال الله أكل بقصه بعضه بعضا، و أما الآخر فقدمه و قطع يده) (١).

و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: عبدى إذا سرقنى لم أقطعهم، و عبدى إذا سرق غيرى قطعتهم، و عبد الإمارة إذا سرق لم أقطع له لأنه فيء) ٢.

(٦) في قطع يد عبد الغنيمه.

(٧) على الغانمين فالضرر داخل عليهم بالسرقة من الغنيمه، و يزداد بقطع يد عبد الغنيمه.

(٨) من شروط القطع في السرقة أن يخرج السارق النصاب من حرزه بعد هتكه، و الإخراج يتم إما بالمباشرة بأن يخرج بنفسه و

إما بالتسيب كأن يربطه بحبل و يشده إلى الخارج أو يضعه على دابه فى داخل الحرز و يسوقها أو يقودها إلى خارجه، بل و كذا إذا سارت بنفسها حتى خرجت أو على جناح طير من شأنه العود إلى السارق، ففى الجميع يتحقق -

ص: ٣٥٨

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٤ و ٢.

(أن يشده بحبل) ثم يجبر به من خارج الحرز (أو يضعه على دابه) في الحرز و يخرجها به (أو يأمر غير مميز) من صبي، أو مجنون (ياخراجه) فإن القطع يتوجه على الأمر، لا على الصبي و المجنون لضعف المباشر في جنب السبب لأنهما كالأله له.

الثانيه - يقطع الضيف و الأجير

(الثانيه - يقطع الضيف و الأجير) (١) إذا سرقا مال المضيف و المستأجر (مع الإحراز من دونه) أى دون كل منهما على الأشهر.

و قيل: لا يقطعان مطلقا (٢) استنادا إلى أخبار ظاهره في كون المال غير محرز -الإخراج المنسوب إلى السارق.

و كذا لو أمر صبييا غير مميز أو مجنونا كذلك بالإخراج فأخرجه فالقطع على الأمر لا على المخرج لأن الصبي و المجنون هنا كالأله، نعم لو كان الصبي مميزا فلا قطع على الأمر لأن الصبي هنا ليس كالأله.

(١) أما الأجير فإذا أحرز المال دونه و سرق فهو كغيره من السارقين، يقطع على المشهور بين الأصحاب للآيه و لعموم الأخبار و ذهب الشيخ في النهايه إلى عدم القطع استنادا إلى روايه سليمان بن خالد (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يستأجر أجيرا يسرق من بيته، هل تقطع يده فقال: هذا مؤتمن ليس بسارق، هذا خائن) (١) و مثله غيره و قد حملت هذه الأخبار عند المشهور ما لو كان المستأجر قد استأمنه على المال و لم يحرز المال دونه كما وقع بذلك التصريح في روايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام (في رجل استأجر أجيرا فأقعه على متاعه فسرقه فقال: هو مؤتمن) (٢).

و أما الضيف فالقول بعدم قطعه مطلقا أحرز المال دونه أو لا -للشيخ في النهايه و جماعه منهم ابن الجنييد و الصدوق و ابن إدريس و مستندهم موثق سماعه (الأجير و الضيف امينان ليس يقع عليهما حد السرقة) (٣) و خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السّلام (الضيف إذا سرق لم يقطع، و إذا أضاف الضيف ضيفا فسرق، قطع ضيف الضيف) (٤).

و أيضا قد حمل المشهور هذه الأخبار على ما لو لم يحرز المال دونه فلا قطع و يكون مؤتمنا حينئذ، أما لو أحرز المال دونه فليس بمؤتمن و لا بد من قطعه.

(٢) أحرز المال من دونهما أو لا.

ص: ٣٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٤.

٤- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

عنهما (١). فالتفصيل حسن.

نعم لو أضاف الضيف ضيفا بغير إذن صاحب المنزل فسرق الثاني قطع، لأنه (٢) بمنزله الخارج (٣) (و كذا) يقطع (الزوجان) (٤) أى كل منهما بسرقة مال الآخر (مع الإحراز) عنه، و إلا فلا.

(و لو ادعى السارق الهبه، أو الإذن له) (٥) من المالك فى الأخذ (أو الملك حلف المالك (٦) و لا قطع)، لتحقق الشبهه بذلك (٧) على الحاكم و إن انتفت عن السارق فى نفس الأمر.

الثالثه - الحرز

(الثالثه - الحرز) (٨) لا تحديد له شرعا فيرجع فيه إلى العرف و ضابطه (ما) (١) بدليل التعليل بأنهما مؤتمنان.

(٢) ضيف الضيف.

(٣) لأنه دخل من دون إذن المالك.

(٤) إذا سرق أحدهما من مال الآخر بقدر النصاب، و كان الآخر قد أحرز المال دونه، فيقطع السارق منهما بلا خلاف لعموم الأدله، نعم مع عدم الإحراز فلا قطع لعدم تحقق شرطه، و كذا لا بأس بسرقة الزوجه مقدار النفقه إذا منعها منها كما يرشد إليه خبر هند حين قالت للنبي صلى الله عليه و آله و سلم: (إن أبا سفيان رجل شحيح و أنه لا يعطينى و ولدى إلا ما آخذ منه سرا و هو لا يعلم، فهل علىّ فيه شيء؟ فقال: خذى ما يكفيك و ولدك بالمعروف) (١).

(٥) بحيث قال صاحب المنزل: سرقت هذا المتاع فقال المخرج للمتاع: و هبته لى، أو أذنت لى فى إخراجها، سقط الحد للشبهه، و لحسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أخذوه و قد حمل كاره من الثياب، فقال: صاحب البيت أعطانيها، فقال عليه السلام:

يدراً عنه القطع، إلا أن تقوم عليه البيئه، فإن قامت عليه البيئه قطع) (٢).

(٦) لأنه المنكر للهبه أو الإذن أو دعوى الملك من قبل السارق.

(٧) بما ادعاه السارق.

(٨) لا- شبهه فى اعتبار الحرز فى ثبوت قطع يد السارق، و إنما الكلام فى حقيقه الحرز، فالشارع اعتبر الحرز و لم يبين له حدا بطريق معتبر يعتمد عليه، لأن ما ورد فى تحديد-

١- (١) سنن البيهقي ج ٧ ص ٤٦٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(كان ممنوعا بغلاق أو قفل) و ما فى معناه (أو دفن فى العمران أو كان مراعى) بالنظر (على قول) (١)...

-حقيقته هو خبر السكونى عن أمير المؤمنين عليه السّلام: قال (لا يقطع إلا من نقب بيتا أو كسر قفلا)(١) و نحوه مرسل جميل ٢ عن أحدهما عليهما السّلام، و الطريقتان ضعيفان، فالأول بالسكونى لأنه عامى و الثانى بالإرسال.

و ما كان هذا شأنه لا- بد أن يرجع فيه إلى العرف، و قد دل العرف على أن القفل على الظرف الذى لا ينقل عادة كالبيت و الصندوق الكبير حرز له، و الفلق على الدار و الدفن للمال حرز لهما فى الجملة، و الصندوق المقفل حرز للثياب، و الإصطبل و المراح مع القفل و الباب حرز للدواب و المواشى.

و ذهب الشيخ فى الخلاف إلى أن كل موضع حرز لشيء من الأشياء و لا يخفى ما فيه فإن قارعه الطريق ليست حرزا لشيء

و ذهب فى النهايه إلى أن كل موضع ليس لغير مالكة الدخول إليه إلا بإذنه فهو حرز و ادعى عليه الإجماع فى التبيان و الغنيه و فى كثر العرفان نسبته إلى أصحابنا، و أشكل ابن إدريس على هذا القول بأن الدار المفتوحة التى ليس لها باب ليس لغير مالكةها الدخول إلا بإذنه و لا يجب القطع بالسرقه منها لأنها لا تصلح حرزا لشيء على الإطلاق. و اعتذر العلامة فى المختلف عن الشيخ بأن مراده (ليس لغير المالك الدخول إليه) هو سلب قدره لا سلب الجواز الشرعى، فغير المالك لا يقدر على الدخول لا أنه لا يجوز له الدخول، و قال عنه الشارح فى المالك بأنه حمل بعيد.

(١) إذا كان المسروق مأخوذا من المواضع المطروقه كالأرحيه و الحمامات و المواضع المأذون دخولها كالمساجد، فمع غير مراعاة المالك لماله فهو غير محرز، و السرقه منه لا توجب قطعاً لليد، و أما مع المراعات من المالك لماله بالنظر فهل هى محرزه أو لا؟.

ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف إلى كونها محرزه، و لو سرت يجب القطع على السارق لقطع النبى صلى الله عليه و آله و سلم سارق رداء صفوان بن أميه من المسجد مع كون المسجد غير محرز إلا- بمراعاة المالك لماله، و الروايه وردت بطرق متعدده منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن صفوان بن أميه كان مضطجعا فى المسجد الحرام، فوضع رداءه و خرج يهريق الماء فوجد رداءه قد سرق حين رجع إليه، فقال: من ذهب بردائى؟ فذهب يطلبه، فأخذ صاحبه فرفعه إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اقطعوا يده، فقال-

ص: ٣٤١

لقضاء العاده بإحراز كثير من الأموال بذلك (١)، و حكايته قولاً- بشعر بتمريضه كما ذهب إليه جماعه (٢)، لقول علي عليه السلام (٣): لا يقطع إلا من نقب بيتا أو كسر قفلا و في طريقه ضعف.

و يمكن أن يقال: لا يتحقق الحرز بالمراعاة إلا مع النظر إليه و مع ذلك (٤) لا تتحقق السرقة، لما تقدم من أنها لا تكون إلا سرا و مع غفلته عنه و لو نادرا لا- يكون مراعى له فلا يتحقق إحرازه بها (٥) فظهر أن السرقة لا تتحقق مع المراعاة-الرجل: تقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله؟ قال: نعم، فقال: فأنا أهبه له، فقال رسول الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم: فهلا كان هذا قبل أن ترفعه إلي (١).

و أشكل على هذا القول بأن الروايه لا تدل على مراعاة صفوان لتوبه لأنه خرج من المسجد هذا بالإضافة إلى أنه لو اشترط النظر في تحقيق الحرز لكان المأخوذ تحت النظر مأخوذا قهرا و لكان الآخذ غاصبا لا سارقا.

و لذا فرض الشيخ في المبسوط أن حرز الثوب مثلا أن يتكئ عليه أو ينام أو يتوسده، و احتج بحديث صفوان عند ما سرق منه الرداء و كان متوسدا عليه كما روته العامه (٢).

نعم صحيح الحلبي المتقدم يصلح دليلا لقول ابن أبي عقيل من كون السارق يقطع في أي موضع سرق، و فيه: أنه مناف لاعتبار الحرز نضا و فتوى.

و عن بعضهم أنه فسر الحرز بما على سارقه خطر لكون المسروق ملحوظا غير مضيّع إما بنظر دائم أو نظر معتاد، و على هذا يحمل صحيح الحلبي المتقدم و به يتم الجمع بينه و بين روايات اعتبار الحرز، لأن سارق الرداء من المسجد على خطر من أن يطلع عليه صاحبه.

(١) أي بالنظر.

(٢) أي إلى التمريض.

(٣) في خبر السكوني و مرسل جميل، و حصر القطع بالكسر و الثقب دليل على أن النظر ليس حرزا يوجب القطع لذا جعله المصنف قولاً، مع أن التمريض ناشئ من عدم دلالة صحيح جميل لا تمسكا بخبر السكوني كما تقدم.

(٤) أي و مع النظر الدائم فالمأخوذ يكون غصبا و قهرا لا سرقة.

(٥) بالمراعاة من المالك بالنظر الدائم، إلا أن يقال: إن المدار على النظر المعتاد الذي لا ينافيه الغفله للحظه أو لحظات.

ص: ٣٦٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٢.

٢- (٢) سنن البيهقي ج ٨ ص ٢٦٥.

و إن جعلناها حرزا.

و للشيخ قول (١) بأن الحرز كل موضع لم يكن لغير المتصرف فيه الدخول إليه إلا بإذنه، و ينتقض بالدار المفتحة الأبواب في العمران و صاحبها ليس فيها.

و قيل: ما يكون سارقه على خطر خوفا من الاطلاع عليه، و ينتقض بذلك أيضا (٢). و على الأول (٣) تخرج المراعاة دون الثاني، و الأولى الرجوع فيه (٤) إلى أموال العرف، و هو يختلف باختلاف الأموال، فحرز الأثمان و الجواهر، الصناديق المقفلة، و الأغلاق الوثيقة في العمران. و حرز الثياب و ما خفّ من المتاع و آليات النحاس: الدكاكين و البيوت المقفلة في العمران، أو خزانتها المقفلة و إن كانت هي مفتوحة عليه السلام (٥).

و الإصطبل حرز الدواب مع الغلق، و حرز الماشية في المرعى عين الراعى على ما تقرر. و مثله متاع البائع في الأسواق و الطرقات، و احترز بالدفن في العمران عما لو وقع خارجه فإنه لا يعد حرزا و إن كان في داخل بيت مغلق، لعدم الخطر على سارقه، و عدم قضاء العرف به (٦).

(و الجيب، و الكم الباطنان حرز (٧) لا الظاهران) و المراد بالجيب الظاهر: ما (١) و هو قوله في النهاية و قد تقدم.

(٢) أى بالدار المفتوحة و صاحبها ليس فيها فالسارق على خطر من الاطلاع عليه مع أنها ليست حرزا.

(٣) من قول الشيخ في النهاية، تخرج المراعاة عن كونها حرزا لأن الحرز بناء على هذا القول هو عدم الإذن، و على التعريف الثاني للحرز فتكون المراعاة حرزا.

(٤) في الحرز.

(٥) أى الدكاكين و البيوت.

(٦) أى بكونه حرزا للمال.

(٧) على المشهور بين الأصحاب، و مستندهم خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (أتى أمير المؤمنين بطرّار، قد طرّ دراهم من كمّ رجل، فقال: إن كان قد طرّ من قميصه الأعلى لم أقطعه، و إن كان قد طرّ من قميصه الداخل قطعته) (١). و خبر مسمع بن سيار-

ص: ٣٤٣

كان في ظاهر الثوب الأعلى (١)، و الباطن ما كان في باطنه، أو في ثوب داخل مطلقا (٢).

أما الكم الظاهر فقيل (٣): المراد به ما كان معقودا في خارجه، لسهوله قطع السارق له فيسقط ما في داخله و لو في وقت آخر، و بالباطن ما كان معقودا من داخل كم الثوب الأعلى، أو في الثوب الذى تحته مطلقا (٤).

و قال الشيخ في الخلاف: المراد بالجيب الباطن: ما كان فوقه قميص آخر، و كذا الكم (٥) سواء شدة في الكم من داخل، أم من خارج.

و في المبسوط: اختار في الكم عكس ما ذكرناه، فنقل عن قوم أنه إن جعلها في جوف الكم و شدها من خارج فعليه القطع، و إن جعلها من خارج - عن أبي عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام قد أتى بطرار قد طرّ من رجل فقال: إن كان قد طرّ من قميصه الأعلى لم أقطعه، و إن كان قد طرّ من قميصه الأسفل قطعناه) (١)، هذا و الروايات فصلت بين القميص الأعلى و الأسفل عند تعدد قمصان المسروق منه، و الفقهاء فصلوا بين الجيب و الكم الظاهرين دون الباطنين، لأن موطن الأشياء في القميص سابقا إنما كان في الكم و الجيب.

(١) أى في خارجه.

(٢) أى في ثوب تحت الثوب الأعلى سواء كان الجيب في الثوب التحتانى من خارج أو داخل و هو الذى يدل عليه ظاهر الخبر.

(٣) قال الشيخ في المبسوط: (و أما إن شدة في كمه كالصره ففيه القطع عند قوم سواء جعله في جوف كمه و شدة كالصره من خارج الكم أو شدة من داخل حتى صارت الصره في جوف كمه، و قال قوم: إن جعلها من جوف الكم و شدها من خارج فعليه القطع و إن جعلها من خارج و شدها من داخل فلا قطع و هو الذى يقتضيه مذهبنا) و هو ظاهر في أن هذا القول في الشرح عن بعض العامة.

(٤) أى الكم الباطنى هو كم الثوب التحتانى الذى فوقه ثوب آخر، سواء شدة من داخل أو خارج، و هو الذى يقتضيه ظاهر الأخبار المتقدمه بل صريحها، و عليه لا معنى للنزاع في تحديد الكم الظاهر و الباطن و أنه المشدود من داخل أو خارج.

(٥) و هو الصحيح المدلول عليه بالأخبار المتقدمه.

ص: ٣٦٤

و شدها فلا قطع، قال: و هو الذى يقتضيه مذهبا و الأخبار فى ذلك (١) مطلقه (٢) فى اعتبار الثوب الأعلى و الأسفل فيقطع فى الثانى، دون الأول، و هو موافق للخلاف و مال إليه فى المختلف و جعله المشهور، و هو فى الكم حسن (٣).

أما فى الجيب فلا ينحصر الباطن منه فيما كان فوقه ثوب آخر، بل يصدق به (٤) و بما كان فى باطن الثوب الأعلى (٥) كما قلناه.

الرابعه - لا قطع فى سرقة الثمر على شجره

(الرابعه - لا قطع فى سرقة الثمر على شجره) (٦) و إن كان محرزا بحائط و غلق، لإطلاق النصوص الكثيره بعدم القطع بسرقة مطلقا (و قال العلامة) جمال الدين (ابن المطهر) رحمه الله و تبعه ولده فخر المحققين: (إن كانت الشجره داخل حرز فهتكه و سرق الثمره قطع) لعموم الأدله الداله على قطع من سرق من حرز فتختص روايات الثمره بما كان منها فى غير حرز. بناء على الغالب من كون (١) فى جهه الشد.

(٢) من الداخل أو الخارج.

(٣) و كذا فى الجيب.

(٤) أى يصدق الجيب الباطن بما كان فوقه ثوب آخر.

(٥) لصدق الجيب الباطنى عرفا و هو صحيح، إلا أن لفظ الجيب الباطنى لم يرد فى الأخبار حتى يقال ذلك، بل الشارع اشترط فى القطع أن يكون المسروق من الثوب التحتانى فانتبه.

(٦) على المشهور بين الأصحاب للأخبار منها: خبر الأصمغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام (لا يقطع من سرق شيئا من الفاكهه، و إذا مرّ بها فليأكل و لا يفسد) (١).

و هى مطلقه سواء كان الشجر فى حرز كالدار المقفله أو لا كالشجره الموجوده فى الصحراء و على قارعه الطريق، و هى مخالفه للأصول المقرره من ثبوت القطع بالسرقه من الحرز، و لذا ذهب العلامة فى القواعد و تبعه ولده فخر المحققين إلى التفصيل بين كون الشجره محرزه فسرقه ثمرها توجب القطع و بين غيرها فلا قطع و يؤيده خبر إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل سرق من بستان عذقا قيمته درهمان، قال: يقطع به) (٢)، إلا أن المشهور أعرض عنها من ناحيه تحديد المسروق بدرهمين.

ص: ٣٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب حد السرقة حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب حد السرقة حديث ٧.

الأشجار في غير حرز كالبساتين (١) و الصحارى. و هذا حسن مع أنه يمكن القدح في الأخبار الداله على عدم القطع بسرقة الثمر، إذ ليس فيها خبر صحيح، لكنها كثيره و العمل بها مشهور، و كيف كان فهو غير كاف (٢) في تخصيص ما عليه الإجماع (٣) فضلا عن النصوص الصريحه الصحيحه و لو كانت مراعاة بنظر المالک فكالمرحزه إن ألحقناه (٤) بالحرز.

الرابعه - لا قطع في سرقة الثمر على شجره

(الخامسه - لا يقطع سارق الحر (٥) و إن كان صغيرا) لأنه لا يعد مالا (فإن) (١) فالغالب فيها سابقا محرم تسويرها.

(٢) أى عمل المشهور بالأخبار الكثيره غير الصحيحه سندا.

(٣) من ثبوت القطع بالسرقه من الحرز.

(٤) أى نظر المالک.

(٥) من سرق حرا و باعه فلا يقطع كما ذهب إليه جماعه منهم المحقق لأن الحر ليس بمال، و سرقه المال شرط في ثبوت حد القطع و ذهب الشيخ في النهايه و تبعه في جماعه بل عن التنقيح أنه المشهور إلى القطع، لكن لا من حيث سرقة للمال بل من جهه كونه مفسدا في الأرض استنادا للأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل قد باع حرا فقطع يده) (١).

و خبر عبد الله بن طلحه (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل و هما حران، يبيع هذا هذا، و هذا هذا، و يفران من بلد إلى بلد فيبيعان أنفسهما و يفران بأموال الناس، قال: تقطع أيديهما لأنهما سارقا أنفسهما و أموال الناس) (٢).

و خبر طريف (سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن رجل سرق حره فباعها، فقال: فيها أربعة حدود، أما أولها فسارق تقطع يده) (٢).

و صريح الأولى عدم اشتراط صغر المسروق، و هذا ما أطلقه الشيخ في النهايه و جماعه، إلا أن الشيخ في المبسوط قيده بالصغر و تبعه جماعه على ذلك نظرا إلى أن الكبير متحفظ بنفسه فلا تتحقق سرقة و لا معنى لفرضه.

و أشكل على القول بأن النصوص صرحت بكون القطع لحد السرقة لا لكونه للفساد في الأرض، على أن حكم المفسد في الأرض لا يختص بالقطع بل يتخير الإمام بين قطعه -

ص: ٣٤٤

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب حد السرقة حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(باعه قيل) و القائل الشيخ و تبعه العلامة: (قطع) كما يقطع السارق، لكن لا من حيث إنه سارق، بل (لفساده في الأرض) و جزاء المفسد القطع (لا حدا) بسبب السرقة.

و يشكل بأنه إن كان مفسدا فاللازم تخير الحاكم بين قتله، و قطع يده و رجله من خلاف (١) إلى غير ذلك من أحكامه (٢) لا تعيين القطع خاصه.

و ما قيل: من أن وجوب القطع في سرقة المال إنما جاء لحراسته (٣) و حراسه النفس أولى فوجوب القطع فيه (٤) أولى لا يتم أيضا، لأن الحكم معلق على مال خاص يسرق على وجه خاص: و مثله لا يتم في الحر (٥). و مطلق صيانتته (٦) غير مقصوده في هذا الباب كما يظهر من الشرائط، و حمل النفس عليه (٧) مطلقا لا يتم (٨)، و شرائطه (٩)...

- كذلك و قطع رجله من خلاف و بين قتله.

و علل العلامة في المختلف حكم القطع لمن سرق الحر و باعه انتصارا للشيخ بأن القطع قد ثبت في سرقة المال ليكون الحد دافعا لحراسه المال، مع أن حراسه النفس أولى فالقطع في سرقة النفس يكون أولى، و فيه: إنه من القياس الممنوع، نعم لو سرقة و لم يبعه أذب بما يراه الحاكم لاختصاص الأخبار بالبيع بعد السرقة خلافا للمحكي عن المبسوط و السرائر من ثبوت القطع عليه، لأن القطع قد ثبت للسرقة كما هو صريح الأخبار مع غض البصر عن البيع و هو الأولى.

(١) بأن تقطع يده اليمنى و رجله اليسرى.

(٢) كالنفي في الأرض.

(٣) أي لحراسه المال.

(٤) في الحر المسروق.

(٥) لأن الحر ليس بمال.

(٦) أي صيانته المال غير مقصوده في باب السرقة، بل صيانته المال الخاص في حرزه إذا بلغ ربع دينار.

(٧) على المال الخاص بالشرائط المذكوره في ثبوت الحد.

(٨) سواء كانت النفس لها مالیه كالعبد أو لا، و سواء كانت السرقة سرا أو لا.

(٩) شرائط المال الخاص المسروق الموجب للحد لا تجرى في سرقة الصغير الحر و يبعه لأن الحر ليس بمال.

لا تنتظم فى خصوصيه سرقة الصغير و بيعه دون غيره (١) من تفويته (٢)، و اذهاب اجزائه (٣). فإثبات الحكم بمثل ذلك (٤) غير جيد، و من ثم حكاة المصنف قولاً.

و على القولين (٥) لو لم يبعه لم يقطع، و إن كان عليه ثياب أو حلى تبلغ النصاب، لثبوت يده عليها. فلم تتحقق سرقتهما (٦).

نعم لو كان صغيراً على وجه (٧) لا تتحقق له اليد اتجه القطع بالمال و مثله سرقة الكبير بمتاعه و هو نائم، أو سكران، أو مغمى عليه، أو مجنون.

(و يقطع سارق المملوك الصغير حداً) (٨) إذا بلغت قيمته النصاب، و إنما أطلقه (١) دون غير البيع كالقتل و قطع بعض أعضائه. (٢) بالقتل.

(٣) بقطع بعض أعضائه.

(٤) أى لو تم القطع فى سرقة الصغير و يبعه قياساً على سرقة المال لوجب أن يتم القطع فى سرقة الصغير و قتله أو قطع بعض أعضائه لأن فى الجميع تفويت للنفس مع أنه يلتزم بذلك.

(٥) من القطع و عدمه، لو لم يبعه لم يقطع و لكن عرفت أن القطع أولى تبعاً لظاهر الأخبار كما عن المبسوط و السرائر.

(٦) أى لم تتحقق سرقة الثياب و الحلى لعدم ثبوت اليد عليهما، نعم لو فرض سرقة المال مع سرقة الحر اتجه القطع حينئذ إذا بلغت النصاب.

(٧) كما لو كان نائماً أو وليداً حديثاً.

(٨) من سرق مملوكاً صغيراً لا يميز بين سيده و غيره تقطع يده حداً بلا خلاف فيه، إذا كانت السرقة مستجمعة للشرائط كالحرز و بلوغ النصاب، و ذلك لأن المملوك مال لسيده فيصدق أنه سرق مال الغير إلى آخر الشرائط المعتبرة فى القطع.

و أما لو كان المملوك كبيراً فلا قطع لسرقته، لأنه متحفظ بنفسه إلا أن يكون نائماً أو ما فى حكمه كالسكران بحيث لا يعرف سيده من غيره فإنه كالصغير حينئذ.

و لا فرق فى ذلك بين القن و المدبّر و أم الولد لأن الجميع مال لسيده، نعم إذا كان العبد مكاتباً و قد تحرر منه شىء فقد استشكل الفاضل فى القواعد من كون السيد غير تام المالى فيه و من كونه لم يخرج عن مالى سيده مطلقاً و الوجه الثانى أولى فلذا جزم غيره بأن سيده إن كان له ما يوازى نصاب السرقة فيقطع سارق المكاتب حينئذ لتتحقق شرط الحد من القطع.

كغيره بناء على الغالب (١)، و احترز بالصغير عما لو كان كبيرا مميزا فإنه لا يقطع بسرقة، إلا أن يكون نائما، أو في حكمه أو أعجميا لا يعرف سيده من غيره، لأنه حينئذ كالصغير.

و لا- فرق بين القن و المدبر و أم الولد دون المكاتب، لأن ملكه غير تام، إلا- أن يكون مشروطا (٢) فيتجه إلحاقه بالقن، بل يحتمل في المطلق أيضا إذا بقي منه ما يساوى النصاب، لأنه في حكم المملوك في كثير من الأحكام.

السادس - يقطع سارق الكفن من الحرز

(السادس - يقطع سارق الكفن من الحرز) (٣) و منه القبر بالنسبة إليه لقول أمير (١) من كون المملوك الصغير يساوى نصاب السرقة غالبا.

(٢) بحيث إذا عجز عن أداء قسط من مال المكاتبه فيرد بتمامه إلى الرقيه.

(٣) أي من القبر، لأن القبر حرز له بلا خلاف فيقطع لشمول الأدله له، و لأخبار منها:

خبر الجعفي (كنت عند أبي جعفر عليه السلام و جاءه كتاب هشام بن عبد الملك في رجل نبش امرأه فسلبها ثيابها ثم نكحها، فإن الناس قد اختلفوا علينا، طائفه قالوا: اقتلوه، و طائفه قالوا: أحرقوه، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: إن حرمة الميت كحرمة الحي، تقطع يده لنبشه و سلبه الثياب، و يقام عليه الحد في الزنا إن أحصن رجم و إن لم يكن أحصن جلد مائه(١)).

و خبر أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: يقطع سارق الموتى كما يقطع سارق الأحياء)٢.

و ذهب الصدوق إلى أنه لا يقطع و إن أخذ مقدار النصاب، إلا أن ينبش مرارا فيقطع لحد النبش لا لحد السرقة لأن القبر ليس حرزا للكفن من حيث هو قبر فلا- يكون الآخذ له أخذا له من حرزه، لكن مع تكرار النبش تقطع يده لأخبار منها: خبر علي بن سعيد عن أبي عبد الله عليه السلام (سألته عن رجل أخذ و هو ينبش، قال: لا- أرى عليه قطعا إلا أن يؤخذ و قد نبش مرارا فاقطعه(٢)).

و في خبره الآخر (إذا لم يكن النبش له بعاده لم يقطع و يعزّر)٤.

و خبر الفضيل (النباش إذا كان معروفا بذلك قطع)٥.

و رد بأن هذه الأخبار يمكن حملها على أن حد النباش هو القطع و لا تدل على أن القبر

ص: ٣٦٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٢ و ٤.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١١ و ١٣ و ١٥.

المؤمنين عليه السلام (١): يقطع سارق الموتى كما يقطع سارق الأحياء، و في صحيحه حفص بن البحتري عن الصادق عليه السلام حد النباش حد السارق (٢).

و هل يعتبر بلوغ قيمه الكفن النصاب؟ قولان مأخذهما إطلاق الأخبار هنا (٣)، و اشتراط مقدار النصاب في مطلق السرقة. فيحمل هذا المطلق عليه (٤) أو يحمله على إطلاقها (٥) تغليظا عليه، لشناعه فعله.

و قوله: (و الأولى اشتراط بلوغ النصاب) يدل على ميله (٦) إلى عدم الاشتراط -ليس حرزا للكفن جمعا بينها و بين ما تقدم الكلام في أنه يقطع سارق الكفن مطلقا و إن لم يبلغ النصاب، أو يشترط بلوغه النصاب، فذهب المفيد و سائر و ابنا زهره و حمزه بل نسب إلى الأكثر إلى أنه يشترط بلوغه النصاب جمعا بين هذه الأخبار و بين الأخبار الداله على أن حد السرقة مشروط ببلوغ المسروق النصاب، بل خبر الفقيه عن أمير المؤمنين عليه السلام (أنه قطع تباش القبر، فقيل له: أ تقطع في الموتى؟ فقال: إنا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا) (١) ظاهر في أن الشروط واحده في سرقة الأحياء و الأموات.

و ذهب ابن إدريس إلى اشتراط بلوغ النصاب في المره الأولى دون الثانية و الثالثه، و قال في الجواهر: (و لكنه لم نجد لغيره بل هو قد رجع عنه في آخر كلامه على أنه كما ترى غير واضح الوجه و لا المستند).

و ذهب الشيخ في الاستبصار إلى أنه يقطع لو سرق الكفن مطلقا أو اعتاد النباش و إن لم يخرج الكفن جمعا بين الأخبار، و قال المحقق عنه إنه جيد إلا أن الأحوط اعتبار النصاب في كل مره.

(١) في خير أبي الجارود و قد تقدم.

(٢) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(٣) في سرقة الكفن.

(٤) أي يحمله ما أطلق من الأخبار في سرقة الكفن على الاشتراط في مطلق السرقة.

(٥) أي تبقى أخبار سرقة الكفن على إطلاقها و إن لم يبلغ النصاب من أجل التغليظ على السارق لشناعه فعله و هو دليل من لم يشترط بلوغ الكفن النصاب.

(٦) لأنه عتبر عن الاشتراط بالأولى.

ص: ٣٧٠

لما ذكرناه، و لظاهر الخبر الصحيح المتقدم فإنه جعل (١) حده حد السارق و هو أعم من أخذه النصاب و عدمه، بل من عدم أخذه شيئاً إلا أنه مخصوص بالأخذ إجماعاً (٢) فيبقى الباقي على العموم.

و فيه نظر (٣)، لأن تخصيصه بذلك (٤) مراعاة للجمع (٥) يقتضى تخصيصه بالنصاب (٦). و الخبر الأول (٧) أوضح دلالة (٨)، لأنه جعل قطعه كقطعه (٩)، و جعله (١٠) سارقاً فيعتبر فيه شروطه. و كذا قول على عليه السلام (١١): إننا لنقطع لأمواتنا كما نقطع لأحيائنا.

و قيل (١٢): يعتبر النصاب فى المره الأولى خاصه، لأنه بعدها مفسد.

و الأظهر اشتراطه مطلقاً (١٣).

(١) أى فإن الخبر الصحيح جعل حد النباش كحد السارق، و فيه: إنه وارد فى التباش و إن لم يأخذ الكفن و لكن منافى سارق الكفن و إن لم ينبش.

(٢) و فيه: إن المخصوص بالأخذ هو السارق لا النباش و قد تقدم عن بعض أن حكم النباش هو حكم السارق إذا كان معتاداً للنباش.

(٣) لأن الخبر الصحيح المتقدم له إطلاقان، إطلاق من ناحيه الأخذ و عدمه، و إطلاق من ناحيه الأخذ بمقدار النصاب و عدمه، فإذا قيد إطلاقه الأول جمعاً بينه و بين الإجماع المدعى بالأخذ فلا بد أن يقيد إطلاقه الثانى جمعاً بينه و بين ما دل على اشتراط النصاب، فالتمسك به لإثبات عدم اشتراط بلوغ النصاب ليس فى محله.

(٤) بالأخذ.

(٥) بينه و بين الإجماع.

(٦) جمعاً بينه و بين ما دل على اشتراط النصاب.

(٧) أى خبر أبى الجارود عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٨) للتشبيه بين سرقة الميت و سرقة الحي، فكما يشترط النصاب فى الثانى فيشترط فى الأول.

(٩) أى جعل الخبر قطع سارق الموتى كقطع سارق الأحياء.

(١٠) أى و جعل الخبر الأول التباش سارقاً، و فيه: إن الخبر الأول ناظر للسارق لا للنباش و قد عرفت التباير بينهما إذ قد ينبش شخص و يسرق آخر.

(١١) فى مرسل الفقيه، الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٨.

(١٢) وهو قول ابن إدريس المتقدم.

(١٣) في كل مره.

ص: ٣٧١

(و يعزّر النباش) (١) سواء أخذ أم لم يأخذ، لأنه فعل محرم فيستحق التعزير (و لو تكرر منه) النبش (٢) (و فات الحاكم جاز قتله) لمن قدر عليه من حيث إفساده، و قد روى أن عليا عليه السلام (٣) أمر بوطء النباش بالأرجل حتى مات، و لو سرق من القبر غير الكفن فلا قطع (٤)، لأنه ليس بحرزل له، و العمامه من جمله الكفن المستحب (٥)...

(١) في المره الأولى، لأن النبش فعل محرم من الكبائر، و يدل عليه روايه على بن سعيد المتقدمه (إذا لم يكن النبش له بعاده لم يقطع و عزّر) (١).

(٢) فبعض الأخبار قد دل على أن حكمه القطع كخبر حفص البختری عن أبي عبد الله عليه السلام (حد النباش حد السارق) (٢)، و خبر عبد الرحمن العرزمي عن أبي عبد الله عليه السلام (أن عليا عليه السلام قطع نباشا) ٣، و خبر الفضيل المتقدم عن أبي عبد الله عليه السلام (النباش إذا كان معروفا بذلك قطع) ٤. و بعض الأخبار قد دل على أن حكمه القتل كمرسل أبي يحيى الواسطي عن أبي عبد الله عليه السلام (أتى أمير المؤمنين عليه السلام ببشاش فأخّر عذابه إلى يوم الجمعة، فلما كان يوم الجمعة ألقاه تحت أقدام الناس فما زالوا يتوطئونه بأرجلهم حتى مات) (٣)، و مرسل ابن أبي عمير (أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل نباش، فأخذ أمير المؤمنين عليه السلام بشعره فضرب به الأرض، ثم أمر الناس أن يطئوه بأرجلهم فوطئوه حتى مات) ٦، و القطع و القتل من أحكام المفسد.

و عن المقنعه و النهايه و الجامع لابن سعيد أنه يقتل فيما بعد الأولى إن تكرر عليه التعزير و قد فات السلطان و هرب منه، و فيه: إن النصوص خاليه عن الإشارة إلى فوته من يد السلطان.

و عن الشيخ حمل القتل على ما لو تكرر عليه الحد و قد أقيم عليه لأن أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثه إذا أقيم عليه الحد سابقا.

(٣) كما في مرسل ابن أبي عمير و مرسل أبي يحيى الواسطي المتقدمين.

(٤) كما لو سرق غير الكفن من الأموال كالحلى و الثياب كما عليه بعض العادات لمصاحبه الميت، و عدم القطع لأن القبر ليس حرزا لها و إن كان حرزا للكفن.

(٥) ذهب العلامة في القواعد إلى أن العمامه ليست من الكفن استنادا إلى أخبار منها:-

ص: ٣٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١٣.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١ و ٩ و ١٥.

٣- ((٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١٧ و ٣.

فتعتبر معه فى القيمه على الأقوى، لا- كغيره (١) كما ذهب إليه العلامة استنادا إلى ما ورد فى بعض الأخبار من أنها ليست من الكفن، لأن الظاهر أنه يريد أنها ليست من الكفن الواجب بقرينه ذكر الخرقه الخامسه معها (٢)، مع الإجماع على أنها منه (٣).

ثم الخصم للنباش (٤): الوارث إن كان الكفن منه، و الأجنبى إن كان منه.

و لو كان من بيت المال فخصمه الحاكم، و من ثم لو ذهب الميت بسيل و نحوه و بقى الكفن رجع إلى أصله.

السابعه - ثبت السرقة بشهادة عدلين

(السابعه - ثبت السرقة بشهادة عدلين) (٥) مفضلين لها بذكر ما يعتبر فى القطع من الشرائط، (أو الإقرار مرتين (٦)

-صحيح زراره (قلت لأبى جعفر عليه السلام: العمامه للميت من الكفن هي؟ قال: لا) (١)، و القبر ليس حرزا لغير الكفن فلا يقطع لو سرقها.

و حملت هذه الأخبار النافيه على أن العمامه ليست من الكفن الواجب جمعا بينها و بين أخبار دلت على أن العمامه من الكفن مثل صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (ثم الكفن قميص غير مزور و لا مكفوف، و عمامه يعصّب بها رأسه و يرد فضلها على رجله) ٢.

(١) أى و ليست العمامه كغير الكفن.

(٢) مع العمامه

(٣) على أن الخرقه الخامسه من الكفن.

(٤) لا يقال: إن الكفن ليس ملكا للميت فلا يصدق على السارق أنه سرق مال الغير، لأنه يقال: إن الكفن من مال الوارث إن كان الكفن منه أو من التركه، و من مال الأجنبى إن تبرع به للميت، و من بيت المال إن لم يتبرع به أحد، و عليه فالقطع ثابت عند مطالبه الوارث أو الأجنبى أو الحاكم.

(٥) بلا خلاف فيه، لما دل على اعتبار التعدد فى البيئه، و لخصوص خبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام (لا يقطع السارق حتى يقتر بالسرقة مرتين، فإن رجع ضمن السرقة، و لم يقطع إذا لم يكن مشهود) (٢).

(٦) على المشهور بين الأصحاب للأخبار منها: خبر جميل المتقدم و خبر الدعائم عن أمير-

ص: ٣٧٣

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(مع كمال المقرّر) بالبلوغ والعقل (١)، ورفع الحجر بالسفه (٢) بالنسبه إلى ثبوت المال، و الفلّس بالنسبه إلى تنجيزه (و حرّيته (٣)، و اختياره (٤) فلا- ينفذ إقرار الصبي و إن كان مراهقاً، و لا المجنون مطلقاً (٥)، و لا السفّيه فى المال. و لكن يقطع، و كذا المفلس لكن يتبع بالمال بعد زوال الحجر، و لا العبد بدون موافقه المولى، لتعلقه بمال الغير، أما لو صدّقه (٦) فالأقرب القطع و ثبوت المال، و بدونه يتبع بالمال إذا أعتق و أيسر، و لا المكروه فيهما (٧).

-المؤمنين عليه السّلام (أتاه رجل فقال: يا أمير المؤمنين: إنى سرقت، فانتهره، فقال: يا أمير المؤمنين إنى سرقت، فقال: تشهد على نفسك مرتين فقطعه)(١).

و فى الفقه الرضوى (و لا يقطع السارق حتى يقر مرتين إذا لم تكن شهود)٢.

و عن الصدوق الاكتفاء بالمره لصحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام (إذا أقرّ الرجل الحر على نفسه مره واحده عند الإمام قطع)(٢) و هو موافق لبعض العامه فيحمل على التقية.

(١) بلا خلاف لأنه لا عبره بإقرار الصبي و المجنون لحديث رفع القلم.

(٢) فالسفيه محجور عليه فلو أقر بالسرقه مرتين لا يؤخذ بإقراره بالنسبه للمال لأنه ممنوع من التصرف المالى، و إن كان يقطع.

و لو كان الحجر للمفلس فإذا ارتفع الفلّس جاز للغير المطالبه بالمال الذى اعترف المفلس بسرّته لوجود المقتضى من الإقرار و عدم المانع بحسب الفرض لأن الفلّس قد ارتفع.

(٣) يشترط فى نفوذ لإقرار عدم الرقيه لأن إقرار العبد فى حق مولاه، و هذا لا خلاف فيه و لصحيح الفضيل عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا أقرّ العبد على نفسه بالسرقه لم يقطع و إذا شهد عليه شاهدان قطع)(٣)، نعم بالنسبه للمال يثبت على العبد و يتبع به بعد العتق.

(٤) بلا خلاف فيه، فلا قطع على المكروه و الساهى و الغافل و النائب و المغمى عليه و السكران لو أقرّ بهذه الحالات لحديث الرفع.

(٥) لا بالنسبه للقطع و لا بالنسبه للمال.

(٦) أى صدق المولى عبده فى إقراره فيكون إقراراً من المولى فيثبت و يكون الضمان على المولى لأن العبد من جملة أمواله، نعم إذا لم يصدقه فلا قطع و يتبع بالمال العبد بعد عتقه.

(٧) فى القطع و المال.

ص: ٣٧٤

- ٢- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد السرقة حديث ٣.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(و لو ردّ المكره) على الإقرار (١) (السرقه بعينها لم يقطع) على الأقوى، لأن وجود العين في يده لا يدل على السرقه، و الإقرار وقع كرها فلا يعتد به.

وقيل: يقطع، لأن ردها قرينه السرقه كدلاله قىء الخمر على شربها و لحسنه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام في رجل سرق سرقه فكابر عنها فضرب فجاء بها بعينها هل يجب عليه القطع؟ قال: نعم و لكن لو اعترف و لم يجيء بالسرقه لم تقطع يده، لأنه اعترف على العذاب.

و لا يخفى ضعف العمل بالقرينه (٢) في هذا الباب، و الفرق بين القىء و المجيء بالسرقه، فإن القىء يستلزم الشرب، بخلاف المتنازع فيه فإنه أعم منه.

و أما الخبر فظاهر الدلاله، إلا أن إثبات الحكم به مجردا مشكل (٣) ..

(و لو رجع) عن الإقرار بالسرقه اختيارا (بعد الإقرار مرتين لم يسقط الحد) (٤)، لثبوته بالإقرار السابق فلا يقدر فيه الإنكار كغيره من الحدود.

(١) لو ردّ نفس السرقه بعينها، فعن النهايه و المهذب و الجامع و المختلف أنه يقطع، لأن رد السرقه قرينه على فعلها كالقىء فإنه قرينه على شرب الخمر، و لحسنه سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام (عن رجل سرق سرقه فكابر عنها فضرب فجاء بها بعينها، أ يقطع؟ قال عليه السلام: نعم، و إذا اعترف و لم يأت بها فلا قطع لأنه اعترف على العذاب) (١).

و ذهب ابن إدريس و العلامه في أكثر كتبه و استحسنة المحقق و تبعه أكثر من تأخر إلى عدم القطع لأن الإقرار عن عذاب فلا عبره به، و ردها بعينها دليل على وجود المال عنده، و وجود المال أعم من سرقته بخلاف القىء فإنه ملازم للشرب.

(٢) و هي أن الرد مستلزم للسرقه.

(٣) لكونه من غير الصحاح فضلا عما علم من أن الحدود مبنيه على العلم و الرد يستلزم السرقه ظنا لأنه أعم منها.

(٤) للاستصحاب، و لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام (في رجل أقرّ على نفسه بحد ثم جحد بعد، فقال: إذا أقرّ على نفسه عند الإمام أنه سرق ثم جحد قطعت يده و إن رغم-

ص: ٣٧٥

(و يكفى فى الغرم) للمال المسروق (الإقرار به مره) واحده، لأنه إقرار بحق مالى فلا يشترط فيه تعدد الإقرار، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز (١) و إنما خرج الحد (٢) بدليل خارج كقول الصادق عليه السّلام فى روايه جميل (٣): لا يقطع السارق حتى يقر بالسرقة مرتين.

الثامنه - يجب على السارق إعادة العين

(الثامنه - يجب) على السارق (٤) (إعادة العين) مع وجودها، و إمكان إعادتها -أنفه(١)، و عن الشيخ فى النهايه و كتابى الحديث و القاضى و ابن زهره و العلامه فى المختلف سقوط القطع لمرسل جميل عن أبى عبد الله عليه السّلام (لا يقطع السارق حتى يقرب بالسرقة مرتين، فإن رجع ضمن السرقة و لم يقطع إذا لم يكن شهود) (٢) و الأول أشهر و موافق للقواعد.

(١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإقرار حديث ٢.

(٢) و اشترط فيه تعدد الإقرار.

(٣) و قد تقدمت أكثر من مره.

(٤) يجب على السارق و إن أقيم عليه الحد و قطعت يده إعادة العين المسروقه بعينها إن كانت باقيه، و إن تلفت أغرم مثلها إن كانت مثليه و قيمتها إن كانت قيميه، موسرا كان أو معسرا غايته مع الإعسار يرجئ حتى الإيسار للأخبار منها: خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (السارق يتبع بسرقة و إن قطعت يده، و لا يترك أن يذهب بمال امرئ مسلم) (٣).

و خبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام (إذا سرق السارق قطعت يده و أغرم ما أخذ) ٤.

و مرفوع صالح بن سعيد عن أحدهما عليهما السّلام سألته عن رجل يسرق فتقطع يده بإقامه البيئه عليه و لم يردّ ما سرق، كيف يصنع به فى مال الرجل الذى سرق منه، أو ليس عليه رده، و إن ادعى أنه ليس عنده قليل أو كثير و علم ذلك منه، قال عليه السّلام:

يستسعى حتى يؤدى آخر درهم سرقة) (٤).

ص: ٣٧٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد السرقة حديث ٤ و ١.

٤- (٥) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد السرقة حديث ٤.

(أو رد مثلها) إن كانت مثليه، (أو قيمتها) إن كانت قيميه (مع تلفها)، أو تعذر ردها، و لو عابت ضمن أرشها (١)، و لو كانت ذات أجره لزمه مع ذلك أجرتها (٢) (و لا يغنى القطع عن إعادتها)، لأنهما حكمان متغايران: الإعادة لأخذ مال الغير عدوانا و القطع حد عقوبه على الذنب.

التاسعه - لا قطع إلا بمرافعه الغريم له

(التاسعه - لا قطع) على السارق (إلا بمرافعه الغريم له) (٣) و طلب ذلك من -و خالف أبو حنيفه فقال: لا أجمع عليه بين القطع و الغرم للعين التالفه، فإن غرم له سقط القطع، و إن سكت المالك حتى قطع سقط الغرم، و قال أبو عبد الله عليه السلام مشيرا إلى فتواه فى البغل المعضوب المعروفه و الشبيهه بهذه فى مخالفه الواقع (من هذه و شبهها تحبس السماء قطرها) (١).

(١) فعليه أرش النقصان لأنه ضامن لقاعده على اليد ما أخذت حتى تؤدى، و كذا لو زادت قيمه أو عينا فللمالك لأن الزيادة تابعه للعين فى الملك.

(٢) أى مع ضمان عينها و نقصان أرشها يلزمه ضمان أجرتها لأنه بسرقة فوت منافعها على المالك فيكون ضامنا لأنه متعدد.

و لو مات صاحبها دفعت العين إلى ورثته و إن لم يكن له وارث فإلى الإمام عليه السلام بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر حمزه بن حمران (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن سارق عدا على رجل من المسلمين فعقره و غصب ماله، ثم إن السارق بعد تاب، فنظر إلى مثل المال الذى كان غصبه و حمله إليه و هو يريد أن يدفعه إليه و يتحلل منه مما صنع منه، فوجد الرجل قد مات، فسأل معارفه هل ترك وراثا، فقالوا: لا، و قد سألتنى أن أسألك عن ذلك حتى ينتهى إلى قولك، فقال أبو عبد الله عليه السلام: إن كان الرجل الميت توالى أحدا من المسلمين فضمن جريرته و حدثه و أشهد بذلك على نفسه فإن ميراث الميت له، و إن كان الميت لم يتوال إلى أحد حتى مات فإن ميراثه لإمام المسلمين، فقلت: فما حال الغاصب؟ فقال: إذا هو أوصل المال إلى إمام المسلمين فقد سلم، و أما الجراحه فإن الجراح تقتص منه يوم القيامة) (٢).

(٣) قطع السارق موقوف على مطالبه المسروق بالقطع بأن يرفعه إلى الحاكم، فلو لم يرفعه إلى الحاكم لا تقطع يده و إن قامت عليه البيئه حسبه، أو علم الحاكم بالسرقة، أو أقر بالسرقة عند الحاكم مرتين لنصوص منها: خبر الحسين بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام -

ص: ٣٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الإجاره حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب حد السرقة حديث ٥.

الحاكم (و لو قامت) عليه (البينه) بالسرقة أو أقر مرتين (فلو تركه) المالك (أو وهبه المال سقط) القطع، لسقوط موجه قبل تحتمه (و ليس له العفو) عن القطع (بعد المرافعه) و إن كان قبل حكم الحاكم به، لقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ لصفوان بن أميه حين سرق رداؤه فقبض على السارق و قدّمه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ ثم وهبه: «ألا كان ذلك قبل أن تنتهي به إليّ». و قال الصادق عليه السّلام: إنما الهبه قبل أن يرفع إلى الإمام، و ذلك قول الله (عز و جل): وَ الْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ، فإذا انتهى إلى الإمام فليس لأحد أن يتركه، (و كذا لو ملك) السارق (المال) المسروق (بعد المرافعه لم يسقط) - (الواجب على الإمام إذا نظر إلى رجل يزني أو يشرب الخمر أن يقيم عليه الحد و لا يحتاج إلى بينه مع نظره، لأنه أمين الله في خلقه، و إذا نظر إلى رجل يسرق فالواجب عليه أن يزيره و ينهاه و يمضى و يدعه.

قال: كيف ذلك؟ قال عليه السّلام: لأن الحق إذا كان لله فالواجب على الإمام إقامته، و إذا كان للناس فهو للناس (١)، و عن الشيخ في الخلاف و المبسوط لو أقر السارق على نفسه مرتين قطع بدون مطالبه المسروق لعموم نصوص الإقرار السابقة، و فيه: إنها مقيده بهذا الخبر و أمثاله.

و عليه فلو وهب المالك المال المسروق للسارق قبل الرفع إلى الإمام سقط الحد، و كذا لو عفى عنه بلا خلاف لنصوص منها: خبر سماعة عن أبي عبد الله عليه السّلام (من أخذ سارقا فعفى عنه فذاك له، فإذا رفعه إلى الإمام قطعه، فإن قال الذي سرق منه أنا أهب له لم يدعه الإمام حتى يقطعه إذا رفعه إليه، و إنما الهبه قبل أن يرفع إلى الإمام و ذلك قول الله تعالى: وَ الْحَافِظُونَ لِحُدُودِ اللَّهِ، فإذا انتهى إلى الإمام فليس لأحد أن يتركه) (٢).

و صحيح الحلبي الوارد في سارق رداء صفوان عن أبي عبد الله عليه السّلام (- إلى أن قال - تقطع يده لأجل ردائي يا رسول الله، قال: نعم، قال: فأنا أهبه له، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: فهلا - كان هذا قبل أن ترفعه إليّ، قلت: فالإمام بمنزلته إذا رفع إليه؟ قال:

نعم، و سألته عن العفو قبل أن ينتهي إلى الإمام، فقال: حسن) (٣)

و يفرّع على ذلك لو ملك السارق العين المسروقه قبل المرافعه سقط الحد لما سمعته من الهبه التي لا فرق بينها و بين غيرها من وجود التملك، نعم لو ملكها بعد المرافعه لا يسقط الحد.

ص: ٣٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ٣ و ٢.

القطع (و يسقط بملكه) له (قبله) لما ذكر.

العاشره - لو أحدث فى النصاب قبل الإخراج

(العاشره - لو أحدث) السارق (١) (فى النصاب قبل الإخراج) من الحرز (ما ينقص قيمته) عن النصاب بأن خرق الثوب، أو ذبح الشاره (فلا قطع)، لعدم تحقق الشرط و هو إخراج النصاب من الحرز، و لا- كذا لو نقصت قيمته بعد الإخراج و إن كان قبل المرافعه.

(و لو ابتلع النصاب) (٢) كالدينار و اللؤلؤه (قبل الخروج فإن تعذر إخرجه فلا حدّ)، لأنه كالتالف و إن اتفق خروجه بعد ذلك و إن لم يتعذر خروجه عادة قطع، لأنه يجرى مجرى إيداعه فى وعاء و يضمن المال على التقديرين، و أرش النقصان.

(١) لو أحدث السارق فى المال قبل إخرجه من الحرز حدثا يوجب نقصان قيمته عن نصاب السرقة ثم أخرجه، مثل خرقة للثوب أو ذبحه للشاه فلا قطع بالاتفاق، لعدم صدق شرط القطع من إخراج ما قيمته ربع دينار من الحرز، و إن كان ضامنا لما أحدثه بالمال لأنه متعد.

و لو أخرج النصاب من حرزه فنقصت قيمته بفعله أو فعل غيره، أو نقصت قيمته للسوق بعد الإخراج فعليه القطع لتحقيق شرطه من إخراج النصاب من حرزه، خلافا لأبى حنيفة من عدم القطع إذا نقصت قيمته بعد الإخراج للسوق و هو غير واضح المستند.

(٢) لو ابتلع النصاب داخل الحرز فإن استهلكك بالابتلاع كالطعام لا- يقطع لأنه لم يخرج النصاب من حرزه، نعم عليه الضمان لإتلافه مال الغير.

و إن لم يستهلكك بالابتلاع لكن تعذر خروجه من المعده عادة فهو بحكم التالف فلا يقطع لأنه لم يخرج النصاب من حرزه نعم عليه الضمان.

و هذا المتعذر إخرجه من المعده لو خرج اتفاقا بعد خروجه من الحرز فلا قطع ضروره عدم صدق إخراج المال عن حرزه بعد عدم القصد إلى الإخراج لأنه قد اعتقد بكونه تالفا فكيف قصد إخرجه من حرزه.

و إن لم يستهلكك بالابتلاع و لم يتعذر إخرجه من المعده فعليه القطع لأنه يجرى مجرى ما لو أودعه فى وعاء و خرج به، و لو اتفق فساده داخل المعده على خلاف العاده فذهب الشارح فى المسالك إلى عدم القطع و ذهب بعض العامه إلى القطع، و الأولى الحكم بالقطع إذا تيقنا بقاءه داخل الجوف حال الإخراج، و لو تيقنا فساده حال الإخراج فلا قطع، و إن شككنا فلا قطع للشبهه و هى دارئه للحد.

(و لو أخرجه) أى أخرج النصاب (من الحرز الواحد مرارا) (١) بأن أخرج كل مره دون النصاب و اجتمع من الجميع نصاب (قيل: وجب القطع) ذهب إلى ذلك القاضى ابن البراج، و العلامه فى الإرشاد، لصدق سرقة النصاب من الحرز فيتناوله عموم أدله القطع، و لقوله صلى الله عليه و آله و سلم من سرق ربع دينار فعليه القطع (٢). و هو متحقق هنا.

و قيل: لا قطع مطلقا (٣) ما لم يتحد الأخذ، لأصالة البراءه، و لأنه لما هتك الحرز و أخرج أقل من النصاب لم يثبت عليه القطع، فلما عاد ثانيا لم يخرج من حرز، لأنه كان منبوذا قبله فلا قطع، سواء اجتمع منهما معا نصاب أم كان الثانى وحده نصابا من غير ضميمه.

و فرق العلامه فى القواعد بين قصر زمان العود، و عدمه فجعل الأول بمنزله المتحد، دون الثانى. و فصل فى التحرير فأوجب الحد إن لم يتخلل اطلاع المالك و لم يطل الزمان بحيث لا يسمى (٤) سرقة واحده عرفا. و هذا أقوى (٥)، لدلاله العرف على اتحاد السرقة مع فقد الشرطين و إن تعدد الإخراج. و تعددها (٦) بأحدهما.

الحاديه عشره – الواجب قطع الأصابع الأربع

(الحاديه عشره – الواجب) (٧) فى هذا الحد أول مره (قطع الأصابع الأربع) (١) قد تقدم البحث فيه مفصلا فلا يفيد.

(٢) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٥٤، مع تغيير بالألفاظ فالنوبى الوارد (لا قطع إلا فى ربع دينار).

(٣) سواء كانت الدفعات متقاربه زمانا أو لا، و هذا القول لأبى الصلاح الحلبي.

(٤) إن تحقق أحدهما.

(٥) و له تفصيل ثالث فى المختلف أيضا و قد تقدم سابقا.

(٦) عطف على اتحاد السرقة، و المعنى: و لدلاله العرف على تعدد السرقة بأحد الشرطين.

(٧) الواجب فى هذا الحد أول مره قطع الأصابع الأربع من اليد اليمنى و تترك الراحه و الإبهام بلا- خلاف فيه للأخبار منها: المرسل عن الحارث بن حصيره قال: (مررت بحبشى و هو يستقى بالمدينه فإذا هو أقطع، فقلت له: من قطعك؟ قال: قطعنى خير الناس، إننا أخذنا فى سرقة و نحن ثمانيه نفر فذهب بنا إلى على بن أبى طالب عليه السلام فأقررنا بالسرقة، فقال لنا: تعرفون أنها حرام؟ فقلنا: نعم، فأمر بنا فقطعت أصابعنا من -

و هي ما عدا الإبهام (من اليد اليمنى و يترك له الراحة و الإبهام) هذا إذا كان له خمس أصابع.

أما لو كانت ناقصه (١) اقتصر على الموجود من الأصابع و إن كانت واحده عدا الإبهام، لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السلام قال: قلت له: من أين يجب القطع؟ فبسط أصابعه و قال: من هاهنا، يعني من مفصل الكف (٢). و قوله في روايه أبي بصير: القطع من وسط الكف و لا يقطع الإبهام (٣)، و لا- فرق بين كون المفقود خلقه، أو بعارض و لو كان له إصبع زائده لم يجز قطعها (٤)، حملا على المعهود، فلو توقف تركها (٥) على إبقاء إصبع أخرى (٦) و جب (٧) و لو كان على -الراحة و خلّيت الإبهام، ثم أمر بنا فحبسنا في بيت يطعمنا فيه السمن و العسل حتى برئت أيدينا، ثم أمر بنا فأخرجنا و كسانا فأحسن كسوتنا ثم قال لنا: إن تتوبوا و تصلحوا فهو خير لكم يلحقكم الله بأيديكم في الجنة، و إلاّ تفعلوا يلحقكم الله بأيديكم إلى النار(١) و خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: (أتى أمير المؤمنين عليه السلام بقوم لصوص قد سرقوا فقطع أيديهم من نصف الكف و ترك الإبهام و لم يقطعها، و أمرهم أن يدخلوا إلى دار الضيافة، و أمر أيديهم أن تعالج فأطعمهم السمن و العسل و اللحم حتى برءوا فدعاهم فقال: يا هؤلاء إن أيديكم سبقتكم إلى النار، فإن تبتم و علم الله منكم صدق النيه تاب عليكم و جررتم أيديكم إلى الجنة، فإن لم تتوبوا و لم تقلعوا عمّا أنتم عليه جرّتكم أيديكم إلى النار)٢.

(١) اجتزئ بقطع الموجود من الأصابع ما عدا الإبهام، بلا خلاف لأن الميسور لا يسقط بالمعسور.

(٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

(٣) الوسائل - ٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

(٤) لظهور الأخبار المتقدمه في قطع الأصابع الأربعة المعروفه فقط، و ما زاد فلا يجب قطعه.

(٥) أى ترك الزائده.

(٦) أصله.

(٧) أى و جب إبقاء الأصلية حينئذ لأن الزائده يحرم إتلافها و يجب إبقاؤها، و بقاؤها متوقف على إبقاء الأصلية فيجب إبقاء الأصلية من باب المقدمه.

ص: ٣٨١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب حد السرقة حديث ١ و ٢.

المعصم كفان قطع أصابع الأصلية إن تميزت، وإلا فإشكال (١).

(و لو سرق ثانيا) (٢) بعد قطع يده (قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، و ترك العقب) يعتمد عليه حاله المشى، و الصلاة، لقول الكاظم عليه السلام (٣): تقطع يد السارق، و يترك إبهامه، و صدر راحته، و تقطع رجله و يترك له عقبه يمشى عليها.

و الظاهر أنه لا التفات إلى زياده الأصبع هنا (٤)، لأن الحكم مطلق فى القطع (١) ناشئ من وجوب قطع الأصلية و بما أنها مشتبهه فيتوقف تحصيل الامتثال على قطعهما.

و من أن الزائد يحرم إتلافها و يجب إبقائها، و حفظها متوقف على حفظ الجميع للاشتباه، و يحتمل القرع لأنها لكل أمر مشكل.

(٢) بعد قطع يده فتقطع رجله اليسرى بلا خلاف للأخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (القطع من وسط الكف و لا يقطع الإبهام، و إذا قطعت الرجل ترك العقب و لم يقطع) (١).

خبر سماعة بن مهران (إذا أخذ السارق قطعت يده من وسط الكف، فإن عاد قطعت رجله من وسط القدم، فإن عاد استودع السجن، فإن سرق فى السجن قتل) ٢.

و صحيح عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى السارق إذا سرق قطعت يمينه، و إذا سرق مره أخرى قطعت رجله اليسرى، ثم إذا سرق مره أخرى سجنه و تركت رجله اليمنى يمشى عليها إلى الغائط و يده اليسرى يأكل بها و يستنجى بها، فقال: إنى لأستحى من الله أن أتركه لا ينتفع بشيء و لكنى أسجنه حتى يموت فى السجن و قال: ما قطع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم من سارق بعد يده و رجله) (٢).

(٣) فى خبر إسحاق بن عمار، الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٤.

(٤) أى فى الرجل اليسرى، بل يقطع الزائد لأن الحكم قد تعلق بقطع الرجل مهما كانت أصابعها، و فيه: إن هذا يأتى فى اليد اليمنى لأن الحكم قد تعلق بقطعها كما فى خبر صحيح عاصم بن حميد المتقدم، و يكفيننا قوله تعالى: وَ السَّارِقُ وَ السَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا (٣).

ص: ٣٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد السرقة حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- (٤) المائدة الآية: ٣٨.

من المفصل من غير نظر إلى الأصابع، مع احتمال (١)، و لو كان قدمان على ساق واحد فكالكف (٢).

(و فى) السرقة (الثالثة) بعد قطع اليد و الرجل (يجس أبدا) (٣) إلى أن يموت، و لا يقطع من باقى أعضائه.

(و فى الرابعة) بأن سرق من الحبس، أو من خارجه لو اتفق خارجه لحاجه، أو هرب به (يقتل) (٤).

(و لو ذهب يمينه (٥)... (١) أى احتمال عدم قطع الزائد لأن المعهود هو قطع القدم من المفصل بأصابعها الخمسه فقط، و هو ضعيف إذ إبقاء الأصبع الزائد يستدعى إبقاء شىء من القدم بخلاف إبقاء الزائد من اليد فهو و إن واجب ترك الكف إلا أنه لا يجب قطع الكف فى اليد و لذا فرّق بين الزائد فى اليد فيترك و الزائد فى الرجل فيقطع.

(٢) من اعتبار الأصلية إن تميزت و إلا فإشكال.

(٣) بلا خلاف فيه للأخبار و قد تقدم بعضها.

(٤) بلا خلاف فيه للأخبار و قد تقدم بعضها.

(٥) فهنا مسائل:

الأولى: لا تقطع اليسار مع وجود اليمين الصحيحه بلا خلاف للأخبار المتقدمه بل تقطع اليمين.

الثانية: لو كانت اليمين شلاء و اليسار صحيحه لا تقطع اليسار، بل تقطع اليمين لعموم الأدله الموجبه لقطع اليمين.

الثالثه: لو كانت اليسار شلاء و اليمين صحيحه، فمقتضى الأدله قطع اليمين لوجود المقتضى لقطعها و انتفاء المانع، إذ المانع ليس إلا شكل اليسرى و لم يثبت كونه مانعا شرعا، و لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أشلّ اليد اليمنى أو أشل الشمال فسرق، قال: تقطع يده اليمنى على كل حال) (١).

و ذهب ابن الجنيد إلى اليسار إذا كانت شلاء لم تقطع اليمين لأن الشلاء كالمعدومه فلو قطعت اليمين و الحال هذه لبقى بلا يدين، و لم يعهد من حكمه الشارع إبقاءه بدون يدين-

ص: ٣٨٣

و- لمرسل المفضل بن صالح عن أبي عبد الله عليه السلام (إذا سرق الرجل و يده اليسرى شلاء لم تقطع يمينه و لا رجلاه) (١)
و لو كانتا شلاءين فلا- قطع عنده بالأولى، و عند المشهور تقطع اليمين على كل حال، و المرسل لا يقاوم الصحيح المتقدم
فالمتمعين هو قول المشهور.

الرابعة: لو لم يكن له يسار، إما مقطوعه في قصاص أو معدومه خلقه، و كانت له يمين صحيحة فإذا سرق هل يقطع؟

ذهب الشيخ في المبسوط و تبعه الأكثر أنه تقطع اليمين لعموم الأدله، و ذهب ابن الجنيد إلى أنه لا تقطع يمينه لأنه لم يعرف من
حكمه الشارع تركه بلا يدين و لصحيح عبد الرحمن بن الحجاج عن ابن عبد الله عليه السلام (لو أن رجلا قطعت يده اليسرى
في قصاص فسرق ما يصنع به؟ فقال: لا يقطع و لا يترك بغير ساق) (٢).

الخامسة: لو كانت له يمين حين السرقة و ذهبت قبل القطع فهل تقطع اليسار أو يسقط الحكم بالقطع، فلا خلاف بينهم في سقوط
الحكم و لا تقطع اليسار لأن الحكم قد تعلق باليمين، و يذهب الحكم بذهابها.

السادسة: لو سرق و لا يمين له إما خلقه و إما قصاصا، فهل يسقط الحكم أو يتعلق باليسار أو برجله

قال الشيخ في النهاية: تقطع يساره لعموم قوله تعالى: فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا (٣) الصادق على قطع اليسار، غايته تقديم اليمنى عليها
لأخبار عند وجودها، فإذا لم توجد قطعت اليسار لوجوب امتثال الأمر.

و قال في المبسوط: ينتقل إلى رجلاه اليسرى لأنها محل القطع حدا للسرقة بعد قطع اليمين، و اليمين هنا مفقوده فينتقل إلى
الرجل.

و الأولى القول بسقوط الحكم لأنه تعلق باليمين فيذهب بذهابها كما في المسألة الخامسة.

السابعة: لو لم يكن له يد يمينى و لا- يسرى و سرق أول مره، فعن المبسوط أنه تقطع رجلاه اليسرى لما تقدم، و عن النهاية أنه
تقطع الرجل اليمنى لأنها أقرب لليد اليمنى، و الأولى القول بسقوط الحكم لأنه تعلق باليمينى فيذهب بذهابها.-

ص: ٣٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب حد السرقة حديث ٣.

٣- (٣) المائدة الآية: ٣٨.

(بعد السرقة لم يقطع اليسار) (١)، لتعلق الحكم بقطع اليمين و قد فاتت، أما لو ذهبت اليمين قبل السرقة بغيرها (٢) ففي قطع اليد اليسرى، أو الرجل قولان. و لو لم يكن له يسار (٣) قطعت رجله اليسرى قطع به العلامه و قبله الشيخ. كما أنه لو لم يكن له رجل حبس (٤).

و يحتمل سقوط قطع غير المنصوص (٥) مرتبا و قوفا في التجري على الدم المحترم على موضع اليقين، و لأنه تخط عن موضع النص من غير دليل، و لظاهر قول على عليه السلام (٦): إنى لأستحي من ربي أن لا أدع له يدا يستنجي بها أو رجلا يمشى عليها، و سأل عبد الله بن هلال أبا عبد الله عليه السلام عن عله قطع اليد اليمنى و رجله اليسرى فقال: ما أحسن ما سألت إذا قطعت يده اليمنى، و رجله اليمنى سقط على جانبه الأيسر و لم يقدر على القيام. فإذا قطعت يده اليمنى، و رجله اليسرى اعتدل و استوى قائما (٧).

-الثامنة: و لو سرق و لا يد و لا رجل، ففي النهايه حبس دائما لأن الحبس قد ثبت عقوبه في السرقة عند فقد اليد و الرجل، و هو فاقد لهما، و فيه: إن الحبس عقوبه إنما يثبت بعد قطع اليد و الرجل عقوبه، و الشرط هنا غير متحقق فالأقرب القول بسقوط الحكم لما تقدم، و قد توقف جماعه في هذه الثلاثه الأخيره لعدم النص و قال المحقق في الشرائع:

«و في الكل إشكال من حيث إنه تخط عن موضع القطع فيقف على إذن الشارع و هو مفقود»، و قد عرفت أن مقتضى القواعد سقوط الحكم لذهابه بذهاب موضوعه كما وقع الاتفاق على ذلك في المسأله الخامسه.

(١)المسأله الخامسه.

(٢)أى بغير السرقة و هى المسأله السادسه.

(٣)المسأله السابعه.

(٤)و هى المسأله الثامنه.

(٥)أى ففي السرقة الأولى تقطع اليمين على كل حال و فى الثانيه تقطع الرجل اليسرى على كل حال، و فى المره الثالثه الحبس و إلا فلا حكم عليه عند اختلال أى قيد من القيود المذكوره.

(٦)فى صحيح عبد الرحمن بن الحجاج، الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد السرقة حديث ٩.

(٧)الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حد السرقة حديث ٨.

(و يستحب) بعد قطعه (حسمه بالزيت المغلى) (١) إبقاء له و ليس بواجب للأصل. و مؤنثه عليه إن لم يتبرع به أحد أو يخرجه الحاكم من بيت المال.

الثانيه عشره - لو تكررت السرقة

(الثانيه عشره - لو تكررت السرقة) (٢) و لم يرافع بينها (فالقطة واحد)، لأنه (١) للنبوى (أنه أتى بسارق فقال: اذهبوا فاقطعوه ثم احسموه) (١)، و لخبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام بقوم لصوص قد سرقوا فقطع أيديهم من نصف الكف و ترك الإيهام و لم يقطعها، و أمرهم أن يدخلوا إلى دار الضيافه، و أمر بأيديهم أن تعالج) (٢)، و لخبر حذيف بن منصور عن أبى عبد الله عليه السّلام فى قوم لصوص قطعت أيديهم فى زمن أمير المؤمنين عليه السّلام فقال: (يا قنبر ضمّمهم إليك فداو كلومهم و أحسن القيام عليهم فإذا برءوا فأعلمنى) (٣).

نعم مؤنثه على السارق و ليس على الحاكم، نعم يجوز للحاكم إخراجه من بيت المال لأنه معدّ لمصالح المسلمين و مداواتهم من مصالحهم.

(٢) لو تكررت السرقة و لم يرافع بينها ثم ظفر به، فالحد واحد عليه بلا خلاف كما فى الجواهر، بشرط أن تكون البيتان قد أقيمتان دفعه أو أقرّ بالسرقتين دفعه واحده لخبر بكير بن أعين عن أبى جعفر عليه السّلام (فى رجل سرق فلم يقدر عليه، ثم سرق مره أخرى فأخذ، فجاءت البيه فشهدوا عليه بالسرقة الأولى و السرقة الأخيره).

فقال عليه السّلام: تقطع يده بالسرقة الأولى، و لا تقطع رجله بالسرقة الأخيره، فقال: كيف ذاك؟ فقال عليه السّلام: لأن الشهود شهدوا جميعا فى مقام واحد بالسرقة الأولى و الأخيره قبل أن تقطع بالسرقة الأولى، و لو أن الشهود شهدوا عليه بالسرقة الأولى ثم أمسكوا حتى تقطع يده، ثم شهدوا عليه بالسرقة الأخيره قطعت رجله اليسرى) (٣).

و قد اختلفوا فى أن القطة للأولى أو للأخيره، فعن الكافى و المقنعه و المقنع و القواعد أن القطة للأولى لدلاله الروايه على ذلك، و عن المحقق أنه للأخيره لأنه أخذ بها، و فيه: أنه اجتهاد فى قبال النص.

و قيل: تظهر الفائده بين القولين فيما لو عفى من له الحكم بالقطع، فإن قلنا إن القطة للأولى و عفى أصحاب المال المسروق بالسرقة الأولى فيسقط الحد و لو عفى أصحاب المال المسروق بالأخيره لا يسقط، و العكس على القول الثانى.-

ص: ٣٨٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٨ ص ٢٧١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب حد السرقة حديث ٢ و ٣.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

حدّ فتداخل أسبابه لو اجتمعت كالزنا، و شرب الخمر.

و هل هو بالأولى، أو الأخيره؟ قولان.

و تظهر الفائدة فيما لو عفى من حكم بالقطع له و الحق أنه يقطع على كل حال حتى لو عفى الأول قطع بالثاني، و بالعكس. هذا إذا أقرّ بها دفعه أو شهدت البيّنات بها كذلك.

(و لو شهدا عليه بسرقة، ثم شهدا عليه بأخرى قبل القطع (١) فالأقرب عدم تعدد القطع) كالسابق، لاشتراكهما في الوجه و هو كونه حدا فلا يتكرر بتكرر سببه إلى أن يسرق بعد القطع.

و قيل: تقطع يده و رجله، لأن كل واحده توجب القطع فتقطع اليد للأولى، و الرجل للثانية. و الأصل عدم التداخل.

و لو أمسكت البيّنه الثانية حتى قطعت يده، ثم شهدت ففى قطع رجله قولان (٢) أيضا، و أولى بالقطع هنا لو قيل به ثم.

و ردّ كما فى كشف اللثام بأنه لا عفو بعد المطالبه و حسب الفرض أن البيّنات قد أقيمت عند الحاكم فلا مجال للعفو، و فيه: إن البيّنه قد تقوم حسبه مع غياب أصحاب المال فيجوز لهم العفو، نعم لو اتى صاحب المال بالسارق و أقيمت البيّنه فلا عفو حينئذ.

و رد الفائدة الشارح فى المالك بقوله: (و الحق أنه يقطع على كل حال حتى لو عفى أحدهما قطع بالأخرى، لأن كل واحده سبب تام فى استحقاق القطع مع المرافعه، و تداخل الأسباب على تقدير الاستيفاء لا يقتضى تداخلها مطلقا لأنه على خلاف الأصل) و أشكل عليه فى الجواهر بأنه اجتهاد و فى قبال النص.

(١) فلم تجتمع البيّنات دفعه و لكن كانت الثانية قبل القطع للأولى، فذهب الصدوق و الشيخ فى النهايه و الخلاف إلى أنه تقطع اليد للأولى و رجله للثانية، و ادعى الشيخ فى الخلاف الوفاق عليه، و استدلوا بروايه بكير بن أعين المتقدمه بحسب ذيله.

و قول الشيخ فى المبسوط عن هذا القول و تبعه عليه الحلّى و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم من المتأخرين إلى أنه تقطع يده بالأولى فقط لأن روايه ابن أعين أثبتت القطع للرجل اليسرى بعد قطع اليد الأولى، و مفروض مسألتنا أن اليد لم تقطع للأولى فلا مجال للتمسك بها و لا بد من الاحتياط فى الدم.

(٢) أقول للشيخ فى النهايه و ابنى حمزه و سعيد و الصدوق إلى أنه تقطع رجله اليسرى بالثانية -

و الأقوى عدم القطع أيضا، لما ذكر (١)، و أصله البراءة و قيام الشبهه الموجبه لدرء الحد. و مستند القطع روايه بكير بن أعين عن الباقر عليه السلام و فى الطريق ضعف (٢).

الفصل السادس - فى المحاربه

اشاره

(الفصل السادس - فى المحاربه)

فى معنى المحاربه

(و هى (٣)...)-بعد قطع يده بالأولى تمسكا بذيل خبر بكير المتقدم و هو نص فى ذلك و قول للشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و العلامه فى التحرير و المختلف بل عن المحقق الاعتراف بقوته إلى أنه لا تقطع رجله اليسرى بالثانيه، لضعف خبر بكير بن أعين بسهل بن زياد و للاحتياط فى الدماء فلا بد من التوقف.

وفيه: إن الخبر معمول به عند الأصحاب بحسب صدره فسنده منجبر على أن الأمر فى سهل سهل.

(١) من التداخل فى الأسباب.

(٢) علق الشارح بقوله: (فى طريقها سهل بن زياد و هو ضعيف مع أنه رواها عن الحسن بن محبوب و لم توجد فى كتاب مشيخته).

(٣) عرّف المحارب بأنه كل من جرّد السلاح لإخافه الناس، و هو شامل للذكر و الأنثى عند المشهور، بل عن كثر العرفان نسبتته إلى القدماء، لعموم الآية إنّما جزاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ وَ يَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَاداً أَنْ يُقَتَّلُوا (١) و للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام (من شهر السلاح فى مصر من الأمصار فعقر اقتص منه و نفى من تلك البلد) (٢) و لفظ (من) عام، و خالف فى ذلك ابن الجنيد فخص المحارب بالذكر فقط، و هو قول بعض العامه أيضا، نظرا إلى ضمير المذكر فى قوله تعالى:

الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ مَعَ عَوْدِ الضَّمَائِرِ عَلَيْهِ بِالتَّذْكِيرِ، و فيه: إنه يراد منه كل من وصف بالمحاربه و هو شامل للإناث، و لو سلم تخصيصه بالرجال فالأخبار عامه تشمل الأنثى.

و التعريف شامل للصغير و الكبير، و لا- بدّ من تقييده بالمكلف لأن الحدّ منوط بالتكليف، و إن كان الصغير يضمن المال و النفس مع الإتلاف كما يضمن ما يتلفه فى غير هذا الفرض.

١- (١) المائدة الآيه: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ١.

(تجريد (١) السلاح (٢) برا أو بحرا (٣)، ليلا أو نهارا (٤)، لإخافه الناس في مصر وغيره، من ذكر أو أنثى، قوى أو ضعيف (٥) من أهل الريبه أم لا (٦). قصد الإخافه أم لا (٧) على أصح الأقوال، لعموم الآيه (٨) المتناول لجميع من ذكر.

و خالف ابن الجنيد فخص الحكم بالرجال بناء على أن الضمير في الآيه للذكور.

و دخول الإناث فيهم مجاز.

(١) و هو إظهار السلاح و حمله للمقاتله.

(٢) خص أبو حنيفه المحارب بمن شهر السلاح من الحديد، و احتمله العلامه في التحرير، و عند الأكثر ما يشمل حتى المحدد و العصا و كل ما يحقق عنوان المحاربه لعموم الأدله.

(٣) و سواء كان في مصر أو باديه لصدق عنوان المحاربه تمسكا بعموم الآيه و الأخبار، و بعض العامه حظه في البرد في المواضع البعيده عن العمران، و هو ضعيف بما سمعت.

(٤) لعموم الآيه و لخبر ضريس عن أبي جعفر عليه السلام (من حمل السلاح بالليل فهو محارب إلا أن يكون رجلا ليس من أهل الريبه) (١).

(٥) فلو ضعف المجزّد للسلاح عن الإخافه بسلاحه، فهل ينطبق عليه عنوان المحاربه إشكال، لانطباق عنوان المحاربه لغه لتجريده السلاح، و عدم الانطباق عرفا لعدم تحقق الإخافه، و ذهب المحقق و الشارح في المسالك إلى الانطباق إذا قصد الإخافه، و مع عدم القصد فلا.

(٦) ذهب الأكثر إلى عدم اشتراط أن يكون من أهل الريبه لعموم الآيه و الأخبار، و ذهب الشيخ في النهايه و القاضى و الراوندى و الشهيد في الدروس إلى اشتراط كونه من أهل الريبه استنادا إلى مفهوم خبر ضريس المتقدم، و ردّ بأن مفهومها من حمل السلاح في الليل و لم يكن من أهل الريبه فهو ليس بمحارب، و لا تفيد عدم حكم المحارب على من قصد الإخافه و لم يكن من أهل الريبه.

(٧) أما في الضعيف فقد عرفت اشتراط القصد عند الشارح في المسالك و أما في القوى فكذلك، و لذا قال في الجواهر: «و لكن في الروضه قصد الإخافه أم لا على أصح الأقوال، و إن كنا لم نجده قولاً صريحا لأحد، و على تقديره فلا ريب في شذوذه و إن كان قد يستدل له بإطلاق الأدله» و لكن الإطلاق منزل عرفا على قصد الإخافه فلو شهر السلاح لا لقصد الإخافه بل للتباهى به فلا يعدّ محاربا عرفا.

(٨) المائده الآيه: ٣٣ و قد تقدمت.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب حد المحارب حديث ١.

و فيه مع تسليمه أن في صحيحه محمد بن مسلم (١) «من شهر السلاح»، و «من» عامه حقيقه للذكور و الإناث، و الشيخان (٢) حيث شرطاً كونه من أهل الرية و عموم النص يدفعه، و أخذ «تجديد السلاح» تبع (٣) فيه الخبر (٤)، و إلا فالأجود عدم اعتباره. فلو اقتصر على الحجر و العصا و الأخذ بالقوه فهو محارب، لعموم الآيه، و شمل إطلاقه (٥) كغيره الصغير و الكبير، لعموم الأدله. و يشكل في الصغير فإن الحد مشروط بالتكليف خصوصاً القتل، و شرط ابن الجنيد فيه البلوغ و رجحه المصنف في الشرح، و هو حسن.

(لا الطليع) (٦) للمحارب و هو الذى يرقب له من يمر بالطريق فيعلمه به، أو يرقب له من يخاف عليه منه فيحذره منه (و الردء) (٧) بكسر الراء فسكون الدال فالهمز و هو المعين له فى ما يحتاج إليه من غير أن يباشر متعلق المحاربه فيما فيه أذى الناس، و إلا كان محارباً.

(و لا يشترط) فى تحقق المحاربه (أخذ النصاب) (٨)، و لا الحرز (٩)، و لا أخذ شىء، للعموم.

فى ما ثبت به المحاربه

(و تثبت) المحاربه (بشهاده ذكرين عدلين (١٠)، و بالإقرار) بها (و لو) (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ١.

(٢) أى و خالف الشيخان و مقصوده الشيخ و القاضى كما صرح بذلك فى المسالك.

(٣) أى تبع المصنف فى هذا القيد.

(٤) و هو صحيح محمد بن مسلم المتقدم.

(٥) أى إطلاق تعريف المصنف للمحارب كتعريف غيره للكبير و الصغير.

(٦) و هو المراقب للمحارب ليخبره بمن يمر على الطريق، أو يتربق له ممن يخاف المحارب منه، فلا يصدق عليه عنوان المحارب فلا يشمل حكمه.

(٧) و هو المعين للمحارب فيما يحتاج إليه من غير أن يباشر معه ما يحقق عنوان المحاربه عليه كأن يعينه على ضبط الأموال عند سلبها أو إمداده بالطعام و تسليته و نحو ذلك.

(٨) لأن المحارب صادق على من جرد السلاح لإخافه الناس.

(٩) أى هتك الحرز.

(١٠) بلا خلاف و لا إشكال لعموم ما دل على اعتبار البيئه العادله.

(مره) (١) واحده، لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، خرج منه ما اشترط فيه التكرار بدليل خارج، فيبقى غيره على العموم (مع كمال المقر) (٢) و حرته (٣) و اختياره (٤).

(و لا تقبل شهاده بعض المأخوذين لبعض (٥)، للتمهه). نعم لو شهد اثنان على بعض اللصوص أنهم أخذوا مال غيرهما و شهد ذلك الغير على بعض آخر، غير الأول أنه أخذ الشاهدين حكم بالجميع، لعدم التهمه (٦)، و كذا لو قال الشاهدان: عرضوا لنا جميعا و أخذوا هؤلاء خاصه (٧).

في الحد للمحارب

(و الحد) للمحارب (٨) (القتل، أو الصلب، أو قطع يده اليمنى و رجله) (١) لعموم حديث (إقرار العقلاء و على أنفسهم جائز) (١). نعم عن الديلمي في المراسم و العلامه في المختلف أن كل حد يثبت بشهاده عدلين فيعتبر فيه الإقرار مرتين، و ردّ بأنه لا دليل على هذه الكليه فالمحكّم عموم الإقرار.

(٢) ببلوغه و عقله لحديث رفع القلم.

(٣) لأن إقرار العبد إقرار في حق الغير فلا يؤخذ به إلا إذا صدّقه المولى.

(٤) إذ لا عبره بإقرار المكره لحديث الرفع.

(٥) بأن يكون المحارب قد أخذ من أهل القافله، فلو شهد بعضهم على أنه قد أخذ حال البعض الآخر لا تقبل الشهاده للتمهه الحاصله منهم على القاطع، و لخبر محمد بن الصلت عن الرضا عليه السلام سأله (عن رفقه كانوا في طريق، قطع عليهم الطريق و أخذوا اللصوص فشهد بعضهم لبعض، قال: لا تقبل شهادتهم إلا بإقرار من اللصوص أو شهاده من غيرهم عليهم) (٢).

(٦) و فيه أن التهمه حاصله إذا كان اللصوص قد تعرض للجميع و إن كان بعض اللصوص قد أخذ مال بعض أهل القافله، و البعض الآخر من اللصوص سطا على البعض الآخر من القافله، فشهد كل فريق للآخر مع تغاير الآخذ لإطلاق الخبر المتقدم.

(٧) فالقبول مبني على أن التهمه منفيه لعدم الآخذ من الشاهدين، و إطلاق الخبر ينفي القبول فتأمل.

(٨) فهو القتل أو الصلب أو القطع مخالفا بمعنى قطع اليد اليمنى و الرجل اليسرى أو النفي،-

ص: ٣٩١

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب إقرار حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب الشهادات حديث ٢.

و يدل عليه قوله تعالى: **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ (١)**. و اختلف الأصحاب في هذه العقوبات أنها على نحو التخيير أو الترتيب حسب جناياهم، فذهب المفيد و الصدوق و الديلمي و الحلبي و العلامة في أحد قوليها، بل قيل: عليه أكثر المتأخرين إلى أنها على نحو التخيير لأن (أو) للتخيير لغة و يدل عليه خبر أبي حمزة عن جعفر عن أبيه عليهما السَّلام (أن عليا عليه السَّلام قال: فَوَضَّ اللَّهُ إِلَى النَّاسِ فِي كَفَارِهِ الْيَمِينَ كَمَا فَوَضَّ إِلَى الْإِمَامِ فِي الْمَحَارِبِ أَنْ يَضَعَ مَا يَشَاءُ، وَ قَالَ: كُلُّ شَيْءٍ فِي الْقُرْآنِ أَوْ فَصَاحِبِهِ فِيهِ بِالْخِيَارِ) (٢)، و لحسنه جميل بن دراج (٣) و قد نقلها الشارح في المتن.

و ذهب الشيخ و أتباعه و أبو الصلاح و العلامة في أحد قوليها بل في كشف اللثام بعد نسبتها إلى أكثر الكتب قد ادعى عليه الإجماع و أنها على نحو الترتيب بحسب جناياهم و يدل عليه صحيح بريد بن معاوية (سألت أبا عبد الله عليه السَّلام عن قول الله عز و جل):

إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ، قَالَ: ذَلِكَ عَلَى الْإِمَامِ يَفْعَلُ مَا شَاءَ، قُلْتُ:

فَمَفْؤُضٌ ذَلِكَ إِلَيْهِ؟ قَالَ: لَا وَ لَكِنْ نَحْوُ الْجَنَايَةِ (٤).

و اختلفوا في الترتيب فعن النهاية و المذهب وفقه الراوندي و التلخيص للعلامة إلى أنه يقتل قصاصا إن قتل بشرط أن يكون المقتول مكافئا له و لم يعف الولي، و إن عفى أو كان المقتول غير مكافئ قتله الإمام حدا، و لو قتل و أخذ المال استعيد منه المال عينا أو قيمه و قطعت يده اليمنى و رجله اليسرى ثم يقتل و يصلب، و إن أخذ المال و لم يقتل قطع مخالفا و نفى، و لو جرح و لم يأخذ المال اقتصر منه و نفى، و لو اقتصر على شهر السلاح نفى لا غير.

و مستند هذا التفصيل روايات منها: رواه عبد الله بن إسحاق المدائني عن أبي عبد الله عليه السَّلام عند ما سأله عن آية **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ، قَالَ عَلَيْهِ السَّلَام:**

(خذها أربعا بأربع، إذا حارب الله و رسوله و سعى في الأرض فسادا فقتل قتل، و إن قتل و أخذ المال قتل و صلب، و إن أخذ المال و لم يقتل قطعت يده و رجله من خلاف،-

ص: ٣٩٢

١- (١) المائدة الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب الكفارات حديث ٧.

٣- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ٣ و ٢.

(اليسرى) للآية الداله بأو على التخيير و إن احتملت غيره (١) لما روى صحيحا (٢) أن «أو» فى القرآن للتخيير حيث وقع، و لحسنه جميل بن دراج (٣) عن الصادق عليه السّلام حيث سأله عن قوله تعالى: **إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ الْآيَةَ، وَ قَالَ: أى شىء عليه من هذه الحدود التى سمى الله (عز و جل)؟ قال عليه السّلام:**

ذاك إلى الإمام إن شاء قطع، و إن شاء صلب، و إن شاء نفى، و إن شاء قتل، - و من حارب الله و رسوله و سعى فى الأرض فسادا و لم يقتل و لم يأخذ من المال نفى من الأرض(١).

و صحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السّلام (من شهر السلاح فى مصر من الأمصار فعقر اقتص منه و نفى من تلك البلد، و من شهر السلاح فى مصر من الأمصار و ضرب و عقر و أخذ المال و لم يقتل فهو محارب، فجزاؤه جزاء المحارب و أمره إلى الإمام إن شاء قتله و صلبه، و إن شاء قطع يده و رجله، قال: و إن ضرب و قتل و أخذ المال فعلى الإمام أن يقطع يده اليمنى بالسرقه ثم يدفعه إلى أولياء المقتول فيتبعونه بالمال ثم يقتلونه(٢) و خبر عبيد بن بشر الخثعمى (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن قاطع الطريق، و قلت: الناس يقولون: إن الإمام فيه مخير أى شىء شاء صنع؟ قال: ليس أى شىء شاء صنع و لكنه يصنع بهم على قدر جنايتهم، من قطع الطريق فقتل و أخذ المال قطعت يده و رجله و صلب، و إن لم يقتل قطعت يده و رجله، و من قطع الطريق فلم يأخذ مالا و لم يقتل نفى من الأرض(٣).

و التفصيل المذكور لا يستفاد من واحد من هذه الروايات و إنما يجمع بينها على اختلاف فيها لىتم هذا القول، و ذهب الشيخ فى التبيان و المبسوط و الخلاف إلى أنه إن قتل قتل، و إن قتل و أخذ المال قتل و صلب، و إن اقتصر على أخذ المال قطعت يده و رجله من خلاف و لم يقتل، و إن اقتصر على الإخافه فالنفى.

(١) أى غير التخيير لأن أو قد تكون بمعنى الواو.

(٢) و قد تقدم فى خبر أبى حمزه.

(٣) و قد تقدم تخريجها فى الهامش.

ص: ٣٩٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ٤، و قد أشار إليه إشاره إلا أن الشيخ قد رواه فى التهذيب ج ١٠ ص ٣١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ٥.

قلت: ينفي إلى أين؟ قال عليه السّلام: ينفي من مصر إلى آخر و قال: إن عليا عليه السّلام نفى رجلين من الكوفه إلى البصره و مثله حسنه بريد، أو صحيحته عنه عليه السّلام (١).

و لم يذكر المصنف هنا النفي و لا بد منه، لأنه أحد أفراد الواجب المخير في الآيه، و الروايه (٢) و ليس في المسأله قول ثابت يشتمل على تركه. و لعل تركه سهوا.

نعم لو قتل المحارب تعين قتله (٣) و لم يكتف بغيره من الحدود، سواء قتل مكافئا أم لا، و سواء عفا الولي أم لا، على ما ذكره جماعه من الأصحاب (٤)، و في بعض أفراده نظر (٥).

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه: إن ذلك لا على جهه التخيير، بل (يقتل إن قتل قودا) إن طلب الولي قتله (أو حدا) إن عفا عنه، أو لم يطلب، (و إن قتل و أخذ المال قطع مخالفا، ثم قتل و صلب) مقتولا.

في ما يفعل المحارب

(و إن أخذ المال لا غير) قليلا كان أم كثيرا من حرز و غيره (قطع مخالفا و نفى) و لا يقتل.

(و لو جرح و لم يأخذ مالا) و لا قتل نفسا و لو بسرايه جراحته (اقتص منه) (١) قد تقدمت، و هي داله على الترتيب بحسب الجنايه لا على التخيير.

(٢) روايه جميل بن دراج المتقدمه في المتن.

(٣) بناء على القول بالترتيب، و أما على القول بالتخيير فقد يختار الإمام غير القتل، و هذا كله في القتل بما هو حدّ، و أما قتله قصاصا فهو بيد أولياء الدم و قد يعفون، و قول الشارح فيما بعد: سواء عفى الولي أم لا، شاهد على أن المراد من القتل بما هو حدّ.

(٤) و هم أصحاب القول بالترتيب و قد تقدمت الإشاره إليهم.

(٥) أي بعض أفراد الحكم بقتله على كل حال نظر من ناحيه أن قتله ليس حدا بل بعنوان القصاص فلا- بد أن يكون المقتول مكافئا و لم يعف الولي، و لذا قال في الجواهر «فلو عفى ولي الدم أو كان المقتول ممن لا- يقتص له من القاتل سقط القتل قصاصا و ثبت حدا مخيرا بينه و بين باقي الأفراد و لعله إلى هذا نظر شيخنا في الروضه حيث تنظر في ما أطلقه الجماعه من تعين القتل في تلك الصوره).

بمقدار الجرح (و نفى).

(و لو اقتصر على شهر السلاح والإخافه) فلم يأخذ مالا و لم يقتل و لم يجرح (نفى لا غير).

و مستند هذا التفصيل روايات لا تخلو من ضعف فى سند، و جهاله (١)، و اختلاف فى متن تقصر بسببه عن إفاده ما يوجب الاعتماد عليه و مع ذلك (٢) لم يجتمع جميع ما ذكر من الأحكام فى روايه منها و إنما يتلفق كثير منه (٣) من الجميع (٤)، و بعضه لم نلف عليه فى روايه (٥)، و بسبب ذلك (٦) اختلف كلام الشيخ «رحمه الله» أيضا فى النهايه ذكر قريبا مما ذكر هنا، و فى الخلاف أسقط القطع على تقدير قتله و أخذه المال و لم يذكر حكم ما لو جرح، و لكن يمكن استفاده حكمه من خارج. فإن الجراح عمدا يقتص منه مطلقا (٧) فالمحارب أولى، و مجرد المحاربه (٨) يجوز النفى و هى حاصله معه.

لكن فيه أن القصاص حينئذ (٩) ليس حدا فلا وجه لإدخاله فى باب (١٠)، و لو لوحظ جميع ما يجب عليه لقليل مع أخذه المال: إنه يؤخذ منه عينه، أو مثله، أو قيمته مضافا إلى ما يجب عليه (١١)...

(١) إلا روايه محمد بن مسلم فهى صحيحه إلا أنها لا تفى بهذا التفصيل و قد تقدمت.

(٢) أى و مع الضعف و الجهاله و الاختلاف.

(٣) من التفصيل المذكور.

(٤) أى جميع الروايات.

(٥) و هو فيما لو جرح و أخذ المال، أو جرح فقط، نعم فى صحيح محمد بن مسلم تعرض للعقر الذى هو الجرح لكن لا يوافق ما فى التفصيل المذكور.

(٦) من كون بعض الأحكام فى التفصيل غير موجوده فى الروايات، مع اختلاف فى الروايات و ضعف أسانيدها.

(٧) سواء كان محاربا أو لا.

(٨) تجوز النفى، فإذا كانت مع الجرح فأیضا ينفى مع الاقتصاص منه، و لوضوح هذا الحكم لم يذكره الشيخ فى الخلاف.

(٩) حين استفادته من الخارج.

(١٠) أى باب المحاربه بما هو حد.

(١١) على المحارب من قتل أو صلب أو قطع.

و هو (١) خروج عن الفرض (٢)، أو قصور في الاستيفاء (٣).

و في هذا التقسيم (٤) مع ذلك تجاوز لما يوجد في الروايات (٥) و ليس بحاصر للأقسام، فإن منها (٦) أن يجمع بين الأمور كلها فيقتل و يجرح آخر، و يأخذ المال.

و حكمه، مضافا إلى ما سبق (٧) أن يقتص منه للجرح قبل القتل، و لو كان في اليد (٨)، أو الرجل فقبل القطع أيضا، و منها (٩) ما لو أخذ المال و جرح (١٠)، و منها ما لو قتل و جرح و لم يأخذ المال، و حكمهما (١١) الاقتصاص للجرح (١٢)، و القطع في الأولى (١٣) و القتل في الثانية.

لو تاب المحارب قبل القدره عليه

(و لو تاب) المحارب (قبل القدره عليه سقط الحد) (١٤) من القتل و القطع.

(١) أى أخذ المال عينا أو قيمه.

(٢) إذ المفروض التكلم فى حد المحارب فقط.

(٣) أى إذا جوزنا التكلم عن استرداد المال من المحارب عند البحث فى حكم المحارب و لم نذكر المال فىكون تقصيرا فى استيفاء ما يجب على الحاكم عمله ضد المحارب.

(٤) أى تقسيم الشيخ فى النهايه.

(٥) و التجاوز هو الحكم على المحارب فيما لو جرح سواء أخذ المال أو لا، و الروايات لم تذكر حكم الجرح إلا روايه محمد بن مسلم على ما تقدم، و عرفت أن حكم الجرح فيها مغايرا لحكم الجرح فى هذا التفصيل، و لهذا التجاوز نعرف أن مراد الشارح من التقسيم هو تقسيم الشيخ فى النهايه، لأن تقسيمه فى الخلاف لم يذكر فيه حكم من جرح بل أسقطه كما صرح بذلك الشارح سابقا.

(٦) من الأقسام.

(٧) فى تقسيم الشيخ فى النهايه من قطع يده و رجله مخالفا و قتله و صلبه أن يقتص منه للجرح قبل القتل.

(٨) أى كان الجرح فى اليد.

(٩) من الأقسام التى لم يذكرها الشيخ فى النهايه.

(١٠) حيث لم يذكر الشيخ فى التقسيم السابق إلا الجرح مع عدم أخذه للمال.

(١١) أى حكم القسمين الأخيرين.

(١٢) لأنه جرح فى كلا القسمين.

(١٣) أى فى المسأله الأولى المفروضه من القسمين.

(١٤) سقط الحد كغيره من الحدود بلا إشكال و يدل عليه قوله تعالى: إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ -

ص: ٣٩٦

و النفي (دون حق الآدمي) من القصاص في النفس، و الجرح، و المال (و توبته بعد الظفر) أى ظفر الحاكم به (لا- أثر لها في إسقاط حد أو غرم) لمال،(أو قصاص) في نفس، أو طرف أو جرح. بل يستوفى منه جميع ما تقرر.

في صلبه

(و صلبه) (١) على تقدير اختياره (٢)، أو وجود مرتبته (٣) في حاله كونه (حيا أو مقتولا (٤) على اختلاف القولين) فعلى الأول، الأول، و على الثاني الثاني.

(و لا يترك) على خشبته (٥)...

- يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ - إلى قوله - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدِرُوا عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ (١) و مرسل داود الطائى عن أبى عبد الله عليه السّلام فى المحارب (و إذا أخذ و لم يقتل قطع و إن هو فرّ و لم يقدر عليه ثم أخذ قطع إلا أن يتوب فإن تاب لم يقطع) (٢) هذا بالنسبه لحق الله، و أما حقوق الأوليين فيما لو قتل أو جرح أو أخذ المال فلا يسقط إلا بإسقاط المستحق و لا مدخل للتوبه فيه.

و أما لو تاب بعد الظفر به و قدره عليه فلا يسقط الحد بلا خلاف فيه للاستصحاب.

(١) اعلم أن الصلب أحد أقسام حد المحارب، فعلى القول بالتخيير يصلب حيا، و إلا إذا قتل و صلب فيكون الإمام قد اختار قسمين من أقسام الواجب المخير، و على القول بالترتيب فإنه يصلب بعد القتل إن قتل و أخذ المال، و عليه فعلى القول بالتخيير يصلب حيا فإن مات فى الأيام الثلاثة من صلبه فهو و إلا أجهز عليه بالقتل لأنه يحرم إبقاؤه مصلوبا أكثر من ثلاثة كما سيأتى.

(٢) أى على تقدير اختيار الإمام له بناء على القول بالتخيير.

(٣) أى مرتبه الصلب بناء على القول بالترتيب.

(٤) فيصلب حيا على القول بالتخيير و يصلب مقتولا على القول بالترتيب.

(٥) مصلوبا أزيد من ثلاثة أيام بلا خلاف للأخبار منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام صلب رجلا بالحيره ثلاثة أيام، ثم أنزله فى اليوم الرابع فصلّى عليه و دفنه) (٣) و خبره الآخر عنه عليه السّلام (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: لا تدعوا المصلوب بعد ثلاثة أيام حتى ينزل فيدفن) (٤) -

ص: ٣٩٧

١- (١) المائده الآيه: ٣٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ٦.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب حدّ المحارب حديث ١ و ٢.

حيا، أو ميتا، أو بالتفريق (١) (أزيد من ثلاثة أيام) من حين صلبه و لو ملفقه (٢).

و الظاهر أن الليالى غير معتبره، نعم تدخل الليلتان المتوسطتان تبعا للأيام، لتوقفها عليهما، فلو صلب أول النهار و جب إنزاله عشيه الثالث مع احتمال اعتبار ثلاث ليال مع الأيام بناء على دخولها فى مفهومها (٣).

(و ينزل) بعد الثلاثه أو قبلها (٤) (و يجَهَّز) بالغسل، و الحنوط، و التكفين، إن صلب ميتا أو اتفق موته فى الثلاثه، و إلا جهز (٥) عليه قبل تجهيزه.

(و لو تقدم غسله و كفته) و حنوطه قبل موته (صلّى عليه) (٦) بعد إنزاله (و دفن).

فى نفيه عن بلده

(و ينفى) (٧) على تقدير اختيار نفيه أو وجود مرتبته (عن بلده) الذى هو بها - و عن بعض العامه أنه يترك حتى يسيل صديدا، و عن آخر منهم حتى يسيل صليبه و هو الدبر، و سمي الصلب صلبا لسيلان صليب المصلوب و هو الورك، و هما كما ترى بعد ما سمعت من النصوص.

(١) بأن صلب حيا ثم مات على الخشبه، و على كل فلا يبقى أزيد من ثلاثه أيام من حين صلبه لا من حين موته، لأنه المنساق من الأخبار الناهيه عن إبقاء المصلوب أكثر من ثلاثه أيام.

(٢) بأن صلب فى وسط اليوم الأول فيبقى إلى وسط يوم الرابع، إلا أن النصوص المتقدمه أعم من ذلك، فلو صلب فى أى جزء من اليوم يصدق عليه أنه مصلوب ذلك اليوم.

(٣) أى دخول الليالى فى مفهوم الأيام، و الظاهر أن اليوم يبدأ من غروب شمس اليوم السابق و لذا اعتبر الله دخول شهر رمضان عند هلاله بعد غروب شمس آخر يوم من شعبان.

(٤) إشاره إلى عدم وجوب إبقائه مصلوبا ثلاثه أيام إذ يجوز إنزاله بعد تحقق عنوان الصلب هذا من جهه و من جهه أخرى يحرم إبقاؤه أكثر من ثلاثه أيام.

(٥) إذا لم يتحقق قتله بالصلب لأن المراد من صلبه قتله، فإن لم يتحقق القتل به و انتهى أمده فلا بد من تحقق القتل بغيره.

(٦) كما فى نظائره من موتى المسلمين، و تقديم الغسل و الكفن و الحنوط جائز للمصلوب و قد تقدم البحث فيه فى بابه.

(٧) المراد بالنفى أن ينفى من بلده و يكتب إلى كل بلد يأوى إليه بالمنع من مؤاكلته و مشاربته و مجالسته و مبايعته للأخبار، منها: خبر المدائنى عن الإمام الرضا عليه السلام (قلت: كيف -

إلى غيرها (و يكتب إلى كل بلد يصل إليه بالمنع من مجالسته، و مؤاكلته، و مبايعته) و غيرها من المعاملات إلى أن يتوب فإن لم يتب استمر النفي إلى أن يموت (و يمنع من دخول بلاد الشرك فإن مكنوه) من الدخول (قوتلوا حتى يخرجوه) (١) و إن كانوا أهل ذمه أو صلح (٢).

في أن اللص محارب

(و اللص محارب) (٣) بمعنى أنه بحكم المحارب في أنه (يجوز دفعه) و لو -ينفى و ما حد نفيه؟ قال: ينفى من المصر الذي فعل فيه ما فعل إلى مصر آخر غيره، و يكتب إلى أهل ذلك المصر بأنه منفي فلا تجالسوه و لا تباعوه و لا تناكحوه و لا تؤاكلوه و لا تشاربوه فيفعل ذلك به سنه، فإن خرج من ذلك المصر إلى غيره كتب إليهم بمثل ذلك حتى تتم السنه(١).

و تقييد النفي بالسنه تبعاً للخبر هو المحكى عن ابن سعيد، و الأ-كثر ذهبوا إلى أن النفي حتى يتوب أو يموت تمسكاً بإطلاق حسنه جميل عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن النفي إلى أين؟ قال عليه السلام: من مصر إلى مصر آخر)(٢) مع حمل خبر المدائني في تقييد النفي بالسنه على ما لو تاب، و فيه: إن الحمل لا شاهد له و لا بد من تقييد خبر جميل بخبر المدائني.

و عن بعض العامة أن المراد بالنفي هو السجن، و هو مجموع بما سمعت من الأخبار.

(١) كما في خبر المدائني المتقدم (قلت: فإن توجه إلى أرض الشرك ليدخلها، قال: إن توجه إلى أرض الشرك ليدخلها قوتل أهلها).

(٢) لأن عليهم نفيه، و إلا فيكونوا قد نقضوا شروط الذمه أو الصلح.

(٣) كما في إطلاق الفتاوى تبعاً للنصوص منها: خبر منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام (اللس محارب لله و رسوله فاقتلوه، فما دخل عليك فعلى)(٣) و خبر غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام (إذا دخل عليك اللص يريد أهلك و مالك فإن استطعت أن تبدره و تضربه فابدره و اضربه، و قال: اللص محارب لله و رسوله فاقتله فما منك منه فهو على)(٤).

فالص محارب من ناحيه كيفية الدفاع و إذا قتل فلا ديه إلا أن الفقهاء قيدوا حكم دفاع اللص بالقواعد المقرره، فإذا كان يريد المال فيجوز دفعه و لو بالمحاربه مع عدم التعزير-

ص: ٣٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المحارب حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المحارب حديث ٣.

٣- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب حد المحارب حديث ١ و ٢.

بالمقتال (و لو لم يندفع إلا بالقتل كان) دمه (هدرا) أما لو تمكن الحاكم منه لم يحده حد المحارب مطلقا (١) و إنما أطلق عليه اسم المحارب تبعا لإطلاق النصوص. نعم لو تظاهر بذلك (٢) فهو محارب مطلقا و بذلك قيده (٣) المصنف في الدروس، و هو حسن.

(و لو طلب) اللص (النفس و جب) على المطلوب نفسه (دفعه إن أمكن) مقتصرًا فيما يندفع به على الأسهل فالأسهل (٤)، فإن لم يندفع إلا بقتله فهديرا (و إلا) يمكن دفعه (و جب الهرب)، لأنه أحد أفراد ما يدفع به عن النفس الواجب حفظها.

و في حكم طلبه النفس طلبه الفساد بالحريم في وجوب دفعه مع الإمكان.

و يفهم منه أنه لو اقتصر على طلب المال لم يجب دفعه و إن جاز، و سيأتي البحث في ذلك كله.

في المختلس

(و لا- يقطع المختلس) (٥) و هو الذى يأخذ المال خفيه من غير الحرز (و لا-) -بالنفس، أما مع التعزير فلا يجب دفعه لخبر أبى بصير (سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يقاتل عن ماله، فقال: إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال: من قتل دون ماله فهو بمنزلة شهيد، فقلنا: أ يقاتل اللص؟ فقال: إن يقاتل فلا بأس أما لو كنت أنا لتركته) (١).

و إن كان اللص يريد مع المال العرض أو النفس فيجب دفعه مطلقا ففى مرسل أبان بن عثمان عن الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا دخل عليك اللص المحارب فاقتله، فما أصابك قدمه فى عنقى) (٢).

(١) سواء أخذ المال أو لا، نعم مع أخذه للمال من حرزه يقطع.

(٢) بأن جرّد السلاح لإخافه الناس.

(٣) أى قيد اللص بعدم تظاهرة بالمحاربه و إلا فهو محارب.

(٤) تبعا للتدرج فى النهى عن المنكر، و لا يؤخذ بالأخبار المتقدمه المجوّزه للقتل مطلقا لضعف سندها.

(٥) و هو الذى يأخذ الأموال من صاحبه خلسه ففى خبر أبى بصير عن أحدهما عليهما السلام (قال-

ص: ٤٠٠

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الدفاع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٧.

(المستلب) (١) و هو الذى يأخذه جهرا و يهرب مع كونه غير محارب (و لا المحتمل (٢) على) أخذ (الأموال بالرسائل الكاذبه) و نحوها (بل يعزر كل واحد منهم بما يراه الحاكم)، لأنه فعل محرم لم ينص الشارع على حده. و قد روى أبو بصير عن أحدهما عليه السّلام «قال: قال أمير المؤمنين عليه السّلام: لا- أقطع فى الدغاره المعلنه (٣) - أمير المؤمنين عليه السّلام: لا- أقطع فى الدغاره المعلنه و هى الخلسه و لكن أعزر(١) و فى خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل اختلس ثوبا من السوق، فقالوا: قد سرق هذا الرجل، فقال: لا أقطع فى الدغاره المعلنه و لكن أقطع من يأخذ ثم يخفى)٢.

(١) و يدل عليه خبر عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله عليه السّلام (ليس على الذى يستلب قطع) (٢) لأنه لم يأخذ المال سرا من حرز بل أخذه جهرا من دون تجريد السلاح و إلا فيكون محاربا.

(٢) فى صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام (فى رجل أتى رجلا و قال: أرسلنى فلان إليك لترسل إليه بكذا و كذا، فأعطاه و صدقه، فقال له: إن رسولك أتانى فبعثت إليك معه بكذا و كذا، فقال: ما أرسلته إليك و ما أتانى بشيء، فزعم الرسول أنه قد أرسله و قد دفعه إليه.

فقال عليه السّلام: إذا وجد عليه بينه أنه لم يرسله قطع يده، و إن لم يجد بينه. فيمينه بالله ما أرسلته و يستوفى الآخر من الرسول المال.

قلت: أ رأيت أن زعم أنه حمله على ذلك الحاجه، فقال عليه السّلام: يقطع لأنه سرق مال الرجل) (٣).

و حملها الشيخ على أن القطع لإفساده لا لسرقته، و فيه: إن ظاهرها أن القطع للسرقه، و المشهور حملوها على أنها قضيه فى واقعه و لم يأخذوا بها لأن المحتمل لا- يصدق عليه عنوان السارق شرعا و لا المحارب حتى يقطع، نعم يعزر لأنه أتى بمجرم، و عن بعض أنه يشهر به لتتحرر الناس منه كما فى المقنعه و النهايه و السرائر، و حمل ذلك على ما لو رأى الحاكم مصلحه فى ذلك.

(٣) أى الصريحه، و الدغاره لغه الرفع، كأنه يدفعه عن ماله بالخلسه يأخذه للمال.

ص: ٤٠١

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب حد السرقة حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

٣- ((٤)) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب حد السرقة حديث ١.

و هي الخلسه - و لكن أعزره و في حسنه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قطع من أخذ المال بالرسائل الكاذبه و إن حملته عليه الحاجه» و حملها الشيخ في قطعه حدا، لإفساده، لا لأنه سارق، مع أن الروايه صريحه في قطعه للسرقه (و لو بَنَج غيره) (١) أى أطعمه البنج حتى ذهب عقله، عبثاً أو لغرض (أو سقى مرقداً و جنى) على المتناول بسببه (شيئاً ضمن) ما جناه (و عزّر) على فعله المحرم و يستثنى من ذلك ما لو استعمله للدواء، فإنه جائز حيث يتوقف عليه، لمكان الضرر، أو يكون قدراً لا يضر بالمزاج.

الفصل السابع - في عقوبات متفرقه

إشاره

(الفصل السابع - في عقوبات متفرقه)

فمنها - إتيان البهيمة

إشاره

(فمنها - إتيان البهيمة) و هي ذات الأربع من حيوان البر و البحر (٢).

و قال الزجاج: هي ذات الروح التي لا تميّز سميت بذلك لذلك (٣) و على الأول فالحكم مختص بها فلا يتعلق الحكم بالطير و السمك و نحوهما (٤) و إن حرم الفعل (٥)، و على الثاني (٦) يدخل. و الأصل (٧) يقتضى الاقتصار على ما تحقق دخوله خاصه و العرف يشهد له (٨).

في تعزير فاعله

(إذا وطأ البالغ العاقل (٩) بهيمه عزّر (١٠)...) (١) و أخذ أمواله لا قطع عليه لعدم صدق المحارب أو السارق عليه، و لكن يعزر بما يراه الحاكم لأنه فعل محرماً من الكبائر.

(٢) فيخرج الطير و الحشرات.

(٣) أى سميت بالبهيمة لإبهامها من جهة النطق و الفهم و التمييز.

(٤) مما يدرج و يدبّ على اثنين كالدجاجه و البط و الإوز.

(٥) بأن كان وطئها محرماً و لكن لا يترتب عليه الأحكام التي ستذكر.

(٦) أى على تعريف الزجاج.

(٧) وهو هنا القدر المتيقن لأن الحدود تدرأ بالشبهات.

(٨) أى للمعنى الأول.

(٩) لأن التكليف منوط بهما لحديث رفع القلم.

(١٠) بلا إشكال كما فى الجواهر، و يدل عليه نصوص منها: خبر الفضيل و ربيعى عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل يقع على البهيمة، قال عليه السلام: ليس عليه حد و لكن يضرب

ص: ٤٠٢

(و أغرم ثمنها) (١) و هو قيمتها حين الوطء لمالكها إن لم تكن ملكا للفاعل

فى حرمه أكلها و نسلها

(و حرم أكلها إن كانت مأكوله) (٢) أى مقصوده بالأكل عاده كالنعم الثلاثة (و نسلها) -تعزيرا(١) و خبر الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام (سئل عن راكب البهيمة فقال: لا رجم عليه و لا حد و لكن يعاقب عقوبه موجهه) ٢ لكن فى روايه إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم موسى عليه السلام تقديره بخمسه و عشرين سوطا(٢)، و حملت على أنها بيان لأحد أفراد التعزير إذا رأى الإمام المصلحه فى ذلك.

و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أتى بهيمه فأولج، قال: عليه الحد)(٣) و خبره الآخر فى الكافى (قال: عليه حد الزانى)٥، و عن الشيخ فى كتابيه بأن ما دل على التعزير محمول على ما دون الإيلاج و ما دل على الحد محمول على الإيلاج، و قد حملتا عند غيره على التقيه.

و فى صحيح جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام (فى رجل أتى بهيمه، قال: يقتل)٦ و مثله مرسل سليمان بن هلال عن أبى عبد الله عليه السلام٧، و حملت على ما لو تكرر منه الفعل و تكرر التعزير فإنه يقتل فى الثالثه.

(١) كما تدل عليه أخبار منها: خبر إسحاق بن عمار عن أبى إبراهيم موسى عليه السلام (فى الرجل يأتى البهيمة، قال: إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت فإذا ماتت أحرقت بالنار و لم ينتفع بها، و ضرب هو خمسه و عشرون سوطا، ربع حد الزانى، و إن لم تكن البهيمة له قومت و أخذ ثمنها منه و دفع إلى صاحبها و ذبحت و أحرقت بالنار و لم ينتفع بها و ضرب خمسه و عشرون سوطا، فقلت: و ما ذنب البهيمة؟ فقال: لا ذنب لها و لكن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فعل هذا و أمر به لكيلا يجتري الناس بالبهايم و ينقطع النسل)(٤).

(٢) فتحريم لحمها مما يدل عليه خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام (أن أمير المؤمنين عليه السلام سئل عن البهيمة التى تنكح فقال: حرام لحمها و كذلك لبنها)(٥)، و فى خبر إسحاق بن عمار المتقدم (و لم ينتفع بها)(٦) و حسنه سدير عن أبى جعفر عليه السلام (و يغرم قيمه البهيمة لصاحبها لأنه أفسدها عليه و تذبج و تحرق إن كانت مما يؤكل لحمه، و إن كانت مما يركب

ص: ٤٠٣

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ٥ و ١١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ١.

٣- ((٤ و ٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ٨ و ٨ و ٦ و ٧.

٤- (٨) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ١.

٥- (٩) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأطعمه المحرمه حديث ٣.

٦- (١٠) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حديث ١.

المتجدد بعد الوطء، لا الموجود حالته (١) و إن كان حملا على الأقوى (٢).

و فى حكمه (٣) ما يتجدد من الشعر، و الصوف، و اللبن، و البيض (و وجب ذبحها و إحراقها)، لا- لكونه عقوبه لها، بل إما لحكمه خفيه، أو مبالغه فى إخفائها لتجنب إذ يحتمل اشتباه لحمها بغيره لو لا الإحراق فيحل على بعض الوجوه (٤).

فى غير المأكول

(و إن كانت غير مأكوله) أصلا (٥)، أو عاده (٦) و الغرض الأهم غيره كالفيل، و الخيل، و البغال، و الحمير (لم تذبح) (٧) و إن حرم لحمها على الأقوى (٨) (بل تخرج من بلد الواقعة) إلى غيره قريبا كان أم بعيدا (٩)...

ظهره غزم قيمتها و جلد دون الحد، و أخرجها من المدينه التى فعل بها إلى بلاد أخرى حيث لا تعرف فيبيعها فيها كيلا يعير بها صاحبها(١) و هى شامله لحرمة لبنها و صوفها و وبرها و بيضها بل و نسلها الأعم من الموجود حال الوطء أو المتجدد، و ذبحها و إحراقها إما تعبدا من الشارع و إما للردع عن هذا الفعل الشنيع و إما من أجل أن لا يعير صاحبها بها كلما شوهدت، و هذا الحكم ثابت فى البهيمة سواء كان الواطئ كبيرا أو صغيرا مختارا أو مكرها عاقلا أو مجنونا و إن كان التعزير مختصا بالمكلف فقط.

(١) أى حال الوطء فإنه نسل قبل الوطء فلا يحرم.

(٢) و لعله أخرجه عن عموم التحريم لأنه قد انعقد قبل الوطء فهو كالنسل المتولد منها قبل الوطء، إلا أنك عرفت أن الحمل يحرم لأن الانتفاع به انتفاع بها و هى موطوءه فيندرج تحت عموم التحريم.

(٣) أى حكم النسل المتجدد.

(٤) أى فيحل لحمها، و ذلك لو لا الإحراق لبقيت، و لو بقيت فقد تشبهه بالمحلل المذبوحه، و مع الاشتباه فقد تحل عند ما تصير الشبهه غير محصوره، أو لو لم تحرق فقد يغفل المالك أو ينسى و يتناول لحمها.

(٥) كالهرة.

(٦) بحيث كان المقصود ركوبها كالخيل.

(٧) بل تخرج إلى بلد آخر كما فى النصوص المتقدمه، و عن بعض العامه أنها تذبح.

(٨) قيد لعدم الذبح، فى قبال من قال بذبحها من العامه.

(٩) لإطلاق النص، و عن بعض و لم يعرف أنه يشترط بعد البلد بحيث لا يظهر للواطئ فيه-

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حديث ٤.

على الفور (١).

وقيل: يشترط بعد البلد بحيث لا يظهر فيه خبرها عادة، و ظاهر التعليل يدل عليه، و لو عادت بعد الإخراج إلى بلد الفعل لم يجب إخراجها (٢)، لتحقق الامتثال (و تباع) بعد إخراجها، أو قبله (٣) إن لم يناف الفوريه إما تعبدا (٤)، أو لثلا- يعير فاعلها بها، أو مالكاها (٥).

(و فى الصدقه به) (٦) أى بالثمن الذى بيعت به، المدلول عليه (٧) بالبيع، عن المالك إن كان هو الفاعل، و إلا عن الفاعل (أو إعادته على الغارم) (٨) و هو المالك (٩)،...

-خبرها عادة و يدل عليه تعليل خبر سدير المتقدم، و فيه: إن التعليل اقتضى عدم معرفته بما فعل فى بلد البيع، و قد يتحقق فى البلد القريب فاشترط بعده لا معنى له حينئذ.

(١) لأن المنصرف من النصوص فوريه الأمور المذكوره من تغريم و بيع و إحراق، و إن لم نقل بدلاله الأمر على الفوريه.

(٢) لتحقق الإجزاء بالإخراج الأول، و فيه: إن الأمر بالإخراج ليس أمرا بالإخراج مره واحده، بل بجنس الإخراج كيلا يعير الفاعل، فلا بد من الإخراج مره ثانيه لو عادت و هكذا.

(٣) أى قبل الإخراج على شخص من بلد آخر موجود فى بلد الفعل، إن لم يناف البيع فوريه الإخراج.

(٤) أى إخراجها و بيعها فى بلد آخر إما للتعبد بالنص الوارد فى ذلك.

(٥) بأن يعير بأنها موطوءه، و ظاهر حسنه سدير المتقدمه أن التعير للمالك فراجع.

(٦) أى بالثمن الذى بيعت به، فذهب الشيخ و ابن حمزه بوجوب التصديق بثمنها على الفقراء و المساكين سواء كان الواطئ مالكا بها أو لا، و علل بأنه عقوبه عن الجنايه فلا يناسبها عود الثمن إلى المالك، لأن المالك قد أخذ قيمه من الواطئ فالثمن لا مالكا له فلا بد من التصديق به، و ذهب غيرهما إلى عود الثمن على الغارم لأنه دفع ثمنها إلى المالك مع أن العقوبه عن الجنايه هو التعزير و ليس التصديق بالثمن، و ذهب ابن إدريس إلى عود الثمن على المالك لاستصحاب بقاء ملكه، و فيه: إنه قد خرجت البهيمة عن ملكه بالتغريم فكيف يعود الثمن عليه.

(٧) على الثمن.

(٨) و هو الواطئ كما عرفت.

(٩) بناء على قول ابن إدريس اعتمادا على أن الغارم هو الخاسر، و المالك قد خسر البهيمة -

لكونه غارما للبهيمه، أو الفاعل (١)، لكونه غارما للثمن (وجهان)، بل قولان و وجه الأول (٢) كون ذلك عقوبه على الجنايه فلو أعيد إليه (٣) الثمن لم تحصل العقوبه، و لتكون الصدقه مكفره لذنبه.

و فيه نظر، لأن العقوبه بذلك (٤) غير متحققه، بل الظاهر خلافها (٥) لتعليل بيعها فى الأخبار فى بلد لا تعرف فيه كى لا يعير بها، و عقوبه الفاعل حاصله بالتعزير، و تكفير الذنب متوقف على التوبه و هى كافه (٦).

و وجه الثانى (٧) أصاله بقاء الملك على مالكة (٨)، و البراءه من وجوب الصدقه. و الأخبار خاليه عن تعيين ما يصنع به، و كذا عباره جماعه من الأصحاب.

ثم إن كان الفاعل هو المالك فالأصل فى محله، و إن كان غيره فالظاهر أن تغريمه القيمه يوجب ملكه لها، و إلا- (٩) لبقى الملك بغير مالكة، أو جمع للمالك بين العوض و المعوض و هو غير جائز.

و فى بعض الروايات «ثمنها» (١٠) كما عبر المصنف و هو عوض المثلن -بالوطء، و قد عرفت صفقه.

(١) و هو المتعين.

(٢) أى التصدق.

(٣) إلى الواطئ، باعتبار أنه أصبح مالكا للبهيمه بالتغريم.

(٤) بالتصدق.

(٥) خلاف الصدقه بالثمن.

(٦) أى التوبه.

(٧) أى عود الثمن على الغارم.

(٨) و لازمه عود الثمن عليه.

(٩) و إن لم يكن التغريم موجبا لتملك الواطئ للزم أحد أمرين، إما بقاء البهيمه على ملك المالك الأول و لازمه الجمع بين البهيمه و الغرامه و هو جمع بين العوض و المعوض و هذا باطل عقلا، و إما خروجها عن ملك الأول و عدم دخولها فى ملك الواطئ و لازمه بقاء الملك من دون مالكة و هو باطل أيضا.

(١٠) كما فى روايه إسحاق بن عمار المتقدمه (و إن لم تكن البهيمه له قومت و أخذ ثمنها منه-

المقتضى لثبوت معاوضه، و هو السر في تخصيص المصنف لهذه العبارة.

و في بعض الروايات «قيمتها» (١) و هي أيضا عوض و هذا (٢) هو الأجود.

ثم إن كان بمقدار ما غرمه للمالك (٣) أو أنقص فالحكم واضح (٤) و لو كان - و دفع إلى صاحبها و ذبحت و أحرقت بالنار(١) و التعبير بالثمن يدل على تملك الفاعل الواطئ، إذ لا يكون الثمن إلا في البيع، غايته بيع قهري على المالك و الواطئ.

(١) كما في حسنه سدير المتقدمه (يجلد دون الحد و يغرم قيمه البهيمة لصاحبها) ٢.

(٢) أى و عود الثمن على الفاعل هو الأجود دون التصديق به.

(٣) أى تاره يكون الثمن مساويا للغرامه و أخرى يكون ناقصا عنها و ثالثه يكون زائدا عليها.

فعلى القول بالتصدق أو أن الثمن للمالك فلا إشكال، و كذا لا إشكال لو كان الثمن للفاعل و كان مساويا لأنه بمقدار ما دفع رجع إليه، و كذا لا إشكال لو كان الثمن ناقصا عن الغرامه لأن التفاوت يتحملة لما أقدم عليه من فعله الشنيع، و إنما الكلام فيما لو كان الثمن زائدا عنها، فيرجع إليه بمقدار غرامته، و أما الزائد فهل للغرام أو المالك أو التصديق به و جوه ثلاثه؟

دليل الوجه الأول أن الفاعل قد تملك البهيمة بالغرامه، و مقتضى ذلك أن يعود ثمنها إليه بالغا ما بلغ، و لذا كان الثمن ناقصا عنها فيتحمل النقصان و من كان عليه الغرم فله الغنم.

و دليل الوجه الثانى أنه لو كان الزائد للفاعل لتحقق له ربح، إذا انتقلت إليه البهيمة بالغرامه بسبب الوطء و انتقلت عنه بأزيد من الغرامه عند البيع، و لا يليق الربح بحاله لفعلة الشنيعه و ردّ: بأن عدم اللياقه كلام استحسانى و إلا فمقتضى القواعد عود الربح إليه لأنه المالك.

و دليل الوجه الثالث أن البهيمة ليست فى ملك المالك و الفاعل و لذا لا يشترط إذنهما فى البيع، فالزائد عن الغرامه من دون مالك فلا بد من التصديق به، غايته ما يساوى الغرامه من الثمن يعود إلى الفاعل بسبب الغرامه ليس إلا.

و ردّ: بأن الملك بلا مالك غير معقول فهو باطل، و عدم اشتراط إذنهما فى البيع ليس دليلا على عدم ملكيه أحدهما و ذلك لأنه لا يعتبر إذن المالك مع وجود إذن الشارع.

(٤) لعدم وجود الزيادة.

ص: ٤٠٧

أزيد فمقتضى المعاوضه أن الزيادة له (١) لاستلزامها (٢) انتقال الملك إلى الغارم كما يكون النقصان عليه، و يحتمل دفعها (٣) إلى المالك، لأن الحيوان ملكه و إنما أعطى عوضه للحيلولة (٤) فإذا زادت قيمته كانت له لعدم تحقق الناقل للملك، و لأن إثبات الزيادة (٥) للفاعل إكرام و نفع لا يليقان بحاله.

و فى المسأله احتمال ثالث و هو الصدقه بالزائد عما غرم و إن لم نوجبها (٦) فى الأصل، لانتقالها (٧) عن ملك المالك بأخذ العوض، و عدم انتقالها إلى ملك الفاعل، لعدم وجود سبب الانتقال (٨)، ورد ما غرم إليه (٩) لا يقتضى ملك الزيادة. فتتبع الصدقه.

و يدل على عدم ملكهما (١٠) عدم اعتبار إذنهما فى البيع.

و يضعف باستلزامه (١١) بقاء الملك بلا ملك، و أصله عدم انتقاله بعد تحققه فى الجملة و إن لم يتعين (١٢)، و عدم استئذانهما بحكم الشارع لا ينافى الملك كما (١) للفاعل الواطئ.

(٢) أى لاستلزام المعارضه عند التغيريم.

(٣) دفع الزيادة.

(٤) دفع دخل، أما الدخل فهو: إذا كانت البهيمة فى ملك المالك الأول فلم أوجبتم الغرامه على الفاعل، و الدفع: إن الغرامه لأنه حال بين المالك و ملكه بسبب الوطء، لأنه أفسدها عليه فلا يصح أن تبقى فى ملكه، و فيه: إن الحيلولة إن فسرت بوجوب بيع البهيمة فقط فلا معنى للتغيريم، و إن فسرت ببيعها على الفاعل فما زاد على الغرامه يجب أن يرجع إلى الفاعل لأنه مالكةا.

(٥) دليل ثان لكون الزيادة للمالك، و قد عرفت ما فيه.

(٦) أى لم نوجب الصدقه فى أصل الثمن.

(٧) لانتقال البهيمة عن ملك المالك.

(٨) إذ ما يتوهم أنه السبب هو الغرامه، و هى للحيلولة ليس إلا.

(٩) أى إلى الفاعل لا يقتضى رد ما زاد.

(١٠) المالك و الفاعل.

(١١) أى باستلزام هذا الاحتمال من الصدقه كون البهيمة عند البيع بلا مالك.

(١٢) أى أن ملك البهيمة متحقق إما للمالك و إما للغارم و الأصل عدم الانتقال و إن كنا لم نعرف المالك الفعلى.

فى كثير من موارد المعاوضات الإلباريه. و على تقدير انتقالها إلى الفاعل فى وقت الانتقال و جهان (١).

أحدهما: أنه بمجرد الفعل، لأنه السبب التام فى الغرم فىكون هو الناقل، و لاعتبار قيمتها عنده.

و الثانى: كون وقت دفع العوض ليتحقق به المعاوضه الإلباريه.

و تظهر الفائده فيما لو تلفت قبل دفع العوض (٢)، فعلى الأول فىكون من مال الفاعل، و على الثانى من مال المالك.

و فيما جنى عليها قبله (٣). فالأرض للفاعل على الأول، و للمالك على الثانى.

و أما مؤنتها بعد دفع العوض إلى زمن البيع فى غير البلد و أرشها و نماؤها فللفاعل إن قلنا بملكه بدفع العوض (٤)، و كذا تلفها قبل البيع فإنه عليه (٥) على كل حال.

و احترز بالبالغ العاقل عن الطفل و المجنون فلا يتعلق بهما (٦) جميع هذه (١) هل وقت الوطء أو وقت الغرامه، و دليل الأول أن الوطء هو السبب التام فى الغرامه، فىكون الوطء هو السبب فى الانتقال، فىكون الانتقال من حين الوطء، و لأن الغرامه لا بد من اعتبار قيمتها وقت الوطء كما هو ظاهر الأخبار المتقدمه و هذا دليل على أن الانتقال وقت الوطء و لذا لوحظت قيمتها حال الوطء. و دليل الثانى أن الغرامه ثمن كما أن البهيمه مثنى فلا يتحقق دخول المثنى فى ملك المشتري إلا عند خروج الثمن من ملكه للتعارض بينهما.

(٢) فعلى الأول فهى من مال الفاعل و عليه دفع الغرامه، و على الثانى فهى من مال المالك و بعد تلفها فلا وجود لها فلا غرامه عليه.

(٣) أى قبل دفع العوض فلها نفس الحكم السابق.

(٤) أو من حين الوطء، نعم على القول بالتصدق فىكون الجميع كالأصل يتصدق به، و على القول بأنها للمالك فىرجع فيه إلى المالك.

(٥) أى من ينفق على البهيمه فهو على الفاعل، إذا قلنا بملكه أو بالتصدق و أما إذا قلنا ببقائها على ملك المالك فالمؤنه على المالك لا على الفاعل، و منه تعرف الضعف فى إطلاق الشارح حيث قال: على كل حال.

(٦) بالطفل و المجنون.

الأحكام (١) و إن تعلق بهما بعضها (٢).

أما التحريم (٣) فالظاهر تعلقه بمطلق الذكر (٤) كما سلف (٥).

و أما الحد فينتفى عن غير المكلف و إن أذب، و يلزم من تحريمها: وجوب إتلافها، لثلا تشبته كما هو الحكمه فيه (٦) فيستوى فيه الجميع أيضا (٧).

و بقى بيع ما لا يقصد لحمه و إخراج (٨) و هو منفى فى فعل الصغير (٩)، لأن الحكم معلق فى النصوص على فعل الرجل، و ظاهر الفتوى يوافق.

و أما المجنون فإن الرجل يتناوله (١٠)، و التقييد بالبالغ العاقل يخرج. و لعل اقتران الحكم فى النصوص المعبر فيها بالرجل بالحدّ قرينه إرادته المكلف فيخرج المجنون، و هذا أجود. و قوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين. أما و طء (١) بما فيها التعزير.

(٢) كالتغريم على وليهما و الذبح و الإحراق أو البيع.

(٣) تحريم البهيمة.

(٤) و إن كان الواطئ صغيرا أو مجنونا.

(٥) فى باب الأطمه.

(٦) فى الإحراق.

(٧) من وطئ الصغير و المجنون و البالغ و العاقل.

(٨) إلى بلد آخر.

(٩) لأن البيع فى بلد آخر من أجل عدم التعيير و هو غير ثابت فى و طء الصغير، و فيه: إن التعيير ليس من جهه بلوغ الواطئ بل من جهه كون البهيمة موطوءه و هذا لا فرق فيه بين و طء الصغير و الكبير، هذا من جهه و من جهه أخرى إن قلت: إن النصوص علقت الحكم بالبيع و الإخراج على الرجل فيخرج الصغير و هذا ما أورده الشارح قلت: إن لفظ الرجل قد ورد فى السؤال و المورد لا يخصص الوارد.

(١٠) أى فإن لفظ الرجل الوارد فى النصوص و الفتاوى يتناول المجنون، إلا- أن العقل حاكم بعدم التكليف عليه فلا بد من تقييده، و هذا متعين بالنسبه للحد و أما بالنسبه لبقية الأحكام من البيع و الإحراق و الذبح فلا كما عرفت سابقا و منه تعرف ضعف ما أتى به الشارح من جعل العاقل البالغ هو مورد اليقين فلا- بد من الاقتصار على مورد اليقين فى جميع أحكام و طء البهيمة.

الخثى فلا يتعلق به حكم (١) و هو وارد (٢) على تعبير المصنف - فيما سبق - الحكم بالتحريم على وطء الإنسان. و لا فرق في الموطوء بين الذكر و الأنتى (٣)، و لا بين وطء القبل و الدبر (٤).

و لو انعكس الحكم بأن كان آدمى هو الموطوء فلا تحريم للفاعل (٥) و لا غيره من الأحكام، للأصل (٦).

و حيث يحكم بتحريم موطوء الطفل و المجنون يلزمهما قيمته (٧) لأنه (٨) بمنزلة الإتلاف، و حكمه غير مختص بالمكلف فإن كان لهما مال، و إلا أتبعه به بعد اليسار.

و لو كان المقصود منه الظهر (٩) فلا شيء عليهما (١٠)، إلا- أن يوجب نقص (١) لاحتمال عدم كونه ذكرا و أن ما أدخله كان لحمه زائده، مع القطع بأن وطء الأنتى للبهيمه لا حكم له لأن الأحكام السابقه مختصه بالذكر.

(٢) أى وطء الخثى يكون إشكالا واردا على عبارته المصنف فى كتاب الأطمعه عند ما رتب الأحكام المذكوره على موطوء الإنسان، و هو يشمل موطوء الخثى، و أيضا يرد على عبارته المصنف هنا، حيث جعل المصنف الأحكام مترتبه على وطء البالغ العاقل و هو شامل للخثى.

(٣) أى لا- فرق فى البهيمه الموطوءه بين الذكر و الأنتى لإطلاق النصوص و توقف البعض كما فى الجواهر، و احتمال اختصاص الحكم بالأنتى لدعوى انصراف الأخبار و فيه: إن لفظ البهيمه أعم من الذكر و الأنتى فلا معنى لهذا الانصراف.

(٤) لصدق إتيان البهيمه عليهما.

(٥) أى لا يحرم أكل لحم البهيمه الواطئ.

(٦) من البراءه فى التعزير على المفعول الأدمى، و من استصحاب حليه لحمها و لبنها و ما تنتجه، و من أصله عدم وجوب ذبحها و عدم إحراقها و عدم إخراجها و عدم بيعها، لأن الأحكام السابقه ثابتة فى النصوص إذا كانت البهيمه موطوءه لا واطئه.

(٧) أى يلزم الطفل و المجنون قيمه الموطوء.

(٨) لأن الوطاء.

(٩) أى من الموطوء.

(١٠) لعدم وجوب إخراج الموطوء و بيعه لأن هذه الأحكام منوطه بكون الواطئ بالغا عاقلا، و قد عرفت ضعفه سابقا.

القيمة. لتحريم لحمه، أو لغيره (١) فيلزمهما الأرش.

و لو كان الواطئ بالغا (٢) و بيع فى غير البلد لغير العالم بالحال (٣) فعلم أحتمل قويا جواز الفسخ (٤) مع استلزامه نقص القيمة بالنسبه إلى العالم، لأنه حينئذ عيب.

فى أن التعزير موكول إلى نظر الإمام

(و التعزير) الثابت على الفاعل (موكول إلى نظر الإمام عليه السّلام) أو من قام مقامه (٥) كما فى كل تعزير لا تقدير له شرعا. و قد ورد مطلقا (٦) فى كثير من الأخبار (٧).

(و قيل) و القائل الشيخ (٨): إن قدره (خمسه و عشرون سوطا) لحسنه عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام (٩)، و روايه إسحاق بن عمار عن الكاظم عليه السّلام، و الحسن بن خالد عن الرضا عليه السّلام.

(و قيل): يحدّ (كمال الحد) (١٠) مائه جلده حد الزانى، لصحيحه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام فى رجل أتى بهيمه فأولج قال: «عليه الحد»، و فى أخرى «حد الزانى» (١١).

(١) أو لنفره الناس عن الموطوء فإنه موجب لنقصان القيمة.

(٢) لأن غير البالغ لا يجب بيع موطوءه على مبناه.

(٣) لأنه مع علمه بالحال فيكون قد أقدم مع علمه فلا يكون مغبونا.

(٤) لكون الوطء عيبا فيها، و هذا ما يستلزم نقصان القيمة بالنسبه للعالم فيكون عيبا موجبا للفسخ.

(٥) كالحاكم الشرعى.

(٦) أى ورد التعزير من دون تقييد.

(٧) و قد تقدم بعضها فراجع.

(٨) بشرط عدم الإيلاج.

(٩) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حديث ١، و قد أوردها مع روايه إسحاق بن عمار و روايه الحسين بن خالد تحت رقم واحد.

(١٠) هو للشيخ بشرط الإيلاج.

(١١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حديث ٨.

ص: ٤١٢

(و قيل: القتل) (١) لصحيحه جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أتى بهيمه قال: يقتل (٢).

و جمع الشيخ في الاستبصار بين هذه الأخبار بحمل التعزير على ما إذا كان الفعل دون الإيلاج، و الحد إذا أولج حد الزاني و هو الرجم أو القتل إن كان محصنا، و الجلد إذا لم يكن محصنا، و بحمل أخبار القتل على ما إذا تكرر منه الفعل ثلاثا مع تخلل التعزير لما روى (٣) من قتل أصحاب الكبائر مطلقا إذا أقيم عليهم الحد مرتين و التعزير يطلق عليه الحد (٤). و لكن يبقى على الثاني (٥) خبر الحد منافيا للتعزير بما دونه.

في ثبوت هذا الفعل

(و يثبت) هذا الفعل (بشهاده عدلين (٦)، و بالإقرار مره) (٧) في جميع الأحكام (١) ليس قولاً لأحد، نعم وردت الروايه به و قد حملت على ما لو تكرر منه الفعل و قد تقدم ذلك مشروحا فراجع.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حديث ٦.

(٣) في خبر يونس، الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

(٤) إن قلت: إن خبر يونس اشترط القتل بعد تكرار الحد مرتين، و لم يثبت هنا حد بل تعزير قلت: إن الحد يطلق على التعزير فلا إشكال.

(٥) أى على الحمل الثانى من حمل خبر القتل على ما لو تكرر الفعل منه ثلاثا مع تخلل التعزير، و ذلك فحمل لفظ الحد الوارد فى خبر القتل على التعزير مع أن التعزير دون الحد فهو مناف لكمال الحد الوارد فى خبر أبى بصير، هذا و قد عرفت أن خبرى أبى بصير محمولان على التقيه فلا إشكال.

(٦) لعموم أدله البيئه، و عن ظاهر المبسوط اشتراط أربعة رجال أو ثلاثه مع امرأتين، و قال فى الجواهر «و هو على تقديره لا دليل له سوى القياس على الزنا الذى ليس من مذهبنا».

(٧) ذهب ابنا حمزه و إدريس و العلامه فى المختلف إلى اشتراط الإقرار مرتين، لأن كل حد يثبت بشهادتين لا بد فيه من الإقرار مرتين.

و فيه: إن الأصل فى الإقرار ثبوته مره واحده لعموم إقرار العقلاء و على أنفسهم جائز، إلا ما خرج بنص خاص، و هو منفى هنا، و لذا ذهب المشهور إلى إثباته بمره واحده.

ثم إن كان الفاعل المقرّ قد فعل ذلك فى بهيمه له، فتثبت جميع الأحكام من التعزير و الذبح و الحرق أو البيع و الإخراج لأن الإقرار ثابت فى حق نفسه و ماله و إن كانت البهيمه لغيره فالتعزير يثبت بإقراره لأنه فى حق نفسه، و أما بقيمه الأحكام فهى تتعلق -

(و إن كانت الدابه له) لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز خرج منه ما افتقر إلى التعدد بنص خاص فيبقى غيره،(و إلا) تكن الدابه له (ف) الثابت بالإقرار مطلقا (١)(التعزير) خاصه دون غيره من الأحكام المذكوره لأنه إقرار فى حق الغير فلا يسمع (إلا أن يصدقه المالك) فتثبت باقى الأحكام، لزوال المانع من نفوذه حينئذ. هذا بحسب الظاهر.

أما فى نفس الأمر (٢) فإن كانت له، هل يجب عليه فعل ما ذكر من الذبح و الإحراق؟ الظاهر ذلك، لقوله عليه السّلام فى الروايه السابقه (٣): إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت فإذا ماتت أحرقت بالنار و لم ينتفع بها.

-بالبهيمة و هى مال الغير فلا تثبت هذه الأحكام فى حال الغير إلا إذا صدقه الغير، و بالتصديق ينفذ.

(١)مره كان أو أكثر.

(٢)فلا- يخلو الأمر إما أن تكون البهيمة له و إما لغيره، فإن كانت له و كانت البهيمة مما يؤكل لحمها عاده فيجب عليه ذبحها و إحراقها لظاهر النصوص منها روايه إسحاق المتقدمه عن الكاظم عليه السّلام (فى الرجل يأتى البهيمة فقال عليه السّلام: إن كانت البهيمة للفاعل ذبحت فإذا ماتت أحرقت بالنار و لم ينتفع بها)(١)، و هى عامه سواء اعترف عند الحاكم أو لا، و سواء قامت عليه البيئه أو لا و إن كانت البهيمة مما يراد ظهرها عاده أو أصلا فهل يجب عليه بيعها و إخراجها إلى بلد آخر وجهان:

وجه العدم للأصل، و لأن النصوص قد دلت على بيعها و إخراجها إذا كانت الدابه لغيره حتى لا- يعير بذلك صاحبها، و المفروض عدم إفشاء الأمر مع كون الدابه له لا لغيره و وجه الثبوت، لأن البيع و الإخراج ثابت للبهيمة الموطوءه و هنا قد تحقق الوطء، و التعليل السابق الموجود فى حسنه سدير معارض بالتعليل الوارد فى خبر إسحاق بن عمار من أجل أن لا يجتزئ بها و ينقطع النسل فيكون التعليل تعبديا ففى خبر إسحاق بن عمار (قلت: و ما ذنب البهيمة؟ فقال عليه السّلام: لا ذنب لها، و لكن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فعل هذا و أمر به لكيلا يجتزئ الناس بالبهايم و ينقطع النسل)(٢).

(٣) و هى روايه إسحاق بن عمار.

ص: ٤١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهايم حديث ١

و لو لم تكن مأكوله ففى وجوب بيعها خارج البلد وجهان. أجودهما العدم، للأصل، و عدم دلالة النصوص عليه، و للتعليل بأن بيعها خارجه ليخفى خبرها.

و هو مخفى هنا.

و لو كانت لغيره (١) فهل يثبت عليه الغرم و يجب عليه التوصل إلى إتلاف المأكوله بإذن المالك و لو بالشراء منه: الظاهر العدم. نعم لو صارت ملكه بوجه من الوجوه و جب عليه إتلاف المأكوله، لتحريمها فى نفس الأمر.

و فى وجوب كونه (٢) بالذبح ثم الإحراق وجه قوى (٣)، و لو لم تنتقل إلى ملكه لكن ذبحها المالك، أو غيره لم يحل للفاعل الأكل من لحمها لعلمه بتحريمه.

و كذا القول فى نسلها، و لبنها، و نحوه.

و منها وطء الأموات

(و منها (٤)

(١) هذا هو الشق الثانى، فإن كانت البهيمة مما يراد لحمها فهل يجب على الفاعل فى نفس الأمر إتلافها بالذبح و الإحراق و يجب التوصل إلى ذلك و لو بالشراء من المالك وجهان بل قولان:

لأن النصوص قد صرحت بوجوب ذبحها و إحراقها إذا علم منه الفعل الشنيع و هو هنا منتف و هذا ما استظهره الشارح، و الحق هو القول الآخر من وجوب ذبحها و إحراقها لأن النصوص حرّمت لحم الموطوءه مطلقا كما فى خبر مسمع المتقدم سابقا عن أبى عبد الله عليه السّلام (أن أمير المؤمنين عليه السّلام سئل عن البهيمة التى تنكح فقال: حرام لحمها و كذلك لبنها) (١)، و إذا حرم لحمها حرم الانتفاع بها فيجب إتلافها و لو توقف على شرائها من المالك بالإضافة إلى التعليل التبعدى الوارد فى روايه إسحاق المتقدمه (فقال عليه السّلام: لا ذنب لها و لكن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فعل هذا و أصر به لكيلا يجتزئ الناس بالبهايم و ينقطع النسل) (٢)

و لو كانت مما يراد ظهرها فلا يجب على الفاعل إخراجها و بيعها فى بلد و لو بالشراء من المالك لعدم العلم بفعله الشنيع فلا يعيّر بذلك مالكتها.

(٢) كون الإتلاف.

(٣) لدلاله النصوص عليه.

(٤) أى و من العقوبات المتفرقه.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب الأئعمه المحرمه حدیث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب نكاح البهائم حدیث ١.

(وطء الأموات) (١) زنا و لواط (و حكمه حكم الأحياء) فى الحد، و الشرائط (و) يزيد هنا أنه (تغلظ عليه العقوبه) بما يراه الحاكم (إلا أن تكون) الموطوءه (زوجته) (٢)، أو أمته المحلله له (فيعزر) خاصه، لتحريم وطئها، و لا يحد لعدم الزنا إذ لم تخرج بالموت عن الزوجيه و من ثم جاز له تغسيلها.

(و يثبت) هذا الفعل (بأربعه) شهود ذكور (٣) (على الأقوى) كالزنا و اللواط، (١) إن وطء الميته من بنات آدم كوطء الحيه فى تعلق الإثم و الحد و اعتبار الإحصان و عدمه بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر عبد الله بن محمد الجعفى (كنت عند أبى جعفر عليه السلام و جاءه كتاب هشام بن عبد الملك فى رجل نبش امرأه فسلبها ثيابها و نكحها، فإن الناس قد اختلفوا علينا فى هذا، فطائفه قالوا: اقتلوه، و طائفه قالوا: أحرقوه، فكتب إليه: إن حرمه الميت كحرمه الحى، حدّه أن تقطع يده لنبشه و سلبه الثياب و يقام عليه الحد فى الزنا، إن أحسن رجم و إن لم يكن أحسن جلد مائه) (١) و منه تعرف أن اللواط بالميت كاللواط بالحى لعموم قوله: (إن حرمه الميت كحرمه الحى)، نعم الجنايه فى الميت أفحش، و لذا تغلظ عليه العقوبه زياده عن الحد بما يراه الحاكم من المصلحه بلا خلاف فى التغليظ لمرسل ابن أبى عمير عن أبى عبد الله عليه السلام (فى الذى يأتى المرأه و هى ميته، وزره أعظم من ذلك الذى يأتىها و هى حيه) (٢).

(٢) فيقتصر على التأديب له بما يراه الحاكم لأنه أقدم على فعل محرم، و أما سقوط الحد فهو مما لا خلاف فيه لبقاء العلقه الزوجيه و لذا جاز له تغسيلها.

(٣) ذهب الشيخان و ابنا حمزه و سعيد إلى أنه يثبت بشاهدين و عن المختلف اختياره لعموم أدله البيه، و لأنه شهاده على فعل واحد و هو زنا الحى بالميته، بخلاف الزنا بالحيه فهو شهاده على اثنين فيحتاج إلى تعدد البيه و لذا احتيج الزنا بالحيه إلى أربعه شهود و يدل عليه خبر إسماعيل بن أبى حنيفه عن أبى حنيفه (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان و الزنا لا يجوز فيه إلا أربعه شهود، و القتل أشد من الزنا فقال عليه السلام: لأن القتل فعل واحد و الزنا فعلا، فمن ثم لا يجوز إلا أربعه شهود، على الرجل شاهدان و على المرأه شاهدان) (٣).

و لأنه فعل واحد تجوز فيه شهاده اثنين فقد اقتصر على شهاده الاثنين فى وطء البهيمه -

ص: ٤١٦

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب حد السرقة حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب نكاح البهائم حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب دعوى القتل حديث ١.

لأنه زنا و لواط في الجملة (١)، بل أفحش فيتناوله عموم أدله توقف ثبوته على الأربعة.

وقيل: يثبت بشهادة عدلين، لأنه شهادة على فعل واحد يوجب حدا واحدا كوطء البهيمة، بخلاف الزنا و اللواط بالحي فإنه يوجب حدين فاعتبر فيه الأربعة، لأنها شهادة على اثنين.

و فيه نظر، لانتقاضه بالوطء الإكراهي و الزنا بالمجنونه فإنه كذلك (٢) مع اشتراط الأربعة إجماعا. و المتحقق اعتبار الأربعة من غير تعليل (٣)، بل في كثير من النصوص ما ينافي تعليله (٤)، و إن توقف الزنا (٥) على الأربعة، و القتل على الاثنين مع أنه أعظم، دليل على بطلان القياس. و الإقرار فرع الشهادة (٦). فحيث اعتبرنا -لأنه فعل واحد.

و ذهب المشهور، بل قيل لا -خلاف فيه بين المتأخرين إلى أنه يعتبر فيه أربعة شهود لأنه زنا فيتناوله عموم أدلته، و أما خبر إسماعيل المتقدم فبالإضافة إلى ضعف سنده يحتمل حمل التعليل على الحكمه و لا يجب اطرادها، على أنه لو حمل التعليل المطرد فهو منقوض بالشهادة على الزنا بالمكرهه و على الزنا بالنائمه و المجنونه فهو فعل واحد لا يوجب إلا حدا واحدا فيجب فيه الاقتصار حينئذ على شهادة اثنين مع أنهم اعتبروا الأربعة، هذا و إذا ثبت لا بديه الأربعة فيكفي فيه ثلاثة رجال و امرأتين لما مرّ في الزنا.

(١) ليس قيدا لإخراج شيء بل هو إشارة إلى أن غالب الزنا و اللواط في الأحياء.

(٢) أي أن الزنا بالمكرهه و المجنونه فعل واحد يوجب حدا واحدا.

(٣) أي أن الأخبار اشترطت الأربعة في الزنا من دون تعليله بأنه فعلا.

(٤) لأن الكثير من النصوص أوجبت شهادة الأربع على فعل الزاني بما هو فعل واحد لا بما هو فعلا منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام (لا يجب الرجم حتى يشهد الشهود الأربع أنهم قد رأوه يجامعها) (١).

(٥) عطف على قوله: (بل في كثير من النصوص ما ينافي تعليله) و المعنى: إن ثبوت الأربعة في الزنا و الاثنين في القتل مع أن القتل أعظم دليل على بطلان القياس و منه تعرف بطلان قياس الزنا بالميتة على و طء البهيمة مع أن الزنا بالميتة أعظم.

(٦) بلا -خلاف فيه فمن اعتبر أربعة شهود فلا -بد أن يعتبر الإقرار أربعا، و من اقتصر على شاهدين فلا بد من الاكتفاء بالاقرار مرتين.

ص: ٤١٧

الأربعة يثبت بها (١) (أو إقراره أربع مرات) بشراؤها السابقة (٢). و من اكتفى بالشاهدين اكتفى بالإقرار مرتين. و حيث ألحقنا الميت بالحي فما يثبت بشهادته النساء في الزنا بالحيه يثبت هنا على الأقوى (٣)، للعموم (٤) مع احتمال العدم (٥) لقيام الشبهه الدارئة للحد، و ما تقدم (٦).

و منها - الاستمناء

(و منها - الاستمناء) (٧) و هو استدعاء إخراج المنى (باليد) (٨) أى يد المستمنى (١) أى يثبت الإقرار بالأربعة.

(٢) من كون المقر كاملا ببلوغه و عقله و حرته و اختياره.

(٣) كامرتين و ثلاثه رجال كما هو محل الوفاق في الزنا، أو أربعة نساء و رجلين كما هو خلاف هناك.

(٤) أى عموم أدله الزنا الشامل للزنا بالميته.

(٥) استشكل بذلك العلامه في القواعد، و لعله من أجل ابتناء الحدود على التخفيف فلا تقبل شهادتهن إلا على موطن النص و هو الزنا بالحيه، و أما الزنا بالميته فيبقى قولهن مردودا لعدم قبول قولهن في الحدود.

(٦) من عدم قبول شهادتين في الحدود إلا ما خرج بالنص و هذا ليس منه.

(٧) فهو محرم فعليه التعزير للأخبار منها: خبر أحمد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام (سأله عن الخضخضه، فقال عليه السلام: إثم عظيم قد نهى الله عنه في كتابه و فاعله كناكح نفسه، و لو علمنا بمن يفعله ما أكلت معه، فقال: بين لى يا بن رسول الله من كتاب الله فيه، فقال: قول الله فَمَنْ ابْتغى وَرَاءَ ذَلِكَ الْآيَةَ، و هو مما وراء ذلك، فقال الرجل: أى أكبر الزنا أو هي؟ فقال: هو ذنب عظيم) (١).

و هذا التعزير كغيره منوط بنظر الإمام، و في خبر طلحه بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين عليه السلام أتى برجل عبث بذكره فضرب يده حتى أحمرت ثم زوجه من بيت المال) ٢.

و مثله روايه زراره عن أبي جعفر عليه السلام ٣، و هما محمولان على أن هذا ما قد رآه الإمام رادعا لهما، و أما التزويج فهو ليس بلازم على الإمام و إنما هو تدبير استصلاحى يتبع فيه نظر الحاكم.

(٨) بل هو استدعاء إخراج المنى بيده أو بشيء من أعضائه أو أعضاء غيره سوى الزوجه-

ص: ٤١٨

(و هو) حرام (يوجب التعزير) بما يراه الحاكم لقوله تعالى: وَ الَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ - إلى قوله - فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ (١) وهذا الفعل مما وراء ذلك، وعن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ أنه لعن الناكح كفه (٢). وَ فى معنى اليد إخراجها بغيرها من جوارحه. وَ غيرها (٣) مما عدا الزوجه، وَ المملوكه. وَ فى تحريمه بيد زوجته وَ مملوكته المحلله له وَ جهان (٤) من وجود المقتضى للتحريم وَ هو إخراج المنى، وَ تضييعه بغير الجماع. وَ به قطع العلامه فى التذكره. وَ من منع كون ذلك هو المقتضى، وَ عدم تناول الآيه (٥) وَ الخبر (٦) له، إذ لم يخص حفظ الفرج فى الزوجه، وَ ملك اليمين بالجماع (٧) فيتناول محل النزاع.

وَ فى تعدى التحريم (٨) إلى غير أيديهما من بدنهما غير الجماع احتمال.

وَ أولى بالجواز هنا لو قيل به ثم لأنه ضرب من الاستمتاع (وَ روى) بسند ضعيف - وَ الأمه المحلله له.

(١) المؤمنون الآيه: ٥-٦-٧.

(٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب النكاح الدائم حديث ٢.

(٣) أى غير أعضائه.

(٤) بل قولان، الحرمه وَ إليه ذهب العلامه فى التذكره لتضييع الماء بغير الجماع وَ لذا حرم الإنزال بيده لما فيه من التضييع، وَ الجواز لدلاله الآيه عليه لقوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ (١) فلا يجب حفظ الفرج عن الزوجه بأى وجه من وجوه الاستمتاع وَ هذا منه، وَ ليس تضييع المنى حراما وَ إلا لحرم الإنزال بالتفخيذ فى الزوجه وَ الأمه.

(٥) فقوله تعالى: فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ لَا يَشْمَلُ لَانْدِرَاجِهِ تَحْتَ الْاِسْتِنَاءِ وَ هو قوله تعالى: إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ .

(٦) المتقدم فى المتن إذ لا يصدق عليه أنه ناكح نفسه.

(٧) بل يجوز مطلق الاستمتاع للزوجه بالفرج، وَ هذا منه.

(٨) أى إذا قلنا بتحريم الاستمناء بيد الزوجه فلا بد أن نقول بتحريم الاستمناء ببقية أعضائه بدنهما ما عدا الفرج لما فى ذلك من تضييع المنى كما هو دليل العلامه المتقدم، وَ قد عرفت ضعفه.

ص: ٤١٩

١- (١) المؤمنون الآيه: ٧.

عن أبي جعفر (١) و أبي عبد الله (٢) (عما) (أن عليا عليه السلام ضرب يده) أي يد رجل استمنى بيده، و في الأخرى عبث بذكره إلى أن أنزل (حتى أحمرت) يده من الضرب (و زوجه من بيت المال) و هو مع ما في سنده حكم في واقعه مخصوصه بما رآه، لا أن ذلك (٣) تعزيره مطلقا.

(و يثبت) ذلك (بشهادة عدلين (٤) و الإقرار مره) واحده (٥)، لعموم الخبر إلا ما أخرجه الدليل من اعتبار العدد و هو هنا منفى. و قال ابن إدريس يثبت بالإقرار مرتين و ظاهره أنه لا يثبت بدونه فإن أراد ذلك فهو ضعيف، لما ذكرناه.

و منها – الارتداد

إشارة

(و منها – الارتداد،)

في معنى الارتداد

(و هو الكفر بعد الإسلام أعادنا الله مما يوبق الأديان) (٦) و الكفر يكون بنيه، و بقول كفر، و فعل مكفّر فالأول العزم على الكفر (٧) و لو في وقت مترقب. و في حكمه (٨) التردد فيه (٩). و الثاني (١٠) كنفى الصانع لفظا، أو الرسل، و تكذيب رسول (١١)، و تحليل محرم بالإجماع (١٢) كالزنا، و عكسه (١٣) (١) كما في روايه زراره المتقدمه، و في السند ابن فضال و هو واقفي.

(٢) كما في روايه طلحه بن زيد المتقدمه، و في السند محمد بن سنان و أمره معلوم فقد نسب إلى الغلو و طلحه بن زيد عامي.

(٣) و هو الضرب حتى الاحمرار.

(٤) لعموم أدله البيه و هو مما لا خلاف فيه.

(٥) لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، خرج منه ما يعتبر فيه التعدد للنص الخاص و هو مفقود هنا.

و ذهب ابن إدريس إلى اشتراط التعدد في الإقرار و هو ضعيف كما في المسالك.

(٦) أي يفسدها.

(٧) فهو موجب للكفر لأنه مخالف لاعتقاد الأصول.

(٨) حكم العزم.

(٩) أي التردد في الكفر.

(١٠) و هو الكفر بالقول.

(١١) جعله منكرا ليدل على العموم.

(١٢) و قد تقدم أن المناط هو تحليل محرم معلوم عنده، فالمناط على ثبوته بالعلم لا على ثبوته بالإجماع.

(١٣) و هو تحريم حلال ثبت حليته بالعلم عنده أو عند الجميع كالنكاح.

ص: ٤٢٠

كالنكاح، و نفى وجوب مجمع عليه (١) كركعه من الصلوات الخمس، و عكسه (٢) كوجوب صلاه سادسه يوميه.

و الضابط إنكار ما علم من الدين ضروره، و لا فرق فى القول بين وقوعه عنادا (٣)، أو اعتقادا (٤)، أو استهزاء (٥) حملا على الظاهر (٦) و يمكن رد هذه الأمثله إلى الأول (٧) حيث يعتقدها من غير لفظ. و الثالث (٨) ما تعمده استهزاء صريحا بالدين، أو جحودا له (٩) كالقاء مصحف، أو بعضه فى قاذوره قصدا، أو سجود لصنم.

و يعتبر فيما خالف الإجماع: كونه مما يثبت حكمه فى دين الإسلام ضروره كما ذكر (١٠) لخفاء كثير من الإجماعات على الآحاد (١١)، و كون الإجماع من أهل (١) و الأولى ففى وجوب ثابت عنده، إذ الكثير من الإجماعات لا تقيد حتى الظن.

(٢) أى إيجاب ما علم نفيه.

(٣) بحيث أنكرها عنادا مع اليقين القلبي بالثبوت.

(٤) بحيث أنكرها لفظا مع عدم اليقين بالثبوت.

(٥) بحيث يعتقد بها و لكن أنكرها لفظا من باب الاستهزاء و السخرية بها.

(٦) قيد للاستهزاء.

(٧) بمعنى إجراء هذه الأمثله الثلاثه فى القسم الأول بحيث لا يعتقد بالأصول عنادا و إن قام الدليل عنده، أو لا يعتقد بها لأن اعتقاده على خلافها أو لا- يعتقد بها استهزاء و إن قام الدليل عنده عليها و الأولى تفسير كلامه بتفسير آخر و هو: أن الأمثله المتقدمه من نفى الصانع و تكذيب رسول و تحليل حرام و تحريم حلال و نفى وجوب ما ثبت أو إثبات ما علم نفيه كما تجرى باللفظ تجرى فى الاعتقاد بأن يعتقد نفى الصانع و تكذيب الرسول و هكذا من غير تلفظ بلفظ، و يساعده قوله فيما بعد: (حيث يعتقدها من غير لفظ).

(٨) و هو الكفر بصدور فعل مكفر.

(٩) أى يفعل فعلا فيه استهزاء بالدين أو جحود به كالقاء المصحف فى القاذوره أو السجود لصنم.

(١٠) ليكون نفيه نفيًا لضروره من ضروريات الدين، و نفى الضروره مستلزم لنفى النبوه، و من هنا تعرف أن المدار على نفى ما هو معلوم أنه من الدين فيثبت نفى النبوه به، و ليس المدار على نفى ما ثبت بالإجماع.

(١١) أى آحاد المسلمين، فما خفى عنهم لا يكون من الأمور الضروريه لأن الضرورى ما -

الحل و العقد (١) من المسلمين فلا يكفر المخالف في مسأله خلافه (٢) و إن كان نادرا (٣).

و قد اختلفت عبارات الأصحاب و غيرهم في هذا الشرط (٤) فاقصر بعضهم على اعتبار مطلق الإجماع، و آخرون على إضافه ما ذكرناه (٥) و هو الأجدود (٦)، و قد يتفق للشيخ «رحمه الله» الحكم بكفر مستحل ما خالف إجماعنا خاصه (٧) كما تقدم نقله عنه في باب الأطمعه. و هو نادر (٨)، و في حكم الصنم (٩) ما يقصد به العباده للمسجود له فلو كان مجرد التعظيم مع اعتقاد عدم استحقاقه للعباده لم يكن كفرا (١٠)، بل بدعه قبيحه و إن استحق التعظيم بغير هذا النوع (١١)، لأن الله تعالى لم ينصب السجود تعظيما لغيره.

في قتل المرتد

(و يقتل) المرتد (١٢) (إن كان) ارتداده (عن فطره) الإسلام لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «من -علمه الجاهل فضلا عن العالم، و فيه أن المدار على نفي ما علمه المنكر سواء علمه غيره أو لا.

(١) تقييد الإجماع به لا معنى له، نعم عليه أن يقيد بما كان إجماعا بين المسلمين ليكون ضروريا.

(٢) لأنها مما لم يجمع عليها المسلمون.

(٣) أى المخالف.

(٤) و هو كون الإجماع ضروريا.

(٥) من كونه ضروريا.

(٦) ليكون نفيه مستلزما لنفي النبوه الموجب للكفر.

(٧) أى ما كان ضروريا فى المذهب لا فى الدين.

(٨) أى لم يذهب إليه أحد سوى الشيخ، و قد عرفت أن المناط على إنكار المعلوم و لا يستوحش من قله سالكى الحق.

(٩) أى و فى حكم السجود للصنم الموجب للكفر كل سجود يقصد به العباده للمسجود له.

(١٠) لعدم نفيه لما ثبت من أن السجود بعنوان العباده منحصر فى السجود لله (جل و علا).

(١١) من السجود، هذا تقسيم الشارح للكفر و لغيره تقسيم آخر، و المدار فى الجميع على عدم الاعتقاد و بالله و عدم الاعتقاد و بالنبوه الخاصه، فكل ما ينافى اعتقاد هذين الأصلين فهو موجب للكفر.

(١٢) المرتد إما عن فطره و إما عن مله، و المرتد الفطرى من كان مسلما و قد ارتد فلا تقبل -

بدل دينه فاقتلوه» (١) و صحیحہ محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «من رغب عن الإسلام و كفر بما أنزل على محمد صَلَّى الله عليه و آله و سلم بعد إسلامه فلا توبه له، و قد وجب قتله، و بانت منه امرأته، و يقسم ما تركه على ولده» (٢) و روى عمار (٣) عن الصادق عليه السلام قال: «كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمدا صَلَّى الله عليه و آله و سلم نبوته و كذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد فلا تقربه، و يقسم ماله على ورثته و تعتد امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبه» (و لا تقبل توبته) ظاهرا (٤) لما ذكرناه، و للإجماع فيتعين قتله مطلقا (٥). و فى قبولها باطنا قول قوى (٦). حذرا من تكليف ما لا يطاق لو كان -توبته و يتحتم قتله و تبين منه زوجته و تعتد عدّه الوفاه و تقسم أمواله بين ورثته. بلا خلاف فى شىء من ذلك للأخبار منها: صحيح الحسين بن سعيد (قرأت بخط رجل إلى أبى الحسن الرضا عليه السلام: رجل ولد على الإسلام ثم كفر و أشدك و خرج عن الإسلام هل يستتاب، أو يقتل و لا يستتاب؟ فكتب عليه السلام: يقتل) (١).

و صحيح على بن جعفر (سأل أخاه عليه السلام عن مسلم ارتد، قال: يقتل و لا يستتاب، قال: نصرانى أسلم ثم ارتد عن الإسلام، قال: يستتاب فإن رجع و إلا قتل) ٢.

و خبر عمار الساباطى عن أبى عبد الله عليه السلام (كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الإسلام و جحد محمدا صَلَّى الله عليه و آله و سلم نبوته و كذبه فإن دمه مباح لكل من سمع ذلك منه، و امرأته بائنه منه يوم ارتد فلا تقربه، و يقسم ماله على ورثته، و تعتد امرأته عدّه المتوفى عنها زوجها، و على الإمام أن يقتله و لا يستتبه) (٢).

(١) كما فى خبر دعائم الإسلام، مستدرک الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المرتد حديث ٢.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المرتد حديث ٢.

(٣) قد تقدم الخبر.

(٤) بمعنى لو تاب فلا يسقط حكم القتل عنه و بينونه امرأته و قسمه أمواله بين ورثته، فهى ثابتة على كل حال.

(٥) تاب أو لا.

(٦) بمعنى أنه لا يعاقب فى الآخرة، و الدليل إما أن يبقى مكلفا أو لا، و على الثانى يلزم-

ص: ٤٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المرتد حديث ٦ و ٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب حد المرتد حديث ٣.

مكلفا بالإسلام، أو خروجه عن التكليف ما دام حيا كامل العقل، و هو باطل بالإجماع، و حينئذ (١) فلو لم يطلع أحد عليه (٢)، أو لم يقدر على قتله (٣)، أو تأخر قتله بوجه و تاب قبلت توبته فيما بينه وبين الله تعالى، و صحت عباداته و معاملاته، و طهر بدنه، و لا يعود ماله و زوجته إليه بذلك (٤) عملا بالاستصحاب، و لكن يصح له (٥) تجديد العقد عليها بعد العده، و في جوازه فيها وجه (٦)، كما يجوز للزوج العقد على المعتده عنه بائنا.

و بالجملة فيقتصر في الأحكام بعد توبته على الأمور الثلاثة (٧) في حقه، و حق غيره و هذا أمر آخر وراء القبول باطنا.

في بينونه زوجته منه

(و تبين منه زوجته، و تعتد للوفاه) و إن لم يدخل على الأصح (٨) لما تقدم (٩) (و تورث أمواله) الموجوده حال الرده (بعد قضاء ديونه) السابقه عليها (١٠) (و إن) -خروجه عن التكليف و هو حائز لشرائطه و هو باطل عقلا و على الأول فلو كان مكلفا و لا يقبل منه واقعا لزم التكليف بالمحال و هو محال، فيتعين قبول توبته واقعا حينئذ.

(١) أى و حين القول بقبول توبته واقعا.

(٢) عند كفره.

(٣) أى أو لم يقدر الحاكم على قتله.

(٤) أى بتوبته و إن حكمنا بقبولها واقعا.

(٥) لكونه مسلما بتوبته.

(٦) أى جواز العقد فى العده وجه ناشئ من كون حرمه العقد على الأجنبية فى العده خوفا من اختلاط مائه بماء غيره، و هذا منتف هنا لأن الجميع ماؤه، و لذا يجوز للزوج العقد على البائنه فى عدتها، و نقيده بالبائنه لأن الرجعيه ليست بحاجه إلى عقد بل يكفى الرجوع و العدول عن الطلاق.

(٧) من تحتم قتله و اعتداد زوجته و تقسيم أمواله.

(٨) لأن المرتد الفطرى بحكم الميت لوجوب قتله، فضلا عن التصريح بعده الوفاة فى خبر عمار الساباطى المتقدم، و هو شامل للدخول و عدمه و قد أورد فخر المحققين دليل العدم بأنه نكاح قد انفسخ بغير الموت قبل الدخول فلا يجب فيه العده للأصل، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص.

(٩) من خبر عمار.

(١٠) على الرده، لأن الدين متعلق بأصل التركة، دون الديون بعد الرده فهى لا تتعلق بأصل المال لانتقاله إلى الورثه بالارتداد.

(كان حيا باقيا)، لأنه في حكم الميت في ذلك.

و هل يلحقه باقى أحكامه (١) من إنفاذ وصاياه السابقه على الرده، و عدم قبوله التملك بعدها (٢) نظر من مساواته له (٣) فى الأحكام، و كونه حيا (٤) و لا- يلزم من مساواته الميت فى جملة من الأحكام (٥) إلحاقه به مطلقا (٦). و لو أدخلنا المتجدد فى ملكه كالاخطاب و الاحتشاش صار إرثا (٧)، و على هذا لا ينقطع إرثه ما دام حيا و هو بعيد (٨) و معه (٩) ففى اختصاص وارثه عند ارتداده به (١٠) أو عند التكسب (١١)

(١) أى هل يلحق المرتد الذى لم يقتل حكم الميت من نفوذ وصاياه حال إسلامه وجهان و ذكر الشارح دليلهما.

(٢) بعد الرده.

(٣) دليل الإلحاق و المعنى أن المرتد بحكم الميت فى كل شىء فتنفذ وصاياه السابقه على الرده.

(٤) دليل عدم الإلحاق و المعنى أن المرتد ما زل حيا فكيف تنفذ وصاياه السابقه المقيده بعد الموت، و الموت لم يتحقق.

(٥) من تقسيم ماله و اعتداد زوجته عده الوفاه.

(٦) أى إلحاق المرتد بالميت فى كل حكم لعدم الدليل على العموم.

(٧) لحكم الشارع بكونه إرثا بين ورثته.

(٨) وجه البعد، أن القول بكون ماله إرثا منافيا لقبول توبته واقعا، لأنه مع قبول التوبه فهو مسلم و لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس، نعم تحمل الأخبار على تقسيم ماله أى ماله الموجود حال الرده لا المتجدد بعد التوبه.

(٩) أى و مع القول بأن كل مال يدخل فى ملك المرتد يصير إرثا بين الورثه، فيصح التساؤل أن الوارث بملكه من حين الرده أو من حين التكسب.

(١٠) و المعنى ففى اختصاص وارثه بالمال منه ارتداده، و دليله لأن الرده هى سبب انتقال الورثه.

(١١) لا- من حين الرده لأنه لا- مال له بحسب الفرض حال الرده لأنه متجدد، و تظهر الفائده فيما لو كان للمرتد ولدان عند الارتداد، و مات أحدهما عن ولد قبل التكسب، فعلى الأول يكون المال المتجدد بين الولد و عمه، و على الثانى يختص العم بالمال المتجدد لأنه الوارث حال التكسب، و بهذا علق الشارح بقوله: (منشأهما كون سبب الانتقال هو الارتداد فيكون المعبر هو الوارث عنده، و تظهر الفائده فيما لو كان للمرتد ولدان عند -

وجهان و يعتبر فى تحقق الارتداد البلوغ (١) و العقل و الاختيار (٢).

فى ارتداد الصبى و المجنون، و المكروه

(و لا حكم لارتداد الصبى، و المجنون، و المكروه) لكن يؤدب الأولان.

و السكران فى حكم المجنون (٣) فلا يرتد بتلفظه فى حالته بكلمه الكفر أو فعله (٤) ما يوجب (٥)، كما لا يحكم بإسلامه بكلمه الإسلام لو كان كافرا.

و إلحاقه بالصاحى فى وجوب قضاء العبادات لا يوجب إلحاقه به مطلقا (٦) -الارتداد، و مات أحدهما عن ولد قبل التكسب، فعلى الأول يكون المال المكتسب بين الولد و عمه، و على الثانى يختص به العم لأنه الوارث حينئذ، كما لو ارتد عن ولد و ولد و ولد).

(١) لحديث رفع القلم، و لكن يؤدب إذا كان مميزا، و عن الشيخ فى الخلاف قد اعتبر إسلام المراهق و حكم بقتله لو ارتد إن لم يتب للخبر (الصبى) إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامه و اقتصر منه، و تنفذ وصيته و عتقه (١) و هو مع شذوذه معارض بما هو أقوى منه فلا يلتفت إليه.

(٢) لعدم الحد على المجنون و المكروه لحديث رفع القلم و حديث الرفع، و لكن يؤدب المجنون إذا كان له شعور و تمييز.

(٣) لارتفاع العقل فى كليهما، غاية فى المجنون غير اختيارى و فى السكران بالاختيار.

خلافًا للشيخ حيث ألحق السكران بالصاحى فى الارتداد و الإسلام، بحيث لو ارتد حال السكر أو أسلم فى هذه الحال فيترتب الأثر عليه، بدليل أنه يجب على السكران قضاء ما فاتته من العبادات حال السكر كما يحكم على الصاحى و هذا كاشف عن ثبوت التكليف فى حقه.

و ردّ بأن العقل شرط فى التكليف و هو مرتفع حال السكر فلا بد أن يرتفع المشروط، و أما وجوب القضاء عليه بعد الصحوه فإنما هو بأمر جديد، نعم لو دل نفس دليل الأداء على القضاء لكان كاشفا عن ثبوت التكليف فى حقه حال السكر و أنى له بإثبات ذلك.

(٤) فعل السكران.

(٥) ما يوجب الكفر.

(٦) فى جميع الأحكام لكون القضاء بأمر جديد.

١- (١) أوردده فى الجواهر ج ٤١ ص ٤٠٩، و لم أعرثر عليه عاجلا فى الوسائل.

مع العلم بزوال عقله الرافع للخطاب.

و كذا لا- حكم لرده الغالط، و الغافل، و الساهى، و النائم، و من رفع الغضب قصده (١) و تقبل دعوى ذلك كله (٢)، و كذا الإكراه مع القرينه كالأسر.

و فى قبول دعوى عدم القصد (٣) إلى مدلول اللفظ مع تحقق الكمال نظر من الشبهه الدارته للحد (٤)، و كونه خلاف الظاهر (٥).

فى استتابه المرتد

(و يستتاب) المرتد (٦) (إن كان) ارتداده (عن كفر) أصلى (فإن تاب، و لإقتل، و مده الاستتابه ثلاثه أيام (٧) فى المروى) عن الصادق عليه السلام بطريق ضعيف.

(١) و المغمى عليه أيضا، لعدم العبره بألفاظهم لأنها صدرت من غير قصد لمعانيها، و يدل على البعض خبر على بن عطيه عن أبى عبد الله عليه السلام (كنت جالسا عنده و سأله رجل عن رجل يجىء من الشىء على حد الغضب، يؤاخذه الله، فقال: الله أكرم من أن يستغلق عبده) (١).

(٢) ترجيحا لحقن الدم و لاستصحاب الإسلام، و لدرء الحد بالشبهات.

(٣) من دون غفله و لا غلط و لا سهو، و إنما لم يقصد المعنى فقط و هو ملتفت إلى ذلك.

(٤) وجه عدم الحد.

(٥) وجه ثبوت الحد.

(٦) يستتاب المرتد الملى فإن تاب و لإقتل، بلا خلاف للأخبار و قد تقدم بعضها.

و خالف بعض العامه فجعل جميع أقسام المرتد واحدا و حكمه أن يستتاب و لإقتل، و هو ضعيف بما سمعت من النصوص.

و خالف أبو حنيفه و الشافعى و جعلوا الاستتابه مستحبه و ليست بواجبه لعموم النبوى (من بدّل دينه فاقتلوه) (٢)، و هو ضعيف لأن ظاهر الأمر فى الاستتابه فى النصوص المتقدمه أنه للوجوب.

(٧) ذهب الشيخ إلى عدم تحديد المده بل ترجئ ما دام يؤمل منه الاستتابه كما فى المبسوط و عليه العمل بين المشهور، و قيل و لم يعرف القائل كما فى الجواهر أن مده الاستتابه ثلاثه أيام لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السلام (إن أمير المؤمنين قال: المرتد يعزل-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب حد القذف حديث ١.
- ٢- (٢) مستدرک الوسائل - ١ - من أبواب حد المرتد حديث ٢.

و الأقوى تحديدها بما يؤمل معه عوده، و يقتل بعد اليأس منه و إن كان (١) من ساعته.

و لعل الصبر عليه ثلاثه أيام أولى رجاء لعودته (٢)، و حملا للخبر على الاستحباب.

في المرتد عن مله

(و) المرتد عن مله (لا يزول ملكه (٣) عن أمواله إلا- بموته) و لو بقتله لكن -عن امرأته و لا- تؤكل ذبيحته و يستتاب ثلاثه أيام فإن تاب و إلا قتل يوم الرابع(١).

و رد بأن في السند محمد بن الحسن بن شمون و هو ضعيف جدا و فاسد المذهب و لا يلتفت إليه و لا إلى و صفاته و سائر ما ينسب إليه كما في الخلاصه، بالإضافة إلى أنه من رضى بخير أبي الطفيل (أن بنى ناجيه قوما كانوا يسكنون الأسياف، و كانوا قوما يدعون في قريش نسبا و كانوا نصارى فأسلموا، ثم رجعوا عن الإسلام، فبعث أمير المؤمنين عليه السلام معقل بن قيس التميمي فخرجنا معه، فلما انتهينا إلى القوم جعل بيننا و بينه أماره، فقال: إذا وضعت يدي على رأسى فضعوا فيهم السلاح، فأتاهم فقال: ما أنتم عليه؟ فخرجت طائفه فقالوا: نحن نصارى فأسلمنا لا- نعلم دينا خيرا من ديننا فنحن عليه، و قالت طائفه: نحن كنا نصارى ثم أسلمنا ثم عرفنا أنه لا خير من الدين الذى كنا عليه، فرجعنا إليه، فدعاهم إلى الإسلام ثلاث مرات فأبوا، فوضع يده على رأسه، قال: فقتل مقاتليهم و سبى ذراريهم، فأتى بهم عليا عليه السلام فاشتراهم مصقله بن هبيرة بمائه ألف درهم فأعتقهم ثم حمل إلى علي (عليه الصلاة و السلام) خمسين ألفا فأبى أن يقبلها، قال: فخرج بها فدفنها في داره و لحق بمعاويه، قال: فخرّب أمير المؤمنين عليه السلام داره و أجاز عتقهم(٢) و الخبر ظاهر في عدم وجوب الاستتابه ثلاثه أيام.

(١) أى و إن كان اليأس من ساعه الارتداد.

(٢) حتى مع اليأس احتياطا بالدم و حملا للخبر على الاستحباب.

(٣) بلا خلاف فيه، للاستصحاب مع عدم وجود نص دال على خروج المال عن ملكه بالرده، و لا يزول إلا بموته و لو كان موته بالقتل كغيره، و تركته لورثته المسلمين دون غيرهم، فإن لم يكن له وارث مسلم فهو للإمام دون أقربائه من الكفار.

و أيضا لا خلاف - كما فى الجواهر - أنه يحجر الحاكم على أمواله، و التحجير هو منعه-

ص: ٤٢٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد المرتد حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب حد المرتد حديث ٦.

يحجر عليه بنفس الرده عن التصرف فيها فيدخل في ملكه ما يتجدد و يتعلق به الحجر، و ينفق عليه منه ما دام حيا (١) (و) كذا (لا) تزول (عصمه نكاحه (٢) إلا ببقائه على الكفر بعد خروج العده) التي تعتدها زوجته من حين رده (و هي عده الطلاق) فإن خرجت و لما يرجع بانته منه (و تؤدي نفقه واجب النفقه) عليه من والد، و ولد، و زوجته، و مملوك (من ماله) (٣) إلى أن يموت (و وارثهما) أي المرتدين فطريا و مليا و ورثتهما (المسلمون، لا بيت المال) عندنا، لما تقدم (٤) و لو لم يكن لهما (وارث) مسلم (فالإمام) و لا يرثهما الكافر مطلقا (٥)، لأنهما (٦) مرتبه فوق الكافر (٧) و دون المسلم (٨).

في ارتداد المرأة

(و المرأة لا تقتل (٩) و إن كانت) ردها (عن فطره، بل تحبس دائما، و تضرب) -من التصرف فيها حتى ما يتجدد له من ملك جديد بعد الرده باحتطاب و اتهاب و تجاره و غير ذلك، لثلا يتصرف فيها بالإتلاف مما فيه الضرر على وارثه المسلم، فالمال بعد الرده بحكم الموقوف على الوارث نعم إن عاد إلى الإسلام فهو أحق بماله من غيره.

(١) أي و ينفق على المرتد المحجور عليه من ماله ما دام حيا سواء كان في ضمن مده الاستتابه أو بعدها، لأنه ما لم يتحقق قتله يبقى المال في ملكه، غايته محجور عليه بالتصرف ليس إلا.

(٢) يفسخ العقد بينه و بين زوجته بمجرد رده لعدم جواز نكاح الكافر على المسلمه ابتداء و استدامه، و يجب عليها أن تعتد عده الطلاق، فإن تاب داخل العده فهو أحق بزوجه، و إن تاب خارج العده فهو بحاجه إلى عقد جديد.

(٣) لأن المال ما زال على ملكه فيخرج من المال ديونه و نفقه نفسه و من يجب عليه نفقته كولده و والده و زوجته ضروره أنه ما زال مخاطبا بالإتفاق غايته محجور عليه فلا يخرجها بنفسه بل يخرجها الحاكم نيابه عنه.

(٤) في كتاب الإرث.

(٥) أي سواء كان لهما وارث مسلم أو لا، لأن الكفر مانع من الإرث كما تقدم.

(٦) المرتد الفطري و الملى.

(٧) لتشرفهما بالإسلام مده.

(٨) لخروجهما عن الإسلام، و ليس هذا الاستحسان دليلا على منع إرث الكافر لهما بل الدليل ما تقدم في كتاب الإرث من كون الكفر مانعا.

(٩) بل تحبس دائما و تضرب أوقات الصلاه بلا خلاف للأخبار، منها: صحيح حريز عن أبي -

(أوقات الصلوات) بحسب ما يراه الحاكم (١) (و تستعمل) فى الحبس (فى أسوأ الأعمال، و تلبس أخشن الثياب) المتخذة للبس عادة (و تطعم أجشب الطعام) و هو ما غلظ منه و خشن قاله ابن الأثير، و يعتبر فيه عاداتها (٢) فقد يكون الجشب حقيقه فى عاداتها صالحا، و بالعكس يفعل بها ذلك كله (إلى أن تتوب (٣)، أو تموت) لصحيحه الحلبي (٤) عن أبى عبد الله عليه السلام و غيرها فى المرتده عن الإسلام قال عليه السلام: «لا تقتل، و تستخدم خدمه شديده، و تمنع عن الطعام و الشراب إلا ما يمسك نفسها، و تلبس أخشن الثياب، و تضرب على الصلوات».

و فى خبر آخر عنه عليه السلام (٥) «المرأه تستتاب فإن تابت، و إلا حبست فى السجن و أضرّ بها» و لافرق فيها بين الفطريه و المليه. و فى إلحاق الخنثى بالرجل، أو بالمرأه وجهان تقدا فى الإرث و أن الأظهر إلحاقه بالمرأه (٦).

فى تكرار الارتداد

(و لو تكرار الارتداد) (٧) و الاستتابه من الملى (قتل فى الرابعه)، أو الثالثه على -عبد الله عليه السلام (لا يخلد فى السجن إلا ثلاثه: الذى يمسك على الموت و المرأه ترتد عن الإسلام و السارق بعد قطع اليد و الرجل) (١).

و صحيح حماد عن أبى عبد الله عليه السلام (فى المرتده عن الإسلام لا تقتل و تستخدم خدمه شديده، و تمنع الطعام و الشراب إلا ما تمسك نفسها، و تلبس خشن الثياب و تضرب على الصلوات) (٢).

(١) بالنسبه للضرب.

(٢) أى ما يعتبر جشبا بحسب عاداتها.

(٣) لمرسل ابن محبوب عن أبى جعفر و أبى عبد الله عليهما السلام (و المرأه إذا ارتدت عن الإسلام استتبت، فإن تابت و إلا خلدت فى السجن و ضيق عليها فى حبسها) (٢) و هو ظاهر فى أنها لو تابت فلا شىء عليها.

(٤) أشير إليه فى الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المرتد حديث ١.

(٥) و هو خبر عباد بن صهيب، الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المرتد حديث ٤.

(٦) للشك فى ذكوريه الخنثى الموجب للشك فى قتله، لأن القتل مختص بالمرتد الذكر، و الحدود تدرأ بالشبهات.

(٧) من الملى مع تخلل الاستتابه و توبته فى كل مره، فقال الشيخ فى الخلاف يقتل فى الرابعه -

ص: ٤٣٠

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المرتد حديث ٣ و ١.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب حد المرتد حديث ٦.

الخلايف السابق، لأن الكفر بالله تعالى أكبر الكبائر وقد عرفت أن أصحاب الكبائر يقتلون في الثالثه، و لا نص هنا بالخصوص (١) و الاحتياط في الدماء يقتضى قتله في الرابعه.

في توبه المرتد

(و توبته الإقرار بما أنكره) (٢) فإن كان الإنكار لله، و للرسول فإسلامه بالشهادتين و لا يشترط التبرى من غير الإسلام (٣) و إن كان أكد، و إن كان مقرا بهما منكرًا عموم نبوته صلى الله عليه و آله و سلم (٤) لم تكف الشهادتان، بل لا بد من الإقرار بعمومها، و إن كان بجحد فريضه علم ثبوتها من الدين ضروره فتوبته الإقرار بثبوتها على وجهها (٥)، و لو كان باستحلال محرم فاعتقاد تحريمه مع إظهاره (٦) إن كان أظهر الاستحلال. و هكذا (و لا تكفى الصلاه) في إسلام الكافر مطلقا (٧) و إن كان - مدعيا عليه الإجماع، و في المبسوط قال: «روى عنهم عليهم السلام أن أصحاب الكبائر يقتلون في الرابعه».

نعم في خبر يونس عن أبي الحسن الماضى (أصحاب الكبائر كلها إذا أقيم عليهم الحد مرتين قتلوا في الثالثه) (١)، غير أن الاحتياط في الدماء و لما قاله الشيخ في المبسوط أنه مروى يقتضى القتل في الرابعه.

و قد ورد في خبر على بن حديد (قيل لجميل بن دراج فما تقول: إن تاب ثم رجع عن الإسلام قال: يستتاب، قيل: فما تقول إن تاب ثم رجع؟ قال: لم أسمع في هذا شيئا و لكنه عندى بمنزله الزانى الذى يقام عليه الحد مرتين ثم يقتل بعد ذلك) (٢) إلا أنه لا يمكن الاعتماد عليه لأنه فتوى لجميل و ليس قولاً لمعصوم.

(١) قد عرفت أن الشيخ في المبسوط أشار إلى أن القتل في الرابعه مروى.

(٢) لو أقر بما كان سببا في خروجه عن الإسلام لكان إقراره موجبا لدخوله في الدين حينئذ.

(٣) لأن الإسلام ناف لغيره من الاعتقادات المضله.

(٤) كما لو اعتقد أن الرسول بين العرب فقط فلا بد من الإقرار بعموم النبوه.

(٥) من وجوب أو استحباب.

(٦) أى مع إظهار اعتقاد التحريم.

(٧) سواء كان كفره بالنبيه أو بالقول أو بالفعل، فقد ذهب بعض العامه إلى أن الكافر يكفى -

ص: ٤٣١

١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب مقدمات الحدود حديث ١.

٢- (٢) الكافى الجزء السابع باب حد المرتد حديث ٥.

يجدها، لأن فعلها أعم من اعتقاد وجوبها فلا يدل عليه و إن كان كفره (١) بجحد الإلهيه، أو رساله و سمع تشهده فيها، لأنه لم يوضع شرعا ثم للإسلام، بل ليكون جزء من الصلاه و هى لا توجهه، فكذا جزؤها، بخلاف قولها منفردة لأنها موضوعة شرعا له.

فى الجنون بعد الارتداد

(و لو جنَّ بعد ردتَه) (٢) عن مله (لم يقتل) ما دام مجنونا، لأن قتله مشروط بامتناعه من التوبه و لا حكم لامتناع المجنون، أما لو كان عن فطره قتل مطلقا.

(و لا يصح له تزويج ابنته) (٣) المولّى عليها، بل مطلق ولده لأنه محجور عليه فى نفسه، فلا تثبت ولايته على غيره، و لأنه كافر و ولايه الكافر مسلوبه عن المسلم.

(قيل: و لا أمتَه) (٤)...

فى رجوعه أن يصلّى فى دار الكفر، أما لو صلى فى دار الإسلام فلا لاحتمال التقيه.

و ردُّ بأن الصلاه أعم من إسلامه لاحتمال الرياء فيها و لو فى دار الكفر.

(١) إن وصليه، و المعنى أن الصلاه لا تدل على إسلامه إذا كان كفره بسبب جحوده الألوهيه أو النبوه و إن تشهد بالشهادتين فى الصلاه، و ذلك لأن الصلاه لم توضع شرعا للدلاله على إسلامه فكذلك جزؤها أعنى التشهد بطريق أولى، نعم لو تشهد الشهادتين منفردة فهذا يدل على إسلامه لأن الشهادتين موضوعة للدلاله على الإسلام شرعا، و فيه: إن الشهادتين منفردة تدل على الإسلام لما فى معناها من الإقرار بالألوهيه و النبوه فكذلك لها نفس هذا المعنى حال كونها جزءا فى الصلاه.

(٢) و قبل استنابته لا- يقتل، لأن القتل مشروط بامتناعه عن التوبه و لا حكم لامتناع المجنون، نعم لو طرأ الجنون بعد الامتناع المبيح لقتله قتل كما يقتل الفطرى مطلق إذا جن بعد ردتَه سواء امتنع أو لا لوجوب قتله على كل حال.

(٣) لا يصح للمرتد الفطرى و الملى أن يزوج ابنته المسلمه بلا خلاف، لقصور ولايته على التسلط على المسلم لقوله تعالى: وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١).

و يزداد فى الملى أنه محجور عليه فى نفسه فلا تكون له الولايه على غيره من باب أولى.

(٤) فعن المحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير أنه يصح للمرتد تزويج أمتَه لاستصحاب-

ص: ٤٣٢

مسلمه كانت الأمه أم كافره (١)، لما ذكر في البنت، و استقرب في التحرير بقاء ولايته عليها مطلقا (٢) مع جزمه في القواعد بزوالها كالولد. و حكايته هنا قولاً يشعر بتمريضه. نظراً إلى الأصل (٣) وقوه الولايه المالكيه مع الشك في المزيل، و ثبوت الحجر يرفع ذلك كله.

و منها - الدفاع عن النفس و المال و الحریم

اشاره

(و منها - الدفاع عن النفس و المال و الحریم)

في جوازه

و هو جائز في الجميع (٤) مع عدم ظن العطب (٥). و واجب في الأول (٦) و الأخير (٧) بحسب القدره) و مع العجز يجب الهرب مع الإمكان، أما الدفاع عن المال فلا يجب إلا مع اضطراره إليه.

-الولايه المالكيه الثابته له قبل الارتداد، و ذهب العلامه في القواعد و الشهيد في الدروس إلى زوال الولايه المالكيه عن الأمه فلا يصح له تزويجها لانتفاء السبيل له عليها، و للحجر الثابت عليه المانع من التصرف في الأمه، لأنها مال و لا يصح له التصرف المالي.

(١) فيستدل على عدم صحه تزويجها له بالحجر.

(٢) سواء كانت الأمه مسلمه أو كافره.

(٣) أي الاستصحاب.

(٤) بلا- خلاف و لا- إشكال للأخبار منها: خبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام (إذا دخل عليك رجل يريد أهلك: و مالك فأبدره بالضربه إن استطعت، فإن اللص محارب لله و لرسوله صلى الله عليه و آله و سلم، فما تبعك منه من شيء فهو على) (١).

(٥) سيأتي البحث فيه.

(٦) و هو الدفاع عن النفس، و وجوبه لوجوب حفظ النفس و إن علم بالهلاك، لأنه هالك بدون الدفاع أيضا.

(٧) و هو الدفاع عن العرض للأخبار منها: خبر غياث المتقدم و مرسل البرقي عن الإمام الرضا عليه السّلام (عن الرجل يكون في السفر و معه جاريه له فيجىء قوم يريدون أخذ جاريته أ يمنع جاريته من أن تؤخذ و إن خاف على نفسه القتل؟ قال: نعم.

قلت: و كذلك إذا كانت معه امرأه؟ قال: نعم، قلت: و كذلك الأم و البنت و ابنه العم و القرابه يمنعهن و إن خاف على نفسه القتل؟ قال: نعم، قلت: و كذلك المال يريدون أخذه في سفر فيمنعه و إن خاف القتل؟ قال: نعم(٢).

ص: ٤٣٣

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب الدفاع حديث ١.
٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب جهاد العدو حديث ١٢.

و كذا يجوز الدفع في غير من ذكر (١) مع القدرة، و الأقرب وجوبه مع الضروره، و ظن السلامه (معتمدا) في الدفاع مطلقا (٢) (على الأسهل) فالأسهل (٣) كالصياح، ثم الخصام ثم الضرب، ثم الجرح، ثم التعطيل (٤)، ثم التدفيع (٥).

و- خبر أبي مريم عن أبي جعفر عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم من قتل دون مظلّمته فهو شهيد، ثم قال: يا أبا مريم هل تدري ما دون مظلّمته؟ قلت: جعلت فداك، الرجل يقتل دون أهله و دون ماله و أشباه ذلك، فقال: يا أبا مريم إن من الفقه عرفان الحق) (١)، و هذه النصوص تجوز الدفاع عن العرض و إن استلزم قتل النفس، إلا أن العلامه في التحرير و غيره استشكل في ذلك، و ذهب إلى جواز حفظ العرض إن سلمت النفس و إلا لوجب حفظ النفس و هو مقدم على حفظ العرض، و هو اجتهاد في قبال النصوص المتقدمه، نعم لو عجز عن الدفاع و استطاع الهرب بعرضه أو بنفسه فيجب حينئذ.

و أما الدفاع عن المال فمقتضى روايه غياث المتقدمه وجوب الدفاع إلا أنه محمول على الجواز لخبر أبي بصير (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يقاتل عن ماله، فقال: إن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قال: من قتل دون ماله فهو بمنزله شهيد، فقال له: أ يقاتل أفضل؟ فقال: إن لم يقاتل فلا بأس، أما أنا لو كنت لتركته و لم أقاتل) (٢) و لا يجب الدفاع عن ماله إلا إذا كان حفظ النفس متوقفا على المال فيكون الدفاع عن ماله دفاعا عن نفسه، و من باب أولى إذا علم بإتلاف نفسه فلا- يجب عليه الدفاع عن ماله بل يحرم، و من هنا تعرف أن قيد الشارح مع عدم ظن العطب إنما هو قيد في الدفاع عن المال مطلقا و في الدفاع عن الحریم على قول.

(١) و هو الدفاع عن نفس الغير و حریمه و ماله، بلا إشكال للأخبار منها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: من سمع رجلا ينادى يا للمسلمين فلم يجبه فليس بمسلم) (٣).

(٢) سواء كان الدفاع عن نفسه و ماله و حریمه أو الدفاع عن الغير كذلك.

(٣) مع النصوص مطلقه، و ذلك لما تقدم من ضعف سند الكثير منها فلا بدّ من تقييدها بالقواعد الشرعيه المقرره في النهي عن المنكر.

(٤) بأن يعطل أحد أعضائه.

(٥) بمعنى أن يجهز عليه فيقتله، من دفّ بمعنى أجهز عليه.

ص: ٤٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٤٦ - من أبواب جهاد العدو حديث ٩.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الدفاع حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب الدفاع حديث ١.

(و دم المدفوع هدر (١) حيث يتوقف الدفاع على قتله، و كذا ما يتلف من ماله إذا لم يمكن بدونه.

في ما لو قُتل الدافع

(و لو قتل) الدافع (كان كالشهيد) في الأجر (٢)، أما في باقى الأحكام من التمسيل و التكفين فكغيره (٣)(و لا يبدأ إلا مع العلم) (٤) أو الظن (بقصده) و لو كفَّ كف عنه. فإن عاد عاد، فلو قطع يده مقبلا و رجله مدبرا ضمن الرجل. فإن سرتا (٥) ضمن النصف قصاصا (٦) أو ديه (٧)، و لو أقبل بعد ذلك (٨) فقطع عضوا (١) بلا خلاف للنصوص منها خبر غياث المتقدم.

(٢) لما تقدم من خبر بصير (من قتل دون ماله فهو بمنزله شهيد)، و أما بقيه أحكامه مثل التمسيل و التحنيط و غيرهما فيبقى تحت عموم الأدله من وجوبها.

(٣) من موتى المسلمين.

(٤) لا إشكال و لا خلاف - كما في الجواهر - أنه لا يجوز للدافع أن يبدأ بالدفاع ما لم يتحقق قصد المهاجم من أنه يريد نفسه أو عرضه أو ماله و لو بالطريق الظنى، لأنه يكفي عادة الظن بالعدوان في الشروع بالدفاع.

و على ما تقدم فله دفعه ما دام مقبلا عليه، و مع إداره يجب الكف لعدم قصد الهجوم فلو قطع يده مقبلا و رجله مدبرا فلا شىء عليه في قطع اليد لأنه مدافع و عليه ضمان قطع الرجل لأنه متعد، و كذا لو ضربه معطله و انتهى الهجوم فلا يجوز للدافع أن يضربه فيما بعد أو يقتله و لو فعل ضمن.

(٥) أى اليد و الرجل فمات المهاجم فيثبت على المدافع القصاص في النفس بعد ردّ نصف الديه عليه لأن المقتول قد قتل بسببين، قطع اليد و قطع الرجل، و أحدهما غير مضمون دون الآخر، فيثبت على القاطع القتل في قبال القتل إلا أنه يرد عليه نصف الديه في قبال السبب غير المضمون.

و عن الشيخ في المبسوط أن عليه نصف الديه فقط، و اعترف في الجواهر بعدم وضوح مستنده.

(٦) على قول المشهور.

(٧) على قول الشيخ.

(٨) أى قطع المدافع يد المهاجم مقبلا، رجله مدبرا في المره الأولى، ثم عاد المقطوع مهاجما فقطع المدافع عضوا ثالثا كيده الأخرى مثلا، و سرت جميع الجراحات حتى مات فيثبت على المدافع إما القتل مع رد ثلثي الديه عليه على المشهور و إما أن يدفع ثلث الديه على قول الشيخ و هكذا.

ثالثا رجع الضمان إلى الثلث.

في من وجد مع زوجته، أو مملوكته، أو غلامه من ينال دون الجماع

(و لو وجد مع زوجته، أو مملوكته، أو غلامه) أو ولده (١) (من ينال دون الجماع (٢) فله دفعه) بما يرجو معه الاندفاع كما مر (فإن أتى الدفع عليه، و أفضى إلى قتله) حيث لم يمكن دفعه بدونه (فهو هدر، و لو قتله في منزله فادعى) القاتل (إرادته) المقتول (نفسه، أو ماله) أو ما يجوز مدافعتة عنه و أنه لم يندفع إلا بالقتل (فعليه البينه أن الداخِل كان معه سيف مشهور مقبلا على رب المنزل) و إن لم تشهد بقصده القتل، لتعذر العلم به فيكتفى بذلك، لدلاله القرائن عليه المرجحه لصدق المدعى.

في ما لو اطلع على عوره قوم

(و لو اطلع على عوره قوم) (٣) و لو إلى وجه امرأه ليست بمحرم للمطلع (١) باعتبار أنهما من جمله عرضه، و أن اللواط فحش من الزنا.

(٢) فإن أراد الجماع فقد تقدم في باب الزنا أن له قتل من يريد الزنا مطلقا من دون التدرج من الأسهل إلى غيره.

و إن أراد دون الجماع فلا إشكال و لا خلاف في وجوب دفعه من الأسهل إلى غيره متدرجا، فإن أتى الدفع عليه و قتل فدمه هدر للأخبار منها: خبر غياث بن إبراهيم المتقدم عن جعفر عن أبيه عليهما السَّلام (إذا دخل عليك رجل يريد أهلك و مالك فأبدره بالضربه إن استطعت، فإن اللص محارب لله و لرسوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ، فما تبعك منه من شيء فهو على) (١).

هذا كله فيما بينه و بين الله، و أما في مقام الإثبات فلو ادعى أن المقتول كان يريد نفسه أو عرضه أو ماله فقتله فهو المدعى فإن صدقه ورثه المقتول فهو و إلا فإن أقام البينه على أن المقتول كان يريد ذلك فيسقط عنه الضمان و إذا لم يمكن له ذلك فالقول قول ورثه المقتول، نعم بما أن قصد النفس و العرض و المال مما لا يمكن للرأى أن يعلمه لأن القصد من الأمور النفسانية الخفية فيكفى في البينه أن تشهد بعلامات مفيدة للاطمئنان على قصد الداخِل كشهرك سيفه و نحو ذلك.

(٣) بقصد النظر إلى ما يحرم عليه منهم، فلهم زجره إذ هو من المدافعه عن الحریم، فلو أصرَّ فرموه بحجر أو عود فاتفق قتله كانت الجنایة هدرًا بلا خلاف فيه للأخبار منها: روايه العلاء بن الفضيل عن أبي عبد الله عليه السَّلام (إذا اطلع رجل على قوم يشرف عليهم أو ينظر -

ص: ٤٣٦

(فلهم زجره، فإن امتنع) و أصرّ على النظر جاز لهم رميه بما يندفع به، فإن فعلوا (فروه بحصاه و نحوها فجنى عليه كان هدرا) و لو بدروه من غير زجر ضمنوه (١) (و الرحم) الذى يجوز نظره للمطلع عليهم (يزجر لا- غير (٢) إلا- أن يكون) المنظور امرأه (مجرده فيجوز رميه بعد زجره) كالأجنبي، لمساواته له فى تحريم نظر العوره.

و يجب التدرج فى المرمى به من الأسهل إلى الأقوى على وجه يتزجر به، فإن لم يندفع إلا برميه بما يقتله فهدر و لا فرق بين المطلع من ملك المنظور و غيره حتى الطريق، و ملك الناظر (٣)، و لو كان المنظور فى الطريق لم يكن له رمى من ينظر إليه، لتفريطه (٤) نعم له زجره، لتحريم نظره مطلقاً (٥)

فى جواز دفع الدابه الصائله

(و يجوز دفع الدابه الصائله) -من خلل شىء لهم فرموه فأصابوه فقتلوه أو فقتوا عينه فليس عليهم غرم، و قال: إن رجلاً اطلع من خلل حجره رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بمشقص ليفقأ عينه فوجده قد انطلق، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: أى خبيث، أما و الله لو ثبت لى لفقات عينك (١).

و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام (أَيُّمَا رَجُلٍ أَطَّلَعَ عَلَى قَوْمٍ فِي دَارِهِمْ لِيَنْظُرَ إِلَى عَوْرَاتِهِمْ فَفَقَّأُوا عَيْنَهُ أَوْ جَرَحُوهُ فَلَا دِيَةَ عَلَيْهِمْ) ٢.

(١) مقتضى إطلاق النصوص المتقدمه جواز المبادره إلى الضرب و القتل و الجرح من دون التقييد بالزجر، إلا- أنهم قيدوا النصوص بقواعد النهى من المنكر لضعف سند الكثير منها، و لقد أجاد صاحب الجواهر حيث مال إلى العمل بإطلاق النصوص لأن كثرتها توجب الاطمئنان بصدورها فلا بد من العمل بإطلاقها من دون تقييدها بقواعد التدرج المقرره فى باب النهى عن المنكر.

(٢) إذا نظر إلى ما يجوز له النظر منهن فيجوز لصاحب المنزل زجره، نعم لو نظر إلى موطن لا- يجوز للرحم النظر إليه كما لو كانت المرأة مجردة جاز زجره و رميه على النحو المتقدم فى الأجنبي.

(٣) إذا كان المنظور داخل البيت.

(٤) أى تفريط المنظور بحيث خرجت إلى الطريق على نحو يمكن معه النظر إلى محاسنها.

(٥) أى لتحريم نظر الناظر سواء كان المنظور على نحو يسمح بالنظر إلى محاسنه أو لا، و سواء كان المنظور فى الطريق أو لا.

ص: ٤٣٧

(عن نفسه (١)، فلو تلفت بالدفع) حيث يتوقف عليه (فلا ضمان) و لو لم تندفع إلا بالقتل جاز قتلها ابتداء (٢)، و لا ضمان عليه

فى ما لو آءب الصبى فمات

(و لو آءب الصبى). بل مطلق الولد الصغير (وليه (٣)، أو الزوجه زوجها فماتا ضمن ديتهما فى ماله على قول) جزم به فى الدروس، لاشتراط التأديب بالسلامه.

و يحتمل عدم الضمان، للإذن فيه فلا يتعقبه ضمان حيث لا تفريط كتأديب الحاكم و كذا معلم الصبيه (و لو عضّ على يد غيره فانتزعا (٤) فندرت أسنانه) بالنون أى سقطت (فهدر) لتعديه (و له) أى للمعضوض (التخلص) منه (باللحم)، (١) و عن ماله، فلو تعيبت أو تلفت بالدفع فلا ضمان بلا خلاف، لأنه كما يجوز دفع أذى الغير الداخل عليه فيجوز دفع أذى ماله المتوجه إليه.

(٢) و لا معنى للتدرج من الزجر إلى الصياح إلى الدفع إلى الضرب، لأنها ليست بذات شعور، نعم لو توقف الدفع على ضربها فلا يجوز قتلها.

(٣) لو ضرب الأب أو الجد الابن للتأديب فاتفق موته فعلى الولي الضارب اليه من ماله لأن الإذن بالضرب يرفع الإثم و لا ينافى الضمان لعموم أدلته و لذا اشترط فى جواز الضرب للتأديب بالسلامه.

و إنما الخلاف فى تأديب الزوجه فالشيخ و جماعه ذهبوا إلى أن الحكم فيها كالحكم فى الولد، و به قطع العلامة فى الإرشاد.

و المحقق و جماعه استشكلوا فى ذلك من حيث إن ضربها تعزير سائغ قد ورد الأمر به فى الكتاب فلا ضمان كالتعزير السائغ من الحاكم، و ردّ الفرق بينهما و اشترط فى الجميع أن يكون الضرب للتأديب، فلو كان الضرب للتشفى أو لغيره من الدواعى فإنه يضمن، و منه تعرف الحكم فى ضرب المعلم و إن أذن الولي فعليه الضمان.

(٤) لو عضّ على يد إنسان ظلماً، فانتزع المعضوض يده فندرت و أسقطت أسنان العاضّ كان ذلك هدراً بلا خلاف فيه، لأن سحب المعضوض يده دفاع و فى الدفاع لا ضمان و إلى ما روته العامه (أن رجلاً فعل ذلك فأتى النبي صلى الله عليه و آله و سلم فأهدر سنه) (١).

و خالف ابن أبى ليلى من العامه فحكم بالضمان، و هو محجوج بما سمعت.

و لو تعذر التخلص فعليه أن ينتقل من الأسهل إلى غيره كضربه و جرحه و هكذا فلو تعسر جاز أن يبعجه بسكين و لو أدى إلى قتله لما عرفت من جواز الدفاع.

ص: ٤٣٨

(و الجرح، ثم السكين، و الخنجر) و نحوها (متدرجا) فى دفعه (إلى الأيسر)، فإن انتقل إلى الصعب مع إمكان ما دونه ضمن، و لو لم يندفع إلا بالقتل فعل، و لا ضمان.

ص: ٤٣٩

كتاب القصص

اشاره

ص: ٤٤١

(كتاب القصاص) القصاص - بالكسر (١) - و هو اسم (٢) لاستيفاء مثل الجنايه من قتل، أو قطع، أو ضرب، أو جرح. و أصله اقتفاء الأثر. يقال: قصّ أثره إذا تبعه فكأن المقتص يتبع أثر الجاني فيفعل مثل فعله.

(و فيه فصول:)

الفصل الأول في قصاص النفس

إشاره

(الأول).

(في قصاص النفس).

في موجب القصاص

(و موجب (٣): إزهاق النفس) أى إخراجها، قال (١) و هو فعال من قصّ أثره إذا تبعه و منه قوله تعالى: و قَالَتْ لِأُخْتِهِ قُصِّيهِ (١) أى اتبعى أثره، و المراد به هنا استيفاء أثر الجنايه من قتل أو قطع أو جرح أو ضرب، فكأن المقتص يتبع أثر الجاني فيفعل مثل فعله و يدل عليه الكتاب و السنه، و من الأول قوله تعالى:

و لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ (٢) و قوله تعالى: مَنْ أَجَلَ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا (٣) و قوله تعالى: وَ إِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (٤)

(٢) أى اسم مصدر.

(٣) أى سببه، و المراد بسبب قصاص النفس هو قتل النفس المحترمه و عرّف بأنه إزهاق النفس -

ص: ٤٤٣

١- (١) القصص الآية: ١١.

٢- (٢) البقره الآية: ١٧٩.

٣- (٣) المائده الآية: ٣٢.

٤- (٤) النحل الآية: ١٢٦.

الجوهري: زهقت نفسه زهوقاً أى خرجت، و هو هنا مجاز في إخراجها عن التعلق بالبدن إذ ليست داخله فيه حقيقه كما حقق في محلّه (المعصومه) التي لا- يجوز إتلافها، مأخوذ من العصم و هو المنع (المكافئه) لنفس المزهق لها في الإسلام، و الحرية، و غيرهما من الاعتبارات الآتية (عمدا) قيد في الإزهاق أى إزهاقها في حاله العمد، و سيأتى تفسيره (عدوانا) احترز به عن نحو المقتول قصاصا فإنه يصدق عليه التعريف، لكن لا عدوان فيه فخرج به.

و يمكن إخراجة بقيد المعصومه، فإن غير المعصوم أعم من كونه بالأصل كالحربي، و العارض كالقاتل على وجه يوجب القصاص، و لكنه أراد بالمعصومه: ما لا يباح إزهاقها للكل.

و بالقيد الأخير (١) إخراج ما يباح قتله بالنسبه إلى شخص دون شخص آخر.

-المعصومه المكافئه عمدا و عدوانا.

و المراد بإزهاق النفس إخراجها، قال الجوهري: «زهقت نفسه زهوقاً أى خرجت، و الإزهاق مجاز في الإخراج هنا، لأن النفس متعلقه بالبدن و ليست داخله حقيقه فيه، فيعبر عن قطع الصله بين النفس و البدن بالخروج». و المراد بالمعصومه هي التي لا يجوز إتلافها، مأخوذ من العصم أى المنع فتخرج النفس غير المعصومه كالكافر الحربي و المحارب و اللص و نحوها.

و المراد بالمكافئه هي النفس المكافئه لنفس القاتل في الإسلام و الحرية و البلوغ و العقل و غير ذلك من الشرائط الآتية.

و التقييد بالعمد لإخراج قتل النفس خطأ، و لإخراج قتل الصبي و المجنون الذي لا يتحقق منهما العمد بعد أن كان عمدهما خطأ.

و التقييد بالعدوان لإخراج قتل القاتل، فإن قتله ليس عدوانا و إن كان عمدا، لأنه بحق و عليه فالمراد من العدوان هو القتل بغير حق.

و ترك المحقق في النافع قيد العدوان استغناء عنه بقيد المعصومه، إذ المقتول قصاصا أو دفاعا غير معصوم النفس و الدم بالنسبه للقاتل، و إن كان معصوما بالنسبه إلى غيره.

و ردّ بأنه لا- بد من قيد العدوان، لأن المراد بالمعصومه هو أنه لا يباح إزهاقها لكل مسلم، و نفس المقتول قصاصا أو دفاعا لا يباح إزهاقها للكل، و إن أبيع قتله بالنسبه للورثه.

(١) أى و يمكن بالقيد الأخير.

فإن القاتل معصوم بالنسبة إلى غير ولى القصاص.

و يمكن أن يريد بالعدوان: إخراج فعل الصبى و المجنون. فإن قتلها للنفس المعصومه المكافئه لا يوجب عليهما القصاص، لأنه (١) لا يعد عدوانا، لعدم التكليف و إن استحقا التأديب. حسما للجرأه. فإن العدوان هنا بمعنى الظلم المحرّم و هو منفى عنهما.

و من لاحظ في العدوان المعنى السابق (٢) احتاج في إخراجهما (٣) إلى قيد آخر فقال: هو إزهاق البالغ العاقل النفس المعصومه انتهى.

و يمكن إخراجهما بقيد العمد، لما سيأتى من تفسيره بأنه قصد البالغ إلى آخره. و هو أوفق بالعباره (٤) (فلا قود بقتل المرتد) (٥) و نحوه من الكفار الذين لا عصمه لنفوسهم. و القود - بفتح الواو -: القصاص سمى قودا، لأنهم يقودون الجانى بحبل و غيره، قاله الأزهرى.

(و لا يقتل غير المكافئ) كالعبد بالنسبه إلى الحر (٦).

و إزهاق نفس الدابه المحترمه (٧) بغير إذن المالك، و إن كان محرما، إلا أنه (١) لأن قتلها.

(٢) هو القتل بغير حق و لذا أخرج المقتول قصاصا به.

(٣) أى إخراج قتل الصبى و قتل المجنون.

(٤) لأن إخراجهما بالعمد إذا تحقق كما هو الواقع، فلا معنى لإخراجهما بالقيود الذى بعده.

(٥) القود بفتح القاف و الواو، و هو القصاص، يقال: أقدت القاتل بالقتيل، أى قتلت به، و سمى قودا لأنهم يقودون الجانى بحبل أو غيره قاله الأزهرى.

و لا قود بقتله لأنه يجب قتله كما تقدم فى باب الحدود، و مثله الكفار الذين يجوز قتلهم كالكافر الحربى، و سيأتى أن القصاص شرطه التساوى فى الدين.

(٦) لأن القصاص شرطه التساوى فى الحرية و الرقيه كما سيأتى.

(٧) لا- ينطبق عليها موجب القصاص، لأن إزهاقها و إن كان محرما لأنه إتلاف مال محترم فهو تعد و يضمن، و لكن لا ينطبق عليها أنها معصومه إن فسرت بأنها ما لا يجوز إزهاقها لكل مسلم، لأنه يجوز إزهاقها بالنسبه لمالكها و إن فسرت المعصومه بأنها ما لا يجوز إزهاقها لشخص دون آخر فلا تخرج عن التعريف بهذا القيد، و إنما تخرج بقيد المكافئه.

يمكن إخراجه بالمعصومه حيث يراد بها: ما لا يجوز إتلافه مطلقاً (١)، و لو أريد بها (٢): ما لا يجوز إتلافه لشخص دون آخر - كما تقدم (٣) - خرجت بالمكافئه.

و خرج بقيد «العمد» القتل خطأ و شبهه (٤) فإنه لا قصاص فيهما.

في القتل العمد

(و العمد يحصل بقصد البالغ (٥) إلى القتل بما يقتل غالباً) (٦) و ينبغي قيد «العاقل» أيضاً (٧)، لأن عمد المجنون خطأ، كالصبي، بل هو أولى بعدم القصد (١) أى لا يجوز إزهاقها لكل مسلم.

(٢) بالمعصومه.

(٣) عند ما أخرج المقتول قصاصاً بقيد المعصومه و هذا كاشف عن تفسيرها بما لا يباح إزهاقها لشخص دون آخر.

(٤) أى شبه الخطأ.

(٥) تحقق العمد بالقصد هو المتبادر لعه و عرفاً، و تقييد القصد بالبالغ للأخبار منها: صحيح ابن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام: (عمد الصبي و خطأه واحد) (١).

و خبر إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (أن علياً عليه السلام يقول: عمد الصبيان خطأً يحمل على العاقله) ٢.

(٦) إما أن يستعمل آله تقتل غالباً كالسيف، أو يستعمل آله و يكرر استعمالها حتى يتحقق القتل كتكرار الضرب بالعصا حتى الموت، فالفعل فى المثالين قاتل، بل لو صدر منه الفعل القاتل فهو قاتل عمداً و إن لم يقصد القتل و يدل عليه إطلاق خبر أبي الصباح الكناني و الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألناه عن رجل ضرب رجلاً بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتى مات، أ يدفع إلى ولي المقتول فيقتله؟ قال: نعم و لكن لا يترك يعذب به و لكن يجيز عليه بالسيف) (٢)، و مثله خبر موسى بن بكير ٤، و خبر سليمان بن خالد ٥.

(٧) فى تحقق العمد للأخبار منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جناية المعتوه على عاقلته خطأً كان أو عمداً) (٣).

و خبر إسماعيل بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن محمد بن أبي بكر كتب إلى أمير المؤمنين عليه السلام يسأله عن رجل مجنون قتل رجلاً عمداً، فجعل الديه على قومه، و جعل خطأه و عمدته سواء) ٧.

ص: ٤٤٦

٢- ((٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢ و ١٠ و ١٢.

٣- ((٦ و ٧) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العقلة حديث ١ و ٥.

من الصبى المميز (١). و بعض الأصحاب جعل العمد هو القصد إلى القتل إلخ...

من غير اعتبار القيد (٢) نظرا إلى إمكان قصدهما الفعل، فاحتاج إلى تقييد ما يوجب القصاص بإزهاق البالغ العاقل كما مر.

(قيل: أو) يقتل (نادرا) (٣) إذا اتفق به القتل. نظرا إلى أن العمد يتحقق بقصد القتل من غير نظر إلى الآله فيدخل في عموم أدله العمد وهذا أقوى.

(و إذا لم يقصد القتل بالنادر) (٤) أى بما يقع به القتل نادرا (فلا قود و إن اتفق) (١) لتحقق العمد من الصبى المميز بالقصد، بخلاف المجنون الفاقد للشعور و المسلوب منه قصد الفعل.

(٢) أى البلوغ و العقل، كالمحقق، لأن العمد متقوم بالقصد و القصد قد يصدر من الصبى و المجنون، و لأجل إخراج عمد الصبى و المجنون عن موجب القصاص عزّف موجب القصاص بأنه إزهاق البالغ العاقل لنفس معصومه إلى آخر القيود.

(٣) لو قصد القتل و استعمل آله أو فعلا- لا- تقتل غالبا فانفق القتل فهو قتل عمدى، على الأشهر بل نسب إلى الأكثر كما فى كشف اللثام لأن العمد متقوم بالقصد و هو متحقق هنا بالإضافة إلى إطلاق الأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (العمد كل ما اعتمد شيئا فأصابه بحديده أو بحجر أو بعصا أو بوكزه فهذا كله عمد) (١).

و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (لو أن رجلا ضرب رجلا بخزفه أو بأجره أو بعود فمات كان عمدا) (٢).

و لم يعرف المخالف و لذا قال فى الجواهر: «لم أجد فيه خلافا»، و لعله للاحتياط فى الدم إذا استعمل آله غير قاتله، فغايه ما صدر منه قصد القتل، و قصد القتل مع الآله غير القاتله كقصد القتل بلا ضرب بها أصلا غير موجب للقتل، و فيه: إنه لا يمكن الاحتياط مع ظهور الأخبار فى كونه عمدا.

(٤) بحيث لم يقصد القتل و لم يستعمل آله قاتله كأن ضربه بالكف فمات، فقد ذهب المشهور إلى أنه شبيه العمد لعدم تحقق قصد القتل، فينتفى العمد لأنه متقوم بالقصد، و للأخبار منها: خبر يونس عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن ضرب رجل رجلا بعصا أو حجر فمات من ضربه واحده قبل أن يتكلم فهو يشبه العمد) (٣).

ص: ٤٤٧

(الموت كالضرب بالعود الخفيف، أو العصا) الخفيفه فى غير مقتل بغير قصد القتل، لانتفاء القصد إلى القتل، و انتفاء القتل بذلك عادة، فيكون القتل شبيه الخطأ.

و للشيخ قول بأنه - هنا - عمد استنادا إلى روايات ضعيفه أو مرسله لا تعتمد فى الدماء المعصومه (١).

(أما لو كرر ضربه بما لا يحتمل (٢) مثله بالنسبه إلى بدنه)، لصغره، أو - وصحيحه أبى العباس عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: أرمى الرجل بالشئ الذى لا يقتل مثله، قال: هذا خطأ) (١).

و خبره الآخر عنه عليه السلام: (سألته عن الخطأ الذى فيه الديه و الكفاره، أ هو أن يعتمد ضرب الرجل و لا يعتمد قتله، فقال: نعم) (٢) و هى صريحه بانتفاء العمد عند عدم قصد القتل كما فى المقام، و كذلك صحيحه أبى العباس و زواره عن أبى عبد الله عليه السلام: (إن العمد أن يتعمده فيقتله بما يقتل مثله، و الخطأ أن يتعمده و لا يريد قتله فيقتله بما لا يقتل مثله) (٣).

و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أنه عمد يجب فيه القود لصحيح الحلبي المتقدم: (إن العمد كل من اعتمد شيئاً فأصابه بحديده أو بحجر أو بعصا أو بوكزه) (٣)، و لخبر أبى بصير المتقدم: (لو أن رجلا- ضرب رجلا- بخزفه أو بآجره أو بعود فمات كان عمدا) (٥)، و لخبر جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام: (قتل العمد كلما عمد به الضرب ففيه القود) (٦).

و رد بأن هذه الأخبار محموله على ما لو قصد القتل، و المفروض عدمه فى مقامنا.

(١) فالمرسل هو خبر جميل بن دراج، و الضعيف هو خبر أبى بصير و ذلك لوقوع على بن أبى حمزه فى السند، و كذلك خبر الحلبي لوقوع محمد بن عيسى عن يونس و هو ضعيف كما فى المسالك، و فيه: أن الشارح قد اعتمد قول ابن الوليد من أن ما انفرد به محمد بن عيسى عن يونس لا يعتمد عليه، و الأقوى قبول قوله فقد أثنى عليه الفضل بن شاذان و يقول ليس فى أقرانه مثله فلذا وصفنا الخبر بالصحيح، و مع ذلك، يصلح مستندا لقول الشيخ لأنه محمول على ما لو قصد القتل.

(٢) أى بما لا يحتمله مثله، بالنسبه إلى زمانه و بدنه من حيث الضعف و المرض و الصغر -

ص: ٤٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٧.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٩ و ١٣.

٣- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٣ و ٨ و ٦.

مرضه،(و زمانه) لشده الحر أو البرد (فهو عمد)، لأنه حينئذ يكون الضرب بحسب العوارض مما يقتل غالبا.

(و كذا لو ضربه دون ذلك) (١) من غير أن يقصد قتله (فأعقبه مرضا فمات)، لأن الضرب مع المرض مما يحصل معه التلف، و المرض مسبب عنه، و إن كان لا يوجه منفردا.

و يشكل بتخلف الأمرين معا، و هما: القصد إلى القتل و كون الفعل مما يقتل غالبا، و السببه غير كافيه فى العمديه (٢)، كما إذا اتفق الموت بالضرب بالعود الخفيف، و لو اعتبر هنا القصد (٣) لم يشترط أن يتعقبه المرض.

(أو رماه بسهم، أو بحجر غامز) أى كابس على البدن لثقله (أو خنقه بحبل و لم) -و نحوها من الحر و البرد فمات فهو عمد، بلا خلاف و لا إشكال سواء قصد القتل أو لا لأنه قاصد للفعل المميت فهو بمنزله ما لو قصد القتل، و لم يرسل يونس المتقدم عن أبى عبد الله عليه السلام: (و إن علاه و ألح عليه بالعصا أو بالحجاره حتى يقتله فهو عمد يقتل به) (١)، و صحيح الحلبي و أبى الصباح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألناه عن رجل ضرب رجلا بعصا فلم يقلع عنه الضرب حتى مات، أ يدفع إلى وليّ المقتول فيقتله؟ قال:

نعم) ٢.

(١) أى ضربه بما يتحملة مثله مع عدم قصد القتل فأعقبه المرض المسبب له الموت فهو عمد، لأن المرض صير الضرب سببا للقتل بواسطته، و فيه: كيف يحكم عليه بالعمد مع انتفاء قيدى العمد من قصد القتل و من كون الفعل قاتلا بحسب الغالب.

(٢) لا يقال: إن الضرب سبب للموت بواسطه المرض فلذا كان عمدا فإنه يقال: لا تكفى السببه فى انطباق العمديه ما لم يتحقق أحد قيدى العمديه و هما متفتيان هنا بحسب الفرض. و لذا لو اتفق موته بالضرب بعود خفيف مع عدم قصد القتل فهو ليس عمدا بالاتفاق.

(٣) لا يعتبر القصد إلى القتل فى هذا الفرع و لذا لم يذكره المصنف و قد نبه على ذلك الشارح أيضا و ذلك لأن العمديه هنا متحققه بحسب مبنى المصنف من سببه الضرب للموت بواسطه المرض، و أما لو اعتبر القصد إلى القتل فلا داعى لذكر المرض المسبب للموت و المسبب عن الضرب و عليه فاشترط المرض دليل على أنه غير قاصد للقتل.

ص: ٤٤٩

(يرخ عنه حتى مات (١)، أو بقى المخنوق ضمنا) (٢) بفتح الضاد و كسر الميم أى مزمننا (و مات) بذلك (أو طرحه فى النار فمات) (٣) منها (إلا أن يعلم قدرته على الخروج) (٤) لقلتها، أو كونه فى طرفها يمكنه الخروج بأدنى حركة فيترك. لأنه حينئذ قاتل نفسه.

(أو) طرحه (فى اللجّه) (٥) فمات منها و لم يقدر على الخروج أيضا إلى آخره.

(١) عاداه الفقهاء أنهم يعرّفون العمد ثم يقسمونه إلى ما يحصل بالباشرة و إلى ما يحصل بالتسيب، و المراد بالأول هو أن يصدر الفعل من الفاعل و المترتب عليه الموت مباشرة، و المراد بالثانى هو أن الفعل الصادر من الفاعل لا يترتب عليه الموت مباشرة و إنما يكون الفعل مسببا للموت كحفر البئر بقصد القتل، فالموت ليس مستندا للحفر بل لوقوع المقتول فيها غير أن الحفر كان سببا فى جعل خطى المقتول سببا فى قتله.

و ذكروا للأول الذبح و الخنق باليد و سقى السم القاتل بإيجاره فى حلقه و الضرب بالسيف و السكين و الضرب بالحجر الغامز أى الكابس على بدنه لثقله و الجرح فى المقتل و لو بغرز الإبره، و ذكروا للثانى حفر البئر فى طريق الغير و تقديم الطعام المسموم فأكل منه الآخر مع عدم علمه بأنه مسموم و هكذا.

و ربما أن النصوص خاليه عن لفظى المباشرة و التسيب كان التفريق بينهما غير مجد نعم ورد فى النصوص القتل العمدى و عليه فكل ما صدق عليه هذا العنوان فهو عمد سواء كان بالمباشرة أو بالتسيب و لذا قال فى الجواهر: «و لكن التحقيق عدم الثمره لذلك، بعد صدق اسم القتل عمدا أو خطأ بهما، إذ ليس فى شىء من الأدله عنوان الحكم بلفظ المباشرة أو السبب، و إنما الموجود - قتل متعمدا - و نحوه، فالمراد فى القصاص مثلا على صدقه».

و لعل لهذا خلط المصنف بين أمثله القسمين مع عدم ذكره للتقسيم بين المباشرة و التسيب، فيصدق على الأمثله الثلاثه أنه قتل عمدى إما من جهه قصد القتل و إما من جهه كون الفعل الصادر قاتلا بحسب الغالب.

(٢) أى خنقه بالحبل و تركه باقى النفس إلا- أنه أبقاه مريضا بسبب الخنق فمات من ذلك المرض فيصدق القتل العمدى إما لقصد القتل و إما لكون الفعل قاتلا على نحو التسيب.

(٣) إن لم يكن قادرا على الخروج منها إما لكون النار فى حفيره لا يمكن له الخروج منها و إما لكونه خفيف الحركة فقهرته النار و إما لكونه مكتوبا و نحو ذلك فيصدق عليه القتل العمدى إما لقصد القتل و إما لكون الفعل قاتلا بحسب الغالب.

(٤) فترك الخروج تخاذلا- حتى مات فلا- قصاص على الفاعل، لأن المفعول قد أعان على نفسه بلبثه الذى هو كون غير كون الإلقاء فيستند القتل إلى المفعول لا إلى الفاعل.

(٥) و هو غير قادر على الخروج من الماء سواء كان يعلم السباحه أو لا، فهو عمد و فيه القصاص.-

و ربما فرق بينهما (١) و أوجب ضمان الدية في الأول، دون الثاني، لأن الماء لا يحدث به ضرر بمجرد دخوله، بخلاف النار و يتجه وجوبها (٢) مع عدم العلم باستناد الترك إلى تقصيره، لأن النار قد تدهشه (٣) و تشنح أعضائه بالملاقاه فلا يظفر بوجه المخلص.

و لو لم يمكنه الخروج من الماء إلا- إلى مغرق آخر فكعدمه (٤)، و كذا من أحدهما إلى الآخر (٥)، أو ما في حكمه (٦). و يرجع في قدره و عدمها إلى إقراره بها (٧)، أو قرائن الأحوال.

(أو جرحه عمدا فسرى) الجرح عليه (و مات) (٨) و إن أمكنه المداواه (٩) لأن- و لو ألقاه و هو قادر على الخروج و تركه حتى مات فلا قصاص على الفاعل لأن المفعول قد أعان على نفسه، و لو شك في قدرته على الخروج و عدمها فالأصل الضمان مع عدم العلم بالمسقط إذ قد يتحير أو يندهش فيعجز عن الخروج.

(١) لم أجد من قال بالفرق و لعله احتمال من الشارح ليس إلا، و الفرق هو الضمان في الإلقاء في النار دون الضمان في الإلقاء في الماء و ذلك لأن الماء لا تحدث ألما بمجرد الدخول بخلاف النار.

ورد هذا الفارق بأن الضمان بسبب الدخول هو ضمان الضرر لا ضمان الدية، فلا يثبت ضمان الدية إلا بعد الموت مع العلم بعدم قدرته على الخروج و هذا جار في الإلقاء في الماء.

(٢) أى الدية عند الشك في قدرته على الخروج.

(٣) و كذا الماء فلا وجه لتخصيص البحث في الإلقاء في النار فقط.

(٤) أى الخروج من مفرق إلى آخر كعدمه إذ لا فائده منه ما دام أنه غريق على كل حال.

(٥) أى من النار إلى الماء و بالعكس و لكن لا قدره له للخروج من الثاني فهو كالأول في عدم قدره على الخروج.

(٦) أى فيما لو كان قادرا على الخروج من الماء إلى ما هو بحكم الماء الذى يغرق فيه، كما لو كان قادرا على الخروج من الماء إلى متلف كالسبع أو إلى وقوع من شاق و هكذا.

(٧) أى إقرار المقتول بالقدره و ذلك قبل الإلقاء.

(٨) مع عدم نفع الدواء لهذا الجرح أو مع عدم إمكانه المداواه فسرى الجرح حتى مات فعلى الفاعل القود بلا خلاف و لا إشكال لصدق القتل عمدا.

(٩) و ترك التداوى تقصيرا فحكموا على الجانى القود أيضا لصدق القتل عمدا، و فيه ما تقدم من أن الموت مستند إلى تهاونه لا إلى الجانى و إن كان الجرح مضمونا على الجانى فيتحمل ضرر الجرح لا ضرر القتل.

السرايه مع تركها من الجرح المضمون، بخلاف الملقى فى النار مع القدره على الخروج فتركه تخاذلا، لأن التلف حينئذ مستند إلى الاحتراق المتجدد، و لو لا المكث لما حصل (١).

و أولى منه ما لو غرق بالماء (٢)، و مثله (٣) ما لو فصدته فترك المفصود شدّه (٤)، لأن خروج الدم هو المهلك و الفاصد سببه. و يحتمل كونه كالنار، لأن التلف مستند إلى خروج الدم المتجدد الممكن قطعه بالشد.

(أو ألقى نفسه من علوّ على إنسان) (٥) فقتله قصدا (٦)، أو كان مثله يقتل غالبا (٧). و لو كان الملقى له غيره (٨) بقصد قتل الأسفل قيد به مطلقا (٩)، (١) و كذلك الموت فى فرعنا مستند إلى تهاونه لا إلى فعل الجانى.

(٢) أى و أولى من الإلقاء فى النار مسأله الإلقاء فى الماء من عدم القصاص على الجانى فى المسألتين لو أمكن له الخروج و لم يخرج تخاذلا.

و وجه الأولويه: أن الفرق بتمامه مستند إلى استمرار الكون فى الماء المستند إلى تخاذل الغريق دون أن يكون نفس الإلقاء و ابتداء الكون فى الماء سببا فى الغريق بخلاف مسأله الإلقاء فى النار فإن الاحتراق و إن حصل عن استمرار الكون المستند إلى تخاذل المفعول إلا أن ابتداء الكون المستند إلى فعل الفاعل له أثر فى الضرر و إن لم يصل إلى درجه الاحتراق.

(٣) أى و مثل الجرح الذى سرى فأوجب الموت.

(٤) أى شد مكان الفصد إلى أن سرى الدم فمات، فإن هلاكه مستند إلى سريان الجرح و من آثاره و الجرح مضمون فيكون أثره مضمونا، و فيه: إن الهلاك مستند إلى تقصيره فى الشد لأن خروج الدم الموجب للموت مستند إلى تقصيره فى ترك الشد فيكون قد أعان على نفسه و هذا ما ذهب إليه المشهور هنا.

(٥) فهلك الأسفل فعلى الأعلى القود لأنه قتل عمدى إما لقصدته القتل و إما لكون الفعل قاتلا غالبا و هما شرطا القتل العمدى.

(٦) أى قصد القتل بالوقوع و إن لم يكن الوقوع قاتلا غالبا.

(٧) و إن لم يقصد القتل.

(٨) لو ألقى الأول الثانى من مكان مرتفع على ثالث بقصد قتل الثالث، فلو قتل كان القود على الأول لأنه قتل عمدى، لأنه المسبب للفعل و هو قاصد للقتل و هو أحد شرطى العمد، و المباشر و هو الثانى لا شىء عليه لأنه كالأله هنا لوقوعه بغير اختياره.

(٩) أى قيد الملقى بالمقتول سواء كان الإلقاء مما يقتل غالبا أو لا لقصدته القتل.

و بالواقع (١) إن كان الوقوع مما يقتل غالبا، وإلا (٢) ضمن ديته، و لو انعكس انعكس (٣).

(أو ألقاه من مكان شاهق) (٤) يقتل غالبا، أو مع قصد قتله (أو قدّم إليه طعاما مسموما (٥) يقتل مثله) كميته و كيفية (و لم يعلمه) بحاله (أو جعله) أى الطعام المسموم (فى منزله (٦) و لم يعلمه به).

و لو كان السم مما يقتل كثيره خاصه فقدّم إليه قليله بقصد القتل فكالكثير (٧)، و إلا فلا (٨)، و يختلف باختلاف الأمزجه و الخليط أما لو وضعه فى طعام نفسه، أو فى ملكه، فأكله غيره بغير إذنه فلا ضمان (٩). سواء قصد بوضعه قتل الآكل (١٠) كما لو علم دخول الغير داره كاللص أم لا، و كذا لو دخل بإذنه (١) و هو الثانى و المعنى: قيد الملقى بالواقع - الذى هو الثانى - إن مات بالإلقاء مع كون الوقوع مما يقتل غالبا و إن لم يقصد قتله لتحقق أحد شرطى العمد.

(٢) أى و إن لم يكن الوقوع يقتل غالبا هذا من جهه و لم يقصد الملقى قتل الواقع الذى هو الثانى و مع ذلك مات بالإلقاء فهو شبيه العمد فعليه الديه فقط.

(٣) أى لو قصد الملقى قتل الثانى بالوقوع، فإن مات الثانى فعليه القود لقصد القتل و إن لم يكن الوقوع مما يقتل غالبا، و لو مات الثالث فعليه القود إن كان الوقوع مما يقتل غالبا، و إن لم يكن الوقوع قاتلا غالبا فعليه الديه لأنه شبيه العمد بعدم فرض عدم قصد القتل بالنسبه للثالث.

(٤) فهو قتل عمدى إما لكونه مما يقتل غالبا و إما لقصد القتل.

(٥) فهو عمد لقصد القتل بالتقديم و لكون الطعام المسموم مما يقتل غالبا.

(٦) فهو قتل عمدى، و استشكل فيه بأنه لم يقدمه للأكل ليكون تسيبا فالمباشر و هو الآكل أقوى من السبب، و ردّ بأن المباشره فى الأكل ساقطه لجهله بالحال فكأنه قدمه إليه بلا فرق بينهما.

(٧) فى أنه قتل عمدى لقصد القتل و إن كان ما قدم لا يقتل غالبا.

(٨) أى فلا عمد لعدم قصد القتل بعد فرض كون القليل مما لا يقتل غالبا، نعم عليه الديه لأنه شبيه العمد.

(٩) من قصاص أو ديه، للأصل بعد أن كان الآكل متعديا بأكله من الطعام بغير إذن المالك فضلا عن عدم الإذن بالدخول.

(١٠) لعدم صدق عنوان التعدى حينئذ.

و أكله بغير إذنه (١).

(أو حفر بئرا بعيدة القعر فى طريق)، أو فى بيته بحيث يقتل وقوعها غالبا، أو قصده (و دعا غيره إلى المرور عليها مع جهالته) بها (٢)(فوق فمات) (٣).

أما لو دخل بغير إذنه فوق فيها فلا ضمان (٤) و إن وضعها لأجل وقوعه كما لو وضعها للص.

(أو ألقاه فى البحر فالتقمه الحوت إذا قصد إلقاء الحوت) (٥) أو كان وجوده (٦) و التقامه غالبا فى ذلك الماء (و إن لم يقصد) إلقاءه و لا- كان غالبا فاتفق ذلك (٧)(ضمناه أيضا على قول) لأن الإلقاء كاف فى الضمان، و فعل الحوت أمر (١) فيصدق أن الآكل متعديا فلا ضمان على الواضع.

(٢) أى جهاله المارّ بالبئر.

(٣) فهو قتل عمدى لقصد القتل أو لكون الوقوع مما يقتل غالبا.

(٤) لعدم تعديه على الواقع، لعدم دعوته له بالمرور.

(٥) لو ألقاه فى الماء بقصد التقام الحوت له فالتقمه سواء كان قبل الوصول إلى الماء أو بعده، فعليه القود بلا خلاف و لا إشكال، لأنه قتل عمدى لتحقق شرطيه من قصد القتل و من كون إلقاءه إلى الحوت مما يقتل غالبا.

(٦) أى وجود الحوت، فلو رماه إلى الماء مع قصد الرمي إلى الماء مع وجود الحوت فيه غالبا و التقامه له فيكون قصد الرمي إلى الماء قصدا لالتقام الحوت له فعليه القود بالاتفاق لاندراجه تحت الفرع السابق حينئذ.

(٧) بأن ألقاه فى الماء مع قصد الرمي فى الماء و ليس وجود الحوت غالبا فى ذلك فاتفق وجوده و التقامه، فذهب الشيخ و العلامة أن عليه القود لأن الإلقاء فى الماء إتلاف بحسب العاده فيكون الفعل مما يقتل غالبا و به يتحقق القتل العمدى، و هو مثل ما ألقاه من علو يقتل مثله فأصابته سكين فى القعر فقتلته فعليه القود بالاتفاق فكذلك فى موردنا، و أيضا هو قتل عمدى لتحقق قصد القتل غايته قصد قتله بالإلقاء إلى الماء فتحقق قتله بسبب آخر و هو التقام الحوت له و تحقق الموت بغير السبب الذى قصده لا يضر لأن القصد إلى سبب معين قصد إلى مطلق السبب ضروره تحقق المطلق فى المقيد، و مطلق السبب صادق على الابتلاع.

و عن جماعه منهم المحقق عدم القود لأن تلفه بالتقام الحوت غير مقصود و ما قصد من موته بالإلقاء فى البحر لم يتحقق و عليه فلم يتحقق ما قصده ليكون عمدا فعليه الديه -

زائد عليه، كنصل منصوب في عمق البئر الذى يقتل غالبا، و لأن البحر مظنه الحوت، فيكون قصد إلقاءه في البحر كقصد إلقامه الحوت (١).

و وجه العدم أن السبب الذى قصده لم يقتل به و الذى قتل به غير مقصود فلا يكون عمدا و إن أوجب الديه. و حكاية المصنف له قولاً يشعر بتمريضه. و قد قطع به العلامة، و هو حسن، لأن الغرض كون الإلقاء موجبا للضمان كما ظهر من التعليل (٢). و كذا الخلاف (٣) لو التقمه الحوت قبل وصوله إلى الماء من حيث إن الإلقاء فى البحر إتلاف فى العاده (٤). و عدم قصد إتلافه بهذا النوع (٥) و الأول أقوى (٦).

(أو أغرى به كلبا عقورا فقتله و لا- يمكنه التخلص) منه (٧). فلو أمكن بالهرب أو قتله أو الصياح به و نحوه فلا- قود، لأنه أعان على نفسه بالتفريط. ثم -فقط، و فيه: إنه عمد لتحقق قصد القتل و إن لم يتحقق القتل بعين السبب المقصود، إذ لا يشترط فى العمد قصد سبب القتل و أن يكون القتل بنفس السبب المقصود، بل يشترط قصد القتل و تحقق القتل المقصود بأى سبب كان.

(١) إذا كان وجود الحوت غالبا، و حسب الفرض عدم الغلبه و معه فلا دليل على الملازمه بين القصدين، بالإضافة إلى أن الشيخ و العلامة لم يستدلا بهذا التلازم بين القصدين.

(٢) تعليل الشارح بقوله السابق: «لأن الإلقاء كاف فى الضمان».

(٣) أى وقع الخلاف بينهم كالخلاف فى الفرع السابق.

(٤) فعليه الضمان.

(٥) فلا ضمان.

(٦) أى الضمان.

(٧) و كان الكلب العقور مما يقتل غالبا، أو لم يكن كذلك إلا نادرا إلا أنه قصد القتل به فهو عمد و عليه القود، لأن الكلب كالأله التى لا ينسب إليها القتل، و إن كان للكلب شبه اختيار إلا أن القاتل حقيقه و عرفا هو المغرى و ليس الكلب، هذا كله إذا لم يمكنه التخلص، و أما إذا أمكنه التخلص و لو بالهرب أو بالصياح و نحوه و لم يفعل حتى قتل فلا- قود على المغرى لأن المقتول قد أعان على نفسه بالتفريط.

نعم إن كان التخلص تخلصا من القتل فقط بعد أذيه كالعصه مما لا يمكن التخلص منها فيضمن ضرر العصه فقط.

إن كان التخلص الممكن من مطلق أذاه (١) فكإلقاءه في الماء فيموت مع قدرته على الخروج، وإن لم يمكن إلا بعد عضه لا يقتل مثلها فكإلقاءه في النار كذلك (٢) فيضمن جنايه لا يمكنه دفعها (٣).

(أو ألقاه إلى أسد (٤) بحيث لا- يمكنه الفرار منه) فقتله، سواء كان في مضيق أم بريه (أو أنهشه حيه قاتله فمات (٥) أو طرحها عليه فنهشته فهلكت) أو جمع بينه وبينها في مضيق، لأنه مما يقتل غالبا.

(أو دفعه في بئر حفرها الغير) متعديا بحفرها أم غير متعد في حالة كون الدافع (عالما بالبئر) (٦)، لأنه مباشر للقتل فيقدم على السبب لو كان (٧) (و لو جهل) الدافع بالبئر (فلا قصاص عليه) (٨) لعدم القصد إلى القتل حينئذ لكن عليه الديه، لأنه شبيه عمد.

(١)القتل وغيره.

(٢)أى مع قدرته على الخروج.

(٣)أى فيضمن المغرى جنايه لا يمكن للمقتول دفعها.

(٤)البحث فيه كالبحث في إغراء الكلب العقور به، بلا- خلاف فيه بيننا، نعم يزيدون هنا قيادا و هو: سواء كان الإلقاء إليه في مضيق أو في بريه خلافا لبعض العامة حيث فرق بينهما فحكم بالقود في الأول دون الثانى.

و ردّ بأن المفروض لا- يمكنه التخلص، نعم لو أمكنه الخلاص سواء كان الإلقاء في مضيق أو في بريه و لم يتخلص فلا ضمان لأن المقتول فرّط في حفظ نفسه.

(٥)بأن يقبض على حيه و ينهشها بدنه فيموت، فعليه القود لأنه مباشر للإلتلاف لأن الحيه كالآله، و كذا لو طرحه إليها أو ألجأه إليها فيأتى الكلام السابق من إمكان التخلص فلا ضمان، و من عدم إمكان التخلص فالضمان.

و ذهب بعض العامة إلى أنه لو جمع بينه وبينها في مضيق فنهشته فمات فلا قود على الفاعل، لأن الحيه تهرب من الإنسان في المضيق بخلاف السبع، و فيه: إن المفروض عدم التمكن من الخلاص فلا بد من الضمان، فلو هربت كما قاله هذا البعض لكان قادرا على الخلاص فلو لم يتخلص ثم تعرض لها فلا ضمان حينئذ لتفريطه.

(٦)فلو حفر الأول بئرا فوق الثانى بها بدفع من الثالث فالقاتل هو الدافع دون الحافر بلا خلاف و لا إشكال، لأن المباشر للقتل هو الدافع، و الحافر و إن كان سببا إلا أنه سبب بعيد و المباشر أقوى منه، إذ استند الإلقاء إلى فعل الدافع دون أن يستند إلى المباشر.

(٧)أى لو كان قتل، بمعنى لو قتل المدفوع بالإلقاء.

(٨)لعدم قصده إلى القتل، و لا قصاص على الحافر أيضا لعدم قصده القتل بالحفر.

(أو شهد عليه زورا بموجب القصاص فاقصص منه) (١) لضعف المباشر بإباحه الفعل بالنسبه إليه فيرجح السبب (إلا أن يعلم الولي التزوير و يباشر) القتل (فالقصاص عليه)، لأنه حينئذ قاتل عمدا بغير حق.

هنا مسائل

اشاره

(و هنا مسائل)

الأولى – الإكراه على القتل

(الأولى – لو أكرهه على القتل (٢) فالقصاص على المباشر) لأنه القاتل عمدا (١) لو شهد اثنان على رجل بالقتل أو الارتداد، أو شهد أربعة عليه بالزنا بما يوجب القتل فحكم الحاكم بقتله فقتل، ثم تبين أن الشهاده كانت زورا و بهتاناً، فالمباشر للقتل و هو الجلاذ و الأمر به و هو الحاكم لا ضمان عليهما، لأن الشهود هم السبب و السبب مقدم هنا على المباشر و الأمر، لعدم تعدى المباشر و الأمر لاعتمادهما على البيئه و يدل عليه أخبار منها: مرسل ابن محبوب عن أبي عبد الله عليه السلام: (في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا، ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، فقال عليه السلام: إن قال الراجع وهمت ضرب الحد و غزم الديه، و إن قال تعمدت قتل) (١).

و خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في أربعة شهداء على رجل أنهم رأوه مع امرأه يجامعها فرجم، ثم رجع واحد منهم، فقال:

يغرم ربع الديه إذا قال شبهه على، فإن رجع اثنان و قالوا شبهه علينا غرما نصف الديه، و إن رجعوا و قالوا شبهه علينا غرموا الديه، و إن قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعاً) (٢).

نعم لو علم الحاكم بزور الشهود و مع ذلك أمر بالقتل كان القصاص عليه دون الشهود لقصدته إلى القتل مع كون المباشر أقوى لكون القتل مستندا إلى أمره.

(٢) لو توعد الظالم شخصا بالقتل إن لم يقتل الأمر، فلو أقدم المكره على قتل الآخر فالقصاص على المباشر دون الآخر المكره، بل لا-ديه عليه و لا-كفاره نعم يجبس حتى الموت، بلا-خلاف فيه، و ذلك لعدم تحقق الإكراه عندنا في القتل و يدل عليه صحيحه زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجل أمر رجلا بقتل رجل فقتله، قال: يقتل به الذي قتله، و يجبس الأمر بقتله في الحبس حتى يموت) (٣). و خالف في ذلك بعض العامه فأوجب القصاص على الأمر دون المباشر محتجا بأنه قتله دفعا عن نفسه فأشبهه قتل -

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٦٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٦٤ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

ظلماً، إذ لا يتحقق حكم الإكراه في القتل عندنا، و لو وجبت الديه (١) كما لو كان المقتول غير مكافئ فالديه على المباشر أيضا (دون الأمر) فلا- قصاص عليه، و لا- ديه (و لكن يحبس الأمر) دائما (حتى يموت) و يدل عليه مع الإجماع صحيحه زواره عن الباقر عليه السلام في رجل أمر رجلا بقتل رجل فقتله فقال: «يقتل به الذي قتله، و يحبس الأمر بقتله في الحبس حتى يموت» هذا إذا كان المقهور (٢).

و لو أكره الصبي غير المميز (٣)، أو المجنون فالقصاص على مكرههما لأن المباشر حينئذ كالآله. و لا فرق في ذلك بين الحر و العبد (٤).

-الصائل، و أوجب بمنع القياس مع وجود الفارق بين الموردين.

(١) يعنى لو أكره على القتل فقتل و لم تجب إلا- الديه إما لعفو ولى الدم عن القاتل و إما لكون المقتول غير مكافئ للقاتل، فالديه حينئذ على المباشر دون الأمر لما تقدم.

(٢) لأنها شرائط التكليف.

(٣) و كذا المجنون فالقصاص على المكره بلا خلاف لأنهما بالنسبه كالآله في نسبه الفعل.

و أما الصبي المميز فذهب الشيخ في المبسوط و النهايه إلى أنه يقتص منه إن بلغ عشرا، و عن الصدوق و المفيد في المقنع و المقنعه إلى أنه يقتص منه إن بلغ خمسه أشبار لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين: إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتص منه و إذا لم يكن بلغ خمسه أشبار قضى بالديه) (١)، و المشهور ذهبوا إلى أنه لا تكليف في حقه لنصوص أن عمد الصبي و خطأه واحد و قد تقدمت.

(٤) أما الحر فقد تقدم و أما العبد فلو أمر السيد عبده بالقتل فقتل، ففي خبر إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل أمر عبده أن يقتل رجلا فقتله، فقال: يقتل السيد به) (٢)، و في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام في رجل أمر عبده أن يقتل رجلا فقتله، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: و هل عبد الرجل إلا كسوطه أو كسيفه؟ يقتل السيد و يستودع العبد في السجن) (٣). فقد حملهما الشيخ في الخلاف على ما لو كان العبد صغيرا أو كبيرا غير مميز، و في التهذيب جعلهما مخالفين للقرآن حيث نطق أن النَّفْسِ بِالنَّفْسِ (٣)، ثم حملهما على ما لو كان عاداه السيد أن-

ص: ٤٥٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١ و ٢.

٣- (٤) المائده الآيه: ٤٥.

(و يمكن الإكراه فيما دون النفس) (١) عملاً بالأصل (٢) في غير موضع النص (٣) كالجرح و قطع اليد فيسقط القصاص عن المباشر (و يكون القصاص على المكره) بالكسر على الأقوى، لقوه السبب بضعف المباشر بالإكراه خصوصاً لو بلغ الإكراه حد الإلجاء.

و يحتمل عدم الاقتصاص منه (٤)، لعدم المباشره فتجب الديه و يضعف (٥) بأن المباشره أخص من سببها القصاص فعدمها أعم من عدمه.

الثانيه - الاشتراك في القتل

(الثانيه - لو اشترك في قتله جماعة) (٦)...

- يأمر عبده بقتل الناس، و الأوفى ترك العمل بهما لأن صحيح زواره المتقدم بإطلاقه معارض لهما و هو مقدم عليهما لموافقته للقواعد.

(١) بحيث أكرهه على ما دون قتل الآخر و الإقتل، فيجوز له الإقدام على الفعل المكره عليه، و لا شيء على المكره لعدم العدوان بسبب الإكراه، و القصاص على الأمر المسبب الذي هو أقوى من المباشر.

و استشكل العلامة في القواعد بأن الأمر المسبب لم يباشر القتل و لم يلجئه إليه إلقاء فتبثت الديه دون القصاص لعدم مباشرته للقتل، و فيه: إن الأقوائيه في السبب على المباشره المقتضيه لثبوت الديه على الأمر هي بعينها تقتضى القصاص منه.

(٢) من تحقق الإكراه الموجب لرفع التكليف في كل فعل كان التوعد على تركه أزيد من فعله.

(٣) و هو القتل إذ لا يتحقق الإكراه فيه كما تقدم.

(٤) من السبب المكره.

(٥) و الحاصل أن سبب القصاص ليس منحصر في المباشره حتى يرتفع القصاص عند ارتفاع المباشره، بل قد يثبت القصاص مع عدم المباشره كما في مسأله حافر البئر ليقع به الغير الجاهل بالحال، و عليه فالمباشره أخص من القصاص، فلا محاله يكون عدمها أعم من عدمه إذ قد يثبت عدم المباشره و لا يثبت عدم القصاص كما في مسأله حافر البئر.

(٦) لو اشترك جماعة في قتل واحد كان الولي بالخيار بين قتل الجميع و بين قتل البعض، فإن قتل الولي واحداً من القتله فقد استوفى حقه، و يردّ على المقتول قصاصاً ما زاد من ديته عن جنايته و يكون الرد من القتله الباقيين، و إن قتل الجميع أو أزيد من واحد فيلزم الولي أن يرد عليهم الزائد عن جنايتهم، فمثلاً- لو كان القتله اثنين و قتل الولي أحدهما فالمقتول قد أهدر نصفه بجنايته، و يرد القاتل المتروك النصف الثاني، و لو كان القتله اثنين و قتلها -

بأن ألقوه من شاهق (١)، أو فى بحر. أو جرحوه جراحات مجتمعه، أو متفرقه و لو مختلفه كميه و كيفيه فمات بها (قتلوا به) جميعا إن شاء الولي (بعد أن يرد عليهم ما فضل عن ديته) فيأخذ كل واحد ما فضل من ديته عن جنايته (و لو قتل البعض فيرد الباكون) من الدية (بحسب جنايتهم فإن فضل للمقتولين فضل) عما رده شركاؤهم (قام به الولي). فلو اشترك ثلاثة فى قتل واحد و اختار وليه قتلهم أدى إليهم ديتين يقتسمونها بينهم بالسويه فنصيب كل واحد منهم ثلثا ديه و يسقط ما يخصه من الجنايه و هو الثلث الباقي.

و لو قتل اثنين أدى الثالث ثلث الدية عوض ما يخصه من الجنايه و يضيف الولي إليه ديه كامله، ليصير لكل واحد من المقتولين ثلثا ديه. و هو فاضل ديته عن جنايته، و لأن الولي استوفى نفسين بنفس فيرد ديه نفس.

-الولي فعلى الولي لكل واحد نصف نفس لا تدارك لها إلا بالديه فيرد على ولي كل منهما نصف الدية و هكذا، و يدل عليه أخبار منها: خبر الفضيل بن يسار قلت لأبي جعفر عليه السلام: (عشره قتلوا رجلا فقال: إن شاء أولياؤه قتلوهم جميعا و غرّموا تسع ديات، و إن شاءوا تخيروا رجلا و أدى التسعه الباكون إلى أهل المقتول الآخر عشر الدية على كل رجل منهم، ثم الولي بعد يلي أدبهم و حبسهم)(١).

و خبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى رجلين قتلا رجلا: إذا أراد أولياء المقتول قتلها أدوا ديه كامله و قتلوهما و تكون الدية بين أولياء المقتولين، فإن أرادوا قتل أحدهما فقتلوه أدى المتروك نصف الدية إلى أهل المقتول)(٢)، و عن بعض العامه أنه ليس للولي إلا قتل واحد منهم و يأخذ حصه الآخرين، و عن بعض آخر منهم أن الولي له الحق فى قتل الجميع من غير رد عما زاد عن جنايتهم، و قال فى الجواهر: «كما ترى مجرد تهجس و تخمين لا يوافق عقلا و لا نقلا».

(١) لا فرق فى السبب الذى اشتركوا به فى قتله سواء صدر من كل واحد سبب قاتل أو اجتمعوا على سبب واحد قاتل، و سواء كانت المشاركه بينهم بالتساوى أو بالتفاوت ما دام قد تحقق قصد القتل من الجميع لتحقيق اشتراكهم فى القتل و هو المدار فى الحكم على ما ورد فى النصوص.

ص: ٤٦٠

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٤.

و لو قتل واحدا أدى الباقيان إلى ورثته ثلثي الديه و لا شيء على الولي.

و لو طلب الديه كانت عليهم بالسويه إن اتفقوا على أدائها و إلا فالواجب تسليم نفس القاتل.

هذا كله مع اتحاد ولي المقتول، أو اتفاق المتعدد على الفعل الواحد (١)، و لو اختلفوا فطلب بعضهم القصاص، و بعض الديه قدّم مختار القصاص بعد رد نصيب طالب الديه منها (٢). و كذا لو عفا البعض إلا أن الرد هنا على القاتل (٣) و ستأتي الإشارة إليه.

الثالثه - اشتراك النساء فى القتل

(الثالثه - لو اشترك فى قتله) (٤) أى قتل الذكر (امرأتان قتلتا به و لا- رد) إذ لا- فاضل لهما عن ديته، و له قتل واحده و ترد الأخرى ما قابل جنايتها و هو ديته و لا شيء للمقتوله (و لو اشترك) فى قتله (خنثيان) مشكلان (قتلا به) إن شاء الولي كما يقتل الرجلان و المرأتان المشتركتان (و يرد عليهما نصف ديه الرجل (٥) بينهما نصفان) لأن ديه كل واحد نصف ديه رجل و نصف ديه امرأه و ذلك ثلاثه أرباع ديه الرجل فالفاضل لكل واحد من نفسه عن جنايته ربع ديه الرجل. و لو اختار قتل أحدهما (٦) (١) أى اتفاق أولياء المقتول المتعدد على الفعل الواحد من القصاص أو الديه.

(٢) من الديه، و الرد من بقيه أولياء المقتول.

(٣) أى فى صورته ما لو عفا بعض أولياء المقتول، فيرد على القاتل حصه من عفا و الدافع هو بقيه أولياء المقتول.

(٤) بحيث اشتركت امرأتان فى قتله، فإن شاء الولي قتلتهما و لا- ردّ و لا- فاضل لهما عن ديه المقتول، لأن ديه المرأه نصف ديه الرجل، و لصحيح محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (فى امرأتان قتلتا رجلا عمدا، قال: تقتلان به ما يختلف فيه أحد).

و لو اختار الولي قتل إحدهنّ، فالمقتوله لا- شيء لها لأن نفسها تساوى نصف نفس الرجل و هذا هو مقدار جنايتها، و على المتروكه أن تدفع إلى الولي نصف ديه الرجل.

(٥) لأن ديه الخنثى نصف ديه الرجل و نصف ديه المرأه، و هذا ما يساوى ثلاثه أرباع ديه الرجل، فديتهما ديه رجل و نصف، فلو قتلتهما الولي فعليه أن يضمن ما زاد عن جنايتهما و هو النصف، و هذا النصف يقسم على أوليائهما مناصفه لكل واحد ربع.

(٦) كان على الولي ما زاد من ديه الخنثى عن جنايته و هو الربع، لأن ديته ثلاثه أرباع ديه الرجل و جنايته على النصف لأنه مشترك مع غيره فى قتل رجل، و هذا الربع المردود على -

رد عليه ربع ديه هو ثلث ديته و دفع الباقي (١) نصف ديه الرجل فيفضل للولى ربع ديته (٢).

(و لو اشترك) فى قتل الرجل (نساء قتلن) (٣) جمع إن شاء الولى (و يرد عليهن ما فضل عن ديته) فلو كن ثلاثا فقتلن رد عليهن ديه امرأه بينهن بالسويه، أو أربعا فديه امرأتين كذلك (٤) و هكذا. و لو اختار فى الثلاث قتل اثنتين ردت الباقيه ثلث ديته بين المقتولتين بالسويه، لأن ذلك (٥) هو الفاضل لهما عن جنايتهما.

ـولى الخنثى نسبه إلى ديه الخنثى الثلث لأن ديه الخنثى ثلاثه أرباع، و أما المتروك فعليه نصف ديه الرجل يدفع منها الربع الذى يستحقه الخنثى المقتول فيدفعه إلى وليه، و يدفع الربع الآخر إلى ولى المقتول الأول.

(١) أى الخنثى المتروك.

(٢) ربع ديه المقتول الأول.

(٣) بحيث كانت النساء أكثر من اثنتين، فلو كن ثلاثا و قتلن الولى كان عليه رد ديه امرأه على الجميع، لأن الاثنتين منهن بمساواه ديه الرجل فيكون الفاضل عن جنايتهن ديه امرأه.

و لو قتل اثنتين منهن فلا رد عليه، و لكن ترد الثالثه المتروكه ثلث ديه الرجل و هو مقدار جنايتها على أولياء القتلين بالسويه.

و لو قتل واحده منهن فترد الباقيتان على أولياء المقتوله ثلث ديتها، و هو الفارق بين ديتها و جنايتها، فديتها نصف ديه الرجل و جنايتها ثلث ديه الرجل و الفارق بين النصف و الثلث هنا هو ثلث ديه المرأه، و ترد الباقيتان على ولى المقتول نصف ديه الرجل، فالولى قد استوفى مقدار ديه الرجل بحيث كان النصف فى قبال قتل امرأه و النصف الآخر أخذه ديه و الباقيتان قد دفعتا بمقدار جنايتهما و هو ثلثا ديه الرجل فدفعتا إلى ولى المقتول نصف ديه الرجل و إلى ولى المقتوله ثلث ديتها و المجموع ثلث ديه الرجل فلو فرضنا أن ديه الرجل تسعه فديه المرأه نصفها أربعه و نصف، و جنايتها ثلاثه التى هى الثلث، و الفارق بين جنايتها و ديتها واحد و نصف، و هو ثلث الأربعه و نصف، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو ضممنا الأربعه و نصف التى هى نصف ديه الرجل مع الواحد و نصف الذى هو ثلث ديه المرأه لكان المجموع سته، و هو ثلثا ديه الرجل و هذا هو مقدار جنايه الباقيتين.

(٤) يردها الولى عليهن بالسويه.

(٥) و هو ثلث ديه الرجل.

و هو ثلث ديتهما (١)، أو قتل واحده ردت الباقيتان على المقتوله ثلث ديتهما (٢).

و على الولي نصف ديه الرجل. و كذا قياس الباقي.

(و لو اشترك) في قتل الرجل (رجل و امرأه) (٣) و اختار الولي قتلتهما (فلا- رد للمرأة) إذ لا- فاضل لها من ديتهما عما يخص جنايتها (و يرد على الرجل نصف ديته) لأنه الفاضل من ديته عن جنايته و الرد (من الولي إن قتلتهما)، أو من المرأه لو لم تقتل، لأنه مقدار جنايتها.

(١) أي ثلث ديه الرجل هو ثلث ديه المرأتين كما هو واضح.

(٢) و هو الفاضل من ديتهما عن جنايتها.

(٣) فعلى كل واحد نصف ديه الرجل، فإن اختار الولي قتلتهما فلا شيء للمرأة لأن جنايتها و هي نصف ديه الرجل تساوى ديتهما فلا يبقى لها شيء، و أما الرجل القاتل فجنايته نصف ديته فلو قتله الولي فعليه نصف ديته هذا ما ذهب إليه المشهور و هو الموافق للقواعد المقرره. و عن المقنعه للشيخ المفيد أن الرد و هو نصف ديه الرجل يرد على الرجل و المرأه إذا قتلتهما أثلاثا، ثلثان للرجل و ثلث للمرأة، و ذلك لأن الجنايه أثلاثا يتحمل الرجل منها ثلثين و تتحمل المرأه الثلث الباقي، لأن الجاني من الرجل و المرأه هو نفس و نصف نفس، و قد جنى على نفس فتكون الجنايه أثلاثا، فتتحمل المرأه ثلث ديه الرجل و هذا جنايتها مع أن ديتهما نصف ديه الرجل فلها التفاوت على الولي و التفاوت هو ثلث نصف ديه الرجل أو فقل هو ثلث ديتهما و يتحمل الرجل ثلثي ديه الرجل و هذا جنايته مع أن ديته ديه رجل كامله فله التفاوت على الولي و التفاوت هو ثلث نصف ديه الرجل، فإذا انصف الذي يرد على الولي يقسم أثلاثا، ثلثاه للرجل و ثلثه للمرأة.

و رد: بأن الجاني نفسان و ليس نفسا و نصف نفس، و النفسان جتا على نفس واحده، غايته ديه نفسها نصف ديه نفس الرجل.

و لو اختار الولي قتل المرأه فقط فلا شيء عليها لأن ديتهما بقدر جنايتها و على الرجل المتروك نصف ديه الرجل يدفعه للولي، و لم يخالف المفيد في هذا الفرع، مع أنه على مبناه المتقدم فيثبت للمرأة ثلث ديتهما لأن الجنايه عليها ثلث ديه الرجل و ليس النصف.

و لو اختار الولي قتل الرجل فقط فعلى المرأه المتروكه أن تدفع إلى أولياء الرجل المقتول قصاصا نصف ديته بمقدار جنايتها، و الولي قد استوفى حقه نفسا بنفس مساويه، و ذهب الشيخ في النهايه و تبعه القاضي في المهذب إلى أنها ترد على الرجل نصف ديتهما لا- نصف ديه الرجل، و أجاب المحقق عن ذلك في نكت النهايه بأنه و هم، لأنه لا بد من دفع جنايتها و هي نصف ديه الرجل لا نصف ديتهما.

(و لو قتلت المرأة) خاصة فلا شيء لها و (رد الرجل على الولي نصف الدية) مقابل جانيته. هذا هو المشهور بين الأصحاب و عليه العمل.

و للمفيد (رحمه الله) قول بأن المردود على تقدير قتلها يقسم بينهما أثلاثا:

للمرأة ثلثه بناء على أن جنايته الرجل ضعف جنايته المرأة لأن الجاني نفس و نصف نفس جنت على نفس فتكون الجنايه بينهما أثلاثا بحسب ذلك.

و ضعفه ظاهر، و إنما هما نفسان جنتا على نفس فكان على كل واحده نصف، و مع قتلها فالفاضل للرجل خاصة، لأن القدر المستوفى أكثر قيمه من جانيته بقدر ضعفه، و المستوفى من المرأة بقدر جانيته فلا شيء لها كما مر. و كذا على تقدير قتله خاصة (١).

الرابعه - لو اشترك عبيد في قتله

(الرابعه - لو اشترك عبيد في قتله) (٢) أى قتل الذكر الحر للولي قتل الجميع، أو البعض، فإن قتلهم أجمع (رد عليهم ما فضل من قيمتهم عن ديته إن كان) هناك (فضل ثم) على تقدير الفضل لا يرد على الجميع كيف كان بل (كل عبد نقصت قيمته عن جنايته أو ساوت) قيمته جنايته (فلا رد له، و إنما الرد لمن زادت قيمته عن جنايته) ما لم تتجاوز ديه الحر فترد إليها (٣). فلو كان العبيد ثلاثة (١) فالفاضل للرجل خاصة و هو نصف الدية إلا أن الدافع هو المرأة المتروكة.

(٢) من المقرّر أن ديه العبد ما يساوى قيمته إلا أن تزيد على ديه الحر فترد إليها و لا يزداد للعبد أكثر من الحر و سيأتى دليله إن شاء الله تعالى، و عليه فلو اشترك عبيد في قتل رجل فإن كانوا اثنين فعلى كل واحد نصف ديه الرجل، فلو قتلها الولي و كان قيمه كل عبد نصف ديه الرجل فلا شيء عليه، و إن زادت قيمه أحدهما ردّ الولي على سيده ما زاد من قيمته عن جنايته، و إن نقصت قيمته عن جنايته فلا شيء للولي لأن له نفس العبد، و يدل على أنه لو نقصت قيمته عن جنايته فلا شيء للولي، صحيح ضريس: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة و عبد قتلا رجلا - إلى أن قال - و إن كانت قيمه العبد أقل من خمسه آلاف درهم فليس لهم إلا العبد) (١)، و منه تعرف حكم ما لو قتل البعض فقط.

(٣) أى فترد ديه العبد إلى ديه الحر.

ص: ٤٤٤

قيمتهم عشرة آلاف درهم فما دون بالسويه و قتلهم الولي فلا رد (١)، و إن زادت قيمتهم عن ذلك فعلى كل واحد ثلث ديه الحر، فمن زادت قيمته عن الثلث ردّ على مولاه الزائد و من لا فلا.

(الخامسه - لو اشترك حر و عبد فى قتله (٢) فله) أى لوليه (قتلهما) معا (و يرد على الحر نصف ديته) لأنها الفاضل عن جنايته (و على مولى العبد ما فضل من قيمته عن نصف الدية إن كان له فضل) ما لم يتجاوز ديه الحر فترد إليها (و إن قتل أحدهما (٣) فالرد على الحر من مولى العبد أقل الأمرين من جنايته (٤) و قيمه عبده) إن اختار قتل الحر، لأن الأقل إن كان هو الجنايه و هو نصف ديه المقتول فلا- يلزم الجانى سواها، و إن كان هو قيمه العبد فلا يجنى الجانى على أكثر من نفسه و لا يلزم مولاه الزائد. ثم إن كان الأقل هو قيمه العبد فعلى الولي (٥) إكمال نصف الدية لأولياء الحر.

(و الرد على مولى العبد (٦) من) شريكه (الحر) إن اختار الولي العبد (و كان له) (١) لأن قيمتهم عشرة آلاف بحسب الفرض و جنايتهم هى عشرة آلاف التى هى ديه الرجل الحر المقتول.

(٢) أى قتل الحر الذكر، فعلى كل واحد نصف ديه الرجل قصاصا، فإن اختار الولي قتلها، فقد استوفى من الحر نفسا كامله و جنايتها نصف فعلى الولي النصف الآخر لأولياء المقتول قصاصا، و أما العبد فإن كانت قيمته بقدر نصف ديه الحر فقد استوفى المولى الحق من رقبته و لا- شىء عليه، و إن نقصت قيمته عن جنايته التى هى نصف الدية فلا- شىء على مولاه لأن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه، و إن زادت قيمته عن جنايته فيردّ الولي المستوفى على مولى العبد الزائد ما لم تتجاوز قيمه ديه الحر فترد إليها.

(٣) أى فإذا اختار الولي قتل أحدهما، فإن قتل الحر خاصة فيردّ الولي المستوفى على أولياء الحر المقتول قصاصا نصف ديته كما هو واضح، و يلزم مولى العبد عند قتل الحر خاصة بأقل الأمرين من جنايه العبد و قيمته، لأن الأقل إن كان هو القيمه، فلا يلزم مولاه الزائد عن القيمه بالنسبه للجنايه لأن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه، و إن كان الأقل هو الجنايه فلا يلزم العبد سوى بجنايته، و هذا الرد من مولى العبد إنما يكون لولى المقتول قصاصا و التفاوت يتحملة الولي المستوفى حتى يرد على ولى المقتول قصاصا نصف ديته.

(٤) جنايه العبد.

(٥) المستوفى لحقه بقتل الحر.

(٦) أى و إن اختار الولي قتل العبد خاصة، فإن كانت قيمته نصف ديه الحر فما دون فلا-

(فاضل) من قيمته عن جنائته بأن تجاوزت قيمته نصف ديه الحر، ثم إن استوعبت قيمته الدية فله جميع المردود من الحر و إن كانت أقل فالزائد من المردود عن قيمته بعد حط مقابل جنائته لولى المقتول.

(و إلا) يكن له فضل بأن كانت قيمة العبد نصف ديه الحر أو أنقص (ردّ) الحر عوض جنائته و هو نصف الدية (على المولى) إن شاء.

هذا هو المحصل فى المسأله (١) و فيها أقوال آخر مدخوله (٢) (و منه يعرف حكم اشتراك العبد و المرأه) فى قتل الحر (٣) (و غير ذلك) من الفروض كاشتراك كل - شىء لمولاه و كان للولى المستوفى على الحر نصف الدية الذى تعلق به بسبب جنائته.

و إن زادت قيمته عن جنائته و بلغت ديه الحر أو أزيد فعلى الحر المتروك أن يدفع نصف ديه الرجل إلى مولى العبد فقط، لأن ولى الدم قد استوفى حقه بقتل نفس بنفس، و كان قيمه النفس تساوى ديه قتيله.

و إن زادت قيمة العبد عن جنائته و لم تبلغ ديه الحر، فما زاد من قيمته عن جنائته لمولاه و يأخذها من الولى المستوفى، و على الحر المتروك نصف ديه الرجل يدفعها للولى المستوفى.

و لو لم يقتلها فعلى الحر نصف الدية، و على مولى العبد أقل الأمرين من جنائته و قيمه عبده لما تقدم، و يتخير ولى الدم بين استرقاق العبد و أخذه العوض المذكور إن كانت الجنايه بمقدار قيمته، و إن زادت قيمه استرق منه بقدر الجنايه لا غير.

(١) بحسب القواعد الشرعيه و عليه عمل الأكثر.

(٢) كقول أبى الصلاح لو اختار ولى الدم قتلها، فيرد الولى قيمه العبد على مولاه و على ورثه الحر بالتساوى، لأن الحر فى قبال الحر فلا بد أن يضمّن ولى الدم قيمه العبد لأنه استوفى حقه من الحر، و إن قتل الحر خاصه فعلى مولى العبد نصف ديه الحر لورثه المقتول قصاصا، و إن قتل العبد خاصه فعلى الحر المتروك نصف قيمه العبد لسيداه.

و كقول الشيخ فى النهايه و المفيد فى المقنع و ابن البراج فى المهذب، أنه لو اختار ولى الدم قتلها فيرد الولى قيمه العبد على مولاه فقط، و لو قتل الحر فيؤدى سيد العبد نصف ديه الرجل إلى ورثه المقتول قصاصا أو يسلم العبد إليهم، و لو قتل العبد فليس لمولاه شىء أبدا.

(٣) فالولى له قتلها معا، و لا شىء عليه للمرأه لأن جنائتها بقدر ديتها، و أما العبد فإن كانت جنائته تساوى قيمته فلا شىء على الولى المستوفى، و إن كانت قيمته أزيد فيرد الولى المستوفى الزيادة على مولاه ما لم تزد على ديه الحر فترد إليها. و إن كانت قيمته أنقص من -

من الحر و العبد و المرأه مع الخنى (١) و اجتماع الثلاثة و غيرها (٢).

و ضابطه: اعتبار ديه المقتول (٣) إن كان حرا. فإن زادت عن جانيته (٤) دفع إليه الزائد، و إن ساوت (٥)، أو نقصت (٦) اقتصر على قتله، و قيمه العبد كذلك ما لم تزد عن ديه الحر و رد الشريك الذى لا- يقتل ما قابل جانيته من ديه المقتول (٧) على الشريك، إن استوعب فاضل ديته (٨) أو قيمته للمردود، و إلا- رد الفاضل إلى الولي. و كذا القول لو كان الاشتراك فى قتل امرأه، أو خنى (٩)، و يجب تقديم الرد على الاستيفاء (١٠) فى جميع الفروض.

-جنايته فلا شىء على مولاه لأن العبد لا يجنى على أكثر من نفسه.

و لو قتل المرأه خاصه فلا رد عليها، لأن جانيته بقدر ديتها، و لا يجب على مولى العبد إلا أقل الأمرين من جانيته و قيمته، فلو كانت قيمته أزيد من جانيته و استرقه ولى الدم فعليه الزائد عن الجنايه إلى مولاه، و لو قتل العبد خاصه فعلى المرأه المتروكه أن تدفع نصف ديه الرجل لوليه، و العبد إن ساوت قيمته جانيته أو كانت أنقص فلا- رد على مولاه، و إن زادت رد الولي على المولى ما زاد عن جانيته.

(١) فيكون القاتل أربعه.

(٢) و المعنى: كاجتماع الثلاثة فقط فهو فرض، أو اجتماع غير الثلاثة كاجتماع الحر مع تبعض العبد و هذا فرض و هكذا.

(٣) أى ديه المقتول قصاصا.

(٤) كما إذا قتل حر بحره فيرد إليه الزائد.

(٥) كما لو قتل حر بحر.

(٦) كما إذا قتلت حره بحر، لأن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

(٧) أى من ديه المقتول ظلما، و المعنى: أن المتروك يدفع بمقدار جانيته من المقتول ظلما إلى المقتول قصاصا إذا كان المقتول قصاصا قد استوفى منه بأزيد من جانيته، فيما لو كان الزائد المستوفى بمقدار ما يرد الشريك المتروك، و إلا فلو كان المقتول قصاصا قد استوفى منه بمقدار جانيته، فالشريك المتروك يرد ما قابل جانيته على ولى الدم.

(٨) أى إن استوعب فاضل ديه المقتول قصاصا أو فاضل قيمه العبد المقتول قصاصا للمردود من قبل الشريك.

(٩) أى ما تقدم كان الاشتراك فى قتل الرجل، و يأتي نفس الكلام لو اشترك فى قتل امرأه أو خنى.

(١٠) يجب رد الفاضل من قيمته أو ديته عن جانيته قبل استيفاء القصاص، فمثلا لو اشترك -

(القول فى شرائط القصاص) و هى خمسة

فمنها - التساوى فى الحرىه أو الرق

(فمنها - التساوى فى الحرىه أو الرق (١) فيقتل الحرّ بالحر) سواء كان القاتل ناقص الأطراف، عادم الحواس و المقتول صحيح، أو بالعكس، لعموم الآيه، سواء تساوى فى العلم، و الشرف، و الغنى، و الفقر، و الصحه، و المرض، و القوه، و الضعف و الكبر، و الصغر، أم تفاوتتا و إن أشرف المريض على الهلاك (٢)، -رجل و امرأه فى قتل رجل، و أراد الولى قتلها فعليه رد فاضل ديه الرجل ثم يقتله، و لو اختار قتل الرجل فقط ردت المرأه عليه نصف ديه الرجل ثم يقتص الولى.

و قد ذهب إليه المحقق و العلامه فى القواعد بدليل أن لوجود زياده المستوفى على الحق لا يجوز للولى القتل، نعم بعد الرد يصح للولى أن يستوفى تمام النفس بعضها قصاصا و بعضها ردا.

و أشكل عليهما بأن المقتول قصاصا لا يستحق الفاضل ما لم يستوف الولى، و لذا تضمنت الأخبار الرد على الورثه و هذا يفيد أن الرد بعد القتل، و الإنصاف أن الأخبار صرحت بالرد بعد القتل كما فى خبر أبى بصير(١) الوارد فى اشتراك غلام و امرأه فى قتل الرجل، و صرحت بالرد قبل القتل كما فى صحيحى ابن مسكان و الحلبي(٢) الواردين فى قتل الرجل امرأه، و كما فى صحيح أبى مريم الأنصارى عن أبى جعفر عليه السلام(٣) الوارد فى قصاص الأعضاء، و هى توجب التخيير أو تحمل على أن الرد قبل الاستيفاء إذا كان الرد من الولى فلا يجوز له الاستيفاء قبل الرد، و على أن الرد بعد الاستيفاء إذا كان من الشريك لأن الشريك لا يثبت فى ذمته مال إلا إذا استوفيت جنايته من غيره و هو الأولى.

(١)بمعنى أن الحر يقتل بالحر و لا يقتل بالعبد، و يقتل العبد بالعبد و يدل عليه الكتاب، و منه قوله تعالى: يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَ الْأُنثَى بِالْأُنثَى (٤) و النصوص كثيره و ما تقدم من الآيه فيه الكفايه.

(٢)أى و إن كان المقتول مريضا مشرفا على الهلاك أو طفلا مولودا فإنه يقتل بهما الحر البالغ الصحيح لعموم الآيه المتقدمه.

ص: ٤٦٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢ و ٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

٤- (٤) البقره الآيه: ١٧٨.

أو كان الطفل مولودا في الحال.

(و) الحر (بالحره (١) مع رد) وليها عليه (نصف الدية)، لأن ديته ضعف ديتها، وبالخنثى مع رد ربع الدية (٢)، و الخنثى بالمرأه (٣) مع رد الربع عليه كذلك.

(و الحره بالحره) و لا رد إجماعا (و الحر (٤) و لا يرد) أولياؤها على الحر شيئا (١) و لكن مع رد فاضل ديته، و هو النصف بلا خلاف للأخبار منها: خبر أبي بصير عن أحدهما عليهما السّلام: (إن قتل رجل امرأه، و أراد أهل المرأه أن يقتلوه أدوا نصف الدية إلى أهل الرجل) (١). و خبره الآخر عن أحدهما عليهما السّلام: (قلت له: رجل قتل امرأه، فقال:

إن أراد أهل المرأه أن يقتلوه أدوا نصف ديته و قتلوه و إلا قبلوا نصف الدية) ٢.

(٢) أى و يقتل الحر بالخنثى مع رد ربع الدية على ولى الرجل، و الربع هو التفاوت بين الديتين.

(٣) أى و يقتل الخنثى بالمرأه مع رد ربع الدية من أوليائها على أوليائه لأنه التفاوت بين الديتين.

(٤) أى و تقتل الحره بالحر، و لا فاضل للمقتول ظلما و لا ردّ، و هو المعروف من المذهب كما فى المسالك و يدل عليه أخبار منها: صحيح ابن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام فى امرأه قتلت زوجها متعمده، قال: إن شاء أهله أن يقتلوها قتلوها و ليس يجنى أحد أكثر من جنايته على نفسه) (٢).

و صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و إن قتلت المرأه الرجل قتلت به ليس لهم إلا نفسها) ٤.

و خبر هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فى المرأه تقتل الرجل ما عليها؟ قال: لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه) ٥، و لا يوجد مخالف، نعم قد ورد فى خبر أبي مريم الأنصارى عن أبي جعفر عليه السّلام أن على أوليائها رد الفاضل، و الخبر: (فى امرأه قتلت رجلا قال: تقتل و يؤدى وليها بقيه المال) (٣)، و قال الشيخ فى كتابى الأخبار: و هذه شاذه لم يروها غير أبي مريم و هى مخالفه للأخبار و لظاهر القرآن فى قوله: النَّفْسِ بِالنَّفْسِ (٤).

ص: ٤٦٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٦ و ٧.

٢- ((٣ و ٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١ و ٣ و ١٠.

٣- ((٦)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١٧.

٤- ((٧)) المائده الآيه: ٤٥.

(على الأقوى)، لعموم «النَّفْسِ بِالنَّفْسِ» (١) و خصوص صحيحتي الحلبي، و عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام الدالتين على ذلك صريحا، و إن الجاني لا يجنى على أكثر من نفسه.

و مقابل الأقوى رواه أبو مريم الأنصارى عن الباقر عليه السلام فى امرأه قتلت رجلا قال: «تقتل و يؤدى وليها بقيه المال» و هى مع شذوذها لا قائل بمضمونها من الأصحاب. قال المصنف فى الشرح: و ليس ببعيد دعوى الإجماع على هذه المسألة.

و أولى منه قتل المرأه بالخنى، و لا ردّ (٢). و قتل الخنى بالرجل كذلك (٣).

(و يقتص للمرأه من الرجل فى الطرف من غير رد (٤) حتى تبلغ) ديه الطرف - و فى الرياض و الجواهر أنه يحكى عن الراوندى العمل بها و حملها على يسار المرأه و الصحاح الداله على عدم الرد على إعسارها، و هو مردود للنص المتقدم بأنها لا تجنى على أكثر من نفسها.

(١) أى لقوله تعالى: وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ (١).

(٢) من أوليائها على أولياء الخنى بالربع، و وجه الأولويه أنه لا يجب على أوليائها الرد فيما لو كان المقتول ظلما رجلا فمن باب أولى لا يجب عليهم الرد فيما لو كان خنى لاحتمال كونه امرأه.

(٣) أى بالأولويه، و ذلك لأنه يحتمل أن يكون الخنى رجلا فلا رد من أوليائه على أولياء الرجل فيما لو كانا رجلين.

(٤) لا-خلاف و لا إشكال فى أنه يقتص للمرأه من الرجل فى الأطراف من غير رد، و تتساوى ديتهما فى ذلك ما لم تبلغ جراحه المرأه ثلث ديه الرجل أو تتجاوزه على الخلاف الآتى، فإن بلغت الثلث ترجع إلى النصف من ديه الرجل، فلا يقتص لها منه إلا مع رد التفاوت و يدل على ذلك الأخبار، و قد ذكر الشارح خبرين و به كفايه.

يبقى أن المشهور جعلوا التساوى بين جراحه المرأه و جراحه الرجل قبل الوصول إلى الثلث، فإن بلغت الجراحه الثلث فما زاد ترجع إلى النصف، و دليلهم الأخبار التى ذكر الشارح بعضها.

و ذهب الشيخ فى النهايه إلى أنها ترجع إلى النصف إن جاوزت الثلث اعتمادا على أخبار-

ص: ٤٧٠

(ثلث ديه الحر) فصاعدا (فتصير على النصف) و كذا البحث فى الجراح يتساويان فيها ديه و قصاصا ما لم تبلغ ثلث الديه فإذا بلغته ردت المرأة إلى النصف.

و مستند التفصيل أخبار كثيره منها: صحيحه أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السّلام «قال: قلت له: ما تقول فى رجل قطع إصبعاً من أصابع المرأة كم فيها؟ قال: عشر من الإبل. قلت: قطع اثنتين؟ قال: عشرون من الإبل. قلت:

قطع ثلاثاً؟ قال: ثلاثون من الإبل. قال: قلت: قطع أربعاً؟ قال: عشرون من الإبل، قلت: سبحان الله يقطع ثلاثاً فيكون عليه ثلاثون، و يقطع أربعاً فيكون عليه عشرون! إن هذا كان يبلغنا و نحن بالعراق، فنبأ ممن قاله، و نقول: الذى جاء به شيطان! فقال عليه السّلام: مهلاً يا أبان، إن هذا حكم رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: إن المرأة تعاقب الرجل إلى ثلث الديه، فإذا بلغت الثلث رجعت إلى النصف. يا أبان إنك أخذتني بالقياس، و السنه إذا قيست محق الدين» (١).

و روى تفصيل الجراح جميل بن دراج عنه عليه السّلام «قال سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن المرأة بينها و بين الرجل قصاص قال: نعم فى الجراحات، حتى تبلغ الثلث سواء، فإذا بلغت الثلث سواء ارتفع الرجل و سفلت المرأة» (٢).

و قال الشيخ (رحمه الله): ما لم تتجاوز الثلث (٣)، و الأخبار الصحيحه حجه المشهور.

-منها: خبر سماعه: (سألته عن جراحه النساء، فقال: الرجال و النساء فى الديه سواء حتى تبلغ الثلث، فإذا جازت الثلث فإنها مثل نصف ديه الرجل) (١).

و خبر ابن أبى يعفور: (سألته أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل قطع إصبع امرأه، فقال:

تقطع إصبعه حتى تنتهى إلى ثلث المرأة فإذا جاز الثلث أضعف الرجل) (٢)، و أخبار المشهور أكثر و أصح.

(١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قصاص الطرف حديث ٣.

(٣) أى الرجل و المرأة متساويان ما لم تتجاوز جراحات المرأة ثلث ديه الرجل، و عليه فإن ساوت الثلث فهى مساويه له.

ص: ٤٧١

١- (١) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قصاص الطرف حديث ٤.

إذا تقرر ذلك فلو قطع منها ثلاث أصابع استوفت مثلها منه قصاصا من غير رد (١). و لو قطع أربعا لم تقطع منه الأربع إلا بعد رد ديه إصبعين.

و هل لها القصاص فى اصبعين من دون رد (٢)؟ وجهان، منشؤهما وجود المقتضى لجوازه كذلك، و انتفاء المانع. أما الأول (٣) فلأن قطع إصبعين منها يوجب ذلك (٤) فالزائد أولى.

و أما الثانى (٥) فلأن قطع الزائد (٦) زياده فى الجنايه فلا يكون سببا فى منع ما ثبت أولا (٧) و من النص (٨) الدال على أنه ليس لها الاقتصاص فى الجنايه الخاصه إلا بعد الرد (٩).

و يقوى الإشكال (١٠) لو طلبت القصاص فى ثلاث، و العفو فى الرابعه (١) كما نص عليه خبر أبان المتقدم.

(٢) إذا قطع لها الأربع، و الفرق بين الفرع السابق و هذا الفرع أن المرأه فى الفرع السابق قطعت له أربعا مع الرد لو قطع لها أربعا، و هنا لو قطع لها أربع فهل يجوز لها أن تقطع له اصبعين من دون رد لأن جراحاتها على النصف من جراحاته إذا بلغت الثلث، و قد بلغت هنا.

(٣) أى المقتضى، لأن لها قطع إصبعين إذا قطع منها إصبعين، فلها قطع إصبعين إذا قطع أربع.

(٤) أى قطع إصبعين من الرجل.

(٥) أى انتفاء المانع، لأن قطع ما زاد عن الإصبعين من أصابعها ليس بمانع من القصاص بقطعها إصبعين من أصابع الرجل.

(٦) أى الزائد عن الإصبعين.

(٧) من قطع الإصبعين.

(٨) وجه عدم الجواز، و ذلك لأن الأخبار قد دلت إما على أخذ الديه عشرين من الإبل كما فى خبر أبان لو قطع لها أربع أصابع، أو القصاص مع رد عشرين عليه كما يستفاد من خبر جميل المتقدم، و موردنا من قطع إصبعين بدون رد لا يندرج تحتها.

(٩) كما يستفاد من خبر جميل، و ترك النص الدال على أن لها عشرين من الإبل كما هو نص خبر أبان.

(١٠) و وجه الأقوائيه كونه مخالفا للنصوص، حيث لم يذكر هذا الحكم فى خبر.

و عدم إجابتها هنا أقوى.

و على الأول (١) تتخير بين قطع إصبعين من غير رد، و بين قطع أربع مع رد ديه إصبعين.

و لو طلبت الديه فليس لها أكثر من ديه إصبعين.

هذا إذا كان القطع بضربه واحده (٢)، و لو كان بأزيد (٣) ثبتت لها ديه الأربع، أو القصاص فى الجميع من غير رد، لثبوت حكم السابق (٤) فيستصحب.

و كذا حكم الباقي (٥).

(و يقتل العبد بالحر (٦) و الحره) و إن زادت قيمته عن الديه، و لا يردّ على مولاه الزائد (٧) - لو فرض - كما لا يلزمه الإكمال - لو نقص - (و بالعبد) (١) أى جواز القصاص فى إصبعين.

(٢) كما هو الظاهر من النصوص.

(٣) من ضربه.

(٤) إذ كل ما جنى عليها جنايه يثبت لها حكمها، فالجنايه السابقه بالضربه الأولى كانت بإصبعين فيثبت لها القصاص بإصبعين، و عند الجنايه الثانيه نستصحب الأولى مع ثبوت القصاص لها بإصبعين لهذه الجنايه اللاحقه.

(٥) أى الجنايه الثانيه فلها القصاص بإصبعين فالمجموع أربع أصابع من غير رد.

(٦) بلا خلاف للأخبار منها: صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (فى العبد إذا قتل الحر دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوه، و إن شاءوا استرقوه) (١).

و معتبره سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (يقتل العبد بالحر و لا يقتل الحر بالعبد) (٢)، و منه تعرف جواز قتله بالحره.

(٧) لأن الجنايه تعلقت برقبته و القصاص نفس بنفس، بالإضافة إلى أنها لو زادت قيمته عن ديه الحر فترد إليها، و لذا لو نقصت قيمته عن ديه المقتول ظلما فلا يلزم المولى بالإكمال لأن القاتل لا يجنى على أكثر من نفسه.

ص: ٤٧٣

١- (١) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٣.

(و بالأمة) (١) سواء كانا لمالك واحد (٢) أم مالكين (٣)، و سواء تساوت قيمتهما أم اختلفت.

(و تقتل الأمة بالحر و الحره و بالعبد و الأمة) مطلقا (٤).

(و فى اعتبار القيمه هنا) أى فى قتل المملوك مثله (قول) (٥) فلا يقتل الكامل بالناقص، إلا مع ردّ التفاوت على سيد الكامل، لأن ضمان المملوك يراعى فيه المالىه فلا يستوفى الزائد بالناقص بل بالمساوى.

و يحتمل جواز القصاص مطلقا (٦) من غير رد لقوله تعالى: **النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** (٧)، و قوله (٨): **الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ** (٩) أما قتل الناقص بالكامل (١) بلا خلاف لقوله تعالى: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ** (١) و لقوله تعالى: **النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** (٢).

(٢) أى القاتل و المقتول لإطلاق الآيتين المتقدمتين، و لخبر إسحاق بن عمار سألت أبا عبد الله عليه السلام: (عن رجل له مملوك كان قتل أحدهما صاحبه، أله أن يقيده به دون السلطان إن أحبّ ذلك؟ قال: هو ما له يفعل به ما شاء، إن شاء قتل و إن شاء عفا) (٣).

(٣) فلو تساوت قيمه القاتل و المقتول فلا إشكال، و لو زادت قيمه القاتل عن المقتول، فعن العلامة فى القواعد و تبعه عليه غيره أن مولى المقتول لو قتل العبد القاتل قصاصا فعليه ردّ التفاوت على مولاه، لأن قيمه المملوك بمنزله الدية فى غيره، و عن ابن حمزه فى الوسيله أنه لا ردّ و إن كان هناك تفاوت لإطلاق ما سمعته من النصوص و لأن العبد لا يجنى على أكثر من نفسه و لذا توقف العلامة فى التحرير.

(٤) سواء كانا لمالك أو مالكين مع تفاوت القيمه و عدمه لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٥) قد تقدم أنه للعلامه فى القواعد.

(٦) مع التفاوت فى القيمه و عدمه.

(٧) المائدة الآيه: ٤٥.

(٨) أى قوله تعالى.

(٩) البقره الآيه: ١٧٨.

ص: ٤٧٤

١- (١) البقره الآيه: ١٧٨.

٢- (٢) المائدة الآيه: ٤٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

فلا شبهه فيه، ولا يلزم مولاه الزائد عن نفسه مطلقا (١).

(و لا يقتل الحر بالعبد) (٢) إجماعا، و عملا بظاهر الآيه (٣)، و صحيحه الحلبي، و غيره عن الصادق عليه السّلام: «لا يقتل الحر بالعبد» و رواه العامه عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ (٤) و ادعى فى الخلاف إجماع الصحابه عليه.

و هذا الحكم ثابت له و إن اعتاد قتل العبيد (٥) عملا بعموم الأدله و إطلاقها.

(١) أى و لا- يلزم مولى القاتل أن يدفع الزائد من جنايته عن نفسه إلى مولى المقتول، سواء كان الزائد قليلا أو كثيرا كما عن بعض المحشين، أو سواء قلنا بعكسه بوجوب الرد أو لا كما عن بعض آخر، أو سواء كان فى جنايه أو قتل كما عن بعض ثالث.

(٢) لا يقتل الحر و لو كان أنثى بالعبد و لو كان أمه بلا خلاف فيه، لأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (لا يقتل الحر بالعبد، و إذا قتل الحرّ العبد غرّم ثمنه و ضرب ضربا شديدا) (١).

و معتبره سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (يقتل العبد بالحر و لا يقتل الحر بالعبد، و لكن يغرّم ثمنه و يضرب ضربا شديدا حتى لا يعود) ٢، بلا فرق بين عبد نفسه و عبد غيره، و بين القنّ و المدبّر و أم الولد و المكاتب و المشروط و المطلق، و سواء كانت قيمه العبد أقل من ديه الحر أو أكثر أو مساويه.

(٣) و هى قوله تعالى: **الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ** (٢).

(٤) فقد روت العامه عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: (لا يقتل حر بعبد) (٣).

(٥) لإطلاق ما تقدم من الأدله، و ذهب الشيخ و ابنا حمزه و زهره و سلّار و أبو الصلاح، و عن الغنيه نفى الخلاف فيه، أنه إذا اعتاد الحر قتل العبيد قتل حسما للجرأه، سواء كان عبدا له أو لا، و يدل عليه أخبار منها: خبر الفتح بن يزيد الجرجاني عن أبى الحسن عليه السّلام:

(فى رجل قتل مملوكه أو مملوكته، قال: إن كان المملوك له أدب و حبس إلا أن يكون معروفا بقتل المماليك فيقتل به) (٤).

و خبر يونس عنهم عليهم السّلام: (سئل عن رجل قتل مملوكه، قال: إن كان غير معروف-

ص: ٤٧٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٢ و ٣.

٢- (٣) البقره الآيه: ١٧٨.

٣- (٤) سنن البيهقى ج ٨ ص ٣٥.

٤- (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه: (إن اعتاد قتلهم قتل حسما لجرأته)، و فساده، و استنادا إلى روايات لا تنهض في مخالفه ظاهر الكتاب و صحيح الأخبار و فتوى أكثر الأصحاب. و على هذا القول فالمرجع في الاعتقاد إلى العرف. و هل يردّ على أولياء الحر ما فضل من ديبته عن قيمه المقتول الذي تحققت به العاده قيل:

نعم نظرا إلى زيادته عنه كما لو قتل امرأه. و الأخبار خاليه من ذلك، و التعليل بقتله لإفساده لا يقتضيه (١).

(و لو قتل المولى عبده) أو أمته (كفّر) كفاره القتل (٢)، (و عزّر) (٣) و لا يلزمه شيء غير ذلك على الأقوى (٤). و قيل: تجب الصدقه بقيمته استنادا إلى روايه -بالقتل ضرب ضربا شديدا و أخذ منه قيمه العبد و يدفع إلى بيت مال المسلمين، و إن كان متعوّدا للقتل قتل به (١). و ردّ بأن الأخبار ظاهره في قتل الحر المعتاد إذا قتل عبده لا عبد غيره، هذا فضلا عن ضعف خبر الجرجاني لأنه مجهول الحال و لضعف خبر يونس لأنه مقطوع، فلذا لا بد من التمسك بإطلاق النصوص السابقه من عدم جواز قتل الحر بالعبد سواء كان عبده أو لا، كما هو المحكى عن الصدوق و المفيد و ابني البراج و حمزه و الطبرسى و الصهرشتى و ابن إدريس و الفاضلين بل عليه كافه الأصحاب عدا من سمعت من أصحاب القول الأول.

ثم وقع الخلاف بناء على أن المعتاد يقتل، فهل يقتل قصاصا أو حدا للفساد، و يترتب عليه فائده، فإذا قلنا أنه حد للفساد فلا ردّ على الحر و إن كانت ديبته أكثر من قيمه العبد الذي قتل به، و إن قلنا أنه يقتل قصاصا فيردّ على الحر التفاوت بين ديبته و قيمه العبد إذا كان العبد لغيره، و هو المحكى عن الوسيله و المراسم و الجامع. و فيه: إن الأخبار لم تصرح بالرد مع أنها في مقام البيان، و لذا ذهب أكثر القائلين بقتل المعتاد إلى عدم الرد لأن قتله من باب كونه حدا للفساد.

(١) أى لا يقتضى الرد.

(٢) و هى كفاره جمع و قد تقدم البحث فى ذلك فى باب الكفارات.

(٣) لما دل عليه خبر الجرجاني و يونس المتقدمين و غيرهما.

(٤) ذهب جماعه منهم الشيخان و أبو الصلاح و ابن البراج و الطبرسى و بنو زهره و إدريس و حمزه إلى أنه يعزّم قيمته و يتصدق به إذا كان عبدا له لخبر يونس المتقدم: (و أخذ منه -

ص: ٤٧٦

ضعيفه، و يمكن حملها على الاستحباب.

(و قيل: إن اعتاد ذلك قتل) كما لو اعتاد قتل غير مملوكه، للأخبار السابقه، و هي مدخوله السند، فالقول بعدم قتله مطلقا (١) أقوى.

(و إذا غرم الحر قيمه العبد (٢) أو الأئمه) بأن كانا لغيره (لم يتجاوز بقيمه العبد ديه الحر، و لا بقيمه المملوكه ديه الحره)، لروايه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام:

«إذا قتل الحر العبد غرم قيمته و أدب قيل: فإن كانت قيمته عشرين ألف درهم؟ قال: لا يجاوز بقيمه عبد ديه الأحرار» (٣).

قيمه العبد و يدفع إلى بيت مال المسلمين(١)، و خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل عذب عبده حتى مات، فضربه مائه نكالا و حبسه سنه و غرّمه قيمه العبد فتصدق بها عنه)(٢)، و مرسل يونس عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل قتل مملوكه أنه يضرب ضربا وجيعا و تؤخذ منه قيمته لبيت المال)٣. و خبر يونس الأول مقطوع و الآخر مرسل و خبر مسمع ضعيف لوقوع محمد بن الحسن بن شمون في سنده و هو ضعيف غال و لوقوع عبد الله الأصم و هو ضعيف أيضا، و من هنا توقف في الحكم بالتغريم و الصدقه جماعه منهم المحقق و الفاضل و المقداد و الأردبيلي و حملوها على الاستحباب لضعف سندها.

(١) سواء كان عبدا له أو لا.

(٢) أى إذا قتل الحر عبد الغير لا- يقتل به، و لكن يغرم قيمته يوم قتله و لا- يتجاوز بالعبد ديه الحر و لا بالمملوكه ديه الحره بلا خلاف فيه و يدل عليه أخبار منها: خبر ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام: (ديه العبد قيمته و إن كان نفيسا، فأفضل قيمته عشره آلاف درهم و لا يجاوز به ديه الحر)(٣).

و عن ابن حمزه من ردّ قيمه العبد إلى أقل من ديه الحر و لو بدينار تفريفا بين الحر و العبد، و هو اجتهاد في قبال النص إذ النص لم يمنع التساوى و إنما منع التجاوز.

و عن الشافعي و مالك من اعتبار قيمه ما بلغت و هو واضح الفساد بعد عدم دليل لهم و مخالفته لنصوص أهل البيت عليهم السلام.

(٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ديات النفس حديث ٤-.

ص: ٤٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٥ و ١٠.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ديات النفس حديث ٢.

(و لا يضمن المولى جنايه عبده) (١) على غيره لأن المولى لا يعقل عبدا (و له) (١) بمعنى لو قتل العبد حرا عمدا فلا تكون جنايته فى رقبه مولاه للأخبار منها: خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يجنى الجانى على أكثر من نفسه) (١).

و خبر الصدوق: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى مكاتب قتل - إلى أن قال - العبد لا يغرم أهله وراء نفسه شيئا) (٢)، و لكن ولى الدم بالخيار بين قتله و استرقاقه بلا خلاف فيه لنصوص منها: صحيح زراره عن أحدهما عليهما السلام: (فى العبد إذا قتل الحر دفع إلى أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوه و إن شاءوا استرقوه) (٣).

و لكن وقع الخلاف بينهم فى أن ولى الدم إذا أراد استرقاقه فهل يتوقف على رضا مولى العبد قولان، ظاهر النصوص أنه لا يتوقف، و من أن القتل العمدى يوجب القصاص و لا يثبت المال عوضا عنه إلا بالتراضى و استرقاقه من جملة أفراد المال.

و لو جرح العبد حرا عمدا جرحا موجبا للقصاص، فإن كانت الجراحه تحيط برقبته كان للمجروح الخيار بين استرقاقه و الاقتصاص منه لصحيح الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى عبد جرح حرا قال: إن شاء الحر اقتص منه و إن شاء أخذه إن كانت الجراحه تحيط برقبته) (٤)، و إن كانت الجنايه لا تحيط برقبته كان للمجروح الخيار بين الاقتصاص منه و الاسترقاق بمقدار الجنايه.

و إن طالب الديه عند إحاطه الجراحه برقبته أو لا، فإن دفع المولى فعليه أرش الجنايه بالغما ما بلغت سواء سادت قيمته أو لا، و هو قول الشيخ، و قال الشيخ فى الخلاف إنه يدفع أقل الأمرين من قيمته و أرش الجنايه فإذا كان الأقل هو القيمه فلأن العبد لا يجنى على نفسه أكثر منها، و إن كان الأقل هو الأرش فلأنه غايه ما جنى فلا يتحمل الأكثر، هذا كله ما لو قتل أو جرح العبد حرا عمدا، و كذلك ما لو قتل أو جرح عبدا عمدا.

و أما لو قتل أو جرح خطأ فليس فى رقبته القصاص و إنما هو الديه و كان مولاه بالخيار بين فكه و دفعه إلى أولياء المقتول يسترقونه سواء الذى هدر منه قتلا أو جنايه تحيط برقبته أو ببعضها، غايته إن أحاطت ببعضها فيسترقونه بمقدار الجنايه، و ليس لمولى المجنى عليه أو وليه هذا التخيير بل التخيير بيد مولى العبد الجانى لأنه ما زال على ملك سيده، و جنايته ليست سببا فى رفع الملك إلا برضا سيده، خرج منه ما لو كان القتل أو الجرح -

ص: ٤٧٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب ديات النفس حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

(الخيار إن كانت) الجنايه صدرت عن المملوك (خطأ بين فكّه بأقل الأمرين: من أرش الجنايه. و قيمته)، لأن الأقل إن كان هو الأرش فظاهر، و إن كانت قيمه فهي بدل من العين فيقوم مقامها و إلا لم تكن بدلا، و لا سبيل إلى الزائد، لعدم عقل المولى. و قيل: بأرش الجنايه مطلقا. و الأول أقوى (و بين تسليمه) إلى المجنى عليه أو وليه ليسترقه أو يسترق منه ما قابل جنايته.

(و فى العمد التخيير) فى الاقتصاص منه، أو استرقاقه (للمجنى عليه، أو وليه).

(و المدبر) فى جميع ذلك (كالقن) (١) فيقتل إن قتل عمدا حرا، أو عبدا، أو -بالعمد للنصوص، هذا من جهه و من جهه أخرى فلو أراد المولى فكّه فهل يفكه بأرش الجنايه بالغا ما بلغت أو بالأقل من أرش الجنايه و قيمته فيجرى الخلاف السابق و إن كان القول الثانى هو الأوفق.

(١) سواء كان عمدا أو خطأ أو كان قتلا أو جنايه أو كان المجنى عليه حرا أو عبدا، لكن وقع الكلام فى موردين:

الأول: إن المدبر لو جنى جنايه تستغرق قيمته و لم يفكه المولى و استرقه ولى الدم فهل يموت مولاه يعتق قضاء لحق التدبير أو يبطل التدبير لثبوت الجنايه فى حقه و انتقاله إلى ولى آخر، ذهب الشيخان إلى الأول، و ابن إدريس و عامه المتأخرين إلى الثانى و توقف المحقق فى الشرائع، و احتج الأولون بحسنه جميل بن دراج عن أبى عبد الله عليه السلام:

(قلت له: مدبر قتل رجلا من يضمن عنه؟ قال: يصلح عنه مولاه فإن أبى دفع إلى أولياء المقتول يخدمهم حتى يموت الذى دبره، ثم يرجع حرا لا - سبيل عليه) (١)، و احتج الآخرون بصحيح أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن مدبر قتل رجلا عمدا، قال: يقتل به، قلت: و إن قتل خطأ، قال: يدفع إلى أولياء المقتول فيكون لهم فإن شاءوا استرقوا و ليس لهم قتله، ثم قال: يا أبا محمد إن المدبر مملوك) (٢). و قد عرفت أن حكم المملوك هو الاسترقاق الدائم، و رجح صحيح أبى بصير لأن التدبير جائز كالوصيه فيبطل بما يوجب خروجه عن الملك كالبيع.

الثانى: على القول بعدم بطلان التدبير و الحكم بعقده بعد موت مولاه فهل يسعى فى -

ص: ٤٧٩

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

يدفع إلى ولي المقتول يسترقه، أو يفديه مولاه بالأقل كما مر.

ثم إن فداه، أو بقى منه شيء بعد أرش الجنايه بقى على تدبيره و إلا بطل.

و لو مات مولاه قبل استرقاقه و فكّه فالأقوى انعتاقه، لأنه لم يخرج عن ملكه بالجنايه فعلا، و حينئذ فيسعى في فكّ رقبتة من الجنايه إن لم توجب قتله حرا.

(و كذا المكاتب المشروط (١) و المطلق الذى لم يؤد شيئا) (٢) و لو أدى شيئا منها (٣) تحرر منه بحسابه، فإذا قتل حرا عمدا قتل به، و إن قتل مملوكا فلا قود -شئ لأولياء المقتول؟ قيل: لا لإطلاق حسنه جميل المتقدمه، و قال الشيخ: يسعى فى ديه المقتول إن كان حرا و فى قيمته إن كان عبدا، و قال الصدوق: يسعى فى قيمه نفسه لروايه هشام بن أحمد: (سألت أبا الحسن عليه السلام عن مدبر قتل رجلا خطأ؟ قال: أى شئ رويتم فى هذا الباب؟ قال: روينا عن أبى عبد الله عليه السلام أنه قال: نقل برمته إلى أولياء المقتول، فإذا مات الذى دبّره عتق، قال: سبحان الله فيطلّ دم امرئ مسلم، قلت: هكذا روينا، قال: غلطتم على أبى، نقل برمته إلى أولياء المقتول فإذا مات الذى دبّره استسعى فى قيمته) (١).

و قيل: يسعى فى أقل الأمرين من قيمه نفسه و من ديه المقتول إن كان حرا و قيمته إن كان عبدا جمعا بين الأدله.

و ذهب الشهيد الثانى على ما فى المسالك: إنه إذا استرقه ولى الدم بالفعل قبل موت مولاه بطل التدبير، و إلا عتق بموت مولاه و سعى بفك قيمته إذا كانت جنايته لا توجب قتلا و إلا لكان لولى الدم قتله و لو كان مدبرا.

(١) و هو الذى اشترط عليه مولاه أنه ردّ فى الرق إذا عجز عن دفع تمام مال المكاتبه، فهو كالقن له نفس الأحكام السابقه.

(٢) و هو الذى لم يشترط عليه مولاه الشرط السابق، إلا أنه لم يدفع شيئا فهو كالقن له نفس الأحكام السابقه.

(٣) من المكاتبه فيتحرر منه بمقدار ما دفع، و حينئذ فإن قتل عمدا من كان مثله مساويا له فى الحريه أو أزيد قتل به، و إن كان أقل منه كما لو قتل عبدا قنا فلا قتل لعدم التساوى و لكن تتعلق جنايته بذمته، فما يقابل نصيب الحريه يدفع بإزائها مالا و ما يقابل نصيب الرقيه كان ولى الدم بالخيار بين الاسترقاق منه بمقداره و بين الديه بحسب هذا المقدار، -

ص: ٤٨٠

و تعلقت الجنايه بما فيه من الرقيه مبعوضه (١)، فيسعى في نصيب الحريه، و يستوفى الباقي منه (٢)، أو يباع فيه.

و لو كان القتل خطأ فعلى الإمام (٣) بقدر ما فيه من الحريه و المولى بالخيار فى الباقي كما مر (٤)، سواء أدى نصف ما عليه فصاعداً أم لا و كذا القول فى كل مبعوض.

و لا يقتل المبعوض مطلقاً (٥) بمن اعتق منه أقل مما اعتق من الجانى كما لا -هذا فإذا فداه مولاه تبقى الكتابه بحالها و إذا دفعه إلى أولياء المقتول بطلت الكتابه فى هذا البعض من الرقيه، و هم بالخيار بين إبقائه فى مالهم و بين بيعه على الغير بمقدار ذلك البعض، و لو كان القتل خطأ فما يقابل نصيب الحريه تتحملة العاقله و مع عدمها فعلى الإمام، و ما يقابل نصيب الرقيه فيأتى فيه نفس الكلام السابق، و هذا ما عليه أكثر المتأخرين و تقتضيه القواعد، و فى بعض الأخبار دلالة عليه.

و فى المسأله أقوال آخر منها: أن المطلق لو أدى نصف ما عليه فهو و إن تحرر منه نصفه إلا أنه بمنزله الحر فيأخذ حكم الحر، فعلى العاقله و عند عدمها فعلى الإمام نصيب الجنايه مطلقاً عند الخطأ، و عليه عند العمد، ذهب إلى ذلك الصدوق و هو مذهب للشيخ فى الاستبصار، و مستندهما روايه على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: (و سألته عن المكاتب إذا أدى نصف ما عليه، قال: هو بمنزله الحر فى الحدود و غير ذلك من قتل و غيره) (١).

و منها: أن ما قابل نصيب الرقيه فعلى مولاه، و ما قابل نصيب الحريه فعلى الإمام، و هو مذهب الشيخ فى النهايه و اختاره ابن إدريس و هو قول الصدوق.

(١) أى تعلقت الجنايه بالنسبه بين الحريه و الرقيه، و لكل حكم.

(٢) أى يستوفى الباقي من الجنايه بمقدار الرقيه من العبد، و الاستيفاء إما باسترقاقه و إما بدفع مولاه، و لو امتنع المولى عن الدفع فيجوز بيعه بمقدار رقيته.

(٣) لأنه عاقلته عند فقدان الحر من عاقلته.

(٤) أى فالمولى بالخيار بالباقي من الجنايه المتعلق بمقدار رقيته، فإما أن يفكه بأقل الأمرين من قيمه هذا البعض و أرش ما تعلق به من الجنايه، و إما أن يدفعه إلى أولياء المقتول يسترقونه بمقدار جنايه الرقيه.

(٥) سواء تبعض بالكتابه أو غيرها، و المعنى لا يقتل بالذى هو أقل منه حريه و لا يقتل بالقن لعدم التساوى فى الحريه.

ص: ٤٨١

يقتل بالقرن، و يقتل بمن تحرر منه مثله أو أزيد. كما يقتل بالحر (١) (و لو قتل حر حرين (٢) فصاعدا فليس لهم) أى لأوليائهم (إلا قتله) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه» (٣) و لا- فرق بين قتله لهم جميعا و مرتبا. و لو عفا بعضهم فللباقى القصاص (٤).

(١) لتحقق التساوى.

(٢) فإن اجتمع أولياء المقتولين فى الاستيفاء فليس لهم إلا- نفسه، و ليس لهم مع قتله ديه حتى يكون قتله بنفس و الديه بنفس ثانيه، بلا خلاف للأخبار منها: صحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (و ليس يجنى أحد أكثر من جنايته على نفسه) (١).

و خبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه) ٢ خلافا لبعض العامة فأوجب الديه مع القتل و هو كما ترى.

و لو اصطالحوا كان لكل مقتول ديته لأنه لا يطل دم امرئ مسلم، ثم لو قتله الأولياء جميعا بأن تمكنوا من ضرب عنقه دفعه أو وكلوا من يقتله كان قتله استيفاء لحقهم، و لو بدر أى الوليين إلى قتله فقد استوفى حق الجميع سواء كان القاتل قد قتلها معا أو على التعاقب و سواء بدر ولى المقتول السابق أو اللاحق، نعم لو تشاح الأولياء فى البدار إلى قتله قدم ولى الأول، و إذا قتلها دفعه أو أشكل الأمر أقرع بينهم لأن القرعة لكل أمر مشكل.

و لو أراد أحد الوليين قتله دون الآخر فهل يستحق الآخر الديه من تركه المقتول قولان، أحدهما نعم كما عن ابنى الجنيدي و زهره و فخر المحققين و المقداد، لأنه لو لم تثبت الديه للثانى للزم طل دم امرئ مسلم و هو منهى عنه (٢)، و عن المشهور أن ليس للثانى ديه، لأن الأصل فى القصاص القتل و بعد قتل ولى أحد المقتولين له قد فات محل حق الثانى فلا ديه له حيثئذ لأن ديه العمد لا تثبت إلا صلحا و الصلح متوقف على وجود القاتل و هو منتف بقتل ولى أحدهما.

(٣) هذا و ارد عن أبى عبد الله عليه السلام فى خبر هشام بن سالم (٣) و ليس نبويا، نعم أورد ابن أبى جمهور الأحسائى هذا النبوى: (لا يجنى الجاني على أكبر من نفسه) (٤).

(٤) كأن كان الباقي ولى للمقتول أولا أو ثانيا.

ص: ٤٨٢

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١ و ١٠.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١٠.

٤- (٥) غوالى اللالكى ج ٢، ص ١٥٩، حديث ٤٤٠.

و هل لبعضهم المطالبة بالديه، و لبعض القصاص؟ وجهان. من ظاهر الخبر (١) و تعدد المستحق (٢)، و كذا (٣) في جواز قتله بواحد (٤) أما الأول، أو بالقرعة، أو تخيرا (٥) و أخذ الدية من ماله للباقيين. نعم لو بدر واحد منهم فقتله عن حقه استوفاه، و كان للباقيين الدية، لفوات محل القصاص إن قلنا بوجوبها (٦).

حيث يفوت و سيأتي. و ظاهر العبارة منع ذلك كله (٧) لتخصيصه (٨) حقهم بقتله.

(و لو قطع) الحر (يمين اثنين) حرين (٩) (قطع يمينه بالأول و يسراه بالثاني) (١) المتقدم لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه، و لازمه عدم ثبوت الدية للباقي.

(٢) لأنه مع عدم ثبوت الدية للباقي فيلزم طل دم امرئ مسلم.

(٣) أي الوجهان السابقان يأتيان.

(٤) إما المقتول الأول أو الذي أخرجه القرعة عند قتلها دفعه أو أشكل الأمر.

(٥) و التخيير للحاكم.

(٦) أي بوجوب الدية للباقيين حيث يفوت حمل القصاص و قد تقدم أنه قول ابن الجنيدي و جماعه.

(٧) أي منع ثبوت الدية في هذه التفاصيل.

(٨) لتخصيص المصنف.

(٩) قطع يمينه للأول، و يسراه للثاني بلا خلاف فيه لخبر حبيب السجستاني عن أبي جعفر عليه السلام: (سألته عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين، فقال: يا حبيب تقطع يمينه للذي قطع يمينه أولا، و تقطع يساره للرجل الذي قطع يمينه أخيرا، لأنه إنما قطع يد الرجل الأخير و يمينه قصاص للرجل الأول).

فقلت: إن عليا عليه السلام إنما كان يقطع اليد اليمنى و الرجل اليسرى، فقال: إنما كان يفعل ذلك فيما يجب من حقوق الله، فأما يا حبيب حقوق المسلمين، فإنه تؤخذ لهم حقوقهم في القصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يدان، و الرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد.

فقلت له: أو ما تجب عليه الدية و تترك له رجليه؟ فقال: إنما تجب عليه الدية إذا قطع يد رجل و ليس للقاطع يدان و لا رجلان فتمّ تجب عليه الدية لأنه ليس له جارحه يقاصّ منها (١).

ص: ٤٨٣

لتساوى اليدين فى الحقيقه، و إن تغايرا من وجه يغتفر عند تعذر المماثله من كل وجه، و لصحيحه حبيب (١) السجستاني عن أبى جعفر عليه السّلام فى رجل قطع يدين لرجلين اليمينين فقال عليه السّلام: «يا حبيب يقطع يمينه للذى قطع أولا و يقطع يساره للذى قطع يمينه أخيرا لأنه إنما قطع يد الرجل الأخير و يمينه قصاص للرجل الأول».

و لو قطع يد ثالث (٢) قيل: قطعت رجله لقوله عليه السّلام فى هذه الروايه:

(و الرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يدان. فقلت له: أما توجب له الديه و تترك رجله؟ فقال: إنما توجب عليه الديه إذا قطع يد رجل و ليس للقاطع يدان و لا رجلان. فثم توجب عليه الديه، لأنه ليس له جارحه يقاصّ منها و لأن المساواه الحقيقه لو اعتبرت لم يجز التخطى من اليمنى إلى اليسرى.

و قيل: ينتقل هنا إلى الديه، لفقده المماثل الذى يدل قوله تعالى: **أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ** (٣) عليه، و الخبر يدفع فقد التماثل (٤) و يدل على مماثله الرجل لليد شرعا و إن انتفت لغه و عرفا. نعم يبقى الكلام فى صحته (٥) فإن الأصحاب و صفوه بالصحه مع أنهم لم ينصوا على توثيق حبيب. و لعلهم أرادوا بصحته فيما عداه فإنهم كثيرا ما يطلقون ذلك (٦). و حينئذ (٧) فوجب الديه أجود. و أولى منه لو (١) لم ينص على توثيق حبيب فى كتب الرجال كما فى المسالك، و مع ذلك و صفت روايته بالصحه لوقوع الحسن بن محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه فى سندها، و لورودها فى الكتب الثلاثه و هذا ما يفيد الاطمئنان بصدورها.

(٢) فذهب المشهور إلى أنه تقطع رجله اليمنى، أما رجله فلخبر حبيب المتقدم: (و الرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد)، و أما كونها يميناً فللمماثل. و ذهب ابن إدريس إلى سقوط القصاص و ثبوت الديه لفوات المحل بعد قطع اليدين، و أما الرجل باليد فلا تماثل بينهما بخلاف اليدين بعد تضعيف الخبر لكون حبيب لم ينص على توثيقه.

(٣) المائده الآيه: ٤٥.

(٤) رد من الشارح على ابن إدريس.

(٥) أى صحه الخبر.

(٦) أو لوقوع الحسن بن محبوب فى مسنده و هو الأولى.

(٧) أى و حين عدم صحه خبر حبيب.

ص: ٤٨٤

قطع يد رابع و بعدها (١)، فالديه قطعاً.

(و لو قتل العبد حرين (٢) فهو لأولياء الثاني إن كان القتل) أى قتله للثاني (بعد الحكم به للأول) بأن اختار الأول استرقاقه قبل جنايته على الثاني، و إن لم (١) أى أولى بالديه بناء على عدم صحه الخبر، و عند المشهور تقطع رجله اليسرى للخبر و عند ابن إدريس تثبت الديه، نعم لو قطع يد خامس و هذا هو مراد الشارح بقوله «و بعدها» فلا جارحه له فلا بد من الديه و هذا ما نص عليه الخبر.

(٢) فإن قتلتهما دفعه واحده اشترك وليهما فيه بلا خلاف، و لو قتلتهما على التعاقب كان لأولياء الأخير كما ذهب إليه الشيخ فى النهايه، لانتقاله بالجنايه إلى ولى الأول، فإذا جنى الثانيه انتقل من الأول إلى الثانيه، و لخبر على بن عقبه عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن عبد قتل أربعة أحرار واحدا بعد واحد، قال: هو لأهل الأخير من القتلى إن شاءوا قتلوا و إن شاءوا استرقوا، لأنه إذا قتل الأول استحق أولياؤه، فإذا قتل الثاني استحق منهم فصار لأولياء الثاني، فإذا قتل الثالث استحق من أولياء الثالث فصار لأولياء الثالث، فإذا قتل الرابع استحق من أولياء الثالث فصار لأولياء الرابع، إن شاءوا قتلوا و إن شاءوا استرقوا)(١).

و ذهب المشهور حتى الشيخ فى الاستبصار إلى أنه لولى الثاني إن حكم الحاكم به للأول، و مع عدم الحكم فيشتركان فيه لصحيح زراره عن أبى جعفر عليه السلام: (فى عبد جرح رجلين قال: هو بينهما إن كانت الجنايه محيطه بثمانه، قيل له: فإن جرح رجلا- فى أول النهار و جرح آخر فى آخر النهار، قال: هو بينهما ما لم يحكم به الوالى فى المجروح الأول، فإن جنى بعد ذلك جنايه فإن جنايته على الأخير) ٢، و الخبر الأول ضعيف لوقوع الحسن بن أحمد بن سلمه فى سنده و هو لم يمدح و لم يذم، فضلا عن أنه غير معارض لصحيح زراره ضروره أن الجنايه لا توجب انتقاله و إنما هى سبب فى استحقاق الاسترقاق فلا بد أن يحكم الحاكم أنه لهم حتى يستحقونه فعلا أو يختارون الاسترقاق حتى يكون عبدا لهم فإذا جنى جنايه ثانيه فينتقل عنهم إلى أولياء المقتول الثاني على الخلاف بينهم، فذهب الشيخ فى الاستبصار إلى أن أولياء المقتول الأول لا يملكون العبد إلا- إذا حكم الحاكم، و ذهب المحقق و تبعه المشهور إلى أنه يكفى اختيار أولياء المقتول الأول لأن حكم الحاكم تبعا لاختياره و لذا جعل الخيار للولى بين الاسترقاق و القتل كما تقدم فى الكثير من النصوص.

ص: ٤٨٥

يحكم به حاكم لبراءته من الجنايه الأولى باسترقاقه لها (١) (و إلا) تكن جنايته على الثانى بعد الحكم به للأول (فهو بينهما).
تعلق حقهما معا به، و هو على ملك مالكة، و لصحيحه زراره عن الباقر عليه السلام فى عبد جرح رجلين، قال: «هو بينهما إن
كانت الجنايه تحيط بقيمته قيل له: فإن جرح رجلا فى أول النهار و جرح آخر فى آخر النهار؟ قال: هو بينهما ما لم يحكم الوالى
فى المجروح الأول. قال:

فإن جنى بعد ذلك جنايه؟ قال: جنايته على الأخير».

وقيل: يكون للثانى، لصيرورته لأولياء الأول بالجنايه الأولى فإذا قتل الثانى انتقل إلى أوليائه، و لروايه على بن عقبه عن الصادق
عليه السلام فى عبد قتل أربعة أحرار واحدا بعد واحد؟ قال: فقال: «هو لأهل الأخير من القتلى إن شاءوا قتلوه و إن شاءوا
استرقوه، لأنه إذا قتل الأول استحقه أولياؤه. فإذا قتل الثانى استحق من أولياء الأول فصار لأولياء الثانى. و هكذا و هذا الخبر مع
ضعف سنده يمكن حمله على ما لو اختار أولياء السابق استرقاقه قبل جنايته على اللاحق، جميعا بينه، و بين ما سبق. و كذا الحكم
لو تعدد مقتوله (٢).

(و كذا لو قتل عبيد) (٣) لمالكين يستوعب كل منهما قيمته (أو) قتل (حرا و عبدا) كذلك (٤) فإن مولى العبد ين يشر كان
فيه ما لم يسبق مولى الأول إلى (١) أى لئما رضى أولياء المقتول الأول الاسترقاق و قد استرقوه و أصبح عبدا لهم خرج من تبعه
الجنايه الأولى فلو جنى فيما بعد فيخرج عن ملكهم إلى ملك ولى المقتول الثانى.

(٢) أى كان أكثر من اثنين.

(٣) و كانت قيمه كل واحد منهما تستوعب قيمه القاتل، فإن كان القتل دفعه فلا إشكال فى اشتراك الموليين فى الحق قصاصا و
استرقاقا، و إن كان على التعاقب فهو لأولياء العبد الثانى إن حكم الحاكم أو اختار مولى الأول الاسترقاق، و إن لم يحكم الحاكم
و لم يختر المولى شيئا ثم جنى جنايه بعد جنايته الأولى فقد ذهب المشهور إلى تعلق الجنائتين برقبته و لا وجه لترجيح إحداهما
على الأخرى، و ذهب الشيخ فى المبسوط إلى تقديم الجنايه الأولى لسبق الاستحقاق، و فيه: إن سبق أحد السببين لا يوجب
ذلك لأن مجرد الجنايه لا توجب انتقاله عن ملك مالكة الأصلى ما لم يختار ولى الدم الاسترقاق و المفروض عدمه، و نفس
الحكم فيما لو قتل حرا و عبدا و كان قيمه العبد المقتول ظلما تستوعب قيمه القاتل.

(٤) أى تستوعب قيمته قيمه القاتل.

استرقاقه قبل جنايته على الثاني، فيكون لمولى الثاني و كذا ولي الحر و مولى العبد.

و لو اختار الأول المال (١) و رضى به المولى تعلق حق الثاني برقبته.

و قيل: يقدم الأول لأن حقه أسبق و يسقط الثاني، لفوات محل استحقاقه.

و الأول أقوى.

و منها التساوى فى الدين

(و منها التساوى فى الدين (٢). فلا- يقتل مسلم بكافر حربيا كان) الكافر (أم ذميا) و معاهدا كان الحربى أم لا (و لكن يعزر) القتال (بقتل الذمى و المعاهد) لتحريم قتلها (و يغرّم ديه الذمى) و يستفاد من ذلك (٣) جواز قتل الحربى بغير إذن (١) أى اختار الديه و لم يختر الاسترقاق و لا القتل، فالديه تثبت فى ذمه مولى العبد القتال فهى بحاجه إلى رضاه و يسقط حق الأول عن العبد، فلو جنى العبد فيما بعد جنايه كانت متعلقه برقبته.

(٢) أى و من شرائط القصاص التساوى فى الدين، فلا يقتل المسلم بالكافر مطلقا سواء كان حربيا أم ذميا أم مستأمنا، بلا خلاف فيه لقوله تعالى: **وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا (١)** و إثبات القصاص لو ارث الكافر إن كان كافرا سبيل واضح، و للأخبار منها: خبر محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: (لا يقاد مسلم بدمى فى القتل و لا فى الجراحات) (٢).

و عن بعض العامه و منهم أبو يوسف صاحب أبى حنيفة أنه يقتل به، و قد قال الشاعر فى ذلك:

يا قاتل المسلم بالكافر جرت و ما العادل كالجائر

يا من ببغداد و أطرافها من فقهاء الناس أو شاعر

جار على الدين أبو يوسف بقتله المسلم بالكافر

فاسترجعوا و ابكوا على دينكم و اصبروا فالأجر للصابر

نعم يعزر المسلم إن كان الذى قتله ممن يحرم قتله كالذمى و المستأمن، بخلاف الحربى منهم فإنه مهدور الدم فلا يعزر المسلم لو قتله عمدا و إن لم يستأذن الإمام عليه السلام، و كذلك يغرّم ديه الذمى بلا خلاف فى ذلك.

(٣) أى يستفاد من حصر التعزير بقتل الذمى و المعاهد أنه لو قتل الحربى فلا تعزير.

١- (١) النساء الآيه: ١٤١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٥.

الإمام، و إن توقف جواز جهاده عليه (١)، و يفرق بين قتله و قتاله جهادا، و هو كذلك، لأن الجهاد من وظائف الإمام (٢). و هذا يتم فى أهل الكتاب (٣) لأن جهادهم يترتب عليه أحكام غير القتل تتوقف على الحاكم، أما غيرهم فليس فى جهاده إلا القتل، أو الإسلام. و كلاهما لا- يتوقف تحقيقه على الحاكم لكن قد يترتب على القتل أحكام آخر مثل أحكام ما يغنم منهم و نحوه و تلك وظيفه الإمام أيضا.

(و قيل) (٤) - و القائل جماعات من الأصحاب منهم الشيخان، و المرتضى و المحقق، و العلامة فى أحد قوله، و المصنف فى الشرح (٥) مدعى الإجماع فإن (١) على إذن الإمام عليه السلام.

(٢) تعليل لاحتياج الجهاد لإذنه عليه السلام، بخلاف قتل الحربى فإنه ليس من وظائف الإمام عليه السلام.

(٣) أى كون جهادهم من وظائف الإمام، لأن جهادهم قد ينتهى إلى قبول الجزية و تعيين قدرها، و قد ينتهى إلى الإسلام، و قد ينتهى إلى القتال، و تعيين واحد منها بحاجه إلى الحاكم.

و أما جهاد غيرهم فهو دائر بين القتال و إسلامهم، و كلاهما غير متوقف على الحاكم، لأنهم إن أسلموا فهو و إلا فيجب القتال شرعا، نعم بعد قتالهم تترتب أحكام مثل تقسيم الغنيمه بينهم، و هى متوقفه على الحاكم إلا أنها أجنبيه عن أهل الجهاد الذى هو مفروض الكلام.

(٤) ما تقدم لا كلام فيه، و لكن لو قتل المسلم ذميا و كان معتادا على قتل الكفار فقد وقع الخلاف فى حكمه على أقوال:

الأول: يقتل قصاصا بعد أن يردّ أولياء المقتول فاضل ديه المسلم عن ديه الذمى، و إليه ذهب المشهور للأخبار منها: صحيح إسماعيل بن الفضل عن أبى عبد الله عليه السلام: (قلت له: رجل قتل رجلا من أهل الذمه، قال: لا يقتل به إلا أن يكون متعوّدا للقتل).

الثانى: إنه يقتل حدا لا قصاصا لإفساده فى الأرض و هو قول ابن الجنيّد و أبو الصلاح الحلبي.

الثالث: إنه لا يقتل به، و هو قول ابن إدريس، و تردد المحقق فى الشرائع و العلامة فى القواعد و الشهيد فى اللمعه، و النصوص المتقدم بعضها حجه على هذين القولين الأخيرين.

(٥) شرح الإرشاد.

المخالف ابن إدريس وقد سبقه الإجماع (١) - إنه (إن اعتاد قتل أهل الذمه اقتص منه بعد رد فاضل ديته).

و مستند هذا القول مع الإجماع المذكور: رواه إسماعيل بن الفضل عن الصادق عليه السلام «قال: سألته عن دماء المجوس، و اليهود، و النصرارى هل عليهم و على من قتلهم شىء إذا غشوا المسلمين و أظهروا العداوة لهم و الغش؟ قال: لا، إلا أن يكون متعودا لقتلهم، قال: و سألته عن المسلم هل يقتل بأهل الذمه و أهل الكتاب إذا قتلهم؟ قال: لا إلا أن يكون معتادا لذلك لا يدع قتلهم فيقتل و هو صاغر» (٢).

و أنه مفسد فى الأرض (٣) بارتكاب قتل من حرم الله قتله.

و العجب أن ابن إدريس احتج على مذهبه (٤) بالإجماع على عدم قتل المسلم بالكافر و هو استدلال فى مقابله الإجماع. قال المصنف فى الشرح: و الحق أن هذه المسألة إجماعية، فإنه لم يخالف فيها أحد سوى ابن إدريس و قد سبقه الإجماع، و لو كان هذا الخلاف مؤثرا فى الإجماع لم يوجد إجماع أصلا، و الإجماع على عدم قتل المسلم بالكافر يختص بغير المعتاد.

و أعجب من ذلك نقل المصنف ذلك (٥) قولاً مشعراً بضعفه، بعد ما قرره من الإجماع عليه، مع أن تصنيفه لهذا الكتاب بعد الشرح.

و احتج فى المختلف لابن إدريس بروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام قال: «لا يقاد مسلم بدمى» (٦) و أجاب (٧) بأنه مطلق فيحمل على المفصل (٨).

(١) فمخالفته لا تضر فلذا ادعى المصنف الإجماع، و أنت خير أن هكذا إجماع مبنى على قاعده اللطف، و قد حرر فى محله عدم حجتيه.

(٢) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ١.

(٣) دليل ثالث على قتل المسلم المتعود، و فيه: إن هذا الدليل يوجب قتله حدا بخلاف الدليلين السابقين فإنهما ظاهران فى قتله قصاصا من ناحيه رد فاضل الديه.

(٤) من عدم قتل المسلم بالذمى و إن كان معتادا.

(٥) أى قتل المسلم المتعود بالذمى كما فى اللمعه هنا.

(٦) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب القصاص فى النفس حديث ٥.

(٧) أى العلامه عن الاستدلال المذكور.

(٨) و هو خبر إسماعيل المتقدم.

و فيه (١): إنه (٢) نكره في سياق النفي فيعم، و معه (٣) يخص العام بالمخصص المفصل (٤)، و المناقشه لفظيه (٥). و الأقوى المشهور.

ثم اختلف القائلون بقتله، فمنهم من جعله قودا كالشيخ و من تبعه، فأوجبوا رد الفاضل من ديته.

و منهم من جعله حدا، لفساده، و هو العلامه في المختلف، و قبله ابن الجنيد و أبو الصلاح.

و يمكن الجمع بين الحكمين (٦) فيقتل لقتله و إفساده، و يرد الورثه الفاضل.

و تظهر فائده القولين (٧) في سقوط القود بعفو الولي، و توقفه على طلبه (٨) على الأول، دون الثاني. و على الأول (٩) ففي توقفه على طلب جميع أولياء المقتولين (١) أى في جواب العلامه.

(٢) أى خبر محمد بن قيس.

(٣) مع العموم.

(٤) فكيف جعله العلامه مطلقا محمولا على مقيده، بل عاما محمولا على مخصصه.

(٥) بل قد يطلق لفظ المطلق على العام في بعض الأحيان بحسب ما له من المعنى اللغوي.

(٦) و ظاهر الأخبار أن قتله قصاصا خصوصا خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا قتل المسلم النصراني، فأراد أهل النصراني أن يقتلوه قتلوه و أدوا فضل ما بين الديتين) المحمول على المتقود، فلو كان حدا فلا معنى لرد فاضل ديته و لا لكون قتله بيد أهل المقتول النصراني بل بيد الحاكم، هذا من جهة و من جهة أخرى فإذا ضعف القول بكونه حدا يظهر ضعف قول الشارح بالجمع بين الحكمين و لذا قال في الجواهر: «و من الغريب ما في الروضه من احتمال القول بالقتل حدا مع رد فاضل الدية، إذ هو - مع أنه إحداث قول يمكن دعوى الإجماع المركب على خلافه، و إن سبقه إليه الكركي في حاشيه الكتاب - غير واضح الوجه و مناف لما سمعته من النصوص».

(٧) فعلى القول بقتله قصاصا يسقط القتل بعفو الولي، و يتوقف القتل على طلبه، و على القول بكونه حدا فيجب قتله على كل حال و بيد الحاكم.

(٨) أى توقف القود على طلب الولي.

(٩) أى على القول بكون قتله قصاصا، فلا يقتل إلا إذا كان معتادا كما هو المفروض، و لازمه أنه قد قتل جماعه من الكفار حتى يصدق الاعتياد في حقه، و حينئذ فهل المعتبر طلب جميع أولياء المقتولين أو طلب ولي المقتول الأخير الذي قد قتله بعد الاعتياد،

أو الأخير خاصة وجهان، منشؤهما: كون قتل الأول جزء من السبب، أو شرطا فيه. فعلى الأول الأول، و على الثاني الثاني. و لعله أقوى.

و يتفرع عليه أن المردود عليه هو الفاضل عن ديات جميع المقتولين، أو عن ديه الأخير. فعلى الأول الأول أيضا و على الثاني الثاني.

و المرجع في الاعتیاد إلى العرف (١) و ربما يتحقق بالثانيه، لأنه مشتق من العود (٢) فيقتل فيها (٣)، أو في الثالثه. و هو الأجود، لأن الاعتیاد شرط في القصاص فلا بد من تقدمه على استحقاقه.

(و يقتل الذمی بالذمی) (٤) و إن اختلفت ملتتهما كاليهودی و النصرانی (و بالذمیه (٥) مع الرد) أى رد أولياؤها عليه فاضل ديته عن ديه الذمیه و هو نصف ديته (و بالعكس) (٦)...

وجهان مبنيان على أن الاعتیاد هل هو جزء في سبب قتله أو شرط، فإن قلنا إنه جزء السبب، فيكون قتل كل واحد منهم جزءا لأن جزء الجزء جزء فيكون القتل متوقفا على طلب الجميع.

و إن قلنا إنه شرط للسبب لأن السبب هو قتل الذمی بعد الاعتیاد، فالقتل حينئذ متوقفا على طلب ولي الأخير فقط. إلا أن ظاهر النصوص هو رضا ولي المقتول الأخير فقط.

(١) كما في كل لفظ ليس للشارع فيه مصطلح خاص.

(٢) و يتحقق العود بالثانيه فيجب قتله في الثالثه حينئذ.

(٣) أى في الثانيه، و هو ليس في محله لأن قتله بعد الاعتیاد.

(٤) و إن اختلفت ملتتهما، بلا خلاف فيه، لقوله تعالى: النَّفْسَ بِالنَّفْسِ (١) و لخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: يقتص اليهودی و النصرانی و المجوسی بعضهم من بعض، و يقتل بعضهم بعضا إذا قتلوا عمدا) (٢).

(٥) أى يقتل الذمی بالذمیه، بلا خلاف لنفس الأدله السابقه، بعد ردّ فاضل ديته على أوليائه، كما يقتل المسلم بالمسلمه بعد ردّ فاضل الديه على أوليائه.

(٦) أى تقتل الذمیه بالذمی، بلا خلاف فيه لنفس الأدله السابقه، و لا يستحق ولي المقتول -

ص: ٤٩١

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٨ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

تقتل الذميه بالذمي مطلقا (١) (و ليس عليها غرم) كالمسلمه إذا قتلت بالمسلم، لأن الجاني لا يجنى على أكثر من نفسه.

و يقتل الذمي بالمسلم (٢) و يدفع ماله) الموجود على ملكه حاله القتل (٣) - ظلما إذا أراد القتل إلا نفس الجاني لما ورد في خبر هشام بن سالم: (لا يجنى الجاني على أكثر من نفسه) (١).

(١) أى بدون رد.

(٢) لو قتل الذمي مسلما عمدا، رفع القاتل و ماله إلى أولياء المقتول، و هم مخيرون بين قتله و استرقاقه على المشهور، و يدل عليه خبر ضريس الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام: (في نصراني قتل مسلما فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، قيل: و إن لم يسلم، قال: يدفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوا، و إن شاءوا عفوا، و إن شاءوا استرقوا، قيل: و إن كان معه عين - مال - قال: دفع إلى أولياء المقتول هو و ماله) (٢).

بلا- فرق في ماله بين المساوي لفاضل ديه المسلم و الزائد عليه لعموم الأخبار خلافا للصدوق من جواز الأخذ من ماله بمقدار التفاوت بين ديه المسلم و الذمي، و لا فرق بين كون المال مما ينقل و غيره للإطلاق.

هذا و قد وقع الخلاف بين المشهور في أن أخذ ماله هل لكونه قد خرج عن الذمه بقتله المسلم عمدا، و لما خرج صار حريبا فيجوز قتله أو استرقاقه و أخذ ماله كما ذهب إليه الفاضل الهندي و ابن زهره و غيرهما، أو أن جواز الأخذ لماله لكونه حكما لقتله المسلم كما هو ظاهر النص المتقدم، و إلا لو كان أخذ ماله لكونه خارجا عن الذمه لجاز لغير أولياء المقتول أخذ ماله و هو على خلاف الفتوى و النص، و ذهب ابن إدريس إلى عدم جواز أخذ ماله إن أرادوا قتله، نعم إن استرقوه فهو و ماله لأولياء المقتول لأن العبد و ما يملك لمولاه.

و وقع الخلاف بينهم أيضا في استرقاق ولده الصغار، فذهب المفيد و سلالر و ابن حمزه إلى استرقاقهم للتبعيه لأبيهم المسترق لأنه صار حريبا بقتله المسلم و الحربى يجوز استرقاقه هو و أولاده الصغار، و غيرهم على العدم و لا يجوز استرقاقهم لاستصحاب حریتهم و لمنع التبعيه لأن جنايه الأب لا- تتخطاه إذ لا- تزر وازره و زر أخرى و لخلو النص المتقدم عن ذلك مع أنه في مقام البيان، و مما تقدم تعرف أنه لم يخرج عن أحكام الذمه فيبقى أولاده كذلك.

(٣) ظاهره حال الجنايه مع أن ظاهر النصوص أن يدفع هو و ماله حال القصاص.

ص: ٤٩٢

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١٠.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٩ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

(و ولده الصغار) غير المكلفين (١) (إلى أولياء المسلم) على وجه الملك (على قول) الشيخ المفيد و جماعه، و ربما نسب إلى الشيخ أيضا. و لكن قال المصنف في الشرح: إنه لم يجده في كتبه.

و إنما نسب الحكم إلى القول، لعدم ظهور دلالة عليه، فإن روايه ضريس التي هي مستند الحكم خاليه عن حكم أولاده، و أصاله حريتهم لانعقادهم عليها.

و عموم: «لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» (٢) ينفيه. و من ثم رده ابن إدريس و جماعه.

و وجّه القول بأن الطفل يتبع أباه فإذا ثبت له الاسترقاق شاركه فيه، و بأن المقتضى لحقن دمه و احترام ماله و ولده: هو التزامه بالذمه و قد خرقتها بالقتل فيجرى عليه أحكام أهل الحرب.

و فيه: إن ذلك يوجب اشتراك المسلمين فيهم، لأنهم فيء أو اختصاص الإمام عليه السلام بهم، لا اختصاص أولياء المقتول.

و الأجود: الاقتصار على ما اتفق عليه الأصحاب و وردت به النصوص من جواز قتله، و العفو، و الاسترقاق له، و أخذ ماله.

(و للولى استرقاقه إلا أن يسلم) قبله (٣) (فالقتل لا غير) لامتناع استرقاق المسلم ابتداء، و أخذ ماله باق على التقديرين (٤).

(١) لأن المكلف يخرج عن تبعيه أبويه، فلو أسلم أو كفر يترتب عليه حكمه و إن كان على خلاف ما ذهب إليه أبواه.

(٢) الأنعام الآية: ١٦٤.

(٣) أى قبل الاسترقاق فيتعين إما القتل و إما العفو، بلا إشكال فيه و لا خلاف و يدل عليه حسنه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى نصرانى قتل مسلما فلما أخذ أسلم، قال: اقتله به، قيل: فإن لم يسلم قال يدفع إلى أولياء المقتول هو و ماله) (١) و خبر ضريس المتقدم.

(٤) أسلم أو لم يسلم، غاية مع عدم الإسلام يؤخذ ماله و يسترق، و فيه: إن جواز أخذ ماله مبنى على فرض عدم إسلامه كما نص عليه الخبر فإذا أسلم فلا يجوز أخذ ماله لأنه لا -

ص: ٤٩٣

(و لو قتل الكافر مثله ثم أسلم القاتل (١) فالديه) عليه لا غير (إن كان المقتول ذميا)، لامتناع قتل المسلم بالكافر في غير ما استثنى (٢)، و لو كان المقتول الكافر غير ذمي (٣) فلا قتل على قاتله مطلقا، و لا ديه.

(و ولد الزنا (٤) إذا بلغ و عقل و أظهر الإسلام مسلم يقتل به و ولد الرشيدة) بفتح الراء و كسرهما: خلاف و ولد الزنا، و إن كان لشبهه، لتساويهما في الإسلام، و لو قتله قبل البلوغ لم يقتل به. و كذا لا يقتل به المسلم مطلقا (٥) عند من يرى أنه كافر و إن أظهر الإسلام.

(و يقتل الذمي بالمرتد) (٦) فطريا كان أم مليا. لأنه محقون الدم بالنسبه إليه، لبقاء علقه الإسلام (٧)، و كذا العكس على الأقوى (٨) لتساويهما في أصل الكفر، -يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس، نعم يتعين قتله قصاصا و هذا اقتصر عليه خبرا ضريس و ابن سنان.

(١) فلا يقتل به لعدم المساواه، بلا خلاف و لا إشكال، و يلزم القاتل الديه إذا كان المقتول ذا ديه، و أما إذا كان حربيا فلا شيء على القاتل لجواز قتل الحربى كما تقدم.

(٢) من صورته الاعتیاد.

(٣) أى كان حربيا فلا شيء على قاتله سواء كان قاتله مسلما أو لا، معاهدا أو ذميا، و لا شيء عليه من قتل أو ديه لأن الحربى مهدور الدم.

(٤) فلو قتل و ولد الزنا و ولد الرشيدة، فإنه يقتل به لتساويهما في الإسلام، نعم من حكم بكفره و أنه أظهر الإسلام لا يقتله به لعدم التساوى، و بناء على الأول فلا بد من اشتراط البلوغ و العقل فى و ولد الزنا حين القتل العمدى ليكون مسلما ذا تكليف، و أما ما قبل البلوغ و الإسلام فهو ليس بمسلم إلا بالتبعيه و المفروض أنه منفى شرعا عمن تولد منه أبا و أما.

(٥) سواء كان قبل البلوغ أو بعده فلا يقتل المسلم به عند من يحكم بكفره بعد البلوغ كابن إدريس.

(٦) و لو كان المرتد عن فطره، بلا خلاف و لا إشكال، لأن المرتد محقون الدم بالنسبه إليه فيندرج تحت عموم أدله القصاص و إن كان مباح الدم بالنسبه للمسلمين.

و عن الشافعيه أنه لا يقتل به لأنه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كما لا يجب القصاص بقتل الذمي حربيا.

(٧) و لذا يجب عليه قضاء ما فاته من العبادات حال الرده.

(٨) أى يقتل المرتد بالذمي، فقد تردد العلامة فى القواعد بقتله، لأن المرتد متحرم بالإسلام -

كما يقتل اليهودى بالنصرانى، أما لو رجع الملى إلى الإسلام فلا قود، و عليه ديه الذمى.

(و لا يقتل به المسلم) (١) و إن أساء بقتله، لأن أمره إلى الإمام عليه السّلام (و الأقرب: أن لا ديه) للمرتد مطلقا (٢) بقتل المسلم له (أيضا) لأنه بمنزله الكافر (٣) الذى لا ديه له، و إن كان قبل استتابه الملى (٤)، لأن مفارقتة للكافر بذلك (٥) لا يخرججه عن الكفر، و لأن مقدر الديه شرعى فيقف ثبوتها على الدليل - و لذا يجب عليه قضاء ما فاته حال الرده، و كذلك يمنع أن يرثه الذمى و لا يجوز استرقاقه و يمنع أن ينكح الذميه و هذه اللوازم كاشفه عن أنه أشرق من الذمى و أن الذمى أسوأ حالا منه، فلا يقتل به لعدم التساوى فى الدين.

و ذهب العلامة فى التحرير و الإرشاد و الشيخ فى الخلاف و المبسوط و المحقق فى الشرائع و غيرهم إلى أن المرتد يقتل بالذمى للتساوى فى الكفر كما يقتل اليهودى بالنصرانى لأنهما من مله واحده باعتبار أن الكفر مله واحده.

نعم لو رجع المرتد إلى الإسلام فلا يقتل بالذمى و إن صدرت الجنايه حال رده لعموم (لا يقاد مسلم بدمى) (١)، و لكن عليه ديه الذمى.

(١) أى لو قتل المسلم مرتدا فلا يقتل به قطعا بلا خلاف و لا إشكال لعدم التساوى فى الدين.

و وقع الخلاف فى الديه، فعن المحقق و العلامة أنه لا ديه على المسلم لأن المرتد مباح الدم، و إن كان قتله إلى الإمام فقتله من دون إذنه يوجب إثما و لا يوجب ديه. و يحتمل وجوب الديه لأنه محقون الدم بالنسبه إلى غير الإمام، و هو ضعيف لأن الإمام لا يقتله بعنوان حق خاص بل لكونه مباح الدم، غايته اشتراط إذن الإمام لعدم لزوم الهرج و المرج لو جوزنا القتل بدون إذنه.

(٢) فطريا كان أو مليا.

(٣) استدلل الشارح على عدم وجوب الديه بقتل المرتد بدليلين:

الأول: إن المرتد كافر فيأخذ حكمه، و الكافر لا ديه له إلا ما خرج بالدليل كالذمى.

الثانى: إن الديه تقدير شرعى لا تثبت إلا بدليل، و المفروض عدمه فتمسك بالبراءه.

(٤) لأنه كافر حينئذ، و لا ديه لكافر.

(٥) أى بالاستتابه.

ص: ٤٩٥

الشرعى و هو منتف، و يحتمل وجوب ديه الذمى (١) لأنه أقرب منه إلى الإسلام.

فلا أقل من كون ديته كديته، مع أصالة البراءة من الزائد. و هو ضعيف (٢).

و منها انتفاء الأبوه

(و منها انتفاء الأبوه (٣) - فلا يقتل الوالد و إن علا (٤) بابنه) و إن نزل لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: «لا يقاد لابن من أبيه» (٥) و البنت كالابن إجماعاً، أو بطريق أولى (٦)، و فى بعض الأخبار عن الصادق عليه السلام: «لا يقتل والد بولده و يقتل الولد (١) أى و يحتمل وجوب ديه المرتد، و قد تقدم دليله مع تضعيفه، غايته أن ديه المرتد هى ديه الذمى و ذلك لأن المرتد أشرف حالاً من الذمى لبقاء علقه الإسلام فيه فتثبت ديه الذمى فى حقه قطعاً و الزائد مشكوك نفيه بالبراءة.

(٢) أى احتمال الديه.

(٣) أى و من شرائط القصاص أن لا يكون القاتل أباً للمقتول، فلو قتل الوالد ولده لا يقتل به بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح حمران عن أبى عبد الله عليه السلام: (لا يقاد والد بولده، و يقتل الولد إذا قتل والده عمداً) (١).

و صحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يقتل ابنه أ يقتل به، قال:

(لا) ٢.

و خبر الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام: الفضيل (لا يقتل الرجل بولده إذا قتله، و يقتل الولد بوالده إذا قتل والده) ٣.

نعم على الوالد كفاره القتل و هى كفاره الجمع لعموم أدلتها، و يعزره الحاكم بما يراه لخبر جابر عن أبى جعفر عليه السلام (فى الرجل يقتل ابنه أو عبده، قال: لا يقتل به و لكن يضرب ضرباً شديداً و ينفى عن مسقط رأسه) (٢) و هو محمول على ما لو رآه الحاكم مصلحه.

(٤) أى الجد و أبيه و هكذا، كما صرح به غير واحد بناء على إطلاق لفظ الأب عليهم لغه و عرفاً، و تردد المحقق فى ذلك و اقتصر على الأب الأدنى لكونه المتبادر من النصوص.

(٥) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب القصاص حديث ١١، و الحديث: (يا على لا يقتل والد بولده).

(٦) فالوالد لا يقتل بالابن مع أنهما ذكران، فعدم قتله بالبنت مع أن ديتها نصف ديه الذكر أولى.

ص: ٤٩٤

بوالده» (١) و هو شامل للأثنى و علل أيضا (٢) بأن الأب كان سببا في وجوب الولد، فلا يكون الولد سببا في عدمه، و هو لا يتم في الأم.

(و يعزر) الوالد بقتل الولد (و يكفر، و تجب لديه) لغيره من الورثة (٣) (و يقتل باقى الأقارب (٤) بعضهم ببعض كالولد بوالده، و الأم بابنها) و الأجداد من قبلها (٥)، و إن كانت لأب، و الجدات مطلقا (٦)، و الأخوة و الأعمام، و الأخوال و غيرهم.

و لا فرق في الوالد بين المساوى لولده في الدين و الحريه، و المخالف فلا يقتل الأب الكافر بولده المسلم، و لا الأب العبد بولده الحر للعموم و لأن المانع شرف الأبوه. نعم لا يقتل الولد المسلم بالأب الكافر، و لا الحر بالعبد، لعدم التكافؤ.

و منها كمال العقل

(و منها كمال العقل (٧) - فلا- يقتل المجنون بعقل و لا- مجنون) سواء كان (١) و هو خبر الفضيل الآخر، غير الخبر المتقدم، الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٤.

(٢) أى علل عدم قتل الوالد بولده، لأنه سبب في وجود الولد فلا يحسن أن يصير الولد سببا في عدم الوالد، و هذا التعليل من العامه و هو منقوض بالأم، فالأم سبب في وجود الولد مع أنها تقتل به بلا خلاف فيه بيننا لعموم ما دلّ على القصاص، و عدم المخصص إذ الأخبار أخرجت الأب فقط.

و عن الإسكافي منا و العامه أنها لا تقتل به قياسا على الأب و هو مردود لحرمة القياس.

(٣) لأن القتل مانع من الإرث كما تقدم في كتاب الإرث، و لديه من جمله مال المقتول.

(٤) بلا خلاف لعموم أدله القصاص و عدم شمول المخصص إلا للأب، و خالف الإسكافي منا و العامه فاستثنوا الجدات قياسا على الأجداد.

(٥) أى من قبل الأم، و إن كانت الأجداد من قبلها من ناحيه أبيها.

(٦) جدات لأم أو لأب.

(٧) أى و من شرائط القصاص كمال العقل، فلا يقتل المجنون لو قتل عاقلا بلا خلاف، لحديث رفع القلم، و لأخبار خاصه في المقام منها: صحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام:

(كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمدا) (١).

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العقلة من كتاب الديات حديث ١.

الجنون دائما أم أدوارا إذا قتل حال جنونه (و الدية) ثابتة (على عاقلته)، لعدم قصده القتل فيكون كخطأ العاقل، و لصحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: «كان أمير المؤمنين عليه السلام يجعل جنايه المعتوه على عاقلته خطأ كان أو عمدا».

و كما يعتبر العقل في طرف القاتل كذا يعتبر في طرف المقتول (١). فلو قتل العاقل مجنونا لم يقتل به، بل الدية إن كان القتل عمدا، أو شبهه و إلا فعلى العاقله (٢). نعم لو صال المجنون عليه و لم يمكنه دفعه إلا بقتله فهدر (٣).

و خبر إسماعيل بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن محمد بن أبي بكر كتب إلى أمير المؤمنين عليه السلام يسأله عن رجل مجنون قتل رجلا عمدا، فجعل الدية على قومه، و جعل خطأه و عمده سواء) (١).

و الأخبار مطلقه سواء كان المقتول مجنونا أو عاقلا و سواء كان القاتل مجنونا مطبقا أو أدواريا بشرط صدور الفعل منه حال الجنون.

(١) فلا- يقتل العاقل بالمجنون بلا خلاف فيه، لصحيح أبي بصير: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قتل رجلا مجنونا، قال: إن كان المجنون أراد فدفعه عن نفسه فلا شيء عليه من قود و لا دية، و يعطى ورثته الدية من بيت مال المسلمين، و إن كان قتله من غير أن يكون المجنون أراد فلا- قود لمن لا- يقاد منه، و أرى أن على قاتله الدية في ماله يدفعها إلى ورثته المجنون و يستغفر الله (عز و جل) و يتوب إليه) (٢).

(٢) بلا خلاف في كل ذلك و لا إشكال و يقتضيه الخبر المتقدم و القواعد.

(٣) ظاهره أنه لا دية له و هو المشهور، و عن المفيد و ابن سعيد أن الدية من بيت مال المسلمين لخبر أبي بصير المتقدم و لخبر أبي الورد: (قلت لأبي عبد الله عليه السلام أو لأبي جعفر عليهما السلام: أصلحك الله، رجل حمل عليه رجل مجنون فضربه المجنون ضربه، فتناول الرجل السيف من المجنون فضربه فقتله، فقال: أرى أن لا يقتل به و لا يغرم ديته و تكون ديته على الإمام، و لا يبطل دمه) (٣) و قد أعرض المشهور عن الذيل الموجب للدية على الإمام، لأن المجنون محارب، و دفع المحارب لا يوجب دية إن توقف على قتله كما تقدم في مسأله المحارب.

ص: ٤٩٨

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العاقله من كتاب الديات حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٢.

(و لا- يقتل الصبي ببالغ) و لا صبي (١) (بل تثبت لديه على عاقلته) بجعل عمدته خطأ محضاً إلى أن يبلغ و إن مَيَّز، لصحيحه محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام قال: «عمد الصبي و خطؤه واحد» و عنه (٢) أن علياً عليه السَّلام كان يقول: «عمد الصبيان خطأ تحمله العاقله» و اعتبر في التحرير مع البلوغ الرشد و ليس بواضح (٣).

(و يقتل البالغ بالصبي) (٤)...

و فيه: يحتمل الفرق بين المحارب العاقل و المجنون و يكفي في إثباته هذان الخبران واحدهما صحيح.

(١) لأن البلوغ شرط في القصاص بلا خلاف، لحديث رفع القلم و لأخبار خاصه منها:

صحيح محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (عمد الصبي و خطؤه واحد) (١).

و خير إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السَّلام: (أن علياً عليه السَّلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله) ٢.

و عن الشيخين و الصدوقين أنه يقتص منه إذا بلغ خمسة أشبار لروايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السَّلام: (إن أمير المؤمنين عليه السَّلام سئل عن رجل و غلام اشتركا في قتل رجل، فقال: إذا بلغ الغلام خمسة أشبار اقتص منه، و إن لم يكن قد بلغ خمسة أشبار قضى بالديه) ٣.

و عن الشيخ في النهايه و المبسوط و الاستبصار أنه يقتص منه إذا بلغ عشرة، اعتماداً على روايه تدل على ذلك، و قد اعترف في الجواهر بعدم عثوره عليها و قال: «إنه لم نظفر بها مسنده كما اعترف به غير واحد من الأساطين». نعم في روايه سليمان بن حفص و الحسن بن راشد عن العسكري عليه السَّلام: (إذا بلغ ثمان سنين فجازز أمره في ماله و قد وجبت عليه الفرائض و الحدود) (٢) إلا أنه لا عامل بها.

و قال الشارح في المسالك: «و الحق أن هذه الروايات مع ضعف سندها شاذه مخالفه للأصول الممهده، بل لما أجمع عليه المسلمون إلا ما شدَّ فلا يلتفت إليها».

(٢) عن أبي عبد الله عليه السَّلام.

(٣) قال في الجواهر: «لا وجه له إلا أن يريد به كمال العقل لا الرشد بالمعنى المصطلح».

(٤) وفاقاً للمشهور، و هو المذهب كما في المسالك، و لم يخالف إلا أبو الصلاح.

ص: ٤٩٩

٢- (٤) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

على أصح القولين، لعموم «الْأَنْفَسِ بِالْأَنْفَسِ» (١) و أوجب أبو الصلاح في قتل البالغ (٢) الذي كالمجنون لاشتراكهما في نقصان العقل، و يضعف بأن المجنون خرج بدليل خارج و إلا كانت الآية متناوله له بخلاف الصبي مع أن الفرق بينهما متحقق.

(و لو قتل العاقل) من يثبت عليه بقتله القصاص (ثم جنّ (٣) اقتصر منه) و لو حاله الجنون، لثبوت الحق في ذمته عاقلا فيستصحب كغيره من الحقوق.

و منها أن يكون المقتول محقون الدم

(و منها أن يكون المقتول محقون الدم) (٤) أي غير مباح القتل شرعا (فمن أباح) - و مستند المشهور عموم أدله القصاص و لمرسل بن فضال عن أبي عبد الله عليه السلام: (كل من قتل شيئا صغيرا أو كبيرا بعد أن يتعمد فعله القود) (١)، و هو منجبر بعمل الأصحاب.

و مستند أبي الصلاح قد اختلف فيه، فعن كشف اللثام لم نظفر له بمستند، و في المسالك أن الدليل هو قياسه على العاقل لو قتل مجنونا لاشتراكهما في نقص في العقل، و ردّ أنه قياس لا نقول به بالإضافة إلى وجود الفارق و هو أن الصبي عنده عقل بخلاف المجنون.

و الحق أن المستند هو التعليل في خبر أبي بصير المتقدم في قتل المجنون حيث ورد فيه:

(فلا قود لمن لا يقاد منه) (٢) و هو عام يشمل المجنون و الصبي فلا يكون استدلاله قياسا.

(١) المائدة الآية: ٤٥.

(٢) من باب إضافة المصدر إلى فاعله، و المفعول هو الصبي.

(٣) لم يسقط القود بلا خلاف، سواء ثبت القتل بالبينة أو بالإقرار للاستصحاب، و لخبر بريد العجلي: (سئل أبو جعفر عن رجل قتل رجلا عمدا فلم يقم عليه الحد و لم تصح الشهادة حتى خولط و ذهب عقله، ثم إن قوما آخرين شهدوا عليه بعد ما خولط أنه قتله).

فقال: إن شهدوا عليه أنه قتله حين قتله و هو صحيح ليس به عله من فساد عقل قتل به، و إن لم يشهدوا عليه بذلك و كان له مال يعرف دفعت إلى ورثه المقتول الذي من مال القاتل، و إن لم يترك مالا- أعطى الذي من بيت المال، و لا- يبطل دم امرئ مسلم) (٣)، و عن بعض العامة المنع من الاقتصاص منه ما دام مجنونا.

(٤) أي و من شرائط القصاص أن يكون المقتول محقون الدم بالنسبة للقاتل، و هو احتراز عن-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٨ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

(الشرع قتله) لزناء، أو لواط، أو كفر (لم يقتل به) قاتله و إن كان بغير إذن الإمام، لأنه مباح الدم فى الجملة و إن توقفت المباشرة على إذن الحاكم فىأثم بدونه خاصة.

و الظاهر عدم الفرق بين استيفائه (١) بنوع القتل الذى عينه الشارع كالرجم و السيف، و غيره لاشتراك الجميع فى الأمر المطلوب شرعا و هو إزهاق الروح.

(و لو قتل من وجب عليه قصاص غير الولى قتل به) لأنه محقون الدم بالنسبه إلى غيره (٢).

القول فى ما يثبت به القتل و هو ثلاثة

إشاره

(القول فى ما يثبت به القتل) (و هو ثلاثة (٣): الإقرار به، و البيه عليه، و القسامه) بفتح القاف و هى الأيمان يقسم على أولياء الدم. قاله الجوهري.

فى الإقرار

(فالإقرار يكفى فيه المره) (٤)، لعموم «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» و هو -مباح الدم شرعا كالمرتد و الزانى و اللائط و من ثبت عليه الحد، فإن قتله لا- يوجب القصاص على القاتل و إن كان آثما لكونه بغير إذن الإمام، فلا قود على القاتل لأن المقتول مباح الدم فى الجملة.

(١) أى استيفاء القتل الذى أباحه الشارع.

(٢) أى غير ولى الدم، فىكون قتله عدوانا موجبا للقصاص.

(٣) حصره بالثلاثة مما لا خلاف فيه و لا إشكال، و سيأتى دليل كل واحد منها.

(٤) وفاقا للأكثر لعموم (إقرار العقلاء على أنفسهم جائز) (١)، و لخبر الحسن بن صالح:

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وجد مقتولا، فجاء رجلان إلى وليه، فقال أحدهما:

أنا قتلته عمدا، و قال الآخر: أنا قتلته خطأ، فقال: إن هو أخذ بقول صاحب العمد فليس له على صاحب الخطأ سبيل، و إن أخذ بقول صاحب الخطأ فليس له على صاحب العمد سبيل) (٢)، الظاهر منه قبول الإقرار مره واحده، و مثله غيره من الأخبار.

و ذهب الشيخ و ابنا إدريس و البراج و يحيى بن سعيد و الطبرسى إلى أنه يشترط فيه التعدد،-

- ١- (١) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب الإقرار حديث ٢.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب دعوى القتل حديث ١.

يتحقق بالمره حيث لا دليل على اعتبار التعدد.

وقيل: تعتبر المرتان و هو ضعيف (و يشترط فيه أهليه المقر) (١) بالبلوغ و العقل (و اختياره و حرته) فلا عبره بإقرار الصبي و المجنون و المكره و العبد ما دام رقا و لو بعضه، إلا- أن يصدقه مولاه فالأقرب القبول (٢) لأن سلب عبارته هنا إنما كان لحق المولى حيث كان له نصيب فى نفسه فإذا وافقه زال المانع. مع وجود المقتضى و هو: قبول إقرار العقلاء على أنفسهم.

و وجه عدم القبول مطلقا (٣): كونه مسلوب أهليه الإقرار كالصبي -عملا- بالاحتياط فى الدماء، و لأنه لا ينقص عن الإقرار بالسرقه الذى يشترط فيه التعدد ففيه أولى.

و ردّ بأن الاحتياط معارض بالاحتياط بعدم بطلان دم امرئ مسلم، و عن الثانى أنه قياس لا نقول به.

(١) أى و يشترط فى المقر أهليه المقر من البلوغ لسلب عبارته الصبى شرعا لحديث رفع القلم، و من العقل لحديث رفع القلم، و من الاختيار لحديث الرفع، و عليه فلا عبره بإقرار الصبى و إن كان مراهقا و لا المجنون و لا المكره و لا الساهى و الغافل و النائم و السكران.

و يشترط فى المقر الحريه، فلا- عبره بإقرار العبد لأنه إقرار فى حق المولى مع أن الإقرار نافذ فى حق نفسه، و لخبر أبى محمد الوابشى عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن قوم ادعوا على عبد جنايه تحيط برقبته فأقر العبد بها، فقال: لا يجوز إقرار العبد على سيده) (١) و لا- فرق فى العبد بين القن و أم الولد و المدبر و المكاتب، و إن اعتق بعضه، نعم مع عتق البعض ينفذ إقراره بمقدار نصيبه من الحريه لكن لا يقاد منه، بل تؤخذ الديه منه بحساب حريته.

(٢) لوجود المقتضى و عدم المانع، أما الأول فهو ثبوت الإقرار، و أما الثانى فلأن المانع هو كونه فى حق الغير، و مع تصديق المولى فيكون قد أذن السيد لعبد بالتصرف فى نفسه.

(٣) سواء صدقه المولى أو لا، و هو ليس قولاً لأحد، و إنما هو احتمال و قد وجهه الشارح من كون العبد مسلوب عبارته كالصبى فأقراره كالعدم، هذا فضلا عن أن تصديق المولى لا أثر له إذ ليس للمولى قطع العبد أو جرحه فكيف يكون تصديق المولى إقرارا فى حق عبده الموجب لقطعه.-

ص: ٥٠٢

و المجنون، لأن العبودية صفة مانعه منه كالصبا، ولأن المولى ليس له تعلق بدم العبد، وليس له جرحه، ولا قطع شيء من أعضائه فلا يقبل مطلقاً.

و لا فرق في ذلك بين القن و المدبر، و أم الولد، و المكاتب و إن اعتق بعضه كمطلق المبعوض (١). نعم لو أقر بقتل يوجب عليه الدية لزمه منها بنسبه ما فيه من الحرية، و لو أقر بالعمد (٢) ثم كمل عتقه اقتص منه لزوال المانع.

(و يقبل إقرار السفية و المفلس بالعمد) (٣)، لأن موجبه القود و إنما حجر عليهما في المال فيستوفى منهما القصاص في الحال.

(و لو أقر بالخطأ (٤) الموجب للمال على الجاني لم يقبل من السفية) مطلقاً (٥) (و يقبل من المفلس) لكن لا يشارك المقر له الغرماء على الأقوى و قد تقدم في بابه.

(و لو أقر واحد بقتله عمداً، و آخر بقتله خطأ تخير الولي) (٦) في تصديق من -و في الدليلين ضعف لأنهما على خلاف ظاهر خبر الوابشى المتقدم من كون المنع من نفوذ إقرار العبد لكونه في حق سيده، و هذا يقتضى أن إقراره يقتضى النفوذ لو لا المانع، فإذا صدقه المولى فيرتفع المانع فلا بد أن يؤثر المقتضى أثره.

(١) و إن كان تبعضه ليس بالمكاتبه، كما لو كان مشتركاً بين اثنين و أعتق أحدهما نصيبه منه.

(٢) أى لو أقر المبعوض بالعمد ثم كمل عتقه بعد إقراره، فينفذ إقراره في حقه لوجود المقتضى من الإقرار، و عدم المانع لارتفاع حق الغير فيه بارتفاع العتق.

(٣) أى يقبل إقرار المحجور عليه بالقتل العمدى، لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف المالى و موجب العمد هو القتل و هو ليس ممنوعاً من التصرف في نفسه، فتشمله عمومات أدله القصاص، و يستوفى منه القصاص من غير انتظار لفك حجره، سواء كان حجره لسفه أو فلس.

(٤) الشبيه بالعمد الموجب لثبوت الدية عليه لا على العاقله، فيثبت المال في ذمته بإقراره بالقتل إذا كان الحجر لفلس لأن الحجر إنما هو تحفظاً على حق الغرماء، و أما إذا كان الحجر لسفيه فلا ينفذ إقراره لأن الحجر إنما هو للمنع من التصرف المالى مطلقاً لأنه غير صالح للتصرف.

ثم إذا أقر المفلس و ثبتت الدية في ذمته فهل يشارك ولى الدم الغرماء في مال المفلس أو لا، وقع الخلاف بينهم و قد تقدم في باب الحجر.

(٥) لا فى ماله و لا فى ذمته.

(٦) فى تصديق أحدهما، بلا خلاف فيه إلا من ابن زهره، لأن إقرار كل منهما سبب فى -

شاء منهما و إزامه بموجب جنايته. لأن كل واحد من الإقرارين سبب مستقل فى إيجاب مقتضاه على المقر به، و لما لم يمكن الجمع تخير الولى و إن جهل الحال كغيره (١) و ليس له على الآخر سبيل.

(و لو أقر بقتله عمدا (٢) فأقر آخر ببراءه المقر) مما أقر به من قتله (و أنه هو) - إيجاب مقتضاه على المقر به، و لا يمكن الجمع بين الأمرين فلا بد أن يتخير إن جهل الحال و ليس له على الآخر سبيل، و لخبر الحسن بن صالح المتقدم، و ذهب ابن زهره إلى أن الولى بالخيار بين قتل المقر بالعمد و بين أخذ الديه منهما نصفين، و هو ضعيف لأنه اجتهاد فى قبال النص، و ذهب بعض العامه إلى قتلها معا، أو أخذ الديه منهما و هو واضح الفساد إذ لا دليل عليه.

(١) من موارد التخيير.

(٢) فأقر آخر أنه هو الذى قتله، و رجع الأول عن إقراره، درى عنهما القصاص و الديه، و ودى المقتول من بيت المال، كما هو المشهور، بل عن كشف الرموز لا أعرف مخالفا، استنادا إلى روايه على بن إبراهيم عن أبيه قال: أخبرنى بعض أصحابنا رفعه إلى أبى عبد الله عليه السّلام قال: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام برجل وجد فى خربه، و بيده سكين ملطخ بالدم و إذا رجل مذبوح يتشخّط فى دمه، فقال له أمير المؤمنين عليه السّلام: ما تقول؟ قال: أنا قتلته، قال: فاذهبوا به فأقيدوه به، فلما ذهبوا به أقبل رجل مسرعا فقال: لا تعجلوا، و ردوه إلى أمير المؤمنين عليه السّلام فردوه.

فقال: و الله يا أمير المؤمنين ما هذا قتل صاحبه، أنا قتلته، فقال أمير المؤمنين عليه السّلام للأول: ما حملك على إقرارك على نفسك؟ فقال: يا أمير المؤمنين، ما كنت أستطيع أن أقول و قد شهد علىّ أمثال هؤلاء الرجال و أخذونى و بيدي سكين متلطخ بالدم و الرجل متشخّط فى دمه، و أنا قائم عليه و خفت الضرب فأقررت، و أنا رجل كنت ذبحت بجنب هذه الخربه شاه فأخذنى البول فدخلت الخربه، فوجدت الرجل يتشخّط فى دمه فقممت متعجبا، فدخل علىّ هؤلاء فأخذونى.

فقال عليه السّلام: خذوا هذين فاذهبوا بهما إلى الحسن، و قولوا له: ما الحكم فيهما؟

فاذهبوا إلى الحسن عليه السّلام و قصوا عليه قصتهما، فقال الحسن عليه السّلام: قولوا لأمير المؤمنين عليه السّلام: إن كان هذا ذبح هذا فقد أحيا هذا، و قد قال الله تعالى: وَ مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً، يخلى عنهما و تخرج ديه المذبوح من بيت المال(١)-

ص: ٥٠٤

(القاتل و رجع الأول) عن إقراره (ودى المقتول من بيت المال) إن كان موجودا (و درئ) أى رفع (عنهما القصاص كما قضى به الحسن فى حياه أبيه على عليه السلام) معللا «بأن الثانى إن كان ذبح ذاك فقد أحيا هذا و قد قال الله (عزّ و جل): وَ مَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً (١)، و قد عمل بالروايه أكثر الأصحاب مع أنها مرسله مخالفه للأصل و الأقوى تخير الولي فى تصديق أيهما شاء و الاستيفاء منه كما سبق.

و على المشهور لو لم يكن بيت مال كهذا الزمان أشكل درء القصاص (٢) عنهما، و إذهاب حق المقر له، مع أن مقتضى التعليل ذلك.

و لو لم يرجع الأول عن إقراره فمقتضى التعليل بقاء الحكم أيضا (٣) و المختار التخيير مطلقا (٤).

فى البيئه

(و أما البيئه - فعذلان ذكران) (٥). و لا عبره بشهاده النساء (٦)، منفردات و لا - ناقش فيها الشارح فى المسالك من أنها مرسله مخالفه للأصل من ثبوت الحق على أحدهما، و أن الحق لا يعدوهما فكيف يسقط عنهما القصاص، و بعد عدم العمل بالروايه فهذا الفرع مندرج تحت ما لو أقر شخصان فى أن كلاً منهما قد قتله فيتخير الولي فى الاستيفاء.

و فيه: إن الروايه عليها عمل الأصحاب كما فى التنقيح و غايه المرام، و عن السرائر نسبتها إلى روايه أصحابنا فهى منجره بذلك فلا بد من العمل بها.

(١) المائده الآيه: ٣٢.

(٢) فبعد عدم القصاص و عدم الديه من المقرين، فكذلك لا ديه له من بيت المال لعدمه و فى هذا إبطال لدم المسلم و هو مخالف للكثير من النصوص من عدم إبطاله.

و ردّ بأن ظاهر التعليل فى الخبر: (إن كان هذا ذبح هذا فقد أحيا هذا) يوجب عدم القصاص و إن عدم بيت المال و عليه فتوى المشهور.

(٣) من سقوط القصاص و أن الديه من بيت المال، و فتاوى الأصحاب تقييد الحكم برجوع الأول عن إقراره اقتصارا على ما خالف الأصل على المتيقن.

(٤) سواء رجع الأول أو لا، و سواء وجد بيت المال أو لا، بناء على مبناه من عدم الأخذ بالروايه المتقدمه فلا بد من الحكم بكون الولي بالخيار فى الاستيفاء.

(٥) بلا خلاف لعموم أدله البيئه و قد تقدم البحث فيه فى باب الشهادات.

(٦) أما منفردات فلا خلاف فيه للأخبار منها: خير محمد بن الفضيل عن الإمام -

منضمت، و لا بالواحد مع اليمين (١)، لأن متعلقهما المال (٢) و إن عفى المستحق على مال (٣). و قيل: بالشاهد و المرأتين الدية و هو شاذ.

و لتكن الشهاده صافيه عن الاحتمال (٤)، فلو قال: جرحه، لم يكف حتى يقول: مات من جرحه، لأن الجرح لا يستلزم الموت مطلقا (٥).

و لو قال: أسأل دمه، تثبت الداميه خاصه، لأنها المتيقن من إطلاق -الرضا عليه السلام: (لا يجوز شهادتهن في الطلاق و لا في الدم) (١).

أما لو كن منضمت مع الرجال كرجل و امرأتين فذهب الشيخ و ابن إدريس إلى عدم القبول عملا بالقاعده المشهوره من كون شهادتهن لا تقبل إلا بالمال أو فيما لا يجوز النظر إليه للرجال.

و ذهب الشيخ في المبسوط و المحقق إلى قبول شهادتهن كذلك و يترتب عليه القود، و ذهب الشيخ في النهايه و ابن الجنيد و أبو الصلاح و القاضى و الفاضل في المختلف إلى أنه يثبت ذلك و لكن تجب به الدية دون القود.

و هذا الخلاف ناشئ من اختلاف الأخبار فبعضها يدل على قبول شهادتهن في الدم كصحيح جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام: (أ تجوز شهاده النساء في الحدود؟ قال:

في القتل وحده، إن عليا عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم) (٢) و بعضها يدل على عدم القبول في الدم كصحيح محمد بن الفضيل المتقدم، و قد تقدم البحث في باب الشهادات فراجع.

(١) كما هو المشهور بل عن الرياض الاتفاق عليه، و تقدم دليله في باب الشهادات.

(٢) أى متعلق شهاده النساء منضمت و شهاده الواحد مع اليمين.

(٣) أى عفا ولى الدم عن القصاص فعفا على مال و هو الدية، و مع ذلك لا يثبت بشهاده ما ذكر، لأن المال هنا عرضى و إنما المشهود به هو القتل و موجه القصاص.

(٤) يعتبر في الشهاده على الجنايه و غيرها أن تكون مفسره و مصرحه بالغرض، فإذا كانت على القتل فشرطها أن تضيف الهلاك إلى فعل المشهود عليه، لأن الشهاده هنا على القتل، و كل شهاده ليست بهذا الشرط فلا تكون شهاده على القتل كما هو واضح.

(٥) قليلا كان أو كثيرا و ضعيفا كان أو قويا.

ص: ٥٠٦

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الشهادات حديث ١.

اللفظ، ثم يبقى الكلام فى تعيين الداميه فإن استيفاءها مشروط بتعيين محلها فلا يصح بدونه.

(و لا- بد من توافقهما على الوصف الواحد) (١) الموجب لاتحاد الفعل (فلو اختلفا زمانا) بأن شهد أحدهما أنه قتله غدوه، و الآخر عشيه (أو مكانا) بأن شهد أحدهما أنه قتله فى الدار، و الآخر فى السوق (أو آله) بأن شهد أحدهما أنه قتله بالسكين و الآخر بالسيف (بطلت الشهاده) لأنها شهاده على فعيلين، و لم يقيم على كل واحد إلا شاهد واحد و لا يثبت بذلك لوث (٢) على الأقوى للتكاذب. نعم لو شهد أحدهما بإقراره و الآخر بالمشاهده لم يثبت (٣) و كان لوثا، لإمكان صدقهما، و تحقق الظن به.

فى القسامه

اشاره

(و أما القسامه (٤)... (١) لا- خلاف و لا إشكال فى أنه يشترط فى شهاده الشاهدين توادها على الوصف الواحد فى القتل و غيره، فلو شهد أحدهما أنه قتله غدوه و الآخر عشيه، أو بالسكين و الآخر بالسيف، أو بالقتل فى مكان و الآخر فى غيره، لم تقبل شهادتهما لأنه لم يثبت على فعل واحد شهاده اثنين.

(٢) اللوث - كما سيأتى - فيما لو ادعى ولى الدم على قوم بأنهم قتلوه و كان معه أماره على الظن بصدقه كالشاهد الواحد و شهاده النساء و نحو ذلك مما سيأتى تفصيله.

و عليه فمع اختلاف الشاهدين فى الوصف إلا أنهما متفقان فى أصل القتل فهل هذا يوجب صدق المدعى فيما لو ادعى القتل على قوم فيكون لوثا كما ذهب إليه الشيخ فى المبسوط.

أو أنه لا يحصل بذلك صدق المدعى لأنهما متكاذبان فى الوصف فيتساقطان و لا يحصل الظن بشهادتهما على أصل القتل فلا يتحقق لوث و هذا ما ذهب إليه غيره، بالإضافة إلى أن اللوث متحقق بشهاده الواحد مع عدم المعارض، و المعارض هنا موجود.

(٣) أى القتل، و كان لوثا لتوريث ذلك الظن بصدق المدعى.

(٤) القسامه لغه للأولياء الذين يحلفون على دعوى الدم، و فى لسان الفقهاء للأيمان، و فى الصحاح القسامه هى الأيمان تقسيم على الأولياء فى الدم، و هى على التقديرين اسم أقيم مقام المصدر فيقال: أقسم إقساماً و قسامه، كما يقال: أكرم إكراماً و كرامه، و لا اختصاص لها بأيمان الدماء لغه لكن الفقهاء خصوها بها.

و صورتها: أن يوجد قتيل فى موضع لا يعرف من قتله و لا تقوم بينه، و يدعى الولي على -

-أحد أو جماعه و تقترن الواقعة بما يشعر بصدق المدعى فى دعواه و يقال له اللوث فيحلف على ما يدعيه و يحكم له على ما سيأتى تفصيله، و الأصل فى القسامه أخبار كثيره منها:

خبر العجلي: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القسامه، فقال: الحقوق كلها البيّنه على المدعى و اليمين على المدعى عليه إلا فى الدم خاصه، فإن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ بينما هو بخيبر إذ فقدت الأنصار رجلا منهم فوجدوه قتيلا، فقالت الأنصار: إن فلانا اليهودى قتل صاحبنا، فقال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ للطلالين: أقيموا رجلين عدلين من غيركم أقيده برمته، فإن لم تجدوا شاهدين فأقيموا قسامه خمسين رجلا أقيده برمته، فقالوا: يا رسول الله ما عندنا شاهدان من غيرنا، و إنا لنكره أن نقسم على ما لم نره، فوداه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلمّ من عنده، و قال: إنما حقن دماء المسلمين بالقسامه لكى إذا رأى الفاجر الفاسق فرصه من عدوه حجزه مخافه القسامه أن يقتل به فيكفّ عن قتله، و إلا حلف المدعى عليه قسامه خمسين رجلا ما قتلنا و لا علمنا قاتلا، و إلا أغرموا الديه إذا وجدوا قتيلا بين أظهرهم إذا لم يقسم المدعون(1).

و القسامه خالفت غيرها من أيمان الدعاوى بأمر:

منها: كون اليمين ابتداء على المدعى مع أن اليمين فى غيرها على المنكر.

و منها: تعدد الحالفين مع أن الأمر فى غيرها وحده الحالف.

و منها: جواز حلف الإنسان لإثبات حق غيره فى إثبات الدعوى، أو حلفه لنفى الدعوى عن غيره عند حلف الخمسين لصالح المدعى عليه.

و لو لم تجتمع شروط القسامه فالحكم فيها كغيرها من الدعاوى كيفاً و كما، عملا بالعموم الوارد فى الأخبار الكثيره من أن البيّنه على المدعى و اليمين على من أنكر.

ثم لما كانت القسامه منوطه بقرينه تفيد صدق المدعى، فهذه القرينه تسمى باللوث، و قد ذكروا طرقا لهذه القرينه:

منها: أن يوجد قتيلا فى قبيله أو قريه صغيره أو محله منفصله عن البلد فهو لوث فى حقهم، بحيث لو ادعى الولى على بعضهم كان له أن يقسم و يثبت القتل حينئذ على المدعى عليه.

و منها: لو وجد قتيلا فى مكان كان معه جماعه قبل القتل ثم تفرقوا عنه.

و منها: لو وجد قتيلا و بجانبه رجل معه سلاح متلطح بالدم فهو لوث، و لو كان بقربه-

ص: ٥٠٨

- (فتثبت مع اللوث، و مع عدمه (١): يحلف المنكر يميناً واحده) على نفى الفعل (فإن نكل) عن اليمين (حلف المدعى يميناً واحده) بناء على عدم القضاء بالنكول (و يثبت الحق) على المنكر بيمين المدعى (و لو قضينا بالنكول قضى عليه) به بمجرد.

فى اللوث

(و اللوث أماره يظن بها صدق المدعى) فيما ادعاه من القتل (كوجود ذى سلاح ملطخ بالدم عند قتيل فى دمه) أما لو لم يوجد القتل مهرق الدم لم يكن وجود الدم مع ذى السلاح لوثاً (أو وجد) القتل (فى دار قوم أو قريتهم) حيث لا يطرقها غيرهم (أو بين قريتين) لا- يطرقهما غير أهلها (و قريهما) إليه (سواء) و لو كان إلى إحداهما أقرب اختصت باللوث (٢). و لو طرق القرية غير أهلها (٣) اعتبر فى ثبوت اللوث مع ذلك ثبوت العداوه بينهم و بينه (و كشهادة العدل) -سبع لم يوجب ذلك لوثاً فى حقه.

و منها: لو رأينا شخصاً من بعيد يحرك يده كما يفعل من يضرب بالسيف أو السكين، ثم وجدنا فى نفس الموضع قتيلاً، فهو لوث فى حق ذلك الرجل.

و منها: ما إذا شهد عدل واحد فهو لوث فى حق المشهود عليه، و إن لم تكن بشهادة الواحد بينه.

و منها: ما لو شهد الصبيان أو النساء مما لا تقبل شهادتهم إما مطلقاً أو فى الدم، و لكن أفاد خبرهم الظن، فالمشهور على عدم كونه لوثاً، لأنه غير معتبر شرعاً، و بعضهم ذهب إلى أنه لوث ما دام قد أفاد ظناً بصدق المدعى.

(١) عدم اللوث فلا تاتى القسامه و يفعل فى هذه الواقعه كما يفعل فى بقيه الوقائع.

(٢) لحسنه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن الرجل يوجد قتيلاً فى القرية أو بين القريتين، قال: يقاس ما بينهما فأيهما كانت أقرب ضمنّت) (١) و مثلها غيرها من الأخبار.

(٣) فعن النهايه و المراسم أن اللوث يثبت عليهم إن كانت عداوه بينه و بينهم، و عن بعض أنه إذا وجد القتل ليلاً لا نهاراً يثبت اللوث عليهم، و فيه: إن المدار على حصول الظن بصدق المدعى، و قرائن الأحوال تختلف أشد الاختلاف فالمدار على حصول الظن.

ص: ٥٠٩

الواحد بقتل المدعى عليه به (١) (و لا الصبى و لا الفاسق) و الكافر (٢) و إن مأمونا فى مذهبه.

(أما جماعه النساء و الفساق فتفيد اللوث مع الظن) بصدقهم و يفهم منه: إن جماعه الصبيان لا يثبت بهم اللوث، و هو كذلك، إلا أن يبلغوا حد التواتر، و كذا الكفار و المشهور حينئذ ثبوته بهم، و يشكل بأن التواتر يثبت القتل لأنه أقوى من البيه و اللوث يكفى فيه الظن، و هو قد يحصل بدون تواترهم.

فى من وجد قتيلًا فى جامع عظيم أو شارع

(و من وجد قتيلًا فى جامع عظيم (٣) أو شارع) يطرقه غير منحصر (أو فى فلاه أو فى زحام على قنطره، أو جسر، أو بئر أو مصنع (٤) غير مختص بمنحصر) (١) أى يشهد بالقتل على من ادعى عليه القتل.

(٢) ذهب جماعه إلى عدم ثبوت اللوث بشهادتهم معللين بعدم اعتبار إخبارهم شرعاً، و عن كشف اللثام زياده المرأه و إن كانت ثقه، و المحقق و جماعه قد حكموا بأن شهاده الصبيان لا- الصبى الواحد، و الكفار لا تثبت لوثاً ما لم تبلغ حد التواتر، و أما الفساق و النساء فيثبت اللوث بشهادتهم مع ارتفاع التواطؤ على الكذب، و أشكال على الجميع بأن اللوث يدور مدار الظن و هو قد يتحقق بواحد من هذه الأمور بالإضافة إلى أنه لو اشترط فى قبول إخبار الفساق و النساء العلم بارتفاع التواطؤ عن الكذب، فهو شرط التواتر، و التواتر يفيد العلم، و حجيه العلم أقوى من حجيه البيه فيجب الحكم بثبوت القتل لا بثبوت اللوث.

(٣) أو على قنطره، أو جسر، أو فى موطن زحام، فديته على بيت مال المسلمين، ما لم يحصل لوث على معين بلا خلاف، و يدل عليه أخبار منها: خبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن أمير المؤمنين عليه السّلام قال: من مات فى زحام الناس يوم الجمعة أو يوم عرفه أو على جسر لا يعلمون من قتله فديته من بيت المال) (١).

و خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن وجد قتيل بأرض فلامه أدت ديته من بيت المال، فإن أمير المؤمنين عليه السلام كان يقول: لا يبطل دم امرئ مسلم) (٢).

(٤) مجمع ماء المطر فى البرارى.

ص: ٥١٠

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب دعوى القتل حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب دعوى القتل حديث ٣.

(فديته على بيت المال).

في قدر القسامه

(وقدرها) أى قدر القسامه (خمسون يمينا بالله تعالى فى العمد) إجماعا (١) (و الخطأ) على الأشهر (٢).

وقيل: خمسة و عشرون لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام و الأول أحوط و أنسب بمراعاة النفس، [و لو تعدد المدعى عليه (٣) فعلى كل واحد خمسون على الأقوى].

يخلفها المدعى (٤) مع اللوث إن لم يكن له قوم (فإن كان للمدعى قوم) (١) و يدل عليه الأخبار و قد تقدم بعضها، و خالف ابن حمزه فاعتبر خمسة و عشرين فى العمد إذا كان هناك شاهد واحد، و قال فى الجواهر عنه: «و هو مع ندرته غير واضح الوجه عدا ما قيل من أنه مبنى على أن الخمسين بمنزله شاهدين و هو اعتبار ضعيف لا تساعده الأدله».

(٢) سواء كان خطأ محضاً أو شبيها بالعمد، للاحتياط فى الدماء، و عن جماعه منهم الشيخ و القاضى و ابن حمزه و الفاضل بل قيل إنه المشهور أن عليه خمسة و عشرين يمينا لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى القسامه خمسون رجلا فى العمد و فى الخطأ خمسة و عشرين رجلا) (١). و مثله غيره، و هو المتعين.

(٣) فلو حلف المدعى و قومه كفاه خمسين يمينا من غير خلاف، للنصوص السابقه، و إن توجهت اليمين على المدعى عليهم فى اشتراط كل واحد منهم العدد المعتبر أو الاكتفاء بحلف الجميع للعدد المعتبر قولان، أولهما للشيخ فى المبسوط و ثانيهما له فى النهايه، و احتج الشيخ للثانى بإجماع الفرقه و أخبارها و أصاله براءه الذمه عن الزائد و استدل له:

بأن المدعى به جنايه واحده لاتحاد موضوعها و قد قرّر الشارع عليها خمسين يمينا فتقسط الخمسين عليهم، و الأصح الأول لأن الدعوى واقعه على كل واحد منهم بالدم و من حكم الدعوى بالدم حلف المنكر خمسين، و معنى كلام الشارح فى المتن: و لو تعدد المدعى عليه فعلى كل واحد من المدعى عليهم خمسون على الأقوى.

(٤) لو ادعى الولى القتل على شخص مع اللوث فإن حلف هو و قومه، و هم أقاربه سواء كانوا دارئين أو لا فهو لإطلاق النصوص، و لو عدم القوم أو امتنعوا أو امتنع البعض -

ص: ٥١١

و المراد بهم هنا أقاربه و إن لم يكونوا وارثين (حلف كل) واحد (منهم يمينا) إن كانوا خمسين.

(و لو زادوا) عنها (اقتصر على) حلف (خمسين و المدعى من جملتهم) و يتخرون في تعيين الحالف منهم.

(و لو نقصوا عن الخمسين كررت عليهم) أو على بعضهم حسبما يقتضيه العدد إلى أن يبلغ الخمسين، و كذا لو امتنع بعضهم كررت على البازل متساويا و متفاوتا و كذا لو امتنع البعض من تكرير اليمين (و ثبت القسامه في الأعضاء (١) - لعدم علمه بالحال حلف المدعى لوحده، أو مع من يوجد من قومه العدد المعترف.

و إذا كان قومه أقل من العدد المعترف في القسامه كررت عليهم الأيمان بالسويه أو بالتفريق أو بالتخيير بينهم، كما لو زاد عددهم عن العدد المعترف فلهم الخيار في تعيين الحالف للعدد المعترف.

و قال في الجواهر عن هذا التفصيل و قد أجاد فيما قاله: «و إن لم يستفد صريحا من أخبار القسامه إلا أنه لا خلاف أجده فيه بل عليه الإجماع كما في الغنيه، بل يمكن استفادته أيضا من التأمل في النصوص فإنه و إن ذكر في بعضها (١) الأمر بأن يقسم خمسون رجلا، إلا أن في آخر (٢): فليتموا قسامه خمسين رجلا» انتهى كلامه.

(١) تثبت القسامه مع اللوث في الأعضاء و هو موطن وفاق بينهم، و إنما الكلام في عددها، فعن ابن إدريس و سألار بل هو مذهب الأكثر، إن كان ديه العضو تبلغ ديه كامله كما لو كان العضو واحدا في البدن كاللسان و الأنف أو قطعت كلتا اليدين أو الرجلين فخمسون يمينا، و لو قطع إصبعاً فخمس أيمان و هكذا.

و قال الشيخ و جماعه: إن العضو الذي فيه الديه فقسامته ست أيمان كما لو قطع كلتا اليدين، فلو قطع بعض الأصابع أو يدا واحده فبحسابه من ست اعتمادا على روايه ظريف بن ناصح عن عبد الله بن أيوب عن أبي عمرو المتطّب قال: (عرضت على أبي عبد الله عليه السّلام ما أفتى به أمير المؤمنين عليه السّلام في الديات - إلى أن قال - و القسامه جعل في النفس على العمد خمسين رجلا، و جعل في النفس على الخطأ خمسه و عشرين رجلا، و على ما بلغت ديته من الجروح ألف دينار سته نفر، و ما كان دون ذلك فحسابه من سته نفر) (٣) الحديث. و العمل بها متعين لروايتها بعده أسانيد، و بعضها صحيح.

ص: ٥١٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب دعوى القتل حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب دعوى القتل حديث ٣ (و لكن فيه: فأقيموا قسامه خمسين رجلا).

٣- (٣) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب دعوى القتل حديث ٢.

(بالنسبة) أى بنسبتها إلى النفس فى الديه فما فيه منها الديه فقسامته خمسون كالنفس، و ما فيه النصف فنصفها و هكذا.

و قيل: قسامه الأعضاء الموجه للديه ست أيمان و ما نقص عنها فبالنسبه.

و الأقوى الأول.

فى ما لم يكن له قسامه

(و لو لم يكن له قسامه) أى قوم يقسمون - فإن القسامه تطلق على الأيمان و على المقسم - و عدم القسامه إما لعدم القوم أو وجودهم مع عدم علمهم بالواقع فإن الحلف لا يصح إلا مع علمهم بالحال أو لامتناعهم عنها تشهيا فإن ذلك غير واجب عليهم مطلقا (١) (أو امتنع) المدعى (من اليمين) و إن بذلها قومه أو بعضهم (أحلف المنكر و قومه خمسين يمينا) (٢) ببراءته (فإن امتنع) المنكر من الحلف أو بعضه (٣) (ألزم الدعوى) (٤) و إن بذلها قومه، بناء على القضاء بالنكول، أو (١) مع العلم و عدمه ما لم يوجب تضييع الحق.

(٢) بلا خلاف فيه و لو كانوا أقل كررت عليهم على نحو ما سمعته فى المدعى لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٣) أو بعض الحلف، و هو المقدار الواقع عليه عند التوزيع فيما لو كان قومه الحالفون أقل من خمسين.

(٤) على الأشهر إما بناء على القضاء بمجرد النكول، و قد تقدم الخلاف فى ذلك فى باب القضاء، و إما فى خصوص القسامه و إن لم نقل به فى بقيه الموارد للأخبار منها: صحيح بريد العجلي المتقدم: (و إلا حلف المدعى عليه قسامه خمسين رجلا ما قتلنا و لا علمنا قاتلا، و إلا أغرموا الديه إذا وجدوا قتيلا بين أظهرهم إذ لم يقسم المدعون) (١).

و خبر على بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا وجد رجل مقتول فى قبيله قوم حلفوا جميعا ما قتلوه و لا يعلمون له قاتلا، فإن أبوا أن يحلفوا أغرموا الديه فيما بينهم فى أموالهم) ٢.

و قال الشيخ فى المبسوط للمنكر رد اليمين على المدعى كما فى غير المقام لعموم أدله جواز رد اليمين على المدعى، و عليه فلو جوزنا ذلك فهل تردّ القسامه أم يكتفى بيمين واحده، و ظاهر عبارته أنه تردّ القسامه و هو واضح الضعف لعدم الدليل عليه بعد دلالة النصوص على الحكم بتغريم الديه بمجرد النكول.

ص: ٥١٣

بخصوص هذه المادة من حيث إن أصل اليمين هنا (١) على المدعى و إنما انتقل إلى المنكر بنكوله (٢) فلا- تعود إليه كما لا تعود من المدعى إلى المنكر بعد ردها عليه (٣).

(و قيل) و القائل الشيخ فى المبسوط: (له ردّ اليمين على المدعى) كغيره من المنكرين (فيكفى) حينئذ اليمين (الواحدة) كغيره (٤) و هو ضعيف لما ذكر.

(و يستحب للحاكم العظه) للحالف (قبل الأيمان) كغيره (٥) بل هنا أولى (٦) و روى السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام أن النبى صلى الله عليه و آله و سلم كان يحبس فى تهمة الدم ستة أيام فإن جاء أولياء المقتول بينه و إلا خلى سبيله (٧) و عمل بمضمونها الشيخ.

و الروايه ضعيفه، و الحبس تعجيل عقوبه لم يثبت موجبها، فعدم جوازه أجود.

الفصل الثانى - فى قصاص الطرف

إشاره

(الفصل الثانى - فى قصاص الطرف) (٨)

فى المراد به

و المراد به ما دون النفس و إن لم يتعلق بالأطراف المشهوره (١) فى القسامه.

(٢) بنكول المدعى فلا تعود إليه.

(٣) أى بعد رد اليمين من المنكر على المدعى فى غير القسامه.

(٤) أى غير القتل.

(٥) أى غير القتل أيضا.

(٦) لكونه قتلا.

(٧) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب دعوى القتل حديث ١، و أصل المسأله لو اتهم رجل بالدم و التمس الولى من الحاكم حبسه حتى يحضر بينه، ففى إجابته تردد، فعن الشيخ و جماعه نعم، استنادا إلى روايه السكونى المتقدمه، و عن غيرهم العدم، لأن السند ضعيف بالسكونى لأنه عامى، و الحبس تعجيل عقوبه لا مقتضى له.

(٨) المراد بالطرف ما دون النفس، و هو أعم من الأطراف المشهوره كاليد و الرجل و الأذن و الأنف كالجرح فى البطن أو الظهر

و نحوهما، و هو مما لا- خلاف فيه و يدل عليه بالإضافة إلى النصوص المستفيضه التي سيأتي بعضها قوله تعالى: **وَ لَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ (١)** و هو شامل لقصاص الطرف، و قوله تعالى: **وَ الْجُرُوحِ قِصَاصٌ (٢)**.

ص: ٥١٤

١- (١) البقره الآيه: ١٧٩.

٢- (٢) المائده الآيه: ٤٥.

(و موجهه) (١) بكسر الجيم أى سببه (إتلاف العضو) و ما فى حكمه (٢) (بالمثلغ غالباً) و إن لم يقصد الإتلاف (أو بغيره) أى غير المتلف غالباً (مع القصد إلى الإتلاف) كالجنایه على النفس.

فى شروط قصاص النفس

(و شروطه) (٣): شروط قصاص النفس) من التساوى فى الإسلام و الحریه أو كون المقتص منه أخفض و انتفاء الأبوه إلى آخر ما فصل سابقاً، (و یزید هنا) على شروط النفس اشتراط (التساوى) أى تساوى العضوين المقتص به و منه (فى السلامه) أو عدمها أو كون المقتص منه أخفض (فلا- تقطع اليد الصحیحه بالشلاء) (٤) و هى الفاسده (و لو بذلها) (٥) أى بذل اليد الصحیحه (الجانى)، لأن بذله لا یسوغ قطع ما منع الشارع من قطعه، كما لو بذل قطعها بغير قصاص.

(١) أى سببه، و المراد منه سبب قصاص الطرف، و هو ما سمعته فى قصاص النفس إما بإتلاف العضو بما یتلفه عادة سواء قصد الإتلاف أو لا، و إما إتلاف العضو بما لا یتلفه عادة مع قصد الإتلاف، ضروره عدم الفرق بین النفس و الطرف، لأن المدار على صدق العمده، و مناطه واحد فى كليهما.

(٢) إما أن یراد به ما فى حكم إتلاف العضو كشكل اليد فإنه فى حكم قطع اليد و إما أن یراد به ما فى حكم العضو كالבطن و الظهر فإنهما فى حكم اليد من ناحیه القصاص.

(٣) أى شروط القصاص، و هى كشروط قصاص النفس من اعتبار التساوى فى الدين و الحریه و انتفاء الأبوه، و اشتراط البلوغ و العقل و كونه محقون الدم، بلا خلاف فيه، لإطلاق الكثير من الأخبار المتقدمه فى قصاص النفس، و یزاد فى قصاص الأطراف التساوى فى السلامه و التساوى فى المحل مع وجوده، و التساوى بالمساحه فى الشجاج طولاً و عرضاً.

(٤) بلا خلاف فيه لخبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله علیه السلام: (فى رجل قطع يد رجل شلاء قال: علیه ثلث الديه) (١).

(٥) فلا یصح قطعها فى قبال الشلاء كما عن العلامه و الشهيدین، لأنه كما لا یصح قتل المسلم بالذمى و الحر بالعبد و إن رضى الجانى فكذلك هنا. و عن العلامه فى القواعد و الشيخ فى المبسوط و الفاضل الهندى أنه یصح قطعها مع البذل للأصل، و لا یضمن القاطع التفاوت.

ص: ٥١٥

(و تقطع) اليد (الشلاء بالصحيحه) (١)، لأنها دون حق المستوفى (إلا- إذا خيف) من قطعها (٢)(السرايه) إلى النفس، لعدم انحسامها (فتثبت اليه) حينئذ.

و حيث يقطع الشلاء يقتصر عليها، و لا يضم إليها أرش التفاوت.(و تقطع اليمين باليمين (٣) لا باليسرى، و لا بالعكس) كما لا تقطع السبابه بالوسطى (١)لعموم أدله القصاص، و ليس للمقتص أن يطلب الفرق بينهما، لأن الصحيحه و الشلاء متساويتان فى الجرم و المحل، و الاختلاف فى الصفه لا يقابل بالمال كالرجوليه و الأوثيه فلو قتلت المرأه بالرجل فلا شىء حينئذ لوليه على وليها.

(٢)بحيث يحكم أهل الخبره بأن الشلاء لا تنحسم لو قطعت، لبقاء أفواه عروقها منفتحته، أو احتملوا ذلك احتمالاً راجحاً، فيعدل حينئذ عن القصاص إلى اليه تفصيلاً من خطر السرايه إلى النفس، لأن النفس أهم من الطرف بلا خلاف فى ذلك كله.

(٣)هذا هو الشرط الثانى و هو التساوى فى المحل مع وجوده، فتقطع اليمين باليمين، و لا- تقطع اليمين باليسرى كما لا تقطع اليسرى باليمين مع وجود ما ذكرنا عند الجانى، بلا خلاف فيه، نعم لو لم تكن للجانى يمين و قد جنى على يمين الغير تقطع يساره، و لو لم تكن له لا- يمين و لا- يسار قطعت رجله اليمنى، و مع عدمها تقطع رجله اليسرى استناداً إلى روايه حبيب السجستانى المتقدمه و قد وصفها الأكثر بالصحيحه قال: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل قطع يدين لرجلين اليمينين، فقال: يا حبيب تقطع يمينه للذى قطع يمينه أولاً، و تقطع يساره للذى قطعت يمينه أخيراً، لأنه إنما قطع يد الرجل الآخر و يمينه قصاص للرجل الأول).

قال: فقلت إن عليا عليه السلام إنما كان يقطع اليد اليمنى و الرجل اليسرى، فقال: إنما كان يفعل ذلك فى ما يجب من حقوق الله تعالى، فأما - يا حبيب - حقوق المسلمين فإنه تؤخذ لهم حقوقهم فى القصاص اليد باليد إذا كانت للقاطع يداً، و الرجل باليد إذا لم يكن للقاطع يد.

فقلت له: أما توجب عليه اليه و تترك له رجله؟

فقال: إنما تجب عليه اليه إذا قطع يد رجل، و ليس للقاطع يداً و لا رجلاً، فتم تجب عليه اليه، لأنه ليس له جارحه يقاص منها(١)، و قد تقدم الكلام فى صحتها.

و الحاصل: لا يديه التساوى فى المحل المسمى بالتمائل فالعين اليمنى باليمنى، و السبابه بالسبابه و كذا فى بقية الأصابع و بقية الأطراف إلا ما خرج بالدليل.

ص: ٥١٦

و نحوها، و لا بالعكس.

(فإن لم تكن له) أى لقاطع اليمين (يمين فاليسرى فإن لم تكن له يسرى فالرجل) اليمنى فإن فقدت فاليسرى (على الروايه) التى رواها حبيب السجستاني عن الباقر عليه السلام.

و إنما أسند الحكم إليها (١)، لمخالفته (٢) للأصل من حيث عدم المماثله بين الأطراف خصوصا بين الرجل و اليد، إلا أن الأصحاب تلقوها بالقبول، و كثير منهم لم يتوقف فى حكمها هنا. و ما ذكرناه من ترتيب الرجلين مشهور، و الروايه خاليه عنه، بل مطلقه فى قطع الرجل لليد حيث لا يكون للجاني يد.

و على الروايه لو قطع أيدي جماعه قطعت يداه و رجلاه للأول فالأول، ثم تؤخذ اليديه للمتخلف و لا يتعدى هذا الحكم إلى غير اليدين مما له يمين و يسار كالعينين و الأذنين و قوفا فيما خالف الأصل على موضع اليقين.

و هو الأخذ بالمماثل، و كذا ما ينقسم إلى أعلى و أسفل كالجفنين و الشفتين، لا يؤخذ الأعلى بالأسفل، و لا بالعكس.

فى ما يثبت القصاص فيه من الأعضاء و ما لا يثبت

(و يثبت) القصاص (فى الحارصه) من الشجاج (و الباضعه و السمحاق و الموضحه) (٣) و سيأتى تفسيرها (و يراعى) فى الاستيفاء (الشجه) العاديه (طولا و عرضا) (٤) فيستوفى بقدرها فى البعدين (و لا يعتبر قدر النزول مع صدق الاسم) (١) إلى الروايه.

(٢) لمخالفه الحكم المذكور.

(٣) الحارصه ما تقشر الجلد، و الشجاج جمع شجه و هى فى الرأس، و الباضعه ما بضعت اللحم، و السمحاق هى التى نفذت إلى أول العظم، و الموضحه هى التى نفذت إلى العظم و أوضحتها.

(٤) هذا هو الشرط الثالث، و هو التساوى بالمساحه فى الشجاج طولا و عرضا، بلا خلاف فيه، و يدل عليه عموم أدله القصاص كقوله تعالى: فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ (١) و قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٢).

ص: ٥١٧

١- (١) النحل الآية: ١٢٦.

٢- (٢) البقره الآية: ١٩٤.

أى اسم الشجحه المخصوصه من حارصه و باضعه و غيرها، لتفاوت الأعضاء بالسمن و الهزال. و لا عبره باستلزام مراعاة الطول و العرض استيعاب رأس الجانى لصغره (١) دون المجنى عليه، و بالعكس. نعم لا- يكمل الزائد عنه من القفا و لا- من الجبهه، لخروجهما عن موضع الاستيفاء، بل يقتصر على ما يحتمله العضو و يؤخذ للزائد بنسبه المتخلف إلى أصل الجرح من الديه، فيستوفى بقدر ما يحتمله الرأس من الشجحه و ينسب الباقي إلى الجميع، و يؤخذ للفئات بنسبته، فإن كان الباقي ثلثا فله ثلث ديه تلك الشجحه و هكذا.

(و لا- يثبت) القصاص (فى الهاشمه) (٢) للعظم (و المنقله) له (و لا- فى كسر العظام لتحقق التغير) (٣) بنفس المقتص منه، و لعدم إمكان استيفاء نحو الهاشمه و المنقله من غير زياده و لا نقصان.

(و يجوز) القصاص (قبل الاندمال) (٤) أى اندمال جنايه الجانى لثبوت أصل -نعم لا يعتبر فى الشجاج العمق، بل غايه ما يعتبر اسم الشجحه، لتفاوت الرؤوس فى السمنه و الهزال و غلظ الجلد ورقته على وجه لو اعتبر النزول و العمق لانتفى القصاص، و لذا لم يعتبر كما لم يعتبر الصغر و الكبر فى الأطراف العاديه، و لذا قال الشيخ فى المبسوط: «العمق فى الشجاج كالمساحه فى الأطراف».

(١) أى لو كانت مساحه الجنايه مقداراً معيناً من الطول و العرض إلا أنها استوعبت رأس المجنى عليه، فيجب القصاص بحسب مساحه الجنايه من رأس الجانى و إن لم تستوعب رأسه، لأن المساحه هى موطن القصاص و ليس كل الرأس لاحتمال تفاوتهما صغراً و كبراً.

و عليه فلو كانت المساحه فى رأس المجنى عليه بمقدار ثلثى رأسه إلا أنها بمقدار رأس الجانى مساحه فلا بد من القصاص، و لو كانت المساحه من الجنايه أكبر من رأس الجانى فيقتص منه بمقدار رأسه و لا ينزل إلى الوجه أو الرقبه لإتمام المساحه لأنهما عضوان وراء الرأس، و ما تبقى من الجنايه لم يستوفى تؤخذ ديته بالنسبه إلى أصل الجرح.

(٢) الهاشمه هى توجب كسر العظم فى الرأس أو فى غيره كما عن بعض، و المنقله هى التى تؤدى إلى نقل العظام عن مواضعها، فلا يثبت فيها القصاص لأنها توجب عادة زياده الاستيفاء أو إتلاف عضو آخر، فينتقل إلى الديه.

(٣) أى جعله عرضه للهلاك خصوصاً فى عظام الرأس.

(٤) أى قبل اندمال جرح المجنى عليه مع احتمال سرايته إلى إتلاف النفس، و إليه ذهب -

الاستحقاق (و إن كان الصبر) إلى الاندمال (أولى) حذرا من السرايه الموجه لتغير الحكم.

و قيل: لا يجوز، لجواز السرايه الموجه للدخول (١).

في أنه لا قصاص إلا بالحديد

(و لا قصاص إلا بالحديد) (٢) لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: «لا قود إلا بالحديد»، (فيقاس الجرح) طولاً و عرضاً بخيط و شبهه (و يعلم طرفاه) في موضع الاقتصاص (ثم يشق من إحدى العلامتين إلى الأخرى) و لا تجوز الزيادة فإن اتفقت عمدا اقتص من المستوفى (٣)، أو خطأ فالديه (٤) و يرجع إلى قوله فيهما (٥) يمينه، أو لاضطراب المستوفى منه (٦)، فلا شيء لاستنادها إلى تفريطه، و ينبغي ربطه على خشبه و نحوها لئلا يضطرب حاله الاستيفاء.

-الشيخ في الخلاف عملاً- بعموم أدله القصاص، و ذهب الشيخ في المبسوط إلى عدم جواز القصاص قبل الاندمال لموثق إسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام: (إن عليا كان يقول:

لا يقضى في شيء من الجراحات حتى تبرأ) (١) و هو المتعين و إن كان المشهور قد ذهب إلى الأول.

(١) أي لدخول قصاص الطرف في قصاص النفس فيلزم زياده الاستيفاء، بالإضافة إلى خبر إسحاق المتقدم.

(٢) بحديد حاد غير مسموم، و لا كالأل كالسكين و السيف و نحوهما، لخبر الجعفریات: (قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: لا قود إلا بالسيف) (٢) و مثله خبر دعائم الإسلام ٣.

(٣) لأنه متعد بالزيادة.

(٤) سواء كان خطأ محضاً أو شبهه العمد، و لو زاد المستوفى فادعى الجاني أن الزيادة عمدا و أنكروا المستوفى فالقول قوله مع يمينه.

(٥) في العمد و الخطأ.

(٦) بحيث كانت الزيادة بسبب هذا الاضطراب، فلا شيء على المستوفى لاستناد التفريط إلى المستوفى منه، و لو ادعى المستوفى الاضطراب و أنكروا المستوفى منه فالقول قول الأخير مع يمينه.

ص: ٥١٩

١- (١) الوسائل الباب - ٤٢ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) مستدرک الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١ و ٣.

في تأخير قصاص الطرف إلى اعتدال النهار

(و يؤخر قصاص الطرف) من الحر و البرد (إلى اعتدال النهار) حذرا من السرايه (١).

في ثبوت القصاص في العين

(و يثبت القصاص في العين) (٢) للآيه (و لو كان الجاني بعين واحده و المجنى عليه باثنتين قلعت عين الجاني و إن استلزم عماء) (٣)، فإن الحق أعماه، و لإطلاق قوله تعالى: وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ (٤) و لا ردّ (٥).

(و لو انعكس (٦) بأن قلع عينه) أى عين ذى العين الواحده (صحيح العينين) (١) أى السرايه إلى إتلاف النفس، بخلاف قصاص النفس فإنه لا يؤخر ما دام المطلوب إزهاق نفسه.

(٢) بلا خلاف لقوله تعالى: الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ (١).

(٣) بلا- خلاف لقوله تعالى: الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ٢، و للأخبار منها: خبر محمد بن قيس: (قلت لأبى جعفر عليه السّلام: أعور فقأ عين صحيح، قال: تفقأ عينه، قلت: يبقى أعمى، قال:

الحق أعماه) (٢)، و فى حكم الأعور من ذهب عينه بجنايه أوجبت قودا.

(٤) المائدة الآيه: ٤٥.

(٥) من المستوفى على الأعور بسبب العمى لإطلاق النصوص.

(٦) بأن فقأ الصحيح عين الأعور، سواء كانت عين الأعور تالفه حلقة أو بآفه من الله تعالى، فلا خلاف بين الأصحاب فى ثبوت الدية عليه كامله - أعنى ديه النفس - لأن عين الأعور جميع بصره، و إذهاب البصر يوجب الدية إذا وقع التراضى بينهما على الدية.

و أما إذا أراد الأعور الاقتصاص من الصحيح فيقتص منه بعين فى قبال عينه، و لكن هل له مع ذلك نصف الدية كما ذهب إليه الشيخ فى النهايه و العلامه و ابنا سعيد و البراج و الطبرسى و الصهرشتى و أبى الصلاح و غيرهم، لأن الصحيح أذهب جميع بصره و استوفى منه نصف البصر فيبقى عليه ديه النصف، و لروايه محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام:

(قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أعور أصيبت عينه الصحيحه ففقئت: أن تفقأ إحدى عيني صاحبه و يعقل له نصف الدية، و إن شاء أخذ ديه كامله، و يعنى عن عين صاحبه) (٣)، و خبر عبد الله بن الحكم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن رجل صحيح -

١- ((١ و ٢) المائده الآيه: ٤٥.

٢- (٣) الوسائل الباب - ١٥ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

فأذهب بصره (اقتص له بعين واحده) لأن ذلك هو المماثل للجنايه.

(قيل) - و القائل ابن الجنيد و الشيخ فى أحد قوله و جماعه -: (و له مع القصاص) على ذى العينين (نصف الديه) لأنه أذهب بصره أجمع و فيه الديه، و قد استوفى منه ما فيه نصف الديه و هو العين الواحده فيبقى له النصف، و لروايه محمد بن قيس عن الباقر عليه السّلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أعور أصيبت عينه الصحيحه ففقت، ان تفقأ إحدى عيني صاحبه و يعقل له نصف الديه و إن شاء أخذ ديه كامله و يعفو عن عين صاحبه» و مثلها روايه عبد الله بن الحكم عن الصادق عليه السّلام.

و نسبه المصنف الحكم إلى القيل مشعره برده أو توقفه، و منشؤه قوله تعالى:

وَ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ (١) فلو وجب معها شيء آخر لم يتحقق ذلك (٢) خصوصا على فقأ عين رجل أعور، فقال: الديه كامله فإن شاء الذى فقت عينه أن يقتص من صاحبه و يأخذ منه خمسه آلاف درهم فعل، لأن له الديه كامله و قد أخذ نصفها بالقصاص (١).

و نقل عن المفيد و الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس و مال إليه المحقق و العلامه فى التحرير أنه مع القصاص لا رد للأصل، و لعموم قوله تعالى: الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ (٢)، و رد بمنع عموميه العين فإنه مفرد معرّف لا- عموم فيه حتى يتمسك به، و لو سلم بأن فيه عموما فهو مخصص بالأخبار الوارده فى عين الأعور، و رد أيضا بأن قوله تعالى المتقدم إنما هو حكايه عن التوراه و لا يلزم حكمها فى شرعنا، و أجيب عنه بأن الآيه مقرره فى شرعنا لروايه زراره عن أحدهما عليهما السّلام فى قوله تعالى: أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ الْآيَةَ (قال عليه السّلام: هى محكمه) (٣)، و هى محكمه أيضا لقوله تعالى عقيب هذه الآيه: وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٤) و من للعموم تشمل المسلمين مع أن الظلم حرام و تركه واجب و لا- يتم ترك الظلم إلا- بالحكم بمضمون الآيه السابقه.

(١) المائده الآيه: ٤٥.

(٢) من مقابله العين للعين.

ص: ٥٢١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٧ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤.

٢- (٢) المائده الآيه: ٤٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب قصاص الطرف حديث ٥.

٤- (٤) المائده الآيه: ٤٥.

القول بأن الزيادة على النص نسخ (١) و أصله البراءة من الزائد، و إليه ذهب جماعه من الأصحاب منهم المحقق فى الشرائع و العلامه فى التحرير من موافقته فى المختلف للأول و تردده فى باقى كتبه.

و للتوقف وجه (٢) و إن كان الأول لا يخلو من قوه و هو اختيار المصنف فى الشرح.

و أجيب عن الآيه بأن العين مفرد محلى فلا يعم، و الأصل يعدل عنه للدليل.

و ما قيل من أن الآيه حكاية عن التوراه (٣) فلا يلزمنا مندفع بإقرارها فى شرعنا لروايه زراره عن أحدهما عليه السلام «أنها محكمه» (٤) و لقوله تعالى بعدها:

وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ (٥) و من للعموم، و الظلم حرام، فتركه واجب، و هو لا يتم إلا بالحكم بها.

و قد ينقدح الشك فى الثانى (٦) باحتمال كونه معطوفا على اسم إن فلا يدل (١) فإذا كانت الآيه نصا فلا محاله، يكون الخبران الدالان على نصف الديه أيضا زياده على النص، و لازمه أن يكون الخبران ناسخين للآيه لأنهما متضمنان ما لا يوجد فى النص، مع أنه لا يجوز نسخ الكتاب إلا بالقطعى و الخبران غير مقطوعى الصدور.

و فيه: إن الآيه نص على التقابل بالعينين و هى مطلقه من ناحيه الزياده فيكون الخبران مقيدان لهذا الإطلاق.

(٢) لما ذكر من دلالة الآيه و أصله البراءة مع عدم صلاحية الروايتين لمعارضه ذلك، و فيه أن الجميع قد حكم بتمام الديه لو رضى بالديه، و لازمه أنه لا بد من الرد بعد القصاص فيما لو اقتص بمقدار نصف الديه، هذا فضلا عن أن الخبرين معتبران لأن أحدهما صحيح السند و هو خبر محمد بن قيس و لا تعارض بينهما و بين الآيه، لأنهما مقيدان لإطلاقها.

(٣) لأن أولها: و كتبنا عليهم فيها.

(٤) أى غير منسوخه.

(٥) المائده الآيه: ٤٥.

(٦) أى فى الاستدلال بقوله تعالى: وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ بِدَعْوَى أَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَن يَكُونَ مَعْطُوفًا عَلَى اسْمِ إِنْ فِى الْجُمْلَةِ السَّابِقَةِ وَ يَكُونُ الْمَعْنَى وَاللَّهُ الْعَالِمُ: وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ... وَ كَتَبْنَا عَلَيْهِمْ مَنْ لَمْ يَحْكُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ .

على بقاءه عندنا لو لا النص على كونها محكمه.

(و لو ذهب ضوء العين مع سلامه الحدقه (١) قيل) فى طريق الاقتصاص منه بإذهاب بصرها مع بقاء حدقتها:(طرح على الأجفان) أجفان الجانى (قطن مبلول و تقابل بمرآه محماه مواجهه الشمس) بأن يفتح عينيه، و يكلف النظر إليها (حتى يذهب الضوء) من عينه (و تبقى الحدقه).

و القول باستيفائه على هذا الوجه هو المشهور بين الأصحاب، و مستنده روايه رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام «إن عليا عليه السلام فعل ذلك فى من لطم عين غيره فأنزل فيها الماء و أذهب بصرها» و إنما حكاه قولاً للتنبيه على عدم دليل يفيد انحصار الاستيفاء فيه، بل يجوز بما يحصل به الغرض من إذهاب البصر، و إبقاء الحدقه بأى وجه اتفق، مع أن فى طريق الروايه ضعفًا و جهاله (٢) يمنع من تعيين ما دلت عليه و إن كان جائزاً.

(١) لو جنى عليه فأذهب ضوء عينه دون الحدقه، فالواجب فى القصاص المماثلة كغيره من الموارد، و حينئذ فالقصاص يكون بإذهاب الضوء مع بقاء الحدقه بأى وسيله اتفق ذلك و هو الذى يوافق الأصل، إلا أن المشهور اشترطوا أن يكون ذلك بطرح القطن المبلول على أجفان الجانى و يقابل بمرآه محماه بمواجهه الشمس حتى تذوب الناظره و تبقى الحدقه، استناداً إلى روايه رفاعه عن أبى عبد الله عليه السلام قال: (إن عثمان - عمر - أتاه رجل من قيس بمولى له قد لطم عينه فأنزل الماء فيها و هى قائمه ليس يبصر بها شيئاً، فقال له: أعطيك الديه فأبى، فأرسل بهما إلى على عليه السلام و قال: احكم بين هذين، فأعطاه الديه فأبى قال: فلم يزالوا يعطونه حتى أعطوه ديتين فقال: ليس أريد إلا القصاص، قال: فدعا على عليه السلام بمرآه فحماها ثم دعا بكرسف فبله ثم جعله على أشفار عينيه و على جوانبها ثم استقبل بعينه عين الشمس قال: و جاء بالمرآه و قال: انظر فنظر فذاب الشحم و بقيت عينه قائمه و ذهب البصر)(١).

و ذهبت جماعه إلى أن الروايه لا تفيد حصر إذهاب البصر بهذه الطريقه، فيجوز غيرها بإلقاء الكافور فى العين كما قبل، أو بغير ذلك.

(٢) ففى السند ابن فضال و هو واقفى و سليمان الدهان و هو مجهول الحال.

ص: ٥٢٣

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

في ثبوت القصاص في الشعر

(و يثبت) القصاص (في الشعر (١) إن أمكن) الاستيفاء المماثل للجنايه بأن يستوفى ما ينبت على وجه ينبت، و ما لا- ينبت كذلك على وجه لا- يتعدى إلى فساد البشره، و لا- الشعر زياده عن الجنايه، و هذا أمر بعيد و من ثم منعه جماعه، و توقف آخرون منهم العلامه في القواعد.

في ثبوت القصاص في الذكر و الخصيتين

(و يقطع ذكر الشاب بذكر الشيخ (٢)، و ذكر المختون بالأغلف، و الفحل بمسلول الخصيتين)، لثبوت أصل المماثله، و عدم اعتبار زياده المنفعه و نقصانها، كما تقطع يد القوى بيد الضعيف، و عين الصحيح بالأعشى (٣)، و لسان الفصيح بغيره. نعم لا يقطع الصحيح بالعنين (٤). و يثبت في العكس.

(و في الخصيتين (٥) و في إحداهما القصاص إن لم يخف) بقطع الواحده (ذهاب) (١) بلا فرق بين شعر الأهداب و اللحيه و الحاجين و شعر الرأس و البدن لعموم أدله القصاص.

و ذهب جماعه إلى أن إذهاب الشعر مستلزم لإفساد البشره و هو زياده في الاستيفاء فلا بد من الحكم بالديه ابتداء لتعذر القصاص، و يدل عليه إطلاق خبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في اللحيه إذا حلفت فلم تنبت الديه كامله، فإذا نبتت فثلث الديه) (١)، و مرسل على بن حديد عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(قلت له: الرجل يدخل الحمام فيصب عليه صاحب الحمام ماء حارا فيمتعط شعر رأسه فلا ينبت فقال: عليه الديه كامله) ٢ حيث حكم بالديه ابتداء من دون الاستفصال عن إمكان القصاص و عدمه.

(٢) يثبت القصاص في الذكر بلا خلاف و لا إشكال لعموم أدله القصاص، فيتساوى ذكر الشاب بذكر الشيخ و الفحل بمسلول الخصيتين و الأغلف بالمجنون، و لم يخالف إلا مالك فلم يثبت القصاص بين ذكر الفحل و ذكر مسلول الخصيتين لأنه لا منفعه فيه لعدم مائه، و فيه: إن ذلك نقص في الماء لا في نفس العضو.

(٣) الذي لا يبصر بالليل فقط.

(٤) كما لا تقطع الصحيحه بالشلاء و الحر بالعبد لعدم المساواه لأن العنن كالشلل في اليد، نعم يقطع العنين بالصحيح كما تقطع الشلاء بالصحيحه بلا خلاف في ذلك كله.

(٥) يثبت القصاص فيها بلا خلاف فيه لعموم أدله القصاص، بل يثبت القصاص في إحداهما-

ص: ٥٢٤

(منفعه الأخرى)، فإن خيف فإلديه، و لا فرق فى جواز الاقتصاص فىهما بين كون الذكر صحيحا و عدمه، لثبوت أصل المماثله.

فى ثبوت القصاص فى الأذن

(و تقطع الأذن الصحيحه بالصمّاء) (١) لأن السمع منفعه أخرى خارجه عن نفس الأذن، فليس الأمر كالذكر الصحيح و العينين، حتى لو قطع أذنه فإن زال سمعه فهما جنايتان (٢)، نعم لا تؤخذ الصحيحه بالمخرومه (٣) بل يقتص إلى حد الخرم، و يؤخذ حكمومه الباقي. أما الثقب فليس بمانع (٤).

-مع التساوى فى المحل إلا أن يخشى ذهاب منفعه الأخرى فلا يجوز و يتعين أخذ الدية لتعذر القصاص حينئذ.

بلا- خلاف فى ذلك سواء كان المجنى عليه صحيح الذكر أو عينا و سواء كان الجانى صحيح الذكر أو عينا لثبوت أصل المماثله فى الخصيتين.

و قد ادعى أن أصل العنن فى الخصيتين و عليه فلو كان المجنى عليه عينا و اعتدى عليه بقطع خصيتيه فلا يجوز قطع خصيتيه الجانى للزياده فى الاستيفاء، و هو العنن مع الاقتصاص منه بقطع خصيتيه، إلا أن هذه الدعوى مردوده لعدم ثبوتها، على أن الجانى قد أبطل الإيلاد من الغير فللغير إبطال ذلك منه.

(١) بلا- خلاف و لا إشكال لعموم أدله القصاص، لأن مرض الصمم ليس فى الأذن و إنما هو فى الصماخ أو ما ورائه من ناحيه الدماغ.

(٢) لما سمعت أن الصمم ليس فى الأذن الخارجيه و إنما فى الصماخ أو ما ورائه.

(٣) المخرومه هى الناقصه كما فى المسالك، و قد ذهب الشيخ و ابن حمزه و الفاضل و الشهيدان إلى عدم اقتصاص الصحيحه بالمخرومه لأنه ظلم، كما لا تقطع الصحيحه بالشلاء، نعم يقتص إلى حد الخرم و الحكمومه فيما بقى.

و فى كشف اللثام و غيره أنه تقتص الصحيحه بتمامها بعد رد ديه الخرم على المقتص منه لعموم قوله تعالى: الْأُذُنَ بِالْأُذُنِ (١).

(٤) أى تؤخذ الصحيحه بالمتقوبه بلا خلاف، لأن الثقب مما يعدّ كمالا فى النساء، و فى غيرهن و إن كان ليس كمالا إلا أنه لا يفوت معه شىء من العضو فلا يغيّر حكم الأذن كما لم يغيّر ماهيه الأذن.

ص: ٥٢٥

في ثبوت القصاص في الأنف

(و الأنف الشام بالأخشم) (١) بالمعجمتين و هو الذى لا يشم، لأن منفعه الشَّم خارجه عن الأنف، و الخلل فى الدماغ، لا فيه. و كذا يستوى الأفتى و الأفتس و الكبير و الصغير.

(واحد المنخرين بصاحبه) (٢) المماثل له فى اليمين و اليسار، كما يعتبر ذلك فى نحوهما من الأذنين و اليدين، و كما يثبت فى جميعه فكذا فى بعضه، لكن ينسب المقطوع إلى أصله (٣) و يؤخذ من الجانى بحسابه، لثلا يستوعب بالبعض أنف الصغير، فالنصف بالنصف، و الثلث بالثلث، و هكذا

في ثبوت القصاص فى السن

(و تعلق السن بالسن المماثله) كالثنيه بالثنيه، و الرباعيه بالرباعيه و الضرس به (٤).

و إنما يقتص إذا لم تعد المجنى عليها (٥)، و يقض أهل الخبره بعودها (و لو) (١)الأخشم هو عادم حاسه الشم، فيؤخذ الشام بالأخشم بلا خلاف فيه و لا إشكال لعموم أدله القصاص، و لأن الشم من الدماغ فالخلل يكون منه لا من الأنف.

و الحكم ثابت بلا- فرق بين الأنف الكبير و الصغير و الأفتى و الأفتس، و الأفتى من كان أنفه محدودبا و الأفتس من كانت أرنبه أنفه كبيره و منتشره.

(٢)اليمين باليمين و اليسار باليسار، بلا- خلاف فيه و لا إشكال لعموم أدله القصاص مع اشتراط التماثل فى المحل لعموم قوله تعالى: **فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ (١)**.

(٣)فإن كان المقطوع نصف الأنف فيقطع من الجانى نصف أنفه، و لا يجوز القصاص بالمساحه هنا، بمعنى أن يحسب مقدار ما قطع من أنف المجنى عليه و يؤخذ بذلك المقدار من أنف الجانى، لاحتمال أن يكون أنف المجنى عليه كبيرا و أنف الجانى صغيرا بحيث يكون أنف الجانى بمقدار نصف أنف المجنى عليه و هذا ما يلزم منه القصاص بأنف الجانى بتمامه فى قبال نصف أنف المجنى عليه، فلذا عدل عن المساحه إلى النسبه إلى أصل الأنف.

(٤)أى بالضرس، فاشتراط التماثل بلا- خلاف فيه و لا- إشكال لعموم قوله تعالى: **فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ٢**، فالسن بالسن و الرباعيه بالرباعيه و الناب بالناب و الضاحك بمثله و الضرس كذلك، و الناجذ المسمى بضرس العقل كذلك أيضا.

(٥)أى أن السن لو قلعت و حكم أهل الخبره بعودها فلا يقتص من الجانى إلى أن تمضى مده يجعل معها اليأس من العود، و عن المبسوط و غايه المراد عدم الخلاف فيه، و إن لم يحكم أهل الخبره بعودها أو حكموا بعدم العود استوفى الحق من الجانى، فإن لم تعد فلا كلام،-

(عادت السن فلا قصاص) كما أنه لو قضى بعودها أخر إلى أن يمضى مده القضاء، فإن لم تعد اقتص، و إن عادت بعده لأنها حينئذ هبه جديده، و على هذا (١) فيقتص و إن عادت على هذا الوجه (٢) لأنها ليست بدلا عاده، بخلاف ما تقضى العاده بعودها، و لو انعكس الفرض بأن عادت سن الجاني بخلاف العاده لم يكن للمجنى عليه إزالتها، لما ذكر (٣) (فإن عادت) السن المقتضى بعودها عاده (متغيره فالحكومه) و هو الأرش، لتفاوت ما بينهما صحيحه و متغيره كما هي.

(و ينتظر بسن الصبي) (٤) الذي لم تسقط سنه و نبت بدلها، لقضاء العاده - و إن عادت قبل القصاص فإن كانت ناقصه أو متغيره كان فيها الحكومه، و الحكومه أن يفرض المجنى عليه عبدا و تقدر قيمته بين كونه مقلوع السن مده ثم نبتت متغيره أو ناقصه و بين كونه بسن في تلك المده و ما بعدها و السن صحيحه.

و لو عادت كما كانت فلا قصاص و لا ديه بلا خلاف، و لكن مع الأرش لأنه نقص دخل على المجنى عليه فلا يهدر و مع عدم الأرش ظلم، و لكن اختلفوا في تقديره، فقليل: يفرض عبدا و يقوم مقلوعها مده و غير مقلوعها أصلا و التفاوت هو الأرش، و قيل: إن الأرش هو أرش ذلك الجرح الحاصل بالقلع.

و لو عادت بعد القصاص فلا شيء للجاني لأن سنه قد ذهبت قصاصا بسبب جنائته، و سنّ المجنى عليه العائده هبه من الله تعالى.

(١) أي على ما تقرر.

(٢) أي بعد القصاص.

(٣) من كونها هبه من الله تعالى، و حق المجنى عليه قد استوفاه بقلع السن أولا من الجاني.

(٤) لا- خلاف في أنه ينتظر بها، لقضاء العاده بعودها عند الصبي و ينتظر بذلك إلى حد اليأس، و عن العلامه الانتظار سنه، و يعجب منه الشهيد على ما قيل: «بأنى لم أقف عليه في كتب الأصحاب و لا سمعته من أحد من الفضلاء».

و على كل فلو عادت ففيها الحكومه بلا خلاف لمرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام:

(في سن الصبي يضربها الرجل فتسقط ثم تنبت، قال: ليس عليه قصاص و عليه الأرش) (١).

و قال الشيخ: المراد بالأرش هو أرش الجرح و إساله الدم، و قال آخرون: المراد به تفاوت-

ص: ٥٢٧

بعودها (فإن لم تعد) على خلاف العاده (ففيها القصاص، و إلا- فالحكومه) و هو أَرش ما بين كونه فاقد السن زمن ذهابها و واجدها، و لو عادت متغيره أو مائله فعليه الحكومه الأولى و نقص الثانيه (١) (و لو مات الصبي قبل اليأس من عودها فالأرش) (٢).

(و لا- تفلح سن بضرس)، و لا- ثنيه برباعيه، و لا- بناب، (و لا بالعكس) و كذا يعتبر العلو و السفل و اليمين و اليسار و غيرها من الاعتبارات المماثله (٣).

(و لا أصلية بزائده، و لا زائده بزائده مع تغاير المحل) بل الحكومه فيهما، و لو اتحد المحل قلعت

في الانتقال إلى الديه

(و كل عضو وجب القصاص فيه لو فقد انتقل إلى الديه)، لأنها قيمه العضو حيث لا يمكن استيفاؤه.

في ما لو قطع إصبع رجل، و يد آخر

(و لو قطع إصبع رجل، و يد آخر) (٤) مناسبه لذات الأصبع (اقتص لصاحب) - ما بين كونه فاقد السن زمن ذهابها و واجدها لو كان عبداً.

و لو لم تعد كان فيها القصاص كما عليه المشهور لعموم قوله تعالى: السِّنُّ بِالسِّنِّ (١)، و قيل: و لم يعرف قائله بعدم القصاص لأن سن الصبي فضله و سن البالغ أصليه فلا تتحقق المماثله، إلا أنه ضعيف بعد صدق الاسم عليهما.

(١) هكذا في النسخ المطبوعه للروضه، و الأولى فعليه حكومه الأولى و نقص الثانيه، كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و العلامه في القواعد أما الحكومه للأولى لقلعها و أمّا النقص للثانيه لأن النقص من فعله، و استشكل فيه بأن النقص ليس من فعله، بل قلع الأولى و قد تحمل الحكومه و يقتصر عليها.

(٢) فالأرش لوارثه لاحتمال العود بعد الموت، و ردّ عليهم الشيخ بأن القلع متحقق و العود متوهم فعلى الجاني الديه و ليس الأرش إلا أنها ديه ما قلع.

(٣) تحقيقاً للمماثل في القصاص لقوله تعالى: فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوِقْتُمْ بِهِ (٢).

(٤) بأن قطع إصبع رجل من يده اليمنى و قطع اليد اليمنى لآخر، فيقتص للأول من إصبعه لسبقه، و يقتص للثاني عن يده إلا أن يد الجاني ناقصه فيرجع على الثاني بديه إصبع لعدم استيفاء تمام حقه و منه يعرف الحكم في عكس الفرع المذكور.

ص: ٥٢٨

(الأصبع إن سبق) فى الجنايه، لسبق استحقاقه إصبع الجانى قبل تعلق حق الثانى باليد المشتمله عليها (ثم يستوفى لصاحب اليد) الباقى من اليد و يؤخذ ديه الأصبع، لعدم استيفاء تمام حقه فيدخل فيما تقدم من القاعده، لوجوب الديه لكل عضو مفقود (و لو بدأ) الجانى (بقطع اليد قطعت يده) للجنايه الأولى (و ألزمه الثانى ديه إصبع) لفوات محل القصاص.

الفصل الثالث – فى اللواحق

إشاره

(الفصل الثالث – فى اللواحق)

الواجب فى قتل العمد القصاص

(الواجب فى قتل العمد القصاص (١)، لا أحد الأمرين من الديه و القصاص) كما زعمه بعض العامه، لقوله تعالى: الْأَنْفُسِ بِالنَّفْسِ (٢) و قوله: كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرِّ بِالْحُرِّ (٣) الْآيَه، و صحيحه الحلبي، و عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام قال: من قتل مؤمنا متعمدا قيد منه إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه فإن رضوا بالديه و أحب ذلك القاتل فالديه، إلى آخره.

(١) قتل العمد يوجب القصاص، لا الديه، عينا لا تخيرا، على المشهور و يدل عليه قوله تعالى: الْأَنْفُسِ بِالنَّفْسِ (١) و قوله تعالى: فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٢) و لصحيحه الحلبي و عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (سمعتة يقول: من قتل مؤمنا متعمدا قيد به إلا أن يرضى أولياء المقتول أن يقبلوا الديه) (٣).

و ذهب ابن الجنيد إلى أن ولى المقتول عمدا بالخيار بين القصاص و الديه و العفو، للنبويين فالأول: (من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفدى و إما أن يقتل) (٤) و الآخر:

(من أصيب بدم أو خبل – و الخبل الجراح – فهو بالخيار بين إحدى ثلاث إما أن يقتص أو يأخذ العقل أو يعفو) ٥. و النبويان مرويان من غير طرقنا فلا يقاومان ما سمعت من الأدله.

(٢) سورة المائده: الآيه ٤٥.

(٣) سورة البقره: الآيه ١٧٨.

ص: ٥٢٩

١- (١) المائده الآيه: ٤٥.

٢- (٢) البقره الآيه: ١٩٤.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات النفس حديث ٩.

(نعم لو اصطالحا على الدية جاز) للخبر (١)، ولأن القصاص حق فيجوز الصلح على إسقاطه بمال (٢) (و يجوز الزيادة عنها) (٣) أى عن الدية (و النقيصه مع التراضى) أى تراضى الجانى و الولى، لأن الصلح إليهما فلا يتقدر إلا برضاهما (و فى وجوبها) أى الدية (على الجانى (٤) بطلب الولى وجه) بل قول لابن الجنيد (لوجوب حفظ نفسه الموقوف على بذل الدية) فيجب مع قدره، و لروايه الفضيل عن الصادق عليه السلام قال: «و العمد هو القود، أو رضى ولى المقتول» (٥). و لا بأس به و على التعليل لا يتقدر بالديه، بل لو طلب منه أزيد و تمكن منه وجب.

(و لو جنى على الطرف و مات (٦) و اشتبه استناد الموت إلى الجنايه فلا قصاص فى النفس)، للشك فى سببه، بل فى الطرف خاصه.

(١) أى صحيح الحلبي و عبد الله بن سنان المتقدم.

(٢) لعموم أدله الصلح كقوله تعالى: وَ الصُّلْحُ خَيْرٌ (١).

(٣) أى و يجوز الصلح بأزيد من الدية كما يجوز بالأنقص بلا خلاف و لا إشكال لعموم أدله الصلح.

(٤) لو طلب ولى الدم الدية فهل يجب على الجانى القبول بها إن أمكنه دفعها حفظا لنفسه من القتل، كما يجب على الجانى القبول بالأزيد منها صلحا مع إمكان الدفع حفظا لنفسه، ذهب ابن الجنيد إلى ذلك و قواه الفاضل و ولده، و نفى عنه البأس الشهيد الأول و عن الكركى أنه جيد، و ذهب المشهور إلى عدم الوجوب إذ لا دليل على حفظ النفس فى المقام بعد تعلق حق الغير بها و الأمر بإعطاء القصاص مع أن الأمر متوجه إلى الجانى.

(٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديوات الأعضاء، حديث ١٣، و وجه الاستدلال إذا كان العمد منوطا برضا ولى المقتول بالديه فيجب على الجانى حينئذ القبول.

و فيه: إن الاقتصار على رضا ولى المقتول مع السكوت عن رضا القاتل، لأن القاتل غالبا ما يقبل بدفع الدية لا لأن الدفع واجب عليه على كل حال إذا رضى ولى المقتول.

(٦) و شك فى سبب موته و احتمال أنه مستند إلى سرايه الجرح، فلا خلاف و لا إشكال فى أنه يقتصر على القصاص فى جنايه الجرح لأنهما المتيقنه، و لا يثبت القصاص فى النفس إلا بالبينه أو الإقرار.

ص: ٥٣٠

في ما يعتبر عند القصاص

(و يستحب إحضار شاهدين (١) عند الاستيفاء احتياطاً) في إيقاعه على الوجه المعتبر (و للمنع من حصول الاختلاف في الاستيفاء) فينكره الولي فيدفع بالبينه.

(و تعتبر الآله) (٢) أى تختبر بوجه يظهر حالها (حذراً من) أن يكون و قد وضع المستوفى فيها (السم و خصوصاً في الطرف)، لأن البقاء معه مطلوب و السم ينافيه غالباً (فلو حصل منها) أى من الآله المقتص بها في الطرف (جنايه بالسم ضمن المقتص) إن علم به، و لو كان القصاص في النفس أساء و استوفى و لا شئ عليه.

في أنه يقتص إلا بالسيف

(و لا يقتص إلا بالسيف (٣) فيضرب العنق لا- غير) إن كان الجاني أبانه، و إلا (١) فطنين بمواقع الاستيفاء و شرائطه احتياطاً في الدماء، و لأنه لو حصلت مجاحده بين المقتص و أولياء المقتص منه فيمكن إقامة الشهاده حينئذ.

و مع تعبير أكثر من واحد بالاستحباب قال في الجواهر: «و إن كنا لم نعر على أثر فيه بالخصوص، و ما سمعته أقصاه الإرشاد - إلى أن قال - و لكن الأمر في الندب سهل للتسامح».

(٢) لا- يجوز استيفاء القصاص بالآله المسموعه، و لا- إشكال في تحريم ذلك في قصاص الطرف، لأن المقصود في قصاص الطرف إبقاء النفس غالباً بعد القصاص، مع أن الاستيفاء بالآله المسمومه إجهاز عليه فيكون قد قتله عمداً فيضمن المقتص.

و أما في قصاص النفس فهو و إن كان المقصود منه إزهاق النفس إلا أنه بالسم يوجب إفساد البدن و تقطعه و تعذر تغسيله و هتك حرمة بل هو بمنزله المثل به، و هو ما لو قطعه بعد القتل كما عن المبسوط. فيحرم حينئذ و إن لم يوجب قصاصاً على المقتص.

(٣) بلا- خلاف، فلو قتل بالسيف أو غيره كالإحراق أو الفرق أو بالمنع عن الطعام فلا يقتص منه بنفس الطريقة التي قتل بها بل يقتص منه بالسيف، لخبر موسى بن بكر عن الإمام الكاظم عليه السلام: (في رجل ضرب رجلاً بعصا، فلم يرفع العصا حتى مات، قال: يدفع إلى أولياء المقتول و لكن لا يترك يتلذذ به و لكن يجاز عليه بالسيف) (١) و مثله غيره.

و قال ابن الجنييد: يجوز قتله بمثل القتل التي قتل بها لقوله تعالى: فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٢) و للنبوى الوارد من طرق العامه: (من حرَّق حرَّقناه و من غرَّق -

ص: ٥٣١

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١٠.

٢- (٢) البقره الآيه: ١٩٤.

ففى جوازه نظر من صدق استيفاء النفس بالنفس (١) و زياده الاستيفاء (٢) و بقاء حرمه الآدمى بعد موته (٣)، و استقرب فى القواعد المنع.

(و لا- يجوز التمثيل به) أى بالجانى بأن يقطع بعض أعضائه (و لو كانت جنايته تمثيلاً أو) وقعت (بالتفريق و التحريق و المثقل) بل يستوفى جميع ذلك بالسيف.

و قال ابن الجنيدي: يجوز قتله بمثل القتل الذى قتل بها، لقوله تعالى: بِمِثْلِ مَا عَتَيْدَى عَلَيْكُمْ (٤) و هو متجه لو لا- الاتفاق على خلافه.

(نعم قد قيل) و القائل الشيخ فى النهايه و أكثر المتأخرين: أنه مع جمع الجانى بين التمثيل بقطع شىء من أعضائه و قتله (يقتص) الولى منه (فى الطرف، ثم يقتص فى النفس إن كان الجانى فعل ذلك بضربات) متعددة، لأن ذلك بمنزله جنایات متعددة (٥) و قد وجب القصاص بالجنايه الأولى، فيستصحب، و لروايه محمد بن قيس عن أحدهما عليهما السلام (٦)، و لو فعل ذلك بضربه واحده لم يكن عليه -غَرَفناه(١) و فى نبوى آخر كذلك: (أن يهوديا رضخ رأس جاريه بالحجاره، فأمر صلى الله عليه و آله و سلم فرضخ رأسه بالحجاره) ٢، و لأن القصاص للشفى و لا- يحصل إلا إذا قتل القاتل بمثل ما قتل به، و الأول أولى لقوه أدلته بعد كون النبويين لا- يقاومان أخبارنا المروييه عن أئمتنا عليهم السلام، و أما كون القصاص للشفى إلى آخر ما ذكره فإنه استحسان محض و الآيه مخصصه بالأخبار الحاصره للقتل بالسيف.

(١) دليل جواز قطع رأس الجانى و إن لم يقطع رأس المجنى عليه.

(٢) دليل العدم، لأن الزيادة محرمه.

(٣) دليل ثان لعدم الجواز، و حاصله أن الزيادة مثله لبقاء حرمه الآدمى بعد موته، و فى أدله العدم ضعف لأن النصوص السابقه قد حصرت القصاص بالسيف، و المتبادر منه هو ضرب العنق و إن لم يكن بمثل ما قتل به الجانى.

(٤) سورة البقره: الآيه ١٩٤.

(٥) قد تقدم أن مع تعدد الضربات تتعدد الجنايات عرفاً، و يكون لكل جنايه حكمها.

(٦) (فى رجل فقاً عين رجل و قطع أنفه و أذنيه ثم قتله، فقال: إن كان فزق ذلك اقتص منه -

ص: ٥٣٢

أكثر من القتل (١).

و قيل: يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس مطلقا (٢) ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف، و رواه أبو عبد الله عن الباقر عليه السلام (٣). و الأقرب الأول (٤).

-ثم يقتل، و إن كان ضربه ضربه واحده ضربت عنقه و لم يقتص منه (١) و مثله حسنه حفص البخترى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضرب على رأسه فذهب سمعه و بصره و اعتقل لسانه ثم مات، فقال: إن كان ضربه ضربه بعد ضربه اقتص منه ثم قتل، و إن كان أصابه هذا من ضربه واحده قتل و لم يقتص منه) ٢.

(١) كما هو صريح النصوص المتقدمة.

(٢) سواء وقع ذلك بضربه واحده أو بضربات.

(٣) كذا في كل نسخ الروضة المطبوعه التي بأيدينا، و الصحيح و رواه أبو عبيده - أعنى الحذاء - عن الباقر عليه السلام، و الخبر صحيح: (سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل ضرب رجلا بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجافه حتى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاة و لا يعقل ما قال و لا ما قيل له فإنه ينتظر به سنة فإن مات فيما بينه و بين السنه أقيده ضاربه، و إن لم يميت فيما بينه و بين السنه و لم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الدية في ماله لذهاب عقله، قلت: فما ترى عليه في الشجه شيئا؟ قال: لا لأنه إنما ضرب ضربه واحده فجنت الضربه جنائتين فالزمته أغلظ الجنائتين و هي الدية، و لو كان ضربه ضربتين فجنت الضربتان جنائتين لألزمته جنايه ما جنتا كائنا ما كان إلا أن يكون فيهما الموت بواحد، و تطرح الأخرى فيقاد به ضاربه) (٢) و ذيله محل الشاهد.

(٤) اعلم أن الفقهاء قد اختلفوا في هذه المسألة على أقوال:

الأول: الدخول مطلقا و هو قول الشيخ في الكتابين.

الثاني: عكسه عدم الدخول مطلقا و إليه ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف أيضا و تبعه ابن إدريس لعموم قوله تعالى: فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ (٣) و لاستصحاب حكم الجنايه الأولى.

ص: ٥٣٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٥١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٣- ((٤)) البقره الآيه: ١٩٤.

(و لا- يقتص بالآله الكاله) (١) التي لا- تقطع أو لا تقتل (٢) إلا- بمبالغه كثيره لئلا يتعذب المقتص منه سواء فى ذلك النفس و الطرف (فيأثم) المقتص (لو فعل) و لا شىء عليه سواه.

فى السرايه بالقصاص

(و لا يضمن المقتص سرايه القصاص) (٣) لأنه فعل سائغ فلا يتعقبه ضمان، و لقول الصادق عليه السلام فى حسنه الحلبي: «أيما رجل قتله الحد فى القصاص فلا ديه له» (٤)، و غيرها (٥).

و قيل: ديته فى بيت المال استنادا إلى خبر ضعيف (٦).

-الثالث: التفصيل بين الضربه و الضربات، ففى الضربه يدخل الأضعف فى الأقوى، و إليه ذهب الشيخ فى النهايه و أكثر المتأخرين، لقوه دليله فضلا عن أنه صحيح أبى عبيده يدل عليه من ناحيه صدره و لو إيماء.

(١) بلا خلاف فيه تجنبا للتعذيب، و للنبوى: (إذا قتلتم فأحسنوا القتله) (١)، و لكن لو فعل أساء و عزّر لأنه فعل محرم و لا شىء عليه.

(٢) الأول فى قصاص الطرف و الثانى فى قصاص النفس.

(٣) بلا خلاف فيه للنصوص منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: (من اقتص منه فهو قتيل القرآن) (٢).

و خبر محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: (و من قتله القصاص فلا ديه له) (٣).

و خبر أبى الصباح الكناني عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل قتله القصاص، له ديه؟ فقال: لو كان ذلك لم يقتص من أحد، و قال: من قتله الحد فلا ديه له) (٤).

(٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٩، و فى الوسائل: «قتله الحد أو القصاص فلا ديه له».

(٥) تقدم بعضها.

(٦) ذهب الشيخ فى الاستبصار إلى ذلك اعتمادا على خبر الحسن بن صالح الثورى عن أبى عبد الله عليه السلام: (من ضربناه حدا من حدود الله فمات فلا ديه له علينا، و من ضربناه حدا من حدود الناس فمات فإن ديته علينا) (٣)، و قال ابن إدريس فى السرائر: «إن قول-

ص: ٥٣٤

١- (١) سنن البيهقى ج ٨، ص ٦٠.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٢ و ٥ و ١.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٣.

(ما لم يتعد) حقه (١) فيضمن حينئذ الزائد قصاصاً، أو ديه.

في أجره المقتص

(و أجره المقتص من بيت المال) (٢)، لأنه من جملة المصالح (فإن فقد) بيت المال (أو كان هناك) ما هو (أهم منه) كسد ثغر، و دفع عدو و لم يسع لهما (فعلى الجاني)، لأن الحق لازم له فتكون مئونه عليه.

و قيل: على المجنى عليه، لأنه لمصلحته.

في إرث القصاص

(و يرثه) أي القصاص (٣)...

-الشيخ هنا مخالف للقرآن و الإجماع، و إن راوى الخبر زيدي و هو الحسن بن صالح.

(١) فيضمن و يدل عليه خبر أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عنم أقيم عليه الحد، أ يقاد منه أو تؤدى ديته؟ قال: لا، إلا أن يزداد على القود) (١).

(٢) إذا لم يستوفه الولي، فأجره المقتص من بيت المال لأنه معدّ للمصالح و هذا منها، فإذا لم يكن بيت مال، أو كان و كان هناك ما هو أهم منها كالجهاد و لم يف بيت المال بالجميع كانت الأجره على الجاني دون المستوفى كما عن الخلاف لأنها من مئونه التسليم الواجب على الجاني، فهي كأجره الكيال الواجبه على البائع.

و عن المبسوط أنها واجبه على المستوفى لأن المقتص عامل له فأجرته عليه، و ما على الجاني إلا التمكين و ليس الفعل و هو الأقرب.

(٣) يتولى القصاص من يرث المال ما عدا الزوج و الزوجه كما عليه الأكثر بلا فرق بين الذكر و الأنثى لعموم أدله الإرث كقوله تعالى: وَ أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ (٢) مع ضميمه إطلاق قوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا (٣) بناء على إرادته الوارث من الولي في الآية.

و أما استثناء الزوج و الزوجه فهو موضع وفاق كما في المسالك لأن القصاص يثبت للولي للشفى و لا نسب في الزوجيه، نعم مع التراضى بالديه فالديه مال للمقتول يلحقه حكم غيره من الأموال المنقوله فيكون تركه بين الورثه بما فيهم الزوجان و قد تقدم الكلام في باب الإرث.

ص: ٥٣٥

٢- (٢) الأنفال الآية: ٧٥.

٣- (٣) الإسراء الآية: ٣٣.

(و إرث المال) مطلقاً (١) (إلا الزوجين) لعموم آية أولى الأرحام (٢) خرج منه الزوجان بالإجماع (٣) فيبقى الباقي.

(قيل: ترثه العصبه) وهم الأب و من تقرب به (لا غير) دون الأخوه و الأخوات من الأم و من يتقرب بها من الخئوله و أولادهم. و فى ثالث يختص المنع بالنساء (٤) لروايه أبى العباس عن الصادق عليه السّلام و الأول أقوى.

فى المبادره من غير إذن الإمام

(و يجوز للولى الواحد المبادره) (٥) إلى الاقتصاص من الجانى (من غير إذن) - و ذهب الشيخ فى النهايه و الاستبصار و جماعه منهم المحقق فى الشرائع و ادعى ابن إدريس عليه عدم الخلاف إلى أن الذى يتولى القصاص هم الورثه إلا- المتقرب بالأم لصحيح ابن سنان: (قال أبو عبد الله عليه السّلام: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام أن الديه يرثها الورثه إلا الإخوه و الأخوات من الأم فإنهم لا يرثون من الديه شيئاً) (١)، و مثلها خبر سليمان بن خالد ٢ و خبر محمد بن قيس ٣ و خبر عبيد بن زراره ٤. و الخبر و إن كان و اردا فى الإخوه و الأخوات إلا أن الحكم يعمم لكل متقرب بها بالأولى لأن الإخوه أقرب من الأخوال و أولادهم، هذا و أيضاً قد دل الخبر على عدم إرثهم من الديه إلا أنه دال بالأولويه على عدم إرثهم القصاص، لأن الديه فرع القصاص.

و ذهب الشيخ فى المبسوط، و نقل عن ابن البراج إلى أن النساء ليس لهن عفو و لا- قود سواء تقربن بالأب أو الأم لمعتبره أبى العباس البقباق عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قلت:

هل للنساء قود أو عفو؟ قال: لا، و ذلك للعصبه) (٢)، و قال على بن الحسن بن فضال الراوى لهذا الخبر: «و هذا خلاف ما عليه أصحابنا»، فلذا حمل على التقيه.

(١) ذكرنا أو أنثى.

(٢) سورة الأنفال: الآية ٧٥.

(٣) يستشعر من كلامه أن الزوجين من الأرحام، و الخروج تخصيصى مع أنك عرفت أن الخروج تخصص إذ لا- نسب فى الزوجيه.

(٤) سواء تقربن بالأب أو الأم.

(٥) لو كان ولى الدم واحدا فهل يجوز له استيفاء القصاص من دون إذن الإمام أو نائبه الخاص أو العام، ذهب إلى ذلك الشيخ فى المبسوط و الفاضل و ولده و الشهيدان-

ص: ٥٣٦

١- ((١ و ٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موانع الإرث حديث ٢ و ١ و ٤ و ٥.

٢- (٥) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب موجبات الإرث حديث ٦.

(الإمام)، لقوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا (١)، لأنه حقه، والأصل براءة الذمه من توقف استيفاء الحق على استئذان غير المستحق (و إن كان استئذانه أولى) (٢) لخطره، واحتياجه إلى النظر (و خصوصا في قصاص الطرف)، لأن الغرض معه بقاء النفس، و لموضع الاستيفاء حدود لا يؤمن من تخطيها لغيره.

و ذهب جماعه إلى وجوب استئذانه مطلقا (٣). فيعزّر لو استقل (٤) و اعتدّ به.

(و إن كانوا جماعه توقف) (٥) الاستيفاء (على إذنه أجمع)، سواء كانوا حاضرين أم لا، لتساويهم في السلطان، و لاشتراك الحق فلا يستوفيه بعضهم، -و الأردبيلي بل عن الرياض نسبه إلى أكثر المتأخرين بل و عامتهم، لعموم قوله تعالى:

فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا (١). و توقف الاستيفاء على الإذن ينافي إطلاق سلطنته و قال الشيخ في الخلاف و اختاره العلامة في القواعد و عن الغنيه نفى الخلاف عنه إلى أنه يحتاج إلى الإذن لأن استيفاء القصاص محتاج إلى النظر و الاجتهاد لاختلاف الناس في شرائط ثبوته و في كيفية الاستيفاء، و لأن الدماء أمر خطير فلا وجه لتسلط الآحاد عليه لئلا يلزم الهرج و المرج، و لأنه عقوبه تتعلق ببدن الأدمى فلا بد من مراقبه الحاكم كحد القذف، و يشعر بذلك خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (من قتله القصاص بأمر الإمام فلا ديه له في قتل و لا جراحه) (٢).

و عن المذهب البارع أن توقف قصاص الطرف على الإذن لا خلاف فيه، و إنما الخلاف في توقف قصاص النفس على الإذن.

(١) سورة الإسراء: الآية ٣٣.

(٢) وجه الأولويه من أجل الخروج عن شبهه الخلاف خصوصا في الطرف حيث ادعى ابن البراج عدم الخلاف في الإذن.

(٣) في الطرف و في النفس.

(٤) على القول بالاستئذان فلو استوفاه الولي من دون الإذن فعليه التعزير في المبسوط، و نفاه في الخلاف، مع أنه لا بد من التعزير لأنه فعل محرم، نعم لا ديه عليه و لا قصاص لأنه قد استوفى حقه و إن كان آثما لعدم أخذه الإذن.

(٥) فلو كان ولي الدم متعددا فهل يتوقف الاستيفاء على اجتماع الأولياء، اختلف في ذلك -

ص: ٥٣٧

١- (١) الإسراء الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٨.

و لأن القصاص موضوع للتشفى و لا يحصل بفعل البعض.

(و قيل) و القائل به جماعه منهم الشيخ و المرتضى مدعين الإجماع:(للحاضر) من الأولياء (الاستيفاء) من غير ارتقاب حضور الغائب و لا استئذانه (و يضمن) المستوفى (حصص الباقيين من الديه) لتحقق الولاية للحاضر فيتناوله العموم، و لبناء القصاص على التغليب، و من ثم لا يسقط بعفو البعض على مال أو مطلقاً (١)، بل للباقيين الاقتصاص مع أن القاتل قد أحرز بعض نفسه (٢) فهنا أولى (٣).

و تظهر الفائده (٤) في تعزير المبادر إليه و عدمه، أما قتله فلا، لأنه مهدر بالنسبه إليه.

(و لو كان الولي صغيراً (٥) و له أب أو جد لم يكن له) أى لوليه من الأب -على قولين، أحدهما: إنه لا يجوز الاستيفاء إلا بعد الاجتماع على المشهور كما عن غايه المرام، لأنه حق مشترك. ثانيهما: ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و الخلاف و ابنا حمزه و زهره بل عن الشيخ و السيد المرتضى الإجماع عليه أنه يجوز المبادره لكل منهم مع ضمان حصص الباقيين لتحقق الولاية لكل واحد بانفراده فيتناوله عموم قوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا (١)، و لأن القصاص مبنى على التغليب بمعنى لو عفا بعضهم أو طالب بالديه مع كون البعض لا يرضى إلا بالقصاص، قدّم حق من يطالب بالقصاص مع ضمان حقوق الآخرين المطالبين بالديه.

(١)فيما لو كان العفو بلا مال.

(٢)بالعفو.

(٣)لأن الغائب قد لا يعفو و يطالب بالقصاص كالحاضر.

(٤)فعلى الأول لو بادر بعضهم فإنه يعزّر لأنه فعل محرماً لأنه استوفى حقه و حق غيره، و لكن لا قصاص عليه لأن المجنى عليه بالنسبه إليه مهذور الدم، و على الثاني لو بادر أحدهم فلا إثم و لا تعزير و لكن يضمن حصص الباقيين.

(٥)فهل يؤخر الاستيفاء إلى أن يبلغ و كذا المجنون حتى يفيق أو لا، ذهب الشيخ في المبسوط و الخلاف إلى الأول لأن حق الاستيفاء للصغير و المجنون، و هما قاصران عن أهليه الاستيفاء فيتعين تأخيرهم، و أما ولاية الأب و الجد على الصغير فهي قاصره عن شمولها لمثل هذا الحق.

ص: ٥٣٨

و الجد (الاستيفاء إلى بلوغه)، لأن الحق له ولا يعلم ما يريد حينئذ، ولأن الغرض التشفى ولا يتحقق بتعجيله قبله و حينئذ فيحبس القاتل حتى يبلغ.

(وقيل) و القائل الشيخ و أكثر المتأخرين: (تراعى المصلحه) فإن اقتضت تعجيله جاز، لأن مصالح الطفل منوطه بنظر الولي، و لأن التأخير ربما استلزم تفويت القصاص. و هو أجود.

(و في حكمه المجنون).

في ما لو صالحه بعض الأولياء

(و لو صالحه بعض) الأولياء (١) (على الذي لم يسقط القود عنه للباقيين على) - و ذهب الشيخ أيضا و المحقق و العلامة و ولده بل و أكثر المتأخرين إلى أن لولي الطفل و المجنون جواز الاستيفاء لعموم الولايه له مع وجود المصلحه و بناء على الأول فيجب حبس القاتل حتى يبلغ الصبي و يفيق المجنون لكونه مقدمه لحفظ حقهما، و هو ممنوع لأن الواجب هو القتل، و أما حبسه فهو تعجيل عقوبه لا مبرر لها، و يشتد الإشكال في المجنون إذ يحتمل عدم إفاقته فهل يحبس إلى الأبد.

(١) المشهور بين الأصحاب أنه لو عفا بعض الأصحاب على مال أو بدونه فلا يسقط حق الباقيين من القود، و لكن من أراد القصاص عليه أن يرد على المقتول مقدار نصيب من عفا، و على الولي مقدار نصيبه إذا كان رضاه في قبال مال.

لأن الولايه لكل واحد منهم لعموم قوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سُلْطَانًا (١)، و لصحيح أبي ولاد الحنات: (سألت أبا عبد الله عليه السلام في رجل قتل و له أب و أم و ابن، فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبي، و قال الأب: أنا أعفو، و قالت الأم: أنا آخذ الدية، فقال عليه السلام: فليعط الابن أم المقتول السدس من الدية، و يعطى ورثه القاتل السدس من الدية حق الأب الذي عفا، و ليقتله) (٢).

و في قبالة روايات تدل على سقوط القصاص منها: صحيح زراره عن أبي جعفر عليه السلام: (في رجلين قتلا رجلا عمدا و له وليان، فعفا أحد الوليين، فقال: إذا عفا عنهما بعض الأولياء درئ عنهما القتل و طرح عنهما من الدية بقدر حصه من عفا، و أدى الباقي من أموالهما إلى الذي لم يعف) (٣)، إلا أن المشهور لم يعملوا بها فحملوها -

ص: ٥٣٩

١- (١) الإسراء الآية: ٣٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥٢ - من أبواب قصاص النفس حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٥٤ - من أبواب قصاص النفس حديث ٣.

(الأشهر) لا نعلم فيه خلافا. وقد تقدم ما يدل عليه و رواه الحسن بن محبوب عن أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل قتل وله أب وأم وابن؟ فقال الابن: أنا أريد أن أقتل قاتل أبي، وقال الأب: أنا أعفو، وقالت الأم: أنا آخذ الدية! قال:

«فليعط الابن أم المقتول السدس من الدية، و يعطى ورثه القاتل السدس من الدية حق الأب الذى عفا عنه و ليقتله، و كثير من الأصحاب لم يتوقف فى الحكم.

و إنما نسبة المصنف إلى الشهره لورود روايات بسقوط القود، و ثبوت الدية كروايه زراره عن الباقر عليه السلام.

(و) على المشهور (يردون) أى من يريد القود (عليه) أى على المقتول (نصيب المصالح) من الدية و إن كان قد صالح على أقل من نصيبه، لأنه قد ملك من نفسه بمقدار النصيب فيستحق ديته.

لو اشترك الأب و الأجنبي فى قتل الولد

(و لو اشترك الأب و الأجنبي فى قتل الولد (١) اقتص من الأجنبي و ردّ الأب نصف الدية عليه) (٢) و كذا لو اشترك المسلم و الكافر فى قتل الذمى فيقتل الكافر إن شاء الولي و يرد المسلم نصف ديته (و كذا الكلام فى) اشتراك (العامد و الخاطئ) فإنه يجوز قتل العامد بعد أن يرد عليه نصف ديته (و الراد هنا العاقله): عاقله الخاطئ لو كان الخطأ محضاً و لو كان شبيه عمداً فالخاطئ.

فى جواز القصاص للمحجور عليه

(و يجوز للمحجور عليه) (٣) للسفه و الفلأ (استيفاء القصاص إذا كان بالغا) - إما على التقيه و إما على ما لو كان الذى يريد القصاص لا يريد أن يضمن حصه من عفا.

(١) إذا كان هناك مانع لقتل القاتل إما لكونه أباً للمقتول أو لكون القاتل مسلماً و المقتول ذمياً فقد عرفت سقوط القصاص فكذلك لو اشترك أكثر من واحد فى القتل و كان أحد الشريكين كذلك، و بناء عليه فعلى الشريك الذى لم يثبت عليه القصاص أن يدفع نصف الدية إلى الشريك الذى ثبت عليه القصاص على فرض قتله، إلا فى القتل الخطأى فالدافع هو العاقله.

(٢) عمل الأجنبي على فرض قتله.

(٣) لا- خلاف فى أن مستحق القصاص إذا كان محجوراً عليه و كان مسلوب العبارة كالصبي و المجنون فلا- أثر لعفوه، لأنه مسلوب العبارة شرعاً و استيفاء القصاص على الخلاف من-

(عاقلاً)، لأن القصاص ليس بمال فلا يتعلق به الحجر فيهما، ولأنه موضوع للتشفي و هو أهل له، (و يجوز له العفو) أيضا عنه (و الصلح على مال) لكن لا يدفع إليه.

(و فى جواز استيفاء) ولى المقتول مديونا (١)(القصاص من دون ضمان الدين) - أنه يستوفيه وليه مع المصلحه أو ينتظر به حتى يكمل.

و إذا كان المحجور عليه غير مسلوب العبارة سواء كان لفلس أو سفه فله استيفاء القصاص لاختصاص الحجر عليهما بالمال و القصاص ليس منه، و لهما العفو سواء كان بمال أو لا، فإن كان بمال فهو ليس تصرفا فى مال بل هو تكسب و التكبس ليس محرما عليها، غايته هذا المال يرجع إلى غرماء المفلس إذا كان الحجر لإفلاس، و إلى مال السفیه. و يمنع من التصرف فيه، و إن كان العفو مجردا عن التقابل بالمال فجائز لأن المحجور عليه لا يجب عليه التكبس.

(١)المديون حال من المقتول، و عليه فلو قتل عمدا و عليه دين فإن أخذ الورثة الديه صرفت فى ديون المقتول و وصاياه كباقي أمواله بلا خلاف و لا إشكال لروايه عبد الحميد بن سعيد: (سألت أبا الحسن الرضا عليه السّلام عن رجل قتل و عليه دين و لم يترك مالا- و أخذ أهله الديه من قاتله، أ عليهم أن يقضوا الدين؟ قال: نعم، قلت: و هو لم يترك شيئا؟ قال عليه السّلام: إن أخذوا الديه فعليهم أن يقضوا الدين)(١).

ثم لو أراد الورثة استيفاء القصاص فهل يجب عليهم ضمان ما عليه من الديون، ذهب ابن إدريس و جماعه إلى جواز الاستيفاء من دون الضمان، للأصل من عدم وجوب الضمان و لعموم قوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِئْسِهِ سُلْطَانًا (٢).

و ذهب الشيخ فى النهايه و القاضى و ابن زهره بل قيل: إنه المشهور، إلى أنه لا يجوز الاستيفاء مع عدم الضمان لخبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يقتل و عليه دين و ليس له مال، فهل للأولياء أن يهبوا دمه لقاتله؟ فقال: إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل، فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل فجائز، و إن أرادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الديه للغرماء)(٣)، إلا أن الخبر نفسه قد رواه الشيخ فى التهذيب:

(إن أصحاب الدين هم الخصماء للقاتل فإن وهب أولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الديه-

ص: ٥٤١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الدين و القرض حديث ١.

٢- (٢) الإسراء الآية: ٣٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب الدين و القرض حديث ٢.

(على الميت قولان) أصحابهما الجواز، لأن موجب العمد القصاص، و أخذ الدية اكتساب، و هو غير واجب على الوارث في دين مورثه، و لعموم الآيه (١). و ذهب الشيخ و جماعه إلى المنع استنادا إلى روايات مع سلامه سندها (٢) لا تدل على مطلوبهم (٣).

في التوكيل في الاستيفاء

(و يجوز التوكيل في استيفائه) (٤)، لأنه من الأفعال التي تدخلها النيابة إذ لا تعلق لغرض الشارع فيه بشخص معين (فلو عزله) الموكل (و اقتصر) الوكيل (و لما) -للغرماء و إلا فلا(١) فالضمان عند الهبة لا عند استيفاء القصاص بعد ما كان القصاص حقا لهم و ليس فيه تفويت على الغرماء بخلاف العفو.

و في خبر ثالث قد جعل الضمان على الورثه عند العفو، و على الإمام عند القتل و هو خبر أبي بصير عن علي بن أبي حمزه عن أبي الحسن موسى عليه السلام - إلى أن قال :-

(إن وهبوا دمه ضمنوا الدين، قلت: فإن أرادوا قتله؟ قال: إن قتل عمدا قتل قاتله و أدى عنه الإمام الدين من سهم الغارمين)٢.

فهذه الروايه مع تبدل متنها، لا تصلح أن تكون مستندا للحكم.

(١)سوره الإسراء: الآيه ٣٣.

(٢)لأن الجميع قد رواه أبو بصير و هو مشترك بين الثقة و غيره.

(٣)لتبدل متنها.

(٤)أى استيفاء القصاص، و هو مما لا خلاف فيه و لا إشكال، لأن الشارع لم يتعلق له غرض في استيفاء القصاص بشخص معين، بل يريد نفس إيقاع الفعل، و هو مما تجوز فيه الوكالة بلا إشكال، ثم لو لم يعزله و استمر على ذلك حتى استوفى الوكيل الحق، فلا كلام لأنه قد وقع موقعه كما لو فعله الموكل. و لو رجع الموكل بالوكالة فلا يخلو الأمر فإما أن يعلم الوكيل بالعزل أو لا، فإن علم الوكيل بالعزل قبل الاستيفاء و مع ذلك استوفى فعلى الوكيل القصاص لأنه متعد، و إن لم يعلم بالعزل قبل الاستيفاء فعلى الخلاف المتقدم في كتاب الوكالة فإن قلنا أنه لا ينعزل إلا بالعلم بالعزل فلا شيء عليه لو استوفى كمثل ما لو استوفى ثم عزله. و إن قلنا أنه ينعزل بمجرد العزل و إن لم يعلم، فلو استوفى الوكيل فلا قصاص عليه لأنه مأذون به ظاهرا فليس بمتعد، و لكن عليه الدية للمباشره و يرجع فيها على الموكل للتغدير.

ص: ٥٤٢

(يعلم) بالعزل (فلا شيء عليه) (١) من قصاص ولا دية لأن الوكيل لا ينزل إلا مع علمه بالعزل كما تقدم فوق استيفاؤه موقعه.

أما لو عفا الموكل (٢) فاستوفى الوكيل بعده (٣) قبل العلم فلا قصاص أيضا لكن عليه الدية لمباشرته، و بطلان وكالته بالعفو، كما لو اتفق الاستيفاء بعد موت الموكل، أو خروجه (٤) عن أهليه الوكاله، ويرجع بها (٥) على الموكل لغروره بعدم إعلامه بالعفو، وهذا يتم مع تمكنه من الإعلام، وإلا فلا غرور، ويحتمل حينئذ (٦) عدم وجوبها على الوكيل، لحصول العفو بعد وجود سبب الهلاك (٧) كما لو عفا بعد رمى السهم.

فى أنه لا يقتص من الحامل

(و لا يقتص من الحامل (٨) حتى تضع) و ترضعه اللباء مراعاة لحق الولد (١) بناء على أنه لا ينزل بمجرد العزل.

(٢) نفس الصورة السابقه إلا- أن الموكل لم يعزل الوكيل وإنما عفا عن الجاني، فالعفو تاره قبل استيفاء الوكيل و أخرى بعده، فإن كان بعده فلا- حكم له و لا أثر لعدم موضوعه، و إن كان قبله فإن علم الوكيل بالعفو و مع ذلك استوفى القصاص، فعليه القصاص لأنه متعدد، و إن لم يعلم فلا قصاص عليه إلا أنه تجب الدية للمباشره و يرجع فيها على الموكل للتغيرير.

(٣) بعد العفو.

(٤) أى الموكل.

(٥) أى بالديه.

(٦) أى حين عدم التمكن من الإعلام.

(٧) و هو التوكيل فى الاستيفاء.

(٨) المرأه الحامل لا- يقام عليها القصاص قبل الوضع، لما فى إقامته من إهلاك الجنين مع أنه برىء لا يهلك بجريره غيره، و لقوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ (١) و قتل الجنين معها إسراف فى القتل، بلا فرق بين أن يكون الولد من حلال أو حرام، و كذلك لا فرق بين كون نشوء تكونه قبل وجوب العقوبه أو بعده، ثم إذا وضعت فلا بدّ من تأخير القصاص حتى ترضعه اللباء، لأنه لا يعيش إلا به غالبا.

ثم إذا أرضعته اللباء فإن لم يكن هناك من يرضعه و لو بلبن بهيمه فيجب الصبر إلى حين وجود مرضعه يعيش بها لثلا يموت.

ص: ٥٤٣

(و يقبل قولها فى الحمل (١) و إن لم تشهد القوابل) به، لأن له أمارات قد تخفى على غيرها، و تجدها من نفسها فتنتظر المخيله (٢) إلى أن تستبين الحال.

و قيل: لا يقبل قولها مع عدم شهادتهن، لأصاله عدمه، و لأن فيه دفعا للولى عن السلطان الثابت له بمجرد الاحتمال (٣) و الأول أجد، و لا يجب الصبر بعد ذلك (٤) إلا أن تتوقف حياه الولد على إرضاعها فينتظر مقدار ما تندفع حاجته.

لو هلك قاتل العمد

(و لو هلك قاتل العمد (٥)،...) (١) لو ادعت المرأه الحمل و شهدت لها القوابل الأربعة بذلك، فيثبت الحمل بلا خلاف، لأن شهاده النساء الأربع كافيه فى ثبوته، و إن تجمدت دعوها عن شهاده القوابل، قيل: لا يؤخذ بدعوها لأن فيه دفعا للولى عن سلطانه المنصوص عليه فى قوله تعالى: فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيَّهِ سَيْطَانًا (١)، و ذهب الفاضل و جماعه أنه يؤخذ بدعوها حتى يقطع بالعدم، لأن للحيض أمارات ظاهره و خفيه، و مع خفاء الأمارات فيتعذر إقامه البينه عليها و مقتضى الاحتياط مراعاة قولها حتى يثبت العكس.

(٢) بصيغه اسم الفاعل، و المراد أن الأماره التى أوجبت العلم بوجود الحمل لا بد من التريث لأجلها.

(٣) عند اللوث.

(٤) بعد الوضع و إرضاع اللباء.

(٥) قد عرفت أن موجب العمد هو القصاص لا غير على مبنى المشهور، و على مبنى ابن الجنيد هو التخيير بين القصاص و الديه، و على الثانى فلو هلك قاتل العمد فيتعين وجوب الديه بعد فوات محل القصاص، و على الأول فهل يقع بدل للقصاص بعد فوات محله؟ فقد اختلفت كلمات الأصحاب فى ذلك.

فذهبت جماعه منهم الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس مدعيا الإجماع إلى العدم، لأن الثابت هو القصاص بالأصاله و قد فات محله بالهلاك، و لا تثبت الديه إلا بالتراضى و المفروض هلاك الجانى.

و ذهب الأكثر منهم الشيخ فى النهايه و ابن زهره مدعيا الإجماع إلى وجوب الديه فى تركه-

ص: ٥٤٤

(فالمروى) عن الباقر عليه السّلام (١) (أخذ الدية من ماله، و إلا يكن) له مال (فمن الأقرب) إليه (فالأقرب) و إنما نسب الحكم إلى الرواية لقصورها عنه من حيث السند فإنهما روايتان في إحداهما ضعف، و فى الأخرى إرسال لكن عمل بها جماعه، بل قيل أنه إجماع و يؤيده قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله وَ سَلَّمَ: «لا يطل دم امرئ مسلم» و ذهب ابن إدريس إلى سقوط القصاص لا إلى بدل لفوات محله بل ادعى عليه الإجماع و هو غريب (٢).

و اعلم أن الروايتين دللتا على وجوب الدية على تقدير هرب القاتل إلى أن مات. و المصنف جعل متعلق المروى هلاكه مطلقا (٣) و ليس كذلك مع أنه فى -الجانى لقوله عليه السّلام: (لا يبطل دم امرئ مسلم) (١) فإذا فات القصاص لفوات موضوعه فتثبت الدية.

و لخبر أبى بصير: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل قتل رجلا متعمدا ثم هرب القاتل فلم يقدر عليه، قال: إن كان له مال أخذت الدية من ماله، و إلا فمن الأقرب فالأقرب، فإن لم يكن له قرابه أداه الإمام فإنه لا يبطل دم امرئ مسلم) (٢).

و خبر البنزطى عن أبى جعفر عليه السّلام: (فى رجل قتل رجلا عمدا ثم فرّ، فلم يقدر عليه حتى مات، قال: إن كان له مال أخذ منه، و إلا أخذ من الأقرب فالأقرب) (٣) والخبران صريحان فى الدية عند تفويت القصاص بهروبه مع وجوب التمكين عليه مع أن فتوى المشهور على مطلق هلاكه و لو كان الهلاك بسبب عدم تقصيره، و لذا ذهب البعض إلى اختصاص وجوب الدية فى مورد ما لو كان هلاكه بسبب تقصيره فى عدم التمكين للولى حتى يقتص.

و أشكل على الخبرين بأن الأول ضعيف لأن أبا بصير مشترك، و بأن الثانى مرسل لأن البنزطى لم يدرك الإمام الباقر عليه السّلام، و أوجب بأن المراد من أبى جعفر فى الخبر الثانى الجواد و قد أدركه البنزطى فلا إرسال.

(١) و هو خبر البنزطى و قد عرفت أنه مروى عن الجواد عليه السّلام.

(٢) لذهاب الأكثر إلى عكسه مع دعوى ابن زهره الإجماع على عكسه أيضا.

(٣) سواء هرب أو لم يهرب.

ص: ٥٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب قصاص النفس حديث ١، و كذلك فى الباب - ٤٦ - حديث ٢.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب العاقله حديث ١ و ٣.

الشرح أجاب عن حجه المختلف «بوجوب الدية (١) من حيث إنه فوّت العوض (٢) مع مباشره إتلاف العوض (٣) فيضمن البديل» بأنه لو مات فجأه (٤) أو لم يمتنع من القصاص و لم يهرب حتى مات لم يتحقق منه تفويت. قال: اللهم إلا أن تخصص الدعوى بالهارب فيموت. و به نطقت الروايه، و أكثر كلام الأصحاب، و هذا مخالف لما أطلقه هنا كما لا يخفى.

(١) كلام المختلف.

(٢) أى فوّت الجانى العوض، و المراد به القصاص.

(٣) أى مباشره إتلاف الجانى المعوّض و هو المقتول فلا بد أن يضمن البديل و هو الدية، لأنه بدل القصاص.

(٤) جواب المصنف فى الشرح عن حجه المختلف.

ص: ٥٤٦

كتاب الدييات

اشاره

ص: ٥٤٧

(كتاب الديات) الديات جمع ديه (١)، و الهاء عوض عن واو فاء الكلمه يقال: وديت القتل:

أعطيت ديته و فيه فصول أربعة:

الفصل الأول في مورد الديه

إشاره

(الأول) (في مورد الديه) بفتح الميم و هو موضع ورودها مجازا (٢). و المراد بيان ما تجب فيه الديه من أنواع القتل

في الخطأ

(إنما تثبت الديه بالأصالة في الخطأ) (٣) المحض (و شبهه) (٤) و هو العمد الذى يشبه الخطأ. و احترز بالأصالة عما لو وجبت صلحا فإنها تقع حينئذ عن العمد (فالأول) (٥) و هو الخطأ المحض (مثل أن يرمى حيوانا) (١) بكسر الدال و تخفيف الياء، و تشديدها لحن، و الهاء فيها عوض عن فاء الكلمه إذ الأصل فيها ودى كوعد، فتقول: وعد يعد عده و وعدا و أيضا تقول: ودى يدي وديا و ديه.

و وديت القتل أى أدت ما لا- ديه له، و يقال للديه عقلا- لمنعها من الجراه على الدم، لأن بها يعصم الجانى من القتل، و من معانى العقل المنع.

و المراد بالديه: هى المال الواجب بالجنايه على الحر فى النفس أو ما دونها، سواء كان له تقدير شرعى أو لا، و ربما اختصت الديه بالأول، و يسمى الثانى بالحكومه أو الأرش.

(٢) و وجه المجاز أن الخطأ سبب للديه و ليس محلا- لها، فالتعبير بالمورد عن السبب مجاز، و المراد من المورد ما يجب فيه الديه.

(٣) تعيينا كما تقدم فى القصاص.

(٤) أى شبه الخطأ و هو المسمى بشبيه العمد و تقدم أيضا فى كتاب القصاص.

(٥) أى الخطأ المحض، و ضابط التفريق بين الأقسام الثلاثة للقتل هو: فإذا قصد القتل أو-

(فيصيب إنسانا، أو إنسانا معينا فيصيب غيره) و مرجعه إلى عدم قصد الإنسان، أو الشخص (١). و الثاني لازم للأول.

في الخطأ الشبيه بالعمد

(و الثاني) و هو الخطأ الشبيه بالعمد، و بالعكس (٢): أن يقصدهما (٣) بما لا يقتل غالبا و إن لم يكن عدوانا (مثل أن يضرب للتأديب) ضربا لا يقتل عادة (فيموت) المضروب.

(و الضابط) في العمد و قسيميه: (إن العمد هو أن يتعمد الفعل و القصد) بمعنى أن يقصد قتل الشخص المعين.

و في حكمه (٤) تعمد الفعل، دون القصد إذا كان الفعل مما يقتل غالبا كما سبق (٥).

في الخطأ المحض

(و الخطأ المحض أن لا يتعمد فعلا و لا قصدا) بالمجنى عليه و إن قصد الفعل في غيره.

(و) الخطأ (الشبيه بالعمد أن يتعمد الفعل) و يقصد إيقاعه بالشخص المعين (و يخطئ في القصد إلى القتل) أى لا يقصد، مع أن الفعل لا يقتل غالبا.

(فالطبيب يضمن (٦)...)-قتل بما يقتل غالبا فهو عمد لتحقيقه عرفا فيهما، و إن قصد الفعل و لم يقصد القتل و كان الفعل مما لا يقتل غالبا فاتفق موته فهو شبيه العمد، و إن لم يقصد القتل و لم يقصد إيقاع الفعل المعين على الشخص المعين إلا أنه اتفق وقوع الفعل على الشخص المعين و أماته فهو الخطأ المحض، كما لو قصد رمى طائر فأصاب إنسانا فقتله.

(١) أى الشخص المعين.

(٢) أى العمد الشبيه بالخطأ.

(٣) أى يقصد الإنسان أو الشخص المعين بشرط عدم قصد القتل بالفعل الذى لا يقتل غالبا و لذا قيده الشارح بقوله: لم يكن عدوانا.

(٤) أى حكم قصد القتل.

(٥) في باب القصاص من أن العمد متحقق بقصد القتل أو بصدور الفعل القاتل غالبا.

(٦) لو أتلّف الطبيب المريض بعلاجه، فتاره يكون الطبيب قاصرا بالمعرفة أو كان المعالج طفلا أو مجنونا بدون إذن الولي أو كان المعالج بالغا و لم يأذن في العلاج فلا خلاف في أنه-

(في ماله ما يتلف بعلاجه) نفسا و طرفا (١)، لحصول التلف المستند إلى فعله، و لا يطلّ دم امرئ مسلم، و لأنه قاصد إلى الفعل مخطئ في القصد. فكان فعله شبيه عمد (و إن احتاط و اجتهد و أذن المريض)، لأن ذلك لا دخل له في عدم الضمان هنا، لتحقق الضمان مع الخطأ المحض. فهنا أولى (٢) و إن اختلف الضامن (٣).

و قال ابن إدريس: لا- يضمن مع العلم و الاجتهاد، للأصل و لسقوطه بإذنه، -يضمن ما أتلفه لقاعده الضمان على كل متلف خصوصا في الدماء لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم.

إن قلت: الطيب يقدم على العلاج من باب الإحسان و مقدمه لحفظ النفس و عليه فلا ضمان.

قلت: و إن وجب العلاج حفظا للنفس إلا أنه لا ينافي الضمان الذي هو من باب الأسباب و إسناد التلف إلى فاعله كما لو أدب الرجل زوجته أو ولده لمصلحه المضروب بل قد يجب التأديب و مع ذلك يضمن لو أتلفه الضرب.

و أخرى يكون الطيب حاذقا، و هو العارف في العلم و العمل و أذن له المريض في العلاج، ففي الضمان قولان، ذهب ابن إدريس إلى عدم الضمان للأصل، و لأن الضمان يسقطه الإذن، و لأنه فعل سائغ شرعا بل واجب كفاثا فلا يستعقبه الضمان، و إنما الذي يتعقبه الضمان هو المنهى عنه.

و ذهب الشيخان و ابن البراج و أبو الصلاح و الطبرسى و الفاضل و غيرهم إلى أنه يضمن لمباشرته الإلتلاف، لقاعده الضمان على المتلف، و الإذن إنما كان للعلاج و ليس إذنا في الإلتلاف، و الجواز أو الوجوب الشرعي لا ينافي الضمان كما لا ينافيه التأديب، و لروايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن عليا عليه السلام ضَمَّنَ خَتَانًا قَطَعَ حَشْفَهُ غَلَامًا) (١) بحملها على ما لو أذن الولي، على أنه يمكن حمل الروايه على ما لو لم يأذن الولي - و هو بعيد - إلا- أن الخبر ضعيف لأن السكوني عامي و الأكثر يطرحون ما ينفرد به.

و على القول بالضمان، فيكون من مال الطيب بلا خلاف و لا إشكال لكون الفعل شبيه العمد بعد قصد الفعل و إن لم يقصد القتل.

(١) أي ما أوجب القتل أو أتلف العضو.

(٢) لأنه شبيه العمد.

(٣) حيث إن الضامن في الخطأ هو العاقله، و في شبيه العمد هو نفس الفاعل.

ص: ٥٥١

و لأنه فعل سائغ شرعا فلا يستعقب ضمانا.

و فيه: أن أصله البراءة تنقطع بدليل الشغل (١). و الإذن في العلاج لا في الإلتلاف، و لا منافاه بين الجواز و الضمان، كالضارب للتأديب و قد روى أن أمير المؤمنين عليه السّلام ضمّن ختانا قطع حشفه غلام و الأولى الاعتماد على الإجماع فقد نقله المصنف في الشرح و جماعه لا على الروايه لضعف سندها بالسكوني.

في خطأ الطبيب

(و لو أبرأه) المعالج (٢) من الجنايه قبل وقوعها (فالأقرب الصحه)، لمسيس الحاجه إلى مثل ذلك إذ لا غنى عن العلاج.

(١) أي دليل الاشتغال.

(٢) فإذا أبرأ المريض الطبيب من الضمان قبل العلاج فهل يبرأ؟ قيل: نعم، و القائل به الشيخان و أبو الصلاح و فخر المحققين بل في المسالك أنه المشهور لروايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و إلاّ فهو ضامن) (١)، و لأنّ العلاج مما تمسّ الحاجه إليه فلو لم يشرع الإبراء لتعذر العلاج لإعراض الأطباء عن الطبابه بسبب الضمان.

و قيل: لا- يبرأ، و القائل به ابن إدريس، لأنه إسقاط حق قبل ثبوته مع احتمال حمل الخبر على البراءه بعد الجنايه، و الحاجه الماسّه لا تصلح دليلا لتشريع الحكم، مع أن الروايه ضعيفه بالسكوني هذا فضلا عن عدم الموجب لأخذ البراءه من وليّ المريض مع أنه في كمال العقل و أهليه التصرف فلو كانت البراءه كافيه في عدم الضمان فلتكن منه لا من وليه.

و أجب عن إشكال المتن بجوابين:

الأول: للمحقق في نكت النهايه حيث قال: «و إنما عدل إلى الولي لأنه المطالب على تقدير التلف، فلما شرّع الإبراء قبل الاستقرار لمكان الضروره صرف إلى من يتولى المطالبه بتقدير وقوع ما يبرأ منه» انتهى، و فيه: إن الولي و إن كان هو المطالب على تقدير وقوع الجنايه لكن لا يرفع هذا سلطنه المريض على نفسه قبل وقوع الجنايه فيجب أخذ البراءه من المريض لا من وليه.

و الثاني: بأن الولي المقصود من الخبر هو المريض، لأنه يتولى المطالبه بالضمان إذا كانت الجنايه لا توجب الهلاك، و فيه: إنه على خلاف ظاهر الخبر.

ص: ٥٥٢

و إذا عرف الطبيب أنه لا- مخلص له عن الضمان توقف عن العمل مع الضروره إليه، فوجب في الحكمه شرع الإبراء. دفعا للضروره، و لروايه السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «قال أمير المؤمنين عليه السلام: من تطبّب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و إلاّ- فهو ضامن» و إنما ذكر الولي، لأنه هو المطالب على تقدير التلف فلما شرع الإبراء قبل الاستقرار صرف إلى من يتولى المطالبه. و ظاهر العبارة (١) أن المبرئ المريض. و حكمه كذلك (٢) للعله الأولى.

و يمكن بتكلف إدخاله (٣) في الولي (٤).

أو لأن المجنى عليه إذا أذن في الجنايه سقط ضمانها فكيف بإذنه في المباح (٥) المأذون في فعله.

و لا يخفى عليك ضعف هذه الأدله فإن الحاجه لا تكفى في شرعيه الحكم بمجردھا، مع قيام الأدله على خلافه. و الخبر سكوني (٦)، مع أن البراءه (٧) حقيقه لا تكون إلا بعد ثبوت الحق، لأنها إسقاط لما في الذمه من الحق و ينه عليه (٨) أيضا أخذها من الولي إذ لا- حق له قبل الجنايه و قد لا يصرار إليه بتقدير عدم بلوغها القتل إذا أدت إلى الأذى. و من ذهب ابن إدريس إلى عدم صحتها (٩) قبله. و هو حسن (١٠)...

(١) أي عبارته المصنف.

(٢) أي لو أبرأه المريض لسقط الضمان عن الطبيب بنفس العله الأولى من ميسس الحاجه إلى الطبابه.

(٣) أي إدخال المريض.

(٤) فيتطابق كلام المصنف مع الخبر، و يرتفع الإشكال عن الخبر كما تقدم و لكن قد عرفت أنه على خلاف الظاهر.

(٥) و هو الطبابه.

(٦) إشكال في مسند الخبر.

(٧) إشكال في متن الخبر.

(٨) على ضعف الخبر.

(٩) أي عدم صحه الإبراء قبل وقوع الجنايه.

(١٠) هذا و لا بد من التنييه على فوائد:-

(و النائم يضمن) (١) ما يجنيه (في مال العاقله) لأنه مخطئ في فعله -الأولى: إن هذا فيما لو تولى الطبيب العلاج بنفسه. و أما لو قال: أظن أن هذا الدواء نافع لهذا المرض، أو لو كنت أنا لفعلت كذا ففعل المريض ما قاله الطبيب فلا ضمان على الطبيب لعدم المباشرة، و للأصل مع الشك.

الثانيه: قد وردت أخبار تصرح بعدم الضمان منها: خبر إسماعيل بن الحسن المتطبب عن أبي عبد الله عليه السلام: (إنى رجل من العرب ولى بالطب بصر، و طبى طب عربى و لست آخذ عليه صفدا، قال: لا بأس، قلت: إننا نبط الجرح و نكوى بالنار، قال: لا بأس، قلت: و نسقى هذه السموم الاسمحيقون و الفاريقون، قال: لا بأس، قلت: إنه ربما مات، قال: و إن مات) (١) و مثله غيره من الأخبار إلا أن تحمل على عدم المباشرة من الطبيب أو على أخذ البراءة من المريض.

الثالثه: وردت الأخبار الكثيره بالحث على التطيب منها: خبر أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام: (كان المسيح (على نبينا و آله و عليه السلام) يقول: إن التارك شفاء المجروح من جرحه شريك لجارحه لا- محاله، و ذلك أن الجراح أراد فساد المجروح و التارك لإشفائه لم يشأ صلاحه، فإذا لم يشأ صلاحه فقد شاء فساد اضطرارا) (٢) و فى المرسل: (أن موسى (على نبينا و آله و عليه السلام) مرض فعاده بنو إسرائيل و وصفوا له دواء فامتنع منه، فأوحى الله إليه إن الله يأمره بذلك و إلا- لم يشفه) (٣)، و هما يدلان على وجوب المعالجه على الطبيب إذا كان المريض بحاجة إليها و على وجوب السعى على المريض إذا توقف مرضه على ذلك.

(١)النائم غير الظئر - و الظئر هي المرضعه لغير ولدها و سيأتى الكلام فيها إن شاء الله تعالى - إذا أتلف نفسا أو طرفا بانقلابه أو بحرسته على وجه يستند الإلتلاف إليه، فذهب الشيخ فى النهايه و المفيد فى المقنعه و ابن سعيد فى الجامع و العلامه فى التحرير إلى أنه شبيه العمد، فتكون الدية فى ماله، و هو الذى استقر عليه ابن إدريس فى سرائره و نسبه إلى الروايه حيث قال: (و روى أن من نام فانقلب على غيره فقتله كان ذلك شبيه العمد يلزمه الدية فى ماله خاصه، و ليس عليه القود).

و ذهب المتأخرون إلى أنه من الخطأ المحض، لأن النائم غير عامد فى فعله و لا فى قصده، و الخطأ فى الفعل و القصد هو ضابط الخطأ المحض فتكون الدية على العاقله،-

١- (١) روضه الكافى ج ٨ ص ١٩٣.

٢- (٢) روضه الكافى ج ٨ ص ٣٤٥.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب الاحتضار حديث ٧.

و قصده (١). فيكون خطأ محضاً.

(و قيل) و القائل الشيخ (رحمه الله): إنه يضمنه (في ماله) جعلاً له من باب الأسباب (٢)، لا- الجنايات و الأقوى الأول اطراداً للقاعده (٣).

في حامل المتاع

(و حامل المتاع يضمن (٤) لو أصاب به إنساناً في ماله) (٥). أما أصل الضمان -و أما الروايه فلم يشر إليها أحد غير ابن إدريس فمثلاً مرسله، فلا تصلح لتخصيص الأصول القطعيه في تشخيص الخطأ المحض.

(١) أي غير قاصد للفعل، و غير قاصد للقتل.

(٢) أي جعلاً لفعل النائم من باب الأسباب، فيكون فعله سبباً للإتلاف فيضمن لقاعده الضمان.

(٣) أي قاعده الخطأ المحض في الجنايات، و إلا لو تمسكنا بعموم قاعده الضمان لما كان هناك مورد للخطأ المحض الجارى في إتلاف النفس و الطرف المسمى بالجنايه.

(٤) من حمل على رأسه متاعاً فكسره أو أصاب به إنساناً فقتله أو جرحه، كان عليه ضمان المال التالف أو الجنايه الحاصله من فعله، و الضمان في ماله لروايه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل حمل متاعاً على رأسه فأصاب إنساناً فمات أو انكسر منه، قال: هو ضامن) (١).

و استشكل في المسالك على سند الروايه بأن فيه سهل بن زياد، و على متنها من أنه مخالف للقواعد، لأن الضمان لا يكون في ماله في الجنايات إلا إذا قصد الفعل ليكون شبيه العمد، و هنا لم يقصد بالحمل ضرب الغير بالمتاع فهو من الخطأ المحض، و رد إشكاله بأن الأمر في سهل بن زياد على أن الروايه مرويه بطريق صحيح في الفقيه، و الأولى القول بأنه إذا كان مأموناً فلا ضمان و إذا كان غير مأمون فعليه الضمان و يدل عليه صحيح أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الرجل يستأجر الحمال فيكسر الذي يحمل عليه أو يهريقه قال: إن كان مأموناً فليس عليه شيء و إن كان غير مأمون فهو ضامن) (٢) و يؤيده أن خبر داود بن سرحان المروى في الفقيه فقد قال عليه السلام: (هو مأمون) بدل هو ضامن، و هذا ما يؤكد عدم كون فعله من الأسباب الموجهه للضمان.

(٥) متعلق بقوله: يضمن.

ص: ٥٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب أحكام الإجاره حديث ١١.

فلاستناد تلفه إلى فعله، و أما كونه في ماله فلقصد الفعل الذى هو سبب الجنايه.

و يشكل إذا لم يقصد الفعل بالمجنى عليه. فإنه حينئذ يكون خطأ محضاً كما مر، إلا أنهم أطلقوا الحكم هنا.

فى المعنّف بزوجه جماعاً

(و كذا) يضمن (المعنّف بزوجه (١) جماعاً) قبلاً، أو دبراً (أو ضمّاً فيجنى عليها) فى ماله أيضاً، و هو واضح، لقصد الفعل و إنما أخطأ فى القصد و كذا القول فى الزوجه إذا أعنفت به.

و للشيخ قول بأنهما إن كانا مأمونين فلا شىء عليهما، و إن كانا متهمين فالديه، استناداً إلى روايه مرسله. و الأقوى الأول، لروايه سليمان بن خالد عن الصادق عليه السلام، و لتحقق الجنايه و ليست بخطأ محض، و نفى التهمه ينفى العمد، لا أصل القتل.

(١) إذا أعنف الرجل بزوجه جماعاً فى قبل أو دبر، أو ضمّاً فماتت فعليه الديه من ماله، و كذا الزوجه لو أعنفت بزوجهها و لو ضمّاً فعليها ديتة من مالها، و عليه مشهور المتأخرين، لأن المعنّف قد قصد الفعل الذى لا يقتل غالباً و هو ضابط شبيه العمد، و لصحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل أعنف على امرأته فزعم أنها ماتت من عنفه، قال: الديه كامله و لا يقتل الرجل) (١) و خبر زيد عن أبى جعفر عليه السلام: (فى رجل نكح امرأه فى دبرها فألح عليها حتى ماتت من ذلك، قال:

عليه الديه) ٢.

و ذهب الشيخ فى النهايه و ابن سعيد فى الجامع إلى أنه لو كان مأموناً فلا شىء عليه، لمرسله يونس عن أبى عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل أعنف على امرأته، و امرأه أعنفت على زوجها فقتل أحدهما الآخر، فقال: لا شىء عليهما إذا كانا مأمونين، فإن اتّهما ألزما باليمين بالله أنهما لم يردا القتل) (٢).

و أشكل على الخبر بأنه مرسل و بأن فى سنده صالح بن سعيد و هو مجهول و لا جابر للخبر، و متنه الحاكم بدون شىء عليهما مخالف للقواعد القطعيه فى تشخيص شبيه العمد الموجب للديه فى مال الجانى، بل يمكن حمل الخبر على ما لو ادعى على الآخر العمد حتى يثبت القود فيحلف حتى ترتفع التهمه بالعمد و هذا خارج عن موردنا، لأن الكلام فى أصل القتل المتحقق مع عدم العمد فهل يلحق بالخطأ المحض أو بشيئه.

ص: ٥٥٦

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١ و ٢.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٤.

في الصائح بالطفل، أو المجنون، أو المريض

(و الصائح بالطفل (١)، أو المجنون، أو المريض) مطلقا (٢) (أو الصحيح على حين غفله يضمن) في ماله أيضا، لأنه خطأ مقصود.

(و قيل) و القائل الشيخ في المبسوط: إن الضامن (عاقلته) جعل له من قبيل الأسباب و هو ضعيف (٣)، و لأن ضمان الغير جنايه غيره على خلاف الأصل. فلا يصار إليه بمثل ذلك (٤).

و لو كان الصياح بالصحيح الكامل على غير غفله فلا ضمان، لأنه ليس من أسباب الإلتلاف، بل هو اتفاقى، لا بسبب الصيحه، إلا أن يعلم استناده إليها فالديه.

(١)الصياح كغيره من الأفعال الصادره عن الإنسان، فيرجع فيها إلى القواعد المقرره فى باب الجنائيات، و عليه فلو صاح ببالح صحيح غير غافل فمات فلا ديه لعدم العلم باستناد الموت إلى الصيحه، بل قيل: للعلم بعدم استناد الموت للصيحه لأن الموت حينئذ اتفاقى، نعم لو قامت قرائن على استناد الموت إلى الصيحه توجب العلم اتجه الضمان فى ماله لأنه شبيه العمده، إذ لم يقصد الصائح القتل و قصد الفعل الذى لم يقتل غالبا فاتفق الموت.

و أما الصياح بالبالغ الغافل بحيث فاجأ بالصيحه فمات، أو الصياح بالطفل سواء كان غافلا أو لا، و كذا الصياح بالمجنون و المريض مع غفلتهما أو بدونها فلو تحقق الموت فيلزمه الديه فى ماله لأنه شبيه العمده حيث لم يقصد القتل و قد قصد الفعل الذى لم يقتل غالبا بالنسبه للمذكورين، هذا ما عليه الأكثر.

و ذهب الشيخ إلى أن الديه على العاقله جعل له من باب الأسباب، و هو ضعيف لأن الأسباب تقتضى كون الديه عليه لا على العاقله كما التزم به فى النائم. هذا من جهه و من جهه أخرى فتفريق المشهور بين الغافل و غيره و بين البالغ و غيره و بين الصحيح و المريض ليس فى محله على نحو الإطلاع بل يجب أن ينصب الكلام فى كيفيه الصيحه و سامعها و زمانها و مكانها و غير ذلك من أحوالها بحيث إن أوجبت القتل كانت الديه فى ماله بل و إن قصد بها القتل كانت قتلا عمديا موجبا للقصاص.

و إن لم توجب القتل و لم يقصد بها القتل أيضا كانت من شبيه العمده بلا فرق بين الجميع تحكيما للقواعد المقرره فى تشخيص شبيه العمده، و موردنا منه.

(٢)غافلا كان أو لا.

(٣)إذ لو كان من الأسباب كما هو الحق لوجب الديه فى ماله لكونه شبيه العمده.

(٤)أى بقاعده الأسباب، بل بما تقرر فى باب الجنائيات.

(و الصادم) لغيره (١) (يضمن فى ماله ديه المصدوم)، لاستناد التلف إليه مع قصد الفعل (و لو مات الصادم فهدر) لموته بفعل نفسه إن كان المصدوم فى ملكه أو مباح، أو طريق واسع.

(و لو وقف المصدوم فى موضع ليس له الوقوف فيه) فمات الصادم بصدمة (ضمن) المصدوم (الصادم)، لتعديه بالوقوف فيما ليس له الوقوف فيه (إذا لم يكن له) أى للصادم (مندوحه) فى العدول عنه كالطريق الضيق.

(و لو تصادم حران (٢) فماتا فلورثه كل) واحد منهما (نصف ديته و يسقط) (١) إذا صدم الأول الثانى، فمات المصدوم فديته من مال الصادم، إذا قصد الصدم دون القتل، و إذا قصد القتل أو كان الصدم مما يقتل غالباً فالقصاص، و أما الصادم لو مات فدمه هدر إذا كان المصدوم فى ملكه أو فى موضع مباح أو فى طريق واسع أو نحو ذلك مما لا تفریط فيه من المصدوم سواء كان الصادم قاصداً أم لا بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و لو كان المصدوم فى طريق المسلمين الضيق فمات الصادم من الصدمه فقد ذهب الشيخ فى المبسوط إلى أن المصدوم يضمن ديه الصادم، لأنه فرط بوقوفه فى موضع ليس له الوقوف فيه، كما إذا جلس فى الطريق الضيق فعثر به إنسان مما كان السبب للقتل أقوى من المباشر.

و أشكل عليه بعدم إتلاف الصادم لا- تسيباً و لا مباشره بالنسبه للمصدوم، لأن موت الصادم إنما حصل بفعل الصادم، و أما الوقوف فإنما هو من مرافق المشى، و المشى جائز فالوقوف مثله فلا يستعقب ضماناً.

هذا كله إذا كان المشى من الصادم لا عن قصد التصادم، أما لو كان قاصداً لذلك و له مندوحه و مع ذلك قصد السير على نحو يقطع معه بالصدمه فدمه هدر، و عليه ضمان المصدوم.

(٢) بالغان عاقلان قاصدان للتصادم دون القتل، و كان التصادم مما لا يقتل غالباً، فماتا فهو من شبيه العمد فيكون لورثه كل واحد منهما نصف الديه و يسقط النصف الآخر، لأن موت كل منهما قد استند إلى فعله و فعل غيره، فيهدر النصف مقابل فعله و يضمن شريكه النصف الآخر، كما لو جرح نفسه و جرحه غيره فمات، فيسقط نصف الديه و هذا مما لا خلاف فيه بيننا، و عن بعض العامه وجوب الديه تامه على كل منهما و هو ضعيف لكون الفعل مشتركاً بينه و بين غيره.

(النصف) لاستناد موت كل منهما إلى سببين: أحدهما من فعله، و الآخر من غيره فيسقط ما قابل فعله و هو النصف.

(و لو كانا فارسين) (١) بل مطلق الراكبين (كان على كل منهما) مضافا إلى نصف الديه (نصف قيمه فرس الآخر) إن تلفت بالتصادم (و يقع التقاص) في الديه و القيمه و يرجع صاحب الفضل.

هذا إذا استند الصدم إلى اختيارهما، أما لو غلبتهما الدابتان (٢) احتمل كونه كذلك (٣). إحاله على ركوبهما مختارين فكان السبب من فعلهما، و إهدار الهالك (٤) إحاله على فعل الدابتين. و لو كان أحدهما فارسا، و الآخر راجلا (٥) ضمن الراجل نصف ديه الفارس، و نصف قيمه فرسه و الفارس نصف ديه الراجل، و لو كانا صبيين (٦) و الركوب منهما فنصف ديه كل على عاقله الآخر، لأن فعلهما خطأ (١) بلا- فرق بين اتحاد جنس المركوب و اختلافه و إن تفاوتتا في القوه و الضعف كما لا يفرق بين الراجلين، فلو تصادم الراكبان فماتا و هلكت دابتهما، فأما الديه كما مرّ، و أما الدابه فنصف قيمه الدابه على شريكه مقابل فعله، و النصف الآخر هدر مقابل لفعله، و أوجب بعض العامه كمال القيمه و الديه و هو ضعيف كما تقدم.

(٢) بحيث غلبت الدابتان و جرى الاصطدام، و الراكبان مغلوبان لا يستطيعان إيقاف دابتهما ففيه وجهان.

الأول: إن هلاكهما و هلاك الدابتين حينئذ هدر، لأنه لا اختيار للراكبين فهو من جنايه الدواب غير الصائله فهو كما لو تلفوا بالآفه السماويه.

الثاني: الحكم هنا كما لو كانا غير مغلوبين، لأن الركوب بالاختيار و ما بعد الركوب و إن كان خارجا عن الاختيار إلا أنه مستند إلى الركوب الاختياري فيكون اختياريا، لأن الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار.

وفيه: إن هذا يتم لو علما قبل الركوب بأنه ستخرج الدابتان عن الاختيار بعد الركوب مع أن مفروض المسأله أعم من ذلك.

(٣) أي الضمان في الديه و قيمه الدابه مناصفه.

(٤) أي و يحتمل إهدار الهالك من الراكب و المركوب.

(٥) فنصف الهالك من كل جانب على الجانب الآخر، و النصف الآخر هدر و إن اختلفا قوه و ضعفا في التصادم كالجراحات و إن اختلفا في الجراحه موضعا و شده و ضعفا.

(٦) فإن كان الركوب منهما فنصف ديه كل منهما على عاقله الآخر، بلا خلاف، لأن عمدتهما خطأ و لا تقصير من وليهما.

مطلقاً (١)، و كذا لو أركبهما وليهما (٢)، و لو أركبهما أجنبي ضمن ديتهما معا.

(و لو كانا عبيدين بالغين (٣) فهدر)، لأن نصيب كل منهما هدر و ما على صاحبه فات بموته لا يضمنه المولى. و لو مات أحدهما خاصة (٤) تعلقت قيمته (٥) برقبه الحى. فإن هلك قبل استيفائها منه فاتت، لفوات محلها، و لو كان أحدهما حراً، و الآخر عبداً (٦) فماتا تعلقت نصف ديه الحر برقبه العبد، و تعلقت نصف قيمة العبد بتركه الحر فيتقاصان. و لو مات أحدهما خاصة تعلقت جنايته بالآخر كما مر.

فى ما لو قال الرامى حذار

(و لو قال الرامى حذار) (٧) بفتح الحاء و كسر آخره مبني عليه. هذا هو (١) سواء قصد التصادم أو لا، لأن عمدتهما خطأ.

(٢) بشرط أن يكون الركوب لمصلحتهما فالضمان على عاقله الصبيين و ليس على الولى، لأنه يجوز له هذا الفعل، نعم لو أركبهما الولى لغير مصلحه لهما أو أركبهما الأجنبي فإن ضمان ديه كل منهما بتمامها على المركب و كذا قيمة الدابتين.

(٣) سقطت جنايتهما بلا خلاف و لا إشكال، لأن نصيب كل واحد منهما هدر باعتبار كونه الجانى على نفسه، و ما على صاحبه من النصف الآخر قد فات بتلفه لأن جنايه العبد تتعلق برقبته و لا يضمن المولى عن عبده شيئاً سواء كانت جنايته عمداً أو خطأ.

(٤) أى أحد العبيدين، فتعلق نصف قيمه الميت برقبه الحى و أما نصفه الآخر فهو هدر فى قبال فعله.

و إذا تعلقت فى رقبه الحى نصف قيمه الميت فلا يضمنه المولى، لأن جنايه العبد على رقبته فإن صار حراً فيؤديه و إلا لو مات فلا شىء لأن المولى لا يضمن.

(٥) و الصحيح تعلق نصف قيمته.

(٦) فيتعلق نصف ديه الحر برقبه العبد لأن المولى لا يضمن عنه شيئاً، ربما أن العبد قد مات فلا شىء عليه لفوات المحل، و أما نصف قيمة العبد ففى تركه الحر و إن زادت عن نصف ديه الحر فتتحقق المقاصه كما فى المسالك و للسيد أخذ الزيادة، و عن بعضهم أن للمولى نصف قيمة العبد فى تركه الحر و إن زادت بدون تقاص، لأن نصف ديه الحر ليس فى عنق المولى بل فى ماله و بالخصوص فى العبد و قد فات بموته.

(٧) إذا مرّ شخص بين الرماه فى مكان مباح له المرور فيه، فأصابه سهم أحدهم فقتله، فالديه على عاقله الرامى بلا خلاف كما فى الجواهر، لكون الرامى لم يقصد القتل و لم يقصد إيقاع الفعل بالمقتول و إلا لو قصد أحدهما لكان عليه القصاص. -

الأصل في الكلمه، لكن ينبغي أن يراد هنا ما دل على معناها (فلا- ضمان) مع سماع المجنى عليه، لما روى من حكم أمير المؤمنين عليه الصلاه و السلام فيه.

وقال: قد أعذر من حذر، و لو لم يقل: حذار، أو قالها في وقت لا يتمكن المرمى من الحذر، أو لم يسمع فالديه على عاقله الرامى.

في ما لو وقع من علو على غيره

(و لو وقع من علو على غيره) (١) قاصدا للوقوع عليه (و لم يقصد القتل فقتل) - و لو قال الرامى حذار، أو أى لفظ آخر يدل على التحذير حيث يسمع المرمى و يمكنه الحذر و العدول و لم يعدل فأصابه السهم فقتله فلا- شىء على العاقله لخبر محمد بن الفضيل عن الكنانى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان صبيان فى زمن علىّ عليه السّلام يلعبون بأخطار لهم، فرمى أحدهم بخرطه فدقّ رباعيه صاحبه، فرفع ذلك إلى أمير المؤمنين عليه السّلام، فأقام الرامى البيئه، بأنه قال: حذار، فدرأ عنه القصاص و قال: قد أعذر من حذر) (١).

و الخبر و إن لم يصرح بنفى الديه إلا أن التحذير كما يرفع القصاص يرفع الديه لأنه معذور، و المعذور لا شىء عليه.

(١) فقتل الأسفل، فإن قصد الواقع القتل أو قصد الوقوع و كان مما يقتل غالبا فهو عمد يقاد به، و إن كان الوقوع مما لا يقتل غالبا و قد قصده و لم يقصد القتل فهو شبهه العمد، و إن وقع مضطرا إلى الوقوع أو قصد الوقوع لغير ذلك فاتفق وقوعه عليه فقتل فهو خطأ محض فالديه على العاقله.

و أما لو ألقته الريح أو زلق مما لا يسند إليه الفعل فهو غير مختار فلا ضمان عليه و لا على عاقلته بلا خلاف حيث لا يصدق نسبه القتل إليه و لو خطأ مضافا إلى النصوص منها:

صحيح محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السّلام: (فى الرجل يسقط على الرجل فيقتله، فقال: لا شىء عليه) (٢)، و صحيح عبيد بن زراره عن أبى عبد الله عليه السّلام: (عن رجل وقع على رجل فقتله، فقال: ليس عليه شىء) (٣) بناء على أن الوقوع على النحو المفروض.

و ذهب ابن إدريس فى سرائره و العلامه فى تحريره إلى أن ديه الأسفل من بيت المال لثلا يبطل دم امرئ مسلم، و أشكل عليه بأنه شبهه المقتول بالصاعقه أو بأى آفه سماويه و لا تكون ديته من بيت مال المسلمين.

ص: ٥٦١

١- (١) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب قصاص النفس حديث ١.

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب قصاص النفس حديث ٢ و ١.

(فهو شبيه عمد) يلزمه الدية في ماله (إذا كان الوقوع لا يقتل غالباً)، وإلا فهو عامد. (وإن وقع مضطراً) إلى الوقوع، (أو قصد الوقوع على غيره)، أو لغير ذلك (فعلى العاقله) دية جنائته، لأنه خطأ محض، حيث لم يقصد الفعل الخاص المتعلق بالمجنى عليه وإن قصد غيره.

(أما لو ألقته الريح، أو زلق) فوقع بغير اختياره (فهدر جنايته) على غيره (و نفسه).

وقيل: تؤخذ دية المجنى عليه من بيت المال (و لو دفع) الواقع من إنسان غيره (١) (ضمنه الدافع و ما يجنيه) لكونه سبباً في الجنائتين.

وقيل: دية الأسفل على الواقع و يرجع بها على الدافع، لصحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السلام. و الأول أشهر.

هنا مسائل

إشاره

(و هنا مسائل)

الأولى - من دعا غيره ليلاً فأخرجه من منزله

(الأولى (٢) - من دعا غيره ليلاً- فأخرجه من منزله) بغير سؤاله، (فهو ضامن) (١) أى لو دفع الواقع دافع، فوقع على أسفل فقتل الأسفل، فإذا قصد الدافع القتل أو كان الدفع مما يقتل غالباً فعلى الدافع القود، و إلا فعلى الدافع دية الأسفل.

و ذهب الشيخ في النهاية و التهذيب و الاستبصار أن دية الأسفل على الواقع، و يرجع بها على الدافع لروايه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، قال: فالديه على الذى وقع على الرجل لأولياء المقتول، و يرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه، قال: و إن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع) (١)، و باعتبار مخالفتها للقاعده فى التسبب حيث إن القاعده تقتضى كون الجنايه على الدافع لا على الواقع لأن السبب أقوى من المباشر فلم يعمل بها المشهور.

(٢) من دعا غيره فأخرجه ليلاً من منزله فهو له ضامن حتى يرجع إلى البيت على المشهور، و ذهب ابن إدريس إلى أنه إذا كان غير متهم فليس بضامن، و إذا كان متهما لعداوه فأخرجه لو ثبت القسامه إذا ادعى الأولياء القتل عليه، و هو مردود لخبر عبد الله بن ميمون عن أبي عبد الله عليه السلام: (إذا دعا الرجل أخاه بليل فهو ضامن حتى يرجع إلى -

ص: ٥٦٢

-بيته(١). و رواه عمرو بن أبي المقدم قال: (كنت شاهدا عند البيت الحرام و رجل ينادى بأبي جعفر المنصور و هو يطوف، و يقول: يا أمير المؤمنين، إن هذين الرجلين طرقا أخي ليلا- فأخرجاه من منزله فلم يرجع إليّ، و والله ما أدري ما صنعا به، فقال لهما أبو جعفر: ما صنعتما به؟ فقالا: يا أمير المؤمنين كلّمناه ثم رجع إلى منزله، فقال لهما:

وافيانى غدا صلاه العصر فى هذا المكان، فوافياه من الغد و حضرته، فقال لجعفر بن محمد عليهما السلام و هو قابض على يده: يا جعفر، اقض بينهم، فقال: يا أمير المؤمنين، اقض بينهم أنت.

فقال: بحقى عليك إلا قضيت بينهم، فخرج جعفر عليه السلام فطرح له مصلى من قصب فجلس عليه ثم جاء الخصماء فجلسوا قدامه، فقال: ما تقول؟ فقال: يا بن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، إن هذين طرقا أخي ليلا فأخرجاه من منزله فو الله ما رجع إليّ، و والله ما أدري ما صنعا به؟

فقال: ما تقولون؟ فقالا: يا ابن رسول الله كلّمناه ثم رجع إلى منزله، فقال جعفر عليه السلام: يا غلام، اكتب: بسم الله الرحمن الرحيم، قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: كل من طرق رجلا بالليل فأخرجه من منزله فهو له ضامن إلا أن يقيم البيئه أنه قد ردّه إلى منزله.

يا غلام، نحّ هذا و اضرب عنقه، فقال: يا بن رسول الله، و الله ما قتلته أنا، و لكن أمسكته فجاء هذا فوجأه فقتله.

فقال: أنا ابن رسول الله، يا غلام نحّ هذا و اضرب عنق الآخر، فقال: يا بن رسول الله و الله ما عذبتة و لكن قتلتة بضربه واحده، فأمر أخاه فضرب عنقه، ثم أمر بالآخر فضرب جنبيه و حبسه فى السجن، و وقع على رأسه يحبس عمره و يضرب فى كل سنه خمسين جلده(٢) و هذان الخبران نص على أنه ضامن له.

هذا فإن عدم المخرج من منزله و لم يعرف له أثر فهو ضامن لديته بلا خلاف فيه، لأن الأخبار قد دلت على ضمانه، و الثابت من الضمان ضمان ديته بعد الشك فى ثبوت القود للشك فى سببه و هو القتل.

و إن وجد مقتولا فإن ادعى المخرج قتله على غيره و أقام البيئه فقد برئ بلا خلاف و لا-

ص: ٥٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب قصاص النفس حديث ١.

له إن وجد مقتولا، بالديه على الأقرب) أما ضمانه في الجملة (١)، فهو موضع وفاق، و رواه عبد الله بن ميمون عن الصادق عليه السلام قال: إذا دعا الرجل أخاه بالليل فهو ضامن له حتى يرجع إلى بيته، و رواه عبد الله بن المقدم عنه عليه السلام في حديث طويل وفيه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: كل من طرق رجلا بالليل فأخرجه من منزله فهو له ضامن إلا أن يقيم بينه أنه رده إلى منزله.

و أما ضمانه بالديه (٢) فللشك في موجب القصاص فيتفتى للشبهه و الضمان المذكور في الأخبار يتحقق بضمن الدية، لأنها بدل النفس.

و أما تخصيصه (٣) الضمان بما لو وجد مقتولا فأصله البراءة من الضمان ديه و نفسا حتى يتحقق سببه و هو في غير حاله القتل مشكوك فيه.

-إشكال، فإن عدم بينه فعن المفيد و الفاضل في الإرشاد أن عليه القود، و عن الغنيه الإجماع على سقوط القود، و في النهاية نسبتة إلى الراويه و في السرائر إلى الروايات. و من ذهب إلى سقوط القود قد وقع الخلاف بينهم فعن ابن إدريس في سرائره و العلامه في المختلف أنه يثبت بالإخراج ليلا مع العداوه اللوث، فلو حلف أولياء المقتول القسامه أنه قتله فيقتل به و إلا فعليه أن يحلف القسامه حتى ترتفع عنه التهمه و الآخرون حكموا بثبوت الديه فقط لأنه له ضامن كما سمعته من النصوص.

و لو وجد ميتا فعن ابن إدريس و الشيخ في النهاية و المفيد في المقنعه و ابن حمزه في الوسيله و المحقق في النافع و الآبي في كشف الرموز أنه يضمن الديه لإطلاق النصوص بالضمان، مضافا إلى قاعده عدم بطلان دم امرئ مسلم، و عن العلامه في التحرير و المختلف و المحقق في الشرائع و جماعه أنه لا يضمن الديه ضروره أن الضمان من أجل احتمال القتل و هو منتف هنا، و لذا لو أقام بينه على أن القاتل غيره لم يضمنه إجماعا مع أن القدر المتيقن من النصوص هو الضمان عند القتل، فيكون غيره لا ضمان فيه لأصله البراءة.

(١) أعم من القصاص و الديه.

(٢) عند عدم الأثر و هو القدر المتيقن من الضمان على كل حال الوارد في النصوص.

(٣) أى تخصيص المصنف الضمان بالديه فيما لو وجد مقتولا مستلزما لعدم الضمان ديه و نفسا فيما لو لم يعرف له أثر لعدم العلم بسبب الضمان و هو القتل، و فيه: قد عرفت عدم الخلاف في وجوب ضمان الديه فيما لم يعرف له أثر، نعم جعل الضمان بالديه فيما لو وجد مقتولا هو قول في المسأله فراجع.

(و لو وجد ميتا ففى الضمان نظر) من إطلاق الأخبار و فتوى الأصحاب (١) ضمانه الشامل لحاله الموت، بل للشك فيه (٢). و من أصاله البراءه (٣)، و الاقتصار فى الحكم المخالف للأصل على موضع اليقين و هو القتل، و لأنه مع الموت لم يوجد أثر القتل، و لا- لو، و لا تهمه، و على تقديرها (٤) فحكمه حكم اللوث، لا- أنه يوجب الضمان مطلقا (٥)، و إلى الضمان ذهب الأكثر، بل حكموا به مع اشتباه حاله.

ثم اختلفوا فى أن ضمانه مطلقا (٦) هل هو بالقود، أو بالديه. فذهب الشيخ و جماعه إلى ضمانه بالقود إن وجد مقتولا، إلا أن يقيم البينه على قتل غيره له، و بالديه إن لم يعلم قتله.

و اختلف كلام المحقق فحكم فى الشرائع بضمانه بالديه إن وجد مقتولا و عدم الضمان لو وجد ميتا. و فى النافع بضمانه بالديه فيهما (٧)، و كذلك العلّامه (٨) فحكم فى التحرير بضمان الديه مع فقده، أو قتله حيث لا- يقيم البينه على غيره، و بعدمها لو وجد ميتا. و فى المختلف بالديه مع فقده، و بالقود إن وجد مقتولا مع التهمه و القسامه، إلا أن يقيم البينه على غيره، و بالديه إن وجد ميتا مع دعواه موته حتف أنفه، و وجود اللوث، و قسامه الوارث، و توقف فى القواعد و الإرشاد فى الضمان مع الموت.

و الأجود فى هذه المسأله: الاقتصار بالضمان على موضع الوفاق (٩) لضعف (١) دليل الضمان بالديه، حيث إن الفتاوى لم تفضل بين ما إذا وجد ميتا أو مقتولا.

(٢) و ذلك عند عدم الأثر فيشك فى سبب الضمان و هو القتل.

(٣) دليل عدم الضمان.

(٤) أى تقدير التهمه. فحكمها حكم اللوث من ثبوت الضمان بعد القسامه، لا أن الضمان يثبت مطلقا و لو قبل القسامه.

(٥) و لو قبل القسامه.

(٦) سواء وجد ميتا أو مقتولا أو عدم أثره، هذا و أراد الشارح استعراض أقوال الفقهاء فى المسأله.

(٧) فى الموت و القتل.

(٨) أى و كذلك اختلف كلام العلّامه.

(٩) و هو ما لو وجد مقتولا.

أدلته (١) فإن في سند الخبرين من لا تثبت عدالته (٢)، والمشارك بين الضعيف والثقة (٣)، وأصالة البراءة تدل على عدم الضمان في موضع الشك (٤) مع مخالفته حكم المسألة للأصل (٥) من ضمان الحر (٦) بإثبات اليد عليه، واللازم من ذلك (٧):

ضمانه بالديه إن وجد مقتولا ولا لوث هناك (٨)، وإلا (٩) فبموجب ما أقسم عليه الولي من عمد، أو خطأ ومع عدم قسامته يقسم المخرج، وعدم ضمانه (١٠) إن وجد ميتا، للشك مع احتمال موته حتف أنفه، ومن يعتمد الأخبار يلزمه الحكم بضمانه مطلقا (١١) إلى أن يرجع لدلائلها على ذلك،

ثم يحتمل كونه (١٢) القود مطلقا، لظاهر الرواية، والديه (١٣) لما مر، والتفصيل (١٤) ولا فرق في الداعي بين الذكر والأنثى، والكبير والصغير، والحر (١) أي أدله الضمان.

(٢) وهو عمرو بن أبي المقدم، أنظر الخلاصة فقد نقل تضعيفه عن بعضهم.

(٣) كجعفر بن محمد في خبر ابن ميمون، ومحمد بن الفضيل في خبر عمرو بن أبي المقدم.

(٤) عند عدم الأثر له.

(٥) إذ الأصل أن الحر لا يضمن بوضع اليد عليه لأنه ليس بمال بخلاف العبد.

(٦) من باب إضافته المصدر إلى مفعوله.

(٧) أي اللازم من الاقتصار في الضمان على موضع الوفاق.

(٨) بحيث لم تكن أماره تفيد الظن بأنه القاتل.

(٩) فإن كان هناك لوث فإن ادعى ولي المقتول القتل وحلف القسامه فثبت القتل ومع عدم حلف الولي فيحلف المنكر القسامه.

(١٠) عطف على قوله: ضمانه بالديه إن وجد مقتولا، وعدم الضمان هنا للشك في تحقق سبب الضمان، وهو القتل إذ يحتمل أنه مات حتف أنفه.

(١١) سواء وجد مقتولا أو ميتا أو عدم الأثر.

(١٢) أي يحتمل أن الضمان المنصوص في الأخبار المطلقة هو القود مطلقا سواء وجد ميتا أو مقتولا أو عدم الأثر مع احتمال أن يكون الضمان هو بالديه مطلقا في الجميع مع احتمال أن يكون الضمان على التفصيل فإن وجد مقتولا فالقود وإن وجد ميتا أو معدوم الأثر فالديه.

(١٣) عطف على القود والمعنى: ويحتمل كونه بالديه في الجميع لإطلاق الأخبار.

(١٤) عطف على القود و المعنى: و يحتمل كونه ضمانا على التفصيل المتقدم من القود عند القتل و من الديه عند الموت و عدم الأثر.

ص: ٥٦٦

و العبد، للعموم (١)، أو الإطلاق (٢) و لا بين أن يعلم سبب الدعاء و عدمه، و لا بين أن يقتل بسبب الدعاء و عدمه، و لا فى المنزل بين البيت و غيره، و يختص الحكم بالليل (٣) فلا يضمن المخرج نهارا، و غاية الضمان وصوله إلى منزله (٤) و إن خرج بعد ذلك، و لو ناداه و عرض عليه الخروج مخيرا له من غير دعاء (٥) ففى إلحاقه بالإخراج نظر. و أصالة البراءة تقتضى العدم مع أن الإخراج و الدعاء لا يتحقق بمثل ذلك (٦).

(و لو كان إخراجہ بالتماسه (٧) الدعاء فلا ضمان)، لزوال التهمه، و أصالة البراءه. و يحتمل الضمان، لعموم النص (٨) و الفتوى، و توقف المصنف فى الشرح هنا، و جعل السقوط احتمالا، و للتوقف مجال حيث يعمل بالنص (٩)، و إلا فعدم الضمان أقوى (١٠).

نعم لا ينسحب الحكم لو دعا غيره فخرج هو قطعاً، لعدم تناول النص و الفتوى له (١١)...

(١) كما فى خبر عمرو بن أبى المقدام.

(٢) كما فى خبر عبد الله بن ميمون.

(٣) و عليه فتوى الأصحاب، لأن ضمان الحر على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع اليقين.

(٤) و بعد الوصول فيرتفع الضمان عن المخرج.

(٥) أى بدون طلب الخروج.

(٦) من النداء و التخيير و هو استقراب للعدم.

(٧) أى بالتماس المخرج فلا ضمان، لزوال التهمه و لأصالة البراءه و هو أشبه بالخروج منه بالإخراج الوارد فى النصوص.

(٨) لأنه يصدق عليه إخراج من الغير له و إن كان بالتماسه.

(٩) لأن الوارد فى خبر ابن ميمون المتقدم: (إذا دعا الرجل أخاه) و هو منصرف عن الإخراج بالتماس المخرج.

(١٠) و حيث لا يعمل بالنص لأنه ضعيف سنداً، فالحكم بالضمان على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و هو ما لو وجد مقتولاً و كان الإخراج بالليل و كان بدعاء المخرج، أما مع التماس المخرج فيرجع إلى الحكم بعدم ضمان الحر.

(١١) لأنه خروج حقيقه و ليس إخراجاً.

و لو تعدد الداعى (١) اشتركوا فى الضمان حيث يثبت قصاصا و ديه كما لو اشتركوا فى الجنايه، و لو كان المدعو جماعه ضمن الداعى مطلقا (٢) كل واحد منهم باستقلاله على الوجه الذى فضل.

الثانيه – لو انقلبت الظئر فقتلت الولد

(الثانيه – لو انقلبت الظئر) (٣) بكسر الظاء المشاله فالهمز ساكنا: المرضعه غير ولدها (فقتلت الولد) بانقلابها نائمه (ضمنته فى مالها إن كان) فعلها المظاءره وقع (للفخر) به (و إن كان للحاجه).

(١) اشتركوا فى الضمان لاشتركا هم فى الإخراج.

(٢) سواء كان الداعى واحدا أو متعددا.

(٣) أى لو انقلبت المرضعه على غير ولدها الذى ترضعه فقتل، فقد ذهب الشيخ و الصدوق و العلامه فى الإرشاد إلى أنها إن طلبت الرضاع للمفاخره فديته من مالها، و إن طلبت الرضاع للضروره من حاجه أو فقر فديته على عاقلتها، و مستندهم خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام: (أَيُّمَا ظَيْرٍ قَوْمٍ قَتَلْتَ صَبِيًّا لَهُمْ وَ هِيَ نَائِمَةٌ فَانْقَلَبْتَ عَلَيْهِ فَاقْتَلْتَهُ فَإِنَّ عَلَيْهَا الدِّيَةَ كَامِلَةً مِنْ مَالِهَا خَاصَةً إِنْ كَانَتْ إِنَّمَا ظُئِرَتْ طَلِبًا لِلْعِزِّ وَ الْفَخْرِ، وَ إِنْ كَانَتْ إِنَّمَا ظُئِرَتْ مِنَ الْفَقْرِ فَإِنَّ الضَّمَانَ عَلَى عَاقِلَتِهَا) (١) و مثله خبر عبد الرحمن بن سالم الوارد فى المتن ٢ و خبر الحسين بن خالد ٣.

و ذهب أكثر المتأخرين إلى أن الديه على العاقله مطلقا حيث إن سند الأخبار مشتمل على ضعف و جهاله يمنع من العمل بها بالإضافة إلى مخالفتها للقواعد حيث إن فعل النائم خطأ محض حيث لم يقصد القتل و لم يقصد إيقاع الفعل بالمقتول، و طلب الفخر و العز لا يخرج الفعل عن وصفه بالخطأ الموجب للديه على العاقله.

و ذهب المفيد و سألر و ابنا زهره و إدريس إلى أن الديه من مالها مطلقا، لأن إضجاعها الصبى إلى جانبها شبيه العمد، و هو ضعيف إذ جعل الصبى إلى جانبها ليس فيه قصد القتل و لا- هو بالفعل القاتل غالبا، و من هنا تعرف حكم الأم لو انقلبت على ولدها فالديه على عاقلتها، بل حتى لو كان إرضاع الأم له طلبا للفخر و العز ضروره خروجها عن نصوص الظئر فتبقى على قاعده الخطأ المحض.

و عن الشهيد إلحاق الأم بالظئر و هو ضعيف لعدم الدليل على ذلك بل الدليل على عدمه.

ص: ٥٦٨

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١، و قد أوردت الأخبار الثلاثة تحت هذا الرقم.

و الضروره إلى الأجره و البر (١) (فهو) أى الضمان لديته (على عاقلتها).

و مستند التفصيل روايه عبد الرحمن بن سالم عن الباقر عليه السّلام قال: أيما ظئر قوم قتلت صبيا لهم و هى نائمه فانقلبت عليه فقتلته فإنما عليها الديه من مالها خاصه إن كانت إنما ظائرت طلب العز و الفخر، و إن كانت إنما ظائرت من الفقر فإن الديه على عاقلتها، و فى سند الروايه ضعف، أو جهاله (٢) تمنع من العمل بها و إن كانت مشهوره، مع مخالفتها للأصول من أن قتل النائم خطأ على العاقله أو فى ماله على ما تقدم.

و الأقوى أن ديته على العاقله مطلقا (٣) (و لو أعادت الولد فأنكره أهله صدقت) (٤)، لصحيحه الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام، و لأنها أمينه (إلا مع كذبها) يقينا (٥) (فيلزمها الديه حتى تحضره أو من يحتمله) لأنها لا تدعى موته و قد تسلمته فيكون فى ضمانها، و لو ادعت الموت فلا ضمان (٦)، و حيث تحضر من يحتمله يقبل و إن كذبت سابقا، لأنها أمينه لم يعلم كذبها ثانيا.

الثالثه - لو ركبت جاريه أخرى فنخستها ثالثه

(الثالثه - لو ركبت جاريه أخرى (٧) فنخستها ثالثه فقمصت المركوبه) أى (١) أى بر صاحب الولد بها.

(٢) علّق الشارح بقوله: «رواها فى التهذيب بطريقتين: أحدهما فيه محمد بن أسلم و هو ضعيف غال و الآخر فيه جماعه مجهولون».

(٣) سواء كانت المظاءره للفقير أو للحاجه.

(٤) بلا خلاف لصحيح الحلبي: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل استأجر ظئرا فدفعت إليها ولده، فغابت بالولد سنين ثم جاءت بالولد و زعمت أمه أنها لا تعرفه و زعم أهلها أنهم لا يعرفونه، قال عليه السّلام: ليس لهم ذلك فليقبلوه فإنما الظئر مأمونه) (١).

(٥) إما لقصور سنّ من أحضرته عن الولد و إما لزيادته سنا، و إما لغير ذلك فيلزمها الديه حتى تحضره أو تحضر من يحتمل أنه الولد، و عليها الديه مع عدم الإحضار للشك فى سبب القصاص.

(٦) لأنها مأمونه بنص الخبر المتقدم.

(٧) لو ركبت جاريه أخرى فنخست ثالثه المركوبه، فقمصت فوقعت الراكبه فماتت، فقد-

ص: ٥٦٩

نفرت و رفعت يديها و طرحتها (فصرعت الراكبه فماتت فالمروى) عن أمير المؤمنين عليه السّلام بطريق ضعيف (وجوب ديتها على الناخسه و القامصه نصفين) و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه. و ضعف سندها يمنعه.

(وقيل) و قائله المفيد و نسبه إلى الروايه و تبعه جماعه منهم المحقق و العلامه فى أحد قوليهما: (عليهما) أى الناخسه و القامصه (الثلاثان) و يسقط ثلث الديه، لركوبها عبثا، و كون القتل مستندا إلى فعل الثلاثه، و خرّج ابن إدريس ثالثا و هو وجوب الديه بأجمعها على الناخسه إن كانت ملجئه للمركوبه إلى القموص، و إلا فعلى القامصه.

-روى أبو جميله عن سعد الإسكاف عن الأصبغ قال: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى جاريه ركبت أخرى فنخستها ثالثه فقمصت المركوبه فصرعت الراكبه فماتت أن ديتها نصفان على الناخسه و المنخوسه)(١).

و عمل بمضمونها الشيخ و جماعه، إلا- أن أبا جميله هو المفضل بن صالح كان يضع الحديث كما فى الخلاصه، و سعد الإسكاف ضعيف فى الحديث كما فى رجال النجاشى هذا فضلا عن أن متن الخبر مخالف للقواعد حيث المتجه هو الضمان على الناخسه لأن الموت مستند إلى فعلها، و دعوى انجبارها بعمل المشهور غير مسموعه لأن العامل بها هو الشيخ و أتباعه.

و عن المفيد فى المقنعه و ابن زهره فى الغنيه و المحقق و العلامه فى المختلف على الناخسه و القامصه ثلثا الديه، و يسقط الثلث لركوبها عبثا، و نسب ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عليه السّلام، ففى الإرشاد للمفيد قال: (إن عليا عليه السّلام رفع إليه خبر جاريه حملت جاريه على عاتقها عبثا و لعبا، فجاءت جاريه أخرى فقرصت الحامله فقفزت لقرصها فوقعت الراكبه فاندق عنقها فهلكت، فقضى على القارصه بثلث و على القامصه بثلثها، و أسقط الثلث الباقي لركوب الواقصه عبثا القامصه، فبلغ النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم فأمضاه)(٢).

و ذهب ابن إدريس على مبناه من عدم العمل بالخبر الواحد خصوصا إذا كان مخالفا للقواعد المقرره كما هو فى موردنا إلى أن الناخسه إذا كانت ملجئه للقامصه فتمام الديه على الناخسه، و إلا فتمام الديه على القامصه، لأنه مع الإلجاء فيسند الفعل إلى الناخسه و مع عدمه فيسند إلى القامصه، و اختاره العلامه فى الإرشاد و الآبى فى كشف رموزه.

ص: ٥٧٠

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٢.

أما الأول فلأن فعل المكره مستند إلى مكرهه فيكون توسط المكره كآلآه فيتعلق الحكم بالمكره.

و أما الثانى فلاستناد القتل إلى القامصه وحدها حيث فعلت ذلك مختاره.

و هذا هو الأقوى.

و لا يشكل بما أورده المصنف فى الشرح (١) من أن الإكراه على القتل لا يسقط الضمان (٢)، و إن القمص فى الحاله الثانیه ربما كان يقتل غالبا فيجب القصاص (٣)، لأن الإكراه (٤) الذى لا يسقط الضمان: ما كان معه قصد المكره إلى الفعل، و بالإلحاء يسقط ذلك فيكون كآلآه. و من ثم وجب القصاص على المدافع، دون الواقع حيث يبلغ الإلحاء. و القمص لا يستلزم الوقوع (٥) بحسب ذاته فضلا عن كونه مما يقتل غالبا فيكون من باب الأسباب (٦)، لا الجنایات نعم لو فرض استلزامه له (٧) قطعاً و قصدته (٨) توجه القصاص إلا أنه خلاف الظاهر (٩).

الرابعه فى فى لص جمع ثيابا و طء امرأه و قتل ولدها

(الرابعه (١٠) - روى عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام فى لص جمع) (١) شرح الإرشاد.

(٢) لأن المكره يبقى له اختياره، و مع الاختيار يسند إليه الفعل.

(٣) فلم الحكم بالديه.

(٤) رد للأول، و هو أن المراد بالإكراه ما أوصل إلى حد الإلحاء و هو ما يرفع القصد و يصير المكره كآلآه.

(٥) رد للثانى، و المراد واضح منه.

(٦) فغايبه ما يوجب ضمان الديه كالأسباب فى تلف الأموال و لا يوجب القود.

(٧) أى استلزام القمص للوقوع و السقوط.

(٨) أى و قصدت القامصه الوقوع و كان مما يقتل غالبا.

(٩) أى استلزام القمص للوقوع و كونه مما يقتل غالبا أو أن قصد القامصه هو الوقوع.

(١٠) روى عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام - كما فى الكافى و التهذيب، و فى الفقيه عن يونس عن عبد الله بن

سنان عن أبى عبد الله عليه السلام و الثانى صحيح - (سألته عن رجل سارق دخل على امرأه ليسرق متاعها فلما جمع الثياب

تابعته نفسه فكابرها على نفسه فواقعها، فتحرك ابنها فقام فقتله بفأس كان معه، فلما فرغ حمل الثياب و ذهب ليخرج -

(ثيابا، وطأ امرأه، و قتل ولدها فقتلته) المرأه: (أنه هدر) أى دمه باطل لا عوض له (و فى ماله أربعة آلاف درهم) عوضا عن البضع (و يضمن مواليه) و ورثته (ديه الغلام) الذى قتله.

-حملت عليه بالفأس فقتلته، فجاء أهله يطلبون بدمه من الغد.

فقال عليه السلام: اقض فى هذا كما وصفت لك، فقال: يضمن مواليه الذين طلبوا بدمه ديه الغلام، و يضمن السارق فيما ترك أربعة آلاف درهم بمكابرتها على فرجها، إنه زان و هو فى ماله غرامه، و ليس عليها فى قتلها إياه شىء لأنه سارق(١) و زاد فى الكافى:

(قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم: من كابر امرأه ليفجر بها فقتلته فلا ديه له و لا قود)(٢).

و هذه الروايه بحسب شهاده غير واحد لم يعمل بها أحد من الأصحاب لمخالفتها للأصول.

أولاً: إن قتل العمد يوجب القود، و القود على السارق و قد فات بقتله فلم تضمن عاقلته ديه الصبى، و ردّ هذا الإشكال بأن الواجب فى قتل العمد هو القود مع إمكانه، فإذا فات فتثبت الديه، و أما إذا قلنا بأن الواجب فى قتل العمد أحد أمرين إما القود و إما الديه كما ذهب إليه البعض كما تقدم فمع فوات محل القود تثبت الديه لا محاله، و يؤيده خبر أبى حمزه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلام: (قلت له: دخل رجل على امرأه و هى حبلى فوقع عليها فقتل ما فى بطنها فوثبت عليه فقتلته، قال: ذهب دم اللص هدرا و كانت ديه ولدها على المعقله)(٣).

ثانياً: الواجب فى الوطء مكرها مهر المثل، فلم حكم بأربعة آلاف درهم خصوصا أن الإشكال يسند على قول من ذهب أن مهر المثل لا يتجاوز مهر السنه و هو مائتا درهم، و أوجب بأنه يحتمل أن يكون مهر المثل لهذه المرأه هذا المقدار المذكور فى الخبر، مع منع كون مهر المثل لا يتجاوز مهر السنه على أنه لو سلم فإنما هو فيما إذا وقع فى ضمن عقد، لا فى الجنايه التى يغلب عليها جانب المالىه.

ثالثاً: السارق يجب قطع يده فقط لا قتله، حتى يكون دمه هدرا، و أوجب بأن دمه هدر لأنه محارب و المرأه قتلته دفاعا عن مالها.

رابعا: قتلها له بعد قتل ابنها يكون قصاصا فتسقط ديه الغلام، فكيف تثبت على العاقله، و أوجب بأنها قتلته دفاعا، نعم لو قتلته قودا بابنها فلا شىء على أوليائه.

ص: ٥٧٢

١- (١) الوسائل الباب - ٢٢ - من أبواب قصاص النفس حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٣ - من أبواب قصاص النفس حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب العاقله حديث ٣.

و وجه الأول: أنه محارب يقتل إذا لم يندفع إلا به و بحمل المقدّر من الدراهم على أنه مهر أمثالها. بناء على أنه لا يتقدّر بالسنة لأنه جنايه يغلب فيها جانب المالىه، كما يضمن الغاصب قيمه العبد المغصوب (١) و إن تجاوزت ديه الحر.

و وجه ضمان ديه الغلام مع أنه مقتول عمدا: فوات محل القصاص، و قد تقدم (٢). و بهذا التنزيل لا تنافى الروايه الأصول، لكن لا يتعين ما قدّر فيها (٣) من عوض البضع، و لو فرض قتل المرأة له قصاصا عن ولدها سقط غرم الأولياء أو أسقطنا الحق (٤)، لفوات محل القصاص فلا ديه، و إن قتلته دفاعا (٥)، أو قتلته لا لذلك (٦) قيدت به.

(و عنه عليه السّلام) بالطريق السابق (٧) (فى صديق عروس قتله الزوج) لما وجدته (١) لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال و لا تكون قيمه العبد ردا إلى ديه الحر.

(٢) فى آخر كتاب القصاص.

(٣) من أربعة آلاف درهم، لأنه محمول على أنه مهر أمثال المرأة المذكوره فى الخبر فقط.

(٤) عطف على قوله: و لو فرض، و المعنى لو قتلته دفاعا و أسقطنا الديه عن اللص لفوات محل القصاص فلا ديه على الأولياء، كما لو قتلته قصاصا.

(٥) إن وصله متعلقه بما قبلها.

(٦) أى لا للدفاع و لا للقصاص فيكون قتله عدوانا فتقاد به.

(٧) روى عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السّلام - كما فى الكافى و التهذيب، و فى الفقيه روى يونس بن عبد الرحمن عن عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام، و هو طريق صحيح -: (قلت له: رجل تزوج امرأة فلما كان ليله البناء عمدت المرأة إلى رجل صديق لها فأدخلته الحجلة، فلما دخل الرجل يباضع أهله ثار الصديق و اقتتلا فى البيت فقتل الزوج الصديق، و قامت المرأة فضربت الزوج ضربه فقتلته بالصديق، فقال عليه السّلام:

تضمن المرأة ديه الصديق و تقتل بالزوج) (١).

و الحجلة بفتح الجيم، و هو بيت يزّين بالثياب و الأسره و الستور قاله الجوهري، و لم يعمل بها أحد من الأصحاب لضعف سندها الأول، مع أنك عرفت أن سندها الثانى صحيح، و مخالفتها للقواعد لأن من دخل ليفجر بامرأة فدمه هدر فلا موجب لتضمين المرأة ديه الصديق، و لذا استقرب المحقق أن دم الصديق هدر و جزم به المحقق الكركى و فخر-

ص: ٥٧٣

عندها فى الحجلة ليله العرس (فقتلت) المرأه (الزوج) أنها (تقتل به) أى بالزوج (و تضمن ديه الصديق) بناء على أنها سبب تلفه، لغورها إياه.

(و الأقرب أنه) أى الصديق (هدر إن علم) بالحال، لأن للزوج قتل من يجد فى داره للزنا فسقط القود عن الزوج.

و يشكل بأن دخوله أعم من قصد الزنا و لو سلم منعنا الحكم بجواز قتل مريده مطلقا (١)، و الحكم المذكور (٢) فى الروايه مع ضعف سندها (٣) فى واقعه مخالفا للأصول (٤). فلا يتعدى (٥) فلعله علم بموجب ذلك (٦).

-المحققين و الحلبي، و فى نكت النهايه للمحقق أن ضمانها لدم الصديق لأنها غرّته بإدخالها إلى حجلتها، و لعله لا يعلم بأنها متزوجه، و لذا قوى الشهيد الأول أن دمه هدر إن علم بحالها بأنها متزوجه.

و أشكل الشارح فى المسالك بأن دخوله لحجلتها أعم من قصد الزنا فلا يدل الدخول على أنه قد همّ بالزنا ليصدق عليه أنه دخله للفجور ليكون دمه هدر، و لو سلم فلا يجوز قتل من همّ بالزنا إلا إذا كان متلبسا بالفعل.

و عن العلامه فى التحرير أن ضمانها لديه الصديق لأنها أخرجته من منزله ليلا و فيه: إن الروايه لا تدل على ذلك مع أنه لو أخرجته نهارا أو أعلمته بالحال بأنها متزوجه فيجب أن لا تضمن مع أن الروايه على ضمانها مطلقا.

(١) سواء تلبس بالفعل أو لا و فيه: إنه مخالف لنصوص إهدار من دخل دار غيره للفجور، فإنها مطلقه تشمل من لم يتلبس بالفعل ما دام قد دخل و هو قاصد للزنا، منها: خبر الجرجاني عن أبى الحسن عليه السلام: (فى رجل دخل دار رجل للتلصص أو الفجور فقتله صاحب الدار، أ يقتل أم لا؟ قال: اعلم من دخل دار غيره فقد أهدر دمه و لا يجب عليه شيء) (١).

(٢) مبتدأ و خبره (فى واقعه).

(٣) قد عرفت أن لها سندا صحيحا.

(٤) لأن دم الصديق إما هدر و إما تضمنين الزوج له، فضمانه على الزوجه يكون مخالفا لهذه الأصول.

(٥) فلا يتجاوز بالحكم عن نفس الواقعه المسئول عنها الإمام عليه السلام.

(٦) أى لعل الإمام علم بموجب الديه على الزوجه و لذا حكم به.

ص: ٥٧٤

(و روى محمد بن قيس) (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير (١) روى عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أربعة شربوا مسكرا فأخذ بعضهم على بعض السلاح فاقتتلوا، فقتل اثنان و جرح اثنان، فأمر المجروحين فضرب كل واحد منهما ثمانين جلده، و قضى بديه المقتولين على المجروحين، و أمر أن تقاس جراحه المجروحين فترفع من الديه، فإن مات المجروحان فليس على أحد من أولياء المقتولين شيء) (١).

بل روى الشيخ فى التهذيب بسند متصل إلى عبد الله بن الحكم: (سألته عن أربعة نفر كانوا يشربون فى بيت فقتل اثنان و جرح اثنان، قال: يضرب المجروحان حد الخمر، و يغرمان قيمه المقتولين و تقوم جراحتهما فيردّ عليهما مما أديا من الديه) (٢).

و على كل فالروايه الأولى قد رواها محمد بن قيس و هو الثقة بروايه عاصم بن حميد عنه، فلا معنى للإشكال من هذه الناحيه فضلا عن أنه قد عمل بمضمونها الكثير من الأصحاب و هو جابر لضعف سندها، إلا أنه قد أشكل على الروايه من ناحيه المتن بأمر: أولا: إن الاجتماع المذكور و الاقتتال لا يقتضى أن يكون القاتل هو المجروح حتى تكون ديه القتل عليه.

ثانيا: لا يستلزم أن تكون الجراحه من المقتولين، إذ لعل أحد المجروحين قد جرح الآخر.

ثالثا: ما عن الشهيد فى شرح الإرشاد أنه إذا حكم بأن المجروحين قاتلان فلم لا يقادان بالقتيلين، و أوجب بأن القتل قد وقع حاله السكر فلا يكون العمد موجبا للقصاص بل هو شبيهه العمد الموجب للديه فقط.

رابعا: ما عن الشهيد أيضا فى شرح الإرشاد أنه إذا كانت الجراحه من القتلين. فلو فرض أن المجروحين قد ماتا فيما بعد، فلم لا تؤخذ ديه القتل لهما من أولياء المقتولين، و أوجب بأن الموت فيما بعد لم يعلم استناده عن الجرح حتى يضمن المقتولين ذلك، و المتيقن ضمان ديه الجرح فقط.

خامسا: الجرح إذا كان عمدا فإنه يوجب القصاص لا الديه، و أوجب بأن الانتقال إلى الديه لفوات محل القصاص لأنه بحسب الفرض قد صدر الجرح من اللذين قتلا.

و لهذه الإشكالات أو بعضها استتقر الشارح فى المسالك أن تكون الواقعه تستوجب -

ص: ٥٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) التهذيب ج ١٠ ص ١٥٣-١٥٤.

المؤمنين عليه السّلام (فى أربعة سكارى فجرح اثنان) منهم (و قتل اثنان) و لم يعلم القاتل و الجارح: (يضمنهما الجارحان بعد وضع جراحتهما) من الديه.

و فى الروايه مع اشتراك محمد بن قيس (١) الذى يروى عن الباقر عليه السّلام بين الثقه و غيره: عدم استلزام الاجتماع المذكور و الاقتتال: كون القاتل هو المجرّوح (٢)، و بالعكس (٣) فيختص حكمها بواقعها، لجواز علمه عليه السّلام بما أوجبه. نعم يمكن الحكم بكون ذلك (٤) لو ثابث الفعل بالقسامه من عمد أو خطأ و قتل و جرح.

لو ثابث على المجرّوحين، فإن ادعى عليهما وليّ القتلين العمد أو الخطأ فمع القسامه يثبت القتل عليهما، و إلا لحلف المجرّوحين القسامه لرفع التهمه عنهما خصوصا أن الروايه السابقه معارضه بروايه السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كان قوم يشربون فيسكرون فيتباعجون بسكاكين كانت معهم فرفعوا إلى أمير المؤمنين عليه السّلام فسجنهم، فمات منهم رجلان و بقى رجلان، فقال أهل المقتولين: يا أمير المؤمنين أقدهما بصاحبينا، فقال على عليه السّلام للقوم: ما ترون؟ فقالوا: نرى أن تقيدهما، قال عليه السّلام: فلعل ذينك اللذين ماتا قتل كل واحد منهما صاحبه؟ قالوا: لا ندرى.

فقال عليه السّلام: بل اجعل ديه المقتولين على قبائل الأربعة، و آخذ ديه جراحه الباقيين من ديه المقتولين (١) و ذكر إسماعيل بن الحجاج بن أرطاه عن سماك بن حرب عن عبد الله بن أبى الجعد قوله: (كنت أنا رابعهم فقضى علىّ عليه السّلام هذا القضيّه فينا) (٢).

و استترب هذا الحكم بجعل الديه على عاقله الأربعة جماعه من الأصحاب لأنه لا يبطل دم امرئ مسلم من دون ترجيح لأحد على آخر، و فيه: إن الفعل قد وقع حاله السكر فهو من شبيه العمد فالديه على الفاعل لا على العاقله و بهذا تعرف أن الحكم فى الروايه الأخيره أيضا مخالف للأصول المقرره فى تشخيص العمد و الخطأ.

(١) و قد عرفت أنه الثقه بروايه عاصم بن حميد عنه.

(٢) هذا هو الإشكال الأول المتقدم.

(٣) أى كون الجراحه من المقتولين و هذا هو الإشكال الثانى.

(٤) من الاجتماع المذكور و الاقتتال.

ص: ٥٧٤

١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٤٠، الفقيه ج ٤ ص ١١٨.

٢- (٢) التهذيب ج ١٠ ص ٢٤٠.

و أما ما استشكله المصنف فى الشرح على الروايه من أنه إذا حكم بأن المجروحين قاتلان (١) فلم لا- يستعدى منهما، و أن إطلاق الحكم بأخذ ديه الجرح، و إهدار الديه لو ماتا (٢) لا- يتم أيضا و كذا الحكم بوجود الديه فى جراحتهما (٣)، لأن موجب العمد القصاص. فيمكن دفعه: بكون القتل وقع منهما حاله السكر فلا يوجب إلا الديه على أصح القولين (٤). و فرض الجرح (٥) غير قاتل كما هو ظاهر الروايه، و وجوب ديه الجرح (٦) لوقوعه أيضا من السكران كالقتل أو لفوات محل القصاص.

و الحق الاقتصار على الحكم باللوث و إثبات ما يوجه فيهما (و عن أبى جعفر الباقر (٧) عن على عليه السّلام فى سته غلمان بالفرات فغرق) منهم (واحد) و بقى (١) هذا هو الإشكال الثالث.

(٢) هذا هو الإشكال الرابع.

(٣) هذا هو الإشكال الخامس.

(٤) لكونه شبيه العمد و هو دفع للإشكال الأول.

(٥) رد للإشكال الثانى.

(٦) رد للإشكال الثالث، و أما الإشكالان الأخيران فقد عرفت ردهما.

(٧) روى محمد بن قيس عن أبى جعفر الباقر عليه السّلام - كما فى التهذيب - (رفع إلى أمير المؤمنين عليه السّلام سته غلمان كانوا فى الفرات، فغرق واحد منهم فشهد ثلاثة منهم على اثنين أنهما غرقاه، و شهد اثنان على الثلاثة أنهم غرقوه، فقضى على عليه السّلام بالديه، ثلاثة أحماس على الاثنين و خمسين على الثلاثة) (١). و رواه فى الكافى و فى موضع من التهذيب عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام (٢)، و رواه فى الفقيه مرسلا و كذا المفيد فى إرشاده و مقننته، و كذا فى النهايه و الغنيه، و السند الأول صحيح بروايه عاصم بن حميد عنه. فالتشكيك بالسند ليس فى محله، و القول بأنها متروكه كذلك ليس فى محله لأن الصدوق و الشيخ أورداها فى الفقيه و النهايه و هما ملتزمان بصحة ما فيهما من الأخبار، نعم عن المحقق فى نكت النهايه و العلامه فى التحرير أنها قضيه فى واقعه لمخالفتها للقواعد من حيث قبول شهاده المشهود عليه على الشاهد، و من حيث قبول-

ص: ٥٧٧

١- (١) التهذيب ج ١٠ ص ٢٤٠.

٢- (٢) الكافى ج ٧ ص ٢٨٤ و التهذيب ج ١٠ ص ٢٣٩.

خمسه (فشهد اثنان) منهم (على ثلاثه) أنهم غرقوه، (و بالعكس) شهد الثلاثه على الاثنين أنهم غرقوه فحكم (أن الديه أخماس) على كل واحد منهم خمس (بنسبه الشهاده) و هى أيضا مع ضعف سندها (قضيه فى واقعه) مخالفه لأصول المذهب فلا يتعدى (١)، و الموافق لها (٢) من الحكم: أن شهاده السابقين إن كانت مع استدعاء الولي و عدالتهم قبلت ثم لا تقبل شهاده الآخرين، للتهمه، و إن كانت الدعوى على الجميع، أو حصلت التهمه عليهم (٣) لم تقبل شهاده أحدهم مطلقا (٤) و يكون ذلك لوثا يمكن إثباته بالقسامه.

و اعلم أن عاده الأصحاب جرت بحكايه هذه الأحكام هنا بلفظ الروايه نظرا إلى مخالفتها للأصل، و احتياجها، أو بعضها فى ردها إليه (٥) إلى التأويل، أو التقييد، أو للتنبيه على مأخذ الحكم المخالف للأصل و قد يزيد بعضهم التنبيه على ضعف المستند تحقيقا لعذر اطراحها.

الخامسه (٦) - يضمن معلم السباحه الصغير

(الخامسه (٦) - يضمن معلم السباحه) المتعلم (الصغير) غير البالغ لو جنى -شهاده الصبيان مع أن شهادتهم لا تقبل، و لذا ذهب البعض إلى أن الواقعه تقتضى لوثا و تجرى أحكام القسامه.

(١)الحكم.

(٢)للأصول.

(٣)أى تهمه القتل على الخمسه لوجود عداوه بينهم و بين الغريق.

(٤)سابقا كان فى الإدلاء بالشهاده أو لا.

(٥)إلى الأصل.

(٦)لو سلّم الوليّ ولده لمعلم السباحه فغرق الولد بالتفريط ضمنه المعلم فى ماله، لأنه تلف بسببه، و لم يقصد القتل فيكون شبيه العمد.

و أما لو غرق الولد من غير تفريط من المعلم فعن جماعه منهم المحقق على ما هو ظاهر الشرائع أنه لا يضمن لأن القتل لا يسند إلى المعلم إلا مع التفريط و المفروض عدمه.

و ذهبت جماعه منهم العلامه فى الإرشاد إلى الضمان مطلقا، فرّط المعلم أو لاء لما ورد من ضمان الطيب الحاذق و ضمان الصانع و إن اجتهد و كان حاذقا و إن لم يفرّط و عن العلامه فى التحرير التوقف عند عدم التفريط إذ لا يسند القتل إلى المعلم حتى يضمن، و من إطلاق ضمان الطيب و الصانع و إن لم يفرّط.

عليه بها (في ماله)، لأنه شبيه عمد، سواء فرط أم لا على ما يقتضيه إطلاق العبارة. و يؤيده ما روى من ضمان الصانع و إن اجتهد. و في القواعد علل الضمان بالتفريط. و مقتضاه أنه لو لم يفرط فلا ضمان، و توقف في التحرير في الضمان على تقدير عدمه. هذا إذا كان قد دفعه إليه وليه و من بحكمه (١)، و إلا ضمن الصغير مطلقا قطعا (٢)، و في حكمه المجنون.

(بخلاف البالغ الرشيد) (٣) فإنه لا يضمنه و إن فرط، لأنه في يد نفسه.

(و لو بنى مسجدا في الطريق (٤) ضمن) للعدوان بوضعه فيما لا يصح الانتفاع فيه بما ينافي الاستطراق، (إلا أن يكون) الطريق (واسعا) زائدا عن القدر المحتاج إليه، للاستطراق كزاويه في الطريق، أو كونه زائدا عن المقدار شرعا.

و اعلم أن الطريق مؤنث سماعي فكان ينبغي إلحاق التاء في خبره (و يأذن الإمام له) في عمارته فلا ضمان حينئذ. و هذا يدل على عدم جواز إحياء الزائد من الطريق عن المقدر بدون إذن الإمام، و في الدروس أطلق جواز إحياء الزائد و غرسه و البناء فيه، و كذا أطلق في التحرير جواز وضع المسجد في القدر الزائد.

و هو حسن مع عدم الحاجة إليه (٥) بحسب العادة في تلك الطريق، و إلا فالمنع أحسن.

(١) كالوصى.

(٢) سواء فرط أو لا، لعدم جواز التصرف في الصغير بدون إذن الولي.

(٣) باعتبار كونه عاقلا- فهو في يد نفسه فلا- يضمن المعلم و إن فرط، و عن البعض أنه يضمن مع التفريط، لأن البالغ في الماء ليس في يده بل في يد المعلم بخلاف الحر في غير الماء فهو بيد نفسه و يختار ما يشاء.

(٤) قال الشيخ في المبسوط: إن كان واسعا بإذن الإمام عليه السلام لم يضمن ما يتلف بسببه، و كذا إذا لم يأذن و بناه للمصلحة العامة، و أما إذا بناه لنفسه ضمن.

و عن جماعه منهم المحقق في الشرائع استبعاد أن يأذن الإمام في بناء المسجد في الطريق و ردّ عليهم أن هذا الاستبعاد في محله لو كان المسجد يضرّ بالماره مع أنه يجوز إحياء الزائد عن الطريق و حرime المقدر شرعا سواء كان ذلك لمصلحة عامه أو خاصة.

و عليه فلو بناه في الزائد عن الطريق و حرime في أرض الموات فلا يكون متعديا فلا ضمان عليه، نعم لو بنى في المكان الضيق من الطريق لكان عدوانا يستعقبه الضمان.

(٥) أي مع عدم الحاجة إلى الزائد عن حرime الطريق و هو خمسة أذرع أو سبعة.

و يضمن واضع الحجر (١) فى ملك غيره) مطلقا (٢) إذا حصل بسببه جنايه (أو طريق مباح) عبثا، أو لمصلحه نفسه، أو ليتضرر به الماره. أما لو وضعه لمصلحه عامه كوضعه فى الطين ليظا الناس عليه أو سقّف به ساقيه فيها و نحوه فلا ضمان، لأنه محسن. و به قطع فى التحرير.

السادسه - لو وقع حائطه المائل و الميزاب

(السادسه (٣) - لو وقع حائطه (٤) المائل بعد علمه بميله) إلى الطريق، أو ملك الغير (و تمكنه من إصلاحه) بعد العلم و قبل الوقوع (أو بناء مائلا- إلى الطريق) (١) لو وضع رجل حجرا فى ملكه فعثر به آخر فلا- يضمن ديه العاثر كما صرح بذلك غير واحد، و لو كان فى ملك غيره أو فى طريق مسلوک فيضمن ديه العاثر لصحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن الشىء يوضع على الطريق فتمرّ الدابه فتتفر بصاحبها فتعقره فقال عليه السلام: كل شىء مضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه)(١) و صحيح الكنانى عن أبى عبد الله عليه السلام: (من أضّر بشىء فى طريق المسلمين فهو له ضامن)(٢). و هذه الأخبار داله على أنه لو وضعه للضرر فهو ضامن، و أما لو وضعه لمصلحتهم فلا ضمان عليه لأنه محسن و ما على المحسنين من سبيل، و منه تعرف لو وضعه فى ملك الغير مع إذنه فلا ضمان.

(٢) عبثا كان أو لمصلحه.

(٣) لا- يضمن صاحب الحائط المبنى فى ملك صاحب الجدار، إذا وقع و تلف إنسان أو غيره بسبب وقوعه، لكونه مسلطا على ماله بعد عدم التفريط منه. و لو بناه فى مكان مباح ملاصقا للشارع، فإن كان مستويا فسقط من غير ميل و لا استهدام فلا ضمان لأنه تصرف فيما يجوز به شرعا، و لو بناه فى ملكه مائلا فسقط فلا ضمان لأن له التصرف فى ملكه كيف شاء.

و لو بناه فى ملكه أو فى المباح و كان مائلا- إلى الشارع يثبت الضمان إذ هو تصرف فى الشارع بما لا يجوز لكل مسلم أن يتصرف فيه.

و لو بناه فى ملكه أو فى المباح مستويا ثم مال إلى الشارع و سقط فيضمن إذا تمكن من الإزالة و لم يزله، و أما لو وقع قبل التمكن فلا ضمان لعدم التعدى.

(٤) سواء كان فى ملكه أو فى مباح.

ص: ٥٨٠

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٨ - من ابواب موجبات الضمان حديث ٢.

ابتداء. و مثله ما لو بناه على غير أساس مثله (١)(ضمن) (٢) ما يتلف بسببه من نفس، أو مال،(و إلا) يتفق ذلك بقيوده أجمع (٣) بأن لم يعلم بفساده حتى وقع مع كونه مؤسّسا على الوجه المعتبر في مثله، أو علم و لكنه لم يتمكن من إصلاحه حتى وقع، أو كان ميله إلى ملكه، أو ملك أذن فيه و لو بعد الميل (فلا) ضمان، لعدم العدوان، إلا أن يعلم على تقدير علمه بفساده، كميله إلى ملكه (٤) بوقوع أطراف الخشب و الآلات إلى الطريق فيكون كميله إلى الطريق، و لو كان الحائض لمولى عليه (٥) فأصلحه و ضمان حدثه متعلق بالمولى (و لو وضع عليه إناء) و نحوه (٦) (فسقط) فأتلف (فلا ضمان إذا كان) الموضوع (مستقرا) على الحائض (على العادة)، لأن له التصرف في ملكه كيف شاء فلا يكون عاديا، و لو لم يكن مستقرا استقرار مثله ضمن للعدوان بتعريضه للوقوع على الماره و الجار. و مثله ما لو وضعه على سطحه (٧) أو شجرته الموضوعه في ملكه، أو مباح.

(و لو وقع الميزاب) (٨) المنسوب إلى الطريق (و لا تفريط) بأن كان مثبتا على (١) أى بناه على أساس ضعيف لمثل هذا الحائض. (٢) للتعدي.

(٣) بحيث لو انتفى قيد مما تقدم فلا يضمن.

(٤) بحيث يعلم أنه مائل إلى ملكه و يعلم بأنه لو سقط سيسقط في ملكه لكن الآلات التي فيه كالأخشاب ستقع في ملك الغير فيضمن حينئذ للتعدي.

(٥) كالصبي، كان الضمان على الولي مع التفريط كما عن العلامة في التحرير.

(٦) فسقط و أتلف فلا ضمان، لأن له التصرف في حائطه فلا يكون وضعه عدوانا فلا يستعقبه الضمان بلا خلاف و لا إشكال، نعم لو وضعه مائلا إلى الطريق ضمن كما في القواعد كمثل ما لو بنى الحائط مائلا إلى الطريق، و كذا لو وضعه على وجه يسقط مثله فيضمن كمثل ما لو بنى الحائط على أساس ضعيف.

(٧) أى و مثل الوضع على الحائط، فلا ضمان في الجميع لأنه تصرف في ملكه ما لم يكن عدوانا.

(٨) نصب الميازيب إلى الطرق جائز، و عليه عمل الناس في جميع الأعصار و الأمصار، و عن السرائر نفى الخلاف عنه، و في المروى: (كان للعباس ميزاب إلى المسجد و كان رخص له النبي صلى الله عليه و آله و سلم فقلعه عمر يوما لما قطر عليه منه، فخرج العباس فقال له: أتقلع ميزابا نصبه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم بيده؟ فقال عمر: و الله لا ينصبه إلا من رقى على ظهري، فرقى العباس -

عاده أمثاله (فالأقرب عدم الضمان) للإذن في وضع الميازيب شرعا كذلك فلا يتعقبه الضمان، ولأصالة البراءة.

وقيل: يضمن وإن جاز وضعه، لأنه سبب الإلتلاف وإن أبيض السبب كالطيب، والبيطار، والمؤدّب (١)، ولصحيحه أبي الصباح الكناني عن الصادق عليه السّلام قال: قال أبو عبد الله عليه السّلام من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن، وروايه السكوني عن الصادق عليه السّلام أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: من أخرج ميزابا، أو كنيفا، أو أوتد وتدا، أو أوثق دابه، أو حفر بئرا في طريق المسلمين فأصاب شيئا فعطب فهو له ضامن، وهو نص في الباب لو صح طريقه (٢).

-على ظهره فنصبه في الجدار(١)، وفي طرقنا: (أنه نصبه أمير المؤمنين عليه السّلام من غير رضا عمر)(٢).

ولكن على نحو لا يضرّ بالمارة، فإذا سقط الميزاب أو سقط شيء منه فهلك به إنسان أو مال ففي الضمان قولان:

الأول: ما اختاره الشيخ المفيد وابن إدريس من عدم الضمان لأنه من ضروره البناء، وللإذن في وضعه شرعا فلا يستعقبه الضمان.

الثاني: ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف وابن زهره في الغنيه أنه يضمن، والإذن في وضعه بشرط السلامه، فمع عدم السلامه لا بد أن يضمن، ولصحيحه أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السّلام: (من أضرّ بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن)(٣)، وصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كل شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن)(٤)، وخبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: من أخرج ميزابا، أو كنيفا، أو وتدا، أو أوثق دابه، أو حفر بئرا في طريق المسلمين فأصاب شيئا فهو له ضامن)(٥) وهي نص في الباب.

(١) فإنهم مأذونون في عملهم ومع ذلك فعليهم الضمان عند التلف.

(٢) لأن السكوني عامي.

ص: ٥٨٢

١- (١) الخلاف ج ٢ ص ٤٠٧، مفتاح الكرامه ج ١٠ ص ٢٩٩.

٢- (٢) مفتاح الكرامه ج ١٠ ص ٣٠٠.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٥- (٥) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

و فصل آخرون (١) فحكموا بالضمان مطلقا (٢) إن كان الساقط الخارج منه عن الحائط، لأن وضعه في الطريق مشروط بعدم الإضرار كالروشن و الساباط، و بضمان النصف إن كان الساقط الجميع، لحصول التلف بأمرين أحدهما غير مضمون لأن ما في الحائط منه بمنزله أجزاء الحائط و قد تقدم أنها لا توجب ضمانا (٣) حيث لا تقصير في حفظها.

(و كذا) القول (في الجناح و الروشن) (٤) لا يضمن ما يتلف بسببهما، إلا مع التفريط، لما ذكر (٥)، و على التفصيل لو كانت خشبه موضوعه في حائط ضمن النصف إن سقطت أجمع، و إن انتصفت و سقط الخارج عنه، أو كانت موضوعه على غير ملكه ضمن الجميع هذا كله في الطريق النافذه (٦) أما المرفوعه (٧) فلا يجوز (١) منهم العلامه، و ذلك لأن الميزاب تاره يكون بحذاء الحائط مسمرا عليه و أخرى يكون بعضه في الحائط و البعض الآخر خارجا عن الحائط.

فعلى الأول لا- يضمن مثله مثل ما لو سقط الحائط، و على الثاني فإن سقط من الميزاب ما هو خارج عن الحائط فقط فعليه الضمان، و إن سقط من أصله فالضمان لعموم الأخبار السابقه و عدم الضمان كاملا لأن التلف قد حصل من مباح مطلق و هو ما كان مسمرا في الحائط و من مباح بشرط السلامه، و هو ما كان خارجا عن الحائط و عليه فيضمن النصف لأن سبب التلف سببان: أحدهما غير مضمون و الآخر مضمون.

(٢) نفسا و مالا بتمام الديه لا بنصفها.

(٣) و منه تعرف عدم الضمان في الميزاب المسمر بحذاء الحائط.

(٤) الجناح ما يخرج عن الحائط لا لإرادته الضوء، بل لتوسعه البيت تشبيها له بجناح الطائر، و الروشن ما يخرج عن الحائط لإرادته الضوء و هو شبيه الجناح، و الساباط هو سقف ما بين حائطه و الحائط المقابل و الطريق بينهما، و هذا السقف يضم إلى البيت من أجل التوسعه.

و عليه فيجوز إخراج الرواشن و الأجنحه و الساباطات إذا لم تضرّ بالماره، بحيث تكون رفيعه لا يتضرر بها الراكب و لا الحامل و لا غيرهما، و لو أضرت منع صاحبها منها و ضمن ما يتولد منها من التلف.

و مع عدم الضرر فلو سقطت و أتلفت فالخلاف فيها كالخلاف في الميزاب من عدم الضمان مطلقا للإذن الشرعي، و من الضمان لعموم الأخبار، و من التفصيل.

(٥) من الإذن الشرعي فلا يستعقب ضمانا.

(٦) أي النافذه إلى طريق أخرى.

(٧) و هي الممنوعه عن النفوذ لكونها ملك لجماعه تنتهي إلى أبوابهم فقط.

فعل ذلك فيها، إلا بإذن أربابها (١) أجمع، لأنها ملك لهم و إن كان الواضع أحدهم، فبدون الإذن يضمن مطلقا (٢)، إلا القدر الداخل في ملكه لأنه سائغ لا يتعقبه ضمان.

السابعه - لو أّجج نارا في ملكه

(السابعه ٣) - لو أّجج نارا في ملكه) و لو للمنفعه (٤) (في ريح معتدله، أو ساكنه و لم تزد) النار (عن قدر الحاجه) التي أّضرمها لأجلها (فلا ضمان)، لأن له التصرف في ملكه كيف شاء (و إن عصفت) (٥) الريح بعد إضرامها (بغته)، لعدم التفريط. (و إلا) يفعل كذلك بأن كانت الريح عاصفه حاله الإضرام على وجهه يوجب ظن التعدى إلى ملك الغير، أو زاد عن قدر الحاجه و إن كانت ساكنه (ضمن) سرايتها إلى ملك غيره. فالضمان على هذا مشروط بأحد الأمرين (٦):

الزيادة أو عصف الريح.

و قيل: يشترط اجتماعهما معا (٧).

و قيل: يكفي ظن التعدى (٨) إلى ملك الغير مطلقا (٩). و مثله القول في (١) ممن يجوز له الاستطراق فيها.

(٢) سواء سقط الجميع أو البعض الخارجى.

(٣) لو أّجج نارا فتاره في ملك الغير و أخرى في ملكه، فإن أّججها في ملك الغير فإنه يضمن لأنه عدوان محض سواء قصد الإتلاف أم لا، و إن أّججها في ملكه فمع عدم احتمال التعدى لا يضمن و لو اتفق أنها سرت إلى ملك الغير بلا خلاف فيه بشرط عدم تجاوز قدر الحاجه منها لأن له التصرف في ملكه.

و إن زادت على قدر الحاجه مع غلبه الظن بالتعدى كما في أيام الأهويه فإنه يضمن لو سرت بلا خلاف و لا إشكال لكونه متعديا حينئذ.

و عن المحقق أنه يضمن إن غلب على ظنه التعدى بسبب الأهويه و إن لم تزد عن قدر الحاجه، و عن الشهيد أنه يكفي أحدهما إما ظن التعدى و إما الزيادة عن قدر الحاجه.

(٤) منفعه نفسه بلا قصد العدوان.

(٥) إن وصلية.

(٦) هو قول الشهيد.

(٧) هو موطن وفاق.

(٨) هو قول المحقق.

(٩) سواء زاد عن قدر الحاجة أو لا.

ص: ٥٨٤

إرسال الماء وقد تقدم الكلام في ذلك كله في باب الغضب ولا وجه لذكرها في هذا المختصر مرتين.

(و لو أوجب في موضع ليس له ذلك فيه) كملك غيره (ضمن الأنفس و الأموال) مع تعذر التخلص في ماله (١)، و لو قصد الإتيان فهو عامد يقاد في النفس مع ضمان المال، و لو أوجبها في المباح (٢) فالظاهر أنه كالملك، لجواز التصرف فيه.

الثامنة - لو فرط في حفظ دابته فدخلت على أخرى

(الثامنة (٣) - لو فرط في حفظ دابته فدخلت على أخرى فجنت) عليها (١) أى يضمن في ماله، لأنه شبيه العمد بدون قصد الإتيان، و مع قصد الإتيان يكون عمدا موجبا للقصاص بلا خلاف و لا إشكال.

(٢) لم أجد من خالف في أن حكمه حكم ما لو أوجب في ملكه.

(٣) لو هجمت دابه على أخرى فجنت الداخلة، فعن الشيخين و الديلمي و القاضي و ابن حمزه ضمن مالكها، و إن جنت المدخول عليها كان هدرا بلا خلاف و لا إشكال، أما الأول فلخبر مصعب بن سلام التميمي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام: (أن ثورا قتل حمارا على عهد رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، فرفع ذلك إليه و هو في أناس من أصحابه فيهم أبو بكر و عمر، فقال: يا أبا بكر اقض بينهم، فقال: يا رسول الله بهيمه قتلت بهيمه ما عليها شيء، فقال: يا عمر، اقض بينهم، فقال مثل قول أبي بكر، فقال: يا على اقض بينهم، فقال: نعم يا رسول الله، إن كان الثور دخل على الحمار في مستراحه ضمن أصحاب الثور، و إن كان الحمار دخل على الثور في مستراحه فلا ضمان عليهم، فرفع رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم يده إلى السماء فقال: الحمد لله الذي جعل من يقضى بقضاء النبيين) (١).

إلا أن السند ضعيف مع عدم الجابر له و هذا يمنع من العمل به على إطلاقه، فلذا ذهب المحقق و جماعه المتأخرين إلى تقييد الضمان بكون مالك البهيمه الداخلة قد فرط في حفظها و يدل عليه مرسل الحلبي عن أبي جعفر عليه السلام: (بعث رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم عليا إلى اليمن، فأفلت فرس لرجل من أهل اليمن و مرّ يعدو، فمرّ برجل فنفضه برجله فقتله، فجاء أولياء المقتول إلى الرجل فأخذوه فرفعوه إلى على عليه السلام، فأقام صاحب الفرس البيه عند على عليه السلام أن فرسه أفلت من داره و نفع الرجل فأبطل على عليه السلام دم-

ص: ٥٨٥

(ضمن) جنايتها، لتفريطه (و لو جنى عليها) أى جنت المدخول عليها على دابته (فهدر) و لو لم يفرط فى حفظ دابته بأن انتقلت من الإسطبل الموثوق، أو حلها غيره فلا ضمان، لأصالة البراءة.

و أطلق الشيخ و جماعه ضمان صاحب الداخلة ما تجنيه، لقضيه على عليه السّلام فى زمن النبى صلّى الله عليه و آله و سلّم. و الروايه ضعيفه السند فاعتبار التفريط و عدمه متجه.

(و يجب حفظ البعير المغتلم) (١) أى الهائج لشهوه الضراب، (و الكلب العقور) و شبههما على مالكة (فيضمن) ما يجنيه (بدونه (٢) إذا علم) بحاله و أهمل حفظه، و لو جهل حاله، أو علم و لم يفرط فلا ضمان.

و فى إلحاق الهرة الضاربه بهما (٣) قولان من استناد التلف إلى تفريطه فى -صاحبهم، فجاء أولياء المقتول من اليمن إلى رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم فقالوا: يا رسول الله، إن علينا ظلمنا و أبطل دم صاحبنا، فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إن علينا ليس بظلام و لم يخلق للظلم، إن الولاية لعلّى من بعدى و الحكم حكمه و القول قوله، و لا- يردّ حكمه و قوله و ولايته إلا- كافر، و لا- يرضى ولايته و قوله و حكمه إلا مؤمن، فلما سمع اليمانيون قول رسول الله فى علّى، قالوا: يا رسول الله رضينا بحكم على عليه السّلام فقال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم:

هو توبتكم عما قلتم(١).

(١)المغتلم هو الهائج من شهوه الضراب، فيجب حفظ الدابة الصائله و البعير المغتلم و الكلب العقور و الفرس العضوض و البغل الرامح بلا خلاف فيه لقاعده الضرر، و لخبر الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سئل عن بختى اغتلم فقتل رجلا، فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف فعقر، فقال: صاحب البختى ضامن للديه، و يقتص ثمن بختيه)(٢) و مثله غيره، نعم لو جهل المالك حال الدابة، أو علم و لم يفرط فى الحفظ فلا ضمان بلا خلاف لأصالة البراءة بعد عدم كونه متعديا.

(٢)بدون الحفظ.

(٣)بالبعير و الكلب، فقال الشيخ: يضمن بالتفريط مع الضراوه و تبعه عليه ابن حمزه و ابن إدريس و العلامه، و استبعد المحقق الضمان إذ لم تجر العاده بربطها و حفظها بخلاف الدواب، نعم اتفقوا على جواز قتلها كقتل غيرها من المؤذيات.

ص: ٥٨٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

حفظها، و عدم جريان العاده بربطها. و الأجدود الأول. نعم يجوز قتلها (و لو دافعها عنه إنسان فأدى الدفع إلى تلفها، أو تعيبها فلا ضمان)، لجواز دفعها عن نفسه فلا يتعقبه ضمان، لكن يجب الاقتصار على ما يندفع به. فإن زاد عنه ضمن. و كذا لو جنى عليها لا- للدفع (و إذا أذن له قوم فى دخول دار (١) فعقره كلبها ضمنوه) و إن لم يعلموا أن الكلب فيها حين دخوله، أو دخل بعده، لإطلاق النص و الفتوى، و إن دخلها بغير إذن المالك لم يضمن و لو أذن بعض من فى الدار، دون بعض.

فإن كان ممن يجوز الدخول مع إذنه (٢) اختص الضمان به و إلا فكما لو لم يأذن (٣)، و لو اختلفا فى الإذن قدم المنكر (٤).

التاسعه - يضمن ركب الدابه ما تجنيه يديها و رأسها

(التاسعه (٥) -...) (١) فعقره كلبها، ضمنوا إن دخل بإذنهم و إلا فلا ضمان بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل دخل دار قوم بغير إذنهم فعقره كلبهم فقال: لا ضمان عليهم، فإن دخل بإذنهم ضمنوا) (١)، و إطلاق النص عدم الفرق بين كون الكلب حاضرا فى الدار عند الدخول و عدمه، و عدم الفرق بين علمهم بكونه يعقر الداخل و عدمه، و عدم الفرق بين علمهم بوجود الكلب حين الدعوه و عدمه.

(٢) كصاحب الدار أو وكيله.

(٣) فيما لو كان الإذن من الطفل أو الضيف أو الخادم.

(٤) للأصل لأن البينه على المدعى و اليمين على من أنكر، و المنكر هنا هو صاحب الدار فيقدم قوله مع يمينه.

(٥) يضمن ركب الدابه ما يجنيه يديها بلا خلاف فيه للأخبار منها: خبر العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل يسير على طريق من طرق المسلمين على دابته فتصيب برجلها، قال: ليس عليه ما أصابت برجلها، و عليه ما أصابت بيدها، و إذا وقفت فعليه ما أصابت بيدها و رجلها، و إن كان يسوقها فعليه ما أصابت بيدها و رجلها) (٢)، و صحيح الحلبى عنه عليه السلام: (سئل عن الرجل يمرّ على طريق من طرق المسلمين فتصيب دابته إنسانا برجلها فقال: ليس عليه ما أصابت برجلها و لكن عليه ما-

ص: ٥٨٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٢.

(يضمن راكب الدابة ما تجنيه يديها و رأسها) (١) دون رجليها (٢) (و القائد لها كذلك) (٣) يضمن جنايه يديها و رأسها خاصة (و السائق يضمنها مطلقا (٤) و كذا) يضمن جنايتها مطلقا (لو وقف بها الراكب (٥)، أو القائد) (٦) و مستند التفصيل أخبار كثيرة، نبه في بعضها على الفرق بأن الراكب و القائد يملكان يديها و رأسها و يوجهانها كيف شاء، و لا يملكان رجليها، لأنهما خلفهما. و السائق يملك الجميع.

(و لو ركبها اثنان (٧) تساويا) في الضمان، لاشتراكهما في اليد و السببيه إلا أن يكون أحدهما ضعيفا، لصغر أو مرض، فيختص الضمان بالآخر، لأنه المتولى أمرها.

-أصابت يديها، لأن رجليها خلفه إن ركب، فإن كان قائدها فإنه يملك بإذن الله يدها يضعها حيث يشاء(١).

(١) فالضمان كما ذهب إليه الشيخ في المبسوط و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم لمساواة الرأس لليدين في التمكن من حفظهما، و ذهب الشيخ في الخلاف إلى عدم الضمان لأصالة البراءة و للاقتصار على المتيقن فيما خالف الأصل من الضمان مع عدم التفريط.

(٢) لصريح النصوص المتقدمه.

(٣) أى كالراكب فيضمن ما تجنيه يديها دون رجليها لذيل صحيح الحلبي المتقدم، و أما الرأس فنفس الخلاف المتقدم.

(٤) أى الذى يسوقها من خلفها فيضمن ما تجنيه يديها و رجليها بلا خلاف و لذيل خبر العلاء المتقدم.

(٥) بلا خلاف فيه لخبر العلاء بن فضيل المتقدم.

(٦) لأن حكمه حكم الراكب.

(٧) اشتركا في الضمان، و عن كشف اللثام أن الأصحاب قاطعون به لصدق الراكب على كل منهما مع أن الضمان على الراكب فيتناصفان الضمان، و لخبر سلمه بن تمام عن علي عليه السلام: (فى دابه عليها رد فان فقتلت الدابه رجلا أو جرحت، ففضى فى الغرامه بين الردفين بالسويه)(٢).

ص: ٥٨٨

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب موجبات الضمان حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

(و لو كان صاحبها معها) (١) مراعيًا لها (فلا ضمان على الراكب) و بقى فى المالك ما سبق من التفصيل باعتبار كونه سائقًا، أو قائدا (٢) و لو لم يكن المالك مراعيًا لها بل تولى أمرها الراكب ضمن دون المالك.

(و يضمّنه مالکها) (٣) الراكب أيضا (لو نفرها فألقتة)، لا أن ألقتة بغير سببه، و لو اجتمع للدابه سائق، و قائد (٤)، أو أحدهما و راکب، أو الثلاثة اشتركوا فى ضمان المشترك و اختص السائق بجنايه الرجلين.

و لو كان المقود أو المسوق قطارا (٥) ففى إلحاق الجميع بالواحد حكما و جهان: من صدق السوق و القود للجميع، و من فقد عله الضمان و هى قدره على حفظ ما يضمّن جنائته. فإن القائد لا يقدر على حفظ يدي ما تأخر عن الأول غالبا، و كذا السائق بالنسبة إلى غير المتأخر. و هذا أقوى. نعم لو ركب (١) فلا ضمان على الراكب إذا كان صاحبها مراعيًا لها كما ذهب إليه المحقق فى النافع و العلّامه فى القواعد، و يشكل ذلك على إطلاقه إلا إذا كان المالك هو الموكل بحفظها و سيرها دون الراكب و ذلك فيما لو كان طفلا أو صغيرا، و هذا لا اختصاص له بالراكب بل لا ضمان على القائد إذا فرض كون المراعاة بيد المالك.

(٢) فإن كان سائقا فيضمن الجميع، و إن كان قائدا فلا يضمّن ما تجنيه برجلها.

(٣) أى و يضمّن مالك الدابه راكبها، إذا ألقتة بتغييره، لأنه متعدّد حينئذ، نعم لو ألقتة بدون تغيير المالك فلا ضمان كما صرح بذلك جماعه لأصالة البراءة بعد عدم التعدى و عدم التفريط من المالك.

(٤) فلو اجتمع سائق و قائد و راکب فيضمن الجميع موطن الاشتراك و هو ما جنته بيديها و رأسها، و يختص السائق بضمن جنائيه الرجلين؛ و لو اجتمع سائق و قائد اشتركا فى جنائيه اليدين و الرأس و ينفرد السائق بجنايه الرجلين، و مثله ما لو اجتمع سائق و راکب، و لو اجتمع قائد و راکب اشتركا فى جنائيه اليدين و الرأس و لا يضمّنان جنائيه الرجلين.

(٥) بحيث كان كل واحد من الإبل تلو الآخر مرتبطا به، فالمسوق هو الذى يسوقها من خلف و المقود هو الذى يقودها من أمام، فهل يلحق القطار بالواحد حكما و جهان، من صدق القود أو السوق فحكم الجميع كحكم الواحد و هذا ما ذهب إليه فى الوسيله، و من فقد عله الضمان و هى قدره على الحفظ، فالقائد لا يقدر على حفظ يدي ما تأخر عن الأول، و السائق بالنسبة إلى غير المتأخر.

واحدا وقاد الباقي تعلق به حكم المركوب، و أول المقطور، و كذا لو ساق مع ذلك واحدا، أو أكثر.

العاشره - يضمن المباشر لو جامعه السبب

(العاشره (١) - يضمن المباشر لو جامعه السبب دونه) لأنه أقوى و أقرب (٢).

هذا مع علم المباشر بالسبب (و لو جهل المباشر ضمن السبب). فالسبب (كالحافر) للبئر في غير ملكه، (و) المباشر (كالدافع) فيها. فالضمان على الدافع، دون الحافر، إلا أن تكون البئر مغطاه و لا يعلم بها الدافع فالضمان على الحافر، لضعف المباشر بالجهل (و يضمن أسبق السببين) (٣) لو اجتمعا (كواضع الحجر) (١) يضمن المباشر لو جامعه السبب، كالدافع إلى البئر مع حافره، فالأول مباشر و الثانى سبب، و الذابح مع الممسك فالأول مباشر و الثانى سبب، و جاذب المنجنيق مع واضع الحجر في كفته.

و ضمان المباشر لكونه أقوى من السبب، و لأن القتل أو التلف مستند إلى المباشر لا إلى السبب، لأن التلف و القتل من فعل المباشر عرفا، بلا خلاف فيه كما في الجواهر، إلا إذا ضعف المباشر و كان السبب أقوى كما لو جهل المباشر حال السبب فإنه يضمن المسبب كمن حفر بئرا في غير ملكه و غطاها فدفن غيره ثالثا و لم يعلم بالبئر فالضمان على الحافر لأنه السبب في التلف بلا خلاف فيه.

(٢) الأتوائيه لأن التلف يسند إليه، و الأقربيه واضحه.

(٣) إذا اجتمع سببا الهلاك قدّم الأول منهما، و المراد بالأول هو الأسبق جنايه، و وجه ضمانه دون الثانى أنه بالجنايه قد تحققت نسبه الضمان إليه قبل الثانى فيستصحب، كما لو حفر بئرا في محل عدوانا - في غير ملكه - و وضع الآخر حجرا قريبا من البئر فعثر رجل بالحجر فوق في البئر فمات، فالضمان على واضع الحجر لأنه متعد و صاحب الجنايه أولا و إن كان حفر البئر قبل وضع الحجر. و مثله من حفر بئرا عدوانا و قام الآخر بنصب سكين في قعرها عدوانا، فوقع ثالث في البئر فأصابته السكين فقتل فالضمان على الحافر.

و في المسأله احتمالان آخران:

الأول: تساوى السببين في الضمان لأن التلف حصل منهما، و كلاهما متعد و لا ترجيح لأحدهما على الآخر.

الثانى: ترجيح السبب الأقوى كما لو كان السكين قاطعا في قاع البئر مع كون عمق البئر لا يقتل غالبا فيختص الضمان بناصب السكين دون حافر البئر، إلا أن القول الأول عليه العمل دون هذين الاحتمالين، و هما احتمالان أوردهما المحقق في الشرائع.

(و حافر البئر فيعثر بالحجر فيقع في البئر فيضمن واضع الحجر) لأنه أسبق السبيين فعلا و إن تأخر الوضع عن الحفر، و لو تقدم الحافر كما لو نصب إنسان سكيناً في قعر البئر فوق فيها إنسان من غير عثار فأصابته السكين فمات فالضمان على الحافر.

هذا إذا كانا متعديين (١) (فلو كان فعل أحدهما في ملكه فالضمان على الآخر)، لاختصاصه بالعدوان.

الحاديه عشره - لو وقع واحد في الزبيه

(الحاديه عشره (٢) - لو وقع واحد في الزبيه) بضم الزاي المعجمه و هي (١) أما لو كان أحدهما متعديا دون الآخر كما لو حفر إنسان بئرا في ملكه فقام الآخر فنصب سكيناً في القاع فالضمان على الناصب للسكين لأنه متعد.

(٢) حول مسأله الزبيه المشهوره، و الزبيه بضم الزاء، حفيره تحفر للأسد، و سميت بذلك لأنهم كانوا يحفرون له الحفيره في موضع عال فوق الأكمه و منه المثل: بلغ السيل الزبا، و الزبا جمع زبيه مثل روابي جمع رابيه، و قد صغرت فسميت زبيه أى حفيره.

و هذه لها واقعه مشهوره في كتب الخاصه و العامه و هي: لو وقع أحد في زبيه الأسد فتعلق بثان، و تعلق الثاني بثالث، و تعلق الثالث برابع فافترسهم الأسد، فما الحكم؟ و قد قضى أمير المؤمنين عليه السلام في ذلك، و في نقل قضائه روايتان.

الأولى: خبر محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام في أربعة اطلعوا في زبيه الأسد، فخرّ أحدهم فاستمسك بالثاني، و استمسك الثاني بالثالث، و استمسك الثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضاً على الأسد، فقتلهم الأسد، فقضى بالأول فريسه الأسد، و غرّم أهله ثلث الديه لأهل الثاني، و غرّم الثاني لأهل الثالث ثلثي الديه، و غرّم الثالث لأهل الرابع الديه كامله) (١) و الخبر صحيح، فما في المسالك أنها ضعيفه لاشتراك محمد بن قيس ليس في محله، لأنه الثقة بروايه عاصم بن حميد عنه كما اعترف بصحتها أكثر من واحد.

و الروايه الثانيه: هي روايه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن قوما احتفروا زبيه للأسد فوقع فيها الأسد فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد، فوقع رجل فتعلق بآخر، فتعلق الآخر بآخر، و الآخر بآخر، فجرحهم الأسد فمنهم من مات من جراحه الأسد و منهم من أخرج فمات، فتشاجروا في ذلك حتى أخذوا السيوف،-

ص: ٥٩١

فقال أمير المؤمنين عليه السلام: هلموا أفضى بينكم ففضى أن للأول ربع الديه و الثاني ثلث الديه و الثالث نصف الديه و الرابع الديه كامله، و جعل ذلك على قبائل الذين ازدحموا، فرضى بعض القوم و سخط بعض، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه و آله و سلم و أخبر بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام فأجازه(١).

و هذه الروايه ضعيفه بسهل بن زياد و الأمر فيه سهل، و ضعيفه بمحمد بن الحسن بن شمون فهو غال ملعون، و بعبد الله بن عبد الرحمن الأصم فهو غال ضعيف كان من كذبه أهل البصره كما نص عليه علماء الرجال.

نعم ما روى من طرق العامه يوافق هذه الروايه الثانيه إلا أن الأولى مشهوره و عليها عمل المشهور، و هناك من توقف عن العمل بها و جعلها قضيه فى واقعه لمخالفتها للقواعد إلا أن من عمل بها قد وجهها.

و التوجيه هو أن الأول لم يعتد عليه أحد فهو فريسه الأسد، إلا أن الثاني قد قتله الأول فيستحق الديه إلا أنه يسقط منها بحسب ما جنى و هو قد جنى قتل الثالث و الرابع فيسقط من ديته الثلثان لأنه جنى على الثالث و الرابع و يبقى له ثلث لأنه جنى عليه.

و الثالث قد قتله اثنان، و هما الأول و الثاني و هو قد قتل واحدا و هو الرابع، فيستحق تمام الديه إلا أنه يسقط منه بمقدار ما جنى و هو الثلث و يبقى له الثلثان، و أما الرابع فقد قتله ثلاثه و هو لم يقتل أحدا فيستحق تمام الديه، إلا أن هذا التوجيه ضعيف من جهتين:

أولاً: فلا يلزم من قتله لغيره سقوط حصته عن قاتله.

و ثانياً: يجب أن يكون ثلثا ديه الثالث على الثاني و الأول مع أنه فى الروايه هما على الثاني فقط، و يجب أن تكون الديه الكامله للرابع على الثلاثه مع أنها فى الروايه على الثالث فقط. و حاول ابن أبى عقيل فى كتابه المستمسك على ما نقل عنه أن يدفع الضعف من الجبهه الثانيه بدعوى أن ديه الرابع على الثلاثه و إنما نسبت إلى الثالث فقط لأن الثالث له على من قتله ثلثا الديه فيضيف إليها الثلث الذى عليه من ديه الرابع فتصير ديه كامله، و تدفع إلى الرابع.

و ثلثا ديه الثالث على الثاني و الأول إلا أن الثاني سيأخذ ثلثا من الأول و يضيف إليه ثلثا فيصير المجموع ثلثين فيدفعان إلى الثالث و لذا نسبت الثلثين إلى الثاني. فالأول سيدفع ثلثا للثاني و الثاني يضم إليه ثلثا و يدفع الثاني الثلثين للثالث، و الثالث يضم إليها ثلثا فتصير-

ص: ٥٩٢

الحفرة تحفر للأسد سميت بذلك لأنهم كانوا يحفرونها في موضع عال، وأصلها الزايه التي لا يعلوها الماء و في المثل بلغ السيل الزبا (فتعلق) الواقع (بشان، و الثاني بثالث، و الثالث برابع) فوقوا جميعا (فافترسهم الأسد ففي روايه محمد بن قيس عن الباقر عن علي عليه السلام أنه قضى في ذلك. أن الأول فريسه الأسد) لا يلزم أحدا (و يغرم أهله ثلث الديه للثاني، و يغرم الثاني للثالث ثلثي الديه و يغرم الثالث للرابع الديه كامله) و عمل بها أكثر الأصحاب. لكن توجيهها على الأصول مشكل، و محمد بن قيس كما عرفت مشترك و تخصيص حكمها بواقعها ممكن، فترك العمل بمضمونها مطلقا (١) متوجه.

و توجيهها بأن الأول لم يقتله أحد. و الثاني قتله الأول، و قتل هو (٢) الثالث و الرابع. فقسطت الديه على الثلاثه فاستحق منها بحسب ما جنى عليه. و الثالث قتله اثنان و قتل هو واحدا فاستحق ثلثين كذلك. و الرابع قتله الثلاثه فاستحق تمام الديه، تعليل بموضع النزاع (٣)، إذ لا يلزم من قتله لغيره سقوط شيء من ديته عن قاتله.

و ربما قيل (٤) بأن ديه الرابع على الثلاثه بالسويه، لاشتراكهم جميعا في سبب قتله و إنما نسبها إلى الثالث، لأن الثاني استحق على الأول ثلث الديه فيضيف إليه ثلثا آخر و يدفعه إلى الثالث فيضيف إلى ذلك ثلثا آخر و يدفعه إلى الرابع.

و هذا مع مخالفته لظاهر الروايه لا يتم في الآخرين (٥)، لاستلزامه كون ديه -ديه كامله في دفعها إلى الرابع.

و هذه المحاوله ليست في محلها لأنها على خلاف ظاهر الخبر، و لأنها على خلاف القواعد لأن الثالث سبب في قتل الرابع فعليه ديه الرابع بتمامها، و كون الثاني قد قتل الثالث لا يسقط حق الرابع عن الثالث، و كذلك في الثالث و الثاني، و لذا ذهبت جماعه إلى أنها قضيه في واقعه لا يتعدى عنها إلى غيرها إذ لعل الإمام اطلع على ما يوجب ذلك فيها.

(١) سواء كان في الزايه أو غيرها، و سواء كانوا أربعة أو لا.

(٢) أى الثاني.

(٣) خبر قوله: و توجيهها.

(٤) توجيه ابن أبي عقيل.

(٥) و هما الثاني و الثالث و إن تم في الرابع.

ص: ٥٩٣

الثالث على الأولين (١)، وديه الثاني على الأول. إذ لا مدخل لقتله من بعده فى إسقاط حقه كما مر، إلا أن يفرض كون الواقع عليه سببا فى افتراس الأسد له فيقرب (٢)، إلا أنه خلاف الظاهر (٣).

(و فى روايه أخرى) رواها سهل بن زياد عن ابن شمون عن عبد الله الأصم عن مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام قال: (للأول ربع الدية و للثانى ثلث الدية، و للثالث نصف الدية، و للرابع الدية كامله) و جعل ذلك (كله على عاقله المزدحمين) و وجهت بكون البئر حفرت عدوانا، و الافتراس مستندا إلى الازدحام المانع من التخلص. فالأول مات (٤) بسبب الوقوع فى البئر، و وقوع الثلاثه فوقه، إلا أنه بسببه، و هو ثلاثه أرباع السبب فيبقى الربع على الحافر، و الثانى مات بسبب جذب الأول و هو ثلث السبب و وقوع الباقيين فوقه و هو ثلثاه و وقوعهما عليه من فعله فيبقى له ثلث، و الثالث مات من جذب الثانى و وقوع الرابع و كل منهما نصف السبب، لكن الرابع من فعله فيبقى له نصف، و الرابع موته بسبب جذب الثالث فله كمال الدية.

و الحق أن ضعف سندها يمنع من تكلف تنزيلها. فإن سهلا عامى، و ابن شمون غال و الأصم ضعيف فردها مطلقا (٥) متجه.

(١) أى الثانى و الأول مناصفه فيجب أن يأخذ الثانى من الأول النصف و يدفع النصف، و لاستلزامه كون ديه الثانى على الأول فقط بتمامها مع أن الروايه لم تصرح بذلك.

(٢) التوجيه، بحيث يصير قتل كل واحد من الثانى و الثالث مستندا إلى مجموع الجاذب له و الواقع عليه لكن الوقوع عليه من فعله فيسقط ضمانه فيبقى من الدية النصف على الجاذب له، فيبقى نصف ديه الثالث على الثانى لا ثلثاها، و نصف ديه الثانى على الأول لا الثلث، و لذا قال الشارح: يقرب، و لم يقل: يتم.

(٣) أى ظاهر الروايه لأن الافتراس من ناحيه الجذب له، لا من ناحيه الأعم من الجذب له و الوقوع عليه.

(٤) بسببين: بسبب حفر البئر و بسبب وقوع الثلاثه عليه، مع أن وقوع الثلاثه من فعله فيسقط من ديته بمقدار فعله فيبقى له الربع، و هو على الحافر لأنه حفره عدوانا مع أن الروايه قد جعلته على عاقله المزدحمين، و الأولى جعل السبب الأول هو الازدحام لا حفر البئر.

(٥) سواء كان فى الزبيه أو الحفيره و سواء كانوا أربعه أو أقل أو أزيد.

وردها المصنف بأن الجنايه إما عمد أو شبهه و كلاهما يمنع تعلق العقاقله به (١)، و أن فى الروايه «فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد» و ذلك ينافى ضمان حافر البئر (٢). و حيث يطرح الخبران فالمتجه ضمان كل ديه من أمسكه أجمع، لاستقلاله بإتلافه. و هو خير العلامه فى التحرير.

الفصل الثانى – فى التقديرات و فيه مسائل:

اشاره

(الفصل الثانى – فى التقديرات و فيه مسائل):

مسائل التقديرات

الأولى – فى ديه النفس أحد أمور سته

اشاره

(الأولى – فى النفس، ديه العمد أحد أمور سته)

فى فى ديه العمد

يتخير الجانى فى دفع ما شاء منها (٣). و هى:

(١) أى بالعمد أو شبهه.

(٢) كما فى التوجيه، و مع أنك عرفت أن الأولى جعل السبب هو الازدحام فلا يأتى الإشكال.

(٣) لا خلاف بين الأصحاب فى كون ديه العمد واحدا من أمور سته و هى: مائه من مسان الإبل و مائتا بقره و ألف دينار و عشره آلاف درهم و ألف شاه و مائتا حله من حلل اليمن و يدل عليه الأخبار منها: صحيح عبد الرحمن بن الحجاج قال: (سمعت ابن أبى ليلى يقول: كانت الديه فى الجاهليه مائه من الإبل فأقرها رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم، ثم إنه فرض على أهل البقر مائتى بقره و فرض على أهل الشاه ألف شاه ثنيه و على أهل الذهب ألف دينار و على أهل الورق عشره آلاف درهم و على أهل اليمن الحلل مائتى حله، قال عبد الرحمن بن الحجاج: فسألت أبا عبد الله عليه السلام عما روى ابن أبى ليلى فقال: كان على عليه السلام يقول: الديه ألف دينار و قيمه الدينار عشره دراهم و عشره آلاف لأهل الأمصار، و على أهل البوادي مائه من الإبل و لأهل السواد مائه بقره أو ألف شاه) (١).

و صحيح جميل بن دراج: (فى الديه قال: ألف دينار أو عشره آلاف درهم، و يؤخذ من أصحاب الحلل الحلل، و من أصحاب الإبل الإبل، و من أصحاب الغنم الغنم، و من أصحاب البقر البقر) ٢، و مرسل يونس عن أبى عبد الله عليه السلام: (الديه عشره

آلاف درهم أو ألف دينار أو مائة من الإبل)٣، و ما ورد معارضا لها لا بد من تأويله أو رده إلى أهله فقد ورد حصر الديه في الإبل كما في صحيحه محمد بن مسلم و زراره و غيرهما-

ص: ٥٩٥

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات النفس حديث ١ و ٤ و ٧.

(مائه من مسان الإبل) (١) و هي الثنايا فصاعدا (٢). و في بعض كلام المصنف أن المسنه من الثنيه إلى بازل عامها.

(أو مائتا بقره) (٣) و هي ما يطلق عليه اسمها.

عن أحدهما عليهما السلام: (في الديه قال: هي مائه من الإبل و ليس فيها دنانير و لا دراهم و لا غير ذلك) (١).

و قد ورد في أخبار أن قيمه كل بعير عشرون شاه منها صحيحه معاويه بن وهب:

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ديه العمدة فقال: مائه من فحوله الإبل المسان، فإن لم يكن إبل فمكان كل جمل عشرون من فحوله الغنم) ٢ و هذه لا- عامل بها، فضلا عن معارضتها بما دل على أن الديه ألف شاه فلا بد من حملها على التقيه لموافقها للعامه كما في المغنى لابن قدامه على ما قيل.

و قد ورد أن الديه إذا كانت من الدراهم فهي اثنا عشر ألف درهم ففي صحيح عبيد الله بن زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (الديه ألف دينار أو اثنا عشر درهم) (٢) و مثله صحيح ابن سنان ٤.

و أما دليل تخيير الجاني في دفع ما شاء منها فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

(١) قد تقدم خبر معاويه بن وهب فقال عليه السلام: (مائه من فحوله الإبل المسان) و مثله غيره، و المسنه كما نقل الشيخ في المبسوط عن النبي صلى الله عليه و آله و سلم: (المسنه هي الثنيه فصاعدا) و عن حواشي الشهيد: (المسنه من الثنيه إلى بازل عامها)، و في المهذب البارع و غيره (المسان جمع مسنه و هي من الإبل ما دخل في السادسة و تسمى الثنيه أيضا، فإن دخلت في السابعة فهي الرباع و الرباعيه، فإن دخلت في الثامنه فهي السديس بكسر الدال، فإن دخلت في التاسعه فهي بازل أي طلع نابه، فإن دخلت في العاشره فهي بازل عام ثم بازل عامين)، و في القاموس: «و المراد بالمسان الكبار» و عن المغرب:

«الثني من الإبل الذي أثنى أي نبتت ثنيته و هو ما استكمل السنه الخامسه و دخل في السادسة».

(٢) سواء كان رباعيا أو سديسا أو بازلا.

(٣) اشترط في المهذب البارع و الجامع لابن سعيد كون البقره مسنه، و ليس لهما دليل بعد كون البقر اسم جنس يقع على الذكر و الأنثى و المسن و غيره.

ص: ٥٩٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ٧ و ٢ .

٢- ((٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات النفس حديث ١٠ و ٩ .

(أو مائتا حلّه) بالضم (كل حلّه ثوبان (١) من برود اليمن) (٢) هذا القيد للتوضيح، فإن الحلّه لا- تكون أقل من ثوبين قال الجوهري: الحلّه إزار و رداء لا تسمى حلّه حتى تكون ثوبين. و المعبر اسم الثوب (٣).

(أو ألف شاه) و هي ما يطلق عليها اسمها (٤).

(أو ألف دينار) أي مثقال ذهب خالص (٥).

(أو عشره آلاف درهم) (٦).

(و تستأدى) ديه العمدة (في سنه واحده) (٧) لا يجوز تأخيرها عنها بغير رضی (١) كما نص عليه أكثر الأصحاب و أهل اللغه، فقال أبو عبيده - كما في الصحاح -: (الحلل و برود اليمن، و الحلّه إزار و رداء، لا- تسمى حلّه حتى تكون ثوبين)، و عن النهايه الأثيريه: (الحلّه واحده الحلل، و هي برود اليمن و لا- تسمى حلّه إلا أن تكون ثوبين من جنس واحد)، و عن المصباح المنير: (الحلّه بالضم لا تكون إلا ثوبين من جنس واحد).

(٢) كما في السرائر و الشرائع و النافع و التحرير و غيرها، و قد دل عليه صحيح عبد الرحمن المتقدم، و زاد في السرائر: أو من برود نجران، و قال في الجواهر: «لم أجد له شاهدا».

(٣) لا مجرد ما يستر العوره كما ربما يتوهم.

(٤) بلا خلاف فيه من غير فرق بين الذكر و الأنثى.

(٥) بلا- خلاف فيه، ففي موثقه أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ديه المسلم عشره آلاف من الفضة و ألف مثقال من الذهب، و ألف من الشاه) (١)، هذا و اعلم أن الديه توازي (٣٦٠٠) غراما من الذهب الخالص لأن المثقال الشرعي يساوي (٣,٦) غراما، و هي تعادل خمسمائه ليره عثمانيه من الذهب الخالص كما في الدرر البهيه للسيد الأمين.

(٦) بلا خلاف فيه، و الديه تساوي حينئذ (٢٥٢٠٠) غراما من الفضة الخالصه لأن الدرهم الشرعي يساوي (٢,٥٢) غراما.

(٧) بلا خلاف فيه، لصحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كان عليّ عليه السّلام يقول:

تستأدى ديه الخطأ في ثلاث سنين، و تستأدى ديه العمدة في سنه) (٢)، و عن أبي حنيفه أن أجلها إلى ثلاث سنين و هو ضعيف، فلا يجب على الجاني المبادره إلى إتمامها قبل تمام الحول، كما لا يجوز تأخيرها عن السنه إلا برضا المستحق.

ص: ٥٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات النفس حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

المستحق، ولا يجب عليه المبادره إلى أدائها قبل تمام السنه و هي (من مال الجاني) (١) حيث يطلبها الولي.

(و ديه الشبيه) للعمد (٢)...

(١) بلا خلاف، لما ورد في خبر السكوني عن جعفر عن أبيه عليهما السّلام: (أن أمير المؤمنين عليه السّلام قال: العاقله لا تضمن عمدا ولا إقرارا ولا صلحا) (١) ومثله خبر أبي بصير ٢، فضلا عن الأخبار المصرحه بكون ديه العمد على الجاني منها: مضمرة سماعه:

(سألته عمّن قتل مؤمنا متعمدا هل له من توبه؟ قال: لا، حتى يؤدي ديته إلى أهله و يعتق رقبه و يصوم شهرين متتابعين، و يستغفر الله و يتوب إليه و يتضرع، فإنني أرجو أن يتاب عليه إذا فعل ذلك، قلت: فإذا لم يكن له مال؟ قال: يسأل المسلمين حتى يؤدي ديته إلى أهله) (٢).

(٢) كديه العمد لأن الديه أحد هذه الأمور الستة المتقدمه، كما هو إطلاق النصوص المتقدمه، نعم ديه شبيه العمد مخففه عن ديه العمد بشيئين: الأول: في سن الإبل، ففي العمد لا بد أن تكون مسّته و هي ما دخلت في السادسة، و في شبيه العمد فالمائه من الإبل موزعه: ثلاث و ثلاثون حقه و هي ما أكملت الثالثه و قد دخلت في الرابعه، و ثلاث و ثلاثون بنت لبون و هي التي كمل لها سنتان و دخلت في الثالثه، و أربعه و ثلاثون ثنيه طروقه الفحل و هي التي كمل لها الخامسه و دخلت في السادسة، كما عن النهايه و القواعد و اللعمه و الروضه و النافع و غيرها، بل عن الخلاف دعوى إجماع الفرقه و إخبارها به، و في النافع أنه أشهر الروايتين، و في المفاتيح أنه المشهور و به روايتان، و المقصود هما خبر أبي بصير و خبر العلاء بن فضيل و كلاهما غير دال على ما قالوه، و ذلك ففي خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السّلام: (ديه الخطأ إذا لم يرد الرجل القتل مائه من الإبل أو عشره آلاف من الورق أو ألف من الشياه، و قال: ديه المغلظه التي تشبه العمد و ليست بعمد أفضل من ديه الخطأ بأسنان الإبل، ثلاثه و ثلاثون حقه، و ثلاثه و ثلاثون جذعه و أربع و ثلاثون ثنيه كلها طروقه الفحل) (٣). فالخبر قد دل على الجذعه و هي التي دخلت في الخامسه مع أنهم اكتفوا ببنت لبون و هي التي دخلت في الثالثه.

و مثله خبر العلاء بن فضيل عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و الديه المغلظه في الخطأ الذي يشبه العمد الذي يضرب بالحجر و العصا بالضربه و الاثنتين فلا يريد قتله فهي أثلاث:-

ص: ٥٩٨

- ١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العاقله حديث ٢ و ١.
- ٢- (٣) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب قصاص النفس حديث ٥.
- ٣- (٤) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ٤.

مائة من الإبل أيضا، إلا أنها دونها (١) في السن، لأنها (أربع و ثلاثون ثنيه) سنها خمس سنين (٢) فصاعدا (طروقه الفحل) حوامل (٣) (و ثلاث و ثلاثون بنت لبون) سنها سنتان فصاعدا. (و ثلاث و ثلاثون حقه) سنها ثلاث سنين فصاعدا (أو أحد الأمور الخمسه) المتقدمه.

(و تستأدى في سنتين) يجب آخر كل حول نصفها (من مال الجاني) أيضا (٤).

-ثلاث و ثلاثون حقه و ثلاث و ثلاثون جذعه و أربع و ثلاثون ثنيه كلها خلفه من طروقه الفحل(١) و الخلفه بفتح الخاء و كسر اللام و هي الحامل.

و لذا ذهب جماعه منهم المحقق إلى الاعتماد على هذين الخبرين فاستبدلوا ثلاث و ثلاثين بنت لبون بثلاث و ثلاثين جذعه، إلا أن الخبرين ضعيفان، أما الأول فلاشماله على بن أبي حمزه البطائني و هو ضعيف، و الثاني يشتمل على محمد بن سنان و هو لم يثبت توثيقه، و لذا ذهب الصدوق في المقنع و ابن يحيى في الجامع و ابن زهره في الغنيه و العلامه في التحرير إلى أن أسنان الإبل هي: ثلاثون بنت لبون و ثلاثون حقه و أربعون خلفه استنادا على صحيح عبد الله بن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال أمير المؤمنين عليه السلام: في الخطأ شبه العمدة أن يقتل بالسوط أو بالعصا أو بالحجر أن ديه ذلك تغلظ، و هي مائة من الإبل منها أربعون خلفه من بين ثنيه إلى بازل عامها، و ثلاثون حقه، و ثلاثون بنت لبون)(٢).

الفارق الثاني: في الزمن، فديه شبه العمدة تستأدى في سنتين كما عن المفيد و نسب إلى الشهره و ادعى عليه الشيخ في المبسوط الإجماع، و يؤيد أن ديه العمدة إلى سنه و ديه الخطأ إلى ثلاث سنين فيتعين أن تكون ديه شبه العمدة إلى سنتين، و عن ابن حمزه أنها تؤدى إلى سنه إن كان موسرا و إلا في سنتين، و ليس له دليل و لا موافق كما في الجواهر.

(١) أي دون الإبل في العمدة.

(٢) أي أكملت الخمس فصاعدا.

(٣) تقييد لطروقه الفحل، لأن الطروقه هي ما بلغت من السن بحيث تقبل الطروقه، لكن قيدت بالحوامل لما ورد في خبر العلاء بن فضيل المتقدم من كونها خلفه، و الخلفه هي الحامل كما عرفت.

(٤) للإجماع عن أكثر من واحد، بعد حصر تحمل العاقله لديه الخطأ فقط، و عن الحلبي أنها-

ص: ٥٩٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات النفس حديث ١٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

و تحديد أسنان المائه بما ذكر أحد الأقوال في المسأله. و مستنده روايتا أبى بصير و العلاء بن الفضيل عن الصادق عليه السّلام و اشتملت الأولى على كون الثنيه طروقه الفحل، و الثانيه على كونها خلفه بفتح الخاء فكسر اللام و هى الحامل فمن ثمّ فسرناها بها (١) و إن كانت بحسب اللفظ أعم، لكن في سند الروايتين ضعف.

و أما تأديتها في سنتين فذكره المفيد و تبعه الجماعه و لم نقف على مستنده و إنما الموجود في روايه أبى ولّاد (٢): تستأدى ديه الخطأ في ثلاث سنين و تستأدى ديه العمد في سنه.

(و فيها) أى في ديه العمد (٣)(روايه أخرى) و هى صحيحه عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: قال أمير المؤمنين عليه السّلام: في الخطأ شبه العمد أن يقتل بالسوط، أو العصا، أو الحجر: إن ديه ذلك تغلظ و هى مائه من الإبل. منها أربعون خلفه بين ثنيه إلى بازل عامها، و ثلاثون حقه، و ثلاثون بنت لبون و هذه هى المعتمد لصحه طريقها. و عليها العلامه في المختلف و التحرير، و هو في غيرهما على الأول (٤).

و المراد ببازل عامها ما فطر نابها أى انشق في سنته و ذلك في السنه التاسعه، و ربما بزل في الثامنه، و لما كانت الثنيه ما دخلت في السنه السادسة كان المعتمر من الخلفه ما بين ذلك، و يرجع في معرفه الحامل إلى أهل الخبره فإن ظهر الغلط -على العاقله و هو واضح الفساد إذ لا دليل عليه، و تحمل العاقله للديه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن من ديه الخطأ فقط.

(١) أى فسرنا الطروقه بالحامل.

(٢) عن أبى عبد الله عليه السّلام (١)، و هى صحيحه السند، و التمسك بإطلاق ذيلها يقتضى أن تكون ديه شبيهه العمد إلى سنه أيضا، و فيه: إن الروايه ليس لها إطلاق لشبيهه العمد بل هى في مقام تحديد أجل ديه الخطأ و العمد، فيبقى أجل شبيهه العمد مجمل فيأتى استحسان المشهور من أنه بين الأجلين، لأن شبيهه العمد أغلظ من الخطأ و أخفّ من العمد.

(٣) أى شبيهه العمد.

(٤) أى و العلامه في غير المختلف و التحرير على القول الأول.

ص: ٦٠٠

وجب البدل، و كذا لو أسقطت قبل التسليم و إن أحضرها قبله.

فى ديه الخطأ المحض

(و ديه الخطأ) المحض (١) (عشرون بنت مخاض، و عشرون ابن لبون و ثلاثون بنت لبون، و ثلاثون حقه) و على ذلك دلت صحيحه ابن سنان السابقيه (و فيه روايه أخرى) و هى روايه العلاء بن الفضل عنه عليه السّلام قال: فى قتل الخطأ مائه من الإبل خمس و عشرون بنت مخاض و خمس و عشرون بنت لبون، و خمس و عشرون حقه، و خمس و عشرون جذعه، و قد عرفت أن الأولى صحيحه الطريق دون الثانيه، وليته (٢) (رحمه الله) عمل بالصحيحه فى الموضوعين (٣) مع أنها أشهر روايه و فتوى.

(١) ديه الخطأ المحض كديه العمد لإطلاق النصوص المتقدمه إلا أنها مخففه من جهتين:

الأولى: من ناحيه سنّ الإبل، فعن الأكثر أنها عشرون بنت مخاض و عشرون ابن لبون و ثلاثون بنت لبون و ثلاثون حقه، لصحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام:

(قال أمير المؤمنين عليه السّلام: و الخطأ يكون فيه ثلاثون حقه، و ثلاثون ابنه لبون و عشرون بنت مخاض و عشرون ابن لبون ذكر) (١).

و عن ابن حمزه التمسك بروايه أخرى، و هى روايه العلاء بن فضيل عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فى قتل الخطأ من الإبل خمس و عشرون بنت مخاض و خمس و عشرون بنت لبون و خمس و عشرون حقه و خمس و عشرون جذعه) (٢)، و طريقها ضعيف لأنه مشتمل على محمد بن يونس عن محمد بن سنان، و ابن سنان لم يثبت توثيقه و لا مدحه.

و عن الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس فى السرائر أن ديه الخطأ من الإبل عشرون بنت مخاض و عشرون ابن لبون و عشرون بنت لبون و عشرون حقه و عشرون جذعه، و هو مما لا دليل عليه كما اعترف به غير واحد.

الناحيه الثانيه: أن ديه الخطأ تستأدى فى ثلاث سنين، فى كل سنه ثلثها بلا خلاف لصحيح أبي ولّاد عن أبي عبد الله عليه السّلام: (كان علىّ عليه السّلام يقول: تستأدى ديه الخطأ فى ثلاث سنين و تستأدى ديه العمد فى سنه) (٣).

(٢) أى الشهيد الأول.

(٣) من شبيه العمد و الخطأ.

ص: ٦٠١

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات النفس حديث ١٣.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

(و تستأدى) الخطأ (فى ثلاث سنين) كل سنه ثلث، لما تقدم.

و مبدأ السنه من حين وجوبها (١)، لا- من حين حكم الحاكم (من مال العاقله (٢)، أو أحد الأمور الخمسه) و لا يشترط تساويها قيمه بل يجوز دفع أقلها على الأقوى (٣)، و كذا لا يعتبر قيمه الإبل (٤)، بل ما صدق عليه الوصف.

و ما روى من اعتبار قيمه كل بعير بمائه و عشرين درهما (٥) محمول على الأغلب، أو الأفضل، و كذا القول فى البقر. و الغنم و الحلل (٦).

(و لو قتل فى الشهر الحرام) (٧) و هو أحد الأربعة: ذو القعدة و ذو الحجه (١) أى من حين وقوع القتل.

(٢) بلا خلاف فيه بيننا للأخبار منها: معتبره إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليهما السلام:

(أن عليا كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل على العاقله) (١) و هى داله على أن كل خطأ على العاقله، و عن المفيد و سألار أن العاقله ترجع على الجانى بعد التأديه و هو لا دليل عليه.

(٣) لأن التخيير بيد العاقله فى الخطأ، بلا خلاف فى ذلك.

(٤) لإطلاق النصوص.

(٥) كما فى صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (و قيمه كل بعير مائه و عشرون درهما أو عشره دنانير، و من الغنم قيمه كل ناب من الإبل عشرون شاه) (٢)، و فى صحيح معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (مائه من فحول الإبل المسان فإن لم يكن إبل فمكان كل جمل عشرون من فحوله الغنم) (٣).

(٦) بحيث لا يعتبر قيمتها، بل المعبر هو صدق الاسم.

(٧) الأشهر الحرم رجب و ذو القعدة و ذو الحجه و محرم الحرام، فمن قتل فيها فعليه ديه كامله و ثلث من أى الأجناس، و الثلث تغليظ، بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيحه كليب الأسدى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقتل فى الشهر الحرام ما ديته؟ قال: ديه و ثلث) (٣).

ص: ٦٠٢

١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب العاقله حديث ٣.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

و المحرم و رجب (أو فى الحرم) (١) الشريف المكى (زيد عليه ثلث ديه) من أى الأجناس كان لمستحق الأصل (٢)(تغليظا) عليه لانتهاكه حرمتهما.

أما تغليظها بالقتل فى أشهر الحرم فإجماعى. و به نصوص كثيرة.

و أما الحرم فألحقه الشيخان و تبعهما جماعه، لاشتراكهما (٣) فى الحرمه و تغليظ قتل الصيد فيه (٤) المناسب لتغليظ غيره. و فيه نظر بين (٥).

و ألحق به بعضهم (٦) ما لو رمى فى الحل فأصاب فى الحرم، أو بالعكس.

(١) حرم مكة زاده الله شرفا، فقد ذهب الشيخان المفيد فى المقنعه و الطوسى فى المبسوط و الخلاف و النهايه أنه يغلظ عليه، و عليه ديه و ثلث، و هو مذهب الأكثر كما فى كشف اللثام.

و ذهب المحقق و الفاضل و الشهيدان و غيرهم إلى العدم لعدم الدليل على ذلك، حتى قال المحقق فى نكت النهايه: «و نحن نطالب الشيخين بدليل ذلك»، نعم فى صحيحه زراره:

(قلت لأبى جعفر عليه السلام: رجل قتل رجلا فى الحرم قال: عليه ديه و ثلث) (١) بناء على أن الحرم بفتح الحاء، مع أنه لو قرئ بضم الحاء و الراء فيكون المراد منه هو الأشهر الحرم و يؤيده ما فى الجواهر: «و قد حضرنى نسخه من الكافى معتبره جدا و قد أعرب فيها الحرم بضميتين».

(٢) أى الديه.

(٣) أى الأشهر الحرم و الحرم المكى.

(٤) فى الحرم المكى، و هذا دليل ثان لإلحاق الحرم المكى بالأشهر الحرم، و ذلك لأن قتل الصيد فيه مغلظ فهو يناسب تغليظ قتل النفس.

(٥) لأنه قياس محض.

(٦) أى بالحرم المكى ما لو رمى سهما و هو فى الحل فأصاب من فى الحرم فيلزمه التغليظ أيضا لصدق القتل فى الحرم، و لو رمى سهما و هو فى الحرم فأصاب من فى الحل فقتله فوجهان، من عدم صدق القتل بالحرم فلا يجب التغليظ، و من حصول سبب القتل فى الحرم، و فى الثانى ضعف ظاهر إذ لا يصدق القتل فى الحرم.

ص: ٦٠٣

و هو ضعف فى ضعف (١). و التغليظ مختص بديه النفس فلا يثبت فى الطرف (٢) و إن أوجب الدية للأصل.

(و الخيار إلى الجانى فى الستة فى العمد و الشبيه) (٣)، لا- إلى ولى الدم. و هو ظاهر (٤) فى الشبيه، لأن لازمه الدية، أما فى العمد فلما كان الواجب القصاص و إنما تثبت الدية برضاه (٥) كما مر (٦) لم يتقيد الحكم بالسته، بل لو رضى بالأقل، أو طلب الأكثر و جب الدفع مع قدره، لما ذكر من العله (٧) فلا يتحقق التخيير حينئذ (٨) و إنما يتحقق (٩) على تقدير تعيينها عليه مطلقه.

و يمكن فرضه (١٠) فيما لو صالحه على الدية و أطلق (١١)، أو عفا عليها (١٢)، (١) إذ لم يثبت التغليظ فى الحرم فكيف يثبت فيما لو رمى من الحرم.

(٢) ذهب بعض العامه إلى إثبات التغليظ فيه، و قال الشارح فى المسالك: «و لا دليل عليه عندنا و لا قائل به من أصحابنا».

(٣) أما فى شبيه العمد فلا خلاف فيه لأن النصوص المتقدمه ظاهره فى التخيير له، و أما فى العمد فالأصل فيه القصاص و لا تثبت الدية إلا بالتراضى بين القاتل و ولى الدم، و ما دام المدار على التراضى فلو تراضيا على تعيين واحد من الستة أو على الأقل من الدية أو الأكثر أو غير الدية لجاز، و قد تقدم فى كتاب القصاص.

(٤) أى الخيار.

(٥) برضا ولى الدم.

(٦) فى كتاب القصاص.

(٧) قد ذكر فى كتاب القصاص أنه يجب على القاتل دفع الدية مع قدره إذا طلبها ولى الدم لوجوب حفظ النفس، فكذلك يجب دفع الزائد لعين هذا التعليل.

(٨) أى حين طلب ولى الدم شيئاً من الدية أو الأكثر أو الأقل و قلنا بوجوب البذل على الجانى فلا يتحقق تخيير للجانى.

(٩) الخيار للجانى.

(١٠) فرض تعيين الدية عليه مطلقه، و له تسع صور.

(١١) هذه الصورة الأولى، و ذلك فيما لو صالح ولى الدم القاتل على الدية و لم يعين واحداً من الأمور الستة.

(١٢) هذه الصورة الثانية، و ذلك فيما لو عفا ولى الدم عن القاتل بشرط الدية و لم يعين واحداً منها.

أو مات القاتل (١) أو هرب (٢) فلم يقدر عليه و قلنا بأخذ الدية من ماله، أو بادر بعض الشركاء (٣) إلى الاقتصاص بغير إذن الباقين أو قتل في الشهر الحرام (٤) و ما فى حكمه فإنه يلزمه ثلث ديه، زياده على القصاص، أو قتل الأب ولده (٥)، أو قتل العاقل مجنوناً (٦)، أو جماعه على التعاقب (٧) فقتله الأول و قلنا بوجوب الديه حيث يفوت المحل.

(و التخيير) بين الستة (إلى العاقله فى الخطأ) (٨) و ثبوت التخيير فى الموضوعين (٩) هو المشهور، و ظاهر النصوص يدل عليه.

و ربما قيل (١٠): بعدمه، بل يتعين الذهب و الفضة على أهلها، و الأنعام (١) هذه الصورة الثالثه، و ذلك فيما لو مات القاتل فقد فات محل القصاص فتثبت الديه فى ماله و الخيار بتعيين واحد منها بيد الورثه.

(٢) هذه هى الصورة الرابعه، فلو هرب القاتل و قلنا بأخذ الديه من ماله فالخيار حينئذ له بالتعيين.

(٣) الصورة الخامسه، فلو كان ولى الدم متعددا و قام بعضهم و قتل القاتل بغير إذن الباقين، ضمن للبقية حصتهم من الديه إذا لم يرضوا بالقتل، و التخيير فى الدفع للذى اقتص

(٤) الصورة السادسه، فيلزم الجانى الديه و ثلثها، و دفع الثلث يتخير الجانى فى تعيين صنفه، و كذا القتل فى الحرم المكى على القول بالإلحاق.

(٥) الصورة السابعه، فلا ترد على الأب كما تقدم فى كتاب القصاص، و إنما عليه الديه فيتخير فى تعيينها.

(٦) الصورة الثامنه، و قد مرّ فى كتاب القصاص أنه لا قود عليه، و إنما عليه الديه و هو بالخيار فى تعيينها.

(٧) الصورة التاسعه، فلو قتل جماعه على التعاقب و قتل بالأول فيلزمه الديه للباقيين حيث فات محل القصاص، و التخيير حينئذ لورثه الجانى.

(٨) قد تقدم أن ظاهر النصوص المتقدمه ذلك.

(٩) من شبه العمد و الخطأ، و التخيير للجانى فى الأول و للعاقله فى الثانى.

(١٠) لا قائل به، و إنما بعض النصوص صرحت بذلك منها: صحيح جميل بن دراج: (فى الديه، قال: ألف دينار أو عشره آلاف درهم، و يؤخذ من أصحاب الحلل الحلل، و من أصحاب الإبل الإبل، و من أصحاب الغنم الغنم، و من أصحاب البقر البقر) (١)، و مثله -

ص: ٦٠٥

على أهلها. و الحلل على أهل البز (١). و الأقوى الأول.

فى ديه المرأه و الخنى المشكل

(و ديه المرأه النصف من ذلك كله (٢)، و الخنى) المشكل (ثلاثه أرباعه) فى الأحوال الثلاثه (٣) و كذا الجراحات و الأطراف (٤) على النصف ما لم يقصر عن ثلث الديه فيتساويان.

و فى إلحاق الحكم (٥) بالخنى نظر (٦). و المتجه العدم للأصل.

فى ديه الذمى

(و ديه الذمى) (٧) يهوديا كان أم نصرانيا أم مجوسيا ثمانمائه درهم على الأشهر -صحيح عبد الرحمن المتقدم (١)، و قد حملت هذه الأخبار على الغالب من عاده الناس.

(١) أى أهل الثياب.

(٢) أى من الأمور الستة، بلا خلاف فيه و قد تقدم الكلام فيه فى كتاب القصاص، و مثله الخنى.

(٣) العمد و شبيهه و الخطأ.

(٤) أى جراحات المرأه و قطع أطرافها، فهى على النصف من جراحات الرجل و قطع أطرافه إن جاوزت ثلث الديه أو ساوت الثلث فصاعدا على الخلاف بين الشيخ و غيره، و إلا فالتساوى.

(٥) من تنصيف جراحات المرأه و قطع أطرافها ما لم يقصر عن ثلث ديه الرجل.

(٦) فهل يتساوى مع المرأه أو يكون على قياس ديته، و المتجه عدم التساوى للشك فى كونه امرأه و الأصل العدم.

(٧) بشرط أن يكون حرا فديته ثمانمائه درهم، بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح ليث المرادى: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن ديه اليهودى و النصرانى و المجوسى قال: ديتهم سواء ثمانمائه درهم) (٢) و مثله صحيح ابن مسكان ٣.

نعم فى صحيح أبان بن تغلب عن أبى عبد الله عليه السلام: (ديه اليهودى و النصرانى و المجوسى ديه المسلم) (٣)، و صحيح زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (من أعطاه رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم ذمه فديته كامله) ٥.

و فى خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (ديه اليهودى و النصرانى أربعه آلاف درهم -

ص: ٦٠٦

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات النفس حديث ٥ و ٢.

٣- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ديات النفس حديث ٢ و ٣.

روايه و فتوى و روى صحيحا أن ديته كديه المسلم، و أنها أربعة آلاف درهم، و العمل بها نادر، و حملها الشيخ على من يعتاد قتلهم فلإمام أن يكلفه ما شاء منهما (١) كما له قتله.

(و) ديه (الذميه نصفها) (٢) أربعمائه درهم، و ديه أعضائهما و جراحاتهما من ديتهما كديه أعضاء المسلم و جراحاته من ديته. و فى التغليظ بما يغلظ به على المسلم نظر من عموم الأخبار، و كون التغليظ على خلاف الأصل فيقتصر فيه على موضع الوفاق (٣). و لعل الأول أقوى، و كذا تتساوى ديه الرجل منهم و المرأة إلى أن تبلغ ثلث الديه فتتصف كالمسلم (٤)، و لا ديه لغير الثلاثة (٥) من أصناف الكفار مطلقا (٦)

فى ديه العبد

(و) ديه (العبد قيمته (٧) ما لم تتجاوز ديه الحر فترد إليها) إن تجاوزتها - و ديه المجوسى ثمانمائه درهم (١).

و قد حملت على التقيه لفتوى بعض العامه بكون الديه أربعة آلاف درهم كما عن الشافعى و إسحاق و أبى ثور و عمرو بن دينار و عكرمه و الحسن و عطا و سعيد بن المسيب بل نقل عن عمر و عثمان أيضا كما فى كتاب المغنى لابن قدامه.

و قد أفتى بعضهم بكون ديتهم ديه المسلم كعلقمه و مجاهد و الشعبى و الثورى و النخعى و أبى حنيفه.

(١) من ديه المسلم و من أربعة آلاف درهم بحسب ما يراه من المصلحه الموجه لردعه، و الحمل على التقيه أولى لعدم الشاهد على حمل الشيخ.

(٢) أى نصف ديه الذمى بلا خلاف فيه، و يدل عليه إطلاقات ما دل على أن ديه المرأة نصف ديه الرجل.

(٣) و هو المقتول المسلم، و قد توقف فى التغليظ العلامه فى التحرير.

(٤) علق الشارح بقوله: «هذا التفصيل مشهور بين الأصحاب و لم نقف على مستنده».

(٥) اليهودى و النصرانى و المجوسى.

(٦) سواء كانوا من أهل الحرب أو من أهل العهد، بلغتهم الدعوه أو لا، بلا خلاف فيه كما فى الجواهر، لعدم الاحترام لهم، و لأن دمهم هدر و كما لا يثبت على قاتلهم القصاص فلا يثبت عليه الديه.

(٧) قد تقدم الكلام فى ذلك كله فى كتاب القصاص.

ص: ٦٠٧

و تؤخذ من الجاني (١) إن كان عمدا، أو شبه عمد، و من عاقلته إن كان خطأ، و ديه الأمه قيمتها ما لم تتجاوز ديه الحره.

ثم الاعتبار بديه الحر المسلم إن كان المملوك مسلما، و إن كان مولاه ذميا على الأقوى (٢)، و بديه الذمى إن كان المملوك ذميا و إن كان مولاه مسلما.

و يستثنى من ذلك (٣): ما لو كان الجاني هو الغاصب فيلزمه قيمه و إن زادت عن ديه الحر.

(و ديه أعضائه و جراحاته بنسبه ديه الحر) (٤) فيما له مقدر منها (٥) (و الحر أصل له فى المقدر) (٦) ففى قطع يده نصف قيمه. و هكذا (و ينعكس فى غيره) (١) إن كانت عمدا أو شبهه، و من العاقله إذا كانت خطأ، بلا إشكال و لا خلاف لإطلاق أدله الديه، و عن ابن الجنيّد جعل الديه فى الخطأ على العبد إذا كان قاتلا لأنه مال.

(٢) أى لو كان العبد رقا لدمى، فديته قيمته على أن تتجاوز الديه، و لكن هل المعتبر ديه المسلم أو الذمى و جهان على ما فى المسالك: (منشأهما اعتبار حال المقتول مضافا إلى عموم الأدله السابقه، و من أن زياده قيمه بسبب الإسلام، و الذمى لا يستقر ملكه على المسلم، و عموم ما روى أن العبد لا يتجاوز بقيمته ديه مولاه و الأصح الأول).

(٣) أى يستثنى من أن قيمه العبد لا تتجاوز ديه الحر فيما لو كان الجاني غاصبا له، فيؤخذ بقيمته بالغا ما بلغت، لأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، و هذا ما عليه الأكثر، و قد ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف إلى العدم مساويا بين الغاصب و غيره لأصالة البراءه.

(٤) أى فما فى أعضاء الحر و جراحاته الديه كامله ففى العبد تكون قيمته كامله، كاللسان، و ما فى أعضاء الحر نصف الديه أو عشرها ففى العبد نصف قيمه أو عشرها كاليد و الإصبع، هذا كله إذا كان العضو المجنى عليه له ديه مقدّره فى الشرع و إلا فالحكومه على ما تقدم فى كتاب القصاص.

(٥) أى فى الأعضاء التى لها تقدير من الديه شرعا.

(٦) أى الحر أصل للعبد فى المقدر بحسب الشرع، فمثلا قد قدر الشارع فى قطع اللسان من الحر الديه كامله فلو قطع لسان العبد فتكون قيمه كامله و هكذا، و أما ما لا تقدير له كإذهاب أرنبه أنفه فالعبد هو الأصل، بمعنى أن الحر يفرض عبدا ثم يقوم سليما عن الجنايه و يقوم مصيبا، و ما هو التفاوت يحسب على الديه، فلو كان التفاوت العشر مثلا فله عشر الديه و هكذا.

فيصير العبد أصلاً للحر فيما لا تقدير لديته من الحر، فيفرض الحر عبداً سليماً في الجنايه و ينظر كم قيمته حينئذ و يفرض عبداً فيه تلك الجنايه، و ينظر قيمته و تنسب إحدى القيمتين إلى الأخرى و يؤخذ له من الديه بتلك النسبه.

(و لو جنى عليه) (١) أى على المملوك (بما فيه قيمته) كقطع اللسان و الأنف.

و الذكر (تخير مولاه فى أخذ قيمته، و دفعه إلى الجانى و بين الرضى به) بغير عوض، لثلا يجمع بين العوض و المعوض.

هذا إذا كانت الجنايه عمداً، أو شبهه، فلو كانت خطأ لم يدفع إلى الجانى، لأنه لم يغرماً شيئاً، بل إلى عاقلته على الظاهر (٢) إن قلنا: إن العاقله تعقله.

و يستثنى من ذلك أيضاً (٣): الغاصب لو جنى على المغصوب بما فيه قيمته فإنه يؤخذ منه القيمه و المملوك على أصح القولين، لأن جانب المالىه فيه ملحوظه، و الجمع بين العوض و المعوض مندفع مطلقاً (٤)، لأن القيمه عوض الجزء الفائت، لا الباقي، و لو لا الاتفاق عليه هنا (٥) اتجه الجمع مطلقاً (٦)، فيقتصر فى دفعه (٧) (١) أى لو جنى على المملوك بما يساوى قيمته كما لو قطعت يده أو لسانه فليس لمولاه المطالبه بالقيمه حينئذ إلا بعد دفعه للجانى لثلا يجمع مولاه بين العوض و المعوض، و لروايه أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى أنف العبد أو ذكره أو شىء يحيط بقيمته أنه يؤدى إلى مولاه قيمه العبد و يأخذ العبد) (١).

(٢) إشاره منه إلى الخلاف فى أن العاقله هل تضمن الخطأ فى الديات فقط أو يعم الجراحات و الأعضاء، و سيأتى بحثه إن شاء الله تعالى.

(٣) أى من أن المولى لا يجمع بين المعوض و العوض ما لو كان الجانى على العبد غاصباً له، فقد تقدم أنه يؤخذ بأشق الأحوال فيجب عليه رد العبد إلى المولى لأنه مغصوب، و يجب عليه دفع قيمه الجنايه بسبب فعله، و هذا ما ذهب إليه ابن إدريس و المحقق.

و قد ذهب الشيخ إلى أنه لا فرق بين الغاصب و غيره لعموم روايه أبى مريم المتقدمه.

(٤) فى الغاصب و غيره، و وجه الدفع قد ذكره الشارح.

(٥) من عدم الجمع بين العوض و المعوض فى العبد المجنى عليه.

(٦) فى الغاصب و غيره.

(٧) أى فى دفع محذور الجمع بين العوض و المعوض.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

الثانية فى شعر الرأس أجمع الديه

(الثانية (٢) فى شعر الرأس) (٣) أجمع (الديه) إن لم ينبت لرجل كان أم لغيره، لروايه سليمان بن خالد و غيرها (و كذا فى شعر اللحية) للرجل (٤)، أما لحيه المرأه (٥) ففيها الأرش مطلقا (٦). و كذا الخنثى المشكل (٧) (و لو نبتا) (٨) شعر الرأس (١) فيما لو كان الجانى غير غاصب.

(٢) أى المسأله الثانيه من مسائل الفصل الثانى فى التقديرات.

(٣) صغيرا كان أو كبيرا، و سواء كان الشعر كثيفا أو خفيفا، فإن لم ينبت فالديه كامله لصحيح سليمان بن خالد: (قلت لأبى عبد الله عليه السّلام: رجل صبّ ماء حارا على رأس رجل فأسقط شعره فلا ينبت أبدا، قال عليه السّلام: الديه) (١)، و خبر سلمه بن تمام: (أهرق رجل على رأس رجل قدرا فيها مرق فذهب شعره فاختصما فى ذلك إلى على عليه السّلام، فأجله سنه فلم ينبت شعره فقضى عليه بالديه) ٢. و هذه الروايات و إن ذكرت الرجل لكن يجرى حكمها فى المرأه لأن المدار على ثبوت الديه لشعر الرأس، بل فيها أولى لأن شعرها أحد الجمالين، و لخبر عبد الله بن سنان الآتى.

(٤) لمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى اللحية إذا حلقتم فلم تنبت الديه كامله، فإذا نبت فثلث الديه) (٢). و مثلها خبر مسمع بن عبد الملك ٤، و عن المفيد فى شعر الرأس و شعر اللحية أن فى كل منهما إذا لم ينبت مائه دينار و قد ذكر أن به روايه، و لم تثبت كما فى المسالك و لذا عبر أكثر من واحد بعدم المستند له فى ذلك.

(٥) ففيها الأرش لأن إنبات اللحية ليس من خصائصها فلا يكون التعدى فى إذهاب اللحية عدوانا على المرأه بإذهاب عضو من أعضائها حتى يتمسك بأن إذهاب العضو الوحيد فى البدن فيه الديه، و ما هو متعدد ففيه نصف الديه.

(٦) نبتت اللحية أم لا.

(٧) لاحتمال أنه أنثى، و لا يمكن الحكم بالديه كامله إلا بعد إثبات رجوليته و هى مشكوكه فالأصل العدم.

(٨) فلو نبت شعر الرأس بعد الجنايه فقد ذهب الصدوق و الشيخ إلى أن فيه ثلث الديه لخبرى -

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٣.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٧ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

و اللحية بعد الجنايه عليهما (فالأرش) إن لم يكن شعر الرأس لامرأه (و لو نبت شعر رأس المرأه فففيه مهر نساؤها) و فى الشعرين (١) أقوال هذا أجودها.

(و فى شعر الحاجبين خمسمائه دينار) (٢) و هى نصف الديه، و فى كل واحد -السكونى و مسمع المتقدمين و الواردين فى اللحية.

و ذهب الشيخ فى النهايه و بنو حمزه و إدريس و سعيد و الفاضل و غيرهم إلى الأرش حيث لم يثبت لها تقدير شرعى، لأن الخبرين المتقدمين واردان فى اللحية لا- فى الرأس، فعطف حكم الرأس على اللحية قياس بالإضافه إلى ضعف سند الخبرين المتقدمين، فخير السكونى مشتمل على النوفلى و لم يثبت توثيقه مع كون السكونى عاميا، و خير مسمع مشتمل على سهل بن زياد و الأمر فيه سهل، و على محمد بن الحسن بن شمون و الثانى ضعيف، و على عبد الله بن عبد الرحمن الأصم و هو ضعيف أيضا.

هذا كله بالنسبه لشعر رأس الرجل، و لو نبت شعر رأس المرأه بعد الجنايه فففيه مهر نساؤها بلا خلاف فيه إلا من الإسكافى فجعل فيه ثلث الديه، و هو مع شذوذه لا دليل عليه مضافا إلى خبر عبد الله بن سنان: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: جعلت فداك فما على رجل وثب على امرأه فحلق رأسها؟ قال: يضرب ضربا وجيعا و يحبس فى سجن المسلمين حتى يستبرأ شعرها، فإن نبت أخذ منه مهر نساؤها و إن لم يثبت أخذ منه الديه كامله.

قلت: فكيف صار مهر نساؤها إن نبت شعرها؟ فقال: يا بن سنان إن شعر المرأه و عذرتها شريكان فى الجمال فإذا ذهب بأحدهما فقد وجب لها المهر كاملا(١) و أما شعر لحيه الرجل فلو نبت بعد الجنايه فففيه الثلث كما عن الشيخ استنادا إلى خبرى مسمع و السكونى المتقدمين، و هما ضعيفا السند فلذا ذهب عامه المتأخرين إلى الأرش باعتبار عدم التقدير الشرعى له.

(١) شعر الرأس و شعر اللحية.

(٢) بحيث كل حاجب فيه نصف ذلك أى مائتان و خمسون دينارا وفاقا للمشهور لخبر أبى عمرو المتطبب عن أبى عبد الله عليه السلام: (من إفتاء أمير المؤمنين عليه السلام إن أصيب الحاجب فذهب شعره كله فديته نصف ديه العين مائتا دينار و خمسون دينارا، و ما أصيب منه فعلى حساب ذلك)(٢)، و عن الغنيه أن فى شعر الحاجبين الديه كامله و ادعى على -

ص: ٦١١

١- (١) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.

منهما نصف ذلك.

هذا هو المشهور، بل قيل: إنه إجماع.

وقيل: فيهما الديه كغيرهما مما في الإنسان منه اثنان.

و لو عاد شعرهما فالأرش على الأظهر.

(و في بعضه) أى بعض كل واحد من الشعور المذكوره (بالحساب) أى يثبت فيه من الديه المذكوره بنسبه مساحه محل الشعر المجنى عليه إلى محل الجميع و إن اختلف كثافه و خفه.

و المرجع فى نبات الشعر و عدمه إلى أهل الخبره، فإن اشتبه فالمروى أنه ينتظر سنه (١) ثم تؤخذ الديه إن لم يعد و لو طلب الأرش قبلها (٢) دفع إليه، لأنه (٣) إما الحق (٤)، أو بعضه (٥). فإن مضت و لم يعد أكمل له على الديه (و فى الأهداب) (٦) بالمعجمه و المهمله جمع هذب بضم الهاء فسكون الدال و هو شعر الأجنان (الأرش) - ذلك الإجماع مستدلاً بعموم أن فيما كان فى البدن اثنان ففيه الديه، و هو مخصص بالخبر المتقدم.

ثم إن المشهور لم يفصل بين الإنبات بعد الجنايه و عدمه، و عن الغنيه إذا نبتا ففيه الأرش، و عن سلار إذا نبت ففيه ربع الديه، و قال فى الجواهر: «لم نقف له على دليل».

(١) كما فى خبر سلمه بن تمام المتقدم.

(٢) قبل السنه.

(٣) أى الأرش.

(٤) على تقدير الإنبات فيما بعد.

(٥) على تقدير عدم الإنبات فيما بعد.

(٦) الأربعة، و هى الشعور النابتة على الأجنان الأربعة، فقد ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف مدعياً عليه الإجماع و غيره بل قيل إنه الأكثر إلى أن فى الأهداب الديه كامله لعموم ما كان فى البدن اثنان ففيه الديه.

و ذهب القاضى ابن البراج إلى أن فى الأهداب نصف الديه و قال فى الجواهر عنه: «لا موافق له و لا دليل لا من عموم و لا من خصوص».

و ذهب غيرهم إلى الأرش لأنه لا تقدير شرعى لها، و لو قلع شعر الأجنان بقلع الأجنان فيسقط أرش الشعر و عليه ديه الأجنان و هى ديه كامله كحشر الساعدين فيما لو قطع الساعدان فأرش شعر الساعد ساقط حينئذ.

(على قول) ابن إدريس و العلامه فى أكثر كتبه كشر الساعدين و غيره (١)، لأصالة البراءه من الزائد حيث لا يثبت له مقدر.

(و الديه على قول آخر) للشيخ و الأكثر منهم العلامه فى القواعد، للحدِيث العام الدال على أن كل ما فى البدن منه واحد ففيه الديه، أو اثنان ففيهما الديه (٢). و فيها قول ثالث للقاضى: أن فيهما نصف الديه كالحاجبين. و الأول أقوى.

الثالثه - فى العينين الديه

(الثالثه - فى العينين (٣): الديه، و فى كل واحده النصف. صحيحه) كانت العين، (أو حولاء، أو عمشاء) و هى ضعيفه البصر مع سيلان دمعه فى أكثر أوقاتها (أو جاحظه) و هى عظيمه المقله أو غير ذلك كالجھراء (٤) و الرمى و غيرها.

أما لو كان عليها بياض فإن بقى البصر معه تاما فكذلك (٥)، و لو نقص (٦) (١) كشر الساقين.

(٢) لخبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (كل ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه، و فى أحدهما نصف الديه، و ما كان فيه واحد ففيه الديه) (١) و مثله غيره.

(٣) فيهما معا الديه، و فى كل واحده منهما نصف الديه، بلا خلاف فيه بيننا لأخبار منها:

صحيح هشام بن سالم المتقدم، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (ما كان فى الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه، مثل اليدين و العينين، قلت: رجل فقئت عينه؟ قال: نصف الديه) (٢). و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يكسر ظهره، قال: فيه الديه كامله، و فى العينين الديه و فى إحداهما نصف الديه) (٣).

و النصوص شامله للعين سواء كانت صحيحه أو عمشاء أو حولاء أو جاحظه، و خالف ابن حمزه فى الوسيله فجعل ديه العمشاء ثلث الديه، و قال فى الجواهر عنه: «لم نعرف له دليلا صالحا».

(٤) و هى التى لا تبصر فى الشمس.

(٥) أى ففيها نصف الديه لبقاء العضو و فائدته فتشمله الأدله.

(٦) أى البصر.

ص: ٦١٣

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤.

نقص من الديه بحسبه، و يرجع فيه إلى رأى الحاكم (١).

(و فى الأجنان) الأربعة (٢) (الديه، و فى كل واحد الربع) للخبر العام.

و قيل فى الأعلى: ثلثا الديه، و فى الأسفل الثلث.

و قيل فى الأعلى: الثلث، و فى الأسفل: النصف فينقص ديه المجموع بسدس الديه. استنادا إلى خبر ظريف و عليه الأكثر، لكن فى طريقه ضعف و جهاله (٣).

(١) بل الأولى الرجوع إلى رأى أهل الخبره فى ذلك.

(٢) الديه كامله بلا خلاف فيه، و إنما الخلاف فى تقدير ديه كل جفن على ثلاثة أقوال:

ذهب الشيخ فى المبسوط و تبعه الفاضل و ولده و الشهيدان إلى أن فى كل جفن ربع الديه لحديث هشام بن سالم المتقدم: (كل ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه، و فى أحدهما نصف الديه) (١)، و أشكل عليه بالإضمار من جهه السند و فيه: إنه ثقه فالظاهر أنه يرويه عن الإمام هذا و قد رواه الصدوق فى الفقيه مسندا عن أبى عبد الله عليه السلام بالإضافة إلى صحيح عبد الله بن سنان المتقدم المؤيد له. و أشكل عليه من ناحيه المتن بأن الأجنان أربعة فى الإنسان و ليست اثنين فلا يشملها الخبر، و ردّ بتنزيل جفنى كل عين بمنزله الواحد.

و ذهب الشيخ فى الخلاف و ابن إدريس فى السرائر و ادعى الأول عليه الإجماع إلى أن فى الأعلى من الأجنان الثلثين، و فى الأسفل من الأجنان الثلث، و نسبه الشيخ إلى روايه أصحابنا، و قال عنه فى الجواهر: «و على كل حال فلم نقف له على دليل سوى الدعوى المزبوره التى لم نقف فيها على خبر، كما اعترف به غيرنا أيضا، بل و لا مفت غيره ممن تقدمه بل هو قد خالف نفسه فيما سمعته من المبسوط».

و ذهب ابن الجنيدي و المفيد و الشيخ فى النهايه و ابن البراج و أبو الصلاح و غيرهم إلى أن فى الأعلى من الأجنان ثلث ديه العين و فى الأسفل نصفها و يسقط سدس الديه لروايه ظريف بن ناصح عن أمير المؤمنين عليه السلام فى كتابه المشهور فى الديات: (إن أصيب شفر العين الأعلى فشتر فديته ثلث ديه العين مائه دينار و سته و ستون دينارا و ثلثا دينارا، و إن أصيب شفر العين الأسفل فشتر فديته نصف ديه العين مائتا دينار و خمسون دينارا، فما أصيب منه فعلى حساب ذلك) (٢).

(٣) اعلم أن الخبر قد رواه المحمدون الثلاثة، و قد عرض هذا الكتاب على أبى عبد الله و أبى -

ص: ٦١٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.

و ربما قيل بأن هذا النقص (١) إنما هو على تقدير كون الجنايه من اثنين، أو من واحد بعد دفع أرش الجنايه للأولى، و إلا (٢) وجب ديه كامله إجماعاً. و هذا هو الظاهر من الروايه (٣)، لكن فتوى الأصحاب مطلقه (٤) و لا فرق بين أجفان صحيح العين و غيره (٥) حتى الأعمى و لا بين ما عليه هذب و غيره.

(و لا تتداخل) ديه الأجفان (مع العينين) لو قلعهما معاً، بل تجب عليه الديتان، لأصاله عدم التداخل (و فى عين ذى الواحده (٦) كمال الديه إذا كان) -الحسن الرضا، و قد عمل به الفقهاء و هذه قرائن تفيد الاطمئنان بصدوره فالتوقف فيه ليس فى محله.

(١) هو قول ابن البراج فى المهذب البارع، و حاصله: إن الجنايه حاصله من اثنين بحيث جنى الأول على الأسفل فعليه نصف الديه فلو جنى الثانى على الأعلى فعليه ثلث الديه.

(٢) لو كانت الجنايه من واحد دفعه واحده.

(٣) لا- يخفى أن الروايه غير ظاهره فى ذلك إذ تكلمت فى الجفن الأعلى قبل الأسفل فكيف تكون ظاهره فى كون الجنايه على الأعلى بعد الجنايه على الأسفل.

(٤) من غير تفصيل بين الجنايه الواحده و تعددها.

(٥) لصدق الجفن فتشملة الأدله.

(٦) أى فى عين الأعور، و البحث تاره فى عينه الصحيحه و أخرى فى المعيبه، أما فى الصحيحه فالديه كامله إذا كان العور خلقه أو بآفه سماويه بلا خلاف فيه للأخبار منها:

صحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل أعور أصيبت عينه الصحيحه ففقت، أن تفقأ إحدى عينى صاحبه و يعقل له نصف الديه، و إن شاء أخذ ديه كامله و يعفو عن عين صاحبه) (١) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى عين الأعور الديه كامله) ٢.

و أما لو كان العور قد استحق ديته لجنايه غيره عليه فإذهاب الصحيحه فيه نصف الديه بلا خلاف فيه و ذلك: لأن عينه المعيبه لو ذهبت خلقه أو بآفه سماويه لكانت عينه الصحيحه بمنزله العينين ففيها الديه كامله، و لو كانت المعيبه قد ذهبت بجنايه فعينه الصحيحه بمنزله إحدى العينين ففيها نصف الديه لأن المعيبه قد استحق عوضها فتكون ديه الصحيحه على أصلها.

ص: ٦١٥

العور (خلقه، أو بآفه من الله سبحانه)، أو من غيره حيث لا يستحق عليه أرشا كما لو جنى عليه حيوان غير مضمون (و لو استحق ديتها) و إن لم يأخذها أو ذهبت في القصاص (فالنصف في الصحيحه) أما الأول (١) فهو موضع وفاق على ما ذكره جماعه.

و أما الثاني (٢) فهو مقتضى الأصل في ديه العين الواحده، و ذهب ابن إدريس إلى أن فيها هنا (٣) ثلث الديه خاصه و جعله الأظهر في المذهب و هو و هم (٤).

(و في خسف) العين (العوراء) (٥) و هي هنا الفاسده (ثلث ديتها) حاله كونها (صحيحه) على الأشهر، و روى رابعها. و الأول أصح طريقا، سواء كان العور من الله تعالى أم من جنايه جان، و سواء أخذ الأرش أم لا. و وهم ابن إدريس هنا (١) فيما لو كانت المعيبه بآفه سماويه أو خلقه.

(٢) فيما لو كانت المعيبه بجنايه غيره و قد استحق ديتها.

(٣) أى في الصحيحه لو كانت المعيبه بجنايه غيره.

(٤) إذ لا دليل له.

(٥) هذا هو الشق الثاني من المسأله فلو ذهبت المعيبه المعبر عنه بالخسف ففيه روايتان:

الأولى: روايه عبد الله بن سليمان عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل فقأ عين رجل ذاهبه و هي قائمه، قال: عليه ربع ديه العين) (١) و عمل بمضمونها المفيد و سلّار، مع أن عبد الله بن سليمان مجهول الحال و في السند المفضل بن صالح و هو ضعيف.

الثانيه: صحيح بريد عن أبي جعفر عليه السلام: (في لسان الأخرس و عين الأعمى و ذكر الخصى و أنثيه ثلث الديه) (٢) مؤيدا بصحيح أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام: (سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان رجل أخرس، فقال: إن كان ولدته أمه و هو أخرس، فعليه ثلث الديه) (٣). و قد عمل بمضمونها الأكثر منهم الشيخ و المحقق و العلامة.

ص: ٦١٦

-
- ١- (١) الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.
 - ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
 - ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

ففرق هنا أيضا (١) كالسابق و جعل فى الأول النصف، و فى الثانى الثلث.

الرابعه - فى الأذنين الديه

(الرابعه - فى الأذنين الديه (٢)، و فى كل واحده النصف) سميعة كانت أم صماء (٣)، لأن الصمم عيب فى غيرها (و فى) قطع (البعض) (٤) منها (بحسابه) بأن تعتبر مساحه المجموع من أصل الأذن و ينسب المقطوع إليه و يؤخذ له من الديه بنسبته إليه، فإن كان المقطوع النصف فالنصف، أو الثلث فالثلث و هكذا.

و تعتبر الشحمه فى مساحتها حيث لا تكون هى المقطوعه (و فى شحمتها ثلث ديتها) على المشهور و به روايه ضعيفه (٥) (و فى خرمها (٦) ثلث ديتها) على ما (١) فجعل فى خسف العوراء نصف الديه إن كانت مصيبه خلقه أو بأفه سماويه، و الثلث إن كانت معيه بجنايه جان، و هذا التفصيل مما لا دليل عليه.

(٢) فيها الديه، و فى كل واحده منهما النصف، بلا خلاف لعموم خبر هشام بن سالم و غيره: (كل ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه و فى أحدهما نصف الديه) (١)، و الأخبار الخاصه فى الأذن كثيره.

(٣) بلا خلاف فيه، لأن النقص ليس فى الأذن بل فى الدماغ.

(٤) إذا لم يكن هذا البعض شحمتها، لأن فى الشحمه تقدير خاص، و عليه فلو قطع بعضها فبحسابه من ديتها، بلا خلاف فيه، لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فى الأذنين إذا قطعت إحداهما فديتها خمسمائه دينار، و ما قطع منها فبحساب ذلك) (٢)، و استثناء الشحمه لخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام: (أن عليا عليه السلام قضى فى شحمه الأذن ثلث ديه الأذن) ٣.

(٥) و هى روايه مسمع المتقدمه، و سندها مشتمل على ابن شمون و عبد الله بن الأصم و هما فى غايه الضعف إلا أنه منجبر بعمل الأصحاب.

(٦) ذهب الشيخ فى النهايه إلى أن فى خرمها ثلث الديه، و استدل على ذلك فى الخلاف بإجماع الفرقه و أخبارها، و قد فسر ابن حمزه و الفاضل فى الوسيله و التبصره كلامه بأن الخرم للأذن، و لكن ابن إدريس فسّر كلام الشيخ بخرم الشحمه و أن فيها الثلث أى ثلث ديه الشحمه، و قال عنه العلامه فى المختلف: هو تأويل بلا دليل و الصحيح التفصيل بأن -

ص: ٦١٧

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١ و ٢.

ذكره الشيخ و تبعه عليه جماعه، و فسرہ ابن إدريس بخرم الشحمه و ثلث ديه الشحمه مع احتمالہ إرادہ الأذن، أو ما هو أعم و لا سند لذلك يرجع إليه.

الخامسه - فى الأنف الديه

(الخامسه - فى الأنف (١) الديه، سواء قطع مستأصلا، أو) قطع (مارنه) خاصه و هو ما لان منه فى طرفه الأسفل يشتمل على طرفين و حاجز.

و قيل: إن الديه فى مارنه خاصه (٢)، دون القصبه حتى لو قطع المارن و القصبه معا فعليه ديه و حكمه للزائد و هو أقوى. و لو قطع بعضه (٣) فبحسابه من المارن.

-الخرم إن كان للشحمه ففیه ثلث ديه الشحمه، و إن كان للأذن ففیه ثلث ديه الأذن و يدل عليه عموم خبر معاويه بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى كل فتق ثلث الديه) (١) مؤيدا بخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى فى خرم الأنف ثلث ديه الأنف) (٢).

(١) و فيه الديه كامله إذا استؤصل كله، و كذا إذا قطع مارنه و هو ما لان منه، أما الأول فلأنه واحد فى بدن الإنسان ففیه الديه فيشملة خبر هشام بن سالم المتقدم (٣)، و لصحيح ابن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الأنف إذا استؤصل جدعه الديه) (٤) و معتبره سماعه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (و فى الأنف إذا قطع الديه كامله) (٥).

و أما الثانى فلأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الأنف إذا قطع المارن الديه) (٦).

(٢) هو خيرہ الشيخ فى المبسوط على ما نقل عنه حيث قال: «إن قطع المارن مع القصبه كان فى المارن الديه و فى القصبه الحكومه»، و تبعه ابن البراج فى المهذب البارع و ابن حمزه فى الوسيله، و وجهه أنه بعد الاتفاق على ثبوت الديه فى المارن فلا بدّ للجنايه على القصبه من عوض، و ما هو إلا الحكومه.

و فيه: إن هذا لو تعددت الجنايه، أما لو كانت الجنايه دفعه واحده و استوعبت المارن و القصبه لكان استئصالا للأنف و فيه الديه فقط لما سمعته من النصوص.

(٣) أى بعض المارن، فينسب المقطوع إلى مجموع المارن، و يؤخذ له من ديه المارن بنسبته.

ص: ٦١٨

١- (١) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢.

٤- ((٤ و ٥ و ٦) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٥ و ٧ و ٤.

(و كذا لو كسر ففسد (١). و لو جبر على صحه فمائه دينار) (٢) و على غير صحه (٣) مائه و زياده حكومه (و فى شلله) (٤) و هو فساد: (ثلاثا ديتته) صحيحا، و فى قطعه أشل (٥): الثلث (و فى روثته) (٦) بفتح الراء و هى الحاجز بين المنخرين:

(١) فتجب الدية على ما صرح به الشيخان و الفضلان و الحلبي و ابن حمزه، بل عن الرياض أنه لا خلاف فيه، لأنه كالإبانه فكما فى الإبانه الدية فكذلك فى الفساد.

(٢) بلا- خلاف فيه كما عن الرياض و يؤيده ما ورد فى خبر ظريف من ثبوت المائه فى كسر الظهر إذا جبر على غير عيب فعن أمير المؤمنين عليه السلام: (و إن انكسر الصلب فجبر على غير عثم و لا عيب فديته مائه دينار) (١).

(٣) بأن جبر معوجا ففيه المائه و زياده، أما المائه فللكسر، و أما الزيادة فهى حكومه العوج.

(٤) ثلثا ديتته بلا خلاف فيه كسائر شلل الأعضاء التى يعطى للشلل ثلثا ديه ذلك العضو، و يدل عليه صحيح الفضيل بن يسار عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا يبست منه الكف فشلت أصابع الكف كلها فإن فيها ثلثى الدية ديه اليد، و إن شلت بعض الأصابع و بقى بعض فإن فى كل إصبع شلت ثلثى ديتها، و كذلك الحكم فى الساق و القدم إذا شلت أصابع القدم) (٢) و من الواضح لا خصوصيه لليد و القدم و الساق بل هو جار فى كل الأعضاء.

(٥) أى قطع المارن حال كونه مشلولاً ففيه ثلث الدية، و يكون لشلله ثلثا الدية و لقطعه الثلث و هذه ديه كامله، و يدل عليه خبر الحكم عن أبى جعفر عليه السلام: (و كلما كان من شلل فهو على الثلث من ديه الصحاح) (٣).

(٦) نصف الدية على المشهور كما فى المسالك استنادا إلى خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فإن قطع روثه الأنف فديتها خمسمائه دينار نصف الدية) (٤)، إلا أن الخلاف فى تفسير روثه الأنف فى نفس الخبر قد فسرت الروثه بطرف الأنف و هو الموافق لأصل اللغه و هى المعروفه بالأمرنيه، و عن جماعه من الفقهاء أنها الحاجز بين المنخرين، و فيه: إن الحاجز يسمونه بالوتيره بالإضافة إلى أنه قد ورد فى خبر ظريف المتقدم أن فى الحاجز خمسين دينارا.

ص: ٦١٩

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٥.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(الثالث، و في كل منخر: ثلث الديه) (١) على الأشهر، لأن الأنف الموجب للديه يشتمل على حاجز و منخرين و لروايه غياث عن الصادق عليه السلام أن عليا عليه السلام قضى به.

و قيل: النصف، لأنه ذهب نصف المنفعه و نصف الجمال، و استضعافا لروايه غياث به (٢) لكنه أشهر موافقا (٣) لأصالة البراءه من الزائد.

السادسه في الشفتين الدّيه

(السادسه (٤) -...) - و ذهب الشهيد و جماعه إلى أن في الروث الثلث لقاعده تقسيط الديه على أجزاء العضو، و الأنف منقسم إلى ثلاثه أعضاء منخران و الحاجز بينهما، و فيه: إنه مؤلف من أربعة أجزاء منخران و الحاجز و الأرنه فيجب أن يكون للحاجز المفسر به الروثه الربع، و لذا قال الشارح في المسالك عن الثلث بأنه لا مستند له.

(١) على المشهور لروايه غياث عن أبي جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام: (أنه قضى في شحمه الأذن بثلث ديه الأذن، و في الإصبع الزائد ثلث ديه الإصبع، و في كل جانب من الأنف ثلث ديه الأنف) (١)، و خبر العرزمي عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (و في خشاش الأنف كل واحد ثلث الديه) ٢، و الخشاش بكسر الخاء عويد يجعل في أنف البعير يشدّ به الزمام ليكون أسرع لانقياده، فهو تسميه المحل باسم الحال مجازا.

و ذهب الشيخ و تبعه ابن إدريس إلى أن في كل منخر نصف الديه، لأنه إذهب نصف المنفعه و نصف الجمال و في البدن منه اثنان فأحدهما فيه نصف الديه.

و عن ابن زهره أن في كل منخر ربع الديه لأن المارن الذي فيه الديه مؤلف من أربعة أجزاء، منخران و حاجز و أرنه، فتقسط الديه عليها فكل جزء ربع، و يردّ هذان القولان بما سمعت من النصوص، فهي و إن كانت ضعيفه السند إلا أنها منجره بعمل الأصحاب.

(٢) لأن غياث بن إبراهيم عامي.

(٣) أي الحكم بالثلث أشهر، و لأصالة البراءه من الزائد عن الثلث.

(٤) في الشفتين الديه كامله بلا خلاف، للأخبار منها: صحيح هشام بن سالم و صحيح عبد الله بن سنان المتقدمين و هما عامان، و لخصوص صحيح يونس: (أنه عرض على أبي الحسن الرضا عليه السلام كتاب الديات، و كان فيه: في ذهاب السمع كله ألف دينار - إلى -

ص: ٦٢٠

(في كل من الشفتين نصف الديه) للخبر العام (١) و هو صحيح، لكنه مقطوع (٢) - أن قال - و الشفتين إذا استوصلا ألف دينار(١).

و لكن الخلاف في تقدير كل شفه على تقدير انفرادها على أقوال:

الأول: التسويه بينهما في وجوب نصف الديه لكل واحده، ذهب إليه الحسن بن أبي عقيل و استحسنة المحقق و العلامه في القواعد لصحيح هشام العام: (كل ما كان في الإنسان اثنان ففيهما الديه و في أحدهما نصف الديه)(٢)، و لمعتبره سماعه عن أبي عبد الله عليه السلام: (الشفتان العليا و السفلى سواء في الديه)٣ و لخبر زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الشفتين الديه و في العينين الديه و في إحداهما نصف الديه)٤.

القول الثاني: إن في العليا الثلث و في السفلى الثلثين، ذهب إليه المفيد و الشيخ في المبسوط و سلار و أبو الصلاح و ابن زهره مدعيا عليه الإجماع، بل عن المفيد: «أن السفلى تمسك الطعام و الشراب، و شينها أقبح من شين العليا و بهذا أثبت الآثار عن أمه الهدى عليهم السلام».

القول الثالث: إن في العليا خمسا الديه و في السفلى ثلاثه أخماس، ذهب إليه الصدوق و الشيخ في النهايه و اختاره العلامه في المختلف استنادا إلى روايه أبي جميله عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام: (في الشفه السفلى ستة آلاف درهم و في العليا أربعة آلاف، لأن السفلى تمسك الماء)(٣) و أبو جميله ضعيف.

القول الرابع: إن في العليا النصف و في السفلى الثلثين، و اختاره ابن الجنيد، و نقله المحقق عن ابن بابويه استنادا إلى روايه ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و إذا قطعت الشفه العليا و استوصلت فديتها خمسمائه دينار - إلى أن قال -: و ديه الشفه السفلى إذا استوصلت ثلثا الديه)٤.

و أشكل عليه بأن فيه زياده عن الديه في الشفتين، فلا وجه له.

(١) و هو حديث هشام بن الحكم.

(٢) كما في التهذيب، و لكنه مسند إلى أبي عبد الله عليه السلام كما في الفقيه بالإضافة إلى أنه مؤيد بصحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (ما كان في الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه)(٤).

ص: ٦٢١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢ و ١٠ و ٦.

٣- ((٥ و ٦) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ١.

٤- (٧) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

و تعضده روايه سماعه عن الصادق عليه السلام قال: الشفتان العليا و السفلى سواء فى الديه.

(و قيل فى السفلى الثلثان) لإمساكها الطعام و الشراب و ردها اللعاب و حينئذ ففى العليا الثلث.

و قيل: النصف (١). و فيه مع ندوره اشتماله على زياده لا معنى لها.

و فيهما قول رابع ذهب إليه جماعه منهم العلامه فى المختلف و هو أن فى العليا: أربعمائه دينار، و فى السفلى: ستمائه، لما ذكر (٢) و لروايه أبان بن تغلب عن الصادق عليه السلام. و فى طريقها ضعف (٣).

(و فى بعضها بالنسبه مساحه) ففى نصفها النصف، و فى ثلثها الثلث.

و هكذا و حد الشفه السفلى (٤) ما تجافى عن اللثه مع طول الفم، و العليا كذلك متصلا بالمنخرين مع طول الفم، دون حاشيه الشدقين (٥) (و لو استرختا (٦) فثلاثا الديه)، لأن ذلك بمنزله الشلل فلو قطعنا بعد ذلك فالثالث. (و لو تقلصتا) (٧) (١) فى العليا، و هو القول الرابع المتقدم فى الشرح.

(٢) من كون السفلى تمنع الماء و تمسك الطعام و تردّ اللعاب.

(٣) بأبى جميله، و لذا علّق الشارح: «فى طريقها أبو جميله المفضل بن صالح و هو كذاب وضاع».

(٤) عرضا ما تجافى عن اللثه مع طول الفم طولا، و حدّ العليا كذلك و هو ما تجافى عن اللثه متصلا بالمنخرين مع طول الفم، و هو الحد العرفى لهما كما صرح به غير واحد من أصحابنا، و بعض العامه ذهب إلى عدم القصاص فيهما لعدم حد لهما، و بعضهم ذهب إلى أن حدهما ما ينبو عند طباق الفم، و ثالث منهم إلى أنه إذا قطع لم ينطبق الباقي على الشفه الأخرى، و فى هذه التفسيرات ضعف لعدم مساعده العرف عليها.

(٥) لأن الشدق زاويه الفم عند فتحه.

(٦) فثلاثا الديه، لأن الاسترخاء شلل لهما و قد عرفت أن الشلل فى العضو موجب لثلى الديه، كما عرفت أن قطع الأشل فيه ثلث الديه.

(٧) بحيث لا تنطبق على الأسنان، فلا ينتفع بها بحال، فذهب الشيخ فى المبسوط إلى أنه تجب الديه لأنه كالإتلاف، و وجه كلام الشيخ بأن مع التقلص تزول المنفعه المخلوقه -

أى انزوتا على وجه لا ينطبقان على الأسنان ضد الاسترخاء (فالحكومة)، لعدم ثبوت مقدر لذلك فيرجع إليها.

وقيل: الديه، لزوال المنفعة المخلوقه لأجلها و الجمال فيجرى وجودها مجرى عدمها.

و يضعف بأن ذلك لا يزيد على الشلل و هو لا يوجب زياده على الثلثين، مع أصاله البراءه من الزائد على الحكومه.

السابعه (١) - في استئصال اللسان الديه

(السابعه (١) - في استئصال اللسان) بالقطع بأن لا- يبقى شيء منه (الديه)، -لأجلها و يزول جمالها، بل توجب شيئا فيكون وجودها متقلصه كالعدم و في العدم الديه.

و ردّ بأن التقلص عيب فتثبت الحكومه مع عدم التقدير الشرعى، على أن التقلص لا يزيد عن الشلل و فى الشلل الثلثان فكيف يكون فى التقلص الديه الكامله بالإضافة إلى أصاله البراءه عن وجوب الزائد عن الحكومه.

(١) فى قطع اللسان الديه بلا خلاف فيه، للأخبار منها: صحيح هشام بن الحكم و صحيح ابن سنان العامين المتقدمين، و منها: صحيح العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام:

(فى لسانه الديه كامله) (١)، و موثق سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (و فى اللسان إذا قطع الديه كامله) ٢.

و إذا قطع من اللسان الصحيح شيء فالمعتبر بحروف المعجم حينئذ و لا تعتبر المساحه، بحيث تبسط الديه على الحروف فما نطق به فهو و إلا يأخذ ديه ذلك الحرف على المشهور للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا ضرب الرجل على رأسه بعضا فثقل لسانه، فقال: يعرض عليه حروف المعجم فما أفصح منها فلا شيء عليه و ما لم يفصح به كان عليه الديه و هى تسعه و عشرون حرفا) (٢) كما فى الكافى و التهذيب و فى الفقيه «و هى ثمانيه و عشرون حرفا».

و خير السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام قال: (أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل ضرب فذهب بعض كلامه و بقى البعض، فجعل ديته على حروف المعجم، ثم قال: تكلم بالمعجم فما نقص من كلامه فبحساب ذلك، و المعجم ثمانيه و عشرون حرفا، فجعل -

ص: ٦٢٣

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١١ و ٧.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات المنافع حديث ٢.

(و كذا فيما) أى فى قطع ما (يذهب به الحروف) أجمع و هى ثمانيه و عشرون حرفا (و فى) إذهب (البعض بحساب) الذاهب من (الحروف) بأن تبسط الديه عليها أجمع فيؤخذ للذاهب من الديه بحسابه و يستوى فى ذلك اللسنيه (١) و غيرها. و الخفيفه و الثقيله لإطلاق النص.

و لا اعتبار هنا بمساحه اللسان. فلو قطع نصفه فذهب ربع الحروف فربع الديه خاصه، و بالعكس.

و قيل: يعتبر هنا أكثر الأمرين من الذاهب من اللسان و من الحروف لأن اللسان عضو متحد فى الإنسان ففيه الديه. و فى بعضه بحسابه و النطق منفعه توجب الديه كذلك. و هذا أقوى.

(و فى لسان الأخرس ثلث الديه) (٢) تنزيلا- له منزله الأشمل، لاشتراكهما -ثمانيه و عشرين جزءا فما نقص من كلامه فبحساب ذلك(١)، و قال الشيخ الحرفى و سائله: «هذا أقوى و أشهر، و ما تضمن كونها تسعا و عشرين فيه اضطراب، لأن فى روايه الصدوق فى ذلك الحديث بعينه ثمانيه و عشرين و الله أعلم»، انتهى.

و تتساوى الحروف فى توزيع الديه عليها سواء منها اللينه و غيرها، ثقلها و خفيفها بلا خلاف فيه لإطلاق النصوص المتقدمه، و عن بعض العامه اعتبار اللينه فقط، لأنه لا حظ للسان فى غيرها و هو اجتهاد فى قبال النص.

و ذهب الشيخ و الفاضل و الشهيدان و سيد الرياض فاعتبروا أكثر الأمرين من الذاهب من اللسان و من الحروف، لأن اللسان عضو واحد فى بدن الإنسان و فيه الديه من غير اعتبار الحروف، و لأن النطق بالحروف منفعه متحده فى الإنسان و فيها الديه من غير اعتبار اللسان و عليه فإذا كان الذاهب من اللسان أكثر و جب ديه الزائد من حيث اللسان و كذا العكس، و فيه: إنه اجتهاد فى قبال النص المتقدم مع أنه لو سلم لوجب تعدد الديه لا التداخل بين الديثين.

(١) و هى الحروف اللينه.

(٢) إذا قطع بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح بريد بن معاويه عن أبى جعفر عليه السلام:

(فى لسان الأخرس و عين الأعمى و ذكر الخصى و أنثيه ثلث الديه)(٢).

ص: ٦٢٤

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات المنافع حديث ٦.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

فى فساد العىو المؤدى إلى زوال المنفعة المقصودة منه (و فى بعضه بحسابه) مساحه (١).

(و لو ادعى الصحيح ذهاب نطقه بالجنايه) (٢) التى يحتمل ذهابه بها (صدق بالقسامه) خمسين يمينا، بالإشاره لتعذر إقامه البينه على ذلك و حصول الظن المستند إلى الإمارة بصدقه فىكون لوثا.

(و قيل: يضرب لسانه بإبره فإن خرج الدم أسود صدق) من غير يمين، على ما يظهر من الروايه (و إن خرج أحمر كذب) و المستند روايه الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام. و فى طريقها ضعف و إرسال.

(١) لا منفعه لعدم قدرته على النطق فالمنفعة مفقوده، بلا خلاف فى ذلك كله و لا إشكال كما فى نظائره كالشفتين و الأذنين.

(٢) صدق مع القسامه، بلا- خلاف ممن تعرض لهذا الفرع كما فى الجواهر، و ذلك لتعذر البينه على ذلك مع حصول الظن المستند إلى الإمارة لصدقه فىكون لوثا موجبا للقسامه.

و عليه فإن ادعى ذهاب كل النطق فعليه قسامه خمسين و إلا فبحسابه.

نعم فى روايه الأصبغ بن نباته عن أمير المؤمنين عليه السلام: (سئل عن رجل ضرب رجلا على هامته فادعى المضروب أنه لا يبصر شيئا و لا- يشم الرائحة و أنه قد ذهب لسانه، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن صدق فله ثلاث ديات فقيل: يا أمير المؤمنين فكيف يعلم أنه صادق؟

فقال: أما ما ادّعا أنه لا- يشم رائحه فإنه يدنى منه الحراق فإن كان كما يقول و إلا نحى رأسه و دمعت عينه، فأما ما ادّعا فى عينيه فإنه يقابل بعينه الشمس فإن كان كاذبا لم يتمالك حتى يغمض عينيه، و إن كان صادقا بقيتا مفتوحتين، و أما ما ادّعا فى لسانه فإنه يضرب على لسانه بإبره فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، و إن خرج الدم أسود فقد صدق(١).

إلا أن الروايه ضعيفه السند بمحمد بن الوليد فإنه فطحى و بمحمد بن فرات و هو ضعيف جدا غال لا يكتب حديثه بل نقل أنه ادعى النبوه و هو لم يدرك الأصبغ فىكون مع الضعف إرسال.

ص: ٦٢٥

(الثامنة - فى الأسنان) (١) بفتح الهمزة (الديه، و هى ثمان و عشرون سنا) (٢) توزع الديه عليها متفاوتة كما يذكر، منها (فى المقاديم الاثنى عشر) و هى الثنيتان و الرباعيتان، و النابان من أعلى، و مثلها من أسفل (ستمائه دينار) فى كل واحده خمسون.

(١) فى جميع الأسنان الديه كامله بلا خلاف فيه، و يدل عليه روايه العلاء بن الفضيل عن أبى عبد الله عليه السلام: (إذا قطع الأنف من المارن ففيه الديه تامه، و فى أسنان الرجل الديه تامه) (١)، و مثله غيره و سيأتى.

(٢) بلا خلاف فيه بين الأصحاب و خالف فى ذلك الشافعى فجعلها اثنتين و ثلاثين سنا بضميمه أضراس العقل الأربعة المسماه بالنواجذ و هو محجوج بخبر الحكم بن عتيبه:

(قلت لأبى جعفر عليه السلام: بعض الناس فى فيه اثنان و ثلاثون سنا، و بعضهم له ثمانيه و عشرون سنا فعلى كم تقسم ديه الأسنان؟ فقال: الخلقه إنما هى ثمانيه و عشرون سنا اثنا عشره فى مقاديم الفم و ست عشره فى مواخيرها، فعلى هذا قسمه ديه الأسنان، فديه كل سن من المقاديم إذا كسرت حتى تذهب خمسمائه درهم، فديتها كلها ستة آلاف درهم، و فى كل سن من المواخير إذا كسرت حتى تذهب فإن ديتها مائتان و خمسون درهما و هى ست عشره سنا، فديتها كلها أربعة آلاف درهم، فجميع ديه المقاديم و المواخير من الأسنان عشره آلاف درهم، و إنما وضعت الديه على هذا فما زاد على ثمانيه و عشرين سنا فلا ديه له و ما نقص فلا ديه له هكذا وجدناه فى كتاب على عليه السلام) (٢)، و هو مؤيد بما رواه فى الفقيه عن قضايا أمير المؤمنين عليه السلام: (أنه قضى فى الأسنان التى تقسم عليها الديه: أنها ثمانيه و عشرون سنا، ستة عشر فى مواخير الفم و اثنا عشر فى مقاديمها، فديه كل سن من المقاديم إذا كسر حتى يذهب خمسون ديناراً يكون ذلك ستمائه ديناراً، و ديه كل سن من المواخير إذا كسر حتى يذهب على النصف من ديه المقاديم خمسة و عشرون ديناراً فيكون ذلك أربعمائه ديناراً، فذلك ألف دينار، فما نقص فلا ديه له و ما زاد فلا ديه له) (٣).

نعم ورد فى بعض الأخبار التسويه بين الأسنان و أن فى كل سن خمسمائه درهم كصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (الأسنان كلها سواء، فى كل سن خمسمائه درهم) (٣)، و معتبره سماعه: (سألته عن الأسنان فقال: هى سواء فى الديه) (٥) إلا أنها محموله على التقيه لموافقها للعامه.

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٨.

٢- ((٢) و (٣) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ١.

٣- ((٤) و (٥) الوسائل الباب - ٣٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣ و ٤.

(و فى المآخبر) الستة عشر أربعه من كل جانب من الجوانب الأربعة:

ضاحك، و ثلاثة أضراس (أربع مائه) فى كل واحد خمسه و عشرون.

(و يستوى) فى ذلك (البیضاء، و السوداء، و الصفراء خلقه) (١) بأن كانت قبل أن تنغر (٢) متغيره ثم نبت كذلك، أما لو كانت بیضاء قبل أن تنغر ثم نبتت سوداء رجع إلى العارفين، فإن حکموا بكونه (٣) لعله فالحکومه (٤)، و إلا فالديه، (و تثبت ديه السن بقلعها مع سنخها) (٥) إجماعا، و بدونه (٦) مع استيعاب ما يبرز عن اللثة على الأقوى (٧).

(و فى الزائده) عن العدد المذكور (٨) (ثلث الأصلية) بحسب ما تقرر لها، (١) لا فرق بين الجميع لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) أى بالنسبه لأسنان الطفل.

(٣) بكون التغير.

(٤) فى قلعها.

(٥) أى بقلعها من أصلها الثابت فى اللثة، و هو مما لا خلاف فيه و هو القدر المتيقن من النصوص المتقدمه.

(٦) أى بدون القلع مع السنخ.

(٧) و قد نسبه فى مجمع البرهان إلى الأ-كثر، لصدق السن على ما شاهدته زائدا عن اللثة كما عن المبسوط، و ذهب البعض لأصاله البراءه عن ثبوت الديه بل له الديه بقدر المكسور لأن السن يطلق على العضو بما فيه السنخ الداخلى فى اللثة فلذا يقال: قلع سنه و انكشفت اللثة عن سنه و نحو ذلك.

(٨) لا خلاف و لا إشكال فى أن قلع الزائده إذا كانت منضمه إلى البواقى فى القلع فلا ديه لها للنصوص المتقدمه، و إنما الكلام فى قلع الزائده منفرده، فقد نسب إلى المشهور أن فى القلع حينئذ ثلث ديه الأصلية، فإن كانت فى المقاديم فثلث الخمسين ديناراً و إن كانت فى المآخبر فثلث و الخمسه و عشرين ديناراً، لما ورد فى أن قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الأصلية كما فى معتبره غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه) (١).

ص: ٦٢٧

بمعنى أنها إن كانت فى الأضراس فثلث الخمسه و العشرين و فى المقاديم فثلث الخمسين. هذا (إن قلعت منفردة) عن الأصلية المتصله بها (و لا شىء فيها) لو قلعت (منضمه) إليها كما لو قطع العضو المقدر ديتة المشتمل على غيره.

و قيل: فيه حكومه لو انقلعت منفردة، بناء على أنه لا تقدير لها شرعا.

و الأشهر الأول.

(و لو اسودت السن بالجنايه و لمّا تسقط فثلثا ديتها) (١)، لدلالته (٢) على فسادها (و كذا) يجب الثلثان (فى انصداعها) (٣) و هو تقلقلها، لأنه فى حكم الشلل (٤)، - و فيه: إن قياس الأسنان على الأصابع قياس باطل، و لذا ذهب البعض منهم المفيد فى المقنعه و المحقق فى نكت النهايه و ابن زهره فى الغنيه إلى الحكومه، إلا- أن يدعى أن للزائد ثلث ديه الأصلية قاعده مطرده فى كل الأعضاء كما يظهر من كلام المسالك و مجمع البرهان إلا أنه محل للنظر لعدم الدليل على ذلك.

(١) بلا خلاف محقق كما فى الجواهر و الرياض لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (السن إذا ضربت انتظر بها سنه فإن وقعت أغرم الضارب خمسمائه درهم و إن لم تقع و اسودت أغرم ثلثى الديه) (١)، نعم يعارضها خبران:

الأول: مرسله أبان عن أبى عبد الله عليه السلام: (كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: إذا اسودت الثنيه جعل فيها الديه) ٢.

و الثانى: خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فإذا اسودت السن إلى الحول و لم تسقط فديتها ديه الساقطه خمسون دينارا) (٢) إلا أنه لا عامل بهما كما فى الجواهر.

و للشيخ فى المبسوط قول بالحكومه، و هو مندفع بالنص السابق، هذا و اعلم أن الحكم مختص بالسواد دون بقيه الألوان التى يرجع فيها إلى الحكومه.

(٢) أى لدلاله الاسوداد.

(٣) كما قطع بذلك جماعه منهم الشيخان و ابن حمزه و الفاضل و قد صرحوا بوجود روايه فى ذلك، إلا أنه لم تصل إلينا كما اعترف أكثر من واحد بذلك، و لذا ذهب المحقق و جماعه إلى الحكومه.

(٤) و الشلل فيه ثلثا الديه للأخبار منها: صحيح الفضيل بن يسار: (سألت أبا عبد الله عليه السلام

ص: ٦٢٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

و للروايه لكنها ضعيفه (١).

(وقيل) في انصداعها:(الحكومه)، لعدم دليل صالح على التقدير و إلحاقه بالشلل بعيد، لبقاء القوه في الجملة. و المشهور الأول و لو قلعها قلع بعد الاسوداد (٢) أو الانصداع (٣) فثلث ديتها (و سن الصبى) (٤) الذى لم تبدل أسنانه -عن الذراع إذا ضرب فانكسر منه الزند، فقال: إذا يبست منه الكف فشلت أصابع الكف كلها فإن فيها ثلثى الديه، ديه اليد، - إلى أن قال - و كذلك الحكم فى الساق و القدم إذا شلت أصابع القدم(١) الظاهر فى عدم اختصاص حكم الشلل بعضو دون آخر، و فيه منع لعدم صدق الشلل على الانصداع لبقاء بعض المنافع فى السن المتصدعه.

(١)و المراد بالروايه هى الروايه التى صرح بوجودها البعض و لم يعثر عليها، و الحكم عليها بالضعف تبعاً للمحقق فى الشرائع حيث قال: «و فى الروايه ضعف».

(٢)فعلى المشهور ثلث ديتها لأن فى اسودادها الثلثان، فلا يبقى للقلع إلا الثلث و لخبر العرزمى عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (جعل فى السن السوداء ثلث ديتها)(٢)، و الخبر ضعيف بيوسف بن الحارث و محمد بن عبد الرحمن العرزمى.

و ذهب الشيخ فى النهايه و ابن سعيد إلى أن فى القلع ربع الديه لخبر عجلان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى ديه السن الأسود ربع ديه السن)(٣) و يؤيده خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فإن سقطت بعد و هى سوداء فديتها اثنا عشر ديناراً و نصف ديناراً)(٤) بناء على روايه الكافى و التهذيب.

و ذهب الشيخ فى المبسوط و تبعه بعض المتأخرين إلى الحكومه، و فيه: إن الرجوع إلى الحكومه بعد عدم الديه المقدره من قبل الشارع و قد عرفت تقديرها فى النصوص السابقه.

(٣)بناء على أن الانصداع له ثلثا الديه و قد عرفت ضعف المستند، فالأصح هو الحكومه كما ذهب إليه البعض.

(٤)ذهب المشهور إلى أنه لو قلع سن الصغير أو كسرت تماماً فينتظر بها سنه فإن نبتت لزم الأرش لمرسل جميل عن أحدهما عليهما السلام: (فى سن الصبى يضربها الرجل فتسقط ثم-

ص: ٦٢٩

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٥.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(ينتظر بها) مده يمكن أن تعود فيها عادة. (فإن نبت فالأرش) لمدته ذهابه (و إلا) تعد (فديه المتغر) بالتاء المشدده مثناه، و مثلته. والأصل المتغر بهما (١) فقلبت التاء تاء ثم أدغمت. و يقال: المتغر بسكون المثلثة، و فتح الثالثه المعجمه و هو الذى سقطت أسنانه الرواضع التى من شأنها السقوط و نبت بدلها، و ديه سن المتغر ما تقدم من التفصيل فى مطلق السن (٢).

(و قيل) و القائل الشيخ و جماعه منهم العلامة فى المختلف: (فيها بعير مطلقا) (٣)، لما روى من أن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى بذلك. و الطريق ضعيف.

فالقول به كذلك.

التاسعه - فى اللّحين الدبه

(و التاسعه - اللّحين) بفتح اللام. و هما: العظمان اللذان ينبت على بشرتهما اللحيه، و يقال لملتقاهما: الذّقن بالتحريك المفتوح، و يتصل كل واحد منهما بالأذن، و عليهما نبات الأسنان السفلى.

إذا قلعا منفردين عن الأسنان كلحىي الطفل، و الشيخ الذى تساقطت أسنانه - تنبت قال: ليس عليه قصاص و عليه الأرش (١) و إلا للزم الديه لإطلاق النصوص المتقدمه الوارده فى الأسنان بلا فرق بين الرجل و غيره.

و ذهب الشيخ فى المبسوط و ابن فهد فى المهذب و ابن زهره فى الغنيه و ابن حمزه فى الوسيله إلى أن ديه سن الصبى بعير مطلقا نبت أو لم تنبت، لخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن عليا عليه السّلام قضى فى سن الصبى قبل أن يتغر بعيرا فى كل سن) (٢) و لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى فى سن الصبى إذا لم يتغر بعير) (٣)، و هما ضعيفان، أما الأول فبابن شمون و الأصم و أما الثانى فبابن بطه و أبى المفضل.

(١) بالتاء و التاء.

(٢) بلا فرق بين الرجل و غيره.

(٣) نبتت أو لا.

ص: ٦٣٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٣٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٣.

(الديه) (١) و فيهما (مع الأسنان: ديتان) (٢) و في كل واحد منهما (٣): نصف الديه منفردا. و مع الأسنان بحسابها (٤).

العاشره - فى العنق الديه

(العاشره - فى العنق إذا كسر فصار أصور) أى مائلا: (الديه) (٥)، و كذا لو منع الازدراد (٦)، و لو زال) الفساد و رجع إلى الصلاح (فالأرش) لما بين المدين، و لو لم يبلغ الأذى ذلك، بل صار الازدراد، أو الالتفات عليه عسرا فالحكومه (٧).

الحاديه عشره - فى كل من اليدين نصف الديه

(الحاديه عشره - فى كل من اليدين نصف الديه) (٨) سواء اليمين (١) بلا خلاف بين الأصحاب لما دل من الأخبار المتقدمه أن كل ما فى الإنسان منه اثنان ففيهما الديه و فى كل واحد منهما نصف الديه.

(٢) ديه للحيين و ديه للأسنان بلا خلاف بين أصحابنا.

(٣) من اللحيين.

(٤) أى بحساب الأسنان الساقطه مع اللحيين أو أحدهما.

(٥) بلا خلاف بين الأصحاب، لخبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: فى القلب إذا أُرعد فطار الديه، و قال رسول الله صلى الله عليه وآله و سلم: فى الصعر الديه، و الصعر أن يثنى عنقه فيصير فى ناحيه) (١).

نعم فى خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و إن اعترى الرجل من ذلك صعر لا يستطيع أن يلتفت فديته خمسمائه دينار) (٢) إلا أنه لا عامل به كما اعترف بذلك فى الجواهر.

(٦) لأن هذه المنفعه أعظم من الذوق الذى فى ذهابه الديه.

(٧) لعدم التقدير الشرعى لهذا العيب.

(٨) و فيهما الديه كامله بلا خلاف بين الفقهاء للأخبار العامه و الخاصه، كخبر هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السلام: (كل ما كان فى الإنسان اثنان ففيهما الديه و فى أحدهما نصف الديه و ما كان فيه واحد ففيه الديه) (٣) و خبر زراره عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى اليد نصف الديه و فى اليدين جميعا الديه و فى الرجلين كذلك) (٤).

- ١- (١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٣- (٣ و ٤) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١٢ و ٦.

و الشمال (١) (و حدها المعصم) (٢) بكسر الميم فسكون العين ففتح الصاد و هو المفصل الذى بين الكف و الذراع و تدخل ديه الأصابع فى ديتها حيث يجتمعان (٣).

(و فى الأصابع) (٤) حيث تقطع (وحدها ديتها) و هى ديه اليد. فلو قطع آخر بقيه اليد فالحكومه خاصه (٥) (و لو قطع معها) أى مع اليد (شئ من الزند) (٦) بفتح الزاى. و المراد شئ من الذراع، لأن الزند على ذكره الجوهري: هو موصل طرف الذراع بالكف (فحكومه زائده) على ديه اليد لما قطع من الزند. أما لو قطعت من المرفق، أو المنكب فديه اليد خاصه، و الفرق: تناول اليد لذلك (٧) حقيقه، و انفصاله بمفصل محسوس. كأصل اليد، بخلاف ما إذا قطع شئ من الزند. فإن اليد إنما صدقت عليها من الزند و الزند من جنابه لا تقدير فيها (٨) فيكون فيها الحكومه، كذا فرق المصنف و غيره.

و فيه نظر. و مثله ما لو قطعت من بعض العضد (و فى العضدين: الديه) (٩)، للخبر العام بثبوتها للاثنين فيما فى البدن منه اثنان (و كذا فى الذراعين).

(١) لإطلاق النصوص.

(٢) بلا خلاف فيه كما فى كشف اللثام و الجواهر.

(٣) بلا خلاف لإطلاق النصوص المتقدمه الداله على أن كل يد فيها نصف الديه و هذا شامل لليد مع الأصابع.

(٤) لو قطعت منفرده فديه الأصابع و هى خمسمائه دينار، بلا خلاف فيه، للأخبار منها:

صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: (أصابع اليدين و الرجلين سواء فى الديه فى كل إصبع عشر من الإبل) (١).

(٥) بلا خلاف فيه كما فى الجواهر لعدم التقدير الشرعى له حينئذ.

(٦) فى اليد خمسمائه دينار و فى الزائد الحكومه على المشهور و ذهب ابن إدريس إلى اعتبار المساحه فى الزائد، و قد تنظر فيه الشارح فى الروضه باعتبار صدق قطع اليد على المجموع فلا يجب إلا ديه اليد كما لو قطع اليد من المرفق أو المنكب.

(٧) للمرفق أو المنكب.

(٨) أى فى الجنابه الزائده على الزند.

(٩) لصحيح هشام بن سالم المتقدم، بلا خلاف فيه.

ص: ٦٣٢

هذا إذا قطعاً منفردين عن اليدين (١)، و أحدهما عن الآخر.

أما لو قطعت اليد من المرفق، أو الكتف فالمشهور أن فيه ديه اليد كما تقدم (٢).

و يحتمل أن يريد (٣) ما هو أعم من ذلك (٤) حتى لو قطعها من الكتف وجب ثلاث ديات، لعموم الخبر. فإنه قول في المسألة (٥)، و وجوب ديه اليد و حكمه في الزائد فإنه قول ثالث (٦). و كلام الأصحاب هنا لا يخلو من إجمال (٧)، أو اختلاف أو إخلال و كذلك الحكم لا يخلو من إشكال (٨) (و في اليد الزائدة الحكومه) (٩) و تتميز عن الأصلية بفقد البطش أو ضعفه و ميلها عن السم (١) بأن قطعت اليدين أولاً ثم الذراعان ثم العضدان و لذا قال الشارح عقيب هذه الجملة:

«و أحدهما عن الآخر».

(٢) لصدق اليد على المقطوع فيكون فيه ديه اليد فقط.

(٣) أى المصنف.

(٤) عند قوله: «و في العضدين الديه و كذا في الذراعين» بحيث يكون مراده: أن في قطع اليد من الكتف ثلاث ديات ديه لليد و ديه للعضد و ديه للذراع، لا أن قطع اليد مطلقاً فيه الديه و قطع العضد منفرداً و كذا الذراع فيه الديه.

و القول بثلاث ديات لقطع اليد من الكتف وجه في المسألة كما في المسالك لعموم صحيح هشام بن سالم المتقدم.

(٥) و قد صرح بكونه وجهاً في المسالك.

(٦) بناء على أن الزائد لا يستوعب الذراع أما مع الاستيعاب فديه اليد فقط.

(٧) و هذا مخصوص في كلام الشيخ في المبسوط حيث حكم بالحكومته في الزائد عن اليد المحدده بالزند و جعل الحكومه تكثر كلما كانت الزيادة أكثر و قال: «إن جميع ذلك فيه مقدّر ذكرناه في تهذيب الأحكام» مع أنه في التهذيب لا يوجد حكم مخصوص لهذا الغرض، و إنما فيه أن ما في الإنسان منه اثنان ففي كل واحد نصف الديه ليس إلا.

(٨) بالنسبه ما لو قطع اليد و شئ من الزند فقد تنظر الشارح في حكمه الزائد بعد صدق اليد على المجموع فتجب ديه اليد فقط.

(٩) ذهب الشيخ في المبسوط إلى ثلث ديه اليد الأصلية، لأن في قطع الإصبع الزائد ثلث ديه الإصبع الأصلي كما في الخبر و قد تقدم، و فيه: إنه قياس لا نقول به فلا بد من الرجوع إلى الحكومه.

الطبيعي، و نقصان خلقتها و لو فى إصبع، و لو تساوتا فيها (١) فأحدهما زائده لا بعينها ففيهما جميعا ديه و حكمه (٢).

و قيل فى الزائده: ثلث ديه الأصلية. ففيهما هنا ديه و ثلث و لو قطعت إحداهما خاصة احتمال ثبوت نصف ديه يد و حكمه (٣) لأنها نصف المجموع و حكمه خاصة للأصل (و فى الأصبع) (٤) مثلث الهمزه و الباء (عشر الديه) ليد (١) أى فى الخلقه.

(٢) فالديه للأصلية و الحكمه للزائده.

(٣) أى و نصف الحكمه، و بعبارة أخرى فإذا كانت فى اليد الأصلية و الزائده ديه و حكمه ففى إحداهما المشتبهه نصف المجموع كما عن المبسوط و التحرير و الإرشاد، لتكافؤ الاحتمالين من أن المقطوع هى الأصلية أو الزائده فالتنصيف مقتضى العدل.

و ذهب غيرهم إلى أن المقطوعه لم يحرز أنها أصلية حتى تثبت ديه اليد فلا محاله يكون الأصل هو الحكمه حيث لم يثبت تقدير شرعى هنا ما لم تصل الحكمه إلى أكثر من ديه اليد فترد إليها لأن الزائده لا تزيد عن الأصلية بالقيمه.

(٤) ذهب المشهور إلى أن فى الإصبع عشر الديه بلا فرق بين أصابع اليدين و أصابع الرجلين للأخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (أصابع اليدين و الرجلين سواء فى الديه، فى كل إصبع عشر من الإبل) (١).

و عن جماعه منهم الشيخ فى الخلاف و ابن حمزه فى الوسيله أن فى قطع الإبهام ثلث ديه اليد أو الرجل، و فى كل واحد من البواقي سدس ديه اليد أو الرجل لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فى الإبهام إذا قطع ثلث ديه اليد مائة دينار و سته و ستون ديناراً و ثلثا دينار - إلى أن قال - و فى الأصابع فى كل إصبع سدس ديه اليد ثلاثه و ثمانون ديناراً و ثلث دينار) (٢) و فى طريقه ضعف لا يقاوم الطائفة الأولى المشتمله على صحاح.

و عن الحلبي ثلث ديه اليد للإبهام و فى كل إصبع من البواقي عشر الديه هذا فى اليد و أما فى الرجل فالتساوى بين الجميع.

و عن ابن زهره فى الغنيه ثلث ديه اليد للإبهام و فى كل إصبع من البواقي عشر الديه بلا فرق بين أصابع اليد و الرجل، و كلاهما ضعيفان لعدم المستند.

ص: ٦٣٤

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

كانت أم لرجل، إبهاما كانت أم غيرها على الأقوى، لصحيحه عبد الله بن سنان و غيرها.

وقيل في الإبهام: ثلث ديه العضو. و باقى الثلثين يقسم على سائر الأصابع (١).

(و فى الأصبع الزائده ثلث ديه الأصلية (٢)، و فى شللها) (٣) أى شلل الأصبع مطلقا (٤)(ثلثا ديتها، و فى) قطع (الشلل الثالث الباقى) (٥) من ديتها، سواء كان الشلل خلقه أم بجنايه جان (٦)(و فى الظفر) (٧) بضم الظاء المشاله و الفاء (إذا لم) (١) فيكون لكل إصبع سدس، لأن الباقى من أصابع اليد الواحده أربعه.

(٢) بلا- خلاف فيه للأخبار منها: معتبره غياث بن إبراهيم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الإصبع الزائده إذا قطعت ثلث ديه الصحيحه) (١).

(٣) أى شلل الأصابع ثلثا ديتها لروايه الحكم بن عتيبه عن أبى جعفر عليه السّلام: (و كلما كان من شلل فهو على الثلث من ديه الصحاح) (٢) و مثلها غيرها.

(٤) بلا فرق بين الإبهام و غيره، و بين أصابع اليد و الرجل، و لا بين الزائده و غيرها.

(٥) بلا خلاف لما دل على أن الشلل فيه ثلثا الديه فيكون الثلث الباقى لقطع المشلول مؤيدا بصحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام: (سأله بعض آل زراره عن رجل قطع لسان رجل أخرس فقال: إن كان ولدته أمه و هو أخرس فعليه ثلث الديه - إلى أن قال - و كذلك القضاء فى العينين و الجوارح) (٣) الدال على أن كل جارحه إذا كانت مشلوله فعلى قاطعها ثلث ديتها.

(٦) لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٧) ذهب المشهور إلى أن فى الظفر عشره دنانير إذا لم ينبت، و كذا إذا نبت أسود لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى الظفر إذا قطع و لم ينبت أو خرج أسود فاسدا عشره دنانير، فإن خرج أبيض فخمسه دنانير) (٤) و السند -

ص: ٦٣٥

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٤- (٤) الوسائل الباب - ٤١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(ينبت، أو نبت أسود عشره دنانير و لو نبت أبيض فخمسه) دنانير على المشهور.

والمستند روايه ضعيفه و فى صحيحه عبد الله بن سنان فى الظفر خمسه دنانير و حملت على ما لو عاد أبيض جمعا و هو غريب (١). و فى المسأله قول آخر (٢) و هو: وجوب عشره دنانير متى قلع و لم يخرج، و متى خرج أسود فثلثا ديته، لأنه فى معنى الشلل (٣)، و لأصالة براءة الذمه من وجوب الزائد (٤) مع ضعف المأخذ، و بعد مساواه عوده لعدمه أصلا (٥). و هو حسن (٦).

الثانيه عشره - فى الظهر إذا كسر الديه

(الثانيه عشره - فى الظهر (٧) إذا كسر الديه)، لصحيحه الحلبي عن الصادق عليه السّلام فى الرجل يكسر ظهره فقال: فيه الديه كامله (و كذا لو احدودب) (٨) - مشتمل على ابن شمون و الأصم و هما ضعيفان إلا أن السند منجبر بعمل الأصحاب كما فى الجواهر، و مع ذلك تركها جماعه و عملوا بإطلاق صحيح ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و فى الظفر خمسه دنانير) (١) و هو شامل للإنبات المتجدد و عدمه و شامل فيما لو نبت أسود أيضا، إلا أن الخبر محمول عند المشهور على ما لو خرج أبيض جمعا بينه و بين ما تقدم.

(١) لأنه حمل للصحيح على ما يوافق الضعيف.

(٢) و هو لابن إدريس.

(٣) أى الاسوداد.

(٤) عن ثلثي الديه.

(٥) فكيف تساوت حالتان عدم عوده و عوده أسود عند المشهور.

(٦) و قال عنه فى الجواهر: «إنه كالأجتهاد فى قبال النص»، فإن ترك خبر مسمع يقتضى العمل بصحيح ابن سنان و هو لا يوافق التفصيل بين عدم عوده فعشره دنانير و بين عوده أسود فثلثا الديه.

(٧) لا خلاف فى كسر الظهر الديه بين الأصحاب للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (فى الرجل يكسر ظهره، قال: فيه الديه كامله) (٢).

(٨) بلا خلاف و يدل عليه صحيح يونس أنه عرض على أبي الحسن الرضا عليه السّلام كتاب الديات، و كان فيه: (و الظهر إذا أهدب ألف دينار) (٣).

ص: ٦٣٦

٢-٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤.

٣-٣) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

أو صار بحيث لا يقدر على القعود (١) (و لو صلح فثلث الديه) (٢). هذا هو المشهور، و فى روايه ظريف: إذا كسر الصلب فجبر على غير عيب فمائه دينار، و إن عثم (٣) فألف دينار (و لو كسر فشلت الرجلان (٤) فديه له) أى لكسره (و ثلثا ديه للرجلين) لأنهما ديه شلل كل عضو بحسبه (و لو كسر الصلب) و هو الظهر (فذهب مشيه و جماعه فديتان) (٥) إحداهما للكسر، و الأخرى لفوات منفعه الجماع، ذكر ذلك الشيخ فى الخلاف و تبعه عليه الجماعه، و اقتصر المحقق و العلّامه فى الشرائع و التحرير على حكايته عنه قولاً إشعاراً بتمريضه. و عليه لو عادت إحدى المنفعتين وجبت ديه واحده، و لو عادت ناقصه فديه، و حكومه عن نقص العائده، إلا أن يكون العود بصلاح الصلب. فالثلث كما مر مضافاً إلى ذلك (٦).

(١) بلا- خلاف فيه و يدل عليه صحيح بريد العجلي عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين فى رجل كسر صلبه فلا يستطيع أن يجلس أن فيه الديه) (١).

(٢) ذهب المشهور إلى أن الظهر لو كسر ثم صلح من دون عيب ففيه ثلث الديه قياساً على اللحيه إذا نبتت و الساعد إذا صلح على غير عيب، و هو قياس إذ لا- دليل على اطراده لذا ذهب جماعه إلى أن فيه مائه دينار لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (و إن انكسر الصلب فجبر على غير عثم و لا عيب فديته مائه دينار، و إن عثم فديته ألف دينار) (٢).

(٣) جبر العظم المكسور مع التواء.

(٤) ففيه ديه كامله و ثلثا الديه، أما الديه فلكسر الظهر و أما ثلثا الديه فلشلل الرجلين، و قد عرفت أن الشلل فيه ثلثا ديه الصحيح.

(٥) ديه لكسر الظهر و ديه لذهاب منفعه الجماع و يدل عليه صحيح إبراهيم بن عمر عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى رجل ضرب رجلاً بعضاً فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقطع جماعه و هو حى بست ديات) (٣) الدال على أن فى انقطاع الجماع ديه كامله، فتوقف المحقق فى الشرائع فى الحكم ليس فى محله.

(٦) من ديه المنفعه الفائته.

ص: ٦٣٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

(الثالثه عشره - فى النخاع) (١) و هو الخيط الأبيض فى وسط فقر الظهر إذا قطع (الديه) كامله، لأنه واحد فى الإنسان، و مع ذلك لا قوام له بدونه.

الرابعه عشره - الثديان

(الرابعه عشره - الثديان) (٢) و هما للرجل و المرأه، و لكن ذكر هنا (٣) حكمهما لها (٤) خاصه و هو أن (فى كل واحد) منهما (نصف ديه المرأه) سواء اليمين و اليسار. و هو موضع وفاق (و فى انقطاع اللبن) عنهما (الحكومه) (٥)، و كذا لو تعذر نزوله (٦)، لأنه حينئذ بمنزله المنقطع (و فى الحلمتين) (٧) و هما: اللتان فى رأسهما كالزهر يلتقهما الطفل (الديه) لو قطعتا منفردتين (عند الشيخ)، لأنهما مما فى الإنسان منه اثنان فيدخلان فى الخبر العام، و نسبه إلى الشيخ مؤذنا برده لأنهما كالجذر من الثديين اللذين فيهما جميعا الديه ففيهما الحكومه خاصه، لأصاله البراءه (١) ففى قطعه الديه كامله بلا خلاف فيه كما فى الجواهر و لا إشكال، لأنه عضو واحد فى البدن فيعمه الضابط المتقدم.

(٢) ففى قطعهما الديه كامله و فى كل واحد نصف الديه، بلا خلاف فيه و يدل عليه الخبر العام من أن كل ما فى الإنسان منه اثنان ففيه الديه و فى أحدهما نصف الديه، و صحيح أبى بصير عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل قطع ثدى امرأته، قال: إذن أغرمه لها نصف الديه) (١).

(٣) أى المصنف.

(٤) أى حكم الثديين للمرأه.

(٥) لأنها جنايه لا مقدر لها شرعا فليس إلا الحكومه.

(٦) بأن لم يكن وقت الجنايه لبن لكن تعذر نزوله فى وقته، بخلاف الفرع المتقدم فاللبن موجود عند الجنايه لكنه انقطع.

(٧) بالنسبه للمرأه ففيهما الديه كما عن الشيخ فى المبسوط و الفاضل و ابنى حمزه و إدريس للخبر العام بأن ما كان فى الإنسان منه اثنان ففيهما الديه.

و استشكل المحقق من حيث إن الديه فى الثديين و الحلمتين بعضهما، و أوجب بانتفاضه باليدى و الأنف فإنهما بعض البدن و يجب فيهما الديه مع أنهما بعض مما يجب له الديه، و ردّ بأنها خرجت و أمثالها بالنص الخاص، و أما مورد نزاعنا فلا، فالأولى فيه الحكومه.

١- (١) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢، إلا- أن فى الوسائل (فرج امرأته) بدل (ثدى امرأته) و هو

سهو.

من الزائد (و كذا حلمتا الرجل) (١) فيهما: الدية عند الشيخ في المبسوط و الخلاف، لما ذكر (٢).

(وقيل) و القائل ابن بابويه، و ابن حمزه: (في حلمتى الرجل: الربع): ربع الدية (و فى كل واحده الثمن) استنادا إلى كتاب ظريف.

و قيل: فيهما الحكومه خاصه، و استضعافا لمستند غيرها.

الخامسه عشره - فى الذّكر الديه

(الخامسه عشره - فى الذكر (٣) مستأصلا، أو الحشفه) فما زاد (الديه) لشيخ كان أم لشاب أم لطفل صغير، قادر على الجماع أم عاجز (و لو كان مسلول الخصيتين) (٤) لأنه مما فى الإنسان منه واحد فتثبت فيه الدية مطلقا (٥) (و فى بعض) (١) فذهب الشيخ فى المبسوط و ابن إدريس و الفاضل فى جمله من كتبه إلى أن فيهما الدية كامله للخبر العام.

و ذهب الصدوق و ابن حمزه إلى ثمن الدية فى كل حلمه استنادا لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (و فى حلمه ثدى الرجل ثمن الدية مائه و خمسه و عشرون دينارا) (١) و قد استشكل الشارح بذلك لضعف السند مع أن بعض طرقه صحيح كما تقدم، و ذهب إلى الحكومه و قواه فخر المحققين.

(٢) من الخبر العام.

(٣) فى قطعه الدية لصحيح يونس: (و الذكر إذا استؤصل ألف دينار) (٢)، و فى قطع الحشفه فما فوق الدية كامله للأخبار منها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و فى الذكر إذا قطعت الحشفه فما فوق الدية) ٣، و صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و فى الذكر إذا قطع من موضع الحشفه الدية) ٤، بلا- فرق بين ذكر الغلام و الرجل لإطلاق النصوص المتقدمه، و لخصوص صحيح بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السّلام: (فى ذكر الغلام الدية كامله) (٣) و مثله غيره.

(٤) لو وصله، و الدية كامله لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٥) سواء كان لشاب أو شيخ أو صبي أو من سلّت خصيتاه.

ص: ٦٣٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- ((٢ و ٣ و ٤)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٤ و ٥.

٣- (٥) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(الحشفه بحسابه) (١) أى حساب ذلك البعض منسوباً إلى مجموعها خاصة.

(و فى) ذكر (العنين ثلث الديه) (٢)، لأنه عضو أشل، و ديته ذلك كما أن فى الجنايه عليه صحيحاً حتى صار أشل ثلثى ديته.

و لو قطع بعض ذكر العنين (٣) اعتبر بحسابه من المجموع، لا من الحشفه، و الفرق بينه و بين الصحيح: أن الحشفه فى الصحيح هى الركن الأعظم فى لذه الجماع، بخلافها فى العنين، لاستواء الجميع فى عدم المنفعه، مع كونه عضواً واحداً. فينسب بعضه إلى مجموعها على الأصل.

السادسه عشره - فى الخصيتين معا الديه

(السادسه عشره - فى الخصيتين) (٤) معا (الديه، و فى كل واحده نصف)، للخبر العام.

(١) بحساب هذا البعض بالنسبه للحشفه لا لجميع الذكر ضروره أن الديه مقدره للحشفه.

(٢) على المشهور باعتبار أن العن شلل و ديه المشلول على ثلث ديه الصحاح.

و قد خالف القاضى و جماعه إلى ثبوت الديه كامله لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام:

(قال أمير المؤمنين عليه السلام: فى ذكر الصبى الديه و فى ذكر العنين الديه) (١). و هو المتعين.

(٣) أى بعض حشفته، فقد اعتبروا نسبه المقطوع إلى مجموع الذكر لا الحشفه بخلاف الصحيح للفرق بينهما حيث كان الحشفه فى الصحيح هى الركن الأعظم فى لذه الجماع و لذا ورد بخصوصها الديه.

بخلاف حشفه العنين فيستوى مجموع الذكر فى عدم المنفعه، و هذا لازمه أن لا يكون فى حشفه العنين الديه بناء على أن فى ذكر العنين ثلث الديه فقط كما ذهب إليه المشهور، و أما قد عرفت أن الديه كامله فى ذكر العنين فلا بد أن يكون فى حشفته كحشفه الصحيح الديه كامله لإطلاق النصوص المتقدمه الوارده فى خصوص الحشفه. و عليه لا بد من اعتبار نسبه المقطوع إلى الحشفه فى العنين كالصحيح لا إلى مجموع الذكر.

(٤) الديه كامله بلا خلاف للخبر العام و لخصوص صحيح يونس: (و البيضتين ألف دينار) (٢) و صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (و فى البيضتين الديه) ٣-.

ص: ٦٤٠

١- (١) الوسائل الباب - ٣٥ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٤.

(و قيل) و القائل به جماعه منهم الشيخ فى الخلاف و أتباعه. و العلامه فى المختلف:(فى اليسرى الثلثان)، و فى اليمنى الثلث، لحسنه عبد الله بن سنان عن الصادق عليه السّلام، و غيرها، و لما روى من أن الولد يكون من اليسرى، و لتفاوتهما فى المنفعه المناسب لتفاوت الديه.

و يعارض باليد القويه الباطشه و الضعيفه، و العين كذلك. و تخلق الولد منها -هذا و المشهور على أن لكل خصيه نصف الديه للتساوى بينهما و لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (و فى خصيه الرجل خمسمائه دينار)^(١).

و عن الصدوق فى الهدايه و الشيخ فى الخلاف و القاضى فى المهذب و سلّار و ابنى حمزه و سعيد إلى أن فى اليسرى ثلثا الديه و فى اليمنى الثلث الباقي لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قلت: فرجل ذهب إحدى بيضتيه؟ فقال: إن كانت اليسار ففيها ثلثا الديه، قلت: و لم، أليس قلت ما كان فى الجسد منه اثنان ففيه نصف الديه؟ فقال: لأن الولد من البيضه اليسرى)^(٢)، و لخبر أبى يحيى الواسطى مرفوعا إلى أبى عبد الله عليه السّلام: (الولد يكون من البيضه اليسرى فإذا قطعت ففيها ثلثا الديه و فى اليمنى ثلث الديه)^(٣).

و قال الشارح فى المسالك: «و قد أنكر بعض الأطباء انحصار التولد فى الخصيه اليسرى، و نسبه الجاحظ فى حياه الحيوان إلى العامه، و قوه المنفعه لا تؤثر فى زياده الديه كما لا تزيد اليد الباطشه عن الضعيفه و كذلك العين و لو صح نسبه التولد إلى الأئمه عليه السّلام: لم يلتفت إلى إنكار منكره و لكن عرفت حاله)، و فيه: إن خبر ابن سنان صحيح و هو خاص فلا بد من تقديمه على التسويه المستفاده من الخبر العام و إنكار الأطباء له كاشف عن عدم اطلاعهم الكامل على الواقع بعد ما ثبت ذلك عن المعصومين عليهم السّلام.

هذا من جهه و من جهه أخرى فقد ذهب ابن الجنيد إلى أن فى اليمنى نصف الديه و فى اليسرى تمام الديه لأن الولد منها فى فواتها تفوت منفعه تامه فتجب الديه لذلك كغيرها من المنافع و هو كالاتجاه فى قبال النص.

ص: ٦٤١

- ١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢.

لم يثبت. و خبره مرسل (١) و قد أنكره بعض الأطباء.

(و فى أدريتهما) (٢) بضم الهمزة فسكون الدال ففتح الراء و هى انتفاخهما (أربعمائة دينار، فإن فحج) بفتح الفاء فالحاء المهملة فالجيم أى تباعدت رجلاه أعقابا مع تقارب صدور قدميه (فلم يقدر على المشى) قيد زائد على الفحج، لأن مطلقه يمكن معه المشى. قال الجوهري: الفحج بالتسكين مشيه الأفحج. و تفحج فى مشيته مثله، و فى حكمه إذا مشى مشيا لا ينتفع به (فثمانمائة دينار) على المشهور. و مستنده كتاب ظريف.

السابعه عشره - فى الشفرين الديه

(السابعه عشره - فى الشفرين) (٣) بضم الشين. هما: اللحم المحيط بالفرج (١) أى خبر التولد من اليسرى و هو يريد خبر الواسطى و قد عرفت أنه مرفوع و لكن خبر ابن سنان قد صرح بكون التولد من اليسرى و هو صحيح.

(٢) أربعمائه دينار بلا خلاف فى ذلك، فإن أوجب الانتفاخ فحج الرجل بحيث تتباعد فخذاه بسبب ذلك فلم يقدر على المشى فثمانمائة دينار لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (و إن أصيب رجل فأدر خصيته كلتاهما فديته أربعمائه دينار، فإن فحج فلم يقدر على المشى إلا مشيا لا ينفعه فديته أربعة أخماس ديه النفس ثمانمائة دينار) (١) و هو صحيح فى بعض طرقه و الشهره توجب وهنه لو فرضت، و لا يعارضه خبر معاويه بن عمار قال: (تزوج جار لى امرأه فلما أراد موائعها رفسته برجلها ففتقت بيضته فصار أدر، فكان بعد ذلك ينكح و يولد له فسألت أبا عبد الله عليه السّلام عن ذلك، و عن رجل أصاب سره رجل ففتقها، فقال عليه السّلام: فى كل فتق ثلث الديه) (٢) لأن البحث فى الانتفاخ المجرد عن الفتق.

(٣) ففى قطعها الديه كامله و فى قطع الواحد منهما نصف الديه بلا خلاف فيه للخبر العام و لخصوص صحيح عبد الرحمن بن سيابه عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن فى كتاب على عليه السّلام لو أن رجلا قطع فرج امرأته لأغرمنه لها ديتها) (٣) المحمول على الشفرين لتبادرهما من الفرج و لكون القطع لهما لأنهما ظاهران.

و لا فرق بين السليمه و الرتقاء و القرناء و الصغيره و الكبيره و البكر و الثيب لعموم الخبر العام و لإطلاق صحيح ابن سيابه.

ص: ٦٤٢

١- (١) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٢ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

إحاطه الشفتين بالفم (الديه) و في كل واحده النصف (من السليمه و الرتقاء) و البكر، و الثيب، و الكبيره، و الصغيره. (و في الركب) (١) بالفتح محركا و هو من المرأه مثل موضع العانه من الرجل (الحكومه).

الثامنه عشره - فى الإفضاء الديه

(الثامنه عشره - فى الإفضاء الديه (٢) و هو تصيير مسلك البول و الحيض واحدا).

و قيل: مسلك الحيض و الغائط (٣). و هو أقوى فى تحققة (٤) فتجب الديه (١) الحكومه لعدم المقدر الشرعى له.

(٢) فلها الديه كامله إذا كان المفضى أجنيا بلا خلاف فيه و يدل على ذلك صحيح سليمان بن خالد: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقع بجاريه فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزله لم تلد فقال: الديه كامله) (١)، و رواه الصدوق عن أمير المؤمنين عليه السلام (٢).

و إذا كان المفضى زوجها فإن كان لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن لم تبلغ تسع سنين فإن طلقها فلها الديه و إن أمسكها فلا شىء عليه و يدل عليه صحيح حمران بن أعين عن أبى عبد الله عليه السلام: (سئل عن رجل تزوج جاريه بكررا لم تدرک، فلما دخل بها افتضاها فأفضاها فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها و لها تسع سنين فلا شىء عليه، و إن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضاها فإنه قد أفسدها و عطلها على الأزواج فعلى الإمام أن يغرمه ديته، و إن أمسكها و لم يطلقها حتى تموت فلا شىء عليه) (٣) و مثلها خبر بريد بن معاويه (٤).

و ذهب المشهور إلى الديه قبل بلوغها تسع سنين أمسك أو طلق اعتمادا على صحيح الحلبي عن أبى عبد الله عليه السلام: (من وطئ امرأته قبل تسع سنين فأصابها عيب فهو ضامن) (٥)، و مثله صحيحه الآخر ٦ و خبر طلحه بن زيد ٧.

إلا أنها مطلقه لا بد من تقييدها بصحيح حمران المتقدم.

(٣) قد تقدم فى كتاب النكاح.

(٤) فى تحقق الإفضاء.

ص: ٦٤٣

- ١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٩.
- ٤- (٤) الوسائل الباب - ٤٤ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.
- ٥- ((٥ و ٦ و ٧) الوسائل الباب - ٤٥ - من أبواب مقدمات النكاح حديث ٥ و ٨ و ٦.

بأيهما كان، لذهاب منفعه الجماع معهما. ولا فرق بين الزوج وغيره إذا كان قبل بلوغها، وتختص (١) بغيره بعده (٢) (و تسقط عن الزوج إذا كان بعد البلوغ)، لأنه فعل مأذون فيه شرعا (٣) إذا لم يكن بتفريط، وإلا فالمتجه ضمان الديه كالضعيفه التي يغلب الظن بإفضائها (٤) (و لو كان قبله (٥) ضمن مع المهر ديتها) (٦) إن وقع بالجماع، لتحقق الدخول الموجب لاستقراره، و لو وقع بغيره بنى استقراره (٧) على عدم عروض موجب التصنيف (٨) (و أنفق) الزوج (عليها حتى يموت أحدهما) (٩) و قد تقدم فى النكاح أنها تحرم عليه مؤبدا مضافا إلى ذلك و إن لم تخرج عن حباله بدون الطلاق، و كذا لا تسقط عنه النفقه و إن طلقها، لصحيحه الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حيه.

و فى سقوطها بتزويجها (١٠) بغيره وجهان من إطلاق النص بثبوتها إلى أن (١) الديه.

(٢) أى بغير الزوج بعد البلوغ.

(٣) أى الوطء الموجب للإفضاء.

(٤) بحيث كان وطؤها موجبا لإفضائها و لو ظنا و مع ذلك أقدم الزوج فيكون ضامنا للديه لأنه مفترط.

(٥) أى لو كان الإفضاء قبل البلوغ و كان الإفضاء من الزوج.

(٦) فالمهر للدخول و الديه للإفضاء، و قد تعرض الأصحاب إلى المهر هنا مع أنه يدور مدار الدخول لثلا يتوهم دخوله فى الديه، هذا إذا تحقق الإفضاء بالوطء، أما لو أفضاها بغيره لم يستقر المهر فى الزوجيه و لا يلزمه مهر فى الأجنبية لأنه منوط بالدخول و هو مفقود.

(٧) أى استقرار المهر.

(٨) كالطلاق قبل الوطء فإنه يوجب تصنيف المهر.

(٩) لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (سألته عن رجل تزوج جاريه فوقع عليها فأفضاها قال: عليه الإجراء عليها ما دامت حيه) (١).

(١٠) أى سقوط النفقه، فذهب المعظم إلى عدم السقوط لإطلاق صحيح الحلبي المتقدم المغيا بالموت، لا بالطلاق أو بالزواج من الغير و عن ابن فهد و الصيمرى و فخر المحققين تقييد وجوب الإنفاق بما إذا لم تتزوج بغيره، لأن الإنفاق لعله تعطيلها على الأزواج و هى -

ص: ٦٤٤

يموت أحدهما، و من حصول الغرض بوجوبها على غيره (١)، و زوال الموجب لها (٢)، و إن العله عدم صلاحيتها لغيره بذلك (٣)، و تعطيلها عن الأزواج و قد زال فيزول الحكم.

و فيه منع انحصار الغرض فى ذلك (٤)، و منع العليه المؤثره (٥) و زوال الزوجيه لو كان كافيا لسقطت بدون التزويج (٦). و هو باطل اتفاقا.

التاسعه عشره – فى الأليين

(التاسعه عشره – فى الأليين) (٧) و هما: اللحم الناتئ بين الظهر و الفخذين (الديه. و فى كل واحده النصف) إذا أخذت إلى العظم الذى تحتها، و فى ذهاب بعضهما بقدره (٨)، فإن جهل المقدار قال فى التحرير: وجبت حكمه (٩).

و يشكل بما لو قطع بزياده مقداره عن الحكومه، أو نقصانه مع الجهل بمجموع المقدار، فينبغى الحكم بثبوت المحقق منه (١٠) كيف كان.

العشرون – الرجلان فيهما الديه

(العشرون – الرجلان فيهما الديه (١١) و فى كل واحده النصف و حدّهما مفصل) -منتفيه بعد تزويجها بغيره مع امتناع وجوب النفقه بالزوجيه على أكثر من واحد، و فيه: إن الإنفاق للإفضاء لا للزوجيه.

(١) أى بوجوب النفقه على غير المفضى.

(٢) للنفقه، و الموجب هو العلقه الزوجيه.

(٣) أى الإفضاء و هو المعبر عنه بتعطيلها على الأزواج.

(٤) رد للدليل الأول و حاصله: إن الإنفاق عقوبه له للإفضاء، و لم تكن النفقه من باب الزوجيه حتى تنتفى إذا تزوجت بغيره و صارت النفقه الزوجيه على الزوج الجديد.

(٥) رد للدليل الثانى و حاصله: إن الإنفاق للإفضاء و ليس للزوجيه حتى ينتفى بانتفائها.

(٦) أى الإنفاق و هو رد للدليل الثالث.

(٧) ففى قطعها الديه كامله و فى الواحد منهما نصف الديه للخبر العام المتقدم مرارا.

(٨) أى بقدر الذاهب بالنسبه للمجموع.

(٩) والأولى هو الصلح.

(١٠) أى المتيقن للأصل.

(١١) بلا- خلاف فيه للخبر العام، و لأخبار خاصه منها: معتبره سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى الرجل الواحده نصف الديه) (١)، بلا فرق بين اليمنى و اليسرى.

ص: ٦٤٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٧.

(الساق) (١) و إن اشتملت على الأصابع. (و فى الأصابع منفردة الديه (٢) و فى كل واحده عشر)، سواء الإبهام و غيره. و الخلاف هنا كما سبق (و ديه كل إصبع مقسومه على ثلاث أنامل) بالسويه (٣) (و) ديه (الإبهام) مقسومه (على اثنين) بالسويه أيضا. (و فى الساقين) و حدّهما الركبه (الديه (٤)، و كذا فى الفخذين)، لأن كل واحد منهما مما فى الإنسان منه اثنان.

هذا إذا قطعاً منفردين عن الرجل، و قطع الفخذ منفرداً عن الساق أما لو جمع بينهما، أو بينها. ففيه ما مر فى اليدين من احتمال ديه واحده إذا قطع من المفصل (٥) و ديه و حكومه (٦). و تعدد الديه بتعدد موجه (٧). و الكلام فى الإصبع الزائده و الرجل (٨) ما تقدم (٩).

الحاديه و العشرون – فى الترقوه أربعون ديناراً

(الحاديه و العشرون – فى الترقوه) (١٠) بفتح التاء فسكون الراء فضم القاف (١) فالرجل تطلق من المفصل و من الركبه و من الفخذ، فالقطع من أى موضع من هذه المواضع موجب للديه لصدق قطع الرجل.

(٢) كأصابع اليدين، و الخلاف هنا من ناحيه زياده ديه الإبهام أو بالتساوى جار هنا لوحده الدليل.

(٣) لأنه مؤلف من ثلاثه أنامل فتقسم ديته عليها.

(٤) إذا قطعت الرجل من المفصل أولاً ثم قطعت الساقان، ففيهما الديه، و كذا فى قطع الفخذين بلا خلاف فيه للخبر العام.

(٥) أى من أصل الفخذ.

(٦) إذا قطعت القدم مع شىء من الساق.

(٧) بحيث تكون ديه للقدم و ديه للساق و ديه للفخذ.

(٨) أى الزائده.

(٩) فى اليد.

(١٠) فى كسرهما إذا جبرت على غير عثم و لا- عيب أربعون ديناراً، و فى صدعها أربعة أخماس ديه كسرهما، و فى موضحتها خمسه و عشرون ديناراً و فى نقل عظامها نصف ديه كسرهما، و فى نقيبها ربع ديه كسرهما، على المشهور – على ما قيل – بين الأصحاب لمعتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و فى الترقوه إذا انكسرت فجبرت على غير عثم و لا- عيب أربعون ديناراً، فإن انصدعت فديتها أربعة أخماس كسرهما اثنان و ثلاثون ديناراً، فإن –

و هي العظم الذى بين ثغره النحر، و العاتق (١) إذا كسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً) روى ذلك فى كتاب ظريف. و لو جبرت على عيب احتمال استصحاب الديه كما لو لم تجبر، و الحكومه رجوعاً إلى القاعده.

و يشكل (٢) لو نقصت عن الأربعين، لوجبها فيما لو عدم العيب فكيف لا تجب معه. و لو قيل بوجوب أكثر الأمرين كان حسناً. (و ترقوه المرأه كالرجل) فى وجوب الأربعين عملاً بالعموم (٣) و لو كان ذمياً فنسبتها إلى ديه المسلم من ديته (٤).

(و فى كسر عظم من عضو خمس ديه) ذلك (العضو (٥)، فإن صلح على) - أوضحت فديتها خمس و عشرون ديناراً و ذلك خمس أجزاء من ثمانية من ديتها إذا انكسرت، فإن نقل منها العظام فديتها نصف ديه كسرها عشرون ديناراً، فإن نقت فديتها ربع ديه كسرها عشره دنانير (١).

و أما إذا جبرت على عيب أو عثم فالخبر لم يتعرض لحكمه و المرجع فيه الحكومه، و قد حكم الشيخ فى المبسوط و الخلاف فى الترقوتين الديه، و لعله ناظر إلى غير الكسر مما يوجب قطعها و عدم صلاحها بالمره.

(١) من كل جانب.

(٢) أى الحكومه.

(٣) بعموم خبر ظريف.

(٤) فتكون ترقوه الذمى باثنين و ثلاثين درهماً.

(٥) على المشهور، و جعل الشارح كتاب ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام هو المستند كما فى المسالك، مع أن خبر ظريف موزع على أبواب الفقه فى الوسائل لكن النظر فى متفرقاته يعطى أن خمس ديه العضو فى كسر المنكب و العضد و المرفق و الكف و الورك و الركبه و الساق و القدم و الساعد كما فى روايه الكافى بالنسبه للأخير، إذا صلحت على غير عثم و لا عيب فى جميع المذكورات (٢) مع أن المشهور قد التزم بأربعة أخماس ديه كسره لو صلح على صحه فلا يكون خبر ظريف دالاً على قول المشهور كما اعترف بذلك فى مفتاح الكرامه. و نقل عن المحقق فى كتاب نكت النهايه: (إن هاتين المسألتين يعنى مسأله الكسر و الرض ذكرهما الشيخان و تبعهما المتأخرون و لم يشيروا إلى المستند).

ص: ٦٤٧

١- (١) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ و ١٠ و ١١ و ١٥ و ١٦ - من أبواب ديات الأعضاء.

(صحة فأربعة أخماس ديه كسره، و في موضحته ربع ديه كسره (١)، و في رضه ثلث ديه) ذلك (العضو) (٢).

و في بعض نسخ الكتاب ثلثا ديته بألف التثنيه. و الظاهر أنه سهو، لأن الثلث هو المشهور و المروى (فإن صلح) المرضوض (على صحة فأربعة أخماس ديه رضه) و لو صلح بغير صحة فالظاهر استصحاب ديته (٣) (و في فكه (٤) بحيث يتعطل العضو ثلثا ديته)، لأنه ذلك بمنزله الشلل (فإن صلح على صحة فأربعة أخماس ديه فكه) و لو لم يتعطل (٥) فالحكومه، هذا هو المشهور. و الأكثر لم يتوقفوا في حكمه، إلا- المحقق في النافع فنسبه إلى الشيخين. و المستند كتاب ظريف مع اختلاف يسير. فلعله نسبة إليهما، لذلك.

الثانيه و العشرون - في كل ضلع مما يلي القلب

(الثانيه و العشرون - في كل ضلع مما يلي القلب) (٦) أي من الجانب الذي فيه (١) على المشهور لخبر يونس و ابن فضال عن الإمام الرضا عليه السلام: (و ديه موضحته ربع ديه كسره) (١).

(٢) هذا إذا لم يبرأ، و إن برئ من غير عيب فأربعة أخماس ديه رضه، و قد سمعت كلام المحقق في الرض و الكسر و أنه هنا دون مستند، إلا أنه في خبر ظريف في رض كل من المنكب و المرفق و الورك و الركبه إذا انجبر على عثم ثلث ديه النفس (٢)، بعد حمل المرضوض على المنكبين و المرفقين و الوركين و الركبتين و إن ورد في الخبر بلفظ المفرد فيكون دليلا للمشهور.

(٣) أي ثلث ديه العضو كما لو لم يصلح.

(٤) أي فك العظم عن العضو بحيث يتعطل العضو فتلثا الديه، و إن صلح على غير عيب فأربعة أخماس ديه فكه على المشهور و في خبر ظريف ما يدل على ذلك، بالإضافة إلى دعوى أن ذلك بمنزله الشلل في العضو و قد عرفت أن الشلل موجب لثلثي الديه.

(٥) أي العضو بعد فك العظم عنه فالحكومه لعدم المقدر الشرعي.

(٦) على المشهور لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و في الأضلاع فيما خالط القلب من الأضلاع إذا كسر منها ضلع فدتيه خمسه و عشرون ديناراً، و في صدعه اثنا عشر ديناراً و نصف، و ديه نقل عظامها سبعة دنانير و نصف، و موضحته على ربع ديه كسره، و نقبه-

ص: ٦٤٨

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٣.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ و ١٠ و ١١ و ١٥ - من أبواب ديات الأعضاء.

القلب (إذا كسرت خمسة و عشرون ديناراً، و إذا كسرت) تلك الضلع (مما يلي العضد عشره دنانير) و يستوى فى ذلك جميع الأضلاع و المستند كتاب ظريف (و لو كسر عصصه) (١) بضم عينيه و هو عجب الذنب بفتح عينه و هو عظمه يقال: إنه أول ما يخلق، و آخر ما يبلى (فلم يملك) حيث كسر (غائظه) و لم يقدر على إمساكه (ففيه الديه)، لصحيحه سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام فى رجل كسر بعصوصه فلم يملك استه فقال: فيه الديه كامله. و البعصوص هو العصص، لكن لم يذكره أهل اللغه فمن عدل المصنف عنه إلى العصص المعروف لغه.

و قال الراوندى: البعصوص عظم رقيق حول الدبر.

(و لو ضرب عجانه) (٢) بكسر العين و هو ما بين الخصيه، و الفقحه (فلم يملك غائظه و لا بوله ففيه الديه) أيضا (فى روايه) إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السّلام و نسبه إلى الروايه، لأن إسحاق فطحى و إن كان ثقه. و العمل بروايته مشهور كالسابق (٣) و كثير من الأصحاب لم يذكر فيه خلافاً.

مثل ذلك، و فى الأضلاع مما يلي العضدين ديه كل ضلع عشره دنانير إذا كسر، و ديه صدعه سبعة دنانير، و ديه نقل عظامه خمسه دنانير، و فى موضحة كل ضلع منها ربع ديه كسره ديناران و نصف، فإن نقب ضلع منها فديتها ديناران و نصف) (١)، و ابن إدريس لم يفرق فى ديه الأضلاع فحكم بأن ديه كل ضلع خمسه و عشرين ديناراً و لا دليل له على هذا الإطلاق.

(١) بحيث لا يملك استه فالديه كامله لصحيح سليمان بن خالد: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن رجل كسر بعصوصه فلم يملك استه ما فيه من الديه؟ فقال: الديه كامله) (٢).

(٢) فلم يملك غائظه و لا - بوله ففيه الديه كامله لمعتبره إسحاق بن عمار: (سمعت أبا عبد الله عليه السّلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى الرجل يضرب على عجانه فلا يستمسك غائظه و لا بوله أن فى ذلك الديه كامله) (٣).

(٣) كالخبر السابق الذى عمل به المشهور.

ص: ٦٤٩

١- (١) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ٢.

(و من افتض بكرة يا صبعه فخرق مئانتها) بفتح الميم و هو مجمع البول (فلم تملك بولها فديتها) (١) لخرق المئانه (و مهر مثل نساءها) للافتضاض على الأشهر لتفويت تلك المنفعة الواحدة فى البدن، و لروايه هشام بن إبراهيم عن أبى الحسن عليه السّلام، لكن الطريق ضعيف (٢).

(و قيل: ثلث ديتها)، لروايه ظريف أن عليا عليه السّلام قضى بذلك و هى أشهر، لكن الأولى أولى لما ذكرناه (٣) و إن اشتركتا فى عدم صحه السند (٤).

(و من داس بطن إنسان (٥) حتى أحدث) بريح، أو بول، أو غائط (ديس بطنه) حتى يحدث كذلك (أو يفتدى ذلك بثلث الديه على روايه) السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام أن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى بذلك، و عمل بمضمونها الأكثر و نسبه المصنف إلى الروايه لضعفها و من ثم أوجب جماعه الحكومه، لأنه المتيقن و هو قوى.

(١) على المشهور لخبر هشام بن إبراهيم عن أبى الحسن عليه السّلام: (الديه) (١)، و قال فى الفقيه: «و أكثر روايات أصحابنا فى ذلك الديه كامله» ٢.

لكن فى خبر أبى عمرو المتطبب عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل افتض جاريه يا صبعه فخرق مئانتها فلا تملك بولها فجعل لها ثلث الديه مائه و سته و ستين ديناراً و ثلثى ديناراً، و قضى لها عليه بصدّاق مثل نساء قومها) (٢)، و مثلها خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام ٤، و الأخيران أشهر.

(٢) فالخبر مرسل و هشام بن إبراهيم مشترك بين الثقة و غيره.

(٣) من تفويت المنفعة الوحيدة فى البدن فىكون فيها ديه كامله.

(٤) و قد عرفت أن خبر ظريف صحيح فى بعض طرقه.

(٥) بحيث خرج منه البول أو الغائط فعليه ثلث الديه أو يداس بطنه حتى يحدث فى ثيابه لمعتبره السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (رفع إلى أمير المؤمنين عليه السّلام رجل داس بطن رجل حتى أحدث فى ثيابه، فقضى عليه أن يداس بطنه حتى يحدث فى ثيابه كما أحدث، أو يغرم ثلث الديه) (٣).

ص: ٦٥٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣ و ٤.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٣٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٣.

٣- ((٥)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب قصاص الطرف حديث ١.

(القول في ديه المنافع و هي ثمانية أشياء):

الأول - في ذهاب العقل الديه

(الأول - في ذهاب العقل الديه) كامله (١)(و في) ذهاب (بعضه بحسابه) أى حساب الذاهب من المجموع (بحسب نظر الحاكم) (٢) إذ لا يمكن ضبط الناقص على اليقين.

وقيل: يقدر بالزمان فإن جنّ يوماً و أفاق يوماً فالذاهب النصف أو جنّ يوماً و أفاق يومين فالثلث و هكذا (و لو شجّه فذهب عقله لم تتداخل) ديه الشجّه و ديه العقل، بل تجب الديتان (و إن كان بضربه واحده) و كذا لو قطع له عضوا غير (١) بلا خلاف فيه لصحيح أبي عبيده الحدّاء قال: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن رجل ضرب رجلا بعمود فسطاط على رأسه ضربه واحده فأجفاه حتى وصلت الضربه إلى الدماغ فذهب عقله، قال: إن كان المضروب لا يعقل منها أوقات الصلاة و لا يعقل ما قال و لا ما قيل له، فإنه ينتظر به سنه فإن مات فيما بينه و بين السنه أقيّد به ضاربه، و إن لم يمّت فيما بينه و بين السنه و لم يرجع إليه عقله أغرم ضاربه الديه في ماله لذهاب عقله، قلت: فما ترى عليه في الشجّه شيئاً؟ قال: لا، لأنه إنما ضرب ضربه واحده فجنت الضربه جنائيتين فألزمته أغلظ الجنائيتين و هي الديه (١). و تتداخل الجنائيتان قد ذهب إليه الشيخ في النهايه و ابن سعيد في الجامع اعتماداً على الخبر المذكور و ذهب المحقق في الشرائع و جماعه إلى عدم تداخل الجنائيتين للأصل و لصحيح إبراهيم بن عمرو عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل ضرب رجلا بعضاً فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقطع جماعه و هي حتى بست ديات) (٢)، و قد تقدم الكلام فيه.

(٢) على رأى جماعه إذ لا طريق إلى تقدير النقصان كى توزع عليه الديه.

و ذهب الشيخ في المبسوط و ابن حمزه في الوسيله و العلّامه في القواعد إلى التقدير بالزمان: فلو جنّ يوماً و أفاق يوماً كان الذاهب نصف العقل، أو جنّ يوماً و أفاق يومين فيكون الذاهب الثلث، و هذا تخمين و استحسان و لا دليل شرعى عليه فلا يصلح أن يكون مستندا للحكم الشرعى، فالأولى الرجوع إلى الحكومه أو الصلح.

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

الشجّه فذهب عقله (و لو عاد العقل بعد ذهابه) و أخذ ديتّه (لم تستعد الديه) (١) لأنه هبه من الله تعالى مجدده (إن حكم أهل الخيره (٢) بذهابه بالكلية) أما مع الشك في ذهابه فالحكومّه.

الثاني - السمع و فيه الديه

(الثاني - السمع (٣) و فيه الديه) إذا ذهب من الأذنين معا (مع اليأس) من عوده (و لو رجا) أهل الخيره (عوده) و لو بعد مدّه (انتظر، فإن لم يعد فالديه) كامله (و إن عاد فالأرش) لنقصه زمن فواته (و لو تنازعا في ذهابه) فادعاه المجنى عليه و أنكره الجاني، أو قال: لا أعلم صدقه و حصل الشك في ذهابه (اعتبر حاله عند الصوت العظيم، و الرعد القوي، و الصيحه عند غفلته، فإن تحقق) الأمر بالذهاب و عدمه حكم بموجبه (و إلا حلف القسامه) (٤) و حكم له، و الكلام في ذهابه بشجّه (١) لخبر أبي حمزه الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام: (قلت له: - جعلت فداك - ما تقول في رجل ضرب رأس رجل بعمود فسطاط فأّمّه - يعني ذهب عقله -؟ قال: عليه الديه، قلت: فإن عاش عشره أيام أو أقل أو أكثر فرجع إليه عقله أ له أن يأخذ الديه؟ قال:

لا، قد مضت الديه بما فيها) (١).

(٢) قيد لعدم استعادته الديه، لأنه قال في المسالك بعد إيراد خبر أبي حمزه: «و في الطريق جهاله و لو قيل بالرجوع إلى أهل الخيره في ذلك فإن قضوا بذهابه بالكلية لم ترجع و إلا فالحكومّه كانت حسنا».

(٣) و في ذهابه الديه بلا خلاف فيه للأخبار منها: الخبر العام.

و منها: صحيح يونس: (أنه عرض كتاب الديات على أبي الحسن الرضا عليه السلام و كان فيه: في ذهاب السمع كله ألف دينار) (٢)، و صحيح سليمان بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام: (في رجل ضرب رجلا في أذنه بعظم فادعى أنه لا يسمع قال: يترصد و يستغفل و ينتظر به سنه فإن سمع أو شهد عليه رجلا أن يسمع و إلا حلفه و أعطاه الديه، قيل: يا أمير المؤمنين فإن عثر عليه بعد ذلك أنه يسمع قال: إن كان الله ردّ عليه سمعه لم أر عليه شيئا) (٣).

(٤) لصحيح سليمان بن خالد.

ص: ٦٥٢

١- (١) الوسائل الباب - ٧ - من أبواب ديات المنافع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

و قطع أذن كما تقدم من عدم التداخل.

(و فى) ذهاب (سمع إحدى الأذنين) أجمع (النصف) (١) نصف الديه (و لو نقص سمعها) من غير أن يذهب أجمع (قيس إلى الأخرى) بأن تسد الناقصه و تطلق الصحيحه ثم يصاح به بصوت لا يختلف كميته كصوت الجرس حتى يقول: لا أسمع، ثم يعاد عليه ثانيا من جهه أخرى فإن تساوت المسافتان صدق، و لو فعل به كذلك فى الجهات الأربع كان أولى، ثم تسد الصحيحه و تطلق الناقصه و تعتبر بالصوت كذلك حتى يقول: لا- أسمع، ثم يكرر عليه الاعتبار كما مر، و ينظر التفاوت بين الصحيح و الناقص و يؤخذ من الديه بحسابه (٢).

و ليكن القياس فى وقت سكون الهواء فى مواضع معتدله (و لو نقصا معا (٣) قيس إلى أبناء سنه) من الجهات المختلفه بأن يجلس قرنه بجبنه، و يصاح بهما بالصوت المنضبط من مسافه بعيده لا يسمعه واحد منهما، ثم يقرب المنادى شيئا (١) بلا خلاف فيه للخبر العام.

(٢) فى رواية أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى رجل و جىء فى أذنه فادعى أن إحدى أذنيه نقص من سمعها شيئا، قال: تسدّ التى ضربت سدا شديدا و يفتح الصحيحه فيضرب له بالجرس، و يقال له: اسمع، فإذا خفى عليه الصوت علم مكانه، ثم يضرب به من خلفه و يقال له: اسمع فإذا خفى عليه الصوت علم مكانه، ثم يقاس ما بينهما فإن كان سواء علم أنه قد صدق، ثم يؤخذ به عن يمينه فيضرب به حتى يخفى عليه الصوت ثم يعلم مكانه، ثم يؤخذ به عن يساره فيضرب به حتى يخفى عليه الصوت ثم يعلم مكانه، ثم يقاس فإن كان سواء علم أنه قد صدق، ثم تفتح أذنه المعتلّه و تسدّ الأخرى سدا جيدا ثم يضرب بالجرس من قدامه ثم يعلم حتى يخفى عليه الصوت، يصنع به كما صنع أول مره بأذنه الصحيحه ثم يقاس فضل ما بين الصحيحه و المعتلّه فيعطى الأرش بحساب ذلك) (١)، و بما أن الروايه ضعيفه السند بعلى بن أبى حمزه البطائنى فاكتفى الأصحاب بما يتيقن من صدقه و لو بتكرير الامتحان من جهتين دون الجهات الأربع و إن كان للجهات الأربع أولى كما قال الشارح.

(٣) أى السمعان.

ص: ٦٥٣

فشيئا - إلى أن يقول -: القرن سمعت فيعرف الموضع ثم يدام الصوت و يقرب إلى أن يقول المجنى عليه: سمعت فيضبط ما بينهما من التفاوت، و يكرر كذلك و يؤخذ بنسبته من الديه حيث لا يختلف، و يجوز الابتداء من قرب كما ذكر (١).

الثالث - في ذهاب الإبصار الديه

(الثالث - في ذهاب الإبصار) (٢) من العينين معا (الديه) و في ضوء كل عين نصفها، سواء فقأ الحدقه أم أبقاها، بخلاف إزاله الأذن و إبطال السمع منها، و سواء صحيح البصر و الأعمش و الأخرس و من في حدقته بياض لا يمنع أصل البصر (٣). و إنما يحكم بذهابه (إذا شهد به شاهدان) عدلان (٤) (أو صدقه) (١) في دعوى نقصان سمع إحدى الأذنين، و هذه التجربه في معرفه نقص السمع في الأذنين معتبره لأنها تفيد الاطمئنان و لخبر القداح - الوارد في دعوى نقصان البصر - عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السّلام: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام برجل قد ضرب رجلا حتى نقص من بصره، فدعا برجل من أسنانه ثم أراهم شيئا فنظر ما انتقص من بصره فأعطاه ديه ما انتقص من بصره) (١).

(٢) ففي ذهابه من العينين الديه كامله و في ذهابه من إحداهما نصف الديه بلا خلاف فيه للخبر العام و لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (و الضوء كله من العينين ألف دينار) (٢)، و لصحيح إبراهيم بن عمر عن أبي عبد الله عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام في رجل ضرب رجلا بعصا فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقطع جماعه و هو حيّ بست ديات) (٣) و مثلها غيرها. و هي ظاهره في وجوب الديه بذهاب البصر و لو بقيت الحدقه، نعم لو قلع الحدقتين ففيهما الديه كامله و في إحداهما نصف الديه و لو كان بسببها قد ذهب الضوء أيضا لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و في العينين الديه، و في إحداهما نصف الديه) (٤)، و لخبر زراره عن أبي عبد الله عليه السّلام: (و في العينين الديه و في إحداهما نصف الديه) (٥)، بخلاف السمع و الأذن فإن في ذهاب كل منهما الديه كامله لأن السمع ليس في الأذن بل بما ورائها بخلاف الضوء و البصر فإنه في العين.

(٣) لإطلاق النصوص المتقدمه.

(٤) لعموم حججه البيئه.

ص: ٦٥٤

- ١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ديات المنافع حديث ٤.
- ٢- (٢) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.
- ٣- (٣) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.
- ٤- ((٤ و ٥) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤ و ٦.

(الجاني (١)، و يكفى) فى إثباته (شاهد و امرأتان إن كان ذهابه من غير عمد)، لأنه حينئذ يوجب المال و شهادتهما مقبولة فيه (٢)، هذا كله مع بقاء الحدقه، و إلا لم يفتقر إلى ذلك (٣).

(و لو عدم الشهود) حيث يفتقر إليهما و كان الضرب مما يحتمل زوال النظر معه (حلف) المجنى عليه (القسامه (٤) إذا كانت العين قائمه) و قضى له.

و قيل: يقابل بالشمس فإن بقيتا مفتوحتين صدق، و إلا كذب لروايه الأصبع عن أمير المؤمنين عليه السلام و فى الطريق ضعف.

(و لو ادعى نقصان) بصر (إحدهما قيست إلى الأخرى) كما ذكر فى السمع.

(١) فهو إقرار فى حقه فيكون نافذاً.

(٢) أى شهاده النساء مقبولة فى الأمور الماليه كما تقدم فى كتاب الشهادات.

(٣) لأنه مع ذهاب الحدقه فلا داعى للبرهان مع بروز العيان.

(٤) بلا خلاف بين من تعرض له كما فى الجواهر، لخبر يونس و ابن فضال عن أبى الحسن الرضا عليه السلام عند ما عرضا عليه كتاب ظريف: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام إذا أصيب الرجل بإحدى عينيه فإنها تقاس ببيضه تربط على عينه المصابه و ينظر ما منتهى عينه الصحيحه، ثم تغطى الصحيحه و ينظر ما منتهى نظر عينه المصابه فيعطى ديته من حساب ذلك، و القسامه مع ذلك من الستة الأجزاء على قدر ما أصيب من عينه، فإن كان سدس بصره حلف هو وحده و أعطى، و إن كان ثلث بصره حلف هو و حلف معه رجل واحد، و إن كان نصف بصره حلف هو و حلف معه رجلان، و إن كان ثلثى بصره حلف هو و حلف معه ثلاثه نفر، و إن كان أربعة أخماس بصره حلف هو و حلف معه أربعة نفر، و إن كان بصره كله حلف هو و حلف معه خمسة نفر) (١).

و قد ورد فى خبر الأصبع عن أمير المؤمنين عليه السلام فيمن ادعى ذهاب بصره بالجنايه:

(فأما ما ادّعاه فى عينيه فإنه يقابل بعينه الشمس فإن كان كاذبا لم يتمالك حتى يغمض عينيه و إن كان صادقا بقيتا مفتوحتين) (٢) من دون اشتراط القسامه و فى طريق الخبر ضعف بمحمد بن فرات مع عدم إمكان روايته عن الأصبع فيكون الخبر مرسلًا.

ص: ٦٥٥

١- (١) الوسائل الباب - ١٢ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

و أجد ما يعتبر به ما روى صحيحا عن الصادق عليه السلام (١) أن تربط عينه الصحيحه و يأخذ رجل بيضه و يبعد حتى يقول المجنى عليه: ما بقيت أبصرها فيعلم عنده، ثم تشد المصابه، و تطلق الصحيحه و تعتبر كذلك، ثم تعتبر في جهه أخرى، أو في الجهات الأربع فإن تساوت صدق و إلا كذب، ثم ينظر مع صدق ما بين المسافتين و يؤخذ من الديه بنسبه النقصان (أو ادعى نقصانها قيستا إلى أبناء سنه) (٢) بأن يوقف معه و ينظر ما يبلغه نظره ثم يعتبر ما يبلغه نظر المجنى عليه و يعلم نسبه ما بينهما (فإن استوت المسافات الأربع (٣) صدق، و إلا كذب).

و حينئذ فيحلف الجانى على عدم النقصان (٤) إن ادعاه (٥) و إن قال: لا- أدرى لم يتوجه عليه اليمين، و لا يقاس النظر فى يوم غيم (٦)، و لا فى أرض مختلفه الجهات (٧) لئلا يحصل الاختلاف بالعارض.

الرابع - فى إبطال الشم الديه

(الرابع - فى إبطال الشم) (٨) من المنخرين معا (الديه) و من أحدهما خاصه (١) و هو صحيح معاويه بن عمار، الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ديات المنافع، حديث ١، و مثله غيره بالإضافة إلى خبر يونس و ابن فضال المتقدم.

(٢) لصحيح عبد الله بن ميمون القداح عن أبي عبد الله عن أبيه عليهما السلام: (أتى أمير المؤمنين عليه السلام برجل قد ضرب رجلا حتى نقص من بصره، فدعا برجل من أسنانه ثم أراهم شيئا فنظر ما انتقص من بصره فأعطاه ديه ما انتقص من بصره) (١).

(٣) بالنسبه لقياس نقصان بصره عن بصر أبناء سنه قياسا على ما ورد فى قياس العين المصابه على الصحيحه.

(٤) لأنه منكر.

(٥) أى ادعى عدم النقصان فيكون منكرا لما ادعاه المجنى عليه من النقصان.

(٦) لعدم ظهور القياس فيه و لخبر محمد بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام: (لا تقاس عين فى يوم غيم) (٢) و مثله معتبره السكونى ٣.

(٧) حزونه و سهوله و علوا و هبوطا لأنه يمنع من معرفه الحال فلا يظهر القياس فيها.

(٨) ففى إذهابه من المنخرين الديه كامله و من أحدهما نصفها بلا خلاف فيه للأخبار منها:

صحيح عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: (ضرب رجل رجلا-

ص: ٦٥٦

١- (١) الوسائل الباب - ٨ - من أبواب ديات المنافع حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ديات المنافع حديث ٢ و ١.

نصفها (و لو ادعى ذهابه) و كذبه الجاني عقيب جنايه يمكن زواله بها (اعتبر بالروائح الطيبه، و الخبيثه)، و الروائح الحاده، فإن تبين حاله حكم به (ثم) أحلف (القسامه) (١) إن لم يظهر بالامتحان و قضى له (و روى) عن أمير المؤمنين عليه السلام بالطريق السابق فى البصر (تقريب الحراق) بضم الحاء و تخفيف الراء و تشديده من لحن العامه قاله الجوهري. و هو ما يقع فيه النار عند القدح أى يقرب بعد علوق النار به (منه فإن دمعت عيناه و نحى أنفه فكاذب، و إلا فصادق). و ضعف طريق الروايه بمحمد بن الفرات يمنع من العمل بها (٢)، و إثبات الديه بذلك (٣)، مع أصاله البراءه.

(و لو ادعى نقصه (٤) قيل: يحلف و يوجب له الحاكم شيئاً بحسب اجتهاده) - فى هامته على عهد أمير المؤمنين عليه السلام فادعى المضروب أنه لا يبصر بعينه شيئاً و أنه لا يشم رائحه و أنه قد خرس فلا ينطق، فقال أمير المؤمنين عليه السلام: إن كان صادقاً فقد وجبت له ثلاث ديات النفس - إلى أن قال -: و أما ما ادعاه فى خياشيمه و أنه لا يشم رائحه فإنه يستبرأ ذلك بحراق يدنى من أنفه فإن كان صحيحاً وصلت رائحه الحراق إلى دماغه و دمعت عيناه و نحى برأسه) كما فى روايه الصدوق و فى روايه الكافى: (فإنه يدنى منه الحراق فإن كان كما يقول و إلا نحى رأسه و دمعت عينه) (١) و قد رواه فى الكافى مرسلًا.

(١) من باب الاستظهار و إلا فالخبر المتقدم خاليا عنها.

(٢) اعلم أن هذا الخبر قد رواه الشيخ عن الأصمغ بن نباته و طريقه مشتمل على محمد بن فرات و قد رواه الكافى مرسلًا و قد رواه الصدوق مسندًا له إلى قضايا أمير المؤمنين و سند الصدوق صحيح فراجع.

(٣) أى و ضعف الطريق يمنع إثبات الديه بهذا الامتحان الوارد فى الخبر مع أصاله البراءه عنها إلا إذا استظهرنا بالقسامه.

(٤) قيل يحلف كما عن المبسوط إذ لا - طريق إلى البيه و الامتحان و يوجب الحاكم له بما يؤدي إليه اجتهاده، و تبعه عليه الفاضل.

وفيه: إن حلف المدعى على خلاف الأصل مع أن الأصل البراءه، و يمكن القول بحلف المدعى بناء على تقسيم القسامه على سته أجزاء كما سمعته فى البصر لخبر يونس و ابن فضال المتقدم.

ص: ٦٥٧

إذ لا طريق إلى البينه، ولا إلى الامتحان. وإنما نسبه إلى القول، لعدم دليل عليه مع أصله البراءة، وكون حلف المدعى خلاف الأصل وإنما مقتضاه حلف المدعى عليه على البراءة.

(و لو قطع الأنف فذهب الشم فديتان) (١) إحداهما للأنف، والأخرى للشم، لأن الأنف ليس محل القوه الشامه فإنها منبثه فى زائدتى مقدم الدماغ المشبهتين بحلمتى الثدى تدرىك ما يلاقيها من الروائح، و الأنف طريق للهواء الواصل إليها.

و مثله قوه السمع، فإنها مودعه فى العصب المفروش فى مقعر الصماخ يدرك ما يؤدى إليها الهواء فلا تدخل ديه إحداهما فى الأخرى.

الخامس - الذوق فيه الديه

(الخامس - الذوق (٢) قيل) و القائل العلّامه قاطعا به و جماعه:(فيه الديه) كغيره من الحواس، و لدخوله فى عموم قولهم عليه السلام: كل ما فى الإنسان منه واحد ففيه الديه، و نسبه إلى القيل، لعدم دليل عليه بخصوصه، و الشك فى الدليل العام فإنه كما تقدم مقطوع (٣) (و يرجع فيه (٤) عقيب الجنايه) التى يحتمل إتلافها له (إلى دعواه مع الأيمان) البالغه مقدار القسامه (٥)، لتعذر إقامه البينه (١) بلا خلاف فيه كالسمع و الأذن لأن الأصل عدم التداخل بعد أن كانا جنايتين ذاتا و محلا لأن الشم ليس فى الأنف بل فى الدماغ.

(٢) قال فى الجواهر - و لقد أجاد - : «و يمكن أن يقال فيه الديه لقولهم عليهم السلام: كل ما فى الإنسان منه واحد ففيه الديه، بل جزم به الحلّى و ابن حمزه و يحيى بن سعيد و الفاضل على ما حكى عن بعضهم، لكن قد يشكل بما أسلفناه سابقا من تبادل العضو الواحد منه لا- المنفعه، و الأصل البراءة، فيتجه حينئذ فيه الحكومه، و على كل حال فيرجع فيه عقيب الجنايه التى يترتب عليها مثله غالبا إلى دعوى المجنى عليه مع الاستظهار بالأيمان كما صرح به الفاضل و غيره لأنه من اللوث فيجرى عليه حكمه، نعم لو لم يكن ثمة لوث لعدم أماره تقتضيه، و لا أمكن امتحانه بالأشياء المره جدا كان القول قول الجانى فى إنكاره للأصل، و مع تحقق النقصان يقضى الحاكم بما يحسم المنازعه تقريبا، لعدم تقدير له شرعا، و عدم إمكان معرفه النسبه فيه).

(٣) و فيه: إنه صحيح السند لكن هو ظاهر فى الأعضاء لا فى المنافع.

(٤) فى الذوق.

(٥) و هى الخمسين، و هذا لا دليل له ظاهرا نعم من الممكن تقسيم القسامه على الأجزاء الستة الوارده فى المنافع كما تقدم فى البصر لخبرى يونس و ابن فضال.

عليه، و امتحانه و فى التحرير يجرب بالأشياء المره المقره (١) ثم يرجع مع الاشتباه إلى الأيمان و مع دعواه النقصان يقضى الحاكم بعد تحليفه بما يراه من الحكومه تقريبا على القول السابق (٢).

السادس - فى تعذر الإنزال للمنى الديه

(السادس - فى تعذر الإنزال للمنى) حاله الجماع (٣) (الديه)، لفوات الماء المقصود للنسل و فى معناه تعذر الإحبال (٤)، و الحبل (٥) و إن نزل المنى، لفوات النسل، لكن فى تعذر الحبل ديه المرأه إذا ثبت استناد ذلك إلى الجنايه، و الحق به إبطال الالتذاذ بالجماع (٦) لو فرض مع بقاء الإمناء و الإحبال. و هو بعيد، و لو (١) و فى نسخه (المنقره) و المقره أى المره.

(٢) الوارد فى الشم.

(٣) على المشهور، للخبر العام من أن كل ما كان فى الإنسان منه واحد ففيه الديه و لخبر سماعه عن أبى عبد الله عليه السلام: (و فى الظهر إذا انكسر حتى لا ينزل صاحبه الماء الديه كامله) (١)، و لصحيح إبراهيم بن عمر عن أبى عبد الله عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى رجل ضرب رجلا بعضا فذهب سمعه و بصره و لسانه و عقله و فرجه و انقطع جماعه و هو حى بست ديات) (٢).

و فيه: إن الخبر العام مختص بالأعضاء و لا يشمل المنافع، و خبر سماعه وارد فى كسر الظهر المستوجب لعدم إنزال الماء و ليس ظاهرا فى مطلق عدم الإنزال و لو بغير كسر الظهر، نعم فلا يبقى إلا- الخبر الأخير الظاهر فى عدم إنزال الماء من لفظ انقطاع الجماع الوارد عقيب ذهاب الفرج بالعنن.

(٤) أى فى معنى عدم إنزال الماء، و أوجب الفاضل فى عدم الإحبال و إن كان ينزل الديه كامله للخبر العام، و قد عرفت عدم شموله للمنافع.

(٥) بالنسبه للمرأه و استدلل له بخبر سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السلام: (عن رجل وقع بجاريه فأفضاها و كانت إذا نزلت بتلك المنزل لم تلد، قال: الديه كامله) (٣) و فيه:

إن الديه للإفضاء لا لعدم الحبل.

(٦) أى الحق بعدم الإنزال، و فى القواعد الديه لبطلان الالتذاذ بالطعام أو بالجماع بناء للخبر العام، و قد عرفت عدم شموله للمنافع.

ص: ٦٥٩

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٧.

٢- (٢) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

فرض (١) فالمرجع إليه فيه (٢) مع وقوع جنايه تحتمله مع القسامه (٣)، لتعذر الاطلاع عليه من غيره.

السابع - فى سلس البول الديه

(السابع - فى سلس البول) (٤) و هو نزوله مترشحا لضعف القوه الماسكه (الديه) على المشهور، و المستند روايه غياث بن إبراهيم و هو ضعيف، لكنها مناسبه لما يستلزمه من فوات المنفعه المتحدده و لو انقطع (٥) فالحكومه.

(وقيل: إن دام إلى الليل ففيه الديه، و) إن دام (إلى الزوال) ففيه (الثلاثان، و إلى ارتفاع النهار) ففيه (ثلث) الديه، و مستند التفصيل روايه إسحاق بن عمار عن (١) أى فرض بطلان الالتذاذ مع بقاء الإنزال.

(٢) أى فالمرجع إلى المجنى عليه فى بطلان الالتذاذ، لا إلى أهل الخبره، لأنه أمر لا يعرف إلا من قبله.

(٣) الظاهره فى الخمسين لأنها توجب الديه كامله، مع أنك عرفت احتمال أن تكون منقسمه على سته أجزاء كما تقدم فى بقيه المنافع.

(٤) ففيه الديه على المشهور لخبر غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (أن عليا عليه السلام قضى فى رجل ضرب حتى سلس بوله بالديه كامله) (١) و يؤيده خبر إسحاق بن عمار: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يضرب على عجانة فلا يستمسك غائظه و لا بوله: أن فى ذلك الديه كامله) ٢.

و ذهب الشيخ و بنو حمزه و سعيد و إدريس و المقداد و سيد الرياض أنه إذا دام إلى الليل ففيه الديه، و إن كان إلى الزوال فثلثا الديه، و إن كان إلى ارتفاع النهار فثلث الديه لخبر إسحاق بن عمار الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام: (سأله رجل - و أنا عنده - عن رجل ضرب رجلا فقطع بوله فقال له: إن كان البول يمرّ إلى الليل فعليه الديه لأنه قد منعه المعيشه، و إن كان إلى آخر النهار فعليه الديه، و إن كان إلى نصف النهار فعليه ثلثا الديه، و إن كان إلى ارتفاع النهار فعليه ثلث الديه) (٢).

و نقل الفاضل فى القواعد الديه إلى الليل و نصفها إلى الظهر و ثلثها إلى الضحوه عن البعض و لم يعرف قائله و ليس له مستند.

(٥) أى انقطع السلس و برئ فالحكومه لعدم المقدر له شرعا.

ص: ٦٦٠

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ٤ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات المنافع حديث ٣.

الصادق عليه السّلام معللا الأول بمنعه المعيشه و هو يؤذن بأن المراد معاودته كذلك فى كل يوم كما فهمه منه العلامه، لكن فى الطريق إسحاق و هو فطحي، و صالح بن عقبه و هو كذاب غال فلا التفات إلى التفصيل. نعم يثبت الأرش فى جميع الصور حيث لا دوام (١).

الثامن - فى إذهب الصوت الديه

(الثامن - فى إذهب الصوت) (٢) مع بقاء اللسان على اعتداله و تمكنه من التقطيع و الترديد (الديه)، لأنه من المنافع المتحده فى الإنسان، و لو أذهب معه حركه اللسان فديه و ثلثان (٣)، لأنه فى معنى شلله و تدخل ديه النطق بالحروف فى الصوت، لأن منفعه الصوت أهمها النطق، مع احتمال عدمه، للمغايره.

الفصل الثالث الشجاج و توابعها

اشاره

(الفصل الثالث)

فى معنى الشجاج

(الشجاج) (٤) بكسر الشين جمع شجه بفتحها و هى الجرح المختص بالرأس و الوجه، و يسمى فى غيرهما جرحا بقول مطلق (٥) (و توابعها) (٦) مما خرج عن (١) فى جميع آفات النهار.

(٢) بلا خلاف فيه لخبر يونس عند ما عرض كتاب الديات على أبى الحسن الرضا عليه السّلام و كان فيه: (فى ذهاب السمع كله ألف دينار، و الصوت كله من الغنن و البحر ألف دينار) (١).

(٣) فالديه لذهاب الصوت و الثلثان لحركه اللسان لأنه ذهاب حركته بمعنى شلله، و هذا ما نص عليه العلامه فى التحرير، و فيه: إن ذهاب حركه اللسان لا يدرجه تحت الشلل بل يدرجه تحت ذهاب النطق، و فى ذهابه الديه، و فى الفرض ديتان كما لذهاب النطق و لذهاب الصوت لأنهما منفعتان متباينتان ذاتا و محلا فالنطق من اللسان و الصوت من تقطيع الهواء الخارج من الجوف.

و استشكل العلامه فى القواعد فى ذلك لأن معظم الصوت من النطق و لذا حكم بديه واحده.

(٤) فهى الجرح المختص بالرأس و الوجه و يسمى فى غيرهما جرحا و هى على المشهور ثمان:

الحارصه و الداميه و المتلاحمه و السمحاق و الموضحه و الهاشمه و المنقله و المأمومه.

(٥) غير مقيد.

(٦) أى توابع الشجاج الثمانى و سيأتى الكلام فيها.

ص: ٦٦١

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ديات المنافع حديث ١.

في أن الشجاج ثمان

(و هي) أى الشجاج (ثمان: الحارصه و هي القاشره للجلد و فيها بعير (١). و الداميه و هي التى تقطع الجلد و تأخذ فى اللحم يسيرا و فيها: بعيران (٢) و الباضعه و هي الآخذة كثيرا فى اللحم) و لا يبلغ سمحاق العظم (و فيها: ثلاثه أبعره و هي المتلاحمه) (٣) على الأشهر.

و قيل: إن الداميه هي الحارصه، و إن الباضعه مغايره للمتلاحمه فتكون الباضعه هي الداميه بالمعنى السابق، و اتفق القائلان على أن الأربعة الألفاظ (٤) موضوعه لثلاثه معان، و إن واحدا منها مرادف، و الأخبار مختلفه أيضا ففى روايه منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام فى الحارصه و هي الخدش بعير، و فى الداميه بعيران، و فى روايه مسمع عنه عليه السّلام فى الداميه بعير، و فى الباضعه بعيران، و فى المتلاحمه ثلاثه (٥)، و الأولى تدل على الأول، و الثانيه على الثانى، و النزاع لفظى (٦).

(١) بلا خلاف فى ذلك إلا من الإسكافى أن فيها نصف بعير، و هو مع شذوذه لا يعرف له مستند، و يدل على المشهور معتبره منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى الخرصه شبه الخدش بعير، و فى الداميه بعيران، و فى الباضعه و هي ما دون السمحاق ثلاث من الإبل، و فى السمحاق و هي دون الموضحه أربع من الإبل، و فى الموضحه خمس من الإبل) (١) و فى خبر السكونى عتبر عن الخارصه بالداميه، و هو عن أبى عبد الله عليه السّلام: (أن رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم قضى فى الداميه بعيرا، و فى الباضعه بعيرين و فى المتلاحمه ثلاثه أبعره و فى السمحاق أبعره أبعره) (٢).

(٢) و هي المعبر عنها بالباضعه فى خبر السكونى و تدل عليه معتبره منصور أيضا.

(٣) كما فى خبر السكونى و تدل عليه معتبره منصور المتقدمه.

(٤) و هي الحارصه و الداميه و الباضعه و المتلاحمه.

(٥) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٦، و مثله خبر السكونى المتقدم.

(٦) لأن جعل البعير فى الداميه دليل على أن المراد منها الخارصه.

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ١٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٨.

(و السمحاق) بكسر السين المهملة و إسكان الميم (و هي التي تبلغ السمحاقه و هي الجلده) الرقيقه (المغشيه للعظم) و لا تقشرها (و فيها أربعة أبعره) (١) و الموضحه و هي التي تكشف عن وضح (العظم) و هو بياضه و تقشر السمحاقه (و فيها خمسة أبعره) (٢).

(و الهاشمه و هي التي تهشم العظم) أى تكسره و إن لم يسبق بجرح (و فيها عشره أبعره (٣) أرباعا) على نسبه ما يوزع فى الديه الكامله من بنات المخاض، و اللبون، و المحقق، و أولاد اللبون، فالعشره هنا بنتا مخاض، و ابنا لبون، و ثلاث بنات لبون، و ثلاث حقق (إن كان خطأ و أثلاثا) على نسبه ما يوزع فى الديه الكامله (إن كان شبيها) بالخطأ فيكون ثلاث حقق، و ثلاث بنات لبون، و أربع خلف حوامل. بناء على ما دلت عليه صحيحه ابن سنان من التوزيع (٤).

و أما على ما اختاره المصنف (٥) فلا يتحقق بالتحريز، و لكن ما ذكرناه منه (١) لدلاله خبرى منصور بن حازم و السكونى و كذا خبر مسمع المتقدمين على ذلك.

(٢) لدلاله خبر منصور بن حازم المتقدم و مثله غيره.

(٣) لخبر السكونى: (أن عليا عليه السلام قضى فى الهاشمه بعشر من الإبل) (١).

و الخبر مطلق، لكن فى الشرائع و القواعد و المبسوط أن العشره أرباعا على هذا النحو: بنتا مخاض و ابنا لبون و ثلاث بنات لبون و ثلاث حقق، إن كان ذلك خطأ، و إن كان شبيه العمده فثلاث بنات لبون و ثلاث حقق و أربع خلف، و قال فى الجواهر: «و إن لم نقف على نص عليه هنا بالخصوص و يمكن أن يكون حملوه على النفس».

(٤) فى ديه النفس، و الخبر صحيح ابن سنان: (سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: قال أمير المؤمنين عليه السلام فى الخطأ شبه العمده أن يقتل بالسوط أو بالعصا أو بالحجر أن ديه ذلك تغلظ و هي مائه من الإبل: منها أربعون خلفه من بين ثنيه إلى بازل عامها، و ثلاثون حقه و ثلاثون بنت لبون، و الخطأ يكون فيه ثلاثون حقه و ثلاثون ابنه لبون و عشرون بنت مخاض و عشرون ابن لبون ذكر) (٢).

(٥) فى أصل الديه الكامله بالنسبه لشبيه العمده من أربع و ثلاثين ثنيه و ثلاث و ثلاثين بنت لبون و ثلاث و ثلاثين حقه تبعا لخبر أبى بصير كما تقدم البحث فى ذلك فلا يتحقق التحريز المذكور هنا بالنسبه.

ص: ٦٦٣

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و المنافع حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

مبرئ أيضا، لأنه أزيد سنا في بعضه (١).

(و المنقله) بتشديد القاف مكسوره (و هي التي تحوج إلى نقل العظم) إما بأن ينتقل عن محله إلى آخر، أو يسقط.

قال المبرد: المنقله ما يخرج منها عظام صغار و أخذه من النقل بالتحريك و هي الحجاره الصغار.

و قال الجوهرى: هي التي تنقل العظم أى تكسره حتى يخرج منها فراش العظام بفتح الفاء قال: و هي عظام رقاق تلى القحف (و فيها خمسة عشر بعيرا (٢)).

و المأمومه و هي التي تبلغ أم الرأس أعنى الخريطه التي تجمع الدماغ) بكسر الدال و لا تفتقها (و فيها ثلاثه و ثلاثون بعيرا) (٣) على ما دلت عليه صحيحه الحلبي و غيره.

و فى كثير من الأخبار - و منها صحيحه معاويه بن وهب -: فيها ثلث الديه فيزيد ثلث بعير و ربما جمع بينها (٤) بأن المراد بالثلث ما أسقط منه الثلث (٥)، و لو دفعها من غير الإبل لزمه إكمال الثلث (٦)، محررا و الأقوى وجوب الثلث (٧).

(١) و هو فى الخلف الحوامل.

(٢) بلا خلاف فيه لصحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام: (و المنقله خمس عشره من الإبل) (١) و مثله غيره.

(٣) بلا- خلاف فيه لصحيح الحلبي المتقدم: (و المأمومه ثلاث و ثلاثون بعيرا من الإبل) (٢)، و صحيح معاويه بن وهب عن أبي عبد الله عليه السلام: (فى الشجه المأمومه ثلث الديه) ٣.

(٤) بين هذه الصحاح.

(٥) أى ثلث بعير لإطلاق صحيح الحلبي المتقدم.

(٦) ثلث الديه لإطلاق صحيح معاويه بن وهب و غيره.

(٧) ثلث الديه حتى لو كان من الإبل، و يردده إطلاق صحيح الحلبي المتقدم.

ص: ٦٦٤

١- (١) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٤.

٢- ((٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٤ و ١٢.

و أما الدماغه، و هي التي تفتق الخريطه) الجامعه للدماغ (و تبعد معها السلامه) من الموت (فإن مات) بها (فالدیه (١) و إن فرض أنه سلم قيل: زیدت حکومه علی المأمومه)، لوجوب الثلث بالأمه فلا بد لقطع الخريطه من حق آخر و هو غیر مقدر فالحکومه، و هو حسن. فهذه جمله الجراحات الثمانیه المختصه بالرأس المشتمله علی تسعه أسماء.

فی التوابع

(و من التوابع: الجائفه و هي الواصله إلى الجوف) من أى الجهات كان (و لو من ثغره النحر و فيها ثلث الدیه) (٢) بإضافه ثلث البعير هنا اتفاقاً.

(و فى النافذه فى الأنف) (٣) بحيث تنقب المنخرين معا و لا تنسد (ثلث) (١) فالدماغه توجب بعد السلامه و تقتضى القصاص أو الدیه، و علی تقديرها فهى أزيد من ديه المأمومه لعدم المقدر الشرعى لها، نعم لو مات فالديه كما هو واضح.

(٢) بلا خلاف فيه للأخبار منها: صحيح معاويه بن وهب: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشجه المأمومه فقال: ثلث الدیه و الشجه الجائفه ثلث الدیه) (١)، و رواه زيد الشحام:

(سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الشجه المأمومه فقال: فيها ثلث الدیه و فى الجائفه ثلث الدیه) ٢ و هذان الخبران و غيرهما و إن كانا ظاهرين فى الشجه الجائفه فى خصوص الرأس لكن فى معتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: (و فى الأضلاع فيما خالط القلب من الأضلاع إذا كسر منها ضلع فديته خمس و عشرون ديناراً - إلى أن قال -: و فى الجائفه ثلث ديه النفس ثلاثمائة و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار، و إن نفذت من الجانبين كليهما رميه أو طعنه فديتها أربعمائه دينار و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار) (٢)، فهى ظاهره فى الجائفه فى البدن، فجعل الجائفه الموجه لثلث الدیه فى خصوص الرأس كما عن الأردبيلي ليس فى محله.

(٣) على المشهور لمعتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (فإن قطع روثه الأنف - و هى طرفه - فديته خمسمائة دينار، و إن نفذت فيه نافذه لا تنسد بسهم أو رمح فديته ثلاثمائة دينار و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار، و إن كانت نافذه فبرئت و التأم فديتها خمس ديه (روثه) الأنف مائه دينار، فما أصيب منه فعلى حساب ذلك، و إن كانت نافذه فى إحدى المنخرين إلى الخيشوم و هو الحاجز بين المنخرين فديتها عشر ديه روثه الأنف خمسون ديناراً، لأنه النصف، و إن كانت نافذه فى أحد المنخرين أو الخيشوم إلى المنخر الآخر -

ص: ٦٦٥

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ١٢ و ٥.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٣ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(الديه، فإن صلحت) و انسدت (فخمس الديه).

(و فى النافذه فى أحد المنخرين) خاصه (عشر الديه) إن صلحت و إلا فسدس الديه (١)، لأنها (٢) على النصف فيهما (٣)، و المستند كتاب ظريف، لكنه (٤) أطلق العشر فى إحداهما كما هنا (٥)، و التفصيل فيه (٦) كالسابق (٧) للعلامه.

(و فى شق الشفتين (٨) حتى تبدو الأسنان ثلث ديتهما) (٩) سواء استوعبهما -فديتها سته و ستون ديناراً و ثلثا ديناراً(١).

(١) لم يذكر خبر ظريف عشر الديه عند صلاحه، و إنما ذكره العلامه و وجهه أن صلاح المنخرين فيه خمس الديه عند صلاحه فلا بد أن يكون فى أحدهما عشر الديه لأنه على النصف، و لم يذكر خبر ظريف سدس الديه عند عدم صلاحه و قد ذكره العلامه و وجهه أن خبر ظريف قد ذكر ثلث الديه فى المنخرين عند عدم صلاحه ففى المنخر الواحد يكون السدس لأنه على النصف.

(٢) أى النافذه فى أحد المنخرين.

(٣) فى المنخرين.

(٤) خبر ظريف.

(٥) كما فى المتن و لم يخصص العشر فيما لو صلح، و لم يذكر الخبر ديه عدم الصلاح و هى السدس.

(٦) فى أحد المنخرين صلاحاً و فساداً.

(٧) كالمنخرين.

(٨) لمعتبره ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (فإن انشقت حتى تبدو الأسنان ثم دوويت و برأت و التأمّت فديتها مائه دينار فذلك خمس ديه الشّفه إذا قطعت و استوصلت، و ما قطع منها فبحساب ذلك، و إن شترت فشنت شينا قبيحا فديتها مائه دينار و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار، و ديه الشفه السفلى إذا استوصلت ثلثا الديه ستمائه و سته و ستون ديناراً و ثلثا دينار، فما قطع منها فبحساب ذلك، فإن انشقت حتى تبدو الأسنان منها ثم برأت و التأمّت فديتها مائه و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار، و إن أصيبت فشنت شينا قبيحا فديتها ثلاثمائه و ثلاثه و ثلاثون ديناراً و ثلث دينار و ذلك نصف ديتها(٢).

(٩) مع عدم الصلاح، و هو موافق للخبر بالنسبه للشفه العليا، و أما فى السفلى فلا لأن الديه

ص: ٦٦٦

١- (١) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

الشق أم لا (و لو برأت) الجراحه (فخمس ديتها) (١).

و فى شق إحداهما ثلث ديتها إن لم تبرأ (٢)، فإن برأت فخمسها استنادا إلى كتاب ظريف.

(و فى احمرار الوجه بالجنايه) (٣) من لطمه و شبهها (دينار و نصف).

(و فى اخضاره ثلاثه دنانير) (٤).

(و فى اسوداده سته) (٥) لروايه إسحاق بن عمار (و) المشهور أن هذه الجنايات الثلث (فى البدن على النصف) (٦) و الروايه خاليه عنه (٧)، و ظاهرها أن ذلك يثبت فى الخبر نصف ديه قطعها، و ديه قطعها ثلثا الديه الكامله فيكون ثلث الديه الكامله لا ثلث ديتها.

(١) بناء على عدم التنصيف بينهما و إنما ديه الشفه العليا النصف و خمسه مائه دينار، و ديه الشفه السفلى ثلثا الديه و خمسه مائه و ثلاثه و ثلاثون دينارا و ثلث دينار كما فى الخبر.

(٢) قد عرفت أن الخبر قد نص على نصف ديتها إن لم تبرأ بالنسبه للسفلى.

(٣) لا خلاف فى ذلك بين الأصحاب و يدل عليه معتبره إسحاق بن عمار عن أبى عبد الله عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى اللطمه يسود أثرها فى الوجه أن أرشها سته دنانير، فإن لم تسود و اخضرت فإن أرشها ثلاثه دنانير، فإن احمرت و لم تخضر فإن أرشها دينار و نصف) (١) و لا خصوصيه للطمه بل يجرى الحكم فى مطلق الجنايه الموجهه لاحمرار الوجه، و لذا عبر الماتن بالجنايه و علق عليه الشارح من لطمه و غيرها.

(٤) بلا خلاف فيه و يدل عليه خبر إسحاق بن عمار المتقدم.

(٥) على الأ-كثر لروايه إسحاق المتقدمه، و ذهب جماعه منهم السيدان إلى أن الديه ثلاثه دنانير بدعوى الإجماع عليه و هو كالاتجاه فى قبال النص.

(٦) على المشهور لروايه إسحاق و على روايه الصدوق حيث زاد فى آخره: (و فى البدن نصف ذلك) (٢).

مع أن روايه الكلينى و الشيخ خاليه عن هذا القيد لذا توقف المحقق فى الشرائع و النافع بل مال المحقق الأردبيلى إلى العدم و ذهب إلى الحكومه.

(٧) قد عرفت أن روايه الصدوق قد دلت عليه.

ص: ٦٦٧

٢- (٢) الوسائل الباب - ٤ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ١.

بوجود أثر اللطمه و نحوها فى الوجه و إن لم يستوعبه و لم يدم فيه عرفا (١).

و ربما قيل باشتراط الدوام (٢)، و إلا- فالأرش، و لو قيل بالأرش مطلقا (٣) لضعف المستند إن لم يكن إجماع كان حسنا. و فى تعدى حكم المروى إلى غيره من الأعضاء التى ديتة أقل (٤) كاليد و الرجل بل الإصبع و جهان (٥)، و على تقديره (٦) فهل يجب فيه بنسبه ديتة إلى ديه الوجه، أم بنسبه ما وجب فى البدن إلى الوجه و جهان (٧).

و لما ضعف مأخذ الأصل كان إثبات مثل هذه الأحكام أضعف، و إطلاق الحكم يشمل الذكر و الأنثى فيتساويان فى ذلك (٨) و سيأتى التنبيه عليه أيضا.

(و ديه الشجاج) المتقدمه (فى الوجه و الرأس سواء) (٩)، لما تقرر من أنها لا تطلق إلا عليها.

(١) أى لم يدم أثر اللطمه فى الوجه طويلا.

(٢) قال فى الجواهر: «و هو مع عدم معرفيه قائله ضعيف لمخالفته للإطلاق المزبور».

(٣) دام الأثر أو لا.

(٤) أى أقل من ديه الوجه و كان له مقدر شرعى.

(٥) لكن إطلاق النص المتقدم عدم الفرق بين أعضاء البدن كلها ما له مقدر شرعا و ما لا مقدر له كذلك.

(٦) تقدير التعدى.

(٧) و الثانى هو المتعين لإطلاق النص المتقدم.

(٨) لإطلاق النص إلحاقا لهذه المذكورات بالجراح التى لم تبلغ ثلث الديه.

(٩) بلا- خلاف فيه لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (قال رسول الله صلّى الله عليه و آله و سلّم: إن الموضحة فى الوجه و الرأس سواء) (١) و روايه الحسن بن صالح الثورى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (سألته عن الموضحة فى الرأس كما هى فى الوجه؟ فقال: الموضحة و الشجاج فى الوجه و الرأس سواء فى الديه، لأن الوجه من الرأس) ٢، نعم يعارضهما خبر أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى السمحاق و هى التى دون الموضحة خمسمائه درهم، و فيها إذا كانت فى الوجه ضعف الديه على قدر الشين) (٢) فهى مرسله-

ص: ٦٦٨

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٢ و ١ .

٢- (٣) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ديات الشجاج و الجراح حديث ٩ .

و في البدن بنسبه ديه العضو إلى الرأس) ففي حارصه اليد نصف بعير (١)، و فيها (٢) في أنمله إبهامها (٣) نصف عشر (٤) و هكذا.

(و في النافذه في شىء من أطراف الرجل مائه دينار) (٥) على قول الشيخ و جماعه، و لم نقف على مستنده (٦)، و هو مع ذلك يشكل بما لو كانت ديه الطرف تقصر عن المائه كالأنمله إذ يلزم زياده ديه النافذه فيها (٧) على ديتها، بل على ديه أنملتين حيث يشتمل الإصبع على ثلاث.

و ربما خصها بعضهم (٨) بعضو فيه كمال الديه و لا بأس به إن تعين العمل بأصله، و يعضده أن الموجود في كتاب ظريف ليس مطلقا (٩) كما ذكروه، بل قال (١٠): و في الخد إذا كانت فيه نافذه يرى منها جوف الفم فديتها مائه - لا تقاوم ما تقدم من الأخبار. فضلا عن أن ديه السمحاق أربعة أبعره لا خمسمائه درهم.

(١) لأن ديه اليد نصف ديه الوجه أو الرأس، و قد تقدم أن الحارصه في الرأس بعير ففي اليد يكون نصف بعير.

(٢) أى في الحارصه.

(٣) أى إبهام اليد.

(٤) أى نصف عشر البعير، لأن الأنمله ديتها نصف ديه الإصبع، و ديه الإصبع عشر ديه الرأس.

(٥) كما عن الشيخ و أتباعه على ما في المسالك لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام الذى عرفه صحه بعض طرقه: (و أفتى في النافذه إذا نفذت من رمح أو خنجر فى شىء من البدن فى أطرافه فديتها عشر ديه الرجل مائه دينار) (١).

(٦) و قد قال فى المسالك: «هذا القول للشيخ و أتباعه استنادا إلى كتاب ظريف»، و لذا علّق الشارح هنا: «مستنده كتاب ظريف و قد عرفت حاله».

(٧) فى الأنمله.

(٨) أى خص ديه النافذه التى هى مائه دينار، و لم يعرف هذا البعض.

(٩) حتى للأطراف التى ديتها أقل من ديه النافذه، و حتى لمطلق النافذه.

(١٠) أى الإمام عليه السّلام فى كتاب ظريف.

ص: ٦٦٩

دينار (١).

و تخصيصهم الحكم بالرجل (٢) يقتضى أن المرأه ليست كذلك فيحتمل الرجوع فيها إلى الأصل من الأرش، أو حكم الشجاج بالنسبه و ثبوت خمسين دينارا على النصف كالديه و فى بعض فتاوى المصنف أن الأنثى كالذكر فى ذلك ففى نافذتها مائه دينار أيضا.

(و كلما ذكر فى الدينار فهو منسوب إلى صاحب الديه التامه (٣)، و المرأه الكامله (٤)، و فى العبد و الذمى بنسبتها إلى النفس) (٥).

كتب المصنف على الكتاب فى تفسير ذلك أن ما ذكر فيه لفظ الدينار من الأبعاض كالنافذه و الاحمرار و الاخضرار فهو واجب للرجل الكامل، و المرأه الكامله، فإذا اتفق فى ذمى، أو عبد أخذ بالنسبه، مثلا النافذه فيها مائه دينار. ففى الذمى ثمانيه دنانير (٦) و فى العبد عشر قيمته، و كذا الباقي.

فى معنى الحكومه و الأرش

(و معنى الحكومه و الأرش) (٧) فيما لا تقدير لديته واحد و هو (أن يقوم) (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١، و لكن فى الوسائل: (مائتا دينار) و هو سهو، و وجه التأييد أن الديه للنافذه بشرط إظهار جوف الفم، و ليس لمطلق النافذه.

(٢) قال فى المسالك: «و فى نافذه المرأه أوجه، أجودها الحكومه مطلقا عملا بالأصل، و كونها على النصف من الرجل فيثبت فيها خمسون دينارا مطلقا، و مساواتها للرجل فى ذلك لأنها إنما تنتصف فى جنايه تبلغ الثلث و هنا ليس كذلك». و فى الجواهر عن بعضهم أنه صرح بالتنصيف، و مقتضى الأصل أنها تساوى الرجل ما لم تبلغ الجراحات ثلث ديه النفس.

(٣) و هو الرجل المسلم الحر.

(٤) بالإسلام و الحريه.

(٥) أى بنسبه الشجاج إلى الديه الكامله لهما.

(٦) لأن ديه النافذه عشر الديه الكامله للرجل المسلم الحر فعشر النافذه فى الذمى ثمانيه دنانير.

(٧) فهما واحد اصطلاحا.

المجنى عليه (مملوكا) و إن كان حرا (تقديرًا صحيحًا) على الوصف المشتمل عليه حاله الجنايه.

(و بالجنايه) (١) و تنسب إحدى القيمتين إلى الأخرى (و يؤخذ من الديه) أى ديه المجنى عليه كيف اتفقت (بنسبته).

فلو قوم العبد صحيحًا بعشره، و معييا بتسعه و جب للجنايه عشر ديه الحر و يجعل العبد أصلا للحر فى ذلك (٢)، كما أن الحر أصل له (٣) فى المقدر (٤)، و لو كان المجنى عليه مملوكا استحق مولاه التفاوت بين القيمتين و لو لم ينقص بالجنايه كقطع السلع (٥)، و الذكر (٦)، و لحيه المرأه فلا شىء، إلا أن ينقص حين الجنايه بسبب الألم فيجب (٧) ما لم يستوعب قيمه ففیه ما مر (٨)، و لو كان المجنى عليه قتلا أو جرحا خثى مشكلا ففیه نصف ديه ذكر و نصف ديه أنثى.

و يحتمل ديه أنثى، لأنه المتيقن (٩). و جرحه (١٠) فيما لا يبلغ ثلث الديه كجرح الذكر كالأنثى، و فيما بلغه ثلاثه أرباع ديه الذكر بحسبه (١١).

فى من لا ولى له

(و من لا ولى له فالحاكم و ليه (١٢) يقتص له من المتعمد)، و يأخذ الديه فى الخطأ و الشبيه.

(١) أى و يقوم المجنى عليه بالجنايه مملوكا و إن كان حرا.

(٢) فى الجنایات التى لا مقدر لها شرعا.

(٣) للعبد.

(٤) شرعا.

(٥) بكسر السين و هو الزائد فى الجسد كالغده بين الجلد و اللحم.

(٦) فقطع ذكر العبد موجب لزيادته.

(٧) أى الأرش ما لم يستوعب قيمه العبد.

(٨) من تخيير مولاه بين أخذ قيمته و دفعه إلى الجانى و بين الرضا به بغير عوض لثلا يجمع بين العوض و المعوض.

(٩) أى لأن احتمال أنه أنثى متيقن، و الشك فى ذكوريته فالأصل العدم.

(١٠) مبتدأ و خبره كجرح الذكر.

(١١) بحسب ذلك الجرح.

(١٢) بلا خلاف و لا إشكال لصحيح أبي ولاد الحنات: (سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل -

ص: ٦٧١

(وقيل) و القائل الشيخ و أتباعه و المحقق و العلامه، بل كاد يكون إجماعاً:

(ليس له العفو عن القصاص، و لا الدية)، لصحيحه أبي ولاد عن الصادق عليه السلام في الرجل يقتل و ليس له ولي إلا الإمام: إنه ليس للإمام أن يعفو و له أن يقتل و يأخذ الدية و هو يتناول العمد و الخطأ.

و ذهب ابن إدريس إلى جواز عفو عن القصاص و الدية كغيره من الأولياء، بل هو أولى بالحكم، و يظهر من المصنف الميل إليه حيث جعل المنع قولاً، و حيث كانت الرواية صحيحه و قد عمل بها الأكثر فلا وجه للعدول عنها.

الفصل الرابع - في التوابع و هي أربعة

إشاره

(الفصل الرابع - في التوابع)

الأول - في ديه الجنين و الميت

(و هي أربعة: الأول - في ديه الجنين) و هو الحمل في بطن أمه و سمي به لاستتاره فيه (١) من الاجتنان و هو الستر فهو بمعنى المفعول.

(في النطفه إذا استقرت في الرحم) و استعدت للنشوء (عشرون ديناراً) (٢) - قتل مسلماً عمدا فلم يكن للمقتول أولياء من المسلمين إلا أولياء من أهل الذمه من قرابته، فقال: على الإمام أن يعرض على قرابته من أهل بيته دينه الإسلام، فمن أسلم منهم فهو وليه يدفع القاتل إليه فإن شاء قتل و إن شاء عفا و إن شاء أخذ الدية، فإن لم يسلم أحد كان الإمام ولياً أمره فإن شاء قتل و إن شاء أخذ الدية فجعلها في بيت مال المسلمين، لأن جنایه المقتول كانت على الإمام فكذلك تكون ديته لإمام المسلمين.

قلت: فإن عفا عنه الإمام، فقال: إنما هو حق جميع المسلمين، و إنما على الإمام أن يقتل أو يأخذ الدية و ليس له أن يعفو(١).

و لذا ذهب الأ-كثر إلى عدم العفو، و ذهب ابن إدريس إلى جواز العفو عن القصاص و الدية كغيره من الأولياء بل هو أولى بالعفو، و هو اجتهاد في مقابل النص الصحيح.

(١) أي و سمي الحمل بالجنين لاستتاره في بطن أمه.

(٢) البحث فيه منقسم إلى قسمين: تاره عند تماميه خلقه و قبل ولوج الروح فيه و هو المسمى بالجنين و أخرى قبل تماميه خلقه.

فلو لم يتم خلقه ففيه قولان: أحدهما للشيخ في المبسوط و موضع من الخلاف و كتابي -

١- (١) الوسائل الباب - ٦٠ - من أبواب القصاص في النفس حديث ١.

-الأخبار أن فيه غره عبد أو أمه.

و الأكثر على تفصيل لصحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن الرجل يضرب المرأة فتطرح النطفه فقال: عليه عشرون ديناراً، فقلت: يضربها فتطرح العلقه فقال: عليه أربعون ديناراً، فقلت فيضربها فتطرح المضغه فقال: عليه ستون ديناراً، فقلت: فيضربها فتطرحه و قد صار له عظم، فقال: عليه الديه كامله، و بهذا قضى أمير المؤمنين عليه السّلام(١). و المراد بالديه الكامله ديه الجنين و هى مائه دينار بعد حمل صيروره العظم له على تماميه الخلقه قبل ولوج الروح لأخبار منها: خبر سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى النطفه عشرون ديناراً، و فى العلقه أربعون ديناراً، و فى المضغه ستون ديناراً، و فى العظم ثمانون ديناراً فإذا كسى اللحم فمائه دينار، ثم هى ديته حتى يستهل فإذا استهل فالديه كامله)٢، و خبر ظريف عن أمير المؤمنين: (جعل ديه الجنين مائه دينار، و جعل منى الرجل إلى أن يكون جنينا خمسه أجزاء، فإذا كان جنينا قبل أن تلجه الروح مائه دينار، - إلى أن قال -: فجعل للنطفه خمس المائه عشرون ديناراً و للعلقه خمس المائه أربعين ديناراً، و للمضغه ثلاثه أخماس المائه ستين ديناراً، و للعظم أربعة أخماس المائه ثمانين ديناراً، فإذا كسا اللحم كانت له مائه كامله، فإذا نشأ فيه خلق آخر و هو الروح، فهو حينئذ نفس بألف دينار كامله إن كان ذكراً، و إن كان أنثى فخمسمائه دينار)٣، و مستند الشيخ أخبار الغره منها: صحيح داود بن فرقد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (جاءت امرأه فاستعدت على أعرابى قد أفزعا فألقت جنينا، فقال الأعرابى: لم يهل و لم يصح و مثله يطل، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: اسكت سجاعه، عليك غره و صيف عبد أو أمه)٤، و صحيح سليمان بن خالد عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن رجلاً جاء إلى النبى صلى الله عليه و آله و سلم و قد ضرب امرأه حبلى فأسقطت سقطاً ميتاً فأتى زوج المرأه إلى النبى فاستعدى عليه، فقال الضارب: يا رسول الله، ما أكل و لا شرب و لا استهل و لا صاح و لا استبشر، فقال النبى صلى الله عليه و آله و سلم: إنك رجل سجاعه فقضى فيه رقبه)٥، و قد حملها الشيخ على ما لو لم تتم خلقته جمعاً بينها و بين صحيح أبى عبيده عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى امرأه شربت دواء و هى حامل لتطرح ولدها فألقت ولدها، قال: إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم و شق له السمع و البصر فإن عليها ديه تسلمها إلى أبيه، و إن كان جنينا علقه أو مضغه فإن عليها أربعين ديناراً أو غره تسلمها إلى أبيه)٦-

ص: ٦٧٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤ و ٣ و ١.

٢- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٢ و ٤ و ١.

(و يكفى) فى ثبوت العشرين (مجرد الإلقاء فى الرحم) مع تحقق الاستقرار (و لو أفزعه) أى أفزع المجامع - المدلول عليه بالمقام (مفزع) و إن كان هو المرأه (ف عزل فعشره دنانير) (١) بين الزوجين أثلاثا (٢).

و لو كان المفزع المرأه فلا- شىء لها (٣)، و لو انعكس انعكس إن قلنا بوجوب المديه عليه مع العزل اختيارا (٤) لكن الأقوى عدمه و جواز الفعل. و قد تقدم (٥).

(و فى العلقه) و هى القطعه من الدم تتحول إليها النطفه (أربعون ديناراً، و فى المضغه) و هى القطعه من اللحم بقدر ما يمضغ (ستون ديناراً).

(و فى العظم) أى ابتداء تخلقه من المضغه (ثمانون ديناراً).

(و فى التام الخلقه قبل ولوج الروح فيه مائه دينار (٦) ذكرها كان) الجنين (أو) - و فيه: إن أخبار الغره توافق العامه فلا- بد من حملها على التقية، هذا و المراد بالغره هو العبد أو الأمه.

(١) بلا- خلاف لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (فى منى الرجل يفرغ عن عرسه فيعزل عنها الماء و لم يرد ذلك نصف خمس المائه عشره دنانير) (١).

(٢) لأنهما أبوان له، و الإرث بين الأبوين أثلاثا.

(٣) لأنها السبب فى الإلتلاف.

(٤) من دون إذن الزوجه فعليه عشره دنانير كما عن الشيخ و القاضى و أبى الصلاح و ابن حمزه و ابن زهره و المحقق فى كتاب النكاح و الفاضل لكونه مفوتا للمنى فيكون كغيره.

و فيه: أنه لا دليل على وجوب المديه عليه، بل الدليل على العدم لصحيح محمد بن مسلم: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن العزل، فقال: ذاك إلى الرجل) (٢) و بهذا تعرف أن المنى ليس حقاً للزوجه و أن هناك فرقاً بين الزوج و غيره.

(٥) فى كتاب النكاح.

(٦) على المشهور للأخبار منها: خبر سليمان بن صالح عن أبى عبد الله عليه السّلام - إلى أن قال: (فإذا كسا اللحم فمائه دينار، ثم هى مائه حتى يستهل فإذا استهل فالدیه كامله) (٣).

ص: ٦٧٤

٢- ((٢ و ٣) الوسائل الباب - ٧٥ - من أبواب مقدمات النكاح و آدابه حديث ١ و ٢.

٣- (٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.

(أثنى) (١).

و مستند التفصيل أخبار كثيره منها صحيحه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام.

وقيل: متى لم تتم خلقته ففيه غره عبد، أو أمه صحيحا (٢) لا يبلغ الشيخوخه، ولا ينقص سنه عن سبع سنين، لروايه أبي بصير (٣) وغيره عن أبي عبد الله عليه السلام. و الأول أشهر فتوى، و أصح روايه.

(و لو كان) الجنين (ذميا) أى متولدا عن ذمى ملحقا به (فثمانون درهما) (٤) - و مرسل ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام - إلى أن قال -: (فإذا تم الجنين كان له مائه دينار، فإذا أنشئ فيه الروح فديته ألف دينار أو عشره آلاف درهم إن كان ذكرا، و إن كان أنثى فخمسمائه دينار) (١)، و خالف العماني فأوجب فيه الديه كامله لصحيح أبي عبيده عن أبي عبد الله عليه السلام فى امرأه طرحت ولدها بشرب الدواء: (إن كان له عظم قد نبت عليه اللحم و شق له السمع و البصر فإن عليها ديه تسلمها إلى أبيه) (٢). و صحيح ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: (فقلت: فيضربها فتطرحه و قد صار له عظم فقال:

عليه الديه كامله) (٣)، و هما لا يصلحان للمعارضه بعد إمكان إرادته المائه دينار من الديه الكامله، و عبر عن المائه بالديه لأنها ديه الجنين قبل ولوج الروح جمعا بينها و بين ما تقدم من الأخبار.

(١) لإطلاق الأخبار المتقدمه.

(٢) أى غير معيب، و لا يوجد فى الأخبار تحديده بين الشيخوخه و السبع سنين، و إنما أخبار الغره مختلفه ففى خبر السكونى عن أبي عبد الله عليه السلام: (الغره تزيد و تنقص و لكن قيمتها خمسمائه درهم) (٤). و فى خبر عبيد بن زراره: (قلت لأبى عبد الله عليه السلام: إن الغره قد تكون بمائه دينار و تكون بعشره دنانير فقال: بخمسين) (٥)، و موثق إسحاق عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن الغره تزيد و تنقص و لكن قيمتها أربعون دينارا) (٦).

(٣) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٥.

(٤) على المشهور، لأن النسبه بين ديه الجنين المسلم و ديه أبيه هى العشر فتكون هى النسبه -

ص: ٦٧٥

١- (١) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤.

٤- ((٤ و ٥ و ٦)) الوسائل الباب - ٢٠ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٧ و ٩ و ٨.

عشر ديه أبيه. كما أن المائة عشر ديه المسلم، و روى ضعيفا عشر ديه أمه (و لو كان مملوكا فعشر قيمه الأم المملوكه) (١) ذكرنا
كان أم أنثى مسلما كان أم كافرا اعتبارا بالماليه. و لو تعدد ففي كل واحده عشر قيمتها كما تتعدد ديته (٢) لو كان حرا.

(و لا كفاره هنا) أى فى قتل الجنين فى جميع أحواله، لأن وجوبها (٣) مشروط بحياه القتل (٤).

(و لو ولجته الروح فديه كامله للذكر، و نصف للأنثى) (٥) و إن خرج ميتا (٦) مع تيقن حياته فى بطنها، فلو احتمل كون الحركه
لريح و شبهها لم يحكم بها (٧).

-بين ديه الجنين الذمى و ديه أبيه، و العشر هنا ثمانون درهما.

لكن ورد فى خبر مسمع عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إن أمير المؤمنين عليه السّلام قضى فى جنين اليهوديه و النصرانيه و
المجوسيه عشر ديه أمه) (١)، و مثله خبر السكونى ٢ و قد أعرض عنهما المشهور و حملهما العلامه على ما لو أسلمت أمه قبل
الجنايه فيلحق بها حكما و ديه.

(١) لخبر السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام: (فى جنين الأمه عشر قيمتها) و لم يخالف إلا الشيخ فى المبسوط فذهب إلى أن
ذلك مختصا بالأنثى فلو كان الجنين ذكرا فعشر قيمه الأب، و هو لا مستند له كما اعترف بذلك فى الجواهر.

(٢) ديه الجنين.

(٣) وجوب الكفاره.

(٤) و المفروض عدمها فى الجنين.

(٥) بلا- خلافا فيه و يدل عليه الأخبار منها: خبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السّلام: (فإذا نشأ فيه خلق آخر و هو الروح فهو
حينئذ نفس بألف دينار كامله إن كان ذكرا، و إن كان أنثى فخمسمائه دينار) (٢).

(٦) إن وصليه.

(٧) أى بالحياه.

ص: ٦٧٦

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ١٨ - من أبواب ديات النفس حديث ١ و ٢.

٢- ((٣)) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

(و مع الاشتباه) أى اشتباه حاله هل هو ذكر أو أنثى فعلى الجانى (نصف الديتين) (١). ديه الذكر و ديه الأنثى، لصحيحه عبد الله بن سنان (٢)، و غيرها.

و قيل: يقرع لأنها لكل أمر مشكل.

و يضعف بأنه لا إشكال مع ورود النص الصحيح بذلك و عمل الأصحاب حتى قيل: إنه إجماع. و يتحقق الاشتباه (بأن تموت المرأة و يموت) الولد (معها) و لم يخرج (مع العلم بسبق الحياه) أى حياه الجنين على موته، أما سبق موته على موت أمه و عدمه فلا أثر له.

(و تجب الكفاره) بقتل الجنين حيث تلجه الروح (٣) كالمولود.

و قيل: مطلقا (٤) (مع المباشرة) لقتله (٥) لا مع التسيب كغيره.

(١) على المشهور لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و إن قتلت امرأة و هى حبلى متم فلم يسقط ولدها و لم يعلم أذكر هو أو أنثى، و لم يعلم أبعدها مات أم قبلها فديته نصفين، نصف ديه الذكر و نصف ديه الأنثى و ديه المرأة كامله بعد ذلك) (١)، و خبر عبد الله بن مسكان عن أبى عبد الله عليه السلام: (ديه الجنين خمس أجزاء - إلى أن قال -: و إن قتلت المرأة و هى حبلى و لم يدر أذكر أ كان ولدها أم أنثى فديه الولد نصف ديه الذكر و نصف ديه الأنثى، و ديتها كامله) (٢).

و ذهب ابن إدريس إلى القرع لأنها لكل أمر مشكل، و فيه: لا معنى للذهاب إلى القرع مع وجود الخبر خصوصا خبر ظريف الذى علمت صحه بعض طرقه.

(٢) لا يوجد خبر لابن سنان فى هذا الفرع، نعم الخبر هو لابن مسكان و لعله سهو من الشارح هذا من جهه، و من جهه أخرى قد صرح الشارح فى المسالك بأن خبر ابن مسكان ليس بصحيح لاحتمال عدم اتصاله بالإمام عليه السلام مع أنه لا يصغى إليه لكثرة أخبار ابن مسكان عن أبى عبد الله عليه السلام كما فى مفتاح الكرامه، و من جهه ثالثه قد ناصر الشارح ابن إدريس فى الذهاب إلى القرع فراجع.

(٣) لتحقق القتل بخلاف ما قبل الولوج فلم يتحقق القتل، مع أن الكفاره تدور مدار القتل.

(٤) ولجته الروح أو لا كما عن العلّامة فى التحرير، و فيه عدم صدق القتل قبل ولوج الروح.

(٥) اعلم أن الفاضل و الشهيدين خصوا وجوب الكفاره فى القتل العمدى عند المباشرة لا مع -

ص: ٦٧٧

١- (١) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢١ - من أبواب ديات النفس حديث ١.

(و فى أعضائه و جراحاته بالنسبه) إلى ديته (١) ففى قطع يده خمسون ديناراً، و فى حارسته ديناراً، و هكذا، و لو لم يكن للجنايه مقدر فالأرش و هو تفاوت ما بين قيمته صحيحاً و مجنيا عليه بتلك الجنايه من ديته (٢) (و يرثه وارث المال (٣) الأقرب فالأقرب).

(و تعتبر قيمه الأم) (٤) لو كانت أمه (عند الجنايه) لأنها وقت تعلق الضمان (لا) وقت (الإجهاض) و هو الإسقاط.

(و هى) أى ديه الجنين (فى مال الجانى إن كان) القتل (عمداً) حيث لا يقتل به (أو شبيهاً) بالعمد (و إلا ففى مال العاقله) (٥) كالمولود.

-التسبب لعدم صدق نسبه القتل فى التسبب المذكور و إن ضمن الديه، و ناقشهم سيد الرياض و تمام الكلام قد تقدم فى بحث الكفارات.

(١) بالنسبه للجنين قبل ولوج الروح، أما بعد ولوج الروح فيه فهو مثل غيره من الذكور و الإناث.

بلا- خلاف فى ذلك لخبر ظريف عن أمير المؤمنين عليه السلام: (و قضى فى ديه جراح الجنين من حساب المائه على ما يكون من جراح الذكر و الأنثى و الرجل و المرأه كامله) (١) فجعل الديه من مائه دليل على أن الجنين تام الخلقه و لم تلجه الروح فلو قطعت يده فيها مائه دينار و لو قطعت إحداهما ففيها خمسون و هكذا.

(٢) بعد فرضه عبداً لأن العبد أصل للحر فى غير المقدر.

(٣) أى يرث الجنين، و المراد ديته و الحكم واضح المستند، خلافاً لليث بن سعيد فلا ترثه إلا أمه لأنه بمنزله العضو منها، و هو ضعيف لعدم الدليل عليه.

(٤) فى الجنين المملوك لو أسقط فقد تقدم أن ديه عشر قيمه الأم المملوكه، و الحساب على قيمتها وقت الضمان و هو عند الجنايه لا عند الإجهاض.

(٥) قال فى الجواهر: «بلا خلاف أجده بيننا، بل فى كشف اللثام التصريح بعدم الفرق فى ذلك بين ديه الجنين قبل ولوج الروح بجميع مراتبه و بين ولوج الروح فيه، و كأنهم جعلوا الجنايه على الجنين مطلقاً بحكم القتل بالنسبه إلى الأحكام المزبوره، و ظاهرهم الاتفاق عليه مضافاً إلى النصوص فى بعض الأحكام المزبوره، و لولاه لأمكن الإشكال فى ضمان العاقله فى صوره عدم تحقق القتل كما فى الجنايه عليه قبل ولوج الروح فيه، خصوصاً بعد إطلاق النصوص الضمان على الجانى».

ص: ٦٧٨

و حكمها فى التقييط و التأجيل كغيره (١).

(و فى قطع رأس الميت المسلم الحر مائه دينار) (٢) سواء فى ذلك الرجل (١) ففى العمد سنه و فى شبيهه سستان و فى الخطأ ثلاث سنين.

(٢) على المشهور للأخبار منها: مرسل محمد بن الصباح عن أبى عبد الله عليه السلام فى حديث:

(أن المنصور سأله عن رجل قطع رأس رجل بعد موته، فقال أبو عبد الله عليه السلام: عليه مائه دينار، فقيل: كيف صار عليه مائه دينار؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: فى النطفه عشرون و فى العلقه عشرون و فى المضغه عشرون و فى العظم عشرون و فى اللحم عشرون، ثم أنشأناه خلقاً آخر، و هذا هو ميتا بمنزلته قبل أن تنفخ فيه الروح فى بطن أمه جنينا، فسأله: الدراهم لمن هى لورثته أم لا؟ فقال أبو عبد الله عليه السلام: ليس لورثته فيها شىء إنما هذا شىء أتى إليه فى بدنه بعد موته يحج بها عنه أو يتصدق بها عنه، أو تصير فى سبيل من سبيل الخير(١)، و خبر حسين بن خالد عن أبى الحسن عليه السلام قال: (سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل قطع رأس ميت فقال: إن الله حرّم منه ميتا كما حرّم منه حيا، فمن فعل بميت فعلا- يكون فى مثله اجتياح نفس الحى فعليه الدية، فسألت عن ذلك أبا الحسن عليه السلام فقال: صدق أبو عبد الله عليه السلام، هكذا قال رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم.

قلت: فمن قطع رأس ميت أو شقّ بطنه أو فعل به ما يكون فيه اجتياح نفس الحى فعليه دية النفس كامله، فقال: لا، و لكن ديته دية الجنين فى بطن أمه قبل أن تلج فيه الروح و ذلك مائه دينار و هى لورثته، و ديه هذا له لا للورثه، قلت: فما الفرق بينهما؟ قال:

إن الجنين أمر مستقبل مرجو نفعه، و هذا قد مضى و ذهب منفعتة، فلما مثل به بعد موته صارت ديته بتلك المثله له لا لغيره، يحج بها عنه و يفعل بها أبواب الخير و البر من صدقه أو غيره(٢).

و ذهب المفيد إلى أنه لو قطع رأس الميت كأنه يريد قتله فعليه ديته حيا و إلا فالمائه دينار لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام: (فى رجل قطع رأس الميت قال:

عليه الدية لأن حرمة ميتا كحرمة و هو حى(٢)، و مثله صحيح ابن مسكان عنه عليه السلام ٤ و فيه: إنها محموله على المائه دينار لأنها دية الميت الذى هو بمنزله الجنين قبل ولوج الروح جمعا بينها و بين ما تقدم من الأخبار.

ص: ٦٧٩

١- ((١ و ٢)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١ و ٢.

٢- ((٣ و ٤)) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٤ و ٦.

و المرأه و الصغیر و الکبیر، للإطلاق (١)، و المستند أخبار کثیره. منها حسنه سلیمان بن خالد (٢) عن أبی الحسن علیه السلام و فیها أن دیته دیه الجنین فی بطن أمه قبل أن تنشأ فیه الروح. و قد عرفت أن الذکر و الأنثی فیہ سواء، و فی خبر آخر رواه الكلینی مرسلًا عن الصادق علیه السلام أنه أفتی بذلك للمنصور حیث قطع بعض موالیه رأس آخر بعد موتہ.

و علل وجوب المائه: بأن فی النطفه عشرين دينارًا، و فی العلقه عشرين و فی المضغه عشرين، و فی العظم عشرين قال: ثُمَّ أَنشَأَهُ خَلْقًا آخَرَ، و هذا هو میت بمنزلته قبل أن تنفخ فیه الروح فی بطن أمه جنینًا.

(و فی شجاعه و جراحه بنسبته) (٣) ففی قطع یده خمسون دينارًا و فی قطع إصبغه عشره دنانیر، و فی حارصته دينار و هكذا.

و هذه الديه ليست لورثته، بل (تصرف فی وجوه القرب) عن الميت، للأخبار المذكوره فارقا فیها بینه و بین الجنین حیث تكون دیته لورثته بأن الجنین مستقبل مرجو نفعه قابل للحیاه عاده بخلاف الميت فإنه قد مضى و ذهب منفعته فلما مثل به بعد موتہ صارت دیته بتلك المثله له لا لغيره یحج بها عنه و یفعل بها أبواب البر و الخیر من الصدقه و غيرها.

و قال المرتضى (٤): تكون لبيت المال، و العمل على ما دلت علیه الأخبار.

(١) بالنسبه للمسلم الحر، و أما المملوك و الذمی فیحتمل عشر قيمته بالنسبه للأول و عشر دیته بالنسبه للثانی كما صرح بذلك فی المسالك احتمالا، و جزم به العلامه فی القواعد لاختصاص النصوص بالمسلم و الحر فغيرهما على الأصل من العدم.

(٢) و الصحيح حسنه حسین بن خالد.

(٣) بلا خلاف و يؤيده بل يدل علیه صحیحہ صفوان عن أبی عبد الله علیه السلام: (أبى الله أن یظن بالمؤمن إلا خیرًا، و كسرك عظامه حیا و میتًا سواء) و تنزیله منزله الجنین قبل ولوج الروح و قد تقدم ثبوت الديه فی أعضائه و جوارحه.

(٤) و ابن إدريس أيضا أن دیته لبيت مال المسلمین لروایه إسحاق بن عمار عن أبی عبد الله علیه السلام: (قلت: میت قطع رأسه، قال علیه السلام: الديه، قلت: فمن يأخذ دیته؟) -

و لو لم يكن للجنايه مقدر أخذ الأرش لو كان حيا منسوباً إلى الديه (١)، و لو لم بين الرأس بل قطع ما لو كان حيا لم يعيش مثله فالظاهر وجوب مائه دينار أيضاً عملاً بظاهر الأخبار (٢). و هل يفرق هنا (٣) بين العمد و الخطأ كغيره (٤) حتى الجنين؟ يحتمله، لإطلاق التفصيل (٥) في الجنايه على الآدمي و إن لم يكن حيا كالجنين، و عدمه (٦) بل يجب على الجاني مطلقاً (٧) وقوفاً فيما خالف الأصل (٨) على موضع اليقين (٩) مؤيداً بإطلاق الأخبار (١٠)، و الفتوى بأن الديه على الجاني مع ترك الاستفصال في واقعه الحال السابقه (١١) الدال على العموم (١٢).

قال: الإمام، هذا لله و إن قطعت يمينه أو شيء من جوارحه فعليه الأرش للإمام (١)، و فيه: مع ضعف السند لا يقاوم الأخبار المتقدمه، مع إمكان حمله على أنها تدفع للإمام لأنه أخبر بمواردها فيصرفها في وجوه البر و هو بها أبصر، و لذا قال المفيد في المقنعه على ما حكى عنه: «يقبضها إمام المسلمين أو من نصبه للحكم في الرعيه و يتصدق عن الميت بها».

(١) فيؤخذ الأرش بالنسبه لديته التي هي مائه دينار كما في الجنين.

(٢) لخبر الحسين بن خالد المتقدم: (فمن قطع رأس ميت أو شقّ بطنه، أو فعل به ما يكون فيه اجتياح نفس الحيّ فعليه ديه النفس كامله).

(٣) في الجنايه على الميت.

(٤) من الأحياء حتى الجنين حيث فرق بين العمد و الخطأ فيه.

(٥) أي التفصيل بين العمد و الخطأ حيث إن الأخبار الداله عليه مطلقه تشمل الجنايه على الحي و الميت معاً، و قد تقدمت سابقاً في أول الديات.

(٦) بالرفع أي و عدم الفرق.

(٧) أي يجب على الجاني على الميت سواء كان عمداً أو خطأ.

(٨) من جعل الديه على العاقله حيث إنه على خلاف الأصل.

(٩) و هو الحي و الجنين فقط.

(١٠) المتقدمه في الجنايه على الميت.

(١١) عند ما سئل الإمام عن قطع رأس الميت.

(١٢) صفة لترك الاستفصال.

١- (١) الوسائل الباب - ٢٤ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ٣.

و هل يجوز قضاء دينه من هذه الدية وجهان، من عدم دخوله فى إطلاق الصدقه و وجوه البر، و كون قضاء الدين ملازما للإرث، لظاهر الآيه (١)، و من أن نفعه بقضاء دينه أقوى، و نمنع عدم دخوله فى البر، بل هو من أعظمها، و لأن من جملتها (٢) قضاء دين الغارم و هو من جمله أفراده (٣). و هذا أقوى (٤) و لو كان الميت ذميا فعشر ديته، أو عبدا فعشر قيمته (٥) و يتصدق بها عنه كالحر، للعموم (٦).

الثانى - فى العاقله

(الثانى - فى العاقله) التى تحمل ديه الخطأ سميت بذلك (٧).

أما من العقل و هو الشد و منه سُمى الحبل عقلا، لأنها تعقل الإبل بفناء ولى المقتول المستحق للديه، أو لتحملهم العقل و هو الدية و سميت الدية بذلك، لأنها تعقل لسان ولى المقتول، أو من العقل و هو المنع، لأن العشيره كانت تمنع القاتل بالسيف فى الجاهليه ثم منعت عنه فى الإسلام بالمال (٨).

(و هم (٩): من تقرب) إلى القاتل (بالأب) كالإخوه و الأعمام و أولادهما (و إن) (١) لظاهر الآيه: سوره النساء الآيه: ١١ فَلَأُمَّهُ الشُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ .

(٢) أى جمله و وجوه البر.

(٣) أى و قضاء دين الميت من جمله أفراد قضاء دين الغارم.

(٤) و مال إليه المحقق فى نكت النهايه و استظهره صاحب الجواهر و كاشف اللثام.

(٥) قد تقدم أنه أورده احتمالا، و هنا جزم به تبعا للعلامه فى القواعد و قد تقدم مستنده.

(٦) أى عموم الأخبار المتقدمه.

(٧) قال فى الجواهر: «لعقلها الإبل التى هى الدية بفناء ولى الدم، أو لعقلها أى منعها القاتل من القتل، أو لعقلهم عنه أى تحملهم العقل و هو الدية عنه».

(٨) قال فى المسالك: «قال العلماء (رحمهم الله): و تغريم غير الجانى خارج عن الأقلية الظاهره، إلا أن القبائل فى الجاهليه كانوا يقومون بنصره من جنى منهم و يمنعون أولياء القتل من أن يدركوا بثأرهم و يأخذوا من الجانى حقهم، فجعل الشرع بدل تلك النصره بذل المال حيث لا- يكون الجانى متعمدا آثما، و ربما شبه إعانه الأقارب بتحمل الدية بإعانه الأجانب الذين غرّموا لإصلاح ذات البين بصرف سهم من الزكاه إليهم و أخلت على العاقله نظرا لهم ليتحملوا ما تحملوا فى مده الأجل فلا يشقّ عليهم أدأوه».

(٩) أى العاقله، فهى العصبه لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير-

(لم يكونوا وارثين في الحال).

وقيل (١): من يرث ديه القاتل لو قتل، و لا يلزم من لا يرث ديته شيئا مطلقا (٢).

وقيل (٣): هم المستحقون لميراث القاتل من الرجال العقلاء من قبل أبيه و أمه. فإن تساوت القرابتان كإخوه الأب و إخوه الأم كان على إخوه الأب الثلثان، و على إخوه الأم الثلث.

و ما اختاره المصنف هو الأشهر بين المتأخرين، و مستند الأقوال غير نقي.

-المؤمنين عليه السيد إلام على امرأه أعتقت رجلا- و اشترطت ولائه و لها ابن، فألحق ولائه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها(١).

و العصبه على المشهور من يتقرب بالأب كالأخوه و أولادهم و العمومه و أولادهم مع عدم اشتراط كونه من أهل الإرث في الحال، و هذا هو معناها لغه كما عن النهايه الأثيريه و الصحاح.

(١) هو للشيخ في النهايه و ردّ بأن الزوجين و من يتقرب بالأم يرثون من الديه و ليسوا بعصبه.

(٢) و لو كان من الرجال و ممن يتقرب بالأب.

(٣) و هو لابن الجنيّد و المستند روايه سلمه بن كهيل: (أتى أمير المؤمنين عليه السّلام برجل قد قتل رجلا خطأ، فقال له أمير المؤمنين عليه السّلام: من عشيرتك و قرابتك - إلى أن قال -: فكتب إلى عامله على الموصل: أما بعد - إلى أن قال -: ثم انظر فإن كان رجل منهم يرثه له سهم في الكتاب لا يحجبه عن ميراثه أحد من قرابته فألزمه الديه، و خذه بها نجوما في ثلاث سنين، فإن لم يكن له من قرابته أحد له سهم في الكتاب و كانوا قرابته سواء في النسب و كان له قرابه من قبل أبيه و أمه سواء في النسب ففضّ الديه على قرابته من قبل أبيه و على قرابته من قبل أمه من الرجال المدركين المسلمين، ثم اجعل الديه على قرابته من قبل أبيه ثلثي الديه و اجعل على قرابته من قبل أمه ثلث الديه(٢) و الخبر ضعيف لأن سلمه بن كهيل بترى مذموم.

ص: ٦٨٣

١- (١) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب كتاب العتق حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب العاقله حديث ١، و في الوسائل سقط و اتبعنا فيه الكافي و التهذيب و الفقيه فراجع.

(و لا تعقل المرأة (١) و الصبي و المجنون (٢) و الفقير (٣) عند) استحقاق (المطالبه) و هو حلول أجل الديه و إن كان غنيا أو عاقلا وقت الجنايه و إن ورثوا جميعا من الديه.

(و يدخل) فى العقل (العمودان) (٤): الآباء و الأولاد و إن علوا أو سفلوا، لأنهم أخص القوم و أقربهم، و لروايه سلمه بن كهيل عن أمير المؤمنين عليه السّلام فى القاتل الموصلى حيث كتب إلى عامله يسأل عن قرابه فلان من المسلمين فإن كان منهم رجل يرثه له سهم فى الكتاب لا يحجبه عن ميراثه أحد من قرابته فألزمه الديه و خذ بها نجوما فى ثلاث سنين الحديث. و فى سلمه ضعف. و الأولويه هنا ممنوعه (٥) لأنه حكم مخالف للأصل و المشهور عدم دخولهم فيه (٦)، لأصالة (١) لخروجها عن مفهوم العصبه و لصحيح الأحوال قال: (قال ابن أبى العوجاء: ما بال المرأة المسكينه الضعيفه تأخذ سهما واحدا و يأخذ الرجل سهمين؟ فذكر ذلك بعض أصحابنا لأبى عبد الله عليه السّلام فقال: إن المرأة ليس عليها جهاد و لا نفقه و لا معقله و إنما ذلك على الرجال) (١) و قريب منها خبر إسحاق بن محمد النخعي ٢.

(٢) لحديث رفع القلم.

(٣) على المشهور و ادعى عليه الإجماع.

(٤) على ما ذهب إليه الإسكافى و المفيد و الشيخ فى النهايه و الحلّى و ابن سعيد بل نسب فى الإيضاح إلى الشهره، و ذلك لأن العصبه هم المحيطون به من الذكور فتشمل الأب و الابن.

و ذهب الشيخ فى المبسوط و الخلاف و ابن حمزه و ابن فهد بل نسب إلى المشهور عدم الدخول لصحيح محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام على امرأه أعتقت رجلا و اشترطت ولاءه و لها ابن فألحق ولاءه بعصبتها الذين يعقلون عنه دون ولدها) (٢) و فيه: إن الولد كما هو صريح الروايه خارج عن له الولاء لا أنه خارج عن عصبتها.

(٥) لأن الأولويه فى الإرث لا تجرى فى العقل لأنه حكم على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن.

(٦) أى فى العقل.

ص: ٦٨٤

١- ((١ و ٢) الوسائل الباب - ٢ - من أبواب ميراث الأبوين حديث ١ و ٣.

٢- (٣) الوسائل الباب - ٣٩ - من أبواب العتق حديث ١.

البراءة، وقد روى أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ فرض دية امرأه قتلتها أخرى على عاقلتها و برأ الزوج و الولد (١).

(و مع عدم القرابه) الذى يحكم بدخوله (فالمعتق) للجانى (٢). فإن لم يكن فعصابتها، ثم معتق المعتق، ثم عصابتها ثم معتق أبى المعتق، ثم عصابتها كترتيب الميراث، و لا يدخل ابن المعتق و أبوه و إن علاء أو سفل على الخلاف (٣)، و لو تعدد المعتق اشتركوا فى العقل كالإرث.

(ثم) مع عدمهم أجمع (فعلى ضامن الجريه) (٤) إن كان هناك ضامن (ثم) مع عدمه، أو فقره فالضامن (الإمام) من بيت المال (٥).

(١) قد صرح الشيخ الحر فى هامش الوسائل الباب الثانى من أبواب العاقله أن الخبر من حديث العامه، و راجع سنن ابن ماجه ج ٢ ح ٢٦٤٨.

(٢) بلا خلاف فيه لصحيح هشام بن سالم عن أبى عبد الله عليه السّلام: (إذا ولى الرجل فله ميراثه و عليه معقلته) (١) الداله على أن من له الولاء فعليه العقل. و لذا ورد فى صحيح إسماعيل بن الفضل: (سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل إذا أعتق أ له أن يضع نفسه حيث شاء فتولى من أحبّ؟ فقال: إذا أعتق لله فهو مولى للذى أعتقه، و إذا أعتق فجعل سائبه فله أن يضع نفسه و يتولى من شاء) (٢).

(٣) المتقدم فى دخول الأب و الابن فى العاقله.

(٤) لصحيح هشام بن سالم المتقدم، و غيره.

(٥) بلا خلاف و يدل عليه أخبار منها: صحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السّلام:

(قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى من أعتق عبدا سائبه أنه لا ولاء لمواليه عليه فإن شاء توالى إلى رجل من المسلمين فليشهد أنه يضمن جريته و كل حدث يلزمه فإذا فعل ذلك فهو يرثه، و إن لم يفعل ذلك كان ميراثه يردّ على إمام المسلمين) (٣) مع ضميمه أن من له الولاء فعليه العقل، و لمرسل يونس عن أحدهما عليهما السّلام: (فى الرجل إذا قتل رجلا خطأ فمات قبل أن يخرج إلى أولياء المقتول من الدية أن الدية على ورثته، فإن لم يكن له عاقله -

ص: ٦٨٥

١- (١) الوسائل الباب - ١ - من أبواب ولاء ضمان الجريه حديث ٢.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣٦ - من أبواب العتق حديث ١.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريه و الإمامه حديث ١٢.

(و لا- تعقل العاقله عمدا) محضاً، و لا شبيها به، و إنما تعقل الخطأ المحض (١) (و) كذا (لا) تعقل (بهيمة) (٢) إذا جنت على إنسان و إن كانت جنايتها مضمونه على المالك على تقدير تفریطه.

و كذا لا تعقل العصبه قتل البهيمة (٣)، بل هي كسائر ما يتلفه من الأموال.

(و لا جنايه العبد) (٤) بمعنى أن العبد لو قتل إنساناً خطأ، أو جنى عليه لا تعقل عاقلته جنايته، بل تتعلق برقبته كما سلف.

(و تعقل الجنايه عليه) (٥) أى تعقل عاقله الحر الجانى على العبد خطأ جنايته عليه. كما تعقل جنايته على الحر (٦)، لعموم ضمان العاقله الجنايه على الآدمى.

-فعلى الوالى من بيت المال(١).

و لخبر عمار بن أبى الأ-حوص: (سألت أبا جعفر عليه السّلام عن السائبه فقال: انظروا فى القرآن فما كان فيه فتحرير رقبه، فتلك يا عمار السائبه التى لا ولاء لأحد عليها إلا الله، فما كان ولاؤه لله فهو لرسول الله، و ما كان ولاؤه لرسول الله صلى الله عليه و آله و سلم فإن ولاءه للإمام و جنايته على الإمام و ميراثه له)(٢).

(١) بلا- خلاف و يدل عليه أخبار منها: خبر أبى بصير عن أبى جعفر عليه السّلام: (لا- تضمن العاقله عمدا و لا- إقرارا و لا صلحا)(٣) و قد تقدم الكلام فى أول باب الديات.

(٢) بل جنايتها على مالكها مع تفریطه و قد تقدم الكلام فى ذلك.

(٣) لو قتلها إنسان خطأ و ذلك لأن تحميل العاقله خطأ الغير على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و هو جنايه الآدمى على الآدمى فقط.

(٤) لأن جنايه العبد تتعلق برقبته كما تقدم فى باب القصاص.

(٥) على العبد لو كان الجانى حرا و كانت الجنايه خطأ لعموم أخبار العاقله، و عن العلامه أن الجنايه الخطائيه على العبد على الجانى فقط، لأن العبد من جمله الأموال، و هذا على خلاف إطلاق أخبار العاقله.

(٦) أى كما تعقل جنايه الحر على الحر.

ص: ٦٨٦

١- (١) الوسائل الباب - ٦ - من أبواب العاقله حديث ١.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب ولاء ضمان الجريره و الإمامه حديث ٦.

٣- (٣) الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العاقله حديث ١.

وقيل: لا تضمن العاقله الجنايه عليه أيضا، بل إنما تعقل الديات (١) و المأخوذ عن العبيد قيمه لا ديه كسائر قيم الأموال المتلفه، و به قطع فى التحرير فى باب العاقله، و جعله تفسيراً لقوله صلى الله عليه و آله و سلم: لا تعقل العاقله عبداً (٢). و الأجود الأول، و عليه نزل الحديث (٣)، و به (٤) جزم فى أول الديات منه أيضا (٥) كغيره من كتبه.

و بالجمله فإنما تعقل العاقله إتلاف الحر آدمى مطلقاً (٦) إن كان المتلف صغيراً، أو مجنوناً، أو خطأً إن كان مكلفاً، لا غيره (٧) من الأموال و إن كان حيواناً.

و شمل إطلاق المصنف ضمان العاقله: ديه الموضحه فما فوقها و ما دونها (٨).

و هو فى الأول محل وفاق، و فى الثانى خلاف. منشؤه عموم الأدله على (١) و الديه مختصه بالحر.

(٢) ففى دعائم الإسلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: (لا تعقل العاقله عمداً و لا عبداً و لا صلحاً و لا اعترافاً) (١).

(٣) أى على الأول من عدم عقل جنايه العبد على غيره.

(٤) بالأول.

(٥) من التحرير.

(٦) سواء كان إتلافه على الحر أو على العبد، و عمداً أو خطأً.

(٧) أى لا غير آدمى.

(٨) تضمن العاقله ديه الموضحه فما زاد، بلا خلاف بينهم.

و ما دون الموضحه فذهب الشيخ فى الخلاف و المبسوط و الحلى فى السرائر إلى أنها تضمن أيضاً لعموم أخبار تضمين العاقله.

و ذهب المشهور إلى العدم لخبر أبى مريم عن أبى جعفر عليه السلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السلام أن لا يحمل على العاقله إلا الموضحه فصاعداً) (٢).

ص: ٦٨٧

١- (١) مستدرک الوسائل الباب - ٣ - من أبواب العاقله حديث ٤.

٢- (٢) الوسائل الباب - ٥ - من أبواب العاقله حديث ١.

تحملها للديه من غير تفصيل، و خصوص قول الباقر عليه السّلام في موثقه أبي مريم الأنصاري قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام: أنه لا يحمل على العاقله إلا الموضحة فصاعدا مؤيدا بأصالة البراءه من الحكم المخالف للأصل و هذا هو الأشهر.

(و عاقله الذمي نفسه) (١)، دون عصبته و إن كانوا كفارا (و مع عجزه) عن الديه (فالإمام) عاقلته، لأنه يؤدي الجزية إليه. كما يؤدي المملوك الضريبه إلى مولاه فكان بمنزلته و إن خالفه في كون مولى العبد لا يعقل جنايته، لأنه ليس مملوكا محضا كذا علوه (٢). و فيه نظر.

(و تقسط) الديه على العاقله (٣) (بحسب ما يراه الإمام) من حالتهم في الغنى و الفقر، لعدم ثبوت تقديره شرعا فيرجع إلى نظره.

(و قيل) و القائل الشيخ في أحد قولي و جماعه: (على الغنى نصف دينار، و على الفقير ربعه)، لأصالة براءه الذمه من الزائد على ذلك.

(١) لا- خلاف في أن ديه جنايه الذمي و إن كانت خطأ في ماله دون عاقلته، و إن عجز لعدم المال عقلها الإمام عليه السّلام لصحيح أبي ولاد عن أبي عبد الله عليه السلام: (ليس فيما بين أهل الذمه معاقله فيما يجنون من قتل أو جراحه، إنما يؤخذ ذلك من أموالهم، فإن لم يكن لهم مال رجعت الجنايه على إمام المسلمين، لأنهم يؤدون إليه الجزية كما يؤدي العبد الضريبه إلى سيده، و هم مماليك للإمام فمن أسلم منهم فهو حر) (١).

(٢) بل هكذا ورد في الخبر الصحيح.

(٣) قد وقع الخلاف على ثلاثه أقوال:

الأول: التفصيل بين الغنى و الفقير فعلى الأول نصف دينار و على الثاني ربعه، و هو للشيخ في المبسوط و الخلاف و للقاضي و العلامه في القواعد و الإرشاد، و استدلووا على ذلك بأنه من باب الاقتصار على المتيقن، و الزائد مشكوك.

القول الثاني: إن أمر التقسيم بيد الإمام عليه السلام أو نائبه على حسب ما يراه من المصلحه، و قيل: إنه القول المشهور بينهم.

القول الثالث: لصاحب الجواهر و جماعه أن التقسيط على الجميع بالسويه بعد إطلاق أدله تضمين العاقله، و مقتضى العدل يقتضى التسويه بينهم.

ص: ٦٨٨

و المرجع فيهما (١) إلى العرف، لعدم تحديدهما شرعا و الأول أجود.

(و الأقرب الترتيب فى التوزيع) ف يأخذ من أقرب الطبقات أولا، فإن لم يحتمل (٢) تخطى إلى البعيدة، ثم الأبعد، و هكذا ينتقل مع الحاجة إلى المولى، ثم إلى عصبته، ثم إلى مولى المولى، ثم إلى الإمام (٣).

و يحتمل بسطها على العاقله أجمع من غير اختصاص بالقرب، لعموم الأدله.

و على القول بالتقدير (٤) لو لم تسع الطبقة القريبه الديه بالنصف و الربع انتقل إلى الثانيه. و هكذا إلى الإمام حتى لو لم يكن له إلا أخ غنى أخذ منه نصف دينار. و الباقي على الإمام.

(و لو قتل الأب ولده عمدا فالديه لو ارث الابن) إن اتفق و لا نصيب للأب منها (فإن لم يكن) له وارث (سوى الأب فالإمام (٥)، و لو قتله خطأ فالديه على العاقله، و لا يرث الأب منها شيئا) على الأقوى (٦)، لأن العاقله تتحمل عنه جنايته فلا يعقل تحملها له، و لقبح أن يطالب الجانى غيره بجنايه جناها، و لو لا الإجماع على ثبوتها على العاقله لغيره (٧) لكان العقل يأبى ثبوتها عليهم مطلقا (٨).

و قيل: يرث منها نصيبه إن قلنا يارث القاتل خطأ هنا (٩)، لعموم وجوب الديه على العاقله، و انتقالها إلى الوارث، و حيث لا يمنع هذا النوع من القتل الإرث يرث الأب لها أجمع، أو نصيبه عملا بالعموم (١٠)، و لو قلنا: إن القاتل (١) فى الغنى و الفقير.

(٢) أى لم يسع الأخذ من الأقرب و لم يف بالديه.

(٣) و هو مناف لإطلاق أدله تضمين العاقله الشامل للجميع بالسويه.

(٤) أى النصف و الربع كما ذهب إليه الشيخ.

(٥) لأن القتل مانع من الإرث و قد تقدم فى بابه.

(٦) و قد تقدم الكلام فى باب الإرث.

(٧) لغير الجانى القاتل.

(٨) أى يأبى العقل ثبوت الديه على العاقله سواء كانت الجنايه عمدا أو خطأ.

(٩) أى فى الديه.

(١٠) أى بعموم أدله إرث الأب من ابنه.

خطأ لا يرث مطلقاً، أو من الديه فلا بحث. و كذا القول لو قتل الابن أباه خطأ (١).

الثالث - في الكفاره

(الثالث - في الكفاره) اللازمه للقاتل بسبب القتل مطلقاً (٢) (و قد تقدمت) في كتابها و أنها (٣) كبيره مرتبه في الخطأ و شبهه و كفاره جمع في العمد (٤).

(و لا- تجب مع التسبب كمن طرح حجرا) فعثر به إنسان فمات (أو نصب سكيناً في غير ملكه فهلك بها آدمي) و إن وجبت الديه، و إنما تجب مع المباشرة (و تجب بقتل الصبي (٥) و المجنون) ممن هو بحكم المسلم كما تجب بقتل المكلف و يستوى فيها الذكر و الأنثى. و الحر و العبد مملوكا للقاتل و لغيره (لا بقتل الكافر) (٦) و إن كان ذمياً، أو معاهداً (و على المشتركين) في القتل و إن كثروا (كل واحد كفاره) (٧) كملاً (و لو قتل) القاتل (قبل التكفير في العمد) (٨)، أو مات قبل (١) و قد تقدم في باب الإرث.

(٢) عمداً أو خطأ.

(٣) أي كفاره القتل.

(٤) و قد تقدم الكلام في ذلك أيضاً، هذا و اعلم أن الكفاره قد ترتبت على عنوان القاتل، و القاتل يصدق مع المباشرة بلا خلاف بين الفقهاء، و أما مع التسبب فعند صدق عنوان القاتل كما لو حفر بئراً بقصد قتل حيوان فوقع فيه إنسان فمات فهو قتل خطأ، و لو حفره بقصد قتل إنسان فوقع فيه الغير و مات فهو قتل عمدى و هكذا فالمدار في موارد و التسبب على صدق عنوان القاتل حتى تثبت الكفاره.

(٥) بلا- خلاف و لا- إشكال لصدق عنوان قتل المؤمن عليه بلا فرق بين الصبي و البالغ و العاقل و المجنون و الذكر و الأنثى و الحر و العبد و لو كان عبداً للقاتل، بل المشهور وجوب الكفاره لقتل الجنين بعد ولوج الروح لعموم أخبار الكفاره المتقدمه في بابها.

(٦) بلا خلاف لأن الكفاره لقتل المؤمن كما يستفاد من الأدله و الكافر خارج تخصصاً، بلا فرق في الكافر بين الذمى و غيره.

(٧) بلا خلاف لإطلاق أدله وجوب الكفاره.

(٨) لا خلاف في وجوب الكفاره على القاتل عمداً إذا رضى ولى الدم بالديه لإطلاق الأخبار المتقدمه في باب الكفارات.

و لو قتله ولى الدم فهل عليه كفاره في ماله؟ ففي ذلك قولان:

الأول عدم الوجوب و إليه ذهب الشيخ في المبسوط و ابن إدريس في السرائر و ابن فهد -

التكفير (أخرجت الكفارات الثلاث من) أصل (ماله إن كان) له مال، لأنه حق مالى فيخرج من الأصل و إن لم يوص به كالدين، وكذا كل من عليه كفاره مالىه فمات قبل إخراجها، و غلبوا عليها (١) هنا جانب المالىه و إن كان بعضها بدنيا كالصوم، لأنها فى معنى عباده واحده فيرجح فيها حكم المال كالحج، و إنما قيد بالعمد، لأن كفاره الخطأ و شبهه مرتبه، و الواجب قد يكون ماليا كالعتق و الإطعام، و بدنيا كالصيام، و الحقوق البدنيه لا تخرج من المال إلا مع الوصيه بها.

و مع ذلك تخرج من الثلث كالصلاه، و حينئذ فالقاتل خطأ إن كان قادرا على العتق، أو عاجزا عنه و عن الصوم أخرجت الكفاره من ماله كالعمد، و إن كان فرضه الصوم لم تخرج إلا مع الوصيه فلذا قيد، لافتقار غير العمد إلى التفصيل.

الرابع - فى الجنايه على الحيوان

(الرابع - فى الجنايه على الحيوان) الصامت: (من أتلف ما تقع عليه الذكاه) سواء كان مأكولا كالإبل و البقر و الغنم أم لا كالأسد و النمر و الفهد (بها) (٢) أى بالتذكيه بغير إذن مالكه (فعليه أرشه) (٣) و هو تفاوت ما بين قيمته حيا و مذكى مع -فى المهدب و ابن حمزه فى الوسيله لصحيح عبد الله بن سنان عن أبى عبد الله عليه السلام:

(كفاره الدم إذا قتل الرجل مؤمنا متعمدا فعليه أن يمكّن نفسه من أوليائه، فإن قتلوه فقد أدى ما عليه إذا كان نادما على ما كان منه عازما على ترك العود، و إن عفا عنه فعليه أن يعتق رقبه و يصوم شهرين متتابعين و يطعم ستين مسكينا و أن يندم على ما كان منه و يعزم على ترك العود و يستغفر الله تعالى أبدا ما بقى) (١).

و الثانى الوجوب و هذا ما ذهب إليه الشيخ فى الخلاف و العلامه فى المختلف و التحرير للاستصحاب و أنها من حقوق الله المتعلقه بالمال فلا تسقط بالموت، و فيه: إنه كالاتجاه فى قبال النص، نعم عليك القول بوجوب الكفاره فى ماله لو مات بغير القود للاستصحاب.

(١) على كفاره القتل.

(٢) أى أتلفه بالتذكيه.

(٣) بلا خلاف بين الأصحاب لأن الحيوان لم يخرج عن ملكه بالتذكيه فلا محاله فلم يخسر المالك إلا التفاوت بين كونه حيا و بينه ميتا فله هذا التفاوت.

ص: ٦٩١

تحقق النقصان، لا قيمته (١)، لأن التذكية لا تعد إتلافا محضا، لبقاء المالىه غالبا، و لو فرض عدم القيمة أصلا كذبحه فى بربه لا يرغب أحد فى شرائه لزمه القيمة، لأنه حينئذ مقدار النقص (٢).

(و ليس للمالك مطالبته بالقيمة) كملا (و دفعه إليه على الأقرب) (٣) لأصالة براه ذمه الجانى مما زاد على الأرش، و لأنه باق على ملك مالكه فلا يتنقل عنه إلا بالتراضى من الجانبين.

و خالف فى ذلك الشيخان و جماعه فخيروا المالك بين إلزامه بالقيمة يوم الإتلاف و تسليمه إليه، و بين مطالبته بالأرش نظرا إلى كونه مفوتا لمعظم منافعه فصار كالتالف.

و ضعفه ظاهر (٤) (و لو أتلفه لا بها (٥) فعليه قيمته يوم تلفه إن لم يكن غاصبا) (٦)، لأنه يوم تفويت مالىته الموجب للضمان (و يوضع منها (٧) ما له قيمة من الميتة) كالشعر و الصوف و الوبر و الريش و فى الحقيقة ما وجب هنا (٨) غير (١) أى لا قيمة الحيوان أجمع، لأن الحيوان لم يتلف بالتذكية بل نقص.

(٢) أى لأن اللازم من قيمة الحيوان أجمع هو مقدار النقص على المالك.

(٣) هل للمالك دفع المذبوح و المطالبه بالقيمة؟ قيل: نعم و هو اختيار الشيخين فى المقنعه و النهايه و جماعه نظرا إلى إتلافه أهم منافعه فهو حينئذ بحكم التالف، و قيل: لا، كما عن الشيخ فى المبسوط و المتأخرين كما فى الجواهر لأنه إتلاف لبعض منافعه فقط فيضمن التلف فقط مع بقاء المالىه عرفا للحيوان المذبوح.

(٤) لأنه باق على مالىته عرفا و ليس بحكم التالف.

(٥) أى أتلف الحيوان لا- بالتذكية، فيضمن الجانى قيمته يوم إتلافه كغيره من الأموال بلا- خلاف فيه و لا إشكال، و مستنده واضح، نعم لو بقى فى الحيوان المقتول ما له مالىه كالصوف و الشعر و الوبر و الريش مما ينتفع به من الميتة فهو باق للمالك و يسقط من القيمة بإزائه.

(٦) و إلا لو كان غاصبا فقد قيل يؤخذ بيوم التلف و قيل بيوم الأداء، و قيل بأعلى القيم و قد تقدم الكلام فيه فى باب الغصب.

(٧) من القيمة التى يدفعها الجانى.

(٨) ما نفيه.

الأرش، لكن لما كان المضمون أكثر القيمة اعتبرها.

و لو كان المتلف غاصبا فليل: هو كذلك.

وقيل: يلزمه أعلى القيم من حين الغصب إلى حين الإتلاف. و هو أقوى و قد تقدم، فمن ثم أهمله (و لو تعيب بفعله) من دون أن يتلف كأن قطع بعض أعضائه، أو جرحه، أو كسر شيئا من عظامه (فلمالكة الأرش) (١) إن كانت حياته مستقره، و إلا فالقيمة على ما فصل (٢) و كذا لو تلف بعد ذلك بالجناية (٣).

(و أما) لو أتلّف (ما لا- تقع عليه الذكاه (٤) ففي كلب الصيد أربعون) (١) و هو التفاوت بين قيمتى الصحيح و المعيب، لأن الأجزاء مضمونه لدخالته في ماله الحيوان.

نعم في فقأ العين فالمشهور على الأرش، و الشيخ و جماعه منهم المحقق في الشرائع أن على الجاني ربع القيمة لصحيح أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام: (من فقأ عين دابه فعليه ربع ثمنها) (١)، و صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام: (قضى على عليه السلام في عين فرس فقئت ربع ثمنها يوم فقئت العين) ٢ و قريب منهما صحيح عمر بن أذينة ٣.

(٢) أى المصنف من كونها قيمة يوم التلف إن لم يكن غاصبا.

(٣) فيضمن القيمة أيضا.

(٤) لا خلاف بين الأصحاب أن إتلاف الخمر و آلات اللهو و ما لا يقبل التذكية كالكلب و الخنزير لا يوجب الضمان لعدم كونه مالا شرعا.

إلا أن يكون الخنزير للذمي فيضمن لأنه مال عنده بشرط قيام الذمي بشرائط الذمه لمعتبره غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عليهما السلام: (أن عليا عليه السلام ضمّن رجلا أصاب خنزير النصراني) (٢)، و لخبر مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام: (أن أمير المؤمنين عليه السلام رفع إليه رجل قتل خنزيرا فضمنه، و رفع إليه رجل كسر بربطا فأبطله) ٥ بحمل الخنزير على أنه ملك للذمي جمعا بين النصوص، و الدال على القيام بشرائط الذمه صحيح زراره عن أبي عبد الله عليه السلام: (إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قبل الجزية من أهل الذمه على أن لا يأكلوا الربا و لا يأكلوا لحم الخنزير و لا ينكحوا الأخوات و لا بنات الأخ و لا بنات الأخت فمن فعل ذلك منهم برئت منه ذمه الله تعالى و ذمه رسول-

ص: ٦٩٣

١- ((١ و ٢ و ٣)) الوسائل الباب - ٤٧ - من أبواب ديات الأعضاء حديث ١ و ٣ و ٢.

٢- ((٤ و ٥)) الوسائل الباب - ٢٦ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١ و ٢.

(درهما) (١) على الأشهر روايه و فتوى.

و قيل (٢): قيمته (٣) كغيره من الحيوان القيمي إما لعدم ثبوت المقدار (٤) أو لروايه السكوني عن الصادق عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام: حكم فيه بالقيمه.

و بين التعليلين بون بعيد (٥)، و خصه الشيخ (٦) بالسلوقي نظرا إلى وصفه في -الله صَلَّى الله عليه و آله و سلم، قال: و ليست لهم اليوم ذمه(١) بحمله على التستر في أكل لحم الخنزير.

و أما كلب الغنم و الحائط و الزرع و الصيد ففيه كلام سيأتي.

(١) على المشهور للأخبار منها: معتبره الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: (ديه الكلب السلوقي أربعون درهما)(٢)، و معتبره عبد الأعلى بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام: (في كتاب على عليه السلام ديه كلب الصيد أربعون درهما)٣.

و ذهب الشارح إلى أن الروايات ضعيفه السند فالأجود الضمان بالقيمه، و فيه: إنها منجره بعمل الأصحاب.

و ذهب ابن الجنيد إلى أن في كلب الصيد قيمته بشرط عدم تجاوزها أربعين درهما، و مع التجاوز فالأربعون جمعا بين ما تقدم و خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: (قال أمير المؤمنين عليه السلام، فيمن قتل كلب الصيد، قال: يقومه، و كذلك البازي، و كذلك كلب الغنم، و كذلك كلب الحائط)٤.

ثم هل المراد بكلب الصيد هو المعلم سواء كان سلوقيا أو لا، أو خصوص السلوقي، و هو المنسوب إلى قريه سلوق باليمن أكثر كلابها معلّمه، فالأكثر على الأول و الشيخان على الثاني، و من الواضح أن السلوقي هو إشاره إلى كلب الصيد المعلم و هذا يشمل غير السلوقي في البين.

(٢) و هو الإسكافي.

(٣) بشرط عدم تجاوز الأربعين.

(٤) شرعا فالمتجه الضمان بالقيمه، لكن عرفت أن مستند حكم ابن الجنيد هو الجمع بين الأخبار المتقدمه.

(٥) بين عدم ثبوت المقدار شرعا و بين الحكم بالقيمه تبعا لروايه السكوني.

(٦) بل الشيخان.

ص: ٦٩٤

٢- ((٢ و ٣ و ٤) الوسائل الباب - ١٩ - من أبواب ديات النفس حديث ١ و ٥ و ٣.

الروايه، و هو نسبه إلى سلوق قريه باليمن أكثر كلابها معلمه، و الباكون حملوه على المعلم مطلقا للمشابهه.

(و فى كلب الغنم كبش) (١) و هو ما يطلق عليه اسمه، لعدم تحديد سنه شرعا و لا لغه، لروايه أبى بصير عن أحدهما.

(و قيل) و القائل الشيخان و ابن إدريس و جماعه: فى قتله (عشرون درهما)، لروايه ابن فضال عن بعض أصحابه عن أبى عبد الله عليه السلام و هى ضعيفه مرسله، و العجب من ابن إدريس المانع من الخير الواحد مطلقا كيف يذهب هنا إلى ذلك، لكن لعله استند إلى ما توهمه من الإجماع، لا إلى الروايه.

و فى قول ثالث أن الواجب فيه القيمه كما مر (٢).

(و فى كلب الحائط) (٣) و هو البستان أو ما فى معناه (٤) (عشرون درهما) على المشهور، و لم نقف على مستنده و القول بالقيمه أجود.

(١) على الأكثر لروايه أبى بصير عن أبى عبد الله عليه السلام: (ديه الكلب السلوقى أربعون درهما - إلى أن قال -: و ديه كلب الغنم كبش و ديه كلب الزرع جريب من برّ، و ديه كلب الأهل قفيز من تراب لأهله) (١).

و ذهب البعض بل قيل المشهور كما فى كشف اللثام أن ديته عشرون درهما لمرسل ابن فضال عن أبى عبد الله عليه السلام: (ديه كلب الصيد أربعون درهما، و ديه كلب الماشيه عشرون درهما، و ديه الكلب الذى ليس للصيد و لا للماشيه زنبيل من تراب على القاتل أن يعطى و على صاحبه أن يقبل) ٢.

و قيل: إن ديته قيمته لخبر السكونى المتقدم، و هو الأولى بعد حمل نصوص التقدير على تقديره فى أزمنه صدور الأخبار المتقدمه.

(٢) فى كلب الصيد.

(٣) ذهب المشهور إلى أن ديته عشرون درهما، و ليس له مستند كما اعترف بذلك غير واحد، فالمتعين القول بالقيمه تبعا لخبر السكونى المتقدم.

(٤) ككلب الدار.

ص: ٦٩٥

(و فى كلب الزرع (١) قفيز من طعام) و هو فى روايه أبى بصير المتقدمه، و خصه (٢) بعض الأصحاب بالحنطه. و هو حسن (و لا تقدير لما عداها (٣)، و لا ضمان على قاتلها) و شمل إطلاقه (٤) كلب الدار (٥) و هو أشهر القولين فيه، و فى روايه أبى بصير عن أحدهما أن فى كلب الأهل قفيز من تراب و اختاره بعض الأصحاب.

(أما الخنزير (٦) فيضمن للذمى مع الاستتار به بقيمته عند مستحليه) إن أتلفه. و بأرشه كذلك إن أعابه (و كذا لو أتلف المسلم عليه) أى على الذمى المستتر. و ترك التصريح بالذمى لظهوره، و لعل التصريح كان أظهر (خمرا، أو آله لهو (٧) مع استتاره) بذلك، فلو أظهر شيئا منهما فلا ضمان على المتلف مسلما كان أم كافرا فيهما.

(و يضمن الغاصب (٨) قيمه الكلب السوقيه)، لأنه مؤاخذ بأشق الأحوال.

و جانب المالىه معتبر فى حقه مطلقا (بخلاف الجانى) فإنه لا يضمن إلا المقدر الشرعى، و إنما يضمن الغاصب القيمه (ما لم تنقص عن المقدر الشرعى) فيضمن (١) ذهب المشهور إلى أن ديتة قفيز من بر لروايه أبى بصير المتقدمه و إلى أن المراد بالبر هو الطعام بل هو خصوص الحنطه و استجوده فى المسالك، و ذهب جماعه إلى عدم وجوب شىء لقتله لعدم الدليل الموجب لذلك، و ذهب الصدوق إلى أن فيه زنيلا- من تراب و على القاتل أن يعطى و على صاحب الكلب أن يقبل لمرسل ابن فضال المتقدم.

(٢) أى خص الطعام.

(٣) لما عدا هذه المذكورات.

(٤) أى إطلاق المصنف بقوله: لما عداها.

(٥) و ذهب ابن الجنيد إلى أن فى كلب الدار زنيلا من تراب لخبر أبى بصير المتقدم و هو المسمى بـكلب الأهل كما فى الروايه.

(٦) فقد تقدم الكلام فيه.

(٧) لأنها من ذوات المالىه بنظر الذمى المستتر قياسا على الخنزير و إن كان فى خبر مسمع المتقدم عدم الضمان بكسر البربط مطلقا.

(٨) لأن يده يد عدوان و قد تقدم فى كتاب الغصب أخذه بأشق الأحوال، فمن ثم اختلف حكمه عن حكم الجانى.

المقدر. و بالجمله فيضمن الغاصب أكثر الأمرين من قيمه و المقدر الشرعى.

(و يضمن صاحب الماشيه جنايتها ليلا، لا نهارا) (١) على المشهور، و المستند روايه السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام عن أبيه قال: كان على عليه السلام لا يضمن ما أفسدت البهائم نهارا و يقول على صاحب الزرع حفظه، و كان يضمن ما أفسدته ليلا، و روى ذلك عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم (٢).

(و منهم) و هم جله المتأخرين كابن إدريس، و ابن سعيد، و العلامه (من اعتبر التفريط) فى الضمان (مطلقا) ليلا و نهارا. إما استضعافا للروايه، أو حملا لها على ذلك (٣).

قال المصنف (٤): و الحق أن العمل ليس على هذه الروايه، بل إجماع الأصحاب. و لما كان الغالب حفظ الدابه ليلا، و حفظ الزرع نهارا أخرج الحكم عليه و ليس فى حكم المتأخرين رد لقول القدماء فلا- ينبغى أن يكون الاختلاف هنا إلا- فى مجرد العبارة عن الضابط أما المعنى فلا خلاف فيه. انتهى.

و لا يخفى ما فيه (٥) و كيف كان فالأقوى اعتبار التفريط و عدمه.

(١) على المشهور لروايه عبد الله بن المغيرة عن السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام:

(كان على عليه السلام لا- يضمن ما أفسدت البهائم نهارا، و يقول: على صاحب الزرع حفظ زرعه و كان يضمن ما أفسدت البهائم ليلا) (١).

و ذهب المتأخرون إلى الضمان مع اعتبار التفريط و عدمه مع العدم بلا فرق بين الليل و النهار لضعف الخبر المذكور.

(٢) فى غوالى اللالكى عن الشهيد عن النبى صلى الله عليه و آله و سلم: (أنه قضى فى ناقة البراء بن عازب لما أفسدت حائطا أن على أهل الحائط حفظها نهارا و على أهل الماشيه حفظها ليلا) (٢).

(٣) من كون التفريط إنما يحدث ليلا من أهل الماشيه دون النهار.

(٤) فى شرح الإرشاد.

(٥) قال الشارح فى المسالك: (و ظاهر الخلاف معنى لأن مقتضى التفصيل أن ما جنته البهائم نهارا غير مضمون على أربابها سواء فرط فى حفظها أو لا، لأن على صاحب-

ص: ٦٩٧

١- (١) الوسائل الباب - ٤٠ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

٢- (٢) مستدرک الوسائل الباب - ٢٩ - من أبواب موجبات الضمان حديث ١.

(و روى) محمد بن قيس (١) عن أبي جعفر عليه السّلام (فى بعير بين أربعة عقله أحدهم فوقع فى بئر فانكسر: أن على الشركاء ضمان حصته، لأنه حفظ وضيعوا روى) ذلك أبو جعفر عليه السّلام (عن أمير المؤمنين) صلوات الله و سلامه عليه و هو مشكل على إطلاقه، فإن مجرد وقوعه أعم من تفريطهم فيه، بل من تفريط العاقل، و من ثم أوردتها المصنف كغيره بلفظ الروايه.

و يمكن حملها على ما لو عقله و سلمه إليهم ففرطوا، أو نحو ذلك و الأقوى ضمان المفرط منهم، دون غيره، و الروايه حكاية فى واقعه محتمله للتأويل.

(و ليكن هذا آخر اللّمعه، و لم نذكر سوى المهم) من الأحكام (و هو المشهور بين الأصحاب). هذا بحسب الغالب، و إلا فقد عرفت أنه ذكر أقوالا نادره غير مشهوره، و فروعاً غير مذكوره.

-الزرع حفظه نهارة، و أن ما جنته ليلا مضمون مطلقاً لأن الحفظ متعلق بمالك البهائم.

و لو فرض عدم تفريطه فى حفظها فإن جنايتها ليلا مضمونه نظراً إلى تعليق الحكم على الليل و النهار، لا على التفريط و عدمه، خلاف مدلول اللفظ، و كيف كان فالرجوع إلى التفريط و عدمه هو الأظهر).

(١) فى الصحيح عن أبي جعفر عليه السّلام: (قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى أربعة أنفس شركاء فى بعير، فعقله أحدهم فانطلق البعير يعبث بعقاله فتردى فانكسر، فقال أصحابه للذى عقله: أغرم لنا بعيرنا، قال: ففضى بينهم أن يغرموا له حظه، من أجل أنه أوثق حظه فذهب حظهم بحظه منه) (١).

و الحكم بإطلاقه مشكل لأن مجرد وقوعه أعم من كونه بتفريطهم، بل و من تفريط العاقل، و لذا قال المحقق فى نكت النهايه: «إن صحت هذه الروايه فهى حكاية فى واقعه، و لا عموم للوقائع، فلعله عقله و سلمه إليهم ففرطوا، و غير ذلك» فالأقوى الضمان على المفرط دون غيره.

انتهى كتاب الديات و لله الحمد أولاً و أخيراً

ص: ٦٩٨

(والباعث عليه) أى على المذكور والمدلول عليه بالفعل، أو على تصنيف الكتاب و إن كان اسمه مؤنثا (اقتضاء) أى طلب (بعض الطلاب) و قد تقدم بيانه (نفعه الله و إيانا به) و جميع المؤمنين، و نفع بشرحه كما نفع بأصله بحق الحق و أهله (و الحمد لله وحده و صلواته على سيدنا محمد النبى، و عترته المعصومين الذين أذهب الله عنهم الرجس و طهرهم تطهيرا).

هذا آخر كلام المصنف (قدس الله روحه)، و نحن نحمد الله تعالى على توفيقه و تسهيله لتأليف هذا التعليق، و نسأله من فضله و كرمه أن يجعله خالصا لوجهه الكريم، موجبا لثوابه الجسيم، و أن يغفر لنا ما قصرنا فيه من اجتهاد، و وقع فيه من خلل فى إيراد إنه هو الغفور الرحيم.

و فرغ من تسويده مؤلفه الفقير إلى عفو الله و رحمته «زين الدين بن على بن أحمد الشامى العاملى» عامله الله تعالى بفضله و نعمه و عفا عن سيئاته و زلاته بجوده و كرمه على ضيق المجال، و تراكم الأهوال الموجه لتشويش البال خاتمه ليله السبت و هى الحاديه و العشرون من شهر جمادى الأولى سنه سبع و خمسين و تسعمائه من الهجره النبويه حامدا مصليا. اللهم صلّ على محمد و آل محمد، و اختتم لنا بالخير.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
اصبحان

الغمامة



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

