



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليكم يا صابغين
الرميا

WWW. **Ghaemiyeh** .com
WWW. **Ghaemiyeh** .org
WWW. **Ghaemiyeh** .net
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

التحقيق الصغير

في شرح التفسير

للإمام الفقيه والعلامة السيد محمد باقر الخليلي

المؤيد على يد العلامة السيد محمد باقر الخليلي

١٣٦١ - ١٣٦٢ هـ

الطبعة الأولى

مطبعة
الشيخ محمد باقر الخليلي

مطبعة
الشيخ محمد باقر الخليلي

مطبعة
الشيخ محمد باقر الخليلي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع

كاتب:

حسن بن يوسف بن مطهر علامه حلى

نشرت فى الطباعة:

مكتبه آيه الله المرعشى النجفى العامه - قم

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٩	الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع المجلد ٣
١٩	اشاره
١٩	اشاره
٢٣	كتاب العتق
٢٣	اشاره
٣٠	مسائل سبع
٣٠	اشاره
٣٠	الاولى: لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعه
٣١	الثانيه: لو نذر عتق أول ما تلده الجاريه فولدت توأمين
٣١	الثالثه: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم
٣١	الرابعه: لو نذر عتق أمته ان وطئها فخرجت من ملكه انحلت اليمين
٣١	الخامسه: لو نذر عتق كل عبد قديم فى ملكه أعتق من كان له فى ملكه سته أشهر فصاعدا
٣٢	السادسه: مال المعتق لمولاه و ان لم يشترطه
٣٢	السابعه: إذا أعتق ثلث عبیده استخرج الثلث بالقرعه
٣٥	كتاب التدبير و المكاتبه و الاستيلاء
٣٥	اشاره
٣٧	أما التدبير
٤١	أما المكاتبه
٤٧	أما الاستيلاء
٥١	كتاب الإقرار
٥١	اشاره
٥٣	الأركان أربعه
٥٣	الأول: فى الإقرار

٥٥	الثاني:في المقر
٥٦	الثالث:في المقر له
٥٧	الرابع:في المقر به
٥٩	أما اللواحق أمور ثلاثه
٥٩	اشاره
٥٩	الأول:في بيان أحكام الاستثناء
٦١	الثاني:في تعقيب الإقرار بما ينافيه
٦٢	الثالث:في الإقرار بالنسب
٦٩	كتاب الايمان
٦٩	اشاره
٧١	و النظر في في أمور ثلاثه
٧١	اشاره
٧١	الأول:ما ينعقد به اليمين
٧٣	الثاني:في الحالف
٧٤	الثالث:في متعلق اليمين
٧٤	اشاره
٧٦	مسألتان:
٧٦	الأولى
٧٧	الثانيه
٧٩	كتاب النذر و العهود
٧٩	اشاره
٨١	النظر في أمور أربعه
٨١	اشاره
٨١	الأول:الناذر
٨٢	الثاني:الصيغه
٨٣	الثالث:في متعلق النذر

٨٦	الرابع:فى اللواحق
٩٣	كتاب الصيد و الذبأحه
٩٣	أشاره
٩٥	أما الأول الصيد
٩٥	أشاره
٩٩	مسائل من أحكام الصيد
٩٩	أشاره
٩٩	الأولى:لو تقاطعه الكلاب قبل إدراكه حل
١٠٠	الثانىة:لو رماه بسهم فتردى من جبل أو وقع فى ماء فمات
١٠٠	الثالثة:لو قطعه السيف باثنين فلم يتحركا حلا
١٠١	الرابعة:لو أدرك الصيد و فيه حياه مستقره
١٠٢	الخامسة:لو أرسل المسلم كلبه فأرسل كافر كلبه فقتلا صيدا
١٠٢	السادسة:لو رمى صيدا فأصاب غيره حل
١٠٣	السابعة:إذا كان الطير مالكا جناحه
١٠٣	المقام الثانى فى الذبأتح
١٠٣	فصول
١٠٣	أشاره
١٠٤	الأول:فى الذابح
١٠٥	الثانى:فى الإله
١٠٥	الثالث:فى الكيفيه
١١٠	يلحق به أحكام
١١٠	أشاره
١١٠	الأول:ما يباع فى أسواق المسلمين
١١٠	الثانى:ما يتعذر ذبأه أو نحره من الحيوان
١١٠	الثالث:ذكاه السمك إخراجاه من الماء
١١١	الرابع:ذكاه الجنين

١١٣	كتاب الأَطعمه و الأَشربه
١١٣	اشاره
١١٥	الأول: في حيوان البحر
١١٨	القسم الثاني: في البهائم
١٢٠	القسم الثالث: في الطير
١٢٣	القسم الرابع: في الجامد
١٢٣	اشاره
١٢٣	الأول: الميتات
١٢٥	الثاني: ما يحرم من الذبيحه
١٢٧	الثالث: الأعيان النجسه
١٢٧	الرابع: الطين
١٢٨	الخامس: السموم القاتله
١٢٨	القسم الخامس: في المائعات
١٢٨	اشاره
١٢٨	الأول: الخمر
١٢٩	الثاني: الدم المسفوح
١٣٠	الثالث: كل مائع لاقته نجاسه فقد نجس
١٣١	الرابع: أبوال ما لا يؤكل لحمه
١٣٢	الخامس: البان الحيوان المحرم
١٣٢	القسم السادس: في اللواحق
١٣٢	اشاره
١٣٢	الأولى: شعر الخنزير نجس
١٣٢	الثانيه: إذا وجد لحم فاشتبه
١٣٣	الثالثه: لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره الا بإذنه
١٣٥	الرابعه: من شرب خمرا أو شيتا نجسا، فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيرا بالنجاسه
١٣٥	الخامسه: إذا باع ذمي خمرا ثم أسلم

- الساده:الخمير تحل إذا انقلب خلا ١٣٥
- السابعه:لا يحرم شرب الربوبات و الأشربه الغير المسكره و ان شم منها رائحه المسكر ١٣٦
- كتاب الغصب ١٣٧
- اشاره ١٣٧
- الأول:فى تعريفه ١٣٩
- الثانى:فى الأحكام ١٤٤
- الثالث:فى اللواحق ١٤٩
- اشاره ١٤٩
- الأولى:فوائد المغصوب للمالك ١٥٠
- الثانيه:لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ١٥٠
- الثالثه:إذا اشترى أحد المغصوب عالما بالغصب ١٥١
- الرابعه:إذا غضب حبا فزرعه ١٥٢
- الخامسه:إذا غضب أرضا فزرعها ١٥٢
- الساده:لو تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه ١٥٣
- كتاب الشفعه ١٥٥
- اشاره ١٥٥
- الأول:فى ما تثبت فيه الشفعه ١٥٧
- الثانى:فى الشفيع ١٥٩
- الثالث:فى كيفيه الأخذ ١٦١
- اشاره ١٦١
- مسألان ١٦٦
- كتاب احياء الموات ١٦٧
- اشاره ١٦٧
- مسائل تسع ١٧١
- اشاره ١٧١
- الأولى:الطريق المبتكر فى المباح ١٧١

- ١٧٢ الثانيه:حريم بئر المعطن
- ١٧٣ الثالثه:من باع نخلا و استثنى واحده
- ١٧٣ الرابعه:إذا تشاح أهل الوادى فى مائه حسبه الأعلى
- ١٧٤ الخامسه:لا يجوز للإنسان أن يحمى المرعى إلا فى ملكه خاصه
- ١٧٤ السادسه:لو كان له رحى على نهر لغيره لم يجز له
- ١٧٤ السابعه:من اشترى دارا فيها زياده من الطريق
- ١٧٥ الثامنه:من له نصيب فى قناه أو نهر،جاز له بيعه بما شاء
- ١٧٥ التاسعه:رجل فى يده دار ليست له، لم تزل فى يده و يد آبائه
- ١٧٧ كتاب اللقطه
- ١٧٧ اشاره
- ١٧٩ الاولى:فى اللقيط
- ١٨٢ القسم الثانى:فى الضوال
- ١٨٤ القسم الثالث: فى لقطه المال الصامت،و فيه ثلاث فصول
- ١٨٤ اشاره
- ١٨٤ الاولى:اللقطه كل مال ضائع أخذ و لا يد عليه
- ١٨٤ اشاره
- ١٨٨ مسائل ثلاث
- ١٨٨ اشاره
- ١٨٨ الاولى:ما يوجد فى أرض خربه
- ١٨٩ الثانيه:ما وجده فى داره أو صندوقه
- ١٨٩ الثالثه:لا تملك اللقطه بجوول الحول و ان عرفها ما لم ينو التملك
- ١٩٠ الفصل الثانى:فى الملتقط
- ١٩٠ الفصل الثالث:فى الأحكام
- ١٩٠ اشاره
- ١٩٠ الأول:لا تدفع اللقطه إلا بالبينه
- ١٩١ الثانى:لا بأس بجعل الأيق

١٩٢	الثالث:لا يضمن الملتقط في الحول لقطه و لا لقيطا و لا ضاله ما لم يفرط
١٩٣	كتاب المواريث
١٩٣	اشاره
١٩٥	المقدمات
١٩٥	الاولى:في موجبات الإرث
١٩٦	الثانيه:في موانع الإرث
٢٠٦	المقدمه الثالثه:في السهام المقدره و أهلها.
٢١٠	المقاصد
٢١٠	اشاره
٢١٠	الأول:في ميراث الأنساب
٢١٠	اشاره
٢١٠	الأولى:الإباء
٢٢٠	المرتبه الثانيه:الإخوه
٢٢٤	الثالثه:الأعمام و الأخوال
٢٣١	المقصد الثاني:في ميراث الأزواج
٢٣١	اشاره
٢٣٥	المسألتان
٢٣٥	اشاره
٢٣٥	الأولى:إذا طلق واحده من الأربع و تزوج أخرى
٢٣٥	الثانيه:نكاح المريض مشروط بالدخول
٢٣٥	المقصد الثالث:في الولاء
٢٣٥	اشاره
٢٣٧	الأول:ولاء العتق
٢٤٠	القسم الثاني:ولاء تضمن الجريه
٢٤١	القسم الثالث:ولاء الإمامه
٢٤٢	اللواحق

٢٤٢	اشاره
٢٤٢	الأول:في ميراث ابن الملاعنه
٢٤٢	اشاره
٢٤٤	خاتمه:
٢٤٨	الفصل الثاني:في بيانميراث الخنثيو شبيهه:
٢٥٤	الفصل الثالث في بيانميراث الغرقى و المهذوم عليهم:
٢٥٤	الفصل الرابع:في ميراث المجوس
٢٥٧	خاتمه في بيانحساب الفرائض:
٢٥٧	اشاره
٢٦٧	تتمه في المناسخات
٢٧٣	كتاب القضاء
٢٧٣	اشاره
٢٧٤	النظر الأول في الصفات
٢٧٤	النظر الثاني
٢٧٤	اشاره
٢٧٩	مسائل
٢٧٩	اشاره
٢٧٩	الأولى:للإمام أن يقضى بعلمه في الحقوق مطلقا
٢٧٩	الثانية:ان عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم
٢٨٠	الثالثه:تسمع شهاده التعديل مطلقه
٢٨١	الرابعه:إذا التمس الغريم إحضار غريمه
٢٨١	الخامسه: الرشوه على الحاكم حرام
٢٨٢	النظر الثالث
٢٨٢	اشاره
٢٨٢	الأول:في وظائف الحاكم
٢٨٤	المقصد الثاني في جواب المدعى عليه

٢٩٣	المقصد الثالث: في كيفية الاستحلاف
٢٩٣	اشاره
٣٠٠	الاولى: لا يجوز أن يحكم الحاكم باخبار حاكم آخر
٣٠١	الثانيه: في بيان أحكام القسمه
٣٠٢	النظر الرابع
٣٠٢	اشاره
٣٠٣	الأول: في المدعى
٣٠٩	الفصل الثاني: في الاختلاف في الدعوى
٣١٣	الفصل الثالث: في تعارض البيئات
٣١٧	كتاب الشهادات
٣١٧	اشاره
٣١٩	الأول: في صفات الشاهد
٣١٩	اشاره
٣١٩	الأول: البلوغ
٣٢٠	الثاني: كمال العقل
٣٢١	الثالث: الإسلام
٣٢٢	الرابع: العدالة
٣٢٤	الخامس: ارتفاع التهمه
٣٣٠	السادس: طهاره المولد
٣٣١	يلحق بهذا الباب مسائل
٣٣١	اشاره
٣٣١	الاولى: التبرع بالأداء
٣٣٢	الثانيه: الأصم
٣٣٢	الثالثه: لا تقبل شهاده النساء في الهلال و الطلاق
٣٣٥	الثاني: في ما يصير به شاهدا
٣٣٥	اشاره

- مسائل ٣٣٩
- الأولى: قيل: يكفى فى الشهاده بالملك مشاهدته ٣٣٩
- الثانيه: تجوز الشهاده على ملك لا يعرفه الشاهد إذا عرفه المتبائعان ٣٤٠
- الثالثه: لا يجوز إقامه الشهاده إلا مع الذكر ٣٤٠
- الرابعه: من حضر حسابا أو سمع شهاده ٣٤١
- الثالث: فى الشهاده على الشهاده ٣٤٢
- الرابع: فى اللواحق ٣٤٥
- كتاب الحدود ٣٥١
- اشاره ٣٥١
- الفصل الأول ٣٥١
- اشاره ٣٥١
- النظر الأول فى الموجب ٣٥١
- النظر الثانى ٣٦٠
- النظر الثالث ٣٧٠
- الفصل الثانى اللواط، والسحق، و القياده ٣٧٣
- الفصل الثالث ٣٧٩
- اشاره ٣٧٩
- الأول: فى الموجب ٣٨٠
- الثانى: فى المقذوف ٣٨٣
- الثالث: فى بيان الاحكام ٣٨٣
- الرابع: فى اللواحق ٣٨٥
- اشاره ٣٨٥
- الأولى: يقتل من سب النبى صلى الله عليه و آله ٣٨٥
- الثانيه: يقتل مدعى النبوه ٣٨٦
- الثالثه: يقتل الساحر إذا كان مسلما، و يعزر إذا كان كافرا ٣٨٦
- الرابعه: يكره أن يزداد فى تأديب الصبى عن عشره أسواط، و كذا العبد ٣٨٧

٣٨٨	الخامسه: يعزر من قذف عبده أو أمته
٣٨٩	الفصل الرابع
٣٨٩	اشاره
٣٨٩	الأول: في الموجب
٣٩١	الثاني: في الحد
٣٩١	الثالث: في الأحكام
٣٩٣	الفصل الخامس
٣٩٣	اشاره
٣٩٣	الأول: في السارق
٣٩٧	الثاني: في المسروق
٤٠١	الثالث: يثبت الموجب بالإقرار
٤٠٣	الرابع: في الحد
٤٠٦	الخامس: في اللواحق
٤٠٨	الفصل السادس
٤١٤	الفصل السابع
٤١٩	كتاب القصاص
٤١٩	اشاره
٤٢١	الأول: في القود في النفس
٤٢١	اشاره
٤٢٥	مسائل من الاشتراك
٤٢٥	اشاره
٤٢٥	الأولى: لو اشترك جماعة في قتل حر مسلم
٤٢٦	الثانية: يقتص من الجماعة في الأطراف كما يقتص في النفس
٤٢٧	الثالثة: لو اشتركت في قتله امرأتان
٤٢٨	الرابعة: لو اشترك حر و عبد
٤٣٠	القول في الشرائط المعتره في القصاص

- ٤٣٠ اشارة
- ٤٣٠ الأول:التساوى فى الحريه
- ٤٣٠ اشارة
- ٤٣٧ مسائل
- ٤٣٧ الاولى:لو قتل الحر حرين
- ٤٣٨ الثانيه:لو قطع حر يمين رجلين حرين
- ٤٣٩ الثالثه:إذا قتل العبد حرا عمدا،فأعتقه مولاه
- ٤٤١ الشرط الثانى: التساوى فى الدين
- ٤٤٣ الشرط الثالث:أن لا يكون القاتل أبا للمقتول
- ٤٤٤ الشرط الرابع:كمال العقل
- ٤٤٤ الشرط الخامس:أن يكون المقتول محقون الدم
- ٤٤٧ موجب القصاص:
- ٤٤٧ اشارة
- ٤٤٧ الإقرار
- ٤٤٨ البيئه
- ٤٤٨ اشارة
- ٤٥٠ مسائل
- ٤٥٠ الأولى:قيل:انه يحبس المتهم بالدم
- ٤٥١ الثانيه:لو قتل رجلا و ادعى أنه وجد المقتول مع امرأته
- ٤٥١ الثالثه:خطاء الحاكم فى القتل و الجروح على بيت المال
- ٤٥٢ القسامه
- ٤٥٤ القول فى كيفية الاستيفاء
- ٤٥٤ اشارة
- ٤٥٨ مسائل
- ٤٦٢ القسم الثانى
- ٤٧١ كتاب الديات

٤٧١	اشاره
٤٧٣	الأول
٤٨٣	النظر الثاني
٤٨٣	اشاره
٤٨٣	البحث الأول في المباشرة
٤٨٣	اشاره
٤٨٩	مسائل
٤٨٩	اشاره
٤٨٩	الأولى:من دعا غيره فأخرجه من منزله ليلا
٤٩٠	الثانية:لو أعادت الظئر بالطفل فأنكره أهله
٤٩١	الثالثة:لو دخل لص فجمع متاعا و وطئ صاحبه المنزل قهرا
٤٩٢	الرابعة:لو شرب أربعة فسكروا فوجد بينهم جريحان و قتيلان
٤٩٥	البحث الثاني
٤٩٩	البحث الثالث
٥٠١	النظر الثالث
٥٠١	اشاره
٥٠١	المقصد الأول:في دييات الأعضاء
٥٠١	اشاره
٥١٧	مسائل
٥١٧	اشاره
٥١٧	الأولى:ديه كسر الضلع خمسة و عشرون دينارا
٥١٧	الثانية:لو كسر بعصوص الإنسان أو عجانة،فلم يملك غائطه و لا بوله
٥١٧	الثالثة:قال الشيخان في كسر عظم من عضو خمس ديته
٥١٩	الرابعة:قال بعض الأصحاب في الترقوه إذا كسرت فجبرت على غير عيب فأربعون دينارا
٥١٩	الخامسة:من داس بطن إنسان حتى أحدث
٥٢٠	السادسة:من اقتضى بكرا فخرق مئانتها فلم تملك بولها ففيه ديتها و مهر نساؤها

٥٢٠	المقصد الثاني
٥٢٤	المقصد الثالث
٥٢٤	اشاره
٥٢٨	مسائل
٥٣٢	النظر الرابع
٥٣٢	اشاره
٥٣٢	الأول: في ديه الجنين
٥٣٦	الثاني: في الجنايه على الحيوان
٥٣٦	اشاره
٥٣٩	مسائل
٥٤١	الثالثه: في كفاره القتل
٥٤٢	الرابعه: في العاقله
٥٤٢	اشاره
٥٤٦	مسائل
٥٤٦	اشاره
٥٤٦	الاولى: لو قتل الأب ولده عمدا
٥٤٧	الثانيه: لا تعقل العاقله عمدا
٥٤٧	الثالثه: لا تعقل العاقله بهيمه
٥٤٩	تعريف مركز

سرشناسه: محقق حلي، جعفر بن حسن، ق ٦٧٦ - ٦٠٢

عنوان قراردادى: [المختصر النافع. شرح]

عنوان و نام پديد آور: الشرح الصغير في شرح المختصر النافع / تاليف المير سيدعلى محمدعلى الطباطبائى الحائرى؛ تحقيق مهدى الرجائى

مشخصات نشر: قم: مكتبه آيه الله المرعشى العامه، ١٤٠٩ق. = - ١٣٦٧.

مشخصات ظاهرى: ج. نمونه

فروست: (مخطوطات مكتبه آيه الله المرعشى العامه ٣٤)

يادداشت: كتابنامه به صورت زيرنويس

عنوان ديگر: شرح المختصر النافع

موضوع: فقه جعفرى

شناسه افزوده: طباطبائى كربلايى، على بن محمدعلى، ١٢٣١ - ١١٦١ق.، شارح

شناسه افزوده: رجائى، مهدى، ١٣٣٦ - ، مصحح

رده بندى كنگره: BP١٨٢/م٣٠٢١٦٣٠٢١٦٣٦٧

رده بندى ديويى: ٢٩٧/٣٤٢

شماره كتابشناسى ملي: م ٦٨-١٧١٣

ص: ١

الشرح الصغير فى شرح المختصر النافع المجلد ٣

تأليف المير سيدعلى محمدعلى الطباطبائى الحائرى

تحقيق مهدي الرجايى

ص: ٣

كتاب العتق

اشاره

ص: ٥

(كتاب العتق) و هو لغه:الخلوص.و شرعا:تخليص المملوك الآدمى أو بعضه من الرق.

و فضله عظيم و ثوابه جسيم،ففى النبوى:«من أعتق مسلما أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا من النار» (١).

و النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمرين:بيان متعلق الرق و من يجوز استرقاقه و بيان أسباب الإزاله.

أما الرق:فيختص بأهل الحرب من أصناف الكفار دون أهل الذمه الملتزمين بشرائطها و لو أدخلوا بشرائطها جاز تملكهم.

و المراد بأهل الحرب من يجوز قتالهم الى أن يسلموا،و بأهل الذمه اليهود و النصارى العاملون بشرائطها،و لو أدخلوا بها صاروا أهل حرب و جاز تملكهم.

و قالوا:ولا- فرق فى جواز استرقاق الحربى بين أن ينصبوا الحرب للمسلمين، أو يكونوا تحت حكم الإسلام و قهره، كالقائمين تحت حكم المسلمين من عبده الأوثان و النيران و الغلاه و غيرهم.

و يتحقق دخولهم فى الرق بمجرد الاستيلاء عليهم،سواء وقع بالنضال أو على وجه السرقة و الاختلاس،كان المستولى مسلما أو كافرا.

ص:٧

و يجوز شراؤهم من الغنيمه و ان كان للإمام عليه السّلام فيها حق، و عن القواعد (١) و التذكرة أنه لا- يجب إخراج حصه غير الامام من الغنيمه.

و من أقر على نفسه بالرقية حال كونه مختاراً و هو فى صحه من رأيه ببلوغه و عقله حكم برقيته مع عدم العلم من الخارج بحريته. و إذا بيع فى الأسواق ثم ادعى الحريه لم يقبل منه دعواه إلا بينه.

و لا يملك الرجل و لا المرأة أحد الأبوين و ان علوا و لا الأولاد و ان سفلوا.

و كذا لا يملك الرجل خاصه يعنى دون المرأة ذوات الرحم من النساء المحرمات، كخاله و العمه و الأخت و بنتها و بنت الأخ.

و ينعق جميع هؤلاء ب مجرد الملك و المراد بالملك المنفى المستقر منه، و الا- فأصل الملك يتحقق فى الجميع، و من ثمة يترتب عليه العتق المشروط بالملك اتفاقاً.

و يملك غيرهم أى غير المذكورين من الرجال و النساء على كراهيه، و تتأكد الكراهه فى من يرثه بلا- خلاف فى شىء من ذلك.

و هل ينعق عليه بالرضاع من ينعق عليه بالنسب؟ فيه روايتان (٢)، أشهرهما و أظهرهما: أنه ينعق عليه.

و لا ينعق على المرأة سوى العمودين يعنى الإباء و الأمهات و ان علوا و الأولاد و ان نزلوا.

و إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بطل العقد بينهما و ثبت الملك.

و أما إزالة الرق فأسبابها الموجبه لها و لو فى الجملة أربعة: الملك،

ص: ٨

١- (١) قواعد الأحكام ٢-٩٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-١١، ب ٨.

و المباشرة، و السرايه، و العوارض. و قد سلف بيان الإزالة بالسبب الأول، و هو الملك.

و أما الإزالة بالمباشرة: فالعتق، و الكتابه، و التدبير، و الاستيلاء و سيأتى بيان الثلاثه الأخيره إن شاء الله تعالى.

و أما العتق: فعبارته الصريحه فيه المتحقق بها التحرير كأت أو هذا أو فلان حر بلا خلاف.

و فى وقوعه ب لفظ العتق كأعتقتك مثلا أم لا تردد و اختلاف، منشأه: الشك فى كونه مرادفا للتحرير فيدل عليه صريحا، أو كناية عنه فلا يقع به، و الأصح الأول.

و لا اعتبار بغير ذلك من الكنايات كقوله: فككت رقبتك، أو أنت سائبه و ان قصد بها العتق بلا خلاف.

و لا تكفى الإشاره و لا الكتابه مع القدره على النطق بالصريح، بلا خلاف فيه و لا فى كفايتهما مع العجز عنه.

و لا يصح جعله يمينا، و لا بد من تجريده من شرط متوقع أو صفه مترقبه، على الأشهر الأظهر فى المقامين، و فى المختلف و غيره الإجماع.

و قد تقدم بيان الفرق بين الشرط و الصفه، و أن المراد بالأول ما جاز وقوعه فى الحال و عدمه كمجىء زيد، و بالثانى ما لا يحتمل وقوعه فى الحال و يتيقن وقوعه عادة كطلوع الشمس.

و الفرق بينهما و بين اليمين مع اشتراكهما فى التعليق قصد الزجر به عن فعل و البعث عليه فى الأخير دونهما.

و يجوز أن يشترط مع العتق شىء أى شرط سائغ مطلقا ما لا كان أو

خدمه، و هو عتق مع شرط. و ظاهر جمله من النصوص (١) لزوم الوفاء بالشرط و عدم توقفه على قبول العبد، خلافا لبعضهم فى الأول فحكم بالاستحباب، و فيه ضعف.

و لغيره فى الثانى فاشترط فيه القبول أما مطلقا كما فى التحرير (٢)، أو إذا كان المشروط مالا لا خدمه كما فى القواعد (٣)، و الأظهر الأول.

و لو شرط إعادته فى الرق ان خالف الشرط ف فى صحه العتق و الشرط قولان، و المروى فى الموثق (٤) للزوم و لكن أجاب عنه المصنف فى النكت (٥) بالشذوذ، و زيد بمنافاته الأصول، فإن مقتضى الشرط عود من ثبت حرته رقا، و هو غير معهود، و هنا قول آخر بلزوم العتق و فساد الشرط، و لا يخلو عن وجه.

و يشترط فى السيد المعتق جواز التصرف بالبلوغ و كمال العقل و الاختيار، و القصد الى العتق، فلا يقع من الصبى و لا المجنون المطبق و لا غيره فى غيره وقت كماله، و لا السفیه، و لا المكره، و لا الناسى، و لا الغافل بلا خلاف و القربه بأن يقصد بعتقه التقرب الى جنبه سبحانه، أى الطاعه له أو طلب الثواب من عنده على حد ما يعتبر فى سائر العباده.

و فى وقوع عتق الصبى إذا بلغ عشرة عاقلا روايه (٦) بالجواز قال المصنف: انها حسنه و لا وجه له لضعف سندها من وجوه عديده.

و يمكن أن يكون مراده بالحسن غير المعنى المعروف، كما يستفاد منه مكررا،

ص: ١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-١٣، ب ١٠.

٢- (٢) التحرير ٢-٧٩.

٣- (٣) القواعد ٢-٩٨.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦-١٥، ح ٢.

٥- (٥) نكت النهايه ص ٦٥٧.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٦-٥٧، ح ١ ب ٥٦.

و لعل وجه الحسن بهذا المعنى تأيدها بما ورد فى أمثال المسأله من نحو الوصيه و الصدقه و نحوهما من النصوص المعتمده، و فيه نظر. و الأصح المنع وفاقا للأكثر.

و لا يصح عتق السكران و فى اعتبار القصد سابقا غنى عن ذكره ثانيا.

و فى وقوعه و صحته من الكافر تردد و اختلاف، و فى الأدله من الجانيين نظر، و المصير الى التفصيل بين الكافر المقر بالله تعالى المعتمد حصول التقرب به إليه فالأول، و بين المنكر له فالثانى أظهر وفاقا لجماعه ممن تأخر.

و يشترط فى العبد المعتق أن يكون مملوكا حال العتق لمولاه المعتق له بلا خلاف.

و أن يكون مسلما، فلا يصح عتقه لو كان كافرا على الأشهر الأقوى، و فى الانتصار (1) و غيره الإجماع.

و يكره عتقه لو كان مخالفا للحق.

و لو نذر عتق أحدهما أى الكافر أو المخالف صح فى الثانى للصحيح (2)، و فى الأول عند جماعه و حجتهم مخدوشه.

و لو شرط المولى على المعتق الخدمه زمانا معيننا صح و فى صحته مع عدم تعيينه المده بل تعليق الخدمه على مده حياته قولان.

و لو أبق و مات المولى فوجد بعد المده المعينه أو فيها فهل للورثه استخدامه فى تلك المده ان كانت بعينها باقيه و مطالبه أجره مثلها ان كانت منقضيه؟ قولان.

ص: ١١

١- (١) الانتصار ص ١٦٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٦٣، ب ٦٣.

و المروى (١) في الصحيح أنه لا- يستخدم مطلقاً، و هو مطلق يحتمل اختصاصه بصورة كون المشروط له الخدمه نفس المولى خاصه، فتخرج عن مفروض المسأله، أو صورته انقضاء المده. و نفى استحقاق الخدمه لا يستلزم نفى استحقاق الأجره، فلا دلالة فيه على القول الثاني كما اختاره جماعه، و الأصول تقتضى المصير الى القول الأول كما عليه المتأخرون كافه.

و إذا طلب المملوك من سيده البيع لم تجب إجابهته و ان استحبه مع ايمانه.

و يكره التفريق بين الولد و أمه، و قيل: يحرم و قد مر الكلام فيه فى البيع.

و إذا أتى على المملوك المؤمن عند مولاه سبع سنين استحبه له عتقه و لا يجب.

و كذا لو ضرب مملوكه ما هو حد استحبه أن يعتقه كما ذكره الشيخ و جمع.

مسائل سبع

اشاره

و هنا مسائل سبع:

الاولى: لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعه

الاولى: لو نذر تحرير أول مملوك يملكه فملك جماعه دفعه تخير فى عتق أحدهم مع بقاءه و قدرته، و الا فالقرعه عند جماعه.

و قيل: يقرع بينهم مطلقاً، و هو أشهر و أقوى.

و قال ثالث: لا يلزمه عتق و القائل الحلبي لأمر اعتبارى لا يعارض النص (٢).

الجللى. هذا إذا ملك جماعه دفعه، و لو ملك واحداً و جب عتقه، سواء ملك بعده آخر أم لا على الأشهر الأقوى.

ص: ١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-١٤، ب ١١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٥٨، ب ٥٧.

الثانية: لو نذر عتق أول ما تلده الجارية فولدت توأمين

الثانية: لو نذر عتق أول ما تلده الجارية فولدت توأمين أى ولدتين فى بطن واحد عتقا معا بلا خلاف، للنص (١) وإطلاقه يشمل صورتى ولادتهما على التعاقب أو معا كما عن الأكثر و لعله الأظهر، وقيد آخرون بالصورة الثانية.

قالوا: والفرق بين هذه المسألة و سابقتها: أن «ما» موصولة فتعم، بخلاف لفظه «مملوك» فإنها نكرة فى سياق الإثبات لا عموم لها.

و لو كان المنذور فى الأولى أول ما يملكه و فى الثانية أول مولود تلده انعكس الفرض. و فيه نظر، بل الفارق النص.

الثالثة: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم

الثالثة: لو أعتق بعض مماليكه فقيل له: هل أعتقت مماليكك؟ فقال: نعم، لم يعتق عليه فى نفس الأمر الا من سبق عتقه للموثق (٢)، وإطلاقه و ان شمل الظاهر لكن يجب تقييده بما قدمناه من الواقع و نفس الأمر، و الا ففى الظاهر يجب الحكم عليه بعتق الجميع تبعا لظاهر الإقرار.

الرابعة: لو نذر عتق أمته ان وطئها فخرجت من ملكه انحلت اليمين

الرابعة: لو نذر عتق أمته ان وطئها فخرجت من ملكه انحلت اليمين فله وطئها و لم يلزمه عتقها و ان عادت اليه بملكك مستأنف على الأشهر الأقوى هذا إذا أطلق الوطء، أما لو عممه -و لو بالنيه- بحيث يشمل الوطء متى ملكها لم تنحل اليمين قولا واحدا.

و ظاهر النص (٣) تعدى الحكم الى غير الأمه و الى التعليق بغير الوطء.

الخامسة: لو نذر عتق كل عبد قديم فى ملكه أعتق من كان له فى ملكه ستة أشهر فصاعدا

الخامسة: لو نذر عتق كل عبد قديم فى ملكه أعتق من كان له فى ملكه ستة أشهر فصاعدا للنص (٤)، و ظاهره عموم الحكم لكل مملوك من ذكر أو أنثى، و انسحابه فى نذر الصدقة بمال قديم و الإقرار به، و إبراء كل غريم قديم.

ص: ١٣

١- (١) مستدرک الوسائل، کتاب العتق، ب ٢٧ ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٥٩، ب ٥٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٦٠، ب ٥٩.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦-٣٤، ب ٣٠.

ثم ان هذا إذا مضى على بعض مماليكه المزبوره، أما لو لم تمض بل قصر ملك جميعهم عنها، ففي عتق أولهم تملكا اتحد أو تعدد، أو بطلان النذر وجهان.

و على الصحة لو اتفق ملك الجميع دفعه، ففي انعتاقهم أجمع، أو البطلان لفقد الوصف الوجهان، والأقوى الرجوع فيما لم يساعده الإجماع أو النص الى العرف ان كان، و الا فالوجه بطلان النذر.

السادسه: مال المعتق لمولاه و ان لم يشترطه

السادسه: مال العبد المعتق لمولاه مطلقا و ان علم به و لم يشترطه وفاقا للحلى. و قيل: ان لم يعلم المولى به أى بالمال فهو له، و ان علم و لم يستثنه فهو للعبد و القائل الأكثر و لعله الأظهر، و ان كان بعد لا يخلو عن نظر.

السابعه: إذا أعتق ثلث عبيده استخرج الثلث بالقرعه

السابعه: إذا أعتق ثلث عبيده و لم يعين، أو عين و جهل استخرج الثلث بالقرعه بأن يكتب أسماء العبيد، فإن أخرج على الحريه كفت الواحده، و الا أخرج رقعتان.

و يجوز كتابه الحريه فى رقعته و الرقيه فى رقعتين و يخرج على أسمائهم، أو يكتب سته رقاع بأسماء الستة و يخرج على أسمائهم واحد واحد على الحريه أو الرقيه إلى أن يستوفى المطلوب، أو يكتب فى اثنتين حريه و فى أربع رقيه ثم يخرج على واحد واحد الى أن يستوفيه.

و هذا الوجه أعدل، لان جميع الاثنتين على حكم واحد يمنع من افتراقهما فى الحريه و الرقيه، و من الممكن خروج أحدهما دون الآخر.

ثم ان تساوا عددا أو قيمه أو اختلفوا مع إمكان التعديل أثلاثا فلا خفاء، و ان اختلفت القيمه و لم يمكن التعديل عددا أو قيمه بل أحدهما خاصه، ففي ترجيح اعتبار القيمه وجهان، و لعل أظهرهما الأول وفاقا للأكثر.

و أما العتق ب السرايه: و هو انعتاق بعض المملوك إذا أعتق بعضه بشرائط خاصه فمن أعتق شقفا بكسر الشين أى جزءا من عبده أو أمته و ان قل

عتق عليه كله و ان لم يملك سواه، على الأظهر الأشهر.

و لو كان له أى للمعتق شريك فى العبد الذى أعتق شقصه قوم عليه نصيبه أى نصيب الشريك ان كان المولى المعتق موسرا بأن يملك زياده عما يستثنى فى الدين من داره و خادمه و دابته و ثيابه اللاتقه بحاله كميته و كيفيه، و قوت يوم له و لعيله ما يسع قيمه نصيب الشريك، فيدفع اليه و يعتق، سواء قصد بالعتق الإضرار بالشريك أم لا، على الأشهر الأقوى.

و سعى العبد فى فك باقيه ان كان المولى المعتق معسرا بلا خلاف ان لم يقصد الإضرار بل القربه خاصه، و كذا ان قصده عند الأكثر، و حكى المرتضى عليه الإجماع.

و قيل: ان قصد بعتقه الإضرار على الشريك فكه ان كان موسرا و بطل العتق ان كان معسرا. و ان قصد القربه خاصه لم يلزمه فكه و ان استحب و سعى العبد فى حصه شريكه، و ان امتنع العبد عن السعى، أو لم يكن قادرا عليه استقر ملك الشريك على حصته و القائل الشيخ فى النهايه (1) و القاضى، و الأول أظهر.

ثم على المختار ففى وقت الانعتاق أقوال، أظهرها أنه وقت أداء قيمه وفاقا للأكثر، و فى ظاهر المرتضى الإجماع. و ظاهر بعض الصحاح (2) و كثير من القدماء اعتبار الشراء حقيقه، الا أن فى المسالك أن المراد به أداء قيمه لا حقيقه.

ثم ظاهره أيضا اعتبار الإعتاق ثانيا بعد الشراء، و نحوه عبائر كثير من القدماء و لكن ظاهر متأخر الأصحاب الاتفاق فى الانعتاق قهرا بمجرد أداء قيمه، و هو الظاهر أيضا من عبائر كثير من القدماء، و فى ظاهر المرتضى الإجماع، فينبغى صرف الإعتاق فى النص و نحوه الى الانعتاق، و لو احتياط بالظاهر لكان أحوط.

ص: ١٥

١- (١) النهايه ص ٥٤٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٢٠، ب ١٨.

و إذا أعتق المولى أمته الحامل برق تحرر الحمل مطلقا و لو استثنى رقه لروايه (١)السكونى و أفتى بها جماعه من القدماء.

و فيه مع ضعف السند و الموافقه للعامه إشكال منشأه عدم القصد الى عتقه سيما مع استثنائه و عدم كونه جزءا من أمه،على الأشهر الأظهر كما مر فى البيع،فكيف يسرى عتقها اليه مع أن الأصل عدمها؟و لذا اختار الحللى و عامه المتأخرين خلافه،و هو فى غايه القوه.

و أما العتق ب العوارض للملوك ف تحصل بأمور: العمى و الجذام،و تنكيل المولى لعبده بقطعه أنفه،أو لسانه،أو أذنيه،أو شفثيه،أو نحو ذلك بلا خلاف فى الأولين،و على الأشهر الأظهر فى الثالث.

و ألحق الأصحاب بالعوارض الثلاثه فى حصول العتق قهرا الإقعاد و الزمانه،و لا بأس به.و بالجمله فمتى حصل أحد هذه الأسباب فيه أى فى المملوك انعتق قهرا كما مر.

و كذا ينعتق قهرا لو أسلم العبد فى دار الحرب سابقا على مولاه و خرج إلينا قبله كما فى النص (٢)و عليه الإجماع،و كذا إذا لم يخرج عند الشيخ و المشهور خلافه.

و كذا لو كان العبد وارثا لقريبه و الحال أنه لا وارث له غيره دفعت قيمته الى مولاه و عتق قهرا،كما يأتى فى الميراث إن شاء الله تعالى.

ص:١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٦٧، ب ٦٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١١-٨٩، ح ١ ب ٤٤.

أما التدبير

أما التدبير: و هو تعليق العتق على الوفاء مطلقا أو فى الجملة فلفظه الصريح: أنت حر بعد وفاتى و إذا مت فأنت حر، أو عتق، أو معتق، أو نحو ذلك.

و فى وقوعه بأنت مدبر أو دبرتك مقتصرًا عليه أقوال، أقواها المنع الا أن يكون التدبير ظاهرا فى معناه مشهورا عند كل أحد فيقع به.

و كما يقع مطلقا كذا يقع مقيدا، كقوله «إذا مت فى سفرى هذا، أو مرضى هذا أو سنتى هذا، أو قتلت» أو نحو ذلك فى قول مشهور يساعده الإطلاقات و بعض النصوص (١). أما تعليقه على شرط أو صفة فالمشهور أنه لا يجوز.

و لا- بد فيه من القصد الى التدبير و النيه بلا- خلاف، فلا- يقع من الساهى و الغافل و النائم و لا حكم لعبارة الصبى مطلقا و لا المجنون كذلك و لا السكران، و لا المحرج بالحاء المهملة، و هو الملجأ الذى لا قصد له بلا خلاف إلا فى الصبى ذى العشر.

و فى اشتراط القرية تردد و اختلاف، و الأظهر الاشتراط، و ادعى المرتضى

ص: ١٩

عليه الإجماع.

و المدبر باق على ملك المولى قبل الوفاة، فله التصرف فيه بالاستخدام و الوطاء و البيع و نحو ذلك من وجوه التصرفات.

و لو حملت المدبره من مولاها لم يبطل تدبيرها بل اجتمع لاعتقها سببان: التدبير و الاستيلاء و تنعتق بوفاته من الثلث بالأول لسبقه، فان لم يف الثلث ضم اليه الثانى.

و لو حملت من غيره بعد التدبير حملا يدخل فى ملك المولى فالولد مدبر كهيتها بلا خلاف. و لا فرق فى الأولاد بين الملحقين بها شرعا، كالمتولدين منها بعقد أو شبهه، و غيرهم كالمتولدين من زنا، بلا خلاف فى الأولين، و على اشكال فى الأخير، و الأحوط تدبيرهم على حده.

و لو رجع المولى فى تدبيرها جاز بلا-خلاف، و لكن لم يصح رجوعه فى تدبير الأولاد الذين دبروا بتدبيرها، وفاقا للشيخ و جماعه، و فى الخلاف الإجماع.

و فيه قول آخر بجواز الرجوع للحلى و آخرين، و هو ضعيف مخالف للأصل و النص (١) الصحيح.

و لو أولد العبد المدبر من مملوكه ولدا يملكهم مولاة كان ولده مدبرين كهيته بلا خلاف.

و لو مات الأب أو الأم قبل المولى لم يبطل تدبير الأولاد، و أعتقوا بعد موت المولى من ثلثه، و لو قصر الثلث عن قيمتهم سعوا فيما بقى منهم لانه من لوازم التدبير كما يأتى.

و لو دبر الأمه الحلبي بمملوك له لم يسر التدبير الى ولدها

ص: ٢٠

مطلقا علم حين تدبيرها بحبلها أم لا، على الأشهر الأقوى.

و لكن فى روايه حسنه عمل بها الشيخ و جماعه أنه ان علم بحبلها فما فى بطنها بمنزلتها و ان كان لا يعلم فهو رق. و هى محموله على ما إذا كان هناك قرينه من عرف أو عاده على اراده تدبير حملها.

و يعتبر فى المولى المدبر جواز التصرف برفع الحجر عنه، ببلوغه و عقله و رشده و مالكيته و الاختيار و القصد إلى إيقاعه.

و فى صحته أى التدبير من الكافر تردد و اختلاف أشبهه الجواز و الأقرب ما مر فى العتق من التفصيل.

و التدبير وصيه أو بمنزلتها يرجع فيه المولى متى شاء إجماعا، و الأصح أنه بمنزلتها لا عينها، و لذا لا يفتقر عتقه بعد الموت إلى صيغه أخرى اتفاقا.

فلو رجع قولاً- كأن قال: رجعت، أو أبطلت، أو نحو ذلك صح الرجوع قطعاً و كذا لو رجع فعلاً، كأن باعه، أو وهبه، أو وقفه، أو أوصى به و ان لم يقبض و لم يقبل فى الجميع، صح أيضا ان صرح بقصد الرجوع به، أو يكون متعلقه الرقيه. و ان صرح بكون متعلقه المنفعه لم يكن رجوعاً، بلا خلاف فى شىء من ذلك.

أما لو باعه أو وهبه من دون تصريح بأحد الأمرين ف فى صحتهما و بطلان التدبير بهما قولان، أحدهما: أنه يصحان و يبطل التدبير، و هو الأشبه وفاقاً للأكثر، و ادعى المرتضى و الشيخ عليه الإجماع.

و القول الآخر أنه لا- يبطل و يمضى البيع فى خدمته دون رقبته و عليه المفيد و جماعه، و فى المسأله أقوال آخر كسابقها فى الضعف.

و المدبر رق، و يتحرر بموت المولى من ثلثه فان لم يف به الثلث عتق

منه بقدره، فان كانوا جماعه عتق منهم من يحتمله و بدئ بالأول فالأول، و لو جهل الترتيب استخرج بالقرعه.

هذا إذا كان معلقا على موت المولى متبرعا به، فلو علقه على موت غيره -و قلنا بصحته- و مات فى حياه المولى و صحته أو مطلقا على القول بكون منجزات المريض من الأصل، لم يعتبر من الثلث.

و لو مات المعلق على وفاته بعد موت المولى خاصه، أو فى مرضه أيضا و قلنا بخروج المنجزات من الثلث، فهو من الثلث، كما لو علق على وفاته.

و لو كان واجبا بنذر و شبهه حال الصحة أو مطلقا، فهو من الأصل مطلقا، كان النذر بصيغته «لله على عتق عبدى بعدى» و نحوه، أو «لله على أن أدبر عبدى» لأن الغرض من مثل هذا النذر التزام الحرية لا مجرد الصيغ.

و على التقدير لا يخرج بالنذر عن الملكيه، فيجوز له استخدامه و وطئه ان كان جاربه. نعم لا يجوز نقله عن ملكه قطعا، و لو فعل صح و أثم و لزمته الكفاره مع العلم لا مع النسيان، و فى الجاهل و جهان.

و الدين و ما فى معناه من الوصايا الواجبه و المتقدمه عليه لفظا و العطايا المنجزه مطلقا مقدم على التدبير المتبرع به سواء كان ما ذكر سابقا على التدبير أو متأخرا عنه، فان استوعب التركة بطل التدبير على الأشهر الأظهر.

و لكنه فيه روايه بل روايتان (1) صحيحتان بالتفصيل بين سبق الدين على التدبير فالأول، و تأخره عنه فلا سبيل للديان عليه، فقد عمل بها الشيخ فى النهايه (2) و القاضى، و لكنها متروكه غير مقاومه لأدله المختار من وجوه عديده.

ص: ٢٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٧٩، ب ٩.

٢- (٢) النهايه ص ٥٥٣.

و يبطل التدبير با باق المدبر ذكرا كان أو أنثى.

و لو ولد له حال إباقه أولاد من أمه سيده، أو غيره حيث يلحق به الولد أو حره عالمة بحرمه نكاحه كان أولاده أرقاء مثله بلا خلاف. و فى قوله «حال إباقه» احتراز عما ولد له قبله، فإنه يحكم ببقاء تدبيرهم، و الأصح عدم بطلان تدبيرهم بإباق أنفسهم.

و لو جعل خدمه عبده لغيره، ثم قال: هو حر بعد وفاه المخدم صح على الأصح الأشهر، اعتمادا على الرواية (١) الصحيحة الصريحه.

و لو أبق المدبر فى المسألة لم يبطل تدبيره و صار حرا بالفواه و لا سبيل لا حد عليه و الأشهر الأظهر إلحاق الزوج بالمخدم، فلو علق التدبير بوفاة صح.

أما المكاتبه

و أما المكاتبه: ف هى تستدعى بيان أركانها و أحكامها.

و الأركان أربعة: العقد، و المالك، و المكاتب، و العوض.

و أما الأول: فصيغته أن يقول السيد: كاتبتك على أن تؤدى الى كذا الى وقت كذا فإذا أدت فأنت حر، فيقبل العبد. و هل هو عتق معلق على مال أو بيع العبد من نفسه أو عقد مستقل؟ أقوال، أجودها الأخير.

ثم هل هو لازم من الطرفين مطلقا، أم فى المطلق خاصه و جائز فى المشروط من جهه العبد دون السيد أم جائز من الطرفين فى المشروط و لازم من جهه السيد و جائز من جهه المكاتب فى المطلق؟ أقوال، أجودها الأول.

و الكتابه مستحبه مع الديانه فى العبد و إمكان التكسب.

و تتأكد حينئذ بسؤال المملوك الكتابه اتفاقا، و لا يكفى إمكان التكسب على الأقوى.

ص: ٢٣

و تستحب مع تدينه و التماسه و لو كان عن المال و كسبه عاجزا و الأكثر على الإباحه المطلقه حينئذ، و قيل: بالكراهه. و لا وجه له.

و هي قسمان: فإنه إن اقتصر على العقد من دون اشتراط العود فى الرق مع العجز عن أداء تمام مال الكتابه فهى مطلقه.

و ان اشترط عوده رقا مع العجز فهى مشروطه و يشتركان فى أكثر الاحكام.

و يفترقان فى أن المكاتب مع الإطلاق يتحرر منه بقدر ما أدى من مال الكتابه.

و فى المشروط لا- ينعق منه شىء حتى يؤدى جميع المال، و للمولى الخيار فى فسخ الكتابه، فله أن يرد رقا مع العجز و لو عن بعض المال. و لا فرق فى الخيار مع العجز بين القسمين، لكن الأول ينعق منه بقدر ما أدى و يعود الباقي رقا بعد الفسخ، و الثانى يرجع جميعه فى الرق و ان أدى أكثر مال الكتابه.

وحده أى علامه العجز أن يؤخر النجم أى المال عن محله و وقته على الأشهر الأظهر.

و فى روايه (١) موثقه عمل بها النهايه (٢) و بعض من تبعه أن حده أن يؤخر نجما الى نجم فيجب على المولى الصبر الى النجم الثانى. و فيها ضعف عن المقاومه لأدله المختار من وجوه عديده.

و اعلم أن قوله: و كذا لو علم منه العجز لا يستقيم جعله مقابلا لما اختاره فى حد العجز من أنه تأخير النجم عن محله، لان العلم بالعجز ان كان قبل حلول النجم لم يتسلط على الفسخ إجماعا كما حكى، و ان كان بعد الحلول فهو بعينه تأخير النجم الى النجم، كما نقلناه عن العاملين بالموثقه.

ص: ٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٨٨ ح ٢، المستدرک أبواب المكاتبه ب ٥ ح ١، التهذيب ٨-٢٦٦.

٢- (٢) النهايه ص ٥٤٩.

و يستحب للمولى الصبر عليه ان عجز بلا خلاف.

و كل ما يشترطه المولى فى العقد على المكاتب من نحو عدم تأخير النجم عن الوقت، فهو لازم عليه ما لم يخالف المشروع كأن يشترط عليه ترك التكسب فيبطل الشرط، و فى بطلان العقد ما مر فى كل عقد.

و يعتبر فى المالك جواز التصرف برفع الحجر عنه بالعقل و البلوغ و الاختيار و القصد كما مر فى نظائر البحث.

و فى اعتبار الإسلام فيه تردد و اختلاف أشبهه: أنه لا- يعتبر وفاقا للأكثر، و لكن فى الدليل نظر، فان كان إجماعا، و الا فاعتباره أحوط ان لم نقل بأنه أظهر.

و يعتبر فى المملوك المكاتب التكليف بالبلوغ و العقل، فلا- تصح مكاتبه الصبى و المجنون مطلقا و ان قبل عنهما وليهما بلا خلاف.

و فى جواز كتابه العبد الكافر تردد و اختلاف و الأظهر المنع وفاقا للأكثر، و فى كلام المرتضى الإجماع.

و يعتبر فى العوض أمور:

منها: كونه دينا فلا يجوز أن يكون عينا و لو من العبد و قلناه بأنه يملك بلا خلاف.

و منها: كونه مؤجلا فلا يصح حالا لفظا أو حكما عند الأكثر، خلافا للخلاف و الحلى و غيرهما فلم يشترطوه، و لعله أظهر. و ينبغى القطع به فيما لو كان بعضه حرا فكاتبه على قدره فما دون حالا. و حيث يعتبر أو يراد يشترط ضبطه- كأجل النسيئه- بما لا يحتمل النقصان و الزيادة. و لا يشترط زيادته عن أجل عندنا.

و منها: كونه معلوم القدر و الوصف كالنسيئه، و إن كان عرضا فكالسلف و يمتنع فيما يمتنع فيه.

و منها: كونه مما يصح تملكه للمولى فلو كاتب المسلم عبده الذمي على ما لا يملكه كخمر أو خنزير بطل بلا خلاف و انما عدل عن التعبير بالمسلم الى التعبير بالمولى، للمولى ليدل على صحه مكاتبه الكافر على ما يملكه و ان كان لا يملكه المسلم كما هي مذهبه.

و عليه فلو كانا ذميين و أوقعا المكاتبه على الخمر و الخنزير، فإن أسلما بعد التقابض لم يكن عليه شيء للمولى، و ان كان قبله استحق المولى عليه قيمه العوض على الأشهر الأقوى.

و يندرج فى عموم ما يملك، الأعيان و المنافع حتى منفعه المكاتب مده معينه و به صرح جماعه من غير نقل خلاف.

و لا حد لا كثره بلا خلاف و لكن ظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه يكره أن يتجاوز قيمته وقت الكتابه.

و لو دفع ما عليه قبل حلول الأجل فالمولى بالخيار بين قبوله و الامتناع عنه.

و يجوز الدفع من سهم الرقاب الى المكاتب مطلقا إجماعا، بل قالوا:

لو عجز المكاتب المطلق عن الأداء فكه الامام من سهم الرقاب وجوبا.

و أما الأحكام المتعلقة بالمقام فمسائل ثلاث:

الأولى: إذا مات المكاتب المشروط و لم يؤد المال جميعا بطلت الكتابه و كان ماله و أولاده من أمته لمولاه مطلقا خلف ما فيه وفاء بمال الكتابه أم لا، على الأشهر الأقوى.

و ان مات المكاتب المطلق و لم يؤد شيئا فكذلك و ان كان قد أدى شيئا تحرر منه بقدره، و كان للمولى من تركته بنسبه ما بقى من رقيته و لورثته بنسبه الحريه و لم يكن عليهم شيء من مال الكتابه ان كانوا أحرارا فى الأصل، و الا- يكونوا أحرارا فى الأصل، فإن كانوا أولادا من أمته بعد الكتابه

تحرر منهم بقدر ما تحرر منه و أُلزموا بما بقى على أيهم من مال الكتابه فإذا أدوه تحرروا، و لو لم يكن لهم مال سعوا فيما بقى منهم على الأشهر الأظهر.

و لكن فى روايه بل روايات (1) صحيحه مستفيضه أن الورثه يؤدون ما بقى من مال الكتابه من أصل التركه و ما فضل منها بعد الأداء لهم من دون أن تقسم التركه بينهم و بين المولى. و هو قاصره عن المقاومه لأدله المختار.

و المكاتب المطلق إذا أوصى أو أوصى له صح الوصيه منه و له فى نصيب الحريه و تبطل فى الزائد إجماعا.

و لو لم يتحرر منه شيء أو كان مشروطا، لم تصح الوصيه منه إجماعا، و لا له مطلقا على الأشهر الأقوى.

هذا إذا كان الموصى غير المولى، أما هو فتصح وصيته مطلقا و يعتق منه بقدر الوصيه، كما مر فى بحثها.

و كذا لو وجب عليه حد أقيم عليه من حد الأحرار بنسبه ما فيه من الحريه و من حد العبد بنسبه ما فيه من الرقيه ثم ان قسمت الأسواط على صحه، و الا قبض بنسبه الجزء.

و ان لم يتحرر منه شيء، أو كان مشروطا حد حد العبيد و ان كان قد خرج عنهم من وجه.

و لو زنى المولى بمكاتبته المطلقه، سقط عنه من الحد بقدر نصيبه منها و حد بما تحرر منها، و لو كانت مشروطه أو لم تؤد شيئا، فلا حد لكن يعزر.

الثانيه: ليس للمكاتب التصرف فى ماله بهبه و لا عتق و لا إقراض و لا

ص: ٢٧

بيع، بلا خلاف فيه في الجملة، و ان اختلفوا في إطلاق المنع عن التصرفات، أو تقييده بما ينافي الاكتساب، و هو الأظهر وفاقا لجمع و منهم شيخنا في الروضة (١) حيث قيد الهبه بما لا يستلزم عوضا زائدا عن الموهوب قال: و الا فلا منع للغبطه.

و في صحة العوض المساوى وجه، إذ لا ضرر حينئذ كالبيع بضمن المثل و الشراء به و العتق بما فيه ضرر. قال: و له قبول هبه من ينعق عليه مع عدم الضرر، بأن يكون مكتسبا قدر مؤنته فصاعدا، و الإقراض بعدم الغبطه، فلو كان في طريق خطر يكون الإقراض أغبط من بقاء المال، أو خاف تلفه قبل دفعه الى المولى أو بيعه أو نحو ذلك، فالمتجه الصحة و البيع بنحو النسيئه بغير رهن و لا ضميين موسرا و محاباه.

قال: لا- مطلق البيع، فان له التصرف بالبيع و الشراء و غيرهما من أنواع التكسب التي لا خطر فيها و لا تبرع، و لكن الأحوط للعبد المنع مطلقا.

الا بإذن المولى و حيث يعتق باذنه فالولاء له ان عتق و الا فللمولى.

و لو اشترى من ينعق عليه، لم ينعق عليه في الحال، فان عتق تبعه و الا استرقهما المولى.

و لو مات العتق في زمن الكتابه، وقف ميراثه توقعا لعتق المكاتب، و حيث لا يأذن فيما لا غبطه فيه و لم يبطله حتى عتق المكاتب نفذ كالفضولى على الأصح.

و ليس للمولى التصرف في ماله بغير الاستيفاء مطلقا مشروطا كان أو مطلقا. و ليس المراد بجواز التصرف بالاستيفاء جواز أخذه من المكاتب قهرا لأجل الاستيفاء مطلقا، لان المكاتب كالمديون في تخيره في جهة الأداء و تعيين

ص: ٢٨

الدين فى أعيان ما بيده موكول اليه، بل المراد جوازه فى الجملة، و هو ما إذا كان مشروطا و حل النجم فلم يؤده و كان بيده مال بقدره، و أما لو زاد فالتعيين موكول اليه أو الى الحاكم حيث يمتنع عنه كما فى كل ممتنع.

و لا يحل له أى للمولى و طى أمتة المكاتبه و لو برضاها مطلقا لا بالملك و لا بالعقد إجماعا.

و لو وطئها مكروها لها لزمه مهرها بلا خلاف للنص، و إطلاقه يشمل صورته الإكراه و عدمه، و به صرح الشهيدان و لا بأس به. و فى تكرر المهر بتكرر الوطء أقوال، أظهرها عدم مطلقا، و ان كان أحوطها التكرار مطلقا.

و لا يجوز لها أن تتزوج إلا بإذنه بلا خلاف، و لو أذن لها فى التزويج صح و ملكت المهر.

و لو حملت بعد الكتابة كان حكم ولدها حكمها فى رقبهم برقتها و انعتاقهم بانعتاقها، و ليس المراد سرايه الكتابة إلى أولادها، و الحكم فى أولاد المكاتب بعد الكتابة كذلك.

ثم ان هذا إذا لم يكونوا أى الأولاد أحرارا و الا لم يتبعوا أبويهم فى الرقيه حيث يعودان فيها.

الثالثة: يجب على المولى إعانته مشروطا كان أو مطلقا من الزكاه ان وجبت عليه. و لو لم يكن واجبه عليه استحباب له إعانته تبرعا على الأشهر، و فى الخلاف (١) الإجماع، و فى المسألة أقوال آخر.

أما الاستيلاء

و أما الاستيلاء: فى الإماء بملك اليمين المترتب عليه أحكام خاصه فهو يتحقق بعلوق أمتة أى حملها منه فى ملكه بما يكون مبدأ نشو آدمى و لو مضغه، لا بعلوق الزوجه التى هى الأمه، و لا الأمه الموطوءه بشبهه و ان ولدته حرا

ص: ٢٩

أو ملكهما على الأشهر الأقوى، و عن ظاهر المبسوط (١) الإجماع، و لا بالنطفه وفاقا للأكثر.

و لا- يشترط الوطء بل يكفي مطلق العلوق منه، و لا- حل الوطء و لا- ريب فيه مع عروض التحريم كالصوم و الحيض، و أما مع أصليته بتزويجه الأمه من الغير مع العلم بالتحريم، أو بالرضاع إذا قلنا بعدم العتق عند ملكها، فلا استيلاد على الأقوى.

و يشترط مع ذلك الحكم بحريه الولد، فلا- يتحقق بوطء المكاتب أمته قبل الحكم بعتقه، فلو عجز استرق المولى الجميع، نعم لو عتق صارت أم ولد و ليس له بيعها قبل عجزه و عتقه. و لا بوطء العبد أمته التي ملكه إياها مولاه لو قلنا بملكه.

و هي أى المستولده مملوكه يجوز استخدامها و وطئها بالملك و تزويجها بغير رضاها و إجازتها و عتقها.

و لكن لا- يجوز بيعها ما دام ولدها حيا إلا- فى ثمن رقبته إذا كان دينا على المولى و لا جهة لقضائه له غيرها فيجوز ميتا كان مولاه أم حيا على الأشهر الأقوى و ألحق بعضهم بالجواز فى مفروض العبارة مواضع أخر كثيره، و فى كثير منها نظر سيما فى مقابله النص المعبر.

و لو مات الولد جاز بيعها مطلقا إذا لم يخلف ولدها ولدا، و لو خلف ففى كون حكمه حكمه فلا- يجوز بيعها معه أيضا و جهان، بل قيل: قولان.

و تتحرر بموت المولى من نصيب ولدها من التركة لا منها خاصة و لا من أصلها اتفاقا.

و لو لم يخلف المولى الميت تركه سواها و كان له وارث سواه

ص: ٣٠

عتقت منها من نصيب ولدها وسعت فيما بقي من قيمتها، ولا اعتبار بملك ولدها من غير الإرث، لأن عتقها عليه قهرى فلا يسرى عليه، على الأشهر الأقوى.

و فى روايه (١) موثقه عمل بها الشيخ فى النهايه (٢) أن تقوم على ولدها ان مات المولى و عليه دين ان كان الولد موسرا و أنه ان كان صغيرا انتظر بلوغه.

و هى قاصره عن المقاومه لأدله المختار، مع أن الدين فيها مطلق، و قيده الشيخ بثمن الرقبه، فهى إذن بإطلاقها شاذه.

و فى روايه (٣) محمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام فى وليده نصرانيه أسلمت و ولدت من مولاها غلاما و مات فأعتقت و تزوجت نصرانيا و تنصرت فولدت، فقال عليه السلام: ولدها لابنها من سيدها و تحبس حتى تضع و تقتل و هى و ان كانت موثقه أو صحيحه، إلا أنها مخالفه لأصول المذهب من وجوه عديده.

و لذا أن الشيخ فى النهايه (٤) أعرض عن العمل بها و قال: انه يفعل بها أى بالمرأه المزبوره ما يفعل ب المرأه المرتده من استتابتها و حسبها دائما إن أبت عن التوبه و ضربها أوقات الصلاه.

و بالجمله الروايه شاذه لم يعمل بها أحد من الطائفه، و قضيه فى واقعه يحتمل إناطتها بمصلحه لم تكن لنا ظاهره.

ص: ٣١

١- (١) الاستبصار ٤-١٤ ح ٤١.

٢- (٢) النهايه ص ٥٤٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-١٠٩، ب ٨.

٤- (٤) النهايه ص ٤٩٩.

كتاب الإقرار

أشاره

ص: ٣٣

كتاب الإقرار و النظر فيه فى أمرين: الأركان، و اللواحق، و الأركان أربعه:

الأركان أربعه

الأول: فى الإقرار

الأول: فى الإقرار، و هو ما يتضمن اخبار الإنسان بحق لازم له و لو بقول «نعم» فى جواب لى عليك كذا كما يأتى. و الحق يعم العين و المنفعه و استحقاق الخيار و الشفعه و خرج ب«لازم» للمخبر الاخبار عما ليس له بلازم، فإنه شهاده لا اخبار.

و لا يختص لفظا معيناً، بل يكفى كل لفظ يفيد الاخبار بأى لغه كان، بلا خلاف و فى التذكرة الإجماع. و المعتبر فيه الدلاله العرفيه دون اللغويه، فتقدم حيثما حصل بينهما معارضه، الا أن يكون عارفاً باللغه و وجدت القرائن على اراده معناها دون عرفه، فتكون عليه حينئذ مقدمه.

و حيث أن العرف ليس بمنضبط، بل يختلف باختلاف المواضع و الأحوال و جب أن يجعل النظر إلى القرائن و الخصوصيات، الحاصله فى كل مقام هو الضابط و المعيار.

فلو كان اللفظ صريحاً فى التصديق، لكن انضم إليه قرائن تصرفه الى الاستهزاء بالتكذيب كطريقه أداء اللفظ، فقال: لى عليك ألف، فقال: بل أوف لم يكن إقرار.

و لو قال: لك على كذا ان شهد به فلان، أو ان شئت، أو ان قدم زيد، أو ان رضى به فلان، أو نحو ذلك مما يدل على التعليق و عدم التنجيز لا يكون إقرارا.

ثم الألفاظ التى تقع بها الإقرار على أنواع: منها ما يفيد الإقرار بالدين صريحا ك«فى ذمتى كذا» و منها ما يفيد ظاهره، ك«عندى» و منها ما هو صالح لهما ك«لدى».

و تظهر الفائدة فيما لو ادعى خلاف مدلول اللفظ، فإنه لا يقبل صريحا كان أو ظاهرا. و يقبل فى الإقرار المجمل ما يحتمله حقيقة.

و تقوم الإشارة المفهمة مقامه فيكتفى بها عنه مطلقا، لأن المقصود التعبير عما فى الضمير و يحصل بها. و عن بعض المتأخرين اشتراط التعذر فى الاكتفاء، و لا يخلو عن وجه.

و لو قال: لى عليك كذا، فقال: نعم أو أجل فهو إقرار بلا خلاف و لا إشكال إلا فى أجل فى حق من لا يعرف ترادفه ل«نعم» و نحو اللفظتين صدقت و بررت أو قلت حقا أو صدقا و بلى فى جواب من قال: لى عليك مخبرا.

و كذا لو قال: أ ليس عليك كذا؟ فقال: بلى كان إقرارا و لو قال بعد القول المزبور نعم، قال الشيخ: لا يكون إقرارا، و فيه تردد ينشأ: من وضعها لتقرير ما سبق من السؤال، فإن كان نفيا اقتضى تقرير النفى فى المثال إنكارا و من استعمالها بعد النفى بمعنى بلى عرفا شائعا، و التردد فى محله الا أن مقتضاه الرجوع الى حكم الأصل و هو العدم كما عليه الشيخ.

و لو قال بعد قول: لى عليك كذا: أنا مقر لم يلزمه الإقرار لعدم مذكوريه المقر به الا أن يقول به أو بدعواك فيلزمه، بل لا يبعد حصول الإقرار بالأول عملا بالقرينه كما احتمله جماعة.

و لو قال بعد القول المتقدم: بعينه أو هبنيه فهو إقرار بعدم ملك المقر له

لما طلب شراؤه أو اتها به. و هل يكون إقرار للمخاطب بالملكه؟ فيه وجهان، أوجهما: نعم، و هو إقرار له باليد قولا واحدا، فإذا ادعاه و لم يوجد له منازع حكم له به.

و لو قال: اشتر منى أو اتهب فقال: نعم كان إقرارا، و يجرى الوجهان فى كونه إقرارا بالملك أو مطلق اليد.

و لو قال: لى عليك كذا، فقال: أتزن أو أنتقد أو شد هميانك لم يكن شيئا و لا يعد إقرارا.

و كذا لو قال: أتزنها أو انتقدها و نحوها من الألفاظ المستعمله فى التهكم و الاستهزاء.

أما لو قال: أجلتنى بها أو قضيتكها فقد أقر و انقلب المقر مدعيا إجماعا.

الثانى: فى المقر

الثانى: فى المقر، و لا بد من كونه مكلفا، حرا، مختارا، جائز التصرف.

فلا يقبل إقرار الصبى بمال و لا عقوبه و ان بلغ عشرين لم يجز وصيته و وقفه و صدقته، و الا قبل إقراره.

و لا إقرار المجنون الا من ذوى الدور وقت الوثوق.

و لا إقرار العبد بمال و لا حد و لا جنايه و لو أوجب قصاصا الا مع تصديق السيد له فى المال، فيقبل و تدفع العين المقر بها الى المقر له إذا كانت موجوده، و إذا كانت تالفه أو لم يصدقه المولى أو كانت مستنده الى جنايه أو إتلاف مال، فالظاهر تعلقها بدمته يتبع به بعد العتق.

و لو كان مأذونا فى التجاره فأقر بما يتعلق بها، فالمشهور نفوذه مطلقا بما فى يده و الزائد يتبع به بعد عتقه، خلافا للتذكرة فاستشكل النفوذ، و لعله فى محله الا ما استلزم الاذن فى التجاره الإذن فيه فينفذ، كما فى الكفايه، و لا بأس به.

و لا إقرار السكران مطلقا و لو اختار السبب المحرم على الأشهر الأظهر.

و لا المكروه فيما أكره على الإقرار به، الا مع ظهور أمارات الاختيار، كأن يكره على قدر فيقر أزيد منه.

و لا- السفية إلا- إذا أقر بغير المال، كجنايه توجب القصاص و نكاح و طلاق. و لو اجتمعا قبل فى غير المال، كالسرقة بالنسبه إلى القطع. و لا يلزم بعد زوال حجره ما بطل قبله، بخلاف العبد.

و كذا يقبل إقرار المفلس فى غير المال مطلقا، بل فيه أيضا إذا كان دينا على قول، فيؤخذ من ماله إذا فضل عن حق غرمائه، و الا انتظر يساره.

و فى اقتصار المصنف على الشرائط المزبوره دلالة على عدم اشتراط العدالة، كما هو الأشهر الأظهر.

الثالث: فى المقر له

الثالث: فى المقر له، و يشترط فيه أهليه التملك فلو أقر لدار أو جدار أو نحوهما بطل.

و يقبل إقراره لو أقر لحمل بلا خلاف إذا بين سببا يفيد الملك للحمل، كوصيه أو إرث يمكن فى حقه. و كذا إذا بين سببا لا يفيد الملك، كالجنايه عليه و المعامله معه على الأشهر الأقوى. و كذا إذا لم يبين سببا بل بطريق أولى أخذا بالعموم و تنزيلا للإقرار على الاحتمال المصحح له و ان بعد.

و اعلم أن ملك الحمل المقر به مشروط بسقوطه حيا، فلو سقط ميتا لم يملكه و رجع الى بقيه ورثه مورث الحمل ان كان السبب المبين هو الإرث، و الى ورثه الموصى ان كان الوصيه، و يبطل الإقرار مع عدم إمكان البيان بموت المقر على قول، و يصح على آخر أظهر بل و أشهر، و عليه يكون المقر به مجهول المالك.

و كذا يقبل لو أقر لعبد و يكون المقر به للمولى كسائر ما فى يده.

و هنا شرط آخر، هو أن لا يكذب المقر له المقر، فلو كذبه لم يسلم اليه، بل يحفظه الحاكم أو يقيه في يد المقر امانه بشرط عدالته أو مطلقا. و انما أهمله المصنف نظرا إلى أنه ليس شرطا في نفوذ أصل الإقرار، بل هو شرط لتملك المقر له المقر به.

الرابع: في المقر به

الرابع: في المقر به و هو اما مال، أو نسب، أو حق كالتقصاص و خيار الشفعة. و ينعقد الإقرار بكل منها، و لا يعتبر في المال أن يكون معلوما، و يتوصل إلى براهه الذمه بالصلح أو الإبراء.

ف لو قال: له على مال، قبل و ان امتنع عن البيان حبس و ضيق عليه حتى يبين الا أن يدعى النسيان، و يقبل تفسيره المال و بما يملك و يتمول و ان قل و لا يقبل تفسيره بحبه من حنطه و نحوها مما لا يتمول و ان كان ملكا شرعا، على الأشهر الأقوى.

و لو قال: له على شيء و جب تفسيره بما يثبت في الذمه و لا يثبت فيها ما لا يتمول و لا قيمه له بلا خلاف، و لا يقبل لو فسره به.

و لو قال: له على ألف و درهم ألزم بالدرهم و رجع في تفسير الألف لإجماله إليه بلا خلاف فيه و لا في قبول تفسيره بما شاء حتى لو فسرها بحبات من حنطه قبل.

و لو قال: مائة و عشرون درهما أو ألف و ثلاثه دراهم، و ما شاكلها من الاعداد المتعاطفه المتخالفه في التمييز المتعقب لها بحسب الافراد و الجمع و النصب و الجر فالكل دراهم على الأشهر الأظهر.

و لفظه كذا كناية عن الشيء يقبل تفسيره بما يقبل تفسير الشيء به على الأشهر الأظهر، خلافا للشيخ فجعله كناية عن العدد.

فلو قال: على كذا درهم بالحركات الثلاث أو الوقف فالإقرار

بواحد مطلقا على المختار، ولأنه المتيقن إذا لم يفسره بأزيد، فالدرهم مع الرفع بدل، ومع النصب تمييز، ومع الجر مضاف إليه إضافة بيانية، ويحتمل الجزء من الدرهم في حاله الجر وفاقا للتذكرة، وكذا مع الوقف لأنه المتيقن، فيرجع في تفسير إليه.

وقال الشيخ في المبسوط (١) والخلاف (٢): بأنه مع النصب يلزمه عشرون درهما، لأنه أقل عدد مفرد ينصب مميزه، ومع الجر مائة درهم، لأنه أقل عدد يكون مميزه مجرورا.

وقال أيضا: لو قال: كذا كذا درهما بالنصب لم يقبل تفسيره بأقل من أحد عشر لأنه أقل عدد مركب مع غيره ينصب مميزه بعده، إذ فوّه اثنا عشر إلى تسعة عشر.

ولو قال: كذا وكذا لم يقبل في تفسيره أقل من أحد وعشرين درهما، لأنه أقل عددين عطف أحدهما على الآخر وانتصب المميز بعدهما، إذ فوّه اثنان وعشرون إلى تسعة وتسعين فيحمل على الأقل. وكل هذا من الشيخ بناء على أصله المتقدم من جعله لفظه «كذا» كناية عن العدد لا الشيء كما هو المختار.

والأقرب الرجوع في تفسيره أي كذا إلى المقر مطلقا ولا يقبل تفسيره ب أقل من درهم مطلقا، أو في غير حاله الجر على الاختلاف المتقدم.

ولو أقر بشيء مؤجلا - كأن قال: له على ألف مؤجله فأنكر الغريم الأجل لزمه الشيء قطعا وكان حالا إجماعا ان فصل وصف التأجيل عن الكلام ولو بسكوت طويل، وكذا لو وصله به عند جماعه، خلافا لآخرين فلا يلزمه إلا مؤجلا، ولعله الأقوى.

ص: ٤٠

١- (١) المبسوط ٣-١٢.

٢- (٢) الخلاف ٢-١٥٣.

و على الأول يلزمه الغريم اليمين و انما يلزمه حالا ان قلنا به بعد العجز عن إقامه البيئه على الأجل.

أما اللواحق أمور ثلاثه

اشاره

و أما اللواحق أمور ثلاثه:.

الأول: في بيان أحكام الاستثناء

الأول: في بيان أحكام الاستثناء المقبول المتعقب للإقرار.

و من شروطه مطلقا عدم استيعابه المستثنى منه، و الاتصال العادى و المراد به ما جرت به العاده، فيغتفر التنفس بينهما و السعال و نحوهما، و لا يشترط اتحادهما مما لا يعد معه الاستثناء منفصلا عرفا.

و لا- يشترط اتحادهما فى الجنس بأن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، بل يصح أن يكون من غير جنسه، و يعبر عنه ب«المنقطع» على الأشهر الأظهر، بل قيل: إجماعا لكنه مجاز على الأشهر الأقوى، فلو قال: له على ألف إلا درهما فالجميع دراهم على المختار، و مبهم يرجع فى تفسيره اليه على غيره.

و لا نقصان للمستثنى من الباقي من المستثنى منه بل يكفى فى صحه الاستثناء أن يبقى بعده بقيه قلت أو كثرت عند جماعه، و يشترط عند آخرين، و هو قوى متين الا أن المستفاد من بعضهم كون الأول هو الحق عند الفقهاء مؤذنا بدعوى الإجماع، و لعله كذلك.

و عليه فلو قال: له على عشره إلا سته لزمه أربعة و يلزمه المستثنى منه كملا على القول الآخر.

و لو قال بدل إلا فى المثال ينقص سته لم يقبل بل يلزم العشره، لأنه رجوع عن الإقرار بها فلا يكون مسموعا.

و الفرق بينه و بين الاستثناء الإجماع على قبوله، لوقوعه فى فصحيح الكلام كذا قيل.

و الأظهر فيه أن يقال: إن الاستثناء مع المستثنى منه يعد جملة واحده يكون الاستثناء كجزء منها لا يمكن فصله عنها، و لا كذلك ينقص في المثال لكونه جملة أخرى منفصلة عما سبقها، فيكون كالمناهي لها فلا يسمع.

نعم لو أبدلها بالوصف فقال: عشره ناقصه، ثم فسر الناقص بالسته، قبل لكونه كالاستثناء لا يتم إلا بسابقه، بخلاف مبدله لإمكان فصله عنه و تماميته بدونه.

و لو قال: له على عشره إلا خمسة إلا ثلاثة لزمه ثمانية بناء على ما مر من عدم اشتراط نقصان المستثنى عن المستثنى منه، و أن الاستثناء من الإثبات نفى إجماعا و من النفي إثبات على الأقوى، و أن كل استثناء يرجع إلى متلوه بلا خلاف.

و لو زاد في المثال: إلا واحدا لزمه سبعة، و قس على هذا ما يرد عليك من الأمثلة.

ثم كل ذا إذا لم يتعدد الاستثناء بالعطف و لم يكن مساويا للأول و لا أزيد، و إلا رجع الجميع إلى المستثنى منه الأول.

و عليه ف لو قال: له عشره إلا ثلاثة إلا ثلاثة كان إقرارا بأربعة.

و اعلم أنه لا يلزم من عود الجميع صحه كلاً بل يراعى بعدم استلزام العود الاستغراق، فان لم يستغرق المستثنى منه - كما في المثال - صح، و إلا لغا ما يلزم منه الاستغراق خاصة، لأنه هو الذى أوجب الفساد.

فلو قال: له على عشره إلا خمسة إلا خمسة لغا الثانى خاصة و كان إقرارا بخمسه، و كذا مع العطف، سواء كان الثانى مساويا للأول كما مر، أو أزيد كقوله:

على عشره إلا ثلاثة إلا سبعة، أو أنقص كما لو قدم السبعة على الثلاثة.

و لو قال: له على درهم و درهم إلا درهما لزمه درهما على

و لو قال: له على عشره إلا ثوبا قبل و سقط من العشره قيمه الثوب و يرجع إليه فى تفسير القيمه و يقبل منه كل ما به فسره ما لم يستغرق العشره و أما مع استغراقها ففى بطلان الاستثناء فيؤخذ تمام العشره، أو بطلان التفسير خاصه فيطالب بتفسير آخر ليصح قولان، أو فقهما بالأصول الثانى.

الثانى: فى تعقيب الإقرار بما ينافيه

الثانى: فى تعقيب الإقرار بما ينافيه.

اعلم أنه لو قال: هذا مشيرا به الى شىء معين مملوك له بظاهر اليد لفلان ثم أضرب عنه فقال: بل لفلان، فهو أى المقر به للأول بإقراره الأول و يغرم قيمته للثانى الا أن يصدقه المقر له الأول فيدفع اليه من غير غرم.

و لو قال: له على مال من ثمن خمر أو خنزير أو ما شاكلهما مما لا يصح تملكه شرعا لزمه المال إذا فصل بين الإقرار و رافعه بسكوت أو كلام أجنبى بلا- خلاف، و كذا إذا لم يفصل مطلقا فى إطلاق العبارة و غيرها بل قيل: إجماعا، فإن تم و الا كما هو الظاهر ففى إطلاقه إشكال.

و التحقيق أنه ان قال المقر: كان ذلك من ثمن خمر أو خنزير فظننته لازما لى و أمكن الجهل بالحكم فى حقه، توجهت دعواه و كان له تحليف المقر له على نفيه ان ادعى العلم بالاستحقاق.

و لو قال: لا أعلم الحال حلف على عدم العلم بالفساد، و لو لم يمكن الجهل فى حقه لم يلتفت الى دعواه.

و لو قال: ابتعت بخيار و أنكر البائع الخيار قبل الإقرار فى البيع دون الخيار.

و كذا لو قال: له على عشره من ثمن مبيع لم أقبضه ألزم بالعشره

و لم يلتفت الى دعواه عند جماعه،خلافًا لآخرين فتسمع دعواه،و لا يخلو عن قوه.

الثالث:فى الإقرار بالنسب

الثالث:فى الإقرار بالنسب و هو مقبول كالإقرار بالمال.

و يشترط فى المقر هنا ما اشترط فيه سابقا من البلوغ و العقل و رفع الحجر عنه.

و فى الإقرار بالولد الصغير أو الكبير مطلقا ذكرًا كان أو أنثى إمكان البنوه للمقر،فلو أقر ببنيه من هو أسن منه،أو مساويه،أو أصغر بحيث لا يمكن تولده منه عادة لم ينفذ.

و كذا لو كان بين المقر و أم الولد مسافه لا يمكنه الوصول إليها فى مثل عمر الولد،أو علم عدم وصوله إليها.

و جهاله نسب الصغير بل الكبير أيضا،فلو أقر ببنيه من انتسب الى غيره شرعا،لم يعتد بإقراره و ان صدقه الولد و من انتسب اليه.و لو أقر ببنيه المنفى نسبه عن أبيه باللعان،ففى قبوله وجهان.

و عدم المنازع له فى نسب المقر به،فلو أقر ببنيه من استلحقه غيره ممن يمكن الإلحاق به لم ينفذ،فان الولد حينئذ لم يلحق بأحد المتنازعين إلا بينه أو قرعه.

ثم الحكم بنفوذ الإقرار مع الشرائط مختص بالولد للصلب،فلو أقر ببنيه ولد ولد فنازلا اعتبر التصديق كغيره من الأقارب،كما نص عليه الشهيدان و غيرهما،لكن يثبت بالإقرار المال و النسب من جهة المقر،كوجوب الإنفاق و حرمة التزويج.

و إطلاق المتن و غيره يقتضى عدم الفرق فى المقر بالولد بين كونه أبا أو أما،خلافًا لجماعه فخصوه بالأب و اعتبروا فى الأم تصديق الولد لها،و الأول

و لا يشترط فى الصغير المقر به التصديق منه لعدم الأهليه منه لذلك،مضافا الى الإجماع و إطلاق الاخبار (١).

و لو بلغ فأنكر لم يقبل و يلحق بالصغير المجنون مطلقا ذكرا كان أو أنثى و الميت كذلك،و ان كان بالغاً عاقلاً. و لم يكن ولداً، فلم يعتبر تصديقهما بل يثبت نسبهما بالنسبه إلى المقر بمجرد الإقرار.

و لا بد فى الولد الكبير إذا لم يكن ميتا و لا مجنوناً من التصديق للمقر فى دعواه، فلو لم يصدقه لم ينتسب اليه.

و إذا أقر بالولد و حصلت الشرائط، ثبت النسب بينه و بين الولد، و كذا بين الولد و بين كل من بينه و بين الأب نسب مشهور، فيكون أب المقر جدا و أمه جده، و اخوته و أخواته أعماما و عماتا، و ولده اخوه و أخوات.

و كذا يعتبر التصديق فى الإقرار ب غيره من الأنساب بلا خلاف.

و إذا تصادقا أى المقر و المقر به توارثا بينهما حيث لا وارث لهما بلا خلاف.

و لا يتعدى التوارث الى غير المتصادقين بلا خلاف أيضا.

و إطلاق العبارة يقتضى عدم الفرق فى ذلك بين الإقرار بالولد الكبير الذى يعتبر تصديقه و غيره من الأنساب، و عليه يتفاوت الإقرار بالولد بالنسبه إلى الصغير و الكبير، لثبوت النسب الموجب للتوارث على الإطلاق بالإقرار فى الأول، و عدم ثبوته كذلك -و لو مع التصادق فى الثانى، خلافا لظاهر عباره

ص: ٤٥

المصنف فى الشرائع (١)، فدلّت على أن قصر الحكم على المتصادقين انما هو فى غير الولد للصلب، و تبعه الشارح من غير نقل خلاف و لا إشكال، فإن كان إجماع و الا فما هنا أقوى.

و لو كان للمقر ورثه مشهورون فى نسبه لم يقبل إقراره حينئذ مطلقا و ان تصادقا و لا فرق فى الحكم بين الإقرار بالولد مطلقا و غيره على ما يقتضيه إطلاق عبارته المصنف و جماعه، خلافا للنهائيه (٢) فخصه بغير الإقرار بالولد، و لا- يخلو عن وجه ان خص الولد بالصغير و الا فلا يخلو عن اشكال.

و إذا أقر الوارث المحكوم بكونه وارثا ظاهرا بآخر و كان أولى منه فى الميراث، كما إذا أقر الأخ بولد للميت دفع اليه ما فى يده من المال وجوبا.

و ان كان المقر به غير أولى بل مشارك له فى الميراث له، كما إذا أقر الابن بابن آخر للميت دفع اليه نسبه نصيبه من الأصل أى أصل التركة، و هو فى المثال النصف، و لا خلاف فى عدم ثبوت نسبه بذلك.

و ان أقر باثالث شاركهما فى التركة، و يثبت نسبه ان كانا عدلين.

و لو أقر بالثالث أحدهما و أنكر الآخر، أخذ المنكر نصف التركة و المقر ثلثها و الآخر السدس على المشهور، و قيل: ان النصف يقسم بين المقر و الثالث بالسويه، و لا يخلو عن قوه.

و لو أقر باثنين دفعه فتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما لان استحقاقهما الإرث يثبت فى حاله واحده بسبب واحد، فلا يكون أحدهما أولى من الآخر.

و لا كذلك ما إذا أقر بأحدهما ثم بالآخر، فإن الثانى يثبت له النصف باعتراف الأول، فلا يستحق الثالث فى النصف شيئا ما لم يقر به الثانى أو تقم له بدعواه البيئه.

ص: ٤٦

١- (١) شرائع الإسلام ٣-١٥٧.

٢- (٢) النهائيه ص ٦٨٥.

و لو أقر الوارث ظاهرا كالعم بأولى منه فى الإرث الذى فى يده كالأخ نفذ إقراره بالإضافه إلى المال كما مر ثم لو أقر بعد ذلك بمن هو أولى منه و من المقر له كالولد.

فان صدقه المقر له الأول دفع جميع التركة إلى المقر له الثانى و هو الولد و ان كذبه أى الأخ العم فى كون المقر به ثانيا ولد الميت لم يدفع اليه و ضمن العم المقر للولد ما كان نصيبه من المال ان دفعه الى الأخ، أو أقر بانحصار الوارث فيه.

و لا فرق فى الحكم بضمانه حينئذ بين حكم الحاكم عليه بالدفع إلى الأخ و عدمه.

نعم يتجه الفرق بينهما فى صوره الدفع بالحكم بالضمان مع الدفع بدون اذن الحاكم، و الحكم بعدمه مع الدفع باذنه، و أما مع عدم الأمرين فيشكل الحكم بالضمان.

و لو أقر الوارث المتقدم بمساو له فى الإرث كعم آخر للميت فشاركه بعد إقراره ثم أقر بمن هو أولى منه فى ذلك كالولد أو الأخ.

فان صدقه أى الأول المساوى و هو العم دفعا اليه ما معهما أى إلى الأول و ان أنكر المساوى للأولى، استحق ما أخذه من نصيبه من التركة و غرم المقر ل المقر له الثانى الذى هو أولى منهما بزعمه و إقراره ما كان فى يده أى المنكر مع أحد الأمرين المتقدمين من الدفع أو الإقرار بانحصار الوارث فى المنكر، و يشكل الحكم بدونهما.

و لو أقر ل المرأة الميتة التى يرثها المقر ظاهرا بزواج، دفع المقر اليه ما فى يده بنسبه نصيبه و هى النصف ان كان المقر به غير الولد، و الربع ان كان هو الولد.

و قد أطلق الحكم كذلك المصنف هنا و فى الشرائع (١) و جماعه، و هو انما يستقيم ان قلنا ان الموجود فى يد المقر من التركة بينه و بين المقر له بمقتضى الشركه، كما هو الظاهر و قد مر.

أما على الأشهر من أن الواجب على المقر دفع الفاضل مما فى يده عن نصيبه خاصه، فيجب على المقر له دفع الفاضل خاصه ان تحقق مطلقا بلغ النصف أو الربع أم لا، و الا فلا يجب عليه دفع شىء أصلا، و نبه على هذا جماعه و قالوا: و لو نزلنا حصه المقر على الإشاعه صحت المسأله على إطلاقها من غير تقييد.

و لو أقر لها ب زوج آخر لم يقبل إقراره الثانى الا- أن يكذب نفسه فى إقراره الأول فيقبل، بلا خلاف فى القبول مع التكذيب بمعنى غرمه للثانى معه ما أقر به للأول، لا قبوله فى حق الزوج الأول لما يأتى، و لذا فرع على الاستثناء المثبت للقبول خصوص ما ذكرنا بقوله:

فيغرم له أى للزوج الثانى ان أنكر الزوج الأول لاعترافه بالتكذيب بتفويت حق الثانى من التركة بإقراره فيغرم له، و لا فى عدمه فى حق الزوج الأول مطلقا مع التكذيب و عدمه، فلا يزيل الإرث الذى ثبت له شرعا، لكونه حينئذ خارجا فلا يكون إقراره فى حقه مسموعا.

و فى قبوله فى حق الثانى مع عدم التكذيب بمعنى غرمه له أم العدم قولان أشهرهما بل و أظهرهما: الثانى.

و كذا الحكم فى الإقرار ب الزوجات للميت، فإذا أقر بواحد فالربع ان كان المقر غير الولد، و الثمن ان كان هو، هذا على المختار أو التنزيل المتقدم فى الإقرار بالزوج، و اما على غيرهما فيتم الحكم فى إقرار الولد خاصه، و أما غيره فيدفع إليها الفاضل فى يده من نصيبه على تقديرها.

ص: ٤٨

و لو كان بيده أكثر من نصيبها،فالحاصل أن غير الولد يدفع أقل الأمرين من نصيب الزوجه و ما زاد عن نصيبه على تقديرها ان كان معه زياده،فأحد الأبوين مع الذكر لا يدفع شيئا،و مع الأنثى يدفع الأقل و الأخ يدفع الربع و الولد الثمن.

فإن أقر بأخرى و صدقته الزوجه المقر لها أولا،اقتسما الربع أو الثمن أو ما حصل،و ان أكذبتها غرم المقر له نصيبها و هو نصف ما غرم للأولى ان كان باشر لتسليمها و الا فلا.

و هكذا لو أقر بثالثه و رابعه،فيغرم للثالثه مع تكذيب الأوليين ثلث ما لزمه دفعه و للرابعه مع تكذيب الثالث ربعه.

و إذا أقر بخامسه كان الإقرار بزوجه ثان،فيغرم لها مع تكذيب نفسه أو مطلقا على ما مضى،بل هنا أولى لإمكان الخامسة الوارثه فى المريض إذا تزوج بعد الطلاق و انقضاء العده و دخل و مات فى سنته و يمكن فيه استرسال الإقرار، فلا تقف على حد إذا مات فى سنته مريضا.

و لو أقر اثنان من الورثه بوارث مساو لهما فى الإرث،فإن كانا مما يقبل شهادتهما صح النسب الموجب للإرث و قاسم المقر له الورثه و لو كانوا غير المقرين.

و لو كان المقر له أولى بالإرث منهما،كما لو أقر الأخوان العدلان بولد،اختص بالميراث دونهما.

و لو لم يكونا مرضيين لم يثبت النسب و دفعا إليه أى إلى المقر له مما فى أيديهما بنسبه نصيبه من التركة.

كتاب الإيمان

أشاره

ص: ٥١

(كتاب الايمان) الايمان جمع يمين، و هي لغه يطلق على معان، و شرعا: الحلف بالله تعالى لتحقيق ما يمكن فيه المخالفه إمكانا فعليا.

و هي على أقسام: يمين انعقاد، و هي الحلف على المستقبل فعلا أو تركا مع القصد اليه، و هو المقصود من الكتاب. و لغو و فسر تاره بالحلف لا مع القصد على ماض أو آت، و أخرى أن يسبق اللسان الى اليمين من غير قصد أنه يمين. و غموس و هي الحلف على أحد الأمرين مع تعمد الكذب. و حلف على الحال أو الماضى مع القصد.

و لا خلاف فى جواز الجميع و حرمه الثالث، و أنه لا كفاره فيه سوى الاستغفار و كراهه الأخير و تأكدها مع الإكثار.

و النظر فى فى أمور ثلاثة

اشاره

و النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمور ثلاثه:

الأول: ما ينعقد به اليمين

الأول: فى بيان ما ينعقد به اليمين، بحيث يحث بالمخالفه و يجب عليه بها الكفاره.

و لا ينعقد الا بالله تعالى أى بذاته المقدسه من غير اعتبار اسم من أسمائه سبحانه، كقوله: و الذى نفسى بيده، و الذى فلق الحب و برىء النسمه.

ص: ٥٣

أوب اسم من أسمائه الخاصه كقوله:و الله و الرحمن و نحوهما.

أو ما ينصرف إطلاقه إليه،كالخالق و البارئ و الرب دون ما لا ينصرف إطلاقه إليه كالموجود و الحي و السميع و البصير،فلا ينعقد به و ان نوى به الحلف.

و لا- ينعقد اليمين لو قال:أقسم أو أحلف حتى يقول بالله بلا خلاف و لو قال:لعمر و الله كان يمينا و هو بفتح العين مرفوع على الابتداء و الخبر محذوف،و المعنى:لعمر و الله قسمي،و هو بمعنى البقاء و الحياه.و يستفاد من الصحيح (1).انعقادها ب«ايم الله» كما هو المشهور.

و لا كذا لو قال:و حق الله تعالى،فلا ينعقد به مطلقا.

و لا ينعقد الحلف بالطلاق و العتاق و الظهار و لا بالحرم و الكعبه و لا بالمصحف و نحو ذلك من الأمور المعظمه على الأظهر و الأشهر.

و ينعقد لو قال:حلفت برب المصحف قطعا.

و لو قال:هو يهودى أو نصرانى أو حربى أو نحو ذلك ان فعل كذا مثلا أو حلف بالبراءه من الله تعالى أو رسوله أو الأئمه لم يكن يمينا.

و الاستثناء بالمشيئه لله تعالى فى اليمين بأن يتبعها بقوله:إن شاء الله تعالى جائز إجماعا.

و يمنعها الانعقاد ان اتصلت بها بما جرت العاده و لو انفصلت بتنفس أو سعال أو نحوهما إجماعا،لو لم يكن متعلقها فعل الواجب أو المنسوب أو ترك الحرام و المكروه،و مطلقا على الأشهر الأقوى.و لا فرق فى الحكم بين قصد التعليق بالمشيئه أو الترك على الأقوى.

و لو تراخى الاستثناء عن ذلك الحلف من غير عذر من نحو

ص: ٥٤

تنفس و سعال لزمت اليمين و سقط الاستثناء اتفاقا. و هل يعتبر في الاستثناء المعبر التلفظ به أم يكفي فيه النيه؟ قولان، الأشهر الأول، خلافا للمختلف فالثاني، و لا يخلو عن وجه.

و فيه روايه (١) صحيحه بجواز الاستثناء إلى أربعين يوما، و هي متروكه.

الثاني: في الحالف

الثاني: في بيان الحالف، و يعتبر فيه التكليف بالبلوغ و العقل و الاختيار و القصد الى مدلول اليمين.

و على هذا الشرط فلو حلف صبي أو مجنون أو بالغ عاقل من غير نيه كانت يمينهم لغوا و لو كان اللفظ صريحا بلا خلاف فيه عندنا.

و لا يمين للسكران و لا المكره و لا الغضبان، الا أن يكون لأحدهم قصد الى اليمين الصادره عنهم فتعقد.

و يصح اليمين من الكافر مطلقا عند الأكثر و ذكر في الخلاف (٢) أنه لا- يصح مطلقا. و الأقرب التفصيل بين المقر بالله تعالى فالأول و غيره فالثاني وفاقا لجماعه، و فائده الصحه بقاء اليمين لو أسلم في المطلقه أو قبل خروج الموقته و في العقاب على متعلقها لو مات على كفره و لما يفعله، لا في تدارك الكفاره لو سبق الحنث الإسلام.

و لا ينعقد انعقادا تاما بين الولد مع الوالد إلا باذنه. و لو بادر إليها قبله كان للوالد حلها ان لم تكن يمينه في فعل واجب أو ترك محرم.

و كذا الزوجه مع زوجها، و المملوك مع مولاه.

و الأصح فساد اليمين بدون الاذن لا- توقفه على النهي، و أنه لا- فرق بين اليمين في واجب أو ترك محرم و غيرهما من المباحات، لإطلاق النص (٣) و عدم دليل

ص: ٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-١٥٨.

٢- (٢) الخلاف ٣-٢٧٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-١٢٨، ب ١٠.

على الفرق غير تعيين الفعل عليه وجودا و عدما فيما عدا المباح دونه، و هو لا يقتضى ترتب آثار انعقاد الحلف عليه من ترتب الكفاره على الحنث.

و النص (1) مختص بالوالد فالحاق الوالده به قياس، و فى إلحاق الجد للأب إشكال، و أما الزوجه فينبغى القطع باختصاص الحكم فيها بالدائم دون المتعه.

الثالث: فى متعلق اليمين

إشاره

الثالث: فى بيان متعلق اليمين، و لا يمين الا مع العلم بما يحلف عليه من صلاه أو صوم أو صدقه أو نحو ذلك، لا العلم بوقوع ما يحلف عليه، لان المستقبل لا يعلم وقوعه.

و لم يذكر المصنف فى الشرائع و لا غيره هذا الشرط الا هنا، و انما ذكره فى اليمين المتوجه الى المنكر أو المدعى مع الشاهد، و لا ريب فى اعتباره هناك كما يأتى إن شاء الله تعالى.

و لا يجب ب اليمين الغموس كفاره سوى الاستغفار، و ان كانت محرمة بلا خلاف.

و تنعقد اليمين لو حلف على فعل واجب أو مندوب أو ترك محرم أو مكروه.

و لا- تنعقد لو حلف على ترك واجب أو مندوب أو فعل محرم أو مكروه و لو حلف على فعل مباح أو تركه و كان الاولى له مخالفته فى دينه أو دنياه، فليأت ما هو خير له و لا- اثم عليه و لا- كفاره بلا- خلاف و لا- إشكال إذا لم يعارض الرجحان دنيا، المرجوحه ديناً أو بالعكس، و يشكل مع المعارضه، و لكن ظاهر الأصحاب الانعقاد هنا.

و الأولويه متبوعه و لو طرأت بعد اليمين، فلو كان البر أولى فى الابتداء ثم

ص: ٥٦

صارت المخالفه أولى، أتبع و لا- كفاره، و فى عود اليمين بعود الأولويه بعد انحلالها و جهان، أجودهما: العدم، كذا لو لم تنعقد ابتداء للمرجوحيه، بل عدم العود هنا أولى.

و إذا تساوى فعل ما تعلق به اليمين و تركه دينا و دنيا، بحيث لا يترجح أحدهما على الآخر أصلا و جب العمل بمقتضى اليمين بغير خلاف.

و لو حلف لزوجه أن لا تتزوج عليها أو بعدها دائما أو منقطعا أو لا يتسرى لم ينعقد يمينه.

و كذا لو حلفت هى أن لا تتزوج بعده. و كذا لو حلفت أن لا تخرج معه بلا خلاف فى شىء من هذه الثلاثه.

نعم لو عرض رجحان للمحلوف عليه دينا أو دنيا كانت اليمين منعده.

و لا تنعقد اليمين لو قال لغيره: و الله أو أسألك بالله أو أقسم عليك أو نحو ذلك لتفعلن كذا، و تسمى بيمين المناشده و لا يلزم أحدهما و يستحب للمقسم عليه أبرار القسم.

و كذا لا تنعقد لو حلف لغيره على الإقامه بالبلد و خشى مع الإقامه الضرر.

و كذا لا تنعقد لو حلف ليضربن عبده ف ان العفو أفضل و لا اثم عليه و كذا لا كفاره.

و لو حلف على ممكن فى وقت معين فتجدد العجز فيه انحلت اليمين و لو حلف عليه مطلقا أو مقيدا، فتجدد العجز ثم القدره قبل خروجه و جب فى الوقت الممكن، و لو لم يتجدد قدره فكالأول.

و لو حلف على تخليص المؤمن أو ماله أو دفع أذيه عنه أو عن نفسه جاز و لم يأنم و لو كان كاذبا و يجب إذا انحصر طريق التخليص فيه،

و كذلك الحلف عليه مطلقا قليلا كان أو كثيرا، إلا أنه يأتي كراهه الحلف على المال القليل.

و ذكر الأصحاب أنه إن أحسن التوريه و هى إرادته شىء و إظهار غيره و روى و النصوص خاليه عنه، و لذا انتظر فى وجوبها جماعه، و لكنها أحوط.

و من هذا أى جواز الحلف للضروره لو وهب له مالا و كتب له ابتياع و قبض ثمن، فنازعه الوارث على تسليم الثمن فيحلف عليه لو طلبه منه و لا اثم عليه و يورى بما يخرججه عن الكذب.

و كذا لو حلف أن مماليكه أحرار و قصد بحلفه ذلك التخلص من ظالم لم يآثم و لم يتحرروا.

و يكره الحلف على المال القليل و ان كان صادقا بل يكره الحلف عليه و على سائر الأمور الدينويه مطلقا، و ان كان القليل أشد كراهه، و فسر القليل بثلاثين درهما.

مسألان:

الأولى

الأولى: روى (١) عيسى ابن عطيه فى من حلف أن لا- يشرب من لبن عنزه له و لا- يأكل من لحمها: أنه يحرم عليه أولادها و لحومهم لأنهم منها، و فى سند هذه الروايه ضعف من وجوه شتى، و فى متنها مخالفه المقاعده أيضا، فلا عمل عليها و ان قال بها الإسكافى و الشيخ فى النهايه (٢) و بعض من

ص: ٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-١٧، ب ٣٧.

٢- (٢) النهايه ص ٥٦٠.

تبعه، وقيدها بعدم الحاجه الى ترك ما حلف عليه فقال: ان شرب من لبنها أو لبن ولدها لحاجه لم يكن عليه شيء من حنث أو كفاره.

و هذا التقييد حسن لما مر من أن من حلف على شيء فرأى غيره خيرا فليأت به.

الثانيه

الثانيه: روى (1) أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعجبه جاريه عمته، فخاف الإثم، فحلف بالأيمان أن لا يمسهأ أبدا، فورث الجاريه أ عليه جناح أن يطأها؟ فقال: انما حلف على الحرام و لعل الله تعالى رحمه فورثه إياها لما علم من عفته.

و في سندها ضعف، الا أنه ذكر جماعه أنه يستقيم المصير إليها، إذ الظاهر أن الحلف انما وقع على الوطء المحرم لا مطلقا، و لو قصد التعميم روعى حال الرجحان و عدمه.

ص: ٥٩

(كتاب النذر و العهود) و هو لغه:الوعد بخير أو شر.و شرعا على ما فى كلام جمع،الالتزام الكامل المسلم المختار القاصد غير المحجور عليه بفعل أو ترك بقول:لله تعالى على ناويا القربه.

النظر فى أمور أربعه

اشاره

و النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمور أربعه:

الأول:الناذر

الأول:الناذر،و يعتبر فيه التكليف بالبلوغ و العقل و الاختيار و الإسلام و القصد الى مدلول الصيغه،فلا ينعقد نذر الصبى و المجنون مطلقا،الا- نذر ذى الأدوار حال إفاقة مع الوثوق بفعله،ولا-المكره و لا غير القاصد كالعاتب،و لا الكافر مطلقا و ان استحبه له الوفاء لو أسلم.

و يشترط فى صحه نذر المرأه اذن الزوج على الأشهر الأظهر.

و كذا نذر المملوك يتوقف صحته على اذن المالك بلا خلاف.

و يلحق بهما الولد بالإضافه إلى الوالد،فلا ينعقده نذره إلا باذنه على الأقوى.

و لو بادر أحدهما و كذا الولد بإيقاع النذر من غير إذن هؤلاء كان للزوج و المالك و الوالد فسخه و إبطاله ما لم يكن على فعل واجب أو ترك محرم و الأصح فساد النذر ابتداء مطلقا،حتى فى النذر على فعل الواجب

و ترك الحرام، كما مر في اليمين.

و لا ينعقد النذر في سكر يرفع القصد الى المدلول و لا في غضب كذلك أى رافع للقصد.

الثانى: الصيغه

الثانى: الصيغه، و هى قد تكون براء، و هو اما أن يكون شكرا على النعمه كقوله: ان رزقت ولدا فله على كذا.

أو استدفاعا للبلية كقوله: إن برىء الله المريض فله على كذا و يسمى هذان «نذر مجازات».

و قد يكون زجرا كقوله: ان فعلت كذا من المحرمات أو ان لم أفعل كذا من الطاعات فله على كذا أو تبرعا كقوله: لله على كذا من دون تعليق على شرط، و هذا من أقسام نذر البر أيضا.

و لا ريب و لا خلاف في انعقاده مع التعليق على الشرط بعد استجماعه الشرائط المعتمره.

و انما الربيه في انعقاد التبرع فيه قولان، أشبههما و أشهرهما الانعقاد و فى الخلاف (١) الإجماع.

و يشترط في صحته النطق بلفظ الجلاله و القصد الى معناه، و هو المعبر عندهم بقصد القربه فلو قال: على كذا من غير أن يقصد القربه لم يلزم بلا خلاف.

و مقتضى العبارة اعتبار خصوص لفظ الجلاله كما عن الأكثر، و فى الانتصار (٢) الإجماع، خلافا للدروس (٣) فاكتمى بأحد أسمائه الخاصه، و هو فى غايه القوه كاحتمال انعقاد النذر بإبدال لفظ الجلاله بمرادفه من الألفاظ الغير العربيه.

ص: ٦٤

١- (١) الخلاف ٣-٣٠٣.

٢- (٢) الانتصار ص ١٦١.

٣- (٣) الدروس ص ١٩٧.

و يكفى فى القربه ذكر لفظ الجلاله مع النيه، فلا يحتاج بعده الى قوله:قربه الى الله وفاقا لجماعه.

و لو اعتقد و نوى أنه ان كان كذا فله تعالى على كذا و لم يتلفظ بالجلال له بل نواه فى ضميره خاصه ف فى انعقاده قولان، أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين أنه لا- ينعقد و ان كان الإتيان به أفضل حذرا عن شبهه الخلاف، و القول الثانى بالانعقاد للشيخين و جماعه، و لا ريب أن مراعاته أحوط.

و صيغه العهد أن يقول:عاهدت الله تعالى أنه متى كان كذا فعلى كذا و مقتضى العبارة عدم وقوعه الا مشروطا، و الأقوى وقوعه مطلقا وفاقا لجماعه و فى الخلاف الإجماع.

و ينعقد نطقا إجماعا و فى انعقاده اعتقادا و نيه قولان، أشبههما و أشهرهما: أنه لا ينعقد كالنذر.

و يشترط فيه القصد الى المدلول كالنذر.

الثالث:فى متعلق النذر

الثالث:فى متعلق النذر أى الملتزم بصيغته.

و ضابطه:ما كان طاعه لله مأمورا بها وجوبا أو استحبابا، فلا ينعقد المحرم و المكروه مطلقا إجماعا، و كذا المباح مطلقا تساوى طرفاه أو ترجح أحدهما دينا أو دنيا وفاقا للأكثر، و أولى منه عدم الانعقاد مع رجحان الترك، و الحلى نفى الخلاف عنه، و فى المسأله أقوال أخر.

و يمكن اختيار الصحه فى المباح الراجح دنيا إذا كان راجعا إلى الطاعه، كما إذا قصد به التقوى على العباده و منع النفس عن الشهوات المهلكه.

مقدورا للنادر بلا خلاف، و المراد بمقدوريته صلاحيه تعلق قدره به منه عاده فى الوقت المضروب له فعلا كان أو قوه. فإن كان معينا اعتبرت فيه و ان كان مطلقا فالعمر، و انما خرج بالمقيد الممتنع عاده، كنذر الصعود إلى السماء

أو عقلا كالكون في غير الخير و الجمع بين الضدين أو شرعا كالاكتكاف جنبا مع القدره على الغسل.

و يتفرع عليه أو لا ينعقد النذر مع العجز عن المنذور مطلقا.

و يسقط التكليف به عنه لو تجدد له العجز عنه بعد قدرته عليه ابتداء، و لا حنث عليه و لا كفاره، لكن في الصحيح عليه كفاره يمين. و في الخبر في العاجز عن الصوم المنذور يعطى من يصوم عنه في كل يوم مدين (١). و الاختلاف قرينه الاستحباب.

و السبب أى الشرط المعلق عليه النذر إذا كان طاعه لله تعالى و كان النذر المعلق عليه شكرا على فعلها لزم النذر و لو كان النذر زجرا عنها لم يلزم.

و الأمر بالعكس لو كان السبب معصيه فيلزم لو كان زجرا عنها، و يبطل لو كان شكرا على فعلها، بلا خلاف في شىء من ذلك، فلو قال: ان حجبت فله تعالى على كذا و قصد الشكر انعقد، و لو قصد به الزجر بطل.

و لو قال: ان زنيت فله على كذا. انعقد لو قصد به الزجر و بطل لو قصد به الشكر.

و قد لا يكون السبب طاعه و لا معصيه، كالشفاء من المرض و حصول الولد مثلا، فينعقد اتفاقا.

و لا ينعقد النذر لو قال: لله على نذر و اقتصر عليه بلا خلاف.

و ينعقد لو قال: لله تعالى على قربه بلا- خلاف و يبر أى يتمثل بفعل كل قربه مطلقا و لو كان صوم يوم أو صلاه ركعتين و نحوهما من وجوه القرب، كعياده المريض و إفشاء السلام و التسميت و نحوه

ص: ٦٦

ذلك.

و فى الاجتراء بمفرده الوتر قولان، أجد هما: ذلك، و الأحوط عدم الاجتراء بها مع نذر الصلاه مطلقا لا مقيده بها، فإنه يلزمه مع التقييد بها قطعا، و كذا مع التقييد بركعه مطلقه على الأقوى.

و لو نذر صوم حين كان اللازم عليه صوم سته أشهر.

و لو قال: لله على أن أصوم زمانا كان اللازم عليه صيام خمس أشهر بلا خلاف يعبأ به فى المقامين، و فى الانتصار (١) الإجماع.

و لو نذر الصدقه بمال كثير كان ثمانين درهما بلا خلاف ظاهر بيننا فى أصل العدد، و عليه الإجماع فى كلام جمع. و انما اختلفوا فيما يحصل به العدد، أ هو الدرهم أو غيره؟ على أقوال، أقواها الأول وفاقا لجمع.

و لو نذر عتق كل عبد قديم فى ملكه أعتق من له فى ملكه سته أشهر فصاعدا كما مر فى العتق.

ثم ان هذا الحكم الذى ذكر فى المسائل الأربع انما هو فى ما إذا لم ينو شيئا غيره أى غير ما ورد به الشرع، و لو نوى تبع ما نواه قطعا.

و من نذر شيئا فى سبيل الله تعالى صرفه فى وجوه البر من الصدقه، و معونه الحاج و الزائرين، و طلبه العلم، و عماره المسجد و نحو ذلك.

و لو نذر الصدقه جميع ما يملكه فى الحال لزم الوفاء به ما لم يضر بحاله فى الدين أو الدنيا فان شق عليه الوفاء به قومه على نفسه و أخرج عنه فى مصرف الصدقات شيئا فشيئا حتى يوفى كما قطع به الأصحاب و ورد به النص (٢) الصحيح الصريح، فلا اشكال فيه

ص: ٦٧

١- (١) الانتصار ص ١٦٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-١٩٧، ب ١٤.

و هل يلحق بمورده ما خرج عنه من النذر ببعض المال مع خوف الضرر و اندفاعه بالتقويم أم لا؟ وجهان، أحوطهما: الأول ان لم يكن أظهر.

و مورد الاشكال هو نذر الصدقه بعين المال، أما لو كان المقصود التصدق به عينا أو قيمه و قلنا ان المطلق لا يقتضى التعجيل - كما هو الأقوى - فلا إشكال فى الانعقاد.

الرابع: فى اللواحق

الرابع: فى اللواحق، و هى مسائل:

الاولى: لو نذر الصوم يوما معيناً فاتفق له فيه السفر الشرعى الذى يجب فيه التقصير أفطر ذلك اليوم و قضاؤه. و كذا لو مرض أو حاضت المرأة أو نفست فيه، بلا خلاف فى وجوب الإفطار فى الجميع الا من نادر فى الأول، و لا فى وجوب القضاء كما فى ظاهر المتن و جمع فى الخلاف الإجماع فى المرض.

و لو شرط صومه أى اليوم المنذور سفراً و حضراً صام وجوباً مطلقاً و ان اتفق فى السفر كما مر فى الصوم.

و لو اتفق يوم الذى نذر صومه يوم عيد فطر أو أضحى أفطر وجوباً إجماعاً و فى وجوب القضاء تردد و اختلاف، الا أن الأول أظهر و أحوط.

و لو عجز عن صومه أصلاً بعذر لا يكاد يرجى زواله مطلقاً قيل:

كما عن الأكثر سقط عنه صومه و لا كفاره عليه و فى روايه (1) بل روايات عديده أنه يتصدق عنه أى عن اليوم المنذور بمد من حنطه أو تمر أو شعير، و الأول أظهر، و حمل الروايات على الاستحباب طريق الجمع، سيما مع شدوذها و عدم قائل بها.

ص: ٦٨

الثانيه :ما أى النذر الذى لم يعين بوقت يلزم الذمه مطلقا و وقته تمام العمر،لا يتضيق الا بظن الوفاء.

و ما قيد بوقت يمكن أداؤه فيه يلزم الإتيان به فيه.و لو أخل بما لزمه فى المسألتين لزمته الكفاره المتقدم بيانها فى بحثها.

و أما ما علقه بشرط و لم يقرنه بزمان ف فيه قولان،أحدهما:

أنه يتضيق فعله عند حصول الشرط و حجته غير واضحه.

و القول الآخر أنه لا يتضيق بل هو كالنذر المطلق موسع، و هو أشبه و أشهر.

الثالثه :من نذر الصدقه فى مكان معين أو الصوم أو الصلاه فيه أو فى وقت معين لزم المنذور بشخصه و لو فعل ذلك فى غيره أعاد مطلقا أياما كان من هذه الثلاثه،بلا خلاف الا من الشيخ و جماعه فى الصوم فى المكان المعين،فأوجبوا الصوم و أسقطوا القيد و خيروه بينه و بين غيره،و الأقوى الأول.

و لا فرق فى الخصوصيه المتعلق بها النذر بين كونها راجحه أو مساويه أو مرجوحه.

الرابعه :لو نذر ان برىء مريضه أو قدم مسافره،فبان البرء و القدوم قبل النذر لم يلزم للأصل و الصحيح.

الخامسه :من نذر ان رزق ولدا حج به أو حج عنه انعقد نذره إجماعا و مقتضى هذه الصيغه تخير الناذر بين أن يحج بالولد أو يستنيب من يحج عنه، فان اختار الثانى نوى النائب الحج عن الولد.و ان أحج الولد نوى عن نفسه ان كان مميزا،و الا أجزاء الوالد إيقاع صوره الحج به،كما لو صحبه فى الحج تبرعا.

و لو أصر الوالد الفعل الى أن بلغ الولد،فان اختار الحج عنه لم يجزئه

عن حجه الإسلام، و ان أحجه أجزأه عنها.

ثم لو مات الوالد قبل أن يفعل أحد الأمرين حج الوصى أو من فى حكمه به أو عنه من أصل التركة بغير خلاف، و به صرح بعض من تأخر. و مقتضى القاعده اختصاص الحكم بصوره تمكن الناذر من المنذور فى حال الحياه كما فى المسالك، لا مطلقا كما عن الأكثر.

و لو مات الولد قبل أن يفعل الوالد أحد الأمرين بقى الحج عنه، سواء كان قبل تمكنه من الحج بنفسه أو بعده، فلو كان موته قبل تمكن الأب من أحد الأمرين احتمال السقوط كما عن الدروس (١)، و العدم كما فى المسالك، و لعله أحوط بل و أجود.

السادسه: من جعل دابته أو عبده أو جاريته هديا لبيت الله فان قصد مصرفا معينا تعين، و ان أطلق بيع ذلك أى المنذور و صرف ثمنه فى معونه الحاج و الزائرین للمعتبره (٢) المعتضده بالشهره العظيمه بل الإجماع، كما يظهر من المصنف فى الشرائع (٣) و غيره، لكن فى الثلاثه المذكوره دون غيرها من نحو الأمتعه و الأقمشه، فالقول بالبطلان فيها على تقدير وجوده ضعيف غايته.

قيل: و ألحق الأصحاب بيت الله سبحانه المشاهد المشرفه و الضرائح المقدسه و لا بأس به، لما فى بعض الروايات (٤) من العله العامه، و لأجلها يمكن التعديه إلى إهداء ما عدا الثلاثه، لكن ورد فى من قال: أنا أهدي هذا الطعام أنه

ص: ٧٠

١- (١) الدروس ص ١٩٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ٩-٣٥٤.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٣-١٩١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ٩-٣٥٢، ب ٢٢.

ليس بشيء إنما تهدي البدن. وفي الصحيح ليس شيء ان الطعام لا يهدى (١) السابعة: روى إسحاق بن عمار في الموثق عن أبي إبراهيم عليه السلام في رجل كانت عليه حجة الإسلام فأراد أن يحج، فقيل له: تزوج ثم حج، فقال:

ان تزوجت قبل أن أحج فغلامي حر فبدأ بالنكاح قبل أن يحج فقال عليه السلام:

تحرر الغلام فقلت له عليه السلام: لم يرد بعثقه وجه الله تعالى، فقال: انه نذر في طاعه الله، والحج أحق من التزويج و أوجب عليه منه، قلت: ان الحج تطوع قال: ان كان تطوعا فهو طاعه لله عز و جل قد أعتق غلامه (٢).

و بمضمونها أفتى الشيخ في النهاية (٣) كما قيل.

و فيه اشكال لا من حيث السند، بل من حيث المتن، لتضمنه أو لا الحكم بلزوم العتق مع أن اللفظ لا يقتضى الالتزام به، لخلوه عن صيغه النذر و العهد و اليمين. و ثانيا ان المملوك انما يتحرر بصيغه العتق، فإذا نذر صيرورته حرا فقد نذر أمرا ممتنعا، فحقه أن يقع باطلا.

اللهم الا أن يذب عن الأول بأن المراد بذلك اللفظ الاخبار عن الصيغه المقتضية للالتزام، و يشهد له قوله عليه السلام «انه نذر في طاعه الله سبحانه» لا- أن اللفظ هو الملتزم، و عن الثاني ب أن يكون المراد أنه جعل العتق فيما بعد نذرا يعنى: نذر أن يعتقه ان تزوج، فإنه حينئذ يصح النذر و يجب العتق و حصل التحرير به.

و لعل المراد بقوله «فغلامي حر» أنه حيث صار منذور العتق فكأنه قد صار حرا، لان مآله إلى الحريه، كذا بين وجه الاشكال مع الجواب.

ص: ٧١

١- (١) وسائل الشيعة ١٦-١٨٧، ب ٤.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ٨-٣٠٤.

٣- (٣) النهاية ص ٥٦٤.

و ظنى دلالة الروايه على لزوم العتق المعلق على الشرط كما عليه العامه، فالأجود الجواب عنها بذلك و الحمل على التقيه.

الثامنه: روى رفاعه فى الصحيح عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل نذر الحج و لم يكن له مال فحج عن غيره أ يجزئ عن نذره؟ فقال: نعم (١) و قد أفتى بها أيضا فى النهايه (٢).

و فيه أيضا إشكال من حيث أن النذر مطلقا يوجب استقراره فى ذمه الناذر، فيفتقر إيقاعه إلى نيه، لما تقرر فى افتقار كل عباده الى ذلك، و حجه عن غيره ليس فيه القصد الى الحج عن نفسه بذلك الوجه الذى فى ذمته، فلا- يكون مجزيا و عليه الأكثر و لعله أظهر.

الا أن يقصد ذلك بالنذر أى يقصد فى نذره الحج المطلق الشامل للحج عن نفسه و غيره. و يمكن تنزيل الروايه على ذلك، أو على صوره العجز عن المنذور و استمراره.

التاسعه: قيل: و القائل الشيخ فى النهايه (٣) و تبعه القاضى انه من نذر أن لا- يبيع خادما له أبدا لزمه الوفاء و ان احتاج الى ثمنه حاجه ضروريه.

و هو استناد إلى روايه (٤) بل روايتين هما مع ضعف سندهما معارضتان بأقوى منهما، و وصف لها بكونها مرسله غير واضح. نعم إحداهما مضمرة، و يمكن أن يكون يريد بإرسال الإضمار، فإن إطلاقه عليه شائع.

العاشره: العهد كاليمين يلزم حيث يلزم فينعقد على المباح المتساوى

ص: ٧٢

١- (١) تهذيب الأحكام ٨-٣١٥.

٢- (٢) النهايه ص ٥٦٧.

٣- (٣) النهايه ص ٥٦٧.

٤- (٤) تهذيب الاحكام ٨-٣١٠.

الطرفين، و ما لم يعلق على شرط على الأصح وفاقا لجمع، خلافا لآخرين كالنذر، فلا ينعقد الا فيما كان متعلقه طاعه و مشروطا.

و تظهر ثمره الخلاف فيما مر، و توقفه على اذن من يعتبر اذنه على القول الأول دون الثانى، ان قلنا بعدم توقف النذر على الاذن، و الا فلا ثمره هنا، كما لا ثمره فيما مر من المقامين أيضا، ان قلنا بانعقاد النذر فى المباح المتساوى الطرفين و المتبرع به الغير المعلق على شرط كما هو الأظهر، و لكن الأولين خلافه فيتحقق فيهما الثمره.

و لو تعلق العهد بما هو الأعود الأنفع مخالفته دينا أو دنيا خالف ذلك ان شاء تعالى و لا اثم و لا كفاره عليه، بلا خلاف.

(كتاب الصيد و الذبأحه) و الكلام فيه يقع فى مقامين:الأول الصيد، و له فى الشرع معنيان مباحان:

أحدهما إثبات اليد على الحيوان الممتنع بالأصالة، و الثانى اذهاق روحه، و آله الإزهاق:أما جماد، أو حيوان:

أما الأول الصيد

أشاره

فلا يؤكل من الصيد المقتول به الا ما قتله السيف و الرمح و السهم و نحوها مما اشتمل على نصل، فيؤكل بلا خلاف فى المستثنى منه، و على الأظهر الأشهر فى المستثنى، و فى ظاهر كلام جماعه و صريح بعضهم الإجماع.

و يحل عند الأصحاب ما قتله المعراض إذا خرق و لو يسيرا فمات به، دون ما إذا لم يخرق للنصوص (1) و المعراض: سهم بلا ريش دقيق الطرفين غليظ الوسط يصيب بعرضه دون حده.

و لو أصاب السهم معترضا و قتل الصيد حل ان كان فيه حديده و ان لم يكن القتل بها إجماعا، كما فى المسالك.

و لو خلا منها لم يؤكل الا أن يكون حادا فخرق و قتل، فيؤكل حينئذ

ص: ٧٧

١- (١) وسائل الشيعة ١٦-٢٣٣، ب ٢٢.

كالمقتول بالمعراض بلا خلاف.

و أما الحيوان فلا يحل بكل ما صيد به، بل على التفصيل المشار اليه بقوله:

و كذا يؤكل من الصيد ما يقتله الكلب المعلم خاصة دون غيره من الكلاب من الجوارح الغير المعلمه، بلا خلاف فى شىء من ذلك و فى كلام جمع الإجماع.

و الأشهر الأظهر أنه لا فرق فى الكلب المعلم بين السلوقى منه و غيره حتى الأسود، خلافا للإسكافى فى الأسود، و هو شاذ.

و لا- يؤكل كل ما قتله الفهد و غيره من جوارح البهائم و لا- ما قتله العقاب و غيره من جوارح الطير على الأشهر الأظهر، و فى الانتصار (١) و الغنيه (٢) و الخلاف الإجماع الا أن يدرك حيا و يذكى.

و غايه إدراك ذكاته، بأن يجده و رجله تركض أو عينه تطرف، و ضابطه حركه الحيوان و لو غير مستقره على الأظهر، كما سيذكر.

و يشترط فى الكلب أن يكون معلما بحيث يسترسل إذا أغرى و أرسل و ينزجر إذا زجر، و ألا- يعتاد أكل صيده بلا خلاف فى الشرطين الأولين، و ان اختلفوا فى إطلاق الثانى، كما فى ظاهر المتن و عن الأكثر. أو اختصاصه بما إذا لم يكن بعد إرساله على الصيد، كما اختاره جماعه، و لا يخلو عن قوه، و على الأشهر الأظهر فى الثالث، و فى الانتصار (٣) و الخلاف و ظاهر المختلف و غيره الإجماع عليه.

و على أنه لا عبره ب الكلب على سبيل الندره و بذلك يجمع

ص: ٧٨

١- (١) الانتصار ص ١٨٢.

٢- (٢) الغنيه ص ٥٥٥.

٣- (٣) الانتصار ص ١٨٣.

بين النصوص (١) المختلفه،خلافًا للصدوقين و جماعه فأخذوا بالمبيحه منها لما قتله الكلب الأكل من الصيد مطلقا،و للإسكافي
ففصل بين أكله منه قبل موت الصيد فالأول و بعده فالثاني،و لا شاهد له.

و لا بد من تكرر هذه الأمور مره بعد أخرى،ليغلب على الظن تأدب الكلب بها،و يصدق عليه فى العرف كونه معلما.و استعمال
آله الصيد مطلقا نوع من التذكيه يعتبر فيه ما يعتبر فيها بلا خلاف.

فيعتبر فى المرسل الكلب و ما فى حكمه أن يكون مسلما أو بحكمه كولد المميز الغير البالغ،ذكرا كان أو أنثى.فلو أرسل الكافر
لم يحل و ان سمي أو كان ذميا على الأقوى و فى الانتصار (٢)الإجماع.

و كذا الناصب من المسلمين و المجسمه،أما غيرهما من المخالفين ففى حل صيده الخلاف الآتى فى الذبيحه.

و لا يحل صيد الصبى الغير المميز و لا المجنون،لاشتراط القصد كما يأتى، دون الصبى المميز فيحل صيده إجماعا.

و أما الأعمى فإن تصور فيه قصد الصيد المشترط فى إباحته حل و الا فلا.

قاصدا بإرساله الصيد فلو استرسل الكلب بنفسه من غير أن يرسله،أو أرسله لا- بقصد الصيد كما إذا رمى سهما الى هدف
فصادف صيدا فقتله،أو أرسله لكن مقصوده ليس محللا- كما ظنه خنزيرا فأصاب محللا-لم يحل بلا- خلاف،بل على الأول
الإجماع فى الخلاف.

و المعبر قصد الجنس المحلل لا عينه،فلو أرسل كلبه أو سهمه على صيد معين فقتل غيره محل.

ص: ٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٠٨، ب ٢.

٢- (٢) الانتصار ص ١٨٨.

مسميا عند الإرسال و لا- خلاف فى أجزاء التسميه إذا وقعت عند الإرسال أما بينه و بين عض الكلب ففيه خلاف، و الأصح الاجزاء وفاقا لجماعه، خلافا لظاهر المتن و كثير.

و كيف كان فلو تركها أى التسميه عمدا لو يؤكل صيده إجماعا و يؤكل لو نسي إذا اعتقد الوجوب أى وجوب التسميه و لم يذكر قبل الإصابه بلا- خلاف. أما إذا اعتقد الوجوب، أو تذكر قبل الإصابه فتركها عمدا لم يؤكل. و يلحق الجاهل بالوجوب التارك لها لذلك بالعامد على الأقوى.

و من الشرائط أن يحصل موته بالسبب الجامع للشرائط التى من جملتها الإرسال و التسميه و قصد الصيد وحده.

و عليه ف لو أرسل كلبه و لم يسم بل سمي غيره لم يؤكل صيده الا أن يذكره و أولى منه ما إذا أرسل أحد و قصد آخر و سمي ثالث.

و منها أيضا العلم قبل أو الظن الغالب باستناد موته الى السبب المحلل، فلو سمي و أرسل كلبه و أرسل آخر كلبه و لم يكن معلما أو لم يسم و اشترك الكلبان فى قتل الصيد لم يحل.

و لا يقدر تعدد الإله، فلو اشترك فى قتله كلبان معلمان فصاعدا سمي عند إرسالهما حل.

و يعتبر ألا يغيب أى الصيد عنه أى عن المرسل فلو غاب و حياته مستقره ثم وجده مقتولا أو ميتا لم يؤكل. و كذا ما صاده السهم و نحوه بلا خلاف ما لم يعلم أنه أى ما أرسل من الإله القاتل له و لو علم حصول القتل به حل، كما يحل لو غاب بعد أن صارت حياته غير مستقره، لجرحه بأن أخرج حشوه أو فتق قلبه أو قطع حلقومه، بلا خلاف يعاب به.

و يجوز الاصطياد بالمعنى الأول، و هو مجرد إثبات اليد ب كل

ما يتوصل اليه كك الشرك و الحباله و التفنك و غيرها من الإله الجماديه و بالجوارح غير الكلاب المعلمه لكن لا يحل منه أى من الصيد المدلول عليه بالعباره إلا ما ذكى بالشرائط المعبره بلا خلاف.

و الصيد الذى يحل بقتل الكلب له، أو الإله المعبره فى غير موضع الذكاه هو كل ما أى حيوان كان ممتنعا وحشيا كان أو إنسيا توحش.

و كذا يلحق به ما يصول من البهائم، أو يتردى فى بئر و شبهها و يتعذر ذبحه أو نحره، فإنه يكفى العقر فى استباحتها، و لا يختص حينئذ بموضع من جسدها كما يأتى.

و لا خلاف فى شىء من ذلك فتوى و نصاب، إلا فى إلحاق المتردى بالصيد فقد اختلفا هل هو مطلق حتى لو قتله الكلب و نحوه حل كما هو ظاهر الفتاوى أو فى الجملة كما هو ظاهر النصوص (١).

و غير الممتنع ليس بصيد إجماعاً، فلو قبل بالسهم فرخاً، أو قتل الكلب طفلاً غير ممتنع لم يحل. و لو رمى طائراً فقتله أو فرخاً لم يطر بعد حل الطائر لامتناعه دون فرخه لعدمه.

و يلحق بالمقام

مسائل من أحكام الصيد

إشاره

مسائل من أحكام الصيد:

الاولى: لو تقاطعه الكلاب قبل إدراكه حل

الاولى: لو تقاطعه الكلاب أو السيوف مع اجتماع الشرائط التى منها التسميه على كل واحد قبل إدراكه حل بلا خلاف ظاهر.

و لا فرق بين تقاطعهم إياه و حياته مستقره و عدمه، بلا خلاف ما لو تقاطعه الصائدون، فان حله مشروط بوقوع فعلهم بعد أن صار فى حكم المذبوح، و هذا هو المشهور، خلافاً للنهائيه (٢) فسوى بين المقامين و جعل الثانى كالأول، و الأول

ص: ٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٦٠، ب ١٠.

٢- (٢) النهائيه ص ٥٨١.

الثانية: لو رماه بسهم فتردى من جبل أو وقع فى ماء فمات

الثانية: لو رماه بسهم و نحوه فتردى من جبل أو وقع فى ماء فمات موتا يحتمل استناده الى كل منهما لم يحل إجماعا.

و لكن ينبغى هنا اشتراط استقرار الحياه قبل التردى و الوقوع فى عدم الحل بحيث لولاه قبلهما بأن قطع مريه أو حلقومه أو شق بطنه أو فتق قبله حل على الأشهر الأظهر، بل لا خلاف فيه صريحا يظهر. و قول المصنف هنا يشعر باختصاص الاشتراط بالمقام و عدمه فى غيره.

و الوجه اشتراطه فى كل موضع يشابه فروض المسأله، من عدم القطع باستناد الموت إلى الإله المحلله، و منه ما مر فى اشتراط عدم الغيبه فى الحليه. و ربما جعل فائده هذا القيد التنبيه على أنه من خصائص المصنف. و فيه نظر.

الثالثه: لو قطعه السيف باثنين فلم يتحرك حلا

الثالثه: لو قطعه السيف باثنين فلم يتحرك أو تحركا حركة المذبوح حلا بلا خلاف، كما عن المبسوط (1) و الخلاف (2) و السرائر (3)، لكنهما لم يقيداها بأحد القيدين، لكن الظاهر إرادتهما إياه، و لا يعتبر خروج الدم بالكليه، خلافا للنهائيه (4) و جماعه.

و لو تحرك أحدهما فهو الحلال خاصه ان كانت حياته مستقره لكن بعد التذكيه و حرم الآخر، لأنه قطعه مبانه من الحى. و اعتبار التذكيه فى حل المتحرك هو الأشهر الأظهر، خلافا لجمع فأطلقوا إباحته من غير اعتبارها.

و لو لم يكن حياه المتحرك مستقره حلا أى النصفان معا مطلقا كان ما فيه الرأس أكثر أم لا، وفاقا للحلى و المتأخرين، خلافا لجماعه فحكموا فى غير

ص: ٨٢

١- (١) المبسوط ٦-٢٦١.

٢- (٢) الخلاف ٣-٢٤٧.

٣- (٣) السرائر ص ٣٦٣.

٤- (٤) النهائيه ص ٥٨١.

المتحرك بالحرمة مطلقا و لو لم يكن حياه المتحرك مستقره،و للخلاف و المبسوط (١)و ابن حمزه فحكما يحل ما فيه الرأس خاصة إذا كان أكبر،و صرحا فى غيره بالحرمة.

و فى روايه (٢): يؤكل الأكبر دون الأصغر.و هى مع ضعفها و إرسالها شاذه بإطلاقها.

و لو أخذت الحباله منه أى مما صيد بها قطعه،فهى ميته مطلقا كان فى أحد القطعتين حياه مستقره أم لا إجماعا،و لا اختصاص للحكم بالحباله بل يشملها و غيرها من نحو الشبكه و غيرها من الآلات الغير المعتره.

الرابعه: لو أدرك الصيد و فيه حياه مستقره

الرابعه: لو أدرك ذو الكلب أو السهم الصيد مع اسرعه اليه حال الإصابه و فيه حياه مستقره توقف حله على التذكيه إن اتسع الزمان لها،بلا خلاف فيه فى الجملة،و ان لم يتسع لها الزمان حل بدونها وفاقا للأكثر.

و كذا يحل مع تركها و ان اتسع الزمان ان لم يكن بتقصير الصائد،كاشتغاله بأخذ الإله و سل السكين،أو امتناع الصيد بما فيه من بقيه القوه أو نحو ذلك، فمات قبل أن يمكنه الذبح وفاقا لجماعه،و أما إذا كان بتقصيره،حرم بغير خلاف.

و حيث اتسع الزمان لتذكيته و لا آله له فيذكيه لم يحل حتى يذكى مطلقا على الأشهر الأقوى،وفاقا للحلى فقد نفى الخلاف عنه.

و فى روايه (٣)جميل الصحيحه يدع الكلب حتى يقتله فيحل و عمل بها جماعه.

ص: ٨٣

١- (١) نفس المصدر ان السابقان.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٢٤٤، ح ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٢١٩، ح ١ ب ٨.

و اعلم أن المستفاد من النصوص انما هو اعتبار الذكاه خاصه، و هو يحصل بإدراكه و تطرف عينه و تركض رجله كما في النصوص (١)، و مال الى العمل بها جماعه، و لا- يخلو عن قوه، خلافا لآخرين فاعتبروا في إدراك ذكاته استقرار حياته بمعنى إمكان بقاءه يوما أو يومين.

و مقتضاه أن غير مستقره الحياه هنا بمنزله المذبوح، فلو ترك عمدا حتى مات حل، مع أنهم فسروا استقرار الحياه بما مر، و هو بعيد مع أن المحكى عن نجيب الدين يحيى بن سعيد أن اعتبار استقرار الحياه ليس من المذهب.

الخامسه: لو أرسل المسلم كلبه فأرسل كافر كلبه فقتلا صيدا

الخامسه: لو أرسل المسلم كلبه فأرسل كافر كلبه فقتلا صيدا، أو أرسل بدل الكافر مسلم لم يسم أو من لم يقصد جنس الصيد فقتلاه لم يحل بلا خلاف فيه.

و في انسحاب الحكم في مطلق الإله، لما مر من اشتراط العلم أو الظن باستناد الموت الى السبب المحلل خاصه لا المحرم و لا المشترك بينهما كما هو الفرض، و لا- فرق فيه بين متجانس الآلتين ككلبين أو سهمين أو تخالفهما كسهم و كلب، و لا- بين اتفاقهما في وقت الإصابه أو تخالفهما إذا كان كل منهما قاتلا.

و لو أثنى السبب المحلل ثم وقف و أسرع إليه السبب المحرم حل، و لو انعكس الأمر لم يحل، و كذا لو اشتبه الحالان.

السادسه: لو رمى صيدا فأصاب غيره حل

السادسه: لو رمى بالاله المعبره مطلقا قاصدا صيدا فأصاب غيره حل.

و لو رمى لا- للصيد بل اللهو أو غيره فقتل صيدا لم يحل بلا خلاف فيها، لما مر من اعتبار قصد المرسل الصيد في الحل، و أن المعبر القصد الى الجنس المحلل لا الشخص

ص: ٨٤

السابعه: إذا كان الطير مالكا جناحه

السابعه: إذا كان الطير مالكا جناحه و لا يكون فيه أثر اليد فهو لصائده الا أن يعرف مالكه فيرده اليه بلا خلاف.

و لو كان الطير مقصوفا جناحه، أو موجودا فيه أثر يدل على الملك لم يحل أن يؤخذ و لا يجوز أن يملك لان له بمقتضى الأثر الدال على ترتب اليد مالكا محكوما بملك الطير له يترتب يده الموجب للملكيه له بمجرد جماعه.

و أما على القول بعدم افادته ذلك بمجرد و أنه لا بد معه من النيه كما عليه آخرون فكذلك أيضا عملا بالظاهر. و لا يلتفت الى احتمالات منافيه للملكيه، كأن فعل ذلك به عبثا من غير قصد للملك و لانيه.

و يكره أن يرمى الصيد بما هو أكبر منه و لو اتفق الرمي به قيل:

كما في السرائر (١) و عن النهايه (٢) و ابن حمزه انه يحرم الفعل مع الصيد و الأشبه الأشهر الكراهيه فيهما.

و كذا يكره أخذ الفراخ من أعشاشها وفاقا للأكثر، خلافا للصدوقين فيحرم، و هو أحوط.

و كذا يكره الصيد بكلب علمه مجوسى و لا يحرم بلا خلاف الا من نادر، و فى الخلاف (٣) الإجماع على خلافه.

و كذا يكره صيد السمك يوم الجمعة قبل الصلاه، و صيد الوحش و الطير بالليل.

المقام الثانى فى الذبائح

فصول

اشاره

و المقام الثانى فى الذبائح و الكلام فيه يستدعى بيان فصول:

ص: ٨٥

١- (١) السرائر ص ٣٦٥.

٢- (٢) النهايه ص ٥٨٠.

٣- (٣) الخلاف ٣-٢٤٦.

الأول: في بيان الذابح، ويشترط فيه الإسلام أو حكمه كالمتولد منه بشرط التمييز و لو كان أنثى فلا يشترط البلوغ و لا الذكوره و لا الفحوله و لا الطهاره و لا البصر و لا كما العقل في المذكى بلا خلاف.

و يتفرع على اشتراط الإسلام أو حكمه حرمة ذبائح أصناف الكفار، سواء في ذلك الوثني و عابد النار و المرتد و كافر المسلمين كالنواصب و الغلات و غيرهم و الكتابي، و لا خلاف في من عدا الكتابي.

و في الكتابي روايتان بل روايات (١) و أقوال أشهرهما فتوى و روايه المنع مطلقا، و هو الأقوى، و في الانتصار (٢) و الخلاف الإجماع، و الروايه الثانيه بالجواز كذلك عمل بها الإسكافي و العماني، و حملها على التقيه متعين، لموافقتها للعامه كما صرح الشيخ و جماعه.

و في روايه (٣) ثالثه حكى القول بها عن الصدوق إذا سمعت تسميته فكل و هي و ان كانت مستفيضه الا أنها لندرته القائل بها شاذه، و مع ذلك عن معارضه الروايه الأولى قاصره، و لو لا الشهره المرجحه لها لكان المصير الى هذه في غايه القوه.

و الأفضل أن يليه أى الذبح المؤمن للنهي عن ذبيحه المخالف في الصحيح (٤) المحمول على الكراهه. على الأشهر الأقوى - جمعا، و خروجا عن شبهه القول بالمنع للقاضي و الحلبي عن ذبيحه غير المؤمن مطلقا كما عن الأول، أو إذا كان جاهلا للنص كما عن الثاني.

ص: ٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٨٢، ب ٢٧.

٢- (٢) الانتصار ص ١٨٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٢٩٠، ح ٣٩.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦-٢٩٢، ح ٣.

نعم لا تحل ذبيحه المعادى لأهل البيت عليهم السلام المعبر عنه بالناصب بلا خلاف.

الثانى: فى الإله

الثانى: فى بيان الإله التى بها تذكى الذبيحه.

واعلم أنه لا تصح التذكيه إلا بالحديد مع قدره عليه، فلا يجزئ غيره و إن كان من المعادن المنطبعه، كالنحاس و الرصاص و الذهب و الفضه و غيرها، بلا خلاف فيه بيننا، و فى كلام جمع إجماعنا.

و تجوز التذكيه بغيره مما يفرى الأوداج و يقطعها بعده عند الضروره بالاضطرار إلى أكل الذبيحه أو الخوف من فوتها و لو كانت الإله مروه و هى حجر يقدح بها النار أو ليطه بفتح الكلام، و هى القشر الا على للقصب المتصل به أو زجاجة مخيرا فى ذلك من غير ترجيح بلا خلاف، و فى صريح المسالك و ظاهر غيره الإجماع.

و فى الظفر و السن مع الضروره تردد و اختلاف، إلا أن الأقوى الجواز وفاقا لعامه متأخرى الأصحاب، و نفى عنه الحلّى الخلاف، و فرق بين كونهما متصلين أو منفصلين فى ظاهر الأصحاب، و ربما فرق بينهما فجوز بالمنفصل دون الآخر و هو أحوط، و أحوط منه القول بالمنع المطلق.

و على تقدير الجواز هل يساويان غيرهما مما يفرى و يقطع أو يترتان على غيرهما؟ ظاهر النصوص (١) الأول، و لكن الثانى كما فى الدروس (٢) و اللمعه (٣) أحوط.

الثالث: فى الكيفيه

الثالث: فى بيان الكيفيه أى كيفيه الذبح.

ص: ٨٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٥٣، ب ٢.

٢- (٢) الدروس ص ٢٧٢.

٣- (٣) اللمعه ٧-٢١٣.

و هي قطع الأعضاء الأربعة في المذبوح: المرىء بفتح الميم و كسر الراء و الهمزه مع الياء من غير مد، و هو مجرى الطعام المتصل بالحلقوم من تحته.

و الودجان بفتح الواو و الدال المهملة، و هما عرقان محيطان بالحلقوم على ما ذكره جماعه، أو المرىء على ما ذكره بعضهم.

و الحلقوم بضم الحاء المهملة، و هو مجرى النفس.

و اشتراط قطعها أجمع هو المشهور، بل فيما عدا المرىء في ظاهر الغنيه و صريح المهذب و غيرهما الإجماع.

و في روايه (١): أنه إذا قطع الحلقوم و خرج الدم فلا- بأس و هي و ان كانت صحيحه الا أنها معارضه بأجود منها، و القائل بها نادر، فالمشهور متعين، و ظاهر المختلف التردد في لزوم قطع المرىء، و لا يخلو عن وجه لو لا الإجماع المحكى في غير الغنيه.

و اعلم أن محل الذبح الحلق تحت اللحيين بلا خلاف.

و يكفى في النحر الطعن في الثغر و هي و هذه اللبه بفتح اللام و تشديد الموحده، بمعنى إدخال السكين و نحوها فيها من غير قطع الحلقوم و غيره، بلا خلاف فيه بيننا، و في ظاهر المسالك و صريح الكفايه (٢) أن عليه إجماعنا.

و يشترط في التذكيه استقبال القبلة بالذبيحه مع الإمكان. و كذا التسميه بأن يذكر الله سبحانه عند الذبح أو النحر.

و لو أخل بهما أو بأحدهما عمدا لم يحل إجماعا، و المعبر الاستقبال

ص: ٨٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٥٤، ح ٣.

٢- (٢) كفايه الأحكام ص ٢٤٧.

بجميع مقادير بدن الذبيحه لا مذبحها أو منحرها خاصة، و في اعتبار استقبال الذابح اشكال، و الأحوط ذلك.

و يكفى مطلق اسم الله تعالى حتى لو سبح أو كبر أو هلل أو حمد الله تعالى لكفى. و في اعتبار العربيه و جهان، أحوطهما: ذلك.

و لو أخل بهما نسيانا حل إجماعا.

و يستحب أن يسمى حين يذكر و يقول: بسم الله على أوله و آخره، و الأقوى الاكتفاء بها و لو ممن لا يعتقد وجوبها إذا كان مسلما، و لا يعتبر فيه كونه ممن لا يستحيل ذبائح أهل الكتاب.

و في إلحاق الجاهل بالناسي و جهان، ظاهر الصحيح ذلك لكن في ترك الاستقبال، و لا بأس به فيه، و فاقا للفاضل في القواعد (١) و جماعه، و أما في ترك التسميه فالأقوى عدم الإلحاق.

و يشترط فيها أيضا نحر الإبل و ذبح ما عداها، فلو نحر المذبوح أو ذبح المنحور لم يحل بلا خلاف فيه بيننا، بل في كلام جميع إجماعنا، و يسقط اعتبارهما مع التعذر كما يأتي.

ثم لو أدرك ما يعتبر في الذبح أو النحر بعد فعل الآخر به حل عند الشيخ و جماعه، و تردد المصنف في الشرائع (٢).

و التحقيق أن الأمر في ذلك مبني على تحقيق ما يعتبر في الحل هل هو استقرار الحياه أو الحركة بعد الذبح و خروج الدم أو أحد الأمرين فيبني الحل و الحرمة عليه؟ و محل هذا التحقيق قوله:

و لا تحل الذبيحه و لو مع الشرائط المتقدمه حتى يتحرك بعد التذكيه

ص: ٨٩

١- (١) قواعد الأحكام ٢-١٥٣.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٣-٢٠٥.

حركه الحى، و أدناه أن يتحرك الذنب أو تطرف العين أو تركض الرجل و أن يخرج الدم المعتدل لا- المتثاقل، فلو حصل أحدهما خاصه لم يكن فيه كفايه عند جماعه من القدماء، و هو الأقوى و فى الغنيه الإجماع.

و قيل: تكفى الحركه دون خروج الدم، و القائل الصدوق و هو فى غايه القوه لولا- إجماع الغنيه (1) الجامع بين النصوص (2) المختلفه.

و قيل: تكفى أحدهما و القائل الشيخ فى النهايه (3) و الحلّى و هو أشبه عند المصنف و أشهر بين المتأخرين، و يردّه الصحيح (4) الصريح بعدم كفايه خروج الدم، و أنه لا بد من الحركه بعد الذبح، و هو مستند الأصحاب فى أن المعتبر من الحركه ما كان بعد الذبح لا قبله، و عليه الإجماع فى الغنيه، و الاخبار الوارده بخلافه ضعيفه محتمله للتأويل بما ترجع إلى الصحيحه.

و لا يعتبر شىء آخر بعد خروج الدم و الحركه من استقرار الحياه، و فاقا لظاهر العبارة و نحوها من عبارات قدماء الطائفه، و ان كان الأشهر بين المتأخرين اعتباره، فان حجتهم عليه غير واضحه، مع أنه مخالف لظاهر الكتاب و السنه.

و فى حرمه إبانة الرأس بالذبح أم كراهته قولان و المروى فى الصحاح (5) أنها تحرم لتضمنها النهى عنها، فالقول الأول أقوى. نعم لا تحرم الذبيحه مطلقا على الأشهر الأقوى، و فى الخلاف (6) الإجماع خلافا لجماعه من القدماء فتحرم بها، و فى الغنيه الإجماع، و هو أحوط و أولى.

ص: ٩٠

١- (١) الغنيه ص ٥٥٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٢٦٢، ب ١١.

٣- (٣) النهايه ص ٥٨٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦-٢٦٤، ح ١.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٦-٢٥٩، ب ٩.

٦- (٦) الخلاف ٣-٣٥٨.

ثم ان كل ذا انما هو مع تعمد الإبانه و أما مع عدمه كما لو سبقت السكين فأبانتها لم تحرم الذبيحه و لا تكره قولاً واحداً.

و يستحب فى ذبح الغنم ربط يدي المذبوح منه و إحدى رجليه و إطلاق الأخرى و إمساك صوفه أو شعره حتى يبرد دون اليد و الرجل.

و فى البقر عقد يديه و رجليه جميعاً و إطلاق ذنبه. و فى الإبل ربط أخفافه إلى إبطيه. و فى الطير إرساله بعد الذبح، قيل: و فى الكل تحديد الشقره و عدم اراءتها للحيوان، و سرعه القطع، و استقبال الذابح القبلة، و عدم تحريكه إياه، و لأجره من مكان الى آخر، بل تركه إلى أن يفارقه الروح، و أن يساق الى المذبوح برفق، و يعرض عليه الماء قبل الذبح، و يمر السكين بقوه، و يجد فى الإسراع ليكون أوعى و أسهل، أكثر ذلك للنص (١).

و تكره الذباحه ليلاً و فى نهار يوم الجمعة إلى الزوال، بلا خلاف إلا للضرورة.

و نخع الذبيحه قبل الموت، أى إبلاغ السكين النخاع مثلث النون، و هو الخيط الأبيض وسط القفار-بالفتح-ممتداً من الرقبه إلى عجز الذنب، بفتح العين و سكون الجيم و هو أصله. و الأقوى تحريمه دون الذبيحه كالأبانه.

و قلب السكين فى الذبح ليدخلها تحت الحلقوم و يقطعها الى خارج على الأشهر الأظهر. و قيل: يحرم. و هو أحوط.

و أن يذبح حيواناً و حيواناً آخر ينظر اليه على الأشهر الأظهر، و قيل: يحرم. و هو أحوط.

و أن يذبح بيده ما رباه من النعم.

و يحرم سلخ الذبيحه أو قطع شىء منها قبل بردها وفاقاً للنهائيه (٢).

ص: ٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٥٤، ب ٣.

٢- (٢) النهائيه ص ٥٨٤.

و جماعه و قيل: كما عن الحلبي يكره، وهو أشبه و أشهر، و لكن الأول أقوى.

يلحق به أحكام

إشاره

و يلحق به أحكام:

الأول: ما يباع في أسواق المسلمين

الأول: ما يباع في أسواق المسلمين من الذبائح و اللحوم و الجلود حلال طاهر يجوز ابتياعه من غير فحص عن حاله بلا خلاف. و الأقوى أنه لا فرق في ذلك بين ما يوجد في يد معلوم الإسلام أو مجهوله، و لا في المسلم بين من يستحل ذبيحه أهل الكتاب أو غيره، و ألحق جماعه بسوق المسلمين يدهم و بلادهم، و هو حسن. و المرجع في معرفه سوق المسلمين العرف، و في الموثق: قلت له: إذا كان فيها- أي في أرض الإسلام- غير أهل الإسلام، قال: إذا كان الغالب عليها المسلمون فلا بأس (1). و ليس فيه منافاه للعرف بل لعله مساعد له، و عليه فيتميز سوق المسلمين بأغليبتهم على غيرهم، كان حاكمهم مسلما أم لا و حكمهم نافذا أم لا، و ربما قيل: باعتبار نفاذ الحكم، و هو ضعيف.

الثاني: ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان

الثاني: ما يتعذر ذبحه أو نحره من الحيوان، كالمستعصى و المتردى في بئر و نحوه يجوز عقره بالسيف و غيره مما يجرح إذا خشي تلفه و لم يدرك بعد الجرح ذكاته، فيحل حينئذ أكله بشرط التسميه، و غيرها من الشرائط المعتره الغير المتعذره، بل عليه الإجماع في الخلاف و غيره.

الثالث: ذكاه السمك إخراجا من الماء

الثالث: ذكاه السمك إخراجا من الماء بل إثبات اليد عليه خارج الماء حيا و ان لم يخرج منه، كما نبه عليه قوله فيما يأتي «و لو وثب الخ».

و اعتبار الأخذ و عدم الاكتفاء بالخروج هو المشهور، خلافا لمن يأتي.

و لا يعتبر في المخرج الإسلام و لا التسميه بلا خلاف في الأخير و عن

ص: ٩٢

الحلى الإجماع، وكذا فى عدم اعتبار استقبال القبلة، و على الأشهر الأظهر فى الأول و عن الحلى و المبسوط (١) الإجماع، خلافا للمفيد فاعتبر الإسلام، و احتاط به ابن زهره.

و لو وثب السمك من الماء الجبل أو السفينه أو نحوهما أو نضب و انحسر عنه الماء فأخذ حيا حل مع الأخذ لا مطلقا على الأشهر الأقوى.

و قيل: كما فى النهايه (٢) و المصنف فى بعض كتبه انه يكفى إدراكه يضطرب فيحل و ان لم يؤخذ. و فيه ضعف.

و لو صيد فأعيد فى الماء فمات فيه لم يحل بلا خلاف إذا لم يكن موته فى الإله و كذا ان كان موته فى الإله المعموله لصيده، كالحظيره و غيرها وفاقا للأكثر، خلافا للعماني فيحل ما مات فيها، و فيه ضعف.

و على المختار لو تميز الميتة عن الحى اختص كل بحكمه، و أما مع الاشتباه فالأظهر الأشهر حرمه الجميع مع أنه أحوط.

و كذا الجراد ذكاته أخذه حيا. و الكلام فيه كالكلام فى السمك فى جميع الاحكام حتى فى الحكم بأنه لا يشترط إسلام الأخذ و لا التسميه و لا استقبال القبلة، و الخلاف فى الإسلام هنا كالخلاف فيه ثمه، و لا خلاف أجده فى اتحاد حكمهما عند الجماعه.

و لا يحل منه ما يموت قبل أخذه حيا إجماعا و كذا لو أحرته قبل أخذه لم يحل. و لا يحل منه ما لم يستقل بالطيران و يسمى ب«الدبا» إجماعا.

الرابع: ذكاه الجنين

الرابع: ذكاه الجنين أى السبب المحلل له ذكاه أمه بالرفع ليكون خبرا عن الأولى، أو بالنصب، و الجار المحذوف لفظه «فى» أى ذكاه

ص: ٩٣

١- (١) المبسوط ٦-٢٧٦.

٢- (٢) النهايه ص ٥٧٦.

الجنين داخله فى ذكاه أمه.

و المعنى على التقديرين: انه يجوز أكله بذكاه أمه و لا يحتاج إلى تذكيه أخرى إذا تمت خلقتة و حده عند جماعه أن يشعر أو يؤبر، و لعلهم رأوا التلازم بين الأمرين، و به يجمع بين الاخبار (١) و الفتاوى المختلفه المشترط بعضهما الاشعار و ما بعده، و آخر منهما تمام الخلقه، و ثالث منهما إياهما معا، و ظاهره عدم التلازم.

و عليه فاعتبارهما متعين، عملا بالأصل و جمعا بين النصوص بذلك بتقييد بعضها ببعض، و الشاهد الصحيح الثالث الجامع، و عدم الحل مع عدم الشرط مجمع عليه، كما فى الانتصار (٢) و غيره، و دلت عليه الروايات.

و ظاهر إطلاقها فى صورته الحل عدم الفرق بين ولوج الروح فيه و عدمه، و هو ظاهر إطلاق جماعه من القدماء، و عليه كافه متأخرى أصحابنا.

و قيل: يشترط مع إشعاره و تمام خلقتة أن لا يلج الروح فيه، و القائل جماعه من القدماء.

و فيه بعد لمخالفته إطلاق النصوص الشامله لصوره ولوج الروح، بل الظاهره فيها خاصه، لأن الروح لا ينفك عن تمام الخلقه عادة كما صرح به جماعه، مع أن حجتهم غير واضحه عدا اجتهادات هى فى مقابله النصوص غير مسموعه.

و بالجمله لا ريب فى ضعف هذا القول، نعم لو خرج حيا مستقره الحياه يتسع الزمان لتذكيته لم يحل إلا بالتذكيه إجماعا.

و لو خرج و حياته غير مستقره، فالأقرب الحل وفاقا للشهيد و غيره، و ان كان الأحوط العدم. و الأقرب عدم وجوب المبادره إلى شق جوف الذبيحه لإخراج الجنين زائدا عن المعتاد، و ان كانت أحوط.

ص: ٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٢٦٩، ب ١٨.

٢- (٢) الانتصار ص ١٩٥.

(كتاب الأُطعمه و الأُشربه) و النظر فيه يستدعى أن يبين فيه أقساما:

الأول: فى حيوان البحر

الأول: فى حيوان البحر، و لا يجوز أن يؤكل منه الا السمك و الطير بإجماعنا الظاهر المنقول مستفيضا، و يحل من السمك ما له فلس بلا خلاف بين المسلمين.

و لا فرق فيه بين ما لو زال عنه فلسه كالكنعت و يقال له: الكنعد بالبدال المهمله، أو لم يزل كالشبوط.

و يؤكل الربيثا بكسر الراء و الباء الموحده و الإرييان بكسر الهمزه و الباء كذلك و الطمر بكسر الطاء المهمله ثم الميم و الطبرانى بفتح الطاء المهمله و الباء المفردة و الإبلامى بكسر الهمزه و سكون الباء الموحده بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده، لكون الجميع ذات فلس، و انما ذكرها مع معلوميه حكمها مما مضى: اما لورود النص (1) فى كل منها بالخصوص، أو لظهور قول بالمنع عنها قديما من بعض النصوص.

و لا يؤكل السلحفا بضم السين المهمله و فتح اللام فالحاء المهمله

ص: ٩٧

الساكنه فالفاء المفتوحه و الهاء بعد الالف.

و لا الضفادع جمع ضفدع بكسر الضاد المعجمه و الدال المهمله مثال الخنصر.

و لا السرطان بفتح أوله و ثانيه، و يسمى عقرب الماء.

و غيرها من حيوان البحر، لما مر من حرمة على الإطلاق، و ان كان جنسه حلالا في البر، سوى السمك المخصوص ذى الفليس، و انما خص الثلاثة بالذكر لورود النهى (١) عنها بالخصوص.

و فى حرمة الجرى بالجيم المكسوره، و يقال له: الجريث بالضبط الأول مختوما بالناء المثلثه، نوع من السمك طويل أملس له فلس روايتان (٢) أشهرهما بين المتقدمين و المتأخرين التحريم و فى صريح الانتصار (٣) و الخلاف و السرائر (٤) و ظاهر غير الإجماع، و هى مع ذلك صحاح مستفيضه مؤيده بمثلها من المعبره فلا يعارضها الروايه (٥) الثانيه بالإباحه، مع ما هى عليه من المرجوحه من وجوه عديده، و مع ذلك موافقه للعامه فلتحمل على التقيه، مع أن حرمة الان كاد أن يعد من ضروريات المذهب.

و نحو الكلام فى الجرى منعا و جوازا الكلام فى الزمار بكسر الزاء المعجمه و الميم المشدده و الرء المهمله أخيرا و يقال له: الزمير كما فى الروايه (٦) و المارماهى بفتح الرء فارسى معرب، و أصلها حيه السمك

ص: ٩٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٣٤٢، ب ١٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٣١، ب ٩.

٣- (٣) الانتصار ص ١٨٦.

٤- (٤) السرائر ص ٣٦٦.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٦-٣٣٤، ح ١٩ و ٢٠.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٦-٣٣١، ح ١.

و الزهو بالزء المعجمه فالهاء الساكنه.

و الروايتان المتقدمه ثمه جاريتان فى الثلاثه،و لم يفرق بينها و بين الجرى فى كلام الجماعه،إلا المصنف فظاهره الفرق حيث نسب الحرمة فى الجرى إلى الشهره من دون فتوى فيه بالكراهه،مترددا فى التحريم أو مختارا له،و اختار عدمه فى هذه الثلاثه فقال: و الوجه الكراهيه و لا وجه له بالمره،لاتحاد الأدله فتوى و روايه على المنع و الكراهه.

و يمكن إرجاع هذه العبارة التى الجرى أيضا و ان بعد،دفعاً لمحذور الفرق من عدم وضوح دليل عليه و لا حجه.

و لو وجد فى جوف سمكه سمكه أخرى حلت ان كانت مما يؤكل مطلقا وفاقا لجماعه،خلافاً لآخرين فاشترطوا فى حلها أخذها حيا،و هو أحوط و أولى و ان كان الاولى أقوى.

و لو قذفت الحيه سمكه تضطرب،فهى حلال ان لم تسلخ فلوسها و كان لها فلس مطلقا أخذت حيا أم لا،وفاقا للنهائيه (١)لروايه (٢)قاصره السند مخالفه للقاعده،فلتكن مطرحه أو محموله على صورته أخذها حيه.

و لا يؤكل كل الطافى،و هو السمك الذى يموت فى الماء بإجماعنا و ان كان فى شبكه أو حظيره وفاقا للأكثر كما مر أيضا.

و لو اختلط الحى فيها بالميت حل الكل،مع الاشتباه خاصه عند الشيخ فى النهائيه (٣)و القاضى،و مع التمييز أيضا عند العماني و الاجتناب مطلقا أحوط بل أظهر و أشهر كما مر.

و لا يؤكل جلال السمك و هو المتغذى بالعدره محضا حتى نمى بها

ص: ٩٩

١- (١) النهائيه ص ٥٧٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٤٢،ب ١٥.

٣- (٣) النهائيه ص ٥٧٨.

كغيره حتى يستبرأ بأن بطعم علفا طاهرا في الماء الطاهر يوما و ليله على الأظهر الأشهر في كل من الحكم بالحرمة و تقدير المده. و ما اعتبره المصنف من طهاره العلف أحوط، و ان كان في تعينه نظر.

و بيض السمك المحرم حرام مثله كما أن بيض المحلل منه حلال، بلا خلاف فيه بالجمله الا من الحلى فقال: بالحل مطلقا، و هو نادر.

و لو اشتبه المحلل منه بالمحرم أكل منه الخشن لا الالمس بلا خلاف يظهر إلا في تخصيص التفصيل بالاشتباه، فقد أطلق كثير حل الأول و حرمة الثانى من غير تخصيص، و غير بعيد تنزيهه عليه، و الا فيرد عليهم إطلاق ما دل على التبعية للحيوان مطلقا، مع عدم وضوح مأخذهم في تقييده بما ذكره هنا أصلا.

هذا و مستند أصل التفصيل غير واضح، عدا الاتفاق بحسب الظاهر، و لعله كاف.

القسم الثانى: فى البهائم

القسم الثانى: فى البهائم، و يؤكل من الإنسيه الحضريه منها النعم من الإبل و البقر و الغنم، بلا خلاف فيه بين المسلمين.

و يكره الخيل و الحمير و البغل، و لا يحرم بلا خلاف يظهر، فى الأولين و على الأشهر الأظهر فى الثالث، و فى الانتصار (1) و الغنيه (2) و الخلاف الإجماع و فى الأولين الإجماع على الثانى أيضا، و فى الثالث الإجماع فى الجميع، خلافا للحلى فحرمة و هو نادر، و فى صريح المسالك و ظاهر غيره الاتفاق على تفاوت الثلاثه فى مراتب الكراهه.

و المشهوران كراهيه البغل أشد خلافا للحلى فالحمار أشد، و الأول أظهر.

ص: ١٠٠

١- (١) الانتصار ص ١٩٥.

٢- (٢) الغنيه ص ٥٥٧.

و يحرم الجلال منها على الأصح الأشهر، خلافا للإسكافي فقال: بالكراهه و هو شاذ.

و هو أى الجلال فى المشهور ما يأكل من عذره الإنسان محضاً و هو أقرب خلافا للمحكى عن المبسوط (١) فلم يعتبر المحض، و للحلى فألحق بالعذره غيرها من النجاسات، و هما شاذان.

و فى تعيين المده التى يحصل بها الجلل أقوال، أجودها الحواله إلى العرف بأن يغتذى بها مده يسمى به فيها جلالاً.

و يحل الجلال مع الاستبراء بأن يربط و يطعم العلف الطاهر كما مر إجماعاً فتوى و نصاً.

و اتفقا فى أن كميته و مقداراه فى الإبل أربعون يوماً، و أما فيما عداها ففى كل منها فى بيانها اختلاف، و محصله المعتمد عليه المشهور سيما بين المتأخرين: ان استبراء الناقه بأربعين يوماً، و البقره بعشرين، و الشاه بعشره و البطه بخمسه أيام، و الدجاجه بثلاثه أيام، و فى ظاهر الخلاف الا أنه ذكر بدل الخمسه فى البطه سبعة.

و لكن الأحوط الاستبراء فى البقره بأربعين كما عن المبسوط (٢) و القاضى، أو بثلاثين كما عن الصدوق و الإسكافي، و فى الشاه بأربعه عشر كما عن الأخير، و فى البطه بسبعة.

و أحوط منه ما عليه جماعه من المتأخرين من اعتبار أكثر الأمرين من هذه المقدرات و ما يزول به الجلل عرفاً، ليخرج عن حق الأدله.

هذا فيما ورد باستبرائها النص، و يعتبر فيما عداه ما يزول به الجلل عرفاً، الا

ص: ١٠١

١- (١) المبسوط ٦-٢٨٢.

٢- (٢) نفس المصدر.

أن يلحق بالنصوص بطريق أولى.

و يحل من البهيمة الوحشية البقر، والكباش الجبلية، والحمر، والغزلان و اليحامير بلا خلاف بين المسلمين كما قيل، و في كراهه الحمر هنا كالانسيه وجهان، ظاهر الأصل و النص العدم، و قيل: نعم، و لا بأس به احتياطاً.

و يحرم من البهائم كل ما له ناب أى ضرس و ضابطة: ما يفرس و يعدو به على الحيوان، قويا كان كالأسد و النمر، أو ضعيفاً كالثعلب و ابن آوى بلا خلاف، بل عليه في الغنيه (١) و الخلاف (٢) و غيرهما الإجماع.

و كذا يحرم الأرنب، و الضب، و اليربوع و الوبر، و الخز، و الفنك، و السنجاب، و السمور، و العطاء، و اللحكه و الحشار كلها كالفأره و القنفذ و العقرب و الحيه و الجردان و الخنافس، و الصراصير، و بنات وردان و البراغيث و القمل بلا- خلاف في شىء من ذلك، بل عليه الإجماع في الكتب المتقدمه.

القسم الثالث: في الطير

القسم الثالث: في الطير، و الحرام منه ما كان سبعا ذا مخلب أى ظفر يفترس به و يعدو على الطير، قويا كان كالبازى و الصقر، و العقاب، و الشاهين و الباشق، أو ضعيفاً كالنسر و الرخمه و البغاث بلا خلاف، بل عليه في الكتب المتقدمه و غيرها الإجماع.

و في الغراب روايتان (٣) أصحهما المنع مطلقاً وفاقاً لجمع، و في المبسوط (٤) و الخلاف (٥) الإجماع.

ص: ١٠٢

١- (١) الغنيه ص ٥٥٧.

٢- (٢) الخلاف ٣-٢٦٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٣٢٨، ب ٧.

٤- (٤) المبسوط ٦-٢٨١.

٥- (٥) الخلاف ٣-٢٦٧.

و الوجه عند المصنف هنا الكراهيه كذلك تبعاً للنهيه و القاضى، و هو ضعيف.

و انما حكم بأنه تتأكد الكراهيه فى الأبقع لورود النهى عنه بالخصوص فى بعض النصوص (١).

و يحرم من الطير مطلقاً برياً كان أو بحرياً ما كان صفيفه حال طيرانه و هو أن يطير مبسوط الجناحين من غير أن يحركهما أكثر من دفيفه و هو أن يحركهما حالته دون ما انعكس.

و كذا يحرم ما ليس له قانصه و هى للطير بمنزله المصارين لغيرها و يقال لها بالفارسيه: سنكدان.

و لا حوصله بالتشديد و التخفيف، و هى مجمع الحب و غيره من المأكول عند الحلق، و يقال لها بها: چينه دان.

و لا صيصيه بكسر أوله و ثالثه مخففاً، و هى الشوكه التى فى رجله موضع العقب، و أصلها شوكه الحائك التى يسوى بها السدى و اللحمه، و يقال لها: بهامهميز.

و يحل منه ما يوجد فيه الدفيف أكثر أو إحدى العلامات الثلاثه الأخر بلا خلاف فى شىء من ذلك، بل عليه الإجماع فى كلام جمع.

و ظاهر الموثق (٢) و غيره ان العلامات الثلاثه الأخيره انما تعتبر فى المجهول طيرانه، و حكى قولاً، و لم أقف على قائله صريحاً، مع أنه صرح جمع بتلازم العلامات، و أنه لا محرم له إحداها و لا محلل خال عنها.

و المعروف من مذهب الأصحاب حل متساوى الصفيف و الدفيف، و لا بأس

ص: ١٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٣٢٩، ح ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٤٥، ح ٣.

به. هذا إذا لم يوجد فيه شيء من العلامات الأخر للحل أو الحرمة، ومع وجوده يتبع حلا- و حرمة إذا كان عن معارضه علامه الضد سليمه، و الا فالظاهر تغليب جانب الحرمة، لكن لا ثمره بعد ما عرفت من عدم اجتماع علامتى الحل و الحرمة.

و يحرم الخفاش و يقال له: الخشاف، و الوطواط أيضا و الطاوس بلا خلاف.

و فى حرمة الخطاف تردد و اختلاف و لكن الكراهيه أشبه و أشهر بين من تأخر.

و تكره الفاخته و القبرة. و أغلظ كراهه الهدهد، و الصرد، و الصوام، و الشقراق بلا خلاف و لا إشكال إلا فى أغلظيه الأربعة على القبرة، فلا يخلو عن ريبه.

و لو كان أحد الطيور المحلله جلالا باغتدائه عذره الإنسان محضا كما مر حرم على الأشهر الأقوى.

و قد مر الكلام فيه و فى أنه لا يحل حتى يستبرأ، فالبطه و ما أشبهها بخمسه أيام أو سبعة على الخلاف.

و الدجاجة بثلاثه أيام و ينبغى الرجوع فى مده استبراء ما أشبههما الى ما يحصل به زوال اسم الجلل عرفا كما مر أيضا.

و يحرم الزنابير بأقسامها و الذباب، و البق، و البرغوث.

و يحرم بيض ما لا يؤكل لحمه كما أنه يحل بيض ما يؤكل لحمه بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الغنيه (١).

و لو اشتبه حال البيض أمن حلال أم حرام؟ أكل منه ما اختلف طرفاه و ترك ما اتفق بلا خلاف، و فى الغنيه (٢) الإجماع. و هذا الضابط مختص بصورة

ص: ١٠٤

١- (١) الغنيه ص ٥٥٦.

٢- (٢) الغنيه ص ٥٥٦.

الاشتباه دون غيرها، فيحل بيض ما يؤكل لحمه مطلقا و لو استوى طرفاه، و يحرم بيض ما لا يؤكل لحمه و لو اختلفا بالإجماع.

و هنا مسألتان :

الأولى :إذا شرب الحيوان المحلل لحمه لبن الخنزير و لم يشتهد كره لحمه خاصه، كما فى ظاهر العبارة و غيرها، و لحم نسله أيضا كما فى صريح اللمعه (١) و غيرها، و استحباب استبراؤه سبعة أيام بالعلف بنحو من الكسب و النوى ان كان فطيما، و الا فبالرضاع من حيوان محلل.

و ان اشتد بأن زاد قوته و قوى عظمه و نبت لحمه به حرم لحمه و لحم نسله و لبنهما بلا- خلاف، بل على التحريم فى صورته الإجماع فى الغنيه.

الثانية :لو شرب الحيوان المزبور خمرا لم يحرم لحمه إجماعا بل يغسل و لا يؤكل ما فى جوفه مطلقا و لو غسل، بلا خلاف الا من الحلى فجوز أكله مع الكراهه، و مال اليه بعض المتأخرين، و هو ضعيف و لكن النص (٢) مختص بصوره ذبح فى حاله السكر، فينبغى تقييد الحكم بها، الا أن يكون التعميم لها و غيرها إجماعا.

و لو شرب بولا- نجسا لم يحرم منه شيئا إجماعا و لكن وجب غسل ما فى جوفه بلا خلاف حتى من الحلى، و الفرق بين البول و الخمر هو النص (٣).

القسم الرابع: فى الجامد

إشاره

القسم الرابع: فى الجامد، و هو خمسه:

الأول: الميتات

الأول: الميتات أى الخارج روحها بغير التذكيه الشرعيه، سواء ما لا

ص: ١٠٥

١- (١) اللمعه ٧-٢٩٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٥٢، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٣٥٢، ح ٢.

تقع عليه الذكاه أو تقع و لم تقع.و فى حكمها أجزاءها التى تحلها الحياه بلا خلاف،و فى الغنيه الإجماع.

و الانتفاع بها محرم مطلقا و لو فى الاستسقاء بجلودها لغير الوضوء و الصلاه و الشرب على الأشهر الأظهر،خلافًا لجمع فجوزوا الاستسقاء لذلك،و الروايه (١)الداله عليه محموله على التقيه.

و يحل منها ما لا تحله الحياه إذا كان الحيوان طاهرا فى حال الحياه دون ما كان نجسا،كالمنفصل من الكلب و نحوه. و هو عشره أشياء متفق عليه بيننا، و هى: الصوف،و الشعر،و الوبر،و الريش بشرط الجز،أو غسل موضع الاتصال و القرن،و العظم،و السن،و الظلف و هذه الثمانيه مستثناه من جهه الاستعمال،أما الأكل فالظاهر جواز ما لا يضر منها بالبدن.

و يمكن دلاله نحو إطلاق العبارة سيما مع قولهم: و البيض إذا اكتسى القشر الأعلى الصلب،و الا كان بحكمها.

و الا- نفحه بكسر الهمزة و فتح الفاء و الحاء المهمله و قد تكسر الفاء،بلا خلاف و لا إشكال إلا فى حقيقه إلا نفحه هل هى كرش الحمل أو الجدى ما لم يؤكل فإذا أكل فهى كرش،كما فى الصحاح (٢)و الصراح و الجمهره (٣)،أو شىء يستخرج من بطن الجدى الراضع أصفر،فيعصر فى صوفه فيغلظ كالجبين فإذا أكل الجدى فهو كرش،كما فى القاموس (٤)و بعض النصوص؟و المتيقن ما فى داخل الكرش، لانه متفق عليه كما فى الروضه (٥).

ص: ١٠٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٣٦٩، ح ٧.

٢- (٢) صحاح اللغه ١-٤١٣.

٣- (٣) الجمهره ٢-١٧٨.

٤- (٤) القاموس ١-٢٥٢.

٥- (٥) الروضه ٧-٣٠٥.

و فى إلحاق اللبن بهذه العشره روايتان (١)أصحهما و أشهرهما:

ذلك،حتى أن فى الخلاف (٢)الإجماع و الأشبه عند المصنف و جماعه التحريم و هو أحوط.

الثانى: ما يحرم من الذبيحه

الثانى: ما يحرم من الذبيحه،و هو قسمان:مجمع عليه و مختلف فيه.

فالأول: خمس:القضيب و هو الذكر و الأثنيان و هما البيضتان و الطحال و هو مجمع الدم الفاسد و الغرث و هو الروث فى جوفها و الدم فى الجملة.

و فى حرمه المثانه بفتح الميم مجمع البول و المراره بفتحها التى تجمع المره الصفراء بكسرها معلقه مع الكبد و المشيمه بفتحها بيت الولد،و تسمى «الغرس» بكسر الغين المعجمه تردد و اختلاف الا أن أشبهه:

التحريم وفاقا للأكثر للاستخبات لعدم القطع به فى الجميع،بل للإجماعات المنقوله.

و فى حرمه الفرج و هو الحياء ظاهره و باطنه.

و العلباء بالمهمله المكسوره فاللام الساكنه فالباء الموحده فالألّف الممدوده عصبتان عريضتان ممدودتان من الرقبه إلى عجب الذنب.

و النخاع مثلث النون،الخيط الأبيض فى وسط الظهر ينضم خرز سلسله الظهر فى وسطها،و هو الوتين الذى لا قوام للحيوان بدونه.

و ذات الأشاجع و هى أصول الأصابع التى تتصل بعصب ظهر الكف، و فى الصحاح جعلها الأشاجع بغير مضاف،و الواحد أشجع،و المراد منها ما جاوز الظلف من الأعصاب.

و الغدد بضم الغين المعجمه،و هى التى تكون فى اللحم و يكثر فى

ص:١٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٣٦٥، ح ٣ و ١١.

٢- (٢) الخلاف ٣-٢٥٠.

الشحم،مدوره فى الأغب يشبه البندق.

و خرزه الدماغ بكسر الدال،و هى فى المشهور المخ الكائن فى وسط الدباغ أشبه الدوده بقدر الحمصه تقريبا،يخالف لونها لونه و هى تميل إلى الغبره.

و الحدق يعنى حبه الحدقه،و هو الناظر من العين.

خلاف،أشبهه عند المصنف و جماعه الكراهيه فى الجميع،و لكن الأظهر الأشهر حرمتها أجمع،مع أنها أحوط.

و احترز بقوله«من الذبيحه»عن نحو السمك و الجراد،فلا يحرم منه شىء من المذكورات.

و إطلاق المتن و الأكثر يشمل كبير الحيوان كالجزور و صغيره كالعصفور،و به صرح جمع.

وقيل:الأجود اختصاص الحكم بالنعم من الحيوان الوحشى دون العصفور و ما أشبهه،و هو جيد فيما كان المستند فى تحريمه الإجماع،و هو فى ما عدا العصفور و شبهه من نحوه الشاه و النعم،لاختصاص عبار جماعه من الأصحاب و جمله من النصوص [\(١\)](#)بهما،و عدم انصراف إطلاق باقى الفتاوى و الروايات الى العصفور و شبهه.

و أما ما كان المستند فى تحريمه الخبائثه فالتعميم الى كل ما تحققت فيه أجود و مع ذلك الترك مطلقا أولى و أحوط.

و يكره أكل الكلى بضم الكاف و قصر الالف،و جمع كليه و كلوه بالضم فيهما و أذنا القلب و العروق و لا يحرم شىء منها بلا خلاف.

و إذا شوى الطحال مثقوبا فما تحته من لحم كان أو غيره حرام،و الا يكن مثقوبا أو كان أسفل فهو أى المشوى معه حلال على الأشهر الأظهر خلافا للصدوقين فحكما بأن اللحم إذا كان أسفل لم يؤكل مطلقا.

ص:١٠٨

و أما الجواذب فيؤكل مع عدم الثقب، ولا يؤكل مع الثقب، وهو شاذ.

و الأظهر إلحاق الجرى و غيره مما لا يؤكل لحمه بالطحال فى ذلك من اعتبار الأسفل و الأعلى وفاقا لجماعه خلافا للخلاف.

و ينبغى تقييد الحكم فى المسألتين بصوره إمكان سيلان الرطوبه من الأعلى المحرم إلى الأسفل المحلل، فلو قطع بعدم السيلان لم يحرم الأسفل.

و لو شك فى السيلان فى التحريم وجهان، أحوطهما: الأول.

الثالث: الأعيان النجسه

الثالث: الأعيان النجسه بالأصالة كالعذرات و نحوها إجماعا بل ضروره و نحوها ما أبين من حى إذا كان مما تحله الحياه إجماعا.

و العجين إذا عجن بالماء النجس مطلقا و لو خبز و أكلت النار ما فيه من الرطوبات كلها على الأشهر الأقوى و فيه روايه (١) بالجواز أى جواز أكله بعد خبزه معلله بقوله: لان النار قد طهرته و المراد بالروايه الجنس لتعدددها، و عمل بها فى النهايه (٢) و لكنه قد رجع عنها، فهى إذن شاذه.

الرابع: الطين

الرابع: الطين، و هو بجميع أصنافه حرام إجماعا إلا طين قبر الحسين عليه السلام فيجوز للاستشفاء بلا خلاف. و المراد بالطين هنا ما يعم التراب الخالص و الممزوج بالماء، و يلحق به الأرض كلها حتى الرمل و الأحجار و نحوهما.

و حيث يؤكل طين القبر للاستشفاء لا يتجاوز منه قدر الحمصه المعهوده المتوسطه.

و لا يشترط فى إباحته أخذها بالدعاء المأثور مع قراءه «إنا أنزلناه» و ختمها بها على الأقوى، و ان كان أفضل بل و أحوط و أولى.

و المراد بطين القبر الشريف ما أخذ منه، أو مما جاوره عرفاء، و يحتمل إلى

ص: ١٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ١-١٢٩.

٢- (٢) النهايه ص ٨.

سبعين ذراعا، و أما ما جاوز السبعين فمشكل، الا أن يؤخذ منه و يوضع على القبر الشريف أو الضريح، فيقوى احتمال جوازه. و ظاهر المتن و كثير عدم استثناء ما عدا طين القبر حتى الطين الأرمني، خلافا للشهيدین فاستثناء أيضا، و لا بأس به مع الضروره قطعاً، و كذا بدونها على احتمال قوى.

الخامس: السموم القاتله

الخامس: السموم القاتله و الأشياء الضاره، فإنها حرام بجميع أصنافها، جامده كانت أو مائعه قليلها و كثيرها، و ما يقتل كثيره دون قليله، كالأفيون و السقمونيا و شحم الحنظل و غيرها.

فالمحرم منه: ما بلغ ذلك الحد هذا إذا أخذ منفرداً، أما لو أضيف إلى غيره فقد لا يضر منه الكثير، كما هو معروف عند الأطباء.

و ضابط المحرم: ما يحصل به الضرر على البدن و إفساد المزاج.

القسم الخامس: فى المائعات

اشاره

القسم الخامس: فى المائعات، و المحرم منها خمس:

الأول: الخمر

الأول: الخمر بالضروره من الدين و يلحق به كل مسكر إجماعاً.

و لا خلاف فى أن المعتبر فى التحريم إسكار كثيره، فيحرم قليله و لو كان مستهلكاً كما فى الاخبار (١) حسماً لماده الفساد.

و يلحق بالمسكر الفقاع قليله و كثيره مطلقاً و ان لم يكن مسكراً بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع.

و لا فرق فيه بين المغلى منه و غيره فى إطلاق المتن و نحوه، خلافاً لجماعه فقيدوه بالمغلى دون غيره للصحيح (٢) و فسر الغليان بالنشيش الموجب للانقلاب.

ص: ١١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٢٧٢، ب ١٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٠٥، ح ١.

و العصير و هو المعتصر من ماء العنب خاصة فى ظاهر الأصحاب، و انما يحرم إذا غلام بأن صار أسفله أعلى قبل أن يذهب ثلثاه بلا خلاف.

و لا- فرق فى الحكم بتحريمه بالغليان بين وقوعه بالنار أو غيرها، و كذا لا- فرق فى ذهاب ثلثيه بين الأمرين وفاقا لجماعه، خلافا للتحرير (1) فاشترط فى الذهاب الغليان بالنار، و لا- يخلو عن وجه ان لم ينعقد الإجماع على الخلاف، و ظاهر النصوص (2) و الفتاوى المقتصره فى سبب التحريم على الغليان خاصة عدم اعتبار شىء آخر غيره، خلافا للفاضل فى القواعد (3) فاعتبر الاشتداد أيضا، و وجهه غير واضح عدا ما يدعى من التلازم بين الأمرين، و ليس بثابت بل الظاهر العدم كما صرح به جمع.

و الأشهر الأظهر حل عصير الزبيب و التمر ما لم يبلغا الشده المسكره، بلا خلاف فى الثانى يظهر، و نفاه صريحا بعضهم، و لكن المنع فيهما و لا سيما الأول أحوط.

الثانى: الدم المسفوح

الثانى: الدم المسفوح أى المنصب من عرق بكثره، و يستثنى منه المختلف فى الحيوان المأكول مما لا يقذفه المذبوح بالإجماع، و لا بأس بدم المسك إجماعا كما فى المعتبر (4).

و يشكل فى دم غيره مما ليس بمسفوح كدم الضفادع و القرد، و الأجود المنع وفاقا للأكثر. و على هذا فالأصل فى الدم التحريم الا ما خرج بالوافق و النص (5).

و كذا العلقه محرمة مطلقا و لو كانت الموجوده فى البيضه

ص: ١١١

١- (١) التحرير ٢-١٤١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٠٥، ب ٣٩.

٣- (٣) القواعد ٢-١٥٨.

٤- (٤) المعتبر ص ١١٧.

٥- (٥) وسائل الشيعه ٢-١٠٣٠، ب ٢٣.

المحلله للخبائثه و فى نجاستها تردد و اختلاف الا أن أشبهه:النجاسه مطلقا لكن مع تأمل ما فى ثبوتها لما فى البيضه.

و لو وقع قليل دم نجس فى قدر و هى تغلى،لم يحرم المرق و لا ما فيه من اللحم و التوابل إذا ذهب الدم بالغليان وفاقا للشيخين.

و من الأصحاب من منع من المائع يعنى المرق و أوجب غسل اللحم و التوابل و هو الحللى و هو حسن و عليه عامه المتأخرين و عليه و الحال فيه كما لو وقع فيه غيره من النجاسات كالخمر و النيذ المسكر و الفأره و نحوها.

فان الحكم فيها ذلك بالنص (١)و الإجماع المنقول فى التحرير (٢)و الدروس (٣)عليه و على إباحته،ما عدا المائع من اللحم بعد الغسل،فقول القاضى بحرمته مع كثره النجاسه مطلقا ضعيف،كقول التقى بما عليه الشيخان فى الدم مع طرده الحكم فى سائر النجاسات.

الثالث:كل مائع لاقته نجاسه فقد نجس

الثالث:كل مائع لاقته نجاسه عينيه أو عرضيه فقد نجس إجماعا، فيحرم أكله لما مضى.و النجاسه العينيه كثيره تقدم ذكرها فى كتاب الطهاره،و قد أشار الى جملة منها هنا فقال:

كالخمر و فى معناه الفقاع و العصير العنبى خاصه أو مطلقا على قول و الميته،و الدم من ذى النفس السائله لا- غيره و الكافر الحربى و فى حكمه حكم المرتد و ان انتحل الإسلام مع جحده لبعض ضرورياته.

و فى نجاسه الدمى روايتان (٤)أظهرهما و أشهرهما:النجاسه

ص:١١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٢٨٤، ب ٢٤.

٢- (٢) التحرير ٢-١٤١.

٣- (٣) الدروس ص ٢٨٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٦-٣٨٤، ح ١ ب ٥٣ و ح ٣ ب ٥٤.

بل عليه الإجماع في كلام جماعه حد الاستفاضه، و الروايه الثانيه بالطهاره محموله على التقيه.

و في روايه (1) ثالثه انه إذا اضطر إلى مؤاكلته أمره بغسل يده، و هي و ان كانت صحيحه الا أنها متروكه لا عامل بها عدا الشيخ في النهايه (2) و لعل مراده المؤاكله التي لا تتعدى معه النجاسه، كأن يكون الطعام جامدا، أو في أوان متعدده.

و غسل اليد لزوال الاستقذار و النفرة الحاصله للإنسان بسبب مباشرتهم النجاسات العينيه و ان لم يفد اليد طهاره، و يمكن ان يحمل على ذلك الروايه، أو على حال الضروره.

و لو كان ما وقعت فيه النجاسه جامدا يصدق الجموده عليه عرفا، و ضابطه:

أن لا ينصب من الإناء لو صب ألقى ما يكتف النجاسه و يحيط بها من أطرافها و حل ما عداه إجماعا.

و لو كان المائع النجس دهنا جاز بيعه للاستصباح مع البيان للحال لمن يشتره، و في وجوب كونه تحت السماء لا تحت الا ظله أو جوازه مطلقا قولان، مضيا في كتاب البيع ما يتعلق بالمقام.

و لا- يحل ما يقطع من أليات الغنم، و لا يستصبح بما يذاب منها كما مضى و ما يموت فيه مما له نفس سائله من المائع، نجس و حرام دون ما لا نفس له كالذباب و نحوه إجماعا.

الرابع: أبوال ما لا يؤكل لحمه

الرابع: أبوال ما لا يؤكل لحمه شرعا، فإنه حرام إجماعا.

و هل يحرم مما يؤكل لحمه؟ قيل: نعم إلا أبوال الإبل للاستشفاء،

ص: ١١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٣٨٣، ح ١.

٢- (٢) النهايه ص ٥٨٩.

و القائل الشيخ فى النهايه (١) و ابن حمزه، و لا يخلو عن قوه.

و التحليل أشبه عند الماتن وفاقا لجمع، و منهم المرتضى مدعى الإجماع، و فيه نظر. و الأشهر الأظهر حرمة بصاق الإنسان و نخامته و عرقه و بعض فضلا باقى الحيوانات.

الخامس: البان الحيوان المحرم

الخامس: البان الحيوان المحرم، كاللبؤه بكسر اللام و فتحها الأثى من الأسد و الذئبه، و الهره فإنها محرمة كلحمها.

و يكره ما كان لحمه مكروها، كالأتن بضم الهمزه و التاء و بسكونها جمع أتان بالفتح الحماره، بلا خلاف فى شىء من ذلك، بل عليه فى صورته التحريم الإجماع فى الغنيه (٢).

القسم السادس: فى اللواحق

إشاره

القسم السادس: فى اللواحق، و هى مسائل سبع:

الاولى: شعر الخنزير نجس

الاولى: شعر الخنزير نجس مطلقا سواء أخذ من حى أو ميت على الأظهر الأشهر، خلافا للمرتضى و هو نادر. و الأظهر الأشهر عدم جواز استعماله من غير ضروره فإن اضطر استعمل منه ما لا دسم فيه و غسل يده بلا خلاف.

و يجوز الاستسقاء بجلود الميتة مطلقا عند المصنف و جماعه، و الأشهر الأظهر خلافه كما عرفته. و لا يصلح بمائها إذا كان قليلا إجماعا من القائل بنجاسته بالملاقاه.

الثانيه: إذا وجد لحم فاشته

الثانيه: إذا وجد لحم فاشته أنه مذكى أو ميتة ألقى فى النار، فان انقبض و تقلص فهو ذكى، و ان انبسط فهو ميتة على الأشهر الأظهر، و فى صريح الغنيه و ظاهر غيره الإجماع، خلافا لجماعه فحكموا بالحرمة و لم يعتبروا هذه العلامه، و يحتمل اعتبار المختلط بها أيضا، الا أن الأصحاب و الاخبار (٣).

ص: ١١٤

١- (١) النهايه ص ٥٩٠.

٢- (٢) الغنيه ص ٥٥٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٦-٣٧٠، ب ٣٧.

أهملت ذلك كما فى الدروس (١).

و على المختار لو كان اللحم قطعا متعدد، فلا بد من اعتبار كل قطعه على حده مطلقا و لو فرض العلم بكونها من حيوان واحد. و لا فرق بين وجود محل التذكية و رؤيته مذبوحا أو منحورا أو عدمه.

ثم ان مفروض المسأله و موردها انما هو وجدان اللحم المشتبه ذكاته فى موضع لم يحكم بها شرعا، فلو وجد فى موضع يحكم بها فيه كسوق الإسلام و نحوه فلا أثر الاشتباه فيه، بل يحكم بكونه مذكى إجماعا.

و لو اختلط الذكى من اللحم و شبهه بالميته و لا سبيل الى تمييزه و كانا محصورين يمكن التنزه عنهما من دون حرج اجتنبا معا وجوبا، و لو من باب المتقدمه بلا خلاف الا من نادر.

و يرد ما فى روايه (٢) الحلبي الصحيحه من أنه يباع المشتبه المذكور ممن يستحل الميته إذ لو حل لما كان لإيجاب البيع فائده، و بمضمونها من جواز البيع على مستحلها أفتى الشيخ فى النهايه (٣) و ابن حمزه، و منعه القاضى و الحلبي، و لعله أقرب مع أنه أولى و أحوط.

الثالثه: لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره إلا بإذنه

الثالثه: لا يجوز أن يأكل الإنسان من مال غيره ممن يحترم ما له و ان كان كافرا إلا بإذنه إجماعا.

و قد رخص مع عدم العلم ب الاذن فى الأكل من بيوت من تضمنته الآيه و الشريفة فى سورة النور، و هى قوله سبحانه

ص: ١١٥

١- (١) الدروس ص ٢٨١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٣٦٩، ب ٣٦.

٣- (٣) النهايه ص ٥٨٦.

«وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْهُنَّ مَفَاتِحُهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ» (١).

فيجوز الأكل من بيوت المذكورين مع حضورهم و غيبتهم إذا لم يحمل و لا- يفسد و لو يعلم الكراهيه منهم قيل: و لو بالقرائن الحاليه بحيث يثمر الظن الغالب بالكراهيه، و لا ريب أن ما ذكره من اعتبار الظن فى المنع أحوط و ان كان فى تعينه نظر.

و لا فرق بين ما يخشى فساده فى هذه البيوت و غيره، و لا بين الدخول فيها بالاذن و عدمه على الأظهر الأشهر، خلافا لشاذ غير معروف فى الأول فقيده الجواز بما يخشى فساده، و للحلى فى الثانى فقيده الدخول بالاذن و حرم الأكل مع الدخول بغيره، و هما ضعيفان، و ان كان أحوط.

و لا يتعدى الحكم الى غير البيوت من أموالهم، و لا الى تناول غير المأكول، إلا ما دل عليه الأكل بمفهوم الموافقه، كالشرب من مائه و الوضوء به، أو دل عليه بالالتزام كالكون بها حالته.

و الأظهر جواز دخول البيت لغير الأكل أو الكون بها بعده أو قبله.

و المراد بـ «بُيُوتِكُمْ» ما يملكه الأكل، و لعل النكته فى إباحته- مع ظهورها- الإشارة إلى مساواه ما ذكر له فى الإباحه، و التنبيه على أن الأقارب المذكورين و الصديق ينبغى جعلهم كالنفس فى أن يحب لهم ما يحب له و يكره لهم ما يكره لها كما جعل بيوتهم كبيتته.

و قيل: هو بيت الأزواج و العيال.

و قيل: بيت الأولاد. و هو حسن بالإضافة إلى إلحاق الأولاد بالأقارب فى الحكم لا- بالإضافة إلى دخولهم فى بيوتكم، و كذا الأجداد و الجدات.

ص: ١١٤

و الأظهر الرجوع فى تفسير «أَوْ مَا مَلَكَتْكُمْ مَفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ» الى العرف، لانه المحكم فى ما لم يرد به تفسير من الشرع، كالصحيح فى الأول: أنه الرجل له وكيل يقوم فى ماله و يأكل بغير اذنه (١).

و قريب منه غيره، و فى الصحيح فى الثانى ما يعنى بقوله «أَوْ صَدِيقِكُمْ» ؟ قال: هو و الله الرجل يدخل بيت صديقه فىأكل بغير اذنه (٢).

و المتبادر من الأقارب المذكورين كونهم كذلك بالنسب، و فى إلحاق من كان منهم كذلك بالرضاع اشكال، و الأظهر العدم. و كذا رخص مع عدم الاذن فى الأكل ما يمر به الإنسان من ثمره النخل.

و فى ثمره الزرع و الشجر تردد و اختلاف، مضى الكلام فيه و فى أنه يشترط فى الإباحه حيث قلنا به شرائط، منها ان لا يقصد المرور الى الثمره و لا يتعمده و أن لا يحمل و غير ذلك مما مر فى بيع الثمار.

الرابعه: من شرب خمرا أو شيئا نجسا، فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيرا بالنجاسه

الرابعه: من شرب خمرا أو شيئا نجسا، فبصاقه طاهر ما لم يكن متغيرا بالنجاسه بلا خلاف.

الخامسه: إذا باع ذمى خمرا ثم أسلم

الخامسه: إذا باع ذمى خمرا من غير مسلم بالعقد دون المعاطاه، إلا مع إتلاف المشتري عينها ثم أسلم البائع فله قبض ثمنه من المشتري.

السادسه: الخمر تحل إذا انقلب خلا

السادسه: الخمر تحل إذا انقلب خلا بلا خلاف بين الفقهاء إذا كان الانقلاب نفسيا و كذا لو كان بعلاج كان المعالج به عينا باقيه أم لا على الأشهر الأقوى.

و الأشهر الأظهر أن لا تحل الخمر لو ألقى فيها خل كثير حتى

ص: ١١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-٤٣٥، ح ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٦-٤٣٤، ح ١.

استهلكها و لو مضى مده ينقلب الخمر فيها خلا.

وقيل: كما عن الشيخ فى النهايه (١) انه لو ألقى فى الخل خمر من إناء فيه خمر لم يحل حتى يصير ذلك الخمر المصبوب منها فى الخل خلا و يحل بعد الانقلاب و هو متروك بل الحكم فى المسأله عدم الحل مطلقا و لو صار ذلك الخمر المصبوب منها فى الخل خلا، كما هو الأشهر الأقوى. السابعه: لا يحرم شرب الربوات و الأشربه الغير المسكره مطلقا و لو صار ذلك الخمر المصبوب منها فى الخل خلا، كما هو الأشهر الأقوى.

السابعه: لا يحرم شرب الربوات و الأشربه الغير المسكره و ان شم منها رائحه المسكر

السابعه: لا يحرم شرب الربوات و الأشربه الغير المسكره مطلقا و ان شم منها رائحه المسكر إجماعا. و يكره الإسلاف فى العصير وفاقا للنهايه (٢)، و حجتهم من النص غير واضحه، لكن لا بأس به مسامحه فى أدلتها.

و أن يستأمن على طبخه من يستحله قبل أن يذهب ثلثاه إذا كان مسلما، و عليه الفاضل فى القواعد (٣) و عزى إلى جماعه، خلافا للأكثر فالتحريم، و لعله أظهر و مع ذلك أحوط.

و الاستشفاء بمياه الجبال الحاره التى يشم منها رائحه الكبريت بلا- خلافاً أجده، و المستفاد من النص (٤) كراهه مطلق الاستعمال، كما صرح به من متأخر المتأخرين جماعه.

ص: ١١٨

١- (١) النهايه ص ٥٩٢.

٢- (٢) النهايه ص ٥٩١.

٣- (٣) القواعد ص ١٥٨.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١-١٦٠، ب ١٢.

كتاب الغضب

اشاره

ص: ١١٩

الأول: فى تعريفه

الأول: فى تعريفه، اعلم أن الغصب هو الاستقلال و الاستبداد بإثبات اليد على مال الغير عدوانا و ظلما. و خرج ب«الاستقلال» باليد ما لا- إثبات معه أصلا، كمنعه من ماله حتى تلف كما يأتى، و ما لا استقلال معه كوضع يده على ثوبه الذى هو لا بسه. و خرج ب«المال» غيره كالحرق و نحوه و خرج بإضافه المال الى الغير ما لو استقل بإثبات يده على مال نفسه عدونا كالمرهون فى يد المرتهن، و الوارث على التركة مع اليدين على قول. و خرج ب«العدوان» إثبات المرتهن و الولي و الوكيل و المستأجر و المستعير أيديهم على مال الراهن و المولى عليه و الموكل و الموجر و المعير.

و لانتقاض هذا التعريف فى عكسه بما لو اشترك اثنان فصاعدا فى غصب بحيث لم يستقل كل منهما باليد، بدل الاستقلال فيه بالاستيلاء ليشمله.

و لانتقاضه أيضا بالاستقلال بإثبات اليد على مطلق حق الغير، كالتحجير و حق المسجد و نحوه مما لا يعد ما لا مع كون الغصب فيه متحققا عرفا، بدل المال فيه بمطلق الحق ليشمله.

فتلخص من ذلك أن الأجود في تعريفه: انه الاستيلاء على حق الغير عدوانا.

و يتفرع على اعتبار الاستقلال انه لا يضمن أحد لو منع المالك من إمساك الدابه المرسله فتلف لا عينها و لا قيمتها زمن المنع و ان أثم.

و كذا لو منعه من القعود على بساطه و السكنى فى داره فتلفا.

و ينبغى تقييده بما لا يكون المانع سببا فى تلف العين بذلك، بأن اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبره فى حفظها و المالك غير معتبره فى مراعاة الدابه، كما يتفق فى كثير من الدور و الدواب.

أما لو كان الحفظ متوقفا على سكنى الدار و ركوب الدابه لضعفها، أو كون الأرض مسبغه مثلا، فان المتجه حينئذ الضمان، وفاقا لجماعه من المتأخرين.

و الوجه الحكم بضمان نقص القيمه السوقيه للمتاع إذا حصل بمنع بالمالك عن بيعه، و لو مع بقاء العين و صفاتها، وفاقا للشهيدى فى بعض فتاويه، خلافا له فى الدروس (1) و الأكثر كما قيل.

و يصح أى يتحقق و يتصور غصب العقار كالمنقول بلا خلاف بيننا و فى ظاهر المسالك و غيره إجماعا.

و يضمن ب مجرد الاستقلال به أى بالعقار بإثبات اليد عليه، و لو بأن يستولى عليه و يتسلم مفاتيحها من غير أن يزعم المالك و يخرج منه، بلا خلاف أجده بيننا.

و المراد ب «الاستقلال» عدم قدره المالك على تصرفه فيما هو بيده، و تصرفه بمعنى أنه لا يمكنه من ذلك و ان كان جالسا معه، فإنه حينئذ يكون وجوده و عدمه سواء.

ص: ١٢٢

و لو سكن الغاصب الدار قهرا مع صاحبها ففي الضمان قولان مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب، بأن المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن، أو الاستيلاء فيضمن.

و حيث قد عرفت أظهره الثاني ظهر لك توجه الضمان كما عليه الأكثر، هذا مع إمكان توجيه هذا القول على الأول أيضا بوجه ذكرته في الشرح و لو قلنا بالضمان ضمن النصف عينا و قيمه، كما إذا كان له شريك في الغصب. و إطلاق العبارة و نحوها يقتضى عدم الفرق في ضمان النصف بين وحده المالك و تعدده.

و التحقيق يقتضى الضمان على نسبه ما استولى عليه و استقل به، ان نصفاً فنصفاً و ان ثلثاً فثلثاً و هكذا. و على القول بالضمان لا بد من التقييد بكونه متصرفاً، و كون شركته على الإشاعه من غير اختصاص بموضع معين، أما معه فالمتجه ضمانه كائنا ما كان.

و لو كان قويا مستوليا و صاحب الدار ضعيفا بحيث اضمحلت يده معه، احتمل قويا ضمان الجميع. و لو انعكس الفرض بأن ضعيف الساكن الداخل على المالك عن مقاومته و لكن لم يمنعه المالك مع قدرته، ضمن الساكن أجره ما سكن خاصة هذا مع حضور المالك، و أما مع غيبته فلا شبهه في ضمان العين أيضا.

و يضمن حمل الدابة لو غضبها، و كذا لو غضب الأمه الحامل يضمن حملها بلا خلاف.

قالوا: فإن أسقطت الحمل و بقيت الام لزمه تفاوت ما بين قيمتها حائلا و حاملا فان تلفت بعد الوضع ألزم بالأكثر من قيمه الولد و قيمتها حاملا، ان اعتبرنا بالأكثر و الا فقيمه يوم التلف.

و لو تعاقبت الا يدي على المغصوب فالضمان على الكل بلا خلاف، سواء

علموا بالغضب جميعا أم جهلوا أم بالتفريق.

و يتخير المالك فى تضمين من شاء منهم العين و المنفعه، أو تضمين الجميع بدلا واحدا بالتقسيط و ان لم يكن متساويا، و يرجع الجاهل منهم بالغضب- إذا رجع المالك عليه- على من غره، فسلطه على العين أو المنفعه و لم يعلمه بالحال و هكذا الآخر الى أن يستقر الضمان على الغاصب العالم، و ان لم تلتف العين فى يده.

هذا إذا لم يكن يد من تلتف فى يده يد ضمان كالعاريه، و الا لم يرجع على غيره.

و لو كان أيدى الجميع عاريه تخير المالك فى الرجوع عليهم، أو على بعضهم و استقر الضمان فى يده، فيرجع غيره عليه لو رجع المالك عليه دونه، و كذا تستقر المنفعه على من استوفاه.

و الحر لا- يضمن بالبناء للمفعول بالغضب لا عينا و لا منفعه مطلقا و لو كان صغيرا، لكن لو أصابه تلف بسبب الغاصب من نحو الجنايه على نفسه أو طرفه مباشره أو تسببا ضمنه إجماعا.

ثم ان عدم الضمان فى غيره هذا الصوره إجماعى فى الكبير مطلقا، و فى الصغير إذا كان تلفه بالموت الطبيعى من قبل الله تعالى كما فى كلام جمع.

و لو كان لا- من قبله سبحانه و لا بسببه أى الغاصب كالموت بافتراس الأسد و لدغ الحيه و نحو ذلك فقولان و الأشهر عدم الضمان.

و لو حبس صانعا حرا زمانا له أجره عادة لم يضمن أجرته إذا لم يستعمله و لم يستأجره.

و لو استأجره مده معينه فمضت زمان اعتقاله و هو باذل نفسه للحمل، استقرت الأجره لذلك لا للغضب، بخلاف الرقيق لانه مال محض و منافعه كذلك، كذا قالوه

ص: ١٢٤

فظاهرهم القطع بعدم الضمان في صورته.

فان تم إجماعاً، و الا ففيه مناقشه حيث يكون الحابس سببا مفوتا لمنافع المحبوس لقوه الضمان فيه لذلك لا للغصب، و عليه نبه بعض متأخري المتأخرين، و وافقه الخال العلامة أدام الله سبحانه ظلالة.

أقول: و يحتمل قويا اختصاص ما ذكره الأصحاب بصوره عدم استلزام الحبس التفويت بل الفوات، و يظهر الفرق في ما لو حبسه مده له أجره في العاده، فإن كان لو لم يحبس لحصلها كان حبسه سببا لتفويتها فيضمن هنا، و ان كان لو لم يحبس لم يحصلها أيضا لم يكن حبسه سببا لتفويتها فلم يضمن.

و لو انتفع به باستخدامه ضمن أجره الانتفاع بلا خلاف.

و لا- يضمن الخمر لو غصب من مسلم أو كافر متظاهراً، و ان كان قد اتخذها للتخليل، لكن يآثم حينئذ الغاصب، و يجب عليه و ردها مع بقاء عينها، و ان تخللت ردها خلا.

و ان تلفت عينها عند الغاصب، فان كان بعد التخليل لزمه الخل، و ان كان قبله اثم و لا ضمان على الأشهر الأظهر، و لا فرق بين كون الغاصب مسلماً أو كافراً.

و يضمنها الغاصب مسلماً كان أو كافراً لو غصبها من ذمي مستتر، بلا خلاف بيننا، و في ظاهر المبسوط (1) و التذكرة الإجماع.

ثم ان كان الغاصب مسلماً لزمه قيمتها عند مستحيله إجماعاً، كما في ظاهر التذكرة و غيره. و ان كان كافراً ففي إزمائه بالمثل أو القيمة وجهان، أجودهما: الثاني وفاقاً للأكثر، و في ظاهر التذكرة الإجماع.

ص: ١٢٥

و كذا الحكم فى الخنزير الا أن ضمان قيمته حيث يجب واضح و كما يوجب الغصب الضمان فكذلك الإلتلاف بلا خلاف.

و لا فرق فى المتلف بين كونه عينا أو منفعه، و هو قد يكون بالمباشرة و إيجاد عله التلف، كالأكل و الإحراق و القتل و نحوها.

و قد يكون بالسبب و فعل ملزوم العله كحفر البئر. و إذا اجتمعا قدم المباشرة بلا خلاف.

و ذلك كما لو سعى الى ظالم بآخر فأخذ ما له، أو فتح بابا على مال فسرق أو دل السارق الى مال فسرقه، فلو فعل شيئا من ذلك ضمن المباشرة الظالم و السارق دون السبب بلا خلاف ظاهر.

و لو أزال القيد عن فرس و نحوه فشرده، أو عن عبد مجنون فأبق أو قفص طائر فطار ضمن المزيل خاصة بلا خلاف، و فى ظاهر المبسوط (١) و التذكرة الإجماع.

و لا يضمن لو أزاله أى القيد عن عبد عاقل فأبق. و الفرق بين المقامين: قوة السبب فى الأول فالضمان عليه دون المباشرة لو كان، و قوة المباشرة فى الثانى فالعكس.

و قيل: فيه هذا إذا لم يكن آبقا، و الا ففى الضمان وجهان، و لعل أوجهما:

الثانى.

الثانى: فى الأحكام

الثانى: فى الأحكام.

يجب رد المغصوب على مالكة ما دامت العين باقية يمكنه ردها، سواء كانت على هيئتها يوم غصبها أم زائده أم ناقصه.

و يجب ردها فوراً مطلقاً و ان تعسر و استلزم ذهاب مال للغاصب

ص: ١٢٦

كالخشبه المستدخله فى البناء و اللوح فى السفينه و الخيط فى الثواب و الممزوج الشاق تميزه كالحنطه بالشعير و نحو ذلك، بلا خلاف إلا فى وجوب فوريه الرد مع ذهاب مال الغاصب أو من بحكمه.

و ظاهر إطلاق المتن و الأ-كثر وجوبها، قيل: نعم لو خيف غرق الغاصب أو حيوان المحترم أو مال لغيره و لم يكن بحكمه كأن تصرف فى المغصوب جاهلا بالغصب، لم ينزع الى أن يصل الى الساحل، و لا بأس به.

و لو عاب المغصوب بالرد ضمن الأرش و لو بلغ حد الفساد على تقدير الإخراج بحيث لا يبقى له قيمه، فالواجب تمام قيمته بلا خلاف.

و فى جواز إجباره على النزاع حينئذ وجهان، المحكى عن ظاهر الأصحاب العدم.

و لو تلف المغصوب أو تعذر العود اليه و رده ضمن الغاصب مثله ان كان مثليا بلا خلاف. و قد اختلف عباراتهم فى ضبط المثلى على أقوال أشهرها أنه ما كان متساوى الأجزاء قيمته، أى أجزاء النوع الواحد منه كالجوب و الأدهان.

ثم انه إذا كان المثل موجودا و لم يسلمه حتى فقد لزمه قيمه، و المراد بالفقدان. على ما ذكره جماعه-أن لا يوجد فى ذلك البلد و ما حوله مما ينقل إليه عاده.

و مقتضى الأصل لزوم تحصيل المثل و لو من البلاد النائية التى لم ينقل منها إليه عاده مع الإمكان و فى قيمه المعتره حينئذ أوجه، أشهرها بل و أظهرها اعتبارها حين تسليم البدل.

و قيمه يوم الغصب ان كان مختلفا أى مختلف الأجزاء قيمه، و هو المعتره عنه ب«القيمي» عند من فسر المثلى بمتساوى الاجزاء، و ما اختاره المصنف من

اعتبار قيمه يوم الغصب أحد الأقوال في المسأله، و عزاه في النهايه إلى الأكثر.

وقيل: أعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف و القائل الشيخ في النهايه و الخلاف (1) و موضع من المبسوط (2) و ابن حمزه و الحلبي، و اختاره من المتأخرين جماعه، حتى أن في المختلف و غيره أنه أشهر.

و فيه وجه آخر بضمان قيمه يوم التلف، اختاره القاضى و تبعه الفاضل في المختلف، و نسبه في الدروس (3) إلى الأكثر. و ما أبعد ما بينه و ما بين ما يستفاد من ظاهر المتن أنه ليس قول أحد، و إنما هو مجرد وجه.

و فى أدله الأقوال أجمع نظر، و لا ريب أن القول الثانى أحوط، و أحوط منه ضمان أعلى القيم من حين الغصب الى حين الرد.

و محل الخلاف ما إذا كان نقصان قيمه مستندا الى السوق، أما إذا أسند إلى حدوث نقص فى العين ثم تلف، فإن الأعلى مضمون بلا خلاف.

و مع رده أى المغصوب بعينه و لا يجب على الغاصب أن يرد زياده قيمه السوقيه لو حصلت بلا خلاف، و فى صريح المختلف و ظاهر الخلاف و التذكرة الإجماع.

و ترد الزيادة أى زياده قيمه إذا كانت لزياده فى العين كاللبن و الشعر و الولد و الثمره أو الصفه كتعلم الصنعه و نحوه و ان كانت بفعل الغاصب بلا خلاف.

و لو كان المغصوب دابه فعابت عند الغاصب ردها مع الأرش مطلقا و لو كان العيب من قبل الله تعالى أو أجنبى إجماعا و يتساوى فى ذلك بهيمه القاضى و الشوكى بلا خلاف بيننا، و فى كلام جمع الإجماع.

ص: ١٢٨

١- (١) الخلاف ٢-١٧٥.

٢- (٢) المبسوط ٣-٦٠.

٣- (٣) الدروس ص ٣١٠.

و الأشهر الأظهر أنه لا فرق في لزوم الأرش بالعيب بين ما لو كان بجنايه الغاصب في العين و نحوها مما في البدن منه اثنان و بين غيره، خلافا للخلاف (١) فأوجب في جنايته في إحدى العينين و ما في معناها نصف القيمة و في كليهما تمامها، و هو.

نادر.

و لو كان المغضوب المعيب بالجنايه عبدا أو أمه و كان الغاصب هو الجاني رده و ديه الجنايه ان كانت مقدره مطلقا، وفاقا للمبسوط (٢) و الخلاف (٣).

و فيه قول آخر بضمان أكثر الأمرين من القيمة و المقدر شرعا في الجنايه، اختاره الحلبي و عامه المتأخرين، و هو أظهر. و ان كان الجاني غير الغاصب، فالحكم فيه ما في المبسوط و الخلاف بلا خلاف، و في المسالك و غيره الإجماع.

و الفرق أن ضمان الغاصب من جهة الماليه فيضمن ما فات مطلقا، و ضمان الجاني منصوص فيقف عليه، و أن الجاني لم يثبت يده على العبد فيتعلق به ضمان الماليه، بخلاف الغاصب لان يده يد عدو ان يوجب عليه ضمان العين بالقيمه مطلقا، حتى لو مات العبد ضمن قيمته مطلقا بلا- خلاف كما في كلام جمع. و لا فرق في ذلك على القولين بين ما لو كانت الجنايه على الطرف أو النفس.

و يتفرع على المختار أنه لو قتله غيره و زادت قيمته عن ديه الحر، لزم القاتل الديه و الغاصب الزيادة.

و كذا لو جنى عليه غيره فقطع يده مثلا، ضمن أقل الأمرين من نصف القيمة و نصف ديه الحر، ثم ان زاد نصف القيمة عن نصف ديه الحر، تخير المالك بين

ص: ١٢٩

١- (١) الخلاف ٢-١٦٨.

٢- (٢) المبسوط ٣-٩٨.

٣- (٣) الخلاف ٢-١٦٨.

الرجوع الى الغاصب بنصف قيمه، و يرجع الغاصب على الجاني بأقل الأمرين، و بين أن يرجع على الجاني بأقلهما و الى الغاصب بالزيادة.

و لو مزج الغاصب المغصوب بغيره، أو امتزج في يده بغير اختياره، كلف قسمته ان أمكن مطلقا و ان شق، كما لو خلط الحنطه بالشعير، أو الحمراء منها بالصفراء بلا خلاف.

و لو لم يكن التمييز، كما لو خلط الزيت بمثله أو الحنطه بمثلها صفه رد العين وفاقا للأكثر، خلافا للحلى فينقل الى المثل.

و كذا لو كان الخلط بأجود منه رد العين عند الأكثر، خلافا له و المبسوط (1) فيتخير الغاصب في دفع القدر من العين أو غيرها.

و ما اختاره الأكثر في المقامين أظهر أن أردوا نفى الخيار للغاصب و إثباته للمالك، و ان أردوا لزوم القبول عليه فمشكل حيث يتعذر، لعدم قبوله بعذر موجه، ككون ما له حلالا و مال الغاصب شبهه أو نحوه، فإن إيجاب القبول عليه حينئذ ضرر، فالتحقيق في المقامين ثبوت الخيار للمالك وفاقا للتفويض (2).

و لو كان الخلط بأدون ضمن المثل بلا خلاف كما قيل: و هذا مبني على الغالب من عدم رضا المالك بالشركه.

وقيل: ان الأقوى تخيره بين المثل و الشركه مع الأرش. و هو حسن حيث يكون المتمازجان غير ربويين أو ربويين و رضا بالمالك بالناقص من غير أرش، و يشكل في غير ذلك، الا أن يدفع باختصاص الربا بالبيع، و لكنه خلاف التحقيق كما مر.

و لو زادت قيمه المغصوب، فهو أى الزائد لمالكة مطلقا و لو كانت الزيادة بفعل الغاصب كما مضى. أما لو كانت الزيادة لانضياف عين مال الغاصب

ص: ١٣٠

١- (١) المبسوط ٣-٧٩.

٢- (٢) التفويض الرائع ٤-٧٣.

إلى المغصوب كالصبيغ والإيله في الأبنيه أخذ الغاصب العين المضافه ان قبلت القطع و الفصل و لو بنقص قيمه الثوب و البناء ورد الأصل المغصوب.

و يضمن الغاصب الأرش ان نقص بالقلع، هذا هو المشهور، خلافا للإسكافي و المختلف فقالوا: ليس للغاصب قلع الصبيغ بغير اذن المالك، فان لم يرض و دفع قيمه الصبيغ و جب على الغاصب قبوله. و هو أظهر و ان كان الأحوط للمالك المصير الى ما عليه الأكثر.

و على المختار يتوجه ما ذكره جماعه من أنه إذا طلب أحدهما البيع من غيرهما، يجبر الغاصب على الإجابة ان كان الطالب هو المالك دون العكس.

و ان لم تقبل القطع و الفصل، كان الغاصب شريكا للمالك، لكن تلزمه إجابة المالك لو طلب منه البيع من ثالث، و كذا قبول قيمه لو دفعها اليه المالك كما في السابق.

و ان نقصت قيمه الثوب بالصبيغ، لزم الغاصب الأرش، و لا يلزم المالك ما ينقص من قيمه الصبيغ. و لو بيع مصبوغا، لم يستحق الغاصب شيئا إلا بعد توفيه المالك قيمه ثوبه. و لو بيع بنقصان من قيمه الثوب، لزم الغاصب إتمام قيمته.

ثم ان ما ذكر انما هو إذا صبغ الغاصب بصبيغ منه، و لو صبغ بصبيغ من المالك، فان لم يحصل بفعله نقصان لم يكن على الغاصب أرش.

نعم ان أمكن إزالته فالظاهر أن للمالك طلب ذلك، و على الغاصب الأرش ان حصل نقص في المصبوغ، و عليه قيمه الصبيغ ان لم يبق العين.

و ان صبغه بصبيغ غيرهما عدوانا، كان المالكان شريكين، فان لم يحصل بفعله نقصان فلا غرم عليه، غير أنه يجب عليه الفصل مع إمكانه لو طلباه أو أحدهما، و ان حدث النقص فيهما أو في أحدهما عما كان قبل الصبيغ غرمه الغاصب لمن حصل في حقه.

الثالث: في اللواحق

إشاره

الثالث: في اللواحق، و هي مسائل ست:

ص: ١٣١

الأولى: فوائد المغصوب للمالك بلا خلاف عينا منفصله كانت كالولد، أو متصله كالصوف و السمن، أو منفعه كأجره سكنى الدار و ركوب الدابه و كذا منفعه كل ما له أجره فى العاده.

ولا- فرق بين أن يستعمل العين أم لا- و لو استعملها و كان لها منافع مختلفه القيم -كعبد يكون كاتباً و خياطاً-فان استعمله فى الأعلى ضمنها قطعاً، و ان استعمله فى الوسطى أو الدنيا أو لم يستعمله أصلاً، ففى ضمان أجره متوسطه أو العليا و جهان.

و يعتبر أجرته فى الوقت المعتاد لعمله كالنهار فى أكثر الأشياء، إلا أن يكون له صنعه بالنهار و صنعه بالميل، فيعتبر أجرتهما.

و لو هزلت الدابه أو نسى المملوك العلم أو الصنعه فنقصت بذلك قيمه، ضمن الغاصب الأرش ان رد العين المغصوبه.

و لو تلفت ضمن الأصل و الزيادة، سواء كان الهزال و النسيان بتفريط الغاصب أو عدمه.

و لا يضمن شيئاً من الزيادة المتصله ما لم تزد به قيمه و ذلك كما لو سمن المغصوب مثلاً و قيمته بعد السمن و قبله واحده فإذا زال السمن و كانت قيمه بحالتها الأولى باقيه، لم يكن عليه ضمان هذه الزيادة.

و لا فرق فى ذلك بين الموجود حال الغصب و المتجدد فى يد الغاصب بعده.

و لو كان بعض السمن لا أثر له فى قيمه و بعضه له اثر فزال الجميع، فإنه يضمن قيمه ما له أثر فيها دون ما زاد عليه، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

الثانيه: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد

الثانيه: لا يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد بلا خلاف و يضمنه أى المبيع و ما يحدث من منفعه و ما يزداد فى قيمته لزياده صفه فيه كتعمل و نحوه بلا إشكال.

إلا فى ضمان زياده قيمه لزياده الصفه، حيث لا يكون المشتري سبباً فى

إتلافها، فإنه لا دليل عليه إلا إلحاق مثل هذا القبض بالغصب، وهو حسن ان لم نعتبر في تعريفه قيد العدوان، وأما مع اعتباره- كما هو الأظهر و مذهب المصنف هنا و فى الشرائع (١)- فالوجه عدم ضمانها.

الثالثه: إذا اشترى أحد المغصوب عالما بالغصب

الثالثه: إذا اشترى أحد المغصوب حال كونه عالما بالغصب حين الشراء و قبضه فهو كالغاصب بل غاصب ان كان عالما بحرمه الشراء و القبض أيضا، و بطالب بما يطالب به البائع الغاصب.

و يتخير المالك بين مطالبته بالعين مع بقائها و بعوضها مثلا أو قيمه مع تلفها، و مطالبه ما جرت عليه يده من المنافع، و بين مطالبه البائع، فإن طالبه رجع على المشتري بالعين أو البدل أو ما استوفاه من المنافع، لاستقرار التلف فى يده مع دخوله على ضمانه.

نعم لو استوفى قبل البيع شيئا من المنافع، أو مضى زمان يمكن فيه استيفاء شيء منها، أو حصل فى يده نقصان مضمون عليه، كان الضمان عليه من غير رجوع على المشتري، و ان رجع على المشتري فيما عليه ضمانه لم يكن له الرجوع على البائع، لاستقرار الضمان عليه بالتلف و ما فى حكمه فى يده.

و لا- يرجع عليه أيضا فيما يضمن للمالك من الثمن، و ان دفعه الى البائع مع تلفه إجماعا، كما فى كلام جمع. و أما مع بقائه فى جواز الرجوع له به على البائع قولان، أشهرهما: العدم مطلقا و عن التذكرة الإجماع، و لولاه لكان الوجه الجواز مطلقا وفاقا لجمع.

و لو كان المشتري جاهلا بالغصب، كان كالغاصب من حيث ترتب اليد فى وجوب دفع العين المبتاعه بعينها مع بقائها، و ببدلها مثلا أو قيمه مع تلفها الى مالكها ان رجع عليه و يرجع بالثمن مع بقائه و ببدله

ص: ١٣٣

مع تلفه على البائع.

و لو كان عوض العين الذى غرمه للمالك أزيد من الثمن الذى غرمه للمالك أزيد من الثمن الذى دفعه الى البائع فالوجه جواز رجوعه بالزيادة.

و لو رجع المالك الى البائع رجع هو على المشتري فيما يقابل الثمن لا الزائد لو دفعه اليه على الأقرب.

و المعروف من مذهب الأصحاب أو للمشتري أن يرجع بما غرمه للمالك مما لم يحصل فى مقابلته عوض كقيمة الولد و النفقه و العماره و نحو ذلك.

و فى جواز الرجوع عليه بما ضمن من المنافع كعوض الثمره و أجره السكنى تردد و اختلاف، و الأظهر العدم وفاقا لجمع مع أنه أحوط.

نعم يتوجه الرجوع حيث يتصور له الضرر بالغرور، كما إذا أخذت منه قيمة المنافع أزيد مما يبذله هو فى مقابلتها من غير ملكه و نحو ذلك.

الرابعة: إذا غصب حبا فزرعه

الرابعة: إذا غصب حبا فزرعه، أو بيضه فحضرها تحت دجاجه له فأفروخت، أو خمرا فخللها، فالكل للمغصوب منه بلا خلاف ظاهر فى الأخير و كذا فى الأولين الا من الشيخ فى أحد قوليه، و قد رجع عنه كما فى السرائر (1) و غيره، و نفى الأول عنه الخلاف، و حكى فيه عن المرتضى الإجماع فيهما.

الخامسة: إذا غصب أرضا فزرعها

الخامسة: إذا غصب أرضا فزرعها أو غرسها فالزرع و الغرس و لصاحبه و عليه أجره الأرض عن مده شغلها الزرع فيها.

و لصاحبها أى الأرض إزاله الزرع و الغرس و لو قبل أو ان بلوغهما. و له أيضا إزاله أى الغاصب بالإزاله و طعم الحفر و الأرش ان نقصت بالقلع أو الزرع.

ص: ١٣٤

و لو بذل و عوض صاحب الأرض قيمه الغرس و الزرع لم تجب على الغاصب إجابته بلا خلاف فى شىء من ذلك، الا ما يحكى من الإسكافى من أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع و يملك الزرع، و هو نادر.

السادسه: لو تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه

السادسه: لو تلف المغصوب و اختلفا فى قيمه فالقول قول الغاصب وفاقا للمبسوط (١) و الخلاف و الحلى و كثير من المتأخرين بل عامتهم.

و قيل: كما عن النهايه و القواعد (٢) و نسبه فى الشرائع (٣) إلى الأكثر ان القول قول المغصوب منه كما تدل عليه صحيحه (٤) أبى ولاد المشهوره، فلا يخلو عن قوه ان لم ينعقد الإجماع من المتأخرين على الأول، و مع ذلك فالاحتياط لازم فى المسأله بمراعاة المصالحه.

ص: ١٣٥

١- (١) المبسوط ٣-١٠١.

٢- (٢) القواعد ١-٢٠٩.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٣-٢٤٩.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧-٣١٣، ب ٧.

كتاب الشفعة

اشاره

ص: ١٣٧

(كتاب الشفعة) و هي فعله من قولك: شفعت كذا بكذا إذا جعلته شفعا به أى زوجا، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعا لنصيب شريكه، وأصلها التقويه والإعانه، ومنه الشافعه و الشفيع.

و شرعا ما ذكره المصنف بقوله: الشفعة استحقاق أحد الشريكين حصه الشريك لانتقالها بالبيع و الاستحقاق بمنزله الجنس يدخل فيه استحقاق الشخص مال آخر بالإرث، و الاستحقاق بالحيازه و الاحياء و غيره.

و بقيد المستحق بكونه أحد الشريكين، خرج منه استحقاق من ليس بشريك و لو بحصه أخرى ببيع و غيره. و خرج بقيد انتقالها بالبيع ما إذا استحق أحد الشريكين حصه الأخر بهبه و غيرها.

و هذا التعريف و ان انتقض فى طرفه بأمر الا أنه أجود من غيره. و التحقيق أن هذه التعريفات اللفظيه فيها ما يورد أو يرد عليها من النقض و المناقشه و النظر فيه أى فى هذا الكتاب يستدعى أن نذكر فيه أمورا:

الأول: فى ما ثبت فيه الشفعه

الأول: فى بيان ما ثبت فيه الشفعه.

و تثبت فى الأرضين و المساكن إجماعا و هل تثبت فيما ينقل كالثياب

ص: ١٣٩

و الأمتعه؟فيه قولان أجودهما:الأول،وفاقا لأكثر القدماء و جماعه من المتأخرين و فى الانتصار (١)و السرائر (٢)الإجماع.

و الأشبه عند أكثر المتأخرين الاقتصار على موضع الإجماع و هو ضعيف.

و تثبت فى الشجر و النخل و الأبنيه إذا بيعت تبعا للأرض المشغوله بها بلا خلاف،و ان بيعت منفرده عنها و لو منضمه إلى أرض أخرى بنى ثبوت الشفعه فيها و عدمه على الخلاف المتقدم،فمن قال بثبوتها هناك قال به هنا،و هو الأقوى.

و فى ثبوتها فى الحيوان قولان المتقدمان،و لم أفهم وجهان لإفراد ذكره مع دخوله فيما مضى،بل إدراجه فيه كما فى الشرائع (٣)أولى،و لا لقوله و المروى (٤)أنها لا تثبت فان الثبوت فيه مطلقا مروى أيضا،و العمل به للشهره القديمه و الإجماعات المنقوله أقوى.

و هنا روايه أخرى بالتفصيل المشار اليه بقوله: و من فقهاثنا من أثبتها فى العبد دون غيره لكنها شاذه،إذا لم نر عاملا بها عدا الفاضل فى المختلف، و لم يوافقه فيما أعلمه أحد و ان نقل القائل به فى المتن،إذ لم نجد و بعدم معرفيته صرح جمع.

و لا- تثبت فيما لا- تنقسم و لا- تقبل القسمه الإجماريه كالعضائد و الدكاكين و الحمامات و النهر و الطريق الضيق على الأشبه الأشهر بين أكثر من تأخر، خلافا لجماعه من القدماء و المتأخرين فاثبتوها فيها،و هو فى غايه القوه،سيما

ص: ١٤٠

١- (١) الانتصار ص ٢١٥.

٢- (٢) السرائر ص ٢٥١.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٣-٢٥٣.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧-٣٢١، ح ٣.

و فى الانتصار (١)الإجماع.و لا ريب أن مراعاة الاحتياط فيها و فى سائر ما وقع الخلاف فيها أولى.

و يشترط فى ثبوتها انتقاله أى الشقص المشفوع بالبيع، فلا تثبت لو انتقل بهبه أو صلح أو صداق أو إقرار على الأشهر الأظهر بل قيل: إجماعا خلافا للإسكافى و هو نادر.

و لو كان الوقف مشاعا مع طلق فباع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح تثبت الشفعة لصاحب الطلق بلا خلاف ظاهر، و ان انعكس فباع صاحب الطلق ملكه لم تثبت للموقوف عليه مطلقا، وفاقا للمبسوط (٢)نافيا للخلاف عنه، و عزاه الحلّى إلى الأكثر و لعله أظهر.

و قال المرتضى: تثبت مطلقا، و جوز للإمام و خلفائه المطالبة بشفعه الوقوف التى ينظرون فيها على المساكين، أو على المساجد و مصالح المسلمين و كذلك كل ناظر بحق فى وقف من وصى و ولى، و عن الحلّى الموافقة له مع وحده الموقوف عليه و للمبسوط مع تعدده، و عليه أكثر المتأخرين، و وجهها غير واضح سيما على القول بعدم انتقال الموقوف الى الموقوف عليه مطلقا.

الثانى: فى الشفيع

الثانى: فى بيان الشفيع المستحق لمطالبته المشتري بالشفعة.

و هو كل مسلم شريك مشاعه قادر على الثمن و اعتبار الإسلام ليس كليا، بل إذا كان المشتري مسلما و الا فتثبت بين الكفار إجماعا كما قيل.

فلا- تثبت لذمى و لا- حربى على مسلم إجماعا كما فى كلام جمع و لا تثبت بالجوار بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع و لا لعاجز عن الثمن بلا خلاف و فى المسالك الإجماع، و يرجع فى العجز الى اعترافه أو

ص: ١٤١

١- (١) الانتصار ص ٢١٥.

٢- (٢) المبسوط ٣-١٤٥.

شهادة القرائن به، و عدم إمكان استدانته أو عدم مشروعيتها له.

و لا فى ما ميز و قسم على الأشهر الأظهر و فى كلام جمع الإجماع إلا بالشركة فى الطريق أو النهر إذا بيع أحدهما منفردا أو هما مع الشقص المقسوم فتثبت حينئذ بلا خلاف.

و لو باع الشريك حصته من العرصه التى هى الطريق دون الدار، جاز الأخذ بالشفعه مطلقا، سواء كان الطريق مما يقبل القسمة أم لا على الأقوى.

و لا فرق بين كون الدور مقسومه بعد اشتراك سابق أم لا وفاقا لجماعه.

و عن آخرين اعتبار شركه سابقه على القسمة فى ذات الطريق، تعويلا على حجه ضعيفه.

و تثبت بين شريكين إجماعا و لا تثبت لما زاد عليهما مطلقا على أشهر الروايتين (١) و أظهرهما، و فى كلام جميع عليه إجماعنا، و الروايه الثانيه بثبوتها كذلك قال بها الإسكافى، و لكنه نادر موافق للعامه، فلتحمل الروايه على التقيه، مع أن المنقول عنه فى الانتصار (٢) تخصيص ذلك بغير الحيوان و مصيره فيه الى ما عليه الأصحاب، كما ذهب اليه الصدوق فى الفقيه (٣).

و لو ادعى الشفيع غيبه الثمن أجل ثلاثه أيام و لو ملفقه من وقت حضوره للأخذ بالشفعه ان ذكر أنه ببلده فان لم يحضره فى المده بطلت الشفعه.

و لو ذكر أنه فى بلد آخر أجل بقدر وصوله اليه و عوده منه و زياده ثلاثه أيام بعد ذلك، فإن وفاه و الا فلا شفعه له، كما فى الحسن (٤) المعمول به.

ص: ١٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٢٠، ب ٧.

٢- (٢) الانتصار ص ٢١٦.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ٣-٤٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧-٣٢٤، ب ١٠.

و إطلاقه و ان شمل صورتى ترتب الضرر بالتأجيل و عدمه،الا أن ظاهرهم الإطباق على تقييده ب ما إذا لم يتضرر المشتري به و لا بأس به.و المراد ببطانها على تقدير عدم إحضاره فى المده سقوطها ان لم يكن أخذ،و يتسلط المشتري على الفسخ لو كان أخذ.

و تثبت للغائب و ان طالت غيبته،فإذا قدم من سفره أخذ ان لم يتمكن من الأخذ فى الغيبه بنفسه أو و كيله،و لا عبره بتمكنه من الاشهاد.

و فى حكمه المريض و المحبوس ظلما أو بحق يعجز عنه،و لو قدر على الحق و لم يطالب بعد مضى زمان يتمكن من التخلص و المطالبه بطلت.

و قوله: و السفیه،و المجنون،و الصبى عطف على الغائب،فتثبت لهم الشفعه و يأخذ بها لهم مع الغبطه و المصلحه كسائر التصرفات،بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و ربما يشكل الحكم بثبوت الشفعه لهم ان تضمن طول الغيبه و انتظار ارتفاع الموانع الأربعة الضرر على المشتري.

و لو ترك الولى الأخذ حيث يجوز له فبلغ الصبى أو أفاق المجنون أو رشد السفیه فله أى لكل منهم الأخذ بلا خلاف،و لا فى أنه لو ترك لعدم الغبطه لم يكن لهم بعد ارتفاع المانع الأخذ بالشفعه،و عليه فلو جهل الحال فى سبب الترك هل هو الثانى أو الأول؟ففى استحقاقهم الأخذ و جهان.

الثالث:فى كيفية الأخذ

اشاره

الثالث:فى بيان كيفية الأخذ.

و يأخذ الشفيع المشفوع بمثل الثمن الذى وقع عليه العقد إجماعا.

و لو لم يكن الثمن مثليا بل قيميا كالرقيق و الجوهر و الثياب و نحو ذلك أخذه بقيمته على الأشهر الأظهر.

وقيل: كما عن الخلاف (١) وابن حمزه انه تسقط الشفعه و عليه الطبرسى و الفاضل فى المختلف استنادا إلى روايه (٢) و فيها و ان اعتبر سندها بالموثقيه بل الصحه، بعد الإغماض عن عدم مكافأتها لأدله المختار قصور من حيث الدلاله، بناء على احتمال استناد المنع فيها عن الشفعه على أسباب مانعه عنها تقدم ذكرها، إذ ليس فيها التصريح بأن المانع من جهه القيمه و أنها قيمى لا مثلى، فاذن هى مجمله لا يقيد بها عمومات الأدله، و فى المسأله قول ثالث.

و على المختار فهل المعتبر القيمه وقت العقد أم وقت الأخذ أو الأعلى منهما؟ أحوطها الأخير و أشهرها الأول.

و للشفيع المطالبه بالشفعه فى الحال أى حال العلم بالشراء بلا خلاف.

و لو أخر لا لعذر بطلت شفيعته وفاقا للأكثر، و عن الشيخ الإجماع.

و فيه أى فى المقام قول آخر بعدم البطلان إلا- بالإسقاط، ذهب إليه جماعه و منهم المرتضى مدعى الإجماع، و المسأله محل اشكال، فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها على حال.

و المرجع فى الفوريه على تقدير اعتبارها الى العرف لا المبادره بكل وجه ممكن، فيكفى مشيه إلى المشتري على الوجه المعتاد و إن قدر على الزياده، و انتظار الصبح لو علم ليلا، و الصلاه عند حضور وقتها و مقدماتها و متعلقاتها الواجبه و المندوبه التى يعتادها على الوجه المعتاد، و انتظار الجماعه و الرفقه مع الحاجه، و زوال الحر و البرد المفترطين و لبس الثوب و أمثال ذلك.

و لو كان التأخير لعذر عن المباشره و التوكيل لم تبطل الشفعه

ص: ١٤٤

١- (١) الخلاف ٢-١٨٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٢٤، ب ١١.

بلا- خلاف و لا- إشكال، إلا- فيما يقتضيه إطلاق العبارة و نحوها من عدم البطلان مطلقا و ان أوجب التأخير على المشتري ضررا، فإنه مناف لما ذكره سابقا في جواز تأخير الثمن ثلاثه أيام بعد دعوى غيبته، من تقييد الحكم ثمه ببقاء الشفعه بعد التأخير إلى المده بما إذا لم يوجب ضررا على المشتري، فان دليل التقييد ثمه جار في المسأله.

اللهم الا أن يكون التقييد مرادا هنا أيضا، و انما تركوه حواله على ما مضى، و كيف كان فمراعه التقييد مطلقا أحوط و أولى.

و قد عد الأصحاب من غير خلاف يعرف من جمله الاعذار ما أشار إليه بقوله:

و كذا لا تبطل الشفعه لو كان التأخير بسبب توهم زياده ثمن فبان قليلا أو كونه جنسا من الثمن كذهب مثلا فبان غيره كفضه و نحوها أو أنه اشترى النصف فبان الربع، أو بالعكس، أو أن المشتري واحد فبان أكثر أو بالعكس و نحو ذلك.

و بعذر جاهل الفوريه و جاهل الشفعه و ناسيها، و تقبل دعوى الجهل ممن يمكن في حقه عاده و انما يؤمر بالمطالبه فورا حيث يكون البيع عنده ثابتا بالبينه و نحوها، دون نحو خبر الصبي و المجهول و الفاسق و المرأه مطلقا، و في الاكتفاء بشهاده العدل الواحد اشكال.

و يأخذ الشفيع المبيع من المشتري بلا- خلاف فيه و لا- في أن دركه أى درك الشقص لو ظهر مستحقا عليه أى على المشتري، فيرجع عليه بالثمن و بما اغترمه للمالك، و عليهما في السرائر (1) الإجماع.

و لا فرق في ذلك بين كونه في يد المشتري أو البائع بأن لم يكن أقبضه، لكن هنا لا يكلف المشتري قبضه منه، بل يكلف الشفيع الأخذ منه أو الترك.

ص: ١٤٥

و لو انهدم المسكن أو عاب بغير فعل المشتري أخذ الشفيع بتمام الثمن أو ترك و لا شيء على المشتري مطلقا، كان النقص و العيب قبل المطالبه بالشفعه أم بعدها، بأمر سماوى كانا أم بفعل آدمى على الأشهر الأقوى.

خلافًا للمحكى عن الخلاف (١) ففصل بين صورتى كون الهدم بأمر سماوى فالأول أو بفعل آدمى فالأخذ بحصته من الثمن، و إطلاقه يشمل المشتري و غيره، و وجهه غير واضح.

و ان كان الهدم بفعل المشتري بعد مطالبه الشفيع بالشفعه، فالمشهور ضمان المشتري، بمعنى أخذ الشفيع الباقي بعد التلف بحصته من الثمن و سقوط ما قبل التلف منه، و وجهه غير واضح. و عن الشيخ فى المبسوط أنه لا ضمان على المشتري هنا كالسابق، و هو فى غاية القوه.

و لو كان الهدم بفعله قبل المطالبه، فالأشهر الأظهر عدم الضمان على المشتري بل يتخير الشفيع بين الأخذ بكل الثمن و بين الترك، و حكى قول بالضمنان، كما هو ظاهر إطلاق المتن، و هو فى غاية الضعف.

و لو اشترى الشقص بثمان مؤجل، قيل: كما عن الخلاف (٢) و المبسوط (٣) و الإسكافى و غيرهم هو أى الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمان عاجلا و بين التأخير إلى الحلول و أخذه بالثمان فى محله أى وقت حلوله.

و ذهب المفيد و الشيخ فى النهايه (٤) و القاضى و الحلّى إلى أنه لا يتخير، بل يأخذ الشقص عاجلا و يكون الثمن مؤجلا، و يلزم كفيلا ان لم

ص: ١٤٦

١- (١) الخلاف ٢-١٨٣.

٢- (٢) الخلاف ٢-١٨٣.

٣- (٣) المبسوط ٣-١١٢.

٤- (٤) النهايه ص ٤٢٥.

يكن مليا، و هو أشبه و أشهر، بل عليه عامه من تأخر، و لكن فى دليلهم نظر. و المتجه على تقدير الفوريه فى الشفعه التخيير بين القولين لو لم يكن احداث قول فى البين.

و لو دفع الشفيع الثمن قبل حلوله لم يلزم البائع أخذه و لا كذلك لو دفعه الى المشتري قبل الحلول، فإنه يلزمه الأخذ على قول الخلاف و المبسوط، و يشكل على قول الأصحاب، و لا يبعد اللزوم عليه أيضا.

و لو ترك الشفيع المطالبه بالشفعه قبل البيع فقال للمشتري: اشتر نصيب شريكى فقد تركت عن الشفعه فتركها له لم تبطل.

و كذا لو عرض البائع الشقص على الشفيع بثمن معلوم فلم يرد، فباعه من غيره بذلك الثمن أو زائدا، وفاقا لظاهر المرتضى و صريح الإسكافى و أكثر المتأخرين خلافا للنهائيه و المفيد و ابن حمزه، و حجتهم مخدوشه.

و ظاهر أدله القولين عدم الفرق بين الموضوعين المتقدمين و بين غيرهما من المواضع التى اختلف فى سقوط الشفعه فيها مما أشار إليه بقوله:

أما لو شهد على البيع و لم يرد أو بارك للمشتري، أو البائع فقال:

بارك الله تعالى لكما فى البيع، أو هو مبارك لكما، أو نحو ذلك أو أذن لهما أو لأحدهما فى البيع فقال: تبايعا ففیه التردد الناشئ من أدله الطرفين و عدم السقوط فى الجميع كما عرفت أشبه.

و لم أروجها لفرق المصنف بين هذه المواضع و لا- من قال به، بل أطلق أرباب القولين الحكم فيها عدا الفاضل فى القواعد (١) ففرق كالمصنف، لكن حكم بالبطلان فى الموضوع الأول و تنظر فيه فى باقى المواضع، و وجهه أيضا غير واضح و ان كان أنسب من فرق المصنف، لأنه فى غايه البعد، فان عدم البطلان بالإسقاط

ص: ١٤٧

قبل البيع يستلزم عدمه فما عداه بطريق أولى كما لا يخفى، فكيف يفرق بينهما بالعدم فى الأول و السقوط فى الباقي، بل العكس أولى كما نبه عليه شيخنا فى المسالك.

مسألان

و من اللواحق مسألان:

الأولى: قال الشيخ فى النهايه (١) و موضع من الخلاف و القاضى و الطبرسى ان الشفعه لا تورث بل تبطل بموت الشفيع، و عزاه فى المبسوط (٢) الى أكثر الأصحاب.

و قال شيخنا المفيد و علم الهدى و الشيخ فى موضع آخر من الخلاف و الحلبي: أنها تورث، و هو الأشبه و الأشهر بين من تأخر، و فى الانتصار (٣) الإجماع، و عليه فالمشهور أنها على سهام الورثه بغير خلاف يعرف بينهم.

و لو عفى أحد الورثه عن نصيبه أخذه الباقيون و لم تسقط لأن الحق للجميع فلا يسقط حق واحد بترك غيره، فلو عفوا أجمع إلا واحدا أخذ الجميع أو ترك.

الثانيه: لو اختلف المشتري و الشفيع فى الثمن الذى وقع عليه العقد فادعى الأول أنه مائه مثلا و الثانى أنه خمسون فالقول قول المشتري مع يمينه على الأشهر لأنه ينتزع الشئ من يده.

و فى هذا الدليل و سائر ما استدلل به لهم نظر، لكن لم ينقل مخالفا لهم عدا الإسكافى فيعكس، و المسأله محل اشكال، فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها على حال.

ص: ١٤٨

١- (١) النهايه ص ٤٢٥.

٢- (٢) المبسوط ٣-١١٣.

٣- (٣) الانتصار ص ٢٢٠.

كتاب احياء الموات

اشاره

ص: ١٤٩

(كتاب احياء الموات) و المراد بها الأراضى الغير المنتفع بها لعطلتها باستيغامها، أو عدم الماء عنها أو استيلاء الماء عليها بحيث تعد مواتا عرفا. و بإحيائها إخراجها من الخراب و العطله إلى حيز الانتفاع.

و العامر من الأراضى ملك لأربابه، لا يجوز التصرف فيه الا بإذنههم بلا خلاف، و عليه فى كلام جمع الإجماع و كذا ما به صلاح العامر و يحتاج اليه من حريمه و مرافقه كالطريق المسلوك اليه و الشرب بكسر الشين، و أصله الحظ من الماء. و المراد هنا النهر و شبهه المعد لمصالح العامر و المراح أى مأوى الإبل و الغنم و نحوهما.

و أما الموات أى ما لا ينتفع به لعطلته بما مر مما لم يجر عليه ملك مسلم و من بحكمه أو جرى عليه ملك أحدهما و لكن باد أهله و هلك بحيث لا يعرفون فهو للإمام بلا خلاف عندنا، و فى كلام جمع الإجماع.

و حينئذ لا يجوز التصرف فيه و لا إحياءه إلا بإذنه إجماعا كما فى التنقيح (1) و غيره و مع اذنه يملك بالاحياء بلا خلاف، بل قيل: إجماعا.

و لا فرق بين كون المحيى مسلما أو كافرا على الأقوى، و لا بين صورتى ظهوره

ص: ١٥١

عليه السلام و غيبته، لعموم الصحاح (١) و غيرها، و ظاهر المصنف الفرق بينهما لقوله:

و لو كان الإمام غائبا فمن سبق إلى إحيائه كان أحق به، و مع وجوده له رفع يده أى المحيى عنها، فان كان إجماع و الا فالمصير الى العموم أولى.

و يشترط فى التملك بالاحياء: ألا يكون فى يد مسلم أو مسالم و لو بالتحجير بلا خلاف. نعم لو علم إثبات اليد بغير سبب مملك و لا موجب لأولويه فلا عبره به كما لو أسندت إلى مجرد تغلب على الأرض و نحو ذلك.

و لا- حريما لعامر بلا- خلاف. و هل يملك تبعا للعامر أو يكون أولى به و أحق من غير تملك حقيقه؟ قولان، أشهرهما- كما فى المسالك- و أظهرهما: الأول. و تظهر الفائده فى بيعه منفردا فيجوز على الأول دون الثانى.

و لا مما سماه الشارع مشعرا و محلا للعباده كعرفه و منى و مزدلفه، بلا خلاف فيه فى الجملة. و لا فرق فى المنع بين أحياء الكثير منها الذى يؤدي إحياءه إلى الضيق على الناسكين و يحتاج اليه غالبا و غيره على الأشهر الأقوى.

و قيل: بالفرق بينهما باختصاص المنع بالأول، و عليه ففى بقاء حق الوقوف فى ما يملكه المحيى أوجه، يفرق فى ثالثها بين ضيق الموقف فالبقاء و عدمه فلا، و الحكم بالملك يأتى القول بالجواز مطلقا، الا أن يجعل مراعى بعدم الإضرار فيكون التفصيل متوجها.

و لا مقطعا من إمام الأصل لغيره، و لا محيى له و لا لنفسه، كما أقطع النبى صلى الله عليه و آله الدور و أرضا بحضر موت، و كما حمى البقيع لا بل الصدقه و نعم الجزية و خيل المجاهدين فى سبيل الله سبحانه.

و لا محجرا أى مشروعاً فى إحيائه مشروعاً لم يبلغ حد الاحياء، بلا خلاف

ص: ١٥٢

فى شىء من هذه الشرائط.

و التحجير يفيد اختصاصا و أولويه بلا خلاف و لا يفيد ملكا على الأشهر الأقوى، و هو مثل أن ينصب عليها أى على الأرض التى يريد إحياؤها مرزا و يجمع حوالها ترابا، أو يغرز فيها خشبات، أو يخط عليه خطوطا أو نحو ذلك، و منه أن يحفر النهر و لم يصل الى منزع الماء، و أن يعمل فى المعادن الباطنه عملا لا يبلغ نيلها، أما بلوغه فهو احياء، و لا تحجير فى المعادن الظاهره كما قالوا.

و لو أهمل المحجر العماره مده طويله، أجيره الإمام عليه السلام على الإتمام أو التخليه، بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و أما الاحياء: فلا تقدير للشرع فيه الا أن الضابط فيه معروف و هو أن يرجع فى كفيته و تحديده الى العرف و العاده فما يحكم به فيه كان متبعا، و يختلف باختلاف ما يقصد منه، فالمسكن بالحائط و السقف بخشب أو عقد و الحظيره، و لا يشترط نصب الباب فيهما عندنا.

و الزرع بعضد الأشجار و قطعها، و التهيئه للانتفاع و سوق الماء أو اعتياد الغيث أو السيح. و يحصل أيضا بقطع المياه الغالبه.

و لا يشترط الزرع و الغرس على قول، و لا الحائط و المسناه فى الزرع. نعم يشترط بيان الحد بمرز و شبهه.

أما الغرس فالظاهر اشتراط أحد الثلاثه من المرز أو المسناه أو الحائط فيه و لو فعل ذلك و اقتصر كان تحجيرا.

مسائل تسع

اشاره

و يلحق بهذا الكتاب مسائل تسع:

الاولى: الطريق المبتكر فى المباح

الاولى: الطريق المبتكر أى المحدث فى المباح من الأرض إذا

ص: ١٥٣

تشاح أهله فحده خمسه أذرع مطلقا عند جماعه لروايه (١)و فى روايه (٢)أخرى أن حده سبعة أذرع و العمل بها أظهر وفاقا للأكثر.

و فيه قول بالتفصيل:بين الطرق للأملاك فخمس،و غيرها كالتى للقوافل فسبع جمعا بين الروايات و لا شاهد عليه.

و قيد الطريق ب«المبتكر»لان الاملاك لا يجب ترك بعضها لأجل الطريق، فيكتفى بالطريق الموجود بين المالكين،ضيقا كان أو متسعا.

الثانيه:حريم بئر المعطن

الثانيه:حريم بئر المعطن و هو واحد المعاطن،و هى مبارك الإبل عند الماء لتشرب أربعون ذراعا من الجوانب الأربع.

و حريم بئر الناضح ستون ذراعا كذلك على الأشهر الأظهر،و فى المسأله أقوال أخر مختلفه لاختلاف الروايات (٣)فى المسأله.

و حريم العين و القناه ألف ذراع فى الأرض الرخوه و فى الصلبيه خمسمائه على الأشهر الأظهر.

و يستفاد من بعض الاخبار أن فائده هذا الحريم منع الغير من احداث عين أخرى فى ذلك المقدار،لثلا ينتقل ماء العين الاولى الى الثانيه،و عليه نبه جماعه و من ثم اختلف باختلاف الأرض رخاوه و صلابه،بخلاف حريم البئر المتقدم، فإن فائده منع الغير عن أحياء ذلك المقدار مطلقا حتى فى الزرع و الشجر،لان الغرض منه الانتفاع بالبئر فيما أعد له و ما يحتاج اليه.و يستثنى للعين قدر ما يحتاج اليه للانتفاع بها فيما أعدت له عرفا من غير تحديد.

و اعلم أن ما ذكر فى الحريم للبئر و العين و الحائط و الدار مخصوص بما إذا

ص:١٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-١٧٣، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٣٩، ح ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧-٣٣٨، ب ١١.

كان الاحياء فى الموت، و أما الأملاك فلا يعتبر فيها الحرىم مطلقا، لأن الاملاك متعارضه و كل من الملاك مسلط على ماله له التصرف فيه كيف شاء، فله أن يحفر بئر فى ملكه و ان كان لجاره بئر قريب منها و ان نقص ماء الاولى و لكن فعل مكروها.

و ان حفر فى ملكه بئر بالوعه و فسد بئر الجار، لم يمنع منه و لا ضمان عليه و مثله ما لو أعد داره المحفوف بالمساكن حماما أو خاناء أو طاحونه أو حانوت حداء و قصار صرح بجميع ذلك جماعه مشعرين بدعوى الإجماع.

الثالثه: من باع نخلا و استثنى واحده

الثالثه: من باع من غيره نخلا و المراد به الجنس الشامل للمتعدد من أفراده بقريته قوله: و استثنى واحده منها كان له المدخل إليها و المخرج منها و مدى جرائدها بلا خلاف ظاهر.

و مقتضى الدليل انسحاب الحكم فى كل ما يشابه محل البحث من نحو بيع الدار و استثناء بيت منها.

الرابعه: إذا تشاح أهل الوادى فى مائه حسبه الأعلى

الرابعه: إذا تشاح و تنازع أهل الوادى فى مائه المباح الغير المملوك حسبه الأعلى الذى يلى فوهه النهر.

للنخل الى الكعب، و المزرع الى الشراك و هو أسفل منه بقليل ثم يسرحه و يرسله إلى الذى يليه و هكذا، بلا خلاف فى أصل الحكم مطلقا، استضر الثانى بحبس الأول أم لا، و فى المسالك الإجماع للنصوص (١) المستفيضه، و يستفاد منها فى تحديد السقى ما عليه المصنف هنا تبعا لنهايه (٢)، خلافا للمبسوط (٣) و السرائر (٤) فقالا: روى أصحابنا أن الأعلى يحبس الى الساق للنخل و للشجر إلى

ص: ١٥٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٣٤، ب ٨.

٢- (٢) النهايه ص ٤١٧.

٣- (٣) المبسوط ٣-٢٨٤.

٤- (٤) السرائر ص ٢٤٧.

القدم و للزرع الى الشراك. و عليه المصنف فى الشرائع (١) و الأكثر، و لعله الأظهر.

و ليس فى إطلاق النصوص و أكثر الفتاوى تقييد الحكم بكون الأءلى سابقا فى الاحياء، أو كون السابق مجهولا، خلافا لجماعه من المتأخرين فقيدوه بذلك و قدموا المتأخر إذا كان سابقا فى الاحياء، و فى مستنده نظر.

و احترز بالتقييد بالمباح عما إذا كان ملكا لهم، فإنه يقسم بينهم على قدر سهامهم إما بقسمه نفس الماء، أو بالمهاباه عليه بلا خلاف أجده.

الخامسه: لا يجوز للإنسان أن يحمى المرعى إلا فى ملكه خاصه

الخامسه: لا- يجوز للإنسان أن يحمى المرعى إلا- فى ملكه خاصه بلا خلاف و للإمام عليه السّلام أن يحماه مطلقا و لو فى غير ملكه بإجماعنا.

السادسه: لو كان له رحى على نهر لغيره لم يجر له

السادسه: لو كان له أى للإنسان رحى على نهر مملوك لغيره لم يجر له أى لصاحب النهر أن يعدل بالماء و يصرفه عنها الا برضا صاحبها كما فى الصحيح (٢)، و ينبغى تقييده بما إذا كان نصب الرحى على النهر بأمر حق واجب على صاحبه، و لكن الإطلاق أحوط و أولى.

السابعه: من اشترى دارا فيها زياده من الطريق

السابعه: من اشترى دارا فيها زياده من الطريق للمسلمين ففى روايه (٣) موثقه انه ان كان ذلك أى الزائد المدلول عليه بالزياده فيما اشترى فلا بأس و نحوها روايه (٤) أخرى.

و فى النهايه (٥) و السرائر (٦) انه ان لم يتميز الزائد لم يكن عليه شىء، و ان تميز رده إليها و رجع على البائع بالدرك و أخذ الثمن منه.

ص: ١٥٦

١- (١) شرائع الإسلام ٣-٢٨٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٤٣، ب ١٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٢-٢٨١، ح ٣.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٢-٢٨١، ح ٤.

٥- (٥) النهايه ص ٤٢٣.

٦- (٦) السرائر ص ٢٤٧.

و الروايه الثانيه ضعيفه و الاولى و ان كانت موثقه الا أنها للأصول مخالفه، و تحتمل الورد في غير مفروض المسأله.

و تفصيل النهايه فيه في موضع المنع فان عدم التمييز لا يقتضى إباحه ما أخذ من الطريق، بل ينبغى رده إليها على كل تقدير و الوجه البطلان أى بطلان البيع من رأس مع عدم التمييز لجهاله البيع.

و يصح على تقدير الامتياز و لكن له الخيار ف يفسخ ان شاء ما لم يعلم بحقيقه الحال، و لو علم بها فلا خيار له.

الثامنه: من له نصيب في قناه أو نهر، جاز له بيعه بما شاء

الثامنه: من كان له نصيب قد ملكه في قناه أو نهر، جاز له بيعه بما شاء كما في المعتبره (1)، و في إطلاقه إشكال، بل ينبغى تقييده بما إذا حصل فيه شرائط البيع، من نحو التعيين بالكيل أو الوزن أو المشاهده، و الا فالأظهر الأشهر - كما في كلام جمع - البطلان.

و يحتمل حمل البيع فيها و في المتن على ما يعم الصلح فلا - اشكال، لاغتفار الجهاله فيه في الجمله بلا - خلاف، ففي موضع الإشكال ينبغى المعارضه به.

التاسعه: رجل في يده دار ليست له، لم تزل في يده و يد آباءه

التاسعه: روى (2) الشيخ عن إسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام ما حاصله: عن رجل في يده دار ليست له، لم تزل في يده و يد آباءه دار من قبله و قد أعلمه من مضى من آباءها أنها ليست لهم و لا يظن مجيء صاحبها، قال: ما أحب أن يبيع ما ليس له، و يجوز أن يبيع سكناه.

و وصف المصنف هذه الروايه بأنها مرسله غير واضح، إذ لا موجب في سندها للإرسال و كذا طعنه فيها بأن في طريقها الحسن بن

ص: ١٥٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٣٢، ب ٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٢-٢٥٠، ح ٥.

محمد بن سماعه، وهو واقفي لأن وقفه لا يمنع عن العمل بروايته على الأظهر بعد وثاقته، كما صرح به العلامة و النجاشي، فالروايه لا بأس بها سندا. نعم متنها مخالف للأصل من حيث تضمنها جواز تركها في يده و بيعه سكتها مع أنها ليست له.

و نحوه ما ذكره الشيخ في النهاية (١) من أنه يبيع تصرفه فيها و لا يبيع أصلها لأن حق التصرف ليس شيئا يباع.

و لو سلم أو حمل البيع على الصلح و نحوه، فهو فرع ثبوت هذا الحق بموجب و سبب، و لم يظهر الا مجرد سبق اليد، و هو لا يفيد أولويه يجوز الصلح عليها، إذ هي في السبق على الأمر المباح أو المشترك دون مال الغير، و لذا اختلف الأصحاب في توجيهه، و لكن كثير مما ذكر فيه لا يخلو عن خلل، و منه ما ذكره المصنف بقوله:

و يمكن تنزيلها أي الروايه على أرض عاطله خربه مملوكه أحيائها غير المالك باذنه، ف أن مثلها للمحبي التصرف فيه و ان كان الأصل الممالك فان حق التصرف ليس شيئا يجوز بيعه حقيقه كما عرفت و انما هو شيء يصح الصلح عليه.

اللهم الا- أن يكون المراد ببيع التصرف بيع الآثار الموجوده فيه من الابنيه و السقوف، و بهذا وجه كلام النهايه في المختلف المستند في الظاهر إلى الروايه قال: و لا يلزم من كون الدار ليست له كونها غصبا، بل جاز أن يكون عاريه، و هو الظاهر إذ تصرف المسلم انما يبني في الظاهر على المشروع انتهى. و هو حسن.

ص: ١٥٨

كتاب اللقطه

اشاره

ص: ١٥٩

(كتاب اللقطة) و هي -بضم اللام و فتح القاف و سكونها- اسم المال الملقوط، و المراد بها هنا ما يشمل الآدمي.

و أقسامه أي الملقوط ثلاثة:

الأولى: في اللقيط

الأولى: في اللقيط و يقال له: الملقوط و المنبوذ.

و هو كل صبي ضائع لا كافل له حال الالتقاط، و لا يستقل بنفسه بالسعي على ما يصلحه و يدفع عن نفسه المهلكات الممكن دفعها عادة.

فيلتقط الصبي و الصبية مع عدم التمييز إجماعاً، و كذا معه على قول مشهور، و لا ريب فيه مع عدم بلوغ التمييز حداً يحفظ نفسه عن الهلاك، و يشكل مع بلوغه ذلك الحد و ان احتاج الى بعض الضروريات، و بعدم الجواز فيه صرح بعض الأصحاب.

قال: و يكون أمره الى الحاكم كالبالغ من باب الولايه، كحفظ المجانين و أموال الغائب و سائر المصالح، فينصب له من يباشر ذلك، و يصرف عليه من بيت المال ان لم يكن له مال. و هو حسن.

و لا يلحق بالصبي البالغ العاقل اتفاقاً، و لا المجنون على الأقوى. نعم

ص: ١٤١

لو خاف عليهما التلف وجب إنقاذهما حسبه، كما يجب إنقاذ الغريق ونحوه بلا خلاف.

و يشترط فى الملتقط التكليف بالبلوغ و العقل، فلا يصح التقاط الصبى و المجنون بلا خلاف. و هل يجوز الالتقاط من يدهما لمن له أهليه فله ولايه الحفظ و الإنفاق أم لا بل يخرج بذلك من حكم اللقيط و تكون الولايه للحاكم؟ قولان.

و فى اعتبار الرشد و العدالة قولان، ظاهر المتن و كثير العدم، و هو فى الثانى أظهر و أشهر، و فى الأول محل نظر، بل الاشتراط فيه لعله أظهر. و فى العدالة قول آخر.

و فى اشتراط الإسلام فى التقاط المحكوم بإسلامه، كلقيط دار الإسلام أو الكفر مع وجود مسلم فيها يمكن تولده منه تردد و اختلاف، و الأشهر الأظهر الاشتراط. و للكافر التقاط المحكوم بكفره بلا خلاف، كما فى كلام جمع.

و لا يجوز أن يلتقط المملوك إلا بإذن مولاه بلا خلاف، بل قيل:

إجماعاً. أما لو أذن له فيه ابتداءً، أو أقره عليه بعد وضع يده عليه جاز و كان السيد حقيقه هو الملتقط و العبد نائبه.

و لا فرق بين القن و المكاتب و المدبر و المبعوض و أم الولد، نعم لو لم يوجد للقيط كافل غير العبد و خيف عليه التلف بالإبقاء و جب التقاطه، لكن لا يلحقه أحكامه، فلو وجد بعد من له أهليه الالتقاط و جب عليه انتزاعه منه و سيده من الجملة.

و أخذ اللقيط مستحب عند المصنف هنا و فى الشرائع (1)، خلافاً للأكثر فواجب مطلقاً، و هو أظهر إلا مع عدم الخوف على اللقيط فيستحب ان وجد الفرض و لا أظنه يوجد، و الوجوب حيث قلنا به كفاي لا عينى إجماعاً كما عن

ص: ١٦٢

التذكرة.

و اللقيط فى دار الإسلام حر محكوم بإسلامه لا يجوز تملكه و لا كذلك اللقيط فى دار الشرك فإنه رق محكوم بكفره، و يجوز استرقاقه بلا خلاف فى المقامين.

و المراد ببلاد الإسلام هنا ما ينفذ حكمه و لا يكون فيه كافرا الا معاهدا، و بدار الكفر ما ينفذ فيه أحكامه و لا يوجد فيه مسلم الا مسالم. و لو وجد فيها مسلم و لو واحد تمكن تولده منه و لو إمكانا ضعيفا، ألحق به و لم يحكم بكفره و لا رقه.

و اللقيط لا ولايه للملتقط و لا لغيره من المسلمين عليه الا فى حضنته و تربيته، بل هو سائبه يتوالى من شاء.

و إذا لم يتوال أحدا بعد بلوغه فعاقلته و وارثه الامام عليه السلام إذا لم يكن له وارث خاص و لم يظهر له نسب، فديه جنايته خطأ عليه، و حق قصاصه فى النفس له أيضا، و فى الطرف للقيط بعد بلوغه قصاصا و ديه.

و يقبل إقراره على نفسه بالرقية مع بلوغه و رشده أى عقله ما لم يعلم حرية على الأشهر الأظهر. و لا فرق فى ذلك بين ما لو أقر سابقا بحريته أم لا عند جماعه، و لا يخلو عن قوه، خلافا لآخرين فلم يقبلوه فى الصورة الاولى.

ثم ان كل ذا إذا لم يكذبه المقر له، و أما معه ففى قبول إقراره حيث يقبل من دونه قولان. و تظهر الفائده فى ما إذا عاد المقر له فصدقه، فلا يلتفت على الأول و نعم على الثانى.

و حيث حكم برقيته ففى بطلان تصرفاته السابقه على الإقرار وجه، و يجب على اللقيط حضنته بالمعروف، و لا يجب عليه الإنفاق من ماله ابتداء، بل من مال اللقيط الموجود تحت يده، أو الموقوف على أمثاله، أو الموصى لهم بإذن الحاكم مع إمكانه، و الا أنفق و لا ضمان.

ص: ١٤٣

ثم ان هذا ان وجد للقيط مال و أما إذا وجد الملتقط و لا مال له، فان وجد سلطانا استعان به على نفقته من بيت المال أو الزكاه.
فان لم يجد و تعذر عليه استعان بالمسلمين و يجب عليهم مساعدته بالنفقة كفايه على الأشهر الأظهر، خلافا للمصنف ففي
الوجوب تردد.

و على المختار فان وجد متبرع منهم، و الا كان الملتقط و غيره ممن لا ينفق الابنيه الرجوع سواء في الوجوب.

فان تعذر الأمران من الرجوع الى السلطان و الاستعانه بالمسلمين أنفق الملتقط وجوبا و رجع عليه بعد يساره إذا نوى الرجوع بها
عليه.

و لو تبرع بها و لم ينو لم يرجع كما لا يرجع لو وجد المعين المتبرع فلم يستعن به، و لا خلاف في شيء من ذلك إلا في الرجوع
مع نيته، فقد خالف فيه الحلبي، و هو ضعيف. و لا يشترط نيه الرجوع على الأشهر الأقوى نعم الأحوط ذلك.

القسم الثاني: في الضوال

القسم الثاني: في الضوال جمع ضاله.

و هي كل حيوان مملوك ضائع أخذ و لا- يد محترمه عليه. و احترز ب «المملوك» عن نحو الكلب العقور و الخنزير. و
ب«الضائع» عما يوجد و عليه يد لمالك. و ب«لا- يد عليه» عن الضائع عن مالكة بيد الملتقط. و أخذه في صورته الجواز الآتية
مكروه على المعروف من مذهب الأصحاب و مع تحقق التلف مستحب قيل: بل قد يجب كفايه إذا عرف مالكها.

و حيث قد دل فحوى العبارة على اختلاف حكم التقاط الضاله جوازا و منعا أراد بيان كل من صورتين، و أشار الى الأولى
بقوله: فالبعير لا يؤخذ إذا وجد في كلاء و ماء يكفيا، أو كان صحيحا إجماعا كما يأتي.

و لو أخذه في هذه الصورة ضمنه الأخذ لأنه غاصب، فلا يبرأ إلا

يرده الى المالك أو الحاكم مع فقده، لا بالإرسال و لا يرده الى المكان الأول، قيل:

الا إذا أخذها ليردها الى المالك.

و كذا حكم الدابه و البقره و الخادم، بلا خلاف فى الأول أجده، و على الأقوى فى الأخيرين أيضا وفاقا لجماعه.

و يجوز أن يؤخذ البعير و ما فى حكمه لو تركه صاحبه من جهد و عطب لمرض أو كسر أو غيرهما فى غير كلاء و لا ماء، و يملكه الأخذ حينئذ على الأشهر الأقوى، خلافا لابن حمزه فلم يجوز الأخذ أيضا فى هذه الصورة.

و لو تركه صاحبه من جهد فى غير كلاء و ماء، أو من غير جهد فى غيرهما أو فيهما، لم يجز الأخذ إجماعا كما فى كلام جمع. و الفلاه المشتمله على كلاء دون ماء أو بالعكس، بحكم عادمها على الأقوى.

و الشاه ان وجدت فى الفلاه التى يخاف عليها فيها من السباع أخذها الواجد جوازا، بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع لأنها لا تمتنع من صغير (١) السباع فتكون كالتالفه لا فائده للمالك فى تركها له.

و يتخير الأخذ بين حفظها لمالكها، أو دفعها الى الحاكم، و لا- ضمان فيهما إجماعا كما فى كلام جمع، و بين أن يتملكها بلا خلاف.

و هل يضمنها حينئذ كما عن الأكثر مطلقا أو مع ظهور الملك؟ قولان، و اختار المصنف الضمان، و لا ريب أنه أحوط ان لم يكن أظهر. و هل له التملك قبل التعريف سنه؟ الأحوط بل الأظهر لا.

و فى روايه (٢) ضعيفه: ان وجد الشاه يحسبها عنده ثلاثه أيام، فان

ص: ١٦٥

١- (١) فى المطبوع من المتن: ضرر.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٦٥، ح ٦.

جاء صاحبها و الا- تصدق بئمنها عن صاحبها. و حملها الأصحاب على ما إذا أخذت من العمران و المساكن المأهولة و ما هو قريب منها بحيث لا- يخاف عليها من السباع، و ظاهرهم الاتفاق على العمل بها حينئذ، و لكن اختلفوا فى جواز الأخذ فيه على قولين، أشهرهما و أظهرهما: المنع، بل عن التذكرة نفى الخلاف عنه.

و يجب أن ينفق الواجد على الضال، ان لم يتفق سلطان ينفق عليها من بيت المال أو يأمره بالإنفاق، و لا يرجع بالنفقة على المالك حيثما لم يجز له أخذها و ان وجب عليه الإنفاق من باب الحفظ.

و هل يرجع بها على المالك حيثما جاز له الأخذ مع نية الرجوع؟ قولان الأشبه الأشهر نعم خلافا لمن مر.

و لو كان للضال نفع كالظهر أو اللبن جاز الانتفاع به فى مقابلة الإنفاق، بلا خلاف كما يفهم من بعضهم.

و فى كيفية الاحتساب بالمنفعة مكان النفقة قولان، ف قال الشيخ فى النهاية (١): كان ما استوفاه من المنافع بإزاء ما أنفق عليها مطلقا، و حجته غير واضحة.

و الوجه لزوم التقاص بالمنفعة عن النفقة، و رجوع كل ذى فضل الى فضله.

القسم الثالث: فى لقطه المال الصامت، و فيه ثلاث فصول

إشارة

القسم الثالث: فى لقطه المال الصامت، و فيه ثلاث فصول:

الاولى: اللقطه كل مال ضائع أخذ و لا يد عليه

إشارة

الاولى: اللقطه كل مال صامت ضائع أخذ و لا يد عليه هذا تعريف لها بالمعنى الأخص الذى هو المعروف منها لغيره، و المعنى الأعم الشامل للآدمى و قد تقدم.

فما كان منه دون الدرهم يجوز التقاطه و ينتفع به من غير

ص: ١٦٦

احتياج الى تعريف بلا- خلاف و فى كلام جمع الإجماع، لكن فيما عدا لقطه الحرم. و هل يجب ضمانه مع ظهور مالكة؟ قولان، أحوطهما: ذلك.

و فى إلحاق قدر الدرهم بما دونه فى الحكم المتقدم قولان، أظهرهما و أشهرهما: العدم وفاقا لجمع، خلافا لآخرين و مستندهم غير واضح عدا ما يستفاد من قول المصنف: فيه روايتان (1) من وجود روايه و لم أفف عليها.

و ما كان أزيد من الدرهم فان وجده فى الحرم كره أخذه كما عليه جماعه و قيل: يحرم و القائل الأكثر و هو أظهر. و لا فرق بين الزائد و الناقص و ان أوهمت العبارة الفرق و تخصيص الخلاف فى الزائد و الإنفاق فى الناقص، و فيه نظر.

و ظاهرها أيضا عدم الكراهه فى غير لقطه الحرم، و فيه أيضا نظر بل الكراهه فيه أظهر و أشهر و فى التذكرة الإجماع.

و لا يحل أخذه مطلقا الا مع نيه التعريف قطعاً و على القولين يعرفها إذا أخذها حولا واحدا إجماعا فيما زاد على الدرهم، و على الأشهر الأقوى مطلقا فان جاء صاحبه سلمها اليه و إلا تصدق به بعد الحول أو استبقاه أمانه فى يده.

و لا يجوز أن يملكه بلا خلاف فى شىء من ذلك، إلا فى عدم جواز التملك، فقد جوزه جماعه فى الناقص عن الدرهم و لو من دون تعريف، و جوزه الحلّى فى الزائد أيضا بعد التعريف، و هو أيضا كسابقه ضعيف، و فى المختلف و عن التذكرة الإجماع على خلافهما.

و لو تصدق به بعد الحول و كره المالك فلم يرض به لم يضمن الملتقط

ص: ١٦٧

على الأشهر فيما نقله المصنف، مع أنه لم ينقل الا عن المفيد و الديلمي و القاضي، و عكس في المسالك فجعل الضمان أشهر، و لعله أظهر سيما مع تعمد الالتقاط، و يحتمل اختصاص الضمان به دون غيره، ان لم يكن إجماع على عدم الفرق بينهما في الضمان أو عدمه. كل ذا إذا وجد في الحرم.

و ان وجد في غير الحرم و كان زائدا عما دون الدرهم يعرفه حولا واحدا، بلا خلاف فيه في الجملة. و ان اختلف في اختصاص وجوب التعريف بصوره نيه التملك بعده دون غيرها، أو عمومه للصورتين، و الثاني أظهر و أشهر.

ثم الملتقط هنا بعد التعريف تمام الحول بالخيار بين التملك مع الضمان كما في الصحيح (١) و الصدقه بها عن مالكة، كما في النصوص (٢) المستفيضه و إبقائها في يده أمانه موضوعه في حرز أمثاله كالوديعة، فلا يضمنها الا مع تعد أو تفريط.

و هذا لم يرد به نص كأصل التخيير بينه و بين أحد الأولين، الا أنه قيل: يفهم الإجماع عليه من التذكرة، و فيه اشكال لما يأتي من الخلاف في توقف التملك على النيه أو حصوله قهرا، و عليه لا معنى للإبقاء أمانه.

و لو تصدق بها بعد الحول فكره المالك ذلك ضمن الملتقط بلا خلاف، و في صريح المختلف و ظاهر غيره الإجماع.

ثم ان كل ذا إذا كانت مأمونه البقاء تمام الحول كالدرهم و الدنانير و نحوهما و لو كانت مما لا يبقى بل يفسد عاجلا كالطعام قومها على نفسه أو غيره عند الوجدان و ضمنها للمالك و انتفع بها، و ان شاء دفعها الى الحاكم ابتداء و لا ضمان عليه حينئذ مطلقا بلا خلاف، و عن التذكرة الإجماع.

ص: ١٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٤٩، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٥٠.

و هل يتعين استيذان الحاكم فى التقويم؟ قولان، ظاهر إطلاق النص (١)العدم و لكن الاستيذان أحوط. هذا مع إمكان الاستيذان، و أما مع عدمه فيتعين عليه التقويم، و ان أخل به فتلف أو عاب ضمن.

و لو كان مما يتلف على تطاول الأوقات لا عاجلا كالثياب، تعلق الحكم بها عند خوف التلف.

و لو افتقر إبقاؤه إلى علاج-كالرطب المفتقر الى تجفيف-أصلية الحاكم ببعضه، بأن يجعل بعضه عوضا عن إصلاح الباقي، أو يبيع بعضه و ينفقه عليه و جوبا حذرا من تلف الجميع. و يجب على الملتقط إعلامه بحاله ان لم يعلم، و مع عدمه يتولاه بنفسه.

و يكره أخذ الإداوه بالكسر، و هى المطهره به أيضا و المخصره به أيضا، و هى كل ما اختصر الإنسان بيده فأمسكه من عصا و نحوه.

و النعلين غير الجلد، أو مطلقا إذا أخذ فى بلاد الإسلام و الا فيحرم التقاطه و الشظاظ بالكسر، خشبه محدوده الطرف تدخل فى عروه الجواليق ليجمع بينها عند حملها على البعير.

و العصا، و الودت بكسر الوسط و الحبل، و العقال بالكسر، و هو حبل يشد به قائمه البعير و السوط و أشباهها من الأشياء التى يعظم نفعها و تصغر قيمتها.

بلا خلاف فى أكثرها، و على الأشهر الأظهر فى جميعها، خلافا لجماعه فحرموا التقاط الأولين و السوط. و ظاهر المتن عدم كراهته فى غير المعدودات، و الأشهر الأظهر ثبوتها فى غيرها أيضا كما مضى الا أنها يتأكد فيها.

ص: ١٦٩

و هنا مسائل ثلاث:

الاولى: ما يوجد فى أرض خربه

الأولى: ما يوجد فى أرض خربه قد جلا عنها أهلها بحيث لم يعرفوا أصلا أو فى فلاه أى أرض قفر غير معموره من أصلها أو تحت الأرض التى لا- مالك لها ظاهرا فهو لواجده إجماعا إذا لم يكن عليه أثر الإسلام من الشهادتين، أو اسم سلطان من سلاطينه، و على الأقوى مطلقا وفاقا لجماعه، خلافا لآخرين فيما عليه أثر الإسلام فحكموا بأنه لقطه.

و يستفاد من تقييد المصنف الموجود فى الأرض التى لا مالك لها بكونه تحتها، عدم اشتراطه فى الأولين بل يملك الموجود فيهما مطلقا، و هو كذلك لا طلاق النص (١) و الفتوى.

و أما المدفون فى الأرض المزبوره فهو لقطه، قيل: هذا كله إذا كان فى دار الإسلام، أما فى دار الحرب فلو أجده مطلقا.

و لو وجده فى أرض لها مالك معروف أو بائع و لو كان ما وجده فيها مدفونا، عرفه المالك أو البائع مطلقا و لو كان كل منهما بعيدا.

فان عرفه أحدهما يدفع اليه من غير بينه و لا- وصف و الا- يعرفاه كان للواجد على ما ذكره جمع من غير خلاف، لإطلاق الصحيحين (٢) بالدفع من غير تقييد باشتراط البينه أو الوصف، بل ليس فيهما تقييده بالتعريف، و لكنه لا أعرف فيه خلافا.

و لا- فرق فى الحكم بكونه لواجده مع عدم معرفه المالك له، بين ما عليه أثر الإسلام و غيره على الأصح، و لكن الأحوط فى الأول إجراء حكم اللقطه عليه،

ص: ١٧٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٥٤، ب ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٥٧، ب ٨.

ففى التنقيح (١) انه إجماع. و لا فى وجوب التعريف بين القليل و الكثير.

و كذا ما يجده فى جوف دابه مملوكه، فإنه يعرفه مالكها، فان عرفه و الا فهو لواجده، و لا فرق بين ما عليه أثر الإسلام و غيره على الأقوى.

و لو وجده فى جوف سمكه، قال الشيخ و جماعه: أخذه بلا تعريف و عليه المتأخرون كافة، خلافا للديلمى و الحللى فكالموجود فى جوف الدابه، و ظاهر المتن التردد، و لعل الأظهر الأول.

نعم يتوجه الثانى فيما لو كانت السمكه أهليه محصوره فى ماء تعلق، و لو كانت وحشيه لا تعتلف من مال المالك فالأول، كما صرح به جماعه.

الثانيه: ما وجده فى داره أو صندوقه

الثانيه: ما وجده فى داره أو صندوقه المختصين بتصرفه فيهما فهو له. و لو شاركه فى التصرف فيهما غيره كان كاللقطه إذا عرفه الشريك أو لا- و أنكره بلا- خلاف فيهما و لا إشكال، إلا فى إطلاق الحكم بأنه له مع عدم معرفه الشريك له مع قطعه بانتفائه عنه، فقد قيل: انه حينئذ لقطه، و هو حسن لو لا إطلاق النص (٢) بأنه له مع عدم صدق اللقطه على مثله ظاهرا.

و لا- فرق فى الحكم مع المشارك، بين المنحصر منه و غيره، و يحتمل قويا كونه له مع تعريف المنحصر خاصه و عدم اعترافه به، فلا يحتاج بعد ذلك الى تعريف سنه. و لا فى وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم و ما زاد عنه.

الثالثه: لا تملك اللقطه بحؤول الحول و ان عرفها ما لم ينو التملك

الثالثه: لا تملك اللقطه بحؤول الحول و ان عرفها سنه ما لم ينو التملك على الأشهر بين المتأخرين، بل مطلقا كما قيل.

وقيل: كما عن الشيخين و الصدوقين و الحللى أنه تملك بمضى الحول

ص: ١٧١

١- (١) التنقيح الرائع ٤-١٢١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٥٣، ب ٣.

بعد التعريف قهرا، و ادعى الأخير عليه الإجماع و تواتر الاخبار، و ليس ببعيد، و جعله فى الدروس أشهر.

و تظهر الثمره فى اختيار الصدقه و النماء المتجدد، و الجريان فى الحول و الضمان. ثم هل يملكها بعوض تثبت فى ذمته أو بغير عوض ثم يتجدد بمجىء مالكها؟ و جهان، و الأقرب الأول فىلحق بسائر الديون.

و فى المسأله قول ثالث، و هو احتياج التملك إلى النيه و التلفظ، و دليله غير واضح، و ان كان أحوط و بعده الأحوط القول الأول.

الفصل الثانى: فى الملتقط

الفصل الثانى: فى بيان الملتقط للمال مطلقا.

و هو من له أهليه الاكتساب، فلو التقط الصبى أو المجنون جاز فى المشهور و نقل قول باشرط أهليه الحفظ، و آخر باشرط إحدى الأهليتين، و لم أقف على قائلهما صريحا، و الأول أقوى.

و عليه ف يتولى الولى الحفظ و التعريف فى ما يفتقر إليهما ثم يختار ما هو الأغبط لهما من التملك و الصدقه و الإبقاء أمانه ان قلنا به.

و فى جواز التقاط المملوك من غير اذن مولاه تردد و اختلاف الا أن أشبهه عند المصنف و الأكثر الجواز و المسأله كسابقها محل اشكال.

و كذا الكلام فى التقاط المكاتب مطلقا و المدبر و أم الولد منعا و جوازا، لكن احتمال الجواز فى المكاتب أقوى. هذا فى غير لقطه الحرم، و أما فيها فجائز للعبد أخذها بلا خلاف كما عن التذكرة.

الفصل الثالث: فى الأحكام

إشاره

الفصل الثالث: فى الأحكام المتعلقة بالمقام و هى ثلاثه:

الأول: لا تدفع اللقطه إلا بالبينه

الأول: لا تدفع اللقطه إلى مدعيها و جوبا إلا بالبينه العادله، أو الشاهد و اليمين، أو العلم بأنها له.

و لا يكفى الوصف إجماعا إذا لم يورث ظنا، بل عن الحلى عدم كفايته

مطلقا.

وقيل: كما عن الشيخ انه يكفى فى الأموال الباطنه كالذهب و الفضة و هو حسن إذا أفادت المظنه، كما هو الغالب فى وصفها وفاقا للأكثر، بل عليه عامه من تأخر، و فى المسالك الإجماع على الجواز و عدم الوجوب، فلا اشكال فيهما.

و لو أقام غير الواصف بها بينه بعد دفعها، استعيدت منه بلا خلاف، فان تعذر انتزاعها من الواصف، ضمن الدافع لذى البينه مثلها أو قيمتها، فإذا ضمن رجوع على القابض بما غرم، الا أن يعترف الدافع له بالملك، فلا يرجع عليه حينئذ لو رجع عليه.

الثانى: لا بأس بجعل الآبق

الثانى: لا بأس بجعل الآبق و نحوه، أى أخذ مال لرده إجماعا فإن عينه المالك، كأن قال: من رد عبدى مثلا فله كذا لزم بالرد مع عدم قصد التبرع كائنا ما كان بلا خلاف.

و ان لم يعين الجعل، بأن قال: من رد عبدى فله على شىء و أبهم ففى رد العبد من المصر الذى فيه مالكة اليه دينار قيمته عشره دراهم.

و من خارج البلد الذى هو فيه سواء كان من مصر آخر أم لا- أربعة دنانير قيمتها أربعون درهما على روايه (1) ضعيفه سندا و مخالفه للأصول جدا الا أنه.

يعضدها الشهره العظيمة المتأخره و القديمه، حتى من الحلّى الغير العامل بأخبار الآحاد، لكنه خصه بصوره ذكر الجعل مبهما كما نزلنا عليه العبارة و عليه المتأخرون كافه، و هو فى غايه القوه، خلافا لجماعه فعمومه لما لم يذكر جعل بالكليه، كما يقتضيه إطلاق الروايه.

و إطلاقها- كنحو العبارة- يقتضى عدم الفرق فى وجوب المقدر، بين

ص: ١٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٣٧١، ب ٢١.

نقصانه عن قيمه العبد و عدمه، و به صرح جماعه، و الأقوى أن على المالك أقل الأمرين من قيمته و المقدر، و مبنى الروايه على الغالب من زياده قيمته كثيرا و الأظهر الأشهر فى وجوب دفع المقدر لا استحبابه، خلافا للمبسوط (1) فنزل الروايه على الفضيله.

ثم ان موردها- كالعباره و نحوها- العبد خاصه و لكن ألحق به الشيخان و الحللى و غيرهم البعير و نسبه فى المختلف إلى الأكثر، خلافا لجماعه فكغيرها، و لعله أقوى.

و أما فيما عداهما فيتعين أجره المثل إذا كان العمل مما له أجره فى العاده و ذكر المالك لها و لو مبهمه، بلا خلاف فيه و لا فى عدم لزوم شىء مع فقد الشرطين، أو تبرع العامل بعمله.

الثالث: لا يضمن الملتقط فى الحول لقطه و لا لقيطا و لا ضاله ما لم يفرط

الثالث: لا يضمن الملتقط فى الحول و بعده لقطه و لا لقيطا و لا ضاله ما لم يفرط أو يتعد فيضمن، بلا خلاف فى الحكمين. و من التعدى أخذها بنيه التملك قبل الوقت مطلقا، و ترك التعريف حيث يجب عليه مطلقا و ان لم ينو التملك بل الحفظ خاصه. و ليس منه الأخذ بنيه الحفظ دائما مع المواظبه على التعريف سنه، و لا الأخذ ليعرفها سنه و يتملكها بعدها.

و حيث ثبت الضمان بموجبه لم يزل بزواله، و النماء المتجدد فى أثناء الحول للمالك، متصلا كان أو منفصلا، و أقرب الوجهين و أظهرهما: أنه يتبع العين مطلقا.

و لا يشترط لتملكه حول بانفراده بعد إكمال حول أصله.

و إطلاق العباره يقتضى عدم الفرق فى الحكم بكونها أمانه حيث لم يقصر فيها، بين لقطه الحرم و غيرها، و هو حسن ان قلنا بكراهه أخذها، و الا فالأوفق بالأصل الضمان فيها مطلقا.

ص: ١٧٤

كتاب الموارث

اشاره

ص: ١٧٥

(كتاب المواريث) و هو أعم من الفرائض مطلقا ان أريد بها المفروض بالتفصيل، و ان أريد بها ما يعم الإجمال كإرث أولى الأرحام فهو بمعناه، و من ثم كان التعبير بما هنا أولى.

و النظر فيه يكون في المقدمات، و المقاصد، و اللواحق، و المقدمات ثلاث:

المقدمات

الأولى: في موجبات الإرث

الأولى: في بيان موجبات الإرث و أسبابه و هي نسب، و سبب.

فالنسب: و هو الاتصال بالولادة بانتهاء أحد الشخصين الى الآخر كالأب و الابن، أو بانتهاهما إلى ثالث مع صدق اسم النسب عرفا على الوجه الشرعي و هو ثلاث مراتب لا يورث أحد من المرتبه التاليه مع وجود واحد من المرتبه السابقه خال من موانع الإرث.

فالأولى: الأبوان من غير ارتفاع و الولد و ان نزل بشرط الترتيب الأقرب فالأقرب.

و الثانيه: الأجداد و الجدات و ان علوا مرتبين و الاخوه و الأخوات و أولادهم مع فقدهم و ان نزلوا كذلك.

ص: ١٧٧

و الثالثه: الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات و أولادهم مع فقدهم و ان نزلوا كذلك، ثم أعمام الأبوين و عماتهما و أخواتهما و خالاتهما و أولادهم مع فقدهم و ان نزلوا كذلك، و هكذا الى سائر الدرجات. ففي كل من المرتبتين الأوليين صنفان، و في الباقي صنف واحد.

و لا يحجب الأقرب من كل صنف الا بعد من الصنف الذي في مرتبته، بل يحجبه إذا كان من صنفه. و الواحد من كل مرتبه أو درجه - و ان كان أنثى - يحجب من ورائه من المراتب و الدرجات إلا في صوره واحده إجماعيه، و هي أن ابن العم للأب و الام يحجب العم للأب وحده و يأخذ نصيبه.

و السبب و هو الاتصال بما عدا الولاده من ولاء أو زوجيه قسمان:

زوجيه من الجانبين من دوام العقد، أو شرط الإرث على الخلاف و ولاء بفتح الواو، و أصله القرب و الدنو، و المراد به هنا تقرب أحد الشخصين بالآخر على وجه يوجب الإرث بغير نسب و لا زوجيه.

و الولاء له ثلاث مراتب: كالنسب لا يرث أحد من المرتبه التاليه مع وجود أحد من المرتبه السابقه خال من الموانع، فأقربها ولاء العتق، ثم ولاء تضمن الجريره، ثم ولاء الإمامه و القسم الأول يجمع جميع الوارث، و الثاني لا يجمع النسب و ان بعد.

الثانيه: في موانع الإرث

الثانيه: في بيان موانع الإرث، و هي كثيره ذكر المصنف منها ثلاثه هي أظهر أفرادها الكفر، و القتل، و الرق.

أما الكفر: فإنه يمنع في طرف الوارث بمعنى انه لو كان كافرا لا يرث مسلما و يرث لو كان بالعكس إجماعا فلا يرث الكافر مسلما، حربيا كان الكافر أو ذميا أو مرتدا. و يرث المسلم الكافر أصليا كان أو مرتدا بإجماعنا.

و حيث قد ظهر أن الكافر لا يرث المسلم ف قد ظهر أن ميراث المسلم

لوارثه المسلم مطلقا انفراد بالنسب و ما بعده من الأسباب أو شاركه الكافر فإنه لا يرثه مطلقا و لو كان أقرب إليه من الوارث المسلم حتى أنه لو كان ذلك الوارث المسلم ضامن جريره اتفق مع ولد كافر للميت فالميراث للضامن من دون الولد.

و لو لن يكن للمسلم وارث مسلم مطلقا ورثه لإمام عليه السلام.

و اعلم ان الحكم بأن الكافر يرثه المسلم ان اتفق وارثا مطلقا و لو كان بعيدا، و عارضه وارث كافر أقرب منه الى الميت و أولى قد مضى، فلا وجه لإعادته تاره أخرى.

و لا يرثه الكافر إلا إذا لم يكن له وارث خاص مسلم فيرثه حينئذ بلا خلاف.

و لو كان للكافر وارث مسلم كان أحق بالإرث من موارثه الكافر و ان بعد هو و قرب ذلك الكافر كما مر في أولويه الوارث للمسلم من وارثه الكافر و ان بعد المسلم و قرب الكافر. و الفرق بين المسألتين مع تشابههما كون الوارث في الأولى مسلما و في الثانية كافرا.

و إذا أسلم الكافر على ميراث مورثه المحجوب عنه بكفره مع وجود ورثه له مسلمين قبل قسمته عليهم شارك في الإرث بحسب حاله ان كان مساويا لهم في النسب المرتبه، كما لو كان الكافر ابنا و الورثه اخوته مثلا و جاز الميراث و جمعه كملا ان كان أولى منهم في المرتبه، كما لو كانوا في المثال اخوه الميت، و الحكم بذلك مطلق سواء كان المورث مسلما أو كافرا بلا خلاف في شيء من ذلك.

و هل يبقى الميراث على حكم مال الميت الى أن يقسم أو يسلم باقى الورثه و يصير بلا مالك بالفعل غير الله سبحانه، أو ينتقل الى الموجودين ملكا مترلزا ثم ينتقل منهم الى من يسلم بعدهم كلا أو بعضها، أو يكون إسلامه كاشفا عن

الملكيه بعد الموت أوجه، و قطع الشهيدان و غيرهما بأن النماء المتجدد بعد الموت و قيل القسمة تابع للأصل، و لو أسلم الوارث بعد القسمة لم يرث بلا خلاف.

و كذا لو كان الوارث المسلم واحدا لم يزاحمه الكافر مطلقا و ان أسلم بلا خلاف فيه في الجملة إذا كان الواحد من عدا الامام عليه السلام لانه لا يتحقق هنا قسمة مع انتقال المال اليه و حصوله في ملكه، فالانتقال إليه حينئذ يحتاج الى دليل و ليس.

و لا فرق في ذلك بين بقاء التركة و عدمه على الأقرب، خلافا للإسكافي فحكم بالمشاركة في الصورة الاولى، و هو نادر.

و إذا كان الواحد الامام عليه السّلام، ففي أولويته بالإرث مطلقا، أم الكافر المسلم كذلك، أم الأول مع نقل التركة إلى بيت المال و الثاني مع العدم أقوال، أشهرها أظهرها الثاني [و لا فرق في ذلك بين كون المورث مسلما أو كافرا (١)].

و هنا مسائل:

الأولى: الزوج المسلم أحق بميراث زوجته من ذوى قرابتها الكفار مطلقا كافرته كانت الزوجه أو مسلمه، و له النصف بالزوجه و الباقي بالرد على الأظهر الأشهر فيه.

و في أن للزوجه المسلمه الربع من التركة مع الورثة الكفار كانت أم لا- و الباقي للإمام عليه السّلام مع عدمهم مطلقا، و مع وجودهم أيضا إذا كان الزوج المورث مسلما، و لهم إذا كان كافرا كما مضى.

و سيأتى الكلام في المسألتين إن شاء الله تعالى، و انما ذكرهما تمهيدا لذكر مسأله محلها:

و هي أنه لو أسلموا أى الورثة الكفار أو أسلم أحدهم بعد

ص: ١٨٠

أن أخذ الزوجان نصيبهم من التركة كلاً أو بعضاً.

قال الشيخ في النهاية (١) والقاضى يرد عليهم أى على الورثة أو بعضهم بعد إسلامهم ما فضل عن سهم الزوجيه من النصف فى الفرض الأول و ما زاد على الربع فى الثانى.

ولا- ريب فى الحكم فى الفرض الثانى على مختار المصنف و لأكثر من ثبوت الرد فيه إذا كان الإسلام قبل القسمه بين الامام عليه السّلام و ذوى الفرض و عدمه إذا كان بعدها، ولا- فى عدمه فى الفرض الأول على مختارهم أيضاً، عملاً فى الفرضين بالقواعد المتقدمه فى إسلام الكافر قبل القسمه و بعدها و إسلامه مع الوارث الواحد المسلم.

و عليه فليس فيه أى فى ما حكم به الشيخ تردد بل ينبغى القطع به فى الجملة، و عدمه كذلك على التفصيل الذى ذكرنا، و ما ذكره المصنف فى وجه التردد أو ذكر له قد أجبتنا عنه فى الشرح مفصلاً.

الثانيه: روى المشايخ الثلاثة فى الصحيح (٢) الى مالك بن أعين عن أبى جعفر عليه السّلام فى نصرانى مات و له ابن أخ و ابن أخت مسلمان و أولاد صغار أنه لابن الأ-خ الثلثان و لابن الأخت الثلث و أنه ينفقان على الأولاد بالنسبه أى بنسبه حقوقهما و ميراثهما، فينفق ابن الأ-خ ثلثى النفقه و ابن الأخت ثلثها إذا لم يسلموا قبل البلوغ.

فإن أسلم الصغار قبله دفع المال أى التركة الى الامام عليه السّلام، فان بلغوا باقين على الإسلام دفعه الامام عليه السّلام إليهم.

و لو لم يسلموا أو لم يبقوا بعده على إسلامهم دفع الامام عليه السّلام

ص: ١٨١

١- (١) النهاية ص ٦٦٤.

٢- (٢) الكافى ٧-١٤٣، الفقيه ٤-٢٤٥، التهذيب ٩-٣٦٨.

التركه الى ابن الأَخ الثلثين و الى ابن الأَخث الثلث و عمل بها الأكثر، فلا يبعد المصير إليها، و ان قصر السند و خالف الأصول المتن، و لكن المسأله بعد لا يخلو عن تردد، لا طباق المتأخرين على عدم الجزم بها، و ان اختلفوا فى التوقف فيها أوردتها.

و هل يختص الحكم على تقدير ثبوته بمورد الروايه أم يطرد فى ذى القرباه المسلم مطلقا مع الأولاد؟ قولان، و ظاهر الأ-كثر الأول، و لا ينبغى ترك الاحتياط فيه بل فى الأصل على حال.

الثالثه: إذا كان أحد أبوى الصغير مطلقا مسلما ألحق به فى الإسلام، سواء كان إسلامه حين علوق الصغير أو بعده قبل بلوغه، و يتبع ذلك حكم التوارث.

فلو بلغ أجبر على الإسلام، و لو أبى عنه كان كالمرتد فى أحكامه، بلا خلاف فى شىء من ذلك، و فى المسالك الوفاق.

الرابعه: المسلمون يتوارثون بعضهم من بعض و ان اختلفت آراؤهم و مذاهبهم ما لم ينكروا ما علم ضروره من الدين، و مع إنكاره لا يرث المنكر غيره و هو يرثه.

و كذا الكفار يتوارثون بعضهم من بعض و ان اختلف ملتهم بلا خلاف فى شىء من ذلك الا من شاذ.

الخامسه: المرتد عن فطره الإسلام، و هو من انعقد و أحد أبويه مسلم يقتل و لا يستتاب و تعتد امرأته عدّه الوفاه مطلقا و لو لم يدخل بها على الأقوى و تقسم أمواله بين ورثته و لو كان حيا.

و من ليس ارتداده عن فطره كأن أسلم عن كفر ثم ارتد لا يقتل ابتداء بل يستتاب، فان تاب و إلا قتل، و تعتد زوجته عدّه الطلاق مع الحياه و عدّه

الوفاه لا معها بلا خلاف يعتد به فى شىء من ذلك.

و المرأه لا تقتل بالرده بل تحبس و تضرب أوقات الصلاه حتى تتوب مطلقا و لو كانت عن فطره بلا خلاف ظاهر بيننا فى شىء من ذلك.

السادسه: لو مات المرتد كان ميراثه لو إرثه المسلم و ان بعد و قرب وارثه الكافر إجماعا.

و لو لم يكن له وارث الا كافر كان ميراث المرتد الأجود الاكتفاء عنه بالضمير للإمام عليه السّلام بلا خلاف فى الفطره، و على الأظهر الأشهر فى الملى بل لا خلاف فيه الا من نادر.

و أما القتل : أى قتل الوارث مورثه فيمنع الوارث من الإرث أى إرث المقتول إذا كان عمدا ظلما إجماعا. و احترز ب«الظلم» عما لو قتله بحق فى نحو حد أو قصاص، فإنه لا يمنع بلا خلاف.

و لا يمنع لو كان خطأ مطلقا عند جماعه، و نعم كذلك عند نادر و قال الشيخان و غيرهما: انه يمنع من الديه حسب و هو أظهر و أشهر و استفاض نقل الإجماع فى كلام جمع.

و لا فرق فى الخطأ بين كونه محضا أو شبيها بالعمد، على الأصح وفاقا لجمع.

و لا- فى القاتل بين الصبى و المجنون و من يقابلهما، لكن فى إلحاقهما مطلقا بالخاطى أو العامد نظر، و لعل الأول أظهر وفاقا لجمع، خلافا للآخرين فى المقامين.

و لا فى القتل بين وقوعه مباشره أو تسيبيا فى ظاهر المذهب للعموم كما قيل، و فيه نظر، بل التخصيص بالمباشره لعله أظهر وفاقا لجمع، إلا إذا صدق القاتل على السبب حقيقه فكالمباشر.

و لو اجتمع القاتل الممنوع من الإرث و غيره ممن يرث المقتول فالميراث لغير القاتل مطلقا و ان بعد من المقتول سواء تقرب ذلك الغير بالقاتل كابنه مثلا أو بغيره كابن الأخ له و نحوه.

و لو لم يكن للمقتول وارث سوى القاتل فالارث للإمام عليه السلام بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و هنا مسائل ثلاث:

الأولى: الديه كأموال الميت يقضى منها ديونه و تنفيذ وصاياه مطلقا و ان قتل عمدا إذا أخذت الديه و صولح بها عن القصاص، على الأشهر الأقوى كما مضى.

و هل للديان فى صورة العمد منع الوارث من القصاص مع عدم وفاء؟ الوجه لا وفاقا للحلى و غيره و عزى إلى الأكثر و فى روايه (١) أن لهم منع الوارث حتى يضمّن الوارث الدين و عمل بها جماعه من القدماء، و منهم ابن زهره مدعى الإجماع، و هو أحوط ان لم نقل أظهر.

الثانية: يرث الديه ديه المقتول مطلقا عمدا قتل أو خطأ من تقرب إليه بالأب ذكرا و إناثا بلا خلاف الا من الخلاف فقال: لا يرثها الا المتقرب اليه بالأبوين دون أحدهما، و هو شاذ.

و كذا يرث الزوج و الزوجه كل منهما من ديه الآخر، بلا خلاف يظهر و بالوافق صرح جمع.

و لا يرث من تقرب إليه بالأم خاصة على الأظهر الأشهر و قيل:

كما عن المبسوط أنه يرثها من يرث المال كائنا ما كان، و ربما يعزى الى الحلى، و الموجود فى السرائر الأول مع نفي الخلاف عنه.

ص: ١٨٤

الثالثة: إذا لم يكن للمقتول عمدا وارث سوى الامام عليه السلام فله القود و الديه مع التراضى بها عنه.

و ليس له العفو على الأشهر الأظهر، للصحيح (1)، و هو يتناول العمد و الخطأ، كما عزی الى الشيخين، و ليس ببعيد.

و قيل: و القائل الحلى ان له العفو و هو وجيه لو لا الصحيح.

و أما الرق: فيمنع من الإرث فى الوارث بمعنى أنه لا- يرث الإنسان إذا كان رقا و ان كان المورث مثله، بل يرثه الحر و ان كان ضامن جريره دون الرق و ان كان ولدا.

و فى الموروث بمعنى أن الرق لا- يورث، بل ما له لمولاه بحق الملك لا بالإرث و ان كان له وارث حر، بلا خلاف فى شىء من ذلك حتى على القول بأن العبد يملك، و فى عبائر جمع الإجماع.

و لو اجتمع الرق الوارث مع الحر كذلك فالميراث للحر دونه و لو بعد الحر و قرب المملوك.

و لو كان للحر ولد رق و لذلك الولد الرق ابن حر، وورث الابن الحر جده و لا يحجبه رقيه أبیه كما فى الكافر و القاتل، فإنهما لا يمنعان من يتقرب بهما الى الميت.

و لو أعتق على ميراث قبل قسمته شارك باقى الورثة ان كان مساويا لهم فى المرتبه و الدرجه و حاز الإرث و جمعه كله ان كان أولى منهم بحسب المرتبه أو الدرجه بلا خلاف.

و لو كان الوارث الحر واحدا فأعتق الرق بعد موت مورثه لم يرث مطلقا و ان كان أقرب الى الميت من الحر، و كذا لو أعتق بعد القسمه

ص: ١٨٥

مع تعدد الورثه لأنه لا قسمه فى الأول و لا عتق قبلها فى الثانى.

و لو قسم بعض التركه ثم أعتق، فأظهر الأوجه إرثه من الجميع كما قطع به جماعه.

و لو لم يكن للميت ممن عدا الامام عليه السلام وارث سوى المملوك، أجبر مولاه على أخذ قيمته فيعتق ليحوز المال بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع، و يتوقف عتقه بعد الشراء على الإعتاق، فيتولاه من يتولى الشراء و هو الحاكم الشرعى، فإن تعذر تولاهما غيره كفايه.

و لا فرق فى المملوك بين القن و المكاتب و المدبر و أم الولد، و لو كان المكاتب المطلق أدى شيئاً و عتق منه بحسابه فك الباقي و ان كان يرث بجزئه الحر.

و ان قصر المال أى التركه عن قيمته لم يفك على الأشهر الأظهر، و فى السرائر نفى الخلاف عنه.

و قيل: يفك ما وفا به القيمه و يسعى العبد فى باقيه للسيد، و لم نظفر بالقائل، و هنا قول ثالث شاذ كسابقه، و يتفرع على الخلاف فروع ذكرناه فى الشرح.

و اعلم أنه يفك الأبوان إجماعاً و الأولاد خاصه دون غيرهما من الأقارب و الزوجين وفاقاً لجماعه، و ان اختلفوا فى تخصيص الأولاد بالصلب أو تعميمه لأولاد الأولاد.

و قيل: يفك ذو القرباه مطلقاً، فيدخل فيه من على من الإباء و من سفلى من الأولاد و الاخوه و الأعمام و الأخوال، و بالجمله كل وارث قريب عدا الزوج و الزوجه، و القائل الشيخ فى النهايه و كثير، و هو الأقوى و عليه الإجماع فى السرائر و الروضه فى الأولاد للصلب، و لكن الثانى لم يقيدهم بالصلب و به مع ذلك

روايه (١) بل روايات ضعيفه مجبوره بالشهره.

و فى إلحاق الزوج و الزوجه بمطلق ذى القرابه فى الحكم المزبور تردد و اختلاف، و الأظهر العدم وفاقا للأكثر.

و لا- يرث المدبر و لا أم الولد و لا المكاتب المشروط و لا المطلق الذى لم يؤد شيئاً، و لا يورثون كالقن بلا خلاف. و كما لا يورثون على هذه الحاله كذا يفكون ليرثوا لتحقق الوصف إذا كانوا ممن يجب فكهم كما مر.

و من تحرر بعضه و بقى بعضه رقا يرث و يورث ب قدر ما فيه من الحريه، و يمنع من كل منهما ب قدر ما فيه من الرقيه بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع.

ففى الصوره الاولى لو كان للميت ولد نصفه حر و أخ حر، فالمال بينهما نصفان.

و لو كان نصف الأخ حراً فللابن النصف و للأخ الربع و الباقى للعم الحران كان، فلو كان نصفه حراً فله الثمن و الباقى لغيره من المراتب المتأخره عنه و هكذا.

و لو لم يكن هناك وارث فى جميع الطبقات حتى ضامن الجريره، كان باقى التركة فى مقابله الجزء الرق من التركة المتخلفه فى مقابله، و ان قلنا أنه لا- يشتري بعض المملوك، لا- ين شراء هذا الجزء يوجب تمام الحريه، و لا- يحصل به ضرر على المالك بالتبعيض، بخلاف شراء البعض و إبقاء الباقى رقا.

نعم لو لم يف باقى التركة بهذا الجزء جاء فيه الخلاف السابق، و فى الثانيه لو كان الميت نصفه حراً فلمولاه نصف تركته و لوارثه الحر نصف الباقى، و هكذا فى أصح الوجهين فى كيفية الإرث منه بنسبه الحريه.

ص: ١٨٧

المقدمه الثالثه: فى السهام المقدره و أهلها.

المقدمه الثالثه: فى بيان السهام المقدره و أهلها.

و هى فى كتاب الله سبحانه سته: النصف، و الربع، و الثمن، و الثلثان و الثلث، و السدس.

و أما أهلها فخمسه عشر: فالنصف لأربعة للزوج مع عدم الولد للزوجه و ان نزل سواء كان منه أم من غيره و للبت الواحد و للأخت للأب و الام أو للأب مع عدمها و عدم الذكران فى الموضعين.

و الربع لاثنتين للزوج مع الولد للزوجه و ان نزل و كان من غيره و للزوجه مع عدمه أى الولد للزوج مطلقا و ان نزل و كان من غيرها.

و الثمن لقبيل واحد للزوجه مع الولد لزوجها و ان نزل و كان من غيرها.

و لا- فرق فى الزوجه فى المقامين بين الواحد و المتعدده، حتى لو كن أربعا اقتسمن الفرض من الربع أو الثمن على عددهن أربعا، و لو كن ثمانيه اقتسمته أثمانا و هكذا بلا خلاف.

و الثلثان لثلاثه للبتين فصاعدا، و للأختين فصاعدا إذا كن للأب و الام، أو الأب خاصه مع عدمهما و عدم الذكران فى الموضعين.

و الثلث لقبيلتين للأم مع عدم من يحجبها من الولد للميت و ان نزل، و الاخوه له و للاثنين فصاعدا من ولد الأم خاصه، ذكورا كانوا أم إناثا أم بالتفريق.

و السدس لثلاثه لكل واحد من الأبوين مع الولد للميت و ان نزل، و للأم مع من يحجبها عن الزائد عن السدس من الولد أو الاخوه و للواحد من كلاله الأم أى ولدها ذكرا كان أو أنثى.

سمى الإخوه «كلاله» من الكل، و هو الثقل لكونها ثقلا على الرجل لقيامه

بمصالحهم مع عدم التولد الذى يوجب مزيد الإقبال و الخفه على النفس، أو من الإكليل و هو ما يزين بالجواهر شبه العصابه، لاحظتهم بالرجل كإحاطته بالرأس هذا حكم السهام المقدره منفرده.

و أما منضمه بعضها الى بعض، فبعضها ممكن، و بعضها ممتنع، و صور اجتماعهما الثنائى ممكن و ممتنع، احدى و عشرون، حاصله من ضرب السهام الستة فى مثلها، ثم حذف المكرر منها و هو خمسه عشر، منها ثمانية ممتنع و ثلاثه و عشرون واقعه صحيحه، و ذكر المصنف منها عشره، و من الممتنع ثلاثه، و نحن نذكر له التتمه فنقول:

و النصف يجتمع مع مثله كزوج و أخت للأب و أم، أو للأب خاصه مع عدم ذكر و مع الربع كزوج و بنت واحده، و كزوجه و أخت للأب و أم أو الأب خاصه كذلك و مع الثمن كزوجه و بنت و لا يجتمع مع الثلثين.

و يجتمع مع الثلث كزوج و أم مع عدم الحاجب و كلاله الام المتعدده مع أخت لأب و أم، أو للأب خاصه مع عدم ذكر.

و مع السدس كزوج و واحده من كلاله الأم، و كبتت مع أحد الأبوين، و كأخت لأب و أم، أو لأب خاصه مع واحده من كلاله الأم.

و لا يجتمع الربع مع مثله و لا مع الثمن.

و يجتمع الربع مع الثلثين كزوج و ابنتين، و كزوجه و أختين لأب و أم أو لأب خاصه.

و مع الثلث كزوجه و أم مع عدم الحاجب، و زوجه مع متعدده من كلاله الأم و مع السدس كزوجه و واحده من كلاله الأم، و كزوج و أحد الأبوين مع ابن أو بنت، بناء على أن زياده سدسى الأبوين مع البنت

بالرد لا بالفرض، و إنما هو السدس خاصة.

و لا فرق بين الابن و البنت فى ذلك، و ان افترقا بحصول الرد الى أحد الأبوين معها دونه، الا أنه ليس من جهة الفرض الذى هو محل الفرض.

و يجتمع الثمن مع الثلثين كزوجه و ابنتين و مع السدس كزوجه و أحد الأبوين مع ابن أو بنت. و يجتمع الثلثان مع الثلث، كماخوه لأم مع أختين فصاعدا لأب. و لا يجتمعان مع مثلهما. و يجتمعان مع السدس، كبنتين و أحد الأبوين و كأختين لأب مع واحد من كلاله الأم.

و يجتمع السدس مع السدس، كأبوين مع الولد و لو كان بنتا، ان فرضنا اجتماع السدسين فى الجملة. و ان اجتمع معهما فرض آخر غيرهما، و الا فليخصص الولد بالأبوين، لكون البنت فرضها النصف فاجتمع ثلاثه فروض، و هو خلاف المفروض. و لا يجتمع الثمن مع مثله، و لا مع الثلث. و لا الثلث مع مثله، و لا مع السدس.

و احترز بقوله: تسميه عن اجتماع الثلث مع السدس قرابه، كزوج و أبوين فإن للزوج النصف و للأم مع عدم الحاجب الثلث و للأب السدس و مع الحاجب بالعكس. و على التقديرين فسهم الأب بالقرابه لا بالفرض.

و لو لو حظ هذا المعنى لأمكن اجتماع كل ما امتنع سابقا بغير العول، فيجتمع الربع مع مثله كما فى البنتين و ابن، و مع الثمن كما فى زوجه و بنت و ثلاث بنين و هكذا، الا أنه خارج عن الفرض.

و اعلم أن الوارث إذا كان واحدا من أى الطبقات كان، وورث المال كله بعضه بالفرض و الباقي بالقرابه ان كان من ذوى الفروض، و الا فجميعه بالقرابه و ان كان أكثر من واحد و لم يحجب بعضها بعضها.

و أما أن يكون ميراث الجميع بالقرابه، أو بالفرض، أو بعض بهذا و بعض بهذا. فعلى الأول يقسم على ما يأتي من التفصيل في ميراثهم، و على الثالث يقدم صاحب الفرض فيعطى فرضه و الباقي للباقيين، و على الثاني فاما أن تنطبق السهام على الفريضة، أو تزيد عليها، أو تنقص عنها.

فعلى الأول لا اشكال، و على الثاني فالزائد عندنا للأنساب يرد عليهم زياده على سهامهم، إذ الأقرب يحرم الا بعد، و على الثالث يدخل النقص عندنا على البنت و البنات و الأخت و الأخوات للأبوين أو الأب.

و ضابطه عندنا: ان النقص عندنا انما يدخل على من له فرض واحد في الكتاب المجيد، لان له الزيادة متى نقصت السهام، فيكون عليه النقص متى زادت دون من له فرضان، فإنه متى نزل عن الفرض الأعلى كان له الأدنى، خلافا للعامه في المقامين حيث حكموا في الأول بالتعصيب، أى إعطاء الزائد المعصيه و هم المتقربون بالأب من الأعمام و الاخوه. و فى الثانى بالعود فجعلوا النقص موزعا على أرباب السهام.

و حيث أن هاتين المسألتين من أمهات المسائل، و المعركه العظمى بين الإماميه و العامه، و عليهما بنى معظم الفرائض، نبه المصنف عليهما بقوله:

مسألتان:

الأولى: التعصيب باطل عندنا بضروره مذهبنا، و المتواتر من أخبارنا (١).

و عليه ف فاضل التركه يرد على ذى السهام عدا الزوج و الزوجه و الام مع وجود من يحجبها على تفصيل يأتي ذكره إن شاء الله تعالى.

الثانيه: لا عول فى الفرائض عندنا لعين ما مر فى المسأله الأولى،

ص: ١٩١

و لاستحاله أن يفرض الله سبحانه في مال لا- يفى به كنصفين و ثلث، أو ثلثين و نصف و نحو ذلك، و الا لكان جاهلا أو عابثا
تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا، و فى المستفيضه:

أن الذى أحصى رمل عالج يعلم أن السهام لا تعول على سته (١).

بل يدخل النقص على البنت أو البنين أو على الأخت أو الأختين للأب أو للأبوين أو على الأب أو من يتقرب به، و سيأتى بيانه
إن شاء الله تعالى.

و فرض دخول النقص على الأب غير موجود الا هنا و فى الشرائع (٢) و جملة من كتب الفاضل و اللمعه (٣)، و هو غير جيد يظهر
وجهه مما قدمنا فى ضابط من يدخل عليه النقص، فإن الأب مع الولد لا ينقص عن السدس، و مع عدمه ليس من ذوى الفروض، و
مسأله (٤) العول مختصه بهم.

المقاصد

اشاره

و أما المقاصد فثلاثه:

الأول: فى ميراث الأنساب

اشاره

الأول: فى بيان ميراث الأنساب، و مر أن مراتبهم ثلاث:

الأولى: الإباء

الأولى: الإباء من غير ارتفاع و الأولاد و ان نزلوا بشرط الأقرب فالأقرب فالأب يرث المال كله إذا انفرد عن قريب للميت فى
مرتبته.

و كذا لام ترثه إذا انفردت عنه لكنها ترث الثلث بالفرض و الباقي بالرد بخلاف الأب فيرثه أجمع بالقرايه.

و لو اجتمعا أى الأبوان خاصه منفردين عن من هو فى مرتبتهما فللأم الثلث بالفرض مع عدم الحاجب و للأب الباقي بالقرايه.

و لو كان له أى للميت اخوه يحجبونها عن الثلث كان لها السدس

ص: ١٩٢

٢- (٢) شرائع الإسلام ٢١-٤.

٣- (٣) اللمعه ٨-٨٧.

٤- (٤) و اعلم أن العول لا يكون بدخول الزوج أو الزوجه، و بهما قد تعول الفريضة إلى سبعة كزوج و أختين «منه».

بالفرض أيضا و الباقي كله للأب بالقرايه.

و لو اجتمعا و شاركهما زوج أو زوجه،فلزوج النصف و للزوجه الربع. و للأم ثلث الأصل لا ثلث الباقي عن نصيبهما إذا لم يكن لها حاجب عنه من الاخوه و الباقي عن نصيبهم للأب بالقرايه بخلافهم،فإنما يحوزونه بالفرض.

و لو كان لها أى للأم حاجب كان لها السدس من الأصل كالثلث و الباقي عن نصيبهم للأب كالسابق.

و لو انفرد الابن عمن يشاركه فى مرتبه فالمال كله له بالقرايه.

و لو كانوا أكثر من واحد اشتركوا فيه بالسويه و كذلك البنت و البنات لو انفردن،كان المال لها أو لهن أجمع بالسويه،لكن يرثن بعضه - و هو النصف أو الثلثان-بالفرض و الباقي بالقرايه.

و لو كانوا ذكورا و إناثا،فللذكر سهمان و للإنثى سهم.

و لو اجتمع معهم أى مع الأولاد الأبوان خاصه فلهما السدسان بالسويه فرضا و الباقي عن نصيبهما و هو الثلثان للأولاد مطلقا ذكرانا كانوا أو ذكرانا و إناثا يرثونه بالقرايه خاصه.

و لو كانت بنتا فى المثال فلها النصف بالفرض و للأبوين السدسان به أيضا من أصل التركة و الباقي و هو السدس يرد على الأبوين و البنت أحماسا على نسبه الفرض إجماعا.

فللبنت ثلاثه أخماس و لكل منهما خمس،و الفريضه حينئذ من ثلاثين،لأن أصلها سته مخرج السدس و النصف،ثم يرتقى بالضرب فى مخرج الكسر الى ذلك،هذا إذا لم يكن للأم حاجب عن الزائد عن الثلث.

و لو من يحجب الام من الاخوه رد على الأب و البنت خاصه أرباعا و الفريضة حينئذ من أربعه و عشرين للأم سدسها أربعه و للبنت اثنا عشر بالأصل و ثلاثه بالرد، و للأب أربعه بالأصل و واحد بالرد.

و لا- خلاف فى أصل الرد هنا و سابقا و كونه فى السابق أحماسا، و لا- فى اختصاصه هنا بمن عدا الام، بل على جميع ذلك الإجماع، فى عبائر جمع، و لا فى كون الرد هنا أرباعا، الا من نادر فجعله أحماسا، و لا بأس به ان لم ينعقد الإجماع على خلافه كما هو الظاهر.

و لو كان مع الأبوين بنتان فصاعدا فلأبوين السدسان بينهما و للبنتين أو البنات الثلثان بالسويه و لا رد فى المقام، لأن الفريضة فيه بقدر السهام.

و لو كان معهما أى مع البنتين أو معهن أى البنات أحد الأبوين خاصه كان له السدس مطلقا أبا كان أو أما و لهما أو لهن الثلثان، و السدس الباقي عن سهامهم يرد عليهم جميعا أحماسا على نسبه السهام على الأشهر الأقوى، بل كاد أن يكون إجماعا، خلافا للإسكافى فخص الرد بالبنتين و هو شاذ و فى صريح التحرير (1) و ظاهر الدروس (2) الإجماع على المختار.

و لو كان مع البنت أو البنتين فصاعدا و الأبوين زوج أو زوجه كان للزوج الربع مطلقا و للزوجه الثمن كذلك و للأبوين السدسان ان كانا معا، و الا فلأحدهما، السدس و الباقي للبنت و البنتان.

و حيث يفضل شىء عن الفريضة التى هى النصف و السدسان و الثمن فى مثال المتن و يختلف باختلاف الفروض التى فرضناها، و هى ما لو كان

ص: ١٩٤

١- (١) التحرير ٢-١٦٣.

٢- (٢) الدروس ص ٢٥٨.

الوارث بنتين و أحد الأبوين و زوجته، أو بنتا و أحدهما و زوجها أو زوجه يرد عليها أى على البنت أو البنات الزائد عنها و على الأبوين فى الفرض الأول، أو أحدهما فى الفرض الثانى أخماسا مع عدم الحاجب للأم عن الثلث أو أرباعا حيث يناسب.

فللبنت ثلاثه أخماس و للأبوين خمسان إذا اجتمعا معها، و الا- فلأحدهما الربع و لها الثلثه الأرباع و للبتين أربعه أخماس و الخمس الباقي لأحد الأبوين.

و لو كان معهما من يحجب الام رددناه أى الفاضل عن الفريضة على البنت و الأب خاصة أرباعا بنسبه سهامهم، و لا يرد على الزوجين هنا إجماعا.

و يلحقه أى الكلام فى هذه المرتبه مسائل:

الأولى: أولاد الأولاد يقومون فى الإرث مقام آبائهم عند عدمهم و عدم الأبوين و وارث آخر أقرب منهم إجماعا، للنصوص (١)، و مقتضى كثير منها ثبوت ذلك و لو مع وجود الأبوين أو أحدهما كما هو الأقوى، و سيأتى بيانه إن شاء الله تعالى.

و حيث يرثون يأخذ كل فريق منهم نصيب من يتقرب به الى الميت، فلأولاد الابن الثلثان، و لأولاد البنت الثلث كائنا ما كانوا ذكورا أو إناثا.

و يقتسمونه أى النصيب الذى حازوه اقتسام الأولاد للصلب للذكر مثل حظ الأنثيين، أولاد ابن كانوا أو أولاد بنت إجماعا فى الأول، و على

ص: ١٩٥

الأشبه الأشهر فى الثانى، و هو صريح التنقيح (١) و ظاهر الشرائع (٢) و غيره الإجماع، خلافا للقاضى فقال: يقتسم أولاد البنات نصيبهم بالسويه مطلقا و لو كانوا ذكرا و إناثا.

و يحتمل رجوع قوله «على الأشبه» إلى أخذ كل فريق نصيب من يتقرب به، فإنه الأشبه الأشهر أيضا، و فى صريح الغنيه (٣) و ظاهر غيرها الإجماع، خلافا للمرتضى و الحللى و غيرهما فقالوا: و يقتسمون تقاسم الأولاد للصلب من غير اعتبار من تقربوا به.

و على القولين يمنع الأقرب منهم إلى الميت الابد إجماعا.

و يتفرع على الخلاف مع المرتضى فروع منها أنه ىرد على ولد البنت ما يزيد عن سهمها خاصه و سهم الأبوين ان كانا كما ىرد على أمه ذكرا كان ولدها أو أنثى على المختار، و يختص ذلك على مذهبه بما إذا كان ولدها أنثى.

و على القولين ىشار كون أى أولاد الأولاد حيث قاموا مقامهم الأبوين للميت و ان كانوا أبعد منهما كما ىشار كهما الأولاد المصلب على الأصح الأشهر، بل لا- خلافا فيه الا- من الصدوق حيث منع عن المشاركه و جعل التركة للأبوين أو أحدهما خاصه، و هو شاذ و استفاض على خلافه نقل الإجماع.

الثانيه: ىجبى أى يعطى و يخص الولد الأكبر من الذكور ان تعددوا و الا فالذكر خاصه بثياب بدن الميت الموروث له و خاتمه، و سيفه

ص: ١٩٤

١- (١) التنقيح ٤-١٦٢.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤-٢٤.

٣- (٣) الغنيه ص ٥٤٤.

و مصحفه بضروره مذهبنا و المتواتر من أخبارنا (١).

و ظاهرها كونها على سبيل الوجوب و الاستحقاق مجاناً كما هو الأشهر الأقوى و فى السرائر الإجماع، خلافاً لجماعه فقالوا: بأنه على الاستحباب، و زاد بعضهم الاحتساب بالقيمة لا مجاناً، و هو أحوط و أولى.

و الأظهر الأشهر الاقتصار على الأمور الأربعة، و فى صريح الروضه (٢) و ظاهر غيره الإجماع عليه، خلافاً لظاهر الفقيه فزاد: الكتب و الرحل و الراحله لروايه (٣) صحيحه، لكنها كما عرفت من نقل الإجماع متروكه.

و يختص الحباء بما إذا خلف الميت ما لا- غير ذلك أى غير ما يحيى به على الأقوى وفاقاً لجماعه، بل المشهور كما فى المسالك. و عليه فى اشتراط كون الغير كثيراً بحيث يعادل نصيب كل من الورثه مقدار الحبوه، أو نصيب الكل مقدارها، أو عدمه مطلقاً و كفايه ما قل منه و لو كان درهما و هى تساوى دنائير أوجه، مقتضى الأدله الأول.

قيل: و عليه ينبغى اعتبار نصيب الولد المساوى له فى الذكوريه، أما غيره فلا العدم المناسبه سيما الزوجه.

و اعلم أنه لو كان الأ- كبر بنتاً أخذته أى المال المحبو به الأ- كبر من الذكور بلا خلاف، و فى المسالك الوفاق للصحيح (٤)، و مقتضاه كغيره إطلاق ثبوت الحبوه بين المتعدد من أكبر الذكور، فتقسم بينهم بالسويه و لعله المشهور، خلافاً لابن حمزه فاشتراط فى ثبوتها للأكبر فقد آخر فى سنه و أسقطها مع وجوده، و لا يخلو عن قوه لو لا الشهره.

ص: ١٩٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٤٣٩، ب ٣.

٢- (٢) الروضه ٨-١٠٧.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ٤-٢٥١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧-٤٤٠، ح ٦.

و يحيى الذكر الواحد مع غيره من الورثه الغير الذكور اتفاقا.

و فى اشتراط بلوغه قولان، من إطلاق النصوص و من أنه يجب عليه أن يقتضى عنه ما ترك من صلاه و صيام فى مقابله الحبوه، و لا- يكلف به الا- البالغ، و الأصح العدم لمنع كون القضاء فى مقابلتها، و ان اشترطه فى ثبوتها ابن حمزه لعدم الملازمه بينهما مع خلو نصوص الجانيين عن بيانها.

و شرط بعض الأصحاب فى ثبوتها ألا يكون المحبو سفيها و الا فاسد الرأى مخالفا فى المذهب، و المشترط الحلى و ابن حمزه، و حجتها عليه غير واضحه مع كون النصوص مطلقه، فالأصح عدم الاشتراط.

قيل: و يمكن اعتبار الثانى من حيث أن المخالف لا يرى استحقاقها فيجوز إلزامه بمذهبه، كما جاء مثله فى منعه عن الإرث أو بعضه حيث يقول به إدانه له بمعتقده. و هو حسن الا أنه ليس من باب الشرطيه.

الثالثه: لا يرث مع الأبوين و لا مع الأولاد و ان نزلوا جدم مطلقا و لا جده كذلك و لا أحد من ذوى القرابه بلا خلاف أجده الا من الصدوق حيث شرك الجدم من الأب معه و الجدم من الام معها و شرك الجدم مطلقا مع أولاد الأولاد، و من الإسكافى حيث شرك الجدتين و الجدتين مع البنت و الأبوين، و هما شاذان بل على خلافها الان انعقد الإجماع، و به صرح المرتضى فى الناصريه فى الرد على الأول فى تشريكه الجدم مع ولد الولد و غيره فى الرد على الثانى.

لكن يستحب للأب أن يطعم أباه أى جدم الميت و أمه جدمه السدس من أصل التركة يقتسمانه بينهما بالسويه إذا حصل له الثلثان فما زاد.

و كذا يستحب أن تطعم الأم أباه جدم الميت و أمها جدمه النصف من نصيبها بالسويه إذا حصل له الثلث فما زاد بلا خلاف فيه فى الجمله، و ان اختلفوا فى مواضع. و الأشهر الأظهر فيهما ما فى العبارة عدا تقييد الحكم فيها

بما إذا زاد نصيب المطعم بقدر السدس فما زاد، فإنه شيء لم يذكره أحد من الأصحاب عدا قليل منهم.

و انما المشهور كما فى كلام جمع تقييده بما إذا زاد نصيبه عن السدس و لو بما دونه، و لعله أظهر نظرا إلى قاعده التسامح فى أدله السنن. و ربما قيل: باستحباب أقل الأمرين من الزائد عن السدس. و هو ضعيف.

و يستفاد من تغيير المصنف التعبير عن السدس فى طرف الام بنصف الثلث فما زاد، استحباب أن تطعم أباهما و أمها السدس و ما زاد ان حصل بالرد، بخلاف الأب فطعمته لأبويه السدس خاصه من غير زياده مطلقا، و هو شيء لم يوجد منه أثر فى الاخبار و الفتاوى، و لعل ذلك مسامحه منه فى التعبير لا التنبيه على ما ذكرناه.

و لو حصل لأحدهما أى أحد الأبوين نصيبه الأعلى من الثلث فما زاد فى الأم و الثلثين فى الأب على مختار المصنف، و الزائد على السدس على مختار الأكثر دون الآخر استحباب له طعمه الجد و الجده بالسدس دون صاحبه الذى لم يحصل له نصيبه الا على و الزائد عن السدس بلا خلاف.

و لا طعمه لأحد الأجداد مع وجود من يتقرب به من أب أو أم، فلا يستحب للأولاد طعمته بلا خلاف، و فى التنقيح (1) الإجماع عليه.

الرابعه: الولد الحاجب لكل من الام و الزوجين من كمال نصيبه يعم ولد الولد و ان نزل كما مر، و فى شموله الممنوع من الإرث كالرقيق و جهان، و لعل العدم أظهر.

و لا يحجب الإخوه الأم عن كمال نصيبها الا بشروط أربعة بل خمس مشهوره:

أن يكون أخوين فصاعدا أو أخا و أختين أو أربع أخوات فما زاد

ص: ١٩٩

بهم يحجبون دون غيرهم بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع.

و أن يكونوا لأب و أم أو للأب فلا يحجب كلاله الأم بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع.

و أن يموت الميت عنهم مع وجود الأب له و لهم، فلا يحجبون مع موته على الأشهر الأظهر، خلافا للصدوق، و هو شاذ مع أن المستفاد من المختلف أنه موافق فلا خلاف.

و أن يكونوا غير كفره و لا أرقاء إذا كانت الأم مسلمه حره إجماعا.

و فى حجب الإخوه القتل لأخيهم المورث أمه عن كمال نصيبتها قولان أشهرهما و أشبههما: عدم الحجب و فى الخلاف الإجماع خلافا لجماعه.

و أن يكونوا منفصلين بالولادة، ف لا يكفى كونه حملا بلا خلاف يعتد به.

و اشترط الشهيدان سادسا و هو كونهم عند موت المورث أحياء، فلو كان بعضهم أو كلهم ميتا عنده لم يحجب.

و كذا لو اقترن موتهما أو اشتبه المتقدم منهما و المتأخر و توقف أو لهما لو كانوا غرقاء، و قوى عدم الحجب ثانيهما و هو كذلك.

و زاد شرطا سابعا، و هو المغايره بين الحاجب و المحجوب، فلو كان الأم أختا لأب فلا تحجب، كما يتفق فى المحبوس و الشبهه بوطء الرجل ابنته فولدهما أخوها لأبيها، و لا بأس بما ذكره من الشرطين.

ثم ان هذا الحجب يختص بالأخوه دون أولادهم بلا-خلاف، نعم يحجبون من كان أبعد منهم بمرتبه، و يعبر عنه ب«حجب الحرمان» و عن الأول ب«حجب النقصان» و الشروط المتقدمه انما تعتبر فى هذا الحجب الذى هو محل البحث

المرتبه الثانيه:الإخوه

المرتبه الثانيه:الاخوه مطلقا و الأجداد.

اعلم أنه إذا لم يكن للميت أحد الأبوين و لا ولد و ان نزلوا أو كانوا ممنوعين عن إرثه فالميراث للاخوه له و أولادهم و ان نزلوا بشرط الأقرب فالأقرب و الأجداد و ان علوا مرتبين مطلقا انفردوا أو اجتمعوا،لأب و أم كانوا أم لام أم لأب،على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

فالأخ الواحد للأب و الام يرث المال و يحوز كله بالقرابه و كذا الاخوه المتعددين لهما و الأخت كذلك الا أنها انما ترث النصف بالتسميه و الباقي بالرد عليها دون العصبه.

و للأختين لهما فصاعدا الثلثان بالتسميه و الباقي بالرد.

و لو اجتمع الاخوه و الأخوات لهما كان المال بينهم للذكر سهمان و للأنتى سهم.

و للواحد من ولد الام السدس بالتسميه مطلقا ذكرا كان أو أنثى و الباقي بالقرابه.

و للثنتين من ولدها فصاعدا الثلث بالتسميه و الباقي بالقرابه يقتسمونه بينهم بالسويه مطلقا ذكرا كانوا أو إناثا.

و لا يرث مع الاخوه و الأخوات للأب و الام،و لا مع أحدهم أحد من ولد الأب خاصه لا من الفريضة و لا من القرابه،اجتمعوا مع كلاله الأم أيضا أم لا بلا خلاف،و عليه الإجماع فى كلام جمع.

لكن يقومون أى الإخوه للأب مقامهم أى مقام الإخوه للأب و الام عند عدمهم أو منعهم عن الإرث.

و يكون حكمهم فى الانفراد و الاجتماع ذلك الحكم الذى ذكر فى

الإخوة لهما، فلو انفرد الأخ أو الأخت للأب حاز المال كله، لكن الأول جمعه بالقرابه و الثانيه بالتسميه.

و كذا الاخوه و الأختوات المتعددون، لكن فريضة الثلاثان و الباقي بالقرابه يقتسمونه بالسويه على التساوى فى الذكوريه و الأنوثيه، و بالتفاوت مع الاختلاف فيهما للذكر مثل حظ الأنثيين. هذا حكم انفرادهم عن باقى الكلالات للأبوين أو للأم.

و أما حكم اجتماعهم معها ف لو اجتمع الكلالات الثلاث كان لولد الأم خاصه السدس ان كان واحدا، و الثلث ان كانوا أكثر، و الباقي لولد الأب و الام مطلقا ذكرًا كان أو أنثى واحدا كان أو متعددا و يسقط معهم أولاد الأب خاصه كما مر.

فإن أبقت الفريضة و زادت عن السهام، بأن كان كلاله الأبوين أختا مطلقا أو أختين كذلك فالرد على كلاله الأب و الام خاصه على الأظهر الأشهر، و فى كلام جمع بل الأكثر كما فى المختلف الإجماع، خلافا لشاذ فيرد عليهم جميعا.

و لو أبقت الفريضة مع ولد الام و ولد الأب بعد اجتماعهما فى الرد على قرابه الأب خاصه أو عليهما قولان، أحدهما: أنه يرد على كلاله الأب خاصه و عليه الصدوق و الشيخان و أكثر المتأخرين، لأن النقص يدخل عليهم بمزاحمه الزوج أو الزوجه، دون كلاله الأم إجماعا، و من عليه الغرم فله الغنم.

و ذلك مثل أخت لأب مع واحد أو اثنتين فصاعدا من ولد الأم، أو أختين للأب مع واحد من ولد الأم فلكلاله الأم السدس أو الثلث فرضا، و الباقي مطلقا للأخت و الأختين فرضا وردا.

و القول الآخر أنه يرد على الفريقين بنسبه مستحقهما أرباعا فى الفرض الأول و أخماسا فى الآخرين و هو أشبه عند المصنف و جماعه، و الأظهر الأول و ظاهر الكلينى الإجماع.

و للجد المال كله إذا انفرد مطلقا لأب كان أو لام. و كذا الجده المنفردة ترثه مطلقا.

و لو اجتمع جد و جده، فإن كانا معا لأب فلهما المال كله يقتسمونه بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. و ان كانا معا لام فالمال لهم يقتسمونه بينهم بالسويه بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و لو اجتمع الأجداد المختلفون قرابه، بأن كان بعضهم لأب و بعضهم لام فلمن تقرب بالأم الثلث على الأصح مطلقا واحدا كان أو أكثر، و لمن تقرب بالأب الثلثان كذلك و لو كان المتقرب به واحدا وفاقا للمتأخرين، و ادعى فى المسالك اتفاقهم، و فى المسألة أقوال آخر نادره.

و لو اجتمع معهم أى مع الأجداد زوج أو زوجه أخذ كل منهما النصيب الا على له من النصف أو الربع و لمن تقرب منهم بالأم ثلث الأصل لأنه نصيبها المفروض لها فيأخذه المتقربون بها و الباقي لمن تقرب بالأب منهم.

و الجد الأدنى يمنع الجد الا على بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و إذا اجتمع معهم الاخوه، فالجد و الجد للأب كالأخ و الأخت له و الجد و الجده للأم كالأخ و الأخت لها، على المعروف من مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف بينهم، و فى كلام جمع الإجماع.

و إذا اجتمع الجد أو الجده للأم من الأخت للأب، فلأحدهما الثلث أو السدس على الخلاف، و للأخت النصف.

و هل يكون الفاضل عن سهامهما مردودا عليهما بالنسبه أو على الأخت خاصه؟ قولان، أجودهما: الثاني وفاقا لجماعه خلافا للآخرين.

و هنا مسألتان :

الاولى :لو اجتمع أربعة أجداد لأب أى جد أبيه وجدته لأبيه و هما لامه و مثلهم لام أى جد أمه وجدتها لأبيها و هما لامها كان لأجداد الأم و جداتها الأربعة الثلث يقتسمونه بينهم أرباعا.

و لأجداد الأب وجداته الثلثان يقتسمونها بينهما بالتفاوت فلا بوى أبيه ثلثا الثلثين أثلاثا للذكر منهما ضعف الأنثى.

و لأبوى أمه الثلث أثلاثا أيضا كذلك، هذا هو المشهور بين الأصحاب، و فيه قولان آخران، و لا- دليل على شىء من هذه الأقوال، الا أن العمل على الأول حيث لا يمكن الاحتياط على حال.

و عليه ف تصح المسأله من مائه و ثمانيه لأن أصلها من ثلاثه أسهم هى مخرج ما فيها من الفروض و هو الثلث، سهم منها لأقرباء الأم و هو ثلثها لا ينقسم على عددهم، و هو أربعة و سهمان لأقرباء الأب لا ينقسم على عدد سهامهم و هى تسعه.

لأن ثلثي الثلثين لجد أبيه و جدته لأبيه بينهما أثلاثا و ثلثه لجد أبيه و جدته لأمه أثلاثا أيضا، فترتقى سهام الأربعة إلى تسعه، فقد انكسرت على الفريقين، و بين عدد سهم كل فريق و نصيبه مباينه و كذا بين العددين، فتطرح النصيب و يضرب أحد العددين فى الآخر يحصل ستة و ثلاثون، يضرب فى أصل الفريضة ثلاثه تبلغ مائه و ثمانيه، ثلثها ستة و ثلاثون ينقسم على أجداد أمه الأربعة بالسويه لكل واحد تسعه، و ثلثاها اثنان و سبعون ينقسم على تسعه لكل منهم ثمانيه.

فلجد الأب وجدته لأبيه ثلثا ذلك، ثمانيه و أربعون ثلثه للجده ستة عشر،

و ثلثاه للجد اثنان و ثلاثون، و لجد الأب و لجدته لأمه أربعة و عشرون ثلثا ذلك للجد ستة عشر، و ثلاثه للجده ثمانية.

الثانيه:الجد و ان علا- مطلقا بشرط الترتيب الأقرب فالأقرب يقاسم الا-خوه و الأ-خوات مطلقا بغير خلاف و أولاد الاخوه و الأخوات مطلقا و ان نزلوا لكن مرتبين يقومون مقام آبائهم عند عدمهم فى مقاسمه الأجداد و الجدات خاصه بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع و يرث كل واحد من المتقاسمين من الأجداد و أولاد الاخوه نصيب من يتقرب به الى الميت.

ثم ان كانوا أولاد أخ أو إخوه أو أولاد أخت أو أخوات لأب اقتسموا نصيبهم من المال مع الاختلاف فى الذكوره و الأنوثة بالتفاوت للذكر مثل حظ الأنثيين.

و ان كانوا أى أولاد الاخوه و الأخوات لأم خاصه اقتسموا نصيبهم بينهم بالسويه مطلقا و لو اختلفوا ذكوره و أنوثة، بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و اعلم أن اشتراط فقد الاخوه فى إرث أولادهم مطلقا هو الأظهر الأشهر، بل لا يكاد فيه خلاف يظهر الا من نادر.

الثالثه:الأعمام و الأخوال

الثالثه:الأعمام و الأخوال و أولادهم، و هم أو لو الأرحام، و انما يرثون مع فقد الاخوه و بينهم و الأجداد فصاعدا على الأشهر الأقوى، خلافا لنادر.

و اعلم أن للعم المال أجمع إذا انفرد عمن عداه ممن يرث و كذا المال للعمين المنفردين فصاعدا، و كذا العمه المنفرده و العمتان المنفردتان و العمت المنفردات يقتسمون المال بينهم بالسويه، لأب و أم كانوا أو لأب أو لام بلا خلاف فيه:

و لا فى أنه لو اجتمع العمومه جمع عم، أى الأعمام و العمت

اقتسموا المال بينهم بالتفاضل للذكر مثل حظ الأنثيين ان كانوا جميعا من قبل الأبوين أو الأب،بمعنى أنهم كانوا إخوه لأب الميت من قبل أبويه أو أبيه خاصة،و عليه الإجماع فى الغنيه.

و أما إذا كانوا جميعا لام ففى اقتسامهم كذلك،أو بالسويه قولان،أشهرهما:

الثانى:و لا بأس به خلافا لجماعه.ثم ان جميع ما ذكر انما هو إذا كانوا مجتمعين فى الدرجه،بأن كانوا جميعا للأبوين أو أحدهما خاصه.

و لو كانوا متفرقين بان كان بعضهم للأبوين أو الأب خاصه و بعضهم للأم كذلك فلمن تقرب منهم بالأم السدس ان كان واحدا ذكرا كان أو أنثى و الثلث ان كانوا أكثر يقتسمونه بينهم بالسويه و لو اختلفوا ذكوره و أنوثه و الباقي عن السدس أو الثلث لمن تقرب منهم بالأب و الام أو الأب عند فقد من يتقرب بهما واحدا كان أو متعددا،يقتسمونه بينهم بالتفاضل للذكر مثل حظ الأنثيين بلا خلاف يعتد به فى شىء من ذلك.

و يسقط معهم أى مع الأعمام للأبوين من يتقرب من الأعمام إلى الميت بالأب خاصه و يقومون أى المتقربون به خاصه مقامهم أى مقام المتقربين للأبوين عند عدمهم بلا خلاف فى شىء من الأمرين،و فى الغنيه و السرائر الإجماع.

و اعلم أن هذه المرتبه ليست كسابقتها مشتمله على صنفين:يجتمع أعلى أحدهما مع أدنى الآخر،بل الصنفان فيها أحدهما بحكم الآخر،لأن إرثهم اما من جهه كونهم بمنزله الأبوين،كما هو ظاهر الاخبار،و ليس شىء من صنفى الاخوه و الأبوين بمتعدد،بل كل منهما صنف واحد،فيكون ما بمنزلتهما كذلك.

و لهذا الصنف درجات متفاوتة صعودا و نزولا بحسب القرب و البعد،فالعم و العمه مثلا مطلقا أقرب من بينهما و بنى الخال و الخاله كذلك.

و لا يرث الأبعد منهم مع الأقرب مثل ابن خال مع خال أو مع عم، أو ابن عم مع خال أو مع عم إجماعاً إلا من الإسكافي في ابن خال مع عم حيث قال: إن للعم الثلثين و لابن الخال الثلث، و هو شاذ، و في الغنيه و السرائر على خلافه الإجماع.

إلا- في ابن عم لأب و أم مع عم لأب، فإن ابن العم أولى بالميراث عند الإماميه، حكى إجماعهم جماعه حد الاستفاضه للنص، و الأظهر الاقتصار على مورده وفاقا لكثير.

و للخال جميع المال إذا انفرد عن عمه ممن يرث و كذا المال للخالين المنفردين و الأخوال المنفردين و كذا الخاله المنفرده و الخاليتين المنفردتين و الخالات المنفردات لهن المال أجمع يقتسمونه بينهما بالسويه.

لو اجتمعوا ذكوره و أنوثه فالمال بينهم بالسويه كيف كانوا في المقامين، أى لأب كانوا فيها أو لام أو لهما بشرط الاجتماع في الدرجه، بأن يكونوا كذلك جميعاً.

و لو كانوا متفرقين فيهما، بأن كان بعضهم لأبوين و بعضهم للأب و آخر للأم فلمن يتقرب بالأم السدس ان كان واحداً مطلقاً ذكراً كان أو أنثى و الثلث ان كانوا أكثر كذلك يقتسمونه بينهم بالسويه و الثلثان فما زاد لمن تقرب بالأب و الام، و يسقط من تقرب بالأب (١) معهم أى مع المتقربين منهم بالأبوين، و يقومون مقامهم عند عدمهم.

و القسمه بينهم أى بين المتقربين بهما أو بالأب مع عدمهم بالتساوى للذكر مثل ميراث (٢) الأنثى بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، إلا في الحكم

ص: ٢٠٧

١- (١) في المطبوع من المتن: بالأم.

٢- (٢) في المطبوع من المتن: حظ.

الأخير من اقتسام الأَخوال للأب و الخالات له بالتساوي، فقد خالف فيه بعض و حكم بأن الخؤوله للأبوين أو الأب يقتسمونه بالتفاضل، و هو نادر.

و لو اجتمع الأَخوال و الأعمام، فللأخوال الثلث و للأعمام الثلثان إجماعاً مع تعداد الأَخوال مطلقاً، و يقتسمونه كل منهم نصيبهم من الثلث و الثلثين اقتسامهم حال الانفراد، فالأخوال بالسويه مطلقاً.

و كذلك الأعمام بشرط الاتفاق في الذكوره و الأنوثة و مع الاختلاف فيهما بالتفاضل، هذا ان اجتمعوا في الدرجة.

و لو كانوا متفرقين فللأخوال من جهه الأم ثلث الثلث مع التعدد و مع الاتحاد سدسه، و الباقي من الثلث أو السدس للأخوال من جهه الأب و ان كان واحداً، و الثلثان للأعمام سدسهما للمتقرب منهم بالأم ان كان واحداً، و ثلثهما ان كان أكثر بالسويه و ان اختلفوا في الذكوره و الأنوثة، و الباقي للأعمام المتقربين بالأب بالتفاضل.

و أما مع اتحاد الأَخوال و الأعمام، بأن اجتمع خال أو خاله مع عم أو عمه فالأشهر الأظهر أن لكل من الخال و الخاله الثلث أيضاً كصوره التعدد، و الثلثان لكل من العم و العمه، و في الناصريه الإجماع.

خلافاً لجماعه فقالوا: لكل من الخال أو الخاله السدس و حجتهم غير واضحه و للعماني فللعمة و العمه النصف و للخال أو الخاله السدس، و الباقي يرد عليهما على قدر سهامهما، و هو نادر.

و لو كان معهم أي مع الأعمام و الأَخوال جميعاً زوج أو زوجة فلكل منهما النصيب الأعلى من النصف أو الربع و لمن تقرب منهم بالأم أي الأَخوال و ان اتحدوا و كانوا لام ثلث الأصل لا ثلث الباقي و الباقي و هو السدس على تقدير الزوج، و هو مع الربع على تقدير الزوجة لمن تقرب

منهم بالأب أى الأعمام.

و لو تفرق الفريقان المجتمعان مع أحدهما،أخذ كل منهما نصيبه الأعلى، و للأخوال الثلث سدسه لمن تقرب منهم بالأم مع الوحده و ثلثه لا- معها و الباقي من الثلث للأخوال من قبل الأبوين أو الأب،و الباقي بعد نصيب أحد الزوجين و الأخوال للأعمام،سدسه للمتقرب بالأم مع الوحده و ثلثه لا معها بالسويه و الباقي للمتقرب منهم بالأبوين أو لأب عند عدمهم بالتفاضل.

و لو اجتمع أحدهما مع أحد الفريقين خاصة،فله نصيبه الأعلى كذلك و الباقي لأحد الفريقين و ان اتحدوا،و مع التعدد و اتفاق الجبهه كالأعمام من الأب خاصة،أو من الام كذلك،أو الأخوال كذلك يقتسمون الباقي كما فصل.

و لو اختلفت الجبهه،فإن كان الفريق المجامع لأحدهما الأعمام خاصة،فلمن تقرب معهم بالأم السدس من الأصل أو ثلثه،بلا خلاف يظهر و به صرح جمع، و ان كان الأخوال خاصة فكذلك أيضا على الأظهر الأشهر،و عزاه الشهيدان الى ظاهر الأصحاب،و فيه قولان آخران نادران.

و اعلم أن هذه المرتبه مشتمله على طبقات متعدده مترتبه.

فالأولى أعمام الميت و عماته و أخواله و خالاته،ثم أولادهم مع عدمهم،ثم أولاد الأولاد و هكذا مرتبين.

و الثانيه أعمام أب الميت و أمه و عماتهما و أخوالهما و خالاتهما،ثم أولادهم فنازلين مرتبين.

الثالثه أعمام الجد و الجده و عماتهما و أخوالهما و خالاتهما،ثم أولادهم فنازلين مرتبين.

الرابعه أعمام أب الجد و أمه و أب الجده و أمهما و عمات كل منهم و أخوالهم و خالاتهم،ثم أولادهم و ان نزلوا مرتبين.

و حيث انتقل فرض الميت إلى الطبقة الثانيه من طبقات الفريقين لو اجتمع مع الأب أب الميت و عمته و خاله و خالته و عم الأم أم الميت و عمته و خالها و خالتها ورثوا جميعا.

و كان لمن يتقرب منهم بالأم من العم و العمه و الخال و الخاله الثلث بينهم بالسويه أرباعا و لمن يتقرب منهم بالأب الثلثان الباقيان ثلثاه لعمه و عمته بينهما أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين.

و ثلثه الباقي الخاله و خالته بينهما نصفين بالسويه هذا على قول مشهور، و فيه قولان آخران، و العمل -حيث لا يمكن الاحتياط- على الأول.

و تصح المسأله عليه من مائه و ثمانيه، كمسأله الأجداد الثمانيه، الا أن الطريق هنا أن سهام أقرباء الأب ثمانيه عشر توافق سهام أقرباء الأم الأربعة بالنصف، فيضرب صف أحدهما في الآخر، ثم المجتمع في أصل الفريضة و هو ثلثه، تبلغ مائه و ثمانيه. و هنا مسائل :

الأولى :عمومه الميت و عماته و خئولته و خالاته و أولادهم و ان نزلوا أولى من عمومه أبيه و خئولته و عمومه أمه خئولتها و عمومتهما و خئولتهما و أولادهم و ان نزلوا أولى من عمومه الجد و الجده و خئولتهما، و هكذا كما قدمنا.

و كذا أولاد كل بطن أقرب أولى من البطن الا بعد إجماعا في الجميع.

و يقوم أولاد العمومه و العمات و الأخوال و الخالات من كل طبقه مقام آبائهم في الإرث عند عدمهم، و يأخذ كل منهم نصيب من يتقرب به واحدا كان أو أكثر فيأخذ ولد العم و العمه -و ان كان أنثى- الثلثين، و ولد الخال أو الخاله -و ان كان ذكرا- الثلث، و ابن العمه مع بنت العم الثلث كذلك، و يتساوى

ابن الخال و ابن الخاله و بنتهما.

و يأخذ أولاد العم أو العمه للأم السدس ان كان واحدا، و الثلث ان كان أكثر، و الباقي لأولاد العم للأبوين أو للأب مع عدمهم. و كذا القول فى أولاد الخؤولة المتفرقين.

و لو اجتمعوا جميعا، فأولاد الخال الواحد أو الخاله كذلك للأم سدس الثلث و لأولاد الخالين أو الخاليتين فصاعدا أو هما كذلك ثلث الثلث و باقيه للمتقرب منهم بالأب. و كذا القول فى أولاد العمومه المتفرقين بالإضافة إلى الثلثين، و هكذا.

و يقتسم أولاد العمومه من الأبوين أو الأب عند عدمهم بالتفاوت، للذكر مثل حظ الأنثيين، إذا كانوا اخوه مختلفين فى الذكور و الأنوثة.

و يقتسم أولاد العمومه من الأم بالتساوى، و كذا أولاد الخؤولة مطلقا لأب كانوا أو لام أو لهما.

الثانيه :من اجتمع له سببان أى موجبان، و المراد بالسبب هنا المعنى الأعم من السبب بالمعنى السابق لشموله النسب و رث بهما معا ما لم يمنع أحدهما الآخر و لم يكن ثمة أقرب منه فيهما أو فى أحدهما.

فالأول أى الذى يرث بالسببين الذين لم يمنع أحدهما الآخر كابن عم لأب هو ابن خال لأم، أو زوج هو ابن عم أو عمه لأب هى خالته لام.

و يتصور الأول فيما لو تزوج أخ الشخص من أبيه بأخته من امه، فهذا الشخص بالنسبه إلى ولد هذين عم، لأنه أخو أبيه من الأب. و خال، لأنه أخو امه من الام، و ولده ابن عم لأب و ابن خال لام، و كل من الولد و الوالد يصلح للمثال، فيرث نصيب الخؤولة و العمومه حيث لا مانع له منهما و لا من أحدهما.

فلو اجتمع معه عم للأبوين حجه عن الإرث بنصيب العمومه و كان له الثلث

بنصيب الخؤولة.

و يتصور الثالث فى رجل له ابن تزوج بامرأه لها بنت، ثم ولدت منه بنتا و تزوج ابن الرجل من غيره هذه المرأه بنتها من غيره، فابنته منها عمه و خاله لمن يتولد من ولديهما اللذين تزوج أحدهما بالآخر.

و الثانى الذى أحد السببين فيه يحجب الآخر، فلا يرث بهما معا بل بأحدهما كابن عم هو أخ لأم و يتصور فى رجل تزوج بامرأه أخيه، و لأخيه منها ولد اسمه حسن، ثم ولد له منها ولد اسمه حسين، فحسن ابن عم لحسين و أخوه لأمه، فإذا توفى ورثه حسين من جهه كونه أخا لا من جهه كونه ابن عم، لأن الأخ حاجب لابن العم، بلا خلاف فى شىء من ذلك، و لا فى أنه لا يمنع ذو السبب المتعدد من هو فى طبقته من ذى السبب الواحد، فىأخذ ذو القربتين مع عدم المانع من جهتي استحقاق النصيبين، و يأخذ ذو القرابه الواحده من جهتها نصيب واحد.

الثالثه: حكم أولاد العمومه و أولاد الخوله مع مجامعتهم الزوج و الزوجه حكم آبائهم و أمهاتهم فى أنه يأخذ من تقرب بالأم منهم نصيبها و هو ثلث الأصل، و يأخذ كل من الزوج و الزوجه نصيبه الا على منه من النصف أو الربع.

و يكون ما بقى عن أنصابهم لمن تقرب منهم بالأب و يقتسم كل منهم اقتسامهم حال انفرادهم عن الزوجين بنحو مما سبق تفصيله.

المقصد الثانى: فى ميراث الأزواج

إشاره

المقصد الثانى: فى بيان ميراث الأزواج.

اعلم أن الزوجين يدخلان على جميع الطبقات، و لا يحجبها أحد حجب حرمان إجماعا، و قد مر أن للزوج مع عدم الولد الغير الممنوع من الإرث و ان نزل النصف، و للزوجه مع عدمه كذلك الربع.

ص: ٢١٢

و أن لكل منهما مع وجوده و ان نزل نصف النصيب من الربع أو الثمن، و يكون الباقي لباقي الورثة من أرباب الطبقات الثلاث كائنين ما كانوا، و لو معتقين أو ضمناً جريره.

و لو لم يكن منهم و إرث سوى الزوج رد عليه الفاضل عن نصيبه الأعلى على الأشهر الأقوى، و قد استفاض عليه نقل الإجماع، خلافاً لنادر فلا يرد بل هو للإمام عليه السلام.

و فى رد الفاضل عن نصيب الزوجه عليها إذا لم يكن له وارث خاص سواها قولان بل أقوال أحدهما: أنه لا رد عليها بل لها الربع خاصة و الباقي للإمام عليه السلام مطلقاً.

و القول الآخر أنه يرد عليها الفاضل مطلقاً كالزوج و هو شاذ، و القائل به غير معروف عدا المفيد فيما يحكى عن ظاهره فى المقنعه (١) فى عبارته محتمله لكون ذلك حكم الزوج خاصة، و مع ذلك ذكر الحلّى أنه قد رجع عنه.

و قال ثالث: و هو الصدوق بالرد عليها مع عدم ظهور الامام عليه السلام و بعده مع ظهوره، و تبعه جماعه من المتأخرين.

و الأول من هذه الأقوال أظهر و أشهر، و فى ظاهر الانتصار (٢) و السرائر (٣) الإجماع.

و إذا كن أى الزوجات، و انما جمع الضمير نظراً الى معنى الخبر، و هو قوله أكثر من واحده، فهن مشتركات فى الربع مع عدم الولد أو

ص: ٢١٣

١- (١) المقنعه ص ١٠٦.

٢- (٢) الانتصار ص ٣٠٠.

٣- (٣) السرائر ص ٣٩٤.

الثلث معه اتفاقاً فتوى و نصاً (١). و ذكر الأربع فيه وارد مورد الغالب، و إلا- فلو فرض زيادتهن عليه اقتسمن النصيبين بينهما بالسوية، بلا خلاف كما مر.

و تراث الزوجه زوجها و ان لم يدخل بها الزوج. و كذا الزوج يرثها و ان لم يدخل بها إجماعاً، إلا فى صوره واحده إجماعيه، و هى ما لو تزوج المريض و مات فى مرضه قبل الدخول بها فإنها لا ترثه كما يأتى.

و كذا يتوارثان ما دامت المرأه فى حبال الزوج و لو بعد الطلاق إذا كانت فى العده الرجعيه خاصه دون البائنه، فلا توارث بينهما فيها و لا بعد العده مطلقاً إجماعاً، إلا فى صوره واحده أشار إليها بقوله:

لكن لو طلقها حال كونه مريضاً ورثت منه هى خاصه و ان كان الطلاق بائناً ما لم تخرج السنه من ابتداء الطلاق الى حين وفاه الزوج و لم يبرأ الزوج من مرضه الذى طلقها فيه و لم تزوج هى كما مر فى كتاب الطلاق و لا ترث المطلقه بالطلاق البائن إلا هنا أى فى هذه الصوره المستثناه.

و يرث الزوج من جميع ما تركته المرأه التى توفيت و هى فى حبالته مطلقاً ذات ولد منها كان أم لا إجماعاً.

و كذا المرأه ترث الزوج من جميع ما تركه عدا العقار فلا ترث منه عينا إجماعاً و لا قيمه على الأشهر الأقوى، و خلاف الإسكافى يارثها منها أيضاً شاذ مسبق بالإجماع و ملحوق به كما فى كلام جمع.

و تراث من قيمه الآلات البناء من الأخشاب و الأبواب و الابنيه من الأحجار و الطوب و غيرهما دون عينها بلا خلاف فيهما ممن عدا الإسكافى، و خلافه فى إرثها من عينها أيضاً كخلافه السابق شاذ لا يلتفت إليه.

ص: ٢١٤

و منهم من طرد الحكم فى أرض المزارع و القرى كالشيخ فى النهايه (١) و القاضى و الحلى و ابن حمزه و غيرهم، و بالجمله الأكثر و هو أظهر.

و الأشهر الأظهر إلحاق النخل و الشجر بالآلات، فترث من قيمتهما دون عينهما.

و للسيد المرتضى علم الهدى فى أصل المسأله قول ثالث تفرد به حيث أنه يمنعها من العين أى عين الرباع خاصه دون قيمه فيثبتها لها، و هو شاذ و مستنده ضعيف.

و لا- فرق فى إطلاق العباره و نحوها مما أطلق فيه الزوجه، بين كونها ذات ولد من زوجها أم لا، و هو الأقوى وفاقا لكثير من أصحابنا، و فى السرائر (٢) الإجماع، خلافا للصدوق و أكثر المتأخرين، و الاحتياط لا ينبغى تركه على حال.

و لا- فرق فى الأبنيه و المساكن على القول باعتبارها بين ما يسكنه الزوج و غيره، و لا بين الصالح للسكنى و غيره كالحمامات و الأرحيه و غيرها إذا صدق عليه اسم البناء، و المراد بالآلات المثبتة فيها خاصه دون المنقوله، فإنها ترث من عينها إجماعا كما قيل.

و لا- فرق بين كونها قابله للنقل بالفعل أو بالقوه، كالثمره على الشجره و الزرع على الأرض و ان لم يستحصد أو كان بذرا دون الشجره.

و كيفيه التقويم للبناء و الآلات و الشجر أن تقوم مستحق البناء فى الأرض مجانا الى أن يفنى، فتقدر الدار كأنها مبنيه فى ملك الغير على وجه لا يستحق عليها أجره الى أن يفنى، و تعطى قيمه ما عدا الأرض من ذلك.

و فيه وجه آخر أخصر، و هو أن تقوم الأرض على تقدير خلوها من الأبنيه

ص: ٢١٥

١- (١) النهايه ص ٦٤٢.

٢- (٢) السرائر ص ٣٩٥.

و الأشجار ما يسوى، فإذا قيل: عشره مثلاً قومت أخرى مضافه إليهما، فإذا قيل:

عشرون مثلاً كانت شريكه فى العشره الزائده.

و هل القيمه رخصه للورثه لتسهيل الأمر لهم، حتى لو بذلوا الأعيان لم يكن لها طلب القيمه أم على سبيل استحقاق؟ فيه وجهان، و لعل الأقرب فيه الأول وفاقاً لجمع.

المسألان

إشاره

المسألان:

الأولى: إذا طلق واحده من الأربع و تزوج أخرى

الأولى: إذا طلق ذو الأربع نساء واحده من الأربع و تزوج أخرى بعد العده، أو فيها إذا كانت بائنه ثم مات و اشتبهت المطلقه بين الأربع كان للأخيره الخامسه المعلومه ربع الثمن مع الولد و ربع الربع مع عده، و الباقي عن نصيبها بين الأربعه المشتبهه بينهم المطلقه بالسويه بلا- خلاف ظاهر و لا- محكى، إلا- عن الحلّى حيث صار الى القرعه، فمن أخرجتها بالطلاق منعت عن الإرث و حكم بالنصيب للباقيات، و يردّه النص (1) الصحيح.

و لو اشتبهت بواحد أو اثنين أو نحو ذلك، ففي انسحاب الحكم أو القرعه نظر.

الثانيه: نكاح المريض مشروط بالدخول

الثانيه: نكاح المريض مشروط بالدخول بمعنى أنه لا يلزم بحيث يترتب عليه أحكامه من الإرث و نحوه فان مات فى مرضه ذلك قبله أى قبل الدخول فلا مهر لها و لا ميراث بلا خلاف يعتد به، فان مات المريض فى مرض آخر بعد برئه من المرض الأول، أو مات بعد الدخول، فلا ريب فى صحه العقد و لزومه و ترتب أحكامه.

و لو مات فى مرضه الذى عقد فيه قبل الدخول بها، فالأقوى توريثه منها.

المقصد الثالث: فى الولاء

إشاره

المقصد الثالث: فى بيان الإرث ب الولاء

١- (١) وسائل الشيعة ١٧-٥٢٥، ب ٩.

و قد مر أن أقسامه ثلاثه مرتبه:

الأول: ولاء العتق

الأول: ولاء العتق و الأصل فى ثبوت الإرث به الإجماع و السنه (١) المتواتره.

و يختص بالمعتق دون المعتق، فلا- يرث مولاه المعتق له، بلا خلاف الا من نادر، و على خلافه الإجماع كما فى كلام جمع. نعم لو دار الولاء توارثا، كما لو أعتق العتق أب المنعم.

و يشترط فى الإرث به التبرع بالعتق، و ألا يتبرأ من ضمان جريرته حال إعتاقه.

فلو كان المعتق واجبا فى كفاره أو نذر أو شبههما كان العبد المعتق سائبه لا ولاء لمولاه عليه.

و كذا لو تبرع بالعتق و لكن تبرأ من ضمان الجريره بالعتق بلا خلاف فى هذا، و على الأشهر الأظهر فى الأول أيضا، و فى كلام جمع الإجماع فيهما، خلافا للمبسوط (٢) و ابن حمزه فى أم الولد، فأثبتا الولاء لورثه مولاهما بعد انعتاقها من نصيب ولدها، و فى من أعتق بالقرابه فأوجبا الولاء لمن ملك أحد قرابته فأعتق عليه، سواء ملكه باختيار أو اضطرار.

و فى اشتراط الاشهاد فى التبرى قولان، و الأظهر العدم وفاقا للأكثر. و هل يسقط التبرى بعد العتق للإرث أم لا بل لا بد منه من حينه؟ وجهان، ظاهر الأكثر و صريح جمع الثانى.

و لا يرث المعتق عتيقه مع وجود مناسب له و ان بعد إجماعا.

و يرث عتيقه مع الزوج و الزوجه بعد أن يأخذ كل منهما نصيبه

ص: ٢١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٥٤٣، ب ٣، سنن البيهقى ٦-٢٤٠.

٢- (٢) المبسوط ٤-٩٤.

الأعلى، بلا خلاف الا من الحلى فممنع عن إرثه مع الزوج خاصه، و جعل المال كله له النصف فرضا و الباقي ردا، و هو شاذ.

و إذا اجتمعت الشروط المتقدمه ورثه المنعم أى المعتق له و اختص بتركته ان كان واحدا، و اشتركوا فى المال ان كانوا أكثر يقتسمونه بينهم بالسويه ذكورا كانوا أو إناثا أو مختلفين بلا خلاف.

و لو عدم المنعم فللأصحاب فيه أى فى تعيين الوارث للعتيق أقوال خمس لا- حاجه بنا الى التطويل بنقلها جملة مع عدم وضوح جهتها، الا أن الأقرب الى الاخبار منها قولان مشهوران، أحدهما استظهره المصنف بقوله: أظهرها:

انتقال الولاء إلى الأولاد الذكور دون الإناث، فان لم يكن الذكور فالولاء لعصبه (١) الذين يعقلون عنه إذا أحدث حدثا من أخوته و جدوده و عمومه و أبنائهم كل ذا إذا كان المعتق رجلا.

و لو كان المعتق امرأه ف ينتقل الولاء الى عصبتها دون أولادها و لو كانوا ذكورا و لا إشكال فى هذا، فقد نفى الخلاف عنه فى الاستبصار (٢) و الخلاف (٣) و فيه و فى السرائر (٤) الإجماع.

و انما هو الخلاف فى الأول، و ما اختاره المصنف فيه خيره جماعه من القدماء و المتأخرين، و فى كلام جمع أنه أشهر، خلافا للآخرين فشاركوا بين الذكور و الإناث فى الإرث، و عن الخلاف الإجماع عليه، و لا- يخلو عن قرب و ان كان المسألة محل اشكال.

و اعلم أنه يترتب من يرث ترتبهم فى النسب على الأشهر الأظهر، فيشارك

ص: ٢١٨

١- (١) كذا فى النسخ، و فى المطبوع من المتن: لعصبه المنعم.

٢- (٢) الاستبصار ٢٥-٤.

٣- (٣) الخلاف ٢٨٥-٢.

٤- (٤) السرائر ص ٣٩٦.

الأب الأولاد و كذا الجد الأخ من قبله، أما الأم فيبنى إرثه على ما سلف، والمشهور أنها تشاركهم و له وجه، و خلاف الإسكافي في تقديمه الولد على الأبوين و الجد على الأخ شاذ.

و لا- يرث الولاء الأخوات و الجدات و ان كن من أبيه، و لا من يتقرب بأمر المنعم من الاخوه و الأخوات و الخالات و الأجداد و الجدات.

و لا- يصح بيعه و لا- هبته و لا- اشتراطه في بيع و نحوه بلا- خلاف بل قيل: إجماعا و هل يورث الولاء كما يورث به؟ قولان، أشهرهما: العدم، و أظهرهما: نعم وفاقا لظاهر المتن و جمع.

و تظهر الفائده في مواضع: منها لو مات المنعم قبل العتيق و خلف و إرثا غير الوارث بعد موت العتيق، كما لو مات المنعم عن ولدين، ثم مات أحدهما عن أولاد ثم العتيق، فعلى الأشهر يختص الإرث بالولد الباقي و يشاركه أولاد الميت على الآخر.

و اعلم أنه كما يرث المولى عتيقه، كذلك يرث أولاد عتيقه مع فقد النسب بلا خلاف.

و يصح جره أى الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب إذا كان الأولاد مولودين على الحرية تبعا لحرية أمهم. بيان ذلك: انه إذا أعتقت الأم ثم حملت بهم و أبوهم رقا، فولاها و ولاء أولادها لمولاها، لعدم إمكانه من جهة الأب إذ لا ولاء عليه، و لمعتق الام عليهم نعمه فإنهم عتقوا بعتقها، فان ماتوا و الأب رقيق بعد ورثهم معتق الام بالولاء و لو عتق الأب بعد ذلك. و أما لو عتق قبل موتهم انجر و لا هم من مولى الأم إلى مولاها.

و انما اشترط الولاده على الحرية احترازا عما لو ولدوا على الرقيه ثم أعتقوا فإن ولاهم لمباشر عتقهم كائنا من كان، و لا ينجر ولاهم الى معتق أبيهم.

و لا فرق فى ذلك بين أن يعتقوا منفصلين أو حملا مع أمهم، فلا ينجر ولاهم من معتقهم على تقدير فقدته و فقد عصيته الى معتق أبويهم، لان ولاء المباشرة لا ينجر مطلقا.

و إنما ينجر ولاء غيرها من الضعيف إلى الأقوى، بلا خلاف فى شىء من ذلك، و لا فى اشتراط كون الحرية المعتبره فى ولادتهم عليها حرية عرضيه حاصله بالعتق لا أصلية، و فى ظاهر السرائر و صريح المسالك و غيره الاتفاق.

القسم الثانى: ولاء تضمن الجريه

القسم الثانى: ولاء تضمن الجريه و هى الجنايه.

أعم أن من توالى إنسانا بأن يضمن ذلك الإنسان حدثه و جنايته و يكون ولاؤه المورث به له، ثبت له أى للضامن الميراث بلا خلاف فيه بيننا، و فى كلام جمع الإجماع.

و هو عقد لازم مطلقا وفاقا للمشهور، و فى ظاهر الحلى الإجماع عليه، فليس لكل منهما فسخه و نقل الولاء الى الغير، خلافا للشيخ و ابن حمزه فجائز الا أن يعقل عنه.

و على المختار يعتبر فيه ما يعتبر فى سائر العقود اللازمه، و صوره عقده أن يقول المضمون: عاقدتك على أن تنصرنى و تدفع عنى و تعقل عنى و ترثنى، فيقول الضامن، قبلت.

و لو اشترك العقد بينهما قال أحدهما: على أن تنصرنى و أنصرك، و تعقل عنى و أعقل عنك، و ترثنى و أرثك، أو ما أدى هذا المعنى فيقبل الآخر.

و لا يتعدى الإرث عن الضامن إلى أقاربه و ورثته على الأظهر الأشهر و فى الغنيه الإجماع.

و لا يصح أن يضمن الجريه إلا عن سائبه، كالمعتق فى النذور و الكفارات أو تبرعا مع التبرى عن جريته كما مر أو عن من

كان حر الأصل لكن لا وارث له مطلقا و لو معتقا، فان هذا الإرث متأخره عن الإرث بالنسب و العتق بلا خلاف، و في ظاهر الغنيه الإجماع.

و لا- يرث الضامن الامع فقد كل مناسب و مع فقد المعتق عتقا يرث به الولاء بلا خلاف. و الفرق بين هذا الحكم و السابق مع اشتراكهما في اشتراط فقد المناسب و المعتق أن ذاك شرط صحة العقد و هذا شرط الإرث.

و المعنى: أنه مع صحة العقد و اجتماع شرائطه لا يثبت الإرث للضامن الامع فقد الوارث المذكور عند فوت المضمون أيضا، فلو فرض تجدد وارث بأن تزوج بعد العقد و ولد أولاد، كان إرثه لهم دون الضامن و ان كان سببه صحيحا سابقا.

و يتصور تجدد المعتق على العقد بأن يكون إسلامه طارئا ثم يكفر بعد العقد و يلحق بدار الحرب و يسترق فيعتقه مولاه، فإنه يقدم ولاء العتق على الضامن المتقدم.

و يرث معه الزوج و الزوجه نصيبهما الأعلى من النصف أو الرابع و ما بقى عنه كان له أى للضامن بلا- خلاف، و في الغنيه الإجماع.

القسم الثالث: ولاء الإمامه

القسم الثالث: ولاء الإمامه بإجماعنا و أخبارنا (١) و لا يرث أى الإمام المدلول عليه بالكلام أحدا إلا مع فقد كل وارث له حتى ضامن الجريره، فلو وجد كان أحق بالإرث منه عليه السلام عدا الزوجه فإنها تشاركه و تأخذ نصيبها الأعلى على الأصح الأشهر كما مر.

و لا ريب أن مع وجوده عليه السلام فالمال له يصنع به ما شاء و قد روى (٢) الشيخان أنه كان على عليه السلام يعطيه فقراء بلده أى بلد الميت و ضعفائهم، و قالوا كباقي الأصحاب: كان ذلك منه عليه السلام تبرعا عليهم.

ص: ٢٢١

١- (١) وسائل الشيعه ١٧-٥٤٧، ب ٣.

٢- (٢) المقنعه ص ١٠٩، وسائل الشيعه ١٧-٥٥٢، ح ٣.

و أما مع غيبته ف بقسم فى الفقراء و لو من غير بلده على أصح الأقوال و أشهرها، و ان كان الأحوط صرفه الى فقراء بلده كما عليه الصدوق و الشهيد فى اللمعه (١)، و أحوط منه حفظه له بالوصايه أو الدفن الى حين ظهوره كسائر الحقوق كما فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع.

و إطلاق الفقير فى كلام الأصحاب يشمل الهاشمى و غيره من العوام، و الاولى و الأحوط عند الأحقر تخصيص الهاشمى به بل لعله متعين لو لا شبهه الإجماع على الإطلاق.

و على كل حال لا يجوز أن يعطى الجائر إلا مع الخوف المبيح للإعطاء كأن يأخذه قهرا، فلو دفعه اليه دافع اختيارا كان ضامنا، و لو أمكنه دفعه عنه ببعضه و جب، فان لم يفعل ضمن ما يمكنه منعه عنه.

اللوأق

أشاره

و أما اللوأق: فأربعة فصول:

الأول: فى ميراث ابن الملاعنه

أشاره

الأول: فى ميراث ابن الملاعنه، ميراثه لامه و من يتقرب بها من أخواله و أجداده من قبلها و ل ولده فان كان له ولد و أمه حيه ف للأم السدس و الباقى تمامه للولد و ان نزل ان كان ذكرا، و ان أنثى فلها النصف أو الثلثان و الباقى رد عليهما.

و لو انفردت الام عنه و عن الزوجين كان لها الثلث إجماعا و الباقى ردا عليها على الأشهر الأقوى، و عن الخلاف الإجماع، و فى المسأله أقوال آخر ضعيفه.

و لو انفرد الأولاد عن الام و الزوجين، اقتسموه على حسب ما قرر فى ميراث الأولاد ف للبنات الواحده النصف بالفرض و كذا للآثنين فصاعدا الثلثان به و الباقى من النصف أو الثلث لصاحبه الفرض بالرد.

ص: ٢٢٢

و للذكران إذا انفردوا عن البنات المال بينهم بالسوية، و لو اجتمعوا أى الذكور و الإناث فللذكر سهمان و للأنتى سهم.

و يرث الزوج و الزوجه نصيبهما الأعلى من النصف و الربع مع عدم الولد و ان نزل و الباقي للوارث الخاص من الام و نحوها ان كان، و الا- فالباقي رد على الزوج و على الامام عليه السّلام مع الزوجه و لهما نصيبهما الأدنى من الربع و الثمن معهم أى مع الأولاد.

و لو عدم الولد يرثه من تقرب بأمه من الأجداد و الجدات و الاخوه و الأ-خوات و الأعمام و العمات و الأخوال و الخالات، و هكذا الى سائر الطبقات و الدرجات مرتبين الأقرب فالأقرب، الذكر و الأنتى منهم سواء فى النصيب لتقريبهم بالأم، و قد مر أن نصيبهم ذلك.

و مع عدم الوارث مطلقا حتى ضامن الجريره يرثه الامام عليه السّلام بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و يرث هو أى ابن الملا-عنه أمه بلا- خلاف و كذا من يتقرب بها ممن قدمناه مطلقا (1) على الأظهر الأشهر، و ربما أشعر عبارته المصنف فى الشرائع بالإجماع، و لعله كذلك.

و لا يرث أباه و لا من يتقرب به و لا يرثونه من حيث النسب.

و لو اعترف به الأب بعد اللعان لحق به فى الجملة و ورث هو أباه خاصه دون العكس، فلا يرثه الأب بلا خلاف، و هل يرث الابن غيره أى غير الأب من ذوى قرابه أبيه و يرثونه أم يرثهم و لا يرثونه أم يستمر الأمران على النفى السابق؟ أوجه أشهرها و أظهرها الأخير و لا عبره بنسب الأب كما مر.

ص: ٢٢٣

١- (١) كذب الأب نفسه أم لا «منه».

و يتفرع عليه أنه لو ترك ابن الملاعنه إخوه الأب و أم مع أخ أو أخت لأم، كانوا سواء في الحصة (١).

و كذا لو ترك جد الام مع أخ أو إخوه أو أخت أو أخوات من أب و أم تساوا فيها.

خاتمه:

تشتمل على مسائل:

الأولى: ولد الزنا لا يرثه الزانى و لا أمه الزانية و لا غيرهما من الأنساب و لا يرثهم بلا خلاف فى قطع التوارث بينه و بين الزانى و أقربائه، بل عليه الإجماع كما فى كلام جمع، و كذا بين الام و أقربائها أيضا على الأشهر الأقوى بل ربما أشعر عبائر كثير بالإجماع.

و يرثه أى ولد الزنا ولده و ان نزل و الزوج أو الزوجه نصبيهما الأعلى مع عدم الولد و الأدنى معه.

و لو لم يكن أحدهم أى الولد و الزوجين و لا- وارث آخر و لو ضامن جريره فميراثه للإمام عليه السلام مطلقا و لو كان هناك الأبوان أو أحد من ذوى قرابتهما على الأشهر الأظهر كما مر.

و قيل: كما عن الإسكافى و الصدوق و الحلبي يرثه أمه و أقاربها مع عدمها كابن الملاعنه لروايه (٢) حملها على التقيه أو على عدم كون الأم زانية -فإنها و أقاربها يرثونه حينئذ لثبوت النسب الشرعى بينهم كابن الملاعنه- طريق الجمع بين الأدله.

الثانيه: الحمل يرث ان سقط حيا إجماعا و تعتبر حياته إجماعا

ص: ٢٢٤

١- (١) فى المطبوع من المتن: المال.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٥٦٠، ح ٣.

عند الأصحاب ب حركة الأحياء كالأستهلال و الصياح أو مجرد الحركات المعبر بالحركات الإرادية دون غيرها من نحو التقلص و القبض و البسط طبعاً لا اختياراً، فان ذلك قد يحصل فى اللحوم.

و لا يشترط استقرار الحياه على الأقوى، و لا حياته عند موت الموروث بمعنى حلول الحياه فيه عنده بلا خلاف.

نعم يشترط العلم بوجوده عند الموت، و يعلم ذلك بأن تلده لدون سته أشهر من حين موته مده يمكن تولده منه، أو لأقصى الحمل إذا لم توطأ الام و طئاً يصلح استناد الولد معه الى الواطئ.

و لو خرج نصفه و تحرك أو استهل ثم سقط ميتا لم يرث و لا يورث، كما صرح به جمع.

الثالثة: قال الشيخ و تبعه الأصحاب من غير خلاف: انه يوقف و يعزل للحمل نصيب ذكرين احتياطاً عن تولده حيا و تعدده ذكراً، أو لم يوقف له زياده عن نصيبهما مع احتمال التولد زائداً عنهما لندرته ثم على هذا التقدير لا يخلو من احتمالات عشره: اما أن ذكراً واحداً، أو أنثى كذلك، أو خنثى، أو ذكرين، أو أنثيين، أو خنثيين، أو ذكراً و أنثى، أو ذكراً و خنثى، أو أنثى و خنثى، أو يسقط ميتاً، و أكثر هذه الاحتمالات نصيباً فرضه ذكرين.

فلو اجتمع مع الحمل ذكراً أعطى الثلث و وقف للحمل الثلثان.

و لو اجتمعت معه أنثى أعطيت الخمس حتى يتبين الحمل، فان ولد حيا كما فرض الذكرين، و الا وزع التركة بينهم على حسب ما يقتضيه حال الحمل فان ولد ميتاً خص باقيها بالولد الموجود مطلقاً، و ان ولد حيا وزعت بينهم إنصافاً أو أثلاثاً، أو نحو ذلك بحسب ما يقتضيه حاله من ذكوره أو أنوثته، واحداً أو

متعددا و لو كان هناك ذو فرض أعطوا النصيب الأدنى ان كانوا ممن يحجبهم الحمل عن الأعلى، كالزوجين و الأبوين أو أحدهما مع عدم ولد هناك أصلا، فإن ولد ميتا أكملوا نصيبهم، و ان ولد حيا روعى حاله و قسم التركة على حسبها.

و الضابط: انه متى كان هناك حمل و طلب الورثة القسمة، فمن كان محجوبا بالحمل كالاخوه لا يعطى شيئا الى أن يتبين الحال، و من كان له فرض لا يتغير بوجوده و عدمه كنصيب الزوجين و الأبوين إذا كان معه ولد يعطى كمال نصيبه، و من ينقصه و لو على بعض الوجوه يعطى أقل ما يصيبه على تقدير ولادته على وجه يقتضيه، كالأبوين إذا لم يكن هناك ولد غيره.

الرابعه: يرث ديه الجنين و هو الولد فى البطن مطلقا حل فيه الحياه أم لا أبواه و من يتقرب بهما أو بالأب خاصه مع عدمهما، بلا خلاف الا من الشيخ فى موضع من الخلاف، فممنع المتقرب بأحدهما مطلقا، و هو ضعيف - كما مضى.

الخامسه: إذا تعارضا أى اثنان غير معروفى النسب بما يقتضى الميراث بينهما من نسب أو زوجيه أو ولاء توارثا و لم يكلف أحدهما البيئه بإجماعنا فى الجمله و قد تقدمت المسأله فى كتاب الإقرار و بينا ثمه عدم تعدى التوارث الى غيرهما مع جملته الشرائط المعترضه.

السادسه: المفقود الذى لا يعلم موته و لا حياته يتربص بماله اتفاقا.

و لكن فى قدر التربص روايات (1) و أقوال، فمنها ما دل على أنها أربع سنين يطلب فيها، و عليها جماعه من القدماء و المتأخرين، و هو

ص: ٢٢٤

الأقوى، و في الانتصار (١) و الغنيه الإجماع.

و ليس في سندها ضعف بالمعنى المصطلح، فإنها من الموثق، و هو حجه على الأصح سيما بعد أن اعتضد بالعمل.

و منها ما دل على أنها عشر سنين في الجملة و هي أى هذه الروايه و ان كانت صحيحه الا أنها في حكم خاص و قضيه في واقعه، مع ندره القائل بها إذا لم يحك الا عن المفيد في قوله المشهور من الانتظار الى تلك المده في بيع عقاره خاصه، و جواز اقتسام الورثه ما عداها من أمواله بشرط الملاءه، و ضمانهم لها على تقدير ظهوره، مستندا في الشق الأول الى هذه الروايه.

و في الثانى الى ما في روايه ثلثه من أنه يقتسمه أى المال الورثه إذا كانوا إملاء فإذا جاء ردوه عليه و ليس فيها ضعف أيضا بل هي موثقه، و لكنها عن مقاومه أدله المختار قاصره.

و قال الشيخ في المبسوط (٢) و الخلاف و تبعه القاضى و ابن حمزه و الحلّى و أكثر المتأخرين: انه لا يورث حتى يمضى له من حين ولادته مدّه لا- يعيش مثله إليها عاده و لا ريب أن هذا هو الاولى في الاحتياط و أبعد من التهجم على الأموال المعصومه بالاخبار الموهومه المرجوحه بالإضافة إلى الأصول القطعيه، و لا دليل لهم سواها.

و المرجوحه المدعاه في العبارة- كما يستفاد من سياقها- مرجوحه حقيقه ليس معها في الروايات حجه، و أما على المختار فليس المراد بها ذلك، بل المرجوحه بحسب الاحتياط في العمل. و هنا قول آخر شاذ.

و على المشهور فإذا مضت المده المعتبره التي هي في زماننا مائه و عشرون

ص: ٢٢٧

١- (١) الانتصار ص ٣٠٧.

٢- (٢) المبسوط ٤-١٢٥.

سنه لندرہ الزائد عنها، بل ربما اكتفى بما دونها الى مائه في المسالك و الروضه (١)، حكم بتوريث من هو موجود حال الحكم.

و لو مات له قريب في تلك المده، عزل له نصيبه منه و كان بحكم ماله مطلقا وفاقا لجماعه، خلافا للتحريم فخص ذلك بما إذا علم حياته أو موته بعد مورثه، قال: و إذا مضت المده و لم يعلم خبره رد إلى ورثه الأول، للشك في حياته حين موت مورثه فلا يورث مع الشك (٢) و فيه نظر.

السابعه: لو تبرأ الوالد من جريره ولده و جنايته و ميراثه ففي روايه (٣) عمل الشيخ في النهايه (٤) أنه يكون ميراثه للأقرب إلى أبيه دونه كما فهمه أكثر الأصحاب، و المراد بالروايه الجنس لتعدددها.

و في هذه الروايه مع تعددها ضعف و قصور سندا و دلالة و مخالفه للأصول القطعيه جدا، و في كلام جمع الإجماع على خلافها.

الفصل الثاني: في بيان ميراث الخنثيو شبهه:

و هو من له فرج الرجال و النساء و هو لا يخرج عنهما، و يكون أحد فرجيه أصليا و الآخر زائدا، فإن أمكن استعلام الأصلي من الزائد فهو الواضح، و الا فالمشكك.

و طريق استعلامه: أنه يعتبر بالبول فان بال من فرج الرجال فهو رجل و ان بال من فرج النساء فهي امرأه، و ان بال منهما اعتبر بالسبق فمن أيهما

ص: ٢٢٨

١- (١) الروضه ٨-٤٩.

٢- (٢) التحرير ٢-١٧٢، مسأله يط.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧-٥٦٥، ب ٧.

٤- (٤) النهايه ص ٦٨٢.

سبق بوله يورث عليه ذكوره و أنوثه بلا خلاف،و فى كلام كثير الإجماع.

فإن بدر منهما قال الشيخ و الأكثر:انه يورث على الذى ينقطع منه أخيرا و الحلى نفى الخلاف عنه و فيه عند المصنف تردد و ليس فى محله.

فان تساويا خروجا و انقطاعا قال الشيخ فى الخلاف خاصه:

انه يعمل فيه بالقرعه مدعيا عليه الإجماع،و هو شاذ،و نقل الإجماع معارض بالمثل بل و أجود.

و قال المفيد فى كتاب أعلام الورى (١)و علم الهدى فى الانتصار (٢)أنه يعد أضلاعه فإن اختلف أحد الجانبين عددا فذكر،و ان تساويا فأنتى مدعين عليه الإجماع،و ادعى فى السرائر (٣)تواتر الاخبار (٤).

و قال الصدوقان و المفيد فى المقنعه (٥)و الشيخ فى النهايه (٦)و الإيجاز (٧)و المبسوط (٨)و غيرهم من القدماء: يعطى نصف ميراث رجل و نصف ميراث امرأه،و هو أشهر و عليه عامه المتأخرين،و لعل هذا أقوى.

و عليه لو اجتمع مع الخنثى ذكرا أو أنثى أو ذكر و أنثى معا، فقد اختلف الأصحاب فى كيفية القسمة على قولين.

ص: ٢٢٩

١- (١) أعلام الورى ص ٣٣٩.

٢- (٢) الانتصار ص ٣٠٦.

٣- (٣) السرائر ص ٤٠٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٧-٥٧٤، ب ٢.

٥- (٥) المقنعه ص ١٠٦.

٦- (٦) النهايه ص ٦٧٧.

٧- (٧) الإيجاز ص ٢٧٥.

٨- (٨) المبسوط ٤-١١٤.

ف قيل: كما عن النهاية (١) والإيجاز و استحسنة الفاضل في التحرير (٢) انه للذكر أربعة و للخنثى ثلاثة و للأنثى سهمان في الثالث.

و توضيحه: انه يجعل للأنثى أقل عدد يكون له نصف و هو اثنان، و المذكر ضعف ذلك و للخنثى نصف كل منهما و الفريضة على الأول من سبعة و على الثاني من خمسة و على الثالث من تسعة حسب ما تقدم من التفصيل.

و قيل: كما عن المبسوط (٣) انه تقسم الفريضة مرتين فتفرض مره ذكرا و مره أنثى و يعطى الخنثى و غيره نصف النصيبين و هو أظهر للماتن و أشهر كما صرح به جمع.

مثاله خنثى و ذكر تفرضهما ذكرا و ذكرا و أنثى تاره، و تطلب من العدد أقل مال له نصف و لنصفه نصف و له ثلث و لثلثه نصف حتى يصح منه فرض كونه ذكرا و كونه أنثى، و أخذ نصف النصيبين منه أيضا فيكون اثنا عشر للخنثى و للذكر سبعة. و لو كان بدل الذكر أنثى حصل للخنثى سبعة و للأنثى خمسة.

بيانه: انك إذا قسمت الفريضة على تقدير الذكوريه، ثم قسمتها مره أخرى على تقدير الأنثويه، نظرت الى كل من الفريضتين، فان تباينا ضربت إحداهما في الأخرى، و ان توافقنا ضربت إحداهما في وفق الأخر، و ان تماثلتا اجتزأت بإحداهما، و ان تناسبتا أخذت بالأكثر، تضرب ذلك في اثنين فتعطى كل وارث من المجموع نصف ما حصل له من الفريضتين.

فلو كان مع الخنثى ذكر، فعلى تقدير فرض الخنثى ذكرا تكون الفريضة

ص: ٢٣٠

١- (١) النهاية ص ٦٧٧.

٢- (٢) التحرير ٢-١٧٤.

٣- (٣) المبسوط ٤-١١٥.

من اثنين، و على تقدير فرضه أنثى تكون من ثلاثه، و الفريضة من متباينتان فتضرب إحداهما فى الأخرى ثم المجتمع فى اثنين تكون اثنا عشر، للخنثى على تقدير الذكوريه سته، و على تقدير الأنثيه أربعه، فيؤخذ نصفهما، و هو خمسه من اثنا عشر، و للذكر سبعة لأنها نصف ماله على تقدير ذكوريه الخنثى و هو سته، و ماله على تقدير أنثيته و هو ثمانية.

و لو كان مع الخنثى أنثى فالمسأله بحالها، الا أن للخنثى سبعة و للأنتى خمسه فإنه على تقدير فرض الخنثى ذكرا فالفريضة من ثلاثه، و على تقدير فرضه أنثى فالفريضة من اثنين، فتضرب إحداهما فى الأخرى لتباينهما ثم المجتمع فى اثنين يصير اثنا عشر، للخنثى على تقدير الذكوريه ثمانية، و على تقدير الأنثيه سته، و مجموع النصف من كل منهما خمسه.

و لو اجتمع معه ذكر و أنثى، فعلى تقدير فرضه ذكرا تكون الفريضة من خمسه و على تقدير فرضه أنثى تكون من أربعه، و النسبه بين الفريضة التباين، فتضرب إحداهما فى الأخرى حتى تبلغ عشرين ثم المجتمع فى اثنين تبلغ أربعين، فالخنثى على تقدير الذكوريه سته عشر، و على تقدير الأنثيه عشره، و مجموع نصفهما ثلاثه عشر، و للذكر على تقدير فرض ذكوريه الخنثى سته عشر، و على تقدير الأنثيه عشرون و نصف ذلك ثمانية عشر، و للأنتى على تقدير فرض الذكوريه ثمانية، و على تقدير فرض الأنثيه عشره و نصف ذلك تسعه.

فقد تقرر: ان للخنثى ثلاثه عشر من أربعين، و للذكر ثمانية عشر، و للأنتى تسعه منها.

فقد اختلف كيفيه القسمة بين القولين فى هذه الفروض، أما على الفرض الأول فبموجب قول الأول للخنثى ثلاثه أسباع التركه، و للذكر أربعه أسباعها و بموجب القول الثانى ينقص نصيب الخنثى عن ثلاثه أسباع الأنتى عشر، أعنى

خمسه و سبعا بسبع واحد.

و أما على الفرض الثانى، فبموجب القول الأول للخنثى ثلاثه أخماس التركه، و للأنتى خمسان. و على القول الثانى ينقص عنه بخمس واحد من اثنا عشر.

و أما على الفرض الثالث، فبمقتضى القول الأول للخنثى ثلث التركه ثلاثه من تسعه، و للذكر أربعة أتساع، و للأنتى تسعان، و على القول الثانى ينقص نصيب الخنثى بثلاث واحد.

و لو شاركهم زوج أو زوجه صححت الفريضة فريضة الخنثى و مشاركيه مع قطع النظر عن أحدهما ثم ضربت مخرج نصيب الزوج أو الزوجه من الربع أو الثمن و هو أربعة و ثمانية فى الحاصل من تلك الفريضة فما ارتفع منه تصح الفريضة.

فعلى الفرض الأول على القول الأول الذى فيه الفريضة سبعة لو جامعهم زوج ضربتها فى مخرج نصيبه أربعة يحصل ثمانية و عشرون، فللزوج منها الربع سبعة و من كان له شىء منها أخذه مضروبا فى ثلاثه، و هو ما نقص من مضروب الأربعة عن نصيب الزوج، فللخنثى تسعه و للذكر اثنا عشر.

و لو جامعهم زوجة ضربت السبعة فى مخرج نصيبها ثمانية يحصل ستة و خمسون، فللزوج منها ثمنها سبعة، و من له منها شىء أخذه مضروبا فى سبعة و هو ما نقص من مضروب الثمانية عن نصيب الزوج، فللخنثى أحد و عشرون، و للابن ثمانية و عشرون.

و على الفرض الأول على القول الثانى الذى فيه الفريضة اثنا عشر لو جامعهم زوج ضربتها فى مخرج نصيبه أربعة يحصل ثمانية و أربعون، وللزوج منها الربع اثنا عشر، و من كان له منها شىء أخذه مضروبا فى ثلاثه كما مر، فللخنثى خمسه

عشر، و للابن أحد و عشرون.

و لو جامعهم زوجه ضربت الاثنا عشر فى مخرج نصيبيها يبلغ ستة و تسعين، للزوجه اثنا عشر، و من كان له منها شىء أخذه مضروبا فى سبعة كما مر، فللخنثى خمسة و ثلاثون، و للابن تسعة و أربعون. و قس على هذا الفروض الباقية و غيرها على كل من القولين.

و من ليس له فرج النساء و لا فرج الرجال اما بأن تخرج الفضله من دبره، أو يفقد و يكون له ثقبه بين المخرجين تخرج منه الفضلتان أو البول مع وجود الدبر، أو بأن يتقيأ ما يأكله أو نحو ذلك يورث بالقرعه على الأظهر الأشهر، و فى السرائر (١) نفى الخلاف عنه. و فيه قول آخر شاذ.

و كفيتهما كما فى الصحيح: أن يكتب على سهم عبد الله، و على سهم أمه الله، ثم يقول المقرع: اللهم أنت الله لا إله إلا أنت عالم الغيب و الشهاده أنت تحكم بين عبادك فيما كانوا فيه يختلفون، فبين لنا أمر هذا المولود، كيف يورث ما فرضت له فى الكتاب. ثم يطرح السهمان فى سهام مبهمه، ثم تجال السهام على ما خرج ورث عليه (٢). و ظاهره كغيره لزوم الدعاء و لو بغير ما فيه، و لذا أمر به جمع، و هو أحوط ان لم يكن أظهر.

و من له رأسان أو بدنان على حقو بفتح الحاء و سكون القاف معقد الإزار عند الخصر (٣)، سواء كان تحت الحقو ذكرا أو غيره يوقظ أو يصاح به، فان انتبه أحدهما فهما اثنان و الا فواحد بلا خلاف.

و على التقديرين يرثان إرث ذى الفرج الموجود، فيحكم بكونهما واحده

ص: ٢٣٣

١- (١) السرائر ص ٤٠٦.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٧-٥٨٠، ح ٢.

٣- (٣) الخصر: بكسر الخاء و سكون الصاد، وسط الإنسان.

أو اثنين أو ذكرا واحدا أو ذكرين. و لو لم يكن له فرج أصلا أو كانا معا، حكم لها بما مضى.

الفصل الثالث في بيان ميراث الغرقى و المهدوم عليهم:

و هؤلاء يرث بعضهم بعضا إجماعا إذا كان لهم أو لأحدهم مال و كانوا يتوارثون و التوارث دائر بينهم، بمعنى أن كل واحد منهم يرث الآخر و لو بمشاركه غيره و اشتبه المتقدم منهم في الموت بالمتأخر.

فلو انتفى أحد هذه الشروط الثلاثة، انتفت التوارث بينهم إذا لم يكن لهم و لا لأحدهم مال، أو انتفى التوارث بينهم كما لو لم يكن استحقاق إرث بالكلية:

أما لعدم نسب أو سبب أو لوجود مانع من كفر أورك أو وجود وارث، حتى لكل منهما أو لأحدهما حاجب للميت الآخر، أو علم اقترانهم في الموت. و لو علم المتقدم ورثه المتأخر من غير عكس.

و في ثبوت هذا الحكم أى التوارث بين المشتبهين في الموت بحسب التقدم و التأخر مع اجتماع ما مر من الشرائط فى ما إذا كان الموت بغير سبب الغرق و الهدم من سائر الأسباب كالقتل و الحرق تردد و اختلاف، إلا أن الأكثر على العدم، و لا يخلو عن قرب.

و مع اجتماع الشرائط المتقدمه يورث الأضعف و الأقل نصيبا أولا، ثم يورث الأقوى منه و الأكثر نصيبا، فيفرض موته أولا و يرث الأضعف منه نصيبه، ثم يفرض موت الأضعف و يرث الأقوى منه نصيبه.

و لا يورث الأقوى مما ورث الأضعف منه بل من صلب تركته فقط على الأظهر الأشهر، و فى ظاهر الغنيه الإجماع.

و فيه قول آخر بالإرث مما ورث للمفيد و الديلمى، و لا دليل عليه يعتد

به سوى ما مر من الحكم بتقديم الأضعف فى الإرث، فإنه لا فائده فيه الا التوريث مما ورث منه.

و يضعف بمنع كون التقديم على جهه الوجوب، بل على الاستحباب على الأشبه عند جماعه. و على تقدير الوجوب- كما هو ظاهر النصوص و عليه الآخرون- يحتمل كونه تعبدا محضا.

و على اعتبار التقديم مطلقا فلو غرق أب و ابن واحد أو أكثر و لم يبلغوا سته و رث الأب من ابنه بعد فرض موته أو لا نصيبه، ثم يفرض موت الأب و ورث الابن من أصل تركه أبيه لا- مما ورث منه كما تقدم ثم يعطى نصيب كل منهما لوارثه الخاص أو العام.

و لو كان لأحدهما وارث خاص دون الآخر أعطى ما اجتمع لدى الوارث الخاص لهم أى لورثته، جمع الضمير مراعاة للتعدد المحتمل، و لو أفرد به مرادا به الجنس كإرادته من المرجع تبعاً له كان أنسب و أعطى ما اجتمع للآخر عديم الوارث الخاص للإمام عليه السلام.

و لو لم يكن لهما وارث غير أنفسهما بأن انحصر الوارث الخاص لكل منهما فى الآخر انتقل مال كل منهما إلى الآخر فرضاً ثم انتقل إرث كل منهما الى الامام عليه السلام بالفعل.

و إذا لم يكن بينهما تفاوت فى الاستحقاق و قد النصيب، بأن تساويا فيه فرضاً أو قرابه أو بهما معا سقط اعتبار التقديم قطعاً كأخوين لأب أو أم أو لهما فان كان ل كل من هما مال و لا مشارك لهما فى الإرث انتقل مال كل منهما الى صاحبه فرضاً ثم انتقل منهما الى ورثتهما محققاً.

و ان كان لأحدهما خاصه مال دون الآخر صار و انتقل ماله لأخيه فرضاً و انتقل منه بعد ذلك الى ورثته محققاً و لم يكن

للآخر ذى المال شيء حتى مما ورثه منه عديم المال على المختار و يرث منه نصيبه على غيره.

و لو لم يكن لهما وارث خاص أصلا انتقل المال من كل منهما أو من ذى المال خاصة على المختار الى الامام عليه السلام كالسابق الذى كان بينهما تفاوت.

و لو ماتا حتف أنفسهما على فراشهما من غير قتل و لا ضرب و لا حرق لم يتوارثا و كان ميراث كل منهما ان كان لورثته الخاص أو العام بلا خلاف، و فى الروضة (1) و عن جماعه الإجماع.

الفصل الرابع: فى ميراث المجوس

المقصد الرابع: فى بيان ميراث المجوس إذا ترفعوا الى حكم الإسلام، أو اشترط عليهم التزامهم بأحكامه.

و قد اختلف الأصحاب فيه، فالمحكى عن يونس بن عبد الرحمن، و هو من أجلاء قدماء الأصحاب و روايتهم من رجال الكاظم و الرضا عليهما السلام أنه لا يورثهم الا بالصحيح من النسب و السبب دون فاسدهما، و تبعه جماعه منهم المرتضى مدعيا عليه الإجماع.

و عن الفضل بن شاذان النيشابورى، و هو أيضا أحد أصحابنا الفضلاء و العظماء المتكلمين من رجال الهادى و العسكرى عليهما السلام أنه يورثهم بالنسب الصحيح و فاسده و بالسبب الصحيح خاصة و تابعه ابن بابويه و العماني و المفيد على ما نقله جماعه.

و قال الشيخ فى جملة من كتبه و جماعه: أنهم يورثون بالصحيح و الفاسد فيهما و عزى هذا القول الى المشهور.

و اختيار الفضل أشبه عند المصنف و أكثر من تأخر، و المسألة محل

ص: ٢٣٦

توقف.

و كيف كان ف لو خلف المجوس أما هي زوجه له فلها نصيب الام دون الزوجه على مختار الفضل، و نصيبهما على مختار الشيخ، و على قول يونس ان كان أمه على نكاح صحيح فكذلك، و الا فلا شىء.

و لو خلف جده هي أخت له، و يتصور فيما إذا تزوج أبوه بابنته فأولده منها، فالبنت للصلب جدته لامه و هي أخته لأن أباهما واحد ورثت بهما أى بالجديه و الأختيه.

و لا كذا لو خلف بنتا هي أخت له، و يتصور فى ما إذا تزوج أمه فأولدها بنتا، فهى بنته لصلبه و أخته لامه، فإنها لا ترث بالبنتيه و الأختيه لأنه لا ميراث للأخت مع البنت بل ترث بالبنتيه خاصه، و الحكم فى هاتين المسألتين بالإرث بالنسب بقول مطلق انما هو على القولين الآخرين دون قول يونس، و أما عليه فيقيد بصحة النسب.

خاتمه فى بيان حساب الفرائض:

اشاره

اعلم أن كل عدد إذا نسب الى آخر، فاما أن يكونا متساويين كالثلاثه و ثلاثه، و يقال له: المتماثلان أيضا. أو مختلفين، و حينئذ: فأما أن يعد الأقل الأ-كثر و يفنيه بإسقاطه منه مره بعد أخرى أو لا- فالأول المتداخلان كالثلاثه مع التسعه، و يقال لهما: المتوافقان بالمعنى الأعم أيضا.

و الثانى لا يخلو: اما أن يعدهما عدد ثالث غير الواحد بمعنى أن يفنيهما جميعا مره بعد أخرى، أو لا يفنيهما الا الواحد، و الأول المتوافقان بالمعنى الأخص كالعشره و الستة، فإنه يفنيهما الاثنان و الستة و الثمانيه كذلك، و التسعه و الستة يفنيهما الثلاثه، و العشره و الخمسه عشر يفنيهما الخمسه.

ص: ٢٣٧

و قد يتعدد المفنى لهما كالأثنا عشر و الثمانيه عشر، فإنه يفنيهما الستة و الثلاثة و الاثنان، فتوافقهما حينئذ بالسدس و الثلث و النصف، لكن المعبر منها أقلها جزءاً، لأنه أقل للفريضة و أسهل للحساب و هو هنا السدس. و الثاني المتباينان، كالثلاثة و خمسة و ثلاثة و سبعة.

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مخارج الفروض ستة بل خمسة، لدخول مخرج الثلث في مخرج الثلثين.

و نعنى بالمخرج أقل عدد يخرج منه ذلك الجزء أى الكسر صحيحاً.

ف مخرج النصف من اثنين، و الربع من أربعة، و الثمن من ثمانية، و الثلث و الثلثان من ثلاثة و السدس من ستة و حينئذ فاما أن يقع فى المسألة واحد منها أو اثنان فصاعداً، أو لا يقع منها شيء فيها.

و على الأول فالمخرج المأخوذ منه ذلك الكسر هو أصل المسألة، كما لو اجتمع الزوج مع أهل المرتبه الثانيه ممن ليس له فريضة، فإن أصل الفريضة اثنان هو مخرج النصف حصه الزوج، فله واحد منها و الآخر للباقيين، فان انقسم عليهم من غير كسر، و الا عملت به ما يأتى الى أن تصح الفريضة من عدد ينتهى اليه الحساب، و هكذا لو اجتمع فيه نصفان.

و على الثانى فإن كانا متماثلين و خرج الكسران من مخرج واحد اجتزأت بأحدهما كالثلث و الثلثين، فالثلاثة أصل الفريضة. و ان كانا مختلفى المخرج، فلا بد من النظر فيهما، فان كانا متداخلين اجتزأت بأكثرهما كالثمانيه، مخرج الثمن فريضة الزوجه، و الاثنان مخرج النصف فريضة البنت الواحده فى ما إذا اجتمعت مع الزوجه، فأكثر المخرجين و هو الثمانيه أصل الفريضة.

و ان كان متوافقين ضربت وفق أحدهما فى مجموع الآخر، كالسته مخرج فريضة الواحده من كلاله الأم، و الأربعة مخرج فريضة الزوجه، و التوافق بينهما بالنصف،

و هو من الأربعة اثنان و من الستة ثلاثة، تضرب أحد النصفين فى مجموع الآخر يحصل اثنا عشر و هو أصل الفريضة.

و ان كان متباينين ضربت أحدهما فى الآخر، كأربعة و ثلاثة فى ما إذا اجتمع زوجه لها الربع و أم لها الثلث، تضرب الأربعة فى الثلاثة أو بالعكس، يحصل اثنا عشر هى أصل الفريضة.

و على الثالث يجعل المال على عدد الرؤوس مع التساوى فى المذكوره و الأنوثة، و مع الاختلاف فيهما يجعل سهمان للذكر و سهم للأنثى، فما اجتمع فهو أصل الفريضة صحيحا.

و بعد ما صححت الفريضة لا يخلو: اما أن يكون بقدر السهام، أو أقل منها أو أكثر.

فما كان الفريضة فيه بقدرها، فان انقسم الفريضة عليها من غير كسر فلا بحث، كزوج و أخت لأبوين أو لأب فالمسألة من سهمين و الا ينقسم عليها من غير كسر مع كونها مساويا لها: فاما أن تنكسر على فريق واحد أو أكثر، ثم اما أن يكون بين عدد المنكسر عليه و سهامه وفق بالمعنى الأعم أولا فالأقسام أربعة.

فإن انكسرت على فريق واحد فاضرب عدد من انكسر عليهم دون نصيبهم فى أصل الفريضة ان عدم الوفق بين العدد و النصيب و كان بينهما تباين مثل أبوين و خمس بنات أصل فريضتهم ستة لاشتمالها على السدس، و مخرجه ستة نصيب الأبوين منها اثنان لا ينكسر عليهما.

و تنكسر الأربعة الباقية نصيب البنات على الخمسة عددهن فتضرب خمسه تمام عددهن فى أصل الفريضة ستة فما اجتمع و هو ثلاثون فمنه تصح الفريضة فكل من حصل له شىء من أصل الفريضة أخذه مضروبا

فى خمسة، فلأبوين سدسها عشرة، و للبنات الخمس ثلثها عشرون، ينقسم عليهن بالسويه أربعة أربعة.

و انما ضربنا الخمس فى أصل الفريضة لأنه لا وفق بين نصيبيهن الأربعة و عددهن الخمسه بل تباين، و حكمه هنا ضرب العدد المبائن دون النصيب فى أصل الفريضة.

و لو كان بينهما وفق و لو بالمعنى الأعم ضربت وفق من العدد المنكسر عليه الفريضة لا وفق من النصيب فى أصل الفريضة فما حصل منه تصح المسأله مثل أبوين و ستة بنات أصل الفريضة من ستة، لما مر للأبوين السدسان اثنان.

و للبنات أربعة تنكسر عليهن و بين نصيبيهن و هو الأربعة و عددهن و هو الستة وفق و هو النصف، فيضرب وفق من العدد لا من النصيب و هو ثلاثه لأنها نصف الستة فى أصل الفريضة و هو ستة، فما اجتمع بعد الضريب و هو ثمانية عشر صحت منه الفريضة، للأبوين السدسان ستة لكل منهما ثلاثه، و للبنات الست اثنا عشر لكل منهن اثنان اثنان.

و لو انكسرت على أكثر من فريق، فاما أن يستوعب الكسر الجميع أم لا، و على التقديرين اما أن يكون بين نصيب كل فريق انكسر عليه و عدده وفق أو تباين أو بالتفريق، فان كان الأول ردت كل فريق الى جزء وفق.

ثم اعتبرت الاعداد بعد الرد هل هى متماثله أو متداخله أو متوافقه أو متباينه، فإن كانت متماثله اجتزأت بواحد منها و ضربته فى أصل الفريضة، كست زوجات و ثمانية من كلاله الأم و عشره من كلاله الأب، أصل الفريضة اثنا عشر، للزوجات منها ثلاثه يوافق عددن بالثلث، و لكلاله الأم أربعة يوافق عددنم بالربع.

و لكلاله الأب خمسة يوافق عددن بالخمس، فتزد كل فريق الى جزء وفقه،

و هو فى الـجـمـيـع اثـنـان لأنـهـما ثـلـث باعـتـبار عـدـد الزـوجـات و رـبـع باعـتـبار عـدـد كـلـالـه الأم و خـمـس باعـتـبار كـلـالـه الأب، فأجـزاء الأوفـاق فـيـها مـتـمـائـله، فـتـضـرب أحـدـهـما فـى أصـل الفـريـضـه تـبـلـغ أربـعا و عـشـرين مـنـها تـصـح الفـريـضـه.

و ان كـانـت مـتـداخـلـه اجـتـزأت بالأكـثـر، كـالمـثـال مـع جـعـل كـلـالـه الأم سـتـه عـشـر، نصـيـبـهـم يـوافـق عـدـدـهـم بالـربـع فـتـردـهـم إـلى الأربـعـه، و بـيـنـها و بـيـن الوـفـق المـردود إـلـيـه كـل مـن عـدـد الزـوجـات و كـلـالـه الأب و هو الاثنان تـداخـل، فـتـجـتـزئ بـها و تـضـربـها فـى أصـل الفـريـضـه تـبـلـغ ثـمـانـيـه و أربـعـين مـنـها تـصـح المـسألـه.

و ان كـانـت مـتـوافـقـه، ضـربـت و فـق أحـد المـوافـقـين فـى عـدـد الأخر، ثم المـجـتـمـع فـى أصـل الفـريـضـه، كـالمـثـال مـع جـعـل كـلـالـه الأم أربـعـه و عـشـرين و كـلـالـه الأب عـشـرين، للزـوجـات ثـلاثـه يـوافـق عـدـدـهـن بالـثـلـث و لكـلـالـه الأم أربـعـه تـوافـق عـدـدـهـن، بالـربـع و لكـلـالـه الأب خـمـسـه تـوافـق عـدـدـهـم بالخـمـس، فـتـرد كـل فـرـيـق إـلى جـزء الوـفـق و هو اثـنـان بالنـسـبـه إـلى الزـوجـات، و سـتـه بالنـسـبـه إـلى كـلـالـه الأم، و أربـعـه بالنـسـبـه إـلى كـلـالـه الأب، و بـيـن كـل مـن أـعـداد الوـفـق و ما فـوقـه مـوافـقـه بالنـصـف، فـتـضـرب و فـق الأربـعـه و هو اثـنـان فـى سـتـه، تـبـلـغ اثـنـا عـشـر تـضـربـها فـى مـثـلـها أصـل الفـريـضـه، تـبـلـغ مائـه و أربـعـه و أربـعـين مـنـها تـصـح المـسألـه.

و ان كـانـت مـتـبايـنـه، ضـربـت بـعضـها فـى بـعض، ثم المـجـتـمـع فـى أصـل الفـريـضـه، كـالمـثـال مـع جـعـل كـلـالـه الأم اثـنـا عـشـر و كـلـالـه الأب خـمـسـه و عـشـرين، يـرجـع عـدـدـهـن بـعـد الرـد إـلى اثـنـين بالنـسـبـه إـلى الزـوجـات، لأنـهـما جـزء و فـق عـدـدـهـن و ثـلاثـه بالنـسـبـه إـلى كـلـالـه الأم، و خـمـسـه بالنـسـبـه إـلى كـلـالـه الأب لـذـلـك، و النـسـبـه بـيـن هـذـه الأـعـداد التـبايـن، فـتـضـرب الاثنـين فـى ثـلاثـه، تـبـلـغ سـتـه تـضـرب فـى خـمـسـه، تـبـلـغ ثـلاثـين تـضـربـها فـى أصـل الفـريـضـه، تـبـلـغ ثـلاثـمـائـه و سـتـين.

و ان كان الثـانـى، نـسـبـت أـعـداد كـل فـرـيـق إـلى الأخر، فإن تـساوت اجـتـزأت

بأحدهما و ضربته في أصل الفريضة، كثلاثة أخوه لام و ثلاثة لأب أصل الفريضة ثلاثة، لكلاله الأم واحد ينكسر على عددهم، و لكلاله الأب اثنان كذلك، و النسبه بين الفريقين تساوي، تضرب أحدهما و هو ثلاثة في أصل الفريضة مثلها تبلغ تسعه، منها تصح المسأله.

و ان تداخلت اجترأت بالأكثر و ضربته في أصل الفريضة، كالمثال مع جعل كلاله الأب تسعه، و النسبه بينها و بين الثلاثة تداخل، تجتزئ بالتسعه تضربها في ثلاثة أصل الفريضة، تبلغ سبعا و عشرين منها تصح المسأله.

و ان توافقت ضربت وفاق أحدهما في مجموع الآخر، ثم المجتمع في أصل الفريضة، كأربع زوجات مع ستة أولاد فريضتهم ثمانية، واحد للزوجات و سبعة للأولاد تنكسر على الفريقين، و لا وفق بين نصيبهما و بين عددهما توافق بالنصف، فتضرب اثنين في ستة، ثم المرتفع في ثمانية، تبلغ ستة و تسعين منها تصح المسأله.

و ان تباينت ضربت أحدهما في الآخر، ثم المرتفع في أصل الفريضة، كزوجتين و خمسة أخوه لام و سبعة لأب الفريضة اثنا عشر، للزوجتين ثلاثة، و لكلاله الأولى أربعة و للثانية خمسة، و لا وفق بين نصيب كل عدده، و الاعداد أيضا متباينه، فتضرب أيهما شئت في الآخر، ثم المرتفع في الباقي، ثم المجتمع في أصل الفريضة، تبلغ ثمانمائة و أربعين، منها تصح المسأله.

و ان كان الثالث رددت العدد الموافق لنصيبه الى جزء وفقه، ثم نسبت الوفق الى العدد الآخر الغير الموافق لنصيبه و اعتبرت النسبه بينهما.

فان تماثلت اجترأت بأحدهما فضربته في أصل الفريضة، كزوجتين و ستة إخوه لأب فريضتهم أربعة تنكسر على الفريقين، للزوجتين واحد تباين عددهما، و للإخوه ثلاثة توافق عددهم بالثلث اثنين ترد عددهم إليهما، و النسبه بينهما و بين

عدد الزوجتين تساوي، فتجتزئ بأحدهما اثنين، فتضرب في أصل الفريضة أربعة تحصل الثمانية، منها تصح المسألة.

و ان تداخلت اجتزأت بالأكثر و ضربته في أصل الفريضة، كأربع زوجات و ستة إخوه لأب الفريضة أربعة، للزوجات الأربع واحد ينكسر عليهن و تباين عددهن، و للإخوه الستة ثلاثة تنكسر عليهم و توافق عددهم بالثلث اثنين ترد عددهن إليهما، و بينهما و بين عدد الزوجات تداخل، فتجتزئ بالأربعة عددهن تضربها في أصل الفريضة تبلغ ستة عشر، منها تصح المسألة.

و ان توافقت ضربت الوفق من أحدهما في مجموع الآخر، ثم الحاصل في أصل الفريضة، كزوجتين و ستة إخوه لأب و ستة عشر لام الفريضة اثنا عشر، للزوجتين الربع ثلاثة تنكسر عليهما، و بينها و بين عددهن تباين، و للثانية أربعة تنكسر عليهم و بينها و بين عددهم توافق بالربع، ترد عددهم اليه و هو أربعة، و بينها و بين عدد الكلاله الاولى توافق بالنصف، فتضرب نصف أحدهما في الآخر تبلغ اثنا عشر، تضربها في أصل الفريضة تبلغ مائة و أربعة و أربعين، منها تصح المسألة.

و ان تباينت ضربت بعضها في بعض ثم المرتفع في أصل الفريضة، كزوجات أربع و سبعة إخوه لأب و ستة لام الفريضة اثنا عشر، للزوجات الأربع الربع ثلاثة تنكسر عليهن و بينها و بين عددهن تباين.

و للكلاله الاولى خمسه تنكسر عليهم و بينها و بين عددهم تباين، و للكلاله الأخرى أربعة و بينها و بين عددهم توافق بالنصف، و ترد عددهم اليه و هو ثلاثة، و بينها و بين كل من السبعة و الأربعة تباين، ضربت الأربعة في ثلاثة ثم الحاصل في سبعة، تبلغ أربعة و ثمانين تضربها في أصل الفريضة، تحصل ألف و ثمانية منها تحصل المسألة.

و ما ذكرناه من الأمثله الاثنا عشر في الأنواع الثلاثة انما هو في الانكسار المستوعب بجميع الفرق، و يأتي مثلها في غير المستوعب، و يسهل استخراجها

بعد الاستعانه بمراجعته ما قدمناه.

و لو نقصت الفريضة عن السهام لزيادتها عليها بدخول الزوج أو الزوجه فلا عول فيها عندنا كما مر الكلام فيه.

و فى أنه حينئذ يدخل النقص على البنت و البنات من أهل المرتبه الأولى إذا اجتمع أحدهما معهم أو على من تقرب الى الميت بالأب و الام أو الأب من الأخوات من أهل المرتبه الثانيه إذا اجتمعا معهم و ذلك من المرتبه الأولى مثل أبوين و زوج و بنت واحده الفريضة اثنا عشر، مضروب سته مخرج السدس فى اثنين جزء وفق الأربعة مخرج الربع، أو بالعكس بأن تضرب الأربعة فى جزء وفق الستة ثلاثه، فالحاصل على كلا التقديرين اثنا عشر.

فالأبوين السدسان منها أربعة و للزوج الربع منها ثلاثه و الباقي منها و هو خمسه المبتت فقد دخل النقص عليها بواحد، لان فريضة النصف منها سته.

و كذا لو اجتمع أبوان أو أحدهما، و بنت أو بنتان فصاعدا و زوج أو زوجه، ف النقص يدخل على البنت أو البنات تضمنت هذه العبارة أمثله، منها اجتماع الأبوين و الزوج و البنت الواحد، و هو تكرر لتقدمه، فالأولى حذف «و بنت».

و منها اجتماع أبوين و بنتين و زوج، الفريضة اثنا عشر كالسابق من دون فرق بينهما، الا من حيث أن هاهنا بدل البنت بنتين.

و منها: اجتماع أحد الأبوين و بنتين و زوج، الفريضة كسابقها الا أن هنا بدل الأبوين أحدهما، فتزاد البنات نصيب أحد الأبوين المحذوف و مع ذلك نقصنا بواحد، لان فرضهما الثلثان منها ثمانية و قد أعطيتا سبعة.

و منها: اجتماع أبوين و بنتين و زوج، الفريضة من أربعة و عشرين، مضروب

سته مخرج السدس فى أربعة جزء وفق الثمانيه مخرج الثمن أو بالعكس، تبلغ ذلك للأبوين ثمانيه و للزوجه ثلاثه و للبنتين ثلاثه عشر مع أن فريضة الثلثان سته عشر فقد نقصتا بثلاثه.

و من المرتبه الثانيه مثل ما لو اجتمع اثنان من ولد الام و أختان للأب و الام أو للأب مع زوج أو زوجه يأخذ الزوج و كلاله الأم كمال فريضةها و يدخل النقص على من يتقرب بالأب و الام أو بالأب خاصه الفريضة فى الأول من سته، مضروب مخرج الثلث و هو ثلاثه فى مخرج النصف و هو اثنان، للزوج ثلاثه منها و لكلاله الأم الثلث اثنان، و لكلاله الأب واحد نقصتا بثلاثه، لان فريضة الثلثان أربعة.

و كذا لو كان بدل الأختين واحده الا أنها تنقص باثنين، لان فريضة النصف ثلاثه، و فى الثانى اثنا عشر مضروب مخرج الثلث فى مخرج الربع أربعة، للزوجه الربع ثلاثه، و لكلاله الأم أربعة، و لكلاله الأب خمسه، نقصتا بثلاثه لان فريضة الثلثان ثمانيه.

ثم ان انقسمت الفريضة على أرباب السهام على الصحه من غير كسر فلا بحث، كما فى المثال الأول من الأمثله المتقدمه، و هو اجتماع أبوين و زوج و بنت واحده، و كما فيه أيضا لو بدل البنت الواحده بخمس.

و الا تنقسم عليهم كذلك ضربت سهام من انكسر عليه النصب بل عدده فى أصل الفريضة إذا عدم الوفق بين العدد و النصيب و كان المنكسر عليه فريقا واحدا كالأمثله المتأخره، ففى الأول و الخامس منها بين عدد البنين و نصيبهما خمسه تباين، تضرب العدد اثنين فى أصل الفريضة اثنا عشر تبلغ أربعة و عشرين للأبوين أو كلاله الأم ثمانيه، و للزوج أو الزوجه سته، و للبنتين أو الأختين عشره لكل منهما خمسه.

و كذا فى الثانى منها الا أن للبنتين هنا أربعة عشر لكل منهما سبعة، و لأحد الأبوين أربعة و للزوج ستة.

و كذا فى الثالث الا أن للبنتين ستة و عشرين، لكل منهما ثلاثة عشر لتضاعف الفريضة بفريضة الزوج.

و كذا فى الرابع، و للأختين فيها اثنان لكل منهما واحد.

و كما إذا اجتمع أبوان و زوج و ثلاث بنات، الفريضة اثنا عشر كما مر، للأبوين أربعة و للزوج ثلاثة و للبنات خمسة تنكسر عليهن، و بينها و بين الثلاثة عددهن تباين، يؤخذ به و يضرب فى أصل الفريضة تبلغ ستة و ثلاثين، للأبوين الثلث اثنا عشر، و للزوج الربع تسعة، و للبنتان خمسة عشر لكل خمسة.

و هكذا لو كن أربعة أو ستا الى ما دون العشرة، فإن هذه الأعداد متباينة لنصيبهن فالحكم الى ما فيها واحد. و لو كن عشرا وافق عددهن نصيبهن بالخمسة، و قد عرفت فى ما تقدم أنه إذا انكسرت الفريضة على فريق واحد يضرب الوفق من عدد رءوسهم لا من النصيب فى الفريضة و هى اثنا عشر تبلغ أربعة و عشرين، للأبوين الثلث ثمانية، و للزوج الربع ستة، و للبنات العشر عشرة.

و لو كن خمس عشرة فقد وافق عددهن نصيبهن بالخمسة أيضا، فترده إلى ثلاثة و تضربها فى أصل الفريضة تبلغ ستا و ثلاثين منها تصح المسألة.

و لو زادت الفريضة عن السهام كان الرد على ذوى السهام دون غيرهم و لا تعصيب عندنا كما مضى التنبيه عليه.

و على أنه لا- يرد على الزوج مع الوارث و لا- الزوجه مطلقا و لا- على الام مع وجود من يحجبها من كلاله الأب و لا على كلاله المتقربه بها إذا اجتمعت مع المتقربه بالأب أو بهما على الأشهر الأقوى.

و صورته حجب الام عن الرد و عدمه مثل اجتماع أبوين و بنت واحد.

ف انه إذا لم يكن هناك حاجب للأُم من الاخوه للأب فالرد يكون عليهم جميعا أخماسا. و ان كان لها حاجب فللأم السدس خاصة ف يختص الرد بالأب و البنت أرباعا أصل الفريضة ستة، للأبوين منها اثنان و البنت ثلاثه يبقى واحد يرد عليهم أخماسا أو أرباعا و تنكسر عليهم.

و تصحيحه أن تضرب مخرج سهام الرد و الكسر و هو خمسة أو أربعه فى أصل الفريضة ستة تبلغ ثلاثين على الأول و أربعه و عشرين على الثانى فما اجتمع بعد الضرب صحت منه الفريضة فعلى الأول للأبوين الخمسان اثنا عشر تنقسم عليهما صحيحا، و للبنت ثمانية.

و على الثانى للأم سدسها أربعه خاصة و الباقى و هو عشرون للأب ربهه خمسة فريضة منها أربعه و واحده من جهه الرد، و للبنت خمسة عشر فريضة منها اثنا عشر و ثلاثه حصتها من جهه الرد.

تمه فى المناسخات

تمه فى بيان المناسخات جمع مناسخه، مفاعله من النسخ، و هو النقل و التحويل.

و نعى به هنا أن يموت إنسان فلا تقسم تركته، ثم يموت أحد وراثه ف قد يتعلق الغرض بقسمه الفريضة من أصل واحد فان اتحد الوارث و الاستحقاق كان كالفريضة الواحد لا يحتاج الى عمل آخر.

و نعى باتحاد الوارث كون وارث الميت الثانى هو بعينه وارث الميت الأول.

و باتحاد الاستحقاق كون الجبهه الموجهه لاستحقاق الميراث فيها واحد، كالبنوه و الاخوه و الزوجيه و نحوها.

و ذلك كمن توفى عن أربعه اخوه و أختين و الجميع لأب و أم أو لام، فمات أخوان منهم و أخت و ليس لهم وارث إلا الإخوه الباقين، فان المال ينقسم بين الأخوين و الأخت الباقين أخماسا إن تقربوا بالأب و بالسويه إن تقربوا بالأم، و من

مات منهم ينزل منزله العدم، فكأن الميت لم يخلف إلا هؤلاء الباقين.

و ان اختلف الوارث خاصه، كما لو توفى عن ابنين فمات أحدهما و ترك أبناء، فجهد الاستحقاق فى الفريضتين واحده و هى البنوه، و الوارث مختلف لكونه فى الأولى ابنا و فى الثانية ابنه.

أو الاستحقاق خاصه، كما لو توفى عن ثلاثة أولاد، ثم مات أحدهم و لم يخلف غير أخواته المذكورين، فإن جهه الاستحقاق فى الفريضتين مختلف فإنها فى الأول البنوه و فى الثانية الاخوه و الورثه واحد.

أو هما معا كما لو توفى عن زوجه و ابن و بنت، ثم ماتت الزوجه عن ابن و بنت، فإن جهه الاستحقاق فى الأولى الزوجيه و فى الثانى البنوه و الوارث فيها الأولاد، و فى الأولى الزوجه و أولاده.

و نهض نصيب المتوفى فى الثانى و فريضه من الفريضه الأولى بعد تصحيحها بالقسمه على وارثه من غير كسر، كان أيضا كالفريضه الواحده، و ذلك كما فى المسأله المذكوره.

أما الأول منها فواضح، لأن فريضه الميت الثانى من الفريضه الأولى النصف، و وارثه ولده الواحد يرجع اليه من غير كسر.

و أما الثانى منها فلاذن الميت الثانى ينزل منزله العدم و تقسم ميراث الأول على هؤلاء الموجودين. و ينبغى تقييد تنزيل الميت الثانى منزله العدم فى نحو صوره المثال يكون ميراث الباقين من الميت الثانى على حسب إرثهم من الأول، و ان كان من قبيل صوره اختلاف الوارث.

كما لو ماتت امرأه عن أولاد من أب و ولد آخر، ثم مات أحد الأولاد الذين من أب، فإن ميراث الأولاد جميعهم من الأم بالسويه ذكوريه و أنوثيه، و ميراثهم بعد ذلك من أخيهم مختلف، فإن الأخ من الام له السدس خاصه و الباقي لإخوته

و أما الثالث فإن فريضة الميت الأول من أربعة و عشرين، مضروب مخرج الثمن نصيب الزوجه فى مخرج الثلث و الثلثين نصيب الابن و البنت الواحده، للزوجه منها ثلاثه تنقسم على ابنها و بنتها صحيحه.

و الا ينهض نصيبه بالقسمه على الوارث له بغير كسر، فانظر النسبه بين نصيب الميت الثانى و سهم وراثته و راعها بينهما بالتوافق و التباين، و بعد ذلك فاضرب الوفق من الفريضة الثانيه التى هى السهام، لا الوفق من النصيب الذى هو فريضة الميت فى أصل الفريضة الأولى أخذت منها فريضة الميت و نصيبه ان كان بين الفريضتين يعنى نصيب الميت و سهام وراثته التى هى الفريضة الثانيه وفق كأبوين و ابن ثم يموت الابن عن ابنين، فالفريضة الأولى سته، مخرج نصيب أحد الأبوين و نصيب ابن المتوفى منها أربعة و سهام وراثته سته، توافق نصيبهم بالنصف.

فتضرب ثلاثه وفق الفريضة الثانيه فى أصل الفريضة سته، تبلغ ثمانيه عشر منها تصح المسأله، لأبوى الميت الأول ثلثها سته، و للابن اثنا عشر تنقسم على وراثته من غير كسر، لأبنيه منها ثمانيه و للبتين أربعة.

و ان لم يكن بين نصيب الميت الثانى و سهام وراثته وفق بل تباين فاضرب تمام الفريضة الثانيه فى أصل الفريضة الأولى، فما بلغ بعد الضرب صحت منه الفريضتان كما لو توفت المرأه عن زوج و أخوين لأم و أخ لأب، ثم مات الزوج عن ابنين و بنت، فإن الفريضة الميت الأول سته، نصيب الزوج منها ثلاثه و سهام وراثته خمس، فلا تنقسم فريضته عليهما و بينهما تباين، فتضرب الخمسه فى سته تبلغ ثلاثين منها تصح المسأله، للأخوين للأم منها عشره، و للزوج نصفها خمس عشر تنقسم على وراثته من غير كسر.

و اعلم أنه قد يقع المناسخات في أكثر من فريضة، بأن مات بعض ورثة الميت الثاني قبل القسمة أو بعض ورثة الأول، وحينئذ تنظر في الفريضة الثالثة، فإن انقسمت على ورثة الميت الثالث من غير كسر، و إلا عملت فيها مع ما حصل عندك من الفريضة السابقتين بعد العمل فيهما على ما قدمناه، كما في الفريضة الثانية مع الأول.

و هكذا لو مات رابع و خامس و ما زاد و العمل واحد، و جميع ما تقدم في ما سبق من الافراد آت هنا أيضا.

و الحمد لله تعالى.

ص: ٢٥٠

و هو فى اللغة لمعان: الخلق و الأمر و الحكم.

و فى الشريعة: ولاية الحكم شرعا لمن له أهليه الفتوى بجزئيات القوانين الشرعيه على أشخاص معينه من البريه، بإثبات الحقوق و استيفائها للمستحق، و مبدأه الرئاسة العامه فى أمور الدين و الدنيا، و غايته رفع المنازعه.

و خواصه: ان الحكم فيه لا- ينقض بالاجتهاد، و صيرورته أصلا ينفذ غيره من القضاء و ان خالف اجتهاده ما لم يخالف دليلا قطعيا. و له ولاية على كل مولى عليه مع فقد وليه، و مع وجوده فى مواضع خاصه.

و يلزم به حكم من شهدت عليه و الشهود، أما من شهدت عليه فبالزمامه الحق و أما الشهود فبتغريمهم إياه لو رجعوا عن الشهاده.

و هو من فروض الكفايه بلا خلاف و فيه أجر عظيم لمن يقوم بشرائطه، و لعظم فائدته تولاه النبى صلى الله عليه و آله و من قبله من الأنبياء لأنفسهم لامتهم و من بعدهم من خلفائهم.

و لكن خطره جسيم، فقد قال مولانا أمير المؤمنين عليه السلام لشريح: جلست مجلسا لا يجلس فيه الا نبى أو وصى أو شقى (١).

ص: ٢٥٣

و قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله:القضاء ثلاثة:واحد في الجنه و اثنان في النار،فالذى في الجنه رجل عرف الحق و قضى به،و اللذان في النار رجل عرف الحق فجار في الحكم و رجل قضى للناس على جهل (١).

و النظر في الكتاب يقع في مواضع: في الصفات المعتره في القاضى المنسوب من قبل الامام عليه السلام.

و الآداب المتعلقة به و كيفية الحكم له و أحكام الدعوى.

النظر الأول في الصفات

و الصفات المشروطه فيه سته:التكليف بالبلوغ و كمال العقل و الايمان بالمعنى الأخص،أى الاعتقاد بالأصول الخمسه و العدالة،و طهاره المولد من الزنا و العلم و لو بمعنى الأعم الشامل للظن الاجتهادى في الحكم الشرعى القائم مقامه بالدليل القطعى و المذكوره بلا خلاف شىء من ذلك أجده بل عليه الإجماع في عبارات جماعه.

و يدخل في العدالة اشتراط الامانه و المحافظه على الواجبات و توطين النفس على ترك المحرمات.

و لا- ينعقد القضاء الا لمن له شرعا أهليه الفتوى كأن يكون مجتهدا مطلقا لا متجزئا و لازم ذلك أنه لا يكفيه مجرد اطلاعه ب فتوى الفقهاء بناء على عدم كونه بذلك مجتهدا مطلقا.

و لا بد مع ذلك أن يكون ضابطا،فلو غلبه النسيان لم ينعقد له القضاء بلا خلاف فيه ظاهرا،و قيده بعض الأصحاب بالضبط في محل الحكم لا مطلقا و لا بأس به.

و هل يشترط علمه بالكتابه و قدرته على قراءتها و كتابتها؟ الأشبه:

نعم وفاقا للأكثر،بل لا يعرف فيه مخالف ظاهرا للأصل،و لا ضراره

ص: ٢٥٤

بعدم عصمته و إمكان سهوه و نسيانه و غفلته الى ما لا يتيسر لغير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله المعروفه له الا بها فلا يقاس به و ان قلنا بكونه أميا بهذا المعنى، مع أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَ آله كان عالما بها بعد البعثه، كما صرح به الشيخ فى المبسوط (١) و الحلّى فى السرائر (٢) مشعرا بإجماعنا، و يشهد له جملة من أخبارنا.

و يتفرع على اشتراط المذكوره أنه لا ينعقد القضاء للمرأه و لو اجتمع فيه الشرائط الباقية.

و فى انعقاده للأعمى تردد و اختلاف و لكن الأقرب الأشهر:

أنه لا ينعقد لمثل ما ذكرنا فى اشتراط العلم ب الكتابه مع أن اشتراطه يستلزم اشتراط البصر، كما نبه عليه بعض.

و فى اشتراط الحرية أيضا تردد و اختلاف، و الأشبه عند المصنف هنا و فى الشرائع (٣) أنه لا يشترط خلافا للأكثر فيشترط و هو الأظهر.

و لا بد مع هذه الشرائط من اذن الامام عليه السلام بالقضاء لمستجمعها خصوصا أو عموما، و لا يكفى مجرد اجتماعها إجماعا.

و عليه ف لا ينعقد القضاء بنصب العوام له أى لمستجمع الشرائط و غيره قاضيا نعم لو تراضى اثنان خصمان بواحد من الرعيه فحكم بينهما لزم حكمه فى حقهما فى المشهور بين أصحابنا، بل لم ينقلوا فيه خلافا أصلا، و لكن يشترط فيه جميع ما يشترط فى القاضى المأذون من قبله عليه السلام غير الاذن منه بلا خلاف الا من نادر بل قيل: إجماعا، و عليه فيختص هذا بزمان حضوره عليه السلام و بسط يده.

ص: ٢٥٥

١- (١) المبسوط ٨-١١٩.

٢- (٢) السرائر ص ١٩١.

٣- (٣) الشرائع ٤-٦٨.

و أما مع عدم حضور الامام عليه السّلام أو عدم بسط يده، فلا يتصور وجوده، لانه مع عدم استجماعه الشروط لم يجز له القضاء، و مع استجماعه لها فقد حصل له الاذن و لو عموماً بالنص (١) و الإجماع على أنه في الصورتين ينفذ قضاء الفقيه من فقهاء أهل البيت عليهم السّلام الجامع للصفات و الشروط المعبره.

و يحرم التحاكم الى حكام الجور و أخذ شيء بحكمهم و لو كان عيناً، كما يستفاد من المعتبرين (٢)، إلا إذا توقف حصول الحق عليه فيجوز، سواء كان أحدهم محققاً و الآخر مخالفاً، أو كلاهما محققين، بلا خلاف ظاهر الا من الحلبي في الثاني و هو نادر. نعم ينبغي إعلام الخصم المانع عن الحق برفعه الى حاكم الجور إذا أصر على حبس الحق، فإن ارتدع و الا فليترافع.

و قبول القضاء عن السلطان العادل مستحب لمن يثق و يعتمد بنفسه بالقيام بشروط القضاء، و استحبابه عيني فلا ينافي ما قدمناه من أنه واجب كفاً.

و ربما وجب عينا إذا ألزمه به الامام عليه السّلام، أو لا يوجد من يتولاه غيره ممن يستجمع الشروط، و لا فرق في هذا بين حالتي حضور الامام عليه السّلام و غيبته، و لا خلاف في شيء من ذلك عندنا.

النظر الثاني

اشاره

(في الآداب)

و هي مستحبه، و مكروهه. فالمستحب اشعار رعيته و اخبارهم بوصوله

ص: ٢٥٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٤، ب ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢، ب ١.

و قدومه ان لم يشتهر خبره و طلب من يسأله ما يحتاج اليه من أمور بلده،و النزول فى وسط البلد.

و الجلوس فى قضاائه أى حاله القضاء فى موضع بارز مثل رحبه أو فضاء و يكون مستقبل القبله فى جلوسه على قول،و الأكثر على استحبابه مستدبر القبله.

و أن يأخذ مبتدأ ما فى يد الحاكم المعزول من حجج الناس و ودائعهم.

و السؤال بعد ذلك عن أهل السجون و إثبات أسماءهم،و البحث عن موجب اعتقالهم و حبسهم ليطلق و يخلص من يجب إطلاقه بأن لا يثبت لحبسه موجب،أو لم يظهر له خصم بعد إشاعه حاله.و ان ادعى أن لا خصم له ففى إحلافه مع ذلك قولان.

ثم يسأل عن الأوصياء على الأيتام و المجانين،و عن ثبوت وصايتهم و تصرفهم فى المال،و يفعل بهم ما يجب من إنفاذ أو إسقاط أو تضمين.

ثم ينظر فى الأمناء الحافظين لأموال اليتامى و المحجور عليهم و الغيب،فيعزل الخائن و يسعد الضعيف بمشارك،أو يستبدل به حسب ما اقتضاه رأيه.

ثم ينظر فى الضوالم و اللقيط،فبييع ما يخشى تلفه و ما يستوعب نفقته ثمنه،و يعمل فيها على ما ينبغى،و يقدم من كل نوع من ذلك الأهم فالأهم.

و تفریق الشهود عند الإقامه،فإنه أوثق خصوصا فى موضع الريبه كما فعله سيد الأوصياء فى جمله من قضاياه المعروفه عدا ذوى البصائر و الشأن من العلماء و الصلحاء الأعيان،فلا يستحب تفریقهم بل و يكره و ربما حرم فى بعض الأحيان لما يتضمن تفریقهم من الغضاظه و المهانه بهم،و ربما يحصل فى ذلك كسر قلوبهم.

و أن يستحضر من أهل العلم و الاجتهاد من يخاوضه و يعاونه فى المسائل المشتبهه و يشهدهم حكمه، فإن أخطأ نيهوه، و ما أتلفه خطأ فعلى بيت المال المعد للمصالح.

و ينبغى أن يجمع قضاياه كل أسبوع و وثائقه، و يكتب تاريخها عليها و أنها لمن هى، فإن اجتمع كل شهر كتب عليه شهر كذا، و سنه فسنه كذا، و يوم فيوم كذا.

و ان اتخذ كاتباً، و جب أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً بصيراً، فإن كان مع ذلك فقيها جيد الخط كان حسناً.

و ينبغى أن يجلس بين يديه ليملى عليه و يشاهد ما يكتبه، و إذا افتقر الى مترجم قيل:

لم يقبل عندنا الا شاهدان عملاً بالمتفق عليه الأحوط. و إذا تعدى أحد الغريمين أقامه برفق و عمل بمراتب النهى عن المنكر.

و المكروهات: الاحتجاب أى اتخاذ الحاجب، و هو الذى لا يدخل عليه أحداً إلا برضاه وقت القضاء و قيل: بتحريمه، و قواه فخر الدين مع اتخاذه على الدوام، بحيث يمنع أرباب الحوائج و يضرهم، و استحسنة الشهيد الثانى، و لا بأس به.

و أن يقضى مع ما يشغل النفس، كالغضب لغير الله تعالى و الجوع، و العطش، و الغم، و الفرح، و المرض، و غلبه النعاس و مدافعه الأخبثين و نحو ذلك من المشتغلات.

و أن يستعمل الانقباض المانع من الإتيان بالحجه و اللين الذى لا يؤمن معه من جرأه الخصم.

و أن يترتب و يعين قوماً دون غيرهم للشهادة و نقل قول بتحريمه و الأشهر الكراهه.

و أن يشفع الى الغريم فى إسقاط أو إبطال هذا إذا كان بعد ثبوت الحق

و الا فلا يكره بل يستحب الترغيب فى الصلح.

مسائل

اشاره

و هنا مسائل:

الأولى: للإمام أن يقضى بعلمه فى الحقوق مطلقا

الأولى: للإمام أن يقضى بعلمه فى الحقوق مطلقا لله تعالى أم للناس إجماعا و هل لغيره أى لغير الامام ذلك فى حقوق الناس و حقوق الله تعالى من حدوده؟ فيه قولان أظهرهما و أشهرهما: نعم، و عليه الإجماع مستفيضا فى كلام جمع، و القول الثانى لابن حمزه و الإسكافى، و هما نادران مع اختلافهما: فمنع عنه الثانى مطلقا، و قيده الأول بحقوق الله تعالى، و عليه الحلّى أيضا.

و على الأقوال يقضى بعلمه فى تزكيه الشهود و جرحهم، و فى الإقرار عنده و ان لم يسمعه غيره، و قيل: بشرط أن يكون فى مجلس القضاء، و فى الحكم بخطب الشهود يقينا و كذبهم، و فى تقرير من أساء أدبه فى مجلسه و ان لم يعمله غيره، و فى ما إذا شهد معه آخر، بلا خلاف فى شىء من ذلك غير ما مر.

الثانية: ان عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم

الثانية: ان عرف الحاكم عداله الشاهدين حكم، و ان عرف فسقهما أطرح شهادتهما و ان جهل الأمرين، فالأصح: التوقف فى الحكم بشهادتهما حتى يبحث عنهما الا أن يصرح المشهود عليه بعدالتهما فيحكم كالصوره الأولى على الأقوى.

و لا- فرق فى وجوب البحث فى الصوره الثالثه بين ما لو جهل بإسلامهما أم لا و لا خلاف فى الأول، و أما الثانى فكذلك على الأشهر الأقوى، خلافا للمفيد و الشيخ فى بعض كتبهما و الإسكافى فلم يوجبوا البحث، بل اكتفوا بظاهر إسلامهما بناء منهم على أن الأصل فيه العداله، و ادعى الأخير عليه الإجماع.

و مبنى الخلاف هنا على الاختلاف فى تفسير العداله، هل هى ظاهر الإسلام مع عدم ظهور فسق أو حسن الظاهر أو الملكة أى الهيئه الراسخه فى النفس الباعثه

لها على ملازمه التقوى و المروه؟ و ينبغى القطع بضعف القول الأول منها، و أما الأخيران فالثاني أجودهما و أشهرهما، حتى ظاهر جماعه كونه مجمعا عليه، و لكن يكتفى في معرفتهما بالمعاشره المتأكده الموجه للظن بها، كالمعامله و المسافره و المجاوره و نحوها من الصحبه المتأكده، و لا يكتفى بالمعاشره الظاهره كما هو مقتضى القول الأول أن أريد به ذلك، و ان أريد به الصحبه كما هو ظاهر الاخبار (١) أيضا فلا خلاف فتوى و روايه.

الثالثه: تسمع شهاده التعديل مطلقه

الثالثه: تسمع شهاده التعديل مطلقه من غير أن يبين سببه و لا تسمع شهاده الجرح إلا مفصله للسبب على الأشهر. و الأظهر و جوب التفصيل فيهما إلا- إذا علم موافقه المزكى للحاكم في أسباب الجرح و التعديل اجتهادا أو تقليدا، فتسمع حينئذ مطلقه. و في المسأله أقوال آخر ضعيفه.

و حيث اكتفى في العداله بالإطلاق، ففي القدر المعتمد من العبارة عنه أوجه بل و أقوال، أجودها الاكتفاء بقوله «هو عدل» أو «مقبول الشهاده» من دون اعتبار ضم شيء مطلقا، و ان كان الأحوط ضم قوله «لى» و «على».

و إذا تعارض الجرح و التعديل، فالأقرب أنه ان لم يتكاذبا، بأن شهد المزكى بالعداله مطلقا أو مفصلا لكن من غير ضبط وقت معين، و شهد الجارح بأنه فعل ما يوجب الجرح فى وقت معين قدم الجرح.

و ان تكاذبا بأن شهد المعدل بأنه كان فى الوقت الذى شهد الجارح بفعل المعصيه فيه فى غير المكان الذى عينه للمعصيه، أو كان فيه مشتغلا بفعل ما يصاد ما أسند إليه الجارح، فالوجه التوقف.

هذا و يمكن الجمع بين الشهادتين مع ترجيح التركيه فى ما إذا قال المعدل:

ص: ٢٦٠

صح السبب الذي ذكره الجارح لكن صح عندي توبته و رجوعه عنه.

الرابعه: إذا التمس الغريم إحضار غريمه

الرابعه: إذا التمس الغريم و المدعى للحق من الحاكم إحضار غريمه مجلس الحكم و جب على الحاكم إجابته مطلقا و لو كان الغريم المسئول امرأه ان كانت برزه بفتح الباء و سكون الراء المهمله و فتح الزاء المعجمه، و هى التى لا- تحتجب احتجاب الشواب، و هى مع ذلك عفيفه عاقله تجلس للناس و تحدثهم، من البروز و هو الظهور.

و لو كان المسئول إحضاره ذا عذر يمنعه عن الحضور، كأن كان مريضا أو امرأه مخدره غير برزه استتاب الحاكم من يحكم بينهما أو أمرهما بنصب وكيل ليخاصم عنهما، فان دعت الحاجه الى تحليفهما بعث إليهما من يحلفهما، بلا خلاف فى شىء من ذلك الا- من الإسكافى، فقيده الحكم بوجوب الإحضار مع عدم العذر بالحاضر الذى لا يشق عليه الحضور من جهه الرفعه و الشرف.

و وافقه المتأخرون فى التخصيص بالحضور، و خالفوه فى التخصيص بغير ذى الشرف، فأوجبوا حضوره مع الحضور أيضا، بل فى صريح المسالك و ظاهر المبسوط (1) دعوى الإجماع عليه.

و مع ذلك قيدوا عدم وجوب الإحضار فى صورته الغيبه بما إذا لم يحرر المدعى الدعوى، أو حررها و لم تكن عند الحاكم مسموعه، و أوجبوا فى غير الصورتين الإحضار مطلقا، و ما اختاروه أقوى.

الخامسه: الرشوه على الحاكم حرام

الخامسه: بذل الرشوه و أخذها على الحاكم حرام كما مر فى الفصل الأول من كتاب التجاره.

و الأظهر فى الفرق بينها و بين الهديه حيث تجوز له مطلقا أو فى الجملة على التفصيل المتقدم ثمه- أن دفع المال إلى القاضى و نحوه من العمال، و ان كان

ص: ٢٤١

الغرض منه التودد أو التوسل لحاجه من العلم و نحوه فهو هديه. و ان كان التوسل الى القضاء و العمل فهو رشوه.

و الفرق بينهما و بين أخذ الجعل على القضاء من المتحاكمين أو أحدهما ان قيل بجوازه أخفى، و بيانه: أن الغرض من الرشوه أن يحكم لباذلهما على التعيين بحق أو باطل، و فى الجعل ان شرط عليهما أو على المحكوم عليه الفرق واضح، لأنه حينئذ فى مقابله عمله معهما و فصل الحكومه بينهما من غير اعتبار الحكم لأحدهما بخصوصه، و ان شرطه على المحكوم له فالفرق أن الحكم لا يتعلق الغرض فيه بأحدهما بخصوصه.

بل من اتفق له الحكم بينهما على الوجه المعتبر يكون عليه الجعل، و هذا ليس فيه تهمه و لا - ظهور غرض، بخلاف الرشوه المبدوله له ابتداء من شخص معين ليكون الحكم له بخصوصه كيف كان، فان هذا ظاهر فى فساد المقصد و صريح فى تطرق التهمه.

و يجب على المرتشى إعادتها عينا مع وجودها و مثلا أو قيمه مع تلفها مطلقا كان التلف بتفريطه أم لا و جوبا فوريا، بلا خلاف فى شىء من ذلك عندنا.

النظر الثالث

اشاره

(فى بيان كيفية الحكم)

و فيه مقاصد ثلاثه:

الأول: فى وظائف الحاكم

الأول: فى وظائف الحاكم و آدابه و هى أربع:

الأولى: يجب على القاضى التسويه بين الخصوم فى السلام عليهما و رده إذا سلما عليه و الكلام معهما.

ص: ٢٤٢

و المكان لهما، فيجلسهما بين يديه معا و النظر إليهما و الإنصات و الاستماع لكلامهما و العدل في الحكم بينهما، و غير ذلك من أنواع الإكرام، كالأذن في الدخول، و طلاقه الوجه. و قيل: يستحب في ما عدا العدل، و الأول أشهر و أظهر.

ثم ان الحكم وجوبا أو استحبابا مشروط بما إذا تساوى الخصوم في الإسلام و الكفر و لو كان أحد الخصمين مسلما و الآخر كافرا جاز أن يكون الكافر قائما و المسلم قاعدا أو أعلى منزلا بلا خلاف فيه، و لا في عدم وجوب التسوية بينهم مطلقا (1) في الميل القلبي، و لا في استحبابها بقدر الإمكان.

و الأقوى عدم وجوب التسوية بين المسلم و الكافر في ما عدا ذلك، خلافا لظاهر نحو العبارة.

الثانية: لا يجوز للحاكم أن يلحق أحد الخصمين و يعلمه شيئا يستظهر به على خصمه كأن يدعى بطريق الاحتمال فيلقنه الدعوى بالجزم حتى يسمع، أو ادعى عليه قرض و أراد الجواب بالوفاء فيعلمه الإنكار لئلا يلزمه البيه بالاعتراف، أو نحو ذلك بلا خلاف فيه على الظاهر، نعم لا بأس بالاستفسار و التحقيق و ان أدى بالأخره إلى تلقين صحه الدعوى.

الثالثة: إذا سكتا أى الخصمان استحب له أى للحاكم أن يقول لهما: تكلما أو ليتكلم المدعى منكما أو ان كنتما حضرتما لشيء فاذكراه، أو ما ناسبه من الألفاظ الداله عليه.

و لو احتشماه أمر من يقول لهما ذلك و لا يواجه بالخطاب أحدهما، بلا خلاف في شيء من ذلك على الظاهر حتى في النهي عن مواجهه أحدهما بالخطاب، لكن قد اختلفوا في الأخذ بالظاهر حتى في التحريم أو الكراهه، و الوجه الأول.

ص: ٢٤٣

١- (١) أى تساوا في الإسلام أو الكفر أو اختلفوا فيهما «منه».

الرابعة: إذا بدر أحد الخصمين و سبقه الى الدعوى سمع منه وجوبا هي دون غيرها فهو أولى.

و لو قطع عليه غريمه كلامه فى أثناء الدعوى، فقال: كنت أنا المدعى لم يلتفت اليه الحاكم، بل منعه حتى ينتهى دعواه و حكومته بمطالبتة جوابها منه ثم الحكم بمقتضاه.

و لو ابتدرا و سبقا الى الدعوى معا سمع من الذى وقف عن يمين صاحبه فى المجلس، بلا- خلافا- من الشيخ فمال إلى القرعه، و هو نادر بل على خلافه الإجماع فى صريح الانتصار (١) و الخلاف (٢) و المبسوط (٣) و السرائر (٤).

و ان اجتمع خصوم فان وردوا مرتين، بدأ بالأول منهم فالأول، و ان وردوا جميعا كتب أسماء المدعين فى رقاع و استدعى من يخرج اسمه بالقرعه، الا أن يتضرر بعضهم بالتأخير فيقدمه، و مثله ما لو تراحم الطلبة عند المدرس و المستفتون عند المفتى مع وجوب التعليم و الإفتاء، فيقدمان الأسبق منهم فالأسبق، فإن جهل أو جاءوا معا أقرع بينهم، و لو جمعهم على درس واحد مع تقارب إفهامهم جاز و الا فلا، و مع عدم وجوب الأمرين فالأمر إليهما يتخيران، فيختاران من شاء.

المقصد الثانى - فى جواب المدعى عليه

المقصد الثانى - فى جواب المدعى عليه، و هو: اما إقرار بما ادعى عليه أو إنكار له أو سكوت عنه.

أما الإقرار: فيلزم به الحق و يثبت فى ذمه المقر إذا كان جائز الأمر

ص: ٢٤٤

١- (١) الانتصار ص ٢٤٣.

٢- (٢) الخلاف ٣-٣١٩.

٣- (٣) المبسوط ٨-١٥٤.

٤- (٤) السرائر ص ١٩٢.

و التصرف، باستجماعه شرائط الإقرار المقرره فى بابہ المتقدم مطلقا رجلا- كان المقر أو امرأه أو غيرهما، بخلاف ما إذا أقام المدعى بينه، فإنه لم يثبت بمجرد إقامتها، لأنها منوطه باجتهاد الحاكم فى قبولها و ردها.

و تظهر ثمره الفرق بين المقامين بذلك جواز مقاصه المدعى حقه إذا كان عينا و ادعاها مع عدم علمه بها بالإقرار دون البينه إذا لم يحكم الحاكم.

فان التمس المدعى الحكم له به أى بالحق الثابت بالإقرار حكم الحاكم له به و جوبا.

و فى جوازه بدون السؤال قولان، و كذا فى مطالبه الحاكم المدعى عليه بالجواب قبل التماس المدعى، و الأشهر الأحوط بل الأظهر فى المقامين العدم.

و صوره الحكم هنا و فى غيره من الأبواب على ما ذكره الأصحاب: ألزمتك، أو قضيت عليك، أو أدفع اليه ماله، و نحو ذلك مما يكون صريحا فيه، دون قوله:

ثبت عندى حق خصمك أو ما شابهه.

و فائده الحكم هنا بعد الاتفاق على ثبوت الحق بالإقرار كما مضى غير واضح، عدا ما قيل: من أنها من إنفاذ الحاكم إياه و نحو ذلك.

و حيث يتحقق فإن رضى المحكوم له بالاعتصار على تلفظ الحاكم به فذاك و ان التمس أن يكتب له به حجه بحقه يكون فى يده.

ف لا- يكتب له على المقر حجه إلا- بعد المعرفه باسمه أى المقر و نسبه، أو يشهد بذلك أى بكل من الاسم و النسب عدلان مرضيان عنده ليؤمن من التزوير.

الا أن يقنع المدعى بالحليه و هى بكسر الحاء المهمله ثم الياء المنقطه نقطتين من تحت بعد اللام، الصفه، فيكتب صفه المقر من طوله و قصره و بياضه و سواده، و نحو ذلك من الأوصاف التى يؤمن معها التزوير، بلا خلاف فى شىء

من ذلك حتى فى الاكتفاء بالحليه على التحقيق.

و فائده الكتاب هنا مع الاتفاق على عدم جواز الرجوع اليه له و لا لغيره من الحكام الا بعد العلم بالواقعه، جعله مذكرا و منبها عليها، فإذا وقف الإنسان على خطه، فان تذكرها أقام الشهاده عليها و الا فلا.

و حيث ثبت الحق بالإقرار أو غيره كلف أدائه و ان امتنع المقر و من فى حكمه ممن ثبت عليه الحق من التسليم مع قدرته عليه أمر الحاكم خصمه بالملازمه له حتى يؤدي.

و لو التمس من الحاكم حبسه حبس و إذا أبى باع الحاكم عليه ماله، بلا خلاف فى شىء من ذلك.

و ان ادعى الإعسار و هو عندنا العجز عن أداء الحق، لعدم ملكه لما زاد عن داره و ثيابه اللائقه بحاله و دابته و خادمه كذلك، و قوت يوم و ليله له و لعياله الواجبى النفقه، فإن كان له أصل مال قبل ذلك، أو كان أصل الدعوى مالا كلف البينه على تلفه، فان لم يقمها حبس الى أن يتبين الإعسار على الأشهر الأظهر فتوى و روايه (١)، و فيه روايه (٢) أخرى بعدم الحبس نادره. و ان لم يعرف له أصل مال و لا كانت الدعوى مالا بل كانت جنايه أو صداقا أو نفقه زوجته أو قريب أو نحو ذلك قبل قوله بيمينه.

و مع ثبوته أى ثبوت إعساره بالبينه أو تصديق المدعى ينظر و يمهل حتى يتمكن من الوفاء على الأشهر الأقوى.

و فى جواز تسليمه الى الغرماء ليؤاجروه أو يستعملوه روايه (٣)

ص: ٢٦٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٣-١٤٨، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣-١٤٨، ح ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٣-١٤٨، ح ٣.

عمل بها فى النهايه (١) والأشهر منها روايه و فتوى كما مر تخليته و إنظاره إلى يساره، مع أنها مع ذلك أكثر عددا و أوضح سندا و أوفق بالأصل و الآيه (٢) الكريمه، و هذه شاذه لا عامل بها، حتى الشيخ لرجوعه فى الخلاف الى ما عليه الأصحاب.

و لابن حمزه قول ثالث فى المسأله، مفصل بين ما إذا كان المعسر ذا حرفه يكتسب بها فالروايه الثانيه، و غيره فالروايه المشهوره، و حجته غير واضحه.

نعم لو توانى عن التكبسب مع قدرته عليه، بحيث يترتب به ضرر على الغرماء أمكن أن يجبره الحاكم عليه.

و لو رأى أنه لا ينجع فيه جبره و إقامته على الفعل الواجب الا بالدفع الى الغرماء أمكن الجواز، و يمكن أن ينزل عليه الروايه.

و لو ارتاب الحاكم بالمقر و شك فى بلوغه أو عقله أو اختياره، أو نحو ذلك مما هو شرط فى إقراره توقف فى الحكم بإقراره حتى يستبين حاله من بلوغ و رشده و نحوهما مما شك فيه.

و أما الإنكار: فعنده يجب أن يقال للمدعى: أ لك بينه؟ ان جهل مطالبها منه، و ان كان عالما بها جاز للحاكم السكوت عنه و السؤال عنها فان قال المدعى: نعم لى البينه جاز للحاكم أمره بإحضارها مطلقا (٣) وفاقا للأكثر.

فإذا حضر المدعى البينه عند الحاكم و عرف عدالتها سمعها و حكم بشهادتها بعد التماس المدعى سماعها و الحكم بها. ثم لا يقول لهما: اشهدا، لأنه أمر و هو لا يأمرهما، بل يقول: من عنده كلام أو شهاده فليذكر ما عنده ان شاء.

ص: ٢٤٧

١- (١) النهايه ص ٣٣٩.

٢- (٢) و هى قوله تعالى «وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرِهِ فَنَظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرِهِ» سورة البقره: ٢٨٠.

٣- (٣) سواء علم الحاكم بمعرفه المدعى كون المقام مقام بينه أو جهله بذلك «منه».

فإن أجابا بما لا يثبت به حق طرح قولهما، و ان قطعاً بالحق المدعى و طاق الدعوى و عرف العدالة حكم كما ذكرنا. و ان عرف فسقهما ترك شهادتهما و لا يطلب التزكيه.

و ان جهل حالها طلب من المدعى تزكيتهما، فان زكاهما شاهدين أو شاهد على قول على كل من الشاهدين يعرفان العدالة و مزيلها أثبتها، ثم سأل الخصم عن الجرح، فان اعترف بعدمه حكم كما مر، و ان ادعاه و استنظر أمهله ثلاثة أيام.

فإن أحضر الجرح نظر في أمره على حسب ما يراه من تفصيل و إجمال و غيرهما، فان قبل قدمه على التزكيه على التفصيل المتقدم، بلا خلاف في شيء من ذلك أجده، حتى في توقف سؤال البينه و الحكم بشهادتها على سؤال المدعى.

ثم ان إطلاق الأصحاب الإمهال ثلاثة أيام مع الاستنظار، يقتضى عدم الفرق بين قول المستنظر: ان شهودى على الجرح على مسافه لا يصلون الا بعد الثلاثة و غير ذلك.

قيل: و ينبغي لو عين مكانا بعيدا أن يجعل بقدره إذا لم يؤد الى البعد المفراط الموجب للتضرر بتأخير الحق. و لا بأس به.

و لو لم يحضرها بل قال: البينه غائبه، أجل و ضرب له وقت بمقدار إحضارها و ان شاء الحاكم خيره بين الصبر إلى الإحضار و بين إحلافه المنكر، بل له الخيار بين إحلافه و بين اقامه البينه عليه و لو مع حضورها، كما ذكره جماعة.

و فى جواز تكفيل المدعى عليه أى أخذ الكفيل منه ليحضره متى حضرت البينه هنا أى عند غيبه البينه و عدم ثبوت الحق بها تردد و أقوال، ثالثها الجواز ان خيف هرب المنكر و عدم التمكن من استيفاء الحق بعد ثبوته من ماله، و المنع فى غير ذلك، و هو أقوى.

و على القول بالتكفيل فهل يتعين في ضرب مدته ثلاثه أيام أو يناط بنظر الحاكم؟قولان،الأكثر على الثانى.

و على القولين يخرج الكفيل من حق الكفاله عند انقضاء الأجل المضروب كائنا ما كان بلا خلاف.

و ان قال المدعى:انه لا بينه لى عرفه الحاكم أن له اليمين على خصمه،كما أن عليه البينه عليه إجماعا.

و لا يجوز هنا إحلافه حتى يلتمس المدعى بلا خلاف فان تبرع المنكر بالحلف أو أحلفه الحاكم من دون سؤاله و لغا و لم يعتد بها أو أعيدت مع التماس المدعى و لا يستقل الغريم أيضا باليمين بغير اذن الحاكم كما سيأتى.

ثم المنكر:اما أن يحلف أو يردده على المدعى أو ينكل و يأبى عن الأمرين فإن حلف سقطت الدعوى و ان لم يبرء ذمته عن الحق فى نفس الأمر كما لو كان كاذبا،بل يجب عليه فى ما بينه و بين الله تعالى التخلص من حق المدعى بلا خلاف.و يثبت مثل ذلك فى جانب المدعى لو شهدت له البينه الكاذبه.

و لو ظفر له المدعى بمال لم يجز له المقاصه بعد إحلاف الحاكم إياه بسؤاله و لا معاوده المحاكمه.

فلو عاود الخصومه لم تسمع دعواه إجماعا إذا لم يقم بعد إحلافه بينه بالحق.

و لو أقام بعده بينه به فكذلك لم تسمع على الأظهر الأشهر، و فى الغنيه و الخلاف الإجماع.

و قيل: كما عن المفيد و ابن حمزه و القاضى انه يعمل بها ما لم يشترط

الحالف سقوط الحق بها إلحاقا لها بالإقرار. فكما يجب الحق به-و لو بعد الحلف إجماعا كما يأتي-كذا يجب بها أيضا، و هو اجتهاد فى مقابله النص و فى المسأله قولان آخرا ن ضعيفان.

و لو أكذب الحالف نفسه أو ادعى سهوه و نسيانه و اعترف بالحق المدعى كلاً أو بعضاً جاز للمدعى مطالبته بما اعترف به، بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع و على هذا فلو أنكر الحق عليه ثانياً أو ما طل فى أدائه حل للمدعى مقاصته مع اجتماع شرائط التقاص المذكوره فى بابه.

و ان رد المنكر اليمين المتوجهه اليه على المدعى صح و لزمه الحلف بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و قد استثنى الأصحاب من ذلك مواضع ثلاثه بغير خلاف بينهم أجده، منها دعوى التهمه، و منها دعوى الوصى مالا على آخر و أنكر سواء نكل عن اليمين أو ردها، و منها ما لو ادعى الوصى على الوارث ان الميت أوصى للفقراء بخمس أو زكاه أو حج أو نحو ذلك مما لا مستحق له بخصوصه، و حينئذ يلزم على المنكر على تقدير الإنكار اما دفع الحق الى المدعى أو اليمين له.

و هل يمين المدعى بمنزله إقرار المنكر؟ قولان.

و يتفرع عليهما فروع: منها ثبوت الحق بمجرد يمينه على الثانى، و احتياجه مع ذلك الى حكم الحاكم على الأول كما مر، و اختار جماعه من متأخرى المتأخرين الرجوع فيها إلى الأصول و العمل عليها فى كل منها من دون أن يجعل أحد القولين أصلاً كلياً يرجع إليه فى جميعها، بل لو اقتضت الأصول فى بعضها ما يوافق أحدهما و فى الأخر ما يخالفه عملاً بالأصلين معاً، و هو حسن ان لم يكن فى المسأله قولاً ثالثاً، و اختاروا فى الفروع المتقدم عدم التوقف على

حكم الحاكم، و في مستنده نظر.

و حيث يتوجه للمنكر ردها على المدعى فان حلف استحق المدعى بلا- خلاف و ان نكل و امتنع عن الحلف، فان لم يعلله بشيء، أو قال ما أريد أن أحلف سقطت دعواه.

و ليس له مطالبته الخصم بعد ذلك، و لا- استئناف الدعوى معه في مجلس آخر كما لو حلف المدعى عليه، بلا- خلاف و لا إشكال إذا كان في مجلس الحكم، و في غيره خلاف و إشكال إذا كان في مجلس الحكم، فقيل: انما يسقط حقه في ذلك المجلس و له تجديده في غيره، و ما ذكرناه أصح و أشهر مع أن القائل المزبور غير معروف.

و استثنى من ذلك جماعه ما إذا أتى بينه، و لعله غير بعيد.

و ان ذكر لامتناعه سببا، مثل الإتيان بالبينه، أو سؤال الفقهاء، أو النظر في الحساب، أو نحو ذلك، ترك و لم يبطل حقه من اليمين، و هل يقدر إمهاله أم لا؟ وجهان.

و لو نكل المنكر عن اليمين و ردها معا قال له الحاكم: ان حلفت و الا جعلتك ناكلا. مره و جوبا، و يكرر ذلك استظهارا لا فرضا كما قالوه و ان أصر قضى عليه بالنكول و يلزم بحق المدعى بمجرد عند جماعه و هو المروى (1) في الصحيح و غيره.

و قيل: يرد الحاكم اليمين على المدعى من باب نيابه العامه فإن حلف ثبت حقه و ان نكل بطل و لعله أظهر وفاقا للأكثر، و في صريح الغنيه و ظاهر السرائر الإجماع، كما عن صريح الخلاف، و عزاه الجمهور الى مولانا أمير المؤمنين عليه السلام، و مع ذلك فهذا القول أحوط لو بذل المدعى اليمين، لثبوت

ص: ٢٧١

الحق على المنكر حينئذ إجماعاً.

و على القول الأول لو بذل المنكر اليمين بعد الحكم عليه من الحاكم بالنكول لم يلتفت اليه بلا خلاف فيه، و لا فى عدم الالتفات إليه أيضا بعد إحلاف الحاكم المدعى على القول الثانى لثبوت الحق عليه.

هذا إذا كان الحكم عليه بنكوله بعد عرض حكمه عليه و لو مره، و لو قضى بنكوله من غير عرض فادعى الخصم الجهل بحكم النكول، ففي نفوذ القضاء اشكال، و لعل الثانى أظهر و بالأصل أوفق.

و لو بذلها قبل حلف المدعى، فالأقرب جوازه. و لو منعاه فرضى المدعى بيمينه قيل: له ذلك، و ظاهر الأصحاب عدا الماتن هنا عدم الالتفات الى اليمين المبذوله بعد النكول لا- بعد الحكم به، و هو مشكل، بل ما هنا أقرب مع احتمال إرادتهم ما هنا و تسامحهم فى التعبير.

و اعلم أنه لا- يستحلف المدعى مع بينته المرضيه بلا- خلاف إلا فى الشهاده ب الدين على الميت فان المدعى مع بينته عليه يستحلف على بقائه فى ذمته استظهارا بلا خلاف، و فى صريح جمع الإجماع.

و فى تعدى الحكم الى ما يشارك مورد الفتوى و النص، كالدعوى على الطفل و الغائب و المجنون قولان، و لعل الثانى أظهر، خلافا للأكثر فالأول. و فى إلحاق العين بالدين قولان، أجودهما: نعم، فيحلف عليه أيضا مع بينته.

قيل: و من لم يوجب اليمين فى الدعوى على الطفل و نحوه أوجب تكفيل القابض استظهارا، و كذا مع القول باليمين إذا تعذرت.

أقول: و به النص (1) فى الحكم على الغائب.

ص: ٢٧٢

و أما السكوت: فان كان لدهش أزاله الحاكم بالرفق و الإمهال، و ان كان لغباوه و سوء فهم توصل إلى إزالته بالتعريف و البيان، و ان كان لآفه بدنيه من صمم أو خرس توصل إلى معرفه جوابه من إقراره أو إنكاره بالإشاره المفهمه للمطلوب باليقين.
و لو افتقر الى مترجم عارف بجوابه لم يقتصر على العدل الواحد بل لا بد من عدلين.

و لو كان سكوته عنادا ألزمه الجواب أولا باللطافه و الرفق، ثم بالإيذاء و الشده، متدرجا من الأدنى إلى الأعلى على حسب مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، فإن أجاب، و الا حبسه حتى يجيب ان سأله المدعى كما فى اليمين وفاقا للأكثر.
و قيل: يجبر حتى يجيب من غير حبس، بل يضرب و يبالغ فى الإهانه الى أن يجيب. و فى المسأله قول آخر ضعيف.

المقصد الثالث: فى كيفية الاستحلاف

إشاره

المقصد الثالث: فى بيان كيفية الاستحلاف و ما ينعقد به اليمين الموجه للحق من المدعى و المسقط للدعوى من المنكر.
و لا يستحلف أحد إلا بالله تعالى و أسمائه الخاصه به مطلقا و لو كان الحالف كافرا كما مر فى كتاب الايمان و النذور، و ظاهر النص (١) و الفتاوى جواز الاكتفاء فى الحلف بلفظ الجلاله مطلقا، خلافا للمبسوط (٢) فى المجوسى فأوجب أن يضم اليه نحو خالق النور و الظلمه، و مال اليه جمع و هو أحوط و ان كان فى تعينه نظر.

و لكن ان رأى الحاكم إحلاف الذمى بل مطلق الكافر كما قبل بما

ص: ٢٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٦-١٥٩. ب ٣٠.

٢- (٢) المبسوط ٨-٢٠٥.

يقتضيه دينه كونه أردع و أكثر منعا له عن الباطل إلى الحق من الحلف بالله جل و عز جاز له إحلافه به، كما ذكره الشيخ و جماعه عملا- بروايه (١)ضعيفه السند و الدلاله، و لا- يقاوم ما دل على أنه لا- يستحلف أحد إلا- بالله سبحانه، فهو أظهر و فاقا للأكثر، و لكن الجمع بينهما أحوط.

و يستحب للحاكم تقديم العظمه على اليمين لمن توجهت اليه، و التخويف من عاقبتها بذكر ما ورد فيها من الآيات و الروايات المتضمنه لعقوبه الحلف كاذبا.

و يجزيه أى الحالف أن يقول فى يمينه: و الله ما له قبلى كذا بلا خلاف.

و يجوز للحاكم بل يستحب تغليظ اليمين عليه بالقول كو الله الذى لا- إله إلا- الله هو عالم الغيب و الشهاده الرحمن الرحيم الطالب الغالب الضار النافع المهلك المدرك الذى يعلم من السر ما يعلمه من العلانيه و الزمان كالجمعه و العيد و بعد الزوال و العصر و نحو ذلك و المكان كالكعبه و الحطيم و المقام و المسجد الحرام و نحو ذلك.

و هو ثابت فى الحقوق كلها و ان قلت استظهارا عدا المال فإنه لا تغليظ فيه لما دون نصاب القطع بلا خلاف فى شىء من ذلك. و لو امتنع الحالف من الإجابة إلى التغليظ، لم يجبر و لم يتحقق بإمساكه نكول. و الظاهر من النص و الفتوى استحباب التغليظ بالحاكم دون الحالف، بل التخفيف فى جانبه أولى.

و يحلف الأخرس بالإشاره المفهمه لليمين على الأشهر الأظهر.

ص: ٢٧٤

وقيل كما عن الشيخ في النهاية (١): انه يضع يده مع ذلك على اسم الله تعالى في المصحف ان حضر و الا فعلى اسمه المطلق، و مستنده مع شذوذه و مخالفته الأصل و ما دل على قيام إشارته مطلقا مقام تلفظه غير واضح.

وقيل كما عن ابن حمزه خاصة: أنه يكتب اليمين في لوح و يغسل و يؤمر بشربه بعد اعلامه، فان شرب كان حالفاً، و ان امتنع ألزم الحق كما في الصحيح (٢)، و هو قضيه في وقعه، و الجمع بينه و بين الإشاره أحوط ان رضى به الأخرس و الا فالمذهب الأول.

و لا- يحلف الحاكم أحدا إلا- في مجلس قضائه أى مجلس حضوره مع اذنه، بلا- خلاف بل عليه الإجماع في ظاهر كثير الا أن يكون المستحلف معذورا عذرا شرعيا كالمريض و الزمن اللذين لا يمكنهما أو يشق عليهما الحضور، و الخائف من العدو و نحو ذلك.

أو كان امرأه برزه أى مخدره، أو حائضا، أو نفساء، أو مستحاضا لا- تأمن من تلويث المسجد، حيث يكون الحكم فيه أو أريد التغليظ فيه، و بالجملة كل معذور شرعا يجوز له معه التخلف عن الحلف عند الحاكم، و يستتنب الحاكم حينئذ من يحلف في موضعه بلا خلاف.

و لا يحلف المنكر على نفى ما ادعى عليه مطلقا الا على القطع و الجزم به.

و يحلف كذلك على فعل غيره ان كان على إثبات، و لو كان على نفى حلف على نفى العلم به ان ادعى عليه العلم، و الا- لم يسمع الدعوى على المعروف من مذهب الأصحاب، فلو ادعى عليه بمال أو غيره و أنكر حلف على

ص: ٢٧٥

١- (١) النهاية ص ٣٤٧.

٢- (٢) وسائل الشيعة ١٨-٢٢٢، ح ١.

البت، اما على نفى استحقاق المدعى لما يدعيه ان أراد بالخصوص على الأصح كما يأتي.

و ان ادعى على غيره به كما لو ادعى على الوارث العلم بما يدعيه المدعى على المورث و طالبه به بعد أن ترك الوفاء في يده فأنكره أو ادعى على المنكر أن و كيله قبض أو باع ما وكل فيه و أنكر، حلف على نفى العلم به لعدم العلم بالانتفاء.

و لو فرض إمكان العلم به، كما إذا كانت الدعوى متعلقه بزمان مخصوص أو مكان كذلك، و هو يعلم كذب المدعى فيهما، حلف على البت أيضا اتفاقا، و لا ريب في الحلف على البت على نفى ما ادعى عليه نفيا أو إثباتا، حيثما كان الحالف عالما بما يحلف عليه، و أما لو ادعى عليه بشيء لم يعلم به مطلقا، فهل يحلف على نفى العلم أو يرد اليمين على المدعى و الا يكون ناكلا؟ اشكال، قيل: مقتضى كلام الأصحاب الثاني.

أقول: فلا- بأس به مع أن الأول لا- وجه له، حيث لا- يدعى عليه العلم لخروج الحلف على نفيه عن الحلف على ما يتعلق به الدعوى. نعم هو متعين حيث يدعى عليه العلم، و لكن الظاهر أن مثله لا يسقط اعتبار البيه لو أقيمت بعد الدعوى.

أما المدعى و لا شاهد له فلا يمين عليه كما لا بينه على المنكر بلا خلاف فيهما، فلو أتى كل منهما بما هو وظيفه الآخر لغا إلا إذا حلف المدعى مع الرد أى رد المنكر اليمين عليه، فيكون معتبرا اتفاقا كما مضى أو مع نكول المنكر عن الحلف و الرد، فيعتبر أيضا على قول الأكثر المختار كما قدمنا.

و على القول الآخر الذى يحكم فيه عليه بنكوله يكون يمين المدعى لاغيه من هذا الوجه أيضا، أو مع اللوث فى الدم بلا خلاف.

و يحلف المدعى حينما توجه الحلف اليه على الجزم كالمنكر بلا خلاف، ولا يمين له على نفي العلم مطلقا إذا انقلب الدعوى و صار منكرا، كما لو ادعى الوارث لمورثه دينا على أحد و ادعى هو الإبراء مثلا و علم المدعى أيضا و أنكر، حلف على نفي العلم كالمنكر أولا حيث يحلف عليه.

و يكفى المنكر مع إطلاقه الإنكار كقوله: لا يستحق عندي شيئا الحلف على عدم الاستحقاق مطلقا كان المدعى حقا معينا أو مطلقا أيضا اتفاقا، و كذا مع تقييده الإنكار بوجه خاص، كقوله «لم أغضب» أو «لم أشتري» أو «لم أستأجر» مثلا جاز له الحلف عليه اتفاقا.

و ان أراد هنا الحلف على نفي الاستحقاق المطلق ففي إجابته قولان، أقربهما و أشهرهما: نعم، خلافا للشيخ فألزم الحلف على وفق الجواب، و هو ان رضى به الحالف أحوط و الا فالمذهب الأول.

و لو ادعى المنكر الإبراء أو الأداء أو الإقباض انقلب مدعى و المدعى منكرا، فيكفيه أى المدعى اليمين على بقاء الحق و لو حلف على نفي ذلك كان آكد، لكنه غير لازم بلا خلاف.

و لا يتوجه اليمين على الوارث بالدعوى على مورثه الا مع شروط ثلاثة: دعوى المدعى على الوارث علمه بموته أى المورث أو إثباته عطف على الدعوى، فيكون هذا الشرط أحد الأمرين من دعوى علمه بموته، أو إثبات موته على الوارث المنكر له بالبينه و نحوها و لو على إقراره به.

و الثانى فى دعوى علمه أى الوارث بالحق الذى يدعيه على مورثه، أو إثباته عليه بالبينه و لو على إقراره به كما مر فى الشرط السابق، و إذا توجه اليمين على الوارث بدعوى علمه بالأمرين فأنكرهما أو أحدهما، حلف على نفي العلم بهما أو بأحدهما، و لو أثبتهما عليه لم يتوجه له اليمين على

إنكارهما.

و لا يتوجه اليمين بعد ثبوتها أيضا إلا بعد تحقق الشرط الثالث، و هو دعوى أنه أى الميت ترك فى يده أى الوارث ما لا يفى بحقه كلاً أو بعضاً و أنكره الوارث، فيتوجه عليه اليمين و حينئذ و يحلف على البت لا على نفى العلم كما مر.

و لو نكل عن الحلف هنا أو فى أحد الأمرين اللذين مضيا، رده على المدعى.

و لو نكل عن الرد أيضا جعل ناكلاً- و حكم عليه بمجرد رده اليمين على المدعى، و يؤخذ منه الحق بعد يمينه على اختلاف القولين.

و من شرط سماع الدعوى أن يكون المدعى مستحقاً لموجبها، ف لا تسمع الدعوى فى الحدود مجردة عن بينه، و لا يتوجه بها يمين على المنكر بلا خلاف إذا كانت حقاً محضاً لله تعالى، كحد الزنا و شرب الخمر و نحوهما.

و لو اشتركت بينه تعالى و بين الآدمى كحد القذف، ففى سماع الدعوى بها من المقذوف قولان، أظهرهما: العدم و فاقا للأكثر، خلافاً للشيخ فى المبسوط (1) فنعم.

و لو ادعى الوارث لمورثه مالا على غيره سمعت دعواه مطلقاً سواء كان عليه أى على المورث دين يحيط بالتركة أو لم يكن بلا خلاف ظاهر و لا- محكى حتى من القائل بعد انتقال التركة إلى الوارث، و أنها باقية على حكم مال الميت كما هو الأظهر و فاقا للأكثر، و على هذا فلو توجه اليمين مع الشاهد أو برد الغريم، فالحالف هو الوارث و ان كان المنتفع بالمال هو المدين.

و يجوز عندنا للحاكم أن يقضى بالشاهد الواحد و اليمين فى

ص: ٢٧٨

الأموال و الديون مطلقا، و بالجمله ما يكون مالا أو يقصد منه المال على الأظهر الأشهر، بل لا يكاد الان فيه خلاف يظهر، و في عبائر جمع نفى الخلاف عنه أو الإجماع عليه، خلافا للنهايه (١) و التقى و ابن زهره فخصوا القضاء بهما بالدين خاصه.

و يقرب إرادتهم من الدين معناه الأعم المرادف لمطلق المال كما حمل عليه في المختلف عبارته النهايه، فلا خلاف في المسأله كما مر نقله عن الجماعه.

و لا يقبل الشاهد و اليمين و لا يقضى بهما في غيره أى غير ما ذكر من المال و مال يقصد منه مثل الهلال و الحدود و الطلاق المجرد عن المال و القصاص بلا-خلاف و في قبولهما في النكاح و الخلع و العتق بأقسامه و الوقف اختلاف شديد بين الأصحاب، و لا-ريب في القبول في الأخير، بناء على الأشهر الأظهر من انتقال الوقف الى الموقوف عليه مطلقا، و في كلام جمع الإجماع.

و أما في ما عداه فيتوقف على تحقيق معنى تعلق الدعوى بالمال الموجب لقبول القضاء بهما، هل هو التعلق المقصود بالذات من الدعوى أو مطلق التعلق و لو بالاستتباع؟ و الذى يقتضيه النظر فى كلماتهم أن المراد به انما هو الأول، و لذا لم يثبتوا بهما النسب و الرجعه بلا خلاف، بل عليه الوفاق فى المسالك، مع أنهما يستتبعان المال من النفقه و نحوها بلا شبهه.

و حينئذ فالأقوى فى النكاح عدم القبول مطلقا و لو ادعتته المرأه وفاقا للأكثر، لأن المقصود الذاتى منه الإحصان و اقامه السنه و كف النفس عن الحرام و النسل، و أما المهر و النفقه فإنهما تابعان.

و فى الخلع التفصيل بين دعوى المرأه فالمنع و دعوى الرجل فالقبول، فان دعواه يتضمن المال و ان انضم إليه أمر آخر، فينبغى القطع بثبوت المال،

ص: ٢٧٩

كما لو اشتملت الدعوى على الأمرين فى غير كالسرقه، فإنهم قطعوا بثبوت المال، ولى فى العتق توقف و لكن الأصل يقتضى عدم القبول مع كونه أشهر.

و يشترط تقديم شهاده الشاهد أولا و كذا تعديله قبل اليمين ثم الإتيان بها.

و لو عكس ف بدأ باليمين قبل الشهاده أو التعديل وقعت لاغيه، و يفتقر إلى إعادتها بعد الإقامه للشهاده بلا خلاف أجده بيننا و به صرح جمع من أصحابنا، و انما نقلوا الخلاف عن بعض العامه العمياء.

و لا يحلف مع عدم العلم بما يحلف عليه بلا اشكال، فلا يجوز له الحلف بقول الشاهد، و لا ما يجده مكتوبا بخطه أو خط مورثه و ان أمن التروير ما لم يحصل العلم.

و لا- يثبت مال غيره فلو ادعى غريم الميت ما لا له على آخر مع شاهد، فان حلف الوارث ثبت، و ان امتنع لم يحلف الغريم، و لا يجبر الوارث عليه، و كذا لو ادعى المرتهن هنا و أقام شاهدا واحدا أنه للراهن لم يحلف بلا خلاف فيه و لا فى السابق، بل ظاهر المسالك و غيره كونه مجمعا عليه بيننا.

و هنا مسألتان:

الاولى: لا يجوز أن يحكم الحاكم باخبار حاكم آخر

الاولى: لا يجوز أن يحكم الحاكم باخبار حاكم آخر أى لا يمضى و لا ينفذ حكمه فى واقعه إذا أنهاه اليه باخباره.

و لا- بقيام السينه بثبوت الحكم المزبور عند غيره و هو الحاكم الأخر، و لو اكتفى بالضمير و أسقط المضاف كان أخصر و أوضح، و لا بكتابه اليه إجماعا فى الثلاثه لو كان المحكوم به شيئا من حقوق الله سبحانه.

و كذا لو كان من حقوق الناس فى الإنهاء بالكتابه، بلا خلاف أجده الا من الإسكافى، فأوجب الإنفاذ بها على الحاكم الثانى، و هو شاذ بل على خلافه فى

ص: ٢٨٠

عبائر كثير الإجماع.

و كذا فى الإنهاء بالبينه بمجردا من غير أن يشهدا الحاكم الأول على حكمه فى الواقعه بلا خلاف أجده.

و أما عدم الإنفاذ باخبار الحاكم فمحل خلاف بين الأصحاب، فبين مختار له، و مختار للإنفاذ، و متردد، و الاحتياط يقتضى المصير إلى الأول.

نعم لو حكم الحاكم الأول بين الخصوم و أثبت الحكم فأشهد على نفسه و حكمه شاهدين عدلين حضرا الدعوى و سمعاها و إقامة شهاده الشاهدين على المدعى و حكم الحاكم فشهد الشاهدان بحكمه عند آخر و جب على الحاكم المشهود عنده إنفاذ ذلك الحكم على الأظهر الأشهر، مع أن القائل بالمنع غير معروف.

الثانيه: فى بيان أحكام القسمه

الثانيه: فى بيان أحكام القسمه و هى عندنا تمييز الحقوق بعضها عن بعض، و ليست بيعا و ان اشتملت على رد.

و تظهر الفائده فى عدم ثبوت الشفعه بها، و عدم بطلانها بالتفريق قبل القبض فى ما يعتبر فيه التقابض فى البيع، و عدم خيار المجلس، و قسمه الوقف من الطلق و غير ذلك.

و لا- يشترط حضور قاسم من قبل الحاكم، بل و لا من قبلهما فى صحتها و لزومها بلا خلاف، فإذا حصلت من الشركاء كفى بل هو أحوط لأنه أبعد من التنازع، خصوصا إذا كان من قبل الامام عليه السلام.

و إذا عدلت السهام بالاجزاء فى متساويها كيلا أو وزنا أو ذرعا أو عدا بعدد الأنصباء أو بالقيمه فى مختلفها كالأرض و الحيوان و غيرهما كفت القرعه فى تحقق القسمه و لزومها، بلا خلاف فى ما لو كان القاسم من قبل الامام عليه السلام، فلا يعتبر رضاهما بعد القرعه.

و أما لو تراضيا بقاسم أو تقاسما بأنفسهما بالتعديل والإقراع، ففي كفايتها عن الرضا هنا مطلقا، أم لا بد من اعتباره بعدها كذلك، أم الثاني ان كان قسمه رد و الا فالأول، أقوال، خيرها أوسطها.

و اعلم أن كل ما يتساوى أجزاءه وصفا و قيمه، و يعبر عنه ب «المثلى» لو التمس أحد المتشاركين فيه القسمة و امتنع عنها الآخر يجبر الممتنع على قسمته جامدا كان كالحنطة و الشعير و نحوهما من الحبوب و الثمار أو مائعا كالخل و العسل و السمن و الادهان.

و كذا يجبر على قسمه القيمي، و هو كل ما لا يتساوى أجزاءه إذا لم يكن في القسمة ضرر و لا رد ك الدار المتفقه الأبنيه و الأرض المتشابهه الاجزاء و الخشب و غير ذلك، و لا خلاف في جميع ذلك، و يسمى قسمه إجبار.

و أما مع الضرر أو الرد ف لا- يجبر الممتنع على القسمة ان لزمه أحدهما بلا- خلاف، و يسمى «قسمة تراض» لتوافقهما على التراضى، و كذا لو لزمها الضرر معا أو الملتمس خاصه و كان طلب القسمة معه يوجب سفها لم يجبر الممتنع أيضا، بل لم يجز له و لا للحاكم الإجابة بلا خلاف أجده.

و قد تقدم ما يتعلق بالمقام من تحقيق الضرر و الاختلافات فيه و غيره في أواخر كتاب الشركه.

النظر الرابع

إشاره

(في بيان الدعوى و ما يتعلق بها)

(1)

و هي تستدعى أن نذكر هنا فصولا:

ص: ٢٨٢

١- (١) في المطبوع من المتن: المقصد.

الأول: فى بيان المدعى و قد اختلف الفقهاء فى تفسيره:

فقيل: انه هو الذى يترك و يخلى سبيله لو ترك الخصومه و لعله المشهور.

و قيل: انه الذى يدعى خلاف الأصل أو أمرا خفيا خلاف الظاهر و يقابله المنكر على التعريفين.

و ظاهر العبارة و نحوها انحصار الخلاف فى قولين كما صرح به بعضهم و ظاهر الباقي بل صريح جماعه أن الأقوال فى المسألة ثلاثه، ثالثها المعطوف بـ «أو» فى العبارة خاصه فى مقابل الثانى و هو المعطوف عليه خاصه.

و كيف كان القائل بما عدا الأول غير معروف، و انما ذكره الأصحاب قولاً و لم يسموا له قائل، و مع ذلك لم يختاروا عدا ما ذكرنا من الأقوال شيئاً، و لم يذكروا لشيء منها دليلاً.

و التحقيق يقتضى المصير الى ما اختاروه، لموافقته العرف و اللغه اللذين هما المرجع فى أمثال المقام. نعم ربما يساعد ان الثانى أيضاً، و هو خلاف الأصل.

هذا و أثر الاختلاف هين لعدم ظهوره إلا فى يسير، كما إذا أسلم الزوجان قبل الدخول، فقال الزوج: أسلمنا معاً فإلنكاح باق، و قالت: مرتباً فلا- نكاح، فهى على الأولين مدعيه و على الظاهر الزوج مدع لبعء التساوى، فعلى الأولين يحلف الزوج و يستمر النكاح، و على الثالث تحلف المرأة و يبطل. و كذا لو ادعى الزوج الإنفاق مع اجتماعهما و يساره و ديانتته و أنكرك، فمعها الظاهر و معها الأصل.

و يشترط فيه أى فى المدعى التكليف بالبلوغ و كمال العقل.

و أن يدعى لنفسه أو لمن له ولاية الدعوى عنه بأن يكون وكيلاً أو وصياً أو ولياً أو حاكماً أو أمينه، فلو ادعى الصغير أو المجنون أو من لا ولاية له عليه لم يسمع دعواه بلا خلاف.

و إيراد الدعوى بصيغته الجزم اما بأن يصرح به، أو يطلق أن لى عليه كذا من دون تصريح بما ينبئ من عدم الجزم به من لفظ الظن و نحوه. و احتراز بقوله «بصيغته الجزم» عن الجزم فى نفس الأمر، فإنه لا- يشترط كما صرح به جماعه من غير نقل خلاف. قالوا: فإنه من المعلوم أنه إذا كان للإنسان بينه تشهد له بالحق و هو لا يعلم به، له أن يدعى عند الحاكم لتشهد اليه له.

و كون المدعى به مملوكا أى ما يصح تملكه، فلو قال: أظن الحق عليه أو أتهمه، أو قال: لى عليه خمرا أو خنزيرا و نحوهما و كان مسلما لم يسمع منه، بلا خلاف فى الأخير و كذا فى الأول إذا كان فى ما لا يخفى، و أما فى غيره كالتهمه فقولان، أجودهما: أنها أيضا لا تسمع وفاقا لجماعه.

و اعلم أن من كانت دعواه عقوبه كالتقصاص و حد القذف، فلا- بد من الرفع الى الحاكم بلا خلاف يعرف، و ان كانت عينا و تيقن استحقاقها فله انتزاعها من المنكر و لو قهرا ما لم يثر فتنه، و لا يقف ذلك على اذن الحاكم بلا خلاف، و لو أدى الى الفتنه فلا بد من الرفع اليه أو الى من يؤمن معه منها.

و لو كانت ديننا و الغريم مقر به باذل له غير مماطل أو مماطل، أو غير باذل مع إمكان الانتزاع بالحاكم أو مع جحوده أى الغريم و الحال أن له عليه أى على الدين حجه يتمكن معها من إثباته عليه عند الحاكم أو انتزاعه منه بإعانتة لم يستقل المدعى حينئذ بالانتزاع من دون اذن الغريم أو الحاكم حيث لا- يمكن اذنه، بلا- خلاف فيه فى ما عدا الأخير، و أما فى الأخير فعليه الماتن هنا خاصة، خلافا للمشهور فجوزوا له الاستقلال بالانتزاع من غير اذن، و هو الأظهر و ان كان الأول أحوط.

و لو فات أحد الشروط المتقدمه، بأن كانت دعواه عينا أو ديننا، و الغريم جاحد لا حجه له عليه، أو مقرا غير باذل أو باذل مماطل مع عدم إمكان الانتزاع

بالحاكم و حصل للغريم فى يد المدعى مال كان له المقاصه و أخذه عوضا من حقه من غير زياده، بلا خلاف فى ما إذا لم يكن المال وديعه.

و ينبغى له أن يقول حين الأخذ: اللهم أنى لم آخذه ظلما و لا خيانه، و انما أخذته مكان مالى الذى أخذه منى و لم أرد عليه شيئا. و لا فرق فى الحكم بين ما لو كان المال المقتص منه من غير جنس الحق و من جنسه، و يتخير فى الأول بين أخذه بالقيمه العادله فى ما بينه و بين سبحانه، أو بين بيعه و صرفه فى جنس الحق، و يستقبل بالمعاوضه كما يستقل بتعيين أحد الفردين المخير بينهما، و الرجوع الى الحاكم حيث لا- يخاف على حقه من التلف أولى. و هل يتعين عليه أخذ الجنس إذا اجتمع مع غيره أم له الخيره أيضا؟ أحوطهما: الأول.

و أما الوديعه ففى جواز الاقتصاص منها مع الكراهه أم التحريم قولان، أظهرهما بل و أشهرهما: الأول و ان كان الثانى أحوط.

و فى سماع الدعوى المجهوله كشيء أو فرس أو ثوب تردد و اختلاف الا أن أشبهه الجواز كما تسمع دعوى الوصيه بالمجهول و الإقرار به، و يستفسره الحاكم بلا خلاف كما فى كلام جماعه بل قيل: إجماعا. و عليه فيلزم الخصم بيان الحق المقر به أو المثبت عليه بالبينه، و يقبل تفسيره بمسمى الدعوى، و يحلف على نفى الزائد أو عدم العلم به ان ادعى عليه أحدهما.

و هنا مسائل خمس:

الاولى: من انفرد بالدعوى لما لا يد لأحد عليه قضى له به و أنه ملكه يجوز ابتياعه منه و التصرف فيه باذنه بلا خلاف.

و من هذا الباب أن يكون بين جماعه كيس فيدعيه أحدهم من غير

منازع له منهم و لا من غيرهم، فإنه يقضى له به دون الباقين، كما فى الموثق (١) بل الصحيح كما قيل.

الثانيه: لو انكسرت سفينه مشغوله بأموال محترمه و غرقت فى البحر و ما شاكله فما أخرج البحر منها فهو لأهله، و ما أخرج منها بالغوص فهو لمخرجه لروايه (٢) أفتى بها الشيخ (٣) فى النهايه و جماعه.

و فى سند الروايه ضعف أو قصور، و فى متنها مخالفه للأصول، الا- أن العمل بها كما فى ظاهر جماعه مشهور، و فى السرائر (٤) الإجماع عليها بعد أن قيدها بصوره يأس أرباب الأموال منها، فلا- بأس بالعمل بها، خلافا لجماعه فنزلوا الروايه على المحامل: منها ما مر عن الحلّى.

و منها صورته الإعراض عنها، كالمحقرات التى يعرض عنها، كما لو أحطب المسافر و خبز به أو طبخ ثم ترك الباقي معرضا عنه، فإنه يجوز لغيره أخذه كما عليه آخرون، و هم بين مطلق لحصول الملك للأخذ باعراض المالك، و مقيد له بكونه فى المهلكه و بعد الاجتهاد فى الغوص و التفطيش، أما لو خلا- عن المهلكه أو لم يبالغ فى التفطيش فإنه لا يخرج عن الملك. و فى الجميع نظر.

و الاولى فى غير مورد النص وفاقا لجماعه عدم خروج شىء من ملك مالكه بشىء من ذلك. نعم لو علم الاعراض منه يقينا أفاد إباحه لا ملكا، فلو استرده المالك من الأخذ كان له ذلك مع وجود العين لا مع تلفها.

و حيث أخذ من دون علم بالاعراض، كان حكمه حكم اللقطه أو المال المجهول المالك.

ص: ٢٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢٠٠، ب ١٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٧-٣٦١، ب ١١.

٣- (٣) النهايه ص ٣٥١.

٤- (٤) السرائر ص ٢٠٢.

الثالثة: روى (١) عن الصادق عليه السلام فى رجل دفع الى رجل ألف درهم، و عبر عنها المصنف ب دراهم اختصارا مع عدم اختلاف المعنى، و ليس فى الروايه كون الدفع بضاعه كما ذكره المصنف، و لا مضاربه كما فى السرائر (٢)، و ان كان الطاهر منها أحدهما بل فيها بعد ما مر بلا فصل يخلطها بماله و يتجر بها.

قال: فلما طلبها منه قال: ذهبت و فى الروايه: ذهب المال. و المعنى واحد و كان لغيره أى لغير الدافع معه أى مع المدفوع اليه مثلها و مال كثير لغير واحد ف قال: كيف صنع أولئك؟ قال: أخذوا أموالهم ف قال أبو جعفر و أبو عبد الله عليهما السلام جميعا يرجع أى الدافع عليه أى على المدفوع اليه بماله الذى دفعه اليه و يرجع هو أى المدفوع اليه على أولئك بما أخذوا.

و هذه الروايه مع قصور سندها مخالفه للأصول جدا، فلهذا قال المصنف و جماعه: و يمكن حمل ذلك أى الحكم برجوع صاحب البضاعه على العامل بماله، و رجوع العامل على أولئك على من أى عامل خلط المال المدفوع إليه بأموال أولئك و الحال أنه لم يأذن له صاحبه فى ذلك و أذن له الباقيون فيه.

و الأصل فى هذا الحمل الحلى فى السرائر، و فى حكمه كباقي الجماعه برجوع الغارم الى الباقيين بجميع ما غرمه مناقشه، مع عدم تماميه الحمل المزبور الا بعد تقييدات آخر فى الخبر ليس لشيء منها فيه عين و لا أثر.

و لكن الأمر سهل بعد ما عرفت من قصور السند و المخالفه للأصل، مع

ص: ٢٨٧

١- (١) تهذيب الأحكام ٦-٢٨٨.

٢- (٢) السرائر ص ١٩٩.

اتفاقهم فى الظاهر على ترك العمل به على إطلاقه، و ان كان ظاهرهم عدم المناقشه فيه من حيث السند، لنسبهم إياه إلى حريز خاصه عن أبى عبيده، معربين عن صحته اليه، و لعلهم أخذوه من كتابه فتكون صحيحه، و لكن يكفى فى ردها ترك العمل بها مع كونها للأصول مخالفه.

الرابعه: لو وضع المستأجر الأجره على يد أمين له فتلفت كان المستأجر ضامنا يجب عليه غرامتها للأجير الا أن يكون الأجير دعاه الى ذلك و رخصه فى دفعها الى الأمين فتحقه حينئذ حيث وضعه كما فى الصحيح، و لا خلاف فيه و لا اشكال يعتريه.

الخامسه: يجوز أن يقضى على الغائب عن مجلس الحكم مع قيام البينه عليه بالحق و يباع ماله و يقضى دينه، و يكون الغائب على حجه إذا قدم، بلا خلاف فيه عندنا فى الجملة، بل ظاهر جماعه كونه إجماعا.

و لا فرق فى الغائب بين كونه غائبا عن البلد أو حاضرا فيه متعذرا عليه حضور المجلس أم لا، و لا خلاف فى الأول مطلقا، سواء كان بعيدا أو قريبا.

و كذا فى الثانى إذا كان الحضور عليه متعذرا، بل عليه الوفاق فى كلام جمع و اختلفوا فيه مع عدم تعذر الحضور عليه على قولين، أشهرهما: الجواز كما فى ما سبق، و لكن المنع أحوط.

و حيث قضى عليه لا يدفع المال إليه أى إلى الغريم الا بكفلاء كما فى النص (1) الوارد فى الأصل و عليه جمع، و قيل: بل يجب على الغريم بدله اليمين، و عزاه جمع الى المشهور.

و لا ريب أن الجمع بين الابن حيث يرضى بالغريم أحوط، و الا فالعمل على النص.

ص: ٢٨٨

ثم ان جواز الحكم على الغائب يختص عندنا بما إذا كان الحق الثابت عليه بالبينه من حقوق الأدميين مطلقا (١) دون حقوق الله تعالى إذا كانت محضا. وكذا إذا كانت بحقهم مشوبه كالسرقة، بلا خلاف الا من المصنف في الشرائع (٢) حيث تردد في جواز القطع في المثال، وفي المسالك ان باقى الأصحاب قطعوا بالفرق و انتفاء القطع أقول: وهو الوجه.

الفصل الثانى: فى الاختلاف فى الدعوى

الفصل الثانى: فى بيان أحكام الاختلاف فى الدعوى، وفيه أيضا مسائل خمس:

الاولى: لو كان فى يد رجل وامرأه جاربه صغيره فادعى الرجل أنها مملوكته، و ادعت المرأه حريتها و أنها ابنتها، فإن أقام أحدهما بينه على ما يدعيه قضى له بها و الا يقيما البينه على المدعى تركت الجاربه تذهب حيث شاءت لروايه (٣) معتبره.

الثانيه: لو تنازعا عينا و قال كل منهما: ان جميعها لى و لا بينه لهما، فان كانت فى يدهما و تصرفهما، كتوب فى يدهما أو دار سكناهما قضى بهما لهما بينهما بالسويه بناء على أن اليد يقتضى الملكيه ما لم يعارضها البينه بالإجماع بل الضروره.

و لكل منهما إحلاف صاحبه على نفى ما يدعيه مما فى يده، و لا يتعرض واحد منهما فى حلفه لإثبات ما فى يده، بل يقتصر على أنه لا حق لصاحبه مما فى يده، فان حلفا أو نكلا قضى بالسويه بينهما، و ان حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف بالكل.

ثم ان حلف الذى بدأ الحاكم بتحليفه و نكل الآخر بعده، حلف الأول اليمين

ص: ٢٨٩

١- (١) ما لا كانت أو عقوبه أم غير النكاح و الطلاق و العتق و غير ذلك «منه».

٢- (٢) الشرائع ٤-٨٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-١٨٤، ح ٩.

المردوده ان لم نقض بالنكول كما هو المختار.

و ان نكل الأول و رغب بالثانى فى اليمين، فقد اجتمع عليه يمين النفى للنصف الذى ادعاه صاحبه و يمين الإثبات للنصف الذى ادعاه هو، و هل يكفى حيثذ اليمين الواحده المجامعه بين النفى و الإثبات؟ فيحلف أن الجميع له و لا حق لصاحبه فيه، أو يقول: لا حق فى النصف الذى يدعيه و النصف الأخر لى، أو لا- بد من يمينين إحداهما نافية و الأخرى مثبتة؟ و جهان، أو فقهما بالأصل الثانى، الا ان ظاهر الأصحاب من غير خلاف يعتد به الأول.

ثم هل يتخير الحاكم فى البدأه بالإحلاف أو يقرع بينهما؟ و جهان.

و تظهر الفائده فى تعدد اليمين على المدعى على نكول الأخر.

و اعلم أن عدم القضاء بالعين بينهما نصفين الا بعد حلف كل منهما لصاحبه أو نكولهما هو الأشهر الأظهر، بل لا يكاد فيه خلاف يعتد به يعرف.

و لو كانت فى يد ثالث و صدق أحدهما و تصرفه خاصه قضى بها للمتشبث و هو ذو اليد و للخارج إحلافه لكونه منكرا و الخارج مدعىا، و الكلام فى حلفهما كما مر، فيحلف ذو اليد على النفى و الخارج على الإثبات.

و لو كانت فى يد ثالث و صدق أحدهما بأنها له، فهو فى حكم ذى اليد قضى بها له مع يمينه و للأخر إحلافه أى إحلاف المصدق ان ادعى عليه علمه بأنها له، فان امتنع حلف الأخر و أغرمه القيمه لا العين، لاستحقاق المصدق له إياها بإقراره فلا يمكنه ارتجاعه منه، و انما يغرّم القيمه لتفويته العين على الأخر بإقراره.

و لو صدقهما قضى بها لهما بالسويه، و لكل منهما إحلاف الأخر كما لو كانت فى يدهما، و لهما إحلافه ان ادعى علمه، لفائده الغرم مع اعترافه لا القضاء بالعين، فان حلف و إلا غرم نصف القيمه للحالف منهما.

و لو حلفا معا غرم القيمه تماما لهما يقتسمانها كالعين بينهما نصفين.

و ان كذبهما أقرت العين فى يده بعد يمينه لهما، سواء ادعاها لنفسه أم لا- ولا- تجب عليه نسبه الملك الى نفسه أو الى أحد معين، و لو قال: هي لأحد كما و لا- أعرفه أحتمل قويا القرعه، فيحلف من خرجت له، فان نكل حلف الآخر، و ان نكلا قسمت بينهما.

ثم ان كل ذا إذا لم يكن بينه لهما، فان كانت لأحدهما حكم له بها.

و لو كانت لكل منهما و أمكن الجمع بينهما، كما لو شهدت أحدهما بملك زيد أمس و الأخرى بانتقاله الى عمرو لأن، أو أطلقت إحدهما و فصلت الأخرى جمع بينهما. و لو تعارضتا ففيه تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

الثالثه: إذا تداعيا خصا بالضم و التشديد، و هو البيت الذى يعمل من القصب كما فى المجمع (1) و غيره، و فى الفقيه (2): أنه الحائط من القصب بين الدارين قضى لمن اليه القمط بالكسر، و هو الجبل الذى يشد به الخص، و بالضم جمع قماط و هى: شداد الخص من ليف و خوص و غيرهما، و الحكم بذلك مشهور بين الأصحاب، و فى كلام جمع الإجماع.

و الحجج فيه قبله هى روايه (3) عمرو بن شمر عن جابر عن أبى جعفر عليه السلام عن جده عن على عليه السلام و فى عمرو و ان كان ضعف الا أنه مجبور بما عرفته.

و مع ذلك الحجج غير منحصر فيها، فقد روى (4) المشايخ الثلاثه فى الصحيح عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله عليه السلام أن عليا عليه السلام قضى بذلك

ص: ٢٩١

١- (١) مجمع البحرين ٤-١٦٨.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ٣-٥٧.

٣- (٣) نفس المصدر.

٤- (٤) من لا يحضره الفقيه ٣-٥٦، ب ٤٢.

أيضا و هي و ان كانت قضيه فى واقعه فلعله عليه السّلام عرفها و أجرى الحكم بمقتضاها فلا- يتعدى الى غيرها،الا أن ظاهر السؤال فى صدر الروايه و الجواب عنه بنقل القضاء عنه عليه السّلام فى الواقعه يقتضى عدم اختصاصها بها،بل عمومه لكل واقعه.

و بالجمله فلا وجه للمناقشه فى الروايتين سندا و دلالة،نعم يمكن المناقشه فيهما بمخالفتهما الأصول المقرره و دفعها بالتخصيص ممكن بعد حصول المكافاه المشترطه،و ربما يقيد الروايتان بما إذا اقتضت العاده ذلك،و لكن الفتاوى مطلقه، الا أن تنزيلها على ذلك غير بعيد.

و كيف كان ينبغى تخصيص الحكم بمورد الروايه من الخص دون غيره،و ان حصل فيه نحو معاهد القمط،و شهدت العاده بكونه قرينه على الملكيه.

الرابعه: إذا ادعى أبو الميته إعارته لها بعض متاعها كلف البيئه و كان كغيره من الأنساب و غيرهم على المعروف من مذهب الأصحاب.

و فيه أى فى المقام روايه (1)بالفرق بين الأب و غيره،فيصدق فى دعواه دونهم،و هى ضعيفه بالمكاتبه عند جماعه،و بالشذوذ و الندره بلا شبهه، فالعمل على ما عليه الأصحاب.

الخامسه: إذا تداعى الزوجان أو ورثتهما،أو أحدهما مع الورثه الأخر متاع البيت الذى فى يدهما،قضى لمن له البيئه مطلقا بلا خلاف،و ان لم يكن لهما بينه فله ما يصلح للرجال كالعمائم و الدروع و السلاح و لها ما يصلح للنساء كالحلى و قمص النساء.

و ما يصلح لهما كالفراس و الأوانى يقسم بينهما نصفين بعد التحالف

ص: ٢٩٢

أو النكول، وفاقا للأكثر بل المشهور كما قيل، و في الخلاف (١) و السرائر (٢)، الإجماع لكن ينبغي تقييد الحكمين الأولين بصوره قضاء العاده بذلك، كما هو الغالب، و عليه جماعه من المتأخرين.

و بهذا القول يجمع بين الاخبار (٣) الواردة بذلك و ما في روايه أخرى مرويه بعده طرق صحيحه و موثقه، و هو كون المتنازع فيه مطلقا للمرأة خاصه الا أن يقيم الرجل البيئه بحمل الجميع على ما إذا كان هناك عاده تشهد بالحكم لمن حكم له فيها، كما يشعر بذلك التعليقات الواردة في الروايه الأخيره، و تخرج على الجمع شاهده، فلا وجه لإطلاق القول بما في هذه الروايه و قطع النظر عما فيها من العله المشعره بما عرفته كما عليه جماعه.

و قال الشيخ في المبسوط (٤): انه إذا لم يكن لهما بينه و يدهما عليه كان بينهما نصفين بعد حلف كل منهما لصاحبه، و تبعه الفاضل في جمله من كتبه و ولده، و هو ضعيف مع أن فتوى المبسوط بذلك على التعيين غير معلوم، بل ظاهره الرضا بما عليه المشهور، كما بينته في الشرح المبسوط.

الفصل الثالث: في تعارض البيئات

الفصل الثالث: في تعارض البيئات و تضادها، بحيث يستلزم العمل بكل منهما تكذيب الأخرى.

اعلم أن العين التي تعارضت فيها: اما أن تكون في يد أحدهما أو يدهما معا أو يد خارج منهما، فان كان الأول كان الحكم فيه أن يقضى مع التعارض للخارج إذا شهدتا بالملك المطلق عن ذكر سببه، تساويا عداله و كثره أم اختلفا فيهما على الأشبه الأقوى، وفاقا لجمهور أصحابنا، و في صريح الغنيه و ظاهر المبسوط

ص: ٢٩٣

١- (١) الخلاف ٣-٣٦٢.

٢- (٢) السرائر ص ٢٠١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٧-٥٢٣، ب ٨.

٤- (٤) المبسوط ٨-٣١٠.

الإجماع، و في المسأله أقوال آخر ضعيفه.

و يقضى لصاحب اليد لو انفردت بيته ب ذكر السبب، كالتناج و قدم الملك و ذكر (١) الابتياح و أطلقت بينه الآخر، فلم يذكر فيها شيء من الأسباب عند جماعه، خلافا لأكثر القدماء فقدموا بينه الخارج هنا أيضا، و هو الأقوى و في الغنيه الإجماع.

و لو تساويا أى البيتان و في ذكر السبب بأن شهد كل منهما على التناج عند من شهدت له مثلا ف فى القضاء للخارج أو الداخلى روايتان (٢) أشبههما و أشهرهما: ما تضمن القضاء للخارج و فى الغنيه الإجماع.

و مما حققناه فى الصور الثلاث يظهر أن الأقوى فيها أجمع تقديم الخارج.

و بقى هنا صورته رابعه هى عكس الثانيه و لم يذكر حكمها صريحا فى العبارة و لكنه يستفاد من الحكم فى الثانيه بالأولى كما صرح بها جماعه، مع أنه لا خلاف فيه أجده، و به صرح بعض الأجله.

و لو كانت يداهما أى المتداعيين عليه أى على الشيء المتنازع فيه قضى لكل منهما بما فى يد الآخر دون ما فى يده مطلقا، تساوت البيتان عداله و كثره و إطلاقا و تقييدا أم اختلفتا فيها على أشهر الأقوى، خلافا لجماعه من من القدماء فخصوا ذلك بما إذا تساويتا فى الأمور المتقدمه كلها، و حكموا مع الاختلاف فيها لا رجحهما.

و اختلفوا فى بيان المرجح على أقوال شتى، و على المختار الأحوط عدم التنصيف بينهما الا بعد إحلافهما، و ان كان الجواز لعله أقوى فتكون بينهما نصفين

ص: ٢٩٤

١- (١) فى المطبوع من المتن: و كذا.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-١٨٢.

و لو كان المدعى به فى يد ثالث خارج عنهما قضى بالاعدل أى أرجع البيئتين عداله ف ان تساويا فيها قضى ل الأكثر منهما شهودا.

فان تساويا عداله و كثره أقرع بينهما، فمن خرج اسمه أحلف و قضى له بتمام المدعى به و لو امتنع عن الحلف أحلف الأخر و قضى له بتمامه و لو امتنعا معا عنه قسم المدعى به بينهما على الأشهر الأقوى، و فى الغنيه الإجماع، و فى المسأله أقوال منتشره:

و منها قول الشيخ فى المبسوط من أنه يقرع بينهما ان شهدتا بالملك المطلق، و يقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد و لو اختصت إحداهما بالتقييد قضى بها دون الأخر و حجته مع شدوده و ندرته غير واضحه، فلا شبهه فى ضعف هذا القول.

و أن القول الأول أشبهه و الأشهر، و فى اعتبار اليمين مع الترجيح بالعدليه و الأكثرية قولان، ظاهر العبارة و جماعه العدم، خلافا لآخرين فنعم، و هو أظهر و فى الغنيه الإجماع.

كتاب الشهادات

اشاره

ص: ٢٩٧

(كتاب الشهادات) و النظر فيه يقع فى أمور أربعة:

الأول: فى صفات الشاهد

إشارة

الأول: فى بيان صفات الشاهد المعتبره فيه و هى ستة:

الأول: البلوغ

الأول: البلوغ، فلا تقبل شهاده الصبى الغير المميز إجماعاً، و كذا المميز ما لم يصر مكلفاً بالبلوغ عشراً أم لا، إجماعاً فى الثانى إذا شهد فى غير الجنائيات.

و كذا إذا شهد فيها عند معظم الأصحاب، بل ربما يظهر من بعضهم أنه لا خلاف فيه، و على الأظهر فى الأول أيضاً إذا كان فى غير الجنائيات، و هو الأشهر، و يستفاد من جملة من العبارات الإجماع.

و قيل: انه تقبل إذا بلغ عشراً مطلقاً فى الجنائيات و غيره و هو أى هذا القول شاذ و القائل به غير معروف. كل ذا فى شهاده ذوى العشر فى غير الجنائيات.

و اختلف عبارات الأصحاب فى قبول شهادتهم فى الجنائيات من القتل و الشجاج و الجراح بعد اتفاهم على القبول فيها فى الجملة، فبعضهم قبلها فى الجراح و القصاص، و بعضهم فى الجراح دون القصاص، و بعضهم اشتراط اجتماعهم

ص: ٢٩٩

على مباح، وبعضهم لم يشترطه، وبعضهم اشترط عدم الافتراق، وبعض لم يشترطه.

و محصلها: أى القدر المتفق عليه من تلك العبارات و المجمع عليه بينها القبول فى الجراح خاصة دون النفس مع بلوغ الصبى سن العشر ما لم يختلفوا فى القول.

و لو اختلفوا فيه يؤخذ بأول قولهم و ان كان الوجه إلحاق القتل بالجراح، و لكن الأحوط الاقتصار على المتفق عليه خاصة دون غيره مما اختلف فيه، و هو ما ذكره المصنف فى الشرائع (١) و غيره من اعتبار قيود أربعه: بلوغ العشر، و الاجتماع المباح، و كون الحكم فى الجراح و الشجاج دون النفس.

و ما شرط فى الخلاف (٢) من أن لا يفترقوا و يرجعوا إلى أهلهم بعد الفعل المشهود به الى أن يؤدوا الشهاده. و لا يلحق بالصبى هنا الصبيه، فلا تقبل شهادتها مطلقا، و به صرح جماعه.

الثانى: كمال العقل

الثانى: كمال العقل، فالمجنون لا- تقبل شهادته فى شىء إجماعا و من يناله الجنون و يعتوره أدوارا فى وقت دون وقت تقبل شهادته فى حال الوثوق باستكمال فطنته و كمال عقله بلا خلاف.

و ذكر المتأخرون من غير خلاف بينهم أجده أن فى حكم المجنون المغفل الذى لا يحفظ و لا يضبط، و يدخل فيه التزوير و الغلط و هو لا يشعر، لعدم الوثوق بقوله.

و كذا من يكثر غلظه و نسيانه و من لا- يتنبه لمزايا الأمور و تفاصيلها، الا- أن يعلم عدم غفلته فى ما يشهد به، و على الحاكم التفتيش من حاله هذه صفته الى أن

ص: ٣٠٠

١- (١) شرائع الإسلام ٤-١٢٥.

٢- (٢) الخلاف ٣-٣٣٣.

يغلب على ظنه علمه و تفضله.

الثالث: الإسلام

الثالث: الإسلام فلا تقبل شهادة الكافر بأقسامه مطلقا الا في ما استثني إجماعا، والمعروف من مذهب الأصحاب اشتراط الإيمان أيضا، أى كونه اثنا عشرية، و عليه نقل الإجماع فى كلام جمع مستفيضا فلا تقبل شهادة غير الإمامي (1) مطلقا على مسلم أو غيره أو لهما قطعا، إلا فى صورته خاصة أشار إليها بقوله:

و تقبل شهادة الذمى العدل فى دينه فى الوصيه بالمال خاصة مع عدم المسلم إجماعا.

و فى اعتبار الغربه حينئذ تردد و اختلاف بين الأصحاب، و الأظهر العدم وفاقا للأكثر، و تقدم الكلام فى المسأله مع بعض ما يتعلق بها فى أواخر كتاب الوصيه.

و تقبل شهادة المؤمن على جميع أهل الملل اتفاقا و لا تقبل شهادة أحدهم أى أحد أهل الملل على مسلم و لا على غيره إجماعا فى الحربى مطلقا كما قيل، و فى الذمى أيضا إذا كان على مسلم كما فى كلام جماعه.

و أما إذا كان على غيره، فان كان من أهل ملته فسيأتى الكلام فيه، و إذا كان من غير ملته فمشهور بين الأصحاب بل لا يكاد يظهر فيه خلاف، و لا ينقل الا من الإسكافى ذهب الى قبول شهادة أهل العداله منهم فى دينه على ملته و على غير ملته، و هو شاذ.

و هل تقبل شهادته على أهل ملته؟ فيه روايه (2) بالجواز أفتى بها فى

ص: ٣٠١

١- (١) فى المطبوع من المتن: المؤمن

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٣-٣٩١، ح ٥:

النهايه (١)، و اعترضها المصنف و غيره بأنها ضعيفه و ليس كذلك، بل هي على الأظهر الأشهر موثقه و لكن الأشبه المنع عن القبول مطلقا، سواء اختار الترفع إلينا أم لا. و قيل: بالتفصيل بينهما بالقبول في الأول و العدم في الثاني.

و كما لا تقبل شهادتهم على أمثالهم، كذا لا تقبل لأمثالهم.

الرابع: العدالة

الرابع: العدالة فلا تقبل شهاده الفاسق اتفاقا بل ضروره، و قد مضى بيان ما يتحقق به العدالة في كتاب القضاء، و بقى الكلام في بيان ما تزول به.

و لا- ريب و لا- خلاف في زوالها بالكبائر و قد اختلف الفقهاء في تفسيرها اختلافا شديدا، الا أن الذى عليه أكثرهم كما قيل هو: أنها ما توعد الله عليه بالعقاب في كتابه العزيز، و هو المشهور بين أصحابنا و في بعض العبارات اشعار بالإجماع، و في جملة من النصوص (٢) دلالة، و لكن في جملة حصرها في عدد سبع و ما زاد.

و وجه الجمع بينها ما قيل: من أنه يجوز أن يكون مراتب الكبائر مختلفه، بأن يكون السبع أكبر من الباقي، و يعضده الصحيح (٣) و غيره. و يحتمل حمل الأخبار الأخيره المتضمنه لتعداد على التمثيل لا الحصر، و يؤيده اختلافها في بعض الأفراد المعدوده فيها.

و كذا لا ريب في زوالها ب الصغائر و هي ما عدا الكبائر إذا كان مصرا عليها، لأن الإصرار عليها يلحقها بالكبائر.

و اختلفوا في المراد بالإصرار على أقوال، و الأظهر أنه المداومه على نوع واحد من الصغائر، أو العزم على فعل تلك الصغيره بعد الفراغ منها على تأمل

ص: ٣٠٢

١- (١) النهايه ص ٢٨٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١١-٢٤٩، ب ٤٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١١-٢٥٢، ح ١.

فى الأخرى.

و أما الإكثار من الذنوب و ان لم يكن من نوع واحد، بحيث يكون ارتكابه للذنب أغلب من اجتنابه عنه إذا عن له من غير توبه، فالظاهر أنه قادح فى العداله بلا خلاف أجده، و فى صريح التحرير و ظاهر غيره الإجماع و بالجمله المداومه على الذنب أو الإكثار منه قادح فيها قطعاً.

و أما العزم عليه بعد الفراغ، ففى كونه قادحاً تأمل ان لم يكن اتفاقياً.

أما الندره من اللمم و صغائر الذنوب مع عدم العزم عليها ثانياً فلا تزول بها العداله على الأقوى و لم يتعرض المصنف لترك المروه فى مزيل العداله كما هو المشهور، و ان اختلفوا فى كونها جزءاً منها أو شرطاً لها، و كأنه لم يوافقهم أو متوقف كما هو الوجه، و ان كان ما اختاره لعله أحوط.

و لا- يقدر فيها اتخاذ الحمام و الطيور للأنس بها و إنفاذ الكتب و إرسالها إلى البلدان بلا خلاف فيه، بل يستفاد من المعتبره (١) المستفيضه استحبابه للأنس بها و كذا اقتنائها للعب بها، و ان كره على الأظهر الأشهر، و ظاهر المبسوط (٢) الإجماع خلافاً للحلى فيقدر و هو شاذ.

و أما الرهان عليها فقادح فيها قولاً واحداً لانه قمار منهى عنه.

و اللعب ب النرد و الشطرنج و الأربعة عشر ترد به الشهاده.

و كذا الغناء و سماعه و العمل بآلات اللهو من العود و الزمر و سماعها و لا- ريب فى تحريمها و زوال العداله بكل منها مع الإصرار و المداومه، و بدونهما أيضاً فى الغناء للتواعد عليه بالنار.

و أما سماعه و استعمال آلات اللهو فى زوال العداله به من غير إصرار كما هو

ص: ٣٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ٨-٣٧٦، ب ٣١.

٢- (٢) المبسوط ٨-٢٢١.

ظاهر نحو المتن أو العدم الا مع الإصرار إشكال، و الوجه الثانى وفاقا لجمع، و ان كان الأحوط الأول.

و من جمله آلات اللهو الدف و انما خصه المصنف بالذكر قصدا الى استثناء صورته خاصه من الحكم، أشار إليها بقوله إلا فى الاملا-ك بالكسر أى العرس و الزفاف و فى الختان للصبيان، فان الدف فيهما مباح و لو على كراهه على الأشهر الأظهر، خلافا للحلى و غيره فمنعا عنه فيهما أيضا، و لا ريب أنه أحوط و ان كان فى تعيينه نظر.

و إطلاق المتن و النص (١) بالجواز يقتضى عدم الفرق بين كونه ذات صنع أو غيره، خلافا لشيخنا فى المسالك و غيره فقيده بالثانى، و ربما يظهر من المسالك عدم الخلاف فيه، فان تم و الا كما هو الظاهر فلا إطلاق متعين.

و المراد بالصنح هنا ما يجعل فى أطراف الدف من النحاس المدوره صغارا كما قيل.

و مما يقدح فى العدالة و ترد به الشهاده لبس الحرير المحض للرجال خاصه مع الاختيار، فإنه محرم بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع إلا إذا لبسه فى الحرب و حال الضروره فيجوز.

و كذا التختم بالذهب و التحلى به للرجال بل لبسه مطلقا، فيحرم أيضا بلا خلاف، كما صرح به كثير.

و لا إشكال فى زوال العدالة بهما مع الإصرار، و كذا مع عدمه فى ظاهر إطلاق العبارة، و الوجه عدم رد الشهاده بمجرد اللبس من غير إصرار وفاقا لجماعه.

ص: ٣٠٤

١- (١) سنن البيهقى ٧-٢٩٠ قوله عليه السلام: أعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالغربال يعنى الدف.

و لا تقبل شهاده القاذف مع عدم اللعان أو البيه و تقبل شهادته لو تاب و ان لم يسقط عند الحد بلا خلاف و في كلام جمع الإجماع.

و حد توبته إكذاب (١) نفسه إجماعاً، كما في صريح الغنيه و ظاهر الخلاف (٢)، و لكن اختلفوا في كيفيته، و الأظهر الأشهر المتبادر من اللفظ الوارد في النصوص المستفيضه هو أن يقول: كذبت في ما قلت و يورى لو كان في قوله هذا كاذبا.

و فيه قول آخر بل أقوال آخر متكلف فيها مخالفه لظاهر النصوص (٣) و إطلاقها، و ظاهرها حصول التوبه بمجرد الا كذاب، و فيه اشكال، بل الظاهر عدمه الا بعد التوبه و الندامه حقيقه، كما ذكره بعض المحققين و دل عليه المرسل، و لعله ظاهر الأصحاب. و يمكن حمل النصوص عليه بدعوى ورودها مورد الغالب من أن المكذب نفسه يكون في الحقيقه تائبا غالبا.

و ينبغي كون الإكذاب عند الامام كما في المرسل و به صرح جمع، و زاد بعضهم من عند جماعه من المسلمين، و يظهر من جمع عدم الخلاف فيه.

و ظاهر العبارة و نحوها كفايه التوبه بمجردها في قبول الشهاده، كما هو ظاهر إطلاق النصوص (٤) أيضا، و لكن الآيه (٥) اشترطت الإصلاح بعد التوبه، و فسره الأكثر بالاستمرار عليها و لو ساعه. قال فخر الإسلام: و هذا المعنى متفق عليه و انما الخلاف في الزائد عليه و هو إصلاح العمل.

ص: ٣٠٥

١- (١) في المطبوع من المتن: أن يكذب.

٢- (٢) الخلاف ٣-٣٣٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٢٨٢، ب ٣٦.

٤- (٤) نفس المصدر.

٥- (٥) قوله تعالى «إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا وَ أَصْلَحُوا وَ بَيَّنُّوا فَأُولَئِكَ أَتُوبُ عَلَيْهِمْ» سورة البقره: ١٦٠.

أقول: والأحوط بل الأجدد الأشهر اعتبار إصلاح الحال و النفس، بمنعها عن ظهور ما ينافي العدالة، هذا كله في التوبة عن القذف، و أما عن غيره فينبغي القطع بكفايتها عن إصلاح العمل. نعم ان توقفت على أداء حقوق الله تعالى أو الناس لزمه أداؤها تحصيلاً لها، و الا فلا توبه له جدا.

الخامس: ارتفاع التهمة

الخامس: ارتفاع التهمة في الشهادة، بلا- خلاف و في كلام جمع الإجماع للصحاح (١) و غيرها، و هي بإطلاقها تمنع عن قبول شهادة المتهم مطلقاً كائناً من كان، و هو بخلاف ظاهر الأصحاب و كثير من الروايات (٢) يقبول شهادة الرجل لزوجه و بالعكس، و شهادته لابنه و لأخيه، و الصديق لصديقه، و الوارث لمورثه و غير ذلك، و عليه نبه الشهيدان و غيرهما، و نقل أولاهما الإجماع على القبول في جملة ممن ذكرنا، و لم يذكرنا ضابطه يرجع إليها في التهمة المانعه و غيرها.

و التحقيق إطلاق المنع- الا حيثما يتحقق بالقبول نص أو إجماع، أو يتردد في صدق الوصف، أو دخول الموصوف تحت إطلاقات المنع- بعدم تبادره منها فيطلق الجواز.

و عليه فلا- تقبل شهادة الجار أى الذى يجر نفعاً، كالشريك إذا شهد لشريكه في ما هو شريك فيه بحيث تقتضى الشهادة المشاركة له فيه قطعاً.

و لا شهادة الوصى في ماله و لايه و كذا الوكيل بلا اشكال فيهما أيضاً، إذا تضمن شهادتهما احتمال جر نفع لهما، بأن عين لهما أجره على التصرف في المشهود عليه، و إذا لم تتضمن ذلك فالوجه الجواز، ان لم ينعقد على خلافه الإجماع كما هو ظاهر جماعه من الأصحاب.

و لا شهادة رفقاء القافلة على اللصوص إذا كانوا أجمع مأخوذين، و إذا لم

ص: ٣٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢٧٤، ب ٣٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٦٩، ب ٢٥ و ٢٦.

يكونوا مأخوذين و لم يتعرضوا لذكر ما أخذ لهم فالوجه القبول،لمنع التهمه أو الشك في دخول مثلها في الإطلاقات المانعه.

و لا شهاده ذى العداوه الدينويه على عدوه،و تقبل له و لغيره و عليه إذا كانت لا تتضمن فسقا،بلا خلاف بل قيل:إجماعا و هو أى ذو العداوه الدينويه الذى يسر و يفرح بالمساءه و المكروهات الوارده على صاحبه و يساء و يغم بالمسره الحاصله له.

و يشكل فرض حصول العداله مع هذه العداوه بعد الاتفاق فتوى و روايه على أن عداوه المؤمن و بغضه لا لأمر دينى معصيه،و نبه لهذا جماعه،و لكن دفعوه تاره بحمل العداوه على عداوه غير المؤمن،و أخرى بأن عداوه المؤمن حرام إذا كان بغير موجب لا مطلقا.

و احترز ب«الدينويه»عن الدينيه،كأن يبغضه لكفره أو فسقه،فإنها غير مانعه إجماعا.

و لو اختصت العداوه المانعه بأحد الجانبين جاز قبول شهاده الخالى منها، و الا لملك كل غريم رد شهاده العدل عليه،بأن يقذفه و يخاصمه.

و ان النسب و القرابه لا- يمنع القبول للشهاده،فتقبل من الأب لولده و عليه،و من الولد لوالده،و الأخ لأخيه و عليه إجماع،و لا يشترط ضم عدل آخر أجنبى اليه على الأقوى.

و فى قبول شهاده الولد لأبيه خلاف بين الأصحاب أظهره المنع و هو أشهر،و عن الخلاف (1)و فى السرائر (2)و الغنيه الإجماع.و مورد المنع صورته حياه الأب،فلو مات قبلت شهادته عليه بلا خلاف على ما يستفاد من بعض

ص:٣٠٧

١- (١) الخلاف ٣-٣٤٢.

٢- (٢) السرائر ص ١٨٦.

العبارات، و في الغنيه الإجماع. و تقبل شهادته على الوالده مطلقا بلا اشكال.

و كذا تقبل شهاده الزوج لزوجته و عليها و شهادتها له و عليه بلا خلاف و شرط بعض الأصحاب و هو الشيخ في النهايه (1) و القاضي و ابن حمزه في قبول شهاده الزوج انضمام غيره من أهل الشهاده اليه.

و كذا شرطه في قبول شهاده الزوجه أيضا، استنادا الى الصحيح (2) و الموثق، و هما مختصان بالاشتراط في الزوجه.

و لذا ربما صح فيها الاشراط و لكن الأظهر الأشهر فيها أيضا العدم، و لعل وجه التقييد و الاشراط في المعتبرين في الزوجه أن المرأه لا يثبت بها الحق منفرده و لا منضمه إلى اليمين، بل يشترط أن يكون معها غيرها الا ما استثني نادرا و هو الوصيه، بخلاف الزوج فإنه يثبت بشهادته الحق مع اليمين، فاشتراط الضميمه فيها مبني على الغالب في الحقوق و هي ما عدا الوصيه.

و تظهر الثمره في الزوج في ما لو شهد في ما تقبل شهاده الواحد مع اليمين، و في الزوجه ما لو شهدت له في الوصيه، فتقبل الشهاده في المقامين على المختار و لا على غيره، و عليه يكفي انضمام امرأه أخرى في ما يكتفى فيه بشهاده المرأتين كنصف الوصيه و المال الذي يكتفى فيه بهما مع اليمين.

و الصحبه و ان كانت مؤكده لا تمنع القبول للشهاده، فتقبل من أحد المتصاحبين و الصديقين كالضيف بالنسبه إلى مضيفه و الأجير بالنسبه إلى مستأجره، بلا خلاف في الأول، و على الأشبه الأشهر بين من تأخر في الثاني، و في عبارته جمع اشعار بالاتفاق فيه، خلافا لأكثر المتقدمين فالمنع و لعله أقرب.

ص: ٣٠٨

١- (١) النهايه ص ٣٣٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٦٩، ح ١ و ح ٣.

ولا- تقبل شهاده السائل بكفه أى من يياشر السؤال و الأخذ بنفسه على الأشهر، بل لا- خلاف فيه فى الجملة، و ان اختلفوا فى إطلاقه كما عليه جماعه، أو تقييده بما إذا اتخذه حرفه دون ما إذا سأل نادرا للضرورة كما عليه الأكثر و لعله أظهر، و علل المنع هنا بقوله لما يتصف به من مهانه النفس و دناءته فلا- يؤمن من خدعه فى شهادته، و فى النص: بأنه إذا أعطى رضى و ان منع سخط (١).

و فى قبول شهاده المملوك روايتان (٢)، أشهرهما و أظهرهما: القبول مطلقا، و فى الانتصار (٣) و الغنيه و السرائر الإجماع، و الروايه الثانيه المنع كما عليه العماني مطلقا محموله على التقيه، و فيه أيضا روايات آخر مفصله، و هى مع مكافأتها للأولى بعضها شاذه.

و فى قبول شهادته على المولى قولان، أظهرهما و أشهرهما: المنع و فى الكتب المتقدمه عليه الإجماع، و به يقيد إطلاق الروايه الأولى بالجواز.

و لو أعتق العبد قبلت شهادته للمولى و عليه بلا خلاف إذا لم يردها الحاكم قبل العتق كما فى القوى، و فيه: ان أعتق العبد لموضع الشهاده لم تجز شهادته (٤).

قيل: فى قوله «إذا لم يردها الحاكم» يعنى به أن يردها بفسق ظاهر أو حال تخرجه عن العداله لا- لانه عبد و فى قوله «ان أعتق لموضع الشهاده» إلخ يعنى إذا كان شاهدا لسيد، و أما إذا كان شاهدا لغيره جازت شهادته.

ص: ٣٠٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢٨١، ح ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٥٣، ب ح ٢٣.

٣- (٣) الانتصار ص ٢٤٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٢٥٧، ح ١٣.

و فيه نظر، و الوجه حمله على التقيه، نعم قيل فى الأول بعد الحكم بقبول شهادته بعد العتق، لكن لو كان قد أداها حال الرقيه فردت افتقر إلى إعادتها بعده لأن السابقه مردوده.

و لو أشهد عبديه بحمل له من مملوكته أنه ولده فورثهما غير الحمل و أعتقهما الوارث لهما فى الظاهر فشهدا للحمل بعد ذلك قبلت شهادتهما و رجع الإرث إلى الولد فيرثهما و يكره له استرقاقهما كما مر فى كتاب الوصيه.

و لو تحمل الشهاده الصبى أو الكافر أو الخصم أو الفاسق أو نحوهم من مردودى الشهاده ثم زال المانع الموجب لردّها و شهدوا بعد ذلك قبلت شهادتهم بعد اجتماع الشرائط الأخر، بلا اشكال و لا خلاف إلا فى الفاسق المستتر إذا أقام الشهاده فردت لأجله، ثم تاب و أعادتها فهل تقبل هنا أيضا مطلقا؟ كما هو المعروف من مذهب الأصحاب، أو لا كذلك كما حكى قولاً، أو نعم مع ظهور صدق التوبه و الثقه بعدم استنادها الى ما يوجب التهمه؟ ففيه اشكال، و لعل الأخير هو الأصح.

أما الفاسق المعلن فتقبل شهادته بعد توبته مطلقا، سواء شهد بها قبل التوبه ثم أعادها بعدها أو شهد بغيرها من دون اعاده، و الفرق بينه و بين الفاسق المستتر حيث اتفق على قبول شهادته الأول بعد التوبه مطلقا، و اختلف فيه فى الثانى، و ان كان المشهور مساواتهما، حرص المستتر على إصلاح الظاهر و دخول الغضاضه عليه بظهور كذبه، بخلاف المعلن بالفسق لأنه لا يدخله غضاضه مع ظهوره بل ربما يفتخر به، فتحصل التهمه فى الأول دون الثانى.

السادس: طهاره المولد

السادس: طهاره المولد عن الزنا فلا تقبل شهادته ولد الزنا على الأشهر الأقوى، و فى كلام المرتضى و الشيخ الإجماع.

وقيل و القائل الشيخ فى النهايه (١) و ابن حمزه: انه تقبل شهادته فى الشئء الدون أى اليسير.

و به وردت روايه (٢) نادره قد رجع عنها الشيخ فى الخلاف الى ما عليه الأصحاب و المنع يختص بمن علم كونه ولد الزنا، أما من جهل فتقبل شهادته بعد استجماعه الشرائط الأخر من العداله و غيرها و ان نسب الى الزنا، و به صرح جماعه من غير خلاف أجده.

يلحق بهذا الباب مسائل

اشاره

و يلحق بهذا الباب مسائل ثلاث:

الاولى: التبرع بالأداء

الاولى: التبرع بالأداء أى أداء الشهاده قبل الاستنطاق و طلب الحاكم إياه من الشاهد يمنع القبول مطلقا سواء كان قبل دعوى المدعى أم بعدها بلا خلاف، قالوا: لتطرق التهمه بذلك، فيدخل فى عموم الأدله المانعه عن قبول شهاده ذى التهمه.

و فى هذا التعليل إشعار بأن المنع انما هو للتهمه، فلا ريب فيه مع حصولها كما هو الغالب، و لعل إطلاقهم وارد عليه، و يشكل مع عدمها كما يتفق أحيانا.

و الوجه الجواز حينئذ ان لم يكن المنع الى هذا الحد إجماعا، و كيف كان فالمنع مقطوع به فى كلامهم إذا كان المشهود به من حقوق الآدميين.

و هل يمنع ذلك عن القبول فى حقوق الله تعالى أم لا؟ فيه قولان، و الأكثر على الثانى و منهم المصنف لكن على تردد و لعله فى محله.

و اعلم أن التبرع بالشهاده فى محل المنع ليس جرحا حتى لا تقبل فى غير تلك الوقعه، فتسمع فيه قطعا.

و لو أعاد تلك الشهاده فى مجلس آخر على وجهها، ففى قبولها وجهان،

ص: ٣١١

١- (١) النهايه ص ٣٢٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٧٧.

و لعل الأول أجود.

الثانيه: الأصم

الثانيه: الأصم المؤف السمع تقبل شهادته فى ما لا يفتقر العلم به الى السماع و فى ما يفتقر إليه أيضا إذا سمع و أعقل و أثبت، بلا خلاف فيه فى الجملة.

و فى روايه (١) ضعيفه أنه يؤخذ بأول قوله و لا يؤخذ بثنائه، و عمل بها جماعه، و الأكثر على إطلاق قبول شهادته و هو الأصح.

و كذا تقبل شهاده الأعمى فيما لا يفتقر العلم به الى الرؤيه و يحصل بالسماع بلا خلاف، و فى صريح الانتصار (٢) و الخلاف (٣) و ظاهر الغنيه الإجماع و كذا تقبل شهادته فيما لا يفتقر إلى الرؤيه أيضا إذا حصل له العلم بالمشهود به و كان مثبتا له الى حين الأداء كما فى الأصم.

الثالثه: لا تقبل شهاده النساء فى الهلال و الطلاق

الثالثه: لا تقبل شهاده النساء فى الهلال و الطلاق إذا كن منفردات عن الرجال بلا خلاف، و مطلقا على الأشهر الأقوى، و فى الغنيه الإجماع.

و لا فرق فى الطلاق بين أنواعه التى منها الخلع و المبارات على الأظهر الأشهر بل ربما يفهم من المختلف الإجماع.

و هل تقبل شهادتهن مع الرجال فى النكاح؟ أوجه و أقوال، أشهرها نعم مطلقا سواء ادعته الزوج أو الزوجه و فى الغنيه الإجماع.

و فى قبولها أى شهادتهن فى حصول الرضاع المحرم تردد و اختلاف و لكن أشبهه و أشهره بين المتأخرين القبول و فى الناصريه الإجماع، و لا فرق بين انفرادهن عن الرجال و انضمامهن إليهن.

ص: ٣١٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢٩٦، ح ٣.

٢- (٢) الانتصار ص ٢٤٩.

٣- (٣) الخلاف ٣-٣٢٨.

ولا- تقبل شهادتهن حتى مع الرجال فى الحدود و حقوق اللّٰه سبحانه و لو كانت ماله كـالـخمس و الزكاه و النذور و الكفارات،بلا خلاف أجهه إلا فى الزنا فتثبت بشهادتهن فى الجملة، كما أشار إليه بقوله:

و تقبل شهادتهن مع الرجال فى الرجم خاصه لكن على تفصيل يأتى ذكره إن شاء اللّٰه تعالى.

و فى الجراح و القتل، بأن يشهد رجل و امرأتان فتثبت بها أيضا، بلا خلاف فى مال لو كان المشهود به لا يوجب إلا الديه، كقتل الخطأ و المأمومه و الجائفه.

و أما فى ما لا يوجب الا القصاص فمختلف فيه بين الأصحاب، و الأظهر الأشهر العدم بالنسبه إلى القود، و كذا بالنسبه إلى الديه على الأظهر، خلافا للمصنف و جماعه فقالوا: و يجب بشهادتهن الديه لا القود.

و تقبل شهادتهن فى الديون إذا كن مع الرجال و لو واحدا منهم بلا خلاف.

و المراد بـ«الديون» المعنى الأعم الشامل للدين بالمعنى الأخص، كالنسيئه و القرض و غيره مما يكون ما لا، أو يقصد به المال فيدخل فيها البيع، و الرهن، و الإجاره، و الضمان، و القراض، و الشفعه، و المزارعه، و المساقاه، و الهبه، و الإبراء، و المسابقه، و الوصيه بالمال، و الصداق فى النكاح، و الإقاله و الرد بالعيب، و الوطء بالشبهه، و الغصب و الإتلاف، و الجنائيات التى لا توجب المال كقتل الخطأ، و قتل الصبى و المجنون، و قتل الحر العبد و المسلم الذى و الوالد الولد، و السرقة التى لا قطع فيها و المال خاصه فى ما فيه القطع، و الأمور المتعلقة بالعقود و الأموال كالخيار، و الأجل، و نجوم الكتابه حتى النجم الأخير فى قول قوى، هذا إذا انضم إليهن الرجل.

و أما لو انفردن عنه كالمراأتين فصاعدا، فلا تقبل شهادتهن فى

الديون قط، إذا لم تصل الى حد الشيع المفيد للقطع أو الظن القوي المتأخم له على احتمال قوى و لم ينضم إليها اليمين أيضا.

و أما مع اليمين، فالأشبه عند المصنف هنا و جماعه عدم القبول أيضا، خلافا للأكثر فتقبل و هو الأصح.

و يقبلن شهادتهن منفردات عن كل من الرجال و اليمين فى العذره و البكاره و عيوب النساء الباطنه كالرتق و القرن، و غير ذلك من الأمور الخفيه التى لا يطلع عليها الرجال بلا خلاف.

و الأشهر الأقوى قبول شهاده الرجال فى ما ذكر بل بطريق أولى، و حيث يعتبر شهادتهن يشترط كونهن أربعا مطلقا على الأشهر الأقوى.

و تقبل شهاده القابله فى ربع ميراث المستهل أى المولود بلا-خلاف، و فى الغنيه و السرائر الإجماع، بل ظاهر جماعه قبول شهادتها بل مطلق المرأه الواحده فى تمام ميراثه إذا لم يوجد امرأتان مسلمتان.

و زاد جمله منهم فقبلوا شهادتها مع عدمهما فى عيوب النساء و النفاس و الحيض و الولاده و الرضاع، و وافقهما الإسكافى فى قبول شهادتها فى الأمور المزبوره لكن بحسابها، و الوجه ما ذكرنا من اعتبار الأربع فى الأمور المزبوره إلا فى مفروض المسأله و مسأله أخرى أشار إليها بقوله:

و تقبل شهاده امرأه واحده فى ربع الوصيه، و كذا كل امرأه زادت فى المسألتين تثبت شهادتها فى الربع حتى يكلمن أربعا فتقبل شهادتهن فى كل الميراث و الوصيه أجمع بلا خلاف، و فى الكتابين الإجماع.

و إطلاق النص (1) و الفتوى يقتضى قبول شهادتهن فى المسألتين مطلقا و لو لم يتعذر الرجال، خلافا للقاضى و الحلّى فاشترطا تعذرهم و لهم بعض الاخبار، و لكن

ص: ٣١٤

فى سنه ضعف.

و هل يثبت بشهاده الرجل الواحد من غير ضم فى المسألتين النصف أو الربع، أو يسقط شهادته أصلاً؟ أوجه، خيرها أوسطها، و به أفتى جمع.

و لا ترد شهاده أرباب الصنائع المكروهه، كالصياغه و بيع الرقيق و لا شهاده ذوى الصنائع الدينئه فى العاده كالحيآكه و الحجامه، و لو بلغت الدناءه الغايه كالزبال و الوقاد.

و لا شهاده ذوى العاهات و الأمراض الخبيثه كالأجذم و الأبرص بعد استجماع الجميع لشرائط قبول الشهاده التى منها العداله و عدم ارتكاب ما ينافى المروه، بلا- خلاف فى شىء من ذلك بيننا، بل فى كلام جمع إجماعنا، و لا شبهه فيه على القول بعدم اعتبارها، إذا لم يكن فى ارتكاب هذه الصنائع منافاه للمروه من غير جهه نفس الصنعه، كأن يكون من أهل تلك الصنعه، أو لم يلم هو و لا أمثاله بارتكابها فى العاده.

و أما مع الملامه له فيها بأن كان من أهل بيت الشرف الذى لا يناسب حاله تلك الصنعه فارتكبتها بحيث يلام به فى العاده، فىأتى عدم قبول شهادته حينئذ، و عدم القبول من هذه الجهه غير عدم القبول من حيث ارتكاب الصنعه، و على ما ذكرنا ينزل إطلاق نحو العبارة.

الثانى: فى ما يصير به شاهداً

إشاره

الثانى: فى بيان ما يصير به الشاهد شاهداً.

و ضابطه: العلم و اليقين العادى بلا خلاف و مستنده: المشاهده أو السماع أو هما معا.

و المراد بالمشاهده هنا ما يشمل الابصار و اللمس و الذوق و الشم، فإنه قد تقع الشهاده و يحتاج إليها فى ما يفتقر فيه الى شمه و ذوقه أو لمسه، فيشترط وجود الحاسه المدركه لذلك الشاهد، و الا لم تصح شهادته، فلو شهد الأخصم أنه غضب ماء

ورد مثلا لم تصح.

فالمشاهده يفتقر إليها للأفعال و نحوها مما لا يدركه آله السمع كالغضب، و القتل و الإيتلاف و السرقة، و الرضاع، و الولاده، و الزنا، و اللواط و نحو ذلك، فلا يكفى فيها البناء على السماع بلا خلاف ظاهر، و لا إشكال إذا لم يفد العلم و اليقين، و يشكل فى ما لو أفاد، الا أن ظاهر الأصحاب الإطباق على الحكم المزبور على الإطلاق.

أما السماع: و المراد به التسامع و الاستفاضه، لا استماع المشهود به من المشهود عليه مثلا، فإنه من قسم المشاهده و بعض أفرادها.

فيثبت به النسب مثل أن فلانا أو فلاننه إذا عرفهما بعينهما ولد فلان أو فلاننه، أو أنهما من قبيله كذا، بلا خلاف الا من بعض المتأخرين فى نسب الأم خاصة، فقال فيه وجه: انه تجوز الشهاده عليه بالسماع لإمكان رؤيه الولاده، و لكن الأشهر الجواز و ظاهره التردد فيه، و لا وجه له بعد عدم ظهور خلاف فى الجواز قبله.

و كذا يثبت به الموت و الملك المطلق و الوقف، و الزوجيه و الولاء، و العتق، و الرق، و العداله، بلا- خلاف أجده الا- من الإسكافى، فخص الثبوت بالنسب و أوجب فى ما عداه الشهاده على الشهاده الى أن يتصل بإقرار أو رؤيه أو غيرهما من الطرق. و من بعض المتأخرين فى الموت فقال فيه وجه بالمنع، و هما شاذان، بل على خلافهما الإجماع فى ظاهر بعض العبارات.

و احترز ب«الملك» عن المستند الى السبب كاليق، فلا يثبت السبب به بل الملك الموجود فى ضمنه، فلو شهد و أسنده إلى سبب يثبت بالاستفاضه كالإرث قبل، و لو لم يثبت بها كاليق قبل فى أصل الملك لا فى أصل السبب، و تظهر الفائده فى ترجيحه على مدع آخر.

و هل يشترط فى الإفاضه إيرائه العلم القطعى، أو يكفى الظن مطلقا، أو القوى

منه المتآخم للعلم خاصه؟فيه أقوال،أقربها الأول وفاقا لجمع.

و أما ما يفتقر الى السماع و المشاهده معا،فهو الأقوال من النكاح و الطلاق و البيع،و سائر العقود و الفسوخ و الإقرار بها،فإنه لا بد من سماعها و مشاهده قائلها،فلا- تقبل فيها شهاده الأصم الذى لا يسمع شيئا إذا لم يكن سمعها قبل الصم أو لم يثبتها حين الأداء،و كذا الأعمى،و قد مضى الكلام فيهما.

و فى جواز شهاده الأ-خير اعتمادا على ما يعرفه من الصوت أم العدم و جهان، أجودهما و أشهرهما:الثانى،و فى ظاهر الانتصار (١)و الغنيه الإجماع.

و يصير الشاهد محتملا للشهاده بالمشاهده لما يكفى فيه المشاهده و ب السماع لما يكفى فيه (٢)السماع مطلقا و ان لم يستدعه المشهود له عليه أى على تحمل الشهاده.

و كذا لو قيل له:لا تشهد و لا تحمل الشهاده فسمع من القائل ما يوجب حكما عليه أوله،صار متحملا للشهاده،بلا خلاف الا من نادر.

و كذا لو خبى الشاهد بالخاء المعجمه ثم الباء المنقطه نقطه واحده من تحت بمعنى جلس فى زاويه مستخفيا لتحمل الشهاده فنطق المشهود عليه صار متحملا و قبل شهادته،بلا خلاف الا من نادر،و فى ظاهر السرائر الإجماع.

و إذا دعى الشاهد للإقامه إقامه الشهاده بعد تحملها و جب إقامتها عينا إجماعا،إذا لم يزد عدد الشهود عن العدد المعتبر،فان زاد فكفايه إجماعا مع عدم استدعاء الشهود للتحمل،و أما مع الاستدعاء ففى الوجوب كفايه أيضا أو عينا قولان مشهوران بين المتأخرين فالأول و بين القدماء فالثانى،و لعله أظهر.

ص:٣١٧

١- (١) الانتصار ص ٢٤٩.

٢- (٢) فى بعض النسخ:لما تكفل به.

الامع خوف ترتب ضرر بسبب الشهاده غير مستحق على الشاهد أو المشهود عليه أو بعض المؤمنين، فلا تجب حينئذ مطلقا بل تحرم بلا خلاف.

و احترب «غير المستحق» عن مثل ما لو كان للمشهود عليه حق على الشاهد لا يطالبه و توجب شهادته المطالبه، فلا يكفي ذلك في سقوط الواجب لانه ضرر مستحق.

و لا يحل للشاهد الامتناع من اقامه الشهاده مع التمكن منها ان ثبت الحق بشهادته لانضمام ما يتم به العدد، أو حلف المدعى ان كان مما يثبت بشاهد و يمين.

فلو طلب من اثنين يثبت بهما لزمهما الأداء، و ليس لأحدهما الامتناع مطلقا و لو اكتفى بشهاده الآخر مع يمين المدعى.

و لو كان الشهود أزيد من اثنين في ما يثبت بها و جب عليهم كفايه كما مر.

و لو كان واحدا لزمه الأداء ان كان مما يثبت بشاهد و يمين، و الا فلا ان لم يتحمل معه وجود من يتم به العدد، و الا فيجب أيضا.

و لو لم يعلم صاحب الحق بشهاده الشاهد، و جب عليه تعريفه ان خاف بطلان الحق بدون شهادته.

و لو لم يكن الشهود عدولا، فإن أمكن ثبوت الحق بشهادتهم و لو عند حاكم الجور و جب الاعلام أيضا، و الا فوجهان، أجودهما: الوجوب.

و لو دعا من له أهليه للتحمل، ف في وجوبه عليه مع عدم خوف ترتب ضرر على غير مستحق به عليه أو على غيره من إخوانه قولان و المروى (1) في المعتبره المستفيضه الوجوب و عليه الأصحاب عدا الحلبي

ص: ٣١٨

و هو نادر.

و وجوبه على الكفايه على الأظهر الأشهر، خلافا لجماعه من القدماء فعينى، و هو أحوط.

و على القولين يتعين التحمل على من دعى اليه مع عدم من يقوم بالتحمل بلا خلاف الا من الحلى كما مر.

ولا يجوز أن يشهد الشاهد على أحد و لا- له الا- مع المعرفة بما يشهد عليه من شخصه أو نسبه، لما مر من اشتراط العلم فى الشهاده، و انما أعاده هنا مع معلومته سابقا تنبيها على عدم انحصار مستندها فى العلم الحقيقى، بل يجوز استنادها اليه أو الى شهاده عدلين بالمعرفه فيعرفانه ما يريد الشهاده عليه من شخص المشهود عليه أو نسبه، و يكون شاهد أصل لا فرعاً، و محصله كفايه العلم الشرعى فى الشهاده بلا خلاف فى ما أعلم، و فى ظاهر السرائر الإجماع.

و حيث أسند شهادته الى شهادتهما لا يذكرها مطلقه، بل يقول: أشهد على فلان بتعريف فلان و فلان.

و يجوز أن تسفر المرأه و تكشف عن وجهها ليعرفها الشاهد أن لها أو عليها، إذا لم يمكنها معرفتها بشهاده العدلين العارفين لها شخصاً أو نسبا، كما ذكره جماعه بلا خلاف بينهم أجده.

و لو أراد إنسان أن يشهد على أخرس بإقراره، فليشهد بالإشاره التى رآها منه داله عليه و لا يقيمها بالإقرار الذى فهمه منها.

و هنا مسائل أربع:

مسائل

الأولى: قيل: يكفى فى الشهاده بالملك مشاهدته

الأولى: قيل: يكفى فى جواز الشهاده بالملك مشاهدته أى مشاهده الشاهد لذى اليد بتصرف فيه مكرراً، بنحو من البناء و الهدم و الإجاره

ص: ٣١٩

و غير ذلك بلا منازع، والقائل جماعه من القدماء بحيث لم يظهر منهم مخالف، و عليه عامه المتأخرين، و فى الخلاف الإجماع.

و مع ذلك وردت به روايه (١) بل روايات معتبره، فلا إشكال فى المسأله، و لذا قطع بها فى الشرائع (٢)، و ان تأمل فيه أوردته هنا بقوله: و الأولى الشهاده بالتصرف دون الملكيه لأنه أى التصرف دلالة على الملك و ليس بملك و فى التعليل ما ترى.

و كما تجوز الشهاده بالملك بمشاهدته اليد المتصرفه، فكذا بالخاليه عنه على الأشهر الأقوى، بل لم أقف على مخالف عدا المصنف فى الشرائع.

و لو تعارضت الاستفاضه المجرده عن اليد و التصرف و هما، فالترجيح لهما إلا إذا أفادت الاستفاضه علما.

الثانيه: تجوز الشهاده على ملك لا يعرفه الشاهد إذا عرفه المتبائع

الثانيه: تجوز الشهاده على ملك لا يعرفه الشاهد إذا عرفه المتبائع يعنى البائع و المشتري بصفات يتوافقان عليها، و يكون شاهدا على إقرارهما بتلك الصفه، بلا خلاف على الظاهر.

الثالثه: لا يجوز إقامه الشهاده إلا مع الذكر

الثالثه: لا يجوز للشاهد إقامه الشهاده إلا مع الذكر لمتعلقها و التفطن له بالقطع، فلو لم يتذكره كذلك لم يجز له الإقامه مطلقا و لو رأى خطه و خاتمه فظن به، بلا- خلاف إذا لم يكن معه آخر ثقه و لا- كان المدعى ثقه، و مطلقا على الأشهر بين المتأخرين و الأقوى.

و لكن فى روايه صحيحه مرويه فى الكتب الأربعة (٣) أنه ان

ص: ٣٢٠

١- (١) تهذيب الأحكام ٦-٢٦١.

٢- (٢) الشرائع ٤-١٣٤.

٣- (٣) من لا يحضره الفقيه ٣-٤٣، فروع الكافي ٧-٣٨٢، الاستبصار ٣-٢٢، تهذيب الاحكام ٦-٢٥٨.

شهد معه أى مع الذى عرف خطه و خاتمه و لم يذكر من الباقي قليلا و لا كثيرا رجل آخر ثقه و كان صاحبه المدعى ثقه جاز له حينئذ قامتها و قد عمل بها أكثر القدماء.

الا- أنهم لم يعتبروا كون المدعى أيضا ثقه عدا نادر منهم، و مع ذلك التعارض بينها و بين أخبار القول تعارض العموم و الخصوص من وجه، و بعد تسليم التكافؤ بينهما فالرجوع الى حكم الأصل و هو عدم القبول الا مع العلم متعين و لهذا يحصل فى العمل بهذه الروايه تردد كما هو صريح الماتن و ظاهر غيره.

الرابعه: من حضر حسابا أو سمع شهاده

الرابعه: من حضر حسابا بين رجلين أو سمع شهاده فى قضيتهما فان استشهد وجب عليه إقامتها بلا خلاف عينا و كفايه، إلا إذا انحصر ثبوت الحق فى شهادته فعينا على الخلاف المتقدم.

و ان كان لم يستشهد كان بالخيار فى الإقامه ما لم يخش بطلان الحق ان امتنع كما مر فى بحث وجوب إقامه الشهاده.

و اعلم ان قوله: فيه (1) تردد ان كان راجعا الى الحكم المنطوقى كما هو ظاهر العبارة أو المفهومى، فلا وجه له للإجماع عليهما.

و ان كان راجعا الى الحكم المفهومى أولا الذى أبرزناه، فله وجه لوقوع الاختلاف فى عينيه المفهومه من العبارة كما قدمناه، إلا أنه بعيد عن سياق العبارة، و مع ذلك فقد مر أن الوجه ثبوتها دون الكفايه.

و يكره أن يشهد المؤمن لمخالف له فى المذهب إذا خشى أنه لو استدعاه الى الحاكم ليشهد له يرد شهادته فيكون قد أذل نفسه،

ص: ٣٢١

كما فى المرسل (١) و رده بالضعف جماعه من الأصحاب، و منهم الحلى نافيا عن خلافه الخلاف، فان تم إجماعا و الا فالوجه الأول، لموافقته الاعتبار و الاخبار بعدم إذلال المؤمن نفسه، و لكن الثانى لعله أحوط، فيشهد سيما فى صورته خوف فوات الحق بالترك.

الثالث: فى الشهاده على الشهاده

الثالث: فى بيان أحكام الشهاده على الشهاده.

و هى مقبولة فى الديون و الأموال كالقرض و القراض و عقود المعاوضات و الحقوق المتعلقة بالآدميين، سواء كانت عقوبه أو غيرها، كالقصاص و النسب و العتق و الطلاق و عيوب النساء و الولاده و الاستهلال و الوكاله و الوصيه بفرديه، بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع.

و لا- تقبل فى الحدود و ما كان عقوبه لله تعالى، إجماعا فى المختصه به سبحانه، كحد الزنا و اللواط و نحوهما، و كذا فى المشتركه بينه و بين الآدميين كحد القذف و السرقة عند الأكثر، و لعله أظهر.

و لو اشتمل الحد على أحكام آخر كاللواط المترتب عليه نشر الحرمه بأمر المفعول و أخته و بنته، و كالزنا بالعمه و الخاله المترتب عليه تحريم بنتهما، و كالزنا مكرها للمرأة بالنسبه إلى ثبوت المهر و نحو ذلك، فهل تقبل فى غير الحد من الأحكام؟ وجهان، أجودهما: الأول، كما عليه جمع من غير خلاف ظاهر بينهم.

و لا يجرى فى الشهاده على الشهاده إلا اثنان عدلان على شاهد الأصل إجماعا، و لا يشترط المغايره فتجوز شهادة اثنين على كل واحد من شاهدى الأصل، و كذا شهادة أحد الأصليين مع الآخر على شهادة الأصل الآخر بلا خلاف فيه عندنا و عندنا أكثر من خالفنا كما فى كلام جمع، بل ظاهرهم و غيرهم إجماعا.

ص: ٣٢٢

و تقبل على الشهادة شهادة النساء فى الموضع الذى تقبل فيه شهادتهن منفردات أو منظمات على تردد و إشكال، إلا أن الأشهر بين المتأخرين العدم و لعله أقرب.

و اعلم أنه لا يجوز للفرع التحمل إلا إذا عرف أن عند الأصل شهادة جازمه بحق ثابت بلا خلاف.

و أجلى الألفاظ التى يحتمل بها هو أن يقول له شاهد الأصل:

أشهد على شهادتى أننى أشهد كذا أو أشهدك، أو إذا استشهدت على شهادتى فقد أذنت لك فى أن تشهد و نحو ذلك، و سموه ب«الاسترعاء» لالتماس شاهد الأصل رعايه شهادته و الشهادة بها، و لا خلاف، فى جواز التحمل به، و عليه فى كلام جمع الإجماع.

و الحق به جماعه أن يسمعه يسترعى آخر. قالوا: و دونه أن يسمعه عند الحاكم و ان لم يسترعه.

و دونه أن يسمعه يبين سبب وجود الحق من ثمن مبيع أو قرض أو غير ذلك.

أما لو قال: أشهد أن عليه كذا، من غير استرعاء و لا ذكر سبب و لا مجلس الحكم، فلا تجوز شهادة الفرع.

و فى هذه المراتب أو بعضها خلاف، و التحقيق اعتبار علم الفرع بشهادة الأصل من دون فرق بين المراتب المزبوره، حتى لو فرض عدمه فى صوره الاسترعاء- و ان بعد- لم يجر أداء الشهادة على شهادته و لو فرض حصوله فى أدنى المراتب جاز بل ربما وجب.

و بالجمله لا بد من العلم بشهادة الأصل، فإذا حصل شهد و الا ترك.

و ينبغى أن يأتى بالفرع وقت الشهادة بمثل ما أشهد، فإن كان فى مرتبه الاولى

يقول أشهدنى على شهاده فلان بن فلان، أو فى الثانىه يقول: أشهد أن فلانا شهد عند الحاكم بكذا، و فى الثالثه يقول: أشهد أن فلانا شهد على فلان بكذا بسبب كذا.

و لا- تقبل شهاده الفرع الا- مع تعذر حضور شاهد الأصل مجلس الحكم لمرض أو غيبه أو موت أو نحو ذلك مما يمنعه من حضور المجلس و ان كان حاضرا، أو يوجب مشقه لا تتحمل غالبا، بلا خلاف أجده الا من والد الصدوق فلم يشترط التعذر، و هو نادر و على خلافه الإجماع فى الخلاف.

و لو شهد شاهد الفرع على شاهد الأصل فأنكر شاهد الأصل ما شهد به فالمروى (1) فى الصحيح و غيره العمل بأعدلهما، فان تساويا أطرح الفرع و عليه بإطلاقه جماعه.

و قيده ابن حمزه بما إذا أنكر بعد الحكم و أما قبله فيطرح الفرع، و آخرون بالعكس و نزلوا عليه الروايه و كلام الجماعه. معربين عن عدم الخلاف فى عدم الالتفات إلى الإنكار بعد الحكم، و عزاه بعضهم إلى الأصحاب مؤذنا بدعوى الإجماع، فلا اشكال فيه و لا فى فساد ما عليه الإسكافى من عدم الالتفات إلى الإنكار مطلقا و لو قبل الحكم مع أعدليه أحدهما أو تساويهما.

و انما الإشكال فى العمل بهذه الروايه و ترجيحها على الأدله الداله على اشتراط تعذر حصول الأصل فى سماع شهاده الفرع، اما بتقييدها بهذه الروايه أو نحو ذلك، أو ترجيح تلك الأدله على هذه الروايه، و لعل هذا هو الأظهر و عليه أكثر من تأخر، و حيث تعيين ترجيح تلك الأدله على الروايه ظهر صحه ما أورده عليها بقوله:

و فيه إشكال، لأن قبول الفرع مشروط بعدم حضور شاهد الأصل

ص: ٣٢٤

مع أن ظاهرها متروكة من حيث اشتمالها على شهادة الرجل الواحد على الواحد و هو مخالف للإجماع فتوى و روايه، فينبغى طرحها أو تنزيلها على ما إذا قال الأصل: لا أعلم، دون أن يردده بصريح الإنكار.

و لا- تقبل شهادة على شهادة و محصله أن شهاده الثالثه فصاعدا غير مسموعه فى شىء حتى فى حقوق الناس و أموالهم، بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع.

الرابع: فى اللواحق

الرابع: فى اللواحق، و فيه ست مسائل:

الأولى: إذا رجع الشاهدان أو أحدهما قبل القضاء بشهادتهما لم يحكم بها بلا خلاف.

و لو رجعا بعد القضاء لم ينقض الحكم و ضمن الشهود ما غرمه المشهود عليه مع استيفائه بلا خلاف، و فى السرائر (1) و القواعد (2) الإجماع، و كذا مع بقاءه مطلقا استوفى أم لا على الأشهر الأقوى، و فى السرائر الإجماع.

و قال الشيخ فى النهايه (3) و القاضى و جماعه: انه ان كانت العين المحكوم بها للمشهود له قائمه عنده ارتجعت منه و لم يغرما شيئا و ان كانت تلفه ضمن الشهود مثلها أو قيمتها، و حجتهم غير واضحه.

الثانيه: إذا ثبت أنهما شاهدا زور و كذب نقض الحكم و استعيدت العين مع بقائها، و مع تلفها أو تعذر ارتجاعها يضمن الشهود بلا خلاف.

و الفرق بين المسأله و السابقه هو العلم ببطلان الشهاده هنا، و التردد بينه و بين صدقها فى المسأله الأولى.

ص: ٣٢٥

١- (١) السرائر ص ١٩٠.

٢- (٢) القواعد ٢-٢٤٣.

٣- (٣) النهايه ص ٣٣٦.

الثالثة : ما ذكر فى المسأله الاولى من عدم الحكم مع الرجوع قبله لا- يختص بالمال و ان كان موردها، بل جار فى جميع الحقوق، فان كان نحو الزنا جرى على الراجع حكم القذف، فيجب عليه الحد ان كان موجبا له أو التعزير إن أوجبه.

هذا ان اعترف بالافتراء و التعمد، و ان قال: توهمت أو اشتبه على الأمر، ففي وجوب الحد عليه و جهان. و ان رجع الشاهد بعد القضاء و قبل الاستيفاء و العمل بمقتضى الشهاده فى مثل القتل أو الحد أو التعزير، نقض الحكم مطلقا سواء كان المشهود به حقا لله تعالى مثل الزنا، أو الأدمى مثل القطع فى السرقة و الحد فى القذف بالزنا.

و لو كان المشهود به قتلا أو رجما أو قطعاً، فاستوفى بمقتضى الشهاده ثم رجع، فان قالوا: جميعا تعمدنا اقتص الولى منهم جميعا أو من بعضهم أو أخذ الدية فى موضع لا يقتص فيه من المتعمد ان شاء.

و يرد هو تمام ما فضل عن جنايه صاحبه على ورثه المقتص منهم ان كانوا جميع الشهود، و الا فعلى البعض الباقي أن يردوا على ورثه المقتص منه بقدر ما وجب عليهم من الجنايه و يتم الولى ان بقى عليه شىء كما إذا اقتص من أكثر من واحد. و ان قتل واحدا لا يجب عليه الإتمام لحصوله برد الباقي.

و لو قالوا جميعا: أخطأنا لزمهم الدية. و لو اختلفوا فى الوصف ف قال بعضهم: أخطأنا لزمه نصيبه من الدية و لم يمض إقراره على غيره بلا خلاف فى شىء من ذلك:

و لا فى أنه لو قال بعضهم: تعمدت، رد عليه الولى ما يفضل عن ديه صاحبه و يقتص منه ان شاء.

و ليس على باقى الشهود شىء إذا لم يرجعوا و كان شهادتهم فى غير الرجم

و كذا فيه إذا صدق المتعمد الباقون، أما لو لم يصدقه لم يمض إقراره الا على نفسه حسب على الأشهر الأقوى.

وقال الشيخ فى النهايه (١) وغيره: يقتل و يرد الباقون من شهود الزنا ثلاثه أرباع الديه إلى المقتص منه، كما فى روايه (٢) صحيحه و هذه الروايه و ان كانت صحيحه السند غير أن فيها ما يخالف الأصول، لتضمنها تسلطا على الأموال المعصومه بقول واحد و إقراره، و حملت على ما إذا رجعوا جميعا و قال أحدهم: تعمدت، و قال الباقون: أخطأنا، و لا بأس به جمعا.

الرابعه: لو شهد بطلاق امرأه فتزوجت ثم رجعا أو أحدهما، قال الشيخ فى النهايه (٣): ضمنا أو أحدهما المهر كلا أو بعضها للثانى وردت إلى الأول بعد الاعتداد من الثانى و تبعه القاضى لروايه (٤) صحيحه.

و ينبغى أن يحمل إطلاق هذه الروايه على أنها نكحت بسماع الشهاده لا- مع حكم الحاكم و ذلك للأدلة القاهره على أنه لو حكم الحاكم بشهاده الشاهدين المقبولين لم يقبل الرجوع عنها، و على هذا الحلّى و عامه المتأخرين و هو الأقوى، مع أن الشيخ قد رجع عنها فى المبسوط و الخلاف إلى ما عليه الأصحاب، فهى إذن بإطلاقها شاذه لا عمل عليها.

ثم على المختار هل يغمران الصداق برجوعهما؟ ينظر فان كان قبل الدخول غرما نصف المهر المسمى، و ان كان بعد الدخول لم يغرما شيئا على الأشهر الأقوى و فى ظاهر المبسوط فى الأول أن عليه إجماعنا.

و أطلقوا الأصحاب الحكم فى الطلاق، فلم يفرقوا فيه بين البائن و الرجعى و لو قيل بالفرق و اختصاص الحكم بالبائن أو الرجعى حيث لا يمكن الزوج

ص: ٣٢٧

١- (١) النهايه ص ٣٣٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٤٠، ح ٢.

٣- (٣) النهايه ص ٣٣٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٢٤١، ب ١٣.

الرجوع كان حسنا.

و يجب تقييد الحكم فى الطلاق مطلقا بعدم عروض وجه مزيل للنكاح، فلو شهدا به ففرق فرجعا فقامت بينه أنه كان بينهما رضاع محرم مثلا فلا غرم.

الخامسه: لو شهد اثنان على رجل بسرقة فقطع، ثم رجعا فان قالوا:

أوهما غرما ديه اليد، وان قالوا: تعمدنا فللولى قطعهما ورد ديته عليهما، أو قطع يد واحده و يرد الآخر نصف ديه اليد على المقطوع منه بلا خلاف.

و لو قالوا: أو همنا و أتيا بآخر قائلين: ان السارق غيره مشيرين اليه أغرما ديه الأول و لم تقبل على الأخير، لما يتضمن و همهما ذلك من عدم الضبط المشترط فى قبول شهاده العدل، و الأجود الاستدلال عليه بالمعتبره (١) و فيها الصحيح و غيره.

السادسه: يجب أن يشهر شاهد الزور فى بلدهم و ما حولها، لتجنب شهادتهم و يرتدع غيرهم و تعزيره بما يراه الامام عليه السلام أو الحاكم حسما للجراه و للمعتبره (٢).

و ذكر الحلى أن الإشهار هو أن ينادى فى محلتهم و مجتمعهم و سوقهم فلان و فلان شهدا زورا.

و لا يجوز أن يشهر بأن يركبا حمارا و يخلق رءوسهما، و لا أن ينادياهما على أنفسهما، و لا يمثل بهما.

و اعلم أنه لا- يجرى الحكم فى من تبين غلظه، أو ردت شهادته لمعارضته بينه أخرى، أو ظهور فسق بغير الزور، أو تهمة لعدم صدق الزور المترتب عليه الحكم فى شىء من ذلك، مع إمكان كونه صادقا فى الواقع فلم يحصل منه أمر زائد.

و الحمد لله تعالى.

ص: ٣٢٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٢٤٢، ح ١٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٤٣، ب ١٥.

جمع الحد، و هو لغه: المنع. و شرعا: عقوبه خاصه تتعلق بإيلاام البدن، لتلبسه بمعصيه خاصه عين الشارع كميته فى جميع أفراده، و إذا لم يتعين يسمى «تعزيرا» و هو لغه: التأديب.

و فيه أى فى الكتاب سبعة فصول:

الفصل الأول

إشاره

(فى بيان حد الزنا)

و هو مما أجمع على تحريمه أهل الممل حفظا للنسب.

و النظر فى هذا الفصل يقع فى أمور ثلاثه: الموجب، و الحد، و اللواحق.

النظر الأول فى الموجب

أما الموجب للحد فهو إيلاج الإنسان و إدخاله فرجه و ذكره الأصلى فى فرج امرأه محرمه عليه أصاله من غير عقد نكاح و لو متعه بينهما و لا ملك من الفاعل للقابل و لا شبهه دارئه، و ضابطها: ما أوجب ظن الإباحه، بلا خلاف أجده، و به صرح فى الغنيه.

ص: ٣٣١

و إطلاق العبارة و ان شمل غير المكلف، الا أنه خارج بما زدناه من قيد التحريم مع احتمال أن يقال: ان التكليف من شرائط ثبوت الحد بالزنا لا أنه جزء من مفهومه، فلا يحتاج إلى الزيادة من هذا الوجه، و ان احتيج إليه لتحقق معنى الزنا لعدم تحققه عرفا و لغه إلا به.

و قولنا «أصالة» يخرج المحرمه عليه بالعرض بالحيض و شبهه، بعد حليته عليه بأحد الأمور الثلاثة، فإنه لا يعد زنا لغه و لا عرفا و لا شرعا، و لذا لا يجب عليه حده إجماعا.

و يتحقق الدخول بغيوبه الحشفه أو بقدرها من الذكر قبلا أو دبرا بلا خلاف.

و يشترط في ثبوت الحد به على كل من الزانية و الزانى البلوغ و كمال العقل و العلم بالتحريم، و الاختيار بلا خلاف إلا في الثانى ففيه خلاف يأتي، فلا حد على الصغير و المكرهه إجماعا، و لا المكره أيضا على الأشهر الأقوى بناء على تحقق الإكراه فيه أيضا، و لا على الجاهل بتحريم الوطء حينه و لو كان مكلفا.

فلو تزوج محرمه عليه كالأم أو المرضعه أو المحصنه ذات البعل سقط الحد مع الجهالة بالتحريم، و يثبت مع العلم به الا مع الشبهه الدارئة.

و لا يكون العقد بمجرد من غير توهم صحته شبهه نافع في السقوط بلا خلاف عندنا، و في التنقيح (1) و غيره إجماعا، نعم لو حصلت معه شبهه هي دونه كما لو انفردت عنه. و لو اختصت بأحدهما اختص بالسقوط كما يأتي.

ص: ٣٣٢

فلو تشبهت الأجنبية على الرجل بالزوجه و نحوها ممن تحل له فعلها الحد دون واطئها على الأشهر الأقوى، و في ظاهر المتن و جماعه الإجماع.

و في روايه (١) ضعيفه بالإرسال و غيره أنه يقام عليها الحد جهرا و عليه سرا، و هي مع ضعفها متروكه لا عامل بها عدا القاضى، و هو شاذ فلتكن مطرحه، أو محموله على شك الرجل أو ظنه و تفريطه فى التأمل فإنه حينئذ يعزر، أو غير ذلك.

و لو وطئ المجنون امرأه عاقله، ففى وجوب الحد عليه تردد و اختلاف بين الأصحاب و أوجه الشيخان و الصدوق و القاضى، لنص (٢) ورد به، و لضعفه و مخالفته الأصول رده المتأخرون، تبعا للحلى و الديلمى و الماتن فى النكت كما حكى، و هو الأظهر، و طرح الخبر أو ينزل على بقاء تمييز و شعور له بقدر مناط التكليف، كما ربما يشير اليه ما فيه من التعليل.

و لا حد على المجنونه مطلقا و لو كان الزانى عاقلا إجماعا.

و يسقط الحد بادعاء الزوجيه، و بدعوى ما يصلح شبهه بالنظر الى المدعى و نحوه ما لم يعلم بكذبه، و لا يكلف اليمين و لا البيه إجماعا للشبهه.

و لا يثبت الإحصان الذى يجب مع الرجم كما يأتى حتى يكون الزانى بالغا عاقلا حرا له فرج مملوك له بالعقد الدائم الصحيح أو الملك بحيث يغدو عليه و يروح أى يكون متمكنا من وطئه متى شاء، بلا خلاف إلا فى اعتبار العقد كما مر.

و فى حصول الإحصان بملك اليمين، ففيه أيضا خلاف، و ما فى المتن أظهر

ص: ٣٣٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٤٠٩، ب ٣٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٨٨، ح ٢.

و أشهر، و فى الانتصار (١) و الغنيه الإجماع، خلافا لجماعه من القدماء فلم يروا به الإحصان، لأخبار (٢) حملها على التقيه أو المتعه طريق الجمع بينها و بين ما دل على المختار من المعبره (٣) المستفيضه.

و استفاد من جملة من النصوص (٤) اعتبار الدخول فى الفرج المملوك قبل الزنا لتحقق الإحصان، كما صرح به جماعه من القدماء، و منهم ابن حمزه مدعيا عليه الإجماع، و به صرح جماعه من المتأخرين من غير نقل خلاف، لكن يوهمه إطلاق المتن و نحوه، و يمكن الذب عنه بحمله على الغالب مع وقوع التصريح باعتباره فيما سيأتى.

و صرح جماعه باعتبار كون الفرج القبل دون الدبر، من غير خلاف أجده الا من إطلاق نحو المتن، و لا بأس به. و هل يشمل ملك اليمين ملك الوطء بالتحليل؟ الظاهر العدم.

و ظاهر المتن عدم حصول الإحصان بالمتعه، كما هو ظاهر المشهور، بلا خلاف فيه أجده إلا ما يحكى عن الانتصار مما يشعر بوجوده.

و يستوى فيه المسلمه و الذميه حيث صح زوجيتها دائمه فى حصول الإحصان بهما، على الأشهر الأقوى، و فى صريح الانتصار و الغنيه و ظاهر غيرهما الإجماع، خلافا للقديمين و الصدوق فاعتبروا إسلامها.

و إحصان المرأة كإحصان الرجل فى اشتراط أن تكون بالغه عاقله حره لها زوج دائم، أو مولى و قد وطئها و هى حره بالغه و هو عندها يتمكن من وطئها غدوا و رواحا، بلا خلاف حتى فى اعتبار كمال العقل فيها، بل عليه الإجماع ظاهرا

ص: ٣٣٤

١- (١) الانتصار ص ٢٥٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٥١، ب ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٥٢، ح ١.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٣٥٨، ب ٧.

كما صرح به الفاضلان هنا و في الشرائع (1) و التحرير و غيرهما بقولهم.

لكن فيها العقل إجماعا فلا يرجم، و لا حد على مجنونه زنى بها عاقل أو غيره حال جنونها و ان كانت محصنه.

و لا تخرج المطلقة رجعيه عن الإحصان، و تخرج البائن عنه مطلقا بطلاق كان البينونه أو غيره بلا خلاف.

و كذا المطلق ان طلق امرأته رجعيًا لم يخرج عن الإحصان، و ان طلق بائنا خرج.

و لو تزوج الرجل معتده عالما بالعدو و الحرمة حد مع الدخول بها جلدًا أو رجما ان كان محصنا و لا مع العدم و كذا المرأه تحد

لو تزوجت في عدتها مطلقا، الا أنها لا تخرج في البائن منها بل تجلد خاصه مع علمها بالأمرين و لا مع العدم.

و لو ادعى الجهاله بهما أو بأحدهما و ادعاها أحدهما قبل من المدعى على الأصح إذا كان ما يدعيه ممكنا في حقه بأن كان

مقيما في بادية بعيده عن معالم الدين، أو قريب العهد بالإسلام و نحو ذلك، وفاقا للحلى و عامه المتأخرين، بل ربما احتل عدم

الخلاف فيه و لا بأس به.

و لو راجع المخالغ اما لرجوعها في البذل أو بعقد مستأنف لم يتوجه عليه الرجم حتى يظأ زوجته كما في الصحاح و غيرها.

و كذا العبد لو أعتق، و المكاتب إذا تحرر لا يتوجه عليهما الرجم حتى يظأ زوجتهما أو مملوكتهما بعد الحريه.

و يجب الحد على الأعمى جلدًا كان أو رجما إجماعا فإن ادعى الشبهه، ف في قبول دعواه و درء الحد بها

قولان، أشبههما: القبول مع الاحتمال

ص: ٣٣٥

و الإمكان فى حقه، وفاقا لعامه المتأخرين تبعاً للحلى، لكنه قيده بما إذا شهد الحال بما ادعاه، بأن يكون قد وجدها على فراشه فظنها زوجته أو أمته. و هو ضعيف، كتنقيده بعضهم القبول بكونه عدلاً. و القول الثانى لجماعه من القدماء فلم يصدقوه فى الدعوى.

و ليس فى التقبيل و المضاجعه و المعانقه و غير ذلك من الأمور المحرمه غير الدخول حد بل تعزير خاصه، فينطاط بما يراه الحاكم، وفاقا للنهائيه و عامه المتأخرين و فى الغنيه الإجماع، و فى المسأله أقوال آخر ضعيفه.

و يثبت الزنا على كل من الرجل و المرأه بالإقرار به منهما صريحاً بحيث لا يحتمل الخلاف، كأن يصرح بكونه قد دخل كالميل فى المكحله و الرشا فى البئر و بالبينه بلا خلاف.

و لا بد من بلوغ المقر، و كماله بكمال عقله و قصده و اختياره، و حرته بلا خلاف كما فى سائر الأقارير، بل اعتبارها هنا أولى و تكرار الإقرار أربعاً بلا خلاف، إلا من العمانى فاكتفى بواحد، و هو شاذ بل على خلافه الاتفاق فى المسالك و غيره.

و هل يشترط اختلاف مجالس الإقرار أربعاً بعده؟ أشبهه: أنه لا- يشترط وفاقاً لإطلاق الأكثر، و به صرح عامه من تأخر، خلافاً للخلاف و غيره فيعتبر.

و لو أقر أحد بحد و لم يبينه ما هو زناء أو غيره؟ لم يكلف البيان بلا خلاف، و ضرب حتى ينهى و يمنع الضرب عن نفسه بأن يقول: يكفى.

كما فى الصحيح (1) على الصحيح و عليه الأكثر، و ان اختلفوا فى العمل بإطلاقه

ص: ٣٣٦

كما عن ظاهر النهايه (١) و صريح القاضى، أو تقييده بما إذا لم يزد الضرب على المائة، فلا يضرب مع الزيادة و ان لم يمه عن نفسه كما عليه الحلى و الفاضلان فى جملة من كتبهما.

و زاد الحلى فقيد فى طرف النقيصه أيضا، فقال: لا يضرب أقل من ثمانين إذ لا حد دونه. و فيه نظر، و لعل العمل بإطلاقه أظهر.

قيل: و إطلاق النص و كلمه الأصحاب منزل على الحد الذى يقتضيه ما وقع منه الإقرار، فلا يحد مائه ما لم يقر أربعاً، و لا ثمانين ما لم يقر مرتين، و لا يتعين المائة إذا أقر أربعاً و لا الثمانون إذا أقر مرتين على قول غير الحلى، و لا بأس به.

و لو أقر بما يوجب الرجم ثم أنكره سقط عنه بلا خلاف، و فى الخلاف الإجماع و لا يسقط غيره من سائر الحدود بالإنكار، بلا خلاف الا من الخلاف و الغنيه، فأطلقا سقوط الحد بالرجوع من دون فرق بين الرجم و غيره، و لا مستند لهما يعتد به.

و يدخل فى إطلاق غير الرجم فى النص (٢) و نحو المتن القتل بغيره، فلا يسقط بالرجوع عن الإقرار. و الأظهر السقوط كما عن الوسيله (٣).

و لو أقر بحد ثم تاب عن موجه كان الامام مخيراً فى الإقامة عليه و العفو عنه رجماً كان أو غيره بلا خلاف الا من الحلى فخصه بالرجم، و هو شاذ.

و ظاهر النص (٤) و الفتوى قصر التخيير على الامام عليه السلام فليس لغيره من الحكام،

ص: ٣٣٧

١- (١) النهايه ص ٧٠٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣١٨، ب ١٢.

٣- (٣) الوسيله ص ٧٨٠.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٣٣٠، ب ١٨.

و احتمال بعض ثبوته لهم أيضا، وفيه اشكال. و الأحوط إجراء الحد أخذًا بالمتيقن لعدم لزوم العفو.

ثم ان هذا في حدود الله، و أما في حقوق الناس فلا يسقط الحد إلا بإسقاط صاحب الحد.

و لا- يكفي في البينه أقل من أربعة رجال، أو ثلاثة و امرأتين و يثبت الزنا بالأول بالكتاب (١) و السنه (٢) و الإجماع، و كذا بالثاني على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر الا من ندر، بل ربما يفهم نفي الخلاف عنه.

و في الغنيه الإجماع خلافا للمفيد و الديلمي و العماني، فلم يثبتوه به بل خصوه بالأول، و هو في غايه الضعف.

و لو شهد رجلان و أربع نساء يثبت بهم الجلد لا- الرجم وفاقا لجماعه خلافا للآخرين، و الأول لا يخلو عن قوه بل ادعى عليه الشهره، و قول الخلاف بثبوت الرجم هنا أيضا شاذ.

و لا تقبل شهاده ست نساء و رجل، و لا شهاده النساء منفردات عن الرجال مطلقا، بلا خلاف الا من الخلاف فقال: يثبت بشهادتهن الحد دون الرجم. و لا ريب في شدوده.

و لو شهد ما دون الأربع أو ما في معناها لم يثبت الحد مطلقا و حدوا للفرية بالكتاب (٣) و السنه و الإجماع.

و لا- بد في الشهاده من ذكر الشهود المشاهده و المعايينه للإيلاج في الفرج كالميل في المكحله سواء في ذلك الرجم و الجلد، فلا يثبتان الا بذلك،

ص: ٣٣٨

١- (١) سورة النور: ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٧١، ب ١٢.

٣- (٣) سورة النور: ١١.

بلا خلاف فيه يعتد به.

و لا بد مع ذلك من تواردهم و اتفاقهم على الفعل الواحد فى الزمان الواحد و المكان الواحد فلو اختلفوا فى أحدهما، بأن شهد بعضهم على وجه مخصوص و الباقيون على غيره، أو شهد بعضهم بالزنا غدوه و الآخرون عشيه، أو بعضهم فى زاويه مخصوصه أو بيت و الآخرون فى غيره، لم يحد المشهود عليه و حدوا الفريه بلا خلاف للموثق (1)، و ظاهره المتن و نحوه أنه لا بد إذا تعرض بعضهم لخصوصيه أحد القيود الثلاثه من تعرض الباقي لها و اتفاقهم عليها.

و قيل: بعدم اشتراط التعرض مطلقا و لو تعرض بعضهم لها، و الأظهر الأول.

و لا- بد أيضا من اجتماعهم حال إقامه الشهاده دفعه، بمعنى أن لا يحصل بين الشهادات تراخ عرفا، بمعنى تلفظهم بها دفعه و ان كان جائزا.

فلو أقام الشهاده بعض الشهود فى غيبه الباقي حدوا و لم يرتقب أى لا ينظر إتمام البينه بلا خلاف يعتد به، و فى ظاهر الخلاف و المسالك الإجماع.

و هل يشترط حضورهم فى مجلس الحكم دفعه قبل اجتماعهم على الإقامه؟ قولان، أجودهما الثانى وفاقا لجماعه.

و يتفرع عليهما و لو تلا-حقوا فاتصلت شهادتهم بحيث لا- يحصل التأخير، فيحدون على الأول قطعا، و احتمالا على الثانى مع احتمال العدم.

و اعلم أن حد الشهود قبل الاجتماع للإقامه مستلزم لحدهم أيضا بإباء بعضهم عن الشهاده بطريق أولى، و به صرح الشيخ و الحلى نافيين الخلاف عنه، و فى الخلاف الإجماع خلافا للمختلف فلم يوجب هنا حد القذف، و هو غريب.

و تقبل شهاده الأربع على الاثنين فما زاد بلا خلاف ظاهر.

ص: ٣٣٩

ولا- يسقط الحد مطلقا بالتوبه بعد قيام البينه فليس للإمام العفو عنه على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، خلافا للمفيد و الحلّى فخير الامام بين الإقامه عليه و العفو عنه.

و يسقط الحد لو كانت التوبه قبلها أى قبل قيام البينه مطلقا رجما كان أو غيره بلا خلاف أجده، بل قيل: اتفاقا.

النظر التانى

(فى بيان الحد و أقسامه)

يجب القتل على الزانى بالمحرمه عليه نسبا كالأم و البنت و الأخت و العمه و الخاله و بناتهن و بنات الأخ بلا خلاف أجده، بل عليه الإجماع فى الانتصار (١) و الخلاف و الغنيه.

و أما غيرهم من المحارم بالمصاهره كبنت الزوجه و أمها فكغيرهن من الأجانب على ما يظهر من الفتاوى، و لكن النصوص (٢) مطلقه و فيها الصحيح و الحسن و غيرهما، الا- أن يدعى عدم انصرافها بحكم تبادل النسبى منها الى غيرهن، فلا يهجم على النفوس المحرمه بمثلها.

و فى إلحاق المحرمه للرضاع بالنسب وجه، بل قول مستند الى ما لا يجسر به على التهجم على ما عرفته. و كذا إلحاق زوجة الأب و الابن و موطوءة الأب بالملك بالمحرم النسبى و ان كان ألحق الشيخ امرأه الأب خاصه، و لا

ص: ٣٤٠

١- (١) الانتصار ص ٢٥٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٨٥، ب ١٩.

بأس به، للرواية (١) المنجبره بالشهره. و زاد الحلبي فألحق الثانيه، و ابن حمزه الثالثه، و هما شاذان.

و كذا يقتل الذمى بل مطلق الكافر إذا زنى بمسلمه كارهه أو مطاوعه و كذا الزانى بالمرأه قهرا إجماعا فى المقامين على الظاهر المصرح به فى عبائر. و لا فرق فى الكافر بين أن يسلم بعد الزنا أم لا للنص (٢)، و لا خلاف فيه يعتد به.

و لا يعتبر الإحصان فى شىء من الثلاثه، و لا الحريره، و لا الإسلام و لا الشيخوخه، بل يتساوى فيه المحصن و غيره، و الحر و العبد، و المسلم و الكافر بأنواعه، و الشيخ و الشباب بلا خلاف.

و فى جلده أى الزانى المحكوم بقتله فى كل من الصور الثلاث قبل القتل تردد و الأظهر بل الأشهر العدم، خلافا للشهيدىين فنعم وفاقا للحلى، لكنهما حكما بالجلد ثم القتل مطلقا، و هو فصل بين موجب الجلد فكما قالوا و موجب الرجم فالجلد قبله.

و يجب الرجم على المحصن إذا زنى ببالغه عاقله بالنص (٣) و الإجماع.

و يجمع للشيخ و الشيخه مع الإحصان بين الحد أى الجلد و الرجم إجماعا كما هنا و فى كلام جماعه، و هو كذلك الا أن العماني أطلق الرجم على المحصن و لم يذكر الجلد، و هو ضعيف و النص (٤) بخلافه مستفيض.

و فى الجمع بينهما على الشاب و الشابه روايتان (٥) الا أن

ص: ٣٤١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣٨٦، ح ٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤٠٧، ب ٣٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٥١، ب ٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٣٤٨، ح ٩.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٨-٣٤٩، ح ١١.

أشبههما و أشهرهما: الجمع و فى ظاهر الانتصار و الخلاف الإجماع، خلافاً للنهائيه (١) و جماعه فاختاروا الثانيه.

و لا يجب الرجم على المحصن بالزنا بالصغيره الغير البالغه تسع سنين و لا ب المجنونه مطلقاً.

و لكن يجب عليه الجلد خاصه و كذا لو زنى بالمحصنه صغير فلا يجب عليها الرجم بل الحد خاصه.

و لكن لو زنى بها المجنون لم يسقط عنها الرجم وفاقاً للنهائيه (٢) و جماعه. و لا إشكال فى شىء من ذلك، إلا فى سقوط الرجم عن العاقل إذا زنى بالمجنونه، فقد خالف فيه الحلّى و جماعه فى ظاهر إطلاق عبائهم فأوجبوه عليه، خلافاً للأكثر بل المشهور كما فى الروضه (٣) فأسقطوه عنه كما فى العبارة، و لا يخلو عن قوه.

و أما زنا المجنون بالكامل فلا خلاف فى إيجابه الحد عليها كملاً الا من نادر.

و يجز أى يخلق رأس البكر مع الحد و جلده مائه و يغرب و ينفى عن بلده التى جلد فيها سنه بلا خلاف فيه فى الجمله، بل عليه الإجماع فى المسالك و الغنيه، و ليس فى كثير من النصوص و الفتوى ذكر الجز، و لكنه أظهر بل و أشهر بل لم ينقل الخلاف فيه الأكثر للنص (٤)، و ظاهره حلق الرأس كملاً.

فلا يجز شعر غيره من اللحيه و غيرها، و لا يكتفى بجز شعر الناصيه، و ان حكى

ص: ٣٤٢

١- (١) النهائيه ص ٦٩٣.

٢- (٢) النهائيه ص ٦٩٦.

٣- (٣) الروضه البهيه ٩-١٠٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٣٥٩، ح ٨.

عن جماعه من القدماء.

و اختلف الأصحاب فى تعريف البكر من هو؟ فذهب جماعه إلى أنه الذى ليس بمحصن مطلقا و فى ظاهر السرائر و صريح الخلاف الإجماع.

و قيل: انه الذى أملك و عقد له أو عليها دواما و لكن لم يدخل و القائل أيضا جماعه و منهم ابن زهره فى الغنيه مدعيا عليه الإجماع، و المسأله محل تردد كما هو ظاهر جماعه.

و لا تغريب على المرأه مطلقا على الأشهر الأقوى، بل عليه عامه متأخرى أصحابنا، و فى صريح الخلاف و الغنيه و ظاهر المبسوط (١) الإجماع، خلافا للقديمين فتغرب أيضا، و هو شاذ و كذا لا يجوز عليها اتفاقا.

و اعلم أن ما مر من اختلاف الحدود و ثبوتها على الزانى بالاختلاف أنواعه غير القتل يختص بما إذا كان حرا.

و أما المملوك فالحكم فيه يجلد خمسين جلده مطلقا ذكرًا كان أو أنثى، محصنا أو غير محصن شيئا أو شابا بلا خلاف فيه.

و لا- جز على أحدهما أى المملوك و المملوكه و لا- تغريب مطلقا بلا خلاف فيه بيننا، بل عليه الإجماع فى ظاهر كلام جماعه و صريح الغنيه و الروضه (٢).

و لو تكرر الزنا من حر أو مملوك و لم يحد بينهما كفى أن يقام عليه حد واحد مطلقا على الأشهر الأقوى، بل عليه عامه المتأخرين، خلافا للإسكافى و الصدوق فقيدها بما إذا وقع التكرار بامرأه واحده، و أوجبا التعدد ان وقع بالمتعدده.

ص: ٣٤٣

١- (١) المبسوط ٨-٢.

٢- (٢) الروضه ٩-١١١.

و على المختار ينبغي تقييده بما إذا اقتضى الزنا المتكرر نوعا واحدا من الجلد أو الرجم أو نحوهما، أما لو اقتضى حدودا متعددة
مختلفه كان زنى بكرا ثم زنى محصنا توجه عليه الحدان معا.

و لو حد مع كل مره قتل فى الثالثه وفاقا للصدوقين و الحلئ مدعيا عليه الإجماع.

و قيل: يقتل فى الرابعه، و هو أظهر بل و أشهر كما هنا، و فى كلام جمع و فى الغنيه و الانتصار الإجماع، و مع ذلك أحوط بلا
خلاف، و أما القول بقتله فى الخامسه فشاذ مخالف للإجماع.

و المملوك و كذا المملوكه إذا أقيم عليه حد الزنا سبعا قتل فى الثامنه وفاقا للأكثر، بل فى صريح الانتصار (١) و الغنيه و فى ظاهر
السرائر الإجماع.

و قيل: يقتل فى التاسعه و القائل الشيخ فى النهايه (٢) و القاضى، و هو خيره المختلف و ولده و هو أى هذا القول أولى عملا من
باب الاحتياط، و الا فالسابق أقوى.

و فى المسأله قول آخر بالتفصيل بين ثبوت الزنا بالبينه فالأول و بالإقرار فالثانى، و هو مع شذوذه تحكم.

و فى أخبار (٣) المسأله أن الامام يدفع ثمن المملوك بعد قتله الى مواليه من بيت المال، و لعله غير بعيد وفاقا للشهيد و غيره.

و الحاكم فى الذمى إذا زنى بدميه بالخيار فى إقامه الحد و تسليمه الى أهل نحلته و ملته ليقموا الحد عليه على معتقدهم الذى
يزعمونه

ص: ٣٤٤

١- (١) الانتصار ص ٢٥٦.

٢- (٢) النهايه ص ٦٩٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٨٧، ب ٢٠.

حقا و ان حرفوه بلا خلاف.

و انما قيدنا الحكم بما إذا زنى بذميه تبعا لجماعه، لأنه إذا زنى بمسلمه فعلى الامام قتله، ولا يجوز الاعراض عنه لهتكه حرمه الإسلام و خروجه عن الذمه.

و لا يقام على الحال و لو من زنا حد رجما كان أو جلدا و لا قصاص بطريق أولى حتى تضع ولدها و تخرج من نفاسها إذا كان المقصود جلدها و الا فترجم أو تقتل بعد الوضع من ساعتها ان مات ولدها و الا فتربص بها حتى ترضع الولد و تحضنه إذا لم يوجد له مرتضع أو حاضن.

و لا خلاف فى ذلك و لا فى أنه لو وجد له أى للولد كافل يرضعه و يحضنه جاز اقامه الحد عليها بل و جب.

و يرجم المريض و المستحاضه و لا يتربص الى زوال مرضها بل يرجمان عاجلا و لا يحد و لا يجلد أحدهما و لا النفساء حتى يبرأ كل منهم، و لا خلاف فيه الا ما يحكى عن المبسوط (١) و الوسيله (٢) فى النفساء ان كانت قويه فقلا: تجلد فى نفاسها.

و لو رأى الحاكم فى التعجيل مصلحه و منها أن لا يرجى برؤه كالشلل و الزمانه و ضعف الخلقه ضربه بالضغث المشتمل على العدد من سياط أو أعواد أو شماريخ أو نحوها بلا خلاف.

و لا يسقط الحد مطلقا رجما كان أو جلدا باعتراض الجنون أى بعروضه بعد أن زنى فى حال عقله و بلوغه. و إطلاق النص (٣) و الفتوى يقتضى عدم الفرق فى المجنون بين المطبق و الأدوارى، تألم بالضرب أو لا، انزجر أم لا.

ص: ٣٤٥

١- (١) المبسوط ٨-٥.

٢- (٢) الوسيله ص ٧٨٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣١٧، ب ٩.

و لا يقام الحد يعنى الجلد، و يحتمل الرجم ان احتتمل سقوطه برجوعه أو توبته أو فراره على قول فى الحر الشديد، و لا فى البرد الشديد خشيه الهلاك و للنصوص (١).

و كذا لا- يقام عليه الجلد فى أرض العدو لثلا- يلحقه الحميه فيلحق بالعدو كما فى النص (٢). و ظاهر المتن و نحوه حرمة. و قيل: بالكراهه. و لعله لعدم صحه الروايه و اشعار التعليل فيه أولى، و لكن الأول أحوط.

و كذا لا يقام الحد مطلقا و لو رجمنا على من التجأ إلى الحرم و المراد به حرم الله سبحانه، و ألحق جماعه حرم الرسول صلى الله عليه و آله و الأئمه عليهم السلام، و لم أعرف وجهه.

و لا يسقط الحد بذلك إجماعا، بل يضيق عليه فى المطعم و المشرب حتى يخرج ل الاستيفاء و اقامه الحد و لو أحدث فى الحرم ما يوجب حدا حد فيه لهتكه حرمة.

و إذا اجتمع الحد و الرجم على أحد جلد أولا ثم رجم. و كذا إذا اجتمعت حدودا و حقوق قصاص أو حد و قصاص، بدئ بما لا يفوت معه الآخر جمعا بين الحقوق و للصحاح.

و لا خلاف فى شىء من ذلك، و ان اختلفوا فى وجوب تأخير الرجم عن الجلد الى أن يبرأ كما عليه جماعه، أو عدم وجوبه و ان استحب كما عليه آخرون أو عدم جوازه كما عليه بعض، و لا ريب فى شذوذه لاتفاق الفتاوى على الظاهر على جوازه، و على هذا فالتأخير أحوط.

و لا يذفن المرجوم الا الى حقويه، و تدفن المرأه المرجومه

ص: ٣٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣١٥، ب ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣١٧، ب ١٠.

الى صدرها على الأشهر الأظهر فى المقامين، وفيهما أقوال آخر غير واضحة المآخذ.

و ظاهر النص (١) والأكثر لزوم الدفن و الحفر، و هو الأظهر الأشهر، خلافا للمحكى عن ابن حمزه فنفى الثانى ان ثبت الزنا بالإقرار، و يردده صريح بعض الاخبار.

و لجماعه من القدماء فى الأول فلم يذكره، و للحلى و غيره فيدفنان ان ثبت زناهما بالبينه أو يعلم الامام عليه السلام، و عن المفيد أنه لم يعتبر دفنه مطلقا و قصر دفنهما على ما إذا ثبت زناهما بالبينه لا بالإقرار، و حجه هذه لأقوال غير واضحة أيضا.

فإن فر أحدهما من الحفره أعيد إليها ان ثبت الموجب لرجمها بالبينه بلا خلاف، و فى عبائر جماعه الإجماع و لو ثبت الموجب بالإقرار لم يعد إليها بلا خلاف إذا كان الفرار بعد اصابه ألم الحجاره، و كذلك إذا كان قبلها، وفاقا للمفيد و جماعه بل المشهور كما فى الروضه (٢).

و قيل: ان لم تصبه الحجاره يرد و أعيد و القائل الشيخ فى النهايه (٣) و القاضى و الإسكافى، و هو الأوفق بالأصل، و لكن المسأله محل تردد و شبهه كما هو ظاهر جماعه، و مقتضى عدم الإعادة درء الحد بالشبهه، كل ذا فى الرجم.

و أما الجلد فالفرار منه غير نافع بل يعاد اليه مطلقا و لو ثبت زناه بالإقرار و فر بعد اصابه الألم قولاً واحداً.

و يبدأ الشهود بالرجم ثم الامام ثم الناس ان ثبت الموجب بالبينه و لو

ص: ٣٤٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣٧٤، ب ١٤.

٢- (٢) الروضه البهيه ٩-٩٣.

٣- (٣) النهايه ص ٧٠٠.

كان مقرا أى ثبت زناه بإقراره بدأ الإمام ثم الناس كما فى النص (١)، و ظاهره و الأكثر و صريح جمع الوجوب فى المقامين، و عن صريح الخلاف و ظاهر المبسوط (٢) الإجماع، و ربما احتتم الاستحباب و هو ضعيف.

و يجلد الرجل الزانى قائما مجردا عن الثياب، كما فى المعتبره (٣) المستفيضه، و به أفتى جماعه.

و قيل: انه يضرب على الحاله التى وجد عليها، فان وجد عاريا جلد كذلك، و ان وجد بثيابه جلد بها و القائل الشيخ و جماعه بل المشهور كما فى كلام جماعه، و فى الغنيه الإجماع، و لا بأس به لكن ينبغى تقييده بما إذا لم يمنع الثوب من إيصال شىء من ألم الضرب، كما عن ظاهر المبسوط (٤) و صريح الحلى، تحصيليا لفائده الجلد و عملا بما دل على ضربه أشد الضرب كما هو الأشهر الأظهر.

و قيل: يضرب متوسطا أى ضربا بين الضربتين كما فى المرسل (٥)، و هو شاذ.

و يفرق الضرب على جميع جسده من أعالى بدنه الى قدمه، لانه استلذ بجميع بدنه كما فى النص (٦).

و لكن يتقى رأسه و وجهه و فرجه على المشهور للنصوص (٧)،

ص: ٣٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣٧٤، ح ٢.

٢- (٢) المبسوط ٨-٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٦٩، ح ١.

٤- (٤) المبسوط ٨-٨.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٨-٣٧٠، ح ٦.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨-٣٧٠، ح ٨.

٧- (٧) وسائل الشيعه ١٨-٣٦٩.

و اقتصر جماعه على استثناء الوجه و الفرج، و الحلى استثناء الرأس و الفرج.

و تضرب المرأة جالس و تربط عليها ثيابها على الأشهر الأقوى، خلافا للمقنع (١) فجعلها كالرجل فى جلدها عريانا ان وجدت كذلك، و هو شاذ مخالف للنص و الاعتبار.

و لا يضمن دينه لو قتله الحد للأصل و النص (٢).

و يدفن المرجوم و المرجومه عاجلا- فى مقابر المسلمين بعد تغسيله ان لم يكن قد اغتسل و الصلاة عليه، بلا خلاف كما عن المبسوط (٣).

و يستحب للإمام أو الحاكم اعلام الناس بحده المتأسى و ليتوفروا على حضوره، تحصيلا للاعتبار و الانزجار.

و يجب أن يحضره طائفه كما فى ظاهر الآيه (٤) الشريفه و عليه جماعه.

و قيل: انه يستحب و القائل الشيخ و غيره، حتى أنه نفى عنه الخلاف فى المبسوط (٥) و الخلاف، و لا ريب أن الأول أحوط.

و أقلها أى الطائفه واحد كما عليه الأ- كثر للخبر، خلافا للخلاف فأقلها عشره و للحلى فثلاثه، و لا- يخلو عن قوه لو لا- الروايه (٦) المنجبره بفتوى الجماعه.

و لا يجوز أن يرجمه من لله تعالى قبله حد لظاهر النهى عنه فى المعبره المستفيضه.

و قيل: يكره ذلك و لا يحرم، و القائل الأكثر بل المشهور كما قبل،

ص: ٣٤٩

١- (١) المقنع ص ١٤٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٤٦، ب ٢٤.

٣- (٣) المبسوط ٨-٤.

٤- (٤) سوره النور: ٢.

٥- (٥) المبسوط ٨-٤.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨-٣٤٢.

و الأول أحوط بل و أظهر.

و هل يختص الحكم بالحد الذي أقيم على المحدود أو مطلق الحد؟ وجهان.

و هل يفرق بين ما حصلت التوبه منها و غيره؟ ظاهر الاخبار و الفتاوى الفرق، و لكن ربما يستفاد من بعض الصحاح (١) عدمه.

و لا- فرق فى النهى كراهه أو تحريما بين ثبوت الزنا بالبينه أو الإقرار فى ظاهر إطلاق النص و الفتوى، لكن ظاهر بعضهم اختصاصه بالثانى قائلا انه محل الخلاف، و لا وجه له يعتد به.

النظر الثالث

(فى اللواحق)

وفيه ثمان مسائل:

الأولى: إذا شهد أربعة رجال مثلا- على امرأه بالزنا قبلا فادعت أنها بكر فشهدت لها أربع نساء عادلات بالبكاره فلا حد عليها إجماعا فتوى و نصا (٢) و فى حد الشهود على زناها قولان أجودها وفاقا للمبسوط (٣) و عامه المتأخرين، خلافا للإسكافى و الماتن فى الشرائع (٤) و النهايه (٥) و الحلّى فالثانى، و هو ضعيف، و لذا رجع عنه الأخيران.

الثانيه: إذا كان الزوج أحد الأربعة الشهود بزنا الزوجه، فهل تحد

ص: ٣٥٠

١- (١) نفس المصدر.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٢٦٧.

٣- (٣) المبسوط ٨-١٠.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٤-١٥٧.

٥- (٥) النهايه ص ٣٣٣.

بشهادتهم أو يسقط عنها و يحدونهم حتى الزوج الا أن يلاعن؟ فيه روايتان (١) أشهرهما ما دل على الأول،خلافًا للصدوق و جماعه فاختاروا الثانى،و هو ضعيف، و أضعف منه القول بالتفصيل بين المدخول بها فالثانى و غيرها فالأول،فالأظهر ما عليه الأكثر بشرط أن يسبق الزوج بالقذف،و لم يخل الشرائط المعتره فى الشهاده.

و وجه الأكثر السقوط أى سقوط الحد عن المرأة الموجب لتوجه حد القذف الى الشهود الأربعة،كما هو مقتضى الروايه الثانيه،و حملوه على اختلاف أحد الشرطين:أما ب أن يسبق منه أى من الزوج القذف أو يختلف كلامهم فى الشهاده،أو أدائهم لها مختلفى المجلس،أو عداوه أحدهم معها،أو فسقه،أو غير ذلك مما يخل بالشهادة.

الثالثه: يقيم الحاكم حدود الله تعالى كالزنا بعد أن ثبت عنده و لو بعلمه على الأشهر الأقوى كما مضى.

أما حقوق الناس كالقذف ف لا- يقيمها من قبله مطلقا بل تقف إقامته إياها على المطالبه من المستحق لها،بلا خلاف فى المقامين و لا إشكال.

الرابعه: من افتض بكرهه فأزال بكراتها و لو بإصبعه،فعليه مهر أمثالها رجلا كان المفتض أو امرأه بلا خلاف.

و لو كانت المفتضه أمه،فعليه أى على المفتض و لو امرأه عشر قيمتها على الأشهر الأقوى.

و قيل:بل الأرش.و ربما احتمل وجوب أكثر الأمرين منه و من العشر.

و يعزر المفتض فى المقامين بما يراه الحاكم،و ينزل الحد فى الصحيح (٢) عليه

ص: ٣٥١

١- (١) وسائل الشيعه ١٥-٦٠٦، ب ١٢ من أبواب اللعان.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤٠٩، ب ٣٩.

لعدم قائل به صريحا، و ان اختلفوا في تحديد التعزير بالثلاثين الى ثمانين كما في قول، أو الى سبعة و تسعين كما في آخر، أو إحالته إلى رأى الحاكم كما قلناه وفاقا للأكثر.

الخامسه: من زوج أمته من غيره ثم وطئها عالما بالتحريم فعليه الحد حد الزنا جلدا كان أو رجما اتفقا.

السادسه: من أقر أنه زنى بفلانه امرأه معينه من دون تصريح بزناها فعليه مع تكرار الإقرار أربعا حدان للزنا و الفريه و لو أقر دونها و لو مره فعليه حد القذف خاصه.

و كذا المرأه لو أقرت بأنها زنت بشخص معين أربعا حدت للأمرين، و لو أقرت به دونها حدث للفريه خاصه، كما عليه الأكثر في المقامين.

و فيهما أى حد الرجل و المرأه القذف في المسألتين تردد و اشكال كما هنا و في الشرائع (١) و الفاضل في ما وقفت عليه من كتبه، و ظاهر بعض الصحاح (٢) العدم كما عن الشهيد في النكت، و لكنه نادر.

السابعه: من تزوج أمه على حره مسلمه عالما بالحرمة فوطئها قبل الاذن من الحره و إجازتها عقد الأمه فعليه ثمن حد الزانى اثنا عشر سوطا و نصف، كما في الصحيح (٣) و غيره، و ليس فيهما اعتبار الدخول و الوطء بل ظاهرهما ترتب الحد بمجرد التزويج، و لكن ذكره الأصحاب بغير خلاف، و في بعض العبارات الإجماع، و فيهما أن طريق التنصيف أن يؤخذ السوط بالنصف فيضرب به، و قيل: أن يضرب بين الضربتين و لا شاهد له.

ص: ٣٥٢

١- (١) شرائع الإسلام ٤-١٥٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤١١، ب ٤١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤١٥، ب ٤٩.

الثامنة: من زنى فى زمان شريف كرمضان و الجمع و الأعياد و نحوها أو مكان شريف كالحرم و المسجد و المشاهد المشرفه عوقب زياده على الحد المقرر بالزنا بأقسامه حتى القتل، لكن فيه يعاقب قبله بما يراه الحاكم ثم يقتل بلا خلاف.

الفصل الثانى اللواط، و السحق، و القياده

و فى بيان حد اللواط و هو وطئ الذكران بعضهم بعضا و السحق و هو ذلك فرج المرأه بفرج أخرى و القياده و سيأتى أنها الجمع بين فاعلى هذه الفواحش.

و اللواط: يثبت بالإقرار بإدخال الذكر فى الدبر و لو بمقدار الحشفه أربعا بلا خلاف و لو أقر دون ذلك عزر كما قالوه.

و يشترط فى المقر: التكليف بالبلوغ و العقل و الاختيار، و الحرية فاعلا كان المقر أو مفعولا كما فى سائر الأقارير.

و لو لم يقر بل شهد عليه أربعه رجال عدول يثبت اللواط أيضا بلا خلاف كما فى الزنا. و لا يثبت بشهاده النساء و لو ثلاثا منضمما الى الرجال.

و لو كانوا أى الشهود دون ذلك العدد أى الأربع حدوا بلا خلاف للفرية كما فى الزنا.

و يقتل الموقب خاصه و لو لاط بصغير أو مجنون، و يؤدب الصغير و كذا المجنون ان كان يشعر بالتأديب كما قيل.

و لو كانا أى الفاعل و المفعول بالغين قتلا إجماعا و كذا يقتل اللاطى لو لا بعبده و يؤدب العبد ان كان صغيرا، و يقتل أيضا ان كان بالغاً.

و لو ادعى العبد الإكراه من مولاه عليه درئ عنه الحد دون المولى، و كذا الحكم لو ادعى الإكراه من غير مع إمكانه، و كذا كل من ادعاه معه.

و لو لاط الذمى بمسلم قتل الذمى و ان لم يوقب بلا خلاف.

و لو لاط الذمى بمثله، فلإمام الإقامه للحد عليه أو دفعه الى أهل ملته ليقيموا عليه حدهم كما فى سائر القضايا.

و موجب الإيقاب القتل للفاعل و المفعول إذا كان كل منهما بالغاً عاقلاً عالماً و يستوى فيه كل موجب و موقب حتى العبد و غير المحصن بلا خلاف و فى الانتصار (1) و الغنيه الإجماع.

و لا يحد المجنون مطلقاً و لو كان فاعلاً على الأصح الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى الغنيه الإجماع، و قيل: يحد كما لو زنى.

و الامام مخير فى الموقب بين قتله بالسيف و رجمه و إلقائه من جدار عال يموت به و إحراقه بالنار حياً و إلقاء جدار عليه، كما ذكره الشيخان و الأكثر، و نفى عنه الخلاف فى السرائر و فى الغنيه الإجماع و كذا فى الانتصار (2) إلا أنه لم يذكر الإحراق.

و يجوز أن يضم الإحراق إلى غيره من العقوبات الأخر بأن يقتل بالسيف أو الرجم أو الرمى به أو عليه ثم يحرق، بلا خلاف كما فى السرائر.

و من لم يوقب كالمفخذ و الفاعل بين الألتين فحده مائه جلده

ص: ٣٥٤

١- (١) الانتصار ص ٢٥١.

٢- (٢) الانتصار ص ٢٥١.

مطلقا و لو كان محصنا على الأصح الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى صريح الانتصار (١) و ظاهر الغنيه الإجماع، خلافا للنهائيه (٢) و جماعه فى المحصن فالقتل و للإسكافى و الصدوقين فأوجبوا القتل فيه مطلقا.

و على الأقوال يستوى فيه أى فى الجلد مائه الفاعل و المفعول و الحر و العبد و المسلم و الكافر ان لاط بمثله لا بمسلم، لوجوب قتله حينئذ، و لا ينتصف للعبد هنا كما ينتصف فى زناه بلا خلاف، و فى الغنيه و غيره الإجماع.

و لو تكرر من غير الموقب اللواط ثلاثا مع تكرر الحد بعد كل مره قتل فى المره الرابعه على الأشبه الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى الغنيه الإجماع.

و يعزر المجتمعان تحت إزار واحد حال كونهما مجردين و لا رحم أى لا قرابه بينهما و لا ضروره بما يراه الحاكم من ثلاثين سوطا إلى تسعه و تسعين على المشهور.

و ليس فى أكثر روايات (٣) المسأله التقييد بنفى الرحميه و الضروره، و ان أشعر به روايه و لكنها سندا قاصره، و يشكل فى الأول بأن مطلق الرحم لا يوجب تجويز ذلك، فالأولى ترك التقييد به، أو التقييد بكون الفعل محرما، و فيه غنى عن التقييد بالضروره و التجرد أيضا، مع أنه لا وجه لاعتبار الأخير حيث يحصل التحريم بالاجتماع الذى هو مناط التعزير.

و لا فرق فى المجتمعين بين كونهما ذكرين أو امرأتين أو ملفقا منهما.

و لو تكرر الاجتماع المحرم مع تكرار التعزير حدا فى المره

ص: ٣٥٥

١- (١) الانتصار ص ٢٥٢.

٢- (٢) النهائيه ص ٧٠٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٦٣، ب ١٠.

الثالثة كما عليه النهاية (١) وجماعه، و عن ابن حمزه أنه ان عاد ثلاثا و عزرا بعد كل مره قتلا في الرابعه.

و كذا يعزر من قبل غلاما بشهوه من غير رأفه بلا خلاف أجده. و لا فرق بين الصغير و الصغيره، و لا بين الرجل و المرأه، و لا بين المحرم و الأجنبي، لإطلاق الدليل و ان قيده الأكثر بالأجنبي، و يحتمل ورود القيد في كلامهم مورد الغالب لأظهره الشهوه فيه دون المحرم و الا فلا وجه له، بل مناط التعزير في المحرم أكد.

و احترز بالشهوه عما يكون برأفه، أو صداقه دنياويه، أو عاده عرفيه، فإنه لا حرج في ذلك و لا اثم، بل روى استحباب تقبيل القادم من مكه بغير خلاف.

و يثبت السحق بما يثبت به اللواط بلا خلاف.

و الحد فيه مائه جلده مطلقا حره كانت أو أمه، محصنه أو غير محصنه و يستوى في ذلك الفاعله و المفعوله بلا خلاف في شيء من ذلك أجده، إلا في جلد المحصنه مائه فقد اختلفوا فيه، و المشهور ذلك كما صرح به في المسالك، بل ظاهره أنه مذهب المتأخرين كافة كما هو الظاهر، و في ظاهر الانتصار الإجماع.

و قال الشيخ في النهاية (٢) و القاضى و ابن حمزه: انها ترجم مع الإحصان و المسأله لا تخلو عن شبهه، إلا أن درء الحد بها يوجب المصير الى الجلد مطلقا.

و تقتل المساحقه مطلقا في الرابعه مع تكرار الحد ثلاثا على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر حتى بعض من أوجب القتل في الثالثه في

ص: ٣٥٦

١- (١) النهاية ص ٧٠٥.

٢- (٢) النهاية ص ٧٠٦.

الزنا و اللواط كالشهيد فى اللمعه (١)، بل يفهم من شارحها عدم ظهور خلاف منهم فى القتل فى الرابعه، لكن ظاهر جماعه جريان الخلاف المتقدم هنا أيضا، و اختار الحلّى الخلاف هنا صريحا.

و يسقط الحد بالتوبه قبل ثبوته بالإقرار أو البيه كاللواط فإنه كذلك أيضا يسقط حده بها قبل ثبوته بأحد الأمرين.

و لا- يسقط بعد الثبوت بالإقرار أو البيه و يجب على الإمام إجراؤه إذا ثبت بالثانى و ليس له العفو فيه، و يتخير بين الأمرين إذا ثبت بالأول، كما يستفاد من الأصحاب من غير خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و يعزر المرأتان المجتمعتان تحت إزار واحد مجردتين من ثلاثين إلى تسعه و تسعين كما مر.

و لو تكرر منهما الاجتماع مرتين مع التعزير بينهما أقيم عليها الحد فى المره الثالثه بلا خلاف أجده، الا من الحلّى فظاهره القتل فى الثالثه، و هو نادر.

و لو عادتا رابعه قال الشيخ فى النهايه (٢) و جماعه: قتلنا للخبر (٣)، و أنها كبيره يقتل فى الرابعه، و فيهما نظر، و من ثم اختار الفاضلان و الشهيدان و أكثر المتأخرين كما قيل الاقتصار على التعزير مطلقا الا فى كل ثالثه فالحد، فلا ريب أنه أحوط.

و هنا مسألتان :

الاولى: لا كفاله فى حد زنا و لا غيره من الحدود و لا تأخير فيه

ص: ٣٥٧

١- (١) اللمعه ٩-١٥٩.

٢- (٢) النهايه ص ٧٠٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٣٦٨، ح ٢٥.

مع قدره على إقامته إلا- لعذر و مصلحه، كبرء المريض و وضع الحبلى و الإرضاع و اجتماع الناس و لا شفاعه فى إسقاطه بالكتاب (١) و السنه (٢) و الإجماع.

الثانيه: لو وطئ زوجته فساحقت بكرًا فحملت البكر من مائه فالولد له أى للواطئ لانه مخلوق من مائه و لا موجب لانتفائه عنه.

و لا- يلحق الولد بالزوجه قطعاً، و لا- بالبكر على قول مشهور، و يقوى للصدق العرفى و انتفاء المانع الشرعى إذ ليس الا الزنا، و السحق ليس منه لغه و عرفاً، فيشمله إطلاق ما دل على أحكام الولد من حرمة التناكح و ثبوت التوارث، مع أن الأول ثابت فى ولد الزنا اتفاقاً، فهنا أولى فالإلحاق قوى.

و على زوجته المساحقه الحد للسحق جلدًا أو رجماً على الخلاف المتقدم و المهر للبكر و على الصبيه الجلد مائه إذا كانت مطاوعه، بلا خلاف فيه أجده و لا فيما سبقه، الا من الحلّى فلم يلحق الولد بالرجل، و هو ضعيف.

و أما القياده: فهى الجمع بين الرجال و النساء للزنا، أو الرجال و الصبيان و النساء للواط و السحق.

و يثبت بشاهدين عدلين أو الإقرار من القائد البالغ العاقل المختار مرتين بلا خلاف.

و الحد فيه خمس و سبعون جلده بلا خلاف فيه فتوى و نصا (٣)، و فى الانتصار (٤) و الغنيه و المسالك الإجماع.

و ليس فى النص ما قيل: من أنه يحلق رأسه و يشهر فى البلد

ص: ٣٥٨

١- (١) سورة النور: ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٣٣٢، ب ٢٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤٢٩، ب ٥.

٤- (٤) الانتصار ص ٢٥٤.

لكنه مشهور بين الأصحاب، حتى أن في الانتصار (١) والغنية الإجماع، وظاهر المتن و غيره التردد، ولا وجه له بعد ذلك.

و يستوى فيه الحر و العبد، و المسلم و الكافر بلا خلاف، و في الكتابين الإجماع.

و ينفي عن بلده الى غيره من الأمصار من غير تحديد لمدته نفيه بأول مره وفاقا للنهايه (٢) و جماعه.

و قال المفيد و ابنا زهره و حمزه و غيرهم: انه انما ينفي في الثانيه و في الغنيه الإجماع.

و الأول مروى في روايه (٣) عبد الله بن سنان التي هي الأصل في هذه المسأله، و نحوه الرضوى (٤)، لكن ليس فيهما التصريح بأول مره، بل غايتهما الإطلاق المحتمل تقييده بالثانيه جمعا بينها و بين إجماع الغنيه، فإذن المتجه القول الثاني مع أنه أحوط.

و لا نفى على المرأه و لا جز و لا شهره بلا خلاف، و في الانتصار (٥) و الغنيه الإجماع.

الفصل الثالث

اشاره

(في بيان حد القذف)

و هو لغه: الرمي بالحجاره. و شرعا: رمى الحر المسلم الكامل المستتر بالزنا

ص: ٣٥٩

١- (١) نفس المصدر.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤٢٩، ب ٥.

٤- (٤) مستدرک الوسائل- أبواب حد السحق و القياده، ح ١ ب ٥.

٥- (٥) الانتصار ص ٢٥٤.

أو اللواط.

و مقاصده أربعة:

الأول: في الموجب

الأول: في بيان الموجب للحد و هو الرمي بالزنا أو اللواط بمثل قوله «زني» بالفتح أو «لطت» أو «أنت زان أو لاط» أو شبههما من الألفاظ الداله عليه صريحا.

و كذا لو قال: يا منكوحا في دبره أو زني بك فلان، و شبهه من الألفاظ الظاهره فيه عرفا على اشكال فيها، لمجماعه الظهور الاحتمال الذى يدرأ به الحد، و لكن ظاهرهم الاتفاق على العبارة الأولى منها، و به صرح فى المسالك و غيره، و به نص بعض المعبره (١)، و يبقى الإشكال فى ما عداها ان لم يكن ثبوته به إجماعا أيضا.

و يعتبر فى القاذف معرفته بموضع اللفظ بأى لغة اتفق و ان لم يعرف المواجه معناه إذا كانت مفيدة للقذف فى عرف القائل أى عرف لغته التى يتلفظ بها.

و لا يحد مع جهاله قائلها بمدلوله اتفاقا، و ان عرف أنها تفيد فائده يكرهها المواجه عزر و الا فلا.

و كذا لو قال لمن أقر ببنوته أى حكم الشرع بلحوقه به: لست ولدى أو قال لغيره: لست لأبيك، فيحد لأمه، بلا- خلاف و فى المسالك الإجماع.

و لو قال: زنى بك أبوك أى ولدت من الزنا، أو يا ابن الزانى فالقذف لأبيه خاصة أو قال: زنت بك أمك، فالقذف لأمه.

و لو قال: يا ابن الزانيين، فالقذف لهما كذلك، فيحد للأب أو للأم دون المواجه، لكن يعزر له لتأذيه به.

ص: ٣٦٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٤٣٣، ح ٢.

و انما يثبت الحد عليه لهما إذا كانا مسلمين عاقلين حرين محصنين، فلا يحد مع عدم الشرائط أو أحدها فيهما و ان كان المواجه متصفا بها، بل يعزر لهما، كما أنه لو اتصفا بها يحد لهما و لو كان المواجه كافرا أو عبدا، و بالجمله فاقد الشرائط و لو بعضا، لأنهما المقذوف دونه فيتبع كلا منهما حكمه.

و لو قال للمسلم: يا ابن الزانية مثلا و أمه كافره، فالأشبه التعزير وفاقا للحلى و عامه المتأخرين.

و قال الشيخ فى النهاية (١) و القاضى: يحد كاملا، لحرمة الولد و للنص، و فيهما نظر.

و لو قال: يا زوج الزانية فالحد لها خاصة و كذا لو قال: يا أبا الزانية، أو يا أبا الزانية، فإن الحد للمنسوبة الى الزنا دون المواجه بالخطاب.

و لو عطف يا أبا الزانية و ما بعده على يا زوج الزانية، و أسقط قوله «فالحد لها» مكتفيا للجميع بقوله «فالحد للمنسوبة» كما فعله غيره، كان أخصر بل و أحسن.

و لو قال: زنيت بفلان، فللمواجه حد قطعا و فى ثبوتة للمرأة المنسوبة إليها زناه تردد و اختلاف، الا أن الأول أشهر و فى الغنية و عن الخلاف الإجماع عليه، فهو أظهر.

و التعريض بالقذف، كقوله لمن ينازعه و يعاديه: لست بزنان و لا لائط و لا أم زانية، و قوله: يا حلال ابن الحلال و نحو ذلك يوجب التعزير بلا خلاف.

و كذا لو قال لامرأته: لم أجدك عذراء قاصدا به رميها كما صرح به الحلى لا مطلقا، كما هو ظاهر العبارة و نحوها، و يمكن تنزيلها على الأول كما هو

ص: ٣٤١

الغالب فى هذا القول.

و الحكم بالتعزير هنا فى الجملة أو مطلقا هو الأظهر الأشهر، خلافا للعمانى فأوجب الحد، و عن الإسكافى الموافقه له فى ما لو قال ذلك عند جرد و سباب و المخالفه له فى غيره، و هما ضعيفان.

و بالجملة فالظاهر ثبوت التعزير لو قال لها ذلك، أو قال لغيره مواجهها أو غائبا ما يوجب أذى له كالخسيس و الوضيع و الحقيير و كذا لو قال له: يا فاسق أو خائن أو يا شارب الخمر و نحو ذلك بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و الحكم بذلك مطلق ما لم يكن المتأذى متظاهرا بمعصيه الله تعالى، و لو تظاهر فلا تعزير لاستحقاقه الاستخفاف، بل كان المؤذى مثابا بذلك مأجورا بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع، و لكن لا يصح مواجهته بما يكون نسبتة اليه كذبا.

و هل يشترط مع ذلك جعله على طريق النهى عن المنكر فيشترط بشروطه، أم يجوز الواقعيه فيه مطلقا؟ ظاهر إطلاق النص (1) و الفتاوى الثانى، و لكن الأول أحوط.

و يثبت القذف و كل ما فيه التعزير بالإقرار مرتين من المكلف الحر المختار، و بشهاده عدلين بلا-خلاف و لا اشكال، و انما الإشكال فى عدم ثبوته بالمره الواحد من الإقرار، و لكن ظاهر الأصحاب ذلك كالعبار، و كأنه إجماعى و ان أشعر عبارته الشرائع بنوع تردد له فيه بل بوجود مخالف أيضا، و لكن لم نقف عليه.

و يشترط فى القاذف الذى يحد كاملا البلوغ و العقل و الاختيار و القصد بلا خلاف، و فى التحرير و غيره الإجماع.

ص: ٣٤٢

فالصبي لا يحد بالقذف و لو كان المقذوف كاملا، بل يعزر، وكذا المجنون لا يحد بقذفه أحدا و لو كان كاملا، بل يعزر.

و ينبغي تقييد التعزير فيه بكونه ممن يرجى منه الكف به و فى الصبي بكونه مميزا، لثلا يلغو التعزير فيكون قبيحا.

الثانى: فى المقذوف

الثانى: فى بيان المقذوف الذى يحد قاذفه كاملا.

و يشترط فيه كذلك الإحصان بلا خلاف، و لما كان له معان متعددة قالوا:

المراد به هنا البلوغ، و كمال العقل، و الحرية، و الإسلام، و الستر أى العفه عن الزنا و اللواط و عدم التظاهر بهما.

فمن قذف صبيا أو مجنونا أو مملوكا أو كافرا أو متظاهرا بالزنا، لم يحد و لكن يعزر إجماعا، كما فى كلام جماعه، و ظاهر العبارة و جماعه، تعزير قاذف المتظاهر بالزنا، و هو خلاف ما دل على نفي تعزيره معللا بعدم حرمة، و لذا مال الشهيدان الى العدم.

و كذا يشترط فيه انتفاء البنوه، ف الأب لو قذف ولده المحصن، لم يحد بل يعزر. و كذا لو قذف زوجته الميته و لا وارث لها الا ولده، نعم لو كان لها ولد من غيره كان لهم الحد تاما، كل ذلك للصحيح (1) و لا خلاف فيه.

و لا فى أنه يحد الولد لو قذفه أى الأب.

و كذا يحد لو قذف الأم أو الأقارب و يحدون لو قذفوه.

الثالث: فى بيان الاحكام

الثالث: فى بيان الاحكام.

فلو قذف شخص جماعه واحدا بعد واحد، فلكل واحد حد. و لو قذفهم بلفظ واحد كيا زناه فعليه للجميع حد واحد ان طالبوا مجتمعين، و ان افترقوا فى المطالبه فلكل واحد حد على الأظهر الأشهر

ص: ٣٤٣

و فى الغنيه و السرائر الإجماع، و عكس الإسكافى فجعل القذف بلفظ واحد موجبا لاتحاد الحد مطلقا، و بلفظ المتعدد موجبا للاتحاد ان جاءوا مجتمعين، و للتعدد ان جاءوا متفرقين، و نفى عنه البأس فى المختلف، و فى مستنده نظر، و فى المسأله أقوال آخر غير واضح المستند.

و حد القذف يورث كما يورث المال لو مات المقذوف قبل استيفائه و العفو عنه.

و لكن لا- يرثه الزوج و لا- الزوجه بل و لا غيرهما من ذوى الأسباب عدا الامام عليه السلام فيرثه، و لكن ليس له العفو كما فى الغنيه مدعيا عليه و على أصل الحكم الإجماع، كما عن الخلاف و غيره أيضا لكن على الثانى خاصه.

و لو قال: ابنك زان أو لائط أو بنتك زانية فالحد لهما مع بلوغهما لا للمواجه، و لازم ذلك أن حق المطالبه و العفو فيه للمقذوف خاصه، و اليه ذهب الحلبي و جماعه المتأخرين.

و قال الشيخ فى النهايه (1) و المفيد و القاضى: ان له أى للأب المواجه المطالبه للحد و العفو عنه، و حجتهم غير واضحه.

هذا إذا لم يسبقه الولدان الى أحد الأمرين، و لو سبقاه اليه لم يكن له ذلك بلا خلاف فيه و لا فى أن للأب الاستيفاء إذا قذفا و ولايته ثابتة عليهما. و كذا لو ورث الولد الصغير و من فى معناه حدا، كان للأب الاستيفاء عنه أيضا، و فى جواز العفو عنه فى الصورتين اشكال.

و لو ورث الحد جماعه، فعفى عنه أحدهم، كان لمن بقى و لو واحدا الاستيفاء له على التمام بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و يقتل القاذف فى المره الرابعه إذا حد ثلاثا على الأظهر الأشهر

ص: ٣٦٤

و فى الغنيه الإجماع و قيل: انه يقتل فى الثالثه و القائل الحلى.

و الحد ثمانون جلده بالكتاب (١) و السنه (٢) و الإجماع حرا كان القاذف أو عبدا على الأشهر الأقوى، و فى صريح الغنيه و ظاهر غيره الإجماع، كما عن الخلاف و غيره أيضا، خلافا للصدوق و المبسوط (٣) فعلى المملوك أربعون.

و يجلد القاذف بشابه المعتاده له و لا يجرده عنها كما يجرده الزانى و لا يضرب ضربا شديدا بل يضرب متوسطا اتفاقا.

و لا يعزر الكفار مع التنازى بالألقاب، أى تداعيهم بها إذا اشتملت على ذم، و كذا تعييرهم بالأمراض الا أن يخشى حدوث فتنه فيحسهما الامام عليه السّلام بما يراه كذا قالوه، و لعله لا خلاف فيه و لكن نسبه فى الشرائع (٤) إلى القيل مشعرا بتمريضه، و له وجه لو لا الشهره القريبه من الإجماع.

الرابع: فى اللواحق

اشاره

الرابع: فى اللواحق، و هى خمس مسائل:

الأولى: يقتل من سب النبى صلى الله عليه و آله

الأولى: يقتل من سب النبى صلى الله عليه و آله، و كذا من سب أحد الأئمه عليهم السّلام بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع للنص (٥).

و يستفاد من بعضها أنه يحل دمه لكل سامع من غير توقف على اذن الامام عليه السّلام كما هو المشهور، و فى الغنيه الإجماع، و قيل: يتوقف على اذنه كما عن المفيد، و من آخر منها اشتراط القتل بما إذا أمن القائل و من يخف منه على نفسه أو ماله أو على مؤمن نفسا أو مالا، و عدم الجواز مع الخوف على شىء من ذلك، و لا خلاف فيه.

ص: ٣٦٥

١- (١) سورة النور: ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤٣٢، ب ٢.

٣- (٣) المبسوط ٨-١٦.

٤- (٤) شرائع الإسلام ٤-١٦٧.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٨-٤٥٨، ب ٢٥.

و فى إلحاق باقى الأنبياء بهم عليهم السّلام وجه قوى، مع أن فى الغنيه الإجماع، فلا بأس به. و ألحق فى التحرير و غيره به صلّى الله عليه و آله أمه و بنته من غير تخصيص بفاطمه عليها السّلام.

قيل: و يمكن اختصاص الحكم بها، للإجماع على طهارتها بآيه (١) التطهير، و هو حسن.

و لا فرق فى الساب القاذف بين الرجل و المرأه، و المسلم و الكافر.

الثانيه: يقتل مدعى النبوه

الثانيه: يقتل مدعى النبوه بعد نبينا صلّى الله عليه و آله بلا خلاف.

و كذا يقتل من قال: لا أدري أن محمد صلّى الله عليه و آله صادق أم لا إذا كان على ظاهر الإسلام بلا خلاف.

و ربما استدلل للحكم فى المقامين و ما مضى بالارتداد الموجب للقتل، و هو حسن الا انه لا يدل على القتل مطلقا و لو كان المرتد مليا، بل مقتضاه قتل الفطرى مطلقا و الملى على بعض الوجوه، و هو خلاف ظاهر إطلاق النص و الفتوى الا أن ينزل على مقتضاه.

و احترز بالقييد عن إنكار الكفاره لصدقه، كاليهود و النصارى فإنهم لا يقتلون بذلك، و كذا غيرهم من فرق الكفار، و ان جاز قتلهم بأمر آخر.

الثالثه: يقتل الساحر إذا كان مسلما، و يعزر إذا كان كافرا

الثالثه: يقتل الساحر إذا كان مسلما، و يعزر إذا كان كافرا بلا خلاف للنصوص (٢)، و يستفاد من بعضها رد من قال بانحصار طريق ثبوته بالإقرار، و أنه يثبت بشهاده العدلين، و من آخر منها عموم الحكم للعامل بالسحر و المتعلم له، كما هو ظاهر إطلاق المتن و غيره من النص و الفتوى، خلافا لجماعه فخصوه بالأول، و لا يخلو عن وجه.

ص: ٣٦٦

١- (١) سورة الأحزاب: ٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٧٦ ب ١-٢-٣.

و لا- فرق بين كونه مستحلا أم لا، كما صرح به شيخنا الشهيد الثانى، و حكى بعض المتأخرين قولاً بتقييده بالأول، و وجهه غير واضح بعد إطلاق النص المنجبر ضعفه بعد الاستفاضه بفتوى الجماعه، و عدم خلاف فيه أجده و لم أر حاكياً له غيره.

الرابعه: يكره أن يزاد فى تأديب الصبى عن عشره أسواط، و كذا العبد

الرابعه: يكره أن يزاد فى تأديب الصبى و تعزيره حيث يحتاج اليه عن عشره أسواط، و كذا العبد كما هنا و فى الشرائع (١) و التحرير و السرائر، لكن فى العبد للنبوى (٢) و ظاهره التحريم، و لضعفه حمل على الكراهه جمعا بينه و بين ما دل على اناطه التعزير برأى الحاكم.

و فى آخره: فى أدب الصبى و المملوك، فقال: خمسه أو ستة و ارفق (٣) قيل:

و بمضمونه أفتى الشيخ فى النهايه (٤) و يحيى بن سعيد.

و فى ثالث: ان أمير المؤمنين عليه السلام قال للصبيان: بلغوا معلمكم ان ضربكم فوق ثلاث ضربات فى الأدب أنى أقتص منه (٥). و فى رابع: الرخصه فى ضرب الصبى للتأديب إلى خمسه (٦).

و لم أر عاملا بهما مع قصور سندهما و مخالفتهما لما مر، و الجمع بينهما يقتضى ترتب الأعداد المذكوره فى الكراهه ضعفا و شدة، و يحتمل اختصاص الأخيره بتأديب المعلمين للصبيان لا التعزير المنوط الى الحاكم.

و لو فعل المولى بعبده ذلك، أى زاد فى تأديبه على العشره استحب

ص: ٣٦٧

١- (١) شرائع الإسلام ٤-١٦٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٨٤، ح ٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٥٨١، ح ١.

٤- (٤) النهايه ص ٧٣٢.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٨-٥٨٢، ح ٢.

٦- (٦) وسائل الشيعه ١٨-٥٨٢، ح ٣.

له عتقه سواء بلغت الزيادة حداً أم لا، كما يقتضيه إطلاق العبارة، و لكن لم أجد به نصاً ولا فتوى.

و انما الموجود فى غير الكتاب حتى الشرائع الاستحباب لو ضربه فى غير حده حداً، كما هو ظاهر الصحيح (1)، و ظاهره الوجوب كما عن الشيخ فى النهاية (2)، لكنه فرضه فى من ضرب عبده فوق الحد، و هو خارج عن مورده فيكون شاذاً، و العاملون به فى مورده حملوه على الاستحباب.

الخامسة: يعزر من قذف عبده أو أمته

الخامسة: يعزر من قذف عبده أو أمته. و كذا يعزر كل من فعل محرماً أو ترك واجباً عالماً بهما و بحكمهما بما دون الحد بما يراه الإمام.

قيل: و لا يبلغ حد الحر فى الحر و ان تجاوز حد العبد، و لا حد العبد فى العبد، فى الحر من سوط إلى تسعة و تسعين، و فى العبد منه الى تسعة و أربعين كما فى التحرير.

و قيل: يجب أن لا يبلغ أقل الحدود، و هو فى الحر ثمانون و فى العبد أربعون.

و قيل: انه فى ما ناسب الزنا يجب أن لا يبلغ حده، و فى ما ناسب القذف أو الشرب يجب أن لا يبلغ حده، و فى ما لا مناسب له أن لا يبلغ أقل الحدود و هو خمسة و سبعون حد القواد. و نسبه فى المسالك الى الشيخ و المختلف. و لا ريب أن الاقتصار على الأقل أحوط.

ثم وجوب التعزير فى كل محرّم من فعل أو ترك ان لم يحصل الانتهاء بالهوى و التوبيخ و نحوهما ظاهر، و أما مع الانتهاء بهما فلا دليل على التعزير مطلقاً الا فى مواضع مخصوصه ورد النص بالتعزير أو التأديب فيها، و يمكن تعميم التعزير

ص: ٣٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣٣٧، ح ١.

٢- (٢) النهاية ص ٧٣٢.

فى نحو العبارة لما دون الضرب أيضا مراتب الإنكار.

الفصل الرابع

إشارة

(فى بيان حد شرب المسكر)

و هو على قول ما يحصل معه اختلال الكلام المنظوم و ظهور السر المكتوم و على آخر ما يغير العقل و يحصل معه سرور و قوه النفس فى غالب المتناولين.

أما ما يغير العقل لا غير الرائد ان حصل معه تغيب الحواس الخمس، و الا فهو المفسد للعقل كما فى البنج و الشوكران.

و النظر فى هذا الفصل يقع فى أمور ثلاثة:

الأول: فى الموجب

الأول: فى بيان الموجب للحد و هو تناول المسكر جنسه و ان لم يسكر قليله أو الفقاع اختيارا مع العلم ب تناول و التحريم و ان لم يعلم وجوب الحد به.

و يشترط مع ذلك البلوغ و العقل فهذه قيود أربعة.

فالتناول يعم الشارب إياه خالصا و المستعمل له، و الأولى أن يقول: يعم الشرب و الاستعمال فى الأدوية و الأغذية و حيث اجتمعت ثبت الحد بلا خلاف، و فى عبائر كثير الإجماع حتى فى الفقاع و ان لم يسكر، للنصوص (1) المستفيضه بل المتواتره.

و مقتضى إطلاقها و غيرها و الفتاوى و صريح جملة منها أنه يتعلق الحكم بالحد بتناول المسكر و الفقاع مطلقا و لو بالقطره الغير المسكره

ص: ٣٦٩

منهما، و في كلام جمع عنا أيضا الإجماع.

و كذا العصير العنبى إذا غلا ما لم يذهب ثلثاه يجب تناوله و استعماله فى ما مر الحد مطلقا و ان كان قليلا غير مسكر، و كأنه إجماع بينهم، كما فى صريح التنقيح (1) و غيره.

و كذا كل ما حصلت فيه الشده المسكره من نحو العصير التمرى و الزبيب يجب تناوله و استعماله الحد، بلا خلاف و لا اشكال، و فى ثبوته بتناول العصيرين أو استعمالهما إذا لم يبلغ الإسكار و جهان، مبنيان على القول بتحريمهما أو حلتهما، و قد مضى أن الثانى أشهر و أقوى فلا حد فيهما، و يحتمل العدم مطلقا بناء على عدم التلازم بين التحريم و الحد، الا أن يكون إجماعا كما هو ظاهر الأصحاب هنا.

و يسقط الحد عن استعمال المسكر و ما فى معناه فى نحو الاحتقان و السعوط حيث لا يدخل الحلق بلا خلاف و عن تناوله مكرها، بأن و جر فى فيه أو ضرب عليه، أو خوف بما لا يحتمله عادة، أو اضطرارا لحفظ النفس كاساغه اللقمه على الأصح.

قيل: أما للتداوى أو حفظ الصحه فلا يسقط عنه و فيه اشكال.

و عن جهل المشروب أنه مسكر مثلا أو التحريم و ان علمه لقرب عهده بالإسلام، أو كان صبيا أو مجنونا بلا خلاف.

و يثبت هذا الفعل بشهادة عدلين ذكرين و الإقرار مرتين الصادر من مكلف حر مختار بلا خلاف فيهما و فى عدم الثبوت بالإقرار مره بل على الأخير فى ظاهر المبسوط (2) الإجماع.

ص: ٣٧٠

١- (١) التنقيح الرائع ٤-٣٦٨.

٢- (٢) المبسوط ٨-٦١.

الثانى: فى الحد

الثانى: فى الحد، و هو ثمانون جلده إجماعا.

و يستوى فيه الذكر و الأنتى و الحر و العبد، و الكافر مع التظاهر به بين المسلمين. و هذا قيد للكافر خاصة، و احترز عما لو كان مستترا به، فإنه لا يجلد حينئذ، بلا خلاف فى شىء من ذلك عدا مساواه العبد للحر فى مقدار الحد، و الحكم بها مشهور بين الأصحاب، مدعى عليه الإجماع فى صريح الغنيه و ظاهر جماعه خلافا للصدوق فحده أربعون، و هو شاذ.

و يضرب الشارب و من فى معناه عريانا مستور العوره عن الناظر المحترم على ظهره و كتفيه و سائر جسده و يتقى وجهه و فرجه و مقاتله، بلا خلاف الا من المبسوط (١) فقال: لا يجرى عن ثيابه. و هو نادر.

و لا يحد حتى يفيق عن سكره بلا خلاف.

و إذا حد مرتين قتل فى المره الثالثه و هو المروى (٢) وفاقا للأكثر بل عامه من تأخر الا من ندر و فى الغنيه الإجماع و قال الشيخ فى الخلاف (٣) و قبله الصدوق فى المقنع (٤): انه يقتل فى الرابعه و تبعهما الفاضل و ولده و الشهيد فى اللمعه (٥)، و هو ضعيف غايته.

و لو شرب مرارا و لم يحد خلالها كفى عن الجميع حد واحد بلا خلاف كما مر فى الزنا.

الثالث: فى الأحكام

الثالث: فى بيان الاحكام، و فيه مسائل أربعه:

الاولى: لو شهد واحد عدل على شخص بشربها أى بشرب الخمر

ص: ٣٧١

١- (١) المبسوط ٨-٦٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤٧٦، ب ١١.

٣- (٣) الخلاف ٣-٢٠٢.

٤- (٤) المقنع ص ١٥٤.

٥- (٥) اللمعه ٩-٢٠٥.

و ما فى معناه و آخر بقيئها أى بقيئه لها حد على الأشهر الأقوى، بل فى صريح الجمع و ظاهر آخرين كونه إجماعاً، للنص المعلن بقوله: ما قاءها إلا و قد شربها (١).

و يستفاد منه وجوب الحد أيضاً لو شهدا معا بقيئها، و فى النكت أن الحكم به مشهور بين الأصحاب، فلا بأس به و ان ضعف النص، لانجباره بالشهره و دعوى الحلى الإجماع على روايته.

الثانيه: من شربها مستحلاً لشربها أصلاً و هو مسلم أستتيب، فان تاب أقيم عليه الحد ثمانون جلده خاصه و الا يتب قتل من غير فرق فى الاستتابه بين كونه فطرياً أو ملياً، كما عن الشيخين و الاتباع.

و قيل: و القائل الحلى و التقى كما حكى حكمه حكم المرتد لا يستتاب ان ولد على الفطره، بل يقتل من غير استتابه و هوى قوى متين و عليه عامه المتأخرين، لإنكاره ما علم تحريمه ضروره من الدين و معه لا شبهه، إلا إذا ادعاها و أمكنت فى حقه لقرب عهده بالإسلام و نحوه، كما هو الحال فى إنكار سائر الضروريات.

و هذه الصورة خارجه عن مفروض المسأله، فإنما هو إذا لم يكن هناك شبهه محتمله.

هذا حكم الخمر، أما غيرها من المسكرات و الأشربه، كالفقاع و النبيذ فقد أشار إليه بقوله:

و لا يقتل مستحل شرب غير الخمر و مطلقاً و لو كان فطرياً بل يحد بشربه خاصه مستحلاً كان له أو محرماً قولاً واحداً. و لا فرق بين كون الشارب لها ممن لا يعتقد إباحتها أو يعتقد كالحنفى، فيحد و لا يكفر، خلافاً للحلى

ص: ٣٧٢

فكفر مستحلها مطلقا و أوجب قتله، و هو نادر.

الثالثه: من باع الخمر مستحلا بيعها استنيب مطلقا و لو كان فطريا قيل: فيعزر فاعله و يستتاب. و ان فعله مستحلا فان تاب قبل منه و الاقتل حدا و كأنه وفاق.

و فى ما سواها من الأشربه إذا باعه مستحلا لا- يقتل قطعا و ان لم يتب، نعم قالوا: يعزر لفعله المحرم، و هو حسن ان كان ممن يعتقد التحريم، و الا ففيه نظر وفاقا لبعض من تأخر.

الرابعه: لو تاب الشارب عنه قبل قيام البينه عليه بشره سقط الحد عنه بلا خلاف.

و لا يسقط عنه الحد لو تاب بعد قيام البينه على الأظهر الأشهر، خلافا للحلى فيجوز للإمام العفو عنه كما اختاروه فى الزنا، و هو نادر.

و لو تاب بعد الإقرار يتخير الإمام فى الإقامه للحد عليه أو العفو عنه على الأشهر الأقوى كما فى الزنا و منهم من حتم الحد عليه و أوجبه، و هو الحلى و الشيخ فى المبسوط و الخلاف، و قواه الفاضلان و جماعه من المتأخرين.

الفصل الخامس

إشاره

(فى بيان حد السرقة)

و هو يعتمد فصولا خمسه:

الأول: فى السارق

الأول: فى بيان السارق الذى يجب قطعه.

و يشترط فيه: التكليف بالبلوغ، و العقل، و الاختيار و ارتفاع الشبهه الدارئة للحد من نحو توهم الملك كما فى سائر الحدود و أن لا يكون والدا سرق من مال ولده. و أن يهتك الحرز و يزيله ف يخرج المتاع

ص: ٣٧٣

المحروز فيه بنفسه و يأخذه سرا مخفيا.

فالقيد المعتبره فى قطع السارق اذن سته، فلا يحد الطفل و لو راهق الحلم و لا المجنون و لو أدواريا إذا سرق حال جنونه لكن يعزران و يؤدبان بما يراه الحاكم، و ان تكرر منهما مرارا بلا خلاف فى الثانى، بل على عدم حده قيل: اتفاقا، و الدليلان عليه و على تعزيره يعمان الصبى فى عدم حده و تعزيره، كما أطلقه الماتن و عامه المتأخرين، و فاقا للحلى و المفيد كما حكى.

و قال الشيخ فى النهايه (١) و تبعه القاضى: أنه يعفى عن الطفل أولا- فإن عاد أدب، فإن عاد حكت أنامله حتى تدمى، فإن عاد قطعت أنامله، فإن عاد قطع كما يقطع البالغ و عزى فى المختلف (٢) إلى الأكثر، و كذا فى الروضه (٣) و فيها أن مستند هذا القول أخبار صحيحه. و فيه نظر.

و فى المسأله أقوال آخر متقاربه مع هذا القول، و بعضها مع بعض، و كذلك الأخبار (٤) القريبه من التواتر و فيها الصحاح و غيرها، و ينبغى حملها على كون الواقع تأديبا منوطا بنظر الحاكم لا حدا، و مقتضاه جواز بلوغ التعزير الى الحد هنا و لو فى بعض الصور، و لا- بأس به و لكن لا يلائم ما أطلقه المتأخرون من التعزير، بناء على ما قروره من اشتراط التعزير بعدم بلوغه الحد، و فى جريانه لمحل البحث نظر، لكن ينبغى الاحتياط بعدم القطع إلا فى ما اتفقت عليه و هو فى الخامسه.

و لو سرق الشريك من المال المشترك ما يظنه نصيبا له مع ظنه جواز مباشره القسمة بنفسه لم يقطع و لو زاد نصيبا، للشبهه الدارئة للحد

ص: ٣٧٤

١- (١) النهايه ص ٧١٥.

٢- (٢) المختلف ٥-٢١٨.

٣- (٣) الروضه ٩-٢٢٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٥٢٢، ب ٢٨.

الذى منه القطع بلا خلاف، و لو علم عدم جواز تولى القسمة كذلك قطع ان بلغ نصيب الشريك النصاب.

و إطلاق المتن يقتضى المنع عن القطع مطلقا حتى هنا، و هو ضعيف كاحتمال القطع كذلك حتى فى الصورة الاولى.

و فى سرقة أحد الغانمين من الغنيمه روايتان (١) باختلافهما اختلف الأصحاب، ففى إحدهما أنه لا يقطع مطلقا، و عمل بها المفيد و الديلمى و جماعه من المتأخرين.

و فى الأخرى أنه يقطع لو زاد نصيبه عن قدر النصاب و الا فلا، و عمل بها الشيخ فى النهايه (٢) و القاضى و الإسكافى و غيرهم من المتأخرين و بالجمله الأكثر كما فى كلام جمع، و لا بأس به لصحتها و صراحتها بخلاف تلك و ان كان المسأله بعد محل تردد و شبهه، و مقتضاه درء الحد كما فى الروايه السابقه، فيظهر للقول بها قوه من هذه الجبهه.

و لو سرق الوالد عن مال ولده لم يقطع إجماعا، و صرح جماعه بعموم الأب لمن علا، و فى ظاهر المسالك الإجماع عليه.

و لو سرق الولد من مال أحد أبويه و ان علا، أو الأم من مال ولدها، و جب القطع بلا خلاف، الا من الحلبي فالحق الأم بالأب فى عدم قطعها لو سرقت من مال ولدها، و هو شاذ محجوج بعموم أدله القطع مع عدم ظهور مخصص له، و مثلها الأقارب لو سرق بعضهم من بعض بلا خلاف ظاهر.

و قيد جماعه قطع الولد بسرقة من مال الوالدين و الام بسرقة مال ولدها بما إذا قام المسروق منه بنفقه السارق حيث يجب عليه و الا فلا قطع، و فى الغنيه الإجماع عليه، فلا بأس به إذا كان المسروق مأخوذا بدلا من النفقه بقدرها،

ص: ٣٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥١٨، ح ١ و ٣ و ٥.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٥.

أو مع زياده لا تبلغ النصاب.

و لو لم يكن المال محروزا و هتك الحرز غيره و أخرج هو لم يقطع بلا- خلافا، و فى الغنيه الإجماع. و يجب على الذى هتك الحرز ضمان ما أفسده من جدار أو غيره، و على الثانى ضمان المال.

و لو تعاونوا على الهتك و انفرد أحدهما بالإخراج، قطع المخرج خاصة.

و لو انعكس فلا قطع على أحدهما إلا إذا أخرجنا نصابين.

و لو تعاونوا على الأمرين و أخرجنا أقل من نصابين، ففى وجوب القطع قولان يأتيان.

و لا- فرق فى الإخراج بين المباشرة و التسبيب، مثل أن يشد بحبل و يجربه أو يؤمر صبى غير مميز بإخراجه أو نحو ذلك، أما لو أمر مميز به فلا قطع على ما ذكره جماعه. و لو خان المستأمن لم يقطع، و كذا لو هتك الحرز قهرا ظاهرا.

و لا فرق فى السارق الذى يجب قطعه بين الحر و العبد إذا سرق من غير مولاه و لم يكن عبد غنيمه سرق منها و المسلم و لو سرق من ذمى كما فى التحرير و الكافر بأقسامه و الذكر و الأنثى فهم فيه سواء بلا خلاف.

و انما قيدنا العبد بما مر إذ لا يقطع عبد الإنسان بسرقة ماله بلا خلاف الا من نادر كما عن المبسوط (١).

و كذا لا يقطع عبد الغنيمه بالسرقه منها.

و يقطع الأجير إذا أحرز المال الذى سرق من دونه على الأشبه الأشهر بل عليه عامه من تأخر، خلافا للنهائيه (٢) فأطلق أن لا قطع عليه استنادا الى أخبار ظاهره فى كون المال غير محرز عنه، فالتفصيل كما فى المتن حسن.

ص: ٣٧٦

١- (١) المبسوط ٨-٣٣.

٢- (٢) النهائيه ص ٧١٧.

و كذا يقطع كل من الزوج و الزوجه بسرقة مال الآخر ان أحرز عنه و الا فلا بلا خلاف، و ينبغي تقييد القطع فى الزوجه بما إذا كان لم تسرق عوضا عن النفقه الممنوعه عنها من دون زياده عنها تبلغ النصاب، و الا فلا قطع عليها.

و كذا الضيف يقطع مع الإحراز عنه، و لا مع العدم على الأشبه الأشهر، بل عليه عامه من تأخر.

و فى روايه (١) صحيحه أنه لا يقطع بقول مطلق من دون تفصيل بين الإحراز عنه و العدم، و لا عامل لها ظاهرا عدا الشيخ فى النهايه (٢) و قد رجع عنها و الحل، و هو شاذ فاذن المتجه ما تقدم.

و يجب على السارق اعاده المال بعينه مع وجوده و إمكان إعادته أو رد مثله ان كان مثليا، أو قيمته ان كان قيميا مع تلفه و تعذر رده. و لو غاب ضمن الأرش. و لو كان ذا أجره لزمته مع ذلك مطلقا و لو قطع بلا خلاف، بل قيل:

إجماعا، لأنهما حكمان متغايران: الإعادة لأخذ مال الغير عدوانا، و القطع أحد عقوبه على الذنب.

الثانى: فى المسروق

الثانى: فى بيان المسروق الذى يجب بسرقة القطع و شروطه:

و منها بلوغه نصاب القطع بلا خلاف، و فى المسالك و غيره الإجماع، و قدره ربع دينار ذهبا خالصا، مضروبا بسكه المعامله، أو ما بلغ قيمته ذلك على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و عليه استفاض نقل الإجماع. و قول الصادق بالخمس و العمانى بالدينار الكامل شاذان.

و لا فرق فيه بين عين الذهب و غيره، فلو بلغ العين ربع دينار وزنا غير مضروب و لم تبلغ قيمته المضروب، فلا قطع لان الدينار حقيقه فى المسكوك منه، خلافا

ص: ٣٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥٠٨، ب ١٧.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٧.

للخلاف و المبسوط (١)فقوى عدم اشتراط السكه،و هو شاذ.

و لو انعكس بأن كان سدس دينار مصوغا قيمته ربع دينار مسكوكا قطع على الأقوى.

و كذا لا- فرق بين علمه بقيمته أو شخصه و عدمه،فلو ظن المسروق فلسا فظهر دينار مثلا،أو سرق ثوبا قيمته أقل من النصاب،فظهر مشتملا على ما يبلغه و لو معه، قطع على الأقوى.

و لا بد فيه أيضا من كونه محرزا بإجماعنا فتوى و نصاب،و حيث لا تحديد فيه شرعا وجب الرجوع فيه الى العرف اتفاقا.

و ضابطه: ما كان ممنوعا بقفل من حديد و نحوه أو غلق من خشب و ما فى معناه أو دفن فى العمران،أو كان مراعى بالنظر على اختلاف فى الأخير فقيل:بكونه حرزا،وقيل:لا كما هو ظاهر المتن و كثير.

و قيل: كما عن الشيخ فى النهايه (٢)ان كل موضع ليس لغير المالك و المتصرف فيه دخوله إلا ياذنه فهو حرز و نسبه جماعه إلى الأصحاب،و فى الغنيه الإجماع،و فى النصوص (٣)إيماء إليه،فهو غير بعيد لو لا- ما أورد عليه من النقض بالدور المفتحه الأبواب فى العمران و صاحبها ليس فيها،فان السارق فيها لا قطع عليه بلا خلاف كما فى السرائر.

و لذا عن ابن حمزه أنه كل موضع لا- يجوز لغير مالكة فيه الدخول أو التصرف بغير اذنه أو كان مغلقا أو مقفلا،و كأنه حاول الجمع بين النصوص،و لا بأس به و لكن مرجعه الى القول الأول،كالقول بأن الحرز ما يكون سارقه على خطر خوفا من

ص:٣٧٨

١- (١) المبسوط ٨-١٩.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-١٨،٥٠٨.

الإطلاع عليه، و عليه يختلف الحرز باختلاف الأموال وفاقا للأكثر، فحرز الأثمان و الجواهر الصناديق المقفله و الاغلاق الوثيقه فى العمران.

و حرز الثياب و ما خف من المتاع و آليات النحاس الدكاكين و البيوت المقفله فى العمران أو خرابها المقفله و ان كانت هى مفتوحه.

و الإصطبل حرز الدواب مع الغلق. و حرز الماشيه فى المرعى عين الراعى على ما تقرر، و مثله متاع البائع فى الأسواق و الطرقات. و احترز بالدفن فى العمران عما لو دفن خارجها، فان لا يعد حرزا و ان كان فى داخل بيت مغلق.

و لا يقطع من سرق من غير حرز ك المواضع المأذون فى غشيانها و الدخول إليها كالحمامات، و المساجد و الأرحيه مع عدم مراعاة المالك المسروق بالنظر، للنص (١)، و لا- خلاف فيه الا- من نادر، و ظاهر المتن عدم القطع فى المواضع المزبوره مطلقا، لإطلاقه ذلك و قوله بعده.

و قيل: انه إذا كان المالك مراعىا للمال بنظره كان محرزا و القائل جماعه و منهم الشيخ فى المبسوط (٢) و الخلاف، و ظاهر المتن و كثير العدم كما مر، و لعله أحوط.

و لا يقطع من سرق من جيب إنسان أو كفه الظاهرين، و يقطع لو كانا باطنين بلا خلاف أجده و فى الغنيه و عن الخلاف الإجماع عليه.

و لا- يقطع فى سرقة الثمر و هو على الشجر، و يقطع سارقه بعد صرمة و إحرازه بلا- خلاف فى الأخير، و على الأشهر فى الأول مطلقا، خلافا للفاضل و ولده و غيرهما فقيده بما إذا لم يكن الشجره فى موضع محرز كالدار

ص: ٣٧٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥٠٩، ح ٢.

٢- (٢) المبسوط ٨-٢٣.

و الا فالقطع، و لا يخلو عن وجه، و الأول أحوط.

و كذا لا يقطع فى سرقة مأكول عام سنه أى مجاعه، سواء كان مأكولا بالفعل أو بالقوه، بلا خلاف ظاهر، و نسبه فى الغنيه و السرائر إلى روايات (١) الأصحاب مشعرين بدعوى الإجماع.

و لا- فرق فى ظاهر إطلاق النص و الفتوى بين كون السارق غنيا أو فقيرا، و به صرح فى المسالك، و يحتمل الاختصاص بالثانى، لكن درء الحد بالشبهه يقتضى المصير إلى الأول.

و يقطع من سرق مملوكا بلا خلاف بيننا إذا كان صغيرا بل قيل: إجماعا، لأنه مال فيلحقه حكمه و شروطه من كونه محرزا و بلوغ قيمه النصاب.

و لو كان كبيرا مميزا فلا- قطع بسرقة، لانه متحفظ بنفسه الا أن يكون نائما أو فى حكمه، أو لا يعرف سيده عن غيره كما ذكره جماعه، بل لم أجد فيه خلافا الا من إطلاق العبارة.

و لو كان المسروق حرا فباعه السارق قطع وفاقا للنهائية (٢) و جماعه، بل المشهور كما قيل، خلافا للخلاف (٣) فلا- قطع عليه قال: للإجماع على أنه لا قطع إلا فى ما قيمته ربع دينار فصاعدا و الحر لا قيمه له، و يضعف بأن قطعه لفساده لا حدا بسرقة، و فى التعليل مع أصل الحكم نظر وفاقا لجمع فالأحوط الدرء.

و إطلاق المتن يقتضى عدم الفرق بين الصغير و الكبير، و قيده فى الأكثر بالأول، و تعليل المتن يساعده الأول زياده على إطلاق النص.

ص: ٣٨٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥٢٠، ب ٢٥.

٢- (٢) النهايه ص ٧٢٢.

٣- (٣) الخلاف ٣-١٩٨.

و يقطع سارق الكفن من الحرز و منه القبر بالنسبه إليه خاصه إجماعا كما فى كلام جمع، و على قطعه الإجماع فى الغنيه و السرائر.

و يشترط فى القطع به بلوغه النصاب مطلقا وفاقا للأكثر و قيل:

لا يشترط كذلك، و القائل الشيخ و القاضى و الفاضل فى القواعد لأنه أى قطعه ليس حد السرقة بل لحسم الجراه و فيه مناقشه، و ربما فصل بين المره الأولى فالأول و الثانیه و الثالثه فالثانى، و عليه الحلّى فى بعض كلماته، و هو ضعيف فالأول أظهر و أحوط.

و لو نبش و لم يأخذ الكفن عزر بما يراه الحاكم و لو تكرر منه النبش المجرد عن أخذ الكفن قطع كما فى النصوص (1) و لو فات النبش السلطان أى هرب منه فلم يقدر عليه جاز له كما فى كلام كثير و لغيره أيضا كما فى ظاهر إطلاق المتن قتله ردعا لغيره من أن ينال مثل فعله، بلا خلاف أجده الا من الشيخ فى كتابى الحديث (2) فلم يفرع القتل على الفوات من السلطان، بل على اقامه الحد عليه ثلاث مرات، و حكى أيضا عن غيره، و لم أقف على نص يقتضى من ذلك شيئا.

و ظاهر المتن عدم وجوب القتل كما هو ظاهر الأكثر، خلافا للمحكى عن الشيخ فأوجهه، و هو أحوط مع تكرر النبش مرات حد خلالها ثلاثا، و الافعل الترك أحوط.

الثالث: يثبت الموجب بالإقرار

الثالث: يثبت الموجب للقطع بالإقرار به مرتين أو بشهاده عدلين بلا خلاف.

و لو أقر به مره واحده عزر الذى أقر به بلا خلاف و لكن

ص: ٣٨١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥١٠، ب ١٩.

٢- (٢) التهذيب ١٠-١١٦، الاستبصار ٤-٢٤٦.

لم يقطع فى ما قطع به الأصحاب و عن الخلاف الإجماع، و هو غير بعيد و ان حكى عن المقنع (١)القطع به لعدم وضوحه، و فصل
الفاضل فى المختلف بين وقوعه عند الإمام فالثانى و عند غيره فالأول، و وجهه غير واضح.

و يشترط فى المقر: التكليف بالبلوغ و العقل و الحرية، و الاختيار بلا خلاف كما فى نظائره، و على اعتبار الحرية هنا الإجماع عن
الخلاف.

و الصحيح (٢)الوارد بقطع العبد لو أقر على نفسه مره عند الامام شاذ محمول على التقيه، و ربما حمل على محامل آخر أجودها
بعده تقييده بما إذا انضاف إليه إقرار المولى فقد أفتى به حينئذ جماعه، قيل: لأن الحق لا يعدوهما.

و يحتمل العدم بناء على أنه لا عبره بإقرار العبد أصلا، و فيه نظر فان عدم العبره انما هو لحق سيده، فإذا صدقه فكأنه أسقطه و
كان كما إذا قام البيئه عليه.

ثم ان عدم قبول إقراره انما هو بالإضافة إلى قطعه خاصه، و أما بالإضافة إلى الغرامه فيقبل و يتبع بالسرقة بعد الحرية، بلا خلاف
أجده. و هل يقطع حينئذ؟ و جهان، و الأقرب العدم.

و يتفرع على اشتراط الاختيار أنه لو أقر ب السرقة ل الضرب لم يجز أن يقطع.

نعم لو رد السرقة بعينها بعد الإقرار قطع وفاقا للنهائيه (٣) و جماعه، للصحيح (٤) و غيره، و فيهما مناقشه.

و قيل: كما عن الحلّى انه لا يقطع لتطرق الاحتمال بكونها عنده بالابتىاع أو الإيداع و هو أشبه بأصول المذهب و درء الشبهه
للحد، و اليه

ص: ٣٨٢

١- (١) المقنع ص ١٥١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٤٨٧، ح ٢.

٣- (٣) النهائيه ص ٧١٨.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٤٩٧، ح ١.

ذهب أكثر المتأخرين.

و لو أقر مرتين تحتم القطع و لا يجوز العفو عنه و لو أنكر و رجع عنه، وفاقا للحلى و جماعه، خلافا للنهائيه (١) و آخرين بل الأكثر فيسقط عنه القطع و فى الغنيه الإجماع، و للخلاف فلالإمام الخيار بين قطعه و العفو عنه مدعى عليه الإجماع.

و المسأله محل تردد، كما هو ظاهر التحرير، و مقتضاه المصير الى القول الوسط فإنه أحوط.

و ظاهر الأصحاب عدم الفرق هنا بين الرجوع و التوبه، فمن أسقط القطع حتما أو تخيرا فى الأول أسقطه فى الثانى أيضا، و من قال بالعدم قال به فى المقامين.

الرابع: فى الحد

الرابع: فى بيان الحد و كفيته.

و هو قطع اليد بالكتاب (٢) و السنه (٣) و إجماع الأمه، و يختص عندنا ب الأصابع الأربع من اليد اليمنى، و تترك له الراحة و الإبهام.

و لو عاد ف سرق بعد ذلك أيضا قطعت رجله اليسرى من مفصل القدم، و يترك له العقب.

و لو عاد ف سرق مره ثالثه حبس فى السجن دائما و أنفق عليه من بيت المال ان كان فقيرا.

و لو عاد ف سرق فى السجن قتل بلا خلاف فى شىء من ذلك فتوى و نصا (٤)، إلا فى موضع القطع من الرجل فقد اختلف فيه، و ظاهر المتن أنه مفصل

ص: ٣٨٣

١- (١) النهائيه ص ٧١٨.

٢- (٢) سوره المائده: ٣٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤٩٢، ب ٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٤٩٣، ح ٤.

القدم بينه و بين الساق، و صرح به الشيخان فى المقنعه و النهايه (١) و جماعه، خلافا للأكثر و منهم الشيخ فى المبسوط (٢) و الخلاف و البيان و السيدان و الحلى مدعين الإجماع فوسط القدم عند معقد الشركاء، و هو أظهر و أحوط.

بل يمكن إرجاع القول الأول إليه، لشواهد فى عبائر قائله تدل عليه، و لعله لم ينقله أكثر الأصحاب، بل عامه من وقفت على كلامهم عدا الفاضل فى المختلف حيث نقل القولين و رجح الأول منهما، و هذا و ان كان صريحا فى اختياره إياه لا يحتمل الإرجاع إلى المختار، الا أنه شاذ.

و لو تكررت السرقة من غير حد يتخللها كفى حد واحد إذا أقربها دفعه أو شهدت بهما البيئات كذلك، بلا خلاف كما فى الخلاف و فى الغنيه الإجماع، و ظاهر النص (٣) كون القطع للسرقة الأولى كما فى كلام جماعه و فى الغنيه الإجماع عليه.

و قيل: للأخيره كما فى كلام آخرين. و قيل: كل منهما عله مستقله كما فى المسالك و الروضه.

و تظهر الفائدة فى عفو المسروق منه، و ظاهره أيضا الاكتفاء بالحد الواحد لو شهدت بينه عليه بسرقة، ثم شهدت أخرى عليه بأخرى قبل القطع للأولى، و هو الأقوى.

و قيل: يقطع يده و رجله. و فيه نظر، و مقتضاه أيضا ثبوت قطع الرجل للثانيه إذا شهدت بيئتها بعد قطع اليد للأولى بيئتها، كما عليه فى النهايه (٤) و الخلاف

ص: ٣٨٤

١- (١) النهايه ص ٧١٧.

٢- (٢) المبسوط ٨-٣٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤٩٩، ح ١.

٤- (٤) النهايه ص ٧١٧.

و عليه الإجماع، خلافا للمبسوط و كثير فلا قطع هنا أيضا، و المسألة محل شبهه، و بها يكون الثانى أحوط و أولى.

و لا- يقطع اليسار مع وجود اليمنى بل يقطع اليمنى و لو كانت شلاء أو كانتا شلاءين وفاقا للأكثر، و فى الغنيه و الخلاف الإجماع، خلافا للمبسوط (١) و جماعه، فقيده بما إذا لم يخف معه التلف على النفس باخبار أهل العلم بالطب أنها متى قطعت بقيت أفواه العروق مفتحة و لا يخلو عن قوه، و للإسكافى فى قطعها مع شلل اليسار فمنعه، و هو شاذ.

و لو لم يكن له يسار قطعت اليمنى أيضا وفاقا للمشهور، خلافا للإسكافى فكشلاء اليسار لا يقطع معه اليمنى و لعله استند الى ما فى روايه (٢) صحيحه من أنه لا يقطع و ظاهر المتن شذوذها حيث لم ينقل قائلا بها.

و قال الشيخ فى النهايه (٣): و لو لم يكن له يسار قطعت رجله اليسرى، و لو لم يكن له رجل لم يكن عليه أكثر من الحبس و حجته غير واضحه و فى الكل من الروايه و ما فى النهايه تردد من صحه الروايه و أن الشيخ لا يقول الا عن ثبت و حجه، و من عدم مقاومه شىء منهما و لا سيما الثانى لأدله القول الأكثر، و لعله أظهر.

و لو لم يكن له يمين فهل يقطع اليسار، أم ينتقل الى الرجل مع فقدهما هل يجبس أم لا بل يعزر؟ و جوه و أقوال، أحوطها الاكتفاء بالتعزير.

هذا إذا ذهب يمينه قبل السرقة، و لو ذهب بعدها و قبل القطع بها لم يقطع اليسار قولاً واحداً.

ص: ٣٨٥

١- (١) المبسوط ٨-٣٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٠٢، ح ٣.

٣- (٣) النهايه ص ٧١٧.

و يسقط الحد بالتوبه قبل قيام اليينه على السرقة، و لا يسقط بعدها بلا خلاف فى الأول، و فى المسالك الإجماع، و على الأظهر الأشهر فى الثانى بل قيل: لا خلاف فيه، خلافا للحليين فأطلقا جواز عفو الامام له لتوبته بعد الرفع، و هو شاذ.

و هل يتخير الامام معها أى مع التوبه بعد الإقرار فى الإقامه للحد أو إسقاطه، أم يتعين عليه الحد، أم العفو؟ أقوال، و الاولى منها مبنى على روايه (١) فيها ضعف سندا و دلالة، لكنها معتضده بدعوى الإجماع على مضمونها فى الخلاف و الغنيه، الا أنها موهونه بشهره الخلاف بين الأصحاب.

و ان اختلفوا فى أن الأشبه تحتم الحد أو سقوطه، و لعله أرجح للشبهه الدارته.

و لا- يضمن الحاكم و لا- الحداد سرايه الحد الى عضو أو نفس أى حد كان حتى التعزير، فلا ديه له مطلقا وفاقا للأكثر، خلافا للمفيد فى حد الآدمى فيضمن الامام عليه السلام ديه المحدود على بيت المال، و فى مستنده ضعف. و قيل:

ان محل الخلاف هو التعزير دون الحد، أى لا ديه فيه بلا خلاف.

الخامس: فى اللواحق

الخامس: فى ذكر اللواحق، و فيه مسائل ثلاث:

الأولى: إذا سرق اثنان فصاعدا نصابا واحدا أو زائدا مع عدم بلوغ نصيب كل منهما النصاب قال المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهايه (٢) و الاتباع أجمع كما فى المسالك: انه يقطعان معا، و الظاهر أنه مذهب الأكثر و فى الانتصار و الغنيه الإجماع.

ص: ٣٨٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٣٢٧، ب ١٦.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٨.

وقال الشيخ فى المبسوط (١) والخلاف والحلى: اشتراط بلوغ نصيب كل واحد نصابا و عليه عامه متأخرى الأصحاب، و فى الخلاف الإجماع، و هو الأوفق بالأصل و الاحتياط.

الثانيه: لو سرق سرقتين موجبتين للقطع و لم يقطع بينهما و قامت الحججه عليه أى البيئه بالسرقه الأولى فأمسك ليقطع، ثم شهدت عليه ب السرقه الأخرى، قال الصدوق و الشيخ فى النهايه (٢) و الخلاف:

قطعت يده بالأولى و رجله بالأخرى، و به روايه (٣) صحيحه، و فى الخلاف الإجماع لكنه رجع عنه فى المبسوط، و تبعه الحلى و الفاضلان و الشهيدان و غيرهم من المتأخرين، و هو الأوفق بالأصل و الاحتياط.

و الاولى التمسك بعصمه الدم إلا فى موضع اليقين عملا بالنصوص المتواتره بدرأ الحد بالشبهات.

الثالثه: قطع السارق موقوف عندنا على مرافعه المسروق منه له الى الامام.

فلو لم يرافعه لم يرافعه الامام و لم يقطعه، و ان قامت عليه البيئه حسبه أو أقربها مرتين، و كذا لو علم بسرقته. و لو وهبه المالك العين بعد السرقه، أو عفى عن القطع قبل المرافعه سقط الحد.

و لو رافعه لم يسقط عنه الحد، و لو عفى أو وهبه قطع.

ص: ٣٨٧

١- (١) المبسوط ٨-٣٨.

٢- (٢) النهايه ص ٧١٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٤٩٩، ح ١.

(فى بيان حد المحارب)

و هو كل مجرد سلاحا كالسيف أو غيره كالحجر و نحوه فى بر أو بحر مصرا أو غيره ليلا أو نهارا، لإخافه السابله و المترددين من المسلمين مطلقا و ان لم يكن المحارب من أهلها أى أهل الإخافه بأن كان ضعيفا عنها، و لا من أهل الفتته و لا ذكرا على الأشبه الأقوى، و عليه عامه متأخرى أصحابنا بل فى ظاهر كنز العرفان (١) الإجماع، خلافا للشيخين فاشترطوا كونه من أهل الرية و للإسكافى فاشترط الذكور.

و يثبت ذلك بالإقرار من أهله و لو مره، أو بشهاده عدلين بلا اشكال و لا خلاف الا من الديلمى و المختلف فلم يكتفيا بالإقرار مره بل مرتين، و لا يخلو عن قوه.

و لو شهد بعض اللصوص على بعض و على غيرهما أو لهما لم تقبل شهادته قطعا.

و كذا لو شهد بعض المأخوذين لبعض منهم على القاطع عليهم الطريق مطلقا تعرض الشاهد لما أخذ منه أم لا على الأشهر الأقوى. و قيل: بالقبول لو لم يتعرض لما أخذ منه. و هو ضعيف، نعم لو لم يكن الشاهد مأخوذا احتمل قبول شهادته، و به صرح جمع من غير نقل خلاف.

و حده: القتل، أو الصلب، أو القطع مخالفا أى قطع اليد اليمنى و الرجل اليسرى كما يقطعان فى السرقة أو النفى من مصر الى آخر ثم الى

ص: ٣٨٨

آخر، و هكذا الى أن يتوب أو يموت بالكتاب (١) و السنه (٢) و الإجماع.

و للأصحاب اختلاف فى أنها على التخيير أو الترتيب، ف قال المفيد و جماعه بالتخيير و عليه أكثر المتأخرين عنه و منهم الماتن لقوله: و هو الوجه. و قال الشيخ و الإسكافى و الحلبي و ابن زهره و أتباع الشيخ كما فى النكت و غيره: بالترتيب بينها قال فى النكت، و ادعوا الإجماع عليه و عزى إلى الأكثر، و لكن اختلفوا فى النهايه (٣) و غيرها انه يقتل ان قتل.

و لو عفى ولى الدم قتل حدا لا قصاصا.

و لو قتل و أخذ المال استعيد منه عينه أو بدله و قطعت يده اليمنى و رجله اليسرى ثم قتل و صلب. و ان أخذ المال و لم يقتل قطع مخالفا و نفى. و لو جرح و لم يأخذ المال اقتص منه و نفى. و لو اقتصر على شهر السلاح مخفيا نفى لا غير و قيل فيها غير ذلك.

و لم أجد حجه على شىء من الكيفيات من النصوص (٤)، و ان دل أكثرها على الترتيب فى الجملة، لكن شىء منها لا يوافق شيئا منها، فهى شاذه مع ضعف أسانيدها جملة، لكنها مشهوره بين القدماء شهره عظيمه، و مع ذلك مخالفه لما عليه أكثر العامه.

و اختلافها فى كفيه الترتيب انما يضعف إثبات كفيته خاصه منها لا أصله فى مقابله القول بالتخيير بعد اتفاقها عليه، مع أن من جملة ما يدل عليه بحسب السند صحيح.

ص: ٣٨٩

١- (١) سورة المائده: ٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٣٢، ب ١ حد المحارب.

٣- (٣) النهايه ص ٧٢٠.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٨-٥٣٢، ب ١.

فالقول بالترتيب أقرب الى الترجيح، و لكن يبقى الكلام فى الكيفيه، و الأ-جود منها ما فى النهايه (1) لشهرتها و قبول النصوص التنزيل عليها. و على التخيير هل هو مطلق حتى فى صورته ما إذا قتل المحارب، فلإمام عليه السّلام فيها أيضا الاقتصار على النفى مثلا- كما هو ظاهر المتن و غيره أم يتعين فيها اختيار القتل كما صرح به المفيد و كثير؟ وجهان، أجمدهما: الثانى لكن قصاصا لا حدا.

فلو عفى ولى الدم أو كان المقتول ممن لا يقتص له من القاتل سقط القتل قصاصا و يثبت حدا مخيرا بينه و بين باقى الافراد.

و لو تاب قبل القدره عليه سقطت عنه العقوبه. و لو تاب بعد ذلك لم تسقط بلا خلاف كما فى نظائره و لم تسقط بالعقوبه ما يتعلق به من حقوق الناس كالقتل و الجرح و المال فى شىء من الحالين بلا خلاف و لا اشكال.

و يصلب المحارب حيا الى أن يموت على القول بالتخيير و اختاره الامام عليه السّلام، لأنه أحد أفراد الحد و قسيم للقتل، و هو يقتضى كونه حيا و مقتولا على القول الآخر المفصل، لان صلبه على هذا القول على تقدير قتله و أخذه للمال، و قد تقدم أنه يقتل أولا ثم يصلب.

و لا يجوز أن يترك المصلوب على خشبته أكثر من ثلاثه أيام من صلبه و لو ملفقه إجماعا فتوى و نصا (2) و ينزل بعد ذلك و يغسل و يحنط على القول بصلبه حيا و كذا على غيره ان لم يؤمر بالاعتسال قبل قتله، و ان أمر به قبله أو قبل الصلب سقط وجوب غسله كما فى نظائره.

و الفرق بين القولين على ما يفهم من الماتن هنا و فى الشرائع (3) و الفاضل

ص: ٣٩٠

١- (١) النهايه ص ٧٢٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٤١، ب ٥.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤-١٨٢.

فى القواعد وجوب تقديم الغسل على الثانى و عدمه على الأول، و وجهه غير واضح و لذا سوى بينهما جماعه.

و كيف كان يجب أن يكفن و يصلى عليه و يدفن إذا كان مسلما بلا خلاف منا، و للعامه قول بأنه لا يغسل و لا يصلى عليه.

و حيث ينفى المحارب اختيارا أو حتما ينفى بما هو الظاهر من معناه المصرح به فى كلام الأصحاب، مدعيا بعضهم الإجماع و أكثر الاخبار (١)، و هو أن يخرج عن بلده الى غيره و يكتب الى كل بلد يأوى إليه بالمنع عن مؤاكلته و مشاربته و مجالسته و معاملته حتى يتوب فان لم يتب استمر النفى الى أن يموت.

و نفيه عن الأرض كناية عن ذلك، و فى روايه: ان معناه إيداعه الحبس. كما عليه بعض العامه و ابن زهره، لكن مخيرا بينه و بين ما مر مدعيا الإجماع، و فيه نظر.

و فى أخرى: انه رميه فى البحر (٢)، ليكون عدلا للقتل و الصلب و القطع، قيل:

ينبغى حملها على ما إذا كان المحارب كافرا أو مرتدا عن الدين، فيكون الامام مخيرا بين قتله بأى نحو من أنحاء الأربعة شاء، و أما إذا كان جانيا مسلما غير مرتد، فإنما يعاقبه على نحو جنايته، و يكون معنى النفى ما سبق، و هو - كما سبق - فيه نظر.

و اللص بالكسر واحد اللصوص و هو السارق، و بالضم لغه محارب كما فى النص (٣) و فى السرائر الإجماع عليه، لكن فيه أن حكمه حكم المحارب و ظاهره الفرق بينهما و عدم كونه محاربا حقيقه، و هو كذلك. فلو تمكن الحاكم

ص: ٣٩١

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥٣٩، ب ٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٤٠، ح ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٨-٥٤٣، ح ١.

منه لم يحده حد المحارب مطلقا، إلا أن يتظاهر بذلك فهو محارب، و إلا فحكمه حكمه فى جواز دفعه و لو بالقتال و لو لم يندفع إلا بالقتل كان دمه هدرا، و إليه أشار بقوله:

و للإنسان دفعه عن نفسه مطلقا، و كذا عن ماله إذا تغلب عليه و غلب بالتشديد بمعنى ظن السلامه قالوا: يجب فى الأول و لو ظن على نفسه التلف، و هو حسن لإطلاق النص إلا إذا أمكن السلامه بالهرب فيجب عينا ان توقف عليه، أو تخيرا ان أمكن به و بغيره و كذا فى الثانى ان اضطر اليه و تضرر بفقدته ضررا يجب دفعه عقلا.

قيل: أو كان المال لغيره أمانه فى يده، و ربما وجب الدفع عنه مطلقا من باب النهى عن المنكر. و فيه نظر الامع عدم التعزير بالنفس، و إلا فلا يجب بل لا يجوز.

و الفرق بينه و بين النفس حيث يجب الدفع عنه دون المال، جواز المسامحه فيه دونه، و للصحيح (1) و غيره.

قالوا: و يجب أن يقتصر فى جميع ذلك على الأسهل، فان لم يندفع به فإلى الصعب، و إلا فعلى الأصعب. و هو حسن. فلو كفاه التنبيه على تيقظه بتنحى و غيره اقتصر عليه ان خاف من الصياح أن يؤخذ فيقتل أو يجرح. و لو كفاه الصياح و الاستغاثة فى موضع يلحقه المنجد اقتصر عليه، و إلا خاصمه باليد أو العصا، و إلا بالسلاح.

و لا ضمان على الدافع لو جنى على اللص فى هذه المراتب و يذهب دم المدفوع بالقتل هدرا إجماعا فتوى و نصا مستفيضا.

و كذا لو كابر امرأه أو جاريه على نفسها، أو غلاما ليفجر بهم

ص: ٣٩٢

فدفعه كل منهم فأدى الدفع الى تلفه أو دخل دارا فزجروه و لم يخرج، فأدى الزجر و الدفع الى تلفه، أو ذهاب بعض أعضائه لم يكن على الدافع ضمان لو راعى فى الدفع ما مر من مراتب الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر.

و لو ظن العطب و الهلاك بالدفع سلم المال و لم يجز له الدفع حفظا للنفس. و ظاهر المتن اختصاص جواز الترك بالمال دون النفس و العرض، و أنه يجب الدفع فيهما كما صرح به بعض الأصحاب فى النفس و لا- اشكال فيه. أما العرض فالظاهر جواز الاستسلام فيه حيثئذ كما فى صريح التحرير و غيره، و لو قتل الدافع كان كالشهيد فى الأجر كما فى النصوص (1).

و انما يجوز الدفع إذا كان مقبلا، فإذا ولى و ضربه كان ضامنا لما يجنيه اتفاقا.

و لا يقطع المستلب و هو الذى يأخذ المال جهرا و يهرب مع كونه غير محارب و لا المختلس و هو الذى يأخذ المال خفيه من غير الحرز.

و لا المحتال على أموال الناس بالتزوير فى الشهاده و الرسائل الكاذبه.

و لا المبنج و هو كما قيل من أعطى أحدا البنج حتى خرج من العقل ثم أخذ منه شيئا.

و لا من سقى غيره مرقدا أى منوما فأخذ منه شيئا، إجماعا فى الجميع على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر بل يستعاد منهم ما أخذوا و يعزرون بما يردعهم و يزجرهم.

ص: ٣٩٣

فى بيان حد إتيان البهائم و وطئ الأموات و ما يتبعه من الاحكام

و حد الاستمنا

اعلم أنه إذا وطئ البالغ العاقل المختار بهيمه مأكوله اللحم أى مقصوده بالأكل عاده كالشاه و البقره و نحوهما مما يسمى فى العرف بهيمه دون نحو الطير مما لم يسم بها فيه و ان سمي بها لغه كما عن الزجاج، اما لتقديم العرف على اللغه، أو التردد فى تقديم أيهما على الآخر فيدراً الحد بالشبهه، أو منع ما عن الزجاج مما ذكره جماعه من أنها لغه ذات الأربع من حيوان البر و البحر و هو الموافق للعرف حرم لحمها و لحم نسلها و لبنها.

و لو اشتبهت الموطوءه فى قطع محصور قسم نصفين و أقرع بينهما، بأن يكتب رقعتان فى كل واحده اسم نصف منهما، ثم يخرج على ما لمحرم، فإذا خرج أحد النصفين قسم كذلك و أقرع.

و هكذا حتى تبقى واحده فيعمل بها ما يعمل بالمعلومه ابتداء و هو أن تذبح و تحرق، و يغرم الواطئ قيمتها يوم الوطء ان لم تكن له البهيمه.

و لو كان المقصود و المهم ظهرها، كالبعغل و الحمار و الدابه، أغرم ثمنها ان لم تكن له أو مطلقا على اختلاف القولين الآتين فى التصديق به أو رده على الواطئ، و انما ذكر الشرط على مذهبه و أخرجت الى غير بلده الذى فعل فيه و بيعت وجوبا، بلا خلاف فى شىء من ذلك على الظاهر المصرح به فى بعض العبائر.

و لا إشكال فى التنصيف إذا كان العدد زوجا، و يشكل لو كان فردا، و على

النص يجب التنصيف ما أمكن، و المعترف فيه العدد لا القيمة، فإذا كان فردا جعلت الزائده مع أحد القسمين.

و فى لزوم الصدقه بثمانها الذى بيعت به على الفقراء، كما عن المفيد و ابن حمزه أم دفعه الى الواطئ كما عن الحلبي و الشيخ قولان، و الأشبه بالأصول الثانى من أنه يعاد عليه و هذا الأصل فى محله ان كان الفاعل هو المالك، و ان كان غيره فالظاهر أن تغريمه القيمة يوجب ملكه للبهيمه، و الا لبقى الملك بغير مالك، أو يجمع المالك بين العوض و المعوض عنه، و هو غير جائز.

و يعزر الواطئ بما يراه الحاكم على التقديرين أى سواء قلنا بالتصديق أو بالرد على الواطئ كما هو ظاهر المتن، أو سواء وطئ مأكوله اللحم أو غيرها، كما هو مقتضى النصوص (1) و الفتاوى من غير خلاف بينها فى ثبوت العقوبه على الواطئ مطلقا، و ان اختلف فى تقديرها بما ذكرنا، كما هو ظاهر أكثرها بل عليه عامه متأخرى أصحابنا. أو بخمسه و عشرين سوطا ربع حد الزانى كما هو فى الصحيح (2)، أو بتمام حده كما فى مثله و غيره، أو بالقتل مطلقا كما فيهما، و الأقوى ما ذكرنا.

و يثبت موجب هذا الحكم بشهاده عدلين، أو الإقرار مره وفاقا للأكثر، خلافا للحلى و ابن حمزه فاشترط الإقرار مرتين، و يظهر من المختلف الميل اليه، و لا يخلو عن قوه، هذا بالإضافة إلى العقوبه.

و أما بالنسبه إلى باقى الاحكام، فالظاهر ثبوته بالإقرار مره إذا كانت الدابه لنفسه، و الا فلا يثبت بإقراره و ان تكرر، سوى ما يتعلق به من التعزير دون التحريم

ص: ٣٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٨-٥٧٠، ب ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٨-٥٧٠، ح ١.

الا عليه و البيع الا أن يصدقه المالك فيثبت باقي الاحكام.

و لا يثبت بشهادة النساء منفردات و لا منضمت بلا خلاف.

و لو تكرر الوطء مع التعزير ثلاثا قتل في الرابعه و قيل في الثالثه.

و وطئ المرأه الميته كوطء الحيه في الحد و اعتبار الإحصان و غير ذلك بلا خلاف، بل في ظاهر بعض الإجماع، و في الانتصار (١) و السرائر الإجماع على أنه زنا و لكن يغلظ في العقوبه هنا اتفاقا، لان الفعل فيه أفحش قطعا.

و لو كانت الميته زوجته و أمته المحلله له فلا حد عليه و لكن يعزر كما قطع به الأكثر، بل لا خلاف فيه يظهر، للأصل في الأول، و انتهاكه حرمتها في الثاني كما قالوه، و ظاهرهم الاتفاق على حرمة وطئها بعد الموت.

و لا يثبت إلا بأربعة شهود ذكور عدول وفاقا للمشهور، بل لعله لا خلاف فيه بين المتأخرين، خلافا للشيخين و ابن حمزه و جماعه فقالوا: يثبت بشهادة عدلين.

و مستندهم غير واضح عدا ما في روايه أنه يكفي اثنان لأنهما شهاده على فعل واحد لكنها مع عدم ورودها في المقام بالخصوص، و انما سئل فيها كيف صار القتل يجوز فيه شاهدان و الزنا لا يجوز إلا بأربعة شهود و القتل أشد من الزنا؟ فقال: لان القتل فعل واحد و الزنا فعلا، فمن ثم لا يجوز إلا بأربعة شهود على الرجل شاهدان و على المرأه شاهدان (٢).

قاصره السند مضعفه التعليل بانتقاضه بالوطئ الإكراهي و الزنا بالمجنونه

ص: ٣٩٤

١- (١) الانتصار ص ٢٥٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٠٣، ح ١.

فإنهما كذلك مع اشتراط الأربعة فيهما إجماعاً، لتحقق اعتبار العدد من غير تعليل بل في كثير من النصوص ما ينافي التعليل، فالقول الأول أقرب الى الترجيح، سيما مع اعتضاده بالشبهه الدارثه، والإقرار هنا تابع للشهاده بلا خلاف، فمن اعتبر فيها أربعاً اعتبره فيه، و من اكتفى بالاثنتين اكتفى بهما في المقامين.

و من لاط بميت كان كمن لاط بحى سواء فى الحد و لكن يعزر هنا زياده على الحد المقرر له من القتل أو الجلد بلا خلاف.

و من استمنى أى استدعى إخراج المنى بيده أو بشيء من أعضائه أو أعضاء غيره سوى الزوجه و الأمه المحلله عزز بما يراه الامام و الحاكم لفعله المحرم إجماعاً.

و يثبت هذا الفعل بشهاده عدلين، أو الإقرار مرتين بلا خلاف و لو قيل: يكفى الإقرار مره كما عليه الأكثر كان حسناً و يحتمل اعتبار المرتين كما يفهم من الحلّى، و لا يخلو عن وجه كما مر.

ص: ٣٩٧

كتاب القصص

اشاره

ص: ٣٩٩

(كتاب القصاص) بالكسر، و هو اسم لاستيفاء مثل الجنايه من قتل، أو ضرب، أو جرح، و أصله اقتفاء الأثر، فكأن المقتص يتبع أثر الجاني فيفعل مثل فعله.

و هو اما فى النفس، و اما فى الطرف فالكلام فى الكتاب يقع فى قسمين:

الأول: فى القود فى النفس

اشاره

الأول: فى القود فى النفس، و هو بفتح الواو القصاص.

و موجه: إزهاق البالغ العاقل أى إخراج النفس المعصومه التى لا يجوز إتلافها المكافئه لنفس المزهق لها فى الإسلام و الحريه و غيرهما مما يأتى عمدا قيد للإزهاق، أى اذهاقها فى حال العمد.

و زاد جماعه قيد «العدوان» احترازا عن نحو المقتول قصاصا، و لعله مستغنى عنه بحصوله ب«المعصومه».

و يتحقق العمد بالقصد الى القتل بما يقتل و لو نادرا مع حصوله، بلا خلاف أجده صريحا، و ان نقوله من اللمعه حيث نسب ما فى المتن الى القيل مشعرا بتمريضه أى مترددا فيه، و لعله ينشأ: من أن العمد يتحقق بقصد القتل

لغه و عرفا من غير نظر الى الإله، فيدخل في عموم الأدله، مضافا الى المعتبره (١) المستفيضه.

و من الاحتياط و أنه لما لم يكن الإله مما يقتل عادة فمجمعه المقصد معها كالقصد بلا ضرب، مضافا الى المعتبره (٢) الأخر المستفيضه الداله على عدم العمد بضرب الرجل بالعصا و الحجر بضربه واحده فمات بها قبل أن يتكلم و غيرها، و الأول أقوى.

و قوله: أو القتل بما يقتل غالبا عطف على القصد، بدليل قوله: و ان لم يقصد القتل بل قصد الفعل خاصه، فإنه عمد أيضا بلا خلاف، و فى ظاهر الغنيه الإجماع، و علل زياده على النص المستفيض بأن القصد الى الفعل كالقصد على القتل، و هو حسن.

و لو قتل بما لا يقتل غالبا و لم يقصد القتل به بل قصد الفعل خاصه فاتفق قتله به فالأشهر كما هنا و فى المسالك أنه خطأ شبه عمد، و هو أظهر و عليه عامه من تأخر، و فى الغنيه الإجماع، خلافا للمحكى عن المبسوط (٣).

فعمد كالسابق، اما مطلقا، أو فى الأشياء المحدوده خاصه على اختلاف النقلين عنه.

و مثال الفرض هنا كالضرب بالحصاه الصغير و العود الخفيف و نحوهما من غير مقتل بغير قصد القتل.

أما الرمى بالحجر الغامر أى الكابس على البدن لثقله أو السهم المحدد فإنه يوجب القود لو قتل مطلقا و لو لم يقصد القتل به بعد أن قصد به المقتول.

و كذا لو ألقاه فى النار فمات منها أو ضربه بعضا مكررا ما لا يحتمله

ص: ٤٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٤، ح ٢ و ١٠ و ١٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٤، ح ٢ و ١٠ و ١٢.

٣- (٣) المبسوط ٧-١٩.

مثله أى مثل المقتول بالنسبه إلى بدنه لصغره أو مرضه و زمانه لشده الحر و البرد.

أو ألقاه إلى الحوت فابتلعه، أو الى الأسد فافترسه فجميع ذلك عمد يوجب القود لانه كالاله للقتل عادة توجهه غالبا و ان لم يكن مقصودا، بلا خلاف فى شىء من ذلك ظاهرا.

و نحو الإلقاء فى النار للقتل الطرح فى اللجه فى الحكم بالقود، الا أن يعلم قدره الملقى على الخلاص منهما لقتلتهما أو كونه فى طرفهما يمكنه الخروج بحرکه ما، فيتترك فلا قود هنا.

و لو أمسك واحد شخصا و قتله آخر، و نظر إليهما ثالث، فالقود على القاتل، و يحبس الممسك أبدا حتى يموت و تفقأ عين الناظر كما فى النبوى (١) صلى الله عليه و آله، و فى صريح الغنيه و عن الخلاف (٢) الإجماع، و كذا فى صريح الروضه و ظاهر المسالك لكن فى الحكمين الأولين، و بهما وقع التصريح فى الصحيحين (٣) و غيرهما.

و لو أكره حرا على القتل، فالقصاص على القاتل المباشر، لانه القاتل عمدا ظلما لاستبقاء نفسه لا المكره.

و كذا أى من هذا الباب لو أمره بالقتل، فالقصاص على المباشر خاصه و يحبس الأمر أبدا حتى يموت فى المشهور، و فى الروضه و غيرها الإجماع للصحيح (٤)، و يستفاد منه عدم تحقق الإكراه فى القتل كما عليه الأصحاب

ص: ٤٠٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٣٥، ح ٣.

٢- (٢) الخلاف ٣-٩٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٣٥، ح ١ و ٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-٣٢، ح ١.

و فى كلام جمع الإجماع، هذا إذا كان المكره بالغاً عاقلاً.

و لو أكره الصبى غير المميز و المجنون، فالقصاص على مكرهما على الأقوى و لا فرق فيهما بين الحر و العبد.

و لو أكره الصبى المميز فلا قود عليه مطلقاً على الأشهر الأقوى كما سيأتى، و لا على المباشر، و لا فرق فيه أيضاً بين كونه حراً أو عبداً، و ان افترقا بالإضافة إلى الديه عند جماعه، فجعلوها على العاقله فى الأول، و متعلقاً بالرقبه فى الثانى.

و لو كان المأمور القاتل عبده أى عبد الأمر ف فى القود منه و حبس المولى مخلداً أم العكس قولان، أشبههما بين المتأخرين أنه أى العبد كغيره من الأحرار، يقاد منه مع بلوغه و عقله و يخلد السيد فى السجن و من السيد مع جنونه أو صباوته و عدم تميزه، و لا يقاد منهما إذا كان صبياً مميزاً.

و المروى (١) فى المعتبرين أنه يقتل به السيد الأمر و يخلد العبد السجن، و عمل بهما الإسكافى بشرط كون العبد جاهلاً أو مكرهاً، و هو شاذ كالخبرين.

و قال الشيخ فى الخلاف (٢) و تبعه الحللى ان كان العبد القاتل بأمر الغير صغيراً أو مجنوناً سقط القود عن المأمور لنقصه و عن الأمر لعدم قتله و وجبت الديه على المولى لئلا- يبطل دم المقتول، و اضطرب كلامه فى المبسوط (٣): فتاره أو جب القود على الأمر حراً كان المأمور أو عبداً، و أخرى أو جب الديه على عاقله المأمور حراً أو عبداً، و عن ابن حمزه تفصيل آخر مذكور فى الشرح.

ص: ٤٠٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٣٣، ب ١٤.

٢- (٢) الخلاف ٣-٩٨.

٣- (٣) المبسوط ٢-٤٢.

و لو جرح جان عمدا فسرت الجنايه إلى النفس فقتل المجروح دخل قصاص الطرف في قصاص النفس اتفاقا.

أما لو جرحه و قبله بعد ذلك ف في الدخول مطلقا و عدمه كذلك قولان، أحدهما: أنه لا يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس كما عليه الحلّي و جماعه.

و القول الآخر أنه يدخل كما عليه آخرون، و منهم الشيخ في موضع من الخلاف و المبسوط (١) و لكن في موضع آخر منهما كالأول.

و فصل في النهايه (٢) فقال: ان فرقه أي الجرح و الضرب واحدا بعد واحد لم يدخل و الا دخل، و عليه الفاضلان في جملة من كتبهما، و شيخنا في المسالك و الروضه، مدعيا فيهما كونه قول أكثر المتأخرين.

و مستندا أي النهايه روايه (٣) محمد بن قيس الصحيحه اليه، و لكنه مشترك و ان احتمل كونه الثقه، و نحوها روايه أخرى صحيحه، فلا بأس بالعمل بهما، سيما في التداخل مع اتحاد الضرب بل ينبغي القطع به، و ظاهر المتن و جماعه التوقف في المسأله، و لا وجه له.

و تدخل ديه الطرف في ديه النفس إجماعا.

مسائل من الاشتراك

اشاره

مسائل أربع من مسائل الاشتراك في الجنايه:

الاولى: لو اشترك جماعه في قتل حر مسلم

الاولى: لو اشترك جماعه في قتل حر مسلم بأن القوه من شاهق أو في بحر، أو جرحوه جراحات مجتمعه أو متفرقه- و لو مختلفه كيفيه و كميه- فمات بها فللولي أي ولي المقتول قتل الجميع مع التكافؤ و يرد على كل واحد منهم ما فضل عن ديته فيأخذ كل منهم ما فضل عن ديته عن جنايته.

ص: ٤٠٥

١- (١) المبسوط ٧-٢١.

٢- (٢) النهايه ص ٧٧٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٨٢، ب ٥١.

و له قتل البعض أيضا و يرد الآخرون الباكون من الدية ب قدر جنائيتهم،فان فضل للمقتولين فضل عما رده شركاؤهم قام به الولي فلو اشترك ثلاثة في قتل واحد و اختار وليه قتلهم أدى إليهم ديتين يقتسمونها بينهم بالسوية فنصيب كل واحد منهم ثلثا ديه و يسقط ما يخصه من الجنايه و هو الثلث الباقي.

و لو قتل اثنين أدى الثالث ثلث الدية عوضا عما يخصه من الجنايه،و يضيف إليه الولي ديه كامله ليصير لكل واحد من المقتولين ثلثا ديه،و هو فاضل ديته عن جنايته،و لأن الولي استوفى نفسين بنفس فيرد ديه نفس.و لو قتل واحد أدى الباقيان الى ورثته ثلثي الديه،و لا شيء على الولي.

و ان كان فضل منهم لقصور ديتهم عن ديه المقتول،بأن كانوا عبيدين أو امرأه حره و أمه و قتلوا رجلا و نقصت القيمه عن الديه كان الفاضل من ديه المقتول على ديتهم له أى للولي.و الأصل فى جميع ذلك إجماعنا و أخبارنا (1)عدا شاذ منها دال على أن المراد أنه ليس له ذلك،الا بشرط أن يرد ما يفضل عن الديه،و لا بأس جمعا بين الأدله.

الثانيه:يقتص من الجماعه فى الأطراف كما يقتص فى النفس

الثانيه:يقتص من الجماعه فى الأطراف كما يقتص منهم فى النفس بلا اشكال.

فلو قطع يده جماعه كان له أى للمقطوع التخيير فى قطع يد الجميع،و يرد فاضل الديه أى ديه يده عليهم يقتسمونه بينهم بالسويه.

و له قطع يد البعض منهم واحدا أو متعددا و يرد عليهم أى على المقطوعين،و انما جمع الضمير تنبيها على ما ذكرنا من دخول المتعددين فى البعض الذى له الخيار فى قطعهم البعض الآخرون بقدر جنائيتهم،فان فضل للبعض المقطوع فضل،بأن تعدد قام به المجنى عليه.

ص:٤٠٦

و بالجمله الأمر هنا كما سبق في مسأله النفس من دون فرق بينهما،الا من حيث أن الشركه في النفس يتحقق بموته بالأمرين أو الأمور،سواء اجتمعت أو تفرقت،و هنا لا- يتحقق الا مع حدوث الفضل منهم أجمع،اما بأن يشهدوا على ما يوجب قطع يده ثم يرجعوا،أو يكرهوا إنسانا على قطعه،أو يلقوا صخره على طرفه فيقطعه،أو يضعوا حديده على المفصل و يعتمدوا عليها جميعا و نحو ذلك.

فلو قطع كل واحد منهم جزءا من يده،لم يقطع أحد منهم،بل يكون على كل واحد منهم حق جنايته لانفراده بها.

و كذا لو وضعوا منشارا و نحوه على عضوه و مده كل واحد منهم مره الى أن حصل القطع،لان كل واحد منهم لم يقطع بانفراده و لم يشارك في قطع الجميع فإن أمكن الاقتصاص من كل منهم على حده ثبت بمقدار جنايته و الا فلا.

الثالثه: لو اشتركت في قتله امرأتان

الثالثه: لو اشتركت في قتله أى في قتل الحر المسلم امرأتان قتلتا به و لا- رد هنا إذا لا- فاضل لهما عن ديته،بناء على أن المرأه نصف الرجل و ديتها نصف ديته كما يأتى.و كما أن للولى قتلها معا،كذا له قتل إحداهما و ترد الأخرى ما قابل جنايتها على الولى،و لا شىء على المقتوله أصلا لاستيفائها بجنايتها بدل نفسها.

و لو كن أى النسوه المشتركات فى القتل أكثر من امرأتين رد الولى عليهن الفاضل عن ديته ان قتلهن أجمع،فإن كان ثلاثا و قتلهن رد عليهن ديه امرأه بينهن بالسويه،أو أربعا فديه امرأتين كذلك و هكذا.

و ان قتل بعضا منهن رد البعض الآخر ما فضل عن جنايته.فلو اختار فى الثلاث قتل اثنتين ردت الباقيه ثلث ديه بين المقتولين بالسويه،لأن ذلك هو الفاضل لهما عن جنايتهما و هو ثلث ديتهما،أو قتل واحده ردت الباقيتان على

المقتوله ثلث ديتهما و على الولي نصف ديه الرجل، لان جنائتهما توازي ثلثي ديه الرجل، و أولياؤه قد استوفوا بقتل الواحده نصفها، بقى لهم النصف الآخر يستوفونها من الباقيتين، و كل منهن انما حيث الثلث، فزادت ديه كل على جنائتها بقدر ثلث ديتهما.

و لو اشترك فى قتله رجل و امرأه حران فلولي قتلتهما بعد أن ترد فاضل ديته من صاحبه و هو نصفها إجماعا و يختص الرجل بالرد وفاقا للأكثر و عامه من تأخر.

و خالف فى ذلك المفيد حيث جعل الرد بين الرجل و المرأه أثلاثا للرجل ثلثان و للمرأه ثلث، و فى مستنده ضعف.

و لو قتل الولي الرجل ردت المرأه عليه نصف الديه لأنه مقدار جنائتها.

و لو قتل المرأه خاصه فلا رد لها إذ لا فاضل لها عن جنائتها و له أى للولي مطالبه الرجل الباقي بنصف الديه فى مقابل جنائته، بلا خلاف فى المقامين، الا من النهايه (١) و القاضى فى الأول فأوجبا على المرأه رد ربع الديه و هو نصف ديتهما، و فى مستنده ضعف.

الرابعه: لو اشترك حر و عبد

الرابعه: لو اشترك فى قتله حر و عبد، قال الشيخان فى النهايه (٢) و المقنعه (٣) و القاضى: ان له أى للولي قتلتهما و يرد على سيد العبد قيمته، و له قتل الحر خاصه و يرد عليه أى على الحر المقتول سيد العبد خمسه آلاف درهم، أو يسلم العبد إليهم أى إلى أولياء الحر الشريك فى القتل أو

ص: ٤٠٨

١- (١) النهايه ص ٧٤٥.

٢- (٢) نفس المصدر.

٣- (٣) المقنعه ص ١١٩.

يقتل العبد خاصه و ليس لمولاه على شريكه الحر سبيل و لا خلاف و لا إشكال فى جواز قتلها معا أو قتل أحدهما.

و انما الإشكال فى ما ذكره فى صورته قتلها معا من رد قيمه العبد الى سيده خاصه من وجهين، و فى صورته الثانيه من رد السيد على الحر نصف الديه، فإنه على إطلاقه لا وجه له أيضا.

و الحق الذى يقتضيه قواعد الأصحاب فى الجنائيات و عليه عمل أكثرهم بل جميع المتأخرين أن نصف الجنايه على الحر و نصفها على العبد بمقتضى الشركه فلو قتلها المولى رد على الحر نصف ديته لانه الفاضل عن جنايته و على مولى العبد ما فضل عن قيمته عن نصف الديه ان كان له فضل ما لم يتجاوز ديه الحر، فيرد إليها و ان لم يكن له فضل، فلا شىء للمولى و ان نقص عنه فلا شىء عليه.

و ان قتل الحر يرد مولى العبد عليه أى على الحر شريكه فى القتل نصف الديه بل أقل الأمرين منه و من القيمه، و يلزم المولى هنا كمال نصف الديه لأولياء الحر، و لا يلزم على المولى بل عليه أقل الأمرين خاصه أو دفع العبد إليهم يسترقونه، و ليس لهم قتله إجماعا. و يختصون بالعبد ما لم تزد قيمته عن النصف و الافتكون الزيادة للمولى و يكون معهم شريكا بالنسبه.

و لو قتل العبد رد شريكه الحر على المولى ما فضل عن نصف الديه ان كان فى قيمه العبد فضل عن جنايته، بأن تجاوزت قيمته نصف ديه الحر.

ثم ان استوعب قيمته الديه، فله جميع المردود من الحر. و ان كانت أقل فالزائد من المردود عن قيمته بعد حط مقابل جنايته للمولى المقتول. و ان لم يكن فيها فضل، بأن كانت نصف ديه الحر أو أنقص رد الحر عوض جنايته و هو نصف

الديه على الولي ان شاء، و الا قتله الولي ان لم يعف عنه و رد عليه نصف ديته.

و لو قتلت امرأه حره و عبد على الشركه رجلا حرا فعلى كل واحد منهما نصف الديه لاشتراكهما فى الجنايه، و للولى الخيار فى قتلها معا أو أحدهما.

فلو قتلها أو قتل العبد خاصه، فلا رد على المرأه و أما العبد فان كانت قيمته بقدر جنايته فلا رد على مولاه أيضا فإن زادت قيمته عن جنايته ردت المرأه أو الولي على مولاه الزيادة ما لم تزد على الديه فترد إليها، و لو قصرت الزيادة عنها ردت المتمم لها على الولي، و لو قتل المرأه خاصه رد السيد على الولي نصف الديه ان بلغه قيمه العبد، و الا فلا شىء عليه له سوى القيمه أو دفع العبد إليهم ليسترقوه.

القول فى الشرائط المعبره فى القصاص

اشاره

القول فى الشرائط المعبره فى القصاص، و هى خمس:

الأول: التساوى فى الحره

اشاره

الأول: التساوى فى الحره و الرقيه فلا يقتل الحر بالعبد بل بالحر مثله و لا رد هنا إجماعا و كذا يقتل بالحره لكن مع الرد من وليها عليه نصف ديته.

و تقتل الحره بالحره إجماعا و لا رد كما فى نظيره و بالحر إجماعا و هل يؤخذ منها أى من الحره فى الفرض الأخير الفضل من ديه الرجل الذى قتلت به و هو نصف ديته كما وجد فى بعض الروايات (١)؟ الأصح أنه لا يؤخذ منها، بل لا خلاف فيه يظهر، الا ما يحكى عن الراوندى، من العمل بالروايه (٢) فى صورته يسارها و لا مع إعسارها، و هو كالروايه شاذه، و مع ذلك ترددها الصحاح الصراح المستفيضه، معلله بأن الجانى

ص: ٤١٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٥٩، ب ٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٦٢، ح ١٧.

لا يجنى أكثر من نفسه.

و تتساوى المرأة و الرجل فى الجراح قصاصا و ديه حتى يبلغ ثلاث ديه الحر أو يتجاوز على الاختلاف فتتصف بعد ذلك ديتها و يقتص لها منه مع رد التفاوت عليه و له منها و لا رد عليها مطلقا كما فى قصاص النفس بلا خلاف فى شىء من ذلك الا ما مر.

و اعتبار البلوغ الى الثلث مذهب الأكثر و عن الخلاف الإجماع، خلافا للنهايه (١) و السرائر (٢) و غيرهما فاعتبروا التجاوز، و الأظهر الأول، يحتمل عدم ظهور خلاف فيه يعتد به كما بينته فى الشرح.

و على التقديرين فلو قطع أربعا من أصابعها لم يقطع منه الأربع إلا بعد رد ديه الإصبعين، و هل لها القصاص فى الإصبعين من دون رد؟ وجهان، من إيجاب قطع إصبعين ذلك فالزائد أولى، و من النص (٣) الدال على أنه ليس لها الاقتصاص له فى الجنايه الخاصه إلا بعد الرد.

و يقوى الاشكال لو طلبت القصاص فى الثلاث و العفو فى الرابعه، و عدم إجابتها هنا أقوى.

هذا إذا كان القطع بضربه واحده، و لو كان بأزيد من ضربه ثبت لها ديه الأربع و القصاص فى الجميع من غير رد، لثبوت الحكم بالسابق فيستصحب و كذا حكم الباقي.

ص: ٤١١

١- (١) النهايه ص ٧٤٥.

٢- (٢) السرائر ص ٤٢٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٢٢، ب ١.

و يقتل العبد بالعبد كما فى صريح الكتاب (١) و السنه (٢)، و بالأمه و الأمه بالأمه و بالعبد بلا خلاف و هل يشترط التساوى فى القيمه فلا- يقتص من الجانى مع زياده قيمته الا- بعد رد الزياده أم لا- يشترط؟ وجهان، و الثانى أوفق بإطلاق النص و كلام الأصحاب.

و لا- يقتل الحر بالعبد و لا- بالأمه مطلقا و لو كانا لغيره بل يلزم الحر قيمته لمولاه يوم قتله بإجماعنا فتوى و نسا مستفيضا و إطلاقهما بلزوم القيمه مقيدا بما إذا لا يتجاوز ديه الحر فان مع التجاوز يرد إليها بإجماعنا أيضا فتوى و نسا.

و لو اختلفا أى الجانى الحر و مولى المجنى عليه فى القيمه، فالقول قول الجانى مع يمينه للأصل و الصحيح (٣) و يعزر القاتل بما يراه الحاكم و تلزمه الكفاره لقتل المؤمن عمدا، و هى عتق رقبه و صيام شهرين متتابعين و إطعام ستين مسكينا، بلا خلاف فى شىء من ذلك فتوى و نسا.

و لو كان العبد المجنى عليه ملكه أى ملك الجانى عزر و كفر و لا يقتل به كما لو كان ملك غيره و لا فرق فى الجانى هنا بين كونه حرا أو عبدا، كما يقتضيه إطلاق العبارة و غيرها من سائر الفتاوى، و بهذا يحسن تخصيصه بالذكر، مع معلوميه عدم قتل الحر بالعبد مطلقا، لكنه يتوجه على القول بملكه العبد لا مطلقا. و يحتمل التخصيص وجها آخر، و هو الاتفاق على غرامه الجانى قيمه المجنى عليه إذا كان لغيره، و الاختلاف فيها لو كان له، فبين مفت بها مع التصديق على الفقراء كأكثر القدماء، بل لم نر فيهم مخالفا عدا الإسكافى، فإنه أورده

ص: ٤١٢

١- (١) سوره البقره: ١٧٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٣٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٥٣، ب ٧.

بصيغته «روى» مشعرا بالتردد كالماتن، لقوله:

و فى التصديق بقيمته روايه (١) فيها ضعف سندا بجماعه، و ليس فى محله فان ضعفها مجبور بالشهره العظيمه التى كادت تكون إجماعا، بل لعلها إجماع فى الحقيقه، كما ربما يستفاد من الغنيه الإجماع، و مع ذلك مرويه فى الفقيه (٢) بطريقه إلى السكونى، و هو قوى و معتضده بالمرسل و غيره.

و قد بسطنا الكلام فى المسأله بما لا مزيد عليه فى الشرح، من أراد الزياده فليلاحظه ثمه.

ثم ان ما ذكرنا من عدم قتل الحر بالعبد مطلق عند الأكثر و لكن فى روايه بل روايات (٣) ان اعتاد الجانى ذلك أى قتل العبد قتل به و بمضمونها أفتى بها جماعه من الأصحاب.

و منهم ابن زهره نافيا الخلاف عنه فى ظاهر كلامه، قال: لفساده فى الأرض لا على وجه القصاص. و كذا لو كان معتادا لقتل أهل الذمه، و لا بأس به.

و ديه الأمه المملوكه قيمتها ما لم تتجاوز ديه الحره و ترد إليها مطلقا لذكر كانت أم لأنتى كما فى العبد، بلا- خلاف بل قيل: إجماعا.

و كذا لا يتجاوز بديه العبد الذمى ديه الحر منهم أى من أهل الذمه و لا بديه الأمه الذميه ديه الحره الذميه سواء كان المولى مسلما أم ذميا، كما يقتضيه إطلاق المتن و به صرح بعض، خلافا للفاضلين فى جمله من كتبهما فقيدها بما إذا كان المولى ذميا، و لو كان مسلما اعتبارا فى ديه عبد الذمى عدم تجاوز ديه الحر المسلم، و تبعهما الشهيد الثانى من غير نقل خلاف،

ص: ٤١٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٦٩، ح ٢.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ٤-١١٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٦٩، ب ٣٨.

فان تم إجماعا و الا فوجهه غير واضح.

و لو قتل العبد حرا عمدا قتل به اتفاقا، سواء كان مولاه أم غيره، و يفرق بينهما فى قتله خطأ بثبوت الديه للحر المجنى عليه إذا لم يكن مولاه و عدمه لو كان مولاه.

و لم يضمن مولاه جنايته، بل تتعلق برقبته و يكون ولى الدم بالخيار بين قتله و استرقاقه بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده، بل عليه الإجماع فى الغنيه للمعتبره (١)، و إطلاقها يقتضى جواز الاسترقاق و لو مع عدم رضا المولى، كما صرح به جماعة، و ربما احتمل التوقف على الرضا، و الأول أقوى.

و ليس للمولى فكه مع كراهيه المولى كما ليس للقاتل دفع الديه إلى ولى المقتول الا برضاه.

و لو جرح العبد حرا، فللمجروح القصاص منه و ان شاء المجروح استرقه ان استوعبته الجنايه بحيث لا يبقى بعد إخراجها شىء من القيمه.

و ان قصرت الجنايه عن قيمته استرق المجنى عليه منه بنسبه الجنايه، أو يباع العبد فيأخذ من ثمنه حقه من أرش الجنايه.

و لو افتداه المولى و أراد فكه فداه بأرش الجنايه بلا- خلاف أجده إلا- فى الحكم الأ-خير فليل به كما فى المتن، و اليه ذهب كثير، و فى الخلاف الإجماع و قيل: بفكه بأقل الأمرين من القيمه و أرش الجنايه، لأن الجانى لا يجنى أكثر من نفسه و المولى لا يعقل مملوكه. و الأول لعله أظهر.

و يقاد العبد لمولاه فيقتص له منه لو جنى عليه متعمدا ان شاء المولى للمولى الاقتصاص منه.

ص: ٤١٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٥٥، ح ٣ ب ٨.

و لو قتل عبدا مثله أو جرحه عمدا، فإن كانا أى العبدان لو أحد فالمولى بالخيار بين الاقتصاص من الجانى منهما أو العفو عنه و ان كانا الاثنين ف يأتى فيه ما مر من أن للمولى أى مولى المجنى عليه قتله أى الجانى من دون رد فيما لو زاد المجنى عليه قيمه، أو مع رد الزيادة على اختلاف القولين المتقدمين ثمه الا أن يتراضى المولى عن قتله أو جرحه بديه أو أرش فلا يقتص منه بعده، بل يلزم ما تراضيا عليه. ثم ان كل ما ذكر فى جنايته عمدا.

و لو كانت الجنايه منه على مثله أو حر خطاء كان لمولى القاتل فكه ب أقل الأمرين من أرش الجنايه و قيمته أو بالأرش مطلقا على الاختلاف الذى مضى و له دفعه الى المجنى عليه أو وليه ليسترقه و له أى للمولى حينئذ منه أى للعبد ما فضل من قيمته عن قيمه المقتول و أرش الجنايه.

و لا- يضمن المولى ما يعوز و ينقص من قيمه الجانى عن الديه أو أرش الجنايه، بلا- خلاف فيه و لا- فى ثبوت الخيار المزبور لمولى الجانى دون المجنى عليه.

و المدبر فى جميع ذلك كالقن فيقتل ان قتل عمدا حرا أو عبدا، أو يدفع الى ولى المقتول ليسترقه، أو يفديه مولاه بالأقل كما مر، ثم ان فداء أو بقى منه شيء بعد أرش الجنايه بقى على تدبيره إجماعا، على الظاهر المصرح به فى القواعد.

و لو استرقه كله ولى الدم ففى خروجه عن التدبير و عدمه قولان- اختار أولهما الحلى و أكثر المتأخرين بل عامتهم و هو أقوى، خلافا للشيخين و الصدوق و الإسكافى فاختروا الثانى.

و بتقدير أن لا يخرج عن التدبير هل يسعى بعد موت المولى فى فك رقبتة من أولياء الدم أم لا؟ المروى (١) فى بعض النصوص أنه يسعى و ضعف سنده يمنع عن العمل به مع مخالفته الأصل و ظاهر الصحيح، و لعله لذا نقل عن المفيد القول بالعدم.

و على تقدير الاستسعاء فهل يسعى فى قيمه نفسه كما عن الصدوق و الإسكافى أم ديه مقتوله كما عن الشيخ فى النهايه (٢) و غيرها؟ ظاهر الروايه الأول، مضافا الى أن الجانى لا يجنى أكثر من نفسه.

و المكاتب ان لم يؤد من مكاتبته شيئا أو كان مشروطا فهو كالرق المحض بلا خلاف.

و ان كان مطلقا و قد أدى شيئا و تحرر منه بقدر ما أدى فإن قتل حرا مكافئا له فى الحريه و لو كان عبدا من جهه ما لم تنقص حريته عن حريته، و الا فلا يقتص له منه ما لم يتساو حريتهما أو تزيد حريه المقتول على حريه القاتل عمدا قتل به.

و ان قتل مملوكا محضا أو مبعضا مع نقصان حريته عن حريه القاتل فلا- قود عليه لفقد التكافؤ المشترك فيه و تعلقت الجنايه حينئذ بذمته و بما فيه من الرقيه مبعضا فبقدر ما فيه من الحريه بذمته و بما فيه من الرقيه برقبته و يسعى فى نصيب الحريه من قيمه المقتول و ما بإزائها منها.

و يسترق ولى الدم الباقي منه أو يباع فى نصيب الرق من قيمته و ان أمكنه، أو كان ما فى يده يفى تمام قيمه المقتول.

و لو قتل حرا أو قنا أو مبعضا خطأ فعلى الامام أن يؤدى عنه بقدر

ص: ٤١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٥٦، ح ٥.

٢- (٢) النهايه ص ٧٥١.

ما فيه من الحرية ان لم يكن له عاقله، فإنه عاقلته بلا خلاف و للصحيح (١).

و للمولى الخيار بين فك ما فيه من نصيب الرقيه بالأرش أو بأقل الأمرين على الخلاف المتقدم، و تبقى الكتابه بحالها باقيه و بين تسليم حصه الرق إلى ولى المقتول ليقاص بالجنايه و تبطل الكتابه، و له التصرف فيه كيف شاء من بيع أو استخدام.

هذا هو الذى يقتضيه الأصول و عليه أكثر المتأخرين، و فى المسالك أن فى بعض الاخبار دلاله عليه، و لم أقف عليه، بل فى الصحيح (٢) ما ينافى جواز بيعه لولى الدم و أن ليس له سوى استخدامه حياته و لم يقولوا به، بل حكى القول به عن جماعه من القدماء، و يمكن حمله على الكراهه أو حرمة بيعه أجمع.

و فى روايه (٣) على بن جعفر المرويه بطريق مجهول أنه إذا أدى المكاتب نصف ما عليه فهو بمنزله الحر فى الحدود و غيره من قتل و غيره، و لم أر مفتيا بها صريحا، و ان عزی الأصحاب العمل بها الى الشيخ. و فيه نظر.

و هنا مسائل ثلاث:

مسائل

الاولى: لو قتل الحر حرين

الاولى: لو قتل الحر حرين فصاعدا عمدا فليس للأولياء إلا قتله بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى المبسوط (٤) و الخلاف، فلو قتلوه لم يكن لهم المطالبه بالديه. و لو قتله أحدهم فهل للباقيين المطالبه بالديه؟ فيه وجهان بل قولان و العدم أوفق بالأصل.

و لو قتل العبد حرين فصاعدا على التعاقب واحدا بعد واحد ففى

ص: ٤١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٢٧، ب ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٢٧، ب ٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٥٧، ح ٣.

٤- (٤) المبسوط ٧-٦١.

روايه (١): هو لأولياء الأخير من القتل مطلقا ان شاءوا قتلوه و ان شاءوا سرقوه، و عمل بها الشيخ فى النهايه (٢).

و فى روايه (٣) أخرى صحيحه أنهما يشتركان فيه ما لم يحكم به لولى الأول و عليها الأ-كثر بل عامه من تأخر، فهى الأظهر. و تحمل الروايه الأولى على ما لو اختار أولياء السابق استرقاقه قبل جنائته على الثانى جمعا.

و احتزب «التعاقب» عما لو قتلها دفعه، فان أولياء المقتولين يشتركون فيه حينئذ اتفاقا، كما فى كلام جماعه، قالوا: و يكفى فى الحكم به للأول مع التعاقب اختياره استرقاقه قبل جنائته على الثانى و ان لم يحكم به حاكم، و مع اختياره الاسترقاق لو قتل بعد ذلك فهو للثانى، فإن اختار استرقاقه ثم قتل فهو للثالث و هكذا، خلافا للشيخ فاشترط حكم الحاكم كما عن الإسكافى، و هو ظاهر الصحيح (٤) و حمل على أن المراد عن حكم الحاكم الكنايه عن اختيار الأول الاسترقاق.

الثانيه: لو قطع حر يمين رجلين حرين

الثانيه: لو قطع حر يمين رجلين حرين قطعت يمينه للأول و يساره للثانى كما لو قطع يمينه و لا يمين له، بلا خلاف أجده و فى المسالك و عن المختلف و الغنيه الإجماع.

و قال الشيخ فى النهايه: و لو قطع يدا و ليس له يدا قطع رجله باليد، و كذا لو قطع أيدى جماعه قطعت يداه بالأول فالأول و الرجل بالأخير فالأخير، و لمن يبقى بعد ذلك الديه و نحوه فى الخلاف و تبعه أكثر الأصحاب، و فى

ص: ٤١٨

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٧٧، ح ٣.
- ٢- (٢) النهايه ص ٧٥٢.
- ٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٧٧، ح ١.
- ٤- (٤) نفس المصدر.

الغنيه و عن الخلاف الإجماع،خلافًا للحلى فاعتبر المماثله،فلم يجوز قطع الرجل باليد و أوجب الديه،و هو شاذ و ان تبعه شيخنا الشهيد الثانى.

و لعله أى ما فى النهايه استنادا إلى روايه حبيب السجستانى الصحيحه إليه المعتبره بروايتها فى كتب الأخبار الثلاثه (١)و محاسن البرقى (٢)و غيرها عن أبى جعفر عليه السّلام و هى مع اعتبار سندها مشهوره و لا- معارض لها عدا الأصول، و الجمع بينهما يقتضى تخصيصها بها.

و اعلم أن ذكر هذه المسأله فى قصاص الطرف كما فعله جماعه أولى من ذكرها هنا.

الثالثه:إذا قتل العبد حرا عمدا،فأعتقه مولاه

الثالثه:إذا قتل العبد حرا عمدا،فأعتقه بعد ذلك مولاه ففى صحه العتق تردد من بقاء ملكه عليه و تغليب الحريه،و كون الأصل فى قضيه العمد القتل دون الاسترقاق،و هو باق مع العتق،لأن المقتول مكافئ للحر لو كان للحريه ابتداء،فمع طريانها أولى،و من تسلط الولى على ازاله ملكه عنه بالقتل أو الاسترقاق فيضعف ملك المولى له،و تعلق حق الغير به قصاصا أو استرقاقا و هو يمنع الاسترقاق.

و الأشبه عند الماتن هنا و فى الشرائع (٣)و جماعه أنه لا- ينعق،لأن للولى التخيير فى الاقتصاص و الاسترقاق بالنص و الوفاق،و هو ينافى صحه العتق لعدم إمكان احدى فردى المتعلق الخيار معه و ان أمكن الآخر الذى هو الاقتصاص فإن إلزام الولى به إجبار لا تخيير.

نعم لو قلنا ببقاء الخيار معه،و أنه ان اقتص أو استرقه بطل عتقه،و ان عفى

ص:٤١٩

١- (١) الكافى ٧-٣١٩، تهذيب الاحكام ١٠-٢٥٩، الفقيه ٤-٩٩.

٢- (٢) محاسن البرقى ص ٣٢١، ح ٦١ و الروايه فيه عن أبى عبد الله عليه السّلام.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤-٢٠٥.

على مال و أفتكه مولاه عتق.

و كذا لو عفى عنه مطلقا كما فى التحرير و غيره لم يلزم المحذور، و لكن يلزم محذورا آخر و هو كون العتق موقوفا، مع أن من شرطه التنجيز اتفاقا، إلا- أن يمنع عن مثل هذا التعليق و بخص الممنوع منه بما ذكر فى صيغه العتق، لا- ما كان موجبا لتوقفه من خارج كما نحن فيه فتدبر.

و لو كان قتله خطأ ففى روايه عمرو بن شمر عن جابر الجعفى عن مولانا الباقر عليه السّلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السّلام فى عبد قتل حرا خطأ فلما قتله أعتقه مولاه، قال فأجاز عتقه و ضمنه الديه (١).

و مقتضاها كما ترى أنه يصح العتق و يضمن المولى الديه و به أفتى فى النهايه (٢) و الفاضل فى القواعد لها، و لان الخيار فى الخطأ الى السيد ان شاء سلمه و ان شاء فداه فعتقه دليل على اختياره الافتداء.

و يضعف الروايه بأنه فى عمرو المزبور ضعف مشهور، و مع ذلك مرسله، و التعليل بجواز إعسار السيد و عجزه عن الديه، فلو حكمنا بصحة العتق لزم أن يطل دم امرئ مسلم، و هو باطل، و من ثم قيدها الفاضل بصوره يسار المولى المعتق، و يضعف هذا بأنه قد يدافع من يساره.

و حيثئذ ف الأشبه اشتراط الصحة بتقديم المولى الضمان للديه على العتق مع رضا ولى الدم، أو أداء لها قبله فرارا عن ذينك المحذورين، و هو حسن.

و ظاهر المتن و غيره كفايه تقديم الضمان للديه قبل العتق فى لزوم صحته مطلقا أداها قبله أم لا، رضا الولى بالضمان أم لا، و يشكل فى صورته عدم الأداء مع

ص: ٤٢٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٦٠، ب ١٢.

٢- (٢) النهايه ص ٧٥١.

عدم ظهور رضا الولي بضمانها، بأنه قد يضمن و يدافع عن الأداء، فالأجود التعبير بما قدمنا.

الشرط الثاني: التساوى فى الدين

الشرط الثانى: التساوى فى الدين، فلا يقتل مسلم بكافر مطلقا ذميا كان أو غيره إجماعا من العلماء كافة كما فى الإيضاح (١)، و منا خاصة مطلقا حتى الذمى مع عدم اعتياد قتله كما فى كلام جماعه حد الاستفاضه، و المعتبره (٢) بجواز قتله بالذمى بعد رد فاضل الديه مطروحه لشذوذها، و ان حكى القول بها عن الصدوق فى المقنع (٣) لندوره أو محموله على التقيه و يعزر المسلم القاتل و يغرم ديه الذمى إذا قتله.

و لو اعتاد المسلم ذلك أى قتل الذمى جاز الاقتصاص منه مع رد فاضل الديه على الأظهر الأشهر، بل عن الانتصار (٤) و فى غيره الإجماع خلافا للحلى فلا يجوز مطلقا، و هو ضعيف.

و ظاهر المتن كون القتل قصاصا لا حدا كما عليه جماعه، خلافا لآخرين فحدا.

و مقتضى النصوص (٥) بعد ضم بعضها الى بعض بالنسبه إلى رد فاضل الديه هو الأول، و هو الوجه.

و تظهر فائده القولين فى سقوط القود بعفو الولي، و توقفه على طلبه على الأول دون الثانى، و على الأول ففى توقفه على طلب جميع أولياء المقتولين أو الأخير خاصة وجهان، منشؤهما كون قتل الأول جزءا من السبب أو شرطا فيه، فعلى الأول الأول و على الثانى، و لعله أقوى. و يتفرع عليه أن المردود

ص: ٤٢١

١- (١) إيضاح الفوائد ٤-٥٩٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٨٠ ح ٥.

٣- (٣) المقنع ص ١٩١.

٤- (٤) الانتصار ص ٢٧٢.

٥- (٥) وسائل الشيعه ١٩-٧٩، ب ٤٧.

عليه هو الفاضل عن ديات جميع المقتولين أو عن ديه الأخير، فعلى الأول الأول أيضا وعلى الثاني الثانى.

و المرجع فى الاعتياد الى العرف، قيل: و ربما يتحقق بالثانيه لاشتقاقه من العود فيقتل فيها أو فى الثالثه، و هو أجود و لا يخلو عن نظر.

و يقتل الذمى بالذمى و ان اختلفا ملتتهما كالنصرانى و اليهودى و بالذميه بعد رد أولياءها فاضل ديته عن ديه الذميه، و هو نصف ديته.

و يقتل الذميه بمثلها و بالذمى مطلقا و لا رد هنا، بلا خلاف فى شىء من ذلك، بل قيل: إجماعا.

و لو قتل الذمى مسلما عمدا دفع هو و ماله إلى أولياء المقتول و له أى لوليه الخيره بين قتله و استرقاقه على الأظهر الأشهر، و عن ظاهر الانتصار (١) و السرائر (٢) و النكت و فى الروضه الإجماع.

و ظاهر إطلاق المتن و النص (٣) أنه لا- فرق فى ماله بين المنقول و غيره، و لا بين العين و الدين، و به صرح فى التحرير، و لا بين المساوى لفاضل ديه المسلم و الزائد عليه المساوى للديه و الزائد عليها.

خلافًا للحليين فإنهما أجازا الرجوع على تركته أو أهله بديه المقتول و قيمته ان كان مملوكا. و لا- بين اختيار الأولياء قتله أو استرقاقه، خلافًا للحلى فإنما أجاز ذلك إذا تخير الاسترقاق، لان مال المملوك لمولاه، قيل: و يحتمله النص و كلام الأكثر، و فيه نظر.

و هل يسترق ولده الصغار غير المكلفين؟ قولان الأشبه أنه لا

ص: ٤٢٢

١- (١) الانتصار ص ٢٧٥.

٢- (٢) السرائر ص ٤٢٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٨١ ب ٤٩.

يسترقون وفاقا للأكثر، خلافا للمفيد و جماعه فنعم.

و لو أسلم الذمى بعد القتل أى بعد قتله المسلم و قبل قتله به كان كالمسلم فى عدم جواز استرقاقه و تعين العفو عنه أو قتله، كما فى الصحيح (١)، و لا خلاف فيه و أخذ ماله باق على التقديرين وفاقا للروضة.

و لو قتل الذمى خطأ لزمته الديه فى ماله ان كان له مال و لو لم يكن له مال كان الامام عاقلته دون قومه كما فى الصحيح، و به أفتى النهايه (٢) و المتأخرون كافه، و عن الحلّى أن عاقلته الامام مطلقا، و عن المفيد أن الديه على عاقلته و لم يفصل، و الأظهر الأول.

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أبا للمقتول

الشرط الثالث: أن لا يكون القاتل أبا للمقتول فلو قتل الوالد ولده لم يقتل به مطلقا بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع و لكن عليه أى على الأب القاتل السديه لورثه ولده الذى قتله غيره بلا خلاف للنص (٣) و الكفاره لعموم الأدله و التعزير لذلك و للنص (٤).

و يقتل الولد بأبيه بلا خلاف و كذا الام تقتل بالولد و يقتل بها و كذا الأقارب يقتلون به و يقتل بهم، بلا خلاف الا من الإسكافى فى قتل الام به و كذا الأقارب فممنع عنه تبعا للعامه كما قيل.

و فى قتل الجد للأب بولد الولد تردد من أنه هل هو أب حقيقه أو مجازا، و لا يقتل به على الأول و نعم على الثانى، و الأشهر الأول بلا خلاف فيه يظهر الا من الماتن هنا فبقى فى الحكم مترددا و تبعه بعض.

و لا فرق فى الوالد حيث لا يقتل بولده بين كونه ذكرا أو أنثى مساويا له فى

ص: ٤٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٨١ ب ٤٩.

٢- (٢) النهايه ص ٧٣٧.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٥٦ ب ٣٢.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-٥٦ ب ٣٢.

الدين و الحرية أم لا على ما يقتضيه إطلاق النص و الفتوى، و به صرح جماعه أيضا.

الشرط الرابع: كمال العقل

الشرط الرابع: كمال العقل، فلا يقاد المجنون بعقل و لا مجنون، سواء كان الجنون دائما أو أدواريا إذا قتل حال جنونه، بلا خلاف بل قيل:

إجماعا.

و لا- الصبى بمثله و لا- ببالغ، بلا- خلاف إذا لم يبلغ خمسه أشبار و لا عشرا، و كذا إذا بلغهما على الأشهر الأقوى، بل عليه عامه متأخرى أصحابنا وفاقا للحلى و الشيخ فى الخلاف و فيه الإجماع، للنصوص (١) المستفيضه فى المقامين.

و ظاهر جملة منها بل صريحها أن جنائتهما عمدا و خطأ على العاقله كما عليه الأصحاب.

و لكن فى روايه أنه يقتص من الصبى إذا بلغ عشرا قيل:

و بها أفتى الشيخ فى النهايه (٢) و غيرها، و لم نظفر بها كذلك مسنده هنا، فهى مرسله لا تصلح للحجه فضلا عن أن يعترض بها الأخبار المعتمره.

و فى روايه (٣) أخرى قاصره السند عن الصحه أنه إذا بلغ الغلام خمسه أشبار اقتص منه و الا قضى بالديه و ليس فيها أنه تقام عليه الحد كما فى المتن، و بمضمونها أفتى الشيخان و الصدوق و جماعه و فيها ما فى الروايه السابقه.

و الأشهر الأظهر أن عمده خطأ حتى يبلغ التكليف، و هو الأوفق

ص: ٤٢٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٧، ب ١١.

٢- (٢) النهايه ص ٧٣٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٧، ح ٤.

بالاحتياط فى الدماء، و لىس فى النص و أكثر الفتاوى اعتبار الرشد بعد البلوغ، خلافا للتحرير فاعتبره، و لم أعرف مستنده.

ثم ان ما ذكر من أنه لا يقاد المجنون بغيره انما هو إذا قتل حال كونه كما قدمناه.

أما لو قتل العاقل ثم جن لم يسقط عنه القود بلا خلاف يظهر، للأصل و النص (١).

و لو قتل البالغ الصبى مع التكافؤ من غير جهه البلوغ قتل به على الأشبه الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، خلافا للحلى فأوجب الديه كالمجنون، و لا- يخلو عن قوه لو لا- الشهره القريبه من الإجماع، و لكن الاحتياط للأولياء معه فلا يختاروا قتله بل يصلحوا عنه بالديه.

و لا يقتل العاقل بالمجنون بلا خلاف، و فى ظاهر الغنيه و السرائر الإجماع.

و تثبت الديه على العاقل ان كان قتله عمدا أو شبيها به، و على العاقله ان كان خطأ.

و لو قصد العاقل دفعه عن نفسه بعد أن أراد فآل الى قتله كان دم المجنون هدرا لا ديه له على العاقل و لا عاقلته اتفاقا فتوى و نصا.

و ظاهر إطلاق العبارة و جماعه أنه لا ديه له أصلا، خلافا لآخرين فأثبتوها فى بيت المال، كما فى الصحيح (٢) و غيره، لكن فيه بدل بيت المال «على الامام» و يمكن إرجاعه إلى الأول، و لا يخلو عن قوه، و أشار الى الصحيح بقوله:

و فى روايه (٣) ديته من بيت المال.

ص: ٤٢٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٥٢، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٤، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٤، ح ١.

ولا- قود على النائم إجماعا و هل تثبت عليه الدية فى خاصة ماله مطلقا أم على العاقل كذلك أم على تفصيل يأتى ذكره فى أوائل النظر الثانى من كتاب الديات؟ أقوال يأتى ذكرها هناك إن شاء الله تعالى.

و فى القود من العمى إذا من اقتص به إذا كان بصيرا تردد و اختلاف أشبهه أنه كالمبصر فى توجه القصاص إليه كما عن الحلّى و عامه المتأخرين، خلافا للشيخ فى النهايه (١) و جماعه.

و يعضدهم ما فى روايه (٢) الحلبي عن أبى عبد الله عليه السّلام: أن جنايته خطأ تلزم العاقله، فان لم يكن له عاقله فالديه فى ماله و تؤخذ فى ثلاث سنين و نحوها فى الدلاله موثقه أخرى على أن عمدته خطأ، و ضعفنا تاره باشتراكهما فى ضعف السند، و أخرى بمخالفتهما الأصول، و ثالثه بأنها آحاد لا يخصص بها عمومات الكتاب و السنه القطعيتين، و إليها أشار بقوله:

و هذه الروايه فيها أى يرد عليها مع الشذوذ أى مضافا إليه تخصيص لعموم الآيه و هو غير جائز عند جماعه من المحققين و منهم الماتن. و رابعه بعدم الصراحه فى الدلاله.

و يمكن توجه النظر الى جميع هذه الوجوه الأربعه، فالقول بمضمونهما كما عليه الجماعه لا يخلو عن قوه، و لزوم الاحتياط فى الدماء يقتضيه بلا شبهه.

الشرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم

الشرط الخامس: أن يكون المقتول محقون الدم أى غير مباح الدم شرعا إجماعا، فمن أباح الشرع قتله لزننا أو لواط أو كفر لم يقتل به قاتله و ان كان بغير اذن الامام عليه السّلام. و لو قتل من وجب عليه القصاص غير الولي قتل به، لانه محقون الدم بالنسبه إلى غيره.

ص: ٤٢٦

١- (١) النهايه ص ٧٦٠.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٦، ب ١٠.

القول فيما يثبت به

موجب القصاص:

أشاره

و هو أمور ثلاثه: الإقرار، أو البينه، أو القسامه.

الإقرار

أما الإقرار: فيكفى فيه المره على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر.

و بعض الأصحاب كالشيخ و الحلبي و القاضي و جماعه يشترط التكرار مرتين و لا وجه يعتد به.

و يعتبر فى المقر: البلوغ، و العقل، و الاختيار، و الحرية كما فى سرائر الأقرارير.

و لو أقر واحد بالقتل لمن يقتص به عمدا. و آخر بقتله له خطأ تخير الولى للمقتول فى تصديق أحدهما و أيهما شاء و إزماءه بموجب إقراره للنص (١)، و لا خلاف فيه الا من الغنيه فخيره بين قتل المقر بالعمد و أخذ الدية منهما نصفين، و يحكى عن التقى أيضا، و هما نادران بل على خلافهما الإجماع عن الانتصار (٢).

و لو اتهم رجل بقتل من يقتص به و أقر بقتله عمدا، فأقر آخر أنه هو الذى قتله و رجع الأول عن إقراره فأنكر قتله درئ عنهما القصاص و الدية و ودى المقتول من بيت المال و هو أى هذا الحكم و ان كان مخالفا للأصل الا أنه قضاء (٣) مولانا الحسن بن على عليهما السلام فى حياه أبيه، معللا بأن الثانى ان كان ذبح ذاك فقد أحى هذا، و قد قال الله عز و جل «وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا» .

ص: ٤٢٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٠٦، ب ٣.

٢- (٢) الانتصار ص ٢٧٢.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٠٧، ح ١ و ٢.

و على الروايه عمل الأصحاب إلا النادر،و عن الانتصار (١)الإجماع عليها كما هو ظاهر السرائر،فلا محيص عن العمل بها و ان كان يرغب عنها بعض أصحابنا المتأخرين مقويا العمل بالأصل من تخيير الولي في تصديق أيهما شاء و الاستيفاء منه كما مضى.
نعم لو لم يكن بيت مال- كهذا الزمان- اشكال درئ القصاص و الدية عنهما و إذهاب حق المقر له رأسا،و كذا لو لم يرجع الأول عن إقراره،و الرجوع فيهما الى حكم الأصل غير بعيد،لخروجهما عن مورد النص،الا أن يدعى شموله لها من حيث التعليل.

البينه

اشاره

أما البينه:فهى شاهدان عدلان،و لا تثبت بشاهد و يمين إجماعا و لا بشاهد رجل و امرأتين على أصح الأقوال المتقدمه فى كتاب الشهاده.

و انما يثبت بذلك أى بكل من الشاهد و اليمين و منه و امرأتين ما يوجب الدية لا- القود كك القتل الخطاء،و ديه الهاشمه،و المنقله،و الجائفه و كسر العظام و بالجمله ما لا قود فيه بل الدية خاصه.

و لو شهد اثنان ب أن القاتل زيد،و آخران ب أنه عمرو و دونه قال الشيخ فى النهايه (٢)و المفيد و القاضى:انه يسقط القصاص و وجب الدية عليهما نصفين لو كان القتل المشهود به عمدا أو شبيها به.

و لو كان خطأ كانت الدية على عاقلتهما و مستندهم من النص غير واضح و لعله الاحتياط فى عصمه الدم لما عرض من الشبهه ب تصادم البيتين.

و توضيح هذه الجمله مع بيان دليل لزوم الدية عليهما بالمناصفه ما ذكره الفاضل فى المختلف،حيث اختار هذا القول و شيده،و قد أوردناه مع الجواب

ص:٤٢٨

١- (١) الانتصار ص ٢٧٣.

٢- (٢) النهايه ص ٧٤٢.

عنه فى الشرح، واطمئنا فىه المصير الى ما عن الحلّى من التخيير، و لكن شهره ما عليه الشيخان مع قوه احتمال استنادهما فى ذلك الى روايه كما هو السجيه لهما و العاده، و نبه عليه شيخنا فى المسالك، و ادعى وجودها لهما الحلّى فى السرائر و الفاضل فى التحرير، أو جب التردد فى المسأله.

فينبغى فيها الرجوع الى الأصل و هو عدم القود، بل عدم الديه كما عن الشيخ أنه احتمله، لكن شبهه الإجماع المركب يدفعه و يثبت الديه، فالعمل على ما فى النهايه.

ثم ان مقتضى إطلاقه كعبائر الأكثر أنه لا فرق بين أن يدعى أولياء المقتول على أحدهما أو عليهما، أو لا يدعوا شيئاً منهما، خلافا للماتن فى النكت، فخص الحكم بالصوره الثالثه، و أثبت فى الأولى تسلط الأولياء على المدعى عليه، قال:

لقيام البينه بذلك و ثبوت السلطنه شرعا بالايه، فلهم القتل فى العمد و الديه فى الخطاء و شبهه، و ليس على الآخر شىء منهما.

و احتمال فى الثانيه ثبوت اللوث فيهما، قال: لأن الأربعة متفقون أن هناك قاتلا و مقتولا و ان اختلفوا فى التعيين، فيحلف الأولياء مع دعوى الجزم، و يثبت حينئذ القصاص مع رد فاضل الديه عليهما.

و اليه يميل الشهيدان و غيرهما، لكن لم يذكروا عنه الحكم فى الثانيه، و المسأله من المشكلات، فلا ينبغى ترك الاحتياط فيها حيث يمكن على حال.

و لو شهدا بأنه قتله عمدا، فأقر آخر أنه هو القاتل له كذلك دون المشهود عليه، ففى روايه (١) زراره الصحيحه عن أبى جعفر عليه السلام أن للولى قتل المقر، ثم لا- سبيل له و لا لورثه المقر على المشهود عليه، و له قتل المشهود عليه و لا سبيل له على المقر و يرد المقر على أولياء المشهود عليه نصف الديه و له قتلها معا و يرد على أولياء المشهود عليه خاصه دون أولياء المقر

ص: ٤٢٩

نصف الدية ثم يقتل.

و في ما تضمنه من جواز قتلها معا اشكال لانتفاء الشركه المجوزه له، فان القاتل ليس إلا أحدهما.

و كذا في إلزامهما بالديه نصفين لما ذكر، و لعله لذا ردها الحلّى مضافا الى أصله، و حكم بالتخيير كالمسأله السابقه، قال: أما لو شهدت البيئه بالاشتراك و أقر الآخر به جاز قتلها و يرد عليهما معا ديه، و استقر به فخر الإسلام في الإيضاح (١) صريحا كوالده في التحرير، و هو ظاهره في القواعد و قواه الماتن في الشرائع (٢).

لكن قال كما هنا: غير أن الروايه من المشاهير و بشهرتها صرح جماعه مشعرين ببلوغها درجه الإجماع. و لعله كذلك، فلا بأس بالمصير إليها و تخصيص القاعده بها، لكن المسأله مع ذلك لا- يخلو عن شبهه، فالأحوط الاقتصار على قتل أحدهما، لعدم الخلاف فيه ظاهرا فتوى و روايه، و في السرائر الإجماع صريحا.

و هنا مسائل ثلاث:

مسائل

الأولى: قيل: انه يجبس المتهم بالدم

الأولى: قيل: كما عن النهايه (٣) و جماعه: انه يجبس المتهم بالدم سته أيام أو ثلاثه أو سنه على اختلاف بينهم، و بعد انقضاء المده فإن ثبتت الدعوى بإقرار أو بينه و الا حلى سبيله للقوى (٤)، و فيه سته أيام كما عن النهايه، و عمل به من المتأخرين جماعه.

و قيده بعضهم بما إذا حصلت التهمه للحاكم لسبب، قال: و ان حصلت لغيره

ص: ٤٣٠

١- (١) الإيضاح ٤-٦٠٩.

٢- (٢) شرائع الإسلام ٤-٢٢١.

٣- (٣) النهايه ص ٧٤٤.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-١٢١، ب ١٢.

فلا. واستحسنه جماعه، ولا يخلو عن قوه، خلافا للحلى و جماعه و منهم الماتن هنا و فى الشرائع (١)، فردوا الروايه رأسا لما أشار إليه بقوله:

و فى المستند ضعف سندا و مع ذلك تعجيل العقوبه لم يثبت سببها و فيهما نظر، لاعتبار الخبر فى نفسه، مضافا الى الاعتضاد بالعمل، و إطلاقه كعبائر الأكثر يشمل صورتى التماس المدعى للحبس و عدمه، و قيده بعضهم بالأولى، و لا بأس به.

و هل المراد بالدم ما يشمل الجراح كما يقتضيه إطلاق صدر النص و نحو المتن أو القتل فقط؟ وجهان، و الحواله إلى الحاكم ليراعى أقل الضررين كما تقدم فى التكفيل غير بعيد.

الثانيه: لو قتل رجلا و ادعى أنه وجد المقتول مع امرأته

الثانيه: لو قتل رجلا و ادعى أنه وجد المقتول مع امرأته يزنى بها قتل به مع اعترافه بقتله صريحا الا أن يقيم البيه ب صدق دعواه فلا- يقتل حينئذ، بلا خلاف فى المقامين فتوى و نضا، و لا عليه مطلقا كما هو ظاهر النص (٢) و فتوى الأصحاب، و ان اختلف فى تقييد الحكم بعدم الإثم بكون الزانى محصنا كما عليه جمع، أو إطلاقه كما عليه الأكثر، و هو الأظهر. و لا فرق أيضا فى الزوجه بين الدائمه و المتمتع بها، و لا بين المدخول بها و غيرها، و لا بين الحره و الأمه.

الثالثه: خطأ الحاكم فى القتل و الجروح على بيت المال

الثالثه: خطأ الحاكم فى القتل و الجروح على بيت المال بلا خلاف.

و من جنى بأحد بعد أن قال: حذار قيل: هو بفتح الحاء و كسر آخره مبني عليه لم يضمن عاقلته جانيته، كما فى الخبر قد أعذر من حذر.

و لا خلاف فيه ظاهرا، بل ربما يفهم الإجماع عليه من الغنيه و غيرها.

ص: ٤٣١

١- (١) شرائع الإسلام ٢٢٧-٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٠١، ح ١.

و من اعتدى عليه فاعتدى بمثله على المعتدى لم يضمن جنايته و ان تلفت فيها النفس، كما فى الصحيحين.

القسامه

و أما القسامه: فهى لغه: من القسم بالتحريك و هو اليمين، و شرعا:

الإيمان التى تقسم على الأولياء فى الدم، و قد يسمى الحالفون «قسامه» على طريق المجاز لا الحقيقه.

و صورتها: أن يوجد قتيل فى موضع لا يعرف من قتله و لا يقوم عليه بينه و لا إقرار، و يدعى الولى على واحد أو جماعه، فيحلف على ما يدعيه، و يثبت به دم صاحبه.

و لا تثبت الا مع اقتران الدعوى ب اللوث بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و هو أى اللوث اماره تقرن الدعوى بحيث يغلب معها الظن بصدق المدعى فى دعواه ذلك بالنسبه إلى الحاكم، أما المدعى فلا بد أن يكون عالما جازما بما يدعيه، و سميت هذه الاماره «لوثا» لإفادتها قوه الظن، فإنه لغه -بفتح اللام- القوه، و هى كما لو وجد قتيل فى دار قوم، أو محلثهم، أو قريتهم مع صغرهما و انفصال المحله عن البلد الكبير لا- مطلقا كما فى المسالك و فيه زياده التقييد، بأن يكون بين القتل و أهلها عداوه ظاهره.

أو وجد بين قريتين و هو الى إحداهما، أقرب هو لوث لأقربهما، كما فى الصحيح (1) و غيره.

و لو تساوت مسافتها كانتا سواء فى اللوث و ان ثبتت العداوه لأحدهما دون الأخر، فاللوث لها و ان كانت أبعد، و كما لو تفرق جماعه عن قتيل فى دار كان قد دخل عليهم ضيفا أو دخلها معهم فى حاجه.

ص: ٤٣٢

و كما لو وجد قتيل و عنده رجل و معه سلاح متلطح بالدم، و لو كان بقربه سبع أو رجل آخر مول ظهره لم يوجب ذلك اللوث في حقه. و كما إذا شهد عدل واحد أو نسوه، أما الصبيان و الفساق و أهل الذمه، فالمشهور كما في كلام جمع عدم حصول اللوث بأخبارهم، خلافا لجماعه فقالوا: بإفادته اللوث مع حصول الظن، و هو حسن.

قالوا: و لا يشترط في اللوث وجود أثر اللوث، لإمكان حصوله بالخنق و عصر الخصيه و القبض على مجرى النفس و نحو ذلك، و لا حضور المدعى عليه لجواز القضاء على الغائب، و من منعه اشتراطه، و لا عدم تكذيب أحد الوليين صاحبه.

و لو لم يحصل فيه اللوث فالحكم فيه كغير من الدعاوى.

و اعلم أن ما لا لوث فيه، كما أشار بقوله: أما لو جهل قاتله و لم يحصل في قضيته اللوث كقتيل الزحام، و الفرعات، و من وجد في فلاة، أو في معسكر أو في سوق، أو جمعه، فدتيته من بيت المال بلا خلاف، و في الغنيه الإجماع، و لعل الحكمه فيه حصول القتل من المسلمين، فتؤخذ الديه من أموالهم المعده لمصالحهم.

و مع تحقق اللوث يكون للأولياء أولياء المقتول إثبات الدعوى دعوى القتل على المتهم مطلقا بالقسامه إجماعا الا- من أبى حنيفه.

و هي في العمده خمسون يمينا إجماعا الا من ابن حمزه فقال: انها خمس و عشرون إذا كان هناك شاهد واحد. و هو نادر و في الخطاء و شبهه خمس و عشرون على الأظهر الأشهر، و في ظاهر الغنيه و صريح الشيخ الإجماع خلافا للمفيد و الديلمي و الحلبي و غيرهم فساووا بينه و بين العمده في الخمسين، و لا مستند لهم يعتد به، فاذن المذهب الأول و لكن الثاني أحوط إذا بذل الحالف الزياده بطوع منه و رغبه، و الا فالزامه بها خلاف الاحتياط.

و كفيتهما: أن يحلف المدعى و أقاربه أولاً، فإن بلغوا العدد المعتبر و حلف كل واحد منهم يمينا، و الا كررت عليهم بالسويه أو التفريق، و التخيير إليهم كما لو زاد عددهم عن العدد المعتبر.

و لو لم يكن للمدعى قسامه أو امتنعوا كلا أو بعضا لعدم العلم أو اقتراحا حلف المدعى و من يوافقه ان كان، و الا كررت عليهم الايمان حتى يأتي بالعدد.

و لو لم يحلف و كان للمنكر من قومه قسامه، حلف كل منهم حتى يكلموا العدد.

و لو لم يكن له قسامه يحلفون كررت عليه الايمان حتى يأتي ب تمام العدد.

و هذا و ان لم يستفد من أخبار القسامه، الا أنه لا خلاف فيه أجده، بل عليه الإجماع في الغنيه.

و لو كان المدعى أكثر من واحد يكتفى بحلف الجميع العدد من دون اشتراط حلف كل واحد منهم العدد، كما في بعض الاخبار (1)، و عليه الشيخ في الخلاف مدعيا عليه الوفاق، خلافا له في المبسوط و لغيره فيحلف كل منهم العدد و لعله الوجه.

ثم لو حلف المدعى عليه هو أو قومه بطلت الدعوى و أخذت اليه من بيت المال.

و لو نكل عن الايمان كلا أو بعضا ألزم الدعوى عمدا كان قتل المدعى عليه أو خطأ و لا يرد اليمين على المدعى على الأشهر الأقوى، خلافا

ص: ٤٣٤

المبسوط (١) فيرد اليمين عليه كما في سائر الدعاوى، وهو شاذ، وعليه فهل يرد القسمه أم يكتفى بيمين واحده؟ وجهان.

ويثبت الحكم في الأعضاء بالقسمه كثبوتها بها في النفس بلا خلاف، وفي كلام جمع الإجماع، وهل يعتبر اقتران الدعوى هنا مع التهمه كما في النفس أم لا؟ ظاهر المتن ونحوه الأول، وهو صريح جماعه و منهم الحلبي مدعيها في ظاهر كلامه الإجماع، وهو الوجه، خلافا للمبسوط (٢) فلا يعتبر ولا وجه له.

فما كانت ديتة ديه النفس كالأنف و اللسان و نحوهما فالأشهر هنا و في غيره أن عدد القسمه ستة رجال كما عليه الشيخ و الاتباع، و في الغنيه الإجماع، خلافا للحلي و الديلمى و غيرهما فساووا بين النفس و الأعضاء في اعتبار الخمسين أو الخمسه و عشرين ان قلنا بها، و الا فالخمس مطلقا، و هو أحوط و ان كان الأول أظهر.

و عليه يقسم كل منهم أى من الستة رجال يمينا، و مع عدمهم أو امتناعهم مطلقا يحلف الولي للدم و من يوافقه ان كان ستة أيمان.

و لو لم يكن قسمه أو امتنع الولي من الحلف و غيره أحلف المنكر أن شاء مع قومه ستة أيمان.

و لو لم يكن له قوم أو امتنعوا كلا أو بعضا يحصل به العدد حلف هو أى المنكر الستة أيمان.

و في ما كانت ديتة دون ديه النفس ف يحلف بحسابه من الستة ففي اليد الواحده ثلاثه أيمان، و في الإصبع الواحده يمين واحد. و كذا الجرح ان كان فيه ثلث الديه كانت فيه يمينان و هكذا، و كذلك على القول الثانى

ص: ٤٣٥

١- (١) المبسوط ٧-٢٢٢.

٢- (٢) المبسوط ٧-٢٢٤.

لكن يبدل فيه الستة بالخمسين، والثلاثة بالخمسة و عشرين، والواحد بالخمس و هكذا بلا خلاف.

القول فى كيفية الاستيفاء

اشاره

أى استيفاء القصاص.

اعلم أن قتل العمد يوجب القصاص بالأصالة و لا تثبت الدية فيه الا صلحا، و لا تخيير للولى بينهما على الأشهر الأقوى، بل عليه عامه متأخرى أصحابنا، و فى صريح السرائر و الغنيه و ظاهر المبسوط (١) و الخلاف الإجماع، خلافا للقديمين فللولى الخيار، و هو شاذ.

و يتفرع على المختار أنه إذا طلب الولى المال، تخير الجانى بين دفعه و تسليم نفسه للقود، و أنه لو عفى عليه لم يصح عفوهُ بدون رضا القاتل، لأن حقه ليس هو المال و عفوهُ لم يقع مطلقا، و أنه لو عفى كذلك سقط القود و لم تلزم الدية.

و ربما يعزى الى الإسكافى و جوب بذل الدية إذا طلبها الولى، و مال اليه الشهيدان، و لا ريب أنه أحوط.

و لا- يجوز أن يقضى الحاكم بالقصاص، ما لم يتيقن التلف بالجنايه فإن اشتبه اقتصر على القصاص فى الجنايه ان أمكن دون النفس، فإذا قطع الجانى يد شخص مثلا، فمات المجنى عليه بعد ذلك و لم يعلم استناد موته إلى الجنايه، فلا يقتل الجانى إلا بعد تيقن حصول الموت بالجنايه، و مع الاشتباه يقتصر على قصر اليد دون القتل.

و المراد باليقين ما يعم اليقين الشرعى الحاصل من نحو الإقرار و الشهاده، هذا بالنسبه إلى الحاكم. و أما بالنسبه إلى الشهود و ولى الدم إذا أراد قتل الجانى

ص: ٤٣٦

حيث يجوز له، فلا بد من العلم الواقعي.

و للولى الواحد المبادره بالقصاص بنفسه بعد تيقنه بثبوته من دون توقف على شىء، وفاقا للأكثر بل عامه من تأخر.

و قيل كما عن جماعه من القدماء: أنه يتوقف على اذن الحاكم و يحرم من دون أذنه و ان لم يضمن أرشا و لا ديه و فى ظاهر الغنيه و الخلاف الإجماع، و لا ريب مع إمكانه أنه أحوط.

و ظاهر المتن عدم الكراهه، و فى الشرائع (1) ثبوتها، و لا- ريب فيها لشبهه الخلاف الموجه لها لا أقل منها ثم فيه، و فى التحرير تتأكد الكراهه فى قصاص الطرف.

و لو كانوا أى الأولياء جماعه لم يجز لأحدهم الاستيفاء بنفسه، بل ى توقف على الاجتماع اما بالوكاله لأجنبى أو أحدهم أو بالإذن، وفاقا لكثير بل المشهور كما قيل.

و قال الشيخ فى المبسوط (2) و الخلاف: و لو بادر أحدهم بالاستيفاء جاز له ذلك و ضمن الديه عن حصص الباقين و هو خيره السيدين مدعين عليه الإجماع، كالشيخ فى الكتابين، و هو قوى الا أن الأحوط الأول.

و لا قصاص فى النفس الا بالسيف أو ما جرى مجراه من آله الحديد.

و يقتصر المستوفى على ضرب العنق حال كونه غير ممثل بقطع أذن أو أنف أو نحو ذلك مطلقا و لو كانت الجنايه من الجانى بالتحريق للمجنى عليه أو التغريق له أو الرضخ أى المرمى عليه

ص: ٤٣٧

١- (١) شرائع الإسلام ٤-٢٢٨.

٢- (٢) المبسوط ٧-٦٩.

بالحجاره و نحوها من كل مقتل على الأشهر الأقوى.

و فى الغنيه نفى الخلاف عنه بين أصحابنا مشعرا بدعوى الإجماع، كما فى صريح الروضه و غيرها، خلافا للإسكافى فجزوز قتله بمثل قتله التى قتل بها، أما مطلقا كما يحكى عنه كثيرا، أو إذا وثق بأنه لا يتعدى، و هو شاذ و ان مال اليه من المتأخرين جماعه.

و على هذا القول يستثنى ما إذا حصل الجنايه بمحرم، كالسحر و وطئ الدبر و وجور الخمر أو البول مثلا فى الحلق.

و على المختار لو خالف فأسرف فى القتل أساء و لا شىء عليه من القصاص و الديه، و أما التعزير فلا يسقط لفعله المحرم.

و لا يضمن سرايه القصاص فى الطرف الى النفس أو غيرها ما لم يتعد المقتص فيقتص منه فى الزائد إن اعترف به عمدا، و ان قال: خطأ، أخذت منه ديه الزياده، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و هنا مسائل أربع:

مسائل

الاولى: لو اختار بعض الأولياء الديه عن القود فدفعها اليه القاتل لم يسقط القود لو أراد غير على الأشهر (1) بلا خلاف فيه يظهر، كما فى عبائر جمع ممن تأخر، و ظاهرهم الإجماع كما فى صريح الغنيه و كلام بعض.

و على هذا ف للآخرين الباقيين القصاص لكن بعد أن يردوا على المقتص منه الجانى نصيب من فأداه من الديه، كما فى الصحيح (2) و غيره.

ص: ٤٣٨

١- (١) فى المطبوع من المتن: الأشبه.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٨٣ ب ٥٢.

و كذا لو عفى البعض من الأولياء مطلقا لم يسقط القود و لم يقتص الباقون حتى يردوا عليه أى على الجانى نصيب من عفى بلا خلاف فى هذا أيضا.

الثانيه :لو فر القاتل عمدا حتى مات،فالمروى فى الموثقين (1)و غيرهما وجوب الديه فى ماله ان كان له مال و لو لم يكن له مال أخذت من الأقرب إليه فالأقرب و زيد فى الموثقين:و ان لم يكن له قرابه أداه الامام، و به أفتى الأكثر،و فى الغنيه الإجماع.

و قيل: كما فى السرائر و عن المبسوط (2):أنه لا ديه.

و على المختار هل يختص الحكم بما إذا هرب ثم مات،أو يعمه و ما لو مات من غير هرب و لم يمتنع عن القصاص؟قولان،و الأشهر بل الأظهر الأول.

ثم ليس فى الموثقين اعتبار الموت،بل علق الحكم فيهما على مطلق الهرب حتى لو هرب و عاش جرى الحكم أيضا كما فى صريح المرسل،و لكن ظاهر الأصحاب تفيد اعتباره.

الثالثه :لو قتل واحد رجلين أو رجالا- عمدا قتل بهم لاستحقاق ولى كل مقتول القصاص عليه بسبب قتله.فلو عفى بعض المستحقين لا على مال، كان للباقيين القصاص من دون رد ديه،و ان اجتمعوا على المطالبه استوفوا حقوقهم.

و لا سبيل لهم الى ماله فإن الجانى لا يجنى على أكثر من نفسه.

و لو تراضوا أى الأولياء مع الجانى بالديه فلكل واحد منهم ديه كامله،بلا خلاف أجده.

ثم كل ذا إذا اتفقوا على أحد الأمرين،و أما لو اختلفوا فطلب بعضهم الديه

ص: ٤٣٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٢، ب ٤.

٢- (٢) المبسوط ٧-٦٥.

و الباقي القصاص، فهل لهم ذلك؟ وجهان، من أن الجاني لا يجنى أكثر من نفسه، و من أن لكل قتل حكمه بانفراده. و لو انفراد كان لوليه القصاص و العفو على الديه.

و لا- فرق في جميع ذلك بين جنايته على الجميع دفعه أو على التعاقب، لكن في الأول لم يكن أحد الأولياء أولى بالقود من الآخر، حتى لو بادر أحدهم بالقرعه أو مطلقاً لم يكن آثماً، و في استحقاق الباقيين الديه حينئذ الوجهان بل قولان، و الأوفق بالأصل العدم، و في الثاني يقدم السابق في الاستيفاء، و في أخذ الديه للباقيين الوجهان، و يحتمل مساواتهم فلا يحكم المسابق كالسابق فيستون فيه و يقدم أحدهم بالقرعه، أو يجتمعون على الاستيفاء.

و على كل تقدير فان بادر أحدهم و استوفى وقع موقعه، لان له نفساً مكافئه فقد استوفى تمام حقه من غير زياده، و ان أساء حيث لا- يكون هو السابق أو لم نقل بالتخير، و يبقى الإشكال في سقوط حق الباقيين من حيث فوات متعلق القصاص أو الانتقال إلى الديه.

الرابعه: إذا ضرب الولي الجاني و تركه ظناً أنه مات فبرأ، ففي روايه (1) أنه يقتص بمثل ذلك الضرب من الولي ثم يقتله الولي أو يتتاركان أي يترك كل واحد الآخر و يتجاوز منه، و عمل بإطلاقها للشيخ و الاتباع.

و لم يرضه المتأخرون قالوا: لأن الراوى أبان بن عثمان، و فيه ضعف بفساد عقيدته بالناووسيه، على ما ذكره على بن الحسن بن فضال مع إرسال الروايه عنم أخبره.

و اختاروا في ذلك التفصيل، فقالوا الوجه في ذلك اعتبار الضرب و ملاحظته فان كان ضربه بما يسوغ له قتله به و الاقتصاص لم يقتص من الولي بل جاز له قتله من غير قصاص، كما لو ضرب عنقه فظن أنه

ص: ٤٤٠

مات و الحال أنه لم يمت.

و ان كان ضربه بما لا يسوغ له قتله به كأن ضربه بالعصى و الحجر و نحوهما، كان للجاني أن يقتص من الولي ثم يسلم نفسه للقتل أو يتتاركا، و هو حسن.

و يمكن تنزيل الروايه عليه، لعدم صراحتها في الإطلاق، بل ظهورها في الشق الثاني، مع كونها قضيه في واقعه لا عموم لها.

و هذا هو الوجه في الذب، لا ما ذكره من ضعف الراوى، فإنه موثق أو قوى و هو ممن اجتمعت العصابه على تصحيح ما يصح عنه، فلا يضر الإرسال بعده عند جماعه، مع أنها في الفقيه (١) بطريق صحيح من غير إرسال مرويه.

و لو قتل (٢) رجل صحيح مقطوع اليد، فأراد الولي قتله، رد ديه اليد عليه ان كانت قطعت في قصاص، أو أخذ المقطوع ديتها، و ان شاء الولي طرح ديه اليد و أخذ الباقي من ديه النفس و هو النصف.

و ان كانت يده ذهبت من غير جنايه جناها كما لو سقطت بأفه سماويه أو غيرها و لا أخذ لها ديه كامله مع الجنايه عليه قتل قاتله و لا- رد هنا بلا خلاف فيه، لعموم «النَّفْسِ بِالنَّفْسِ» كتابا (٣) و سنه (٤) السليم هنا عن المعارض بالكليه، و مقتضاه و ان كان عدم الرد في الصور السابقه أيضا، إلا أنه انما نشأ هنا من روايه وردت في المسأله:

و هي روايه سوره بن كليب المرويه في الكافي (٥) و التهذيب (٦) عن أبي

ص: ٤٤١

١- (١) من لا يحضره الفقيه ٤-١٢٨.

٢- (٢) في المطبوع من المتن: قطع.

٣- (٣) سوره المائده: ٤٥.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-٣٩.

٥- (٥) فروع الكافي ٧-٣١٦.

٦- (٦) تهذيب الاحكام ١٠-٢٧٧.

عبد الله عليه السلام و عمل بها الحلى و غيره و يشكل بجهالة الراوى، و عدم ظهور ما يوجب حسنه و ان قيل به، و لذا رده فخر الدين فى الإيضاح (١). و ظاهر المتن و صريح غيره التردد فى المسأله، و لعله فى محله.

ثم ان إطلاق المتن بجواز الاقتصاص من القاتل بعد رد الديه عليه أو مطلقا عدم الفرق بين كونه هو القاطع أو غيره، عفى عنه المقطوع أم لا، كما هو الأشهر الأقوى، بل عن المبسوط (٢) أنه مذهبنا، و عنه أنه حكى وجها بعدم الجواز فى الصورة الأولى مع كون الجنايه الأولى معفوا عنها، و فى مستنده ضعف.

القسم الثانى

(فى قصاص الطرف)

و المراد به ما دون النفس و ان لم يتعلق بالأطراف المشهوره من اليد و الرجل و الاذن و الأنف و غيرها، كالجرح على البطن و الظهر و غيرها.

و يشترط فيه التساوى فى الإسلام و الحرية، و كون المقتص منه أخفض، و انتفاء الأبوه إلى آخر ما فصل سابقا.

و بالجملة الحكم هنا فى الشروط بل و فى العمد و شبهه و الخطاء كما فى قصاص النفس بلا خلاف، و فى صريح الغنيه و ظاهر غيره الإجماع فلا يقتص فى الطرف لمن لا يقتص له فى النفس.

و لا يشترط التساوى فى الذكوره و الأنوثة، بل يقتص للرجل من المرأه و لا رد، و للمرأه من الرجل مع الرد فيما زاد على الثلث أو بلغه على الخلاف المتقدم ثمه.

ص: ٤٤٢

١- (١) الإيضاح ٤-٦٣١.

٢- (٢) المبسوط ٧-٦٣.

و يعتبر هنا زياده على شروط النفس التساوى أى تساوى العضوين المقتص به و منه فى السلامه من الشلل، أو فيه مع انتفاء التعزير فى المقتص منه. و الشلل هو ييس اليد أو الرجل بحيث لا يعمل و ان بقى فيها حس أو حركه ضعيفه، و ربما اعتبر بطلانهما، و هو ضعيف.

و كيف كان فلا يقطع العضو الصحيح منه من يد أو رجل بالأشل بلا خلاف، بل عليه الإجماع فى الخلاف.

و يقطع العضو الأشل بمثله و بالصحيح ما لم يعرف أنه لا ينحسم بلا اشكال فيه و لا فى تعيين الديه مع المعرفه باخبار أهل الخبره بعدم الانحسام و انسداد أفواه العروق، و لا خلاف فيهما أيضا، بل عليهما فى الغنيه الإجماع، و حيث يقطع الشلاء يقتصر عليها و لا يضم إليها أرش التفاوت.

و يقتص للمسلم من الذمى، و يأخذه منه فضل ما بين الديتين بلا خلاف أجده.

و لا يقتص للذمى من المسلم و لا للبعد من الحر بل تجب الديه لفقد التساوى فى الإسلام و الحريه المشترط فى القصاص.

و يعتبر التساوى فى الشجاج أى الجرح و الشق بالمساحه طولاً و عرضاً بلا خلاف، بل قيل: إجماعاً. فلا يقابل ضيقه بوسعته، و لا يقنع بضيقه عن واسعته، بل يستوفى بقدر الشجه فى البعدين خاصه. لا نزولاً و عمقاً بإجماعنا بل يراعى فيه حصول اسم الشجه المخصوصه التى حصلت بها الجنايه من خارصه أو باضعه أو غيرهما، حتى لو كان عمق المتلاحمه مثلاً نصف أنمله جاز فى القصاص الزياده عليه ما لم ينته الى ما فوقها فيمتنع عنها حينئذ لا اختلاف الاسم.

و يثبت القصاص فى ما لا تعزير فيه بالنفس و الطرف، و لا يتعذر فيه

استيفاء المثل كالحارصه و الباضعه و السمحاق و الموضحه و سيأتى تفسيرها مع ما بعدها، و كذا فى كل جرح يمكن استيفاء المثل فيه من دون تعزير فيه بأحدهما.

و يسقط ما فيه التعزير أو يتعذر أن يكون المثل فيه مستوفى كالهاشمه، و المنقله، و المأمومه، و كسر الأعضاء، و الجائفه و ينتقل إلى الديه، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده إلا فى ما سيأتى إليه الإشاره.

و يحتمل فى الثانى جواز الاقتصار على ما دون الجنايه من الشجه التى لا تعزير فيها و أخذ التفاوت بينها و بين ما استوفاه، فيقتص من الهاشمه بالموضحه و يؤخذ للهشم ما بين ديتهما، و على هذا القياس.

و لكن ظاهر الأصحاب الاقتصار على الديه مطلقا لا طلاق النصوص (١) بها، لكنها مع قصور أسانيدھا وقع جملة منها معارضه بالصحيح: عن السن و الذراع يكسران عمدا أ لهما أرش أو قود؟ فقال: قود. الخبر (٢).

و ظاهر الشيخين العمل به إذا كان المكسور شيئا لا يرجى صلاحه. و بآخر مثله فى الجراحات فى الجسد أن فيها القصاص أو يقبل المجروح ديه الجراحه فيعطاه (٣).

ثم ان عدا الهاشمه و ما بعدها فى ما لا قصاص فيه للتعزير أو غيره هو المشهور، خلافا للنهائيه (٤) و المقنعه و الديلمى فلم يعدوا منه ما عدا المأمومه و الجائفه، بل صرحوا بثبوت القصاص فى الجراح مطلقا عداهما، الا أنهم عللوا النفى فيهما بأن

ص: ٤٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٣٥، ب ١٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٣٢، ح ٤.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٣٣، ح ٥.

٤- (٤) النهائيه ص ٧٧٦.

فيه تعزيراً للنفس، و هو جار في الهاشمه و المنقله، فيقيد به إطلاق الجراح في كلامهم بما لا تعزير فيه، أو يقال، ان الهشم و النقل خارجان عن الجراح كما في المختلف، و عليه فيرتفع الخلاف، لكن عن ابن حمزه التصريح بثبوت القصاص في الهاشمه و المنقله، و هو ضعيف في الغايه.

و في جواز الاقتصاص من الجاني قبل الاندمال و برىء المجنى عليه من الجراحه تردد و اختلاف الا- أن أشبهه: الجواز مع استحباب الصبر الى الاندمال، وفاقا للإسكافي و الخلاف و عليه عامه المتأخرين، بل لم أفد على مخالف عدا الشيخ في المبسوط (1)، فقد حكى عنه المنع في كلام جمع، و عبارته المحكيه و في المختلف لا- تساعد الحكايه بل ظاهره في الكراهه، حيث قال بعد نقل القول بالمنع: و هو أحوط عندنا، لأنها ربما صارت نفساً، و لفظ الأحوط يشعر بالاستحباب.

و يجتنب القصاص في الحر الشديد و البرد الشديد، و يتوخى فيه اعتدال النهار بلا خلاف قالوا: حذرا من السرايه، و ظاهره كالمتن و نحوه الوجوب و الاختصاص بالطرف، و ربما احتمل الاستحباب في قول، و العموم للنفس في آخر، و هو ضعيف.

و لو قطع شخص شحمه أذن آخر فاقتص منه فألصقها المجنى عليه الشحمه بمحلها و التحمت أم لا- كان للجاني إزالتها بلا خلاف، كما في التنقيح (2) و فيه انما الخلاف في التعليل فقيل: ليتساويا في الشين و قيل: لأنها ميتة لا تصح معها الصلاه.

و يتفرع على الخلاف أنه لو لم يزلها الجاني كان للإمام إزالتها على الثاني

ص: ٤٤٥

١- (١) المبسوط ٧-٨١.

٢- (٢) التنقيح الرائع ٤-٤٥٤.

و لا- على الأول، و هو خيره الشيخ فى المبسوط و الخلاف مدعيا فيهما الإجماع، و له النص (١) الصريح فى كل من الحكم و التعليل، و الثانى، خيره الحلى و جماعه ممن تأخر عنه، و هو غير بعيد.

و لا- بأس بالمصير الى التعليلين لعدم المنافاه بينهما مع وجود الدليل عليهما، فإذا عفى الجانى جاز للإمام الإزاله حيث لا ضرر فيها بل وجبت، و بالعكس فللجانى الإزاله حيث لا تجوز للإمام، فللازاله سببان: القصاص، و عدم صحه الصلاه.

و يقتص الأنف الشام بعدام الشام، و كذا الأذن الصحيحه بالصماء بلا خلاف للعموم، بناء على خروج المرضين عن العضوين و ثبوت أحدهما فى الدماغ و الآخر فى الصماخ أو ما وراءه، فلا تعلق للمرض بالمحل، حتى لو قطع أنفه أو أذنه فأزال الشم أو السمع فهما جنايتان.

و لا يقطع ذكر الصحيح بالعينين و يقطع بذكر الصغير و المجنون و الاغلف و مسلوب الخصيتين بلا خلاف.

و يقطع عين الأعور أى ذى العين الواحده خلقه أو بآفه أو قصاص أو جنايه بعين ذى العينين المماثله محلا و ان عمى بذلك الأعور و بقى بلا بصر، بلا خلاف يظهر و به صرح جمع ممن تأخر، و ان فى الخلاف الإجماع.

و إطلاق النص (٢) و الفتوى يقتضى عدم رد شىء على الجانى، مع أن ديه عينه ضعف ديه عين المجنى عليه كما يأتى.

و كذا يقتص له أى للأعور منه أى من ذى العينين بعين واحداه بلا خلاف أجده، الا من الإسكافى فجزز الاقتصاص له منه بعينه مع رد نصف

ص: ٤٤٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٣٩، ب ٢٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٣٤، ب ١٥.

الديه، و هو شاذ ضعيف كالمحكى عن كثير، من تخيير الأعور بين الاقتصاص بالعين الواحده و أخذ الديه كامله.

و حيث اقتص له بالعين الواحده، ف فى رد الجانى عليه نصف الديه ديه النفس قولان، المروى (١) فى الصحيح (٢) و غيره الرد و هو خيره الشيخ فى النهايه (٣) و جماعه، و لا يخلو عن قوه، خلافا له فى المبسوط و آخرين فلم يوجبوه.

ثم ان إطلاق النص و الفتوى بالرد يقتضى عدم الفرق فيه بين الأعور خلقه أو بآفه أو غيرهما، و خص جماعه بالأولين، و تحقيق الكلام فيه يأتى إن شاء الله تعالى.

و سن الصبى ان جنى عليه عمدا ينتظر به مده جرت العاده بالنبات فيها، و فى كتب الفاضل سنه، و استقر به جماعه و هو كذلك فان عادت ففيها الأرش و الحكومه، و هى التفاوت لو كان عبدا بين قيمته لو لم تسقط سنه تلك المده، و قيمته و هى فيها ساقطه وفاقا للمشهور، و عن الخلاف و فى السرائر الإجماع و الا- تعد و حصل اليأس من عودها و لو باخبار أهل الخبره ل كان فيها القصاص وفاقا لجمع، و قيل: بالعدم.

و ذهب جماعه الى أن فى سنه بعيرا مطلقا من غير تفصيل الى العود و عدمه، و عزى فى المختلف إلى الأكثر، و فى المبسوط إلى الأصحاب، و فى المستند ضعف. و عن الإسكافى قول آخر مفصل بين عودها فالبعير و عدمه و اليأس منها فالديه.

ص: ٤٤٧

١- (١) فى المطبوع من المتن: أشبههما.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٥٢، ب ٢٧.

٣- (٣) النهايه ص ٧٦٥.

ثم ان هذا كله فى سن الصبى قبل أن يثغر، أما إذا أثغر- أى سقطت أسنان اللبن منه و نبت- ثم جنى عليها بعد ذلك، فلها أحوال: منها أن لا- تعود أبدا بحيث حصول اليأس عادة، فيثبت بدلها قصاص أو الدية، لكن لا يعجل بهما، بل ان قضى بها أهل الخيره، بعودها فى مده أخر إلى انقضائها، و ان قلنا بعدم القصاص و الدية مع عودها مطلقا بل الأرش خاصة، و الا جاز التعجيل بهما كذلك.

و منها أن تعود ناقصه أو متغيره، فيثبت الأرش، و كذا لو عادت تامه على الأقوى وفاقا للفاضلين و غيرهما.

و لو جنى على العين بما أذهب النظر و البصر منها خاصة مع سلامه الحدقه اقتص منه أى من الجانى بما يمكن معه المماثله بإذهاب البصر و إبقاء الحدقه بذر كافور أو غيره. أو بأن يوضع على أجفانه القطن المبلول حذرا من الجنايه عليها و يفتح العين و يقابل بمرآه محماه بالنار مقابله للشمس حتى يذهب البصر و تعيين الاستيفاء بهذا الوجه مشهور، و النص (١) به غير دال على الحصر فيه، و لا ريب أنه أحوط و ان كان فى تعيينه نظر.

و ظاهر المتن و نحوه مواجهه الجانى للمرآه المواجهه للشمس لا- لها نفسها، و المستفاد من النص أن النظر فى المرآه بعد استقبال العين بالشمس.

و لو قطع شخص كفا مقطوعه الأصابع، ففى روايه (٢): يقطع المقطوع كف القاطع و يرد عليه أى على القاطع ديه الأصابع و عمل بها الشيخ و أتباعه، كما فى المسالك بل فيه و فى غيره الأكثر، خلافا للحلى فقال:

الأولى الحكومه فى ذلك و ترك القصاص و أخذ الأرش، و ظاهر المتن و غيره التوقف و لا- يخلو عن وجهه، و ان كان القول الأول لعله أوجه و الثانى أحوط.

ص: ٤٤٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٢٩، ب ١١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٢٩، ب ١٠.

ولا- يجوز أن يقتص ممن لجأ إلى الحرم، ولكن يضيق عليه في المأكل و المشرب حتى يخرج ثم يقتص منه بلا خلاف، وفي الخلاف وغيره الإجماع.

و يجوز أن يقتص ممن جنى في الحرم فيه ولا يجوز أن يقتص منه خارجه بلا خلاف.

و في إلحاق مشاهد الأئمة عليهم السلام بالحرم قول للشيخين و جماعه لوجه لا يخلو عن مناقشه و لكنه أحوط.

ص: ٤٤٩

كتاب الديات

اشاره

ص: ٤٥١

(كتاب الديات) الديات جمع ديه بتخفيف الياء، وهي: المال بالجنايه على الحر فى النفس أو ما دونها. و ربما اختصت بالمقدر بالأصالة، و أطلق على غيره اسم الأرش و الحكومه. و المراد بالعنوان ما يعم الأمرين، و هاؤها عوض عن فاء الكلمه، يقال: و ديت القتيل أعطيته ديته.

و ربما تسمى الديه لغه «عقلا» لمنعها عن التجرى على الدماء، فان من معانى العقل المنع.

و النظر فى هذا الكتاب يقع فى أمور أربعة:

الأول

(فى بيان أقسام القتل و مقادير الديات)

و اعلم أن أقسامه أى القتل بل مطلق الجنايه ثلاثه: عمد محض، و خطأ محض، و شبيه بالعمد.

فالعمد: أن يقصد الى الفعل و القتل به مطلقا، أو الفعل خاصه مع حصول

ص: ٤٥٣

القتل به غالبا و قد سلف مثاله فى أول كتاب القصاص.

و الشبيه بالعمد: أن يقصد الى الفعل دون القتل بشرط أن لا يكون الفعل مما يحصل به القتل غالبا مثل أن يضرب للتأديب أو يعالج للإصلاح ضربا و علاجا لا يحصل بهما الموت الا نادرا فيموت المضروب و المعالج.

و الخطاء المحض: أن يخطئ فيهما أى فى الفعل و قصد القتل مثل أن يرمى الصيد فيخطأه السهم الى إنسان فيقتله و لا خلاف فى شىء من ذلك أجده إلا ما قدمنا إليه لإشاره.

و موجب الأول القصاص لا الديه إلا صلحا كما عرفته، بخلاف الأخيرين فإن موجبهما الديه لا غير مطلقا، و يفترقان فى محلها و كميتها و زمان أداءها، كما سيأتى إن شاء الله تعالى مفصلا.

إذا عرفت ذلك ف اعلم أن ديه قتل العمد حيث تتعين أو يراد الصلح عليها مائه من مسان الإبل و هى الثنايا فصاعدا، و فى بعض كلمات الشهيدان المسنه من الثنيه إلى باذل عامها.

أو مائتا بقره و هى ما يطلق عليها اسمها و لو كان غير مسنه، على ما يقتضيه إطلاق المتن و غيره من النص (١) و الفتوى، خلافا لجماعه فمسنه، و هو مع ضعفه شاذ كالمحكى عن بعضهم فى الأول من تقييده بالفحوله، و لكنهما و لا سيما الأخير أحوط.

أو مائتا حله بالضم على الأظهر الأشهر، و فى صريح الغنيه و ظاهر غيرها الإجماع، خلافا للمقنع (٢) فمائه حله و هو شاذ.

و كل حله ثوبان على ما نص عليه أكثر اللغه و الأصحاب من غير خلاف

ص: ٤٥٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٤٢، ح ١.

٢- (٢) المقنع ص ١٨٢.

بينهم أجدده، و يستفاد منهم أن التعدد له مدخله في صدق الحله و عدمه في عدمه و عليه فيكون القيد في العبارة توضيحا لا تقييدا.

و كذلك التقييد بكونهما من برود اليمن على ما يستفاد من جمع من أهل اللغه كابن الأثير و ابن عبيده، و في السرائر زاد بعد اليمين أو نجران، و لم أعرف مستنده.

ثم ان المعتبر من الثياب ما يصدق عليه اسم الثوب عرفا لا مجرد ما يستر العوره.

أو ألف دينار أى مثقال ذهب خالص.

أو ألف شاه و هى ما يطلق عليها اسمها و لو كان أنثى، بلا خلاف يعتد به و فى الغنيه الإجماع.

أو عشر آلاف درهم إجماعا كما فى الغنيه.

و هذه الخصال الستة و ان لم تشتمل على تمامها روايه فى ما أجدده، الا أنها مستفاده من الجمع بين روايات (1) المسأله، و قد ادعى فى الغنيه الإجماع عليها بعد ذكرها بعين ما هنا مخيرا بينها، و نفى عنه الخلاف بعض أصحابنا أيضا فلا اشكال فيها.

و انما الإشكال فى أنها هل هى على التخيير؟ كما هو ظاهر المتن و عامه المتأخرين أم على التنويع؟ بمعنى أنه يجب كل صنف منها على أهله، كما عن الشيخين و غيرهما من القدماء، و هذا أحوط و ان كان الأول أظهر، و فى عبائر كثير الإجماع.

و تظهر الثمره فى ما لو بذل رب كل صنف غيره بدون رضا ولى المقتول، فيجوز على المختار و لا على غيره.

و تستأدى هذه الديه فى سنه واحده لا يجوز تأخيرها عنها بغير رضا المستحق، و لا تجب عليه المبادره لأدائها قبل تمام السنه بلا خلاف أجدده الا من

ص: ٤٥٥

الخلاف فجعلها حاله، و في ظاهر عبائر جمع و صريح آخرين الإجماع على خلافه، و هي من مال الجاني لا من بيت المال و لا العاقله بلا خلاف، و في ظاهر الغنيه الإجماع.

و لا- تثبت إلا- بالتراضى بها عن القود حيث يتعين على الأظهر كما مر، و أما على غيره فلا يحتاج إلى التراضى، و كذا حيث لا يتعين القود كقتل الولد، أو تعيين و لكن فات بمبادره أحد الأولياء إليه، أو موت الأولياء، أو موت القاتل، أو كان القاتل عاقلا و المقتول مجنوناً، أو نحو ذلك.

و اعلم أن الخطاء و شبيه العمد يشاركان في هذه الخصال الستة، كما سيأتى إليه الإشاره. و انما يفترقان منه في أسنان الإبل خاصه، فإنها في العمد ما مر و فيهما دون سنا، و يفترقان أحدهما عن الآخر بأن أسنانها في الخطاء دون أسنانها في شبهه.

و لكن في تعيين الأسنان في كل منهما خلاف فتوى و نصاب في ديه شبيه العمد منها روايتان (١).

أحدهما: أنها مائه من الإبل، منها أربعون خلفه بين ثنيه إلى بازل عامها و ثلاثون حقه و ثلاثون بنت لبون. و عمل بها الصدوق و جماعه، و لا بأس به لصحه الروايه.

و الثانيه: أنها ثلاث و ثلاثون حقه و ثلاث و ثلاثون جذعه و أربعه و ثلاثون ثنيه كلها طروقه الفحل. و عمل بها المفيد و آخرون، و في سندها ضعف. و هنا قولاً ثالثاً أشار بقوله:

أشهرهما: أنها ثلاث و ثلاثون بنت لبون سننها ستان فصاعدا و ثلاث و ثلاثون حقه سننها ثلاث سنين فصاعدا و أربع و ثلاثون ثنيه سننها خمس سنين فصاعدا طروقه الفحل أى التى بلغت أن يضربها الفحل، و قال

ص: ٤٥٦

به الشيخ فى النهايه (١) و حكى عن ابن حمزه، و مستندهما غير واضح و ان جعله الماتن أشهر الروائين، فانا لم نقف عليها.

و نحو هذا القول بهذه الأسنان، لكن مبدلا فيه الأربع و ثلاثين ثنيه طروقه الفحل بأربع و ثلاثين خلفه بفتح الخاء و كسر اللام، أى الحامل، كما عن الخلاف و المهذب.

و يضمن هذه الديه أيضا الجانى فى ماله خاصه لا العاقله إجماعا كما فى كلام جماعه، و قول الحلبي بأنها على العاقله شاذ. و للنهايه (٢) و المهذب قول بأنه لو مات أو هرب يؤخذ بها حينئذ أولى الناس به، و ان لم يكن له أحد ففى بيت المال، و لعله غير بعيد، و فى الغنيه الإجماع، و لكن أنكره الحلبي مدعى الإجماع على خلافه، و هو معارض بمثله ان لم يكن بأحسنه.

و اعلم أنا لم نقف على روايه تدل على مقدار زمان أدائها فيه، إلا أنه قال المفيد: تستأدى فى سنتين و تبعه أكثر الأصحاب بل عامتهم، و فى ظاهر المبسوط و السرائر و غيرهما الإجماع، و لا بأس به.

و ظاهر المتن و غيره التردد فيه و لا وجه له، كالمحكى عن ابن حمزه من أنها تستأدى فى سنتين ان كان معسرا و الا ففى سنه، و عن الخلاف أنها تستأدى فى سنه مطلقا و ديه العمد حاله.

و فى ديه قتل الخطاء المحض فيها أيضا روايتان بل روايات (٣) و أقوال أشهرهما: سيما بين المتأخرين أنها عشرون بنت مخاض، و عشرون ابن لبون، و ثلاثون بنت لبون، و ثلاثون حقه و هى مع ذلك صحيحه.

ص: ٤٥٧

١- (١) النهايه ص ٧٣٨.

٢- (٢) النهايه ص ٧٣٨.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٤٦، ب ٢.

و فى الأخرى: أنها خمس و عشرون بنت مخاض، و خمس و عشرون بنت لبون، و خمس و عشرون حقه، و خمس و عشرون جذعه، و بها أفتى ابن حمزه، و هنا قول آخر و روايه أخرى إلا أن الأصح هو الروايه الاولى.

و تستأدى هذه الديه فى ثلاث سنين كل سنه ثلثها إجماعا منا بل من الأمه كما عن الخلاف.

و يضمونها العاقله لا الجانى إجماعا، نعم ان فقدت العاقله أو كانوا فقراء كانت فى مال القاتل ان كان له مال و الا على الامام كما يأتى.

و لو قتل فى الشهر الحرام و هو أحد الأربعة: المحرم، و رجب، و ذو القعدة، و ذو الحجه ألزم الديه و ثلثا من أى الأجناس كان المستحق الأصل تغليظا عليه لانتهاكه الحرمه، بلا خلاف و فى كلام جمع الإجماع.

و هل يلزم مثل ذلك لو قتل فى الحرم الشريف المكه زاده الله تعالى شرفا قال الشيخان و الأكثر نعم و فى ظاهر السرائر و الغنيه الإجماع، لصريح الموثق كالصحيح (1) فى رجل قتل فى الحرم، قال: عليه ديه و ثلث.

و صريح جماعه و منهم الماتن هنا و فى الشرائع (2) لقوله: و لا- أعرف الوجه خلو فتواهم من الروايه بل مطلق الحجه، و كأنهم لم يقفوا على هذه الروايه، و الا فهى مع اعتبار سندها فى المطلوب صريحه معتضده بما عرفت من الإجماعات المنقوله.

و هل يلحق بها حرم المدينه و مشاهد الأئمه عليهم السّلام على مشرفها ألف صلاه و تحيه؟ قولان، مقتضى الأصل العدم، و لكن الأحوط نعم.

و هل يختص التغليظ بالعمد أم يعمه و غيره؟ قولان، الظاهر الثانى و عليه

ص: ٤٥٨

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٥٠، ح ٣.

٢- (٢) الشرائع ٤-٢٤٦.

ابن زهره و الحلبي و ظاهرهما الإجماع. و لا- تغليظ عندنا في الأطراف و لا في قتل الأقارب، بلا خلاف ظاهر الا من الخلاف و المبسوط (١) في الثاني، و دليله مع شذوذه غير واضح. ثم ان كل ذا في ديه قتل الحر المسلم.

و أما ديه قتل المرأة المسلمه ف على النصف من الجميع أي جميع مقادير الستة المتقدمه، في الإبل خمسون و من الدنانير خمسمائه و هكذا إجماعا و فتوى و نسا (٢).

و لا تختلف ديه الخطاء و العمد و شبههما في شيء من المقادير الستة عدا النعم أي الإبل، فتختلف ديه الثلاثه فيها كما مضى. و أما عدم الاختلاف في ما عداها فقد ذكره الأصحاب من غير خلاف و لا اشكال و ظاهر الحلبي الإجماع.

و في مقدار ديه الحر الذمي روايتان بل روايات (٣) و المشهور منها التي عليها عامه أصحابنا إلا النادر أنها ثمانمائه درهم مطلقا يهوديا كان أو نصرانيا أو مجوسيا، و هي مع ذلك صحاح مستفيضه كادت تكون متواتره، و في الغنيه و غيرها الإجماع.

و الروايه الثانيه: أنها ديه المسلم. و في أخرى: ديه اليهودي و النصراني أربعة آلاف درهم، و ديه المجوسي ثمانمائه. و هي شاذه ضعيفه كالقول بالتفصيل بين قتله اتفاقا فثمانمائه و اعتيادا فما في الاخبار الأخيره باختلافها، بحملها على اختلاف نظر الحاكم، كما عليه الشيخ في كتابي (٤) الأخبار جميعا بينها، و نفى عنه البأس في المختلف. و للإسكافي و الصدوق قولان آخران مفصلان أيضا لا يوجد

ص: ٤٥٩

١- (١) المبسوط ٧-١١٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٥١، ب ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٦٠، ب ١٣.

٤- (٤) تهذيب الأحكام ١٠-١٨٦، الاستبصار ٤-٢٦٨.

لهما أثر فى الاخبار-كتفصيل الشيخ-و ان أشعر به بعضها.

و ديه نسائهم الحرائر على النصف من ذلك أربعمائه درهم، بلا- خلاف أجده ظاهرا. و ديه أعضائهما و جراحاتهما من ديتهما كديه أعضاء المسلم و جراحاته من ديته.

و فى التغليظ بما يغلظ به المسلم نظر، و لعل الأول أظهر.

و كذا تتساوى ديه الرجل منهم و المرأه الى أن تبلغ ثلث الديه فتنتصف كالمسلم، بلا خلاف ظاهر، و فى الغنيه الإجماع.

و لا ديه لغيرهم أى غير الثلاثة من أهل الكفر حتى أهل الكتاب إذا خرجوا عن الذمه بلا خلاف.

و فى ديه ولد الزنا المظهر للإسلام قولان بل أقوال أشبههما و أشهرهما بين المتأخرين: أن ديته كديه الحر المسلم و القول الثانى أنها كديه أهل الكتاب ثمانمائه درهم، ذهب اليه الصدوق و المرتضى لروايات أشار إليها بقوله:

و فى روايه (1): كديه الذمى، و هى ضعيفه سنداً بالإرسال و الجهاله، و لكن ادعى المرتضى عليه الإجماع، فيمكن أن يجبر به، مضافا الى جوابر آخر هى فى الشرح المذكوره، فقوله لا يخلو عن قوه.

و ديه العبد قيمته ما لم يتجاوز ديه الحر و لو تجاوز ديه الحر ردت اليه و ديه الأمه قيمتها ما لم تتجاوز ديه الحره. و الاعتبار بديه الحر المسلم ان كان المملوك مسلماً و ان كان مولاه ذمياً على الأقوى، و بديه الذمى ان كان المملوك ذمياً و لو كان مولاه مسلماً على الأقوى أيضاً.

و هى كديه الأحرار تؤخذ من مال الجانى ان قتله أى العبد عمداً

ص: ٤٦٠

أو شبيها بالعمد، و من عاقلته ان قتله خطاء.

و ديه أعضائه و جراحاته تؤخذ بنسبه العضو الى الكل من حيث قيمته على قياس نسبه أعضاء الحر الى كله من حيث الديه فما أى أى عضو فيه أى فى ذلك العضو حال كونه من الحر ديته أى ديه الحر فى ذلك العضو من العبد قيمته، كاللسان، و الذكر و اليدين و الرجلين، فلو جنى عليها من العبد كان فيها تمام قيمته ما لم تتجاوز ديه الحر، كما أنه لو جنى عليها من الحر كان فيها كمال ديته.

و ما فيه أى: أى عضو من الحر فى الجنايه عليه دون ذلك أى دون كمال الديه من نصفها أو ثلثها مثلاً فى الجنايه عليه من العبد من قيمته بحسابه أى بحساب ما يؤخذ فيه من الديه فى الحر. فلو قطع احدى يديه الصحيحه مثلاً يؤخذ من قيمته نصفها، كما أنه يؤخذ نصف ديه الحر لو قطعت منه.

و فى حكم العبد بالنسبه إلى الحر الأمه بالنسبه إلى الحره.

و بالجملة الحر أصل للعبد فى المقدر له، و ينعكس فى غيره فيكون العبد أصل للحر فيما لا تقدير فيه يفرض الحر عبدا سليما من الجنايه و ينظر كم قيمته حينئذ، و يفرض عبدا فيه تلك الجنايه و ينظر كم قيمته، و ينسب احدى القيمتين إلى الأخرى و يؤخذ له من الديه بتلك النسبه بلا خلاف.

و لو جنى جان على العبد و فى معناه الأمه بما فيه قيمته، فليس للمولى المطالبه بها حتى يدفع العبد برمته أى بتمامه إلى الجانى أو عاقلته ان قلنا بأنها تعلقه بلا خلاف، و فى كلام جماعه الإجماع.

و لو كانت الجنايه على المملوك بما دون ذلك أى بما لا يبلغ قيمته أخذ المولى أرش الجنايه بنسبته من القيمه.

و ليس له أى للمولى دفعه أى العبد الجانى و المطالبه بالقيمه أى بتمام قيمه العبد الا برضا الجانى، بل يمسه و يطلب بديه الفات مع التقدير أو أرشه مع عدمه فى الحر، فإنه حقه دون الدفع و المطالبه بتمام القيمه.

و لا- يضمن المولى جنايه العبد مطلقا و لكن يتعلق برقبته، و للمولى الخيار بين دفعه أو فكه بأرش الجنايه أو بأقل الأمرين منه و من القيمه، على الخلاف المتقدم فى القصاص فى البحث المتقدم إليه الإشاره.

و مضى ثمه الكلام فى أنه لا تخيير للمولى المجنى عليه بل للمولى إذا كانت الجنايه خطأ، و ينعكس إذا كان عمدا.

و أنه لو كانت جنايته لا- تستوعب قيمته تخير المولى أيضا فى دفع الأرش أو تسليمه ليستوفى المجنى عليه منه قدر الجنايه استرقا أو يباع و يكون المولى معه شريكا فى ما يفضل.

و أنه يستوى فى جميع ذلك الرق المحض و المدبر مطلقا ذكر كان أو أنثى أو أم ولد على التردد فى الأخير لم يسبق ذكره، ينشأ: من عموم الأدله على أن المولى لا- يعقل مملوكه، و من أن المولى باستيلاده منع من رقيتها فأشبهه ما لو أعتق الجانى عمدا، مضافا الى النص (١): أم الولد جنايتها فى حقوق الناس على سيدها.

و هذا خيره الشيخ فى ديات المبسوط (٢) نافيا الخلاف فيه الا عن أبى ثور و تبعه القاضى، و الأول مذهبه فى استيلاذ المبسوط (٣) و الخلاف مدعيا عليه الإجماع و الاخبار على أنها مملوكه يجوز بيعها، و تبعه الحللى نافيا الخلاف عنه أيضا و أكثر

ص: ٤٤٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٥٩.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٦٠.

٣- (٣) المبسوط ٦-١٨٧.

المتأخرين، وعزاه في الروضه إلى المشهور، ولعله أقوى.

النظر الثاني

إشاره

(في بيان موجبات الضمان للديه مطلقا)

البحث الأول في المباشره

إشاره

و البحث فيه: اما في المباشره، أو التسبب، أو تراحم الموجبات:

أما المباشره: فضابطها الإلتلاف لا مع القصد اليه، وان قصد الفعل الموجب له، كمن رمى عرضا و أصاب إنسانا أو ضربه للأديب فمات مثلا.

و إذا قد عرفت ذلك ف اعلم أن الطبيب يضمن في ماله بل من مطلق ما يتلف بعلاجه و لو طرفا، و ان احتاط و اجتهد و أذن له المريض أو وليه و كان حاذقا ماهرا في فنه علما و عملا، بلا خلاف الا من الحلى في ما لو كان عارفا و عالجا مأذونا، فقال: بعدم الضمان هنا. و هو شاذ و على خلافه في كلام جمع الإجماع.

و لو أبرأه المريض المعالج أو الولي له من الجنايه قبل وقوعها فالوجه الصحه وفاقا للشيخ و أتباعه بل المشهور كما في المسالك وغيره و لا مساس الضروره و الحاجه الى مثل ذلك، إذ لا غنى عن العلاج و إذا عرف الطبيب أنه لا مخرج له عن الضمان توقف عن العمل مع الضروره، فوجب في الحكمه شرع الإبراء دفعا للضروره.

و يؤيده روايه النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السّلام قال قال أمير المؤمنين عليه السّلام: من تطب أو تبيطر فليأخذ البراءه من وليه و الا فهو ضامن (١).

و انما ذكر الولي لأنه هو الطالب على تقدير التلف، فلما شرع الإبراء قبل

ص: ٤٦٣

الاستقرار صرف الى من يتولى المطالبه.

وقيل و القائل الحلى: انه لا يصح، لأنه إبراء مما لم يجب و المسأله محل تردد، و ان كان القول الأول لا يخلو عن رجحان.

و كذا البحث فى البيطار فى المسألتين، فإنه طيب أيضا لكن فى الحيوان.

و النائم إذا انقلب على إنسان أو فحص برجله أو يده أى قلبهما فقتله أو جرحه ضمن الديه بلا خلاف أجده و به صرح جماعة، و هل هى فى ماله أم على عاقلته؟ تردد و اختلاف بين الأصحاب، و الأظهر الثانى وفاقا لأكثر المتأخرين، خلافا لجماعه من القدماء فالأول.

ثم ان هذا إذا لم يكن النائم ظئرا أما لو كان هو الظئر: ف للأصحاب فيه أقوال ثلاثة: أحدها التفصيل، و هو أنها ان طلبت بالمظائره الفخر و العزه ضمننت الطفل فى مالها إذا انقلبت عليه فمات، و ان كان طلبها للفقر و الحاجه فالديه على العاقله اختاره الماتن هنا و فى الشرائع (١) و النكت و الفاضل فى القواعد تبعا للشيخ و ابن حمزه.

و به نصوص (٢) صريحه لكن فى سندها ضعف و جهاله، و فى متنها مخالفه للأصول المقرره، و لذا اختار الأكثر خلافا، و ان اختلفوا فى محل الديه، فبين من جعلها فى مالها مطلقا كالمفيد و جماعه من القدماء، و منهم ابن زهره مدعى الإجماع. و من جعلها على العاقله كذلك كالفاضل فى جملة من كتبه و شيخنا فى المسالك حاكيا عن أكثر المتأخرين، و لعله الأظهر.

و لو أعنف الرجل بزوجه جماعا قبل أو دبرا أو ضما فماتت بذلك

ص: ٤٦٤

١- (١) شرائع الإسلام ٤-٢٤٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٩٩، ب ٢٩.

ضمن الدية في ماله ان لم يتعمد القتل أو ما يؤدي إليه غالبا على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، للقاعده و النصوص (١).
هذا إذا لم يكن بينهما تهمة، أو ما لو كانت و ادعى ورثتها على أنه قصد القتل أمكن أن يقال بالقسامه و إلزام القاتل القود، كما عن الماتن و به قطع الحلّي، و لا بأس به ان بلغت التهمه اللوث المعتر في القسامه.
و ظاهر النص و الفتوى و الأصول أيضا أن عليه ديه شبهه العمد، خلافا للمفيد فجعلها مغلظه.
و قال الشيخ في النهايه (٢) و عن الجامع (٣): انه ان كانا مأمونين فلا ضمان عليهما للمرسل (٤) و في هذه الروايه ضعف بالإرسال و المخالفه للأصول، و خصوصا ما مر من النصوص، مضافا الى قصور الدلاله.
و لو حمل على رأسه متاعا فكسره، أو أصاب به إنسانا أو غيره فقتله أو جرحه ضمن ذلك في ماله كما في الخبر (٥) المروى بعده طرق و منها الصحيح، و عليه عمل الأصحاب بغير خلاف يعتد به، و يؤيده-بالإضافه إلى ضمان المتاع- بعض الاخبار، و ما عن المرتضى من دعوى الإجماع على ضمان الأجير ما يتلف في يده و لو بغير سببه.
و في روايه (٦) النوفلي عن السكوني أن عليا عليه السلام ضمن ختانا قطع حشفه غلام، و هي و ان قصر سندهما بهما إلا أنهما مناسبه للمذهب و ان حملت

ص: ٤٤٥

- ١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٠١، ب ٣١.
- ٢- (٢) النهايه ص ٧٥٨.
- ٣- (٣) الجامع ص ٥٨٣.
- ٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-٢٠٢، ح ٤.
- ٥- (٥) وسائل الشيعه ١٣-٢٧٨، ح ٧.
- ٦- (٦) وسائل الشيعه ١٩-١٩٥، ح ٢.

على غير صورته التفريط، لما مر في ضمان الطبيب ديه ما يجنبه في ماله.

و لو وقع إنسان من علو على آخر فقتله أو جرحه فان قصد الوقوع عليه و كان مما يقتل غالبا أو نادرا مع قصده القتل أيضا قتل به لانه عمد يوجب القود.

و ان لم يقصد القتل مع الندره، بل قصد الوقوع عليه خاصه و اتفق الجنايه فهو شبيه عمد يضمن الديه في ماله. و ان قصد الوقوع لكن لا عليه فصادفه، فهو خطأ محض ديته على العاقله.

و ان دفعه الهواء أو زلق فوقه عليه بغير اختيار منه و لا قصد الموقوع فلا ضمان عليه و لا على عاقلته، لعدم استناد القتل الى فعله بل إلى أمر خارجي، و ليس هو كالتائم المنقلب على غيره لحصول الجنايه فيه بفعله و لو من غير اختيار، بخلاف ما نحن فيه لحصولها بفعل غيره و لو بواسطته. هذا كله فيمن وقع، و أما الواقع هو قدمه - لو مات - هدر بلا خلاف.

و لو دفعه دافع و هو إنسان فالضمان أي ضمان المدفوع اليه لو مات أو انجرح على الدافع فيقاد به و ان قصد جنايته بذلك مطلقا، و كذا ان لم يقصد مع كون الدفع مما يقتل غالبا.

و ان كان مما يقتل نادرا فالديه من ماله ان قصد الدفع عليه، و إلا فخطأ محض ان قصد مطلق الدفع يؤخذ من عاقلته. و الحكم بكون الضمان على الدافع دون المدفوع هو الأشهر بين المتأخرين وفاقا للمفيد و الحلبي، لأنه هو السبب القوي و المباشر ضعيف.

و قال الشيخ في النهايه (1) و غيرها: ان ديه المقتول على

ص: ٤٦٦

الواقع (١) و يرجع هو بها على الدافع كما فى الصحيح (٢)، و لا يخلو عن قوه لو لا شهره القول الأول و قوه دليله بها. هذا كله فى ضمان المدفوع عليه، و أما المدفوع فضمامه على الدافع قولاً واحداً.

و لو ركبت جاريه على أخرى فنخستها أى المركوبه ثالثه، فقمصت المركوبه أى نفرت و رفعت يديها و طرحها فصرعت الراكبه و وقعت فماتت، قال الشيخ فى النهايه (٣) و اتباعه بل المشهور كما قيل: ان الديه بين الناخسه و القامصه نصفان. و قال المفيد فى المقنعه (٤): عليهما ثلثا الديه، و يسقط الثلث بإزاء الراكبه لركوبها عبثاً و نحوها عن الإصباح و الكافى (٥)، و فى الغنيه، و فيهما أن الراكبه كانت لاعبه. و لو كانت راكبه بأجره كان كمال ديتها على الناخسه و المنخوسه.

و مستند الأول روايه أبى جميله المفضل بن صالح المرويه فى النهايه (٦) و التهذيب (٧)، عن سعد الإسكاف، عن الأصبغ بن نباته، قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى جاريه ركبت أخرى فنخستها ثالثه، فقمصت المركوبه فصرعت الراكبه فماتت، ان ديتها نصفان على الناخسه و المنخوسه (٨).

و فى أبى جميله ضعف مشهور غير مختلف فيه، و لعله لذا خصه الماتن

ص: ٤٦٧

- ١- (١) فى المطبوع من المتن: المدفوع.
- ٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٧٧، ح ٢.
- ٣- (٣) النهايه ص ٧٦٣.
- ٤- (٤) المقنعه ص ١١٨.
- ٥- (٥) الكافى لأبى الصلاح ص ٣٩٤.
- ٦- (٦) النهايه ص ٧٦٣.
- ٧- (٧) التهذيب الأحكام ١٠-٢٤١.
- ٨- (٨) وسائل الشيعه ١٩-١٧٨، ح ١.

بالتضعيف، و الا فباقي الرواه المذكورون هنا مشاركون له فى القصور، و فى متنها أيضا مخالفه للأصول.

و ما ذكره المفيد حسن عند الماتن هنا و فى النكت و الفاضل فى المختلف لموافقه الأصول، فإن القتل إذا استند إلى جماعه يكون أثره موزعا عليهم و الراكبه من الجملة، و مع ذلك رواه فى الإرشاد و القواعد مرسلًا كالحلبى و ابن زهره، و لكنها مرسله لا تصلح للحجيه، و إفاده الأصول هذا القول مطلقا ممنوعه.

و خرج ثالث و هو الحلّى و جها ثالثا، فأوجب الديه بأجمعها على الناخسه ان كانت ملجأه للمركوبه الى القموص و على القامصه ان لم تكن ملجأه و قواه جماعه و منهم شيخنا فى الروضه قال: أما الأول فلان فعل المكره مستند إلى مكرهه، فيكون توسط المكره كالاله فيتعلق الحكم بالمكره. و أما الثانى فلاستناد القتل إلى القامصه وحدها حيث فعلت ذلك مختاره.

و رابع: ففصل بين بلوغ الراكبه و اختيارها فما عليه المفيد، و صغرها و كرهها فما عليه النهايه.

و خامس: ففصل بين ما إذا كان الركوب عبثا فالأول، و لغرض صحيح فالثانى ان كانت القامصه غير ملجأه و الا فعلى الناخسه.

و هذه الوجوه مع تخالفها لا تفيد الحكم فى شقوق المسأله كلها، و انما غايتها افادته فى صوره العلم بحال الناخسه و المنخوسه، و أما صوره الجهل بها فليست مفيده، فالمسأله محل تردد و شبهه، و ان كان مختار الحلّى فى الصوره الاولى لا يخلو عن قوه، لإمكان الذب عن الروايات مع ضعفها بما عرفته و ان كانت مشهوره بأنها قضيه فى واقعه، فيحمل اختصاصها بالثانى بالصوره الثانیه، و المختار فيها خيره المفيد و من تبعه.

و إذا اشترك فى هدم الحائظ ثلاثه فوقع على أحدهم فمات، ضمن الآخران

الباقیان الیدیہ علی روایہ (۱) أبی بصیر المرویه بأسانید متعدده عن علی بن أبی حمزه، و هو ضعیف بلا شبهه و لأجله تحقق فی الروایه ضعف و فیها مع ذلك مخالفه للأصول الآتیة و شدوذ لا قائل بها صریحا و لا ظاهرا عدا الصدوق و هو نادر قطعا.

و الأشبه بالأصول و به أفتی الحلی و عامه المتأخرین أن یضمن كل واحد ثلثا من دیه المیت و یسقط ثلث لمساعدته التالف لهما و شركته فی تلفه معها، فیسقط ما قابل فعله، و إلا لزم أن یضمن الشریک فی الجنایه جنایه شریکه، و هو باطل «ف لا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى» و یمکن حمل الروایه علیه لعدم التصریح فیها بأن علیهما الیدیہ کامله.

مسائل

إشارة

و من اللواحق لهذا الباب مسائل أربع:

الاولی: من دعا غیره فأخرجه من منزله لبلا

الاولی: من دعا غیره بالتماسه فأخرجه من منزله لبلا ضمنه حتى یرجع المدعو إلیه أى إلی منزله، بلا خلاف فیہ فی الجملة، بل علیه الإجماع كذلك فی الروضه و كلام جماعه، و ادعی الإجماع مطلقا فی الغنیه، و حکى من نکت النهایه الخبرین (۲) المنجبر ضعف سندهما بعمل الأصحاب.

و علیه فلو لم یرجع و لم یعلم خبره بموت و لا- حیاه ضمن الداعی دیته فی ماله دون عاقلته بلا خلاف كما فی كلام جماعه، و یتفاد من اللعنه عدم الضمان هنا مطلقا، و الأول أقوى.

و لو وجد مقتولا فإن أقر الداعی بقتله أو أقیمت البینه علیه به أفید به بلا خلاف فیہ و لا فی أنه لو ادعی قتله علی غیره و أقام به علیه البینه، و فی معناها الإقرار و نحوه صرف عنه الضمان الی ذلك الغیر.

ص: ۴۶۹

۱- (۱) وسائل الشیعه ۱۹-۱۷۵، ب ۳.

۲- (۲) وسائل الشیعه ۱۹-۲۰۶، ب ۳۶.

و لو عدم البيئه منه عليه ففى القود من الداعى أو إزامه بالديه تردد و الاختلاف،و لكن أشبهه و أشهره أنه لا قود و فى الغنيه الإجماع.

و خص ذلك جماعه بصوره عدم اللوث و التهمه،و قالوا فيها بالقسامه،فتلزم بموجب ما أقسم عليه الولى من عمد أو خطأ أو شبهه،و مع عدم قسامته يقسم المنجرح و لا ديه،و هو ضعيف كالقول بالقود مطلقا كما عن المفيد،أو إذا لم يدع البراءه من قتله كما عن ابن حمزه و الديلمى،لكنه خير أولياء المقتول بينه و بين أخذ الديه.

و على المختار يكون عليه فى ماله الديه قولا واحدا.

و لو وجد ميتا و لم يوجد فيه أثر قتل أصلا،فلا-قود إجماعا و لكن فى لزوم الديه قولان،أشبههما و أشهرهما اللزوم لعموم النصوص و الإجماع المنقول و فى السرائر أن به روايه،خلافًا للفاضلين فلا شىء مطلقا،و للحلى فكما قال فى صورته عدم الموث و القسامه فى صورته،فتلزم بموجب ما يقسم به الولى من عمد فقود و غيره فديه،و وافقه فى المختلف الا أنه أثبت مع القسامه الديه مطلقا.

الثانيه: لو أعادت الظئر بالطفل فأنكره أهله

الثانيه: لو أعادت الظئر بالطفل الذى أوتمنت على إرضاعه فى بيتها فأنكره أهله أنه طفلهم صدقت الظئر لأنها أمينه ما لم يثبت كذبها، فيلزمها مع ثبوته الديه أو إحضاره،أو إحضار من يحتمل أنه هو لأنها لا تدعى موته و قد تسلمته فيكون فى ضمانها. و لو ادعت موته فلا ضمان.

و حيث تحضر من يحتمله تقبل و لو كذبت سابقه،لأنها أمينه لم يعلم كذبها ثانيا.

و لو استأجرت أخرى لإرضاعه و دفعته بغير إذن أهله،فجهلت خبره ضمنت الديه،بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و هل يعتبر اليمين حيث يقبل قولها كما فى كل أمين أم لا كما يقتضيه إطلاق النص و الفتوى؟ وجهان، أحوطهما: الأول.

الثالثه: لو دخل لص فجمع متاعا و وطئ صاحبه المنزل قهرا

الثالثه: لو دخل لص منزلا فجمع متاعا و وطئ صاحبه المنزل قهرا، فثار ولدها فقتله اللص، ثم قتله المرأه ذهب دمه أى اللص هدرا باطلا لا عوض له.

و يضمن موالیه و ورثته ديه الغلام الذى قتله و كان لها أربعة آلاف درهم من تركته عوضا عن البضع لمكابرتها (1) على فرجها فليست بغيا، و لما كانت هذه الجملة بإطلاقها مخالفه للأصول القطعيه- كما صرح به جماعه- نسبها الماتن إلى الروايه، فقال: و هى روايه (2) محمد بن حفص عن عبد الله بن طلحه عن أبى عبد الله عليه السلام و كذا باقى الأصحاب، لكنها محتمله للانطباق على الأصول كما ذكره.

فوجهوا الأول بأنه محارب يقتل إذا لم يندفع الا به.

و الثانى بفوات محل القصاص، فيضمن الورثه ديه الغلام إذا لم يكن المص تركه.

و الثالث يحتمل المقدر من الدراهم على أنه كان مهر أمثالها، بناء على أنه لا يتقدر بالسنة، لأن جانيته يغلب فيه جانب المالىه. و بهذا التنزيل لا تنافى بين الأصول، لكن لا يتعين ما قدر فيها عوض عن البضع إلا فى الفرض المزبور.

و لو فرض قتل المرأه اللص قصاصا عن ولدها و أسقطنا الحق بفوات محل القصاص سقط غرم الأولياء. و لو قتله لا قصاصا و لا دفاعا قيدت به، و ذلك لما مر من ضعف أسنادها و كونها قضيه فى واقعه، محتمله لما تنطبق به مع الأصول.

ص: ٤٧١

١- (١) فى المطبوع من المتن: لمكابرتها.

٢- (٢) وسائل الشيعه: ١٩-٤٥، ح ٢.

و عنه بالطريق السابق فى امرأه أدخلت الحجله صديقا لها ليله بنائها فلما ذهب الرجل يباضع أهله ثار الصديق فاقتتل هو و زوجها فى البيت فقتله الزوج لما وجدته عندها فقتلت المرأه الزوج قال: ضمنت المرأه ديه الصديق و قتلت بالزوج (١) و لا إشكال فى هذا.

و انما هو فى سابقه فان الصديق اما كان يستحق القتل لقصده قتل الزوج و محاربتة معه مع عدم اندفاعه الا بالقتل أو لا، فان كان الأول لم يستحق ديه، و ان كان الثانى ضمنها الزوج لا المرأه.

و الوجه أن دم الصديق هدر فى الشق الأول كما هو ظاهر الخبر، و لذا أطلق الماتن و جماعه، و مقتضاه عدم الفرق بين الصديق بالحال و عدمه، خلافا للمعه فقيده بالثانى، و لا وجه له. و الأصح ما ذكره الجماعه، لضعف الروايه، و كونها قضيه فى الواقعه، فلعله عليه السلام علم بموجب ما حكم به من ضمان الديه. و ربما يوجه تاره بأنها غرتة، و أخرى بأنها أخرجته من بيته ليلا.

الرابعه: لو شرب أربعة فسكروا فوجد بينهم جريحان و قتيلان

الرابعه: لو شرب أربعة مسكرا فسكروا فوجد بينهم جريحان و قتيلان، ففى روايه (٢) محمد بن قيس: أن عليا قضى بديه المقتولين على المجروحين بعد أن أسقط جراحه المجروحين أى ديه جراحتهما من الديه و قال عليه السلام:

ان مات أحد المجروحين فليس على أحد من أولياء المقتولين شىء.

و فى روايه (٣) النوفلى عن السكونى عن أبى عبد الله عليه السلام: أنه قضى عليه السلام فى نحو هذه القضيه ف جعل ديه المقتولين على قبائل الأربعة و أخذ ديه المجروحين من ديه المقتولين.

ص: ٤٧٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٩٣، ب ٢١ و ص ٤٥، ح ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٧٢، ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٧٣، ح ٢.

و الروايه الأولى مشهوره بين الأصحاب كما صرح به جماعه، حتى أن ابن الجنيـد- كما قيل- قال: لو تجارح اثنان فقتل أحدهما قضى بالديه على الباقي و وضع منها أرش الجنايه. و مع ذلك صحيحه لكون الراوى هو الثقة بقرينه ما قبله و ما بعده، و لكنها مخالفه للأصول أو لا بعدم استلزام الاجتماع المذكور و الاقتتال كون القاتل هو المجروح و بالعكس، و ثانيا بأنه إذا حكم بأن المجروحين قاتلان فلم لا- يتعدى منهما. و نحوها الروايه الثانيه فى المخالفه للأصول، مع ما فى سندها من الضعف و القصور و عدم المقاومه لروايه المشهور.

و الوجه أنها أى الروايه الأولى كالثانيه قضيه فى واقعه لا عموم لها يعم جميع الصور حتى ما يخالف منها للأصول و هو أعلم بما أوجب ذلك الحكم الذى حكم به فيها، فلعله كان شيئاً يوافق الحكم معه مع الأصول.

و على هذا فالذى ينبغى أن يحكم فى هذه القضيه كما ذكره جماعه أنها صورته لوث، فلأولياء المقتولين القسامه على المجروحين، لأن كل واحد من المقتولين و المجروحين يجوز أن تكون الجنايه عليه مضمونه و يجوز أن تكون مباحه بتقدير أن تكون عزيزه قصد دفعه فيكون هدرا. و هو حسن، لكنه يتم فى ما إذا كان هناك أولياء مدعون. و يشكل مع عدمهم، و لعل الأخذ بالروايه الصحيحه فى هذه الصوره غير بعيد، لعدم أصل يرجع اليه فيها، و يمكن تنزيلها عليها بل لعلها ظاهرها.

و لو كان فى الفرات سته غلمان، فغرق واحد منهم فشهد اثنان منهم على الثلاثة أنهم غرقوه، و شهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه ف قضى فيهم بما فى روايه (١) النوفلى عن السكونى، و روايه (٢) محمد بن قيس جميعاً عن أبى عبد الله عليه السلام فى الروايه الاولى و عن أبى جعفر عليه السلام فى الثانيه، من أن علياً عليه السلام قضى بالديه أخماساً بنسبه الشهاده فجعل ثلاثه أخماس على

ص: ٤٧٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٧٤، ب ٢ موجبات الضمان.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٧٤، ب ٢ موجبات الضمان.

الاثنين و خمسين على الثلاثه، و هى و ان صح سندها بالطريق الثانى، لكنها مخالفه لأصول المذهب.

و الموافق لها من الحكم أن شهاده السابقين ان كانت استدعاء الولى و عدم التهم قبلت، ثم لا تقبل شهاده الآخرين للتهمه. و ان كانت الدعوى على الجميع أو حصلت التهمه عليهم لم تقبل شهاده أحدهم، و يكون ذلك لو ثا يمكن إثباته بالقسامه.

و يذب عن الروايه مع كونها على ما ذكره الماتن هنا و فى الشرائع (1) متروكه بما أشار بقوله:

فان صح النقل فهى فى واقعه، فلا- يتعدى الى غيرها لاحتمال ما يوجب الاختصاص بها. و فى دعوى المتروكيه هنا دون الروايه السابقه مناقشه، لاشتراكهما فى الاشتهار روايه بل و فتوى كما ذكره الشهيدان، بحيث يظهر منهما الاعتماد عليها.

فليت شعرى كيف ادعى متروكيته دون السابقه مع مشاركتها فى ما ذكرنا، بل لعل هذه أقوى من تلك لاختلافها دون هذه، فلا بعد فى العمل بها حيث لا قسامه و لا قبول شهاده مع تأمل ما فيه.

و اعلم أن عاده الأصحاب جرت بحكايه الإحكام هنا منسوبه إلى الروايه نظرا الى مخالفتها الأصول و ابتنائها أو بعضها فى الرد إليها على التأويل أو التقييد، للتنبيه على مأخوذ الحكم المخالف لها. و قد يزيد بعضهم التنبيه على ضعف المستند أو غيره تحقيقا لعذر اطراحها.

ص: ٤٧٤

(فى التسبب)

و هو فى الجملة موجب للضمان بلا خلاف.

و ضابطه: ما لولاه لما حصل التلف، لكن علتة غير السبب كحفر البئر و ما فى معناها و نصب السكين و نحوه و طرح المعاصر نحو قشور البطيخ و المزالق كرش الماء و نحوه فى الطريق مثلا و إلقاء الحجر و نحوه فيها، فان التلف لم يحصل من شىء منها، بل من العثار المسبب عنها، و ليس الضمان فيها كليا، بل على التفصيل الذى ذكره الماتن و غيره بقوله:

فان كان أحدث شىء من ذلك فى ملكه لم يضمن التالف بها فيه، اما مطلقا كما يقتضيه الأصل و إطلاق النصوص (١) و العبارة و نحوها، أو مقيدا بما إذا لم يتضمن غرورا، و الا- فيضمن كما لو جهل الداخل باذنه لكونه أعمى، أو كون ذلك مستورا، أو الموضوع مظلما، أو نحو ذلك، و لعله أظهر وفاقا لجمع ممن تأخر. و ألحق جماعه بالملك المكان المباح، و لا بأس به.

و لو كان فى غير ملكه، أو كان فى طريق مسلوكة ضمن ديته، اما مطلقا كما يقتضيه إطلاق المتن و نحوه و النصوص (٢)، أو مقيدا فى الأول بوقوع الاحداث فيه من غير اذن المالك، و أما معه و لو بعده فكوقوعه فى ملكه، و فى الثانى بأن لا- يكون الاحداث لمصلحه، و أما معه فلا ضمان كما ذكره جماعه، و ان اختلفوا فى نفى الضمان مع الاحداث للمصلحه هل هو مطلق أو مشروط بما إذا كان بإذن الإمام،

ص: ٤٧٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٠٢، ب ٣٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٧٩، ب ٨.

و لعله غير بعيد.

و منه أى من التسبب نصب الميازيب، و هو جائز إلى الطرف النافذه إجماعا كما نقل مستفيضا، و لكن عن ابن حمزه أن للمسلمين منعه.

و فى ضمان ما يتلف به قولان، أحدهما: أنه لا يضمن، و هو الأشبه وفاقا للمفيد و الحلى و جماعه و قال آخرون، و منهم الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف مدعيا الإجماع: أنه يضمن للنصوص و هى كثيرة، و ان اختلف فى الدلالة ظهورا و صراحه، ففى روايه النوفلى عن السكونى قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من أخرج ميزابا أو كنيفا أو وتدا أو وثق دابه أو حضر شيئا فى طريق المسلمين فأصاب شيئا فعطب فهو ضامن (٢).

و فى المسأله قول ثالث و الحكم فيها محل تردد، و ان كان القول الأول لا يخلو عن وجه.

ثم ان هذا كله فى الطرق النافذه، أما المرفوعه فلا يجوز فعل ذلك فيها إلا بإذن أربابها، لأنها ملك لهم، و ان كان الواضع أحدهم يضمن مطلقا الا القدر الداخلى فى ملكه لأنه سائغ لا يتعقبه ضمان.

و لو هجمت دابه على أخرى، ضمن صاحب الداخله جنايتها، و لم يضمن صاحب المدخول عليها بلا خلاف فى الأخير مطلقا، و أما الأول فقد أطلقه الشيخ و القاضى أيضا لا طلاق النص (٣)، و هو مع ضعف السند قضيه فى واقعه.

و الوجه كما عليه الماتن و المتأخرون كافه اعتبار التفريط فى جنايه الدابه الاولى فلو لم يفرط فى حفظها بأن انفلت من الإصطبل الموثق أو حلها

ص: ٤٧٤

١- (١) المبسوط ٧-١٨٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٨٢، ب ١١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٩١، ح ١.

غيره، فلا ضمان عليه.

و لو دخل أحد دارا لغيره فعقره كلبها ضمن أهلها ان دخل بإذنهم، و الا فلا ضمان عليهم بغير خلاف، و عن ظاهر المبسوط الإجماع.

و إطلاق المتن و نحوه و النص (١) يقتضى عدم الفرق فى الكلب بين كونه حاضرا فى الدار و عدمه، و لا بين علمهم بكونه يعقر الداخل و عدمه.

و لو أذن بعض من فى الدار دون بعض، فان كان ممن يجوز الدخول باذنه اختص الضمان به، و الا فكما لو لم يأذن ان لم يتضمن اذنه تغريرا للداخل، و الا فيضمن مع جهله بحال الاذن و أنه ممن لا يجوز الدخول باذنه. و لو اختلفا فى الاذن قدم المنكر للأصل.

و يضمن راكب الدابة ما تجنيه بيديها دون رجليها و كذا القائد لها يضمن ما تجنيه باليدين خاصة. هذا إذا سار بها و أما لو وقف أحدهما بها ضمن كل منهما جنايتها مطلقا و لو برجليها.

و كذا لو ضربها أحدهما فجنت ضمنا جنايتها مطلقا و لو ضربها غيرهما ضمن الضارب مطلقا.

و كذا السائق لها يضمن جنايتها مطلقا، بلا خلاف فى شىء من ذلك ظاهرا، و فى الغنية الإجماع، و هذا التفصيل و ان لم يستفد من روايه، الا أنه مستفاد من الجمع بين المعبره (٢) المستفيضة.

و ينبغى تقييد الضرب بما إذا كان عبثا كما فى بعضها، و الا فلو قصد الدفع لم يكن ضامنا للأصل و خصوص النص، و يستفاد من جملة منها صحيحه ثبوت الضمان فيما تجنيه برأسها أيضا، بل مطلق مقادير بدنها التى هى قدام الراكب سيما أعاليها،

ص: ٤٧٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٨٩، ب ١٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٨٣، ب ١٣.

و عليه أكثر أصحابنا، و عن الخلاف الاقتصار على اليدين كالمتن.

و لو ركبها اثنان تساويا فى الضمان لما تجنيه يديها و رأسها، بلا خلاف الا أن يكون أحدهما صغيرا أو مريضا، فيختص الضمان بالآخر، هذا إذا كانا هما المتولين لأمرهما.

و أما لو كان معها صاحبها مراعى لها ضمن هو دون الراكب مطلقا، و يأتى فى المالك ما سبق من التفصيل باعتبار كونه سابقا أو قائدا.

و لو ألت الراكب لم يضمن المالك الا أن يكون الإبقاء بتفكيره أى المالك، فيضمن حينئذ للسببيه.

و لو اجتمع للدابه سائق و قائد أو أحدهما و راكب، أو ثلاثه اشتركوا فى ضمان المشترك مع الاشتراك فى الحفظ و الرعايه و اختص السائق بجنايه الرجلين، و غير المشارك فى الحفظ كالعدم.

و لو أركب مملوكه دابته ضمن المولى جنايتها بيديها، بلا خلاف إذا كان صغيرا، و كذا إذا كان كبيرا فى ظاهر إطلاق المتن و جمع بل الأكثر كما قبل لا إطلاق الصحيح (١).

و من الأصحاب من شرط فى ضمان المولى صغر المملوك و هو الحلى قال: فان كانت الجنايه على بنى آدم، فيؤخذ المملوك إذا كانت الجنايه بقدر قيمته أو يفيدده السيد، و ان كانت على الأموال فلا- يباع العبد فى ذلك و لا يستسعى و لا يلزم مولاه ذلك. فاستحسنه كثير من المتأخرين، و زاد فى الأخير: أنه يتعلق برقبته يتبع به بعد عتقه، و لا بأس به.

ص: ٤٧٨

(فى تراحم الموجبات)

اعلم أنه إذا اتفق اجتماع السبب و المباشر و تساويا فى القوه أو كان المباشر أقوى ضمن المباشر اتفاقا و ذلك ك اجتماع الدافع مع الحافر،و الممسك مع الذابح فيضمن الدافع و الذابح.

هذا مع علم المباشر و لو جهل المباشر السبب ضمن المسبب بكسر الباء الأولى أى ذو السبب،و ذلك كمن غطى بئرا حفرها فى غير ملكه،فدفع غيره ثالثا مع جهله بالحال فالضمان على الحافر بلا خلاف ظاهر الا من الماتن، فقد حكم به على تردد مع أنه حكم به فى الشرائع (1) كباقي الأصحاب من غير تردد،لضعف المباشر هنا بالغرور.

و قد اشترط فى تقديمه على السبب قوته و هى مفقوده فى الضمان مع أنى لم أجد وجهاً لتقديم المباشر هنا الا ما قيل من عموم إذا اجتمع المباشر و السبب قدم المباشر، و لم أجد به نصاً حتى يكون عمومه معتبراً،و انما المستند فيه الوفاق المؤيد بالاعتبار،و هما مفقودان فى الضمان.

و من هذا الباب واقعه الزبييه بضم الزاء المعجمه،أى الحفيره التى تحفر للأسد،و قضاء على عليه السلام فيه مشهوره.

و صورتها: أنه وقع فيها واحد فتعلق بآخر و الثانى بثالث و جذب الثالث رابعا فوقعوا جميعا فأكلهم الأسد و فيه أى فيما حكم به عليه السلام

ص: ٤٧٩

روايتان (١) من طرقنا مختلفتان: إحداهما روايه محمد بن قيس الصحيحه إليه قطعاً، و هو الثقه بقرينه ما قبله و ما بعده.

و هو روايته عن أبي جعفر عليه السّلام أنه قال: قضى على عليه السّلام في الأول أنه فريسه الأسد لا يلزم أحداً و أغرم أهله ثلث الديه للثاني، و غرم الثاني لأهل الثالث ثلثي الديه، و غرم الثالث لأهل الرابع كمال الديه. و الأخرى أي الروايه الثانيه روايه مسمع عن أبي عبد الله عليه السّلام: أن علياً قضى للأول ربع الديه، و للثاني ثلث الديه، و للثالث نصف الديه، و للرابع الديه كامله، و جعل ذلك على عاقله الذين ازدحموا و فيهما من المخالفه للأصول ما لا يخفى.

و مع ذلك في سند الأخيره منهما الى مسمع ضعف بعده ضعفاء فهي ساقطه عن درجه الاعتبار لا حجه فيها مطلقاً.

و أما الأولى فيشكل التمسك بها أيضاً لما مضى الا أنها مشهوره شهره لا يمكن دفعها، و استفاض في كلام كثير بحيث أنه لا راد لها.

و زاد جماعه فادعوا أن عليها فتوى الأصحاب كافه، كما في ظاهر العبارة و غيرها، فان بلغت الشهره إجماعاً و الا فالتمسك بها مشكل و ان صح سندها لكونها قضيه في واقعه لا عموم لها، فيحتمل اختصاصها بواقعه اقترنت بهما أوجب الحكم بما فيها.

فالمتجه الرجوع في نحو القضيه إلى الأصول وفاقاً لجماعه، و ان اختلفوا في مقتضاها، فقليل: المتجه ضمان كل ديه من أمسكه أجمع لاستقلاله بإتلافه.

و قيل: ان قلنا بالتشريك بين مباشر الإمساك و المشارك في الجذب كان على الأول ديه و نصف و ثلث، و على الثاني نصف و ثلث، و على الثالث ثلث.

و اعلم أن حكمهم على كل منهم بالديه لمجذوبه انما يتم لو كان جنائتهم عمداً

ص: ٤٨٠

أو شبيهه لا خطأ.

و يضعف بأن ما صدر عنهم من الجذب انما هو لدهشه اعتراهم ففعلوه من غير شعور،فهو كانقلاب النائم على مقتوله،فلا تكون عمدا و لا شبيها به،بل خطأ كما صرح به جماعه.و على هذا مقتضى الأصول أخذ الديه من العاقله.

النظر الثالث

اشاره

(فى الجنايه على الأطراف)

و بيان مقادير دياتها.

و مقاصده ثلاثه:

المقصد الأول:فى ديات الأعضاء

اشاره

الأول:فى بيان ديات الأعضاء،و فى شعر الرأس إذا جنى عليه الديه كامله و كذا اللحيه على الأظهر الأشهر،و فى الغنيه الإجماع،هذا إذا لم ينبتا.

فان نبتا فالأرش على الأظهر الأشهر،بل عليه عامه من تأخر.و قيل:

عشر الديه.

و قال الشيخ المفيد و الصدوق ان لم ينبتا فمائه دينار و قيل به روايه و لم نجدها فهى مرسله لا حجه فيها.

و قال الشيخ فى الخلاف و النهايه و الإسكافى:ان فى اللحيه إذا نبتت ثلث الديه،و فى الروايه الداله عليه ضعف و لا جابر لها مع أن الشهره على خلافها.

و فى شعر رأس المرأه ديتها كملا إذا لم ينبت كالرجل فان نبت فمهرها المثل بلا خلاف،الا من الإسكافى فى الثانى فأثبت فيه ثلث الديه،و هو شاذ

و على خلافه فى الغنيه الإجماع.

و فى شعر الحاجين جميعا خمسائه دينار، و فى كل واحد مائتان و خمسون ديناراً وفاقاً للأكثر، و فى السرائر الإجماع، خلافاً للمبسوط و الغنيه و غيرهما فالديه كامله و فى كل واحده نصفها، و فى ظاهر الكتابين الإجماع.

و لا- فرق فى إطلاق النص و الفتوى بين عود نباتهما و عدمه، إلا أن فى الغنيه و غيرها تقييد ما ذكرناه بما إذا لم ينبت شعرهما و إلا- فالأرش، و عن الديلمى إذا ذهب بحاجبيه و نبت فربح الديه قال: و قد روى أيضاً أن فيهما إذا لم ينبت مائه دينار، و فى المختلف الوجه الحكومه إذا نبت، و هو قول الحلبي.

و فى بعضه أى بعض كل واحده من الشعور المذكوره بحسابه أى يثبت فيه من الديه المذكوره بنسبه مساحه محل الشعر المجنى عليه الى محل الجميع و ان اختلف الشعر كثافه و خفه بالنص (1) و الإجماع فى الظاهر، و حيث قلنا بالأرش فهو الثابت و لا نسبه.

و فى الشعور النابتة على الأجفان و يعبر عنها بالأهداب أقوال، أظهرها الديه كامله كما فى المبسوط (2) و الخلاف و فيه الوفاق، خلافاً للقاضى فنصفها، و للحلى و كثير من المتأخرين فالأرش، و هو ظاهر المتن.

و المرجع فى الإنبات و عدمه الى أهل الخبره، فإن اشتبه فالمروى أنه ينتظر به سنه، ثم ان لم يعد تؤخذ الديه، و لو طلب الأرش قبلها دفع إليه، لأنه إما الحق أو بعضه، فان مضت و لم يعد أكمل له على وفق الديه.

و فى العينين الديه كامله و فى كل واحده نصفها اتفاقاً فتوى و نصاً (3) عموماً و خصوصاً، و لا فرق فى إطلاقهما بين كون العين صحيحه أو حواء أو عمشاء

ص: ٤٨٢

١- (١) فقه الرضا ص ٤٣.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٣٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢١٩، ب ٣.

ضعيفه البصر مع سيلان دمعهها فى أكثر أوقاتهما، أو جاحظه كثيره المقله، أو جهرى لا- تبصر فى الشمس، أو رمداء أو غيرها، و بذلك صرح جماعه قالوا: أما لو كان عليها بياض، فإن بقى معه البصر تاما فكذلك، و لو نقص نقص من الديه بحسابه و يرجع فيه الى رأى الحاكم.

و فى الأجنان الأربعة الديه كامله بلا خلاف، و ان اختلف فى كيفية التقسيط:

ف قال الشيخ فى المبسوط (١) و قبله العماني: ربع الديه فى كل واحد، و تبعهما من المتأخرين جماعه للصحيحين، و لا دلالة لهما.

و قال فى الخلاف (٢): فى الجفن الأعلى ثلثا الديه، و فى الأسفل الثلث مدعيا عليه الإجماع و الاخبار، و تبعه الحلبي لشبهه الإجماع، و هو معارض بأجود منه، و نسبه فى المبسوط (٣) إلى روايه الأصحاب، و لم نرها.

و قال فى النهايه (٤): ان فى الاعلى ثلث الديه، و فى الأسفل النصف و هو الأظهر وفاقا للأكثر، و فى الغنيه الإجماع، و عليه فتنقص ديه المجموع من كمال الديه بسدسها، فينافى ما مر من ثبوتها كامله فى الأجنان الأربعة لكن يذب عنه بما قيل: من أن هذا النقص انما هو على تقدير كون الجنايه من اثنين أو واحد بعد دفع أرش الجنايه الاولى، و الا فالواجب ديه كامله إجماعا، و فى الروضه بعد نقله: و هذا هو الظاهر من الروايه، لكن فتوى الأصحاب مطلقه انتهى و هو حسن.

ص: ٤٨٣

١- (١) المبسوط ٧-١٣٠.

٢- (٢) الخلاف ٣-١٢٤.

٣- (٣) المبسوط ٧-١٣٠.

٤- (٤) النهايه ص ٧٦٤.

و لا- فرق بين أجفان صحيح العين و غيره حتى الأعمى، و لا تتداخل ديه الأجفان مع العينين لو قلعهما معا، بل تجب عليه ديتان إجماعا.

و فى عين الأعور الصحيحه الديه كامله بالنص (١) و الإجماع، و الحكمه فيه كون الجنايه فيها فى المنفعه التى هى الابصار دون الجارحه، و مقتضاها تقييد الحكم بما إذا كان العور خلقه، أو ذهبت العين الفاسده بشيء من قبل الله تعالى أو من غيره حيث لا يستحق عليه شيء، كما لو جنى عليه حيوان غير مضمون.

فلو استحق ديتها و ان لم يأخذها أو ذهبت فى قصاص فنصف ديه النفس، بلا خلاف فى أصل التقييد، و ان اختلفوا فيما يستحقه فى الفرض هل هو النصف أو الثلث؟ و الأظهر الأول وفاقا للأكثر، و فى الغنيه و غيرها الإجماع، خلافا للحلى فالثانى و هو شاذ بل على خلافه فى كلام جميع الإجماع.

و فى خسف العين العوراء أى الفاسده روايتان (٢) و قولان أشهرهما و أصحهما و أظهرهما: أن فيه ثلث الديه أى ديتها حال كونها صحيحه، و الروايه الثانيه أن فيه ربع الديه. و عمل بها المفيد و الديلمى مطلقا، و الحلى و ابن زهره إذا كانت الجنايه عليها بإذهاب سوادها، أو طبقها بعد أن كانت مفتوحه، و فى الغنيه الإجماع، فإن تم و الا فالروايه مع أنها مطلقه ضعيفه لا تكافؤ الروايه الاولى مع صحتها و شهرتها دون هذه، و فى الشرائع (٣) أنها متروكه.

و لا- فرق هنا بين كون العور خلقه أو بآفه من الله تعالى، أو جنايه جان استحق عليه ديتها، بلا خلاف الا من الحلى ففرق و حكم بتمام ديتها خمسمائه دينار فى ما

ص: ٤٨٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٥٢، ب ٢٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٥٤، ب ٢٩.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤-٢٦٢.

عدا الأخير، و بثلتها فيه نافيا الخلاف عن الأول، و هو غريب و لذا خطأه المتأخرون.

و فى الأنف إذا استوصل الديه كامله و كذا إذا قطع مارنه و هو ما لان منه و نزل عن قصبته، بلا خلاف فى الأخير فتوى و نصاب، و على الأشهر فى الأول، خلافا لجماعه فقالوا: ان الديه فيه للمارن خاصه و فى الزائد الحكومه، و هو أقوى.

و موضع الخلاف ما لو قطع المارن و القصبه معا، ما لو وقع التفريط فى جنايتهما ثبت للقصبه الحكومه و للمارن الديه قولا واحدا. و فى حكم قطع الأنف ما أشار إليه بقوله: أو كسر ففسد بلا خلاف فيه و لا فى أنه لو جبر على غير عيب، ف ديته مائه دينار و على الأخير فى الغنيه الإجماع.

و فى شلله و هو فساده ثلثا ديته صحيحا، و فى قطعه أشل ثلث الديه بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده، بل على الأول الإجماع فى المبسوط (1) و الخلاف.

و فى الحاجز نصف الديه إذا استوصل عند الأكثر، و الأجود وفاقا للحلى و الشهيدين فى اللمعين أن فيه ثلث الديه.

و فى أحد المنخرين نصف الديه على قول الشيخ فى المبسوط (2) مدعيا أنه مذهبنا.

و فى روايه (3) بل روايات أن فيه ثلث الديه و هى مشهوره و عليها الفتوى، و قيل: ربعها. و هو ضعيف جدا.

ص: ٤٨٥

١- (١) المبسوط ٧-١٣١.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٣١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٦٧، ح ١ ب ٤٣.

و فى الأذنين إذا استؤصلا الديه كامله و فى استيصال كل واحده منهما نصف الديه. و فى بعضها بحساب ديتها فيعتبر مساحه المجموع من أصل الاذن و ينسب المقطوع اليه، و يؤخذ له من الديه بنسبته إليه، فإن كان المقطوع النصف فالنصف أو الثلث فالثلث و هكذا.

و يعتبر الشحمه فى مساحتها حيث لا تكون هى المقطوعه، بلا خلاف ظاهر فى شىء من ذلك، و فى الغنيه الإجماع.

و فى شحمتها ثلث ديتها على الأشهر الأقوى، بل لم أجد فيه خلافا صريحا، و فى الغنيه و عن الخلاف الإجماع.

و فى خرم الشحمه و شقها ثلث ديتها أى الشحمه كما فى كلام الحلبي و هو الأقوى، أو الاذن كما يميل إليه جماعه، و به صرح ابن حمزه، و لا أعرف خلافا فى أصل الحكم، و عن الخلاف الإجماع.

ثم ان إطلاق كثير من النصوص (1) و الفتاوى يقتضى عدم الفرق فى الخرم الموجب لثلث الديه بين الملتئم منه و غيره، خلافا للمحكى عن ابن حمزه فقيده بالثانى و أثبت الحكومه فى الأول، و يمكن تنزيل الإطلاق عليه.

و فى استيصال الشفتين الديه اتفاقا فتوى و نضا.

و فى تقدير ديه كل منهما خلاف: ف قال الشيخ فى المبسوط (2):

فى العليا الثلث، و فى السفلى الثلثان، و اختاره المفيد فى المقنعه (3) و جماعه، و فى ظاهر الغنيه و المبسوط الإجماع.

و قال فى الخلاف (4): فى العليا أربعمائه دينار، و فى السفلى ستمائه.

ص: ٤٨٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٣، ح ٢.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٣٢.

٣- (٣) المقنعه ص ١١٩.

٤- (٤) الخلاف ٣-١٢٥.

و كذا قال فى النهايه (١) و كتابى الحديث، و حكى عن الصدوق و القاضى و ابن حمزه و جماعه و به روايه (٢) أبى جميله و فيها كما ترى ضعف سندا و لا جابر لها، نعم فى الخلاف الإجماع، و هو معارض بأجود منه كما مضى.

و قال الإسكافى و ابن بابويه على ما حكاه الماتن: فى العليا نصف الديه، و فى السفلى الثلثان و هو نادر بل متروك كما فى الشرائع (٣) و شرحه للصيمرى.

و قال ابن أبى عقيل: ان فى كل واحده نصف الديه لا يفضل إحداها على الأخرى بزياده و هو قوى متين و اليه ذهب كثير من المتأخرين، و لكن فى النفس منه شىء لندر القبول به بين القدماء، بل كاد أن يكون خلاف المجمع عليه بينهم من تفضيل السفلى كما نص عليه الحلّى، و المسأله محل تردد.

لكن الذى يقتضيه النظر ضعف القولين الأخيرين، و يبقى الكلام فى تعيين أحد الأولين، و هو مشكل فليؤخذ بما هو الأحوط، و هو الأخذ بالمتيقن من الثلث فى العليا و ثلاثه أخماس فى السفلى، و يرجع فى الزائد فى المقامين الى الصلح.

و على الأقوال فى قطع بعضها يؤخذ له بحساب ديته على حد ما سبق فى نظائره.

و فى استيصال اللسان الصحيح الديه كامله إجماعا فتوى و نصا عموما و خصوصا، و كذا فى إذهاب النطق جمله و لو بقى اللسان بحاله، بلا خلاف فيه و لا فى أنه إذا ذهب بعضه قسمت الديه على الحروف و أعطى بقدر الفائته.

و لو قطع بعضه أى بعض اللسان اعتبر بحروف المعجم أيضا دون مساحته عند الأكثر، و دليلهم بعد لم يظهر. و الذى يقتضيه النظر و يعضده الأصول

ص: ٤٨٧

١- (١) النهايه ص ٧٦٦.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٢، ح ٢.

٣- (٣) شرائع الإسلام ٤-٢٦٤.

وجوب ديه الذاهب من جرم اللسان بالمساحه، و أخرى للذاهب من الحروف بالنسبه، و يحتمله ما عن الحلبي و الإصباح و الغنيه من أنه إذا قطع بعض اللسان ففيه بحساب الواجب في جميعه و يقاس بالميل.

و إذا ذهب بعض اللسان بفنون الكلام اعتبر بحروف المعجم، لكن يحتمل إرادتهم بذلك الاعتبار بالمساحه ان لم يذهب من الكلام شيء أو ذهب منه أقل من مساحه اللسان بالنسبه إلى الديه، كأن ذهب منه ربعه و من اللسان نصفه، فيؤخذ من الديه بنسبته دون الكلام.

و الاحتمال الأول أوفق بالأصول، الا أن القائل به من الأصحاب غير معروف، لإطباقهم ظاهرا على تداخل الدياتين مطلقا حتى لو تفاوتت نسبة كل منهما إلى الديه الكامله، بأن كان إحداهما بالربع و الأخرى بالنصف أو بالعكس، لكن اختلفوا في أخذ الزيادة عن القدر المتداخل فيه مطلقا، كما عليه المبسوط (١) نافية للخلاف عنه و غيره، أو إذا كانت الزيادة للمنفعه خاصه، و لو انعكس فلا زياده كما عليه الأكثر، و الأجود الأول وفاقا أيضا لجمع ممن تأخر.

و هي أي الحروف ثمانية و عشرون حرفا في المشهور للنصوص (٢) و لكن في روايه أخرى صحيحه أنها تسعه و عشرون حرفا. و هي مع أنها معارضة بمثلها لراويها أيضا و زياده عليه مطرحه لم أجد عاملا بها عدا يحيى بن سعيد في ما يحكى عنه، و هو شاذ بل على خلافه في ظاهر المتن و كلام جمع الإجماع، لكن قيل: انه المشهور عند أهل العربيه و المذهب الأول، و ليس في الصحيح بيان الزائد ما هو؟ و قيل: الظاهر أنه فرق بين الهمزه و الالف.

ص: ٤٨٨

١- (١) المبسوط ٧-١٣٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٤، ب ٨.

و فى استيصال لسان الأخرس ثلث الديه بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع، و لا فرق بين كون الخرّس خلقيا أو عرضيا، لإطلاق النص و الفتوى، و الصحيح (١) المقيد له بالثانى شاذ.

و فى قطع بعضه بحساب ديته بمساحته كما مر فى نظائره.

و لو ادعى المجنى عليه ذهاب نطقه بالجنايه فى روايه (٢): يضرب لسانه بالإبره، فإن خرج الدم أحمر فقد كذب، و ان خرج أسود فقد صدق و عمل بها جماعه، و منهم الشيخ فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع.

فإن تم إجماعا أو شهره جابره و الا فالسند ضعيف بجماعه، و لذا أعرض عنها المتأخرون و قالوا: بالتصديق بالقسامه خمسين يمينا بالإشاره أو سته على الخلاف المتقدم ثمه، و هذا القول محكى عن الشيخ فى النهايه (٣)، و ظاهر الماتن التوقف و لعله فى محله.

و فى الأسنان بفتح الهمزه لو كسرت فذهبت أجمع الديه كامله، بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و هى أى الأسنان المقسوم عليها الديه ثمانيه و عشرون سنا توزع عليها متفاوته كما يذكر منها المقاديم اثنا عشر الثنيتان و هما وسطها و الرباعيتان خلفهما و النابان ورائها كلها من أعلى و مثلها من أسفل، و فيها ستمائه دينار موزعه عليها بالسويه فى كل واحده خمسون دينارا.

و المآخير سته عشر أربعه من كل جانب من الجوانب الأربعه ضاحك و ثلاثه أضراس، و فيها أربعمائه دينار موزعه عليها بالسويه فى كل واحده

ص: ٤٨٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٥٦، ح ٢، ب ٣١.

٢- (٢) التهذيب الاحكام ١٠-٢٦٨.

٣- (٣) النهايه ص ٢٦٧.

خمسه و عشرون ديناراً بلا خلاف، و فى ظاهر الغنيه و غيرها الإجماع، للنص (١) و الاخبار المخالفه له محموله على التقيه.

و لا ديه للزائد عن العدد المذكور لو قلعت منضمه إلى العضو المقدر ديته المشتمل على غيره، للأصل و النص (٢) المعتضدين بالحكم فى نظير المسأله، كالإصبع الزائده لو قطعت مع الكف جمله، مع أنه لا- خلاف فيه، الا- من إطلاق كلام جماعه بأن فيه حكومه من دون فرق بين منضمه أو منفرده، و هو ضعيف كالقول بأنه لا شىء فيه مطلقاً و لو قطعت منفرده كما عن المقنع.

و لها ثلث ديه الأصل الذى يجنيه، فثلث ديه المقادير ان كان بينها و ثلث ديه المآخير ان كان كذلك، و ان بينهما فالأول لو قلعت منفرده عنه عند الأ- كثر، كما فى المسالك و الروضه و غيرها، و فى الخلاف الإجماع، خلافاً للحلى و جماعه و منهم ابن زهره مدعي الإجماع فالحكومه و لا يخلو عن قوه للنص: أضرار العقل لا ديه فيها، و انما على من أصابها أرش كأرش الخدش.

و يستفاد منه بيان السن الزائده و أنها أضرار العقل المتأخره عن مجموع الأسنان الموزع عليها الديه، مع أن ذلك مقتضى تقسيمها بما عرفته و صرح به جماعه، فلا اشتباه فى الزائده.

و فى اسوداد السن بالجنايه و لم تسقط ثلثا الديه لها بلا خلاف، و فى الغنيه و عن الخلاف الإجماع للصحيح (٣) و إطلاقه و أكثر الفتاوى يقتضى عدم الفرق بين ما لو ذهب كل منافعها حتى لا يقوى على أن يمضغ شيئاً أم لا، خلافاً للمبسوط (٤)

ص: ٤٩٠

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٤، ح ١.

٢- (٢) من لا يحضره الفقيه ٤-١٣٦.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٥، ح ٤.

٤- (٤) المبسوط ٧-١٣٨.

فقيده بالأول، وقال فى الثانى بالحكومته. ولم أعرف مستنده.

و كذا روى فى انصداعها و تقلقلها و لم تسقط ثلث الديه، كما قطع به الشيخان بل ادعى فى الروضه الشهره و فى الروايه ضعف سنداء، إذ لم نجد لها فهى مرسله و الحكومه أشبه عملا بالقاعده فى ما لم يرد له تقدير فى الشريعه.

و فى قلع السن السوداء ثلث الديه لها، و هى صحيحه على الأظهر الأشهر، و فى الغنيه و عن الخلاف الإجماع، خلافا للنهايه (1) و غيرها فالربع، و للمبسوط (2) فالحكومه.

و يتربص بسن الصغير الذى لم يثغر مده يمكن النبات فيها عاده فإن نبت فله الأرش و الحكومه و ان لم يثبت فله ديه الثغر على الأصح وفاقا لجمع.

و فى روايه (3) عمل بها آخرون أنه فيها بعير من غير تفصيل بين صورته النبات و عدمه و هى روايه النوفلى عن السكونى، و روايه مسمع و السكونى ضعيف على المشهور و صاحبه مجهول و الطريق الى مسمع فى هذه يعنى روايته ضعيف أيضا بسهل و غيره، و مع ذلك معارضان بأجود منهما.

و فى قطع اليدين معا الديه كامله و فى قطع كل واحده منهما نصف الديه اتفاقا فتوى و نصا عموما و خصوصا. و لا فرق بين اليمنى و اليسرى، و اليد الواحده خلقه أو بآفه و المتعدده، لإطلاق النص (4) و الفتوى.

ص: ٤٩١

١- (١) النهايه ص ٧٦٧.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٣٩.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٢٥، ح ٦.

٤- (٤) وسائل الشيعه ١٩-٢١٥، ح ٦.

بل قيل: إجماعاً، فلا يلتفت الى قوه اليمنى و كثره منافعها، و كون اليد الواحده خلقه بمنزله اليدين كما فى عين الأعور خلقه، لأن ذلك خارج بالنص و الإجماع.

و حدها أى اليد التى لها الديه المعصم أى الزند عندنا، و تدخل ديه الأصابع فى ديتها حيث يجتمعان فى قطع واحد بلا خلاف، بل قيل: إجماعاً.

و فى قطع الأصابع العشره الديه إجماعاً و فى كل قطع واحد منها عشر الديه ديه النفس على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر.

و قيل كما عن الخلاف و جماعه: ان فى الإبهام ثلث ديه اليد الواحده و فى الأربع الباقيه الثلثان بينهما بالسويه، و فى الخلاف و الغنيه الإجماع.

و ديه كل إصبع مقسومه على ثلاث عقد فى كل عقده ثلث ديتها و فى الإبهام يقسم ديتها على اثنتين فى كل منهما نصفها بلا خلاف، و فى الغنيه و عن الخلاف الإجماع.

و فى قطع الإصبع الزائده ثلث ديه الأصلية بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع، هذا إذا قطعت منفرده و إذا قطعت منضمه فلا ديه لها.

و فى شلل الأصابع أو اليدين أو الرجلين ثلثا ديتها بلا خلاف، و فى ظاهر المبسوط و صريح الغنيه و الخلاف الإجماع. و فى قطع الشلاء ثلث ديتها إجماعاً كما فى الغنيه و غيرها.

و فى الظفر إذا قلع و لم ينبت أو نبت أسود عشره دنانير، فان نبت أبيض فخمسه دنانير وفاقا للمشهور و فى سند الروايه (١) الداله عليه و ان كان ضعف الا أنه مجبور بما عرفت من الشهره، خلافاً للحلى و جماعه

ص: ٤٩٢

فعره دنانير مي قلع و لم يخرج، و مي خرج أسود فثلثا ديه، و للإسكافي قول آخر نادر.

و في كسر الظهر مع عدم صلاحه بالعلاج و الجبر الديه كامله و كذا لو احدودب بالجنايه فخرج ظهره و ارتفع عن الاستواء أو صار بحيث لا يقدر على القعود أصلا بلا خلاف، بل عليه الإجماع في الأول في الغنيه و عن الخلاف في الأخيرين.

و لو صلح بعد الكسر أو التحديب بحيث لا يقدر على المشي و القعود، كما كان يقدر عليهما و لم يبق عليه من أثر الجنايه شيء فثلث الديه على المشهور كما في كلام جماعه، و لم أعرف مستنده.

و هنا أقوال آخر غير معلومه المأخذ كما سبق، عدا ما في الغنيه من أن فيه عشر الديه مدعيًا عليه الإجماع، فإن به روايه.

و في قطع ثديي المرأه ديتها كامله و في كل واحده نصف الديه إجماعًا فتوى و نصًا عمومًا و خصوصًا. و كذا في حلمتي ثدييها عند جماعه و استشكله آخرون، و حيث أوجبناها لحلمتيها ففي حلمتي الرجل أولى، و به أفتى الفاضل في جمله من كتبه، تبعًا للشيخ و الحلبي مدعيين أنه مذهبنًا.

و قال ابن بابويه في الفقيه (1) و ابن حمزه: ان في كل حملة ثديي الرجل ثمن الديه مائه و خمسه و عشرون دينارًا و فيهما معا ربع الديه، و قيل:

بالحكومه. و لا يخلو عن قوه.

و في قطع حشفه الذكر فما زاد و ان استوصل الديه كامله إجماعًا و لا فرق بين ذكر الرجل و الصغير و الشيخ و الشاب العاجز و غيرهم، عدا الخنثى إذا كان مشكلاً أو واضحًا حكم بكونها أنثى، ففيها ثلث ديتها، كما عن الإسكافي

ص: ٤٩٣

و المقنع لكنه لم يضيف الدية إليها، بل قال: ثلث الدية و أطلقها أو الحكومه كما قيل، و لا يخلو عن قوه.

و فى ذكر العين ثلث الدية على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر بل فى الخلاف الإجماع. و كذا فى ذكر الأشل فيه ثلث الدية، و هو الذى يكون منبسطا أبدا فلا ينقبض و لو فى الماء البارد، أو يكون منقبضا فلا ينبسط و لو فى الماء الحار، و ان التذ صاحبه أو أمنى بالدخول أو المساحقه و أولد، لانه عضو أشل و ديته ذلك، كما أن فى الجنايه عليه صحيحا حتى صار أشل ثلثى ديته بلا خلاف، و فى الغنيه الإجماع.

و فى ما قطع منه أى من كل من حشفه الذكر الصحيح و ذكر العين يؤخذ ديتهما بحسابه أى بحساب ذلك المقطوع منسوبا الى مجموع الحشفه فى الأول و مجموع الذكر فى الثانى و أشله مطلقا.

و فى سل الخصيتين معا الدية كامله إجماعا فتوى و نسا عموما و خصوصا.

و فى كل واحده منهما نصف الدية وفاقا للأكثر، بل عليه عامه من تأخر، و فى ظاهر الغنيه الإجماع.

و فى روايه (١) صحيحه عمل بها جماعه و منهم الشيخ فى الخلاف مدعيا عليه الإجماع، أنه فى اليسرى ثلثا الدية و فى اليمين الثلث، معلله ذلك بقوله:

لاين الولد منها أى من البيضه اليسرى. و نحوها روايه (٢) أخرى. و المسأله محل اشكال، و الاحتياط فيها لا يترك على حال مع الإمكان، و الا فمختار الأكثر لا يخلو عن رجحان، و فى المسأله قولان آخران نادران.

ص: ٤٩٤

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢١٤، ح ١.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٣٧، ح ٢.

و فى أدرة الخصيتين بضم الهمزة فسكون الدال بفتح الراء المهملتين و هى انتفاخهما أربعمائى دينار، فان فحج بفتح الفاء فالحاء المهملة فالجيم، أى تباعدت رجلاه أعقابا مع تقارب صدور قدميه فلم يقدر على المشى أو مشى مشيا لا ينتفع به فثمانمائة دينار بلا خلاف.

و فى قطع الشفرتين و هما اللحم المحيط بالفرج إحاطه كالشفقتين بالضم الديه كامله و فى كل واحده منهما نصف الديه بلا خلاف.

و فى الإفضاء للمرأة الحره فلم يندمل صحيحا الديه أى ديتها كامله إجماعا كما فى الغنيه. و كذا إفضاء الأمه، لإطلاق النص (١) و الفتوى عدا الغنيه فقيدته بالحره.

و هو كما فى مجمع البحرين (٢) أن يصير المسلكين أى مسلك الحيض و الغائط واحدا. و قيل: هو أن يخرق الحاجز بين مخرج البول و مخرج الحيض و القائل الشيخ فى المبسوط (٣) و الحلوى فى السرائر، و تبعهما غيرهما من المتأخرين، بل لم أر لهم مخالفا عدا من مر فى المتن، و غلطا فى الكتابين بعد أن نسباه الى كثير من أهل العلم.

و وجهه أن الحاجز بين القبل و الدبر عصب قوى يتعذر إزالته بالاستمتاع غالبا، فيشكل أن يحمل عليه إطلاق النص و الفتوى. و لا كذلك الحاجز الآخر فإنه رقيق بما انقطع بالتحامل عليها، فهذا القول أقوى.

و يلحق به الإفضاء بالتفسير الأول فى الأحكام بالطريق الأولى، و به صرح جمع، و يشكل الإلحاق لو رجع تفسير الأول لفقد الدليل عليه. نعم لا بأس

ص: ٤٩٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٥١، ح ١.

٢- (٢) مجمع البحرين ١-٣٣١.

٣- (٣) المبسوط ٧-١٤٩.

بالإلحاق فى الديه للاشتراك فى العله.

و لا- فرق فى لزومها بين الزوج و غيره إذا كان قبل بلوغها، لإطلاق النص و الفتوى، و يختص بغيره بعده لإطلاقهما، و إليه أشار بقوله:

و يسقط ذلك أى لزوم الديه عن الزوج لو أفضى زوجته بعد البلوغ بلا- خلاف فيه فى الجملة، و ان اختلف فى إطلاق الحكم كما فى المتن تبعاً لإطلاق النص، أو تقييده بصوره عدم التفريط كما فى المختلف و الروضه و غيرها و لا بأس به و ان كان بعد لا يخلو عن مناقشه.

أما لو كان إفضاء الزوج زوجته قبله أى البلوغ ضمن الديه لما عرفته، مضافاً الى الصحيح (1) و غيره، و فيهما أنه لا شىء عليه ان أمسكها و لم يطلقها، و لا قائل بإطلاق الشىء المنفى فيهما بحيث يعم الديه بل تقييد بما سواها أما هى فلا ريب فى وجوبها مع المهر ان وقع الإفضاء بالجماع، و لو وقع بغيره كالإصبع مثلاً بنى استقراره على عدم عروض موجب التنصيف كالطلاق و الموت حيث قلنا به فيه و لزمه أى الزوج مع ذلك الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما و تحرم عليه أبداً، كما مر فى كتاب النكاح مفصلاً.

و فى قطع الرجلين مع الديه كامله و فى كل واحده منهما نصف الديه إجماعاً كما مر فى اليدين وحدها: مفصل الساق و ان اشتملت على الأصابع بلا خلاف.

و فى أصابعهما و أظفارهما ما فى أصابع اليدين و أظفارهما من التفصيل و الاحكام بلا خلاف الا من الحلبي ففرق بين إبهامى اليدين و الرجلين فأثبت الثلث فى الأول و العشر فى الثانى، و من الإسكافى ففرق بين أظفارهما، و لكن ظاهر الأصحاب و الأدله خلافهما و اتحاد الرجلين مع اليدين و أبعاضهما من

ص: ٤٩٦

غير فرق أصلاً.

مسائل

إشارة

مسائل ست:

الأولى: ديه كسر الضلع خمسة و عشرون دينارا

الأولى: ديه كسر الضلع خمسة و عشرون دينارا، ان كان مما خالط القلب و عشره دينار ان كان مما يلي العضدين بلا خلاف فيه الا من الحلبي فأطلق المقدار الأول في مطلق الضلع و لم يفصل، و الأول أظهر للخبر (1) و ظاهره كالأصحاب أن الأضلاع قسمان مخالط للقلب و غيره، و من الأصحاب من نزل العبارات على أن لكل ضلع جانبيين، ففي جانبها الذي يخالط القلب المقدار الأول، و في الجانب الآخر المقدار الآخر، و فيه نظر.

الثانية: لو كسر بعصوص الإنسان أو عجانة، فلم يملك غائطه و لا بوله

الثانية: لو كسر بعصوص الإنسان أو عجانة، فلم يملك بذلك غائطه و لا بوله ففيه الدية كاملة، بلا خلاف يعتد به. و المراد بالأول عظم الورك، أو عظم دقيق حول الدبر و هو العصعص، و في الثاني بكسر العين ما بين الخصيه و اللقحه أى حلقة الدبر.

الثالثة: قال الشيخان في كسر عظم من عضو خمس ديته

الثالثة: قال الشيخان في المقنعه (2) و النهاية (3) في كسر عظم من عضو لقطعه مقدر خمس ديته أى ديه ذلك العضو. فان جبر على غير عيب فأربعة أحماس ديه كسره و به قال الحلبي و ابن زهره مدعيا الإجماع و غيرهما، و قيل هنا أقوال آخر. و قالوا في موضحته ربع ديه كسره بلا خلاف، و في الغنيه الإجماع و كذا عن الخلاف.

و قالوا- في رضه ثلث ديه ذلك العضو ان لم يبرأ أو عثم فإن برأ على غير عيب فأربعة أحماس ديه رضه بلا خلاف الا من نادر، و في الغنيه على

-
- ١- (١) وسائل الشيعة ١٩-٢٣١، ح ١.
 - ٢- (٢) المقنعه ص ١١٩.
 - ٣- (٣) النهاية ص ٧٧٧.

وقال- في فكه بحيث يتعطل ثلثا ديته أى ديه ذلك العضو فان جبر على غير عيب فأربعة أحماس ديه فكه و به قال من مر أيضا عدا ابن زهره فلم يذكر هذه المسأله و لم ينقل الخلاف هنا، و ظاهر المتأخرين الموافقه لهم فى جميع الأحكام المتقدمه، و لا بأس به.

الرابعه: قال بعض الأصحاب فى الترقوه إذا كسرت فجبرت على غير عيب فأربعون ديناراً

الرابعه: قال بعض الأصحاب و لعله الشيخ فى المبسوط (١) و الخلاف كما يفهم من الشرائع: ان فى الترقوه بفتح التاء فسكون الراء المهمله فضم القاف، و هى العظم الذى بين ثغره النحر و العاتق إذا كسرت فجبرت على غير عيب فأربعون ديناراً و حكى أيضا عن ابن حمزه، و أفتى به من المتأخرين جماعه، بل قيل: انه المشهور بين الأصحاب، و عن الخلاف الإجماع.

و المستند بعده كتاب ظريف و الرضوى (٢) كما حكى، و لا- بأس به و ليس فى النص و الفتوى حكم الترقوتين إذا لم تجبر أو جبرتا على عيب، و الأصل فيهما الحكومه، و يشكل لو نقصت عن الأربعين لوجوبها فى ما لو عدم العيب فمعه أولى. و لو قيل بوجوب أكثر الأمرين كما فى الروضه كان حسنا و قيل:

ان فيهما الديه كامله، و فى إحداهما نصف الديه. و فى مستنده مناقشه.

الخامسه: من داس بطن إنسان حتى أحدث

الخامسه: روى (٣) أن من داس بطن إنسان حتى أحدث فى ثيابه ببول أو غائط دون الريح فان فيها الحكومه ديس بطنه حتى يحدث أيضا أو يفتدى بثلث الديه، و هى روايه النوفلى عن السكونى و عمل بها جماعه بل الأ-كثر كما قيل، و فى الخلاف الإجماع، فإن تم كان هو الحجه، و الا فالروايه

ص: ٤٩٨

١- (١) المبسوط ٧-١٥٥.

٢- (٢) فقه الرضا ص ٤٣.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-١٣٧، ب ٢٠.

قضيه فى واقعه مخالفه للأصول، كما أشار إليه الحلبى قال: فان فيه تعزيرا للنفس فلا قصاص بذلك بحال، و تبعه من المتأخرين جماعه مختارين الحكومه، و هى غير بعيد بعد ضعف الروايه بما عرفته، مضافا الى أن راويها السكونى.

و فيه ضعف مشهور و صاحبه مع ذلك مجهول، الا أن المسأله بعد لا تخلو عن شبهه، فالأحوط الخروج عنها بالمصالحه، و ان لم تمكن فالحكومه.

السادسه: من اقتضى بكرا فخرق مئنتها فلم تملك بولها ففيه ديتها و مهر نساؤها

السادسه: من اقتضى بكرا بإصبعه مثلا فخرق مئنتها فلم تملك بولها ففيه ديتها كملا و مهر نساؤها على الأشهر الأقوى.

و فى روايه ظريف المشهوره أن فيه ثلث ديتها و هى و ان اعتبر سندها و اعتضدت بغيرها، لكن لم أجد بها قائلا.

المقصد الثانى

(فى بيان أحكام الجنايه على المنافع و دياتها)

اعلم أن فى ذهاب العقل الديه كامله بلا خلاف.

و لو شجه أو قطع عضوا منه فذهب عقله لم تتداخل الجنائتان بل لكل منهما ديته على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى ظاهر المبسوط (١) و صريح الخلاف الإجماع و لكن فى روايه (٢) صحيحه عمل بها الشيخ فى النهايه (٣) و غيره أنه ان كانت الجنائتان بضربه واحده تداخلتا ديه، و قد رجع عنها الشيخ فهى إذن نادره لا يعترض الأصول المعتضده بالشهره

ص: ٤٩٩

١- (١) المبسوط ٧-١٢٤.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٨١، ب ٧.

٣- (٣) النهايه ص ٧٧١.

و حكاية الإجماع المتقدمه.

و مع ذلك تضمنت أنه لو ضرب على رأسه فذهب عقله انتظر به سنه، فان مات قيد به، و ان بقى و لم يرجع اليه عقله فعليه الديه و هو أيضا مخالف للأصول كما يظهر من الفاضلين و الشهيد فى النكت، فقال: ان وجهه أن إطلاق القود بعد مضى السنه لا يتم الا بتقدير أن يكون الضربه مما يقتل غالبا، أو قصده و حصل الموت بها. و لكن الروايه أعم من ذلك.

و فى إذهاب السمع من الأذنين معا ديه كامله بلا خلاف، و فى ظاهر الغنيه و صريح التحرير الإجماع.

و فى إذهاب سمع كل أذن نصف الديه مطلقا كانت إحدهما أحد من الأخرى، أو كانت الأخرى ذاهبه بسبب من الله تعالى، أو بجنايه أو غيرها، بلا خلاف الا من ابن حمزه فأوجب الديه كالمه ان كانت الأخرى ذهبت من الله سبحانه، و نصفها ان كانت ذاهبه بغيره مطلقا. و هو نادر.

و فى بعض السمع بحسابه من الديه بلا خلاف.

و تقاس الناقصه إلى الأخرى، بأن تسد الناقصه سدا شديدا و تطلق الصحيحه و يصاح به بصوت لا يختلف كميه، كصوت الجرس متباعدة عنه حتى يقول: لا- أسمع ثم يعاد عليه ثانيا من جهه أخرى. و لو فعل به مرارا من أربع جهات كما فى النص (1) الذى هو المستند لهذه الكيفيه فى استعمال النسبه بين الصحيحه و الفاسده أولى.

و على كل حال يجب أن تعتبر المسافه من جانبيه أو جوانبه الأربع بأن يعلم مبدأ كل مسافه قال فيها لا أسمع و منتهاه، و ينسب إلى باقى المسافات مبدأ و منتهى و يصدق مع التساوى أى تساوى المسافات قدرا

ص: ٥٠٠

و يكذب مع التفاوت.

ثم مع التساوى تطلق الناقصه و تسد الصحيحه سدا جيدا و يفعل به كذلك أى يعتبر بالصوت كما مر حتى يقول: لا أسمع، ثم يكرر عليه لاعتبار كما مر و ينسب التفاوت بين الصحيحه و الناقصه.

و يؤخذ من ديتها بنسبه التفاوت بينهما و لا يقاص فى يوم ريح، و لا فى المواضع المختلفه فى الارتفاع و الانخفاض بل يتوخى و يختار القياس فى سكون الهواء و المواضع المعتدله.

و فى إذهاب ضوء العينين معا لديه و فى إحداهما نصفها، بلا خلاف بل قيل: إجماعا.

و لو ادعى إذهاب نظره عقيب الجنايه، و هى أى العين و حدقتها قائمه و لم يعلم صدقه بينه أو إقرار حلف المجنى عليه بالله تعالى القسامه على الأظهر الأشهر، بل لعله عليه عامه من تأخر، للصحيح و غيره، و فيهما أن القسامه على ستة أجزاء.

فإن ادعى ذهاب البصر كله حلف ستا أو حلف هو و خمسه رجال معه. و ان ادعى ذهاب سدس بصره حلف هو واحده. و ان ادعى ذهاب ثلثه حلف يمينين أو هو و آخر معه، و هكذا.

و فى روايه (1) ضعيفه أنه يقابل بعينه الشمس، فان بقيتا مفتوحتين صدق و الا كذب، و بها أفتى جماعه و منهم الشيخ فى الخلاف مدعى الإجماع.

و لو ادعى نقصان بصره إحداهما قيست إلى الأخرى و فعل بالنظر الى المنظور كما فعل بالسمع بلا خلاف، فتربط إحداهما ثم توضع له بيضه ثم يقال له أنظر، فما دام يدعى أنه يبصر موضعها حتى إذا انتهى الى موضع ان

ص: ٥٠١

جازه قال لا- أبصر، قريبا حتى يبصر ثم يعلم ذلك المكان، ثم يقاس ذلك القياس من خلفه و عن يمينه و عن شماله، فان جاء سواء و الا- قيل له كذبت حتى يصدق، و يضع بالعين الأخرى مثل ذلك ثم يقاس مثل ذلك القياس على ديه العين، كما فى الصحيح (١) و غيره، و ليس فيهما الجهات الأربع و عليهما العمل، و ان كان مراعاة الأربع أحوط و أوضح.

و لو ادعى نقصانها قيست إلى أبناء سنه، بأن يوقف معه و ينظر ما يبلغه نظره، ثم يعتبر ما يبلغه نظر المجنى عليه و يعلم نسبه ما بينهما، فان استوتا لمسافات الأربع صدق و الا كذب، بلا خلاف و فى ظاهر الغنيه الإجماع.

و لا يقاس فى يوم غيم، و لا فى أرض مختلفه الجهات.

و فى إبطال الشم من منخرين معا الديه كامله، و من إحداها نصفها بلا خلاف، و فى صريح المبسوط (٢) و الخلاف و الغنيه الإجماع.

و لو ادعى ذهابه عقيب الجنايه يمكن زواله بها و لم يظهر حاله بالامتحان اعتبر بتقريب الحراق بضم الحاء و تخفيف الراء، و هو ما يقع فيه النار عند القدح، أى يقرب منه عند علوق النار فان دمعت عيناه و حول أنفه عنه فهو كاذب و الا فصادق، كما فى الروايه (٣) المتقدمه فى اعتبار البصر المدعى زواله، و بها أفتى من مر مع دعوى الخلاف هنا أيضا الإجماع، و الأظهر الأشهر تحليف المجنى عليه بالقسامه كما مر ثمه.

و لو أصيب أحد بجنايه فتعذر عليه بها إنزال المنى كان فيه الديه كامله بلا خلاف.

ص: ٥٠٢

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٨٢، ب ٨.

٢- (٢) المبسوط ٧-١٣١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٨٢، ب ٨.

وقيل: في سلس البول و هو نزوله مترشحا لضعف القوه الماسكه اليه كامله، و القائل المشهور كما قيل، و عليه أكثر المتأخرين.
و في روايه (١): انه ان دام السلس الى الليل لزمه اليه كامله و ان دام الى الزوال لزم ثلثاها، و ان لزم الى الضحوه لزم ثلث اليه
و اختاره جماعه من المتأخرين تبعا لأكثر المتقدمين. و المسأله محل اشكال و ان كان القول الثاني لا يخلو عن رجحان.
و المراد بالدوام في الصور الثلاث الدوام في كل يوم أو أيام كما فهمه جماعه، لأن المعهود أن اليه و بعضها المقدر انما يجب
في ذهاب العضو أو المنفعه بالكليه و أن مع العود الحكومه.

المقصد الثالث

اشاره

(في بيان ديات الشجاج و الجراح)

فالشجاج بكسر الشين جمع شجه بفتحها، و هي الجرح المختص بالرأس كما قيل، أو الوجه أيضا كما في كلام جماعه، و عزى الى
نص اللغه، و يسمى في غيرها جرحا ثمان: على المشهور الحارصه، و الداميه، و المتلاحمه، و السمحاق، و الموضحه، و الهاشمه، و
المنقله، و المأمومه، و الجائفه فهذه تسعه، و لكن الأخير من الجراح لا الشجاج، أو لا اختصاص لها بالرأس و الوجه. و عليه عدد
الشجاج المختص بهما كما هو معناها لغه بل و عرفا ثمانيه، كما في العبارة و غيرها.

و الحارصه: بإهمال الحروف جمله هي التي تقشر الجلد و تخذشه

ص: ٥٠٣

و فيها بعير على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، خلافا للإسكافي فنصف بعير، و هو شاذ و لا فرق في المشجوج بين كونه ذكرا أو أنثى، حرا أو مملوكا، وفاقا للأكثر لإطلاق النص (1)، خلافا لجماعه فعبروا بأن فيها عشر عشر الديه فيفترق الذكر و الأنثى، و ليس نسا في المخالفه، كابن حمزه فخص ما في المتن بالحر، و قال في غيره بالأرش.

و هو غير بعيد، الا أن الأرش على إطلاقه مشكل، بل ينبغي تقييده بما إذا وافق عشر عشر قيمته، كما هو الضابط في ديه أعضائه من نسبتها إلى ديه الحر ثم إلى ديه مجموعته التي هي قيمته ما لم تزد عن ديه الحر فترد إليها.

و هل الحارصه هي الداميه؟ فتكون ديتها بعير أو يبدل عنها في عدد الثمانيه الذي فيه بعيران بالباضعه، أم غيرها فتكون ديتها بعيرين و تكون البالغه مرادفه للمتلاحمه فيها ثلاثه أبعره؟ قال الشيخ و جماعه: نعم و في مستندهما ضعف و الأكثر بل المشهور على خلافه و هو الأظهر. و عليه فهي أي الداميه أذن التي تقطع الجلد تأخذ في اللحم يسيران، و فيها بعيران.

و المتلاحمه: و هي التي تقطع الجلد و تأخذ في اللحم كثيرا.

و هل هي غير الباضعه؟ فيجب فيها ثلاثه أبعره و في الباضعه بعيران، و يكون أول الشجاج الداميه و الحارصه مترادفتين أم متحدتان ديتهما ثلاثه أبعره، و يكون أولها الحارصه فيها بعير و ثانيها الداميه فيها بعيران؟ اختلاف مبني على الاختلاف السابق.

فمن قال ثمة: أن الداميه غير الحارصه و هم المشهور ف قال الباضعه هي المتلاحمه ديتها ثلاثه أبعره عدا الإسكافي، و هو نادر و من

ص: ٥٠٤

قال:الدامية هي الحارصه و هو الشيخ و من تبعه فالباضعه عنده غير المتلاحمه فيها بعيران.

و حيث قد عرفت أن الأول أقرب خفى المتلاحمه و الباضعه اذن ثلاثه أبعره و يظهر من هنا عدم الخلاف فتوى و نسا في ثبوتها في المتلاحمه، و انما هو في ثبوتها في الباضعه، و قد عرفت ثبوتها فيها أيضا على الأظهر الأشهر، فإن فرض ثمره معنويه تترتب على الخلاف، و الا فالنزاع لفظي لا ثمره له.

و السمحاق: بكسر السين المهمله و إسكان الميم، و هي التي تقطع اللحم و تقف على السمحاقه، و هي الجلده المغشيه للعظم و فيها أربعة أبعره إجماعا كما في الغنيه، و عن الخلاف و الانتصار و الناصريه.

و الموضحة: و هي التي تكشف عن وضح العظم و بياضه و تقشر السمحاقه و فيها خمسه أبعره بلا خلاف، كما في الغنيه و عن الخلاف و غيره، للصحاح (١)، و في غيرها: في موضحة الرأس خمسون ديناراً كما في روايه، و في أخرى: في من شج عبدا موضحة قال: عليه نصف عشر قيمه العبد (٢).

و يستفاد من الجمع بينها أن الضابط نصف عشر الديه، كما عبر به في الغنيه و كلام جماعه مع نفي الخلاف عنه، كتعبيرهم بخمسي عشر الديه في المسأله السابقه. و يمكن تنزيل عبارة الأكثر المفسره بالإبل خاصه عليه بحمله على المثل في المقامين بل في ما مضى و ما سيأتي.

و الهاشمه: و هي التي تهشم العظم أى تكسره و ان لم تسبق بجرح و فيها عشره أبعره عشر الديه بلا خلاف كما في الغنيه، بل قيل: إجماعا للنص (٣).

ص: ٥٠٥

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٩٠، ب ٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٩٨ ح ١.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٩٣، ح ١٥.

و ليس فيه كالمتمن و نحوه ما ذكره جماعه من اعتبار الأسنان فيها أربعا فى الخطاء و أثلاثا فى شبهها على نسبة ما يوزع فى الديه الكامله و لكنه أحوط.

و المنقله: و هى على تعريف الماتن و جماعه التى تحوج الى نقل العظام من موضع الى غيره.

و قيل: فيها تفسير آخر متقاربه و فيها خمس عشر بعيرا عشر الديه و نصفه بلا- خلافا كما فى الغنيه و عن المبسوط (١) و الخلاف، و أوجب العماني هنا عشرين بعيرا، و هو نادر.

و المأمومه: و هى التى تصل إلى أم الرأس، و هى الخريطه الجامعه للدماغ بكسر الدال و لا- تفتقها، و فيها ثلث الديه، كما فى المعبره (٢) المستفيضه و به صرح جماعه و فى الصحيح (٣) و غيره فيها ثلاث و ثلاثون بعيرا كما عبر به آخرون. و ظاهر جمله منهم أن العدد المزبور من غير زياده هو المراد بالثلث حيث عبروا به أولا ثم فسروه بالعدد من غير بيان لزياده ثلث الإبل و منهم الحلى مصرحا بنفيها مدعىا الإجماع عليه، فقال: و فيها ثلث ديه النفس و هى ثلاث و ثلاثون بعيرا فحسب بلا زياده و لا نقصان ان كان من أصحاب الإبل، و لم يلزمه الأصحاب ثلث البعير الذى به يتكامل ثلاثمائه بعير التى هى ديه النفس الى أن قال: و إجماعهم منعقد على هذا الإطلاق، أو ثلث الديه من العين أو الورق على السواء، لان ذلك يتحدد على الثلث و لا يتحدد فى الإبل.

أقول: و يشهد ما ذكره بعض الأصحاب و هو المختار و ان كانت الزيادة أو

ص: ٥٠٦

١- (١) المبسوط ٧-١٢٢.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٩١، ح ٥.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٩٣، ح ١١.

العدول الى النقيدين و ما شاكلهما أحوط.

و الجائفه: و هى التى تبلغ الجوف من أى الجهات كان و لو من ثغره النحر و فيها ثلث الديه كما فى المعتبره (١) المستفيضه.

لكن فى بعضها بعد الحكم به تفسيره بالثلاث و الثلاثين بعيرا كما مر فى المأمومه، و يعضده الصحيح (٢) و غيره بأن فيها ثلاثا و ثلاثين من الإبل من غير زياده الثلث، لكن الأصحاب هنا أطلقوا الحكم بالثلث الذى مقتضاه زياده ثلاث بعير من غير خلاف يعرف بينهم، و به صرح فى الغنيه و عن المبسوط و الخلاف، و بالوفاق صرح فى الروضه، فإن تم الإجماع كان هو الفارق بين المسألتين، و لكن فى التماميه مناقشه. و كيف كان فلا ريب أن الأحوط الزياده و العدول الى ما عرفته.

مسائل

مسائل ثمان:

الأولى: ديه النافذه فى الأنف بحيث تثقب المنخرين معا و لا تنسد ثلث ديته بلا خلاف بل قيل: إجماعا فإن صلحت و انسدت فخمس الديه مائتا دينار فى المشهور، و مستندهم غير واضح، و الأصح مائه دينار، وفاقا للإسكافى و الحللى و غيرهما.

و لو كانت النافذه فى أحد المنخرين خاصه إلى الحاجز بينهما فعشر الديه مائه دينار اما مطلقا كما فى المتن و غيره، أو بشرط البرء و الا فسدسها كما عليه الأكثر، و المستند على التقديرين غير واضح. و عن الرضوى (٣) للأول و هو معارض بما فى كتاب ظريف من أن فيها عشر ديه الروثه خمسين دينارا كما عليه الإسكافى، و هو الأوفق بالأصل، و لكن الأول ثم الثانى أحوط.

الثانيه: فى شق الشفتين معا حتى تبدو الأسنان و لم يبرأ ثلث

ص: ٥٠٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٩١، ح ٥.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٩٣، ح ١١.

٣- (٣) فقه الرضا ص ٤٣.

ديتهما سواء استوعبهما الشق أم لا.

و لو برأت الجرحه فخمس ديتهما. و لو كانت الجرحه فى إحداهما فثلث ديتها، و مع البرء فخمس ديتها بلا- خلاف الا- من الإسكافى ففى الا على ثلث ديتها و فى السفلى نصف ديتها و أطلق، و هو نادر و فى الغنيه الإجماع على خلافه.

الثالثه: إذا نفذت نافذه فى شىء من أطراف الرجل فديتها مائه دينار كما هنا و فى كلام جماعه، و عزى الى الشيخ و الاتباع، للصحيح (1) و غيره، و إطلاقهما كفتوى الجماعه يعم ما لو كان ديه الطرف يقصر عن المائه كالأنمله، و فيه اشكال.

و يلزم ديه النافذه على ديتها بل على ديه أنمليتين حيث يشتمل الإصبع على ثلث، و لذا قيد الإطلاق بعضهم بما فيه كمال الديه، و آخر بما كان ديته زائده على المائه، و تخصيصهم الحكم بالرجل يقتضى أن المرأه ليست كذلك، فيحتمل فيها الأرش و الحكومه، أو حكم الشجاج بالنسبه و ثبوت خمسين ديناراً على النصف كالديه.

و عن بعض فتاوى الشهيدان أنها كالرجل فى ذلك، ففى نافذتها مائه دينار، و هو المناسب للأصل المقرر من مساواتها له فى ديه الأعضاء ما لم يبلغ الثلث أو يتجاوزها، و لكن التقييد بالرجل نصاً و فتوى لا يناسبه.

الرابعه: فى احمرار الوجه بالجنايه من لطمه و شبهها دينار و نصف و فى اخضراره بها ثلاثه دنانير بلا خلاف، و فى كلام جمع الإجماع.

و فى اسوداده سته دنانير وفاقاً للأكثر، و فى الخلاف الإجماع و قيل:

فيه ثلاثه دنانير كما فى الاخضرار و القائل المفيد و جماعه، و منهم السيدان

ص: ٥٠٨

مدعين الإجماع، وهو الـ وفق بالأصل كالأول بالاحتياط و الاعتبار، مضافا الى تعدد النص (1) الصحيح الصريح به، فهو الأظهر كما مر.

وقال جماعه منا من غير خلاف يظهر بينهم، و فى الخلاف و الغنيه و الانتصار الإجماع و هى أى هذه الجنائيات الثلاث فى البدن على النصف كما فى كل منها فى الوجه، ففى الاحمرار ثلاثه أرباع الدينار، و فى الاخضرار دينار و نصف و كذا فى الاسوداد أو ثلاثه دنانير على الاختلاف، و لا بأس به للنص، و ظاهره كالفتوى أن ذلك يثبت بوجود أثر اللطمه و نحوها فى الوجه و ان لم يستوعبه و لم تدم فيه فالقول باشتراط الدوام و الا فالأرش ضعيف.

و هل يختص بوجه الحر أم يعمه و العبد؟ وجهان، و إطلاق النص و الفتوى مع الثانى، و على الأول يرجع فى العبد إلى الحكومه و الأرش كما فى لطمه أو ركزه لم تتضمن التغييرات المزبوره مع احتمال مراعاة النسبه إلى قيمه و مورد النص و الفتوى فى المسأله الأولى انما هو خصوص الوجه، فالحاق الرأس به كما فى السرائر و عن الخلاف لا وجه الخامسة: كل عضو له ديه مقدره ففى شلله أى جعله أشل ثلثا ديته صحيحا و فى قطعه بعد شلله ثلث ديته صحيحا، بلا خلاف يظهر بل على الأول الإجماع فى الغنيه و عن الخلاف، و كذا فى الثانى، و هو ظاهر عباره بعض.

السادسه: ديه الشجاج فى الرأس و الوجه سواء بلا خلاف و ديه شبههما من الجراح فى البدن بنسبه ديه العضو الذى يتفق فيه الجراحه من ديه الرأس و هى ديه النفس. ففى حارصه اليد مثلا نصف بعير أو خمسه دنانير، و فى حارصه إحدى أنملى الإبهام نصف عشر بعير أو نصف دينار بلا خلاف.

ص: ٥٠٩

السابعه: كل ما كان فيه حال كونه من الرجل الحر ديته كامله كالنفس و اليدين و الرجلين و العقل و نحو ذلك ففيه أى فى ذلك الشئ إذا كان من المرأه ديتها نصف ديته.

و فى ذلك إذا كان من الذمى ديته ثمانمائه درهم، و من الذميه ديتها.

و فيه إذا كان من العبد قيمته ما لم تتجاوز ديه الحر فيرد إليها، و من الأمه قيمتها ما لم تتجاوز ديه الحره فترد إليها، بلا خلاف فى شئ من ذلك.

و كل ما كان فيه حال كونه من الرجل الحر مقدر مخصوص كإحدى اليدين و الرجلين و الأذنين، و نحو ذلك من الأطراف التى تجب فى الجنايه عليها نصف الديه أو ثلثها أو عشرها أو نحو ذلك من المقادير، و كالخارصه و الداميه و الموضحه و نحوها من الشجاج و الجراح التى تجب فيها المقدر من دياتها السابقه مفصله فهو إذا كان من المرأه بنسبه ديتها فما فيه من الرجل نصف ديته مثلا- ففيه من المرأه نصف ديتها، و ما كان فيه منه ثلثا ديته أو ثلثها أو عشرها أو نحو ذلك، ففيه منها مثل ذلك لكن بنسبه ديتها.

و من الذمى و الذميه كذلك بنسبه ديتهما و من العبد و الأمه بنسبه قيمتهما بلا خلاف فى شئ من ذلك أجده أيضا، و فى الغنيه الإجماع.

لكن الحره تساوى الحر فى ديات الأطراف و الجراح حتى تبلغ الثلث ثم يرجع الى النصف كما فى الاخبار (1) و عليها فتوى الأصحاب، و ان اختلفت فتواهم من وجه آخر.

و احترز بقوله «فيما فيه مقدر» عما لا تقدير فيه، فان فيه الحكومه مطلقا بلا خلاف.

ص: ٥١٠

و الحكومه و الأرش فى اصطلاح الفقهاء عبارته عن معنى واحد و هو تفاوت ما بين الصحه و المعيب.

و معناه فى نحو العبد واضح، لكن لا- يتجاوز بقيمته عن ديه الحر كما مر و ينقص من قيمته حال العيب بتلك النسبه، فلو تجاوز ديه الحر بقدر الربع مثلا و رد إليها بإسقاطه، فليسقط مثله من قيمته حال العيب أيضا، و يراعى التفاوت بين القيمتين و يؤخذ.

و فى الحر أن يقوم سليما من نقص تلك الجنايه ان كان عبدا و يقوم مجروحا كذلك أى يفرض كونه عبدا.

و ينسب التفاوت بين قيمتى حال الصحه و العيب إلى القيمه الاولى و يؤخذ من الديه بحسابه أى التفاوت من النصف أو الثلث أو العشر و نحو ذلك، فلو قوم عبدا صحيحا بعشره و معييا بتسعه، و جب للجنايه عشر ديه الحر و يجعل العبد له أصلا فى ذلك، كما أن الحر أصل له فى المقدر.

الثامنه: من قتل و لاولى له فالإمام ولى دمه، و له المطالبه بالقود أو الديه فى الخطاء و شبهه بلا خلاف فتوى و نضا.

و هل له العفو عنهما؟ المروى فى الصحيح (1) لا و هو المشهور بل كاد أن يكون إجماعا، لعدم مخالف فيه عدا الحلوى و هو شاذ.

النظر الرابع

اشاره

(فى اللواحق)

و هى مسائل أربع:

الأول: فى ديه الجنين

الأول: فى ديه الجنين، و هو الحمل فى بطن أمه.

ص: ٥١١

و ديه الجنين الحر المسلم تبعا لإسلام أبويه أو أحدهما إذا اكتسى اللحم و تمت خلقتة و لم تلجه الروح مائه دينار عشر الديه ذكرًا كان الجنين أو أنثى على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى كلام جمع الإجماع، خلافا للعماني فالديه كامله، و للإسكافي فأطلق أن فيه عشره عبد أو أمه، و للمبسوط (١) ففرق بين الذكر فما مر و الأنثى فنصفه.

و هذه الأقوال شاذه بل على خلاف الأخيره منها فى السرائر الإجماع.

و لو كان الجنين ذميا أى متولدا من ذمى ملحقا به فعشر ديه أبيه ثمانون دينارا بلا- خلافا و عن الخلاف و فى ظاهر غيره الإجماع.

و لكن فى روايتى (٢) مسمع و السكونى عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام أنه قضى فى جنين اليهوديه و النصرانيه و المجوسيه عشر ديه أمه و لهما مؤيدات و مناسبات، فلا بأس بالمصير إليهما لو لا شذوذهما و اتفاق الأصحاب على خلافهما.

و لو كان مملوكا فعشر قيمه أمه المملوكه على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر، و فى السرائر و عن الخلاف الإجماع، خلافا للمبسوط (٣) فعشر قيمه الأب إذا كان ذكرا و عشر قيمه الام ان كان أنثى. و هو شاذ.

و احترز بتقييد الام ب«المملوكه» عما لو كانت حره، فإن فيه عشر ديه أمه كما فى القواعد، و احتمال فيه أيضا أن يكون فيه عشر قيمه الأم على تقدير الرقيه و فى التحرير عشر ديه أمه ما لم يزد على عشر قيمه أبيه. و للمسأله محل نظر، و لكن الأخذ بالأول أجدر، عملا بالأصل و أخذ بالمتيقن.

و لا كفاره فى قتل الجنين فى جميع أحواله، بلا خلاف بل قيل:

ص: ٥١٢

١- (١) المبسوط ٧-٢٠٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٦٦، ب ١٨.

٣- (٣) المبسوط ٧-٢٠٦.

و لو جنى عليه بعد أن ولجته الروح فالديه ديه النفس كامله للذكر و نصفها للأنتى بلا خلاف أجده فتوى و نصاً.

و لا- فرق فى إطلاقهما بين موت الجنين فى البطن أم خارجاً، خلافاً للغنيه فخص وجوب كمال الديه بالصوره الثانيه و أثبت فى الأولى نصفها، و هو شاذ و ان ادعى عليه الإجماع.

و لو لم يكتسى اللحم ففى ديته قولان، أحدهما أنها غره عبداً و أمه مطلقاً، ذهب اليه الشيخ فى جملة من كتبه، وفاقاً للإسكافى لكنه أطلق و لم يفصل بين اكتسائه اللحم أو العدم كما مر، و هو فصل موافق للقوم فى لزوم المائه فى الأولى و وافقه فى الثانيه، جمعا بين النصوص (1) المختلفه بذات تاره و بذاك أخرى.

و فيه نظر، بل الجمع بحمل أخبار الغره على التقيه لموافقته لمذهب كثير من العامه كما ذكره الشيخ أيضاً لعله أظهر و لعله لذا اختار الأ- كثر القول الثانى و هو توزيع الديه أى المائه و تقسيمها على مراتب حالاته، ففيه و هو عظم ثمانون ديناراً و مضغه ستون، و علقه أربعون، و نطفه بعد استقرارها فى الرحم عشرون كما فصلته الأخبار المعتمده، و فى الغنيه الإجماع، و على هذا فلا حاجه بنا الى تحقيق معنى الغره و ذكر الاختلاف فيها.

ثم ان إطلاق أكثر النصوص و الفتاوى على المختار بإثبات الديات المقدره فى محالها يقتضى ثبوت كل منها فيما يصدق عليه مبدأ كل منها، حتى أن فى النطفه قبل تمام الأربعين يوماً من وضعها فى الرحم و لو بيوم يكون فيها مقدرها عشرون ديناراً و هكذا.

وقال الشيخ فى النهايه (١) وغيره: و فى ما بينهما أى بين الحالتين، أى حاله وضعها فى الرحم و حاله انتقالها إلى العقله، و حاله انتقالها إليها و انتقالها إلى المضغه بحسابه و هو مجمل، و فسرہ الحلی بأن النطفه تمكث عشرين يوما ثم تصير علقه، و كذا ما بين العلقه و المضغه فيكون لكل يوم ديناراً إلى أربعين يوماً و هى ديه العلقه، قال: فهذا معنى قولهم «و فيما بينهما بحسابه».

أقول: و لا أعرف دليلاً على هذا التفسير و لا على المفسر، فلا يمكن الخروج عن مقتضى ما مر من النص.

و لو قتلت المرأه فمات معها الجنين فلأولياء ديه المرأه كملاً خمسمائه دينار و نصف الديثين أى نصف ديه ذكر و نصف ديه أنثى يصير مجموعهما خمسا و سبعين ديناراً، و يؤخذ على الجنين ان جهل حاله ذكوره و أنوثه.

و ان علم حاله ذكره كان أو أنثى كانت الديه للجنين بحسابه ألف دينار على الأول و نصفه على الثانى، بلا خلاف فى الأخير نصا و فتوى، و على الأظهر فى الأول أيضاً، و هو الأشهر بل عليه عامه من تأخر، و عن الخلاف الإجماع للمعتبره، و فيها الصحيح (٢) و غيره.

و قيل و القائل الحلى: ان مع الجهاله يستخرج ذكوريه الجنين و أنوثيته بالقرعه لأنه مشكل، و هو غلط و ان كان حسان على أصله، لكنه غير مستحسن على غيره لانه لا اشكال مع النقل الصحيح المشهور بحيث لا مخالف يظهر سواه، و هو شاذ.

و لو ألقته المرأه مباشره أو تسبباً بأن شربت دواء فطرحته فعليها

ص: ٥١٤

١- (١) النهايه ص ٧٧٨.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٦٩، ب ٢١.

ديه ما ألقته لورثته مطلقا و لا نصيب لها منها بلا خلاف فتوى و نصا.

و لو كان الإلقاء بافراع مفرع فالديه عليه أى على المفرع، بلا خلاف كذلك.

و يستحق ديه الجنين وارثه المتقدم بيانه فى كتاب الإرث إجماعا كما فى السرائر و عن الخلاف.

و ديه أعضائه و جراحاته يعتبر بنسبه ديته ففى قطع يده خمسون ديناراً، و فى خارصه ديناراً و هكذا بلا خلاف.

و من أفرع مجمعا فعزل بذلك النطفه فعليه ديه ضياع النطفه عشره دنانير بلا خلاف.

و لو عزل عن زوجته الحره اختيارا بغير اذنها قيل: يلزمه أيضا ديه النطفه عشره دنانير، و الأشبه الاستحباب لما مر فى النكاح، و ان كان الاحتياط مما لا ينبغى تركه، لدعوى الخلاف و الغنيه على الوجوب الإجماع مع مصير كثير من الأصحاب.

الثانى: فى الجنايه على الحيوان

اشاره

الثانى: فى بيان أحكام الجنايه على الحيوان الصامت.

من أتلف حيوانا مأكولا - لحمه شرعا كالنعم من الإبل و البقر و الغنم بالزكاه متعلق بقوله أتلف لزمه الأرش و هو تفاوت ما بين قيمته حيا و مذكى، بلا خلاف فيه فى الجمله.

و هل لمالكة دفعه الى الجانى و المطالبه بقيمته يوم إتلافه مخيرا بينه و بين الأرش؟ قال الشيخان و جماعه: نعم له ذلك، و فى دليلهم نظر و الأشبه الأشهر بل لعله عليه عامه من تأخر وفاقا للمبسوط و الحلى أنه لا يجوز له ذلك لأنه إتلاف لبعض منفعه لا جميعها فيضمن عوض التالف خاصه، لأصاله براءه ذمه الجانى عن الزيادة، و لانه باق على مالك

مالكه، فلا- ينتقل عنه الا- بالتراضى من الجانبين، و لا- كلام فى الجواز معه كما لا- كلام فى جوازه لو فرض عدم قيمه له أصلا، كذبحه فى برية لا يرغب فيها أحد إلى شرائه، فيلزمه قيمه حينئذ لأنها حينئذ مقدار النقص.

و لو أتلفه لا بالذكاه كأن خنقه أو قتله بما لا يجوز له الزكاه به لزمته قيمته يوم إتلافه بلا خلاف، و فى ظاهر الغنيه و صريح غيرها الإجماع، و يوضع منها ماله قيمه من الميتة، كالشعر و الصوف و الوبر و الريش و نحو ذلك.

و لو قطع بعض جوارحه، أو كسر شيئا من عظامه أو جرحه فللمالك الأرش ان كانت حياته مستقره و الا فالقيمه. فلو فقأ عن الدابه لزمه تفاوت قيمه، و عين فى المثال بالربع فى الصحيحين (١) و غيرهما كما عن الشيخ و جماعه، و يمكن تنزيلها جمله على اتفاق كون المقدار أرشا و لكنه بعيدا جدا.

و ان كان مما لا- يؤكل لحمه شرعا و تقع عليه الذكاه كالأسد و النمر و الفهد و نحو ذلك فأتلفه بالذكاه ضمن أرشه كالمأكول، و فيه القول بما مر فى التخيير.

و كذا يجب الأرش فى قطع أعضائه و جراحاته و كسر عظامه مع استقرار حياته و الا فقيمهته.

و لو أتلفه لا بالذكاه ضمن قيمته حيا و يوضع منها ما مر، و لا خلاف فى شىء من ذلك يظهر.

و لو كان مما لا يقع عليه الذكاه كالكلب و الخنزير، ففى كلب الصيد مطلقا أربعون درهما على الأقوى للخبرين (٢)، و بإطلاقهما أفتى الشيخ فى النهايه (٣)، و قيده المفيد و غيره بالعلم، و هو الظاهر من الأصحاب، إذا لم

ص: ٥١٦

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٧٠، ب ٤٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٦٨، ح ٤، و ٥.

٣- (٣) النهايه ص ٧٨٠.

ينقلوا الخلاف عن الشيخ من هذه الجهة، بل من جهة إطلاقه في مقابله من تقييده بالسلوقي كالمفيد والقاضي.

و في روايه (١) النوفلي عن السكوني في من قتل كلب الصيد، قال:

يقوم و كذلك البازي.

و كذلك كلب الغنم و كذلك كلب الحائط و أفتى بها الإسكافي، الا أنه قال: لا يتجاوز بالقيمه أربعين درهما، و كأنه جمع بين الاخبار، و استحسنة في المختلف و هو ضعيف و الأول أشهر و أظهر كما مر، و عليه عامه من تأخر.

و في كلب الغنم كبش عند الماتن و جماعه و قيل: عشرون درهما و القائل المشهور كما في كلام جماعه و هو أظهر، و للفاضل قولان آخران، أحدهما لزومه القيمه، و ثانيهما: التخيير بين القولين الأولين.

و كذا قيل: أي بالشرين درهما في كلب الحائط أي البستان، و يحتمل الشمول للدار و لا أعرف الوجه فيه و به اعترف جمع لكنه مشهور، فان تم إجماعا و الا فالمتجه القيمه كما عليه من المتأخرين جماعه، و للصدوق قول بأن فيه زيلا من تراب كما في المرسل (٢)، و فيه على القاتل أن يعطى و على صاحبه أن يقبل، و قريب منه ما عن الإسكافي في الكلب الأهلي.

و في كلب الزرع قفيز من بر في المشهور، بل قيل: لم نعرف قائلًا- بغيره، مع أنه حكى عن الصدوق ما مر. و في الخبر (٣) جريب من بر. و ربما استدل به للأكثر، و فيه نظر، فعن الأزهرى أن الجريب أربعة أقفزه. و قيل: عشره.

و القفيز ثمانية مكاكيل، و المكوك ثلاث كيلجات، و الكيلجه منا و سبعة

ص: ٥١٧

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-١٦٧، ح ٣.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-١٦٧، ح ٢.

٣- (٣) نفس المصدر.

أثمان من، و المن رطلان كما عن الصحاح (١).

و لا يضمن المسلم ما عدا ذلك من الكلاب، بل مطلق ما لا يملكه المسلم على الأظهر الأشهر، بل عليه عامه من تأخر.

أما ما يملكه الذمي كالخنزير فالمتلف له يضمن قيمته عند مستحيله إذا اجتمع شرائط الذمه بغير خلاف.

و لا فرق في الجنايه على ما يملكه بين وقوعها على نفسه أو أطرافه الا أنه في الأخير يلزم الأرش و يشترط في ضمانه استتار الذمي به و الا لحق بالحربي فلا حرمة لنفسه فضلا عن ماله.

مسائل: ثلاث:

مسائل

الأولى: قيل بل روى في الصحيح (٢): انه قضى على عليه السلام في بغير بين أربعة علقه أحدهم فبعث في عقاله فوقع في بئر فانكسر فقال أصحابه للذمي عقلته أغرم لنا بغيرنا أن على الشركاء غرامه حصته أى العاقل لانه حفظه و ضيعه الباكون و هو مشكل على إطلاقه، و ان حكى القول به عن الشيخ و القاضي، فإن مجرد وقوعه أعم من تفريطهم فيه بل من تفريط العاقل، و من ثم أوردتها الأكثر بلفظ الروايه أو القيل مشعرين بالتوقف فيه أو التمريض، و ظاهر المتن رده بقوله:

و هو حكم في واقعه، فلا يتعدى به الى غيرها. و يمكن حمله على ما لو عقله و سلمه إليهم ففرطوا، أو نحو ذلك من الوجوه المقتضيه للضمان، و لكنه بعيد عن سياقه، و لعله لذا لم يجز الأصحاب على رده عدا شيخنا في كتابيه فقال:

و الأقوى ضمان المفرط منهم دون غيره.

ص: ٥١٨

١- (١) صحاح اللغة ٢-٨٨٩.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٢٠٧، ب ٣٩.

الثانية: فى جنين البهيمه عشر قيمتها كما فى السرائر، و فيه الإجماع و تواتر الاخبار، و فى التحرير أرش ما نقص من أمها و الأول أقوى.

و فى عين الدابه ربع قيمتها كما مر عن جماعه للمستفيضه (١)، و عن الخلاف و عن الأصحاب فى عين الدابه نصف قيمتها، و فى العينين كمالها، و كذا كل ما فى البدن منه اثنان، و لم أقف له على مستند عدا القياس على الإنسان و هو ضعيف.

الثالثه: روى الشيخ فى التهذيب (٢) فى آخر باب الجنايه على الحيوان فى الصحيح عن عبد الله بن المغيره عن السكونى عن أبى جعفر عليه السلام عن أبيه عن على عليه السلام قال: كان لا يضمن ما أفسدته البهائم نهارا و يقول: على صاحب الزرع حفظه و كان يضمن ما أفسدته ليلا.

و هذه الروايه مشهوره بين الأصحاب لا يكاد يعرف بينهم فيها خلاف، حتى أن فى الغنيه و غيرها الإجماع، الا أن ظاهر المتأخرين وفاقا للحلى الاتفاق على خلافه، فقالوا: بعد نقلها و الاعتراف بشهرتها: غير أن فى السكونى ضعفا و الاولى اعتبار التفريط من صاحب الدابه فى ضمانه ما أفسدت ليلا كان الإفساد أو نهارا.

فلو لم يفرط فى الحفظ، بأن آواها الى مبيتها و أغلق عليها الباب مثلا، فوقع الحائط أو نقب اللص نقبا فخرجت و لم يعلم به و أفسدت فلا ضمان عليه. و هو حسن بالنظر الى الأصول، الا أن فى العدول عن الروايه المشهوره إشكالا، بل اللازم المصير إليها سيما و أن النصوص (٣) بمعناها مستفيضه تضمنت الصحيح و غيره.

ص: ٥١٩

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٢٧٠، ب ٤٧.

٢- (٢) تهذيب الأحكام ١٠-٣١٠.

٣- (٣) وسائل الشيعه ١٩-٢٠٨، ب ٤.

الثالثه:فى بيان كفاره القتل.

وقد مر فى كتابها أنه تجب كفاره الجمع بين الخصال الثلاث:العتق، و صيام الشهرين،و إطعام الستين بقتل العمد و المرتبه بقتل الخطأ و فى معناه شبيه العمد.و ذكر جماعه أنه انما تجب الكفاره مطلقا كما يقتضيه إطلاق العباره و نحوها،و صريح بعضهم أو فى الخطأ خاصه كما هو ظاهر التحرير مع المباشره للقتل خاصه دون التسبب له.

فلو طرح حجرا فى ملك غيره أو سائله فهلك بها عاثر،ضمن الديه و لا كفاره مطلقا كان التسبب عمدا أو خطأ.و فى مستندهم نظر الا ان يكون إجماعا كما فى ظاهر جمع.

و تجب الكفاره مطلقا بقتل المسلم ذكرا كان أو أنثى،صبيبا أو مجنوننا، حرا أو عبدا مطلقا و لو كان ملكا للقاتل على الأظهر الأشهر،و لا خلاف فيه الا من كفارات النهايه و القاضى فى العبد،و هو ضعيف.

و كذا تجب بقتل الجنين الآدمى المؤمن ان ولجته الروح، و لا- تجب قبل ذلك على الأقوى،بل لا خلاف فيه الا من التحرير فتجب،و هو ضعيف.

و لا تجب بقتل الكافر ذميا أو معاهدا بلا خلاف بل قيل:عندنا.

و لو قتل المسلم فى دار الحرب عالما عامدا لا لضروره التترس و نحوه فعليه القود و الكفاره بلا خلاف.

و لو ظنه حريبا فقتله فبان مسلما فلا-ديه له و عليه الكفاره بلا خلاف فى لزومها وفاقا للأكثر فى عدم الديه،بل فى ظاهر كلام جمع الإجماع، خلافا للحلى فأوجبها مدعيا الإجماع،و هو نادر محجوج بالايه على الأظهر.

و إطلاقها كالعباره و نحوها يقتضى عدم الفرق فى الحكم بين ظهور كون

المقتول أسيراً أو غيره، خلافاً لجماعه فقيدوه بالثاني، والأولى الأخذ بالإطلاق.

الرابعة: في العاقله

أشاره

الرابعة: في بيان العاقله التي تحمل ديه الخطأ.

و النظر هنا يقع في أمور ثلاثه: المحل، و كيفية التقسيط أى توزيع الديه و تقسيمها عليهم و اللواحق.

أما المحل: ف هو العصبه، و المعتق، و ضامن الجريره، و الامام مرتبين كترتيبهم في الإرث على تفصيل يأتي.

و ضابط العصبه: كل من تقرب الى الميت بالأبوين أو الأب خاصه و ان لم يكونوا وارثين في الحال كالاخوه و أولادهم و ان نزلوا و العمومه و أولادهم كذلك و الأجداد و ان علوا على الأظهر الأشهر، و في السرائر الإجماع.

و قيل: في النهايه (1) و الغنيه و الإصباح فيما حكى عنهم هم الذين يرثون القاتل ديته لو قتل و لا- يلزم من لا يرث ديته شيئاً مطلقاً، و هو وهم كما صرح به جمع، قالوا: لأن الديه يرثها الذكور و الإناث و الزوج و الزوجه و من يتقرب بالأم على أحد القولين.

و يختص بها الأقرب فالأقرب كالأموال، و ليس كذلك العقل فإنه يختص الذكور من العصبه دون من يتقرب بالأم و دون الزوج و الزوجه. و هو حسن و وجه كلماتهم الى ما يرجع الى ما عليه القوم و كيف كان فالقول الأول أظهر.

و من الأصحاب من خص به الأقرب ممن يرث بالتسميه، و مع عدمه يشرك في العقل بين من يتقرب بالأم مع من يتقرب بالأب أثلاثاً كالإرث، و القائل الإسكافي كما في كلام جماعه قالوا و هو استناد إلى روايه مسلمه بن

ص: ٥٢١

كهيل، وفيه أى الراوى ضعف لكونه بتريا مذموما. وفي كل من نسبه هذا القول إلى الإسكافي و دلالة الروايه على ما نسب إليه مناقشه، أو ضحنا الوجه فيهما في الشرح مستوفى.

و يدخل الإباء و الأولاد في العقل على الأشبه، و في السرائر الإجماع، خلافا لجماعه و في كلام بعضهم الإجماع، و هو معارض بالأجود.

و لا يشركهم أى العاقله في العقل القاتل بلا خلاف، بل يظهر من بعض الإجماع.

و لا تعقل المرأه و لا الصبى و لا المجنون و ان ورثوا من الديه بلا خلاف.

و تحمل العاقله ديهِ الموضحه و ما فوق الموضحه كالهاشمه و المنقله و نحوهما اتفاقا منا كما هنا و في كلام جماعه.

و في تحملها ما دون الموضحه من الحارصه و الداميه و نحوهما قولان أحدهما: نعم، ذهب اليه الشيخ و جمع و في السرائر الإجماع و الثانى و هو المروى (1) في الموثق أنها لا تحمله و هو الأظهر الأشهر.

و ربما يستفاد من قول الماتن هنا و الفاضل في القواعد غير أن في الروايه ضعفا أميلهما الى القول الأول أو توقفهما فيه، و هو ضعيف كدعوى ضعف الروايه، لأنها من الموثق كما مر لا الضعيف بالمعنى المصطلح، لكن الأمر في هذا سهل سيما على طريقه الماتن.

و إذا لم يكن للجاني عاقله من قومه ضمن المعتق جنايته ان كان و الا- فعصبانه، ثم معتق المعتق، ثم عصبانه، ثم معتق أب المعتق، ثم عصبانه كترتيب الميراث، و مع عدمهم أجمع فعلى ضامن جريرته ان كان.

ص: ٥٢٢

و حيث لا ضامن جريره له أيضا ضمن الامام جنايته بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده فى الجملة، و اختلفوا فى ضمان الامام عليه السلام هل مؤخر عن ضمان الجانى، بمعنى أن الجانى إذا كان له مال فهو الضامن و الا فالامام، أو بالعكس حتى لو كان الجانى له مال و الامام موجودا كان هو الضامن دون الجانى، كما لو كان بدل الامام المعتق أو ضامن الجريره، فإنهما يضمنان دون الجانى و لو كان له مال اتفقا؟ قولان، اختار كلا منهما جماعه، و فى الغنيه الإجماع على الأول، و فى السرائر الإجماع على الثانى.

و ظاهر العبارة كغيرها و صريح جماعه و منهم الحلّى مدعى الإجماع، كون الديه على الإمام فى ماله، خلافا لآخرين فى بيت المال المسلمين، و منشأ الاختلاف الإجماع النصوص (١). و المسأله كسابقتها محل اشكال، و للتوقف فيها مجال.

و جنايه الذمى فى ماله مطلقا و ان كانت خطأ، فان لم يكن له مال فعاقبته الامام قالوا: لانه يؤدي إليه جزيته، كما يؤدي المملوك الى مولاه ضربيته فكان بمنزله و ان خالفه فى كون المولى لا يعقل جنايته و الاولى الاستدلال بالنص الصحيح (٢) و الإجماع.

و أما كيفيه التقسيط: فقد تردد فيه الشيخ فى موضع من المبسوط (٣) و الخلاف (٤) على الغنى عشره قرارىط نصف دينار، و على الفقير خمسه قرارىط ربعه، و تبعه القاضى و العلامه.

و اختلفت عباراتهم: فالعلامه أطلق كما ذكرنا و لم يبين أن المقدارين أكثر ما يلزمهما، أو أنهما لازمان عليهما لا أقل منهما.

ص: ٥٢٣

١- (١) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٤، ب ٦ و ٧.

٢- (٢) وسائل الشيعه ١٩-٣٠٠، ب ١.

٣- (٣) المبسوط ٧-١٧٨.

٤- (٤) الخلاف ٣-١٤٢.

و القاضى فسرہ بالأول، و الشيخ بالثانى قال: للإجماع على لزومهما و لا أكثر للأصل مع عدم دليل.

و فيه نظر، فان النص و الفتوى بلزوم الديه على العاقله مطلقا يشملان حتى لو كان العاقله من ذوى القرابه واحدا تعين عليه الديه جمله مع قدرته عليها كذلك، و مع العدم تعين عليه ما قدر و يكون الزائد على مقدوره واجبا على من بعده من مراتب العاقله و درجاتها، لان عجزه يصيره كالعدم إجماعا، فيكون الجانى بالنسبه الى هذه الزيادة كمن لا عاقله له من القرابه.

و هكذا الكلام بالنسبه إلى المرتبه الثانيه يجب عليها المقذور من الزيادة و ما لا يقدر عليه منها يجب على من بعده من العاقله و هكذا.

و على هذا ف الوجه وقوفه أى التسيط على رأى الامام عليه السلام أو من نصبه للحكومه و لو عموما، فيدخل فيه المجتهد الجامع لشرائط الفتوى بحسب ما يراه من أحوال العاقله فى الغنى و الحاجه، فيدفع الديه عن الفقير الذى لا قدره له بالكليه، و يوجبها على الغنى و الفقير المتوسط بحسب مقدورهما و ما يقتضيه المصلحه بحيث لا يستلزم إضراراً و لا إجحافاً بهما بالكليه.

و ان زادت الديه عنهما بعد ذلك قضاها على المرتبه الثانيه، و اختار هذا فى موضع آخر من المبسوط و الخلاف، و تبعه الحلّى و جماعه من المتأخرين و لعله المشهور بينهم.

و يبدأ بالتسيط على الأقرب من العاقله إلى الجانى رتبه و درجه فالأقرب فيأخذ من أقرب الطبقات أو لا، فان لم يكن أو لم يحتمل تخطى الى إلا- بعد ثم إلى إلا بعد، و هكذا ينتقل مع الحاجه الى المولى، ثم الى عصبته، ثم الى مولى المولى، ثم الى ما فوق الامام. و يحتمل وفاقا لبعضهم بسطها على العاقله أجمع من غير اختصاص بالأقرب، و لكن الأول أظهر وفاقا للأكثر.

و يؤجلها أى الديه الإمام أو من نصبه عليهم أى على العاقله ثلاث سنين على ما سلف بيانه.

مسائل

اشاره

و أما اللواحق فمسائل ثلاث:

الاولى: لو قتل الأب ولده عمدا

الاولى: لو قتل الأب ولده عمدا فلا قصاص كما مر فى كتابه و دفعت الديه بعد أن تؤخذ منه الى الوارث للابن و لو كان بعيدا و لو ضامن جريره أو اماما و لا نصيب للأب منها إجماعا.

و لو لم يكن للابن وارث سوى الأب فهى أى الديه المأخوذه منه للإمام عليه السلام.

و لو قتله الأب خطأ فالديه على العاقله و يرثها الوارث للابن مطلقا، بلا خلاف و لا إشكال فى شىء من ذلك.

و انما الإشكال فى توريث الأب من الديه فى صورته الخطأ، ففيه قولان، أشبههما و أشهرهما: أنه لا يرث منها شيئا مطلقا كما مر فى المواريث.

و انما أعادها هنا لبيان وقوع الاختلاف هنا فى ذلك على القول بتوريثه من الديه فى ما لو لم يكن وارث للمقتول سوى الأب و العاقله هل تؤخذ منهم الديه و تدفع إليه أم لا شىء له عليهم.

فان قلنا: ان الأب لا يرث من ديتة أو مطلقا شيئا فلا- ديه له قطعا و ان قلنا: يرث ففى أخذ الديه له هنا من العاقله تردد من أنه الجانى و لا يعقل ضمان الغير له جنايه جناها، و العاقله إنما تضمن جنايته للغير، و هو خيره الأكثر بل لا خلاف فيه هنا يظهر، و من إطلاق ما دل على وجوب الديه على العاقله للورثه و الأب منهم، فيرث لوجود السبب و انتفاء المانع. و فيه نظر، فاذا الأول أظهر.

الثانية: لا تعقل العاقله عمدا

الثانية: لا تعقل العاقله عمدا محضا و لا شبيها به، و انما تعقل الخطأ المحض و لا إقرارا و لا صلحا يعنى إذا أقر الجانى بالقتل خطأ مع عدم ثبوته إلا بإقراره لم يثبت بذلك شىء على العاقله.

و كذا لو اصطلاح القاتل و الأولياء فى العمد مطلقا و الخطاء مع عدم ثبوته على الديه، و لا تلزم العاقله منها شىء، بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و كذا لا تعقل جنايه الإنسان على نفسه مطلقا، بل يكون دمه هدرًا، بلا خلاف فيه ظاهرا، بل قيل: انه كذلك عندنا مشعرا بدعوى الإجماع.

و لا يعقل المولى عبدا بمعنى أن العبد لو قتل إنسانا خطأ أو جنى عليه كذلك لا يعقل المولى جنايته بل تتعلق برقبته كما مر، و لا خلاف فيه يعتد به بل قيل:

إجماعا.

و لا- فرق بين كونه قنا أى عبدا محضا أو مدبرا أو مكاتبا مطلقا أو أم ولد على الأظهر الأشهر، خلافا للشيخ فى أحد قولييه و القاضى فيعقلها مولاها.

الثالثة: لا تعقل العاقله بهيمه

الثالثة: لا تعقل العاقله للإنسان جنايه بهيمه له على إنسان، و ان كانت جنايتها مضمونه عليه على تقدير تفريطه فى حفظها و كذا لا تعقل إتلاف ذلك مال أحد بل هو مضمون عليه.

و يختص ضمانها أى العاقله بالجنايه ممن تعقل عنه على الأدمى فحسب بلا خلاف فى شىء من ذلك أجده.

و حيث انتهى فى الكتاب بعون الله تعالى الى هنا قال الماتن رحمه الله تعالى:

فهذا آخر ما أردناه و قصدنا حصره و ضبطه مختصرين مطوله. و نسأل الله سبحانه أن يجعلنا ممن شكر بلطفه و كرمه و عمله، و غفر بفضله و سعه

رحمته الله.

و يقول أقل الخليقه تراب أقدام المؤمنين و الطلبة:أحمد الله سبحانه على توفيقه و تسهيله لتأليف هذا التعليق،و أسأله بجوده و كرمه أن يجعله خالصا لوجهه الكريم موجبا لثوابه الجسيم،و أن يغفر لعبده ما قصر فيه من اجتهاد أو وقع له من خلل فى إيراد،انه هو الغفور الرحيم البر الكريم.و المرجو ممن يقف عليه و يرى فيه خطأ أو خلل أن يصلحه و ينبه عليه و يوضحه و يشير إليه جائزا بذلك منى شكرا جميلا و من الله تعالى أجرا جزيلا.

و فرغ من تسويده مؤلفه المفتقر إلى رحمه ربه الغنى على بن محمد على الطباطبائي ليله الأربعاء و هى السادسة من شهر جمادى الثانى سنه ألف و مائتين و أربعه من الهجره النبويه على صاحبها ألف صلاه و سلام و تحيه.

و الى هنا تم استنساخ الكتاب تحقيقا و تصحيحا و تعليقا عليه فى اليوم الثالث من ربيع الأول سنه ألف و أربعمائه و ست هجريه على يد العبد الفقير السيد مهدي الرجائي عفى عنه فى بلده قم المقدسه حرم أهل البيت و عش آل محمد عليهم السلام.

ص: ٥٢٧

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩